

# Baurecht

Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen

# Droit de la construction

Revue du droit de la construction et des marchés publics

4/2021

## **Dienstbarkeiten im Baubewilligungsverfahren – gängige Praxis und mögliche Optimierung**

Sacha Vallati

## **La révision de la loi fédérale sur l'expropriation**

Raphaël Eggs

## **Hochspannungsfreileitungen im eigenen Garten**

Silvia Eggenschwiler Suppan

## **In Bausachen vor dem Handelsgericht Zürich: Eine Nachzählung**

Thomas Siegenthaler / Christian Berz

## **Rechtsprechung zum Vergaberecht – Jurisprudence en droit des marchés publics**

Beyeler / Jäger / Scherler / Zufferey





## Ein Bild sagt mehr als tausend Worte

Wer auf dem Gebiet des Raumplanungs-, Bau- und Umweltrechts à jour bleiben will, kommt um die Lektüre von (Bundesgerichts-)Urteilen nicht herum. Diese Urteile zeichnen sich oft durch lange und komplexe Beschreibungen der tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten aus, die in einem Planungsgebiet oder auf einem konkreten Baugrundstück anzutreffen sind, und erfordern ein ausgeprägtes räumliches Vorstellungsvermögen. Wer mit den örtlichen Verhältnissen nicht vertraut ist, kann entweder versuchen, sich über das Internet Karten oder Bildaufnahmen zu verschaffen oder aber entlang der im Urteil enthaltenen Sachverhaltsbeschreibung eine Skizze zu erstellen.

Ein Urteil lässt sich besser nachvollziehen, wenn man sich die jeweiligen Gegebenheiten einigermaßen vorstellen kann. Dies gilt ganz besonders für Urteile im Zusammenhang mit Rechtsvorschriften, deren Anwendung den Einbezug der örtlichen Gegebenheiten verlangen (indem sie beispielsweise im Tatbestand an ein «weitgehend überbautes Gebiet» anknüpfen oder die «Einordnung» in die bauliche oder landschaftliche Umgebung verlangen). Dies ist mir jüngst bei der Lektüre eines Urteils betreffend die Nichtgenehmigung einer Aufnahme von drei Parzellen (wovon eine bereits mit drei Gebäuden mit rund 20 Wohnungen überbaut war) in eine Bauzone in einer aus einer Fusion hervorgegangenen Gemeinde (Pont-en-Ogoz FR) aufgefallen (BGer, Urteil 1C\_361/2020 vom 18.1.2021). Ich las das Urteil und konnte mir die tatsächliche Situation einigermaßen vorstellen und somit die rechtliche Subsumption nachvollziehen. Einige Tage später wurde darüber in der lokalen Presse berichtet. Der Bericht enthielt ein Foto, in welchem die bereits bestehenden Gebäude und die Umgebung der drei Parzellen abgebildet waren. Das Vorliegen

einer unzulässigen Kleinbauzone wurde bei der Betrachtung dieses Bildes ohne weitere Worte offensichtlich. Die rechtlichen Erwägungen des Bundesgerichts schienen mir nun noch viel klarer und einschlägiger.

Noch komplizierter liegen die Dinge bei Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit der Anwendung von Bestimmungen über die erweiterte Besitzstandsgarantie. Rechtsrelevant ist in solchen Fällen regelmässig auch der Stand der Überbauung an einem bestimmten in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt. Zum räumlichen Vorstellungsvermögen kommt die zeitliche Dimension hinzu.

Grafiken oder Skizzen finden sich in (höchst-)richterlichen Urteilen zum Planungs-, Bau- und Umweltrecht nur sehr selten (vgl. für ein Beispiel immerhin BGer, Urteil 2C\_409/2020 vom 24.3.2021 betreffend eine Staumauer am Grimsensee). Etwas häufiger kommen sie in Urteilen zum Immaterialgüterrecht vor, in denen ein Bild Streitgegenstand ist (vgl. etwa BGE 144 II 386 E. 4.4.1; 143 III 127 A.a). Aufgrund der das Öffentlichkeitsprinzip konkretisierenden Rechtsvorschriften (Art. 27 BGG, Art. 57 ff. BGerR) ist das Bundesgericht zwar verpflichtet, die Öffentlichkeit über seine Rechtsprechung zu informieren. Dieser Pflicht kommt es insbesondere mit der Veröffentlichung seiner Urteile in der Amtlichen Sammlung und auf dem Internet nach. Das Öffentlichkeitsprinzip geht freilich nicht so weit, als es das Gericht verpflichten würde, seine Urteile zu erklären oder durch Skizzen oder Schemen verständlicher zu machen. Solche für das Verständnis weitergehenden Aufgaben übernehmen oftmals Intermediäre. Dennoch wäre es wünschbar, wenn Gerichte bei komplexen räumlichen Verhältnissen, soweit dies für das Verständnis der Rechtsanwendung nützlich oder gar erforderlich erscheint, Texte vermehrt mit Bildelementen ergänzen würden. Bilder sagen sehr oft mehr als tausend Worte.

