

## **Das „Apparhotel“**

Tanner möchte gerne in Seldwyla ein Hotel errichten, doch fehlt ihm das Geld dazu. Er hat aber gehört, dass viele Touristen eine Zweitwohnung in Seldwyla erwerben wollen. Da kommt ihm folgende Idee: Er will auf seinem Grundstück ein Hotel bauen, *dessen Suiten aus Wohnungen bestehen, die er einzeln den Touristen verkaufen möchte*. Diese müssen die Wohnungen für mindestens zehn Monate pro Jahr und davon mindestens drei Wochen während den beiden Jahres-Spitzenzeiten dem Hotelbetrieb zur Verfügung stellen. Mietet ein Hotelgast eine Suite, erhält deren Eigentümer einen Teil der Einnahmen. Tanner fragt Sie, wie man Suiten in einem Hotel verkaufen und eine *möglichst dauerhafte und personenunabhängige Bindung* zwischen den Wohnungseigentümern und dem Hotelbetrieb erzielen könne. **Was raten Sie ihm?**

### **Lösungsvorschlag**

Tanners Idee lässt sich verwirklichen. In der Schweiz hat sich diese Idee in vielen Apparhotels (teilweise auch mit der Schreibweise *Aparthotel*) schon bewährt, als Finanzierungsmittel und zur Ermöglichung des Erwerbs von Wohneigentum in der Schweiz durch Ausländer.<sup>1</sup> Auch bei der Umsetzung der *Zweitwohnungsinitiative* bilden die Apparhotels eine Ausnahme vom Verbot der Zweitwohnungen (Art. 75b BV). Sie fallen unter die Ausnahme, wenn sie nicht individuell ausgestaltet sind sowie dauerhaft und ausschliesslich zur kurzzeitigen Nutzung durch Gäste zu marktüblichen Bedingungen angeboten und im Rahmen strukturierter Beherbergungsformen bewirtschaftet werden (Art. 7 Abs. 2 ZWG).<sup>2</sup>

### **Verkauf der Suiten**

Grundsätzlich ist es möglich, dass Tanner das Gebäude im gewöhnlichen Miteigentum (Art. 646 ZGB) oder im Stockwerkeigentum (Art. 712a ZGB) veräussert. Wie noch zu zeigen ist, bildet das Stockwerkeigentum die attraktivste Variante.

Will Tanner die Suiten verkaufen, muss er das Hotel mitsamt den Wohnungen im *Stockwerkeigentum* nach Art. 712a ff. ZGB bauen. Das Stockwerkeigentum schafft ein ausschliessliches, veräusserbares Sonderrecht (Benutzungs- und Ausbaurecht) an einem Teil des Grundstücks in Form eines qualifizierten Miteigentumsanteils (Art. 712a Abs. 1 ZGB). Tanner muss mit dem Verkauf der Suiten nicht zuwarten, bis die ganze Hotelbaute steht. Er kann das Stockwerkeigentum *schon auf der grünen Wiese* entstehen lassen, als Alleineigentümer des Bodens ohne Einmischung der späteren Eigentümer (vgl. Art. 712d Abs. 2 Ziff. 2 ZGB; vgl. Art. 69 Abs. 1 GBV). Es ist auch schon vor Baubeginn möglich, Stockwerkeinheiten zu

---

<sup>1</sup> Zum Begriff und zur Entwicklungsgeschichte des Apparhotels siehe Eric Ramel, *Le régime des appartôtels dans la loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger*, Diss. Lausanne 1990, 17 ff. und 35 ff.; vgl. zur „aparten“ Terminologie mit zwei p Max Baumann, *Festschrift Rey*, 3 ff., 4 Fn. 4; vgl. die Definition des Apparhotels in Sinne des Art. 10 BewG („Lex Koller“; SR 211.412.41): „Als Apparhotel gilt ein neues oder zu erneuerndes Hotel im Stockwerkeigentum des Betriebsinhabers, von Personen im Ausland und gegebenenfalls von Drittpersonen, wenn es folgende Voraussetzungen erfüllt: a. Eigentum des Betriebsinhabers an den besonderen Anlagen und Einrichtungen für den Hotelbetrieb und an den Wohneinheiten im Umfang von insgesamt mindestens 51 Prozent der Wertquoten; b. dauernde hotelmässige Bewirtschaftung der Wohneinheiten im Umfange von mindestens 65 Prozent der darauf entfallenden Wertquoten, einschliesslich aller dem Betriebsinhaber gehörenden Wohneinheiten; c. angemessenes Dienstleistungsangebot, entsprechende bauliche und betriebliche Eignung sowie mutmassliche Wirtschaftlichkeit des Hotels gestützt auf ein Gutachten der Schweizerischen Gesellschaft für Hotelkredit.“; damit kann die Hotelbetreiberin über notwendige bauliche Massnahmen im Sinne von Art. 647c ZGB und notfalls über Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB mit richterlicher Hilfe stets alleine entscheiden, sofern ein Wertquotenstimmrecht vereinbart worden ist, vgl. Max Baumann, *Entscheidungen über Bauten in der Stockwerkeigentümergeinschaft eines Apparhotels*, *Festschrift Rey*, 5 ff.; die Erleichterungen des Erwerbs von Stockwerkeigentum zu Apparhotelzwecken sind in Art. 8 Abs. 3 BewG und Art. 9 Abs. 2 BewG festgehalten.

<sup>2</sup> Art. 7 Abs. 2 ZWG (SR 702): „Eine Wohnung gilt als touristisch bewirtschaftet, wenn sie dauerhaft zur ausschliesslich kurzzeitigen Nutzung durch Gäste zu markt- und ortsüblichen Bedingungen angeboten wird und sie: (a.) im selben Haus liegt, in dem der Eigentümer oder die Eigentümerin seinen beziehungsweise ihren Hauptwohnsitz hat (Einliegerwohnung); oder (b.) nicht auf die persönlichen Bedürfnisse des Eigentümers oder der Eigentümerin zugeschnitten ist und im Rahmen eines strukturierten Beherbergungsbetriebs bewirtschaftet wird.“

verkaufen.<sup>3</sup> Er kann somit schon früh Wohnungen verkaufen und mit dem Erlös den Bau finanzieren. Die Stockwerkeigentumseinheit mit den eigentlichen Räumen des Hotelbetriebs (Büro, Küche, Restaurant, Wäscherei etc.) würde Tanner behalten – für die Bedürfnisse des BewG ist dies sogar notwendig (Art. 10 lit. a BewG), es ist aber auch vernünftig, denn über deren Verwaltung soll die Hotelbetreibergesellschaft alleine bestimmen können.<sup>4</sup>

Damit ein Sonderrecht im Sinne des Stockwerkeigentums entstehen kann, müssen die Sonderrechtsräume über einen *eigenen Zugang* verfügen, *in sich abgeschlossen* sein und eine *wirtschaftliche Einheit* bilden (vgl. Art. 712b Abs. 1 ZGB). Dieses Erfordernis erfüllen die als Wohnungen ausgestatteten Hotelsuiten, sofern sie über ein *Bad* und eine *Küche* verfügen.<sup>5</sup> Es handelt sich folglich nicht um gewöhnliche Hotelsuiten, denn normalerweise haben diese keine Küche. Der eigene Zugang muss sich nicht schon beim Hauseingang befinden. Es genügt, wenn man den Sonderrechtsteil über allgemeine Teile (Treppenhaus, Lobby) erreichen kann. Das Erfordernis des eigenen Zugangs bedeutet, dass man keine anderen Sonderrechtsteile beanspruchen muss, um zum eigenen Sonderrecht zu gelangen.<sup>6</sup>

Der Sachverhalt erwähnt, dass die Touristen eine Wohnung kaufen wollen. Ohne die Schaffung von Stockwerkeigentum wäre dies nur über das gewöhnliche *Miteigentum* nach Art. 646 ZGB möglich – die kaufwilligen Touristen hätten in diesem Fall aber kein *Sonderrecht an ihren jeweiligen Wohnungen*, wie es das Stockwerkeigentum verschafft (vgl. Art. 712a Abs. 1 ZGB).<sup>7</sup> Es ist zwar möglich, mit der Nutzungs- und Verwaltungsordnung (vgl. Art. 647 Abs. 1 ZGB) eine Annäherung an das Stockwerkeigentum zu erzielen.<sup>8</sup> Es gibt aber eine klare Grenze. Das Recht des Stockwerkeigentümers, den Innenausbau des Sonderrechtsteils alleine vorzunehmen, fällt nicht in den Bereich der Nutzungs- und Verwaltungsordnung nach Art. 647 ZGB.<sup>9</sup> Auch *Gesamteigentum* (Art. 652 ZGB) wäre unpassend, da man dort keine sachenrechtliche Berechtigung an einem konkreten Teil der Baute hat – ebenfalls würde sich eine spätere Veräusserung gestalten, da Einstimmigkeit vorliegen muss (Art. 653 Abs. 3 ZGB).

