

Von der Idee zur Rendite – Überlegungen zur Entwicklung von Immobilienprojekten

Dr. iur. **Thomas Wetzel**, Rechtsanwalt, Basel Zürich Bern*

I. Vorbemerkungen

1. Wer zurzeit den Immobilienmarkt Schweiz betrachtet, stellt fest, dass sich institutionellen Investoren immer weniger Kaufgelegenheiten bieten. Renovationsbedürftige Mehrfamilienhäuser in der Stadt Zürich wechseln die Hand zu Bruttorenditen von unter 2%. Die allseits bevorzugten «klassischen» Renditeliegenschaften an guter Lage, die überdies noch mehrjährig an bonitätsmässig unbedenkliche Mieter vermietet sind, sind zu vernünftigen Preisen kaum mehr am Markt erhältlich. Immer mehr wagen sich deshalb institutionelle Investoren in die **Immobilienentwicklung** vor. Die EUROFORUM Gruppe (eine Veranstalterin von Management-Tagungen und -Seminaren in der Schweiz) hat kürzlich gar ein Seminar ausgeschrieben mit dem bezeichnenden Titel: «Die Projektentwicklung entdeckt den Kunden».

2. Selbstverständlich sind aber Immobilienentwicklungen in der Schweiz nichts Neues: Es gab und gibt sie seit jeher. Bis anhin wurde diese Tätigkeit aber eher als eine Domäne von (lokalen) Architekten, Bauunternehmungen oder (spezialisierten) Generalunternehmungen betrachtet.¹ Angesichts der Tatsache, dass heute in der Schweiz vermehrt «neue» Akteure in dieses Gebiet vorstossen, lohnt es sich, wenn man sich mit den spezifischen Fragen, welche die Immobilienentwicklung mit sich bringt, näher befasst.

3. Nicht alle schweizerischen institutionellen Investoren sind befugt, Immobilienentwicklungstätigkeiten zu entfalten. So ergeben sich **Einschränkungen** zum Beispiel aus dem Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen.²

4. Nach diesen Vorbemerkungen gehe ich auf zwei meines Erachtens zentrale Begriffe ein (II.), betrachte dann den Prozess der Immobilienentwicklung näher (III.), um mich schliesslich ausgewählten Fragen bei der Gestaltung der im Zuge einer Immobilienentwicklung auftretenden Verträge zuzuwenden (IV. und V.).³

II. Zwei zentrale Begriffe

A Die Rendite

1. Das Ziel jeder Immobilienentwicklung ist die Erzielung und Sicherstellung eines **nachhaltigen Ertragsstromes**⁴ und damit einer **nachhaltigen Rendite** auf dem investierten Kapital. Wer sich mit Immobilienentwicklungen befasst, wird sich deshalb über die verschiedenen Renditebegriffe und -definitionen einen Überblick verschaffen müssen.

2. Im Wesentlichen können statische und dynamische Renditen unterschieden werden. **Statische Renditen** messen die Ertragskraft einer Immobilie in einem bestimmten Zeitpunkt.⁵ Die statischen Renditen lassen sich (vereinfacht) wie folgt darstellen:

* Der vorliegende Aufsatz basiert auf einem Referat anlässlich des vom Schweizerischen Anwaltsverband (SAV) und der Universität Freiburg durchgeführten Ausbildungslehrganges zum Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht; er legt das Schwergewicht auf praktische Aspekte. Der Autor ist Partner in der Anwaltskanzlei Wenger Plattner und u.a. Vizepräsident des Verwaltungsrates der börsenkotierten Swiss Prime Site AG mit Sitz in Olten. Ich danke Frau Beatrice Wyss (Studentin an der Zürcher Hochschule Winterthur) für ihre wertvolle Mithilfe und die kritische Durchsicht des Textes.

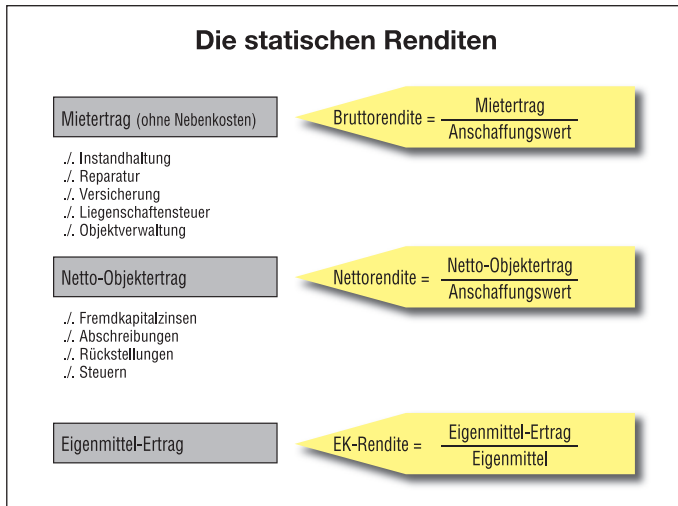
¹ Demgegenüber existieren im Ausland schon seit langem unabhängige Immobilienentwickler, real estate developers (USA) bzw. property developers (UK). «A real estate developer makes improvements of some kind to real property, thereby increasing its value. The developer may be an individual, but is more often a partnership, limited liability company or corporation. There are two major categories of real estate development activity: land development and building development (also known as project development).» (zitiert nach: http://en.wikipedia.org/wiki/Real_estate_developer)

² Die Entwicklung der Anlagefonds führte in den letzten 40 Jahren zu drei Gesetzen: Vom 1. Juli 1966 stammt das Bundesgesetz über die Anlagefonds (aAFG). Das revidierte Bundesgesetz über die Anlagefonds vom 18. März 1994 (AFG) trat zusammen mit der bundesrätlichen Anlagefondsverordnung (AFV) und der Verordnung der EBK über den Anlagefonds (AFV-EBK) am 1. Januar 1995 in Kraft. Jüngst wurden diese Gesetze durch das Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (Kollektivanlagengesetz, KAG; SR 951.31), die Verordnung über die kollektiven Kapitalanlagen vom 22. November 2006 (Kollektivanlagenverordnung, KKV; SR 951.311) sowie die Verordnung der EBK über die kollektiven Kapitalanlagen vom 21. Dezember 2006 (KKV-EBK; SR 951.312) ersetzt, um die Vereinbarkeit der schweizerischen Gesetzgebung mit der EU-Gesetzgebung wiederherzustellen (siehe FELIX L. STOTZ, Vom aAFG zum KAG, in: Private, Das Schweizer Fonds-Jahrbuch 2007, Fondsplatz Schweiz, S. 16 ff.). Art. 86 Abs. 4 KKV schränkt die unternehmerischen Möglichkeiten der Investitionsgefässe ein, indem der Erwerb von unbebauten Grundstücken verboten wird, wenn sie nicht erschlossen und nicht für die umgehende Überbauung geeignet sind. Unter dem aAFG war der Erwerb nicht erschlossener und sofort überbaubarer Grundstücke dagegen noch erlaubt (ALFRED BUTTSCHARDT, in: Peter Forstmoser (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Anlagefondsgesetz, Band I, Zürich 1997, N 8 f. zu Art. 40 AFG).

³ Mit vielen der in diesem Aufsatz angesprochenen Fragen befassen sich auch ausführlich Peter Münch/Peter Karlen/Thomas Geiser (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Band IV, Beraten und Prozessieren in Bausachen, Basel, Genf, München 1998.

⁴ «Real estate development is first and foremost a cash flow business.» (zitiert nach: http://en.wikipedia.org/wiki/Real_estate_developer)

⁵ Dabei ist es ganz zentral, zwischen den Objektrenditen, welche die Ertragskraft der *Immobilie* und den Eigenmittelrenditen, welche die Ertragskraft des *eingesetzten Kapitals* messen, zu unterscheiden. Letztere kann durch Einsatz von Fremdmitteln (sog. Leverage-Effekt) dann gesteigert werden, wenn die Kosten des aufgenommenen Fremdkapitals unter der Nettoertragskraft der Immobilie liegen.



3. Verbreiteter sind – hauptsächlich in der (neueren) Bewertungspraxis – die **dynamischen Renditen**, wie die Discounted Cash-Flow (DCF)-Methode, der Economic Value Added (EVA) Ansatz, die Internal Rate of Return (IRR) oder die Pay Back Methode. Bei allen dynamischen Renditen spielen die sog. gewichteten Kosten (Weighted Average Cost of Capital – WACC) eine zentrale Rolle.⁶

- Die *DCF-Methode*⁷ eignet sich insbesondere für die mittel- bis langfristige (einen Zeitraum von fünf bis zehn Jahren umfassende) Beurteilung von Immobilien, die von Investoren für den entsprechenden Zeitraum als Vermögensanlage gehalten werden.⁸
- Mit dem *Economic-Value-Added-Ansatz* werden die «Übergewinne» eines Projektes nicht mehr pauschal, sondern mittels differenzierter Szenarien für die ersten fünf bis zehn Jahre geplant.⁹
- Mittels der *Internal-Rate-of-Return-Methode* (dem internen Ertragsatz) lässt sich die finanzmathematisch exakt berechnete (Brutto-)Rendite eines Projektes bestimmen.¹⁰
- Die *Payback-Methode* gibt an, wie lange es dauert, bis die positiven Cash-Flows eines Projektes die Anfangsinvestitionen ausgleichen.¹¹

4. Eigenständige Renditedefinitionen kennt das **Schweizerische Mietrecht** (Art. 253 ff. OR), nämlich in Form der Nettorendite (Art. 269 OR¹²) bzw. der kostendeckenden Bruttorendite (Art. 269a lit. c OR¹³).

a. Unter der (den Ertrag im Sinne von Art. 269 OR messenden) **Nettorendite** versteht das Mietrecht das Verhältnis (in Prozenten) zwischen dem in der Mietsache steckenden Eigenkapital des Vermieters und dem Netto(vermietungs)ertrag.¹⁴ Die Nettorendite dient als Messgrösse bei der Neuvermietung,¹⁵ nach einer Handänderung,¹⁶ bei wesentlichen Veränderungen der Verhältnisse,¹⁷ bei einem Einwand des Vermieters gegen ein Herabsetzungsbe-

gehren des Mieters,¹⁸ bei der Mietzinsgestaltung auf den ersten Kündigungszeitpunkt eines Vertrages mit Index- oder Staffelfklausel¹⁹ und beim Einwand des Mieters gegen die Mietzinserhöhung des Vermieters.²⁰

b. Unter der **kostendeckenden Bruttorendite** (Art. 269a lit. c OR) wird das in Prozenten ausgedrückte Verhältnis zwischen dem investierten Gesamtkapital (den Gesamtanlagekosten) und den Netto-Mietzinseinnahmen verstanden.²¹ Die Messgrösse der kos-

⁷ Die DCF-Methode hat ihren Ursprung in der Investitionsrechnung und der Unternehmensbewertung. «A valuation method used to estimate the attractiveness of an investment opportunity. Discounted cash flow (DCF) analysis uses future free cash flow projections and discounts them (most often using the weighted average cost of capital) to arrive at a present value, which is used to evaluate the potential for investment. If the value arrived at through DCF analysis is higher than the current cost of the investment, the opportunity may be a good one.» (zitiert nach: www.investopedia.com/terms/d/DCF.asp)

⁸ SVKG+SEK/SVIT, Das Schweizerische Schätzerhandbuch, Bewertung von Immobilien, Chur 2005, S. 81 ff.

