

Inhaltsübersicht/Sommaire

Inhaltsübersicht/Sommaire	9
Inhaltsverzeichnis/Table des matières	10
Privates Baurecht/Droit privé de la construction.....	11
I. Entwicklungen in der Gesetzgebung/Développements législatifs	11
II. Entwicklungen in der Normierung/Evolution des normes	14
III. Rechtsprechung des Bundesgerichts/Jurisprudence du Tribunal fédéral	16
IV. Entwicklung in der Rechtslehre/Nouvelles contributions doctrinales ...	41

Inhaltsverzeichnis/Table des matières

Inhaltsübersicht/Sommaire	9
Inhaltsverzeichnis/Table des matières	10
Privates Baurecht/Droit privé de la construction	11
I. Entwicklungen in der Gesetzgebung/Développements législatifs	11
1. Bauproduktegesetz (BauPG), Revision/Loi fédérale sur les produits de construction (LPCo), révision	11
2. Entsendegesetz (EntsG), Revision/Loi sur les travailleurs détachés (LDét), révision	12
3. Revisionsbestrebungen/Modifications législatives en cours	12
a) Revision des Verjährungsrechts/Révision du droit de la prescription	12
b) Umsetzung des revGPA (BöB/VöB sowie IVöB)/Transposition du Rev-AMP (LMP/OMP et AIMP)	13
c) Diverse parlamentarische Vorstöße/Avancées parlementaires diverses	13
II. Entwicklungen in der Normierung/Evolution des normes	14
1. Leistungs- und Honorarordnungen SIA 102, 103, 105, 108 und das Leistungsmodell SIA 112/Règlements concernant les prestations et les honoraires 102, 103, 105 et 108 et modèle « Etude et conduite de projets » SIA 112	14
2. KBOB-Planervertrag (Version n1.1/2 2014)/Contrat de mandataire de la KBOB (version n1.1/2 2014)	15
III. Rechtsprechung des Bundesgerichts/Jurisprudence du Tribunal fédéral	16
1. Rechtsprechung betreffend Architektenverträge / Jurisprudence en matière de contrat d'architecte	16
2. Rechtsprechung zum Werkvertrag / Jurisprudence en matière de contrat d'entreprise	24
3. Rechtsprechung zum Grundstückkauf / Jurisprudence en matière de vente d'immeubles	39
IV. Entwicklung in der Rechtslehre/Nouvelles contributions doctrinales ...	41
1. Entwicklungen in der Rechtslehre zum revidierten Art. 371 OR/Développements de doctrine sur l'art. 371 CO révisé	41
2. Andere Publikationen/Autres publications	43

Privates Baurecht/Droit privé de la construction

Benoît Carron* / Thomas Ender** / Thomas Siegenthaler***

I. Entwicklungen in der Gesetzgebung/Développements législatifs

Die dynamische Tätigkeit des Gesetzgebers macht vor dem privaten Baurecht nicht halt.

1. Bauproduktegesetz (BauPG), Revision/Loi fédérale sur les produits de construction (LPCo), révision

Am 1. Oktober 2014 ist das totalrevidierte BauPG in Kraft getreten. Das Gesetz regelt das Inverkehrbringen von Bauprodukten und ihre Bereitstellung auf dem Markt (Art. 1 Abs. 1 BauPG). Die Revision soll die Anpassung des Bauproduktrechts des Bundes an die neue europäische Bauprodukteverordnung gewährleisten. Das Bauproduktrecht des Bundes stammte aus dem Jahre 2001. Es bezog sich bisher auf die europäische Bauprodukterichtlinie; diese wurde durch die neue Bauprodukteverordnung Nr. 305/2011 abgelöst. Um die Vorteile des bilateralen Abkommens mit der EU über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (MRA) zu erhalten, musste das BauPG angepasst werden. Der Handel der Schweiz mit der EU ist im Bereich der Bauprodukte von grosser wirtschaftlicher Bedeutung; ein Verzicht auf die Anpassung hätte zu Handelshemmnissen geführt (vgl. dazu die Botschaft vom 4. September 2013 zum Bundesgesetz über Bauprodukte von 4. September 2013, BBl 2013, 7467 ff.). Das Konzept zum Inverkehrbringen von Bauprodukten wird geändert. Die Schweizer Herstellerinnen müssen nicht mehr die Konformität des Produkts mit den jeweiligen Normen nachweisen, sondern die Bewertungsverfahren anwenden, die in den harmonisierten Normen vorgesehen sind. "Ausserdem müssen in der Schweiz nur dann Produktleistungen deklariert werden, wenn es eine gesetzliche Bestimmung zu einem Produktmerkmal gibt. Dies bringt Vereinfachungen und Erleichterungen für die Herstellerinnen; Kosten für unnötige Prüfungen, Inspektionen oder Zertifizierungen im Bauproduktbereich und Verwaltungsaufwand können vermindert werden" (BBl 2013, 7468 f.).

* Dr. iur., Spécialiste FSA en droit de la construction et de l'immobilier, avocat à Genève, Professeur titulaire à l'université de Fribourg

** Dr. iur., Notar, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Rechtsanwalt in Baden

*** Dr. iur., M.Jur., Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Rechtsanwalt in Winterthur, Lehrbeauftragter an der Universität Freiburg

2. Entsendegesetz (EntsG), Revision/*Loi sur les travailleurs détachés (LDét)*, révision

Die Revision des Entsendegesetzes (EntsG, SR 823.20) hat in Politik und Medien grosse Publizität erhalten. In einer ersten Runde wurden am 1. Januar und am 1. Mai 2013 Bestimmungen zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit und den Ausbau der Sanktionsmöglichkeiten in Kraft gesetzt. Per 15. Juli 2013 folgte dann die "Solidarhaftung" des Erstunternehmers - welche an sich keine Solidarhaftung, sondern eine gesetzliche einfache Bürgschaft ist¹; vor allem dieser Aspekt der Revision hat ein breites Echo ausgelöst. Art. 2 Abs. 1 des revidierten Gesetzes enthält die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen, welche Arbeitgeber in ihre Arbeitsverträge mit entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aufzunehmen haben. Art. 5 begründet dann die Haftung für deren Nichteinhaltung: Werden Arbeiten von Subunternehmern ausgeführt, haftet der Erstunternehmer (Total-, General- oder Hauptunternehmer) zivilrechtlich für die Nichteinhaltung der Netto-Mindestlöhne und der Arbeitsbedingungen gemäss Art. 2 Abs. 1 durch die Subunternehmer. Er haftet solidarisch für sämtliche ihm nachfolgenden Subunternehmer in einer Auftragskette. Er haftet aber nur dann, wenn der Subunternehmer zuvor erfolglos belangt wurde oder nicht belangt werden kann. Der Erstunternehmer kann sich von der Haftung befreien, wenn er nachweist, dass er bei jeder Weitervergabe der Arbeiten die nach den Umständen gebotene Sorgfalt in Bezug auf die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen angewendet hat. Die Sorgfaltspflicht ist namentlich erfüllt, wenn sich der Erstunternehmer von den Subunternehmern die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen anhand von Dokumenten und Belegen glaubhaft darlegen lässt. Diese gesetzlichen Bestimmungen sind auf Verordnungsstufe konkretisiert worden (EntSV, SR 823.201).

3. Revisionsbestrebungen/Modifications législatives en cours

a) Revision des Verjährungsrechts/Révision du droit de la prescription

Die Baustelle "Verjährungsrecht" ist nach wie vor offen. Der Bundesrat hat am 29. November 2013 mit der Botschaft einen Entwurf einer Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vorgelegt. Zentrale Revisionspunkte sind die Verlängerung der relativen Verjährungsfrist von einem auf drei Jahre für Ansprüche aus Delikts- oder Bereicherungsrecht sowie die Einführung einer besonderen absoluten Verjährungsfrist von dreissig Jahren bei Personenschäden. Auf eine umfassende Vereinheitlichung des gesamten Verjährungsrechts

¹ vgl. HUBERT STÖCKLI/ROGER BIERI, Neue Ausfallhaftung von Unternehmen, in: Jusletter 24. Juni 2013, S. 5; ROGER BIERI, Lagebericht zur entsenderechtlichen Ausfallhaftung, BR/DC 3/2014, S. 124 ff., S. 124

wird zugunsten punktueller Anpassungen und Verbesserungen verzichtet (BBl 2014, 235 ff., 236). Der Nationalrat hat das Geschäft bereits behandelt, und dabei die dreissigjährige Verjährungsfrist auf 20 Jahre gekürzt. Im Ständerat ist das Geschäft noch nicht behandelt worden.

Der Entwurf sieht keine Änderung der "Verjährungsfristen für Gewährleistungsansprüche aus Kauf- und Werkverträgen sowie der Fristen gemäss Produkthaftpflichtgesetz (PrHG)" vor. "Bezüglich der Gewährleistungsfristen ist ausschlaggebend, dass diese erst mit Wirkung seit 1. Januar 2013 geändert – nota bene verlängert – wurden und im Unterschied zum Vorentwurf auf die vollständige Vereinheitlichung des gesamten Verjährungsrechts verzichtet wird." (BBl 2014, 265).

b) Umsetzung des revGPA (BöB/VöB sowie IVöB)/Transposition du Rev-AMP (LMP/OMP et AIMP)

Im Zuge der Revision des WTO-Abkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (revGPA) sind Anpassungen im kantonalen Recht (IVöB) und kantonaler Ausführungsbestimmungen sowie im Bundesrecht (BöB/VöB) vorzunehmen. Gleichzeitig sollen die Beschaffungsordnungen "von Bund und Kantonen inhaltlich - soweit möglich und sinnvoll - aneinander angeglichen werden" (erläuternder Bericht des interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen INöB zu den Änderungen der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 18. September 2014, S. 5). Zur Koordinierung des Revisionsvorhabens wurde eine paritätisch aus Vertretern der Kantone und des Bundes zusammengesetzte Arbeitsgruppe gebildet. Ein Revisionsentwurf der IVöB liegt vor, die Vernehmlassung wurde im Dezember 2014 abgeschlossen. Im ersten Halbjahr 2015 soll das Vernehmlassungsverfahren zum revidierten BöB eröffnet werden. Vgl. dazu die Ausführungen von HUBERT STÖCKLI/SHIRIN GRÜNING, Schweizerische Baurechts-tagung Freiburg 2015, S. 192.

c) Diverse parlamentarische Vorstösse/Avancées parlementaires diverses

Im Parlament sind diverse Vorstösse hängig, welche baurechtliche Themen betreffen. Sie befinden sich in unterschiedlichen Entwicklungsstadien. Hinzuweisen ist auf die Folgenden:

- Mehr Rechte für Bauherren (Motionen FÄSSLER und POGGIA)
- Verlängerung der Mängelrügefrist (parlamentarische Initiative HUTTER)
- Haftungsregeln bei Wohnungskauf (parlamentarische Initiative GÖSSI)
- Änderung von Art. 404 OR (Motion BARTHASSAT)

- Art. 8 UWG auch für B2B-Geschäfte (parlamentarische Initiative FLACH)

Eine Beschreibung dieser Vorstösse und ihres Entwicklungsstandes findet sich in den Unterlagen der Schweizerischen Baurechtstagung Freiburg 2015, S. 189 ff., erstellt von Prof. Dr. HUBERT STÖCKLI und MLaw SHIRIN GRÜNING.

II. Entwicklungen in der Normierung/Evolution des normes

1. Leistungs- und Honorarordnungen SIA 102, 103, 105, 108 und das Leistungsmodell SIA 112/Règlements concernant les prestations et les honoraires 102, 103, 105 et 108 et modèle « Etude et conduite de projets » SIA 112

Im Mai 2014 genehmigte die Delegiertenversammlung des SIA die Publikationsfreigabe der revidierten Leistungs- und Honorarordnungen 102, 103, 105, 108, 111 und 112. Stark von der Revision betroffen ist der Leistungsbeschrieb der SIA Ordnung 103, welcher neben dem Hochbau nun auch den Tiefbau besser abdeckt. Ausserdem wurden die Aufgaben gemäss dem Merkblatt 2027 („Bauweisenspezifische Zuordnungen von Leistungen der Bauingenieure in Ergänzung zur LHO 103“) in die SIA-Ordnung 103 übernommen und das Merkblatt 2027 zurückgezogen. Geändert wurde in der SIA Ordnung 103 auch die Darstellung von Art. 4 (Leistungsbeschrieb): Neben dem Wechsel auf das Querformat sind insbesondere die Ergänzung um die zwei Spalten „Erwartete Ergebnisse/ Dokumente“ und „Leistungen und Entscheide“ des Auftraggebers hervorzuheben.

