



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Abschlussarbeit

zur Erlangung des
Master of Advanced Studies in Real Estate

Immobilienentwicklung – wirtschaftliche und rechtliche Dimensionen

Verfasser: Schoch
Niklaus
nikschoch@bluewin.ch

Eingereicht bei: RA Dr. iur. Thomas Wetzel

Abgabedatum: 23.08.2019

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	V
Abbildungs- und Tabellenverzeichnis	IX
Executive Summary	X
1. Einleitung	1
2. Die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen der Immobilienentwicklung	1
2.1 Begriffe	1
2.1.1 Immobilie	1
2.1.2 Immobilienentwicklung	2
2.1.3 Immobilienentwickler	3
2.2 Zweck und Ziele der Immobilienentwicklung	4
2.2.1 Übersicht	4
2.2.2 Entwicklungsgewinn als Endzweck	5
2.2.2.1 Wirtschaftlichkeitsberechnungen	5
2.2.2.2 Bewertungsmethoden	6
2.2.3 Rendite als Ziel	6
2.2.4 Günstiger (Wohn-) Raum als Ziel	7
2.3 Akteure einer Immobilienentwicklung	8
2.3.1 Immobilienentwickler	8
2.3.2 Hilfspersonen des Immobilienentwicklers	9
2.3.2.1 Planer	9
2.3.2.2 Unternehmer	10
2.3.3 Klassische Projekt- bzw. Kreditfinanzierer	11
2.3.4 Beteiligungs- und alternative Projektfinanzierer	12
2.3.5 Regulatorische Auflagen	13
2.3.5.1 Personen im Ausland	13
2.3.5.2 Kollektive Anlagegefäße	15
2.3.5.3 Gemeinnützige (Wohn-)Bauträger	16
2.4 Zwischenfazit	17

3. Die wirtschaftlichen Faktoren einer Immobilienentwicklung und deren rechtliche Würdigung	18
3.1 Erträge einer Immobilienentwicklung	18
3.1.1 Erträge im Allgemeinen	18
3.1.2 Räumliche Ertragsschranken	18
3.1.2.1 Nutzungsplanung	19
3.1.2.2 Bauvorschriften	20
3.1.3 Quantitative Ertragsschranken	21
3.1.4 Exkurs: Vertragliche Bestimmung von Flächen und Volumina	23
3.2 Kosten einer Immobilienentwicklung	24
3.2.1 Kosten im Allgemeinen	24
3.2.2 Steuern und Gebühren im Speziellen	24
3.2.2.1 Transaktionsabgaben	24
3.2.2.2 Grundstückgewinnbesteuerung	25
3.2.2.3 Mehrwertsteuer	27
3.2.2.4 Mehrwertabgabe	28
3.2.2.5 Liegenschafts-, Grundstücks bzw. Grundsteuer	29
3.3 Risiken einer Immobilienentwicklung	29
3.3.1 Risiken im Allgemeinen	29
3.3.2 Risiken in der Projektakquisition	29
3.3.3 Risiken in der Projektkonzipierung	30
3.3.4 Risiken in der Projektrealisierung	32
3.3.5 Risiken in der Projektvermarktung	32
3.4 Zwischenfazit	33
4. Der Ablauf einer Immobilienentwicklung und dessen rechtliche Begleitung	33
4.1 Einteilung des Immobilienentwicklungsprozesses	33
4.2 Projektakquirierung	34
4.2.1 Ausgangs- und Interessenlage	34
4.2.2 Asset Deals	35
4.2.3 Share Deals	37

4.3	Projektkonzipierung	37
4.3.1	Ausgangs- und Interessenlage	37
4.3.2	Planungsleistungen	38
4.3.3	Grundstücksorganisation	39
4.3.4	Einspracheverzichtsvereinbarungen	40
4.3.5	Exkurs: Baurechtliche Vorentscheide	41
4.4	Projektrealisierung	41
4.4.1	Ausgangs- und Interessenlage	41
4.4.2	Bauleistungen	42
4.4.3	Planungsleistungen	43
4.5	Projektvermarktung	43
4.5.1	Ausgangs- und Interessenlage	43
4.5.2	Vermittlung	43
4.5.3	Vermietung	44
4.5.4	Verkauf	45
4.5.5	Exkurs: Branding	46
4.6	Zwischenfazit	46
5.	Die Investitionen in Immobilienentwicklungen und deren vertragsrechtliche Ausgestaltung	47
5.1	Ausgangslage	47
5.2	Vertragskategorien und -typen	48
5.2.1	Zweiseitige Schuldverträge	48
5.2.2	Gesellschaftsverträge	49
5.3	Service-Developer	51
5.3.1	Ausgangs- und Interessenlage	51
5.3.2	Ausgestaltung der Entschädigung	51
5.4	Trader-Developer	52
5.4.1	Übersicht	52
5.4.2	Klassische Finanzierung	52

5.4.2.1	Ausgangs- und Interessenlage	52
5.4.2.2	Sicherstellung	53
5.4.2.3	Verzinsung und Rückerstattung	54
5.4.3	Beteiligungsfinanzierung (Joint-Venture)	55
5.4.3.1	Ausgangs- und Interessenlage	55
5.4.3.2	Zweck	56
5.4.3.3	Beitrags- und Leistungspflichten	56
5.4.3.4	Geschäftsführung, Mitbestimmung und Kontrolle	57
5.4.3.5	Exit-Szenarien	58
5.4.3.6	Liquidation und Verteilung des Entwicklungsgewinns (oder -verlusts)	58
6.	Fazit und Ausblick	59
	Literaturverzeichnis	61
	Anhang 1: Übersicht über alternative Beteiligungsformen	66
	Anhang 2: Immobilienspezifische Anlagerestriktionen bei Immobilienfonds und Anlagestiftung	67
	Anhang 3: Einheiten und Meilensteine einer Immobilienentwicklung	68
	Anhang 4: Vertragsrechtliche Beziehungen des Service-Developer	69
	Anhang 5: Vertragsrechtliche Beziehungen des Trader-Developer	70
	Anhang 6: Vertrags- und gesellschaftsrechtliche Beziehungen des Trader-Developer (Joint-Venture)	71

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
AltIV	Verordnung über die Sanierung von belasteten Standorten (Altlasten-Verordnung) (SR 814.680)
Anm. d. Verf.	Anmerkung des Verfassers
ASV	Verordnung über die Anlagestiftungen (SR 831.403.2)
BewG	Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (SR 211.412.41)
BewV	Verordnung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (SR 211.412.411)
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BJ	Bundesamt für Justiz
BKP	Baukostenplan
bspw.	beispielsweise
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40)
BWO	Bundesamt für Wohnungswesen
bzw.	beziehungsweise
CRB	Schweizerische Zentralstelle für Baurationalisierung
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (SR 642.11)
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
ESTV	Eidgenössische Steuerverwaltung
etc.	et cetera
f.	folgende
ff.	fortfolgende

FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) (SR 221.301)
GBV	Grundbuchverordnung (SR 211.432.1)
ggf.	gegebenenfalls
Herv. d. V.	Hervorhebung durch Verfasser
HLKS	Heizung, Lüftung, Klimatechnik, Sanitär
i.c.	in concreto
i.e.S.	im engeren/eigentlichen Sinn
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	Im Sinne von
IRR	Internal Rate of Return
IVHB	Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe
i.V.m.	in Verbindung mit
KAG	Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz) (SR 951.31)
KUB	Kammer Unabhängiger Bauherrenberater
LHO	Ordnungen für Leistungen und Honorare, herausgegeben vom SIA
LHO 102	Ordnung für Leistungen und Honorare der Architektinnen und Architekten, Ausgabe 2014
LHO 103	Ordnung für Leistungen und Honorare der Bauingenieurinnen und Bauingenieure, Ausgabe 2014
lit.	litera
MSchG	Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz) (SR 232.11)
MSchV	Verordnung über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (SR 232.111)
MWSTG	Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer (Mehrwertsteuergesetz) (SR 641.20)

NPV	Net Present Value
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
PBG ZH	Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich (Ordnungsnummer 700.1)
PCB	Polychlorierte Biphenyle
RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz) (SR 700)
S.	Seite(n)
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SIA-Norm 118	Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, herausgegeben vom SIA, Fassung 2013
sog.	sogenannt
SR	Systematische Rechtssammlung
SSK	Schweizerische Steuerkonferenz
StG	Bundesgesetz über die Stempelabgaben (SR 641.10)
StHG	Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (SR 642.14)
SVS	Swiss Valuation Standard
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) (SR 231.1)
u.U.	unter Umständen
versch.	verschiedene
vgl.	vergleiche
VVEA	Verordnung über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen (Abfallverordnung) (SR 814.600)
WFG	Bundesgesetz über die Förderung von preisgünstigem Wohnraum (Wohnraumförderungsgesetz) (SR 842)

WFV	Verordnung über die Förderung von preisgünstigem Wohnraum (Wohnraumförderungsverordnung) (SR 842.1)
ZBl	Schweizerische Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210)
Ziff.	Ziffer

Abbildungs- und Tabellenverzeichnis

Abbildung 1: Übersicht über alternative Beteiligungsformen (Rissel & Eschweiler, 2019, S. 194)	66
Abbildung 2: Immobilienspezifische Anlagerestriktionen bei Immobilienfonds und Anlagestiftungen (eigene Darstellung)	67
Abbildung 3: Einheiten und Meilensteine einer Immobilienentwicklung (eigene Darstellung)	68
Abbildung 4: Vertragsrechtliche Beziehungen des Service-Developer (eigene Abbildung)	69
Abbildung 5: Vertragsrechtliche Beziehungen des Trader-Developer (eigene Darstellung)	70

Executive Summary

Unter Immobilienentwicklung kann ein aus den Einheiten Projektakquisition, Projektkonzipierung, Projektrealisierung und Projektvermarktung bestehender, von diversen Akteuren beeinflusster *Wertschöpfungsprozess* verstanden werden, wobei der angestrebte Entwicklungsgewinn in Form einer Rendite den Investoren oder in Form von vergünstigtem (Wohn-)Raum den Nutzern zugutekommen soll.

Das Handeln der beteiligten Akteure wird von unterschiedlichen Interessen, aber auch von Normen der Rechtsordnung beeinflusst. Das Verhältnis zwischen Investor und Entwickler wird sodann in besonderem Mass von Verhaltensunsicherheiten geprägt. Diese Interessen, Restriktionen und Unsicherheiten müssen im Rahmen der Vertragsgestaltung, bspw. durch vertragliche *Kontroll-, Sicherungs- und Anreizmechanismen*, berücksichtigt werden.

Die Rendite ergibt sich aus den Faktoren Ertrag, Kosten und Risiko, wobei nicht nur Höhe, sondern auch Zeitpunkt der *Cash-Flows* massgeblich sind. Die erwähnten Faktoren werden ihrerseits von Normen der Rechtsordnung beeinflusst. Verträge stellen eine Mittel dar, um Zahlungsströme in zeitlicher und quantitativer Hinsicht zu sichern und Risiken zu allozieren. Indem sie an Bedingungen und/oder Termine geknüpft werden, kann gleichzeitig die Manövrierfähigkeit der Akteure gewährleistet werden.

Die Einheiten der als Wertschöpfungsprozess verstandenen Immobilienentwicklung charakterisieren sich dadurch, dass mit deren Abschluss die Möglichkeit besteht, die jeweilige Wertschöpfung (vorzeitig) zu realisieren. Diesem Bedürfnis dienen vertragliche Kündigungsregelungen, welche Termine, Voraussetzungen und Folgen eines *Exits* festhalten.

Die Verträge im Rahmen von Entwicklungsprojekten können im Wesentlichen einzelnen Typen des *gesetzlichen Schuldvertragsrechts* zugeordnet werden. Bei deren konkreter Ausgestaltung ist den erwähnten Interessen der Beteiligten mittels ausdrücklicher Vertragsbestimmungen Rechnung zu tragen, um ggf. unter Ausschluss des dispositiven und unter Berücksichtigung des zwingenden Vertragsrechts Rechtssicherheit zu schaffen. Ein besonderes Augenmerk ist sodann auf die Vertragskoordination zu legen.

Demgegenüber zeichnen sich die Beziehungen zwischen Investor und Entwickler im Rahmen alternativer Beteiligungsfinanzierungen durch ein Nebeneinander von Schuld- und *Gesellschaftsverträgen* aus, wobei im Rahmen Letzterer namentlich die Beiträge und die Erfolgsbeteiligung des Investors festzulegen sind.

1. Einleitung

In der vorliegenden Arbeit soll die Frage untersucht werden, mit welchen vertragsrechtlichen Mitteln die wirtschaftlichen Ziele einer Immobilienentwicklung unter Berücksichtigung der rechtlichen Rahmenbedingungen wirksam gefördert werden können.

Zu diesem Zweck werden in einem ersten Schritt die wirtschaftlichen Ziele einer Immobilienentwicklung und deren Massstäbe (Ziff. 2.2) sowie die beteiligten Akteure, deren Interessen und Beziehungen untereinander und das rechtliche Umfeld, in welchem sich diese bewegen, vorgestellt (Ziff. 2.3).

In einem zweiten Schritt erfolgt eine Zerlegung der Immobilienentwicklung in ihre Faktoren Erträge, Kosten und Risiken, wobei ein besonderes Augenmerk auf jene Normen der Rechtsordnung gelegt wird, welche diese Faktoren bestimmen oder zumindest beeinflussen (Ziff. 3).

In einem dritten Schritt werden die Einheiten des Immobilienentwicklungsprozesses betrachtet, indem jeweils die Ausgangs- und Interessenlage analysiert und die vertragsrechtlichen Mittel vorgestellt werden, mit welchen die Ziele der Immobilienentwicklung gefördert und den Interessen der beteiligten Akteure zum Durchbruch verholfen werden können (Ziff. 4).

In einem vierten Schritt soll schliesslich vertieft auf die vertragsrechtliche Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Entwickler und Investor eingegangen werden, wobei die in den vorangegangenen Schritten gewonnenen Erkenntnisse berücksichtigt werden sollen (Ziff. 5).

2. Die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen der Immobilienentwicklung

2.1 Begriffe

2.1.1 Immobilie

Im Zusammenhang mit «Immobilien» verwenden die Wirtschaftswissenschaften auf der einen und die Rechtswissenschaften auf der anderen Seite unterschiedliche Begrifflichkeiten: Während die «Immobilie» ein in der Immobilienökonomie verbreiteter Begriff ist und namentlich über deren Ressourcen- und/oder Nutzungspotential (und daher hauptsächlich,

wenn auch implizit, über die auf Grundstücken befindlichen, nutzenstiftenden oder als Produktionsfaktoren dienenden Bauten) definiert wird¹, gehört der Ausdruck in der Schweiz nicht zur rechtswissenschaftlichen Nomenklatur. Insbesondere ist er nicht Gegenstand einer sog. Legaldefinition. Demgegenüber definiert das Gesetz in Art. 655 Abs. 2 ZGB den Begriff des «Grundstücks». Darunter versteht das Gesetz nicht nur die eigentlichen «Liegenschaften» (so unter Ziff. 1), sondern auch gewisse Rechte an solchen (Ziff. 2 – 4), wozu namentlich bestimmt ausgestaltete *Baurechte* (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 i.V.m. Art. 675 Abs. 1 ZGB; dazu sogleich) oder das *Stockwerkeigentum* (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 i.V.m. Art. 712a Abs. 1 ZGB) gezählt werden können.

Was die im Fokus der wirtschaftswissenschaftlichen Definitionen stehenden Bauten anbelangt, so bilden diese von Gesetzes wegen Bestandteil der Grundstücke, auf denen sie sich befinden (Art. 667 Abs. 2 ZGB). Nach Massgabe dieses sog. *Akzessionsprinzips* können sie grundsätzlich kein von den Grundstücken getrenntes rechtliches Schicksal haben. Gewichtige (und im Rahmen von Immobilienentwicklungen häufige) Ausnahme von diesem Grundsatz bildet das Baurecht i.S.v. Art. 675 Abs. 1 ZGB: Dieses Rechtsinstitut lässt die Trennung des Eigentums am Grundstück von jenem an den darauf stehenden Bauten zu. Die vorliegende Arbeit basiert auf dem juristischen Begriffsverständnis und verwendet, soweit wie möglich, den Ausdruck des «Grundstücks» (welches allfällige Bauten umfasst) statt jenen der «Immobilie».

2.1.2 Immobilienentwicklung

«Immobilienentwicklung», «Projektentwicklung», «Immobilienprojektentwicklung» oder, auch im deutschsprachigen Raum weit verbreitet, «*Real Estate Development*»: Bereits die Begrifflichkeiten sind mannigfaltig. Aber auch deren Definition variiert. Immerhin scheinen sich in der Immobilienökonomie zwei wesentliche Ansätze zur Umschreibung dieser Begriffe herauskristallisiert zu haben: Ein in der Literatur oft referenzierter Ansatz geht auf DIEDERICHS zurück. Er lautet: «Durch Projektentwicklungen sind die Faktoren Standort, Projektidee und Kapital so miteinander zu kombinieren, dass einzelwirtschaftlich wettbewerbsfähige, arbeitsplatzschaffende und -sichernde sowie gesamtwirtschaftlich sozial- und umweltverträgliche Immobilienprojekte geschaffen und dauerhaft rentabel genutzt werden können»². SCHULTE & BONE-WINKEL kritisieren an diesem Ansatz die Vernachlässigung prozessualer und interdisziplinärer Aspekte und schlagen folgende Definition vor: «Immobilienprojektentwicklung umfasst danach das interdisziplinäre Management

¹ Umfassend zum investitions- und zum produktionstheoretischen Verständnis des Ökonomischen Immobilienbegriffs Bone-Winkel, Focke & Schulte (2016), S. 8 – 14.

² Diederichs, 1994, S. 46.

von planungs- und baubezogenen Wertschöpfungsprozessen im Lebenszyklus der Immobilie. Dazu gehören die Bausteine Akquisition, Nutzungskonzeption und Machbarkeitsanalyse, Baurechtsschaffung, Eigen- und Fremdkapitalbeschaffung, Marketing und Vermietung, Projektmanagement sowie die Verwertung der Immobilie»³. Am Verständnis von SCHULTE & BONE-WINKEL kann allenfalls wiederum bemängelt werden, dass es die konsequente Berücksichtigung der Anforderungen von Nutzern und Investoren zu wenig betont: Die phasenübergreifende Orientierung am Nutzer- und Investorenmarkt ist ein wesentliches Element aller planungs- und baubezogenen Wertschöpfungsleistungen eines Immobilienentwicklers⁴.

In der vorliegenden Arbeit wird unter dem Begriff der *Immobilienentwicklung* ein aus den Einheiten Projektakquisition, Projektkonzipierung, Projektrealisierung und Projektvermarktung bestehender, von diversen Akteuren beeinflusster Wertschöpfungsprozess⁵ verstanden, wobei der angestrebte Entwicklungsgewinn in Form einer Rendite den Investoren oder in Form von vergünstigtem (Wohn-)Raum den Nutzern zugutekommen soll.

2.1.3 Immobilienentwickler

Die führenden Schweizer Immobilienentwickler (Allreal, Halter, HRS, Implenia, Losinger, Steiner, Priora etc.) haben ihren Ursprung im Bauboom der 1950er-Jahre: «Aus Baugeschäften wurden Generalunternehmer, dann Totalunternehmer und schliesslich entstanden Geschäftsmodelle, mit denen sich die ganze Wertschöpfungskette einer Immobilie abdecken liess (...)»⁶. Die Immobilienwirtschaftslehre unterscheidet aus Anbietersicht traditionell zwischen drei verschiedenen Entwicklertypen bzw. Geschäftsmodellen⁷. Diese lassen sich in ihrer «reinen Form» wie folgt umschreiben:

- *Service-Developer*: Der Entwickler erbringt seine Leistungen als reiner Dienstleister, lässt sich hierfür mit einem Honorar entschädigen, übernimmt keinerlei Risiko und verzichtet im Gegenzug auf seine unternehmerische Freiheit sowie auf eine Beteiligung am Entwicklungsgewinn⁸.

³ Schulte & Bone-Winkel, 2008, S. 29.

⁴ So auch Held, 2010, S. 88 – 90.

⁵ Dem Wesen von Entwicklungsprojekten als Wertschöpfungsprozess tragen z.T. auch die Rechnungslegungsstandards Rechnung. Beispielhaft sei auf IAS 40 verwiesen, der für Entwicklungsprojekte («Investment Property Under Construction») eine Bewertung nicht nach Massgabe eines Kosten-Modells, sondern der Discounted-Cash-Flow-Methode (dazu unten, Ziff. 2.2.2.3) vorschreibt, sofern auch die übrigen Renditeobjekte nach dem Fair-Value-Prinzip bewertet werden (SVS, 2017, S. 35). In dieser Arbeit wird auf die Rechnungslegungsstandards nicht näher eingegangen, sondern auf die Übersicht in SVS, 2017, S. 33 – 47, verwiesen.

⁶ KUB, 2017, S. 84.

⁷ Bone-Winkel, Isenhöfer, Hofmann & Franz, 2016, S. 217 – 218.

⁸ Sinngemäss Bone-Winkel & Fischer, 2008, S. 571, welche das Verhältnis zwischen Investor und Entwickler in diesem Modell als «Delegationsbeziehung» bezeichnen; a.a.O., S. 580.

- *Trader-Developer*: Der Entwickler erbringt seine Leistungen auf eigene Rechnung und eigenes Risiko («in Vorleistung») sowie in vollkommener unternehmerischer Freiheit und vereinnahmt im Gegenzug den Entwicklungsgewinn⁹.
- *Investor-Developer*: Diese «Unterkategorie» zum Modell des Trader-Developer beschreibt jenen Entwickler, der seine Leistungen im Rahmen von Entwicklungsprojekten erbringt, die für den eigenen Bestand bestimmt sind¹⁰.

In Praxi gelangen diese Modelle kaum je in ihrer reinen Form zur Anwendung. Viele Immobilienentwickler sind gezwungen, auf sog. *alternative Finanzierungen* zurückzugreifen und Kapitalpartnerschaften mit externen Investoren einzugehen¹¹. Dadurch erfährt insbesondere das Modell des Trader-Developer diverse Schattierungen, welche in den entsprechenden Verträgen abgebildet werden müssen. Darauf wird unter Ziff. 5.4.3 einzugehen sein.

2.2 Zweck und Ziele der Immobilienentwicklung

2.2.1 Übersicht

Immobilienentwicklung soll einzel- wie gesamtwirtschaftlich Mehrwert generieren¹². Diese Wertschöpfung muss sich nicht zwingend auf das Grundstück beschränken, welches unmittelbar Gegenstand einer Immobilienentwicklung bildet: Projekte der Immobilienentwicklung können – bspw. durch die Bereitstellung öffentlich zugänglicher Grünflächen – auch die Schaffung parzellenübergreifender Wohlfahrtsgewinne bezwecken. Angesprochen ist die Disziplin des sog. *Urban Management*, auf deren Ziele und Methoden in dieser Arbeit indes nicht näher eingegangen wird¹³.

Vom genannten Endzweck können die Ziele unterschieden werden, die im Rahmen einer konkreten Immobilienentwicklung verfolgt werden und welche die Frage beantworten, wem und in welcher Form der Entwicklungsgewinn letztlich zukommen soll: Zielt das Projekt primär auf die Befriedigung des Bedürfnisses von Investoren nach einer möglichst hohen Rendite ab¹⁴? Oder soll es, im Gegenteil, das Bedürfnis der Nutzer nach möglichst günstigem (Wohn-)Raum (und im Übrigen nur die Kosten) decken¹⁵? – Auf Endzweck und Ziele einer Immobilienentwicklung soll im Folgenden näher eingegangen werden.

⁹ Dieses Modell kann in Anlehnung an Bone-Winkel, Isenhöfer, Hofmann & Franz, 2016, S. 217, als «Projektentwicklung i.e.S.» bezeichnet werden.

¹⁰ Bone-Winkel, Isenhöfer, Hofmann & Franz, 2016, S. 217.

¹¹ Dazu unten, Ziff. 2.3.4.

¹² Vgl. oben, Ziff. 2.1.2.

¹³ Vgl. aber immerhin unten, Ziff. 6.

¹⁴ Dazu unten, Ziff. 2.2.3.

¹⁵ Dazu unten, Ziff. 2.2.4.

2.2.2 Entwicklungsgewinn als Endzweck

Als Entwicklungsgewinn («*Net Trading Profit*») kann grob die positive Differenz zwischen dem Wert des Grundstücks nach dem Abschluss eines Immobilienentwicklungsprojekts und dem projektbezogenen Aufwand umschrieben werden. Die Immobilienökonomie hält mannigfaltige Methoden bereit, die es erlauben, in jedem Stadium einer Immobilienentwicklung deren Wirtschaftlichkeit und dessen Wert zu berechnen:

2.2.2.1 Wirtschaftlichkeitsberechnungen

Verbreitet und v.a. zu Beginn einer Immobilienentwicklung hilfreich ist die sog. einfache Projektentwicklungsrechnung, die zwei unterschiedliche Ansätze vorsieht: Einerseits den sog. *Frontdoor Approach*, der (vereinfacht) die Frage beantwortet, welcher Mietertrag im Minimum angestrebt werden muss, um bei gegebener Investitionssumme und gegebenen kalkulatorischen Kosten¹⁶ die Renditevorstellungen der Projektbeteiligten zu treffen. Andererseits den sog. *Backdoor Approach*, der umgekehrt (und wiederum vereinfacht) die Frage beantwortet, zu welchem Preis ein Grundstück im Maximum akquiriert werden kann, um bei gegebenen übrigen Kosten und gegebenen Erträgen¹⁷ den Renditeanforderungen zu genügen¹⁸.

Die einfache Projektentwicklungsrechnung ist den sog. statischen Methoden zuzurechnen, weil sie den Zeitbezug des sog. *Cash-Flow* (d.h. den Zeitpunkt der Ein- und Auszahlungen) unberücksichtigt lässt. Demgegenüber ist den dynamischen Methoden gemeinsam, «dass die mit einer Investition verbundenen direkten Zahlungen auf einen gemeinsamen Bezugszeitpunkt (i.d.R. den Investitionszeitpunkt) diskontiert werden, um dem unterschiedlichen Zeitbezug von Zahlungen»¹⁹ und somit dem Zeitwert des Geldes Rechnung zu tragen: Je weiter ein bestimmter Cash-Flow in der Zukunft liegt, desto kleiner ist dessen Gegenwarts- bzw. Barwert. Zu den dynamischen Ansätzen zählt insbesondere die Kapitalwert-Methode, mit welcher sich der Kapitalwert («*Net Present Value*», NPV) einer Investition berechnen lässt. Die Berechnung erfolgt dadurch, «indem sämtliche zukünftigen Einnahmen und Ausgaben zunächst für die jeweilige Periode saldiert und dann mit dem gewählten Kalkulationszinsfuß auf den Investitionszeitpunkt abgezinst werden. Von der Summe dieser diskontierten Zahlungen ist dann die Investitionsausgabe zu subtrahieren»²⁰. Das Entwicklungsprojekt ist dann lohnend, wenn der Kapitalwert grösser als Null ist. Einen konträren

¹⁶ Zu den Kosten einer Immobilienentwicklung im Einzelnen unten, Ziff. 3.2.

¹⁷ Zu den Erträgen einer Immobilienentwicklung im Einzelnen unten, Ziff. 3.1.

¹⁸ Umfassend zur einfachen Projektentwicklungsrechnung und statt vieler: Bone-Winkel, Isenhöfer, Hofmann & Franz, 2016, S. 230 – 244.

¹⁹ Schulte, Sotelo, Allendorf, Ropeter-Ahlers & Lang, 2016, S. 594.

²⁰ Schulte, Sotelo, Allendorf, Ropeter-Ahlers & Lang, 2016, S. 595.

Ansatz verfolgt die sog. Interne-Zinsfuss-Methode, durch welche die maximale (interne) «Verzinsung des zu jedem Zeitpunkt gebundenen Kapitals» bei Unterstellung eines Kapitalwerts gleich Null errechnet werden kann²¹. Das Entwicklungsprojekt ist dann lohnend, wenn der interne Zinsfuss («*Internal Rate of Return*», IRR) grösser als der durchschnittliche Kalkulationszinsfuss bzw. als eine Alternativrendite ist.

Der *Kalkulationszinsfuss* entspricht bei reinen Eigenkapitalfinanzierungen der Summe aus dem Zins für risikofreie Anlagen und einem Risikozuschlag; bei Eigen- und Fremdkapitalfinanzierungen entspricht er dem gewichteten durchschnittlichen Kapitalkostensatz aus der Verzinsung von Eigen- und Fremdkapital, wobei die steuerliche Abzugsfähigkeit der Fremdkapitalzinsen berücksichtigt wird²². Der Kalkulationszinsfuss reflektiert somit u.a. die Entwicklungsrisiken²³, die im Laufe eines Immobilienentwicklungsprojekts laufend abnehmen, während der Wert des Grundstücks steigt²⁴.

2.2.2.2 Bewertungsmethoden

Ein Grundstück kann sowohl im Laufe des Entwicklungsprojekts als auch bei Projektende einer Bewertung unterzogen werden. Bei institutionellen Investoren ist die dynamische, ertragswertorientierte sog. *Discounted-Cashflow-Methode* verbreitet²⁵, deren Ergebnis sich aus der Summe der in den einzelnen Zeitperioden anfallenden und diskontierten Geldströme (Erträge und Kosten) ergibt²⁶. Die genannte Methode kennt eine grosse Vielfalt an unterschiedlichen Modellen²⁷, weshalb ihre Aussagekraft variieren kann. Geht es um die Bewertung eines laufenden Entwicklungsprojekts, so wird den erhöhten Risiken mit einem erhöhten Diskontierungssatz Rechnung getragen²⁸. Die Differenz zwischen dem bei Projektende ermittelten (Ertrags-) Wert und den im Rahmen des Projekts angefallenen Anlagekosten entspricht schliesslich dem Entwicklungsgewinn, während das in Prozenten ausgedrückte Verhältnis zwischen den beiden Werten die Projektrendite darstellt.

