

# BAU- UND IMMOBILIENRECHT

SEPTEMBER 2021

AKTUELLE THEMEN – KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE

NEWSLETTER 08



## Liebe Leserin, lieber Leser

Zahlreiche langwierige Gerichtsprozesse zwischen Besteller und Totalunternehmer würden sich durch eine vorausgehende sorgfältige Vertragsgestaltung erübrigen. Mit Beispielen zu den Risiken für den TU und deren Lösungsmöglichkeiten beginnen wir unsere heutige Ausgabe für Sie ganz praxisnah. Welche Tücken etwa lassen sich bei Rügefristen, Atlasten oder Erfüllungsgarantien vermeiden? Wir zeigen Ihnen jeweilige Lösungsmöglichkeiten auf.

Ab Seite 6 beleuchten wir vertragliche Gestaltungen beim Bau von Solaranlagen als Zusammenschluss zum Eigengebrauch. Wie sieht es mit den Rollen und Verantwortlichkeiten im Betriebsvertrag aus sowie mit dem Datenschutz? Und zum Schluss steht der Bauleiter ab Seite 10 im Mittelpunkt unserer Betrachtungen. Wie wird dieser definiert? Welche sind seine Kernaufgaben?

Wir wünschen Ihnen eine anregende Lektüre

Junes Babay, Redaktor

## IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema:  
Gestaltung  
des TU-Werkvertrags Seite 1
- Best Practice:  
Datenschutz im ZEV Seite 6
- Best Practice:  
Der Bauleiter Seite 10

## Tipps und Tücken bei der Gestaltung des TU-Werkvertrags

Viele unnötige und langjährige Gerichtsprozesse zwischen Besteller und Totalunternehmer sind auf unklare, fehlende oder widersprüchliche Bestimmungen im TU-Werkvertrag zurückzuführen. Oftmals liessen sich diese Prozesse durch eine sorgfältige und professionelle Vertragsgestaltung vermeiden. Es lohnt sich daher, sich bereits zum Zeitpunkt der Redaktion des TU-Werkvertrags – und nicht erst zum Zeitpunkt der Streiteskalation – juristische Unterstützung zu holen.

### ■ Von Dr. iur. Andrea Domanig

Im Nachfolgenden wird auf einige Vertragsklauseln mit Risikopotenzial für den Totalunternehmer eingegangen, und es werden Lösungsansätze für die Vertragsgestaltung aufgezeigt.<sup>1</sup>

#### Komplettheitsklausel

*Ausgangslage:* Bei der Komplettheitsklausel (auch Vollständigkeitsklausel genannt) handelt es sich um eine Vertragsklausel, die sich auf den Abgeltungsumfang des Pauschalprei-

ses bezieht. In dieser Klausel verabreden die Parteien, dass mit dem vereinbarten Pauschalpreis alle Leistungen abgegolten werden, die zur vertragsgemässen Ausführung des vereinbarten Werks notwendig sind, und zwar unabhängig davon, ob sie im Vertrag speziell beschrieben sind oder nicht.<sup>2</sup>

Es gibt verschiedene «Härten» solcher Komplettheitsklauseln. Als «hart» kann eine Komplettheitsklausel namentlich dann bezeichnet werden, wenn der Totalunternehmer die Vollständigkeit auch für Leistungen garantiert, die gänzlich nicht voraussehbar und/oder völlig unerwartet sind, d.h., deren Erforderlichkeit der Totalunternehmer aufgrund des von ihm zu erwartenden Sachverstands nicht erkennen konnte. Beispiel einer «harten» Komplettheitsklausel:<sup>3</sup>



«Der Pauschalpreis umfasst alle Leistungen, die für die Erstellung des schlüsselfertigen Werks notwendig sind, auch wenn diese im vorliegenden Vertrag und seinen Bestandteilen nicht speziell erwähnt bzw. umschrieben sind.»

