

MEMORANDUM

vom 23. Mai 2006

von Hans-Rudolf Wild, Schweiger Advokatur / Notariat, Zug
(unter Mitarbeit von Philipp Sialm)

in Sachen

Kanton Zug / Zschokke Generalunternehmung AG

betreffend Neubau der Strafanstalt

EINLEITUNG / AUFTRAG

1. Das vorliegende Memorandum baut auf dem **Bericht des Regierungsrates an den Kantonsrat vom 13. Dezember 2005** (Vorlage Nr. 581.8/754.7/1210.2) auf, worin die wesentlichen Ereignisse der vergangenen Jahre betreffend den Neubau der Strafanstalt Zug dargelegt wurden. Es erübrigt sich daher, im Rahmen dieses Memorandums die Geschichte der Planung und Realisierung des Neubaus der Strafanstalt Zug nochmals aufzuzeigen.

2. Den Verfassern des vorliegenden Memorandums wurde umfangreiches Aktenmaterial zur Verfügung gestellt (vgl. nachstehend S. 7 f., Ziff. III).

 3. Am 24. Januar 2006 beauftragte der Regierungsrat Rechtsanwalt Hans-Rudolf Wild, bis Mitte März 2006 **einen ausführlichen Bericht** einzureichen, worin eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Fragen erfolgen sollte, ob die Mehrforderungen der **Zschokke Generalunternehmung AG (nachfolgend als GU bezeichnet)** ausgewiesen und rechtlich durchsetzbar sind sowie ob sich der Kanton Zug aufgrund des Vergleichs vom 26. November 2004 der GU gegenüber zur Bezahlung des darin genannten Betrages von CHF 13.4 Mio. verpflichtet hat. Hans-Rudolf Wild war bereits in den Jahren 2004 und 2005 in der vorliegenden Sache für den Kanton Zug beratend tätig gewesen.

 4. Am 7. März 2006 beauftragte der Regierungsrat Hans-Rudolf Wild ergänzend mit der Stellungnahme zu einzelnen Fragen, welche die CVP-Fraktion dem Regierungsrat in einer Interpellation vom 6. März 2006 „betreffend die Vorgänge im Zusammenhang mit der Kostenüberschreitung der Strafanstalt“ unterbreitet hat. Die Stellungnahme zu diesen Fragen erfolgt im Anschluss an die Abhandlung des unter Ziffer 3 hievord erwähnten Fragenkomplexes (vgl. nachstehend S. 47 ff., Ziff. XIII). Hans-Rudolf Wild wurde beauftragt, den Gesamtbericht bis zum 25. Mai 2006, 12.00 Uhr, abzuliefern.

 5. Dem nachfolgenden Inhaltsverzeichnis ist die Gliederung der Untersuchung im Einzelnen zu entnehmen; es soll namentlich die Auffindung spezifischer Themenkreise erleichtern und ganz allgemein als Orientierungshilfe dienen.
-

Inhaltsverzeichnis

I.	VORBEMERKUNG.....	6
II.	AUSGANGSLAGE.....	6
III.	DER PRÜFUNG ZU GRUNDE LIEGENDE UNTERLAGEN.....	7
IV.	BESTELLUNGSÄNDERUNGEN.....	8
A.	Definition.....	8
B.	Grundsatz: Vergütung des Mehraufwands.....	8
C.	Vertraglicher Ausschluss der Mehrvergütung.....	10
D.	Der vertraglich vereinbarte Formvorbehalt.....	10
a.	Der Formvorbehalt im GU-Werkvertrag vom 8. Februar 2001.....	10
b.	Klare Rechtslage.....	12
c.	Kein Verzicht auf die Schriftform für Bestellungsänderungen.....	13
d.	Beispiele aus der Bundesgerichtspraxis.....	14
V.	DIE VERGÜTUNG <i>NICHT BESTELLTER ZUSATZLEISTUNGEN</i>	21
A.	Allgemeines.....	21
B.	Die bundesgerichtliche Praxis und deren Anwendung auf den vorliegenden Fall..	22
VI.	VERJÄHRUNG (BGE 105 II 92 ff.).....	25
VII.	DIE SCHLUSSABRECHNUNG (Art. 153 ff. SIA-Norm 118).....	26
A.	Definition.....	26
B.	Die Überprüfbarkeit der Schlussabrechnung.....	26
C.	Rechnungskorrekturen und nachträgliche Rechnungen.....	28
D.	Die Schlussrechnung der GU vom 16. Februar 2004.....	29

VIII.	EXKURS: ZINSPFLICHT FÜR ANKERANNTTE UND NICHT ANERKANNTTE	
	BESTELLUNGSÄNDERUNGEN.....	30
A.	Allgemeines.....	30
B.	Rechtliches.....	30
	a. Fälligkeit der Mehrvergütung und Rechnungsstellung.....	30
	b. Verzug des Bauherrn.....	33
	c. Höhe des Verzugszinses bei Zahlungsverzug des Bauherrn.....	33
	d. Bestellte Mehrleistungen (unterschriebene Bestellungs- änderungen Nrn. 1 - 27).....	34
	e. Nicht bestellte Mehrleistungen.....	34
	f. Verrechnung von (Mehr-)Vergütungsansprüchen der GU mit Schadenersatzansprüchen des Kantons wegen Werkmängeln.....	35
C.	Zusammenfassung.....	37
IX.	ZWISCHENERGEBNIS.....	38
X.	DER VERGLEICH VOM 26. NOVEMBER 2004.....	39
XI.	ZUSAMMENFASSUNG UND FAZIT.....	43
XII.	EMPFEHLUNG.....	46
XIII.	ZUSATZFRAGEN (gemäss Interpellation der CVP-Fraktion vom 6. März 2006).....	47
A.	Vorbemerkungen.....	47
B.	Stellungnahme.....	48

XIV.	KONKRETE NACHWEISBARKEIT VON BESTELLUNGSÄNDERUNGEN	
A.	Übersicht.....	53
B.	Umstrittene Kostenpositionen.....	54
a.	Allgemeines.....	54
b.	Anderweitig als in genehmigten Sitzungsprotokollen (Bauherren-, Planungs- und Optimierungssitzungen) oder unterschriebenen KV- Änderungsprotokollen erteilte Zustimmung zu Bestellungsänderungen.....	62
c.	Nach den einzelnen wesentlichen umstrittenen Kostenpositionen gesondert aufgeführte Anhaltspunkte für Bestellungsänderungen.....	63
C.	Zusammenfassung.....	67
	Beilagenverzeichnis.....	68

I. VORBEMERKUNG

Im vorliegenden Memorandum wird eine Einschätzung lediglich der Rechtslage vorgenommen; politische Überlegungen bleiben ausgeblendet.

II. AUSGANGSLAGE

1. Der Kanton Zug und die GU haben am 8. Februar 2001 einen Generalunternehmer-Werkvertrag (GU-Werkvertrag) über den Neubau der Strafanstalt Zug abgeschlossen. Es wurde ein **Kostendach mit offener Abrechnung** vereinbart (vgl. Ziff. 4 des GU-Werkvertrages). Im Weiteren wurde u.a. festgelegt, dass Bestellungenänderungen in schriftlicher Form zu erfolgen hätten.
2. Gemäss Ziff. 2 des GU-Werkvertrages vom 8. Februar 2001 sind sowohl die **SIA-Norm 118** als auch - ergänzend dazu - die **Bestimmungen des OR** anwendbar.
3. Integrierender Vertragsbestandteil des GU-Werkvertrages (Ziff. 2.4) sind insbesondere die **bereinigten Ausführungsgrundlagen** (detaillierter Leistungsbeschreibung, Werkpläne, Werkpreis, etc.).
4. Wird ein Werkvertrag mit offener Abrechnung vereinbart, so erfolgt die Bestimmung des Werkpreises aufgrund der Schlussabrechnung des Generalunternehmers. Der allenfalls im Werkvertrag aufgeführte Preis gilt in diesem Falle als Kostenschätzung (Huber, Der Generalunternehmervertrag des Verbands Schweizerischer Generalunternehmer, Zürich 1996, S. 55). Wird bei Verträgen mit offener Abrechnung ein Kostendach vereinbart, so gilt dieses als garantierter maximaler Werkpreis für die im Werkvertrag inbegriffenen Leistungen (Huber, a.a.O., S. 57). Die Kostendachvariante beinhaltet daher eine Abrechnung nach Aufwand und einen garantierten Höchstpreis im Sinne eines Festpreises. Überschreitungen des Kostendaches ohne vom Vertrag abweichende Zusatzleistungen des Unternehmers gehen deshalb zu Lasten des Unternehmers.
5. Bestellungenänderungen, die der Kanton Zug bzw. die Baudirektion des Kantons Zug bzw. der Projektleiter des Hochbauamtes unterzeichnet hat, liegen nur für die Nachträge Nrn. 1 – 27 im Umfang von CHF 688'709.40 (inkl. MwSt) vor. Diesen Betrag hat der Kanton der GU bereits bezahlt. Für die restlichen Nachträge Nrn. 28 – 67, für welche die GU

Mehrforderungen in der Höhe von insgesamt CHF 2'390'955.80 (inkl. MwSt) geltend macht, sind keine schriftlichen Bestellungenänderungen aktenkundig; die Parteien haben sich darüber bisher nicht geeinigt. **Strittig sind zurzeit daher noch Mehrkosten in der Höhe von CHF 2'390'955.80 (inkl. MwSt).**

6. Nachdem feststeht, dass für die Nachträge Nrn. 28 – 67 keine vom Kanton Zug bzw. der Baudirektion unterzeichneten Bestellungenänderungen vorliegen, ist abzuklären, ob der Kanton Zug trotzdem für ausgewiesene Mehrkosten der GU ersatzpflichtig ist. Strittig sind momentan u.a. noch die folgenden wesentlichen Nachträge:

- Nr. 28a (Sicherheit und Koordination)
- Nr. 34 (Elektroinstallationen Starkstrom)
- Nr. 35 (Honorare)
- Nr. 43 (Aussen- und Innentüren)
- Nr. 44 (Baumeisterarbeiten)
- Nr. 52 (Leuchten und Lampen)
- Nr. 58 (Installation Schwachstrom)

Die diesbezüglichen Arbeiten sollen in den Jahren 2002 - 2004 geleistet, die entsprechenden Bestellungenänderungen in den Jahren 2002 und 2003 vereinbart worden sein.

III. DER PRÜFUNG ZU GRUNDE LIEGENDE UNTERLAGEN

Den Verfassern des vorliegenden Memorandums liegen die folgenden Unterlagen vor:

- 1 Bundesordner „Strafanstalt Zug / Chron. Kostenentwicklung“
- 11 Bundesordner betreffend die Bestellungenänderungen Nrn. 1 – 66
- 1 Bundesordner „Protokolle“

- 1 Bundesordner „Budget“, von der GU zur Verfügung gestellt
- 1 Bundesordner „Akkord“, von der GU zur Verfügung gestellt

IV. BESTELLUNGSÄNDERUNGEN

A. Definition

1. Der Unternehmer schuldet seinem Besteller die Herstellung und Ablieferung des Werkes (Art. 363 OR), zu dessen Ausführung er sich durch den Abschluss des Werkvertrages verpflichtet hat.
2. Eine Bestellsänderung liegt vor, wenn der vertragliche Leistungsinhalt des fortbestehenden Werkvertrages durch Rechtsgeschäft geändert wird. Der Unternehmer hat z.B. zusätzliche oder zum Teil andere Arbeiten zu leisten, bestimmte Arbeiten wegzulassen oder gewisse Arbeiten anders als vereinbart auszuführen. Davon zu unterscheiden ist die bloße Konkretisierung der vertraglich umschriebenen Werkleistung (im vorliegenden Fall: detaillierter Leistungsbeschreibung als Vertragsbestandteil), durch welche die vom Unternehmer geschuldete Leistung nicht verändert, sondern nur (aber immerhin) näher bestimmt wird. Sie ist keine Bestellsänderung (vgl. Gauch, Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996, N 768).

B. Grundsatz: Vergütung des Mehraufwands

1. Für den Mehraufwand, der durch eine vertragliche oder einseitige Bestellsänderung erforderlich wird, hat der Unternehmer Anspruch auf Mehrvergütung, die sich mangels anderslautender Abrede nach Art. 374 OR nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers bemisst (vgl. Ziff. 4.1.3 des GU-Werkvertrages). Es ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich keiner besonderen Abrede für die Entgeltlichkeit der Bestellsänderung bedarf, da sich der Mehranspruch des Unternehmers bereits aus der Vereinbarung der Entgeltlichkeit der Werkleistung ergibt (vgl. Gauch, a.a.O., N 785). Dieser Mehranspruch des Unternehmers besteht unabhängig davon, ob der Unternehmer ohnehin nach Aufwand (Art. 374 OR) vergütet wird oder ob feste Preise vereinbart sind. Unterlässt der Unternehmer die Ankündigung der Mehrforderung, so schliesst dies seinen Anspruch auf Mehrvergütung zwar nicht von vornherein aus; doch

kann nach den konkreten Umständen des Einzelfalles sein nach Vertrauensprinzip ausgelegtes Schweigen als Verzichtserklärung aufzufassen sein, was den Besteller von der Leistung der Mehrvergütung befreit. **Ist der Anspruch auf Mehrvergütung streitig, so liegt die Beweislast (Art. 8 ZGB) für die Beststellungsänderung und den daraus entstandenen Mehraufwand beim Unternehmer, der den Anspruch geltend macht.** Misslingt der Beweis betreffend die Höhe des Mehraufwandes, so ist der Richter nach Gauch nicht befugt, dem klagenden Unternehmer eine Mehrvergütung unter dem Titel der Beststellungsänderung zuzusprechen. Anders hat das Bundesgericht in **BGE 113 II 513 ff. E. 5 = Pra 1989, S. 80 ff. E. 5**, entschieden, wonach der Richter die Lage nach freiem Ermessen zu würdigen habe, wenn der Unternehmer ausserstande sei, Beweise zur Überprüfung des streitigen Betrages beizubringen (vgl. Gauch, a.a.O., N 785 ff., mit Hinweisen).

2. Ist streitig, ob eine Beststellungsänderung oder ein ursprünglich vereinbarter Leistungsteil vorliegt, so liegt auch dann die **Beweislast für die Beststellungsänderung und den dadurch verursachten Aufwand beim Unternehmer**. Dass der Mehraufwand infolge unsorgfältigen Vorgehens des Unternehmers unnötig war, hat der Besteller zu behaupten; es liegt aber am Unternehmer nachzuweisen, dass der Mehraufwand erforderlich und im vertraglich vorgegebenen Rahmen war (vgl. Zindel/Pulver, Basler Kommentar, 3. A., Basel/Genf/ München 2003, N 39 zu Art. 373 OR und N 19 zu Art. 374 OR, je mit Hinweisen). Klar ist auch, dass keine Beststellungsänderung vorliegt, soweit die Herstellung des mangelfreien Zustandes für die GU mit Mehrkosten verbunden war.
3. Der **Anspruch auf Mehrvergütung für Beststellungsänderungen entfällt**, soweit der Unternehmer darauf verzichtet hat oder die Folgen der Beststellungsänderung selbst tragen muss, weil die **Änderung wegen seines vertragswidrigen Verhaltens** (z.B. wegen der Verletzung einer Anzeigepflicht, Art. 365 Abs. 3 OR) notwendig wurde (Gauch, a.a.O., N 788). Der GU-Werkvertrag sieht in Ziff. 13 i.V.m. Ziff. 5.3 eine **Informationspflicht des Unternehmers** gegenüber dem Bauherrn vor, insbesondere in Bezug auf vom Unternehmer gewünschte oder geplante Beststellungsänderungen. Es ist anzunehmen, dass die GU zumindest teilweise ihrer Informationspflicht nicht nachgekommen ist. Im Weiteren liegt unseres Erachtens ein Verstoss gegen die in Ziff. 4.1.1. des GU-Werkvertrages festgeschriebene Verpflichtung der GU vor, **für möglichst günstige Betriebs- und Baukosten besorgt zu sein und eine Überschreitung des Kostendaches zu verhindern**, sofern für die fraglichen Mehrkosten keine hinreichenden objektiven Gründe bestehen (notwendige Änderungen im Sinne von Ziff. 8 des GU-Werkvertrages).

C. Vertraglicher Ausschluss der Mehrvergütung

1. Im Einzelfall können die Ansprüche des Unternehmers für nicht bestellte Leistungen vertraglich geregelt sein. So enthält z.B. die SIA-Norm 118 in Art. 45 Abs. 2 eine vorformulierte Vertragsbestimmung, die wie folgt lautet: „Dringliche Arbeiten, die zur Abwendung von Gefahr oder Schaden unerlässlich sind, führt der Unternehmer in Regie aus, ohne eine Anordnung der Bauleitung abzuwarten. Er meldet sie sofort der Bauleitung. Die Bauleitung kann solche Arbeiten jederzeit einstellen lassen. Werden sie trotzdem weitergeführt, so erhält der Unternehmer dafür keine Vergütung.“ Nach der SIA-Norm 118 hat der Unternehmer für nicht bestellte Arbeiten einen vertraglichen Vergütungsanspruch, sofern sämtliche Voraussetzungen des Art. 45 Abs. 2 erfüllt sind, was vorliegend – soweit ersichtlich – nicht der Fall ist. Dieser Vergütungsanspruch schliesst sicher einen gesetzlichen Ausgleichsanspruch aus. Unklar aber ist, ob Art. 45 Abs. 2 darüber hinausgeht und einen gesetzlichen Ausgleichsanspruch für alle unbestellten Arbeiten ausschliesst, auch für jene, für die er selber keinen Vergütungsanspruch vorsieht. Der Zweck der Vorschrift, die auf eine abschliessende Regelung abzielen scheint, könnte dies nahe legen (vgl. Gauch, a.a.O., N 1312 f.). **Würde man mit Gauch diese Schlussfolgerung ziehen, so wäre der Kanton Zug bei fehlender Beststellungsänderung ungeachtet der Mehrkosten nicht ersatzpflichtig.** Das Bundesgericht hat sich dazu – soweit ersichtlich – bisher nicht geäussert.
2. Es ist selbstverständlich auch zulässig, vertraglich festzusetzen, dass jeglicher Anspruch auf Mehrvergütung entfällt, wenn die Beststellungsänderungen vom Besteller nicht unterschriftlich genehmigt worden sind. Darauf wird noch einzugehen sein (vgl. nachstehend S. 39, Ziff. IX.2).

D. Der vertraglich vereinbarte Formvorbehalt

a. Der Formvorbehalt im GU-Werkvertrag vom 8. Februar 2001

1. Ist für einen Vertrag, der vom Gesetze an keine Form gebunden ist, die Anwendung einer solchen vorbehalten worden, so wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen (Art. 16 Abs. 1 OR). Geht eine solche Abrede auf schriftliche Form ohne nähere Bezeichnung, so gelten für deren Erfüllung die Erfordernisse der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftlichkeit (Art. 16 Abs. 2 OR).

2. Im Generalunternehmer-Werkvertrag zwischen der GU und der Baudirektion des Kantons Zug vom 8. Februar 2001 wurden folgende Formvorbehalte vereinbart (Ziff. 4.1.3, Ziff. 5.3, Ziff. 8.2 und Ziff. 19.2):

„Verlangt der Bauherr, u.a. als Folge von Auflagen aus der Baubewilligung, Mehr- oder Minderleistungen, so hat die GU diese auf den Grundlagen der Basisofferte zu offerieren. Der Bauherr entscheidet alsdann schriftlich, solche **Bestellungsänderungen** in die Ausführungsplanung einzubeziehen oder darauf zu verzichten. Je nach Entscheid des Bauherrn wird der Höchstpreis um den offerierten Betrag erhöht resp. gesenkt.“

„Von der GU vorgeschlagene Abweichungen von den Vertragsgrundlagen bedürfen der schriftlichen Zustimmung durch den Bauherrn.

