

# BAU- UND IMMOBILIENRECHT

AKTUELLE THEMEN – KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE

FEBRUAR 2023  
NEWSLETTER 02



## Liebe Leserin, lieber Leser

Mit Fragen rund um die Prüfung des Baugrunds starten wir unsere heutige Ausgabe. Was ist zu tun, wenn der Baugrund während der Bauarbeiten Schwierigkeiten bereithält? Welche Folgen kann ein mangelhafter Baugrund zeitigen? Ab Seite 4 beschäftigen wir uns mit dem Thema Spielplätze, welches immer wieder zu Streitigkeiten bei Mehrfamilienhäusern führt. Was ist unter kindergerecht oder einer geeigneten Lage zu verstehen? Welche Ausnahmen und Abweichungen stehen

gegebenenfalls zur Verfügung? Und schliesslich stehen die Grundlagen des Haftpflichtrechts im Mittelpunkt anschaulicher Praxisbeispiele ab Seite 7. Für Grund- und Werkeigentümer besteht immer das Risiko, für Schäden bei einem Dritten verantwortlich gemacht zu werden. Wir zeigen Ihnen, wie Sie mögliche Stolpersteine bestmöglich umgehen.

Wir wünschen Ihnen eine anregende Lektüre

Joel Weishaupt, Redaktor

## SIA-Werkvertrag: die Prüfung des Baugrunds

Der Besteller schliesst mit dem Unternehmer einen SIA-Werkvertrag auf Grundlage der SIA-Norm 118 über den Bau einer Liegenschaft ab. Während der Arbeiten wird erkannt, dass der Baugrund Schwierigkeiten für die Bauarbeiten aufweist, wodurch zusätzliche Kosten entstehen.

■ Von MLaw Dominik Greder, Rechtsanwalt, VOSER RECHTSANWÄLTE KIG, Baden

### Begriff

Der Baugrund ist der Grund aus Locker- und Festgestein im Bereich eines Bauvorhabens oder einer Fundation. Im Baugrund sind sämtliche Inhaltsstoffe wie bspw. Fels, Wasser, Eis und Kontamination enthalten (vgl. Spiess/Huser, Handkommentar, N 42 ff. zu Art. 5).

### Wer ist für die Prüfung des Baugrunds bei einem SIA-Werkvertrag zuständig?

Den Bauherrn treffen bei der Ausschreibung Mitwirkungspflichten. Der Bauherr hat daher die örtlichen Gegebenheiten zu ermitteln, dazu gehört insbesondere die Prüfung des Baugrunds (Art. 5 Abs. 2 SIA-Norm 118). Diese Ge-

### IN DIESER AUSGABE:

- |                                      |          |
|--------------------------------------|----------|
| ■ Top-Thema:<br>SIA-Werkvertrag      | Seite 1  |
| ■ Best Practice:<br>Spielplätze      | Seite 4  |
| ■ Best Practice:<br>Haftpflichtrecht | Seite 7  |
| ■ Kantonale<br>Gerichtsentseide      | Seite 10 |
| ■ Bundesgerichtsentseide             | Seite 11 |

gebenheiten sind mittels Plänen, Baubeschrieb oder Leistungsverzeichnis in geeigneter Form zu dokumentieren (vgl. Spiess/Huser, Handkommentar, N 8 ff. zu Art. 5). Das Ergebnis der Untersuchungen ist in den Ausschreibungsunterlagen festzuhalten (vgl. Art. 7 SIA-Norm 118).

Diese Ermittlungen der örtlichen Gegebenheiten sind so weit und so vertieft vorzunehmen, dass der Bauherr als Projektverfasser erkennen kann, welche Arbeiten aufgrund der örtlichen und baugrund- sowie bausubstanzbedingten Verhältnisse notwendig sind, und dass diese entsprechend in der Ausschreibung (gemäss Art. 6 Abs. 2 SIA) beschrieben werden müssen (vgl. Anton Egli, Kommentar zur SIA-Norm 118, N 10 zu Art. 58 der SIA-Norm 118). Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich die Hinweispflicht



des Bauherrn auf diejenigen Gefahren und Vorschriften beschränkt, welche von ihm erkannt wurden oder bei zumutbarer Sorgfalt erkannt werden konnten (vgl. Peter Reetz, Der Baugrund – Grund vieler Konflikte, Schweizerische Baurechtstagung 2015, S. 59–74).

Kann der Unternehmer beweisen, dass die Angaben in den Ausschreibungsunterlagen mangelhaft waren, wird das Verschulden des Bauherrn für mangelhafte Angaben in den Ausschreibungsunterlagen zum Baugrund und zur Bausubstanz unwiderlegbar vermutet (vgl. Peter Gauch, Hubert Stöckli, a.a.O., N 11.2 zu Art. 58 der SIA-Norm 118). Darauf ist später zurückzukommen.

