

BAU- UND IMMOBILIENRECHT

AKTUELLE THEMEN – KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE

JULI-AUGUST 2025
NEWSLETTER 07



Liebe Leserin, lieber Leser

Mit dem sehr komplexen Feld des Bauens auf fremdem Grund starten wir unsere heutige Ausgabe. Nach einem Überblick zur Systematik des Baurechts nach ZGB werden die gängigen Baurechtsmodelle sowie Fragen zum Baurechtszins und zur Vertragsauslegung geklärt. Immer wieder kommt es zu Unklarheiten hinsichtlich des Baubeginns als einem rechtlich relevanten Startpunkt. Ab Seite 4 analysieren wir für Sie ein nicht publiziertes Urteil des Kantonsgerichts Luzern.

Bei den häufig vorkommenden Bauschadensfällen ist die Beweissicherung von zentraler Bedeutung. Die Ihnen zur Verfügung stehenden verschiedenen Instrumente mit ihren jeweiligen Vor- und Nachteilen stellen wir Ihnen ab Seite 7 vor. Und schliesslich geht es ab Seite 9 um die Mietzinsgestaltung bei der Geschäftsraummiete.

Wir wünschen Ihnen eine anregende Lektüre

Joel Weishaupt, Redaktor

IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema:
Bauen auf fremdem Boden Seite 1
- Best Practice:
Rechtlich relevanter
Baubeginn Seite 4
- Best Practice:
Beweissicherung
bei Bauschäden Seite 7
- Best Practice:
Mietzinserhöhung Seite 9

Bauen auf fremdem Boden

Systematik und Praxis des Baurechts nach ZGB

Das Baurecht gemäss Art. 675 und 779 ZGB erlaubt es, auf fremdem Boden zu bauen – ein Konzept, das sowohl rechtlich komplex als auch wirtschaftlich hochrelevant ist. Als Mittel zur Trennung von Boden und Bauwerk schafft es Spielraum für innovative Modelle, stellt jedoch zugleich hohe Anforderungen an Vertragsgestaltung und Auslegung. Dieser Beitrag gibt einen Überblick über das Wesen und die Entstehung des Baurechts, beleuchtet seine Übertragbarkeit, stellt die gängigen Modelle vor und widmet sich praxisnahen Fragen rund um den Baurechtszins und die Vertragsauslegung.

■ Von Alexander Pfeiffer

Vorbemerkungen

Das Gesetz regelt das (zivile) Baurecht vor allem in den Art. 675 und 779–779 I ZGB. Es

darf nicht mit dem öffentlichen Baurecht (die Gesamtheit sämtlicher Normen, welche die Bauten betreffen) verwechselt werden.

Die Baurechtsdienstbarkeit ermöglicht die Errichtung eigener Bauten auf fremden Boden. Ursprünglich dachte man dabei an kleine Bauvorhaben wie Keller, Schuppen, Schleusenwerke und dergleichen (Hans Michael Riemer, Die beschränkten dinglichen Rechte, BD. II, 2. Aufl., Bern 2000, S. 77 f.). Mit fortlaufender Zeit dienen Baurechte vermehrt auch für die Errichtung von Grossbauten.

Das Wesen

Die Baurechtsdienstbarkeit verleiht dem Berechtigten die Befugnis, auf oder unter einer fremden Bodenfläche ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten (Art. 779 Abs. 1 ZGB). Dabei steht das Eigentum am Bauwerk dem Baurechtsberechtigten zu (Art. 675 Abs. 1 ZGB). Dies stellt eine Durchbrechung des Akzessionsprinzips dar (BGE 133 III 311 ff., E. 4.2.2).



Das Bauwerk muss fest mit dem Boden verbunden sein. Das Recht kann sich auf bestimmte Teile der Liegenschaft oder auf Teile von Gebäuden beschränken. Bei Letzterem muss der entsprechende Teil des Gebäudes eine eigene, vom übrigen Gebäude abgrenzbare Einheit darstellen (Pascal Simonius/Thomas Sutter, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. II, Basel, 1990, S. 126).

Die Arten

Es gibt verschiedene Arten von Baurechtsdienstbarkeiten. Nach der Beziehung von Bauten und belastetem Grundstück kann unterschieden werden vom gewöhnlichen Baurecht das Überbaurecht und das Leitungsbaurecht. Die Art. 779 a–l ZGB sind auf die gewöhnlichen Baurechte ausgerichtet. Nachstehend ist vom gewöhnlichen Baurecht die Rede.