Die Einräumung einer *Nutzniessung* an einzelnen Wohnungen einer Liegenschaft (vgl. Art. 745 Abs. 3 ZGB) oder eines Wohnrechts (Art. 776 ZGB) ohne Begründung von Stockwerkeigentum wären eigentlich möglich. Die Touristen könnten damit wiederum keine Immobilie erwerben, sondern lediglich eine unvererbliche Dienstbarkeit – zwingend auf die Lebenserwartung des Berechtigten beschränkt (Art. 749 Abs. 1, 776 Abs. 2 ZGB),<sup>10</sup> was den Sinn und Zweck der Eigentumswohnung als *Wertanlage* für den Erwerber selbst und zugleich auch für die folgenden Generationen vereitelt.

## Sicherstellung der Verfügbarkeit der Suiten für den Hotelbetrieb

### *Möglichkeit: Abschluss von Mietverträgen*

Der Abschluss von Miet- oder Pachtverträgen<sup>11</sup> zwischen Tanner und den Eigentümern würde zwar eine einfache Lösung darstellen, wäre aber zu wenig beständig – das zwingende Mietrecht, insbesondere die

<sup>3</sup> Vgl. Art. 69 Abs. 1 GBV (SR 211.432.1): „Die Eintragung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes kann nur verlangt werden, wenn mit der Anmeldung der Aufteilungsplan eingereicht wird.“; vgl. BGE 132 III 9 ff., 12; vgl. Ramel (FN 1), 44 f.; vgl. Hans-Peter Friedrich, Hat sich das Stockwerkeigentum bewährt? Der Bernische Notar 1986, 65 ff., 71; vgl. ZK-Wermelinger, ZGB 712d N 70 f.

<sup>4</sup> Vgl. Ramel (FN 1), 40 f.; vgl. auch die Angaben zum BewG oben, FN 1.

<sup>5</sup> Vgl. BSK-Bösch, ZGB 712b N 4. An Räumen, die alleine nicht existenzfähig wären, soll kein Sonderrecht bestehen. Bösch nennt als Beispiel eine Toilette oder eine Küche. Wird die Einheit als Wohnung (und nicht als Büro) ausgeschieden, sollte diese eine Küche und ein Bad haben, siehe Rolf Weber, Die Stockwerkeigentümergeinschaft, Diss. Zürich, 1979, 114; ZK-Wermelinger, ZGB 712b N 155 macht eine Ausnahme für *ausserordentliche Fälle*, beispielsweise ältere Ferienhäuser oder Aparthotels mit tiefem Standard, was ich als zweifelhaft erachte.

<sup>6</sup> ZK-Wermelinger, ZGB 712b N 43.

<sup>7</sup> Zu den Unterschieden zwischen Miteigentumsanteil und Stockwerkeigentum siehe Lüscher, ZBGR 1999, 74 ff.

<sup>8</sup> Vgl. BGer 5C.232/2002, E. 3; vgl. BSK-Brunner/Wichtermann, ZGB 647 N 14.

<sup>9</sup> Vgl. Lüscher, ZBGR 1999, 89 f.; vgl. BSK-Brunner/Wichtermann, ZGB 647 N 14.

<sup>10</sup> Vgl. auch BSK-Müller, ZGB 749 N 1 f. und BSK-Mooser, ZGB 776 N 7 und 37.

<sup>11</sup> Zu dieser Frage BGE 128 III 419 ff., 421: „Le bail à ferme se distingue du bail à loyer par l'objet du contrat. Le bailleur ne cède pas à son cocontractant l'usage de n'importe quelle chose, mais l'usage d'un bien ou d'un droit productif, dont le fermier peut percevoir les fruits ou les produits (...). Il y a bail à ferme notamment lorsque le bailleur cède l'exploitation d'une entreprise entièrement équipée, c'est-à-dire d'un outil de production; en revanche, il faut retenir la qualification de bail à loyer s'il cède des locaux qu'il appartient au cocontractant d'aménager pour en

zwingenden Kündigungsvorschriften, ermöglichen keine über Jahrzehnte beständige Lösung. Jeder Eigentümer könnte die Wohnung zudem weiterverkaufen – mit gravierenden Folgen: Der Erwerber könnte in solchen Fällen nach Art. 261 Abs. 2 lit. a OR bei dringendem Eigenbedarf dem Hotelbetreiber den Mietvertrag kündigen. Die in Art. 261 Abs. 3 OR enthaltene Schadenersatzpflicht ersetzt die verloren gegangene Verfügbarkeit der Wohnung zugunsten des Hotelbetriebs nicht. Bei der Pacht kommen dieselben Normen zur Anwendung (Art. 290 OR).

Auch die *Vormerkung der Mietverträge* im Grundbuch nach Art. 261b OR und Art. 959 Abs. 1 ZGB hätte keinen ausreichend stabilisierenden Effekt im Sinne der Wünsche Tanners – die Kündigung wegen dringenden Eigenbedarfs nach Art. 261 Abs. 2 OR bei einem Eigentümerwechsel wäre zwar nicht mehr möglich (Art. 261b Abs. 2 OR; dies gilt auch bei der Pacht, vgl. Art. 290 OR).<sup>12</sup> Die grundsätzliche Kündbarkeit des Mietverhältnisses beurteilt sich jedoch weiterhin nach obligationenrechtlichen Grundsätzen. Insbesondere ist die Kündigung aus wichtigem Grund wie bei jedem Dauerschuldverhältnis stets möglich (Art. 266g Abs. 1 OR, bei der Pacht Art. 297 OR).<sup>13</sup> Die Verabredung einer überlangen Mietdauer wäre aufgrund des Persönlichkeitsschutzes zu kürzen (Art. 27 Abs. 2 ZGB).<sup>14</sup>

Tanner könnte zwar zur Sicherung der Wohnungsnutzung auch *Rückkaufsrechte* vereinbaren, doch ist dies maximal für 25 Jahre im Grundbuch eintragbar (Art. 216a OR) und teuer. Es ist deshalb nach besonders beständigen, *sachenrechtlichen* Lösungen zu suchen.

#### *Lösungsmöglichkeit nach dem Recht des Stockwerkeigentums*

Bei Stockwerkeigentum ist es möglich, die Verpflichtung zur Vermietung oder die Duldung der Vermietung durch einen Dritten als Einschränkung der Zweckbestimmung der Immobilie im Begründungsakt (Art. 712d Abs. 2 Ziff. 2 ZGB) oder durch spätere einstimmige Vereinbarung im Sinne von Art. 648 Abs. 2 ZGB festzulegen.<sup>15</sup> Der Vermietungszwang stellt eine Einschränkung des Zwecks der Immobilie dar, weil man diese nicht mehr vollumfänglich selber nutzen kann.<sup>16</sup> Der Zweck, aber auch die Gemeinschaftsordnung aufgrund des Art. 649a ZGB, sind für jeden Erwerber einer Stockwerkeigentumseinheit verbindlich.<sup>17</sup> Allfällige Details der Vermietung und auch der Zweck der Baute lassen sich auch im Stockwerkeigentümerreglement festhalten (Art. 712g ZGB), da dieses flexibler als die Zweckbestimmung einer Änderung zugänglich ist (Art. 712g Abs. 3 ZGB).<sup>18</sup> Auch dieses wirkt gegenüber jedem Erwerber eines Anteils. Eine Anmerkung des Reglements im Grundbuch ist ebenfalls möglich (vgl. Art. 649a Abs. 1

---

*faire une entreprise productive (...). La mise en gérance libre d'un établissement public complètement équipé donne lieu à un bail à ferme non agricole (...). Compte tenu des prestations convenues en l'espèce, il n'est pas douteux que le contrat conclu entre les parties doit être qualifié de bail à ferme non agricole.*“ und Huguenin, N 3027: „Die Abgrenzung zwischen Miete und Pacht kann im Einzelfall schwierig sein. Das Bundesgericht nahm Pacht von Geschäftsräumen (Büroräume, Ladenlokale, Werkstätten und dergleichen) nur dann an, wenn auch die Geschäftsbeziehungen dem Vertragspartner überlassen werden. Honsell hielt dies für zu streng und schlug vor, Pacht bereits anzunehmen, wenn neben den Geschäftsräumen die vollständige Einrichtung des Betriebs dem Pächter überlassen wird. In seiner Rechtsprechung hat das Bundesgericht nun zutreffend auch die Überlassung eines öffentlich zugänglichen und vollständig eingerichteten Lokals zur selbständigen Bewirtschaftung (im konkreten Fall eines Cafés/Restaurants) als Pacht qualifiziert.“

<sup>12</sup> Vgl. BSK-Schmid, ZGB 959 N 21; vgl. ZK-Higi, OR 261b N 14.

