



Foto: A. Frigerio

**RA lic. iur. Antonio Frigerio MAS RP ETHZ
Dr. Felix Huber Rechtsanwälte Zürich**

***Die Behandlung von öffentlich-rechtlichen und
privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen
zugunsten der Öffentlichkeit im Grundbuch***

Nach dem Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Zürich arbeitete Antonio Frigerio am Bezirksgericht Hinwil als juristischer Sekretär sowie als Vorsitzender der paritätischen Schlichtungsstelle für Mietsachen. In der Folge erlangte er das Anwaltspatent des Kantons Zürich und war danach als Gerichtsschreiber und Mitglied der Kanzleileitung am Baurekursgericht des Kantons Zürich tätig. Während dieser Zeit absolvierte er das Nachdiplomstudium in Raumplanung an der ETH Zürich. Seit 2007 ist er ausserdem Dozent für Umwelt-, Planungs- und Baurecht an der Hochschule für Technik in Rapperswil (HSR). Seit dem 1. März 2013 ist er als Anwalt in der Kanzlei Dr. Felix Huber Rechtsanwälte in Zürich tätig.

Kontakt:

RA lic. iur. Antonio Frigerio
Dr. Felix Huber Rechtsanwälte
Bellerivestrasse 10
8008 Zürich

Tel. 044 387 50 00
frigerio@hra.ch

Inhaltsverzeichnis

1	Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen.....	6
1.1	Allgemeines	6
1.2	Unmittelbare und mittelbare Eigentumsbeschränkungen.....	6
2	Eigentumsbeschränkungen zu Gunsten der Öffentlichkeit	8
2.1	Mittelbare Eigentumsbeschränkungen insbesondere Unterschutzstellungen.....	8
2.2	Gewillkürte Eigentumsbeschränkungen wie Wegrechte, Durchleitungsrechte etc. .	9
3	Vertragliche Lösungen im öffentlichen Recht, insbesondere im Raumplanungsrecht	12
3.1	Allgemeines	12
3.2	Form des Verwaltungsvertrages.....	14
3.3	Sicherung des Vertragsinhaltes.....	15
4	Errichtung von Personaldienstbarkeit zu Gunsten der Öffentlichkeit.....	16
4.1	Allgemeines	16
4.2	Unmittelbar öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung	16
4.3	Mittelbar öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung	17
4.4	Gewillkürte Eigentumsbeschränkungen zu Gunsten der Öffentlichkeit	18
4.5	Form des Dienstbarkeitsvertrages.....	19
5	Inhalt einer Dienstbarkeit zu Gunsten der Öffentlichkeit.....	23
5.1	Allgemeines	23
5.2	Aussenwirkung einer gebäudeinternen Nutzung.....	24
5.3	Aussenwirkung der baulichen Ausgestaltung des Gebäudeinnern	24
6	ÖREB-Kataster und Dienstbarkeiten zu Gunsten der Öffentlichkeit.....	27
6.1	Anmerkungen	27
6.2	Dienstbarkeit oder Anmerkung	29
6.3	Problematik im Zusammenhang mit Dienstbarkeiten	30
7	Exkurs: Raumplanungsrecht und rein privatrechtliche Dienstbarkeiten	33
7.1	Problematik.....	33
7.2	Lösungsansätze.....	33

1 Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen

1.1 Allgemeines

Gemäss Art. 26 der Bundesverfassung (BV) ist das Eigentum geschützt. Es handelt sich somit um ein verfassungsmässiges Grundrecht. Solche dienen gemäss traditionellem Verfassungsverständnis den einzelnen Bürgern dazu, unrechtmässige Eingriffe durch das Staatswesen abzuwehren. Unterschieden werden bei der Eigentumsgarantie drei verschiedene Aspekte, nämlich die Institutsgarantie, die Besitzstandsgarantie und die Wertgarantie. Das Eigentum wird dabei nicht absolut geschützt. Dies geht bereits aus Art. 26 Abs. 2 BV hervor, der besagt, dass Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, voll entschädigt werden.¹

Eingriffe in verfassungsmässig geschützte Grundrechte wie das Eigentum sind zulässig, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt werden. Diese werden in Art. 36 BV geregelt. Jeder Eingriff muss sich auf eine gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse stützen können. Sodann muss der Eingriff verhältnismässig sein. Dies bedeutet, dass eine Massnahme geeignet sein muss, den verfolgten Zweck zu erreichen. Die Massnahme muss überdies erforderlich sein, was erfüllt ist, wenn es keine mildere Massnahme gibt, die ebenfalls geeignet ist, den verfolgten Zweck zu erreichen. Schliesslich wird vorausgesetzt, dass die Massnahme verhältnismässig im engeren Sinne ist. Darunter wird verstanden, dass der Eingriffszweck und die Eingriffswirkung in einer ausgewogenen Relation zu einander stehen. Dies ist dann gegeben, wenn das verfolgte öffentliche Interesse das betroffene private Interesse überwiegt.²

1.2 Unmittelbare und mittelbare Eigentumsbeschränkungen

Das öffentliche Recht kennt unmittelbare und mittelbare öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen. Unmittelbare öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen umschreiben generell den Inhalt des Eigentums. Sie verpflichten den Grundeigentü-

¹ vgl. etwa Allgemeines Verwaltungsrecht, Ulrich Häfelin, Georg Müller, Felix Uhlmann, 5. Aufl., Zürich, 2006, Rz. 2036 ff.

² Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 2136

mer unmittelbar durch den Rechtssatz zu einem Dulden oder Unterlassen. Zu ihrer Wirksamkeit ist kein privater oder behördlicher Akt erforderlich und auch kein Eintrag im Grundbuch. Allein gestützt auf ihre Eigenschaft als gesetzliche Bestimmung entfalten sie die entsprechende Wirkung und haben eine Eigentumsbeschränkung zur Folge. Dies gilt vor allem für die Bestimmungen des gesamten öffentlich-rechtlichen Planungs- und Baurechts sowie für die übrigen Beschränkungen des Grundeigentums im Sinne von Art. 702 ZGB.³ Zu denken ist bei den öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen in erster Linie an die Nutzungs- und Bauvorschriften gemäss den jeweiligen kommunalen Bau- und Zonenordnungen.

Mittelbare öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen entfalten dagegen ihre Wirksamkeit erst dann, wenn sie im konkreten Fall durch die Behörden mittels Verwaltungsakt angeordnet werden. Der Rechtssatz selber beschränkt das Eigentum nur in abstrakt-virtueller Art.⁴ Mit andern Worten stellt der Rechtssatz die gesetzliche Grundlage dar, gestützt auf welche eine Eigentumsbeschränkung verfügt werden kann. Als klassischer Anwendungsfall kann § 203 Planungs- und Baugesetz (PBG) genannt werden. Diese Bestimmung stellt die gesetzliche Grundlage dar, mit welcher ein Objekt unter Schutz gestellt werden kann.

³ Heinz Rey, Berner Kommentar, N. 66 zu Art. 730

⁴ Heinz Rey, Berner Kommentar, N. 75 zu Art. 730

2 Eigentumsbeschränkungen zu Gunsten der Öffentlichkeit

2.1 Mittelbare Eigentumsbeschränkungen insbesondere Unterschutzstellungen

In § 203 PBG wird geregelt, welche Objekte als schützenswert eingestuft werden und deshalb zu erhalten sind. Im Wesentlichen handelt es sich dabei um unverdorbene Natur- und Kulturlandschaften sowie entsprechende Gewässer, samt Ufer und Bewachung, Aussichtslagen und Aussichtspunkte, Ortskerne, Quartiere, Strassen und Plätze, Gebäudegruppen, Gebäude und Teile sowie Zugehör von solchen, die als wichtige Zeugen einer politischen, wirtschaftlichen, sozialen oder baukünstlerischen Epoche erhaltenswürdig sind oder die Landschaften oder Siedlungen wesentlich mitprägen, samt der für ihre Wirkung wesentlichen Umgebung, vorgeschichtliche und geschichtliche Stätten und ortsgebundene Gegenstände sowie Gebiete von archäologischer Bedeutung, Naturdenkmäler und Heilquellen, wertvolle Park- und Gartenanlagen, Bäume, Baumbestände, Feldgehölze und Hecken, seltene oder vom Aussterben bedrohte Tiere und Pflanzen und die für ihre Erhaltung nötigen Lebensräume.

§ 203 PBG stellt somit die nach Art. 36 BV erforderliche gesetzliche Grundlage für die Eigentumsbeschränkung dar. Wie ausgeführt handelt es sich um eine mittelbar öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung. Ohne den entsprechenden Verwaltungsakt wird das Eigentum nicht beschränkt, selbst wenn es sich dabei um ein anerkanntes Schutzobjekt handeln sollte.⁵

Das PBG gibt auch vor, wie die Unterschutzstellung erfolgen soll. Nach § 205 PBG erfolgt der Schutz durch Massnahmen des Planungsrechts, Verordnung, insbesondere bei Schutzmassnahmen, die ein grösseres Gebiet erfassen, Verfügung oder Vertrag. Oft wird der Inhalt der Schutzmassnahmen zwischen dem Gemeinwesen und dem betroffenen Grundeigentümer auf dem Vertragswege einvernehmlich vereinbart. Den Inhalt des Vertrags lässt sich das Gemeinwesen in der Folge durch die Errich-

⁵ Allerdings führt die reine Aufnahme eines Objektes in ein Inventar de facto bereits zu einem Eingriff in das Eigentum.

tung einer Dienstbarkeit sichern. Die Errichtung einer Dienstbarkeit ist indessen keineswegs zwingend erforderlich. Die Eigentumsbeschränkung ist bereits durch den Erlass der entsprechenden Verfügung, bzw. durch die Genehmigung des entsprechenden verwaltungsrechtlichen Vertrages durch die zuständige Behörde gültig. Sie könnte ohne weiteres auch im Grundbuch bloss angemerkt werden.

