
9. Kolloquium "Baurecht heute" vom 19. Januar 2012

im UBS Konferenzgebäude "Grünenhof", Zürich

"Bauablaufstörungen – die eierlegende Wollmilchsau des Unternehmers?"

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

Einleitung

Die Preise für Bauleistungen sind in den letzten Jahren, nicht zuletzt aufgrund der Öffnung der Märkte, vor allem für grosse Bauvorhaben stark unter Druck geraten. Das ist bekanntlich besonders dann festzustellen, wenn neue Bewerber in ein Marktgebiet eindringen und sich etablieren wollen.

Bauvorhaben ist eine grosse Komplexität eigen. Jedes Bauvorhaben ist eine Einzelanfertigung, ein Prototyp. Die Organisation umfasst eine Vielzahl von beteiligten Planern, Spezialisten, Bauunternehmen, Nebenunternehmen und nicht zu vergessen, der Bauherr mit all seinen Organen und Beratern sowie allenfalls spätere Nutzer mit strikten Terminbedingungen und eigenen Ausbauarbeiten, die in die eigentliche Bauphase hineingreifen. Dazu kommen die örtlichen Gegebenheiten des Bauplatzes, die Unwägbarkeiten des Baugrundes, die Witterung und anderes mehr. Es ist zunehmend schwieriger geworden, ein Bauvorhaben mit all seinen Randbedingungen in den Ausschreibungsunterlagen zu erfassen, vollständig darzustellen, die Leistungen zu beschreiben und die Mengen zu quantifizieren.

Das alles führt in der Praxis dazu, dass die Unternehmen dazu übergegangen sind, gezielt Spezialisten einzusetzen, um in den Ausschreibungsunterlagen aber auch im Verhalten des Bauherrn Lücken, Widersprüche und Fehler zu suchen, Ablaufstörungen zu konstruieren und darauf gestützt Nachtragsforderungen geltend zu machen, um die unter starkem Wettbewerbsdruck erzielten, nicht kostendeckenden Preise zu verbessern. Dagegen wiederum haben Bauherren ein Abwehrdispositiv, in Form von Vertragsbedingungen entwickelt, das sämtliche Risiken des Bauablaufs bis hin zu Planungsfehlern des Bauherrn oder seiner Planer dem Unternehmer überbindet.

Das Problem

Meistens sind im Werkvertrag feste Preise (Einheits-, Global- und Pauschalpreise; Art. 38 Norm SIA 118) vereinbart. Der Unternehmer hat grundsätzlich kein Recht, höhere Preise zu verlangen, wenn sein Arbeitsaufwand oder seine Kosten grösser sind als kalkuliert. Will der

9. Kolloquium "Baurecht heute" vom 19. Januar 2012

Unternehmer gestützt auf "Bauablaufstörungen" eine Nachtragsforderung geltend machen, braucht er eine Anspruchsgrundlage, einen Rechtsgrund. Das kann eine Vertragsbestimmung oder eine Gesetzesbestimmung sein. Im Folgenden lege ich dar, auf welche Anspruchsgrundlagen sich Nachforderungen wegen Bauablaufstörungen rechtlich abstützen lassen – oder eben nicht abstützen lassen.

Begriff

Die Frage ist: Was sind Bauablaufstörungen? In rechtlicher Hinsicht ergibt die Recherche Enttäuschendes. In Deutschland, wo der grosse Teil der Literatur und Rechtsprechung zu den "Bauablaufstörungen" ihren Ursprung hat, ist der Begriff sowohl dem BGB (Bürgerlichen Gesetzbuch) als auch der VOB/B (Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen) fremd. Der Begriff "Bauablaufstörung" ist nach Auffassung gewichtiger Juristen Deutschlands für den juristischen Sprachgebrauch untauglich.

Im schweizerischen Werkvertragsrecht ist der Begriff "Bauablaufstörung" weder in der Norm SIA 118 noch in den Bestimmungen des Obligationenrechts zu finden.

Somit ist "Bauablaufstörung" auch bei uns kein Rechtsbegriff. Es gibt kein Tatbestandsmerkmal der "Bauablaufstörung" und daher lässt sich auch keine Rechtsfolge aus dem Begriff ableiten. Denn jede Forderung hat sich auf einen vertraglichen oder gesetzlichen Tatbestand, das heisst eine geschriebene oder ungeschriebene (Verkehrsübung) Bestimmung abzustützen.