#### **Pflicht des Unternehmers zur Prüfung des Baugrunds**

Der Unternehmer hat in den folgenden Fällen gemäss Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118 jedoch die Pflicht, den Baugrund selber zu prüfen:

- wenn der Bauherr nicht durch eine Bauleitung vertreten wird
- wenn der Bauherr nicht selbst sachverständig ist
- wenn der Bauherr nicht durch einen Sachverständigen (z.B. Geologe) beraten wird

Liegt der Sachverstand beim ausschreibenden Bauherrn, d.h., liegt kein Fall von Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118 vor, so kann der Unternehmer auf die Angaben des Bauherrn in den Ausschreibungsunterlagen vertrauen. Er hat eine Prüfungspflicht, welche sich auf Offenkundiges beschränkt. Handelt es sich jedoch um einen besonders spezialisierten Unternehmer, welcher besondere Fachkenntnisse bezüglich des Baugrunds hat, kann dies zu weiterführenden Prüfpflichten führen als bei einem Unternehmer ohne Spezialkenntnisse. Ist der Bauherr jedoch weder sachverständig noch vertreten durch die Bauleitung oder einen Sachverständigen (z.B. ein Geologe), so trägt der Unternehmer die vollumfängliche Prüfungspflicht für den Baugrund gemäss Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118 (vgl. Spiess/Huser, Handkommentar, N 29 zu Art. 25).

#### **Wie muss der Unternehmer vorgehen, wenn er nach Vertragsabschluss auf mangelhaften Baugrund stösst?**

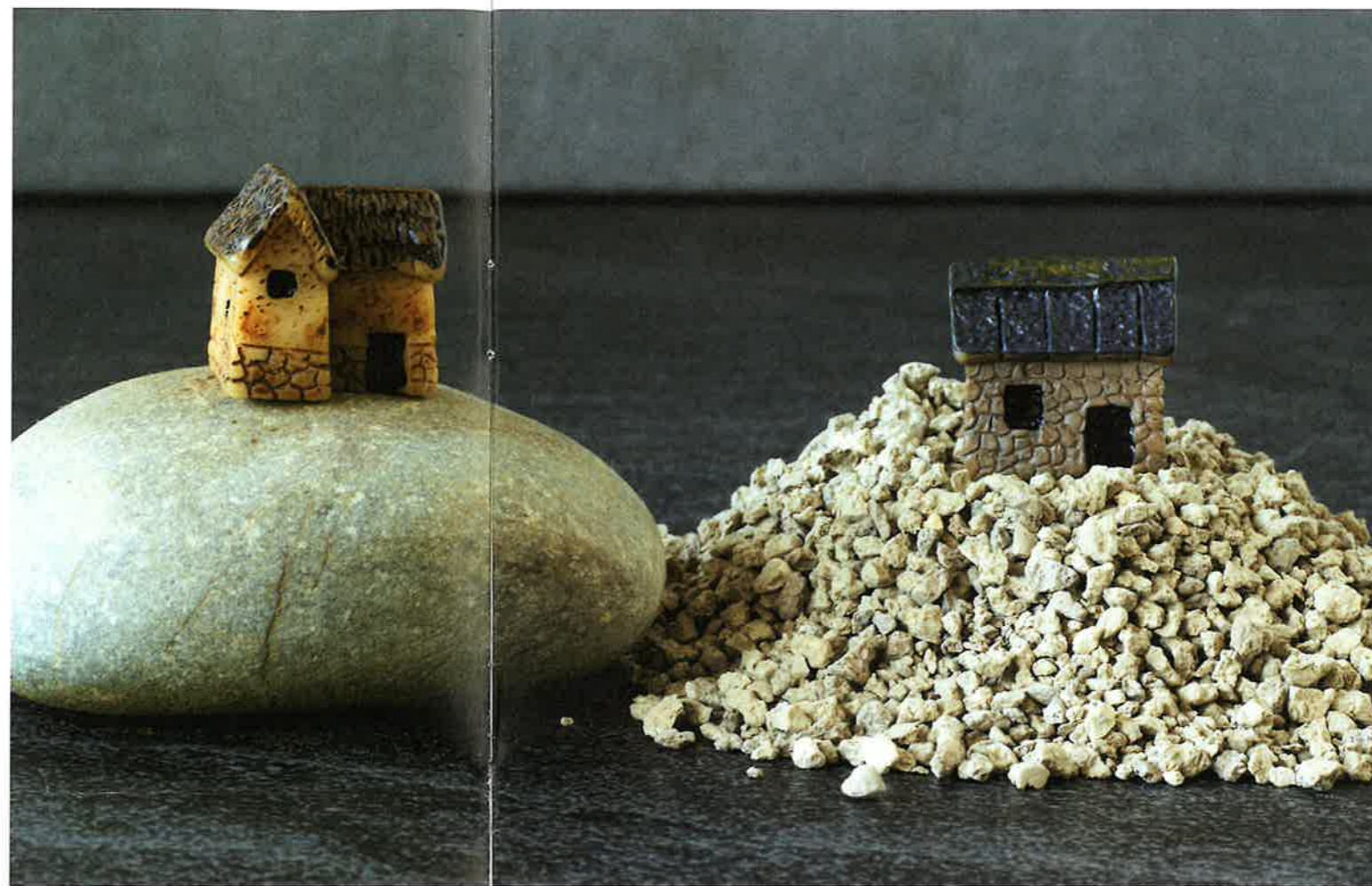
Der Unternehmer hat «Unstimmigkeiten oder Mängel», die er bei der Ausführung des Werks