Überarbeitet wurden auch die allgemeinen Vertragsbedingungen (Art. 1). Die wohl wichtigsten Punkte sind dabei die folgenden:

- In Art. 1.2.5 werden in Anlehnung an den Wortlaut von Art. 104 SIA-Norm 118 die Aufgaben des Planers im Bereich Arbeitssicherheit konkretisiert.
- Art. 1.2.7 beinhaltet den Grundsatz, dass der jeweils nachfolgende Leistungserbringer auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der vorbestehenden Arbeitsergebnisse vertrauen darf, sofern diese sachverständig erstellt wurden. Sofern der Beauftragte aber Unstimmigkeiten erkennt, hat er diese natürlich anzuzeigen.
- Art. 1.4.1 enthält das Prinzip, dass der Auftraggeber an sich fälliges Honorar auch im Falle eines Schadens mit Haftpflicht des Planers nicht zurück behalten darf, wenn der Planer für die Schadenersatzansprüche eine Sicherheit leistet. Als Sicherheit soll dabei auch der Nachweis gelten, dass im Umfang des geltend gemachten Anspruchs eine Versicherungsdeckung besteht.

- Nach Art. 1.7.11 soll der Auftraggeber bei Kosteninformationen des Beauftragten nur auf die Richtigkeit der Gesamtsumme vertrauen dürfen – nicht auf die Richtigkeit von Teilbeträgen.
- Gemäss Art. 1.7.2.21 soll im Falle einer Schadensverursachung durch mehrere Baubeteiligte die gesetzlich vorgesehene Solidarhaftung insoweit eingeschränkt sein, als es der Besteller zu vertreten hat, dass der haftpflichtige Planer nicht auf Dritte zurückgreifen kann, welche den Schaden mitverursacht haben.
- In Art. 1.7.2.22 ist vorgesehen, dass die im Falle einer Schadensverursachung durch mehrere Baubeteiligte die gesetzlich vorgesehene Solidarhaftung eingeschränkt wird, wenn der Beauftragte gegenüber dem Auftraggeber den Beizug bestimmter Unternehmer abgemahnt hat und diese dann eine Mitursache eines Schadens zu verantworten haben.
- Die Rügefrist in Art. 1.9 wurde aufgrund der sog. „Sennhof-Urteile“ (BGer 4A_53/2012 vom 31. Juli 2012, E. 5 und BGer 4A_55/2012 vom 31. Juli 2012, E. 6) überarbeitet: Es gilt neu eine Rügefrist von 60 Tagen ab Entdeckung des Mangels. Plan- und Berechnungsmängel, welche einen Mangel des unbeweglichen Werks verursachen, können innert zwei Jahren nach Abnahme des unbeweglichen Werkes jederzeit gerügt werden.
- Angesichts der im Einzelfall manchmal unklaren Abgrenzung zwischen Planerverträgen, welche unter Werkvertragsrecht (Art. 363 ff OR) fallen und solchen, für welche die Regeln über den Auftrag (Art. 394 ff. OR) gelten, ist in Art. 1.10.1 vorgesehen, dass die Möglichkeit zur jederzeitigen Kündigung gemäss Art. 404 OR unabhängig von der rechtlichen Qualifikation (Werkvertrag oder Auftrag) gilt.

Die Änderungen wurden an der Schweizerischen Baurechtstagung 2015 vorgestellt: T. SIEGENTHALER, Neue SIA-Ordnungen 102/103, BRT 2015, S. 27 – 57; F. WERRO, La révision des Règlements SIA, en particulier de leurs conditions générales, JDC 2015, S. 29 – 54.

2. **KBOB-Planervertrag (Version n1.1/2 2014)/Contrat de mandataire de la KBOB (version n1.1/2 2014)**

Überarbeitet wurde auch der von der KBOB herausgegebene Planervertrag. Ein Teil der Änderungen der revidierten allgemeinen Vertragsbedingungen (also Art. 1) der SIA-Ordnungen 102, 103 etc. wurde dabei in den KBOB-Planervertrag übernommen. Allerdings wurde in den meisten Fällen nur der Grundgedanke übernommen, nicht aber die Formulierungen aus Art. 1 der SIA-Ordnungen. In einigen Fällen erweist sich die im KBOB-Planervertrag gewählte

Fassung als treffender (vgl. z.B. Art. 1.4.1 der SIA-Ordnungen und Art. 9.4 Abs. 2 der allgemeinen Vertragsbedingungen KBOB für Planerleistungen).

III. Rechtsprechung des Bundesgerichts/Jurisprudence du Tribunal fédéral

1. Rechtsprechung betreffend Architektenverträge / Jurisprudence en matière de contrat d'architecte

- a) *Arrêt 4A_663/2012 du 6 mars 2013 (contrat d'architecte, réserve de la forme écrite)*

Faits: Contrat d'architecte portant sur la réalisation d'une villa. Les propriétaires n'ayant pas pu se procurer le terrain prévu, ils acquièrent une autre parcelle, plus grande, située dans une autre commune et demandent à l'architecte de réaliser deux villas au lieu d'une, l'idée étant de vendre à un tiers une des deux villas. Contrat d'architecte signé entre les parties pour une des deux villas. Projet de contrat établi par l'architecte pour la deuxième villa qui n'est pas signé par les propriétaires. Fin de la collaboration entre l'architecte et les co-propriétaires suite aux problèmes rencontrés avec la commune pour la construction des deux villas. Notes d'honoraires de l'architecte portant sur les deux villas contestées par les propriétaires. Demande en paiement de l'architecte partiellement admise en instance cantonale. Recours en matière civile des propriétaires rejeté par le TF.

Considérants: Le contrat d'architecte n'est pas soumis à une forme particulière (cf. P. TERCIER/P. FAVRE/D. CONUS, Les contrats spéciaux, 4^e éd. 2009, ch. 5365).

A teneur de l'art. 16 al. 1 CO, les parties qui ont convenu de donner une forme spéciale à un contrat pour lequel la loi n'en exige point, sont réputées n'avoir entendu se lier que dès l'accomplissement de cette forme. L'art. 16 CO présume donc que la forme réservée est une condition de la validité du contrat. Cette présomption peut être détruite par la preuve que la forme volontaire ne vise qu'à faciliter l'administration des preuves (ATF 128 III 212 c, 2b/aa, JdT 2001 I 58) ou que les parties y ont renoncé subséquemment.

La partie qui se prévaut de l'inefficacité d'un contrat au motif qu'il ne respecte pas la forme réservée doit établir la conclusion d'une forme volontaire, alors que, si la conclusion d'une forme réservée est établie, le fardeau de la preuve de la modification ou de la suppression d'une telle forme incombe à la partie qui se prévaut de la validité de l'acte passé oralement ou par actes concluants

(I. SCHWENZER, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5^e éd. 2011, n. 12 ad art. 16 CO).

La question de savoir si une forme a été réservée se résout selon les règles générales en matière de conclusion des contrats (cf. art. 1 ss CO) (J. Xoudis, op. cit., in Commentaire romand, Code des obligations I, 2^e éd. 2012, n° 7 ad art. 16 CO).

Commentaire: En l'espèce, le TF a constaté que la cour cantonale n'avait pas déterminé si les parties avaient la volonté réelle et concordante de soumettre leurs relations contractuelles à une forme réservée. Il s'est donc attaché à vérifier si un tel accord avait été conclu normativement en vertu du principe de la confiance. Sur la base de l'ensemble des circonstances du cas, le TF a considéré que les propriétaires pouvaient raisonnablement admettre que les parties n'entendaient se lier que par un contrat d'architecte passé en la forme écrite simple au sens de l'art. 13 CO, laquelle exige que le contrat soit signé par toutes les personnes auxquelles il impose des obligations. Il a ensuite vérifié si l'architecte avait été à même de renverser la présomption de l'art. 16 al. 1 CO d'après laquelle la forme réservée par les parties est constitutive, en ce sens que son inobservation entraîne la nullité de l'accord. L'architecte ayant commencé à exécuter le contrat sans que les propriétaires ne trouvent à y redire et ceux-ci ayant « mis un terme » au contrat d'architecte, le TF a retenu que la forme réservée par les parties n'était que probatoire.

b) *Arrêt 4A_230/2013 du 17 septembre 2013 (recours aux règles de remunération du règlement SIA 102 lorsque les parties n'ont pas explicitement convenu d'un prix)*

Faits: Architecte qui, dans l'intention de faire ériger une villa sur le bien-fonds appartenant à un couple et en l'absence de contrat écrit, établit et modifie des plans, et demande un permis de construire qu'il obtient. Notes d'honoraires de l'architecte refusée par les propriétaires qui réclament une facture détaillée pour l'ensemble des services rendus et somment l'architecte de cesser toute autre activité. Les propriétaires n'ayant pas obtenu les informations demandées, ils déclarent résilier le mandat. Demande en paiement de l'architecte, qui conclut au paiement de son solde d'honoraires, et demande reconventionnelle des propriétaires, qui demandent le remboursement des avances effectuées. Demande en paiement de l'architecte très largement admise et demande reconventionnelle rejetée en instance cantonale. Recours en matière civile des propriétaires partiellement admis par le TF.

Considérants: Les défendeurs ne persistent pas dans leurs prétentions reconventionnelles, de sorte que la contestation soumise au TF porte exclusivement sur la rémunération et le défraiement encore réclamés par la demanderesse.

En consultant cette partie-là, les défendeurs ont conclu avec elle un contrat d'architecte dit global, mixte, où certaines des prestations de l'architecte relèvent du contrat de mandat et d'autres du contrat d'entreprise (ATF 134 III 361 c. 5.1 ; 127 III 543, JdT 2002 I 217 ; 114 II 53 c. 2b, JdT 1988 I 360). Les parties n'ont pas explicitement convenu d'une rémunération. En pareil cas, ces prestations-là autorisent l'architecte à réclamer la rémunération usuelle selon l'art. 394 al. 3 CO, celles-ci, le prix à déterminer d'après la valeur du travail fourni et les dépenses encourues, selon l'art. 374 CO; il se justifie cependant d'appliquer l'art. 394 al. 3 CO à l'ensemble des prestations car une distinction entre les deux catégories n'engendrerait pratiquement aucune différence dans le résultat (A. EGLI/H. STÖCKLI, Das Planerhonorar, in Die Planerverträge, 2013, nos 7.37 et 7.44). Si nécessaire, le juge arrête donc une rémunération objectivement proportionnée aux services rendus, en tenant compte notamment du genre et de la durée de la mission accomplie, de son importance et de ses difficultés, et de la responsabilité assumée par l'architecte. Les règlements et tarifs SIA ne sont déterminants que dans la mesure où les parties ont expressément ou tacitement convenu de s'y référer; à défaut, ils n'ont pas valeur d'usage au regard de l'art. 394 al. 3 CO (arrêts 4A_86/2011 du 28 avril 2011, c. 6, RtiD 2011 II 739; 4C.158/2001 du 15 octobre 2001, c. 1, SJ 2002 I 204).

En vertu de l'art. 8 CC, il incombe à l'architecte d'alléguer et de prouver, dans le procès, les faits pertinents pour l'évaluation (EGLI/STÖCKLI, op. cit., n. 7.41). Par conséquent, le juge doit éventuellement refuser toute rémunération si aucune preuve concluante ne lui est présentée (cf. ATF 126 III 189 c. 2b, JdT 2000 I 643 ; v. également ATF 132 III 689 c. 4.5, JdT 2007 I 69 ; 129 III 18 c. 2.6, JdT 2006 I 191).

Commentaire: Le TF a jugé que l'expert désigné par le tribunal ne pouvait pas se référer au règlement SIA 102 et examiner les prétentions de l'architecte en les comparant à un calcul d'honoraires établi d'après le coût présumable total de la construction en projet, d'une part, et le pourcentage effectivement accompli des prestations d'architectes nécessaires à une réalisation totale, d'autre part. Il indique à cet égard que les méthodes développées dans cette version du règlement, relatives aux honoraires d'après le coût de l'ouvrage ou d'après le temps consacré à la mission, nécessitent des données tarifaires qui n'y sont pas présentes, de sorte que, pour cette raison déjà, le règlement ne permet pas une évaluation concrète de la rémunération due à l'architecte. Au surplus, à supposer que le règlement puisse constituer une référence pertinente alors même que les parties ne l'ont pas intégré à leur contrat, un choix doit également être opéré

entre ces deux méthodes; celle d'après le coût ne saurait être préférée au seul motif que l'architecte n'a pas produit en temps utile les éléments nécessaires à un calcul d'après le temps.

- c) *Urteil vom 26. September 2013 (4A_271/2013) (Überschreitung einer Grobkostenschätzung als Vertragsverletzung?)*

Sachverhalt: A. und B. X. liessen vom Architekten C. für den An- und Umbau ihres Einfamilienhauses Planskizzen erstellen. Der Architekt erstellte am 23. September 2008 eine ziemlich detaillierte "Grobkostenschätzung", welche An- und Umbaukosten von CHF 735'000.00 benannte. Diese Grobkostenschätzung enthielt keine Genauigkeitsangabe. Das Baugesuch wurde eingereicht und bewilligt. Nach Einholung von Offerten erstellte der Architekt dann am 26. Februar 2009 einen detaillierten Kostenvoranschlag, welcher Baukosten von CHF 927'600.00 feststellte. Die Bauherrschaft erkundigte sich nach den Gründen für diese grosse Differenz. Sie fragte an, was zu tun sei, um die Kosten auf den ursprünglichen Rahmen zurückzuführen; sie äusserte ihren Willen, die Kosten ganz wesentlich herunterdrücken, wobei sie die Einholung von Konkurrenzofferten nannte. Sie wollte den Umbau nur dann verwirklichen, wenn der Architekt ein Kostendach (ohne Umgebungsarbeiten) von CHF 680'000.00 gewährleiste, was ungefähr der ursprünglichen Grobkostenschätzung entsprach. Der Architekt führte die grosse Differenz zwischen Grobkostenschätzung und Kostenvoranschlag auf verschiedene Gründe zurück, insbesondere auf Kosten für spezielle Ausbauten. Würden diese vom Kostenvoranschlag abgezogen, läge der Kostenvoranschlag im Bereich von + 20 % gegenüber der Grobkostenschätzung, was vertretbar sei.

