

Liber amicorum

Nedim Peter Vogt

Privatrecht als kulturelles Erbe

Herausgeber

Heinrich Honsell

Bruno Huwiler

Hermann Schulin

Der funktionale Ansatz im Sachenrecht, dargestellt anhand des Baurechts

PETER R. ISLER/EVELYN SCHILTER-HEUBERGER

Inhaltsübersicht

1. Einleitung

2. Analyse

- 2.1 Auslegung von Art. 675 ZGB
 - 2.1.1 Auslegungsmethoden und Methodenpluralismus
 - 2.1.2 Auslegung nach dem Wortlaut
 - 2.1.3 Teleologische Auslegung
 - 2.1.4 Historische Auslegung
- 2.2 Präjudizien
 - 2.2.1 Bundesgerichtliche Praxis
 - 2.2.2 Kantonale Praxis
- 2.3 Lehrmeinungen
- 2.4 Das sachenrechtliche Akzessionsprinzip
- 2.5 Der funktionale Ansatz im Sachenrecht
- 2.6 Würdigung

3. Ergebnis

4. Photovoltaik-Anlagen im Baurecht?

1. Einleitung

Grundeigentum kann insofern eingeschränkt werden, als es mit Dienstbarkeiten belastet werden kann. Ein praktisch wichtiger Anwendungsfall ist das Baurecht, also das Recht, auf oder unter der Bodenfläche eines Grundstücks ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten (Art. 779 Abs. 1 ZGB). Dabei können Bauwerke und andere Vorrichtungen, die auf fremdem Boden eingegraben, aufgemauert oder sonstwie dauernd auf oder unter der Bodenfläche mit dem Grundstück verbunden sind, einen besonderen Eigentümer haben, wenn ihr Bestand als Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen ist. Die Bestellung eines Baurechts an einzelnen Stockwerken eines Gebäudes ist jedoch nicht möglich (Art. 675 ZGB). Das Baurecht vermittelt dem Berechtigten also ein Dienstbarkeitsrecht am Grundstück und Eigentum am Bauwerk. Demgegenüber verbleibt das Eigentum am belasteten Grundstück beim Grundeigentümer.

Es stellt sich in der Praxis immer wieder die Frage, ob für ein Baurecht und die Begründung von Sondereigentum nach Art. 675 ZGB eine direkte Verbindung der Baurechtsbaute mit dem Grund und Boden des dienstbarkeitsbelasteten Grundstücks erforderlich ist oder nicht. Dieser Frage soll in diesem Beitrag nachgegangen werden.

Soweit ersichtlich steht ein höchstrichterlicher Entscheid dieser umstrittenen Frage noch aus. In der Praxis wurden Baurechtsdienstbarkeiten im Grundbuch eingetragen, wenn die

Baurechtsbauten auch ohne direkte Verbindung mit dem Grund und Boden des belasteten Grundstücks im Sondereigentum erstellt worden sind. Die prominentesten Beispiele sind wohl die Erstellung von Pavillonbauten im Baurecht auf der Perronplatte des Bahnhofs Bern und die Erstellung der Überdeckung der N3 im Baurecht durch die Gemeinde Altdorf SZ mit Erstellung einzelner Bauten auf dieser Überdeckung im Unterbaurecht durch Dritte.

Das Baurecht hat im Laufe der Zeit, insbesondere auch aus ökonomischen Gründen, an Bedeutung gewonnen. Derzeit wird diskutiert, ob Photovoltaik-Anlagen im Baurecht erstellt werden können. Dieser Aspekt wird aufgrund der nachfolgenden Überlegungen zum Schluss ebenfalls behandelt.

2. Analyse

2.1 Auslegung von Art. 675 ZGB

2.1.1 Auslegungsmethoden und Methodenpluralismus

Nach konstanter Praxis des Bundesgerichts muss das Gesetz in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Rechtsnorm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben¹.

2.1.2 Auslegung nach dem Wortlaut

Art. 675 Abs. 1 ZGB verlangt als Voraussetzung für die Begründung von Sondereigentum «*Bauwerke und andere Vorrichtungen, die auf fremdem Boden eingegraben, aufgemauert oder sonstwie dauernd auf oder unter der Bodenfläche mit dem Grundstück verbunden sind*».

Verlangt ist somit eine *dauernde Verbindung mit dem Grundstück*. Diese kann namentlich durch Eingraben, Aufmauern oder sonstwie auf oder unter der Bodenfläche erfolgen. Der Passus «*sonstwie auf oder unter der Bodenfläche*» könnte streng wörtlich so ausgelegt werden, dass eine direkte Verbindung mit dem Boden vorliegen muss. Zwingend ist dies jedoch nicht, denn «*sonstwie auf der Bodenfläche*» kann durchaus auch bedeuten, dass

¹ Statt vieler BGE 134 III 16, 21, E. 3. Vgl. auch BGE 137 III 217, 221 f., E. 2.4.1.

zwischen der Baute und dem Grundstück keine direkte Verbindung besteht², etwa dann, wenn sich die Baute über der Bodenfläche befindet, ohne mit dieser direkt verbunden zu sein, also z.B. auf dem Dach einer Baute auf dem belasteten Grundstück erstellt wird. Davon ist allerdings eine Baute zu unterscheiden, welche das fragliche Grundstück lediglich überragt und vollumfänglich auf Nachbargrundstücken abgestützt ist, wie beispielsweise eine Brücke oder eine Passerelle. Hier handelt es sich um ein Überbaurecht gemäss Art. 674 ZGB, ein spezieller Typus einer Baurechtsdienstbarkeit³.

