

Weiterbildungstag 2021  
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)

1

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

BGE 147 III 1  
URTEIL DES BUNDESGERICHTS VOM 19. OKTOBER 2020

1. Sachverhalt

- Die Gemeinde U. als Eigentümerin des Grundstücks Nr. x. errichtete daran selbständige und dauernde Baurechte (nachfolgend: SDR), die als Grundstücke in das Grundbuch aufgenommen wurden. Berechtig sind u.a. die A. AG und die B. AG. Das selbständige und dauernde Baurecht der A. AG hat eine Laufzeit bis 16.05.2038.
- Die A. AG verfügt über mehr Fläche als sie tatsächlich benutzt. Die B. AG hat zusätzlichen Platzbedarf. Die A. AG, die B. AG und die Gemeinde einigten sich deshalb darauf, in Abänderung der seinerzeitigen Dienstbarkeitsverträge die Fläche der Baurechtsparzelle SDR Nr. x-1 der A. AG zu verkleinern, aus der frei werdenden Fläche die Baurechtsparzelle SDR Nr. x-5 zu machen und diese der B. AG zuzuweisen.
- Das für das Grundbuchamt zuständige Departement verneinte die Eintragbarkeit dieses Geschäftes u.a. damit, dass selbständige und dauernde Baurechte nicht wie Liegenschaften geteilt oder vereinigt werden könnten und dass es ohnehin eine Mindestdauer von 30 Jahren einzuhalten gälte.

2

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

BGE 147 III 1 (II)

2. Erwägungen des Bundesgerichtes

2.1. Baurecht im Allgemeinen (E. 3.)

- Als SDR kann eine Dienstbarkeit an einem Grundstück in das Grundbuch aufgenommen werden, wenn sie weder zugunsten eines berechtigten Grundstücks noch ausschliesslich zugunsten einer bestimmten Person errichtet und auf wenigstens 30 Jahre oder auf unbestimmte Zeit begründet ist (Art. 655 Abs. 3 und Art. 943 ZGB sowie Art. 22 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 GBV).
- Durch die Bezeichnung der in das Grundbuch aufgenommenen SDR als Grundstücke im Sinne des Gesetzes (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB) unterstellt der Gesetzgeber diese den Bestimmungen über die unbeweglichen Sachen (E. 3.4). Es handelt sich hierbei um eine gesetzgeberische Fiktion; die SDR sind vom Rechtsanwender so anzusehen, „als ob“ sie Grundstücke im eigentlichen Sinne wären (E. 3.5.).

3

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

## BGE 147 III 1 (III)

- Das SDR ist mit Bezug auf seine Stellung im Rechtsverkehr den Grundstücken im eigentlichen Sinn gleichgestellt. Es kann rechtsgeschäftlich übertragen (z. B. Verkauf oder Schenkung) und mit Grund- oder Personaldienstbarkeiten oder auch mit Grundpfandrechten belastet werden. Möglich sind auch Vormerkungen im Sinn von Art. 959 ff. ZGB. Sodann kann ein im Grundbuch aufgenommenes selbständiges und dauerndes Baurecht als Stammgrundstück für die Begründung von Stockwerkeigentum dienen (Art. 712d Abs. 2 Ziff. 2 ZGB; E. 3.6.).
- Bei alledem ist den Besonderheiten des Charakters des Baurechts als Dienstbarkeit Rechnung zu tragen. Das BGER versagt die Gleichstellung des selbständigen und dauernden Baurechts mit Grundstücken im eigentlichen Sinn dort, wo es auf die Körperlichkeit des Gegenstandes ankommt (E. 3.7.).

4

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

## BGE 147 III 1 (IV)

## 2.2. Teilbarkeit von Baurechten (E. 4)

- Das Baurecht hat wie eine Liegenschaft eine in Quadratmeter erfassbare räumliche Ausdehnung (Art. 779b Abs. 1 ZGB). Es kann wie eine Liegenschaft, mit Grund- oder Personaldienstbarkeiten oder auch mit Grundpfandrechten belastet werden und wie eine Liegenschaft als Stammgrundstück für die Begründung von Stockwerkeigentum dienen (vgl. E. 3.6.). Bei dieser Ausgangslage ist gemäss BGER a priori nicht ersichtlich, inwiefern im Rahmen der gesetzlichen Fiktion die fehlende Körperlichkeit des Gegenstandes eine Teilung des selbständigen und dauernden Baurechts ausschliessen soll bzw. weshalb das selbständige und dauernde Baurechte nicht auch hinsichtlich der Teilung einer Liegenschaft im Sinn von Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB gleichgestellt werden können soll (E. 4.3.).

5

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

## BGE 147 III 1 (V)

## 2.3. Abänderung bzw. Umgestaltung und (Neu)Begründung eines Baurechts (E. 5 und 6.)

- Die Abänderung eines Dienstbarkeitsvertrags und insb. einer Baurechtsdienstbarkeit ist möglich (vgl. Art. 964 f. ZGB, Art. 131 GBV; E. 5.4.).
- Vorliegend beabsichtigen die Beschwerdeführerinnen die flächenmässige Aufteilung einer bestehenden Baurechtsdienstbarkeit, die sich auf gleich- und nachrangige Rechte nicht auswirkt und den Inhalt der Dienstbarkeit mit Ausnahme der flächenmässigen Aufteilung unverändert belässt. Es geht also nicht um eine (Neu)Begründung einer Baurechtsdienstbarkeit (E. 5.7.).

6

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

## BGE 147 III 1 (VI)

- Wird ein bestehendes SDR flächenmässig aufgeteilt, bleiben der Inhalt der Dienstbarkeit im Übrigen unverändert und die gleich- und nachrangigen Rechte Dritter gewahrt, muss das Erfordernis der Mindestdauer von 30 Jahren für das im Umfang der ausgeschiedenen Fläche neu zu eröffnende Hauptbuchblatt nicht erfüllt sein. Anders zu entscheiden liesse die gesetzliche Mindestdauer zum Selbstzweck verkommen (E. 6.6.).

## 2.4. Fazit

- Die Beschwerde erwies sich als begründet (nicht publ. E. 7.). Allein aufgrund der 30-jährigen Mindestdauer eines SDR kann dessen Teilung nicht versagt werden. Das BGer wies die Sache zur Neuurteilung an die Vi zurück, damit diese die weiteren umstrittenen Voraussetzungen für die Eintragung des angemeldeten Geschäfts prüft (nicht publ. E. 7.).

7

7

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

## 5A\_128/2020

## URTEIL DES BUNDESGERICHTS VOM 13. APRIL 2021 (ZUR PUBLIKATION VORGEGEHEN)

## 1. Sachverhalt

- A. ist Eigentümer des Grundstücks KTN „s“. Nördlich angrenzend liegt das Grundstück KTN „u“, C.-strasse „v“. Es gehört der Stadt Zürich. Die Zufahrt zur Rückseite von A.'s Haus ist durch zwei Dienstbarkeiten gesichert: Zugunsten des Grundstücks „s“ besteht u.a. das streitgegenständliche Fuss- und Fahrwegrecht („w“), welches von der C.-strasse „v“ quer her ins Grundstück „u“ und dann nach einem rechten Winkel weiter in Richtung des Grundstücks „s“ führt.
- Das bestehende Haus an der C-Strasse „v“ soll durch ein neues Gebäude ersetzt werden. Der hintere Teil des Grundstücks „u“ soll zu einem (mit Fahrzeugen befahrbaren) Innenhof umgestaltet werden. Daher ist im Bereich des bestehenden Hauses an der C-Strasse „v“ eine Gebäudedurchfahrt vorgesehen.
- Am 23. Januar 2019 reichte die Stadt Zürich beim BG Zürich gegen A. eine Klage ein. Sie verlangte die Änderung der Dienstbarkeit „w“ in dem Sinn, dass die Fläche verlegt werde und das Fuss- und Fahrwegrecht zudem künftig durch eine Öffnung (3.6 m hoch) des neuen Baukörpers zur C.-strasse hin führe. Der Streit dreht sich somit um die Frage, ob das Fuss- und Fahrwegrecht, das als Dienstbarkeit zugunsten des Grundstücks „s“ auf dem Grundstück „u“ lastet, mit Blick auf ein Bauprojekt auf dem dienenden Grundstück an einen anderen Ort verlegt werden kann.

