

NOVEMBER 4/2016

RAUM & UMWELT

DOSSIERS ZUR RAUMENTWICKLUNG



Baubeschränkungen und Verdichtung

Welche Beschränkungen lassen sich beseitigen?

Baubeschränkungen unter Nachbarn oder durch eine Bauordnung begrenzen die freie Nutzung einer Parzelle. Sie können verhindern, dass die Siedlung verdichtet wird. Sie stehen damit dem Ziel der Revision des Raumplanungsgesetzes aus dem Jahr 2014 im Weg. Soll die Nutzung der inneren Reserven gefördert werden, sind diese Schranken dort zu beseitigen, wo die Planung die Bauweise verdichten will.

In diesem RAUM & UMWELT erörtert der Zuger Baujurist Meinrad Huser die privatrechtlichen und die öffentlich-rechtlichen Baubeschränkungen. Im Zentrum steht die Frage, welche privatrechtlichen Beschränkungen sich beseitigen lassen, um die Siedlungsentwicklung nach innen zu erleichtern. Die vereinbarten und im Grundbuch gesicherten Baubeschränkungen des privaten Rechts sind besonders «aufhebungsresistent», weil sich der Private auf die Eigentumsgarantie berufen kann. Doch besteht die Möglichkeit, solche privatrechtlichen Schranken im Planungsverfahren zu ersetzen, um Bauland verfügbar zu machen.

1	Bauen im Siedlungsgebiet	5
1.1	Baufreiheit mit Schranken	5
1.2	Notwendigkeit der Innenverdichtung	5
1.3	Neueinzonungen – Bebautes Gebiet	6
1.4	Schranken gezielt ändern	7
2	Baubeschränkungen im privaten Interesse	9
2.1	Eigeninteresse	9
2.2	Baubeschränkung zugunsten einer bestimmten Person	9
2.3	Baubeschränkung zugunsten eines bestimmten Personenkreises	10
2.3.1	Errichtung einer Dienstbarkeit	10
2.3.2	Beseitigung der Dienstbarkeit	11
2.3.3	Löschung des Grundbucheintrags	13
2.4	Einschränkungen durch das ZGB	15
3.	Baubeschränkungen durch öffentliches Recht	17
3.1	Ausdruck des öffentlichen Interesses	17
3.2	Baubeschränkungen im Gesetz	19
3.2.1	Spezialrecht	19
3.2.2	Baurecht	19
3.3	Baubeschränkungen in der Planung	20
3.3.1	Richtplanung	20
3.3.2	Nutzungsplanung	21
3.3.3	Änderung der Planungsgrundlagen	25
3.4	Baubeschränkungen und Bewilligungsverfahren	26
3.4.1	Interessenabwägung	26
3.4.2	Baubewilligung als Schranke	27
4	Fazit	29

1 Bauen im Siedlungsgebiet

1.1 Baufreiheit mit Schranken

Wer ein Haus erstellt oder verändert, macht sich konkrete Pläne. Gerne würde er alle seine Wünsche umsetzen und auf der «grünen Wiese» planen, auch ohne Rücksicht auf allenfalls bereits bestehende Häuser.

Dem Vorhaben stehen von Beginn weg Schranken entgegen: Die natürliche Baugrundlage kann eine Idee verhindern. An einer Felswand oder in den Untiefen eines Gewässers lässt sich nur schwer bauen und die Voraussetzungen sind kaum zu verändern. Hindernisse finden sich aber auch im nachbarschaftlichen Umfeld. Der Nachbar wünscht sich – wie der Eigentümer selber – Aussicht und Ruhe, verlangt

einen Durchgang über das fremde Grundstück oder ein Näherbaurecht. Nicht zuletzt schränkt auch der Staat ideenreiche Nutzungen mit Planungs- und Bauvorschriften, allenfalls gar mit Baupflichten, ein.

Die absolute Baufreiheit existiert folglich nicht. Es bestehen vielfältige Schranken aus privaten Abmachungen, dem Privatrecht oder dem öffentlichem Recht.

1.2 Notwendigkeit der Innenverdichtung

Im Jahr 1980 trat das erste Raumplanungsgesetz der Schweiz in Kraft. Die Erfahrungen aus den ersten dreissig Jahren zeigen, dass der



Öffentlich-rechtliche Baubeschränkungen (z.B. Grenzabstände) oder privatrechtliche Beschränkungen (z.B. Höhenbeschränkungen zur Sicherung der Aussicht, wie häufig in Hanglagen) können der Verdichtung im Wege stehen. Foto: S. Wild, WSL

Landverbrauch weiterhin sehr gross ist, kaum gestoppt werden konnte und dass die Bauzonen ausufern, obwohl innerhalb der Bauzonen noch Bauland zur Verfügung stünde.¹

Das Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG) wurde im Jahre 2012² revidiert, um die weitere Ausdehnung der bebauten Fläche zu stoppen: Siedlungen sollen sich unter Berücksichtigung einer angemessenen Wohnqualität nach innen entwickeln (Art. 1 Abs. 2 lit. a^{bis} RPG). Ausserdem sind Massnahmen zu treffen, um brachliegende oder ungenügend genutzte Flächen in Bauzonen besser zu nutzen und zu verdichten (Art. 3 Abs. 3 lit. abis RPG). Grundlagen zur Umsetzung sind im Richtplan aufzuzeigen. Dort ist auch sicherzustellen, dass die Gemeinden ihre Bauzonen bedarfsgerecht, das heisst am richtigen Ort und in der notwendigen Grösse, festlegen (Art. 8a RPG). Es sollen Grundstücke der Bauzone zugewiesen werden, die sich zur Überbauung eignen und innerhalb der nächsten 15 Jahre – auch im Fall konsequenter Mobilisierung der inneren Nutzungsreserven – fristgerecht erschlossen und rechtlich verfügbar sind (Art. 15 Abs. 4 RPG). Die Revision hat damit die Verdichtung nach innen, das heisst im bestehenden Siedlungsgebiet, zu einem wichtigen Ziel der künftigen Planungstätigkeit gemacht. Ausserhalb des Siedlungsgebietes gilt das Prinzip der Konzentration der Nutzungen (vgl. Kasten «Nichtbauzone: Konzentration statt Verdichten»).

1.3 Neueinzonungen – Bebautes Gebiet

Eine dichte Bebauung ist relativ einfach möglich, wenn Land neu einer Bauzone zugeführt wird. Hier kann gleichsam auf der «grünen Wiese» geplant werden. Es bestehen kaum Bauten, die der planerischen Verdichtung hinderlich wären. Zudem kann das Baureglement so gestaltet werden, dass verdichtet gebaut wird, ohne dass sich Nachbarn später auf bestimmte Rechte berufen können (Abstand, Schatten-

Nichtbauzone: Konzentration statt Verdichten

Verdichten betrifft – nach dem Gesetzeswortlaut – ausschliesslich Flächen im Baugebiet; dorthin soll die Siedlungstätigkeit gelenkt werden. Flächen in der Landwirtschaftszone, in den Schutzzonen sollen von Bauten frei bleiben.

Auch in der Nichtbauzone werden aber immer wieder Wohn- und Ökonomiegebäude erstellt. Nachdem die zonenkonformen Baumöglichkeiten und die Ausnahmen in der Landwirtschaftszone ständig erweitert werden, zeigen sich Parallelen zum Baugebiet: Es finden sich immer mehr leer stehende Gebäude einerseits und neue Bauten andererseits in Gebieten ausserhalb der Bauzonen.

Ausserhalb der Bauzonen gilt gemäss Bundesgericht das Prinzip der Subsidiarität. Vor der Bewilligung eines Neubaus ist abzuklären, ob das Bedürfnis in bestehenden (allenfalls fremden) Gebäuden gesichert werden könne. Zudem hat das Bundesgericht das bisher im Baugebiet angewandte Konzentrationsprinzip ausdrücklich auch für Planungen ausserhalb des Baugebiets als verbindlich erklärt.

Zur Subsidiarität: HUSER MEINRAD, Planen in der Landwirtschaftszone, in: Blätter für Agrarrecht 2015, 79 mit Hinweis auf BGE vom 1. April 2015 (1C_892/2013), E.3.1. Zur Konzentration: BGE 141 II 50 E. 2.6 (Golaten) mit Kommentaren von JUD BABARA, Das Konzentrationsprinzip gilt auch ausserhalb der Bauzonen, in: VLP-ASPAN, INFORAUM, Mai 2015, 10 ff., ebenso HUSER, Landwirtschaftszone, 74.

- 1 In der Landwirtschaftszone finden sich zudem die rechtlich gesicherten Fruchtfolgeflächen. Sie unterstützen die Massnahme, dass zunächst die Reserven im Baugebiet bebaut und genutzt werden sollten (dazu: HUSER MEINRAD, Planen in der Landwirtschaftszone, in: Blätter für Agrarrecht 2015, S. 91 f.).
- 2 Vom 15. Juni 2012, in Kraft seit dem 1. Mai 2014



An Hanglagen mit schöner Aussicht – wie hier an der Goldküste am Zürchersee – gibt es oft privatrechtliche Vereinbarungen zur Beschränkung der Höhe von Nachbarliegenschaften, um die eigene Aussicht sicherzustellen. Sie stehen der Verdichtung im Wege. Foto: reportair.ch



Verdichten bedeutet mitunter auch, bestehende Bauten aufzustocken. Foto: H. Haag, VLP-ASPAN

wurf, Lärmimmissionen) oder dass ein Bau auf eine bestimmte Linie zu stellen ist.

