

# VORSICHT BEI BUDGET- POSITIONEN

Parteien von Werkverträgen sind sich in den meisten Fällen zu wenig bewusst, welche Probleme sich im Zusammenhang mit der Vereinbarung von sogenannten Budgetpositionen stellen können. TEXT – **SERAINA KIHM\***

Es gibt kein einheitliches Verständnis von sogenannten Budgetpositionen.  
(BILD: 123RF.COM)



## ► ZU WENIG BEACHTUNG GESCHENKT

Ob beim Bau eines Einfamilienhauses oder einer Stockwerkeigentumswohnung, bei der Realisierung eines Industrieareals oder Parkhauses, ob in einem Generalunternehmer-, Totalunternehmer- oder Einzelwerkvertrag, überall werden regelmässig sogenannte Budgetpositionen vereinbart. Nicht selten jedoch wird diesem Kostenfaktor sowohl in der Kalkulation des Bauprojekts als auch in der Vertragsverhandlung und -redaktion zu wenig Beachtung geschenkt. Böse Überraschungen auf beiden Seiten, insbesondere wegen Kostenüberschreitungen, können die Folgen sein. Der nachfolgende Artikel befasst sich nebst der Vergütungsthematik im Werkvertragsrecht im Allgemeinen insbesondere mit dem Begriff der «Budgetposition» sowie den möglichen Konsequenzen von (Budget-)Kostenüberschreitungen und möchte aufzeigen, worauf die Parteien bei deren Vereinbarung besonders achten sollten.

## VERGÜTUNGSMÖGLICHKEITEN IM WERKVERTRAGSRECHT

In einem Werkvertrag gibt es verschiedene Möglichkeiten, wie der Werkpreis bestimmt werden kann:

- Feste Übernahme des Werkes nach Art. 373 OR zum Pauschal-, Global- oder Einheitspreis;
- Übernahme des Werkes nach Art. 374/375 OR ohne feste Vergütung; oder
- ein anderes, von den Parteien individuell ausgestaltetes, differenziertes Vergütungssystem.

Bei der festen Übernahme des Bauwerkes wird ein einziger, vertraglich fixierter Werkpreis vereinbart, zu welchem der Unternehmer das Werk herzustellen und sämtliche hierzu erforderlichen Leistungen zu erbringen hat. Dieser Preis ist zugleich Höchst- als auch Mindestpreis und für Bauherr und Unternehmer gleichermaßen verbindlich. Nur in Ausnahmefällen kann von diesem Festpreis abgewichen werden, bspw. aufgrund der Ausnahme-

bestimmung gemäss Art. 373 Abs. 2 OR (ausserordentliche, nicht voraussehbare Umstände), des schuldhaften Verhaltens des Bestellers oder aufgrund nachträglicher Beststellungsänderung. Sind teuerungsbedingte Mehrkosten im festen Werkpreis inbegriffen, so spricht man von Pauschalpreis, andernfalls vom Globalpreis. Beim Einheitspreis schliesslich werden verschiedene Einheitspreise für verschiedene Einzelleistungen vereinbart.

Demgegenüber können die Parteien den Werkpreis zum Voraus gar nicht oder nur ungefähr bestimmen (Art. 374 OR). In diesem Fall bemisst sich der Preis nach dem Wert der Arbeit und Aufwendungen des Unternehmers. Der Unternehmer hat selbstverständlich nur Anspruch auf Vergütung seiner gerechtfertigten Leistungen; unnötiger Mehraufwand oder unüblich geleistete Arbeiten müssen nicht entlohnt werden. Unter Art. 374 OR fällt auch der ungefähre Kostenansatz (in der Praxis auch ungefähre Preisansatz, ungefähre Kostenvoranschlag etc. genannt), welcher eine

auf mehr oder weniger sicheren Grundlagen beruhende Preisschätzung des Unternehmers enthält. Schliesslich können die Parteien auch eine andere Form der Vergütung vereinbaren.

#### KEIN EINHEITLICHES VERSTÄNDNIS VON BUDGETPOSITIONEN

Im Zeitpunkt der Unterzeichnung eines Werkvertrages zur Erstellung des Bauwerks mit oder ohne Festpreis können Leistungen nötig sein, die zu diesem Zeitpunkt noch nicht genau oder abschliessend definiert sind. So werden regelmässig Budgetpreise für einzelne Leistungen wie bspw. Sanitäranlagen, Erschliessungsanlagen (Strom-, Wasser- und technische Leitungen), Kücheneinrichtung, Böden etc., vereinbart, auf welchen je nach Par-

teiwillen zusätzlich noch die Mehrwertsteuer und/oder ein Unternehmerhonorar geschuldet ist.