**Risiko für TU:** Durch das Eingehen einer solchen «harten» Komplettheitsklausel sichert sich der Besteller ein sogenanntes Rundumsorglos-Paket. Für den Totalunternehmer hingegen bergen die «harten» Komplettheitsklauseln ein nicht zu unterschätzendes Risiko. Insbesondere übernimmt der Totalunternehmer damit das Risiko einer unvollständigen oder fehlerhaften Leistungsbeschreibung oder – sofern die Planung durch den Besteller erarbeitet wurde – einer unvollständigen, widersprüchlichen oder fehlerhaften Planung. Im letzteren Fall besteht die erhebliche Gefahr, dass der Totalunternehmer auch dann keine zusätzliche Entschädigung vom Besteller fordern kann, wenn sich während der Ausführung wesentliche Mängel der Planung zeigen, welche der Totalunternehmer bei aller Sorgfalt nicht erkennen konnte.

**Empfehlung/Lösungsansatz:** Die «harte» Komplettheitsklausel kann etwas abgeschwächt werden, indem ausdrücklich festgehalten wird, dass Leistungen, die im Vertrag nicht speziell beschrieben sind, nur dann unter die Komplettheitsklausel fallen, wenn der Unternehmer deren Erforderlichkeit aufgrund des von ihm zu erwartenden Sachverstands erkennen konnte («weiche» Komplettheitsklausel). Formulierungsvorschlag:

«Der Pauschalpreis umfasst alle Leistungen, die für die Erstellung des schlüsselfertigen Werks notwendig sind. Dies gilt auch für Leistungen, die im vorliegenden Vertrag und seinen Bestandteilen nicht speziell erwähnt bzw. umschrieben sind, **sofern der Unternehmer deren Erforderlichkeit aufgrund des von ihm zu erwartenden Sachverstands erkennen konnte.**»

### Fehler in der Vorplanung

**Ausgangslage:** Häufig findet sich in TU-Werkverträgen die Bestimmung, dass der Totalunternehmer sämtliche Risiken allfälliger Planungsfehler übernimmt.

**Risiko für TU:** Die Übernahme der Planungshaftung ist insbesondere dann problematisch, wenn die Vorplanung nicht vom Totalunternehmer, sondern vom Besteller oder einem von ihm beauftragten Dritten erarbeitet wurde. Der Totalunternehmer haftet in diesem Fall vollumfänglich für die bisherige durch den Besteller oder von Dritten vorgenommene Planung.

**Empfehlung/Lösungsansatz:** Eine Übernahme der Planungshaftung durch den Totalunternehmer sollte nur erfolgen, wenn

- a) er die gesamte Planung – inklusive Vorplanung – selbst erarbeitet hat oder
- b) er die Grundlagen der vom Besteller oder Dritten erarbeiteten Planung auf Vollständigkeit, Widerspruchsfreiheit, Fehlerfreiheit und Plausibilität überprüfen kann und ein Rückgriffsrecht auf den Planer möglich ist.

### Baugrund- und Altlastenrisiken

**Ausgangslage:** Weder der Totalunternehmer noch der Eigentümer haben einen Einfluss auf die Beschaffenheit des natürlich gewachsenen Baugrunds. Mit den gängigen Hilfsmitteln – namentlich mit geologischen Gutachten, geotechnischen Berichten, Altlasten- und Bodenberichten – kann zwecks Risikominimierung zwar mehr über die Eigenschaften des Baugrunds in Erfahrung gebracht werden, doch ein Restrisiko bleibt immer. Der Begriff des Baugrundrisikos wird in der Norm DIN 4020 «Geotechnische Untersuchungen für bautechnische Zwecke» wie folgt umschrieben (Abschnitt 3.5):

«ein in der Natur der Sache liegendes, unvermeidbares Restrisiko, das bei Inanspruchnahme des Baugrundes zu unvorhersehbaren Wirkungen bzw. Erschwerissen, z.B. Bauschäden oder Bauverzögerungen führen kann, obwohl derjenige, der den Werkstoff Baugrund zur Verfügung stellt, seiner Verpflichtung zur Untersuchung und Beschreibung der Baugrund- und Grundwasserverhältnisse nach den Regeln der Technik zuvor vollständig nachgekommen ist und obwohl der Bauausführende seiner eigenen Prüfungs- und Hinweispflicht Genüge getan hat.»

