

Das neue Aktienrecht (Teil 2): Verwaltungsrat (VR), Geschäftsleitung, Revisionsstelle und Aktionärsrechte

DAS NEUE AKTIENRECHT – IN KRAFT SEIT 1. JANUAR 2023 – BRINGT (AUCH) ÄNDERUNGEN UND PRÄZISIERUNGEN DER BESTIMMUNGEN FÜR DIE FÜHRUNGSEBENE (VR, GESCHÄFTSFÜHRUNG) SOWIE DIE REVISIONSSTELLE. HINZUWEISEN IST SODANN AUF NEUERUNGEN, WELCHE DIE AKTIONÄRE DIREKT BETREFFEN.

Verwaltungsrat und Geschäftsleitung

Nach bisherigem Recht erfolgte die Wahl von Verwaltungsratsmitgliedern von Publikumsgesellschaften aufgrund der Bestimmungen der Verordnung

gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) jeweils einzeln. Dies gilt neu grundsätzlich auch für nicht börsenkotierte Aktiengesellschaften. Um kleineren Gesellschaften nicht unnötige Compliance Hindernisse aufzuerlegen, ist jedoch vorgesehen, dass die Statuten davon abweichen können (Art. 710 Abs. 2 OR).

Die VegüV ist insgesamt aufgehoben worden und deren Bestimmungen wurden, soweit noch relevant, in das OR integriert, insb. in Art. 732 ff. OR.

Das neue Aktienrecht sieht *keine Pflicht* mehr für den Verwaltungsrat vor, einen *Sekretär* zu bestimmen. Die Protokolle der Verwaltungsratssitzungen sind neu vom jeweiligen Protokollführer zu unterzeichnen (Art. 713 Abs. 3 OR), was in der Praxis früher schon galt.

Früher brauchte der VR zur *Delegation der Geschäftsführung an eine Geschäftsleitung* nach Massgabe eines Organisationsreglements eine statutarische Ermächtigung (Art. 716b Abs. 1

aOR). Das Erfordernis der statutarischen Ermächtigung entfällt heute, womit der Handlungsspielraum des VR gestärkt wird. Am Erfordernis eines Organisa-



Stefan Schalch



Serdal Avsar-Bringolf

Inhalt

Seite

**Das neue Aktienrecht (Teil 2):
Verwaltungsrat (VR),
Geschäftsleitung, Revisionsstelle
und Aktionärsrechte** 1

**Strafbare Handlungen
des Arbeitnehmers:
Fristlose Kündigung?** 4

Teuerung von Bauleistungen 5

**Modernisierung und
Erweiterung eines EFH
in der Landwirtschaftszone** 7

tionsreglements als Grundlage wird festgehalten; dieses wird vom VR erlassen. Sollen die Aktionäre über die Delegation der Geschäftsführung entscheiden können, ist neu also ein entsprechender Vorbehalt in die Statuten aufzunehmen.

Früher konnte der VR Beschlüsse auf schriftlichem Weg auf Papier fassen (Zirkular- oder Zirkulationsbeschlüsse). Nun ist es möglich, Beschlüsse auch in *elektronischer Form* zu fassen (Art. 701 Abs. 3 OR), analog zu den neuen Bestimmungen zur Generalversammlung (GV; Art. 713 Abs. 2 und 3 OR; vgl. auch den Beitrag im Newsletter 01/2021). Für die Stimmabgabe bzw. Beschlussfassung ist keine Unterschrift mehr erforderlich, auch keine elektronische Signatur. Sofern solche informellen Beschlussfassungen nicht erwünscht sind, steht es der Gesellschaft frei, sich in den Statuten oder im Organisationsreglement strengere Regeln aufzuerlegen.

Bereits unter bisherigem Recht waren die Mitglieder des VR und der Geschäftsleitung angehalten, das Auftreten von Interessenkonflikten zu vermeiden und anderenfalls transparent offen zu legen. Art. 717a OR regelt dieses Thema nun explizit und verlangt eine unverzügliche und vollständige Information, wobei der VR in der Pflicht steht, die erforderlichen Massnahmen zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft zu ergreifen.

