

Bundesgericht - 5A_941/2022* zur
Veröffentlichung bestimmt
II^e cour de droit civil
Arrêt du 12 décembre 2023

Newsletter Februar 2024



Droit de superficie

Baurecht

Droit de retour anticipé ;
violation de l'obligation
d'entretien et
d'exploitation ; conditions
formelles du droit de
retour

*Vorzeitiges Heimfallrecht ;
Verletzung der Unterhalts-
und Betriebspflicht ;
formelle Voraussetzungen
für den Heimfall*

Zusammenfassung und Analyse

Zitiervorschlag :

Marcel Egger, De l'importance de la fixation d'un délai
de grâce dans l'exercice du droit de retour anticipé
d'un droit de superficie, analyse de l'arrêt du Tribunal
fédéral 5A_941/2022, Newsletter immodroit.ch
Februar 2024

**Art. 779f ss CC ;
107-108 CO**

**Art. 779f ff. ZGB ;
107-108 OR**

Zur Bedeutung der Festlegung einer Nachfrist bei der Ausübung des Rechts auf vorzeitigen Heimfall eines Baurechts

Marcel Egger

I. Gegenstand des Urteils

Das kommentierte Urteil betrifft den vorzeitigen Heimfall eines Baurechts, das es dem Eigentümer des Grundstücks unter strengen, gesetzlich festgelegten Bedingungen erlaubt, dem Berechtigten die Dienstbarkeit zu entziehen. Der in den Artikeln 779f bis 779h ZGB geregelte vorzeitige Heimfall unterliegt zwei Bedingungen: Einerseits eine schwere Pflichtverletzung des Baurechtsnehmers (vgl. Art. 779f ZGB) und andererseits die Zahlung einer angemessenen Entschädigung durch den Eigentümer (vgl. Art. 779g ZGB; Urteil 5A_658/2019 vom 7. Juli 2020 E. 3 und Verweise).

Das Bundesgericht untersucht daher in dem besprochenen Urteil die Modalitäten der Ausübung des Rechts auf vorzeitige Rückgabe eines Baurechts, die Begründung der Vertragsverletzung sowie die Haltung der Parteien und deren guten Glauben. Auf den letzten Aspekt wird hier jedoch nicht weiter eingegangen.

II. Zusammenfassung des Urteils

A. Die Fakten

Mit Vertrag vom 17. Juli 1959 gewährte die Gemeinde C.B. eine persönliche Baudienstbarkeit für eine feste Dauer von 99 Jahren. Die Dienstbarkeit räumt dem Inhaber das Recht ein, gegen eine jährliche Gebühr von CHF 100.-, zahlbar am Ende jedes Kalenderjahres, ein Hotel-

Restaurant mit Terrassen auf einer Gesamtfläche von 382 m² zu errichten und zu unterhalten. Der Vertrag enthält die Verpflichtung, die Bauten in einem sauberen und gepflegten Zustand zu halten und wurde später durch die Erweiterung der Bemessungsgrundlage der Dienstbarkeit und die erhöhte und indexierte Jahresrente ergänzt. Der Zusatzvertrag erwähnt zudem den Grundsatz der vollständigen Entschädigung (einschliesslich Mobiliar) im Fall einer vorzeitigen Rückgabe aus Gründen des öffentlichen Interesses. Bei einer Kündigung und Rückgabe wegen Fehlverhaltens soll wiederum eine angemessene Entschädigung ausgerichtet werden, welche durch eine Kommission aus drei Experten berechnet wird.

