



TRACHSEL  
RECHTSANWÄLTE

# Weiterbildungstag 2020 der Kammer der Fachanwälte SAV Bau- und Immobilienrecht

## ENTWICKLUNGEN IM PRIVATEN BAURECHT

**Dr. iur. Heribert Trachsel, M.B.L.-HSG**  
Rechtsanwalt und Urkundsperson  
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht  
Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen (HSG)

## 4A\_412/2019

### URTEIL DES BUNDESGERICHTS VOM 27. APRIL 2020

#### 1. Sachverhalt

- Die Klägerin und Beschwerdeführerin (Bf.) hatte die Beklagte und Beschwerdegegnerin (Bg.) auf der Grundlage von insgesamt 9 Generalplaner- und Architektenverträge im Zusammenhang mit der Erstellung von 7 Filialen der Bf. mit der Planung und Bauleitung betraut.
- Nach Fertigstellung der 7 Filialen zeigten sich gemäss Bf. in sämtlichen Filialen feuchte Stellen und Risse, die auf verschiedene Baumängel als Folge von Planungs- und Bauleitungsfehlern der Bg. zurückzuführen waren.
- In ihrer Klage machte Bf. vor HG Zürich v.a. Schadenersatz geltend, im Weiteren eine Honorarminderung wegen fehlerhafter Bauleitung (insgesamt über CHF 730'000.00).
- HG wies Klage zufolge ungenügender Substanziierung ab.

## 4A\_412/2019 (II)

### 2. Erwägungen des Bundesgerichtes

#### 2.1. Behauptungs- und Substanziierungslast im Allgemeinen (E. 4.1.)

- BGer wiederholt die bekannten «Bausteine» zur Behauptungs- und Substanziierungslast in Verfahren, in denen Verhandlungsgrundsatz gilt.
- Aber: Bei der Festlegung der Substanziierungsanforderungen ist zwingend die dienende Funktion des Zivilprozessrechts zu beachten. Nur wenn die entscheiderelevanten Behauptungen hinreichend präzise vorgebracht werden, kann die Gegenpartei dazu Stellung nehmen und das Gericht die strittigen Tatsachen feststellen, die für die Anwendung der einschlägigen Rechtssätze relevant sind. Es dürfen aber keine Anforderungen an die Substanziierung gestellt werden, die zur Erreichung dieses Zweckes nicht erforderlich sind. Die Substanziierungsanforderungen dürfen namentlich nicht zu einer übermässigen Einschränkung der Durchsetzung eines materiellen Anspruchs führen (BGE 144 III 278 E. 7.2.1).

## 4A\_412/2019 (III)

- Als Beweismittel sind gemäss Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO insbes. Gutachten zulässig. Verfügt das Gericht allerdings selbst über genügende Sachkunde, so kann es auf die Einholung eines Gutachtens verzichten, hat aber eigenes Fachwissen gemäss Art. 183 Abs. 3 ZPO frühzeitig offenzulegen, damit Parteien dazu Stellung nehmen können und nicht schlechter gestellt sind, als wenn das Gericht ein Sachverständigengutachten eingeholt hätte (Urteil 4A\_87/2018 vom 27.06.2018 E. 4.1).

## 4A\_412/2019 (IV)

### 2.2. Behauptungs- und Substanziierungslast hinsichtlich der Haftungsvoraussetzung des Kausalzusammenhanges (E. 7.2.1., 7.4.2. und 7.4.2.1.)

- BGer pflichtete VI darin bei, dass sich den Rechtschriften der Bf. weder eine ausführliche Erklärung der Kausalität für die zwischen den geltend gemachten Mängeln und den angeblich aufgetretenen Feuchtigkeitsschäden aus naturwissenschaftlicher Sicht entnehmen lasse, noch eine klare Zuordnung der verschiedenen Schadensposten zu den einzelnen Mängeln. Gemäss BGer könne dies realistischerweise jedoch von der Bf. gar nicht verlangt werden. Die VI verkenne, dass Bf. in einem Bauprozess nicht notwendigerweise über das nötige Fachwissen verfüge, um Auswirkungen der einzelnen Mängel auf die Baute in technischer Hinsicht zu eruieren.

## 4A\_412/2019 (V)

- Das Beweisverfahren diene zwar nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, sondern setze solche vielmehr voraus. Dennoch könne von Bf. vernünftigerweise nicht verlangt werden, dass sie vor der Durchführung eines Beweisverfahrens die entscheiderelevanten technischen Aspekte bis ins letzte Detail darlege, würde dies doch die gerichtliche Durchsetzung der Ansprüche faktisch verunmöglichen.

## 4A\_412/2019 (VI)

- Indem Bf. mit Hinweis auf zwei Privatgutachten und unter Angabe von verschiedenen Beweisofferten ausführte, dass verschiedene Bauelemente, die dem Schutz vor Feuchtigkeit dienen, entgegen den Regeln der Baukunde nicht vorhanden oder mangelhaft seien, was Feuchtigkeitsschäden verursacht habe, kam sie ihrer Behauptungs- und Substanziierungslast hinsichtlich der Voraussetzung des Kausalzusammenhanges nach.