Da der Wortlaut von Art. 675 Abs. 1 ZGB nicht eindeutig ist⁴, sind für dessen Auslegung weitere Auslegungsmethoden heranzuziehen, um ein sachgerechtes Auslegungsergebnis zu erzielen.

2.1.3 *Teleologische Auslegung*

Nach Sinn und Zweck von Art. 675 ZGB soll das Baurecht ermöglichen, dass das Eigentum an einem Bauwerk oder einer Vorrichtung und das Eigentum am Grundstück und allfälligen anderen sich darauf befindenden Bauten auseinanderfallen kann, mit anderen Worten das Eigentum und die damit verbundenen Rechte von verschiedenen Personen wahrgenommen werden können. Das Baurecht bewirkt die Trennung von Eigentum am Boden und an den darauf errichteten Bauten und durchbricht damit das sachenrechtliche Akzessionsprinzip (vgl. dazu unten Ziff. 2.4). Damit diese Trennung der Eigentumspositionen vollständig ist und einwandfrei funktionieren kann, ist erforderlich, dass die verschiedenen Eigentümern gehörenden Bauwerke klar voneinander getrennt und abgegrenzt werden können.

Daher muss eine Baurechtsbaute räumlich und funktional so von anderen Bauten des baurechtsbelasteten Grundstücks getrennt sein, dass jede Baute für sich eine konstruktive und funktionelle Einheit bildet. Eine Baurechtsbaute darf also auch nicht ein Stockwerk eines Gebäudes im Sinne eines räumlich und funktional in das Gebäude integrierten Gebäudeteiles sein.

Um dies zu erreichen, bedarf es aber nicht zwingend einer direkten Verbindung zwischen der Baurechtsbaute und dem Boden des dienstbarkeitsbelasteten Grundstücks.

2.1.4 *Historische Auslegung*

Den Materialien lässt sich nichts entnehmen, was den gesetzgeberischen Gedanken für die Formulierung «... auf fremdem Boden eingegraben, aufgemauert oder sonstwie dauernd auf oder unter der Bodenfläche mit dem Grundstück verbunden» näher erläutern würde. Aus dem Vorentwurf II des Bundesrates von 1904 ist für die vorliegende Frage lediglich folgende Feststellung interessant: «Hat jemand ein Recht auf das Stockwerk eines Hauses,

2 PETER LIVER, Erstellung von Pavillonbauten im Baurecht auf der Perronplatte des Bahnhofes Bern, ZBGR 54/1973, 204, 217; s. auch DERS., in: Gutzwiller/Hinderling/Meier-Hayoz/Merz/Piotet/Secretan/von Steiger/Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. V/1, Basel/Stuttgart 1977, S. 185.

3 REY/STREBEL, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 4. Aufl., Basel 2011, Art. 674 N 4 f.

4 Anders noch PETER ISLER, Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung, Diss. Bern 1973, S. 32.

ohne Bodeneigentümer zu sein, so vermag er daran wieder kein Baurecht zu behaupten. Denn sein Recht geht nicht auf einen selbständigen Vermögensgegenstand.»⁵

Auch bei der Revision des Baurechts durch das Bundesgesetz vom 19. Dezember 1963 wurde auf die Frage der Erforderlichkeit einer direkten Verbindung der Baurechtsbaute mit dem Boden nicht eingegangen. Hingegen liess der Gesetzgeber bewusst Art. 675 Abs. 2 ZGB trotz der gleichzeitig eingeführten Bestimmungen über das Mit- und Stockwerkeigentum bestehen um zu erreichen, dass «für die Errichtung von Stockwerkeigentum zwangsweise die neue gesetzliche Regelung angewendet werde, nicht das Baurecht, dessen Verwendung namentlich mit Bezug auf die Benützung der gemeinsamen Bauteile Schwierigkeiten erwarten liess und geringere Garantien bot.»⁶

Im vorliegenden Zusammenhang ist indessen erwähnenswert, dass bei der Revision von 1963 das Unterbaurecht, obschon im Gesetz nicht erwähnt, ausdrücklich als zulässig anerkannt und denselben Regeln, wie sie für das Baurecht gelten, unterstellt wird⁷.

Die Materialien zu Art. 675 ZGB geben mithin keinen Aufschluss darüber, ob zwingend eine direkte Verbindung von Baute und Boden erforderlich ist. Auch die Revision des Immobiliarsachenrechts, welche per 1. Januar 2012 in Kraft getreten ist, bringt im hier interessierenden Zusammenhang keine Klärung⁸.

