

Einwohnergemeinde Suhr, Mischwasserbehandlungsanlage Nr. 746, Regressansprüche

1. Auftrag

Aufgrund meines Inputs anlässlich der Teams-Besprechung mit Philippe Woodtli (PW), Dunja Koch (DK) und Anita Lutz (AL) wurde ich am 26.01.2021 beauftragt, ein separates Papier zur Frage zu verfassen, ob es Anhaltspunkte gebe, dass auf Vertragspartner der Gemeinde für die Kostenüberschreitungen Regress genommen werden könne.

Angesichts der kurzen zur Verfügung stehenden Zeit und dem Kostendach bleibt nur Raum für eine summarische Prüfung und die Fokussierung auf drei Vertragspartner der Gemeinde. Ich konzentriere meine Aussagen auf folgende drei Fragen:

- Bestehen Anhaltspunkte, die gegenüber der Bauunternehmung Implenia AG einen Regressanspruch begründen könnten?
- Bestehen Anhaltspunkte, die gegenüber der Flury Bauingenieure AG einen Regressanspruch begründen könnten?
- Bestehen Anhaltspunkte, die gegenüber der EPK Elektroengineering GmbH einen Regressanspruch begründen könnten?

Ich habe nicht alle in der Bauverwaltung vorhandenen Akten selber gesichtet. Grundlage waren die Akten, welche die Bauverwaltung mir zur Verfügung stellte. Zudem liegt mir der Entwurf des Berichts von AL vor. Vorkenntnisse hatte ich in Bezug auf die Elektroplanerin EPK Engineering GmbH, bei welcher ich für die Bauverwaltung früher die Prozesschancen einer Schadenersatzforderung summarisch klärte.

2. Bauunternehmung Implenia AG

Die Gemeinde hat mit der Bauunternehmung Implenia AG einen Werkvertrag abgeschlossen. In der Folge gab es **40 Nachtragsofferten**, die alle von der Gemeinde angenommen wurden. Die Mehrleistungen sind damit vertraglich vereinbart worden. Eine Auflösung eines Vertrags ist nur bei Vorliegen eines wesentlichen Irrtums oder einer absichtlichen Täuschung möglich. Für beides gibt es keine Anhaltspunkte. Zudem hätte die Gemeinde innert Jahresfrist nach der Entdeckung eines allfälligen Irrtums oder einer Täuschung melden müssen, dass sie den Vertrag deswegen nicht einhalte bzw. die schon erfolgte Leistung zurückfordere.

Die Nachtrags-Verträge wurden von beiden Parteien erfüllt. Die Bauunternehmung hat die zusätzlichen Leistungen erbracht, die Gemeinde hat sie bezahlt. Dass Bauunternehmungen, wenn sie in Konkurrenzsituation eine Submission mit dem preiswürdigsten Angebot gewonnen haben, die Nachträge oft dazu benutzen, um dann die Marge mit Nachträgen etwas aufzubessern, würde die Voraussetzungen für eine Anfechtung der Nachträge nicht erfüllen. Die Gemeinde müsste sich entgegenhalten lassen, dass sie selber (u.a. mit dem Bauverwalter oder mit den von ihr beauftragten Externen) fachkundig war, als sie alle Nachträge genehmigt hatte.

Fazit: Ich sehe aufgrund einer summarischen Prüfung keine Anhaltspunkte, wie gegenüber der Bauunternehmung Implenia AG Regressansprüche geltend gemacht werden könnten?

3. Flury Bauingenieure AG

3.1 Planung und Ausschreibung

Im Bericht von AL gibt es keinen Hinweis, dass die Flury Bauingenieure AG (nachfolgend Flury) unsorgfältig geplant hätte und diese Unsorgfalt zu Kostenüberschreitungen geführt hätte, die nicht Ohnehinkosten gewesen seien.

