

Roland Hürlimann / Thomas Siegenthaler

## **Das Werkvertragsrecht in den «unpublizierten» Entscheiden des Bundesgerichts (2000 – 2003)**

*Die nur im Internet zugänglichen, «unpublizierten» Bundesgerichtsentscheide finden in allen Rechtsgebieten immer stärkere Beachtung. Für die Werkvertragspraxis sind sie insbesondere deshalb von Interesse, weil daraus verstärkt sichtbar wird, wie das Werkvertragsrecht vom Bundesgericht in der Praxis angewandt wird – namentlich in Bezug auf die Auslegung bestimmter Vertragsklauseln. Daneben finden sich in den «unpublizierten» Entscheiden auch einige bemerkenswerte höchstrichterliche Aussagen zu Rechtsfragen.*

### **1. Einleitung**

[Rz 1] Seit dem 1. Januar 2000 sind bekanntlich sämtliche Entscheide des Bundesgerichts auf dem Internet abrufbar. Zwar hat die «Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts», welche das Bundesgericht auf seiner Website als «Leitentscheide» bezeichnet, nach wie vor ihre volle Berechtigung. In seinen Urteilsbegründungen verweist das Bundesgericht aber zunehmend auch auf «unpublizierte» Entscheide, was unweigerlich zur Folge haben wird, dass in naher Zukunft nicht mehr eindeutig zwischen (publizierten) «Leitentscheiden» und den übrigen (unpublizierten) Urteilen unterschieden werden kann, die nur (aber immerhin) auf dem Netz zur Verfügung stehen. Diese neue Konstellation ist nicht unproblematisch, zumal es für den Einzelnen unmöglich ist, die Flut der auf dem Internet abrufbaren Entscheidungen (jährlich rund 2500 Urteile allein des Bundesgerichts) zu sichten und zu verarbeiten.

[Rz 2] Im Falle eines konkreten Rechtsproblems kann sich der Leser selbstverständlich durch «Browsen» helfen. Die Schwierigkeit besteht aber häufig darin, Bedeutung und Tragweite einer neu ergangenen Entscheidung als solche zu erkennen, namentlich wenn das Urteil nicht (respektive nur in Bezug auf einzelne Erwägungen) in die Amtliche Entscheidungssammlung aufgenommen wird. Kommt auch diesen, nur auf dem Internet abrufbaren Urteilen, soweit sie in einzelnen Erwägungen von «Leitentscheiden» der Amtlichen Sammlung abweichen, präjudizielle Bedeutung zu?

[Rz 3] Unseres Erachtens besteht ein Bedürfnis nach leicht lesbaren Kurzfassungen auch der «unpublizierten» Entscheide. Mit dem nachstehenden Beitrag unternehmen wir einen ersten Versuch, die im Netz seit dem 1. Januar 2000 abrufbaren Urteile zum Werkvertragsrecht zu sichten und diese – unter Bezugnahme auf die in der «Amtlichen Sammlung» veröffentlichten Entscheide – thematisch einzuordnen.

### **2. Rechtliche Einordnung: Was ist ein Werkvertrag?**

[Rz 4] Qualifikationsprobleme und Abgrenzungskriterien des Werkvertrags zu anderen Vertragstypen sind in der Amtlichen Sammlung in verschiedenen «Leitentscheiden» zur Diskussion gestanden: In BGE 127 III 328 (11. Mai 2001) war zu beurteilen, ob der Vertrag über die Schätzung einer Liegenschaft als Werkvertrag oder Auftrag zu qualifizieren sei. Das Bundesgericht stellte auf das Kriterium ab, ob die Richtigkeit des Ergebnisses objektiv garantiefähig ist, was für die Liegenschaftenschätzung verneint wurde. Ebenfalls um die Abgrenzung des Werkvertragsrechtes ging es in BGE 127 III 519 (25. Juni 2001), wo das Bundesgericht festhielt, dass ein Werkvertrag gemäss Artikel 363 OR nur dann vorliegt, wenn Leistungen gegen Entgelt erbracht werden. Der Vertrag über unentgeltliche Ingenieurleistungen ist daher kein Werkvertrag, sondern ein Innominatkontrakt. In BGE 129 III 604 (5. Juni 2003) wurde entschieden, dass ein Telefonabonnementsvertrag kein Werkvertrag sei.

[Rz 5] Nur im Internet veröffentlicht wurden folgende Entscheide zum Thema der Abgrenzung des Werkvertrages von anderen Vertragstypen:

#### **Urteil 4C.301/2002 vom 22. Januar 2003: Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht**

[Rz 6] Eine Käuferin erwarb von einem Generalunternehmer eine noch zu bauende 4.5-Zimmer-Wohnung, wobei sie

vorab stark von der Möglichkeit Gebrauch gemacht hatte, den Innenausbau abweichend vom Standardausbau selber zu gestalten. Den Vertrag unterstellten die Parteien den Bestimmungen der SIA Norm 118.

[Rz 7] Das Bundesgericht qualifizierte das Rechtsverhältnis der Parteien (in Erw. 2.1) als gemischten Grundstückkauf-/Werkvertrag (Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht). Das werkvertragliche Element bestand dabei darin, dass der Generalunternehmer der Erwerberin – im Unterschied zum reinen Kaufvertrag – ein Einfluss auf den Arbeitsprozess einräumte, namentlich indem die Erstellung eines Neubaus zumindest teilweise nach den individuellen Wünschen der Erwerberin erfolgte (Schumacher/Rüegg, Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Auflage, Bern 2001, S. 225 ff.; Gauch, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996, S. 37 f.).

### **Urteil 4C.378/2002 vom 1. April 2003: Erstellung von Plänen**

[Rz 8] Dieses Urteil, welches sich namentlich auch mit Rechtsfragen zur einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) befasst, enthält neben anderem auch die Bemerkung des Bundesgerichts, dass die Erstellung der Pläne für die Baubewilligung eher als werkvertragliche Leistung zu qualifizieren sei, was im konkreten Fall aber offengelassen werden könne (mit Verweis auf BGE 114 II 53 Erw. 2b S. 56).