Bernhard Waldmann

# BR/DC

Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen  
Revue du droit de la construction et des marchés publics

August 2021 / août 2021

Herausgegeben vom Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht der Universität Freiburg, im Auftrag der Stiftung für Schweizerisches Baurecht / Édité par l'Institut pour le droit suisse et international de la construction de l'Université de Fribourg, sur mandat de la Fondation pour le droit suisse de la construction. <[www.unifr.ch/ius/baurecht](http://www.unifr.ch/ius/baurecht)> / <[www.unifr.ch/ius/droitconstruction](http://www.unifr.ch/ius/droitconstruction)>

**Erscheinungsweise:** 6 Printausgaben jährlich + Online-Zugang (inkl. E-Paper)

**Parution:** 6 numéros imprimés par an + l'accès en en ligne (incl. E-paper)

**Bezugsbedingungen:** CHF 142.00 (für Studierende CHF 98.00), jeweils inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten (CHF 8.00)

**Conditions d'abonnement:** CHF 142.00 (pour les étudiants CHF 98.00) TVA comprise, frais d'envoi en sus (CHF 8.00)

ISSN 1017-0588

**Redaktion / Rédaction:** Prof. J.-B. Zufferey (jbz); Prof. H. Stöckli (hs); Prof. M. Beyeler (mb); Prof. J. Dubey (jd); Prof. P. Pichonnaz (pp); Prof. B. Waldmann (bw); P. Vondrasek, MLaw (pv).

**Redaktionssekretariat / Secrétariat de rédaction:** Institut für Baurecht, Universität Freiburg, Avenue Beauregard 13, 1700 Freiburg, Tel. +41 (0)26 300 80 40, E-Mail: [baurecht@unifr.ch](mailto:baurecht@unifr.ch)

**Kundenservice und Verlag / Service clientèle et Maison d'édition:** Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2, Postfach 2218, CH-8021 Zürich, Tel. +41 (0)44 200 29 29, Fax +41 (0)44 200 29 28, [service@schulthess.com](mailto:service@schulthess.com), <[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)>

# Auf einen Blick/En bref

## 177 Privatrecht/Droit privé

### Dienstbarkeiten im Baubewilligungsverfahren – gängige Praxis und mögliche Optimierung

Sacha Vallati

Aus seiner kürzlich erschienenen Dissertation «Dienstbarkeiten und Bauvorhaben» fasst SACHA VALLATI die Erkenntnisse über die Berücksichtigung von Dienstbarkeiten im Baubewilligungsverfahren, den Rechtsweg und mögliche rechtliche Konsequenzen zusammen. Daraus entspringt der innovative Vorschlag eines Dienstbarkeits-Bereinigerungsverfahrens, welches zur Verminderung von Verwaltungs- und Zivilprozessen de lege ferenda in die ordentlichen kantonalen Baubewilligungsverfahren integriert werden könnte.

*Sur la base de sa thèse récemment publiée «Dienstbarkeiten und Bauvorhaben», SACHA VALLATI résume ses constats relatifs à la prise en compte des servitudes dans la procédure d'autorisation de construire, à la procédure contentieuse et aux éventuelles conséquences juridiques. De ses constats résultent la proposition d'une procédure d'épuration des servitudes, qui pourrait être intégrée de lege ferenda dans les procédures cantonales ordinaires d'autorisation de construire afin de réduire les procès de nature administrative et civile.*

## 182 Öffentliches Recht/Droit public

### La révision de la loi fédérale sur l'expropriation

Raphaël Eggs

Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021, la révision de la loi fédérale sur l'expropriation (LEX) a pour principal objet une refonte des règles procédurales. La loi prévoit désormais une procédure «combinée», qui vise les situations dans lesquelles les règles fédérales prescrivent une procédure d'approbation des plans. La révision apporte également quelques modifications ponctuelles de règles matérielles, parmi lesquelles une nouvelle disposition relative à l'indemnisation des terrains cultivables, introduite dans le projet par le Parlement et déjà très contestée.

