

Privates Baurecht

Dr. Thomas Ender
Rechtsanwalt, Urkundsperson des Kantons Aargau
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht
Lehrbeauftragter an der ETH Zürich (privates Baurecht)

Gesetzgebung: Neues Verjährungsrecht

- Ab 1. Januar 2020
- Keine Veränderungen bei den besonderen kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsverjährungsfristen
- Ausservertragliche Haftung:
 - Relative Frist: 3 Jahre
 - Absolute Frist: 10 Jahre, 20 Jahre bei Personenschaden
- Vertragliche Haftung bei Personenschaden
 - Relative Frist: 3 Jahre
 - Absolute Frist: 20 Jahre

Gesetzgebung: Neues Verjährungsrecht

Verjährungsverzicht

- Erst möglich ab Beginn der Verjährung
Also in der ausservertraglichen Haftung und bei Personenschäden erst nach Kenntnis des Schadens ...
- Formvorschrift: einfache Schriftlichkeit!

Rechtsprechung zum Baurecht

- Schweizerische Baurechtstagung ... für alle, die bauen. Fribourg 2019, S. 296 ff.: Hubert Stöckli, Thomas Siegenthaler, Sven Schöpfer: Neue Urteile, neue Entwicklungen - Privatrecht
- Roland Hürlimann / Daniel Wuffli: Jusletter vom 1. April 2019; Rechtsprechung zum Werkvertragsrecht im Jahr 2018

BGE 143 III 545 - 4A_125/2017; Urteil des Bundesgerichts vom 20. November 2017

Nach welchen Kriterien ist – unter Geltung der SIA-Norm 118 - der Werklohn zu bestimmen,

- wenn der Hauptvertrag zu einem Pauschalpreis abgeschlossen worden ist,
- Bestellungenänderungen ausgeführt worden sind und
- für deren Preis vorab aber keine Vereinbarung getroffen worden ist.

BGE 143 III 545 (II)

Art. 89 SIA-Norm 118: Führt eine Beststellungsänderung zur Änderung einer global oder pauschal zu vergütenden Leistung oder zur Änderung ihrer Ausführungsvoraussetzungen, so wird für diese Leistung ein Mehr- oder Minderpreis als Nachtragspreis vereinbart.

Bei Leistungen zu Globalpreisen wird dieser Nachtragspreis auf der Basis der ursprünglichen Kostengrundlage vereinbart; bei Leistungen zu Pauschalpreisen auf der Basis jener Kostengrundlage, die im Zeitpunkt der Bestellung gültig ist.

Kommt bei zusätzlichen Arbeiten keine Einigung über den Nachtragspreis zustande, so gilt Art. 87 Abs. 4.

BGE 143 III 545 (III)

- Art. 84 SIA-Norm 118 gibt dem Bauherrn ein einseitiges Änderungsrecht. «Dass gestützt darauf erfolgende Bestellungenänderungen hinsichtlich der Vergütung nicht folgenlos bleiben, ist selbstverständlich.»
- Das Gericht hat den Mehr- oder Minderpreis in sinngemässer Anwendung von Art. 89 SIA-Norm 118 zu bestimmen, eine Lücke im Vertrag liegt nicht vor.
- Bei der Bestimmung der Nachtragspreise bei vereinbartem Pauschalpreis kann generell auf die allgemeinen Marktpreise im Zeitpunkt der Bestellungenänderung abgestellt werden.

BGE 143 III 545 (IV)

- Wer mit der SIA-Norm 118 (mit Pauschalpreis) baut, räumt dem Gericht einen erheblichen Beurteilungsspielraum ein, die Preise für Nachtragsarbeiten bei einseitigen Bestellungenänderungen zu bilden.
- Das Gericht hat einen Ermessensentscheid zu treffen, und dabei alle Preiselemente zu berücksichtigen, die aufgrund der Parteibehauptungen vorhanden sind.
- Vertragliche Leistungsverzeichnisse und die ursprünglichen Preise reflektieren einen allgemeinen Marktpreis und sind vom Richter zu berücksichtigen.
- Das Gericht hat sein Ermessen pflichtgemäss wahrzunehmen und die Nachtragspreise sachgerecht und mit Augenmass zu bestimmen.