## 4A\_412/2019 (VII)

### 2.3. Behauptungs- und Substanziierungslast hinsichtlich der Haftungsvoraussetzung des Schadens (E. 7.4.2.2.)

- Auch hinsichtlich der Haftungsvoraussetzung des Schadens hat die VI gemäss BGer überhöhte Substanziierungsanforderungen gestellt. Entgegen der Einschätzung der Vorinstanz sei in der Klage dargelegt worden, welche Kosten für welche Arbeiten angefallen seien. Die darüber hinausgehende Anforderung der VI, die verschiedenen Schadenposten sollten den verschiedenen Mängeln zugeordnet werden, erweist sich für das BGer als nicht praktikabel.



## 4A\_412/2019 (VIII)

- Kommt es bei Bauten zu Feuchtigkeitsschäden, muss der Bauherr zu deren Behebung – wenn keine Nachbesserung erfolgt – Sanierungsarbeiten von Handwerkern durchführen lassen. Die von diesen eingeholten Offerten bzw. Rechnungen erfassen regelmässig die wesentlichen erforderlichen Arbeitsschritte. Eine Aufteilung der Kosten auf die einzelnen «Mängel» im juristischen Sinne ist gemäss BGer hingegen praxisfremd, denn die Offerten bzw. Rechnungen enthalten keine Angaben über den Anteil der angeblichen Mängel – etwa der fehlenden Sockelabdichtung oder der unzureichenden Putze – an den Sanierungskosten.

## 4A\_412/2019 (IX)

- Nicht zumutbar ist es im Falle von multikausalen Schadenverläufen, vom Kläger zu verlangen, dass er sich mit sämtlichen entsprechenden hypothetischen Konstellationen in Antizipation der gerichtlichen Beurteilung auseinandersetzt. Gerade durch die Abnahme der von der Bf. beantragten Beweismittel, etwa die Anordnung einer Expertise, hätten die technischen Hintergründe der dargelegten Mängel und deren Auswirkungen auf die Filialen sowohl naturwissenschaftlich als auch kostenmässig abgeklärt werden können (gleichzeitig hätten auch die Offerten bzw. Rechnungen der Unternehmer auf sachfremde Kosten abgeklärt werden können).

## 4A\_412/2019 (X)

### 2.4. Honorarminderung (E. 8.3.1. und 8.3.2.)

- Wird Auftrag nicht sorgfältig ausgeführt, kann dies zu einer Herabsetzung der Vergütung als vertragliche Gegenleistung im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR führen. Ist Ergebnis des unsorgfältigen Beauftragten vollständig unbrauchbar, schuldet der Auftraggeber gar keine Vergütung (BGE 124 III 423 E. 4a S. 427).

## 4A\_412/2019 (XI)

- Kumulativ zur Reduktion des Honorars kann Schadenersatzforderung hinzutreten. Eine Verrechnung von Schadenersatzforderung und Honorarforderung ist zulässig. Allerdings darf die Kumulation von Schadenersatz und Kürzung des Honoraranspruchs nicht zu einer Bereicherung des Auftraggebers führen. Wird Auftraggeber durch Leistung von Schadenersatz des Beauftragten so gestellt, wie wenn Auftrag ordnungsgemäss erfüllt worden wäre, hat Beauftragter Anspruch auf Anrechnung der vollen Vergütung.

## 4A\_412/2019 (XII)

- Auftraggeber darf sich nicht damit begnügen, eine Prozentzahl zu nennen, um welche das Honorar des Beauftragten seines Erachtens zu kürzen ist, ohne eine entsprechende Begründung zu liefern. In casu hatte Bf. in ihrer Klage die Höhe des von ihr beantragten Abzuges mit einem einzigen Satz begründet: «Im Hinblick auf die aber doch äusserst wesentlichen Mängel bei der Bauleitung (und auch im Rahmen der Planung) durch die Beklagte ist eine Minderung des Bauleitungshonorars um 50% gerechtfertigt».
- Keine Herleitung dieser Zahl, keine Ausführungen dazu, welche Bauleistungen nicht gehörig erbracht worden waren und auch keine Beweisofferte zur pauschalen Kürzung des Honorars, das führte zum Schutz der Erwägungen der VI, wonach Grundlagen für begründete Kürzung des Honorars fehlen.

## 4A\_280/2019

URTEIL DES BUNDESGERICHTS VOM 14. OKTOBER 2019 (BR/DC, 3/2020, NR. 148)

### 1. Sachverhalt

- Klägerin und Bf. klagte beim HG Zürich 2 Gesellschafter einer Baugesellschaft (Beklagte und Bg.) auf Zahlung des restlichen Werklohnes für Baumeisterarbeiten von CHF 2'575'692.00 ein.
- Bf. machte geltend, es sei ein aufwandabhängiges Honorar in Form einer offenen Kostenabrechnung vereinbart worden. Werklohn berechne sich aufgrund der effektiv entstandenen Kosten zzgl. eines Zugschlages, wobei 4 Kategorien (Gehälter, Material, Fremdleistungen, Inventarzuschlag) unterschieden worden seien.

