

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, 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

Merkwürdig ausgewogene Vertragsbedingungen

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

Einleitung

Die Publikation der revidierten Norm SIA 118 (2013) war wohl das wichtigste baurechtliche Ereignis im Jahr 2013. Es wurde darüber geschrieben und noch mehr darüber gesprochen. Nach rund 10 Jahren Revisionsarbeit ist eine sanft renovierte Norm SIA 118 entstanden. Sie ist publiziert seit dem 1. Januar 2013. Das Wort gültig ab 1. Januar 2013, wie es vom SIA auf der letzten Seite der Norm aufgedruckt wird, ist relativ. Denn die Norm SIA 118 ist bekanntlich eine Allgemeine Vertragsbedingung, die nur dann auf einen Vertrag anwendbar wird, also gültig wird, wenn die beiden Vertragsparteien, nämlich Bauherr und Unternehmer das so vereinbart haben. Es ist daher auch möglich, die "alte" Norm SIA 118 (1977/1991) als Vertragsbestandteil zu vereinbaren. Die Revision hat Kritik und Anerkennung gefunden.

Kritik

Kritisiert wurden gewisse Unklarheiten, oder besser Unschärfen. Diese Kritik hat eine gewisse Berechtigung. Die Unschärfen sind das Ergebnis politischer Kompromisse in der Kommission. Wie in einem politischen Gesetzgebungsprozess, waren sie auch hier nötig, um einen Konsens oder zumindest eine deutliche Mehrheit zu erreichen. Als Beispiel sei hier die Bestimmung über die Solidarbürgschaft als Sicherheit für die Mängelhaftung des Unternehmers erwähnt. Die Kommission wollte die jahrzehntelange Diskussion über die Auslegung der Bestimmung von Art. 181 beenden. Strittig war die Frage, ob die Solidarbürgschaft, der sogenannte "Garantieschein", über 2 Jahre (Garantie- oder Rügefrist; Auffassung des Baumeister- und Gewerbeverbandes), über 5 Jahre (Verjährungsfrist; Auffassung des SIA) oder sogar über 10 Jahre (Auffassung Prof. Schumacher) ausgestellt werden müsse. Die Kommission entschied sich für einen Kompromiss. Danach ist die Solidarbürgschaft für die Dauer der Rügefrist also für 2 Jahre ab der Abnahme auszustellen. Allerdings ist sie, wenn vor Ablauf der Rügefrist gerügte Mängel noch nicht behoben sind, bis zur vollständigen Behebung dieser Mängel zu verlängern. Wie diese Bestimmung in der Praxis umgesetzt werden soll, regelt die Norm SIA 118 nicht und überlässt das der Praxis.

10. Kolloquium "Baurecht heute" vom 23. Januar 2014

Weiter wurde kritisiert, dass die Mehrwertsteuer im Zweifelsfall zum Werkpreis dazu gerechnet wird. Das widerspreche den Bestimmungen zum Konsumentenschutz, insbesondere dem neuen Art. 8 UWG. Die Kommission hielt dafür, dass einerseits das SIA-Werkvertragsformular die Mehrwertsteuer separat ausweist und andererseits, dass Werkverträge auf der Grundlage der Norm SIA 118 überwiegend von bauerfahrenen oder zumindest von Architekten baufachlich beratenen Bauherren verwendet werden.

Bekanntlich hat das Bundesgericht kurz nach Erscheinen der Norm SIA 118 (1977) im berühmten Fall der Hühnerzüchterei Adolf Forster AG gegen Zimmermann Krattiger im Jahr 1983 entschieden, dass die Bestimmungen der Art. 154 Abs. 3 und Art. 155 Abs. 1, wonach die Bauleitung die Schlussabrechnung verbindlich für den Bauherrn anerkennen kann, ungewöhnlich sind, und ein unerfahrener Bauherr sich diese weitgehende Vollmacht der Bauleitung nicht entgegenhalten lassen muss.

