
13. Kolloquium "Baurecht heute" vom 29. Januar 2020

im Auditorium FORUM ST. PETER der Credit Suisse, Zürich

Aktuelle Merk-Würdigkeiten im Baurecht

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

Inhalt

1. Sicherheitsleistung des Unternehmers für die Mängelhaftung
2. SIA Honorare
3. Bestellungenänderungen: Guter Preis bleibt guter Preis – Schlechter Preis bleibt schlechter Preis?
4. Vorgängige verbindliche Anerkennung eines Schlichtungsvorschlags

1. Sicherheitsleistung des Unternehmers für die Mängelhaftung

Bei Werkverträgen auf der Grundlage der Norm SIA 118 hat der Unternehmer vor Auszahlung des Rückhalts eine Sicherheit für seine Haftung wegen Mängeln, die bei der gemeinsamen Prüfung oder während der Garantiefrist gerügt werden, an den Bauherrn zu übergeben. Die Sicherheit besteht in der Solidarbürgschaft einer namhaften Bank oder Versicherungsgesellschaft (Art. 181 Abs. 1 Norm SIA 118). Die häufigsten Solidarbürgschaften, sogenannte «Garantiescheine», stammen von Versicherungsgesellschaften.

Betrachtet man die «Garantiescheine» der Versicherungsgesellschaften etwas genauer, findet man Formulierungen, wie z.B. die Folgende:

«Die Garantie erstreckt sich auf Mängel, die erst nach der gemeinsamen Prüfung der vollendeten Arbeiten und nach Aushändigung dieses Garantiescheins festgestellt werden.»

Das bedeutet, dass die Mängel, die während der gemeinsamen Prüfung – also bei der Abnahme und auch noch danach, bis der Garantieschein ausgehändigt wird – nicht durch die Solidarbürgschaft der Versicherung abgedeckt sind. Das widerspricht Art. 181 Abs. 1 Norm SIA 118.

Die Konsequenz ist für den Bauherrn, dass er keine Sicherheitsleistung der Versicherung hat, wenn der Unternehmer die gerügten Mängel aus irgendeinem Grund nicht beheben will oder beheben kann. Das hat besonders einschneidende Folgen, wenn der Unternehmer Konkurs geht. Der Bauherr muss in diesem Fall die Mängel durch eine Drittfirma beheben lassen und kann sich nicht bei der Versicherung, welche

den Garantieschein ausgestellt hat, schadlos halten. Aber auch für den Unternehmer haben solche, der Norm SIA 118 widersprechende Garantiescheine Folgen, wenn der Bauherr oder die Bauleitung genau hinschaut. Der Bauherr ist nicht verpflichtet, den von der Versicherung ausgestellten mangelhaften Garantieschein zu akzeptieren. Der Rückbehalt, in der Regel 10% des gesamten Werkpreises, wird nicht zur Zahlung fällig (Art. 152 Norm SIA 118). Der Bauherr muss somit den Rückbehalt erst zahlen, wenn der Unternehmer eine Norm SIA 118-konforme Solidarbürgschaft geleistet hat. Somit tun sowohl Bauherr und Bauleitung als auch der Unternehmer gut daran, die Garantiescheine von Versicherungen aufmerksam zu prüfen, ob sie Art. 181 Norm SIA 118 entsprechen. Der Unternehmer sollte zudem seinen Rahmenvertrag und die dazugehörigen Allgemeinen Vertragsbedingungen seiner Versicherung prüfen, ob nicht Mängel, die bei der Abnahme und allenfalls bis zur Aushändigung des Garantiescheins gerügt werden, von der Deckung ausgeschlossen sind.

2. SIA Honorare

Über die Höhe der SIA Honorare für Planerleistungen von Architekten und Ingenieuren wird seit Jahrzehnten immer wieder diskutiert, vor allem die bekannte Formel, wonach das Honorar in Abhängigkeit von der Höhe der Baukosten berechnet wird. Aufgrund einer Intervention der Wettbewerbskommission (WEKO) musste der SIA 2017 die in den SIA Ordnungen vorgesehene Honorarberechnung zurückziehen. Die Konferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) ist in übereilendem Gehorsam ebenfalls der WEKO gefolgt und hat die KBOB-Empfehlung 2018 ohne die Honorarberechnungsgrundlagen nach den Baukosten publiziert. Nun stehen Architekten und Ingenieure vor der Situation, dass ihnen kein Hilfsmittel zur Kalkulation des Honorars zur Verfügung steht. Auch die Bauherren stehen ohne Anhaltspunkte da und können nicht überprüfen, ob das vom Planer angebotene Honorar angemessen ist.