<sup>13</sup> Vgl. auch BGE 128 III 428 ff. („Uriella“-Entscheidung); Art. 266g OR ist auf befristete und unbefristete Mietverhältnisse anwendbar, vgl. BSK-Weber, OR 266g N 2.

<sup>14</sup> Vgl. BSK-Weber, OR 255 N 8; vgl. Hans-Peter Friedrich, Rechtsprobleme bei Appart-Hotels auf der Basis von Stockwerkeigentum, Der Bernische Notar 1983, 169 ff., 180.

<sup>15</sup> Vgl. Hans-Peter Friedrich, Wieweit können Stockwerke mit Nutzungsdienstbarkeiten belastet werden? Der Bernische Notar 1980, 137 ff., 140 und Friedrich (FN 14), Der Bernische Notar 1983, 176 ff.; vgl. BK-Meier-Hayoz/Rey, ZGB 712d N 78; vgl. Weber (FN 5), 202 ff. und 239: „Gerade in Erholungsgebieten kann es zur besseren Auslastung der vorhandenen Bettenkapazität sowie zur Verhinderung ausgestorbener Siedlungen während der Zwischensaisons sinnvoll sein, einen Stockwerkeigentümer zu verpflichten, während eines gewissen Teiles der Zeit, in der er die Eigentumswohnung nicht benutzt, diese zu vermieten oder durch das Hotel vermieten zu lassen.“; vgl. BK-Meier-Hayoz/Rey, ZGB 712a N 52: „Ein solcher Vermietungszwang für die Zeit, in welcher der Stockwerkeigentümer sein Appartement nicht benützt, kann sachlich durchaus gerechtfertigt sein, wenn es um die Verhinderung des Entstehens ausgestorbener Siedlungen in der Zwischen- und Nachsaison geht. Verlangt wird vom Stockwerkeigentümer also im Gegensatz zu den anderen Nutzungsbeschränkungen nicht ein Unterlassen, sondern ein Tätigwerden; er verliert mithin das Recht, untätig zu sein.“; vgl. BGE 130 III 441 ff., 445; vgl. die Verfügung des Bundesamts für Justiz vom 17. März 1981 in ZBGR 1984, 300.

<sup>16</sup> Vgl. Friedrich (FN 15), Der Bernische Notar 1980, 140 f.

<sup>17</sup> Vgl. Friedrich (FN 15), Der Bernische Notar 1980, 141; BSK-Brunner/Wichermann, ZGB 648 N 23.

<sup>18</sup> Vgl. Friedrich (FN 15), Der Bernische Notar 1980, 141; vgl. BSK-Bösch, ZGB 712g N 9; vgl. BGE 111 II 330 ff., 333 f.

ZGB und Art. 712g Abs. 3 ZGB) – aber auch ohne diese Anmerkung ist das Reglement für jeden Rechtsnachfolger verbindlich (Art. 649a Abs. 1 ZGB).<sup>19</sup> Tanner kann den Begründungsakt, den Zweck, die Gemeinschaftsordnung und das Reglement selber festlegen, solange er noch keine Einheit verkauft hat. Als Einschränkung des Zwecks ist der Vermietungszwang nur mit einstimmigem Beschluss abänderbar (Art. 648 Abs. 2 ZGB)<sup>20</sup> – folglich geht nichts ohne Einverständnis der Eigentümerin der allgemeinen Hotel-Stockwerkeigentumsseinheit, die das Hotel führt. An diese Person delegiert das Reglement oft auch die Vermietung der einzelnen Stockwerkeinheiten.<sup>21</sup>

Die Absicherung dieser Pflichten kann durch Vereinbarung einer Konventionalstrafe erfolgen (Art. 160 OR). Auch diese lässt sich dinglich sichern. Ein Grundpfandrecht bietet sich hierfür an, beispielsweise eine Grundpfandverschreibung (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. 846 Abs. 1 ZGB) – es sei denn, ein bestehender Schuldbrief werde sicherungsübereignet oder zu Faustpfand übertragen. Nachteilig ist für die Wohnungseigentümer, dass dies die hypothekarische Belastung beim Erwerb des Stockwerkeigentumsanteils de facto (d.h. wirtschaftlich) erschwert.<sup>22</sup>

### *Lösungsmöglichkeit nach Dienstbarkeitsrecht*

Es ist denkbar, eine Stockwerkeigentumsseinheit zugunsten einer anderen mit einer Dienstbarkeit zu belasten, da Stockwerkeigentumsanteile eigene Grundstücke sind (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB).<sup>23</sup> Möglich sind Duldungs- und Unterlassungsansprüche zugunsten der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer oder des jeweiligen Eigentümers einer einzelnen Stockwerkeigentumsseinheit.<sup>24</sup> In beiden Varianten handelt es sich um eine *Grunddienstbarkeit* gemäss Art. 730 ZGB und nicht um eine andere *Personaldienstbarkeit* gemäss Art. 781 ZGB.<sup>25</sup> Stockwerkeigentumsseinheiten dürfen nur dann mit Dienstbarkeiten belastet werden, wenn diese die Stockwerkeigentumsseinheit nicht als Haftungsobjekt im Sinne des Art. 712i ZGB entwerfen und die Rechte der anderen Stockwerkeigentümer an der gemeinschaftlichen Sache nicht beeinträchtigen,<sup>26</sup> wobei die Nutzniessung und das Wohnrecht als unproblematisch erachtet werden.<sup>27</sup>

<sup>19</sup> Vgl. Ramel (FN 1), 46; vgl. BSK-Bösch, ZGB 712g N 12; die Erfassung im Begründungsakt und in der Nutzungs- und Verwaltungsordnung sowie deren Anmerkung sind in Art. 7 Abs. 2 BewV so vorgeschrieben: „Die dauernde hotelmässige Bewirtschaftung (Art. 10 Bst. b BewG) wird sichergestellt, indem die Stockwerkeigentümer im Begründungsakt und im Verwaltungs- und Nutzungsreglement (Art. 712d ff. ZGB) darauf verpflichtet werden; die Bewilligungen werden unter den dafür vorgeschriebenen Auflagen erteilt (Art. 11 Abs. 2 Bst. g).“ und Art. 11 Abs. 2 lit. g BewV: „An die Bewilligungen sind in der Regel mindestens die folgenden, im Grundbuch anzumerkenden Auflagen zu knüpfen (Art. 14 BewG): (...) g. bei Aparthotels die Verpflichtung, die Wohninheit dem Betriebsinhaber zur Bewirtschaftung gemäss dem Begründungsakt des Stockwerkeigentums und dem Verwaltungs- und Nutzungsreglement (Art. 7) zu überlassen; (...).“; zur beschränkten Bedeutung der Anmerkung vgl. CHK-Graham-Siegenthaler, ZGB 649a N 10: „Die Anmerkung der Nutzungs- und Verwaltungsordnung (und die Anmerkung des Reglements beim Stockwerkeigentum) im Grundbuch hat keine rechtsbegründende Wirkung (...). Die Rechtsfolge der Anmerkung besteht lediglich darin, dass der Rechtsnachfolger eines Mit- oder Stockwerkeigentümers mit der Einrede ausgeschlossen ist, er habe das angemerkte Rechtsverhältnis nicht gekannt. Dies bewirkt einzig, dass der Veräusserer in dem Umfang, als die Nutzungs- und Verwaltungsordnung angemerkert ist, von der ihm obliegenden Aufklärungspflicht gegenüber dem Erwerber befreit ist.“

<sup>20</sup> Vgl. Weber (FN 5), 202; vgl. Friedrich (FN 15), Der Bernische Notar 1980, 141; vgl. BK-Meier-Hayoz/Rey, ZGB 712a N 42 f.; vgl. BGE 111 II 330 ff., 333 f.

<sup>21</sup> Vgl. Friedrich (FN 14), Der Bernische Notar 1983, 178.

<sup>22</sup> Vgl. die Verfügung des Bundesamts für Justiz vom 17. März 1981 in ZBGR 1984, 301.