## 4A\_280/2019 (II)

- HG wies Klage ab. Bf. sei ihrer Obliegenheit nicht nachgekommen, die einzelnen Positionen ihres Honoraranspruchs zumindest in den Grundzügen in ihren Rechtsschriften festzuhalten. Stattdessen habe sie hunderte von Seiten Beilagen eingereicht, die nicht näher bestimmbare Übersichten, Drittrechnungen, Rapporte und dergl. enthielten, ohne auch nur ansatzweise in der Klageschrift darzulegen, wie sich ihr Honorar gestützt auf Beilagen berechne.

## 4A\_280/2019 (III)

- Vor BGer machte Bf. geltend, der vereinbarte Vergütungsmechanismus der offenen Abrechnung habe zu einer vertraglichen Pflicht der Bg. geführt, ihre Schlussabrechnung zu beanstanden, ansonsten diese als genehmigt gelte. Also habe sie ihren Anspruch lediglich so aufschlüsseln müssen, dass den Bg. Überprüfung anhand der zur Einsicht freigegebenen Belege möglich war. Kontrolle habe sich einfach gestaltet. Bei den Löhnen hätten nur die Mannstunden gemäss den Rapporten in den 5 Bundesordnern addiert werden müssen, beim Material und den Fremdleistungen wären ebenfalls lediglich die Beträge auf den 5 Bundesordner umfassenden Kostenbelegen zu addieren gewesen.



## 4A\_280/2019 (IV)

### 2. Erwägungen des Bundesgerichtes

- Gemäss BGer ist Bf. unabhängig vom vereinbarten Abrechnungsmodus für die eingeklagte Forderung und ihre Grundlagen beweisbelastet. Auch bei einer sog. «offenen» Abrechnung musste sie insbes. die Höhe der für das Werk aufgewendeten Kosten behaupten und beweisen sowie aufzeigen, dass diese Kosten für das vertragskonforme Werk erforderlich waren. Auch wenn also davon ausgegangen werden müsste, dass die Parteien den Modus der «offenen Abrechnung» vereinbart haben, musste Bf. im Rahmen der Substanziierung und Bezifferung des von ihr eingeklagten Anspruches diese Kosten darlegen (E. 3.2.).

## 4A\_280/2019 (V)

- Ein Verweis auf Beilagen zur Ergänzung der Sachbehauptung ist nur ganz ausnahmsweise zulässig und setzt namentlich voraus, dass Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen in Rechtsschrift selbst behauptet werden (Urteil 4A\_398/2018 vom 25.02.2019 E. 10.4.1.) (E. 4.1.).
- Zur Begründung einer Werklohnforderung von mehreren Millionen Franken genügt pauschale Behauptung nicht, es seien während rund 14 Monaten mehrere tausend Arbeitsstunden geleistet worden sowie Material- und Fremdleistungen angefallen. Pauschale Verweis auf Unterlagen in mehreren Bundesordnern, in denen tägliche Rapporte sowie Kreditoren enthalten seien, vermag Behauptungen zu den tatsächlich erbrachten Leistungen nicht zu ersetzen. Den Anforderungen an einen Verweis genügt es nicht, wenn Informationen aus der Beilage bloss erschlossen oder errechnet werden können (E 4.2.).

## 4A\_454/2019

### URTEIL DES BUNDESGERICHTS VOM 31. JANUAR 2020

#### 1. Sachverhalt

- Klägerin (Bestellerin und Bf.) übertrug mit Totalunternehmer-Werkvertrag vom 16.06.2006 (TU-Vertrag) Bg. die Planung, Errichtung und teilweise Erstvermietung eines Gewerbe- und Fachmarktzentrums.
- Nach Abnahme des Werkes 2008, und nachdem die Einwohnergemeinde ursprünglich allen Erstmietern bewilligt hatte, das Gewerbe- und Fachmarktzentrum als Verkaufsfläche zu nutzen, erwies sich eine solche Nutzung des Erdgeschosses nach diversen Gerichtsverfahren als mit dem kommunalen Baureglement unvereinbar.

## 4A\_454/2019 (II)

- 2014 machte Bestellerin (Bf.) vor dem HG Forderungen von knapp CHF 7 Mio. geltend. Das HG wies Klage 2019 ab.
- Vor BGer behauptete Bf. einen Minderwert des Gewerbe- und Fachmarktzentrums mangels Bewilligung für die Nutzung sämtlicher Flächen durch Verkaufsgeschäfte. Die Bg. habe ihr die erwartete Nutzung des gesamten Bauobjekts als Verkaufsfläche für Fachgeschäfte zugesichert, weshalb sie für den rechtlichen Mangel der fehlenden Bewilligungsmöglichkeit hafte.

## 4A\_454/2019 (III)

### 2. Erwägungen des Bundesgerichtes

- Gemäss BGer ging VI, welche die Zusicherung von Bg. auszulegen hatte, bei der Vertragsauslegung methodisch richtig vor (E. 3.1.):
  - In erster Linie ist übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien festzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR).
  - Für tatsächliches Verständnis der Erklärung ist nicht allein der Wortlaut massgebend, sondern die gesamten Umstände, unter denen sie abgegeben wurde.
  - Erst als sich kein übereinstimmender wirklicher Parteiwille ergab, legte VI die Erklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip aus.

