

Hans Rudolf Spiess

## Bauablaufstörungen im schweizerischen Werkvertragsrecht

*Unternehmer versuchen immer häufiger, Nachtragsforderungen auf einer Anspruchsgrundlage «Bauablaufstörungen» geltend zu machen. Sie nehmen dabei Bezug auf schweizerische Lehrmeinungen, die sich einerseits auf deutsches Recht und andererseits den Wahrscheinlichkeitsbeweis nach Art. 42 Abs. 2 OR stützen. Für das schweizerische Bauwerkvertragsrecht auf der Grundlage der auf das Bauwesen zugeschnittenen SIA-Norm 118 ist sowohl eine allgemeine Anspruchsgrundlage «Bauablaufstörungen» als auch der Wahrscheinlichkeitsbeweis abzulehnen. Hingegen sind die Mitwirkungspflichten des Bestellers im Bauwerkvertrag grundsätzlich echte Vertragspflichten und nicht blosse Obliegenheiten, womit das vertragliche Schadenersatzrecht zur Anwendung kommt.*

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Das Problem
- III. Begriff, Bedeutung, Ursachen und Wirkung
  1. Begriff
  2. Bedeutung
  3. Ursachen
  4. Wirkung
- IV. Blick nach Deutschland
- V. Anspruchsgrundlagen
  1. Im Allgemeinen
  2. Mehrvergütung
  3. Schadenersatz
- VI. Kumulation mehrerer Ursachen von Störungen des Bauablaufs
  1. Mehrvergütung und Schadenersatz
  2. Wahrscheinlichkeitsbeweis

### I. Einleitung

Der Begriff der «Bauablaufstörung» entstammt der deutschen Lehre und Rechtsprechung. Er ist seit einiger Zeit auch in der schweizerischen Baurechtspraxis zum Thema geworden.<sup>1</sup> Hürlimann schreibt in Gauchs Welt: «Knappe drei Seiten<sup>2</sup> widmete Peter Gauch in seinem Standardwerk «Der Werkvertrag» den Behinderungsnachträgen, obschon das Thema, wie er dort schreibt, wirtschaftlich von eminenter Bedeutung wäre.»<sup>3</sup> Da könnte man meinen, Gauch würde sich in der 2011 erschienenen neuen, 5. Auflage seines Buchs «Der Werkver-

trag» ausführlicher dem Thema «Bauablaufstörung» widmen. Doch man sucht vergeblich, sowohl einen wesentlich grösseren Umfang seiner Ausführungen als auch den Begriff der «Bauablaufstörung». Das lässt immerhin aufhorchen.

Im Folgenden befasse ich mich zuerst mit dem Problem, das Ausgangspunkt dafür ist, dass sich die schweizerische Baurechtspraxis mit dem Begriff der «Bauablaufstörung» befasst (nachfolgend II.), danach gehe ich dem Begriff und den Ursachen von Bauablaufstörungen nach (III.), anschliessend werfe ich einen Blick auf die deutsche Lehre und Rechtsprechung (IV.), gehe (V.) den Anspruchsgrundlagen des Unternehmers für Bauablaufstörungen im schweizerischen Werkvertragsrecht auf der Grundlage der SIA-Norm 118 nach und untersuche zum Schluss (VI.) die Kumulation verschiedener Störungen des Bauablaufs.

### II. Das Problem

Die Vergütung des Unternehmers im Werkvertrag erfolgt hauptsächlich auf der Grundlage fester Preise<sup>4</sup>. Nur ausnahmsweise wird der Festpreiskarakter durchbrochen,<sup>5</sup> bspw. wenn eine Bestellungenänderung zu einer Änderung des Leistungsinhalts führt und daraus Mehraufwand für den Unternehmer entsteht.<sup>6</sup>

Bauwerke sind Einzelanfertigungen, Prototypen. Die Organisation der Planung und der Ausführung umfasst meist eine Vielzahl von Beteiligten: Bauherr<sup>7</sup>, Architekt, Bauingenieur, Fachingenieure, Geologe, weitere Spezialisten, Bauunternehmer

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

<sup>1</sup> Schumacher Rainer, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, 1998, Rz. 594. Hürlimann Roland, Ansprüche des Unternehmers aus Bauablaufstörungen des Bauherrn, in: Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, 2004, 815–840. Walter Max, Erscheinungsbild von Bauablaufstörungen, in: Jusletter vom 13. Juni 2005. Hürlimann Roland/Bucher Jörg, Bauzeit und Bauablauf im schweizerischen Baurecht, in: bauaktuell, Wien 2010, 10 ff.

<sup>2</sup> Gauch Peter, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 1328–1341.

<sup>3</sup> Hürlimann, Fn. 1, 815.

<sup>4</sup> Art. 373 OR; Art. 38 SIA-Norm 118: Einheitspreise, Globalpreise und Pauschalpreise sind feste Preise.

<sup>5</sup> Gauch Peter, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, Rz. 904 ff.

<sup>6</sup> Gauch, Fn. 5, Rz. 905a.

<sup>7</sup> Im Folgenden wird der Begriff «Bauherr» als Besteller im Werkvertrag verwendet.

und verschiedenste Nebenunternehmer. Bei jedem Bauvorhaben ändern die örtlichen Gegebenheiten, die Unwägbarkeiten des Baugrundes und die Witterungsverhältnisse. Bauvorhaben werden immer komplexer. Ein Bauvorhaben mit allen seinen Randbedingungen kann in den Ausschreibungsunterlagen kaum vollständig erfasst und dargestellt werden, und es können die Leistungen meist nicht umfassend beschrieben und die Mengen nicht genau quantifiziert werden. Das führt einerseits dazu, dass Unternehmer dazu übergehen, gezielt Spezialisten einzusetzen, um in den Ausschreibungsunterlagen, aber auch im Verhalten des Bauherrn und seiner Hilfspersonen nach Lücken, Widersprüchen und Fehlern zu suchen, Ablaufstörungen zu konstruieren und darauf gestützt Nachtragsforderungen geltend zu machen, um die unter starkem Konkurrenzdruck nicht kostendeckend kalkulierten Preise aufzubessern. Bauherren andererseits entwickeln dagegen Abwehrdispositive in Form von Vertragsbedingungen, die sämtliche Risiken des Bauablaufs bis hin zu Planungsfehlern dem Unternehmer überbinden.

