

SVIT Zürich „Stehlunch“

1. Oktober 2020

Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Immobilienrecht

– eine **Auswahl** –

Dr. Boris Grell, LL.M., Fachanwalt SAV
Bau- und Immobilienrecht

Obstgartenstrasse 28
CH-8006 Zürich

Tel. +41 (0)44 350 33 11

boris.grell@grell-law.ch

Ablauf / Zeitverhältnisse

1. Präsentation ausgewählter Entscheide (ca. 30 min.)

- Qual der Wahl !
- Publikationen aus den Bereichen
 - Maklerlohn trotz unterbrochener Verkaufsbemühungen?
 - Immobilien-Kauf: Konkurrierende Vorkaufsrechte
 - Fahrwegrecht für Pferdekutschen – und heute?
 - Stockwerkeigentum und Airbnb

2. Fragen und Diskussion (ca. 10 min.)

Maklerrecht

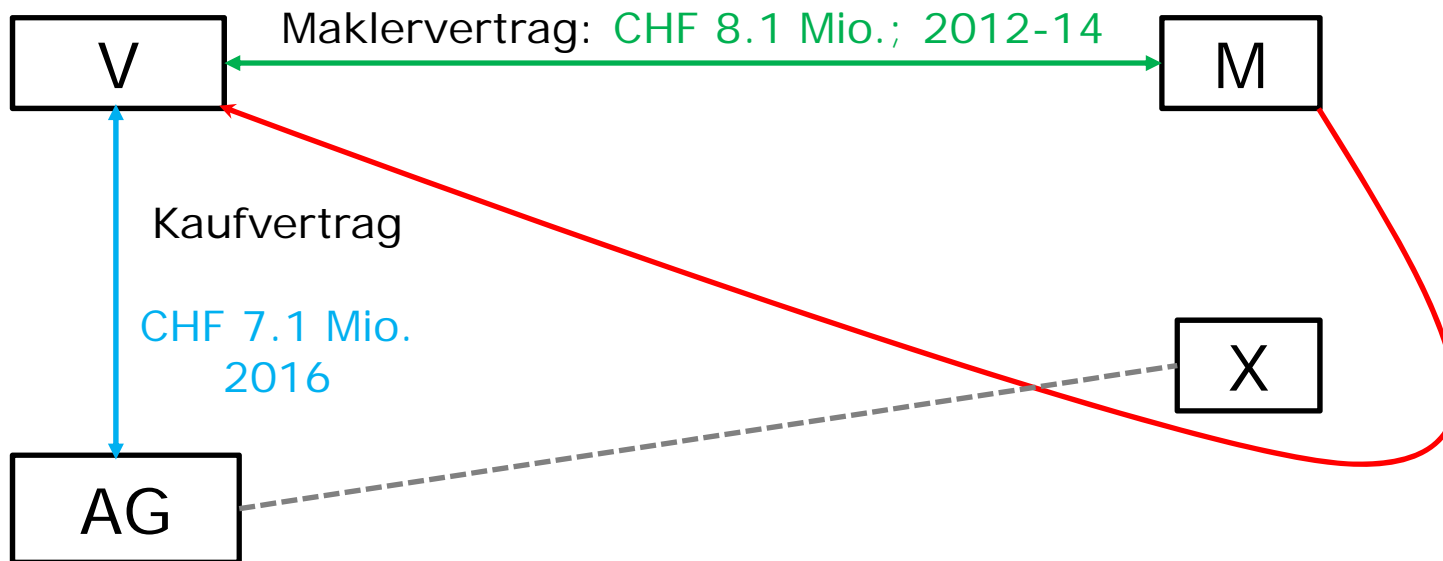
Maklerlohn **trotz Unterbruch** Verkaufsbemühungen

