

Dr. Fabian Wäger / Dr. Erich Rüegg

## **Die Umgehung der Zweitwohnungsinitiative**

Einige vertragsrechtliche Aspekte

---

Über die Zweitwohnungsinitiative ist bisher fast ausschliesslich aus einer öffentlich-rechtlichen Perspektive diskutiert worden. In diesem Beitrag wird der Fokus auf die Umgehung der Zweitwohnungsinitiative gelegt. Darin gehen wir der Frage nach, ob und inwieweit sich eine Verletzung der auf den 1. Januar 2013 in Kraft tretenden Verordnung über Zweitwohnungen vom 22. August 2012 auf das Kauf- und Mietvertragsrecht auswirkt.

---

Rechtsgebiet(e): Bau- und Raumplanungsrecht. Bodenrecht; Übriges Verfassungsrecht; OR besonderer Teil; Beiträge

Zitiervorschlag: Fabian Wäger / Erich Rüegg, Die Umgehung der Zweitwohnungsinitiative, in: Jusletter 10. Dezember 2012

## Inhaltsübersicht

- I. Das Ziel der Zweitwohnungsinitiative
- II. Die vorläufige Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative
- III. Auswirkungen der Umgehung der Zweitwohnungsinitiative
  - A. Auf Grundstückskaufverträge
  - B. Auf Mietverträge
- IV. Sonderfrage: Gewährleistung des Grundstückverkäufers infolge Sachmangels?
  - A. Das Recht der Gewährleistung im Kaufvertragsrecht
  - B. Die Bedeutung der Anmerkung im Grundbuch
- V. Ergebnis

### I. Das Ziel der Zweitwohnungsinitiative

[Rz 1] Die Zweitwohnungsinitiative ist kurz und bündig, und sie hat wohl auch dank ihrer sprachlichen Einfachheit eine Mehrheit in der Bevölkerung gefunden. Art. 75b Abs. 1 BV beschränkt den Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde auf höchstens 20 Prozent. Als Zweitwohnung gilt gemäss Art. 2 der Verordnung über Zweitwohnungen vom 22. August 2012 eine Wohnung, die nicht dauernd entweder durch Personen mit Wohnsitz<sup>1</sup> in der Gemeinde (Bst. a) oder durch Personen zu Erwerbs- oder Ausbildungszwecken (Bst. b) genutzt werden.

### II. Die vorläufige Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative

[Rz 2] Mit der Annahme der Zweitwohnungsinitiative am 11. März 2012 ist auch Art. 197 Ziff. 9 in die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) aufgenommen worden. Diese Bestimmung schreibt vor, dass Baubewilligungen ab dem 1. Januar 2013 nichtig sind, solange keine Ausführungsbestimmungen der Zweitwohnungsinitiative vorliegen. Nach deren Annahme hat der Bundesrat dem Erlass einer Übergangsverordnung, die die dringendsten Fragen klärt, Priorität eingeräumt. Bereits am 22. August 2008 wurde deshalb die Verordnung über Zweitwohnungen verabschiedet. Diese Verordnung wird auf den 1. Januar 2013 in Kraft treten und gilt mangels Definition des in Art. 75b BV verwendeten Begriffs der Bruttogeschossfläche «in Gemeinden, in denen der Anteil von Zweitwohnungen am gesamten Bestand der Wohnungen mehr als 20 Prozent beträgt» (Art. 1 Abs. 1 der Zweitwohnungsverordnung). Die Zweitwohnungsverordnung gibt somit folgendes Ziel vor: Den Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohnungen in einer Gemeinde auf 20 Prozent zu plafonieren.

<sup>1</sup> Nicht definiert wird in Art. 2 der Zweitwohnungsverordnung der Begriff «Wohnsitz». Hier kommt es wohl auf den zivilrechtlichen Wohnsitz i.S.v. Art. 23 Abs. 1 ZGB an (Erläuternder Bericht des Bundesamts für Raumentwicklung [ARE] zur Zweitwohnungsverordnung, S. 6, Kommentar zu Art. 2 Bst. a.; erhältlich unter: <http://www.are.admin.ch/themen/raumplanung/00236/04094/index.html?lang=de>).

