

BAUR HÜRLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

Neue Gerichtsentscheide rund um den Infrastrukturbau

Kadertagung Untertagbau 20. März 2018

Dr. Roland Hürlimann LL.M.

Baur Hürlimann AG
Rechtsanwälte Zürich

<http://www.bhlaw.ch>

Neue Gerichtsentscheide rund um den Infrastrukturbau



Fundstellen

<https://www.bger.ch/index.htm>

<http://www.gerichte-zh.ch/organisation/handelsgericht.html>

Bestimmung der Nachtragspreise im Pauschalpreisvertrag

BGer 4A_125/2017 vom 20.11.2017

Sachverhalt

- Werkvertrag mit Pauschalpreis
- Ursprünglich: Einheitspreisvertrag, nachträglich pauschaliert
- Ausführung des Projektes mit Nebengeräuschen: Kostenexplosion
- Mehrkosten des Unternehmers wegen Beststellungsänderungen (Art. 89 SIA-Norm 118) und falscher Baugrundprognose gemäss Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118



Urteil des Handelsgerichts Zürich (HG 140250-O)

- Nachtragspreise müssen anhand des *effektiven Aufwands* des Unternehmers bestimmt werden.
- Daher Abweisung der Klage, soweit die Nachträge auf Basis von Einheitspreisen berechnet oder Marktpreisen nachgebildet waren.

3

BAUR HÜRLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

Urteil des Bundesgerichts – Präzisierung der Rechtsprechung

BGer 4A_125/2017 vom 20.11.2017

Urteil des Bundesgerichts

- Zur Bemessung bzw. Festsetzung der Nachtragspreise bei Pauschalpreisverträgen ist *kein Nachweis des effektiven Aufwands* erforderlich
- Zur Bestimmung der Nachtragspreise sind grundsätzlich die *Marktpreise* im Zeitpunkt der Beststellungsänderung massgeblich, *keine Preisfortschreibung*
- Die Gerichte haben bei der Festsetzung der Nachtragspreise einen *Ermessensentscheid* zu treffen, bei dem «alle Preiselemente zu berücksichtigen sind, die aufgrund der Parteibehauptungen vorhanden sind» (auch ausgefülltes LV oder Preisanalyse)

4

BAUR HÜRLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

Art. 89 SIA-Norm 118

Bestellungsänderung bei Leistungen zu Global- oder Pauschalreisen

- ¹ Führt eine Bestellungsänderung zur Änderung einer global oder pauschal zu vergütenden Leistung oder zur Änderung ihrer Ausführungsvoraussetzungen, so wird für diese Leistung ein Mehr- oder Minderpreis als Nachtragspreis vereinbart.
- ² Bei Leistungen zu Globalpreisen wird dieser Nachtragspreis auf der Basis der ursprünglichen Kostengrundlage (Art. 62 Abs. 2) vereinbart; bei Leistungen zu Pauschalpreisen auf der Basis jener Kostengrundlage, die im Zeitpunkt der Bestellungsänderung gültig ist.
- ³ Kommt bei zusätzlichen Arbeiten keine Einigung über den Nachtragspreis zustande, so gilt Art. 87 Abs. 4.

5

BAUR HÜRLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

Die Auslegung von diversen Klauseln zum Nachteil des Unternehmers

HGr. ZH vom 06.10.2017 (HG140037-O)

Sachverhalt

- TU-Werkvertrag – Ausführung mit Mehrkosten
- Einwand *Komplettheitsklausel*: «Sämtliche Leistungen, welche zur vollständigen, qualitativ einwandfreien und rechtzeitigen Herstellung erforderlich sind, unabhängig ob in Ausschreibungsunterlagen aufgeführt, sind vom Pauschalpreis erfasst»
- Einwand *Vereinbarungsklausel*: «Änderungen und Nachträge haben nur Gültigkeit, wenn sie im ... Einvernehmen schriftlich erfolgen»
- Einwand *Genehmigungsvorbehalt*: «Ein Anspruch auf eine Mehrvergütung besteht nur unter dem Vorbehalt, dass Besteller die Mehrforderung vor der Ausführung der Bestellungsänderung schriftlich genehmigt»
- Einwand *Vergütungsklausel*: «..nur dann Anrecht auf Vergütung von Nachträgen, falls diese durch BH vergütet werden...»