2.2.3 Rendite als Ziel

Die (effektive oder erwartete) Rentabilität einer Immobilienentwicklung wird i.d.R. als Prozentsatz aus dem Verhältnis zwischen einer Ergebnisgrösse und einer Bezugsgrösse ausgedrückt²⁹. In der Immobilienwirtschaft entspricht die Ergebnisgrösse i.d.R. dem Ertrag

²¹ Schulte, Sotelo, Allendorf, Ropeter-Ahlers & Lang, 2016, S. 597.

²² Becker & Peppmeier, 2018, S. 41.

²³ Zu den Entwicklungsrisiken siehe unten, Ziff. 3.3.

²⁴ Muccioli, 2013, S. 52.

²⁵ Zu einem Überblick über die versch. Bewertungsmethoden im Allgemeinen und die Ertragswertmethoden im Speziellen siehe SVS, 2017, S. 62 – 66.

²⁶ SVS, 2017, S. 64.

²⁷ Dazu SVS, 2017, S. 64.

²⁸ Muccioli, 2013, S. 53.

²⁹ Becker & Peppmeier, 2018, S. 9.

und die Bezugsgrösse dem Wert oder dem Preis einer Liegenschaft³⁰. Für die Darstellung der sog. *Bruttorendite* wird als Ergebnisgrösse der Bruttoertrag (welcher aus Mietersicht dem Nettomietzins entspricht), für die Darstellung der sog. *Nettorendite* als Ergebnisgrösse der Nettoertrag (verstanden als Differenz zwischen Bruttoertrag abzüglich Betriebs- und Instandhaltungskosten, jedoch vor Abzug der Instandsetzungskosten und Investitionen) berücksichtigt und je in das Verhältnis zu Wert oder Preis der Liegenschaft (sprich: zum Gesamtkapital) gesetzt³¹. Statt als Bezugsgrösse die gesamten Anlagekosten zu berücksichtigen, kann der Ertrag auch in das Verhältnis zum eingesetzten Eigenkapital gesetzt werden, was als *Eigenkapitalrendite* bezeichnet wird³². Diese betriebs- bzw. immobilienwirtschaftlich gebräuchlichen Begriffe decken sich teilweise nicht mit den im Rahmen des Mietrechts verwendeten Ausdrücken³³, was zu Missverständnissen führen kann³⁴. Die Renditeerwartungen an ein Entwicklungsprojekt können zu Projektbeginn bis zu 30 % betragen³⁵. Demgegenüber hat die Auswertung der Kennzahlen von zehn inländischen, an der Schweizer Börse kotierten Immobilienaktiengesellschaften für das Jahr 2018 ergeben, dass bei Bestandesliegenschaften die Bruttorenditen zwischen 4.1 % und 6.3 %, die Nettorenditen zwischen 3.5 % und 5.4 % lagen³⁶.

2.2.4 Günstiger (Wohn-) Raum als Ziel

Selbstverständlich ist es privaten Bauträgern unbenommen, das Renditepotential im Sinne der Gemeinnützigkeit nur teilweise oder gar nicht auszuschöpfen und eine reine Kostendeckung anzustreben. Beanspruchen private Bauträger seitens des Gemeinwesens Förderungsbeiträge (bspw. in Form von Subventionen, Beiträgen à fonds perdu, Bürgschaften, Ausnützungsboni oder Darlehen und Baurechte zu günstigen Konditionen etc.) oder andere Privilegien (bspw. Befreiung von der direkten Bundessteuer, Art. 56 lit. g DBG, oder von der Stempelabgabe, Art. 6 Abs. 1 lit. a StG; Bewilligung des Erwerbs durch eine ausländische Person i.S.v. Art. 8 Abs. 1 lit. c BewG), so wird deren Zusprechung in unterschiedlicher Weise vom Kriterium der «Gemeinnützigkeit» abhängig gemacht. Das Wohnraumförderungsgesetz (WFG) des Bundes qualifiziert etwa jene Tätigkeiten als «gemeinnützig» (und mithin als förderungswürdig), die «nicht gewinnstrebig [sind] und der Deckung des Bedarfs an preisgünstigem Wohnraum» dienen (Art. 4 Abs. 3 WFG).

³⁰ SVS, 2017, S. 96.

³¹ SVS, 2017, S. 98 – 99.

³² Becker & Peppmeier, 2018, S. 10.

³³ Dazu unten, Ziff. 3.1.3.

³⁴ Wetzel, 2007, S. 139.

³⁵ Muccioli, 2013, S. 53.

³⁶ EY, Immobilien-Investmentstudie, Mai 2019, [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-trotz-anhaltender-sturmwarnung-solider-und-dynamischer-trend/\\$FILE/ey-trotz-anhaltender-sturmwarnung-solider-und-dynamischer-trend.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-trotz-anhaltender-sturmwarnung-solider-und-dynamischer-trend/$FILE/ey-trotz-anhaltender-sturmwarnung-solider-und-dynamischer-trend.pdf)

Das Erfordernis der fehlenden *Gewinnstrebigkeit* setzt voraus, dass der Bauträger seine Erträge nach dem Prinzip der sog. Kostenmiete so bemisst, dass diese primär die Ausgaben decken³⁷. Art. 8 Abs. 2 WFV bestimmt, dass das investierte Eigenkapital «höchstens zum Zinssatz der marktüblichen Hypothek im ersten Rang verzinst» werden dürfe. Die Ausschüttungsschranke nach Massgabe des WFG bzw. der WFV ist daher restriktiver als jene, welche für Genossenschaften schlechthin gilt: Sehen diese überhaupt Anteilsscheine vor³⁸, «so darf die auf sie entfallende Quote des Reinertrages den landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten nicht übersteigen» (Art. 859 Abs. 3 OR).

Mit Blick auf das Erfordernis der *Preisgünstigkeit* bestimmt Art. 10 Abs. 1 WFV sodann, dass das zuständige Bundesamt für Wohnungswesen (BWO) die «höchstzulässigen Mietzinse» festsetzt. Das Ziel der Förderung von preisgünstigem Wohnraum steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den qualitativen Bedingungen, welche das WFG in Art. 5 lit. a und b an die Förderung knüpft und welche eher zu einer Erhöhung der Anlagekosten führen dürften. Immerhin sieht die WFV in diesem Fall die Möglichkeit von Zu- oder Abschlägen auf den Mietzinsen vor (Art. 10 Abs. 2 WFV).

2.3 Akteure einer Immobilienentwicklung

2.3.1 Immobilienentwickler

Zur Charakterisierung des Immobilienentwicklers kann auf die Ausführungen weiter oben³⁹ verwiesen werden. Angesichts des ausgesprochen multidisziplinären Charakters von Projekten der Immobilienentwicklung sind auch grössere Entwickler auf die Dienste externer Leistungserbringer angewiesen. Einer der wesentlichen Erfolgsfaktoren einer Immobilienentwicklung liegt denn auch in der Auswahl, dem Einsatz und der Koordination der geeigneten Leistungserbringer. Der Immobilienentwickler haftet seinen Vertragspartnern gegenüber für den Schaden, welche diese sog. *Hilfspersonen* «in Ausübung ihrer Verrichtungen» verursachen (Art. 101 Abs. 1 OR). Demgegenüber kann der Entwickler auf Grundlage der Verträge mit seinen Hilfspersonen⁴⁰ wiederum Rückgriff auf diese nehmen und dadurch seine eigenen Haftungsrisiken verteilen.

³⁷ Schoch, 2017, S. 91.

³⁸ Was nicht zwingend, aber zulässig ist: Art. 853 Abs. 1 OR.

³⁹ Ziff. 2.1.3.

⁴⁰ Dazu sogleich, Ziff. 2.3.2.

2.3.2 Hilfspersonen des Immobilienentwicklers

Die Hilfspersonen des Immobilienentwicklers lassen sich in drei Kategorien einteilen: die *Planer*, die *Unternehmer* und die *Vermarktungsspezialisten*. Auf die ersten beiden Kategorien soll im Folgenden näher eingegangen werden.

2.3.2.1 Planer

Unter der Bezeichnung «Planer» lassen sich jene Vertragspartner des Entwicklers zusammenfassen, welche «zwar nicht zur körperlichen Errichtung einer Baute, wohl aber zur Erbringung von mindestens einer baubezogenen Planerleistung verpflichtet sind»⁴¹. Unter die «Planerleistungen» fallen nicht nur die Ausarbeitung von Plänen⁴², sondern etwa auch die Erstellung von Kostenvoranschlägen und Bedarfsanalysen oder die Vornahme von Machbarkeitsabklärungen⁴³, die technische Begutachtung⁴⁴, die Vergabe von Arbeiten oder die Bauleitung. Die Planer rekrutieren sich im Wesentlichen aus den Berufsgattungen der Architekten und der Bauingenieure mit je ihren Spezialgebieten (bspw. Landschaftsarchitekten, Elektroplaner, HLKS-Ingenieure, Geologen, Statiker etc.).

Das Ergebnis einzelner Planerleistungen stellt ein «geistiges Gut» dar, das seinen Ausdruck «in Form einer physischen Baute, aber etwa auch in Form eines Planes, einer Skizze, einer Fotografie, oder Modells oder einer digitalen Visualisierung»⁴⁵ finden kann. Sind etwa «Werke mit (...) technischem Inhalt wie Zeichnungen, Pläne, Karten oder plastische Darstellungen» oder überhaupt «Werke der Baukunst» (Art. 2 Abs. 2 lit. d und e URG) im konkreten Fall als geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter (Art. 2 Abs. 1 URG) zu qualifizieren⁴⁶, so hat deren Urheber das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird (Art. 10 Abs. 1 URG). Das Urheberrecht teilt sich in Urheberpersönlichkeitsrechte und die Vermögensrechte auf. Unter die letztgenannte Kategorie fällt bspw. das Vervielfältigungsrecht i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. a URG, konkret: das Recht auf Ausführung des Bauwerks. Nur die Vermögensrechte können vertraglich übertragen werden (Art. 16 Abs. 1 URG). Ohne besondere Abrede im Planervertrag⁴⁷ gehen im Zweifel keine Urheberrechte vom Planer auf den Auftraggeber (i.c. den Entwickler) über (so auch Art. 1.3.1. LHO 102/103). I.d.R. machen die Planer die Übertragung der für die Bauausführung erforderlichen Rechte von der vollständigen Befriedigung ihrer Honoraransprüche abhängig (so auch Art. 1.5.3. LHO 102/103). Mit anderen Worten bewirken

⁴¹ Gauch & Middendorf, 2019, S. 2.

⁴² Gauch & Middendorf, 2019, S. 2.

⁴³ So sinngemäss das Modell Bauplanung in SIA-Norm 112, S. 5.

⁴⁴ Bspw. des Baugrundes, dazu unten, Ziff. 3.3.2.

⁴⁵ Schluep & Wenger Berger, 2019, S. 884.

⁴⁶ Zur Qualifikation der Werke von Planern im Einzelnen Schluep & Wenger Berger, 2019, S. 886 – 891.

⁴⁷ Zum Planervertrag siehe unten, Ziff. 4.3.2.

die Planerleistungen keine unmittelbare Wertsteigerung des Grundstücks, auf welches sie sich beziehen; eine solche setzt vielmehr die vertragliche Übertragung der für die Bauausführung erforderlichen Immaterialgüterrechte⁴⁸ auf den Entwickler und/oder den Grundeigentümer voraus.

2.3.2.2 Unternehmer

Der Unternehmer übernimmt die Ausführung von Bauarbeiten, wodurch «ein mit dem Erdboden verbundener Bau (oder Bauteil) körperlich gestaltet»⁴⁹ wird. Das Resultat der Bauarbeiten ist ein körperliches Werk, das Ausdruck eines Herstellungs-, Ausbesserungs-, Umbau-, Abbruch- oder Rückbauprozesses ist⁵⁰. Ausgeführt werden die Bauarbeiten demnach entweder mit oder ohne Verwendung von Material⁵¹. Der durch die Bauarbeiten generierte Mehrwert fliesst unmittelbar in das betreffende Grundstück. Verwendet der Unternehmer eigenes Material, so wird es mit dessen festem Einbau Bestandteil des Grundstücks (Art. 671 Abs. 1 ZGB) und fällt als Folge des Akzessionsprinzips⁵² in das Eigentum des Grundstückseigentümers (Art. 642 ZGB).

Vor diesem Hintergrund, aber auch mit Blick auf die Vorleistungspflicht des Unternehmers (Art. 372 Abs. 1 OR e contrario) genießt dessen Werklohnforderung den besonderen Schutz des Gesetzes: Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 839 – 841 ZGB räumt demjenigen Bauunternehmer einen Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts ein, der «auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert» hat (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Dieses sog. *Bauhandwerkerpfandrecht* verschafft dem Bauunternehmer überdies ein Vorrecht gegenüber vorrangigen Pfandgläubigern, indem der durch die Bauarbeiten geschaffene Mehrwert bei Pfandausfall ihm zugutekommen soll. Der Unternehmer kann das Vorrecht gegenüber vorgehenden Pfandgläubigern dann geltend machen, wenn das Grundstück durch deren Pfandrechte «in einer für sie [die vorgehenden Pfandgläubiger; Anm. d. Verf.] erkennbaren Weise» zum Nachteil des Unternehmers belastet worden ist (Art. 841 Abs. 1 ZGB). Dies ist dann der Fall, wenn – für den vorgehenden Pfandgläubiger erkennbar – einerseits die Summe des vorgehenden Pfandrechts den Bodenwert übersteigt und andererseits der durch ebendieses

⁴⁸ Zum Patent- und Designrecht im Zusammenhang mit Bauwerken siehe Schluep & Wenger Berger, 2019, S. 903 – 907; zum Markenrecht siehe unten, Ziff. 4.5.5.

⁴⁹ Gauch, 2019, S. 97.

⁵⁰ So sinngemäss Gauch, 2019, S. 97 – 98.

⁵¹ Vgl. auch Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB: Lieferung von «Material und Arbeit oder Arbeit allein». Weiteres zum Bauhandwerkerpfandrecht im folgenden Absatz.

⁵² Zum Akzessionsprinzip siehe bereits weiter oben, Ziff. 2.1.1.

Pfandrecht besicherte (Bau-)Kredit nicht zur Begleichung von Werklohnforderungen verwendet (sprich: zweckentfremdet) wird. Finanzierungsinstitute, die Baukredite⁵³ gewähren, bringen daher mit Vorteil sowohl bei der Schätzung des Bodenwertes als auch bei der Überwachung der Kreditverwendung ein Höchstmass an Sorgfalt⁵⁴ auf, um eine Haftung aus dem Vorrecht des Bauunternehmers zu vermeiden⁵⁵. Das Bauhandwerkerpfandrecht kann durch «hinreichende Sicherheit» (bspw. durch Hinterlegung, Bankgarantie oder Bürgschaft) vermieden oder abgelöst werden (Art. 839 Abs. 3 ZGB)

2.3.3 Klassische Projekt- bzw. Kreditfinanzierer

Als Kreditfinanzierung kann vereinfacht die Zurverfügungstellung von Fremdkapital über eine bestimmte Laufzeit bezeichnet werden, wobei der Kapitalgeber typischerweise über einen (fixen oder variablen) Verzinsungs- sowie über einen Rückzahlungsanspruch, jedoch weder über «unternehmerische Verwaltungsrechte» (wie etwa Stimm- oder Mitspracherechte) noch über einen Anspruch auf Gewinnbeteiligung verfügt⁵⁶. Klassische Immobilienfinanzierungen zeichnen sich sodann durch die grundpfandrechtliche Besicherung des Verzinsungs- und des Rückzahlungsanspruchs mittels Grundpfandverschreibung (Art. 824 ff. ZGB) oder Schuldbrief (Art. 842 ff. ZGB) aus⁵⁷. Dabei kann je nach deren Rang bzw. Pfandstelle i.S.v. Art. 813 Abs. 1 ZGB zwischen einem sog. *Senior Loan* und einem (höher verzinslichem) sog. *Junior Loan* unterschieden werden⁵⁸.

Eine weitere Unterscheidung zielt auf die Verwendung des Darlehens ab: Dieses kann zur Finanzierung des Grundstücks oder zur Finanzierung der Bauarbeiten gewährt werden. Im letztgenannten Fall liegt ein sog. *Baukredit* vor, der sich dadurch auszeichnet, dass «Bausubstanz verpfändet wird, die im Zeitpunkt der Kreditgewährung und Pfandbestellung (...) noch gar nicht besteht, sondern erst noch durch die Unternehmer geschaffen werden soll»⁵⁹. Baukredite sind daher zweckgebunden und unterstehen strengen, i.d.R. am Baufortschritt orientierten Auszahlungsbedingungen⁶⁰. Angesichts der Immobilienentwicklungen typischen Risiken⁶¹ knüpfen die Institute ihre Finanzierung an eine Reihe weiterer Bedingungen, die sich wie folgt zusammenfassen lassen: Nebst einem bestimmten Eigenkapitaleinsatz werden etwa das Vorliegen einer rechtskräftig bewilligten Baubewilligung, der Abschluss eines General- oder Totalunternehmerwerkvertrages⁶² sowie ein bestimmter

⁵³ Dazu sogleich, Ziff. 2.3.3.

⁵⁴ Schumacher, 2008, S. 708.

⁵⁵ Vgl. auch Pfister-Ineichen, 2003, S. 183 und S. 193 – 194.

⁵⁶ Vgl. Becker & Peppmeier, 2018, S. 181; KUB, 2017, S. 556.

⁵⁷ Vgl. KUB, 2017, S. 559, sowie unten, Ziff. 5.4.2.2.

⁵⁸ Reutter, Jordan & Wulff, 2019, S. 179 – 180.

⁵⁹ Schumacher, 2008, S. 40.

⁶⁰ Pfister-Ineichen, 2003, S. 182 – 183.

⁶¹ Dazu unten, Ziff. 3.3.

⁶² Dazu unten, Ziff. 4.4.2.

Vermietungs- oder Verkaufsstand (in Form von rechtsgültig abgeschlossenen Miet- oder Kaufverträgen⁶³) gefordert⁶⁴.

Durch die grundpfandrechtliche Besicherung lassen sich aufseiten des Finanzinstituts auch die Vorgaben an die Eigenmittelunterlegungspflichten minimieren⁶⁵. Allerdings wird im Zuge der Bankenregulierung mit allgemein erhöhten Anforderungen an Niveau und Qualität der durch die Banken vorzuhaltenden Eigenmittel und dadurch (indirekt) mit höheren Kreditkosten, geringeren Beleihungshöhen, kürzeren Kreditlaufzeiten sowie zusätzlichen Anforderungen an Planungsreife, Kosten- und Ertragssicherheit gerechnet⁶⁶. Diese Tendenz, kombiniert mit dem Anlagedruck seitens der Investoren, erklärt das wachsende Interesse an alternativen Beteiligungsfinanzierungen⁶⁷, auf welche als Nächstes näher eingegangen werden soll.

2.3.4 Beteiligungs- und alternative Projektfinanzierer

Als Beteiligungsfinanzierung kann, vereinfacht ausgedrückt, die unbefristete und unbesicherte Zurverfügungstellung von Eigenkapital bezeichnet werden, wobei der Investor typischerweise über Kontroll-, Mitwirkungs- und/oder Mitspracherechte verfügt und an Gewinn und Verlust beteiligt ist, jedoch weder über einen Zins- noch einen Rückzahlungsanspruch verfügt⁶⁸. Diese Kriterien finden sich etwa beim sog. *Real Estate Private Equity* vereint, wobei der Investor selbst massgeblich fremdfinanziert ist und an einem kurz- bis mittelfristigen Anlagehorizont interessiert ist⁶⁹.

Zwischen der Beteiligungsfinanzierung und der Kreditfinanzierung haben sich Zwischenformen (sog. *Mezzanine*) herausgebildet, die im Rahmen von Immobilienentwicklungsprojekten eine (zunehmend) wichtige Rolle spielen. Mezzanine stellen, vereinfacht ausgedrückt, nachrangig besichertes Fremdkapital dar, das wirtschaftlich betrachtet jedoch Eigenkapitalcharakter aufweist, weil es unbefristet zur Verfügung gestellt und angesichts der grösseren Risiken höher verzinst ist und z.T. sogar eine Beteiligung an Gewinn (sog. *Equity Kicker*, Wandlungsrechte) oder am Cash-Flow (sog. *Participating Mortgage*) zulässt⁷⁰.

⁶³ Dazu unten, Ziff. 4.5.3 und 4.5.4.

⁶⁴ KUB, 2017, S. 553.

⁶⁵ KUB, 2017, S. 557.

⁶⁶ Rissel & Eschweiler, 2019, S. 190; eingehend zu Inhalt und Auswirkungen von Basel III und Solvency II bei Schäfers, Holzmann, Schulte, Lang & Scholz, 2016, S. 495 – 502; zum aktuellen Stand der Selbstregulierung im Bankensektor siehe Martel, A. (2019, 10. Juli). Die Banken machen Ernst: weniger Hypotheken für Mehrfamilienhäuser. NZZ online.

⁶⁷ Rissel & Eschweiler, 2019, S. 191.

⁶⁸ Vgl. Becker & Peppmeier, 2018, S. 131 – 133. Brauer, 2019, S. 471 – 477.

⁶⁹ Rissel & Eschweiler, 2019, S. 193.

⁷⁰ Zu Begriff, Arten und Einsatzmöglichkeiten von *Mezzaninen* siehe Becker & Peppmeier, 2018, S. 215 – 217.

Die beiden eben erwähnten Finanzierungsformen werden in der Immobilienwirtschaftslehre unter dem Oberbegriff der innovativen bzw. alternativen Formen der Beteiligungsfiananzierung abgehandelt⁷¹. Unter diesen lässt sich im Übrigen eine Vielzahl weiterer Modelle (bspw. sog. *Joint-Ventures*, Stille Beteiligungen, partiarische Darlehen etc.) subsumieren, deren Definition nicht einheitlich ist und die sich untereinander nicht trennscharf abgrenzen lassen. Im Wesentlichen unterscheiden sie sich nach Massgabe folgender Kriterien, die sich in unterschiedlicher Ausprägung miteinander kombinieren lassen: Höhe des Anteils an der Gewinn-/Verlustbeteiligung, zusätzlicher Verzinsungsanspruch («Mindestrendite»), Mitsprache- und Kontrollrechte sowie Mitwirkungsrechte bzw. -pflichten des Investors, Laufzeit sowie die Strukturierung der Risikoverteilung⁷².

2.3.5 Regulatorische Auflagen

Das Gesetz sieht zahlreiche, im Rahmen von Immobilienentwicklungen zu beachtende Restriktionen vor, die an die Person einzelner Akteure anknüpfen:

2.3.5.1 Personen im Ausland

Der Zweck des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG) besteht darin, den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland einzuschränken, um die «Überfremdung des einheimischen Bodens zu verhindern» (vgl. Art. 1 BewG). Diese Einschränkung erfolgt dadurch, dass der rechtsgültige Erwerb von Grundstücken, die nicht unter den Ausnahmekatalog von Art. 2 Abs. 2 BewG fallen, einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde bedarf (Art. 2 Abs. 2 BewG). Diese Bewilligung muss etwa dann zwingend verweigert werden, wenn das Grundstück einer reinen Kapitalanlage dient (Art. 12 lit. a BewG), was im Rahmen von Immobilienentwicklungsprojekten regelmässig⁷³ der Fall sein dürfte.

Der Erwerb von Ein- oder Mehrfamilienhäusern sowie von Eigentumswohnungen durch Personen im Ausland unterliegt grundsätzlich der Bewilligungspflicht⁷⁴. Bewilligungsfrei ist demgegenüber etwa der Erwerb von Grundstücken, die als sog. Betriebsstätten oder (dem Erwerber selbst) als sog. *Hauptwohnung* dienen (Art. 2 Abs. 2 lit. a und b BewG). Der (im Rahmen von Immobilienentwicklungen häufige) Erwerb unbebauter Grundstücke (oder solcher, deren leerstehende Bauten «nicht mehr der Ausübung einer wirtschaftlichen

⁷¹ Rissel & Eschweiler, 2019, S. 192.

⁷² Vgl. die grafische Übersicht bei Rissel & Eschweiler, 2019, S. 194, wiedergegeben in [Anhang 1](#).

⁷³ Beachte jedoch die Bestimmungen in Art. 8 Abs. 1 lit. c BewG (sozialer Wohnungsbau als Bewilligungsgrund) und Art. 9 Abs. 1 lit. a BewG (Gesetzgebungskompetenz zugunsten der Kantone zwecks Förderung des sozialen Wohnungsbaus).

⁷⁴ BJ, 2019, S. 4.

Tätigkeit dienen»⁷⁵) ist im Grundsatz ebenfalls bewilligungspflichtig, und zwar nicht nur dann, wenn das Grundstück in der Wohn-, sondern auch dann, wenn es in der Industrie- oder Gewerbezone liegt⁷⁶. Ausnahmen sollen gemäss dem zitierten Merkblatt⁷⁷ nur etwa dann bestehen, sofern innert Jahresfrist mit der Erstellung einer «bewilligungsfreien Baute» begonnen wird oder das Grundstück «sonst wie als Betriebsstätte-Grundstück», namentlich als Lager- oder Parkplatz, genutzt (bzw. zu diesem Zweck vermietet) wird. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass das Horten von Bauland durch Personen im Ausland auch dann als unzulässige Kapitalanlage gilt, wenn das Grundstück in der Industrie- oder Gewerbezone liegt⁷⁸.

Der Begriff des «Erwerbs» ist sodann in einem weiten bzw. wirtschaftlichen Sinne⁷⁹ zu verstehen und soll sämtliche Vorgänge erfassen, «die dem Erwerber eine ähnliche Stellung wie dem Eigentümer eines Grundstückes verschaffen»⁸⁰: Unter Erwerb versteht das BewG demgemäss nicht nur die eigentlichen (direkten und indirekten) Erwerbs- oder Sicherungsgeschäfte (Art. Abs. 4 Abs. 1 lit. a bis f BewG⁸¹), sondern etwa auch bestimmte Formen «der Finanzierung des Kaufes oder der Überbauung eines Grundstückes» (Art. 1 Abs. 2 lit. b BevV): Gemäss der zuletzt zitierten Bestimmung «erwirbt» der (ausländische) Finanzierer oder Investor eine nach BewG massgebliche *eigentümerähnliche Stellung*, «wenn die Abreden, die Höhe der Kredite oder die Vermögensverhältnisse des Schuldners den Käufer oder Bauherrn in eine besondere Abhängigkeit» von diesem bringen. Ist jedoch kein Kriterium dieses Katalogs⁸² erfüllt, so ist eine ausländische Grundstücks- oder Projektfinanzierung nach Massgabe des BewG zulässig.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Finanzierung mittels grundpfandgesicherter ausländischer Kredite in der Regel solange unbedenklich, als der Kredit unterhalb der üblichen Grenze von zwei Dritteln des Verkaufswerts des Grundstückes liegt und auch von einem «unbeteiligten Dritten» – namentlich einer Schweizer Bank – hätte erhältlich gemacht werden können⁸³. Werden einem ausländischen Darlehensgeber sodann weitere zusätzliche Sicherheiten (bspw. mittels Zession künftiger Mietzinseinnahmen etc.) eingeräumt, so soll u.U. dessen eigentümerähnliche Stellung auch dann noch verneint werden können, wenn die sog. *Unbedenklichkeitsgrenze* überschritten wird⁸⁴. Allerdings wurde

⁷⁵ BJ, 2019, S. 6.

⁷⁶ BJ, 2019, S. 6.

⁷⁷ A.a.O.

⁷⁸ BJ, 2019, S. 6.

⁷⁹ Baumgartner, 2019, S. 86 – 87.

⁸⁰ So der Wortlaut des Auffangtatbestandes in Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG.

⁸¹ Dazu unten, Ziff. 4.2.2.

⁸² Der als abschliessend aufzufassen ist; Urteil 2C_854/2012 des Bundesgerichts vom 12. März 2013, E. 5.2.

⁸³ Urteil 2C_854/2012 des Bundesgerichts vom 12. März 2013, E. 5.3.

⁸⁴ Röhthlisberger & Keller, 2016, S. 565.

weiter oben⁸⁵ dargelegt, dass das Eigenkapital des Immobilienentwicklers für eine klassische Projektfinanzierung häufig gerade nicht ausreichend ist, weshalb er sich alternativer Beteiligungsfinanzierungen bedient. Wie weiter oben⁸⁶ ebenfalls dargelegt, zeichnen sich diese Finanzierungsformen nun jedoch gerade dadurch aus, dass sich der Investor als Folge der fehlenden Besicherung vertraglich mehr oder weniger weitgehende Mitsprache-, Mitwirkungs- und Kontrollrechte zulasten des Immobilienentwicklers einräumen lässt. Im Rahmen alternativer Beteiligungsfinanzierungen dürfte sich der Immobilienentwickler gegenüber dem Investor regelmässig in einer doppelten Abhängigkeit befinden, die sich einerseits aus seiner knappen Eigenkapitalausstattung, andererseits aus den genannten vertraglichen «Abreden» ergibt. Handelt es sich beim Investor um eine Person im Ausland i.S.v. Art. 5 BewG, besteht in solchen Konstellationen m.E. somit das Risiko, dass die entsprechenden Verträge als bewilligungspflichtige Erwerbsgeschäfte i.S.v. Art. 4 Abs. 1 Bst. g BewG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 lit. b BewV qualifiziert werden.

2.3.5.2 Kollektive Anlagegefässe

Unter den (Über-) Begriff der kollektiven Anlagegefässe können sämtliche Organisationsformen subsumiert werden, «die eine kollektive Vermögensanlage bezwecken»⁸⁷. Es handelt sich daher nicht nur um die kollektiven Kapitalanlagen gemäss Kollektivanlagegesetz (KAG), namentlich um die in praxi häufigen vertraglichen Anlagefonds (i.c. *Immobilienfonds*), sondern auch um die explizit vom Geltungsbereich des KAG ausgeschlossenen (Art. 2 Abs. 2 lit. a KAG), dem Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) bzw. der Verordnung über die Anlagestiftungen (ASV) unterstehenden Anlagestiftungen.