[Rz 3] Um den Zweitwohnungsanteil in Gemeinden auf maximal 20 Prozent zu beschränken, sieht Art. 4 der Zweitwohnungsverordnung unter der Überschrift «Bau neuer Wohnungen» in Gemeinden, deren Zweitwohnungsanteil diesen Grenzwert überschreitet, vor, dass Bewilligungen für den Bau von solchen Wohnungen<sup>2</sup> nur erteilt werden dürfen, wenn diese als Erstwohnungen genutzt (Bst. a.) oder qualifiziert touristisch bewirtschaftet (Bst. b.) werden. Eine solche Bewilligung wird gemäss Art. 6 Abs. 1 der Zweitwohnungsverordnung im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens erteilt. Und Art. 6 Abs. 2 der Zweitwohnungsverordnung verpflichtet die Baubewilligungsbehörde, diese Nutzungspflicht via Anweisung an das Grundbuchamt im Grundbuch anmerken zu lassen.<sup>3</sup> Gemäss der Zweitwohnungsverordnung verfügt also die Baubewilligungsbehörde im Zug der Erteilung einer Bewilligung für den Bau einer Wohnung in einer Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent die Pflicht zu deren Nutzung gemäss Art. 4 der Zweitwohnungsverordnung.

### III. Auswirkungen der Umgehung der Zweitwohnungsinitiative

[Rz 4] In diesem Kapitel gehen wir der Frage nach, ob und was für Konsequenzen eine Verletzung der Zweitwohnungsinitiative, d.h. vorläufig der Zweitwohnungsverordnung, auf die Gültigkeit des Abschlusses von Verträgen in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent hat. Zunächst untersuchen wir die Bedeutung dieser Initiative für den Abschluss von Grundstückskaufverträgen (A.). Danach gehen wir auf den Abschluss von Mietverträgen ein (B.). Zu guter Letzt erörtern wir folgende weitere Frage, die sich bei der Verletzung der Zweitwohnungsinitiative aus Sicht des Vertragsrechts stellt: Ist der Verkäufer eines Grundstücks bei Nichtwissen des Käufers um die Nutzungspflicht gemäss Art. 4 der Zweitwohnungsverordnung gewährleistetungspflichtig (C.)?

#### A. Auf Grundstückskaufverträge

[Rz 5] Ab dem 1. Januar 2013 ist der Bau neuer Wohnungen in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent in der Zweitwohnungsverordnung reguliert. Gemäss Art. 4 dieser Verordnung dürfen ab diesem Zeitpunkt in solchen Gemeinden lediglich Bewilligungen für den Bau

<sup>2</sup> Als Bau einer Wohnung gilt gemäss dem erläuternden Bericht zur Verordnung über Zweitwohnungen vom 17. August 2012 des Bundesamts für Raumentwicklung (zit. in Anm. 1, S. 10, Kommentar zu Art. 4 Bst. a.) «jede bauliche Änderung, die zu einer zusätzlichen Wohnung führt.»

<sup>3</sup> In Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent werden daher ab dem 1. Januar 2013 zu bebauende Grundstücke gestützt auf Art. 6 Abs. 2 der Zweitwohnungsverordnung stets die Anmerkung «Erstwohnung» oder «qualifiziert touristisch bewirtschaftete Wohnung» aufweisen.

neuer Wohnungen erteilt werden, die als Erstwohnungen genutzt (Bst. a.) oder qualifiziert touristisch bewirtschaftet (Bst. b.) werden.