Begründung und Inhalt des Baurechts

Der Vertrag auf Errichtung eines Baurechts bedarf der öffentlichen Beurkundung (Art. 779a Abs. 1 ZGB).

Das Gesetz regelt den Inhalt des Baurechts nur sehr allgemein (vgl. Art. 779 ZGB). Die Einzelheiten ergeben sich dabei aus dem Baurechtsvertrag. Die vertraglichen Bestimmungen des Baurechtsvertrags über den Inhalt und den Umfang sind für jeden Erwerber des Baurechts und des belasteten Grundstücks verbindlich (Art. 779b Abs. 1 ZGB). Es haben jedoch nicht alle Abmachungen im Rahmen eines Baurechtsvertrags diese dingliche Wirkung. Regelmässig enthält der Vertrag auch zahlreiche Bestimmungen, die zunächst einmal nur (den Grundeigentümer und) den ersten Baurechtsnehmer binden (vgl. BGer vom 11. Februar 2020, in ZBGR 84/2003, S. 35 ff.). Als Beispiel lässt sich neben der Zahlung eines Baurechtszinses die Pflicht des Bauberechtigten anführen, innert einer festgesetzten Frist eine bestimmte Baute zu errichten und sie in gutem Zustand zu erhalten (Schmid Jörg/Hürlimann-Kaup Bettina, Sachenrecht, 6. Aufl., Zürich – Basel – Genf 2022, N 1379b). Die Parteien können gestützt auf Art. 779b Abs. 2 ZGB die Vormerkung derartiger vertraglicher Bestimmungen im Grundbuch vereinbaren. Dies hat die Konsequenz, dass sie jedem Erwerber des Baurechts oder des belasteten Grundstücks

entgegengehalten werden können (sog. Realobligation) (Schmid Jörg/Hürlimann-Kaup Bettina, Sachenrecht, 6. Aufl., Zürich – Basel – Genf 2022, N 1379b f.).



Übertragung des Baurechts

Das Baurecht ist übertragbar und vererblich, sofern nichts anderes vereinbart ist (Art. 779 Abs. 2 ZGB). Bei einem Baurecht, welches nicht als Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist, kann nach den Regeln des Abtretungsrechts (Art. 165 OR) übertragen werden (Schmid Jörg/Hürlimann-Kaup Bettina, Sachenrecht, 6. Aufl., Zürich – Basel – Genf 2022, N 1386). Ist ein Baurecht als Grundstück im Grundbuch aufgenommen, so richtet sich die Übertragung nach den Regeln der Eigentumsübertragung an Grundstücken. Notwendig sind daher ein öffentlich beurkundetes Verpflichtungsgeschäft (Art. 657 Abs. 1 ZGB) und die Eintragung des Erwerbs im Grundbuch (Art. 656 Abs. 1 ZGB):

Die gängigen Baurechtsmodelle

In der Praxis haben sich folgende Vertragstypen durchgesetzt: das «Zürcher Modell», das «Basler Modell», der «traditionelle Baurechtsvertrag» und das «Stadtzürcher Modell».

Beim sogenannten Zürcher Modell einigen sich die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses über die Parameter und deren mögliche zukünftige Entwicklung und berechnen daraus den heutigen Gegenwart (Barwert) dieser zukünftigen Zahlungen. Dieser Barwert ist sodann bei Vertragsabschluss in Form einer

Einmalzahlung vom Baurechtsnehmer zu leisten (vgl. dazu den im Auftrag des Bundesamts für Wohnungswesen [BWO] von der Wüest Partner AG erstellten Schlussbericht «Baurecht unter der Lupe», 2017, Ziff. 3.10 S. 23).

