



# Real Estate Legal Update

---

**Neueste Entwicklungen aus den Bereichen** Transaktionen, Mietrecht, privates Baurecht sowie öffentliches Planungs- und Baurecht.

---

---

## Asset Market Legal Update



Dies ist eine Zusammenfassung der Artikel. Die vollständigen Artikel finden Sie auf den Folgeseiten.

### Immobilien-Projektentwicklung durch Anlagestiftungen

Anlagestiftungen haben in den vergangenen Jahren vermehrt eigene Immobilienprojekte entwickelt. Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang solche Anlagen im Einzelfall zulässig sind, ist seit 2012 gesetzlich geregelt. Im vorliegenden Update werden die regulatorischen Rahmenbedingungen für Anlagen von Anlagestiftungen in Immobilien-Projektentwicklungen dargestellt und mit den bei anderen Gefässen zur kollektiven Kapitalanlage bestehenden Vorgaben verglichen. Dabei wird auch ein innovatives, aber in der Praxis noch wenig beachtetes Produkt vorgestellt.

[Vollständiger Artikel ->](#)

---

## Space Market Legal Update

### Parlamentarische Vorstösse zur Revision des Mietrechts

Aktuell sind in den eidgenössischen Räten verschiedene Vorstösse zur Revision des Mietrechts hängig. Ein Vorstoss von Nationalrat Hans Egloff fordert eine vereinfachte Beweispflicht für die Orts- und Quartierüblichkeit. Gemäss einer Initiative von Nationalrat Olivier Feller soll eine höhere Maximalrendite gesetzlich verankert werden. Nationalrat Daniel Fässler fordert eine Änderung der Rangordnung der Kriterien für missbräuchliche Mietzinse, während Nationalrat Philippe Nantermod verlangt, dass Klagen wegen missbräuchlicher Mietzinse nur noch in Gebieten mit Wohnungsnot möglich sein sollen. Derweil droht der Mieterverband bereits mit dem Referendum, während er gleichzeitig eine Online-Petition mit dem Titel „Nein zu Wuchermieten“ gestartet hat.

[Vollständiger Artikel ->](#)

---

## Construction Market Legal Update

### Brennpunkt Besitzstandsgarantie – Schlaglicht auf die Zürcher Praxis

Bauvorschriften werden immer wieder revidiert oder neu eingeführt. Dadurch können bestehende Bauten und Anlagen, die im Zeitpunkt ihrer Errichtung dem geltenden Recht entsprochen haben, nachträglich vorschriftswidrig werden. Solche nachträglich vorschriftswidrig gewordene Bauten und Anlagen sind grundsätzlich in ihrem Bestand und ihrer bestandesgemässen Nutzung geschützt. Ob und inwieweit bauliche Änderungen wie Umbau- und Erweiterungsmassnahmen an rechtswidrig gewordenen Gebäuden zulässig sind, beurteilt sich von Kanton zu Kanton unterschiedlich. Nachfolgend wird ein Schlaglicht auf die liberale Zürcher Praxis geworfen.

[Vollständiger Artikel ->](#)

# Immobilien-Projektentwicklung durch Anlagestiftungen



Von **André Kuhn**  
Dr. iur., Rechtsanwalt  
Telefon +41 58 658 29 36  
andre.kuhn@walderwyss.com

## Einleitung

Anlagestiftungen dienen der gemeinsamen Anlage und Verwaltung von Vorsorgegeldern und stellen somit Gefässe zur kollektiven Kapitalanlage dar. Sie können jeweils über mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Teilvermögen (sogenannte Anlagegruppen) verfügen. Als Anleger einer Anlagestiftung kommen generell nur Schweizer Vorsorgeeinrichtungen und Hilfseinrichtungen der beruflichen Vorsorge in Frage. Sämtliche Anlagestiftungen unterstehen der Aufsicht der Oberaufsichtskommission Berufliche Vorsorge OAK BV.

Die gut 50 bestehenden Anlagestiftungen verwalteten im Jahr 2015 gesamthaft Vermögenswerte von CHF 124 Mia., was ungefähr 15 Prozent der gesamten Aktiven der beruflichen Vorsorge in der Schweiz entspricht. Ein bedeutender Teil der von Anlagestiftungen verwalteten Vermögen ist in Immobilien investiert, was diese zu einer wichtigen Gruppe von Investoren im Immobilienbereich macht. Dem allgemeinen Trend folgend haben Anlagestiftungen in den letzten Jahren vermehrt eigene Immobilienprojekte entwickelt.