### III. Begriff, Bedeutung, Ursachen und Wirkung

#### 1. Begriff

Weder im gesetzlichen Werkvertragsrecht noch in der SIA-Norm 118 ist der Begriff der «Bauablaufstörung» oder der «Ablaufstörung» zu finden. Das gilt auch für das deutsche Recht, wo weder im BGB<sup>8</sup> noch in der VOB<sup>9</sup> diese Begriffe anzutreffen sind.

Bauablaufstörungen allein stellen somit keinen Tatbestand (Anspruchsgrundlage) dar, aus dem der Unternehmer einen Anspruch herleiten könnte.<sup>10</sup> Der Begriff der Bauablaufstörung ist für den juristischen Sprachgebrauch untauglich.<sup>11</sup> Er stammt aus der baubetrieblichen Wissenschaft, wird aber auch hier nicht einheitlich verwendet.<sup>12</sup>

Die KBOB<sup>13</sup> umschreibt den Begriff «Bauablaufstörung» wie folgt: «Verzögerungen oder Verschiebungen im Bauablauf, Behinderung oder Unterbrechung des Projektverlaufs aufgrund ausserordentlicher Umstände».<sup>14</sup> Diese Umschreibung

ist nicht sonderlich geglückt. Unklar ist, ob die Bauablaufstörung die Wirkung ausserordentlicher Umstände ist und wie sie sich zum Tatbestandsmerkmal der ausserordentlichen Umstände<sup>15</sup> verhält. Rechtlich gesehen vermischt diese Umschreibung Ursache und Wirkung bzw. Tatbestand und Rechtsfolge.

#### 2. Bedeutung

Störungen im Bauablauf haben sowohl für den Unternehmer als auch für den Bauherrn eine grosse wirtschaftliche Bedeutung.<sup>16</sup> Eine deutsche Studie belegt, dass die Störungsmehrkosten (ohne Nachträge) bezogen auf die ursprüngliche Auftragssumme beim Rohbau und Ingenieurbau im Mittel 18%, beim Schlüsselfertigbau 8% und beim Tiefbau 20% betragen.<sup>17</sup>

Mit dem betriebswirtschaftlichen Begriff «Mehrkosten» können unterschiedliche rechtliche Sachverhalte gemeint sein, nämlich die Differenz zwischen den kalkulierten und den effektiven Kosten oder der durch die Behinderung entstandene Schaden oder die Mehrvergütung für die geänderte oder zusätzliche Leistung.<sup>18</sup> Rechtlich unerheblich ist bei Festpreisen die Differenz der für den geplanten Bauablauf kalkulierten und der tatsächlichen Kosten. Vielmehr gilt es, bei Ablaufstörungen zuerst einmal den tatsächlichen Bauablauf zu vergleichen mit demjenigen, der vereinbart wurde und vom Unternehmer bei der Preiskalkulation in guten Treuen zugrunde gelegt werden konnte. Die rechtlich relevanten Kosten, die Gegenstand eines Anspruches sein können, sind lediglich die Mehrkosten, die durch die vertragswidrige Behinderung verursacht worden sind.

#### 3. Ursachen

Die Ursachen von Bauablaufstörungen können Risikobereichen<sup>19</sup> oder Einflussbereichen<sup>20</sup> der Vertragsparteien zugeordnet werden. Rechtliche Anspruchsgrundlagen sind diese Zuordnungen nicht.

<sup>15</sup> Art. 373 Abs. 2 OR und Art. 59 SIA-Norm 118.

<sup>16</sup> *Gauch*, Fn. 5, Rz. 1335 mit Verweis auf deutsche Literatur.

<sup>17</sup> *Dreier Frank*, Nachtragsmanagement für gestörte Bauabläufe aus baubetrieblicher Sicht, Diss., Brandenburgische Technische Universität Cottbus, 2001.

<sup>18</sup> *Thode*, Fn. 11, 2004, 214.

<sup>19</sup> Sphärentheorie, entwickelt zur Zuteilung des Baugrundrisikos, siehe dazu *Kapellmann Klaus D./Schiffers Karl-Heinz*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 5. Aufl., 2006, Rz. 718; siehe auch SIA-Norm 118/198 (2004), Allgemeine Bedingungen für Untertagbau, Ziff. 8.7 Zuordnung von Risiken.

<sup>20</sup> So die SIA-Normen jeweils unter dem Titel Aufgaben der Vertragspartner, z. B. SIA-Norm 118/262 (2004), Allgemeine Bedingungen für geotechnische Arbeiten.

<sup>8</sup> Bürgerliches Gesetzbuch.

<sup>9</sup> Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen.

<sup>10</sup> *Vygen Klaus*, BauR 2006 166.

<sup>11</sup> *Thode Reinhold*, Zeitschrift für Baurecht ZfBR 2004 214 (221).

<sup>12</sup> Zu Diskrepanz zwischen baubetrieblicher und rechtlicher Auffassung zum Begriff «Bauablaufstörung» siehe *Thode*, Fn. 11, 221.

<sup>13</sup> Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren.

<sup>14</sup> KBOB, Leitfadens zum Nachtragsmanagement bei Bau- und Baudienstleistungen, 2009.

