



Memorandum

Von Samuel Ljubicic, Lorenzo Pierallini
An Fachverbands der Schweizerischen Kies- und Betonindustrie (FSKB)
Datum 12. Mai 2022

Preiserhöhungen aufgrund unvorhergesehener Umstände - Gesprächsleitfaden für telefonische Auskünfte FSKB an Verbandsmitglieder

1. Vorbemerkungen

1.1 Ausgangslage und Gegenstand dieses Gesprächsleitfadens

Viele Mitglieder des Fachverbands der Schweizerischen Kies- und Betonindustrie (FSKB) wenden sich derzeit an den FSKB, weil sie zu einem Zeitpunkt Leistungen offeriert oder Verträge abgeschlossen haben, als die Material- und Nebenkosten deutlich tiefer lagen. Aufgrund der ausserordentlichen Vorkommnisse der letzten Wochen und Monate (ausgelöst durch den Ukraine Krieg) stellt sich die Frage, ob Preissteigerungen bei den Produktions-/Einkaufskosten etc. auf den Käufer abgewälzt werden können.

Das vorliegende Papier soll den Mitarbeiter*Innen des FSKB einen Überblick über die einschlägige Rechtslage verschaffen, um Verbandsmitgliedern im Sinne einer ersten Anlaufstelle telefonisch Auskunft erteilen zu können. Das vorliegende Papier vermag dabei freilich nicht dem jeweiligen Einzelfalls gerecht zu werden, der – wie nachfolgend aufgezeigt wird – einer Abwägung von Fall zu Fall bedarf.

Da die meisten Verbandsmitglieder "Lieferverträge" (z.B. für Kies) abschliessen, konzentriert sich dieses Papier auf die Regelungen des Kaufrechts. Denn sofern mit vertretbaren Gütern gehandelt wird, dürften für die besagten "Lieferverträge" in aller Regel die Regelungen des Kaufrechts Anwendung finden. Für einen Überblick über die Rechtslage bei Werkverträgen und im Fall der Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 verweisen wir auf das ausführlichere Papier vom heutigen Datum: "Memo_Lang_FSKB_Preiserhöhungen".

1.2 Zusammenfassung der Rechtslage

- a) Bei den häufig als "Lieferverträge" bezeichneten Verträgen betreffend Kies- und Betonlieferungen dürfte es sich in der Regel um Kaufverträge handeln.
- b) Sofern die Parteien im Einzelfall vertraglich eine Preisanpassung (z.B. Teuerungsklausel, Indexierung anhand des Produktionskostenindex o.ä.) vereinbart haben (z.B. durch einen entsprechenden Vorbehalt in einer Offerte, welche vom Kunden vorbehaltlos angenommen wird), ist durch Auslegung der jeweiligen Vertragsbestimmungen zu ermitteln, ob und in welchem Umfang gestiegene Kosten auf den Besteller resp. Käufer abgewälzt werden können.
- c) Haben die Parteien keine abweichenden Regelungen vereinbart, gilt das dispositive Schweizer Privatrecht (insbesondere Obligationenrecht und Zivilgesetzbuch).

- d) Das Obligationenrecht gewährt unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit, gestiegene Kosten auf den Käufer abzuwälzen. Die Anforderungen hierfür sind jedoch relativ hoch.
- e) Im Schweizer Privatrecht spricht man (auch im Kaufrecht) im Allgemeinen vom sog. Grundsatz der *clausula rebus sic stantibus*. Dieser Grundsatz gewährt einem Gericht unter strengen Voraussetzungen die Möglichkeit nach seinem Ermessen den Vertrag zu modifizieren und beispielsweise den vereinbarten Preis anzupassen.
- f) Die Kriterien, die erfüllt sein müssen, damit eine Partei sich auf den Grundsatz *clausula rebus sic stantibus* berufen kann, werden im Folgenden kurz genannt:
 - (i) Die **Verhältnisse** müssen sich **seit dem Vertragsabschluss verändert** haben;
 - (ii) Diese **Veränderung war nicht voraussehbar**;
 - (iii) Die Partei, welche von der Veränderung betroffen ist, trifft kein Verschulden;
 - (iv) Die **Fortführung des unveränderten Vertrags ist unzumutbar**.¹

Für die Anfragen der Verbandsmitglieder dürfte der Knackpunkt regelmässig darin liegen, ob die Voraussetzung/Schwelle der "**Unzumutbarkeit**" erfüllt/überschritten ist. Diese Voraussetzung verlangt eine **gravierende Äquivalenzstörung**, d.h. die **Einhaltung des ursprünglichen Preises ist nicht zumutbar** und ist **bei weitem nicht äquivalent zur Gesamtleistung**. Es besteht mithin ein **krasses Missverhältnis**, das von so einer **erheblichen Dimension** sein muss, dass nicht annähernd von Äquivalenz gesprochen werden kann.