Die kollektiven Anlagegefässe eignen sich zur Finanzierung von Immobilienentwicklungen gerade auch in deren ersten Phasen deshalb besonders gut, weil sie regelmässig über umfangreiche Eigenmittel verfügen bzw. solche gestützt auf verbindliche Kapitalzusagen tranchenweise abrufen können⁸⁸. Diese grundsätzliche Feststellung erfährt allerdings zahlreiche Einschränkungen, indem die kollektiven Anlagegefässe einer Reihe regulatorischer Vorgaben unterliegen, die einen (je nach Anlegerkategorie differenzierten) *Anlegerschutz* bezwecken⁸⁹. Insbesondere sieht das Gesetz für die unterschiedlichen kollektiven Anlagegefässe unterschiedliche Vorgaben zu den zulässigen Anlagen, zur Diversifikation bzw.

⁸⁵ Ziff. 2.3.4.

⁸⁶ Ziff. 2.4.

⁸⁷ Kuhn, 2018, S. 50.

⁸⁸ Kuhn, 2018, S. 54.

⁸⁹ Meier-Hayoz, Forstmoser & Sethe, 2018, S. 790 – 791.

Risikoverteilung sowie zur Fremdfinanzierung vor⁹⁰. Diese Vorgaben schränken die Einsatzmöglichkeiten des Immobilienfonds sowie der Anlagestiftung im Rahmen von Immobilienentwicklungen nicht unwesentlich ein.

Immobilienentwicklungsprojekte qualifizieren als solche nicht als reine Kapitalanlage i.S.v. Art. 7 KAG, weshalb Immobilienfonds lediglich für den Eigenbestand, d.h. als Investor-Developer, entwickeln dürfen⁹¹. Demgegenüber ist es Anlagestiftungen ausdrücklich erlaubt, Immobilienprojekte für den Verkauf zu entwickeln, sich mithin als Trader-Developer zu betätigen; bei Anlagegruppen, die ausschliesslich auf Immobilienentwicklungen fokussieren (vgl. Art. 27 Abs. 3 ASV), hat nach Fertigstellung umgehend der Verkauf stattzufinden⁹².

2.3.5.3 Gemeinnützige (Wohn-)Bauträger

Wie oben ausgeführt, knüpft die Gesetzgebung die Zusprechung von Förderungsbeiträgen und die Einräumung bestimmter Privilegien in unterschiedlicher Weise an das Kriterium der «*Gemeinnützigkeit*»⁹³. Die Einhaltung dieses Kriteriums soll durch unterschiedliche Massnahmen sichergestellt werden: Etwa durch zwingende Vorgaben an den Statuteninhalt⁹⁴, durch Zweckentfremdungsverbote (Art. 20 WFG), durch Kontrollen (Art. 15 WFG, Art. 20 WFV) oder durch Revisions- und Meldepflichten (Art. 40 und 40a WFV).

Demgegenüber schreibt das WFG nicht vor, in welcher Rechtsform die betreffenden Rechts- bzw. Bauträger konstituiert sein müssen. Geht es um die Zurverfügungstellung preisgünstigen Wohnraums, so dürfte die *Genossenschaft* (Art. 828 ff. OR) in vielen Fällen zwar die naheliegende Rechtsform sein: Es entspricht deren Wesensmerkmal, dass mit ihr die (durchaus wirtschaftlichen) «Vorteile ihres Handelns direkt und nicht bloss mittelbar in der Form von Geld den Mitgliedern zugeleitet werden» sollen⁹⁵. Die fehlende oder zumindest untergeordnete Gewinnstrebigkeit der Genossenschaft zeigt sich namentlich darin, dass der Reinertrag grundsätzlich reinvestiert und nur dann an die Genossenschafter ausgeschüttet werden darf, wenn dies statutarisch vorgesehen ist (Art. 859 Abs. 1 OR); für diesen Fall beschränkt das Gesetz die zulässige Dividende jedoch in einem Ausmass⁹⁶, das den Anteilsschein als Kapitalanlage bewusst unattraktiv macht⁹⁷. Gemeinnützig im Sinne der obigen Gesetzgebung ist die (Wohnbau-) Genossenschaft allein dadurch noch nicht.

⁹⁰ Siehe auch die grafische Übersicht in [Anhang 2](#).

⁹¹ Kuhn, 2018, S. 223.

⁹² Zur Auslegung von Art. 27 Abs. 3 ASV und namentlich des darin verwendeten Begriffs «ausschliesslich» siehe Müller & Kriemler, 2019, S. 65 – 67.

⁹³ Vgl. auch Schoch, 2017, S. 91 – 92.

⁹⁴ Dazu Schoch, 2017, S. 91.

⁹⁵ Meier-Hayoz, Forstmoser & Sethe, 2018, S. 723.

⁹⁶ Dazu oben, Ziff. 2.3.5.3.

⁹⁷ Meier-Hayoz, Forstmoser & Sethe, 2018, S. 736 – 737.

Umgekehrt kann aber etwa auch eine Aktiengesellschaft im Einzelfall so ausgestaltet sein, dass sie als gemeinnütziger Wohnbauträger im Sinne des Wohnraumförderungsgesetzes zu qualifizieren ist. Bei der Frage, ob ein privater Bauträger gemeinnützig ist und in den Genuss der erwähnten Privilegien kommt, ist in erster Linie also nicht dessen Rechtsform, sondern dessen statutarischer Zweck ausschlaggebend.

2.4 Zwischenfazit

Die Immobilienwirtschaftslehre erkennt im Verhältnis zwischen dem Investor und jenem Immobilienentwickler, der als reiner Dienstleister (Service Developer) tätig ist, eine Ebene der Zusammenarbeit, die als «*Delegationsbeziehung*» bezeichnet wird⁹⁸. Gleiches gilt für die Beziehungen zwischen dem Entwickler auf der einen Seite und seinen Hilfspersonen (Unternehmern, Planern und Vermarktungsspezialisten), den klassischen Kapitalgebern (Banken, Versicherungen) und den Nutzern (Käufern, Mietern) auf der anderen Seite. Aus rechtlicher Sicht liegen der Zusammenarbeit zwischen den genannten Akteuren zweiseitige Schuldverträge zugrunde, die i.d.R. gängigen Vertragstypen (Nominatverträgen) zugeordnet werden dürften: Werk-, Auftrags-, Makler-, Darlehens-, Kauf- und Mietverträge. Bei deren konkreter Ausgestaltung gilt es, den unterschiedlichen Interessen der Akteure (namentlich nach Sicherstellung ihrer Werklohn-, Honorar-, Verzinsungs- und Rückerstattungsforderungen) und den rechtlichen Rahmenbedingungen, denen diese unterstehen, Beachtung zu schenken.

Geht der Immobilienentwickler jedoch in Vorleistung (Trader-Developer) und beansprucht im Sinne einer (alternativen) Beteiligungsfinanzierung Eigenkapital, so kommt zwischen dem Investor und dem Immobilienentwickler eine zweite Ebene der Zusammenarbeit hinzu, welche die Immobilienwirtschaftslehre als «*Gesellschafterebene*» bezeichnet⁹⁹ und i.d.R. Gegenstand eines Gesellschaftsvertrages¹⁰⁰ bilden dürfte: Diese Ebene zeichnet sich durch (Kapital-) Beteiligung des Investors auf der einen und dessen Beteiligung am Entwicklungsgewinn (oder -verlust) auf der anderen Seite aus. BONE-WINKEL & FISCHER zeigen auf, dass innovative Beteiligungs- und Zusammenarbeitsformen gerade aus der Perspektive des Investors in besonderem Masse von *Verhaltensunsicherheiten* geprägt sind, die wie folgt umschrieben werden können: «Qualitätsunsicherheit», «versteckte Information», «versteckte Absicht», «verstecktes Handeln»¹⁰¹. Abhilfe wird in Form von Mitbestimmungs- und Kontrollrechten zugunsten des Investors und Anreizmechanismen

⁹⁸ Bone-Winkel & Fischer, 2008, S. 579.

⁹⁹ Bone-Winkel & Fischer, 2008, S. 579.

¹⁰⁰ Dazu unten, Ziff. 5.2.2.

¹⁰¹ Bone-Winkel & Fischer, 2008, S. 574 – 577.

gegenüber dem Immobilienentwickler erblickt¹⁰². Mit Blick auf das letztgenannte Kriterium empfehlen die zitierten Autoren, im Rahmen der Delegationsbeziehung auf das Mittel einer erfolgsabhängigen Honorarstruktur zurückzugreifen: Durch die Einwilligung in einen hohen erfolgsabhängigen (mithin einen tiefen fixen) Honoraranteil signalisiere der Immobilienentwickler seine Risikobereitschaft (bzw. seinen Glauben in den Projekterfolg), wodurch «der Investor bereit [sei], dem Projektentwickler (auf der Gesellschafterebene, Anm. d. Verf.) einen höheren Gewinnanteil zuzugestehen»¹⁰³. Die Vertragsgestaltung stellt gerade im Rahmen projektbezogener, innovativer Beteiligungs- und Zusammenarbeitsformen somit ein entscheidendes Mittel zum Abbau von Verhaltensunsicherheiten und dadurch letztlich zur angemessenen Verteilung von Risiko und Gewinn im Rahmen von Immobilienentwicklungen dar. Auf die Ausgestaltung der Investorenverträge wird unter Ziff. 5 näher einzugehen sein.

3. Die wirtschaftlichen Faktoren einer Immobilienentwicklung und deren rechtliche Würdigung

3.1 Erträge einer Immobilienentwicklung

3.1.1 Erträge im Allgemeinen

Die Erträge einer Immobilienentwicklung – konkret: die am Markt pro Flächen- oder Volumeneinheit realisierbaren Miet- oder Kaufpreise – hängen im Grundsatz von der (künftigen) Nachfrage nach bestimmten Nutzungen ab. Es gehört zu den Kernaufgaben des Immobilienentwicklers, gestützt auf Standort- und Marktanalysen Nutzungskonzepte zu entwickeln, die sowohl der (künftigen) Marktsituation als auch dem *genius loci* des Grundstücks gerecht werden¹⁰⁴.

Der Grundsatz erfährt gewichtige Ausnahmen: Während das Planungs- und Baurecht das räumliche Ausmass der Grundstücksnutzung einschränkt, setzt das Mietrecht der Höhe des Mietzinses Grenzen. Im Einzelnen:

3.1.2 Räumliche Ertragsschranken

Das Ausmass der auf einem Grundstück zulässigen Nutzung ergibt sich aus Nutzungsplan und Bauvorschriften: Die in der Nutzungsplanung enthaltenen Nutzungszonen bestimmen, für welche Grundstücke welche Bauvorschriften des Planungs- und Baugesetzes gelten¹⁰⁵.

¹⁰² A.a.O., S. 577.

¹⁰³ A.a.O., S. 579.

¹⁰⁴ Bone-Winkel, Isenhöfer, Hofmann & Franz, 2016, S. 190, sowie unten, Ziff. 3.3.5.

¹⁰⁵ So sinngemäss Waldmann & Hänni, 2006, S. 327.

Auf diese Werkzeuge des öffentlichen Planungs- und Baurechts und auf die Frage, wie diese im Rahmen einer Immobilienentwicklung nutzbar gemacht werden können, soll im Folgenden eingegangen werden:

3.1.2.1 Nutzungsplanung

Die zulässige Nutzung wird vorrangig durch die sog. *Nutzungsplanung* bestimmt. Dabei handelt es sich um ein Mittel der Raumplanung, welches Art, Ort und Mass der Bodennutzung «grundeigentümergebunden und parzellenscharf» festlegt¹⁰⁶.

Die sog. *Rahmennutzungspläne* «halten die allgemeine Grundordnung für die Nutzung des Bodens fest, indem sie das Gebiet in Teilgebiete verschiedener Nutzungsart und Nutzungsintensität sowie verschiedener Regelbauweise und Immissionstoleranz einteilen»¹⁰⁷. Das Bundesrecht schreibt die Einteilung in Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen vor (Art. 14 Abs. 2 RPG) und hält die Kantone an, diese Gliederung weiter zu verfeinern und zu erweitern¹⁰⁸.

Die Grundordnung der Rahmennutzungspläne kann für bestimmte Gebiete durch die sog. *Sondernutzungsplanung* «übersteuert» werden¹⁰⁹. Deren Funktion kann unterschiedlich sein: So können Sondernutzungsplanungen die Konkretisierung der Rahmennutzungsplanung «für besondere Verhältnisse und Bedürfnisse» oder – mittels Sicherung von Land, Planung und/oder Erschliessung – deren Verwirklichung bezwecken¹¹⁰. Ebenso ist die Terminologie in den verschiedenen Kantonen unterschiedlich¹¹¹.

Projekte der Immobilienentwicklung können sich auf der Grundlage der bestehenden Rahmen- oder Sondernutzungsplanung bewegen, weshalb der Immobilienentwickler im Rahmen der Projektkonzipierung¹¹² lediglich die Erlangung einer rechtskräftigen Baubewilligung anstrebt. Er kann aber auch auf eine Abänderung des bestehenden Rahmennutzungs- bzw. auf die Festsetzung eines Sondernutzungsplanes hinwirken, um die zulässige Nutzung mit Blick auf ein Grundstück oder ein ganzes Areal im Vergleich zur sog. *Regelbauweise* zu erhöhen oder überhaupt erst zu ermöglichen. Bei grösseren Projekten erfolgt die

¹⁰⁶ Waldmann & Hänni, 2006, S. 319.

¹⁰⁷ Hettich & Mathis, 2016, S. 14 – 15.

¹⁰⁸ Hettich & Mathis, 2016, S. 22 – 23. Der Kanton Zürich differenziert etwa zwischen fünf Zonentypen (Bau-, Landwirtschafts-, Freihalte-, Erholungs- und Reservezonen, § 46 Abs. 2 PBG ZH) und unterteilt die Bauzone weiter in sechs Unterarten (Kern-, Quartiererhaltungs-, Zentrums-, Wohn-, Industrie-/Gewerbebezonen sowie Zonen für öffentliche Bauten, § 48 Abs. 2 PBG ZH).

¹⁰⁹ Hettich & Mathis, 2016, S. 29.

¹¹⁰ Vgl. Waldmann & Hänni, 2006, S. 321 – 324, welche a.a.O. eine Kategorisierung der Sondernutzungspläne je nach deren Verhältnis zur Grundordnung vornehmen.

¹¹¹ Im Kanton Zürich können etwa die Sonderbauvorschriften (§§ 79 – 82 PBG ZH), der (öffentliche und private) Gestaltungsplan (§§ 83 – 87 PBG ZH), die Bau- und Niveaulinien (§§ 96 – 110a PBG ZH) sowie der Quartierplan (§§ 123 – 177 PBG ZH) zur Sondernutzungsplanung gezählt werden.

¹¹² Zu den einzelnen Einheiten des Immobilienentwicklungsprozesses siehe unten, Ziff. 4.2 ff.

Sondernutzungsplanung häufig projektbezogen, d.h. auf Grundlage eines konkret ausgearbeiteten Bauprojekts¹¹³. Denkbar ist aber auch die Kombination verschiedener Instrumente der Sondernutzungsplanung¹¹⁴. In all diesen Fällen bezweckt die Projektkonzipierung also nicht nur die Erlangung einer rechtskräftigen Baubewilligung, sondern auch (und zeitlich vorgelagert) die Festsetzung einer Sondernutzungs- bzw. die Änderung der Rahmennutzungsplanung.

Kein Instrument der Sondernutzungsplanung (sondern Teil der Rahmennutzungsplanung) stellt die (in einzelnen Kantonen vorgesehene) sog. *Arealüberbauung* dar. Dabei handelt es sich um die Überbauung von Grundstücken mit einer bestimmten, in der Bauordnung festgesetzten Mindestfläche, wobei (im Sinne eines sog. *Arealbonus*) von der Regelbauweise abgewichen werden kann, dafür aber erhöhten Anforderungen an «Gestaltung, Ausrüstung und Ausstattung» Genüge getan werden muss¹¹⁵. Ein Bauprojekt im Sinne einer Arealüberbauung setzt demnach keine Sondernutzungsplanung voraus, sondern beurteilt sich auf der Grundlage einer einheitlichen Baueingabe im ordentlichen Baubewilligungsverfahren.

3.1.2.2 Bauvorschriften

Die Bauvorschriften können mannigfaltig ausgestaltet sein und namentlich *Nutzungsziffern* (Ausnutzungs-, Geschossflächen-, Baumassen-, Überbauungs- und Grünflächenziffern) und *Beschränkungsnormen* (bspw. zu den zulässigen Abständen, Dimensionen, Geschossen oder Bauweisen) enthalten. Die Steuerungswirkung der beiden Normkategorien hängt von der Dimensionierung betroffenen Grundstücke ab: In kleinräumigen Verhältnissen greifen eher die Beschränkungsnormen, in grossräumigen Verhältnissen eher die Nutzungsziffern¹¹⁶.

Sowohl die Terminologie als auch die Messweisen sind von Kanton zu Kanton unterschiedlich. Abhilfe soll die *Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe* (IVHB)¹¹⁷ schaffen, welche die beigetretenen Kantone verpflichtet, ihr eigenes Recht nach Bestimmungen des Konkordates zu gestalten (Art. 2 IVBH). Im Anhang 1 zur IVHB werden div. technische Begriffe¹¹⁸ definiert und deren Messweise festgelegt

¹¹³ Hettich & Mathis, 2016, S. 30.

¹¹⁴ So bspw. das Zusammenführen von Gestaltungs- und Quartierplan; für den Kanton Zürich siehe Widmer, 2019, S. 5 – 13.

¹¹⁵ Fritzsche, Bösch, Wipf & Kunz, 2019, S. 168; §§ 69 – 73 PBG ZH.

¹¹⁶ Stalder & Tschirky, 2016b, S. 205.

¹¹⁷ Abrufbar unter <https://www.dtap.ch/bpuk/konkordate/ivhb/>; besucht am 23.06.2019.

¹¹⁸ Wie jenen des massgebenden Terrains, der Längen, Höhen, Geschosse, Abstände und Abstandsbereiche sowie der anrechenbaren Grundstücksflächen

(Ziff. 1 – 7). Unter Ziffer 8 werden sodann folgende Nutzungsziffern definiert: Geschossflächenziffer, Baumassenziffer, Überbauungsziffer und Grünflächenziffer. Die IVHB schreibt den (beigetretenen) Kantonen indes nicht vor, welche Funktionen sie den Nutzungsziffern zuzuschreiben haben. Diese bleiben frei, die Nutzungsziffern weiterhin vorab als Mittel zur Nutzungsbegrenzung oder aber, mit Blick auf die vom RPG geforderte (kompakte) Siedlungsentwicklung (Art. 1 Abs. 2 lit. a^{bis} und b RPG), vermehrt auch im Sinne von Mindestvorgaben einzusetzen¹¹⁹.

Die durch Nutzungsplanung und Bauvorschriften «parzellenscharf» definierte Ausnützung klebt nicht unverrückbar auf der Parzelle. Mittels sog. *Ausnützungübertragungen* ist es unter gewissen Voraussetzungen zulässig, «in die Berechnung der überbaubaren Fläche eines Grundstücks angrenzendes, nicht überbautes Land eines Dritten einzubeziehen, unter der Bedingung, dass dieses nicht schon bei der Berechnung der überbaubaren Fläche [je-ner] anderen Liegenschaft berücksichtigt worden ist und hierfür später nicht mehr in Frage kommen kann»¹²⁰. Die Ausnützungübertragung führt zu einer Erhöhung der Ausnützung auf dem einen Grundstück unter gleichzeitiger und proportionaler Verminderung der Ausnützung auf einem anderen Grundstück, ohne dass die «zonengemäss Baudichte insgesamt überschritten» wird¹²¹. Das Institut der Ausnützungübertragung ist zwar nicht in allen kantonalen Planungs- und Baugesetzen explizit verankert, aber in den meisten Kantonen bekannt¹²².

3.1.3 Quantitative Ertragsschranken

Quantitativ sind der Erzielung von Erträgen im Grundsatz keine gesetzlichen Grenzen gesetzt. Dieser Grundsatz erfährt eine gewichtige Ausnahme, wenn es um die Vermietung (bzw. überhaupt um die Gebrauchsüberlassung: Art. 253b Abs. 1 OR) von Wohn- und Geschäftsräumen geht: Dann¹²³ greifen nämlich die gesetzlichen Bestimmungen unter Art. 269 - 270e OR, welche den «Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen und anderen missbräuchlichen Forderungen des Vermieters»¹²⁴ bezwecken.

Bei der Festsetzung von Mietzinsen im Rahmen von Neuvermietungen sind die sog. *absoluten Missbrauchskriterien* beachtlich, die im Sinne einer Gesamtbetrachtung bzw. einer Momentaufnahme¹²⁵ anzuwenden sind: So erklärt das Gesetz im Sinne einer Regel jene

¹¹⁹ Stalder & Tschirky, 2016b, S. 205.

¹²⁰ BGE 101 Ia 289.

¹²¹ Fritzsche, Bösch, Wipf & Kunz, 2019, S. 929.

¹²² Ivanov, 2006, S. 84; zur Rechtslage im Kanton Zürich siehe Fritzsche, Bösch, Wipf & Kunz, 2019, S. 929 – 935.

¹²³ Eine Gegen Ausnahme bilden (und nicht unter die Bestimmungen von Art. 269 ff. OR fallen) lediglich Luxusobjekte, also Wohnungen und Einfamilienhäuser, die einen luxuriösen Charakter und (kumulativ!) «sechs oder mehr Wohnräume (ohne Anrechnung der Küche)» aufweisen (Art. 253b Abs. 2 OR).

¹²⁴ So die Überschrift über den zweiten Abschnitt des der Miete gewidmeten Achten Titels des OR.

¹²⁵ Rohrer, 2018, S. 680.

Mietzinse für missbräuchlich, mit welchen «ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird» oder die «auf einem offensichtlich übersetzten Kaufpreis beruhen» (Art. 269 OR). Im Sinne von Ausnahmen hält das Gesetz in Art. 269a OR sodann fest, dass namentlich jene Mietzinse nicht missbräuchlich sind, die im Rahmen entweder der «orts- und quartierüblichen Mietzinse» (lit. a) oder (bei neueren Bauten) der «kostendeckenden Bruttorendite» (lit. c) liegen.

Projekte der Immobilienentwicklung basieren in der Regel auf Standort- und Marktanalysen¹²⁶. Dies führt mit sich, dass die Anfangsmietzinse nach Massgabe der *Orts- und Quartierüblichkeit* i.S.v. Art. 269a lit. a OR festgelegt werden. Gemäss der konstanten, aber in der Lehre¹²⁷ kritisierten Praxis des Bundesgerichts¹²⁸ hindert die Einhaltung der Orts- und Quartierüblichkeit den Mieter jedoch nicht daran, den Einwand zu erheben, dass der Vermieter mit dem Mietobjekt einen übersetzten Ertrag erwirtschaftet. Ein solcher wird bejaht, wenn der Ertrag auf dem eingesetzten Eigenkapital mehr als ein halbes Prozent über dem quartalsweise publizierten *Referenzzinssatz* liegt. Dieser beträgt gegenwärtig 1.5 %¹²⁹, weshalb sich die maximal zulässige sog. *Nettorendite* momentan auf 2 % beläuft. In der betriebs- bzw. immobilienwirtschaftlichen Terminologie ausgedrückt handelt es sich um die *Eigenkapitalrendite*¹³⁰, d.h. um das in Prozenten ausgedrückte Verhältnis zwischen dem Gewinn¹³¹ und dem effektiv eingesetzten Eigenkapital¹³².

Bei Bauten, die aus einer Immobilienentwicklung hervorgehen, dürften in den ersten Jahren ihres Bestehens regelmässig kaum Unterhaltskosten anfallen. Daher erweist sich das Abstellen auf die Nettorendite, welche die Unterhaltskosten berücksichtigt, oft als wenig sachgerecht. Vor diesem Hintergrund stellt das Gesetz in Art. 269a lit. c OR bei «neueren Bauten» auf eine *kostendeckende Bruttorendite* ab. Darunter verstehen Lehre und Rechtsprechung das in Prozenten ausdrückte Verhältnis zwischen den Nettomietzinseinnahmen und den gesamten Anlagekosten¹³³. Gemäss der (in der Lehre wiederum kritisierten¹³⁴) Rechtsprechung des Bundesgerichts¹³⁵ darf der zulässige Bruttorenditesatz nicht mehr als 2 % über dem Referenzzinssatz liegen.

¹²⁶ Dazu unten, Ziff. 3.3.5.

¹²⁷ Statt vieler Rohrer, 2018, S. 681 – 688.

¹²⁸ Begründet in BGE 124 III 310.

¹²⁹ Bundesamt für Wohnungswesen (BWO), <https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/das-bwo/informationen/medienmitteilungen.msg-id-75197.html>.

¹³⁰ Vgl. oben, Ziff. 2.2.3, und Wetzel, 2007, S. 139.

¹³¹ Zu dessen Berechnung siehe Rohrer, 2018, S. 716 – 722.

¹³² Zu dessen Berechnung siehe Rohrer, 2018, S. 702 – 715.

¹³³ Rohrer, 2018, S. 785.

¹³⁴ Statt vieler Rohrer, 2018, 791 – 792.

¹³⁵ Begründet in BGE 118 II 128.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Missbräuchlichkeit von Mietzinsen berücksichtigt einerseits nicht, dass die Renditeerwartungen der Investoren je nach Lage und Risiko variieren¹³⁶; andererseits führt die enge Koppelung an die Entwicklung der Hypothekenzinssätze bzw. den Referenzzinssatz in der andauernden Tiefzinsphase dazu, dass «im praktischen Alltag (...) kaum mehr Mietobjekte zu einem nicht missbräuchlichen Renditesatz vermietet werden»¹³⁷.

3.1.4 Exkurs: Vertragliche Bestimmung von Flächen und Volumina

Es ist Ausfluss der Privatautonomie von Parteien, in Verträgen, welche Flächen oder Volumina zum Gegenstand haben, auf Angaben zu deren Massen zu verzichten: Im Mietvertragsrecht bildet die Fläche eines Mietobjekts kein objektiv wesentliches Vertragselement¹³⁸, während Gegenstand eines Grundstückkaufvertrages i.d.R. ein individuelles Grundstück i.S.v. Art. 655 ZGB und nicht eine bestimmte Anzahl Quadratmeter darstellt¹³⁹. Werden indes Flächenangaben in den Vertrag aufgenommen, so drohen dem Vermieter oder Verkäufer u.U. Haftungsfolgen, sollten sich die Flächenangaben als fehlerhaft erweisen¹⁴⁰.

Werden Flächenangaben in den Miet- oder Kaufvertrag aufgenommen, so stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien die vertragsgegenständlichen Flächen ausgeschieden und berechnet werden¹⁴¹. Zum Flächenbegriff existiert «ein Wildwuchs»¹⁴² an privaten Normenwerken, deren Anwendung gemäss dem zitierten Autor bei der Messung einer bestimmten Grundfläche in ein und demselben Gebäude Abweichungen von bis zu 30 % zutage fördern könne¹⁴³. Daher empfiehlt es sich, in den Miet- und Kaufverträge jeweils auf das Normenwerk zu verweisen, nach Massgabe dessen die vertraglich zugesicherten Flächen (oder Räume) berechnet sind. In Frage kommen etwa die SIA Dokumentation d0165 («Kennzahlen im Immobilienmanagement», Ausgabe 2000) oder die Norm SIA 416 («Flächen und Volumen von Gebäuden», 2003)¹⁴⁴. Gleiches empfiehlt sich im Übrigen auch bei der Ausgestaltung der Verträge mit Planern, Unternehmern und weiteren Projektbeteiligten, um Diskrepanzen im Flächenmass – immerhin ein entscheidender Faktor bei der Berechnung bzw. der Erzielung des Ertrages – zu vermeiden.

¹³⁶ Wetzel, 2007, S. 139.

¹³⁷ Rohrer, 2018, S. 701.

¹³⁸ Eichenberger, 2013, S. 4.

¹³⁹ Honsell, 2015, S. 1248.

¹⁴⁰ Zu Voraussetzungen und Folgen einer Haftung aus fehlerhaften Flächenangaben in Mietverträgen: Eichenberger, 2013, S. 9 – 16, und in Grundstückkaufverträgen: Art. 219 i.V.m. Art. 197 OR sowie Honsell, 2015, S. 1248 – 1250.

¹⁴¹ Zum Spezialfall des im Grundbuch auf Grund amtlicher Vermessung angegebenen Masses Art. 219 Abs. 2 OR.

¹⁴² Eichenberger, 2013, S. 5.

¹⁴³ A.a.O., S. 5.

¹⁴⁴ Zu den Abhängigkeiten und Überschneidungen der beiden Normenwerke siehe Eichenberger, 2013, S. 6 – 8.

3.2 Kosten einer Immobilienentwicklung

3.2.1 Kosten im Allgemeinen

Die Kosten einer Immobilienentwicklung können nach Massgabe eines sog. *Baukostenplanes* transparent dargestellt werden. In praxi findet der Baukostenplan (BKP) der Schweizerischen Zentralstelle für Baurationalisierung¹⁴⁵ (CRB) verbreitet Anwendung. Der BKP ist in vier, mit Nummern («BKP-Nummern») versehenen Ebenen (Hauptgruppen, Gruppen, Untergruppen und Gattungen) unterteilt¹⁴⁶, wobei mit zunehmender Tiefe die Anzahl der Stellen der BKP-Nummern zunimmt. Auf der Ebene der Hauptgruppen lassen sich etwa die Kosten für das Grundstück (BKP 0), für die Vorbereitungsarbeiten (BKP 1), für den Bau (das «Gebäude», BKP 2), oder die Baunebenkosten (BKP 5) unterscheiden. Im Verlauf einer Immobilienentwicklung lassen sich Kosten unter Zuhilfenahme zusätzlicher Ebenen immer differenzierter darstellen, was bei Projektabschluss die exakte Ermittlung des Entwicklungsgewinns¹⁴⁷ ermöglicht.

