



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

KBOB

Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane
der öffentlichen Bauherren
Conférence de coordination des services de la construction
et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics
Conferenza di coordinamento degli organi della costruzione
e degli immobili dei committenti pubblici
Coordination Group for Construction and Property Services

Leitfaden zur Festlegung von finan- ziellen Sicherheiten bei Werkleistungen

Stand: März 2014

Mitglieder der KBOB

BBL, armasuisse, ETH-Bereich, ASTRA, BAV, BPUK, SGV und SSV

KBOB

Fellerstrasse 21, 3003 Bern Schweiz
Tel. +41 31 325 50 63, Fax +41 31 325 50 09
kbob@bbl.admin.ch
www.kbob.ch

Inhalt

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | Einleitung | 4 |
| 1.1 | Ziel und Zweck | 4 |
| 1.2 | Rechtliche Grundlagen | 4 |
| 1.3 | Geltungsbereich und Abgrenzungen..... | 5 |
| 2 | Die Sicherheitsleistungen | 6 |
| 2.1 | Überblick | 6 |
| 2.2 | Rechtsform und Wirkung | 7 |
| 2.2.1 | Die Bürgschaft | 7 |
| 2.2.2 | Die Garantie | 8 |
| 2.2.3 | Die Konventionalstrafe..... | 8 |
| 2.2.4 | Die Realsicherheit..... | 9 |
| 2.3 | Erscheinungsformen..... | 9 |
| 2.3.1 | Anzahlungsgarantie/Solidarbürgschaft für Vorauszahlungen | 10 |
| 2.3.2 | Erfüllungsgarantie für die Vertragserfüllung | 11 |
| 2.3.2.1 | Solidarbürgschaft und Garantie | 11 |
| 2.3.2.2 | Konventionalstrafe | 13 |
| 2.3.3 | Rückbehalt..... | 13 |
| 2.3.4 | Gewährleistungsgarantie | 14 |
| 2.3.5 | Bargarantie | 15 |
| 3 | Solidarbürgschaft oder Garantie | 16 |
| 4 | Risikobewältigung | 17 |
| 5 | Zeitpunkt der Beibringung von Sicherheitsleistungen | 19 |
| 6 | Empfehlungen | 20 |
| 7 | Vorlagen | 22 |

Abkürzungen

| | |
|------|--|
| ARGE | Arbeitsgemeinschaft |
| BöB | Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1) |
| GU | Generalunternehmung |
| OR | Schweizerisches Obligationenrecht |
| PQM | Projektbezogenes Qualitätsmanagement |
| SIA | Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein |
| TU | Totalunternehmung |
| VöB | Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.11) |
| VSS | Schweizerischer Verband der Strassen- und Verkehrsfachleute |
| ZGB | Schweizerisches Zivilgesetzbuch |

Quellen / Grundlagen

- [1] SIA Norm 118: Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, Ausgabe 2013
- [2] SIA Merkblatt 2020: Sicherheitsleistungen des Unternehmers im Werkvertrag Ausgabe 2001
- [3] UBS AG: Bankgarantien
- [4] Credit Suisse: Die Bankgarantie
- [5] Institut für schweizerisches und internationales Baurecht Universität Freiburg: Aktuelles Vergaberecht 2010, herausgegeben von Jean-Baptiste Zufferey / Hubert Stöckli
- [6] Leitfaden zum KBOB-Vertrag für Generalunternehmerleistungen, Stand September 2010
- [7] Leitfaden zum KBOB-Vertrag für Totalunternehmerleistungen, Stand September 2010
- [8] KBOB Leitfaden zu Vergabeverfahren und Werkverträgen für Einzelleistungen, 27.12.2009
- [9] Konzernrichtlinie SBB FC 04/00: Absicherung wirtschaftlicher Risiken im Baubereich Ausgabe 01.09.2000
- [10] Handbuch für die Haushalt- und Rechnungsführung in der Bundesverwaltung
- [11] SIA Merkblatt 2007: Qualität im Bauwesen, Ausgabe 2001

1 Einleitung

1.1 Ziel und Zweck

Zunehmendes
Sicherheitsbedürfnis

In der jüngeren Vergangenheit ist bei den Baubeteiligten, insbesondere - aber nicht nur – bei der öffentlichen Hand als Besteller, zunehmend das Bedürfnis auszumachen, die wirtschaftlichen Risiken in einer Weise abzudecken, welche über die in der SIA 118 vorgesehenen Sicherheitsleistungen hinaus geht.

Jede Art von finanziellen Sicherheiten, die durch aussen stehende Dritte - in der Regel Banken oder Versicherungen - garantiert oder verbürgt werden, kostet aber Geld, das der Besteller¹ letztlich in irgendeiner Form bezahlen muss. Im Grunde genommen ist die Geltendmachung von Garantien und Bürgschaften durch die öffentliche Hand nichts anderes als die „Versicherung von Steuergeldern mit anderem Steuergeld“, was letztlich die Baukosten in die Höhe treibt.

Verzerrung des Wettbewerbs

Ein übermässiges Sicherheitsbedürfnis, das mit Sicherheitsleistungen abgedeckt werden soll, kann zudem zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führen, weil Anbieter die geforderten Sicherheitsleistungen entweder gar nicht beibringen können oder wegen Anrechnung an die von der oder den Banken gewährten Kreditlimiten nicht eingehen dürfen.

Vertragsbestimmungen

In den allermeisten Fällen kann - gerade bei der öffentlichen Hand - das Bedürfnis nach Sicherheit statt in Form von finanziellen Sicherheitsleistungen auch abgedeckt werden über Vertragsbestimmungen wie:

- Regelung der Zahlungsmodalitäten;
- Vereinbarung von Konventionalstrafen;
- Vereinbarung über die Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten;
- Geltendmachung des Rückbehaltungs- und/oder des Verrechnungsrechts;
- Recht auf Beweissicherung.

Praxisnahe Erläuterung

Der vorliegende „Leitfaden zur Festlegung von finanziellen Sicherheiten bei Werkleistungen“ (nachfolgend kurz Leitfaden genannt) soll die Festlegung von finanziellen Sicherheiten bei Werkleistungen im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens möglichst einfach und praxisnah erläutern. Er ist nicht als umfassender Kommentar für Spezialisten ausgelegt, sondern soll in erster Linie denjenigen öffentlichen Bauherren eine Hilfe bieten, die sich nur sporadisch mit solchen Fragen befassen.