6

BAUR HÜRLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

Die Vollständigkeits- bzw. Komplettheitsklausel

HGr. ZH vom 06.10.2017 (HG140037-O)

Urteil des Handelsgerichts zur Komplettheitsklausel:

- Klausel ist verbindlich und kann wirksam vereinbart werden
- Pauschalpreis gilt für sämtliche Leistungen, selbst wenn diese nicht im LV oder in Plänen enthalten sind, jedoch sinngemäss zum Leistungsumfang gehören
- Das HGr. wörtlich: «Bei einem Grossprojekt kann naturgemäss nicht alles im Detail geplant werden und plangemäss ablaufen, Anpassungen in der Ausführungsplanung drängen sich mitunter auf»
- Dennoch sind Mehrvergütungsansprüche unter gewissen Voraussetzungen nicht ausgeschlossen
- Im vorliegenden Fall: Nachträge aus Leistungsänderungen zufolge Bestellungsänderungen oder fehlerhafter Angaben
- Regieleistungen?

7

BAUR HÜRLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

Die Genehmigungsklausel bzw. der Schriftformvorbehalt

HGr. ZH vom 06.10.2017 (HG140037-O)

Urteil des Handelsgerichts zur Vereinbarungsklausel:

- Klausel ist verbindlich und kann wirksam vereinbart werden
- Genehmigungs- oder Schriftformvorbehalt heisst: Einseitige Bestellungsänderungen nach Massgabe von Art. 84 SIA-Norm sind ausgeschlossen und werden nicht vergütet
- Heisst aber auch: Der Unternehmer muss die Bestellungsänderung erst ausführen, wenn ein Nachtrag genehmigt und unterzeichnet ist
- Vereinbarter Formvorbehalt begründet die (widerlegbare) Vermutung, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht gebunden sein wollen
- Eine Zusatzleistung gilt nicht schon deshalb als stillschweigend vereinbart, weil sie für die Ausführung des Werkes erforderlich ist
- Vorbehaltlose Bezahlung eines Nachtrags im Einzelfall führt nicht zu einer Aufhebung der Schriftformvorbehaltes

8

BAUR HÜRLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

Die Vergütungsklausel

HGr. ZH vom 06.10.2017 (HG140037-O)

Urteil des Handelsgerichts zur Vergütungsklausel:

- Die *Vergütungsklausel*: «..nur dann Anrecht auf Vergütung von Nachträgen, falls diese durch BH vergütet werden...» kann sein:
- Reine Fälligkeitsklausel, die regelt, wann Vergütung fällig wird
- Anspruchsklausel, die regelt, dass das Risiko der Nichtbezahlung (Bonitäts- und Insolvenzrisiko) vom Besteller auf Unternehmer überwältzt wird
- Beide Klauseln sind grundsätzlich zulässig und verbindlich
- Auslegung im Einzelfall: Unterbleibt Zahlung aus Gründen, die beim Besteller liegen, dann gilt Bedingung (Art. 156 OR) als eingetreten und Vergütung wird fällig

9

BAUR HÜRLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

Bauablaufstörung – Anspruch des Unternehmers auf Mehrvergütung

BGer. 4A_507/2017 vom 19.02.2016

Sachverhalt:

- Werkvertrag über Baumeisterarbeiten
- Mehrkosten wegen Verletzung von Mitwirkungspflichten (Änderung des Bauvorgangs durch Verschiebung Terminprogramm für MFH 3 und 4)

Urteil des Handelsgerichts Zürich (HG120098-O):