Bei vom Bauherrn verlangten Änderungen in der Phase 2, die über die Vertragsgrundlagen hinaus gehen, sind die Kostenfolgen von der GU zu ermitteln und dem Bauherrn schriftlich zu unterbreiten. Auch solche Änderungen bedürfen der schriftlichen Zustimmung durch den Bauherrn.“

„Änderungen des Werkvertrages sowie ergänzende Vereinbarungen bedürfen der schriftlichen Form und der rechtsgültigen Unterzeichnung durch beide Parteien.“

„Die GU verpflichtet sich, notwendige Änderungen unter Bekanntgabe der Gründe, Massnahmen, Kosten- und Terminfolgen dem Bauherrn unverzüglich schriftlich mitzuteilen und mit seinem schriftlichen Einverständnis zu veranlassen.“

Im Weiteren wurde festgelegt:

„Für Mehrleistungen wird ein Honorar von **20 %** (Planer- und GU-Honorar) und für Minderleistungen von **10 %** vereinbart. **(In der Optimierungsphase werden keine Honorarabzüge auf Minderleistungen berechnet.)**“
(Ziff. 4.1.4 des GU-Werkvertrages)

„Die GU verpflichtet sich, den Bauherrn regelmässig, mindestens jedoch an den periodischen „Bauherrensitzungen“, über den Stand der Planung, die

Kosten- und Terminentwicklung, den Baustellenbetrieb sowie über die Resultate und Massnahmen aus Gesprächen mit Behörden und Dritten offen zu informieren.“ (Ziff. 10.3 des GU-Werkvertrages)

3. Der vorliegende GU-Werkvertrag räumt dem Kanton Zug also einerseits ein **einseitiges Beststellungsänderungsrecht** (Gestaltungsrecht) ein (vgl. Ziff. 4.1.3 und 5.3 des GU-Werkvertrages) und ermächtigt den GU andererseits zu **notwendigen Änderungen infolge höherer Gewalt** (vgl. Ziff. 8 des GU-Werkvertrages).

b. Klare Rechtslage

1. Steht – wie vorliegend – fest, dass die Parteien einen Formvorbehalt vereinbart haben, so ist, wenn keine anderen Anhaltspunkte vorhanden sind, im Zweifel davon auszugehen, dass die **Einhaltung der Form von den Parteien als Gültigkeitserfordernis und nicht lediglich zu Beweiszwecken gewollt** war. Die Vermutung kann einerseits durch den Nachweis widerlegt werden, dass die Parteien eine blosser Beweisform (und keine Abschlussform) vereinbart haben, und andererseits, wenn nachgewiesen werden kann, dass der Vertrag durch übereinstimmenden Abschlusswillen trotz Nichteinhaltung der vereinbarten Form zustande gekommen ist (vgl. Schwenger, Basler Kommentar, a.a.O., N 6 zu Art. 16 OR, mit Hinweisen). Haben die Parteien Schriftform vereinbart, ohne deren Einzelheiten näher zu bestimmen, so sind im Zweifel die im Gesetz in den Art. 13 – 15 OR für die einfache Schriftlichkeit aufgestellten Regeln, namentlich im Hinblick auf die eigenhändige Unterschrift, einzuhalten. Auch diese Vermutung kann widerlegt werden (vgl. Schwenger, a.a.O., N 7 zu Art. 16 OR, mit Hinweisen).
2. Steht der Formvorbehalt – wie vorliegend – fest, so liegt die Beweislast bei demjenigen, der trotz Nichteinhaltung der Form die Gültigkeit des mündlich Vereinbarten behauptet (vgl. Schwenger, a.a.O., N 12 zu Art. 16 OR). **Im vorliegenden Fall hätte also die GU die Umstände zu beweisen, aus denen abgeleitet werden kann, dass die Parteien die Schriftform für die Beststellungsänderungen aufgehoben haben.**
3. Die Parteien haben **für die Beststellungsänderung eine besondere Form vorbehalten**; es greift daher die Vermutung des Art. 16 Abs. 1 OR ein (vgl. Gauch, a.a.O., N 770). Der GU-Werkvertrag (Ziff. 19.2, 4.1.3 und 5.3) verlangt für Beststellungs- und Vertragsänderungen die einfache Schriftlichkeit (vgl. Art. 16 Abs. 2 OR).

4. **Bestellungsänderungen** können auch **stillschweigend**, insbesondere durch konkludentes Verhalten erteilt werden, z.B. durch die Abgabe veränderter Pläne, oder dadurch, dass sich die Bestellungsänderung aus dem stillschweigend mitverstandenen Inhalt einer anderen Erklärung des Bauherrn oder seiner Bauleitung ergibt. Z.B. kann eine stillschweigende Weisung vorliegen, wenn der Bauherr oder die Bauleitung bei einem Baustellengespräch konkludent zu verstehen gibt, der Unternehmer habe sich auf eine tatsächlich veränderte Situation einzustellen, was bei technisch notwendigen oder behördlich verlangten Änderungen in der Praxis häufig vorkommt (Schumacher, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Freiburg 1998, N 551).
5. Ein rechtswirksamer Formvorbehalt kann nachträglich aufgehoben werden, auch stillschweigend durch konkludentes Verhalten, indem eine Bestellungsänderung ohne Beachtung der (früher) vorbehaltenen Form erteilt und erfüllt wird. Die Vertragsfreiheit umfasst auch die Freiheit der Parteien, den Formvorbehalt in irgendeiner Form aufzuheben. Ob die Aufhebung bewusst geschieht oder unbewusst – weil z.B. die Parteien gar nicht mehr an die Formabrede denken, was häufig vorkommt – ist unerheblich (vgl. Schumacher, a.a.O., N 552).

c. Kein Verzicht auf die Schriftform für Bestellungsänderungen

1. Die GU behauptete sinngemäss, man habe sich über die strittigen Bestellungsänderungen geeinigt. Sie legt aber im Einzelnen keine Umstände dar, die darauf schliessen liessen, dass die Parteien sich einig waren, auf das Schriftformerfordernis für Bestellungsänderungen zu verzichten.
2. Es liegen keine stichhaltigen Anhaltspunkte vor, die den Schluss erlauben, dass die Parteien das Schriftformerfordernis für Bestellungsänderungen tatsächlich abgeändert bzw. aufgehoben hätten. **Es ist kein Verhalten des Kantons Zug aktenkundig, aus dem nach Treu und Glauben auf einen Verzicht auf die Schriftform für Bestellungsänderungen geschlossen werden könnte.** Vielmehr hat die GU dem Hochbauamt Ende Januar 2003, erst zwei Monate vor der Fertigstellung des Neubaus, rund 30 zusätzliche Nachträge mit Mehrkosten von rund 2 Mio. Franken und unter Berufung auf Unternehmerschlussabrechnungen im Laufe des Jahres 2003 noch weitere Mehrkostennachträge zugestellt, welche das Hochbauamt nicht akzeptiert hat. Dies sind starke Indizien dafür, dass die GU selbst nicht der Meinung war, die Parteien hätten auf die Schriftform für Bestellungsänderungen verzichtet. Es geht aus den Akten auch nicht etwa hervor, dass der

Kanton Zug in Kenntnis der Situation eine neue Leistung der GU geschehen liess. Es kann daher nicht von einer vorbehaltlosen Entgegennahme der vertraglichen Leistungen der GU durch den Kanton Zug gesprochen werden. Der Kanton Zug erklärte nach Stellung der Schlussrechnung gegenüber der GU, dass er damit nicht einverstanden sei. Damit und mit den nachfolgenden Vergleichsverhandlungen brachte der Kanton Zug klar zum Ausdruck, dass er die angeblichen Bestellungsänderungen als unverbindlich betrachtete und nicht daran gebunden sein wolle. Ausserdem ist es mit der Annahme einer stillschweigend vereinbarten Änderung ohnehin nicht leicht zu nehmen. Insbesondere gelten Zusatzleistungen nicht schon deshalb als stillschweigend vereinbart, weil sie für die Ausführung des Werkes erforderlich waren (vgl. Gauch, a.a.O., N 771).

3. Es ist indes zu beachten, dass in zahlreichen Bauherrensitzungsprotokollen Hinweise darauf zu finden sind, dass der Kanton Zug bzw. dessen Vertretung diversen Abänderungen oder Konkretisierungen des Projektes zugestimmt hat. Für die Einzelheiten kann auf den **Anhang des vorliegenden Memorandums** (vgl. nachstehend S. 53 ff., Ziff. XIV) verwiesen werden. Im Weiteren liegt auch eine Stellungnahme von Patrick Cotti vom 24. Dezember 2004 in den Akten, aus der geschlossen werden könnte, dass für einige der umstrittenen Positionen tatsächlich Bestellungsänderungen des Kantons erfolgt sind (vgl. **Beilage 1**). Zu welchen Preisen Bestellungsänderungen mit Bezug auf welche Positionen aber erfolgt sein sollen, geht aus den Akten nicht hervor. Vielmehr geht aus dem Protokoll der 7. regierungsrätlichen Baudelegationssitzung vom 12. Januar 2005 betreffend Neubau der Strafanstalt Zug (S. 2) hervor, dass das Hochbauamt erst drei Monate vor Bauende von den tatsächlichen Baukosten Kenntnis erhalten hat (vgl. **Beilage 2**).
4. Bei dieser Sachlage kann nicht angenommen werden, die Parteien hätte auf das Schriftformerfordernis für Bestellungsänderungen verzichtet. **Die Schriftform blieb daher Gültigkeiterfordernis.**

d. Beispiele aus der Bundesgerichtspraxis

1. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommt die erläuterte klare Rechtslage zum Ausdruck:
 - a. **Urteil des Bundesgerichts vom 19. April 2000, 4C.189/1999:**

Die Klägerin verlangte gestützt auf einen Werkvertrag von der Beklagten die Ent-

schädigung ausgeführter Arbeiten, welche an die Stelle anderer ursprünglich geplanter Arbeiten traten und welche notwendig wurden; es ging mithin nicht um zusätzliche Arbeiten. Die Beklagte bestritt die Anspruchsberechtigung, weil die Ersatzleistungen nicht mit ihrem schriftlichen Einverständnis ausgeführt worden seien, obwohl die Schriftform für alle Bestellungenänderungen und Regearbeiten vorbehalten worden war.

Das Bundesgericht führte aus, die Beklagte sei für die betreffenden Arbeiten entschädigungspflichtig, weil die Beklagte und ihr Vertreter an den Besprechungen auf der Baustelle betreffend die strittigen Arbeiten jeweils anwesend waren und weil ihr zudem die diesbezüglichen Protokolle ausgehändigt worden seien; sie sei daher über die Entscheidungen der Bauleitung, welche in ihrer Gegenwart getroffen worden seien, informiert gewesen. Die Entschädigungspflicht bestehe, obwohl gewisse Arbeiten in keinem Leistungsbeschreibung enthalten gewesen seien.

Das Bundesgericht unterstützte die Ansicht der Vorinstanz, wonach es ausreichte, dass die Beklagte die ausgeführten Arbeiten akzeptierte. An die Feststellung, dass die Beklagte die Arbeiten akzeptierte, war das Bundesgericht gebunden. Wesentlich für diese Argumentation war auch der Umstand, dass es sich nicht um neue, zusätzliche Leistungen, sondern um Arbeiten ging, die an die Stelle schriftlich vereinbarter Leistungen traten, welche sodann überhaupt **keine Mehrkosten** verursacht hatten. Die Bauleitung und die Klägerin hätten den Vertragsinhalt in einer mündlichen Vereinbarung modifiziert. Es seien Leistungen betroffen gewesen, welche nicht Teil des ursprünglichen Vertrages gewesen seien. Die Parteien hätten auf die vertraglich vorgesehene Formvorschrift mündlich verzichtet.

Im vorliegenden Fall ist es der GU bisher in keiner Art und Weise gelungen, eine entsprechende Änderungsvereinbarung zu beweisen. Ausserdem sind im vorliegenden Fall – im Gegensatz zum besprochenen Bundesgerichtsentscheid - Mehrkosten zu beurteilen.

b. **Urteil des Bundesgerichts vom 4. März 2002, BGE 4C.35/2001:**

Die X. AG (Klägerin) stellt Spezialmaschinen zur Automation und Rationalisierung her. A. (Beklagter) fabriziert diamantbesetzte Bohrer für die Zahnmedizin. In der Folge bestellte der Beklagte bei der Klägerin eine automatische Anlage zur Aufbringung des Diamanten-Schleifbelages. Nach mehreren Konstruktions- und De-

taillierungsphasen mit anschliessenden Fertigungs-, Montage- und Versuchstätigkeiten hat die Klägerin eine um eine Sortier- und Zuführvorrichtung und um eine Zusatzausrüstung erweiterte Anlage erstellt und diese am 2. September 1996 an den Beklagten ausgeliefert. Sie machte in der Folge Mehrkosten geltend. Zur Begründung führte die Klägerin an, die Mehrkosten gegenüber der Offertstellung seien aus der nachträglich vereinbarten Erweiterung der Anlagen entstanden. Die Vorinstanz führte dem Sinne nach aus, die Parteien hätten sich erst nach der Auftragsbestätigung über eine Vertragserweiterung geeinigt. Bezüglich der durch diesen Ausbau bedingten Mehrkosten hätten die Parteien keine Einigung gefunden, weshalb der entsprechende Werklohn gemäss Art. 374 OR nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt werden müsse. Der Beklagte machte geltend, die Klägerin habe anstatt vom Werkvertrag auszugehen und allfällige Mehrleistungen auszuweisen rein nach Aufwand abgerechnet.

Das Bundesgericht führte aus, die Parteien hätten gemäss der Auftragsbestätigung für Vertragsänderungen einen Formvorbehalt vereinbart. Die Vorinstanz habe im angefochtenen Urteil dargelegt, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Formvorbehalt aufgehoben werden könne und habe eine Aufhebung mit Bezug auf die Vertragserweiterung bejaht.

Auch diesem Entscheid, der vorliegend als für die GU sprechend ins Spiel gebracht wurde, kann nichts abgeleitet werden, was für den Kanton Zug nachteilig wäre und insbesondere nichts, was an der Beurteilung der Rechtslage etwas ändern würde. Der Grundsatz, dass eine vertraglich vorbehaltene Form jederzeit formlos, ausdrücklich oder stillschweigend, aufgehoben werden kann, ist – wie erwähnt - unbestritten (vgl. etwa **BGE 125 III 263 ff. E. 4c [S. 268]**). Weiteres, was für den vorliegenden Fall von Interesse wäre, lässt sich dem Entscheid nicht entnehmen.

c. Urteil des Bundesgerichts vom 19. August 2002, BGE 4C.92/2002:

Hier führt das Bundesgericht erneut aus, die Vermutung von Art. 16 Abs. 1 OR könne widerlegt werden durch den Nachweis, dass der Formabrede nach dem Parteiwillen nur deklaratorische Bedeutung zukomme oder dass sie nachträglich aufgehoben worden sei. Der Beweis für den vertraglichen Formvorbehalt obliege jener Partei, die sich auf die Unwirksamkeit des mündlich Vereinbarten berufe,

während bei feststehendem Formvorbehalt die Beweislast für die Umstossung der gesetzlichen Vermutung von Art. 16 OR diejenige Partei treffe, die trotz Nichteinhaltung der Form die Gültigkeit des mündlich Vereinbarten behauptete (Erwägung 2.2).

d. **Urteil des Bundesgerichts vom 24. Januar 2003, BGE 4C.227/2002:**

Die Klägerin als Unternehmerin und die Beklagte als Bestellerin schlossen am 24. April 1997 einen Werkvertrag über den Umbau einer Liegenschaft in St. Gallen ab. Die Arbeiten dauerten vom 7. April bis 12. Dezember 1997. Am 5. März 1998 stellte die Klägerin ihre Schlussrechnung über brutto CHF 344'904.65, woraus nach Abzug von Skonti und Rabatten sowie der Berücksichtigung von Akontozahlungen ein Saldo von netto CHF 143'291.10 resultierte, welcher später auf CHF 137'126.05 korrigiert wurde. Er blieb unbeglichen. Die Klägerin machte in der Folge ihre restliche Werklohnforderung geltend. Die Vorinstanz hiess die Klage teilweise gut. Die Beklagte machte vor Bundesgericht geltend, die Vorinstanz habe bundesrechtswidrig eine Werklohnforderung nach Ausmass anstatt eine Pauschalpreisabrede angenommen und der Klägerin zu Unrecht einen Werklohn für Regiearbeiten trotz fehlender Unterzeichnung der Regierapporte zugesprochen.

Die Vorinstanz hat die Beklagte also zur Vergütung von Regiearbeiten verpflichtet. Die Beklagte hielt dies für bundesrechtswidrig. Sie berief sich auf den Vertragstext, wonach nicht visierte Regierapporte bei der Schlussabrechnung nicht berücksichtigt würden und schloss daraus auf den Ausschluss einer Vergütungspflicht für Regiearbeiten, deren Rapporte bauherrenseits nicht unterzeichnet sind.

Regiearbeiten sind nach der Fachsprache der Berufsleute Arbeiten, die nach Aufwand vergütet werden und von einem Pauschalpreis oder einer Vergütung nach Ausmass und Einheitspreisen nicht erfasst werden. Dessen ungeachtet sind sie Teil des Werkvertrages und damit von der grundsätzlichen Vergütungspflicht erfasst (Art. 363 OR). Nach den Branchenusanzen erstellt der Unternehmer für die einzelnen Regiearbeiten Zeitrapporte, welche er der Bauherrschaft zur Gegenzeichnung vorlegt, und die mit der Gegenzeichnung eine tatsächliche Vermutung für den darin ausgewiesenen Aufwand begründen. Der nicht unterzeichnete Regierapport lässt daher nach diesen Usanzen nicht die Vergütungspflicht des Bestellers entfallen, sondern beschlägt ausschliesslich die Beweisführungslast des Unternehmers.

Nach dem Bundesgericht kann der Umstand, dass die Parteien in ihrem Werkvertrag vereinbarten, nicht unterzeichnete Regierapporte blieben in der Schlussabrechnung unberücksichtigt, nach Treu und Glauben offensichtlich keine andere als eine bloss beweisrechtliche Bedeutung haben. Die Vertragsklausel sei mit der Vorinstanz normativ so zu verstehen, dass die Unternehmerin bei fehlender Gegenzeichnung der Regierapporte ihren Aufwand im Nachhinein noch zu beweisen habe und sich nicht auf die beweis erleichternde Unterschrift der Bestellerin als Anerkennung des unternehmerischen Aufwandes berufen könne. Die Auffassung der Beklagten dagegen würde die Vergütungspflicht für Regiearbeiten als solche in die Willkür der Bestellerin stellen, je nach dem, ob sie bereit sei, die Rapporte zu unterzeichnen oder nicht. In diesem Verständnis aber wäre die Klausel als Knebelungsvertrag sittenwidrig und damit nichtig.

Dieser Bundesgerichtsentscheid wurde in der vorliegenden Angelegenheit ins Spiel gebracht, weil er angeblich gegen die Position des Kantons Zug und für die Position der GU sprechen soll. Beides trifft offensichtlich nicht zu; der Entscheid ist nicht einschlägig. Im Gegensatz zum dort behandelten Sachverhalt handelt es sich vorliegend ja nicht um Regierapporte, die nicht unterzeichnet wurden. Die vorbehaltlose Unterzeichnung von Regierapporten schafft lediglich eine tatsächliche Vermutung für die Richtigkeit und die Angemessenheit des rapportierten Aufwandes des Unternehmers. Somit könnte die GU auch die Hauptargumentation des Bundesgerichts nicht heranziehen, wonach es eben nicht sein könne, dass es allein in der Hand des Bestellers liege, welche Leistungen er bezahlen wolle und welche nicht. Im vorliegenden Fall handelt es sich gerade – und das ist der entscheidende Unterschied zum zitierten Bundesgerichtsentscheid – nicht um nicht unterzeichnete Regierapporte, sondern um Bestellungenänderungen, die in der Regel zu unterzeichnen wären, bevor die Arbeit ausgeführt wird. Ohne Unterzeichnung durch den Kanton Zug durfte aber die GU nicht davon ausgehen, dass sie für ausgeführte Zusatzarbeiten aufgrund des Werkvertrages entschädigt würde.

e. Urteil des Bundesgerichts vom 22. April 2004, BGE 4C.85/2004:

Dies ist ein weiterer Entscheid, in welchem der – selbstverständliche – Grundsatz festgehalten wird, dass ein Schriftlichkeitsvorbehalt jederzeit auch formlos aufgehoben werden kann. In diesem Entscheid führte das Bundesgericht sinngemäss

aus, ein Schriftlichkeitsvorbehalt stehe der Annahme einer Vertragsänderung in anderer Form nicht von vornherein entgegen, da auch nachträglich durch konkludentes Verhalten auf die vorbehaltene Form verzichtet werden könne. **Der entsprechende gemeinsame Wille der Parteien müsse sich allerdings eindeutig aus den Umständen ergeben.** Ein Verzicht auf eine vorbehaltene Schriftform sei anzunehmen, wenn die vertraglichen Leistungen trotz Nichteinhaltung der Form vorbehaltlos erbracht und entgegen genommen würden (Erwägung 2.2).

f. **Urteil des Bundesgerichts vom 28. Juni 2004, BGE 4C.99/2004:**

Die Klägerin verlangte vom Beklagten die Bezahlung der Mehrkosten, welche sich bei der Ausführung eines Bauwerkes ergaben. Der Beklagte weigerte sich, diese Mehrkosten zu übernehmen, weil ein Festpreis vereinbart worden sei, welcher keinen Raum für die geltend gemachten Kostenpositionen lasse. Im Weiteren bestritt er, dass seine nachträgliche Material- und Produktauswahl wesentliche Vertragsänderungen bzw. Bestellungenänderungen darstellten.