2.2 Gewillkürte Eigentumsbeschränkungen wie Wegrechte, Durchleitungsrechte etc.

Eine Eigentumsbeschränkung kann in der Praxis auch aus anderen Gründen erfolgen. Man spricht bei solchen Dienstbarkeiten oft auch von Gemeindedienstbarkeiten. Die sog. Gemeindedienstbarkeiten zeichnen sich dadurch aus, dass das Gemeinwesen als Inhaber der Dienstbarkeit bzw. aus der Dienstbarkeit dinglich berechtigt ist, das Recht zur Ausübung der Dienstbarkeit aber den Gemeindeeinwohnern oder bestimmten Gemeindeeinwohnern (z.B. den Viehbesitzern bei einem Tränkerecht zu Gunsten der Gemeinde) oder der Allgemeinheit (z.B. bei Wegrechten zu Gunsten der Gemeinde) zusteht. Die Gemeindedienstbarkeiten werden in der Regel als Personaldienstbarkeiten (zu Gunsten einer bestimmten Gemeinde) begründet, können aber auch als Grunddienstbarkeiten (zu Gunsten eines Grundstücks im Eigentum einer Gemeinde) im Grundbuch eingetragen werden. Inhalt und Umfang einer Personaldienstbarkeit bestimmen sich nach den für die Grunddienstbarkeiten geltenden Regeln, wobei Ausgangspunkt der Grundbucheintrag ist.⁶

Oft werden solche Dienstbarkeiten auch im Zusammenhang mit Auflagen in einer baurechtlichen Bewilligung erfolgen. Auflagen gemäss § 321 PBG sind Anordnungen, die einen Bauherren zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen auffordern und durchgesetzt werden können.

Zuweilen findet sich beispielsweise in einer Baubewilligung eine Verpflichtung eines Bauherrn zur Erstellung eines Trottoirs oder Ausbau einer Strasse vor Baubeginn und auf eigene Kosten. Gleichzeitig lässt sich das Gemeinwesen in der Regel mittels der Errichtung einer Dienstbarkeit ein Wegrecht daran sichern. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn ein Bauwilliger eine baurechtliche Bewilligung mangels einer rechtsgenügenden Erschliessung nur unter der Suspensivbewilligung erhält, dass er

⁶ Sachenrecht - Entwicklungen 2012, Urs Fasel in njus.ch, Bern 2013, S. 95 mit Verweis auf Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, 400 11 380 vom 07.05.2012

auf eigene Kosten auf seinem Grundstück die Erschliessung erstellt und der Öffentlichkeit ein Wegrecht daran erteilt. Dieses Wegrecht soll im Rahmen einer Dienstbarkeit zu Gunsten der Öffentlichkeit gesichert werden. Durch die Verknüpfung der Erfüllung der Auflage vor Baubeginn stellt die Gemeinde sicher, dass der Private den Ausbau auch tatsächlich vornimmt.

Der Sinn einer solchen Lösung liegt auf der Hand. Gemäss Art. 22 des Raumplanungsgesetzes (RPG) darf eine baurechtliche Bewilligung nur erteilt werden, wenn das Baugrundstück in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht genügend erschlossen ist. Die genügende Zugänglichkeit eines Grundstücks wird dabei in § 237 PBG und den Zugangsnormen des Regierungsrates definiert. Genügt die bestehende Erschliessung nicht den Anforderungen, so kann - unter Vorbehalt der Zulässigkeit von Abweichungen in Ausnahmefällen - das betreffende Bauvorhaben nicht bewilligt werden. Die logische rechtliche Folge wäre die Einleitung eines Quartierplanverfahrens. Dies dient in einem solchen konkreten Anwendungsfall jedoch weder der Bauherrschaft noch dem Gemeinwesen. Das Gemeinwesen delegiert deshalb die Erstellungspflicht dem Bauherrn und sichert sich das entsprechende Wegrecht an der Erschliessungsanlage. Dadurch erreicht das Gemeinwesen, dass die Erschliessung den Anforderungen des öffentlichen Rechts gerecht wird. Gleichzeitig ermöglicht dies dem Bauherrn sein Vorhaben zu realisieren, ohne das oft langwierige Quartierplanverfahren abwarten zu müssen.

Da die Erschliessungspflicht grundsätzlich jedoch dem Gemeinwesen obliegt, kann der Ausbau der Erschliessung nicht ohne weiteres dem Privaten auftrageweise im Rahmen der Baubewilligung übertragen werden. Grundsätzlich setzt eine solche Lösung die Bereitschaft des Privaten voraus, die Erschliessung erstellen zu wollen (vgl. diesbezüglich auch Art. 19 Abs. 3 RPG, Erstellung der Erschliessung durch die Grundeigentümer, im Falle dass das Gemeinwesen seiner Erschliessungspflicht nicht nachkommt).

Solche Eigentumsbeschränkungen, bei denen ein Bauwilliger zum Ausbau einer Strasse verpflichtet wird, lassen sich nicht auf eine direkte gesetzliche Grundlage stützen. Das Gemeinwesen kann den Bauwilligen nicht rechtlich verbindlich verpflichten, die Strasse auszubauen. Die ungenügende Erschliessungssituation müsste grundsätzlich zur Verweigerung der baurechtlichen Bewilligung und zum Einleiten eines Quartierplanverfahrens führen. Es handelt sich somit nicht um eine mittelbare öffentlich-rechtliche Eigentumsbegrenzung zu Gunsten der Öffentlichkeit, die in Anwendung einer gesetzlichen Grundlage erfolgt, sondern im Sinne des Verhältnismäs-

sigkeitprinzips statuiert wird. Der Private übernimmt dabei eine Aufgabe des Gemeinwesens, welches jedoch dafür sorgt, dass die öffentlichen Interessen im gleichen Umfang gewahrt werden, wie wenn das Gemeinwesen selber die Aufgabe erfüllte. Dies ist aber nur mit dem Einverständnis des Privaten möglich. Mithin handelt es sich auch dabei um eine gegenseitige Vereinbarung, obwohl in der Regel kein schriftlicher Vertrag vorliegen wird. Eine solchermassen zustande gekommene Einschränkung des Eigentums könnte man auch als gewillkürte Eigentumsbeschränkungen bezeichnen.

3 Vertragliche Lösungen im öffentlichen Recht, insbesondere im Raumplanungsrecht

3.1 Allgemeines

Der Vereinbarung von Dienstbarkeiten zu Gunsten der Öffentlichkeit geht in der Regel ein verwaltungsrechtlicher Vertrag voraus. Verwaltungsrechtliche Verträge sind grundsätzlich zulässig und im Bereich der Raumplanung vielfach anzutreffen.^{7,8} Die Regelung von verwaltungsrechtlichen Rechten und Pflichten durch subordinationsrechtliche Verträge ist unter den folgenden zwei Voraussetzungen zulässig:

Erstens sieht ein Rechtssatz entweder diese Handlungsform vor, lässt dafür Raum oder schliesst sie nicht ausdrücklich aus. Eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung, welche den Abschluss eines solchen Vertrages ausdrücklich vorsieht, ist dagegen nicht erforderlich. Zweitens wird verlangt, dass der verwaltungsrechtliche Vertrag für die Erreichung des Gesetzeszwecks die geeignetere Handlungsform als die Verfügung ist, was dann der Fall ist, wenn das Gesetz nach seinem Sinn und Zweck der Konkretisierung durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag und nicht durch eine Verfügung bedarf.⁹

In Ausübung ihres Planungsermessens ist es einer Planungsbehörde gestattet, darüber zu befinden, ob ein planungsrechtlicher Vertrag das geeignete Mittel ist, ein anstehendes Problem zu lösen. Der Vertrag gehört dabei zu den ergänzenden Instrumenten der Raumplanung.¹⁰ Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage ist dann nicht erforderlich, wenn das Gemeinwesen öffentliche Interessen verfolgt und der Vertragsinhalt dem öffentlichen Recht nicht widerspricht¹¹.

⁷ Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1069 ff.

⁸ vgl. Alexander Ruch, Das Recht in der Raumplanung, Basel/Frankfurt a.M. 1997, S. 119 ff.

⁹ Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1071 ff.

¹⁰ Martin Lendi, Rechtliche Grundlagen, in ARL (Hrsg.), Methoden und Instrumente räumlicher Planung, Handbuch, Hannover 1998, S. 34

¹¹ Regierungsrat des Kantons Luzern in RRB vom 27.3.1992 (VLP-Entscheidungssammlung Nr. 413), vgl. auch BGE 105 Ia 207 ff., 103 Ia 505 ff.