Hindernde Umstände im *Einflussbereich des Bauherrn* sind in erster Linie Beststellungsänderungen, d.h. einseitig durch Weisungen veranlasste Änderungen der vertraglichen Leistungen. Beststellungsänderungen haben nicht nur Auswirkungen auf die Leistungen zur Folge, sondern oft veränderte Ausführungsvoraussetzungen auch für die (unverändert) vereinbarten Leistungen und, neben Mehraufwand, zeitliche Auswirkungen auf das Bauprogramm und die Vollendung. Schlichte Mengenänderungen<sup>21</sup> gegenüber dem Vorausmass, ohne Beststellungsänderung, können je nach ihrem Ausmass Auswirkungen auf den Bauablauf haben. Mangelhafte Ausschreibungsunterlagen, insbesondere mangelhafte Angaben zum Baugrund<sup>22</sup>, verspätete Bereitstellung des Bauplatzes, verspätete Baubewilligung oder zusätzliche neue Auflagen, verspätete Übergabe der erforderlichen Unterlagen (insbesondere verspätete Planlieferungen) oder verspätete Projektentscheidungen sind dem Einflussbereich des Bauherrn zuzuordnen. Einflüsse des Bauherrn können die Pufferzeiten im Bauprogramm des Unternehmers verkürzen oder eliminieren. Dadurch werden zwar keine Leistungsänderungen des Unternehmers bewirkt, jedoch wird sein Bauablauf störungsanfälliger. Zum Einflussbereich des Bauherrn gehört die Koordination der Nebenunternehmer<sup>23</sup> auf der Baustelle.

In den *Einflussbereich des Unternehmers* gehören alle mit der Organisation und Ausführung der Bauarbeiten zusammenhängenden Ursachen wie Anzahl und Fachkompetenz der Arbeitskräfte, Eignung, Funktion und Leistung der Geräte und Maschinen, Einhaltung der anerkannten Regeln der Baukunde bei der Ausführung und die Leistungen der Subunternehmer.

Weder dem Einflussbereich des Bauherrn noch des Unternehmers, dem sogenannt *neutralen Bereich*, sind hindernde Umstände zuzuordnen, die durch keine Vertragspartei verursacht worden sind. Dazu gehören höhere Gewalt oder andere ausserordentliche Umstände wie nicht voraussehbare behördliche Massnahmen, unerwartete ausserordentliche Witterungseinflüsse oder überraschende Natur- und Umweltereignisse.

#### 4. Wirkung

Die hindernden Umstände wirken sich in verschiedener Art auf den Bauablauf, den Aufwand und die Kosten des Unternehmers aus. Von einer Bauablaufstörung spreche ich im Folgenden, wenn sich

infolge des Ereignisses eine zeitliche Wirkung für die Ausführung des Werks ergibt.<sup>24</sup>

Aus der zeitlichen Folge ergeben sich als weitere indirekte Wirkungen der Bauablaufstörung Mehraufwand und Mehrkosten für den Unternehmer. Das sind insbesondere längeres Vorhalten der Baustelleneinrichtungen und Geräte, Effizienzverluste, Beschleunigungsmassnahmen, Wegfallen von Pufferzeiten, Umstellungen im Bauablauf oder des Bauverfahrens, zusätzliche Arbeitsvorbereitung und Kontrollmassnahmen, ungünstigere Witterungsverhältnisse.

Im Folgenden wird geprüft, unter welchen Anspruchsgrundlagen solche Mehrforderungen vom Unternehmer geltend gemacht werden können.

### IV. Blick nach Deutschland

Die Diskussion zum Thema Bauablaufstörungen und die massgebende schweizerische Lehre zum Werkvertragsrecht nehmen immer wieder Bezug auf die deutsche Lehre und Rechtsprechung und leiten daraus Grundsätze für das schweizerische Recht ab.<sup>25</sup> Anspruchsgrundlage ist dort § 6 VOB/B<sup>26</sup>. Diese Bestimmung regelt die Rechtsfolgen von Behinderungen und Unterbrechungen der Ausführung. Danach hat derjenige Vertragsteil, der die hindernden Umstände zu vertreten hat, dem andern den nachweislich entstandenen Schaden, allenfalls sogar den entgangenen Gewinn (bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit), zu ersetzen.

Die Rechtsprechung des deutschen BGH<sup>27</sup> ist streng. Zwingende Voraussetzung ist, dass der Unternehmer dem Bauherrn das Vorliegen einer Behinderung unverzüglich anzeigt,<sup>28</sup> ausgenommen die Behinderung sei diesem offenkundig bekannt. Die Behinderungsanzeige muss alle Tatsachen enthalten, aus denen sich für den Bauherrn mit hinreichender Klarheit die Gründe der Behinderung ergeben. Dazu gehören Angaben des Unternehmers, warum seine Arbeiten, die nach dem Bauablauf nunmehr ausgeführt werden müssten, nicht oder nicht wie vorgesehen ausgeführt werden können.<sup>29</sup> Der Unternehmer hat zur Durchsetzung von Ansprüchen – gestützt auf § 6 Nr. 6 VOB/B – unter anderem schlüssig darzulegen, dass er durch eine Pflichtverletzung des Bauherrn behindert wor-

<sup>24</sup> Zimmermann Josef, Prozessorientierter Nachweis der Kausalität zwischen Ursache und Wirkung bei Bauablaufstörungen, Abschlussbericht Forschungsvorhaben TU München, 2009.

<sup>25</sup> Gauch, Fn. 5, Rz. 1337 und 1344 f.

<sup>26</sup> Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B, Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B).

<sup>27</sup> Bundesgerichtshof.

<sup>28</sup> § 6 Nr. 1 VOB/B.

<sup>29</sup> BGH, Urteil vom 24. Februar 2005, VII ZR 141/03.

<sup>21</sup> Gauch, Fn. 5, Rz. 1105.

<sup>22</sup> Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118.