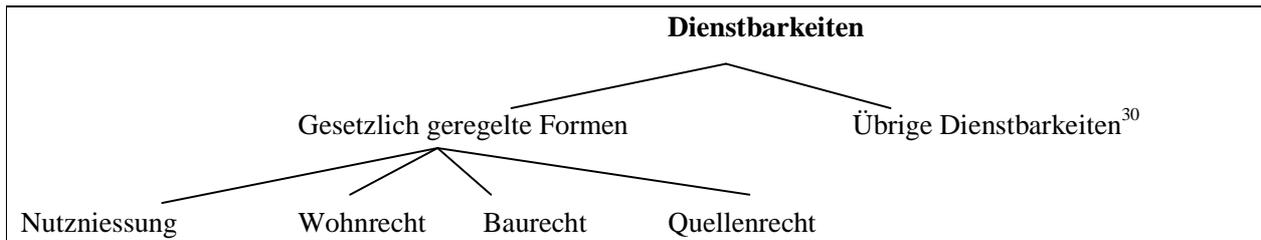
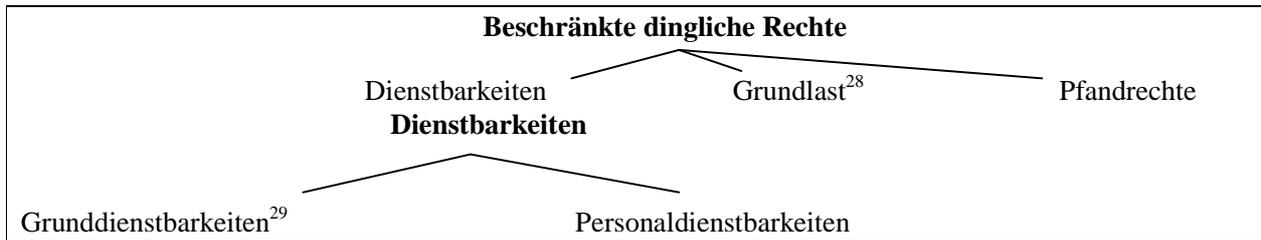
<sup>23</sup> Vgl. Friedrich (FN 15), Der Bernische Notar 1980, 137; vgl. BSK-Bösch, ZGB 712a N 15; vgl. Mengiardi, ASR 415, 142; vgl. BGE 106 II 315 ff., 317: „Ein Stockwerkeigentumsanteil kann zu Gunsten eines andern in der Weise mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden, dass der Eigentümer sich bestimmte Eingriffe des andern Stockwerkeigentümers gefallen lassen muss oder zu dessen Gunsten nach gewissen Richtungen das ihm zustehende Recht nicht ausüben darf. Mit der Grunddienstbarkeit kann nebensächlich auch eine Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen verbunden sein (dazu Art. 730 in Verbindung mit Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB).“

<sup>24</sup> Vgl. Friedrich (FN 15), Der Bernische Notar 1980, 138; vgl. ZK-Liver, Einleitung zu ZGB 730 ff. N 19.

<sup>25</sup> Vgl. ZK-Liver, ZGB 730 N 32; vgl. Riemer, Beschränkte dingliche Rechte, § 10 N 14; vgl. BSK-Petitpierre, ZGB 781 N 1: „Neben den spezifizierten persönlichen Dienstbarkeiten Nutzniessung, Wohnrecht, Baurecht und Quellenrecht erlaubt das ZGB auch Personalservituten «anderen Inhaltes» (Marginale). Diese sind ihrem Inhalte nach mit den Grunddienstbarkeiten identisch. Das dingliche Recht steht hier aber anders als bei der Grunddienstbarkeit nicht dem jeweiligen Eigentümer des berechtigten Grundstückes, sondern einer anderen, beliebigen Person zu. Insoweit, aber nur insoweit unterscheiden sich die «anderen Dienstbarkeiten» von den Grunddienstbarkeiten.“

<sup>26</sup> Vgl. BK-Rey, Syst. Teil vor ZGB 730 N 218 ff.; vgl. Rey, Sachenrecht, N 777; vgl. BGE 130 III 306 ff., 308: „Rechtsprechung und herrschende Lehre sind sich einig, dass ein Stockwerkeigentumsanteil zu Gunsten eines andern mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden kann. Voraussetzung einer derartigen Belastung ist nach herrschender Lehre, dass einerseits die Rechtspositionen der anderen Stockwerkeigentümer an der gemeinschaftlichen Sache nicht beeinträchtigt werden und andererseits der belastete Stockwerkeigentumsanteil als Haftungsobjekt des gesetzlichen Pfandrechts gemäss Art. 712i ZGB nicht entwertet wird (...).“

<sup>27</sup> Vgl. BSK-Bösch, ZGB 712a N 16.



Die *Nutzniessung* gemäss Art. 745 ZGB kommt für die Zwecke Tanners nicht in Frage, weil es sich um eine Personaldienstbarkeit handelt. Die *Ausübung* der Nutzniessung wäre zwar übertragbar – die Hotelbetreiberin als Nutzniesserin könnte die Wohnungen folglich an Touristen vermieten (vgl. Art. 758 Abs. 1 ZGB). Die Nutzniessung kann indes nicht als *Grunddienstbarkeit* nach Art. 730 ZGB zugunsten des jeweiligen Eigentümers einer Stockwerkeigentumseinheit geschaffen werden.<sup>31</sup> *Diese personenunabhängige*

<sup>28</sup> Vgl. Art. 782 ZGB. Die Grundlast sieht eine positive Leistungspflicht des Grundeigentümers vor, für die er ausschliesslich mit dem Grundstück haftet. Vorliegend sind jedoch die Nutzung, die Duldung und das Unterlassen überwiegend, weshalb die Grundlast eher ausser Betracht fällt, vgl. dazu Stefan Schälch, Time-Sharing an Ferienimmobilien, 145 f. und Carl Mugglin, Das dingliche Wohnrecht im schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Bern 1940, 80: „In der deutschen Doktrin wird nun die Ansicht vertreten, dass ein Wohnrecht unter Umständen als Reallast nach BGB § 1105 aufzufassen sei. Dies soll insbesondere dann der Fall sein, wenn kein bestimmter Gebäudeteil eingeräumt, sondern nur allgemein die Gewährung von Wohnung überhaupt als dingliche Verpflichtung auf ein Grundstück gelegt wird. Unseres Erachtens kann aber das Gewähren einer Wohnung nicht zugleich als Inhalt einer Dienstbarkeit als auch als Grundlast in Betracht kommen, sondern nur als Inhalt des einen oder des andern. Ist es eine Leistung nach 782, worunter nach schweizerischem Recht nur positive Leistungen fallen, dann kann es Inhalt einer Grundlast sein. Ist es aber ein Dulden (pati) oder Unterlassen (non facere), so kann es Inhalt einer Dienstbarkeit sein. Die Gewährung von Wohnung ist aber in der Hauptsache ein Dulden (...), das Dulden des Wohnberechtigten in dem dem belasteten Grundeigentümer zustehenden Gebäude“. Dies zeigt auch die Erfassung der ähnlichen Nutzniessung und des ähnlichen Wohnrecht im ZGB als Dienstbarkeiten. Auch ist die Grundlast nach 30 Jahren ablösbar (Art. 788 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB), was das Apparthotel verunmöglichen würde. Überdies besteht keine Realexecution, sondern nur eine Grundstückhaftung im Nichterfüllungsfall, was im Ernstfalle den Betrieb des Apparthotels auch verunmöglichen würde, vgl. Art. 782 Abs. 1 ZGB, Art. 791 Abs. 1 ZGB und CHK-Göksu, ZGB 782 N 11: „Speziell an der Grundlast ist die Regelung der Haftung: Der Gläubiger hat keine persönliche Forderung. Es haftet ausschliesslich das Grundstück (...). Bei Nichterfüllung kann demnach nur eine Betreuung auf Pfandverwertung (...) mit Bezug auf das belastete Grundstück angehoben werden. Aus dem Erlös wird vorab der Grundlastberechtigte befriedigt (...). Die Grundlast nimmt demnach eine Zwischenstellung zwischen Dienstbarkeit und Grundpfand ein (...): solange die Leistung ordnungsgemäss erbracht wird, gleicht die Grundlast der Dienstbarkeit (...); bleibt die Leistung aus, wird sie wie ein Grundpfandrecht behandelt (...).“ und CHK-Göksu, ZGB 791 N 1: „Bei Nichterfüllung der Leistung steht dem Gläubiger demnach nur die Betreuung auf Pfandverwertung zur Verfügung (...); der Schuldner kann weder auf Konkurs noch Pfändung betrieben werden, noch stehen dem Gläubiger die Vollstreckungsmittel von ZPO 335 f. zur Verfügung. Die Grundlast ist mithin ein Wertrecht.“; in Deutschland scheint die Errichtung einer Grundlast zu diesen Zwecken möglich zu sein, vgl. Peer Gralka, Time-Sharing bei Ferienhäusern und Ferienwohnungen, Diss. Osnabrück 1986, 59 ff. und 61, wobei die Einschränkung erfolgt, dass sich die Grundlast nicht auf bestimmte Räume beziehen dürfe, also für die vorliegenden Fälle doch nicht geeignet ist, vgl. MK-Joost, BGB 1105 N 17: „Ähnliche Grundsätze gelten für Gebrauchsgewährungen, die dem Berechtigten die Möglichkeit einer eigenen Nutzung des Grundstücks verschaffen sollen. Die Rechtsprechung lässt Gebrauchsgewährungen, insbesondere als Wohnungsrecht, als Inhalt einer Reallast zu, sofern es sich nur um eine Mitbenutzung des Berechtigten handelt und die Pflicht sich nicht auf bestimmte Räume bezieht, sondern nur allgemein auf Gewährung von Wohnung („Wohnungsreallast“). Dies ist im Zusammenhang damit zu sehen, dass das Wohnungsrecht bereits unter der Geltung des ALR als Reallast aufgefasst wurde. Das BGB hat dies jedoch durch die Regelung der Dienstbarkeit abgelöst. Im Übrigen besteht für ein Sachenrecht als auf Gebrauchsgewährung gerichtete Reallast kein Bedürfnis. Als Verwertungsrecht bietet die Reallast keine Möglichkeit, ein solches Recht zum Wohnen dinglich durchzusetzen (...). Für den Berechtigten ist es zudem gänzlich unangemessen, wenn der Verpflichtete den jeweils zu benutzenden Wohnraum bestimmen und diese Bestimmung jederzeit ändern könnte. Ein Wohnungsrecht sollte daher nur in den Formen der Dienstbarkeit zugelassen werden (...).“

<sup>29</sup> Eine Grunddienstbarkeit besteht zugunsten des Eigentümers des herrschenden Grundstücks. Grunddienstbarkeiten sind schon übertragbar, aber nur zusammen mit dem Grundstück, d.h. sie sind nicht *selbständig übertragbar*, vgl. Riemer, Beschränkte dingliche Rechte, § 10 N 14.