Ermittlung und Kontrolle der Baukosten sind i.d.R. Aufgabe der Planer¹⁴⁸. (Steuer-) rechtlichen Sachverstand erfordert die Handhabung der Steuern und Gebühren, welche im Rahmen einer Immobilienentwicklung anfallen und ebenfalls zu den Projektkosten zu zählen (und Gegenstand separater BKP-Positionen) sind. Darauf soll im Folgenden näher eingegangen werden.

3.2.2 Steuern und Gebühren im Speziellen

3.2.2.1 Transaktionsabgaben

Gegenstand von Transaktionsabgaben ist ein Verkehrsvorgang, i.c. die *Handänderung* an einem Grundstück¹⁴⁹. Je nach dem, ob die Abgabe ein Entgelt für bestimmte, von der abgabepflichtigen Person veranlasste Amtshandlungen (i.c. öffentliche Beurkundung; Grundbucheintragung) darstellt oder «gegenleistungslos» geschuldet ist, liegt eine Gebühr (i.c. Notariats- oder Grundbuchgebühr) oder eine Steuer (i.c. Handänderungssteuer) vor¹⁵⁰. Transaktionsabgaben im Zusammenhang mit Grundstücksgeschäften werden von den Kantonen und Gemeinden, nicht jedoch vom Bund, erhoben. Bemessungsgrundlage stellt i.d.R. der Kaufpreis dar; der Tarif ist demgegenüber sehr unterschiedlich ausgestaltet¹⁵¹.

¹⁴⁵ Es handelt sich um einen privatrechtlich konstituierten Verein (www.crb.ch).

¹⁴⁶ Vgl. <http://www.crb.ch/crbOnline/CRB-Standards/Baukostenplan/BKP.html>; besucht am 18.06.2019.

¹⁴⁷ Dazu unten, Ziff. 5.4.3.6.

¹⁴⁸ Dazu unten, Ziff. 4.3.2.

¹⁴⁹ Richner, 2017, S. 498 und 501; zum Begriff der Handänderung siehe unten, Ziff. 3.2.2.2, sowie SSK, 2018, S. 6 – 9.

¹⁵⁰ Richner, 2017, S. 497 – 498.

¹⁵¹ Richner, 2017, S. 499 und 502 – 503.

Während es bei den Gebühren i.d.R. den Vertragsparteien überlassen ist, wer diese in welchem Umfang übernimmt, ist die Handänderungssteuer i.d.R. vom Erwerber zu tragen¹⁵².

3.2.2.2 Grundstücksgewinnbesteuerung

Gegenstand der Grundstücksgewinnsteuer ist der anlässlich einer Handänderung realisierte *Reingewinn*, verstanden als Differenz zwischen Anlagewert (Ankaufspreis plus sog. wertvermehrende Aufwendungen) und dem Verkaufserlös¹⁵³.

Immobilienentwicklungen zielen auf die Schaffung von Entwicklungsgewinn ab, worunter die positive Differenz zwischen dem Wert des Grundstücks nach dem Abschluss eines Immobilienentwicklungsprojekts und dem projektbezogenen Aufwand verstanden werden kann¹⁵⁴. Daher stellt sich im Rahmen von Immobilienentwicklungen in besonderem Mass die Frage, inwieweit projektbezogene Aufwendungen zum Anlagewert gezählt und dadurch die Steuerlast und letztlich die Projektkosten gesenkt werden können. Die Steuerpraxis knüpft an den Begriff der sog. *wertvermehrenden Aufwendungen* an, worunter «Auslagen, die eine dauernde Wertvermehrung des in Frage stehenden Grundstückes herbeiführen», verstanden werden¹⁵⁵. Es wird somit vorausgesetzt, dass die in Frage stehenden Auslagen nach einem objektiv-technischen Verständnis dauernd neue Werte schaffen und nicht nur der Werterhaltung dienen¹⁵⁶. In allen Kantonen einheitlich werden die Kosten für «Neubauten, Anbauten, Umbauten, Erschliessung[en] (...)» zu den wertvermehrenden Aufwendungen gezählt¹⁵⁷. Nicht einheitlich gehandhabt wird demgegenüber die Frage, inwieweit projektbezogene Aufwendungen des Immobilienentwicklers steuerlich berücksichtigt werden, sofern dieser das Grundstück vor der Bauausführung veräussert¹⁵⁸, dessen Aufwendungen sich somit (noch) nicht in einer physischen Wertsteigerung des Grundstücks niederschlagen. Nach der zürcherischen Praxis werden auch die Kosten un- ausgeführter Bauprojekte zu den wertvermehrenden Aufwendungen gezählt, «wenn sie sich auf das Handänderungsobjekt beziehen, sie nicht bloss zum Schein [getätigt] worden sind und ihnen im Veräusserungszeitpunkt ein liegenschaftlicher Wert zukommt (der Erwerber also einen Nutzen aus dem Projekt ziehen kann)»¹⁵⁹. Die anderen Kantone sind strenger und berücksichtigen Planungskosten etwa nur dann, wenn das Projekt in der Folge

¹⁵² SSK, 2018, S. 10.

¹⁵³ SSK, 2015, S. 16.

¹⁵⁴ Vgl. oben, Ziff. 2.2.2.

¹⁵⁵ SSK, 2015, S. 29.

¹⁵⁶ Richner, 2017, S. 525.

¹⁵⁷ Vgl. SSK, 2015, S. 29 – 30.

¹⁵⁸ Zu den versch. Exitszenarien siehe unten, Ziff. 4.6.

¹⁵⁹ Richner, 2017, S. 526.

tatsächlich auch ausgeführt worden, die Ausführung gesichert oder, bei ausbleibender Ausführung, das Projekt nicht «drittverwendungsfähig» ist¹⁶⁰.

Auslöser für die Besteuerung ist die Handänderung. Darunter wird in erster Linie die auf Grundlage eines öffentlich beurkundeten Kaufvertrages (d.h. eines sog. *Asset Deal*¹⁶¹) erfolgende Eintragung des neuen Eigentümers in das Grundbuch verstanden. Steuertatbestand kann aber auch die sog. *wirtschaftliche Handänderung* bilden: Unter diesen Begriff fällt namentlich Veräusserung von (beherrschenden) Beteiligungen (sog. *Share Deal*¹⁶²) an Immobiliengesellschaften¹⁶³. In den meisten Kantonen (die dem sog. *dualistischen System*¹⁶⁴ zuzurechnen sind) sowie auf Bundesebene fällt zwar beim Beteiligungserwerb keine Grundstückgewinnsteuer an. Die Steuern auf jene Werte, die im Vergleich zu einem Asset Deal unberücksichtigt geblieben sind, gehen indes als sog. *latente Steuern* auf den Erwerber über und sind von diesem im Rahmen einer künftigen Weiterveräusserung geschuldet. In einzelnen Kantonen (die dem sog. *monistischen System*¹⁶⁵ angehören) unterliegt jedoch bereits der im Rahmen eines Share Deal realisierte Wertzuwachsgeinn der kantonalen Grundstückgewinnsteuer.

Das Kriterium der wirtschaftlichen Verfügungsmacht ist sodann auch bei der Abtretung des Rechts auf Erwerb eines Grundstücks zwecks Sicherung eines Grundstücks¹⁶⁶ massgeblich: Im Fall eines solchen sog. «*Kettengeschäfts*»¹⁶⁷ wird die Steuerpflicht nicht erst durch die zivilrechtliche Eigentumsübertragung vom ursprünglichen Eigentümer auf denjenigen Erwerber ausgelöst, der sich am Schluss der Kette in das Grundbuch eintragen lässt. Vielmehr erfolgt die Besteuerung bereits mit Abschluss des mit einer sog. *Substitutionsklausel* ausgestatteten Sicherungsvertrages, aber auch mit jeder anschliessenden «Substitution», d.h. mit jedem Eintritt eines Zwischenerwerbers¹⁶⁸.

Der Zeitpunkt der Handänderung ist für den Steuertarif massgeblich, da die Kantone verpflichtet sind, kurzfristig realisierte Grundstück- bzw. Spekulationsgewinne stärker zu besteuern (Art. 12 Abs. 5 StHG). Dies geschieht i.d.R. durch Zuschläge nach Massgabe der Besitzesdauer¹⁶⁹.

¹⁶⁰ SSK, 2015, S. 29 – 30.

¹⁶¹ Dazu unten, Ziff. 4.2.2.

¹⁶² Dazu unten, Ziff. 4.2.3.

¹⁶³ Zum Begriff siehe SSK, 2015, S. 19. Zu denken ist namentlich auch an sog. *Special Purpose Vehicles*.

¹⁶⁴ Vgl. SSK, 2015, S. 3.

¹⁶⁵ Vgl. SSK, 2015, S. 3.

¹⁶⁶ Dazu unten, Ziff. 4.2.2.

¹⁶⁷ SSK, 2015, S. 18 – 19.

¹⁶⁸ Richner, 2017, S. 512.

¹⁶⁹ Vgl. SSK, 2015, S. 34 – 36.

3.2.2.3 Mehrwertsteuer

Gegenstand der Mehrwertsteuer ist grundsätzlich der Umsatz von Wirtschaftsgütern, wobei der Konsum (der «*nicht unternehmerische Endverbrauch*», Art. 1, 2. Satz, MWSTG) besteuert werden soll¹⁷⁰.

Grundsätzlich sind die im «Baugewerbe» erbrachten Lieferungen (bspw. Bau-, Räumungs-, Wartungsarbeiten etc.) und Dienstleistungen (bspw. Projektierung, Planung, Bauleitung, Untersuchungen, Vermittlung etc.) zum Normalsatz steuerbar¹⁷¹. Demgegenüber stellen gemäss Art. 21 Ziff. 20 und 21 MWSTG sowohl «die Übertragung und Bestellung von dinglichen Rechten an Grundstücken» als auch «die Überlassung von Grundstücken und Grundstücksteilen zum Gebrauch oder zur Nutzung» grundsätzlich von der Mehrwertsteuer *ausgenommene* Leistungen dar. Bei Verkauf oder Vermietung von (bebauten oder unbebauten) Grundstücken wird somit grundsätzlich (zu den Ausnahmen sogleich) keine Mehrwertsteuer erhoben. Vor diesem Hintergrund stellen sich in der Immobilienentwicklung in besonderem Mass wichtige Abgrenzungsfragen:

Erbringt der Entwickler seine (entgeltlichen) Leistungen als reiner Dienstleister (d.h. als *Service-Developer*¹⁷²), so sind diese zum Normalsatz steuerbar (Art. 18 Abs. 1 MWSTG).

Tritt der Entwickler als *Trader-Developer*¹⁷³ auf und verkauft das von ihm entwickelte und realisierte Bauwerk an Dritte¹⁷⁴, so sind die mehrwertsteuerlichen Folgen nach Massgabe des *Baubeginns* zu beurteilen: Wird der Vorvertrag, der Kaufvertrag oder der Kauf-/Werkvertrag¹⁷⁵ vor Baubeginn abgeschlossen, so stellt der Vertragsgegenstand (mit Ausnahme des Bodenwertes, der von vornherein nicht in die Bemessungsgrundlage miteinzubeziehen ist, Art. 24 Abs. 6 lit. c MWSTG) eine sog. *steuerbare Immobilienlieferung* dar¹⁷⁶. Werden die genannten Verträge nach Baubeginn abgeschlossen, so stellt der Vertragsgegenstand einheitlich eine von der Steuer ausgenommene Immobilienlieferung dar. Entscheidend ist somit der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Verhältnis zu jenem des Baubeginns¹⁷⁷.

Tritt der Entwickler als *Investor-Developer*¹⁷⁸ auf und vermietet oder verpachtet das von ihm entwickelte und realisierte Bauwerk an Dritte¹⁷⁹, so sind die dabei erzielten Umsätze von der Mehrwertsteuer ausgenommen, es sei denn, es lägen unter Art. 21 Ziff. 21 lit. a –

¹⁷⁰ Richner, 2017, S. 546.

¹⁷¹ ESTV, 2018, Ziff. 2.

¹⁷² Zur Definition oben, Ziff. 2.1.3.

¹⁷³ Zur Definition oben, Ziff. 2.1.3.

¹⁷⁴ Zum Exit auf der höchsten Wertschöpfungsstufe siehe unten, Ziff. 4.6.

¹⁷⁵ Dazu unten, Ziff. 4.5.4.

¹⁷⁶ ESTV, 2018, Ziff. 8.2.

¹⁷⁷ Zur Praxis der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) zur Festlegung des Zeitpunkts des Baubeginns im Allgemeinen siehe ESTV, 2018, Ziff. 8.3.7.1 und 8.3.7.2. sowie im Fall von Stockwerkeigentum siehe ESTV, 2018, Ziff. 8.3.4.

¹⁷⁸ Zur Definition siehe oben, Ziff. 2.1.3.

¹⁷⁹ Zum Exit auf der höchsten Wertschöpfungsstufe siehe oben, Ziff. 4.6.

f MWSTG aufgeführte Mietobjekte (bspw. «Wohn- und Schlafräume[n] zur Beherbergung von Gästen sowie (...) Säle[n] im Hotel- und Gastgewerbe», lit. a) vor oder er hätte freiwillig *optiert* (Art. 22 Abs. 1 MWSTG)¹⁸⁰.

3.2.2.4 Mehrwertabgabe

Gegenstand der Mehrwertabgabe sind «Bodenpreissteigerungen als Folge staatlicher Planungsmassnahmen»¹⁸¹. Art. 5 Abs. 1^{bis} RPG weist die Kantone an, «mindestens Mehrwerte bei neu und dauerhaft einer Bauzone zugewiesenem Boden» mit einem Satz von «mindestens 20 Prozent» auszugleichen. Der Gesetzgebungsauftrag an die Kantone, der bis zum 1. Mai 2019 umzusetzen war (bzw. gewesen wäre), zielt somit lediglich auf die Mehrwertabschöpfung infolge *Neueinzonungen* ab. Im Übrigen bleiben die Kantone frei zu entscheiden, ob sie auch einen Ausgleich von Planungsmehrwerten infolge *Um- und Aufzonungen* vorschreiben und wie sie Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Einzelnen regeln. Im Kanton Zürich sollen Abgaben bis zu 40 % zulässig sein, aber auch die Rechtsgrundlagen für sog. städtebauliche Verträge geschaffen werden, die es Investoren erlauben, sich an konkreten Infrastrukturmassnahmen zu beteiligen¹⁸².

Unter dem auszugleichenden Planungsmehrwert soll grundsätzlich nur die Wertsteigerung des Bodens (Landwert), ohne Berücksichtigung sich auf dem Land befindlicher oder noch zu erstellender Bauten, verstanden werden¹⁸³. Davon sollen die Gestehungskosten in Abzug gebracht werden können, also infolge der Planungsmassnahme notwendig gewordene Kosten für Erschliessung, Sanierung, Abbruch oder solche für raumplanerische Vorlagen und Studien¹⁸⁴.

Art. 5 Abs. 1^{bis} RPG schreibt sodann vor, dass die Abgabe nicht bereits mit Eintritt des Planungsmehrwertes (als mit Inkrafttreten der Planungsmassnahme), sondern mit dessen Realisierung, d.h. mit «Überbauung des Grundstücks oder dessen Veräusserung», fällig werden soll. Dabei ist es wiederum den Kantonen überlassen, den Fälligkeitszeitpunkt näher zu definieren und zu entscheiden, ob etwa auch *wirtschaftliche Handänderungen*¹⁸⁵ die Fälligkeit der Abgabe auslösen sollen¹⁸⁶.

¹⁸⁰ Beachte indes den Ausschluss der Optierung bei ausschliesslicher Wohnnutzung, Art. 22 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 21 Abs. 2 Ziff. 20 und 21 MWSTG

¹⁸¹ Weder & Bussmann, 2019, S. 338.

¹⁸² Hotz, S. (2019, 30. Juni). Der grosse Kompromiss zum Mehrwertausgleich. NZZ online.

¹⁸³ Weder & Bussmann, 2019, S. 340.

¹⁸⁴ Weder & Bussmann, 2019, S. 340.

¹⁸⁵ Zum Begriff oben, Ziff. 3.2.2.2.

¹⁸⁶ Weder & Bussmann, 2019, S. 340 – 341.

3.2.2.5 Liegenschafts-, Grundstücks- bzw. Grundsteuer

Diese Steuer wird von einzelnen Kantonen und/oder Gemeinden im Sinne eines Entgelts «für eine im Privatrecht begründete Sonderbeanspruchung des Gemeindeterritoriums» erhoben und auf dem vollen Wert des Grundstücks berechnet¹⁸⁷.

3.3 Risiken einer Immobilienentwicklung

3.3.1 Risiken im Allgemeinen

Die Rendite einer Immobilienentwicklung, hängt – wie bereits unter Ziff. 2.2.2.1 angedeutet – nicht nur von den Kosten und Erlösen bzw. von Höhe und Zeitpunkt der Einnahmen und Ausgaben, sondern ganz wesentlich auch von der Wahrscheinlichkeit einer zeitlichen und/oder betragsmässigen Veränderung des zu Projektbeginn prognostizierten Cash-Flow ab. Angesprochen sind somit die Risiken, die betriebsökonomisch nicht nur Gefahren («Einfluss mit negativer Auswirkung auf eine Projektanforderung»), sondern auch Chancen darstellen («Einfluss mit positiver Auswirkung auf eine Projektanforderung»)¹⁸⁸. Ihnen wird bei den dynamischen Methoden durch die Berücksichtigung eines projektspezifischen *Kalkulationszinsfusses* bzw. angemessener *Risikozuschläge* Rechnung getragen. Gemäss ISENHÖFER & VÄTH¹⁸⁹ gehört die Immobilienentwicklung zu den «risikoreichsten unternehmerischen Aktivitäten überhaupt, da sie Investitionen hoher Kapitalbeträge in die Schaffung von Produkten erfordert, die in Bezug auf Zeit und Raum sehr fixiert sind und einen i.d.R. relativ kleinen Markt bedienen, über dessen zukünftige Nachfrage Unsicherheit besteht».

Im Folgenden sollen die für die einzelnen Einheiten¹⁹⁰ eines Entwicklungsprojekts typischen Risiken beschrieben werden:

3.3.2 Risiken in der Projektakquisition

Beim Erwerb von Grundstücken steht das Risiko im Vordergrund, dass diese «körperliche (...) Mängel» haben, «die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern» (Art. 197 Abs. 1 OR)¹⁹¹. Die Mängel können den Boden und/oder die vorhandene Bausubstanz betreffen: Der Baugrund kann bspw. eine ungenügende Tragfähigkeit aufweisen oder ein erhöhtes Grundwasseraufkommen, archäologische Gegenstände oder Altlasten enthalten, während die Bausubstanz etwa gesundheitsgefährdende Stoffe (Asbest, PCB etc.) beinhalten kann. Die Verminderung des

¹⁸⁷ SSK, 2019, S. 1.

¹⁸⁸ SIA-Merkblatt 2007, Qualität im Bauwesen, S. 36.

¹⁸⁹ Zit. in Bone-Winkel et al., 2016, S. 199.

¹⁹⁰ Dazu unten, Ziff. 4.2 ff.

¹⁹¹ Zur Gewährleistung des Grundstückmasses siehe Art. 219 Abs. 1 und 2 OR sowie oben, Ziff. 3.1.4.

Grundstückswertes äussert sich regelmässig in einer Verteuerung und/oder Verzögerung des Entwicklungs- und namentlich des Bauprojekts, indem zusätzliche Massnahmen ergriffen werden müssen: Zu denken ist bspw. an Bewehrungs-, Pfählungs-, Wasserhaltungs-, Sanierungs- und Entsorgungsmassnahmen.

Diese zusätzlichen Massnahmen können sich entweder aus technischer Sicht als notwendig erweisen oder von Gesetzes wegen vorgeschrieben sein. Besonders hervorzuheben gilt es die Umweltschutzgesetzgebung: Diese unterscheidet zwischen Bodenbelastungen (*belasteter Standort*¹⁹²; *Altlast*¹⁹³) auf der einen und sog. *Bauabfällen*¹⁹⁴ auf der anderen Seite und knüpft an die entsprechenden Tatbestände zahlreiche Realleistungs- und Kostentransportpflichten, welche sich an die unterschiedlichen Beteiligten richten und vertraglich i.d.R. nicht wegbedungen werden können¹⁹⁵.

Das Obligationenrecht enthält in Art. 197 – 210 OR i.V.m. Art. 221 OR eine im Wesentlichen dispositive *Sachgewährleistungsregelung*, die auch den Käufer in die Verantwortung nimmt: Für Mängel, welche dieser «bei Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt hätte kennen sollen, haftet der Verkäufer nur dann, wenn er deren Nichtvorhandensein zugesichert hat» (Art. 200 Abs. 2 i.V.m. Art. 221 OR). Gerade für den sachverständigen Entwickler oder Investor besteht daher das Risiko, dass er die finanziellen oder zeitlichen Folgen einer schlechten Boden- und/oder Gebäudequalität mangels einer gegenteiligen vertraglichen Regelung selbst zu tragen hat.

Geringere Bedeutung beim Grundstückkauf hat die *Rechtsgewährleistung* i.S.v. Art. 192 – 194a OR i.V.m. Art. 221 OR. Da das Ausnutzungspotential des Grundstücks einen entscheidenden Faktor der Immobilienentwicklung darstellt¹⁹⁶, wird der Entwickler oder Investor regelmässig auf eine Zusicherung seitens des Verkäufers bestehen, wonach keine *Ausnutzungsübertragung*¹⁹⁷ vom vertragsgegenständlichen Grundstück auf ein Drittgrundstück erfolgt und auch keine diesbezügliche Verpflichtung eingegangen worden ist.

3.3.3 Risiken in der Projektkonzipierung

Das Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG) schreibt den Kantonen vor, dass «Bauten und Anlagen» einer Bewilligungspflicht unterstehen (Art. 22 Abs. 1). Ob ein Bauvorhaben den planungs- und baurechtlichen Vorgaben sowie den weiteren (bspw. umweltrechtlichen) Voraussetzungen entspricht, muss in einem Verwaltungsverfahren beurteilt werden.

¹⁹² Art. 2 Abs. 1 AltIV.

¹⁹³ Art. 2 Abs. 3 AltIV.

¹⁹⁴ Art. 3 lit. e VVEA.

¹⁹⁵ Dazu umfassend Lehmann, 2016, S. 427 – 443).

¹⁹⁶ Dazu oben, Ziff. 3.1.2.

¹⁹⁷ Dazu oben, Ziff. 3.1.2.2, und unten, Ziff. 4.3.3.

Sofern die bau- und planungsrechtlichen sowie die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, besteht ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Baubewilligung¹⁹⁸. Allerdings stehen den Behörden bei der Beurteilung der Frage, ob die einschlägigen Voraussetzungen erfüllt sind, erhebliche Beurteilungs- und Ermessensspielräume zu¹⁹⁹. Kommt die Behörde nach Ausübung ihres Ermessens zum Schluss, dass die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllt sind, lehnt sie das Gesuch ab. Alternativ kann sie aus Gründen der Verhältnismässigkeit das Gesuch trotzdem gutheissen, die Baubewilligung jedoch mit sog. *Nebenbestimmungen* versehen²⁰⁰. Darunter werden insbesondere *Auflagen* und *Bedingungen* verstanden, mit welchen eine Baubewilligung verknüpft werden kann²⁰¹.

Die Kantone sind in der Ausgestaltung des Baubewilligungsverfahrens weitgehend autonom (Art. 25 Abs. 1 RPG²⁰²). Das Baubewilligungsverfahren ist ein öffentliches Verfahren, indem gestützt auf Aussteckung («*Baugespann*»), öffentlicher Ausschreibung («*Publikation*») und *Planaufgabe* einer interessierten Öffentlichkeit ermöglicht werden soll, das Bauprojekt «unter öffentlichen und privaten Gesichtspunkten» zu beurteilen und «Einwendungen zu erheben»²⁰³. Dementsprechend weit gefasst sind die Einsprachemöglichkeiten gegen Baugesuche: Nebst bestimmten Behörden und Verbänden ist – je nach Kanton – «jedermann», «jeder Interessierte» oder aber derjenige zur Einsprache legitimiert, der immerhin ein «schutzwürdiges Interesse» nachzuweisen vermag²⁰⁴.

Einzelne Bauprojekte können wegen ihrer erhöhten Raumrelevanz und/oder ihres erhöhten Abstimmungsbedarfs nicht im Lichte der bestehenden *Rahmennutzungsordnung* und somit nicht im ordentlichen Bewilligungsverfahren beurteilt werden, sondern setzen eine vorgängige sog. *Sondernutzungsplanung* voraus²⁰⁵. Die Kantone sind auch in der Ausgestaltung der entsprechenden Festsetzungsverfahren grundsätzlich autonom (Art. 25 RPG). Das Bundesrecht stellt indes zahlreiche Minimalanforderungen an die Ausgestaltung des Verfahrens, indem es etwa der Bevölkerung Informations- und Mitwirkungsrechte zubilligt (Art. 4 RPG) und die öffentliche Auflage von Nutzungsplänen (Art. 33 Abs. 1 RPG) sowie deren Genehmigung durch eine kantonale Behörde (Art. 26 Abs. 1 RPG) vorschreibt.

Gegen Baubewilligungen und Sondernutzungspläne müssen die Kantone von Bundesrechts wegen wenigstens ein *Rechtsmittel* vorsehen (Art. 33 Abs. 2 und 3 RPG). Diese

¹⁹⁸ Stalder & Tschirky, 2016a, S. 54.

¹⁹⁹ Stalder & Tschirky, 2016a, S. 54.

²⁰⁰ Stalder & Tschirky, 2016a, S. 58 – 59.

²⁰¹ Stalder & Tschirky, 2016a, S. 60 – 61.

²⁰² Beachte aber die bundesrechtlichen Grundsätze zur Verfahrenskoordination in Art. 25a RPG.

²⁰³ Hänni, 2016, S. 345.

²⁰⁴ Hänni, 2016, S. 346 – 347, der das Einspracheverfahren «weitgehend» als «Popularverfahren» bezeichnet.

²⁰⁵ Stalder & Tschirky, 2016a, S. 78, welche im Sinne eines Beispiels auf die Realisierung eines Einkaufszentrums verweisen; vgl. im Übrigen oben, Ziff. 3.1.2.1.

zeitigen regelmässig *aufschiebende Wirkung*, weshalb Baubewilligung oder Sondernutzungsplan erst nach abgeschlossenem Rechtsmittelverfahren formell in Rechtskraft erwachsen.

Aufgrund des grossen Ermessensspielraumes der Behörden und deren Möglichkeit, die Baubewilligung mit Auflagen und unter Bedingungen zu erteilen, besteht das Risiko, dass die angestrebte Nutzung nicht realisiert werden kann. Regelmässig nur schwer steuerbar ist sodann die Dauer des Verfahrens: So kann etwa die Zeitspanne zwischen einer Baueingabe bei der kommunalen Baubehörde und einem rechtskräftigen Urteil des Bundesgerichts ungefähr zwischen 13 und 32 Monaten schwanken²⁰⁶. Beide Risiken akzentuieren sich dann, wenn das Projekt nicht in *Regelbauweise* bewilligt werden kann, sondern eine Sondernutzungsplanung voraussetzt.

3.3.4 Risiken in der Projektrealisierung

REETZ weist darauf hin, dass es im Baualltag «nicht selten» vorkomme, «dass sich die tatsächliche Sachlage plötzlich und unerwartet anders gestaltet als (gutachterlich) antizipiert»²⁰⁷. Anders ausgedrückt: «Bauen ist riskant» – der Urheber dieser Feststellung²⁰⁸ erklärt diese mit einer Reihe von Eigenheiten, durch welche sich Bauprojekte auszeichnen: Diese stellen Unikate dar, sind in besonderem Masse Naturkräften ausgesetzt und erfordern eine lange Produktionszeit, eine aufwendige Koordination und oftmals technische Vorgehensweisen, die nicht immer schon als erprobt gelten können²⁰⁹. Die erwähnten Differenzen zwischen Soll- und Ist-Verlauf eines Bauprozesses machen sich «in den Bereichen Kosten, Termine und Qualität»²¹⁰ bemerkbar.

3.3.5 Risiken in der Projektvermarktung

Das Ziel einer jeden Immobilienentwicklung besteht in der «Realisierung der optimalen Nutzungskonzeption an einem dafür am besten geeigneten Standort zum richtigen Zeitpunkt»²¹¹. Grundlage der Nutzungskonzeption bilden *Umfeld-, Standort-, Nutzer- und Marktanalysen*. Eine Eigenschaft von Entwicklungsprojekten besteht in der langen Produktionsdauer, d.h. darin, dass der Zeitpunkt der Konzeption und der Zeitpunkt der Nutzung der Immobilie typischerweise weit auseinanderliegen. Die Daseinsberechtigung eines Immobilienentwicklers besteht nun vordringlich in dessen Fähigkeit, «neue nachhaltige Trends zu erkennen, die Bedürfnisse der Nutzer zu antizipieren und entsprechend

²⁰⁶ KUB, 2017, S. 161.

²⁰⁷ Reetz, 2015, S. 61.

²⁰⁸ Stöckli, 2007, S. 3.

²⁰⁹ Stöckli, 2007, S. 4.

²¹⁰ Stöckli, 2007, S. 4.

²¹¹ Bone-Winkel, S., Orthmann, A. & Schleich, H., 2008, S. 113.

nachgefragte Produkte zu entwickeln»²¹². SCHULTE & BONE-WINKEL²¹³ verstehen denn auch unter dem Begriff «Entwicklungsrisiko» die Gefahr, «dass durch eine nicht markt-konforme Projektkonzeption im Sinne unzureichender Standort- und Nutzungsadäquanz Schwierigkeiten bei der angestrebten Vermietung bzw. Veräusserung [kurz: bei der Vermarktung, Anm. und Hervorhebung d. Verf.] auftreten können».

