

Entwicklungen im privaten Baurecht

Dr. Thomas Ender

Rechtsanwalt, Urkundsperson des Kantons Aargau

Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht

Rechtsprechung

- «Baurecht» BR/DC 6 -2016, Seite 349 ff.: Besprechung zahlreicher baurechtlicher Entscheide durch verschiedene Autoren
- Baurechtstagung 2017: Besprechung französischsprachiger Entscheide zum Bauwerkvertrag und zum Planervertrag durch Hubert Stöckli, Thomas Siegenthaler und Roger Andres
- Jusletter vom 6. Februar 2017: Besprechung des Werkvertragsrechts in den Entscheiden des Bundesgerichts in den Jahren 2014-2016 durch Roland Hürlimann und Martin Werner

4A_582/2016 (I); Urteil des Bundesgerichts vom 6. Juli 2017

- Notorische Tatsachen müssen weder behauptet noch bewiesen werden.
- Notorisch sind Tatsachen, wenn sie allgemein bekannt sind und leicht überprüfbar sind.
- Parteien und Gericht können sich einfach über Bedeutung und Inhalt der SIA-Norm 118 kundig machen. Abklärungen darüber gehen nicht über die normale juristische Abklärung hinaus.

4A_582/2016 (II); Urteil des Bundesgerichts vom 6. Juli 2017

- Der Inhalt der SIA-Norm 118 muss nicht behauptet und nicht bewiesen werden
- Aber:
 - Die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 muss behauptet und bewiesen werden
 - Ohne Behauptung des Inhalts der SIA-Norm 118 kann man faktisch nicht juristisch argumentieren

4A_667/2016;

Urteil des Bundesgerichts vom 3. April 2017

- Die Vereinbarung einer Garantie nach SIA-Norm 118 führt nicht zu einer integralen Anwendung der SIA-Norm 118 auf das gesamte Vertragsverhältnis.
- Die Vereinbarung der Geltung von Teilen der SIA-Norm 118 ist zulässig.
- Aufgepasst: Gerade in Grundstückkauf- / Werkverträgen wird oft eine Gewährleistung nach SIA-Norm 118 vereinbart. Ohne das gesamte Vertragsverhältnis der SIA-Norm 118 zu unterstellen.

4A_461/2016;

Urteil des Bundesgerichts vom 10. Februar 2017

- Kaufvertrag über ein Grundstück, Bauland, beidseits erfüllt
- Dienstbarkeit: Last: Pflanz- und Benützungsrecht zu Gunsten eines anderen Grundstücks
- Inhalt der Dienstbarkeit: Recht des berechtigten Eigentümers, die Erdoberfläche des belasteten Grundstücks alleine als Gartenfläche zu benutzen und zu bepflanzen
- Faktisch war und ist das Grundstück somit wertlos: nuda proprietas. Was allerdings die Frage aufwirft, warum nicht eine Nutzniessung eingetragen ist ...

4A_461/2016;

Urteil des Bundesgerichts vom 10. Februar 2017

- Obergericht: «Bewusst gewollte Unkenntnis» schliesst Irrtum aus: Wer weiss, dass er nicht weiss, irrt nicht
- Bundesgericht:
 - Unterbliebene Abklärungen führen nicht zu einer bewusst gewollten Unkenntnis.
 - Die Öffentlichkeit des Grundbuchs bewirkt nicht, dass die Kenntnis der eingetragenen Rechte vorausgesetzt wird.
 - Allerdings kann die Unterlassung der Abklärung dazu führen, dass die Verkäuferschaft daraus folgern dürfte, dass der betreffende Punkt keine wesentliche Vertragsgrundlage sei.

4A_461/2016;

Urteil des Bundesgerichts vom 10. Februar 2017

- Bundesgericht:
 - Die Käuferschaft hatte im Kaufvertrag Kenntnis des Wortlautes der Dienstbarkeiten erklärt, obwohl dies gar nicht zutraf.
 - Die Kenntnis des Wortlautes der Dienstbarkeit hätte deren Umfang und Tragweite offenbart.
 - Ohne Bestätigung der Kenntnis des Wortlauts der Dienstbarkeit hätte der Notar den Wortlaut aller Dienstbarkeiten vorlesen müssen, was einen Irrtum ausgeschlossen hätte.
 - Weshalb es der Käuferschaft nun versagt ist, sich auf einen Grundlagenirrtum zu berufen: Ihre Erklärung im Kaufvertrag steht in unauflösbarem Widerspruch zu ihrer späteren Berufung auf Grundlagenirrtum.

