

## Entwicklungen und Entscheide im privaten Baurecht

- **PD Dr. iur. Peter Reetz, Rechtsanwalt**
- **Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht**
- **Reetz Sohm Rechtsanwälte, Küsnacht**

## Themenbereiche

- **Werkvertrag (Schwerpunkt)**
- **Bauhandwerkerpfandrecht**
- **Baurecht**

## **Werkvertrag: Ersatz vorprozessualer Anwaltskosten (1): BGer 4A\_501/2021**

- **Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können vorprozessuale Anwaltskosten Bestandteil des Schadens bilden, aber nur wenn sie gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren, der Durchsetzung der Schadenersatzforderung dienen und nur soweit, als sie nicht durch die Parteientschädigung gedeckt sind (BGE 131 II 121 E. 2.1; 117 II 394 E. 3a, 101 E. 5; Urteile 4A\_113/2017 vom 6. September 2017 E. 6.2.5; 4A\_264/2015 vom 10. August 2015 E. 3 mit Hinweis). Die Partei, die den Ersatz vorprozessualer Anwaltskosten einklagt, hat substantiiert darzutun, das heisst die Umstände zu nennen, die dafür sprechen, dass die geltend gemachten Aufwendungen haftpflichtrechtlich als Bestandteil des Schadens zu betrachten sind, mithin gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren, der Durchsetzung der Schadenersatzforderung dienen und nicht durch die Parteientschädigung gedeckt sind (zit. Urteil 4A\_264/2015 E. 4.2.2) (E. 9.1).**

**Werkvertrag: Ersatz vorprozessualer Anwaltskosten (2):  
BGer 4A\_501/2021**

**Bereits aus den Beschreibungen der anwaltlichen Leistungen in der Rechnung vom 30. Juni 2015 wird ersichtlich, dass allfällige rechtliche Schritte in der Sache bereits geprüft und angedroht wurden. Die anwaltliche Beratung im Zusammenhang mit der Ausübung der Wahlrechte hat damit (jedenfalls auch) den Zweck gehabt, die Vorbereitung eines allfälligen Prozesses zu ermöglichen, zu erleichtern oder zu vermeiden und entsprechende Kosten waren damit mit der Parteientschädigung abgegolten (E. 9.2.2).**

**Werkvertrag: Ersatz vorprozessualer Anwaltskosten (3):  
BGer 4A\_501/2021**

**Wie die Beklagte zudem zu Recht ausführt, können zeitlich parallel laufende Aufwandspositionen in der gleichen Sache nicht - ungeachtet der Chronologie - separat und unterschiedlich qualifiziert werden. Die Vorinstanz konnte somit nicht der Klägerin Rechnungspositionen deshalb zusprechen, weil diese nicht als prozessual zu qualifizieren seien, wenn sie andere - teilweise chronologisch vorher angefallene Positionen - zu Recht als von der Parteientschädigung gedeckt qualifiziert hat (E. 9.2.2).**

**Werkvertrag: Ersatz vorprozessualer Anwaltskosten (4):  
BGer 4A\_501/2021**

**Damit kann offenbleiben, ob eine Entschädigung für vorprozessuale Anwaltskosten auch bereits deshalb scheitern würde, weil sich die Beratung im Zusammenhang mit der Ausübung der Wahlrechte im späteren Prozess - retrospektiv betrachtet - als nützlich erwiesen hat, wie die Beklagte geltend macht. Ebenfalls kann offenbleiben, ob die Klägerin die ihr von der Vorinstanz zugesprochenen vorprozessualen Anwaltskosten, namentlich deren Notwendigkeit und Angemessenheit, überhaupt hinreichend substantiiert hat (E. 9.2.3).**

## **Werkvertrag: Vollendung und Ablieferung des Werks (1): KGer BL 400 20 130**

**Ein Werk gilt als vollendet, wenn sämtliche vereinbarten Arbeiten ausgeführt wurden, die der Unternehmer zur Herstellung seines Werkes schuldet (BGE 94 II 161, E. 2c; BGer 4A\_252/2010 vom 25. November 2010, E. 5.3; BGE 113 II 264, E. 2b; BGE 115 II 456, E. 4; BGer 4A\_319/2017 vom 23. November 2017, E. 2.3.1).  
Ausnahmsweise ist trotz fehlender Vollendung des Werkes eine Ablieferung im Sinne von Art. 367 Abs. 1 OR möglich, wenn die noch ausstehenden Arbeiten gering sind und die Abnahmeverweigerung treuwidrig wäre. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die ausstehenden Arbeiten im Vergleich zu den Gesamtkosten ausserordentlich gering sind (BGer 4C.469/2004 vom 17. März 2005, E. 2.3). Massgebend muss jedoch stets sein, ob der Unternehmer ein «fertiges» gebrauchsfähiges Werk bereitgestellt hat und der Besteller erkennen konnte bzw. der Unternehmer zum Ausdruck brachte, dass die Arbeiten beendet sind und er (der Besteller) gehalten ist, die Prüfung im Sinne von Art. 367 Abs. 1 OR vorzunehmen (BGer 4A\_51/2007 vom 11. September 2007, E. 4.5) (E. 3.4).**

**Werkvertrag: Vollendung und Ablieferung des Werks (2):  
KGer BL 400 20 130**

**Die Berufungsbeklagten verkennen zudem, dass der Begriff der Vollendung eines Werkes als objektiver Begriff keiner anderslautenden Parteiabrede zugänglich ist. So kann lediglich der Zeitpunkt der Ablieferung von den Parteien abweichend definiert werden. Eine solche anderslautende Abrede ist im vorliegenden Fall nicht ersichtlich. Selbst wenn eine solche angenommen würde, hätte dies aber keinen Einfluss auf das Ergebnis, zumal die Ablieferung gemäss Art. 367 Abs. 1 OR stets die objektive Vollendung des Werkes voraussetzt (E. 4.4).**

**Werkvertrag: Vollendung und Ablieferung des Werks (3):  
KGer BL 400 20 130**

**Es ist zwar möglich eine Teillieferung zu vereinbaren, jedoch ist es auch dort zwingend notwendig, dass jedes im Sinne von Art. 367 Abs. 1 OR abgelieferte Werkteil vollendet ist. Es ist mit anderen Worten nicht möglich zu vereinbaren, dass ein noch nicht vollendetes Werk oder Werkteil gemäss Art. 367 Abs. 1 OR abgeliefert wird (E. 4.4).**

