



Thomas Schönenberger

lic.iur, LL.M., Rechtsanwalt
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht
Partner
Telefon +41 58 258 14 00
thomas.schoenenberger@bratschi.ch

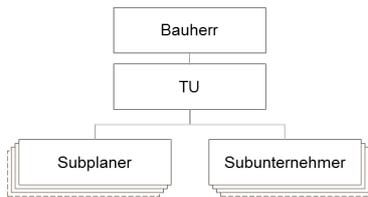
Totalunternehmer-Konstellation: Wichtige Instrumente zur Stärkung der Position des Bauherrn

Bei grösseren Bauvorhaben, insbesondere bei solchen institutioneller Investoren, sind Totalunternehmer-Konstellationen heute an der Tagesordnung. Die Vor- und Nachteile solcher Konstellationen liegen auf der Hand: Für die Planung und Ausführung eines Bauvorhabens nur ein einziges Vertragsverhältnis statt vieler eingehen zu müssen, stellt für den Bauherrn einerseits eine wesentliche Erleichterung dar, bringt jedoch andererseits auch eine grosse Abhängigkeit und einen erheblichen Kontrollverlust mit sich. Im Folgenden soll aufgezeigt werden, wie der Bauherr in einer solchen Konstellation seine Position gegenüber dem Totalunternehmer stärken kann.

1. Einleitung

1.1 Die Totalunternehmer-Konstellation

Mit zunehmender Grösse und Komplexität von Bauvorhaben nehmen auch der Aufwand für die Koordination und das Schnittstellenmanagement der verschiedenen Planungs- und Ausführungsarbeiten sowie die damit zusammenhängenden Risiken zu. Damit wächst auch das Bedürfnis des Bauherrn, sich dieses Aufwands und dieser Risiken soweit wie möglich zu entledigen. Dies gelingt ihm am besten dadurch, dass er all die zur Realisierung eines «schlüsselfertigen» Bauwerks notwendigen Planungs- und Ausführungsarbeiten einem einzigen Vertragspartner, dem Totalunternehmer (nachfolgend «TU»), überträgt, indem er mit diesem einen sog. Totalunternehmer-Vertrag (nachfolgend «TU-Vertrag») abschliesst. Der TU wiederum überträgt sodann seine gegenüber dem Bauherrn eingegangenen Bauplanungspflichten vertraglich auf sog. Subplaner (Architekten, Ingenieure, Geologen, etc.) bzw. seine gegenüber dem Bauherrn eingegangenen Bauausführungsverpflichtungen auf sog. Subunternehmer (Baumeister, HLKS-Unternehmer, Fensterbauer, etc.) und koordiniert und kontrolliert diese. Somit trägt der TU gegenüber dem Bauherrn die alleinige Verantwortung für die richtige Planung und Ausführung des Bauwerks. Er ist also für den Bauherrn während des ganzen Bauvorhabens der einzige Ansprechpartner bzw., falls es zu Schwierigkeiten kommt, der alleinige Anspruchsgegner.



Schema 1: Totalunternehmer-Konstellation

1.2 Einfluss- und Kontrollverlust des Bauherrn und Instrumente zu deren Verringerung

Mit der Übertragung der Planungs- und Ausführungsarbeiten bzw. des entsprechenden Koordinationsaufwandes und -risikos an einen einzigen Vertragspartner geht jedoch auch ein weitgehender Verlust an Kontrolle und Einfluss während der Planungs- und Ausführungsphase bis zur Ablieferung des «schlüsselfertigen» Bauwerks einher. Dem Bauherrn verbleiben in dieser Konstellation als Einfluss- und Kontrollinstrumente nur – aber immerhin – einerseits der TU-Vertrag selbst und andererseits die kompetente Unterstützung durch eigene Berater, insbesondere durch einen sog. Bauherrenvertreter.

2. Die Ausgestaltung des Totalunternehmervertrags

2.1 Vorbemerkung

Eine vertiefte Auseinandersetzung mit allen aus Sicht des Bauherrn wichtigen Bestimmungen eines TU-Vertrags, geschweige denn eine umfassende Darstellung des notwendigen Inhalts eines TU-Vertrags, würde den Umfang dieses Beitrags bei weitem sprengen. Er beschränkt sich daher auf eine keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebende Übersicht der wichtigsten Regelungsbereiche und eine kurze Beschreibung der jeweiligen Regelungserfordernisse im bestmöglichen Interesse des Bauherrn. Für weitergehende Ausführungen in diesem Zusammenhang wird auf den Beitrag → [«General- und Totalunternehmer-Konstellationen: Risiken und Fallstricke für den Bauherrn»](#) aus dem Newsletter 04/2012 verwiesen.