⁹ RUDOLF VOLKART, Corporate Finance, Grundlagen von Finanzierung und Investition, 2., vollständig überarbeitete und stark erweiterte Aufl., Zürich 2006, S. 319 ff. «Der Economic Value Added (EVA) ist eine Messgrösse aus der Finanzwirtschaft, um die Vorteilhaftigkeit einer Investition zu berechnen. EVA stellt einen Residualgewinn dar und ergibt eine absolute Nettogrösse eines Gewinns nach Abzug der Kapitalkosten für das eingesetzte Gesamtkapital.» (zitiert nach: http://de.wikipedia.org/wiki/Economic_Value_Added)

¹⁰ VOLKART (zit. Fn. 9), S. 190 ff. «The internal rate of return (IRR) is a capital budgeting method used by firms to decide whether they should make long-term investments. The IRR is the annualized effective compounded return rate which can be earned on the invested capital, i.e. the yield on the investment. A project is a good investment proposition if its IRR is greater than the rate of return that could be earned by alternative investments (investing in other projects, buying bonds, even putting the money in a bank account). Thus, the IRR should be compared to an alternative cost of capital including an appropriate risk premium. Mathematically the IRR is defined as any discount rate that results in a net present value of zero of a series of cash flows. In general, if the IRR is greater than the project's cost of capital, or hurdle rate, the project will add value for the company.» (zitiert nach: http://en.wikipedia.org/wiki/Internal_rate_of_return)

¹¹ VOLKART (zit. Fn. 9), S. 290 ff. «Die Amortisationsrechnung (auch Payback-Methode) ist ein Verfahren der statischen Investitionsrechnung und dient der Ermittlung der Kapitalbindungsdauer einer Investition. Dabei wird die Rückflussdauer einer Investition, d.h. die Zeitdauer, in der sich die Anschaffungskosten aus den jährlichen Gewinnen der Investition refinanzieren, berechnet.» (zitiert nach: <http://de.wikipedia.org/wiki/Amortisationsrechnung>)

¹² «Mietzinse sind missbräuchlich, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird oder wenn sie auf einem offensichtlich übersetzten Kaufpreis beruhen.»

¹³ «Mietzinse sind in der Regel nicht missbräuchlich, wenn sie insbesondere: (...) c. bei neueren Bauten im Rahmen der kostendeckenden Bruttorendite liegen; (...)»

¹⁴ PETER HIGI, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Die Miete, Band V, Teilband V 2b, Dritte Lieferung Art. 269–270e OR, 4., völlig neu bearbeitete Aufl., Zürich 1998, N 59/60 zu Art. 269 OR; Berechnungsbeispiel in SVIT-Kommentar Mietrecht II, N 49 zu Art. 269 OR.

¹⁵ BGE vom 31.8.1994, in: MRA 0/94, S. 3 ff.

¹⁶ BGE vom 25.1.1994, in: mp 2/94, S. 93 ff.

¹⁷ BGE 117 II 77 ff.; BGE vom 14.4.1997, in: MRA 3/97, S. 95 ff.

¹⁸ BGE 116 II 73 ff.; BGE 121 II 163 ff.; MONIKA SOMMER/RETO ZIEGLER, Kostendeckende Bruttorendite als Einrede im Herabsetzungsverfahren, in: MRA 1/98, S. 1 ff.; HANS BÄTTIG, Mietzinsherabsetzung, in: MRA 5/96, S. 187 ff.

¹⁹ BGE 121 III 393 ff.; BGE 123 III 76 ff.

²⁰ BGE 124 III 310 ff.

²¹ HIGI (zit. Fn. 14), N 152 ff. zu Art. 269a OR; SVIT-Kommentar Mietrecht II, N 79 zu Art. 269a OR.

⁶ «A company's assets are financed by either debt or equity. WACC is the average of the costs of these sources of financing, each of which is weighted by its respective use in the given situation. By taking a weighted average, we can see how much interest the company has to pay for every dollar it finances. A firm's WACC is the overall required return on the firm as a whole and, as such, it is often used internally by company directors to determine the economic feasibility of expansionary opportunities and mergers. It is the appropriate discount rate to use for cash flows with risk that is similar to that of the overall firm.» (zitiert nach: www.investopedia.com/terms/w/wacc.asp)

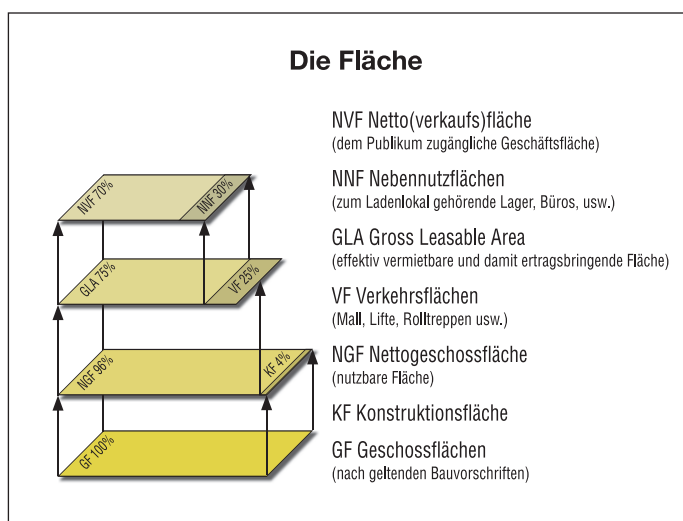
tendeckenden Bruttorendite darf nach der Rechtsprechung nur zur Mietzinskalkulation bei neueren Bauten²² herangezogen werden.

5. Vergleicht man die Renditedefinitionen des Mietrechtes mit den in der Immobilienbranche üblichen Begriffen (oben II/A/2 und 3), so zeigt sich, dass die (mietrechtliche) Nettorendite im Sinne von Art. 269 OR nichts anderes als eine Eigenkapitalrendite ist²³; diese (eigenständige) Begriffsverwendung durch das Mietrecht kann zu Missverständnissen führen.²⁴ Vielleicht ist es die Folge dieser Begriffsverwendung (und damit möglicherweise auch eines unterschiedlichen Begriffsverständnisses), dass die Praxis des Bundesgerichtes, das die zulässige Eigenkapitalrendite (die mietrechtlich zulässige Nettorendite) **gesamtschweizerisch einheitlich** auf 0,5% über dem Hypothekenzinssatz für erste Althypotheken der schweizerischen Grossbanken festlegt,²⁵ für die Immobilienbranche äusserst problematisch ist. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes lässt völlig ausser Acht, dass Immobilieninvestoren je nach Lage ihrer Objekte ganz unterschiedliche Renditeanforderungen stellen: Geben sich Investoren in Zentrumslagen heute mit eher tieferen Renditen zufrieden, werden sie in Randlagen auf entsprechenden Risikozuschlägen (und damit höheren Renditen) bestehen (müssen).²⁶

6. Die Vielfalt der dargestellten Rendite-Begriffe soll aufzeigen, dass es sehr gefährlich ist, in Verhandlungen oder Verträgen ohne genauere Spezifizierung auf diese Begriffe abzustellen. Die Beteiligten sollten sich über die Verwendung des Begriffes und über die Art und Weise, wie eine (von ihnen ins Auge gefasste) Rendite zu berechnen ist, detailliert verständigen.

B Die Fläche

1. Bei der Entwicklung von Immobilien spielen nicht nur Renditen, sondern auch Flächen eine **zentrale Rolle**: Fläche²⁷ ist – wie das nachfolgende Schema zeigt – nicht gleich Fläche:



- Die *Geschossfläche* (GF) ist die allseitig umschlossene und überdeckte Grundrissfläche der zugänglichen Geschosse, inklusive der äusseren Masse der Bauteile zuzüglich der Bekleidung (z.B. Aussenputz, Fussbodenhöhe) berechnet.²⁸
- Als *Konstruktionsfläche* (KF) gilt die Grundrissfläche der innerhalb der Bruttogeschossfläche liegenden, umschliessenden

und innen liegenden Konstruktionsbauteile (z. B. Aussen- und Innenwände, Stützen).²⁹

- Daraus ergibt sich, dass die *Nettogeschossfläche* NGF die Fläche zwischen den umschliessenden oder innen liegenden Konstruktionsflächen (GF-KF) ist.

2. Die Nettogeschossfläche lässt sich weiter unterteilen in die **Gross Leasable Area** (GLA, die effektiv vermietbare und damit ertragsbringende Fläche³⁰; auch Nutzfläche NF) und die Verkehrsfläche (VF) sowie die Funktionsfläche (FF).

²² HIGI (zit. Fn. 14), N 146 ff. zu Art. 269a OR: Als neuere Baute gilt jedes Gebäude nach seiner Fertigstellung bis etwa 10 Jahre danach.

²³ HIGI (zit. Fn. 14), N 36 f. und N 59 f. zu Art. 269 OR; N 152 zu Art. 269a OR.