**Mangels Ausführung sämtlicher vertraglich vereinbarten Arbeiten muss vorliegend die Vollendung des Werkes und damit dessen Ablieferung im Sinne von Art. 367 Abs. 1 OR im Zeitpunkt der Verrechnungseinrede verneint werden. Aufgrund der fehlenden Ablieferung waren die Berufungsbeklagten nicht befugt, sich bereits auf das Minderungsrecht im Sinne von Art. 368 Abs. 2 OR zu berufen (E. 4.5).**

## **Werkvertrag: Vollendung und Ablieferung des Werks (4): KGer BL 400 20 130**

- **Überdies wäre vorliegend die Verrechnung selbst im Falle eines bereits vollendeten und abgelieferten Werkes vertragswidrig gewesen. Die Parteien haben in Ziffer 4 sowie Ziffer 7 der «Allgemeinen Bedingungen zu Werkverträgen der A. GmbH» (Bestandteil des Werkvertrages vom 21. April 2010 gemäss Ziffer 2 Nr. 1) explizit vereinbart, dass der Besteller (d.h. die Berufungsbeklagten) nicht zu einem Rückbehalt von Werkpreiszahlungen befugt ist. Diese Bestimmung kann nur als Verrechnungsverbot im Sinne von Art. 126 OR verstanden werden, zumal es für ein Generalunternehmen gerade Sinn und Zweck sein muss, pünktliche Zahlungen des Bestellers sicherzustellen, damit der Generalunternehmer die von ihm engagierten Subunternehmer pünktlich entlohnen kann. Aufgrund der ausbleibenden Tranchenzahlung von CHF 65'000.00 stellte die Berufungsklägerin gestützt auf Art. 82 OR bzw. Ziffer 4 der «Allgemeinen Bedingungen zu Werkverträgen der A. GmbH» die Arbeiten an dem Einfamilienhaus daher zu Recht ein (E. 4.5).**

## **Werkvertrag: Einrede des nicht erfüllten Vertrags (1): BGer 4A\_351/2021**

**Wer bei einem zweiseitigen Vertrag den anderen zur Erfüllung anhalten will, muss nach Art. 82 OR entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrags erst später zu erfüllen hat.**

**Art. 82 OR gewährt dem Schuldner eine aufschiebende Einrede mit der Wirkung, dass er die geforderte Leistung bis zur Erbringung oder Anbietung der Gegenleistung zurückhalten darf. Der Gläubiger kann sich begnügen, auf vorbehaltlose Leistung zu klagen. Es obliegt dem Schuldner, die Einrede zu erheben (BGE 127 III 199 E. 3a; 123 III 16 E. 2b). Ist die Einrede berechtigt, hat der Gläubiger also die Leistung weder erbracht noch angeboten, so schützt das Gericht die Klage in dem Sinne, dass es den Schuldner zur Leistung Zug um Zug, d.h. zu einer aufschiebend bedingten Verpflichtung verurteilt. Der Kläger braucht die Verurteilung des Beklagten zur Leistung Zug um Zug nicht zu verlangen. Das Gericht erlässt ein dahingehendes Urteil auf Einrede des Beklagten nach Art. 82 OR (BGE 127 III 199 E. 3a; 111 II 463 E. 3). Das Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 OR ist nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen (BGE 76 II 298 E. 3) (E. 3.1.1).**

## **Werkvertrag: Einrede des nicht erfüllten Vertrags (2): BGer 4A\_351/2021**

**Erhebt der Schuldner die Einrede, ist es am Gläubiger zu beweisen, dass er seine eigene Leistung erbracht oder gehörig angeboten hat (BGE 123 III 16 E. 2b; 79 II 277 E. 2; 76 II 298 E. 3). Art. 82 OR weicht vom Prinzip ab, wonach den Beweisbelasteten auch die (objektive) Behauptungslast trifft. Der Schuldner hat nämlich zu behaupten, dass der Gläubiger die Leistung weder erbracht noch gehörig angeboten hat, und dieser hat anschliessend zu beweisen, dass er seine Leistung erfüllt oder gehörig angeboten hat. Hingegen führt Art. 82 OR zu keiner Umkehr der Beweislast. Die allgemeine Regel von Art. 8 ZGB gilt: Es obliegt zunächst dem Gläubiger, der seine Forderung durchsetzen will, die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, die den Bestand seiner Forderung feststellen lassen. Der Schuldner, welcher die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhebt, hat den Bestand seiner Gegenforderung zu beweisen. Es obliegt anschliessend dem Gläubiger, die Erfüllung oder das gehörige Angebot seiner eigenen Leistung nachzuweisen, was auch bedeutet, dass er die Folgen der Beweislosigkeit trägt (zum Ganzen: Urteil 4A\_262/2021 vom 30. September 2021 E. 5.1 f. mit Hinweisen) (E. 3.1.1).**

**Werkvertrag: Einrede des nicht erfüllten Vertrags (3):  
BGer 4A\_351/2021**

**Die Beschwerdegegnerin begründete die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach Art. 82 OR mit Nachbesserungsansprüchen, die ihr aufgrund nicht vertragsgemässer Deckeninduktionsgeräte sowie nicht vertragsgemässer Rohrleitungen und Rohrschellen und damit zusammenhängender Korrosion und Leckagen entstanden seien. Die Beschwerdeführerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, ein Zurückbehalterecht bestehe nicht, da ihr Anspruch auf die Werklohnrestanz nicht mehr aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis resultiere, sondern noviert worden sei, weil die Parteien durch die Anerkennung des Saldos der Schlussabrechnung eine faktische Saldovereinbarung getroffen hätten (E. 3.2).**

**Werkvertrag: Einrede des nicht erfüllten Vertrags (4):  
BGer 4A\_351/2021**

**Die Beschwerdeführerin bringt zunächst nichts vor, was die überzeugende vorinstanzliche Auffassung erschüttern könnte, wonach die Rechtsnatur der Schlussabrechnung gemäss Art. 153 der SIA-Norm 118 im Zusammenhang mit Werkverträgen gegen eine Qualifikation als faktische Saldovereinbarung oder Kontokorrentverhältnis spreche (E. 3.4.1).**

**Auch ein Kontokorrentverhältnis verneinte die Vorinstanz schlüssig. Auf ihre diesbezüglichen Erwägungen kann verwiesen werden. Ihre Auffassung, wonach der Nachbesserungsanspruch einen modifizierten Erfüllungsanspruch des Bestellers darstellt, welcher in einem Austauschverhältnis mit dem Vergütungsanspruch des Unternehmers steht, weshalb ein Zurückbehalterecht nach Art. 82 OR geltend gemacht werden kann, leuchtet ein (E. 3.4.1).**