Daraus folgt: Es gibt keine Anspruchsgrundlage für Nachforderungen gestützt auf "Bauablaufstörung".

Der Begriff "Bauablaufstörung" stammt aus der baubetrieblichen Wissenschaft. Er wird jedoch auch hier nicht einheitlich verwendet.

Die KBOB (Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren) umschreibt den Begriff "Bauablaufstörung" wie folgt: "Verzögerungen oder Verschiebungen im Bauablauf, Behinderung oder Unterbrechung des Projektverlaufs aufgrund ausserordentlicher Umstände" (KBOB, Leitfaden zum Nachtragsmanagement bei Bau- und Baudienstleistungen). Diese Umschreibung stellt mehr Fragen, als sie Antworten gibt.

- Was ist Ursache und was Wirkung?
- Geht es sowohl um Störungen als auch um Abweichungen?
- Wenn die Bauablaufstörung eine Folge ausserordentlicher Umstände ist: Worin liegt der Unterschied zur Regelung von Art. 373 Abs. 2 OR und Art. 59 Norm SIA 118, die beide die Rechtsfolgen ausserordentlicher Umstände regeln?

Unbestritten ist aus baubetrieblicher Sicht, dass Eingriffe in die Leistung des Unternehmers, sei es in Bezug auf die Art und Mengen der Ausführung oder in Bezug auf das Bauprogramm oft grosse Auswirkungen haben, insbesondere bei Baustellen mit engen Platzverhältnissen und einer linienförmigen Organisationsstruktur mit wenig Ausweichmöglichkeiten und Parallelitäten.

Zwei Beispiele bisheriger Rechtspraxis

1. Deutschland: BGH Urteil vom 21. März 2002 - VII ZR 224-00.

Die IGEWA, Unternehmer, hatte den Auftrag für Rohbauarbeiten einer Klinik. Die VOB/B war vereinbart. Die Bauarbeiten sind innert der vorgesehenen Frist von knapp einem Jahr ausgeführt und abgeschlossen worden. Trotzdem verlangte der Unternehmer, gestützt auf "Bauablaufstörungen", eine zusätzliche Vergütung von rund DM 1,6 Mio. Er begründete seine Forderung mit "Bauablaufstörungen", dass der ursprünglich vorgesehene Arbeitsbeginn in den November und damit in eine Schlechtwetterphase verschoben und dann die freigegebenen Schalungs- und Bewehrungspläne sowie auch Ausführungspläne des Architekten nicht rechtzeitig übergeben worden seien und diese während der Bauausführung immer wieder geändert worden seien. Zudem seien die Witterungsverhältnisse während der Bauausführung "extrem" gewesen. Die Forderung quantifizierte der Unternehmer mit Kosten für zusätzliche Arbeitsstunden, Schalung, Gerätevorhaltung und Baubeschleunigungsmassnahmen. Entgegen der Vorinstanz, welche die Forderung des Unternehmers im Wesentlichen gut hiess, erkannte der Bundesgerichtshof:

- a) Der Auftragnehmer muss eine Behinderung, aus der er Schadenersatzansprüche ableitet, möglichst konkret darlegen. Dazu ist in der Regel eine bauablaufbezogene Darstellung auch dann notwendig, wenn feststeht, dass die freigegebenen Ausführungspläne nicht rechtzeitig vorgelegt worden sind.
- b) Allgemeine Hinweise darauf, dass die verzögerte Lieferung freigegebener Pläne zu Bauablaufstörungen und zu dadurch bedingten Produktivitätsverlusten geführt haben, die durch Beschleunigungsmassnahmen ausgeglichen worden seien, genügen den Anforderungen an den Beweis einer Behinderung nicht. Sie sind auch keine geeignete Grundlage für eine Schadensschätzung.
- c) Der Schadenersatzanspruch des Unternehmers gestützt auf § 6 Nr. 6 VOB/B setzt voraus, dass eine Behinderung tatsächlich vorlag und sie dem Auftraggeber unverzüglich angezeigt worden ist oder dass sie offenkundig war. Weiter ist erforderlich, dass die Behinderung adäquat-kausal durch hindernde Umstände verursacht worden ist, die auf Verletzung einer vertraglichen Pflicht durch den Auftraggeber beruhen.

