

# BAU- UND IMMOBILIENRECHT

AKTUELLE THEMEN – KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE

DEZEMBER 2018/JANUAR 2019  
NEWSLETTER 01



## Liebe Leserin, lieber Leser

Zum 1. November trat in Zürich ein Teil der revidierten Bau- und Zonenordnung in Kraft. Deren wichtigste Neuerungen werden in unserem ersten Beitrag genauer beleuchtet, ebenso, welche Ziele damit verfolgt werden. Ab Seite 4 dreht sich alles um Dienstbarkeiten und damit zusammenhängende rechtliche Fallstricke. Anschaulich gemacht wird diese Problematik durch zahlreiche aus der Praxis kommende Beispiele. Ebenso praxisbezogen geht es ab Seite 7 weiter hinsichtlich

Kündigungen wegen Zahlungsverzugs mit Fragen wie etwa: Kulanz gegenüber säumigen Zahlern? Zuwarten mit der Kündigung? Und schliesslich befasst sich unser letzter Beitrag ab Seite 9 mit dem Gestaltungsplan nach dem Recht in Aargau. Wie ist etwa mit den äusserst anspruchsvollen Interessenabwägungen zu verfahren?

Wir wünschen Ihnen frohe Festtage und ein erfolgreiches Neues Jahr.

Junes Babay, Redaktor

## IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema:  
Neue Bau- und Zonenordnung  
in der Stadt Zürich Seite 1
- Best Practice: Mögliche  
und unmögliche Inhalte  
eines Dienstbarkeitsvertrags Seite 4
- Best Practice:  
Kündigung  
wegen Zahlungsverzugs Seite 7
- Arbeitshilfe: Der Gestaltungsplan  
nach aargauischem Recht –  
einige Grundlagen Seite 9

## Neue Bau- und Zonenordnung in der Stadt Zürich

Per 1. November 2018 wurde in der Stadt Zürich ein Teil der revidierten Bau- und Zonenordnung in Kraft gesetzt. Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über die wichtigsten Anpassungen und beleuchtet einzelne Bereiche etwas näher.

■ Von Dr. Christoph Nater, LL.M. und Manuela Fuchs, MLaw

### Bau- und Zonenordnung – was ist das?

Mit der kommunalen Bau- und Zonenordnung («BZO»), die für den bauwilligen Eigentümer einer Liegenschaft direkt anwendbar ist, wird die zulässige Bau- und Nutzweise der Grundstücke geregelt, soweit diese nicht durch eidgenössisches oder kantonales Recht bestimmt ist.

### PRAXISBEISPIEL

So werden beispielsweise die zulässige Gebäudehöhe oder die Abstandsvorschriften in einem Quartier sowie die zulässige Fassadengestaltung in der Kernzone geregelt.



Die BZO besteht aus einem Textteil, der Bauordnung und einer dazugehörigen Karte, dem Zonenplan.

### ► Die Richtplanung

Zu unterscheiden ist die Richt- und die Nutzungsplanung: Die Richtplanung hält die Grundzüge der angestrebten räumlichen Entwicklung fest und koordiniert alle räumlich relevanten Tätigkeiten. Es gibt kantonale, regionale und kommunale Richtpläne.

Die jeweils nachgeordnete Planungsstufe muss die Vorgaben der übergeordneten Stufe berücksichtigen. So ist der kommunale Richtplan detaillierter als der regionale und der regionale ausführlicher als der kantonale Richtplan. Die Richtplanung ist nicht parzellengenau und für die einzelnen Grundeigentümer nicht verbindlich.



# Mögliche und unmögliche Inhalte eines Dienstbarkeitsvertrags sowie Praxisfälle im Zusammenhang mit Dienstbarkeiten

Was ist eigentlich eine Dienstbarkeit? Welche Arten einer Dienstbarkeit sind möglich? Und was kann mit einer Dienstbarkeit nicht vereinbart werden? Der nachfolgende Artikel soll Aufschluss über diese Fragen geben sowie Beispiele von möglichen Problemfällen im Zusammenhang mit Dienstbarkeiten aufzeigen.