Im bereits bebauten Gebiet hingegen trifft die Innenverdichtung, auch Nachverdichtung genannt, auf weit schwierigere Verhältnisse. Hier wurden Bauten aufgrund «alter» Bauvorschriften erstellt. Sie profitieren bei einer Regeländerung von der Bestandesgarantie. Die Nachbarschaft hat sich «eingrichtet», sich gegenseitig Rechte und Pflichten zur Nutzung des Grundeigentums eingeräumt. Nicht nur die Dienstbarkeits-Privilegien (wie Aussichten, Höhenbeschränkungen), sondern auch finanzielle Lasten können verhindern, dass die Grundeigentümer ihre Parzelle weiter überbauen und vollständig ausnützen. Auch öffentlich-rechtliche Schranken (Brandschutz, Umweltschutz, Vorschriften zur Parkplatzerstellung, etc.) hindern die schrankenlose Bauweise.

1.4 Schranken gezielt ändern

Soll die Siedlungsentwicklung nach innen gesteuert werden, müssen die Schranken beseitigt werden, die dieses Ansinnen behindern. Dazu bedarf es einer Planung, die nach einer umfassenden Interessenabwägung bestimmt, wo und wie verdichtet werden soll und die auch die Massnahmen bestimmt, die zum Ziel führen. Baubeschränkungen müssen – aus der Sicht der Siedlungsentwicklung – nur soweit gelöst werden, als sie eine Verdichtung hindern.

Im vorliegenden Beitrag wird untersucht, wie bestehende Baubeschränkungen beseitigt werden können, um das verdichtete Bauen zu ermöglichen. Im Zentrum stehen die privatrechtlichen Schranken, die Verdichtungsabsichten verhindern können. Zwar gibt es auch im öffentlichen Recht³ Vorschriften, die verdichtetes Bauen behindern oder erschweren. Sie können im Gesetzgebungs-, Planungs- oder Baubewilligungsverfahren aufgehoben oder angepasst werden. Ihre grosse Zahl und Vielfalt lässt es aber nicht zu, sie alle in diesem RAUM & UMWELT in der notwendigen Tiefe zu erörtern; eine Übersicht muss genügen.

³ Siehe HUSER MEINRAD, Publikation von Eigentumsbeschränkungen – neue Regeln, in: Baurecht/Droit de la construction 4/2010, S. 169; KETTIGER DANIEL, Der Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, in: Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, 2010, S. 137 ff., und IVANOV DANIELA, Le cadastre RDPPF – entre réalité et utopie, in: Jusletter vom 21. März 2016,

2 Baubeschränkungen im privaten Interesse⁴

Grundeigentümer können die Nutzung ihres Grundstücks im eigenen Interesse einschränken (Ziff. 2.1) oder dem Nachbarn ein Nutzungsrecht (Bsp. Wegerecht) einräumen (Ziff. 2.2). Sie können dieses Wegerecht auch jedem künftigen Eigentümer oder Pächter der Nachbarliegenschaft erlauben – auch wenn diese heute nicht namentlich bekannt sind (Ziff. 2.3). Diese Zugeständnisse beschränken die eigenen Nutzungsmöglichkeiten; sie entstehen im privaten Bereich und sind keine Folge eines staatlichen Zwangs. Privatrechtliche Bebauungsschranken sind aber auch im Gesetz enthalten, namentlich im Zivilgesetzbuch (Ziff. 2.4).

2.1 Eigeninteresse

Freiwillige Beschränkungen sind privatrechtlich zulässig, da ja die Eigentümerin die Nutzung ihrer Liegenschaften im Sinne der Eigentums-garantie (Art. 26 BV) frei bestimmen kann. Sie entscheidet allein, ob sie die Flächen nicht bzw. nicht vollständig bebaut, oder ob sie die Parzelle unter bestimmten Voraussetzungen oder erst zu einem bestimmten Zeitpunkt zur Bebauung freigibt. Sie bestimmt auch, ob Drittpersonen an der Parzelle Weg- oder Baurechte erhalten sollen. Das Privatrecht kann sie daran nicht hindern.

Massnahmen zur Förderung der Verfügbarkeit der Grundstücke (Art. 15a RPG) können erreichen, dass eine aus Sicht der Raumplanung angestrebte Nutzung im Verdichtungsgebiet erfolgt. Diese Massnahmen sind im kantonalen Recht umschrieben. Sie sind auf jeden Fall bei

offensichtlicher Baulandhortung⁵ denkbar, sollten aber auch gelten, wenn die Parzelle nur teilweise bebaut wurde und nicht voll ausgenützt ist.⁶ Private Gründe für die mangelnde Ausnützung können im Verfahren zum Einzelentscheid eingebracht werden. Die Interessenabwägung muss zeigen, ob die privaten Gründe das hohe öffentliche Interesse an der Verdichtung überwiegen können.

2.2 Baubeschränkung zugunsten einer bestimmten Person

Die Grundeigentümerin kann das Grundstück als Ganzes oder in Teilen auf unbestimmte oder beschränkte Zeit einem Dritten zur Nutzung überlassen, zum Beispiel dem Nachbarn den direkten Weg zum Bahnhof über ihren Hof erlauben. Sie selber verzichtet «auf Zusehen hin» und mit dem Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs auf vollumfängliche Nutzung. Diese Zurückhaltung kann mündlich oder auf Basis eines schriftlichen Vertrags erfolgen, der die Geltungsdauer und den Nutzungsumfang festlegt. Solche Nutzungseinschränkungen wirken

4 HUSER MEINRAD, Baubeschränkungen und Grundbuch, in: Baurecht / Droit de la construction 4/2016, S. 198 ff.

5 Zum Begriff Baulandhortung siehe AEMISEGGER HEINZ / KISSLING SAMUEL, Art. 15a N. 17 ff., in: AEMISEGGER HEINZ/MOOR PIERRE/RUCH ALEXANDER/TSCHANNEN PIERRE (Hrsg.): Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich/Basel/Genf 2016. Nachfolgend zitiert: AEMISEGGER/KISSLING, Praxiskommentar RPG, Art. 15a.

6 Zur Unternutzung auch AEMISEGGER/KISSLING, Praxiskommentar RPG, Art. 15a N. 98.



Solche Fusswegverbindungen sind zum Teil privatrechtlich über Wegrechte gesichert. Bei Verdichtungen müssen diese Wege unter Umständen verlegt werden. Foto: M. Ramseyer, VLP-ASPAN

ausschliesslich zu Lasten des Eigentümers und gelten zwischen den Vertragsparteien.

Mit dem Widerruf des Verzichts oder der einvernehmlichen Vertragsauflösung ist die Rechtsbeziehung beendet. Auch mit dem Tod einer Vertragspartei oder dem Verkauf des Grundstücks endet das Vertragsverhältnis. In beiden Fällen fällt die Baubeschränkung automatisch weg.

Diese Abmachungen können der Forderung nach verdichtetem Bauen entgegenstehen, vor allem dann, wenn wegen einer guten Aussicht Bauverbote oder Höhenbeschränkungen vereinbart wurden. Die Abmachungen unterstehen dem Privatrecht und das planende Gemeinwesen muss grundsätzlich bei den Privaten seinen Einfluss geltend machen, um diese Hindernisse zu beseitigen, so dass verdichtet

werden kann. Immerhin stehen dem Gemeinwesen – wie bei der Beschränkung im Eigeninteresse – die Massnahmen nach Artikel 15a RPG zur Verfügung. Bei der Anwendung dieser Bestimmung sind die Interessen beider Betroffenen mit den öffentlichen Interessen abzuwägen, wobei – wiederum – das öffentliche Interesse an der umfassenden Nutzung der Baulandflächen gross zu gewichten ist.

2.3 Baubeschränkung zugunsten eines bestimmten Personenkreises

2.3.1 Errichtung einer Dienstbarkeit

Die Eigentümerin kann schliesslich jedem künftigen Nutzungswilligen den Durchgang über

Auswirkungen alter Bauvorschriften

Bereits vor 1980 regelten die Kantone oder Gemeinden die Baumöglichkeiten für bestimmte Gebiete. Sie erliessen dazu keine Zonen nach den heutigen Vorstellungen, sondern sicherten die Umsetzung, indem sie auf allen Parzellen Bauvorgabe bzw. -beschränkungen als Personaldienstbarkeiten zu Gunsten der öffentlichen Hand ins Grundbuch eintragen liessen. Mit dem Raumplanungsgesetz standen ab 1980 neue Instrumente zur Verfügung, um die angestrebte Nutzung zu sichern (Zonen und Reglement). Die altrechtlichen Beschränkungen im Grundbuch wurden mit dem Erlass der Nutzungsordnung nicht automatisch aufgehoben. Sie mussten vielmehr von Fall zu Fall gelöscht werden. Der Dienstbarkeitsberechtigte hatte die Löschung des Eintrags im Grundbuch zu veranlassen. Dies geschah oft erst, wenn ein konkretes Baugesuch nach neuer Ordnung vorlag. Bis heute sind noch nicht alle altrechtlichen Personaldienstbarkeiten gelöscht.

das Grundstück gewähren. Sie kann sich auch verpflichten, das Grundstück nicht zu überbauen. Sollen solche Beschränkungen nicht untergehen, wenn das Grundstück verkauft wird oder eine Vertragspartei stirbt, sind sie als Dienstbarkeit im Grundbuch einzutragen (Art. 731 ZGB).⁷ Die Berechtigung bzw. Belastung ist dann ans Grundstück gebunden (verdinglicht) und gilt beim Verkauf des Grundstücks auch für den Rechtsnachfolger. Der Umfang der Nutzung ergibt sich als Recht oder Pflicht aus dem Grundbucheintrag (Art. 738 ZGB).⁸

Es ist auch möglich, dass sich die öffentliche Hand Dienstbarkeitsrechte an einer privaten Parzelle einräumen lässt, etwa um Parkplätze vor dem Gebäude der Gemeindeverwaltung zugunsten der Besucher zu sichern. Diese Rechte können mit Personaldienstbarkeiten gesichert werden.

