

# Baurecht

Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen

# Droit de la construction

Revue du droit de la construction et des marchés publics

5/2022

## Verfahrensausschluss wegen mangelhafter Vertragserfüllung – Ein Beitrag zu Art. 44 Abs. 1 lit. h BÖB

Lena Götzinger

## L'obligation de se raccorder aux réseaux thermiques

Matthieu Seydoux

## Aufwandvergütung und unnötiger Mehraufwand – Ein Kurzaufsatz zu Art. 374 OR

Peter Gauch

## Rechtsprechung zum öffentlichen Recht – Jurisprudence en droit public

Bischof/Dubey/Gossweiler/Grisel Rapin/Kaufmann,/Kraemer/Romy/A. Stöckli/Waldmann/Zufferey

**SCHWEIZERISCHE  
BAURECHTSTAGUNG 2023  
JOURNÉES SUISSES DU DROIT  
DE LA CONSTRUCTION 2023**

Anmeldung auf der Rückseite dieses Heftes  
Inscription au dos de cette revue



Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht  
Institut pour le droit suisse et international de la construction  
Universität Freiburg – Université de Fribourg

Schulthess §

# Auf einen Blick/En bref

## 237 Vergaberecht/Droit des marchés publics

### Verfahrensausschluss wegen mangelhafter Vertragserfüllung – Ein Beitrag zu Art. 44 Abs. 1 lit. h BöB

Lena Götzinger

Mit dem revidierten Beschaffungsrecht wurde auf Bundesebene und in den meisten Kantonen ein neuer Ausschlussgrund eingeführt, demgemäss Anbieterinnen, die in der Vergangenheit einen öffentlichen Auftrag mangelhaft erfüllt haben, von zukünftigen Vergaben ausgeschlossen werden können (Art. 44 Abs. 1 lit. h BöB/IVöB). Gleichwohl kann nicht jede vergangene unzureichende Leistung einer Anbieterin deren Ausschluss rechtfertigen. Vergabestellen müssen vielmehr objektiv nachweisen, dass aufgrund der früheren schweren oder wiederholten Verletzung einer wesentlichen Pflicht zu erwarten ist, dass die Anbieterin den nun zu vergebenden Auftrag nicht ordnungsgemäss ausführen wird. Welche Schranken Vergabestellen bei einem Ausschluss gemäss Art. 44 Abs. 1 lit. h BöB/IVöB zu beachten haben, erörtert dieser Beitrag.

*La révision du droit des marchés publics a introduit un nouveau motif d'exclusion en droit fédéral et dans celui de la plupart des cantons : les soumissionnaires qui n'ont pas exécuté correctement des marchés publics antérieurs peuvent être exclus de marchés futurs (art. 44 al. 1 let. h LMP/AIMP). Toute prestation insuffisante ne justifie néanmoins pas une exclusion : les autorités adjudicatrices doivent prouver objectivement qu'en raison d'une violation grave ou répétée d'une obligation essentielle, elles doivent s'attendre à ce que le soumissionnaire n'exécutera pas correctement le marché à adjuger. Le présent article examine les limites qui s'imposent aux autorités adjudicatrices lorsqu'elles prononcent de telles exclusions.*

## 246 Öffentliches Recht/Droit public

### L'obligation de se raccorder aux réseaux thermiques

Matthieu Seydoux

Nombreux sont les projets de réseaux thermiques qui se construisent ou sont en cours de planification. Un élément clé pour les porteurs du projet est de s'assurer d'intéresser suffisamment de consommateurs finaux. De là naît la tentation d'en obliger certains à se raccorder au réseau. Cette contribution présente un aperçu des questions juridiques que posent l'instauration d'une obligation de se raccorder ainsi que certains développements récents.

*Derzeit werden zahlreiche thermische Netze geplant und realisiert. Für die Projektträger ist es jeweils zentral, eine ausreichende Zahl von Verbrauchern an sich binden zu können. Da liegt die Versuchung nahe, potenzielle Verbraucher zu zwingen, sich dem Netz anzuschliessen. Dieser Beitrag zeigt, welche Rechtsfragen die Begründung einer Anschlusspflicht aufwirft, und geht einigen weiteren aktuellen Entwicklungen nach.*

## 250 Privatrecht/Droit privé

### Aufwandvergütung und unnötiger Mehraufwand – Ein Kurzaufsatz zu Art. 374 OR

Peter Gauch

Der dispositive Art. 374 OR befasst sich mit der Vergütung von entgeltlichen Werkleistungen, für die «der Preis zum Voraus gar nicht oder nur ungefähr bestimmt worden» ist. Für solche Leistungen bemisst sich die Vergütung, die der Besteller schuldet, nach dem Aufwand, den der Unternehmer für die Ausführung der Leistung tätigt. Soweit der Unternehmer jedoch mehr Aufwand treibt, als notwendig wäre, hat er keinen Anspruch auf Vergütung. Mit dieser Einschränkung befasst sich der Kurzaufsatz von PETER GAUCH. Darin geht es um die Rechtsgrundlage der besagten Einschränkung, um das vergütungsrelevante Verhältnis zwischen dem tatsächlichen und dem erforderlichen Aufwand des Unternehmers, um die Frage, nach welcher Methode es sich beurteilt, ob der Unternehmer unnötigen Aufwand getätigt hat, und schliesslich auch um die Beweislastverteilung. Es sind dies durchwegs Fragen, die für die Praxis relevant sind.

*L'art. 374 CO est de droit dispositif; il régleme la rémunération des prestations onéreuses pour lesquelles «le prix n'a pas été fixé d'avance, ou [...] ne l'a été qu'approximativement»: elle se calcule en fonction des dépenses engagées par l'entrepreneur. Ce dernier n'a toutefois pas droit à une rémunération pour les dépenses qui outrepassent ce qui était nécessaire. Le bref article de PETER GAUCH examine cette restriction: il traite de sa base juridique, du rapport entre les dépenses effectives et les dépenses nécessaires, de quelle méthode permet de déterminer si des dépenses étaient inutiles ou non et enfin de la répartition du fardeau de la preuve. Toutes ces questions sont pertinentes pour la pratique.*