*Am 1. Januar 2021 ist das revidierte Bundesgesetz über die Enteignung (EntG) in Kraft getreten. Hauptzweck der Revision war eine Modernisierung der verfahrensrechtlichen Bestimmungen. Neu sieht das Gesetz ein «kombiniertes Enteignungsverfahren» vor, das Fälle abdeckt, in denen das Bundesrecht ein Plangenehmigungsverfahren verlangt. Die Revision enthält überdies auch einige materiellrechtliche*

*Neuerungen, darunter eine Bestimmung zur Entschädigung für Kulturland, die im Zuge der parlamentarischen Beratung eingefügt wurde und schon jetzt sehr umstritten ist.*

## 187 Öffentliches Recht/Droit public

### Hochspannungsfreileitungen im eigenen Garten

Silvia Eggenschwiler Suppan

Am 8. Oktober 2020 erging der wegweisende Bundesgerichtsentscheid 1C\_647/2019 in Sachen Überleitungsrechte für Hochspannungsfreileitungen über Wohngrundstücke. Kurz darauf trat das neue Enteignungsgesetz am 1. Januar 2021 in Kraft. SILVIA EGGENSCHWILER SUPPAN schält die Erkenntnisse aus diesem neuen höchstrichterlichen Entscheid heraus und schlägt anschliessend einen Bogen zur Gesetzesrevision, welche im Zusammenhang von Enteignungen durch Hochspannungsfreileitungen von Relevanz sein könnten.

*Le 8 octobre 2020, le Tribunal fédéral a rendu une décision de principe (1C\_647/2019) en ce qui concerne le droit pour les lignes aériennes à haute tension de survoler des immeubles résidentiels. La version révisée de la loi fédérale sur l'expropriation est entrée en vigueur peu de temps après, le 1<sup>er</sup> janvier 2021. SILVIA EGGENSCHWILER SUPPAN met en évidence les enseignements de la décision du Tribunal fédéral; elle présente les modifications de la loi fédérale révisée qui pourraient être pertinentes en matière d'expropriation en faveur des lignes aériennes à haute tension.*

## 192 Privatrecht/Droit privé

### In Bausachen vor dem Handelsgericht Zürich: Eine Nachzählung

Thomas Siegenthaler/Christian Berz

Das Handelsgericht des Kantons Zürich macht offenbar fast keine Beweisverfahren mehr. Wir haben nachgezählt, welche Erfolgsquote die Kläger in Bausachen vor diesem Gericht in den letzten Jahren erzielt haben.

*Il semble que le Tribunal de commerce du canton de Zurich ne procède presque plus à des procédures probatoires. Nous avons calculé le taux de succès obtenu ces dernières années par les demandeurs dans les litiges liés au domaine de la construction.*

## 194 Vergaberecht / Droit des marchés publics

### Kommentierte Entscheide / Arrêts commentés

Martin Beyeler  
194 Zur Unterstellung privater Listenspitäler

Martin Beyeler  
198 Gewöhnliche Wünsche einer Mieterin

## 203 Vergaberecht / Droit des marchés publics

### Weitere Entscheide / Autres arrêts

- 203 Geltungsbereich / Champ d'application
- 204 Ausstand und Vorbefassung / Récusation et préimplication
- 205 Vergabeverfahren / Procédure d'adjudication
- 205 Ausschreibung / Appel d'offres
- 206 Änderungen im laufenden Vergabeverfahren /  
Modifications en cours de procédure d'adjudication
- 207 Teilnahmebedingungen / Conditions de participation
- 207 Eignung / Aptitude
- 210 Zuschlagskriterien / Critères d'adjudication
- 216 Angebot und Variante / Offres et variantes
- 219 Ausschluss vom Verfahren / Exclusion de la procédure
- 225 Abbruch des Verfahrens / Interruption de la procédure
- 227 Zuschlag und Widerruf / Adjudication et révocation
- 227 Beschwerdeverfahren / Procédure de recours
- 232 Sanktionen / Sanctions
- 234 Wettbewerbsrecht / Droit de la concurrence

# Dienstbarkeiten im Baubewilligungsverfahren – gängige Praxis und mögliche Optimierung

Sacha Vallati, Dr. iur., Baujurist, Hinwil ZH

## I. Ausgangslage: Dualismus von öffentlichem und zivilem (Bau-)Recht

Der Dualismus von öffentlichem und zivilem Recht verlangt nach einer strikten Trennung von Verwaltungs- und Zivilrechtsweg. Entspricht eine geplante Baute den öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften, ist die Baubewilligung zu erteilen. Zivilrechtliche und insbesondere dienstbarkeitsrechtliche Streitigkeiten bei Bauvorhaben sind grundsätzlich vom Zivilgericht und unabhängig vom öffentlich-rechtlichen Baubewilligungsverfahren zu beurteilen<sup>1</sup>. Deshalb werden dienstbarkeitswidrige Bauvorhaben regelmässig bewilligt. Jedoch kann der Inhalt bestimmter Dienstbarkeitsarten, wie beispielsweise von Wegrechten oder Näherbaurechten, für die Beurteilung der Baurechtskonformität des Bauvorhabens von entscheidender Bedeutung sein, was deren Berücksichtigung durch die Baubehörden und Verwaltungsgerichte verlangt.