1.2 Rechtliche Grundlagen

OR

Der vorliegende Leitfaden basiert auf dem schweizerischen Obligationenrecht. Die KBOB-Mitglieder gehen davon aus, dass sich Anbieter aus dem Ausland diesen Regeln schon aus dem Gleichbehandlungsgebot heraus unterziehen müssen, wenn sie in der Schweiz tätig sein wollen. Weil sie über die Besonderheiten des schweizerischen

¹ Besteller, Auftraggeber, Garantiennehmer und Gläubiger werden in diesem Leitfaden als Synonyme für Bauherr im Sinn der KBOB-Vertragsvorlagen verwendet

Rechts in der Regel nicht so gut Bescheid wissen, ist diesem Aspekt vor dem Vertragsabschluss besondere Beachtung zu schenken.

SIA 118 Die wichtigste Grundlage für den Baubereich bildet die SIA Norm 118 „Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten“, welche in der Regel Werkvertragsbestandteil ist².

1.3 Geltungsbereich und Abgrenzungen

Dieser Leitfaden umfasst finanzielle Sicherheiten, welche entweder der Unternehmer oder aussenstehende Dritte - meistens Banken oder Versicherungen - zu Gunsten des Bestellers von Werkleistungen erbringen müssen. Dienstleistungen und Lieferungen sowie Serviceleistungen folgen teilweise abweichenden Regeln. Der vorliegende Leitfaden kann deshalb nicht ohne Weiteres auf diese Vertragsarten angewendet werden.

Nicht unter das Thema „Finanzielle Sicherheiten bei Werkleistungen“ im Sinne dieses Leitfadens fallen Anreizsysteme in Form von Bonus-Malusregelungen, wie sie beispielsweise bei Baustellen unter Verkehr auf Nationalstrassen seit einigen Jahren üblich geworden sind³.

Ebenfalls nicht Gegenstand sind Schadenersatzansprüche aus Art. 107 ff. OR. Allerdings ist zu beachten, dass Sicherheitsleistungen wie Konventionalstrafen je nach Vertragsverhältnis und den mitgeltenden Vertragsbedingungen an den zu leistenden Schadenersatz angerechnet werden⁴.

Schliesslich auch nicht Gegenstand dieses Leitfadens sind Sicherheitsleistungen des Bestellers gegenüber dem Unternehmer.

² KBOB-Musterverträge Art. 2

³ VSS Norm SN 641 505a „Baustellen unter Verkehr“

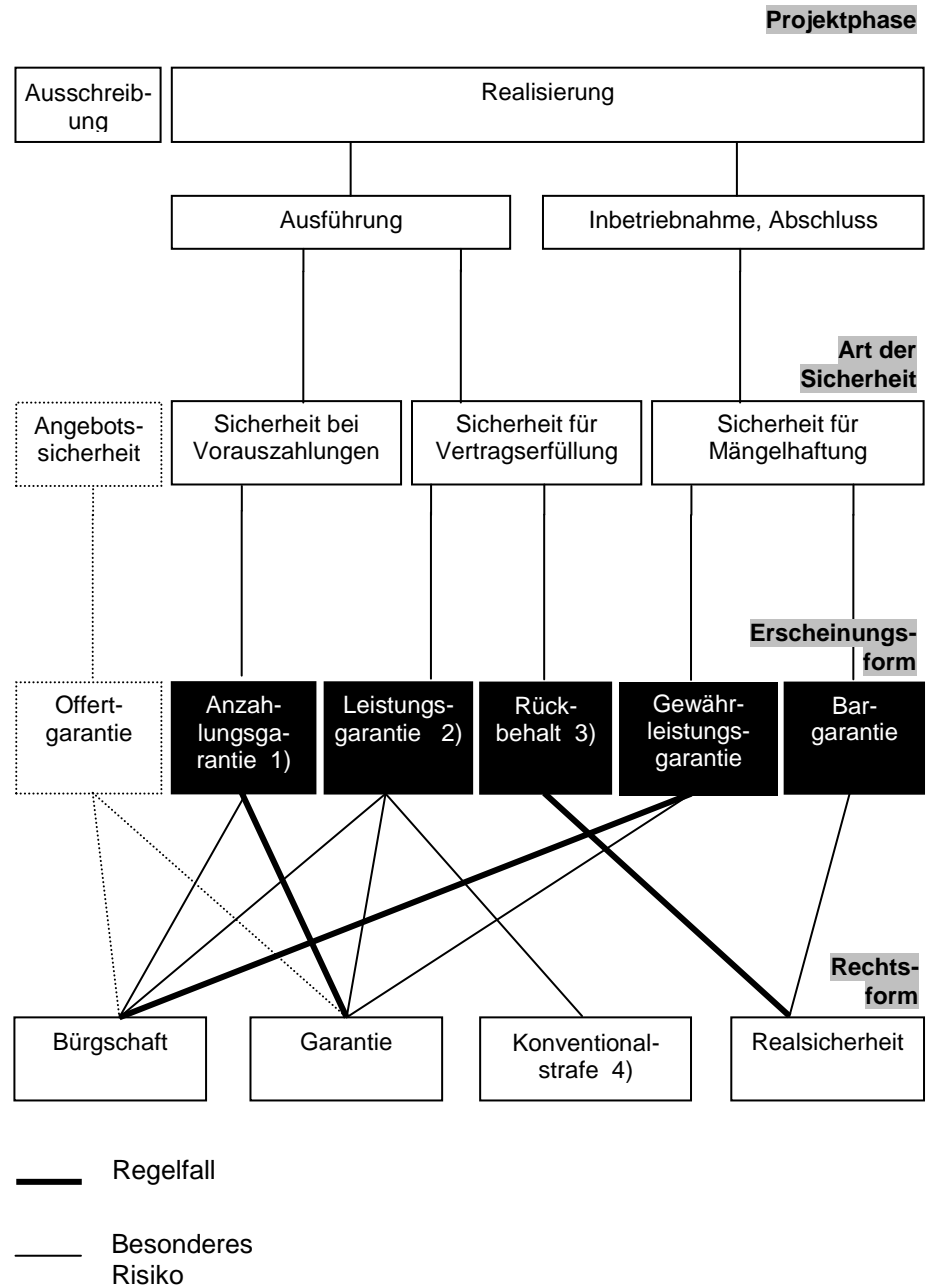
⁴ Art. 98 Abs. 3 SIA Norm 118

2 Die Sicherheitsleistungen

2.1 Überblick

Rechtsform vs. Erscheinungsform

Es ist zu unterscheiden zwischen der Rechtsform von finanziellen Sicherheiten und deren Erscheinungsformen in der Praxis bezogen auf die Art der Sicherheit. Die nachstehende Grafik gibt einen Überblick.