2.2 Präjudizien

2.2.1 Bundesgerichtliche Praxis

Das Bundesgericht hat die umstrittene Frage bis heute soweit ersichtlich nicht entschieden. Immerhin hat es in einem Fall über die Anwendung von Art. 675 Abs. 2 ZGB bezüglich des Baurechts an einem einzelnen Stockwerk einer Baute im Stockwerkeigentum diese Frage gestreift. Das Bundesgericht erklärte die Bestellung eines Baurechts an einzelnen Stockwerken für unzulässig, hielt jedoch fest, dass eine Ausnahme zugelassen werden könnte, wenn das betreffende Stockwerk einen selbständigen, von den gemeinschaftlichen Teilen des Gebäudes getrennten Zugang hat⁹.

In BGE 111 II 134 ff. hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ob die Einräumung eines Baurechts an einer Hälfte einer Doppelgarage rechtlich möglich sei. Das Bundesgericht analysierte die Art der Konstruktion der Garage und schloss, dass diese nicht zuliesse, dass der Kläger über die von ihm benutzte Hälfte wie ein Bauberechtigter verfügen könnte. An ein separates Schicksal der beiden Garagehälften mit gesondertem Eigentum sei in Anbetracht der konstruktiven Einheit des Gebäudes nicht zu denken. Die Eigenständigkeit gehe den beiden Teilen der Garage zudem auch in funktioneller Hinsicht ab. Die Doppelgarage stelle sowohl baulich wie funktionell ein einheitliches Bauwerk dar, das eine Aufteilung des Eigentums im Sinne von Art. 675 ZGB nicht zulasse, weshalb die Einräumung eines

5 Vorentwurf II zum ZGB, S. 92

6 Zit. nach Praxis 62 Nr. 210 S. 636.

7 Vgl. Botschaft, BBl 1963 I S. 993/4; PETER R. ISLER/RENATO COSTANTINI, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 4. Aufl., Basel 2011, Art. 779 N 36 f.; BGE 92 I 539.

8 AS 2011 4637 ff.

9 BGE 99 Ib 140, 143 = Praxis 62 Nr. 210 S. 636.

Baurechts an der einen Hälfte rechtlich unmöglich sei. Das Bundesgericht hielt wiederum fest, dass ein Baurecht an Teilen von Bauwerken ausnahmsweise als zulässig erachtet werden könne und erwähnte in diesem Zusammenhang Fernheizungsanlagen und voneinander geschiedene Gebäudeteile ohne gemeinsame Einrichtungen und Zugänge¹⁰.

In BGE 127 III 10 ff. (= ZBGR 83 (2002) 184 ff.) äusserte sich das Bundesgericht über die Voraussetzungen, welche erfüllt sein müssen, damit ein Raum, der sich vollständig auf dem Nachbargrundstück befindet, Objekt eines Überbaurechts gemäss Art. 674 ZGB sein kann. Es hielt fest, dass ein Raum, der sich vollumfänglich auf dem Nachbargrundstück befinde, unter zwei Bedingungen Objekt einer Überbaudienstbarkeit sein könne. Zunächst habe das Gebäude, in dem sich dieser Raum befinde, eine bautechnische Verbindung zur Baute auf dem berechtigten Grundstück aufzuweisen. Diese könne in einer inneren Trennmauer oder in zwei äusseren anstossenden Mauern bestehen. Sodann müsse der Raum, der Objekt des Überbaurechts sei, von der Baute auf dem berechtigten Grundstück aus durch eine Maueröffnung einen direkten Zugang aufweisen. Ein solcher Raum bilde dadurch mit dem Gebäude auf dem berechtigten Grundstück eine funktionelle Einheit (wie dies bei einem Zimmer, einer Küche oder einem Kellerraum der Fall sei, welche von der Funktion her in eine Wohnung auf dem berechtigten Grundstück integriert seien). Demzufolge sei es nicht erforderlich, dass der Raum, welcher Objekt des Überbaurechts sei, in die durch dessen Aussenmauern abgegrenzten Strukturen der Baute auf dem berechtigten Grundstück integriert sei¹¹.

2.2.2 Kantonale Praxis

Aufgrund der grossen praktischen und ökonomischen Bedeutung des Baurechts, den vielfältigen Anwendungsbereichen, der Tendenz zur extensiven Auslegung von Baurechten sowie der Äusserungen des Bundesgerichts und eines Teils der Lehre ist davon auszugehen, dass in den Kantonen verschiedentlich Baurechte im Grundbuch eingetragen wurden, bei welchen das Bauwerk nicht direkt mit dem Boden des dienstbarkeitsbelasteten Grundstücks verbunden ist. Die prominentesten Beispiele sind wohl:

- a. Die Erstellung von Pavillonbauten im Baurecht auf der Perronplatte des Bahnhofs Bern
Die Geleiseanlage des Bahnhofs Bern ist mit einer Betonplatte überdeckt, welche auf Stahlsäulen ruht und durch diese mit dem Boden verbunden ist. Die SBB ist Eigentümerin des Bodens, der Geleiseanlagen und der Perronplatte. Auf einem Teil der Perronplatte wurde ein Einkaufszentrum mit einstöckigen Ladengebäuden im Baurecht errichtet. Die Platte enthält Strom- und Wasserleitungen. Sie ist an keiner Stelle durchbrochen. Der Zugang zu den Bauten des Einkaufszentrums erfolgt über die öffentlichen Verkehrsanlagen¹².