## II. Berücksichtigung von öffentlich-rechtlich relevanten Dienstbarkeiten

### A Terminologie «öffentlich-rechtliche Relevanz»

Zivilrechtliche Vereinbarungen im Allgemeinen und Dienstbarkeiten im Speziellen sind von öffentlich-rechtlicher Relevanz und damit im Baubewilligungsverfahren zu berücksichtigen, wenn sie für die Bewilligungsfähigkeit von Bauvorhaben unabdingbar erforderlich sind. Diese Erforderlichkeit beruht auf einer *notwendigen öffentlich-rechtlichen Anerkennung*. Eine solche geht entweder aus einer gesetzlichen Bestimmung oder aus der ständigen (kantonalen) Rechtsprechung hervor, welche die Regelung eines baurechtlichen Sachverhalts durch zivilrechtliche Vereinbarungen ausdrücklich erlaubt. Dienstbarkeiten mit öffentlich-rechtlicher Relevanz haben entweder die Sicherstellung der dauerhaften Erschliessung (Wegrechts-, Leitungs- und Quellenrechts-Dienstbarkeiten) oder eine erlaubte Abweichung von den öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften (Näherbau-

rechts-, Pflichtparkplatz- oder Nutzungsübertragungs-Dienstbarkeiten) zum Inhalt. Sie bilden eine notwendige Voraussetzung für die Baurechtskonformität bzw. Bewilligungsfähigkeit der geplanten Bauvorhaben, weil ohne sie die öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften verletzt würden. Sie befreien das Bauprojekt – mit zivilrechtlichen Mitteln – aus einer öffentlich-rechtlich nicht bewilligungsfähigen Lage. Neben der grundsätzlich zivilrechtlichen Natur und Wirkung erhält die zivilrechtliche Vereinbarung mit Eintritt der Rechtskraft der Baubewilligung öffentlich-rechtliche Wirkung<sup>2</sup>.

Alle übrigen Dienstbarkeiten, welchen mangels öffentlich-rechtlicher Anerkennung keine Einflussnahme auf die öffentlich-rechtliche Baurechtskonformität zusteht, sind demzufolge im vorliegenden Kontext als *Dienstbarkeiten ohne öffentlich-rechtliche Relevanz* zu qualifizieren. Darunter fallen Bauverbots-, Gewerbeverbots-, Baurechts-, Überbaurechts-, Wohnrechts- und andere Nutznießungs-Dienstbarkeiten. Dazu zählen aber auch Wegrechts-, Leitungs- und Quellenrechts-Dienstbarkeiten, die nicht der (öffentlich-rechtlich vorgeschriebenen) Erschliessung von Grundstücken dienen, sowie Parkplatz-Dienstbarkeiten ohne Pflichtparkplatzfunktion und Popularservitute<sup>3</sup>.

### B Allgemeine Verfahrensregeln

Dienstbarkeiten mit öffentlich-rechtlicher Relevanz sind von Baubehörden und Verwaltungsgerichten zwingend zu berücksichtigen und nach den allgemeinen Vertragsauslegungsregeln und der Stufenordnung von Art. 738 ZGB *vorfrageweise zu beurteilen*, falls deren Inhalt leicht feststellbar ist und sich ein unzweifelhaftes Resultat ergibt. Eine generelle Pflicht der Verwaltungsbehörden, über zivilrechtliche Vorfragen zu entscheiden, besteht hingegen nicht. Ist der Inhalt einer Dienstbarkeit, welcher zur Beurteilung der Bewilligungsfähigkeit des Bauvorhabens auszulegen wäre, schwierig feststellbar und ergibt die Auslegung der Baubehörde ein zweifelhaftes Resultat, ist eine Verweigerung der Baubewilligung zulässig, bis sich der Bauherr – nötigenfalls mithilfe des Zivilrichters – einen hinreichenden Ausweis über seine Berechtigung zur angestrebten Nutzung des Grundstücks verschafft hat. Wenn der Entscheid über eine zivilrechtliche Vorfrage den Zivilgerichten überlassen wird, kann die Baubehörde eine Sistierung des Baubewilligungsverfahrens bis zum Entscheid des Zivilrichters anordnen.