Bei der Verwendung des Begriffs «Altlast» ist Vorsicht geboten. Gemäss Art. 2 Abs. 3 AltIV





sind Altlasten *sanierungsbedürftige* belastete Standorte. Belastete Standorte, die nicht sanierungsbedürftig sind, stellen hingegen keine Altlasten dar. Im allgemeinen Sprachgebrauch werden unter dem Begriff «Altlasten» oft sämtliche belasteten Standorte (auch nicht sanierungsbedürftige) verstanden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind juristisch-technische Begriffe – wie z.B. der Begriff «Altlast» – aber entsprechend ihrem juristischen Sinn und nicht gemäss allgemeinem Sprachgebrauch zu verstehen (Urteil 4C.301/2004 vom 9. Dezember 2004 E. 2.2). Wenn die Parteien vertraglich sämtliche belasteten Standorte (sowohl sanierungsbedürftige als auch nicht sanierungsbedürftige) abdecken wollen, empfiehlt es sich daher, den übergeordneten Begriff «Bodenkontaminationen» anstelle des Begriffs «Altlasten» zu verwenden.

*Risiko für TU:* Das beschriebene Restrisiko ist weder vermeid- noch kalkulierbar. Die Übernahme dieses Restrisikos durch den Totalunternehmer kommt daher dem Öffnen der Büchse der Pandora gleich. Immerhin ist eine solche Risikoübernahme nicht zu vermuten, sondern muss ausdrücklich erfolgen, ansonsten davon auszugehen ist, dass das Restrisiko beim Eigentümer verbleibt.

*Empfehlung/Lösungsansatz:* Wenn der Totalunternehmer die Baugrunduntersuchungen selbst vornimmt, ist eine Übernahme des Restrisikos möglich und vertretbar. Wenn die Baugrunduntersuchungen hingegen vom Eigentümer oder von diesem beauftragten Dritten vorgenommen werden, sollte der Totalunternehmer das Risiko für Bodenkontaminationen – wenn überhaupt – nur im Umfang der von diesen erarbeiteten Grundlagen übernehmen, und das Restrisiko sollte beim Eigentümer verbleiben. Formulierungsvorschlag:

«Der Totalunternehmer übernimmt das Risiko für Bodenkontaminationen im Umfang der folgenden vom Besteller bzw. von diesem beauftragten Dritten erarbeiteten Grundlagen:

- ...
- ...
- ...

Das Restrisiko, d.h. das Risiko für Bodenkontaminationen, die sich nicht aus den soeben



aufgeführten Grundlagen ergeben, verbleibt beim Besteller.»

### Risiko für Gebäudeschadstoffe

*Ausgangslage:* Gebäudeschadstoffe können bei Um- oder Rückbauten von Gebäuden zu Gesundheitsgefährdungen der Arbeiter und Bewohner führen sowie unvorhergesehene Kosten und Zeitverzögerungen verursachen. Zu den typischen Gebäudeschadstoffen gehören Asbest, polychlorierte Biphenyle (PCB), polyzyklische aromatische Kohlenwasserstoffe (PAK), Schimmelpilze und Schwermetalle.<sup>4</sup> Es gilt zu bemerken, dass Gebäudeschadstoffe keine belasteten Standorte sind.<sup>5</sup>

*Risiko für TU:* Durch vorgängige Untersuchungen können zwar Kenntnisse über die Art, die Beschaffenheit und den Zustand des bestehenden Bauwerks erlangt werden, eine abschliessende Beurteilung des Bestands wird jedoch kaum je möglich sein. Konkrete Risiken

zeigen sich oftmals erst während der Bauausführung und sind für den Totalunternehmer bei Vertragsabschluss – selbst unter Anwendung der gebotenen Sorgfalt und Vornahme der notwendigen Untersuchungen – nicht erkennbar.