### **3. Abschluss des Werkvertrages**

[Rz 9] Im Sinne einer Tendenz lässt sich festhalten, dass das Bundesgericht an das Zustandekommen eines Werkvertrages keine allzu strengen Massstäbe ansetzt. Dieser Eindruck wird noch verstärkt, wenn die Rechtsprechung zum Thema «Bestellungsänderungen» (vgl. unten) in die Betrachtung einbezogen wird:

### **Urteil 4C.288/2001 vom 16. Januar 2002: Mündlich abgeschlossener Werkvertrag; Beweismass für Ansprüche aus Art. 377 OR**

[Rz 10] Gestützt auf die Feststellungen des Kantonsgerichts Graubünden bestätigte das Bundesgericht in diesem Fall das Zustandekommen eines mündlich abgeschlossenen Werkvertrages über eine Vertragssumme von mehr als CHF 3 Millionen. Dem Bestand eines Werkvertrages stand im konkreten Fall auch die Tatsache nicht entgegen, dass der Werklohn im Hinblick auf die Höhe des Kaufpreises eines noch nicht abgeschlossenen Kaufvertrages festgesetzt wurde (Erw. 2).

[Rz 11] Vom so zustande gekommenen Werkvertrag ist der Besteller nach Art. 377 OR zurückgetreten. Bezüglich des Nachweises des nach Art. 377 OR zu vergütenden Schadens ist eine Hypothese darüber aufzustellen, welcher Arbeitsaufwand im Fall der Ausführung des Werkes notwendig gewesen wäre. Dabei kann auf das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit abgestellt werden (Erw. 4c).

### **Urteil 4C.55/2002 vom 30. Juli 2002: Werklieferungsvertrag trotz fehlender Baubewilligung und Finanzierung**

[Rz 12] Bestellt war eine nach bestimmten Wünschen gefertigte Küche für ein Restaurant. Angesichts der Tatsache, dass es sich um eine Spezialanfertigung handelte, hat das Bundesgericht dieses Rechtsverhältnis als Werklieferungsvertrag qualifiziert (Erw. 2.2). Der Besteller war der Meinung, der Vertrag sei für ihn nicht mehr bindend, weil er weder eine entsprechende Baubewilligung noch entsprechende Bankkredite erhalten habe. Bezüglich der nicht erteilten Baubewilligung und der nicht erhaltenen Kredite bestätigte das Bundesgericht die Vorinstanz dahingehend, dass zur Beurteilung der bestrittenen Verbindlichkeit des Vertrags ausschlaggebend sei, ob der Werkliefervertrag entsprechenden (suspensiven) Bedingungen unterstellt worden war. Das wurde im konkreten Fall verneint.

### **Urteil 4C.320/2002 vom 3. Februar 2003: Arbeitsbeginn vor Vertragsabschluss**

[Rz 13] Weil sich die Parteien nicht über den Preis einigen konnten, kam kein Werkvertrag zustande. Während der

Verhandlungen begann der Unternehmer aber (im Juni 1998) mit Wissen des Interessenten mit der Ausarbeitung von Plänen und Zeichnungen. In den Verhandlungen bezifferte der Interessent die vorgesehene Vergütung für die Monate Juni und Juli auf CHF 40'000. Am 31. Juli brach der Interessent die Verhandlungen ab.

[Rz 14] Das Bundesgericht befand, dass der Interessent beim Unternehmer das begründete Vertrauen in die Ernsthaftigkeit der Verhandlungen und in das Zustandekommen einer Einigung über eine CHF 15'000 übersteigende Vergütung erweckt habe (Erw. 3.3). Dieses erweckte Vertrauen habe er enttäuscht, indem er die Vertragsverhandlungen erst am 31. Juli 1998 abbrach, obwohl er wusste, dass der Unternehmer die Bauwerkarbeiten bereits aufgenommen hatte. Der Interessent haftete daher dem Unternehmer aus *culpa in contrahendo* (Verschulden bei Vertragsverhandlungen) für den Schaden, welcher dem Unternehmer daraus entstand, dass er im Vertrauen auf die Erklärungen des Interessenten die Werkarbeiten aufnahm und während den Verhandlungen fortsetzte (Erw. 3.4).

### **Urteile 4C.85/2003, 4C.87/2003, 4C.89/2003 und 4C.91/2003 vom 25. August 2003: Abgrenzung Generalunternehmervertrag / Architektenvertrag, Anscheinsvollmacht des Architekten**

[Rz 15] Diverse am Bau des Chalets «Z.» beteiligte Unternehmer klagten gegen den Eigentümer, Herrn P., auf Zahlung des Werkpreises. Herr P. liess dagegen diverse Argumente vorbringen, darunter namentlich folgende:

- Herr P. habe mit Herrn E., einem «constructeur de chalets» einen Totalunternehmervertrag abgeschlossen. Mit den einzelnen am Bau beteiligten Unternehmern stehe er in keinem Vertragsverhältnis. Das Bundesgericht analysierte daraufhin den Vertrag von Herrn P. mit Herrn E. und kam zum Schluss, dass es sich nicht um einen Totalunternehmervertrag sondern um einen Architektenvertrag handle. Es stützte sich dabei auf Passagen im Vertrag, welche es als für einen Architektenvertrag typisch beurteilte, namentlich auf folgende (Erw. 4.5):
  - Die Bauleitung wurde als Aufgabe von Herrn E. bezeichnet.
  - Herr P. verpflichtete sich, die Rechnungen, die sein Chalet betreffen, zu bezahlen und er behielt sich vor, die Offerten der Unternehmer zu genehmigen.
  - Herr E. hatte die Rechnungen der Unternehmer zu unterzeichnen und sollte für Ingenieurarbeiten eine separate Vergütung erhalten.

Dagegen wurde ausdrücklich nicht darauf abgestellt, dass die Vergütung von Herrn E. als «Honorar» bezeichnet wurde, da diese Terminologie auch dann gebräuchlich sei, wenn Architekten einen Werkvertrag abschliessen.