- **Sachverhalt** (BGer 4A_569/2019 vom 15. April 2020)
 - **2012**: Abschluss Maklervertrag zum Verkauf **Mehrfamilienhaus** zum Verkaufspreis: CHF **8.1 Mio.**
 - **Provision** von CHF 100'000 (**fest**) bei **Nachweis** oder **Vermittlung** eines Verkaufsgeschäfts **bis 2 Jahre nach** Auflösung des Maklervertrags
 - Maklerin **präsentiert** Kaufinteressenten **X**, doch **Auftraggeber unterbricht** Vertragsverhandlungen wegen **Kaufangebot** eines ihm bekannten **Dritten**
 - **2013-2014**: Funkstille. Erst **2/2015**: «formelle» **Auflösung** Maklervertrag durch Auftraggeber des «**faktisch schon lange erloschenen Maklermandats**»
 - **2016**: Verkauf für **CHF 7.1 Mio.** an **AG**, bei der **X VRP** ist und **AG kontrolliert**
 - Maklerin **klagt** die Provision von CHF 100'000 ein; → mit Erfolg?

Maklerrecht

Maklerlohn trotz Unterbruch Verkaufsbemühung?

- **Grafik** (BGer 4A_569/2019 vom 15. April 2020)



Maklerrecht

Maklerlohn trotz Unterbruch Verkaufsbemühung? ⁽²⁾

➤ **Rechtliche Grundlagen**

- **Gesetz** (Art. 412 Abs. 1 OR) unterscheidet **2 Arten** von Maklerverträgen:
«Durch den Mäklervertrag erhält der Mäkler den Auftrag, gegen eine Vergütung Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages **nachzuweisen** oder den Abschluss eines Vertrags zu **vermitteln**»
- **Nachweis**-Maklervertrag: Der Makler gibt dem Auftraggeber **konkrete Gelegenheiten** zum Abschluss eines Vertrags **bekannt**.
- **Vermittlungs**-Maklervertrag: Der Makler **wirkt aktiv** auf den Abschluss eines Vertrages hin.
- **Provision** wird in **beiden** Fällen – mangels **anderer Regelung** im Maklervertrag ! – nur geschuldet bei **Kausalzusammenhang** zwischen **Maklertätigkeit** und dem (Kauf-) Vertragsabschluss («**Zielgeschäft**»)

Maklerrecht

Maklerlohn trotz Unterbruch Verkaufsbemühung? ⁽³⁾

- **Erwägungen des Bundesgerichts (Forts.)**
- **Kausalzusammenhang** zwischen Maklertätigkeit und Abschluss Zielgeschäft:
 - **Beweislast** Makler! Nachweis durch **Dokumente!**
 - Aber **ausreichend**: sog. «**psychologischer Zusammenhang**» zwischen Maklertätigkeit und dem Kaufentschluss des Dritten
 - **Kaufentschluss** kann auch **bestehen bleiben**, wenn die Verhandlungen für einen bestimmten Zeitraum **unterbrochen** werden
- **Repetition** Voraussetzung für hier strittige Provision: **CHF 100'000** bei Verkauf Mehrfamilienhaus zum Kaufpreis von **CHF 8.1 Mio.** bis **2 Jahre nach Auflösung** Maklervertrag.
- **Vorliegend**: Verkauf zum Kaufpreis von **CHF 7.1 Mio.** und nach **mehr als 2 Jahren** seit der «**faktischen Beendigung** des Maklermandats»

Maklerrecht

Maklerlohn trotz Unterbruch Verkaufsbemühung? ⁽⁴⁾

➤ Erwägungen des Bundesgerichts (Forts.)