*Empfehlung/Lösungsansatz:* Wenn der Totalunternehmer die Untersuchungen bezüglich Gebäudeschadstoffen selbst vornimmt, ist eine Übernahme des Restrisikos möglich und vertretbar. Wenn die Untersuchungen hingegen vom Eigentümer oder von diesem beauftragten Dritten vorgenommen werden, sollte der Totalunternehmer das Risiko für Gebäudeschadstoffe – wenn überhaupt – nur im Umfang der von diesen erarbeiteten Grundlagen übernehmen, und das Restrisiko sollte beim Eigentümer verbleiben. Formulierungsvorschlag:

«Der Totalunternehmer übernimmt das Risiko für Gebäudeschadstoffe im Umfang der fol-



genden vom Besteller bzw. von diesem beauftragten Dritten erarbeiteten Grundlagen:

- ...
- ...
- ...

*Das Restrisiko, d.h. das Risiko für Gebäudeschadstoffe, die sich nicht aus den soeben aufgeführten Grundlagen ergeben, verbleibt beim Besteller.»*

## Unlimitierte Konventionalstrafe bei Nichteinhaltung von Terminen

**Ausgangslage:** Es ist üblich, dass die Parteien im TU-Werkvertrag vereinbaren, dass der Totalunternehmer im Falle der Nichteinhaltung der vereinbarten Termine eine verschuldensunabhängige Konventionalstrafe in der Höhe eines bestimmten Betrags pro Tag oder Woche Verspätung zu bezahlen hat (z.B. CHF 80 000.– pro Woche Verspätung oder CHF 2000.– pro Tag Verspätung).

**Risiko für TU:** Wenn es bei der Herstellung des Bauwerks – unabhängig vom Verschulden des Totalunternehmers – zu terminlichen Verzögerungen von mehreren Monaten kommt, was sehr häufig der Fall ist, kann sich die Konventionalstrafe schnell auf einen horrenden Betrag belaufen. Die finanziellen Folgen können für den Totalunternehmer verheerend sein.

**Empfehlung/Lösungsansatz:** Die Parteien sollten die Konventionalstrafe mittels Festlegung einer Höchstgrenze, welche maximal 3–5% des Werkpreises beträgt, limitieren. Formulierungsvorschlag:

*«Sollte der Totalunternehmer die in Ziff. ... vereinbarten Termine nicht einhalten, so hat er dem Besteller – unabhängig von einem Verschulden des Totalunternehmers – folgende Konventionalstrafen zu bezahlen:*

*Angefangene Wochen [alternativ: Tage] zählen jeweils voll.*

*Die totale Konventionalstrafe beträgt maximal CHF ... [3–5% des Werkpreises].*

*Die Bezahlung der Konventionalstrafe befreit nicht von der Einhaltung dieses Vertrages. Die Geltendmachung eines den Betrag der Konventionalstrafe übersteigenden Schadens bleibt vorbehalten.»*

## Ausdehnung der Rügefristen

**Ausgangslage:** Gemäss Art. 172 Abs. 1 i.V.m. Art. 173 Abs. 1 der SIA-Norm 118 können Mängel während der zweijährigen Rügefrist jederzeit gerügt werden, d.h., den Besteller trifft keine Pflicht zur Sofortrüge; vielmehr kann er mit der Mängelrüge theoretisch bis zum letzten Tag der zweijährigen Rügefrist warten. Demgegenüber muss der Besteller Mängel, die er erst nach Ablauf der zweijährigen Rügefrist entdeckt (sog. verdeckte Mängel), gemäss Art. 179 Abs. 2 der SIA-Norm 118 sofort nach deren Entdeckung rügen, ansonsten er seine Mängelrechte verliert. Nach langjähriger Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt für die Sofortrüge eine siebentägige Rügefrist als angemessen.<sup>6</sup> Nicht selten wird das jederzeitige Rügerecht in TU-Werkverträgen – in Abweichung zur Regelung in der SIA-Norm 118 – von zwei auf fünf Jahre ausgedehnt.