2.2 Die wichtigsten Regelungsbereiche des TU-Vertrags

2.2.1 Gegenstand und Bestandteile des Vertrags

Das vom TU zu planende und zu erstellende Werk ist im Vertrag, insbesondere in seinem wohl wichtigsten Bestandteil, dem technischen **Baubeschrieb**, möglichst präzise zu definieren. Mittels einer sog. **Vollständigkeitsklausel** sollen sodann aber auch alle zur Erreichung des Ergebnisses (vollständige, qualitativ einwandfreie und rechtzeitige Planung und Erstellung des Bauwerks) notwendigen Leistungen in allgemeiner und abstrakter Form zusammengefasst und als im durch den Werkpreis abgolgten Leistungsumfang inbegriffen vereinbart werden.

2.2.2 Termine

Für die Erstellung des Werks sind gewisse verbindliche Termine, sog. **Meilensteine**, zu vereinbaren, deren Nichteinhaltung rechtliche Konsequenzen (bspw. Vertragsstrafen) für den TU haben soll. Der aus wirtschaftlichen Überlegungen wohl wichtigste Meilenstein ist die **Bereitschaft zur Ingebrauchnahme**, da der Bauherr auf diesen Zeitpunkt hin (bei Mietliegenschaften) Mietverträge

abschliesst bzw. (bei Verkauf von Wohnungen im Stockwerkeigentum) die Besitzübertragung an die Wohnungskäufer vollzieht. Das Recht des TU auf **Verschiebung** dieser Meilensteine sollte – in Abweichung der entsprechenden Bestimmung der SIA-Norm 118/2013 – vertraglich auf ein **Minimum** beschränkt werden.

2.2.3 Werkpreis

In den allermeisten Fällen wird der Werkpreis in TU-Verträgen als **Pauschalpreis** (Festpreis inkl. Teuerung) oder **Globalpreis** (Festpreis zuzüglich Teuerung) vereinbart. Sodann finden sich jeweils Beschreibungen der im Werkpreis enthaltenen bzw. nicht enthaltenen Leistungen des TU. Im Interesse des Bauherrn ist stets darauf zu achten, dass die Beschreibung der **im Werkpreis enthaltenen Leistungen** allgemein und funktional ist und mit einer möglichst umfassenden, aber **nicht abschliessenden beispielhaften Aufzählung** kombiniert wird. Die Beschreibung der im Werkpreis nicht inbegriffenen Leistungen des TU (bspw. Mehrkosten infolge Bestellungsänderungen) soll hingegen in einer – möglichst kurzen – abschliessenden Aufzählung festgehalten werden. Weiter ist darauf zu achten, dass der **Zahlungsplan**, welcher einen Bestandteil des TU-Vertrags bildet, **ereignisgebunden** (Akontozahlungen gemäss tatsächlichem Baufortschritt) und nicht etwa **termingebunden** (Akontozahlungen an einem bestimmten Datum) ist. Schliesslich ist durch geeignete Vertragsbestimmungen und die Einrichtung eines speziellen **Baukontos** sicherzustellen, dass Zahlungen des Bauherrn einzig und allein für das betreffende Bauvorhaben verwendet werden.

2.2.4 Garantien / Sicherheiten

Um die richtige Erfüllung des TU-Vertrages sicherzustellen, ist im TU-Vertrag stets eine Verpflichtung des TU auf Beibringung einer sog. **Erfüllungsgarantie** im Betrag von 10% der Werkpreissumme zu vereinbaren. Dabei ist unbedingt darauf zu achten, dass diese als **abstrakte**, auf erste Anforderung des Bauherrn hin fällige Garantie (und nicht als Bürgschaft) einer Schweizer Bank oder grösseren Versicherungsgesellschaft ausgestaltet wird. Eine so ausgestaltete Erfüllungsgarantie erweist sich in der Praxis für den Bauherrn gerade bei Leistungsstörungen auf Seiten des TU oder dessen Subplaner oder Subunternehmer als unverzichtbares Instrument. Weiter ist zu vereinbaren, dass diese Erfüllungsgarantie im Nachgang zur Abnahme des Bauwerks durch eine sog. **Gewährleistungsgarantie** im Betrag von 5% des Werkpreises abgelöst wird. Letztere soll dem Bauherrn Sicherheit geben, dass der TU seinen vertraglichen Gewährleistungspflichten (für die Mangelfreiheit des Bauwerks) nachkommt. Auch bei der Gewährleistungsgarantie ist aus Sicht des Bauherrn eine abstrakte, auf erste Anforderung des Bauherrn hin fällige Garantie einer Bürgschaft vorzuziehen.