Auch wenn für einen Vorgang die Verfügungsform zwingend vorgeschrieben ist, können die Parteien problemlos den Inhalt der Verfügung in einem Vertrag aushandeln. Die Verfügung mit dem vereinbarten Inhalt wird dann von der zuständigen Behörde erlassen. Im Wesentlichen können drei Einsatzmöglichkeiten der planungsrechtlichen Verträge unterschieden werden.¹² Erstens Planungsverträge, die im Gesetz als primäres Instrument vorgesehen sind und eine staatliche Massnahme daher nur in Betracht fällt, wenn die Vereinbarung nicht zustande kommt (z.B. Unterschutzstellungsverträge). Eine zweite Art von Planungsverträgen tritt als Alternative neben die einseitigen Instrumente des Gemeinwesens. Die Wahl zugunsten des Vertrages beruht häufig auf Überlegungen aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Ausarbeitung städtebaulicher Planungen wie etwa die Durchführung von Wettbewerben, gemeinsame Ausarbeitung eines Gestaltungsplanes). Zu einer dritten Kategorie sind Planungsverträge zu zählen, die Ersatzmassnahmen betreffen. Diese Verträge werden geschlossen, wenn die einseitige Regelung keine oder nur eine weniger zweckmässige Ordnung ermöglicht (z.B. superprivater Quartierplan). Die Praxis lässt beim Fehlen einer klaren gesetzlichen Regelung vertragliche Lösungen auch dann zu, wenn keine einseitigen Planungsmassnahmen zur Verfügung stehen. Werden im Rahmen solcher Verhandlungen die üblichen Schranken beachtet, ist ein solches Vorgehen zulässig.¹³

Der zulässige Inhalt eines solchen Vertrages wird durch das öffentliche Recht vorgegeben. Es können dabei keine Regelungen getroffen werden, die zwingend Gegenstand der Nutzungsplanung sein müssen oder die solche Bestimmungen aufheben. Was Inhalt einer Bau- und Zonenordnung zu sein hat, wird gestützt auf Art. 14 ff. RPG in den kantonalen Bau- und Planungsgesetzen, beispielsweise in §§ 45 ff. PBG, festgehalten. Solche Regelungen sind mit den passenden Instrumenten der Nutzungsplanung wie Gestaltungsplänen oder Sonderbauvorschriften (vgl. §§ 79 ff. PBG) zu treffen. Zulässig sind jedoch Verträge zur Vorbereitung von Massnahmen sowie zur Durchführung von Nutzungsplänen. Verträge zur Durchführung der Nutzungspläne können die Konkretisierung der Grundstücksnutzung, die Festlegung von

¹² vgl. zum Ganzen: Alexander Ruch, Das Recht in der Raumordnung, Basel/Frankfurt a.M. 1997, S. 185 ff.

¹³ Alexander Ruch, Kooperation und Konsens in der Raumplanung, in Festschrift für Martin Lendi, Zürich 1998, S. 442 f.

Ausgleichsflächen im Interesse von Natur- und Landschaftsschutz sowie die Deckung des Wohnbedarfs oder die Kostenverlegung betreffen.¹⁴

Verwaltungsrechtliche Verträge entstehen wie sämtliche Verträge durch die übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien. Die Vorschriften des Obligationenrechts (OR) finden analoge Anwendung.¹⁵ Der Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrags bedarf sodann der Genehmigung durch die zuständige Behörde. Im Falle von Unterschutzstellungsverträgen wird der Vertrag demnach genehmigt und dessen Inhalt in das Dispositiv des entsprechenden Verwaltungsakts aufgenommen. Dadurch wird auch gewährleistet, dass Dritte den Entscheid und damit den Vertrag anfechten können.

Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts enden verwaltungsrechtliche Verträge im Normalfall durch Erfüllung, durch Ablauf einer vereinbarten oder gesetzlich vorgesehenen Dauer (Befristung) oder infolge eines anderen Grundes, der zum Erlöschen des Vertrages führt. Ein solcher Grund kann etwa auch darin bestehen, dass die gesetzliche Grundlage des öffentlichen Rechts gestützt auf welche der Vertrag abgeschlossen wurde, bzw. welche zur Vereinbarung des Vertrages geführt hat, aufgehoben wird. Daneben können Verwaltungsverträge auch durch Kündigung, durch Auflösung infolge Fehlerhaftigkeit oder durch den Abschluss eines Aufhebungsvertrages aufgehoben werden.¹⁶

3.2 Form des Verwaltungsvertrages

Nach überwiegender Auffassung der Lehre ist Schriftlichkeit Gültigkeitsvoraussetzung des Verwaltungsvertrages.¹⁷ Dieser Meinung scheint sich auch die Rechtsprechung anzuschliessen.¹⁸ Ein Teil der Lehre betrachtet die Missachtung der Schriftform als Nichtigkeitsgrund.¹⁹ Gemäss Art. 11 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR) bedürfen Verträge zu ihrer Gültigkeit zwar nur dann einer besonderen Form, wenn

¹⁴ Alexander Ruch, Kooperation und Konsens in der Raumplanung, in Festschrift für Martin Lendi, Zürich 1998, S. 441, mit Beispielen

¹⁵ Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1102

¹⁶ Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1132 ff.

¹⁷ Frank Klein, Die Rechtsfolgen des fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Vertrags, Zürich 2003, S. 192

¹⁸ BEZ 2001 Nr. 46

¹⁹ Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1121

das Gesetz eine solche vorschreibt. Die Schriftlichkeit dient vorab der Rechtssicherheit und der Beweissicherung. Zudem ermöglicht sie eine Überprüfung des Vertragsinhaltes durch die Aufsichtsbehörde. Insbesondere führen aber praktische Überlegungen bei öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen zu Formvorschriften.²⁰ In Berücksichtigung der Bedeutung der Raumplanung als zukunftsgerichtetes Instrument, der beabsichtigten Dauerhaftigkeit der angestrebten vertraglichen Lösung sowie der Komplexität der zu treffenden Regelungen ist die Schriftlichkeit des Vertrages unbedingt zu fordern. Dafür spricht auch ein weiterer Grund. Unter Umständen kann auf privater Seite ein Dritter durch den Verkauf des Grundstückes in den Vertrag eintreten; die Schriftlichkeit des Vertrages erleichtert dies erheblich.

3.3 Sicherung des Vertragsinhaltes

Zur Sicherung solcher Verträge wählen die Parteien oft die Statuierung von Dienstbarkeiten zu Gunsten der Öffentlichkeit. Im Falle einer Unterschützstellung mittels Vertrag handelt es sich um einen Schutzvertrag gemäss § 205 PBG, bei der Herstellung einer rechtsgenügenden Erschliessung um einen Erschliessungsvertrag. Der Vorteil für das Gemeinwesen liegt dabei auf der Hand. Eine solche Absicherung ist zum einen gesetzesbeständig und zum andern stellt die Statuierung einer Dienstbarkeit sicher, dass der Inhalt so auch einem neuen Eigentümer überbunden wird. In der Gesetzesbeständigkeit liegt jedoch auch gerade die Problematik, da im öffentlichen Recht der Grundsatz der Gesetzesmässigkeit umfassend gilt. Das Gemeinwesen gelangt durch den Abschluss einer solchen Dienstbarkeit hinsichtlich von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen in den Genuss des privatrechtlichen Schutzes, der selbst dann noch seine Wirkung entfaltet, wenn die entsprechende öffentlich-rechtliche Grundlage ausser Kraft gesetzt wird.

²⁰ Frank Klein, Die Rechtsfolgen des fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Vertrags, Zürich 2003, S. 192

4 Errichtung von Personaldienstbarkeit zu Gunsten der Öffentlichkeit

4.1 Allgemeines

Bei einer Dienstbarkeit zu Gunsten der Öffentlichkeit handelt es sich in der Regel um eine Personaldienstbarkeit und damit wie bereits ausgeführt um eine Gemeindedienstbarkeit.

Die sog. Gemeindedienstbarkeiten im Sinne von Art. 781 ZGB sind privatrechtliche Dienstbarkeiten, auch wenn sie im Dienste öffentlicher Zwecke stehen oder dem Gemeingebrauch unterliegen. Überhaupt kann sich das Gemeinwesen auf den Boden des Privatrechtes stellen, um sich die Rechte zu erwerben, deren es zur Erfüllung öffentlicher Zwecke bedarf. Selbst wenn das Gemeinwesen die Expropriation durchführt, erwirbt es das Eigentum und eine Dienstbarkeit (Art. 5 EntG) als privatrechtliche Dienstbarkeit. Die Dienstbarkeit wird auch dann nicht zu einer öffentlich-rechtlichen Dienstbarkeit, wenn sie einem öffentlichen Zweck oder dem Gemeingebrauch gewidmet wird, so wenig wie diese Widmung eine dem Gemeinwesen gehörende Sache zum Gegenstand eines andersartigen, eines öffentlichen Eigentums macht. Ein Wegrecht als Dienstbarkeit des Gemeinwesens an privatem Grundstück kann dem Gemeingebrauch gewidmet werden.²¹

Im Zusammenhang mit der Errichtung einer Personaldienstbarkeit zu Gunsten der Öffentlichkeit und der Zulässigkeit muss unterschieden werden, auf welche Grundlage sich die Dienstbarkeit stützt, ob es sich um eine unmittelbar öffentlich-rechtliche, eine mittelbar öffentlich-rechtliche oder um eine gewillkürte Eigentumsbeschränkung handelt.

