

# **INSTITUTIONELLE INVESTOREN ALS BAUHERREN**

*von Dr. Stefan Gerster*

Aufgrund klarer Renditevorgaben sind für institutionelle Immobilieninvestoren bei der Realisierung von grösseren Bauprojekten eingehaltene Termine, Kosten und Qualität von entscheidender Bedeutung. Aufgrund der Übernahme umfassender Leistungspflichten durch den TU ist es wichtig, dass dieser sich auch in juristischer Hinsicht bewusst ist, welche Leistungen zu erbringen sind und welche Risiken eingegangen werden.

**IL** Die Investoren verfügen häufig nicht über die notwendigen Ressourcen, um die dem Bauherrn obliegende Koordinationspflicht zwischen Planern/Architekten und Unternehmern wahrzunehmen, weshalb Investoren sogenannte Totalunternehmerwerkverträge (TU-Verträge) bevorzugen. Mit anderen Worten: Für die Erstellung des gesamten Bauwerkes (von der Planung bis zur Begründung) möchte der Investor nur einen Vertragspartner haben, nämlich den Totalunternehmer (TU).

Grössere institutionelle Bauherren haben Standard-TU-Verträge ausgearbeitet, welche insbesondere bei der Realisierung von Neubauprojekten zur Anwendung gelangen. Auch haben sich zwischen Investoren und einzelnen TU aufgrund der Häufigkeit von Vertragsabschlüssen zwischen den gleichen Parteien Vertragsstandards entwickelt, welche bei der Realisierung einer Vielzahl von Projekten zur Anwendung gelangen. In solchen TU-Verträgen werden die Risiken im Zusammenhang mit der Erstellung eines Bauwerkes – soweit möglich – auf den TU überbunden, welcher besser mit dem konkreten Projekt vertraut ist und das damit zusammenhängende (unternehmerische) Risiko in seine Preiskalkulation mit einbezieht; falls der TU das Projekt entwickelt hat, steht ihm zudem der Entwicklungsgewinn zu.

In der Praxis hat sich gezeigt, dass sich Investoren für ein Projekt ernsthaft interessieren, wenn die Planung durch einen Immobilienentwickler (meist ein TU) bereits weit fortgeschritten ist. Investoren unterzeichnen Landkauf- und TU-Verträge häufig erst dann, wenn eine (rechtskräftige) Baubewilligung vorliegt und mit Nutzern der zu erstellenden Immobilie Verträge bereits abgeschlossenen wurden (bei gewerblichen Bauten wird im heutigen wirtschaftlichen Umfeld ein Vermietungsstand von 50% erwartet); demzufolge werden die TU-Verträge erst gegen Ende der Planungsphase abgeschlossen. In diesen TU-Verträgen haben sich folgende Regelungsmechanismen herauskristallisiert.

## **UMSCHREIBUNG DES ZU ERSTELLENDE BAUWERKES**

Der TU verpflichtet sich, ein schlüsselfertiges Bauwerk zu erstellen und somit sämtliche Leistungen zu erbringen, welche erforderlich sind, damit das Bauwerk zum vorgesehenen Zweck genutzt werden kann. Mit einer solchen funktionalen Umschreibung des Bauwerkes will der Investor sicher stellen, dass der TU sämtliche Leistungen erbringt, welche für die Nutzung der Baute notwendig sind; im Extremfall kann beispielsweise vereinbart werden, dass der TU ein „löffelfertiges“ Hotel zu erstellen hat. Mit dieser sogenannten „catch-all“ Klausel will der Investor unerwünschte Mehrkosten und nachträgliche Diskussionen über den Umfang der vom TU zu erbringenden Leistungen vermeiden. Um die vom TU zu erbringende Leistung zu verdeutlichen, wird in TU-Verträgen im Sinne einer exemplarischen (nicht abschliessenden) Aufzählung oftmals umschrieben, welche Leistungen im Werkpreis enthalten sind, z.B. Honorare/Nebenkosten des TU, Subunternehmers, Planers, Bauleiters und anderer Beteiligter; Erschliessungskosten und Beiträge für Strassen und Trottoirs; Kosten Abbruch und Aushub (inkl. Entsorgung und Altlastensanierung); Kosten für Gebühren (Bewilligungen, Abgaben, Beiträge, Zertifizierungen); Kosten für Koordination Mieterausbau. Demgegenüber wird in gewissen TU-Verträgen festgehalten, welche Leistungen nicht im Werkpreis enthalten sind, so z.B.: Mehrkosten bei Beststellungsänderungen; Honorare der Beauftragten des Bestellers (z.B. Bauherrentreuhänder); Bau- und Landfinanzierungskosten des Bestellers; Kosten, für vom Besteller verursachte Bauverzögerungen.

