

**Schweizerische Baurechtstagung 2017**

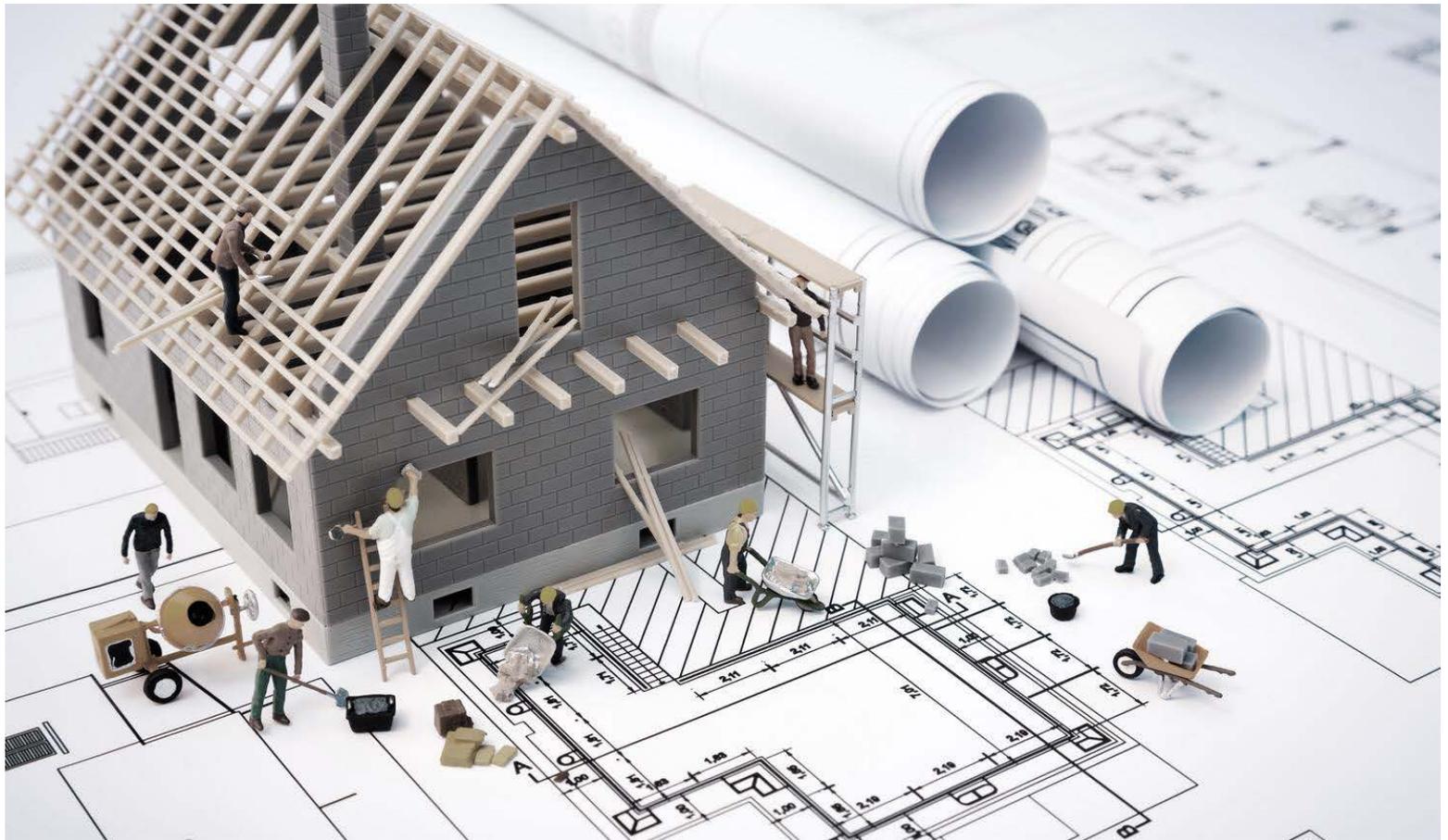
# **Wenn Unternehmer für die Planung ihres Bauherrn haften**

