

UNLIEBSAME NACHTRAGS- FORDERUNGEN DES BAUUNTER- NEHMERS

von Dr. Daniel Thaler und Christian Berz (Text)

Der sorgfältige Bauherr ist regelmässig geneigt, im Rahmen seines Werkvertrags möglichst alle Eventualitäten abzusichern, mit dem Bestreben, dass sein Bauwerk nicht teurer zu stehen kommt als mit dem Bauunternehmer vereinbart. Die Praxis zeigt jedoch, dass es selbst bei den raffiniertesten Werkverträgen zu Streitigkeiten hinsichtlich Nachtragsforderungen des Unternehmers kommen kann. Was ist der Grund dafür? Und wie kann dies – im Interesse aller Baubeteiligten – möglichst vermieden werden?

Hauptquartier Fogo Island National Park auf den Kapverdischen Inseln von OTO Architectos aus Lissabon.

DER WERKLOHN

Im Rahmen eines Bauwerkvertrages verspricht ein Unternehmer die Erstellung eines Bauwerks (oder eines Teils davon), und der Bauherr verpflichtet sich im Gegenzug zur Bezahlung eines Werklohnes. Ohne anderweitige Vereinbarung richtet sich die Höhe des Werklohnes nach dem effektiven, für die Erstellung des Bauwerks erforderlichen Aufwand des Unternehmers (vgl. Art. 374 OR). In der Praxis werden solche Bauarbeiten mit einer Aufwandvergütung üblicherweise als «Regiearbeiten» bezeichnet. Zu vergüten sind dabei die Selbstkosten des Unternehmers unter Hinzurechnung eines angemessenen Zuschlages für Risiko und Gewinn. Häufig werden die dabei anwendbaren Ansätze für Arbeit und Material (inkl. Risiko und Gewinn) von den Parteien im Voraus festgelegt. In all diesen Fällen trägt der Bauherr das Aufwandrisiko, das darin besteht, dass sich die Bauarbeiten aufwendiger gestalten als von den Parteien bei Vertragsabschluss angenommen. Der Wert des vollendeten Bauwerks selbst spielt bei dieser Vergütungsart keine Rolle.

Entsprechend ist der risikobewusste Bauherr bestrebt, eine andere Vergütungsart zu vereinbaren, welche den Werklohn verbindlich festlegt und die das Aufwandrisiko so weit als möglich dem Unternehmer überbindet. Das Gesetz verwendet hierfür den Begriff der «festen Übernahme» (vgl. Art. 373 OR). In der Praxis finden sich hierfür verschiedene Varianten. Häufig wird ein pauschaler Werkpreis für die gesamte Bauleistung (mit oder ohne Anpassung an die Bau- teuerung) vereinbart («Pauschalpreis» oder «Globalpreis»). Üblich sind auch sogenannte Einheitspreisverträge, wo lediglich einzelne Arbeitsschritte pauschaliert werden (z.B. die Vereinbarung eines Quadratmeterpreises für das Anbringen eines Verputzes auf ein Mauerwerk) und der Werkpreis nach Erstellung des Werkes anhand der effektiv ausgeführten Mengeneinheiten (Flächen, Längen, Stückzahlen usw.) berechnet wird.

Häufig finden sich in einem Werkvertrag auch Kombinationen der verschiedenen Vergütungsarten. Verschiedentlich werden solche Vergütungsregelungen durch ein ungefähres oder gar verbindliches Kostendach ergänzt, welches ebenfalls eine limitierende Funktion mit Bezug auf den insgesamt zu bezahlenden Werkpreis haben kann.