## **VERTRAGSBESTANDTEILE**

In den TU-Verträgen wird auf eine Vielzahl von Dokumenten verwiesen, welche zu integrierenden Bestandteilen des TU-Vertrages erklärt werden, so z.B.: Baubeschrieb (allenfalls mit Budgetpositionen),

Baubewilligung, Projektpläne, Altlastenuntersuchungen und -berichte, Termin- und Bauprogramm. Diese Dokumente werden sorgfältig geprüft und zwischen Investor und TU – sofern möglich – in Verhandlungen ergänzt, da sie die wesentlichen vom TU zu erbringenden Leistungen umschreiben.

## **WERKPREIS**

In den meisten Fällen wird ein fixer Pauschalpreis im Sinne von Art. 41 / SIA 118 vereinbart, d.h. ein Festpreis, welcher nicht an die Teuerung angepasst wird. Sofern die Planung des Projekts im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung nicht abgeschlossen ist, sind entsprechende Budgetpositionen für einzelne Leistungen vorzusehen. Vermehrt wird in TU-Verträgen ein Bonus-/Malussystem vereinbart, z.B. wenn der TU bessere bzw. umfangreichere Leistungen als im TU-Vertrag vorgesehen erbringt (bei Erstellung von Mehr-/Minderflächen, bei Erzielung von höheren/tieferen Mieterträgen, bei Unterschreitung der Bauzeit, etc.). In Einzelfällen werden gar die Bestimmungen, wonach dem Unternehmer bei Vorliegen ausserordentlicher Umstände eine zusätzliche Vergütung zusteht (z.B. bei Wassereintrich, Mängel des Baugrundes, ungünstigen Witterungsverhältnisse; vgl. Art. 373 Abs. 2 OR bzw. Art. 59 / SIA 118), wegbedungen bzw. eingeschränkt; dies hat zur Folge, dass der TU auch bei Vorliegen von ausserordentlichen Umständen keine Anpassung des Werkpreises fordern kann.

## **BESTELLUNGSÄNDERUNGEN**

In der Praxis sind Beststellungsänderungen (nach Unterzeichnung des TU-Vertrages) häufig anzutreffen, weshalb detailliert geregelt wird, wie bei Änderungswünschen des Bestellers vorzugehen ist, so z.B. betreffend die Auswirkungen auf den Baufortschritt und den Werkpreis, Auswirkungen auf Fristen, innerhalb welcher die Parteien reagieren müssen.

## DER GENERAL- UND TOTALUNTER- NEHMER

Der Generalunternehmer (GU) ist ein Unternehmer, der dem Bauherrn sämtliche für die Erstellung und Ablieferung eines Bauwerkes erforderlichen und vereinbarten Arbeiten erbringt, d.h. der GU übernimmt die gesamte Ausführung des Bauwerkes. Zwischen dem GU und dem Bauherrn wird ein sogenannte GU-Werkvertrag (GU-Vertrag) abgeschlossen, in welchem die gesamte Werkausführung geregelt wird. Der Totalunternehmer (TU) erbringt zusätzlich zu den Leistungen des GU auch noch die Bauplanungsleistungen; zwischen dem TU und dem Bauherrn wird ein sogenannte TU-Werkvertrag (TU-Vertrag) abgeschlossen. In der Baupraxis werden die beiden Begriffe GU und TU häufig nicht genau unterschieden; es wird einfach vom GU gesprochen. Sowohl der GU- als auch der TU-Vertrag unterstehen den Regeln des Werkvertragsrechts, Art. 363 OR ff. sowie, falls vereinbart, den SIA-Normen 118. Weitergehende Ausführungen dazu: Egli Anton, Tagungsunterlagen Baurechtstagung 1991 (Universität Freiburg); Felix Huber, Der Generalunternehmervertrag des Verbandes Schweizerischer Generalunternehmer (VSGU), Zürich 1996. Verschiedene Interessenorganisationen haben eigene Regelwerke und Musterverträge erstellt, wie z.B. der Verband Schweizerischer Generalunternehmer (VSGU; [www.vsgu.ch](http://www.vsgu.ch)), die Interessengemeinschaft Privater institutioneller Bauherren (IPB, [www.ibp-news.ch](http://www.ibp-news.ch)) und die Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB, [www.bbl.admin.ch/kbob](http://www.bbl.admin.ch/kbob)).



