

BAU- UND IMMOBILIENRECHT

AKTUELLE THEMEN – KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE

NOVEMBER 2018

NEWSLETTER 10



Liebe Leserin, lieber Leser

Nachträge am Bau sind ein leidliches Problem bei Bauvorhaben. Mit einem effektiven und aktiv umgesetzten Nachtragsmanagement beschäftigt sich deshalb unser erster Beitrag. Welche Nachträge sind etwa berechtigt und welche nicht? Welche Vorteile zeitigt das Investment in ein sorgfältiges Nachtragsmanagement?

Ab Seite 5 gehen wir der Frage nach, wann ein Mietobjekt für Geschäftsräume den zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand erfüllt. Konkrete Beispiele aus der Praxis zeigen dabei schwierige Abwägungen und mögliche Knackpunkte auf. Und auch beim verdichteten Bauen treten häufig Konflikte zwischen den beteiligten Parteien auf, auf die unser Beitrag ab Seite 8 genauer eingeht. Welche Vorgehensweisen bieten sich etwa bei erheblichem Widerstand vonseiten der Nachbarn an?

Wir wünschen Ihnen eine anregende Lektüre.

Junes Babay, Redaktor

IN DIESER AUSGABE:

- **Top-Thema:**
Das Nachtragsmanagement – ein Versuch, den Mehrkosten Herr zu werden Seite 1
- **Best Practice:**
Geschäftsraummiete – Tauglichkeit des Mietobjekts zur Verwendung Seite 5
- **Best Practice:**
Verdichtetes Bauen Seite 8
- **Arbeitshilfe:**
Geschäftsmietvertrag Seite 11

Das Nachtragsmanagement – ein Versuch, den Mehrkosten Herr zu werden

Nachträge sind bei Bauherrschaften so unerwünscht wie Mängel. Doch in der Realität lässt sich ein Bauprojekt kaum ohne Mehr- oder Zusatzkosten und damit sogenannten Nachträgen realisieren.

■ **Von Christoph Schärli, lic. iur., Rechtsanwalt**

Doch was versteht man überhaupt unter Nachträgen?

Eine gesetzliche Definition gibt es nicht. Die SIA-Ordnungen oder auch die KBOB-Vertragsbedingungen, welche im Bau beinahe die Rolle von gesetzlichen Regeln übernommen haben,

sprechen – knapp zusammengefasst – von nachträglichen Kosten für Leistungen, welche zusätzlich zur vereinbarten Vergütung anfallen. Eine solche Zusatzvergütung ist vom Bauherrn dann geschuldet, wenn der Vertragspartner zusätzliche – über den verein-

barten Leistungsumfang hinausgehende und damit nicht mehr mit dem dafür vereinbarten Honorar abgeltene – Leistungen erbringt und die Ursachen der Mehrleistungen nicht vom Vertragspartner selber verursacht worden sind, sondern in den Risikobereich der Bauherrschaft fallen.

Dies liest sich sehr einfach – ist es aber nicht. Denn die Beurteilung, welche Leistungen im vereinbarten Leistungsumfang enthalten (und damit über die vereinbarte Vergütung abgelteten) sind und welche nicht, ist komplex. Insbesondere dann, wenn der vertraglich definierte Leistungsumfang im Vertrag oder Projektbeschreibung nicht genügend präzise definiert ist. Doch auch bei einem detaillierten Leistungsverzeichnis bieten Nachträge genügend heikle Abgren-



zungs- und Verantwortlichkeitsfragen. So auch regelmässig in Bezug auf Umfang und Berechnungsgrundlage der zusätzlich geltend gemachten Vergütung.

PRAXISBEISPIEL



Die Gründe, als Bauherrschaft mit Nachtragsforderungen konfrontiert zu werden, können vielschichtig sein. Bestellungenänderungen und Umlanungen, welche der Bauherr veranlasst, können genauso die Ursache bilden wie auch Änderungen von Gesetzen und Vorschriften, Störungen aufgrund externer ausserordentlicher Vorkommnisse, neue, unerwartete Erkenntnisse betreffend den Baugrund, Einsprachen im Baubewilligungsverfahren oder verspätete, fehlende oder mangelhafte Leistungen anderer in das Projekt involvierter Parteien.