2. Schweiz: BGE 113 II 513 (in Sachen Postzentrum Bellinzona)

Ein Konsortium (Unternehmer) wurde mit den Aushub- und Transportarbeiten für den Bau des neuen Postzentrums Bellinzona beauftragt. Der Werkpreis betrug CHF 690'000.00. Der Unternehmer beauftragte seinerseits einen Subunternehmer mit der Bohrung und Sprengung des Gesteins, dem Wegtransport der Findlinge und der Erstellung der Befestigungen für den allgemeinen Aushub. Statt der ausgeschriebenen 8'000 m³ mussten in der Folge rund 17'000 m³ Gestein ausgehoben werden. Der Subunternehmer stellte zusätzlich zum vereinbarten Einheitspreis von CHF 22.00 pro m³ eine Nachforderung von CHF 492'000.00 für Mehrkosten. Der Bauherr anerkannte CHF 91'000.00 (CHF 56'000.00 Beschleunigungsmassnahmen und CHF 35'000.00 Aushub Pegmatit) dem Unternehmer gegenüber. Strittig blieben rund CHF 401'000.00. Das Bundesgericht erkannte, dass Art. 86 Abs. 2 Norm SIA 118 (20%-Klausel) im vorliegenden Fall nicht anwendbar war, weil dies voraussetze, dass auf der Basis der ursprünglichen Preise und unter Berücksichtigung der erfolgten Änderungen neue Einheitspreise bestimmt werden können. Da die Beweise für die Grundlagen der ursprünglichen Preise fehlten, konnte Art. 86 Abs. 2 Norm SIA 118 nicht angewendet werden.

Weiter prüfte das Bundesgericht, ob die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 373 Abs. 2 OR (ausserordentliche Umstände) oder Art. 374 OR (Festsetzung nach dem Wert der Arbeit) gegeben waren. Nach Bundesgericht war dies der Fall für zwei Tatbestände:

- Für den nicht von Anfang an voraussehbaren doppelten Umfang des Aushubs.
- Für die beschleunigte Ausführung der Arbeiten nach dem Sprengunfall vom 8. Mai 1980 (2½ statt 6 Monate).

In diesen Punkten entschied das Bundesgericht, dass die doppelte Menge für sich allein betrachtet die Anwendung von Art. 373 Abs. 2 OR für die Änderung des Einheitspreises nicht zu rechtfertigen vermag.

Mit Bezug auf den Mehraufwand für die Beschleunigungsmassnahmen (2½ statt 6 Monate) war aufgrund von Art. 373 Abs. 3 OR die Anspruchsgrundlage für eine Mehrvergütung gegeben. Die Höhe dieser Vergütung hingegen legte das Bundesgericht aufgrund fehlender Beweise in freiem Ermessen auf CHF 50'000.00 gegenüber der Forderung des Unternehmers von CHF 166'000.00 fest.

Blick ins Deutsche Recht

Bevor ich mich den "Bauablaufstörungen" im schweizerischen Recht zuwende, werfe ich einen Blick nach Deutschland. Dies nicht zuletzt darum, weil die massgebende Schweizer Lehre zum Werkvertragsrecht und zur Norm SIA 118 (Gauch) immer wieder Bezug auf die deutsche Lehre und Rechtsprechung nimmt und daraus Grundsätze für das schweizerische Recht ableitet.

Die Grundlage zum Thema "Bauablaufstörung" ist im deutschen Recht § 6 Nr. 6 VOB/B unter dem Titel "Behinderung und Unterbrechung der Ausführung". Danach wird eine Partei im Werkvertrag schadenersatzpflichtig, wenn sie die hindernden Umstände zu vertreten hat. § 6 VOB/B setzt nach der Rechtsprechung voraus, dass eine Behinderung tatsächlich vorlag und sie dem Auftraggeber unverzüglich angezeigt worden ist oder ihm offenkundig bekannt war. Weiter ist erforderlich, dass die Behinderung adäquat-kausal durch die hindernden Umstände verursacht worden ist und diese wiederum auf einer Verletzung vertraglicher Pflichten durch den Bauherrn beruhen (BGH Urteil vom 21. Oktober 1999, VII ZR 185/98).

Nach der deutschen Rechtsprechung kann der Unternehmer Ansprüche aus "Bauablaufstörung" auch noch auf einen anderen Rechtsgrund stützen, nämlich § 642 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch). Diese Bestimmung wird durch § 6 Nr. 6 VOB/B nicht verdrängt, weil die VOB/B keine abschliessende Regelung von Leistungsstörungen enthält, die zu Verzögerungen führen. Nach § 642 BGB kann der Unternehmer eine angemessene Entschädigung verlangen, wenn der Besteller durch das Unterlassen einer bei der Herstellung des Werks erforderlichen Mitwirkungshandlung in Verzug kommt (sogenannter Annahme- oder Gläubigerverzug, analog Art. 91-95 OR).

