

BAUR HÜRLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

Weigerungstag 2016
 der Kammer der Fachanwälte SAV Bau- und Immobilienrecht

Rechtsprechung im Bauvertragsrecht

Dr. Thomas Ender
 Rechtsanwalt und Notar
 Baden

BAUR HÜRLIMANN
 RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

**Urteil 4A_390/2015 vom 18. November 2015
 (Reservationsvereinbarung bei
 Immobiliengeschäften)**

- Zweck der Reservationsvereinbarung
 - Bekräftigung des unverbindlichen Abschlusswillens beider Parteien
 - Reservation des Grundstücks, mit der (unverbindlichen) Zusage, an den Partner zu verkaufen, wenn dieser kaufen will
 - Grundlage für weitere Bemühungen (Auftrag an Notar, Abklärung Finanzierung usw.)
- Form: Schriftlichkeit
- Anzahlung (oft zwischen CHF 20'000 und CHF 100'000)
- Wird meistens vom Verkäufer erstellt und ist «verkäufergesteuert»

7. September 2016 - 2

BAUR HÜRLIMANN
 RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

**Urteil 4A_390/2015 vom 18. November 2015
 (Reservationsvereinbarung bei
 Immobiliengeschäften)**

Urteil 5A_599/2013 – BGE 140 III 200 ff.

- Schriftliche Reservationsvereinbarung mit Konventionalstrafe von CHF 100'000
- Ist ungültig, wenn das Scheitern des Vertragsabschlusses bestraft werden soll
- Ist gültig, wenn damit ein Schadenersatzanspruch wegen vorvertraglicher Untreue geschützt werden soll
- Konventionalstrafe geschuldet, wenn deren Voraussetzungen nachgewiesen sind, also ein Anspruch aus vorvertraglichem Fehlverhalten besteht: durfte der Partner ein schutzwürdiges Vertrauen darin haben, dass sich der Partner an die ungültige Vereinbarung hält

7. September 2016 - 3

BAUR HÜRLIMANN
 RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

**Urteil 4A_390/2015 vom 18. November 2015
(Reservationsvereinbarung bei
Immobilien­geschäften)**

- Mietvertrag mit Kaufoption
- Anzahlung von CHF 40'000
- Reservationsvereinbarung:
Anzahlung Fr. 40'000
Dafür verpflichtet sich der Vermieter/Verkäufer, bis zum
31.12.2006 keine weiteren Kaufinteressenten zu suchen
- Der Kauf kam nicht zustande
- Prozess um Rückerstattung der Anzahlung und vieles mehr

7. September 2016 - 4

BAUR HURLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

**Urteil 4A_390/2015 vom 18. November 2015
(Reservationsvereinbarung bei
Immobilien­geschäften)**

- Die Vorinstanz hatte erkannt
 - Reservationsvereinbarung ist Vorvertrag über den Abschluss eines Kaufvertrages, nicht öffentlich beurkundet
 - Anzahlung als Konventionalstrafe für die Sicherung der Leistungspflicht aus dem Vorvertrag
 - nicht öffentlich beurkundet, deshalb formnichtig
 - weshalb die Anzahlung zurückzahlen sei

7. September 2016 - 5

BAUR HURLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

**Urteil 4A_390/2015 vom 18. November 2015
(Reservationsvereinbarung bei
Immobilien­geschäften)**

- Das Bundesgericht stellt fest
 - dass beide Parteien ein Vertragsverständnis gehabt hätten, wonach keine Kaufverpflichtung vereinbart war
 - dass die Auslegung nach Vertrauensprinzip nicht zu einem normativen Konsens führen kann, welcher so von keiner Partei gewollt ist
 - Weshalb kein Vorvertrag vorliegt

7. September 2016 - 6

BAUR HURLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

**Urteil 4A_390/2015 vom 18. November 2015
(Reservationsvereinbarung bei
Immobilien­geschäften)**

- Zentrale Vertragspunkte seien gewesen
 - die Fixierung des Kaufpreises
 - die Verpflichtung des Vermieters, bis 31. Dezember 2006 auf die Suche nach anderen Kaufinteressenten zu verzichten
 - Es liegt deshalb eine negative Exklusivvereinbarung vor
 - ohne Verpflichtung des Verkäufers, den Käufern das Objekt zu verkaufen,
 - ohne Anspruch der Käufer, das Objekt auch kaufen zu können
 - und dafür haben die Käufer CHF 40'000 anbezahlt ...

