

# Neuheiten Bau- und Immobilienrecht

**KGG**



Stefan TÖNZ, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht

**BORGHI ADLER TÖNZ AG, Zürich**

Marcel EGGLER, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht,

**KGG Avocats et Notaires, Neuchâtel**

## 4A\_59/2021 (Mäklervertrag)

Kommentar MEg in Newsletter Immodroit.ch August 2022

- **Thema:** *Rechenschaftspflicht und Sorgfaltspflicht des Mäklers*
- Sachverhalt:
  - 2 Mäklerverträge zum Verkauf einer Liegenschaft, zweiter Vertrag aus unbekanntem Grund wegen arglistiger Täuschung nichtig;
  - Rechenschafts- und Zahlungsklage wegen Sorgfaltspflichtverletzung und angeblicher Ungültigkeit des ersten Vertrages
- Übersicht über aktuellen Stand der Rechtsprechung;
- Sorgfaltspflicht wird durch Auslegung des Vertrages analysiert
  - Keine Pflicht mit den höchsten oder wirtschaftlich besten Angebot zu vermitteln, sondern nur den vertraglich abgemachten Preis (3.2.3);
- Keine Rechenschaftspflicht/Editionsbegehren ohne substantiierte Darstellung der Anspruchsgrundlage und des Zusammenhangs zwischen Anspruch und Sorgfaltspflichtverletzung;
- Antrag materiellrechtlicher oder prozessualer Natur? 5A\_6/2021, E. 3

## BGE 4A\_230/2021 vom 07. März 2022

Franz Werro; «La responsabilité de l'employeur sur un chantier dangereux»; BR/DC 2022 146

- **Thema:** *Verantwortung des Arbeitgebers; Verhältnis zwischen Zivil- und Strafrecht, Hilfsperson, Sorgfaltspflicht; Art. 55 OR*
- Unterbodenleger legt Isolation über eine Öffnung im Boden, ca. 1m breit; Heizungsmonteur fällt ca. 5 Meter runter. SUVA schliesst auf Koordinations- und Organisationsfehler beim Unterbodenleger, der jedoch strafrechtlich freigesprochen wird.
- Heizungsmonteur klagt auf Genugtuung von 100'000.- gegen den Arbeitgeber (Unterbodenleger) und erhält 50'000.-. BGer weist Beschwerde ab:
  - Zivilrichter nicht durch Strafrichter gebunden;
  - Art. 55 OR - verschuldensunabhängige Kausalhaftung des Geschäftsherr ist gegeben weil Arbeiter den Monteur nicht auf das Loch aufmerksam gemacht hatte oder Hilfe beansprucht für die Überwachung der Bodenöffnung.
  - Kein Entlastungsbeweis nach art. 55 OR weil der Arbeitgeber der gefährlichen Lage zu wenig berücksichtigt hat; ratio legis von Art. 55 OR;
- Verantwortung des Arbeitgebers ist gegeben;

## **BGE 4A\_87/2021 vom 31 August 2021**

➤ Thema: *Vertraglich vorbehaltene Form - Vorbehaltlose Annahme der Zusätzlichen Arbeiten.*

➤ Sachverhalt:

- Architekt befiehlt Arbeiten am eigenen Haus; 3 Verträge für Malerarbeiten mit vorbehaltener Form für Zusatzarbeit, Maler klagt.

➤ Bestreitungslast des Bauherrn:

- Bauherr muss detailliert darstellen welche Arbeiten bestreitet werden;

➤ **Vorbehaltlose Annahme der Zusatzarbeiten** ist Verzicht auf Form;

*«La cour cantonale en a conclu qu'au regard du principe de la bonne foi, et si tant est qu'aucun accord oral ou écrit (signature des bons de régie) n'avait été conclu, le défendeur avait tacitement accepté ces travaux supplémentaires; s'il en avait été autrement, il s'y serait immédiatement opposé».*

VS.