Es gibt jedoch kein einheitliches Verständnis von sogenannten Budgetpositionen. Auch die SIA-Norm 118 kennt die Kategorie «Budgetpreise» nicht. Einzig in Ziffer 18 der Allgemeinen Vertragsbedingungen des Verbands Schweizerischer Generalunternehmer (AVB VSGU) werden die «Budgetpreise» bzw. «Budgetpositionen» erwähnt:<sup>1</sup>«Budgetpreise können für in Art und/oder Umfang noch nicht bestimmte einzelne Leistungen vereinbart werden, die dem Regime der festen Vergütung bei der Abrede, z. B. eines Pauschalpreises, entzogen werden sollen. Über sie wird innerhalb des Werkpreises separat und offen abgerechnet, und allfällige Differenzen

zwischen der Abrechnungssumme und den einkalkulierten Budgetpreisen haben eine entsprechende Erhöhung oder Verminderung des vertraglich pauschalisierten Werkpreises zur Folge.»<sup>2</sup> Sind die AVB VSGU allerdings nicht Vertragsbestandteil und ist im Vertrag nicht festgehalten, wie sich die Budgetpositionen in Bezug auf den pauschalen Werkpreis verhalten, kann ein Gericht mittels Vertragsauslegung wohl auch zum Schluss kommen, dass ein vereinbartes Kostendach trotz höherer Kosten im Bereich der Budgetpositionen weiterhin verbindlich ist.<sup>3</sup>

Insbesondere die Erhöhung eines vereinbarten pauschalen Werkpreises aufgrund solcher Budgetpositionen steht dem Bedürfnis des Bauherrn nach Kostenkontrolle entgegen. Denn aufgrund ▶

ANZEIGE



## Die Immobilien-Software von heute. Für heute und morgen und übermorgen.

Unsere beiden innovativen Software-Lösungen sind exakt auf die Bedürfnisse unserer Kunden ausgerichtet – die heutigen und die künftigen. So passt «Hausdata» perfekt für Privat- und Kleinverwaltungen, «Rimo» für Mittel- und Grossverwaltungen. Und damit das auch in Zukunft so bleibt, investieren wir laufend in die Weiterentwicklung unserer Produkte und Dienstleistungen.

Urs Rüdlinger, Geschäftsführer eXtenso IT-Services AG



eXtenso

eXtenso IT-Services AG

Schaffhauserstrasse 110, 8152 Glattbrugg  
Tel. 044 808 71 11, info@extenso.ch

der Variabilität der Budgetpositionen können Mehrkosten entstehen, welche von den ursprünglich «budgetierten» und im pauschalen Werkpreis inbegriffenen Kosten abweichen. Je nach Budgetposition können diese Mehrkosten erheblich ausfallen. Es stellt sich nun die Frage, ob und in welchem Ausmass ein Bauherr eine solche Abweichung einer Budgetposition vom ursprünglich budgetierten Betrag akzeptieren muss.

### UNVERHÄLTNISSMÄSSIGE ÜBERSCHREITUNG

Über Budgetpositionen wird in der Regel offen abgerechnet; d. h. die vom Besteller zu leistende Vergütung wird analog Art. 374 OR nach dem Wert der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers bemessen (vgl. Vereinbarung zur Übernah-

mässigkeit soll wenigstens ein Zehntel des Ansatzes der Budgetpositionen angenommen werden. Diese Vorgabe wird in Lehre und Rechtsprechung bei der Anwendung von Art. 375 Abs. 2 OR umgesetzt und als Faustregel gilt somit eine Toleranzgrenze von 10%. Erst deren Überschreitung kann als übermässig erscheinen.<sup>4</sup> Ein mathematisch starrer Schematismus wird allerdings abgelehnt; andernfalls kann dem Einzelfall nicht genügend Rechnung getragen werden.