- Verschiebung Terminprogramm war *einseitig* (nicht einvernehmlich)
- Art. 94 II SIA118 gibt Anspruch auf Anpassung Bauzeit *und* Vergütung
- Mehrvergütung für *zeitabhängige* Mehrkosten für Personal und Inventar zzgl. Endzuschlag von 17.6 % für allg. Gesch'kosten, Risiko und Gewinn abzügl. Produktionsgewinn wegen Verschiebung in günstigere Jahreszeit
- Unterlassene Ankündigung der Mehrforderung heisst *nicht Anspruchsverlust*, ausser Schweigen sei als Verzicht auszulegen

10

BAUR HÜRLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

Bauablaufstörungen – Die Bestätigung des Bundesgerichts

BGer. 4A_507/2017 vom 19.02.2016

Urteil des Bundesgerichts:

- Bestätigung der Vorinstanz: Verschiebung des Terminprogramms war *einseitig* (nicht einvernehmlich)
- Bauablaufstörung ist keine Anspruchsgrundlage, aber die rechtliche Basis liegt in der *Verletzung einer Mitwirkungspflicht* begründet
- Ein solcher Anspruch sei schon in früheren BGE festgehalten worden (4C.188/1993 vom 1.10.1993)
- Bestätigung der Vorinstanz: Art. 94 II SIA118 gibt Anspruch auf Anpassung Bauzeit *und* Vergütung (obwohl es dort so nicht steht!)
- Das Bundesgericht bestätigt die zugesprochene Mehrvergütung zugunsten des Unternehmers
- Unbeantwortet (aber wohl zu bejahen): Anspruchsgrundlage für Bauablaufstörungen kann auch in Beststellungsänderung oder etwa in mangelhaften Angaben zum Baugrund liegen

BAUR HÜRLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

11

Art. 94 Abs. 1 + Abs. 2 SIA-Norm 118

Pflichten der Bauleitung

- ¹ Die Bauleitung stellt dem Unternehmer die Ausführungsunterlagen (Art. 99-101) und die erforderlichen Grundstücke und Rechte (Art. 116) so frühzeitig zur Verfügung, dass dieser die vertraglichen Fristen einhalten kann. Sie berücksichtigt hierbei den Fortschritt der Arbeiten und die vom Unternehmer benötigte Vorbereitungszeit.
- ² Ist die Bauleitung säumig, so hat der Unternehmer das Recht auf eine angemessene Erstreckung der betreffenden Fristen. Diese werden neu vereinbart. Stimmt die Bauleitung einer angemessenen Erstreckung nicht zu oder ist sie immer wieder säumig, so kann der Unternehmer den Vertrag nach den Vorschriften über den Gläubigerverzug auflösen (Art. 95 OR).

BAUR HÜRLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

12

Unternehmervariante oder Mangel – Keine Rüge bei gemeinsamer Abnahme

BGer. 4A_646/2016 vom 08.03.2017

Sachverhalt:

- Werkvertrag über Flugsicherungszentrum mit fünf Gebäuden
- Verwendung von Rotguss-Fittings (statt wie vereinbart Chromstahl-Fittings) bei Sanitärinstallationen
- Keine Rüge bei gemeinsamer Abnahme

Urteil des Handelsgerichts Zürich (HG13012-O):

- Unternehmer konnte *nicht nachweisen*, dass er sich mit Besteller im Rahmen einer Variante auf Rotguss-Fittings geeinigt hatte
- Ein allfälliger Mangel (Rotguss statt Chromstahl) wäre aber *offensichtlich* gewesen und ist bei der Abnahmeprüfung nicht gerügt worden
- Daher wird die Mängelklage unter Hinweis auf den anwendbaren Art. 163 Abs. 2 SIA-Norm 118 (Genehmigung des offensichtlichen vertragswidrigen Zustands bei Abnahme) abgewiesen