2.2.5 Übergabe und Abnahme des Werks / Mangelwesen und Gewährleistung

Bei der Regelung der Übergabe- und Abnahmemodalitäten des Werks wird in TU-Verträgen des Öfteren auf die (umfassenden) Bestimmungen der SIA-Norm 118/2013 verwiesen. Wichtig ist, dass Teilabnahmen möglichst ausgeschlossen werden und für das gesamte Bauwerk (evtl. unter Ausklammerung der Umgebungsarbeiten) eine rechtlich verbindliche Abnahme stattfindet. Da das Werkvertragsrecht viele Rechtswirkungen, insbesondere den Beginn der Gewährleistungs- und Verjährungsfristen, an die Abnahme knüpft, ist es für den Bauherrn von zentraler Bedeutung, dass

es nur einen verbindlichen Abnahmetermin gibt. Auch bezüglich Mangelwesen und Gewährleistung verweisen TU-Verträge in der Regel auf die einschlägigen Bestimmungen der SIA-Norm 118/2013, was grundsätzlich auch aus Sicht des Bauherrn nicht zu beanstanden ist. Allerdings ist die dort statuierte kurze (gemäss Bundesgericht höchstens sieben Tage ab Entdeckung dauernde) Frist zur Rüge von verdeckten Mängeln (das sind Mängel, die erst nach mehr als zwei Jahren nach Abnahme des Werks zum Vorschein kommen) wenn immer möglich vertraglich auf mindestens 60 Tage zu verlängern.

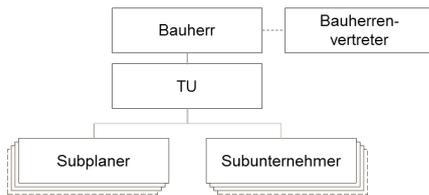
3. Fachliche Unterstützung durch vom Bauherrn beauftragte Berater

3.1 Vorbemerkung

Bei der Totalunternehmer-Konstellation nimmt – im Gegensatz zu anderen Baumodellen – kein direkt vom Bauherrn beauftragter, somit «unabhängiger» Planer (bspw. Architekt, Ingenieur oder Generalplaner) treuhänderisch dessen Interessen gegenüber den ausführenden Werkunternehmern (einzelne Unternehmer oder Generalunternehmer) wahr. Es liegt auf der Hand, dass ein im Auftrag des TU stehender Planer die Ausführung des Bauwerks, insbesondere in Bezug auf Termine, Kosten und Qualität, nicht in gleicher Weise kontrolliert und gegebenenfalls sanktioniert wie ein vom Bauherrn beauftragter, von den ausführenden Werkunternehmern unabhängiger Planer. Auch besteht bei der Totalunternehmer-Konstellation in den allermeisten Fällen eine erhebliche (sich zu Ungunsten des Bauherrn auswirkende) Diskrepanz zwischen dem baulichen, insbesondere bautechnischen und bauökonomischen, Sachverstand eines TU und demjenigen des Bauherrn. Überdies verfügt ein TU in aller Regel über die grössere professionelle Erfahrung und Abklärbarkeit im Umgang mit TU-Verträgen und weiteren Vertragsgrundlagen. Sofern der Bauherr nicht selbst («in-house») über genügende Kompetenzen und/oder Ressourcen verfügt, um dem TU während der gesamten Planungs- und Ausführungsphase «auf Augenhöhe» zu begegnen, erweist sich in der Praxis der Beizug eigener Berater als für den Bauherrn unabdingbar.

3.2 Die Beauftragung eines sog. Bauherrenvertreters

Mit zunehmender Häufigkeit von Totalunternehmer-Konstellationen hat sich in der Praxis der Bauherrenvertreter längst als eigene Berufsgattung etabliert. Um die Interessen des Bauherrn (und nur diese) gegenüber einem professionellen TU bestmöglich wahren zu können, sollte der Bauherrenvertreter neben profundem bautechnischen, bauorganisatorischen und bauökonomischen Wissen auch über Erfahrungen im Umgang mit TU verfügen und mit den internen Abläufen eines TU vertraut sein. Nicht ohne Grund handelt es sich bei Bauherrenvertretern oft um ehemalige Kadermitarbeiter von Total- oder Generalunternehmern. Der Bauherrenvertreter wird mit Vorteil von allem Anfang an und nicht erst dann beigezogen, wenn Probleme im Bauablauf entstehen. So empfiehlt es sich sehr, den Bauherrenvertreter bereits bei der Prüfung und Überarbeitung der vertraglichen Grundlagen, insbesondere des Baubeschreibs, und, falls es zur Ausschreibung des TU-Vertrags (sog. TU-Submission) kommt, bereits bei dieser beizuziehen. Die Aufgabe des Bauherrenvertreters besteht darin, über die gesamte Dauer des Bauablaufs, d.h. von der TU-Submission bis hin zur Überwachung der sog. Garantiewerke, (einzig) die Interessen des Bauherrn zu vertreten und dabei die vertraglich geschuldeten Leistungen des TU, insbesondere in Bezug auf Qualität, Einhaltung der Termine und Kosten, zu überwachen sowie für den Bauherrn gegenüber dem TU notwendige, rechtlich relevante Erklärungen entgegenzunehmen und abzugeben.



