

**Sachverhalt zur Übung vom 21. Mai 2010, Übungen OR/ZGB
Rechtsanwalt PD Dr. Arnold F. Rusch LL.M.**

Ein Haus voller Leben

Der alte Tanner ist Eigentümer diverser wertvoller Baugrundstücke in Sils. Er möchte seinem in Sils wohnhaften Enkel in einigen Jahren billig *den Bau eines Einfamilienhauses* ermöglichen. Wichtig ist für ihn, dass sein Enkel das zukünftige Haus später nicht teuer an reiche Touristen als Ferienhaus verkauft oder es selber nur als Ferienhaus verwendet – der deprimierende Anblick der vielen verlassenen Ferienwohnungen in Sils ist ihm ein Graus, weil diese praktisch nur an Weihnachten und Ostern bewohnt sind.

Tanner sucht Sie in Ihrer Anwaltskanzlei auf und will wissen, ob es empfehlenswerte und dauerhafte Lösungen im Erb-, Sachen- und Vertragsrecht gibt, die die künftige Verwendung einer Baute als Ferienwohnung verhindern können.

Lösungsvorschlag zur Übung vom 21. Mai 2010, Übungen OR/ZGB

Methode

Der Sachverhalt gibt den Aufbau der Lösung vor. Tanner fragt um den Rat eines Anwalts. Sie müssen also Lösungen aufzeigen, deren Voraussetzungen besprechen und die gefundenen Lösungen miteinander vergleichen. Daraus sollte eine klare Empfehlung resultieren.

Erbrechtliche Lösungen

Zuwendung unter Auflage

Tanner könnte das Grundstück seinem Enkel testamentarisch *vererben* (durch Erbeinsetzung, Art. 483 ZGB) oder *vermachen* (durch Vermächtnis, Art. 484 ZGB) unter der testamentarisch erfassten **Auflage** im Sinne des Art. 482 Abs. 1 ZGB, die darauf zu erstellende Baute stets zu Erstwohnungszwecken zu verwenden.

Benützt der Enkel das Haus nur noch als Zweitwohnung, ist die erbrechtliche Begünstigung jedoch nicht widerrufbar.¹ Es kann aber jedermann, der ein Interesse hat, den Vollzug der Auflage durchsetzen lassen (Art. 482 Abs. 1 ZGB). Ein ideelles Interesse am Vollzug genügt.² Es ist jedoch fraglich, ob sich jemand wirklich dafür interessiert – der Vollzug der Auflage ist auf diese Weise kaum sichergestellt. Veräussert der Enkel die Baute dennoch an Touristen zur Zweitwohnungsnutzung, müssen die anderen Erben diesem Vorgehen machtlos zusehen. *Der Verkauf bleibt gültig, auch wenn er die Auflage verletzt.*³ Es gibt auch bei dieser deutlichen Verletzung der Auflage keinen Schadenersatz, weil aus einer Auflage keine Forderung entstehen könne.⁴ Umstritten ist, ob der Vollziehungsanspruch nicht auch verjähren könne.⁵ Gäbe es

¹ Vgl. BSK-Staehelin, ZGB 482 N 25.

² Vgl. BSK-Staehelin, ZGB 482 N 25; vgl. BGE 108 II 278 ff., 286: „Aux termes de l'art. 482 al. 1 CC, tout intéressé a le droit de requérir l'exécution de la charge. Le cercle des intéressés ne doit pas être déterminé de manière restrictive. Il n'est pas besoin d'un intérêt patrimonial: un intérêt moral suffit (...). Paul Eynard a un double intérêt moral à voir exécuter la charge. Il est le neveu de la testatrice. De plus, si sa tante n'avait pas testé en faveur de la fondation, les biens qui sont affectés à celle-ci lui seraient normalement revenus par l'intermédiaire de sa mère: dès l'instant qu'il en est privé, il est fondé à demander qu'ils parviennent à la personne désignée par la testatrice (...).“; vgl. BGE 99 II 375 ff., 379.

³ Vgl. BSK-Staehelin, ZGB 482 N 39.