Der Architekt holte in der Folge Konkurrenzofferten ein, und erstellte einen neuen Kostenvoranschlag. Die seitens Bauherrschaft verlangte Reduktion der Gebäudekosten sei allerdings nur mit einer grundsätzlichen Reduktion des Bau- und Umbauvolumens möglich. Die Bauherrschaft lehnte eine solche Reduktion allerdings ab.

In der Folge stellte der Architekt für seine Leistungen Rechnung im Betrag von CHF 74'300.25, berechnet nach der SIA-Ordnung 102. Alternativ erstellte er eine Aufwandsrechnung über CHF 82'406.60. Die Bauherrschaft anerkannte bloss einen Betrag von CHF 12'000.00.

In der Folge klagte der Architekt das ausstehende Honorar ein. Seine Forderung wurde vom Bezirksgericht Arlesheim und vom Kantonsgericht Basel-Landschaft geschützt. Gegen diese Entscheide gelangte die Bauherrschaft an das Bundesgericht. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

Erwägungen: Das Bundesgericht bestätigt seine Rechtsprechung, wonach die Haftung des Architekten bezüglich der Erstellung eines Kostenvoranschlags dem Auftragsrecht untersteht (BGE 134 III 361; E. 2.1). Der Architekt hat im Rahmen des ihm erteilten Auftrags eine Kostenberechnung anzustellen und den Bauherrn über die zu erwartenden Kosten zu informieren; er muss den Bauherrn zudem über den Genauigkeitsgrad seiner Kosteninformation aufklären (Urteil 4C.424/2004 vom 15. März 2005, E. 3.2.1). Ist eine entsprechende Orientierung unterblieben, muss im Einzelfall festgestellt werden, welches konkrete Vertrauen der Bauherr nach Treu und Glauben in die Kosteninformationen des Architekten haben durfte (Urteil 4C.424/2004 vom 15. März 2005). Bei Fehlen einer besonderen Vereinbarung beträgt die Genauigkeit eines detaillierten Kostenvoranschlags für einen Neubau +/- 10 %. Allerdings hat das Bundesgericht mit Urteil vom 15. März 2005 einen kantonalen Entscheid bestätigt, nach welchem ein Bauherr auch bei einer als "approximativ" bezeichneten Kostenschätzung nicht mit einer Abweichung von 10 % rechnen muss, wenn ihm mündlich eine Abweichung von 1 - 2 % in Aussicht gestellt worden ist, und der Architekt wusste, dass der Bauherr mit dem Bauvorhaben an seine finanziellen Grenzen ging (Urteil 4C.424/2004 vom 15. März 2005 E. 4.1).

Die Grobkostenschätzung vom 23. September 2008 hatte keinen Genauigkeitsgrad angegeben. Die Vorinstanz hatte aus dem Begriff "Grobkostenschätzung" abgeleitet, dass es sich um keinen genauen Betrag handeln könne, weil von einer Schätzung und nicht von einer Berechnung gesprochen werde, und der Wortbestandteil "grob" die Genauigkeit ausschliesse. Demgegenüber vertrat die Bauherrschaft die Auffassung, dass aufgrund der Tatsache, dass der Architekt keinen Genauigkeitsgrad angegeben habe, keine Toleranzgrenze gelte. Die Bauherrschaft hatte jedoch keine Umstände dargelegt, welche ihr Vertrauen in die absolute Verlässlichkeit der Grobkostenschätzung hätte begründen können. Sie habe dem Architekten die Grenzen ihrer finanziellen Verhältnisse auch nicht mitgeteilt, und an verschiedenen Orten zum Ausdruck gebracht, dass sie mit einem Genauigkeitsgrad von deutlich unter +/- 20 % gerechnet hätte. Aus diesem Grund war ein Vertrauen in die absolute Genauigkeit der Grobkostenabschätzung zu verneinen.

Die Vorinstanz hatte eine Ungenauigkeit der Grobkostenschätzung +/- 25 % als zulässig erachtet, welche nicht überschritten worden sei. Die gegen die Berechnungen der Vorinstanz vorgebrachten Rügen blieben wirkungslos.

Das Bundesgericht prüfte dann die Frage, ob überhaupt ein Vertrauensschaden vorlag (E. 5). Ein Vertrauensschaden kann entstehen, wenn der Bauherr aufgrund einer ungenauen Kosteninformation die Weiterführung der Planung eines Bauvorhabens veranlasst, obschon er bei korrekter Schätzung die Projektierung abgebrochen hätte (E. 5.1). Der Bauherr, der einen Vertrauensschaden geltend macht, hat darzulegen und zu beweisen, dass er sein Verhalten bei einer

pflichtgemäß richtigen Kosteninformation geändert hätte. Dafür ist kein strikter Beweis erforderlich, es genügt, wenn der hypothetische Kausalverlauf nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge als überwiegend wahrscheinlich erscheint. In casu ist der Bauherrschaft dieser Nachweis nicht gelungen. Sie hatte zwar vorgebracht, dass sie auf die weitere Projektierung verzichtet hätte, wenn sie bereits anfangs Oktober 2008 (am 23. September 2008 war die Grobkostenschätzung erstellt worden) über die zu erwartenden Kosten des Projektes aufgeklärt worden wäre. Dies zeige allein schon ihr Verhalten nach Erhalt des Kostenvoranschlags am 26. Februar 2009. Das Kantonsgericht war indes zum Ergebnis gekommen, die Bauherrschaft habe den Wahrscheinlichkeitsbeweis des von ihr behaupteten hypothetischen Verhaltens nicht erbringen können. Das Bundesgericht hat dies geschützt, unter anderem mit der Begründung, dass die Bauherrschaft nach Erhalt des ausserhalb des Genauigkeitsgrades von 25 % liegenden Kostenvoranschlags vom 26. Februar 2009 die Projektierung nicht sofort abgebrochen hatte, sondern den Architekten zur Einholung von Konkurrenzofferten aufgefordert hatte. Deshalb sei die Erwägung des Kantonsgerichts, der sofortige Abbruch der Projektierung bei richtiger Kosteninformation sei nicht überwiegend wahrscheinlich, nicht willkürlich. Damit war die Grundlage der Abwehr gegen die Forderung des Architekten gefallen, weshalb sich das Gericht nun nur noch mit der Honorarforderung auseinanderzusetzen hatte.

Die Bauherrschaft hatte die Honorarforderung des Architekten bestritten, und insbesondere mangelnde Substantiierung geltend gemacht. Der Architekt hatte in der Klageschrift bezüglich seiner Aufwandvergütung unterlassen auszuführen, wer an welchem Tag welche Arbeit erledigt habe, und wie viel Zeit dafür benötigt wurde. Stattdessen wurden unterschiedliche Leistungen mehrerer Personen tageweise zusammengefasst oder zum Teil sogar für Wochen ein Gesamtaufwand geltend gemacht. Das Bundesgericht hielt der Bauherrschaft (in E. 6) entgegen, sie hätten die Angaben des Architekten teilweise bestritten, was zeige, dass eine solche Bestreitung möglich gewesen sei. Der vom Gericht eingesetzte Experte habe aufgrund der Angaben des Architekten und der dazu eingereichten Unterlagen die behaupteten Arbeiten und die Angemessenheit des dafür angegebenen Aufwands beurteilen können. Damit habe Beweis über den behaupteten Honoraranspruch geführt werden können, weshalb das Kantonsgericht die bundesrechtlichen Anforderungen an eine genügende Substantiierung des erbrachten Stundenaufwands zu Recht bejaht habe.

Zwischen den Parteien bestand keine Vereinbarung bezüglich des Honoraran-satzes. Der Architekt hatte in der Klage einen konkreten Betrag als Ansatz pro Stunde genannt und behauptet, dieser sei "üblich". Das Bundesgericht liess dies genügen (E. 7.4). Die Überprüfung der behaupteten Verkehrsübung verlange Fachkenntnisse, die von einem Gericht nicht erwartet werden könne, zumal

auch die von der Bauherrschaft erwähnten jährlich publizierten Entschädigungsansätze der KBOB gemäss Lehre nicht ohne Weiteres der zu beachtenden Verkehrsübung entsprächen. Deshalb hätte das Gericht bezüglich der Verkehrsüblichkeit der geltend gemachten Ansätze im Bestreitungsfall ohnehin eine gerichtliche Expertise einholen müssen - weshalb dem Architekten keine ungenügende Substantiierung der Verkehrsübung vorgeworfen werden könne, wenn er diesbezüglich ohne eigene Angaben einen entsprechenden Beweisantrag stelle.

Bemerkungen: Das Prozessieren wird mit diesem Entscheid nicht einfacher.

Das Bundesgericht hat sich mit diesem Entscheid nicht (!) zur Frage geäussert, ob bei einer "Grobkostenschätzung" gestützt auf eine kubische Berechnung eine Abweichung von 25 % zwischen der Grobkostenschätzung und dem detaillierten Kostenvoranschlag zulässig ist. Es ist Sache des Bauherrn, die Umstände zu belegen, welche sein Vertrauen in die Verlässlichkeit der Kostenabschätzung begründen können. Im vorliegenden Fall war die von der Vorinstanz festgelegte +/- 25 % Grenze aber eben nicht relevant, da die Bauherrschaft am Nachweis des hypothetischen Alternativverhaltens gescheitert ist. Aus dem Entscheid den Schluss ziehen zu wollen, eine Grobkostenschätzung müsse bloss eine Genauigkeit von +/- 25% aufweisen, wäre demnach gefährlich. Eine Abweichung +/- 25 % ist sehr viel: Ob ein Bauherr einen Betrag von CHF 1'000'000.00 oder CHF 1'250'000.00 aufzuwenden hat, dürfte in aller Regel für ihn sehr entscheidend sein. Es stellt sich (rein praktisch, und wenig juristisch) die Frage, wozu eine Grobkostenschätzung mit einer Genauigkeit von +/- 25 % überhaupt taugt - insbesondere dann, wenn sie derart detailliert erstellt wird, wie dies die Grobkostenschätzung vom 23. September 2008 war. Diese Detaillierung der Grobkostenschätzung dürfte mit grosser Wahrscheinlichkeit auf Seiten der Bauherrschaft ein grösseres Vertrauen in die Genauigkeit der Berechnung geweckt haben als bloss +/- 25 %.

Das Bundesgericht hat das Ansinnen der Bauherrschaft, dem Architekten die für sie unnötigen Planungskosten nicht zu bezahlen, daran scheitern lassen, dass es der Bauherrschaft nicht gelungen sei, nachzuweisen, dass sie die Planung sofort abgebrochen hätte, wenn die Grobkostenschätzung vom 23. September 2008 25 % höher ausgefallen wäre. Die Erwägungen des Bundesgerichts muss man zur Kenntnis nehmen. Sie setzen allerdings einen sehr strengen Massstab. Die Tatsache, dass die Bauherrschaft nach Erhalt des Kostenvoranschlags vom 26. Februar 2009 das Projekt nicht sofort (!) abgebrochen hatte, verunmöglichte ihnen den Beweis, dass sie das Projekt im Oktober 2008 abgebrochen hätte, wenn die damalige Kostenschätzung richtig gewesen wäre. Nach Erhalt des Kostenvoranschlags vom 26. Februar 2009 hatte die Bauherrschaft gefragt, worin der Unterschied zur Schätzung vom 23. September 2008

liege, sie wollte wissen, was sie tun sollte, um die Kosten ungefähr auf den ursprünglichen Rahmen zurückzuführen, und sie hatte den Architekten aufgefordert, Verschiedenes zu unternehmen, um die Kosten ganz wesentlich herabzudrücken. Bereits am 3. April 2009 (also etwas mehr als einen Monat nach Erstellung des detaillierten Kostenvoranschlags) hatte der Architekt erklärt, dass die verlangte Reduktion der Gebäudekosten nur mit einer grundsätzlichen Reduktion des Bau- und Umbauvolumens möglich sei, und die Bauherrschaft hatte eine solche Reduktion abgelehnt. Der Entscheid schweigt sich nun allerdings darüber aus, ob die Bauherrschaft in diesem Zeitpunkt den Projektabbruch bekanntgab. Allein aus der Tatsache, dass die vom Kostenvoranschlag überraschte Bauherrschaft Erläuterungen zur Differenz zwischen Kostenschätzung und Kostenvoranschlag verlangte und sich während eines Monats darum bemühte, die Kosten zu reduzieren (bei gleichbleibendem Volumen), zu folgern, die Bauherrschaft hätte das Projekt im Oktober 2008 nicht abgebrochen, wenn die Kostenschätzung richtig gewesen wäre, erscheint mir sehr streng. Die Bauherrschaft hatte dieses Projekt mitbegleitet, bei der Planung entsteht ein "Kind" nicht nur des Architekten, sondern auch des Bauherrn. Es ist sehr leicht verständlich, dass eine Bauherrschaft in einer solchen Situation den Architekten ersucht, sich um Kostenreduktionen zu bemühen - ohne dass dabei seine Verantwortlichkeit für eine falsche Kostenschätzung faktisch gleich dahinfallen sollte.

