

Hans Rudolf Spiess dipl. Bauing. ETH und lic. iur.
Marie-Theres Huser* lic. iur., Rechtsanwältin
Mitarbeiter:
Franz-Xaver Ulrich* M.A. HSG, Rechtsanwalt

8034 Zürich, Postfach, Kirchenweg 5
Telefon 044 421 44 44, Telefax 044 421 44 40
www.baurecht.ch, buero@baurecht.ch
*Eingetragen im Anwaltsregister

12. Kolloquium "Baurecht heute" vom 17. Januar 2018

im Auditorium FORUM ST. PETER der Credit Suisse, Zürich

Merk-Würdigkeiten im Baurecht

Referat von Hans Rudolf Spiess, dipl. Bauing. ETH/SIA und lic. iur.

1. Grenzwertige Vertragsbedingungen

In der Baubranche sind Vertragsbedingungen (Geschäftsbedingungen), welche Rechte, Pflichten und Risiken einseitig einer Vertragspartei auflasten, häufig. Die eine Vertragspartei kann aufgrund ihrer Markt- und Verhandlungsmacht einseitige Bestimmungen aufstellen und durchsetzen. Solche Bestimmungen finden sich in Werkverträgen zwischen Bauherr (Besteller) und Unternehmer, zwischen Unternehmer und Subunternehmer, zwischen Lieferanten und Unternehmer, aber auch zwischen Auftraggeber und Planer. Die Geschäftsbedingungen werden als "Allgemeine Vertragsbedingungen" oder als "Besondere Vertragsbedingungen" der Ausschreibung beigelegt und zum Vertragsbestandteil erklärt. In der Regel sind es standardisierte Vertragsbedingungen eines Auftraggebers. Die einzige Möglichkeit der schwächeren Vertragspartei, sich gegen einseitige Vertragsbedingungen zur Wehr zu setzen, besteht entweder darin, gar nicht zu offerieren oder – wenn die Vertragsbedingungen nach der Ausschreibung im Vertrag "nachgeschoben" werden – den Vertrag abzulehnen. Unter dem Druck, ein genügendes Auftragspolster zu akquirieren, lassen sich viele Unternehmer und Planer dazu verleiten, einseitige Vertragsbedingungen zu akzeptieren, ohne die Risiken zu prüfen und abzuwägen und ohne einen entsprechenden Risikozuschlag zu kalkulieren.

Art. 8 des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG, kurz: UWG 8) enthält das Verbot, missbräuchliche Geschäftsbedingungen zu verwenden. Diese im Jahr 2012 neu ins Gesetz eingefügte Bestimmung hat allerdings einen schwerwiegenden Nachteil. Sie schützt nur vor missbräuchlichen Geschäftsbedingungen, welche zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen. Im Geschäftsleben, zwischen Gewerbetreibenden, greift diese Bestimmung daher nicht. Somit können sich auch kleinere und mittlere Gewerbebetriebe nicht gestützt auf UWG 8 gegen missbräuchliche Geschäftsbedingungen zur Wehr setzen. Diesem Umstand wollte Nationalrat Beat Flach begegnen, indem er eine Gesetzesänderung beantragte, um die Einschränkung auf "Konsumentinnen und Konsumenten" zu streichen. Leider hat der Nationalrat entgegen dem Kommissionsantrag beschlossen, den Vorstoss abzuschreiben. Somit ist die Chance vertan worden, auch kleinere und mittlere Unternehmen vor missbräuchlichen Vertragsbedingungen zu schützen.

12. Kolloquium "Baurecht heute" vom 17. Januar 2018

Ein Blick ins benachbarte Ausland zeigt, dass dort Gesetzgebung und Rechtsprechung auch im Geschäftsverkehr die Parteien wirksam vor missbräuchlichen Vertragsbedingungen schützen. In Deutschland z.B. besteht eine langjährige und ausgefeilte Praxis zu sogenannten unwirksamen Bauvertragsklauseln. Eine Sammlung solcher Klauseln ist im Buch von Hofmann/Frikell/Schwamb, Unwirksame Bauvertragsklauseln, 12. Auflage, auf rund 450 Seiten enthalten. Darin finden sich Klauseln, welche in schweizerischen Bauwerkverträgen gültig und an der Tagesordnung sind. Wichtige Gründe für die Unwirksamkeit liegen vor, wenn das Transparenzprinzip verletzt wird, d.h. der Unternehmer die ihm zugeordneten Risiken gar nicht überblicken kann. Unwirksam ist eine Vertragsklausel auch dann, wenn sie das vertragliche Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung empfindlich stört.