²⁴ Im Parlament ist derzeit wieder einmal ein Versuch der Revision des Mietrechtes im Gange. Der Bundesrat hat im September 2006 beschlossen, die Revision nicht auf Gesetzesstufe fortzusetzen, weshalb das EVD beauftragt wurde, Verbesserungen auf Verordnungstufe zu prüfen. Nach einer Aussprache einer Delegation von Vermietern und Mietern im Februar 2007, beauftragte das EVD das Bundesamt für Wohnungswesen (BWO), zusammen mit Fachleuten der involvierten Verbände, bis zum Sommer 2007 konkrete Revisionsvorschläge zu erarbeiten. Sollte sich der Gesetzgeber schliesslich zu einer Revision des Mietrechtes durchringen können, wäre sicherlich auch prüfenswert, ob die Begriffe des Mietrechtes nicht den heute in der Branche üblicherweise verwendeten Begriffen angepasst werden sollten.

²⁵ Grundlegend: BGE 112 II 152 f.; später: BGE 122 III 257 ff.; 120 II 104.

²⁶ Zu überdenken ist die erwähnte Rechtsprechung des Bundesgerichtes aber auch deshalb, weil heute auch die Banken bei der Festlegung der massgebenden Zinssätze für erste Hypotheken individuelle bzw. objektbezogene Kriterien gewichten (Qualität des Haftungsobjektes, Bonität des Schuldners, Dauer und Intensität der Bankbeziehungen etc.) und ausserdem verschiedene andere Finanzierungsmodelle, z. B. sogenannte Festhypotheken, Roll-over-Hypotheken, Portfolio-Hypotheken etc., anbieten. Nur ein relativ geringer Teil der Vermieter ist von den offiziell publik gemachten Zinssätzen überhaupt betroffen. Diese haben daher ihre Qualität als «Leitzinssätze» längst verloren (vgl. hierzu auch die Botschaft des Bundesrates zur Teilrevision des Mietrechtes im Obligationenrecht und zur Initiative «Ja zu fairen Mieten» vom 15. September 1999, 99.076, BBl 1999, S. 9825; ferner BEAT ROHRER, Mietzinsserhöhungen aufgrund steigender Hypothekenzinsen, in: MRA 5/99, S. 173 ff.). Folgerichtig ziehen Kantonbanken in Betracht, keinen Leitzinssatz mehr zu publizieren (vgl. hierzu MRA 1/05, S. 1 ff.).

²⁷ Siehe dazu: SIA-Norm 421 «Raumplanung – Nutzungsziffern» Zürich, 2006. Das abgebildete Schema verwendet zur besseren Veranschaulichung auch Begriffe, welche in der SIA-Norm 421 nicht definiert sind. Weitere Definitionen enthält die SIA-Norm 416 «Flächen und Volumen von Gebäuden».

²⁸ Kennzahlen im Immobilienmanagement, Dokumentation d0165, Herausgeber SIA und SVIT, Zürich Juli 2000, S. 13. Demgegenüber werden in den Kantonen zur Festlegung der (baurechtlich zulässigen) Nutzungsdichte verschiedene Methoden (sog. Nutzungsvorschriften) angewendet: Ausnützungsziffer, Überbauungsziffer, Baumassenziffer, Grünflächenziffer (Freiflächenziffer) oder Gebäude-Grundflächenziffer. Die Wahl der anzuwendenden Bauziffer und die Bestimmung des zulässigen Masses der Ausnützung liegen (üblicherweise) im Ermessen der Gemeinden. Zu beachten sind jeweils auch die kantonalen Vorschriften zur Ermittlung der «anrechenbaren Grundstücksfläche», also jener Fläche, welche massgebend für die Anwendung der Bauziffer ist. In der Regel dürfen Flächen von Wäldern und Gewässern nicht angerechnet werden, ebenso wenig Verkehrsflächen, sofern sie eine bestimmte Grösse im Verhältnis zum Grundstück übersteigen. Die Bestimmung der zulässigen maximalen und minimalen Nutzung hat einen gewichtigen Einfluss auf den Wert eines Grundstückes. Dementsprechend kommt diesem Mass auch eine wichtige Bedeutung zu.

²⁹ SIA/SVIT (zit. Fn. 28), S. 14.

³⁰ «Gross leasable area (GLA) in the retail development industry is a term applied to shopping malls, lifestyle centers, outlet malls and other retail centers to indicate the amount of floor space available to be rented. Specifically, gross leasable area is defined as the total floor area designed for tenant occupancy and exclusive use, including any basements, mezza-

- Unter der *Verkehrsfläche* bzw. *Funktionsfläche* versteht man diejenige Fläche, welche den Zugang zu den Räumen (inkl. Fluchtwege) gewährt, sowie die Fläche, welche für die Unterbringung zentraler betriebstechnischer Anlagen (der Haustechnik) benötigt wird.³¹
- Die GLA lässt sich aufteilen in die *Nettoverkaufsfläche* (NVF; auch Hauptnutzfläche HNF) und die *Nebennutzflächen* (NNF). Die Nettoverkaufsfläche ist diejenige Fläche, welche (bspw. in einem Shopping Center oder einem Bürobau) dem Publikum effektiv zugänglich ist. Folglich ist die Nettoverkaufsfläche diejenige Fläche, welche der Zweckbestimmung und der Nutzung des Gebäudes im engeren Sinn dient.³² Nebennutzflächen sind alle Flächen, die nicht unmittelbar der Nutzung dienen (Luftschutzräume, Kammine, Eingangsbereiche, interne Lifte, Treppen usw.).³³

3. Wie schon bei der Rendite (oben II/A/6) zeigen auch bei der Fläche die unterschiedlichen Begriffe, dass es gefährlich ist, sie ohne genauere Spezifizierung zu verwenden. Auch hier sollten sich die Parteien über die Verwendung dieser Begriffe und natürlich über die Art und Weise, wie eine (von ihnen als massgeblich erachtete) Fläche zu berechnen ist, detailliert verständigen.

III. Der Entwicklungsprozess

A Einleitung

1. Jedes Produkt durchläuft zuvor einen Entwicklungsprozess, so auch eine Immobilie. Für den **Immobilien-Entwicklungsprozess** gelten namentlich die folgenden Besonderheiten:

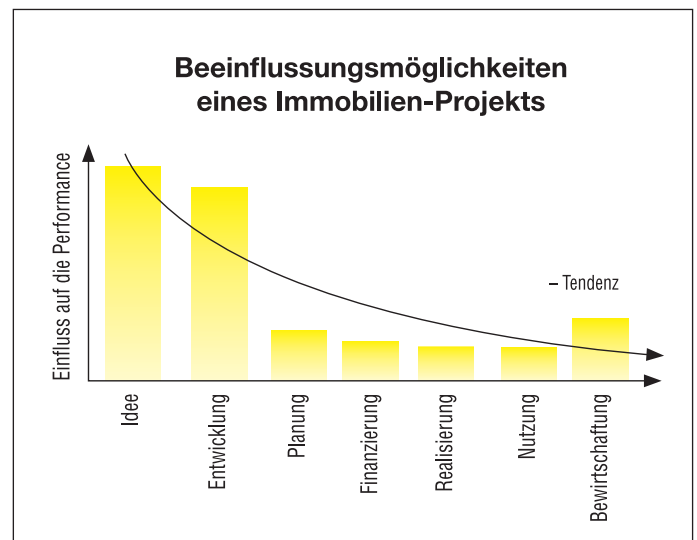
a. Zu häufig noch wird die Bedeutung eines frühzeitigen *Immobilienmarketings* unterschätzt, was dazu führt, dass entsprechende Aktivitäten erst während oder gar nach der Bauphase eingeleitet werden. Auch das *Immobilienbranding* wird in der heutigen Zeit immer wichtiger.³⁴ Nicht nur Produkte, sondern auch Immobilien verkörpern ein gewisses Lebensgefühl. Immobilienbranding kann die Attraktivität einer Liegenschaft steigern und so langfristig einen Mehrwert schaffen.³⁵ Jedenfalls gewährleistet (mit oder ohne Immobilienmarketing oder -branding) nur ein auf die Bedürfnisse der Endnutzer abgestimmtes Produkt, dass der Endinvestor sein Ziel (gemäss den heute wohl vorherrschenden Investitionstheorien nämlich die Erzielung eines nachhaltigen Ertragsstromes) auch wirklich erreicht.

b. In diesem Zusammenhang scheint mir auch folgender Aspekt erwähnenswert: Der Investor muss, nicht nur um sein Produkt mit einem möglichst geringen Aufwand den sich verändernden Marktbedürfnissen anpassen zu können,³⁶ sondern auch um seine laufenden Betriebs- und Unterhaltskosten so tief wie möglich zu halten, daran interessiert sein, seinen Ertragsstrom aus möglichst wenig *Substanz* zu generieren.³⁷ Dies zeigt sich auch in der *Bewertungspraxis*: In den vergangenen Jahren hat sich die Immobilienbewertung vom Substanzwert immer mehr zu ertragsorientierten Verfahren hin bewegt. Heute wird in der Schweiz der Ertragswert in der Regel mindestens doppelt so stark gewichtet wie der Substanzwert.³⁸ Die weitgehende Unempfindlichkeit des Realwertes gegenüber der Marktlage (Konjunktur, Inflation, Zinsniveau) und seine mangelnde Flexibilität zeigen, dass er zur Immobilienbewertung nicht geeignet ist. Entscheidend ist, dass der Immobilien-erwerber an einem sicheren Ertragspotential interessiert ist nicht am Erwerb von Bausubstanz.³⁹

2. Nach dieser Einleitung wende ich mich dem eigentlichen Entwicklungsprozess zu, bei dem naturgemäss das ...

B Risiko-Management

1. ... eine wichtige Rolle spielt. Der Entwicklungsprozess hat (neben der Fokussierung auf das eben erwähnte Ziel) sicherzustellen, dass die ihm inhärenten Risiken frühzeitig erkannt und damit bestmöglich kontrolliert werden können. Dabei hat man sich im Klaren darüber zu sein, dass die Möglichkeiten, ein Projekt (und die mit ihm verbundenen Risiken) zu beeinflussen mit fortschreitender Zeit massiv abnehmen:



2. Zu den hauptsächlichen (im Verlaufe des Prozesses zu kontrollierenden) Risikokategorien zähle ich das **Partnerisiko** (also die Auswahl der geeigneten Zusammenarbeitspartner), das **Projekt-risiko** (insbesondere die Risiken in Bezug auf die Einhaltung von Terminen, Kosten und Qualität) und schliesslich das – wie ich es nennen möchte – **Kommunikations- und Erwartungsrisiko**.

nines, or upper floors. It is typically expressed in square metres (although in some places such as the United States and Canada, the square foot is used). It is measured from the center line of joint partitions and from outside wall faces. That is, gross leasable area is the area for which tenants pay rent, and thus the area that produces income for the property owner.» (zitiert nach: http://en.wikipedia.org/wiki/Gross_leasable_area)

³¹ SIA/SVIT (zit. Fn. 28), S. 15.