Nicht das Inhaltliche war das Wesentliche der Kritik, sondern ihre Zielrichtung. Die Kritik zielt offen und klar darauf ab, die heutige Norm SIA 118 einer Totalrevision zu unterziehen, sie aus wissenschaftlicher Sicht völlig neu zu verfassen und diese totalrevidierte Norm SIA 118 dann vom SIA publizieren zu lassen. Ob ein solches Vorgehen Erfolg versprechend ist, wage ich zu bezweifeln. Wenn die Norm SIA 118 auch in Zukunft ihre heutige grosse Bedeutung im schweizerischen Bauwerkvertrag beibehalten soll, muss sie von den Vertragsparteien, den Bauherren einerseits und den Unternehmern andererseits, mitgetragen werden. Bei einer wissenschaftlich und in der heutigen Tendenz zum verstärkten (unseres Erachtens übertriebenen) Konsumentenschutz verfassten ganz neuen Norm SIA 118 würde der Konsens der Vertragsparteien im Bauwesen wohl weitgehend fehlen.

Anerkennung

Die revidierte Norm SIA 118 hat trotz Kritik breite Zustimmung und Anerkennung gefunden. Vorab ist an die einstimmige Genehmigung durch die Kommission, also durch die darin vertretenen öffentlichen und privaten Bauherren, Unternehmer, Generalunternehmer und Planer sowie praktisch tätigen Baurechtsspezialisten, zu erinnern.

Die neue Norm SIA 118 (2013) wird von grossen Bauherren, z.B. KBOB, bereits regelmässig angewendet. In Fachzeitschriften haben sich massgebliche Baurechtsspezialisten in einzelnen Punkten, wie es sich gehört kritisch, im Ergebnis durchaus wohlwollend geäussert. Die künftige Praxis wird zeigen, dass die neue Norm SIA 118 (2013) eine taugliche und aktuelle Vertragsgrundlage des Bauwerkvertrags ist.

Es werden in nächster Zeit auch Kommentare erscheinen. So Ende Februar 2014 Stämpfli's Handkommentar zur Norm SIA 118.

Übernahme und Änderungen der Norm SIA 118

Die Norm SIA 118 ist eine Allgemeine Vertragsbedingung, auch Allgemeine Geschäftsbedingung genannt. Das bedeutet, dass sie von den beiden Parteien des Bauwerkvertrags als Vertragsbestandteil vereinbart werden muss. Man spricht von der Übernahme als Vertragsbestandteil. Darum hat diejenige Partei, die aus der Norm SIA 118 ein Recht ableitet, vorab zu beweisen hat, dass die Norm SIA 118 auch vereinbart worden ist.

Rechtslehre und Rechtspraxis haben verschiedene Auslegungsregeln im Zusammenhang mit Allgemeinen Vertragsbedingungen entwickelt.

Die sogenannte Ungewöhnlichkeitsregel wurde aus der Erkenntnis entwickelt, dass kaum jemand eine Allgemeine Vertragsbedingung, das sogenannte Kleingedruckte, liest. Das ist bei der Norm SIA 118 noch verstärkter der Fall, weil sie nicht nur einen Umfang von rund 50 Seiten hat, sondern auch noch CHF 180.00 kostet. Die Rechtsprechung geht also davon aus, dass es dem unerfahrenen Bauherrn nicht zugemutet werden kann, die Bestimmungen der Norm SIA 118 zu lesen und auch noch zu verstehen. Er darf sich also darauf verlassen, dass sie keine ungewöhnlichen Vertragsbestimmungen enthält.

Die Unklarheitsregel betrifft vor allem diejenige Partei, welche die Norm SIA 118 verwendet und eine ihrer Bestimmungen abändert. Sie besagt, dass unklare Bestimmungen gegen den Verfasser ausgelegt werden.

Bauwerkverträge enthalten meist viele Bestimmungen und eine grössere Zahl umfangreicher Vertragsbestandteile. Es besteht die weit verbreitete Unsitte, gesammelte schlechte Erfahrungen in Besonderen Bestimmungen zum Vertragsbestandteil zu erklären, in der Meinung, je mehr geregelt sei, desto besser. Man erreicht das Gegenteil: Die Verträge werden unstrukturiert, unklar und unübersichtlich. Die Lösung des Problems, so meint man mindestens, liegt dann in einer Rangordnungs- oder Widerspruchsklausel. Solche Regeln machen jedoch einen unstrukturierten, unklaren und widersprüchlichen Vertrag nicht besser.

Merkwürdige Änderungen der Norm SIA 118

Im Folgenden zeige ich anhand verschiedener Beispiele aus der Praxis auf, dass Änderungen der Norm SIA 118 in Allgemeinen Vertragsbedingungen oder in Werkverträgen wohl nicht immer die gewünschte Wirkung haben. Es handelt sich dabei um

- unklare
- einseitige
- ungewöhnliche
- widersprüchliche

Bestimmungen. Sie verfehlen das Ziel eines ausgewogenen und nachhaltigen Vertrags.