Das Bundesgericht schützte die Argumentation der Vorinstanz, wonach die Parteien den anfänglichen Pauschalpreis nachträglich zu einem ungefähren Preis modifiziert hätten, welcher von der Materialauswahl der Besteller abhing, weshalb er nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festzusetzen sei. Die Parteien hätten mithin den ursprünglichen Vertrag in der Weise abgeändert, dass sie keinen Pauschalpreis mehr, sondern nur noch einen ungefähren Preis vereinbart hätten, welcher vom Wert des Materials und der Arbeit abhängt. Die Auswahl des Materials und der Apparaturen durch die Besteller habe Mehrkosten verursacht. Der Besteller habe die Bestellungenänderungen nicht nur angeordnet, sondern auch akzeptiert, weshalb er die dadurch verursachten Mehrkosten zu tragen habe.

Auch dieser Entscheid, der in der vorliegenden Angelegenheit ebenfalls ins Spiel gebracht wurde, ist in keiner Weise einschlägig, da im vorliegenden nicht ein ungefährer Preis, sondern ein Kostendach vereinbart wurde und überdies gerade nicht feststeht, dass der Kanton Zug die bestrittenen Positionen akzeptiert hat. Ausserdem ging es im zitierten Entscheid nicht um einen GU-Werkvertrag.

g. **Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juni 2005, BGE 4P.62/2005:**

Am 23. bzw. 25. August 1999 unterzeichneten die Y. AG als Unternehmerin sowie die M.X. und N.X. als Bauherren einen Generalunternehmervertrag. Darin verpflichtete sich die Unternehmerin zur Realisierung eines Bauvorhabens in Z. nach einem von ihr erarbeiteten Projekt, wobei die von den Bauherren hierfür zu entrichtende Gegenleistung mit CHF 771'300.00 angegeben wurde. Zusätzlich erwachsen diesen aus dem Erwerb des Baulandes Kosten in der Höhe von CHF 428'700.00. Beide Beträge, zusammen CHF 1'200'000.00, wurden von den Bauherren bezahlt. Die Unternehmerin erachtete dies als unzureichend. Mit ihrer Bauabrechnung vom 27. September 2000 machte sie geltend, dass sie entschädigungspflichtige Leistungen von insgesamt CHF 1'434'943.45 erbracht habe. Sie forderte deshalb von den Bauherren eine zusätzliche Zahlung. Diese bestritten, dass sie sich zu mehr als zur Erbringung des von ihnen anerkannten Betrages von CHF 1'200'000.00 verpflichtet hätten.

In diesem Fall ging es einerseits darum zu prüfen, ob ein grundsätzlich unabänderlicher Pauschalpreis nach Art. 373 Abs. 1 OR oder eine Vergütung nach dem Wert der Arbeit und den Aufwendungen der Unternehmerin (Art. 374 OR) festzusetzen sei. Diese Frage stellt sich zwar in unserem Falle nicht. Im Rahmen der diesbezüglichen Erwägungen führte die Vorinstanz aber aus, bei Abschluss des Generalunternehmervertrages habe kein detaillierter Leistungsbeschreibung vorgelegen, aus dem ersichtlich gewesen wäre, welche konkreten Leistungen nach Auffassung der Parteien zum Preis von CHF 771'300.00 erbracht werden müssten. Damit fehle aber eine wesentliche Grundlage, um allfällige Beststellungsänderungen einigermaßen verlässlich als solche erkennen und um gleichzeitig die sich daraus ergebenden Einsparungen und Mehrkosten, über die laut Vertrag gesondert abzurechnen gewesen wäre, überhaupt erst ermitteln zu können. Daher waren die Bauherren nicht entschädigungspflichtig.

V. DIE VERGÜTUNG NICHT BESTELLTER ZUSATZLEISTUNGEN

A. Allgemeines

1. Es ist vorab zu betonen, dass nicht feststeht, dass es sich bei den strittigen Positionen überhaupt um Beststellungsänderungen gehandelt hat, denn gewisse Abweichungen vom ursprünglichen Leistungsbeschrieb sind üblich und es ist selbst für einen Laien offensichtlich, dass sich ein Bauvorhaben der in Frage stehenden Dimension nicht ohne Abweichung umsetzen lässt. Bei einem Projekt der vorliegenden Art sind Abweichungen vom Leistungsverzeichnis in einem gewissen Masse üblich.
2. Es stellt sich die Frage, ob der Kanton Zug verpflichtet ist, die GU für die Mehrleistungen zu entschädigen, obwohl die GU Leistungen erbracht hat, die vom Kanton Zug weder im ursprünglichen Werkvertrag noch nachträglich bestellt wurden. Immer wieder kommt es vor, dass ein Unternehmer zusätzliche Leistungen erbringt, die von seinem Vertragspartner weder im ursprünglichen Werkvertrag noch nachträglich bestellt wurden, indem er z.B. auch eine Eventualposition ausführt, ohne dass der Besteller deren Ausführung verlangt hat. Für eine derartige Leistung steht dem Unternehmer mangels anderer Abrede (im vorliegenden Fall: lediglich notwendige Änderungen infolge höherer Gewalt müssen gemäss GU-Werkvertrag, Ziff. 8, vom Bauherrn entschädigt werden; vorbehalten auch in diesem Falle die Erfüllung der Anzeigepflicht des Unternehmers, vgl. Ziff. 8.2 des GU-Werkvertrages) **kein vertraglicher Vergütungsanspruch** zu, auch nicht nach Art. 374 OR. Wohl aber kann der Unternehmer einen **gesetzlichen Ausgleichsanspruch** haben, und zwar unter den Voraussetzungen und nach Massgabe der Bestimmungen über die **ungerechtfertigte Bereicherung** (Art. 62 ff. OR) und der **Geschäftsführung ohne Auftrag** (Art. 419 ff. OR). Möglich ist auch ein **sachenrechtlicher Anspruch aus Einbau** (Art. 672 ZGB). Hat der Unternehmer für unbestellte Leistungen einen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung (Art. 62 ff. OR; Art. 423 Abs. 2 OR; Art. 726 Abs. 3 ZGB), so muss der Besteller einen aufgedrängten Vermögensvorteil ausgleichen. Dieser Vorteil ist ihm aber in vielen Fällen unerwünscht, ja nachteilig, weil er ihn nicht realisieren kann und die geschehene Veränderung seiner Vermögensplanung im Wege steht. Mit Rücksicht darauf dürfte es sich rechtfertigen, den Bereicherungsanspruch des Unternehmers nicht nach dem objektiven Wertzuwachs im Vermögen des Bestellers zu berechnen, sondern danach, was die unbestellte Leistung gerade für diesen Besteller (unter Berücksichtigung seiner Vermögensplanung) wert ist. Eine solche Berechnung drängt sich zumindest dann auf, wenn der Unternehmer bösgläubig gehandelt hat (vgl. Gauch, a.a.O., N 1310 f.).

3. Dass keine Bestellungenänderungen (auch keine mündlichen oder konkludenten) für die strittigen Positionen vorliegen, bedeutet also nicht ohne weiteres, dass der Bauherr allfällige Mehrleistungen nicht bezahlen müsste. Mangels vertraglicher Grundlage käme – wie erwähnt - ein Anspruch der GU aus ungerechtfertigter Bereicherung, aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus Art. 671 / 672 ZGB in Frage.

B. Die bundesgerichtliche Praxis und deren Anwendung auf den vorliegenden Fall

1. Gemäss dem nachfolgend besprochenen Bundesgerichtsentscheid ist davon auszugehen, dass höchstens ein Anspruch der GU aus ungerechtfertigter Bereicherung begründbar wäre, wenn keine vertraglichen Ansprüche gegeben sind.

BGE 99 II 131 ff.:

Gemäss „Pauschal-Werkvertrag“ vom 4. August 1967 übertrug die Stadtgemeinde Zürich der Systembau AG in Zürich die schlüsselfertige Erstellung eines Primarschulhauses zu einem pauschalen Werkpreis. Nach Ziffer 6 dieses Vertrages hatte die Systembau AG die Arbeits- und Auftragsvergebungen an Handwerker, Unternehmer und Lieferanten selbständig und in eigenem Namen vorzunehmen. Entgegen dieser Bestimmung schloss die Systembau AG jedoch im Namen der Stadtgemeinde Zürich, nicht in eigenem Namen, einen Werkvertrag über Baumeisterarbeiten mit der Bonomo Söhne AG ab. In der Folge entstand ein Streit über Mehrforderungen der Bonomo Söhne AG, welche ihren Anspruch gegenüber der Stadtgemeinde Zürich geltend machte. Nachdem ein vertraglicher Anspruch mangels vertraglicher Beziehungen verneint wurde, schützte das Bundesgericht die Auffassung der Vorinstanzen und nahm an, die Stadtgemeinde Zürich habe der Bonomo Söhne AG nach Art. 672 ZGB den objektiven Wert des von der Bonomo Söhne AG gelieferten Materials und des weiteren Bauaufwandes abzüglich der von der Systembau AG an sie geleisteten Zahlungen zu ersetzen, sofern das Baugrundstück durch ihre Aufwendungen einen entsprechenden Mehrwert erlangt habe. Es nahm dabei an, der durch die Aufwendungen der Bonomo Söhne AG geschaffene objektive Mehrwert des Grundstücks entspreche dem Mehrwert der Aufwendungen der Bonomo Söhne AG.

Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag wurden verneint, weil die Bonomo Söhne AG nicht die Absicht hatte, im Sinne von Art. 419 OR ohne Auftrag zu handeln. Aus diesem Grunde wären auch im vorliegenden Fall **Ansprüche der GU aus Ge-**

schäftsführung ohne Auftrag zu verneinen.

Ein **Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung** (Art. 62 ff. OR) wurde ausgeschlossen, weil die Bauarbeiten der Bonomo Söhne AG auf der Schulhausliegenschaft, die der Stadtgemeinde Zürich zugute kamen, zu den Leistungen gehörten, welche die Systembau AG der Stadtgemeinde Zürich im „Pauschal-Werkvertrag“ versprochen hatte. Die Gültigkeit dieses Vertrages sei nicht umstritten. Die in den Bauarbeiten der Bonomo Söhne AG liegende Zuwendung an die Stadtgemeinde Zürich stelle sich also, von der Stadtgemeinde Zürich aus betrachtet, als eine vertragliche Leistung der Systembau AG dar. Sie entbehrte somit vom Standpunkt der Stadtgemeinde Zürich nicht eines gültigen Grundes und konnte deshalb keine im Sinne von Art. 62 OR ungerechtfertigte Bereicherung der Stadtgemeinde Zürich bewirken.

Daher blieb also nur zu prüfen, ob die Bonomo Söhne AG von der Stadtgemeinde Zürich gestützt auf **Art. 672 ZGB** eine Entschädigung fordern kann. Im Wesentlichen führte das Bundesgericht dazu aus, der Ersatzanspruch des Materialeigentümers hänge nicht vom Vorliegen einer unerlaubten Handlung des Grundeigentümers im Sinne von Art. 41 ff. OR oder einer ungerechtfertigten Bereicherung desselben im Sinne von Art. 62 ff. OR ab, sondern sei unter Umständen auch beim Fehlen der Voraussetzungen von Art. 41 ff. und 62 ff. OR gegeben. Es treffe im Weiteren nicht zu, dass in einem auf Gesetz beruhenden Eigentumserwerb, wie er z.B. im Falle der Akzession eintrete, keine im Sinne von Art. 62 OR ungerechtfertigte Bereicherung liegen könne. Die in Art. 672 ZGB enthaltene Sonderregelung sei getroffen worden, damit dem Materialeigentümer unter Umständen ein Ausgleich gewährt werden könne, den ihm die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die ungerechtfertigte Bereicherung nicht zu verschaffen vermöchte.

2. Im vorliegenden Fall ist Art. 672 ZGB indes nicht einschlägig. Wie das Bundesgericht im zitierten Entscheid ausführte, ist Art. 672 ZGB nämlich nicht anwendbar, wenn die Verbindung des Materials mit dem Grundstück von jemandem vorgenommen wird, der weder Material- noch Grundeigentümer ist. In einem solchen Fall soll es bei der Anwendung der allgemeinen Grundsätze, insbesondere der Regeln über unerlaubte Handlungen und über die ungerechtfertigte Bereicherung, sein Bewenden haben. Im vorliegenden Fall hat nicht die GU das Material eingebaut und sie war auch nicht Eigentümerin desselben. **Die Anwendung von Art. 672 ZGB ist daher ausgeschlossen.** Das Bundesgericht hat ausdrücklich ausgeführt, der in Art. 672 ZGB verwendete Begriff des bauenden Materialeigentümers dürfe nicht einfach auf denjenigen bezogen werden, der durch einen Unter-

nehmer bauen lasse. Weil also die GU selber keine Bauarbeiten ausgeführt und somit auch keinerlei Material eingebaut hat, sondern sämtliche Bauarbeiten durch Dritte ausführen liess, ist vorliegend Art. 672 ZGB nicht anwendbar.

3. Vorliegend kommt demnach – wenn vertragliche Ansprüche der GU ausgeschlossen werden – nur noch ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung in Betracht. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Aussage des Bundesgerichts, der Umstand, dass die Stadtgemeinde Zürich aufgrund ihres Vertrags mit der Systembau AG auf die von der Bonomo Söhne AG erbrachten Leistungen Anspruch hatte, schliesse die Annahme einer ungerechtfertigten Bereicherung der Stadtgemeinde Zürich im Sinne von Art. 62 OR aus. **Sollte es sich in unserem Fall nicht um Mehrleistungen, sondern lediglich um gemäss GU-Vertrag geschuldete Positionen handeln, welche die Mehrforderung betreffen, dann könnte die GU folglich auch keine Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend machen, obwohl sie Mehrkosten gehabt hat.** Dies ist aber nur dann der Fall, wenn es sich bei den geltend gemachten Positionen ausschliesslich um Positionen handelt, die aufgrund des GU-Werkvertrages geschuldet sind. Handelt es sich aber tatsächlich um Mehrleistungen, dann hätte der Kanton Zug die GU insoweit zu entschädigen, als er tatsächlich bereichert wäre und die Ansprüche der GU nicht bereits verjährt wären.
4. Aufgrund des zitierten Bundesgerichtsentscheides ist im Weiteren darauf zu schliessen, dass nicht ohne weiteres die von der GU aufgewendeten Kosten zu ersetzen sind, sondern nur der für den Kanton Zug tatsächlich bestehende Mehrwert. Nach Bundesgericht ist der massgebende Mindestwert der Baute für den Grundeigentümer ein subjektiver Wert, der nicht nur die mit dem Bauen verbundene Vermögenseinbusse des Materialeigentümers, sondern auch den auf die Baute zurückzuführenden objektiven Mehrwert des Grundstücks weit unterschreiten kann. Im Ergebnis bedeutet dies für den Anspruch der GU aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Kanton Zug, dass dieser jener den Wert des verwendeten Materials und gegebenenfalls den Wert der mit dem Einbau verbundenen Arbeit nur dann voll zu ersetzen hat, wenn sich der objektive Wert des Grundstücks und damit das Vermögen des Grundeigentümers infolge dieses baulichen Aufwandes um den gleichen Betrag erhöht hat; ist der so entstandene Vermögenszuwachs geringer, so beschränkt sich der Ersatzanspruch auf diesen Zuwachs. Es ist allerdings zu befürchten, dass angenommen würde, der von der GU geschaffene objektive Mehrwert des Baugrundstückes entspreche dem objektiven Wert ihrer Aufwendungen, der dem von ihr beanspruchten Werklohn gleichgesetzt werden dürfe. Es ist allerdings einschränkend festzuhalten, dass der Kanton Zug dadurch, dass ihm mit dem Eigentum an der Strafan-

stalt auch dieser Mehrwert zufiel, nicht gerade auch um diesen Mehrwert bereichert ist. Die Gesamtheit der auf seinem Grundstück ausgeführten Arbeiten brachte ihm vielmehr nur dann einen Vermögenszuwachs, wenn der objektive Wert dieser Arbeiten den im GU-Werkvertrag vereinbarten Werkpreis übersteigt. Dementsprechend wäre der Kanton Zug durch die Bauarbeiten nur bereichert, wenn der von der GU geschaffene objektive Mehrwert des Grundstücks den Teil des Pauschalpreises übersteigt, der bei proportionaler Aufteilung dieses Preises nach Massgabe des Wertes der Arbeiten der verschiedenen Bauunternehmer und -handwerker auf die strittigen Mehrleistungen entfällt. Wenn nun beispielsweise der dem Bauaufwand der GU zu verdankende objektive Mehrwert des Grundstücks den auf diesen Aufwand entfallenden Teil des Pauschal-Werkpreises übersteigen sollte, wäre der Kanton Zug zum Nachteil der GU um diesen Mehrbetrag bereichert. Diese Bereicherung wäre aber im Sinne von Art. 62 OR dann nicht ungerechtfertigt, wenn der Kanton Zug kraft seines Vertrages mit der GU auf die fraglichen Materiallieferungen und Arbeitsleistungen Anspruch hatte.

VI. VERJÄHRUNG (BGE 105 II 92 ff.)

1. Die Werklohnforderungen der GU verjähren in zehn Jahren (vgl. Art. 127 OR; BGE 109 II 112 ff. = Pra 1983, S. 551 f.). Sollte sich die Mehrforderung der GU aber nicht auf den GU-Werkvertrag stützen lassen, wäre sie entweder nach Art. 672 ZGB oder nach Art. 62 ff. OR zu beurteilen, was eine einjährige Verjährungsfrist zur Folge hätte (vgl. Art. 67 Abs. 1 OR). Diese wäre aber abgelaufen. Wann die Verjährungsfrist zu laufen begonnen hat - bei Ablieferung des Werkes, bei Rechnungsstellung oder bereits mit dem Einbau des Materials -, spielt vorliegend keine Rolle, da die Verjährung ohnehin eingetreten wäre.
2. **Wenn also keine Bestellungenänderungen bewiesen werden können, ist die Verjährung der geltend gemachten Forderungen bereits eingetreten.**

VII. DIE SCHLUSSABRECHNUNG (Art. 153 ff. SIA-Norm 118)

A. Definition

1. Die Schlussabrechnung wird vom Unternehmer spätestens zwei Monate nach der Abnahme des Werkes eingereicht (Art. 154 Abs. 1 SIA-Norm 118) und von Seiten des Bauherrn innert Monatsfrist geprüft (Art. 154 Abs. 2 SIA-Norm 118). Anders als ihre Bezeichnung vermuten lässt, ist die Schlussabrechnung der SIA-Norm 118, aufs Ganze bezogen, keine Gesamtabrechnung. Vielmehr erfasst sie nur Leistungen zu festen Preisen (Art. 153 Abs. 1 SIA-Norm 118), also keine Regiearbeiten (Art. 153 Abs. 2 SIA-Norm 118). Für die Leistungen zu festen Preisen stellt sie die Gesamtvergütung (= Schlussabrechnungssumme) fest (Art. 153 Abs. 1 SIA-Norm 118), jedoch ohne Berücksichtigung der Mehr- und Mindervergütung gemäss Teuerungsabrechnung (Art. 153 Abs. 2 SIA-Norm 118). Die Schlussabrechnung erfasst also weder die Regiearbeiten noch die Teuerungsabrechnung, noch gibt sie Auskunft über die ausstehenden Guthaben aus früheren Rechnungen. Eine durch sie ermittelte Forderung des Unternehmers betrifft also nur Leistungen zu festen Preisen (und zwar ohne Teuerung). Somit ist die Schlussabrechnung, für sich genommen, in mehrfacher Hinsicht unvollständig. Deshalb fügt der Unternehmer der Schlussabrechnung eine Zusammenstellung bei, die einen Überblick gibt über sämtliche vom Unternehmer gestellten Rechnungen (einschliesslich der Schlussabrechnung) sowie über die bis zum Tag der Schlussabrechnung erhaltenen und die noch ausstehenden Zahlungen des Bauherrn (Art. 153 Abs. 3 SIA-Norm 118; Gauch, a.a.O., N 1173 ff.).
2. Gleichzeitig mit der Schlussabrechnung sind auch Regie- und Teuerungsrechnungen (Art. 153 Abs. 2 SIA-Norm 118), ja überhaupt alle weiteren Rechnungen einzureichen, die noch ausstehen. Und nach Art. 153 Abs. 3 der Norm ist der Unternehmer verpflichtet, seiner Schlussabrechnung eine Zusammenstellung beizufügen, die den Bauherrn über alle ausgestellten Rechnungen sowie über bereits beglichene und noch ausstehende Zahlungen orientiert.