Oft sahen altrechtliche, kantonale Bauordnungen (vor 1980) zudem vor, dass die Baumöglichkeiten und -schränken auf allen betroffenen Parzellen eines bestimmten Gebiets als Personaldienstbarkeit ins Grundbuch eingetragen werden mussten. In der Stadt Zürich ist dies bekannt unter dem Namen «Quartierservitude». Solche Dienstbarkeiten können heute noch gültig sein.⁹ Ihre Bedeutung ist im Einzelfall abzuklären (vgl. Kasten «Auswirkungen alter Bauzonnenvorschriften»).

2.3.2 Beseitigung der Dienstbarkeit

Dienstbarkeiten erschweren oder verhindern die Errichtung eines Baus auf dem belasteten Grundstück grundsätzlich.¹⁰ Es ist zu prüfen, wie diese Lasten beseitigt werden können, um die Verdichtung zu erleichtern.

a. Neuinterpretation?

Theoretisch denkbar ist zunächst, den Spielraum für das verdichtete Bauen dadurch zu erweitern, dass eine bestehende Baubeschränkung neu interpretiert wird. In der Praxis wird dies wegen der gesetzlich vorgesehenen Interpretation einer Dienstbarkeit kaum Erfolg haben.

Da der Eintrag im Grundbuch für jeden Dritten verbindlich ist, kann er nicht durch gemeinsames Einverständnis der heutigen Eigentümer uminterpretiert werden, ohne dass diese

⁷ Dienstbarkeiten können selbstverständlich das Bauen auch erleichtern (Beispiele bei SCHMID JÖRG, Dienstbarkeiten und das Bauen – von praktisch wichtigen Schnittstellen, in: Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2015, S. 96 ff.

⁸ Im Umfang des Privatinteresses kann das Bauen unter der Bodenoberfläche durch Dienstbarkeiten beschränkt werden (HUSER, Baubeschränkungen, 206 mit Hinweis auf SCHMID, Dienstbarkeiten, S. 101).

⁹ 130 III 554

¹⁰ PFÄFFLI ROLAND, Dienstbarkeiten als Baubehinderer: ein Problem und mögliche Lösungen, in: Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2009, S. 175 ff.



Parkplätze vor dem Gemeindehaus von Andermatt UR. Sollte die Gemeinde mehr Plätze benötigen, könnte sie sich eine Dienstbarkeit an einer privaten Parzelle einräumen lassen. Foto: A. Straumann, VLP-ASPAN

Änderung auch im Grundbuch festgehalten und dadurch jedem beliebigen Dritten bekannt wird. Die Inhalte einer Dienstbarkeit werden in erster Linie anhand des Stichworteintrages im Grundbuch, falls nötig durch Konsultation des Dienstbarkeitsvertrags und zuletzt durch die langjährige Ausübung bestimmt (Art. 738 ZGB),¹¹ nicht aber durch einvernehmliche Erklärungen aktuell Berechtigter. Ohne neuen Eintrag lässt sich der Inhalt der Beschränkung somit nicht verändern.

b. Einigung als Normalfall

Über die Änderung oder Aufhebung bestehender Rechte und Pflichten an einem Grundstück haben sich die aktuellen Grundeigentümer zu einigen. Sie können Beschränkungen gemeinsam ändern, um verdichtetes Bauen zu ermöglichen. Sie können beispielsweise ein Wegerecht einvernehmlich an einen neuen Ort verlegen, um auf dem Rest der Parzelle eine Baute zu

erstellen. Dazu ist jedoch eine Änderung des Grundbucheintrags nötig (dazu unten).

c. Zeitablauf

Zeitlich beschränkte Dienstbarkeiten enden ohne weiteres mit dem Zeitablauf. Eine Personaldienstbarkeit fällt mit dem Tod der Person weg.¹² Mit dem Zeitablauf bzw. dem Tod erlöscht auch der Rechtsgrund für die Grundbucheintragung. Die Löschung bedarf in beiden Fällen weder einer neuen Vereinbarung noch einer Anmeldung ans Grundbuchamt.

In beiden Fällen verhindert ein entgegenstehender Grundbucheintrag eine Verdichtung nicht. Das Recht oder die Pflicht ist ja erloschen, auch wenn das im Grundbuch noch nicht

¹¹ Urteil BGer 5A_340/2013 vom 27. August 2013, Erw. 3.3.

¹² Art. 976 Ziff. 2 ZGB Personaldienstbarkeiten sind regelmässig nicht übertragbar.

nachtgetragen ist. Aus der Sicht des Planungsrechts muss der Eintrag nicht gelöscht werden.

Man beachte aber: Dienstbarkeiten können nicht untergehen, weil sie nicht genutzt werden;¹³ dingliche Rechte verjähren nicht. Sie bestehen so lange, wie das Grundstück selber besteht, oder bis sie durch Einigung und Neueintrag im Grundbuch geändert werden.

d. Bedeutungslosigkeit

Eine Dienstbarkeit kann gelöscht werden, wenn die örtliche Lage die Dienstbarkeit nicht betreffen kann (Art. 976 Ziff. 3 ZGB).¹⁴ Es ist zum Beispiel möglich, dass ein im Grundbuch eingetragenes Wegerecht nach der Aufteilung einer Parzelle nur noch auf einem Teil ausgeübt wird. Der immer noch bestehende Eintrag auf dem anderen Parzellenteil hat dann keine Bedeutung mehr.

Zudem kann jeder Eigentümer einer belasteten Parzelle die Löschung verlangen, wenn der Eintrag «höchstwahrscheinlich» keine Bedeutung mehr hat (Art. 976a, 976b ZGB).¹⁵ Die Löschung erfolgt aber nicht «von Amtes wegen». Vielmehr kann sich eine berechnigte Person gegen die Löschung vor Gericht wehren.

Die vorgesehenen Löschungen erfolgen, weil die Dienstbarkeiten nicht mehr genutzt werden können und die Einträge für die Berechnigten bedeutungslos geworden sind. Diese Löschungen dienen in erster Linie dem «reinen» Grundbuch und können das verdichtete Bauen weder einschränken noch fördern.

e. fehlendes Interesse

Dienstbarkeiten können aufgelöst werden, wenn ein aktuelles und künftiges Interesse daran überhaupt nicht mehr besteht (Art. 736 Abs. 1 ZGB) – wenn etwa das Wegerecht durch eine öffentliche Erschliessungsstrasse ersetzt wurde¹⁶ oder das belastete Grundstück wegen eines teilweisen Bauverbots nicht mehr sinnvoll bebaut werden könnte. Der Belastete allein ist berechnigt, die Löschung zu veranlassen – weder der Kanton noch die planende Gemeinde

kann selber aktiv werden. Über die Ablösung hat der Zivilrichter zu befinden.¹⁷

Weil ein Berechnigter wohl fast immer ein gewisses Interesse an einem bestehenden Recht geltend machen kann, wird eine Dienstbarkeit sehr selten nach Art. 736 Abs. 2 ZGB aufgehoben.¹⁸

f. Überwiegendes öffentliches Interesse

Dienstbarkeiten können schliesslich gelöscht werden, wenn das öffentliche Interesse überwiegt; dem privaten Interesse bei der Güterabwägung also kein Vorrang zukommt.¹⁹ (dazu ausführlich Ziff. 3.3.2 b.)

2.3.3 Löschung des Grundbucheintrags

Werden Dienstbarkeiten durch Einigung, hoheitlich oder gerichtlich aufgehoben oder geändert, muss die neue Rechtslage im Grundbuch angepasst werden (Art. 734 ff. ZGB). Wollen die Parteien Dienstbarkeiten untergehen lassen,

13 BGE 123 III 461

14 Löschung von Amtes wegen und ohne Mitwirkung der aus dem Eintrag berechtigten Personen (SCHMID JÜRIG, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum ZGB II, Basel 2015, Art. 976, N. 5.