7. September 2016 - 7

BAUR HURLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

**Urteil 4A_390/2015 vom 18. November 2015
(Reservationsvereinbarung bei
Immobilien­geschäften)**

- Fazit: Ob eine bei Abschluss einer Reservationsvereinbarung geleistete Anzahlung zurückerstattet werden muss, hängt wesentlich von der Formulierung ab.
 - Keine Rückerstattung, wenn der Verkäufer sich verpflichtet, keinen anderen Kaufinteressenten zu suchen
 - Keine Rückerstattung, wenn der Verkäufer sich verpflichtet, bis an keinen anderen Kaufinteressenten zu verkaufen (denn damit ist keine Verpflichtung, an den Interessenten zu verkaufen, verbunden)
 - Rückerstattung, wenn der Verkäufer sich verpflichtet, dem Käufer zu verkaufen

Vorbehalten bleibt die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip und die Beweisführung über das, was die Parteien gewollt hatten ...

BAUR HURLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

**Urteil des Einzelrichters des HGer ZH
vom 24. Juli 2014
(Bauhandwerkerpfandrecht; Passivlegitimation)**

- Ablösung der vorläufigen Eintragung durch eine Garantie als vorläufige Sicherheit
- Fristansetzung für Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit
- Obiter dictum: der Prozess sei nicht gegen die Grundeigentümerin, sondern gegen die die Sicherheit leistende Person (wohl also die Bank, oder die Versicherung) anzuheben; der Wechsel in der Sicherheit führe zu einem Parteiwechsel auf Seiten der Beklagten

7. September 2016 - 9

BAUR HURLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

**Urteil des HGer ZH vom 18. August 2016
(Bauhandwerkerpfandrecht; Passivlegitimation)**

- Ausgangslage:
 - Vorläufige Eintragung eines BHWPR
 - Ablösung durch einer Bankgarantie, welche der GU für den Eigentümer gestellt hatte
 - Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit gegen den Grundeigentümer
 - Bestreitung der Passivlegitimation durch den Grundeigentümer, unter Verweis auf das Urteil des Einzelrichters des Handelsgerichts vom 24. Juni 2014

7. September 2016 - 10

BAUR HURLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

**Urteil des HGer ZH vom 18. August 2016
(Bauhandwerkerpfandrecht; Passivlegitimation)**

- Das Handelsgericht bejaht die Passivlegitimation des Grundeigentümers:
 - Der Wortlaut von 839 Abs. 3 ZGB lässt darauf schliessen, dass die Frage der definitiven Sicherheitsleistung zwischen Unternehmer und Grundeigentümer zu klären ist
 - Die Erfüllung durch Erfüllungsgehilfen hat keinen Einfluss auf die Passivlegitimation des Schuldners; leistet der Dritte Sicherheit mit dem Willen, eine fremde Schuld zu erfüllen, liegt kein Schuldnerwechsel vor
 - Schuldübernahme setzt Zustimmung des Gläubigers voraus, wobei die Annahme auf konkludent erfolgen kann; sofern der Unternehmer der Sicherheitsleistung nicht zugestimmt hat, kann keine Schuldübernahme vorliegen

7. September 2016 - 11

BAUR HURLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

**Urteil des HGer ZH vom 18. August 2016
(Bauhandwerkerpfandrecht; Passivlegitimation)**

- Die Passivlegitimation des Grundeigentümers kann entfallen:
 - Wenn die Garantie im Namen des Garanten und nicht anstelle des Grundeigentümers geleistet wird, und
 - der Unternehmer die geleistete Sicherheit vorbehaltlos als hinreichende Sicherheit annimmt,
 - und damit mit dem Garanten, ausdrücklich oder konkludent, einen Schuldübernahmevertrag schliesst

7. September 2016 - 12

BAUR HURLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

**Urteil 4A_507/2015 vom 19. Februar 2016
(Baublaufstörungen – Verletzung von
Mitwirkungspflichten)**

- Werkvertrag über 12 MFH, mit Pauschalpreis
- Einseitige Verschiebung des Baubeginns für zwei Häuser durch den Bauherrn
- Verletzung von Mitwirkungspflichten durch einseitige Änderung des Bauvorgangs
- Art. 94 Abs. 2 SIA-Norm 118 gibt dem Unternehmer Anspruch auf Bauzeitanpassung oder Vertragsrücktritt
- Verletzung von Mitwirkungspflichten i.S.v. Art. 94 Abs. 2 SIA-Norm 118 kann zu einem Ersatzanspruch führen