B. Die Überprüfbarkeit der Schlussabrechnung

1. Die Information des Unternehmers über Bestand und Höhe einer in Rechnung gestellten Forderung (nach der Vorstellung des Unternehmers) bezweckt, beim Bauherrn als Informationsempfänger den gleichen Wissensstand zu erzielen und ihn damit zu veranlassen,

d.h. zu motivieren, die Rechnung zu bezahlen. Wer informieren will, muss sich verständlich machen, so dass er verstanden wird, d.h. der Empfänger informiert ist. Das erfordert eine Gestaltung der Rechnung durch den Unternehmer, dass der Bauherr bzw. seine Bauleitung überprüfen kann, ob überhaupt und wie viel er dem Unternehmer schuldet. Um überprüfbar zu sein, muss die Rechnung insbesondere wie folgt gestaltet werden: Sie muss kompatibel mit dem von den Parteien gewählten Vergütungssystem sein und die Überprüfung der tatsächlich erbrachten Leistungen ermöglichen. Häufig erfordert dies die Gliederung der Rechnung nach dem Leistungsverzeichnis (Schumacher, a.a.O., N 236). Art. 154 Abs. 1 SIA-Norm 118 schreibt die ordnungsgemäße Einreichung der Schlussabrechnung vor, worunter auch eine prüfbare Schlussabrechnung zu verstehen ist. Das Erfordernis der Prüffähigkeit ist eine Selbstverständlichkeit und gilt auch dann, wenn die SIA-Norm 118 nicht als Vertragsbestandteil übernommen worden ist (Schumacher, a.a.O., N 237). **Die Überprüfung muss mit angemessenem, d.h. zumutbarem Aufwand des Bauherrn bzw. seiner Bauleitung möglich sein.** Hat der Unternehmer den Werkvertrag mit einem Bauherrn mit eigenem Sachverstand oder mit sachverständigen Hilfspersonen abgeschlossen, darf der Unternehmer bei der Gestaltung der Rechnung von einer sachverständigen Prüfung durch eine Bauleitung ausgehen, welche die ganze Bauausführung begleitet hat und über umfangreiche Kenntnisse und Dokumente wie Baujournal, Regie- und Tagesrapporte usw. verfügt (Schumacher, a.a.O., N 238).

2. Wenn eine Rechnung nicht überprüfbar ist, gilt Folgendes:

- a) Mangels anderer Abrede bewirkt die mangelnde Prüfbarkeit keinen Aufschub des Eintritts der Fälligkeit und damit auch keinen Aufschub des Beginns der Verjährungsfrist.
- b) **Solange und soweit eine Rechnung nicht überprüfbar ist, ist dem Bauherrn keine Zahlung zuzumuten.** Insofern wird zwar nicht die Fälligkeit, aber die Fälligkeitwirkung aufgeschoben. Ist eine Rechnung zwar überprüfbar, aber vom Bauherrn nicht überprüft worden, vermögen seine allfälligen Zweifel, Bedenken usw., auch allfällige Begehren um zusätzliche Auskünfte oder Belege, die Fälligkeitwirkung nicht hinauszuschieben.
- c) Der Aufschub der Fälligkeitwirkung (wegen Unzumutbarkeit der Zahlung) bewirkt Folgendes: Der Bauherr gerät in Bezug auf seine Vergütungspflicht nicht in Schuldnerverzug, weil es dem Unternehmer verwehrt ist, den Bauherrn durch

Mahnung in Verzug zu setzen; ist ein Skonto für den betreffenden Rechnungsbetrag vereinbart worden, beginnt die Skontofrist nicht zu laufen.

- d) Ist nur ein Teil der Rechnung nicht überprüfbar, tritt der Aufschub der Fälligkeitswirkung nur für den unüberprüfbaren Teil ein. Beispielsweise können die in Rechnung gestellten Einheitspreise überprüft werden, hingegen nicht die Regiearbeiten (vgl. Schumacher, a.a.O., N 239 ff.).

C. Rechnungskorrekturen und nachträgliche Rechnungen

1. In der Praxis können sich die folgenden Fragen stellen:
 - a) Darf der Unternehmer eine gestellte Rechnung nachträglich korrigieren, insbesondere erhöhen?
 - b) Darf der Unternehmer weitere, d.h. zusätzliche Rechnungen stellen?
2. Dieses Problem kann sich insbesondere stellen, wenn der Unternehmer wegen angeblichen Mehraufwandes eine Rechnung nachträglich erhöht oder deswegen weitere Rechnungen stellt.
3. **Enthält die Zusammenstellung des Unternehmers keinen schriftlichen Vorbehalt, so hat deren Einreichung zugleich die Bedeutung einer stillschweigenden Erklärung, wonach der Unternehmer (abgesehen von Verzugszinsforderungen) keine weiteren Rechnungen stellen wird und auf jeden weiteren Vergütungsanspruch für Leistungen verzichtet, die er bis dahin nicht in Rechnung gestellt hat.** Die Einreichung der vorbehaltlosen Zusammenstellung wird somit, falls – wie vorliegend - die SIA-Norm 118 (samt ihrem Art. 156) zur Anwendung kommt, als Verzichtserklärung des Unternehmers ausgelegt. Der Unternehmer darf seine Schlussabrechnung nachträglich nicht erhöhen, ausser aufgrund einer erfolgreichen Anfechtung wegen Erklärungsirrtums. Darauf kann sich der Bauherr allerdings nicht berufen, wenn er erkannte oder nach Treu und Glauben erkennen musste, dass der Unternehmer eine solche Erklärung gar nicht abgeben wollte. Ausserdem untersteht die Verzichtserklärung den Bestimmungen über den Erklärungsirrtum (Art. 23 ff. OR; vgl. Gauch, a.a.O., N 1263).

D. Die Schlussrechnung der GU vom 16. Februar 2004

1. Es liegt eine **Schlussrechnung der GU vom 16. Februar 2004** über CHF 1'415'231.50 (Rechnungsnummer 462027.1) vor (vgl. **Beilage 3**).
2. Es ist nicht ersichtlich, dass die GU der Schlussrechnung alle erforderlichen Unterlagen (Zusammenstellung, die einen Überblick über sämtliche vom Unternehmer gestellten Rechnungen) beigelegt hat. Daher liegt noch keine Schlussrechnung vor, welche die Voraussetzungen der SIA-Norm 118 erfüllt.
3. Der Schlussrechnung vom 16. Februar 2004 können im Weiteren keine Einzelheiten mit Bezug auf die umstrittenen angeblichen Bestellungsänderungen entnommen werden. Sie hilft bei der Aufschlüsselung dieser Positionen daher nicht weiter. Die Rechnungsbeträge wurden mehrfach verändert und umgruppiert, die Rechnungspositionen wurden nicht substantiiert begründet und gewisse Positionen sind an sich unklar. Die Fälligkeit der letzten, ausstehenden Zahlung ist aufgrund der Mangelhaftigkeit der Schlussabrechnung des Generalunternehmers noch nicht eingetreten. **Dem Kanton Zug ist daher vorläufig keine weitere, d.h. diese Positionen betreffende, Zahlung zuzumuten und er schuldet auch keinen Verzugszins.**
4. **Die Schlussrechnung der GU vom 16. Februar 2004 enthält im Weiteren keinen Vorbehalt; auf die Schlussrechnung könnte daher nicht mehr zurückgekommen werden.** Die GU wird aber einen **Erklärungsirrtum** geltend machen, denn sie hat erwähnt, sie habe den Vorbehalt versehentlich nicht angebracht. Im Widerspruch dazu steht indes die Aussage der GU im Schreiben an den Kantonsrat vom 19. Januar 2006 („Richtigstellung zur Vorlage Nr. 581.8/754.7/1210.2 vom 13. Dezember 2005“), wonach die GU dem Hochbauamt bereits am 16. Februar 2004 eine Schlussrechnung präsentiert habe. Von einem Erklärungsirrtum ist keine Rede mehr. Der Kanton hat sich jedoch auf Verhandlungen eingelassen und nicht darauf beharrt, dass die Schlussrechnung nicht verändert werden kann. Es darf aber trotzdem durchaus angenommen werden, die Schlussrechnung dürfe wenigstens nicht erhöht werden, sofern die GU keinen Erklärungsirrtum geltend machen kann.

VIII. EXKURS: ZINSPFLICHT FÜR ANKERANNTEN UND NICHT ANERKANNTEN BESTELLUNGSÄNDERUNGEN

A. Allgemeines

1. Neben den in den Ausschreibungsunterlagen und im Baubeschrieb genannten Leistungen erbrachte die Generalunternehmerin unbestrittenermassen zusätzliche Leistungen.
2. Dabei handelt es sich teilweise um bestellte (unterschriebene Bestellungenänderungen) und teilweise um nicht bestellte Mehrleistungen.
3. Es stellen sich folgende **Rechtsfragen**:
 - a. Muss der Kanton Zug die noch nicht bezahlten Mehrvergütungen für Mehrleistungen der GU verzinsen? Falls ja: ab wann und in welcher Höhe?
 - b. Kann der Kanton Zug allfällige Vergütungsansprüche der GU wegen Mehrleistungen mit seinen Ansprüchen wegen Werkmängeln verrechnen?

B. Rechtliches

a. Fälligkeit der Mehrvergütung und Rechnungsstellung

1. Die Parteien vereinbarten einen **Zahlungsplan** für den vereinbarten Leistungsumfang (Vertrag mit Teilzahlungsplan) mit bestimmten Fälligkeitsterminen für die jeweiligen Teilzahlungen (vgl. Ziff. 15.1 und 15.2 des GU-Werkvertrages):
 - „Die GU wird für ihre Leistungen in der Phase 1 mit pauschal CHF 1'140'000.-- entschädigt. Diese Entschädigung gilt als 1. Akontozahlung für den vereinbarten Werkpreis für die Phase 2“.
 - „Für die Phase 2 gilt der nach Abschluss der Phase 1 vertraglich vereinbarte Zahlungsplan (Beilage 6 [diese Beilage zum GU-Werkvertrag fehlt in den vorliegenden Unterlagen])“.

2. Die **bewilligten Mehrleistungen** sind nicht im Zahlungsplan enthalten und deren Fälligkeit ist darin nicht geregelt (vgl. Ziff. 15.2, 5. Absatz, des GU-Werkvertrages):

"Nicht im Zahlungsplan enthaltene Leistungen (bewilligte Mehrleistungen) werden von der GU separat in Rechnung gestellt."

3. **Fälligkeit der Mehrvergütung für Mehrleistungen:** Enthält der Vertrag keine individuelle oder mittels AGB übernommene Zahlungsordnung, so gilt grundsätzlich die Fälligkeitsregel des Art. 372 OR. **Ein allfälliger Mehrvergütungsanspruch wird erst bei der Ablieferung des Werkes fällig** (vgl. Schumacher, a.a.O., N 746). Die Ablieferung setzt zwar die Vollendung des Werkes voraus, die Vergütung wird aber nicht bereits mit der Vollendung fällig und die Prüfung des Bauherrn schiebt den Eintritt der Fälligkeit nicht hinaus (vgl. Gauch, a.a.O., N 1153). Die Ablieferung entspricht, vom Besteller aus betrachtet, der Abnahme¹ des Werkes (vgl. BGE 115 II 456 ff. E. 4). Die Abnahme erfolgte am 30. April 2003. Zu diesem Zeitpunkt wurde grundsätzlich - vorbehaltlich Ziff. 4 und 5 nachfolgend - auch der Anspruch der GU auf Mehrvergütung fällig.
4. **Auswirkungen der Rechnungsstellung auf die Fälligkeit:** Die Rechnungsstellung hat von Gesetzes wegen keinen Einfluss auf die Fälligkeit. Den Parteien steht es allerdings frei zu vereinbaren, dass die Fälligkeit von der Rechnungsstellung durch den Unternehmer abhängt. Ob dies so vereinbart wurde, ist unsicher. Im GU-Werkvertrag (Ziff. 15.2) heisst es lediglich, dass nicht im Zahlungsplan enthaltene Leistungen (bewilligte Mehrleistungen) von der Generalunternehmung separat in Rechnung gestellt werden. Es ist daher davon auszugehen, dass die Rechnungsstellung laut GU-Werkvertrag keinen Einfluss auf die Fälligkeit hat.

Mit Eintritt der Fälligkeit des Vergütungsanspruchs ist der Unternehmer befugt, seinen Anspruch geltend zu machen und vom Bauherr die Zahlung zu verlangen. Doch kann der Unternehmer diese Befugnis nur ausüben, indem er den fällig gewordenen Anspruch, dessen Höhe dem Bauherr sonst unbekannt ist, durch Vorlegung einer prüffähigen und dementsprechend substantiierten Rechnung beziffert. Solange der Bauherr keine solche Rechnung erhält und deshalb ausserstande ist, die Berechtigung des geltend gemachten Anspruchs nachzuprüfen, ist ihm – wie erwähnt (vgl. S. 29, Ziff. VII.D.2/3 hievore) - eine Zahlung und somit auch eine Verzinsung nicht zuzumuten.

¹ Von der Abnahme des Werkes ist jedoch dessen Genehmigung zu unterscheiden (vgl. Gauch, a.a.O., N 99).

5. **Auswirkungen der Mangelhaftigkeit des Werkes auf die Fälligkeit:** Fraglich ist, ob die Mangelhaftigkeit des Werkes den Eintritt der Fälligkeit hindert. Dazu existieren drei Lehrmeinungen (vgl. Zindel/Pulver, a.a.O., N 4 zu Art. 372 OR, mit diversen Hinweisen):
- a. Nach einer immer noch verbreiteten Meinung tritt die Fälligkeit der Vergütung nur ein, wenn der Unternehmer ein mängelfreies, dem Vertrag in allen Teilen entsprechendes Werk abgeliefert.
 - b. Nach einer anderen, neueren Ansicht verhindert die Mangelhaftigkeit des Werkes den Eintritt der Fälligkeit nicht.
 - c. Nach einer dritten, vermittelnden Auffassung ist nach der Erheblichkeit des Werkmangels zu differenzieren.

Im vorliegenden Fall vereinbarten die Parteien wohl eine Differenzierung nach der Erheblichkeit des Werkmangels (vgl. Ziff. 15.2 des GU-Werkvertrages):

- a. „Zahlungen werden fällig unter der Voraussetzung, dass das Bauprogramm eingehalten ist und die geleisteten Arbeiten keine wesentlichen Mängel aufweisen.“
- b. „Unwesentliche Rückstände auf das Bauprogramm oder Mängel bei der Bauabnahme, welche den vorgesehenen Gebrauch des Bauwerkes nicht beeinträchtigen, berechtigen den Bauherrn nicht zu Zahlungsrückbehalten.“

Es ist jedoch unklar, ob im Bereich der Bestellungenänderungen auch Mängel vorhanden sind und ob es sich hierbei um wesentliche Mängel handelt. Ein wesentlicher Mangel gemäss der SIA-Norm 118 liegt vor, wenn der Bauherr an der Beseitigung des Mangels ein gesteigertes (eklatantes) Interesse hat, d.h. wenn der Mangel die Tauglichkeit des Werkes zum üblichen oder vereinbarten besonderen Gebrauch unmittelbar oder mittelbar beeinträchtigt; ferner wenn aus dem bestimmten Mangel ein beachtlicher Mangelfolgeschaden droht oder wenn der Bauherr oder andere Benutzer des Bauwerkes durch den Mangel an Leib und Leben gefährdet werden. Blosser Schönheitsfehler sind dagegen keine wesentlichen Mängel, es sei denn, es komme für den Gebrauch des Werkes entscheidend auch auf dessen Schönheit an (vgl. Gauch, a.a.O., N 2619). Diese Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln stimmt nicht mit der Unterscheidung von erheblichen und minder erheblichen Mängeln nach Art. 368 OR überein. Auch ein minder erheblicher Mangel nach Art. 368 Abs. 2 OR kann ein wesentlicher Mangel nach

der SIA-Norm 118 sein (vgl. Gauch, a.a.O., N 2618). **Falls im Bereich der Bestellungen Änderungen Mängel bestehen, die als wesentlich im Sinne der SIA-Norm 118 zu qualifizieren wären, so würde die Mehrvergütung nicht fällig.**

b. Verzug des Bauherrn

1. Der Bauherr gerät in Zahlungsverzug durch Mahnung des Unternehmers (vgl. Art. 102 Abs. 1 OR), sofern keine verzugsausschliessenden Gründe gegeben sind.
2. Ist Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118 anwendbar, so wird dem Bauherrn eine Zahlungsfrist von 30 Tagen ab Rechnungsstellung eingeräumt.

c. Höhe des Verzugszinses bei allfälligem Zahlungsverzug des Bauherrn

1. Die Höhe des ab Eintritt eines allfälligen Zahlungsverzuges geschuldeten Verzugszinses bemisst sich nach einer der folgenden Bestimmungen:
 - a. SIA-Norm 118: Bildet die SIA Norm 118 Bestandteil des Werkvertrages, so ist gemäss Art. 190 Abs. 1 Satz 5 SIA-Norm 118 der am Zahlungsort übliche Zinssatz für bankmässige Kontokorrentkredite an Unternehmer massgebend. Die genannte Bestimmung der SIA-Norm kommt unabhängig davon zur Anwendung, ob es sich bei den Parteien um Kaufleute oder Nichtkaufleute, private oder öffentliche Bauherren handelt. Unbeachtlich ist auch, ob der Unternehmer eine günstigere Finanzierungsquelle hat (vgl. Gauch, Kommentar zur SIA-Norm 118, Artikel 157 – 190, Zürich 1991, N 16 zu Art. 190 SIA-Norm 118).

Zahlungsort ist Dietlikon (ZH). Bei der Zürcher Kantonalbank beträgt der Satz für bankmässige Kontokorrentkredite an Unternehmen ca. 6.5 % bis 9 % (je nach bilanzmässiger Bonität des Kreditnehmers).

- b. Art. 104 OR: Gilt die gesetzliche Ordnung (OR), so schuldet der Bauherr entweder 5 % Zins, wenn er ein gewöhnlicher Schuldner und deshalb Art. 104 Abs. 1 OR unterworfen ist, oder den kaufmännischen Verzugszins gemäss Art. 104 Abs. 3 OR. Die Sonderregel des Art. 104 Abs. 3 OR ist richtigerweise auch auf Werkverträge zwischen Kaufleuten und öffentlichen Gemeinwesen anwendbar (Gauch, a.a.O.,

N 1278). Unter dem Bankdiskonto versteht man den Privatdiskontsatz, d.h. den Satz, den private Bankinstitute dem Kunden verrechnen, wenn er bei ihnen erstklassige Wechsel diskontiert (vgl. Wiegand, Basler Kommentar, a.a.O., N 6 zu Art. 104 OR, mit Hinweisen).

2. Die Parteien vereinbarten keinen bestimmten Verzugszins. Der GU-Werkvertrag bestimmt nicht eindeutig, ob die Regelung des Obligationenrechts oder diejenige der SIA-Norm 118 angewendet werden soll. Gemäss GU-Werkvertrag, Ziff. 2.9, sollen Obligationenrecht *und* SIA-Norm 118 als ergänzende Vertragsbestandteile zum GU-Werkvertrag angewendet werden. Die Reihenfolge dieser Normen regelt der GU-Werkvertrag nicht. Da die SIA-Norm 118 vor den Bestimmungen des Obligationenrechts genannt wird, darf allenfalls vermutet werden, dass die SIA-Norm 118 dem Obligationenrecht vorgeht.
3. Erleidet der Unternehmer einen grösseren Schaden, als ihm durch den Verzugszins vergütet wird, so ist der Bauherr zum Ersatz auch dieses Schadens verpflichtet, wenn er nicht beweist, dass ihn kein Verschulden trifft (Art. 106 Abs. 1 OR). Dies gilt auch unter der Herrschaft der SIA-Norm 118. Ein grösserer Schaden kann dem Unternehmer z.B. daraus entstehen, dass er durch das Ausbleiben der rechtzeitigen Bezahlung gezwungen ist, einen Bankkredit zu einem Zinssatz aufzunehmen, der den Verzugszins übersteigt (vgl. Gauch, a.a.O., N 1279).
4. Nicht massgeblich ist, zu welchen Zinssätzen das Gemeinwesen normalerweise Kredite aufnimmt oder sich finanziert.

d. Bestellte Mehrleistungen (unterschriebene Bestellungenänderungen Nrn. 1 - 27)

Sofern im Bereich der unterschriebenen, unbestrittenen Bestellungenänderungen Nrn. 1 – 27 keine wesentlichen Mängel vorhanden sind, beginnt die Fälligkeit mit der Abnahme dieser Mehrleistungen. Ein Verzugszins ist nach Rechnungsstellung, unbenutztem Ablauf der Zahlungsfrist und anschliessender Mahnung geschuldet.

e. Nicht bestellte Mehrleistungen

1. Wie erwähnt, besteht für nicht bestellte Mehrleistungen grundsätzlich kein vertraglicher Vergütungsanspruch, jedoch allenfalls ein gesetzlicher (vgl. S. 21 ff., Ziff. V.A/B hievor).

Die Fälligkeit dieses gesetzlichen Anspruches richtet sich nicht nach der vertraglichen Regelung. In Betracht kommen hauptsächlich die Regelungen zur ungerechtfertigten Bereicherung.