Schema 2: Der Bauherrenvertreter in der Totalunternehmer-Konstellation:

3.3 Der Beizug weiterer Berater, insbesondere eines Bauanwalts

3.3.1 Neben dem Bauherrenvertreter empfiehlt sich auch der Beizug weiterer Berater, insbesondere eines Bauanwalts. Letzterer kann nicht nur bei der Ausgestaltung und Verhandlung des TU-Vertrags eine entscheidende Rolle zur Wahrung der Interessen des Bauherrn spielen. Der Bauherr ist gut beraten, den Bauanwalt auch während des eigentlichen Bauablaufs für rechtliche Beratungen oder für die Prüfung und das Verfassen rechtlich relevanter Korrespondenzen (Mängelrügen, Fristansetzungen etc.) im Hintergrund beizuziehen und dadurch möglichst optimale Voraussetzungen für die spätere – gerichtliche oder aussergerichtliche – Durchsetzung von berechtigten Ansprüchen des Bauherrn zu schaffen.

3.3.2 Je nach Art, Grösse und Komplexität des Bauvorhabens wie auch nach eigenen Kompetenzen und Ressourcen wird dem Bauherrn auch der Beizug weiterer Berater empfohlen. Dies insbesondere für die Berechnung der zu erwartenden Rendite und somit auch für die Ausgestaltung des TU-Werkpreises oder auch für die Qualitätskontrolle bei der Abnahme und Inbetriebnahme des Bauwerks.

4. Fazit

- a) Durch den Entscheid für eine Totalunternehmer-Konstellation kann sich der Bauherr zwar des erheblichen Koordinationsaufwands und -risikos entledigen. Allerdings geht mit der Entledigung des Koordinationsaufwands und -risikos auch ein Verlust der Kontroll- und Einflussmöglichkeit während der Planungs- und Ausführungsphase einher.
- b) Für den Bauherrn ist es daher umso wichtiger, einen TU-Vertrag abschliessen zu können, welcher die Risiken in wichtigen Bereichen dem TU überbindet. Erfahrungsgemäss ist der TU unter dem (wirtschaftlichen) Druck, den Auftrag zu erhalten, in der Phase der Vertragsverhandlung noch bereit, diese Risiken zu übernehmen. In einer späteren Phase wird dies dann meist nicht mehr (freiwillig) der Fall sein.
- c) In der Praxis ebenfalls sehr wichtig ist es für den Bauherrn, die zwischen ihm und dem TU oft bestehende erhebliche (sich zu Ungunsten des Bauherrn auswirkende) Diskrepanz in Bezug auf Bausachverstand und Erfahrung bzw. Abgeklärtheit im Umgang mit TU-Verträgen und weiteren Vertragsgrundlagen möglichst wettzumachen. Mangels ausreichender eigener Kompetenzen und Ressourcen gelingt dies dem Bauherrn nur durch

den Beizug unabhängiger, ausschliesslich in seinem Interesse handelnder Berater, insbesondere durch die Beauftragung eines Bauherrenvertreters.

Bratschi AG ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 90 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Der Inhalt dieses Newsletters gibt allgemeine Ansichten der Autorinnen und Autoren zum Zeitpunkt der Publikation wieder, ohne dabei konkrete Fragestellungen oder Umstände zu berücksichtigen. Er ist allgemeiner Natur und ersetzt keine Rechtsauskunft. Jede Haftung für seinen Inhalt wird ausdrücklich ausgeschlossen. Bei für Sie relevanten Fragestellungen stehen Ihnen unsere Expertinnen und Experten gerne zur Verfügung.

Basel	Bern	Lausanne	St. Gallen	Zug	Zürich
Lange Gasse 15	Bollwerk 15	Avenue Mon-Repos 14	Vadianstrasse 44	Gubelstrasse 11	Bahnhofstrasse 70
Postfach	Postfach	Postfach 5507	Postfach 262	CH-6300 Zug	Postfach
CH-4052 Basel	CH-3001 Bern	CH-1002 Lausanne	CH-9001 St. Gallen		CH-8021 Zürich
Telefon +41 58 258 19 00	Telefon +41 58 258 16 00	Téléphone +41 58 258 17 00	Telefon +41 58 258 14 00	Telefon +41 58 258 18 00	Telefon +41 58 258 10 00
Fax +41 58 258 19 99	Fax +41 58 258 16 99	Téléfax +41 58 258 17 99	Fax +41 58 258 14 99	Fax +41 58 258 18 99	Fax +41 58 258 10 99
basel@bratschi.ch	bern@bratschi.ch	lausanne@bratschi.ch	stgallen@bratschi.ch	zug@bratschi.ch	zuerich@bratschi.ch