Bei der Durchsicht der Bausitzungsprotokolle bin ich im Protokoll der 10. Bausitzung vom 30.11.2016 unter Traktandum 2 (Information) auf den Satz gestossen: «*Die Projektleitung der Bauunternehmung meldet aufgrund diverser Fehler in den Ausführungsplänen Bedenken für die Realisierung des Beckens an. Siehe dazu Trakt. 3, Technisches, in diversen Protokollen (z.B. ungeklärte Leitungsverläufe, prov. Massnahmen Abwasserumleitung, Probleme mit bestehenden Werkleitungen usw.)*». Ich muss es der Gemeinde bzw. AL überlassen, ob sie diesen Punkt vertieft abklären möchte, vermute aber, dass eher die allgemeine Beurteilung von AL zutrifft, wonach Unvorhergesehenes eben unvorhersehbar sei bzw. Ohnehinkosten kein Schaden seien.

Gemäss mündlicher Aussage von DK am 26.01.2021 habe Flury in seinem Bericht über die Abnahme geschrieben, dass er vom Dienstbarkeitsvertrag der Gemeinde mit der Möbel Pfister AG vom 29.03.2016, worin auch die Rahmenbedingungen für das Bauen auf fremden Grund unter laufendem Betrieb geregelt waren (Ziff. IV) zu spät Kenntnis erhalten habe. Wenn er es früher gewusst hätte, hätte er die Ausschreibung teilweise anders gemacht (Zufahrt, Ausrichtung der Sicherheitsvorkehrungen auf 48-t-LKW). Wenn dem aber tatsächlich so gewesen wäre, könnte dem Ingenieur nicht der Vorwurf gemacht werden, er habe die Rahmenbedingungen und die Grundlagen für *seine Fachplanung* – für die Gesamtplanung war er ohnehin nicht verantwortlich (vgl. Ziff. 2.2. hiernach) - zu wenig sorgfältig abgeklärt und es seien aus einer solchen Unsorgfalt nachher zusätzliche Kosten entstanden, die bei sorgfältiger Planung nicht ohnehin entstanden wären.

In terminlicher Hinsicht war es so, dass gemäss Bausitzungsprotokoll Nr. 1 am 11.05.2016 eine Begehung stattfand, bei der diese Fragen erörtert wurden. Der Gesamtleiter der Gemeinde, der rechtlich dafür die abschliessende Verantwortung hatte, war an dieser Begehung nicht dabei, er wurde auch durch niemanden von der Gemeinde vertreten. Am 07.06.2016 wurden gemäss Protokoll Nr. 2 der Platzbedarf und die Installationen besprochen. Auch hier war von der Gemeinde niemand dabei.

3.2. Generalplaner

Im PA vom 03.09.2019 werden die Rahmenbedingungen der Möbel-Pfister AG für das Bauen auf ihrem Grund unter Aufrechterhaltung des Betriebs als *ein* Hauptgrund für die Kostenüberschreitungen genannt. Es ist daher eine wesentliche Frage, in wessen Verantwortung die Klärung der Rahmenbedingungen fiel.

Flury gab am 30.06.2014 eine Offerte ab, in welcher die «Leistungsanteile nach Ordnung SIA 103 als Spezialist» offeriert werden. Auch im Vertrag, welchen der Gemeindeammann und der Bauverwalter am 17.11.2014 unterzeichneten, heisst es unter Art. 1: Projektierung / Realisierung, beinhaltend die Leistungen gemäss Offertunterlagen vom 30. Juni 2014 als Ingenieur als Spezialist».

Die SIA-Norm 103 unterscheidet klar zwischen dem Gesamtleiter und dem Fachplaner. Meines Erachtens ist der Vertrag so auszulegen, dass Flury **nicht als Gesamtleiter**, sondern als Fachplaner, eben Spezialist, beauftragt (und honoriert) wurde. Im Umkehrschluss bedeutet das, dass die Gesamtleitung bei der Gemeinde verblieb, und sie dort vom Abteilungsleiter vollumfänglich an Urs

Schertenleib delegiert wurde, der dafür weder eine spezifische Ausbildung und offensichtlich auch nicht die nötige Erfahrung hatte.