- **Vertragsauslegung:**
 - Im Maklervertrag erwähnter Kaufpreis von CHF 8.1 ist nur ein sog. «**Richtpreis**» und **kein Fix- bzw. Mindestpreis für Provisionsanspruch**
 - Die Vereinbarung einer **Fix-Entschädigung** von hier CHF 100'000 (anstelle eines Prozentsatzes des Kaufpreises) **spricht nicht gegen einen blossen Richtpreis**
- **Auflösung Maklervertrag**
 - Art. 412 Abs. 2 OR i.V.m. Art. **404** OR: **Zwingend jederzeit** möglich
 - Kündigung ist **empfangsbedürftig**: Es zählt die formelle Kündigung. Dass die Vertragsparteien faktisch mehr als 2 Jahre **keinen Kontakt** hatten, spricht **nicht für eine frühere, konkludente** (formlose), einvernehmliche Vertragsauflösung

Maklerrecht

Maklerlohn trotz Unterbruch Verkaufsbemühung? ⁽⁵⁾

➤ **Schlussfolgerungen** und Empfehlungen

- Grundsatz #1: Wer **schreibt**, gewinnt.
- Grundsatz #2: **Klare Formulierungen** schaffen **klare Rechtsverhältnisse**
 - Im **Maklervertrag** den Verkaufspreis **ausdrücklich** als «**Richtpreis**» bezeichnen.
 - Zur **Verhinderung** einer **konkludenten** Vertragsauflösung: Im Maklervertrag die **Kündigung** an das Erfordernis der **Schriftlichkeit knüpfen** (**Gültigkeitsvoraussetzung**)
 - Provision an die Nachweis- **ODER** Vermittlungstätigkeit knüpfen
 - Verhandlungssache: **Exklusivität** sowie **Ausschluss des Kausalzusammenhangs** der Maklertätigkeit zum Abschluss des Zielgeschäfts

Immobilien-Kauf

Konkurrierende Vorkaufsrechte

- **Sachverhalt** (BGer 5A_127/2019 vom 4. Mai 2020, BGE)
 - Grundstück mit
 - selbständigem und dauerndem **Baurecht** (**Grundstücksqualität!**) und
 - darauf: **Stockwerkeigentümergeinschaft** mit **32** Stockwerkeinheiten
 - **9. Juni 2011**: **Verkauf Baurechts-Grundstück und 27 Einheiten an A-AG**
 - **7. Juli 2011**: **Eintrag A-AG als Eigentümerin im Grundbuch**
 - **8. Juli 2011**: **GB-Amt zeigt B den Kauf der A-AG an**
 - **20. September 2011**: **B übt sein Vorkaufsrecht aus für Baurechts-Grundstück**
 - **A-AG bestreitet das Vorkaufsrecht von B. Denn die A-AG wurde ja auch Stockwerkeigentümerin von 27 Stockwerkeinheiten, womit das Vorkaufsrecht von B entfallen sei.**