Grundsätzlich muss ein Verkäufer oder ein Lieferant es also mangels expliziter anderweitiger vertraglicher Regelung hinnehmen, wenn sich seine vormals kalkulierte Marge aufgrund zwischenzeitlich gestiegener Produktions- oder Einkaufskosten verringert (oder auch – bis zu einem gewissen Grad – ein Verlustgeschäft resultiert). Erst wenn die Einhaltung des ursprünglichen Preises **geradezu unzumutbar** wird und in einem krassen Missverhältnis **zur Gesamtleistung** steht, kann ein Verkäufer oder Lieferant die Preissteigerung auch ohne vorherige vertragliche Vereinbarung an die Käufer weiterreichen.

Ob diese Schwellen jeweils überschritten sind oder nicht, ist somit letztlich stark vom Einzelfall (und insbesondere von der Margensituation und dem Verhältnis zwischen Kostensteigerung und Gesamtleistung) abhängig. Leider hat die Gerichtspraxis nur wenig zur Schaffung von Rechtssicherheit beigetragen.

Exemplarisch sei an dieser Stelle jedoch auf einen älteren Entscheid des Kantonsgerichts des Kantons Wallis verwiesen. Dieses hatte entschieden, dass im damaligen Einzelfall eine Überschreitung der Kosten innerhalb von 10% des gesamten Werklohnes als nicht erheblich genug galt, um einen Ausgleich für die besagte Kostensteigerung verlangen zu können. Freilich bindet ein kantonaler Gerichtsentscheid (anders als Bundesgerichtsentscheide) jedoch andere Gerichte faktisch nur wenig, sodass dieser Entscheid nicht als allgemeiner Grundsatz verstanden werden sollte.

¹ BGE 127 III 300 (305): "...dass die Verhältnisänderung weder vorhersehbar noch vermeidbar war,... eine gravierende Äquivalenzstörung zur Folge hat und der Vertrag nicht vorbehaltlos erfüllt wurde."

2. Was gilt betreffend Teuerungszuschlägen in Bezug auf laufende Aufträge?

2.1 Kaufvertrag

Wenn ein Vertrag keine anderweitige Regelung enthält, dann kann der Grundsatz *clausula rebus sic stantibus* herangezogen werden. Wie in Ziffer 1.2 erläutert, dürfte dies im Einzelfall insbesondere davon abhängen, ob das Kriterium der "Unzumutbarkeit" bei den gegenwärtigen Kostensteigerungen erfüllt ist, wobei dies nur dann zu bejahen ist, wenn ein *erhebliches* Missverhältnis entstanden ist (vgl. Ausführungen in Ziffer 1.2). Wird diese Schwelle nicht überschritten, hat der Verkäufer die Preiserhöhung selbst zu tragen und kann diese grundsätzlich nicht abwälzen.

Sollte ein solches Missverhältnis gegeben sein, dann könnten nur diejenigen Kosten auf den Käufer abgewälzt werden, welche auch belegt werden können, was letztlich faktisch eine Offenlegung der Einkaufspreise der einzelnen Materialien etc. bedingt.

3. Was gilt betreffend Teuerungszuschläge in Bezug auf laufende Aufträge mit vereinbarten Fixpreisen bis Bauende?

3.1 Kaufvertrag

Siehe Antwort unter Ziffer 2.1.

4. Was gilt betreffend Teuerungszuschläge in Bezug auf neu zu offerierende Aufträge?

Normalerweise offeriert der Verkäufer eine Leistung inklusive Preis, welcher auch eingehalten werden muss, sollte der Käufer diese Offerte annehmen. Wie sieht es aber aus bevor die Offerte angenommen wurde? Falls eine Annahmefrist existiert, dann ist der Verkäufer grundsätzlich bis zu deren Ablauf an den offerierten Preis gebunden.