Der Vertrag verweist neben den SIA-Normen, speziell 103, auch auf KBOB 2014. Beide empfehlen,

- «Damit der Ingenieur die Leistungen zweckmässig und gezielt erbringen kann, muss der Auftraggeber die Aufgaben des Ingenieurs so klar und präzise wie möglich beschreiben, den Verantwortungsbereich des Ingenieurs festlegen, die Stellung des Ingenieurs in der Gesamtorganisation bestimmen, inkl. der zu leitenden oder zu koordinierenden weiteren Projektbeteiligten, alle erforderlichen Grundlagen bereitstellen» (Art. 3.1 SIA-Norm 103).
- «Eine klare und präzise Leistungsbeschreibung ist für alle Beteiligten von grösster Bedeutung und erfordert grösste Sorgfalt. Soweit notwendig, sind entsprechende Grundlagen vorgängig im Rahmen eines separaten Auftrags zu erarbeiten» (KBOB 2014, Ziff. 1).

M.E. wurde der Vertrag mit Flury zu wenig präzise formuliert. Insbesondere hätte angesichts des ungewöhnlichen Umstandes, dass auf fremden Grund unter Aufrechterhaltung des Betriebs der Möbel Pfister AG gebaut wurde, erwähnt und geklärt werden müssen, wer welche Verantwortung für das Bauen auf fremdem Grund unter Aufrechterhaltung des Betriebs der Möbel-Pfister AG hat. Im zum Vertrag erhobenen Offerte steht unter Leistungsanteilen zum Beispiel: «Vorbesprechung mit Kanton und Gemeinde», von Dritten bzw. die Abklärung der Rahmenbedingungen bei den Dritten ist jedoch nicht erwähnt. Das bestätigt, dass die Verantwortung dafür bei der Gemeinde als Auftraggeberin lag. Selbstverständlich hat der Ingenieur, der eine Offerte gleich mit einem Vertragsentwurf vorlegt, auch eine Verantwortung bzw. ein eigenes Interesse, dass offensichtlich heikle Punkte in einem Projekt präzise vereinbart werden. Dennoch hat der Bauverwalter, dem als Architekt ETH die SIA-Normen bekannt sein mussten, hier die Schlussverantwortung. Verbindliche Termine wurden übrigens auch nicht vereinbart.

3.2. Kostenüberwachung

Vorab dies: Dem PA vom 03.09.2019 entnehme ich, dass der KV CHF 1,960 Mio. und die Abrechnung CHF 3,564 Mio. betragen. CHF 1,549 Mio. davon machen die 40 Nachträge der Bauunternehmung aus, die von der Bauherrschaft genehmigt wurden. Der Planer könnte sich deshalb darauf berufen, dass die Gemeinde diese zusätzlichen Kosten akzeptiert habe.

Bei der Kostenüberwachung sind zwei Phasen zu unterscheiden: Die Kostenprognose bei Projektierung und die Kostenkontrolle bei Ausführung. Flury, der nicht als Gesamtleiter, sondern als Spezialist beauftragt wurde, hatte nur eine Kosten(mit)verantwortung für seinen Aufgabenbereich, nicht für das Gesamtwerk. Gemäss Art. 4.1.52 SIA-103 ist die laufende Überwachung der Baukostenentwicklungen eine Grundleistung. Bei einem Auftragsverhältnis besteht aber **keine Haftung für die objektive Richtigkeit** der Kosteninformation, sondern nur dafür, dass der Beauftragte mit der vertraglich geschuldeten Sorgfalt informiert. Bei einem Schadenersatz aufgrund einer unsorgfältigen Kosteninformation wäre entscheidend, dass der Auftraggeber im Vertrauen auf die Richtigkeit der (in Wahrheit falschen) Information nachteilige Dispositionen getroffen hat, die er bei richtiger Information unterlassen hätte. Ich kann aufgrund der summarischen Prüfung *nicht* erkennen, dass dies hier der Fall gewesen wäre.