Alle diese Ursachen (und noch weitere) können dazu führen, dass ein Planer oder ein Unternehmer während eines Vorhabens plötzlich Leistungen erbringen muss, welche entweder in qualitativer oder in quantitativer Hinsicht über den vereinbarten und mit dem Grundhonorar abgegoltenen Leistungsumfang hinausgehen.

Die Verschuldensfrage

Dass die Bauherrschaft für diese Ursachen meist kein Verschulden trägt, ändert nichts daran, dass sie es ist, die am Schluss den betreffenden Vertragspartnern (sofern die Ursache für den Nachtrag nicht in deren Verantwortungsbereich liegt) die zusätzlichen Leistungen vergüten muss, ungeachtet dessen, ob sie dafür den Verursacher belangen kann oder nicht.

PRAXISBEISPIEL



Gerade bei sogenannten Bauablaufstörungen (Verzögerungen, Baustopp etc.) sieht sich eine Bauherrschaft oft von verschiedenen Seiten mit Nachtragsforderungen konfrontiert. Der Bauleiter muss länger und öfter auf die Baustelle, der später ausführende Unternehmer das Gerüst länger stehen lassen oder seine Arbeiter länger bereithalten etc. All dies führt zu Mehraufwand, für welchen die Bauherrschaft den Vertragspartnern gegenüber einzustehen hat und auch das Risiko trägt, auf den Kosten sitzen zu bleiben, wenn sie diese vom Verursacher der Verzögerung nicht erhältlich machen kann bzw. es keinen oder keinen haftbaren Verursacher dafür gibt.

Berechtigte oder unberechtigte Nachträge?

Nachträge sind bei Bauvorhaben fast alltäglich. Dass dabei von Unternehmern und Planern auch immer wieder Nachträge geltend gemacht werden, welche in ihrem Bestand oder in der entsprechenden Höhe rechtlich und sachlich nicht berechtigt oder zumindest nicht genügend begründet sind, liegt auf der Hand.

Dazu kommt, dass Nachtragsforderungen meist in Laufe der Ausführungsphase auftauchen, in welcher der Vertragspartner, da er nicht mehr einfach ausgetauscht werden kann, eine relativ starke Verhandlungsmacht besitzt.

Die unbegründeten und unberechtigten von den berechtigten Nachträgen zu unterscheiden und insbesondere auch die Ursachen für Nachträge früh zu erkennen ist somit für die Bauherrschaft von eminenter Wichtigkeit. Dies erfordert ein strategisches und bewusstes Management der Nachträge.

Nachtragsmanagement als Lösungsansatz

Mit einem guten Nachtragsmanagement werden die folgenden Ziele angestrebt:

- Nachträge und damit Zusatzkosten sollen früh erkannt und erfasst werden.
- Nachtragsofferten sollen sauber und sachlich begründet werden.
- Die Grundzüge der Art und Höhe der Vergütung von Nachträgen sollten bereits im Vertrag festgelegt sein.
- klare Abgrenzung und Trennung von berechtigten und unberechtigten Nachträgen
- frühes Erkennen von Bauablaufstörungen und Differenzen mit Vertragspartnern über Vergütungs- und Leistungsfragen
- Vermeiden von Störungen der Zusammenarbeit

Ein effektives Nachtragsmanagement beinhaltet zwei Phasen: In der **Offert- und Vertragsphase** sollten mit der Regelung des Leistungsgegenstands sowie mit der Festlegung der formellen und inhaltlichen Regeln zum Umgang mit Nachträgen bereits entscheidende Weichen gestellt werden. In der **Phase der Ausführung** müssen die getroffenen Regelungen und Massnahmen entsprechend eingehalten und umgesetzt werden.

Offert- und Vertragsphase

Eine gute vertragliche Grundlage bietet die Basis, um überhaupt ein Nachtragsmanagement umsetzen zu können. Im Vertrag sollte der mit der vereinbarten Vergütung abgegoltene Leistungsumfang möglichst detailliert und für beide Parteien verständlich definiert werden. Ohne genügende Leistungsumschreibung wird es per se schwierig, allfällige Zusatzleistungen überhaupt abgrenzen zu können.