[Rz 6] Diese Bestimmung wirft daher die Frage auf, ob und was für Konsequenzen die Pflicht der Baubewilligungsbehörde, den Bau neuer Wohnungen in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent nur unter den darin erwähnten Auflagen zu bewilligen, auf den Abschluss eines Kaufvertrages über ein Grundstück in einer solchen Gemeinde hat.<sup>4</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung geraten Grundstückkaufverträge, die ab dem 1. Januar 2013 in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent abgeschlossen werden, mit einer einzigen, wohl nur selten anzutreffenden und somit nicht sehr bedeutsamen Ausnahme nicht mit der Zweitwohnungsverordnung in Konflikt. Im Einzelnen:

[Rz 7] Der Wortlaut von Art. 4 der Zweitwohnungsverordnung stellt zwar an die Erteilung einer Bewilligung für den Bau einer Wohnung in einer Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent gewisse zusätzliche Anforderungen. Und Art. 6 der Zweitwohnungsverordnung verpflichtet den Käufer eines Grundstücks in einer solchen Gemeinde im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens via entsprechende Anmerkung im Grundbuch, die Wohnung als «Erstwohnung» oder als «qualifiziert touristisch bewirtschaftete Wohnung» zu nutzen. Da Art. 4 der Zweitwohnungsverordnung allerdings nur die Nutzung eines Grundstücks in einer Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent einschränkt und da ein Grundstückkaufvertrag lediglich die Veräusserung von Eigentum zum Inhalt der typischen Hauptleistungspflicht hat (Art. 184 Abs. 1 OR) können Grundstückkaufverträge mit der Zweitwohnungsverordnung unseres Erachtens nicht in Konflikt geraten. Die Zweitwohnungsverordnung untersagt den Abschluss eines Vertrages über den Kauf eines Grundstücks in einer Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent, selbst wenn dieser letztlich zum Bau einer Zweitwohnung führen sollte, also gerade nicht.

[Rz 8] Die vorstehenden Überlegungen führen zu folgender Schlussfolgerung: Verträge über den Kauf eines Grundstücks in einer Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent unterliegen keinerlei Restriktionen der Zweitwohnungsverordnung (selbst wenn damit der Bau einer verpönten Zweitwohnung einhergehen sollte). So lässt sich namentlich nicht sagen, dass solche Grundstückkaufverträge infolge Verstosses gegen die Zweitwohnungsinitiative widerrechtlich (i.S.v. Art. 19 Abs. 2 OR) und somit nichtig (i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR) sind. Ein Vertrag ist nach Art. 19 Abs. 2 OR nämlich namentlich nur dann widerrechtlich, wenn

die vereinbarte Leistung, der Abschluss eines Vertrages mit der vereinbarten Leistung oder der gemeinsame Vertragszweck eine unabänderliche Vorschrift des öffentlichen Rechts verletzt.<sup>5</sup> Und das tut ein Kaufvertrag, wie aufgrund der andersartigen Beschaffenheit der typischen Hauptleistungspflicht feststeht, gerade nicht.

[Rz 9] Nach dem Gesagten mag die Übereignung eines Grundstücks in einer Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent, selbst wenn diese letztlich zum Bau einer neuen Zweitwohnung führen sollte, aus Sicht der Zweitwohnungsverordnung problematisch sein; vertragsrechtlich ist sie aber, wie vorhin aufgezeigt worden ist, nicht zu beanstanden. Zu einem anderen Schluss gelangt man nur, wenn man ein allfälliges individuelles Motiv des Grundstückkäufers im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, die zu erwerbende Wohnung als Zweitwohnung zu nutzen, zur Begründung der Widerrechtlichkeit (i.S.v. Art. 19 Abs. 2 OR) und somit der Nichtigkeit (i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR) heranzieht. Die heutzutage vorherrschende Lehre verneint mangels Gemeinsamkeit des (widerrechtlichen) Zwecks allerdings die Frage, ob ein solches Motiv die Widerrechtlichkeit des Vertrages begründet.<sup>6</sup> Dieser Auffassung ist beizupflichten. Es darf nicht sein, dass der Verkäufer in einer Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent sein Grundstück «zurücknehmen» muss, nur weil der Käufer im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beabsichtigt hat, sich nicht an die (Nutzungs-)Vorschriften der Zweitwohnungsverordnung zu halten.