2. Wurde die Bereicherung (nicht bestellte Mehrleistungen) in Erwartung eines künftig sich einstellenden Grundes (Genehmigung durch den Bauherrn) geleistet, nehmen die herrschende Lehre und Rechtsprechung an, die Forderung entstehe und werde fällig, sobald sich der Grund eindeutig nicht verwirklicht hat bzw. sich offensichtlich nicht mehr wird verwirklichen können (vgl. Huwiler, Basler Kommentar, a.a.O., N 3 zu Art. 67 OR). Die Bereinigung der nicht bestellten Mehrleistungen kann als Genehmigung bzw. Bestimmung des subjektiven, entschädigungspflichtigen Wertes der Mehrleistungen für den Bauherrn ausgelegt werden. Solange die Vergleichsgespräche fort dauern, ist eine Genehmigung noch möglich, d.h. der Bereicherungsanspruch der GU wird noch nicht fällig.
 3. **Bereinigte Mehrleistungen (nicht mehr umstrittene Mehrleistungen):** Sobald diese Mehrleistungen definitiv bereinigt sind, d.h. die Parteien sich bezüglich der allenfalls vom Kanton geschuldeten Vergütung geeinigt haben (verbindliche und vorbehaltlose Genehmigung der Mehrleistung durch den Kanton und verbindlicher, teilweiser Verzicht der GU auf die Vergütung gewisser Teile der in Rechnung gestellten Mehrleistungen), wird diese Vergütung fällig. Da der Vergleich – wie noch zu zeigen sein wird (vgl. nachstehend S. 39 ff., Ziff. X) – unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch den Regierungsrat abgeschlossen wurde, wird der Anspruch erst mit der Genehmigung fällig. Nach (separater, erneuter) Rechnungsstellung der GU, Nichtzahlung des Kantons und Mahnung sind Verzugszinsen geschuldet.
 4. **Nicht bereinigte Mehrleistungen (umstrittene Mehrleistungen):** Weigert sich der Kanton definitiv, diese Leistungen zu vergüten, so wird der - allenfalls bestehende - gesetzliche Bereicherungsanspruch fällig. Da jedoch ungewiss ist, welchen Wert die fraglichen Mehrleistungen für den Kanton haben, müsste wohl das Gericht den Umfang der Bereicherung feststellen. Zum jetzigen Zeitpunkt sind noch keine Verzugszinsen geschuldet.
- f. **Verrechnung von (Mehr-)Vergütungsansprüchen der GU mit Schadenersatzansprüchen des Kantons wegen Werkmängeln**
1. Vorausgesetzt wird, dass der Kanton die fraglichen Mängel gerügt hat oder noch rügen wird.

2. **Nachbesserung:** Zur Sicherung seiner Nachbesserungsforderung kann der Bauherr nach Massgabe von Art. 82 OR den Werklohn bis zur Beseitigung des Mangels zurückbehalten, denn der Nachbesserungsanspruch steht mit der Werklohnforderung in einem Austauschverhältnis, gleich wie der ursprüngliche Erfüllungsanspruch mit der Werklohnforderung in einem Austauschverhältnis gestanden hat (vgl. Koller, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. A., Zürich 1995, N 308). Eine Verrechnung findet aber nicht statt.

Verlangt der Bauherr die Nachbesserung, so muss er dem Unternehmer dazu eine angemessene Nachfrist ansetzen (vgl. Art. 368 Abs. 2 OR, Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118). Unter der Herrschaft der SIA-Norm 118 geht die Nachbesserung im Übrigen den anderen Mängelrechten vor (Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118).

Behebt der Unternehmer die gerügten Mängel nicht innert der gesetzten, angemessenen Frist, so gilt Folgendes:

- a. SIA-Norm 118: Der Bauherr kann die Nachbesserung selbst oder durch einen Dritten, jeweils auf Kosten des Unternehmers vornehmen (vgl. Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118).
- b. OR: Der Bauherr muss nach den allgemeinen Verzugsregeln vorgehen und kann die Nachbesserung durch einen Dritten auf Kosten des Unternehmers vornehmen lassen, indem er vom Unternehmer Schadenersatz wegen Nichterfüllung der Nachbesserungspflicht verlangt (Ersatz der Aufwendungen).

In beiden Fällen können die Aufwendungen für die Nachbesserung mit Mehrvergütungsansprüchen der GU verrechnet werden.

3. **Mangelfolgeschäden:** Schadenersatzansprüche des Bauherrn bestehen im Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens (Art. 368 OR; Art. 171 SIA-Norm 118). Dieses Schadenersatzrecht tritt kumulativ zu den übrigen Mängelrechten (Wandelung, Minderung, Nachbesserung) hinzu. Erforderlich ist, dass der Bauherr rechtzeitig die Mängelrüge erhebt und ein Verschulden der GU vorliegt (vgl. Art. 368 OR; Art. 171 SIA-Norm 118). Das Verschulden kann auch in einer fahrlässigen Verletzung einer Sorgfaltspflicht (z.B. Art. 364 Abs. 1 OR) bestehen. Als Mangelfolgeschäden in Betracht kommen namentlich Betriebsstörungen und Verzögerungen in der Aufnahme des Betriebes, Kosten der Prüfung durch Sachverständige, etc. (vgl. Zindel/Pulver, a.a.O., N 68 ff. zu Art. 368 OR; Art. 171 SIA-Norm). Der Unternehmer, der den Mangelfolgeschaden zu ersetzen hat,

trifft eine vertragliche Schadenersatzpflicht. Zu beachten ist jedoch auch die besondere, werkvertragliche Regelung der Verwirkung und Verjährung (Art. 370 und 371 OR).

Der Mangelfolgeschaden ist letztlich die Folge einer Vertragsverletzung. Es kommen daher die allgemeinen Bestimmungen über die vertragliche Schadenersatzpflicht zur Anwendung. Der Anspruch auf Schadenersatz kann mit dem Werklohnanspruch des Generalunternehmers verrechnet werden.

C. Zusammenfassung

1. Der Kanton Zug müsste noch unbezahlte Mehrvergütungen für die **unterschriftlich bestätigten Beststellungsänderungen** (Bestellungsänderungen Nrn. 1 - 27) bis zum Zeitpunkt der Zahlung verzinsen, falls der Kanton bereits zur Zahlung dieser Mehrvergütungen gemahnt wurde und falls bezüglich dieser Mehrleistungen keine Mängel bestehen, welche die Nutzung des Gebäudes zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigen.
2. Bei den **nicht bestellten, bereinigten Mehrleistungen** besteht eine Zinspflicht für die noch nicht bezahlte Mehrvergütung, falls die Bereinigung definitiv (ohne Genehmigungsvorbehalt durch Regierungs- oder Kantonsrat) vereinbart und der Kanton bereits zur Zahlung gemahnt wurde sowie falls bezüglich dieser Mehrleistungen keine Mängel bestehen, welche die Nutzung des Gebäudes zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigen.

Solange die Vergleichsgespräche fort dauern - d.h. solange keine definitive, vorbehaltlose und verbindliche Bereinigung erfolgt ist - werden die fraglichen Mehrvergütungsforderungen des Unternehmers nicht fällig.

3. Bei den **nicht bestellten, nicht bereinigten Mehrleistungen** besteht im jetzigen Zeitpunkt noch keine Zinspflicht für die noch nicht bezahlte, allenfalls aus gesetzlichem Anspruchsgrund geschuldete Mehrvergütung, da es an der Prüffähigkeit der Schlussabrechnung fehlt. Die Überprüfbarkeit mit den tatsächlich erbrachten Leistungen ist nicht gegeben.

Solange die Vergleichsgespräche fort dauern - d.h. solange keine definitive, vorbehaltlose und verbindliche Bereinigung erfolgt ist - werden die fraglichen Mehrvergütungsforderungen des Unternehmers nicht fällig.

4. Falls die Mehrvergütungsansprüche der GU zu verzinsen wären, wäre ein **Verzugszins** von ca. 6.5 % - 9 % (Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118) bzw. ca. 6 % (Art. 104 Abs. 3 OR) geschuldet.
5. Zur **Sicherung der Nachbesserungsforderung** kann der Kanton Zug den Werklohn der GU bis zur Beseitigung der Mängel zurückbehalten.
6. Verlangt der Kanton Zug Nachbesserung, so muss der GU dazu eine **angemessene Nachfrist** angesetzt werden.
7. Erfüllt die GU innert der angesetzten Nachfrist ihre Nachbesserungsschuld nicht, so kann der Kanton Zug die Nachbesserung selbst oder durch einen Dritten vornehmen lassen und die Kosten dieser **Ersatzvornahme** mit den (fälligen) Mehrvergütungsansprüchen der GU verrechnen bzw. den Mehrvergütungsanspruch mindern.
8. Falls **Mängelfolgeschäden** bestehen, können diese mit den Mehrvergütungsansprüchen der GU verrechnet werden.

IX. ZWISCHENERGEBNIS

1. Als Zwischenergebnis ist Folgendes festzuhalten:
 - Die vorliegenden Akten enthalten keine schriftlichen Bestellungenänderungen betreffend die umstrittenen Mehrkosten.
 - Die vorliegenden Akten lassen nicht den Schluss zu, für die geforderten Mehrkosten habe es mündliche oder konkludente Bestellungenänderungen seitens des Kantons gegeben.
 - Die vorliegenden Akten lassen nicht den Schluss zu, die Parteien hätten das Schriftformerfordernis nachträglich aufgehoben.
 - Die vorliegenden Akten enthalten keine nachvollziehbare Schlussrechnung, weshalb noch keine Schlussrechnung vorliegt, die den Anforderungen der SIA-Norm 118 entspricht.

- Die Schlussrechnung vom 16. Februar 2004 enthält keinen Vorbehalt für Mehrforderungen.

Aus diesen Gründen sind dem Kanton Zug vorläufig keine weiteren Zahlungen zumutbar.

2. Anzumerken bleibt, dass es – wie erwähnt - selbstverständlich **zulässig** ist, **vertraglich festzusetzen, dass jeglicher Anspruch auf Mehrvergütung entfällt, wenn die Bestellungen Änderungen vom Besteller nicht unterschriftlich genehmigt worden sind** (vgl. S. 10, Ziff. IV.C.2 hievor). Im vorliegenden Fall könnte eine solche Parteiabrede getroffen worden sein, indem die Parteien ausdrücklich die Schriftform für Bestellungen Änderungen vorbehalten haben und in Ziff. 8 des GU-Werkvertrages die entschädigungspflichtigen, nicht bestellten Mehrleistungen – wohl abschliessend – aufgezählt haben. Die Möglichkeit, die nicht schriftlich vereinbarten Kosten für Mehrleistungen in Rechnung zu stellen, entfielen daher. Zu berücksichtigen ist, dass die fraglichen Klauseln im Streitfall letztlich vom Gericht ausgelegt werden müssten.

X. DER VERGLEICH VOM 26. NOVEMBER 2004

1. An der Besprechung vom 26. November 2004 haben Raffael Brogna, GU, und Herbert Staub, Kantonsbaumeister, ein Dokument unterzeichnet, wonach man sich sinngemäss auf einen Werkpreis von total CHF 13.4 Mio. geeinigt hat (vgl. **Beilage 4**).
2. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass Raffael Brogna gemäss Handelsregisterauszug lediglich über Kollektivzeichnungsberechtigung zu zweien verfügt. Allein deswegen könnte dem Vergleich aber die Gültigkeit nicht abgesprochen werden, nachdem die GU ihn nachträglich jedenfalls genehmigt hat. Ausserdem wurde Raffael Brogna im GU-Werkvertrag als Stellvertreter des Gesamtprojektleiters der GU, Ernst Haus, bezeichnet (vgl. Ziff. 6.2 des GU-Werkvertrages). Ob Kantonsbaumeister Herbert Staub zum Vergleichsabschluss ermächtigt war, ist nicht Gegenstand der vorliegenden Prüfung.
3. Der vorliegende **Vergleich** wurde **aufschiebend bedingt** abgeschlossen, da das Zustandekommen des Vergleichs von der regierungsrätlichen Genehmigung abhängig gemacht wurde.
4. Ein Vertrag, dessen Verbindlichkeit vom Eintritte einer ungewissen Tatsache abhängig gemacht wird, ist als bedingt anzusehen (Art. 151 Abs. 1 OR). Für den Beginn der Wir-

kungen ist der Zeitpunkt massgebend, in dem die Bedingung in Erfüllung geht, sofern nicht auf eine andere Absicht der Parteien geschlossen werden muss (Art. 151 Abs. 2 OR).

5. Dass beide Parteien von einem aufschiebend bedingten Vergleich ausgegangen sind, kann wie folgt bewiesen werden:

- **Herbert Staub** hat bereits in einem **Schreiben vom 26. März 2004** der GU mitgeteilt, dass Zahlungen, die über dem bewilligten Kredit liegen, nur ausgelöst werden könnten, wenn der Kantonsrat zugestimmt habe (vgl. **Beilage 5**).
- Mit **E-Mail vom 16. Dezember 2004** hat Herbert Staub Raffael Brogna dahin gehend informiert, dass der Regierungsrat am Dienstag, 21. Dezember 2004, den Schlussvergleich, der am 26. November 2004 – „**vorbehältlich Genehmigung durch den RR**“ – ausgehandelt worden sei, beraten und darüber Beschluss fassen werde (vgl. **Beilage 6**).
- Mit E-Mails vom **17. Dezember 2004** und vom **20. Dezember 2004** antwortete **Raffael Brogna** auf diese E-Mail von Herbert Staub, ohne zu bestreiten, dass der Vergleich „vorbehältlich Genehmigung durch den RR“ abgeschlossen worden war (vgl. **Beilagen 7 und 8**).
- Mit **Schreiben vom 22. Dezember 2004 (Beilage 9)** teilte die Baudirektion des Kantons Zug der GU u.a. Folgendes mit:

„Wir haben davon [vom Vergleich vom 26. November 2004 und von der revidierten Schlussrechnung] Kenntnis genommen und geben unserer Befriedigung Ausdruck, dass die Parteien eine faire Lösung dem Gerichtsverfahren **vorziehen** (Fettdruck hinzugefügt).“

Aus dieser Formulierung geht nicht hervor, dass der Regierungsrat der Meinung ist, der Vergleich sei zustande gekommen; der Regierungsrat hat ja nicht gesagt, er sei darüber befriedigt, dass die Parteien einen Vergleich *abgeschlossen hätten*. Dies verkennt aber die GU, wenn Sie in ihrem Schreiben an den Kantonsrat vom 19. Januar 2006 („Richtigstellung zur Vorlage Nr. 581.8/754.7/1210.2 vom 13. Dezember 2005“, Ziff. 4) den Baudirektor falsch zitiert, indem sie ausführt, der Baudirektor habe sich in

seinem Schreiben befriedigt gezeigt, dass die Parteien eine faire Lösung dem Gerichtsverfahren vorgezogen hätten. Der Unterschied ist minim, aber er ist wesentlich.

Im Weiteren hat die Baudirektion mitgeteilt, der Regierungsrat nehme das Ergebnis zum Anlass, den Kantonsrat damit zu befassen, so dass es mit der Schlusszahlung auch seine gesetzliche Richtigkeit haben werde. Das parlamentarische Verfahren werde seinen Gang nehmen. Im Unterschied zu einem in den Akten liegenden Entwurf wurde im versandten Exemplar allerdings noch Folgendes hinzugefügt:

„Wir werden dem Kantonsrat die Verzinsung der Schlusszahlung ab Fälligkeit vorschlagen.“

Nachdem der Regierungsrat das Zustandekommen des Vergleichs vom Entscheid des Kantonsrats abhängig gemacht hat, kann aus dieser Formulierung aber nicht geschlossen werden, der Regierungsrat habe den Vergleich bereits genehmigt.

- Am **11. Januar 2005** schrieb die **GU** dem Baudirektor des Kantons Zug u.a. das Folgende (vgl. **Beilage 10**):

„Mit Ihrem Schreiben vom 22. Dezember 2004 verweisen Sie auf das kantonsrätliche, parlamentarische Verfahren, das vom Regierungsrat des Kantons Zug für das Projekt und den Abschluss Kantonale Strafanstalt Zug eingeleitet wird. Über diesen Beschluss des Regierungsrates sind wir erstaunt.

Anlässlich der Sitzung vom 26. November 2004 mit Ihrem Kantonsbaumeister, Herr Herbert Staub, und unserem Leiter der Region Zürich, Herr Raffael Brogna, wurde eine partnerschaftliche Lösung gesucht und nach unserer Meinung eine faire Einigung gefunden. **Dabei gingen wir und der Kantonsbaumeister davon aus, dass der Vergleich vorbehältlich regierungsrätlichem Beschluss getroffen wurde** (Fettdruck hinzugefügt) und nur vom Regierungsrat genehmigt werden müsste.“

- Im **Schreiben an den Baudirektor vom 23. November 2005** führte die **GU** sinngemäss aus, am 26. November 2004 habe sie dem Kanton ein für den Streitfall unpräju-

dizielles Vergleichsangebot von CHF 13.4 Mio. inkl. Mehrwertsteuer unterbreitet (vgl. **Beilage 11**).

- Dazu im Widerspruch steht nun wieder die Aussage der **GU** in ihrem **Schreiben an den Kantonsrat vom 19. Januar 2006** („Richtigstellung zur Vorlage Nr. 581.8/754.7/1210.2 vom 13. Dezember 2005“, Ziff. 5):

„Völlig überraschend für die ZGU wollte der Bauherr anfangs 2005 den vorher beidseitig vorbehaltlos unterzeichneten Vergleich nachträglich von der zusätzlichen Genehmigung durch den Regierungsrat abhängig machen, ohne ihn aber in materieller Hinsicht irgendwie in Frage zu stellen. Diese aus rein formellen Gründen angeblich noch nötige Genehmigung steht bis heute aus.

6. **Damit steht fest, dass auch die GU von einem aufschiebend bedingten Vergleich ausgegangen ist.** Sie hat die Bedingung, dass der Vergleich mit Beschluss des Regierungsrates genehmigt werden muss, ausdrücklich anerkannt (vgl. insbesondere Beilage 10). Daran vermag unseres Erachtens auch nichts zu ändern, dass die **GU** mit **Schreiben an den Kantonsbaumeister vom 29. November 2004 (Beilage 12)** den Abschluss des Vergleichs bekräftigt hat, worauf der Kantonsbaumeister offenbar nicht reagiert hat. Nachdem der Regierungsrat unbestrittenermassen den Vergleich nicht genehmigt (vgl. etwa das Schreiben der GU an den Kantonsrat vom 19. Januar 2006: „Richtigstellung zur Vorlage Nr. 581.8/754.7/1210.2 vom 13. Dezember 2005“, Ziff. 5), sondern der GU mitgeteilt hat, sie müsse den Vergleich dem Kantonsrat zum Beschluss unterbreiten, durfte die GU auch nicht davon ausgehen, der Regierungsrat habe dem Vergleich zugestimmt. Der Regierungsrat hat vielmehr sinngemäss mitgeteilt, der Vergleich könne erst dann als abgeschlossen gelten, wenn ihm der Kantonsrat zugestimmt habe. Wenn die GU davon ausgegangen wäre, der Regierungsrat habe den Vergleich genehmigt und einfach noch beschlossen, ihn zusätzlich dem Kantonsrat zu unterbreiten, dann hätte sie sich in der Folge nicht auf die ganzen Vergleichsverhandlungen eingelassen und sich nicht in der Art wie im Schreiben vom 19. Januar 2006 geäussert, aus welchem klar hervorgeht, dass die GU enttäuscht ist, dass der **Vergleich vom 26. November 2004 noch nicht zustande gekommen** ist.
7. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass es in keiner Weise entscheidend ist, ob der Inhalt des Vergleichs, d.h. die Höhe der Vergleichssumme, vom Kanton irgendwie in Frage gestellt wurde. Massgebend ist alleine, dass immer klar war, dass der Vergleich noch

vom Regierungsrat genehmigt werden muss. Eine Genehmigung hätte für den Regierungsrat aber immer nur dann in Frage kommen können, wenn die Vergleichssumme den tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten Rechnung tragen würde.

8. Anzumerken bleibt, dass die GU wohl eine Betreibung gegen den Kanton eingeleitet und anschliessend ein Rechtsöffnungsverfahren anhängig gemacht hätte, wenn sie tatsächlich der Meinung wäre, der Vergleich sei gültig zustande gekommen. Eine Anrufung des Kantonsrates ergäbe keinen Sinn, wenn man einen provisorischen Rechtsöffnungstitel besitzen würde.

