

## **Urteil 2C\_39/2013 v. 10.1.2014, Bewilligungspflicht von Dienstbarkeiten / Widerruf von Verfügungen BGG**

---

### **I. Sachverhalt und Prozessuales**

1. Auf einem landwirtschaftlichen, dem bürgerlichen Bodenrecht (BGG) unterstellten Grundstück soll ein Kiesabbaurecht als Grunddienstbarkeit errichtet werden. Die kantonale Bodenrechtsbehörde befand, die Einräumung der Dienstbarkeit bedürfe keiner Erwerbsbewilligung nach Art. 61 BGG. Aufgrund einer Aufsichtsbeschwerde hat der Regierungsrat diese Verfügung widerrufen und festgestellt, die Einräumung der Dienstbarkeit unterliege der Bewilligungspflicht. Zugleich wies er die Behörde an, einen Entscheid über die Erteilung der Bewilligung zu fällen. Gegen diesen Regierungsratsbeschluss wurde Beschwerde an das Verwaltungsgericht erhoben, welche abgewiesen wurde (Urteil des Verwaltungsgerichts ZH vom 21.11.2012, VB.2012.00519). Die unterlegenen Beschwerdeführer erhoben Beschwerde in öffentlich-rechtlicher Angelegenheit an das Bundesgericht. Das Bundesgericht verneint die Zulässigkeit eines Widerrufs, heisst die Beschwerde gut, hebt das vorinstanzliche Verwaltungsgerichtsurteil auf und bestätigt die Verfügung der kantonalen Behörde. Zur Frage der Bewilligungspflicht der Einräumung der Dienstbarkeit hat sich das Bundesgericht, anders als das kantonale Verwaltungsgericht, nicht geäußert.
2. Gemäss dem zürcherischen Recht ist die kantonale Baudirektion Aufsichtsbehörde über den Vollzug des BGG (Art. 90 Abs. 1 BGG). Dieser steht das Beschwerderecht gegen Verfügungen zu (Art. 83 Abs. 3 BGG). Die Aufsichtsbehörde blieb im vorliegenden Fall untätig. Es fragt sich, ob an deren Stelle der Regierungsrat aufsichtsrechtlich tätig werden durfte. Das Bundesgericht wirft die Frage auf, lässt aber – mangels einer diesbezüglichen Rüge - letztlich offen, ob Art. 90 Abs. 1 BGG eine abschliessende Regelung darstellt (E. 5.3).

### **II. Zur Bewilligungspflicht der Errichtung von Dienstbarkeiten, insbesondere Kiesabbaurechten**

3. Das mit der Dienstbarkeit zu belastende Grundstück ist im Richtplan als Kiesabbaugbiet bezeichnet. Die Vorinstanz hält fest, dass das Grundstück dennoch solange dem BGG unterstellt bleibt, bis der Kiesabbau nicht rechtskräftig bewilligt sei (Art. 2 Abs. 1 BGG). Der Richtplan setzt keine Bauzone nach Art. 15 RPG (i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. a BGG) fest (BGE 137 III 344 [350], E. 5.4). Demzufolge führt eine blosser Aussage in einem kantonalen Richtplan noch nicht zur Entlassung eines Grundstücks aus dem Geltungsbereich des BGG.
4. Bezüglich der bodenrechtlichen Bewilligungspflicht solcher Rechte ist die Frage, ob die Einräumung eines solchen selbständigen und dauernden Rechts an einem BGG-Grundstück eine wirtschaftliche Handänderung darstellt und damit bewilligungspflichtig ist, von der weiteren Frage abzugrenzen ob dieses Recht selber dem BGG unterstellt ist (Urteil des BGer 2C\_562/2009 vom 23. April 2010, E. 2.2.4.1). Zu Letzterem hat das Bundesgericht in BGE 128 III 229 (232), E. 3c entschieden, ein als Grundstück in das

Grundbuch aufgenommenes selbständiges und dauerndes Kiesabbaurecht unterstehe nicht dem BGGB. Ein solches eigne sich nicht für die landwirtschaftliche Nutzung (Art. 2 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 6 Abs. 1 BGGB). Das ändert aber nichts daran, dass die Einräumung des Rechts dennoch bewilligungspflichtig sein kann.

5. Nebst dem sachenrechtlichen Eigentumserwerb erstreckt das BGGB die Erwerbsbewilligungspflicht für landwirtschaftliche Grundstücke auch auf die Tatbestände der wirtschaftlichen Handänderung an einem Grundstück (Art. 61 Abs. 3 BGGB). Es handelt sich hierbei um einen Auffangtatbestand, der mit einer gewissen Zurückhaltung anzuwenden ist (BEAT STALDER, in: Kommentar BGGB, 2. Auflage 2011, N. 20 zu Art. 61 BGGB).
6. Selbständige und dauernde Rechte können als Grundstücke unter den Voraussetzungen von Art. 655 Abs. 3 ZGB in das Grundbuch aufgenommen werden. Diesfalls ist nebst der Erwerbsbewilligungspflicht auch die Frage zu prüfen, ob das Realteilungs- oder Zerstückelungsverbot des BGGB tangiert ist (Art. 58 BGGB).

### **III. Zur Zulässigkeit des Widerrufs von Verfügungen nach BGGB**

7. Nach Art. 71 BGGB widerruft die Bewilligungsbehörde ihren Entscheid, wenn der Erwerber ihn durch falsche Angaben erschlichen hat. Die falschen Angaben müssen für die Bewilligungserteilung kausal gewesen sein (Urteil BGer 5A.19/2003 v. 14.10.2003, E. 5). Über den Wortlaut der Bestimmung hinaus können, so das Bundesgericht (E. 6.2) in Übereinstimmung mit der Lehre, auch Feststellungsverfügungen nach Art. 84 BGGB widerrufen werden.
8. Bei der Erwerbsbewilligung nach Art. 61 BGGB handelt es sich um eine privatrechtsgestaltende Verfügung (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage 2010, Rz. 1019 ff.). Diese überführt das Rechtsgeschäft (i.c. den Dienstbarkeitsvertrag) vom Zustand der schwebenden Unwirksamkeit in die Vollgültigkeit oder zur Nichtigkeit (E. 6.3).
9. Die Lehre ist sich uneins in der Frage, ob sich der Widerruf von Verfügungen im BGGB ausschliesslich nach Art. 71 BGGB richtet oder ob auch die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze (hierzu: BGE 137 I 69 [72], E. 2.5) Anwendung finden (E. 6.4.1.). Das Bundesgericht spricht sich für eine zurückhaltende Anwendung der allgemeinen Regeln und für die alleinige Anwendung der restriktiveren Widerrufsvoraussetzungen des BGGB aus, ohne aber die Frage letztlich entscheiden zu müssen (E. 6.4.2 und 6.5). Begründet wird dies – im Sinne einer subjektiv-historischen Auslegung - mit dem Umstand, dass das Bewilligungsverfahren (Art. 61 ff. BGGB) im Gesetzgebungsprozess als interventionistisch und dementsprechend umstritten beurteilt wurde. Der Bundesrat hatte im Entwurf zum BGGB lediglich ein Einspracheverfahren vorgesehen (Art. 62 E-BGGB). Dementsprechend soll der Widerruf einer Bewilligung nur restriktiv zulässig sein.