[Rz 10] Eine Ausnahme liegt vor, wenn beide Parteien im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages bezwecken, dem Käufer ein Grundstück zu übereignen, das diesem als Zweitwohnung dienen soll. Diesfalls ist der Grundstückkaufvertrag infolge eines gemeinsamen widerrechtlichen Vertragszwecks nichtig. Es ist dem Verkäufer daher zu seiner eigenen Sicherheit zu empfehlen, ab dem 1. Januar 2013 eine Klausel in den Grundstückkaufvertrag aufzunehmen, die besagt, dass der Käufer an die Zweitwohnungsverordnung gebunden ist und dass er die Wohnung daher nur als «Erstwohnung» oder als «qualifiziert touristisch bewirtschaftete Wohnung» nutzt darf.

[Rz 11] In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Grundbuchverwalter nicht befugt ist, das Gesuch um Eintragung des Eigentumsübergangs mangels einer solchen Klausel abzuweisen. Gemäss Art. 965 Abs. 3 ZGB hat er mit Blick auf den Rechtsgrund einer grundbuchlichen Verfügung nämlich lediglich zu prüfen, ob «die für dessen Gültigkeit erforderliche Form» erfüllt ist.<sup>7</sup> Es ist somit nicht Aufgabe des Grundbuchverwalters, den Vertrag in

<sup>4</sup> Der Wortlaut der Überschrift von Art. 4 der Zweitwohnungsverordnung («Bau neuer Wohnungen») könnte fälschlicherweise dazu verleiten, den Werkvertrag (Art. 363–379 OR) als Vertragstyp in den Fokus der Auswirkungen der Zweitwohnungsinitiative auf das Vertragsrecht zu rücken.

<sup>5</sup> Statt vieler: GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 638 ff. m.w.N.

<sup>6</sup> GAUCH/SCHLUEP, zit. in Anm. 5, N 644 (Anm. 54) m.w.N.

<sup>7</sup> SCHMID N 31 zu Art. 965 ZGB, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. Aufl., Basel 2011.

materiell-rechtlicher Hinsicht zu prüfen (BGE 119 II 16 E 2a S. 17). Anders verhält es sich gemäss BGE 107 II 211 E 1 S. 213 nur, wenn unzweifelhaft feststeht, dass die Voraussetzungen des einzutragenden Rechts nicht gegeben sind.<sup>8</sup> Eine solche Konstellation ist in der hier interessierenden Situation schwer vorstellbar. Es wird kaum je so sein, dass der Grundbuchverwalter Kenntnis davon hat, dass die Vertragsparteien gemeinsam bezwecken, dem Käufer das Grundstück zwecks Bau einer Zweitwohnung zu übereignen.

## B. Auf Mietverträge

[Rz 12] Schränkt die Zweitwohnungsinitiative die Möglichkeit zum gültigen Abschluss von Mietverträgen in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent ein? Und wenn ja: Inwieweit? Die Antwort auf diese Fragen liefert Art. 4 Bst. b. der Zweitwohnungsverordnung. Demgemäss darf die Baubewilligungsbehörde einer Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent eine Bewilligung für den Bau einer nicht als Erstwohnung genutzten Wohnung nur dann ausstellen, wenn diese nicht individuell ausgestaltet ist sowie dauerhaft und ausschliesslich zur kurzzeitigen Nutzung durch Gäste zu marktüblichen Bedingungen angeboten wird (sei dies, dass sie in einer strukturierten Beherbergungsform bewirtschaftet wird oder dass der Eigentümer im selben Haus wohnt).