17. januar 2018

12. kolloquium
baurecht heute

Beispiele unzulässiger Bauvertragsklauseln (D)

1. Änderungen der Leistungsbeschreibung, Allgemeine oder Besondere Geschäftsbedingungen und Vorbehalte des AN haben keine Gültigkeit.
2. Mit der Abgabe des Angebots übernimmt der AN die Gewähr, dass das Angebot alles enthält, was zur Erstellung des Werks gehört.
3. Der AN hat sich über die Boden- und Wasserverhältnisse zu informieren und daraus entstehende Risiken zu übernehmen. Er kann sich später nicht entlasten, dass er die Eigenart und Menge der Bodenverhältnisse nicht gekannt habe.

©SPIESS+PARTNER Büro für Baurecht 5

Am Beispiel der nachstehenden Vollständigkeitsklausel eines schweizerischen TU-Vertrags soll illustriert werden, in welchem Umfang Risiken, hier in Bezug auf den Baugrund, überwält werden können. Die vorliegenden Klauseln überwälzen sämtliche Risiken, gleichgültig ob sie bekannt oder nicht bekannt, erkennbar oder nicht erkennbar sind, und zu guter Letzt wird die Klausel noch mit einer sogenannten "Komplettheitsklausel" abgerundet. Welches der Inhalt dieser "Komplettheitsklausel" sein soll, ist unklar und kann nur vermutet werden; er erschliesst sich weder dem Baupraktiker noch dem Baujuristen und wird wohl der Unklarheitsregel zum Opfer fallen.

17. januar 2018

12. kolloquium
baurecht heute

Vollständigkeitsklausel eines TU-Vertrags

3.1.3 Im Werkpreis inbegriffen sind alle Leistungen, welche nach den öffentlichen Auflagen und den Regeln der Baukunde für eine einwandfreie Ausführung der Bauten notwendig sind. ... Im Werkpreis sind damit **auch Kosten für ausserordentliche Aufwendungen, für sämtliche vorgesehenen und unvorhergesehenen Arbeiten, Lieferungen, Entschädigungen, Auslagen etc.**, die für die vertragsgemässe Erstellung der Bauten und die mängelfreie Übergabe notwendig sind, enthalten, so z.B. auch:

©SPIESS+PARTNER Büro für Baurecht 7

17. januar 2018

12. kolloquium
baurecht heute

Vollständigkeitsklausel eines TU-Vertrags

- Kosten, die aus der **vollumfänglichen Übernahme des statischen Baugrund- und geologischen Bausubstanzrisikos inkl. Aushub von kontaminiertem Material** entstehen können (exkl. Kosten für den Erwerb von Ankerrechten).
- Kosten für die Entsorgung und Deponierung von kontaminiertem Material (Boden- und Gebäudekontaminationen) im Sinne der Umweltschutzgesetzgebung.
- ...
- Leistungen, die in diesem Vertrag und seinen Anlagen nicht ausdrücklich enthalten sind, jedoch bei sachgerechter Betrachtung zum Leistungsumfang dieses Vertrages gehören.
- **Die Auflistung ist nicht abschliessend, es gilt die Komplettheitsklausel.**

©SPIESS+PARTNER Büro für Baurecht 8

Die Folgen solcher Vertragsklauseln sind in der Praxis bedeutsam. Im vorliegenden Fall werden sie für den TU-Vertrag vom Bauherrn vorgegeben. Mit Sicherheit wird der gewiefte TU

12. Kolloquium "Baurecht heute" vom 17. Januar 2018

diese Klausel dem Unternehmer weiterüberbinden und dieser wiederum seinen Subunternehmern und Lieferanten. Letztlich werden die Risiken auf die unterste Stufe delegiert. Die übergeordneten Vertragspartner können dann nur noch hoffen, dass derjenige, welcher die Risiken letztlich trägt, auch über die nötige Fachkompetenz und Leistungsfähigkeit verfügt, die Risiken zu bewältigen und letztlich, wenn etwas schief gehen sollte, die erforderliche Bonität für Schadenersatzzahlungen besitzt.