**Werkvertrag: Substanziierung beim Einheitspreisvertrag (1):  
KGer FR 101 2020 355**

**Der Beschwerdegegner bestritt weder, dass ein Einheitspreisvertrag vorliegt, noch, dass es sich bei einem Teil der in Rechnung gestellten Arbeiten um Regiearbeiten handelt. Obwohl von den Beschwerdeführerinnen moniert, reichte er auch nicht die endgültigen Ausmasse ein. Ohne diese kann aber bei einem Einheitspreisvertrag die dem Unternehmer zustehende Vergütung gar nicht bestimmt werden (E. 3.5).**

**Werkvertrag: Substanziierung beim Einheitspreisvertrag (2):  
KGer FR 101 2020 355**

**Die Beweislast für die endgültigen Ausmasse trägt der Beschwerdegegner. Dies gilt ebenfalls betreffend den Aufwand für die Regiearbeiten. Auch hierzu hat er sich jedoch nicht geäußert. Das Einreichen einer Schlussrechnung ohne die entsprechenden Angaben genügt diesbezüglich offensichtlich nicht. Mangels Behauptungen zu den endgültigen Ausmassen sowie des Aufwandes und der Ansätze für die Regiearbeiten, waren die Beschwerdeführerinnen auch nicht verpflichtet, sich vertiefter mit den von ihnen bestrittenen Leistungen auseinanderzusetzen (E. 3.5).**

**Werkvertrag: Mängel (1):  
BGer 4A\_226/2020**

**Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin nicht ausdrücklich zusicherte, mit der gelieferten Getränkeabfüllanlage könnten neben Mineralwasser, CSD (Carbonated Soft Drinks) und Sirup auch Fruchtsäfte und Smoothies abgefüllt werden. Die Vorinstanz ging aber davon aus, diese Eigenschaft habe die Beschwerdegegnerin nach Treu und Glauben voraussetzen dürfen (E. 5).**

**Werkvertrag: Mängel (2):  
BGer 4A\_226/2020**

**Die Beschwerdegegnerin macht zu Recht geltend, dass mit diesen allgemeinen Ausführungen nicht klar gerügt wird, worin die entscheidende Bedeutung der drei Sachverhaltselemente für die Auslegung des Vertrages besteht. (1) Dass die Beschwerdegegnerin tatsächlich (aufgrund ihrer Fachkunde und des Preises) erkannt hätte, dass die Anlage keine Fruchtsäfte und Smoothies abfüllen kann, behauptet die Beschwerdeführerin zu Recht nicht. (2) Allenfalls will sie geltend machen, die Beschwerdegegnerin hätte bei Zugrundelegung des zu vervollständigenden Sachverhalts selber erkennen können, dass mit der Anlage tatsächlich keine Fruchtsäfte und Smoothies abgefüllt werden können. (3) Aber selbst wenn das zu bejahen wäre, würde das nichts daran ändern, dass bei willkürfrei bejahtem Wissen der Beschwerdeführerin um den von der Vertragspartnerin bezweckten Gebrauch die Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen wäre, die Beschwerdegegnerin auf die fehlende Gebrauchstauglichkeit zum beabsichtigten Zweck hinzuweisen (E. 5.3).**

**Werkvertrag: Konventionalstrafe (1):  
BGer 4A\_422/2022**

**Das kantonale Gericht hielt weiter fest, dass der Bauherr nie einen Vorbehalt bezüglich einer möglichen Verzögerung bei der Lieferung des Bauwerks geäußert habe. Erst in seiner Klageantwort auf die Klage des Bauunternehmers vom 22. März 2019 machte der Bauherr geltend, dass ihm eine Konventionalstrafe für die verspätete Ablieferung des Bauwerks zustehe, welche er verrechnungsweise geltend machen wolle (E. 5.2).**

**Werkvertrag: Konventionalstrafe (2):  
BGer 4A\_422/2022**

**Das kantonale Gericht war daher der Ansicht, es könne annehmen, dass der Beschwerdeführer die verspätete Vertragserfüllung stillschweigend akzeptiert habe und sich daher nicht mehr auf die Konventionalstrafenklausel berufen könne, da er keinen Vorbehalt angebracht habe, wie es Art. 160 Abs. 2 OR vorschreibt (E. 5.2).**

**Werkvertrag: Konventionalstrafe (3):  
BGer 4A\_422/2022**

**Folglich hat das kantonale Gericht Art. 160 Abs. 2 OR nicht verkannt, als es feststellte, dass der Beschwerdeführer, der nie Vorbehalte bezüglich einer möglichen verspäteten Lieferung des Werkes geltend gemacht hatte, die Konventionalstrafe nicht mehr geltend machen konnte (E. 5.3).**

**Werkvertrag: Substantiierung von Bestreitungen (1):  
BGer 4A\_371/2022**

**Die Vorinstanz verwies in diesem Zusammenhang darauf, dass der Beschwerdegegner in Klage und Replik «Zusammenstellungen zu diesem Aufwand», Wochenrapporte sowie die «Höhe des Regieansatzes» wiedergegeben habe. Die Beschwerdeführerin habe diese Angaben nicht rechtsgenügend bestritten.**

**Sie habe insbesondere nicht vorgebracht, die vom Beschwerdegegner behaupteten Arbeiten seien nicht erbracht respektive das Material sei nicht benötigt worden oder der Regieansatz sei nicht angemessen. Soweit die Wochenrapporte betreffend, habe sie sich mit der pauschalen Aussage begnügt, die Ausführungen des Beschwerdegegners auf den «Seiten 23 bis 57» der Klage seien «unbewiesen und falsch und würden deshalb bestritten». Die Beschwerdeführerin hätte - so das Handelsgericht - darlegen müssen, welche der behaupteten Arbeitsstunden sie konkret bestreite. Dies habe sie unterlassen (E. 5.2).**

## **Werkvertrag: Substantiierung von Bestreitungen (2): BGer 4A\_371/2022**

**Die Vorinstanz folgerte, dass vom Arbeitsaufwand auszugehen sei, wie ihn der Beschwerdegegner behauptet habe. Demzufolge stünden ihm gestützt auf Art. 374 OR für seine Montagearbeiten Vergütungen in Höhe von Fr. 84'756.90 und von Fr. 1'171'962.30 zu (E. 5.2).**

**Der Beschwerde ist immerhin der Vorwurf zu entnehmen, die Vorinstanz habe zu Unrecht gefordert, dass die bestreitende Partei «jeden einzelnen Satz» des Ansprechers in die Rechtsschrift aufnehme und zu «jede[m] Satz, im Besonderen jede[r] Wiederholung» anführe, dass die jeweilige Aussage bestritten werde. Das Handelsgericht habe von ihr (der Beschwerdeführerin) faktisch verlangt, «jede Einzelposition in den entsprechenden Rapporten [...] einzeln zu kommentieren». Das gehe zu weit und verstosse gegen Art. 8 ZGB (E. 5.3).**