Die Verhaltensregeln für den VR im Fall der *drohenden Zahlungsunfähigkeit*, bei *Kapitalverlust und Überschuldung* der Gesellschaft wurden in Art. 725 bis 725c OR neu gefasst, wobei es wiederum eher um eine Normierung und Präzisierung der bisher bereits geltenden Praxis als um die Schaffung neuer Pflichten geht. Demnach

hat der VR die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu überwachen und im Fall der drohenden Zahlungsunfähigkeit mit der gebotenen Eile sicherstellende bzw. sanierende Massnahmen zu ergreifen. Nötigenfalls hat der VR der GV Sanierungsmassnahmen zu beantragen, welche in ihren Kompetenzbereich fallen, oder ein Gesuch um Nachlassstundung einzureichen (Art. 725 OR). Die Regeln für die Fälle von Kapitalverlust (Art. 725a OR) und Überschuldung (Art. 725b OR) wurden präzisiert. Neu ist das Erfordernis, die letzte Jahresrechnung bzw. Zwischenabschlüsse durch die Revisionsstelle oder, wenn eine solche fehlt, durch einen zugelassenen, ad-hoc vom VR ernannten Revisor prüfen zu lassen.

Neu gefasst wurden die *Fristen* im Zusammenhang mit den *Verantwortlichkeitsklagen*. Die relative Verjährungsfrist für die Verantwortlichkeitsklage (Beginn ab dem Tag, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen hat) verkürzt sich von fünf Jahren auf drei Jahre (Art. 760 Abs. 1 OR). Unverändert bleibt es bei der zehnjährigen absoluten Verjährungsfrist. Die Fristen stehen neu während einer Sonderuntersuchung still.

Revisionsstelle

Früher konnte die GV die Revisionsstelle jederzeit mit sofortiger Wirkung *abberufen* (Art. 730a Abs. 4 aOR). Diese Situation war nachteilig für Minderheitsaktionäre und weitere Personenkreise, die sich auf die Revisionsstelle verlassen. So konnte eine Mehrheit allenfalls «eine unbequeme Revisionsstelle» an einer ausserordentlichen GV rasch loswerden oder sie zumindest durch die Drohung einer Abberufung gefügig(er) machen.

Neu darf die GV die Revisionsstelle *nur noch aus wichtigen Gründen* abberufen (Art. 730a Abs. 4 OR). Die Gründe für die Abberufung müssen im Anhang zur Jahresrechnung offengelegt werden (Art. 959 Abs. 2 Ziff. 14 OR). Auch wenn eine Revisionsstelle von sich aus zurücktritt, muss sie den VR über ihre Gründe dafür informieren und der VR muss diese der GV mitteilen (Art. 730a Abs. 3 OR).

Persönliche Mitgliedschaftsrechte

Die *Sonderprüfung wurde in Sonderuntersuchung* umbenannt (Art. 697c OR). Wie auch früher schon kann an einer GV die Sonderuntersuchung erst beantragt werden, nachdem das Auskunfts- oder Einsichtsrecht ausgeübt worden und die Sonderuntersuchung für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist. Entspricht die GV dem Antrag nicht, können die Aktionäre innerhalb von drei Monaten nach Ablehnung durch die GV vom Gericht die Anordnung einer Sonderuntersuchung verlangen, sofern sie zusammen über mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen verfügen (Art. 697 d Abs. 1 OR). Hierfür müssen die Gesuchsteller beim Gericht neu lediglich glaubhaft machen, dass die Gründer oder Organe das Gesetz oder die Statuten verletzt haben und die Verletzung *geeignet* ist, die Gesellschaft oder ihre Aktionäre *zu schädigen* (Art. 697d Abs. 3 OR). Dies stellt eine Erleichterung gegenüber dem alten Recht dar, da bisher eine tatsächliche *Schädigung* der Gesellschaft oder der Aktionäre *glaubhaft* gemacht werden musste und nicht nur die Eignung der (behaupteten) Rechtsverletzung zur Herbeiführung einer Schädigung. Damit soll heute auch ein präventives Eingreifen möglich sein. Was dies in der Praxis bringen wird, bleibt abzuwarten.