## Zulässige Anlagen

Über die Anlage der von ihnen für ihre Anleger verwalteten Vermögenswerte können Anlagestiftungen nicht völlig frei entscheiden. Vielmehr müssen sie sich an gewisse regulatorische Vorgaben und Einschränkungen halten.

Relevant ist bei Immobilien-Projektentwicklungen zunächst der Umstand, dass Vermögenswerte von Immobilien-Anla-

gegruppen nur Anlagen in **unbebaute Grundstücke** tätigen dürfen, sofern diese erschlossen sind und die Voraussetzungen für eine umgehende Überbauung erfüllen.

Ein unbebautes Grundstück gilt in Anlehnung an das Raumplanungsrecht als erschlossen, wenn eine für die betreffende Nutzung hinreichende Zufahrt besteht und die erforderlichen Wasser-, Energie- sowie Abwasserleitungen so nahe heranzuführen, dass ein Anschluss ohne erheblichen Aufwand möglich ist.

Schwieriger zu beantworten ist hingegen die Frage, wann eine unbebaute Liegenschaft die Voraussetzungen für eine umgehende Überbauung erfüllt. Unbestritten ist zumindest, dass dieses Kriterium erfüllt ist, sobald eine rechtskräftige Baubewilligung vorliegt. Ob eine Anlagestiftung auch in Bauprojekte investieren kann, die noch nicht baubewilligt sind, ist hingegen nicht abschliessend geklärt. Dafür spricht zumindest der Umstand, dass der Ordnungsgeber das Vorliegen einer Baubewilligung explizit hätte verlangen können. Entsprechendes ist – anders als bei Immobilienfonds gemäss Kollektivanlagengesetz – nicht passiert. In der Praxis empfiehlt es sich daher, diesen Punkt in den Anlagevorschriften ausdrücklich zu regeln, sofern Investitionen in noch nicht baubewilligte Projekte geplant sind.

Neben Anlagen in Neubauprojekte dürfen Anlagestiftungen auch Anlagen in **Umbauprojekte** tätigen. Im Gegensatz zu Neubauprojekten bestehen dazu keine spezifischen regulatorischen Einschränkungen. Damit ist es Anlagestiftungen

möglich, sanierungsbedürftige Immobilien bereits in einem frühen Projektstadium zu erwerben und diese im Rahmen eines Redevolutions zu entwickeln. Auch hier empfiehlt es sich in der Praxis, die Details in den Anlagerichtlinien festzuhalten.

Bemerkenswert ist schliesslich, dass Anlagestiftungen Immobilienprojekte sowohl für den Eigenbestand als auch für den sofortigen Verkauf entwickeln dürfen. Im Gegensatz zu den im Kollektivanlagegesetz geregelten vertraglichen Anlagefonds und SICAV dürfen Anlagestiftungen somit auch als Trader-Developer tätig sein und die entwickelten Immobilien nach Bauvollendung umgehend veräussern.

#### Diversifikationsvorschriften

Neben den Einschränkungen bezüglich der zulässigen Anlagen müssen sich Anlagestiftungen an gewisse Diversifikationsvorschriften halten.

Von Bedeutung ist dabei zunächst die **generelle Beschränkung von Anlagen in Bauland, angefangene Bauten und sanierungsbedürftige Objekte** auf maximal 30 Prozent des Vermögens einer Immobilien-Anlagegruppe. Damit unterliegen Anlagestiftungen in dieser Hinsicht vergleichbaren Diversifikationsvorschriften wie Immobilienfonds, die als vertragliche Anlagefonds oder SICAV ausgestaltet sind. Immerhin besteht bei Anlagestiftungen die Möglichkeit, Anlagegruppen mit ausschliesslicher Anlage in Bauprojekte zu schaffen (siehe dazu den nachfolgenden Abschnitt).

Für eine als Projektentwicklerin tätige Anlagestiftung ferner von Bedeutung ist die Regelung, wonach der **Verkehrswert einer einzelnen Immobilien-Projektentwicklung** nicht mehr als 15 Prozent des Vermögens einer Anlagegruppe ausmachen darf. Diese Vorschrift ist etwas restriktiver als die vergleichbare Einschränkung bei Immobilienfonds in der

Form des vertraglichen Anlagefonds oder der SICAV, bei welchen eine Obergrenze von 25 Prozent gilt. Sie wird daher in der Praxis auch kritisiert.

Schliesslich haben Anlagestiftungen die Anlagen ihrer Immobilien-Anlagegruppen **nach Region, Lage und Nutzungsart** zu diversifizieren, sofern es ihr Anlagefokus zulässt. Damit verbleibt den Anlagestiftungen eine grosse Flexibilität, da eine Fokussierung (beispielsweise auf Wohnliegenschaften im Metropolitanraum Zürich) in jedem Fall zulässig ist.