<sup>1</sup> S. VALLATI, Dienstbarkeiten und Bauvorhaben, Analyse und Lösung von Konflikten zwischen Bauherren und dienstbarkeitsberechtigten oder -belasteten Dritten, Diss. Zürich, Schulthess 2021, N 15.

<sup>2</sup> VALLATI (Fn. 1), N 106 ff. und 127.

<sup>3</sup> VALLATI (Fn. 1), N 375 ff.

Lässt eine Partei nach dem Bauentscheid den Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit mit öffentlich-rechtlicher Relevanz von einem Zivilgericht überprüfen, ist die Baubehörde an das Zivilurteil gebunden, wenn sie anschliessend neu über die Baurechtskonformität bzw. Bewilligungsfähigkeit des konkreten Bauvorhabens entscheidet. Demgegenüber ist das Zivilgericht nicht an die vorfrageweise Beurteilung der Baubehörde und der Verwaltungsgerichte gebunden<sup>4</sup>.

### III. Rechtsweg und mögliche rechtliche Konsequenzen

#### A Dienstbarkeiten mit öffentlich-rechtlicher Relevanz

Bei Dienstbarkeiten mit öffentlich-rechtlicher Relevanz zugunsten des Baugrundstücks können dienstbarkeitsbelastete Nachbarn auf dem *Verwaltungsrechtsweg* z.B. eine unzureichende Erschliessung (bei Weg-, Leitungs- und Quellenrechten) oder einen ungerechtfertigten Näherbau (bei Näherbaurechten) aufgrund unzureichender oder fehlender Dienstbarkeitsrechte des dienstbarkeitsberechtigten Baugeuchstellers geltend machen. Alternativ dazu oder auch nach einem erfolglosen Verwaltungsprozess können dieselben Nachbarn auf dem (zeit- und kostenaufwendigeren) *Zivilrechtsweg* eine unzulässige Mehrbelastung bzw. Überschreitung der Dienstbarkeit nach Art. 739 ZGB rügen und damit die Unterlassung des strittigen Bauvorhabens fordern<sup>5</sup>.

Wird der Inhalt einer Dienstbarkeit mit öffentlich-rechtlicher Relevanz zugunsten des Baugrundstücks von der Baubehörde, einer Rechtsmittelinstanz oder vom sachzuständigen Zivilgericht in Bezug auf die Baurechtskonformität des geplanten Bauvorhabens für unzureichend beurteilt, muss die *Baubewilligung verweigert* werden. Zur Umgehung einer Bauverweigerung kann der Baugeuchsteller im Bauentscheid zum Nachreichen der fehlenden Rechte bis zur Baufreigabe aufgefordert werden, falls eine Realisierungswahrscheinlichkeit besteht und die kantonale Praxis die Behebung von Mängeln durch Nebenbestimmungen zulässt<sup>6</sup>.

#### B Dienstbarkeiten ohne öffentlich-rechtliche Relevanz

Bei Dienstbarkeiten ohne öffentlich-rechtliche Relevanz sind dienstbarkeitsberechtigte Dritte in jedem Fall gefordert, den *Zivilrechtsweg* zu beschreiten und mit einer Präventivklage die Unterlassung der Bautätigkeit wegen drohender Dienstbarkeitsverletzungen i.S.v. Art. 737 Abs. 3 ZGB (z.B. bei Bauverbots- und Gewerbeverbots-Dienstbarkeiten) oder wegen drohender unzulässiger Mehrbelastung bzw. Überschreitung einer Dienstbarkeit i.S.v. Art. 739 ZGB (z.B. bei Bau-

rechts- und Überbaurechts-Dienstbarkeiten oder Wegrechten ohne Erschliessungsfunktion) zu fordern. Gegen sich im Bau befindliche oder bereits fertiggestellte Bauten kann mit einer Beseitigungsklage die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes und damit der Rückbau der dienstbarkeitswidrigen Baute gefordert werden<sup>7</sup>.

Bei einer drohenden und zivilgerichtlich festgestellten Dienstbarkeitsverletzung i.S.v. Art. 737 Abs. 3 ZGB oder einer unzulässigen Mehrbelastung der Dienstbarkeit gemäss Art. 739 ZGB wird dem dienstbarkeitsbelasteten Baugeuchsteller regelmässig verboten, das geplante Bauvorhaben auszuführen. Das Baugrundstück wird bezüglich des konkreten Bauprojekts mit einem *zivilrechtlichen Bauverbot* belastet. In solchen Fällen ist das zivile Dienstbarkeitsrecht in der Lage, das öffentliche Baurecht zu untergraben, indem das zivilrechtliche Bauverbot die nach wie vor rechtskräftige öffentlich-rechtliche Baubewilligung in tatsächlicher Hinsicht unwirksam macht. Bezüglich bereits fertiggestellter dienstbarkeitswidriger Bauten existieren mehrere Bundesgerichtsurteile, in welchen der *Rückbau von dienstbarkeitsverletzenden Bauten* (Art. 737 Abs. 3 ZGB) zivilgerichtlich angeordnet wurde<sup>8</sup>.

