

**BAUR HÜRLIMANN**  
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

**Neues aus der Rechtsprechung rund um den Infrastrukturbau**

**Entscheide – Tendenzen**  
Kadertagung Untertagbau 1. Juli 2020

**Dr. Roland Hürlimann LL.M.**  
Baur Hürlimann AG  
Rechtsanwälte Zürich

<http://www.bhlaw.ch>

1

**Aktuelles aus der Rechtsprechung**



Fundstellen

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

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

<https://bhlaw.ch/publikationen/>

2

**BAUR HÜRLIMANN**  
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

2

## Merkantiler Minderwert? Änderung der Gerichtspraxis

BGE 145 III 225; 20.05.2019  
OG ZG Z1 2017 17; 29.05.2018

### Ausgangslage

- Merkantiler Minderwert ist v.a. bei Unfallautos ein Thema
- Ist auch bei Bauwerken ein merkantiler Minderwert möglich und kann dieser als Schadensposition eingefordert werden?
- Konkreter Fall: Wassereintrüche in den Garagen und Untergeschossen einer EFH-Siedlung; Realisierung eines Hochwasserschutzkonzepts als Ersatzvornahme.



### Verfahren vor HG ZH und dann beim Bundesgericht

- Kann Preisabschlag beim Verkauf als Minderwert eingefordert werden, selbst wenn nach Sanierung keine technische oder funktionelle Beeinträchtigung mehr besteht?
- 3 Eigentümer als Kläger gegen Unternehmer

BAUR HÜRLIMANN  
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

3

3

## Rechtsfragen – zu beurteilende Problematik

BGE 145 III 225; 20.05.2019  
OG ZG Z1 2017 17; 29.05.2018

### Was ist ein merkantiler Minderwert

- Die durch ein schädigendes Ereignis verursachte *Minderung des Verkehrswertes* einer Sache, die trotz einwandfreier Instandsetzung bzw. Nachbesserung unter den Marktteilnehmern verbleibt.
- *Beispiel:* Minderwert eines Bagger-Schleppers nach einem Unfall bzw. nach einem Brandfall, obwohl nach Vornahme der Reparatur technisch kein Nachteil mehr vorhanden ist.



### Entwicklung des merkantilen Minderwerts

- *Minderwert reduziert sich:* Misstrauen des Marktes nimmt mit der Zeit ab bzw. das schadenstiftende Ereignis geht langsam vergessen, bis es bei der Bewertung gar keine Rolle mehr spielt.
- Bei Bauwerken: *nach max 15 Jahren* verschwunden

BAUR HÜRLIMANN  
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

4

4

## Wichtige Präzisierungen des Bundesgerichts

BGE 145 III 225; 20.05.2019  
OG ZG Z1 2017 17; 29.05.2018

### Berechnung des merkantiler Minderwert bei Immobilien



- Bei Immobilien ist merkantiler Minderwert nur zu ersetzen, wenn im konkreten Fall der *Verkaufserlös tiefer* ist, d.h. wenn sich der Minderwert als bleibender unveränderlicher Schaden im Reinvermögen des Geschädigten auswirkt
- Anders als bei Unfallfahrzeugen; dort wird der Preisabschlag *hypothetisch berechnet*.
- Einer der drei klagenden Eigentümer hatte sein EFH für CHF 3.2 Mio. verkauft, wobei der Verkehrswert der unbelastet gedachten Liegenschaft zu diesem Zeitpunkt gemäss Schätzung des Gutachters bei CHF 3 Mio. lag. Es war daher kein Schaden gegeben.
- Die anderen beiden Eigentümer hatten keine Dispositionen über ihre EFH getroffen und konnten keinen konkreten Schaden in ihrem Reinvermögen nachweisen.
- Schluss der Gerichte: *Abweisung* der 3 Klagen