PAUSCHALIERT IST DIE BAULEISTUNG, NICHT DER WERKLOHN

Die Versuche des Bauherrn, das Kostenrisiko mittels Pauschalpreisen und dergleichen möglichst umfassend auf den Unternehmer abzuwälzen und nicht mehr bezahlen zu müssen als im Werkvertrag beziffert, scheitern jedoch häufig daran, dass sich eine solche Pauschalierung nur auf die im Werkvertrag definierte Bauleistung bezieht. Diese kann jedoch (wie auch die Art und Weise der Werkerstellung) von den vertraglichen Vorgaben und Annahmen der Parteien abweichen. Zu denken ist dabei z.B. an einen schlechteren Baugrund als in den Ausschreibungsunterlagen angegeben, der zusätzliche statische Vorkehrungen oder Abdichtungs- und Entsorgungsmassnahmen erfordert. Hinzu kommen Lücken und Fehler in den Ausschreibungsunterlagen, welche einen zur Werkerstellung erforderlichen Aufwand nicht berücksichtigen. Solche unternehmerseitig anfallenden Mehrleistungen sind in einem Pauschalpreis grundsätzlich nicht enthalten, da (anders als der Wortlaut annehmen lässt) gar nicht der Preis, sondern vielmehr die Bauleistung pauschaliert wurde.

VOLLSTÄNDIGKEITSKLAUSELN SOWIE GENEHMIGUNGSVORBEHALTE WIRKEN NUR BESCHRÄNKT

Der vorstehenden Problematik bewusst, sind Bauherren daran interessiert, bei Pauschal- und Globalpreisverträgen wie auch bei Einheitspreisverträgen sowie Kostendachregelungen sämtliche denk-

baren Leistungen als im Werkpreis enthalten zu erklären (sogenannt Vollständigkeits- bzw. Komplettheitsklauseln). Auch eine solche Regelung lässt sich jedoch selten konsequent durchsetzen. Die vermeintliche Werkpreispauschalierung scheitert häufig bereits daran, dass bei Bauwerken regelmässig noch weitere Personen im Auftrag des Bauherrn tätig sind (Planer, Drittunternehmer). Für deren Fehler und Versäumnisse bzw. für die dadurch verursachten Mehraufwendungen des Unternehmers hat der Bauherr gegenüber dem Unternehmer aufzukommen. Denn sie liegen ausserhalb des Einflussbereichs des Unternehmers und können daher kaum als im Werkpreis mitenthalten verstanden werden. Dasselbe gilt für Verzögerungen bei der Bereitstellung des Baugrundstücks, der Lieferung von Planunterlagen oder der Fertigstellung der Vorarbeiten durch Drittunternehmer.

Mit solchen Vollständigkeitsklauseln vornweg nicht erfasst werden können zudem Bestellungsänderungen des Bauherrn, die bei Bauwerken regelmässig in der einen oder anderen Weise vorkommen, um den sich während der Bauausführung verändernden oder zusätzlichen Bedürfnissen des Bauherrn gerecht zu werden.

Im Bewusstsein, dass selten sämtliche auszuführenden Bauleistungen im Werkvertrag enthalten sind, behelfen sich Bauherren ergänzend häufig mit der Vereinbarung von sogenannt Genehmigungsvorbehalten, mit welchen dem Unternehmer die Obliegenheit auferlegt wird, Leistungen, die zu einer Mehrvergütung berechtigen, vorgängig anzuzeigen und schriftlich genehmigen zu lassen, andernfalls eine Mehrvergütungsforderung vornweg entfällt.

In der Praxis werden solche Regelungen in der Hektik des Bauprozesses jedoch häufig – auch aufseiten des Bauherrn – nicht konsequent beachtet, was Folgen für die Wirksamkeit eines solchen Genehmigungsvorbehalts hat. Denn gemäss Praxis des Bundesgerichts kann

✚ ein solcher Vorbehalt auch mündlich oder stillschweigend aufgehoben werden. Zudem dürfte regelmässig ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegen, wenn ein Bauherr Mehrvergütungen für Leistungen, die im Werkvertrag nicht enthalten sind, unter Verweis auf den Schriftlichkeitsvorbehalt ablehnt, obwohl er auf der Vornahme der Leistungen beharrt und diese vorbehaltlos entgegennimmt (vgl. Bundesgerichtsurteil 4A_271/2007).

WONACH RICHTET SICH DIE MEHRVERGÜTUNG FÜR BERECHTIGTE NACHTRÄGE?

Zu der oft strittigen Frage, ob eine Mehrvergütung für Nachträge geschuldet ist, gesellt sich regelmässig diejenige, wie hoch diese ausfällt bzw. wonach sich diese überhaupt richtet.