► Formelle und kommerzielle Eckpunkte

Ebenso sind die formellen, aber auch die kommerziellen Eckpunkte für allfällige Nachträge im Vertragswerk in den Einzelheiten zu regeln. Die bekannten Vorlagen des SIA und des KBOB beinhalten dazu sowohl bei den Werk- wie auch den Planerverträgen gewisse einzelne Regelungen, doch sind diese sehr allgemein gehalten und sollten entsprechend konkretisiert werden, um später ein genügend griffiges Werkzeug zur Verfügung zu haben, diese Regelungen auch umzusetzen.

Die *formellen Aspekte* eines griffigen Vertragsmanagements beinhalten eine klare Regelung, dass der Vertragspartner der Bauherrschaft/dem Projektleiter allfällige Nachtragsforderungen unverzüglich – d.h. sobald erkennbar – anmelden muss, gleichzeitig verbunden mit der Konsequenz, dass im Nachhinein oder verspätet angemeldete Nachträge nicht genehmigt und auch nicht vergütet werden.

WICHTIGER HINWEIS



Es kann helfen, dafür bereits im Vertrag ein formelles Verfahren mit zeitlichen Fristen zu implementieren, welches festlegt, wie und wann der Vertragspartner seine Nachtragsforderungen anmelden und mittels begründeter Nachtragsofferte vorlegen muss und in welcher Frist der Bauherr diese zu prüfen hat.

Als gutes Instrument hat es sich bewährt, bereits im Vertrag einen regelmässigen (wöchentlichen oder zweiwöchentlichen) Turnus von Sitzungen zwischen Projektleitung und Vertragspartnern festzulegen, an welchen die Frage allfälliger Nachtragsleistungen ein eigenes, festgeschriebenes Traktandum eingeräumt erhält und regelmässig der aktuelle Stand protokolliert wird.



In *kommerzieller Hinsicht* sollten zumindest die Berechnungsgrundlagen, nach welchen die Vergütung für Nachtragsleistungen zu kalkulieren ist, festgelegt werden. Diesbezüglich bestehen bei Planer- und Unternehmerverträge verschiedene Vergütungsmodelle und damit auch Einzelfragen. Es würde den Rahmen des Artikels sprengen, auf alle Einzelheiten einzugehen.

Generell ist jedoch Folgendes festzuhalten: Da es sich bei einem Nachtrag um eine zusätzliche Beauftragung für einzelne spezifische Leistungen handelt, sollte entsprechend ein Vergütungsmodell gewählt werden, welches diesem Umstand Rechnung tragen kann. Pauschalisierende Vergütungsmodelle (wie etwa die Vergütung nach aufwandbestimmender Bausumme bei Planerleistungen) sollten bei solchen einzeln hinzutretenden Leistungen aufgrund ihrer Ungenauigkeit im Einzelfall sehr zurückhaltend gewählt werden.

WICHTIGER HINWEIS



Am nachvollziehbarsten und leistungsgerecht für Nachträge ist eine Vergütung nach effektivem Aufwand. Deshalb sollten bereits im Vertrag die entsprechenden Stunden- und Regieansätze für allfällige Nachträge festgelegt werden. Bei Werkverträgen, bei denen die Vergütung nach Einheitspreisen vereinbart worden ist, sollten soweit möglich auch die Einheitspreise für zusätzliche Leistungen im Voraus bestimmt oder zumindest eingegrenzt werden.

► TU-/GU- und GP-Zuschlag

Beim Total- und Generalunternehmer wie auch beim Generalplanermodell erheben die mit der Gesamtverantwortung beauftragten Vertragspartner regelmässig für die Koordination sowie Übernahme der Haftungs- und Liquidationsrisiken zusätzlich zu der Vergütung für die einzelnen Leistungen einen sogenannten TU-/GU-/GP-Zuschlag.

Dieser Zuschlag wird meist in einem prozentmässigen Aufschlag zur gesamten Vergütungssumme veranschlagt. Ob und in welchem Ausmass ein solcher Zuschlag bei einem Nachtrag berechtigt ist, ist immer wieder Gegenstand von Diskussionen.