<sup>23</sup> Art. 30 SIA-Norm 118.

den ist. Es reicht nicht, bloss eine oder mehrere Pflichtverletzungen zu belegen. Der Unternehmer muss vielmehr die dadurch kausal bewirkte Behinderung seiner Leistungen substantiieren. Dazu ist in der Regel eine konkrete, bauablaufbezogene Darstellung der jeweiligen Behinderungen sowie deren Dauer und Umfang erforderlich.<sup>30</sup> Strikte Beweise fordert der BGH für den Haftungsgrund und die Behinderungen. Lediglich für Umstände, die allein für die Entstehung und den Umfang des Schadens von Bedeutung sind, insbesondere für die Bemessung seiner Höhe, steht allenfalls dem Unternehmer eine Beweiserleichterung zu.<sup>31</sup> Keine Beweiserleichterung ist zugelassen für die Pflichtverletzung des Bauherrn, die Behinderung des Unternehmers und die haftungsbegründende Kausalität.<sup>32</sup> Baubetriebliche Gutachten genügen nach deutscher Auffassung in der Regel den Anforderungen an den Beweis nicht, weil sie auf idealtypischen Modellen beruhen und nicht an dem tatsächlichen Bauablauf orientiert sind.<sup>33</sup>

## V. Anspruchsgrundlagen

### 1. Im Allgemeinen

Zu unterscheiden sind Mehrvergütung und Schadenersatz<sup>34</sup>. Die Mehrvergütung bemisst sich in einer Aufwandvergütung<sup>35</sup> oder, bei festen Preisen nach SIA-Norm 118, in einem Nachtragspreis<sup>36</sup>. Schadenersatzansprüche des Unternehmers entstehen, wenn der Bauherr seine vertraglichen Pflichten nicht oder nicht gehörig erfüllt.<sup>37</sup> Eine Unterlassung kann eine positive Vertragsverletzung darstellen.<sup>38</sup> Das Mass der Schadenersatzleistung wird durch ihren Zweck bestimmt<sup>39</sup> und bemisst sich bei Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung eines Vertrags in der Regel nach dem positiven Vertrags- oder Erfüllungsinteresse (entgangener Gewinn), ausnahmsweise nach dem negativen Vertragsinteresse (Vertrauensschaden). Dazu kommt allenfalls noch ein Verzugschaden wegen Verzögerung der Erfüllung oder ein weiterer Schaden, der (indirekt) durch die Schädigung anderer Güter des Unternehmers bedingt ist.<sup>40</sup>

## 2. Mehrvergütung

### a) Ausnahmen vom Festpreisprinzip

Im Gros der schweizerischen Werkverträge sind für die Leistungen des Unternehmers feste Preise vereinbart in der Form von Einheitspreisen, Globalpreisen oder Pauschalpreisen.<sup>41</sup> Der Unternehmer hat grundsätzlich keinen Anspruch, diese Preise zu erhöhen oder sonstwie eine Mehrvergütung zu fordern, wenn sein Arbeitsaufwand und seine Kosten höher ausfallen, als er kalkuliert hat.<sup>42</sup> Der Festpreiskarakter wird ausnahmsweise durchbrochen. Im Zusammenhang mit Bauablaufstörungen sind diese Ausnahmebestimmungen der SIA-Norm 118 und des Gesetzes von Bedeutung.

### b) Beststellungsänderung

Nimmt der Bauherr eine Beststellungsänderung vor, indem er vom Unternehmer die Änderung einer vereinbarten Leistung verlangt, hat der Unternehmer Anspruch auf einen Nachtragspreis und auf die Vergütung der durch die Änderung nutzlos gewordenen Kosten und Aufwendungen.<sup>43</sup>

Ändern sich die Mengen vertraglicher Leistungen, gilt die 20%-Klausel, wonach innerhalb dieser Toleranz die vereinbarten Einheitspreise der ausgeschriebenen Mengen unverändert bleiben. Übersteigt die Menge einer Leistungseinheit 120% des Vorausmasses oder unterschreitet sie 80%, so wird auf Verlangen des Bauherrn oder des Unternehmers für den 120% übersteigenden Teil bzw. für die 80% nicht erreichende Menge ein neuer Einheitspreis (Nachtragspreis) auf der Basis der ursprünglichen Kostengrundlage<sup>44</sup> vereinbart. Die 20%-Klausel gilt nach herrschender Auffassung sowohl für Mengenänderungen infolge von Beststellungsänderungen als auch für sogenannte schlichte Mengenabweichungen aufgrund eines ungenauen Vorausmasses der Ausschreibung ohne Beststellungsänderung.<sup>45</sup> Ihr liegt die Annahme zugrunde, dass diese Mengenänderung eine wesentliche Änderung des Aufwandes und der Kosten des Unternehmers zur Folge hat.

Ändert sich ein Leistungsinhalt, ist, soweit es Positionen des Leistungsverzeichnisses gestatten, der Preis für die ähnlichste vertragliche Leistung für die Bildung des Nachtragspreises heranzuziehen. Der Nachtragspreis ist zu vereinbaren. Das

<sup>30</sup> BGH, Urteil vom 21. März 2002, VII ZR 224/00.

<sup>31</sup> § 287 ZPO-Deutschland.

<sup>32</sup> BGH, Urteil vom 24. Februar 2005, VII ZR 141/03, 7.

<sup>33</sup> Thode, Fn. 11, 2004, 214 (221).

<sup>34</sup> Gauch, Fn. 5, Rz. 1340.

<sup>35</sup> Art. 374 OR; Gauch, Fn. 5, Rz. 946 ff.

<sup>36</sup> Art. 86 ff. SIA-Norm 118.

<sup>37</sup> Positive Vertragsverletzung, die auch die Schlechterfüllung erfasst (Gauch, Fn. 5, Rz. 2325; Art. 97 Abs. 1 OR).

<sup>38</sup> Art. 98 Abs. 2 OR.