Im Jahr 2003 wurden die Rechte mit Zustimmung der Gemeinde an eine neue Gesellschaft abgetreten. Aus der Begründung erfahren wir, dass das Gebäude bis 2011 genutzt wurde, um Prostitutionsdienstleistungen anzubieten und dass das Gebäude seit 2016 leer zu stehen scheint. Die Gesellschaft leitete in diesem Zeitraum jedoch ein Immobilienentwicklungsprojekt ein, inkl. Architektenvertrag und zahlreichen Schritten zur Änderung des örtlichen Bebauungsplans (PAL) und Detailbebauungsplans (PAD). Dieses Projekt erfolgte unter Vernachlässigung des Hotelunterhalts und hinterliess das Hotel in einem Zustand, welcher den Betrieb eines Hotel-Restaurants nicht mehr zulies. Die beschwerdeführende Gesellschaft vertrat die Ansicht, dass der Unterhalt des Hotels nicht notwendig war, bzw. dass die Beteiligung der Gemeinde am Entwicklungsprojekt als Einverständnis galt, auf die bestehenden Gebäude zu verzichten. Mit der Beteiligung der Gemeinde am Projekt, hätte diese implizit darauf verzichtet, die Bauten in einwandfreiem Zustand der Sauberkeit und des Unterhalts zurück zu erhalten, wie ursprünglich vorgesehen.

Die Gemeinde war anderer Meinung und schickte der Gesellschaft eine Mahnung, in der sie eine Instandsetzung forderte und auf den verfallenen Zustand sowie die Vernachlässigung des Gebäudeunterhalts hinwies. Die Gemeinde hielt im Schreiben fest, dass die Tourismussaison näher rücke und sie daher wissen wolle, was die Beschwerdeführerin diesbezüglich für Massnahmen treffe. Sie forderte die Beschwerdeführerin auf, schnellstmöglich Informationen über die Nutzung des Gebäudes sowie den aktuellen Stand des Projekts « E » zu liefern.

Das erwähnte Mahnschreiben wurde offensichtlich nicht von juristisch geschultem Personal verfasst und es wurde somit keine Frist für die Erfüllung darin genannt, abgesehen vom Verweis auf die nächste Tourismussaison. Die Mahnung verdeutlicht jedoch ausreichend, dass die Gemeinde auf der vertraglichen Verpflichtung zur Pflege und Erhaltung des Gebäudes bestand.

Als die Bauträgergesellschaft nicht reagierte, kündigte die Gemeinde 2017 den Baurechtsvertrag wegen Verstössen gegen die Verpflichtungen zur Instandhaltung und Betrieb des Hotel-Restaurants. Die Parteien konnten sich in der Folge nicht auf eine angemessene Entschädigung für die vorzeitige Rückgabe des Baurechts einigen.

Die Gemeinde zog vor Gericht und beantragte die Feststellung der Kündigung des Baurechts, die Zahlung einer Entschädigung für die vorzeitige Rückgabe und die Löschung des Baurechts. Die Nutzniesserin des Rechts, die A. AG, bestritt die Gültigkeit der Kündigung (insbesondere die Verletzung der Unterhaltungspflicht) und beantragte widerklagend die Zahlung von Schadenersatz sowie die Entschädigung für entgangenen Gewinn.

Mit Entscheid vom 15. Juni 2021 beschränkte sich das Zivilgericht auf die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung des Baurechtsvertrags und erklärte sich in Bezug auf die Frage der

geforderten Entschädigung unzuständig aufgrund der entsprechenden Vertragsklausel welche dafür eine Kommission von drei Experten vorsah. Die kantonale Berufung wurde mit Urteil vom 31. Oktober 2022 abgewiesen. Das Kantonsgericht bestätigte die Beurteilung des Zivilgerichts über die Schwere der Verletzung der Unterhaltspflicht. Diese beruhe auf der jahrelangen Passivität der Beschwerdeführerin und dem daraus resultierenden fortgeschrittenen Verfall des Gebäudes, der jede zweckgemässe Nutzung gemäss Baurechtsvertrag verhindere, sowie ein unattraktives, ja sogar abschreckendes Bild für die Stadt abgebe aufgrund der strategischen Position des Gebäudes für den lokalen Tourismus.