Immobilien-Kauf

Konkurrierende Vorkaufsrechte ⁽²⁾

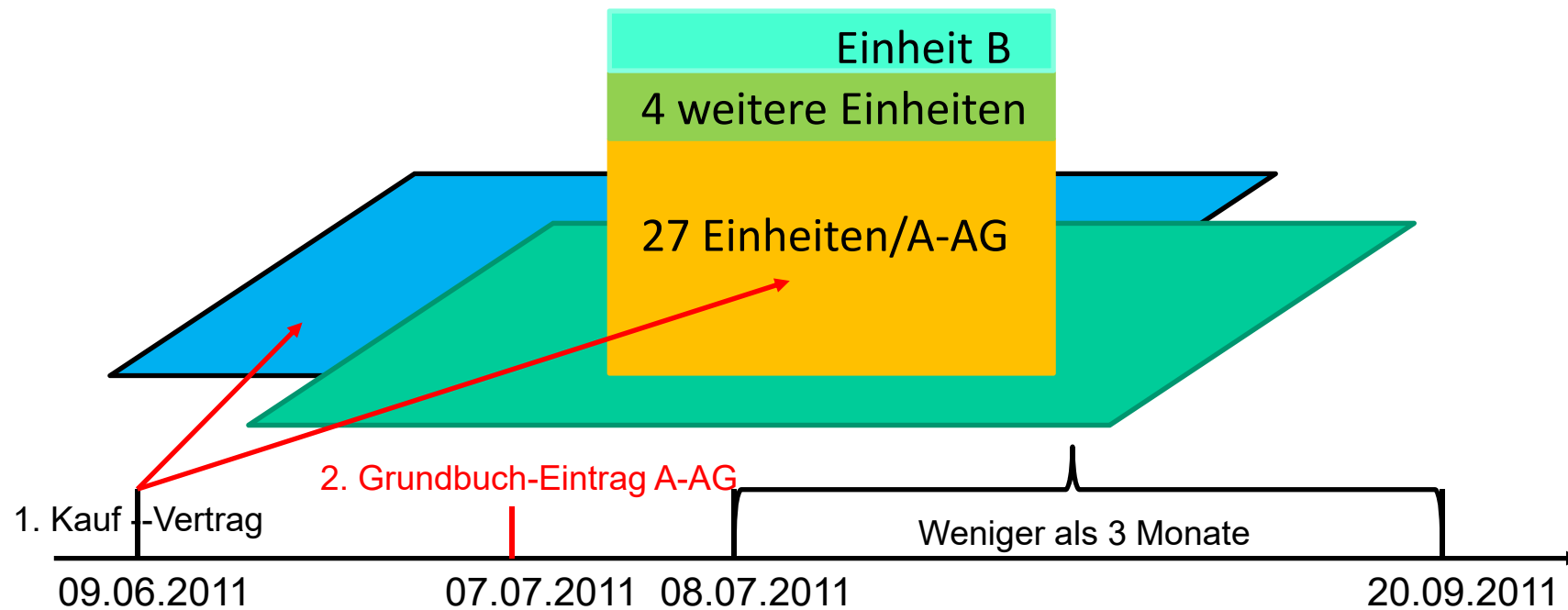
➤ **Rechtliche Grundlagen**

- Grundsatz: Stockwerkeigentümer sind grundsätzlich Miteigentümer
- Art. 682 Abs. 1 ZGB
«Miteigentümer haben ein Vorkaufsrecht gegenüber jedem Nichtmiteigentümer, der einen Anteil erwirbt.»
- Art. 681 Abs. 2 ZGB
«Das Vorkaufsrecht entfällt, wenn das Grundstück an eine Person veräußert wird, der ein Vorkaufsrecht im gleichen oder in ein einem vorderen Rang zusteht.»
- Hier also Frage **entscheidend**: Wann wurde die **A-AG Miteigentümerin** an den **27** Stockwerkeinheiten, **damit** das **Vorkaufsrecht** von **B** auf das Baurechtsgrundstück **entfällt**?

Immobilien-Kauf

Konkurrierende Vorkaufsrechte

- **Grafik** (BGer 5A_127/2019 vom 4. Mai 2020)



Immobilien-Kauf

Konkurrierende Vorkaufsrechte ⁽³⁾

➤ **Erwägungen des Bundesgerichts**

- Rechtlich **entscheidender Zeitpunkt** für den Erwerb von Grundeigentum (so auch beim Erwerb einer Stockwerkeinheit als eigenständiges Grundstück)
 - Abschluss **Verpflichtungsgeschäft** (öffentlich-beurkundeter Kaufvertrag)

oder

 - Abschluss **Verfügungsgeschäft** (Anmeldung und Eintrag im Grundbuch)
- **Hier**: Erst mit dem Eintrag des **Veräußerungsgeschäfts im Grundbuch** wurde die A-AG Miteigentümerin und **damit vorkaufsberechtigt**.
 - **Also**: Am **7. Juli 2011** **erwarb** die A-AG nur das **RECHT auf den Eigentumserwerb**,
 - aber **damals** (d.h. am 7. Juli 2011) **OHNE das Vorkaufsrecht**