- Herr E. habe nicht die Vollmacht gehabt, Verträge im Namen von Herrn P. abzuschliessen. Dazu hielt das Bundesgericht fest, dass auch der mit der Vergabe beauftragte Architekt allein gestützt auf Art. 396 Abs. 2 OR keine Vollmacht habe, im Namen des Bauherrn Verträge abzuschliessen. Im vorliegenden Fall kam das Bundesgericht allerdings zum Schluss, dass eine externe Anscheinsvollmacht vorgelegen habe, weil Herr P. von der Tätigkeit der Unternehmer wusste und gegen die Vergabe durch seinen Architekten trotzdem nicht eingeschritten sei. Er habe sogar noch Zusatzaufträge erteilt.
- Die Vorinstanz habe den Werklohn fälschlicherweise gestützt auf Art. 374 OR (Wert der Arbeit und Aufwendungen) bemessen. In Ermangelung eines Vertragsverhältnisses mit den Unternehmern, hätte deren Entschädigung auf der Basis von Art. 672 ZGB (Entschädigung für eingebautes Material) bemessen werden müssen. Weil das Bundesgericht aber davon ausging, dass Werkverträge zwischen Herrn P. und den Unternehmern zustande gekommen sind, war Art. 374 OR die korrekte Basis für die Bemessung des Werklohnes (Erw. 6.2.2). Der Werklohn ist nach Art. 372 Abs. 1 OR bei der Ablieferung zahlbar. Die Berufung auf einen Rückbehalt wegen Mängeln scheiterte schon daran, dass Herr P. nicht rechtzeitig Mängelrüge erhoben hatte (Erw. 7.2).
- Die Unternehmer hätten gemeinsam mit Herrn E. die Kostenüberschreitung verursacht und würden daher solidarisch mit Herrn E. für den Schaden haften. Dazu hielt das Bundesgericht schlicht fest, dass die Unternehmer Herrn E. nicht geschädigt hätten und ihm daher auch nicht haften (Erw. 8.2.2).

[Rz 16] Das Vorgehen des Bundesgerichts in Bezug auf die Frage des Zustandekommens des Vertrages ist unseres Erachtens nicht ganz schlüssig: Die primäre Frage sollte nicht Qualifikation des Vertrages des Architekten mit dem Bauherrn sein, sondern die Frage, ob der Architekt mit dem Unternehmer (a) im Namen des Bauherrn (extern) und (b) gestützt auf eine gültige Vollmacht (intern) einen Vertrag abgeschlossen hat. Im vorliegenden Fall fehlt eine gültige Vollmacht, so dass die Folgefrage nach einer Anscheinsvollmacht gestellt werden kann. Diese Frage lautet, ob ein den Vertragsabschluss duldendes Verhalten vorliegt. Das wäre zu verneinen, wenn der Bauherr gutgläubig

davon ausgehen könnte, dass die in seinem Chalet arbeitenden Unternehmer als Subunternehmer seines Architekten (als Generalunternehmer) tätig sind. In diesem Rahmen, stellt sich dann die Frage, wie er sich – gestützt auf seinen Vertrag mit dem Architekten – die Anwesenheit der Unternehmer erklären musste. Das Bundesgericht hat dieses Thema aber an den Anfang gestellt.

#### 4. Bestellungenänderungen und deren Vergütung

[Rz 17] In den Urteilen des Bundesgerichts zu Bestellungenänderungen fällt vor allem die Tendenz auf, den Unternehmer im Vertrauen auf die Verbindlichkeit und Entgeltlichkeit von Bestellungenänderungen zu schützen – trotz gegenläufiger Vertragsklauseln und nicht ganz lupenreiner Vollmachten der Bauleitung. Letztlich ergibt sich daraus, dass gegen Bestellungenänderungen gerichtete Vertragsklauseln den Bauherrn kaum vor Mehrkosten schützen, ausser wenn er während der Bauarbeiten aktiv auf deren strikten Einhaltung besteht. Für die Praxis von Bedeutung ist dabei namentlich auch, dass die Vergütungspflicht bei Bestellungenänderungen nach Gesetzesrecht nicht davon abhängt, ob der Unternehmer die Mehrkosten vorab angezeigt hat.

#### Urteil 4C.409/1999 vom 17. April 2000: Definition der Bestellungenänderung

[Rz 18] Ein Unternehmer führte für eine Wäscherei die elektromechanischen Arbeiten aus. Nach Abschluss der Arbeiten machte er Nachforderungen geltend. Ein gerichtlich bestellter Experte kam zum Schluss, dass die Ausschreibungsunterlagen unvollständig und ungenau gewesen seien.

[Rz 19] Das Bundesgericht gab in diesem Zusammenhang folgende Definition einer Bestellungenänderung ab (Erw. 1c bb): «Il y aura modification de commande lorsque, par exemple, l'entrepreneur doit fournir des prestations supplémentaires, abandonner des travaux déterminés ou encore exécuter certains travaux d'une manière différente de celle qui avait été convenue, que ce soit avec d'autres matériaux ou une autre méthode.» In casu folgte das Bundesgericht, es sei von vergütungspflichtigen Mengenänderungen auszugehen wegen Ungenauigkeiten in den Ausschreibungsunterlagen und in den Plänen.

[Rz 20] Das Bundesgericht verwies darauf, dass sich die Zusatzvergütung nach Art. 374 OR bemesse (Erw. 1c cc). Das Bundesgericht bestätigte ausserdem, dass für Mehrkosten im Rahmen von Bestellungenänderungen keine Anzeigepflicht besteht – im Unterschied zu Mehrkosten im Rahmen von Art. 373 Abs. 2 OR («*clausula rebus sic stantibus*») (Erw. 3a). Im vorliegenden Fall war der Bauherr durch die Protokolle der wöchentlichen Baustellensitzungen allerdings ohnehin über die Tätigkeiten des Unternehmers informiert.

[Rz 21] Bemerkenswert ist in dieser Entscheidung auch, dass in den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bauherrn eine Klausel enthalten war, wonach der Unternehmer die Mengenangaben in den Ausschreibungsunterlagen zu prüfen habe. Das Kantonsgericht hielt fest, eine Kontrolle habe angesichts der unvollständigen und ungenauen Ausschreibungsunterlagen nach Treu und Glauben nicht verlangt werden können (Erw. 1b). Das Bundesgericht nahm dieses Thema nicht mehr auf.