Grundlage einer Entschädigung nach Aufwand bildet der bei sorgfältigem Vorgehen objektiv notwendige Aufwand (Urteil 4A_15/2011 vom 3. Mai 2011 E. 3.3). Der geltend gemachte Aufwand muss so dargelegt werden, dass dessen Notwendigkeit und Angemessenheit überprüft werden kann. Dies setzt nachvollziehbare Angaben zu den erbrachten Arbeiten und den dafür aufgewendeten Arbeitsstunden voraus (vgl. Urteil 4A_291/2007 vom 29. Oktober 2007 E. 3.4) (BR/DC 3/2014, S. 150). Die Praxis macht die Frage der Substantiierung je länger je mehr zur grossen Unbekannten in jedem Prozess. Die Bauherrschaft hatte vor Bundesgericht (aufgrund der publizierten Rechtsprechung gut nachvollziehbar) geltend gemacht, der Architekt hätte aufgrund der Bestreitungen in der Klageantwort konkret und detailliert ausführen müssen, wer an welchem Tag welche Arbeit erledigt habe und wie viel Zeit dafür benötigt worden sei. Für das Bundesgericht steht nun die Substantiierung rückblickend nicht mehr zur Diskussion, wenn der vom Gericht eingesetzte Experte aufgrund der Angaben des Architekten und der dazu eingereichten Unterlagen die behaupteten Arbeiten und die Angemessenheit des dafür angegebenen Aufwands beurteilen könne. Das scheint mir problematisch: Es kann ja nicht von der Person des eingesetzten Experten abhängen, ob eine Forderung genügend substantiiert ist oder nicht. Hier wird eine Frage, welche nun wirklich klarerweise und allein die Gerichte entscheiden müssen, nämlich ob eine Forderung genügend sub-

stantiert sei oder nicht, an einen Experten ausgelagert. Nun gibt es verschiedener Art Experten. Die einen "klären" die komplexesten Sachverhalte in wenigen Sätzen, die anderen hinterfragen tausendfach, bis sie unter eine Aussage ihre Unterschrift setzen. Der Experte war im vorliegenden Fall dazu berufen, das Honorar des Architekten zu überprüfen und er war nicht dazu berufen, zu überprüfen, ob die zivilprozessual notwendigen Behauptungen dazu im Rahmen dieses Prozesses frist- und formgerecht vorgetragen worden waren.

Der Entscheid wurde besprochen von Dr. THOMAS SIEGENTHALER in BR/DC 3/2014, S. 149 ff., Nr. 255.

2. Rechtsprechung zum Werkvertrag / Jurisprudence en matière de contrat d'entreprise

- a) *Urteil 4A_90/2013 vom 10. Juni 2013 (Bauwerksmangel als Folgeschaden des Planmangels)*

Sachverhalt: Eine Bauherrschaft beauftragte im Mai 2005 einen Architekten, ein Einfamilienhaus zu planen und zu erstellen. Der Architekt sah ein Konzept für die Entwässerung vor, welches noch vor Baubeginn abgeändert wurde. Der Eigentümer der unterhalb gelegenen Parzelle beklagte sich in der Folge bei der Bauherrschaft, Wasser fliesse auf seine Parzelle und könne wegen des lehmigen Bodens nicht ablaufen, was zu einer Versumpfung führe. Der Architekt unterbreitete in der Folge ein drittes Entwässerungskonzept, jedoch realisierte die Bauherrschaft nicht dieses, sondern ein anderes Konzept eines anderen Architekturbüros.

Die Bauherrschaft klagte und machte dabei geltend, der Architekt habe den mit ihr abgeschlossenen Vertrag in mehrfacher Hinsicht verletzt. Dadurch seien ihr Kosten entstanden, welche nicht angefallen wären, wenn der Architekt von Anfang an richtig projektiert hätte.

Erwägungen: Zur rechtlichen Einordnung des Architektenvertrages zitierte das Bundesgericht (E. 3) seinen aus anderen Entscheiden bekannten Textbaustein:

„Die rechtliche Einordnung des Architektenvertrags kann nicht allgemeingültig vorgenommen werden. Den Architektenvertrag mit stets gleichem Inhalt gibt es nicht. Vielmehr ist darauf abzustellen, welche Leistungen die Parteien im konkreten Vertrag vereinbart haben. Den Gesamtvertrag des Architekten qualifiziert das Bundesgericht als gemischten Vertrag, der erlaubt, je nach den konkreten Umständen eine sachgerechte Lösung nach Massgabe des Auftrags- oder Werkvertragsrechts zu finden. Dabei sind Projektierungsarbeiten, die in einem zu realisierenden Projekt ihren Niederschlag finden bzw. das Erstellen

von Plänen den Bestimmungen über den Werkvertrag zu unterstellen (BGE 134 III 361 E. 5.1; 130 III 362 E. 4.1 S. 365; 127 III 543 E. 2 S. 545; 114 II 53 E. 2b S. 56; 110 II 380 E. 2; Urteil 4A_55/2012 vom 31. Juli 2012 E. 4.4; je mit Hinweisen). Das Bundesgericht hat sodann festgehalten, dass eine Spaltung der Rechtsfolgen denkbar ist, indem sich etwa die Haftung für einen Planungsfehler nach werkvertraglichen Regeln, jene für unsorgfältige Bauleitung nach auftragsrechtlichen Regeln richten kann (BGE 109 II 462 E. 3d S. 466; so auch BGE 134 III 361 E. 5.1: unterschiedliche Rechtsfolgen je nach Streitgegenstand; ferner Urteile 4A_55/2012 vom 31. Juli 2012 E. 4.4; 4A_252/2010 vom 25. November 2010 E. 4.1). Für die Auflösung des Gesamtvertrages des Architekten kommen die auftragsrechtlichen Bestimmungen, mithin Art. 404 OR, zur Anwendung (BGE 127 III 543 E. 2a S. 545; 110 II 380 E. 2; je mit Hinweisen; ferner etwa Urteile 4A_55/2012 vom 31. Juli 2012 E. 4.4; 4C.18/2005 vom 30. Mai 2005 E. 2.1).“

In casu waren die festgestellten Mängel der Entwässerungspläne als Werkmängel im Sinne von Art. 367 OR zu qualifizieren (E. 4.2). „Der natürlich kausal infolge des Planungsfehlers entstandene Baumangel – hier die nicht ordnungsgemäss funktionierende Entwässerungsanlage – ist demgegenüber ein Mangelfolgeschaden, der dadurch charakterisiert ist, dass er nicht im Mangel selbst begründet, sondern die Folge des Mangels ist und trotz Wandelung, Minderung oder Nachbesserung bestehen bleibt (130 III 362 E. 4.1 S. 366; 116 II 305 E. 4a in fine; 107 II 438 S. 439; Urteil 4C.126/2002 vom 19. August 2002 E. 3.1; W. FELLMANN, Haftung von Architekt und Ingenieur, in: Haftung für Werkmängel, Alfred Koller [Hrsg.], 1998, S. 109; P. GAUCH, a.a.O., Rz. 1855, 1864 f.; G. ZINDEL/U. PULVER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 5. Aufl. 2011, N. 69 zu Art. 368 OR; T. BÜHLER, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1998, N. 172 zu Art. 368 OR).“

Der Beschwerdegegner hatte im Herbst 2007 ein drittes Entwässerungskonzept ausgearbeitet, welches funktionsfähig war. Damit war der Werkmangel (fehlerhafte Planung) bereits behoben. Der Beschwerdeführerin ging es mit ihrer Klage nur noch darum, den verbleibenden Mangelfolgeschaden, der aus der Realisierung des mangelhaften zweiten Entwässerungskonzepts entstanden war, geltend zu machen. Das Schreiben, in welchem die Beschwerdeführerin die Nachbesserung verlangte, musste dahingehend verstanden werden, dass die Beschwerdeführerin vom Beschwerdegegner forderte, sich um die Beseitigung der Mängel an der Entwässerungsanlage zu kümmern. Die Vorinstanz hatte verkannt, „dass es sich beim Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens um ein weiteres Mängelrecht des Bestellers handelt, das kumulativ zum Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht hinzutritt und nicht voraussetzt, dass der Besteller eines dieser Rechte tatsächlich ausübt oder ausgeübt hat, und das dem Besteller sogar zustehen kann, wenn er im konkreten Fall über keines der übrigen Mängelrechte verfügt (vgl. auch BGE 126 III 388 E. 10a; Urteile

4C.130/2006 vom 8. Mai 2007 E. 6.1; 4C.297/2003 vom 20. Februar 2004 E. 2.1; 4C.126/2002 vom 19. August 2002 E. 3.1; P. GAUCH, a.a.O., Rz. 1849 ff.; G. ZINDEL/U. PULVER, a.a.O., N. 68 zu Art. 368 OR; T. BÜHLER, a.a.O., N. 166 ff. zu Art. 368 OR). Die Geltendmachung des Mangelfolgeschadens setzt nicht voraus, dass der Besteller nach den Regeln über den Schuldnerverzug vorgegangen ist, im Gegensatz zum Recht auf Ersatz des aus der Nichterfüllung der Nachbesserungsschuld entstandenen Schadens nach Art. 107 Abs. 2 OR.“ (E. 4.2)

Das Bundesgericht wies die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück.

Bemerkungen: Das Urteil 4A_90/2013 vom 10. Juni 2013 fügt sich ein in eine Serie von Entscheiden, in welchen das Bundesgericht auf die Planungsleistungen von Architekten oder Ingenieuren die werkvertraglichen Bestimmungen über die Mängelhaftung zur Anwendung gebracht hat (vgl. Urteile 4A_53/2012 und 4A_55/2012 vom 31. Juli 2012; 4A_252/2010 vom 25. November 2010). Im vorliegenden Entscheid wird betont, dass es um den Mangel der Planung geht – der daraus allenfalls folgende Bauwerksmangel ist somit als Folgeschaden dieser mangelhaften Planung zu qualifizieren.

- b) *Urteil vom 31. Juli 2013 (4A_278/2013) (Ersatzpflicht des Grundei- gentümers gemäss Art. 872 ZGB; Werklohnforderung)*

Sachverhalt: Y. AG als Unternehmerin schloss mit X. AG als Bauherrschaft einen Werkvertrag ab, nach welchem sie als Unternehmerin zu einem Preis von CHF 110'424.60 Gipser- und Verputzarbeiten auszuführen hatte. Offenbar hatte sie im Rahmen der Bauausführung erhebliche Mehrleistungen zu erbringen, welche von der Bauleitung angeordnet worden waren. Auf Geheiss der Bauleitung und auf der Grundlage neuer Pläne hatte sie dann eine Nachtragsofferte im Betrag von CHF 246'116.25 erstellt. Die Bauleitung war ermächtigt, Bestellungsänderungen vorzunehmen. Die vereinbarten AGB sahen indes vor, dass für Zusatzarbeiten ein schriftlicher Nachtrag durch die Bauherrschaft genehmigt werden müsse. Die Unternehmerin hatte sich zweimal um die Genehmigung der Nachtragsofferte vom 12. September 2007 bemüht, die Genehmigung jedoch nicht erhalten. Dennoch hatte sie die Arbeiten ausgeführt. Die Reigerapporte und das Ausmass wurden seitens Bauleitung unterzeichnet. Die Bauherrschaft verweigerte die Bezahlung der Kosten dieser Zusatzarbeiten; sie wisse nichts von einer Planänderung, einer Nachtragsofferte oder von Zusatzleistungen. Die Unternehmerin klagte gegen die Bauherrschaft auf Bezahlung des ausstehenden Werklohnes.

Das Handelsgericht hatte festgestellt, dass gemäss dem ursprünglichen Werkvertrag und den tatsächlich ausgeführten Arbeiten Mehrarbeiten geleistet worden seien. Es seien deshalb Bestellungsänderungen anzunehmen. Regierappo rte und Ausmass seien unterzeichnet, weshalb davon auszugehen sei, dass die Mehrleistungen tatsächlich erbracht worden seien. Die vereinbarten AGB enthielten einen Schriftlichkeitsvorbehalt, wonach Zusatzarbeiten nur mit schriftlicher Genehmigung der Bauherrschaft gültig seien. Die Nachtragsofferte vom 12. September 2007 sei nicht genehmigt worden, weshalb die Unternehmerin keinen vertraglichen Anspruch auf Mehrvergütung für die erbrachten Leistungen habe. Das Handelsgericht bejahte hingegen einen ausservertraglichen Anspruch in Höhe der ausstehenden Restwerklohnforderung gestützt auf Art. 672 ZGB. Das Bundesgericht hat das Urteil des Handelsgerichts Zürich gestützt.