142 III 738 – 5A_838/2015; Urteil des Bundesgerichts vom 5. Oktober 2016

- Leistung hinreichender Sicherheit zur Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten
 - Garantie
 - Bürgschaft
 - Solidarbürgschaft
 - Schuldbeitritt
 - Sicherheitshinterlegung
- Zankapfel «Dauer der Sicherheit»
- Zankapfel «Dauer der Verzinsung»

142 III 738 (II)

aus der Regeste ...

- Die geleistete Sicherheit ist hinreichend, wenn sie die gleiche Deckung bietet wie das Bauhandwerkerpfandrecht.
- Nicht hinreichend ist deshalb die Bankgarantie,
 - die zeitlich unbefristet geschuldete Verzugszinsen zeitlich nur befristet sichert und
 - deren Gültigkeitsdauer derart bestimmt ist, dass dem Unternehmer keine angemessene Frist bleibt, um die geleistete Sicherheit rechtswirksam zu beanspruchen.

142 III 738 (III)

Sachverhalt

- B-AG: Eigentümerin des Kernkraftwerks U
- C-GmbH: Totalunternehmerin, u.a. für die Notstromversorgung des Kernkraftwerks U
- A-AG: Subsubunternehmerin der D-GmbH: liess ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig eintragen
- E-SA: stellte im Auftrag der C-GmbH eine Bankgarantie aus, zum Zwecke der Ablösung des Bauhandwerkerpfandrechts

142 III 738 (IV)

Exkurs: Pfändbarkeit des Grundstücks?

- Durch das Handelsgericht im Verfahren um vorläufige Eintragung bejaht
- Massgeblichkeit des Zwecks oder der Rechtsform des Rechtsträgers?
- Handelsgericht AG bejaht vorläufige Eintragung eines BHWPR auf dem Grundstück einer Kantonsspital AG: Die Zulässigkeit wird erst im Verfahren um definitive Eintragung geklärt...
- Obiter dictum des Hger AG: Eher kein Verwaltungsvermögen, da
 - Eigentum der Kantonsspital AG
 - Keine Verfügungsgewalt des Kantons

142 III 738 (V)

Dauer der Sicherheit für den Verzugszins

- Die gestellte Sicherheit war ...
 - Eine Bankgarantie auf erstes Verlangen
 - Unter Verzicht auf jegliche Einreden und Einwendung
 - Kapital und Zinsen für 10 Jahre
- Bundesgericht: Die Ersatzsicherheit muss bezüglich der Verzugszinsen eine zeitlich bzw. quantitativ nicht limitierte Sicherheit bieten.
- Womit eine Realsicherheit (z.B. Hinterlegung bei Gericht) künftig nicht mehr möglich sein wird.

142 III 738 (VI)

Befristung der Garantie

- Garantie war
 - Fest bis 31. Dezember des Laufjahres
 - Sich automatisch für ein weiteres Jahr verlängernd, solange das Urteil nicht rechtskräftig ist
 - Abrufbar bis 120 Tage nach Rechtskraft
- Eine absolute Frist ist nicht zulässig.
- Eine relative Frist ist zulässig; 120 Tage Reaktionsfrist sind ausreichend
- In casu aber nicht ausreichend, weil u.U. Reaktionsfrist (übers Jahresende) zu kurz ist

4A_692/2015

Urteil des Bundesgerichts vom 1. März 2017

- Klage auf Bevorschussung von Nachbesserungskosten
- Sachverhalt:
 - C-AG und D-AG: Bauherrschaft und Verkäuferschaft
 - A-AG: Totalunternehmerin und gegenüber Käuferschaft gewährleistetungspflichtig
 - Käufer und Stockwerkeigentümer: Kläger

4A_692/2015 (II)

Zeitliche Verhältnisse . . .