2. Ergänzungen und Änderungen der IPB für Planerverträge

Die IPB (Interessengemeinschaft privater professioneller Bauherren) erlässt eigene Vertragsbedingungen als Änderungen zu den SIA Ordnungen 102, 103 und 108 für Planer, wie auch Änderungen und Ergänzungen zur Norm SIA 118. Die Änderungen für Planerverträge sind besonders merk-würdig. Die IPB verlangt vom Planer eine umfassende treuhänderische Verantwortung für den Bauherrn. Diese beinhaltet auch die Beratung des Bauherrn, damit er die richtigen Entscheide trifft. Die Frage ist hier nur, in welcher Hinsicht die Entscheide des Bauherrn richtig sein sollen!

Weiter sehen die Änderungen der IPB zu den SIA Ordnungen nur Grundleistungen vor. Zusatzleistungen gibt es keine, auch nicht für Unvorhersehbares. Dazu ist das Honorar als Pauschale für sämtliche erforderlichen Leistungen vereinbart.

17. januar 2018

12. kolloquium
baurecht heute

Ergänzungen / Änderungen der IPB zu den SIA Ordnungen 102, 103 und 108
IPB = Interessengemeinschaft privater professioneller Bauherren

- Umfassende treuhänderische Verantwortung des Planers für den Bauherrn (auch dafür, dass er die richtigen Entscheide trifft!).
- Nur Grundleistungen, **keine „Zusatzleistungen“**, auch für nicht Vorhersehbares.
- Honorar pauschal.

©SPIESS+PARTNER Büro für Baurecht 10

3. Zahlungsfristen öffentlicher Auftraggeber

Für die Auftraggeber des Bundes sind die Zahlungsfristen verbindlich in der Weisung des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) geregelt. Grundlage sind die Zahlungsfristen der Norm SIA 118. Die Prüf- und Zahlungsfrist zusammen beträgt in der Regel 30 Tage (in Ausnahmefällen 45 Tage). Für die Schlussabrechnung gelten eine Prüffrist von 30 Tagen und eine Zahlungsfrist von 30 Tagen (ausnahmsweise 45 Tage).

Für den Fristbeginn ist der Eingang der ordnungsgemässen Rechnung bei der zuständigen Stelle, welche im Vertrag zu bezeichnen ist, massgebend.

12. Kolloquium "Baurecht heute" vom 17. Januar 2018

Während die Weisung des EFD für die Auftraggeber des Bundes verbindlich ist, stellt sie für die übrigen Mitglieder der KBOB (Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren), die Kantone, Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften, nur (aber immerhin) eine Empfehlung dar.

Der Begriff der "ordnungsgemäss erstellten Rechnung" in der Weisung des EFD verleitet öffentliche Auftraggeber zu überspitztem Formalismus, wodurch die Zahlungsfristen der Weisung ausgehebelt werden. Hintergrund dieses Formalismus sind die Finanzkontrollen des Bundes, der Kantone und anderer Körperschaften. Diese massen sich eine Kompetenz an, welche ihnen nicht zusteht, indem sie z.B. von den Vertragsparteien ausgehandelte Nachtragspreise dahingehend überprüfen, ob die Preiselemente korrekt sind. Dazu wird zunehmend in Verträgen der öffentlichen Hand die Genehmigung der Rechnungen resolutiv bedingt an einen noch ausstehenden Entscheid der Finanzkontrolle geknüpft. Dadurch wird die Vertragsfreiheit, welche grundsätzlich bei der privatwirtschaftlichen Tätigkeit öffentlicher Auftraggeber gilt, zur Makulatur und werden übergeordnete Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen durch die Finanzkontrollen ausgehebelt.

Am Beispiel des Rechnungsablaufs und der Rechnungsgenehmigung des ASTRA wird ersichtlich, dass aufgrund der formellen Anforderungen an die "ordnungsgemäss erstellte Rechnung" die Zahlungsfristen gemäss Weisung EFD wohl in vielen, wenn nicht in der überwiegenden Anzahl Fälle nicht eingehalten werden können.

17. januar 2018

12. kolloquium
baurecht heute

„ordnungsgemäss erstellte Rechnung“ (Beispiel ASTRA)

1. Vorlauf zur Rechnungstellung: Rechnung gilt erst nach erfolgreichem Vorlauf als zugestellt (extern)
2. Plausibilitätsprüfung (extern)
→ Rückweisungsmöglichkeit
3. formelle Prüfung (ASTRA)
→ Rückweisungsmöglichkeit
4. materielle und rechnerische Prüfung (extern)
→ Rückweisungsmöglichkeit
5. Beginn Zahlungsfrist

©SPIESS+PARTNER Büro für Baurecht 12

Der Rechnungsablauf des ASTRA besteht aus folgenden Schritten:

1. Vorlauf zur Rechnungstellung

Zur "Vorbereitung der Rechnungstellung" werden die in Rechnung zu stellenden Leistungen zwischen Auftragnehmer und einer externen Prüfstelle definiert, kontrolliert und bereinigt. Dieser Prozess kann bereits einige Zeit in Anspruch nehmen.