8

8

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

## 5A\_128/2020 (II)

## 2. Erwägungen des Bundesgerichtes

## 2.1. Verlegung der Dienstbarkeit im Allgemeinen (E. 3.)

- Wird durch die Ausübung der Grunddienstbarkeit nur ein Teil des Grundstückes in Anspruch genommen, so kann der Eigentümer, wenn er ein Interesse nachweist und die Kosten übernimmt, die Verlegung auf eine andere, für den Berechtigten nicht weniger geeignete Stelle verlangen (Art. 742 Abs. 1 ZGB). Hierzu ist er auch dann befugt, wenn die Dienstbarkeit im Grundbuch auf eine bestimmte Stelle gelegt worden ist (Art. 742 Abs. 2 ZGB). Kleinere Verschlechterungen zu Lasten des Dienstbarkeitsberechtigten sind dabei zulässig (E. 3.1.).
- Die Vi kam zum Schluss, dass die neue Wegführung im Vergleich zur Bestehenden gleichwertig, teilweise sogar besser sei (E. 3.2.). A. bestritt dies (E. 3.3.). Das BGer hält zusammengefasst fest, dass A. weder bestritt noch darlegte, weshalb die festgestellte Optimierung der Einfahrt die beanstandete Erschwerung der Ausfahrt nicht in demjenigen Umfang aufwiegt, dass die geplante Verlegung des Wegrechts für den Dienstbarkeitsberechtigten insgesamt als eine nur geringfügige Verschlechterung erscheint.

9

9

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

## 5A\_128/2020 (III)

## 2.2. Höhenbeschränkung der Dienstbarkeit (E. 4.)

- Vorliegend ist die Ausübung der Dienstbarkeit mit Kraftwagen streitig (E. 3.2.). A. beklagt sich im Zusammenhang mit der Höhenbeschränkung auf dem geplanten Verlauf des Fuss- und Fahrwegrechts „w“ über eine Verletzung von Art. 736 ZGB (E. 4.).
- Hat eine Dienstbarkeit für das berechtigte Grundstück alles Interesse verloren, so kann der Belastete ihre Löschung verlangen (Art. 736 Abs. 1 ZGB). Ist ein Interesse des Berechtigten zwar noch vorhanden, aber im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung, so kann die Dienstbarkeit gegen Entschädigung ganz oder teilweise abgelöst werden (Art. 736 Abs. 2 ZGB). Erste Voraussetzung der Anwendbarkeit von Art. 736 ZGB ist nach dem zwingenden Wortlaut dieser Bestimmung, dass neue Tatsachen eingetreten sind, seitdem die bei der Errichtung der Servitut beteiligten Parteien die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Eigentümer des berechtigten und des belasteten Grundstücks begründet haben. Daraus folgt etwa, dass gestützt auf Art. 736 Abs. 2 ZGB nicht ein Missverhältnis korrigiert werden kann, das zwischen dem Interesse des Eigentümers des berechtigten Grundstückes und der Last für den Eigentümer des belasteten Grundstückes schon von Anfang an bestand (E. 4.1.).

10

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

## 5A\_128/2020 (IV)

- Ob das Interesse i.S.v. Art. 736 Abs. 1 ZGB verloren gegangen ist, beurteilt sich nach Massgabe des Grundsatzes der Identität der Dienstbarkeit. Dieser besagt, dass eine Dienstbarkeit nicht zu einem andern Zweck aufrechterhalten werden darf als jenem, zu dem sie errichtet worden ist. Insb. darf die Ausübung der Dienstbarkeit auch nicht auf einen zusätzlichen, vom ursprünglichen verschiedenen Zweck ausgeweitet werden. Zu prüfen ist in erster Linie, ob der Eigentümer des berechtigten Grundstückes noch ein Interesse daran hat, die Dienstbarkeit zum ursprünglichen Zweck auszuüben, und wie sich dieses Interesse zu jenem verhält, das anlässlich der Begründung der Dienstbarkeit bestand. Dabei bestimmt sich die Interessenlage des Eigentümers des berechtigten Grundstückes nach objektiven Kriterien (E. 4.1.).
- Will der Eigentümer des belasteten Grundstückes die Löschung gestützt auf Art. 736 Abs. 1 ZGB gerichtlich durchsetzen, so hat er darzutun, dass die Dienstbarkeit für das herrschende Grundstück jeglichen Nutzen verloren hat. Auch wenn ihm der Beweis dieser negativen Tatsache obliegt (Art. 8 ZGB), gebieten Treu und Glauben der beklagten Partei, bei der Beweiserhebung mitzuwirken. Damit geht jedoch keine Umkehr der Beweislast in dem Sinne einher, dass der Dienstbarkeitsberechtigte den Fortbestand seines Interesses dartun müsste (E. 4.1.).

11

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

## 5A\_128/2020 (V)

- Die (vollumfängliche oder teilweise) Löschung einer Dienstbarkeit gegen Entschädigung nach Art. 736 Abs. 2 ZGB setzt voraus, dass das Interesse des Berechtigten, seine Dienstbarkeit unverändert aufrechtzuerhalten, nachträglich unverhältnismässig gering geworden ist, entweder weil sich das Interesse des Eigentümers des herrschenden Grundstücks verringert oder weil sich die Belastung für den Eigentümer des dienenden Grundstücks vergrössert hat, wobei das Anwachsen der Belastung nicht auf Gründe zurückgehen darf, die vom Eigentümer des belasteten Grundstücks selbst herbeigeführt wurden. Es ist stets eine Interessenabwägung vorzunehmen. Auch für die Zwecke von Art. 736 Abs. 2 ZGB beurteilt sich die Dienstbarkeit nach dem ursprünglichen Zweck, für den sie errichtet wurde (Grundsatz der Identität der Dienstbarkeit), und die Interessenlage des Eigentümers bestimmt sich nach objektiven Kriterien (E. 4.1.).

12

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

12

TR

## 5A\_128/2020 (VI)

- Kann der belastete Eigentümer die Verlegung der Grunddienstbarkeit an eine andere Stelle nicht gestützt auf Art. 742 ZGB verlangen, weil der gewünschte Ort für den Berechtigten mehr als nur eine geringfügige Verschlechterung bedeutet, so steht ihm die Möglichkeit offen, die Verlegung der Dienstbarkeit i.S. einer (teilweisen) Ablösung nach Massgabe von Art. 736 Abs. 2 ZGB zu verlangen. Die Verlegung der Dienstbarkeit stellt dann eine Art Naturalersatz dar, der mit einer Entschädigung in Geld zu kombinieren ist, um die Einbusse an Bequemlichkeit zu kompensieren, die mit der Verlegung einhergeht. Auch in dieser Konstellation ist freilich vorausgesetzt, dass die nachträgliche Erhöhung der Belastung nicht auf ein Verhalten des Eigentümers des dienenden Grundstücks zurückzuführen ist, bspw. darauf, dass er seine Liegenschaft umgestaltet hat (E. 4.1.).