Blenden wir etwas in der Geschichte der SIA Honorare zurück. Jahrzehnte galt die Honorarberechnung in Prozenten der Baukosten nach folgender Formel:

$$H = B \cdot \frac{p}{100} \cdot n \cdot \frac{q}{100} \cdot r$$

Aufgrund der Bausumme (B), des Schwierigkeitsgrads des zu planenden Bauwerks (n), des Leistungsanteils (q) und eines Korrekturfaktors für besondere Schwierigkeiten oder Erleichterungen (r) liess sich das Honorar im Voraus berechnen. Die Diskussion drehte sich immer wieder um die Frage, ob diese Berechnungsweise zu einem unangemessen hohen Honorar des Planers führt. Die Erfahrung zeigt jedoch, dass das so berechnete Honorar selten «luxuriös», bei schwierigen Bauaufgaben oder auch sehr schwierigen Bauherrschaften, betriebswirtschaftlich eher an der unteren Grenze der Rentabilität liegt.

2003 ist die WEKO erstmals beim SIA vorstellig geworden und hat kartellrechtliche Bedenken an der Publikation dieser Honorarberechnung geäussert. Der SIA hat schnell reagiert und in den Leistungs- und Honorarordnungen (LHO) 2003 eine neue Berechnungsformel publiziert. Bei dieser wurde das Honorar nun aufgrund des geschätzten Zeitaufwands multipliziert mit einem durchschnittlichen Stundenansatz berechnet. Die neue Formel zur Berechnung des durchschnittlichen Zeitaufwands lautete:

$$T_m = B \times \frac{p}{100} \times n \times \frac{q}{100} \times r$$

T_m = durchschnittlicher Zeitaufwand in Stunden

B = aufwandbestimmende Baukosten in Franken, exkl. MWST (Art. 7.5 und 7.6)

p = Grundfaktor für den Stundenaufwand (Art. 7.2.2)

n = Schwierigkeitsgrad gemäss Einteilung in Baukategorien (Art. 7.7 und 7.8)

Dieser beträgt für Baukategorie

I	$n = 0,7$	V	$n = 1,1$
II	$n = 0,8$	VI	$n = 1,2$
III	$n = 0,9$	VII	$n = 1,3$
IV	$n = 1,0$		

q = Leistungsanteil in Prozenten (Summe der zu erbringenden Teilphasen, Art. 7.9)

r = Anpassungsfaktor (Art. 7.10)

Betrachtet man diese Formel nun etwas genauer, stellt man unschwer fest, dass ihr wiederum (immer noch) eine Funktion der Baukosten zugrunde liegt. Das kartellrechtliche Corpus Delicti ist der sogenannte Grundfaktor p , der nach folgender Formel bestimmt wurde:

Der Grundfaktor (p) für den Stundenaufwand wird berechnet nach der Formel:

$$p = Z1 + \frac{Z2}{\sqrt[3]{B}}$$

B = aufwandbestimmende Baukosten in Franken, exkl. MWST (Art. 7.5 und 7.13)

Die Werte für die Koeffizienten $Z1$ und $Z2$ werden aus statistischen Reihen abgeleitet und durch den SIA periodisch veröffentlicht.

Sie basieren auf unabhängigen Zeitaufwanderhebungen von ausgeführten Projekten im Rahmen periodischer Umfragen. Als Bezugsgrösse dienen dabei die aufwandbestimmenden Baukosten in der Definition von Art. 7.5 bei 100% Teilleistungen.

Während vor 2003 jeweils der Grundfaktor p direkt vom SIA publiziert wurde, erfolgte ab 2003 die Publikation der Koeffizienten $Z1$ und $Z2$ durch den SIA. Diese wurden zwar aus statistischen Reihen abgeleitet, welche auf einer unabhängigen Zeitaufwanderhebung des Konjunkturforschungsinstituts der ETH (KOF) basierten. Diese Statistik blieb aber sowohl den SIA Mitgliedern als auch den Bauherren verborgen. Nicht verborgen blieb jedoch der WEKO der Umstand, dass der SIA bei der jährlichen Festlegung der Koeffizienten $Z1$ und $Z2$ einen grossen Spielraum hat, und sie entschied, dass die Honorarberechnungsformel nach den Baukosten bzw. nach dem prognostizierten Stundenaufwand und den jährlich publizierten Koeffizienten $Z1$ und $Z2$ wettbewerbswidrig sei und beschloss, eine Untersuchung zu eröffnen. Aufgrund der drohenden Untersuchung und der möglichen Konsequenzen in Form einer horrenden Busse beschloss der SIA, ab 2018 die Ordnungen SIA 102, 103 und 108 ohne die Formel für die Berechnung des durchschnittlichen Zeitaufwands bzw. für die Berechnung des Honorars aufgrund der Baukosten herauszugeben.

Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht stellen sich hier einige Fragen. Auch wenn man in der Ermittlung des durchschnittlichen Zeitaufwands aufgrund des Grundfaktors p noch eine Wettbewerbswidrigkeit sehen kann, ergibt sich das Honorar erst aufgrund des Produkts aus durchschnittlichem, prognostiziertem Zeitaufwand x Honoraransatz (Mittelwert pro Stunde). Seit 2003 hat der SIA nie einen Honoraransatz zur Berechnung des Honorars aufgrund des durchschnittlichen Zeitaufwands publiziert. Hier ist jedes Planungsbüro frei, seinen Honoraransatz aufgrund der Bürokosten und betriebswirtschaftlicher Überlegungen zu kalkulieren und festzulegen. Und schliesslich muss das vom Planer ermittelte Honorar für ein Bauvorha-

ben im Planervertrag zwischen Bauherr und Planer noch vereinbart werden. So ist wirklich zu fragen, wo hier die Wettbewerbsbehinderung sein soll.

Grotesk wird der Vorwurf der Wettbewerbswidrigkeit der SIA-Formel nach den aufwandbestimmenden Baukosten bei der öffentlichen Hand. Die grosse Zahl der öffentlichen Bauherren publizierten bis 2018 die Koeffizienten Z1 und Z2 eigenständig, jedoch auf der Grundlage der SIA-Publikationen. Zusätzlich publizierten sie auch einen zwingend anzuwendenden Stundenansatz zur Ermittlung des Honorars nach den aufwandbestimmenden Baukosten, z.B. die Stadt Zürich für 2018 CHF 132.00 pro Stunde exkl. MWST (Stadtratsbeschluss Nr. 29 vom 17. Januar 2018). Ein wettbewerbswidriges Verhalten ist hier denn auch eher bei den öffentlichen Bauherren, welche rund 50% des schweizerischen Bauvolumens vergeben, zu sehen, als beim SIA. Mit solchen allgemein gültigen Vorgaben zur Honorarberechnung und zum Honoraransatz bilden öffentliche Bauherren ein eigentliches Nachfragekartell, das den Wettbewerb zwischen den Planungsbüros ausschaltet. Nach Auffassung der WEKO fallen jedoch solche Nachfragekartelle der öffentlichen Hand nicht unter das Kartellgesetz!

Wie weiter? Der SIA hat Ende 2019 beschlossen, die LHO einer Totalrevision zu unterziehen und neue Hilfsmittel zur Bemessung des Planerhonorars für Architekten und Ingenieure herauszugeben. Auf das Ergebnis darf man gespannt sein und auch wann die neuen LHO's erwartet werden können.

In der Zwischenzeit empfehlen wir Planern und Bauherren die letzten publizierten (2017) Koeffizienten zur Berechnung des prognostizierten Stundenaufwand anzuwenden und mit dem Bauherrn einen Honoraransatz zu vereinbaren, der betriebswirtschaftlich der Büroinfrastruktur und Zahl/Qualifikation der eingesetzten Mitarbeiter angemessen ist.

3. Bestellungsänderungen: Guter Preis bleibt guter Preis – Schlechter Preis bleibt schlechter Preis?

Die Norm SIA 118 kennt, im Gegensatz zur gesetzlichen Regelung des Werkvertrags, ein einseitiges Bestellungsänderungsrecht des Bauherrn (Art. 84 Norm SIA 118). Der Bauherr kann nach Abschluss des Werkvertrags den Unternehmer anweisen, das Werk auf andere Art als vereinbart, in grösseren oder kleineren Mengen oder bestimmte Leistungen überhaupt nicht auszuführen. Einzige Schranke ist, dass dadurch «der Gesamtcharakter des zur Ausführung übernommenen Werks unberührt bleibt» (Art. 84 Abs. 1 Norm SIA 118). Als Gegenstück zum einseitigen Änderungsrecht des Bauherrn regelt die Norm SIA 118 die durch die Änderung bedingten Nachtragspreise (Mehr- und Minderkosten: Art. 86-89 Norm SIA 118) sowie die dadurch erforderliche Anpassung der Fristen (Art. 90 Norm SIA 118).