⁴ Vgl. BGE 94 II 68 ff., 92: „Auflage und schuldrechtliche Verpflichtung gleichen sich nur hinsichtlich des Inhalts der Leistung, nicht auch hinsichtlich der Folgen des Nichtbringens dieser Leistung. Da die Auflage im Sinne von Art. 482 ZGB keine Forderung begründet, lässt ihre schuldhaftige Nichterfüllung keinen Schadenersatzanspruch entstehen, sondern können die Interessenten, wie gesagt, nur auf Vollziehung klagen (...).“; vgl. BGE 99 II 375 ff., 382: „Nach Art. 482 Abs. 1 ZGB kann jedoch die Vollziehung einer rechtsgültigen Auflage von jedermann verlangt werden, der daran ein Interesse hat. Da es sich dabei nicht um eine obligatorische Forderungsklage handelt, kann der Klageberechtigte bei schuldhafter Nichterfüllung zwar keinen Schadenersatz verlangen, und sein Anspruch auf Vollzie-

einen grundsätzlichen Anspruch, stellt sich die weitere Frage nach dem Vorliegen eines Schadens, die häufig zu verneinen ist.

Zuwendung unter Bedingung

Tanner könnte das Grundstück seinem Enkel unter der *Bedingung* vererben oder vermachen (vgl. Art. 482 Abs. 1 ZGB), dass darauf keine Zweitwohnungsnutzung praktiziert werden dürfe. Diese Bedingung schränkt die wirtschaftliche Freiheit des Enkels nicht übermässig ein.⁶ Es würde sich somit um ein *resolutiv-bedingtes Vermächtnis* bzw. eine ebensolche *Erbeinsetzung* handeln.⁷ Tritt die Bedingung ein, muss Tanners Enkel das vermachte Grundstück mit Wirkung *ex nunc* zurückgeben. Im Unterschied zur Auflage kann die Bedingung nicht gerichtlich durchgesetzt werden.⁸ Im Falle der *Erbeinsetzung* fällt das Grundstück an die gesetzlichen Erben zurück (vgl. Art. 481 Abs. 2 ZGB). Auf diese Verhältnisse sind die Bestimmungen zur *Vorerbschaft* analog anwendbar.⁹ Auch hier gilt, dass das Grundstück einem gutgläubigen Erwerber nicht entwehrt werden kann.¹⁰ Es ist folglich wichtig, dass diese Bedingung im Grundbuch eingetragen werden kann. Dies wäre in analoger Anwendung des Art. 490 Abs. 2 ZGB denkbar. Als *Sicherungsmittel* im Sinne von Art. 490 Abs. 2 ZGB wäre nebst der *Vormerkung* im Grundbuch auch eine *Sicherungshypothek* denkbar.¹¹ Als *Grundpfandrecht* bietet sich die *Grundpfandverschreibung* an (Art. 824 ZGB), nicht aber ein *Schuldbrief* (Art. 842 ZGB), weil der *Schuldbrief* zur *Sicherung einer künftigen oder bedingten Forderung* nicht offen steht (vgl. Art. 824 Abs. 1 und 854 ZGB, vgl. rev. Art. 846 Abs. 1 ZGB) – es sei denn, ein bestehender *Schuldbrief* werde zu *Faustpfand* übertragen.¹²

Vor- und Nacherbe

Denkbar wäre es auch, den Enkel als *Vorerben* einzusetzen, der im Falle der Aufgabe des *Silser Wohnsitzes* das Erbe an einen *Nacherben* auszuliefern hat – dies ist ebenfalls ein *resolutiv bedingtes Erbe*.¹³

Sachenrechtliche Lösungen

Baurechtsdienstbarkeit mit vorzeitigem Heimfall

Tanner muss seinem Enkel nicht unbedingt das *Eigentum* am Boden verschaffen oder vermachen, um ihm den Bau eines Einfamilienhauses zu ermöglichen. Er kann ihm am Grundstück auch lediglich ein *Baurecht* einräumen (Art. 675 ZGB und Art. 779 ZGB). Dies kann durch Abschluss eines *Baurechtsvertrages* oder durch Errichtung eines *Eigentümerbaurechts* geschehen.¹⁴ Dieses *Eigentümerbaurecht* könnte er auch seinem Enkel mit *letztwilliger Verfügung* übertragen.¹⁵ Der Vorteil der *Baurechtsdienstbarkeit* liegt darin, dass er auf diese Weise den *Zweck und die Nutzung der Baute* definieren kann (vgl. für den Zweck Art. 779a ZGB). Als *Druck- und Sicherungsmittel* für diese Vereinbarung steht ihm der *vorzeitige Heimfall* zur Verfügung (Art. 779f ZGB). An der Durchsetzung dieser Rechte haben die späteren *Eigentümer* des Grundstücks folglich ein Interesse – die *Anreizstruktur* stimmt auch für die Zukunft.