**PD Dr. iur. Peter Reetz, Rechtsanwalt,  
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht**

**Reetz Sohm Rechtsanwälte / Küsnacht-Zürich**



# Ausgangslage



Quelle: <http://www.heimhelden.de/dinge-die-jeder-bauherr-beachten-sollte>, besucht am 4.1.2017  
Schweizerische Baurechtstagung 2017



# Überblick

- **Rechtslage nach OR**
- **Rechtslage nach der SIA-Norm 118**
- **Rechtslage bei vertraglicher Zusatzvereinbarung**
  - **Vertragliche Regelungen in der Praxis**
  - **Konsequenzen für den Unternehmer bei Übernahme der Planungsverantwortung**
  - **Preisgestaltung bei Übernahme der Planungsverantwortung durch den Unternehmer**
- **Praxisbeispiele**



# Rechtlage nach OR

- **Abgabe von Plänen / Erteilen von Weisungen durch den Bauherrn**
- **Bauherr erteilt dem Unternehmer Ausführungs(an)weisungen (namentlich durch Übergabe von Konstruktions- oder anderen Plänen)**
- **persönlich oder durch bevollmächtigte Hilfsperson (z.B. Architekt oder Ingenieur)**
- **Einstehen des Bauherrn für erteilte Weisungen (insb. für erstellte Planung)**
- **Unternehmer hat die erteilten Weisungen einzuhalten bzw. die Planung zu beachten**



# Rechtslage nach OR

- **Haftung des Bauherrn für das Verhalten seiner Hilfsperson(en)**
  - **analoge Anwendung von OR 101: Der Bauherr hat sich das Verhalten seiner Hilfsperson(en) wie sein eigenes Verhalten anrechnen zu lassen**



# Rechtslage nach OR

- **Anzeige- und Abmahnungspflicht des Unternehmers (OR 369); Konstellation 1: nicht sachverständiger Bauherr resp. nicht sachverständige Hilfsperson(en)**
  - **Befreiung des Unternehmers von seiner Mängelhaftung bei ausdrücklicher Abmahnung des Bauherrn (durch Unternehmer)**
  - **OR 369 basiert auf der Annahme, der Unternehmer sei sachkundiger als der Bauherr**
  - **Folge: Unternehmer hat Weisungen des Bauherrn auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen und Fehler zu entdecken; Bauherr darf von der Richtigkeit seiner Weisung ausgehen, bis Unternehmer ihn abmahnt**



# Rechtslage nach OR

- **Anzeige- und Abmahnungspflicht des Unternehmers (OR 369); Konstellation 2: sachverständiger Bauherr resp. sachverständige Hilfsperson(en) (Teil 1)**
  - **Unternehmer wird auch ohne Abmahnung von seiner Mängelhaftung befreit, sofern er die Fehlerhaftigkeit der Weisung weder erkannt hat noch erkennen musste**
  - **Fehlerhaftigkeit der Weisung gilt als erkannt, wenn der Unternehmer deren Befolgung als bedenklich erachtet, weil er nach seinem Wissen und Können besorgt ist, dass daraus ein Werkmangel entstehen könnte**



# Rechtslage nach OR

- **Anzeige- und Abmahnungspflicht des Unternehmers (OR 369); Konstellation 2: sachverständiger Bauherr resp. sachverständige Hilfsperson(en) (Teil 2)**
  - nicht offensichtlich fehlerhafte Weisungen muss der Unternehmer nur dann erkennen, wenn
    - Nachprüfungspflicht besteht und
    - Unternehmer aufgrund seines Sachverstands Fehlerhaftigkeit der geprüften Weisung erkennen kann
  - Unternehmer muss sich Kenntnisse seiner Hilfsperson(en) (also z.B. auch von Subunternehmern [!]) anrechnen lassen (OR 101)