Weil die genannten Diversifikationsvorschriften bei neu aufgesetzten Anlagegruppen naturgemäss nicht vom ersten Tag an eingehalten werden können, wird typischerweise eine Übergangsfrist vorgesehen, innert der die geforderte Diversifikation erreicht werden muss.

#### Anlagegruppen mit ausschliesslicher Anlage in Bauprojekte

Anlagestiftungen haben die Möglichkeit, eine Immobilien-Anlagegruppe als Anlagegruppe mit ausschliesslicher Anlage in Bauprojekte auszugestalten. Damit kann eine Anlagestiftung statt der erwähnten 30 Prozent das gesamte Vermögen dieser Anlagegruppe in Bauland, angefangene Bauten und sanierungsbedürftige Objekte investieren.

Nicht abschliessend geklärt ist indes die Frage, ob solche Anlagegruppen die von ihnen realisierten Projekte nach erfolgter Baufertigstellung zwingend veräussern müssen, weil das Halten von Bestandsliegenschaften der Fokussierung auf ausschliessliche Anlagen in Bauprojekte widerspräche. Sollte die OAK BV oder ein Gericht diese Frage bejahen, dürften Anlagegruppen mit ausschliesslicher Anlage in Bauprojekte in der Praxis einen schweren Stand haben. Grund dafür ist der Umstand, dass die zulässigen Anleger einer Anlagestiftung typischerweise an möglichst stetigen Renditen und Ausschüttungen interessiert sind und

nicht in erster Linie an einmaligen Entwicklungsergebnissen.

Selbst wenn Anlagegruppen mit ausschliesslicher Anlage in Bauprojekte die von ihnen entwickelten Immobilien nach Baufertigstellung grundsätzlich veräussern müssten, bliebe die Möglichkeit, bei der Aufsichtsbehörde eine Ausnahme von dieser Verpflichtung zu beantragen. Damit würde der Anlegerschutz gestärkt, weil sich mit zunehmendem Anteil an Bestandsimmobilien das Risikoprofil der Anlagegruppe verbessert. Ob eine solche Ausnahme gewährt werden könnte, würde die OAK BV indes im Einzelfall entscheiden.

#### Fazit

Anlagestiftungen sind aufgrund ihrer regulatorischen Rahmenbedingungen für Immobilien-Projektentwicklungen besonders geeignet. Sie unterstehen in diesem Bereich insgesamt einer ähnlichen Regulierung wie Immobilienfonds in der Form des vertraglichen Anlagefonds und der SICAV. Bei einzelnen Aspekten der Regulierung verfügen Anlagestiftungen gar über etwas mehr Flexibilität. Zudem steht mit der Anlagegruppe mit ausschliesslicher Anlage in Bauprojekte ein innovatives Produkt zur Verfügung, dem nun mit einer sinnvollen Umsetzung der bestehenden Regulierung zum Durchbruch verholfen werden muss.

André Kuhn hat eine Dissertation mit dem Titel „Die Finanzierung von Immobilien-Projektentwicklungen durch Anlagestiftungen“ verfasst. Ein Abdruck dieser Dissertation ist beim Schulthess Verlag in Buchform erhältlich (ISBN 978-3-7255-7828-3).

# Parlamentarische Vorstösse zur Revision des Mietrechts



Von **Christian Eichenberger**  
Dr. iur., LL.M., MRICS, Rechtsanwalt  
Telefon +41 58 658 56 59  
christian.eichenberger@walderwyss.com

## Parlamentarische Initiative Nr. 17.493 vom 29. September 2017 von Nationalrat Hans Egloff: Beweisbare Kriterien für die Orts- und Quartierüblichkeit der Mieten schaffen

### Ausgangslage

Gemäss Art. 269a lit. a des schweizerischen Obligationenrechts (OR) sind Mietzinse in der Regel nicht missbräuchlich, wenn sie im Rahmen der orts- oder quartierüblichen Mietzinse liegen. Nach Art. 11 Abs. 1 der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) sind für die Ermittlung der orts- und quartierüblichen Mietzinse im Sinne von Art. 269a lit. a OR die Mietzinse für Wohn- und Geschäftsräume massgeblich, die nach Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode mit der Mietsache vergleichbar sind. Nach der Rechtsprechung muss der kantonale Richter konkrete Vergleiche anhand der in Art. 11 Abs. 1 VMWG vorgeschriebenen Kriterien anstellen. Er kann die ortsüblichen Mietzinse nicht aufgrund eines «Gesamteindrucks» ermitteln. Um Rückschlüsse mit einiger Gewissheit zu ziehen, kann sich der kantonale Richter entweder auf amtliche Statistiken stützen (Art. 11 Abs. 4 VMWG) oder auf mindestens fünf Vergleichswohnungen (BGE 141 III 569 E. 2.2.1). Ausser Betracht fallen Mietzinse, die auf einer Marktbeherrschung durch einen Vermieter oder eine Vermietergruppe beruhen (Art. 11 Abs. 3 VMWG).

