

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

8034 Zürich, Postfach, Höschgasse 66
Telefon 044 421 44 44, Telefax 044 421 44 40
www.baurecht.ch, buero@baurecht.ch
*Eingetragen im Anwaltsregister

10. Kolloquium "Baurecht heute" vom 23. Januar 2014
im UBS Konferenzgebäude "Grünenhof", Zürich

Wünsche und Realitäten im Bauvertragsrecht

Referat von Marie-Theres Huser, lic. iur., Rechtsanwältin

Einleitung

Wie in anderen Lebensbereichen, ist auch im Bauvertragswesen die Diskrepanz zwischen Wunsch und Realität oft gross. Ich werde Sie deshalb heute – zusätzlich zu den traditionellen Hinweisen auf neue Entwicklungen – auch auf einige Wünsche, Forderungen und Realitäten aus meiner Sicht zur Baupraxis und deren Rechtsgrundlagen orientieren.

Bitte lassen Sie mich – entgegen aller Benimmregeln – meine persönlichen zwei Wünsche an den Anfang stellen. Auch nach bald 30 Jahren Berufstätigkeit bleiben sie weitgehend unerfüllt. Nichtsdestotrotz werde ich nicht müde, diese Wünsche bei jeder sich bietenden Gelegenheit zu platzieren.

Wunsch 1:

Informieren Sie Ihren Anwalt über alles, auch – und ganz besonders – das Unangenehme oder Ungünstige, und überlassen Sie ihm, wie er damit umgehen will. Überraschungen in Form von verschwiegenen Tatsachen erweisen sich als Bumerang für den „Verschweiger“ und schwächen die Verhandlungs- oder Prozessposition.

Wunsch 2:

Kümmern Sie sich um folgende Details: Wer ist Ihr Vertragspartner? Welche Leistung haben Sie zu welchem Preis und Termin versprochen?

Ich sehe es in Ihren Gesichtern: Sie denken, das sei ja logisch und zu trivial. Glauben Sie mir, die Praxis lehrt mich täglich etwas anderes!

Doch nun zum **Thema:**

Ich werde Ihnen heute – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – einige unerfüllte Wünsche aus unserem Beratungsalltag schildern, die zu unerwünschten Folgen in der Realität führen. Zugegeben, dies ist unser Schaden nicht. Für die Rechtssuchenden aber sind damit Kosten, Zeitaufwand und Ärger verbunden. Das müsste nicht sein.

Am Schluss werde ich noch kurz einige Neuigkeiten und Revisionsprojekte streifen, die im öffentlichen und privaten Baurecht von Interesse sind.

A. Unerfüllte Wünsche

Wünsche sind immer von Personen, deren Standpunkt und Interessen abhängig. So gesehen ist meine Zusammenstellung weder objektiv noch allgemeingültig. Aber es ist zumindest eine Aufzählung der am häufigsten gehörten „Ja, aber es müsste doch...“!

1. **Fachliche Kompetenz**
Fachliche Kompetenz wird zwar stillschweigend – auch von Gesetz und Rechtsprechung – vorausgesetzt. Mit sorgfältiger Auswahl der Vertragspartner, klaren Projekten und fairen Verträgen könnte schon Einiges verbessert werden.
2. **Faire, kooperative Verträge**
Als Grundsatz wird auch dieser Wunsch wohl von niemandem ernsthaft bestritten. Auch nicht die lapidare Feststellung, dass faire Verträge den Rechtsfrieden sichern.
3. **Gemeinsames Ziel: Gesamtwerk**
Termin- und Preisdruck führen vermehrt dazu, dass jeder Unternehmer nur sein Gewerk möglichst zu optimieren versucht. Bauherr, Planer und Nebenunternehmer sind potentielle Gegner. Diese Haltung führt zu einem aggressiven Verhalten, Streitigkeiten, Terminverzögerungen, Mehrforderungen und letztlich nicht selten zu Bauwerksmängeln.
4. **Öffentliches Beschaffungswesen und langfristiges Denken**
Die öffentliche Hand definiert das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ weitgehend über den Preis. Dies wohl aus Angst vor „weichen“ Zuschlagskriterien, die beschwerdeanfällig sein könnten. Die langfristige, auf den Lebenszyklus eines öffentlichen Bauwerks ausgerichtete Sicht ist weitgehend verloren gegangen. Unter dem Druck der Finanznot der öffentlichen Hand ist zu wünschen, dass sich dieser Trend nicht noch verstärkt, sondern sich im Gegenteil wieder die langfristige Sicht durchsetzt. In diesem Sinne sind mehr Mut und Kreativität bei den Vergabekriterien sowie neue Vergabemodelle für intellektuelle Dienstleistungen dringend.
5. **Konsumenten- und Kartellrechtsschutz im Bauvertrag?**
Der Konsumentenschutz macht auch vor den Bauverträgen nicht Halt. So wurden die gesetzlichen Verjährungsfristen bei Gewährleistungsansprüchen im Kauf- und Werkvertrag bereits verlängert (in Kraft seit 1.1.2013). Die gesetzliche Regelung entspricht nun derjenigen der Norm SIA 118, wie sie bereits in der Version 1977/91 galt und unverändert in die Version 2013 übernommen wurde. Gewisse Exponenten der Rechtswissenschaft erachten Bestimmungen der (neuen) Norm SIA 118 gestützt auf Artikel 8 des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG) als missbräuchlich. So zum