# Rechtslage nach OR

- **Wann gilt ein Bauherr als sachverständig?**
  - **Frage ist nicht generell, sondern bezüglich konkreter Weisung zu beantworten**
  - **Bauherr muss über diejenigen fachlichen Spezialkenntnisse verfügen, die es ihm gestatten, die erteilte Weisung auf ihre Richtigkeit hin zu durchschauen und eine in Frage stehende Fehlerhaftigkeit zu erkennen**
  - **massgebend ist der wirkliche Sachverstand, mindestens aber derjenige, welchen der Unternehmer nach den Umständen erwarten darf**



# Rechtslage nach OR

- **Anzeige- und Abmahnungspflicht des Unternehmers (OR 365 III)**
  - **Bedeutung: Verpflichtung des Unternehmers, Gefährdung der gehörigen oder rechtzeitigen Ausführung des Werkes unverzüglich anzuzeigen**
  - **Anwendungsbereich: zu «Verhältnissen, die eine gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährden», gehören auch **mangelhafte Pläne oder mangelhafte Unterlagen**, die der Bauherr zur Verfügung gestellt hat**
  - **Beschränkung der Anzeigepflicht des Unternehmers auf offensichtliche und auf mit gehöriger Sorgfalt erkennbare Mängel**
  - **keine über die allgemeine Sorgfalt hinausgehende Prüfungspflicht des Unternehmers**



# Rechtslage nach SIA-Norm 118

- **Anzeige- und Abmahnungspflichten des Unternehmers (Art. 25 SIA-Norm 118) (Teil 1)**
  - **Bedeutung: bei Gefährdung der gehörigen oder rechtzeitigen Ausführung des Werkes trifft den Unternehmer gegenüber dem Bauherrn eine Anzeige- und Abmahnungspflicht**
  - **wird die Aufsicht durch eine Bauleitung ausgeführt, gelten die Pflichten gleichermassen (Art. 25 Abs. 1 SIA-Norm 118 i.V.m. OR 365 III)**
  - **nur Konkretisierung der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Unternehmers (vgl. OR 365 und OR 369); keine über die gesetzlichen Anzeige- und Abmahnungspflichten hinausgehende Pflichten**



# Rechtslage nach SIA-Norm 118

- **Anzeige- und Abmahnungspflichten des Unternehmers (Art. 25 SIA-Norm 118) (Teil 2)**
  - **Folge einer Verletzung: Unternehmer hat die nachteiligen Folgen zu vertreten, sofern die Bauleitung keine Kenntnis hatte**
  - **bei Kenntnis der Bauleitung oder wenn auch eine Anzeige oder Abmahnung nichts an den Verhältnissen geändert hätte, kann die Anzeige oder Abmahnung unterbleiben**
  - **Pflichten bedingen eine vorgängige (eingeschränkte) Prüfung der Weisungen und Verhältnisse durch den Unternehmer**



# Rechtslage nach SIA-Norm 118

- **Prüfung der vom Bauherrn übergebene Pläne durch Unternehmer (Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118)**
- **Konkretisierung der Prüfungspflicht des Unternehmers**
- **Pläne als besondere Form von Weisungen des Bauherrn**
- **«Pläne»: Submissionspläne, Vertragspläne oder dem Unternehmer erst im Verlauf der Ausführung zur Verfügung gestellte (Ausführungs-)pläne**
- **vier Konstellationen, in welchen die Prüfungspflicht des Unternehmers unterschiedlich ausgestaltet sind:**



# Rechtslage nach SIA-Norm 118

- **Konstellation 1: Vertretung des Bauherrn durch Bauleitung**
  - Unternehmer muss Pläne nicht prüfen, unabhängig davon, ob Bauleitung sachverständig ist oder nicht
  - **Fiktion: Bauherr ist bei Vertretung durch Bauleitung sachverständig**
  - **Bauherr hat sich das Verhalten der Bauleitung anrechnen zu lassen (OR 101)**