#### Urteil 4C.189/1999 vom 19. April 2000: Schriftlichkeitsvorbehalt für Bestellungenänderungen

[Rz 22] Ein Werkvertrag hielt fest, dass Bestellungenänderungen der *schriftlichen* Zustimmung des Bauherrn bedürfen («*La négociation de nouveaux prix, de commandes et de compléments de commandes devra se faire avec l'accord écrit du maître de l'ouvrage*»). Im Verlaufe der Bauarbeiten wurden einzelne der ursprünglich vorgesehenen Arbeiten durch andere substituiert. Diese Arbeiten waren zur Einhaltung der Regeln der Baukunst notwendig und erfolgten im Einvernehmen mit der Bauleitung und mit dem Wissen des Bauherrn – aber ohne dessen schriftliche Zustimmung.

[Rz 23] Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass zwischen der Bauleitung und dem Unternehmer ein mündlicher Abänderungsvertrag zustande gekommen sei und dass die schriftliche Zustimmung des Bauherrn nur im Rahmen des ursprünglichen Vertrages, nicht aber für Abänderungsverträge, vorbehalten worden sei (Erw. 2b). Aus der Tatsache,

dass der Bauherr eine Bauleitung eingesetzt hatte und zusammen mit dieser an Baustellensitzungen teilnahm, schloss das Bundesgericht, der Unternehmer habe von einer Vollmacht der Bauleitung zum Abschluss von Änderungsverträgen ausgehen können (Anscheinsvollmacht) (Erw. 3c).

#### **Urteil 4C.57/1999 vom 15. Mai 2000: Nachtragsforderungen, Architektenvollmacht**

[Rz 24] In einem Werkvertrag war vorgesehen, dass Regiearbeiten nur aufgrund formeller Bestellungen («ordre formel») des Architekten geleistet werden dürfen. In der Folge kam es zu mehreren mündlichen Bestellungenänderungen, deren Bezahlung aber verweigert wurde, weil keine schriftliche Bestellung vorlag.

[Rz 25] Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass die einvernehmliche Änderung eines Werkvertrages nicht formgebunden sei und dass, im Falle eines vertraglichen Formvorbehalts, nach Art. 16 OR die Vermutung gelte, der Formvorbehalt diene lediglich Beweis Zwecken (Erw. 3a). Ausserdem hänge bei Zusatzarbeiten die Vergütungspflicht generell nicht davon ab, dass diese formell bestellt worden sind. Es genügt, dass die Zusatzarbeiten angenommen wurden (Erw. 3 mit Hinweis auf SJ 1995, S. 100).

[Rz 26] Weiter machte der Bauherr geltend, der Architekt sei zur Vornahme von Bestellungenänderungen nicht bevollmächtigt gewesen. Dazu hielt das Bundesgericht fest, es bestehe die natürliche Vermutung, dass ein Architekt in fremdem Namen handle und dass er, wenn er eine Bestellung tätigt, als Beauftragter handelt, dessen Verhalten dem Auftraggeber anzurechnen ist (Erw. 4). Im vorliegenden Fall schloss das Bundesgericht auf eine Anscheinsvollmacht, weil der Bauherr wusste, was auf der Baustelle vorging, da er mit dem Architekten an den Baustellensitzungen teilgenommen und die entsprechenden Protokolle erhalten hatte (Erw. 4). Ausserdem habe er die Bestellungen des Architekten ohnehin stillschweigend genehmigt.

[Rz 27] In diesem Entscheid fällt auf, dass sich das Bundesgericht (a) kaum auf die Vertragsklauseln bezieht und (b) aus der Teilnahme des Bauherrn an Baustellensitzungen auf eine Anscheinsvollmacht des Architekten zur Vornahme von Bestellungenänderungen und Zusatzbestellungen schliesst.

#### **Urteil 4C.35/2001 vom 4. März 2002: Keine Anzeige von Mehrkosten bei einer Vertragserweiterung**

[Rz 28] Strittig war namentlich die Vergütung von Vertragserweiterungen. Der Besteller machte geltend, der Unternehmer habe zu keinem Zeitpunkt auf allfällige gegenüber der Offerte anfallenden Mehrkosten aufmerksam gemacht und damit eine Anzeigepflicht verletzt. Das Bundesgericht hielt dazu mit Verweis auf Schumacher (Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Fribourg 1998, Nr. 567) fest, dass den Unternehmer keine Anzeigepflicht treffe, *«weil der Anspruch auf Mehrvergütung für eine Vertragserweiterung weder eine besondere Abrede noch eine Ankündigung der Mehrforderung durch den Unternehmer voraussetzt.»*

#### **Urteil 4C.227/2002 vom 24. Januar 2003: Nicht unterzeichnete Regierapporte**

[Rz 29] Der Bauherr berief sich auf eine Vertragsklausel, wonach nicht visierte Regierapporte bei der Schlussabrechnung nicht berücksichtigt werden und verweigerte daher die Zahlung einer Vergütung für bauherrenseits nicht unterzeichnete Regierapporte. Das Bundesgericht hielt dazu fest, die Vertragsklausel könne nach Treu und Glauben offensichtlich keine andere als ein bloss beweisrechtliche Bedeutung haben. *«Die Vertragsklausel ist mit der Vorinstanz normativ so zu verstehen, dass die Unternehmerin bei fehlender Gegenzeichnung der Regierapporte ihren Aufwand im Nachhinein noch zu beweisen hat und sich nicht auf die beweis erleichternde Unterschrift der Bestellerin als Anerkennung des unternehmerischen Aufwandes berufen kann. Die Auffassung der Beklagten dagegen würde die Vergütungspflicht für Regiearbeiten als solche in die Willkür der Bestellerin stellen, je nachdem ob sie bereit ist, die Rapporte zu unterzeichnen oder nicht. In diesem Verständnis aber wäre die Klausel als Knebelungsvertrag (contrat léonin) sittenwidrig und damit nichtig»* (Erw. 4).

#### **Urteil 4C.11/2003 vom 19. Mai 2003: Genehmigung von Nachtragsofferten**

[Rz 30] Der Bauherr wünschte Bestellungenänderungen, wofür der Unternehmer vier als «Offerten» bezeichnete Auftragsbestätigungen unterbreitete. Strittig war namentlich, ob die nachträglichen Bestellungen im Grundsatz und im Ausmass vom Besteller genehmigt wurden. Das Bundesgericht hielt dazu fest, die Vorinstanz habe den

Vertrauensgrundsatz nicht verletzt als sie auf eine Annahme schloss, denn der Bauherr habe erst beinahe ein Jahr nach der letzten Nachtragsofferte Zweifel geäussert und auch noch nach der vierten Nachtragsofferte in erheblichem Umfang Akontozahlungen geleistet (Erw. 3).

[Rz 31] Das Bundesgericht erachtete es ausserdem für bundesrechtskonform, dass die Vorinstanz dem Bauherrn den Anspruch auf Ersatz vorprozessualer Anwaltskosten gekürzt hatte, weil dieser *«die zahlreichen Abweichungen vom Werkvertrag und den entsprechenden Zeitdruck verursacht»* habe (Erw. 5.3). Dem Bauherrn wurde also der Vorwurf gemacht, er habe den Prozess durch die Menge der Abweichungen vom Werkvertrag und den Zeitdruck selbst verschuldet.

#### **Urteil 4C.292/2002 vom 20. November 2003: Unrichtige Angaben im Leistungsverzeichnis und Art. 373 Abs. 2 OR**

[Rz 32] Eine Pauschalpreisabrede war auf Angaben im Leistungsverzeichnis gestützt, welche – wie der Unternehmer selbst sagte – offensichtlich unrichtig waren, wobei dem Unternehmer allerdings die Baupläne, welche eine Überprüfung erlaubt hätten, nicht zur Verfügung standen.

[Rz 33] Die Nachforderungen des Unternehmers wies das Bundesgericht ab, weil der Unternehmer nach Treu und Glauben gehalten ist, *«deutlich aufscheinenden Fehlern»* bei der Kalkulation nachzugehen und diese zu korrigieren. Wenn er über diese Fehler hinweggeht, so ist es ihm verwehrt, nach Vollendung des Werks wegen Unrichtigkeit der Angaben des Bestellers gestützt auf Art. 373 Abs. 2 OR einen Mehrpreis zu verlangen, wenn die Abweichung eine Mehrleistung des Unternehmers erforderlich macht. Dem Unternehmer wurde vorgeworfen, *«sich bei der Preiskalkulation gewissermassen blind auf die Angaben der Beklagten und ihrer Hilfspersonen verlassen zu haben, obschon sie fachlich zu einer Prüfung durchaus fähig gewesen wäre und es sich nach ihren Angaben um offensichtliche, leicht erkennbare Abweichungen von den wahren Massen gehandelt hat»* (Erw. 3.4).

[Rz 34] Bemerkung: Aus der Sicht des Unternehmers mag es wenig überzeugend sein, dass der Bauherr, welcher qualitativ besonders schlechte und damit *«offensichtlich unrichtige»* Angaben macht, letztlich vor Mehrforderungen geschützt wird, während weniger gravierende und daher nicht *«offensichtliche»* Fehler zu Mehrforderungen führen können. Trotzdem halten wir den Entscheid unter wertenden Gesichtspunkten für richtig: Niemand soll erkennbare Irrtümer eines anderen ausnutzen dürfen.

## **5. Mängelhaftung**

[Rz 35] Die Komplexität des Mängelhaftungsrechts spiegelt sich in der Anzahl der zu diesem Thema ergangenen Entscheide. In der Baupraxis komplex ist namentlich das Nebeneinander von Artikel 366 OR (Ersatzvornahme auf Kosten und Gefahr des Unternehmers) und Artikel 107 Abs. 2 OR (Vertragsrücktritt und Ersatz des *«positiven Vertragsinteressens»*). Der dazu veröffentlichte Bundesgerichtsentscheid 126 III 230 brachte einige Klärungen. Das Urteil machte aber auch deutlich, welche grosse Bedeutung der richtigen Wortwahl bei der Ankündigung der Ersatzvornahme zukommt.

[Rz 36] Daneben dürften für die Praxis insbesondere jene Entscheide von Interesse sein, welche sich auf die Wirkung vertraglicher Abweichungen vom gesetzlichen Mängelhaftungssystem beziehen, wie zum Beispiel Haftungsbeschränkungen (Wegbedingung der Haftung für Mangelfolgeschaden) oder besondere Arten der Gewährleistung (*«Haltbarkeitsgarantie»*, *«Systemgarantie»*):

### **5.1 Abmahnung und Selbstverschulden des Bauherrn**

#### **Urteil 4C.452/1999 vom 27. März 2000: Abmahnung im Baustellenprotokoll**

[Rz 37] Auf den Installationsplänen war vorgesehen, dass PE-Kanalisationsrohre mit einem Gefälle von 1% in die Bodenplatten von zwei Häusern zu verlegen waren. Der Sanitär wies den bauleitenden Architekten unverzüglich mündlich darauf hin, dass die Vorgabe des Ingenieurs (1%) unmöglich eingehalten werden kann. Der Sanitär

verfasste daraufhin ein Baustellenprotokoll, in dem er darauf hinwies, dass die Leitungen nicht die Normalgefälle aufweisen. Das Baustellenprotokoll wurde vom Architekten und Vertreter der Bauherrschaft unterzeichnet. In der Folge funktionierte die Kanalisation nicht.

[Rz 38] Der Gerichtsexperte stellte fest, dass ein Gefälle von 1% in Haus A unmöglich gewesen sei, weil auf die Länge der Bodenplatte kein ausreichender Niveauunterschied zur Verfügung stand. Der Sanitär berief sich auf das Baustellenprotokoll als Abmahnung, während der Bauherr Ansicht war, das Baustellenprotokoll erfülle die Anforderungen an eine rechtsgültige Abmahnung nicht.