10. Kolloquium "Baurecht heute" vom 23. Januar 2014

Nachhaltige Vertragsbestimmungen müssen:

- einen Tatbestand klar umschreiben und die Rechtsfolge eindeutig festlegen
- fair sein, d.h. ein Gleichgewicht der Interessen der Parteien erreichen
- einfach formuliert sein

Übernahme der revidierten Norm SIA 118 (2013)

Sofort übernommen haben die revidierte Norm SIA 118 die KBOB (Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren) und auch das Bundesamt für Strassen (ASTRA).

Beim ASTRA-Vertrag hat sich allerdings eine Ungenauigkeit eingeschlichen. Während in Ziffer 2 des Werkvertrags die Norm SIA 118 (2013) zum Vertragsbestandteil erklärt wird, werden in den Art. 7 ff. des Werkvertragsformulars Änderungen, Präzisierungen und Ergänzungen zu Bestimmungen der Norm SIA 118 (1977/1991) aufgeführt. Die Frage liegt nun auf der Hand: Gelten diese Änderungen nun auch für die revidierten Bestimmungen der Norm SIA 118 (2013) oder soll damit zusätzlich auch noch die entsprechende Bestimmung der Norm SIA 118 (1977/1991) zur Anwendung gelangen? Zur Beantwortung dieser Fragen helfen auch die "Besonderen Bestimmungen Bau" des ASTRA, welche Bestandteil des Werkvertrags sind, wenig. Dort heisst es (Position 721.110):

"Die Anwendung der Norm SIA 118 (2013) ist vorgesehen. Änderungen und Ergänzungen zu dieser Norm in den KBOB Verträgen Version ASTRA bleiben vorbehalten".

Sieht man beim Werkvertrag ASTRA etwas genauer hin, häufen sich die Abweichungen zur Norm SIA 118. Sie betreffen z.B.:

- Entschädigung für ungünstige Witterungsverhältnisse
- Mengenänderungen
- Abschlagszahlungen für Baustelleneinrichtungen
- Formanforderungen für Anzeigen und Abmahnungen
- Prüfungsfrist für die Schlussabrechnung

und andere mehr.

Eine besondere Anmerkung verdient die Zahlungsfrist des ASTRA-Werkvertrags. Aufgrund einer Weisung des eidg. Finanzdepartements betreffend Zahlungsfristen bei Mitgliedern der KBOB vom Dezember 2009 sind die Beschaffungsstellen angewiesen, für die Schlussabrechnung eine Zahlungsfrist von max. 30 Tagen plus 30 Tage Prüfungsfrist für die Bauleitung ab Eingang der ordnungsgemäss erstellten Rechnung zu vereinbaren. In Ausnahmefällen besonders komplexer Prüfung kann eine Zahlungsfrist von max. 45 Tagen vereinbart werden.

Die Vertragsbestimmungen des ASTRA sehen generell, also nicht nur in Ausnahmefällen, die maximale Frist zur Prüfung der Schlussabrechnung durch die Bauleitung von 90 Tagen plus

eine Zahlungsfrist von generell 45 Tagen vor, insgesamt 135 Tage = 4.5 Monate. Abgesehen davon, dass der Begriff "ordnungsgemässe Einreichung" dem Bauherrn die Möglichkeit bietet, eine Schlussabrechnung als nicht ordnungsgemäss eingereicht zu deklarieren und damit die Prüfungsfrist zu verlängern, ist meines Erachtens eine generelle Zahlungsfrist von 45 Tagen nicht statthaft, denn die Weisung des eidg. Finanzdepartements bezieht diese Frist ausdrücklich auf "Ausnahmefälle besonders komplexer Prüfung".

Solidarbürgschaft

Nach Art. 181 muss der Unternehmer eine Solidarbürgschaft für seine Mängelhaftung stellen. Diese garantiert die vertragliche Verpflichtung des Unternehmers gegenüber dem Bauherrn, die Mängel zu beheben. Die Bürgschaft ist nach Art. 181 die Sicherheit für die Haftung des Unternehmers wegen Mängeln, die bei der gemeinsamen Prüfung oder während der Rügefrist gerügt werden. Sie umfasst also ausdrücklich auch Mängel, die bereits bei der Abnahmeprüfung festgestellt und gerügt werden.