7. September 2016 - 13

BAUR HURLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

**Urteil 4A_507/2015 vom 19. Februar 2016
(Baublaufstörungen – Verletzung von
Mitwirkungspflichten)**

- Die pauschale Aussage, dass Bauablaufstörungen zu keinem Ersatzanspruch führen, dürfte damit endlich vom Tisch sein ...
- Das Bundesgericht verweist in der Sache auf seinen Entscheid vom 1. Oktober 1993, in welchem es ja schon dasselbe gesagt habe ...
 - Vertraglich festgelegte Fristen sind für Bauherrn verbindlich
 - Der Bauherr verletzt Mitwirkungspflichten, wenn er dem Unternehmer nicht ermöglicht, rechtzeitig zu beginnen
 - Daraus entsteht ein Anspruch des Unternehmers auf Fristerstreckung (sowie die Möglichkeit, den Vertrag aufzulösen)
 - aber auch ein Anspruch auf Mehrvergütung infolge erhöhter Ausführungskosten und Schadenersatz

7. September 2016 - 14

BAUR HURLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

**Urteil 4A_643/2015 vom 25. November 2015
(Rücktritt)**

Ausgangslage:

- Werkvertrag für den Ausbau von zwei Boutiquen, die eine in Genf, die andere in Beverly Hills
- Ablieferung Genf, mit Mängeln; Mängelliste erstellt; Nachbesserung vereinbart
- Ablieferung Beverly Hills, mit Mängeln, welche aber nicht gerügt wurden, es wurde auch keine Mängelliste erstellt.
- Beschwerde über unzureichende Nachbesserung in Genf; aber keine Frist für eine Nachbesserung angesetzt
- Kündigung durch den Bauherrn wegen Mängeln, mit sofortiger Wirkung
- Der Unternehmer klagt auf Bezahlung des Werklohnes, der Bauherr erhob Widerklage

BAUR HURLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

**Urteil 4A_643/2015 vom 25. November 2015
(Rücktritt)**

- Getrennte Werke Genf und Beverly Hills, da keine industriellen Serienprodukte
 - Mängel hätten getrennt gerügt werden müssen: die Genfer Rüge reichte nicht nach Beverly Hills. Dass aufgrund eines einzigen Werkvertrags geliefert worden war, ist unbeachtlich
- Der Bauherr hat mit der Forderung nach Nachbesserung von ihrem Wahlrecht nach 368 OR Gebrauch gemacht
- Nichts deutet darauf hin, dass der Unternehmer zur Nachbesserung nicht bereit gewesen wäre: der Bauherr hätte also für die Nachbesserung eine Frist ansetzen müssen und hätte erst danach kündigen dürfen
 - Der Bauherr war deshalb nicht zu einer Kündigung ohne Fristansetzung berechtigt
- Eine Kündigung nach Art. 108 OR muss sehr gut begründet sein

7. September 2016 - 16

BAUR HURLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

**Urteil 4A_371/2015 vom 11. Januar 2016
(Rücktritt)**

- Werkvertrag über den Neubau eines Einfamilien-Fertighauses
- Termine, von GU garantiert
 - Sofern Baugenehmigung bis 30.6.11 vorliegt, Fertigstellung des Hauses bis 16.12.11, als Fixtermin
 - Verschiebung des Fixtermins bei Verzögerung Baugenehmigung
 - Aufstellen des Hauses bis 2.9.11, als unverbindlicher Zwischentermin
- Rücktritt des Bauherrn am 28.8.2011, ohne Fristansetzung; die Baubewilligung lag noch nicht vor
- Klage des GU auf Bezahlung bisher erbrachter Leistungen und entgangenen Gewinn
 - Standpunkt GU: Bei Erteilung der Baubewilligung im September hätte er den Bezugsbereitschaftstermin eingehalten, auch ohne Zeitgutschrift

7. September 2016 - 17

BAUR HURLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

**Urteil 4A_371/2015 vom 11. Januar 2016
(Rücktritt)**

- Verfehlen eines unverbindlichen Zwischentermins erlaubt, aus dem Mass der Verzögerung Rückschlüsse auf die Wahrscheinlichkeit einer rechtzeitigen Vollendung des Werks zu ziehen
- Eine rechtzeitige Vollendung ist i.S.v. Art. 366 Abs. 1 OR nicht erst dann nicht mehr vorauszusehen, wenn die verspätete Vollendung unvermeidlich ist
- Das Setzen einer Nachfrist ist nur nötig, wenn eine Einhaltung des Fixtermins noch möglich ist
- Der GU hätte den Vorinstanzen (als den Tatsacheninstanzen) substantiiert nachweisen müssen (Gegenbeweis), dass er bei Erteilung einer Baubewilligung im September 2011 in den verbleibenden drei Monaten den Vertragstermin der Bezugsbereitschaft eingehalten hätte