Erwägungen: Verwendet jemand zu einem Bau auf seinem Boden fremdes Material oder eigenes Material auf fremdem Boden, so wird es Bestandteil des Grundstücks (Art. 671 ZGB). Der Eigentümer des Materials ist dann, wenn die Verwendung ohne seinen Willen stattgefunden hat, berechtigt, die Trennung des Materials und dessen Herausgabe zu verlangen. Der Grundeigentümer kann, wenn die Verwendung ohne seinen Willen stattgefunden hat, auf Kosten des Bauenden die Wegschaffung des Materials verlangen (Art. 671 Abs. 3 ZGB). Findet keine Trennung des Materials vom Boden statt, so hat der Grundeigentümer für das Material eine angemessene Entschädigung zu leisten (Art. 672 Abs. 1 ZGB). Der Umfang der zu leistenden Entschädigung ist abhängig vom guten bzw. bösen Glauben der Beteiligten. Guter Glaube wird vermutet. Wer allerdings bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen (E. 2).

Das Handelsgericht hatte beide Parteien als gutgläubig betrachtet. Guter Glaube besteht, wenn trotz eines Rechtsmangels das Unrechtsbewusstsein fehlt (E. 2.1). Die Unternehmerin habe an das Einverständnis der Beklagten geglaubt und die Nachtragsofferte ausgeführt. Damit hatte das Handelsgericht eine tatsächliche Feststellung getroffen, weshalb die Bauherrschaft hätte nachweisen müssen, dass diese Feststellung willkürlich sei. Dieser Nachweis ist ihr nicht gelungen. Insbesondere urteilte das Bundesgericht es nicht als willkürlich, dass die Vorinstanz der Bauherrin einerseits keine Genehmigung der Nachtragsofferte zugerechnet hatte, und anderseits gleichzeitig aus der tatsächlichen Ausführung der Arbeiten geschlossen hatte, die Unternehmerin sei sich des fehlenden Einverständnisses nicht bewusst gewesen (E. 2.2.1).

Die Bauherrin hatte alsdann gerügt, die Unternehmerin hätte bei gebührender Aufmerksamkeit wissen müssen, dass das Einverständnis der Beschwerdeführerin nicht vorlag. Das Handelsgericht hatte ausgeführt, der gute Glaube sei bei

Anwendung von Art. 672 und 673 ZGB immer dann gelten zu lassen, wenn unredliches, moralisch verwerfliches Handeln ausgeschlossen erscheine. Es gäbe keine Anhaltspunkte für ein unredliches, moralisch verwerfliches Handeln der Unternehmerin. Das Bundesgericht ist der Vorinstanz darin gefolgt: "Geht man aufgrund der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz davon aus, die Beschwerdegegnerin habe in tatsächlicher Hinsicht an das Einverständnis der Beschwerdeführerin geglaubt, bestehen in der Tat keine Anhaltspunkte, die auf ein unredliches, moralisch verwerfliches ... oder gar arglistiges und rechtsmissbräuchliches ... Verhalten schliessen liessen." (E. 2.2.2).

Damit waren beide Parteien als gutgläubig zu betrachten, womit die Unternehmerin den Ersatz ihrer Vermögenseinbusse soweit verlangen konnte, als die Bauherrin bereichert war. In casu hatte die Vorinstanz den gesamten Forderungsbetrag in der Höhe der restlichen Werklohnforderung zugesprochen. Die Unternehmerin hatte behauptet, der ausstehende Werklohn entspreche dem objektiven Mehrwert, und die Bauherrschaft hatte dies nicht substantiiert bestritten. Mit diesem Schluss hatte die Vorinstanz kein Bundesrecht verletzt.

Die Bauherrschaft hatte auch den Einwand der ungenügenden Substantiierung erhoben. Die Unternehmerin hatte das von der Bauleitung unterzeichnete Ausmass wie auch die von der Bauleitung unterzeichneten Regierechnungen zum integralen Bestandteil der Rechtsschrift erklärt, die Regiearbeiten tabellarisch zusammengestellt und in der Replik ausdrücklich darauf verwiesen. Die Vorinstanz hatte diese Verweisungen auf Rapporte und Beilagen genügen lassen. Das Bundesgericht musste sich mit der Zulässigkeit solcher Verweisungen nicht auseinandersetzen, da diese Rüge das kantonale Prozessrecht betraf und die entsprechende Rüge der Bauherrschaft den Anforderungen an eine Willkürüge nicht genügte.

Bemerkungen: Das Urteil wurde von PD Dr. ARNOLD F. RUSCH, Zürich, in BR/DC 2014, S. 287 f., "Ersatzpflicht des Grundeigentümers gemäss Art. 672 ZGB bei fehlendem vertraglichem Anspruch und der Begriff des guten Glaubens" besprochen. Seiner Kritik ist zuzustimmen.

Wichtig an diesem Urteil ist zweifellos, dass es der Praxis die Anwendbarkeit von Art. 672 ZGB in Erinnerung ruft. Ob der Weg über Art. 672 ZGB im konkreten Fall der richtige war, bleibt offen. Wie A. RUSCH richtig feststellt, sind Zweifel am guten Glauben der Unternehmerin angebracht, wenn sie die Bauherrin zweimal erfolglos aufgefordert hat, die Nachtragsofferte zu genehmigen. Handelsgesetz und Bundesgericht lösen das Problem damit, dass sie nicht den gewöhnlichen Massstab des Art. 3 Abs. 2 ZGB verwenden, sondern ein "abgeschwächtes Kriterium, wonach guter Glaube immer dann vorhanden sei, wenn unredliches, moralisch verwerfliches Handeln ausgeschlossen erscheint" (A. RUSCH, a.a.O., S. 288).

Die vertragliche Regelung kann dem Urteil nicht im Detail entnommen werden. Es wird festgestellt, die Bauleitung sei zu Bestellungsänderungen ermächtigt gewesen. Austausch- und Nachtragspositionen resp. Zusatzarbeiten seien jedoch schriftlich von der Bauherrschaft genehmigen zu lassen. Für mich widersprechen sich diese beiden Feststellungen: Entweder ist die Bauleitung ermächtigt oder sie ist es nicht; wenn ihre Anweisungen der schriftlichen Genehmigung der Bauherrschaft bedürfen, ist sie es nicht. Diese Diskrepanz macht das Verständnis des Urteils schwierig. Denn wenn Bestellungsänderungen und Zusatzarbeiten tatsächlich der schriftlichen Zustimmung der Bauherrschaft bedürfen und die Bauherrschaft tatsächlich nichts von einer Planänderung, einer Nachtragsofferte und scheinbar nötigen Zusatzleistungen weiß (und davon geht das Urteil aus: der gute Glaube der Bauherrschaft ist unbestritten), geht es nach meinem Verständnis nicht an, diese klaren vertraglichen Bestimmungen über Art. 672 ZGB "auszuhebeln"; es sei denn, der Unternehmer sei tatsächlich gutgläubig gewesen, was er genau genommen nicht sein kann: Den Vertragsinhalt muss er kennen!

Formvorbehalte, wie sie in casu vereinbart waren, sollen die Bauherrschaft vor unliebsamen Überraschungen bei der Schlussabrechnung schützen. Sie sind sinnvoll und auf jeden Fall nicht von vornherein "verdächtig". Sie verlieren jedoch ihre Funktion, wenn sich die eine Partei an klare vertragliche Bestimmungen nicht halten muss und dafür als einziges einzuhaltendes Kriterium gilt, dass sie sich nicht unredlich oder moralisch verwerflich verhält.

Immer davon ausgehend, dass die Bauherrschaft tatsächlich gutgläubig war, könnte das Problem des Unternehmers auch nicht über eine konkludente einvernehmliche Aufhebung des Genehmigungsvorbehaltes gelöst werden (was die Vorinstanz ja ausdrücklich verworfen hatte). Denn der gutgläubige Bauherr müsste sich dem Unternehmer erkennbares vertragswidriges Verhalten der Bauleitung nicht entgegenhalten lassen.

- c) *Arrêt 4A_94/2013 du 29 août 2013 (prescription des droits de garantie en cas de dissimulation intentionnelle des défauts de l'ouvrage au sens de l'art. 180 SIA-118)*

Faits: Contrat d'entreprise intégrale portant sur la construction, à prix forfaitaire, d'une villa de trois étages dont le descriptif des travaux prévoit, au chapitre « isolation », la pose d'une isolation de toiture Flumroc 120 mm ou similaire avec pare-vapeur. Pose d'un système d'isolation de la toiture de la marque Ysox en lieu et place du système Flumroc.

Demande en paiement de l'entrepreneur déposée plus de 5 ans après la livraison de l'ouvrage et portant sur le solde du prix. Demande reconventionnelle des maîtres de l'ouvrage qui se plaignent, pour la première fois, du fait que l'isolation de la toiture n'est pas conforme au descriptif.

Expertise judiciaire ordonnée en cours d’instance qui conclut que les systèmes d’isolation Ysox et Flumroc procèdent d’une conception différente mais sont tous deux destinés et parfaitement adéquats à l’isolation d’une toiture et qui relève que le système Ysox a été posé en contravention des règles de l’art, de sorte que l’ouvrage présente une moindre isolation phonique.

Action de l’entrepreneur partiellement admise en instance cantonale et demande reconventionnelle des maîtres de l’ouvrage rejetée en première instance et en appel. Recours en matière civil des maîtres de l’ouvrage rejeté par le TF.

Considérants: Le litige porte essentiellement sur le point de savoir si l’entrepreneur a « *intentionnellement dissimulé* » des défauts de l’ouvrage, au sens de l’art. 180 de la norme SIA 118, auquel cas les droits découlant de ces défauts se prescrivent par le délai extraordinaire de dix ans (art. 180 al. 2) en lieu et place du délai de cinq ans, qui court dès la réception de l’ouvrage (art. 180 al. 1).

L’art. 166 SIA-118 donne du défaut une définition qui coïncide sur le principe avec celle développée par la jurisprudence en relation avec l’art. 368 CO (P. GAUCH, Der Werkvertrag, 5^e éd. 2011, n. 2648-2650; A. LENZLINGER GADIENT, Mängel- und Sicherungsrechte des Bauherrn im Werkvertrag, 1994, p. 247). L’ouvrage livré est entaché d’un défaut lorsqu’il n’est pas conforme à ce qui avait été contractuellement prévu. Le défaut peut résider dans l’absence d’une qualité convenue expressément ou tacitement par les parties, ou l’absence d’une qualité à laquelle le maître pouvait s’attendre selon les règles de la bonne foi (ATF 114 II 239 c. 5a/aa, JdT 1989 I 162). Pour déterminer quelles qualités sont dues conventionnellement, il faut interpréter le contrat selon les règles habituelles (GAUCH, op. cit., n 1366).

L’expression « *intentionnellement dissimulé* » employée à l’art. 180 SIA-118 doit recevoir le même sens qu’en droit des obligations, où elle apparaît à l’art. 370 CO (P. GAUCH, op. cit., n. 2731; A. LENZLINGER GADIENT, op. cit., p. 95 note 150; F. PEDRAZZINI, La dissimulation des défauts, 1992, n. 590). Il serait plus adéquat de parler de dissimulation frauduleuse, comme à l’art. 199 CO. En effet, l’entrepreneur n’a pas un devoir général de collaborer à la découverte des défauts; il faut une certaine astuce ou fraude de sa part (P. GAUCH, op. cit., n. 2090; A. LENZLINGER GADIENT, Ibid.), un comportement dolosif (cf. arrêt 4A_301/2010 du 7 septembre 2010 c. 3.2, in SJ 2011 I 17; F. PEDRAZZINI, op. cit., n. 40 ss, 86 s. et 1167). Il y a dissimulation frauduleuse lorsque l’entrepreneur - ou le vendeur - n’avise pas son cocontractant d’un défaut alors qu’il a une obligation de renseigner, laquelle peut découler des règles de la bonne foi (P. GAUCH, op. cit., n. 2093 et 2731; F. PEDRAZZINI, op. cit., n. 421 et 435 ss; cf. ATF 116 II 431 c. 3a, JdT 1991 I 45). Une telle obligation existe dès que l’entrepreneur doit partir du principe que le maître ignore le défaut, ne va pas

le découvrir et voudrait exercer ses droits à la garantie si ce défaut était porté à sa connaissance (P. GAUCH, op. cit., n. 2093, qui se réfère à l'ATF 66 II 132 c. 6, JdT 1940 I 554). Une exécution imparfaite n'implique pas nécessairement une telle dissimulation; encore faut-il que l'entrepreneur connaisse les défauts et qu'il les taise volontairement (ATF 89 II 405 c. 2b, JdT 1964 I 251). La négligence même grave ne suffit en principe pas. La doctrine réserve le cas où l'entrepreneur évite volontairement d'être mieux informé (P. GAUCH, op. cit., n. 2092).