4A_281/2017, 4A_284/2017, 4A_443/2017; 4A_584/2018;
Urteile des Bundesgerichts vom 22. Januar 2018, 30. April 2018,
17. Dezember 2018

Roland Hürlimann, AnwaltsRevue Mai 2019: Die Substanziierungslast – Fluch oder Segen?:

Die Substanziierungslast, wie sie aus Art. 55 ZPO abgeleitet wird, führt bei komplexen Sachverhalten immer häufiger zu einem Behauptungsverfahren mit Schriftsätzen im Umfang von mehreren 100 Seiten. Solche Monster-Prozesse verunmöglichen eine speditive Streiterledigung. Sie widersprechen der Maxime, dass für alle Rechtssuchenden eine sinnvolle Prozessführung möglich sein muss. Wenn das Prozessrecht nach wie vor den Zweck verfolgen soll, "dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen", ... wäre es sinnvoll, den heute praktizierten Massstab der Substanziierungslast kritisch zu überdenken.

145 III 8 - 4A_71/2018; Urteil des Bundesgerichts vom 18. September 2018

- Nachbesserungsansprüche im Recht der Stockwerkeigentümergeinschaft: Änderung der Rechtsprechung
- Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer ist
 - vermögensfähig
 - im Rahmen ihrer vermögensrechtlichen Zuständigkeit partei- und prozessfähig
- Zuständigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft:
 - Unterhalt, Reparatur und Erneuerung gemeinschaftlicher Bauteile
 - Mängelbehebung an gemeinschaftlichen Bauteilen
 - Durchsetzung kauf- oder werkvertraglicher Gewährleistungsansprüche aus selber abgeschlossenen Verträgen und für abgetretene Ansprüche

145 III 8 (II)

- Nachbesserung ist faktisch nur ungeteilt möglich: man kann einen Mangel nicht nur zu einem gewillkürten Bruchteil beheben.
- Jeder Stockwerkeigentümer hat einen Anspruch auf gesamthafte Nachbesserung eines Mangels an gemeinschaftlichen Teilen.
- Bisher (114 II 239 ff.): Weil der einzelne Stockwerkeigentümer im Verhältnis zum gewährleistungspflichtigen Verkäufer oder Unternehmer die **unentgeltliche** Verbesserung des Mangels nur im Umfang seiner Quote verlangen kann, muss er darüberhinausgehende Kosten der Mängelbehebung selber tragen.

145 III 8 (III)

- Neu: Der Anspruch auf **unentgeltliche** Nachbesserung gemeinschaftlicher Bauteile ist nicht mehr auf die eigene Quote begrenzt.
- Der gewährleistungspflichtige Verkäufer oder Unternehmer ist jedem gewährleistungsberechtigten Stockwerkeigentümer gegenüber zur Ablieferung eines mängelfreien Werkes verpflichtet; dazu gehören auch die gemeinschaftlichen Bauteile.
- Jeder Stockwerkeigentümer kann – sofern er vertragliche Ansprüche hat - die unentgeltliche Nachbesserung gemeinschaftlicher Bauteile verlangen; der Anspruch auf Nachbesserung ist unteilbar.

145 III 8 (IV)

Ungeklärt / unlösbar:

- Die Gewährleistungsansprüche der Stockwerkeigentümer müssen nicht identisch sein.
- Die geschuldete Leistung des Unternehmers muss nicht allen Stockwerkeigentümern gegenüber identisch sein.
- Notwendigkeit der Koordination der Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen mit den Regeln über die Beschlussfassung in der Stockwerkeigentümergeinschaft

4A_394/2018

Urteil des Bundesgerichts vom 20. Mai 2019

Ein Schaden als Folge eines merkantilen Minderwertes bei Immobilien muss konkret berechnet und nachgewiesen werden.