Findige Versicherungen schränken nun klammheimlich diese Sicherheit ein. So steht im Vertrag einer Versicherung mit dem Unternehmer betreffend der Mängelgewährleistungsbürgschaft (Werkgarantie) Folgendes:

"Zürich bürgt im Sinn von Artikel 492 ff. OR solidarisch für die Kosten für die Behebung von versteckten Mängeln, die erst nach der vollendeten und abgenommenen Arbeiten ... festgestellt werden." Dabei sei angemerkt, dass solche Bedingungen auch bei anderen Versicherungsgesellschaften zu finden sind. Festzuhalten ist hier:

- Diese Bürgschaftsbedingung widerspricht Art. 181 Norm SIA 118, weil sie diejenigen Mängel, die während der Abnahmeprüfung festgestellt und gerügt werden, ausschliesst.
- Weiter macht die Versicherung in dieser Bestimmung auf Begriffsverwirrung. Sie spricht von "versteckten Mängeln". Gesetz und Norm SIA 118 unterscheiden drei Begriffe: Offene, geheime und verdeckte Mängel. Von "versteckten" Mängeln spricht weder das Gesetz noch die Norm SIA 118. Die Bedeutung ist nicht nur widersprüchlich, sondern auch unklar.
- Der Bauherr muss eine solche Solidarbürgschaft nicht akzeptieren und kann den Rückbehalt weiter beanspruchen.

Privater institutioneller Bauherr

Die folgenden ausgewählten und kommentierten Vertragsbedingungen finden sich in Werkverträgen eines privaten institutionellen Bauherrn mit einem Immobilienanlagevolumen von rund CHF 6 Milliarden. Dessen Verträge und Vertragsbedingungen sind eine Fundgrube ungewöhnlicher und einseitiger Vertragsbedingungen, kombiniert mit löblichen Absichtserklärungen zur Nachhaltigkeit in der Beschaffung und der partnerschaftlichen Vertragsbeziehung.

10. Kolloquium "Baurecht heute" vom 23. Januar 2014

Ungewöhnlich (1)

"Der Unternehmer hat – in Abweichung von Art. 96 SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977/91) nur in folgenden, abschliessend aufgezählten Fällen Anspruch auf angemessene Erstreckung der im Bauprogramm [...] vereinbarten Termine:

- Krieg oder kriegsähnliche Ereignisse;
- Schwerste Natureinflüsse (Erdbeben, Überschwemmung oder orkanartige Stürme)."

Anmerkung:

Unter diesen Bedingungen hat der Unternehmer praktisch schlicht überhaupt keinen Anspruch auf eine Erstreckung vereinbarter Termine. Er wird sich darauf ausrichten müssen, möglichst viele Gründe zu suchen und zu finden, damit ihm der Bauherr Beschleunigungsmassnahmen zu vergüten hat (Art. 95 Abs. 3 Norm SIA 118).

Ungewöhnlich (2)

Dass für verdeckte Mängel eine Rügefrist von 60 Tagen vereinbart wird, ist meines Erachtens, angesichts der strengen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welche dem Bauherrn nur 7 Tage zugesteht, zu vertreten.

Hingegen ist eine einheitliche Verjährungsfrist von 10 Jahren für Mängel in Abweichung zum Gesetz und zur Norm SIA 118 (5 Jahre) unüblich. Der kluge Unternehmer wird dieses höhere Risiko in den Werkpreis einkalkulieren müssen, was – sofern alle Unternehmer klug sind – zu höheren Baukosten führen wird.

Einseitig (1)

"Sollten trotz dieser Rangordnung Widersprüche verbleiben, so gilt die der Bauherrin besser dienende Variante."

Der Bauherr kann zwar in den Ausschreibungsunterlagen eigene Widerspruchsregeln aufstellen, die von der Norm SIA 118 und vom Gesetz abweichen. Einseitige Auslegungsklauseln, die schlicht jede Willkür des Bauherrn ermöglichen, sind allerdings unbeachtlich, weil sie gegen den Persönlichkeitsschutz des Unternehmers (Art. 27 Abs. 2 ZGB) verstossen.