[Rz 13] Art. 4 Bst. b. der Zweitwohnungsverordnung ist für die Möglichkeit zum gültigen Abschluss von Mietverträgen in einer Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent aufgrund dieser Einschränkung der Zweitwohnungsverordnung von grosser Bedeutung. Im Unterschied zu einem Kaufvertrag kann ein Mietvertrag mit dieser Bestimmung infolge der andersartigen Beschaffenheit der typischen Hauptleistungspflicht in Konflikt geraten.<sup>9</sup> Während diese Pflicht im Kaufvertragsrecht in der Veräusserung von Eigentum besteht (Art. 184 Abs. 1 OR), hat das Mietvertragsrecht die Nutzung von Eigentum durch einen Dritten (Art. 253 OR) zum Inhalt.<sup>10</sup> Dieser Umstand ist insofern von entscheidender Bedeutung, als die Zweitwohnungsverordnung nicht die Veräusserung von Eigentum in einer Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent, sondern eine bestimmte Art der Nutzung von (Grund-)Eigentum in einer solchen Gemeinde untersagt.

[Rz 14] Daraus ergibt sich, dass ein Mietvertrag, der einer Person in einer Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent ab dem 1. Januar 2013 eine den

Nutzungsbeschränkungen von Art. 4 der Zweitwohnungsverordnung zuwider laufende Möglichkeit zur Nutzung des Grundstücks gibt, den Einschränkungen der Zweitwohnungsverordnung diametral zuwider läuft. Insofern verstösst ein solcher Mietvertrag gegen die Zweitwohnungsverordnung und letztlich somit auch gegen die Zweitwohnungsinitiative (Art. 75b BV) und ist daher gestützt auf Art. 19 Abs. 2 OR widerrechtlich und infolgedessen gestützt auf Art. 20 Abs. 1 OR nichtig. Der Grund für die Widerrechtlichkeit eines solchen Mietvertrages besteht darin, dass die vereinbarte Leistung, die Gebrauchsüberlassung einer Zweitwohnung in einer Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent, eine Verletzung von (offensichtlich) zwingendem öffentlichem Recht bedeutet.

[Rz 15] Somit stellt sich die Frage, in welchen Fällen Mietverträge, die eine Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent betreffen, die Nutzungsbeschränkungen von Art. 4 der Zweitwohnungsverordnung verletzen. Gemäss dem Wortlaut dieser Bestimmung dürfen Wohnungen, wenn sie schon nicht als «Erstwohnung» genutzt werden (Bst. a.), nicht «individuell ausgestaltet» sein und müssen «ausschliesslich zur kurzzeitigen Nutzung durch Gäste zu marktüblichen Bedingungen» angeboten werden (Bst. b.). Im erläuternden Bericht zur Zweitwohnungsverordnung heisst es daher im Umkehrschluss zu den Nutzungsanforderungen in Art. 4 Bst. b. der Zweitwohnungsverordnung richtigerweise, dass das Ziel der Zweitwohnungsinitiative, die sog. «warmen Betten», nur erreicht wird, «wenn die langfristige (Jahres-) Vermietung ausgeschlossen wird».<sup>11</sup> Ab wann ein Mietvertrag «langfristig» ist, ist selbstredend eine Frage der Gesetzesauslegung. Unseres Erachtens sollte auf die ortsübliche Belegungsdauer in touristisch bewirtschafteten Beherbergungsformen abgestellt werden. Unbefristete oder (zumindest) auf mehrere Monate befristete Mietverträge dürften daher, wenn nicht Erstwohnsitz begründet wird, unzulässig sein.

## IV. Sonderfrage: Gewährleistung des Grundstückverkäufers infolge Sachmangels?

[Rz 16] Der Bau einer Zweitwohnung in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent ist ab dem 1. Januar 2013 nicht mehr zulässig. Was passiert aber, wenn der Käufer eines beispielsweise unbebauten Grundstücks gar nichts von dieser Eigentumsbeschränkung weiss? Wird der Grundstückverkäufer diesfalls gewährleistungspflichtig?