■ **Von Silvia Eggenschwiler Suppan, lic. iur.,  
Fachanwältin SAV für Bau- und Immobilienrecht**

## Definition einer Dienstbarkeit

Ein Grundstück kann zum Vorteil eines anderen Grundstücks (Grunddienstbarkeit; Art. 730 ff. ZGB) oder einer bestimmten Person (Personaldienstbarkeit; Art. 745 ff. ZGB) in der Weise belastet werden, dass sein Eigentümer (1) sich bestimmte Eingriffe des Berechtigten gefallen lassen muss (= dulden; positive Dienstbarkeit) oder (2) nach gewissen Richtungen sein Eigentumsrecht nicht ausüben darf (= unterlassen; negative Dienstbarkeit).

Bei einer Dienstbarkeit verhält sich der belastete Grundeigentümer passiv. Inhalt einer Dienstbarkeit ist also zwingend ein Dulden oder ein Unterlassen einer Handlung. Eine Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen kann mit der Dienstbarkeit nur nebensächlich verbunden werden.

### PRAXISBEISPIEL

So ist es zum Beispiel zulässig, dem Dienstbarkeitsberechtigten eine Unterhaltungspflicht des Fuss- und Fahrwegs aufzuerlegen, wenn ihm hierfür ein Benützungsrecht eingeräumt worden ist.



### ► Die Grundlast

Im Gegensatz dazu wird bei der Grundlast ein Grundeigentümer zur Vornahme einer Haupt-

### PRAXISBEISPIEL

Eine mittels einer Grundlast zu regelnde Verpflichtung ist zum Beispiel eine Wasserlieferungspflicht eines Grundstückseigentümers an einen anderen Grundstückseigentümer.



leistung an einen Berechtigten verpflichtet, für die er ausschliesslich mit dem Grundstück haftet (Art. 782 ff. ZGB).

### ► Nicht Gegenstand einer Dienstbarkeit

Zudem können Pflichten, die einem Grundstückseigentümer bereits durch gesetzliche Vorschriften auferlegt worden sind, nicht Gegenstand einer Dienstbarkeit sein. So ist ein Grundstückseigentümer gestützt auf Art. 684 ZGB bereits verpflichtet, übermässige Immissionen (z.B. übermässiger Lärm) gegenüber einem Nachbarn zu unterlassen. Für eine solche Unterlassungspflicht ist die Vereinbarung einer Dienstbarkeit nicht erforderlich und damit auch nicht möglich.

### PRAXISBEISPIELE

Die prominentesten Beispiele von zulässigen Dienstbarkeiten sind:

- Fuss- und Fahrwegrechte
- Durchleitungsrechte
- Baurechte (separates Eigentum an einem Haus, während Grundstück, auf dem das Haus steht, dem ursprünglichen Eigentümer verbleibt)
- Gewerbe- und Nutzungsbeschränkungen
- Nutznießungs- und Wohnrechte an Grundstücken



### Errichtung einer Dienstbarkeit

Seit dem 1. Januar 2012 muss jeder Dienstbarkeitsvertrag öffentlich beurkundet werden (Art. 732 Abs. 1 ZGB). Gestützt darauf wird die Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen. Einzig bei der Errichtung einer Dienstbarkeit mittels eines eigenhändigen Testaments oder

eines Erbteilungsvertrags sowie bei den gesetzlichen Dienstbarkeiten, den sogenannten Legalservituten (Notleitung-, Notweg- und Notbrunnenrecht), genügt die Schriftlichkeit des Rechtsgrundausseses für die Eintragung im Grundbuch.

Des Weiteren entstehen Dienstbarkeiten an äusserlich wahrnehmbaren Leitungen bereits mit der Erstellung der Leitung (Art. 676 Abs. 3 ZGB). Ein notwendiges Durchleitungsrecht kann zudem auch ohne Grundbucheintrag einem Erwerber entgegengehalten werden (Art. 691 ZGB).

## Praxisfälle

### a) Unklares Fuss- und Fahrwegrecht

Im Grundbuchplan ist ein Fuss- und Fahrwegrecht mit einer Breite von 3,8 m eingetragen. Demgegenüber haben die Parteien im Plan des Dienstbarkeitsvertrags das Fuss- und Fahrwegrecht lediglich mit einer Breite von 2,8 m definiert.