10 BGE 111 II 140.

11 Vgl. dazu auch ZBJV 139/2003 265, 267.

12 LIVER (FN 2), 204.

b. Überdeckung der N3 im Baurecht durch die Gemeinde Altendorf und Erstellung von Bauten im Unterbaurecht

Der Kanton Schwyz hat der Gemeinde Altendorf zulasten des Autobahngrundstückes zwischen der Brücke Etzelstrasse und der Brücke Oberdorfstrasse ein selbständiges und dauerndes Baurecht zur Erstellung einer Überdeckung der N3 in diesem Abschnitt eingeräumt. Die Gemeinde Altendorf ist berechtigt, an diesem Baurechtsgrundstück Unterbaurechte zu begründen. Durch diese Unterbaurechte wurde privaten Investoren ermöglicht, im Baurecht auf der durch die Gemeinde Altendorf erstellten Überdeckung der N3 Bauten und Anlagen zu erstellen und im Eigentum zu halten. Die im Unterbaurecht erstellten Bauten stehen somit auf der von der Gemeinde Altendorf erstellten Überdeckung der N3, welche zwar äusserlich das Erscheinungsbild eines gewachsenen Terrains hat, aber nicht mit dem eigentlichen Grund und Boden, dem Autobahnterrain, übereinstimmt.

c. Aufstockung eines Gebäudes in der Stadt Lausanne im Baurecht

Das im Baurecht auf einem bestehenden Gebäude neu erstellte Attika-Geschoss ist nur über eine Brücke von aussen erreichbar¹³.

2.3 Lehrmeinungen

Peter Liver kommt in seinem Rechtsgutachten betreffend Erstellung von Pavillonbauten auf der Perronplatte des Bahnhofs Bern zum Schluss, dass die auf der Perronplatte zu errichtenden Bauten keineswegs unmittelbar mit dem Boden des belasteten Grundstücks verbunden sein müssen, damit Sondereigentum an den auf der Perronplatte zu errichtenden Ladenbauten durch Errichtung eines Baurechts begründet werden kann¹⁴.

Zur Begründung führt Liver aus, dass (a) die Grenze zwischen dem Eigentum der SBB und dem Sondereigentum an den aufgrund von Baurechten erstellten Ladenbauten genau bestimmt sei und durch die Oberfläche der Perrondecke gebildet werde (die Perrondecke werde wie der Boden einer Liegenschaft behandelt); dass (b) die Benutzung und Verwaltung der Bauwerke des Einkaufszentrums selbständig und völlig unabhängig von der Benutzung und Verwaltung des Unterbaus vor sich gehen würden, da überhaupt keine Verbindung mit diesem durch ein Treppenhaus oder eine andere gemeinschaftliche Einrichtung bestehe, sondern diese Bauten ihren direkten Zugang von den dem öffentlichen Verkehr dienenden Anlagen her hätten; dass (c) die Selbständigkeit der Bauwerke auf der Perrondecke in diesem Fall besonders ausgeprägt und eindeutig sei, gerade im Vergleich zum Kellereigentum; dass (d) es keinen Grund gebe, die Möglichkeit, Sondereigentum durch die Errichtung eines Baurechts zu begründen, auf Bauwerke oder Vorrichtungen

13 GERHARD EGGEN, *Privatrechtliche Fragen des neuen Bauens und ihre Wirkungen auf das Grundbuch*, ZBGR 53/1972, 207, 211.

14 LIVER (FN 2), 222. A.M. ARTHUR MEIER-HAYOZ, *Berner Kommentar*, 1974, Art. 675 N 19; ROBERT HAAB/AUGUST SIMONIUS/WERNER SCHERRER/DIETER ZOBL, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich 1977, Art. 675 N 5; JÜRIG SCHMID, *Ausgewählte Fragen zum Baurecht, Unterbaurecht und zum Überbaurecht*, ZBGR 79/1998, 289, 293, wobei Schmid ein Baurecht dann als zulässig erachten würde, wenn auch die Perronplatte und die im Boden verankerten Pfeiler Gegenstand des Baurechts wären, S. 294; ISLER (FN 4), S. 32 f.

zu beschränken, die innerhalb der Umriss- oder Umfassungsmauer eines Gebäudes mit dem Boden direkt verbunden seien; dass (e) für die Begründung von Stockwerkeigentum alle Voraussetzungen fehlen würden und dass (g) die Frage des Unterhalts in diesem Fall besonders einfach zu lösen sei¹⁵.

Mit Bezug auf den Unterhalt verweist LIVER auf Art. 741 ZGB, wonach der Dienstbarkeitsberechtigte eine Vorrichtung, welche der Ausübung einer Dienstbarkeit dient, zu unterhalten hat. Wenn die Vorrichtung auch den Interessen des Belasteten dient, tragen beide die Unterhaltslast nach Verhältnis ihrer Interessen. Die Parteien können eine von dieser dispositiven Regelung abweichende Regelung treffen (Art. 730 Abs. 2 ZGB), wobei auch eine Regelung zulasten des Dienstbarkeitsberechtigten möglich ist¹⁶.

Eggen bejaht die Zulässigkeit von Baurechten im Zusammenhang mit der Abgrenzung zum Stockwerkeigentum, an welchem ein Baurecht gemäss Art. 675 Abs. 2 ZGB ausgeschlossen ist, mit Bezug auf Autoeinstellhallen und Fernheizanlagen, soweit ein Zugang von aussen her besteht und diese Anlagen funktional allen beteiligten Gebäuden gleichermaßen zur Verfügung stehen¹⁷.