Hinweise zur Terminologie:

- 1) in GU- und TU-Werkvertragsvorlagen Hochbau der KBOB Zahlungsgarantie genannt
- 2) in Werkvertragsvorlage für Einzelleistungen Erfüllungsgarantie genannt
- 3) in GU- und TU-Werkvertragsvorlagen Hochbau der KBOB Garantierückbehalt, in Werkvertragsvorlage für Einzelleistungen Bar-rückbehalt genannt
- 4) wird eventuell in einem separaten KBOB-Leitfaden geregelt

Offertgarantie Angebotssicherheiten in Form von Offertgarantien (bid bonds / tender bonds) sind in der Schweiz mindestens im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens nicht (mehr⁵) üblich. Der Anbieter ist nach Gesetz⁶ für die in der Ausschreibung genannte Dauer (z.B. 30 Tage nach Art. 17 SIA Norm 118) an sein Angebot gebunden. Zieht er sein Angebot vorzeitig und ohne Zustimmung der auslobenden Stelle zurück, hat er aus vorvertraglicher Haftung für den allfälligen Schaden aufzukommen. Somit sind Offertgarantien auch gar nicht nötig. Sie werden in diesem Leitfaden deshalb nicht weiter behandelt.

2.2 Rechtsform und Wirkung

2.2.1 Die Bürgschaft

Die gesetzliche Grundlage der Bürgschaft findet sich in Art. 492 ff. OR.

Solidarbürgschaft Mit dem Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge (Bank oder Versicherung), dem Gläubiger des Hauptschuldners⁷ für die Erfüllung der Schuld einzustehen. Hat sich ein Bürge gemäss Art. 496 Abs. 1 OR solidarisch verbürgt, kann er vor dem Hauptschuldner und vor der Verwertung von bestehenden Pfandrechten belangt werden, sofern der Hauptschuldner mit seiner Leistung im Rückstand und erfolglos gemahnt worden oder seine Zahlungsunfähigkeit offensichtlich ist.

Voraussetzung einer Hauptschuld Im Gegensatz zu einer abstrakten Verpflichtung (Zahlungsverpflichtung oder Garantie) ist die Bürgschaft akzessorischer Natur. Sie setzt eine zu Recht bestehende Hauptschuld voraus und teilt deren Schicksal hinsichtlich Bestand, Umfang und Erzwingbarkeit. Geht die Hauptschuld unter, erlischt auch die Bürgschaft.

Das Interesse des Gläubigers an der raschen Durchsetzung seiner Forderungen ist dadurch geschmälert, dass der Bürge berechtigt und verpflichtet ist, dem Gläubiger die Einreden des Hauptschuldners entgegenzusetzen. Das kann zur Folge haben, dass der Gläubiger erst nach dem Durchlaufen eines zeit- und möglicherweise auch kostenintensiven Gerichtsprozesses Zugriff auf die Bürgschaftsleistung erhält.

„erst streiten, dann zahlen“ In der Baubranche kommen mehrheitlich Solidarbürgschaften vor. Im Unterschied zur einfachen Bürgschaft kann bei der Solidarbürgschaft der Bürge vor dem Hauptschuldner belangt werden und nicht erst, wenn dieser in Konkurs geraten oder ihm Nachlassstundung gewährt worden ist. Trotzdem gilt im Gegensatz zur Garantie der Grundsatz „erst streiten, dann zahlen“.

⁵ In den neunziger Jahren waren Bietungsgarantien in Höhe von etwa 10 % der mutmasslichen Vertragssumme auch in der öffentlichen Hand nicht unüblich. Das hat dazu geführt, dass viele Unternehmer wegen fehlender Zusage ihres Garanten bzw. Erreichung der Kreditlimiten ihrer Bank(en) gar nicht mehr an allen für sie interessanten Ausschreibungen haben teilnehmen können.

⁶ Art. 3 und 5 OR

⁷ Hauptschuldner = Unternehmer / Generalunternehmer / Totalunternehmer

2.2.2 Die Garantie

Die Garantie ist im Gesetz nicht explizit geregelt. Das Bundesgericht stützt sich bei seiner Rechtssprechung auf Art. 111 OR. Es wird auch die Auffassung vertreten, dass es sich bei der Garantie um eine Anweisung im Sinne von Art. 466 OR handelt.

Mit der Garantie verspricht der Garant (Bank oder Versicherung) dem Garantienehmer, ihm (in der Regel auf erstes Verlangen) eine Zahlung in bestimmter Höhe zu leisten, falls ein Dritter eine Leistung nicht oder nicht vertragsgemäss erbringt.

Keine Hauptschuld vorausgesetzt

Das Garantieverprechen ist abstrakter Natur. Das bedeutet, dass mit einer Garantie eine bestimmte Leistung sichergestellt wird, unabhängig davon, ob diese Leistung geschuldet wird oder nicht. Die Garantie ist von der zu Grunde liegenden Vertragsbeziehung unabhängig und deshalb vom Garantienehmer einfach zu handhaben. Im Unterschied zur Bürgschaft kann der Garant keine Einreden des Dritten bzw. des Unternehmers geltend machen, die nicht explizit im Garantieverprechen selber vorgesehen sind. Er muss zahlen, sobald er vom Garantienehmer dazu aufgefordert wird.

„erst zahlen, dann streiten“

Für den Gläubiger hat die Garantie als Sicherungsinstrument den Vorteil, dass er nach dem Grundsatz „erst zahlen, dann streiten“ zu den mit der Garantie versprochenen Ersatzleistungen kommt, ohne zuerst einen Gerichtsprozess dafür anstrengen zu müssen.

Die Prämie für Garantien beträgt je nach Bonität des Unternehmers sowie der Art, Höhe und Laufzeit der Garantie sowie der Situation am Rückversicherungsmarkt etwa 0.5 bis 1.5 Prozent der Garantiesumme. Die Tendenz ist stark steigend und es ist mit einer Verdoppelung der genannten Prozentsätze in den nächsten Jahren zu rechnen.

Wichtig ist auch zu wissen, dass verbindliche Absichtserklärungen für Garantien im Auftragsfall, welche während der Submission verlangt werden, ebenfalls nicht gratis zu haben sind. Sie können gut und gern einige Prozente der Prämie für die Garantie selber ausmachen.

2.2.3 Die Konventionalstrafe

Die Konventionalstrafe (auch Pönale oder Vertragsstrafe genannt) nach Art. 160 ff. OR ist eine dem Vertragspartner fest zugesagte Geldsumme für den Fall, dass bestimmte, vertragliche Verpflichtungen nicht oder nicht richtig erfüllt werden. Die Modalitäten müssen im Werkvertrag eindeutig geregelt werden.

Keine Schadensnachweispflicht

Bei Eintritt eines Ereignisses, für das eine Konventionalstrafe vereinbart worden ist, muss der Bauherr nicht nachweisen, dass ihm ein Schaden entstanden ist. Der Nachweis, dass eine Konventionalstrafe zu Unrecht geltend gemacht worden ist, obliegt dem Unternehmer.