- 2001/2002 Erstellung von drei EFH durch Generalunternehmung
- 2007: Wassereinbrüche nach Regenfällen; Realisierung eines Hochwasserschutzkonzeptes als Ersatzvornahme
- Merkantile Minderwerte gemäss Gerichtsgutachten (2016):
 - 2009: 12% - CHF 350'000, CHF 350'000, CHF 340'000
 - 2016: 6% - CHF 200'000, CHF 200'000, CHF 180'000
 - 2012: 8.5% - CHF 270'000; Verkauf für CHF 3.2 Mio

4A_394/2018 (II)

Merkantiler Minderwert:

- durch ein schädigendes Ereignis verursachte Minderung des Verkehrswertes einer Sache,
- unabhängig von einer technischen bzw. funktionellen Beeinträchtigung,
- als Folge des subjektiven Empfindens potenzieller Käufer, wobei der Grund, weshalb der Markt mit einem Preisabschlag reagiert, ohne Belang ist.
- Hauptanwendungsfall: Motorfahrzeuge nach einem Unfall. Der Verdacht verborgener Mängel trotz technisch einwandfreier Instandsetzung kann einen merkantilen Minderwert erklären.

4A_394/2018 (III)

Merkantiler Minderwert:

- nimmt mit der Zeit ab und verschwindet dann vielleicht sogar ganz,
 - weil eine Sache, z.B. ein Auto, ohnehin an Wert verliert, und damit auch der merkantile Minderwert schwindet;
 - weil das Misstrauen des Marktes mit Zeitablauf abnimmt, bis das schädigende Ereignis ganz vergessen geht.
- Bei Immobilien wird davon ausgegangen, dass ein merkantiler Minderwert nach 15 Jahren verschwunden ist.
- Der Zeitpunkt für die Bestimmung, Geltendmachung und «Be**Ur**teilung» eines merkantilen Minderwertes ist deshalb von grosser Bedeutung.
- Der Richter muss berücksichtigen, dass ein Schaden wegen einem merkantilen Minderwert stets kleiner wird, bis er dann sogar ganz verschwindet.

4A_394/2018 (IV)

- Ein merkantiler Minderwert kann grundsätzlich bei allen Sachen eintreten, bei denen der Markt infolge eines schädigenden Ereignisses mit einem weder technisch noch funktionell begründeten Preisabschlag reagiert.
- Unter welchen Voraussetzungen ein merkantiler Minderwert ersatzfähig ist, muss je nach Art der betroffenen Sache differenziert betrachtet werden.
- "Der vorübergehenden Natur eines Schadens aus merkantilem Minderwert wird **bei Immobilien** am besten dadurch Rechnung getragen, dass der Ersatz eines solchen Schadens auf den Fall zu beschränken ist, dass eine konkrete Vermögensverminderung nachgewiesen wird."

4A_394/2018 (V)

Fazit: Schadenersatz für einen merkantilen Minderwert bei Immobilien kann nur bei und nach konkreter Schadensberechnung zugesprochen werden.

z.B. Verkauf der Immobilie - Nachweis, dass wegen einem an sich behobenen Schaden ein geringerer Erlös erzielt worden ist, als erzielt worden wäre, wenn der Schaden nie dagewesen wäre.

In concreto:

- Vier Kläger hatten noch nicht verkauft; somit keine Auswirkungen in ihrem Vermögen, und damit auch kein merkantiler Minderwert
- Zwei Kläger hatten 2012 verkauft; kein Nachweis eines Schadens wegen einem merkantilen Minderwert

4A_444/2017; Urteil des Bundesgerichts vom 12. April 2018

- Kaufvertrag Oktober 2009, über ein 2006/2007 erstelltes MFH
- Gewährleistung:
 - In Bezug auf die Kaufobjekte wird unter Vorbehalt von Absatz 2 hiernach, seitens der Verkäuferschaft jegliche Währschaft wegbedungen (soweit gesetzlich zulässig). Die Käuferschaft übernimmt die Räumlichkeiten im heutigen Zustand und wie besichtigt. Die Parteien erklären ausdrücklich, dass sie vom Notar über die Folgen der Währschaftswegbedingung eingehend orientiert worden sind.
 - Zur Geltendmachung der heute noch bestehenden Mängelrechte der Grundstücke U Nr. xxx (Mehrfamilienhaus) und V Nr. xxx (Tiefgarage) überträgt hiermit die Verkäuferschaft der Käuferschaft alle mit den Kaufobjekten verbundenen Garantien der an der ganzen Überbauung beteiligten Planer und Unternehmer. Sie verpflichtet sich, die Käuferschaft bei einer allfälligen Geltendmachung von Mängelrechten zu unterstützen.