7. September 2016 - 18

BAUR HURLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

**Urteil 4A_525/2015 vom 2. Februar 2016
(Abmahnungspflicht)**

- TU beauftragt Architektin, Ausschreibungs- und Ausführungspläne zu erstellen; keine weitere Mitwirkung der Architektin bei Ausschreibung und Vergabe
- Empfehlung einer Trittschalldämmung durch den Bauphysiker, an den TU: Mapefonic; der TU schreibt Mapefonic aus, ohne funktionale Anforderungen; und ohne vorgängige Prüfung, ob Mapefonic taugt
- Architektin erkannte nicht, dass das Produkt ungeeignet ist, erkannte aber, dass es für die vorgesehene Verwendung nicht geprüft war, und war der Meinung, die Ausschreibung (Vorgabe des spezifischen Produkts ohne funktionale Anforderungen) sei nicht richtig – mahnte aber nicht ab
- Vermerk auf Plan: «System _____ gemäss Anforderungen Bauphysik [Bauphysikerin] bzw. gemäss Ausschreibung [Totalunternehmerin]»

7. September 2016 - 19

BAUR HURLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

**Urteil 4A_525/2015 vom 2. Februar 2016
(Abmahnungspflicht)**

- Trittschallmatten waren zu weich: Klage des TU gegen Architektin und Bauphysikerin
- Handelsgericht und Bundesgericht heissen die Klage gegen die Architektin teilweise gut, wegen der Verletzung der Abmahnungspflicht gemäss SIA 102, und auftragsrechtlicher Treuepflicht: sie hätte ausdrücklich abmahnen müssen
- Der Vermerk auf Plänen war eine ungenügende Abmahnung – abgesehen davon, dass sich mir der Sinn dieser Anmerkung auf den Plänen verschliesst ...
- Fachkenntnis des TU befreit den Architekten nicht von seiner Abmahnungspflicht
- Die ohne sein Zutun getroffene Materialwahl befreit den Architekten nicht von seiner Abmahnungspflicht

7. September 2016 - 20

BAUR HURLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

**Urteil 4A_525/2015 vom 2. Februar 2016
(Abmahnungspflicht)**

- Der Architekt hat den Bauherrn auch auf solche Umstände aufmerksam zu machen hat, zu deren Erfassung er vertraglich nicht ausdrücklich verpflichtet ist
- Indirekte Hinweise wie etwa Anmerkungen in den Ausführungsplänen sind keine genügenden Abmahnungen
- Immerhin: Im vorliegenden Fall hatte der Architekt die Unzweckmässigkeit der Anordnung des TU tatsächlich erkannt!
- Wie es wäre, wenn der Architekt die Unzweckmässigkeit einer Anordnung (welche Umstände betrifft, zu deren Erfassung er vertraglich nicht ausdrücklich verpflichtet ist) hätte erkennen können, aber nicht erkannt hat, bleibt hier offen

7. September 2016 - 21

BAUR HURLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

**Urteil 4A_155/2015 vom 24. August 2015
(Niederspannungsinstallationsverordnung)**

- «Norm»-NIV-Bestimmung in Kaufverträgen:
Die Käuferschaft nimmt davon Kenntnis, dass Niederspannungsinstallationen bei einer Handänderung kontrolliert werden müssen, wenn seit der letzten Kontrolle mehr als fünf Jahre vergangen sind. Die Käuferschaft wird diese Kontrolle auf ihre Kosten veranlassen, und die Kostenfolgen erforderlicher Massnahmen tragen.
- Steht im Widerspruch zu einem Fact Sheet des Bundesamtes für Energie aus dem Jahr 2003 – weshalb die Käuferschaft die Nichtigkeit (Art. 20 OR) dieser Bestimmung behauptete
- Bundesgericht: Fact Sheet schränkt die Vertragsfreiheit der Parteien nicht ein

7. September 2016 - 22

BAUR HURLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

**Urteil 4A_155/2015 vom 24. August 2015
(Niederspannungsinstallationsverordnung)**

- Fazit:
 - beruhigend, dass die Vertragsfreiheit der Parteien auch nach Auffassung des Bundesgerichts einem Fact Sheet des Bundesamtes für Energie vorgeht
 - Keine Bestimmung eines Kaufvertrages ist unwichtig genug, dass darüber nicht prozessiert werden kann
 - man weiss nie, welche Bestimmung eines Vertrages einmal wichtig wird
 - die Bestimmung war wichtig, denn es hingen Kosten von über CHF 200'000 daran....

7. September 2016 - 23

BAUR HURLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE
