Zum KUB-Workshop vom Donnerstag, 19. Januar 2023

Teuerung und Vergütung von Bauleistungen

** Christopher Tillman*

"Nur ein krasses, offenbares und unzumutbares Missverhältnis zwischen dem Wert der erbrachten Gesamtleistung des Unternehmers und der Gesamtvergütung der Bauherrschaft berechtigt den Unternehmer ausnahmsweise zu einem ausserordentlichen Teuerungszusatz in der Gesamtvergütung, wenn keine besondere Teuerungsklausel vereinbart wurde."

Die Baubranche mit Einschluss des Baunebengewerbes wie auch Bauherren sind seit Beginn der Corona-Pandemie von teils kräftigen Preissteigerungen betroffen. Manche Bauherrschaft fragt sich daher: Muss ich die vom Unternehmer oder vom Architekten geltend gemachten höheren Materialkosten akzeptieren? Kann ein Unternehmer die Mehrkosten aus einer Materialteuerung oder aus Lieferkettenproblemen auf die Bauherrschaft überwälzen?

Werkvertrag mit Teuerungsmechanismus

Wurde ein Werkvertrag mit einer in der Werkvertragsurkunde besonders vereinbarten Teuerungsklausel vereinbart, so ist grundsätzlich gemäss dem dort vereinbarten Mechanismus zu verfahren. Der SIA hat diesbezüglich verschiedene vorgefasste Lösungen in teils komplexeren Normenwerken verabschiedet. Grob ist zwischen dem *Mengennachweisverfahren* (SIA-Norm 124:2013) und den Indexverfahren (*Gleispreisformel* gemäss SIA-Norm 123:2012; *Produktionskostenindex* gemäss SIA-Norm 123:2021) zu unterscheiden. Bei keinem Verfahren werden Veränderungen der tatsächlichen Beschaffungskosten des Unternehmers ermittelt. Abgestellt wird vielmehr auf objektivierte Faktoren, weshalb der Ausgleich bei allen Verfahren nur annäherungsweise erfolgt. Den Werkvertragsparteien steht die Wahl des Verfahrens frei. Beim Stahlpreis kann auf den Schweizer Stahlpreisindex verwiesen werden. So können die Werkvertragsparteien auch für verschiedene Kostenarten verschiedene Verfahren zur Teuerungsabrechnung bestimmen. Einzelne Kostenarten können beispielsweise dem Mengennachweisverfahren und andere Kostenarten einem Indexverfahren vertraglich unterstellt werden. Das Mengennachweisverfahren ist am administrativ aufwändigsten. Das ist wohl auch der Hauptgrund, wieso das Mengennachweisverfahren in der revidierten SIA-Norm 118:2013 gegenüber der früheren Version 1977/1991 gestrichen wurde; es kam in der Praxis ab 1992 bis 2012 nicht oder sehr selten zur Anwendung. Ergänzend stehen die SIA-Norm 125:2017 (Preisänderungen infolge *Teuerung für Leistungen der General- und Totalunternehmer*) sowie die SIA-Norm 126:2014 (Preisänderung infolge *Teuerung b*ei *Planerleistungen*) zur Verfügung. All diese SIA-Normen zur Teuerungsabrechnung haben gemeinsam, dass diese mit dem Werkvertrag oder Planervertrag ausdrücklich vereinbart werden müssen. Sie müssen Vertragsbestandteil sein.

Fehlendes besonderes Teuerungsabrechnungsmodell

Bei einem Werkvertrag mit Einschluss der SIA-Norm 118 mit einem Pauschalpreis gemäss Art. 41 Abs. 1 SIA-Norm 118 oder einem Fixpreis gemäss Art. 373 Abs. 1 OR gilt der Grundsatz, dass das ganze Risiko in der Preisofferte eingerechnet ist. Dazu zählt insbesondere das Risiko des Mehrpreises und damit der Teuerung, aber auch die Möglichkeit eines Minderpreises resp. vergünstigter Baumaterialien oder anderweitige im Ergebnis gleichwertige Baulösungen und Unternehmervarianten. Letzteres führt dann zu einer Erhöhung der Marge des Unternehmers. Die normale Teuerung ist stets voraussehbar (BGE 101 II 17, S. 21). Im Falle wo keine besonderen Bestimmungen zur Teuerungsabrechnung vereinbart worden sind gilt bei vereinbarten Einheitspreisen (vgl. Art. 39) sowie bei vereinbarten Globalpreisen (Pauschalpreis mit Einschluss der Bestimmungen über die Teuerungsabrechnung, vgl. Art. 41) folgendes: Grundsätzlich gelten bei einer Offerte mit Einheits-, Globalpreisen oder Pauschalpreisen die für die Preisbildung massgebenden Kostenansätze und Warenpreise am Tag der Einreichung des Angebotes (Stichtag) als darin inbegriffen (Art. 62 Abs. 1 SIA-Norm 118). Die Ausschreibungsunterlagen können allerdings bereits einen früheren Stichtag festlegen, so drängt sich in der Praxis namentlich jener Tag auf, wo der Unternehmer die Preise und Materialpreise von seinen Subunternehmern bekommen hat. Präziser gesagt gelten als Stichtag die jeweiligen Preise mit Einschluss von Abgeboten resp. dem Verhandlungsergebnis am Tage der Werkvertragsunterzeichnung für diese Positionen.

Erhöhen oder vermindern sich Lohnkostenansätze oder Preise gegenüber der ursprünglichen Kostengrundlage am Tage der Einreichung der Offerte oder vielmehr gemäss abgeschlossenem Werkvertrag bei Einheitspreisen oder Globalpreisen, so gilt Art. 64 Abs. 1 SIA-Norm 118. Diesfalls verändert sich die vom Bauherrn geschuldete Vergütung um eine Mehr- oder Mindervergütung bei Einheits- oder Globalpreisen sowie bei Regiepreisen mit vereinbarten Richtpreisen mit Teuerungsvorbehalt. Wenn die erwähnten Preise vereinbart wurden, für welche die Bestimmungen über die Teuerungsabrechnung gelten (Art. 39 Abs. 3 und Art. 40 Abs. 3 SIA-Norm 118), es aber unterlassen wurde, das Verfahren für die Teuerungsabrechnung im Werkvertrag zu bestimmen, so bestimmt Art. 65 Abs. 2 SIA-Norm 118, soweit die SIA-Norm 118 Vertragsbestandteil wurde, dass im Bauhauptgewerbe die Methode des Produktionskostenindex (PKI) und im Bereich Ausbau und Zulieferung die Methode der Gleitpreisformel (GPF) zur Anwendung kommt. Bei Uneinigkeit der Parteien über das anzuwendende Verfahren oder über die Berechnungsgrundlage des Verfahrens erfolgt die Teuerungsabrechnung nach dem Mengennachweisverfahren (MNV). Das Mengennachweisverfahren ist insofern subsidiär. Dadurch besteht mit Art. 65 Abs. 2 SIA-Norm 118 keine Lücke im Werkvertrag, wenn wie im Grundsatz vereinbart, eine ausgewiesene Teuerung auszugleichen ist.

Dies alles gilt nicht bei festen und fixen Pauschalpreisen im Sinne von Art. 41 Abs. 1, bei Regiepreisen ohne Teuerungsvorbehalt im Sinne von Art. 56 Abs. 4 SIA-Norm 118, oder, wenn die SIA-Norm 118 nicht vereinbart worden ist, bei einem fixen Festpreis im Sinne von Art. 373 Abs. 1 OR. In all diesen drei Fällen ist der Unternehmer sowohl bei einer kleineren wie auch bei einer grösseren Teuerung bei gewissen Positionen verpflichtet, das Werk zum ursprünglich werkvertraglich vereinbarten Preis herzustellen; dies selbst dann, wenn der Unternehmer mehr Arbeit oder grössere Materialpreise gehabt hat, als werkvertraglich vorgesehen war (Art. 64 Abs. 1 Satz 2 SIA-Norm 118; Art. 373 Abs. 1 OR). Es gilt das sog. Festpreisprinzip.

Fristüberschreitungen

Zwar haften Bauherr und Unternehmer je gegenseitig für Schäden aus Fristüberschreitungen, die sie verschuldet haben (Art. 97 Abs. 1 SIA-Norm 118). Es geht hier mithin um Verspätungsschäden wie z.B. entgangener Mietzins oder Produktionsausfälle des Bauherrn oder ein Personalmehraufwand des Unternehmers, wofür sich der Unternehmer oder Bauherr nicht rechtfertigen (exkulpieren) kann. Oft ist die Fristüberschreitung für den Bau bedingt durch Lieferverzögerungen von Materialien aus dem Ausland oder behördlicher Massnahmen im Gefolge der Corona-Pandemie. Eine Hilfsperson im Sinne von Art. 101 OR liegt dann für den Unternehmer typischerweise nicht vor, weshalb er sich exkulpieren kann. Insofern ist bei Lieferverzug für den Bauherrn kein Schadenersatz möglich und er bleibt auf seinen Mehrkosten sitzen.

Festpreisdurchbruch für ausserordentliche Umstände

Das Festpreisprinzip für Pauschalpreise nach Art. 41 SIA-Norm 118 oder fixen Festpreisen gemäss Art. 373 Abs. 1 OR kann unter *ausserordentlichen Umständen*, mithin einer ausserordentlichen Teuerung, *ausnahmsweise* durchbrochen werden (Art. 59 SIA-Norm 118; Art. 373 Abs. 2 OR). Dies gilt dann, wenn im Werkvertrag kein Teuerungsabrechnungsverfahren vereinbart wurde oder wenn mit der Vereinbarung eines Pauschalpreises im Sinne von Art. 41 Abs. 1 SIA-Norm 118 oder einem fixen Festpreis im Sinne von Art. 41 SIA-Norm 118 eine ausdrückliche Vereinbarung besteht, dass *keine Teuerungsabrechnung* im Sinne von Art. 64 – 68 SIA-Norm 118 erfolgen soll.

Der SIA hat in einem Merkblatt vom 27. September 2021 (www.sia.ch) sinngemäss folgende *vier Bedingungen für eine Mehrvergütung* nach Art. 59 SIA-Norm 118 bzw. Art. 373 Abs. 2 OR aus Rechtsprechung und Lehre zusammengefasst, was hier ergänzend zu präzisieren ist:

1. *Bedingung 1:* In verfahrensmässiger Hinsicht muss der Unternehmer der Bauherrschaft aufgrund seiner Informationspflicht nach Treu und Glauben die geltend gemachten, nach Meinung des Unternehmers ausserordentlichen Umstände, *unverzüglich nach Kenntnisnahme mit der Absicht der Überwälzung auf die Bauherrschaft, anzeigen*. Ein Formerfordernis besteht nicht, ausser im Werkvertrag sei ein solches vereinbart. Aus Beweisgründen kommt hier praktisch nur eine textlich nachweisbare Form (Protokoll einer Bauprojektsitzung, E-Mail mit ausdrücklicher Empfangsbestätigung der Gegenseite) oder eine schriftliche Anzeige mit Empfangsnachweis (Einschreiben, A-Post Plus) in Frage.

2. *Bedingung 2:* Es liegen *ausserordentliche Umstände* vor, welche nicht vorausgesehen werden konnten oder welche nach den von beiden Vertragsparteien angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren. Diese ausserordentlichen Umstände dürfen dementsprechend erst *nach Vertragsschluss eingetreten* oder zu Tage getreten sein.

3. *Bedingung 3:* Die ausserordentlichen Umstände verursachen einen *erheblichen Mehraufwand an Kosten oder Arbeit.* Der unerwartete Mehraufwand muss infolge des eingetretenen Zufalls entstanden sein. Soweit der Unternehmer den Mehraufwand selbst verschuldet hat, ist diese *Bedingung 3* nicht erfüllt.