³² SIA/SVIT (zit. Fn. 28), S. 116 f.

³³ SIA/SVIT (zit. Fn. 28), S. 16.

³⁴ Prominente Beispiele aus jüngerer Zeit sind: Das Geschäftshaus «The Docks» an der Langstrasse/Zollstrasse in Zürich, die Grossüberbauung «Sihlcity» in Zürich (Die kleinste Stadt der Welt), das bonacasa-Modell oder das Angebot: Wohnen mit Service im «James» in Zürich.

³⁵ CARLO GRUBER, Immobilienbranding – Luxus oder Notwendigkeit? in: *Immobilien* (SVIT Hrsg.) Juni 2007, 74. Jg., S. 13. Immer mehr werden auch Seminare in diesem Bereich angeboten: Euroforum, Fachtagung zum Immobilienmarketing vom 9. und 10. Mai 2007, unter www.euroforum.ch; Realis, Swiss Real Estate School, Seminar zum Immobilienmarketing & Research vom 18. September 2007, unter www.realis.ch.

³⁶ Siehe auch UBS Immobilienfonds: Rendite mit Qualität, Beilage zu Hochparterre Nr. 5/2007: Die UBS Immobilienfonds legen Wert auf Nachhaltigkeit und passen die Architektur ständig den sich verändernden Wohnbedürfnissen (z. B. für Patchwork-Familien, für Singles, für Senioren, usw.) an.

³⁷ Dazu TOBIAS STUDER, Stand und Entwicklungsmöglichkeiten der Immobilienbewertung, in: *Der Schweizer Treuhänder* 6/96, S. 441 ff.

³⁸ STUDER (zit. Fn. 37), S. 444 f.: Während des Immobilienbooms in den späten Achtzigerjahren tendierte die Praxis zu einer stärkeren Gewichtung des höheren Realwertes, nach dem Crash von 1989 zu einer stärkeren Gewichtung des tieferen Ertragswertes.

³⁹ STUDER (zit. Fn. 37), S. 446 f.

a. Bei der Auswahl geeigneter **Zusammenarbeitspartner** stehen naturgemäss die Kriterien der Leistungsfähigkeit und der Bonität der Partner im Vordergrund. Am wichtigsten ist aber, dass die Auswahl der Partner bewusst und im Hinblick auf diese Kriterien erfolgt. Oft schliessen sich Partner «auch einfach zusammen», dies sogar ohne Bewusstsein für den rechtlichen Hintergrund ihres Zusammenschlusses,⁴⁰ was beim Auftreten von Differenzen dann zu unliebsamen Überraschungen oder Resultaten führen kann.

b. Das **Projektrisiko** ist die Differenz zwischen Soll- und Ist-Verlauf eines (Bau-)Prozesses.⁴¹ Um das Projektrisiko möglichst eingrenzen zu können, braucht es eine geeignete **Projektsteuerung**, die durch die permanente Überwachung des Projektes Abweichungen (vom idealen Projektverlauf) früh erkennen lässt, so dass diese rechtzeitig korrigiert werden können.⁴² Viel zu oft erlebt man aber, dass sich Projektentwickler oder Investoren schon zu Beginn eines Entwicklungsprozesses in einen Entwurf (manchmal nicht mehr als eine Skizze) eines Architekten «verlieben» und sich anschliessend darauf konzentrieren, diesen Entwurf umzusetzen, statt sich gemäss den vorgegebenen Entwicklungsphasen (dazu sogleich die Aufzählung im Anschluss) Gedanken zu machen, welches Projekt ihre Bedürfnisse am besten abdeckt.

- Um die Möglichkeit einer rechtzeitigen Einflussnahme (in der Projektsteuerung) bestmöglich zu wahren, empfiehlt es sich, *stufen- und zeitgerecht* vorzugehen und deshalb die *sechs Phasen der Entwicklung* einzuhalten. Diese Phasen sind: Strategische Planung, Vorstudien, Projektierung, Ausschreibung (inkl. Vertragsgrundlagen), Realisierung und schliesslich die Bewirtschaftung.⁴³
- Ständig, aber insbesondere zu Beginn einer Projektentwicklung, sollte das Projekt überprüft, also auf seine *Machbarkeit* hin untersucht werden: Hat das ins Auge gefasste Projekt überhaupt eine Chance, am Markt zu bestehen, oder ist es mit grosser Wahrscheinlichkeit zum Scheitern verurteilt? Am ehesten werden diese Gedanken noch im Bereich der Entwicklung von Mietwohnungen gemacht. Hier überlegt sich der Projektentwickler üblicherweise, wie kaufkräftig die Region ist, in welcher er sein Projekt entwickeln will. Entsprechend wird er dann den Ausbaustandard der Wohnungen definieren, um sicherzustellen, dass am Schluss Mietwohnungen am Markt angeboten werden, die von den potenziellen Bewohnern (kaufkraftmässig) auch gemietet werden können.
- Gleiche Überlegungen lassen sich aber auch im gewerblichen Bereich anstellen: Was soeben über die Berechnung von Wohnungsmieten ausgeführt wurde, gilt auch für die Mietzinsberechnung von Geschäftslokalitäten. Auch hier ist ein Mietzins nachhaltig nur dann gesichert, wenn sich die Verhältniszahl zwischen dem Umsatz und der Miete in einem für die betreffende Branche tragbaren Mass bewegt.⁴⁴ Gerade bei der Entwicklung von (grösseren) Einzelhandelsimmobilien, aber auch im Bürobau, ist es unabdingbar, sich schon vor Beginn einer Projektentwicklung Gedanken über die Positionierung der geplanten Bauten im Markt und damit über die *Tragbarkeit der Mietzinsen* zu machen.⁴⁵

c. Im ganzen Prozess nicht zu unterschätzen ist schliesslich, was ich als **Kommunikations- oder Erwartungsrisiko** bezeichnen möchte: Mangels klarer Festlegung von Zielen oder zu erreichenden Endzuständen entwickeln die Parteien unterschiedliche Erwartungshaltungen. Diese können erfüllt oder eben auch nicht erfüllt werden. Das frühzeitige Abstimmen dieser Erwartungshaltungen hilft, Fehlentwicklungen zu verhindern. Am einfachsten und zweckmässigsten kann dies durch das (geschickte) Abfassen einer dem oder den Vertragswerken vorangestellten Präambel⁴⁶ erreicht werden.

3. Eine erfolgreiche Immobilienentwicklung braucht natürlich auch eine ...

C Projektorganisation

1. Viel zu häufig scheitern Immobilienprojekte daran, dass keine oder nur eine ungeeignete Projektorganisationsstruktur gewählt wird. Um eine auf die speziellen Bedürfnisse eines Projektes abgestimmte Organisationsform zu finden, muss differenziert werden, welche Risikobereiche (Investitions-, Kosten-, Termin- oder Qualitätsrisiko) im Vordergrund stehen und deshalb besondere Beachtung verdienen.⁴⁷ Bei der Wahl der geeigneten *Organisationsform* sind zudem zwei Punkte wesentlich: Erstens ist klar und eindeutig zwischen Besteller/Auftraggeber- und Unternehmer/Auftragnehmerseite zu unterscheiden und zweitens ist auf jeder Seite ein (aber auch nur ein) Ansprechpartner zu benennen (Sanduhrprinzip).

2. Damit schliesse ich meine Betrachtungen zum Prozess und komme zu ausgewählten Fragen bei der Gestaltung der im Zuge einer Immobilienentwicklung auftretenden Verträge, wobei ich zunächst auf die Landsicherung (IV.) und anschliessend (unter V.) auf die restlichen Verträge (Planervertrag, Kaufvertrag, Werkvertrag und Mietvertrag) eingehen möchte.

⁴⁰ Im Baugewerbe bilden sich oft sogenannte Arbeitsgemeinschaften oder Baukonsortien, die auf einer Baustelle zusammenarbeiten. Dies ist naturgemäss vor allem bei grösseren Bauvorhaben der Fall, wie zum Beispiel beim Tunnelbau oder beim Bau von grösseren Strassenabschnitten. Der Zusammenschluss der einzelnen Baugesellschaften ist nicht von Dauer, sondern richtet sich nach der Dauer des jeweiligen Projektes. Bei den Baukonsortien oder den Arbeitsgemeinschaften handelt es sich um einfache Gesellschaften im Sinne von Art. 530 Abs. 1 OR. Auch Art. 28 SIA-Norm 118 legt fest, dass sich mehrere Unternehmungen zusammenschliessen können und dadurch eine einfache Gesellschaft bilden. Dazu mehr unter V. B 2. ff.

⁴¹ Ausführlich zu diesen Risiken: HUBERT STÖCKLI, Die Baurisiken und ihre Verteilung, in: Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2007, S. 4 f.

⁴² Handbuch für Bauherrenberatung, 2. Aufl. 2002, herausgegeben von SVIT/KUB, S. 83 ff. Einflussfaktoren können sich auch aus der Umwelt ergeben. Diese werden in der PESTEL-Analyse (Umweltanalyse) untersucht. PESTEL ist die englische Abkürzung für politische, ökonomische, soziodemographische, technologische, ökologische Umwelt sowie rechtliche Faktoren (Handbuch für Bauherrenberatung, S. 97 f.).

⁴³ Siehe im Einzelnen (insbesondere zum Inhalt dieser Phasen): Handbuch für Bauherrenberatung (zit. Fn. 42), S. 47 ff.

⁴⁴ WOLFGANG NAEGELI/HEINZ WENGER, Der Liegenschaftenschätzer, Zürich 1997, S. 89. NAEGELI/WENGER nennen im soeben zitierten Werk auf S. 295/296 die Prozentsätze, bei welchen noch von einer branchenmässig tragbaren Mietbelastung gesprochen werden kann.