XI. ZUSAMMENFASSUNG UND FAZIT

1. Nachdem die Vertragsparteien im GU-Werkvertrag ausdrücklich die **schriftliche Form für sämtliche Bestellungsänderungen vorbehalten** haben, ist im Sinne von Art. 16 Abs. 1 OR davon auszugehen, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollten. Es ist unbestritten, dass die Parteien eine vorbehaltene Formvorschrift jederzeit aufheben oder abändern können; dies kann auch formlos oder stillschweigend erfolgen. Aus den Akten geht aber **nicht** hervor, dass die Parteien die Formvorschrift, wonach Bestellungsänderungen schriftlich zu erfolgen haben, ausdrücklich oder stillschweigend **aufgehoben** hätten.
2. **Es liegen keine stichhaltigen Anhaltspunkte für mündliche oder konkludente Bestellungsänderungen vor, die gerade die strittigen Positionen betreffen.** Es steht mithin nicht fest, dass die umstrittenen Zusatz- oder Ersatzleistungen vom Kanton veranlasst oder angeordnet worden sind.
3. Es kann ohne weiteres sein, dass gewisse Arbeiten, die Mehrkosten verursacht haben, tatsächlich ausgeführt worden sind. Es ist aber auch möglich, dass die GU diverse Arbeiten zu tief offeriert hat. Die GU hat – wie erwähnt - **keine nachvollziehbare Schlussrechnung** eingereicht, die den Bestimmungen der SIA-Norm 118 entspricht; diverse Mehrkosten könnten daher im vereinbarten Werklohn eingeschlossen sein. Dies würde bedeuten, dass es sich dabei nicht um Mehrkosten wegen Bestellungsänderungen handelt. Eine Entschädigungspflicht des Kantons würde dann entfallen.
4. Offensichtlich ist, dass die GU selbst keine Übersicht über die Mehrkosten hat. Zuerst mahnte sie Mehrkosten von CHF 2.594 Mio. (vgl. **E-Mail von Herbert Staub vom 18. Ju-**

li 2003 [Beilage 13]); nachher veränderten sich diese Zahlen laufend in ganz wesentlichem Ausmass, aber in nicht nachvollziehbarer Weise (vgl. **Schlussrechnung vom 16. Februar 2004; Besprechungsgrundlage vom 11. November 2004; Übersicht „Nachträge“ per 31. Mai 2005; Beilagen 3, 14, 15**). In ihrer Aufstellung vom 31. Mai 2005 hat die GU die Differenzen zwar zu begründen versucht. Ob diese Begründungen zutreffen, ist jedoch mit Hilfe der Akten nicht nachprüfbar. Es liegen dafür keine schriftlichen Beststellungsänderungen vor. Auch eine Stellungnahme des Hochbauamtes zu diesen Kurzbegründungen ist nicht aktenkundig.

5. **Die Situation, die sich mit Bezug auf die Mehrforderungen präsentiert, ist alles andere als klar. Die GU hat bisher die Mehrforderungen für die einzelnen Positionen in keiner Weise detailliert und nachvollziehbar ausgewiesen.** Es ist anhand der diversen Sitzungsprotokolle, der Schlussrechnungen, der Korrespondenz und der weiteren Unterlagen nicht eruierbar, bei welchen Positionen, die Mehrkosten betreffen, es sich um zusätzliche Aufwendungen im Vergleich zum Leistungsverzeichnis gemäss GU-Werkvertrag handelt, welche tatsächlich aufgrund einer – wenn auch nur mündlich erteilten – Beststellungsänderung des Kantons entstanden sind und welche nicht auf ein Verschulden der GU zurückzuführen sind. Auch mit Hilfe der beiden Bundesordner „Budget“ und „Akkord“, welche die GU dem Hochbauamt übergeben hat, ist es weder möglich noch zumutbar, eine Überprüfung vorzunehmen. Wenn überhaupt, dann könnten wohl nur diejenigen Personen des Kantons Zug nähere Auskunft über die einzelnen geltend gemachten Positionen geben, welche das Bauprojekt in der Ausführungsphase begleitet haben.
6. Wenn die GU in ihrem Schreiben an den Kantonsrat vom 19. Januar 2006 („Richtigstellung zur Vorlage Nr. 581.8/754.7/1210.2 vom 13. Dezember 2005“, Ziff. 7) ausführt, sämtliche noch offenen Abrechnungspositionen beruhten auf nachgewiesenen zusätzlichen Bedürfnissen des Bestellers und entsprechenden Mehrwerten, so handelt es sich dabei um eine reine Behauptung, die zumindest in der Hinsicht nicht zutrifft, dass bis heute gerade keine nachvollziehbaren Begründungen zu den einzelnen Positionen abgegeben wurden.
7. Falls die Mehrforderungen aber tatsächlich einvernehmliche Beststellungsänderungen betreffen sollten, müssten Unterlagen und Angaben vorhanden sein (namentlich etwa eine Aufführung jeder einzelnen Zusatzleistung bzw. Ersatzleistung, immer mit Angabe der entsprechenden BKP und des Preises, sowie Regierapporte, die den einzelnen umstrittenen Beststellungsänderungen und BKP zugeordnet werden können), um die Berechtigung

der für die angeblichen Beststellungsänderungen geltend gemachten Forderungen zuverlässig beurteilen zu können.

8. Unseres Erachtens liegen demnach nicht genügend Dokumente vor, um es als erwiesen zu betrachten, dass die umstrittenen Beststellungsänderungen mit dem Kanton Zug besprochen worden sind. Relativierend ist hinzuzufügen, dass einzelnen Bauherrensitzungen entnommen werden kann, dass Diskussionen betreffend Abänderungen oder Konkretisierungen geführt worden sind (vgl. den Anhang des vorliegenden Memorandums: nachstehend S. 53 ff., Ziff. XIV). Ferner liegt ein **Schreiben der GU an das Kantonale Hochbauamt vom 20. Juni 2002** vor, welches auf Beststellungsänderungen schliessen lässt (vgl. **Beilage 16**). Sodann liegt ein **Protokoll der 4. regierungsrätlichen Baudelegationssitzung vom 31. Januar 2003** vor, ausgefertigt von Patrick Cotti, worin zahlreiche Positionen aufgeführt werden, die „vom Bauprojekt weggelassen“ oder „dem Bauprojekt zugefügt“ worden seien (vgl. **Beilage 17**). Im Weiteren gibt es einzelne Dokumente, die darauf hindeuten, dass der Kanton Beststellungsänderungen veranlasst haben könnte (betreffend Beststellungsänderung Nr. 34: z.B. Schreiben Scherler AG an die GU vom 7. März 2003; E-Mail von Alfons Eder an die GU vom 16. März 2003). **Es ist jedoch nicht aktenkundig, dass die GU den Kanton je auf damit zusammenhängende zusätzliche Kostenfolgen aufmerksam gemacht hat.** Schliesslich geht aus den Dokumenten auch nicht hervor, dass die für die angeblichen Beststellungsänderungen in Rechnung gestellten Kosten dem Wert der Arbeiten entsprechen.
9. Der **Vergleich vom 26. November 2004** wurde **aufschiebend bedingt** abgeschlossen und ist mangels Zustimmung des Regierungsrates **nicht zustande gekommen**.
10. Ein **vertraglicher Anspruch der GU** kann daher gestützt auf die vorliegenden Akten **nicht bejaht** werden. Es kommt nur ein **Anspruch der GU aus ungerechtfertigter Bereicherung** in Frage, welcher aber bereits **verjährt** und somit rechtlich nicht mehr durchsetzbar wäre.
11. **Bei der gegenwärtigen Sachlage können die Mehrforderungen nicht akzeptiert werden.** Die GU hat diese nicht nachvollziehbar begründet und es liegt auch kein Bericht des Hochbauamts bzw. der den Bau aktiv begleitenden Personen des Kantons vor, welchem entnommen werden könnte, welche der umstrittenen Rechnungspositionen berechtigt sein könnten und welche nicht. **Die vorliegende Dokumentation erlaubt es nicht, die Berechnungsgrundlagen der GU zu überprüfen. Die Akten enthalten auch nicht genügend Anhaltspunkte, die den behaupteten Mehraufwand begründen könnten.**

Es ist mithin unmöglich, den geltend gemachten Mehrbetrag auch nur annähernd zu überprüfen.

12. Zusammenfassend sind dem Kanton bei der gegenwärtigen Sachlage **keine weiteren Zahlungen zumutbar**, weil weder Bestellungenänderungen für die umstrittenen Positionen nachgewiesen sind, noch eine nachvollziehbare Schlussrechnung vorliegt, noch ein Vergleich zwischen den Parteien zustande gekommen ist.

XII. EMPFEHLUNG

1. Bevor die GU nicht jede Position der strittigen Kostenstellen (worunter als die wichtigsten die Nrn. 28a [Sicherheit und Koordination], 34 [Elektroinstallationen Starkstrom], 35 [Honorare], 43 [Aussen- und Innentüren], 44 [Baumeisterarbeiten], 52 [Leuchten und Lampen] und 58 [Installation Schwachstrom]) begründet, kann keine weitere Zahlung des Kantons in Frage kommen. Die GU hat zu erklären, weshalb sie der Auffassung sei, es handle sich um Mehrkosten aufgrund von Bestellungenänderungen im Sinne des Werkvertrages und das heisst auch, dass die Mehrkosten für jede Position detailliert auszuweisen sind und der Endpreis dem Basispreis der einzelnen Positionen gegenüber gesetzt wird. Die Schlussrechnung muss aufgeschlüsselt und begründet werden, damit sie überprüfbar wird.
2. Falls die GU diesen Erfordernissen nachkommt, könnte beurteilt werden, ob ein Anspruch auf Mehrvergütung in Frage käme. Das Vorliegen einer nachvollziehbaren Schlussrechnung hat aber keinen Einfluss auf die Beantwortung der Frage, ob die Parteien das Schriftformerfordernis tatsächlich aufgehoben haben und **es bleibt bei der Feststellung, sämtliche Ausgleichsansprüche für nicht *schriftlich* erfolgte Bestellungenänderungen seien mit der Vereinbarung des vertraglichen Formvorbehalts ausgeschlossen worden**. Ausserdem wären – wie erwähnt – nicht vertragliche Vergütungsansprüche bereits verjährt. Es wäre also gegebenenfalls unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte zu entscheiden, ob trotz Vorliegens von Mehraufwand ein Prozess in Kauf genommen werden sollte.
3. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist dem Kanton Zug unter den gegenwärtigen Umständen also eine weitere Zahlung nicht zumutbar. **Jede in einem allfälligen Vergleich vereinbarte Zahlungssumme wäre gestützt auf die vorliegenden Akten kaum begründbar, mithin relativ zufällig**. Es versteht sich aber von selbst, dass sich diese

Beurteilung ändern kann, wenn die GU nachvollziehbare Begründungen für ihre Mehrforderungen liefern würde.

XIII. ZUSATZFRAGEN (gemäss Interpellation der CVP-Fraktion vom 6. März 2006)

1. Ist es richtig, dass das Hochbauamt bereits mit Datum vom 31. Januar 2004 eine Liste über die Schlussabrechnung der GU aufstellte und verteilte, wonach Mehrkosten im Umfang von CHF 1.734 Mio. zulasten des Kantons gehen?
(Interpellation der CVP-Fraktion vom 6. März 2006, Ziff. 7, Frage 1).
2. An wen ging diese Aufstellung?
(Interpellation der CVP-Fraktion vom 6. März 2006, Ziff. 7, Frage 2).
3. Seit wann war das Hochbauamt im Besitze der entsprechenden Rechnungen für diese Beststellungsänderungen?
(Interpellation der CVP-Fraktion vom 6. März 2006, Ziff. 7 Frage 3).
4. War die Baukostenkontrolle des Bauamtes zeitgerecht auf dem Laufenden resp. konnte sie die Kostenüberschreitungen zeitgerecht feststellen?
(Interpellation der CVP-Fraktion vom 6. März 2006, Ziff. 7, Frage 4).
5. Welche Massnahmen organisatorischer Art (Kompetenzen, Baukostenkontrolle) empfiehlt der Experte, um solche Vorfälle in Zukunft zu vermeiden?
(Interpellation der CVP-Fraktion vom 6. März 2006, Frage 15).

A. Vorbemerkungen

1. Die Stellungnahme zu den Zusatzfragen stützt sich auf die Befragung von **Alfons Eder**, Projektleiter des Hochbauamtes, vom 11. Mai 2006 sowie auf die erwähnten Unterlagen, die den Verfassern des vorliegenden Memorandums zur Verfügung stehen (vgl. S. 7 f., Ziff. III hievor).
2. Mit Bezug auf die Fragen 4 und 5 wird zusätzlich auf den Bericht von Herrn Rechtsanwalt Hans Hagmann (nachfolgend als Bericht Hagmann bezeichnet) verwiesen (vgl. etwa:

S. 21, oben, S. 32, Ziff. 7.3; S. 33, Ziff. 8: Empfehlungen).

B. Stellungnahme

1. Ist es richtig, dass das Hochbauamt bereits mit Datum vom 31. Januar 2004 eine Liste über die Schlussabrechnung der GU aufstellte und verteilte, wonach Mehrkosten im Umfang von CHF 1.734 Mio. zulasten des Kantons gehen?

(Interpellation der CVP-Fraktion vom 6. März 2006, Ziff. 7, Frage 1).

Antwort:

- Nein, dies ist nicht richtig.

Es liegt eine „Schlussrechnung“ der GU vom 16. Februar 2004 vor, welcher keine Details zu entnehmen sind. Das Hochbauamt ist erst am 7. Juni 2004 in den Besitz einer detaillierten „Schlussabrechnung“ der GU, datierend vom 31. Januar 2004, gekommen. Gestützt auf diese Schlussabrechnung hat das Hochbauamt das Dokument „Strafanstalt Zug / GU-Schlussabrechnung 31.01.2004“ (Status: 7. Juni 2004) erstellt, worauf Mehrkosten von rund CHF 1.734 Mio. aufgeführt sind und welches mit der „Liste über die Schlussabrechnung der GU“ gemeint ist.

Ausführungen:

1. Ein Dokument des Hochbauamtes „Strafanstalt Zug / GU-Schlussabrechnung 31.01.2004“, datierend vom 31. Januar 2004, Status: 7. Juni 2004, über Mehrkosten von rund CHF 1.734 Mio. liegt bei den Akten (**Beilage 18**). Dieses Dokument hat nach Aussage von Alfons Eder mit Sicherheit jemand vom Hochbauamt, mit grosser Wahrscheinlichkeit Herbert Staub, Kantonsbaumeister, erstellt. Die Aufstellung basiert auf einer „Schlussabrechnung“ der GU im Umfang von 41 Seiten, datierend vom 31. Januar 2004, welche am 7. Juni 2004 beim Hochbauamt eingegangen ist (vgl. Eingangsstempel; **Beilage 19**). Dieser „Schlussabrechnung“ der GU ist zu entnehmen, dass die GU insgesamt rund CHF 13'965'700.00 inkl. MwSt. an Unternehmer, Planer und Dritte bezahlt hatte. Diese „Schlussabrechnung“ war für das Hochbauamt nicht kontrollier- und nachvollziehbar. Bei der Zusammenstellung des Hochbauamtes handelt es sich um ein grundsätzlich

internes Papier, worin u.a. versucht wurde, die von der GU geltend gemachten Mehrkosten per 7. Juni 2004 zusammenzufassen im Hinblick auf weitere Analysen und um die Vergleichbarkeit mit anderen Unterlagen zu erreichen.

2. Es liegt im Weiteren eine Schlussrechnung der GU vom 16. Februar 2004 über CHF 1'415'231.50 (Rechnungsnummer 462027.1) vor (Eingangsdatum: 1. März 2004), welcher allerdings keine Einzelheiten zu entnehmen sind (**Beilage 3**). Auffällig ist, dass die Zahlen auf dieser Schlussrechnung keinen ersichtlichen Zusammenhang haben mit den Zahlen auf der „Schlussabrechnung“ der GU vom 31. Januar 2004, die - wie erwähnt - erst am 7. Juni 2004 zugestellt wurde (**Beilage 19**).

2. An wen ging diese Aufstellung?

(Interpellation der CVP-Fraktion vom 6. März 2006, Ziff. 7, Frage 2).

1. Die GU liess die „Schlussabrechnung“ vom 31. Januar 2004 (**Beilage 19**) – wie erwähnt - am 7. Juni 2004 dem Hochbauamt zukommen. Es ist sicher, dass Herbert Staub, Kantonsbaumeister, und Alfons Eder, Projektleiter des Hochbauamtes, davon Kenntnis hatten.
2. Beim Dokument des Hochbauamtes „Strafanstalt Zug / GU-Schlussabrechnung 31.01.2004“, datierend vom 31. Januar 2004, Status: 7. Juni 2004 (**Beilage 18**) handelt es sich – wie erwähnt – im Prinzip um ein internes Papier.

Dokumentiert ist jedoch, dass Herbert Staub am 17. November 2004 an die Herren Raffael Brogna und Marcel Spalinger (GU) sowie zur Kenntnisnahme an Alfons Eder und Rechtsanwalt Hans-Rudolf Wild einen auf der Schlussabrechnung vom 31. Januar 2004 (**Beilage 19**) basierenden unpräjudiziellen Vergleichsvorschlag des Kantons versandt hat. Welches Dokument diesem Vergleichsvorschlag beigelegt wurde (wohl das Dokument „Strafanstalt Zug / GU-Schlussabrechnung 31.01.2004, Status: 7. Juni 2004“ [Beilage 18]), ist unklar, aber nicht von Belang (vgl. **Beilagen 20 und 21**). Gemäss der E-Mail von Herbert Staub vom 17. November 2004 wurde der unpräjudizielle Vergleichsvorschlag „nach Rücksprache mit dem Baudirektor“ versandt. Die GU hat diesen Vergleichsvorschlag nicht angenommen. Damit wurde der Vorschlag hinfällig.

Vor dem Versand des Vergleichsvorschlags (**Beilage 20**) an die GU erfolgte eine Überprüfung durch Rechtsanwalt Hans-Rudolf Wild (vgl. **Beilage 22**).

3. Seit wann war das Hochbauamt im Besitze der entsprechenden Rechnungen für diese Beststellungsänderungen?

(Interpellation der CVP-Fraktion vom 6. März 2006, Ziff. 7 Frage 3).

Die GU hat nicht eigentlich Rechnung gestellt für Beststellungsänderungen. Die GU hat vielmehr dem Hochbauamt **Ende Januar 2003**, erst zwei Monate vor der Fertigstellung des Neubaus, rund 30 zusätzliche Nachträge mit Mehrkosten von rund CHF 2 Mio. zuge stellt. Sodann stellte die GU dem Hochbauamt unter Berufung auf Unternehmerschlussabrechnungen **im Laufe des Jahres 2003** noch weitere Mehrkostennachträge zu. Diese Nachträge hat das Hochbauamt nicht akzeptiert (vgl. auch Bericht Hagmann, S. 17, Ziff. 5.2). Um „Rechnungen“ im Wortsinne handelt es sich dabei aber nicht. Vielmehr hätten die Nachträge Basis für die Rechnungsstellung gebildet.

4. War die Baukostenkontrolle des Bauamtes zeitgerecht auf dem Laufenden resp. konnte sie die Kostenüberschreitungen zeitgerecht feststellen?

(Interpellation der CVP-Fraktion vom 6. März 2006, Ziff. 7, Frage 4).

1. Wie dem Bericht Hagmann zu entnehmen ist, wurden auf Bauherrenseite keine nachvollziehbare Kostenkontrolle und kein (begleitendes) Baucontrolling durchgeführt. Gehe man davon aus, dass das begleitende Baucontrolling nicht Teil der Organisation gewesen sei, so fehle es an einer wirksamen primären Kostenkontrolle im Hochbauamt. Die wesentlichen Gründe für die Probleme und Fehler lägen u.a. in der ungenügenden Kostenkontrolle (vgl. Bericht Hagmann, S. 21, oben; S. 32, Ziff. 7.3).
2. Wie oben (Frage 1) ausgeführt, stellte die GU dem Hochbauamt erst am 7. Juni 2004 eine detaillierte, aber nicht nachvollziehbare „Schlussabrechnung“ (**Beilage 19**) zu, nachdem am 1. März 2004 die (keine Einzelheiten enthaltende) „Schlussrechnung“ der GU vom 16. Februar 2004 (**Beilage 3**) beim Hochbauamt eingegangen ist. Vergleicht man diese beiden Dokumente, so ist nicht eruierbar, wie sich die einzelnen darauf aufgeführten Zahlen ergeben und welchen Zusammenhang die einzelnen Zahlen in der – später zugestellten (7. Juni 2004) – detaillierten „Schlussabrechnung“ (**Beilage 19**) mit den in der „Schlussrechnung“ vom 16. Februar 2004 (**Beilage 3**) erwähnten Zahlen haben. Das Hochbauamt akzeptierte die nachträglichen Mehrforderungen daher nicht. In der Folge hat die GU dem Hochbauamt unzählige Listen mit Mehr- und Minderkostenberechnungen

zur Kontrolle zugestellt. In diversen Sitzungen wurde erfolglos versucht, die vertraglich vereinbarten Leistungen und kalkulierten Kosten der GU sowie die Beststellungsänderungen und Mehrkosten zu klären. Dabei hat die GU immer wieder neue Zahlen präsentiert.