# Rechtslage nach SIA-Norm 118

- **Konstellation 2: sachverständiger Bauherr**
  - Unternehmer muss keine Prüfung vornehmen
  - Sachverstand des Bauherrn wird nicht generell vorausgesetzt (≠ Bauleitung)
  - Sachverstand ist im Einzelfall bezüglich konkreter Fragestellung zu beurteilen
  - Sachverstand liegt vor, wenn Bauherr diejenigen Fähigkeiten und Kenntnisse aufweist, die zur Erkennung von Problemen in der Planung notwendig sind



# Rechtslage nach SIA-Norm 118

- **Konstellation 3: Beratung des Bauherrn durch einen beigezogenen Sachverständigen (fachkundige Hilfsperson)**
  - Unternehmer hat die Pläne nicht zu prüfen und darf auf deren Richtigkeit und Vollständigkeit vertrauen
  - Sachverstand ist im Einzelfall bezüglich konkreter Fragestellung zu beurteilen
  - massgebend ist der wirkliche Sachverstand, mindestens aber jener, den der Unternehmer nach den Umständen erwarten darf
  - Sachverstand der fachkundigen Hilfsperson(en) ist nur mit Zurückhaltung zu verneinen



# Rechtslage nach SIA-Norm 118

- **Konstellation 4: Bauherr weder sachverständig noch durch Bauleitung vertreten oder durch Sachverständigen beraten (Teil 1)**
  - **Prüfungspflicht des Unternehmers bzgl. der ihm vom Bauherrn übergebenen Pläne**
  - **es werden keine technisch anspruchsvollen, nicht üblichen und teuren Untersuchungen, die in keinem vernünftigen Verhältnis zum Werklohn stehen, verlangt**



# Rechtslage nach SIA-Norm 118

- Konstellation 4: Bauherr weder sachverständig noch durch Bauleitung vertreten oder durch Sachverständigen beraten (Teil 2)
  - Pro memoria: Art. 25 Abs. 4 SIA-Norm 118, welcher eine Abmahnungspflicht des Unternehmers in Bezug auf fehlerhafte Weisungen bereits bei *Erkennbarkeit* der Fehlerhaftigkeit vorsieht, ist **nicht auf Pläne anwendbar**



# Rechtslage nach SIA-Norm 118

- **Zur Abmahnungspflicht des Unternehmers (Art. 25 Abs. 3 und 4 SIA-Norm 118) (Teil 1)**
  - **in allen Konstellationen: unverzügliche Anzeige- und Abmahnungspflicht des Unternehmers betreffend tatsächlich erkannten Unstimmigkeiten und Mängel der ihm übergebenen Planung (erkannte Planmängel)**
  - **durch erkannte Planmängel wird Ausführung des Werks gefährdet, weshalb eine Anzeigepflicht besteht (vgl. Art. 25 Abs. 1 SIA-Norm 118 i.V.m. OR 365 III)**



# Rechtslage nach SIA-Norm 118

- **Zur Abmahnungspflicht des Unternehmers (Art. 25 Abs. 3 und 4 SIA-Norm 118) (Teil 2)**
  - wenn Unternehmer einen Mangel oder eine Unstimmigkeit in der Planung tatsächlich nicht erkannt hat, diese/n aber hätte erkennen können, haftet er (grundsätzlich) nicht
  - unternehmerfreundliche Auslegung der in Art. 25 Abs. 4 SIA-Norm 118 enthaltenen Voraussetzung der Erkennbarkeit durch BGer.
  - Kenntnisse und Erkenntnisse einer Hilfsperson (z.B. eines Subunternehmers) sind dem Unternehmer anzurechnen (OR 101)
  - bei Erkennung eines Problems bezieht sich Pflicht zur Abmahnung auch auf Umstände, die nicht in den Aufgabenbereich des Unternehmers fallen



# Rechtslage nach SIA-Norm 118

- **Wirkung der Abmahnung (Teil 1)**
  - **Haftungsbefreiung des Unternehmers im Umfang des abgemahnten Sachverhalts**
  - **Abmahnung muss bestimmt, klar und deutlich sein**
  - **Notwendigkeit einer zusätzlichen Enthaltungserklärung? - Strittig**