Neu haben Aktiengesellschaften die Möglichkeit, eine *statuarische Schiedsklausel* einzuführen (Art. 697n OR). Die Statuten können vorsehen, dass alle gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz beurteilt werden. Falls die Statuten nichts anderes bestimmen, sind Organe der Gesellschaft, Mitglieder der Organe und Aktionäre an eine solche Klausel gebunden. Als gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten gelten unter anderem Klagen bei Beschlagsmängeln, bei Verantwortlichkeitsansprüchen, Klagen zur Durchsetzung der Kapitalschutzbestimmungen, auf Auskunft und Einsicht oder auf Einberufung einer GV. Die Statuten können diesen Anwendungsbereich beliebig reduzieren, eine Erweiterung des Anwendungsbereichs ist dagegen nicht möglich. Die Möglichkeit der Einführung einer statutarischen Schiedsklausel wird nicht nur auf die Aktiengesellschaften beschränkt, sondern ist auch für die GmbH (Art. 797a OR) sowie die Kommanditgesellschaft vorgesehen (Art. 764 Abs. 2 OR). Das anwendbare Schiedsrecht kann von den Parteien selbst ausgestaltet oder durch den Verweis auf eine schiedsgerichtliche Verfahrensordnung bzw. die Unterstellung unter ein Verfahrensrecht

nach Wahl der Parteien geregelt werden (Art. 697n Abs. 3 OR).

Handlungsempfehlungen für die Praxis

Aktiengesellschaften, GmbHs und Genossenschaften, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts (1. Januar 2023) im Handelsregister eingetragen waren, deren Statuten und Reglemente den zwingenden neuen Vorschriften aber nicht vollumfänglich entsprechen, müssen diese innerhalb von zwei Jahren den neuen Bestimmungen anpassen. Im Rahmen dieser Übergangsfrist bleiben die bisherigen Statuten gültig und soweit sie eine «altrechtliche» Regelung enthalten, gilt insofern weiterhin das alte Aktienrecht. Nach Ablauf der zweijährigen Frist treten die mit dem neuen Recht nicht kompatiblen Bestimmungen automatisch ausser Kraft und an ihre Stelle treten die gesetzlichen Bestimmungen.

Soweit hingegen Statuten und Reglemente bloss auf die gesetzlichen Vorschriften verweisen oder gar nichts regeln, gilt das neue Recht bereits heute. Umgekehrt können allenfalls früher gelebte Praktiken unter neuem Recht nicht mehr zulässig sein, sofern sie nicht in den Statuten geregelt sind. Somit *empfiehlt sich* auf jeden Fall, die Statu-

ten und Reglemente *möglichst bald* auf allfälligen Handlungsbedarf zu überprüfen. Ist eine Statutenänderung erforderlich, können zugleich auch allfällig sich aus den bisherigen Erfahrungen der Gesellschaft ergebende Anpassungen «mitgenommen» und es kann überprüft werden, ob Neuerungen des Aktienrechts, die einer statutarischen Grundlage bedürfen, aufgenommen werden sollen. So lassen sich Aufwand und Kosten so gering wie möglich halten.

Exkurs: Konzernverantwortung

Aus «aktuellem» Anlass sei hier noch auf die bereits seit dem 1. Januar 2022 geltenden Regeln des indirekten Gegenvorschlags der Konzernverantwortungsinitiative hingewiesen. Diese werden nämlich 2023 «scharf» gestellt und 2024 ist dann im Rahmen des Abschlusses für das Jahr 2023 der erste Bericht fällig, falls die Voraussetzungen dazu gegeben sind. Die entsprechenden Regelungen finden sich in Art. 964a - 964l OR (Transparenzbestimmungen über nichtfinanzielle Belange) sowie in der Verordnung über Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten sowie Kinderarbeit (VSoTr). ■

Humor

An einer Autobahnauffahrt kommt es zu einem heftigen Auffahrunfall. Beide Autos sehen nach Totalschaden aus. Die Fahrer der beiden Autos steigen gleichzeitig aus.

Sagt der eine: «Sie haben Glück, ich bin Arzt.»

Sagt der andere: «Sie haben Pech, ich bin Anwalt.»

Strafbare Handlungen des Arbeitnehmers: Fristlose Kündigung?

DIE VERTRAGLICHE BEZIEHUNG ZWISCHEN ARBEITGEBER UND ARBEITNEHMER SETZT EINE (BERUFSBEZOGENE) VERTRAUENSBEZIEHUNG VORAUS. ES STELLT SICH DABEI DIE FRAGE, WELCHE STRAFBAREN HANDLUNGEN DES ARBEITNEHMERS EINE FRISTLOSE KÜNDIGUNG RECHTFERTIGEN, UNABHÄNGIG DAVON, OB SIE AM ARBEITSPLATZ ODER IN DER FREIZEIT BEGANGEN WURDEN.