3.4 Zwischenfazit

Führt man sich die *dynamischen Bewertungsmethoden*²¹⁴ vor Augen, so erhellt, dass der wirtschaftliche Erfolg einer Immobilienentwicklung einerseits von Höhe und Zeitpunkt der Erträge und Kosten bzw. des Cash-Flow, andererseits von der Wahrscheinlichkeit von dessen betragsmässiger und/oder zeitlicher Veränderung, d.h. vom Risiko, abhängt. Wie vorstehend aufgezeigt, werden Höhe, Zeitpunkt und Risiko des Cash-Flow in unterschiedlichem Mass von der Rechtsordnung bestimmt oder zumindest beeinflusst. Was das Risiko anbelangt, so sinkt dieses immerhin im Verlauf eines Entwicklungsprojekts, während allerdings auch die «*Manövrierfähigkeit*» des Immobilienentwicklers, d.h. die Möglichkeit, das Projekt veränderten Rahmenbedingungen anzupassen, abnimmt²¹⁵.

Vor diesem Hintergrund strebt der Immobilienentwickler danach sicherzustellen, dass möglichst früh möglichst hohe Erträge und möglichst spät möglichst geringe Kosten anfallen und dass dabei seine Manövrierfähigkeit möglichst lange gewahrt bleibt. Ein entscheidendes Instrument zur Erreichung dieser Ziele stellen Verträge dar: Diese charakterisieren sich im Rahmen von Immobilienentwicklungen inhaltlich oft dadurch, dass sie bestimmte Zahlungsströme sichern und Risiken allozieren, während sie dem Bedürfnis nach langfristiger *Manövrierfähigkeit* in Form von Bedingungen und den Steuerfolgen mittels bewusstem Timing Rechnung tragen. Wie die Mittel des Vertragsrechts im Rahmen einer Immobilienentwicklung eingesetzt werden, soll im Folgenden dargestellt werden:

4. Der Ablauf einer Immobilienentwicklung und dessen rechtliche Begleitung

4.1 Einteilung des Immobilienentwicklungsprozesses

Im Gegensatz zum Bereich der Planung, wo mit den Leistungs- und Honorarordnungen (LHO) des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA) detaillierte Leistungsbeschreibungen bereitstehen, hat sich im Bereich der Immobilienentwicklung weder ein

²¹² Bone-Winkel, S., Orthmann, A. & Schleich, H., 2008, S. 124.

²¹³ Schulte & Bone-Winkel, 2008, S. 48.

²¹⁴ Dazu oben, Ziff. 2.2.2.2.

²¹⁵ Schulte & Bone-Winkel, 2008, S. 200.

eigentliches Leistungsbild noch ein standardisierter Ablauf herausgebildet. In der Immobilienwirtschaftslehre wurden daher verschiedene Versuche unternommen, den Ablauf von Immobilienentwicklungsprozessen und die erforderlichen Leistungen idealtypisch und modellhaft zu beschreiben. BONE-WINKEL et al. schlagen etwa ein «fünfphasiges» Modell, bestehend aus Projektinitiierung, Projektkonzeption, Projektkonkretisierung, Projektmanagement und Projektvermarktung, vor²¹⁶. Praktikabler erscheint der Ansatz von HELD, welcher den Entwicklungsprozess in die vier «Teilphasen» Projektakquirierung, Projektkonzipierung, Projektrealisierung und Projektvermarktung einteilt²¹⁷. Der Immobilienentwicklungsprozess stellt indes keine sequentielle Abfolge von Leistungen dar²¹⁸. Vielmehr erfolgen die Abläufe «häufig parallel, überlappend oder rückgekoppelt»²¹⁹. Dies trifft namentlich auf die Projektvermarktung zu, welche zum Zweck hat, «das Bauvorhaben von Anfang an zielgenau auf eine genügend starke Nachfrage auszurichten»²²⁰ und daher den gesamten Prozess (parallel) begleitet. Terminologisch erscheint es daher zweckdienlicher, die im Rahmen einer Immobilienentwicklung zu erbringenden Leistungen nicht zu «Phasen», sondern zu «Einheiten» zusammenzuführen.

Die Immobilienentwicklung zielt auf die Schaffung von «Mehrwert» ab²²¹. Daher drängt sich eine Gliederung der Leistungen nach Massgabe der *Wertschöpfung* auf: Die Einheiten fassen jene Leistungen zusammen, die in ihrer Kombination zur Erreichung einer bestimmten Wertschöpfungsstufe beitragen. Im Folgenden soll nun der Versuch unternommen werden, die im Rahmen einer Immobilienentwicklung zu erbringenden Leistungen nach Massgabe der erwähnten Begriffe von HELD²²² zu Einheiten zusammenzufassen und hierbei sogleich näher auf die typischen Beiträge der Juristen im Rahmen der Wertschöpfung einzugehen²²³:

4.2 Projektakquirierung

4.2.1 Ausgangs- und Interessenlage

Der Motor einer jeden Immobilienprojektentwicklung kann dahingehend umschrieben werden, dass entweder ein gegebener Standort eine Projektidee und/oder Kapital sucht, eine gegebene Projektidee einen Standort und/oder Kapital sucht oder vorhandenes Kapital einen Standort und/oder eine Projektidee sucht²²⁴. Es geht also um die Kombination der

²¹⁶ Bone-Winkel, Isenhöfer, Hofmann & Franz, 2016, S. 189 – 208.

²¹⁷ Held, 2010, S. 102.

²¹⁸ KUB, 2017, S. 124.

²¹⁹ Held, 2010, S. 102.

²²⁰ KUB, 2017, S. 172.

²²¹ Dazu oben, Ziff. 2.2.2.

²²² Held, 2010, S. 102.

²²³ Siehe auch die grafische Übersicht in [Anhang 3](#).

²²⁴ Bone-Winkel, Isenhöfer, Hofmann & Franz, 2016, S. 189 – 193.

drei Faktoren Standort, Projektidee und Kapital in einer mit Blick auf die künftigen Nutzer (Mieter oder Käufer) und Investoren idealen Weise²²⁵. Um beurteilen zu können, ob und wie die Bedürfnisse der (künftigen) Nutzer und Investoren am besten befriedigt werden können, greift der Projektentwickler zu Beginn einer Immobilienentwicklung einerseits auf seine Erfahrungen zu den «demografischen, soziokulturellen, politisch-rechtlichen, makroökonomischen und technologischen Rahmenbedingungen» zurück²²⁶. Andererseits erstellt er erste Standortanalysen, Nutzungskonzepte und Wirtschaftlichkeitsberechnungen (bspw. in Form einer «*einfachen Projektentwicklungsrechnung*»²²⁷).

Erscheint das zu entwickelnde Projekt «in markt- bzw. nutzerorientierter, architektonischer, technischer, wirtschaftlicher, terminlicher und bau- sowie vertragsrechtlicher Sicht», aber auch mit Blick auf dessen Finanzierbarkeit als machbar²²⁸, so schliesst diese Einheit mit der rechtlich verbindlichen *Grundstückssicherung*. Bei der Grundstückssicherung hat der Immobilienentwickler in der Regel ein Interesse daran, die Kapitalbindung möglichst lange gering und die Manövrierfähigkeit²²⁹ möglichst lange hoch zu halten. Ausserdem wird er im Rahmen der Grundstückssicherung danach streben, die Risiken im Zusammenhang mit der Boden- und der Gebäudequalität²³⁰ auf den Verkäufer zu überwälzen, während bei der Bestimmung des Zeitpunktes der Grundstückssicherung auch steuerliche Kriterien²³¹ massgebend sind. Für die Grundstücksicherung steht dem Immobilienentwickler eine ganze Reihe von Instrumenten zur Verfügung, mit welchen sich diese Ziele in unterschiedlicher Ausprägung umsetzen lassen.

4.2.2 Asset Deals

Die Grundstückssicherung kann direkt, durch die Übertragung der dinglichen Berechtigung an einzelnen oder einer Mehrzahl an Grundstücken²³², erfolgen, wodurch ein *Asset Deal* vorliegt.

Die Sicherung einzelner Grundstücke erfolgt i.d.R. in der Form von *Grundstückkaufverträgen* i.S.v. Art. 216 ff. OR. Aufgrund der oben geschilderten Interessenlage werden diese im Rahmen von Immobilienentwicklungen jedoch i.d.R. unter Bedingungen abgeschlossen: So kann sich der Immobilienentwickler (i.d.R. entgeltlich) ein *Kaufrecht* einräumen lassen, welches in der – maximal auf die Dauer von 10 Jahren beschränkten (Art. 216a

²²⁵ Vgl. dazu oben, Ziff. 2.1.2.

²²⁶ Bone-Winkel, Isenhöfer, Hofmann & Franz, 2016, S. 189.

²²⁷ Dazu oben, Ziff. 2.2.2.1; im Übrigen Bone-Winkel, Isenhöfer, Hofmann & Franz, 2016, S. 189 – 193.

²²⁸ Held, 2010, S. 114 – 116.

²²⁹ Zu diesem Begriff näher oben, Ziff. 3.4.

²³⁰ Dazu oben, Ziff. 3.3.2.

²³¹ Zu den zeitlichen Aspekten der Grundstücksgewinn- und der Mehrwertsteuer siehe Ziff. 3.2.2.2 und 3.2.2.3.

²³² Zum Grundstücksbegriff oben, Ziff. 2.1.1.

OR) – Befugnis des Berechtigten besteht, den Kaufrechtsgegenstand (i.c. das Grundstück) von der Eigentümerin zu den im Kaufrechtsvertrag vereinbarten Konditionen zu kaufen²³³. Oder die Sicherung erfolgt durch den Abschluss eines *bedingten Grundstückkaufvertrages* i.S.v. Art. 217 Abs. 1 OR. Häufig wird der Vollzug eines Grundstückkaufvertrages (suspensiv) an die Bedingung geknüpft, dass innerhalb einer bestimmten Frist die (vom Immobilienentwickler zu erwirkende) Baubewilligung in Rechtskraft erwächst²³⁴. Der Unterschied der beiden Sicherungsinstrumente liegt somit darin, dass der Grundstückserwerb im Falle des Kaufrechts vom Willen des Berechtigten (i.c. des Immobilienentwicklers), im Falle eines bedingten Kaufvertrages vom Eintritt einer bei Vertragsschluss «ungewissen Tatsache»²³⁵ abhängt.

Eine etwas abgeschwächte Sicherungsform stellt sodann der *Vorvertrag* zum Kaufvertrag dar, worin sich die Parteien zum Abschluss eines künftigen Kaufvertrages verpflichten (Art. 22 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 216 Abs. 2 OR). Diese Verpflichtung kann wiederum unter Bedingungen (bspw. unter jener der rechtskräftigen Erteilung der Baubewilligung) eingegangen werden. Im Übrigen kann der Nutzen eines solchen Vorvertrages «in der diskreten und steuerrechtlich (meist) folgenlosen Reservierung einer befristeten Anwartschaft auf ein Grundstück» erblickt werden²³⁶. Der Nachteil dieses Sicherungsgeschäfts besteht indes darin, dass es im Gegensatz zum Kaufrecht und zum bedingten Kaufvertrag nicht im Grundbuch vorgemerkt werden kann (Art. 216a OR), womit es gegenüber einem späteren Grundstückserwerber keine Rechtswirksamkeit entfaltet. Der Berechtigte kann lediglich Schadenersatzansprüche gegenüber dem Verpflichteten geltend machen²³⁷.

In der Praxis besteht nicht selten das Bedürfnis, dass das Kaufrecht bzw. das Recht auf Abschluss eines Kaufvertrages nicht von der ursprünglich berechtigten Vertragspartei (i.c. vom Immobilienentwickler), sondern von einem Dritten, bspw. einem Investor, geltend gemacht werden kann. Dies kann mittels sog. *Substitutionsklauseln* erwirkt werden, indem etwa im Kaufrechtsvertrag die Abtretbarkeit des Kaufrechts (Art. 216b Abs. 1 OR e contrario) vereinbart oder der Vorvertrag als echter oder unechter Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 OR; sog. *pactum de contrahendo cum tertio*) ausgestaltet wird²³⁸.

²³³ Brückner & Kuster, 2016, S. 103.

²³⁴ Wetzel, 2007, S. 142, der zu Recht darauf hinweist, dass die «Erteilung der Baubewilligung» weder mit dem «Eintritt der Rechtskraft der Baubewilligung» noch etwa mit der «Baufreigabe» gleichzusetzen und bei der Vertragsredaktion auf «höchste Präzision» zu achten ist.

²³⁵ So die gesetzliche Definition der Bedingung, Art. 151 Abs. 1 OR, die bspw. im Eintritt der Rechtskraft der Baubewilligung innert der vereinbarten Frist bestehen kann.

²³⁶ Brückner & Kuster, 2016, S. 405, die auf S. 406 indes auch noch auf weitere Motive verweisen. Zu den steuerlichen Folgen von Kettengeschäften siehe oben, Ziff. 3.2.2.2.

²³⁷ BGE 137 III 293, E. 2.1.

²³⁸ Zu den steuerlichen Folgen solcher Substitutionsklauseln siehe oben, Ziff. 3.2.2.2.

Sämtliche der genannten Verträge bedürfen für ihre Gültigkeit einer *öffentlichen Beurkundung* (Art. 216 Abs. 1 und Abs. 2 OR); Gleiches gilt für die (vertraglich vorbehaltene) Abtretung eines Kaufrechts (Art. 216b Abs. 2 OR) sowie (selbstverständlich) für den Abschluss eines Kaufvertrages in Vollzug eines Vorvertrages²³⁹.

Sofern die Rechte an einer Mehrzahl von Grundstücken bzw. an ganzen Immobilienportfolios übertragen werden sollen, die sich in verschiedenen Kantonen oder Notariatskreisen befinden, hat sich zwecks Vermeidung einer Mehrzahl von Beurkundungen in der Praxis das Mittel der *Vermögensübertragung* i.S.v. Art. 69 ff. FusG etabliert: Art. 70 Abs. 2 FusG schreibt zwar vor, dass der Vermögensübertragungsvertrag ebenfalls der öffentlichen Beurkundung bedarf, wenn Grundstücke übertragen werden sollen; allerdings soll eine einzige öffentliche Urkunde (ausgestellt durch die Urkundsperson am Sitz des übertragenden Rechtsträgers, Art. 70 Abs. 2 FusG) genügen. Die Übertragung der Rechte an den im sog. *Inventar* aufgeführten Grundstücken erfolgt sodann zeitgleich (nämlich mit der Eintragung der Vermögensübertragung im Handelsregister, Art. 73 Abs. 2 FusG) und «ausserbuchlich» (Art. 104 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c FusG).

4.2.3 Share Deals

Die Grundstücksicherung kann sodann indirekt, durch die Übertragung aller oder einer Mehrheit der Anteile an jenem Rechtssubjekt, dem das Grundstück gehört (sog. *Share Deal*), erfolgen²⁴⁰. Hierzu kann auf die allgemeine Literatur verwiesen und lediglich der Vollständigkeit halber an die *latenten Steuerfolgen* solcher Transaktionen²⁴¹ erinnert werden.

4.3 Projektkonzipierung

4.3.1 Ausgangs- und Interessenlage

Diese Einheit besteht nach BONE-WINKEL, ISENHÖFER, HOFMANN & FRANZ im Wesentlichen darin, das im Rahmen der Projektakquirierung lediglich grob umrissene Projekt systematisch formalen Analysen zu unterziehen, die den Projektentwickler in die Lage versetzen sollen, die Realisierungsfähigkeit des Projekts zu verifizieren²⁴². Die genannten Au-

²³⁹ Zum Umfang der Beurkundungspflicht siehe statt vieler Wolfer, 2017, S. 50 – 70.

²⁴⁰ Vischer & Hänni, 2012, S. 615.

²⁴¹ Dazu oben, Ziff. 3.2.2.2.

²⁴² Bone-Winkel, Isenhöfer, Hofmann & Franz, 2016, S. 193.

toren gehen näher auf Standort- und Marktanalysen, auf die Analyse des Nutzungskonzepts, Wettbewerbsanalysen, die Risikoanalysen²⁴³ sowie die Wirtschaftlichkeitsanalysen²⁴⁴ ein²⁴⁵.

Wird die Realisierungsfähigkeit aufgrund der erwähnten Analysen bejaht bzw. im Rahmen einer Sondernutzungsplanung geschaffen (und das Projekt somit nicht vorzeitig beendet), so erfolgt einerseits die Ausarbeitung eines bewilligungsfähigen Baugesuchs bzw. die Durchführung des Bewilligungsverfahrens, andererseits die sog. grundbuchliche Organisation des projektgegenständlichen Grundstücks. Abgeschlossen wird diese Einheit schliesslich mit dem Eintritt der Rechtskraft der Baubewilligung.

4.3.2 Planungsleistungen

Die vom Immobilienentwickler im Rahmen der Projektkonzipierung beigezogenen Hilfspersonen können i.d.R. unter der Bezeichnung «Planer» zusammengefasst und die mit diesen abgeschlossenen Verträge als «Planerverträge» bezeichnet werden²⁴⁶. Beim Planervertrag handelt es sich weder um einen einheitlichen noch um einen vom Gesetzgeber besonders geregelten Vertragstyp²⁴⁷. In Lehre und Rechtsprechung wird die Frage kontrovers behandelt, welche Regeln des gesetzlichen Vertragstypenrechts – namentlich des Auftrags- oder des Werkvertragsrechts – auf einen konkreten Planervertrag anwendbar sind²⁴⁸. Vor diesem Hintergrund erklärt sich die grosse praktische Bedeutung der LHO des SIA, welche sich an unterschiedliche Planerkategorien²⁴⁹ richten und systematisch einheitlich Allgemeine Vertragsbedingungen (Art. 1), eine phasenweise Beschreibung der Leistungen des Planers (Art. 3 und 4) sowie eine Vergütungsordnung (Art. 5 – 7) enthalten. Die Leistungsbeschreibung ist systematisch in Phasen und Teilphasen eingeteilt und besteht inhaltlich aus Grund- und einer Auswahl von «besonders zu vereinbarenden Leistungen». Die LHO erlangen in einem konkreten Vertragsverhältnis nur dann Verbindlichkeit, wenn und soweit sie von den Parteien (i.c. dem Entwickler als Auftraggeber und dem Planer als Auftragnehmer) vertraglich übernommen worden sind²⁵⁰. Sie werden im Rahmen von Immobilienentwicklungen i.d.R. individuell ergänzt bzw. abgeändert, um den konkreten Bedürfnissen der Beteiligten Rechnung zu tragen. So werden etwa die unter Ziff. 4.33 LHO 102

²⁴³ Zu den typischen Entwicklungs-Risiken siehe oben, Ziff. 3.3.

²⁴⁴ Zu den gängigen Methoden zur Berechnung der Wirtschaftlichkeit siehe oben, Ziff. 2.2.2.1.

²⁴⁵ Bone-Winkel, Isenhöfer, Hofmann & Franz, 2016, S. 193 – 205.

²⁴⁶ Zum Begriff der «Planer» und der Vielfalt der von diesen erbrachten Leistungen siehe oben, Ziff. 2.3.2.1.

²⁴⁷ Gauch & Middendorf, 2019, S. 13 – 14.

²⁴⁸ Zu einem aktuellen Überblick über die Qualifikation von Verträgen über Planerleistungen, über die Erstellung von Kostenvoranschlag und Gutachten, über die Vergabe von Arbeiten und über die Bauleitung sowie zur Qualifikation des sog. Gesamtvertrages siehe Gauch & Middendorf, 2019, S. 17 – 31.

²⁴⁹ Bspw. Architekten: SIA-Ordnung 102; Bauingenieure: SIA-Ordnung 103; Landschaftsarchitekten: SIA-Ordnung 105; Geologen: SIA-Ordnung 106; etc.

²⁵⁰ Gauch & Middendorf, 2019, S. 41.

(Bewilligungsverfahren) aufgeführten Planungsleistungen des Architekten häufig jenen unter Ziff. 4.32 LHO 102 (Bauprojekt) vorgezogen, oder die Fälligkeit der Honorare wird vom Erreichen bestimmter Ziele (bspw. Rechtskraft Baubewilligung) abhängig gemacht.

Gegenstand von Planerverträgen ist namentlich auch die Pflicht der Planer, den Auftraggeber über die zu erwartenden Baukosten zu informieren und die effektiven mit den prognostizierten Kosten abzugleichen; die Verletzung der Pflicht zur *Kosteninformationen* und *Kostenkontrolle* kann u.U. zur Haftung des Planers²⁵¹ führen. Die LHO sehen nach Massgabe des Projektfortschritts zunehmende Genauigkeitsgrade (besser: abnehmende Unge- nauigkeitsgrade²⁵²) vor: LHO 102 legt den «Genauigkeitsgrad» der sog. *Kostenschätzung* im Rahmen des Vorprojekts bei +/- 15 % (LHO 102, Ziff. 4.31), jenen des sog. *Kostenvor- anschlages* im Rahmen des Bauprojekts bei +/- 10 % fest (LHO 102, Ziff. 4.32); im Rah- men der Ausschreibung erfolgt schliesslich die Revision der Kostenermittlung «aufgrund der Angebote [durch die Unternehmer; Anm. d. Verf.] und Vergleich mit dem Kostenvor- anschlag» (LHO 102, Ziff. 4.41). Konsequenterweise werden die Kosten mit zunehmen- den Projektfortschritt unter Zuhilfenahme zusätzlicher Ebenen des BKP²⁵³ dargestellt.

4.3.3 Grundstücksorganisation

Unter dem Begriff der *Grundstücksorganisation* werden im Rahmen dieser Arbeit jene Massnahmen zusammengefasst, welche das Grundstück nach Massgabe der im Entwick- lungsprojekt verfolgten Zwecke in rechtlicher Hinsicht verändern und Ausdruck in ent- sprechenden *Eintragungen*, *Vormerkungen* und *Anmerkungen* im Grundbuch (bzw. deren Löschung oder Abänderung) finden. Dabei kann es sich namentlich um die *Teilung* («Par- zellierung»), um die *Vereinigung* (bspw. zwecks Arealüberbauung)²⁵⁴ oder die Begünsti- gung bzw. Belastung eines Grundstücks mittels *Dienstbarkeiten* (bspw. zwecks Erschlies- sung) handeln. Im Folgenden soll auf zwei, im Rahmen von Immobilienentwicklungen häufige Massnahmen der Grundstückorganisation eingegangen werden; im Übrigen wird zu Rechtsgrund, Inhalt und Form der möglichen Eintragungen auf die allgemeine Litera- tur²⁵⁵ verwiesen.

Auf dem Grundstück kann insbesondere *Stockwerkeigentum* errichtet werden. Dazu gibt der Grundeigentümer gegenüber dem Grundbuchamt die (öffentlich zu beurkundende) Er-

²⁵¹ Zur Haftung des Planers für pflichtwidrig unterlassene, unzutreffende bzw. ungenügender Kosteninformationen und/oder Kostenkontrolle siehe ausführlich Siegenthaler, 2019, S. 498 – 532.

²⁵² So Siegenthaler, 2019, S. 507.

²⁵³ Dazu oben, Ziff. 3.2.1.

²⁵⁴ Beachte die Pflicht zur Bereinigung von Lasten und Rechten bei Teilung und Vereinigung in Art. 974a und 974b ZGB sowie Brückner & Kuster, 2016, S. 560 – 570.

²⁵⁵ Bspw. Schmid, J. & Hürlimann-Kaup, B. (2017). *Sachenrecht*. Zürich et al.: Schulthess Juristische Medien AG.

klärung ab, dass das Grundstück in Miteigentumsanteile aufzuteilen und diese zu Stockwerkeigentum auszugestalten seien²⁵⁶. Die Eintragung von Stockwerkeigentum kann vor Erstellung des Gebäudes erfolgen (so der Ingress vor Art. 69 GBV), was voraussetzt, dass mit der Anmeldung der Erklärung auch der (provisorische) Aufteilungsplan eingereicht wird (Art. 69 Abs. 1 GBV)²⁵⁷. Mit der Eintragung in das Grundstück ist das Stockwerkeigentum begründet, wodurch die einzelnen Stockwerkeinheiten verkauft werden können («Kauf ab Plan»)²⁵⁸.

Das Grundstück kann sodann durch eine *Ausnutzungsübertragung* begünstigt werden. In welcher Form eine Ausnutzungsübertragung zu erfolgen hat, ist nicht abschliessend geklärt (und in den kantonalen Planungs- und Baugesetzen wenn überhaupt, dann unterschiedlich geregelt). Klar ist, dass die Übertragung der Zustimmung des belasteten Eigentümers bedarf, was durch *einfache Schriftlichkeit* erfolgen kann²⁵⁹. Über die Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen den involvierten Grundeigentümern besteht im Schrifttum Uneinigkeit²⁶⁰. Unabhängig von der rechtlichen Qualifikation der Ausnutzungsübertragung fordern einzelne kantonale Planungs- und Baugesetze zwecks Publikation der «Ausnutzungskonsumation» auf dem abtretenden Grundstück die Eintragung einer (privatrechtlichen) Dienstbarkeit zugunsten der Öffentlichkeit i.S.v. Art. 781 ZGB.

4.3.4 Einspracheverzichtvereinbarungen

In der Praxis häufig sind sodann sog. *Einspracheverzichtvereinbarungen*. Darunter kann ein Vertrag verstanden werden, «worin die eine Partei (der Nachbar) gegenüber einer anderen Partei (tatsächliche oder künftige Bauherrin) verspricht, auf die Erhebung eines Rechtsbehelfs gegen ein Bauvorhaben zu verzichten oder einen bereits erhobenen Rechtsbehelf zurückzuziehen»²⁶¹. Soweit es sich um den mit Blick auf die Risikominimierung interessierenden Verzicht auf die künftige Erhebung eines Rechtsbehelfes geht, muss hinsichtlich dessen Wirksamkeit differenziert werden: Die Verzichtvereinbarung ist unter den Parteien grundsätzlich rechtswirksam. Vorbehalten bleiben die Schranken der Rechtsordnung und namentlich das *Verbot der Sittenwidrigkeit* i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB. Dieses kann etwa dadurch verletzt werden, wenn der Verzichtende mit der angedrohten Einsprache lediglich verfahrensfremde Zweck verfolgen, sich bspw. bereichern bzw. sein Einspracherecht «vergolden» will. Aber selbst dann, wenn die Rechtswirksamkeit der Vereinbarung unter den Parteien bejaht wird, hindert diese die verzichtende Partei nicht daran,

²⁵⁶ Schrader, 2016, S. 79.

²⁵⁷ Zu weiteren Voraussetzungen vgl. Schrader, 2016, S. 75 – 80.

²⁵⁸ Dazu unten, Ziff. 4.5.4.

²⁵⁹ Fritzsche, Bösch, Wipf & Kunz, 2019, S. 933.

²⁶⁰ Siehe zu den unterschiedlichen Standpunkten Piotet, 2000, S. 41 - 42.

²⁶¹ Lustenberger, 2008, S. 9.

gleichwohl (und rechtswirksam) Einsprache zu erheben: Art. 27 Abs. 1 ZGB schützt neben der rechtsgeschäftlichen auch die prozessuale Handlungsfähigkeit, weshalb der Verzichtende weiterhin rechtswirksam Rechtsbehelfe ergreifen kann²⁶². Da er dadurch jedoch vertragliche Verpflichtungen gegenüber dem Bauherrn verletzt, steht diesem grundsätzlich die Möglichkeit offen, sich den ihm dadurch entstandenen Schaden gestützt auf Art. 97 ff. OR vom Verzichtenden ersetzen zu lassen.

4.3.5 Exkurs: Baurechtliche Vorentscheide

Die Einholung sog. *baurechtlicher Vorentscheide* soll über die Zulässigkeit kritischer, isolierter Teilaspekte eines Baugesuchs verbindlich Klarheit schaffen. Das Bundesgericht hat die Zulässigkeit baurechtlicher Vorentscheide unter strengen Voraussetzungen bejaht. So fordert es, dass Dritte ihre Interessen (und namentlich ihr Beschwerderecht) wahren konnten, weshalb auch ein Vorentscheid Aussteckung, öffentliche Ausschreibung und Planauflage²⁶³ erfordert, um Verbindlichkeit zu erlangen. Änderungen der Verhältnisse vorbehalten, ist ein solcher Vorentscheid nicht nur für die Behörden, sondern auch für Dritte verbindlich²⁶⁴. Ausserhalb dieses (formellen) Vorentscheidverfahrens hat das Bundesgericht auch dem sog. informellen Verwaltungshandeln enge Grenzen gesetzt, um der Gefahr einer unzulässigen Vorbefassung zu begegnen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass eine unverbindliche Stellungnahme der Behörden zulässig, die umfangreiche und detaillierte Beantwortung konkreter, projektbezogener Fragen kritisch und die eigentliche Beratung oder Begleitung unzulässig ist²⁶⁵. STALDER & TSCHIRKY sehen im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung nurnmehr «wenig Raum für informelles-kooperatives Verwaltungshandeln», fordern aber weiterhin die Zulässigkeit der «Beantwortung konkreter Fragen», um Leerläufe zu verhindern²⁶⁶.

4.4 Projektrealisierung

4.4.1 Ausgangs- und Interessenlage

Diese Einheit besteht in der baulichen Realisierung des im Rahmen der Projektkonzipierung entwickelten und rechtskräftig bewilligten Bauprojekts. Dabei übernimmt der Projektentwickler die Rolle des Bauherrn. Mit anderen Worten obliegen ihm «Management und

²⁶² Lustenberger, 2008, S. 82.

²⁶³ Dazu oben, Ziff. 3.3.3.

²⁶⁴ BGer 1P.224/1991 vom 09.09.1992, E. 2b (ZBl 1994 66 ff.).

²⁶⁵ BGE 140 I 326, E. 6.2. f.

²⁶⁶ Stalder & Tschirky, 2016a, S. 68 – 69.

Controlling von Qualität, Kosten und Terminen»²⁶⁷, wobei er gewisse Managementaufgaben auch auf einen *Bauherrenvertreter* übertragen kann²⁶⁸. Die im Rahmen dieser Einheit abgeschlossenen Verträge sind somit vom Interesse des Immobilienentwicklers geprägt, die typischen Baurisiken²⁶⁹ sachgerecht zu allozieren. Abgeschlossen wird diese Einheit mit der *Abnahme* des vollendeten Werks²⁷⁰.