Beispiel die Regelung der Mehrwertsteuer (MWST), die neu im Werkpreis separat auszuweisen ist und als nicht inbegriffen gilt.

Ein kartellrechtlicher Kritikpunkt betrifft die Verweisungen auf ortsübliche Regieansätze der Berufsverbände, sofern im Vertrag nichts vereinbart ist (Art. 49 Abs. 2 SIA 118).

Diese Regelung führte bisher noch nie zu Beanstandungen und auch die Frage der MWST wird kaum zu Problemen führen. Letztlich werden vielleicht auch hier Gerichte zur Klärung beigezogen werden. Aus meiner Sicht ist Konsumentenschutz bspw. im Kauf-, Bank- und Versicherungsvertrag – also in Bereichen des Alltags eines jeden Einzelnen – durchaus von Bedeutung.

6. Kündigungsfristen beim Auftrag

Das Bundesgericht hat in seiner reichen Rechtsprechung zum Art. 404 OR immer am zwingenden Charakter festgehalten, dass Aufträge jederzeit und ohne Begründung auflösbar sind. Diese Sicht wird seit langem kritisiert, allerdings ohne Wirkung. Ein Vorstoss im Parlament aus dem Jahre 2011 (Motion Barthassat), der die vertragliche Vereinbarung von Kündigungsfristen bei „Daueraufträgen“ fordert, ist zu unterstützen. Gerade bei über Jahre geltenden Planerverträgen, die gemäss Rechtsprechung der jederzeitigen Auflösung des Auftrags unterliegen, ist die Annahme der zwingenden Gesetzesbestimmung nicht zeitgemäss. Es kann sowohl im Interesse des Bauherrn wie des Planers liegen, die Kündigungsmöglichkeit an die Einhaltung von Fristen zu binden.

7. Kooperative Bauverträge

Kooperative Vertragsmodelle sind aus meiner Sicht zu fördern. Selbstverständlich eignen sich derart komplexe Modelle nur für grössere Bauvorhaben und bedingen auch die nötige Mitwirkungskapazität seitens Bauherr. Gerade angesichts der knapper werdenden Finanzen und der anstehenden Infrastrukturvorhaben von Bund, Kantonen und Gemeinden müssen solche Modelle gefördert und nicht noch durch Verbote verunmöglicht werden.

8. Konzentration und Beschleunigung der Bewilligungsverfahren

Zwar werden besonders raschere Verfahren immer wieder politisch gefordert, aber angesichts der Rechtsprechung zur Rechtsmittelweggarantie und der Garantie des rechtlichen Gehörs ist es unwahrscheinlich, dass sich hier in Kürze etwas verbessert.

Zu diesem Thema gehört auch die Frage der Vereinheitlichung der Baubegriffe und Messweisen im Baubereich. Der Interkantonalen Vereinbarung (IVHB) sind bisher 14 Kantone beigetreten. Einer der gewichtigen Kantone ist Zürich, der – wie man hört – im Begriff ist beizutreten. Die St.Galler Regierung hat den Beitritt abgelehnt, obwohl die jetzt laufende Revision des kantonalen Baugesetzes die ideale Voraussetzung gewesen wäre.

B. Realitäten

1. Kompetenz

Tatsache ist, dass die fachlichen Kompetenzen gerade im Baubereich zum Teil massiv gesunken sind. Das hat sicher mit dem Fachkräftemangel zu tun. Viel grösseren Einfluss haben aber der zunehmende Termin- und Preisdruck, die steigende Bürokratie (Qualitätssicherung, Vertragsmanagement, Arbeitssicherheit, Dokumentationszwang, etc.), Mentalitätsunterschiede und Sprachschwierigkeiten der Baubeteiligten.