hung ist streng persönlicher Natur, so dass er weder auf seine Erben übergehen noch von seinen Gläubigern gepfändet werden kann (...).“; vgl. BSK-Staehelin, ZGB 482 N 28; a.M. Uffer-Tobler, S. 143 ff.

⁵ Vgl. BSK-Staehelin, ZGB 482 N 31, mit weiteren Hinweisen.

⁶ Vgl. zu diesem Kriterium BGE 94 II 376 ff., 381 f.

⁷ Vgl. BSK-Staehelin, ZGB 482 N 8.

⁸ Vgl. CHK-Hrubesch-Millauer, ZGB 482 N 4.

⁹ Vgl. ZK-Escher, ZGB 482 N 11.

¹⁰ Vgl. ZK-Escher, ZGB 491 N 12 f.

¹¹ Vgl. CHK-Hrubesch-Millauer, ZGB 490 N 8 ff.

¹² Vgl. Schoch, S. 117; vgl. BSK-Staehelin, ZGB 842 N 5 und 854 N 13; vgl. BSK-Trauffer, vor ZGB 824-835 N 1 und ZGB 824 N 2.

¹³ Vgl. CHK-Hrubesch-Millauer, ZGB 488 N 8.

¹⁴ Vgl. BSK-Isler, ZGB 779 N 18-21.

¹⁵ Auch möglich ist die Begründung des Baurechts durch *letztwillige Verfügung* (vgl. Art. 18 und 19 GBV).

Tanner kann mit seinem Enkel im Baurechtsdienstbarkeitsvertrag festlegen, dass die zu erstellende Baute nur als Erstwohnung verwendet werden dürfe. Dadurch definiert Tanner den *Zweck der Baute*. Der Zweck der zu erstellenden Baute lässt sich schon de lege lata mit *dinglicher Wirkung* festhalten (Art. 779b ZGB).¹⁶ Nutzungseinschränkungen sind hingegen lediglich obligatorischer Natur und müssen einem allfälligen Erwerber übertragen werden.¹⁷ Das künftige Immobiliarsachenrecht sieht die Eintragungsfähigkeit auch der obligatorischen Bestimmungen und damit deren automatische Verbindlichkeit für allfällige Erwerber vor (rev. Art. 779a und 779b ZGB).

Zur Verstärkung der obligatorischen und dinglichen Pflichten vereinbaren viele Grundeigentümer den vorzeitigen Heimfall zu einem *vorgängig vereinbarten, klar unattraktiven Preis* (vgl. Art. 779f ZGB).¹⁸ Die vereinbarte Verwendung der Immobilie als Erstwohnung und die Verhinderung der Zweitwohnungsbildung erscheinen als wichtig genug, um deren Verletzung als für den Heimfall genügenden Grund gelten zu lassen.¹⁹ Die Zulässigkeit der obgenannten *vorgängigen* Preisvereinbarung hingegen wird für den vorzeitigen Heimfall von der herrschenden Lehre abgelehnt, ist in der Praxis dennoch weit verbreitet.²⁰ Diesen Weg hat die Gemeinde Sils bei einem auf ihrem Land erstellten Wohngebäude gewählt, indem sie die Heimfallsentschädigung auf 60% des Verkehrswerts festgesetzt hat.²¹ Art. 779g ZGB berücksichtigt das Verschulden des Bauberechtigten als Herabsetzungsgrund der Heimfallsentschädigung bereits.

Veräusserung mit Verbotsdienstbarkeit

Tanner könnte das Grundstück seinem Enkel veräussern, die künftige Nutzung als Zweitwohnung jedoch *mit einer Dienstbarkeit* untersagen, deren Durchsetzung durch die *actio negatoria* und den Besitzschutz erfolgt.²² Es gibt Grund- und Personaldienstbarkeiten. Hier wäre es eine Personaldienstbarkeit nach Art. 781 ZGB zugunsten Tanners. Die Zulässigkeit einer Dienstbarkeit beurteilt sich nach dem *Inhalt, dem Gepräge und dem Interesse*.