### Argumente des Initianten

Gemäss dem Vorstoss von Hans Egloff vom 29. September 2017 handelt es sich

bei den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien um „übertriebene, praxisferne Anforderungen an den Beweis der Orts- und Quartierüblichkeit“. Namentlich bei mehreren Jahrzehnte alten Gebäuden sei es heute nahezu unmöglich, die genügende Anzahl von Objekten zu finden, welche nach allen geforderten Elementen nahezu identisch seien. Der Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit sei unweigerlich zum Scheitern verurteilt. Die Rechtsprechung habe die Anwendung der im Gesetz vorgesehenen Orts- und Quartierüblichkeit faktisch verunmöglicht.

### Initiativtext

Deshalb möchte der Initiant die von der Rechtsprechung geformte Praxis auf gesetzgeberischem Weg anpassen, wobei er vorschlägt, dass Art. 269a OR durch folgenden zweiten Absatz ersetzt wird:

*„2. Massgeblich für die Ermittlung der orts- und quartierüblichen Mietzinse im Sinne von Absatz 1 Buchstabe a sind die Mietzinse für Wohn- und Geschäftsräume, die nach Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode mit der Mietsache vergleichbar sind:*

*a. Hinsichtlich der Bauperiode von Mietobjekten sind solche in vor 1930 erstellten Gebäuden vergleichbar; solche in nach 1930 erstellten Gebäuden sind mit Gebäuden, die 20 Jahre früher oder später erstellt wurden, vergleichbar.*

*b. Zustand und Ausstattung sind mit drei Kategorien (einfach, gut, sehr gut) zu bewerten. Der Richter gleicht mit Bezug auf einzelne Merkmale fehlende Eigenschaften nach seinem Ermessen durch die Berücksichtigung*

sichtigung anderer, zusätzlicher oder höherwertiger Eigenschaften aus.

c. Genügend differenzierte amtliche oder branchenetaillierte Statistiken sind zum Nachweis zuzulassen.

3. Der Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit des Mietzinses kann mittels drei zum Vergleich tauglichen Objekten erbracht werden.“

### Aktueller Stand der Diskussion

Die parlamentarische Initiative Nr. 17.493 vom 29. September 2017 von Hans Egloff wurde in den Räten bis jetzt noch nicht behandelt. Klar scheint, dass es zu hitzigen Diskussionen kommen dürfte. Der Mietverband hat bereits mit dem Referendum gedroht. Er argumentiert, dass die Mietenden mit der Revision kaum mehr Chancen hätten, überhöhte Anfangsmietzinse anzufechten und ihr Recht komplett ausgehöhlt würde.

### Parlamentarische Initiative Nr. 17.491 vom 29. September 2017 von Nationalrat Olivier Feller: Zeitgemässe Berechnung der zulässigen Rendite im Mietrecht

#### Ausgangslage

Gemäss Art. 269 OR sind Mietzinse missbräuchlich, wenn der Vermieter dadurch einen übersetzten Ertrag aus der Mietsache erzielt.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Ertrag aus der Mietsache übersetzt, wenn die Nettorendite (d.h. die Eigenkapitalrendite) des Eigentümers den jeweils aktuellen hypothekarischen Referenzzinssatz um 0.5% übersteigt (BGE 122 III 257 E. 3a; BGE 141 III 245 E. 6.3).

#### Argumente des Initianten

Gemäss Nationalrat Olivier Feller passt die aus den 1980er stammende Rechtsprechung nicht mehr ins heutige Tiefzinsumfeld. Bei Begründung der Rechtsprechung im Jahr 1986 sei aufgrund der

damaligen Leitzinssätze eine Nettorendite von 6% erlaubt gewesen. Er will deshalb die zulässige Nettorendite neu auf 2% über dem jeweiligen Referenzzinssatz erhöhen.