13

13

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

## 5A\_128/2020 (VII)

- Das BGer ist von der Erkenntnis der VI ausgegangen, dass A. sein Wegrecht gar nie mit Fahrzeugen nutzte, die höher als 3.5 m waren, weshalb für die Anwendung von Art. 736 ZGB kein Platz bleibt. Denn hierfür wäre vorausgesetzt, dass sich seit der Begründung der Dienstbarkeit Veränderungen eingestellt haben. Dem angefochtenen Entscheid ist aber gerade nicht zu entnehmen, dass mit der geplanten Umgestaltung des dienenden Grundstücks „u“ Umstände einhergehen würden, aufgrund derer das Interesse von A. an der unveränderten Ausübung des Wegrechts gänzlich wegfiel (Art. 736 Abs. 1 ZGB) bzw. als dergestellt herabgesetzt erschiene, dass die Belastung für die Stadt Zürich unverhältnismässig wäre (Art. 736 Abs. 2 ZGB). Im Gegenteil muss für die Zwecke des hiesigen Verfahrens nach dem Gesagten als erstellt gelten, dass A. den Zugang zu seinem Grundstück „s“ von der C.-strasse her schon bis anhin nicht mit Fahrzeugen in Anspruch nahm, die höher als 3.5 m waren. Sodann finden sich im angefochtenen Entscheid auch keine Anhaltspunkte dafür, dass sich mit der Realisierung des Bauprojekts auf dem Grundstück „u“ für die Stadt Zürich eine Erschwerung der Belastung ergäbe, angesichts derer ein unverändert vorhandenes Interesse von A. sein Wegrecht ohne Höhenbeschränkung auszuüben, als unverhältnismässig gering gelten müsste. Denn allein darauf, dass sie ihr Grundstück umgestalten will, kann sich die Stadt Zürich unter dem Titel von Art. 736 Abs. 2 ZGB nicht berufen, darf das Anwachsen der Belastung doch nicht auf Gründe zurückgehen, die der Eigentümer des belasteten Grundstücks selbst herbeigeführt hat (E. 4.4.).

14

14

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

## 5A\_128/2020 (VIII)

- Es kann auch offenbleiben, ob einer Ablösung der Dienstbarkeit „w“ nach Art. 736 ZGB die Möglichkeit entgegensteht, dass A. sein Wegrecht in Zukunft mit Fahrzeugen in Anspruch nehmen will, deren Höhe 3.6 m überschreitet. Denn die Aussicht darauf, dass die Servitut ihre Nützlichkeit mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit in nicht allzu ferner Zukunft wieder erlangt, impliziert wiederum, dass das Interesse des berechtigten Grundstücks an der Dienstbarkeit seit deren Errichtung (zumindest) zwischenzeitlich weggefallen ist. Diese Voraussetzung ist hier gerade nicht erfüllt. Soweit das OGer die geplante Höhenbeschränkung der Dienstbarkeit „w“ unter dem Blickwinkel von Art. 736 ZGB prüft, subsumiert die VI den festgestellten Sachverhalt unter eine Norm, deren Tatbestandsvoraussetzungen gerade nicht erfüllt sind. Im Ergebnis beklagt sich A. also zu Recht über eine Verletzung von Art. 736 ZGB (E. 4.4.).

15

15

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

5A\_128/2020 (IX)

- Zu prüfen bleibt, ob die eingeklagte Verlegung des Wegrechts wegen der streitigen Beschränkung der Durchfahrthöhe auf 3.6 m für A. i.S.v. Art. 742 Abs. 1 ZGB nicht weniger geeignet ist. Das OGer hegt Zweifel daran, dass diese "vertikale Dimension" der geforderten Verlegung des Wegrechts bei der Anwendung der zitierten Norm eine Rolle spielen kann. Diese Bedenken sind gemäss BGer unbegründet. Ob sich die neue Stelle nicht weniger eignet als die alte, beurteilt sich anhand des Inhalts des durch die Grunddienstbarkeit eingeräumten Nutzungsrechts. Massgebend ist, ob die neue Ausübungsstelle in wirtschaftlicher Hinsicht gleichwertig ist und dem Berechtigten objektiv betrachtet den gleichen Nutzen, d.h. die gleichen Vorteile und Annehmlichkeiten in der Ausübung bietet. Die Rechtsprechung denkt unter dem Gesichtspunkt der Eignung der zur Verlegung vorgeschlagenen neuen Stelle keineswegs nur in zwei Dimensionen (E. 4.5.).

16

16

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

5A\_128/2020 (X)

- Zusammengefasst hätte die Vi keinen Grund, die Frage der Höhenbeschränkung von ihrer Beurteilung auszuklammern, ob die geplante Verlegung der Dienstbarkeit „w“ für A. nicht weniger geeignet ist als die bisherige. Auch die vorgesehene Beschränkung der Zufahrt auf eine Höhe von 3.6 m kann und muss bei der gesetzlich vorgeschriebenen Abwägung der Interessen berücksichtigt werden, genauso wie die übrigen Umstände des konkreten Falls - die Verkürzung der Fahrstrecke, der Wegfall der rechtwinkligen Kurve, die Richtungswechsel bei der Zufahrt zum Grundstück „s“ und die Veränderungen der Wendemanöver bei der Ein- oder Ausfahrt. Was die vorinstanzliche Beurteilung der zuletzt genannten Elemente angeht, kommt das BGer zum Schluss, dass der angefochtene Entscheid vor Bundesrecht standhält, soweit er - ohne Rücksicht auf die Höhenbeschränkung - den Anspruch der Stadt Zürich auf Verlegung der Dienstbarkeit „w“ gestützt auf Art. 742 Abs. 1 ZGB schützt (E. 4.6.).

17

17

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

5A\_128/2020 (XI)

- Mit Bezug auf die vertikale Dimension des Wegrechts blieb dem angefochtenen Entscheid zufolge im Berufungsverfahren unbestritten, dass die meisten Kleinlaster, leichte und sogar gewisse mittelschwere LKW die Höhe von 3.4 m unterschreiten und die geplante Gebäudedurchfahrt unter Berücksichtigung eines Sicherheitszuschlages von 0.2 m passieren könnten. Was eine allfällige Nutzung des Wegrechts mit (noch) höheren Vehikeln angeht, muss laut Vi auch hierfür die bisherige Wegführung der Massstab sein. Auch diese Erkenntnis beanstandet A. nicht. Dass es je Fahrzeuge geben wird, die trotz einer Höhe von über 3.4 m kurz und schmal genug wären, um bereits auf der heutigen Wegstrecke zum Grundstück „s“ (und wieder zurück auf die C.-strasse) gelangen zu können, ist laut dem angefochtenen Entscheid reine Spekulation. Diese Wahrscheinlichkeitsaussage über die künftige Entwicklung ist als Ergebnis einer Beweiswürdigung für das BGer grundsätzlich verbindlich, es sei denn, die Schlussfolgerung beruhe ausschliesslich auf allgemeiner Lebenserfahrung. Dass Letzteres hier zutrefte und die Vi sich diesbezüglich täusche, macht A. nicht geltend (E. 4.6.).

18

18

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

## 5A\_128/2020 (XII)

- Das OGer kommt, wenn auch mit der falschen Gesetzesbestimmung im Kopf, so doch in tatsächlicher Hinsicht willkürfrei zum Schluss, dass eine Nutzung durch Fahrzeuge mit einer Höhe von mehr als 3.4 m schon ausgehend von der heutigen Wegführung der Dienstbarkeit „w“ völlig ungewiss sei. Diese Erkenntnis ist auch für die Anwendung von Art. 742 Abs. 1 ZGB von Bedeutung, denn auch für die Beurteilung, ob die geforderte Verlegung i.S. dieser Vorschrift für den Berechtigten nicht mehr als einen nur geringfügigen Nachteil bedeutet, ist die bisherige Situation mit der neuen Regelung zu vergleichen, die der Eigentümer des belasteten Grundstücks für die Zukunft fordert. Ausgehend von der besagten Erkenntnis kann die von der Stadt Zürich geforderte Wegführung mit einer Höhenbeschränkung auf 3.6 m für A. als Eigentümer des herrschenden Grundstücks „s“ objektiv betrachtet keine Verschlechterung bedeuten, die das Mass dessen überschreitet, was er mit Blick auf die Eignung der von der Stadt Zürich vorgeschlagenen neuen Stelle im Sinne von Art. 742 Abs. 1 ZGB gerade noch zu akzeptieren hat. Mit dieser Begründung pflichtet das BGer dem OGer im Ergebnis bei, wenn es die Klage der Stadt Zürich auf Änderung der Dienstbarkeit „w“ im Ergebnis schützt.