# Rechtslage nach SIA-Norm 118

- **Wirkung der Abmahnung (Teil 2)**
  - bei Unterlassen der Abmahnung drohen dem Unternehmer «nachteilige Folgen» (z.B. Mängelhaftung, Verlust des Vergütungsanspruchs bei Unmöglichkeit der Werkvollendung)
  - Haftung des Unternehmers in folgenden Fällen ausgeschlossen:
    - keine adäquate Kausalität zwischen Unterlassen der Pflicht zur Abmahnung und Gefährdung der Ausführung des Werkes
    - Bauherr trifft haftungsausschliessendes Verschulden



# Vertragliche Zusatzvereinbarung

## Vertragliche Regelungen in der Praxis

- **Übertragung der Planungsverantwortung auf Unternehmer (Teil 1)**
  - **vollständiges Planungsrisiko kann abweichend von gesetzlichen Regelungen und SIA-Norm 118 (sofern anwendbar) auf den Unternehmer übertragen werden**
  - **Folge: Haftungsübernahme des Unternehmers für Richtigkeit, Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit der vom Bauherrn gelieferten Planunterlagen und Tragung des Risikos einer fehlerhaften, unvollständigen oder sonstwie ungenügenden Planung**



# Vertragliche Zusatzvereinbarung

## Vertragliche Regelungen in der Praxis

- **Übertragung der Planungsverantwortung auf Unternehmer (Teil 2)**
  - **daher vertragliche Pflicht des Unternehmers, die Richtigkeit, Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit der (Ausschreibungs-) Planung zu überprüfen**
  - **Übertragung des Planungsrisikos erfolgt auch dann, wenn Planung vom Bauherrn schon (teilweise) erstellt und zur Grundlage der Ausschreibung gemacht worden ist**
  - **-> Der Unternehmer sollte dies in der Offertphase berücksichtigen**



# Vertragliche Zusatzvereinbarung

## Vertragliche Regelungen in der Praxis

- **Übertragung der Planungsverantwortung auf Unternehmer (Teil 3)**
  - solche Abreden gehen OR und SIA-Norm 118 vor
  - Pflicht zur Prüfung der Pläne (auch Ausschreibungsunterlagen, falls vereinbart) selbst dann, wenn Bauherr oder dessen Hilfsperson sachverständig ist
  - Praxis: Übernahme der Planungsverantwortung häufig in General- oder Totalunternehmerwerkverträgen vereinbart



# **Vertragliche Zusatzvereinbarung**

## **Vertragliche Regelungen in der Praxis**

- **Üblicher Generalunternehmervertrag**
  - **Übertragung aller Ausführungsleistungen für die Erstellung eines Werkes auf einen einzigen Unternehmer (samt Bauleitung)**
  - **Leistung der Ausführungsplanung i.d.R. durch Besteller**
  - **Möglichkeit der Auferlegung einer Zusatzverpflichtung, wonach GU (vor)bestehende Planung und nachträglich zu erstellende Ausführungspläne auf deren Richtigkeit zu überprüfen hat**



# Vertragliche Zusatzvereinbarung

## Vertragliche Regelungen in der Praxis

- **Eingeschränkter Generalunternehmerwerkvertrag («GU-Werkvertrag-minus»)**
  - **Einsetzung des GU nur für die eigentliche Ausführung der Unternehmerleistungen (keine Übernahme der Bauleitung durch GU; diese verbleibt beim Bauherrn)**
  - **Auferlegung von Prüfungspflichten bzgl. der (vor)bestehenden Planung sowie der nachträglich vom Bauherrn zu erstellenden Ausführungspläne als Zusatzverpflichtung möglich**