15 Ausserdem kann die Behörde die Bereinigung der Dienstbarkeiten in einem grösseren Gebiet anordnen (Art. 976c ZGB).

16 SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf, 2012, N. 1308 ff.

17 SCHMID, Dienstbarkeiten, S. 102 f.; MARTI ARNOLD, Die Baubewilligung – nicht nur Last, sondern Grundlage besonderer Rechte und wirtschaftlicher Vorteile für Bauherrschaft und Grundeigentümer, in: Mehr oder weniger Staat, FS für Peter Hänni, Bern 2015, 365 f.

18 So jedenfalls SCHWARZ JÖRG, Änderung von Dienstbarkeiten, insbesondere Fragen der Identität und der Mehrbelastung, in: SCHMID JÖRG (Hrsg.), Dienstbarkeiten, Tagung der Universität Luzern, vom 13. September 2016.

19 Umgekehrt können öffentlich-rechtliche Bauverbote (etwa wegen des Entzugs des Tageslichtes, so das Beispiel bei GEBHARDT DANIEL/MEYER CHRISTOPH/NERTZ CHRISTOPH/PIOLINO MARINA, Die Baubewilligung im Kanton Basel-Stadt, Basel 2014, S. 31, nicht durch Dienstbarkeiten aufgehoben werden (Art. 680 Abs. 3 ZGB – dazu BGE 5A_737/2014 vom 26. Mai 2015).



Foto: J. Poux, VLP-ASPAN

genügt eine schriftliche Erklärung der berechtigten Person an das Grundbuchamt (Art. 964 ZGB). Soll die Beschränkung geändert werden, ist sie in einem beurkundeten Vertrag neu zu vereinbaren und im Grundbuch einzutragen.

Solange Dienstbarkeiten im Grundbuch eingetragen sind, sind sie – für gutgläubige Dritte – nicht untergegangen. Ein Käufer kann sich darauf berufen, dass er das Grundstück mit den Rechten erhält, wie er sie im Grundbuch zu einem bestimmten Zeitpunkt gesehen hat. War er beim Kauf gutgläubig (Art. 973 ZGB) und kann er die erwarteten Rechte nicht ausüben, weil sie bereits untergegangen waren, besteht aber kein Anspruch auf Reaktivierung der Dienstbarkeit, sondern nur ein Anspruch auf allfällige Entschädigung. Der Erwerber kann diese ehemalige Dienstbarkeit also nicht ins Feld führen, um öffentlich-rechtliche Verdichtungsmassnahmen zu verhindern.²⁰

2.4 Einschränkungen durch das ZGB

Auch das Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB) schränkt die Baufreiheit ein, und zwar durch Notrechte und Nachbarrechte.

Notrechte sind gesetzlich vorgesehen, wenn ein Grundstück zur Erschliessung zwingend auf die Nutzung eines Nachbargrundstückes angewiesen ist, wie etwa bei Notwegrechten (Art. 694 ZGB) oder Notleitungen (Art. 691 ff. ZGB). Notwege, aber auch Durchleitungen der Versorgung und Entsorgung müssen geduldet werden, wenn ein anderes Grundstück sonst nicht oder nur mit unverhältnismässigen Kosten erschlossen werden kann sobald kein genügender Weg vom Grundstück auf eine öffentliche Strasse besteht.²¹ Diese Einschränkungen fallen erst weg, wenn die Notlage des Berechtigten beseitigt ist (z.B. Direktanschluss an die öffentliche Strasse). Das Notwegrecht kann also nicht entzogen werden, um die Siedlung zu verdichten. Es ist vielmehr die Nutzungsordnung zu ändern oder die Erschliessung neu zu regeln (Landumlegungen).

²⁰ Bei einem allfälligen Schaden hat er sich am Verkäufer schadlos zu halten oder das Grundbuchamt nach Art. 955 ZGB haftbar zu machen.

²¹ REY HEINZ/STREBEL LOERENZ, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum ZGB II, Basel 2015, Art. 691 N 4 ff., Art. 694 N 3



Das Grundbuch zeigt auf, welche Rechte und Lasten mit einem Grundstück verbunden sind. So sind etwa Wegrechte festgehalten. Fotoquelle: hausinfo.ch



Würde ein solcher Hahn mitten in einem dichten Wohnquartier laut krähen, könnte dies als «übermässig» eingestuft werden. Die Nachbarn könnten eine Nutzungseinschränkung bewirken. Foto: A. Straumann, VLP-ASPAN



Die Nutzung eines Grundstücks kann beschränkt sein, wenn die von der Nachbarparzelle ausgehenden Emissionen übermässig sind. Foto: A. Straumann, VLP-ASPAN

Auch auf Basis des Nachbarrechts kann die Baufreiheit beschränkt sein. So hat ein Eigentümer Eingriffe zu dulden, wenn Gefahr oder Schaden auf einem Nachbargrundstück beseitigt oder verhindert werden soll (Art. 701 ZGB).

Auf der anderen Seite bewirkt die Nutzung eines Grundstücks unvermeidbar Immissionen auf das Nachbargrundstück. Diese Nutzungen sind unzulässig, wenn die Immissionen übermässig sind (Art. 684 ZGB).

Die Baufreiheit kann somit beschränkt sein, wenn die Immissionen auf der Nachbarparzelle übermässig würden. Was übermässig ist, entscheiden die Grenzwerte bzw. Belastungsgrenzwerte, die vor allem im Umweltrecht zu finden sind. Wenn Grenzwerte fehlen, ist im Einzelfall nach Recht und Billigkeit zu entscheiden, wobei der Charakter des Quartiers zu beachten ist (Ortsgebrauch). So wurde etwa das Krähen eines Hahns morgens um 5 Uhr in vier bis fünf Sequenzen mit vier bis sieben «sonoren Rufen» in einem städtisch geprägten Wohnquartier als übermässig beurteilt. Auch können Strahlungen von einer Mobilfunkanla-

ge aus für das Nachbargrundstück übermässig sein.²² Der belastete Grundeigentümer kann auf Beseitigung oder Reduktion der schädlichen oder lästigen Einwirkungen klagen und damit eine Nutzungseinschränkung bewirken. Soll in derart belasteten Quartieren verdichtet werden, müssen die Konflikte in einem sorgfältigen Planungsverfahren beseitigt oder entschärft werden. Lösungen müssen möglichst früh, im Stadium der Richt-oder Nutzungsplanung gesucht werden; im Baubewilligungsverfahren ist es zu spät.

Planerisches Vorgehen ist auf jeden Fall sinnvoll, denn Lärm verursachende Nutzungen verhindern verdichtetes Bauen nicht immer. Im Gegenteil kann eine kompakte Bauweise, etwa eine Blockrandbebauung, Immissionen ins Quartier verhindern und im Innern eine immissionsarme Umgebung schaffen.

²² SCHMID JÖRG, Die lieben Nachbarn – Komplikationen aus Immissionen, in: Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2011, 83 ff., mit Hinweisen auf die Rechtsprechung, S. 92 f.

3 Baubeschränkungen durch öffentliches Recht

3.1 Ausdruck des öffentlichen Interesses

Das öffentliche Recht schränkt die Nutzung der Grundstücke in weiten Bereichen ein. Es ist seine Aufgabe, gute Lösungen für die Allgemeinheit zu schaffen. Anders als im Privatrecht dienen diese Schranken den öffentlichen Interessen; sie sollen allen nützen und nicht nur einige wenige schützen. Das öffentliche Interesse ist ein unbestimmter Begriff, der sich verändert. Um kompakte Siedlungen zu erhalten, die Industriebrachen im Baugebiet zu nutzen und den Verschleiss an Landwirtschaftsland zu stoppen, muss die Baufreiheit des Privaten und damit das Privateigentum selber heute stärker

beschränkt werden als noch vor dreissig Jahren. Im Zentrum steht nicht die Frage, wie die Schranken des öffentlichen Rechts beseitigt werden können. Viel wichtiger ist die Frage, wie öffentlich-rechtliche Beschränkungen umgesetzt werden, ohne die private Eigentumsgarantie auszuhöhlen.

Planungsentscheide und baupolizeiliche Anforderungen schränken die Baufreiheit ein. Trotzdem ist die Planungs- und Baugesetzgebung kein Baubeschränkungsrecht.²³ Sie ermöglicht vielmehr eine geordnete Bauweise für alle und dient damit der Baufreiheit des Einzelnen.

²³ So auch MARTI, Baubewilligung, S. 360.



Um kompakte Siedlungen zu schaffen und den Verschleiss an Landwirtschaftsland zu stoppen, wird die Baufreiheit des Privaten eingeschränkt. Solche Bauten können nur auf dem Ausnahmeweg als Ersatz für bestehende Bauten erstellt werden. Foto: S. Wild, WSL

Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden

Eigentumsbeschränkungen aus dem öffentlichen Recht werden im Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen ÖREB eingetragen, wenn sie sich an einen unbestimmten Adressatenkreis (generell) mit konkreten Massnahmen richten (Nutzungsordnung). Im ÖREB-Kataster finden sich 17 vom Bundesrecht bestimmte Beschränkungen (vgl. Grafik).