### IV. Dienstbarkeits-Bereinungsverfahren (Vorschlag de lege ferenda)

#### A Grosses generelles Konfliktpotenzial von Dienstbarkeiten

Wegen Dienstbarkeits-Streitigkeiten werden oftmals jahrelange Gerichtsverfahren geführt. Diese verzögern das Baubewilligungsverfahren und die Bautätigkeit, verursachen Prozesskosten für alle Beteiligten sowie Mehrkosten und ausbleibende oder verspätete Einnahmen für den Baugeuchsteller. Zudem wird dadurch eine massive Belastung der Behördenressourcen, insbesondere von Verwaltungs- und Zivilgerichten, verursacht<sup>9</sup>.

#### B Optimierung der Prozessökonomie

Als Lösungsansatz zur Verminderung von Verwaltungs- und Zivilprozessen wegen Dienstbarkeits-Streitigkeiten wird im letzten Teil der genannten Dissertation ein aussergerichtliches Dienstbarkeits-Bereinungsverfahren (DBV) vorgestellt. Dieses könnte de lege ferenda in die ordentlichen Baubewilligungsverfahren integriert werden und würde sämtlichen Dienstbarkeiten, welche mit dem Baugrundstück verbunden sind – unter Berücksichtigung des Dualismusgrundsatzes – die erforderliche Aufmerksamkeit schenken<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> VALLATI (Fn. 1), N 95 ff. und 128, mit Verweis auf BGer 1C\_237/2010 vom 30. August 2010, E. 2.4.2; BGer 1C\_246/2015 vom 4. März 2016, E. 2.1, 2.4 und 6.2.

<sup>5</sup> VALLATI (Fn. 1), N 131 f.

<sup>6</sup> VALLATI (Fn. 1), N 175 f. und 267 f.

<sup>7</sup> VALLATI (Fn. 1), N 58 ff.

<sup>8</sup> VALLATI (Fn. 1), N 522 ff., mit Verweis auf die einschlägige Rechtsprechung unter kritischer Würdigung und Ablehnung einer analogen Anwendung von Art. 674 Abs. 3 ZGB auf dienstbarkeitswidrige Bauten.

<sup>9</sup> Über das Konfliktpotenzial von Dienstbarkeiten und die häufigsten Streitgründe VALLATI (Fn. 1), N 47 ff., 129 ff. und 375 ff.

<sup>10</sup> VALLATI (Fn. 1), N 587 ff.

Der Autor ist sich der hohen Hürden bezüglich Umsetzung dieses Vorschlags (durch die kantonalen Gesetzgeber) und der zu erwartenden Kritik (vonseiten der Baubehörden) bewusst. Die nachfolgenden Ausführungen sollen fürs Erste den Anstoss zu einer lösungsorientierten Diskussion über die Verminderung von gerichtlich ausgetragenen Dienstbarkeits-Streitigkeiten und somit für eine Optimierung der Prozessökonomie geben.

### C Konfliktprävention durch frühzeitige, aussergerichtliche Einigung

Den erwähnten Nachteilen aus gerichtlich ausgetragenen Dienstbarkeits-Streitigkeiten kann einzig mit einer frühzeitigen und gütlichen, d.h. aussergerichtlichen Einigung zwischen der Bauherrschaft und den dienstbarkeitsberechtigten und -belasteten Dritten in Form einer schriftlichen Einigungsvereinbarung entgegengewirkt werden. Ein gesetzlich verankertes DBV soll Bauherren und Projektverfasser sensibilisieren, Dienstbarkeiten bereits in der Planungsphase mitzuberücksichtigen und sich mit dienstbarkeitsberechtigten und -belasteten Dritten möglichst schon vor dem Einreichen des Baugesuches zu einigen. Gelingt eine derart frühzeitige Einigung nicht, soll diese im Rahmen des DBV erfolgen.

### D Bereinigung von Dienstbarkeits-Streitigkeiten durch Koordination der Verfahren

Sieht man «dualismustreu» von einer Zusammenlegung der verwaltungsrechtlichen und zivilrechtlichen Verfahren ab, ist eine gezielte Koordination der Verfahren der einzige gangbare Weg. Das DBV verlangt bei vorliegenden Dienstbarkeitskonflikten die Sistierung des Baubewilligungsverfahrens. Dadurch werden das öffentlich-rechtliche Baubewilligungsverfahren und mögliche Zivilprozesse so koordiniert, dass parallele Verfahren (mit widersprüchlichen Verwaltungs- und Zivilurteilen) ausgeschlossen werden.