Einseitig (2)

Zuweilen bedienen sich Bauherren sogenannter Vollständigkeitsklauseln, wonach der Unternehmer auch solche Leistungen zu erbringen hat, die nicht in der Ausschreibung enthalten sind, selbstverständlich ohne zusätzliche Vergütung. Damit soll der Unternehmer auch ungenügende oder unvollständige Planerleistungen kompensieren. Der Unternehmer wird mit diesen sogenannten Vollständigkeitsklauseln verpflichtet, zum vereinbarten Festpreis alle Leistungen zu erbringen, die zur vertragsgemässen Ausführung des Werks erforderlich sind,

10. Kolloquium "Baurecht heute" vom 23. Januar 2014

und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie im Vertrag beschrieben sind oder nicht. Eine solche Vollständigkeitsklausel hilft dem Bauherrn allerdings nur dann, wenn der Unternehmer die Leistung sowohl inhaltlich als auch dem Umfang nach bestimmen kann. Stammt der unvollständige Leistungsbeschreibung vom Bauherrn, ist die Vollständigkeitsklausel im Zweifelsfall eng auszulegen und es spricht die Vermutung dafür, dass die Klausel nur solche Leistungen erfasst, die der Bauherr oder sein Planer bei der Leistungsbeschreibung unbewusst ausgelassen hat und die der Unternehmer im Zeitdruck der Submission auch erkennen und berücksichtigen kann. So hat meines Erachtens ein Unternehmer, der in grundbruchgefährdetem Boden Micropfähle bohrt, von sich aus den erforderlichen Preventer einzukalkulieren.

Einseitig (3)

"Der Unternehmer leistet der Bauherrin eine Sicherheit in der Form einer Bankgarantie im Umfang von 5% des effektiven Werklohnes. Diese Bankgarantie (Bankgarantie einer Schweizerischen Bank im Sinne von Art. 111 OR) ist abstrakt und unwiderruflich auszustellen, so dass sie unabhängig vom vorliegenden Vertrag von der Bauherrin auf erstes Verlangen abgerufen werden kann."

Anmerkungen:

- Diese Sicherheitsleistung für die Mängelhaftung weicht wesentlich von Art. 181 Norm SIA 118 ab, wo eine Solidarbürgschaft genügt.
- Im Unterschied zur Solidarbürgschaft kann der Bauherr diese Garantie unabhängig davon abrufen, ob wirklich ein Mangel vorliegt, und damit den Unternehmer unter Druck setzen.
- Weil hier nur eine Bankgarantie in Frage kommt, nicht eine Versicherungsgarantie, hat das zur Folge, dass dem Unternehmer die Kreditlimiten im Umfang dieses Garantiebetrags gekürzt werden.

Nachhaltigkeit

Und zu guter Letzt setzt dieser Investor auf Nachhaltigkeit auch in der Beschaffungspolitik. In seinem Nachhaltigkeitsbericht 2012/2013 ist festgehalten:

"Aspekte der Nachhaltigkeit spielen auch in der Einkaufspolitik von [...] eine wichtige Rolle. [...] strebt mit seinen Geschäftspartnern und Lieferanten eine langfristige partnerschaftliche Beziehung an, die von Fairness und Transparenz im Umgang, in der Preisfindung und in den Bedingungen geprägt ist."

Dazu keine weiteren Anmerkungen.

10. Kolloquium "Baurecht heute" vom 23. Januar 2014

Die Norm SIA 118 (2013) ist nachhaltig

Trotz

- Kritik aus Konsumentenschutzkreisen im Zusammenhang mit der neuen Bestimmung von Art. 8 UWG
- Unschärfen in einigen Bestimmungen
- Forderungen nach einer ganz neuen totalrenovierten Norm SIA 118

ist die heutige Norm SIA 118 (2013) eine ausgewogene, praxiserprobte und anerkannte Allgemeine Vertragsbedingung für alle Bauwerkverträge. Sie ist nachhaltig für grosse und kleine Werkverträge, für private und öffentliche Bauten.

Ich schliesse hier mit einem Zitat aus dem Nachhaltigkeitsbericht des vorher genannten Investors und bin

"überzeugt, dass wir auf lange Sicht dann besonders erfolgreich sind, wenn wir unser Handeln auf den grösstmöglichen Nutzen für unseren Kunden, Eigentümer, Mitarbeitenden und Geschäftspartner ausrichten."