BAUR HÜRLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

13

Genehmigung eines offensichtlichen Mangels – Bestätigung des Bundesgerichts

BGr. 4A_646/2016 vom 08.03.2017

Urteil des Bundesgerichts:

- Der Einwand des Bestellers, von den mehreren Tausend Formstücken seien bei Abnahmeprüfung nur 12 erkennbar gewesen, weshalb die falsche Materialwahl nicht offensichtlich gewesen sei, ist nicht zu hören
- Der Einwand des Bestellers, das LV habe rund 380 Seiten und Tausende von Positionen umfasse, weshalb er nicht jede Abweichung habe erkennen können, ist nicht zu hören
- Der Werkvertrag (inkl. LV) muss dem Besteller bekannt sein
- Wenn vertraglich eine Materialwahl vorgeschrieben ist, die sich in Bezug auf die Farbe vom tatsächlich eingebauten Material klar unterscheidet, dann liegt Offensichtlichkeit vor, sowohl in Bezug auf Beschaffenheit wie auch in Bezug auf vorgeschriebene Materialwahl

BAUR HÜRLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

14

Art. 163 Abs. 1 + Abs. 2 SIA-Norm 118

Abnahme bei Verzicht auf die Geltendmachung von Mängeln

- ¹ Hat die Bauleitung bei der gemeinsamen Prüfung (Art. 158 Abs. 2) einen Mangel zwar erkannt, auf dessen Geltendmachung aber ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet, so gilt das Werk (oder der Werkteil) für den Mangel, soweit er erkannt wurde, als genehmigt. Der betreffende Mangel hindert in keinem Fall, dass die Abnahme mit Abschluss der Prüfung eintritt; für ihn entfällt die Haftung des Unternehmers in dem Umfang, als der Mangel von der Bauleitung erkannt wurde.
- ² Stillschweigender Verzicht wird vermutet für erkannte Mängel, die ein allfälliges Prüfungsprotokoll (Art. 158 Abs. 3) nicht aufführt; ferner für Mängel, die bei der gemeinsamen Prüfung offensichtlich waren, jedoch nicht geltend gemacht wurden. Im zweiten Falle ist die Vermutung unwiderleglich.

15

BAUR HÜRLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

Mauerabdeckungen ohne Tropfnasen als Verstoß gegen die Regeln der Baukunde

BGer. 4A_692/2015 vom 01.03.2017

Sachverhalt:

- TU-Werkvertrag betr. 2 Überbauungen mit Stockwerkeigentümer-Einheiten
- Klage auf Nachbesserung u.a. wegen fehlender Tropfnasen an den Abdeckplatten der Stützmauern – Keine Feuchtigkeit am Verputz
- Risiko eines späteren Schadens als vorwerfbarer Mangel ?

Urteil des Handelsgerichts Zürich (HG080170-O):

- Vom Handelsgericht beigezogener Gutachter kommt zum Ergebnis, dass Mauerabdeckungen ohne Tropfnasen nicht den Regeln der Baukunde entsprechen.
- Ein Mangel liegt nicht nur vor, wenn dem Werk eine vertraglich geforderte Eigenschaft fehlt, sondern auch dann, wenn das Werk eine vorausgesetzte Eigenschaft nicht aufweist.

16

BAUR HÜRLIMANN
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

Beschaffenheit als Mangel auch ohne Schaden - Bestätigung des Bundesgerichts BGr. 4A_692/2015 vom 01.03.2017

Urteil des Bundesgerichts:

- Ein Mangel kann auch vorliegen, wenn eine bestimmte Beschaffenheit eines Werkes noch nicht zu einem Schaden geführt hat, ein solcher in der Zukunft *deswegen* aber möglich ist.
- Das Bundesgericht: «Die fehlenden Tropfnasen mögen bisher noch nicht zu Schäden geführt haben; doch bleibt gemäss Gutachten möglich, dass deswegen in Zukunft solche eintreten, womit die Beschaffenheit des Werkes bereits jetzt mangelhaft ist.»