<sup>8</sup> Vgl. SCHMID, zit. in Anm. 7, N 31 zu Art. 965 ZGB.

<sup>9</sup> Zur Typologie im Vertragstypenrecht: SCHMID/STÖCKLI, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010, N 30 ff., insb. N 35 ff.

<sup>10</sup> Der Kaufvertrag ist ein sog. Veräusserungsvertrag, während der Mietvertrag ein sog. Gebrauchsüberlassungsvertrag ist. Siehe auch: SCHMID/STÖCKLI, zit. in Anm. 9, N 36 f. und N 38 f.

<sup>11</sup> Erläuternder Bericht zur Verordnung über Zweitwohnungen vom 17. August 2012, zit. in Anm. 1, S. 12, Kommentar zu Art. 4 Bst. b. Ziff. 1 der Zweitwohnungsverordnung.

## A. Das Recht der Gewährleistung im Kaufvertragsrecht

[Rz 17] Das Kaufvertragsrecht enthält zahlreiche Bestimmungen zur Gewährleistung (Art. 192–210 OR; Art. 219 OR). Diese sind dispositives Recht und gehen damit einer anders lautenden Abrede nach.<sup>12</sup> Ein Sachmangel liegt vor, wenn dem Kaufgegenstand eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder wenn dieser körperliche oder rechtliche Mängel hat, die seinen Wert oder Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern (Art. 197 Abs. 1 OR). Die in der Zweitwohnungsverordnung vorgesehene Pflicht zur Nutzung einer Wohnung als Erst- oder als qualifiziert touristisch bewirtschaftete Wohnung stellt, wenn überhaupt, einen rechtlichen Mangel und somit einen Sachmangel dar.<sup>13</sup>

[Rz 18] Gemäss Art. 200 Abs. 1 OR haftet der Verkäufer nicht für Sachmängel, die der Käufer zur Zeit des Kaufs gekannt hat. Hätte der Käufer «bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit» vom Sachmangel Kenntnis haben müssen, haftet der Verkäufer nur dann, wenn er deren Nichtvorhandensein zugesichert hat (Art. 200 Abs. 2 OR). Wird die Gewährleistung abredeweise wegbedungen, haftet der Verkäufer insbesondere nur für Sachmängel, die er dem Käufer «arglistig verschwiegen» hat (Art. 199 OR). Ein arglistige Verschweigen eines Sachmangels kann nur vorliegen, wenn den Verkäufer eine Aufklärungspflicht trifft. Eine solche Pflicht wird in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angenommen, wenn der Käufer eine erhebliche Tatsache «nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist» (BGE 102 II 81 E 2 S. 84) und wenn diese Tatsache seinen «Entscheid ... über den Vertragsabschluss oder dessen Bedingungen beeinflussen könnte» (BGE 105 II 75 E 2a S. 80).<sup>14</sup>

[Rz 19] Im Fall einer Sachgewährleistungspflicht steht dem Käufer gestützt auf Art. 205 Abs. 1 OR (i.V.m. Art. 221 OR) – sofern die Umstände es rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen (Art. 205 Abs. 2 OR) – das Recht auf Wandelung oder das Recht auf Minderung zu. Das heisst: Dieser kann vom Grundstückkaufvertrag zurücktreten und das bereits Geleistete zurückverlangen (Wandelung) oder vom Grundstückverkäufer eine Reduktion des Kaufpreises dem Minderwert des Grundstücks entsprechend verlangen (Minderung).

<sup>12</sup> HONSELL, N 4 zu Vor. zu Art.197–210 OR, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011.

<sup>13</sup> In der Literatur (GIGER, N 64 zu Art. 197 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband, Kauf und Tausch – Die Schenkung, 1. Abschnitt, Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf, Bern 1979) wird eine «öffentlichrechtliche Beschränkung der Benützungsmöglichkeit» als rechtlicher Mangel qualifiziert.