2.4 Das sachenrechtliche Akzessionsprinzip

Das Eigentum an Grund und Boden erstreckt sich nach oben und unten auf den Luftraum und das Erdreich, soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht (Art. 667 Abs. 1 ZGB). Es umfasst unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken auch alle Bauten, Pflanzen und Quellen (Art. 667 Abs. 2 ZGB; Akzessionsprinzip; *superficies solo cedit*). Das Baurecht gemäss Art. 675 Abs. 1 ZGB bildet eine gesetzliche Ausnahme bzw. Durchbrechung des Akzessionsprinzips und ermöglicht es, an ein und demselben Grundstück zwei voneinander grundsätzlich unabhängige Eigentümerpositionen zu begründen, indem der Boden dem einen, und ein sich darauf befindliches Bauwerk dem anderen Eigentümer zugeordnet werden kann¹⁸. Das Baurecht hat die Funktion, an einem Objekt Sondereigentum zu ermöglichen, welches sonst wegen der Dauerhaftigkeit und der Intensität der Verbindung mit dem Boden aufgrund des Akzessionsprinzips Bestandteil des Grundstücks wäre¹⁹.

Das Akzessionsprinzip ist das Bestandteilsprinzip in seiner Anwendung auf Grund und Boden. Nach ihm bestimmt sich, was Bestandteil einer Liegenschaft ist²⁰. Das Akzessionsprinzip erfasst jeglichen Bauteil, der einem Gebäude in der Absicht dauernder Verbindung eingefügt wird und macht ihn zum Bestandteil des Gebäudes und damit auch zum Bestandteil des Grundstückes. Durch die Begründung von Sondereigentum an einem solchen Bauteil infolge der Errichtung eines Überbaurechtes (Art. 674 ZGB), eines Baurechtes

15 LIVER (FN 2), 224 ff.

16 LIVER (FN 2), 222 f.

17 EGGEN (FN 13), 211, 217.

18 BSK ZGB II-REY/STREBEL (FN 3), Art. 675 N 1; PAUL-HENRI STEINAUER, *Les droits réels*, Berne 2003, Rz. 2513.

19 BSK ZGB II-REY/STREBEL (FN 3), Art. 675 N 3.

20 LIVER, (FN 2), 219.

(Art. 675 ZGB) oder eines Leitungsbaurechtes (Art. 676 ZGB) wird das Akzessionsprinzip durchbrochen²¹.

2.5 Der funktionale Ansatz im Sachenrecht

Die Auslegung von Art. 675 ZGB, die Präjudizien sowie die Lehrmeinungen indizieren, dass zur Lösung der Streitfrage, ob für ein Baurecht und die Begründung von Sondereigentum nach Art. 675 ZGB eine direkte Verbindung der Baurechtsbaute mit dem Grund und Boden des dienstbarkeitsbelasteten Grundstücks erforderlich ist, ein funktionaler Ansatz zu verfolgen ist.

Obwohl dem Sachenrecht grundsätzlich primär eine formelle Betrachtungsweise zugrunde liegt²², ist der funktionale Ansatz auch dem Sachenrecht nicht fremd. Beispiele dafür sind:

- a. Die **Qualifizierung als Zugehör** (Art. 644 f. ZGB): Neben anderen Voraussetzungen wird eine *innere Beziehung*, eine dauernde Zweckverbindung zwischen Hauptsache und Zugehör vorausgesetzt, ein *funktionaler Zusammenhang*. Die Hilfssache muss der Hauptsache dienen und zu ihr in einem Subordinationsverhältnis stehen. Nach Art. 644 Abs. 2 ZGB ist dies dann der Fall, wenn die Hilfssache dauernd für die «Bewirtschaftung, Benutzung oder Verwahrung» der Hauptsache bestimmt ist. Die Hauptsache muss also unmittelbar oder mittelbar Nutzen aus der Beziehung zur Hilfssache ziehen. Qualifiziert eine bewegliche Sache als Zugehör, beziehen sich Verfügungen über die Hauptsache grundsätzlich auch auf sie (Art. 644 Abs. 1 ZGB). Mit dieser Regelung soll die Einheit von Sachen erhalten bleiben, welche in einer sinnvollen wirtschaftlichen Beziehung zueinander stehen.
- b. **Durchleitungsrechte unter- oder oberhalb des Bodens** (Art. 676 ZGB): Einem Werk dienende Transportleitungen (Zu- und Ableitungen) bilden Werkzugehör und stehen im Eigentum des Werkeigentümers, wenn sie mit dem Werk eine *wirtschaftlich-technische Einheit* bilden. Damit wird eine rechtlich praktikable Einheitsbehandlung von Werk und Leitungen ermöglicht, auch wenn diese nicht auf demselben Grundstück liegen²³.
- c. Die Abgrenzung zwischen den zur Sondernutzung zugewiesenen und den gemeinschaftlichen Objekten beim **Stockwerkeigentum** (Art. 712b ZGB) erfolgt nach funktionalen Kriterien: So sind z.B. diejenigen Bauteile, Anlagen und Einrichtungen, die eine *gemeinschaftliche Zweckbestimmung* haben, der Sonderrechtsfähigkeit entzogen (Art. 712b Abs. 2 ZGB)²⁴. Umgekehrt bildet ein Stockwerk Objekt eines Sonderrechts,