Auch wenn Konventionalstrafen nicht durch ein Garantie- / Bürgschaftsversprechen geregelt sind, bilden sie doch bei entsprechender Ausgestaltung eine recht effektive Form der Erfüllungsgarantie gegen die Nichteinhaltung von Vertragsbestimmungen (vor allem Termine), die für den Besteller von herausragender Wichtigkeit sind.

Rückbehalt/
Bargarantie

2.2.4 Die Realsicherheit

Die SIA Norm 118 kennt zwei Formen des Einbehalts von Geld: den Rückbehalt⁸ und die Bargarantie⁹. Beides sind besondere Formen von Realsicherheit.

Realsicherheiten sind direkte Sicherheitsleistungen des Unternehmers. Anders als bei Bürgschaft und Garantie, braucht sich der Bauherr somit nicht um die Sicherheitsleistung zu bemühen, denn er hat sie von Anfang an in seiner Hand. Dritte sind am Rechtsverhältnis nicht beteiligt.

2.3 Erscheinungsformen

Dieses Kapitel gibt einen Überblick über die bedeutendsten Erscheinungsformen von Sicherheitsleistungen mit Hinweisen zum

- Anwendungsbereich
- Sicherungszweck
- Höhe der Sicherheitsleistung
- Laufzeit der Sicherheitsleistung
- Besonderheiten.

Zuerst eine Zuordnung mit Hinweisen, welche Formen bei Werkleistungen vor dem Hintergrund der rechtlichen Grundlagen gemäss Kapitel 1.2 die Regel sein sollten oder die bei besonderen Risiken alternativ sinnvoll sein könnten:

| Art der Sicherheit | Rechtsform / Erscheinungsform | | | |
|--------------------|-------------------------------|--------------------------|-----------------|-------------------------|
| | Bürgschaft | Garantie | Real-sicherheit | Konventional- strafe |
| Submission | Solidarbürg-schaft | Offert-garantie | - | - |
| Vorauszahlungen | Solidarbürg-schaft | Anzahlungs-garantie | - | - |
| Vertragserfüllung | Solidarbürg-schaft | Leistungs-garantie | Rückbehalt | Konventional- strafe |
| Mängelhaftung | Solidarbürg-schaft | Gewährleis-tungsgarantie | Bargarantie | - |

| | | | |
|-----------|-----------|-------------------|---------------------------------|
| Bedeutung | Regelfall | Besonderes Risiko | nicht nötig / nicht relevant |
|-----------|-----------|-------------------|---------------------------------|

Im Folgenden werden Hinweise zu den einzelnen Erscheinungsformen von Sicherheitsleistungen gemacht. Dabei wird der Schwerpunkt auf jene Sicherheitsleistungen gelegt, welche über diejenigen der SIA Norm 118 hinausgehen. Diese werden als weitgehend bekannt voraus gesetzt.

⁸ Art. 149 ff. SIA Norm 118

⁹ Art. 182 SIA Norm 118

2.3.1 Anzahlungsgarantie/Solidarbürgschaft für Vorauszahlungen

Sicherung von geleisteten Vorauszahlungen

Zweck

Sicherung von Ansprüchen des Bestellers auf Rückvergütung von geleisteten Vorauszahlungen an den Werkpreis, sofern die Leistung nicht oder erst teilweise erbracht ist. In der Baubranche sind Anzahlungen hauptsächlich dafür gedacht, dass der Unternehmer für die Gestehungskosten des für die Vertragserfüllung benötigten Materials nicht unüblich lang vorfinanzieren muss.

Höhe

Betrag der Anzahlung bzw. Vorauszahlung.

Dauer

Bis zur Lieferung plus zeitlicher Sicherheitszuschlag in Abhängigkeit der konkreten Leistung/Lieferung (z.B. 30 Tage)¹⁰ oder ausnahmsweise bis zum Ende der Leistungserbringung.

Besonderheiten

- Die Anzahlungsgarantie ist ein „Zug um Zug“-Geschäft. Sie tritt erst bei Erhalt der Anzahlung in Kraft und kann auch erst auf diesen Zeitpunkt hin verlangt werden.
- Vorauszahlungen sind zwingend durch eine Sicherheitsleistung abzusichern.
- Die Sicherheitsleistung ist abgestuft im umgekehrten Verhältnis zur erbrachten Leistung zu gestalten („Stückelung“ der Garantie bzw. der Bürgschaft oder Reduktionsklauseln in der Garantie- bzw. Bürgschaftsurkunde).

Anwendungshinweise

Bevorzugung der Garantie

- Anzahlungsgarantien sind nur dann zu verlangen, wenn sie über die normalen Regeln von SIA Norm 118 hinausgehen und wenn der Anzahlung keine abgelieferte Leistung des Unternehmers gegenübersteht.
- In der Regel ist aus den in Kapiteln 2.2.1 und 2.2.2 erwähnten Gründen der Anzahlungsgarantie auf erstes Verlangen trotz erheblich höheren Kosten der Vorzug vor einer Solidarbürgschaft zu geben. Weil der Unternehmer im Gegenzug Geld für die zu leistende Garantie erhält, belastet diese seine Kreditlimite in aller Regel nicht zusätzlich.
- Besonders bei Verträgen mit einer hohen Vertragssumme taucht immer wieder die Frage auf, ob für Baustelleneinrichtungen zu Global- oder Pauschalpreisen nicht Anzahlungsgarantien verlangt werden sollen. Dazu ist festzuhalten, dass dieser Aspekt nicht einfach aus dem Gesamtzusammenhang der SIA Norm 118 heraus gelöst werden sollte. Vielmehr hat es der Besteller ohne Weiteres in der Hand, die Baustelleneinrichtungen in der Ausschreibung so zu strukturieren und insbesondere den Zeitpunkt des Erreichens der vollständigen Betriebsbereitschaft¹¹ so zu definieren, dass sich die Frage einer zusätzlichen Sicherheitsleistung erübrigt.

¹⁰ Kann der Liefertermin Verzögerung erfahren, ist eine entsprechende, automatisch zur Anwendung kommende Verlängerungsklausel in die Garantieurkunde aufzunehmen.

¹¹ Art. 146 SIA Norm 118

2.3.2 Erfüllungsgarantie für die Vertragserfüllung

2.3.2.1 Solidarbürgschaft und Garantie

Zweck

- Schutz des Bestellers vor Risiken aus nicht vertragskonformer Leistungserbringung sowie vor Arbeitseinstellung des Unternehmers.
- Die Erfüllungsgarantie bezweckt das Gleiche wie der Rückbehalt gemäss Kapitel 2.2.4.