**Risiko für TU:** Der Totalunternehmer hat ein Interesse daran, so schnell wie möglich über allfällige verdeckte Mängel Kenntnis zu erlangen, da er diese wiederum fristgerecht gegenüber seinen Subunternehmern geltend machen muss. Die von der SIA-Norm 118 abweichende Regelung, wonach der Besteller allfällige Mängel während fünf Jahren jederzeit rügen kann, ist für den Totalunternehmer insbesondere dann fatal, wenn er im Vertrag

mit seinen Subunternehmern eine Rügefrist nach SIA-Norm 118 vereinbart hat, er nach Ablauf von zwei Jahren also zur Sofortrüge verpflichtet ist. In diesem Fall kann der Subunternehmer dem Totalunternehmer gegenüber die Einrede der verpassten Mängelrügefrist erheben, und der Totalunternehmer hat letztlich für die Mängel des Subunternehmers einzustehen.

**Empfehlung/Lösungsansatz:** Primär ist die Regelung gemäss SIA-Norm 118 anzustreben. Sollten die Parteien eine davon abweichende Regelung treffen wollen, können sie für verdeckte Mängel, also Mängel, die der Besteller erst nach Ablauf der zweijährigen Rügefrist entdeckt, eine Rügefrist von 30 oder 60 Tagen ab Entdeckung vereinbaren. Wichtig ist, dass der Totalunternehmer die mit dem Besteller vereinbarte Regelung gemäss SIA-Norm 118 bzw. eine davon abweichende Vereinbarung auch an seine Subunternehmer weitergibt. Formulierungsvorschlag:

*«In Abänderung von Art. 172 Abs. 2 SIA-Norm 118 haftet der Unternehmer für verdeckte Mängel, sofern sie vom Besteller innert 30 Tagen [alternativ: 60 Tagen] nach der Entdeckung gerügt werden.»*

## Erfüllungsgarantie

**Ausgangslage:** Erfüllungsgarantien in der Höhe von 10% des Werkpreises sind üblich und angemessen; sie schliessen in der Regel alle Vertragserfüllungsrisiken mit ein. Gelegentlich verlangen Besteller eine Erfüllungsgarantie von mehr als 10%. Mit Eingehung einer höheren Erfüllungsgarantie kann sich der Totalunternehmer unter Umständen zwar einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, jedoch sind damit auch Nachteile verbunden (dazu sogleich).

**Risiko für TU:** Zum einen ist eine höhere Erfüllungsgarantie auch mit höheren Kosten für den Totalunternehmer verbunden (Kommission); zum anderen trägt der Totalunternehmer das Risiko des Verlusts des höheren Garantiebetrags, falls die Garantie vom Besteller widerrechtlich in Anspruch genommen wird («unfair calling»).

**Empfehlung/Lösungsansatz:** In der Regel soll die Erfüllungsgarantie nicht höher als 10%

Ereignis Nr.	Beschrieb des Ereignisses	Termin	Konventionalstrafe pro Woche [alternativ: pro Tag] Verspätung
1			
2			
3			
4			



sein (und nicht länger als fünf Monate nach Abnahme des Bauwerks dauern). Bei einem Werkpreis von über CHF 100 Mio. erscheint es sogar angemessen, die Erfüllungsgarantie auf 5% zu begrenzen. Formulierungsvorschlag:

«Der Totalunternehmer verpflichtet sich, dem Besteller innert 30 Tagen seit Unterzeichnung dieser Vertragsurkunde eine Garantie einer erstklassigen Schweizerischen Grossbank oder Versicherungsgesellschaft zu übergeben, wonach sich diese unwiderruflich verpflichtet, dem Besteller auf dessen erste Aufforderung hin und unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden aus diesem TU-Werkvertrag jeden Betrag bis zur Höhe von CHF ... [10% des Netto-Werkpreises] zu bezahlen, gegen die schriftliche Zahlungsaufforderung des Bestellers und dessen schriftliche Bestätigung, dass der Totalunternehmer Verpflichtungen aus diesem TU-Werkvertrag nicht oder nicht richtig erfüllt hat.