Der *Inhalt* dieser Dienstbarkeit besteht im Verbot der Zweitwohnungsnutzung. Das ist gemäss Art. 730 ZGB ein zulässiges Unterlassen, aber die *unzulässige positive Pflicht* ergibt sich möglicherweise daraus, dass sich bei verbotener Zweitwohnungsnutzung *eine Pflicht zur Erstwohnungsnutzung* ergibt. Es gibt in diesem Bereich nur zwei Arten möglicher Nutzungen. Verbietet die negative Grunddienstbarkeit die Zweitnutzung, bleibt nur die Pflicht zur Erstnutzung übrig.²³ Dieser Problemkreis ist mit den Gewerbe-

¹⁶ Vgl. Friedrich, ZBI 1967, S. 282; vgl. Isler, Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung, Diss., S. 110 f. und 128 f.; vgl. Freimüller, S. 51 f.; vgl. Henggeler, Die Beendigung der Baurechtsdienstbarkeit infolge Zeitablaufs und der vorzeitige Heimfall, Diss., S. 165 f.; vgl. ZGBR 1979, S. 239 f.

¹⁷ Vgl. BSK-Isler, ZGB 779a N 7.

¹⁸ Vgl. Friedrich, ZBI 1967, S. 271.

¹⁹ Vgl. ZBGR 1979, S. 238 f.; vgl. Isler, S. 129.

²⁰ Vgl. dazu ausführlich das Gutachten des Bundesamts für Justiz vom 19. Januar 1978 in ZBGR 1979, S. 233 ff., 234 ff.; vgl. Henggeler, S. 160 ff., 177 ff., der eine Ausnahme für eine Schiedsklausel macht (S. 180); vgl. Steinauer, N 2542a; vgl. Schmid/Hürlimann-Kaup, N 1406; vgl. BSK-Isler, ZGB 779f N 9 und ZGB 779g N 2; vgl. Isler, S. 129 f.; vgl. Freimüller, S. 81; vgl. Friedrich, ZBI 1967, S. 271.

²¹ Vgl. dazu die Bestimmungen eines Silser Baurechtsvertrages, bei dem die Gemeinde Sils Grundeigentümerin ist: „*Vorzeitiger Heimfall. Wenn einzelne oder mehrere Bauberechtigte in grober Weise ihr dingliches Recht überschreiten oder Verpflichtungen dieses Baurechtsvertrages, auch nur obligatorischer Natur, verletzen, kann die Grundeigentümerin den vorzeitigen Heimfall herbeiführen, indem sie die Übertragung des Baurechts mit allen Rechten und Lasten auf sich selber verlangt. Der vorzeitige Heimfall kann insbesondere bei Vernachlässigung des Gebäudeunterhaltes und bei Missachtung der Vertragsbestimmungen über die Vermietung und die Mietzinsgestaltung herbeigeführt werden. Bei vorzeitigem Heimfall entschädigt die Grundeigentümerin die Bauberechtigten mit 60% des dannzumaligen Verkehrswertes, der im Sinne von Ziffer 7 festzusetzen ist.*“; zum vorzeitigem Heimfall siehe CHK-Henggeler, ZGB 779f N 2, Henggeler, S. 167 und BSK-Isler, ZGB 779f N 7.

²² Art. 641 Abs. 2 ZGB und Art. 928 ZGB; vgl. ZK-Liver, ZGB 727 N 180 ff. und ZGB 737 N 133; vgl. BK-Rey, Syst. Teil vor ZGB 730 ff. N 40 und 120 ff.