4. *Bedingung 4*: Die Vertragsdurchführung gemäss Werkvertrag muss dem Unternehmer angesichts der ausserordentlichen Umstände *übermässige und unzumutbare Opfer abverlangen*. Massgebend ist stets das Missverhältnis zwischen der ganzen Leistung des Unternehmers und der vertraglichen Gesamtvergütung (BGer 4A_605/2020 E. 4.2.2, BGE 104 II 314 E. b S. 317). Das gilt auch dann, wenn für verschiede Einzelleistungen verschiedene Preise vereinbart wurden. Es muss im Ergebnis ein *krasses offenbares Missverhältnis* zwischen der *Gesamtleistung* des Unternehmers und der *vereinbarten Gesamtvergütung* bestehen (BGer 4A_605/2020 E. 4.2.2, BGE 58 II 423, 68 II 173, 93 II 188). Solange die durch ausserordentliche Umstände bewirkten Mehrkosten einer zu einem Festpreis übernommenen Einzelleistung (allein oder zusammen mit entsprechenden Mehrkosten einer anderen Einzelleistung) nicht zu einem *offenbaren krassen Missverhältnis zwischen der Gesamtleistung und der Gesamtvergütung* führen, sind diese unter Art. 59 SIA-Norm 118 oder unter Art. 373 Abs. 2 OR unerheblich (Gauch/Stöckli, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2.A., Zürich 2017, Art. 59 Rz 5.5). *Beispiel:* Eine Subunternehmerin forderte im Bundesgerichtsentscheid BGer 4A:605/2020 vom 24. März 2021 von einem Generalunternehmer (GU) eine zusätzliche Vergütung gestützt aus Art. 59 Abs. 1 SIA-Norm 118 infolge nötig gewordener Mehrmengen bei der Bauausführung gegenüber den Angaben im Baubeschrieb des GU. Das Bundesgericht entschied wie die Vorinstanz (Handelsgericht Zürich), dass die Subunternehmerin mit dem GU einen Gesamtpreis als Pauschalpreis im Sinne von Art. 42 Abs. 2 und Art. 41 Abs. 1 SIA-Norm 118 vereinbart hatte. Auch beim Pauschalpreis können die Parteien fakultativ ein Leistungsverzeichnis zugrunde legen. Vorliegend standen Mehrmengen bei nur zwei Positionen über 100% zur Diskussion. Da das krasse offenbare Missverhältnis sich vorliegend nur auf einzelne Positionen bezog, nicht aber auf die Gesamtleistung und die Gesamtvergütung, ging das Bundesgericht nicht von einem Anwendungsfall von Art. 59 SIA-Norm aus. *Eine Mehrvergütung war daher nicht geschuldet.* Nicht anders wäre es bei einer Teuerung unter Anwendung von Art. 373 Abs. 2 OR.

Kein Fall von force majeur

Wenn der Unternehmer – wie bei einer Teuerung – ausserstande ist, das Hindernis (das allenfalls auf höherer Gewalt beruht oder sonst wie unvoraussehbar war) mit zumutbarem Aufwand zu begegnen und sich das – wie bei der Teuerung – dem Risikobereich auch des Bauherr entzieht – so bleibt der Unternehmer Schuldner und käme bei Nichtlieferung wegen Teuerung in Schuldnerverzug (vgl. Peter Gauch, Der Werkvertrag, 6.A., Zürich 2019, N 681). Es liegt daher bei der Teuerung *kein Fall von force majeur* (höhere Gewalt) vor, da für diesen Risikobereich (Erdbeben, Orkane, Fluten, Felsverschiebungen usw.) keine Partei einzustehen hat (so sinngemäss auch Art. 187 Abs. 3 SIA-Norm 118). Der vereinbarte Preis mit oder ohne Teuerung bleibt demgegenüber in der Risikosphäre des Unternehmers. Ein ausnahmsweiser Festpreisdurchbruch ist denn auch als *ausserordentliche Umstände* gemäss Art. 59 SIA-Norm 118 und Art. 373 Abs. 2 OR und sinngemäss mit der bundesgerichtlichen Umschreibung als *offenbares krasses Missverhältnis zwischen Gesamtleistung und Gesamtvergütung* und ihrer *Unzumutbarkeit* geregelt.

Empfehlungen der KBOB

Aufgrund der Sorge, dass angesichts der Teuerungsumstände und Lieferengpässe verschiedene Unternehmer oder Subunternehmer Liquiditätsengpässe haben oder gar ein Konkurs droht und damit niemandem gedient wäre, hat die KBOB (Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren) am 31. Mai 2021 (aktualisiert am 15.09.2022) folgende Empfehlungen herausgegeben:

- *Bauarbeiten:* Entstehen *Mehr- oder Minderkosten* infolge ausserordentlicher Materialpreisänderungen, sollen diese nachträglich für alle betroffenen Materialien abgegolten werden, sofern sie *5% der gesamten Materialkosten* gegenüber dem Stichtag (Tag der Einreichung der Offerte) über- oder unterschreiten. Dabei werden Preisentwicklungen über den Zeitraum von 6 Monaten in Betracht gezogen.

- *Holzbau:* Entstehen Mehr- oder Minderkosten infolge ausserordentlicher Materialpreisänderungen, sollen diese nachträglich für alle betroffenen Materialen abgegolten werden, sofern sie *10% der gesamten Materialkosten* gegenüber dem Stichtag (Tag der Einreichung der Offerte) über- oder unterschreiten.

- *Gebäudehülle:* Für die einzelnen Materialien gemäss Gliederung im Leistungsverzeichnis je *5% der gesamten Materialkosten* analog den Bauarbeiten oben.