Mit dieser Erfüllungsgarantie werden alle Verpflichtungen des Totalunternehmers aus diesem Vertrag sichergestellt (z.B. Rückerstattung von zu viel bezahlten Abschlagszahlungen, Kosten von Ersatzvornahmen durch den Bauherrn, Preisminderungen, Mangel- folgeschäden, Konventionalstrafen, Ablösung oder Sicherstellung allfälliger Bauhandwerk- kerpfrandrechte, Folgen einer vorzeitigen Ver- tragsbeendigung usw.).

*Die Erfüllungsgarantie ist gültig bis fünf Monate nach Abnahme des Werkes gemäss Ziff. ... hiervor.»*

## Coronavirus-Pandemie (COVID-19)

**Ausgangslage:** Die Coronavirus-Pandemie (COVID-19) hat die Welt in den letzten ein- halb Jahren in Atem gehalten, und sie tut es immer noch, auch wenn die aktuellen Zahlen in der Schweiz Grund zur Hoffnung geben, dass eine baldige Rückkehr zur Normalität möglich sein wird. Ob wir die Pandemie aber wirklich bereits überstanden haben oder uns im Herbst 2021 aufgrund der neuen Corona- virus-Varianten eine weitere Welle droht, ist im Moment noch unklar. Fest steht, dass die Baubranche bis jetzt mit einem blauen Auge davongekommen ist. Es ist zu hoffen, dass das so bleibt.

**Risiko für TU:** Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass es bei einer allfälligen weiteren Corona-Welle zu (erneuten) Leistungsbe- hinderungen der Unternehmer kommt, na- mentlich durch krankheitsbedingte Ausfälle der Mitarbeitenden, Störungen in der Zulie- ferkette oder behördliche Baustellenschlies- sung (wobei Letzteres m.E. sehr unwahr- scheinlich sein dürfte). Ebenfalls kann nicht ausgeschlossen werden, dass es in Zukunft neue Pandemien oder Epidemien geben wird. Die pandemie- bzw. epidemiebedingten Leistungsbehinderungen können zu erheb- lichen Verzögerungen und Mehrkosten sei- tens des Totalunternehmers führen, weshalb

dieser gut beraten ist, die entsprechenden Ansprüche für den Fall der Fälle vertraglich zu regeln.

**Empfehlung/Lösungsansatz:** Die Parteien können und sollten die Konsequenzen allfälliger Leistungsbehinderungen infolge einer Pandemie oder Epidemie, insbesondere den Anspruch des Totalunternehmers auf Frist- erstreckung und Mehrvergütung, vertraglich regeln.

## FUSSNOTEN

- 1 Es handelt sich lediglich um eine punktuelle Auswahl an vertraglichen Risiken ohne Anspruch auf Vollständigkeit.
- 2 Peter Gauch, Der Werkvertrag, 6. Auflage, Zürich 2019, N 909a.
- 3 In Anlehnung an die Beispiele von Gauch, N 909b.
- 4 Vgl. <https://www.ar.admin.ch/de/armasuisse-immobilien/technische-vorgaben-armasuisse-immobilien/gebaeudeschadstoffe.html>.
- 5 BGE 136 II 142.
- 6 Urteil des Bundesgerichts 4A\_336/2007 vom 31. Oktober 2007, E. 4.4; Urteil des Bundesgerichts 4A\_51/2007 vom 11. September 2007, E. 4.5; Urteil des Bundesgerichts 4C.130/2006 vom 5. Mai 2007, E. 4.2.2.



## AUTORIN

**Dr. iur. Andrea Domanig** ist Rechtsanwältin und Partnerin bei Baur Hürlimann AG. Das Bau- und Immobilienrecht gehört zu ihren bevorzugten Arbeitsgebieten.

**SMARTE LÖSUNGEN FÜR IMMOBILIEN**

BDO – Ihr Abacus Goldpartner und Experte für Abalmmo:

**Eine modulare Gesamtlösung für die Bewirtschaftung Ihrer Immobilien**

[www.bdo.ch](http://www.bdo.ch)

ABACUS  
Gold Partner

**BDO**

Prüfung | Treuhand | Steuern | Beratung