Höhe

Im Normalfall zwischen 3 und 5% der Vertragssumme. In begründeten Ausnahmefällen bei erhöhtem Schadensrisiko kann sie bis zu 20% der Vertragssumme betragen.

Als Richtwert kann der in Art. 150 der SIA Norm 118 definierte Umfang des Rückbehalts herangezogen werden.

Dauer

Wegen der besonderen Tragweite für den Unternehmer sollen Erfüllungsgarantien der zeitlichen Veränderung des Sicherheitsbedürfnisses folgen. Weil normalerweise das Risiko mit zunehmender Realisierungsdauer abnimmt, ist auch die Erfüllungsgarantie degressiv zu gestalten.

Besonderheiten

Die Garantie läuft an dem in der Garantieurkunde festgelegten Tag ab. Bei Verzögerungen muss der Besteller beim Unternehmer die Verlängerung verlangen. Diese Aussage trifft nicht zu für unbefristet ausgestellte Solidarbürgschaften.

Anwendungshinweise

Zusätzliche Risiken

- In aller Regel genügt der Rückbehalt gemäss Kapitel 2.2.4 als Sicherheit für die richtige Vertragserfüllung.
- Werkverträge mit folgenden Risiken können Solidarbürgschaften oder Erfüllungsgarantien als zusätzliche Sicherheit für die Vertragserfüllung¹² oder als Ersatz für den Rückbehalt¹³ rechtfertigen:
 - Verträge mit Unternehmervarianten, die technisch nicht ausreichend erprobt sind oder die aussergewöhnlich risikoreiche Baumethoden beinhalten;
 - General- und Totalunternehmerwerkverträge, besonders bei Zahlungsplänen, die an feste Termine und nicht an prüfbare Meilensteine gekoppelt sind;
 - Verträge in einem beschränkten Beschaffungsmarkt, wo ein Ersatz des Unternehmers nicht ohne Weiteres möglich ist;
 - Verträge mit mehrjähriger Vertragsdauer und besonderen Terminrisiken (sofern diese nicht über Konventionalstrafen abgedeckt werden).
- Liegen die besonderen Risiken beim Unternehmer (z.B. unsichere Bonität, hoher Anteil des Auftrags gemessen am Umsatz), dann müssen vor dem Zuschlag eventuell zusätzliche Sicherheiten verhandelt werden¹⁴. Um vergaberechtlichen Komplikationen vorzubeugen, empfiehlt es sich, entsprechende Bedingungen in der Ausschreibung präzise zu beschreiben, denn die Verhandlung

¹² Art. 149 SIA Norm 118

¹³ Art. 151 SIA Norm 118

¹⁴ Art. 20 BöB und Art. 26 VöB

kann Auswirkung auf den Angebotspreis haben. Wenn ein solches Risiko im Vergabeverfahren erkannt wird, ist aber grundsätzlich zu überlegen, ob auf das Angebot überhaupt eingegangen werden kann oder ob der Anbieter nicht ausgeschlossen werden muss.

- Wird eine Erfüllungsgarantie verlangt, so tritt diese in der Regel an die Stelle des Rückbehalts.
- Die Degression oder Erhöhung der Garantiesumme ist bereits in der Ausschreibung „kalkulierbar“ zu beschreiben und im Werkvertrag oder in der Garantieurkunde festzuhalten. In der Praxis wird oft pro „Degressionsstufe“ eine separate Garantieurkunde mit entsprechender Laufzeit ausgestellt.
- Um Problemen mit Terminverschiebungen aus dem Weg zu gehen, sind die Anpassungen in erster Linie an klar definierte Meilensteine/Ereignisse zu knüpfen und nicht an fixe Termine. Dabei soll ein objektspezifischer Reservezeitraum (z.B. 1 Monat) einbezogen werden.
- Wird die Verlängerung der Erfüllungsgarantie notwendig, muss dies der Besteller bei befristeter Laufdauer so rechtzeitig in die Wege leiten, dass die Verlängerung vorliegt, bevor die ursprüngliche Garantie ausläuft. Kommt der Unternehmer einer entsprechenden Aufforderung nicht nach, kann der Besteller direkt an den Garanten gelangen mit dem Hinweis, dass im Fall der Weigerung oder bei verspäteter Verlängerung die Garantie „gezogen“ wird.
- Im Werkvertrag ist zu regeln, wie mit Veränderungen der Werkvertrags- und damit der Höhe der Sicherheitsleistung umgegangen wird (z.B. Veränderung der Werkvertragssumme um mehr als 5 % = Anpassung der Garantie-/Bürgschaftssumme um 5 %).
- Garantien mit einer Laufzeit von mehr als 10 Jahren sind mindestens auf dem Versicherungsmarkt kaum erhältlich. Wird aus einer projektspezifischen Risikobeurteilung heraus verlangt, dass der Unternehmer auch für die Abdeckung der Mängelhaftung eine Garantie statt der in der SIA Norm 118¹⁵ vorgesehenen Solidarbürgschaft leistet, dann soll diese in der Regel erst beim Ablauf der Erfüllungsgarantie beginnen.
- Wird eine Erfüllungsgarantie gefordert und vereinbart, ist das Ablaufdatum gegebenenfalls so zu legen, dass das Risiko aus dem Eintrag von Bauhandwerkerpfandrechten¹⁶ abgedeckt ist. Das Eintragungsrecht des Handwerkers und Unternehmers endet vier Monate nach Vollendung seiner Arbeit.
- Um Missbräuchen beim Ziehen der Erfüllungsgarantie vorzubeugen, ist die Zuständigkeit dafür mindestens eine Hierarchiestufe über der Projektleitung des Bestellers anzusiedeln, eher sogar bei der Bereichs- oder Amtsleitung. Dies ist entweder im Vertrag oder in der Garantieurkunde festzuhalten.

¹⁵ Art. 181 und 182 SIA Norm 118

¹⁶ Art. 839 ZGB

2.3.2.2 Konventionalstrafe

Zweck

Druckmittel gegenüber dem Unternehmer zur Einhaltung von Vertragsbestimmungen, welche für den Besteller mit einem besonderen Risiko behaftet sind.

Höhe

- Festlegung pro Ereignis in Funktion der Schadenhöhe und der Auswirkungen aus dem Vertragsbruch. Konventionalstrafen für die Nichteinhaltung von Terminen werden in der Regel als Frankenbetrag pro Arbeitstag/Woche oder Monat und zudem mit fortschreitender Fristüberschreitung progressiv festgelegt.
- Maximale Begrenzung der Summe der Konventionalstrafen auf 5 - 10 % der Abrechnungssumme.

Besonderheiten

- Geleistete Konventionalstrafen können vom Unternehmer auch dann nicht mehr zurückgefordert werden, wenn dem Besteller aus dem Vertragsbruch kein Schaden entstanden ist¹⁷.
- Die Konventionalstrafe hat keinen Einfluss auf den Haftungsumfang des Unternehmers, wird aber an den zu leistenden Schadenersatz angerechnet¹⁸.