19

19

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

## 5A\_831/2020

## URTEIL DES BUNDESGERICHTS VOM 29. JUNI 2021 (ZUR PUBLIKATION VORGESEHEN)

- Sachverhalt**
  - A. und das Ehepaar B.B. und C.B. (diese in hälftigem Miteigentum) haben je einen Stockwerkanteil mit einer Wertquote von 50/100 des mit einem Doppel Einfamilienhaus überbauten Grundstückes GBBi Nr. x.
  - B.B. und C.B. erneuerten ohne Zustimmung von A. den ihnen zu Sondernutzungsrecht zugewiesenen Teil des Vorplatzes. Dabei verletzte es auch den gemeinsam genutzten Zugangsweg und nahm weitere bauliche Veränderungen vor. Gleichzeitig liess es die gemeinsamen Werkleitungen für Strom, Wasser und Gas erneuern, die unterhalb ihrer Vorplatzhälfte zur Liegenschaft führen.
  - A. verlangte klageweise beim KG Schaffhausen die Wiederherstellung des vorherigen Zustands. B.B. und C.B. beantragten die Abweisung der Klage und forderten widerklageweise die hälftige Beteiligung an den Kosten für die Erneuerung der Werkleitungen im Betrag von CHF 8'210.00.
  - Das KG hiess die Klage weitestgehend gut und wies die Widerklage ab. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde des Ehepaares B.B. und C.B. wies das OGer Schaffhausen die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zur neuen Entscheidung an das KG zurück. Die Widerklage hiess es teilweise gut und verpflichtete A. zur Zahlung von CHF 6'340.50.
  - Es steht eine Klärung der Frage an, ob ein Stockwerkeigentümer von einem anderen Ersatz verlangen kann, namentlich gestützt auf Art. 423 Abs. 2 OR, wenn er eigenmächtig bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen vorgenommen hat (E. Z.).

20

20

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

## 5A\_831/2020 (II)

- Erwägungen des Bundesgerichtes (E. 5.2. bis 5.4.)**
  - Bauliche Massnahmen, welche gemeinschaftliche Teile betreffen, bedürfen unabhängig davon, ob sie notwendig, nützlich oder luxuriös sind, eines Beschlusses der Gemeinschaft (E. 5.2.).
  - Das Gesetz sieht jedoch zwei Ausnahmen von der Notwendigkeit einer vorgängigen Beschlussfassung vor. Zum einen sind dies die gewöhnlichen Verwaltungshandlungen i.S.v. Art. 647a Abs. 1 ZGB, welche das Gesetz mit Ausbesserungen, Erntearbeiten, u.ä.m. charakterisiert. Dass der Ersatz von Werkleitungen darunter subsumiert werden könnte, wird zu Recht von keiner Seite geltend gemacht. Zum anderen ist eine vorgängige Beschlussfassung dort nicht nötig, wo Massnahmen keinerlei Aufschub dulden, weil sonst Gefahr im Verzug liegt (E. 5.2.).
  - Grundsätzlich haben die Stockwerkeigentümer die Kosten für Unterhalt, Reparaturen und Erneuerungen der gemeinschaftlichen Teile nach Massgabe ihrer Wertquoten zu tragen (Art. 712b Abs. 2 Ziff. 1 ZGB, vgl. allg. für das Miteigentum Art. 649 Abs. 1 ZGB). Nach dem soeben Gesagten gilt dies insb. auch für die dringlichen baulichen Massnahmen, welche gemäss Art. 712g Abs. 1 i.V.m. Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB ausnahmsweise ohne vorgängige Beschlussfassung von einem einzelnen Stockwerkeigentümer in Auftrag gegeben werden dürfen (E. 5.3.).

21

21

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

5A\_831/2020 (III)

- Ob überhaupt und inwieweit bei eigenmächtigem Handeln eines Stockwerkeigentümers auf das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag oder auf das Institut der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgegriffen werden können soll, wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet. A. hält in diesem Zusammenhang nicht zu Unrecht fest, dass die Anwendung der betreffenden Rechtsfiguren bei nicht reversiblen baulichen Massnahmen zur Folge hätte, dass ein Stockwerkeigentümer gegen den Willen der anderen seine Pläne umsetzen und sich hierfür bezahlt machen könnte. Noch akzentuierter würde sich das Problem stellen, wenn sich ein Handwerker über den ihm erteilten Auftrag hinwegsetzen und eigenmächtig zusätzliche oder luxuriösere bauliche Massnahmen vornehmen und sich in der Folge auf Geschäftsführung ohne Auftrag bzw. auf Art. 423 Abs. 2 OR berufen würde (E. 5.3.).

22

22

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

5A\_831/2020 (IV)

- Zuständig zur Beschlussfassung wie auch zur rechtmässigen Erteilung der Aufträge an die Bauhandwerker ist bei gemeinschaftlichen Teilen nach dem in Erw. 5.2 und 5.3 Gesagten die Gemeinschaft, welche im Bereich der Verwaltungstätigkeit nicht nur allein entscheidungszuständig, sondern auch handlungsfähig und prozessual verselbständigt ist (Art. 712f Abs. 1 und 2 ZGB; vgl. auch BGE 142 III 551 E. 2.2 S. 553; 145 III 121 E. 4.3.5 S. 129 f.). Ein allfälliger Ersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigter Bereicherung wäre deshalb wenn schon gegen die Stockwerkeigentümergeinschaft zu richten, für welche der eigenmächtige Stockwerkeigentümer tätig geworden ist. Soweit die Stockwerkeigentümergeinschaft erfolgreich ins Recht gefasst werden könnte und Kosten übernehmen müsste, hätte sie für deren Verteilung wiederum Beschluss zu fassen (vgl. Art. 712m Abs. 1 Ziff. 4 ZGB). Wie eingangs dieser Erwägung festgehalten, laufen die Beziehungen zwischen den Stockwerkeigentümern und der Gemeinschaft stets über diese und kann nicht ein Stockwerkeigentümer nach Gutdünken direkt gegenüber einem anderen Rückgriffsansprüche erheben (E. 5.4.).

23

23

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

5A\_831/2020 (V)

3. Fazit
- Das BGer hiess die Beschwerde gut und hielt fest, dass die Widerklage abzuweisen ist (E. 6.). Es lag keine Dringlichkeit vor, weshalb B.B. und C.B. die Sanierung ohne vorgängige Beschlussfassung nicht auf Kosten aller Miteigentümer bzw. der Gemeinschaft hätten veranlassen dürfen (E. 5.2.).

24

24

---

---

---

---

---

---

---

---



TR

## 4A\_368/2020

URTEIL DES BUNDESGERICHTS VOM 9. FEBRUAR 2021 (SJZ 10/2021)

## 1. Sachverhalt

- Die A. GmbH (Unternehmerin) schloss mit B.B. und C.B. (Besteller) einen Werkvertrag über Holzbauarbeiten im Zusammenhang mit der Sanierung des Wohnhauses. Auf Gesuch der A. GmbH ordnete das Kreisgericht Toggenburg am 05.09.2011 superprovisorisch die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts an. Diese superprovisorische Anordnung wurde mit Entscheid vom 25.11.2011 bestätigt.
- Am 17. 04.2013 reichte die A. GmbH beim Kreisgericht St. Gallen Klage ein und begehrte die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sowie die Bezahlung des offenen Werklohns nebst Zins. Mit Entscheid vom 06.09.2017 hiess das Kreisgericht St. Gallen die Klage gut.
- Auf Berufung der Besteller hin trat das Kantonsgericht St. Gallen u.a. auf den Antrag der A. GmbH auf Zahlung des offenen Werklohns zuzüglich Zins nicht ein und wies das Grundbuchamt an, das Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen.

25

25

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

## 4A\_368/2020 (II)

## 2. Erwägungen des Bundesgerichtes (E. 2.1. und 2.2.)

- Das KG begründete seinen Nichteintretensentscheid damit, dass die A. GmbH für ihre Klage auf Bezahlung des Werklohns das erforderliche Schlichtungsverfahren nicht durchlaufen habe. Art. 198 lit. h ZPO, der eine Ausnahme vom Grundsatz des Schlichtungserfordernisses von Art. 197 ZPO in jenen Fällen vorsieht, in denen das Gericht Frist für eine Klage gesetzt hat, finde vorliegend lediglich auf das Begehren um definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts Anwendung, nicht jedoch auf das in objektiver Klagenhäufung gestellte Begehren um Verurteilung zur Zahlung des Werklohns. Die Liste der Ausnahmen vom Schlichtungsverfahren nach Art. 198 ZPO sei abschliessend. Die Klagenhäufung zähle nicht dazu. Entgegen den Vorbringen der A. GmbH hätten die Besteller durch die vorbehaltlose Einlassung auf die Klage auch nicht i.S.v. Art. 199 Abs. 1 ZPO auf das Schlichtungsverfahren verzichtet. Zwar könne ein derartiger Verzicht auch konkludent erfolgen, indem sich die beklagte Partei der direkten Klageeinreichung nicht widersetze, doch lasse Art. 221 Abs. 2 lit. d ZPO, demzufolge mit der Klage ggf. die Klagebewilligung oder die allfällige Verzichtserklärung einzureichen sei, für einen konkludenten Verzicht durch blosse Einlassung keinen Raum (E. 2.1.).