erkennt, unverzüglich abzumachen (Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118).

In Art. 25 Abs. 3 werden die Anzeige- und Abmahnungspflichten des Unternehmers konkretisiert. Diese stützen sich auf die gesetzlichen Regelungen von Art. 365 Abs. 3 OR (Anzeigepflicht) und Art. 369 OR (Abmahnungspflicht). Die Abmahnungs- und Anzeigepflicht trifft den Unternehmer auch dann, wenn der Bauherr durch eine Bauleitung vertreten ist (vgl. Art. 25 Abs. 1 SIA). Die Unterscheidung, ob es sich um eine Abmahnung oder eine Anzeige handelt, ist in der Praxis nicht relevant. Entscheidend ist, dass der Unternehmer Verhältnisse, welche die rechtzeitige oder gehörige Ausführung des Werks gefährden, dem Bauherrn zur Kenntnis bringt. Es handelt sich dabei um eine empfangsbefähigte Erklärung, welche mit Eintreffen beim Bauherrn oder bei der Bauleitung wirksam wird (vgl. Spiess/Huser, Handkommentar, N 7 ff. zu Art. 25). Dies hat der Unternehmer zu beweisen, daher sollten Abmahnungen und Anzeigen stets eingeschrieben und schriftlich erfolgen oder zumindest protokolliert werden (vgl. Spiess/Huser, Handkommentar, N 13 zu Art. 25).

Inhaltlich hat er auch auf sämtliche nachteiligen Folgen, insbesondere Kosten, Qualität und Termine, aufmerksam zu machen. Die Abmahnung muss ausdrücklich, bestimmt und klar erfolgen und den Bauherrn unmissverständlich auf die Folgen hinweisen (vgl. Spiess/Huser, Handkommentar zur Norm-SIA 118, Art. 25 N. 23 ff.). Es ist empfohlen, eine Abmahnung stets als solche zu bezeichnen und dies in einem separaten Schreiben zu machen, nicht zusammen mit anderer Korrespondenz.

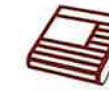
Nimmt der Unternehmer seine Abmahnungspflicht wahr, wird er für den abgemahnten Umstand von der Haftung befreit. Umstritten ist in Lehre und Rechtsprechung, ob der Unternehmer eine «Enthaftungserklärung» in seiner Abmahnung erklären muss, also eine explizite Erklärung, dass er die Haftung ablehnt. Dies wird als formalistisch abgelehnt, sicherheitshalber sollte eine solche Enthaftungserklärung aber beigefügt werden (vgl. Spiess/Huser, Handkommentar zur Norm-SIA 118, Art. 25 N. 40 m.w.H.).



Erfolgt keine Abmahnung durch den Unternehmer, wird er für den entstandenen Schaden haftbar. Ohne rechtzeitige Abmahnung verliert der Unternehmer die Möglichkeit auf eine zusätzliche Vergütung, aufgrund Verschulden des Bauherrn (vgl. Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118). Wobei, wie vorstehend ausgeführt, insbesondere mangelhafte Angaben in den Ausschreibungsunterlagen ein Verschulden eines nicht sachverständigen (oder vertretenen) Bauherrn begründen können.

#### **Wegfall des Verschuldens**

Nach herrschender Auffassung trägt daher der Bauherr von Gesetzes wegen das Baugrundrisiko. Diese Risikoverteilung kann durch Vertrag abgeändert werden, sodass der Unternehmer einen Teil oder sogar das ganze Baugrundrisiko trägt. Das ist in den Schranken der Rechtsordnung grundsätzlich zulässig. Die Grenzen der Risikoüberwälzung ergeben sich aus dem Gesetz oder der Ungewöhnlichkeitsregel (vgl. Spiess/Huser, Handkommentar, N 8 ff. zu Art. 58).



sondere wird dies relevant, wenn der Vertrag mit Festpreis abgeschlossen wurde, wie dies oftmals der Fall ist im Baugewerbe.