5

BAUR HÜRLIMANN  
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

5

## Änderung der Gerichtspraxis

BGer 4A\_447/2018; 20.03.2019  
BGE 143 III 545; 20.11.2017

### Sachverhalt – um was geht es?



- Werkvertrag über CHF 14.48 Mio. / SIA-118
- Offerte des Unternehmers auf Basis LV mit EP, dann Pauschale
- Schwache Ausschreibung (betr. Baugrund, vergessene Positionen, unfertiges Projekt; verspätete Ausführungsweisungen / Planfreigaben)
- Fehlerhafte Angaben zum Baugrund, diverse Beststellungsänderungen, Mitwirkungsversäumnisse; *Chaos!*
- Überforderte Projektleitung, aber auch überforderte Bauführer/Poliere
- Bei Bauende fehlen CHF 4.5 Mio. und es fehlen Schriftlichkeiten

### Ausgangslage – Mehrvergütung?

- wegen Beststellungsänderungen
- wegen falscher Baugrundprognose
- wegen Mitwirkungsversäumnissen

6

BAUR HÜRLIMANN  
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

6

## Rechtsfragen – zu beurteilende Thematik

### Mehrvergütung bei abgemachtem Pauschalpreis

- Wie sind bei einem Werkvertrag mit Pauschalpreis die Preise für Nachtragsarbeiten wegen Bestellungenänderungen resp. wegen fehlerhafter Angaben zum Baugrund zu bestimmen, wenn der Unternehmer diese Arbeiten ausgeführt hat,
  - ohne dass sich die Parteien vorgängig über die Entschädigung geeinigt haben?
  - ohne dass der Bauherr die Ausführung in Regie angeordnet hat?

### Bemessung nach welchen Faktoren?

- Abrechnung nach *effektivem Aufwand (analog Regie)*?
- Abrechnung durch *Preisfortschreibung*?
- Abrechnung *auf Basis von Marktpreisen*?

### Anspruchsgrundlage: evtl. Art. 89 SIA-118?

7

BAUR HÜRLIMANN  
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

7

## Art. 89 SIA-Norm 118

### Bestellungsänderung bei Leistungen zu Global- oder Pauschalpreisen

- <sup>1</sup> Führt eine Bestellungenänderung 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.
- <sup>2</sup> 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 Bestellungenänderung gültig ist.
- <sup>3</sup> Kommt bei zusätzlichen Arbeiten keine Einigung über den Nachtragspreis zustande, so gilt Art. 87 Abs. 4.

8

BAUR HÜRLIMANN  
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

8

## Wichtige Präzisierung des Bundesgerichts zur Bestimmung von Art. 89 Abs. 3 SIA-118

### Auslegung des Bundesgerichts (BGE 143 III 545; 4A\_125/2017)

- Art. 89 Abs. 1 und 2 der SIA-118 behandeln nur den Fall, bei welchem sich die Parteien auf einen Mehr- oder Minderpreis einigen!
- Abs. 3 befasst sich zwar mit der Konstellation, wenn sich die Parteien nicht einigen können (Anordnung der Ausführung in Regie oder Vergabe an Dritte unter Schadloshaltung; *analog Art. 87 Abs.4*), aber *nur dann, wenn noch Handlungsmöglichkeiten* bestehen.
- *Das heisst*: Eine Abrechnung nach Regie (also nach Aufwand) gilt nicht automatisch, wenn sich die Parteien nicht einigen konnten, sondern nur, wenn die Zusatzarbeiten vom Bauherrn *vor der Inangriffnahme* explizit nach Aufwand verlangt wurden.
- Geschieht dies nicht und werden die Arbeiten vom Unternehmer dennoch ausgeführt, dann soll der Mehrvergütungsanspruch nicht wegen fehlenden Regierapporten scheitern.

## Urteil des Bundesgerichts – Nachtragspreis bei Pauschale auf Basis der Marktpreise

### Erstes Urteil des Handelsgerichts Zürich (HG 140250-O; 31.01.2017)

- Pauschal ist nicht pauschal, wenn sich der Leistungsinhalt ändert. Nachtragspreise sind nach *effektivem Aufwand* des Unternehmers zu berechnen und zu belegen.
- Daher Abweisung der Klage, soweit die Nachträge auf Basis der ursprünglichen Einheitspreisen in Rechnung gestellt wurden.