### E Einigungsvereinbarung

Das definierte Ziel des DBV ist eine aussergerichtliche Einigung in Form einer schriftlichen Einigungsvereinbarung. Diese soll als notwendiges Mittel zur Fortführung des (sistierten) Baubewilligungsverfahrens sowie als Schlüssel zur Verhinderung von späteren Einsprachen und Verwaltungs- und Zivilprozessen wegen Dienstbarkeits-Streitigkeiten dienen.

Die schriftliche Einigungsvereinbarung könnte in *Formularform* von den Baubehörden zur Verfügung gestellt werden, denn als praxisrelevante Vertragsinhalte kommen in den allermeisten Fällen nur wenige Einigungsvarianten in Frage: namentlich (A) die dienstbarkeitskonforme Anpassung des Bauprojekts, (B) die bauprojektkonforme Anpassung der Dienstbarkeit, (C) die projektbezogene Zustimmung (trotz möglicher unzureichender oder verletzter Dienstbarkeiten)

oder (D) die Neuerrichtung oder Löschung einer Dienstbarkeit. Um der Nachhaltigkeit der Einigungsvereinbarung und der Gewissheit bezüglich unterbleibender späterer Einwände gegen das Bauvorhaben Nachdruck zu verleihen, sollte diese mit einer Einsprache-, Rechtsmittel- und Klageverzichtserklärung der dienstbarkeitsberechtigten oder -belasteten Dritten verknüpft werden<sup>11</sup>.

### F Verfahrensablauf

Das DBV wird in das ordentliche Baubewilligungsverfahren integriert, quasi eingeschoben. Es findet nach der Einreichung des Baugesuches, der Aussteckung der Bauprofile und der Vorprüfung der Baugesuchunterlagen durch die Baubehörde statt – also noch vor der Publikation und öffentlichen Auflage, dem Einspracheverfahren (falls kantonal vorgesehen) und dem Bauentscheid<sup>12</sup>. Die folgenden Verfahrensschritte des DBV müssten in den kantonalen Baugesetzen *de lege ferenda* verankert werden<sup>13</sup>.

Im ersten Verfahrensschritt *prüft die Baubehörde die Dienstbarkeits-Konformität des Bauvorhabens summarisch*. Dies verlangt die Berücksichtigung sämtlicher Dienstbarkeiten (mit und ohne öffentlich-rechtliche Relevanz) zugunsten und zulasten des Baugrundstücks. Die Baupläne werden mit den miteingereichten Grundbuchauszügen und Dienstbarkeitsverträgen verglichen.

Falls die Baubehörde im Rahmen der summarischen Prüfung möglicherweise fehlende, unzureichende, unklare Dienstbarkeiten oder drohende Dienstbarkeits-Verletzungen feststellt, sieht das DBV als zweiter Verfahrensschritt die *Sistierung des Baubewilligungsverfahrens* unter Fristansetzung zur Einigung vor.

Können sich die Parteien selbständig einigen und reicht der Baugesuchsteller innerhalb der angesetzten Frist eine schriftliche Einigungsvereinbarung ein, wird das ordentliche Baubewilligungsverfahren «dienstbarkeitsbereinigt» fortgesetzt. Bleibt eine Einigung innert angesetzter Frist aus, folgt als dritter Verfahrensschritt eine *aussergerichtliche Einigungsverhandlung unter Mitwirkung der Baubehörde*. Zur Realisierung einer gütlichen Einigung ist eine aktive Beratungs- und Schlichtungsfunktion der Baubehörde unumgänglich. Von der Baubehörde wird dazu ein gewisser «Blick über den Tellerrand» des öffentlichen Baurechts und der rein öffentlich-rechtlichen Beurteilung der Baurechtskonformität von Bauvorhaben gefordert. Im Unterschied zu den Schlichtungsbehörden in den herkömmlichen zivilrechtlichen Schlichtungsverfahren ist die kommunale Baubehörde als sachkompetente Behörde in der Lage, die hier massgebende öffentlich-rechtliche Baurechtskonformität des Bauvorhabens unter Berücksichtigung der mit dem

<sup>11</sup> VALLATI (Fn. 1), N 596 ff., mit *Muster-Einigungsvereinbarungen* in Anhang 2, ausserdem zum Download publiziert auf: <www.immolaw.com>.

<sup>12</sup> VALLATI (Fn. 1), N 615 ff. mit einem *graphischen Überblick* in Anhang 1 sowie zum Download publiziert auf: <www.immolaw.com>; siehe auch nachfolgend S. 181.