Der fristlosen Kündigung muss ein wichtiger Grund zugrunde liegen

Der Arbeitgeber kann einen Arbeitsvertrag aus wichtigem Grund jederzeit auflösen. Die Gründe müssen dabei so schwerwiegend sein, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der Zerstörung des dafür notwendigen Vertrauens nicht mehr zumutbar ist, sodass der Arbeitgeber bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr warten kann. Der Arbeitgeber ist für das Vorliegen eines solchen wichtigen Kündigungsgrundes beweispflichtig.

Die Schwere und Umstände der Straftat sind massgebend

Nicht alle strafbaren Handlungen (bzw. Vertragsverletzungen) berechtigen zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Die Rechtsprechung zur Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist generell streng. Die Fortführung des Arbeitsverhältnisses ist nur bei besonders *schwerwiegenden strafbaren Handlungen oder Vertragsverletzungen* unzumutbar. Bei *mittelschweren strafbaren Handlungen oder Vertragsverletzungen* sowie bei *Bagatelldfällen* ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nur dann unzumutbar, wenn diese trotz Verwarnung des Arbeitgebers wiederholt erfolgen, mit der Folge, dass das gegenseitige

Vertrauen damit wesentlich erschüttert wird.

Der begründete Verdacht auf ein Delikt ist i.d.R. ein wichtiger Grund für eine Kündigung. Wird der begründete Verdacht zu einem späteren Zeitpunkt bestätigt, ist die fristlose Kündigung gerechtfertigt. Im gegenteiligen Fall treten die Rechtsfolgen der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung ein: Ersatz des Lohnes bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin (Art. 337c Abs. 1 OR) und allenfalls eine Entschädigung in Höhe von maximal sechs Monatslöhnen (Art. 337c Abs. 3 OR). Der *Arbeitgeber* muss die *strafbare Handlung* bzw. die Vertragsverletzung und deren Schwere *beweisen*.

Des Weiteren ist zu unterscheiden, gegen wen sich die *strafbare Handlung* bzw. die Vertragsverletzung richtet: Ob gegen den *Arbeitgeber* selbst, gegen dessen *Kunden* bzw. gegen unbeteiligte *Dritte*. Auch in diesem Fall ist eine Einzelfallbeurteilung notwendig.

Angriffe auf die körperliche Unversehrtheit von Mitarbeitenden berechtigen i.d.R. zu einer fristlosen Kündigung, ausser bei einer Provokation, denn dann würde ein Rechtfertigungsgrund bestehen.

Die Fortführung des Arbeitsverhältnisses nach einer ernst zu nehmenden Todesdrohung eines Arbeitnehmers ge-



Luigi Lanzi

genüber einem Mitarbeitenden bzw. im Fall eines Diebstahls zulasten des Arbeitgebers ist unzumutbar. Je höher die Verantwortungsposition des beschuldigten Arbeitnehmers im Unternehmen ist, desto strenger der Massstab der Beurteilung.

Wenn eine aussenstehende Person Opfer der Machenschaften eines Arbeitnehmers ist, ist der Massstab der Beurteilung der Unzumutbarkeit wesentlich höher: Fraglich ist dann, ob der Arbeitgeber dadurch direkt geschädigt wird. Dieser könnte z.B. in seinem Ansehen bei Kunden und bei Geschäftspartnern geschädigt werden. Bei einer wesentlichen Schädigung des Ansehens des Arbeitgebers ist eine fristlose Kündigung gerechtfertigt. So beispielsweise wenn eine Ausbildungsstätte durch ein Plagiat einer Lehrperson in Misskredit gerät.

Empfehlungen für die Praxis

Eine fristlose Kündigung beendet faktisch das Arbeitsverhältnis, auch wenn sie ungerechtfertigt ist. Sie kann nicht rückgängig gemacht werden.

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, alle Akten (inkl. E-Mails, ausgedruckte SMS, WhatsApp-Nachrichten usw.) zu beweisen oder vermuteten Vertragsverletzungen des Arbeitnehmers zu den Akten des Personaldossiers zu legen. Zudem ist der Arbeitgeber gut beraten, ein Protokoll über alle Gespräche betreffend strafbare Handlungen und/oder Vertragsverletzungen zu führen und dieses ebenfalls zu den Akten zu legen.