## 4A\_454/2019 (IV)

- Der Schluss der VI, wonach die Bezeichnung des Projekts im TU-Vertrag als Gewerbe- und Fachmarktzentrum objektiv betrachtet keine ausschliessliche Fachmarktnutzung nahelegt, ist gemäss BGer nicht zu beanstanden.
- Bg. hatte nie bestritten, dass sie bei Erhalt der «Betriebsbewilligung», die sich in der Folge als unzulässig erwies, ebenfalls mit der Möglichkeit der Nutzung zum Warenverkauf auf der gesamten Fläche rechnete. Den gemachten Äusserungen war nach Treu und Glauben jedoch nicht zu entnehmen, die Bg. garantiere die umfassende Nutzung als Verkaufsfläche.

## 4A\_454/2019 (V)

- Zudem erscheint es weder sachgerecht noch bestehen erkennbare äussere Gründe, aus welchen Bf. hätte ableiten können und dürfen, die Bg. sichere ihr eine Nutzungsbewilligung zu, welche eine behördlich bzw. gerichtlich vorzunehmende Abwägung verschiedener Interessen voraussetzt. VI wandte das Vertrauensprinzip bundesrechtskonform an, indem sie unter normativer Betrachtung der Parteiaussagen zum Schluss kam, es bestünden keine objektiven Anhaltspunkte dafür, dass Bg. für die fragliche, ihrem Einflussbereich entzogene Nutzungsmöglichkeit einstand (E. 3.2.2.).

## 4A\_133/2019, 4A\_143/2019

URTEIL DES BUNDESGERICHTS VOM 10. DEZEMBER 2019 (BR/DC, 3/2020, NR. 139)

### 1. Sachverhalt

- Ein Besteller und zwei Unternehmer schlossen im Hinblick auf die Errichtung eines Gebäudes einen Generalunternehmer-Werkvertrag (GU-Vertrag) zu einem Pauschalpreis ab. Die Unternehmer übertrugen die Aushubarbeiten auf einen Subunternehmer.
- Unter Berufung auf grobe Pflichtverletzungen beendete der Besteller den GU-Vertrag vorzeitig. Zur Verhinderung der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes bezahlte der Besteller den Subunternehmer, den die Unternehmer nicht bezahlt hatten.
- Vor BGer war die Frage der Beendigung des GU-Vertrages nicht mehr strittig. Es ging darum, ob der Besteller die von den Unternehmern bereits ausgeführten Leistungen bezahlen musste, und ob er sie auch für den entgangenen Gewinn entschädigen musste.



## 4A\_133/2019, 4A\_143/2019 (II)

### 2. Erwägungen des Bundesgerichtes

- Vor BGer beriefen sich die Unternehmer hinsichtlich der Beendigung des GU-Vertrages auf Art. 366 Abs. 1 OR, währenddem der Besteller Art. 377 OR angewendet haben wollte. Die Beendigung des GU-Vertrages an sich war also unbestritten (E. 7.).
- Das BGer bestätigte, dass der Besteller berechtigt war, den Vertrag gemäss Art. 366 Abs. 1 OR vorzeitig aufzulösen und das Wahlrecht nach Art. 107 Abs. 2 OR auszuüben, weil die Unternehmer mit der Erbringung verschiedener vertraglicher Leistungen im Verzug waren (E. 7.2.).

## 4A\_133/2019, 4A\_143/2019 (III)

- Das BGer kam aufgrund der von ihm nach Vertrauensprinzip ausgelegten Erklärung des Bestellers zum Schluss, dass dieser gemäss Art. 107 Abs. 2 Satzteil 2 OR auf die vertragliche Leistung verzichtet und Ersatz des positiven Vertragsinteresses geltend gemacht hatte. Die bundesgerichtliche Auslegung ergab, dass der Besteller eine Auflösung des GU-Vertrages mit Wirkung ex nunc gewollt habe (E. 7.3.).

## 4A\_133/2019, 4A\_143/2019 (IV)

- Zur Berechnung der Entschädigung der von den Unternehmern bis zum Zeitpunkt der Auflösung des GU-Vertrages bereits geleisteten Arbeiten hat das BGer für den vorliegenden GU-Vertrag mit Pauschalpreis folgendes festgehalten:
  - Unter Berufung auf GAUCH, Der Werkvertrag, 6. A., Rz. 685, ging BGer davon aus, dass der im Falle einer vorzeitigen Beendigung des Werkvertrages nach Art. 366 Abs. 1 OR geltende Grundsatz der Auflösung des Vertrag mit Wirkung ex tunc dann keine Anwendung findet, wenn der Unternehmer im Zeitpunkt des Rücktritts mit der Ausführung des Werkes schon begonnen hat (E. 8. und 9.3.2.).

## 4A\_133/2019, 4A\_143/2019 (V)

- Diesfalls steht es dem Besteller frei, den Vertrag gegen Vergütung der bis zum Auflösungszeitpunkt geleisteten Arbeiten ex nunc aufzulösen und das Werk, soweit ausgeführt, zu beanspruchen. Besteller hat also die Wahl zwischen einer Auflösung ex tunc und einer Beendigung ex nunc (PICHONNAZ, in: BR/DC, 3/2020, Nr. 139 S. 138.) Dabei kommt hinsichtlich der Pflicht des Bestellers zur «Vergütung der bereits geleisteten Arbeit» Art. 377 OR analog zur Anwendung (vgl. GAUCH, a.a.O., m.H. auf Rz. 535 ff. analog) (E. 8. und 9.3.2.).