## **Werkvertrag: Substantiierung von Bestreitungen (3): BGer 4A\_371/2022**

**Das vorinstanzliche Vorgehen ist nicht zu beanstanden. Das Handelsgericht hat sich in seinen Erwägungen an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung orientiert, wonach Bestreitungen so konkret zu halten sind, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen des Klägers damit bestritten werden. Dabei gilt auch, dass der Grad der Substanziierung einer Behauptung den erforderlichen Grad an Substanziierung einer Bestreitung beeinflusst. Je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet (BGE 147 III 440 E. 5.3; 141 III 433 E. 2.6). Bei dieser Ausgangslage verletzt es weder Art. 8 ZGB noch den Verhandlungsgrundsatz (Art. 55 Abs. 1 ZPO), wenn die Vorinstanz mit Blick auf die lediglich pauschale Bestreitung der in den klägerischen Rechtsschriften detailliert aufgeführten Aufwendungen respektive Arbeitsstunden von einem erstellten Sachverhalt ausging und keine Beweise abnahm (siehe auch BGE 144 III 519 E. 5.2.2.2 f. und Urteil 4A\_377/2021 vom 29. Juni 2022 E. 4.3.3) (E. 5.4).**

## **Werkvertrag: Substantiierung von Bestreitungen (1): BGer 4A\_377/2021**

**Der Beschwerdeführerin kann auch nicht gefolgt werden, wenn sie vorträgt, die Verweise auf die Aktenstücke seien nicht selbsterklärend. Der Beschwerdegegner hat in den einzelnen Forderungspositionen dargelegt, welche Leistungen er wo im Haus in welchem Umfang erbracht hat. Es ist unerfindlich und die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, wie der Beschwerdegegner seiner Substanziierungspflicht anders in besserer Weise hätte nachkommen können. Dies nicht zuletzt angesichts der Komplexität der Streitsache und der Vielzahl von Leistungen, sodass der Verweis auf Beilagen im Interesse der Lesbarkeit der Rechtsschriften gar sinnvoll erscheint. Darauf wies die Vorinstanz zutreffend hin. Wie aus ihren Erwägungen zudem deutlich hervorgeht, war es für sie ohne Weiteres, namentlich ohne grosses Nachforschen und Zusammensuchen von Informationen, möglich, die einzelnen Forderungspositionen den Parteibehauptungen des Beschwerdegegners zuzuordnen und nachzuvollziehen. Es leuchtet nicht ein, weshalb dies nicht auch für die Beschwerdeführerin gelten und es ihr nur mit unzumutbarem Aufwand möglich gewesen sein soll, ihrer Bestreitungslast nachzukommen, wie sie rügt (E. 4.3.2).**

**Werkvertrag: Substantiierung von Bestreitungen (2):  
BGer 4A\_377/2021**

**Daran ändert nichts, dass der Beschwerdegegner allenfalls nicht immer angab, in welcher Etage und in welchem Zimmer er die strittigen Leistungen erbrachte. Augenscheinlich war die Überprüfung der Forderungen für die Vorinstanz dennoch ohne Weiteres möglich und nachvollziehbar. Dies muss, wie gesagt, auch für die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin gelten. Deren Einwendungen zum Trotz ging die Vorinstanz ferner überzeugend davon aus, dass der Beschwerdegegner auch die rechtserheblichen Teilausmasse nannte und den werkvertraglichen Arbeiten zuordnete. Diese konnten durch Addition der in den Ausmassurkunden aufgelisteten Teilausmasse errechnet werden, sodass deren Übernahme in die Rechtsschrift als blosser Leerlauf erscheinen würde (E. 4.3.2).**

## **Werkvertrag: Substantiierung von Bestreitungen (3): BGer 4A\_377/2021**

**Sodann ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz hinsichtlich der von der Beschwerdeführerin nur pauschal bestrittenen Forderungen von einem erstellten Sachverhalt ausging und keine Beweise abnahm. Ihr ist zuzustimmen, dass die Beschwerdeführerin wenigstens hätte darlegen müssen, welche der vom Beschwerdegegner behaupteten Forderungen sie weshalb bestreitet. Indem sie dies nicht getan hat, ist sie ihrer Bestreitungslast nicht hinreichend nachgekommen. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, genügt es hierfür angesichts der Tatsache, dass der Beschwerdegegner seine Forderungen detailliert substanziierte, wovon die Vorinstanz schlüssig ausging, nicht, schlicht sämtliche Forderungspositionen ohne weitere Begründung zu bestreiten. Die Beschwerdeführerin zeigt auch nicht auf und es ist nicht nachvollziehbar, weshalb es ihr nicht möglich gewesen sein soll, die von der Vorinstanz verlangten Anforderungen an eine genügende Bestreitung zu erfüllen (E. 4.3.3).**

**Werkvertrag: Substantiierung von Bestreitungen (4):  
BGer 4A\_377/2021**

**Wenn die Beschwerdeführerin erneut pauschal eine ungenügende Substanziierung durch den Beschwerdegegner rügt und vorträgt, die Berechnungen der Forderungen seien nicht nachvollziehbar, ist auf das bereits Gesagte zu verweisen: Konnte die Vorinstanz den Berechnungen ohne Weiteres folgen, so muss dies auch für die Beschwerdeführerin gelten. Unter diesen Umständen hätte sie, wie die Vorinstanz schlüssig begründet, die detaillierten Vorbringen des Beschwerdegegners in dessen Replik duplicando konkret bestreiten müssen. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin sei mit ihrem blossen Verweis auf die Klageantwort ihrer Bestreitungslast nicht genügend nachgekommen. Soweit sich die Beschwerdeführerin in der Beschwerde überhaupt zu einzelnen Forderungspositionen äussert (Forderungspositionen 51 und 54.1), vermag sie die schlüssigen Erwägungen der Vorinstanz ebenfalls nicht als bundesrechtswidrig - oder willkürlich - auszuweisen (E. 4.3.4).**

**Werkvertrag: Substantiierung von Bestreitungen (5):  
BGer 4A\_377/2021**

**Entgegen ihrer neuerlich vorgetragenen Auffassung genügt es sodann mit Blick auf die Bestreitungslast gerade nicht, sämtliche Leistungen des Beschwerdegegners zu bestreiten, ohne aufzuzeigen, weshalb diese unbegründet sind und wie es sich stattdessen verhalten soll. Es kann auch nicht gesagt werden, dass die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin den Nachweis darüber verlangt hätte, aus welchen Tatsachen der Beschwerdegegner seinen Anspruch *nicht* ableitet. Ebenso wenig hatte die Beschwerdeführerin zu erklären, in welchen Zimmern eine Akustikdecke *nicht* verbaut wurde. Indes hätte sie den Behauptungen des Beschwerdegegners ihre eigene Sachverhaltsdarstellung entgegen stellen können und müssen, um die Bestreitungslast zu erfüllen. Die Vorinstanz begründet auch schlüssig, weshalb sie die Schlussabrechnung der Beschwerdeführerin vom 27. Oktober 2014 hierzu nicht genügen lässt. Dies, entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin, nicht wegen des Verweises an sich, sondern aufgrund der ungenügenden Differenzierung der bestrittenen und unbestrittenen Forderungspositionen (E. 4.3.4).**