21 LIVER (FN 2), 221 f.; STEINAUER (FN 18), Rz. 1624.

22 Typisches Beispiel dafür ist z.B. BGer 5A_732/2010 vom 17. Januar 2010: Bezüglich einer schriftlichen Vereinbarung zwischen Vater und Sohn, dass der Sohn wirtschaftlicher Eigentümer des vom Vater gekauften Grundstückes sei, hielt das Bundesgericht fest: «Das schweizerische Sachenrecht kennt zudem kein wirtschaftliches Eigentum. Soweit [in der Vereinbarung] davon die Rede ist, dass X. wirtschaftlicher Eigentümer von Grundstück und Investitionen sei, kann dem keinerlei rechtliche Bedeutung zukommen ...» (a.a.O. E. 3 a.E.). A.M. wohl WOLFGANG WIEGAND, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 4. Aufl., Basel 2011, Art. 641 N 23.

23 BSK ZGB II-REY/STREBEL (FN 3), Art. 676 N 2.

24 RENÉ BÖSCH, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 4. Aufl., Basel 2011, Art. 712b N 12.

wenn es eine *wirtschaftliche Einheit* bildet. Grundsätzlich müssen dafür abgeschlossene Gebäudeteile mit eigenem Zugang bestehen. Dazu können Nebenräume gehören, also Einzelräume, die *ihrer Zweckbestimmung nach* von anderen Räumen abhängen (Art. 712b Abs. 1 ZGB)²⁵.

2.6 Würdigung

Der Wortlaut von Art. 675 ZGB ist bezüglich der Streitfrage, ob für ein Baurecht eine direkte Verbindung der Baurechtsbaute mit dem Grund und Boden des dienstbarkeitsbelasteten Grundstücks erforderlich ist, nicht eindeutig. Die Materialien liefern keine Anhaltspunkte. Die *ratio legis* indiziert kein Erfordernis einer direkten Verbindung. Ein höchstrichterlicher Entscheid steht aus. In der Praxis gibt es einige prominente Beispiele von Baurechtsbauten, bei denen keine solche direkte Verbindung besteht. Die Lehrmeinungen sind kontrovers.

Eine Durchbrechung des Akzessionsprinzips erfolgt auch beim Überbaurecht nach Art. 674 ZGB und beim Leitungsbaurecht nach Art. 676 ZGB. Für die Beurteilung dieser besonderen Baurechte sind vorab *funktionale Kriterien* massgeblich:

Beim **Überbaurecht** verbleiben Bauten und andere Vorrichtungen, die von einem Grundstück auf ein anderes überragen, Bestandteil des Grundstückes, von dem sie ausgehen, wenn dessen Eigentümer auf ihren Bestand ein dingliches Recht hat (Art. 674 Abs. 1 ZGB). Das Recht auf den Überbau kann als Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen werden (Art. 674 Abs. 2 ZGB). Das Überbaurecht, welches ein spezieller Typus eines Baurechts ist, unterscheidet sich vom Baurecht dadurch, dass es Bauteile zum Gegenstand hat, welche vom Nachbargrundstück herüberragen. Diese Bauteile befinden sich innerhalb der Grenzen des belasteten Grundstückes. Sie sind mit diesem Grundstück im Sinne von Art. 675 ZGB verbunden. Sie würden deshalb zum Bestand dieses Grundstückes gehören, wenn nicht durch die Errichtung des Überbaurechtes das Akzessionsprinzip durchbrochen würde²⁶. Voraussetzung dafür, dass die überragenden Bauteile nicht Stockwerke oder sonstige Teile eines auf dem belasteten Grundstück stehenden Gebäudes sind, ist, dass sie baulich und funktional mit diesem Gebäude nicht durch gemeinsame Bauteile oder Einrichtungen, insbesondere durch Treppen, Korridore, Gänge oder Aufzüge verbunden sind. Wenn sie vom Gebäude auf dem dienstbarkeitsbelasteten Grundstück durch eine Deck- oder Bodenplatte abgeschlossen sind, welche durch keine gemeinsamen Einrichtungen durchbrochen ist, bilden sie nicht Stockwerke und nicht Teile dieses Gebäudes. Wenn nun aufgrund eines Überbaurechtes Bauwerke und andere Vorrichtungen mit einem Grundstück in der Weise dauernd verbunden werden können, dass sie auf ein bestehendes Bauwerk aufgebaut werden, ohne Bestandteil dieses Bauwerks zu werden, muss dies auch aufgrund eines Baurechtes möglich sein²⁷.

25 BSK ZGB II-BÖSCH (FN 24), Art. 712b N 4; AMÉDÉO WERMELINGER, Das Stockwerkeigentum, Zürich/Genf/Basel 2004, Art. 712b N 31 ff.

26 LIVER (FN 2), 217; s. auch STEINAUER (FN 18), Rz. 1647, 1651 ff.

27 LIVER (FN 2), 218; BSK ZGB II-ISLER/COSTANTINI (FN 7), Art. 779 N 14 a.E.

Das **Leitungsbaurecht** kann an einer Liegenschaft auch dann bestehen, wenn deren Boden durch die Leitungen nicht berührt wird. Der Leitungsträger kann sehr wohl auf dem Dach eines Gebäudes montiert sein. Das Leitungsbaurecht kann aber auch bestehen (und erforderlich sein), wenn die Leitungsdrähte durch den Luftraum des Grundstückes geführt werden, ohne dass sich auf diesem irgendein Träger oder Halter befindet, der die körperliche direkte oder indirekte Verbindung mit dem Boden herstellt²⁸. Massgebendes Kriterium für ein Leitungsbaurecht gemäss Art. 676 ZGB ist somit einzig die Funktionalität der Leitung, also die Beurteilung, welchem Zweck eine Leitung dient und ob diese mit einem ausserhalb des Grundstück gelegenen Werk eine wirtschaftlich technische Einheit bildet. Die Durchleitungsdienstbarkeit nach Art. 676 ZGB ist ebenfalls ein spezieller Typus eines Baurechts²⁹.

Es liegt daher nahe, auch bei der Auslegung des Baurechts gemäss Art. 675 auf funktionelle Kriterien abzustellen. Es gibt keinen Grund dafür, dass die Durchbrechung des Akzessionsprinzips beim Baurecht nach Art. 675 ZGB nach anderen Grundsätzen als beim Überbaurecht nach Art. 674 ZGB oder beim Leitungsbaurecht nach Art. 676 ZGB erfolgen müsste. Das Abstellen auf funktionelle Kriterien ist dem Sachenrecht zudem nicht fremd (vgl. dazu oben Ziffer 2.5).

Entsprechend ist eine direkte Verbindung von Baurechtsbaute und Boden des dienstbarkeitsbelasteten Grundstücks nicht zwingend erforderlich, sofern die übrigen Voraussetzungen für ein Baurecht erfüllt sind (dazu gleich Ziffer 3 unten).

3. Ergebnis

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass *eine direkte Verbindung* von Baurechtsbaute und Boden des dienstbarkeitsbelasteten Grundstücks *nicht zwingend* erforderlich ist.

Die Kriterien, welche erforderlich sind, damit ein Bauwerk oder eine andere Vorrichtung Gegenstand eines Baurechts nach Art. 675 ZGB sein kann, können wie folgt zusammengefasst werden:

- a. **Verbindung mit dem belasteten Grundstück**³⁰, wobei eine bloss indirekte Verbindung mit dem Boden genügt;
- b. **feste und dauerhafte Verbindung**³¹;
- c. **bauliche und wirtschaftlich-funktionale Eigenständigkeit**, so dass das Bauwerk in Bestand und Gebrauch nicht von einer anderen Baute abhängig ist. In baulicher Hinsicht ist zu fordern, dass der Bestand eines Bauwerks vom übrigen Baukörper derart unabhängig ist, dass ein Abbruch des im Sondereigentum stehenden Bauteils ohne schädigende Auswirkungen auf die anderen Bauteile erfolgen kann. Hinsichtlich der wirtschaftlich-funktionalen Eigenständigkeit ist zu fordern, dass das Bauwerk einen

28 LIVER (FN 2), 217; BSK ZGB II-ISLER/COSTANTINI (FN 7), Art. 779 N 14.

29 Vgl. dazu BSK ZGB II-REY/STREBEL (FN 3), Art. 676 N 1 mit weiteren Hinweisen.

30 BK-MEIER-HAYOZ (FN 14), Art. 675 N 2; BSK ZGB II-ISLER/COSTANTINI (FN 7), Art. 779 N 14.

31 BK-MEIER-HAYOZ (FN 14), Art. 675 N 2.

eigenen Zugang und eine von den anderen Bauteilen getrennte oder unabhängige Infrastruktur hat³².

Dieses Auslegungsergebnis folgt einem funktionalen Ansatz, trägt der ratio legis und den sachenrechtlichen Prinzipien Rechnung, berücksichtigt die sachenrechtlichen Kategorien, hält einem Vergleich mit ähnlichen Sachverhalten stand und erweist sich als sachgerecht. Die Interessen des Dienstbarkeitsberechtigten und Eigentümers an der Baurechtsbaute einerseits und des Eigentümers des dienstbarkeitsbelasteten Grundstücks und allfälliger sonstiger Bauten auf dem Grundstück andererseits sind damit genügend gewahrt. Eine restriktivere Auslegung nach formalen Kriterien ist auch aus diesem Grund nicht angezeigt. Soweit eine Baurechtsbaute auf einer anderen baulichen Konstruktion erstellt werden soll, ist es Sache der Vertragsgestaltung – und nicht des Sachenrechts – den Bestand der Baurechtsbaute zu gewährleisten.

