

Iic. iur. Claudia Schneider Heusi, LL.M.
Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht

Dr. iur. HSG Suzana Mark Ndue, LL.M.
MLaw Anna Katharina Burri

Aktennotiz

An: Stadt Zug, Marco Bendotti
Von: Claudia Schneider Heusi
Datum: 20. Januar 2022
Betreff: **Eisstadion «Bossard Arena»**

I. Ausgangslage

Die Stadt Zug ist Eigentümerin des Eisstadions «Bossard Arena» in Zug, welche im Jahre 2008 gebaut und im Jahr 2010 in Betrieb genommen wurde. Zur Realisation einer Stadion-Erweiterung beabsichtigt die Stadt Zug nun, der Eishockey Verein Zug Holding (nachfolgend EVZ) eine Baurechtsparzelle von ca. 18'000 m², einschliesslich Curling- und Trainingshalle für die entsprechenden Flächen durch ein Baurecht an den EVZ abzugeben. Die Bau- und Planungskommission hat die Stadt Zug deshalb gebeten, etwaige Risiken, die sich durch die Abgabe eines Baurechts ergeben, extern klären zu lassen. Im Vordergrund stehen dabei Risiken, die sich vor allem im Zusammenhang mit einem Konkurs des Baurechtinhabers ergeben können.

Der Baurechtsvertrag ist noch nicht ausformuliert und wird von der Baurechtsgeberin unter Berücksichtigung der nachfolgenden Empfehlungen ausgestaltet.

II. Risiken im Zusammenhang mit einem Konkurs des Baurechtinhabers

1. Sicherung des Baurechtszinsanspruchs

Im Konkurs des Baurechtinhabers stellt sich zunächst die Frage, inwiefern der vonseiten des Baurechtinhabers geschuldete Baurechtszins gesichert werden kann. Der Baurechtszinsanspruch des Baurechtsgebers kann grundsätzlich durch ein Grundpfandrecht im 1. Rang gesichert werden.¹ Dies kann entweder durch das gesetzliche Pfandrecht gemäss Art. 779i ZGB oder durch ein vertragliches Grundpfandrecht geschehen. Empfehlenswert ist es, ein vertragliches Grundpfandrecht zu vereinbaren und dieses im Grundbuch vormerken zu lassen.

¹ Art. 779i ZGB.

Sehr wichtig und in jedem Fall zu beachten ist, dass der Baurechtsgeber sein Pfandrecht für den Baurechtszins im ersten Rang bzw. vor den vertraglichen Grundpfandrechten der Hypothekargläubiger errichtet, weil er sonst Gefahr läuft, einen Pfandausfall zu erleiden.²

Ferner ist zu beachten, dass die Belastung des Baurechts zur Sicherung des Baurechtszinses nur dann möglich ist, wenn es sich dabei um ein selbstständiges und dauerndes Baurecht handelt.³ Als selbstständig betrachtet wird das Recht, wenn es ohne Zustimmung des Grundeigentümers frei übertragen werden kann und auf eine Dauer von mehr als 30 Jahren vereinbart worden ist.⁴ Angedacht ist im vorliegenden Fall eine Laufzeit von 35 Jahren (mit Verlängerungsoption auf 10 Jahren), sodass das Kriterium dauernd erfüllt wäre. Als frei übertragbar ist ein Baurecht überdies dann anzusehen, wenn lediglich Einschränkungen vereinbart werden, die einen objektiv wichtigen Grund darstellen.⁵ Als objektiv wichtiger Grund ist auch ein Genehmigungsvorbehalt zur Kreditwürdigkeit eines neuen Erwerbers möglich.⁶ Es ist daher sinnvoll, einen solchen Genehmigungsvorbehalt im Baurechtsvertrag aufzunehmen.

2. Vorzeitiger Heimfall

Im Bezug auf die Geltendmachung des vorzeitigen Heimfalls ist zu erwähnen, dass das Baurecht in diesem Fall mit allen Rechten und Lasten auf den Baurechtsgeber übertragen wird und der Baurechtsgeber dafür eine Entschädigung leisten muss (sog. Heimfallentschädigung).⁷ Hinsichtlich der Höhe der Heimfallentschädigung kann eine Vereinbarung in den Vertrag aufgenommen werden. Sollte es zum Streitfall kommen, entscheidet über die Höhe aber letztendlich der Richter.⁸ Dieser ist auch nicht an die vertragliche Vereinbarung gebunden.⁹ Der Richter richtet sich bei der Berechnung der Heimfallentschädigung grundsätzlich nach dem Verkehrswert der Baute. Allerdings wird er auch die Belastungen des Baurechtsgrundstücks berücksichtigen (z.B. Baurechtszinsschulden und Grundpfandrechtsschulden). Hinsichtlich der ausstehenden Baurechtszinsen wird dies keine Berechnungsschwierigkeiten bereiten, weil die Baurechtszinsverpflichtung zum Zeitpunkt der Rückübertragung aufhört. Anders sieht dies beim Abzug der Pfandhaft des Grundstückes für die

² Kreutz/Mutti, Baurechte im Zwangsverwertungsverfahren, S. 89.

³ Art. 779 Abs. 3 ZGB.

⁴ Art. 943 ZGV; Art. 22 Grundbuchverordnung.