4.4.2 Bauleistungen

Die Bauleistungen werden von den Unternehmern²⁷¹ auf Grundlage von Werkverträgen erbracht. Es handelt sich um einen vom Gesetzgeber speziell (nämlich in Art. 363 – 379 OR) geregelten Vertragstyp. Im Baualltag findet die SIA-Norm 118 breite Anwendung. Wie die LHO erlangt auch die SIA-Norm 118 in einem konkreten Vertragsverhältnis nur dann Verbindlichkeit, wenn und soweit sie von den Parteien (i.c. dem Entwickler und/oder dem Investor als Bauherr auf der einen und dem Unternehmer auf der anderen Seite) vertraglich übernommen worden sind²⁷². Der Bauherr kann Werkverträge mit einer Mehrzahl von sog. *Teilunternehmern* oder je einen Werkvertrag mit einem sog. *General- oder einem Totalunternehmer* abschliessen²⁷³; Koordinationsaufwand und -risiko des Bauherrn nehmen nach Massgabe dieser Aufzählung ab, indes nimmt das Klumpenrisiko zu²⁷⁴.

In den Bauwerkverträgen halten die Parteien fest, zu welchem Preis, in welcher Qualität und bis zu welchem Zeitpunkt das Bauwerk herzustellen ist²⁷⁵. Ausserdem enthalten die Bauwerkverträge Regeln, welche Partei unter welchen Voraussetzungen und in welcher Form für Mehrkosten, Mängel und Verzögerungen einzustehen hat²⁷⁶. Die Bauwerkverträge stellen im Rahmen von Entwicklungen entscheidende Instrumente zur gezielten Allokation typischer Entwicklungs- bzw. Baurisiken dar; zu deren Ausgestaltung kann auf die allgemeine Literatur²⁷⁷ verwiesen werden.

²⁶⁷ Bone-Winkel, Isenhöfer, Hofmann & Franz, 2016, S. 205 und 206.

²⁶⁸ Vgl. SIA-Norm 118, Art. 33 – 35.

²⁶⁹ Dazu oben, Ziff. 3.3.4.

²⁷⁰ Zur Bedeutung dieser Begriffe siehe SIA-Norm 118, Art. 157.

²⁷¹ Dazu oben, Ziff. 2.3.2.2.

²⁷² So sinngemäss die Präambel der SIA-Norm 118, S. 2.

²⁷³ Zu diesen Begriffen und weiteren Formen der Zusammenarbeit zwischen Bauherren und Unternehmer siehe Gauch, 2019, S. 103 – 119, oder SIA-Merkblatt 2007, Qualität im Bauwesen, S. 33 und 36.

²⁷⁴ So sinngemäss auch Stöckli, 2007, S. 11.

²⁷⁵ Vgl. Schumacher & König, 2017, S. 2.

²⁷⁶ Zu ausgewählten werkvertraglichen Risikoregeln im Gesetz sowie in der SIA-Norm 118 siehe Stöckli, 2007, S. 12 – 21 und S. 22 – 27.

²⁷⁷ Statt vieler: Gauch, P. (2019). *Der Werkvertrag*. 6. Auflage. Zürich et al.: Schulthess Juristische Medien AG, und Stöckli, H. (2007). Baurisiken und ihre Verteilung. In H., Stöckli (Hrsg.). *Schweizerische Baurechtstagung 2007*. Fribourg: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht

4.4.3 Planungsleistungen

Planungsleistungen werden auch im Rahmen der Projektrealisierung erbracht: Zu nennen sind etwa Ausschreibungsplanung, Ausschreibung und Vergabe (LHO 102, Ziff. 4.41), Ausführungs- und Detailplanung (LHO 102, Ziff. 4.51) oder Bauleitung und Kostenkontrolle²⁷⁸ (LHO 102, Ziff. 4.52). Diese Leistungen können Gegenstand von Planerverträgen sein. Sie können aber auch im Rahmen eines Totalunternehmerwerkvertrages auf den Unternehmer übertragen werden

4.5 Projektvermarktung

4.5.1 Ausgangs- und Interessenlage

Unter dem Begriff «Projektvermarktung» können Marketing, Vermietung und/oder Verkauf des Immobilienentwicklungsprojekts verstanden werden²⁷⁹. Nachdem sich Immobilienentwicklungsprojekte gerade auch dadurch charakterisieren, dass sie sich über den ganzen Prozess hinweg am Nutzer- und Investorenmarkt orientieren²⁸⁰ und folglich alle vier Einheiten Marketingelemente beinhalten, umfasst die Einheit «Projektvermarktung» gezielte Massnahmen zur Ansprache und Bindung von Nutzern, Betreibern und/oder Endabnehmern. Die Einheit der Projektvermarktung endet mit der Sicherung einer bestimmten Nutzung, ausgedrückt durch eine bestimmte Vermietungsquote und/oder Verkaufsquote.

4.5.2 Vermittlung

Zur gezielten Ansprache von potentiellen Nutzern, Betreibern, Investoren oder Endabnehmern wenden sich Immobilienentwickler häufig an spezialisierte Makler. Diese übernehmen den Auftrag, gegen eine Vergütung Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen («*Nachweismakler*») oder den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln («*Vermittlungsmakler*»). Beim abzuschliessenden Vertrag kann es sich namentlich um Mietverträge, Grundstückkaufverträge, aber auch um Verträge mit Betreibern, Investoren oder Finanzierern handeln. Der Maklervertrag ist in Art. 412 – 418 OR geregelt, wobei subsidiär die Bestimmungen des Auftragsrechts anwendbar sind (Art. 412 Abs. 1 i.V.m. Art. 394 ff. OR).

Wie sogleich darzulegen sein wird, werden in Immobilienentwicklungen Miet- oder Kaufverträge häufig unter (*aufschiebenden*) Bedingungen abgeschlossen. Das Gesetz sieht in Art. 413 Abs. 2 OR für diesen Fall vor, dass die Maklerprovision erst mit dem Eintritt der

²⁷⁸ Dazu oben, Ziff. 4.3.2.

²⁷⁹ Bone-Winkel, Isenhöfer, Hofmann & Franz, 2016, S. 207; Held, 2010, S. 125.

²⁸⁰ Dazu oben, Ziff. 2.1.2.

Bedingung geschuldet sein soll. Ansonsten ist der Abschluss des Vertrages (bspw. die öffentliche Beurkundung des Kaufvertrages), nicht aber dessen Vollzug massgebend. Es ist jedoch den Parteien überlassen, den Provisionsanspruch an andere Bedingungen zu knüpfen.

4.5.3 Vermietung

Häufig werden die Realisierung von Anlageobjekten bzw. der Baubeginn, von einem bestimmten Vermietungsstand abhängig gemacht; solches wird i.d.R. auch von Finanzinstituten und Investoren gefordert²⁸¹. Die frühzeitige Anbindung von sog. *Anker- oder Magnetmietern*²⁸² wird aber oft auch deshalb angestrebt, um die Nutzung von Flächen mit schlechter Drittverwendbarkeit (bspw. Hotels, Ladenlokale etc.) oder (namentlich in Shopping-Center) einen bestimmten Branchenmix zu sichern²⁸³. Zwecks Minimierung des Vermarktungsrisikos²⁸⁴ besteht mithin das Bedürfnis, Mietverträge über Wohn- und namentlich Geschäftsräume zu einem Zeitpunkt abzuschliessen, in dem diese noch gar nicht gebaut, vielleicht noch nicht einmal Gegenstand einer rechtskräftigen Baubewilligung, sind. Dies ist rechtlich ohne Weiteres möglich, wobei die Parteien Fläche, Lage, Verwendungszweck und Ausbaustandard der Mietsache mit Vorteil vertraglich festhalten. Häufig werden derartige Mietverträge aufschiebend bedingt und/oder auf Termin abgeschlossen, so dass diese bspw. innert einer bestimmten Frist nach Eintritt der Rechtskraft der Baubewilligung in Kraft treten. Mietverträge über Ladenflächen in Shopping-Center können sodann Bestimmungen zur Betriebs- und Gebrauchspflicht zulasten des Betreibers sowie sog. *Konkurrenzfreihalteklauseln* beinhalten, welche den Vermieter verpflichten, keine Ladengeschäfte aus dem gleichen Segment zuzulassen²⁸⁵.

Wird das vermietete Grundstück im Rahmen des weiteren Projektverlaufs verkauft, so gehen die Mietverhältnisse auf den Erwerber über (Art. 261 Abs. 1 OR); diesem steht indes (wenn auch unter strengen Voraussetzungen: Art. 261 Abs. 1 lit. a OR) das Recht zu, diese vorzeitig zu kündigen. Angesichts der Schadenersatzpflicht, die diesfalls dem bisherigen Vermieter nach Art. 261 Abs. 3 OR droht, wird dieser im Rahmen des Grundstückkaufvertrages i.d.R. auf eine vertragliche Verpflichtung zur Übernahme der Mietverträge bestehen.

²⁸¹ Dazu oben, Ziff. 2.3.3.

²⁸² Biber, 2017, S. 310.

²⁸³ Biber, 2017, S. 310.

²⁸⁴ Dazu oben, Ziff. 3.3.5.

²⁸⁵ Zur Betriebs- und Gebrauchspflicht und zur Konkurrenzfreihalteklauseel im Einzelnen Biber, 2017, S. 310 – 318.

Schliesslich werden – namentlich für die Dauer der Projektkonzipierung – oft auch befristete Mietverträge abgeschlossen, um dank *Zwischennutzung* (wenn auch i.d.R. eher untergeordnete) Erträge zu erwirtschaften. Um sicherzustellen, dass das Grundstück spätestens bis zum Baubeginn uneingeschränkt zur Verfügung steht, erweist es sich als ratsam, das Erstreckungsrecht des Mieters nach Massgabe von Art. 272a Abs. 1 lit. d OR vertraglich auszuschliessen.

4.5.4 Verkauf

Mit Blick auf die Reduktion des Vermarktungsrisikos besteht das Bedürfnis, das entwickelte Grundstück so früh wie möglich zu verkaufen. Ein frühzeitiger Verkauf ermöglicht oft aber auch, eine (teure) Finanzierung über Finanzinstitute und Investoren durch eine (günstigere) Käuferfinanzierung abzulösen. Diesem Bedürfnis wird der *Kauf ab Plan* gerecht: Wurde auf dem Grundstück Stockwerkeigentum errichtet²⁸⁶, so besteht die Möglichkeit, die Stockwerkeinheiten bereits vor der Erstellung des Gebäudes zu verkaufen. Der Kauf ab Plan kann namentlich in zwei Formen erfolgen: Entweder schliessen die Parteien einen Kaufvertrag über eine künftige Sache ab, der unmittelbar öffentlich beurkundet, aber erst nach Abschluss der Bauarbeiten in das Grundbuch eingetragen wird²⁸⁷. Oder die Parteien schliessen gleichzeitig einen (öffentlich zu beurkundenden) Grundstückkaufvertrag zwecks Übertragung des Stockwerkanteils und einen Werkvertrag über die Errichtung des Bauwerks ab: Im erstgenannten Vertrag steht dem Käufer der Eigentümer bzw. Investor als Verkäufer, im zweitgenannten Vertrag der Entwickler bzw. der Total- oder Generalunternehmer als Bauunternehmer gegenüber²⁸⁸. Dem eigentlichen Kauf ab Plan gehen i.d.R. *Reservationsverträge*²⁸⁹ voraus, die es den Käufern ermöglichen, die Finanzierung durch ihre Bank zu organisieren.

Im Übrigen kann auf die zum Erwerb des zu entwickelnden Grundstücks und namentlich zu den *bedingten Kaufverträgen* gemachten Ausführungen²⁹⁰ verwiesen werden, die – mutatis mutandis – auch für den Verkauf des entwickelten Grundstücks gelten.

²⁸⁶ Dazu oben, Ziff. 4.3.3.

²⁸⁷ Schrader, 2016, S. 75 – 76; Gauch, 2019, S. 107 – 108.

²⁸⁸ Zur Vertragsgestaltung kann bspw. auf Plattner, 2016, S. 14 – 17, verwiesen werden.

²⁸⁹ Schrader, 2016, S. 75, m.w.H.

²⁹⁰ Dazu oben, Ziff. 4.2.2.

4.5.5 Exkurs: Branding

«Sihlcity»²⁹¹, «Europaallee»²⁹², „Lokstadt“²⁹³, etc. – Immobilienentwicklungsprojekte werden, zumindest ab einer bestimmten Grösse, auch als *Marke* positioniert²⁹⁴. Das Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (MSchG) versteht darunter «ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden» (Art. 1 Abs. 1 und 2 MSchG). Das Recht an einem solchen Zeichen entsteht mit der Eintragung im *Markenregister* (Art. 5 MSchG) und besteht darin, dieses exklusiv zur Kennzeichnung von Produkten, d.h. von «Waren oder Dienstleistungen, für die [es] beansprucht wird, zu gebrauchen und darüber zu verfügen» (Art. 13 Abs. 1 MSchG). Das «Produkt» einer Immobilienprojektentwicklung kann im Wesentlichen als Fläche oder Raum umschrieben werden, die mit Blick auf bestimmte Nutzungen konzipiert sind. Es ist der Klasse 36 («Immobilienwesen») des für die Eintragung massgeblichen sog. *Nizzaer Klassifikationsabkommens* (Art. 11 MSchV) zuzuordnen. Zu Projektbeginn lohnt es sich oft, den Markenschutz auch für zusätzliche Klassen zu beanspruchen, um künftigen, spezifischen Nutzungen Rechnung zu tragen.

4.6 Zwischenfazit

Projekte der Immobilienentwicklung bestehen aus einem dichten Netz von Verträgen: «Projektentwicklung stellt erst einmal im Wesentlichen ein Vertragsmanagement dar, bei dem Projektkohärenz zwischen den rechtlichen Beziehungen einerseits sowie den technischen und kaufmännischen Anforderungen des Projekts andererseits hergestellt werden muss»²⁹⁵. Eine der Kernaufgabe des Immobilienentwicklers (und der beigezogenen Juristen) besteht darin, «die einzelnen Verträge so auszuhandeln, dass sie in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht das gewünschte Projektergebnis vorwegnehmen, alle Risiken auf dem Weg dahin jedoch beherrschbar machen»²⁹⁶.

Der erwähnte «Weg» lässt sich sodann in Einheiten gliedern, die sich durch ihren Beitrag zu spezifischen und messbaren *Wertschöpfungen* definieren. Dabei markiert der Abschluss jeder Einheit die Möglichkeit, «diese Wertschöpfung potenziell umzusetzen, d.h. einen Projektausstieg (Exit) anzustreben»²⁹⁷. Das Ende einer Wertschöpfungsstufe (bzw. einer der oben beschriebenen Einheiten) kann durch «spezielle Ergebnisse in Form von Produkten, Leistungen oder Dokumenten» charakterisiert werden, «die einen unveränderlichen

²⁹¹ Swissreg Nr. P-487550.

²⁹² Swissreg Nr. 637786.

²⁹³ Swissreg Nr. 700017.

²⁹⁴ Wetzel, 2007, S. 140.

²⁹⁵ Goepfert, 2016, S. 335.

²⁹⁶ Bone-Winkel, Isenhöfer, Hofmann & Franz, 2016, S. 206.

²⁹⁷ Bone-Winkel & Fischer, 2008, S. 582 – 583.

Charakter haben»²⁹⁸: Die Projektakquisition in Form eines Grundstück- oder anderen Sicherungsvertrages, die Projektkonzipierung in Form einer rechtskräftigen Baubewilligung (bzw. einer rechtskräftig genehmigten Sondernutzungsplanung), die Projektrealisierung in Form der Werkabnahme und die Projektvermarktung in Form von Miet- oder Kaufverträgen (bzw. eines bestimmten Vermietungs- oder Verkaufsstandes).

Dabei kommen im Wesentlichen drei verschiedene *Exit-Szenarien* in Betracht²⁹⁹: Der Exit erfolgt auf der niedrigsten Stufe der Wertschöpfung, wenn das Projekt lediglich bis zur «Baureife» entwickelt und bereits vor der Bauphase (mit der Planung und evt. bereits mit der rechtskräftigen Baubewilligung) veräussert wird. Die höchste Stufe der Wertschöpfung ist demgegenüber erreicht, wenn der Immobilienentwickler das Projekt bis zu seiner baulichen Vollendung auf eigene Risiken und eigene Rechnung durchführt. In der Praxis häufige Zwischenstufen werden dadurch ermöglicht, dass der Immobilienentwickler das Projekt zwar bis zur baulichen Vollendung durchführt, sich jedoch bereits in einem frühen Stadium an einen oder mehrere Investoren bindet und sich von diesem mit Eigenkapital ausstatten lässt³⁰⁰. Die Festsetzung von Wertschöpfungsstufen ermöglicht die Schaffung einer integrierten Leistungs- und Entschädigungsstruktur³⁰¹. Auf deren vertragliche Abbildung wird weiter unten näher einzugehen sein³⁰².

5. Die Investitionen in Immobilienentwicklungen und deren vertragsrechtliche Ausgestaltung

5.1 Ausgangslage

Allen Geschäftsmodellen in der Immobilienentwicklung³⁰³ ist gemein, dass der Entwickler im Rahmen seiner eigenen Leistungserbringung in mehr oder weniger grossem Ausmass Dienstleister (Planer, Unternehmer, Makler, etc.) beizieht und die entsprechenden Vertragsbeziehungen entweder als Ganzes, in Teilen oder analog i.d.R. mühelos *gesetzlichen Vertragstypen* (Werkvertrag, Auftrag, Maklervertrag) zugeordnet werden können³⁰⁴. Gleiches gilt für die Verträge, welche die Sicherung, den Erwerb, den Verkauf oder die Vermietung von Grundstücken oder die Überlassung von Geldmitteln im Rahmen einer klassischen Finanzierung zum Gegenstand haben: Für diese Rechtsgeschäfte stellt das Gesetz

²⁹⁸ Held, 2010, S. 107.

²⁹⁹ Goepfert, 2016, S. 336 – 337.

³⁰⁰ Sog. *Forward Deals*, vgl. Goepfert, 2016, S. 337, 339 – 342.

³⁰¹ Bone-Winkel & Fischer, 2008, S. 581.

³⁰² Dazu unten, Ziff. 5.3.2, 5.4.2.3 und 5.4.3.6.

³⁰³ Dazu oben, Ziff. 2.1.3.

³⁰⁴ Zur Qualifikation von «Planerverträgen» siehe allerdings Gauch & Middendorf, 2019, S. 17 – 31.

je passende Vertragstypen (Kauf-, Miet- und Darlehensverträge) mit unterschiedlich grossen Gestaltungsspielräumen zur Verfügung.

Im Folgenden soll auf die Vertragsbeziehungen zwischen dem Investor und dem Service- bzw. dem Trader-Developer näher eingegangen werden: Deren vertragsrechtliche Qualifikation gestaltet sich i.d.R. weniger eindeutig. Aus drei Gründen kommt ihr indes grosse praktische Bedeutung zu: Erstens entscheidet die Zuordnung eines Vertrags zu einem gesetzlichen Vertragstypus über die Frage, welche gesetzlichen Regeln zur Anwendung gelangen sollen, wenn der konkrete Vertrag *Lücken* aufweist. Zweitens sieht das Gesetz für bestimmte Vertragstypen *zwingende Bestimmungen* vor³⁰⁵, die von den Vertragsparteien nicht rechtswirksam wegbedungen werden können. Dem Willen der Parteien entzogen ist aber auch – drittens – die *rechtliche Qualifikation* ihres Vertrages schlechthin³⁰⁶, weshalb mit dessen blosser Bezeichnung bspw. als «Auftrag», «Darlehensvertrag» etc. noch wenig erreicht ist. Die Parteien tun gerade im Rahmen von Immobilienentwicklungen gut daran, sich bereits bei der Ausarbeitung der Investorenverträgen Gedanken zu deren Zuordnung zu den gesetzlichen Vertragstypen zu machen, um ggf. unter Ausschluss des dispositiven und unter Berücksichtigung des zwingenden Rechts die für ihr Entwicklungsprojekt passende Vertragsstruktur sicherzustellen.

5.2 Vertragskategorien und -typen

Die Qualifikation der Vertragsbeziehungen zwischen Entwickler und Investor hängt vom Zweck ab, welchen diese mit den Verträgen verfolgen. Demnach lassen sich grob *Schuldverträge* und *Gesellschaftsverträge* unterscheiden. Auch diese Unterscheidung hat praktische Bedeutung: Wird im konkreten Fall von einem Gesellschaftsvertrag ausgegangen und sind nicht die (namentlich auch formellen) Voraussetzungen einer anderen Gesellschaftsform erfüllt, so gelangen die zwingenden und (bei Vertragslücken) die dispositiven Regeln³⁰⁷ der *einfachen Gesellschaft* i.S.v. Art. 530 ff. OR zur Anwendung. Möglich (und gerade in Fällen alternativer Beteiligungsfinanzierungen geradezu typisch) ist die Koexistenz von Schuld- und Gesellschaftsverträgen.

5.2.1 Zweiseitige Schuldverträge

Schuldverträge zeichnen sich durch Verpflichtungen aus, die direkt zwischen den Beteiligten, den ihre Willenserklärungen austauschenden Parteien, entstehen³⁰⁸. Sie können

³⁰⁵ So bspw. für den Auftrag das jederzeitige Auflösungsrecht i.S.v. Art. 404 OR oder für die einfache Gesellschaft die persönliche, primäre und ausschliessliche, unbeschränkte und solidarische Haftung für Gesellschaftsschulden i.S.v. Art. 544 Abs. 3 OR.

³⁰⁶ BGE 84 II 493, 496; BGE 99 II 313.

³⁰⁷ Zu den dispositiven und zwingenden Normen der einfachen Gesellschaft siehe Knobloch, 2013, S. 553 – 554.

³⁰⁸ Meier-Hayoz, Forstmoser & Sethe, 2018, S. 29.

weiter unterteilt werden in *Austauschverträge* («bei denen *jeder* Kontrahent nur seine *eigenen* Zwecke verfolgt»), *Geschäftsbesorgungsverträge* («welche die Förderung nur *eines* Kontrahenten bezwecken»); hier handelt es sich um die in der immobilienwirtschaftlichen Lehre untersuchten «Delegationsbeziehungen»³⁰⁹) und *partiarische Verträge* («bei denen ein Kontrahent sich am Erfolg beteiligt, den der *andere* erzielt»)³¹⁰. Unter die erste Kategorie fallen etwa Kauf-, Miet- oder Darlehensverträge³¹¹, unter die zweite Auftrags-, Werk- oder Maklerverträge³¹². Bei partiarischen Rechtsgeschäften handelt es sich ebenfalls um zweiseitige Schuldverträge, bei denen das Entgelt für die Leistung des einen Vertragspartners ganz oder teilweise vom wirtschaftlichen Erfolg des anderen Vertragspartners abhängig gemacht wird³¹³.

5.2.2 Gesellschaftsverträge

Von den Schuldverträgen unterscheidet sich der Gesellschaftsvertrag «durch die Vereinbarung eines von allen Kontrahenten angestrebten gemeinsamen Zwecks und der Bereitschaft eines jeden, zum Erreichen dieses Zwecks einen Beitrag zu leisten»³¹⁴. Im Gegensatz zu Schuldverträgen entstehen die Verpflichtungen zwischen dem Einzelnen und der Gemeinschaft³¹⁵. Ausschlaggebend sind die gemeinsame Zweckverfolgung und die Verpflichtung jedes Gesellschafters, dazu einen (wie auch immer gearteten, aber geeigneten) Betrag zu leisten und einen allfälligen Verlust mitzutragen³¹⁶.

Bei der *einfachen Gesellschaft* i.S.v. Art. 530 OR ff. (von welcher in den folgenden Überlegungen ausgegangen wird) sind die Parteien in der vertraglichen Ausgestaltung von Art und Umfang der Beitragspflicht und der Verlusttragung (und deren Verhältnis zur Gewinnbeteiligung) frei³¹⁷. Der Beitrag muss leidglich geeignet sein, die Erreichung des Zwecks zu fördern, und kann bspw. in Form von «Geld, Sachen, Forderungen oder Arbeit» (Art. 531 Abs. 1 OR) geleistet werden. Während der Beitrag des Entwicklers im Rahmen einer Immobilienentwicklung i.d.R. in Arbeits- bzw. Dienstleistungen besteht, verpflichtet sich der Investor typischerweise dazu, der Projektgesellschaft das zu entwickelnde Grundstück im Sinne einer Sacheinlage vorzuhalten: Sei es, indem er dieses der Gesellschaft zu Eigentum überträgt («*quoad dominium*») oder aber zum Gebrauch («*quoad usum*») bzw.

³⁰⁹ Dazu oben, Ziff. 2.4.

³¹⁰ Meier-Hayoz, Forstmoser & Sethe, 2018, S. 29 – 30.

³¹¹ Dazu oben, Ziff. 4.2.2, 4.5.4, 4.5.3 und 2.3.3.

³¹² Dazu oben, Ziff. 4.3.2, 4.4.2 und 4.5.2.

³¹³ Meier-Hayoz, Forstmoser & Sethe, 2018, S. 32 – 33, welche auf das partiarische Darlehen oder den Auftrag mit Erfolgshonorar verweisen.

³¹⁴ Meier-Hayoz, Forstmoser & Sethe, 2018, S. 25.

³¹⁵ Meier-Hayoz, Forstmoser & Sethe, 2018, S. 29.

³¹⁶ Meier-Hayoz, Forstmoser & Sethe, 2018, S. 26.

³¹⁷ Meier-Hayoz, Forstmoser & Sethe, 2018, S. 27 – 29.

lediglich dem Wert nach überlässt («*quoad sortem*»)³¹⁸. Im ersten Fall erlangen die Gesellschafter (mangels anderer vertraglicher Ausgestaltung) Gesamteigentum am Grundstück, im zweiten Fall ein dem Mietvertrag ähnliches Gebrauchsrecht; im dritten Fall verzichtet der Grundstückeigentümer gegenüber seinen Mitgesellschaftern für die Dauer der Gesellschaft auf die Ausübung der aus dem Eigentum fließenden Rechte³¹⁹.

Gesellschaftsverträge grenzen sich von den Austauschverträgen sodann durch die *Mitbestimmungs- und Kontrollrechte* ab, welche gerade bei Beteiligungsfinanzierungen helfen, Verhaltensunsicherheiten abzubauen³²⁰. Das Gesetz sieht für die einfache Gesellschaft sogar vor, dass die Geschäftsführung mangels gegenteiliger Anordnung allen Gesellschaftern zustehe (Art. 535 Abs. 1 OR) und dass der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter das unentziehbare Recht habe, persönlich Einsicht in die «Geschäftsbücher» zu nehmen, um seine Beteiligung an Erfolg und Verlust nachvollziehen und seine verbleibenden Mitwirkungsrechte sinnvoll ausüben zu können³²¹.

Der Gesellschaftszweck grenzt nicht nur die Art der Beiträge ein, sondern bestimmt auch über das Ende der Gesellschaft: Ist der Zweck erreicht (oder dessen Erreichung unmöglich geworden), so wird die Gesellschaft ohne Weiteres aufgelöst (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Gleiches gilt für eine ganze Reihe weiterer *Auflösungsgründe*, darunter auch für die Kündigung durch einen Gesellschafter, «wenn eine solche im Gesellschaftsvertrage vorbehalten oder wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Dauer (...) eingegangen worden ist» (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 OR; zu den Voraussetzungen der ordentlichen Kündigung siehe Art. 546 OR; zur Kündigung aus wichtigem Grund siehe Art. 545 Abs. 2 OR).

Mit der Auflösung tritt die Gesellschaft in ihre *Liquidationsphase*, indem Schulden gegenüber Dritten beglichen, die Einlagen an die Gesellschafter zurückerstattet und Überschuss bzw. Fehlbetrag unter den Gesellschaftern aufzuteilen sind (Art. 548 – 549 OR). Bei der Rückerstattung von Sacheinlagen (i.c. in Form von Grundstücken) ist zu unterscheiden: Wurde das Grundstück zu Eigentum eingebracht, so hat der einlegende Gesellschafter lediglich einen obligatorischen Anspruch auf Ersatz jenes Wertes, den das Grundstück im Zeitpunkt der Einlage hatte (Art. 548 Abs. 2 und 3 OR). Wurde das Grundstück zum Gebrauch oder dem Wert nach eingebracht, so fällt es grundsätzlich ungeachtet der Wertveränderung an den einbringenden Eigentümer zurück. Allerdings gesteht die bundesgerichtliche Rechtsprechung den übrigen Gesellschaftern eine Beteiligung an der Wertveränderung zu, sofern diese auf der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft beruht (was bei Projekten

³¹⁸ Vgl. Meier-Hayoz, Forstmoser & Sethe, 2018, S. 367.

³¹⁹ Handschin, 2016, S. 10.

³²⁰ Siehe oben, Ziff. 2.4.

³²¹ Meier-Hayoz, Forstmoser & Sethe, 2018, S. 372 – 373.

der Immobilienentwicklung der Fall ist): Dann stellt die Wertveränderung Gesellschaftsgewinn bzw. -verlust dar und fliesst in die Berechnung des Liquidationssaldos der Gesellschaft ein³²².