[Rz 39] Das Bundesgericht hielt dazu einleitend folgendes fest: *«Eine ausdrückliche Abmahnung ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur anzunehmen, wenn eine eindeutige Willenskundgabe des Unternehmers vorliegt, aus welcher der Besteller schliessen muss, dass der Unternehmer die Verantwortung für die vorgeschriebene Ausführung ablehne (BGE 116 II 305 E. 2c/bb S. 308; 95 II 43 E. 3c S. 50).»* Strittig war vorliegend die Frage, ob es einer ausdrücklichen Ablehnung der Verantwortung für die Werkausführung bedarf. Unter Berücksichtigung der Lehre hielt das Bundesgericht dazu folgendes fest (Erw. 2b): *«Zeigt ein Unternehmer klar und deutlich auf, dass und aus welchem Grund die Weisungen des Bestellers zu einem Werkmangel führen müssen, wird daraus in der Regel auch zu folgern sein, er lehne die Verantwortung für die vorgeschriebene Ausführung ab.»* Im konkreten Fall befand das Bundesgericht, dass die Bauherrschaft aus den mündlichen Äusserungen und dem Baustellenprotokoll nach Treu und Glauben schliessen musste, dass der Sanitär die Haftung für die vorgesehene Verlegungsart ausschliesse.

#### **Urteil 4C.16/2003 vom 24. Juni 2003: Kein Anspruch auf Überwachung**

[Rz 40] In diesem arbeitsrechtlichen Fall hatte das Bundesgericht Gelegenheit, den (auch im Werkvertragsrecht bekannten) Grundsatz zu bestätigen *«dass kein Anspruch des Schuldners bestehe, in der Vertragserfüllung vom Gläubiger überwacht zu werden.»* Dabei bezog sich das Bundesgericht auf die Ausführungen von Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., N 1346 f. und 2057 f..

## **5.2 Besondere Garantien**

#### **Urteil 4C.428/1999 vom 17. Februar 2000: Haltbarkeitsgarantie für ein Dach**

[Rz 41] Für eine Dachsanierung räumte ein Unternehmer 10 Jahre Garantie auf Arbeit und Material ein. Im achten Jahr meldete die Bestellerin diverse Wassereintritte. Das Bundesgericht bestätigte die Vorinstanz dahingehend, dass in der Erklärung des Unternehmers *«kein Garantie gesehen werden kann, die eine ständige Wartung des Daches notwendig macht. ... Daraus folgt, dass nicht jeder Mangel Anspruch auf die Garantieleistung gewährt. Blosser Abnutzungserscheinungen sind nicht von der Garantie gedeckt, sofern sie die Tauglichkeit des Objektes zum vorausgesetzten Gebrauch nicht mindern.»* *«Mit der Haltbarkeitsgarantie wird lediglich zugesichert, dass das Dach während der Garantiedauer funktionsfähig und damit wasserdicht bleibt»* (Erw. 2c).

[Rz 42] Der Besteller machte sodann geltend, dass eine umfassende Sanierung nötig sei, da es früher oder später überall zu undichten Stellen kommen werde. Dazu hielt das Bundesgericht fest, dass die Haltbarkeit des Daches nur während 10 Jahren garantiert wurde. *«Die Garantieleistung kann nur für Mängel beansprucht werden, die nachweislich noch innerhalb der Garantiezeit zu undichten Stellen führen würden»* (Erw. 3b).

#### **Urteil 4C.260/2001 vom 4. Januar 2002: Systemgarantie**

[Rz 43] In diesem Urteil hat das Bundesgericht mit Verweis auf (Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Nr. 1385) den Begriff der «Systemgarantie» wie folgt definiert: *«Mit einer sogenannten ‚Systemgarantie‘ wird zugesichert, dass bestimmte Teile einer Kaufsache bzw. des Werkes, die ein zusammenhängendes Ganzes – z.B. eine Aussenverkleidung – bilden, in sich oder mit anderen Elementen einwandfrei zusammen passen oder technisch und funktional funktionieren»* (Erw. 3a). Strittig war, ob es sich im konkreten Fall um eine selbständige Garantie (Verjährungsfrist gem. BGE 122 III 430: 10 Jahre) oder eine unselbständige Garantie handelte (Verjährungsfrist gem. Art. 210 OR: 1 Jahr). Das Bundesgericht urteilte, dies hänge davon ab, *«ob das zugesicherte Zusammenpassen*

*von den Eigenschaften der Sache im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs oder wesentlich von davon unabhängigen künftigen Faktoren abhängt»* (Erw. 3a). Das wurde im konkreten Fall verneint, weil nicht dargetan war, dass neben der Beschaffenheit des Materials im Zeitpunkt des Gefahrübergangs auch noch vom Material unabhängige künftige Faktoren eine Rolle spielen könnten (Erw. 3b).

#### **Urteil 4C.258/2001 vom 5. September 2002: Haltbarkeitsgarantie**

[Rz 44] In diesem Entscheid ging es um eine Haltbarkeitsgarantie von 10 Jahren für die Beschichtung einer Industriehalle. Die Beschichtung wurde gegen Ende der Zehnjahresfrist undicht.

[Rz 45] Im unpublizierten Teil dieses teilweise publizierten Entscheides (BGE 128 III 416) setzte sich das Bundesgericht neben anderem (vgl. unten unter «Mängelrüge» und «Nachbesserung und Ersatzvornahme») auch mit den Auswirkungen der zehnjährigen Haltbarkeitsgarantie auf andere Aspekte des Mängelhaftungsrechtes auseinander: Aus der Tatsache, dass eine zehnjährige Garantie vereinbart wurde, schloss das Bundesgericht, dass die Mängelrüge während dieser Frist jederzeit (also auch längere Zeit nach der Entdeckung des Mangels) erhoben werden kann (Erw. 2.2). Weil der Wortlaut der Haltbarkeitsgarantie im Urteil nicht wiedergegeben ist, lässt sich diese Auslegung des Bundesgerichts allerdings nicht nachvollziehen. Das Bundesgericht folgerte zudem dass die Verjährungsfrist angesichts der zehnjährigen Garantiefrist ebenfalls zehn Jahre betragen müsse (Erw. 4.1.2).