<sup>39</sup> Guhl Theo/Koller Alfred, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 10 Rz. 14.

<sup>40</sup> Guhl/Koller, Fn. 39, § 10 Rz. 48-51; BGE 106 II 132.

<sup>41</sup> Art. 373 OR; Art. 38 Abs. 1 SIA-Norm 118; dazu Gauch, Fn. 5, Rz. 899 ff.

<sup>42</sup> Art. 38 Abs. 2 SIA-Norm 118.

<sup>43</sup> Art. 85 Abs. 3 SIA-Norm 118.

<sup>44</sup> Art. 62 Abs. 2 SIA-Norm 118.

<sup>45</sup> Gauch, Fn. 5, Rz. 1105 ff.

heisst, er kann nicht von einer Vertragspartei einseitig festgesetzt werden.<sup>46</sup>

Der Nachtragspreis umfasst alle mit der Bestelungsänderung (kausal) zusammenhängenden Kosten und Aufwendungen des Unternehmers. Dazu gehören – neben dem Preis der geänderten Leistung im engeren Sinn – weitere Kosten, bspw. der Folgen für die Baustelleneinrichtung, insbesondere das Vorhalten, Aufwendungen für die Umorganisation des geplanten Bauablaufs, Kosten für die Beschleunigung zusammenhängender Leistungen, sofern nicht die vertraglichen Fristen angepasst werden,<sup>47</sup> weiter die Mehrkosten und Mehraufwendungen infolge veränderter Ausführungsvoraussetzungen<sup>48</sup>.

Der Nachtragspreis ist wiederum ein fester Preis, weshalb zusätzliche Mehrkosten nur unter den Voraussetzungen der Ausnahmen vom Festpreischarakter dem Unternehmer zu vergüten sind.

### c) *Ausserordentliche Umstände*

Den Sonderfall ausserordentlicher Umstände, welche nicht vorausgesehen werden konnten oder welche nach den von beiden Parteien angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren, regelt die SIA-Norm 118<sup>49</sup> analog Art. 373 Abs. 2 OR. Erschweren solche Umstände die Fertigstellung übermässig, hat der Unternehmer das Recht auf eine angemessene Preiserhöhung, sodass das eingetretene Missverhältnis zwischen seiner Leistung und der vertraglichen Gesamtvergütung korrigiert wird.<sup>50</sup>

### d) *Beschleunigungsmassnahmen*

Im Festpreis enthalten sind nicht nur die zugrunde liegenden vereinbarten Leistungen, sondern auch die erforderlichen Massnahmen zur Einhaltung der vertraglichen Fristen<sup>51</sup>, sogenannte Beschleunigungsmassnahmen. Der Unternehmer hat alle zusätzlichen Vorkehren zu treffen, die notwendig und zumutbar sind, um die vertraglichen Fristen einzuhalten, bspw. die Verstärkung der Mannschaft, zusätzliche Schichten oder die Erhöhung der Zahl der Geräte. Trifft den Unternehmer für das Nichteinhalten der Fristen kein Verschulden und willigt

die Bauleitung ein, Beschleunigungsmassnahmen zu treffen, trägt der Bauherr deren nachgewiesene Mehrkosten. Verweigern der Bauherr oder seine Bauleitung die Einwilligung, ist der Unternehmer nicht zu Beschleunigungsmassnahmen verpflichtet.<sup>52</sup>

Ohne Verschulden im Sinne von Art. 95 Abs. 3 SIA-Norm 118 heisst, dass eine objektive Pflichtwidrigkeit des Unternehmers fehlt.<sup>53</sup> Das ist der Fall, wenn seine Leistung objektiv unmöglich geworden ist, wenn er eine wirksame Einrede vorbringt, seine Leistung zu verweigern,<sup>54</sup> oder wenn der Bauherr sich im Verzug befindet,<sup>55</sup> weil er eine für die Herstellung des Werks erforderliche Vorbereitungs- oder Mitwirkungshandlung nicht rechtzeitig erbringt oder die Verzögerung ihm sonstwie anzulasten ist.<sup>56</sup> Vorübergehende Leistungshindernisse, wie ungünstige Witterungsverhältnisse, behördliche Massnahmen oder Vandalismus, sind dem Risikobereich des Unternehmers zugeordnet und rechtfertigen die Verzögerung nicht.

Fehlt ein Verschulden des Unternehmers und willigt der Bauherr in die Beschleunigungsmassnahmen nicht ein, hat der Unternehmer Anspruch auf Fristerstreckung.

Die Vergütung der Mehrkosten umfasst die Kosten der effektiven Mehraufwendungen und Auslagen des Unternehmers für die bewilligten Beschleunigungsmassnahmen, ohne Zuschläge für Risiko und Gewinn.<sup>57</sup>

## 3. **Schadenersatz**

### a) *Mitwirkungspflichten des Bauherrn*

Erfüllt der Bauherr ihm obliegende Mitwirkungspflichten nicht, nicht gehörig oder nicht rechtzeitig und kommt er in Gläubigerverzug (Annahmeverzug)<sup>58</sup>, kann sich daraus ein Anspruch des Unternehmers auf Mehrvergütung ergeben. Bei den Mitwirkungshandlungen wird rechtlich unterschieden zwischen Obliegenheiten und Nebenpflichten (Nebenleistungspflichten) zur Hauptpflicht. Die Hauptpflicht des Bauherrn im Werkvertrag ist die Zahlung der Vergütung. Eine typische Mitwirkungshandlung des Bauherrn ist die Planlieferung. Die Mitwirkungshandlung ist dann eine Nebenleistungspflicht, wenn ihre rechtzeitige Vornahme er-

<sup>46</sup> Die SIA-Norm 118 spricht zwar in Art. 18 Abs. 2 von «der Festlegung von Nachtragspreisen» und in Art. 87 Abs. 2 von «festgesetzt», meint aber ganz offensichtlich, dass über die Nachtragspreise eine Vereinbarung zustande kommt (Art. 87 Abs. 3 SIA-Norm 118).