#### Initiativtext

Olivier Feller möchte Art. 269 OR (neben weiteren Ergänzungen) den folgenden Absatz 2 hinzufügen:

„Die mit dem Landesindex der Konsumentenpreise indexierte Eigenkapitalrendite ist übersetzt, wenn sie den hypothekarischen Referenzzinssatz um mehr als 2 Prozent übersteigt.“

#### Aktueller Stand der Diskussion

Die parlamentarische Initiative Nr. 17.491 vom 29. September 2017 von Olivier Feller wurde in den Räten bis jetzt noch nicht behandelt. Auch hier dürfte es zu intensiven Diskussionen kommen. Gemäss Mieterverband wäre „das Prinzip der Kostenmiete mit Annahme der Initiative beerdigt.“ Er droht mit dem Referendum.

### Parlamentarische Initiative Nr. 17.492 vom 29. September 2017 von Nationalrat Daniel Fässler: Gleichwertigkeit der gesetzlichen Mietzinsregeln stärken

#### Ausgangslage

Nicht missbräuchlich sind Mietzinse gemäss Art. 269 und 269a OR insbesondere dann, wenn sie (i) im Rahmen der orts- und quartierüblichen Mietzinse liegen, (ii) durch Kostensteigerungen oder Mehrleistungen (wertvermehrnde oder energetische Verbesserungen) des Vermieters begründet sind oder (iii) im Rahmen der zulässigen Rendite liegen (d.h. der Nettorendite wie oben ausgeführt bzw. der kostendeckenden Bruttorendite bei neueren Bauten). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung steht das Kriterium des übersetzten Ertrags grundsätzlich über allen anderen Kriterien (ausser bei Altbauten vgl. Bundesgerichtsurteil 4A\_295/2016 vom 29. No-

vember 2016 E. 5.1.1). Das bedeutet, dass der Mieter auch bei einem erwiesenermassen orts- und quartierüblichen Mietzins oder bei einer korrekt bemessenen Mietzinsenerhöhung aufgrund energetischer Verbesserungen geltend machen kann, der Vermieter erziele einen übersetzten Ertrag, womit er die entsprechende Mietzinsanpassung (im Rahmen des heutigen Tiefzinsumfelds regelmässig erfolgreich) wird anfechten können.

#### Argumente des Initianten

Gemäss Nationalrat Daniel Fässler entspricht die vom Bundesgericht geschaffene "Hierarchie" weder der Ratio Legis noch ist sie sachgerecht. Die Orts- und Quartierüblichkeit als marktnahes Kriterium werde der Kostenmiete untergeordnet, womit entgegen der Absicht des Gesetzgebers faktisch die reine Kostenmiete durchgesetzt würde.

#### Initiativtext

Daniel Fässler möchte dem OR folgenden neuen Art. 269a<sup>bis</sup> beifügen.

„Die Kriterien zur Prüfung der Missbräuchlichkeit des Mietzinses nach den Artikeln 269 und 269a sind gleichrangig. Ist der Mietzins nach einem dieser Kriterien nicht missbräuchlich, so schliesst dies die Geltendmachung der Missbräuchlichkeit des Mietzinses nach einem anderen Kriterium aus.“

#### Aktueller Stand der Diskussion

Die parlamentarische Initiative Nr. 17.492 vom 29. September 2017 von Daniel Fässler wurde in den Räten bis jetzt noch nicht behandelt. Auch hier wird es heftig zu diskutieren geben. Gemäss Mieterverband würden die Mieterrechte besonders nach Sanierungen, die oft nur der Steigerung der Rendite dienen würden, empfindlich beschnitten. Er droht mit dem Referendum.

---

**Parlamentarische Initiativen Nrn. 17.514 und 17.515 vom 13. Dezember 2017 von Nationalrat Philippe Nantermod: Artikel 269 und 270 OR sollen auf Zeiten von Wohnungsmangel beschränkt werden****Ausgangslage**

Die Bestimmungen über den Schutz von missbräuchlichen Mietzinsen kommen gemäss Art. 269a und 270 OR grundsätzlich unabhängig davon zur Anwendung, ob in einem Gebiet Wohnungsmangel herrscht oder nicht. Nur die Formularpflicht für die Mitteilung des Anfangsmietzinses wird gemäss Art. 270 Abs. 2 OR an dieses Kriterium gebunden.

**Argumente des Initianten**

Gemäss Nationalrat Philippe Nantermod soll der Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen auf Gebiete mit Wohnungsnot beschränkt werden. Ausserhalb solcher Gebiete würden durch das Spiel von Angebot und Nachfrage gerechte Mieten festgesetzt.