⁵ Isler/Gross, BSK ZGB II, Art. 779 ZGB, Rn.28f

⁶ Isler/Gross, BSK ZGB II, Art. 779 ZGB, Rn.28f.

⁷ Art. 779f ZGB.

⁸ Isler/Gross, BSK ZGB II, Art. 779f ZGB, Rn.9.

⁹ Isler/Gross, BSK ZGB II, Art. 779f ZGB, Rn.9.

Hypothekargläubiger aus. Hier trägt der Baurechtsgeber nach der Übertragung das Risiko noch mit dem Baurechtsgrundstück zu haften.¹⁰ Dieses Risiko kann aber dadurch beseitigt werden, dass der Baurechtsgeber vor Geltendmachung des vorzeitigen Heimfalls mit dem Baurechtsinhaber die Ablösung der mit dem Baurechtsgrundstück sichergestellten Hypothekargläubiger vereinbart, sodass dieser Betrag bei der Berechnung der Heimfallentschädigung in Abzug gebracht werden kann.¹¹ Es wäre daher auch zu empfehlen, ein solches Ablösungsrecht in den Bauvertrag aufzunehmen.

Sollte es zum Konkurs des Baurechtsinhabers kommen, würde das Baurecht als Drittpfand in die Konkursmasse übergehen. Nach Befriedigung der Hypothekargläubiger könnte der Baurechtsgeber sodann den Betrag geltend machen, der ihm noch gegen den ehemaligen Baurechtsinhaber zusteht.¹² Ist der Baurechtszinsanspruch aber – wie bereits vorgeschlagen – mit einem Pfandrecht im 1. Rang gesichert, wird der Baurechtsgeber vorrangig befriedigt.

3. Vorkaufsrecht

Des Weiteren ist zu beachten, dass ein Vorkaufsrecht des Baurechtsgebers im Baurechtsvertrag festgehalten wird, weil dieses auch im Konkurs des Baurechtsinhabers nicht untergeht.¹³ Diesbezüglich besteht die Möglichkeit, ein gesetzliches Vorkaufsrecht gemäss Art. 682 Abs. 2 ZGB oder ein vertragliches Vorkaufsrecht gem. Art. 216 ff. OR zu vereinbaren. Das gesetzliche Vorkaufsrecht kann gemäss Art. 681b ZGB auch geändert werden, sodass den individuellen Bedürfnissen der Vertragsparteien Rechnung getragen werden kann. Sollten sich die Vertragsparteien für ein vertragliches Vorkaufsrecht entscheiden, wäre in Erwägung zu ziehen, dieses im Grundbuch vormerken zu lassen und damit eine Wirkung gegenüber Dritten zu erzielen (sog. realobligatorische Wirkung).

4. Amortisation und Genehmigungsvorbehalt

Darüber hinaus ist es wichtig, dass der Baurechtsvertrag eine Verpflichtung des Baurechtsinhabers vorsieht, die hypothekarische Belastung der Baurechtsparzelle durch regelmässige Amortisationszahlungen auf einem Stand zu halten, der nicht höher als die zu

¹⁰ Isler/Gross, BSK ZGB II, Art. 779g ZGB, Rn.4.

¹¹ Stadlin/Brönnimann, Die übermässige hypothekarische Belastung der Baurechtsparzelle, in: Jusletter 3. Dezember 2012, Rz 21.

¹² BGE 110 III 112.

¹³ Mutti, Gesetzliche und vertragliche Vorkaufsrechte in der Zwangsverwertung, in: Insolvenzen- und Wirtschaftsrecht 1/1998, S.30.

erwartende Heimfallentschädigung ist.¹⁴ Bei Nichteinhaltung könnte der Baurechtsgeber sodann auf Vertragserfüllung klagen und den Baurechtsinhaber zur Amortisationsleistung des vertraglich vereinbarten Masses verpflichten.¹⁵ Schliesslich ist es ratsam, dass der Baurechtsgeber Verfügungen über das Baurecht wie die Errichtung oder Erhöhung eines Pfandrechtes unter einem Genehmigungsvorbehalt stellt, um so eine übermässige Belastung des Baurechts von Beginn an verhindern zu können. Auch hier ist es vorteilhaft, den Genehmigungsvorbehalt vorzumerken.

III. Fazit

Etwaige Risiken, die sich bei der Vergabe des Baurechts für den Baurechtsgeber ergeben, können vorliegend durch die vorgeschlagene Vertragsausgestaltung minimiert werden. Zum einen ist es dem Baurechtsinhaber hiernach insbesondere nicht möglich, das Baurecht über den Betrag der geschuldeten Heimfallentschädigung (abzüglich Grundpfandsicherung) zu belasten. Zum anderen können im Falle eines Konkurses des Baurechtsinhabers keine weitergehenden Forderungen an den Baurechtsgeber gestellt werden.

¹⁴ Stadlin/Brönnimann, Die übermässige hypothekarische Belastung der Baurechtsparzelle, in: Jusletter 3. Dezember 2012, Rz. 11.

¹⁵ Stadlin/Brönnimann, Die übermässige hypothekarische Belastung der Baurechtsparzelle, in: Jusletter 3. Dezember 2012, Rz. 12.