Das Hauptaugenmerk wird auf die eigene Gewinnoptimierung gerichtet und Schnittstellen zu andern Gewerken interessieren kaum. Dieses Verhalten steht im Gegensatz zu der laufend steigenden Verantwortung der Unternehmer, wie bspw. längere Verjährungsfristen, Haftung für Subunternehmerketten (Lohn, Arbeitsbedingungen, Gleichbehandlung) und Sicherheit auf der Baustelle.

2. Haftung für Subunternehmer (in- und ausländische) gemäss Entsendegesetz

Hinweis auf Musterdokumente und Berechnungshilfen des seco zur Haftung des Hauptunternehmers mit Subunternehmern.

3. Bürokratie statt Leistungsqualität

Das eben besprochene Beispiel zeigt exemplarisch, wie rasant die administrative Belastung der Unternehmer in den vergangenen Jahren zugenommen hat. Ein weiteres Beispiel findet sich im Umfangwachstum der Bauwerkverträge: während der Favre-Vertrag für den Bau des Gotthardtunnels auf zwei A4-Seiten Platz fand, füllen die Verträge zur NEAT heute die ganze Bühne des KKL. Zugegeben – die Projekte sind technisch komplexer geworden. Aber das zusätzliche Papier hat weder zu mehr Rechtssicherheit bei den Beteiligten noch zu Kostensicherheit geführt. Ein Zurück ist wohl kaum realistisch, aber Mut zur Beschränkung wäre angezeigt.

4. Klare, faire Verträge – der Teufel liegt im Detail!

Im Alltag sieht die Praxis so aus: diejenige Partei, die den Vertrag und die zugehörigen Bedingungen ausarbeitet, ist hauptsächlich bestrebt, ihre eigenen Interessen bestmöglich umzusetzen und möglichst alle Risiken der Gegenpartei zu überbinden. Derart einseitige Verträge führen meist zu Streitigkeiten und sind Juristenfutter. In der Schweiz gilt eine sehr weitgehende Autonomie der Parteien in der Vertragsgestaltung. Auch betreffend Allgemeine Vertragsbedingungen sind die Parteien im Unterschied zu Deutschland weitgehend frei, was und wie sie den Vertrag ausgestalten. Allerdings hat sich mit der Änderung des Artikels 8 des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG) nun teilweise ein Trendwende abgezeichnet:

Mit der Änderung des Bundesgesetzes zum Unlauteren Wettbewerb (UWG; in Kraft seit 1.7.2012) wird in Artikel 8 dieser Freiheit zumindest gegenüber Konsumenten eine Schranke gesetzt:

„Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen

Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.“

Leider findet diese Bestimmung auf die Bauunternehmer keine Anwendung. Damit bleibt unberücksichtigt, dass Verträge und zugehörige AGB von privaten und öffentlichen Bauherren vorgegeben werden und es den Unternehmern meist verwehrt ist, über einzelne Bestimmungen zu diskutieren: sie haben diese zu akzeptieren oder auf den Auftrag zu verzichten.

In Deutschland gibt es seit langem eine ganze Liste von unzulässigen Allgemeinen Vertragsbedingungen. Früher waren diese in einem dicken Buch zusammengefasst. Heute finden sich entsprechende Bestimmungen im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) in den §§ 305 – 309. Zum Beispiel stellen von gesetzlichen Regelungen abweichende Bestimmungen vermutungsweise eine unangemessene Benachteiligung der Vertragspartei dar, wenn:

- nicht mit dem gesetzlichen Grundgedanken vereinbar oder
- wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so eingeschränkt werden, dass der Vertragszweck gefährdet ist.

Das Deutsche Recht unterscheidet „Klauselverbote mit und ohne Wertungsmöglichkeit. § 309 enthält eine lange Liste von unwirksamen Klauseln selbst dort, wo das Gesetz ein Abweichen von den gesetzlichen Vorschriften zulässt, bspw.

- Verrechnungsverbot auch bei unbestrittener oder rechtskräftig festgestellter Forderung
- Vereinbarung eines pauschalierten Schadenersatzes (SIA 102,103,108!), wenn die Pauschale den zu erwartenden tatsächlichen Schaden übersteigt oder der Vertragspartei der Nachweis verwehrt wird, dass gar kein oder ein geringerer Schaden entstanden ist
- Diverse Haftungsausschlüsse
- Bestimmung, die bei Werkleistungen die Tragung der Transport-, Weg-, Material- oder Arbeitskosten von der Gewährleistung ausschliesst oder einschränkt
- Änderung der Beweislast zum Nachteil des Vertragspartners (SIA 118!)