**Werkvertrag: Minderung (1):  
BGer 4A\_23/2021**

**Auf der Grundlage des Plans «Dachgeschoss» mit Stand vom 6. Oktober 2009 waren sie der Ansicht, dass die Kläger zu Recht erwarten konnten, dass die fraglichen Wände eine Schalldämmung von 55 dB bieten würden, da dieser Wert dort in allen Einzelheiten angegeben war. Die Beklagten mussten ihrerseits aus dieser Angabe schliessen, dass die Kläger nach der Installation einen effektiven Schalldämmwert von 55 dB erwarteten. Der Schwellenwert von 55 dB entsprach im Übrigen dem erhöhten Anforderungswert, der in der SIA-Norm 181 «Schallschutz im Hochbau», Ausgabe 2006, vorgesehen war. Es handelte sich also um eine zugesicherte Eigenschaft, für die der Unternehmer nach Art. 368 OR haftete (E. 3.1).**

**Werkvertrag: Minderung (2):  
BGer 4A\_23/2021**

**Wissend, dass das Gerichtsgutachten ergeben hatte, dass der Schalldämmwert in Wirklichkeit 47 dB zwischen dem Badezimmer und dem Schlafzimmer 2, 48 dB zwischen dem Schlafzimmer 2 und dem Badezimmer und 49 dB zwischen dem Essbereich und dem Schlafzimmer 3 betrug, lag ein Mangel in der vereinbarten Qualität des Bauwerks vor (E. 3.1).**

**Für die Berechnung der Preisminderung «im Verhältnis zum Minderwert» schreibt die überwiegende Rechtsprechung und Lehre - wie bei der Minderung des Kaufpreises - die relative Methode vor, die sich nach dem Verhältnis zwischen dem objektiven Wert des Werkes mit Mangel und dem objektiven Wert des Werkes ohne Mangel richtet: Der vereinbarte Preis wird in dem Verhältnis gemindert, das sich ergibt (BGE 116 II 305 E. 4a; 111 II 162 E. 3a; 105 II 99 E. 4a; 88 II 410 E. 3; 81 II 207 E. 3a) (E. 4).**

**Werkvertrag: Minderung (3):  
BGer 4A\_23/2021**

**Um diese Probleme zu vermeiden, hat die Rechtsprechung zunächst die Vermutung aufgestellt, dass der Wert des Werks, das hätte geliefert werden sollen (objektiver Wert des Werks ohne Mangel), dem von den Parteien vereinbarten Preis entspricht (BGE 111 II 162 E. 3b). Diese Vermutung beruht auf der Überlegung, dass der Preis in der Regel Ausdruck des Marktwerts ist (BGE 111 II 162 E. 3b). Es ist Sache derjenigen Partei, die behauptet, dass dieser Wert höher oder niedriger ist, dies zu beweisen. Wird diese Vermutung nicht widerlegt, entspricht die Minderung des Preises einfach dem Minderwert (E. 4).**

**Werkvertrag: Minderung (4):  
BGer 4A\_23/2021**

**Um die Anwendung von Art. 368 Abs. 2 1. Alternative OR weiter zu erleichtern, hat das Bundesgericht festgelegt, dass der Minderwert vermutungsweise den Kosten für die Mängelbehebung entspricht (BGE 116 II 305 E. 4a; 111 II 162 E. 3b; Urteile 4A\_667/2016 vom 3. April 2017 E. 5.2.1; 4A\_65/2012 vom 21. Mai 2012 E. 12.6). Es obliegt derjenigen Partei, die behauptet, dass der Minderwert höher oder tiefer ist, dies nachzuweisen (BGE 116 II 305 E. 4a) (E. 4).**

**Die gemeinsame Anwendung dieser beiden Vermutungen führt vorliegend zu einer Preisminderung in Höhe der Kosten für die Beseitigung des Mangels (Urteil 4C.461/2004 vom 15. März 2005 E. 4) (E. 4).**

**Werkvertrag: Verletzung des Kontrahierungsversprechens (1):  
BGer 4A\_302/2022**

**Wie der Schadenersatz für die Verletzung einer vertraglichen Verpflichtung (Art. 97 Abs. 1 OR) entspricht die in Art. 377 OR vorgesehene vollständige Entschädigung dem positiven Vertragsinteresse, welches das Interesse des Unternehmers an der vollständigen Erfüllung des Werkvertrags abdeckt, also auch den entgangenen Gewinn einschliesst (BGE 96 II 192 E. 5; Urteil 4A\_189/2017 vom 5. Oktober 2017 E. 3.2.1). Tritt der Versprechende vom Vorvertrag zurück, ist der zu ersetzende Schaden der Schaden, den sein Vertragspartner durch die Nichterfüllung des Hauptvertrags selbst, also des Werkvertrags, erleidet (E. 5).**

**Werkvertrag: Verletzung des Kontrahierungsversprechens (2):  
BGer 4A\_302/2022**

**Da sich die Forderung aus dem Gesetz und nicht aus einer Vertragsverletzung ergibt, kann sich der Besteller seiner Schadenersatzpflicht nicht entziehen, indem er beweist, dass er nicht schuldhaft gehandelt hat. Demgegenüber ist nach mehreren Schwankungen in der Rechtsprechung eine Herabsetzung der nach Art. 377 OR geschuldeten Entschädigung oder sogar ihr Wegfall bei Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht mehr ausgeschlossen (Urteile 4D\_8/2008 vom 31. März 2008 E. 3.4.1; 4C.393/2006 vom 27. April 2007 E. 3.3.3) (E. 5).**

**Werkvertrag: Ersatzvornahme (1):  
BGer 4A\_268/2021**

**Der Besteller bleibt verpflichtet, den im Werkvertrag festgelegten Preis für das Werk zu zahlen, kann aber vom Unternehmer verlangen, dass er ihm die Kosten der Ersatzvornahme erstattet («Kostenersatz» im Gegensatz zu «Schadenersatz»); BGE 141 III 257 E. 3.3; 126 III 230 7a/aa; Urteil 4A\_556/2011 vom 20. Januar 2012 E. 2.4) und darüber hinaus grundsätzlich die vom Dritten nicht gedeckten Folgen einer schlechten Erfüllung trägt, da diese Erfüllung nicht nur auf Kosten, sondern auch auf Risiko des Unternehmers erfolgt: Die beiden gegenseitigen Forderungen können auf dem Wege der Verrechnung getilgt werden (E. 5.1).**