<sup>14</sup> Zur Aufklärungspflicht bei Vertragsverhandlungen: GAUCH/SCHLUEP, zit. in Anm. 5, N 957 ff. Zur arglistigen Verschweigung beim Grundstückkauf: RÜEGG, Zusicherung und Freizeichnung, S. 175 ff., S. 191 ff., in: Schmid [Hrsg.], Der Grundstückkauf, Zürich/Basel/Genf 2010.

## B. Die Bedeutung der Anmerkung im Grundbuch

[Rz 20] Bei der Erteilung der Bewilligung zum Bau einer neuen Wohnung in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent hat die Baubewilligungsbehörde gemäss Art. 6 Abs. 2 der Zweitwohnungsverordnung das Grundbuchamt ab dem 1. Januar 2013 anzuweisen, auf dem Grundbuchblatt des entsprechenden Grundstücks die Anmerkung «Erstwohnung» oder «qualifiziert touristisch bewirtschaftete Wohnung» anzubringen.

[Rz 21] Diese Anmerkung ist, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, mit Blick auf die Frage, ob der Käufer eines (beispielsweise: unbebauten) Grundstücks in einer Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent verpflichtet ist, zu wissen, dass auf dem von ihm zu erwerbenden Grundstück der Bau einer neuen Zweitwohnung verboten ist, von grosser Bedeutung. Unseres Erachtens besteht keine Gewährleistungspflicht seitens des Verkäufers. Der Käufer eines solchen Grundstücks muss sich namentlich eine allfällige Unkenntnis einer solchen Anmerkung im Grundbuch entgegenhalten lassen. Doch bevor wir auf die Frage der Gewährleistungspflicht des Verkäufers eingehen, möchten wir noch einige grundsätzliche Ausführungen zur Anmerkung anbringen:

[Rz 22] Eine Anmerkung ist eine Eintragung in das Grundbuch im weiteren Sinn. Sie hat Informationscharakter (Urteil des Bundesgerichts 1C\_151/2010 com 21. Juni 2010 E 2.3) und weist gemäss BGE 124 III 211 E 1a S. 213 im Grundbuch darauf hin, dass ein Rechtsverhältnis besteht, das einen Bezug zum Grundstück hat, das aber nicht vom Grundbucheintrag abhängt. Eine Anmerkung hat gemäss Urteil des Bundesgerichts 1C\_150/2011 vom 4. April 2011 E 2.3 somit keine konstitutive Wirkung und nimmt auch nicht an der Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (Art. 973 ZGB) teil. Die Pflicht zur Nutzung der Wohnung als Erst- oder als qualifiziert touristisch bewirtschaftete Wohnung entsteht daher nicht mit der Anmerkung dieser Eigentumsbeschränkung im Grundbuch. Diese Beschränkung besteht vielmehr ab demjenigen Zeitpunkt, in dem die entsprechende Verfügung der Baubewilligungsbehörde in Rechtskraft erwächst.<sup>15</sup>

[Rz 23] Die Bedeutung der Anmerkung der Pflicht zur Nutzung der Wohnung als «Erstwohnung» oder als «qualifiziert touristisch bewirtschaftete Wohnung» für die Frage der Gewährleistungspflicht des Verkäufers liegt darin, dass der Käufer eines Grundstücks in einer Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20% aufgrund der Aufnahme des Grundstücksbetriebs in die Vertragsurkunde

<sup>15</sup> Art. 680 Abs. 1 ZGB hält denn auch fest, dass gesetzliche Eigentumsbeschränkungen – eine auf Art. 4 der Zweitwohnungsverordnung beruhende Pflicht zur Nutzung der Wohnung als Erst- oder als qualifiziert touristisch bewirtschaftete Wohnung ist eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung – «ohne Eintrag im Grundbuch» bestehen.

davon weiss oder zumindest wissen muss. In Verbindung mit Art. 200 OR bedeutet dies, dass der Verkäufer nicht gewährleistetungspflichtig wird. Und von einem arglistigen Verschweigen eines Sachmangels (Art. 199 OR) kann angesichts des Umstandes, dass eine Aufklärungspflicht nur besteht, wenn der Käufer eine erhebliche Tatsache «nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist», nicht die Rede sein.