Der Arbeitgeber muss die fristlose Kündigung möglichst unmittelbar nach

Ende aller notwendigen Abklärungen aussprechen, d.h. sobald der Grund und die Umstände möglichst sicher und vollständig bekannt sind. Ein zu langes Zögern verleitet zur Annahme, dass trotz der Vertragsverletzung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist nicht unzumutbar ist. In der Praxis ist ein Zuwarten mit der Kündigung von maximal 2 bis 3 Tagen akzeptiert.

Bei Drohungen gegen andere Personen ist dem Arbeitgeber zu empfehlen, die Polizei beizuziehen bzw. Anzeige zu erstatten. Die polizeilichen Nachforschungen bzw. die Frage ob parallel zur fristlosen Entlassung ein Strafverfahren zu eröffnen ist, kann die fristlose Entlas-

sung nachträglich nicht begründen. Denn die Begründetheit der fristlosen Entlassung ist eine privatrechtliche Frage.

Der Arbeitgeber ist gut beraten, alle Akten betreffend eines allfälligen Vorfalls seinem Rechtsvertreter zwecks einer Ersteinschätzung und Kostensenkung zu übermitteln. Denn in den wenigsten Fällen nehmen die Arbeitnehmer eine fristlose Entlassung tatenlos hin, sodass der Arbeitgeber mit einem Verfahren mindestens vor der Schlichtungsbehörde zu rechnen hat, für welches die Arbeitgeberin i.d.R. Zeit und Geld investieren muss. Der rechtzeitige Beizug eines Rechtsvertreters erlaubt dem Arbeitgeber, Zeit und Kosten zu sparen. ■

Teuerung von Bauleistungen

DIE TEILS KRÄFTIGEN PREISSTEIGERUNGEN DER LETZTEN ZWEI JAHRE WERFEN BEI BAUHERRSCHAFTEN FRAGEN AUF: MUSS ICH DIE VOM UNTERNEHMER ODER ARCHITEKTEN GELTEND GEMachten HÖHEREN MATERIALKOSTEN AKZEPTIEREN? KANN EIN UNTERNEHMER DIE MEHRKOSTEN FÜR DIE MATERIALTEUERUNG ODER AUS LIEFERKETTENPROBLEMEN AUF DIE BAUHERRSCHAFT ÜBERWÄLZEN?

Werkvertrag mit Teuerungsmechanismus

Wurde im Werkvertrag eine Teuerungsklausel integriert, so gilt der vereinbarte Mechanismus. Der SIA hat dazu in seinen Normen Standardlösungen vorgesehen: das *Mengennachweis-* und das *Indexverfahren (Gleitpreisformel, Produktionskostenindex)*. Sie basieren nicht auf tatsächlichen Kostenänderungen, sondern setzen auf objektivierte Faktoren; daher erfolgt der Ausgleich nur näherungsweise. Den Vertragsparteien steht die Wahl des Verfahrens frei und es kön-

nen für verschiedene Kostenarten verschiedene Verfahren gewählt werden.

Fehlendes besonderes Teuerungsabrechnungsmodell

Bei einem Werkvertrag mit oder ohne Einschluss der SIA-Norm 118 mit Pauschal- oder Festpreis ist das Risiko des Unternehmers in der Preiskalkulation eingerechnet. Dazu zählen auch Mehr- und Minderpreise auf Seite Unternehmer. Sind keine Bestimmungen zur Teuerung vereinbart, gelten bei Einheits- sowie bei Globalpreisen die massgebenden Kosten-



Christopher Tillman

ansätze und Warenpreise am Tag der Einreichung des Angebotes oder einem anderen vereinbarten Termin (Stichtag).

Verändern sich Lohnkostenansätze oder Preise gegenüber der ursprünglichen Vertragsgrundlage, verändert sich gemäss SIA 118 die vom Bauherrn geschuldete Vergütung bei Einheits- oder Globalpreisen sowie bei Regiepreisen mit vereinbarten Richtpreisen und Teuerungsvorbehalt. Wurde kein Verfahren für die Teuerung vereinbart, gilt Art. 65 Abs. 2 SIA 118. Dieser sieht vor, dass im Bauhauptgewerbe der Produktionskostenindex (PKI) und bei Ausbau und Zulieferung die Gleitpreisformel (GPF) gelten – aber nur wenn die SIA 118 vereinbart ist.