26

26

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

## 4A\_368/2020 (III)

- Das BGer folgt der vorinstanzlichen Begründung und bestätigt den deren Entscheid. Ergänzend zur VI hält es zudem fest: Wenngleich eine anderslautende Auslegung von Art. 198 lit. h ZPO einem praktischen Bedürfnis entspräche, lässt der Wortlaut des Gesetzes eine solche nicht zu. Dies hat auch der Gesetzgeber erkannt, weshalb er in der Botschaft vom 26.02.2020 zur Änderung der ZPO vorschlägt, Art. 198 lit. h ZPO dahingehend zu ergänzen, dass das Schlichtungsverfahren nicht bloss dann entfällt, wenn das Gericht Frist für eine Klage gesetzt hat, sondern auch "[...] bei Klagen, die mit einer solchen Klage vereint werden, sofern die Klagen in einem sachlichen Zusammenhang stehen" (BBl 2020 2790). Vorliegend besteht gemäss BGer kein Anlass, dem Gesetzgeber vorzugreifen (E. 2.2.).

27

27

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

4A\_78/2020

URTEIL DES BUNDESGERICHTS VOM 6. AUGUST 2020

1. Sachverhalt

- C. führte im Rahmen des Umbaus des Hauses von A.A. und B.A. die Elektroinstallationen aus, darunter die Deckenbeleuchtung, welche mit Hilfe von Lämpchen den Eindruck eines Sternenhimmels erwecken sollte. Gemäss Schlussrechnung von C., welche A.A. und B.A. beglichen, betragen die Kosten für diese Lichtinstallation CHF 13'024.90 zzgl. MWST. Nach Ansicht von A.A. und B.A. traten im Mai 2012 erste Mängel an der Lichtinstallation auf und kamen in der Folge weitere Mängel hinzu.
- Das BG Hochdorf wies die Klage von A.A. und B.A., mit welcher sie von C. die Bezahlung von CHF 46'695.55 nebst Zins verlangten, ab. Das KG Luzern wies in der Folge die Berufung von A.A. und B.A. ab, mit Begründung (unter Verweis auf die VI), A.A. und B.A. hätten keinen Anspruch auf Nachbesserung, da C. die Nachbesserung (bzw. die Neuerstellung des Werks) aufgrund übermässiger Nachbesserungskosten habe verweigern dürfen.
- Vor BGer ist (ebenfalls) umstritten, ob A.A. und B.A. ein Nachbesserungsrecht zusteht oder ein solches aufgrund übermässiger Nachbesserungskosten gemäss Art. 368 Abs. 2 OR ausgeschlossen ist.

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

28

TR

4A\_78/2020 (II)

2. Erwägungen des Bundesgerichtes (E. 4.8.2. bis 4.8.4.)

- Bei der Beurteilung der Übermässigkeit der Nachbesserungskosten gemäss Art. 368 Abs. 2 OR ist in einer Abwägung von Kosten und Nutzen zu fragen, ob ein Missverhältnis zwischen den voraussichtlichen Nachbesserungskosten und dem Nutzen besteht, den die Mängelbeseitigung dem Besteller bringt. Bei der Abwägung von Kosten und Nutzen können auf Seiten des Bestellers nicht nur wirtschaftliche, sondern auch nichtwirtschaftliche Interessen berücksichtigt werden. Dabei genügt es für den Wegfall des Nachbesserungsrechts, dass der Nutzen des Bestellers die mit der Nachbesserung verbundenen Kosten vernünftigerweise nicht mehr zu rechtfertigen vermag (E. 4.7.).
- Das BGer hielt weiter fest, dass es umstritten ist, ob ein Missverhältnis zwischen den Nachbesserungskosten und dem vereinbarten Werklohn in extremen Fällen berücksichtigt werden darf bzw. in solchen Fällen unabhängig vom Nutzen des Bestellers ein Nachbesserungsrecht entfällt (E. 4.8.2.).

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

29

TR

4A\_78/2020 (III)

- Da der Ausschluss des Nachbesserungsanspruchs bei übermässigen Kosten als Anwendungsfall der Untunlichkeit einer Realerfüllung den Unternehmer vor nach Treu und Glauben unzumutbaren Forderungen schützen soll, genügt es für den Wegfall des Nachbesserungsrechts, dass der Nutzen des Bestellers die mit der Nachbesserung verbundenen Kosten vernünftigerweise nicht mehr zu rechtfertigen vermag. Referenzpunkt für das Übermass der Kosten ist somit das Interesse des Bestellers an der Nachbesserung. Vor diesem Hintergrund geht es - wie A.A. und B.A. zu Recht geltend machen - nicht an, einen Nachbesserungsanspruch allein gestützt auf das Verhältnis zwischen den Nachbesserungskosten und dem Werklohn entfallen zu lassen, ohne dass der Nutzen des Bestellers an der Nachbesserung überhaupt in die Beurteilung miteinbezogen wird. Die VI hätte somit den Nutzen von A.A. und B.A. an der Nachbesserung in ihre Beurteilung miteinbeziehen müssen (E. 4.8.3.).

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

30

TR

4A\_78/2020 (IV)

- Das BGer beanstandet den vorinstanzlichen Entscheid aber im Ergebnis dennoch nicht. Denn vorliegend, wo die Kosten der Nachbesserung das Dreifache des Werklohns ausmachen, besteht ein Indiz übermässiger Nachbesserungskosten. Der Unternehmer, der die Nachbesserung des mangelhaften Werkes unter Berufung auf übermässige Kosten verweigert, hat die Sachumstände nachzuweisen, aus denen er ableiten will, dass die Nachbesserungskosten übermässig sind. Dass die geltend gemachten Nachbesserungskosten CHF 46'695.55 betragen, war vorliegend unbestritten und C. hat auch den Nutzen von A.A. und B.A. an einer Nachbesserung in diesem Umfang in Frage gestellt. Damit hätten A.A. und B.A. ihren Nutzen an der beantragten Nachbesserung substantiiert darlegen müssen, was sie nicht getan haben (E. 4.8.4).

31

31

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

4A\_78/2020 (V)

3. Fazit
- Das BGer wies die Beschwerde ab (E. 5.). Bei Nachbesserungskosten, die das Dreifache des Werklohns ausmachen, besteht ein Indiz übermässiger Nachbesserungskosten. A.A. und B.A. hatten ihren Nutzen an der beantragten Nachbesserung im Wert von CHF 46'695.55 nicht substantiiert dargelegt, obwohl C. diesen Nutzen in Frage gestellt hatte (E. 4.8.4).

32

32

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

4A\_446/2020  
URTEIL DES BUNDESGERICHTS VOM 8. MÄRZ 2021

1. Sachverhalt
- A. erbrachte für B. im Hinblick auf eine (allfällige) Sanierung eines Hotels für B. Architekturleistungen. Er verfasste ein Baugesuch. Er machte hierfür ein Honorar von CHF 75'651.00 geltend.
  - B. bezahlte das Honorar nicht, weshalb A. beim Kreisgericht Toggenburg Klage einreichte. Dieses wies die Klage ab. Auch die dagegen beim Kantonsgericht St. Gallen eingereichte Berufung wurde abgewiesen. Das KG St. Gallen begründete dies zusammengefasst damit, dass die von A. behauptete Anerkennung seiner Rechnung nicht nachgewiesen und seine Behauptungen zu den erbrachten Arbeiten nicht hinreichend substantiiert seien, um die Entschädigung nach Aufwand i.S.v. Art. 374 OR gerichtlich festzusetzen.