## 4A\_133/2019, 4A\_143/2019 (VI)

- Wiederum unter Berufung auf GAUCH, a.a.O., Rz. 538 und Fn. 299 erwog das BGer: Der Besteller schuldet dem Unternehmer für eine Leistung, für die ein Pauschalpreis vereinbart wurde, und die nur zum Teil ausgeführt wurde, vom vereinbarten Pauschalpreis einen Teilbetrag, der zum Pauschalpreis im gleichen Verhältnis steht wie der Wert der erbrachten Teilleistung zum Wert der ganzen Leistung. Damit erteilte BGer der VI eine Abfuhr, die den geschuldeten Werklohn allein nach dem Umfang der geleisteten Arbeiten berechnet hatte (93.5% der Arbeiten = 93.5% des vereinbarten Gesamthonorars) (E. 9.3.4.).

## 4A\_133/2019, 4A\_143/2019 (VII)

- Damit entschied sich BGer – wie PICHONNAZ festhält – gegen einen quantitativen Ansatz und für einen qualitativen Ansatz (BR/DC, 3/2020, Nr. 139 S. 138).
- Der vom BGer übernommene, von Gauch vorgeschlagene Ansatz bedeutet, dass auf den möglichen Umstand Rücksicht genommen wird, gemäss welchem bestimmte Teile einer pauschal zu vergütenden Leistung teurer herzustellen sind als andere, was es verbietet, für die Berechnung des Teilbetrages, den der Besteller vom vereinbarten Pauschalpreis schuldet, einfach und nur auf den erreichten Leistungsstand abzustellen (vgl. GAUCH, a.a.O., Rz. 538 und Fn. 343; gemäss GAUCH gilt diese Berechnungsart nicht nur für Werkverträge mit Pauschalpreisen im Falle einer Beendigung des Werkvertrages nach Art. 377 OR, sondern – analog – auch für die Auflösung eines solchen Werkvertrages nach Art. 366 Abs. 1 OR [vgl. GAUCH, a.a.O., Rz. 685]) (E. 9.3.3.).

# BGE 145 III 400

## URTEIL DES BUNDESGERICHTS VOM 04. APRIL 2019

### 1. Sachverhalt

- Anlässlich einer a.o. STWEG-Versammlung wurde mit der erforderlichen Mehrheit folgende Ergänzung des Benutzungs- und Verwaltungsreglementes beschlossen: «Nicht gestattet ist zudem die unregelmässige, tage-, wochen- oder monatsweise Vermietung. Gestattet ist nur eine dauerhafte Vermietung.»
- Die Tochter des Stockwerkeigentümers A hat dessen Wohnung regelmässig im Internet, namentlich auf Airbnb, ausgeschrieben, sodass in der Liegenschaft mit 27 Stockwerkeinheiten fremde Leute anzutreffen waren, insbes. auch in gemeinschaftlichen Anlagen wie im Schwimmbad, in der Sauna, im Fitnessraum, auf der Dachterrasse und in der Waschküche, ohne dass diese Leute instruiert worden waren, wie mit der Infrastruktur umzugehen sei.
- Das KG Nidwalden hat die von A auf Aufhebung des Beschlusses gerichtete Klage abgewiesen, ebenso das OG Nidwalden. Das BGer schliesslich hat die von A. erhobene Beschwerde ebenfalls abgewiesen.

## BGE 145 III 400 (II)

### 2. Erwägungen des Bundesgerichtes

- Zweckbestimmung der Liegenschaft und Regelung der Benutzungsart obliegen den Stockwerkeigentümern, was i.d.R. im Begründungsakt oder in einem Reglement geschieht (Art. 712g ZGB). Anhaltspunkte können sich auch aus den konkreten Umständen ergeben, insbes. aus der bisherigen Nutzungsweise (E. 4.1).
- In casu ist das «Wohnen» die gemäss Begründungsakt und Reglement seit jeher für die 26 Wohnungen vorgesehene Nutzungsweise. Zulässig ist ferner gemäss Benutzungs- und Verwaltungsreglement die Ausübung eines stillen Gewerbes, wobei dieses über die im Bereich des öffentlichen Baurechts übliche Begriffsbestimmung hinaus «still» sein muss, also z.B. keine Arztpraxis betrieben werden darf (E. 4.2).



## BGE 145 III 400 (III)

- Die von der Tochter des Bf. regelmässig auf Airbnb zur kurzzeitigen Benutzung angebotene Wohnung führt zu Gästen im Sinne einer paratouristischen Beherbergung (E. 4.2).
- Es kommt entscheidend auf die konkrete Liegenschaft und damit spezifisch auf die Umstände des Einzelfalles an. Die gemeinschaftlichen Einrichtungen sind zwar allen Hausbewohnern zugänglich, sie sind aber von der Natur her nicht für Dritte bestimmt, über welche der veranlassende Stockwerkeigentümer letztlich keine Kontrolle hat. Überdies handelt es sich bei der fraglichen Liegenschaft nicht um eine Ferienliegenschaft, sondern um eine Erst-Wohnresidenz. Deshalb besteht typischerweise ein engeres Verhältnis unter den Bewohnern, als dies bei einer Ferienliegenschaft der Fall ist. Das Ruhebedürfnis ist also tendenziell wichtiger (E. 4.2).