RECHTSTIPP



Es ist zu empfehlen, bereits im Vertrag zu regeln, in welchen Fällen bei Nachträgen ein entsprechender Zuschlag fällig wird. Aus Sicht der Bauherrschaft ist ein genereller Zuschlag auf alle Nachträge abzulehnen. Ein solcher sollte nur dann akzeptiert werden, wenn im Nachtrag auch eine effektive zusätzliche Mehrleistung durch den Gesamtverantwortlichen anfällt und nachvollziehbar begründet werden kann.

Ausführungsphase

Die besten Vertragsgrundlagen und Regelungen hinsichtlich Nachträgen nützen nichts, wenn die Vertragsparteien diesen während der Ausführung nicht genügend Beachtung schenken und das vertragliche Instrument, welches sie sich geschaffen haben, nicht benutzen.

WICHTIGER HINWEIS



Entscheidend für ein gutes Vertragsmanagement ist eine zeitnahe und vorausschauende Behandlung der Nachträge. Die Frage, ob es sich nun um eine zusätzliche Leistung handelt oder nicht, ist bereits für sich genug komplex. Wird die Diskussion darüber aber erst einige Wochen oder gar Monate nach der Leistungserbringung geführt, können die Einzelheiten kaum mehr nachvollzogen werden.

Oft sehen sich Bauherrschaften zudem mit Nachtragsofferten konfrontiert, aus welchen nicht nachvollzogen werden kann, welche Leistungen zusätzlich zum vertraglich vereinbarten Leistungsumfang hinzutreten und wieso diese so viel kosten. Dem Unternehmer und/oder Planer obliegt aber eine Begründungspflicht für seine zusätzlichen Forderungen. Nur so kann der Bauherr überhaupt nachvollziehen, welche Leistungen aus welchen Gründen zusätzlich anfallen und welche zusätzliche Vergütung gestützt auf welche Berechnungsgrundlage dafür fällig wird.

MINDERLEISTUNGEN

Mehrleistungen gehen sodann auch öfters mit Minderleistungen einher. Bei einer allfälligen Bestandsänderung/Umplanung ist immer auch zu prüfen, ob dadurch gewisse Leistungen aus dem ursprünglichen Leistungsumfang wegfallen und sich der Nachtrag um diese Position reduziert. Diese Begründung ist einzufordern, und nicht nachvollziehbare Nachträge sind zur Überarbeitung zurückzuweisen.



Grundsätzlich handelt es sich bei einem Nachtrag um eine Vertragserweiterung. Eine solche kommt nur aufgrund einer beidseitig übereinstimmenden Willenserklärung zustande. Diese kann zwischen den Parteien jedoch auch konkludent erfolgen. Entscheidend sind die Umstände im Einzelfall, aus der Rechtsprechung kann deshalb keine klare Regelung abgeleitet werden. Somit besteht für beide Vertragsparteien die Gefahr, bei Stillschweigen, Zuwarten oder Nichtreaktion allfällige zusätzlich erbrachte Leistungen stillschweigend zu genehmigen oder aber andernfalls diese Leistungen ohne Anspruch auf eine Vergütung zu leisten. Jedenfalls ist die Beweislage in solchen Fällen beiderseits sehr dünn, und entsprechend sind die Risiken in einem allfälligen Gerichtsverfahren über die Frage der Vergütung auf beiden Seiten schwer abschätzbar.

► Nachträge an Projektsitzungen

Dem kann mit einem guten Vertragsmanagement entgegengewirkt werden. Es ist im Interesse beider Vertragsparteien, die Frage allfälliger Nachträge proaktiv anzugehen.

Bewährt hat sich dabei, regelmässig Projektsitzungen durchzuführen und darin der Frage von Nachträgen ein eigenes Traktandum einzuräumen. Die entsprechenden Sitzungen sind zu protokollieren. Beide Vertragsseiten werden dadurch diszipliniert, Nachträge re-

gelmässig und zeitlich nahe zur Ursache auf Tapet zu bringen. Dies ermöglicht ein konstantes Abarbeiten von einzelnen Positionen. Weiter behält so die Bauherrschaft aktiv die Kontrolle über die Kosten- und Mehrkosten und die Übersicht über die finanziellen Konsequenzen allfälliger Bestellungenänderungen.