Commentaire: En l'espèce, le TF constate qu'à la livraison de l'ouvrage l'entrepreneur ignorait les malfaçons dans l'exécution de la toiture, de sorte que c'est à bon droit que les autorités cantonales ont retenu qu'il n'y avait pas dissimulation frauduleuse au sens de l'art. 180 SIA-118. Il en déduit que le délai de prescription était de 5 ans et qu'il a expiré.

d) *Urteil 4A_109/2014 vom 21. Mai 2014 (Primär- und Sekundärmängel)*

Sachverhalt: Nach Abschluss des Neubaus eines Wohnhauses wurden Schäden am Verputz festgestellt. Es wurde eine Expertise erstellt, welche zwei Ursachen für diese Mängel ermittelte. Schliesslich erging ein Schiedsentscheid, wonach die Kosten für die Sanierung der Fassade durch die Bauunternehmung und die Bauleitung zu tragen seien. Die Bauunternehmung nahm in der zweiten Hälfte des Jahres 2003 Nachbesserungsarbeiten vor. Im Juli 2005 wurden weitere Schäden am Verputz festgestellt. Nun wurde entdeckt, dass Wasser von den Balkonen in die Fassade eindrang, so dass die Fassade durch Frostverwitterung geschädigt wurde. Mit der Bauleitung konnte sich die Bauherrschaft auf eine Entschädigung einigen. Die Bauherrschaft klagte sodann gegen die Bauunternehmung.

Erwägungen: Die Vorinstanz hatte festgestellt, dass zwei Mängel vorlagen, wovon die mangelnde Dichtigkeit (entdeckt 2005) der Primärmangel und die Schäden an der Fassade (entdeckt 2003) der Sekundärmangel war. Durch die Nachbesserungsarbeiten im Jahre 2003 habe die Bauunternehmung die Nachbesserungsschuld anerkannt und damit die Verjährung unterbrochen - allerdings nur hinsichtlich des Sekundärmangels, nicht aber für den Primärmangel, den sie damals noch nicht kannte. Die Haftung für den Primärmangel sei daher verjährt.

Das Bundesgericht hielt sodann (in E. 3.3.1) fest, dass zwischen Primär- und Sekundärmängeln zu unterscheiden sei. Der Primärmangel besteht bei der Ablieferung des Werkes; er bildet die Ursache des Sekundärmangels, der nach der

Ablieferung entsteht. Beide Mängel sind zwar voneinander verschieden, aber sie betreffen nacheinander dasselbe Werk des Unternehmers (mit Verweis auf GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1455, Nr. 1470/1471 und mit Verweis auf BGer 4C.321/2006 vom 1. Mai 2007, E. 4.6.1 zum Kaufrecht). Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Recht zwischen dem Primärmangel und dem Sekundärmangel unterschieden habe (E. 3.3.2).

Das Bundesgericht verwies zudem auf Art. 135 Ziff. 1 OR, wonach die Anerkennung einer Schuld die Verjährung unterbricht. Dabei gilt die vorbehaltlose Vornahme von Nachbesserungsarbeiten als Verjährungsunterbrechung (E. 4.1 mit Verweis auf BGE 121 III 270 E. 3c, BGer 4C.134/2004 vom 14. Oktober 204, E. 4.3). Die Anerkennung einer Schuld setzt aber immer voraus, dass der Unternehmer den Mangel kennt. Wenn ein Unternehmer einen Mangel beseitigt, erkennt er damit keine Mängelrechte betreffend Mängel, welche sich erst später zeigen – und zwar auch dann nicht, wenn diese dieselbe Ursache haben, wie die von ihm beseitigten Mängel (E. 4.1 mit Verweis auf P. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2267). Das Bundesgericht stellte sodann fest, dass in Bezug auf die mangelnde Dichtigkeit (Primärmangel) die Verjährung nicht unterbrochen worden war.

Bemerkungen: Der Entscheid ist die konsequente Umsetzung des Grundsatzes, dass der Primärmangel und der Sekundärmangel in rechtlicher Hinsicht zwei verschiedene Mängel sind, obschon der Primärmangel die technische Ursache des Sekundärmangels ist. Von P. PICHONNAZ (Du défaut primaire et du défaut secondaire et de l'incidence de cette distinction sur le délai de prescription, BR/DC 2014, S. 285 – 287) wurde der Entscheid daher erläutert, aber nicht kritisiert. Im Resultat mutet es aber dennoch seltsam an, dass der Unternehmer zwar weiterhin verpflichtet sein soll, den Sekundärmangel (Verputz) nachzubessern, nicht aber die Ursache für diese Sekundärmängel (also den Primärmangel) zu beseitigen.

- e) *Urteil 4A_173/2014 vom 10. Juni 2014 (Keine Mängelhaftung beim Verstoss gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften?)*

Sachverhalt: Eine Bauherrin plante auf ihrem Grundstück eine Mehrfamilienhaus-Überbauung und verkaufte schon vor der Erstellung drei Wohnungen an einen Käufer. Die Mehrfamilienhäuser wurden gebaut und die Wohnungen übergeben. Es kam zu einem Rechtsstreit, wobei der Wohnungskäufer unter anderem einen Minderungsanspruch wegen nicht invalidengerechter Erstellung der Baute geltend machte. Die Parteien hatten im Baubeschrieb vereinbart, dass der „Zugang zu den Wohnungen (...) bedingt rollstuhlgängig“ sei. Der Käufer machte geltend, die Liegenschaft erfülle die Anforderungen an eine behindertengerechte Erschliessung nicht und machte einen Minderungsanspruch

geltend. Die Anforderungen an einen rollstuhlgängigen Lift und die entsprechenden rollstuhlgängigen Zugänge würden, so der Wohnungskäufer, durch das bernische Baugesetz und die Ausführungs vorschriften in der bernischen Bauverordnung geregelt, wobei als Auslegungshilfe die von der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion herausgegebenen „Empfehlungen für die hindernisfreie Ausführung von Bauten und Anlagen“ gälten. Die Vorinstanz stellte fest, dass für das Haus eine Baubewilligung bestehe und dass die Baute von der Baupolizei abgenommen und dabei keine Beanstandungen angebracht wurden.

Erwägungen: Das Bundesgericht hielt dazu (in E. 5.3) fest, dass es nicht um die öffentlich-rechtliche Beurteilung oder Sanktionierung von allfälligen Baumängeln gehen könne:

„Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz besteht für das Haus 1 eine Bau bewilligung vom 20. Februar 2007. Zudem und insbesondere hat die Baupolizei den Bau abgenommen und keine Beanstandungen angebracht. Allfällige Verstösse gegen die baupolizeilichen Vorschriften des Kantons Bern hätten im öffentlich-rechtlichen Bewilligungsverfahren gerügt werden können, sind aber nicht geeignet, um im vorliegenden Zivilverfahren zwischen den Parteien des Kauf-/Werkvertrags eine mangelhafte Werkherstellung aufzuzeigen. Auch ändert nichts, dass - wie der Beschwerdeführer vorbringt - gemäss Doktrin und Praxis zum bernischen öffentlichen Baurecht eine vorbehaltlose Bauabnahme oder Nutzungsfreigabe durch die Baupolizeibehörde allfällig vorhandene Baumängel nicht heile oder legalisiere. Hier geht es nicht um die öffentlich-rechtliche Beurteilung oder Sanktionierung von allfälligen Baumängeln, sondern einzig darum, ob bezüglich Rollstuhlgängigkeit Abweichungen vom vertraglich Vereinbarten vorliegen, mithin eine Mängelhaftigkeit des Werkes (...) besteht. Dafür ist die gemäss Vertrag konkret vereinbarte Beschaffenheit des Werkes massgebend. Es hilft dem Beschwerdeführer daher nicht, wenn er im Einzelnen darlegt, welche Anforderungen bezüglich behindertengerechtes Bauen aus den bernischen Bauvorschriften fließen, aber bei Haus 1 nicht erfüllt sein sollen. Einen Werkmangel vermag er damit nicht zu belegen, nachdem für das Werk eine Baubewilligung erteilt wurde. Die Vorinstanz konnte sich deshalb ohne Rechtsverletzung von der Prüfung der diesbezüglichen Ausführungen des Beschwerdeführers dispensieren. Auch vor Bundesgericht ist mangels Entscheidrelevanz nicht weiter darauf einzugehen.“

In Bezug auf die Frage, welche Eigenschaften vertraglich geschuldet seien, sprach das Bundesgericht dem öffentlichen Recht somit jegliche Relevanz ab und fokussierte (in E. 5.4) ausschliesslich auf den im Vertrag verwendeten Ausdruck „bedingt rollstuhlauglich“. Dabei kam es zum Auslegungsergebnis, dass diese *vertraglich* vereinbarte Eigenschaft im vorliegenden Fall erfüllt sei.

Bemerkungen: Unter dem Gesichtspunkt der vorausgesetzten Eigenschaften schuldet der Unternehmer ein Werk, das zum Gebrauch tauglich ist und eine normale Beschaffenheit aufweist. So muss ein technisches Werk nach seiner Beschaffenheit mindestens den für ein solches Werk „anerkannten Regeln der Technik“ oder einem gleichwertigen Standard zur Zeit der Ausführung entsprechen (P. GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, Nr. 1411). Erst recht hat das Werk auch den gesetzlichen Vorschriften zu entsprechen (P. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1432). Ein Mangel im Sinne des Werkvertragsrechts kann also durchaus darin bestehen, dass ein Werk nicht den Vorschriften des öffentlichen Rechts entspricht.

Das führt zur Frage, ob auch dann ein Werkmangel vorliegen kann, wenn zwar eine Vorschrift des öffentlichen Rechts nicht eingehalten wurde, aber die dafür sachkompetente Behörde nicht einschreitet, so dass der Nutzung des Werkes dennoch keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Auch wenn die Nichtheinhaltung des öffentlichen Rechts in solchen Fällen nicht zu einer rechtlich begründeten Einschränkung führt, kann sich ein faktischer Nachteil ergeben: Teilweise definiert das öffentliche Recht Eigenschaften, welche ein Werk haben muss und deren Fehlen (unabhängig von der öffentlich-rechtlichen Durchsetzung der Vorschrift) für den Erwerber einen Nachteil bedeutet – wie z.B. das Fehlen vorgeschriebener Brandschutzmassnahmen oder eben ein nicht behindertengerechtes Bauen. Behindertengerechtes Bauen ist gem. Art. 3 lit. c BehiG ab acht Wohneinheiten zwingend. Nach dem Baugesetz des Kantons Bern (Art. 22) gilt generell bei allen Mehrfamilienhäusern, dass ein rollstuhlgängiger Zugang vorzusehen ist („sofern dadurch nicht unverhältnismässige Kosten entstehen“). Ein Interesse an einem rollstuhltauglichen Wohnungszugang besteht oft auch bei Wohnungskäufern, welche selber nicht auf einen Rollstuhl angewiesen sind – man denke z.B. an den Besuch eines Angehörigen im Rollstuhl, an Kinderwagen oder schwere Rollkoffer.

Grundsätzlich muss es einem Wohnungskäufer möglich sein, solche öffentlich-rechtlich vorgeschriebenen Eigenschaften vom Verkäufer auch dann zivilrechtlich zu fordern, wenn (a) im Kaufvertrag die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorgaben nicht explizit zugesichert wurde (weil die Gesetzeskonformität eine vorausgesetzte Eigenschaft ist) und wenn (b) die sachkompetente Behörde gegen eine Gesetzeswidrigkeit nicht einschreitet. In Bezug auf Letzteres ist allerdings Folgendes zu präzisieren: Es gilt der Grundsatz, dass die Justiz- und Verwaltungsbehörden gegenseitig die Entscheidungen der anderen Gewalt anerkennen. Dabei besteht aber nur eine Bindung an das Dispositiv, nicht an die Begründung eines Entscheides (U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 54, 17 f.; BGE 129 III 186 E. 2.3 S. 191 f.). Aus dem vorliegenden Bundesgerichtsentscheid geht nicht

hervor, inwiefern das behindertengerechte Bauen im Dispositiv der Baubewilligung (inkl. bewilligte Pläne) thematisiert wurde, insbesondere ob diesbezüglich im Bedingungen und Auflagen gemacht wurden. Soweit dies nicht der Fall war, hätte das Zivilgericht die Einhaltung von Art. 3 lit. c BehiG und der entsprechenden kantonalen Gesetzgebung selber überprüfen können und auch überprüfen müssen.