Die Bauberechtigte reichte eine Zivilklage ein, berief sich weiterhin auf die Unzulässigkeit der Anträge der Gemeinde und beantragte die Rückverweisung an das Zivilgericht bezüglich der Gegenanträge zur Entschädigung und zur Berechnung des Schadens im Zusammenhang mit der Kündigung des Vertrags.

B. Das Recht

Verfahren

In einer ersten formellen Rüge beklagte die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 88 ZPO wegen der Zulassung durch die ersten Richter einer Feststellungsklage, die darauf abzielte, bestätigen zu lassen, dass « *Le contrat de superficie du 17 juillet 1959, modifié le 27 juin 1980, 12 juillet 1990, 27 février 2003 a dûment été dénoncé le 29 juin 2017* » (Der Baurechtsvertrag vom 17. Juli 1959, geändert am 27. Juni 1980, 12. Juli 1990, 27. Februar 2003 wurde ordnungsgemäss am 29. Juni 2017 gekündigt). Die Beschwerdeführerin vertrat die Ansicht, dass die Gemeinde kein Interesse an einer Feststellungsklage geltend gemacht habe und dass, sofern sie eine Verurteilungsklage hätte formulieren können, der Antrag unzulässig gewesen wäre. Dies hätte zur Folge gehabt, dass das erstinstanzliche Urteil, das sich darauf beschränkte, die Gültigkeit der Kündigung festzustellen, unzulässig geworden wäre weil es letztendlich die Parteien an die vertraglich vorgesehene Kommission zur Festsetzung der Entschädigung verwies.

Das Gericht folgte dieser Argumentation nicht. Es ist der Ansicht, dass die Feststellungsklage insofern zulässig ist, als die Gemeinde auch Anträge auf Zahlung der Heimfallentschädigung und Löschung des Baurechts gestellt hat.

Materielles Recht

a. Guter Glaube

Die Erwägungsgründe 5 und 6 befassen sich mit der umstrittenen Verletzung der Unterhaltspflicht. Die Beschwerdeführerin beruft sich zunächst auf Treu und Glauben (Rz. 5) und argumentiert, dass die Verpflichtung durch den Kontext der laufenden Entwicklung und der diesbezüglichen Haltung der Gemeinde relativiert werden müsse. Das Kantonsgericht hatte die Vertragsstruktur geprüft und festgestellt, dass die Verpflichtung, die bei jedem Nachtrag durch eine öffentliche Urkunde verankert worden war, seit dem ursprünglichen Vertrag von 1959 bestanden hatte. Die Parteien hatten also bisher die öffentliche Form angenommen, was es schwierig macht, eine Änderung der Verpflichtungen durch schlüssige Handlungen anzunehmen.

Die politische Begeisterung für eine ehrgeizige Entwicklung an einem wichtigen touristischen und öffentlichen Ort der Stadt ist vor diesem Hintergrund verständlich. Das Projekt war jedoch

nie über das Stadium eines Architekturwettbewerbs hinausgekommen. Der im Verfahren angehörte Verwalter sprach von den Ungewissheiten, die mit dem Erfolg des Projekts verbunden waren und der Wichtigkeit der Aufrechterhaltung des Betriebs im Hotelrestaurant, namentlich weil ein irreversibler Zustand der Vernachlässigung einer künftigen Renovierung im Wege stehen würde.

Die Promotoren behaupteten, dass die Gemeinde während der Planungsphase, d. h. zwischen 2009 und 2017, nie auf die Einhaltung der Wartungsklausel bestanden hätte und dass die Berufung auf diese Klausel im Jahr 2017 und die anschliessende Kündigung daher als rechtsmissbräuchlich zu betrachten seien.