2. Rechnungseingang

Nach dem Vorlauf wird die Rechnung bei der externen Prüfstelle (wenn vorhanden Bauherrenunterstützung BHU) eingereicht, womit die Prüf- und Zahlungsfristen beginnen.

12. Kolloquium "Baurecht heute" vom 17. Januar 2018

3. Formelle Rechnungsprüfung

Danach erfolgt eine formelle Rechnungsprüfung durch das ASTRA. Die formelle Prüfung umfasst z.B. die Verwendung des richtigen Deckblatts und die Kontrolle der Angaben, welche bis ins letzte Detail vom ASTRA vorgeschrieben werden. Sodann müssen die Unterschriften der BHU, BL und des Projektverfassers auf dem Rechnungsdeckblatt vorhanden sein. Erfüllt eine Rechnung die formellen Anforderungen nicht zu 100%, wird sie zurückgewiesen und die Prüf- und Zahlungsfrist beginnt von neuem mit Eingang der korrigierten Rechnung.

4. Materielle und rechnerische Prüfung

Die materielle und rechnerische Prüfung erfolgt in der Regel durch zwei externe Prüfstellen. Werden Fehler festgestellt, wird die Rechnung dem Auftragnehmer retourniert. Die Prüf- und Zahlungsfrist beginnt wieder neu mit dem Eingang der korrigierten Rechnung bei der Prüfstelle.

Bemerkenswert ist, dass bei Planerverträgen die Original-Arbeitsrapporte, versehen mit Doppelvisum des Mitarbeiters und seines Vorgesetzten, beigelegt werden müssen. Das Doppelvisum muss bei jeder einzelnen Arbeitsleistung vorhanden sein.

5. Genehmigungsprozess

Nach erfolgreicher materieller und rechnerischer Überprüfung geht die Rechnung zum zweistufigen Genehmigungsprozess an den Projektleiter und den Bereichsleiter ASTRA.

6. Zahlungsfreigabe

Erst wenn alle erforderlichen Unterschriften hinsichtlich Rechnungsprüfung und Rechnungsgenehmigung vorliegen, wird die Rechnung zur Zahlung freigegeben.

4. Wettbewerbskommission (WEKO)

Im Jahr 2017 hat die WEKO Honorarempfehlungen sowohl der KBOB als auch des SIA als unzulässig beurteilt.

Per 01.07.2017 hat auf Intervention der WEKO die KBOB ihre Honorarempfehlungen für maximale Stundenansätze im freihändigen Verfahren zurückgezogen. Diese Empfehlungen dürfen (formell) von den Vergabestellen nicht mehr angewendet werden. Weil diese Honorarempfehlungen der KBOB noch die einzigen Richtwerte für die Bemessung der Stundenansätze für Architektur- und Ingenieurbüros waren, stehen nun die Vergabestellen der öffentlichen Hand, aber auch private Auftraggeber und die Planer so zu sagen im luftleeren Raum. Praktisch wird sich allerdings das Problem lösen lassen, indem sie nach wie vor auf diese Honorarempfehlungen zurückgreifen werden, gegebenenfalls unter Aufrechnung einer Teuerung.

12. Kolloquium "Baurecht heute" vom 17. Januar 2018

17. januar 2018

12. kolloquium
baurecht heute

WEKO i.S. Honorare

KBOB Honorarempfehlungen 2017

Empfohlene maximale Stundenansätze nach Kategorien (Umschreibung der Kategorien nach SIA) 2017 in CHF im freihändigen Verfahren

Jahr / Kategorien	A	B	C	D	E	F	G
2017	233	182	157	133	111	101	97

Verbot per 1.7.2017

Die Stundenansätze nach dem effektiven Zeitaufwand, evtl. MwSt. nach Kategorien (Umschreibung der Kategorien SIA, siehe Ziffer 3.2.2) im freihändigen Verfahren sind **auftragsbezogen zu verhandeln und zu vereinbaren**.