33

33

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

## 4A\_446/2020 (II)

## 2. Erwägungen des Bundesgerichtes (E. 6.1., 6.3., 6.4. und 7.)

- Vorliegend gingen die Gerichte unbestrittenermassen von einem Werkvertrag aus.
- Ist der Preis (für ein Werk) zum voraus entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt worden, so wird er nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt (Art. 374 OR). Damit hat der Richter bei Fehlen einer Honorarvereinbarung die Entschädigung nach allg. Prinzipien so festzulegen, dass sie den erbrachten Leistungen entspricht und unter Berücksichtigung der Umstände objektiv verhältnismässig ist. Die zur Erbringung der vereinbarten Leistung erforderlichen Personal- und Sach- und General- oder Gemeinkosten bilden dabei die Hauptkriterien für die Bewertung der Arbeit (E. 6.).

34

34

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

## 4A\_446/2020 (III)

- Der Werklohn bestimmt sich nicht nach dem tatsächlichen Aufwand, sondern nach der Arbeit, dem Stoff und dergleichen, die bei sorgfältigem Vorgehen des Unternehmers zur Ausführung des Werkes genügt hätten. Grundlage einer Entschädigung nach Aufwand bildet der bei sorgfältigem Vorgehen objektiv notwendige Aufwand. Der geltend gemachte Aufwand muss daher so dargelegt werden, dass dessen Notwendigkeit und Angemessenheit überprüft werden kann. Dies setzt nachvollziehbare Angaben zu den erbrachten Arbeiten und die dafür aufgewendeten Arbeitsstunden voraus. Ungenügend sind namentlich blosse tabellenförmige Zusammenstellungen darüber, an welchem Datum welche Mitarbeiter wie viele Stunden eingesetzt worden sind. Notwendig sind vielmehr hinlängliche Angaben zu den erbrachten Arbeiten. Fehlen diese ganz oder beschränken sich auf Stichworte bzw. vage und unverständliche Beschreibungen, genügen sie den Substanziierungsanforderungen nicht (E. 6.1.).

35

35

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

## 4A\_446/2020 (IV)

- Die Vi hielt fest, A. führe zwar aus, wer, wann, wieviele Stunden gearbeitet habe, zeige jedoch mehrheitlich nicht auf, welche Arbeiten jeweils erbracht worden seien. Pauschale Umschreibungen wie "Vorprojektphase, Zusatzleistungen", "Studium von Lösungsmöglichkeiten", "Projektphase" oder "Ausführungsphase" genügten nicht; denn damit sei es nicht möglich, zu überprüfen, ob die über einen Zeitraum von rund drei Jahren (mutmasslich) aufgewendeten 928,5 Arbeitsstunden bei sorgfältigem Vorgehen objektiv notwendig gewesen seien, um zu den von A. präsentierten Arbeitsergebnissen (insb. Pläne Ist-Zustand, Baugesuch, Baupläne, Brandschutzbeschrieb und -pläne) zu kommen und letztlich die angestrebte Baubewilligung zu erlangen (E. 6.3.).

36

36

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

Tr

## 4A\_446/2020 (V)

- A. stellt eine ungenügende Substanziierung in Abrede. Er listete dem BGer mit Aktenhinweisen auf, was er im kantonalen Verfahren alles vorgebracht haben will, und behauptete, damit habe er seinen Anspruch hinreichend substantiiert. A. zeigte in der Beschwerde nicht rechtsgenügend auf, wie anhand der gemachten Angaben überprüft werden kann, ob die (mutmasslich) aufgewendeten 928,5 Arbeitsstunden bei sorgfältigem Vorgehen objektiv notwendig waren, um zu den präsentierten Arbeitsergebnissen zu kommen und letztlich die angestrebte Baubewilligung zu erlangen. Es ist nicht Sache des Bundesgerichts, den Aktenhinweisen des Beschwerdeführers nachzugehen, sich gestützt darauf und seine weiteren Ausführungen ein Gesamtbild über seine Vorbringen im kantonalen Verfahren zu verschaffen, um dann wie ein erstinstanzliches Gericht zu entscheiden, ob die Substanziierung als genügend anzusehen ist (E. 6.4.).
- Aber selbst wenn man die Vorbringen von A. als hinreichend substantiiert ansehen wollte, würde ihm dies mangels Nachweises des geltend gemachten Aufwands nichts nützen. Die VI bemängelt in diesem Zusammenhang zu Recht, dass der anwaltlich vertretene A. im erstinstanzlichen Verfahren keinen Antrag auf Einholung eines Gutachtens gestellt hat (E. 7.).

37

37

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

Tr

## 4A\_446/2020 (VI)

3. Fazit

- Ist der Werklohn nicht zum Vornherein vereinbart, muss der Unternehmer seinen geltend gemachten Aufwand im Einzelnen darlegen (und belegen) können. Ungenügend sind namentlich bloss tabellenförmige Zusammenstellungen darüber, an welchem Datum welche Mitarbeiter wie viele Stunden eingesetzt worden sind. Notwendig sind vielmehr hinlängliche Angaben zu den erbrachten Arbeiten. Fehlen diese ganz oder beschränken sich auf Stichworte bzw. vage und unverständliche Beschreibungen, genügen sie den Substanziierungsanforderungen nicht (E. 6.1.).

38

38

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

Tr

## 5A\_395/2020

## URTEIL DES BUNDESGERICHTS VOM 16. MÄRZ 2021

1. Sachverhalt

- Die A. AG beantragte beim HGer Zürich die provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Das HGer Zürich wies das Gesuch ab mit der Begründung, die A. AG habe keine schlüssigen Behauptungen zum Zeitpunkt der Arbeitsvollendung aufgestellt. Dadurch sei die Einhaltung der viermonatigen Eintragsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB nicht prüfbar und die Einhaltung nicht glaubhaft gemacht (E. 3.).

2. Erwägungen des Bundesgerichtes (E. 5.2.)

- Das Urteil des HGer verstösst bei der Würdigung der Parteibehauptungen und der eingereichten Beweismittel gegen das Willkürverbot. Zugleich verkennt das HGer in unhaltbarer Weise den Begriff der Glaubhaftmachung im Rahmen der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts, wie er sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt (E. 5.2.).

39

39

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

**TR**

5A\_395/2020 (II)

- Wenn das HGer der A. AG zunächst vorwirft, diese "Nacharbeiten" nicht näher beschrieben zu haben, so übergeht es bei der Würdigung den von ihm selber bei den "Vorbringen der Geschstellerin" wiedergegebenen Satz aus dem Gesuch der A. AG, wonach die Nacharbeiten am 18. November 2019 gemäss visiertem Arbeitsrapport Nr. 1683810 ausgeführt worden seien (mit Hinweis auf Beilage 5 zum Gesuch [act. 2/5 der kantonalen Akten]). Die A. AG hat damit für die Beschreibung der Nacharbeiten klar auf den Arbeitsrapport und damit mittelbar auf dessen Inhalt hingewiesen. Sodann bemisst das HGer dem Ausdruck "Nacharbeiten" in einseitiger Weise übermässiges Gewicht bei. Es würdigt mit keinem Wort den ebenfalls von ihm in E. 3 seines Urteils wiedergegebenen Satz der A. AG, dass mit diesem Datum (d.h. dem 18. November 2019) die Arbeiten definitiv übergeben und abgeschlossen worden seien. Statt den von der A. AG verwendeten Begriff der "Nacharbeiten" im konkreten Kontext - d.h. anhand des Gesuchs und der dazugehörigen Beilagen - und damit nach Treu und Glauben auszulegen, stellt das HGer einen abstrakten Erfahrungssatz über eine angeblich übliche Wortverwendung auf, wonach Nacharbeiten keine Vollendungsarbeiten, sondern geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen seien (E. 5.2.).