²³ Vgl. BGE 123 III 337 ff., 343: „*Selon la doctrine et la jurisprudence, une servitude interdisant toute exploitation du fonds servant autre que celle, unique, déterminée par la servitude viole le principe de la limitation de la charge (art. 730 al. 1 CC) et n'est par conséquent pas admissible (...)*“; vgl. BGE 111 II 330 ff., 340: „*Nun kann nach der für die Grunddienstbarkeiten geltenden Vorschrift von Art. 730 Abs. 1 ZGB ein Grundstück zum Vorteil eines andern Grundstückes nur in der Weise belastet werden, dass sein Eigentümer sich bestimmte Eingriffe des Eigentümers dieses andern Grundstückes gefallen lassen muss oder zu dessen Gunsten nach gewissen Richtungen sein Eigentumsrecht nicht ausüben darf. Diesem Grundsatz der Beschränktheit der Belastung widerspricht nach Lehre und Rechtsprechung auch eine Dienstbarkeit mit dem Inhalt, dass das belastete Grundstück zu keinem anderen als dem besonderen Zweck verwen-*

dienstbarkeiten vergleichbar. Sind alle lauten Tätigkeiten verboten²⁴ – was sicher zulässig wäre – verbleiben auch nur noch leise Nutzungsarten. Ist die gewerbliche Nutzung verboten, verbleibt nur die Nutzung zu Wohnzwecken und zu stillen Gewerben.²⁵ ZOBL bejaht die Zulässigkeit der Dienstbarkeit „Darf nur zu Wohnzwecken verwendet werden“ bei einem Grundstück, auf dem bereits ein Wohnhaus steht, weil dies keine zu starke Einengung bedeute.²⁶ Nimmt man die in BGE 123 III 337 ff. entwickelten Kriterien zu Hilfe, erscheint die vorgeschriebene Nutzung als Erstwohnung ebenfalls als zulässig. In BGE 123 III 337 ff. beurteilte das Bundesgericht eine Grunddienstbarkeit, wonach auf dem Grundstück *jedes Gewerbe mit Ausnahme einer Zimmerei* unzulässig sei, als gültig. SCHMID kritisiert zu Recht, dass dieses spezifische Gewerbe sich nicht von anderen, nicht erlaubten Gewerben unterscheide, beispielsweise einer Schlosserei.²⁷ Dieses Erfordernis ist bezüglich des Verbots der Zweitwohnungsnutzung unproblematisch, da sich Erst- und Zweitwohnungsnutzung äusserlich ganz deutlich unterscheiden – die Erstwohnung „lebt“, während die Zweitwohnung während des grössten Teils des Jahres unbewohnt und verlassen bleibt. Bezüglich der verbleibenden Nutzungen nannte die Vorinstanz den Bau von Wohnungen, einer Reitbahn (Manege) oder eines Warenlagers, was als genügend betrachtet worden ist.²⁸ Immerhin verbleiben Tanners Enkel beim Verbot der Zweitwohnungsnutzung die *eigene Erstwohnungsnutzung* sowie die *Wohnungsvermietung* an Personen, die diese ihrerseits als Erstwohnung benützen.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss die verbotene Nutzung dem Grundstück ein *Gepräge* geben. Damit wird sichergestellt, dass nicht einfach *die persönliche Freiheit* des Eigentümers beschränkt wird, sondern *die Nutzung des Grundstücks*.²⁹ Es stellt sich also die Frage, ob es „verschiedene Nutzungsarten“ ein- und derselben Wohnung geben kann – handelt es sich dabei nicht einfach immer um *die Nutzung einer Wohnung*? Die Einschränkung, die Wohnung nur als Erstwohnung zu benützen, stellt eine Einschränkung der spezifischen Nutzung dar, die der Immobilie ein *Gepräge* gibt. Das Verbot der Zweitnutzung ist äusserlich deutlich wahrnehmbar und *prägt so den wirtschaftlichen und sozialen Charakter des Grundstücks* – die schutzwürdige Verhinderung des Zweitwohnungsbaus erfolgt nicht zuletzt mit dem Ziel, den *deprimierenden Anblick verlassener Zweitwohnungen* zu bekämpfen. Es ist sofort ersichtlich, ob eine Wohnung als Erst- oder Zweitwohnung benützt wird – innen und aussen. Die Erstwohnung „lebt“, während die Zweitwohnung „tot“ ist – dies hat auch den Begriff der „Rolladensiedlung“ geprägt.

det werden dürfe, dem es zur Zeit der Errichtung der Dienstbarkeit dient (Kommentar LIVER, N. 10 zu Art. 730 ZGB; mit Hinweis auf einen Entscheid des Kantonsgerichts Graubünden, Zivilurteile 1912 Nr. 8, wonach die Verpflichtung, dass ein Grundstück nur für die Ausübung des Schmiedehandwerks benutzt werden dürfe, nicht als Grunddienstbarkeit begründet werden kann, sowie auf ein Urteil des Kantonsgerichts Freiburg, ZBGR 37/1956, S. 353 ff., wonach die Verpflichtung, auf dem Grundstück ein Theater weiterzubetreiben, ebensowenig mittels Servitut begründet werden kann).“

²⁴ Vgl. BK-Rey, ZGB 730 N 91.