<sup>30</sup> Vgl. Art. 730 ff. und 781 ZGB.

<sup>31</sup> Vgl. Friedrich, Der Bernische Notar 1980, 139; vgl. die Verfügung des Bundesamts für Justiz vom 17. März 1981 in ZBGR 1984, 299 ff.; vgl. Riemer, Beschränkte dingliche Rechte, § 10 N 32; vgl. BGE 103 II 176 ff., 181 f.: „Es wäre in der Tat nicht einzusehen, weshalb das Wohnrecht als eine auf das Leben des Berechtigten begrenzte, unübertragbare Personaldienstbarkeit ausgestaltet worden wäre, wenn es zulässig sein sollte, das gleiche Recht gestützt auf Art. 781 ZGB als übertragbare und vererbliche Servitut zu begründen. Diese Überlegung erhält noch vermehrtes

*Verknüpfung mit den eigentlichen Hotelanlagen wäre jedoch gerade erwünscht.* Auch eine Nutzniessung zugunsten der Hotelbetreibergesellschaft *als juristischer Person* (vgl. Art. 749 Abs. 1 ZGB) – unabhängig davon, ob diese Eigentümerin des allgemeinen Hotel-Grundstücks ist – könnte sich auch aus anderen Gründen als unzureichend erweisen. Fällt diese in Konkurs, könnte es zu einer *Aufspaltung des Eigentums* an den allgemeinen Hotelanlagen und an der Nutzniessung kommen (weil die juristische Person zu existieren aufhört, endet auch die Nutzniessung, vgl. Art. 749 Abs. 1 OR) – diese gilt es aber gerade zu vermeiden. Probleme könnte auch die für juristische Personen geltende Beschränkung auf 100 Jahre verursachen (Art. 749 Abs. 2 ZGB).

Das *Wohnrecht* gemäss Art. 776 ZGB ist ebenfalls ungeeignet. Es gehört wie die Nutzniessung zu den Personaldienstbarkeiten. Es müsste wiederum als Personaldienstbarkeit der Hotelbetreibergesellschaft eingeräumt werden. Das Wohnrecht ist jedoch nicht übertragbar (Art. 776 Abs. 2 ZGB) und kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht einer juristischen Person gewährt werden.<sup>32</sup> Auch die *Übertragung der Ausübung* an Dritte – die Vermietung an Touristen – ist anders als bei der Nutzniessung nicht möglich.<sup>33</sup>

Es verbleibt noch die *Grunddienstbarkeit* nach Art. 730 ZGB. Die hier denkbaren Inhalte sind somit ein Unterlassen, ein Dulden und jeweils damit verbunden ein nebensächliches Tun (vgl. Art. 730 Abs. 1 und 2 ZGB).<sup>34</sup> Ein Vermietungszwang *als Zwang zu einer positiven Handlung* ist folglich im Lichte von Art. 730 ZGB problematisch. Es muss ein Unterlassen oder ein Dulden sein, damit die Voraussetzungen des Art. 730 ZGB erfüllt sind. Es handelt sich dabei nicht um eine Frage der Formulierung, sondern des Inhalts. Dieser könnte dahingehend beschrieben werden, dass die Nutzung durch die jeweilige Eigentümerin der allgemeinen Hotel-Stockwerkeigentumsanteils im Sinne einer Weitervermietung an andere Touristen geduldet werden muss (Duldungspflicht) und die eigene Nutzung oder die eines Dritten nicht länger als während einigen Wochen jährlich zulässig ist und mit dem Hotelzweck verträglich sein muss (Unterlassungspflicht).<sup>35</sup> Der Eigentümer darf die Immobilie deshalb nur während einer beschränkten Zeit pro Jahr benützen, um sie für die touristische Nutzung durch die Hotelbetreiberin freizuhalten. Er muss zusätzlich auf diverse Verwendungsmöglichkeiten verzichten, weil sie mit dem Hotelbetrieb kollidieren könnten. Natürlich bedingt dies auch gewisse Nebenpflichten positiver Art – der Eigentümer muss beispielsweise seine persönlichen Sachen stets wegräumen und die Wohnung für eine mögliche Vermietung bereithalten. Diese Pflichten sind angesichts der viel intensiveren Duldungs- und Unterlassungspflicht *bloss nebensächlicher Natur* und stehen deshalb in Einklang mit Art. 730 Abs. 2 ZGB.<sup>36</sup>

---

*Gewicht durch den Umstand, dass das Sachenrecht des ZGB vom Grundsatz der geschlossenen Zahl der dinglichen Rechte beherrscht ist und dass die inhaltliche Ausgestaltung der einzelnen Rechte, soweit eine solche durch das Gesetz überhaupt erfolgt ist, zwingenden Charakter aufweist (...). Das Wohnrecht gehört wie die Nutzniessung zu den inhaltlich näher bestimmten Dienstbarkeiten. Der Grund für die Regelung des Inhalts dieser Rechte und für die Begrenzung ihrer Dauer ist, wie besonders LIVER hervorhebt (...), darin zu erblicken, dass sie wegen ihres umfassenden Charakters das Eigentum sehr stark einschränken. Es würde deshalb gegen den zwingenden Charakter dieser gesetzlichen Ordnung verstossen, wenn inhaltlich gleiche Rechte als übertragbare irreguläre Personaldienstbarkeiten oder als Grunddienstbarkeiten, deren Dauer nicht begrenzt ist, begründet werden könnten (...). Die Erkenntnis, dass ein dem Wohnrecht entsprechendes Benützungsrecht an einem Stockwerk oder an einer Wohnung nicht in die Form einer übertragbaren Personalservitut im Sinne von Art. 781 Abs. 2 ZGB gekleidet werden kann, bildete denn auch einen der rechtlichen Gründe für die Einführung des Stockwerkeigentums. Die bundesrätliche Botschaft vom 7. Dezember 1962 hob hervor, dass die Zulassung einer solchen Dienstbarkeit mit dem Prinzip der geschlossenen Zahl und der Typizität der Dienstbarkeiten unvereinbar wäre. Sie kam zum Schluss, dass es eine Ersatzform für das Stockwerkeigentum, "die allen praktischen Anforderungen genügen könnte und die sich dem geltenden Recht widerspruchlos einfügen liesse", nicht gebe (...). Mit der Einführung des Stockwerkeigentums hat sich der Gesetzgeber der Ablehnung von übertragbaren irregulären Personalservituten mit dem Inhalt des Wohnrechts oder der Nutzniessung durch die neuere Lehre angeschlossen."; vgl. BGE 113 II 146 ff., 149.*

<sup>32</sup> Vgl. BGE 116 II 281 ff., 289; vgl. ZK-Baumann, vor ZGB 776-778 N 5-8, m.w.H.

<sup>33</sup> Vgl. ZK-Baumann, ZGB 776 N 27-31, mit weiteren Hinweisen.

<sup>34</sup> Vgl. Zurbriggen, 140; BSK-Petitpierre, ZGB 730 N 17 ff.

<sup>35</sup> Vgl. dazu den Beschluss des BayObLG vom 17. Mai 1985 - BReg. 2 Z 35/85 in NJW 1985, 2485 ff., 2486.