[Rz 46] Im vorliegenden Fall war zudem die Frage zu beantworten, ob die verlangte Nachbesserung im Verhältnis zu den Interessen des Bauherrn nicht «übermässige Kosten» im Sinne von Art. 368 Abs. OR verursachen würde. Die Tatsache, dass die Haltbarkeitsgarantie auf 10 Jahre beschränkt war, stellte das Bundesgericht bei dieser Abwägung der Interessen nicht in Rechnung (Erw. 4.1.3). Unseres Erachtens hätte das Bundesgericht nicht das Interesse des Bauherrn an einem dichten Dach gewichten müssen, sondern den nach jahrelanger Dichtigkeit noch verbleibenden vertraglichen Anspruch auf die Restdauer der vereinbarten oder vorausgesetzten Haltbarkeitsdauer.

[Rz 47] Vgl. zum ganzen Entscheid auch die Urteilsbesprechung von Hürlimann/Siegenthaler, Jusletter 17. März 2003; recht 2003, Heft 4, S. 154)

### **5.3 Mängelrüge**

#### **Urteil 4C.401/1999 vom 22 Mai 2000: Vertragliche Wegbedingung der Untersuchungs- und Rügeobligenheit**

[Rz 48] Ein Unternehmer verpflichtete sich gegenüber einem Besteller, roten Marmor aus einem Steinbruch zu brechen, zu reinigen, zu zerkleinern und ins Tal zu transportieren. Für den Fall von Mängeln enthielt der Vertrag eine Klausel, welche vorsah, dass allfällige Abzüge, welche der Endabnehmer vornimmt, dem Unternehmer von der Schlussabrechnung abgezogen werden («eventuali deduzioni da parte dei clienti per pezzi troppo grandi o per aver spedito materiale sporco verranno dedotte dal conteggio finale»). Der Unternehmer lieferte den Marmor im Sommer 1991 auf einen geteerten Platz beim Bahnhof Poschiavo, von wo er im Oktober 1992 an einen Endabnehmer geliefert wurde. Dieser Endabnehmer verweigerte die Abnahme, weil der Marmor mit anderem Gestein durchsetzt war und nicht der vereinbarten Qualität entsprach. Der Besteller machte darauf gegenüber dem Unternehmer Schadenersatzansprüche geltend. Der Unternehmer berief sich darauf, dass der Besteller keine Mängelrüge erhoben hatte. Der Besteller stellte sich dagegen auf den Standpunkt, die vorerwähnte Vertragsklausel bedeute, dass es für eine Haftung des Unternehmers genüge, wenn der Endabnehmer Abzüge vornimmt, was letztlich auf eine Ausdehnung der Gewährleistung bis zur Prüfung durch den Endabnehmer hinausläuft. Das Bundesgericht hielt dazu fest, eine so gewichtige vertragliche Abweichung vom gesetzlichen Konzept des Artikels 367 OR (Prüfungs- und Rügepflicht) müsste klar und ausdrücklich im Vertrag erwähnt werden (Erw. 4 b). Diesen Anforderungen genüge die entsprechende Klausel im vorliegenden Fall nicht.

#### **Urteil 4C.159/1999 vom 28. Juli 2000: Rechtzeitigkeit der Mängelrüge, keine Ermächtigung zur Ersatzvornahme**

[Rz 49] Ein Unternehmer lieferte und installierte im Jahre 1976 Heizungs- und Kälteisolationen in Gebäuden des Kantons Zürich (Universität). Am 18. Februar 1982 und am 25. März 1982 fanden Sitzungen statt, in denen in der



Zwischenzeit zutage getretene Mängel besprochen und protokolliert wurden.

[Rz 50] Es stellte sich die Frage, ob die Mängel nach Art. 370 Abs. 3 OR sofort nach der Entdeckung angezeigt worden sind. Das Obergericht Zürich kam zum Schluss, dass zwischen Entdeckung und Rüge sechs Wochen verstrichen seien. Weil es sich beim Besteller aber um eine öffentlichrechtliche Institution handle, seien die internen Kommunikationswege länger (Dienstweg), so dass sechs Wochen als Rügefrist noch vertretbar seien. Dieser Ausnahmeregelung für Staatswesen widersprach das Bundesgericht: *«Entgegen der Annahme der Vorinstanz kann es zudem keinen Unterschied machen, dass beim Kläger die Einhaltung des vorgeschriebenen Dienstweges zu Verzögerungen führen kann. Wie lange sich der Besteller mit der Rüge Zeit nehmen darf, ist nach objektiven Kriterien zu beurteilen»* (Erw. 1b bb).

[Rz 51] Zur Bemessung der Rügefrist führte das Bundesgericht dann folgendes aus: *«Ist der Schaden einmal zuverlässig erkannt worden – und davon darf ausgegangen werden, wenn zuerst vereinzelt aufgetretene Rostschäden sich im Verlauf von ein bis zwei Wochen zusehends vermehren – so ist auch vorliegend nicht ersichtlich, weshalb dem Kläger mehr als eine Woche zur Formulierung einer Mängelrüge zugestanden werden muss»* (Erw. 1b bb). Gestützt auf eine Beobachtungsfrist von ein bis zwei Wochen und einer Erklärungsfrist von einer Woche kam das Bundesgericht im vorliegenden Fall zum Schluss, dass die Mängelrüge im vorliegenden Fall rechtzeitig erfolgt sei.

#### **Urteil 4C.149/2001 vom 19. Dezember 2001: Ausschluss der Haftung für Mangelfolgeschaden**

[Rz 52] In diesem Fall ging es um die Lieferung und Installation eines speziellen Behälters («réservoir de stockage de froid latent»), welcher einen Defekt aufwies, der zum Auslaufen von vier bis sechs Kubikmeter Glykol führte. Gegen die Forderungen des Bestellers wehrte sich der Lieferant unter andern mit dem Argument, die Mängelrüge sei verspätet erhoben worden. Das Bundesgericht hielt dem entgegen, dieser Einwand sei verwirkt, weil der Lieferant durch die Vornahme von Nachbesserungsarbeiten stillschweigend auf diesen Einwand verzichtet habe. Das Bundesgericht verweist dabei auf Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 2163. Es fällt uns allerdings auf, dass nach dieser Literaturstelle ein stillschweigender Verzicht nur dann anzunehmen ist, *«wenn die Umstände des Einzelfalles eindeutig darauf schliessen lassen»* (Erw. 5).