**Initiativtext**

Philippe Nantermod möchte Art. 269 und 270 OR wie folgt anpassen:

Art. 269 OR: *„Herrscht auf einem Markt Wohnungsmangel, so gelten Mietzinse als missbräuchlich, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird oder wenn sie auf einem offensichtlich übersetzten Kaufpreis beruhen.“*

Art. 270 OR: *„Herrscht auf einem Markt Wohnungsmangel, so kann der Mieter den Anfangsmietzins innert 30 Tagen nach Übernahme der Sache bei der Schlichtungsbehörde als missbräuchlich im Sinne der Artikel 269 und 269a anfechten und dessen Herabsetzung verlangen [...]“*

**Aktueller Stand der Diskussion**

Die parlamentarische Initiativen Nrn. 17.514 und 17.515 vom 13. Dezember 2017 von Philippe Nantermod wurden in den Räten bis jetzt noch nicht behandelt. Auch hier dürfte es über den Parlamentsbetrieb hinausgehende Auseinandersetzungen geben. Gemäss Mieterverband sei die Initiative absurd, denn ein Missbrauch sei ein Missbrauch, egal wo er stattfindet. Er droht mit dem Referendum und verweist auf seine Online-Petition „Nein zu Wuchermieten“ ([www.mieterverband.ch](http://www.mieterverband.ch)).

**Schlussbemerkungen**

Vertreter der Vermieter- wie der Mieterseite sind sich dem Grundsatz nach einig, dass das Mietrecht gemäss Gesetz, Verordnung und verästelter Rechtsprechung aktuell nicht absolut frei von Widersprüchen ist und entsprechend ein gewisser Revisionsbedarf besteht. Darüber, in welche Richtung die Revision gehen soll, scheiden sich freilich die Geister. Es ist zu erwarten, dass die Revision des Mietrechts die Politik noch lange Zeit beschäftigen wird, wobei abzuwarten bleibt, ob gewisse Aspekte aufgrund einer allfälligen Zinswende von sich aus an Brisanz verlieren werden.

# Brennpunkt Besitzstandsgarantie – Schlaglicht auf die Zürcher Praxis



Von **Regula Fellner**  
lic. iur., Rechtsanwältin  
Telefon +41 58 658 51 98  
regula.fellner@walderwysse.com

## Besitzstandsgarantie

Gestützt auf die Besitzstandsgarantie können rechtmässig errichtete Bauten und Anlagen grundsätzlich bestehen bleiben und im bisherigen Umfang weiter genutzt werden, auch wenn sie wegen seither erfolgten Rechtsänderungen nicht mehr (gleich) gebaut werden dürften. Darüber hinaus besteht auch das Recht, die zur Bestandserhaltung erforderlichen Massnahmen (Unterhaltsarbeiten und Renovationen) an solchen Gebäuden vorzunehmen.

Praktisch alle Kantone kennen Vorschriften, die für Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzone über das verfassungsrechtliche Minimum hinaus auch Änderungen an Bauten und Anlagen, welche nachträglich vorschriftswidrig geworden sind, zulassen (sog. erweiterte Besitzstandsgarantie).

## Die Vorschrift von § 357 Abs. 1 des zürcherischen Planungs- und Baugesetzes (PBG)

Das zürcherische Recht enthält in § 357 Abs. 1 PBG eine allgemeine Bestimmung zur Zulässigkeit von Änderungen an vorschriftswidrigen Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzone. Danach dürfen bestehende Bauten und Anlagen, die Bauvorschriften widersprechen, unter dem Vorbehalt, dass keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen, umgebaut, erweitert oder – sofern sie sich für eine zonengemässe Nutzung nicht eignen – anderen Nutzungen zugeführt werden. Dies, soweit damit keine neuen oder weitergehenden Abweichungen von Vorschriften verbunden sind.

## Zulässige bauliche Massnahmen

Grundsätzlich sind Umbauten, Erweiterungen und Umnutzungen vorschriftswidriger Bauten und Anlagen unter den nachfolgenden Voraussetzungen erlaubt. Der Begriff des Umbaus umfasst Massnahmen, die dazu dienen, eine bestehende Baute oder Anlage ohne Änderung des Gebäudevolumens zweckmässiger zu nutzen, indem das Verhältnis der Innenräume (beispielsweise durch die Beseitigung innerer Trennwände) oder deren Benutzbarkeit (z.B. durch den Ausbau eines bisher als Estrich genutzten Dachgeschosses zu Wohnzwecken) verändert wird. Als Erweiterungen gelten bauliche Vorkehren zur Vergrösserung des Gebäudevolumens, welche mit dem Bestehenden eine konstruktive Einheit bilden und in der Regel zu einer Erhöhung der Nutzfläche führen. Bestehende Bauten und Anlagen dürfen schliesslich auch anderen Nutzungen bzw. einem neuen Zweck zugeführt werden, sofern sie sich für eine zonengemässe Nutzung nicht eignen.