<sup>47</sup> Art. 90 SIA-Norm 118.

<sup>48</sup> Art. 87 Abs. 1 SIA-Norm 118.

<sup>49</sup> Art. 59 SIA-Norm 118.

<sup>50</sup> *Gauch*, Fn. 5, Rz. 1115.

<sup>51</sup> Art. 95 Abs. 1 SIA-Norm 118.

<sup>52</sup> Art. 95 Abs. 3 SIA-Norm 118.

<sup>53</sup> *Gauch*, Fn. 5, Rz. 676.

<sup>54</sup> Bspw. wenn der Bauherr eine vertragliche Leistung nicht erfüllt (Art. 82 OR).

<sup>55</sup> Siehe unten V.3.a).

<sup>56</sup> *Gauch*, Fn. 5, Rz. 680.

<sup>57</sup> *Schumacher*, Kommentar SIA-Norm 118, N 31 zu Art. 95.

<sup>58</sup> Art. 91–95 OR.

forderlich ist, damit die andere Vertragspartei ihre Vertragspflichten erfüllen kann. Die Unterlassung einer reinen Obliegenheit dagegen führt allein zu einem Nachteil der unterlassenden Vertragspartei. Hat die Mitwirkungshandlung den Charakter einer Obliegenheit, steht dem Unternehmer kein klagbarer Anspruch auf Erfüllung zu. Ist die Mitwirkungshandlung des Bauherrn hingegen eine Nebenleistungspflicht, hat der Unternehmer einen klagbaren Anspruch.<sup>59</sup> Die herrschende Auffassung, dass Mitwirkungspflichten des Bauherrn den Obliegenheiten zugeordnet werden und nur ausnahmsweise aufgrund des vereinbarten Inhalts des konkreten Vertrags als echte Verpflichtungen (Nebenleistungspflichten) gelten, wird dem Bauablauf und der Organisation der Herstellung eines Bauwerks nicht gerecht. Diese zeichnen sich aus durch eine in der Regel hohe Komplexität der Bauausführung und ein notwendiges Zusammenwirken des Bauherrn und des Unternehmers. Die eigentlichen Mitwirkungspflichten des Bauherrn im Bauwerkvertrag sind ihrer Natur nach nicht bloss Obliegenheiten, sondern grundsätzlich Nebenleistungspflichten.<sup>60</sup> Bei nicht gehöriger Erfüllung kommt das vertragliche Schadenersatzrecht zur Anwendung. Damit lässt sich auch das Dilemma der Gesetzeslücke, dass das Gesetz für den Gläubigerverzug keine Schadenersatzpflicht vorsieht, beheben, und der Ausweg der schweizerischen Lehre über das deutsche Recht<sup>61</sup> ist unnötig.

#### b) *Besondere Verhältnisse*

Ausnahmsweise hat der Unternehmer trotz Festpreis Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung, wenn besondere Verhältnisse durch Verschulden des Bauherrn nach Vertragsabschluss eintreten oder zutage treten.<sup>62</sup> Diese Bestimmung der SIA-Norm 118 regelt Fälle, wo der Bauherr schuldhaft Mitwirkungspflichten nicht gehörig erfüllt. Sind diese für die Verwirklichung des Leistungserfolgs des Unternehmers erforderlich, handelt es sich um klagbare Ansprüche des Unternehmers aus vertraglichen Nebenpflichten. Die nicht gehörige Erfüllung durch den Bauherrn gibt dem Unternehmer einen vertraglichen Schadenersatzanspruch. Zur Bemessung der Höhe des Schadens verweist die SIA-Norm 118 auf die analoge Anwendung der Regeln über den Nachtragspreis bei Bestellungsänderungen.<sup>63</sup>

Für den Spezialfall mangelhafter Angaben in den Ausschreibungsunterlagen über den Baugrund gilt eine Verschuldensfiktion,<sup>64</sup> wonach dem Unternehmer eine zusätzliche Vergütung unabhängig davon zusteht, ob dem Bauherrn ein Verschulden vorzuwerfen ist. Dem Bauherrn steht kein Entlastungsbeweis zu. Der Schadenersatz besteht in der Vergütung aller Mehraufwendungen für die Erschwerisse, welche kausal im Zusammenhang mit den mangelhaften Angaben über den Baugrund stehen.<sup>65</sup>

Bei Verletzungen von anderen Nebenpflichten wird das Verschulden vermutet, jedoch steht dem Bauherrn der Entlastungsbeweis zu.<sup>66</sup> Das gilt insbesondere für mangelhafte Ausschreibungsunterlagen, ungenügende Angaben über die örtlichen Gegebenheiten (ohne Baugrund), nicht rechtzeitige Planlieferungen oder die mangelhafte Koordination der Nebenunternehmer.

#### c) *Arbeitseinstellung*

Solange der Bauherr vertraglich geschuldete Zahlungen nicht leistet oder Mitwirkungspflichten unterlässt, ist der Unternehmer zur Arbeitseinstellung befugt, wenn er die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhebt.<sup>67</sup> Das gilt auch, wenn die SIA-Norm 118 als Vertragsbestandteil übernommen wurde.<sup>68</sup>

## VI. Kumulation mehrerer Ursachen von Störungen des Bauablaufs

### 1. Mehrvergütung und Schadenersatz

Mehrere Ursachen können gleichzeitig zusammentreffen und weitere Ursachen (Sekundärursachen) zur Folge haben. Beispielsweise weichen die betroffenen Baugrundverhältnisse von den Angaben in der Ausschreibung ab, die ausgeschriebene Baumethode muss deshalb geändert werden, was Auswirkungen auf das Bauprogramm und vereinbarte Termine hätte, zu deren Einhaltung wiederum Beschleunigungsmassnahmen erforderlich sind. Das ist eine häufig angetroffene Situation bei komplexeren Bauvorhaben. Welches sind nun die Anspruchsgrundlagen für eine Mehrvergütung oder für Schadenersatz des Unternehmers und wie ist gegebenenfalls das Quantitativ zu ermitteln? Ist die SIA-Norm 118 Bestandteil des Werkvertrags, hat der Unternehmer in unserem Beispiel einen

<sup>59</sup> Gauch, Fn. 5, Rz. 812 mit Verweisen.