Im Übrigen wird im Bereich des BehiG wird der Schutz des Vertrauens in die Rechtsbeständigkeit von Baubewilligungen ohnehin durch Art. 7 Abs. 1 lit. b BehiG relativiert: Wer als Behinderter beim Zugang zu einer Baute oder zu einer Wohnung durch bauliche Hindernisse benachteiligt wird, kann auch „nach Abschluss des Baubewilligungsverfahrens ausnahmsweise im Zivilverfahren einen Rechtsanspruch auf Beseitigung geltend machen, wenn das Fehlen der gesetzlich gebotenen Vorkehren im Baubewilligungsverfahren nicht erkennbar war.“

Auf jeden Fall ist die Erwägung des Bundesgerichts (E. 5.3), wonach eine fehlende Rollstuhlgängigkeit im öffentlich-rechtlichen Verfahren hätte eingefordert werden müssen, im Kontext des Verhältnisses des Verkäufers zum Wohnungskäufer unsinnig: Wohnungen werden erst nach der Baubewilligung verkauft. Als bloss potentielle spätere Eigentümer, wären die Kaufinteressenten im Baubewilligungsverfahren gar nicht beschwerdelegitimiert (ausser ihre Legitimation ergebe sich aus Art. 7 Abs. 1 lit. a BehiG, also insbesondere wenn der Käufer selber auf die Nutzung eines Rollstuhls angewiesen ist). Zumindest der selber nicht behinderte Käufer hätte gemäss diesem Entscheid des Bundesgerichts letztlich gar keine Möglichkeit, die auch vertraglich geschuldete Gesetzeskonformität vor einem Gericht einzufordern – das kann nicht sein.

f) *Arrêt 4A_96/2014 du 2 septembre 2014 (application de l'art. 377 CO lorsque le maître est incapable de démontrer que les conditions d'application de l'art. 366 CO sont réalisées)*

Faits: Contrats d’entreprise portant sur la réalisation de travaux de gypserie et de peinture. Changement dans l’actionnariat et la direction de l’entreprise qui entraîne une dégradation de la qualité des travaux et de leur avancement. Nombreux reproches du maître de l’ouvrage relatifs à l’avancement insuffisant du chantier et à divers manquements dans l’exécution. Lettre du maître de l’ouvrage demandant à l’entreprise de retirer tous ses ouvriers du chantier au vu de la succession de problèmes rencontrés et, en particulier, des retards causés par l’entreprise. Expertises provisionnelles faisant état de nombreux défauts. Demande en paiement de l’entreprise portant sur le solde impayé et l’indemnité pour résiliation anticipée du contrat de l’art. 377 CO. Demande reconventionnelle du maître portant sur diverses réparations devisées et payés ainsi que le

frais des expertises. Demande de l'entreprise partiellement admise et demande reconventionnelle rejetée en instance cantonale

Considérants: 1. L'art. 366 CO confère certains droits au maître lorsque l'entrepreneur, au cours des travaux, enfreint ses obligations relatives aux délais de livraison de l'ouvrage (al. 1) - retard dans le commencement de l'exécution, retard dans le rythme d'exécution ou non-respect du terme de livraison arrêté entre parties - ou à l'exécution sans défaut de l'ouvrage (al. 2).

Ces deux alinéas règlent ainsi des états de fait différents.

S'il y a un retard dans l'exécution de l'ouvrage au sens de l'une des trois hypothèses sus-rappelées de l'art. 366 al. 1 CO, le maître peut se départir du contrat de manière anticipée s'il en fait la déclaration immédiate et exercer le droit d'option que lui confère l'art. 107 al. 2 CO (ATF 126 III 230 c. 7a/bb, JdT 2001 I 297). Toutefois, le maître doit fixer à l'entrepreneur un délai supplémentaire convenable pour s'exécuter afin de lui donner une chance de livrer à temps l'ouvrage (art. 107 al. 1 CO), la fixation d'un tel délai n'étant pas nécessaire dans les cas prévus par l'art. 108 CO (cf. ATF 115 II 50 c. 2a, JdT 1989 I 350 ; 98 II 113 c. 2, JdT 1973 I 172 ; F. CHAIX, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. II, 2 éd. 2012, n. 15 ad art. 366 CO; P. GAUCH, Le contrat d'entreprise, adaptation française par Benoît Carron, 1999, ch. 675).

D'après l'art. 366 al. 2 CO, s'il est possible de prévoir avec certitude, pendant le cours des travaux, que, par la faute de l'entrepreneur, l'ouvrage sera exécuté d'une façon défectueuse ou contraire à la convention, le maître peut fixer ou faire fixer à l'entrepreneur un délai convenable pour parer à ces éventualités, en l'avisant que, s'il ne s'exécute pas dans le délai fixé, les réparations ou la continuation des travaux seront confiées à un tiers, aux frais et risques de l'entrepreneur. Cette disposition régit un cas d'exécution par substitution, sans qu'il soit nécessaire de devoir requérir au préalable une autorisation du juge (ATF 126 III 230 c. 7a, JdT 2001 I 297). Le maître doit obligatoirement fixer à l'entrepreneur - sous la réserve des cas décrits à l'art. 108 CO - un délai d'exécution convenable et le menacer qu'à l'échéance du délai, s'il ne réagit pas, il fera appel aux services d'un tiers (G. ZINDEL/U. PULVER, in Basler Kommentar, Obligationenrecht, vol. I, 5^e éd. 2011, n. 36 ad art. 366 CO; F. CHAIX, op. cit., n. 33 et 34 ad art. 366 CO). L'exécution par substitution ne revêt cependant pas un caractère exclusif. Le maître qui ne souhaite pas procéder à celle-ci après avoir fixé à l'entrepreneur un délai pour éliminer les défauts dispose également, comme en cas de retard dans la livraison (art. 366 al. 1 CO), des facultés offertes au créancier par l'art. 107 al. 2 CO (ATF 126 III 230 c. 7a/bb, JdT 2001 I 297).

Il incombe au maître de démontrer la réalisation des conditions d’application tant de l’art. 366 al. 1 CO que de l’art. 366 al. 2 CO (G. ZINDEL/U. PULVER, op. cit., n. 43 ad art. 366 CO; F. CHAIX, op. cit., n. 42 ad art. 366 CO).

2. Le recourant prétend que les juges cantonaux ont appliqué à tort l’art. 377 CO à la résiliation du contrat. Il affirme que si les réquisits de l’art. 366 CO ne sont pas réalisés, cela ne doit pas conduire nécessairement à l’application de l’art. 377 CO, qui impose d’indemniser complètement l’entrepreneur. Il soutient qu’il n’a pas renoncé à la prestation de l’entrepreneur mais a demandé des dommages-intérêts compensatoires pour inexécution de l’obligation de faire de ce dernier.

Selon l’art. 377 CO, tant que l’ouvrage n’est pas terminé, le maître peut toujours se départir du contrat, en payant le travail fait et en indemnisan complètement l’entrepreneur.

Lorsque le maître résilie le contrat de manière anticipée en vertu de cette norme, les relations contractuelles entre les parties prennent fin pour l’avenir (*ex nunc*) (ATF 130 III 362 c. 4.2, JdT 2005 I 299, et les arrêts cités). Ce droit de résiliation appartient au maître aussi longtemps que l’ouvrage n’est pas terminé; dès que tous les travaux convenus sont effectivement terminés, que l’ouvrage soit ou non entaché de défauts, le droit de résiliation du maître est périmé (ATF 117 II 273 c. 4a, JdT 1992 I 290; G. ZINDEL/U. PULVER, op. cit., n. 6 ad art. 377 CO).

L’« *indemnité complète* » due par le maître en vertu de l’art. 377 CO consiste en des dommages-intérêts positifs qui correspondent à l’intérêt de l’entrepreneur à l’exécution complète du contrat; elle comprend conséquemment le gain manqué (ATF 96 II 192 c. 5, JdT 1971 I 180). Deux méthodes peuvent être appliquées pour calculer cette indemnité: la méthode de la déduction (Abzugsmethode) dans laquelle sont soustraits du prix de l’ouvrage l’économie réalisée par l’entrepreneur ainsi que le gain qu’il s’est procuré ailleurs ou qu’il a délibérément renoncé à se procurer; la méthode dite positive (Additions-methode) consiste à établir le total des dépenses de l’entrepreneur pour la partie de l’ouvrage qu’il a déjà exécutée et d’y ajouter le bénéfice brut manqué pour l’entier de l’ouvrage (ATF 96 II 192 c. 5a, JdT 1971 I 180). Le TF a laissé indécise la question de savoir laquelle de ces deux méthodes est préférable, étant donné qu’elles aboutissent pratiquement au même résultat et que le choix de l’une d’entre elles dépendra des circonstances d’espèce (ATF 96 II 192 c. 5b, JdT 1971 I 180). Il est soutenu en doctrine que seule la méthode dite positive est conforme à l’art. 377 CO (cf. à ce propos G. ZINDEL/U. PULVER, op. cit., n. 17 ad art. 377 CO et les références). Le montant de l’indemnité due à l’entrepreneur ne saurait cependant dépasser le prix de l’ouvrage (F. CHAIX, op. cit., n. 12 ad art. 377 CO; G. ZINDEL/U. PULVER, op. cit., n. 15 ad art. 377 CO).

Le TF a admis que l'indemnité due à l'entrepreneur en cas de résiliation d'après l'art. 377 CO peut être réduite ou supprimée si ce dernier, par son comportement fautif, a contribué dans une mesure importante à l'événement qui a poussé le maître à se départir du contrat. Toutefois, un motif susceptible de permettre la réduction, voire la suppression, de l'indemnité prévue par l'art. 377 CO ne peut pas résider dans la mauvaise exécution ou dans les retards imputables à l'entrepreneur survenant en cours de travaux, dès l'instant où de telles éventualités tombent sous le coup des règles spéciales de l'art. 366 CO. En d'autres termes, si le maître a la possibilité de résilier le contrat en vertu de l'art. 366 CO, en respectant les modalités prévues par cette disposition, et qu'il ne le fait pas, mais se départit du contrat selon l'art. 377 CO, il ne peut pas se libérer des conséquences légales de cette dernière norme - soit de l'obligation d'indemniser pleinement l'entrepreneur - même en cas de justes motifs (arrêts 4D_8/2008 du 31 mars 2008 c. 3.4.1; 4C.393/2006 du 27 avril 2007 c. 3.3.3 i.f.; cf. P. TERCIER/P. FAVRE, Les contrats spéciaux, 4^e éd. 2009, ch. 4810 p. 721; P. GAUCH, Der Werkvertrag, 5^e éd. 2011, ch. 579; P. GAUCH, Le contrat d'entreprise, op. cit., ch. 579; F. CHAIX, op. cit., n. 18 ad art. 377 CO).

La perte de confiance du maître en l'entrepreneur ne saurait à elle seule constituer un motif suffisant pour permettre au premier de résilier le contrat sans devoir indemniser le second conformément à l'art. 377 CO (arrêts 4D_8/2008 du 31 mars 2008 déjà cité, c. 3.4.1; 4C.281/2005 du 15 décembre 2005 c. 3.6, in SJ 2006 I p. 174; P. TERCIER, op. cit., ch. 4810 i.f.; F. CHAIX, op. cit., n. 18 ad art. 377 CO).

Commentaire: En l'espèce, le TF constate que l'exécution des travaux de gypserie et de peinture a subi de très nombreux retards et que ces travaux ont été bâclés, divers manquements dans l'exécution des travaux ayant été relevés par l'expert judiciaire et les représentants des entreprises intervenues sur le chantier. Il relève cependant qu'il n'a pas été prouvé que le maître ait impartie à l'entrepreneur un délai de grâce (art. 107 al. 1 CO) avant de résilier le contrat de façon anticipée en application de l'art. 366 al. 1 CO. Par ailleurs, à supposer que le maître ait fait le choix d'une exécution par substitution (art. 366 al. 2 CO), celle-ci n'aurait pas pu intervenir non plus, faute pour le maître d'avoir adressé à l'entrepreneur la sommation qu'exige sa mise en œuvre.

3. Rechtsprechung zum Grundstückkauf / Jurisprudence en matière de vente d'immeubles

- a) *Urteil vom 25. Februar 2013 (4A_648/2012) (Kauf eines Altbau und Gewährleistungsausschluss)*

Sachverhalt: A. kaufte mit Vertrag vom 29. Mai 2009 von der X. AG ein Mehrfamilienhaus zum Preis von CHF 7'750'000.00. Die Gewährleistung war wie folgt geregelt: "Das Kaufsobjekt wird im heutigen, der Kaufspartei bekannten Zustand übernommen. Jede kaufrechtliche Gewährleistungspflicht der Verkaufspartei für rechtliche und körperliche Mängel des Kaufsgegenstandes wird, soweit gesetzlich zulässig, ausdrücklich aufgehoben. Vorbehalten bleiben allfällige im vorliegenden Kaufvertrag enthaltenen Zusicherungen der Verkaufspartei. Die Aufhebung der Gewährleistung ist ungültig für Mängel, die die Verkaufspartei der Kaufspartei arglistig verschweigt. Die Kaufspartei bestätigt, dass sie Gelegenheit hatte, das Kaufsobjekt selber oder durch eine von ihr selber bestimmte Fachperson eingehend zu prüfen".