Die 17 ÖREB nach Bundesrecht



Belastete Standorte

Kataster der belasteten Standorte
Kataster der belasteten Standorte im Bereich des Militärs
Kataster der belasteten Standorte im Bereich der zivilen Flugplätze
Kataster der belasteten Standorte im Bereich des öffentlichen Verkehrs



Eisenbahnen

Projektierungszone Eisenbahnanlagen
Baulinien Eisenbahnanlagen



Flughäfen

Projektierungszone Flughafenanlagen
Baulinien Flughafenanlagen
Sicherheitszonenplan



Grundwasserschutz

Grundwasserschutzzone
Grundwasserschutzareale



Lärm

Lärmempfindlichkeitsstufen
(in Nutzungszonen)



Nationalstrassen

Projektierungszone Nationalstrassen
Baulinien Nationalstrassen



Raumplanung

Nutzungsplanung
(kantonal/kommunal)



Wald

Waldgrenzen (in Bauzonen)
Waldabstandslinien

Quelle der Grafik: Bundesamt für Landestopographie Swisstopo, Publikumsbroschüre, Der Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen (ÖREB-Kataster), Bern 2015, S. 5

Ebenfalls im ÖREB-Kataster sind die Eigentumsbeschränkungen aus kantonalem Recht (etwa Nutzungsbeschränkungen an bestimmten Wegen) und aus kommunalem Recht (geschützte Baumalleen) zu finden. Der Kanton muss dies jedoch in seiner Gesetzgebung ausdrücklich vorsehen. Eigentumsbeschränkungen, die sich aus der Bewilligung eines konkreten Projekts auf einem bestimmten Grundstück ergeben, individuell konkrete Eigentumsbeschränkungen, sind im Grundbuch anzumerken, wenn sie aus folgenden Rechtsgebieten (Art. 962 ZGB, Art. 129 GBV) stammen:

- Natur-, Heimat- und Umweltschutz, mit Ausnahme der Altlasten und der belasteten Standorte;
- Wasserrecht und Wasserbau;
- Strassenbau und Strassenpolizei;
- Förderung des Wohnungsbaus;
- Förderung der Land- und Forstwirtschaft;
- amtliche Vermessung;
- Baugesetzgebung;
- Enteignungsrecht

Siehe: SWISSTOPO, ÖREB-Kataster, Erfahrungsbericht 1. Etappe 2012–2015, Bern 2015; KETTIGER, ÖREB-Kataster; IVANOV in Jusletter; HUSER, neue Regeln, S. 170 ff.; HUSER, Baubeschränkungen, S. 200 ff.

Baubeschränkungen sind zunächst in den Fachgesetzen zu finden, die sich mit der Nutzung von Grund und Boden befassen (Ziff. 3.2). Die Baufreiheit wird sodann durch Planungsentscheide ortsbezogen (Ziff. 3.3) und im Baubewilligungsverfahren auch objektbezogen (Ziff. 3.4) eingeschränkt.

3.2 Baubeschränkungen im Gesetz

Das öffentliche Interesse an der Regelung des Bodenverbrauchs hat sich im Gleichschritt mit der wirtschaftlichen Entwicklung seit den 1960er Jahren bedeutend verändert. Was beim Erlass der ersten kantonalen Baugesetze nötig war, ist unter den heute gegebenen Umständen nicht mehr zielführend, andere Massnahmen jedoch sind dringend notwendig. Baubeschränkungen, die seit langem im Gesetz verankert sind, müssen unter dem Aspekt der Innenverdichtung überdacht werden.

3.2.1 Spezialrecht

Spezialrecht regelt die Nutzung der Grundstücke zunächst eigenständig und unabhängig von den Baumöglichkeiten der Nutzungszone, der die Grundstücke angehören. Baubeschränkungen finden sich in den Gesetzen zu raumwirksamen Tätigkeiten. Es sind sehr unterschiedliche Gesetze betroffen. Ein Überblick ist kaum möglich. Immerhin findet sich in der Grundbuchverordnung eine Liste mit den Bereichen, die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen (Art. 129 GBV) enthalten (siehe Kasten «Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden»). So bestehen beispielsweise auf Waldflächen ein Rodungsverbot (Art. 5 WaG), bei einem Grundstück im Altlastenkataster eine Sanierungspflicht (Art. 32c USG) und im Baugebiet Schranken aus Lärmbelastungen (Empfindlichkeitsstufen Art. 43 Abs. 1 LSV).²⁴



Für Wald gilt grundsätzlich ein Rodungsverbot. Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung. Foto: J. Poux, VLP-ASPAN

Das Spezialrecht konkretisiert Baubeschränkungen für jeweils ein Sachgebiet und regelt die Ausnahmen. Um hinderliche Beschränkungen zu beseitigen, muss der Rechtssatz geändert werden. Es bedarf in aller Regel einer Gesetzesrevision; allenfalls genügt es, eine Verordnung anzupassen.

3.2.2 Baurecht

Die Baugesetze enthalten Vorschriften zum Schutz der Polizeigüter, die beim Erstellen eines Baus und auch bei der Nutzung der Umgebung zu beachten sind (siehe gleichnamigen Kasten). Diese können der Verdichtung dienen, ihr aber auch hinderlich sein.

So finden sich in den Baugesetzen, Bauordnungen und ihren Reglementen regelmässige Ausnutzungs-, Baumassen- oder Flächenziffern, Grenz- und Gebäudeabstände oder Längen- und Höhenbeschränkungen und Geschosshöhen.²⁵ Legen diese Ziffern zu grosse Spielräume zwischen den Gebäuden oder zu geringe Bauvo-

²⁴ BGE 117 Ib 125.

²⁵ Dazu MUGGLI RUDOLF, Verdichtet Bauen - Postulat und Rechtswirklichkeiten, in: Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2013, 153 ff. ff., insbes. S. 159 ff.



Grenz- und Gebäudeabstände können verdichtetes Bauen erschweren. Foto: Heidi Haag, VLP-ASPAN

lumen auf einer bestimmten Parzelle fest, verhindern sie das verdichtete Bauen.

Dichtevorgaben müssen das Ziel der Siedlungsentwicklung nach innen unterstützen. Die kantonalen und gemeindlichen Vorschriften müssen unter Umständen geändert werden, um in bestimmten Gebieten kompaktere Siedlungen zu ermöglichen; generell abzuschaffen sind sie jedoch nicht.

Vorschriften zum Schutz der Polizeigüter

Zu den Polizeigütern, die staatliche Massnahmen schützen müssen, gehören:

- a. die individuellen Rechtsgüter Leib, Leben, Freiheit und Eigentum
- b. die öffentliche Gesundheit, die öffentliche Ruhe und die öffentliche Sicherheit und Ordnung
- c. öffentliche Sittlichkeit
- d. Treu und Glauben im Geschäftsverkehr

3.3 Baubeschränkungen in der Planung

Planen bedeutet, Nutzungsinteressen in einem formellen Vorgehen gegeneinander abzuwägen und über die Prioritäten zu entscheiden.²⁶ Massstab dafür sind die Ziele und Grundsätze des Raumplanungsgesetzes (Art. 1 und 3 RPG)²⁷. Planungsentscheide bilden den Abschluss dieser planerischen Interessenabwägung.²⁸ Sie bestimmen letztlich die Nutzungsmöglichkeiten der einzelnen Grundstücke.

3.3.1 Richtplanung

Die Richtplanung zeigt unter anderem, wie die Siedlungsfläche im Kanton verteilt sein soll und wie ihre Erweiterung regional abgestimmt ist (Art. 8a Abs. 1 lit. a RPG). Sie stellt sicher, dass die Bauzonen bedarfsgerecht festgesetzt sind und überbaut werden. Der Richtplanung kommt Vornutzungscharakter zu, wenn sie Umfang und Ort der Siedlungsflächen im Hinblick auf den Planungshorizont von 25 Jahren festlegt.²⁹

Auch wenn der Richtplan (nur) behördenverbindlich ist (Art. 9 Abs. 1 RPG), kann der Eigentümer daraus bereits die möglichen konkreten Eigentumsbeschränkungen und die Veränderung des Werts seines Grundstücks entnehmen. Er weiss – zumindest in groben Zügen – in welcher Richtung seine Parzelle künftig nutzbar sein wird, ob sie zum Landwirtschafts- oder Siedlungsgebiet gehört, oder allenfalls gar ein Entwicklungsstandort von kantonaler Bedeutung ist.

²⁶ Es werden vier Schritte unterschieden: WALDMANN BERNHARD/HÄNNI PETER, Handkommentar RPG, Bern 2006, Art. 3, N. 4. HUSER, Landwirtschaftszone, S. 67 f. ²⁷ BGE 117 Ia 307; WALDMANN/HÄNNI, Art. 1 N 3.

²⁸ HÄNNI PETER, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6. Auflage, Bern 2016, S. 88 ff.

²⁹ Zu den einzelnen Inhalten aus Art. 5a RPV siehe MARTI ARNOLD, Richtplanung im Bereich der Siedlung – Vom Koordinationsrichtplan zum Vornutzungsplan mit Aufträgen an die nachfolgenden Planungsträger, in: ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/WALDMANN BERNHARD, Revision des Raumplanungsgesetzes 2014, Zürich/Basel/Genf 2015, 34 ff.