Immobilien-Kauf

Konkurrierende Vorkaufsrechte ⁽⁴⁾

➤ **Schlussfolgerungen und Empfehlungen**

- Die A-AG hatte im Zeitpunkt des Abschlusses der **Kaufverträge** (7. Juni 2011) (**Verpflichtungsgeschäfte**) über das Baurechts-Grundstück und die 27 Stockwerkeinheiten **NOCH KEIN Vorkaufsrecht**.
- **Denn** die A-AG wurde **erst später** mit dem **Grundbucheintrag** (7. Juli 2011) **Eigentümerin** an diesen Kaufobjekten und erwarb darum auch **ERST DANN** das **Vorkaufsrecht** als (Mit-) Eigentümerin
- Das **Vorkaufsrecht von B** am Baurechts-Grundstück ging im **Zeitpunkt** Kaufvertragsabschlusses (**Verpflichtungsgeschäft**) dem **erst später** mit der **Eigentumsübertragung** erworbenen **Vorkaufsrecht** von A-AG vor.
- **Investoren** müssen in einem **1. Schritt** das **Vorkaufsrecht** (auf das Baurechts-Grundstück) **erwerben** und in einem **2. Schritt** die **Kaufverträge abschliessen**, welche das Vorkaufsrecht der anderen Miteigentümer (hier von B) auslösen.

Grundbucheintragungen

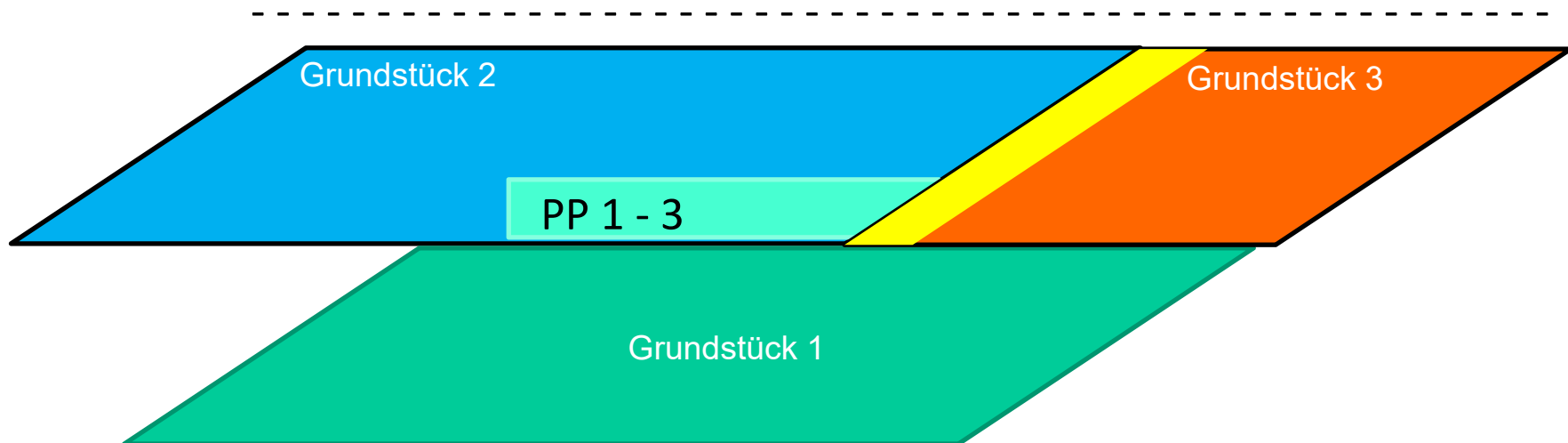
Fahrwegrecht für Pferdekutschen – und heute?

- **Sachverhalt** (BGer 4A_47/2019 vom 5. September 2019)
 - Grundstück 1: In **Stockwerkeigentum** aufgeteilte **Wohnliegenschaft**
 - Unmittelbar **angrenzendes** Grundstück 2: u.a. **3 Parkplätze** (seit 2012 öffentlich-rechtlich **bewilligt**), die von den Bewohnenden des Grundstücks 1 **benutzt** werden
 - **Einzige Zufahrt** von der Hauptstrasse **zu den 3 Parkplätzen**: **Weg** auf dem Grundstück 3.
 - **Vorprogrammiert**: **Streit** zwischen den Eigentümern Grundstücke 1 und 3.
 - Eigentümer des Grundstücks 3 hatten schon **zuvor erfolglos** gegen die **Bewilligung** der 3 Parkplätze rekurriert
 - (**Zivilrechtliche**) **Unterlassungsklage** der Eigentümer Grundstück 3 gegenüber Stockwerkeigentümer-**Gemeinschaft** (!) Grundstück 1 auf **Benützung** der 3 Parkplätze **über die Zufahrt** des Grundstücks 3

Grundbucheintragungen

Fahrwegrecht für Pferdekutschen – und heute?