Keine Preisanpassung möglich ist bei festen und fixen Pauschalpreisen, bei Regiepreisen ohne Teuerungsvorbehalt oder, wenn die SIA 118 nicht vereinbart wurde. Dann ist der Unternehmer bei der Teuerung verpflichtet, das Werk zum vereinbarten Preis herzustellen – selbst wenn der Aufwand grösser ist als vertraglich vorgesehen und vom Unternehmer bei der Offertstellung und bei Vertragsabschluss kalkuliert.

Fristüberschreitungen

Bauherr und Unternehmer haften je gegenseitig für Schäden aus Fristüberschreitungen, die sie verschulden. Bei Lieferverzögerungen aus dem Ausland oder behördlichen Pandemiemassnahmen kann der Unternehmer für Terminüberschreitungen aber niemanden zur Verantwortung ziehen und es fehlt insofern rechtlich die rechtfertigende Begründung (Exkulpierung). Daher erhält der Bauherr vom Unternehmer auch keinen Schadenersatz.

Festpreisdurchbruch für ausserordentliche Umstände

Das Festpreisprinzip für Pauschal- oder fixe Festpreise kann unter *ausserordent-*

Ob die Kosten für teurere Materialien auf die Bauherrschaft abgewälzt werden können, hängt unter anderem von den vertraglichen Abmachungen sowie dem Umfang der Preissteigerung ab.

lichen Umständen, etwa einer ausserordentlichen Teuerung, *ausnahmsweise* durchbrochen werden. Dies gilt, wenn kein Teuerungsabrechnungsverfahren vereinbart wurde oder wenn bei einem Pauschalpreis oder einem Festpreis ausdrücklich *keine Teuerungsabrechnung* vorgesehen war.

Der SIA hat im Merkblatt vom 27.9.2021 vier Bedingungen für eine Mehrvergütung zusammengefasst, die hier ergänzend präzisiert werden:

Bedingung 1: Der Unternehmer muss aufgrund seiner Informationspflicht die seiner Meinung nach ausserordentlichen Umstände, *unverzüglich nach Kenntnisnahme mit der Absicht der Überwälzung auf die Bauherrschaft, anzeigen*. Aus Beweisgründen hat dies schriftlich zu erfolgen.

Bedingung 2: Es liegen *ausserordentliche Umstände* vor, welche nicht vorausgesehen werden konnten oder welche nach den von den Vertragsparteien angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren. Diese Umstände dürfen erst *nach Vertragsschluss eingetreten* oder zu Tage getreten sein.

Bedingung 3: Die ausserordentlichen Umstände verursachen einen *erheblichen Mehraufwand*. Dieser muss infolge des eingetretenen Zufalls entstanden sein.

Bedingung 4: Die Erfüllung des Vertrags muss dem Unternehmer angesichts der ausserordentlichen Um-

stände übermässige und unzumutbare Opfer abverlangen. Massgebend ist gemäss Bundesgericht das Missverhältnis zwischen der *ganzen Leistung des Unternehmers* und der *vertraglichen Gesamtvergütung* (BGer 4A_605/2020 E. 4.2.2 vom 24.3.2021). Das gilt auch dann, wenn für Einzelleistungen verschiedene Preise vereinbart wurden.

Wenn der Unternehmer – wie bei einer Teuerung – ausserstande ist, dem Hindernis mit zumutbarem Aufwand zu begegnen und sich das – wie bei der Teuerung – auch dem Risikobereich des Bauherrn entzieht – so bleibt der Unternehmer Schuldner und käme bei Nichtlieferung in Verzug. Es liegt daher bei einer ausserordentlichen Teuerung *kein Fall von force majeure* (höhere Gewalt) vor, da hierfür (Erdbeben, Orkane, Fluten, Felsverschiebungen usw.) keine Partei verantwortlich ist, wie das der Unternehmer für das Kalkulationsrisiko ist. Der vereinbarte Preis mit oder ohne Teuerung bleibt daher Risiko des Unternehmers. Ein ausnahmsweiser Festpreisdurchbruch ist nur bei Vorliegen *ausserordentlicher Umstände* und einem *offenbaren krassen Missverhältnis zwischen Gesamtleistung und Gesamtvergütung* und ihrer *Unzumutbarkeit* möglich.