4.2 Unmittelbar öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung

Die Errichtung einer Personaldienstbarkeit zur Sicherung einer unmittelbar öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung ist widersinnig und widerspricht dem Grundsatz

²¹ Peter Liver, Die Grunddienstbarkeiten, ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2a/1, Zürich 1980, Einleitung Rz. 114

der Abänderlichkeit von Rechtsnormen und der Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht. Es besteht kein Interesse der Öffentlichkeit daran, den Inhalt von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, welche direkt aufgrund ihres Bestehens gelten zusätzlich mittels eines privatrechtlichen Instituts zu sichern. Gerade im Planungs- und Baurecht besteht der Grundsatz einer rollenden Planung. Dies bedeutet, dass die rechtlichen Bestimmungen grundsätzlich abänderbar sind. Eine Sicherung einer unmittelbar öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung ist somit systemfremd und unzulässig.

Dagegen kann solche zusätzliche Fixierung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung zugunsten eines Privaten Sinn machen.²² Dies kann insbesondere im Hinblick auf die Perpetuierung von kommunalen Bauvorschriften sinnvoll sein. In der Regel werden Bau- und Zonenordnungen alle 10 bis 15 Jahren einer Revision unterzogen. Dabei besteht gestützt auf das öffentliche Recht grundsätzlich kein Anspruch auf die Beibehaltung eines geltenden Zonenregimes. Ein Privater kann sich durch die Fixierung des Inhalts der Bau- und Zonenordnung mittels einer Dienstbarkeit die Vorteile einer bestehenden gesetzlichen Regelung für die Zukunft sichern.

4.3 Mittelbar öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung

Die Sicherung einer mittelbar öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung mittels einer Dienstbarkeit ist dagegen nicht per se unzulässig, auch wenn damit die Grenzen zwischen öffentlichem und privatem Recht verwischt werden. Gerade die Beispiele im Zusammenhang mit Unterschutzstellungen und der Errichtung von diesbezüglichen Dienstbarkeiten zu Gunsten der Öffentlichkeit zeigen auf, dass eine solche Vermischung in der Praxis ohne weiteres in Kauf genommen wird.

Im Zusammenhang mit Unterschutzstellungen stellt sich die Problematik der Perpetuierung der Eigentumsbeschränkung in einem geringeren Ausmass, da der dauernde Erhalt des Objekts anvisiert wird. Aktuell wird diese Problematik erst, sollte die zugrunde liegende öffentlich-rechtliche Bestimmung aufgehoben werden und das Gemeinwesen an der Dienstbarkeit festhalten.

Bei einem Fortbestehen der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung stellt sich diese Problematik jedoch nicht oder bloss in einem geringeren Ausmass. Dabei ist zu

²² vgl. dazu auch Heinz Rey, Berner Kommentar, N 67 ff. zu Art. 730

beachten, dass das Gemeinwesen die Eigentumsbeschränkung ohne weiteres gestützt auf die gesetzliche Grundlage verfügen könnte. Entscheiden sich die Parteien indessen für eine einvernehmliche Lösung, kann der Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrages und die Errichtung einer Dienstbarkeit als Bekräftigung der konsensualen Lösung betrachtet werden. Solche Dienstbarkeiten können als öffentlich-rechtliche Dienstbarkeiten bezeichnet werden, da es sich dabei um dem Eigentümer kraft öffentlich-rechtlicher Vorschrift durch Verwaltungsakt auferlegte Eigentumsbeschränkungen handelt. Sie bilden somit das öffentlich-rechtliche Gegenstück zu den Legalservituten des privaten Rechtes. Liver plädierte aber bereits dafür, dass diese Bezeichnung besser überhaupt fallen gelassen werden sollte, falls nicht alle mittelbar gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen des öffentlichen Rechtes in vager Analogie zu den Legalservituten des privaten Rechtes als öffentlich-rechtliche Dienstbarkeiten bezeichnet werden sollten.²³

4.4 Gewillkürte Eigentumsbeschränkungen zu Gunsten der Öffentlichkeit

Das Beispiel der Erstellung einer rechtsgenügenden Erschliessung durch einen Privaten unter Einräumung einer Dienstbarkeit zu Gunsten der Öffentlichkeit bzw. einer Gemeindedienstbarkeit im Zusammenhang mit der Realisierung eines Bauvorhabens zeigt auf, dass eine Eigentumsbeschränkung zu Gunsten der Öffentlichkeit auch aus anderen Gründen erfolgen kann, beispielsweise falls ein Grundeigentümer einer Eigentumsbeschränkung zustimmt, bzw. diese in Kauf nimmt. Hier handelt es sich um eine freiwillige, bzw. gewillkürte Eigentumsbeschränkung.

Die Eigentumsbeschränkung kann sich dabei nicht auf eine direkte gesetzliche Grundlage stützen. Es handelt sich dabei also auch nicht um eine mittelbar öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung. Dies könnte auf den ersten Blick als Verstoss gegen das Legalitätsprinzip gewertet werden. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass das Gemeinwesen die Eigentumsbeschränkung aufgrund der Rechtslage nicht ohne die Einleitung von weiteren rechtlichen Verfahrensschritten gegen den Willen des Belasteten durchsetzen kann. Zwar ist denkbar, dass das Gemeinwesen die rechtsgenügende Erschliessung selber realisiert. Dazu müsste aber ein Quartierplanverfahren durchgeführt werden. Mit andern Worten kann die Erstellung der Erschliessung und

²³ Peter Liver, Die Grunddienstbarkeiten, ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2a/1, Zürich 1980, Einleitung Rz. 115 ff.

die Einräumung einer entsprechenden Dienstbarkeit zu Gunsten der Öffentlichkeit nur deshalb verlangt werden, weil der private Bauherr dazu bereit ist, bzw. durch die äusseren Umstände dazu gedrängt wird. Im Gegensatz zu den beiden andern Fällen handelt es sich somit nicht um eine eigentliche öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung, sondern vielmehr um eine gewillkürte Eigentumsbeschränkung zu Gunsten der Öffentlichkeit, die sich letztlich nur auf eine privatrechtliche Vereinbarung stützt. Dass dabei das öffentliche Recht die Vorgaben für eine rechtsgenügende Erschliessung macht, spielt dabei keine Rolle, sondern ist lediglich Anlass dazu, eine Vereinbarung zu schliessen. Die Eigentumsbeschränkung stützt sich nur mittelbar auf öffentliches Recht und kann letztlich aufgrund der Rechtslage nur mittels der Errichtung einer Dienstbarkeit erreicht werden. Dabei werden allerdings die Grenzen zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht in einem erheblichen Ausmass verwischt. In einem eigentlichen Sinne handelt das Gemeinwesen im öffentlichen Interesse, bedient sich dabei jedoch mangels der entsprechenden gesetzlichen Grundlagen den Bestimmungen des Privatrechts.

4.5 Form des Dienstbarkeitsvertrages

Grundsätzlich bedarf das Rechtsgeschäft über Errichtung einer Grunddienstbarkeit zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 732 Abs. 1 ZGB). Die öffentliche Beurkundung ist gemäss Art. 781 Abs. 3 i.V.m. 732 Abs. 1 ZGB für alle Dienstbarkeiten Formvorschrift²⁴ und gilt auch für Personaldienstbarkeiten.

Bei der Eintragung einer Dienstbarkeit hat der Grundbuchverwalter neben seiner örtlichen und sachlichen Zuständigkeit zu prüfen, ob die Voraussetzungen für den grundbuchlichen Vollzug der Anmeldung erfüllt sind. Er hat dabei die Ordnungsmässigkeit der Grundbuchanmeldung, das Verfügungsrecht des Anmeldenden, den Rechtsgrund und die Eintragungsfähigkeit des Rechts zu prüfen. Hinsichtlich des Rechtsgrundes hat der Grundbuchverwalter zu prüfen, ob das beantragte Recht im Grundbuch eingetragen werden kann und ob der Rechtsgrund die für dessen Gültigkeit erforderliche Form erfüllt (Art. 965 Abs. 3 ZGB). Der Grundbuchverwalter hat seinen Entscheid auf Grund der Rechtslage des Zivil- und des öffentlichen Rechts zu fällen.²⁵

²⁴ Tarkan Göksu, Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Auflage, Zürich - Basel - Genf 2012, N. 4 zu Art. 732

²⁵ Jürg Schmid, a.a.O., S. 94

Die Grundbuchverordnung bietet als Ausführungsverordnung eine Hilfestellung an. Die Verordnung muss sich an den durch das Gesetz vorgegebenen Rahmen halten und darf der Regelung des Gesetzes, die sie näher ausführen soll, nicht zuwiderlaufen, soweit keine anderweitige ausdrückliche Delegation besteht. Sie kann verfahrensrechtliche und organisatorische Vorschriften aufstellen, im Gesetz verwendete Begriffe verdeutlichen und gegebenenfalls echte Lücken füllen. Das Immobiliarsachenrecht enthält keine Delegation an den Ordnungsgeber, hinsichtlich der für grundbuchliche Verfügungen erforderlichen Rechtsgrundaussweise verbindliche Vorschriften aufzustellen.²⁶

Dem beantragten Grundbucheintrag kann als Rechtsgrund ein gültiges Rechtsgeschäft, eine Gesetzesvorschrift, ein vollstreckbarer Gerichtsentscheid oder ein rechtskräftiger Verwaltungsakt zu Grunde liegen (vgl. Art. 64 ff. GBV). Im Rahmen des absoluten Eintragungsprinzips hat der Grundbuchverwalter zu prüfen, ob ein ihm eingereichter Vertrag des öffentlichen Rechts einen genügenden Rechtsgrund für die beantragte Rechtsänderung bildet oder ob ein in der Form der öffentlichen Beurkundung abgeschlossener Vertrag eingereicht werden muss bzw. ob eine Verwaltungsverfügung als Rechtsgrundaussweis genügt.²⁷ Sodann hat er zu prüfen, ob die erforderlichen Zustimmungen und Genehmigungen für dessen Vollzug vorliegen.²⁸ Wie bereits vorne unter Ziffer 3 ausgeführt, bedarf der Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrags der Genehmigung durch die zuständige Behörde. Bei einer mittelbar gesetzlichen Eigentumsbeschränkung, die mittels einer Dienstbarkeit gesichert werden soll, stellt der verwaltungsrechtliche Vertrag den Rechtsgrund und der nachfolgende Verwaltungsakt die erforderliche Genehmigung dar.