²⁵ Zur Zulässigkeit eines absoluten Gewerbeverbots siehe ZK-Liver, ZGB 730 N 131 (bejahend), vgl. CHK-Göksu, ZGB 730 N 8 („Zulässig sind Servituten, (...) die irgendein Gewerbe oder bestimmte Gewerbearten verbieten“) und Zobl, S. 105 ff. (mit verneinendem Fazit auf S. 108, weil auch stille Gewerbe trotz fehlender Einwirkung ausgeschlossen wären) und S. 109 f.

²⁶ Vgl. Zobl, S. 109 f.

²⁷ Vgl. Schmid, ZBGR 2003, S. 279: „Das Bundesgericht bleibt damit dem im Entscheid über die Bäckerei-Servitut aufgezeichneten Widerspruch verhaftet, indem es auf die äussere Wahrnehmbarkeit verzichtet. Auch hier gilt, dass die Ausübung des durch die Dienstbarkeit verbotenen Gewerbes (sei es beispielsweise eine Schlosserei oder ein Dachdeckergeschäft) den nach aussen in Erscheinung tretenden wirtschaftlichen oder sozialen Charakter des Grundstücks nicht anders prägt als das zulässige Zimmereigewerbe. Die Zulässigkeit der Zimmereiservitut muss daher mit der bereits dargelegten Begründung abgelehnt werden.“; vgl. auch den ähnlichen Fall in ZBGR 1974, S. 295 ff. Es ging um eine Dienstbarkeit, wonach nur ein auf gemeinnütziger Grundlage geführtes Passanten- und Pensionsheim für Mädchen und Frauen betrieben werden dürfe (vgl. dazu auch BK-Rey, ZGB 730 N 92, Zobl, S. 115 f. und ZK-Liver, ZGB 730 N 10).

²⁸ Vgl. BGE 123 III 337 ff., 344.

²⁹ Vgl. Schmid, ZBGR 2003, S. 279 f.; vgl. BGE 123 III 337 ff., 340: „(...) une servitude dite négative n'est ainsi admissible que si l'activité à laquelle le propriétaire renonce affecte l'état matériel de l'immeuble, son aspect extérieur ou son caractère économique, et non seulement la liberté personnelle du propriétaire.“ und S. 342: „Le principe précité a été concrétisé en ce sens qu'une servitude négative, qu'elle soit personnelle ou foncière, est admissible seulement si l'activité qu'elle interdit détermine l'état physique du fonds servant, son apparence extérieure, son caractère économique ou social (...). L'activité interdite par la servitude doit affecter le caractère de l'immeuble de manière perceptible de l'extérieur (...). On peut ainsi, par une servitude, interdire non seulement toute industrie ou tout commerce (...), mais aussi un ou plusieurs commerces ou industries déterminés - par exemple une boulangerie-pâtisserie (...), un commerce de denrées coloniales, de mercerie, de chaussures ou un grand magasin (...), un commerce de tabac et denrées coloniales (...), une auberge (...) - ou encore les industries qui ont certaines conséquences, telles que bruits, vibrations, odeurs ou autres nuisances (...).“; vgl. Zobl, S. 106 f.; vgl. BK-Rey, ZGB 730 N 21; vgl. Rey, ZBJV 1998, S. 489: „Durch diese „Prägungs“-Formel wird in methodischer Hinsicht eine Verkaufshypothese verwendet: Die zu unterlassende Tätigkeit prägt (wenn sie erlaubt wäre) das Grundstück. Dabei ist zu beachten, dass die Anwendung dieses methodologischen Instruments zu einem Werturteil führt.“

Das notwendige *vernünftige Interesse*³⁰ Tanners ist klar zu bejahen – es geht um die Verhinderung kalter Betten und toter Rollladensiedlungen und nicht zuletzt auch um den Schutz der wohlfeilen Veräusserung an seinen Enkel. Tanner erwähnt, dass er seinem Enkel billig den Bau eines Einfamilienhauses ermöglichen möchte – dann hat er aber auch ein Interesse, dass diese Grosszügigkeit nicht durch spätere Spekulation ausgenützt wird.