Anwendungshinweise

Besonders im Hinblick auf kritische Termine

- Konventionalstrafen sollen auf echte und für den Besteller besonders kritische Vertragsinhalte beschränkt bleiben. Unter diese Prämisse fallen insbesondere kritische Termine für die Inbetriebnahme von Werken oder Werkteilen sowie für deren Übergabe an Nachfolgeunternehmer.
- Auf Konventionalstrafen als Folge der Nichteinhaltung von formalen Vertragsbedingungen wie zum Beispiel die Nichteinhaltung von Ausmass- oder Abrechnungsfristen, fehlende oder unvollständige Massurkunden und Rechnungsbelege dagegen ist zu verzichten. Dafür gibt es andere Sanktionsmöglichkeiten, die im Werkvertrag vereinbart werden können (unter anderem Aussetzen von Zahlungen bis ein ordnungsgemässes Zahlungsbegehren vorliegt¹⁹).
- Um Missbräuchen vorzubeugen und eine rechtzeitige Beweissicherung zu ermöglichen, soll der Werkvertrag eine Frist für die Einforderung einer Konventionalstrafe enthalten (z.B. 3 Monate ab Fristüberschreitung).
- Konventionalstrafen müssen pro Ereignis „weh tun“ oder es ist darauf zu verzichten.

2.3.3 Rückbehalt

Zweck

- Sicherung von Ansprüchen des Bestellers aus den Verpflichtungen des Unternehmers bis zur Abnahme gemäss Art. 157 ff. SIA Norm 118 bzw. zur Genehmigung des Werks gemäss Art. 367 und 370 OR.

¹⁷ Art. 161 Abs. 1 OR

¹⁸ Art. 161 Abs. 2 OR

¹⁹ Art. 148 SIA Norm 118

- Barrückbehalt - Bei Werkleistungen ist der Rückbehalt in Form des Barrückbehalts nach Art. 149 ff. SIA Norm 118 eine wichtige Sicherheitsleistung. Er dient dem Bauherrn als Realsicherheit für die Erfüllung der Verpflichtungen des Unternehmers bis zur Abnahme des Werkes oder eines Werkteils.

Höhe

Bei Einheitspreisverträgen gemäss SIA Norm 118 richtet sich der Rückbehalt nach deren Art. 150 und beträgt dann zwischen 5 und 10 % des Leistungswertes. Ist nicht anders vereinbart, so beschränkt sich der Rückbehalt auf den Maximalbetrag von CHF 2 Mio.

Dauer

Der Rückbehalt wird zur Zahlung fällig, wenn die Abnahme des Werks erfolgt ist, die Schlussabrechnung übergeben und deren Prüfungsfrist abgelaufen und die vertraglich vereinbarte Sicherheit für die Mängelhaftung des Unternehmers beigebracht ist²⁰.

Besonderheiten

Rückbehalt eines Teils der Abschlagszahlung

- Der Bauherr behält von jeder Abschlagszahlung einen Prozentsatz des Leistungswertes bis zu einem bestimmten, vereinbarten Maximalbetrag ein²¹. Die Auszahlung des Rückbehalts ist an bestimmte Voraussetzungen geknüpft²².
- Bei Gesamtpreisverträgen (Global-/Pauschalpreis) ist der Rückbehalt besonders zu regeln²³.
- Meistens wird bei Gesamtpreisverträgen ein Zahlungsplan vereinbart. Wird der Zahlungsplan an das Erreichen von Meilensteinen und nicht an fixe Termine gekoppelt, dann kann der Zahlungsplan so gestaltet werden, dass der gewünschte Rückbehalt darin enthalten ist.
- Bei komplexen Werkleistungen, bei GU- und TU-Verträgen sowie bei Verträgen, die mehrere Jahre laufen, wird anstelle des Rückbehalts in der Regel eine Erfüllungsgarantie in Form einer Solidarbürgschaft oder einer Erfüllungsgarantie gefordert.

GU- und TU-Verträge:
Erfüllungsgarantie statt Rückbehalt

2.3.4 Gewährleistungsgarantie

Zweck

Sicherung von Ansprüchen des Bestellers aus der Mängelhaftung des Unternehmers gemäss Art. 165 ff. SIA Norm 118 bzw. Art. 367 ff. OR.

Höhe

Der Haftungsbetrag richtet sich nach der Totalsumme der aus einem Werkvertrag zu leistenden Vergütungen jeder Art. Die Höhe der Solidarbürgschaft richtet sich nach Art. 181 SIA Norm 118.

Dauer

Die Gewährleistungsgarantie dauert in der Regel bis zum Ablauf der Rügefrist²⁴. Diese dauert 2 Jahre, sofern in der Vertragsurkunde nichts anderes vereinbart ist.

²⁰ Art. 151 SIA Norm 118

²¹ Art. 150 SIA Norm 118

²² Art. 152 SIA Norm 118

²³ Art. 151 SIA Norm 118

²⁴ Art. 172 SIA Norm 118

Besonderheiten

- Die Gewährleistungsgarantie löst ab dem Tag der Abnahme den Rückbehalt oder andere Formen der Erfüllungsgarantie ab. Es ist seitens Bauherr darauf zu achten, dass keine Sicherheitslücken entstehen. Dies kann z.B. erreicht werden, indem im Werkvertrag festgelegt wird, dass die Erfüllungsgarantie so lange nicht erlischt, als die Ablösung durch die Gewährleistungsgarantie nicht vorliegt oder dass der Rückbehalt erst nach dem Vorliegen der Gewährleistungsgarantie ausbezahlt wird. Infolge der akzessorischen Natur der Solidarbürgschaft kann diese auch unbefristet sein. Das entbindet den Besteller davon, sich um die Verlängerung der Bürgschaft kümmern zu müssen.
- In aller Regel genügt die Solidarbürgschaft als Gewährleistungsgarantie.
- Rügefrist - Nach der Beseitigung von wesentlichen Mängeln beginnt die Rügefrist für die instand gestellten Werkteile neu zu laufen. Die Gewährleistungsgarantie ist entsprechend anzupassen.

2.3.5 Bargarantie

Die Bargarantie gemäss Art. 182 SIA Norm 118 ist eine besondere Form der Sicherheit aus der Mängelhaftung des Unternehmers. Sie ist in den Vertragsvorlagen der KBOB nicht vorgesehen und spielt in der öffentlichen Hand auch generell eine vernachlässigbare Rolle. Es wird in diesem Leitfaden deshalb nicht weiter darauf eingegangen.