### Welcher Plan ist nun massgebend?

#### GERICHTSENTSCHEID

Gemäss Art. 738 ZGB ist für die Auslegung einer Dienstbarkeit in erster Linie der Grundbucheintrag massgebend. Erweist sich dieser als unklar, ist in zweiter Linie der Dienstbarkeitsvertrag heranzuziehen. Ist auch dieser unklar, ist die Dienstbarkeit in dritter Linie so auszulegen, wie sie während längerer Zeit unangefochten im guten Glauben vom Dienstbarkeitsberechtigten ausgeübt worden ist. Daneben ist auch auf den Zweck der Dienstbarkeit abzustellen (vgl. hierzu BGE 5A\_657/2014 vom 27. April 2015 E. 4).



Im vorliegenden Fall geht aus dem Grundbuchplan klar hervor, dass das Fuss- und Fahrwegrecht 3,8 m breit ist. Dieser ist daher massgebend, und es spielt keine Rolle, dass diese Dienstbarkeit im Plan des Dienstbarkeitsvertrags lediglich mit einer Breite von 2,8 m eingetragen worden ist, da in erster Linie der Grundbucheintrag, mithin der Grundbuchplan massgebend ist (Art. 738 ZGB).

### b) Notwegrecht ja oder nein?

Ein Grundstück in einer Gemeinde im Kanton Zürich ist nur über eine Privatstrasse, welche auf einem anderen Grundstück liegt, er-



## Kündigung wegen Zahlungsverzugs

Gerät ein Mieter in Zahlungsverzug, kann der Vermieter ihm eine Zahlungsfrist ansetzen und die Kündigung androhen. Kommt der Vermieter dem Mieter anschliessend entgegen, wird das Verhalten des Vermieters unter Umständen als stillschweigender Verzicht auf eine Kündigung oder Ausweisung angesehen. Was zu beachten ist, damit sich Kulanz gegenüber säumigen Mietern nicht zum Bumerang entwickelt, wird im vorliegenden Beitrag erläutert.

■ Von Raphael Rigling, Rechtsanwalt

Das schweizerische Mietrecht ist im Allgemeinen eher mieterfreundlich ausgestaltet. Aus rechts- und sozialpolitischen Gründen macht das Sinn, sind die Schweizer<sup>1</sup> doch ein «Volk von Mietern».<sup>2</sup> Aus dem Meer mieterfreundlicher Normen ragt – quasi als Fels in der Brandung – jedoch die Kündigung wegen Zahlungsverzugs hervor.<sup>3</sup>

### Die gesetzliche Regelung

Die Folgen eines Zahlungsverzugs sind von Gesetzes wegen einschneidend: Gerät ein Mieter nach der Übernahme der gemieteten Wohn- oder Geschäftsräume<sup>4</sup> mit der Bezahlung von Mietzinsen oder Nebenkosten in Rückstand, kann der Vermieter ihm eine mindestens 30-tägige Zahlungsfrist ansetzen und die Kündigung androhen. Beahlt der Mieter die ausstehenden Mietzinsen oder Nebenkosten innerhalb der Zahlungsfrist nicht vollständig,<sup>5</sup> kann der Vermieter das Mietverhältnis mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf jedes Monatsende ausserordentlich<sup>6</sup> kündigen. Die Erstreckung des Mietverhältnisses ist bei einer Kündigung wegen Zahlungsverzugs ausgeschlossen.<sup>7</sup>

### PRAXISBEISPIEL



Nach Erfahrung des Autors erfüllt die Fristansetzung und Kündigungsandrohung bisweilen die Funktion eines «Schusses vor den Bug», wenn sich der Mieter in einem sicheren Hafen wähnt. Nicht selten nehmen Mieter und Vermieter in der Folge Gespräche auf oder warten zumindest ab, ob sich die andere Partei «bewegt».

Vermieter müssen sich dabei bewusst sein, dass ihr Verhalten in dieser Phase rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann: Fachliteratur und Rechtsprechung beurteilen gewisse Verhaltensweisen des Vermieters als stillschweigenden Verzicht auf eine Kündigung oder Ausweisung.