5.3 Service-Developer

5.3.1 Ausgangs- und Interessenlage³²³

Der Service-Developer³²⁴ fördert durch seine Planungs-, Realisierungs- und Vermarktungsleistungen die vom Investor verfolgten Zwecke. Diese Leistungen sind demnach typischerweise Gegenstand einer Reihe von *Geschäftsbesorgungsverträgen*, welche i.d.R. gesetzlichen Vertragstypen zugeordnet werden können (Auftrag, Werkvertrag, Maklervertrag³²⁵). Der Investor, der einen Immobilienentwickler lediglich im Sinne eines Service-Developer bezieht, betrachtet die Immobilienentwicklung häufig als sein «eigenes» Projekt. Zwecks Wahrung seiner eigenen unternehmerischen Freiheit wird er regelmässig das Bedürfnis haben, vom Entwickler Leistungen einzeln bzw. etappenweise abrufen zu können, ohne diesem einen durchsetzbaren (vorvertraglichen, bedingten oder terminierten) Anspruch auf Übertragung weiterer Geschäfte im Rahmen des nämlichen Entwicklungsprojekts einzuräumen. Vor diesem Hintergrund besteht für den Investor wenig Anlass, zusätzliche Anreizmechanismen in Form einer erfolgsabhängigen Entschädigung zu vereinbaren. Eine solche kann sich jedoch dann als zweckmässig erweisen, wenn die Leistungen ausnahmsweise als Ganzes, im Rahmen eines Gesamtvertrages, auf den Entwickler übertragen werden.

5.3.2 Ausgestaltung der Entschädigung

Zur vertraglichen Ausgestaltung der Entschädigungen im Rahmen der zur Diskussion stehenden Geschäftsbesorgungsverträge kann auf die vorhandene Literatur³²⁶ verwiesen werden. Die Entschädigung kann im Wesentlichen in zeitlicher und/oder in quantitativer Hinsicht vom Projekterfolg abhängig gemacht werden: Es kann sich etwa als sachgerecht erweisen, die Fälligkeit der Entschädigung (oder eines Teils derselben) vom Erreichen bestimmter Meilensteine abhängig zu machen, wobei diese sinnvollerweise dem Abschluss

³²² Meier-Hayoz, Forstmoser & Sethe, 2018, S. 381; BGer 4A_485/2013 vom 04.03.2014, E. 6.1; BGer 4A_21/2014 vom 07.01.2015, E. 3; BGer 4A_245/2016 vom 19.12.2016, E. 3.

³²³ Zur grafischen Übersicht siehe [Anhang 4](#).

³²⁴ Zur Definition oben, Ziff. 2.1.3.

³²⁵ Zu den «Planerverträgen» siehe indes oben, Ziff. 4.3.2.

³²⁶ Zum Planerhonorar siehe Egli & Stöckli, 2019, S. 289 – 366, zum Werklohn umfassend Schumacher, R. & König, R. (2017). *Die Vergütung im Bauwerkvertrag. Grundvergütung und Mehrvergütung*. Zürich et al.: Schulthess Juristische Medien AG.

der einzelnen Wertschöpfungsstufen³²⁷ entsprechen. Die Parteien können sodann ein Bonus-System vereinbaren. Da der Service-Developer i.d.R. keine umfassende Einsicht in die Geschäftsangelegenheiten des Investors hat³²⁸, müssen dafür klare und überprüfbare Kriterien bestimmt werden: Als praktikabel erweist sich etwa dessen Beteiligung an der Unterschreitung bestimmter Kosten. An die (vollständige) Bezahlung der Entschädigung wird schliesslich die Verpflichtung zur Übertragung der Projektrechte vom Service-Developer an den Investor zu knüpfen sein³²⁹.

5.4 Trader-Developer

5.4.1 Übersicht

Der Trader-Developer³³⁰ erbringt seine Leistungen grundsätzlich auf eigene Rechnung und eigenes Risiko. Mangels ausreichenden Eigenkapitals ist der Entwickler indes regelmässig auf einen Kapitalgeber angewiesen. Dessen Rolle besteht in praxi entweder in der Finanzierung des Grundstückserwerbs oder aber darin, die dingliche Berechtigung (Eigentum oder Baurecht) an dem zu entwickelnden (und meist durch den Entwickler vermittelten) Grundstück selbst zu erwerben und dieses exklusiv für das Projekt vorzuhalten. Zusätzlich kann er sich zur Beteiligung an den Kosten der Planungs-, Bau- und Vermittlungsleistungen verpflichten (soweit diese nicht durch den Entwickler selbst oder die Endabnehmer vorfinanziert werden). Nach Eintritt der Rechtskraft der Baubewilligung erfolgt schliesslich häufig die Ablösung der Finanzierung durch die Endabnehmer («Kauf ab Plan»³³¹). Im Übrigen unterscheiden sich die Modelle nach Massgabe dessen, ob eine klassische oder eine alternative Projektfinanzierung vorliegt:

5.4.2 Klassische Finanzierung

5.4.2.1 Ausgangs- und Interessenlage³³²

In der Praxis ist regelmässig das folgende (idealtypisch dargestellte) Modell anzutreffen, welches als Ausdruck einer *klassischen Finanzierung*³³³ qualifiziert werden kann: Dabei überlässt der Finanzierungspartner dem Entwickler das Grundstück, an dem er (auf Vermittlung durch den Entwickler) von einem Dritten Eigentum oder ein Baurecht erworben hat, zum Zweck und für Dauer des Projekts exklusiv zum Gebrauch, und zwar verbunden

³²⁷ Dazu oben, Ziff. 4.1.

³²⁸ Dazu unten, Ziff. 5.2.2.

³²⁹ Dazu oben, Ziff. 2.3.2.1.

³³⁰ Zur Definition oben, Ziff. 2.1.3.

³³¹ Dazu oben, Ziff. 4.5.4.

³³² Zur grafischen Übersicht siehe [Anhang 5](#).

³³³ Dazu oben, Ziff. 2.3.3.

mit der Befugnis, dieses baulich zu verändern. Im Gegenzug verfügt der Finanzierungspartner einerseits über einen Anspruch auf Verzinsung des für den Erwerb des Grundstücks aufgebrauchten Kapitals, andererseits über einen solchen auf Rückgabe des zum Gebrauch überlassenen Grundstücks zwecks Veräußerung an den Endabnehmer. Alternativ gewährt der Finanzierungspartner dem Entwickler ein Darlehen zwecks eigenen Erwerbs des Grundstücks, wodurch ihm nebst dem Anspruch auf Verzinsung ein solcher auf Rückzahlung der Darlehensvaluta zusteht. Zusätzlich kann sich der Finanzierungspartner zur Übernahme weiterer Entwicklungskosten verpflichten, wobei die entsprechenden Beträge ebenfalls zu verzinsen und zurückzuerstatten sind. Der Finanzierungspartner hat ein Interesse daran, dass seine Verzinsungs- und Rückerstattungsansprüche angemessen sichergestellt werden³³⁴. Aus dem mit dem Endabnehmer erzielten Nettoerlös (welcher vereinfacht der Differenz zwischen dem Verkaufspreis und dem vom Finanzierungspartner für den Erwerb des Grundstücks aufgebrauchten Kapital entspricht) darf sich der Finanzierungspartner so- dann im Umfang des von ihm für den Erwerb des Grundstücks sowie die Übernahme wei- terer Entwicklungskosten aufgebrauchten Kapitals bezahlt machen³³⁵; der Mehrertrag fließt an den Entwickler.

In diesem Modell verfolgen die Beteiligten je ihre eigenen Zwecke: Der Finanzierungspartner stellt (indirekt und/oder direkt) Kapital zur Verfügung, um eine Verzinsung zu erhalten; der Entwickler beansprucht das Kapital, um einen Entwicklungsgewinn zu erzielen. Es liegen *Austauschverträge* vor, die im Fall der Überlassung des Grundstücks zum Ge- brauch am ehesten (und zumindest analog) den Regeln des Mietvertragsrechts, im Fall der Überlassung von Kapital jenen zum Darlehensvertrag unterstellt sein dürften.

5.4.2.2 Sicherstellung

Ist der Finanzierungspartner Eigentümer des Grundstücks, so profitiert er unmittelbar von der Wertsteigerung, welches dieses durch die im Rahmen der Entwicklung erbrachten Bau- leistungen erfährt³³⁶. Der Risikogehalt der Finanzierung kann zusätzlich dadurch mini- miert werden, dass sich der Entwickler gegenüber dem Finanzierungspartner zur Ablösung von *Bauhandwerkerpfandrechten*³³⁷ sowie zur Übertragung der Rechte an der Planung³³⁸

³³⁴ Dazu sogleich, Ziff. 5.4.2.2.

³³⁵ Dazu unten, Ziff. 5.4.2.3.

³³⁶ Zum Akzessionsprinzip siehe oben, Ziff. 2.1.1.

³³⁷ Dazu oben, Ziff. 2.3.2.2.

³³⁸ Dazu oben, Ziff. 2.3.2.1.

verpflichtet und diese Verpflichtungen ausserdem mittels Bankgarantien oder Bürgschaften sicherstellt. Angesichts des geringen Risikogehaltes ist diese Finanzierung der klassischen Kreditfinanzierung zuzuordnen³³⁹ und entsprechend tief zu verzinsen.

Überlässt der Finanzierungspartner dem Entwickler zwecks Finanzierung des Grundstücks oder weiterer Entwicklungsleistungen hingegen Geldmittel im Rahmen eines Darlehens, wird er regelmässig auf die *grundpfandliche Sicherstellung* seiner Verzinsungs- und Rückerstattungsansprüche bestehen³⁴⁰. Befindet sich das Grundpfand im ersten (bzw. in einem oberen) Rang, liegt wiederum eine klassische Kreditfinanzierung mit tiefer Verzinsung vor.

Die Einräumung eines erstrangigen Grundpfandrechts an dem zu entwickelnden Grundstück führt indes dann zu praktischen Problemen, wenn der Entwickler dieses zu Stockwerkeigentum ausbildet ab Plan³⁴¹ verkaufen möchte: In diesem Fall bestehen auch die käuferseitigen Finanzierungsinstitute auf eine Besicherung durch Grundpfandrechte im ersten Rang. Diesem Interessengegensatz kann dadurch vorgebeugt werden, dass sich der Finanzierungspartner mit einem nachrangigen Grundpfandrecht begnügt und in einem bestimmten Betrag einem sog. *Vorgang* i.S.v. Art. 813 Abs. 2 ZGB zustimmt. Im Gegenzug wird er auf einer höheren Verzinsung und/oder auf einer Erfolgsbeteiligung bestehen. Das Darlehen nimmt dadurch den Charakter einer *Mezzanine*-Finanzierung an³⁴².

5.4.2.3 Verzinsung und Rückerstattung

Angesichts der für Immobilienentwicklungen typischen Unsicherheiten im Zusammenhang mit Zeitpunkt und Höhe der Cash-Flows³⁴³ erweisen sich feste Fälligkeiten und Verzinsungssätze mit Blick auf die Liquidität des Entwicklers oft nicht als sachgerecht. Insbesondere dann, wenn das zu entwickelnde Grundstück zu Stockwerkeigentum ausgebildet und ab Plan³⁴⁴ verkauft werden soll, können die Parteien etwa einen relativ tiefen, periodisch zu entrichtenden Basiszins vereinbaren und im Übrigen übereinkommen, dass das vom Finanzierungspartner für den Erwerb des Grundstücks (und die Finanzierung weiterer Entwicklungsleistungen) aufgebrauchte Kapital nach Massgabe des «Abverkaufs ab Plan» zurückerstattet werden muss (und darf). Diese Fälligkeitsregel wird sodann durch die Garantie seitens des Entwicklers ergänzt, dass der IRR³⁴⁵ auf das vom Finanzierungspartner aufgebrauchte Kapital unter Berücksichtigung von Höhe und Zeitpunkt der effektiven Zins-

³³⁹ Dazu oben, Ziff. 2.3.3.

³⁴⁰ Zu den unterschiedlichen Formen der grundpfandrechtlichen Besicherung siehe oben, Ziff. 2.3.3.

³⁴¹ Dazu oben, Ziff. 4.5.4.

³⁴² Dazu oben, Ziff. 2.3.4.

³⁴³ Dazu oben, Ziff. 2.2.2.1.

³⁴⁴ Dazu oben, Ziff. 4.5.4.

³⁴⁵ Zur *Internal Rate of Return* siehe oben, Ziff. 2.2.2.1.

und Rückerstattungszahlungen auf das Ende der Vertragslaufzeit einen bestimmten Prozentsatz aufweist. Durch eine solche Regelung kann dem Interesse des Entwicklers an einer möglichst flexiblen Liquiditätsplanung und jenem des Finanzierungspartners an einer Verzinsung, die dem Zeitwert des Geldes gerecht wird³⁴⁶, gleichermaßen Rechnung getragen werden.

5.4.3 Beteiligungsfinanzierung (Joint-Venture)

5.4.3.1 Ausgangs- und Interessenlage³⁴⁷

Eine alternative bzw. Beteiligungsfinanzierung (bspw. in Form eines *Joint-Venture*) könnte idealtypisch wie folgt ausgestaltet werden: Investor und Immobilienentwickler bilden eine Projektgesellschaft (wobei in den folgenden Überlegungen von einer einfachen Gesellschaft ausgegangen wird). Der Beitrag des Investors gegenüber der Gesellschaft besteht in der Überlassung des Grundstücks zum Gebrauch, eventuell auch in der Überlassung von Geldmitteln. Der Beitrag des Entwicklers gegenüber der Gesellschaft besteht in Entwicklungsleistungen. Investor und Entwickler sind nach Massgabe eines vereinbarten Schlüssels an Verlust und Erfolg des Projekts (bzw. der Projektgesellschaft) beteiligt. Ausserdem kommen die Parteien in praxi häufig überein, dass der Entwickler einzelne Leistungen (bspw. die Planungs- und Bauleistungen) gegen Entgelt im Rahmen eines separaten, mit der Gesellschaft abzuschliessenden Vertrages (i.c. eines Werkvertrages) erbringt.

Die von den Parteien zu erbringenden Leistungen sind demnach entweder als Beitrag im Sinne der gemeinsamen Zweckverfolgung oder als Gegenstand einer Leistungspflicht im Rahmen eines separaten Schuldvertrages (i.d.R. eines Geschäftsbesorgungsvertrages) zu qualifizieren. Mit der Leistung des Beitrages beteiligt sich der Leistende an Gewinn und Verlust der Projektgesellschaft. Demgegenüber löst die Leistungserbringung in Erfüllung einer Vertragspflicht eine Pflicht zur Leistung eines Entgeltes (bspw. in Form eines Werklohns, eines Honorars oder einer Provision) aus. Dieses Entgelt stellt im Rahmen der Projektgesellschaft erfolgswirksamen Aufwand dar, der unter den Anlagekosten zu verbuchen ist³⁴⁸. Eine klare Zuordnung von Leistungen (und Entschädigungen) erweist sich in der Vertragsgestaltung demnach als entscheidend.

³⁴⁶ Dazu oben, Ziff. 2.2.2.1.

³⁴⁷ Zur grafischen Übersicht siehe [Anhang 6](#).

³⁴⁸ Dazu unten, Ziff. 3.2.1.

5.4.3.2 Zweck

Die Gründung der Projektgesellschaft setzt unter den Projektpartnern Einigung über die gemeinsame Zweckverfolgung und über die Beitragspflicht voraus. Im Rahmen einer Immobilienentwicklung besteht der Zweck i.d.R. in der Errichtung oder der Sanierung eines Bauwerks auf einem bestimmten Grundstück, die auf eine bestimmte Nutzung ausgerichtet ist (Wohnen, Gewerbe, Dienstleistungen u. drgl.). Weiter können die Parteien Art und Umfang der Nutzung, den Zeitrahmen, die Rendite etc. näher umschreiben, wobei es sich als ratsam erweist, diese Merkmale nicht zu eng zu formulieren, sondern lediglich als anzustrebende Ziele zu definieren, um einer allfälligen Unmöglichkeit der Zweckerreichung³⁴⁹ vorzubeugen.

5.4.3.3 Beitrags- und Leistungspflichten

Die Umschreibung von Art und Umfang der Beitragspflichten gegenüber der Projektgesellschaft gestaltet sich mit Blick auf den Investor und den Immobilienentwickler unterschiedlich: Der Investor wird sich regelmässig zum Vorhalten des Grundstücks in einer der drei gängigen Formen³⁵⁰ oder zu dessen Finanzierung verpflichten. Ausserdem kann er sich zu Geldleistungen etwa nach Massgabe der Rechnungen verpflichten, welche im Rahmen der separaten (Geschäftsbesorgungs-)Verträge gegenüber der Gesellschaft gestellt werden.

Die Umschreibung der Beitragspflichten des Entwicklers gestaltet sich i.d.R. weniger eindeutig: Es dürfte in praxi oft sachgerecht sein, die vom Entwickler auf Grundlage der separaten (Geschäftsbesorgungs-)Verträge zu erbringenden Planungs-, Bau- und/oder Vermarktungsleistungen³⁵¹ detailliert, bspw. mittels sog. *Leistungsverzeichnissen*, zu regeln, um sich im Rahmen des Gesellschaftsvertrages mit Blick auf den Entwickler mit relativ weit gefassten Beitragspflichten begnügen zu können. Die Vertragsleistungen können nach Massgabe der zu erzielenden Wertschöpfung weiter zu Einheiten (bspw. Projektakquirierung, -konzipierung, -realisierung und -vermarktung³⁵²) zusammengefasst und mit Meilensteinen versehen werden, welche den Abschluss der einzelnen Wertschöpfungsstufen markieren³⁵³.

³⁴⁹ Dazu oben, Ziff. 5.2.2.

³⁵⁰ Dazu oben, Ziff. 5.2.2.

³⁵¹ Zu deren Ausgestaltung siehe oben, Ziff. 4.3.2, 4.4.2 und 4.5.2.

³⁵² Dazu oben, Ziff. 4.2 ff.

³⁵³ Dazu oben, Ziff. 4.1.

5.4.3.4 Geschäftsführung, Mitbestimmung und Kontrolle

Im Rahmen von Entwicklungsprojekten wird es sich i.d.R. als sachgerecht erweisen, wenn im Innenverhältnis die Geschäftsführung auf den Entwickler übertragen und diesem gegenüber dem Dritten im selben Umfang die Befugnis zur Stellvertretung eingeräumt wird. Sofern der Investor weiterhin alleiniger Grundstückseigentümer oder Baurechtsberechtigter bleibt, stellt er dem Entwickler sodann häufig eine separate, schriftliche Vollmacht aus, was es diesem ermöglicht, sich etwa im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens oder des Verfahrens zur Festsetzung eines Sondernutzungsplanes³⁵⁴ gegenüber den Behörden als Vertreter zu legitimieren. Je grösser die (internen und externen) Handlungsspielräume des Immobilienentwicklers sind, desto wirkungsvoller kann er seine Kernkompetenzen im Sinne der gemeinsamen Zweckverfolgung ausüben.

Der Investor wird sich aber regelmässig die Mitbestimmung im Zusammenhang mit wichtigen Fragen vorbehalten. In praxi behält sich der Investor im Rahmen des Gesellschaftsvertrages häufig das Recht vor, etwa im Verfahren zur Festsetzung einer Sondernutzungsplanung mit einer bestimmten Anzahl von Personen Einsitz in Beurteilungsgremien oder Jurys zu nehmen und/oder bei der Auswahl von Planern, Unternehmern und Lieferanten mitzuwirken: Sei es, indem er eigene Dienstleister vorschlagen darf, sei es, indem er solche aus wichtigem Grund von der Submittentenliste des Entwicklers zu streichen berechtigt ist. Es erscheint mithin häufig sachgerecht, die Kompetenzen des Entwicklers im Innenverhältnis offen zu formulieren und jene Sachfragen, in denen dem Investor ein Mitbestimmungs- oder zumindest ein Vetorecht zustehen soll, explizit aufzuführen. Bei grösseren, langfristigen Entwicklungsprojekten hat sich schliesslich das Instrument eines separaten «*Projekthandbuchs*» als taugliches Mittel erwiesen: Dieses kann von den Gesellschaftern bei oder nach Abschluss und auf Grundlage des Gesellschaftsvertrages erstellt werden und etwa Organisationsstruktur, Sitzungswesen sowie Informations-, Termin- und Kostenmanagement unter den Projektbeteiligten regeln.

Was schliesslich das soeben erwähnte Kostenmanagement im Besonderen anbelangt, so bildet dieses die zentrale Grundlage dafür, dass der Investor sein unentziehbares Recht auf *Einsicht in die Geschäftsangelegenheiten* i.S.v. Art. 541 Abs. 1 OR wirksam ausüben kann: Nur durch vollständige Kenntnis von Höhe und Zeitpunkt der Anlagekosten ist es den Projektpartnern (und insbesondere dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Investor) möglich, im Rahmen der Liquidation³⁵⁵ den Nettogewinn (bzw. -verlust) zu ermitteln bzw. nachzuvollziehen. Um die Kostentransparenz zu fördern, dürften sich die Projektpartner

³⁵⁴ Dazu oben, Ziff. 3.1.2.1.

³⁵⁵ Dazu unten, Ziff. 5.2.2.

häufig auf eine Kostenstruktur (etwa in Form des BKP³⁵⁶) einigen, auf deren Grundlage während der Projektausführung die anfallenden Kosten laufend erfasst und im Rahmen der Liquidation Entwicklungsgewinn bzw. -verlust ermittelt werden können.

5.4.3.5 Exit-Szenarien

Mit Erreichen der letzten Wertschöpfungsstufe bzw. des letzten Meilensteines ist der Zweck der Gesellschaft erreicht. Diese wird in der Folge aufgelöst und liquidiert³⁵⁷. Die gleiche Rechtsfolge tritt mit der Kündigung durch einen Gesellschafter ein³⁵⁸. Im Rahmen von Immobilienentwicklungen besteht häufig das Bedürfnis, die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung für einen bestimmten Zeitraum auszuschliessen oder wenigstens zu beschränken. Um mit Blick auf die Liquidation klare Bewertungsgrundlagen zu schaffen, kann es sich etwa als ratsam erweisen, die Möglichkeit der Kündigung – im Sinne von Exit-Szenarien³⁵⁹ – auf jene Zeitpunkte zu terminieren, in welchen ein bestimmter Meilenstein nachweisbar erreicht worden ist. Die Kündigung kann aber bspw. auch von der Voraussetzung abhängig gemacht werden, dass ein bestimmter Meilenstein nicht innert einer gewissen Frist erreicht wird oder die rechtskräftig erteilte Baubewilligung eine Ausnutzung zulässt, welche die angestrebte Nutzung³⁶⁰ in einem bestimmten Mass unterschreitet: Beide Fälle können dazu führen, dass der angestrebte IRR³⁶¹ unwiderruflich verfehlt wird, weshalb die Parteien ein Interesse daran haben, das Projekt frühzeitig zu beenden.

5.4.3.6 Liquidation und Verteilung des Entwicklungsgewinns (oder -verlusts)

Die Liquidation der Gesellschaft erfolgt nach Massgabe des Endzwecks, welchem das Entwicklungsprojekt zugeführt wird: Bleibt es als Anlageobjekt (vorläufig) im Bestand des Investors, so gilt es, den Wert des Projekts zu ermitteln, um nach Abzug der Anlagekosten den Nettogewinn (oder -verlust) zu errechnen. Kann ein Verkauf in absehbarer Zukunft nicht ausgeschlossen werden, so sind nebst Anlagekosten regelmässig auch die *latenten Steuern*³⁶² in Abzug zu bringen. In praxi erweist es sich als ratsam, Methode und Modell³⁶³, Zeitpunkt und Grundlagen der Bewertung bereits im Gesellschaftsvertrag festzuhalten, um die Höhe der Erfolgsbeteiligung so objektiv wie möglich bestimmbar zu machen.

³⁵⁶ Dazu oben, Ziff. 3.2.1.

³⁵⁷ Dazu oben, Ziff. 5.2.2.

³⁵⁸ Dazu oben, Ziff. 5.2.2.

³⁵⁹ Dazu oben, Ziff. 4.6.

³⁶⁰ Zu den räumlichen Ertragsschranken siehe oben, Ziff. 3.1.2.

³⁶¹ Zur *Internal Rate of Return* siehe oben, Ziff. 2.2.2.1.

³⁶² Dazu oben, Ziff. 3.2.2.2.

³⁶³ Dazu oben, Ziff. 2.2.2.2.

Soll das Entwicklungsprojekt verkauft werden, so stellt i.d.R. der tatsächlich erzielte Nettoerlös (Kaufpreis abzüglich Verkaufskosten und Grundstückgewinnsteuer) die Grundlage für die Berechnung der Erfolgsbeteiligung dar.

6. Fazit und Ausblick

In der vorliegenden Arbeit wurde die Frage untersucht, mit welchen vertragsrechtlichen Mitteln die wirtschaftlichen Ziele einer Immobilienentwicklung unter Berücksichtigung der rechtlichen Rahmenbedingungen wirksam gefördert werden können. Dabei wurde aufgezeigt, dass zwar für eine Vielzahl der Rechtsbeziehungen zwischen den an einer Immobilienentwicklung beteiligten Akteuren auf die gesetzlichen Vertragstypen zurückgegriffen werden kann und dass das Augenmerk insbesondere auf deren Koordination zu richten ist. Was die alternativen Beteiligungsformen anbelangt, so sprengen deren Anforderungen indes das gesetzliche Vertragstypenrecht, weshalb diese regelmässig Gegenstand sog. *Innominatverträge* mit Elementen aus Schuld- und Gesellschaftsverträgen bilden.

Innominatverträge sind zulässig, was Ausfluss der Vertragsfreiheit ist. Ein anderer Aspekt dieses Prinzips stellt die Freiheit dar, selbst darüber zu entscheiden, überhaupt einen Vertrag abzuschliessen. Diese sog. «*Abschlussfreiheit*» kann dem Erfolg von Immobilienentwicklungsprojekten dann entgegenstehen, wenn diese sinnvollerweise den Beizug mehrerer Grundstücke erfordern: Weigert sich der Eigentümer eines benachbarten Grundstücks, sich am Projekt bzw. an den Kosten zu beteiligen, um von der indirekten Aufwertung zu profitieren, so bedeutet dies oft das Ende eines Projekts.

Angesichts der Forderung nach Innenentwicklung und Verdichtung dürfte sich in der Schweiz das *Trittbrettfahrertum* im Zusammenhang mit Immobilienentwicklungen weiter verschärfen: Statt auf der «grünen Wiese» werden diese in immer kleinteiligeren Eigentümerstrukturen stattfinden und demnach erhöhte Kooperation unter benachbarten Grundeigentümern erfordern. Es stellt sich daher die Frage, ob einzel- und gesamtwirtschaftlich sinnvolle Immobilienentwicklungen mit den blossen Mitteln des Vertragsrechts langfristig überhaupt noch möglich sind.

Ausländische Rechtsordnungen halten Rechtsgrundlagen bereit, um mit Blick auf private Initiativen zur Quartier- bzw. Stadtentwicklung den Lastenausgleich unter den Anrainern zu gewährleisten und u.U. auch zwangsweise durchzusetzen. Beispielhaft sei etwa auf die *Housing Improvement Districts* in einzelnen deutschen Bundesländern verwiesen³⁶⁴. Die

³⁶⁴ Friesecke, 2007, S. 1 – 8.

hierzulande anzutreffenden Anreizmechanismen (Stichwort: Arealbonus) werden möglicherweise nicht mehr ausreichen, um auch gesamtwirtschaftlich unerwünschte Blockaden in der Entwicklung zusammenhängender Areale zu verhindern. Nimmt die Politik die Notwendigkeit von Innenentwicklung und Verdichtung ernst, so wird sie um eine Diskussion über eine (auch zwangsweise) Internalisierung externer Nutzen unter privaten Grundeigentümern nicht herumkommen. Dieser Forderung wird zweifelslos ein rauer Wind entgegenwehen: Einen Vorgeschmack bietet die harzige Einführung des Mehrwertausgleichs³⁶⁵, welcher eine Kompensation für planungsbedingte Vorteile bezweckt und der Allgemeinheit zugutekommen soll.

³⁶⁵ Dazu oben, Ziff. 3.2.2.4.

Literaturverzeichnis

- Becker, H.P. & Peppmeier, A. (2018). *Investition und Finanzierung. Grundlagen der betrieblichen Finanzwirtschaft*. 8. Auflage. Wiesbaden:
- Biber, I. (2017). Der Mietvertrag im Shopping-Center – ausgewählte Aspekte. *Schweizerische Juristenzeitung SJZ*. 2017 (113), 309 – 319.
- Bone-Winkel, S. & Fischer, C. (2008). Leistungsprofil und Honorarstrukturen in der Projektentwicklung. In K.-W., Schulte & S., Bone-Winkel (Hrsg.). *Handbuch Immobilien-Projektentwicklung* (S. 569 - 646). 3. Auflage. Köln: Rudolf Müller.
- Bone-Winkel, S., Focke, C. & Schulte, K.-W. (2016). Begriff und Besonderheiten der Immobilie als Wirtschaftsgut. In K.-W., Schulte, S., Bone-Winkel & W., Schäfers (Hrsg.). *Immobilienökonomie. Band I - Betriebswirtschaftliche Grundlagen* (S. 3 – 24). 5. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter GmbH.
- Bone-Winkel, S., Isenhöfer, B., Hofmann, P. & Franz, M. (2016). Projektentwicklung. In K.-W., Schulte, S., Bone-Winkel & W., Schäfers (Hrsg.). *Immobilienökonomie. Band I - Betriebswirtschaftliche Grundlagen* (S. 173 – 247). 5. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter GmbH.
- Bone-Winkel, S., Orthmann, A. & Schleich, H. (2008). Die Entwicklung einer Nutzungskonzeption als Grundstein der Projektentwicklung. In K.-W., Schulte & S., Bone-Winkel (Hrsg.). *Handbuch Immobilien-Projektentwicklung* (S. 111 - 132). 3. Auflage. Köln: Rudolf Müller.
- Brauer, K.-U. (2019). Immobilienfinanzierung. In Brauer, K.-U. (Hrsg.) *Grundlagen der Immobilienwirtschaft. Recht – Steuern – Marketing – Finanzierung – Bestandsmanagement – Projektentwicklung* (S. 415 – 477). 10. Auflage. Wiesbaden: Springer Gabler.
- Brückner, C. & Kuster, M. (2016). *Die Grundstücksgeschäfte. Schweizer Immobiliarsachenrecht für Praktiker*. Zürich et al.: Schulthess Juristische Medien AG.
- Bundesamt für Justiz BJ (2019), Merkblatt zum Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland. Bern: BJ.
- Cachemaille, Y., Conca, D., Feusi, M., Frei, M., Loepfe, A., Prien, U., Rinderknecht, T., Schädle, S. & Seiler, M. (2017). Swiss Valuation Standard (SVS). Best Practice of Real Estate Valuation in Switzerland. 3. Auflage. Zürich: vdf Hochschulverlag AG an der ETH Zürich. [zit. SVS, 2017, S. X].
- Diederichs, C.J. (1994). Grundlagen der Projektentwicklung. *Bauwirtschaft*. 1994 (11), 43 – 49.
- Egli, A. & Stöckli, H. (2019). Das Planerhonorar. In H. Stöckli & T. Siegenthaler (Hrsg.). *Planerverträge. Verträge mit Architekten und Ingenieuren* (S. 289 - 366). 2. Auflage. Zürich et al.: Schulthess Juristische Medien AG.
- Eichenberger, C., (2013). Der Flächenbegriff im Mietrecht. *MietRecht Aktuell*. 2013 (3), 3 – 27.
- Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV (2018), *MWST-Branchen-Info 04, Baugewerbe*. Gefunden unter <https://www.gate.estv.admin.ch/mwst-webpublikationen/public/pages/pdfSelection/pdfSelectionList.xhtml?publicationId=1000849&publicationVersion-Date=&lang=de&showBox=false&crnModus=false> [zit. ESTV, 2018, Ziff. X]

EY (2019). *Immobilien-Investmentstudie*. Gefunden unter [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-trotz-anhaltender-sturmwarnung-solider-und-dynamischer-trend/\\$FILE/ey-trotz-anhaltender-sturmwarnung-solider-und-dynamischer-trend.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-trotz-anhaltender-sturmwarnung-solider-und-dynamischer-trend/$FILE/ey-trotz-anhaltender-sturmwarnung-solider-und-dynamischer-trend.pdf)

Friesecke, F. (2007). Housing Improvement Districts – ein Instrument auf für die Innenentwicklung? *Zeitschrift für Liegenschaftswesen, Planung und Vermessung fub.* 2007 (6), 1 – 8.