3 Solidarbürgschaft oder Garantie

In diesem Kapitel werden einige Aspekte aufgezeigt, welche im Einzelfall beim Entscheid, ob eine Solidarbürgschaft oder eine Garantie verlangt werden soll, in Betracht gezogen werden können.

Auf einen Nenner gebracht unterscheiden sich diese beiden Grundformen von Sicherheitsleistungen aus Sicht des Bestellers wie folgt:

Garantie > **erst Geld - dann Streit**
Solidarbürgschaft > **erst Streit - dann Geld.**

Das hat insbesondere zur Folge, dass die Beweisführung, ob eine Sicherheitsleistung zu Recht gezogen worden ist, in diesen beiden Rechtsformen von Sicherheitsleistungen genau umgekehrt ist. Bei der Garantie obliegt diese dem Unternehmer, bei der Solidarbürgschaft dem Besteller.

Wettbewerbsnachteile
durch Garantien

Solidarbürgschaften sind für den Unternehmer kostengünstiger als Garantien. Zudem hängen die Prämien für Garantien von der Bonität, der Kundenbeziehung, dem Haftungssubstrat des Unternehmers und je nach Garant möglicherweise noch anderen Faktoren ab. Das kann zur Folge haben, dass im Wettbewerb nicht alle Unternehmer dieselben Kosten für die Leistung von finanziellen Sicherheiten kalkulieren müssen und es diesbezüglich zu ungleich langen Spiessen im Wettbewerb führen kann. Deshalb sollte man sich in der Regel mit Solidarbürgschaften begnügen, wenn nicht der Grundsatz „erst Geld, dann Streit“ für den Besteller und das zu errichtende Werk von zentraler Bedeutung ist (was für die in der KBOB vertretenen Besteller kaum je zutreffen dürfte).

Das Ziehen einer Solidarbürgschaft kann ein kosten- und zeitintensives Gerichtsverfahren bedingen. Im Extremfall kann in diesem Rahmen sogar eine Baueinstellung verfügt werden, wenn das Gericht dies für die Beweisaufnahme oder -sicherung als erforderlich erachtet.

Arbeitsgemeinschaften

Bei Solidarbürgschaften von Arbeitsgemeinschaften gilt für die Prämienbestimmung in der Regel das Rating des finanziell stärksten ARGE-Partners. Bei Garantien dagegen wird die Prämie in der Regel auf Grund der Quote jedes einzelnen ARGE-Mitglieds am Werkvertrag festgelegt.

Garantiesummen von über etwa 10 Mio. Franken kann ein Garant in der Regel nur dann gewähren, wenn der Rückversicherungsmarkt entsprechende Kapazitäten zur Verfügung stellt. Das ist aber nur mit Mehrkosten (höhere Risikoprämie) möglich.

Garantie an die
Kreditlimite angerechnet

Garantien werden ganz oder teilweise an die Kreditlimite des Unternehmers angerechnet. Sind Garantien verlangt, haben finanzstarke und grosse Unternehmer, insbesondere aber auch Arbeitsgemeinschaften, deren Mitglieder nach schweizerischem Recht eine einfache Gesellschaft im Sinn Art. 530 ff. OR bzw. Art. 28 SIA Norm 118 bilden, einen Wettbewerbsvorteil.

4 Risikobewältigung

Eine adäquate Risikobewältigung

- ⇒ setzt die voraus schauende Identifikation der finanziellen und operativen Risiken voraus;
- ⇒ setzt die Bewertung der Schwachstellen und Gefährdungspotenziale voraus;
- ⇒ verlangt Massnahmen zur Risikovermeidung oder / und zur Risikoverminderung;
- ⇒ steuert die Risikoentwicklung über ein kompetentes, effektives und kontinuierliches Risikocontrolling.

Q-Lenkungsplan

Die Risikoanalyse, -beurteilung und -bewertung als Vorläufer für die Festlegung von finanziellen Sicherheitsleistungen, welche über die SIA Norm 118 hinausgehen, soll nicht für sich allein, sondern im Rahmen des Q-Lenkungsplans²⁵ erfolgen. Auf Grund der darin definierten Risikostrategie ist dann festzulegen, wer für welche Risikofaktoren, d.h. für die Eindämmung der relevanten Gefahren verantwortlich ist und welche Projektrisiken auf wen überwältigt bzw. akzeptiert werden.

Die nachfolgende Tabelle enthält grobe Anhaltspunkte dafür, welche Risiken im Zusammenhang mit der Frage nach deren Absicherung durch finanzielle Sicherheitsleistungen eine Rolle spielen können und welche Alternativen zur Forderung von finanziellen Sicherheiten in Frage kommen.

²⁵ mehr dazu in [11]

Leitfaden zur Festlegung von finanziellen Sicherheiten bei Werkleistungen

WV=Werkvertrag | EK=Eignungskriterien | ZK=Zuschlagskriterien | BS=Besteller
 | FS=Finanzielle Sicherheit
 X = Regelfall | (X) = Ausnahme

| Risiko | WV | EK | ZK | BS | FS |
|---|-----|----|-----|-----|-----|
| Komplexität der zu erbringenden Leistung | X | X | (X) | | (X) |
| Neue oder wenig erprobte Bauverfahren und Produkte (Amtvorschlag) | X | | | X | |
| Projektorganisation (Koordinationsbedarf, Schnittstellen) | X | | X | | |
| Technische Risiken von Unternehmervarianten | X | | X | | (X) |
| Personelle und technische Ressourcen des Unternehmers | | X | (X) | | |
| Bauverzögerungen, Behinderungen, Bauablaufstörungen | X | | | (X) | X |
| Baugrund, Ist-Zustand | X | | | X | |
| Bestellungsänderungen | X | | | X | |
| Folgen von nicht vertragskonformer Leistungserfüllung | (X) | | | | X |
| Bonität / Haftungssubstrat des Unternehmers | | X | | | (X) |
| Kritische Termine (Meilensteine, Bauprogramm) | | | X | (X) | (X) |
| Vertragsdauer | | | | (X) | X |
| Im Verhältnis zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit hohe Bausumme | | X | | | (X) |
| Insolvenz/Leistungsverweigerung bei Vorauszahlungen | | | | | X |
| Gewährleistung für Mängelbehebung | (X) | | | (X) | X |
| Schwierigkeiten bei der Durchsetzung von (Rechts-) Ansprüchen | | | | (X) | X |
| Bauhandwerkerpfandrechte | X | | | | (X) |
| Kostenüberschreitungen | X | | | X | (X) |

Die Auflistung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

5 Zeitpunkt der Beibringung von Sicherheitsleistungen

Beanspruchung
der Kreditlimite

Einschränkung des
Wettbewerbs

Allgemein verursachen Sicherheitsleistungen Dritter dem Unternehmer erhebliche finanzielle Belastungen und beanspruchen meistens auch dessen Kreditlimiten. Werden Sicherheitsleistungen schon in der Angebotsphase verbindlich verlangt, kann die Zahl der Anbieter unter Umständen eingeschränkt werden, was gleichzeitig zu weniger Wettbewerb führt. Sicherheitsleistungen oder entsprechende, verbindliche Zusagen des die Sicherheit leistenden Dritten sollen deshalb immer erst nach dem Zuschlag und keinesfalls schon in der Angebotsphase erbracht werden müssen.