**Werkvertrag: Ersatzvornahme (2):  
BGer 4A\_268/2021**

**Wenn der Besteller berechtigt ist, auf Kosten des Unternehmers einen Dritten mit der Behebung eines Mangels des Bauwerkes zu beauftragen, hat er auch das Recht, vom Unternehmer zu verlangen, dass dieser ihm die Reparaturkosten vorschiesst (BGE 128 III 416 E. 4.2.2). Das Kostenvorschussurteil schliesst im Abrechnungsprozess weder die Rückerstattung eines zu hohen Kostenvorschusses noch die Nachforderung der noch nicht gedeckten Kosten aus (BGE 141 III 257 E. 3) (E. 5.1).**

**Werkvertrag: Ersatzvornahme (3):  
BGer 4A\_268/2021**

**Führt der Bauherr die Ersatzvornahme ohne Vorschuss durch, was er ohne richterliche Ermächtigung tun darf, muss er im Rückerstattungsprozess gegen den Bauunternehmer nachträglich sowohl sein Recht auf Ersatzvornahme als auch die Berechtigung des konkreten Zeitaufwands nachweisen (E. 5.1).**

**Werkvertrag: Festpreis/Bestellungsänderung (1):  
BGer 4A\_478/2021**

**Zu keinem Zeitpunkt beschwerte sich der Bauherr, der bereits in dieser Phase von einem Anwalt und einem neuen Architekten «SIA» unterstützt wurde, bei der Beschwerdegegnerin darüber, dass sie ohne seine Zustimmung Arbeiten ausgeführt habe, die zu Mehrkosten geführt hätten. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Bauherr seinem ersten Architekten in diesem Punkt Vorwürfe gemacht hätte. Aus einer solchen Tatsache kann man nicht einen Grund für eine sofortige Kündigung des Vertrags (mit dem Architekten) ableiten (E. 5.3).**

**Werkvertrag: Festpreis/Bestellungsänderung (2):  
BGer 4A\_478/2021**

**Schliesslich wendete der Beschwerdeführer erst im vorliegenden Gerichtsverfahren ein, dass er die zusätzlichen Arbeiten nie genehmigt habe. Unter diesen Umständen konnte ohne Verletzung von Bundesrecht geschlossen werden, dass der Beschwerdeführer zwar die zusätzlichen Arbeiten und insbesondere die Vergütung nicht vorgängig schriftlich genehmigt hatte, dass er aber «letztlich» diese Arbeiten, die mit Zustimmung seines Architekten ausgeführt worden waren, akzeptiert hatte. Daher musste er die zusätzlichen Kosten tragen (E. 5.3).**

**Werkvertrag: Verzicht auf vertraglichen Formvorbehalt bei  
Zusatzaufträgen (1):  
BGer 4A\_87/2021**

**Der Beklagte hatte regelmässig über dringende Arbeiten gesprochen und diese angefordert. Der Beklagte hatte zwangsläufig Kenntnis von den umstrittenen zusätzlichen Arbeiten, entweder über die Tagesrapporte betreffend die laufenden Regiearbeiten, die der Bauunternehmer in Echtzeit verschickte, oder vor Ort anlässlich der Baustellenbesprechungen. Hinzu kam, dass er die Qualität der ausgeführten Arbeiten nicht bestritt, eine Qualität, die auch der Experte nicht in Frage stellte (E. 6.1).**

**Werkvertrag: Verzicht auf vertraglichen Formvorbehalt bei  
Zusatzaufträgen (2):  
BGer 4A\_87/2021**

**Das kantonale Gericht schloss daraus, dass der Beklagte die zusätzlichen Arbeiten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, sofern keine mündliche oder schriftliche Vereinbarung (Unterzeichnung der Regieaufträge) getroffen worden sei, stillschweigend akzeptiert habe. Wäre es anders gewesen, hätte er sich sofort dagegen gewehrt (E. 6.1).**

**Werkvertrag: Verzicht auf vertraglichen Formvorbehalt bei  
Zusatzaufträgen (3):  
BGer 4A\_87/2021**

**Wenn die Parteien trotz der Nichteinhaltung einer von ihnen vorbehaltenen Form vertragliche Leistungen erbracht und vorbehaltlos akzeptiert haben, ist davon auszugehen, dass sie darauf verzichtet haben (BGE 105 II 75 E. 1; Urteile 4A\_431/2019 vom 27. Februar 2020 E. 5.3; 4A\_416/2012 vom 21. November 2012 E. 3.3; 4C.362/1994 vom 28. März 1995 E. 3b/cc) (E. 6.2).**

**Werkvertrag: Verzicht auf vertraglichen Formvorbehalt bei  
Zusatzaufträgen (4):  
BGer 4A\_87/2021**

**Die Tatsache, dass die Parteien im vorliegenden Fall in ihren Verträgen vom 18. Juni 2013 vereinbart haben, dass unbestellte Arbeiten, die nicht Gegenstand eines vom Bauherrn akzeptierten Kostenvoranschlags sind, nicht berücksichtigt werden, bedeutet nicht, dass sie nicht zu einem späteren Zeitpunkt in gegenseitigem Einvernehmen darauf verzichten können. Genau zu diesem Schluss gelangte das kantonale Gericht durch eine objektive Auslegung der jeweiligen Verhaltensweisen der Parteien, von denen der Beschwerdeführer nicht behauptet, dass sie willkürlich festgestellt worden seien (E. 6.3).**

**Werkvertrag: Abtretung von Gewährleistungsrechten (1):  
BGer 4A\_539/2022**

**Die Beschwerdeführerinnen machen zunächst geltend, sie seien gestützt auf Art. 82 OR und Art. 152 i.V.m. Art. 181 SIA-Norm 118 berechtigt, die eingeklagten Fr. 500'000.-- zurückzubehalten, solange die Beschwerdegegnerin ihnen nicht die Garantien oder Bürgschaften der Subunternehmer überträgt (E. 2).**

**Die Vorinstanz verwies auf Ziffer 10 der Vollzugsvereinbarung. Darin ist vereinbart, dass die Beschwerdegegnerin mit Abnahme der Wohnüberbauung sämtliche Gewährleistungsrechte aus ihren Werkverträgen mit Subakkordanten an die Beschwerdeführerinnen abtritt. Die Abtretung erfolge bereits anteilig und vorgezogen für die Abnahme einzelner Stockwerkeigentumseinheiten (E. 2.1).**