### RECHTSBEHELFE BEI UNVERHÄLTNISSMÄSSIGER ÜBERSCHREITUNG GEMÄSS ART. 375 OR

Bei einer unverhältnismässigen Überschreitung eines nicht fest vereinbarten Werkpreises bzw. bei Budgetpositionen stehen dem Besteller zum einen das Rück-

oder nach den von beiden Parteien angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren. Diesfalls müsste der Besteller eine entsprechende Überschreitung dulden.<sup>5</sup> Dabei fällt ins Gewicht, inwieweit die Überschreitung auf eine von Anfang an fehlerhafte Einschätzung des Unternehmers zurückzuführen ist.<sup>6</sup> Falls der Besteller die Ungenauigkeit der Schätzung der offerierten Budgetposition erkennen konnte, muss er höhere Abweichungen akzeptieren.<sup>7</sup> Wesentlich ist daher insbesondere, welche Genauigkeit aufgrund der verwendeten Schätzmethoden erwartet werden konnte und ob nach den Erklärungen des Unternehmers mit Überschreitungen im eingetretenen Masse zu rechnen war.<sup>8</sup>

Welcher Herabsetzungsbetrag angemessen ist, hat schlussendlich der Richter nach seinem Ermessen (gemäss Art. 4 ZGB) zu entscheiden<sup>9</sup>, unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls.<sup>10</sup> Im Normalfall wird das Risiko der Kostenüberschreitung insofern geteilt, als der Werklohn um die Hälfte der Summe, welche die Toleranzgrenze von 10% übersteigt, herabgesetzt wird. Auch hier wird ein starrer Schematismus bei der Anwendung dieser Regel vom Bundesgericht abgelehnt. So erachtete das Bundesgericht in einem Fall eine Toleranzgrenze von 20% als angemessen.<sup>11</sup> In einem anderen Fall wurde eine Kostenüberschreitung von weniger als 12% als nicht unverhältnismässig betrachtet.<sup>12</sup> Zudem berücksichtigte das Bundesgericht in einem weiteren Fall die Komplexität des geplanten Bauprojekts und die damit einhergehenden Unsicherheiten und qualifizierte einen eigentlichen Kostenvorschlag lediglich als Prognose, weshalb erst gar keine Überschreitung möglich war.<sup>13</sup>

Von der Lehre und Rechtsprechung nicht abschliessend geklärt ist, welches die massgebende Bemessungsgrundlage ist, auf welche sich die (unverhältnismässige) Überschreitung bezieht. In Frage kommen der gesamte (End-)Werkpreis, welcher bspw. bei der Schlussrechnung aufgeführt wird, oder die einzelne budgetierte Leistung, welche überschritten wird, bspw. der (pauschale) Werkpreis für ein Industriegebäude von 10 Mio. CHF oder die für die besonderen Bodenbeläge budgetierten 100 000 CHF.

### 2. RÜCKTRITTSRECHT

Nach Art. 375 Abs. 1 OR kann der Besteller sowohl während als auch nach der Ausführung des Werkes vom Vertrag zurücktreten. Diesfalls müssen beide Parteien die bereits erhaltenen Leistungen zurück-



Der Besteller muss bei offerierten Budgetpositionen eine gewisse mässige Überschreitung der Kosten hinnehmen. (BILD: 123RF.COM)

me eines Werkes ohne feste Vergütung). Demzufolge kann es sein, dass der Besteller allenfalls mehr oder weniger als den ursprünglich vereinbarten, d. h. veranschlagten Preis zu bezahlen hat. Der Besteller muss also bei offerierten Budgetpositionen (und insbesondere auch bei einem pauschalen Werkpreis) eine gewisse mässige Überschreitung der Kosten hinnehmen.

Was als mässig bzw. unverhältnismässig gilt, wurde von der Kommission, die zur Ausarbeitung des Schweizerischen Obligationenrechts eingesetzt worden war, vorgegeben. Als Grenze der Unverhältnis-

trittsrecht nach Art. 375 Abs. 1 und 2 OR sowie das Herabsetzungsrecht nach Art. 375 Abs. 2 OR zu Verfügung. Im Übrigen verweist auch die SIA-Norm 118 in Artikel 56 Abs. 2 den Besteller bei unverhältnismässiger Überschreitung der angegebenen Gesamtkosten auf die Rechtsbehelfe gemäss Art. 375 Abs. 2 OR.

### 1. HERABSETZUNGSRECHT

Mit Bezug auf die Kostenüberschreitung ist vorab zu klären, ob für diese ausserordentliche Umstände verantwortlich sind, die nicht vorausgesehen werden konnten

erstatten; der Unternehmer hat dabei keinen Anspruch auf Schadloshaltung seiner bereits geleisteten Arbeit. Handelt es sich hingegen um ein Werk, das auf Grund und Boden des Bestellers errichtet wird, so kann der Besteller nur gegen Vergütung der bisher geleisteten Arbeit und Aufwendungen des Unternehmers zurücktreten und nur, sofern das Bauwerk noch nicht vollendet ist.