Einen guten Überblick über den Verlauf eines Bauvorhabens geben naturgemäss die Protokolle der Bausitzungen. Gemäss Nummerierung der Protokolle gab es 23 Bausitzungen vom 11.05.2016 bis am 14.06.2017. Die Protokolle Nr. 5 und 10 liegen mir nicht vor. Zusätzlich wurden mir eine Aktennotiz Nr. 2 über die Besprechung mit AVAU und AFU vom 17.11.2016 und eine Aktennotiz über die Besprechung der Belagsarbeiten mit Möbel-Pfister vom 10.05.2017 vorgelegt. Gemäss Auskunft von DK könnte die Nummerierung falsch sein.

Es fällt auf, dass bei den ständigen Traktanden Termine und Finanzen keine wachsende Beunruhigung, Besorgtheit oder eine zunehmende Alarmstimmung festgehalten ist. Zu den Termin- und Kostenüberschreitungen sind keine Diskussionen protokolliert, auch keine Massnahmen zur Korrektur. Es fällt zudem auf, dass die Protokolle überhaupt keine Zahlen enthalten, weder zu den Kostenüberschreitungen noch zu den aktualisierten Kostenüberschreitungen – auch nicht als Beilage zum Protokoll, mindestens sind in den Protokollen keine solche Beilagen erwähnt. Ich bin mir aus unzähligen Bausitzungen gewohnt, dass in jeder Sitzung eine aktualisierte nach BKP aufgefächerte Kostenübersicht mit den Rubriken Kostenvoranschlag, Summe gemäss Werkverträgen, Mehr- und Minderkosten, Nachträgen, Begründung von erheblichen Abweichungen sowie Endkostenprognose vorgelegt werden.

Flury weist **erstmalig** im Protokoll der 17. Bausitzung vom 22.03.2017 auf eine Kostenüberschreitung hin – bis zu diesem Zeitpunkt gab es bereits 29 Nachträge: *«Die Bauleitung weist in dies in diesem Zusammenhang darauf hin (interne Pflicht), dass die Endkosten höher liegen werden als die vertraglich vereinbarte Bausumme»*. Zahlen zur Kostenüberschreitung oder für die Endkostenprognose werden nicht erwähnt. Im Protokoll der 18. Bausitzung vom 05.04.2017 heisst es dann: *«Zusammen mit der Abgabe der zu genehmigenden Nachträge ist der Bauherrschaft die aktuelle Endkostenprognose zuzustellen, mit cc an Christian Borer, Bauleiter»*. Auch hier sind weder Zahlen, noch Gründe, noch Gegenmassnahmen noch eine Diskussion dazu erwähnt. Im Protokoll Nr. 19. vom 19.04.2017 wird die Floskel aus dem Protokoll Nr. 17 wiederholt. Im Protokoll Nr. 20 vom 03.05.2017 ist trotz der pendenten Nachträge Nr. 20 - 39 Nachträge weder von Kostenüberschreitungen noch von einer höheren Endkostenprognose die Rede. In den Protokoll Nr. 21 vom 17.05.2017, Nr. 22 vom 31.05.2017 und Nr. 23 vom 14.06.2017 (bei 40 Nachträgen) heisst es wiederum: *«Zusammen mit den zu bewilligenden Nachträgen wird der Gemeinde die Endkostenprognose zugestellt»*.

Aufgrund der Bausitzungsprotokolle drängt sich der Eindruck auf, dass die Termin- und Kostenüberschreitungen fatalistisch hingenommen wurden und kein Anlass zu Sorge oder Gegenmassnahmen waren. Nicht beurteilen kann ich, ob es in der Bauverwaltung interne Dokumente oder eine (Mail-) Korrespondenz gibt, welche ein anderes Licht auf diese Problematik werfen würde.