Fritzsche, C., Bösch, P., Wipf, T. & Kunz, D. (2019). *Zürcher Planungs- und Baurecht*. Band I und II. 6. Auflage. Wädenswil: Stutz Medien AG.

Gauch, P. (2019). *Der Werkvertrag*. 6. Auflage. Zürich et al.: Schulthess Juristische Medien AG.

Gauch, P. & Middendorf, P. (2019). Von den Planerverträgen, von ihrer Qualifikation und dem SIA-Normenwerk für Planerleistungen. In H. Stöckli & T. Siegenthaler (Hrsg.). *Planerverträge. Verträge mit Architekten und Ingenieuren* (S. 1 – 52). 2. Auflage. Zürich et al.: Schulthess Juristische Medien AG.

Goepfert, A. (2016). Strukturierung der Projektentwicklung. In Rottke, N.B., Goepfert, A. & Hamberger, K (Hrsg.). *Immobilienwirtschaftslehre – Recht* (S. 333 – 353). Wiesbaden: Springer Gabler.

Handschin, L. (2016). Art. 531 OR. In Honsell, H., Vogt, N.P. & Watter, R. (Hrsg.). *Basler Kommentar Obligationenrecht II* (S. 8 – 10). Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.

Hänni, P. (2016). *Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht*. 6. Auflage. Zürich: Stämpfli Verlag AG.

Held, T. (2010). *Immobilien-Projektentwicklung. Wettbewerbsvorteile durch strategisches Prozessmanagement*. Berlin et al.: Springer.

Hettich, P. & Mathis, L. (2016). Raumplanerische Instrumente zur Steuerung der Bautätigkeit. In A., Griffel, H.U., Liniger, H., Rausch & D. Turnherr (Hrsg.). *Fachbuch Öffentliches Baurecht. Expertenwissen für die Praxis* (S. 1 - 32). Zürich et al.: Schulthess Juristische Medien AG.

Honsell, H. (2015). Art. 219 OR. In Honsell, H., Vogt, N.P. & Wiegand, W. (Hrsg.). *Basler Kommentar Obligationenrecht I* (S. 1247 – 1250). Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.

Hotz, S. (2019, 30. Juni). Der grosse Kompromiss zum Mehrwertausgleich. *NZZ online*. Gefunden unter <https://www.nzz.ch/zuerich/der-grosse-kompromiss-zum-mehrwertausgleich-ld.1492325?mktcid=sms&mktcval=E-mail>

Ivanov, D. (2006). *Die Harmonisierung des Baupolizeirechts unter Einbezug der übrigen Baugesetzgebung. Aktuelle Rechtslage und Lösungsansätze*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG.

Kammer Unabhängiger Bauherrenberater KUB [Hrsg.] (2017). *Immobilienmanagement. Handbuch für Immobilienentwicklung, Bauherrenberatung, Immobilienbewirtschaftung*. 2. Auflage. Zürich et al.: Schulthess Juristische Medien AG. [zit. KUB, 2017, S. X].

Knobloch, S. (2013). Joint Ventures: Vertrags- und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten. *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht GesKR*. 2013, 551 – 569.

- Kuhn, A. (2018). *Die Finanzierung von Immobilien-Projektentwicklungen durch Anlagestiftungen*. Zürich et al.: Schulthess Juristische Medien AG.
- Lehmann, L. (2016). Bauen auf belasteten Standorten (Altlastenrecht). In A., Griffel, H.U., Liniger, H., Rausch & D. Turnherr (Hrsg.). *Fachbuch Öffentliches Baurecht. Expertenwissen für die Praxis* (S. 427 - 443). Zürich et al.: Schulthess Juristische Medien AG.
- Lustenberger, E. (2008). *Die Verzichtserklärung im öffentlichen Bauverfahren*. Zürich et al.: Schulthess Juristische Medien AG.
- Martel, A. (2019, 10. Juli). Die Banken machen Ernst: weniger Hypotheken für Mehrfamilienhäuser. *NZZ online*. Gefunden unter <https://www.nzz.ch/wirtschaft/die-banken-machen-ernst-weniger-hypotheken-fuer-mehrfamilienhaeuser-ld.1494808>
- Meier-Hayoz, A., Forstmoser, P. & Sethe, R. (2018). *Schweizerisches Gesellschaftsrecht. Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform*. 12. Auflage. Zürich: Stämpfli Verlag AG.
- Muccioli, M. (2013). Beurteilung von Projektentwicklungsrisiken. *Swiss Real Estate Journal*. 2013 (6), 52 – 58.
- Müller, W. & Kriemler, R. (2019). Anlagen in Bauprojekte durch Anlagestiftungen. *Baurecht. Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen*. 2019 (2), 65 – 67.
- Piotet, D. (2000). Le transfert du coefficient d'utilisation ou d'occupation du sol et le droit privé fédéral. *Baurecht. Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen*. 2000 (1), 39 - 45.
- Pfister-Ineichen, H. (2003). *Die Baufinanzierung: Wichtige Rechtsfragen und Entwicklungen*. Schweizerische Baurechtstagung 2003 (S. 178 – 205). Fribourg: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht.
- Plattner, P. (2016). Vertragsgestaltung beim Kauf von Stockwerkeigentum ab Plan. *Baurecht. Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen*. 2016 (1), 14 – 17.
- Reetz, P. (2015). *Der Baugrund – Grund vieler Konflikte*. Schweizerische Baurechtstagung. Schweizerische Baurechtstagung 2015 (S. 59 – 74). Fribourg: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht.
- Reutter, G., Jordan, A. & Wulff, E. (2019). Finanzierung von Immobilien-Projektentwicklungen. In J., Schäfer & G., Conzen (Hrsg.). *Praxishandbuch der Immobilien-Projektentwicklung* (S. 167 – 189). München: Verlag C.H. Beck oHG.
- Richner, F. (2017). Steuern und andere Abgaben beim Grundstückkauf. In A., Koller (Hrsg.). *Der Grundstückkauf* (S. 493 – 554). Zürich: Stämpfli Verlag AG.
- Rissel, M. & Eschweiler, J. (2019). Alternative Projektfinanzierungen ausserhalb der Bankenwelt. In J., Schäfer & G., Conzen (Hrsg.). *Praxishandbuch der Immobilien-Projektentwicklung* (S. 190 - 222). München: Verlag C.H. Beck oHG.
- Rohrer, B. (2018). Zweiter Abschnitt: Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen und anderen missbräuchlichen Forderungen des Vermieters bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen. In SVIT (Hrsg.). *Das Schweizerische Mietrecht. Kommentar* (S. 675 – 960). Zürich: Schulthess Juristische Medien AG.

- Röthlisberger, T. & Keller, A. (2016). Ausländische Immobilienfinanzierung unter dem Aspekt der Lex Koller. *Expert Focus*. 2016 (8), 565 – 568.
- Schluep, C. & Wenger-Berger, S. (2019). Das geistige Eigentum des Planers. In H. Stöckli & T. Siegenthaler (Hrsg.). *Planerverträge. Verträge mit Architekten und Ingenieuren* (S. 883 - 910). 2. Auflage. Zürich et al.: Schulthess Juristische Medien AG.
- Schmid, J. & Hürlimann-Kaup, B. (2017). *Sachenrecht*. Zürich et al.: Schulthess Juristische Medien AG.
- Schoch, R. (2017). Spannungsfelder im genossenschaftlichen Mietverhältnis. *Mietrechtspraxis/mp*. 2017, 87 – 114.
- Schrader, M. (2016). *Der Bau des Stockwerkeigentums – ein rechtliches Abenteuer*. In A. Wermelinger (Hrsg.). *Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2016* (S. 59 – 84). Zürich: Stämpfli Verlag AG.
- Schulte, K.-W., Sotelo, R., Allendorf, G.J., Ropeter-Ahlers, S.-E. & Lang, S. (2016). Immobilieninvestition. In K.-W., Schulte, S., Bone-Winkel & W., Schäfers (Hrsg.). *Immobilienökonomie. Band I - Betriebswirtschaftliche Grundlagen* (S. 579 - 649). 5. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter GmbH.
- Schulte, K.-W. & Bone-Winkel, S. (2008). Grundlagen der Projektentwicklung aus immobilienwirtschaftlicher Sicht. In K.-W., Schulte & S., Bone-Winkel (Hrsg.). *Handbuch Immobilien-Projektentwicklung* (S. 23 – 90). 3. Auflage. Köln: Rudolf Müller.
- Schumacher, R. (2008). *Das Bauhandwerkerpfandrecht*. 3. Auflage. Zürich et al.: Schulthess Juristische Medien.
- Schumacher, R. & König, R. (2017). *Die Vergütung im Bauwerkvertrag. Grundvergütung und Mehrvergütung*. Zürich et al.: Schulthess Juristische Medien AG.
- Schweiz. Steuerkonferenz SSK (2015). Die Besteuerung der Grundstückgewinne. Bern: ESTV. [zit. SSK, 2015, S. X].
- Schweiz. Steuerkonferenz SSK (2018). Handänderungssteuer. Bern: ESTV. [zit. SSK, 2018, S. X].
- Schweiz. Steuerkonferenz SSK (2019). Liegenschaftssteuer. Bern: ESTV. [zit. SSK, 2019, S. X].
- Siegenthaler, T. (2019). Die Kosteninformation. In H. Stöckli & T. Siegenthaler (Hrsg.). *Planerverträge. Verträge mit Architekten und Ingenieuren* (S. 483 - 532). 2. Auflage. Zürich et al.: Schulthess Juristische Medien AG.
- Stalder, B. & Tschirky, N. (2016a). Bewilligungspflicht von Bauten und Anlagen (Baubewilligung, Plangenehmigung). In A., Griffel, H.U., Liniger, H., Rausch & D. Turnherr (Hrsg.). *Fachbuch Öffentliches Baurecht. Expertenwissen für die Praxis* (S. 47 – 87). Zürich et al.: Schulthess Juristische Medien AG.
- Stalder, B. & Tschirky, N. (2016b). Bau- und Nutzungsvorschriften. In A., Griffel, H.U., Liniger, H., Rausch & D. Turnherr (Hrsg.). *Fachbuch Öffentliches Baurecht. Expertenwissen für die Praxis* (S. 196 - 231). Zürich et al.: Schulthess Juristische Medien AG.
- Stöckli, H. (2007). *Baurisiken und ihre Verteilung*. Schweizerische Baurechtstagung 2007 (S. 1 – 28). Fribourg: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht.

Vischer, M. & Hänni, L. (2012). Lehren aus der M&A-Praxis für den Immobilienkauf. *Aktuelle Juristische Praxis AJP*. 2012 (5), 613 – 626.

Waldmann, B. & Hänni, P. (2006). *Raumplanungsgesetz – Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG)*. Zürich: Stämpfli Verlag AG.

Weder, D. & Busmann, A. (2019). Die Mehrwertabgabe. *Expert Focus*. 2019 (4), 338 – 347.

Wetzel, T. (2007). Von der Idee zur Rendite – Überlegungen zur Entwicklung von Immobilienprojekten. *Baurecht. Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen*. 2007 (3), 137 – 146.

Widmer, I. (2019). Kombination von einem Gestaltungsplan und einem Quartierplan. *PBG aktuell – Zürcher Zeitschrift für öffentliches Baurecht*. 2019 (1), 5 – 13.

Wolfer, R. (2017). Abschluss des Grundstückkaufvertrages. In A., Koller (Hrsg.). *Der Grundstückkauf* (S. 27 - 80). Zürich: Stämpfli Verlag AG.

Anhang 1: Übersicht über alternative Beteiligungsformen

Eigenkapital	Mezzanine - Kapital	Fremdkapital
<p>Real Estate Private Equity/ Joint-Venture</p> <p>Atypisch stille Beteiligung</p>	<p>Genussscheine</p> <p>Typisch stille Beteiligung</p> <p>Options-/Wandelanleihe</p>	<p>Partiarisches Darlehen</p> <p>Nachrangdarlehen</p> <p>Anleihe</p> <p>Bankdarlehen</p>

Abbildung 1: Übersicht über alternative Beteiligungsformen (Rissel & Eschweiler, 2019, S. 194)

Anhang 2: Immobilienspezifische Anlagerestriktionen bei Immobilienfonds und Anlagestiftung

	Immobilienfonds	Anlagestiftung
Sedes materiae	Art. 58 ff. KAG i.V.m. Art. 86 ff. KKV	Art. 53g ff. i.V.m. Art. 27 ASV
Erwerbsrestriktionen	<p>Unbebaute Grundstücke müssen erschlossen und für eine umgehende Überbauung geeignet sein sowie über eine rechtskräftige Baubewilligung für deren Überbauung verfügen. Mit der Ausführung der Bauarbeiten muss vor Ablauf der Gültigkeitsdauer der jeweiligen Baubewilligung begonnen werden können.</p> <p>(Art. 86 Abs. 4 KKV)</p>	<p>Unbebaute Grundstücke, sofern sie erschlossen sind und die Voraussetzungen für eine umgehende Überbauung erfüllen.</p> <p>(Art. 27 Abs. 1 lit. a ASV; zum fehlenden Erfordernis einer rechtskräftigen Baubewilligung siehe Kuhn, 2018, S. 217 – 218)</p>
Diversifikation	<p>Bauland (inkl. Abbruchobjekte und Land mit angefangenen Bauten) bis höchstens 30 % des Fondsvermögens.</p> <p>(Art. 87 Abs. 3 lit. a KKV)</p>	<p>Ausser bei Anlagegruppen mit ausschliesslicher Anlage in Bauprojekte dürfen Bauland, angefangene Bauten sowie sanierungsbedürftige Objekte gesamthaft höchstens 30 Prozent des Vermögens der Anlagegruppe betragen.</p> <p>(Art. 27 Abs. 3 ASV; zu dieser Bestimmung <i>de lege lata</i> und <i>de lege ferenda</i> siehe Müller & Kriemler, 2019, S. 65 - 67)</p>
Fremdfinanzierung	<ul style="list-style-type: none"> • Belastung aller Grundstücke darf im Durchschnitt nicht mehr als ein Drittel des Verkehrswertes betragen; • Zur Wahrung der Liquidität kann die Belastung vorübergehend und ausnahmsweise auf die Hälfte des Verkehrswertes erhöht werden <p>(Art. 96 Abs. 1 und 2 KKV)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Belastung aller Grundstücke darf im Durchschnitt nicht mehr als ein Drittel des Verkehrswertes der von der Anlagegruppe gehaltenen Grundstücke betragen; • Zur Wahrung der Liquidität kann die Belastung vorübergehend und ausnahmsweise auf die Hälfte des Verkehrswertes erhöht werden <p>(Art. 27 Abs. 5 und 6 ASV)</p>

Abbildung 2: Immobilienspezifische Anlagerestriktionen bei Immobilienfonds und Anlagestiftungen (eigene Darstellung)

Anhang 3: Einheiten und Meilensteine einer Immobilienentwicklung

Entwicklungseinheit	Entwicklungsleistungen	Leistungen rechtl. Natur	SIA Phasen/Teilphasen	Wertschöpfung
Projektaquirierung	<ul style="list-style-type: none"> Machbarkeitsstudie: <ul style="list-style-type: none"> Markt u. Wettbewerb Standort Umfeld Nutzung Wirtschaftlichkeit Chancen und Risiko Grundstücksakquisition und -sicherung 	<ul style="list-style-type: none"> Grundstücksakquisition: <ul style="list-style-type: none"> Maklervertrag Grundstückssicherung: <ul style="list-style-type: none"> (bedingter) Grundstückskaufvertrag Vorvertrag auf Abschluss eines Kaufvertrages Einräumung Kaufrecht Vermögensübertragung Share Deal 	<p>Strategische Planung</p> <ul style="list-style-type: none"> Bedürfnisformulierung, Lösungsstrategien 	(Vorläufig) gesichertes Grundstück mit Projekt auf Basis Machbarkeit
Projektkonzipierung	<ul style="list-style-type: none"> Verifizierung Machbarkeitsstudie Projektiertung Baubewilligungsverfahren 	<ul style="list-style-type: none"> Beizug Planer: <ul style="list-style-type: none"> Planerverträge Gutachterverträge Grundstücksorganisation: <ul style="list-style-type: none"> Teilung Vereinigung Erschliessung Dienstbarkeiten Errichtung Stockwerkeigentum Ausnutzungsübertragung Baubewilligungsverfahren: <ul style="list-style-type: none"> Vorbescheide Einspracheverzichtserklärungen 	<p>Vorstudien</p> <ul style="list-style-type: none"> Definition des Bauvorhabens Auswahlverfahren <p>Projektierung</p> <ul style="list-style-type: none"> Vorprojekt Bauprojekt* Bewilligungsverfahren/ Auflageprojekt* <p>* häufig erfolgt die Teilphase «Bewilligungsverfahren» vor jener des «Bauprojekts»</p>	Gesichertes Grundstück mit rechtskräftig bewilligtem Projekt
Projektrealisierung	<ul style="list-style-type: none"> Bauliche Realisierung 	<ul style="list-style-type: none"> Beizug Unternehmer: <ul style="list-style-type: none"> Teilunternehmerverträge Generalunternehmervertrag Totalunternehmervertrag Beizug Planer 	<p>Ausschreibung</p> <ul style="list-style-type: none"> Ausschreibung, Offertvergleich, Vergabe <p>Realisierung</p> <ul style="list-style-type: none"> Ausführungsprojekt Ausführung Inbetriebnahme, Abschluss 	Gesichertes Grundstück mit vollendetem, abnahmefähigem Bauwerk
Projektvermarktung	<ul style="list-style-type: none"> Durchgängige Projektausrichtung auf Nutzer und Investoren Ansprache von Nutzern und Investoren Bindung von Nutzern und Investoren 	<ul style="list-style-type: none"> Marketing: <ul style="list-style-type: none"> Markeneintragung/Branding Akquisition von Nutzern und Investoren: <ul style="list-style-type: none"> Maklerverträge Bindung von Nutzern: <ul style="list-style-type: none"> (bedingte) Kaufverträge Kauf-/Werkverträge (bedingte) Mietverträge Bindung von Investoren Investorenverträge 		Gesichertes Grundstück mit (rechtskräftig bewilligtem oder realisiertem) Projekt und gesicherter Nutzung (Vermietungs- oder Verkaufsquote)

Abbildung 3: Einheiten und Meilensteine einer Immobilienentwicklung (eigene Darstellung)

Anhang 4: Vertragsrechtliche Beziehungen des Service-Developer

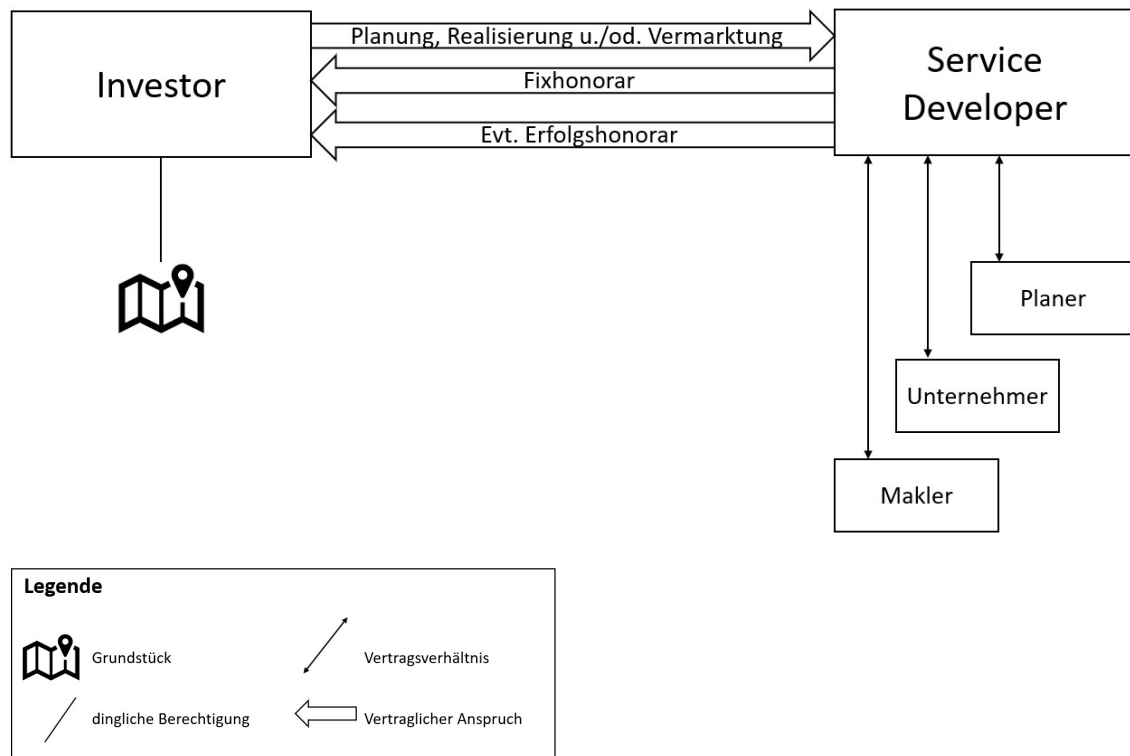


Abbildung 4: Vertragsrechtliche Beziehungen des Service-Developer (eigene Abbildung)

Anhang 5: Vertragsrechtliche Beziehungen des Trader-Developer

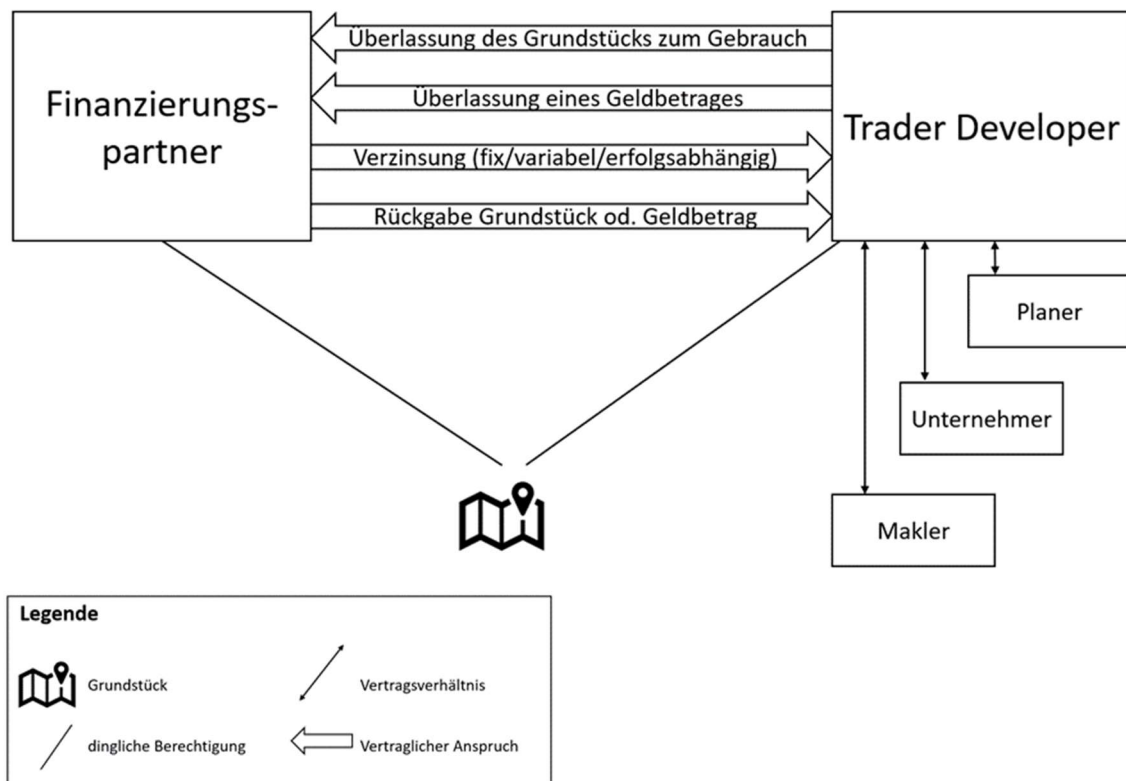


Abbildung 5: Vertragsrechtliche Beziehungen des Trader-Developer (eigene Darstellung)

Anhang 6: Vertrags- und gesellschaftsrechtliche Beziehungen des Trader-Developer (Joint-Venture)

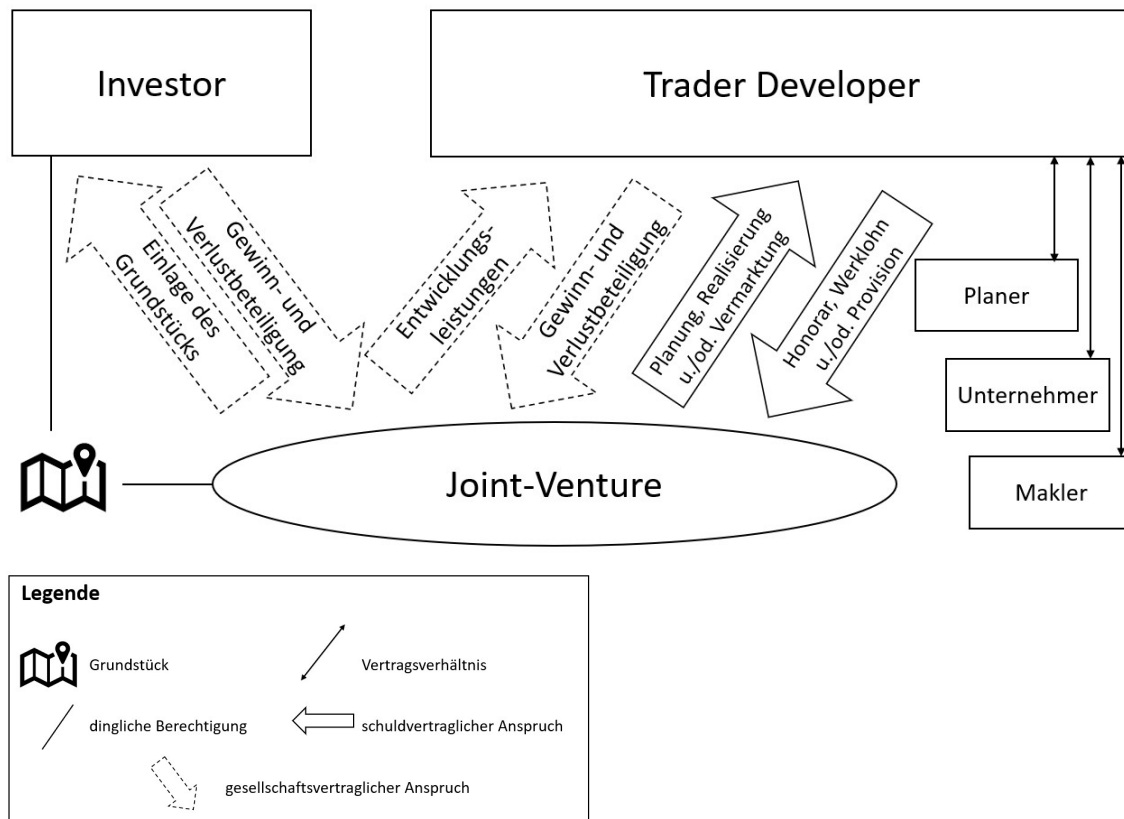


Abbildung 6: Vertrags- und gesellschaftsrechtliche Beziehungen des Trader-Developer (eigene Darstellung)

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich versichere hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit mit dem Thema «Immobilienentwicklung - wirtschaftliche und rechtliche Dimensionen» selbstständig verfasst und keine anderen Hilfsmittel als die angegebenen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus veröffentlichten oder nicht veröffentlichten Schriften entnommen sind, habe ich in jedem einzelnen Falle durch Angabe der Quelle (auch der verwendeten Sekundärliteratur) als Entlehnung kenntlich gemacht.

Die Arbeit hat in gleicher oder ähnlicher Form noch keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegen und wurde auch noch nicht veröffentlicht.

Zürich, den 23.08.2019

Niklaus Schoch