In der Folge stellte die Käuferschaft fest, dass das Flachdach der Einstellhalle schadhaft war und einen massiven und dringlichen Sanierungsbedarf aufwies. Am 5. August 2009 erhob sie Mängelrüge und forderte Ersatz des Minderwertes der Kaufsache. Der desolate Zustand des Einstellhallendaches sei der Verkäuferschaft seit längerer Zeit bekannt gewesen. Der Minderwert betrage CHF 200'000.00. Die Verkäuferschaft ging auf diese Forderung nicht ein. Die Käuferschaft machte klageweise Minderung von CHF 150'000.00 geltend. Die kantonalen Instanzen wiesen die Klage ab. Die Käuferschaft beantragte mit Beschwerde in Zivilsachen, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Klage gutzuheissen. Das Bundesgericht weist ab.

Erwägungen: Das Bundesgericht hält fest, dass die Gewährleistungsregeln nach Art. 197 ff. OR auch auf den Grundstückkauf anwendbar sind (Art. 221 OR; BGE 131 III 145 E.3). "Insbesondere beim Verkauf von Altbauten wird häufig jede Gewährleistung ausgeschlossen (BGE 130 III 686)" (E. 3). Die Vereinbarung über eine Aufhebung oder Beschränkung der Gewährleistungspflicht ist ungültig, "wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat. Arglistiges Verschweigen ist zu bejahen, wenn der Verkäufer den Käufer nicht über das Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft der Kaufsache informiert, obwohl eine Aufklärungspflicht besteht. Eine Aufklärungspflicht kann sich aus einem Vertrags- oder Vertrauensverhältnis ergeben (...). So wird insbesondere bei Vertragsverhandlungen ein Vertrauensverhältnis bejaht, das die Parteien nach Treu und Glauben verpflichtet, einander in gewissem Masse über Tatsachen zu unterrichten, die dem Entscheid der Gegenpartei über den Vertragsschluss oder dessen Bedingungen beeinflussen

können (BGE 106 II 346 E. 4a). In welchem Masse die Parteien einander aufzuklären haben, entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, namentlich von der Natur des Vertrages, der Art, wie sich die Verhandlungen abwickeln, sowie den Absichten und Kenntnissen der Beteiligten (...). Keine Aufklärungspflicht besteht, soweit der Verkäufer nach Treu und Glauben annehmen durfte, der Käufer werde den wahren Sachverhalt ohne Weiteres erkennen (...). Dies trifft in der Regel zu, wenn der Käufer den wahren Sachverhalt bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen sollen (...)."

Die Vorinstanz hatte festgestellt, dass die Käuferschaft bei gehöriger Aufmerksamkeit den wahren Zustand der Einstellhalledecke vor Abschluss des Kaufvertrages ohne weiteres hätte feststellen können. Es sei erkennbar gewesen, dass es sich nicht bloss um kleinere Schäden gehandelt habe, weshalb auch die Tragweite erkennbar gewesen sei. Die Verkäuferschaft habe annehmen dürfen, die Käuferschaft werde die Mängel erkennen.

Die Käuferschaft argumentierte in ihrer Beschwerde, bei der Schadhaftigkeit der Hallendecke handle es sich um einen verdeckten Mangel. Die Verkäuferschaft habe im Jahre 2008 eine Offerte zur Sanierung der Einstellhalle eingeholt. Darüber habe sie die Käuferschaft nicht orientiert, was sie nach deren Auffassung hätte tun müssen. Der Gewährleistungsausschluss sei eine typisch floskelhafte Klausel und daher unbeachtlich. Sie hätte der Klausel nie zugesagt, wenn sie von den Mängeln der Einstellhalledecke gewusst hätte. Die Vorinstanz hielt diese Vorbringen für unbegründet und auch das Bundesgericht hält fest, dass das Argument, der Gewährleistungsausschluss sei im konkreten Falle eine bloss floskelhafte Klausel, offensichtlich nicht zutrifft.

Eingehend zu prüfen war, ob der Gewährleistungsausschluss nicht zum Tragen komme, weil die Verkäuferschaft der Käuferschaft die Mängel arglistig verschwiegen habe. Die Vorinstanz hatte dies verneint, wobei sie sich primär auf Aussagen der erstinstanzlich befragten Zeugen stützte. Diese hatten gezeigt, dass die Käuferschaft den wahren Zustand der Einstellhalle vor Abschluss des Kaufvertrages am 29. Mai 2009 ohne Weiteres hätte feststellen können.

Die Käuferschaft machte geltend, die Verkäuferschaft habe ihre Aufklärungspflicht verletzt. Diese Argumentation musste aber am Beweisergebnis scheitern, wonach die Käuferschaft die Mängel an der Einstellhalle bei gehöriger Aufmerksamkeit ohne Weiteres hätte erkennen können. Es bestand deshalb keine Aufklärungspflicht. Eine "Aufklärungspflicht ist zu verneinen, wenn der Verkäufer annehmen darf, der Käufer werde die Mängel des Kaufgegenstandes erkennen" (E. 6). Dazu kommt, dass bei einem vertraglichen Ausschluss der Sachgewährleistung vom Käufer grundsätzlich erwartet werden kann, dass er den Kaufgegenstand vor Abschluss des Vertrages auf Mängel hin untersucht.

Sollte die Käuferschaft keine ausreichende Prüfung vorgenommen haben, wäre dies bei der gegebenen Sachlage der eigenen Risikosphäre zuzuschreiben.

Bemerkungen: Das Urteil ist richtig. Es gibt eine gute Zusammenfassung der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Tragweite eines Gewährleistungs-ausschlusses. Zwar erscheint es auf den ersten Blick erstaunlich, dass keine Aufklärungspflicht über den Zustand des Daches der Einstellhalle bejaht wird, wenn für das Dach sogar eine Sanierungsofferte eingeholt worden ist. Diese wird jedoch zu Recht verneint, da das Beweisergebnis ergeben hatte, dass der Zustand der Decke der Einstellhalle erkennbar war.

Das Urteil wurde von Prof. Dr. HUBERT STÖCKLI in BR/DC 2013 S. 325 f. besprochen.

IV. Entwicklung in der Rechtslehre/Nouvelles contributions doctrinales

1. Entwicklungen in der Rechtslehre zum revidierten Art. 371 OR/Développements de doctrine sur l'art. 371 CO révisé

Am 1. Januar 2013 ist der revidierte Art. 371 OR in Kraft getreten. Wie am Anwaltskongress 2013 erwähnt wurde, werfen die neuen Verjährungsregeln viele Fragen auf. In zwischenzeitlich erschienenen Publikationen werden erste Antworten gegeben:

- Was ist ein bewegliches Werk, welches „bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist“? Insbesondere: Was bedeutet „integriert“? „Gemeint ist, dass ein Werkunternehmer (...) die betreffende Sache für die Herstellung eines unbeweglichen Werkes (R-Art. 371 Abs. 2 OR) verwendet hat, und zwar als (Werk-)Stoff (Art. 365/376 OR), der anders als z.B. elektrischer Strom) körperlich im Werk des Unternehmers verbleibt“ (P. GAUCH, Die revidierten Art. 210 und 371 OR, recht 2012, S. 126 f.). „Eine Integration, d.h. ein physischer Verbleib, ist nach hier vertretener Auffassung aber anzunehmen, wenn die bewegliche Sache bzw. das bewegliche Werk zu Zugehör des unbeweglichen Werkes im Sinne von Art. 644 Abs. 2 ZGB wird“ (S. ROTH, Integration einer Sache/eines Werks in ein unbewegliches Werk, AJP 2014, S. 776). „Le seul aspect important est le fait qu'il doit y avoir une intégration; en d'autres termes, il ne doit pas s'agir d'un outil (art. 364 al. 3 CO), mais bien d'un élément qui devient partie intégrante de l'immeuble“ (P. PICHONNAZ, Les nouveaux délais de prescription de l'action en garantie (CO 371 et CO 210), SJZ 109/2013, S. 71).

- Was bedeutet „bestimmungsgemäss“ integriert? Zu Art. 210 OR wird ausgeführt, dass diese Voraussetzung erfüllt sei, wenn die gekaufte Sache nach ihrem üblichen oder mit dem Verkäufer des infrage stehenden Kaufvertrages (ausdrücklich oder stillschweigend) vereinbarten Verwendungszweck dazu bestimmt war, zur Integration in ein unbewegliches Werk der betreffenden Art verwendet zu werden (P. GAUCH, Die revidierten Art. 210 und 371 OR, recht 2012, S. 127). Umstritten ist aber, ob zur „bestimmungsgemässen“ Integration auch gehört, dass die Art und Weise der Integration der Abrede zwischen dem Unternehmer und dem Bauherrn entspricht – z.B. dass sich der Bauherr an die Einbuanleitung hält (so P. GAUCH, Die revidierten Art. 210 und 371 OR, recht 2012, S. 127; F. KRAUSKOPF, Verjährung bei Kauf- und Werkverträgen – neue Regeln mit Mängeln, BRT 2013, S. 92 f.; vgl. dagegen: ROTH, Integration einer Sache/eines Werks in ein unbewegliches Werk, AJP 2014, S. 778). Vgl. P. PICHONNAZ, Les nouveaux délais de prescription de l'action en garantie (CO 371 et CO 210), SJZ 109/2013, S. 72: „A notre avis, si l'intégration a lieu contre l'avis de celui qui a livré l'ouvrage mobilier, la condition pour appliquer le délai de cinq ans n'est pas remplie, même si l'intégration devait être conforme à un ,usage normal'.“
- Welche Frist gilt für ein bewegliches Werk, welches zwei Jahre nach der Ablieferung (also zwei Jahre nach Ablauf der Verjährungsfrist gem. Art. 371 Abs. 1, 1. Satz OR) „bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist“? Gemäss S. ROTH (Integration einer Sache/eines Werks in ein unbewegliches Werk, AJP 2014, S. 777) gilt in diesem Fall die fünfjährige Verjährungsfrist, sofern das bewegliche Werk innert fünf Jahren nach der Abnahme des beweglichen Werkes in ein unbewegliches Werk integriert wird – also auch wenn das bewegliche Werk erst nach Ablauf der Zweijahresfrist gemäss dem ersten Satz von OR 371 Abs. 1 integriert wird (mit Verweis auf P. GAUCH, Die revidierten Art. 210 und 371 OR, recht 2012, S. 129).
- Was ist ein „unbewegliches Werk“? „Als solches gilt ein Werk, wenn es dauerhaft mit dem Boden verbunden ist, d.h. ohne erheblichen Wertverlust nicht entfernt und anderswo aufgebaut werden kann (analog Art. 642 Abs. 2 ZGB). Trotz dauerhafter Verbindung mit dem Boden kommt Art. 371 Abs. 2 OR auf jene Werke nicht zur Anwendung, welche klarerweise nicht vom bauspezifischen Risiko der Späterkennbarkeit von Mängeln betroffen sind“ (I. FREY/T. SIEGENTHALER, Was heisst ‚unbewegliches Werk‘ in Art. 371 Abs. 2 OR?, BR/DC 2014, S. 179).

Weitere Publikationen zu Art. 371 OR: A. KOLLER, Verjährung der werkvertraglichen Mängelrechte, AJP 2014, S. 303-308; P. PICHONNAZ, Le temps qui

passe en droit privé de la construction, JDC 2013, S. 63-92; P. REETZ/T. LORENZ, Die revidierten Verjährungsbestimmungen im Gewährleistungsrecht, Anwaltsrevue 2013, S. 16-20; A. SCHWIZER/M. WOLFER, Die revidierten Verjährungsbestimmungen im Sachgewährleistungsrecht, AJP 2012, S. 1759-1765; M. VISCHER, Die fünfjährige Gewährleistungsfrist für bewegliche Sachen im Kaufrecht, Jusletter 11. März 2013.

2. Andere Publikationen/Autres publications

Diverse Beiträge finden sich im Tagungsband zur schweizerischen Baurechtstagung 2015 (BRT 2015) in der Zeitschrift BR/DC und in anderen Zeitschriften. Bei den Büchern sind namentlich folgende Neuerscheinungen zu erwähnen:

HANS RUDOLF SPIESS / MARIE-THERES HUSER, Norm SIA 118, Bern 2014

BLAISE CARRON / DANIEL KRAUS / MELANIE KRÜSI / YANN FÉROLLES, Das Urheberrecht der Planer, Zürich 2014

BLAISE CARRON / DANIEL KRAUS / MELANIE KRÜSI / YANN FÉROLLES, Le droit d'auteur des planificateurs, Zurich 2014

CYRIL GALLAND, Le contenu des servitudes foncières, Zurich 2013

SYLVAIN MARCHAND / CHRISTINE CHAPPUIS / LAURENT HIRSCH (éd.), Recueil de contrats commerciaux, Bâle 2013

PAUL-HENRI STEINAUER, L'hypothèquelégale des artisans et entrepreneurs: questions choisies, in: Cartella ipotecaria registrale e altre modifiche sulla disciplina dei diritti reali, Lugano, CFPG, 2013, p. 85 ss

JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, L'expertise-arbitrage/Das Schiedsgutachten: Texte explicatif. Modèle de contrat (en français et en anglais) / Erläuterungen. Mustervertrag (in deutscher und englischer Sprache) (deutsch/französisch), Zürich 2013

Für 2015 angekündigt ist die Neuauflage des SIA-Kommentars: PETER GAUCH / HUBERT STÖCKLI (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, Zürich 2015