Die Protokolle belegen

- dass Flury pflichtgemäss auf die Kostenüberschreitung hingewiesen hatte – ob rechtzeitig oder zu spät, kann ich aufgrund der mir vorliegenden Akten nicht beurteilen;
- dass der Gemeinde, vertreten durch Urs Schertenleib, die Kostenüberschreitung seit dem 22.03.2017 bekannt war und ihr in der Folge auch steigende Endkostenprognosen zugestellt wurden.

Gemäss Schilderung von Lukas Sigrist im PA vom 03.09.2019 hat Urs Schertenleib ihm die Kostenüberschreitung nicht eröffnet. Die Verzögerungen im Bauablauf, über welche Urs Schertenleib ihn orientierte, waren ihm aber offenbar auch kein Anlass zu fragen, welche Auswirkungen sie auf die Kosten hätten – obwohl notorisch ist, dass sie sich kostentreibend auswirken. Allerdings bestanden auch keine Führungsstruktur bzw. Kontroll- und Überwachungsmechanismen, welche solch erhebliche Kostenüberschreitungen und Verletzung des Delegationsreglement «automatisch» ans Licht gebracht hätten.

3.4 Fazit

Ich kann bei einer summarischen Prüfung keine Anhaltspunkte erkennen, die gegenüber der Flury ein Regressanspruch begründen würden.

4. EPK Elektroengineering GmbH

Am 21.01.2016 wurde die EPK beauftragt, die Elektroinstallationen im Betrag von CHF 127'450.00 für das Regenbecken Nr. 746 zu planen. Als Honorar wurden CHF 22'562.82 vereinbart. Daneben wurden ihr auch Aufträge für die anderen Regenbecken erteilt.

4.1. CHF 282'164.65

Im PA Nr. 187 vom 03.09.2019 wird herausgestrichen, dass die EPK die Fertigstellung der Anlage Nr. 746 «*während rund einem Jahr*» blockiert habe. Durch das Fehlverhalten der EPK habe es gemäss den Berechnungen von Flury vom 16.07.2019 Mehrkosten von CHF 282'164.65 gegeben. Flury erstellte eine Liste, wie sich diese CHF 282'164.65 zusammensetzen. Ich ging sie mit Lukas Sigrist, Jan Furer, Urs Schertenleib und Christian Borer (Flury) durch. Eine Regressforderung in dieser Höhe erwies sich als völlig illusorisch. Nur drei Beispiele:

- Die Hauptposition mit CHF 229'276.80 heisst «Längeres Vorhalten der Installtion». Es handelt sich dabei insbesondere um den Kran, der mit 3,8 Monaten à CHF 60'336.60/Mt. aufgelistet ist. Hier hätte die Gemeinde als Bauherrin und Gesamtleiterin eine *Schadensminderungspflicht* gehabt. Die Bauherrin kann nicht einfach 3,8 Monate zuschauen und jeden Monat CHF 60'000 auflaufen lassen. Die EPK hätte rasch, ausdrücklich und klar über die Kostenfolgen in einer solchen Höhe aufmerksam gemacht werden müssen. Zudem hätte ihr nicht bloss Schadenersatz, sondern auch die Ersatzvornahme (Beauftragung einer anderen Elektroplanerin auf ihre Kosten) angedroht werden müssen.
- Mehrere Positionen betreffen Kernbohrungen. Diese seien nötig gewesen, weil aufgrund ausbleibender Planung nicht klar gewesen sei, wo die Einlagen im Beton gelegt werden sollten. Dabei handelt es sich mindestens teilweise um Ohnehinkosten, da dadurch Einlagen gespart werden konnten.
- Die Bauverwaltung und Flury hatten gemäss eigenem Bekunden bloss «ein paar Stunden» Mehraufwand, um die Elektroplanung neu aufzugleisen bzw. einen neuen Planer einzuführen.

Am Schluss der gemeinsamen Betrachtung der Liste blieben CHF 27'288.65, für die näher geprüft werden müsste, ob die Voraussetzungen für eine Schadenersatzklage erfüllt wären.