Die schon Jahre dauernde Streitfrage ist, ob für die Bemessung der Nachtragspreise die Preisbasis des Werkvertrags zur Anwendung gelangt oder ob auf die Marktpreise abzustellen ist. Stellt man auf die Preisbasis des Werkvertrags ab, hiesse das: «Guter Preis bleibt guter Preis – Schlechter Preis bleibt schlechter Preis».

Das Bundesgericht hat nun in einem neuen Entscheid (BGE 143 III 545) sich erstmals zu dieser Frage geäussert und sie in Bezug auf den Pauschalpreis beantwortet. Danach sind für die Nachtragspreise die Marktpreise im Zeitpunkt der Bestellungsänderung massgebend.

Nicht beantwortet hat das Bundesgericht die Frage in Bezug auf den Globalpreis und den Einheitspreisvertrag. Für den Globalpreis lässt sich aus dem Bundesgerichtsentscheid wohl ableiten, dass der Zeitpunkt der ursprünglichen Kostengrundlage (Stichtag der Einreichung der Offerte) massgebend ist und für diesen Zeitpunkt die Marktpreise nachträglich zu ermitteln sind. Die so ermittelten Preise sind dann der Teuerung bis zum Zeitpunkt der Ausführung der Beststellungsänderung anzupassen. Aufgrund der notorischen Schwierigkeit, Marktpreise rückwirkend zu ermitteln, wäre wohl auch die vom Bundesgericht für den Pauschalpreis vorgesehene Lösung, nämlich die Marktpreise im Zeitpunkt der Beststellungsänderung anzuwenden, praktikabler.

In Bezug auf den Einheitspreisvertrag lässt sich aus dem neuen Bundesgerichtsentscheid nichts ableiten. Hier bleiben die Frage und der Streit unter den Juristen weiter offen.

4. Vorgängige verbindliche Anerkennung eines Schlichtungsvorschlags

Streitschlichtungsverfahren, vor allem bei grösseren Bauvorhaben, haben sich in letzter Zeit etabliert. Das Ziel «Streitschlichtung statt Prozess» hat sich auch der vor einiger Zeit gegründete Verein «Verein BAUSCHLICHTUNG.CH» auf die Fahne geschrieben. Er vermittelt Fachleute als Schlichter und betreut die Administration in Schlichtungsverfahren. Der «Verein BAUSCHLICHTUNG.CH» erstellt auch die Schlichtungsvereinbarungen zwischen den Parteien und den Schlichtern. Darin ist eine merkwürdige Klausel, nämlich heisst es dort:

«Bei den Schlichtern handelt es sich ... nicht um Schiedsrichter.»

«Sofern die Parteien in dieser Verhandlung eine Einigung erzielen, wird eine schriftliche Erledigungsvereinbarung unterzeichnet, welche anschliessend von den Parteien selbständig vollzogen wird. Falls sich die Parteien nicht einigen können, bestätigen sie mit der vorliegenden Vereinbarung, dass sie die Einschätzung der Schlichter zur Bemessung des Vergütungsanspruches verbindlich anerkennen.»

Ob sich zwei im Streit liegende Parteien im Voraus verpflichten können, sich vorbehaltlos der Einschätzung eines Schlichters oder Schlichtungsgremiums zu unterziehen, ist fraglich. Denn:

- Die Schlichtungsvereinbarung hält ausdrücklich fest, dass es sich bei den Schlichtern nicht um Schiedsrichter handle, deshalb liegt keine Schiedsvereinbarung im Sinne eines Schiedsgerichts vor.
- Nach Art. 27 ZGB kann eine Person (natürliche oder juristische) nicht auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit ganz oder zum Teil verzichten oder sich in der Freiheit in einem das Recht verletzenden Grad einschränken.
- Am ehesten würde es Sinn machen, die Einschätzung des Schlichters als Schiedsgutachten (Art. 189 ZPO) zu qualifizieren. Danach wäre das Gericht grundsätzlich an die vom Schlichter festgestellten Tatsachen gebunden, sofern kein Ausstandsgrund vorliegt und die Einschätzung ohne Bevorzugung einer Partei erstellt wurde und auch nicht offensichtlich unrichtig ist. Allerdings fehlt in der Vertragsklausel vom «Verein BAUSCHLICHTUNG.CH» der Begriff «Schiedsgutachten».

Der «Verein BAUSCHLICHTUNG.CH» hat somit in Bezug auf diese Klausel noch eine Denksportaufgabe zu erledigen.