<sup>36</sup> Zur Nebensächlichkeit im Sinne des Art. 730 Abs. 2 ZGB vgl. BK-Rey, ZGB 730 N 11 f. und die Beispiele bei ZK-Liver, ZGB 730 N 202 ff.; vgl. BGE 106 II 315 ff., 320: „Die Dienstbarkeit kann den Eigentümer der belasteten Stockwerkeinheit grundsätzlich nur zu einem Dulden oder Unterlassen, nicht aber zu einer Leistung verpflichten. Eine Pflicht zur Vornahme von Handlungen darf mit der Dienstbarkeit nur verbunden werden, wenn jene im Verhältnis zur Dienstbarkeit sowohl dem Inhalt wie dem Umfang nach von nebensächlicher Bedeutung sind. Dem Inhalt nach ist eine Handlung dann von nebensächlicher Bedeutung, wenn sie lediglich dazu dient, die Ausübung der Dienstbarkeit zu ermöglichen, zu erleichtern oder zu sichern. Dem Umfang nach ist sie es, wenn die Leistungspflicht nicht die hauptsächliche Last darstellt (...). Die Vorinstanz erblickt in der Verpflichtung der Eheleute Z., die Böden ihrer Wohnung mit Spannteppichen belegen zu lassen, eine Handlung, die nicht mit einer Dienstbarkeit verbunden werden dürfe. Stellt man jedoch die Pflicht der Eheleute Z., in Zukunft während vieler Jahre etwas zu unterlassen, wozu

In Lehre und Rechtsprechung gibt es weitere Einschränkungen des zulässigen Inhalts einer Grunddienstbarkeit. An der Dienstbarkeit muss ein *nützliches Interesse* bestehen. Es muss sich überdies um ein *dauerhaftes*, nicht einmalig wahrzunehmendes Recht handeln.<sup>37</sup> Hier geht es um periodisch wiederkehrendes Dulden. Das nützliche Interesse liegt im geregelten Hotelbetrieb und dem genügenden Zugriff der Hotelbetreiberin auf die Hotelsuiten.

Eine weitere inhaltliche Einschränkung liegt darin, dass die Dienstbarkeit nur die Ausübung von Eigentümerbefugnissen einschränken darf, nicht aber die persönliche Handlungsfreiheit des dienstbarkeitsbelasteten Grundstückseigentümers.<sup>38</sup> Diese Einschränkung lässt sich aus dem Text von Art. 730 Abs. 1 ZGB lesen. Sie kommt insbesondere bei den Unterlassungspflichten zum Tragen und beurteilt sich nach der *Prägungs-Formel* des Bundesgerichts,<sup>39</sup> die nach wie vor gilt.<sup>40</sup> Die verbotene oder zu unterlassende Nutzung muss deshalb *äusserlich wahrnehmbar* sein und der Nutzung ein Gepräge verleihen.<sup>41</sup> Auf den ersten Blick gibt es keinen Unterschied, ob eine Wohnung von nur einer Person oder von mehreren Touristen genutzt wird – es ist immer „*die Wohnungsnutzung*“. Die Nutzung der Wohnung als Zweitwohnung durch den Eigentümer sieht im Vergleich zur Nutzung durch mehrere, häufig wechselnde Hotel-Touristen jedoch anders aus. Die Wohnungsausstattung ist einer stärkeren Abnutzung ausgesetzt, sieht im Gegensatz zu einer gewöhnlichen Wohnungsausstattung anders aus und persönliche Sachen müssen nach jedem Besuch versorgt werden.<sup>42</sup> Apparthotels erkennt man auch an ihrer Beschriftung am Gebäude. Zweitwohnungen stehen überdies zumeist mit verschlossenen Rollläden leer, während bewirtschaftete Wohnungen „leben“ – besser könnte man das äusserliche Gepräge nicht beschreiben.<sup>43</sup> Die unbewirtschaftete Wohnung ist tot, die Wohnung im Aparthotel „lebt“. Diese Unterlassungs- und Duldungspflichten beschränken sicher auch die persönliche Freiheit, doch treffen sie in erster Linie *nicht den Mann, sondern die Nutzung des Grundstücks*.<sup>44</sup>

FRIEDRICH bezweifelt diese Lösung, weil sie möglicherweise die Vorschriften zur Nutzniessung umgeht, für die zwingend die Ausgestaltung als *Personaldienstbarkeit* vorgesehen ist.<sup>45</sup> Er beklagt somit eine Verletzung des sachenrechtlichen *numerus clausus*. Diesem Argument stehen mehrere Gegenargumente entgegen. *Erstens* kommt die Duldung der Vermietung vom Inhalt her nicht einer Nutzniessung gleich – es geht lediglich um die Duldung der Vermietung *für eine gewisse Zeit während des Jahres*.<sup>46</sup> Der auf die Benützung der Wohnung entfallende Hotelpreis soll *zweitens* nicht der Hotelbetreiberin zufallen – bei der Nutzniessung wäre dies aber so (*uti et frui, ergo ususfructus*, d.h. Gebrauch/Nutzung und Früchte, vgl.

---

*sie als Wohnungseigentümer an sich berechtigt wären, ihrer einmaligen Pflicht gegenüber, die Böden der Wohnung mit Spannteppichen belegen zu lassen, so erscheint diese als nebensächlich.*“

<sup>37</sup> Vgl. BK-Rey, ZGB 730 N 35 ff. und 45 ff.; zum Interesse vgl. BGE 123 III 337 ff., 344 f.

<sup>38</sup> Vgl. ZK-Liver, ZGB 730 N 107 ff. und 126; vgl. BK-Rey, ZGB 730 N 22 ff., insb. N 31; vgl. Kristic, MittBayNot 2003, 265.

<sup>39</sup> Vgl. BGE 123 III 337 ff., 342: „*Le principe précité* [d.h. das Prinzip der Beschränkung des Eigentums, nicht aber der persönlichen Freiheit des Eigentümers] *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 (...).*“

<sup>40</sup> Vgl. dazu Urteil KGer Fribourg, Urteil des I. Zivilappellationshofes vom 13. November 2014 (101 2014 92), E. 2c, in Auseinandersetzung mit BGer 5A\_171/2008; vgl. insb. auch Bettina Hürlimann-Kaup, Unzulässigkeit sog. Sicherungsdienstbarkeiten, BR 2015, 163 f.

<sup>41</sup> Vgl. BK-Rey, ZGB 730 N 87, m.w.H.; vgl. ZK-Liver, ZGB 730 N 110, 131 f., 136; vgl. den Beschluss des BayObLG vom 17. Mai 1985 - BReg. 2 Z 35/85 in NJW 1985, 2485 f.: „*Dabei muss sich ein Verbot von Handlungen, das als Inhalt einer Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen werden soll, auf die Benutzung des Grundstücks in tatsächlicher Hinsicht auswirken, also eine Verschiedenheit in der Art der Benutzung des Grundstücks zur Folge haben (...).*“

<sup>42</sup> Vgl. Arnold F. Rusch, Sachenrechtliche Instrumente gegen Zweitwohnungen, ZBGR 2012, 137 ff., 144; vgl. Kristic, MittBayNot 2003, 265; vgl. den Beschluss des BayObLG vom 17. Mai 1985 - BReg. 2 Z 35/85, NJW 1985, 2485 ff., 2486.

<sup>43</sup> Vgl. Rusch (FN 42), ZBGR 2012, 147.

<sup>44</sup> Zu dieser Unterscheidung BK-Rey, ZGB 730 N 31.

<sup>45</sup> Vgl. Friedrich, Der Bernische Notar 1980, 139; vgl. auch Friedrich (FN 14), Der Bernische Notar 1983, 185; vgl. die Verfügung des Bundesamtes für Justiz vom 17. März 1981 in ZBGR 1984, 299.

<sup>46</sup> Vgl. Kikinis, Benutzungsrechte an Sachen, 85; a.M Friedrich (FN 14), Der Bernische Notar 1983, 173.

Art. 755 Abs. 1 ZGB und Art. 757 ZGB).<sup>47</sup> *Drittens* ist die bei der Grunddienstbarkeit fehlende zeitliche Beschränkung auf 100 Jahre für juristische Personen oder auf die Lebenserwartung des Berechtigten (Art. 749 ZGB) aufgrund der im Gegensatz zur Nutzniessung milderen Nutzungsart gut erklärbar. Die *ratio legis* der Beschränkung der Nutzniessung auf Personen und auf 100 Jahre liegt in der Ausgestaltung als *umfassendes Recht*,<sup>48</sup> bei der dem Eigentümer nur noch das nackte Eigentum bleibt. Genau dieses liegt in der Duldung der Vermietung auf Rechnung des Eigentümers während bloss einer gewissen Zeit nicht vor. Es bleibt der Einwand, dass zeitlich auf gewisse wiederkehrende Zeiträume beschränkte Nutzungsrechte in der Schweiz weitestgehend unbekannt sind und dem sachenrechtlichen Grundsatz der Typenfizierung (*numerus clausus*) widersprechen.<sup>49</sup> MERMOUD bejaht die Möglichkeit der zeitlichen Aufteilung einer Dienstbarkeit mit guten Argumenten – wenn die Nutzniessung auch räumlich einschränkbar ist (Art. 745 Abs. 3 ZGB) und diese den vollen Genuss nur dort verleiht, wo es vertraglich nicht anders bestimmt ist (Art. 745 Abs. 2 ZGB), muss auch eine zeitliche Beschränkung auf periodisch wiederkehrende Zeitphasen möglich sein.<sup>50</sup> Es handelt sich nur noch ansatzweise um eine Nutzniessung, weil der durch die Vermietung erzielte Nettomietzins und wesentliche Nutzungsmöglichkeiten während des Jahres dem Eigentümer verbleiben. Die Ausgestaltung als Grunddienstbarkeit entspricht somit keinem Umgehungstatbestand und lässt sich mit einem realen Bedürfnis erklären.