## AUSFÜHRUNGSTERMINE

In den TU-Verträgen wird ein Zeitpunkt festgelegt, an welchem das Bauwerk spätestens vollendet und abgenommen werden muss; in den TU-Verträgen wird für die Abnahme meist auf Art. 157ff / SIA 118 verwiesen. Bei Gewerbebauten werden häufig Zwischentermine vorgesehen, an denen Flächen im Grundausbau zur Übergabe an die Mieter bereitstehen müssen, damit diese mit dem Mieterausbau beginnen können. Da Investoren gegenüber den Endnutzern wiederum Termine einhalten müssen, sind Investoren bestrebt, bei Terminverzögerungen Konventionalstrafen zu vereinbaren (z.B. CHF 5'000 pro Arbeitstag Verzögerung).

## KONTROLLRECHT

Damit der Investor die Herrschaft bzw. die Kontrolle über das Projekt nicht verliert, beauftragt der Investor eine „Aufsichtsperson“ (z.B. Bauherrentreuhänder), welche während der Realisierungsphase u.a. die Qualität der Bauten und die Einhaltung der vertraglichen Vereinbarungen überprüft. In den TU-Verträgen sind deshalb auch die Kontroll- und Auskunftsrechte des Investors geregelt. Zu beachten gilt, dass die Aufsichtsperson lediglich kontrolliert bzw. beaufsichtigt und keine Weisungen (bzw. Beststellungsänderungen) vor Ort erteilt. Im TU-Vertrag wird deshalb auf Verlangen des Investors festgehalten, dass der Beizug einer Fachperson den TU nicht von seinen Anzeige- und Abmahnungspflichten im Sinne von Art. 25 / SIA 118 befreit.

## SICHERHEITEN

Aufgrund negativer Erfahrungen in jüngster Zeit fordern Investoren von TU's vermehrt Sicherheiten, damit das fertig gestellte Bauwerk in der vereinbarten Qualität und zum vereinbarten Zeitpunkt – ohne jegliche Belastungen (z.B. Bauhandwerkerpfandrechte von Subunter-

nehmern) – übernommen werden kann. Werkpreisrückbehalte, Erfüllungsgarantien („performance bonds“) und separate Projektabwicklungskonten mit Kontrollmöglichkeiten des Bestellers sind deshalb häufig in den TU-Verträgen vorgesehen. Weiter wird oft vereinbart, dass der TU nach Abnahme des Werkes eine Banksicherheit (Bürgschaft oder Garantie) beibringt, welche die Mängelhaftung des TU während der (meist 5-jährigen) Gewährleistungsfrist zu Gunsten des Investors absichert.

## BAUDOKUMENTATION

In den TU-Verträgen wird regelmässig auch festgehalten, dass der TU dem Bauherrn eine komplette Baudokumentation in papier- und elektronischer Form nach der Abnahme des Bauwerkes abliefern muss. Diese Schlussdokumentation beinhaltet u.a.: sämtliche Bewilligungen aller involvierten Behörden, Revisionspläne, Werk- und Detailpläne, Installationspläne, Verträge, Protokolle, Betriebs- und Bedienungsanleitungen, Schliesspläne, Unternehmerverzeichnisse und Flächenberechnungen. Abschliessend kann festgehalten werden, dass es sich bei TU-Verträgen um komplexe und umfangreiche Vertragswerke handelt, welche unter Beizug erfahrener Spezialisten erarbeitet und verhandelt werden. Nebst den eigentlichen Vertragsbestimmungen sind die Beilagen (insb. Baubeschrieb, Terminprogramm, Zahlungsplan, etc.) von grosser Bedeutung. Aufgrund der Übernahme umfassender Leistungspflichten durch den TU ist es wichtig, dass dieser sich (auch in juristischer) Hinsicht bewusst ist, welche Leistungen zu erbringen sind und welche Risiken eingegangen werden. ■

**Dr. Stefan Gerster**, LL.M., ist Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht sowie Partner der Kanzlei CMS von Erlach Henrici AG in Zürich ([www.cms-veh.com](http://www.cms-veh.com)). Mit seinem Team berät er vorwiegend institutionelle Investoren.