Der Zweck der öffentlichen Beurkundung wird grundsätzlich mit vier verschiedenen Elementen umschrieben: Schutz der Parteien vor unüberlegtem Handeln, Förderung der Klarheit des Rechtsgeschäftes, Beweissicherung sowie Herstellung einer zuverlässigen und vollständigen Grundlage für die Eintragung in das Grundbuch. Der öffentlich beurkundete Rechtsgrund vermittelt dem Erwerber überdies einen persönlichen Anspruch gegenüber dem Vertragspartner auf Eintragung in das Grundbuch sowie das Recht auf gerichtliche Zusprechung.²⁹ Das mit einer hohen Publizitätswir-

²⁶ Jürg Schmid, a.a.O., S. 94 ff. mit weiteren Hinweisen

²⁷ Jürg Schmid, a.a.O., S. 95

²⁸ Jürg Schmid, a.a.O., S. 94

²⁹ Jürg Schmid, a.a.O., S. 96 f. mit weiteren Hinweisen

kung ausgestaltete Grundbuch erfordert eine Rechtssicherheit im Grundstücksverkehr im Interesse der Allgemeinheit.³⁰

Hinsichtlich der Formpflicht des Rechtsgeschäftes zur Errichtung einer Dienstbarkeit zugunsten der Öffentlichkeit sind die mittelbar gesetzliche Eigentumsbeschränkung und die gewillkürte Eigentumsbeschränkung getrennt zu untersuchen. Zunächst ist auf den Fall einer mittelbar gesetzlichen Eigentumsbeschränkung einzugehen, welche durch eine Dienstbarkeit gesichert werden soll.

Art. 70 Abs. 1 GBV verweist für die Eintragung von Dienstbarkeiten und Grundlasten sinngemäss auf die für den Eigentumseintrag geltenden Art. 64 und 65 GBV und unterscheidet dabei bezüglich der hierfür einzureichenden Belege nicht, ob das Gesetz für die Errichtung der Dienstbarkeiten und Grundlasten eine öffentliche Beurkundung oder die Schriftform verlangt. Zu untersuchen ist, ob die Dienstbarkeit gestützt auf Art. 64 Abs. 1 lit. f oder g GBV eingetragen werden kann oder der Vertrag öffentlich beurkundet werden muss. Nach Art. 64 Abs. 1 lit. f GBV wird der Rechtsgrundausweis für die Eigentumsübertragung bei einem völkerrechtlichen Vertrag oder einem verwaltungsrechtlichen Vertrag zwischen öffentlich-rechtlichen Organisationen mit Rechtspersönlichkeit über die Übertragung von Grundstücken des Verwaltungsvermögens durch eine beglaubigte Kopie dieses Vertrags verlangt. Art. 64 Abs. 1 lit. f GBV entspricht der altrechtlichen Bestimmung in Art. 18 Abs. 1 lit. e aGBV. Der subordinationsrechtliche verwaltungsrechtliche Vertrag wurde von dieser Bestimmung nicht erfasst.³¹ Entsprechendes hat auch für Art. 64 Abs. 1 lit. f GBV zu gelten.

Gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. g GBV kann der Rechtsgrundnachweis auch durch eine rechtskräftige Verfügung einer Verwaltungsbehörde erbracht werden. Die Genehmigung des Abschlusses eines verwaltungsrechtlichen Vertrags durch die zuständige Behörde erfolgt in Verfügungsform. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine Verfügung im Sinne von Art. 64 Abs. 1 lit. g GBV. Insbesondere werden durch diese Verfügung keine neuen Rechte oder Pflichten geschaffen. Die Genehmigung des Vertrages stellt einzig sicher, dass sich die Behörde in einer gemäss öffentlichen Recht vorgesehenen Handlungsform verpflichtet und so ein Anfechtungsobjekt besteht, damit der Vertrag in öffentlich-rechtlicher Hinsicht durch Dritte angefochten werden

³⁰ Jürg Schmid, a.a.O., S. 97 mit weiteren Hinweisen

³¹ Jürg Schmid, Der öffentlich-rechtliche Vertrag oder die Verwaltungsverfügung als Rechtsgrundausweis für grundbuchliche Verfügungen, in Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts - Festschrift für Heinz Rey, Zürich 2003, S. 101

kann. Auf den Inhalt des Vertrages hat die in Verfügungsform gekleidete Genehmigung dagegen keinen Einfluss, weshalb sie als Rechtsgrund nicht in Frage kommt.

Damit kann die Dienstbarkeit weder gestützt auf Art. 70 i.V.m. Art. 64 Abs.1 lit. f GBV noch auf Art. 70 i.V.m. Art. 64 Abs.1 lit. g GBV eingetragen werden. Die Dienstbarkeit, mittels welcher eine mittelbar gesetzliche Eigentumsbeschränkung gesichert werden soll, unterscheidet sich vielmehr kaum von einer gewöhnlichen Dienstbarkeit. Der Rechtsgrund zur Errichtung der Dienstbarkeit ist der verwaltungsrechtliche Vertrag. Dieser unterscheidet sich zwar vom privatrechtlichen Vertrag durch das Subordinationsverhältnis, welches zwischen den Parteien besteht. Wird zur Sicherung des Inhalts des verwaltungsrechtlichen Vertrages jedoch auf ein Mittel des Privatrechts zurückgegriffen, so ist der verwaltungsrechtliche Vertrag wie ein privatrechtlicher Vertrag zu handhaben. Da die öffentliche Beurkundung eines Dienstbarkeitsvertrages insbesondere auch registerrechtlichen Zwecken dient, besteht kein Anlass dafür, für die Errichtung einer im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Vertrages vereinbarten Dienstbarkeit von der Formpflicht gemäss Art. 732 Abs. 1 ZGB bzw. Art. 781 Abs. 3 i.V.m Art. 732 Abs. 1 ZGB abzusehen. Dies rechtfertigt sich insbesondere auch deshalb, weil der dem verwaltungsrechtlichen Vertrag folgende staatliche Hoheitsakt in Form einer Verfügung oder eines Beschlusses lediglich eine Genehmigung des Vertrages darstellt, welcher keinerlei Einfluss auf die Ausgestaltung und den Inhalt der Dienstbarkeit hat (vgl. auch Art. 11 Abs. 1 OR und Ziffer 3.2 oben).

Im zweiten Anwendungsfall, der gewillkürten Eigentumsbeschränkung, unterscheidet sich die Rechtslage nicht von gewöhnlichen Dienstbarkeiten zwischen zwei privaten Parteien. Mangels einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage bedient sich das öffentliche Gemeinwesen des privatrechtlichen Institutes. Es stützt sich somit unmittelbar auf das Privatrecht. Entsprechend haben sich die Parteien auch an die geltenden Formvorschriften zu halten. Dies gilt auch dann, wenn der Vertrag ebenso nachträglich durch die zuständige Behörde genehmigt werden muss. Bezüglich der Genehmigung des Vertrages und deren rechtlicher Bedeutung kann auf die vorstehenden Ausführungen zu der mittelbar gesetzliche Eigentumsbeschränkung verwiesen werden.

5 Inhalt einer Dienstbarkeit zu Gunsten der Öffentlichkeit

5.1 Allgemeines

Bei den Dienstbarkeiten zu Gunsten der Öffentlichkeit handelt es sich zuweilen um sogenannte negative Dienstbarkeiten. Der Eigentümer eines belasteten Grundstücks verpflichtet sich durch eine negative Dienstbarkeit, gewisse Eigentumsrechte, die er ohne diese Dienstbarkeit ausüben darf, nicht auszuüben.³² Durch die Errichtung einer solchen Dienstbarkeit kann der Grundeigentümer nicht lediglich in seiner persönlichen Handlungsfreiheit eingeschränkt werden. Die Betätigung, die beschränkt werden soll, muss sich auf die Ausübung der Eigentumsrechte beziehen. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Betätigung den körperlichen Zustand, die äussere Erscheinung, den wirtschaftlichen oder sozialen Charakter des Grundstücks bestimmt und sie sich dadurch nach aussen unmittelbar oder mittelbar schädigend, belästigend oder störend auswirkt.³³ Liver hält denn auch fest, der Umstand, dass die Dienstbarkeit mit der Eigenart des dienenden Grundstückes im dargelegten Sinn verknüpft sein müsse, stehe auch für das ZGB fest und sei in der Botschaft, S. 72, auch betont. Dies ergebe sich daraus, dass dessen Eigentümer zu einem Dulden oder Unterlassen verpflichtet sei, denn nur was als Inhalt des Eigentums an diesem Grundstück denkbar sei, könne Inhalt der Grunddienstbarkeit sein. Auch wenn die Eigenart des dienenden Grundstückes im Sinne der Botschaft nicht in dessen natürlichen Eigenschaften zu bestehen braucht, sondern durch dessen Benutzungsweise bestimmt sein kann, ist doch erforderlich, dass sie im Zustand oder in der Eigenart des Grundstückes nach aussen in Erscheinung tritt. Nur das Interesse daran, dass das Grundstück in dieser seiner Eigenart nicht in bestimmter Hinsicht verändert wird, oder dass von ihm nicht schädigende, lästige oder störende Wirkungen ausgehen, kann Gegenstand der negativen Dienstbarkeit sein.³⁴

³² Heinz Rey, Berner Kommentar, N. 19 zu Art. 730 ZGB; Peter Liver, Zürcher Kommentar, N. 4 zu Art. 730 ZGB

³³ Rey, N. 85 zu Art. 730 ZGB; Liver, N 110 zu Art. 730 ZGB

³⁴ Peter Liver, Zürcher Kommentar, N. 113 zu Art. 730 ZGB

Die Frage der sogenannten Aussenwirkung stellt sich insbesondere im Zusammenhang mit Regelungen, welche die gebäudeinterne Nutzung oder auch die Unterschützstellung von Einrichtungen im Gebäudeinnern betreffen.