<sup>60</sup> Kapellmann/Schiffers, Fn. 19, Rz. 280.

<sup>61</sup> Gauch, Fn. 5, Rz. 1336 f.

<sup>62</sup> Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118; vorausgesetzt ist, dass der Bauherr durch eine Bauleitung vertreten, sachverständig beraten oder selbst sachverständig ist.

<sup>63</sup> Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118.

<sup>64</sup> Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118.

<sup>65</sup> Gauch, Fn. 5, Rz. 1104 mit Verweisen.

<sup>66</sup> Art. 97 Abs. 1 OR.

<sup>67</sup> Art. 82 OR.

<sup>68</sup> Gauch, Fn. 5, Rz. 1280.

Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung für seine Mehraufwendungen wegen der Erschwernisse, bedingt durch die mangelhaften Angaben des Bauherrn in den Ausschreibungsunterlagen über den Baugrund,<sup>69</sup> sowie Anspruch auf einen Nachtragspreis für die Bestellungsänderung einschliesslich eines allfälligen Mehraufwands für die Ausführung unter veränderten Ausführungsvoraussetzungen.<sup>70</sup> Sind Beschleunigungsmassnahmen zur Einhaltung der ursprünglichen Fristen durch die Bauleitung angeordnet oder bewilligt worden, hat der Unternehmer weiter Anspruch auf die nachgewiesenen Mehrkosten für die zusätzlichen Vorkehren der Beschleunigungsmassnahmen.<sup>71</sup> Auf diesen Anspruchsgrundlagen lassen sich die zusätzlichen Vergütungen des Unternehmers ermitteln, was theoretisch einfach tönt, praktisch oft mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist.

Aus dem Zusammentreffen verschiedener Störungen können sich für den Unternehmer weitere Störungen (sekundäre Störungen)<sup>72</sup> ergeben, die nicht direkt einer Anspruchsgrundlage zuzuordnen sind. Es sind dies Einarbeitungsaufwand, Leerstunden, Leistungsabfall, fehlende Fachkräfte usw. Für den Bauherrn sind solche sekundären Auswirkungen auf den Bauablauf und die entsprechenden mittelbaren Folgen oft nicht oder nur schwer erkennbar.<sup>73</sup> Ein häufiges Beispiel ist die Verschiebung der Arbeiten in den Winter und dadurch bedingte Ausfalltage, Minderleistungen und Verzögerungen. Zu untersuchen ist, ob es eine Anspruchsgrundlage gibt, auf die gestützt der Unternehmer sogenannte «Behinderungsnachträge» wegen Sekundärverzögerungen geltend machen kann.

Die SIA-Norm 118 enthält keine Anspruchsgrundlage des Unternehmers auf Vergütung der sekundären Verzögerungen und Folgekosten von Ablaufstörungen. Unterlassene oder nicht gehörig erfüllte Mitwirkungspflichten des Bauherrn werden durch Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118 erfasst. Diese werkvertragliche Sonderbestimmung zur vertraglichen Schadenersatzpflicht<sup>74</sup> regelt den Schadenersatzanspruch des Unternehmers bei Verletzung einer Mitwirkungspflicht als Nebenleistungspflicht durch den Bauherrn. Für die Bemessung des Schadens verweist die Bestimmung auf die sinngemäss anzuwendenden Regeln der Bestellungsänderung. Diese bezwecken, den Unternehmer schadlos zu halten. Zu vergüten ist neben dem Nachtragspreis für die neuen oder geänder-

ten Leistungen, worin der Mehraufwand für veränderte Ausführungsvoraussetzungen einzurechnen ist,<sup>75</sup> auch der dem Unternehmer entstandene Schaden.<sup>76</sup> Damit müssen alle Folgen der Beststellungsänderung oder nicht gehörig erfüllter Mitwirkungspflichten mit den Nachträgen erfasst werden. Die Spezialbestimmung der SIA-Norm 118, die den Schadenersatz wegen nicht gehöriger Mitwirkung regelt,<sup>77</sup> steht in Anspruchskonkurrenz mit den gesetzlichen Bestimmungen zur vertraglichen Schadenersatzpflicht. Deshalb besteht für die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen kein Raum mehr.<sup>78</sup>

Sind sowohl vertragskonforme Handlungen des Bauherrn, bspw. Bestellungsänderungen, als auch nicht gehörige Erfüllung von Mitwirkungspflichten Ursachen für eine zusätzliche Behinderung, so wird die Intensität des Kausalzusammenhangs in der Regel derart abgeschwächt, dass die Adäquanz<sup>79</sup> entfällt. Weder das gesetzliche Werkvertragsrecht noch die SIA-Norm 118 sehen einen Vergütungsanspruch des Unternehmers vor für zeitliche Verzögerungen. Das Bauprogramm des Unternehmers dient der gegenseitigen Information und enthält lediglich ungefähre Angaben über den zeitlichen Fortschritt der Arbeiten innerhalb der vertraglichen Fristen sowie Angaben über die während der Bauzeit vorgesehene Zahl der eingesetzten Arbeitnehmer und den Einsatz der hauptsächlichsten Geräte. Daraus können weder Unternehmer noch Bauherr Rechte ableiten.<sup>80</sup>

## 2. Wahrscheinlichkeitsbeweis

Steht dem Grundsatz nach fest, dass der Unternehmer Anspruch auf eine Mehrvergütung oder auf Schadenersatz hat, die Höhe (das Quantitativ) des Anspruchs aber nicht oder nur mit grossen Schwierigkeiten nachweisbar ist, rechtfertigt sich nach Lehre und Rechtsprechung eine Beweiserleichterung. Der Unternehmer kann den Beweis in Form eines Wahrscheinlichkeitsbeweises führen.<sup>81</sup> Der Wahrscheinlichkeitsbeweis ist die Aus-

<sup>69</sup> Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118.