Grafik (BGer 4A_47/2019 vom 5. September 2019)



Grundbucheintragungen

Fahrwegrecht für Pferdekutschen – und heute? ⁽²⁾

- **Sachverhalt** (BGer 4A_47/2019 vom 5. September 2019) Forts.
- **Seit 1912:** Servituten im Grundbuch zugunsten Grundstück 1 und zulasten Grundstück 3:
 - «*Benützungsrecht an der Zufahrtstrasse zulasten Grundstücks 3*»sowie
 - «*Zufahrts-, Zugangs- und Parkplatzbenutzungsrecht*»
- **Und:** **Bauverbot-Servitute** zugunsten Grundstück 3 und zulasten Grundstück 2
- **Argument #1** der Eigentümer Grundstück 3: **Keine Ausübung** der Servituten / Grunddienstbarkeiten mit **motorisierten** Fahrzeugen
- **Argument #2** der Eigentümer Grundstück 3: **Verbot** der Errichtung und Benutzung der Parkplätze **wegen** des (zivilrechtlichen) **Bauverbots**

Grundbucheintragungen

Fahrwegrecht für Pferdekutschen – und heute? ⁽³⁾

➤ **Erwägungen** des Bundesgerichts

- Begriff «**Zufahrtsstrasse**» ist – nach dem **allgemeinen Sprachgebrauch** – eine «*die Zufahrt zu etwas ermöglichende Strasse*»
- Begriff «**Zufahrt**» ist – laut Duden – «*die **Möglichkeit des Fahrens bis zu einem bestimmten Ziel***»
- **Also** (gemäss Bundesgericht): Die umstrittene Servitute
 - «*eröffnet die **Zufahrt von den Parkplätzen zur Hauptstrasse und umgekehrt***» und
 - zwar – auf der ganzen, über das Grundstück 3 führende Strasse und nicht bloss Teilen davon.
- Dieser **Umfang** ergibt sich bereits **aus dem GrundbuchEINTRAG** selbst (!), also **ohne Beizug des Wortlauts des Servituts-Vertrags** (Art. 738 ZGB; dazu vgl. beispielhaft auch den «Birnbäum-Fall» in BGer 5A_924/2016 vom 28. Juli 2017)

Grundbucheintragungen

Fahrwegrecht für Pferdekutschen – und heute? ⁽⁴⁾

- **Erwägungen des Bundesgerichts** (Forts.)
 - **Aber:** Benützungsrecht der Zufahrt auch mit **Motorfahrzeugen**?
 - Kläger-Argument: 1912 gab es **vor Ort faktisch keine Autos**. Darum gelte das **Benützungsrecht** nur bzw. **höchstens für Pferdefuhrwerke**.
 - Das Fuss- und Fahrwegrecht ist gemäss Servitute **nicht beschränkt** (so das Kantonsgericht).
 - Und noch zum **Bauverbot**
 - Bauverbot betrifft **nur** die Errichtung von **Gebäuden** und
 - lasse das **Abstellen** von Autos **zu** bzw. **schliesse das nicht aus**.