## BGE 145 III 400 (IV)

- Bei einer solchen Ausgangslage wird der reglementarisch vorgesehen «Wohnzweck» mit dem dauernden gewerbsmässigen Feilbieten einer Wohnung zur tageweisen Buchung auf Plattformen wie Airbnb gesprengt (E. 4.2). Damit darf es aber nicht sein Bewenden haben, sondern es ist zu prüfen, ob der konkret gefasste Beschluss gesetzeswidrig ist (E. 4.3).
- In casu sind die Schranken von Art. 2 und Art. 27 ZGB sowie Art. 19 f. OR beachtet worden. Es liegt weder eine «Aushöhlung des Eigentums» noch eine Schikane vor, vielmehr ist nachfühlbar, dass unbekannte Personen in gemeinsamen Anlagen wie Schwimmbad und Sauna zu einer Beeinträchtigung der Wohnqualität führen (E. 4.3).

## 5A\_127/2019

URTEIL DES BUNDESGERICHTS VOM 04. MAI 2020 (ZUR AMTLICHEN PUBLIKATION VORGESEHEN)

### 1. Sachverhalt

- C. AG errichtete 1958 zu Lasten ihres Grundstücks Nr. X ein selbständiges und dauerndes Baurecht, das als Grundstück Nr. Y in das Grundbuch aufgenommen wurde.
- 1991 begründete die C. AG an ihrem Grundstück Nr. X Stockwerkeigentum mit 32 Einheiten. Bg. ist Eigentümer einer Stockwerkeinheit.
- Die C. AG verkaufte 2011 das Baurechtsgrundstück Nr. Y und 27 Stockwerkeinheiten am Grundstück Nr. X an die Bf.
- Am 07.07.2011 wurde der Kaufvertrag vom 09.06.2011 und damit die Bf. als Eigentümerin des Baurechtsgrundstücks Nr. y und der 27 Stockwerkeinheiten im Grundbuch eingetragen.

## 5A\_127/2019 (II)

- Bg. erhielt am 08.07.2011 die Anzeige über den Abschluss des Kaufvertrages und ersuchte am 10.08.2011 um Zustellung weiterer Unterlagen im Hinblick auf die Ausübung seines Vorkaufsrechts am Baurechtsgrundstück Nr. Y. Nach Erhalt der Unterlagen erklärte Bg. mit Schreiben vom 20.09.2011 sein Vorkaufsrecht am Baurechtsgrundstück Nr. Y auszuüben. Bf. bestritt das Vorkaufsrecht von Bg.
- Vor BGer war die Anwendung von Art. 681 Abs. 2 ZGB streitig, wonach Vorkaufsrecht entfällt, wenn Grundstück an eine Person veräußert wird, der ein Vorkaufsrecht im gleichen oder in einem vorderen Rang zusteht. Beide Parteien beriefen sich auf ein gleichrangiges Vorkaufsrecht als Miteigentümer des Grundstücks, das mit dem selbständigen und dauernden Baurecht belastet ist, an diesem Recht (Art. 682 Abs. 2 ZGB).

## 5A\_127/2019 (III)

- Nicht streitig war (vor BGer), dass am 09.06.2011, als Baurechtsgrundstück Nr. Y an Bf. veräußert wurde, Bg. bereits Stockwerkeigentümer und damit vorkaufsberechtigt war, während Bf. in jenem Zeitpunkt erst den Vertrag über den Erwerb der 27 Stockwerkeinheiten abgeschlossen hatte, als deren Eigentümerin sie am 07.07.2011 im Grundbuch eingetragen wurde (E. 4.1.).

## 5A\_127/2019 (IV)

### 2. Erwägungen des Bundesgerichtes

- Strittige Frage, in welchem Zeitpunkt gleich- oder vorrangiges Vorkaufsrecht der erwerbenden Person bestehen muss, damit Vorkaufsrecht entfällt, wird vom BGer in Auslegung von Art. 681 Abs. 2 ZGB aufgrund eines «pragmatischen Methodenpluralismus» unter Ablehnung einer Prioritätsordnung für die einzelnen Auslegungselemente beantwortet (E. 5.), im Einzelnen wie folgt:
  - Aufgrund seiner **entstehungsgeschichtlichen** Auslegung kam das BGer zum Schluss, dass aufgrund der Gesetzesmaterialien für Art. 681 Abs. 2 ZGB das gleich- oder vorrangige Vorkaufsrecht im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehen müsse und nicht durch die Eintragung des Vertrages im Grundbuch erst erworben werden könne (E. 6.2.).

## 5A\_127/2019 (V)

- Zum gleichen Schluss kam das BGer aufgrund seiner **teleologischen** Auslegung: Eigentum am Grundstück und das Baurecht sollen vereinigt werden, wenn schon Handänderung am einen oder anderen dieser Rechte erfolgt, und es soll auch der Eintritt eines nicht genehmen Dritten in das Baurechtsverhältnis verhindert werden. Dieser Zweck, den Eintritt Dritter in Miteigentums- und Baurechtsverhältnis zu verhindern, kann nicht verwirklicht werden, wenn auf die Eintragung des Vertrags im Grundbuch abgestellt wird. Unter dieser Annahme wäre Dritter bereits in das Verhältnis eingetreten und jegliches Vorkaufsrecht von vornherein gegenstandslos (E. 6.3.1. und 6.3.2.).

## 5A\_127/2019 (VI)

- Das BGer zieht **weitere Gesetzesbestimmungen** über das Vorkaufsrecht bei, was ebenfalls keinen abweichenden Schluss zulässt:
- Gemäss Art. 216c Abs. 1 OR gilt, dass Vorkaufsrecht geltend gemacht werden kann, wenn das Grundstück verkauft wird (Satz 1). Massgebend für Eintritt des Vorkaufsfalls auch hier der Abschluss des Kaufvertrages und nicht der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs (E. 6.4.1.).



## 5A\_127/2019 (VII)

- Auch hinsichtlich Art. 47 BGG (Vorkaufsrecht des Pächters) hat das BGer schon früher festgehalten, dass der Pächter, der sein Vorkaufsrecht geltend macht, bereits Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes sein muss. Entgegen der Bf. lässt sich aus dem Pächtervorkaufsrecht nichts zu Gunsten ihres Standpunktes ableiten, wonach es genüge, dass ihr im Zeitpunkt der Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts durch Bg. ein gesetzliches Vorkaufsrecht zugestanden habe (E. 6.4.2.).
- So kam BGer zum Schluss, dass das gesetzliche Vorkaufsrecht des Bg. nicht entfallen war, da im massgebenden Zeitpunkt, in dem Bf. den Kaufvertrag abschloss, ihr gar kein gleich- oder vorrangiges gesetzliches Vorkaufsrecht zustand (E. 6.7.).

## 5A\_1015/2019

### URTEIL DES BUNDESGERICHTS VOM 10. JUNI 2020

#### 1. Sachverhalt

- Eine Generalunternehmerin schloss mit einer Unternehmerin einen Werkvertrag, in dem sich Letztere zur Erbringung von Aushub-, Baumeister- und Gartenarbeiten im Rahmen eines sich über 3 Grundstücke erstreckenden Wohnbauprojektes verpflichtete. Zur Erfüllung dieser Verpflichtungen schloss die Unternehmerin mit einer Subunternehmerin einen Vertrag über die Lieferung von Beton, Mörtel und Kies ab.
- Auf Gesuch der Subunternehmerin waren in der Folge auf den drei Baugrundstücken je ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig vorgemerkt worden.
- Vor BGer schliesslich drehte sich der Streit um die Pfandsummen, für welche Bf. (Subunternehmerin) die 3 Grundstücke als Grundpfänder in Anspruch nehmen konnte. BGer wies Beschwerde ab und schützte Entscheid VI (Abweisung Klage auf def. Eintragung Bauhandwerkerpfandrechte).

## 5A\_1015/2019 (II)

### 2. Erwägungen des Bundesgerichtes

- Das BGer verwies auf das für das Bauhandwerkerpfandrecht geltende Mehrwertprinzip, gemäss welchem Bf. für jedes der streitigen Grundstücke gesondert darzutun habe, in welchem Umfang sie mit ihren Baustofflieferungen zur Wertsteigerung beigetragen habe (E. 5.2.3.).
- Bf. argumentierte, die vorinstanzliche «Forderung nach frankengenauer Bezifferung der Pfandsummen pro Grundstück» sei im konkreten Fall sachlich nicht gerechtfertigt. Sie verweist dazu auf den Werkvertrag zwischen der Generalunternehmerin und ihrer Subunternehmerin, der Pauschalvergütung vorsehe. Wie viel die Bauleistungen der Subunternehmerin pro Parzelle kosteten, sei deshalb ohne Relevanz. Die unterschiedlichen Kaufpreise der Grundstücke würden sich allein durch die verschiedenen Grundstücksflächen erklären (E. 5.2.3.).

## 5A\_1015/2019 (III)

- Laut BGer übersieht die Bf., dass nicht das schuldrechtliche Vertragsverhältnis zur Diskussion steht, an dem sie – indirekt – als Subunternehmerin der Unternehmerin beteiligt war, sondern die sachenrechtliche Pfandhaftungen der Grundstücke, auf denen sie Leistungen gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB erbrachte (E. 5.2.3.).
- Auch wenn es der Generalunternehmerin, so das BGer weiter, nicht auf eine parzellenweise Aufteilung der Bauleistungen der Unternehmerin und der Subunternehmerin ankam und sie mit der Unternehmerin einen Pauschalpreis vereinbarte, liess dies allein nicht den Schluss zu, dass die 3 Grundstücke, mit ihren Eigentümern sich die Bf. im Prozess auseinanderzusetzen hatte, auch ohne konkreten Nachweis der tatsächlich darauf erbrachten Bauleistungen als Grundpfänder in Anspruch genommen werden konnten (E. 5.2.3.).