<sup>70</sup> Art. 87 Abs. 3 SIA-Norm 118.

<sup>71</sup> Hier Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118.

<sup>72</sup> *Wiegand Wolfgang*, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Einleitung zu Art. 97–109 OR, N 16.

<sup>73</sup> Die Frage, ob das Ereignis nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens generell geeignet ist, einen Schaden dieser Art herbeizuführen; siehe dazu: *Honsell*, recht 2007 154 (zum Papageienfall des Bundesgerichts BGE 133 III 257).

<sup>74</sup> Art. 93 SIA-Norm 118.

<sup>81</sup> Art. 42 Abs. 2 OR: «Der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden ist nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen.»; *Gauch*, Fn. 5, Rz. 786 f., Rz. 1339; ZH-HGr, Urteil vom 8. April 2008, in ZR: 108/2009, 97 (betreffend Überschreitung des Kostenvoranschlags).

<sup>69</sup> Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118.

<sup>70</sup> Art. 87 SIA-Norm 118.

<sup>71</sup> Art. 95 Abs. 3 SIA-Norm 118.

<sup>72</sup> *Kapellmann/Schiffers*, Fn. 19, Rz. 1095.

<sup>73</sup> *Kapellmann/Schiffers*, Fn. 19, Rz. 1095.

<sup>74</sup> Art. 97 ff. OR.

nahme vom strikten Beweis<sup>82</sup> und setzt voraus, dass dieser der Sache nach nicht möglich oder unzumutbar ist (sogenannte Beweisnot). Eine Beweisnot liegt jedoch nicht schon dann vor, wenn der beweisbelasteten Partei im Einzelfall bloss die Beweismittel fehlen.<sup>83</sup> Der Anwendungsbereich liegt dort, wo es unmöglich ist, die Schadenshöhe ziffernmässig nachzuweisen, oder dort, wo sich nicht strikte beweisen lässt, dass überhaupt ein Schaden eingetreten ist.<sup>84</sup> Diese Bestimmung ist zurückhaltend anzuwenden und hat nicht den Zweck, dem Geschädigten die Beweislast generell abzunehmen, und sie enthebt den Unternehmer nicht von der Pflicht, dem Richter die Tatsachen, die als Anhaltspunkte für die Entstehung und die Höhe des geltend gemachten Schadens in Betracht kommen, anzugeben und dafür Beweise anzubieten.<sup>85</sup> Der Wahrscheinlichkeitsbeweis ist nur zulässig zur Festsetzung des Schadens. Für die übrigen Anspruchsvoraussetzungen bleiben die gewöhnlichen (strengeren) Beweisregeln anwendbar.<sup>86</sup> Der Wahrscheinlichkeitsbeweis befreit den Unternehmer nur dann von seiner Be-

hauptungs- und Beweislast, wenn es ihm nicht zuzumuten oder unmöglich wäre, die wesentlichen Umstände darzutun.<sup>87</sup> Art. 42 Abs. 2 OR gehört der Systematik nach zum Schadenersatzrecht. Beim Gläubigerverzug<sup>88</sup> hat der Unternehmer zwar Anspruch auf die Vergütung der während des Gläubigerverzugs anfallenden zusätzlichen Aufwendungen<sup>89</sup>, jedoch nicht auf Schadenersatz<sup>90</sup>. Danach ist es fraglich, ob hier der auf das Schadenersatzrecht zugeschnittene Wahrscheinlichkeitsbeweis überhaupt anwendbar ist. Für Mehrvergütungsansprüche des Unternehmers aus Leistungsänderungen, insbesondere aus Bestellungenänderungen, ist der Wahrscheinlichkeitsbeweis – entgegen der Auffassung von *Gauch*<sup>91</sup> – nicht anwendbar. Denn bei einer Leistungsänderung infolge einer Bestellungenänderung ist es dem Unternehmer immer zuzumuten, den strikten Beweis für die Bemessung des Nachtragspreises<sup>92</sup> zu erbringen. Das gilt auch für Nachtragspreise wegen besonderer Verhältnisse<sup>93</sup> und für Mehrkosten von Beschleunigungsmassnahmen<sup>94</sup>.

<sup>82</sup> Art. 8 ZGB.

<sup>83</sup> *Stahelin Adrian/Stahelin Daniel/Grolimund Pascal*, Zivilprozessrecht, 2008, 266.

<sup>84</sup> BGE 122 II 221.

<sup>85</sup> *Brehm Roland*, Berner Kommentar, 2006, N 50 zu Art. 42 OR.

<sup>86</sup> *Brehm*, Fn. 85, N 48 zu Art. 42 OR.

<sup>87</sup> BGE 122 III 221; ZH-HGr, Urteil vom 8. April 2008, in ZR: 108/2009, 295.

<sup>88</sup> Art. 91 ff. OR.

<sup>89</sup> *Weber Rolf H.*, Berner Kommentar, 2005, N 31 zu Art. 92 OR.

<sup>90</sup> *Gauch*, Fn. 5, Rz. 1340.

<sup>91</sup> *Gauch*, Fn. 5, Rz. 786 f.

<sup>92</sup> Art. 87 SIA-Norm 118.

<sup>93</sup> Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118.

<sup>94</sup> Art. 95 Abs. 3 SIA-Norm 118.