4A_444/2017 (II)

- Rohrbruch 2012; die Ursachenabklärung ergibt eine mangelhafte Fundation
- Klage 15. November 2013, auf CHF 95'000 (geschätzte Sanierungskosten)
- Klageänderung am 3. März 2014, auf CHF 141'000 (nach durchgeführter Sanierung; effektiver Schaden)
- Bezirksgericht weist Klage ab: rechtsgültige Wegbedingung der Gewährleistung
- Obergericht heisst Klage gegen Verkäuferschaft gut, und zwar über CHF 141'000
- Bundesgericht bestätigt das obergerichtliche Urteil

4A_444/2017 (III)

- Ein Gewährleistungsausschluss ist zulässig, auch bei Neubauten, und auch dann, wenn der Verkäufer die Baute selber erstellt hat.
- Der Gewährleistungsausschluss ist gültig für Mängel, die bei jedem Neubau auftreten können, nicht aber für Mängel, mit welchen die Käuferschaft nicht zu rechnen hatte.
- Massgeblich ist insbesondere, ob der Mangel die Sache für den vorgesehenen Gebrauch untauglich macht, wobei es darauf ankommt, zu welchem Zweck ein Kaufobjekt erworben worden ist.
- Eine ungenügende Foundation eines fast neu erstellten Hauses liegt ausserhalb dessen, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen muss.

4A_444/2017 (IV)

- Auf die klare und eindeutige Formulierung des Gewährleistungsausschlusses kommt es nicht an!
- Auch bei klarer Formulierung werden von der Freizeichnung Mängel nicht erfasst, die vollkommen ausserhalb dessen liegen, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen muss.
- Die Verkäuferin hätte aufzeigen müssen, dass Umstände bestehen, die zwingend darauf schliessen lassen, die Parteien hätten auch Mängel ausschliessen wollen, mit denen ein Käufer vernünftigerweise nicht rechnen musste.
- Faktisch lässt sich eine solche Bestimmung nicht formulieren!

4A_444/2017 (V) - Nachlese

- Erfolgte die Mängelrüge rechtzeitig?
- Obergericht: Der Mangel habe letztlich erst durch den Gerichtsgutachter zweifelsfrei bezeichnet werden können. Die Rügefrist beginne erst mit der Entdeckung des Mangels...
- Kaufvertrag im Oktober 2009; Nutzen/Schaden 30. Oktober 2009; Rohrbruch im Juni 2012; Klage am 15. November 2013, über CHF 95'000; Klageänderung am 3. März 2014 (nach Durchführung der Sanierung!) auf CHF 141'000; Gutachten am 12. Juni 2015, Hauptverhandlung am 23. Juni 2016.

4A_444/2017 (VI) - Nachlese

- Das gesamte Behauptungsverfahren wurde vor Beginn der Rügefrist durchgeführt ...
- Die Sanierung wurde vor Beginn der Rügefrist durchgeführt ...
- Die Rügefrist begann erst nach Ablauf der fünfjährigen Gewährleistungsfrist ...
- Ob die Klägerin nach Vorliegen des Gutachtens tatsächlich noch einmal gerügt hat, weil sie erst jetzt Kenntnis des Mangels hatte, geht aus dem Urteil nicht hervor.
- Fragen über Fragen

4A_399/2018;

Urteil des Bundesgerichts vom 8. Februar 2019

- Kaufvertrag über ein Grundstück
- Verpflichtung der Verkäuferschaft, vor Antritt und auf eigene Kosten neue Ablaufleitungen zu erstellen ging leider vergessen ...
- Qualifikation des Vertrags: Kaufvertrag oder Kauf- / Werkvertrag: Von einem gemischten Vertragsverhältnis ist auszugehen, wenn dem Erwerber ein Einfluss auf den Arbeitsprozess eingeräumt wird und zwar auch bei einer bloss teilweisen Herstellung eines Neubaus nach den individuellen Wünschen des Erwerbers.