3.3.2 Nutzungsplanung

a. Verdichten als Teil der Planungsinteressen

Verdichten ist ein Ziel (Art. 1 Abs. 2 lit. a^{bis} und b RPG) und ein wichtiger Grundsatz (Art. 3 Abs. 3 lit. a^{bis} RPG) der Planung. «Grundsätzlich geht es (aber immer) darum, kompakte Siedlungen mit Lebens- und Wohnqualität zu schaffen, und dadurch die Zersiedelung der offenen Landschaftsräume zu stoppen. Von zentraler Bedeutung ist dabei der Begriff der Siedlungsqualität.»³⁰

Neben der gesetzlichen Pflicht, in der Bauzone Siedlungen kompakt zu gestalten, die brachliegenden Flächen zu nutzen und auch die bebauten Gebiete zielgerichtet zu verdichten, sind im Planungsverfahren alle anderen Interessen einzubeziehen, zu werten und mit dem Verdichtungsziel abzugleichen und daraus Ort und Art der Verdichtung im bestimmten Gebiet festzulegen.

Die Nutzung des Bodens bedeutet in der Bauzone regelmässig, an vorgegebenen Orten und in der maximal erlaubten Art Bauten zu erstellen. Verdichten setzt den Rahmen für die Gebäudeanordnung sowie die Höhe und Volumen der Bauten. Nicht zu berücksichtigen ist, wie viele Personen in den zur Verfügung gestellten Wohnräumen untergebracht werden können. An sich müsste auch eine «Verdichtung der Bewohnerinnen und Bewohner» diskutiert werden. Dies setzt aber eine weitgehende Intervention der öffentlichen Hand voraus und soll hier nicht weiter erörtert werden.

b. Einbezug privatrechtlicher Interessen

Ein Sondernutzungsplan oder öffentlich-rechtliche Bauvorschriften vermögen bestehende Dienstbarkeiten nicht von sich aus ausser Kraft zu setzen.³¹ Allerdings kann die Planungsbehörde prüfen, ob Baubeschränkungen nach den privatrechtlichen Lösungen beseitigt werden können (dazu Ziff. 2.3.2). Zudem ist in einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung zu

klären, ob öffentliche Interessen die privaten Interessen überwiegen. In diesem Sinn sind die privatrechtlich vereinbarten und womöglich im Grundbuch eingetragenen Rechte Teil einer planerischen Interessenabwägung. Das öffentliche Interesse führt somit nicht sofort und immer direkt zur Ablösung der privaten Baubeschränkungen.

Dem öffentlichen Interesse kommt jedoch grosses Gewicht zu, wie es in verschiedenen kantonalen Gesetzen ausdrücklich formalisiert ist.³² So dürfen nach dem Zürcher Planungs- und Baurecht³³ sowie nach den Baugesetzen des Kantons Bern³⁴ und des Kantons Genf³⁵ Dienstbarkeiten im Rahmen einer gesamthaften Interessenabwägung im Quartierplanungsverfahren oder im Baubewilligungsverfahren aufgehoben, allenfalls ersetzt werden. Die Behörden haben dabei die Interessen des Berechtigten und Belasteten zu werten und mit dem öffentlichen Interessen an der Nutzung des Bodens im Sinne der Planung abzuwägen.³⁶

Das revidierte Raumplanungsgesetz des Bundes relativiert nun faktisch die Bedeutung der Baubeschränkung im Planungsverfahren.

30 STRAUMANN ANNEMARIE, Siedlungen hochwertig verdichten, in: VLP-ASPAN, RAUM & UMWELT, September 3/2015, S. 5.

31 Entscheid des BGER vom 26. Mai 2015 (5A_737/2014) mit Hinweis auf BGE 134 III 341 E. 2.2, S. 345.

32 Siehe die Hinweise bei HUSER, Baubeschränkungen, S. 199 f.

33 Zur Änderung von Dienstbarkeiten im Quartierplanungsverfahren des Kantons Zürich FRITZSCHE CHRISTOPH/BÖSCH PETER/WIPF THOMAS, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl., Zürich 2011, S. 188 ff. Siehe auch die Hinweise bei BGE 134 III 341 S. 345.

34 Hinweise bei DUBEY JACQUES, la garantie de la disponibilité du terrain à bâtir – A propos des art. 15 al. 4 let. d et 15a LAT, in: ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/WALDMANN BERNHARD (Hrsg.), Revision Raumplanungsgesetz 2014, Paradigmenwechsel oder alter Wein in neuen Schläuchen?, Freiburg 2015, S. 199 f.

35 Art. 6A loi générale sur les zones de développement (LGZD) du 29 juin 1957 (RGS L I 35), zitiert nach DUBEY Fn. 34, 199 f. und dessen Fn. 67.

36 FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, S. 190 f.



Ein Fall von Baulandhortung? In Birrwil AG findet man unüberbautes, erschlossenes Gelände zwischen Häusern unweit des Bahnhofs. Foto: L. Bühlmann, VLP-ASPAN

Zu den Massnahmen, um Bauland verfügbar zu machen (Art. 15a RPG), gehören auch Massnahmen zum Ersetzen von Baubeschränkungen, die bislang verhinderten, dass bestimmte Flächen baulich genutzt wurden.

c. Ablösung durch Massnahme nach Artikel 15a RPG

Die Gemeinde hat auf dem Verhandlungsweg eine Ablösung der privaten Baubeschränkung anzustreben. Sie hat dem Berechtigten auf jeden Fall einen Gegenwert anzubieten, wenn ihm mit der Ablösung ein Schaden zugefügt wird. Denkbar sind Geldzahlungen, aber auch die Übernahme der Kosten für eine Wegverlegung oder weitere räumliche Massnahmen zugunsten des Privaten. Der Gegenwert soll aber nicht höher sein als der Verkehrswert, der ja bei einer Enteignung bezahlt werden müsste. Auch sollen keine Vorteile vereinbart werden, die mit der Aufhebung der Dienstbarkeit nichts zu tun haben.

Kann sich die Gemeinde oder der Kanton mit dem Privaten nicht einigen, können sie Massnahmen ergreifen, die der neue Artikel 15a Raumplanungsgesetz vorsieht. Artikel 15a RPG verpflichtet Kanton und Gemeinden, Massnahmen zur Förderung der Verfügbarkeit von Bauland vorzusehen und umzusetzen. Diese Massnahmen dienen der Bekämpfung der Baulandhortung und der verdichteten Bauweise. Mögliche Massnahmen sind, wie oben erwähnt, die Aufhebung oder Ablösung baubeschränkender Dienstbarkeiten, die Landumlegung oder als ultima ratio gar die Enteignung.

Eine Übersicht der Vereinigung für Landesplanung vom 12. September 2016³⁷ über die Gesetzesbestimmungen zur Baulandmobilisierung zeigt, dass die Gemeinden oft

³⁷ Siehe dazu VLP-ASPAN, Gesetzesbestimmungen zur Baulandmobilisierung (aufgeschaltet auf der Webpage www.vlp-aspan.ch > Themen > Baulandmobilisierung, Zugriff am 09.10.2016).



In Biel ermöglichte eine Bauland-Umlegung auf dem ehemaligen Gyax-Areal eine dichte Wohnbausiedlung mit erhöhter Ausnützung. Foto: A. Straumann, VLP-ASPAN

sehr allgemein «verpflichtet» werden, bei Einzonungen und Umzonungen die erforderlichen Massnahmen zur Gewährleistung der Verfügbarkeit des Bodens für den festgelegten Zonenzweck zu treffen; diese Pflichten müssen wohl auf Gemeindeebene noch konkretisiert werden. In den Gesetzen finden sich regelmässig Überbauungspflichten gekoppelt mit Kaufrechten der Gemeinden, allenfalls automatische Auszonungen und letztlich auch Enteignungen, wenn die Fristen nicht eingehalten werden. In den meisten Kantonen können die Gemeinden die Überbauung zudem vertraglich sichern.

d. Landumlegung

Die Baulandumlegung besteht insbesondere darin, dass ungünstig parzellierte Grundstücke durch Neuparzellierungen und Landabtausche geeignete Grundstücksformen für die Überbauung erhalten.³⁸

Im Rahmen von Landumlegungen können auch Baubeschränkungen gelöscht werden. Dies ist namentlich dort sinnvoll und auch

entschädigungsrechtlich nicht problematisch, wo mit der neuen Organisation der Parzellen nachbarrechtliche Nutzungen (Wegerecht; Weiderecht) beseitigt oder geklärt werden können.

Eine Landumlegung kann angeordnet werden, wenn sie in erheblichem Masse den Wohnungsbau fördert.³⁹ Als konkrete Massnahmen wird im «Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung»⁴⁰ die Verdichtungsumlegung erwähnt. Dieses Umlegungsgebiet kann auch Grundstücke umfassen, die aufgrund ihrer Form und Grösse für sich gesehen keiner Umlegung bedürften, im Hinblick auf eine grössere Areal- oder

38 AEMISEGGER/KISSLING, Praxiskommentar RPG, Art. 15a N. 48 mit weiteren Hinweisen.

39 AEMISEGGER/KISSLING, Praxiskommentar RPG, Art. 15a N. 49 mit Hinweisen auf Urteile des Bundesgerichts.

40 JEANNERAT ELOI, Art. 19 N. 23 ff., in: AEMISEGGER HEINZ/MOOR PIERRE/RUCH ALEXANDER/TSCHANNEN PIERRE (Hrsg.): Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich/Basel/Genf 2016.