*Stillschweigen nach Empfang eines Kontoauszugs oder einer Rechnung stellt kein Akzept gemäss Art. 6 OR dar. Insbesondere kann die Nichtbestreitung einer detaillierten Rechnung eines Unternehmers während einiger Monate nicht als stillschweigende Annahme dieser Rechnung betrachtet werden. (BGE 112 II 500; 4A\_231/2010 E. 2.4.1)*

➤ Wenn Grundvertrag Einheitspreise vorsieht (fester Werklohn), kann der Handwerker jedoch Regiepreise einfordern wenn der Bauherr die Regierapporte unterschreibt oder es unterlässt, die Regierapporte sofort zu bestreiten;

- Wert der Arbeit (374 OR), Beweislast für denjenigen der Fixpreis behauptet;
  - 374 OR : BGE 113 II 513 E. 3b ; 4A\_433/2017 E. 3.1.2 oder
  - Beweislast Fixpreis 373 OR: BG 4A\_458/2016 E. 6.1 ; 4C.209/2005 E. 4.1



## **BGer 4A\_78/2020 vom 6. August 2020**

- Worum es geht: Übermässigkeit der Kosten der Nachbesserung
  
- Sachverhalt:
  - Beklagter installierte im Auftrag der Kläger eine Deckenbeleuchtung in Form eines Sternenhimmels
  - Kosten gemäss Schlussrechnung: Fr. 13'024.90 zzgl. MWST
  - Mängel treten auf, Beklagter verweigert Nachbesserung
  - Kläger klagen auf Ersatz der Nachbesserungskosten in Höhe von Fr. 46'695.55 zzgl. Zins gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR (Nichterfüllungsschaden). Kantonale Instanzen weisen Klage ab.



## **BGer 4A\_78/2020 vom 6. August 2020**

- Erwägungen des Bundesgerichts:
  
- E. 4.2: Nachbesserungsrecht setzt voraus, dass Nachbesserung keine übermässigen Kosten verursacht (Art. 368 Abs. 2 OR)
  
- E. 4.7: Übermässigkeit: Abwägung Kosten versus Nutzen
  
- E. 4.8: Darf in Extremfällen auf das Verhältnis der Nachbesserungskosten («NK») zum ursprünglichen Werklohn abgestellt werden?



## BGer 4A\_78/2020 vom 6. August 2020

- E. 4.8.3: Nein, entscheidend ist der Nutzen des Bestellers. Allerdings kann das (Miss-)Verhältnis von NK zu Werklohn ein **Indiz** für die Übermässigkeit sein, insbes., wenn NK Werklohn um ein Vielfaches übersteigen.
- E. 4.8.4: Höhe der NK indizieren vorliegend Übermässigkeit.
- E. 4.8.4: Kläger hätten ihren Nutzen substantiiert darlegen müssen.
- In Ermangelung einer solchen Substantiierung ist von einer Übermässigkeit auszugehen.
- Beschwerde wurde demnach abgewiesen.



## **BGer 5A\_692/2021 vom 25. April 2022**

- Worum es geht: Räumliche Ausdehnung einer Bauverbotsdienstbarkeit
- Sachverhalt:
  - Auf benachbarten Grundstücken wurde 1981 ein gegenseitiges Bauverbot errichtet. Vermerk im GB: «Bauverbot zulasten Grundstück Nr. www».
  - Heutiger Eigentümer eines der Grundstücke möchte im Bereich des Bauverbotes eine TG erstellen. Baubewilligung wurde erteilt und wurde erfolglos angefochten.
  - Heutige Nachbarn klagen zivilrechtlich auf Verbot des Bauvorhabens. Kt. Instanzen weisen Klage ab.



## **BGer 5A\_692/2021 vom 25. April 2022**

- Erwägungen des Bundesgerichts:
  
- E. 3.1: Stufenordnung für Ermittlung Inhalt und Umfang einer DB (Art. 738 ZGB): (i) Grundbucheintrag; nur wenn dieser unklar, dann im Rahmen des Eintrags der (ii) Erwerbsgrund; nur wenn auch dieser unklar, dann im Rahmen des Eintrags die (iii) Art der Ausübung während längerer Zeit und in gutem Glauben.
  
- E. 3.1: Stufenordnung gilt auch für Zweck der DB.