### *Absicherung des Entgelts*

Das Anrecht auf einen Anteil am Vermietungserlös der Wohnsuiten liesse sich durch eine *Ausübungsbedingung* erreichen – kontinuierliche Gegenleistungen sind im Dienstbarkeitsrecht nicht vorgesehen. Die Einräumung von Dienstbarkeiten kann wegen des Eintragungsprinzips auch nicht *suspensiv bedingt* erfolgen.<sup>51</sup> Deshalb wählt man definitive Eintragung, schränkt diese aber durch eine Ausübungsbedingung ein. Bedingung der Duldung der Wohnungsbesetzung wäre die Bezahlung des Anteils am Reinerlös der Vermietung. Dies ist in der Schweiz noch nicht so bekannt,<sup>52</sup> in Deutschland bei identischer Rechtslage indes gängig.<sup>53</sup> Der Text der Dienstbarkeit mit Ausübungsbedingung könnte also wie folgt lauten:

*«Der jeweilige Eigentümer der Suite hat zu dulden, dass der jeweilige Eigentümer des Hotel-Sonderrechts die Suite während zehn Monaten pro Jahr und während drei Wochen in der Hochsaison vermietet. Entsprechend hat er die eigene Nutzung während dieser Zeit zu unterlassen. Dieses Recht kann jeweils nur ausgeübt werden, wenn der Berechtigte bis zum Einzug des Hotelgastes den erwarteten Anteil an den Einnahmen aus der Vermietung bezahlt hat.»*

Die Grundlast kann ein Dienstbarkeitsentgelt ebenfalls absichern. Der Eigentümer des dienenden Grundstücks lässt zu diesem Zweck auf dem herrschenden Grundstück eine Grundlast im Sinne des Art. 782

<sup>47</sup> Vgl. ZK-Liver, vor ZGB 745-748 N 6 und ZGB 757 N 1; a.M. Friedrich (FN 14), Der Bernische Notar 1983, 173.

<sup>48</sup> Vgl. BGE 103 II 176 ff., 181 f.: „Das Wohnrecht gehört wie die Nutzniessung zu den inhaltlich näher bestimmten Dienstbarkeiten. Der Grund für die Regelung des Inhalts dieser Rechte und für die Begrenzung ihrer Dauer ist, wie besonders LIVER hervorhebt (...), darin zu erblicken, dass sie wegen ihres umfassenden Charakters das Eigentum sehr stark einschränken. Es würde deshalb gegen den zwingenden Charakter dieser gesetzlichen Ordnung verstossen, wenn inhaltlich gleiche Rechte als übertragbare irreguläre Personaldienstbarkeiten oder als Grunddienstbarkeiten, deren Dauer nicht begrenzt ist, begründet werden könnten (...).“; vgl. Friedrich (FN 14), Der Bernische Notar 1983, 173.

<sup>49</sup> Vgl. Ramel (FN 1), 52; vgl. BSK-Müller, ZGB 745 N 13 f.; vgl. BGE 116 II 281 ff., 284 f.; vgl. Schalch, 82 und 143; vgl. BK-Meier-Hayoz/Rey, ZGB 712a N 14.

<sup>50</sup> Vgl. Mermoud, Le temps partagé dans la jouissance de la propriété par étages: étude de la copropriété spatio-temporelle sur une part d'étage, Diss. Lausanne 2008, N 99; a.A. Beschluss des OLG Stuttgart, Beschluss vom 28. November 1986 - 8 W 421/85 in NJW 1987, 2023 („Keine Appartementbelastung mit 52 Nutzungsrechten für je 1 Woche“), mit ablehnenden Besprechungen von Gralka in NJW 1987, 1997 und Hoffmann in MittBayNot 1987, 177.

<sup>51</sup> Vgl. BK-Rey, ZGB 730 N 119.

<sup>52</sup> Vgl. dazu Arnold F. Rusch, Die wachsende Wohnung, Jusletter 10. Februar 2014, N 11; vgl. Arnold F. Rusch, Dienstbarkeiten mit Ausübungsbedingungen, ZBGR 2017, 84 ff.; vgl. das Beispiel in Appellationshof in Zivilsachen (Kt. Bern), 22.2.1933, ZBJV 1936, 398 ff., 403.

<sup>53</sup> Der Vorschlag Franz Ripfels, Dienstbarkeit, Wohnrecht und Gegenleistung, DNotZ 1968, 404 ff., 406, einer Gegenleistung als Ausübungsbedingung lautet wie folgt: „Das Recht kann jeweils nur ausgeübt werden, wenn der Berechtigte bis zum 1. des jeweiligen Ausübungsmonats an den jeweiligen Eigentümer den Betrag von DM 100,- bezahlt hat.“; gl.M. Amann, Zur dinglichen Sicherung von Nebenleistungspflichten bei Wohnrechten und anderen Dienstbarkeiten, DNotZ 1982, 396 ff., 405, bestätigt in OLG Karlsruhe, Urteil vom 24. November 1967 – 10 U 59/67 in DNotZ 1968, 432 ff., 433 f. und als obiter dictum in BGH, Urteil vom 27. April 1970 - III ZR 226/68, NJW 1970, 1371 ff., 1373, E. 2; vgl. Staudinger-Mayer, Kommentar zu § 1093 BGB, Berlin 2009, BGB 1093 N 14, m.w.H.; a.M. MK-Joost, Münchener Kommentar zu § 1093 BGB, 6. A., München 2013, BGB 1093 N 21.

ZGB errichten.<sup>54</sup> Dabei zeigen sich allerdings drei Probleme: Dies funktioniert erstens nur bei Grunddienstbarkeiten, da bei Personaldienstbarkeiten kein Grundstück vorhanden ist, auf dem die Grundlast liegen könnte. Zweitens kann man eine Grundlast nach dreissig Jahren ablösen (Art. 788 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB).<sup>55</sup> Drittens herrscht Streit, ob Geldzahlungen wirklich eine Leistung darstellen, „die sich aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstücks ergibt oder die für die wirtschaftlichen Bedürfnisse eines berechtigten Grundstücks bestimmt ist.“ (Art. 782 Abs. 3 ZGB).<sup>56</sup> Eine weitere Lösung liegt darin, ein Grundpfand in der Höhe der Gegenleistungen oder der allenfalls vereinbarten Konventionalstrafe auf dem herrschenden Grundstück einzutragen,<sup>57</sup> doch blockiert dies zumindest teilweise den Bodenwert des herrschenden Grundstücks.<sup>58</sup>

## Repetitions- und Vertiefungsfragen:

1. Wie kann man ein Haus mehreren Personen verkaufen?

*Denkbar sind der Verkauf an mehrere Personen zu Miteigentum oder die teilweise Veräusserung durch Begründung von Stockwerkeigentum.*

2. Kann man Stockwerkeigentum auch schon „auf der grünen Wiese“ begründen oder muss das Gebäude schon stehen? Kann man die Finanzierung des Baus fortlaufend durch den Verkauf der Stockwerkeigentumseinheiten sicherstellen?

*Es ist schon vor Baubeginn möglich, Stockwerkeigentum zu begründen.<sup>59</sup> Stockwerkeigentum entsteht durch Eintragung im Grundbuch, nicht durch den Bau des Hauses (vgl. Art. 712d Abs. 2 Ziff. 2 ZGB). Die Stockwerkeigentumseinheiten sind veräusserbar, bevor sie gebaut sind.*

3. Welche Voraussetzungen müssen ein Gebäude und dessen Räumlichkeiten erfüllen, damit Stockwerkeigentum daran begründet werden kann?

*Damit ein Sonderrecht im Sinne des Stockwerkeigentums entstehen kann, muss die Sonderrechtsräume über einen eigenen Zugang verfügen, in sich abgeschlossen sein und eine wirtschaftliche Einheit bilden (vgl. Art. 712b Abs. 1 ZGB).<sup>60</sup>*

4. Der Stockwerkeigentümer darf seine Wohnung selber einrichten. Es ist denkbar, dass diverse Stilrichtungen nicht zu einem Hotelbetrieb passen. Wie kann man den Eigentümern die Wohnungseinrichtung vorschreiben?