<sup>13</sup> Siehe einen Gesetzesvorschlag *de lege ferenda* am Beispiel des Kantons Zürich in VALLATI (Fn. 1), Anhang 3.

Baugrundstück verbundenen Dienstbarkeiten zu beurteilen – nötigenfalls unter Beizug eines externen Baujuristen.

Diesen Argumenten ist anzufügen, dass Baubehörden, welche im Rahmen des herkömmlichen Einspracheverfahrens regelmässig freiwillige Einigungsverhandlungen durchführen, über durchwegs positive Erfahrungen berichten. Damit korrespondiert auch die Tatsache, dass im Kanton Zürich, der kein Einspracheverfahren kennt, selbst im Rekursverfahren anlässlich von Augenscheinterminen in rund einem Drittel der Fälle eine gütliche Einigung erzielt wird<sup>14</sup>.

Aus diesen Gründen kann die hier vorgesehene Einigungsverhandlung als besonders vielversprechend eingeschätzt und als unverzichtbares Kernstück des DBV betrachtet werden, welches massgebend zur aussergerichtlichen Streitbeilegung beitragen wird. Man kann davon ausgehen, dass der überschaubare Mehraufwand der Baubehörden bezüglich Dienstbarkeiten durch den Minderaufwand der Verwaltungs- und Zivilgerichtsbehörden wegen ausbleibender Einsprachen, Rekurse, Beschwerden und Zivilklagen mehrfach kompensiert werden kann. Ausserdem ist damit zu rechnen, dass Baugesuchsteller durch ein institutionalisiertes DBV sensibilisiert werden, sich frühzeitig und ohne Unterstützung der Baubehörden mit Dienstbarkeitsberechtigten und -belasteten zu einigen.

Bleibt die Einigungsverhandlung erfolglos, setzt die Baubehörde den Streitparteien im vierten und letzten Verfahrensschritt eine *Frist zur Zivilklage*. Das Baubewilligungsverfahren bleibt so lange sistiert, bis ein Zivilurteil vorliegt. Damit geht ein möglicher Zivilprozess zur Klärung von Inhalt und Umfang der strittigen Dienstbarkeiten dem Bauentscheid voraus. Die Baubehörde entscheidet anhand des Zivilurteils über den weiteren Verlauf des ordentlichen Baubewilligungsverfahrens<sup>15</sup>.

## V. Fazit

Dienstbarkeiten mit öffentlich-rechtlicher Relevanz, wie z.B. Wegrechte und Näherbaurechte, sind im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens zu berücksichtigen und in Bezug auf die Hauptfrage der Baurechtskonformität des Bauvorhabens vorfrageweise zu prüfen. So können dienstbarkeitsbelastete Nachbarn auf dem Verwaltungsrechtsweg unzureichende oder fehlende Dienstbarkeitsrechte des dienstbarkeitsberechtigten Baugesuchstellers und daraus eine unzureichende Baurechtskonformität des geplanten Bauvorhabens geltend machen, was zu einer Bauverweigerung führen kann.

Im Sinne des Dualismusgrundsatzes finden alle Dienstbarkeiten ohne öffentlich-rechtliche Relevanz, wie beispielsweise Bauverbots-, Gewerbeverbots-Dienstbarkeiten oder Wegrechte ohne Erschliessungsfunktion, von Baubehörden und Verwaltungsgerichten hingegen regelmässig keine Beachtung. Dienstbarkeitsberechtigte oder -belastete Dritte sind deshalb gefordert, den Zivilrechtsweg zu beschreiten. Eine zivilgerichtliche festgestellte Tangierung von Dienstbarkeiten kann bei geplanten Bauvorhaben ein zivilrechtliches Bauverbot oder die zivilgerichtliche Anordnung zum Rückbau einer dienstbarkeitswidrigen Baute zur Folge haben.

Mit einem aussergerichtlichen Dienstbarkeits-Bereinigerungsverfahren, welches de lege ferenda in die ordentlichen Baubewilligungsverfahren integriert würde, könnten Verwaltungs- und Zivilprozesse wegen Dienstbarkeits-Streitigkeiten erheblich vermindert und so die Prozessökonomie verbessert werden. Dabei könnte der Mehraufwand für Baubehörden durch den Minderaufwand von Gerichtsbehörden wegen ausbleibender Prozesse mehrfach kompensiert werden.

<sup>14</sup> A. GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht in a nutshell, 3. Aufl., Dike 2017, S. 252.

<sup>15</sup> Bezüglich möglicher Verläufe und Rechtsfolgen VALLATI (Fn. 1), N 646 ff.