5.2 Aussenwirkung einer gebäudeinternen Nutzung

Zur Beurteilung, ob eine gewisse Nutzung eines Gebäudes mittels einer Dienstbarkeit gesichert werden kann, ist Folgendes zu beachten. Die Nutzung eines Gebäudes, obwohl sie in der Regel im Innern stattfindet, hat stets eine Aussenwirkung und bestimmt den wirtschaftlichen oder sozialen Charakter. Dabei ist mit Blick auf das öffentliche Recht zu berücksichtigen, dass gemäss § 309 lit. b PBG Nutzungsänderungen bei Räumlichkeiten und Flächen, denen baurechtliche Bedeutung zukommt, bewilligungspflichtig sind. Öffentlich-rechtlich ist es somit bedeutsam, ob eine Räumlichkeit zu Wohnzwecken oder als Büro genutzt wird. Oft sind damit räumlich relevante Auswirkungen verbunden, die den Charakter des Grundstücks beeinflussen. Zu denken ist an den unterschiedlichen Bedarf an Abstellplätzen oder den sozialen Charakter, der sich anders präsentiert, ob eine Räumlichkeit als Wohnung oder stilles Gewerbe genutzt wird. Dies ist selbst dann der Fall, wenn kein oder kein erheblicher Publikumsverkehr mit dem stillen Gewerbe verbunden ist. Im Hinblick darauf sollte es deshalb möglich sein, auch eine bestimmte Nutzung eines Gebäudes dienstbarkeitsrechtlich beispielsweise gestützt auf einen Gestaltungsplan auszuschliessen.³⁵ Die Regelung der Nutzung eines Gebäudes gehört dabei zu Massnahmen im Zusammenhang mit der Durchführung der Nutzungsplanung, was grundsätzlich zulässig ist.

5.3 Aussenwirkung der baulichen Ausgestaltung des Gebäudeinnern

Die Frage, ob auch das Gebäudeinnere mittels einer Dienstbarkeit gesichert werden kann, stellt sich im Zusammenhang mit der Unterschützstellung von Gebäuden und deren inneren Ausgestaltung. Soll das Gebäudeinnere mittels einer Gemeindedienstbarkeit geschützt werden, so stellt sich die Frage der Zulässigkeit einer Dienstbarkeit. Dazu folgende Beispiele:

³⁵ vgl. auch Peter Liver, Zürcher Kommentar, N. 137 ff. zu Art. 730 ZGB

- Der räumliche Aufbau des Wohnhauses auf beiden Geschossen, wie er durch Decken, Trag- und Trennwände gegeben ist, vorbehältlich in 5.1., lit. c) festgehaltener und gemäss 4.3., lit. c) möglicher Änderungen. Der ehemalige Weinkeller gehört ebenfalls in den Schutzzumfang. Der nordwestliche Anbau mit den Sanitär- und Abstellräumen beim Wohnhaus sowie der Schopfanbau bei der Scheune gehören nicht zum Schutzzumfang.
- Der räumliche Aufbau der Scheune, wie er durch ehemaligen Stall, Tenn und Heuraum gegeben ist, vorbehältlich in 5.1., lit. c), festgehaltener und gemäss 4.3., lit. c), möglicher Änderungen.
- Die Wand- und Deckenbekleidungen, die beiden Türen sowie der Kachelofen der Stube vorbehältlich in 5.1., lit. c), festgehaltener und gemäss 4.3., lit. c), möglicher Änderungen. Der Boden gehört nicht in den Schutzzumfang.
- Die Treppe samt Geländer zum Obergeschoss.

Diese Eigentumsbeschränkung zu Gunsten der Öffentlichkeit, welche in einem Unterschutzstellungsvertrag vereinbart worden war, wurde nicht als Dienstbarkeit, sondern als Anmerkung ins Grundbuch aufgenommen. Dies erfolgte mit der Begründung, dass der Erhalt der inneren Ausgestaltung eines Gebäudes nicht nach aussen in Erscheinung trete und damit auch nicht Gegenstand einer negativen Grunddienstbarkeit bilden könne.

Dieser Argumentation wird offenbar nicht überall gefolgt. In einem andern Beispiel wurde ein bestehender Unterschutzstellungsvertrag abgeändert. Gleichzeitig wurde auch die bestehende Personaldienstbarkeit zu Gunsten des Gemeinwesens abgeändert.

Das im Grundbuch eingetragene Veränderungsverbot () lautet:

Personaldienstbarkeit, Veränderungsverbot zugunsten () zulasten Kat.-Nr. (). Das Haus () auf dem Grundstück Kat.-Nr. (), Vers.-Nr. (), in () gilt als Schutzobjekt i.S.v. § 203 lit. c PBG. Geschützt sind die Fassaden mit Arkade, Schaufensteranlagen, Hauseingang mit Einfassung samt Relief und Haustüre, die Dachflächen mit Aufbauten, im Innern die konstruktive Gebäudestruktur (Decken, Stützen) und das Treppenhaus (Treppenläufe mit Geländer, Podeste). An den geschützten Teilen dürfen keine Änderungen vorgenommen werden, die ihren kunst- oder kulturhistorischen Charakter beeinträchtigen. Das Schutzobjekt ist ordnungsgemäss zu unterhalten. Die Erstellung zusätzlicher Bauten auf der Liegenschaft sowie die Volumenvergrösserung des Gebäudes sind ausgeschlossen.

Die zum Beschluss vorliegende Ergänzung des Dienstbarkeitsvertrags benennt die zulässigen, mit dem Schutzobjekt verträglichen baulichen Eingriffe (Punkte 1–3). Die weiteren Bestimmungen (Punkte 4 und 5) präzisieren den Schutzzumfang von 1991: Gegenüber der damals recht allgemeinen Formulierung werden nun die Einschränkungen im Dachbereich und in der Nutzung der Dachterrasse genannt und zum Schutz des Stadtbilds Materialvorschriften bei den Fenstern festgelegt. Die Ergänzung des Dienstbarkeitsvertrags zwischen der Eigentümerin und der () wurde am 10. März 2015 öffentlich beurkundet.

Im Dispositiv des entsprechenden Genehmigungsbeschlusses wurde angeordnet, dass die bestehende Personaldienstbarkeit wie folgt abzuändern sei:

2. Zwischen 2. und 3. Obergeschoss kann unter Rücksichtnahme auf die geschützte Bausubstanz ein Deckendurchbruch für ein Schwimmbecken mit einer Grösse von $2,90 \times 2,90$ m erstellt werden. Der Deckendurchbruch wird wieder geschlossen und die statische Hilfskonstruktion entfernt, wenn das Schwimmbecken nicht mehr genutzt wird.
3. Zur Verbindung der einzelnen Geschosse sind in Absprache mit der Denkmalpflege untergeordnete Erschliessungselemente (Treppen ohne Rolltreppen, Lift), die sich auf die dafür notwendige Grösse beschränken, möglich.
4. Zusätzliche sichtbare Dachaufbauten, auch nicht bewilligungspflichtige Aufbauten wie Sonnenschirme oder ähnliches, die im Zusammenhang mit einer Nutzung des Daches als Dachterrasse stehen, sind nicht gestattet.

Die Frage ist berechtigt, ob die innere Ausgestaltung eines Gebäudes Inhalt einer negativen Dienstbarkeit sein kann. Argumentiert werden könnte, dass ein Gebäude als Ganzes ein Schutzobjekt darstelle, so dass auch Veränderungen im Innern des Gebäudes den Schutzzumfang tangierten und die Bedeutung als Schutzobjekt beeinträchtigte, was dazu führe, dass sich der Charakter des Grundstückes insgesamt verändere. Folgte man dieser Argumentation, wäre eine solche Dienstbarkeit zulässig.

6 ÖREB-Kataster und Dienstbarkeiten zu Gunsten der Öffentlichkeit

6.1 Anmerkungen

Seit dem 1. Januar 2012 stehen die Bestimmungen im Immobiliarsachenrecht in Kraft, welche ein zeitgemässes Bodeninformationssystem gewährleisten sollen. Das Grundbuch soll sich durch vereinfachte Bereinigungsverfahren und durch neue Anmerkungen über öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen zu einem transparenten Bodeninformationssystem entwickeln³⁶.