Grundbucheintragungen

Fahrwegrecht für Pferdekutschen – und heute? ⁽⁵⁾

➤ **Schlussfolgerungen** und **Empfehlungen**

- Auch hier: **Klare Verträge** helfen Missverständnisse und **Streit zu vermeiden**
- Hier aber noch **Steigerung**: Bereits der **Grundbucheintrag selbst muss klar** sein und **nicht nur der Dienstbarkeitsvertrag** an sich, der bloss ein Beleg zum Grundbucheintrag ist.
- **Also**: Eine Beschränkung, z. B. ein **Fahrverbot für Motorfahrzeugen** muss aus dem Grundbucheintrag sowie aus dem Servitutsvertrag direkt hervorgehen
 - «**Beschränktes** Fuss- und Fahrwegrecht» sowie
 - «Die Zufahrt darf **nicht mit Motorfahrzeugen** genutzt werden.»
- Aber und wegen **zeitlich unbeschränkter Gültigkeit** eingetragener Servituten:
 - Was sind die gängigen Fortbewegungsmitteln im Jahr **2087**?
 - Fällt schon heute der **Elektro-Trottinette** unter das Verbot dieser Servitute?

Grundbucheintragungen

Fahrwegrecht für Pferdekutschen – und heute? ⁽⁶⁾

- **Schlussfolgerungen und Empfehlungen (Forts.)**
- Anderer «**besserer**» (?) Lösungsansatz, zur **Vermeidung von Auslegungstreitigkeiten** rund um den Umfang von Servituten
 - Im **Servitutsvertrag** Umfang der konkret geduldeten Drittnutzung **klar umschreiben** sowie jegliche **andere** Nutzungsarten **ausdrücklich ausschliessen**.
 - *«Der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstücks 3 duldet zugunsten der Eigentümer des berechtigten Grundstücks 1 das Benützungsrecht an der Zufahrtstrasse für ein zugehöriges Zufahrts-, Zugangs- und Parkplatzbenützungsrecht auf dem Grundstück 2.*
 - **Die Ausübung der vorstehenden Rechte ist *beschränkt* allein und ausschliesslich auf eine *Zufahrt mit Pferdefuhrwerken*, also insb. *keine technischen Weiterentwicklungen* und keine weitere Arten von *Fortbewegungsmitteln* werden davon erfasst.**
- Und so / darum entsteht «**Juristen-Deutsch**»!

Stockwerkeigentum

Stockwerkeigentum und **Airbnb**

- **Sachverhalt** (BGer 5A_436/2018 vom 4. April 2019)
 - = **BGE** 145 III 400
 - Liegenschaft besteht aus **27** Stockwerkeinheiten (= 26 Wohnungen und 1 Bootswerft)
 - **Reglement**: «*Alle Einheiten sind – mit Ausnahme der Bootswerft – zum Wohnen oder allenfalls für ein stilles Gewerbe (z.B. Büros) zu nutzen.*»
 - **Tochter** von A (Eigentümer von **2 Wohnungen**) schrieb eine der Wohnungen **regelmässig** über das Internet / **Airbnb** aus.

Stockwerkeigentum

Stockwerkeigentum und Airbnb ⁽²⁾

- **Sachverhalt** (BGer 5A_436/2018 vom 4. April 2019) Forts.
 - **Beschluss** an einer ausserordentlichen Stockwerkeigentümerversammlung:

«Nicht gestattet ist zudem die unregelmässige, tage-, wochen- oder monatsweise Vermietung von Wohnungen. Gestattet ist nur eine dauerhafte Vermietung.»
 - Bezirksgericht und Obergericht Nidwalden **weisen** die Klage auf Aufhebung des Beschlusses **ab**. → und das **Bundesgericht**?

Stockwerkeigentum

Stockwerkeigentum und Airbnb ⁽³⁾

- **Erwägungen des Bundesgerichts**
- **Kriterien** zum reglementarischen Ausschluss einer Airbnb-Nutzung / **Zumutbarkeit** für die übrigen Stockwerkeigentümer
 - **Wohnniveau**
 - Art und Nutzung der **gemeinschaftlichen Infrastruktur**
 - **Grösse** der Überbauung
 - Zweit- oder Ferienliegenschaft oder (**Erst-**) Wohnresidenz

Stockwerkeigentum

Stockwerkeigentum und Airbnb ⁽⁴⁾

➤ Erwägungen des Bundesgerichts (Forts.)