Das sogenannte Basler Modell basiert auf der Idee, dass Baurechtsnehmer und -geber gleichberechtigte Partner sind. Diese teilen sowohl die Risiken als auch die Rendite, und zwar proportional zum jeweiligen Beitrag beider Parteien. Der Beitrag berechnet sich aus den Werten, welche die jeweilige Partei einbringt. Beim Baurechtsgeber ist dies der Landwert, und beim Baurechtsnehmer sind es die Investitionen ins Gebäude. Der Baurechtsgeber erhält demzufolge einen Baurechtszins, der dem Nettoertrag multipliziert mit dem relativen Landanteil entspricht. Damit die Aufteilung des Baurechtszinses stets partnerschaftlich erfolgt, wird der Baurechtszins jeweils angepasst, wenn sich die dem Konzept zugrunde liegenden Parameter verändern, wie zum Beispiel der Landwert und somit der Kapitaleinsatz des Baurechtsgebers infolge von Bodenpreisänderungen, der Kapitaleinsatz des Baurechtsnehmers infolge der Teuerung der Baukosten oder von wertvermehrenden Investitionen oder der Nettomietenertrag zufolge Mietpreisschwankungen oder veränderten Betriebskosten. Der Vorteil dieser Ausgestaltungsvariante liegt darin, dass der Aufwand für den Baurechtszins für den Baurechtsnehmer über einen ganzen Sanierungszyklus betrachtet nie in einem Missverhältnis zu seinen Erträgen stehen wird. Hingegen verliert das Gebäude mit der Zeit an Wert, während die Landpreise in der Regel mit der Zeit ansteigen. Dies verschiebt den Kapitaleinsatz und damit die Baurechtszinse bis zum nächsten Sanierungszeitpunkt kontinuierlich zuungunsten des Baurechtsnehmers («Baurecht unter der Lupe», 2017, Ziff. 3.9 S. 22 f.).

Im «traditionellen Baurechtsvertrag» wird der Baurechtszins berechnet aus der Multiplikation des Verkehrswerts des Landes mit dem Zinsfuss der Kantonalbank oder dem hypothekarischen Referenzzinssatz bei Mietverhältnissen. Der Baurechtszins ist dabei an den Wert des Landes, auf welchem die Baute steht, sowie an den Hypothekar- oder Referenzzinssatz indexiert. In diesem Modell wird



damit die Wertsteigerung des Landes berücksichtigt, nicht aber direkt der Ertrag der Liegenschaft selbst («Baurecht unter der Lupe», 2017, Ziff. 3.7 S. 21).

Das «Stadtzürcher Modell» unterscheidet sich vom «traditionellen Baurechtsvertrag» hauptsächlich in der Regelung des Heimfalls. Dies ist detailliert und eher baurechtsgeberfreundlich definiert («Baurecht unter der Lupe», 2017, Ziff. 3.8 S. 21 f.).

Der Baurechtszins

Für die Einräumung des Baurechts verspricht der Bauberechtigte praxisgemäss dem Grundeigentümer als Gegenleistung für das Einräumen des Baurechts einen sogenannten Baurechtszins. Zivilrechtlich betrachtet bildet der Baurechtszins die Vergütung dafür, dass dem Baurechtsberechtigten eine Dienstbarkeit eingeräumt wird, kraft derer er auf einem Grundstück ein Bauwerk errichten oder beibehalten darf (Art. 779 ZGB). Wirtschaftlich gesehen ist der Baurechtszins ein Nutzungsentgelt für die langfristige Nutzung eines Stücks Boden (BGE 101 II 329 E. 1). Die Höhe des Nutzungsentgelts entspricht regelmässig dem Ertrag, welchen der Grundeigentümer wegen der Belastung des Grundstücks mit dem Baurecht nicht auf andere Weise realisieren kann; insofern kann auch von einer Verzinsung des im Grundstück investierten oder gebundenen Kapitals gesprochen werden (Isler/Gross, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, 6. Aufl. 2019, N. 28 zu Art. 779a ZGB).

Zu der Thematik Baurechtszins sind diverse Frage umstritten. Beispielhaft kann auf zwei Punkte eingegangen werden:

- Die Zinsschuld stellt eine persönliche Schuld des Bauberechtigten dar (BGer, 19.11.2010, 5A_251/2010, E. 6 und insb. E. 6.3). Das heisst, bei einer Übertragung des Baurechts verbleibt die Zinsschuld beim ehemaligen Bauberechtigten, sofern diese nicht mit Zustimmung der Gläubigerin vom neuen Bauberechtigten übernommen wird oder im Grundbuch vorgemerkt ist (Art. 779b Abs. 2 ZGB).
- Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Baurechtszins kein objektiv wesentliches Vertragselement, welches der öffentlichen Beurkundung bedürfte (BGer, 15.10.2019, 5A_838/2019,

E. 5.2.1.). Ein Teil der Lehre bejaht jedoch die Pflicht zur Beurkundung des Baurechtszinses, mit der Begründung, dass es sich um einen objektiv wesentlichen Vertragspunkt handle bzw. die Zinsvereinbarung zumindest subjektiv wesentlich sei (Schmid Jörg/Hürlimann-Kaup Bettina, Sachenrecht, 6. Aufl., Zürich – Basel – Genf 2022, N 1396).

