

werk, bauen + wohnen

Heft 6/2018, S. 49 f.

Marktpreis bei Beststellungsänderung Ein pragmatischer Bundesgerichtsentscheid

Patrick Middendorf, AM T Rechtsanwälte, 8003 Zürich, middendorf@amt-ra.ch

Ein Unternehmer übernahm die Ausführung von Baumeisterarbeiten für eine Grossüberbauung zu einem Pauschalpreis – Vertragsbestandteil war die SIA Norm 118. Wenig überraschend kam es zu einseitig angewiesenen Beststellungsänderungen. Allerdings – und auch das soll ja vorkommen – einigten sich die Parteien vor Leistungsausführung weder über den Nachtragspreis, noch wurde die Ausführung der Änderungen in Regie angewiesen. Der Streit war damit Programm und das Bundesgericht hatte schliesslich die Fragen zu klären, (erstens) ob die übernommene SIA Norm 118 für diesen Fall eine Regelung vorsieht – so viel vorab: es fand eine solche Regelung fernab vom Wortlaut! – und (zweitens) wie der Mehr- oder Minderpreis nach dieser Regel zu bestimmen ist. Mit seinem Entscheid vom 20. November 2017 (BGer 4A_125/2017) klärte das Bundesgericht eine Rechtsfrage, zu der in der Lehre ganz unterschiedliche Ansichten vertreten wurden, mit einem pragmatischen Ansatz.

Die Norm als Richtschnur

Beststellungsänderungen können einseitig durch den Bauherrn angewiesen oder zwischen den Parteien vereinbart werden. Für das einseitige Änderungsrecht der Bauherrschaft hält die SIA Norm 118 in Art. 84 ff. Regeln bereit. Dagegen ist die einvernehmliche (zweiseitige) Beststellungsänderung in der Norm nicht geregelt. Mangels anderer Vereinbarung seien auf diese Fälle (so das Bundesgericht noch 2010) grundsätzlich die allgemeinen gesetzlichen Regeln, mithin Art. 374 OR («*cost plus fee*»), anwendbar. Weil die Bemessung der Vergütung nach den tatsächlichen Kosten zuzüglich einem Risiko- und Gewinnzuschlag aber mit Nachteilen, allen voran mit Beweiserschwernissen für den Unternehmer verbunden ist, spricht einiges dafür, die einschlägigen Normbestimmungen auch auf eine vereinbarte (zweiseitige) Änderung der Bestellung anzuwenden, wenn die Parteien die SIA Norm 118 vertraglich übernommen haben.

Schwer verständliche Regeln in der SIA Norm 118

Allerdings sind die Mehrvergütungsregeln der SIA Norm 118 nicht eben einfach verständlich. Liegt ein Pauschalpreisvertrag vor und kommt es zu einer Beststellungsänderung, haben die Parteien dafür nach Art. 89 Abs. 1 der Norm einen Mehr- oder Minderpreis zu vereinbaren. Die Vereinbarung soll nach Abs. 2 auf der Kostengrundlage beruhen, die zum Zeitpunkt der Beststellungsänderung gültig ist. Für den Fall, dass keine Vereinbarung zustande kommt, kann die Bauherrschaft die geänderte Bestellung nach Abs. 3 (in Verbindung mit Art. 87 Abs. 4) in Regie ausführen lassen oder an einen Dritten vergeben. Wird die Arbeit in Regie ausgeführt, dann hat der Unternehmer die Möglichkeit, sich durch Rapporte den Beweis für die ausgeführte Arbeit zu sichern.

Was aber gilt nun in unserem Fall? Weder hatten die Parteien sich über den Nachtragspreis geeinigt, noch wurde eine Ausführung in Regie angeordnet. Die Arbeit wurde dennoch geleistet, und zwar ohne dass der Unternehmer seine Leistung über erstellte Rapporte hätte beweisen können.

Die Vorinstanz des hier besprochenen Entscheids fand noch, dass diese Frage in der SIA Norm 118 gerade nicht geregelt werde und deshalb eine sog. Vertragslücke vorliege (Handelsgericht Zürich, Urteil vom 31. Januar 2017, HG140250-O, E.2.2.2.4.1). Deshalb griff sie auf Art. 374 OR mit den erwähnten Nachteilen zurück, und der Unternehmer scheiterte am Nachweis des getätigten Aufwands (Personal-, Sach- und übriger Aufwand).

Für das Bundesgericht eine unbefriedigende «Vertragslücke»

Die Annahme einer Lücke war für das Bundesgericht aber unbefriedigend, weil dies zu unstimmigen Konsequenzen führen würde. Dem Änderungsrecht der Bauherrschaft müsse auch in Pauschalpreisverträgen eine klare Vergütungsregelung als Pendant gegenüberstehen. Es verneinte in der Folge das Vorliegen einer Lücke und schritt zur «sinngemässen Anwendung» der Norm auf unsere Frage, und zwar wie folgt:

Für den unberührten Leistungsumfang bleibt der Pauschalpreis selbstredend bestehen. Für die bestellte Änderung aber ist in «sinngemässer Anwendung» von Art. 89 Abs. 2 SIA Norm auf der Basis der aktuellen, zum Zeitpunkt der Beststellungsänderung geltenden Kostengrundlagen ein Nachtragspreis festzusetzen. In Art. 62 verweist die Norm unter der Überschrift «Kostengrundlagen» sodann an zwei Stellen auf die «allgemeinen Marktpreise». Diese Nennung und eine «angestrebte Objektivierung» der Preisbildung spricht nach Auffassung des Bundesgerichts dafür, «dass demnach – gerade in Anbetracht des Rückgangs von Listen- und Richtpreisen – für die Bestimmung der Nachtragspreise bei vereinbartem Pauschalpreis generell auf die allgemeinen Marktpreise im Zeitpunkt der Beststellungsänderung abgestellt werden kann» (E.4.4.4.2).

Mehrpreis nach allgemeinen Marktpreisen

Somit können die Mehr- oder Minderkosten in Pauschalpreisverträgen, in welche die SIA Norm 118 übernommen wurde, bei Fehlen einer expliziten Nachtragspreisvereinbarung und ohne klare Regieanweisung neu nach den jeweils aktuellen, allgemeinen Marktpreisen bestimmt werden. Allfällige Rabatte oder Nachlässe, die bei Vertragsabschluss gewährt wurden, sind dabei abzuziehen. Mit diesem Bekenntnis zum allgemeinen Marktpreis wird das Bundesgericht dem oft gesehenen Übel gerecht, dass der Unternehmer Beststellungsänderungen ohne vorgängige Preisvereinbarung ausführt und es – mangels klarer Regieanweisung – auch unterlässt, seine Arbeiten zu erfassen und zu dokumentieren.

Nur Dogmatiker mag es hier interessieren, dass eine sinngemässe Anwendung einer Regelung, so wie es das Bundesgericht tut, grundsätzlich die Annahme einer (Vertrags-)Lücke voraussetzen würde. Andernfalls würde die Regelung schlicht – wenn auch extensiv – ausgelegt. Das spielt für den Praktiker aber keine Rolle. Denn für ihn zählt das pragmatische Ergebnis.