Sicherungsdienstbarkeit

Tanner könnte seinem Enkel den Boden verkaufen und sich sicherungshalber eine Nutzniessung (Art. 745 ZGB) oder ein Wohnrecht (Art. 776 ZGB) einräumen lassen. Dieses könnte er aufgrund der obligatorischen Sicherungsabrede ruhen lassen, solange sich sein Enkel an das Verbot der Zweitwohnungsnutzung hält.³¹ Problematisch ist einzig, dass Nutzniessung und Wohnrecht mit dem Tod der berechtigten Person enden (Art. 776 Abs. 2 ZGB, Art. 749 ZGB). Der Sachverhalt erwähnt, dass Tanner alt ist. Diese Variante ist deshalb nicht empfehlenswert, es sei denn, die Nutzniessung würde einer anderen, jungen Person sicherungshalber eingeräumt. Die Anreize wären dadurch wiederum richtig gesetzt – die berechnigte Person hätte ein Interesse daran, die verletzte Vereinbarung durchzusetzen, weil ihr dadurch die Nutzniessung am Grundstück winkt.

Vertragsrechtliche Lösungen

Tanner könnte im Kaufvertrag über das Grundstück die Verpflichtung aufnehmen, dass sein Enkel die Zweitwohnungsnutzung des Grundstücks zu unterlassen habe. Diese Pflicht wirkt aber nur *inter partes* und müsste auf einen allfälligen Erwerber übertragen werden. Die Verletzung dieser Pflicht wäre zwar noch lange nicht verjährt.³² Es wäre ohnehin möglich, eine Konventionalstrafe zu definieren und diese grundpfandrechtlich sicherstellen zu lassen, da grundpfandrechtlich gesicherte Forderungen keiner Verjährung unterliegen (Art. 807 ZGB). Ebenfalls denkbar ist eine Sicherungshypothek. Wiederum eignet sich hierfür einzig die Grundpfandverschreibung (siehe oben).

Einen gewissen Schutz mindestens für 25 Jahre bietet das Vor- oder Rückkaufsrecht an (Art. 216a OR). Vorkaufs- und Rückkaufsrechte sind vererblich (Art. 216b OR). Um den Weiterverkauf möglichst unattraktiv zu machen, lässt sich ein tiefer Kaufpreis für die Ausübung des Vorkaufsrechts vereinbaren (vgl. Art. 216d Abs. 3 OR, so genanntes *limitiertes Vorkaufsrecht*).³³ Lässt sich Tanner ein *Rückkaufsrecht* eintragen, bleibt er bezüglich des Zeitpunkts flexibler. Beim Vorkaufsrecht kann er nur dann sein Vorkaufsrecht ausüben, wenn der Vorkaufsfall eintritt, während er das Rückkaufsrecht innert der Dauer von 25 Jahren jederzeit ausüben kann.

Fazit

Die Baurechtsdienstbarkeit stellt eine bewährte Lösung dar, bei der die Anreize auch für die Zukunft richtig gesetzt sind.

³⁰ Vgl. BGE 123 III 337 ff., 344 f.; vgl. Schmid, ZBGR 2003, S. 272 f.

³¹ Vgl. Staudinger-Mayer, BGB 1093 N 12 und BGB 1090 N 19; vgl. Walter/Maier, NJW 1988, S. 387 f.; vgl. das Urteil BGH vom 3. Mai 1985 - V ZR 55/84 in NJW 1985, S. 2474; vgl. MüKo-Falckenberg, BGB 1018 N 4; vgl. die Beschreibung bei Cotti, N 945 ff., Zobl, S. 131, BK-Rey, ZGB 730 N 100 und Wälli, S. 51: „Die Nutzniessung kann auch konstitutiv beim Fiduziar entstehen, wenn ihm der Eigentümer, der dann zugleich Fiduziant ist, eine Nutzniessung bestellt (...)“

³² Vgl. Urteil BGer 4C.346/2000, Erw. 3a zur Verjährung solcher Pflichten.

³³ Vgl. BSK-Hess, OR 216 N 14.