3. Es war gemäss dem abgeschlossenen GU-Werkvertrag Aufgabe der GU, regelmässig über den Stand der Planung, die Kosten- und Terminentwicklung, den Baustellenbetrieb sowie über die Resultate und Massnahmen aus Gesprächen mit Behörden und Dritten offen zu informieren (vgl. ausdrücklich Ziff. 10.3 des GU-Werkvertrages). Gerade deshalb wurde das System mit den vorgängigen schriftlichen Beststellungsänderungen vereinbart (vgl. Ziff. 4.1.3 und Ziff. 5.3 des GU-Werkvertrages), welches eine zeitgerechte Baukostenkontrolle ermöglicht hätte. Der GU-Werkvertrag sieht in Ziff. 13 i.V.m. Ziff. 5.3 eine **Informationspflicht des Unternehmers** gegenüber dem Bauherrn vor, insbesondere in Bezug auf vom Unternehmer gewünschte oder geplante Beststellungsänderungen (vgl. S. 9, Ziff. IV.B.3 hievor). Das Hochbauamt durfte davon ausgehen, dass ohne vorgängige Information durch die GU keine Mehrkosten entstehen würden. Eine regelmässige Nachfragepflicht bei der GU bestand nicht. Eine Baukostenkontrolle des Bauamtes wäre daher bei richtiger Vorgehensweise der GU durchaus in der Lage gewesen, Kostenüberschreitungen zeitgerecht festzustellen. Die Nachlässigkeiten der GU haben dies aber erschwert bzw. weitgehend verunmöglicht.

5. Welche Massnahmen organisatorischer Art (Kompetenzen, Baukostenkontrolle) empfiehlt der Experte, um solche Vorfälle in Zukunft zu vermeiden?

(Interpellation der CVP-Fraktion vom 6. März 2006, Frage 15).

1. Die gewählte Organisation ist mit dem Bericht Hagmann als grundsätzlich geeignet zu betrachten, ein Projekt wie die Strafanstalt kosten- und termingerecht zu planen und auszuführen. Wie im Bericht Hagmann dargelegt, lagen die wesentlichen Probleme – nebst der ungenügenden Kostenkontrolle – im teilweisen Nichteinhalten der gewählten Organisationsform auf verschiedenen hierarchischen Ebenen, im verspäteten Erkennen von Problemen und in der entsprechend ungenügenden Information (vgl. Bericht Hagmann, S. 32, Ziff. 7.2 und Ziff. 7.3). Diesem Befund schliessen sich die Verfasser des vorliegenden Memorandums vollumfänglich an.
2. Anzumerken bleibt, dass kantonale Bauvorhaben sehr komplex sein können (Spital, Strafanstalt etc.). Grundvoraussetzungen dafür, derartige Bauvorhaben kontrollieren zu können, sind genügend **personelle Ressourcen** und **fundierte Fachkenntnisse** der zu-

ständigen Personen. Der Einsatz der Mitarbeiter ist mit Bezug auf das konkrete Projekt zu planen. Wesentlich ist auch, dass eine **kompetente Stellvertretung** der zuständigen Personen immer sichergestellt ist, auch dann, wenn eine Person für längere Zeit oder dauernd ausfallen sollte. Dies muss zum Voraus geregelt werden. Für das „Tagesgeschäft“ müssen immer genügend personelle Ressourcen vorhanden sein. Für den *Spitzenbedarf*, d.h. für die Begleitung komplexer Bauvorhaben wie eine Strafanstalt, sind die personellen Ressourcen dann aber kaum ausreichend. In diesen Fällen sind vorzugsweise **externe Berater** mit dem **Baucontrolling** zu beauftragen (sog. Bauherrenvertreter; vgl. auch Bericht Hagmann, S. 33, Ziff. 8.5). Solche Spezialisten waren am Anfang auch bei der Neukonzeption involviert. Später hat man aber auf ihre Dienste verzichtet.

XIV. KONKRETE NACHWEISBARKEIT VON BESTELLUNGSÄNDERUNGEN

A. Übersicht

1. Die vom Kanton Zug zur Verfügung gestellten Unterlagen wurden nach Folgendem durchsucht:
 - a. Schriftliche Bestellungenänderungen des Bauherrn (Kanton Zug)
 - b. Anhaltspunkte für das Abweichen vom Erfordernis der Schriftlichkeit für Bestellungenänderungen
2. Bereinigte und umstrittene Kostenpositionen:
 - a. Unterschriebene Bestellungenänderungen: Bezüglich der Kostenpositionen Nrn. 1 - 27 sind vom Bauherrn unterschriebene Bestellungenänderungen vorhanden, weshalb die Berechtigung dieser Mehrleistungen oder Mehrkosten nicht untersucht wird.
 - b. Nicht unterschriebene "Bestellungenänderungen":
 - davon bedeutsame umstrittene Kostenpositionen: 28a, 34, 35, 43, 44, 52, 58.
 - davon betragsmässig weniger bedeutsame Kostenpositionen: 29 - 33, 36 - 42, 45 - 51, 53 - 57. Die Berechtigung dieser Mehrleistungen oder Mehrkosten wird nachfolgend nicht mehr speziell untersucht. Die vorstehenden Ausführungen in diesem Memorandum gelten aber auch für sie.

B. Umstrittene Kostenpositionen

a. Allgemeines

1. **Technische Beurteilung:** Vorauszuschicken ist, dass die Verfasser dieses Memorandums in bautechnischer Hinsicht nicht beurteilen können, ob konkrete Anhaltspunkte für Bestellungenänderungen im Bereich der umstrittenen Kostenpositionen tatsächlich bestehen.

2. **Allenfalls massgebliche Stellen in den Protokollen der Bauherrensitzungen** (insbesondere folgende Fragen sind zu klären: Handelt es sich um Teile umstrittener Bestellungenänderungen oder lediglich um eine Konkretisierung der Ausschreibung? Zogen die nachfolgend teilweise erwähnten Genehmigungen überhaupt Kostenüberschreitungen nach sich?):
 - Protokoll BH Nr. 2 (Bauherrensitzung vom 15. Februar 2001, S. 2): „Angebot Kommunikationsraum Internet vorhanden. Muss bezüglich Ablauf/Nutzer noch bereinigt werden (BBI). HBA akzeptiert keine Kostenerhöhung für Auftrag BBI (ca. CHF 10'000 bis CHF 12'000). Der Auftrag wird über BKP 524 abgewickelt. KV BKP 524 CHF 75'000, Vervielfältigungen. Stand der Planung: Grundrisse 1 : 100 überarbeitet. Bewilligung durch HBA OK mit Vorbehalt Lichthof und Bemerkungen gemäss Liste HBA. Die Schnitte und Fassaden müssen noch ergänzt werden. Ziel: Überarbeitung Bauprojekt ist nur in Bezug Grundrisse erreicht; Bauingenieur Kosten erhalten. CHF 8'000.00 sind von HBA nicht akzeptiert.“

 - Protokoll BH Nr. 4 (Bauherrensitzung vom 4. Mai 2001, S. 2): „Optimierung: Änderungen/Ergänzungen sind noch aufzuzeigen, inkl. Kostenfolgen" (zuständig GU, Termin 15. Mai 2001)

 - Protokoll BH Nr. 5 (Bauherrensitzung vom 5. Juni 2001, S. 2): „Nutzer erteilt OK für Variante Layout Küche durch AR.“

 - Zusatz zu Protokoll BH Nr. 5 (Besprechung vom 22. Juni 2001, S. 2): „Nutzer erteilt OK für Variante Layout Küche durch AR.“

- Protokoll BH Nr. 6 (Bauherrensitzung vom 21. Juni 2001, S. 9): „Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): Nutzer erteilt OK für Variante Layout Küche durch AR“ (zuständig GU, Termin 28. Juni 2001);
- Protokoll BH Nr. 6 (Bauherrensitzung vom 21. Juni 2001, S. 12): „Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): Vergleich Luftauslässe / Schlitze Decken Aufenthalt, Besucher. Kostendifferenz ca. CHF 5'000.--“;
- Protokoll BH Nr. 6 (Bauherrensitzung vom 21. Juni 2001, S. 12): „Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): Bodenkanal Verwaltung/Betreuung 1. OG Entscheid HBA durchgehender Bodenkanal H ca. 6 cm wird ausgeführt“;
- Protokoll BH Nr. 7 (Bauherrensitzung vom 9. August 2001, S. 2): „Genehmigte Unterlagen: Fenster UG - 3. OG inkl. Gitter (ohne Verwaltung und Betreuung), Küchenlayout Vorschlag Culinex, Sicherheits-, Nutzungs- und Kontrollplan Bauingenieur, Apparatpläne Elektro Starkstrom mit Ergänzungen, Lichtschaltungen, Normal/USV/Generatorennetz, Bodenkanal 1. OG, Sicherheitsplan BDS mit Ergänzungen, Kanalisationsplan UG mit Ergänzungen Bodenabläufe, Koordinationspläne UG/EG, Belastungstabelle Starkstrom, Verbraucherliste/Anschlusswerte“
- Protokoll BH Nr. 7 (Bauherrensitzung vom 9. August 2001, S. 3): „Entscheide HBA/Nutzer: Pläne Zentrale EG mit Nebenräume, Werkstatt EG, Waschküche EG sind genehmigt.“
- Protokoll BH Nr. 8 (Bauherrensitzung vom 13. September 2001, S. 2): „Architekt (Auszug): Pläne AR 1. OG sind genehmigt, Beleuchtung EG vorgestellt und akzeptiert.“
- Protokoll BH Nr. 8 (Bauherrensitzung vom 13. September 2001, S. 3): „Architekt (Auszug): Beleuchtung Verwaltung vorgestellt und akzeptiert.“
- Protokoll BH Nr. 8 (Bauherrensitzung vom 13. September 2001, S. 3): „Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): Beleuchtung EG genehmigt.“
- Protokoll BH Nr. 8 (Bauherrensitzung vom 13. September 2001, S. 4): „Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): Genehmigung Anlageverzeichnis Alfacel durch HBA (zuständig: HBA, Termin: 30. September 2001); Genehmigung Normal-

netz/USV/Generatorennetz durch HBA (zuständig: HBA, Termin: 30. September 2001)."

- Protokoll BH Nr. 8 (Bauherrensitzung vom 13. September 2001, S. 5): „Diverses: Mehrkosten Planung Elektro Scherler sind zu bereinigen (zuständig HBA/ZGU, Termin: 15. Oktober 2001). HAM hat Mehrkosten Planung HLKS angemeldet. Die Situation ist mit HAM zu klären (zuständig HBA/ZGU, Termin: 30. September 2001)."
- Protokoll BH Nr. 8 (Bauherrensitzung vom 13. September 2001, S. 6): „Diverses (Auszug): HBA erteilt mündlichen Auftrag für den Hundezwinger. Die Leistungsdefinition HBA/ZGU ist noch zu regeln. Die Vergaben der Arbeiten "Hundezwinger" erfolgen durch ZGU. Die Unternehmerrechnungen werden an HBA adressiert, durch ZGU geprüft und durch Bauherr direkt bezahlt."
- Protokoll BH Nr. 9 (Bauherrensitzung vom 18. Oktober 2001, S. 2): „Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): Pläne AR 2. und 3. OG sind genehmigt; Beleuchtung EG und 1. OG sind genehmigt; Entlüftung Kellerräume vorgestellt und genehmigt (Stand 16.10.01); Genehmigung Behindertenzelle im 2. OG erfolgt."
- Protokoll BH Nr. 10 (Bauherrensitzung vom 29. November 2001, S. 3): diverse Entscheide HBA/Nutzer betr. Einholung von Offerten (vgl. Protokoll), keine Beststellungsänderungen.
- Protokoll BH Nr. 11 (Bauherrensitzung vom 13. Dezember 2001, S. 2): „Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): Einzelraumpläne mit Stellungnahme P. Cotti genehmigt"
- Protokoll BH Nr. 12 (Bauherrensitzung vom 23. Januar 2002, S. 3): Entscheide HBA/Nutzer gemäss nicht vorliegenden Protokollbeilagen (vgl. Protokoll)
- Protokoll BH Nr. 14 (Bauherrensitzung vom 21. März 2002, S. 2 f.): "Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): Beststellungsänderungen Nov. 01 / 15 – 25; Entscheid Personen-/Gepäckdetektion, Siemens OK für Gepäckdetektion, Personendetektion wird nochmals geprüft; Papierhandtuchhalter entschieden; Sanitärapparateliste Unterschrift 22.03.2002; Devis WC-Kombination Entscheid OK; Bodenbeläge Pläne Unterschrift neu; Dachausstieg MINKA Typ 7 OK.

- Protokoll BH Nr. 15 (Bauherrensitzung vom 25. April 2002, S. 2 und 3): "Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): Sockeldetail Duschen rechteckig OK; Lüftung: Minderpreis Zu-
luftkanäle nicht isoliert OK, Minderpreis Monoblöcke Cevex mit Kommentar HBA, Min-
derpreis Küchenlufthaube OK, Mehrpreis Schlitzauslässe OK; Panzertüre PT3:
Änderungen gemäss Vorschlag HAE (Herr Haus von GU Zschokke) vom 18.04.02
OK."
- Protokoll BH Nr. 16 (Bauherrensitzung vom 28. Mai 2002, S. 2 und 3): "Entscheide
HBA/Nutzer (Auszug): Pläne Nasszellen Genehmigung OK; Muster Gitter Zwangsent-
lüftung OK ausser Schieber; ELRO Revision Offerte ELRO an HBA OK; Wandkonzept
OK."
- Protokoll BH Nr. 17 (Bauherrensitzung vom 25. Juni 2002, S. 2 und 3): "Entscheide
HBA/Nutzer (Auszug): "Laserüberwachung Aussenräume 5 Stk. OK; Zwangsentlüf-
tung Gitter innen und aussen OK; Neue Situation Eingang besprochen OK für Kon-
zept; Platten Boden, Wand, Küche genehmigt; Pult Zentrale entschieden OK;
Strom/Wasserkasten im Spazierhof 1. OG saniert und von HBA/Nutzer akzeptiert; In-
nen und Aussentüren: Die Türen werden im Werk gestrichen, auf das verzinkte Stahl-
blech als fertige Oberfläche wird verzichtet."
- Protokoll BH Nr. 18 (Bauherrensitzung vom 11. Juli 2002, S. 2): "Entscheide
HBA/Nutzer (Auszug): Laserüberwachung Aussenräume ist reduziert auf 4 Stk.;
Pflichtenheft Sicherheit/Schwachstrom ist erstellt inkl. Mehr- und Minderkosten, Ge-
nehmigung HBA/Nutzer ausstehend".
- Protokoll BH Nr. 19 (Bauherrensitzung vom 22. August 2002, S. 2): "Entscheide
HBA/Nutzer (Auszug): Pflichtenheft Sicherheit/Schwachstrom Fa. Siemens, alle
Mehrkosten aus Pflichtenheft genehmigt (Liste ZGU), Pflichtenheft genehmigt; Detail-
plan Kiosk ist genehmigt; Antrag Fassade ZGU genehmigt".
- Protokoll BH Nr. 20 (Bauherrensitzung vom 19. September 2002, S. 2 und 3): "Leuch-
ten und Lampen: "Steckdose oben rechts wird ausgeführt; Entscheid HBA/Nutzer; in
den Disziplinar-Zellen UG keine Steckdose, nur Licht und Spiegel; Entscheid HBA,
Beleuchtung generell mit Regler; Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): Türmatrix ist von
Herrn Cotti, Nutzer genehmigt inkl. Funktionen."

- Protokoll BH Nr. 21 (Bauherrensitzung vom 17. Oktober 2002, S. 2 und 3): "Entscheidung HBA/Nutzer (Auszug): "Storessstoff Entscheid gefällt (siehe E-Mail); Abluftventilator Kraftraum: Ausführung wird so nicht akzeptiert".
- Protokoll BH Nr. 22 (Bauherrensitzung vom 14. November 2002, S. 2 und 3): "Entscheidung HBA/Nutzer (Auszug): "Einsatz Technilok gemäss Funktionsbeschreibung Herr W. Frei vom 20.09.02 OK; Funktionsbeschreibung Türen Rev. 3 Herr W. Frei vom 17.09.02 OK; EL Erschliessung Beistoss Türen gemäss Übersicht Fa. Alfacel vom 23.10.02 OK; Feuerwehrtabelleau "Warten" mit Monitor kombiniert in Betonwand OK; Beleuchtungsmuster "Spiegeleier" Leuchten OK, Auftrag erteilen; Platten Spazierhöfe Rotes Muster durch HBA/Nutzer entschieden; Ventilation Kraftraum gemäss Vorschlag HAM OK; Vorschlag HAM WRG mit Gitter bündig Betonwand und neues Gerät vorgestellt und OK für Detail und Kostenbearbeitung; der Bauherr ist bereit, für die Mehraufwendungen aufzukommen, Zusatzkosten von 1. Lösung sind durch HAM zu begleichen".
- Protokoll BH Nr. 22 (Bauherrensitzung vom 14. November 2002, S. 6): "Kosten: Bestellungsänderungen Nr 14 - 26 OK, Bestellungsänderungen Nr. 27 - 31 pendent. Die Bestellungsänderungen gemäss beiliegender Liste PELI-M müssen noch erstellt werden. Stand Kosten bis Bestellungsänderung Nr. 31, Stand 14.08.02, CHF 11'732'462.--, exkl. MwSt."
- Protokoll BH Nr. 23 (Bauherrensitzung vom 12. Dezember 2002, S. 2): "Entscheidung HBA/Nutzer (Auszug): "Muster Hartbeton erstellt, Entscheid: Besenstrich fein; Muster Beistoss Türen OK; Musterzelle Boden, Wände, Decke OK; Entscheid HBA Abdeckung durch Fa. Kelag (Beil. 2)"
- Protokoll BH Nr. 23 (Bauherrensitzung vom 12. Dezember 2002, S. 3): "Spiegeleier sind akzeptiert und können fabriziert werden."
- Protokoll BH Nr. 23 (Bauherrensitzung vom 12. Dezember 2002, S. 4): "Pläne Racks von HHM OK; Mit der sehr kritischen Situation Türen Montage Aussentüren ab KW 3/03, resp. Zellentüren ab KW 4/03 hat ZGU den Vorschlag unterbreitet, die Strafanstalt auf Ende April 03 zu übergeben und im Mai Einrichtungen Nutzer und Schulung, Probetrieb durchzuführen; HBA/Nutzer haben diesen Vorschlag, siehe auch e-mail vom 07.12.02, klar abgelehnt und bestehen auf dem Terminplan vom Aug. 02, resp. Termine BH Nr. 19 vom 22.08.02."

- Protokoll BH Nr. 23 (Bauherrensitzung vom 12. Dezember 2002, S. 5): "Diverses: Mehrkosten AR sind durch ZGU zu prüfen und Teilzahlung sollte so schnell als möglich bezahlt werden." (vgl. auch Pendenzenliste, letzte Position)
 - Pendenzenliste zu Protokoll BH Nr. 23: "Bestellungsänderungen Nr. 27 – 31; Bestellungsänderungen gemäss Liste PELI-M müssen noch erstellt werden"
3. **Protokolle der Planersitzungen:** Unseres Erachtens lassen sich daraus keine direkten Anhaltspunkte für Bestellungsänderungen ableiten. Ohnehin äussern sich diese Protokolle nur sehr vereinzelt zu Kostenfolgen. Genehmigungen oder Entscheide des Bauherrn finden sich in diesen Protokollen jedenfalls keine.
4. **Protokolle der Optimierungssitzungen:** Vereinzelt finden sich auch Entscheide des Bauherrn in den Protokollen zu den Optimierungssitzungen. Allenfalls könnten die Optimierungssitzungen wichtige Anhaltspunkte für Bestellungsänderungen sein, falls anlässlich dieser Sitzungen Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen vorgeschlagen oder vereinbart wurden. Inwiefern solche Abweichungen tatsächlich vorliegen, ist jedoch ohne das notwendige bautechnische Wissen unmöglich zu beurteilen.

Beispiel:

Protokoll Optimierungssitzung Nr. 5 vom 13. März 2001, S. 3: „Layout AR-Pläne UG Stand 05.03.01 genehmigt durch HBA/Nutzer gemäss Fax vom 09.03.01 genehmigt durch HBA/Nutzer gemäss Fax vom 09.03.01. Ergänzungen/Kommentar siehe Fax (Beilage 1, [nicht aktenkundig]); Es wurde entschieden, dass Anlieferung mit einer Betondecke gestattet wird, Kostenberechnung durch ZGU.“

5. **Protokolle der Baumeister:** Die vorliegenden Unterlagen sind unvollständig, es sind lediglich die Protokolle Nrn. 8 und 9 sowie ein nicht nummeriertes Protokoll einer Besprechung mit den Baumeistern und eine Besprechungsnotiz vorhanden.