---

<sup>54</sup> BK-Leemann, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, II. Abteilung, Art. 730-918 ZGB, Bern 1925, ZGB 730 N 32 und ZGB 782 N 52: „*Einrichtung eines jährlichen Zinses als Gegenleistung für dem Grundstück zugewendeten Vorteile, namentlich für die Einräumung einer Grunddienstbarkeit (...)*“, ebenso ZK-Wieland, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 641-977 ZGB, Zürich 1909, ZGB 730 N 3 und ZGB 782 N 5; Cyril Galland, Le contenu des servitudes foncières: aspects de droits réels et obligations de faire rattachées à la servitude, Diss. Fribourg 2013, N 1327 ff.; Maryse Pradervand-Kernen, Les moyens de garantir la contre-prestation des servitudes, in: Alexandra Rumo-Jungo/Pascal Pichonnaz/Bettina Hürlimann-Kaup/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Une empreinte sur le Code Civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, 563 ff., 572 ff.

<sup>55</sup> Dazu Pradervand-Kernen (FN 54), 574 f.; die in Art. 788 Abs. 3 ZGB genannte Ausnahme liegt nicht vor (BGE 93 II 71 E. 3).

<sup>56</sup> Vgl. BGE 93 II 71 E. 3d: „*Im übrigen wurde in BGE 52 II 27 ff. verkannt, dass die Leistung eines Baurechtszinses nach Art. 782 Abs. 3 ZGB überhaupt nicht Inhalt einer Grundlast sein kann, weil diese Leistung sich weder aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstücks (des Baurechtes) ergibt noch für die wirtschaftlichen Bedürfnisse des berechtigten Grundstücks bestimmt ist (so auch LIVER in ZBJV 1958 S. 383).*“; vgl. dazu Pradervand-Kernen (FN 54), 574, m.w.H., die davon ausgeht, dass eine Grundlast beim Baurecht aufgrund der existierenden Sicherungsmöglichkeit in Art. 779i ZGB nicht offenstehe, bei anderen Dienstbarkeiten indes wohl, und Galland (FN 54), N 1337, Fn. 1290, der die Grundlast ebenfalls als zulässig erachtet.

<sup>57</sup> Pradervand-Kernen (FN 54), 571 f.; einzig beim Baurecht sieht Art. 779i ZGB ein mittelbares gesetzliches Pfandrecht vor.

<sup>58</sup> Pradervand-Kernen (FN 54), 572.

<sup>59</sup> Vgl. Art. 69 Abs. 1 GBV (SR 211.432.1): „*Die Eintragung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes kann nur verlangt werden, wenn mit der Anmeldung der Aufteilungsplan eingereicht wird.*“; vgl. BGE 132 III 9 ff., 12.

<sup>60</sup> Vgl. BSK-Bösch, ZGB 712b N 4.

*Hier ist eine Grunddienstbarkeit denkbar, die die eigene Möblierung verbietet. Die Eigentümer müssten dann die Möblierung durch die Eigentümerin der allgemeinen Hotelstockwerkeigentumsseinheit dulden.<sup>61</sup>*

5. Kann man die Stockwerkeigentümer verpflichten, im Hotelrestaurant zu essen oder das Hotel-Schwimmbad zu benützen?

*Nein, es handelt sich dabei um eine positive Pflicht, die sich nicht mit Dienstbarkeiten regeln lässt (Art. 730 Abs. 1 ZGB).<sup>62</sup> Verpflichtungen zur Vornahme von Handlungen dürfen nur nebensächlichen Charakter aufweisen (Art. 730 Abs. 2 ZGB).<sup>63</sup> Das Verbot, in der Wohnung zu essen, wäre zwar negativer Natur, läuft aber auf eine Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit hinaus – es ist keine Nutzung, die dem Gebäude eine besondere Prägung verleiht.<sup>64</sup> Auch lässt sich damit noch nicht sicherstellen, dass die Bewohner wirklich im eigenen Restaurant essen.*

6. Kann man in der hoteleigenen Tiefgarage, die eine eigene Stockwerkeigentumsseinheit bildet, einen Parkplatz fix einer anderen Stockwerkeigentumsseinheit zuordnen?

*Ja, es ist möglich, einen Stockwerkeigentumsanteil mit einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines anderen Stockwerkeigentumsanteils zu belasten. Es handelt sich um eine Grunddienstbarkeit, wonach der Eigentümer des Garagen-Stockwerkeigentumsanteils die Nutzung eines Parkplatzfeldes durch die Eigentümerin eines anderen Stockwerkeigentumsanteils zu dulden hat (vgl. Art. 730 ZGB, Art. 732 Abs. 2 ZGB).<sup>65</sup> Die Stockwerkeigentümer können auch eine Miteigentümergeinschaft an der als Stockwerkeigentum ausgedachten Einstellgarage bilden, wobei die Nutzungs- und Verwaltungsordnung gemäss Art. 647 ZGB ihnen einen Parkplatz fix zuweisen würde.<sup>66</sup> Ebenso möglich ist die Vermietung der Plätze durch den Verwalter der Stockwerkeigentümergeinschaft, die sich ebenfalls im Stockwerkeigentumsreglement regeln lässt.<sup>67</sup> Es wäre aber auch möglich, die einzelnen Parkplätze mit abschliessbaren Gittern als von den Wohneinheiten getrennte, sonderrechtsfähige Räume auszugestalten.<sup>68</sup> In diesem Falle könnten Parkplätze aber auch an Dritte ausserhalb der Stockwerkeigentümergeinschaft veräussert werden. Die Ausgestaltung als Nebenraum im Sinne von Art. 712b Abs. 1 ZGB wäre deshalb fast empfehlenswerter. Wohnung und Parkplatz können dann nur zusammen veräussert werden.<sup>69</sup> Die einzelnen „Parkboxen“ müssen nicht vollständig abgeschlossen sein – ein Drahtgitter genügt.<sup>70</sup>*

<sup>61</sup> Vgl. Friedrich (FN 14), Der Bernische Notar 1983, 176.

<sup>62</sup> Vgl. Friedrich (FN 14), Der Bernische Notar 1983, 173 f.

<sup>63</sup> Vgl. BGE 106 II 315 ff., 320 (vgl. das wörtliche Zitat in FN 36).

<sup>64</sup> Vgl. Friedrich (FN 14), Der Bernische Notar 1983, 174 f.

<sup>65</sup> Vgl. BGE 5C.232/2003, E. 3.2: „Das Kantonsgericht hat vorab den Eintrag auf dem Grundbuchblatt der Autoeinstellhalle („A“) „L (= Lasten)/Benutzungsrecht des Autoabstellplatzes Nr. 10, zugunsten von „Nr. 7““ beurteilt. Es ist davon ausgegangen, ein derartiger Eintrag sei rechtlich zulässig (...). Die „Autoeinstellhalle“ ist gemäss Begründungsakt und Eintragung im Grundbuch als eigene Stockwerkeinheit ausgedacht. Rechtsprechung und herrschende Lehre sind sich einig, dass ein Stockwerkeigentumsanteil zu Gunsten eines andern mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden kann. Voraussetzung einer derartigen Belastung ist nach herrschender Lehre, dass einerseits die Rechtspositionen der anderen Stockwerkeigentümer an der gemeinschaftlichen Sache nicht beeinträchtigt werden und andererseits der belastete Stockwerkeigentumsanteil als Haftungsobjekt des gesetzlichen Pfandrechts gemäss Art. 712i ZGB nicht entwertet wird (...). Die Belastung der Stockwerkeinheit „Autoeinstellhalle“ („A“) mit einem „Benutzungsrecht“ zu Gunsten der Stockwerkeinheit „Nr. 7“ ist somit nach sachenrechtlichen Grundsätzen möglich und zulässig.“; vgl. Weber (FN 5), 192 f.; vgl. Dieter Zobl, Rechtsfragen zur Sondernutzung an Autoabstellplätzen bei Stockwerkeigentum, Festschrift Grossen, Basel 1992, 285 ff., 287 f.; vgl. BGE 106 II 315 ff., 317.

<sup>66</sup> Vgl. Weber (FN 5), 185.

<sup>67</sup> Vgl. Weber (FN 5), 193; vgl. Zobl (FN 65), FS Grossen, 288.

<sup>68</sup> Vgl. BK-Meier-Hayoz/Rey, ZGB 712b N 56, Zobl (FN 65), FS Grossen, 286 und Weber (FN 5), 181. Sind die Parkplätze bloss mit Farbe als Parkfelder am Boden markiert, erfüllt dies das „Abgeschlossenheitskriterium“ des Art. 712b Abs. 1 ZGB nicht. Zusätzlich ist dies ausgeschlossen aufgrund des Art. 712b Abs. 2 Ziff. 1 ZGB, wenn es sich um Parkplätze im Freien handelt (vgl. BK-Meier-Hayoz/Rey, ZGB 712b N 56; vgl. Weber (FN 5), 194).

<sup>69</sup> Vgl. Zobl (FN 65), FS Grossen, 286.

<sup>70</sup> Vgl. Weber (FN 5), 181.