- Vorliegend: **Gehobenes Wohnen**
 - **Gemeinschaftliche Infrastruktur** (Schwimmbad und **Sauna**, Fitnessraum) ist zwar **nicht** der **Privatsphäre**, aber trotzdem **privatem Bereich** zuzuordnen, die naturgemäss **nicht für Dritte bestimmt** ist
 - Überbauung mit **26** Wohnungen ist zwar «**relativ gross**», doch schafft die **gemeinschaftlich genutzte Infrastruktur** einen «**eher intimen Rahmen**», der die Grösse der Überbauung **kompensiert**.

Stockwerkeigentum

Stockwerkeigentum und Airbnb ⁽⁵⁾

- **Erwägungen des Bundesgerichts (Forts.)**
- Vorliegend: Keine Zweit- oder Ferienliegenschaft, sondern **Erstwohnresidenz**
 - schafft **engeres Verhältnis** unter den Bewohnenden
 - **kein gängiges** Konzept zur **Finanzierung** und besseren **Auslastung**
 - **«Parahotelleristisches Gewerbe»** auch **nicht** mit **"stillem Gewerbe"** vereinbar

Stockwerkeigentum

Stockwerkeigentum und Airbnb ⁽⁶⁾

➤ Erwägungen des Bundesgerichts (Forts.)

- Vorliegend: **Ruhebedürfnis** wichtiger als typischerweise bei **Feriengästen**
 - mit viel Gepäck und
 - im «**Urlaubsrhythmus**» nicht unbedingt mit dem Bedürfnis nach früher Bettruhe
 - die ihr Augenmerk nicht zwangsläufig auf die Rücksichtnahme gegenüber der ihnen **unbekannten Nachbarschaft** legen.

Stockwerkeigentum

Stockwerkeigentum und Airbnb ⁽⁷⁾

➤ **Schlussfolgerungen und Empfehlungen**

- Das **reglementarische Verbot** von Airbnb ist grundsätzlich **gesetzeskonform**
- **höht** das Sonderrecht an den einzelnen Sonderrechtseinheiten oder dessen **Kerngehalt nicht aus**.
- Das Verbot **schliesst** die **Kommerzialisierung einer Stockwerkeinheit nicht per se** aus, z. B. durch **reguläre Vermietung** (ohne systemimmanente, regelmässige und häufige Mieterwechsel), sondern **bremst nur** den Umfang der **finanziellen Ausbeute**.
- Aber auch hier: Umfasst
 - «**Wohnen**» auch die Vermietung an eine **AG**, die dort **ältere Leute umsorgt**, die dort **wohnen?** oder
 - Ist ein **Escort-Service** ein «**stilles Gewerbe**»?

➤ **Fragen?**

➤ **Bemerkungen / Ergänzungen?**

➤ **Eigene Erfahrungen?**

und zuletzt noch dies:

„Ich vergesse das meiste, was ich gelesen habe; nichtsdestoweniger trägt es zur Erhaltung meines Geistes bei.“

nach Georg Christoph Lichtenberg (1742-1799; Sudelbuch J, 133)

**Vielen Dank für Ihr Interesse
&
en Guete!**

Die in dieser Kurzpräsentation enthaltenen Informationen und Aussagen geben allein die persönliche Sichtweise des Autors sowie dessen rechtliche Interpretation der darin abgehandelten Themen wieder. Gleichwohl stellt diese Präsentation keine rechtliche Beratung dar und können daraus keine Rechtsansprüche abgeleitet werden. Zudem können ohne die mündlichen Ergänzungen und Erklärungen des Autors die in dieser Präsentation enthaltenen Informationen und Aussagen leicht missverstanden werden. Diese Präsentation darf, ausser für interne Zwecke, nur mit der vorgängigen schriftlichen Zustimmung des Autors ganz oder teilweise vervielfältigt oder Kopien davon verteilt werden.