Von Gesetzes wegen, d.h. ohne anderweitige Vereinbarung, gilt, dass Bestellungsänderungen und ausgewiesene werklohnberechtigten Mehrleistungen ohne anderweitige Vereinbarung nach Aufwand zu vergüten sind. Entsprechend empfiehlt es sich für den Bauherrn, auch für diesen Fall eine Vergütungsregelung zu treffen. Die in der Bauwirtschaft häufig als Vertragsbestandteil erklärte SIA-Norm 118 (Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten) sieht für Bestellungsänderungen und ähnliche Fälle u.a. eine Vergütung nach Massgabe der ursprünglichen Kostengrundlage des Werkvertrages vor, was in der Praxis jedoch häufig zu weiteren Streitfragen führt, statt dass diese damit geklärt wären.

Hinzu kommt, dass sich nicht immer leicht einordnen lässt, unter welchem Titel eine Mehrkostenposition einzuordnen und zu vergüten ist. Namentlich stellt sich die Frage, ob es sich überhaupt um eine eigentliche Mehraufwendung handelt, die zu einem Werklohnnachtrag berechtigt, oder ob rechtlich nicht eher eine Schadenersatzforderung vorliegt. Diese Unterscheidung hat etwa Bedeutung für die Frage der Mehrwertsteuerpflicht, des

Beginns des Verzugs- bzw. des Schadenszins und ob der Unternehmer hierfür ein Bauhandwerkerpfandrecht beanspruchen kann. Schadenersatzforderungen unterliegen weder der Mehrwertsteuerpflicht, noch können sie mittels Bauhandwerkerpfandrecht gesichert werden.

WIE LASSEN SICH STREITIGKEITEN ÜBER NACHTRAGSFORDERUNGEN VERRINGERN?

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich unschwer, dass es kaum möglich ist, sämtliche Eventualitäten hinsichtlich Nachtragsforderungen in Werkverträgen zu regeln. Die Streitigkeiten sind erfahrungsgemäss jedoch häufiger in denjenigen Fällen, wo ein Werkvertrag lediglich rudimentär abgefasst wurde und wo in der praktischen Umsetzung, d.h. im Bauablauf, der Erfassung und Kommunikation allfälliger Nachträge zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt wird. Bei diesen Punkten ist denn auch anzusetzen.

Neben der möglichst sorgfältigen Abfassung der Werkvertragsgrundlagen (detaillierter Leistungsbeschreibung, Angaben zu den Baubedingungen, vertragliche Anpassungsregeln usw.) gilt es namentlich im Rahmen der Bauausführung, ein gemeinsames Nachtragsmanagement zwischen den Parteien zu installieren. So ist es ratsam, den Unternehmer etwa im Rahmen von wöchentlichen Bauherrensitzungen (sog. Jour fixe) anzuhalten, allfällige zu einer Mehrvergütung berechtigende Änderungen und Mehraufwendungen anzuzeigen und nachzuweisen sowie das Besprochene konsequent zu protokollieren.

Für den Streitfall kann es zudem von Vorteil sein, strittige technische Fragen einem gemeinsam bestimmten, von den Parteien unabhängigen und erfahrenen Sachverständigen zu unterbreiten, der – falls gewünscht – auch als Schiedsgutachter einzelne technische Fragen für die Parteien verbindlich klären kann, damit prozessuale Weiterungen mit Kostenfolgen nach Möglichkeit vermieden werden

können. Dabei ist es wichtig, Auftrag, Kostentragung und Verwertbarkeit der (gemeinsamen) Expertisierung (reiner Empfehlungscharakter, gemeinsames Gutachten mit Beweiswert, Schiedsgutachten unter grundsätzlichem Ausschluss weiterer Fachmeinungen) vorgängig und einzelfallspezifisch zu definieren. Wo eine solche Einigung scheitert oder nicht opportun erscheint, wäre ggfs. zu prüfen, ob eine amtliche Befundaufnahme (wo dies möglich ist) oder aber eine vorsorgliche gerichtliche Beweisführung zielführend ist.

Die eigene Leistung sowie Abweichungen des effektiven Bauablaufs von den Vertragsgrundlagen samt deren Kommunikation sollte jede Partei zudem nachvollziehbar dokumentieren, damit die eigene Position im Streitfall auch bewiesen werden kann.