Voraussetzung für die Anwendung der obengenannten Grundsätze ist, dass sich die Verhältnisse nach dem Vertragsschluss geändert haben, was unseres Erachtens analog auch für Offerten gilt, für welche die Annahmefrist noch nicht abgelaufen ist. Das Kriterium der Unvorhersehbarkeit dürfte bei erst kürzlich offerierten Aufträgen schwierig zu verargumentieren sein (derzeit muss wohl mit der Unberechenbarkeit der weiteren Preisentwicklung / weiteren Preissteigerungen in einem gewissen Mass gerechnet werden).

Ohne Annahmefrist gilt nach Art. 4 OR die gesetzliche Vermutung, die sich nach den Umständen richtet.

5. Lieferunterbruch aufgrund von Materialengpässen?

5.1 Obligationenrecht

Wenn der Verkäufer nicht am vereinbarten Termin liefert, dann kommt er grundsätzlich in Verzug und ihm kann eine angemessene Nachfrist zur Nachlieferung angesetzt werden (OR 107).

Wenn vor Ablauf dieser Frist keine Leistung erfolgt, dann kann die andere Partei grundsätzlich vom Vertrag zurücktreten. Beim Rücktritt müssen alle Leistungen wie die erfolgten Zahlungen zurückerstattet werden. Sofern den Verkäufer kein Verschulden trifft, muss er dem Käufer keinen Schadenersatz leisten (ein Verschulden des Verkäufers kann aber insbesondere dann vorliegen, wenn dieser zumutbare Beschleunigungsmassnahmen unterlassen hat).

6. Lassen die AGBs des FSKB genannte Teuerungszuschläge zu?

Die Allgemeinen Lieferbedingungen für Gesteinskörnung und Beton des FSKB enthalten in der uns zugestellten Fassung keine Bestimmungen zu Preisanpassungen, die im Zusammenhang mit dem Ukrainekrieg oder als Folge des Ukrainekrieges greifen würden. Sofern also z.B. abgesehen von der Offerte (mit gültigem Einbezug der AGBs des FSKB) keine weiteren Regelungen für anwendbar erklärt worden sind, greifen die allgemeinen Regelungen des Obligationenrechts sowie der *clausula rebus sic stantibus*.

7. Wie sollten diese allenfalls angepasst werden?

Die Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) hat im Jahr 2021 Empfehlungen zur Verrechnung bei ausserordentlichen Preisänderungen gemacht.³ Diesen könnte sinngemäss gefolgt werden. Eine in Anlehnung an den seitens KBOB vorgeschlagenen Wortlaut verfasste Klausel könnte z.B. wie folgt lauten:

„Entstehen verglichen mit dem Stichtag (Datum der Offerte) Mehrkosten infolge ausserordentlicher Materialpreisänderungen, gesteigener Produktionskosten oder Transportkosten (inkl. Treibstoffe), werden diese nachträglich zusätzlich verrechnet und abgegolten, sofern und soweit sie 3% der gesamten Vergütung unter dem Vertrag überschreiten..“

Ausserdem würden wir den Verbandsmitglieder empfehlen in Zukunft zumindest folgende Regelung in den Offerten zu ergänzen: "Jederzeitiger Widerruf der vorliegenden Offerte infolge Preiserhöhung bleibt vorbehalten."

8. Wie gehen wir mit Teuerungsforderungen unserer Lieferanten um?

Wie weiter oben ausgeführt, sind die Voraussetzungen, unter denen ein Lieferant nachträglich die Preise erhöhen kann (sofern nichts anderes vereinbart wurde) relativ hoch. Zunächst einmal können Lieferanten darauf hingewiesen werden, dass mangels anderweitiger Abrede im Sinne eines allgemeinen Grundsatzes die gestiegenen Kosten durch den Lieferanten zu tragen sind und bei laufenden Aufträgen / bereits abgeschlossenen Verträgen im Allgemeinen nicht weiterverrechnet werden können. Wenn ein Lieferant (sinngemäss) geltend macht, dies würde zu einem "krassen Missverhältnis führen und sei für den Lieferanten geradezu unzumutbar, kann grundsätzlich vom Lieferanten verlangt werden, dass er dies belegt.

³ Originalwortlaut (auf Werkverträge zugeschnitten) abrufbar unter KBOB, Empfehlungen zur Verrechnung bei ausserordentlichen Preisänderungen für Bauarbeiten vom 31. Mai 2021, https://www.kbob.admin.ch/kbob/de/home/themen-leistungen/preisaenderungsfragen/empfehlungen_zur_verrechnung_bei_ausserordentlichen_preisaenderungen.html, (22.04.2022).