Das Bundesgericht erkennt bei der Gemeinde keine gegen Treu und Glauben verstossende Haltung und stellt fest, dass in Abständen von zwei bis 14 Monaten mehrere Kontaktaufnahmen stattfanden, um die Absichten der Beschwerdeführerin bezüglich Entwicklung und Betrieb des Hotels in Erfahrung zu bringen, wobei sie daran erinnerte, dass sie die Situation genau beobachte.

b. Verletzung der Unterhaltspflicht

Die Beschwerdeführerin entwickelte anschliessend eine umfangreiche Argumentation, um das Fehlen einer schwerwiegenden Verletzung der Unterhaltspflicht zu belegen und machte eine Verletzung der Beweislast und Willkür bei der Feststellung des Sachverhalts und der Beweiswürdigung geltend.

Das Gericht bestreitet jede Umkehr der Beweislast und erinnert daran, dass sich die Frage der Beweislastverteilung nicht mehr stellt und nur noch Art. 9 BV in Frage kommt, wenn die Beweiswürdigung den Richter davon überzeugt, dass eine Behauptung aufgestellt oder widerlegt wurde (hier der fortgeschrittene Verfall des Gebäudes) (**BGE 141 III 241** E. 3.2 und Verweise ; **137 III 268** E. 3 ; Urteil 5A_182/2022 vom 10. August 2022 E. 6.2). Da das kantonale Gericht im vorliegenden Fall den fehlenden Unterhalt als erwiesen ansah, insbesondere auf der Grundlage der Ortsbesichtigung und der Anhörung der Parteien, die von der Gemeinde als Beweismittel angeboten worden waren, muss auf diese Rüge nicht weiter eingegangen werden.

Die Beschwerdeführerin rügt sodann eine willkürliche Beweiswürdigung, da das kantonale Gericht die Verletzung der Unterhaltspflicht im Jahr 2017 annimmt auf Grundlage einer Inspektion und Parteienbefragung im Jahr 2020. Die II. zivilrechtliche Abteilung wischt dieses Argument beiseite und stellt fest, dass sich das kantonale Gericht auf eine Inspektion, eine Parteienbefragung und die Prüfung von Urkunden und Fotografien beschränken konnte. Sie hält insbesondere fest, dass ein Gutachten nicht notwendig war, um eine Verletzung der Unterhaltspflicht anzunehmen und festzuhalten, dass das Hotel bereits 2017 verwahrlost war.

c. Kündigungsmodalitäten und Inverzugsetzung

Die Hauptfrage des Rechtsstreits betrifft jedoch die Modalitäten der Kündigung des Baurechts. Die Beschwerdeführerin, die Nutzniesserin des Baurechts, ist der Ansicht, dass die Kündigung unwirksam war, da ihr keine formelle Mahnung durch die Gemeinde vorausgegangen sei.

Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass das Schreiben vom 9. März 2017 einer formellen Mahnung entsprach, dass sie es nicht als solche interpretiert habe, dass die nachfolgenden

Schreiben den Verzug nicht aufrechterhalten oder bestätigt hätten und dass, weil es sich um einen synallagmatischen Vertrag gehandelt habe, der Verzug hätte qualifiziert werden müssen und vor der Kündigung die Ansetzung einer Nachfrist erforderlich gewesen wäre.

Das Schreiben der Gemeinde vom 9. März 2017 enthielt zwar eine Interpellation bezüglich der Verletzung der vertraglichen Unterhaltspflicht und wies auf die Konsequenz dieser Verletzung hin, nämlich das Recht, die vorzeitige Rückgabe zu verlangen. Die Gemeinde erkundigte sich auch nach dem Entwicklungsprojekt, indem sie den Beginn der Tourismussaison 2017 als Zieldatum nannte, und erwartete eine diesbezügliche Stellungnahme der Beschwerdeführerin.

Aus dem Urteil geht ausserdem hervor, dass die Gemeinde in einem nachfolgenden Schreiben vom 10. April 2017 jegliche Verantwortung für den Zustand der Zimmer bestritt und ihre Ablehnung darüber äusserte, dass die Räumlichkeiten weiterhin zu Zwecken der Prostitution genutzt werden sollten.