6 Empfehlungen

Die KBOB gibt folgende Empfehlungen für den Umgang mit finanziellen Sicherheitsleistungen ab.

1. In aller Regel tragen die in der SIA Norm 118, welche Bestandteil der KBOB Werkverträge ist, formulierten Sicherheitsleistungen den Bedürfnissen von Bauherr und Unternehmer ausreichend Rechnung.
2. Risikominimierung bzw. Risikovermeidung gehen der Risikoabsicherung über finanzielle Sicherheitsleistungen vor.
3. Sicherheitsleistungen Dritter kosten. Über die SIA Norm 118 hinaus gehende Sicherheitsleistungen sind nur dann gerechtfertigt, wenn der Besteller die im Rahmen des projektbezogenen Qualitätsmanagements erkannten und als bedeutend eingestuften Risiken nicht durch andere Massnahmen beherrschen kann.
4. Ein Nullrisiko gibt es beim Bauen auch für viel Geld nicht. Vor der Abdeckung von Risiken durch finanzielle Sicherheitsleistungen sind das mutmassliche Schadenausmass und die Eintretenswahrscheinlichkeit abzuwägen.
5. Werden finanzielle Sicherheitsleistungen verlangt, ist Solidarbürgschaften der Vorzug vor Garantien zu geben, wenn nicht aussergewöhnliche Risiken zu bewältigen sind.
6. Auf verbindliche Zusagen für Garantien oder Solidarbürgschaften schon in der Angebotsphase ist zu verzichten.
7. Garantien, insbesondere Erfüllungsgarantien sollen dem Leistungsfortschritt angepasst sein.
8. Erfüllungsgarantien sind alternativ und nicht zusätzlich zum Rückbehalt nach Art. 149 f. SIA Norm 118 zu verlangen.
9. Erfüllungsgarantien sind zu befristen bis etwa 3 Monate über die Abnahme hinaus und dann durch die Gewährleistungsgarantie abzulösen.
10. Um Missbräuchen und Affekthandlungen vorzubeugen, ist genau zu definieren, wer auf Bauherrenseite Garantien ziehen darf (keine Delegation der Vertretungsbefugnis an die Projekt- oder Bauleitung)²⁶.
11. Alternative Vorschläge für finanzielle Sicherheitsleistungen sollen in der Angebotsphase zugelassen werden. Sie müssen aber innerhalb der Randbedingungen der SIA Norm 118 liegen und bezüglich Umfang und Sicherheitsniveau dem ausgeschriebenen Grundangebot entsprechen. Wenn darauf eingetreten wird, müssen sie vor der Vergabe bereinigt sein.

²⁶ in Ziffer 9.2 und 9.3 der KBOB Werkvertragsvorlagen

Für die Umsetzung der obenstehenden Empfehlungen können auf der Grundlage der SIA Norm 118 (Ausgabe 2013) folgende Richtlinien gelten:

| | | | | |
|--|--|---|--|---|
| Vertrags - / Abrechnungs- summe | ≤ 200'000 CHF | > 200'000 CHF ≤ 5'000'000 CHF | > 5'000'000 CHF ≤ 20'000'000 CHF | > 20'000'000 CHF |
| Voraus- zahlungen | Anzahlungsgarantie in Höhe der geleisteten Vorauszahlungen | | | |
| Vertrags- erfüllung | Rückbehalt nach Art. 149/150 SIA 118 | Risikoanalyse / -bewertung | | |
| | | Rückbehalt nach Art. 149/150 SIA 118 oder Erfüllungsgarantie 1) | | |
| Mängel- haftung | keine | Solidar- bürgschaft Art. 181 SIA 118 | Solidar- bürgschaft Art. 181 SIA 118 | Solidarbürg- schaft oder Garantie 5% 2) |

Anmerkungen:

ad 1)

- Die Höhe der Erfüllungsgarantie ist nach dem potenziellen Schaden zu berechnen und nicht in erster Linie in Prozenten der Vertragssumme. Sie liegt im Normalfall zwischen 3 und 5% der Vertragssumme. In begründeten Ausnahmefällen mit erhöhtem Schadensrisiko kann sie bis 20% betragen.
- Eine Solidarbürgschaft kann zusätzlich zum Rückbehalt verlangt werden. Bei einer Erfüllungsgarantie auf erstes Verlangen ist auf den Rückbehalt zu verzichten.
- Bei „normalen“ Bauarbeiten eher Rückbehalt, bei Untertagebauten, General- und Totalunternehmerverträgen eher Erfüllungsgarantien.
- Entscheid, ob Solidarbürgschaft oder Garantie gestützt auf Risikobewertung.
- Solidarbürgschaft und Erfüllungsgarantien sind mit Reduktionsklauseln zu versehen (degressiv).
- Ist nicht anderes vereinbart, so beschränkt sich der Rückbehalt auf den Maximalbetrag von CHF 2 Mio.

ad 2)

- Gewährleistungsgarantie als Garantie nur bei aussergewöhnlichen Risiken oder komplexen Werken mit Schnittstellen zwischen mehreren Unternehmern.
- Die Höhe der Solidarbürgschaft richtet sich auf Max. CHF 2 Mio.

Abweichungen vom obigen Raster nach unten und oben sollen in erster Linie gestützt auf die projektspezifische Risikobewertung (siehe Kapitel 4) erfolgen.

Beschaffungsstelle des Bundes: Beträge unter CHF 20'000.- sind aus Wirtschaftlichkeitsgründen nicht sicherzustellen (Handbuch Haushalt und Rechnungsführung).

7 Vorlagen

- Vertragsurkunde für Einzelleistungen (Werkvertrag) der KBOB
- Vertragsurkunde Generalunternehmerleistungen (Hochbau) der KBOB
- Vertragsurkunde Totalunternehmerleistungen (Hochbau) der KBOB
- Vertragsurkunde Totalunternehmerleistungen Tiefbau der KBOB
- Erfüllungsgarantie KBOB
- Solidarbürgschaft KBOB

Alle Vorlagen sind in der jeweils gültigen Version im Internet abrufbar unter folgenden Pfad:

www.kbob.ch → Publikationen → Beschaffungs- und Vertragswesen