Die Baumeister-Protokolle sind sicherlich einschlägig für die umstrittene Kostenposition „Baumeisterarbeiten“. Den Verfassern dieses Memorandums ist es mangels technischer Sachkenntnis jedoch nicht möglich, in Bezug auf die Baumeisterarbeiten konkrete, sachdienliche Angaben über Bestellungsänderungen zu machen.

Beispiele:

- Besprechungsnotiz vom 5. und 7. Juli 2001, S. 5: „Genehmigte Unterlagen: AR-Plan 1. UG Mst. 1 : 50 vom 22.06.01 mit Ergänzungen gemäss Notiz vom 5. + 07.07.01; Sicherheitskonzept vom 10.06.01 mit Ergänzungen gemäss e-mail vom 13.06.01 Herrn P. Cotti; Apparatepläne Elektro UG – 3. OG vom 24.04.01 mit Ergänzungen resp. Anpassungen an Stand Planung AR; Nutzungs- und Sicherheitsplan BI vom 15.03.01 mit Bemerkungen; Einsatz Alpur Roxon (Alu 12 cm) für Boden Spazierhof; es ist noch abzuklären, ob auf Foamglas direkt Gussasphalt aufgebracht werden kann.“

„Weiteres Vorgehen: Die Pläne sind aufgrund der Besprechungsnotiz sofort anzupassen und der Bauherrschaft vorzulegen, inkl. ZGU.“

- Besprechung Baumeister vom 8. Oktober und 12. Oktober 2001 (ohne Anwesenheit der Bauherrschaft), S. 2: „Der Ablauf Baumeister im EG ist seit Anfang September 2001 massiv gestört; aufgrund diverser Projektänderungen, Ergänzungen und Abklärungen im Juli/August 2001 sind die Architekten und der Ingenieur in Terminverzug geraten; der Ablauf Baumeister wurde an der Besprechung vom 30.08.01 Protokoll BM Nr. 9 abgeändert. Die Umstellung von Fassadeninnenwände zu Fassadenauswände wurde entschieden. Dieser Entscheid wurde im Beisein HBA/AR/ZGU und Batigroup AG gefällt“.

6. **Aktennotizen der GU:**

- **Aktennotiz Zschokke AG vom 27. Januar 2003, S. 2 und 3:**
„Entscheide HBA/Strafa: Werkvertrag neu mit Fa. Strasser, Kosten Fr. 120'000.00, Termin Montage 30.03.03; Schliessanlage: Die Bestellung kann am 22.01.03 ausgelöst werden. OK von HBA; Bodenheizung Zentrale: Die Bodenheizung wird ausgeführt, Entscheid HBA OK; Lichtstärke Zellen UG 100 % und 50 % OK“.
- **Aktennotiz Zschokke AG vom 26. Februar 2003, S. 2 und 3:**
„Leuchte Verwaltung Muster Büro P. Cotti OK; Leuchte Verwaltung Korridor Muster vom 25.02.03 OK“.
- **Aktennotiz Zschokke AG vom 18. März 2003:**
„Entscheid Mehr-/Minderkosten ausstehend; die Aufträge an die Unternehmer sind

blockiert; Termine sind gefährdet; Mehrleistungen Planer können nicht bezahlt werden. Es muss dringend eine Lösung gefunden werden“.

7. **Zu den Protokollen im Allgemeinen:** Es fällt auf, dass die Parteien die Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen zu wenig als Bestellungsänderungen deklarierten. Es ist jedenfalls unverständlich, wo die umstrittenen Bestellungsänderungen vereinbart oder diskutiert worden sein sollen. Es wurde zumindest in den fraglichen Protokollen nicht offengelegt, ob es sich bei den jeweiligen Ausführungsdetails, die zur Diskussion standen, um Bestellungsänderungen oder Konkretisierungen der ursprünglichen Ausschreibung handelt. Da die Protokolle von der GU verfasst wurden, fragt es sich daher u.a. auch, ob die GU Abweichungen von der ursprünglichen Ausschreibung und Offerte dem Kanton Zug in genügender Weise offenbart hat.

8. **Schlussfolgerungen:**

- a. Entscheide des Bauherrn in den Bauherrensitzungen: Teilweise erteilte der Kanton Zug sein "OK" für bestimmte Ausführungen und Aufträge, teilweise wurde die "Genehmigung erteilt" für bestimmte Ausführungen und Aufträge und teilweise werden in den Protokollen explizit "Kostenminderungen und Kostenerhöhungen" für bestimmte Ausführungen und Aufträge genehmigt oder abgelehnt.
- b. Technische Untersuchung: Die obgenannten Protokollstellen (Bauherrensitzungen) müssten vom HBA den jeweiligen Ausschreibungs- und Budgetpositionen zugeordnet und festgestellt werden, ob - in technischer Hinsicht - einzelne der vorerwähnten Entschiede des Kantons in den Bereich der umstrittenen Kostenpositionen fallen.
- c. Keine stillschweigende Genehmigung von Bestellungsänderungen: Aus den obgenannten Protokollstellen ergibt sich zumindest, dass bei der Bestimmung der Ausführungsdetails des Baus und bei der Anordnung von Bestellungsänderungen jeweils die **ausdrückliche Zustimmung und Genehmigung des Bauherrn** notwendig war und Bestellungsänderungen jeweils auch als solche oder zumindest als Mehrpreis, Minderpreis oder allenfalls als Genehmigung einer bestimmten Ausführung oder als OK für eine bestimmte Ausführung bezeichnet wurden. Anhaltspunkte für **stillschweigende Bestellungsänderungen** in dem Sinne, dass die GU den Bauherrn über eine von der GU geplante, bestimmte Bauausführung informiert und der Bauherr durch Stillschweigen dieser Bauausführung zustimmen würde, finden sich nicht. Aus den Protokollen der Bauherrensitzungen ist unseres Erachtens das Bemühen der Parteien

ersichtlich, Änderungen des ursprünglich ausgeschriebenen Projektes (oder auch Entscheide über Konkretisierungen der Ausschreibungsunterlagen) ausschliesslich durch ausdrückliche und eindeutige Genehmigungen des Bauherrn bzw. des HBA zu belegen (Ausschluss von stillschweigenden Bestellungenänderungen). Der Kanton durfte unseres Erachtens daher davon ausgehen, dass die GU keine Abweichungen vom ausgeschriebenen Bauprojekt ausführen würde, die nicht durch ausdrückliche Genehmigung in KV-Änderungsprotokollen oder ausdrückliche Genehmigungen in den Protokollen zu den Bauherrensitzungen abgedeckt waren.

- d. Vom Bauherrn nicht unterschriebene Bestellungenänderungen: Unklar ist im Weiteren, ob die in den Bauherrensitzungsprotokollen erwähnten, obgenannten Genehmigungen vollständig durch die unterschriftlich anerkannten Bestellungenänderungen (Kostenpositionen Nrn. 1 - 27: unterschriebene KV-Änderungsprotokolle) abgedeckt sind, oder ob die erwähnten Protokollstellen (Bauherrensitzungen) Belege für ein von den Parteien (stillschweigend) vereinbartes Abweichen vom vertraglichen Erfordernis der vom Bauherrn unterschriebenen Bestellungenänderungen sind.

Es könnte auch sein, dass die in den fraglichen Protokollen erwähnten Entscheide des Bauherrn lediglich Konkretisierungen des zwischen den Parteien vereinbarten Leistungsumfanges darstellen und für Bestellungenänderungen nach wie vor vom Bauherrn unterzeichnete, schriftliche Bestätigungen notwendig sind.

- b. **Anderweitig als in genehmigten Sitzungsprotokollen (Bauherren-, Planungs- und Optimierungssitzungen) oder unterschriebenen KV-Änderungsprotokollen erteilte Zustimmung zu Bestellungenänderungen**

Bestellungenänderungen könnten allenfalls auch durch die **Vorlage von Vertragsentwürfen** der GU mit Subunternehmern an den Bauherrn behauptet werden. In den Protokollen zu den Bauherrensitzungen wird jeweils unter dem Titel "Vergaben" knapp festgehalten, welche Unternehmung für ihre Offerte den Zuschlag erhalten hat. Nicht eruierbar ist jedoch, ob die Vertragsentwürfe dem Kanton vorgelegen waren und ob daraus die Abweichung von der Ausschreibung ersichtlich war.

c. Nach den einzelnen wesentlichen umstrittenen Kostenpositionen gesondert aufgeführte Anhaltspunkte für Bestellungenänderungen

Vorab ist zu bemerken, dass es den Verfassern dieses Memorandums nicht möglich ist zu beurteilen, ob diese Protokollstellen in technischer Hinsicht Bestellungenänderungen darstellen und die fraglichen Forderungen der GU zu rechtfertigen vermögen.

1. Kostenposition Nr. 28a (Sicherheit und Koordination):

Allfällige Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Bestellungenänderung:

- Protokoll BH Nr. 5 (Bauherrensitzung vom 5. Juni 2001, S. 2): „BDS: Bereinigung Sicherheitskonzept. Planung Einlagen, Verteilungen Abklärung Komponenten, Sicherheit" (zuständig BDS, Termin 15. Juni 2001)
- Protokoll BH Nr. 7 (Bauherrensitzung vom 9. August 2001, S. 2): „Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): Genehmigte Unterlagen: Sicherheits-, Nutzungs- und Kontrollplan Bauingenieur, Sicherheitsplan BDS mit Ergänzungen"
- Protokoll BH Nr. 15 (Bauherrensitzung vom 25. April 2002, S. 2 und 3): "Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): Panzertüre PT3: Änderungen gemäss Vorschlag HAE (Herr Haus von GU Zschokke) vom 18.04.02 OK."
- Protokoll BH Nr. 17 (Bauherrensitzung vom 25. Juni 2002, S. 2 und 3): "Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): "Laserüberwachung Aussenräume 5 Stk. OK, Zwangs-entlüftung Gitten innen und aussen OK,"
- Protokoll BH Nr. 18 (Bauherrensitzung vom 11. Juli 2002, S. 2): "Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): Laserüberwachung Aussenräume ist reduziert auf 4 Stk.; Pflichtenheft Sicherheit/Schwachstrom ist erstellt inkl. Mehr- und Minderkosten, Genehmigung HBA/Nutzer ausstehend"
- Protokoll BH Nr. 19 (Bauherrensitzung vom 22. August 2002, S. 2): "Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): Pflichtenheft Sicherheit/Schwachstrom Fa. Siemens, alle Mehrkosten aus Pflichtenheft genehmigt (Liste GU), Pflichtenheft genehmigt."

- Protokoll BH Nr. 22 (Bauherrensitzung vom 14. November 2002, S. 6): "Kosten: Beststellungsänderungen Nr 14 - 26 OK, Beststellungsänderungen Nr. 27-31 pending. Die Beststellungsänderungen gemäss beiliegender Liste PELI-M müssen noch erstellt werden. Stand Kosten bis Beststellungsänderung Nr. 31, Stand 14.08.02, CHF 11'732'462, exkl. MwSt."

2. **Kostenposition Nr. 34 (Elektroinstallationen Starkstrom):**

Allfällige Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Beststellungsänderung:

- Protokoll BH Nr. 7 (Bauherrensitzung vom 9. August 2001, S. 2): „Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): Genehmigte Unterlagen: Apparatepläne Elektro Starkstrom mit Ergänzungen, Lichtschaltungen, Normal/USV/Generatorennetz"
- Protokoll BH Nr. 8 (Bauherrensitzung vom 13. September 2001, S. 4): „Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): Genehmigung Anlageverzeichnis Alfacel durch HBA, Genehmigung Normalnetz/USV/Generatorennetz durch HBA."
- Protokoll BH Nr. 8 (Bauherrensitzung vom 13. September 2001, S. 5): „Diverses: Mehrkosten Planung Elektro Scherler sind zu bereinigen (zuständig HBA). HAM hat Mehrkosten Planung HLKS angemeldet. Die Situation ist mit HAM zu klären (zuständig HBA)."
- Protokoll BH Nr. 20 (Bauherrensitzung vom 19. September 2002, S. 2 und 3): "Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): "Steckdose oben rechts wird ausgeführt; in den Disziplinar-Zellen UG keine Steckdose, nur Licht und Spiegel; Beleuchtung generell mit Regler, Türmatrix ist von Herrn Cotti, Nutzer genehmigt inkl. Funktionen."

3. **Kostenposition Nr. 35 (Honorare):**

Es liegen keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Beststellungsänderung vor.

4. **Kostenposition Nr. 43 (Aussen- und Innentüren):**

Allfällige Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Beststellungsänderung:

- Protokoll BH Nr. 23 (Bauherrensitzung vom 12. Dezember 2002): „Muster Beistoss Türen OK“ (S. 2)
- Protokoll BH Nr. 15 (Bauherrensitzung vom 25. April 2002, S. 2 und 3): "Entscheidung HBA/Nutzer (Auszug): Panzertüre PT3: Änderungen gemäss Vorschlag HAE (Herr Haus von GU Zschokke) vom 18.04.02 OK."
- Protokoll BH Nr. 17 (Bauherrensitzung vom 25. Juni 2002, S. 2 und 3): "Entscheidung HBA/Nutzer (Auszug): "Innen und Aussentüren: Die Türen werden im Werk gestrichen, auf das verzinkte Stahlblech als fertige Oberfläche wird verzichtet."
- Protokoll BH Nr. 20 (Bauherrensitzung vom 19. September 2002, S. 2 und 3): "Entscheidung HBA/Nutzer (Auszug): "Türmatrix ist von Herrn Cotti, Nutzer genehmigt inkl. Funktionen."
- Protokoll BH Nr. 22 (Bauherrensitzung vom 14. November 2002, S. 2 und 3): "Entscheidung HBA/Nutzer (Auszug): "Einsatz Technilok gemäss Funktionsbeschrieb Herr W. Frei vom 20.09.02 OK; Funktionsbeschrieb Türen Rev. 3 Herr W. Frei vom 17.09.02 OK; EL Erschliessung Beistoss Türen gemäss Übersicht Fa. Alfacel vom 23.10.02 OK;
- Protokoll BH Nr. 23 (Bauherrensitzung vom 12. Dezember 2002, S. 2): "Entscheidung HBA/Nutzer (Auszug): "Muster Beistoss Türen OK; Entscheid HBA Abdeckung durch Fa. Kelag (Beil. 2)"

5. Kostenposition Nr. 44 (Baumeisterarbeiten):

Es liegen keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Beststellungsänderung vor.

6. Kostenposition Nr. 52 (Leuchten und Lampen):

Allfällige Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Beststellungsänderung:

- Protokoll BH Nr. 23 (Bauherrensitzung vom 12. Dezember 2002): „Leuchten Küche, Zellen: cd-Lichtsysteme => Unterlagen cd-Lichtsysteme an ZGU, Besprechung nötig“ (S. 2)

- Protokoll BH Nr. 23 (Bauherrensitzung vom 12. Dezember 2002): „Beleuchtung Innenhof Vorschlag AR bis 17.12.02, ev. auch Skulptur beleuchtet“ (S. 3)
- Protokoll BH Nr. 7 (Bauherrensitzung vom 9. August 2001, S. 2): „Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): Genehmigte Unterlagen: Lichtschaltungen " "
- Protokoll BH Nr. 8 (Bauherrensitzung vom 13. September 2001, S. 2): „Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): Pläne AR 1. OG sind genehmigt, Beleuchtung EG vorgestellt und akzeptiert."
- Protokoll BH Nr. 8 (Bauherrensitzung vom 13. September 2001, S. 3): „Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): Beleuchtung Verwaltung vorgestellt und akzeptiert."
- Protokoll BH Nr. 8 (Bauherrensitzung vom 13. September 2001, S. 3): „Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): Beleuchtung EG genehmigt."
- Protokoll BH Nr. 8 (Bauherrensitzung vom 13. September 2001, S. 5): „Diverses: Mehrkosten Planung Elektro Scherler sind zu bereinigen (zuständig HBA). HAM hat Mehrkosten Planung HLKS angemeldet. Die Situation ist mit HAM zu klären (zuständig HBA)."
- Protokoll BH Nr. 9 (Bauherrensitzung vom 18. Oktober 2001, S. 2): „Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): Pläne AR 2. und 3. OG sind genehmigt, Beleuchtung EG und 1. OG sind genehmigt."
- Protokoll BH Nr. 20 (Bauherrensitzung vom 19. September 2002, S. 2 und 3): "Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): "Steckdose oben rechts wird ausgeführt; in den Disziplinar-Zellen UG keine Steckdose, nur Licht und Spiegel; Beleuchtung generell mit Regler, Türmatrix ist von Herrn Cotti, Nutzer genehmigt inkl. Funktionen."

7. Kostenposition Nr. 58 (Installation Schwachstrom):

Allfällige Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Beststellungsänderung:

- Protokoll BH Nr. 18 (Bauherrensitzung vom 11. Juli 2002, S. 2): "Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): Laserüberwachung Aussenräume ist reduziert auf 4 Stk.;

Pflichtenheft Sicherheit/Schwachstrom ist erstellt inkl. Mehr- und Minderkosten, Genehmigung HBA/Nutzer ausstehend"

- Protokoll BH Nr. 19 (Bauherrensitzung vom 22. August 2002, S. 2): "Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): Pflichtenheft Sicherheit/Schwachstrom Fa. Siemens, alle Mehrkosten aus Pflichtenheft genehmigt (Liste GU), Pflichtenheft genehmigt; Detailplan Kiosk ist genehmigt.
- Protokoll BH Nr. 20 (Bauherrensitzung vom 19. September 2002, S. 2 und 3): "Entscheide HBA/Nutzer (Auszug): "Steckdose oben rechts wird ausgeführt; in den Disziplinar-Zellen UG keine Steckdose, nur Licht und Spiegel; Beleuchtung generell mit Regler, Türmatrix ist von Herrn Cotti, Nutzer genehmigt inkl. Funktionen."

C. Zusammenfassung

Ohne die notwendige genaue Kenntnis der konkreten Bauabläufe (technischer Aspekt) ist es gestützt auf die vorliegenden Unterlagen nicht möglich, abschliessend zu beurteilen, ob bezüglich der umstrittenen Kostenpositionen allenfalls Beststellungsänderungen vorliegen oder ob es sich um nicht bestellte Mehrleistungen handelt. Aber es kann festgehalten werden - und dies ist keine neue Erkenntnis - dass abgesehen von den unterschriebenen Beststellungsänderungen (Nrn. 1 - 27) kaum oder gar keine Anhaltspunkte oder Indizien für weitere Beststellungsänderungen des Kantons in den vorliegenden Akten zu finden sind. Und – auch darauf wurde hingewiesen - es existieren keine weiteren, in der vorbehaltenen Form vereinbarten Änderungen.

Zug, 23. Mai 2006
SA 94047

Hans-Rudolf Wild

Philipp Sialm

Beilagenverzeichnis

- Beilage 1** Stellungnahme von Patrick Cotti vom 24. Dezember 2004
- Beilage 2** Protokoll der 7. regierungsrätlichen Baudelegationssitzung vom 12. Januar
2005 betreffend Neubau der Strafanstalt Zug
- Beilage 3** Schlussrechnung der GU vom 16. Februar 2004
- Beilage 4** Vergleich vom 26. November 2004
- Beilage 5** Schreiben von Herbert Staub an die GU vom 26. März 2004
- Beilage 6** E-Mail von Herbert Staub an Raffael Brogna vom 16. Dezember 2004
- Beilage 7** E-Mail von Raffael Brogna an Herbert Staub vom 17. Dezember 2004
- Beilage 8** E-Mail von Raffael Brogna an Herbert Staub vom 20. Dezember 2004
- Beilage 9** Schreiben der Baudirektion an die GU vom 22. Dezember 2004
- Beilage 10** Schreiben der GU an die Baudirektion vom 11. Januar 2005
- Beilage 11** Schreiben der GU an die Baudirektion vom 23. November 2005

- Beilage 12** Schreiben der GU an die Baudirektion vom 29. November 2004
- Beilage 13** E-Mail von Herbert Staub an Alfons Eder vom 18. Juli 2003
- Beilage 14** Besprechungsgrundlage vom 11. November 2004
- Beilage 15** Übersicht „Nachträge“ per 31. Mai 2005
- Beilage 16** Schreiben der GU an das Hochbauamt vom 20. Juni 2002
- Beilage 17** Protokoll der 4. regierungsrätlichen Baudelegationssitzung vom 31. Januar 2003 betreffend Neubau der Strafanstalt Zug
- Beilage 18** Dokument des Hochbauamtes „Strafanstalt Zug / GU-Schlussabrechnung 31.01.2004“, datierend vom 31. Januar 2004, Status: 7. Juni 2004
- Beilage 19** „Schlussabrechnung“ der GU, datierend vom 31. Januar 2004, mit Eingangsstempel vom 7. Juni 2004
- Beilage 20** Schreiben von Herbert Staub an die GU vom 17. November 2004
- Beilage 21** E-Mail von Herbert Staub an Raffael Brogna und Marcel Spalinger vom 17. November 2004
- Beilage 22** E-Mail von Rechtsanwalt Wild an Herbert Staub

SA94047/PS