Empfehlungen der KBOB

Weil aufgrund von Teuerung und Engpässen Konkurse von Unternehmern drohten und damit niemandem gedient wäre, gab die KBOB, die Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren in Bern, am 31. Mai 2021 (aktualisiert am 15.09.2022) folgende Empfehlungen heraus:

- **Bauarbeiten:** Entstehen *Mehr- oder Minderkosten* infolge ausserordentlicher

Materialpreisänderungen, sollen diese nachträglich abgegolten werden, sofern sie 5% der gesamten Materialkosten gegenüber dem Stichtag über- oder unterschreiten. Dabei wird ein Zeitraum von 6 Monaten betrachtet.

- **Holzbau:** Analog zu Bauarbeiten sollen betroffene Materialien abgegolten werden, sofern sie 10% der gesamten Materialkosten über- oder unterschreiten.

- **Gebäudehülle:** Für die einzelnen Materialien gelten gemäss Leistungsverzeichnis je 5% der gesamten Materialkosten analog den Bauarbeiten.

Vier Thesen für die Baupraxis

Grundsätzlich sind Verträge einzuhalten («*pacta sunt servanda*»). Zwar sind Teuerungsklauseln in Werkverträgen heute begrüssenswert, die Anwendung ist bei allen Methoden aber aufwändig, komplex und wenig praxistauglich. Ausserordentliche Umstände und eine ausserordentliche Teuerung treffen selten zu und stellen grundsätzlich eine Ausnahme dar. Die KBOB-Empfehlung hilft

daher meist nicht weiter. Aus meiner Sicht ergeben sich folgende Thesen:

These 1: Ein *Festpreisdurchbruch* und damit eine *teilweise Übernahme der Teuerung bei ausserordentlichen Umständen durch den Bauherrn* kommt gemäss Bundesgericht *nur dann* in Betracht, wenn die Erfüllung des Werkvertrages für den Unternehmer ein *offenbares krasses Missverhältnis* zur vereinbarten Vergütung bedeutet und daher *nicht mehr zumutbar* ist. Es kommt nicht auf die Teuerung bei wenigen Einzelpositionen an, sondern auf das *Verhältnis von Gesamtleistung und Gesamtvergütung der jeweiligen Unternehmung*, welches *unzumutbare Opfer* abverlangt (BGer 4A_605/2020 E. 4.2.2). Massgebend sind immer die besonderen Umstände des Einzelfalles. Die Beweispflicht liegt beim Unternehmer.

These 2: Mit Verweis auf These 1 sind ausserordentliche Umstände wie auch eine ausserordentliche Teuerung *kein Fall von höherer Gewalt (force majeure)*.

These 3: Die spärliche Bundesgerichtspraxis zeigt, dass 5 bis 10% Mehr-

vergütung gemäss KBOB-Empfehlung *kein genereller Schwellenwert* für ein offenbares krasses und unzumutbares Missverhältnis sind. Da diese Empfehlungen weder Vertrag noch Gesetz sind, ist nicht darauf abzustellen. *Ausserordentliche Umstände* im Sinne des Bundesgerichts müssten – wenn schon – m.E. mit einem Schwellenwert von *mindestens über 30% der gesamten Materialkosten* beziffert werden.

These 4: *Einzelpositionen* mit Kostensteigerung von je nach Gewerk in jedem Fall über 10%–30% kommen aus Brancheninteresse für eine Diskussion und Einigung mit dem Unternehmer in Betracht, wenn *die Summe der Teuerung der betreffenden Einzelpositionen mehr als 10% des vereinbarten gesamten Werkpreises* ausmacht. Die Betrachtung umfasst sinnvollerweise den Zeitraum zwischen Einreichung des Angebotes (Stichtag) und der tatsächlichen Leistungserbringung bzw. der Materialbestellung. Eine solche Vereinbarung muss immer ohne präjudizielle Wirkung bleiben. ■

Modernisierung und Erweiterung eines EFH in der Landwirtschaftszone

IST ES DEN EIGENTÜMERN MÖGLICH, NACH DER UMZONUNG VON DER BAUZONE IN DIE LANDWIRTSCHAFTSZONE MODERNISIERUNGEN UND ÄNDERUNGEN MIT ERWEITERUNGEN AN IHREM EINFAMILIENHAUS (EFH) VORZUNEHMEN?