### Erstes Urteil des Bundesgerichts (BGE 143 III 545; 4A\_125/2017)

- Nachtragspreise sind bei Pauschalpreisverträgen auf Basis der Marktpreise im Zeitpunkt der Beststellungsänderung zu bemessen, *nicht* nach dem effektiven Aufwand!
- Der Richter hat bei der Festsetzung der Nachtragspreise einen Ermessensentscheid zu treffen und zwar in Berücksichtigung «aller Preiselemente, die aufgrund der Parteibehauptungen vorhanden sind» (auch Angaben im LV oder in Preisanalyse)
- Rückweisung ans Handelsgericht ZH

## Urteil des Bundesgerichts – Nachtragspreis bei Pauschale auf Basis der Marktpreise

### Zweites Urteil des Handelsgerichts Zürich (HG 170230-O; 29.01.2018)

- Rechtliche Erwägungen des BGer. im Rückweisungsentscheid sind *verbindlich*; daher sind Nachtragspreise in Berücksichtigung aller Preiselemente «*plichtgemäss*» und «*mit Augenmass*» zu bestimmen.
- Obwohl ein Ermessensentscheid zu fällen ist, sind die Kalkulationsgrundlagen zur Bildung der Nachtragspreise *substantiiert darzulegen*.
- Erneute Abweisung diverser Klagepositionen, weil die Kalkulationsgrundlagen nicht hinreichend dokumentiert seien.

### Zweites Urteil des Bundesgerichts (BGer. 4A\_447/2018; 20.03.2019)

- Die Beurteilung des Handelsgerichts ist *zu streng*; bei div. Nachtragspositionen sind die Kalkulationsgrundlagen ausreichend und die Expertise zu den Mehrpreisen formgerecht beantragt.
- Auch die *Kostengrundlage* ist Indiz für Marktkonformität eines Preises
- Weisung BGer ans HG: Durchführung eines *Beweisverfahren*

BAUR HÜRLIMANN  
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

11

11

## Urteile des Bundesgerichts zum Thema «Bauablaufstörungen» (2)

BGer 4A\_447/2018; 20.03.2019  
Bger 4A\_507/2015; 19.02.2016  
HG ZH 120098; 04.08.2015

### Interessante Entwicklungen aus der Rechtsprechung des BGer:

#### Die Urteile zeigen ferner folgende *erschwerende Besonderheiten*:

- Bauablaufstörungen werden von den Gerichten relativ streng beurteilt.
- Die Anspruchsvoraussetzungen sind *im Detail* darzulegen (Bau-Soll, Bau-Ist, Planlieferverzögerung Soll/Ist, Quantitativ Mehrkosten); bei Beschleunigungsmassnahmen: vorgängiges Einverständnis des BH/BL ist zwingend erforderlich!
- Nachweis Kausalität zwischen Mehrkosten und Störung

#### Die Urteile zeigen aber auch folgende *Erleichterungen*:

- Hat der Unternehmer ausreichend Anhaltspunkte (u.a. Berechnungsgrundlagen) betr. seiner Anspruch geliefert, kann er sich auf *Wahrscheinlichkeitsbeweis* berufen (Art. 42 II OR)
- Unterlassene Ankündigung der Mehrforderung führt *nicht zwingend zu Anspruchsverlust*, ausser das Schweigen ist im Einzelfall als Verzicht auf Mehrkostenforderung aus Bauablaufstörung auszulegen
- Beispiel: wenn mit NT-Vereinbarung bloss Anpassung der Vergütung, nicht aber der Bauzeit verlangt wurde

BAUR HÜRLIMANN  
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

12

12

## Bauablaufstörung – Anspruch auf Anpassung der Vergütung ?

BGer 4A\_447/2018; 20.03.2019  
 BGer. 4A\_507/2017;19.02.2016

### Urteil des Bundesgerichts (BGer 4A\_447/2018 vom 20.03.2019):

Das Bundesgericht hatte in diesem Verfahren *Mehrkosten für längeren Ressourceneinsatz* zu beurteilen, die auf einen gestörten Bauablauf zurückzuführen waren, unter anderem:

- Nachtrag Nr. 2 Mehrkosten für den längeren Ressourceneinsatz *von zeitabhängigem Personal*.
- Nachtrag Nr. 3 Mehrkosten für den längeren Ressourceneinsatz *von Inventar*.