Sobald eine Forderung den Selbstbehalt übersteigt, übergeben Planer erfahrungsgemäss den Fall ihrer Berufshaftpflichtversicherung, welche die Voraussetzungen für einen Schadenersatz (Schaden, Vertragsverletzung, Kausalzusammenhang, keine Exkulpation) genau prüft. Die Beweislast für die ersten drei Voraussetzungen liegt bei der Klägerin.

4.2. Chronologie (verkürzt)

Bei der Auftragserteilung wurde als Termin lediglich vereinbart: «Ausführungstermin per sofort».

Mit Schreiben vom 19.06.2017 wurde der EPK eine letzte Frist bis am 22.06.2017 gesetzt, um aufgrund der eingegangenen Offerten den *Vergabeantrag* zu formulieren. Während in Bezug auf den hier nicht zur Diskussion stehenden separaten Auftrag für das Regenbecken Nr. 965 angedroht wurde, dass die vorhandene Baugrube nicht aufgefüllt werden könne, bevor die elektrischen Installationen realisiert worden seien, und bei weiteren Verzögerungen die Baugrube auf ihre Kosten provisorisch aufgefüllt und für die Elektroinstallationen wieder ausgehoben werden müsse, heisst es in Bezug auf die hier relevante Regenbecken Nr. 746 nur: «*Die Bauarbeiten sind ca. Mitte Juli ebenfalls abgeschlossen und die elektrischen Installationen möchten wir in diesem Zeitrahmen auch realisieren*».

Am 13.07.2017 verschickte die Bauverwaltung die Arbeitsvergabe für die Elektroinstallationen für die das Regenbecken Nr. 746 (zusammen mit Nr. 965 an die ARGE E. Widmer AG /Eckert AG) - ob mit oder ohne Vergabeantrag der EPK ist nicht ersichtlich.

Erst am 08.08.2017 wurde von EPK ein Terminprogramm verlangt – was mitunter beweist, dass es *vorher kein Terminprogramm* gab. Zudem wurde darauf hingewiesen, dass die *Abschlussarbeiten* am Regenbecken Nr. 746 erst gemacht werden könnten, wenn die elektrischen Installationen gemacht worden seien. Durch *Abklärungen* seitens des Ingenieurbüros, der Bauverwaltung und des Bauamtes Suhr seien der Bauherrschaft weitere Kosten entstanden. Es würde eine Auflistung dieser Kosten vorgenommen und der EPK in Rechnung gestellt. Ohne das Verhalten des EPK in Schutz zu nehmen, aufgrund dieser Darstellung musste sie nicht mit einer Schadenersatz-forderung allein für den Kran von CHF 229'276.80 rechnen.

Im Mail vom 15.09.2017 wurde der EPK ein Termin bis am 20.09.2017 gesetzt, um ein Bauprogramm zu liefern.

Nach Auflösung des Vertrags am 09.10.17 «per sofort» wurde EPK am 19.10.2017 durch eine Nachfrist bis am 27.10.2017 gesetzt, um Arbeitsergebnisse herauszugeben. Eine Rechnung hat die EPK nicht gestellt.

4.3. Fazit

Es wäre seitens der Gemeinde entschlosseneres und rechtsgenügendes Handeln geboten gewesen. Wie eingangs erwähnt, ist eine Schadenersatzforderung von 282'164.65 illusorisch. Realistisch könnte eine weit geringere Summe, ca. CHF 27'288.65, sein. Dabei wäre aber im Vorneherein zu beachten, dass bei einem solchen Betrag in einem Zivilprozess ein ungünstiges Aufwand-Nutzen-Verhältnis bestünde.

28.01.2021

Nik. Brändli
Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht



**Schärer
Rechtsanwälte**

Hintere Bahnhofstrasse 6
CH-5001 Aarau
Telefon +41 62 837 50 00
Telefax +41 62 837 50 01
www.5001.ch