4A_399/2018 (II)

Rechtzeitigkeit der Mängelrüge

- Rückstau am 6. Januar 2014: Spülung und Entstopfung
- Erkenntnis am 10. Januar 2014, dass Leitungen nicht saniert worden waren
- Mängelrüge am 21. Januar 2014: also nach 11 Tagen

4A_399/2018 (III)

Rechtzeitigkeit der Mängelrüge hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, und wurde in concreto bejaht:

- Keine Verschlimmerung des Schadens zu befürchten, also keine Dringlichkeit
- Zwei Wochenenden, nur 6 Arbeitstage (oder 8, wenn man den ersten und den letzten Tag mitzählt)
- Interessenlage spricht gegen eine allzu grosse Strenge: Der Mangel entstand nicht, weil die Renovation der Leitungen schlecht ausgeführt wurde, sondern weil die Verkäuferin eine im Kaufvertrag klar zugesicherte Verpflichtung schlicht ignoriert hatte. . .

4A_319/2017;

Urteil des Bundesgerichts vom 23. November 2017

- Bau-Werkvertragsverhältnis, Vertragsabschluss irgendwann vor 2009
- Geplante Werkausführung in drei Etappen
- Unternehmerin verlässt Baustelle 2009, ohne die Arbeiten fertiggestellt zu haben
- 18. August 2012: Verzicht der Bauherrschaft auf Ausführung dritte Etappe durch die Unternehmerin
- 15. November 2012: Gesuch um Fristansetzung, Mängel nachzubessern, ansonsten die Arbeiten einem Dritten übertragen würden

4A_319/2017 (II)

Lässt sich während der Ausführung des Werkes eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung durch Verschulden des Unternehmers bestimmt voraussehen, so kann ihm der Besteller eine angemessene Frist zur Abhilfe ansetzen oder ansetzen lassen mit der Androhung, dass im Unterlassungsfalle die Verbesserung oder die Fortführung des Werkes auf Gefahr und Kosten des Unternehmers einem Dritten übertragen werde (Art. 366 Abs. 2 OR).

Die Beurteilung eines solchen Gesuches erfolgt im summarischen Verfahren (Art. 250 lit. b Ziff. 3 ZPO).

4A_319/2017 (III)

Abgrenzung zwischen Art. 366 Abs. 2 OR und Art. 368 Abs. 2 OR:

- Entscheidend ist, ob das Werk abgeliefert worden ist.
- Ablieferung ist die Übergabe des vollendeten Werkes: alle vertraglich vereinbarten Arbeiten sind ausgeführt.
- Die Ablieferung setzt nicht voraus, dass das Werk mängelfrei ist.
- Die Ablieferung kann erfolgen durch Übergabe oder durch ausdrückliche oder stillschweigende Mitteilung des Unternehmers.
- Nimmt der Besteller das Werk in Gebrauch, so gilt es als abgeliefert.

4A_319/2017 (IV)

Ablieferung trotz fehlender Vollendung des Werks

- Ablieferung wird angenommen, wenn die ausstehenden Arbeiten im Vergleich zu den Gesamtkosten ausserordentlich gering sind.
- Bei vorzeitiger Vertragsbeendigung gilt ein Werk trotz fehlender Fertigstellung im dannzumaligen Zustand als abgeliefert.