Die Festpreise gelten nur dann, wenn der Bauherr an den besonderen Verhältnissen kein Verschulden trifft, weil er beispielsweise seine Mitwirkungspflichten im Rahmen der Ausschreibung vernachlässigt hat (vgl. Art. 5 SIA sowie die Ausführungen hiervor). Trifft den Bauherrn im Sinne der vorstehenden Ausführungen ein Verschulden, hat er dem Unternehmer eine zusätzliche Vergütung zu leisten (vgl. Spiess/Huser, Handkommentar, N 18 ff. zu Art. 58). Die Höhe dieser Vergütung richtet sich nach den Art. 89–91 SIA-Norm 118, den Bestimmungen über die Beststellungsänderung (vgl. Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118). Diese Bestimmungen kommen sinngemäss zur Anwendung, die zusätzliche Vergütung hängt dabei weder von den Voraussetzungen von Art. 59 Abs. 1 SIA-Norm 118 ab, noch besteht eine umfangsmässige Beschränkung. Die Lehre geht davon aus, dass eine Anpassung der Fristen des Verweises auf Art. 90 und Art. 91 ebenfalls möglich ist, wenn die entsprechenden Voraussetzungen dafür gegeben sind (vgl. Peter Gauch, Hubert Stöckli, a.a.O., N 10.1 zu Art. 58 der SIA-Norm 118.).

In der Praxis wird oftmals in der Ausschreibung auf die Unvollständigkeit oder Ungenauigkeit der Angaben hingewiesen und/oder dem Unternehmer die Pflicht auferlegt, die Angaben zu prüfen. Weiter wird auch das Baugrundrisiko dem Unternehmer überbunden. Dies muss klar erfolgen, damit der Unternehmer sich des Risikos bewusst ist. Eine Risikoüberbindung in allgemeinen Vertragsbedingungen oder in Ausschreibungs- und Vertragsunterlagen ausserhalb der Vertragsurkunde ohne Zustimmung des Unternehmers ist nicht wirksam (vgl. Spiess/Huser, Handkommentar N 16 ff. zu Art. 58). Der Unternehmer kann sich in einer solchen Konstellation nicht mehr auf die Mangelhaftigkeit der Angaben des Bauherrn berufen. Unternehmer versuchen daher, in ihren Offerten den Vorbehalt anzubringen, dass er mit dieser Bedingung der Ausschreibung nicht einverstanden sei. Dies ist grundsätzlich möglich, wirksam wird ein solcher Vorbehalt des Unternehmers aber nur dann, wenn der Werkvertrag auch tatsächlich unter diesem

Vorbehalt abgeschlossen wird. Häufig werden Unternehmer zwar den Vorbehalt anbringen, dieser wird aber nicht in den Werkvertrag aufgenommen werden und bleibt damit wirkungslos (vgl. Peter Gauch, Hubert Stöckli, a.a.O., N 17.4 zu Art. 58 der SIA-Norm 118.).

Eine abschliessende Baugrunduntersuchung wird in der Praxis sehr selten gemacht, da dies meist zu kostenaufwendig wäre. Der genaue Umfang der Untersuchung hängt davon ab, was für ein Bauwerk realisiert werden soll und welche Kenntnisse über den Baugrund bereits vorhanden sind. Resultat der geotechnischen Untersuchung ist meist ein Bericht über die Baugrunduntersuchung, welche die wichtigsten Informationen und getroffenen Annahmen enthält (vgl. Spiess/Huser, Handkommentar, N 60 & 61 zu Art. 5).

#### **Folgen von mangelhaftem Baugrund**

Wenn sich das Baugrundrisiko verwirklicht, führt dies oftmals zu Kosten, es stellt sich die Frage, wer diese Kosten zu tragen hat. Insbe-

Es wurde bereits zuvor darauf hingewiesen, dass im Zusammenhang mit dem Baugrund eine Verschuldensfiktion zulasten des Bauherrn in Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118 besteht. Nach dieser Bestimmung wird unwiderlegbar vermutet, dass sachverständige, fehlerhafte Angaben in den Ausschreibungsunterlagen ein Verschulden des Bauherrn begründen. Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass dies nur für fehlerhafte Angaben im Zusammenhang mit dem Baugrund oder der bestehenden Bausubstanz gilt, nicht für andere fehlerhafte Angaben in den Ausschreibungsunterlagen (vgl. Peter Gauch, Hubert Stöckli, a.a.O., N 11.2 zu Art. 58 der SIA-Norm 118.).



#### **AUTOR**

**Dominik Greder**, MLaw, Rechtsanwalt, ist bei Voser Rechtsanwälte KIG schweremässig im Bereich des Bau- und Immobilienrechts tätig. Nebenberuflich unterrichtet er Recht im Bereich der höheren Berufsbildung.