# Vertragliche Zusatzvereinbarung

## Vertragliche Regelungen in der Praxis

- **Erweiterter Generalunternehmerwerkvertrag («GU-Werkvertrag plus»)**
  - **zusätzliche Übernahme der Pflicht zur Erstellung der Ausführungsplanung durch den GU**
  - **GU haftet für die Erstellung der Ausführungsplanung; Bauherr haftet für vorbestehende Planung, falls keine Verantwortung des GU nach Gesetz oder SIA-Norm 118 dafür besteht**
  - **Möglichkeit: Übertragung des gesamten Planungsrisikos auf GU und Vereinbarung einer Prüfungspflicht bzgl. vorbestehender Planung mittels Vertrag**



# Vertragliche Zusatzvereinbarung

## Vertragliche Regelungen in der Praxis

- **Totalunternehmerwerkvertrag**
  - neben Ausführung aller Unternehmerleistungen und Bauleitung auch Übernahme der gesamten Planungsleistungen durch Unternehmer
  - Ausschreibungsplanung wird durch Unternehmer selbst vorgenommen oder von einem Dritten übernommen und dann auf ihre Richtigkeit überprüft (vgl. in letzterem Fall Situation im «GU-Werkvertrag plus»)
  - Übernahme der umfassenden Planungsverantwortung als wesentliches Element des TU-Vertrages



# **Vertragliche Zusatzvereinbarung**

## **Vertragliche Regelungen in der Praxis**

- **Gültigkeit von entsprechenden Klauseln in AGB (Teil 1)**
  - **Kann die Übertragung der Planungsverantwortung auf den Unternehmer durch Regelungen in AGB des Bauherrn erfolgen?**
  - **zu prüfen ist, ob die Regelungen bindend sind, da sie von OR und SIA-Norm 118 abweichen**
  - **in entsprechenden Vertragsverhältnissen kann gem. Handelsgericht Kt. ZH eine schwächere Partei i.S.d. bundesgerichtlichen Praxis vorhanden sein, weshalb die Ungewöhnlichkeitsregel auf diese Vertragsverhältnisse anwendbar ist**



# Vertragliche Zusatzvereinbarung

## Vertragliche Regelungen in der Praxis

- **Gültigkeit von entsprechenden Klauseln in AGB (Teil 2)**
  - **AGB werden nur zum Vertragsinhalt, wenn sie in den Vertrag übernommen werden**
  - **Sonderfall: Globalübernahme**
  - **Geltung vorformulierter AGB wird durch **Ungewöhnlichkeitsregel** eingeschränkt; dabei sind von der global erklärten Zustimmung zu AGB alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist**



# Vertragliche Zusatzvereinbarung

## Vertragliche Regelungen in der Praxis

- **Gültigkeit von entsprechenden Klauseln in AGB (Teil 3)**
  - wer gezwungen ist, AGB zu akzeptieren, muss auch als schwächere Person gelten (unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit)
  - Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses
  - Anwendbarkeit der Ungewöhnlichkeitsregel nur bei geschäftsfremdem Inhalt
  - je stärker Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie ungewöhnlich
  - auch branchenübliche AGB-Klauseln können objektiv ungewöhnlich sein



# Vertragliche Zusatzvereinbarung

## Vertragliche Regelungen in der Praxis

- **Gültigkeit von entsprechenden Klauseln in AGB (Teil 4)**
  - insb. bei «take it or leave it» Situation ist der Unternehmer die schwächere Partei, weshalb die Ungewöhnlichkeitsregel auf ein entsprechendes Vertragsverhältnis anzuwenden ist
  - Unternehmer ist regelmässig gezwungen, vom Bauherrn vorgegebene AGB zu akzeptieren
  - Unternehmer muss mit einer Klausel, welche die Übernahme der Planungsverantwortung vorsieht, grundsätzlich nicht rechnen
  - Folge: Klausel ist ungewöhnlich und wird durch Globalübernahme nicht Vertragsbestandteil; keine Bindung des Unternehmers an die entsprechende AGB-Klausel