**Werkvertrag: Abtretung von Gewährleistungsrechten (2):  
BGer 4A\_539/2022**

**Die Vorinstanz erwog, die Vollzugsvereinbarung spreche von der Abtretung von Gewährleistungsrechten. Unter Gewährleistungsrechten verstehe man gemeinhin die Mängelrechte des Bestellers gemäss Art. 368 OR und Art. 169 sowie 171 SIA-Norm 118. Hingegen stellten die Bestimmungen in Art. 181 SIA-Norm 118 über die Sicherheitsleistung durch den Unternehmer keine eigentlichen Gewährleistungsrechte dar (E. 2.1).**

**Werkvertrag: Abtretung von Gewährleistungsrechten (3):  
BGer 4A\_539/2022**

**Damit würden die Gewährleistungsrechte nur sichergestellt. Daher ergebe sich aus dem Wortlaut der Vollzugsvereinbarung keine Pflicht der Beschwerdegegnerin, Sicherheitsleistungen auf die Beschwerdeführerinnen zu übertragen. Daran ändere nichts, dass die Beschwerdegegnerin in einzelnen Fällen Rechte aus den Werkgarantien abgetreten habe (E. 2.1).**

**Werkvertrag: Abtretung von Gewährleistungsrechten (4):  
BGer 4A\_539/2022**

**Auch eine Pflicht der Beschwerdegegnerin zur Einholung von Sicherheiten ergebe sich weder aus der Vollzugsvereinbarung noch aus dem Werkvertrag noch aus der SIA-Norm 118. Aus Art. 181 SIA-Norm 118 folge zwar eine Pflicht der Beschwerdegegnerin zur Sicherheitsleistung gegenüber den Beschwerdeführerinnen, nicht jedoch eine Pflicht zur Einholung von Sicherheiten bei ihren Subunternehmern. Eine solche Pflicht ergebe sich auch nicht in Verbindung mit Art. 29 Abs. 4 SIA-Norm 118. Diese Bestimmung verpflichte den Generalunternehmer in allgemeiner Weise zur Koordination der Subunternehmerwerkverträge mit dem Hauptwerkvertrag (E. 2.1).**

## **Werkvertrag: Abtretung von Gewährleistungsrechten (5): BGer 4A\_539/2022**

**Das Leistungsverweigerungsrecht setzt allerdings voraus, dass die gegenseitigen Leistungen in einem Austauschverhältnis stehen. In der Regel besteht ein solches nur zwischen den Hauptleistungspflichten, nicht jedoch in Hinblick auf die Nebenleistungspflichten (Urteil 5P.69/2004 vom 14. April 2004 E. 4.1; vgl. auch BGE 122 IV 322 E. 3b; 107 II 411 E. 1 S. 413). Ausnahmsweise ist die Anwendung von Art. 82 OR aber auch im Hinblick auf Nebenleistungspflichten denkbar (Urteile 4A\_308/2012 vom 11. Oktober 2012 E. 2.5; 5A\_367/2007 vom 15. Oktober 2007 E. 3.2; 4C.217/2002 vom 24. Juni 2003 E. 3.1; je mit Hinweisen), namentlich wenn die Hauptleistung bei Nichterfüllung der Nebenleistungspflicht praktisch wertlos wäre (zit. Urteil 5A\_367/2007 E. 3.2). Gegen die Annahme eines Austauschverhältnisses spricht sich ein Teil der Lehre bei den sog. primären Nebenpflichten aus (z.B. Mitteilungspflichten, selbstständige Unterlassungspflichten, Verschaffungspflichten), die selbstständig eingeklagt werden können. Es ist in erster Linie an den Parteien zu entscheiden, ob die Nebenleistung einen solchen Stellenwert hat, dass sie zur Hauptleistung in einem Austauschverhältnis steht (zit. Urteile 4A\_308/2012 E. 2.5; 4C.217/2002 E. 3.1) (E. 2.2).**

## **Werkvertrag: Abtretung von Gewährleistungsrechten (6): BGer 4A\_539/2022**

**Hingegen erschliesst sich nicht, weshalb es einer «physischen Übergabe» der konkreten Sicherheiten wie Garantien und Bürgschaften bedurft hätte, wie die Beschwerdeführerinnen vorbringen.**

**Im Rahmen einer Abtretung gehen mit der Forderung die Vorzugs- und Nebenrechte über, mit Ausnahme derer, die untrennbar mit der Person des Abtretenden verknüpft sind (Art. 170 Abs. 1 OR). Unter «Nebenrechten» nach Art. 170 Abs. 1 OR sind auch akzessorische, der Sicherung der Forderung dienende Rechte zu verstehen, wie etwa Pfandrechte (BGE 135 III 378 E. 2.3 S. 382; 105 II 183 E. 4 S. 187) oder Rechte aus Bürgschaften (BGE 78 II 57 S. 59). Nur ein gegenüber dem Zedenten abgegebenes selbstständiges Garantieverprechen nach Art. 111 OR wird von der Zessionswirkung nicht ohne Weiteres erfasst (BGE 80 II 109 E. 4 S. 116; 53 II 111 E. 3 S. 116 f.), so dass eine spezielle Abtretung notwendig werden kann (BGE 80 II 109 E. 4 S. 116; 53 II 111 E. 3 S. 116). Einer physischen Übergabe zur Geltendmachung der Sicherungsrechte bedarf es aber nicht zwingend (vgl. BGE 80 II 109 E. 2 S. 114) (E. 2.3.3.2).**

**Werkvertrag: Abtretung von Gewährleistungsrechten (7):  
BGer 4A\_539/2022**

**Eine hinreichende Substanziierung zur Art der geleisteten Sicherheiten wäre damit notwendig, um zu entscheiden, welche Rechte ohne Weiteres auf die Beschwerdeführerinnen übergehen. Diese stellen zwar in Abrede, dass sie zu wenig substanziiert dargelegt hätten, welche Garantien welcher Subunternehmer denn genau hätten übergeben werden müssen. Sie hätten geltend gemacht, ihnen sei eine mit Garantiekontrolle bezeichnete Liste übergeben worden, auf der die Garantiesummen der einzelnen Subunternehmer aufgeführt worden seien. In der Folge sei bezüglich gewisser Rechte aus den Gewährleistungsgarantien gewisser Unternehmer eine Abtretungserklärung abgegeben worden. Es sei ihnen aber nur eine Garantie übergeben worden. Damit erhelle, dass die Garantien aller anderen auf dem fraglichen Dokument aufgeführten Subunternehmer eben nicht übergeben worden seien. Die Beschwerdeführerinnen verweisen auf das Dokument, es fehlt aber an einem hinreichenden Aktenhinweis, wo in den Rechtsschriften die Ausführungen erfolgt sein sollten (E. 2.3.3.2).**