40

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

40

**TR**

5A\_395/2020 (III)

- Damit verkennt das HGer, dass es anhand der gesamten Eingabe, inkl. Beilagen, den Sinn der Behauptungen der A. AG zu ermitteln hat, wobei ein angeblich allg. üblicher Sprachgebrauch nur ein Element bei der Auslegung sein kann. Dem vom HGer zwar wiedergegebenen, aber inhaltlich ausser Acht gelassenen weiteren Wortlaut des Gesuchs, wonach mit diesem Datum die Arbeiten definitiv übergeben und abgeschlossen worden seien, kann entnommen werden, dass die A. AG die Übergabe und den Abschluss der Arbeiten mit den Nacharbeiten gleichsetzt, mit anderen Worten die Vollendung der Arbeiten am 18. November 2019 behauptet hat. Inwiefern die Behauptung der Vollendung an diesem Datum nicht schlüssig sein soll - wie das HGer annimmt - erschliesst sich nicht. Sodann übergeht das HGer in diesem Zusammenhang den Arbeitsrapport, auf den die A. AG in ihrem Gesuch ausdrücklich hingewiesen und den sie ihrem Gesuch beigelegt hat. Soweit das HGer davon ausgeht, auf dessen Inhalt könne mangels diesbezüglicher Behauptungen nicht abgestellt werden, verfällt es in überspitzten Formalismus hinsichtlich der Behauptungs- und Substantiierungsanforderungen. In einem einfachen und dringenden Summarverfahren wie dem vorliegenden muss es - insb. für einen Laien - genügen, im Gesuch deutlich auf die Beilage in demjenigen Zusammenhang hinzuweisen, auf den sie sich beziehen soll, ohne dass deren Inhalt noch umfassend im Gesuch wiedergegeben werden müsste (vgl. Art. 252 ZPO; E. 5.2.).

41

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

41

**TR**

4A\_258/2020  
URTEIL DES BUNDESGERICHTS VOM 11. NOVEMBER 2020

1. Sachverhalt
  - A.A. und B.A. (Bauherren) schlossen mit der C. AG (Architektin) einen Vertrag für Architekturleistungen. Darin wurde der C. AG u.a. die Bauleitung für den teilweisen Neubau des Mehrfamilienhauses von A.A. und B.A. übertragen.
  - Während der Bauarbeiten brach ein mit den Abbrucharbeiten beauftragtes Bauunternehmen entgegen der Baubewilligung die Grundmauern des früheren Gebäudes ab.
  - A.A. und B.A. gerieten mit der C. AG in einen Streit über die Vergütung der Architekturleistungen. Die C. AG forderte von A.A. und B.A. nach Abzug der Vorauszahlungen ein Resthonorar von rund CHF 140'000.00. A.A. und B.A. sahen in der C. AG die Verantwortliche für den Abbruch der Grundmauern und damit für die Pflicht der Baubewilligungsbehörde, das Gebäude von der Strasse zurückzusetzen und die Planung des Projekts abzuändern. Die C. AG habe daher nicht nur kein Honorar mehr zugute, sondern sollte darüber hinaus Schadenersatz leisten für die zusätzlichen Kosten der verlängerten Bauphase und für die im Vergleich zum geplanten Projekt verkleinerte Gebäudefläche. Insgesamt forderten A.A. und B.A. von der C. AG einen Betrag von knapp CHF 300'000.00.
  - Vor BGer umstritten ist, ob die C. AG den Vertrag über Architekturleistungen verletzt hat und A.A. und B.A. daraus ein Schaden entstanden ist, auf dessen Ersatz sie Anspruch haben.

42

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

42

**TR**

4A\_258/2020 (II)

2. Erwägungen des Bundesgerichtes (E. 3.2.2., 3.2.4., 3.4.2. und 3.4.3.)

- Die Vi erwog zusammengefasst, dass aufgrund der objektiven Umstände von der C. AG zu fordern gewesen wäre, gegen den (vorzeitigen) Abbruch zu intervenieren, um vorgängig A.A. und B.A. über die Sachlage zu informieren und mit ihnen allfällige Entscheidungsgrundlagen zu erarbeiten. Angesichts dieser Ausgangslage könne der C. AG ohne Weiteres vorgeworfen werden, sie habe im Rahmen ihrer Bauleitungstätigkeit die von ihr gebotene Sorgfalt nicht walten lassen und damit eine Vertragsverletzung durch Unterlassung begangen (Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR; E. 3.2.2.).
- Da die C. AG eine Vertragsverletzung durch Unterlassen begangen habe, stelle sich die Frage, ob ein hypothetischer Kausalzusammenhang zwischen dieser und dem Schaden bestehe. Die Beweislast für den Kausalzusammenhang liege beim Geschädigten, weshalb es grundsätzlich seine Aufgabe sei, den hypothetischen Kausalzusammenhang zu behaupten und im Sinne einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachzuweisen. Umgekehrt stehe dem potenziell Haftpflichtigen der Einwand offen, dass der Schaden auch eingetreten wäre, wenn er sich vertragsgemäss verhalten hätte (sog. Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens). Da es sowohl aus Sicht des Geschädigten als auch des potenziell Haftpflichtigen um den vom Geschädigten zu erbringenden Nachweis eines hypothetischen Kausalverlaufs geht, komme es letztlich darauf an, welchen Kausalverlauf das Gericht für überwiegend wahrscheinlich halte (E. 3.2.4.).
- Im Ergebnis hielt die Vi den von A.A. und B.A. geltend gemachten Schadenersatzanspruch mangels Kausalitätsnachweises für nicht erstellt, weshalb sie deren Widerklage ab- und die Klage der C. AG auf Zahlung des Architektenhonorars gutliess (E. 3.2.4.).

43

43

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

**TR**

4A\_258/2020 (III)

- Gemäss BGer bestimmt sich bei einer Unterlassung der Kausalzusammenhang danach, ob der Schaden auch bei Vornahme der unterlassenen Handlung eingetreten wäre. Es geht um einen hypothetischen Kausalverlauf, für den nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit sprechen muss. Grundsätzlich unterscheidet die Rechtsprechung auch bei Unterlassungen zwischen natürlichem und adäquatem Kausalzusammenhang. Während bei Handlungen die wertenden Gesichtspunkte erst bei der Beurteilung der Adäquanz zum Tragen kommen, spielen diese Gesichtspunkte bei Unterlassungen in der Regel schon bei der Feststellung des hypothetischen Kausalverlaufs eine Rolle. Es ist daher bei Unterlassungen in der Regel nicht sinnvoll, den festgestellten oder angenommenen hypothetischen Geschehensablauf auch noch auf seine Adäquanz zu prüfen (E. 3.4.2.).
- Da bei einer Unterlassung die Prüfung der natürlichen Kausalität die Beantwortung derselben Frage voraussetzt wie der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens, nämlich jener, ob der Eintritt des Schadens verhindert worden wäre, wenn sich der potenzielle Schädiger rechtskonform verhalten hätte, gehen beide in demselben Prüfschritt auf (E. 3.4.3.).

44

44

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

**TR**

4A\_258/2020 (IV)

3. Fazit

- Das BGer wies die Beschwerde ab (E. 4.). Die der Architektin von der Bauherrschaft vorgeworfenen Unterlassungen in Bezug auf die Bauleitungen waren nicht überwiegend wahrscheinlich für den durch den Baustopp sowie die Projektänderung resultierenden Schaden, weshalb es an der hypothetischen Kausalität mangelte. Insb. gab der Zeuge D. zu Protokoll, dass die Mauersteine derart locker gewesen seien, dass man die Steine von Hand habe herausnehmen können und auch der Mörtel sei praktisch völlig verwittert gewesen. Die Vi durfte deshalb davon ausgehen, dass die Mauer ohnehin hätte abgebrochen werden müssen (E. 3.4.4.).