⁴⁵ Spezialisierte Unternehmen sind in der Lage, solche *Standort- und Marktanalysen* zu erstellen, welche in der Regel wie folgt gegliedert sind: 1. Einleitung (mit Auftragsziel und Grundlagen), 2. Geografische Lage und Grundstückstruktur (mit Makrolage, Beschreibung der Nachbargemeinden und Mikrolage des Grundstückes), 3. Verkehrsinfrastruktur (Distanzen von bis, Nähe zu Autobahn, Flughafen, S-Bahn, ÖV, Busverbindungen, Pendlerströme), 4. Soziodemografische und wirtschaftliche Struktur (Bevölkerungsstruktur, Einkommen und Steuern, Schule- und Gemeinwesen, Infrastruktur in der Gemeinde, Region, Image der Gemeinde), 5. Immobilienmarkt (Immobilien-Bestände, Leerstände, Bautätigkeit, Immobilien-Preise), 6. Fazit und Empfehlungen.

⁴⁶ Unter einer Präambel wird die informative Einleitung der Vertragsurkunde verstanden. Eine Präambel kann z.B. Angaben über Absichten und Zielvorstellungen der Parteien, das Um- und Vorfeld des Vertrages, den Anlass zum Vertragsschluss oder andere Verträge nennen, mit dem der abzuschliessende Vertrag koordiniert werden soll (Rainer Schumacher, Vertragsgestaltung, Systematik für die Praxis, Zürich 2000, Glossar, S. 826).

⁴⁷ Siehe JÜRIG BRANDENBERGER/ERNST RUOSCH, Projektmanagement im Bauwesen, 4., überarbeitete und aktualisierte Aufl., Dietikon 1996, S. 54 f. (Neuaufgabe in Arbeit).

IV. Die «Landsicherung»

A Einleitung

1. Eine Immobilienentwicklung sollte nur dann in Angriff genommen werden, wenn das «**Zugriffsrecht**» auf das zur Entwicklung vorgesehene Grundstück rechtlich verbindlich gesichert worden ist.

a. Nach dem Grundsatz der Formfreiheit (Art. 11 OR) bedürfen Verträge zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen *Form*, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt. Verträge, welche die Übertragung von Grundeigentum bezwecken, bedürfen gemäss Art. 657 Abs. 1 ZGB zu ihrer «Verbindlichkeit» der Form der öffentlichen Beurkundung. In Art. 216 OR wird dieser Grundsatz für den wichtigsten Fall der Eigentumsübertragung, den Grundstückkauf, wiederholt: «Kaufverträge, die ein Grundstück zum Gegenstande haben, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung.» Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung gilt dies auch für Kaufrechte.

b. Grundsätzlich gilt für die Beurkundung, dass nur (aber immerhin) die wesentlichen Punkte eines Vertrages zu beurkunden sind.⁴⁸ Über den genauen *Umfang des Formzwanges* besteht in der Lehre keine einheitliche Meinung.⁴⁹ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes bedürfen bei einem Grundstückkauf sowohl die objektiv als auch die subjektiv wesentlichen Punkte der Form der öffentlichen Beurkundung.⁵⁰ Mit den wesentlichen Vertragspunkten sind laut Bundesgericht solche Abmachungen gemeint, die ihrer Natur nach unmittelbar den Inhalt des Grundstückkaufvertrages betreffen. Formbedürftig sind also insbesondere Abreden, die das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung (des Kaufvertrages) betreffen.⁵¹ Richtigerweise muss die Gesamtheit all dieser Leistungen vom Käufer an den Verkäufer und an allfällige Dritte als Entgelt für die Übertragung des Eigentums wahrheitsgemäss⁵² öffentlich beurkundet werden.⁵³

2. Nicht zuletzt aus Angst vor steuerlichen Folgen haben Projektentwickler da und dort die Tendenz, «Landsicherungsverträge» nicht öffentlich zu beurkunden, sondern bloss schriftlich abzuschliessen. Da die Missachtung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form indessen die Nichtigkeit des entsprechenden Vertrages zur Folge hat,⁵⁴ ist von der Nichtbeurkundung solcher Verträge dringend abzuraten. Hinzu kommt, dass mindestens nach der Praxis der Steuerbehörden des Kantons Zürich auch bei einem nicht beurkundeten (formungültigen) Vertrag eine *wirtschaftliche Handänderung*⁵⁵ angenommen werden kann.⁵⁶

B Möglichkeiten der Landsicherung

1. Als (rechtlich verbindliche) Möglichkeiten für eine Landsicherung stehen einerseits das Kaufrecht (Art. 216/216a OR) und andererseits der bedingte Kaufvertrag (Art. 217 OR) zur Verfügung.

a. Der Gesetzgeber hat den Begriff des **Kaufrechts** nicht definiert, weil dieser als bekannt vorausgesetzt wird. Beim Kaufrecht hat der Käufer das Recht, durch eine einseitige Erklärung den Grundeigentümer zu verpflichten, das Grundeigentum auf ihn zu übertragen.⁵⁷ Gemäss Art. 216a OR können Kaufrechte nur für zehn Jahre vereinbart und im Grundbuch vorgemerkt werden.⁵⁸

b. Beim bedingten **Grundstückkaufvertrag** (Art. 217 OR) kann die Eintragung in das Grundbuch erst erfolgen, wenn die Bedingung erfüllt ist.⁵⁹

2. Um dem im Grundbuch eingetragenen Eigentümer eine Sicherheit zu geben, dass das Kaufrecht auch ausgeübt wird, werden häufig in solchen Verträgen Bedingungen umschrieben, nach deren Eintritt der Kaufrechtsberechtigte zur Ausübung des Kaufrechts verpflichtet ist. Gleiches gilt natürlich für den bedingten Kaufvertrag, bei dem die Umschreibung von Bedingungen für den Eigentumsübergang begriffsnotwendig ist.

a. Bei der Umschreibung dieser **Bedingungen** ist darauf zu achten, dass sich einwandfrei, objektiv und ohne grösseren Aufwand auch von dritter Seite her feststellen lässt, ob die vereinbarten Bedingungen eingetreten sind. Die Bedingungen sind mit grösster Präzision zu formulieren: Erteilung der Baubewilligung ist nicht gleich Eintritt der Rechtskraft der Baubewilligung und umfasst auch nicht die beispielsweise im Zürcherischen Recht notwendige Baufreigabe.⁶⁰

b. Beim Abschluss eines bedingten Kaufvertrages ist darauf zu achten, ob der Vertrag unter einer **Suspensiv- oder einer Resolutivbedingung** geschlossen werden soll.⁶¹ Bei der Vereinba-

⁴⁸ MARKUS REBER, Der Umfang des Formzwanges beim Grundstückkauf, in: Jusletter 9. Mai 2005, S. 2.

⁴⁹ Siehe MARKUS REBER (zit. Fn. 48), S. 4 f.; ALFRED KOLLER, Der Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2001, § 2, Rz. 45 ff.

⁵⁰ BGE 113 II 402, E.2a.; siehe auch MARKUS REBER (zit. Fn. 48), S. 6 f.; ALFRED KOLLER (zit. Fn. 49), § 2 Rz. 53 ff.; URS HESS, Der Grundstückkauf, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 3. Aufl., Basel 2003, Rz. 6 ff. zu Art. 216 OR.

⁵¹ BGE 113 II 402, E. 2a.

⁵² ALFRED KOLLER (zit. Fn. 49), § 2, Rz. 26 ff.: Die Wahrheitspflicht ergibt sich einerseits aus Art. 317 StGB, welcher die Urkundenfälschung durch Beamte oder Personen des öffentlichen Glaubens bestraft, andererseits aus dem Steuerstrafrecht.

⁵³ CHRISTIAN BRÜCKNER, Der Umfang des Formzwanges beim Grundstückkauf, in: ZBGR 75 (1994), S. 15 f.

⁵⁴ BSK-HESS (zit. Fn. 50), Rz. 10 ff. zu Art. 216 OR; ALFRED KOLLER (zit. Fn. 49), § 3 Rz. 14 ff.

⁵⁵ FELIX RICHNER/WALTER FREI/STEFAN KAUFMANN/HANS ULRICH MEUTER, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, 2. Aufl., Zürich 2006, N 60 ff. zu § 216. Eine Art einer solchen wirtschaftlichen Handänderung stellen die sog. Kettengeschäfte dar, bei welchen die Verfügungsgewalt über ein Grundstück ohne Grundbucheintrag vom zivilrechtlichen Eigentümer vorerst auf einen bloss wirtschaftlichen Berechtigten (Ersterwerber oder Zwischenerwerber) übergeht. Dieser Ersterwerber überträgt darauf seine wirtschaftliche Verfügungsgewalt auf einen Dritten, wobei dieser das Grundeigentum in der Form des Zivilrechts vom bis anhin im Grundbuch eingetragenen Eigentümer erhält. Der Kettenhandel zeichnet sich somit dadurch aus, dass zwar nur eine zivilrechtliche, indes zweimal eine wirtschaftliche Handänderung vorliegen.

⁵⁶ RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (zit. Fn. 55), N 88 zu § 216 mit zahlreichen weiteren Hinweisen auf StE 1985 B 42.22, Nr. 1; RB 1997 Nr. 55 SR 40/1981.

⁵⁷ BSK-HESS (zit. Fn. 50), Rz. 4 zu Art. 216 OR; HANS GIGER, Der Grundstückkauf, Art. 216–221 OR, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 1. Teilband, 3. Abschnitt, Bern 1997, Rz. 43 ff. zu Art. 216 OR.

⁵⁸ BSK-HESS (zit. Fn. 50), Rz. 4 zu Art. 216a OR; BK-GIGER (zit. Fn. 57), Rz. 1 ff. zu Art. 216a OR.

⁵⁹ BSK-HESS (zit. Fn. 50), Rz. 1 f. zu Art. 217 OR: D.h. wenn die Rechtswirkung des Vertrages (Art. 151 Abs. 2 OR) eingetreten ist; BK-GIGER (zit. Fn. 57), Rz. 4 ff. zu Art. 217 OR.

⁶⁰ Das Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich (PBG) sieht in § 326 vor, dass mit der Ausführung eines Vorhabens (gemeint Bauvorhaben) ohne schriftliche Erlaubnis der zuständigen Behörde nicht begonnen werden darf, bevor alle nötigen baurechtlichen Bewilligungen rechtskräftig erteilt und alle auf den Baubeginn gestellte Nebenbestimmungen erfüllt sind.