# Vertragliche Zusatzvereinbarung

- **Konsequenzen für den Unternehmer bei Übernahme der Planungsverantwortung (Teil 1)**
  - Vergütung für Mehrkosten oder Ansprüche auf Mehrvergütung wegen Bestellungsänderungen können vom Unternehmer nicht geltend gemacht werden
  - Mängelhaftung: Haftungsbefreiung des Unternehmers (OR 369; Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118) ist ausgeschlossen; der Unternehmer haftet uneingeschränkt für Werkmängel



# Vertragliche Zusatzvereinbarung

- **Konsequenzen für den Unternehmer bei Übernahme der Planungsverantwortung (Teil 2)**
  - **keine Erstreckung der Ausführungsfrist: Verantwortung des Unternehmers für durch mangelhafte Planung entstehende Verzögerung**
  - **generelle Schadenersatzpflicht des Unternehmers, wenn dem Bauherr aufgrund der fehlerhaften Planung ein Schaden erwächst**



# Vertragliche Zusatzvereinbarung

- **Preisgestaltung bei Übernahme der Planungsverantwortung durch den Unternehmer (Teil 1)**
  - **Planungsrisiko sollte vom Unternehmer in der Preisgestaltung berücksichtigt werden**
  - **i.d.R. Hinzurechnung eines pauschalen, prozentualen Risikozuschlages zum offerierten Werkpreis zur Abfederung allfälliger Kosten (bei Verwirklichung des Planungsrisikos)**



# Vertragliche Zusatzvereinbarung

- **Preisgestaltung bei Übernahme der Planungsverantwortung durch den Unternehmer (Teil 2)**
  - **allenfalls Einkalkulierung eines weiteren Risikozuschlags zusätzlich zum vereinbarten Pauschalpreis durch Unternehmer, falls er aus zeitlichen Gründen die Überprüfung der Planung nicht oder nicht ausreichend vornehmen kann (die Übernahme des Risikos ist zulässig, auch wenn der Unternehmer zur Prüfung desselben keine Zeit hatte)**



# Praxisbeispiele

## Beispiel aus einem TU-Vertrag

**„Der Unternehmer übernimmt für den Inhalt der Submissionsunterlagen die volle Verantwortung. Er hat die Pläne, Beschriebe, Konzepte und anderen Teile der Submissionsunterlagen aufgrund seiner vorausgesetzten Fachkenntnisse und Erfahrung geprüft und vor Unterzeichnung des Vertrages alle Lücken, Widersprüche und anderen Unstimmigkeiten bereinigt.“**



# Praxisbeispiele

## Beispiel einer Bestimmung in Submissionsunterlagen

**„Dem Anbieter ist bekannt, dass die Ausschreibungsplanung, nicht jedoch die definitive Ausführungs- und die Detailplanung abgeschlossen ist und das Projekt noch entsprechenden Planungsspielraum enthält. Grundsätzlich übernimmt der Anbieter das Projekt ab aktuellem Planungsstand. ...**



# Praxisbeispiele

**... Es ist die Pflicht des Totalunternehmers, die vom Gesamtplaner bisher erbrachten Leistungen (insbesondere Planunterlagen und sonstige Dokumente) auf ihre Richtigkeit zu überprüfen und die Verantwortung für die Ausführung des Bauwerks auf deren Grundlage vollumfänglich zu übernehmen. Alle weiteren und fehlenden Planungsleistungen, die für die Erstellung des Bauvorhabens notwendig sind, sind durch den Totalunternehmer zu erbringen und im Angebot einzurechnen.“**



# Praxisbeispiele

## Beispiel aus einem GU-Vertrag

**„Die Generalunternehmung bestätigt, dass sie sämtliche Vertragsbestandteile, insbesondere auch alle Planmasse, vorgängig der Vertragsunterzeichnung auf Vollständigkeit und Widersprüche geprüft und die Bauherrin auf allfällige Mängel schriftlich mit Begründung hingewiesen hat. Ist ein solcher Hinweis unterblieben, so haftet die Generalunternehmung für aus entsprechenden Mängeln resultierende Mehrkosten und Schäden.“**



# Ende

---

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