Das Bundesgericht musste hier deshalb die formellen Voraussetzungen für die Ausübung des Rechts auf vorzeitige Rückgabe eines Baurechts bestimmen. Das Gesetz (Art. 779 ff. ZGB) sieht keine Frist vor, innerhalb derer der Bauberechtigte die Verletzung seiner Pflichten zu beheben hat. Ein Teil der Lehre empfiehlt zwar, eine Frist von drei Monaten ab Kenntnis der Rechtsverletzung anzuwenden. Das Bundesgericht hält sich jedoch an die herrschende Meinung der Lehre, d.h. Art. 107 OR analog anzuwenden, da die Folgen der vorzeitigen Rückgabe für den Eigentümer somit dieselben sind wie bei einer Vertragsauflösung.

Das Bundesgericht stellt die beiden Ansichten der Lehre einander gegenüber und hält fest, dass die Autoren, die sich auf die Vorschriften über das Vorkaufsrecht beziehen, ihre Prüfung auf die Situation des Rechtsinhabers zum Zeitpunkt der Ausübung des Rechts beschränken und dabei eine Ungewissheit über die vorherigen Modalitäten der Ausübung bestehen lassen. Die Anwendung der Modalitäten des qualifizierten Verzugs bringe den Vorteil, dass sie die Sicherheit und Vorhersehbarkeit der Rechtsbeziehungen gewährleiste. Sie schreibt eine vorherige Mahnung mit Setzung einer angemessenen Frist vor, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen.

Das Gericht erinnert daran, dass die Setzung einer angemessenen Frist durch eine Mahnung an den Schuldner erfolgt und dass in der Mahnung **auf den Leistungsverzug (bzw. die Nichterfüllung) hingewiesen werden muss mit der Aufforderung, die Verpflichtung innerhalb der gesetzten Frist vollständig zu erfüllen. Die Mahnung muss klar formuliert sein und dem Schuldner zu verstehen geben, dass der Gläubiger die ausstehende Leistung in einer genau definierten Frist erhalten will. Nach Ablauf der Frist muss der Eigentümer eine sofortige Erklärung abgeben, wonach er von seinem Recht auf vorzeitige Rückgabe Gebrauch machen will, damit der säumige Schuldner weiss, dass er nicht mehr erfüllen muss.**

Im vorliegenden Fall kommt das Gericht zum Schluss, dass die Mahnung der Gemeinde diese Anforderungen nicht erfüllt, weil die Mahnung die Beschwerdeführerin nicht dazu auffordert, innerhalb einer bestimmten Frist Arbeiten durchzuführen oder das Hotel-Restaurant wieder zu betreiben.

Wo die Zivilkammer noch festgehalten hatte, dass in Anbetracht der Haltung der Beschwerdeführerin gar keine Fristansetzung erforderlich gewesen war (Art. 108 OR),

überprüfte das Kantonsgericht jedoch nicht, ob in casu tatsächlich die Bedingungen erfüllt waren, um auf eine Interpellation in Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR zu verzichten. Das Bundesgericht weist die Frage entsprechend zur Prüfung an das Kantonsgericht zurück.