Im Rahmen dieser Modernisierungsbestrebungen wurde auch der ÖREB-Kataster eingeführt. Das Geoinformationsrecht hat die Grundlagen für den Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen geschaffen (Art. 16-18 GeolG und ÖREBKV). Dieser Kataster zeigt die Nutzungsbeschränkungen des privaten Grundeigentums aus öffentlichem Recht auf. Er gibt Auskunft über generell konkrete Schranken, also Schranken, die alle Grundeigentümer grundstücksbezogen betreffen. Er stellt die Beschlüsse der öffentlichen Hand im Plan für das Grundbuch auf dem konkret betroffenen Grundstück dar.³⁷

Der ÖREB-Kataster verknüpft für das öffentliche Recht die Funktion des Grundbuchs (Beschreiben der Rechte und Pflichten) mit dem Plan für das Grundbuch (Darstellung der örtlichen Lage).

Für die Publikation weiterer öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen des kantonalen Rechts schaffen das Geoinformationsgesetz den ÖREB-Kataster und das revidierte ZGB die umfassende Anmerkungspflicht: Danach sind öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen generell konkreter Natur, die eine grössere Fläche und in der Regel mehrere Grundstücke betreffen, im allgemein zugänglichen Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen (ÖREB-Kataster) darzustellen (Art. 16 bis 18 GeolG). Eigentumsbeschränkungen individuell konkreter Natur, also von einer Behörde auf der Grundlage des öffentlichen Rechts verfügte Eigentumsbeschränkungen im Einzelfall, sind im Grundbuch anzumerken, sofern sie von dauern-

³⁶ Meinrad Huser, Modernisierung des Immobiliarsachenrechts, S. 56

³⁷ Meinrad Huser, Modernisierung des Immobiliarsachenrechts, S. 57

der Wirkung sind (Art. 962 ZGB).³⁸

Die Anmerkung dient dazu, privat- und öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse offenkundig zu machen. Den Anmerkungen kommt keine konstitutive Wirkung zu, sie geben nur wieder, was ohnehin schon gilt.³⁹

Angemerkt werden müssen nach Art. 962 Abs. 1 ZGB öffentlich-rechtlich verfügte Eigentumsbeschränkungen, welche dem Eigentümer eine dauerhafte Nutzungs- oder Verfügungsbeschränkung oder grundstückbezogene Pflicht auferlegen, da deren Zahl und damit das Bedürfnis nach Information stetig steigen. Art. 16-18 GeolG regelt das Kataster öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen, die nach den Vorschriften des ZGB nicht im Grundbuch angemerkt werden. Nicht angemerkt werden müssen Eigentumsbeschränkungen, die sich direkt aus dem Gesetz ergeben (und damit als bekannt vorausgesetzt werden dürfen; z.B. Gebäude- und Grenzabstände). Gestützt auf Art. 962 Abs. 3 ZGB hat der Bundesrat in der GBV festgelegt, in welchen kantonalen Rechtsgebieten Eigentumsbeschränkungen im Grundbuch angemerkt werden müssen (vgl. Art. 129 Abs. 1 GBV).⁴⁰

Die Pflicht zur Anmerkung von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen findet sich auch in den Bestimmungen von verschiedenen Gesetzen, wie beispielsweise der Zweitwohnungsverordnung (Art. 6 ZWV) oder dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (Art. 86 BGBB). Im Planungs- und Baugesetz war die Möglichkeit einer Anmerkung vorgesehen (§ 105 Leitungsbaurecht, § 173 späterer QP-Einkauf, § 208 Unterschutzstellungen, § 224 Gemeinschaftswerke, Nebenbestimmungen § 321 PBG). Nach Art. 129 Abs. 1 GBV sind die von einem Träger einer öffentlichen Aufgabe gestützt auf die kantonale Gesetzgebung durch Verwaltungsverfügung oder durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag für ein einzelnes Grundstück angeordneten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung mit länger dauernder Wirkung im Grundbuch an zu merken, wenn sie die folgenden Rechtsgebiete betrifft: 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

³⁸ Meinrad Huser, Modernisierung des Immobiliarsachenrechts, S. 58

³⁹ vgl. etwa Vito Roberto, Stephanie Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Stämpfli-Skripten, 4. Auflage, Bern, S. 422

⁴⁰ vgl. etwa Vito Roberto, Stephanie Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Stämpfli-Skripten, 4. Auflage, Bern, S. 423

Vermessung, Baugesetzgebung, Enteignungsrecht.

Die Kantone können Anmerkungen aus weiteren Rechtsgebieten vorsehen (Art. 129 Abs. 3 GBV). Im Kanton Zürich wird in § 2 der Verordnung über den Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen (KÖREBKV) der Inhalt des Katasters gemäss Art. 16 Abs. 3 des Bundesgesetzes über Geoinformation und die in Anhang 2 der KGeoIV4 als Gegenstand des Katasters bezeichneten eigentümergebundenen Geobasisdaten definiert.

6.2 Dienstbarkeit oder Anmerkung

Schon vor der Modernisierung des Bodeninformationssystems stellte sich die Frage, weshalb eine Eigentumsbeschränkung zu Gunsten der Öffentlichkeit als Dienstbarkeit ausgestaltet werden sollte, die als Eigentumsbeschränkung auch als Anmerkung eingetragen werden könnte und unabhängig vom Eintrag im Grundbuch Geltung beanspruchen kann, zumal eine Dienstbarkeit erst durch den konstitutiven Eintrag im Grundbuch ihre Wirksamkeit erlangt. Es stellt sich die Frage nach dem Sinn einer zusätzlichen Belastung eines Grundstücks mit einer Dienstbarkeit zu Gunsten der Öffentlichkeit.

Im Falle der gewillkürten Eigentumsbeschränkung liegt die Antwort auf der Hand. Die Eigentumsbeschränkung kann mangels einer gesetzlichen Grundlage im konkreten Fall nicht verfügt werden. Der Grundeigentümer wiederum erhält eine Bevorzugung, bzw. es wird ihm ein Recht gewährt, das ihm gestützt auf die Rechtslage nicht zusteht. Dies wird ihm aber nur unter Eingehung der entsprechenden Konsequenzen zuerkannt. Die Begründung einer Dienstbarkeit stellt somit die Gegenleistung für eine Bevorzugung dar, die dem Grundeigentümer nach öffentlichem Recht nicht zustünde.

Die Sicherung einer mittelbaren öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung mittels einer Dienstbarkeit stellt dagegen einen Widerspruch zum System dar. Allenfalls kann sie als Relikt einer Zeit angesehen werden, als es noch an den entsprechenden gesetzlichen Grundlagen mangelte, um die entsprechende öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung zu statuieren und manifestiert sich damit eigentlich als Beibehaltung der Praxis, die im Zusammenhang mit einer gewillkürten Eigentumsbeschränkung entstand. Die Sicherung einer mittelbaren öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung mit einer Dienstbarkeit kann aber auch als ausdrückliche Bekräftigung einer einvernehmlichen Lösung betrachtet werden. Aufgrund der mittlerweile

umfassenden Anmerkungspflicht von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen erscheint eine Regelung einer Dienstbarkeit zugunsten der Öffentlichkeit indes nicht mehr als opportun. Insbesondere kann auch nicht mit der Rechtssicherheit und der Publizität argumentiert werden. Dem wird durch den Eintrag im ÖREB-Kataster genügend Rechnung getragen.

6.3 Problematik im Zusammenhang mit Dienstbarkeiten

Die Regelung einer mittelbaren öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung mittels einer Dienstbarkeit hat für den betroffenen Eigentümer keine Vorzüge. Für das beteiligte Gemeinwesen besteht dagegen der Vorteil, dass die Eigentumsbeschränkung dauerhaft wird. Fällt im Rahmen einer Gesetzesrevision die gesetzliche Grundlage für die Eigentumsbeschränkung weg, so bleibt die darauf gestützte und mittels einer Dienstbarkeit gesicherte Eigentumsbeschränkung weiter bestehen und kann nur nach den Regeln des ZGB wieder aufgehoben werden. Dagegen fiele eine lediglich angemerkte Dienstbarkeit bei Aufhebung der gesetzlichen Grundlage ohne weiteres dahin. Mit dem im öffentlichen Recht umfassende Geltung beanspruchenden Gesetzmässigkeitsprinzips (vgl. Art. 5 BV) ist die Berufung auf eine Dienstbarkeit zu Gunsten der Öffentlichkeit durch das Gemeinwesen nach der erfolgten Aufhebung der zugrundeliegenden gesetzlichen Grundlage an sich nicht vereinbar.