Die einzelnen Beschaffungsstellen der Gemeinden, Städte, Kantone oder des Bundes können eigenständig eigene maximale Stundenansätze empfehlen bzw. vorgeben oder darauf verzichten.

©SPIESS+PARTNER Büro für Baurecht 13

Die WEKO hat mit Schreiben vom 05.09.2017 dem SIA Vorabklärungen zu den Honorarordnungen angekündigt. Dabei hat die WEKO insbesondere die Honorarberechnungsformeln der SIA Ordnungen zur Berechnung des Honorars aufgrund der Baukosten ins Visier genommen. Weiter hat die WEKO die Vorgaben des SIA bei der Prüfung von Wettbewerbsprogrammen zur Honorierung untersagt sowie autoritativ die Aufhebung der "Charta – faire Honorare für kompetente Leistungen" aus dem Jahr 2015 gefordert.

17. januar 2018

12. kolloquium
baurecht heute

WEKO i.S. SIA

Schreiben WEKO an SIA 5.9.2017

Vorabklärungen zu den SIA Honorarordnungen

- Honorarberechnungsformeln SIA Ordnungen 102, 103, 105, 108
- Vorgaben zur Anwendung für Wettbewerbe und Studienaufträge (Verweigerung der Genehmigung von Wettbewerbsprogrammen durch den SIA)
- Charta „Faire Honorare für kompetente Leistungen“ 2015

©SPIESS+PARTNER Büro für Baurecht 14

5. Lärmschutz und Raumplanung

Das Schweizer Stimmvolk hat 2014 mit deutlicher Mehrheit die Änderung des Raumplanungsgesetzes genehmigt, welches die Verdichtung bestehender Bauzonen zum Ziel hat. Dass hier Konflikte mit dem Lärmschutz vor allem in städtischen Gebieten entstehen würden, war offensichtlich. So haben 10 Kantone, unter anderem Zürich, Aargau, St. Gallen, eine sogenannte Lüftungsfensterpraxis entwickelt. Danach wurden die Lärmwerte nicht mehr auf der lärmzugewandten Seite bei offenem Fenster gemessen (wie von der LSV vorgeschrieben), sondern auf der lärmabgewandten Seite, wenn ein Wohnraum von dieser Seite aus hinreichend belüftet werden konnte. Das Bundesgericht hat in einem bemerkenswerten Entscheid (BGE 142 II 100 vom 16.03.2016) diese Lüftungsfensterpraxis als unzulässig erklärt, weil sie der Lärmschutzverordnung (LSV) widerspreche. Bemerkenswert an diesem Urteil ist, dass das Bundesgericht hier eine bundesrätliche Verordnung, über welche weder das Parlament noch das Volk abgestimmt hat, vor die Zielsetzung eines Bundesgesetzes stellt, das immerhin

12. Kolloquium "Baurecht heute" vom 17. Januar 2018

vom Parlament beschlossen und danach noch in einer Referendumsabstimmung vom Stimmvolk deutlich bestätigt wurde.


Zu diesem Problem hat Nationalrat Beat Flach eine Motion eingereicht, mit dem Auftrag an den Bundesrat, USG/LSV dahingehend zu ändern, dass eine sinnvolle Verdichtung in städtischen Gebieten wieder möglich wird und nicht auf das Instrument der Ausnahmegewilligung ausgewichen werden muss. Diese Motion ist am 10.12.2017 an den Bundesrat überwiesen worden.

17. januar 2018

12. kolloquium
baurecht heute

Lärmschutz und Verdichtung

- BGE 142 II 100 vom 16. März 2016 Lüftungsfensterpraxis (10 Kantone, u.a. ZH, SG, AG)
- Motion NR Beat Flach: 10.12.2017 an BR überwiesen mit Auftrag, USG/LSV zu ändern



©SPIESS+PARTNER Büro für Baurecht 16

6. Weitere Merk-Würdigkeiten

17. januar 2018

12. kolloquium
baurecht heute

Weitere Merk-Würdigkeiten (2)

- Streitschlichtungsverfahren bei grossen Bauvorhaben etabliert
 - Baustellenentscheidungsweg (VSS)
- Norm SIA 150 (2018) Schiedsgerichtsverfahren
- Ordnung SIA 101 Leistungen der Bauherren
 - in Ausarbeitung
- Rechtsfragen zum BIM (Building Information Modeling)

©SPIESS+PARTNER Büro für Baurecht 17