⁶¹ BK-GIGER (zit. Fn. 57), Rz. 7 ff. zu Art. 217 OR; THEO GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 9 Rz. 12 f.: Bei

zung einer resolutiven Bedingung (bei welcher also das Geschäft zunächst zustande kommt, nachträglich aber wieder dahinfällt) besteht das nicht vollständig auszuschliessende Risiko, dass die Steuerbehörden dieses Geschäft als wirtschaftliche Handänderung besteuern könnten.⁶²

V. Die Gestaltung der übrigen Verträge

A Grundsätzliche Punkte

1. Vorbemerkung

Es würde den Rahmen dieses „Forums“-Beitrages sprengen, auf alle Punkte einzugehen, welche bei der Abfassung der im Zuge einer Immobilienentwicklung abzuschliessenden Verträge zu beachten sind. Ich konzentriere mich deshalb auf einige (von mir willkürlich) ausgewählte «**Highlights**», welche bei Missachtung (vor allem) die Wirtschaftlichkeit eines Projektes tangieren könnten.

2. Die Regelung der gegenseitigen Abhängigkeit

1. Komplexere Immobilienentwicklungsprojekte bringen es mit sich, dass parallel verschiedene Verträge abgeschlossen werden müssen. Der Projektentwickler sichert sich das Land (hiezuvorn Ziff. IV), schliesst gleichzeitig einen Kaufvertrag (hinten Ziff. V/C) mit dem Endinvestor ab, der seinerseits diesen Kaufvertrag von einem ausreichenden Vermietungsgrad (hinten Ziff. V.E) abhängig machen wird.⁶³

2. Mehrere Verträge mit verschiedenen Parteien müssen **koordiniert** werden, wenn sie zusammenhängen.⁶⁴ Die rechtsverbindliche Abhängigkeit verschiedener Verträge kann mittels Suspensiv- oder Resolutivbedingungen (der eine Vertrag entfaltet nur Wirkungen, wenn dies der andere auch tut) oder mittels Rücktrittsrechten der Parteien erreicht werden.⁶⁵ Falls mehrere Verträge zwischen den gleichen Parteien abgeschlossen werden, besteht die Möglichkeit, sie nur so zu koordinieren, dass keine Widersprüche und Lücken im Hinblick auf die Realisierung des «einheitlichen Geschäfts» entstehen.⁶⁶

3. Die Etappierung

Da sich Projektentwicklungen in aller Regel über einen längeren Zeitraum erstrecken, ist damit zu rechnen, dass sich der Markt oder die Bedürfnisse der an der Entwicklung beteiligten Parteien verändern. Die Gestaltung der Verträge hat deshalb sicherzustellen, dass auf diese Veränderungen reagiert werden kann und am Ende des Tages nicht (wegen eingegangener rechtlicher Verpflichtungen) ein Projekt realisiert werden muss, das mittlerweile seine Berechtigung am Markt verloren hat. Mit anderen Worten: Schon in der Vertragsgestaltung ist sicherzustellen, dass das Projekt (allenfalls zu vorbestimmten Zeitpunkten) hinterfragt, überprüft, **in Etappen** realisiert und notfalls (mit zum Voraus bestimmten Folgen) auch abgebrochen werden kann.

4. Die Regelung der Verwendungsrechte

1. Nicht jedes Werk der Baukunst genießt **Urheberrechtsschutz**. Geschützt sind nach dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 URG⁶⁷ aber

solche Werke, die individuellen Charakter haben.⁶⁸ Vom urheberrechtlichen Schutz des Bauwerks ist der Schutz von Plänen, Zeichnungen, Modellen, Skizzen und Entwürfen zu unterscheiden.⁶⁹ Diese sind gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. d bzw. Abs. 4 URG geschützt, wenn sie Individualität aufweisen.⁷⁰

a. Geniesst ein Bauwerk Urheberrechtsschutz, so steht dem Inhaber der Urheberrechte das ausschliessliche Recht zu, zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk gebaut wird (Art. 10 URG).⁷¹ Auch die blosser Änderung seines Werkes muss sich der Urheber grundsätzlich nicht gefallen lassen. Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. a URG hat er vielmehr das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie sein Werk geändert werden darf. Im Falle eines Bauwerkes gilt dies allerdings nur für die Planungsphase: **Ausgeführte Werke** dürfen – unter Vorbehalt der Verletzung der Persönlichkeitsrechte des Urhebers – ohne Zustimmung des Urhebers geändert werden (Art. 12 Abs. 3 URG).⁷²

b. Daraus ergibt sich, dass der Verfasser eines Projektes (während der Planungsphase) selber entscheiden kann, ob er die Weitergestaltung seines Werkes durch eine andere Person zulassen will oder nicht.⁷³ Lässt er dies nicht zu, so muss der Werkbesteller sich die rechtliche Befugnis mittels spezieller **urheberrechtlicher Vereinbarung** abtreten lassen.⁷⁴ Die Übertragung des Weiterverarbeitungsrechtes kann sich aber auch aufgrund der zum Vertragsbestandteil erklärten SIA-Ordnung 102 ergeben.⁷⁵

der Suspensivbedingung lässt eine ungewisse Tatsache erst die Leistungspflicht des Schuldners eintreten (Art. 151 OR). Bei der Resolutivbedingung soll durch eine ungewisse Tatsache die schon vorher eingetretene Wirkung wieder dahinfallen, d.h. das Rechtsverhältnis verliert für die Zukunft seine Wirkung (Art. 154 OR).

⁶² VICTOR MONTEIL, in Festschrift 500 Jahre Solothurn im Bund, Solothurn 1981, S. 324/325 vertritt allerdings die Auffassung, dass ein bedingter Kaufvertrag keine Verschiebung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht bewirkt.

⁶³ Solche gegenseitigen Abhängigkeiten der verschiedenen Verträge sind sorgfältig herauszukristallisieren und in Übereinstimmung zu bringen. Zur Vertragsgestaltung auch PETER GAUCH, in: Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2001, S. 11 ff.

⁶⁴ RAINER SCHUMACHER (zit. Fn. 46), § 20 Rz. 878.

⁶⁵ RAINER SCHUMACHER (zit. Fn. 46), § 20 Rz. 867: Ein Rücktrittsrecht, falls ein anderer Vertrag nicht abgeschlossen oder nicht bzw. nicht richtig erfüllt wird.

⁶⁶ RAINER SCHUMACHER (zit. Fn. 46), § 20 Rz. 867: In solchen Fällen ist aber eine exakte Schnittstellentechnik erforderlich.

⁶⁷ Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1).

⁶⁸ EUGEN MARBACH, in Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2005, S. 73.

⁶⁹ ROLAND VON BÜREN/MICHAEL A. MEER, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Zweiter Band, Urheberrecht, erster Teilband, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2., nachgeführte und erweiterte Aufl., Basel 2006, S. 111. EUGEN MARBACH, in: Schweizerische Baurechtstagung Freiburg 2005, S. 71.

⁷⁰ BGE 125 III 328, E. 4b: Bei der Beurteilung der Individualität oder Originalität des Werkes spielt der Freiheitsspielraum des Urhebers eine Rolle.

⁷¹ EUGEN MARBACH, in Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2005, S. 75.

⁷² EUGEN MARBACH, in Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2005, S. 71 und 75.

⁷³ NICOLE SCHNEIDER, Urheberrechtlicher Schutz von planmässig festgehaltenen sowie ausgeführten Werken der Baukunst, Diss. Bern 1996, S. 309 f.: Das gleiche gilt auch für Entwürfe im Rahmen eines Architekturwettbewerbs.

⁷⁴ NICOLE SCHNEIDER (zit. Fn. 73), S. 310 f.

⁷⁵ Siehe NICOLE SCHNEIDER (zit. Fn. 73), S. 311 f.

2. Die Architekten haben in letzter Zeit versucht, den immaterialgüterrechtlichen Schutz auszuweiten. In erster Linie wurde dabei der flankierende Schutz über das **Markenrecht** angestrebt.⁷⁶ Der hohe Wiedererkennungswert von bestimmten Bauwerken liesse auch an den Schutz als **Design** denken.⁷⁷ In den vergangenen Jahren war schliesslich die Baukunst auch Gegenstand des **Patentschutzes**.⁷⁸

3. Die **Verwendungsrechte** an den geschaffenen Immaterialgüterrechten welcher Art auch immer sollten nach einer Projektentwicklung (und selbstverständlich erst, wenn alle Honorare bezahlt sind) beim Endinvestor zentralisiert werden. Dieser hat in seinem Interesse sicherzustellen, dass er (auch zu einem späteren Zeitpunkt) das von ihm finanzierte Bauwerk ohne Behinderung durch Mitspracherechte der an der Entwicklung beteiligten Planer den Bedürfnissen des Marktes anpassen kann. Da in diesem Gebiet nach wie vor zahlreiche Fragen offen sind,⁷⁹ empfehlen sich ausdrückliche Regelungen und Absprachen in den Verträgen.

B Zum Planervertrag

1. Aufgrund der gestiegenen Komplexität der Planung setzt sich am Markt anstelle der bisherigen Einzelbeauftragung das System der Gesamtbeauftragung immer mehr durch: Ähnlich wie beim Generalunternehmer- bzw. Totalunternehmervertrag beauftragt ein Bauherr einen **Gesamtplaner**, welcher für ihn die Koordination mit allen erforderlichen Planern übernimmt. Dabei sind folgende Aspekte zu beachten:

a. Der SIA bietet innerhalb des Leistungsmodells SIA 112 (2001)⁸⁰ verschiedene Verträge an.⁸¹ Das Leistungsmodell 112 beruht auf dem Leitgedanken, den Lebenszyklus eines Bauprojektes ganzheitlich zu erfassen, was bedeutet, das Bauwerk von der ersten Idee über die Projektierung, Ausführung bis zum Betrieb und der Erhaltung zu planen. Auch vorgängige Abklärungen wie Machbarkeitsstudien und Bedarfsanalysen der Bauplaner werden davon erfasst.⁸²

b. Eine typische Konstellation bei der Anwendung des Leistungsmodells ist jene des Vertrages eines Bestellers⁸³ (z.B. eines Projektentwicklers) mit einer Mehrzahl von Planern. Deshalb ist die Frage, wie dieses Team geleitet werden soll und welches die Aufgaben der **Gesamtleitung** sind, besonders wichtig. Grundsätzlich stehen zwei Modelle von Planerteams im Vordergrund. Beim ersten schliessen sich mehrere Planer unter Führung eines Gesamtleiters zu einer einfachen Gesellschaft zusammen und verpflichten sich gemeinsam dazu, die Planungsleistungen für einen Besteller zu erbringen. Beim zweiten Modell verpflichtet sich ein Gesamtleiter allein gegenüber dem Besteller, eine Gesamtheit von Planungsleistungen zu erbringen. Er beauftragt im eigenen Namen und auf eigenes Risiko Subakkordanten für die Mitarbeit am Projekt.⁸⁴

c. Im Interesse einer klaren Organisationsstruktur ist bei der Gesamtbeauftragung die zweite Variante zu **bevorzugen**, bei welcher der Projektentwickler mit einem Planer, welcher dann seinerseits Subplaner bezieht, einen Vertrag schliesst.