- TU-Vertrag 2002
- Bezug Ende 2003 (Annahme)
- Klage Juli 2008
- Urteil Handelsgericht 26. Oktober 2015
- Urteil des Bundesgerichts 1. März 2017

- **Fazit: Eine Klage auf Bevorschussung von Nachbesserungskosten hat nur dann einen Sinn, wenn es um Mängel geht, welche derart unbedeutend sind, dass es auf ihre Behebung gar nicht ankommt . . .**

4A_692/2015 (III)

Urteil des Handelsgerichts

- Kostenvorschuss für 24 Positionen
- Ausschliesslich für die Finanzierung der Nachbesserung zu verwenden
- Entsprechend den angegebenen Kostenanteilen für die einzelnen Ersatzvornahmen
- Abrechnungspflicht über Kosten und Kostenvorschuss nach Durchführung der Nachbesserung
- Rückerstattung eines allfälligen Überschusses
- Pflicht, die Ersatzvornahme innert 3 Jahren durchzuführen, ansonsten Rückzahlung ...

4A_692/2015 (IV)

Wirkungen des Vorschussprozesses

- Keine Beweismasserleichterung
- Faktisch derselbe Prozess wie Klage auf Nachbesserung oder Ersatzvornahme mit anschliessender Klage auf Kostenersatz
- Wirkung des Vorschussprozesses (BGE 141 III 257, E. 3.3):
 - keine Rechtskraft für die Höhe der tatsächlichen Kosten, für die am Ende Ersatz geschuldet ist;
 - die Rückforderung eines zu hohen Kostenvorschusses durch den Unternehmer als auch
 - die Nachforderung der noch nicht gedeckten Kosten durch den Besteller bleibt möglich (im Abrechnungsprozess, wenn dann noch einer Lust hat ...)

4A_692/2015 (V)

Vor- und Ausserprozessuale Aufwendungen

- Vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten sind wie prozessuale Kosten als Teil der kantonalrechtlich geregelten Prozessentschädigung geltend zu machen
- Ausserprozessuale Kosten sind Mangelfolgeschaden und als Schadensposition geltend zu machen
- Vorprozessual ist alles, was der Vorbereitung des Prozesses dient (z.B. auch Vergleichsbemühungen)
- Ausserprozessual ist alles andere (z.B. Ausübung der Gestaltungsrechte)

4A_692/2015 (VI)

Substantiierung des ausserprozessualen Aufwandes

- Ausserprozessualer Aufwand als Mangelfolgeschaden, wenn der Aufwand zur Durchsetzung der Forderung
 - gerechtfertigt,
 - notwendig und
 - angemessen ist.
- Zu substantiieren sind die sachverhältnismässigen Grundlagen für
 - die Notwendigkeit
 - die Angemessenheit
 - und der Faktoren zur Abgrenzung vom vorprozessualen Aufwand

4A_692/2015 (VII)

Substantiierung in casu

- Auflistung der Leistungen des Beraters in Klageschrift
- Über mehrere Seiten, für 152.25 Stunden
- unter Angabe des Datums, der ausführenden Person, der benötigten Zeit und der Art der Tätigkeit.
- Im Beispiel Begehung, Besprechung vor Ort, Fotos, Studium Mail, Brief verfassen, Ablage, Telefonat
- Keine Zuordnung der Leistungen zu einzelnen Mängeln
- Zu den einzelnen Positionen keine weiteren Hinweise zu
 - Notwendigkeit
 - Angemessenheit
 - Faktoren zur Abgrenzung vom vorprozessualen Aufwand

4A_692/2015 (VIII)

Anwaltskosten als ausserprozessuale Kosten

- Aufwand der
 - Geltendmachung der Ansprüche der Kläger dienend
 - aussergerichtlichen Durchsetzung der Ansprüche der Kläger dienend
 - Suche nach einer aussergerichtlichen Vergleichslösung dienend
- Substantiierung der Abgrenzung der vorprozessualen Aufwendungen von ausserprozessualen Aufwendungen hier verlangt...
- dass die Kläger mit der Sach- und Rechtslage überfordert sind, reicht nicht für den Nachweis der Notwendigkeit ausserprozessualen Anwaltsaufwandes ...
- Das Bundesgericht ordnet die Vergleichsbemühungen den vorprozessualen Aufwendungen zu

4A_646/2016

Urteil des Bundesgerichts vom 8. März 2017

- A-AG: Bauherrschaft und Klägerin
- B-AG: Generalunternehmerin und Beklagte
- GU-Werkvertrag für die Erstellung eines Flugsicherungs zentrums
- Laut Baubeschrieb vorgeschrieben: Chromstahl-Fittings
- Eingebaut: Rotguss-Fittings

- Bauherrschaft: Rotguss-Fittings als Mangel
- GU: Rotguss-Fittings als Beststellungsänderung (Unternehmervariante)

4A_646/2016 (II)

Bestellungsänderung

- Offengelassen, ob eine Bestellsungsänderung zustande gekommen ist
- weil die Abweichung der Materialwahl offensichtlich erkennbar war, (Rotguss-Fittings unterscheiden sich farblich von den Chromstahl-Fittings),
- weshalb ein allfälliger Mangel, wenn es einer wäre, genehmigt ist...