Mit Peter Baumberger ist im Zusammenhang mit Schutzmassnahmen zudem Folgendes zu beachten: Nach seiner Auffassung seien die Umkehrbarkeit von Denkmalschutzmassnahmen und die Zulässigkeit baulicher Weiterentwicklung von grundlegender Bedeutung. Auch im Rahmen von Schutzverfügungen oder Schutzverträgen sei solchen Änderungs- und Ergänzungsvorbehalten Rechnung zu tragen. Dies gelte auch für spätere Baubewilligungsverfahren im Hinblick auf geänderte Nutzungsvorgaben, welche nicht einfach unter Hinweis auf eine einmal getroffene Unterschutzstellung abgelehnt werden dürften. Damit dies möglich bleibt, solle daher (auch im Rahmen vertraglicher Unterschutzstellungen) auf die Eintragung von Personaldienstbarkeiten zugunsten der Öffentlichkeit verzichtet werden. Stattdessen sei entsprechend dem öffentlichen Denkmalschutzrecht auch mit öffentlich-rechtlichen Mitteln zu arbeiten. Mit anderen Worten seien im Grundbuch statt Dienstbarkeiten öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen anzumerken, welche sich auf den In-

halt einer Schutzverfügung oder auf einen Schutzvertrag bezögen.⁴¹ Diesen Ausführungen ist zuzustimmen.

Bei all den theoretischen Überlegungen darf aber nicht ausser Acht gelassen werden, dass allein schon der Umstand einer verfükten Eigentumsbeschränkung durch das Gemeinwesen das Eigentumsrecht des Betroffenen in erheblichem Masse beeinträchtigt. Ob diese nun zusätzlich mit einer Gemeindedienstbarkeit gesichert oder lediglich als Anmerkung im Grundbuch erwähnt wird, dürfte letztlich zum Zeitpunkt der Eigentumsbeschränkung für den Betroffenen kaum von Bedeutung sein. Gewicht erlangt diese Problematik jedoch im Zusammenhang mit der Perpetuierung der Eigentumsbeschränkung, insbesondere im Hinblick auf eine allfällige Gesetzesrevision.

Ein weiterer Aspekt der Problematik der Sicherung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung ist im Zusammenhang mit dem Doppelaufwurf bei der Zwangsverwertung zu sehen. Gemäss dem Prinzip des Doppelaufwurfs werden Grundstücke bei der Versteigerung einmal mit und einmal ohne die nachgehende Last aufgerufen (Art. 142 Abs. 1 SchKG). Der Doppelaufwurf soll den Grundpfandgläubiger davor schützen, dass seine pfandrechtliche Sicherheit durch den Schuldner nachträglich geschmälert wird. Ein Doppelaufwurf findet aber nur statt, falls das zu verwertende Grundstück ohne Zustimmung des vorgehenden Grundpfandgläubigers belastet wurde und dieser den Doppelaufwurf binnen zehn Tagen (Verwirkungsfrist) seit Mitteilung des Lastenverzeichnisses ausdrücklich verlangt.⁴²

Gerade im Zusammenhang mit einer Unterschützstellung als dauerhafte Sicherungsmassnahme zum Erhalt eines Gebäudes ist die Aufhebung einer Dienstbarkeit zugunsten der Öffentlichkeit im Rahmen eines Doppelaufwurfs nicht erwünscht. Dies kann aber nicht dazu führen, dass deswegen ein Doppelaufwurf nicht zulässig wäre, mit der möglichen Folge, dass die Dienstbarkeit aufgehoben würde.

Dies zeigt aber auf, dass die Sicherung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung mit dem privatrechtlichen Institut einer Dienstbarkeit nicht opportun ist. Befürworter der Sicherung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung mittels einer Dienstbarkeit würden diesem Argument wohl entgegenhalten, dass eine

⁴¹ Peter Baumberger, Privates Eigentum und Denkmalschutz – Hinweise für Gesetzgebung und Praxis, in PBG 2015/2 S. 5

⁴² Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Jolanta Kren Kostkiewicz, 2., vollständig überarbeitete und aktualisierte Auflage, Zürich 2014, N. 860.

solche Dienstbarkeit im Rahmen eines Doppelaufrufs keine Folgen auf den zu erzielenden Erlös habe, da die im Zusammenhang mit einer Unterschützstellung stehende Eigentumsbeschränkung Kraft des öffentlichen Rechts bestehe. Dieses Argument vermag aber nichts zur Lösung der grundsätzlichen Problematik beitragen, sondern muss um so mehr als weiterer Hinweis gewertet werden, dass die Errichtung einer Dienstbarkeit im Zusammenhang mit einer Unterschützstellung dogmatisch den falschen Weg darstellt und vielmehr die Anmerkung einer entsprechenden öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung ausreichend ist.

7 Exkurs: Raumplanungsrecht und rein privatrechtliche Dienstbarkeiten

7.1 Problematik

Es existiert in der Praxis eine grosse Anzahl von Dienstbarkeiten zu Gunsten von Privaten, die mit den Grundsätzen der angestrebten räumlichen Entwicklung und der Raumplanungszielen nicht im Einklang stehen. Zu denken ist an Aussichtsservitute, Höhenbeschränkungen oder privatrechtliche Überbauungsvorschriften. Diese stehen insbesondere dem Bestreben einer Verdichtung nach innen im Wege. Öffentlich-rechtlich vorgesehene Verdichtungsmöglichkeiten können nicht konsumiert werden, da privatrechtliche Regelungen dies verhindern. Die mehrfach durch den Souverän im Rahmen der jüngsten RPG-Revisionen bestätigten und durch die jeweilige BZO bekräftigten baulichen Entwicklungsziele können so nicht umgesetzt werden. Die von den ursprünglichen Grundeigentümern beabsichtigte Aufrechterhaltung der Baubeschränkungen steht damit der beabsichtigten räumlichen Entwicklung entgegen. Im Sinne einer Gewichtung der öffentlichen Interessen müssten sie deshalb aufgehoben werden. Dass die berechtigten Grundeigentümer im Sinne des Allgemeinwohls auf ihre Berechtigung freiwillig verzichten, kann nicht vorausgesetzt werden. Auch kann von nicht einer Aufhebung der Dienstbarkeit nach den privatrechtlichen Bestimmungen ausgegangen werden.

7.2 Lösungsansätze

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass das Quartierplanrecht in § 139 PBG allenfalls eine Lösung anbietet. Zweck eines Quartierplanverfahrens ist es, im erfassten Gebiet eine der planungs- und baurechtlichen Ordnung entsprechende Nutzung zu ermöglichen. Stehen der angestrebten baulichen Entwicklung demnach privatrechtliche mittels Dienstbarkeiten gesicherte Überbauungsvorschriften entgegen, erweist sich das Gebiet als quartierplanbedürftig, auch wenn das Gebiet grundsätzlich insbesondere strassenmässig als ausreichend erschlossen betrachtet werden kann. Dennoch könnte ein Quartierplanverfahren eingeleitet werden, dessen Ziel es ist, die fraglichen Dienstbarkeiten aufzuheben.

Nach § 139 PBG ist im Zusammenhang mit der Zuteilung von Flächen die nach den Abzügen verbleibende Gesamtfläche so zuzuteilen, dass die Grundeigentümer nach Möglichkeit geeignete Parzellen in gleichwertiger Lage und im Verhältnis zur Fläche ihres Altbestands unter Berücksichtigung der Wertunterschiede erhalten; dabei können nötigenfalls gesetzliche Eigentumsbeschränkungen des privaten Rechts, Dienstbarkeiten, Grundlasten oder vorgemerkte persönliche Rechte aufgehoben, geändert oder begründet werden. § 145 PBG sieht einen Geldausgleich für die Aufhebung von Dienstbarkeiten vor. Eine Aufhebung solcher Dienstbarkeiten sollte demnach gestützt auf § 139 PBG möglich sein, selbst wenn dabei keine Neuzuteilungen oder Flächenumlegungen verbunden sind. Allerdings könnten die Grundeigentümer grundsätzlich jederzeit neue Dienstbarkeiten abschliessen. In diesem Zusammenhang bestehen eine grosse Anzahl von unklaren Problemstellungen und Fragen, die jedoch in Zukunft zu lösen sein werden. Gefordert sein wird dabei in erster Linie der Gesetzgeber, der die entsprechenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zu erlassen hätte, wonach privatrechtliche Bestimmungen nicht die öffentlich-rechtlichen Ausnutzungsmöglichkeiten unterschreiten dürften.

Art. 3 Abs. 3 lit. a^{bis} RPG fordert von den Kantonen, dass Massnahmen getroffen werden zur besseren Nutzung der brachliegenden oder ungenügend genutzten Flächen in Bauzonen und der Möglichkeiten zur Verdichtung der Siedlungsfläche. Gestützt auf diesen Planungsgrundsatz werden die Kantone dieses Problem zu lösen haben. Eine entsprechende Regelung findet sich auch in Art. 15a Abs. 1 RPG. Danach treffen die Kantone in Zusammenarbeit mit den Gemeinden die Massnahmen, die notwendig sind, um die Bauzonen ihrer Bestimmung zuzuführen, insbesondere bodenrechtliche Massnahmen wie Landumlegungen. Diese Bestimmung wird zwar vor allem ihre Wirkung mit Bezug auf sog. gehortetes Bauland entwickeln. Im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 3 lit. a^{bis} RPG stellt sie aber auch eine gesetzliche Grundlage dar, um Massnahmen anzuordnen, damit die Bauzonen zonengemäss überbaut werden und die Überbauungen dem Prinzip des haushälterischen Umgangs mit dem Boden entsprechen. Die Zukunft wird es zeigen, welche Massnahmen aus öffentlich-rechtlicher Sicht getroffen werden, um mit privatrechtlichen Regelungen umzugehen, die dem Grundsatz einer Verdichtung nach innen und damit dem haushälterischen Umgang mit dem Boden entgegenstehen.

17. Mai 2016