Fazit mit 4 Thesen

Grundsätzlich sind Verträge zu halten (*pacta sunt servanda*). Zwar ist der Einbau von Teuerungsklauseln in Werkverträgen heute begrüssenswert. Im Teuerungsfalle wird aber schnell klar, dass deren Anwendung bei allen Methoden aufwändig, komplex und insofern wenig praxistauglich ist; so insbesondere beim Mengennachweisverfahren. Eine Anpassung bei ausserordentlichen Umständen und bei einer ausserordentlichen Teuerung im Sinne von Art. 59 SIA-Norm 118 oder Art. 373 Abs. 2 OR stellt grundsätzlich eine Ausnahme dar. Das dürfte auch derzeit nur selten der Fall sein. Die KBOB-Empfehlung hilft daher in der Baupraxis in den meisten Fällen nicht weiter. Aus meiner Sicht ergeben sich folgende Thesen:

1. Welcher Schwellenwert ist für das Verhältnis von Gesamtleistung und Gesamtvergütung der jeweiligen Unternehmung anzunehmen und was ist dazu ein krasser, nicht zumutbares Missverhältnis im Sinne der Bundesgerichtspraxis?

   a) These 1: Ein Festpreisdurchbruch und damit eine teilweise Übernahme der Teuerung bei ausserordentlichen Umständen im Sinne von Art. 59 SIA-Norm 118 oder Art. 373 Abs. 2 OR kommt gemäss Bundesgerichtspraxis *nur dann* in Betracht, wenn die Erfüllung des Werkvertrages für den Unternehmer ein *offenbares krasses Missverhältnis* zur vereinbarten Vergütung bedeutet und insofern *nicht mehr zumutbar* ist. Es kommt nicht auf die Teuerung bei wenigen Einzelpositionen an, sondern auf das *Verhältnis von Gesamtleistung und Gesamtvergütung der jeweiligen Unternehmung*, welches *unzumutbare Opfer* abverlangt. Massgebend sind immer die besonderen Umstände des Einzelfalles. Beweispflichtig dafür und für die Teuerung ist der Unternehmer.

b) *These 2*: Mit Verweis auf These sind ausserordentliche Umstände wie auch eine ausserordentliche Teuerung *kein Fall von höherer Gewalt oder force majeur*.

c) *These 3:* Im Lichte der spärlichen Bundesgerichtspraxis wird schnell klar, dass die 5 bis 10% Mehrvergütung gemäss der KBOB-Empfehlung *kein genereller Schwellenwert* für ein offenbares krasses und unzumutbares Missverhältnis sind. Da diese KBOB-Empfehlungen weder Vertrag noch Gesetz sind, ist nicht darauf abzustellen. *Ausserordentliche Umstände* im Sinne des Bundesgerichts müssten – wenn schon - m.E. mit einem Schwellenwert von *mindestens über 30 % der gesamten Materialkosten* beziffert werden.

2. Welcher Schwellenwert kann für das Verhältnis von *Einzelgattungen oder Einzelpositionen* angenommen werden, um einen Fall einer ausserordentlichen Teuerung gemäss Art. 59 SIA-Norm 118 oder Art. 373 Abs. 2 OR anzunehmen?

   a) *These 4*: Die Bauherrschaft kann sich auf den Standpunkt stellen, dass sie erst bei einer Teuerung von klar ausgewiesen über 10% überhaupt auf Verhandlungen eintritt. Dies vor allem aus dem Brancheninteresse, eine gute Subunternehmerin oder eine gute Fachkraft nicht der Gefahr eines Konkurses auszusetzen. Dies ohne präjudizielle Wirkung.

   b) *These 5:* Einzelpositionen mit Kostensteigerung von 15 – 25%, dies abhängig vom Gewerk, fallen dann aus Brancheninteresse in Betracht für eine Diskussion, wenn die Summe der Teuerung der betreffenden Einzelpositionen mehr als 10% des vereinbarten gesamten Werkpreises eines Unternehmers ausmacht. Dabei werden Preisentwicklungen über den Zeitraum von 6 Monaten in Betracht gezogen. Dies ohne präjudizielle Wirkung.

***Christopher Tillman**
Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht bei Legis Rechtsanwälte AG in Zürich, www.legis-law.ch, Dozent für Bau- und Immobilienrecht an der SVIT-School AG am Lehrgang Immobilientreuhand sowie Mitglied des Vorstandes der Kammer Unabhängiger Bauherrenberater (KUB) des SVIT.