## Die neubauähnliche Umgestaltung als Grenze der zulässigen Massnahmen

Gemäss Praxis des Baurekursgerichts und des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich werden Umbauten und Erweiterungen bestehender Bauten und Anlagen von § 357 Abs. 1 PBG soweit zugelassen, als sie nicht zu einer neubauähnlichen Umgestaltung führen. Nach der neueren Praxis wird nur mit grosser Zurückhaltung von neubauähnlichen Umgestaltungen ausgegangen, nämlich dann, wenn bei objektivierter Betrachtungsweise die Berufung auf die Bestim-



mung von § 357 Abs. 1 PBG nicht darauf abzielt, bestehende Investitionen zu schützen, sondern es vorwiegend darum geht, die Anwendung der für einen Neubau geltenden Bestimmungen zu verhindern.

Entscheidend ist, ob sich der Bauherrschaft durch die Änderung des Bestehenden wesentlich weitergehende Baumöglichkeiten als bei einem Neubau bieten würden. Dies beurteilt sich nicht nur nach dem Ausmass der bestehenden Rechtswidrigkeit, sondern auch danach, ob Einschränkungen, die aus Neubauvorschriften resultieren, kompensiert werden können. Ins Gewicht fällt weiter, in welchem Umfang das Bestehende erhalten werden soll. Je mehr dies der Fall ist, und je geringer die baulichen Änderungen im Verhältnis hierzu sind, desto eher wird eine Gesetzesumgehung verneint. Umgekehrt lassen selbst erhebliche Änderungen zu Lasten des Bestehenden den Schluss auf eine Gesetzesumgehung dann nicht zu, wenn die Baumöglichkeiten bei diesem Vorgehen nur unwesentlich grösser sind als bei einem Neubau sind.

Wird eine bauliche Massnahme als neubauähnliche Umgestaltung qualifiziert, findet § 357 Abs. 1 PBG keine Anwendung. Das gesamte Gebäude (und nicht nur die bauliche Änderung) ist diesfalls nach Massgabe der Neubauvorschriften zu beurteilen. Da das zu ändernde Gebäude in einem solchen Fall dem geltenden Recht widerspricht und diesem Mangel nur in seltenen Fällen mit einer Auflage entgegengekommen werden kann, fällt die Erteilung einer ordentlichen Baubewilligung in der Regel ausser Betracht. Solche Bauvorhaben sind weitestgehend nur im Rahmen einer Ausnahmegewilligung (§ 220 PBG) realisierbar.

### **Keine neuen oder weitergehenden Abweichungen von Vorschriften**

Änderungen an rechtswidrigen Bauten und Anlagen haben – wie Neubauten und Änderungen an vorschriftskonformen Gebäuden – grundsätzlich das geltende Recht einzuhalten. Soll beispielsweise ein zu hohes Gebäude um einen Anbau im Erdgeschoss erweitert werden, so ist dies in der Regel nur zulässig, sofern die bauliche Massnahme für sich allein betrachtet den massgeblichen Bauvorschriften entspricht. Bauvorhaben, die neue oder weitergehende Abweichungen von Vorschriften zur Folge haben, können nur unter strengen Voraussetzungen mit einem Dispens nach § 220 PBG bewilligt werden. Bestehen keine Ausnahmegründe, werden die über § 357 PBG hinausgehenden Änderungen verweigert. Bei (neuen) Abstandswidrigkeiten besteht unter dem Vorbehalt einwandfreier wohnhygienischer und feuerpolizeilicher Verhältnisse immerhin noch die Möglichkeit, durch nachbarliche Vereinbarung ein Näherbaurecht begründen zu können (§ 270 Abs. 3 PBG).

### **Der Vorbehalt entgegenstehender überwiegender öffentlicher oder nachbarlicher Interessen**

Die Bewilligung von Änderungen an vorschriftswidrigen Bauten steht schliesslich unter dem Vorbehalt, dass dem Bauvorhaben keine überwiegenden öffentlichen oder nachbarlichen Interessen entgegenstehen. Die Schranke der überwiegenden öffentlichen Interessen ist in der Praxis weitestgehend bedeutungslos. Nachbarliche Interessen können infolge Beeinträchtigung der Wohnqualität – namentlich durch Entzug von Licht, Sonne und Aussicht sowie Hervorrufen von ideellen Immissionen – tangiert sein.