Das Bundesgericht lehnte beide Forderungen ab,

- weil die «zeitlichen Verzögerungen nicht hinreichend dargetan» seien;
- weil der Unternehmer nicht ausreichend Anhaltspunkte geliefert habe, um vom Wahrscheinlichkeitsbeweis zu profitieren, insbesondere hätten nachvollziehbare Berechnungsgrundlagen gefehlt.

BAUR HÜRLIMANN  
 RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

13

13

## Bauablaufstörung – Anspruch des Unternehmers auf Mehrvergütung

BGer. 4A\_507/2017;19.02.2016  
 HG 120098; 04.08.2015

### Ausgangslage:

Zur Beurteilung standen *Mehrkosten für vom Bauherrn angeordnete Änderungen des Bauvorgangs*, die auf einen gestörten Bauablauf zurückzuführen waren:

- Geplant war die Fertigstellung von 12 MFH bis April 2011. Im September 2010 gab Bauherr die Anordnung, die MFH 3+4 aufzuschieben, um auf diesen Baufeldern den Aushub eines Nebenunternehmers zu deponieren.
- Unternehmer klagt auf Mehrvergütung, der ihm wegen der angeordneten Verschiebung bzw. Verlängerung der Bauzeit entstanden ist.
- Mehrvergütung für *zeitabhängige* Mehrkosten (Personal und Inventar zzgl. Endzuschlag von 17.6 % für R+G+AGK)
- Einwand BH, dass mittels Beststellungsänderung *Retardierungsrecht* bestehe, ist unzutreffend

Das Bundesgericht *bestätigt* das Urteil der Vorinstanz (HG ZH): Gutheissung der Mehrvergütung

Der Wortlaut von Art. 94 II SIA-118 ist lückenhaft und zu ergänzen, indem der Unternehmer nicht nur eine Bauzeitanpassung, sondern *zusätzlich eine Mehrvergütung* verlangen kann.

BAUR HÜRLIMANN  
 RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

14

14

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

### Pflichten der Bauleitung

- <sup>1</sup> 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.
- <sup>2</sup> Ist die Bauleitung säumig, so hat der Unternehmer das Recht auf eine angemessene Erstreckung der betreffenden Fristen (und auf eine Mehrvergütung). 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).

## Öffentliches Beschaffungswesen – Unterangebot

VGr. SG vom 15.11.2019 / B19/238

### Ausgangslage

- Gemeinde im Kanton St. Gallen schrieb Erdarbeiten für den Neubau eines Altersheims aus. Es gingen unter anderem die folgenden Offerten ein:
  - ARGE 1: CHF 468'000.00 (Zuschlagsempfängerin)
  - ARGE 2: CHF 837'000.00 (Beschwerdeführer)
- ARGE 2 stellte Antrag, die ARGE 1 aus dem Verfahren auszuschliessen, da eine fachgerechte Arbeitsausführung zum angebotenen Preis nicht möglich sei.
- Es liege eine «offensichtliche Unter- oder Fehlkalkulation» vor.
- Der Zuschlag sei der ARGE 2 zu erteilen, die mit dem Angebot von CHF 837'000 einen kostendeckenden Preis abgegeben habe.



## Öffentliches Beschaffungswesen – Unterangebot

VGr. SG vom 15.11.2019 / B19/238

### Begründung des Verwaltungsgerichts St. Gallen

- Unterangebote sind *nicht grundsätzlich unzulässig*. Gemäss Art. 12.1 VöB ist ein Unterangebot kein Ausschlussgrund.
- Es ist zulässig, ein Unterangebot zu unterbreiten und die Differenz aus eigenen Mitteln zu decken.
- Unterangebot kann zum Ausschluss führen, wenn der Anbieter die *Eignungskriterien nicht erfüllt* oder das Angebot *unlauter* ist (z.B. Deckung der Differenz zu kostendeckenden Preisen mit illegalen Mitteln).
- Sollte Leistung dem Angebotenen nicht entsprechen, stehen dem Auftraggeber (hier der öffentlichen Hand) die entsprechenden werkvertraglichen Rechtsbehelfe zur Verfügung.
- Daher: Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung und damit im Ergebnis *Abweisung* der Beschwerde