III. Kommentar

Das Baurecht endet durch Ablauf der Dauer, für die es bestellt wurde, im Einvernehmen der Parteien, durch einseitigen Verzicht des Bauberechtigten, der die Löschung beantragt, durch ein Urteil, eine Enteignung, eine Zwangsversteigerung oder nach Ablauf der gesetzlichen Dauer von 100 Jahren (Art. 779 ZGB). Die Ausübung des vorzeitigen Heimfalls beendet das Baurecht nicht, sondern bewirkt die Übertragung des Baurechts auf den Eigentümer des belasteten Grundstücks (STEINAUER, *Fin et prolongation du droit de superficie, in : Le droit de superficie*, Neuchâtel, 2016, S. 124). Die dem bisherigen Bauberechtigten vom Grundeigentümer geschuldete angemessene Entschädigung bezieht sich grundsätzlich auf die Bauten, deren Eigentum bei Ablauf des Baurechts auf den Eigentümer übergeht. Die Höhe der Entschädigung richtet sich daher grundsätzlich nach dem Wert dieses Gebäudes bei Fälligkeit des Rechts, was den Berechtigten grundsätzlich dazu veranlassen sollte, das Gebäude gut zu unterhalten, um einen maximalen Wert des Gebäudes zu gewährleisten (STEINAUER, a.a.O., S. 127). Pfandgläubiger haben zudem einen ex lege-Anspruch auf die Entschädigung (Art. 779a Abs. 1 ZGB) und können ihre Interessen durch die Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts wahren.

Das hier besprochene Urteil bringt daher willkommene Klarstellung in einer Materie, die mit dem bevorstehenden Auslaufen zahlreicher langjähriger Baurechtsverträge viele offene Rechtsfragen aufwirft. Eine Mehrheit jener Verträge, die nach Gesetzesänderungen im Baurecht, insbesondere zur Übertragung von Grundstücken (AS 1965 449, BBl 1963 I 993) für eine Dauer von 50 Jahren abgeschlossen worden waren, ist nunmehr ausgelaufen. Die Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Verlängerung oder dem Auslaufen dieser alten Verträge werden in den nächsten Jahren voraussichtlich zunehmen und weitere Klärung durch die Rechtsprechung erfordern.

Die materielle Präzisierung, die das Bundesgericht im kommentierten Urteil in Bezug auf die Modalitäten der Ausübung des Rechts auf vorzeitigen Heimfall vornimmt, ist somit selbstverständlich zu begrüßen. Die Vorhersehbarkeit und die Rechtssicherheit werden durch diese Bestätigung der herrschenden Lehre mit einer pragmatischen Argumentation gewährleistet und bewahrt.

Im vorliegenden Fall ist es jedoch bedauerlich, dass diese Entscheidung den Verfahrensbeteiligten nur wenige konkrete Antworten liefert. Aus der Presse erfahren wir, dass die Gemeinde später ihr eigenes Entwicklungsprojekt einreichte, gegen das die Beschwerdeführerin Einspruch erhob. Die Parteien scheinen also weit von einem Epilog zu ihren Streitigkeiten entfernt zu sein. Es wäre interessant zu wissen, ob im vorliegenden Fall ein möglicher Geldgeber der Beschwerdeführerin aufgrund des desolaten Unterhaltszustands die Finanzierung kündigte und dadurch der Anspruch auf eine angemessene Entschädigung in Frage gestellt wurde.

Im vorliegenden Rechtsstreit fallen ausserdem insbesondere die Höhe der investierten Summen und der frustrierende Ausgang für die Gemeinde ob der Rückweisung an das Kantonsgericht zur Bestimmung der Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR auf. Die Praxis wird

das Urteil aufmerksam verfolgen und erhofft sich Klarheit über die Bedingungen für die Anwendung dieser Bestimmung.

Wir ziehen aus dem Urteil jedoch die folgenden praktischen Lehren :

1. Im Falle eines Exzesses in der Ausübung des Baurechts kann der Heimfall vom Eigentümer so lange ausgeübt werden, als der Exzess andauert, unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs, der durch eine längere Duldung des Exzesses festgehalten werden könnte.
2. Der Eigentümer muss eine Mahnung - Inverzugsetzung - aussprechen, in der er den Bauberechtigten auf seine Vertragsverletzung aufmerksam macht und ihn auffordert, innerhalb einer angemessenen, klar definierten Frist zu erfüllen.
3. Nach Ablauf der Frist muss der Eigentümer unverzüglich erklären, dass er von seinem Recht auf vorzeitigen Heimfall Gebrauch machen will.