Bemerkenswert ist Folgendes:

- Die strenge Anzeigepflicht (Abmahnungspflicht) des Unternehmers.
- Die strengen Beweisanforderungen für den Beweis des Tatbestandes und der Höhe des Schadens.

Bauablaufstörungen im Schweizerischen Werkvertragsrecht

Bauablaufstörungen sind in den letzten Jahren in die schweizerische Baurechtspraxis aus Österreich und Deutschland eingeführt worden. Es sind insbesondere aus diesen Ländern stammende grosse Baukonzerne, die versuchen, unter Berufung auf "Bauablaufstörung", Nachtragsforderungen in grossem Umfang durchzusetzen. Schweizerische Bauunternehmer ziehen nach.

Es finden sich in der schweizerischen Fachliteratur erst vereinzelte Ausführungen zum Thema "Bauablaufstörung". Zu erwähnen sind:

9. Kolloquium "Baurecht heute" vom 19. Januar 2012

- Schumacher Rainer, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Rz 594 ff., Freiburg 1998;
- Hürlimann Roland, Ansprüche des Unternehmers aus Bauablaufstörungen des Bauherrn, in: Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, S. 815-840, Zürich 2004;
- Henninger Anton, Bauverzögerungen und ihre Folgen, in: Baurechtstagung 2005;
- Walther Max, Erscheinungsbild von Bauablaufstörungen, in: Jusletter vom 13. Juni 2005;
- Hürlimann Roland/Bucher Jörg, Bauzeit und Bauablauf im schweizerischen Baurecht, in: bauaktuell, S. 10 ff., Wien 2010.

Und Gauch?

Hürlimann schreibt in der Festschrift Gauchs Welt: *"Knappe drei Seiten¹ widmete Peter Gauch in seinem Standardwerk 'Der Werkvertrag' den Behinderungsnachträgen, obschon das Thema, wie er dort schreibt, wirtschaftlich von eminenter Bedeutung wäre"*. Da könnte man meinen, Gauch würde sich in der soeben erschienenen neuen 5. Auflage (2011) seines "Werkvertrags" dem Thema "Bauablaufstörung" in grösserem Umfang widmen. Man sucht jedoch den Begriff im neuen "Werkvertrag" vergeblich. Lediglich ein einziges Mal in einer Fussnote (Fn. 1478, S. 535) kommt der Begriff im Literaturzitat vor. Ein weiteres Mal spricht Gauch von "Ablaufstörungen" (Rz 1335). Sonst verwendet er den Begriff nicht. Das lässt doch etwas aufhorchen.

"Bauablaufstörung" in der Baupraxis

In der Baupraxis sind verschiedene Sachverhalte Ursache von Störungen des Bauablaufs. Sie alle führen in der Regel zu Verzögerungen im Bauablauf und zu Mehraufwand des Unternehmers.

Sachverhalte, die zu Ablaufstörungen führen können, sind z.B.:

- mangelhafte Angaben in der Ausschreibung, insbesondere zum Baugrund
- Bestellungenänderungen
- verspätete Planlieferungen
- schlechte Koordination der Nebenunternehmer auf der Baustelle
- veränderte Ausführungsvoraussetzungen mit oder ohne Bestellungenänderungen
- Verzögerungen im Bauablauf
- Beschleunigungsmassnahmen
- ausserordentliche Umstände
- extreme Witterungsverhältnisse

Die zentrale Frage ist, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe der Unternehmer Anspruch auf die Vergütung seiner Mehrkosten hat.

¹ Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 1335-1341.