4A_646/2016 (III)

Offensichtlicher Mangel

- Offensichtliche Mängel
 - liegen offen zutage und
 - sind ohne Weiteres erkennbar
- Offensichtlich müssen sein
 - die tatsächliche Beschaffenheit
 - die Vertragswidrigkeit dieser Beschaffenheit
- Die Abweichung vom den Parteien bekannten Vertrag muss offensichtlich sein.
- Wenn ein Material vorgeschrieben ist, dessen Farbe sich von der Farbe des tatsächlich eingebauten Materials klar unterscheidet, liegt ein offensichtlicher Mangel vor.

4A_646/2016 (IV)

Schluss vom Kleinen aufs Grosse ...

- Material einheitlich vorgeschrieben
- Nur 12 Fittings von mehreren Tausend sichtbar...
- Von den 12 sichtbaren Fittings musste auf die unsichtbaren geschlossen werden
- Bauherrschaft musste damit rechnen, dass alle Fittings mangelhaft sind

4A_646/2016 (V)

Arglistige Verschweigung

- Arglistiger Wechsel von Chromstahl- zu Rotguss-Fittings?
- Umstritten, ob ein offensichtlicher Mangel arglistig verschwiegen werden kann
- Arglistige Verschweigung, wenn
 - der Mangel dem Unternehmer bekannt ist
 - der Mangel dem Besteller unbekannt ist
 - der Unternehmer von der Unkenntnis des Bestellers weiss
 - Und die Verschweigung gegen Treu und Glauben verstösst
 - z.B. wenn der Unternehmer damit rechnet, dass der Besteller den Mangel nicht erkennt
 - Oder sogar darauf hinwirkt, dass die Entdeckung verhindert wird

4A_646/2016 (VI)

Arglistige Verschweigung

- Offengelassen, ob ein offensichtlicher Mangel arglistig verschwiegen werden kann
- Mangelnde Substantiierung der arglistigen Verschweigung
- Es müssen sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen für die arglistige Verschweigung behauptet werden
 - Verschweigung an sich
 - Verstoss gegen Treu und Glauben

4A_116/2017

Urteil des Bundesgerichts vom 20. April 2017

- Umstritten war die Fälligkeit des Werklohnanspruchs
- Bezirksgericht: "Ob diese Fälligkeitsklausel tatsächlich der SIA-Norm 118 entspricht, ist nicht relevant, da sie nicht bestritten wurde. Ob das Gericht unter der Verhandlungsmaxime nicht bestrittene Behauptungen darauf überprüfen dürfte, ob sie mit den Akten übereinstimmen, muss vorliegend nicht beantwortet werden. Die SIA-Norm 118 wurde von keiner der Parteien zu den Akten gereicht."
- Obergericht: Inhalt und Bedeutung der SIA-Norm 118 als bekannte Tatsachen im Sinne von Art. 151 ZPO

4A_116/2017 (II)

- Urteil des Obergerichts als selbständiger Vor- und Zwischenentscheid
- Gutheissung der Beschwerde würde einen Endentscheid herbeiführen
- In der Beschwerde wurde nicht aufgezeigt, und es sei nicht erkennbar, inwiefern ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren gespart würde ...

4A_116/2017 (III)

- Umstritten waren
 - die Grundlagen des Vertrags
 - die Frage, ob das gelieferte Werk mangelhaft sei oder nicht
 - der Leistungsumfang
- Beweismittel zu allen Themen:
 - Urkunden
 - Zeugen
 - Expertise
- Der Sachverhalt wird im weiteren Verfahrensverlauf in wesentlichen Teilen zu vervollständigen sein ...

4A_116/2017 (IV)

- Die Beschwerde muss darlegen
 - welche Tatfragen konkret offen sind
 - welche weitläufigen Beweiserhebungen
 - in welchem zeitlichen oder
 - kostenmässigen Umfang erforderlich sein werden
- Beschwerde muss
 - die rechtserheblichen und streitigen Tatsachen nennen,
 - welche Beweismittel abzunehmen sein werden, und
 - zu welchen Kosten diese führen