**Werkvertrag: Abtretung von Gewährleistungsrechten (8):  
BGer 4A\_539/2022**

**Zudem zeigen die Beschwerdeführerinnen nicht auf, weshalb die Übertragung von Garantien eine Hauptpflicht sein sollte, die in einem synallagmatischen Austauschverhältnis zur Bezahlung des Werklohns stehen sollte. Vielmehr legt die Vorinstanz schlüssig dar, dass es sich dabei höchstens um eine Nebenpflicht handeln könnte, welche hinter die Hauptpflicht zur Erstellung des Werks zurücktritt. Dass das Werk nicht wertlos wird, nur weil keine Garantien übertragen werden, anerkennen auch die Beschwerdeführerinnen. Die Pflicht zur Übertragung bestehender Garantien wäre unabhängig von der mängelfreien Erstellung des Werkes einklagbar. Dasselbe gilt für eine physische Übergabe (vgl. Art. 170 Abs. 2 OR, wonach der Abtretende verpflichtet ist, dem Erwerber die Schuldurkunde und alle vorhandenen Beweismittel auszuliefern und ihm die zur Geltendmachung der Forderung nötigen Aufschlüsse zu erteilen). Dies spricht gegen die Anwendung von Art. 82 OR. Dass etwas anderes vereinbart worden wäre, indem der Nebenleistung ein solcher Stellenwert eingeräumt worden wäre, dass sie zur Hauptleistung in einem Austauschverhältnis steht, legen die Beschwerdeführerinnen nicht rechtsgenügend dar (E. 2.3.3.3).**

**Pfandberechtigung/Wirkung von Akontozahlungen:  
HGer ZH HE210042 (1)**

**Wird eine Teilforderung beglichen – auch unter Vorbehalt einer Rückforderung – entfällt der Sicherungszweck eines Bauhandwerkerpfandrechts. Dieses dient gerade nicht dazu, die Höhe eines Werklohns definitiv festzulegen. Für die berechnete Werklohnsumme hat der Handwerker nach der Leistung einer Akontozahlung eine genügende Sicherheit. Er muss diese Forderung nicht mehr eintreiben. Vielmehr wäre es später Sache des Eigentümers, die Rückforderung (gerichtlich) durchzusetzen (E. 6.5).**

**Pfandobjekt: Baurechtsgrundstück im Verwaltungsvermögen:  
HGer ZH HE210042 (2)**

**Allerdings ist hier nicht die Zuordnung des Stammgrundstücks, sondern vielmehr diejenige des Baurechtsgrundstücks massgebend, welches im Eigentum der Gesuchsgegnerin, einer privatrechtlichen Stiftung, steht. Die provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist nur dann zu verweigern, wenn die Zugehörigkeit zum Verwaltungsvermögen zweifelsfrei feststeht. Jedenfalls kann nicht von einer zweifelsfreien Zuordnung zum Verwaltungsvermögen, welche eine Abweisung des Gesuchs rechtfertigen würde, gesprochen werden. Die umfassende Prüfung der Zuordnung hat nicht im summarischen Verfahren vor dem Einzelgericht zu erfolgen. Vielmehr ist dafür das Kollegialgericht im ordentlichen Verfahren zuständig (E. 6.1).**

**Ersatzsicherheit: Bedingungen der Inanspruchnahme:  
HGer ZH HE210008**

**Zusammengefasst erweisen sich damit sowohl der Zwang zur Klageerhebung gegen die prozessführende Streitberufene bis zum 2. März 2022 als auch die innert nämlicher Frist abzugebende Bestätigung der Klageeinleitung vor einem staatlichen Gericht (wobei das Einreichen eines Schlichtungsgesuchs bei einer Schlichtungsbehörden i.S.v. Art. 202 ff. ZPO nicht genügt) durch einen im kantonalen Register eingetragenen Anwalt als unverhältnismässig und vermögen die durch diese Modalitäten zwar sichergestellte Sicherheit für den Aussteller und die Kostenkonsequenzen der Garantie nicht zu legitimieren (E. 9.3).**

**Pfandeintragungsprozess: Behauptungs- und Beweismass:  
HGer ZH HE210068**

**Das vorläufige Eintragungsverfahren darf nicht darauf reduziert werden, dass nur noch ein Bündel Beilagen eingereicht und ein Rechtsbegehren (ohne inhaltliche Ausführungen) gestellt werden kann, um die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts durchzusetzen. Das hiesse die – ohnehin bereits abgeschwächten – Abwehrrechte des Grundstückseigentümers vollends zu beseitigen und die bundesrechtlich vorgegebene Verhandlungsmaxime auszuhebeln. Das Gesuch ist abzuweisen. ...**

**Die Gesuchstellerin kann ihr Gesuch verbessern und erneut einreichen (E. 3).**

**Pfandeintragungsprozess: Verbindung von  
Pfandeintragungs- und Forderungsklage (1):  
BGer 4A\_368/2020**

**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 (E. 2.1).**

**Pfandeintragungsprozess: Verbindung von  
Pfandeintragungs- und Forderungsklage (2):  
BGer 4A\_368/2020**

**Es besteht vorliegend kein Anlass, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Hat das Gericht Frist für eine Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gesetzt, kann die diesem Pfandrecht zugrundeliegende Forderung nicht - weder eigenständig noch in objektiver Klagenhäufung - unter Verweis auf Art. 198 lit. h ZPO ohne vorgängige Schlichtung geltend gemacht werden. Die Fristansetzung bezieht sich bloss auf die Klage auf Eintragung des definitiven Bauhandwerkerpfandrechts und nicht auf die Forderungsklage (E. 2.2).**

**Verhältnis zwischen Dienstbarkeitsverträgen und Grundbucheinträgen:  
BGer 5A\_1007/2020**

**Die Grundbucheinträge für die Baurechtsdienstbarkeiten GBV Nrn. 892, 893 und 894 liefern unbestrittenermassen keine Grundlage für eine stillschweigende Verlängerung der Baurechtsdauer, weshalb sich die Beschwerdeführerin nicht auf die in den seinerzeitigen Baurechtsverträgen enthaltenen Vertragsklauseln berufen kann. Vielmehr sind die Baurechte am 29. März 2017 untergegangen und ist an diesem Tag der Heimfall eingetreten (Art. 779c ZGB) (E. 2.1.2).**

**Substanziierungsanforderungen/Entschädigung nach  
Aufwand:  
BGer: 4A\_446/2020**

**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).**

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit**

**PD Dr. iur. Peter Reetz**