45

45

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---





TR

## 4A\_307/2020 (IV)

- Die Vi kam sodann zum Schluss, bei den vertraglich vereinbarten Teilzahlungen habe es sich um Akonto- und nicht um Teilzahlungen gehandelt. Die Fälligkeit einer Akontozahlung sei nicht vom Nachweis abhängig gewesen, dass bestimmte Leistungen als Gegenleistung für die entsprechende Akontozahlung erbracht worden seien (E. 4.2.3.). Da die A. AG keine Ausführungen dazu mache, welche einzelnen vertraglichen Leistungen konkret zu welchem Wert die C. AG bzw. deren Subunternehmer bis zur fristlosen Kündigung des Werkvertrags erbracht hätten, mangle es an einer schlüssigen Darstellung des Sachverhalts. Ein Teilvergütungsanspruch aus Werkvertragsleistungen scheide schon deshalb aus (E. 4.2.4.).
- Die A. AG macht geltend, die Vi habe die Vereinbarung von Teilzahlungen zu Unrecht verneint (E. 7.4.). Das BGR hatte somit zu prüfen, ob die Vi zu Recht davon ausgehen durfte, die Parteien hätten Akontozahlungen vereinbart (E. 7.4.1.).
- Unter Akontozahlungen werden im Allg. vorläufige Zahlungen verstanden, welche unter Vorbehalt einer definitiven Abrechnung geleistet werden, wobei die Differenz zwischen den geleisteten Akontozahlungen und dem durch die Abrechnung festgestellten effektiven vertraglichen Anspruch von der einen oder anderen Partei auszugleichen ist. Teilzahlungen hingegen erfolgen nicht vorläufig in Anrechnung auf den gesamten Vergütungsanspruch, sondern sind eine definitive Abgeltung für bestimmte Teilleistungen (E. 7.4.1.).

49

49

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

## 4A\_307/2020 (V)

- Die Vi erwog, die Vertragsparteien würden die Zahlungen im Werkvertrag und im Zahlungsplan meistens als Akontozahlungen bezeichnen. Nur Ziff. 2.7 spreche von "Teil- bzw. Akontozahlungen", ohne Präzisierung, was darunter zu verstehen sei. Aufgrund des Wortlautes sei davon auszugehen, dass die Zahlungen Akontozahlungen darstellen sollten. Auch der Umstand, dass mit den Zahlungen "maximal 90% der effektiv erbrachten Leistungen" habe abgegolten werden sollen, spreche für die Vereinbarung von Akontozahlungen. Aus der Klausel und dem Zahlungsplan ergebe sich lediglich eine Verknüpfung von Zahlungen und Baufortschritt, nicht aber, dass es sich bei den einzelnen Meilensteinen um einzelne Teilwerke handeln sollte, für die eine Teilpauschale vereinbart worden wäre. Zusammenfassend sei davon auszugehen, dass Akontozahlungen vereinbart worden seien. (E. 7.4.2.).

50

50

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

## 4A\_307/2020 (VI)

- Das BGR kam zum Schluss, dass die vorinstanzliche Auslegung, wonach es sich nicht um Teilzahlungen handle, kein Bundesrecht verletze. Die Vi erwog zu Recht, aus dem Zahlungsplan ergebe sich zwar eine Verknüpfung von Zahlungen und Baufortschritt, nicht aber, dass es sich bei den einzelnen Meilensteinen um einzelne Teilwerke handle, für die eine Teilpauschale vereinbart worden wäre. Wie B. zu Recht geltend macht, kann eine Teilzahlung nur dann vorliegen, wenn klar ist, dass die entsprechende Zahlung effektiv dem Wert des bisher Geleisteten entspricht. Weiter zeigt die A. AG auch nicht hinreichend auf, dass die Vertragsparteien die Meilensteine im Zahlungsplan "für ihre Zwecke im gesamten Kontext genügend umschrieben" hätten, wenn sie pauschal auf Baubeschriebe und ein Bauprogramm verweist, das Bestandteil des Werkvertrags gebildet habe. (E. 7.4.3.).

51

51

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

4A\_307/2020 (VII)

- Akontozahlungen sind nach gebräuchlicher Redewendung Vorauszahlungen, wenn der Besteller sie vor Erbringung einer entsprechenden Gegenleistung des Unternehmers zu erbringen hat, so dass im Umfang des jeweils fälligen Betrages die gesetzliche Vorleistungspflicht des Unternehmers entfällt. Abschlagszahlungen hingegen fallen nach Massgabe bereits erbrachter Leistungen des Unternehmers an (E. 7.5.1.).
- Die Vi hat die Frage, ob Abschlagszahlungen vereinbart wurden, letztlich offengelassen. Da sie der Ansicht war, selbst wenn Abschlagszahlungen vorlägen, würde dies der A. AG nur weiterhelfen, wenn entweder Abschlagszahlungen für vertraglich definierte und erbrachte Leistungen oder Abschlagszahlungen für Leistungen, deren Erbringen vor Zahlung mittels definitiver Ausmasse nachzuweisen sei, vorlägen, was vorliegend nicht der Fall sei (E. 7.5.2.).

52

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

4A\_307/2020 (VIII)

- Die Vi erwog, Ziff. 2.7 des Werkvertrags halte fest, dass die Zahlbarkeit der Akontozahlung unter dem Vorbehalt des Nachweises der Erbringung der "Leistungen im vollem Umfang" stehe. Ungeachtet dessen seien im Werkvertrag den einzelnen Akontozahlungen keine Einzelleistungen zugeordnet. Nur bei Bestimmung der Einzelleistungen pro Meilenstein-Etappe könne überprüft werden, ob die C. AG bei Erreichen des Meilensteins ihre Leistungen im vollen Umfang erbracht habe, bzw. ob mittels der Akontozahlungen maximal 90 % der von der C. AG effektiv erbrachten Leistungen abgegolten sein würden. Der Umstand, dass die Vertragsparteien den Akontozahlungen bzw. den Meilenstein-Etappen keine definierten Einzelleistungen zugeordnet hätten, deute angesichts der Geschäftserfahrung der Parteien darauf hin, dass sie im Voraus gar nicht genau hätten vereinbaren wollen, welche einzelnen Leistungen die C. AG vor Fälligkeit der jeweiligen Akontozahlung hätte erbringen sollen. Ein Rückschluss von Akontozahlungen auf den Wert des Teilwerks aufgrund vertraglich definierter Leistungen scheidet damit aus (E. 7.5.2.1.).

53

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

4A\_307/2020 (IX)

- Das BGR schützte die vorinstanzliche Beurteilung und hielt fest, dass es kein Bundesrecht verletzt, wenn die Vi davon ausgeht, es seien weder im Werkvertrag noch im Zahlungsplan die für die jeweilige Zahlung zu erbringende Gegenleistung vertraglich hinreichend definiert worden. Der Zahlungsplan enthält über weite Strecken bloss pauschale Ereignisse bzw. grobe Etappenziele. Den einzelnen Akontozahlungen sind - entgegen der Beschwerdeführerin - keine konkreten Einzelleistungen dergestalt zugeordnet, dass von den einzelnen Zahlungen auf den Wert bzw. Preis des teilausgeführten Werks geschlossen werden könnte. Auch die vorinstanzliche Feststellung, wonach im Zahlungsplan insgesamt keine Vereinbarung der Vertragsparteien erkannt werden könne, wonach dieser zur Wertbestimmung des sich in Ausführung befindlichen Werks dienen bzw. herangezogen werden solle, verletzt kein Bundesrecht (E. 7.5.3.).

54

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

TR

## 4A\_307/2020 (X)

- Schliesslich hält das BGer fest: Soweit die A. AG rügt, es hätte (alternativ) eine Schätzung des Werts des Teilwerks nach Art. 42 Abs. 2 OR erfolgen müssen, übersieht sie, dass jedenfalls auch die (analoge) Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR voraussetzen würde, dass - soweit möglich und zumutbar - alle Umstände behauptet werden, die Indizien für den Bestand eines Schadens (bzw. vorliegend einer Forderung) darstellen und die Schätzung des Umfangs des Schadens (bzw. vorliegend der Forderung) erlauben. Auch bei Prüfung einer ausservertraglichen Grundlage wäre die A. AG schliesslich nicht davon dispensiert, ihren Anspruch hinreichend zu substantizieren, womit offenbleiben kann, ob sie sich vor der Vorinstanz überhaupt auf ausservertragliche Grundlagen oder auf die analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR berufen hat (E. 7.6.2.)

---

---

---

---

---

---

---

---