Die Auslegung von Baurechtsverträgen

Die Auslegung des Baurechtsvertrags erfolgt grundsätzlich gemäss den allgemeinen obligationenrechtlichen Regeln der Vertragsauslegung (BGE 139 III 404, E. 7.1). Das Ziel der Auslegung ist es in erster Linie, den übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen festzulegen (Art. 18 Abs. 1 OR). Kann ein wirklicher Wille nicht festgestellt werden, beurteilt sich der Vertragsinhalt nach dem Vertrauensprinzip. Die Erklärung ist so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 142 III 239, E. 5.2.1 mit Hinweisen). Die Auslegung hat rechtsprechungsgemäss grundsätzlich ex tunc zu erfolgen, also bezogen auf den Zeitpunkt oder Zeitraum des Vertragsschlusses (BGer, 1.9.2020, 5A_550/2019, E. 6.1 mit Hinweisen).

Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortlaut der Erklärungen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind (BGE 142 III 671, E. 3.3 mit Hinweisen). Das Gericht hat zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 144 III 327, E. 5.2.2.).

Auch wenn der gewählte Wortlaut der Parteien auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus den anderen Vertragsbestimmungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck und aus weiteren Umständen ergeben, dass der Wortlaut der strittigen Bestimmung nicht genau den Sinn der Vereinbarung unter den Parteien wiedergibt (BGE 140 III 134, E. 3.2). Wenn aus objektiven Umständen das objektive Vertragsverständnis hergeleitet werden soll, muss die Auslegung zu einem zweifelsfreien Ergebnis führen (BGer, 8.3.2018, 5A_927/2017, E. 6.1 mit Hinweis).

In der Praxis wird die Auslegung von Baurechtsverträgen als Dauerverträge regelmässig dadurch erschwert, dass die ursprünglichen Parteien infolge Tod oder Rechtsübertragung nicht mehr am Vertragsverhältnis beteiligt sind.

Die Umstände können sich praxisgemäss infolge von Zonenplanänderungen oder erheblichen Verzögerungen im Baubewilligungsverfahren nachträglich ändern. Eine Anfechtung des Baurechtsvertrags gestützt auf Grundlagenirrtum ist nur möglich, sofern der Irrtum wesentlich im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ist. Wesentlich ist ein Irrtum in Bezug auf einen künftigen Sachverhalt nur dann, wenn der Irrtende ein künftiges Ereignis, welches Vertragsgrundlage bildet, als sicher annimmt und die Gegenpartei dies nach Treu und Glauben erkennen musste (BGE 118 II 297, E. 2.c). Liegt ein Irrtum über die Überbaubarkeit des baurechtsbelasteten Grundstücks bzw. eines wesentlichen Teils der zu nutzenden Fläche zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vor, so ist eine Berufung auf Grundlagenirrtum möglich (BGE 96 II 101, E. 1. c).

Fazit

Das (zivile) Baurecht gemäss Art. 675 und 779 ff. ZGB ist ein vielschichtiges Rechtsinstitut mit grosser praktischer Relevanz. Es ermöglicht die nachhaltige Nutzung von Boden, ohne dass Eigentum am Bauwerk übertragen werden muss. Es erfordert eine sorgfältige vertragliche Ausgestaltung, insbesondere im Hinblick auf Inhalt, Übertragbarkeit und Heimfallregelung. Die unterschiedlichen Baurechtsmodelle zeigen, wie flexibel dieses Instrument ausgestaltet werden kann – je nach wirtschaftlichem Ziel und Verhältnis der Parteien. Gleichzeitig verdeutlichen die Fragen rund um den Baurechtszins und die Vertragsauslegung, dass eine vorausschauende Planung unerlässlich ist. Der Beitrag macht deutlich: Das Baurecht bleibt ein anspruchsvolles, aber zukunftsweisendes Gestaltungsinstrument im schweizerischen Immobilienrecht.



AUTOR

Alexander Pfeiffer, Rechtsanwalt ist Partner in der Basler Anwaltskanzlei nigon Rechtsanwälte Notariat. Er ist sowohl beratend als auch prozessierend im Bereich des Bau- und Immobilienrechts für Unternehmen und Private tätig.