Die Landwirtschaftszone gehört zum Nichtbaugebiet. In der Landwirtschaftszone sind grundsätzlich nur Bauten und Anlagen zulässig, die der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder dem produzierenden Gartenbau dienen

(Art. 16a Abs. 1 Raumplanungsgesetz [RPG]). Werden Grundstücke mit Gebäuden wie Wohnhäusern von der Bauzone in die Landwirtschaftszone umgezont, sind die Bauten dort zonenfremd (Art. 24c Abs. 1 RPG).



Christopher Tillman

Nach der Umzonung ist das EFH eine rechtmässig bestehende, nicht zonenkonforme Baute ausserhalb der Bauzone. Dieses EFH kann erneuert, teilweise geändert, massvoll erweitert oder wiederaufgebaut werden (Art. 24c Abs. 2 RPG). Man spricht in diesem Zusammenhang von einer sog. erweiterten, über die Bestandesgarantie von Art. 26 Bundesverfassung (BV) hinausgehenden Bestandsgarantie. Es ist demnach grundsätzlich möglich, das EFH nach der Umzonung in die Landwirtschaftszone mit einer Ausnahmegewilligung abzubrechen und durch ein Neubau-EFH zu ersetzen. Wichtig ist aber, dass die Identität der Baute einschliesslich ihrer Umgebung bei einem Ersatzneubau in den wesentlichen Zügen gewahrt bleibt (Art. 42 Abs. 1 Raumplanungsverordnung [RPV]).

Ob dies der Fall ist, ergibt sich nicht nur aufgrund der in Art. 42 Abs. 3 RPV festgelegten Begrenzungen. Diese erlauben bezüglich der anrechenbaren Bruttogeschossfläche und der Gesamtfläche maximal eine Erweiterung von bis zu 30 Prozent oder 100 Quadratmetern. Es muss eine Gesamtbeurteilung erfolgen, bei der das äussere Erscheinungsbild, die Nutzungsart (Wohnen als Erst- oder Zweiwohnung) und das Nutzungsmass, die Anzahl Wohneinheiten, die Erschliessung, die wirtschaftliche Zweckbestimmung und die Auswirkungen auf Raum und Umwelt einbezogen werden. Für die äussere Erscheinung ist eine Aus-

einandersetzung mit den örtlichen Traditionen und Gegebenheiten gefragt: Der Neubau muss sich in Bezug auf den Baustil, die Ausrichtung, die Material- und Farbwahl sowie die Aussenraumgestaltung an der bisherigen Bauweise, der Topografie und Landschaft orientieren. Auf Letztere wirkt sich insbesondere die Umgebungsgestaltung aus: Bepflanzungen, Sitzplätze, Grillstellen oder Einzäunungen sind zu berücksichtigen, wenn die Wahrung der Identität geprüft wird.

Bauliche Veränderungen am äusseren Erscheinungsbild des bestehenden EFH dürfen zudem nur vorgenommen werden, wenn mindestens eine der drei folgenden Voraussetzungen erfüllt ist: Die Veränderungen müssen a) für eine zeitgemässe Wohnnutzung oder b) eine energetische Sanierung oder c) darauf ausgerichtet sein, die Einpassung in die Landschaft zu verbessern (Art. 24c Abs. 4 RPG).

Ist das EFH beispielsweise schlecht isoliert und weist niedrige Räume von nur knapp zwei Metern Höhe auf, ist ein Ersatzneubau möglich. Ob zudem auch noch eine Erweiterung der Fläche zugelassen werden kann, wird im Einzelfall sorgfältig zu prüfen sein.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das EFH nach der Rückzonung durch einen ersatzweisen Neubau ersetzt werden kann sowie bauliche Veränderungen möglich sind, wenn die erwähnten strengen Voraussetzungen dafür erfüllt sind. ■

Lic.iur. Romeo Da Rugna
CAS IRP-HSG Civil Litigation
Fachanwalt SAV Familienrecht

Dr. Stefan Schalch LL.M.

Lic.iur. Thomas Reimann
Konsulent

Lic.iur.
Christopher Tillman LL.M.
CAS IRP-HSG Civil Litigation
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht
CAS Bauversicherungsrecht

MLaw Luigi Lanzi
CAS M&A und Gesellschaftsrecht

MLaw Serdal Avsar
Substitut

Forchstrasse 2 / Kreuzplatz
Postfach
8032 Zürich
Switzerland
Phone +41-44-560 80 80
Fax +41-44-560 80 90
lawyer@legis-law.ch

Eingetragen
im Anwaltsregister