## 4A\_329/2019, 4A\_331/2019

URTEIL DES BUNDESGERICHTS VOM 25. NOVEMBER 2019 (JUS.FOCUS 2020 NR. 10)

### 1. Sachverhalt

- Betagtes Ehepaar beauftragte Makler mit dem Verkauf seiner im Kt. Genf gelegenen Villa zu einem Verkaufspreis von CHF 32 Mio. Der Vertrag sah eine Kommission von 2% des Verkaufspreises vor. Der Makler war zur Diskretion angehalten.
- Nach rund 2 Jahren hatte er noch immer keinen Käufer gefunden, sodass er ohne Rücksprache mit den Eigentümern eine Anzeige auf einer internationalen Immobilienplattform veröffentlichte.
- Daraufhin meldete sich angeblicher Vertreter einer englischen Immobilienvermarkterin und stellte die Vermittlung einer Käuferschaft in Aussicht; der Vertreter forderte allerdings eine Kommission von CHF 1 Mio., vorab durch die Verkäufer zu hinterlegen und hernach durch die Käuferschaft zu erstatten. Verkaufspreis betrug nun CHF 23 Mio. zzgl. der Kommission.

## 4A\_329/2019, 4A\_331/2019 (II)

- In der Folge ereigneten sich fernsehreife Dinge: Wie verlangt hinterlegten die Verkäufer als Kautions 1'000 Tausendernoten in einem Schrankfach einer Bank in Genf. Der Ehemann, sein Sohn – ein Rechtsanwalt – der Makler und eine als Buchhalterin auftretende Mittelsperson trafen sich hernach auf dieser Bank in Genf. Der Makler und der Sohn des Ehemannes blieben im EG der Bank, währenddem der Ehemann mit der angeblichen Buchhalterin alleine zum Schrankfach ging. Die Buchhalterin zählte die Banknoten vor den Augen des Ehemannes und steckte sie dann in mitgebrachte Umschläge mit einem Fenster, das den Blick auf die erste Tausender-Note freigab. Die Buchhalterin verschloss die Umschläge und stempelte sie auch noch mit einem mitgebrachten Siegel ab.
- Der Verkauf scheiterte, und als das Ehepaar das Schrankfach leeren wollte, musste es feststellen, dass die Umschläge nur weisses Papier enthielten, und in jedem Umschlag nur als erste «Note» eine Farbfotokopie einer Tausender-Note war. Die Täterschaft konnte nicht ermittelt werden. Das Ehepaar verlangte vom Makler Schadenersatz von CHF 1 Mio. Erste Instanz hiess Klage vollumfänglich gut. KG halbierte zugesprochene Summe wegen Selbstverschuldens. Beide Parteien erhoben dagegen Beschwerde an das BGer.

## 4A\_329/2019 UND 4A\_331/2019 (III)

### 2. Erwägungen des Bundesgerichtes

- Für das Ehepaar erwies sich der Nachweis des Diebstahls als schwierig. Überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt, wenn strikter Beweis der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist und Beweisnot besteht. So genügt bei Diebstahlversicherungen die überwiegende Wahrscheinlichkeit des Diebstahls (E. 4.3.1.).
- Unabhängig von einer allfälligen Abstützung auf Art. 42 Abs. 2 OR verletzte VI kein Bundesrecht, wenn sie für Diebstahl die überwiegende Wahrscheinlichkeit genügen liess. Damit waren der Nachweis des Diebstahls und des Schadens erbracht (E. 4.3.2. und 4.3.3.).

## 4A\_329/2019 UND 4A\_331/2019 (IV)

- Der Makler versties gemäss BGer gegen seine Sorgfaltspflicht, indem er in Verletzung der vereinbarten Diskretionspflicht auf einem der grössten internationalen Portale die Verkaufsanzeige veröffentlichte. Überdies hätte er die Ehegatten von der riskanten Transaktion abraten sollen, stattdessen gab er noch vor, die Beteiligten zu kennen, und erweckte Vertrauen einer Bank, die den gewünschten Geldbetrag für die Kautions von CHF 1 Mio. nicht freigeben wollte (E. 9.).
- Selbstverschulden der Eigentümer, unterstützt durch ihren Sohn mit Anwaltszulassung und teilweise durch ihn vertreten, gewichtete BGer gleich schwer wie das Verschulden des Maklers. Selbstverschulden genügte nicht zur Unterbrechung des Kausalzusammenhangs, liess aber die Kürzung des Schadenersatzanspruches um 50% als gerechtfertigt erscheinen. Makler musste Ehegatten Schadenersatz im Umfange von CHF 500'000.00 zahlen (E. 10.2.).
- Frage: Laut BGer ist der Betrug insbes. durch die internationale Käufersuche des Maklers via Internet ermöglicht worden. Ist diese pflichtwidrige Veröffentlichung der Verkaufsanzeige via Internet wirklich adäquat kausal zum Schaden (Verlust von CHF 1 Mio.) (BÄRTSCHI in jus.focus 2020 Nr. 10)?