### FAZIT UND EMPFEHLUNGEN FÜR DIE PRAXIS

Die Vereinbarung von Budgetpositionen ist im Normalfall unvermeidbar. Die sorgfältige Kostenermittlung ist zentral; und die anschliessende Plausibilisierung und Überprüfung der Kostenberechnung durch den Bauherrn unerlässlich und empfehlenswert. Wenn über Budgetpositionen offen abgerechnet wird, bzw. werden muss, verhindert auch die Vereinbarung eines pauschalen Werkpreises nicht, dass der Bauherr unter Umständen mehr zu bezahlen hat, als ursprünglich ge-

wollt und kalkuliert (abgesehen von selbst gewünschten Änderungen oder selbstverschuldeten Umständen).

Werkverträge inkl. ihrer Beilagen sind daher genau und aufmerksam zu lesen und es ist insbesondere auf die Regelung der Budgetpositionen zu achten. Bei der Vertragsverhandlung bzw. -redaktion empfiehlt sich, Folgendes klar zu regeln:

- Sollen die Budgetpreise im pauschalen Werkpreis inbegriffen sein oder zu einer Veränderung des gesamten Werkpreises führen?
- Wie soll eine allfällige Kostenüberschreitung zwischen den Parteien geteilt werden?
- Was ist die Bemessungsgrundlage für eine allfällige Kostenüberschreitung?
- Sind die Mehrwertsteuer und das Unternehmerhonorar in den Budgetpreisen inkludiert?
- Wie wollen die Parteien bei einer übermässigen Überschreitung der Budgetpreise vorgehen?

- 1 VGL. HIERZU AUCH BGER 4A\_564/2010 VOM 18. APRIL 2011
- 2 WEGLEITUNG ZU DEN AVB VSGU, ZIFF. 18
- 3 VGL. URTEIL DES KANTONSGERICHTS GRAUBÜNDEN VOM 19.01.2018, ZK2 14 2 E. 5
- 4 BÜHLER THEODOR, ZÜRCHER KOMMENTAR ZUM SCHWEIZERISCHEN ZIVILGESETZBUCH, OBLIGATIONENRECHT, ART. 1-529 OR, ZÜRICH 1998, KOMMENTAR ZU ART. 375 OR, N 20
- 5 BGER 4A\_15/2011 VOM 3. MAI 2011 E. 3.4
- 6 BGER 4A\_15/2011 VOM 3. MAI 2011 E. 3.6; BGER 4A\_687/2014 VOM 17. MÄRZ 2015 E. 2.6
- 7 BGER 4A\_15/2011 VOM 3. MAI 2011 E. 3.4; VGL. BGE 115 II 460 E. 4.C
- 8 HÜRLIMANN ROLAND/SIEGENTHALER THOMAS, HANDKOMMENTAR ZUM SCHWEIZER PRIVATRECHT, ART. 319-529 OR, 3. AUFL., ZÜRICH/BASEL/GENÈVE 2016, KOMMENTAR ZU ART. 375 OR, N 2
- 9 BGE 115 II 460 E. 3.B; GAUCH WERKVERTRAG, N 979
- 10 VGL. BGE 115 II 460 E. 3.B; BGER 4A\_15/2011 VOM 3. MAI 2011 E. 3.6
- 11 BGE 115 II 460 E. 3.B; BGER 4A\_15/2011 VOM 3. MAI 2011 E. 3.1; GAUCH WERKVERTRAG, 979 F
- 12 BGER 4A\_577/2008 VOM 31. MÄRZ 2009
- 13 BGER 4A\_418/2012 VOM 3. DEZEMBER 2012



#### \*SERAINA KIHM

Die Autorin ist Rechtsanwältin bei CMS von Erlach Poncet AG und Absolventin des Masters in Advanced Studies UZH in Real Estate. Sie ist spezialisiert auf Immobilienrecht.

ANZEIGE



*Fabian Eckenstein – Inhaber und Geschäftsleiter  
Eckhirsch Immobilien AG, Münchenstein:*

« Die Cloud-Lösungen von **W&W** lassen mir Zeit für mein Kerngeschäft. »



**W&W Immo Informatik AG**  
Affoltern am Albis • Bern • St. Gallen

wwimmo.ch