Quartiersentwicklung sinnvollerweise jedoch in die Landumlegung einbezogen werden sollen.⁴¹

Ebenso kann im Rahmen der Sondernutzungsplanung eine Landumlegung erfolgen, in Verbindung mit einer Gebietserschliessung.⁴²

e. Gebietsverdichtung im Speziellen

Verdichten bedeutet mitunter auch, höher zu bauen und bestehende Bauten aufzustocken. Gewisse Eigentümer, die bisher wegen der Höhenbeschränkung nur wenige Stockwerke erstellt haben, werden die neuen Freiheiten nutzen und ihr Mehrfamilienhaus aufstocken oder eine Parzelle höher überbauen.

Vorschläge zur Regelung einer Gebietsverdichtung

§ 48 Abs. 2a PBG-ZG (Vernehmlassungsentwurf vom 31. Mai 2016)

«Die Gebietsverdichtung besteht im Zusammenlegen und Neuverteilen von Grundstücken, Grundstücksteilen und Miteigentumsanteilen sowie in der Aufhebung von Dienstbarkeiten und Baurechten zur Förderung der Neuüberbauung in Gebieten, welche: a. der kantonale Richtplan für die Verdichtung vorsieht; b. innerhalb einer ordentlichen Bebauungsplans liegen.»

§ 51 Abs. 2 PBG-ZG (Vernehmlassungsentwurf vom 31. Mai 2016)

«Die Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer des erfassten Gebietes haben je nach den Umständen Anspruch auf Belassung der bisherigen Eigentumsverhältnisse, auf Zuteilung eines neuen selbstständigen Grundstücks oder auf Zuteilung eines dem Wert ihres eingeworfenen Grundstücks entsprechenden Anteils am Gesamteigentum, Miteigentum oder Stockwerkeigentum.»

Ist ein Gebäude aber in Stockwerke aufgeteilt, kann ein einzelner Stockwerkeigentümer diese Absicht verhindern. Die Ergänzung eines Gebäudes mit zusätzlichen Einheiten bedarf nach den Bestimmungen des ZGB eines einstimmigen Beschlusses der Stockwerkeigentümer. Hat beispielsweise der Stockwerkeigentümer in der Attikawohnung kein Interesse an zusätzlichen Stockwerken über seinem Dach, kann er sich widersetzen und die Aufstockung scheitert.

Der Kanton Zug tritt diesem Problem mit einem neuen Instrument entgegen, das er «Gebietsverdichtung» nennt (vgl. Kasten «Vorschläge zur Regelung einer Gebietsverdichtung»). Diese Verdichtung folgt den Grundsätzen der Landumlegung. Danach gelten die Bestimmungen und Grundsätze der Landumlegung nicht allein für die flächenmässig ausgeschiedenen Grundstücke (Liegenschaften), sondern auch für vertikal gestaltete Eigentumsverhältnisse, wie sie im Stockwerkeigentum zum Ausdruck kommen. Damit kann sich der Eigentümer der obersten Stockwerkeinheit ebenso wenig gegen eine «Umlegung» wehren, wie der Eigentümer einer gewöhnlichen Liegenschaft oder eines Baurechts, das auf der Fläche steht. Man darf gespannt sein, wie diese Idee letztlich umgesetzt wird und ob sie auch wirklich funktioniert. Vielleicht ist sie gar eine Lösung der bekannten Probleme für sanierungsbedürftige Stockwerkeinheiten, wenn nicht alle Eigentümer mit einer Renovation einverstanden sind.

f. Enteignung im Notfall

Können sich die Gemeinde und der Eigentümer nicht einigen, ist die Parzelle aber zwingend Teil des Verdichtungsgebietes, kann auch eine Enteignung der Baubeschränkung eingeleitet werden.⁴³ Zu beachten ist dabei aber, dass die Ent-

41 AEMISEGGER/KISLING, Praxiskommentar RPG, Art. 15a N. 48 ff, insbes. N. 50 mit weiteren Hinweisen.

42 Im Kanton Zürich besteht eine gesetzliche Grundlage zur Landumlegung im Quartierplanverfahren (§ 123a PBG-ZH).

43 BGE 102 Ib 173 S. 175 E. 1.



Wenn die Ausnützungsziffer erhöht wird, können Eigentümer ihr Mehrfamilienhaus aufstocken – sofern privatrechtliche Höhenbeschränkungen sie nicht daran hindern. Foto: A. Straumann, VLP-ASPAN



Stockwerkeigentum kann Verdichtung erschweren, weil z.B. bei einer Aufstockung alle Eigentümer einverstanden sein müssen. Foto: Rudolf Muggli, VLP-ASPAN

eignung nur als allerletzte Möglichkeit (ultima ratio) angeordnet werden soll. Es braucht dazu ein besonderes öffentliches Interesse.

Auf jeden Fall muss der Kanton eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage schaffen. Die in den kantonalen Gesetzen vorgesehenen Massnahmen beziehen sich auf das ganze Grundstück oder Teile davon; das Ablösen von Dienstbarkeiten und anderen Beschränkungen, die verdichtetes Bauen behindern, werden nicht ausdrücklich erwähnt. Einzig der Entwurf des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Zug nennt als Mobilisierungsmassnahme die Beseitigung von Baubeschränkungen und Baurechten ausdrücklich (§ 48 E-PBG/ZG). Den Kantonen, welche die Beseitigung der Baubeschränkungen nicht ausdrücklich erwähnen, schadet dies jedoch nicht. Wenn das kantonale Recht die Enteignung des gesamten Grundstücks oder Teilen davon vorsieht, ist die Enteignung einer Dienstbarkeit, die ja ein beschränktes dingliches Recht ist, als mildere Massnahme mitzuenthalten.

3.3.3 Änderung der Planungsgrundlagen

Öffentlich-rechtliche Baubeschränkungen aus der Planung können beseitigt werden, wenn die Pläne geändert werden, etwa eine Parzelle aus der Wohnzone 1 der besser ausnutzbaren Wohnzone 3 zugeteilt wird. Dabei ist die Planbeständigkeit zu beachten. Sie besagt, dass Pläne angepasst werden können, wenn sich die Verhältnisse wesentlich geändert haben (Art. 21 Abs. 2 RPG).

Die Frage, wann wesentliche Veränderungen eingetreten sind, hängt von der demografischen Entwicklung, von Verhaltensänderungen, wirtschaftlichen Entwicklungen oder veränderten Verkehrsverhältnissen ab.⁴⁴ Gesetzesänderungen werden nur dazu gezählt, wenn die Nutzungsordnung an die Grundsätze des RPG

⁴⁴ TANQUEREL THIERRY, Art. 21 N. 38ff., in: AEMISEGGER HEINZ/MOOR PIERRE/RUCH ALEXANDER/TSCHANNEN PIERRE (Hrsg.): Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich/Basel/Genf 2016.



Für Nutzungspläne, die dem Raumplanungsrecht bzw. Zweitwohnungsgesetz widersprechen, gilt die Planbeständigkeit nicht. Foto: Sina Wild, WSL

angepasst werden soll.⁴⁵ Die Revision des RPG 2014 verlangt ja gerade eine Anpassung des Richtplans (Art. 38a RPG), die anschliessend zwingend in der Nutzungsplanung umgesetzt werden muss. Die bodenpolitischen Verhältnisse haben sich dermassen verändert, dass die Massnahmen zügig umgesetzt werden müssen. Der Planbeständigkeit kommt also weniger Gewicht zu. Diese Einschätzung deckt sich mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach für Pläne, die dem Raumplanungsrecht bzw. Zweitwohnungsgesetz widersprechen, die Planbeständigkeit nicht gilt.⁴⁶

3.4 Baubeschränkungen und Bewilligungsverfahren

3.4.1 Interessenabwägung

Im Baubewilligungsverfahren wird über die Zulässigkeit einer Baute entschieden. Dabei gilt es zwischen drei Interessen abzuwägen: dem pri-

vaten Interesse an der Überbauung, möglichen Interessen der Nachbarn an der Aussicht, und den Interessen der Öffentlichkeit an Verdichtung und weniger Bodenverbrauch.

Mit der Baubewilligung wird bestätigt, dass ein Bauprojekt den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen entspricht. Die Bewilligungsbehörde wird sich somit in erster Linie auf die Überprüfung dieser Bestimmungen konzentrieren. Ob sie sich auch mit den privaten Interessen und Anliegen der Nachbarn auseinandersetzt, bestimmt das kantonale Recht. Regelmässig wird die Beurteilung der nachbarlichen Anliegen dem Zivilrichter überlassen.⁴⁷ Die Baubewilligungsbehörde kann aber eine «vorprüfende» Interpretation der privatrechtlichen

45 Siehe dazu bereits BGE 114 Ia 32 E. 6 S. 33.

46 Siehe dazu Entscheid des Bundesgerichts vom 13. Januar 2016 (1C_568/2014, 1C_576/201), Gemeinde Mollens.

Dazu BLIND SONIA, Aminona-Türme sind rechtswidrig, in: VLP-ASPAN, INFORAUM Mai 2/2016, S. 15ff.