17

BAUR HÜRLIMANN  
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

17

## Tendenz 1: Baubeteiligte «unter Druck»

### Auf Seiten der Bauherren:

- *Erwartung*, dass Vorgaben der Ausschreibung (Qualität, Termine und v.a. Kostenrahmen) peinlichst genau eingehalten werden müssen.
- *Druck der Politik der öffentlichen Hand auf Einhaltung des Kostenrahmens bzw. des Budget*
- nachträgliche Pauschalierung – Einsetzung eines TU auch im Tiefbau;
- Bereitschaft zur gütlichen Einigung nur bei Begleitung («Zwang») durch Gericht

### Auf Seiten der Planer:

- Planer regelmässig im *Sandwich* zwischen den Baubeteiligten
- *Zeitlich* enge Vorgaben, *unzureichende* Honorierungsgrundlagen führen zu ungenügenden Ausschreibungsunterlagen (letztlich nur auf Basis Vorprojekt)
- Einsatz von Planer als *Springer*, zuerst für wenig Zeit und Honorar bei Bauherr, dann – im besten Fall – abgeschoben zum TU; im schlechteren Fall vorzeitige Vertragsbeendigung, weil TU Planungsleistungen intern übernimmt

18

BAUR HÜRLIMANN  
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

18

## Tendenz 2: Spezieller Druck beim Unternehmer

### Auf Seiten der Unternehmer:

- Mörderischer *Preiskampf* – Zulässigkeit unterpreisiger Angebote
- Risiko des Ausschlusses vom Verfahren – strenge Sanktionen
- Zwang, im Zuge der Projektrealisierung Kalkulation und Aufwand in vernünftiges Verhältnis zu bringen
- Fortlaufendes *Claim Management* (Erfassung und Dokumentierung von Störungen und Behinderungen und notwendige Beschleunigungen)

### Interessante Entwicklungen in der Rechtsprechung:

- Beim Bundesgericht «landen» zu 80-90 % ungelöste Konflikte, bei denen es um die *Mängelhaftung bei EFH* geht (kleine Streitwerte).
- Bedeutendere Streitigkeiten werden (weil kosten- und zeitintensiv) *aussergerichtlich* oder mit Unterstützung von Spezialgerichten wie etwa ein Handelsgericht *durch Vergleich* gelöst.

## Tendenz 3: Steigende Komplexität von Bauprozessen

### Komplexe Sachverhalte

- umfangreiche Rechtschriften (Substantiierungsgebot)
- zeitaufwendige Verfahren
- Bauprozesse sind kostenintensiv

### Notwendigkeit zum Beizug von Gutachtern

- Expertenbeweis: Eine schwierige Aufgabe für Sachverständige und Gerichte
- Fehler bei Gutachtererstattung durch die Sachverständigen
- Fehler bei Beurteilung von Gutachtensergebnissen durch die Gerichte
- Verlorenes Gutachten = Verlorener Prozess?

## Tendenz 4: Zunehmender Formalismus

### Diskrepanz zwischen Werkvertrag und gelebter Praxis

- Umgang auf der Baustelle – formlos und sorglos
- Nichtbeachtung von Formvorschriften wird bestraft
- Nichtbeachtung von Erfordernissen betr. Anzeige/Abmahnung führen zu Anspruchsverwirkung
- Sorgloser Umgang mit Protokollen wird zum Verhängnis
- Unterlassene Beweissicherung ist fatal

### Einbezug Dritter

- zahlreiche Akteure (PV, BL, Lieferanten, Subs) provozieren Schnittstellen
- Zuordnungsfragen in Bezug auf Verantwortlichkeiten sind schwierig
- Prozessualer Einbezug Dritter führt zu Verfahrensverzögerungen

21

BAUR HÜRLIMANN  
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

21

## Tendenz 5: Neue Gesetze

### Gesetze in der Pipeline

- Vergaberecht: BöeB, VöeB (und IVöB) neu auf 1. Januar 2021
- Diverse Anpassungen in der ZPO (evtl. auch auf 2021)

### Neue Normen/Ordnungen des SIA

- Diverse neue SIA-Normen/Regularien,
- u.a. SIA-Norm 150:2018 (Streiterledigung durch Schiedsgericht)

22

BAUR HÜRLIMANN  
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

22