4A_319/2017 (V)

In casu:

- Einigkeit unter den Parteien, dass eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr möglich war.
- Die Unternehmerin hatte die Baustelle bereits drei Jahre zuvor verlassen.
- Erklärung der Unternehmerin, dass sie keine Verbesserungsarbeiten am Bauobjekt mehr ausführen werde.
- Bauherrschaft hatte in dieser Zeit zwar Mängelrügen gemacht, und die Verbesserung der Mängel gefordert, aber nie die fehlende Fertigstellung moniert.
- «Jedenfalls musste die Beschwerdeführerin mindestens drei Jahre nach dem Verlassen der Baustelle durch die Beschwerdegegnerin nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass diese ihre Arbeiten als abgeliefert betrachtete.»

5A_377/2017; Urteil des Bundesgerichts vom 27. Februar 2018

- Näherbaurecht

Der Eigentümer des berechtigten Grundstücks hat wie bisher das Recht, seinen einstöckigen Saalbau bis auf 3,50 m an die gemeinsame Grenze zu stellen und fortbestehen zu lassen. Ferner hat er das Recht, das Gebäude Vers.-Nr. SS auf der ganzen Länge der jetzigen Fassadenflucht um 2 m über die bestehende Höhe des Saalbaus durchgehend aufzustocken.

- Aufstockung der Baute auf dem berechtigten Grundstück um ein Attikageschoss, wobei der gesetzliche Grenzabstand eingehalten wäre.

5A_377/2017 (II)

- Für die Bestimmung der Tragweite einer Dienstbarkeit, gilt der Dienstbarkeitsvertrag, solange sich die vertragsschliessenden Parteien gegenüberstehen.
- Gegenüber einem Dritterwerber gilt primär der Grundbucheintrag, und zwar der Hauptbucheintrag, nicht etwa der Beleg.
- Nur wenn der Grundbucheintrag nicht klar genug ist, ist auf den Dienstbarkeitsvertrag abzustellen.
- Nur wenn weder Grundbucheintrag noch Dienstbarkeitsvertrag klar genug sind, kann abgestellt werden auf die während längerer Zeit, unangefochten und in gutem Glauben erfolgte Ausübung.

5A_377/2017 (III)

- Der Grundbucheintrag "Näherbaurecht" umfasst das Recht, in einem geringeren als dem gesetzlichen Abstand an die Grenze des Nachbargrundstücks zu bauen.
- Kann dieser Grundbucheintrag vertragliche Bestimmungen über den Inhalt und Umfang (Lage, Gestalt, Ausdehnung, Zweck u.w. der Näherbaute) mit verbindlicher Wirkung für jeden Erwerber erfassen?

5A_377/2017 (IV)

Funktionelle Beschränkungen der Dienstbarkeit:

- sind regelmässig nicht aus dem Stichwort ersichtlich
- auferlegen dem jeweiligen Eigentümer des berechtigten Grundstücks Pflichten in der baulichen Gestaltung oder in der Benützung des Näher- oder Grenzbaus
- haben dingliche Wirkung

Enthält die Dienstbarkeit eine funktionelle Beschränkung, mit der Wirkung, dass die Bauhöhenbeschränkung auf der ganzen im Unterabstand erstellten Baute gilt und nicht bloss im Bereich, wo der gesetzliche Grenzabstand aufgrund des Näherbaurechts unterschritten wird?

5A_377/2017 (V)

- Massgeblich ist der Grundbucheintrag: "Näherbaurecht"
- Eine Bauhöhenbeschränkung, die die gesamte Grundstücksfläche belastet, hat mit dem Grundbucheintrag "Näherbaurecht" nichts zu tun, und kann keine funktionelle Beschränkung des Näherbaurechts sein.
- Wenn die Parteien beim Abschluss des Dienstbarkeitsvertrags über den Näherbaubereich hinaus die Höhe jeglicher Bauten auf dem berechtigten Grundstück mit Wirkung für alle künftigen Eigentümer hätten beschränken wollen, hätten sie eine Bauhöhenbeschränkung oder ein Höherbauverbot vereinbaren und als Last auf dem Blatt des näherbauberechtigten Grundstücks eintragen müssen.
- Daran ändert sich nichts, wenn die näherbauberechtigten Eigentümer den Beleg mit der allfälligen Beschränkung kannten: der Beleg kann aus einem im Grundbuch eingetragenen "Recht" keine "Last" machen.