2. Arbeitsgemeinschaften (Planergemeinschaften) stellen rechtlich häufig **einfache Gesellschaften** dar. Alle an einer einfachen Gesellschaft Beteiligten haben zum Vornherein die gleiche Stellung. Sie haben gleich viel zu sagen, gleich viel beizutragen und die Verluste zu gleichen Teilen zu tragen. Im Verhältnis zu Dritten, z.B. gegenüber Vertragspartnern der einfachen Gesellschaft, sind die Gesellschafter (unter Vorbehalt anderer Vereinbarung) soli-

darisch haftbar (Art. 544 Abs. 3 OR). Der Rechtsbegriff «solidarisch» heisst: Jeder einzelne Gesellschafter kann uneingeschränkt für sämtliche Schulden der einfachen Gesellschaft haftbar gemacht werden. Der Gesellschafter, der die Schulden im Aussenverhältnis bezahlt, kann anschliessend auf die übrigen Gesellschafter zurückgreifen, um das Gleichgewicht (jeder trägt innerhalb der Gemeinschaft gleich viel) wiederherzustellen.⁸⁵

C Zum Kaufvertrag

1. Werden im Zuge einer Projektentwicklung Kaufverträge abgeschlossen, so ist der Formulierung der **Gewährleistungsklauseln** grösste Aufmerksamkeit zu widmen. Gemäss Art. 197 OR haftet der Verkäufer dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften, als auch dafür, dass die Sache keine körperlichen oder rechtlichen Mängel habe. Diese Norm ist (in den Schranken von Art. 199 OR⁸⁶) dispositiver Natur und die Gewährleistung kann von den Parteien eingeschränkt oder ausgeschlossen werden.⁸⁷

⁷⁶ EUGEN MARBACH, in: Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2005, S. 87 ff.; PETER MOSIMANN, Architektur und Patentschutz, in: Jusletter 23. Juli 2007, Rz. 7.

⁷⁷ EUGEN MARBACH, in: Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2005, S. 82 ff.; PETER MOSIMANN, Architektur und Patentschutz, in: Jusletter 23. Juli 2007, Rz. 9.

⁷⁸ EUGEN MARBACH, in: Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2005, S. 84 ff.; PETER MOSIMANN, Architektur und Patentschutz, in: Jusletter 23. Juli 2007, Rz. 12. Der Autor befasst sich in diesem Aufsatz kritisch mit dem vom europäischen Patentamt am 4. Januar 2007 dem Basler Architekten Hans Zwimpfer gewährte Europapatent (EP1 455 033), das nunmehr unter Pile Uptm vermarktet wird.

⁷⁹ Schöpferprinzip, Werkschaffen im Arbeitsverhältnis, Fragen der Miturheberschaft.

⁸⁰ Dazu im Einzelnen ANTON EGLI, in: Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2003, S. 41 ff.

⁸¹ SIA 1012/1 (2001) – Leistungsmodell, Planervertrag (Bauherr – Planergemeinschaft)

SIA 1012/2 (2001) – Leistungsmodell, Gesellschaftsvertrag für Planergemeinschaften

SIA 1012/3 (2001) – Leistungsmodell, Einzelplanervertrag (Bauherr – Einzelplaner)

SIA 1012/4 (2001) – Leistungsmodell, Subplanervertrag

SIA 1012/1, 2, 3+4 (2001) – Checkliste zur Vertragsgestaltung

⁸² Erläuterungen zum Leistungsmodell 112 durch die SIA.

⁸³ Ich verwende hier bewusst den Begriff Besteller, da ich den Generalplanervertrag wie den Planungsvertrag (dazu z.B. BGE 119 II 428; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. überarbeitete und erweiterte Aufl., Zürich 1996, N 49 ff.) als Werkvertrag qualifiziere.

⁸⁴ tec21 18/2001, S. 11.

⁸⁵ tec21 6/2002, S. 32. Diese rechtliche Gleichheit der Gesellschafter entspricht oft nicht der wirtschaftlichen Realität: In Arbeitsgemeinschaften, z.B. in einer Planergemeinschaft, variieren oft die Beiträge der Beteiligten. Dies bedeutet: Immer wenn eine differenzierte Regelung der Leistungen, welche verschiedene Mitglieder der ARGE erbringen sollen, nötig ist, weil nicht alle dasselbe und in der gleichen Menge beisteuern, sollte – letztlich auch im Interesse des Bestellers – durch eine Regelung im Gesellschaftsvertrag von der gesetzlichen «Gleichheitsvermutung» abgewichen werden.

⁸⁶ «Eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat.»

⁸⁷ BGE 4C.242/2004. In diesem Urteil wurde aber gleichzeitig daran erinnert, dass die Tragweite von Freizeichnungsklauseln eingeschränkt ist: Liegt ein Mangel bei objektiver Auslegung gänzlich ausserhalb dessen, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste, so fällt er nicht unter den vereinbarten Gewährleistungsausschluss.

2. Innerhalb der Gewährleistung, insbesondere natürlich beim Erwerb vormals industriell genutzter Liegenschaften, spielen die «**Altlasten-Klauseln**» eine zentrale Rolle. Häufig wird dabei übersehen, dass die Altlasten-Verordnung des Bundes (AltIV)⁸⁸ (gesetzlich) definiert, dass unter Altlasten nur (aber immerhin) «sanierungsbedürftige belastete Standorte» verstanden werden (Art. 2 Abs. 3 AltIV). Mit grossen Untersuchungs-, Überwachungs- bzw. Entsorgungskosten können aber nicht nur Altlasten in diesem engen Sinne des Begriffes, sondern auch **belastete Standorte** ganz generell oder **Kontaminationen in Gebäuden** (Bsp. Asbest) verbunden sein. Wird nun in einem Vertrag von sachverständigen Personen der Begriff «Altlasten» verwendet, so besteht die Gefahr, dass dieser Begriff auf seine enge Bedeutung (gemäss der gesetzlichen Terminologie) reduziert wird.⁸⁹ Der Wahl der Begriffe ist also auch in diesem Bereich die nötige Aufmerksamkeit zu schenken.

D Zum Werkvertrag⁹⁰

1. Läuft das Entwicklungsprojekt nach den klassischen Phasen ab (siehe oben III/B/2/b), so schliesst sich die Ausführung an die Planung an. In der Regel werden die Verträge über die Ausführung⁹¹ auch erst in diesem Zeitpunkt geschlossen.

2. Zu den vertragswesentlichen Punkten eines Werkvertrages gehört neben der Bestimmung des Werklohnes die **Umschreibung des geschuldeten Werkes**, wobei mit Werk im Sinne von Art. 363 OR ein bestimmter Arbeitserfolg gemeint ist. Für die Umschreibung dieses Erfolges stehen (grob formuliert) zwei Methoden zur Verfügung: Die Vorgabe aller Positionen bis ins letzte Detail (die sog. **detaillierte Leistungsbeschreibung**) und die Umschreibung des Werkes vom Leistungsziel her (die sog. **funktionale Leistungsbeschreibung**).⁹² Je nach Art des auszuführenden Werkes ist im Vorfeld (vom Besteller) abzuwägen, welcher Variante er den Vorzug geben will und diese ist im Vertrag sorgfältig auszuformulieren⁹³; zu berücksichtigen sind dabei die Erfahrungen, dass erstens jeder noch so detaillierte Leistungsbeschrieb Lücken enthalten wird und zweitens je umfangreicher die Detaillierungen ausfallen, je grösser das Risiko von sich widersprechenden Vorgaben werden wird.⁹⁴

3. Um nach der Fertigstellung des Werkes zu verhindern, dass allenfalls auftretende Mängel nicht eindeutig (der Planung oder der Ausführung) zugeordnet werden können, ist in den Werkverträgen vorzusehen, dass die ausführende Unternehmung sich dazu verpflichtet, die **bisherige Planung** (ggf. natürlich auch die bisherigen Kostenschätzungen) zu überprüfen, ausdrücklich zu genehmigen und dafür auch die vertragliche Haftung zu übernehmen.

E Zum Mietvertrag

1. Platzgründe verbieten es, an dieser Stelle im Einzelnen auf die korrekte Abfassung eines auf lange Dauer angelegten Mietvertrages einzugehen. Spezielle Beachtung verdienen aber meines Erachtens die folgenden drei Punkte⁹⁵:

a. Erstens: Gemäss Art. 256 OR ist ein Vermieter verpflichtet, die Sache (gemeint ist das Mietobjekt) zum vereinbarten Zeitpunkt in einem **zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand** zu übergeben und in demselben zu erhalten. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung sind abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Mieters dann nichtig, wenn sie in Mietverträgen über Wohn- oder Geschäftsräume enthalten sind. In verschiedenen Urteilen⁹⁶

wurde im Zusammenhang mit dieser Bestimmung die Problematik aufgeworfen, ob die Vereinbarung einer **Rohbaumiete** mietrechtlich überhaupt zulässig ist. Sicherheitshalber empfiehlt es sich, in den Mietverträgen über einen Rohbau (bspw. unter dem Vermietungszweck) ausdrücklich zu erwähnen, dass der Mieter das Mietobjekt unter anderem auch zum Zwecke des Ausbaus für seine zukünftige Geschäftstätigkeit übernimmt. Um das Gleichgewicht wieder herzustellen, das dadurch gestört wird, dass der Mieter (mit dem Ausbau) Pflichten übernimmt, die eigentlich dem Vermieter obliegen würden, ist im Mietvertrag zudem an geeigneter Stelle festzuhalten, dass der Mieter für die Übernahme die-

⁸⁸ Verordnung über die Sanierung von belasteten Standorten vom 26. August 1998 (Altlasten-Verordnung, AltIV; SR 814.680).