Nicht jeder Vermieter hat im Sinn, die dem säumigen Mieter angedrohte<sup>8</sup> Kündigung in die Tat umzusetzen. Vermieter wollen unter anderem das Delkreder bei den Mieterträgen möglichst gering halten und Leerstände vermeiden. Die ausserordentliche Kündigung eines Mietverhältnisses ist beidem wenig förderlich.

Welche Verhaltensweisen aus Vermietersicht problematisch sein können, wird nachfolgend genauer betrachtet.

### Stillschweigender Verzicht auf Kündigung oder Ausweisung

#### a) Zuwarten mit der Kündigung

Gemäss – soweit ersichtlich – gefestigter Rechtsprechung kann eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs angefochten werden, wenn der Vermieter mit der Kündigung lange zuwartet.<sup>9</sup> Dahinter steckt die Überlegung, dass das Damoklesschwert einer ausserordentlichen Kündigung nicht beliebig lange über dem Mieter schweben soll.

### GERICHTSENTSCHEID



Das Bundesgericht hat sich dahin gehend geäussert, ein Untätigbleiben des Vermieters von drei Wochen (nach Ablauf der Zahlungsfrist) sei wohl an der äusseren Grenze.<sup>10</sup> In der Fachliteratur wird daraus abgeleitet, eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs sei anfechtbar, wenn der Vermieter länger als drei Wochen zuwarte.<sup>11</sup>

Eine Frist von zwölf Wochen hat das Bundesgericht als zu lang beurteilt, obwohl der Vermieter geltend machte, er habe mit der Kündigung gewartet, weil ein Ausweisungsverfahren wegen eines anderen Kündigungsgrundes hängig war.<sup>12</sup> Aus Vermietersicht ist das ein hartes Urteil.

Eine andere Meinung weist zu Recht darauf hin, dass der Vermieter von Gesetzes wegen

nicht verpflichtet ist, unverzüglich eine Kündigung auszusprechen. Gemäss dieser Meinung kann der Vermieter mit der Kündigung etwas zuwarten, um stillschweigend eine Nachfrist für die Bezahlung zu gewähren.<sup>13</sup> Dieser Meinung ist beizupflichten, zumal das Gesetz keine Frist nennt, innerhalb derer das Kündigungsrecht des Vermieters verwirren würde.<sup>14</sup>

### WICHTIGER HINWEIS



Wenn keine besonderen Umstände vorliegen, sollte die Kündigung dennoch so frühzeitig verschickt werden, dass sie innerhalb von drei Wochen nach dem Ende der Zahlungsfrist beim Mieter ankommt. Ansonsten riskiert der Vermieter, dass ihm ein stillschweigender Verzicht auf die Kündigung unterstellt wird.

### b) Entgegennahme von Mietzinsen und Nebenkosten

Begleitet der Mieter die gemahnten Mietzinsen und Nebenkosten innert der Zahlungsfrist vollständig, ist eine trotzdem ausgesprochene Kündigung wegen Zahlungsverzugs rechtlich unwirksam.<sup>15</sup>

Begleitet der Mieter die Ausstände lediglich teilweise, stellt sich folgende Frage: Muss sich der Vermieter ein widersprüchliches Verhalten vorwerfen lassen, wenn er Teilzahlungen entgegennimmt und nachher trotzdem kündigt?

### GERICHTSENTSCHEID



Das Bundesgericht hat in einem älteren Entscheid festgehalten, ein Vermieter verhalte sich nicht rechtsmissbräuchlich, wenn er Zahlungen des Mieters entgegennimmt und sich nachher darauf beruft, diese seien verspätet erfolgt. Es führte aus, ein Vermieter habe auch dann Anspruch auf die verbleibenden Mietzinsen, wenn er das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs auflöse.<sup>16</sup>

Ebenso wenig kann gemäss Bundesgericht die Entgegennahme von verspäteten Mietzinsen nach der Kündigung als Verzicht auf eine Ausweisung gewertet werden.<sup>17</sup> Diesen Urteilen ist beizupflichten.

### Andere Meinungen

Dennoch finden sich in der Literatur auch gegenteilige Ansichten. So wird die Meinung vertreten, ein Vermieter, der vorbehaltlos Mietzinsen von einem säumigen Mieter ent-