## **BGer 5A\_692/2021 vom 25. April 2022**

- E. 3.2: Auslegung Erwerbsgrund: Unter Dritten gilt der Zweck, der aus Erwerbsgrund hervorgeht oder obj. erkennbar ist. Massgeblich ist der Zeitpunkt der Errichtung. Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks werden miteinbezogen.
- E. 4.3: Bauverbots-DB gilt nicht absolut, sondern es sind ihr gewisse räumliche Einschränkungen inhärent. Vorliegend ergeben sich diese Einschränkungen aber nicht aus dem Eintrag. Deshalb muss Erwerbsgrund geprüft werden.
- E. 5: DB-Vertrag verbietet (flächenmässig begrenzt) «Hochbauten», allerdings ohne Konkretisierung.

## **BGer 5A\_692/2021 vom 25. April 2022**

- E. 5.3.1: Auslegung «Hochbauten» gemäss lokalem Sprachgebrauch und Duden: Bauten, deren Hauptteile über dem Erdboden liegen.
- E. 5.3.4: Zweck lag im Erhalt der Belichtung, Besonnung und Aussicht auf beiden Grundstücken. Dieser Zweck wurde mit der geplanten TG nicht beeinträchtigt.
- Die Beschwerde wurde demnach abgewiesen.



## **BGer 4A\_307/2020 vom 13. Januar 2021**

- Worum es geht: Akontozahlungen versus Teilzahlungen
- Sachverhalt:
  - Beklagte bestellte bei einem TU eine Wohnüberbauung.
  - Pauschalpreisvertrag. Zahlungsplan gemäss Baufortschritt.
  - TU geriet in Konkurs und stellte die Arbeiten definitiv ein.
  - Beklagte zog Erfüllungsgarantie und beauftrage anderen TU mit Fertigstellung.
  - Garantin klagte als Abtretungsgläubigerin auf zusätzliche Bezahlung, da die geleisteten Akontozahlungen den Wert des Teilwerks nicht abdecken würden.
  - HGer ZH weist Klage ab, da Klägerin den Wert des Teilwerks nicht substantiiert darlegen konnte. Eine Rückrechnung anhand der geleisteten Zahlungen auf den Wert des Werks verbiete sich.

## **BGer 4A\_307/2020 vom 13. Januar 2021 – Erwägungen**

- E. 7.4.1: «Unter **Akontozahlungen** werden im Allgemeinen 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 Seite auszugleichen ist. **Teilzahlungen** hingegen erfolgen nicht vorläufig in Anrechnung auf den gesamten Vergütungsanspruch, sondern sind eine definitive Abgeltung für bestimmte Teilleistungen (...).»
- E. 7.4.3: Vertragsauslegung ergibt Vereinbarung von Akontozahlungen.
- E. 7.5.3: Milestones im Zahlungsplan waren summarisch formuliert, d.h. keine detaillierte Zuordnung einzelner Leistungen.

## **BGer 4A\_307/2020 vom 13. Januar 2021 – Erwägungen**

- E. 7.5.3: Erreichen der Milestones war lediglich mit Fotos zu erbringen. Damit können die Parteien keinen verbindlichen Rückschluss vom Betrag der Akontozahlungen auf den Wert des Teilwerkes gemeint haben.
- E. 7.6: Parteien hatten auch nicht vereinbart, dass die Zahlungen gemäss Zahlungsplan *vermutungsweise* dem Wert der Leistungen entsprachen.
- Damit blieb der Wert des geleisteten Teilwerkes unbewiesen.
- Die Beschwerde wurde demnach abgewiesen.

## **BONUS**

- BGer 4A\_296/2022 vom 22. August 2022
- Klägerin kaufte eine sich im Bau befindlich Wohnung von der Beklagten (Werk-/Kaufvertrag)
- Parteien vereinbarten einen Pauschalpreis inkl. MWST von 7.7%
- Verkauf war allerdings von der MWST ausgenommen, weshalb Klägerin den der hypothetischen MWST entsprechenden Betrag zurückverlangte.
- Vertragsauslegung ergab, dass Parteien eine pauschalen Werk-/Kaufpreis vereinbart hatten, unabhängig davon, wie sich dieser zusammensetzte

## **Bonus (Fortsetzung)**

- Auf die Beschwerde wurde demnach nicht eingetreten.
- Anmerkung: Aus Verkäufersicht sollte man vorsichtshalber klarstellen, dass der Kauf-/Werkpreis auch (volumfänglich) geschuldet ist, wenn keine MWST anfällt.

## Questions ?

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**