4. Photovoltaik-Anlagen im Baurecht?

Eine Photovoltaik-Anlage ist eine Solarstromanlage, in der mittels Solarzellen ein Teil der Sonnenstrahlung in elektrische Energie umgewandelt wird. Die dabei typische direkte Art der Energiewandlung bezeichnet man als Photovoltaik. Demgegenüber arbeiten andere Sonnenkraftwerke (z. B. solarthermische Kraftwerke) über die Zwischenschritte Wärmeenergie und mechanische Energie. Photovoltaik-Anlagen werden heute hauptsächlich in der Form einer Aufdachanlage, bei welcher ein vorhandenes Gebäude die Unterkonstruktion für die Anlage trägt, bzw. einer gebäudeintegrierten Anlage, bei welcher die Photovoltaik-Anlage Teile der Gebäudehülle, also der Fassadenverkleidung und/oder der Dacheindeckung ersetzt, oder einer Freilandanlage, bei welcher Solarmodule in Reihen hintereinander mit Hilfe einer geeigneten Unterkonstruktion platziert werden, erstellt.

Im Zusammenhang mit dem Ausstieg aus der Atomenergie und der Förderung alternativer Energien stehen Photovoltaik-Anlagen derzeit verstärkt im Zentrum des Interesses. Aktuelle Beispiele sind die Einkleidung eines Steinbruchs mit Solarzellen am Walensee sowie die Diskussion um die Überdachung von Autobahnen mit Solarzellen. Es sollen rund 750 der total 2200 Schweizer Autobahn-Kilometer mit Solarpanels überdacht werden. Damit soll in zehn bis zwanzig Jahren eine Solaranlage entstehen, die etwa gleich viel Energie produziert wie derzeit das AKW Gösgen. Gerade grosse Projekte sind sehr kapitalaufwändig und erfordern grosse Flächen. Es wäre durchaus denkbar, dass ein Bedürfnis bestehen könnte, Photovoltaik-Anlagen im Baurecht zu erstellen und Eigentum an Grund und Boden bzw. Gebäude und an der Anlage selbst auseinanderfallen zu lassen.

Soweit eine Photovoltaik-Anlage «ohne Absicht bleibender Verbindung» (Art. 677 Abs. 1 ZGB) und ohne feste äussere Verbindung errichtet wird, ist sie als **Fahrnisbaute** zu qualifizieren, an welcher kein Baurecht möglich und erforderlich ist³³. Bei einer Fahr-

32 Vgl. BGE 111 II 134, 139, E. 3; LIVER (FN 2), 224 ff.; BSK ZGB II-REY/STREBEL (FN 3), Art. 675 N 8; SCHMID (FN 14), 294 f.; BSK ZGB II-ISLER/COSTANTINI (FN 7), Art. 779 N 12 ff.

33 Vgl. dazu BSK ZGB II-REY/STREBEL (FN 3), Art. 677 N 3 ff.; ISLER (FN 4), S. 28 f.; BGE 98 II 199, 202 f., E. 3; a.M. LIVER (FN 2), 219.

nisbaute fehlt es an einer festen und dauerhaften Verbindung mit dem Grundstück. Rechtlich ist die Begründung eines Baurechts für eine Fahrnisbaute auch gar nicht nötig, da Fahrnisbauten dem Akzessionsprinzip nicht unterstehen und sie auch ohne Baurecht einen besonderen Eigentümer haben können. Dagegen ist es möglich, einer Person das dingliche Recht auf Errichtung einer Fahrnisbaute auf fremdem Grund und Boden einzuräumen und dieses Recht als irreguläre Personaldienstbarkeit im Sinne von Art. 781 ZGB im Grundbuch einzutragen³⁴.

Anlagen hingegen, welche mit der Absicht bleibender Verbindung erstellt werden und mit der Hauptsache äusserlich derart intensiv verbunden sind, dass eine Abtrennung ohne Zerstörung, Beschädigung oder unverhältnismässigen Aufwand nicht erfolgen kann, sind keine Fahrnisbauten sondern Bestandteil der Hauptsache. Damit sie Gegenstand eines Baurechts sein könnten, müssten zusätzlich die in Ziffer 3 oben erwähnten Voraussetzungen erfüllt sein. Insbesondere müsste eine bauliche und wirtschaftlich-funktionale Eigenständigkeit vorliegen, was im konkreten Einzelfall zu prüfen wäre.

Einem funktionalen Ansatz folgend, gelangen die Autoren in diesem Beitrag zum Schluss, dass eine direkte Verbindung der Baurechtsbaute mit dem Grund und Boden des dienstbarkeitsbelasteten Grundstücks nicht erforderlich ist. Es genügt eine indirekte Verbindung mit dem Boden, sofern diese fest und dauerhaft ist und das Bauwerk baulich und wirtschaftlich funktional eigenständig ist. Bei Photovoltaik-Anlagen auf einem Hausdach oder in einer Gebäudeaussenwand integriert sind in aller Regel diese Kriterien nicht erfüllt. Getrenntes Eigentum kann allenfalls durch eine Qualifikation als Fahrnisbaute entstehen.

Grosse wirtschaftlich bedeutsame Photovoltaik-Anlagen auf Autobahn-Überdachungen oder in Steinbrüchen können demgegenüber im Einzelfall die bauliche und wirtschaftlich funktionale Eigenständigkeit aufweisen, welche für die Begründung einer Baurechtsdienstbarkeit notwendig ist.

34 BGE 98 II 199, 203, E. 3.



© 2012 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

320 Seiten, gebunden, CHF 128.–
ISBN 978-3-7190-3221-0

Mehr Informationen unter: www.helbing.ch