C. Neuigkeiten und Revisionsprojekte

- Rügefrist und Rügeobliegenheit bei Planmängeln. Zu diesem Thema wird gleich anschliessend Herr RA Ulrich anhand der neuesten Rechtsprechung eine Analyse präsentieren. Aus meiner Sicht ist eine strenge werkvertragliche Beurteilung der Rügefrist für Planmängel nicht sachgerecht und führt zu völlig unhaltbaren Ergebnissen, nämlich meist zum vollkommenen Verlust der Gewährleistungsrechte.
- Mit der Verlängerung der Verjährungsfristen findet einerseits eine Angleichung an die geltenden Fristen im internationalen Kontext und andererseits eine Harmonisierung mit den schon seit 1977 geltenden Verjährungsfristen gemäss Norm SIA 118. Insbesondere die untaugliche Unterscheidung zwischen beweglichem (früher 1 Jahr) und unbeweglichem Werk (fünf Jahre) entfällt zu Recht dann, wenn bewegliche Teile bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk eingebaut werden.
- Die neue Bestimmung in Artikel 8 UWG hat einen Schönheitsfehler. Sie schützt nur Konsumentinnen und Konsumenten vor missbräuchlichen Allgemeinen Vertragsbedingungen. Nicht von diesem Schutz profitieren die Bauunternehmer. Sie sind nach wie vor den grossen öffentlichen und privaten Bauherren ausgeliefert, die so in ihrer Stellung als Nachfrage-Kartell noch gestärkt werden. Ob und wie diese Bestimmung je praktische Bedeutung erlangt, wird die Zukunft weisen. Meines Erachtens wäre eine Liste von missbräuchlichen und somit für alle Beteiligten unwirksamen Vertragsbedingungen – ähnlich der deutschen Lösung – im OR wohl zielführender.
- Eine weitere Neuigkeit ist das Inkrafttreten der revidierten Norm SIA 118, worüber Sie von Hansruedi Spiess bereits orientiert worden sind.
- Im Bund wird „schon wieder“ an einer Verschärfung des Kartellgesetzes herum gewerkelt. Einerseits sollen Arbeitsgemeinschaften wegen der Möglichkeit zu Preisabsprachen verboten und andererseits auch noch die Schwellenwerte für freihändige Vergaben gesenkt werden. Im ersten Fall kann den Beteuerungen, dass das Verbot Bau-ARGE's nicht betreffe, kein Glauben geschenkt werden – wo anders als auf dem Bau gehören ARGE's zum Alltag? Haben die Initianten bedacht, dass mit einem solchen Verbot hochspezialisierte, aber kleinere Schweizer KMU keine Chancen mehr haben werden bei öffentlichen Vergaben, wenn sie ihre Kräfte nicht bündeln können? Aufträge werden nur noch grosse, oft international beherrschte Baumultis erhalten, die dann vielleicht die Arbeiten mit Preisdruck an die vom Verfahren Ausgeschlossenen weitervergeben. Solche Forderungen und Beteuerungen bewegen sich jenseits des Schweizer Baualltags.
- Fallenlassen der zwingenden Natur von Artikel 404 OR für Daueraufträge. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist so gefestigt zu dieser Frage, dass nur eine Gesetzesänderung dieses Ziel erreichen kann (Motion hängig).
- Schaffung eines neuen Vertragstypus für Planer- und Bau(GU)-Verträge (Motion hängig).

Längere Verfahren, Rechtsunsicherheit, Föderalismus

- Das neue Raumplanungsgesetz, die noch nicht rechtskräftige Raumplanungsverordnung, die Zweitwohnungs- und die Kulturland-Initiative werden noch einige Rechtsunsicherheit und Verfahren nach sich ziehen, denn deren Umsetzung harzt!
- Spannungsfeld Grundeigentum-Eigentumsgarantie-Überbauungszwang-Auszonung
- Keine einheitlichen Messweisen und Baubegriffe schweizweit trotz IVHB
- Grosser Anpassungsbedarf bei kantonalen und kommunalen Richt- und Nutzungsplänen sowie Baugesetzen und Bau- und Zonenordnungen: die Auswirkungen müssen in der Stadt Zürich mit dem Entwurf der neuen BZO in Form von negativer Vorwirkung und Bausperren erduldet werden. Projekte, die sorgfältig geplant und mit den zuständigen Stellen abgesprochen worden sind, werden mit Hinweis auf die negative Vorwirkung nun nicht mehr bewilligt – der volkswirtschaftliche Schaden dürfte beträchtlich sein!