⁸⁹ BGE 4C.301/2004: Mit öffentlich beurkundetem Grundstückkaufvertrag verkaufte die B. der A. das Areal der Spinnerei C. Die bei der Untersuchung vorgefundenen Kohlenwasserstoffe und Schwermetalle belasteten den Standort (aber nicht das Grundwasser) gemäss Altlastenverordnung. Umstritten war, wer die Kosten für die Beseitigung der Belastung zu tragen hat. Die Klägerin A. berief sich auf folgende Klausel im Kaufvertrag: «Kosten im Zusammenhang mit einer allfälligen Altlastensanierung gehen zu Lasten der Verkäuferin. Die Definition «Altlast» richtet sich nach Bundesrecht und bezieht sich auf solche Lasten, die bei Vorhandensein eines Altlastenkatasters aufgenommen würden.» In Auslegung dieser Klausel (nach Treu und Glauben) entschied das Bundesgericht, dass sich die Beklagte B. nur verpflichtet hat, die Kosten der Sanierung von «Altlasten» (im engen Sinne von Art. 2 Abs. 3 AltIV) zu übernehmen. Die Berufung von A. wurde abgewiesen.

⁹⁰ Dazu im Einzelnen und umfassend: PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. überarbeitete und erweiterte Aufl., Zürich 1996.

⁹¹ Werkverträge nach Art. 363 ff. OR.

⁹² PETER GAUCH (zit. Fn. 90), Rz. 905.

⁹³ Illustrativ für die Abgrenzung ist ein Urteil des Oberlandesgerichtes Dresden vom 29.11.1999: «Entgegen der Ansicht des Beklagten enthielt das Leistungsverzeichnis daher keine bis in die Einzelheiten gehende Beschreibung der von ihm erwarteten Werkleistung. Auf der anderen Seite ist aber auch die Behauptung der Klägerin nicht richtig, es handle sich um eine sogenannte funktionale Leistungsbeschreibung. Denn dann hätte sich aus dem Werkvertrag oder dem Leistungsverzeichnis ergeben müssen, dass der Beklagte nicht nur zur Erstellung eines Werkes, sondern zumindest teilweise auch zu dessen Planung verpflichtet werden sollte (vgl. WERNER/PASTOR, Der Bauprozess, 9. Aufl., Rn. 1133; BGH BauR 1997, 126, 128). Das Leistungsverzeichnis gibt auf den ersten Blick aber keinen Planungsfreiraum für den Auftragnehmer zu erkennen. Aus Sicht des Beklagten wurde daher nicht deutlich, dass es zu seinen Aufgaben gehören sollte, die Materialdicke und den Abstand der Stützen unter Berücksichtigung der konkreten Anforderungen des Bauprojektes zu bestimmen. Denn grundsätzlich ergibt sich aus den allgemeinen Regeln der Technik, der Verkehrssitte und den Grundsätzen von Treu und Glauben eine Verpflichtung des Auftraggebers, die Planung vollständig zu übernehmen und in einem umfassenden Leistungsverzeichnis zum Ausdruck kommen zu lassen, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben. 9 VOB/A gibt deshalb nur den allgemeinen Grundsatz wieder, dass es zu den wichtigsten Pflichten des Auftraggebers gehört, eine umfassende und erschöpfende Leistungsbeschreibung zu liefern (WERNER/PASTOR, a.a.O., Rn. 1132 und 1129 sprechen von einer «Kardinalpflicht»; vgl. auch WERNER/PASTOR, Lexikon des Baurechts, 5. Aufl., Stichwort: «Leistungsbeschreibung, Leistungsverzeichnis»). Auch die einschlägigen DIN-Vorschriften, die die Parteien ausdrücklich zum Vertragsbestandteil gemacht haben (vgl. auch 1 Ziffer 1 und 13 Ziffer 1 VOB/B), gehen davon aus, dass im Regelfall der Auftraggeber ein umfassendes und abschliessendes Leistungsverzeichnis zu erstellen hat (siehe die Allgemeine Regelungen für Bauarbeiten jeder Art – DIN 18 299 bei WINKLER/ROTHE, VOB-Bildband, 4. Aufl.).» (Quelle: <http://www.judicialis.de/main.cgi?sid=otCqb0NQ6Z3g8XuhHt9LGdld;cont=text.cgi>)

⁹⁴ Eindringlich zu diesen Problemen: PETER GAUCH, in: Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2001, S. 14 ff.

⁹⁵ Auf den für Mietverträge zentralen Flächenbegriff wurde vorne unter II. B. 1. eingegangen.

⁹⁶ mp 89, S. 62 ff. = BJM 1990, S. 193; BGE 114 II 203.

ser (Mehr-)Pflichten eine Gegenleistung, bspw. in Form einer Reduktion des Mietzinses gegenüber den marktüblichen Ansätzen, erhalten hat.

2. Zweitens: Im Zusammenhang mit den häufig verbreiteten **Teuerungsklauseln** ist darauf zu achten, dass gemäss Rechtsprechung eine Kombination von Staffelung und Index nicht zulässig ist.⁹⁷ Da insbesondere im Einzelhandel bei neu entwickelten Objekten einige Zeit vergeht, bis die Mieter ihre vollen Umsatzziele erreichen, werden von Eigentümern häufig Anfangsrabatte gewährt. Solche Rabatte könnten als versteckte Staffellungen interpretiert werden und wären dann in Kombination mit nachfolgenden Indexvereinbarungen ungültig.⁹⁸

3. Höchste Aufmerksamkeit ist schliesslich auch der korrekten Abfassung von **Nebenkostenklauseln** zu widmen: Art. 257a OR definiert die Nebenkosten als das Entgelt für die Leistungen des Vermieters oder eines Dritten, die mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen.⁹⁹

a. Art. 257a Abs. 2 OR bestimmt, dass der Mieter nur dann (zusätzlich zum Nettomietzins) Nebenkosten bezahlen muss, wenn er dies mit dem Vermieter besonders vereinbart hat. Fehlt es an einer besonderen Vereinbarung, so gelten die anfallenden Nebenkosten als durch den Mietzins abgegolten. Die **besondere Vereinbarung** im Sinne der genannten Bestimmung hat in Literatur und Rechtsprechung zu Diskussionen Anlass gegeben. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes hat der Mieter «nur für diejenigen Nebenkosten aufzukommen, die im Vertrag eindeutig und genau bezeichnet werden (...).»¹⁰⁰ Urteile in eine ähnliche Richtung haben auch verschiedene kantonale Obergerichte gefällt.¹⁰¹

b. Der Vermieter läuft also – im Lichte dieser Rechtsprechung – bei einer bloss beispielhaften, nicht abschliessenden Aufzählung der vom Mieter zu tragenden Nebenkostenpositionen Gefahr, dass die entsprechende Bestimmung als abstrakte und damit im Lichte von Art. 257a Abs. 2 OR **unwirksame** Regelung qualifiziert werden könnte. Vermietern von Wohn- und Geschäftsräumen ist daher zu empfehlen, beim Abschluss resp. bei der Anpassung von

Mietverträgen von Wohn- und Geschäftsräumen einen spezifischen Katalog der im konkreten Fall anfallenden Nebenkostenpositionen zu erstellen und nur diesen in den Mietvertrag aufzunehmen.

⁹⁷ BGE 124 III 57, Cour de Justice Genève, in: mp 2/97 S. 107 f.

⁹⁸ In diese Richtung geht das Urteil des Cour de Justice Genève, in: mp 3/02 S. 161 f. Anderer Ansicht offenbar: Beat Rohrer, in: MRA 4/01, S. 124 ff.

⁹⁹ Nebenkosten sind gemäss der zwingenden Regelung in Art. 257a Abs. 1 OR das Entgelt für Leistungen des Vermieters oder eines Dritten, die mit dem Gebrauch des Mietobjekts durch den Mieter zusammenhängen. Soweit die mit dem Gebrauch der Mietsache zusammenhängenden Aufwendungen direkt beim Mieter anfallen und den eigenen Verbrauch des Mieters betreffen (wie z.B. Kosten für elektrischen Strom, Telefongebühren usw.) handelt es sich um Verbraucherkosten, welche nicht unter den Begriff der Nebenkosten im Sinne von Art. 257a Abs. 1 OR fallen. Nicht unter die gesetzliche Definition der Nebenkosten fallen ausserdem Lasten und Abgaben des Vermieters und Eigentümers, die mit dem Eigentum an der Mietsache in Zusammenhang stehen (wie z.B. Grundsteuern, Grundpfandzinsen, Gebäudeversicherungsprämie [soweit sie nicht einen allfälligen Mieterausbau betreffen], Anschlussgebühren usw.). Ebenfalls keine Nebenkosten sind Aufwendungen des Vermieters für Reparaturen und Ersatzanschaffungen.

¹⁰⁰ BGE 4C.268/2006, Urteil vom 7. November 2006, E. 3.2. Der Hinweis auf einen standardisierten Vertragszusatz wie die «Allgemeinen Bedingungen zum Mietvertrag für Wohnräume» genügt nicht. Dem Mieter kann nicht zugemutet werden, sich erst aufgrund einer sorgfältigen Konsultation der Vertragsbedingungen ein Bild zu machen, welche Nebenkosten von ihm zu tragen sind. Vielmehr hat er Anspruch darauf, dass ihm nur diejenigen Nebenkosten überbunden werden, die im Vertrag eindeutig und genau bezeichnet werden. Nur wenn die allgemeinen Vertragsbedingungen eine Konkretisierung der im Mietvertrag bereits zu Lasten des Mieters ausgeschiedenen Nebenkosten bedeuten, kann daraus unter Umständen auf deren Übernahme durch den Mieter geschlossen werden.

¹⁰¹ Urteil des Kantonsgerichtes Basel-Stadt vom 21. November 2005, in: MRA 3/06, S. 97 ff.; Entscheidung des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 22. November 2005, in: MRA 3/06, S. 101 ff.; die Entscheide wurden kommentiert von BEAT ROHER, in: MRA 3/06, S. 87 ff.