47 Umfassend MARTI, Baubewilligung, S. 465 ff.



In der Nutzungsplanung wird zwischen privaten und öffentlichen Interessen abgewogen – z.B. zwischen dem privaten Interesse an einer Überbauung und dem öffentlichen Interesse an weniger Kulturlandverlust. Foto: A. Straumann, VLP-ASPAN

Dienstbarkeit vornehmen.⁴⁸ Die Beurteilung der zivilrechtlichen Fragen darf dabei aber keine grossen Abklärungen erfordern.⁴⁹ Dass die Baubewilligungsbehörde eine Baubewilligung einzig deswegen nicht erteilt, weil private Interessen ihr entgegenstehen, ist unüblich.

3.4.2 Baubewilligung als Schranke

Im Baubewilligungsverfahren wird geprüft, ob das Projekt vor allem den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen entspricht. Ist dies der Fall, wird die Bewilligung erteilt; andernfalls wird das Gesuch abgelehnt oder unter Bedingungen und Auflagen bewilligt.

Die Bewilligung erklärt die Angaben im Baugesuchformular, in den Plänen und in den weiteren Beilagen (wie Ausnützungsberechnung, Parkplatzberechnung) als rechtskonform und erlaubt den Bau im Rahmen des Gesuches. Anpassungen oder Ergänzungen des Baus müssen erneut bewilligt werden.⁵⁰

Eine Behörde kann auf rechtskräftige Baubewilligungen ausnahmsweise zurückkommen, wenn sie fehlerhaft waren, weil seinerzeit der Sachverhalt falsch erhoben oder rechtlich falsch gewürdigt wurde oder weil die Verhältnisse sich seit dem Erlass geändert haben. Sie kann solche Bewilligungen wiedererwägen⁵¹ oder widerrufen⁵² und damit die Nutzung steigern. Sie kann die früher verfügten Bedingungen und Auflagen lockern oder anpassen.

48 So etwa GVP-Zug 2014, S. 80 ff.

49 Dazu FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, 255 mit weiteren Hinweisen.

50 HUSER, Baubeschränkungen, S. 200 f.

51 Zur Wiedererwägung im Allgemeinen: TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 N. 21 ff.; zu Wiedererwägungen von Baubewilligungen: GEBHARDT/MEYER/NERTZ/PIOLINO, S. 127 f.

52 Zum Widerruf allgemeine Allgemeinen TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 N. 19 ff. und im Zusammenhang mit Baubewilligungen: HÄNNI, S. 349 f.

4 Fazit

Das verdichtete Bauen ist darauf angewiesen, dass nur Baubeschränkungen bestehen, die verhindern, dass die Siedlung sich gegen aussen entwickelt und sich der Landbedarf vergrössert, obwohl noch Platz im Innern vorhanden wäre. Es bedarf der öffentlich-rechtlichen Baubeschränkungen, um die Bauentwicklung nach innen zu leiten.

Vor allem im bereits bebauten Gebiet finden sich viele Beschränkungen, die sich nachbarliche Grundeigentümer selber auferlegen und gegenseitig gelten lassen. Der Abbau dieser Schranken ist nicht immer einfach, sorgen sie doch mitunter für Wohnlichkeit, Ruhe, und Distanz. Öffentliche Interessen wie das Interesse an verdichtetem Bauen stehen aus privater Sicht nicht im Vordergrund, zumindest nicht beim selbstbewohnten Eigentum.

Können sich die Nachbareigentümer – was die Regel sein wird – nicht darauf einigen,

ob und wie die Baubeschränkungen beseitigt werden, muss der Staat handeln. Zu denken ist an planerische Massnahmen (Verdichtungsgebiete mit besonderen Bauvorschriften), Vereinbarungen im Sinne eines sanften Zwangs, Kaufrechte, letztlich aber auch die Enteignung von Grundstücken oder Rechten daran (Dienstbarkeiten).

Die öffentliche Hand muss eine aktive Bau- und Grundstückspolitik betreiben. Das Bundesgericht verlangt, dass der Staat nicht sofort zur Enteignung schreitet, sondern zunächst «mildere» Massnahmen prüft. Die öffentliche Hand kann die einer Verdichtung entgegenstehenden Baubeschränkungen ablösen, das heisst durch neue Massnahmen ersetzen, zum Beispiel ein Wegerecht örtlich verschieben oder Abstandsvorschriften verkleinern. So muss sie nicht Landflächen enteignen und anschliessend wieder auf den Markt bringen.

**Meinrad Huser**

Dr. iur., Inhaber der Firma Huser Bau- und Immobilienrecht (www.huser-baurecht.ch)

Meinrad Huser ist Lehrbeauftragter an der ETH Zürich für Sachenrecht, Kataster- und Geoinformationsrecht sowie Dozent für Recht an der FHNW und für Raumplanungs- und Umweltrecht am MSE der Schweizer Hochschulen. Er befasste sich als Leiter des Rechtsdienstes beim Bundesamt für Raumplanung, als Direktionssekretär des Baudepartements in Schwyz und zuletzt als Leiter des Grundbuch- und Vermessungsamtes des Kantons Zug mit den rechtlichen Fragen der Nutzung des Bodens. Intensiv analysierte er die «Bekanntgabe von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen» und folglich die Schnittstelle zwischen Grundbuch und dem Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen.

Impressum**RAUM & UMWELT, VLP-ASPAN**

Dossiers zur Raumentwicklung für Mitglieder der Schweizerischen Vereinigung für Landesplanung. Erscheinen viermal jährlich in deutscher und französischer Sprache.

Redaktion

Lukas Bühlmann, Direktor
Annemarie Straumann, Kommunikation

Fotos

VLP-ASPAN;
WSL

Titelfoto

Einfamilienhaus-Quartier in Le Locle NE (Foto: S. Wild, WSL)

Gestaltung

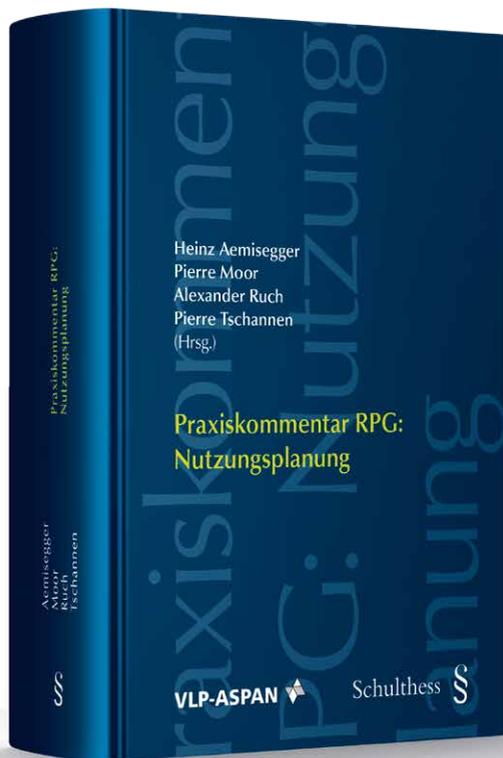
Ludwig Zeller

Druck

galledia ag, 9442 Berneck

Nachdruck von Texten und Bildern unter Angabe der Quelle erlaubt

Neuerscheinung Erste Kommentierung zur Nutzungsplanung nach revidiertem RPG



**Praxiskommentar RPG:
Nutzungsplanung**

Heinz Aemisegger
Pierre Moor
Alexander Ruch
Pierre Tschannen (Hrsg.)

Oktober 2016

Print

906 Seiten, gebunden
ISBN 978-3-7255-7075-1
CHF 198.00

PrintPlus

906 Seiten, PrintPlus
ISBN 978-3-7255-7616-6
CHF 228.00

Herausgeber:

Dr. iur. Dr. h.c. Heinz Aemisegger

Prof. Dr. iur. Pierre Moor

Prof. Dr. iur. Alexander Ruch

Prof. Dr. iur. Pierre Tschannen



Seit dem 1. Mai 2014 ist das revidierte Raumplanungsgesetz RPG in Kraft. Das Gesetz brachte einen Paradigmenwechsel: Statt der weiteren Ausdehnung der Siedlungen gilt es nun, Städte und Dörfer in ihrem Innern zu entwickeln. Vor allem die Gemeinden sind gefordert. Ihre Planung wird darüber entscheiden, ob die Umsetzung des RPG gelingt. Ihre Nutzungsplanung ist der Schlüssel zur Innenentwicklung. Der Praxiskommentar RPG ersetzt als Nachfolgewerk den Loseblatt-Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung. Der vorliegende erste Band erörtert

zentrale Rechtsfragen zur Nutzungsplanung. Die Schwerpunkte bilden der Mehrwertausgleich, die Anforderungen an Neueinzonungen, die Bauzonen-Dimensionierung und die damit verbundenen Rückzonungen, die Mobilisierung von Bauland, die Erschliessung von Bauland und deren Finanzierung sowie die neue, wegweisende Rolle der Bauland-Umlegung. Der Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung ist auch als PrintPlus erhältlich. Profitieren Sie als Zusatznutzen zum Buch von den uneingeschränkten Möglichkeiten eines E-Books auf Ihrem Computer oder iPad.



Schweizerische Vereinigung
für Landesplanung VLP-ASPAN
Sulgenrain 20
CH-3007 Bern

Tel. +41 31 380 76 76
info@vlp-aspan.ch
www.vlp-aspan.ch