## V. Ergebnis

[Rz 24] Die Zweitwohnungsverordnung gebietet mit Blick auf den Bau einer Wohnung in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent alleine deren Nutzung als Erst- oder als qualifiziert touristisch bewirtschaftete Wohnung. Die Veräusserung eines Grundstücks in einer solchen Gemeinde wird daher nicht untersagt, selbst wenn dies letztlich zum Bau einer Zweitwohnung führt. Insofern sind Grundstückskaufverträge, die zum Bau einer gemäss Zweitwohnungsverordnung nicht bewilligungsfähigen Zweitwohnung führen, auch nach dem 1. Januar 2013 durchaus gültig. Die Durchsetzung der von der Zweitwohnungsverordnung vorgeschriebenen Nutzungsbeschränkung in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent ist auf dem verwaltungsrechtlichen Weg durchzusetzen. Eine Ausnahme liegt nur vor, wenn beide Parteien bezwecken, dem Käufer das Grundstück zwecks Errichtung einer Zweitwohnung zu übereignen. Diesfalls ist der Zweck des Grundstückskaufvertrages widerrechtlich (i.S.v. Art. 19 Abs. 2 OR) und dieser somit nichtig (i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR).

[Rz 25] Anders verhält es sich für Mietverträge. Art. 4 der Zweitwohnungsverordnung schreibt dem Eigentümer einer ab dem 1. Januar 2013 erstellten Wohnung in einer Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent vor, diese als Erstwohnung zu nutzen (Bst. a.) oder qualifiziert touristisch zu bewirtschaften (Bst. b.). Als solche Bewirtschaftung gilt das Angebot an Dritte, die Wohnung «kurzzeitig» und «zu marktüblichen Bedingungen» zu nutzen. Da die Zweitwohnungsverordnung somit die Nutzung eines Grundstücks in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent einschränkt und da die typische Hauptleistungspflicht im Mietvertragsrecht in der Einräumung der Nutzungsmöglichkeit an einen Dritten besteht, können Mietverträge mit dieser Verordnung, die zwingendes öffentliches Recht darstellt, in Konflikt geraten. Grundstückseigentümer in einer solchen Gemeinde sind daher gehalten, die Nutzungsbeschränkungen der Zweitwohnungsverordnung einzuhalten, und sind daher namentlich nicht frei, mit Dritten «langfristige» Mietverträge abzuschliessen (sofern diese dort nicht ihren Erstwohnsitz begründen). Andernfalls liegt eine Verletzung von Art. 4 Bst. b. der Zweitwohnungsverordnung vor, was die Mietverträge widerrechtlich (i.S.v. Art. 19 Abs. 2 OR) und somit nichtig (i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR) macht.

[Rz 26] Beabsichtigt der Käufer eines Grundstücks in einer Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20

Prozent, die Wohnung in Verletzung der Zweitwohnungsverordnung als Zweitwohnung zu nutzen, stehen ihm – insbesondere bei Nichtwissen um die Pflicht zu deren Nutzung als Erst- oder als qualifiziert touristisch bewirtschaftete Wohnung – die Mängelrechte des Kaufvertragsrechts übrigens nicht zur Verfügung. Dies hängt damit zusammen, dass dem Käufer die (in der Zweitwohnungsverordnung vorgeschriebene) Anmerkung der Nutzungsbeschränkung im Grundbuch aufgrund der Übernahme des Grundstücksbeschriebs in die Vertragsurkunde bekannt ist oder zumindest sein müsste.

---

Fabian Wäger und Erich Rüegg sind Rechtsanwälte bei Baur Hürliemann, Rechtsanwälte und Notare, Baden/Zürich.

---

\* \* \*