Ob überwiegende öffentliche oder nachbarliche Interessen vorliegen, ist aufgrund einer wertenden Interessensabwägung im konkreten Einzelfall zu beurteilen. Nur dann, wenn die öffentlichen oder nachbarlichen Interessen jene der Bauherrschaft überwiegen, ist eine Bewilligungsverweigerung gerechtfertigt. Ansonsten ist (sofern die anderen Voraussetzungen ebenfalls erfüllt sind) die Bewilligung für das Bauvorhaben zu erteilen.

### **Schlussbemerkungen**

Die ausgedehnte Umbau- und Erweiterungsmöglichkeit von nachträglich vorschriftswidrig gewordenen Bauten gemäss Zürcher Praxis ist aus Sicht der Bauherrschaft bzw. der Investoren zu begrüssen. Eine zu strenge Anwendung von § 357 Abs. 1 PBG würde die Nachverdichtung in bereits überbauten Gebieten in vielen Fällen verunmöglichen oder zu Abbrüchen von sinnvoll erneuerbarer Baubsubstanz führen. Das liefe den Grundsätzen der haushälterischen Nutzung des Bodens und der Siedlungskonzentration zuwider. Ausserdem wäre ein durch geänderte Vorschriften erzwungener Ersatz des Bestehenden in ökonomischer und ökologischer Sicht selten sinnvoll.

Real Estate Legal Update berichtet über Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Bau- und Immobilienrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar, und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2018

## Das Immobilienteam von Walder Wyss

Walder Wyss hat sich im Immobilienbereich über viele Jahre spezialisiert und profiliert. Unser Immobilienteam, bestehend aus an sechs verschiedenen Standorten in allen Landesteilen verwurzelten und vernetzten Rechtsanwältinnen und Steuerexperten, ist mit über 30 Spezialisten eines der grössten der Schweiz.

Dies ermöglicht es uns, hochkomplexe Real-Estate-Transaktionen und Entwicklungsprojekte effizient und mit einer ganzheitlichen Perspektive zu begleiten. Daneben gehört auch die Vertretung von Klienten vor Behörden, staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten in sämtlichen Bau- und Immobilienstreitigkeiten zu den Kernkompetenzen unseres Teams. Gemeinsam mit unseren Klienten entwickeln wir Lösungen, die Mehrwert schaffen, und setzen diese bei Bedarf mit interdisziplinären Projektteams um. Wir beraten lokale wie internationale Klienten in allen rechtlichen und steuerlichen Aspekten der Immobilienbranche und bieten an unseren Standorten in Basel, Bern und Lugano auch notarielle Dienstleistungen an.

Wir sind insbesondere in den folgenden Bereichen tätig:

- Kauf und Verkauf von Liegenschaften, Liegenschaftsportfolio und Immobiliengesellschaften
- Entwicklungs- und Bauprojekte
- Immobilienfinanzierungen
- Public-private-Partnerships (PPP)
- Securitizations
- Planung von Steuerstrukturen
- Lex-Koller-Rulings
- Mietverträge inkl. Sale-and-Lease back und Double/Triple Net Verträge
- Werk- und Planerverträge
- Umweltrechtliche Fragen
- Aufsetzen von Immobilienfonds und Anlagestiftungen
- Vertretung unserer Klienten vor allen staatlichen Gerichten, Schiedsgerichten und Administrativbehörden

Walder Wyss wird in Chambers, Legal 500 sowie Who's Who Legal Switzerland seit Jahren konstant unter den besten und renommiertesten Kanzleien für Real Estate klassiert. Hervorgehoben wird dabei gestützt auf Interviews mit Klienten insbesondere „die Verfügbarkeit, die Flexibilität und die schnelle Reaktionszeit“ sowie die schweizweite Vernetzung des Immobilienteams.

Das Immobilienteam von Walder Wyss wurde in der Schweizer Umfrage von Le Temps und Bilanz erneut als Top-Anwaltskanzlei ausgezeichnet. Das Ranking konzentriert sich auf den Rechtsmarkt in der Schweiz und basiert auf über 6'500 Stimmen von Anwälten.

---

**Walder Wyss AG**  
Rechtsanwälte

Telefon + 41 58 658 58 58  
Fax + 41 58 658 59 59  
reception@walderwyss.com

[www.walderwyss.com](http://www.walderwyss.com)  
Zürich, Genf, Basel, Bern, Lausanne, Lugano