Gleichzeitig muss auch der Vertragspartner seinen Aufwand und seine Leistungserbringung konsequent überprüfen und – sollte er der Auffassung sein, Zusatzleistungen erbringen zu müssen – entsprechend schnell darauf hinweisen. Eine regelmässige Kontrolle in der Frage der Nachträge stellt sodann auch einen guten Sensor dar, um Bauablauf- und andere Störungen frühzeitig erkennen und allfällige Massnahmen dagegen einleiten zu können.

Aus Sicht der Bauherrschaft könnte bei einem solchen proaktiven Umgang mit Nachträgen die Gefahr gesehen werden, damit die Vertragspartner zum Stellen von solchen geradezu zu motivieren. Diesem Argument ist Folgendes entgegenzuhalten:

Selbstredend ist es mit dem blossen Anmelden von Nachträgen nicht getan. Der Vertragspartner muss diese sowohl im Bestand wie auch im Umfang begründen und detailliert offerieren können. Nur wenn dies vor dem Zeitpunkt der Ausführung geschieht, kann der Bauherr prüfen, ob die Leistungen effektiv Zusatzleistungen darstellen und, falls ja, ob er diese mit den entsprechenden finanziellen Konsequenzen tragen will oder allenfalls nach kostengünstigeren Alternativen gesucht wird. Bei einem guten Vertragsmanagement wird der Vertragspartner schnell erkennen, dass er nur dann Nachträge genehmigt erhält, welche er effektiv begründen kann.

WICHTIGER HINWEIS

Eine aktive und zeitnahe Abarbeitung verhindert sodann auch spätere grössere Differenzen oder gar einen Baustopp. Ein aktives Nachtragsmanagement, bei welchem die Diskussionen über Nachträge konkret und im Einzelfall geführt und – sofern nötig – auch mit einem pragmatischen Kompromiss erledigt werden können, ist einem Verdrängen der Diskussionen der Nachträge auf später mit Sicherheit vorzuziehen.



► Gute Beweislage durch Protokollierung

Eine regelmässige Abhandlung der Nachträge an den Projektsitzungen mit schriftlicher Protokollierung sorgt zudem für eine gute Dokumentation und Beweislage für die Bauherrschaft.

RECHTSTIPP



Sind im Protokoll keine angemeldeten Nachträge enthalten, erübrigt sich auch eine spätere Diskussion darüber. Schlussrechnungen, welche mit diversen nicht nachvollziehbaren Nachträgen «garniert» und aufgrund einer unsicheren Beweislage schlussendlich mit einer Kompromisszahlung erledigt werden, sollten dann der Vergangenheit angehören und das Risiko langwieriger und kostspieliger Gerichtsverfahren (sog. Abrechnungsprozesse) vermieden oder zumindest reduziert werden.

Mit einem sorgfältigen und aktiv umgesetzten Nachtragsmanagement signalisiert die Bauherrschaft gegenüber den Planern und Unternehmern, dass Nachträge – sofern berechtigt und begründet – genehmigt und vergütet werden, macht jedoch gleichzeitig auch klar, dass dies in einem formell korrekten und transparenten Verfahren geschehen müsse.

Fazit

Dass die Umsetzung eines solchen Verfahrens sowohl im Rahmen der Vertragsausarbeitung wie auch der Ausführung mit einem gewissen Aufwand verbunden ist, ist nicht von der Hand zu weisen. Angesichts der Risiken, welche damit reduziert werden können, und dem Mehr an Kontrolle, welches die Bauherrschaft über die Mehrkosten und allfälligen Bauablaufstörungen im Projekt gewinnt, ist der überschaubare Aufwand an Zeit und Geld für ein gutes Nachtragsmanagement mit Sicherheit ein Investment, das sich im Ergebnis mehr als rentiert.



AUTOR

Christoph Schärli, lic. iur., ist als Rechtsanwalt bei Geissmann Rechtsanwälte in Baden und Zürich tätig. Er berät und vertritt Unternehmen, Gemeinwesen sowie Privatpersonen in

allen Belangen des öffentlichen und privaten Baurechts sowie des Submissions- und Verwaltungsrechts.