Anspruchsgrundlagen für Mehrvergütung

Die Norm SIA 118 und das Obligationenrecht kennen verschiedene Bestimmungen, welche die Anspruchsgrundlage für Nachtragsforderungen aus den oben stehenden Sachverhalten sein können. Diese sind:

Norm SIA 118

- Art. 58 Abs. 2: Besondere Verhältnisse durch Verschulden des Bauherrn, insbesondere mangelhafte Angaben über den Baugrund.
- Art. 59: Ausserordentliche Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten oder welche nach den von beiden Vertragsparteien angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren.
- Art. 87: Bestellungenänderungen, insbesondere sich daraus ergebende veränderte Ausführungsvoraussetzungen.
- Art. 90: Anpassung der Fristen
- Art. 95: Beschleunigungsmassnahmen
- Art. 96: Fristerstreckung
- Art. 97: Haftung aus Fristüberschreitung

Obligationenrecht (OR)

- Art. 91: Gläubigerverzug
- Art. 97: Nicht gehörige Vertragserfüllung
- Art. 373: Ausserordentliche Umstände
- Art. 374: Festsetzung des Preises nach dem Wert der Arbeit

Diese Tatbestände der Norm SIA 118 und des Obligationenrechts sind je einzeln Anspruchsgrundlagen für Nachtragsforderungen des Unternehmers. Sie setzen oft, aber nicht immer, ein Verschulden des Bauherrn oder ein Nichtverschulden des Unternehmers voraus.

Kumulation von Störungen

Die Frage stellt sich, ob durch das Zusammentreffen mehrerer Ursachen von Ablaufstörungen oder mehrerer Tatbestände von Anspruchsgrundlagen aus "Bauablaufstörungen" eine zusätzliche Nachtragsforderung entsteht.

Einzelne Autoren (Hürlimann, in: Gauchs Welt, S. 828) konstruieren aus der "Bauablaufstörung" eine Zwischenursache, welche einerseits direkt zu Mehraufwand ("Behinderungsaufwand") führt und andererseits zu einer Bauzeitverlängerung, die ihrerseits indirekt Mehraufwand verursacht ("Verzögerungsmehraufwand"). Als weitere Folge entsteht ein zusätzlicher "Feststellungsmehraufwand", um die Nachtragsforderung zu substantzieren und zu beweisen. Es ist unschwer ersichtlich, dass dieser Ansatz zu grösseren Beweisproblemen führt. Hürlimann (Gauchs Welt, S. 832) und Schumacher (Vergütung, Rz 632) wollen sich mit dem sogenannten Wahrscheinlichkeitsbeweis, gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR, behelfen. Sie beziehen sich

9. Kolloquium "Baurecht heute" vom 19. Januar 2012

zur Begründung auf ein Zitat von Gauch (Werkvertrag, Rz 1335) mit einem Verweis zu einer deutschen Studie, die bei Werkverträgen Mehrkosten infolge von Ablaufstörungen *"nicht selten eine Grössenordnung von 30%-50% der Plankosten"* ortete.

Ein Wahrscheinlichkeitsbeweis für die Störung, den Schaden und den Kausalzusammenhang ist unseres Erachtens bei "Bauablaufstörungen" nicht zulässig. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 42 Abs. 2 OR hat der Unternehmer die Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht, also die Vertragsverletzung (allenfalls Widerrechtlichkeit und Verschulden) und den Kausalzusammenhang, zu beweisen und den Schaden zu substantiieren (BGE 122 III 221, E.3a). Lediglich für die Bemessung des Schadens kann auf den Wahrscheinlichkeitsbeweis nach Art. 42 Abs. 2 OR zurückgegriffen werden, sofern die Voraussetzungen dazu glaubhaft gemacht werden können.

Wenn der Unternehmer aus der Kumulation verschiedener Störungsursachen, neben den Ansprüchen gestützt auf Bestimmungen der Norm SIA 118 und des OR hinaus, einen weiteren Schaden geltend machen will, kann er dies nur gestützt auf Art. 97 OR (nicht gehörige Vertragserfüllung durch den Bauherrn) geltend machen. Dabei hat er die Vertragsverletzung, den Schaden und den Kausalzusammenhang zu beweisen.

Regelungsbedarf?

Es stellt sich natürlich sofort die Frage, ob Regelungsbedarf besteht. Die Gelegenheit wäre günstig, denn sowohl das Obligationenrecht wird zurzeit einer Teilrevision unterzogen als auch die Norm SIA 118 einer Revision. Unseres Erachtens sind die heutigen Regelungen der Norm SIA 118 und des OR ausgewogen und fair. Wenn auf beiden Seiten des Werkvertrags, vom Bauherrn und seinen Planern die Ausschreibung einerseits und vom Unternehmer die Vorbereitung der Ausführung andererseits, vorausschauend geplant wird, besteht unseres Erachtens ohnehin kein Regelungsbedarf für "Bauablaufstörung".