#### **Urteil 4C.286/2001 vom 22. Januar 2002: Mängelrüge; Ersatzvornahme bei der Nachbesserung**

[Rz 53] Das Bundesgericht bestätigte die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach der Unternehmer, welcher Nachbesserungsarbeiten ausgeführt hat, nicht in guten Treuen behaupten könne, die Mängelrüge sei nicht korrekt erfolgt (Erw. 3b). Im übrigen bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung (BGE 107 II 50, BGE 109 II 42) wonach der Besteller die Mängelbehebung auch ohne richterliche Ermächtigung einem Dritten übertragen könne, wenn der Unternehmer nicht willens oder nicht in der Lage ist, einen Mangel zu beheben (Erw. 3d).

#### **Urteil 4C.258/2001 vom 5. September 2002: Detailliertheit der Mängelrüge**

[Rz 54] In diesem Entscheid ging es um eine Haltbarkeitsgarantie von 10 Jahren für die Beschichtung einer Industriehalle. Die Beschichtung wurde gegen Ende der Zehnjahresfrist undicht.

[Rz 55] In diesem teilweise publizierten Entscheid (BGE 128 III 416) setzte sich das Bundesgericht neben anderem (vgl. oben unter «Besondere Garantien» und unten «Nachbesserung und Ersatzvornahme») auch mit dem Inhalt der Mängelrüge auseinander: Das Bundesgericht hielt fest, *«dass der Mangel, der gerügt werden soll, genau anzugeben ist, sodass der Unternehmer erkennen kann, was an seinem Werk beanstandet wird.»* Ob eine Mängelrüge hinreichend detailliert ist, bestimmt sich also danach, ob der Unternehmer erkennen kann, was beanstandet wird.

### **5.4 Nachbesserung und Ersatzvornahme**

#### **Urteil 4C.411/1999 vom 4. Februar 2000: Verzicht auf die Mängelrechte**

[Rz 56] Nachdem eine mit «Legoflex» abgedichtete Terrasse undicht geworden war, verpflichtete sich der Unternehmer, eine zweite Abdichtung vorzunehmen, während der Besteller im übrigen auf sämtliche Mängelrechte

verzichtete. Der Besteller berief sich dann auf Artikel 100 Abs. 1 OR und machte die Ungültigkeit seines Verzichts in Bezug auf grobfahrlässig verursachte Mängel geltend. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass Artikel 100 Abs. 1 OR dem Wortsinn dieser Bestimmung entsprechend nur auf eine «zum voraus getroffene Verabredung» anwendbar ist, nicht aber auf den Verzicht, welcher *nach* Kenntnis der Mängel erfolgt (Erw. 2 b). Der Besteller machte sodann geltend, sein Verzicht unterstehe zumindest insofern Artikel 100 Abs. 1 OR, als es um Mängel gehe, welche auch nach der Nachbesserung weiterbestanden. Das Bundesgericht stellte dazu folgendes fest: Artikel 100 OR schliesst den vor der Nachbesserung erfolgten Verzicht auf Haftungsansprüche für grobfahrlässig verursachte Mängel aus, welche zum ersten Mal nach der Nachbesserung auftreten und vorher nicht existierten (Erw. 2 c). Im vorliegenden Fall ging es aber nicht um neue Mängel, sondern um dieselben Mängel, welche auch vor der zweiten Abdichtung bestanden, so dass der Verzicht auf die Mängelrechte für diese bereits bekannten Mängel dem Artikel 100 OR nicht unterstand.

#### **Urteil 4C.159/1999 vom 28. Juli 2000: Keine Ermächtigung zur Ersatzvornahme**

[Rz 57] Ein Unternehmer lieferte und installierte im Jahre 1976 Heizungs- und Kälteisolationen an Gebäuden des Kantons Zürich. Am 18. Februar 1982 und am 25. März 1982 fanden Sitzungen statt, in denen in der Zwischenzeit zutage getretene Mängel besprochen und protokolliert wurden.

[Rz 58] Weil der Unternehmer die Nachbesserung verweigerte, nahm der Kanton eine Ersatzvornahme vor. Der Unternehmer berief sich diesbezüglich auf die Lehrmeinung von Gauch (Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, S. 488 f, N. 1820 ff.), wonach sich eine Ersatzvornahme ohne richterliche Ermächtigung (d.h. in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR) nicht rechtfertigt, wenn keine besondere Dringlichkeit vorliegt. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass es in direkten Anwendungsfällen von Art. 366 Abs. 2 OR genüge, wenn die mangelhafte Werkausführung nur schon *voraussehbar* ist. Wenn das Werk bereits fertiggestellt ist und noch Nachbesserungen nötig sind, so stehe die Mangelhaftigkeit bereits fest und es komme unvermeidlich zu Verzögerungen, so dass es unbillig wäre, dem Besteller die ihm in Art. 366 Abs. 2 OR gewährte besondere Beschleunigung hier vorzuenthalten (Erw. 4).

[Rz 59] Der Unternehmer machte weiter geltend, dass die fehlende Eignung des von ihm gelieferten Werkstoffes «Afrocol» bei der Erstellung nicht bekannt war. Das fehlende Verschulden bei der Auswahl des Werkstoffes entlastete ihn aber nicht: Der Kanton hatte nicht gültig auf den Nachbesserungsanspruch verzichtet und verlangte demnach nicht Schadenersatz, sondern die Erstattung der Kosten der Ersatzvornahme (analog Art. 366 OR). *«Wie der Nachbesserungsanspruch, so ist auch der Anspruch auf Erstattung der Kosten der Ersatzvornahme unabhängig vom Verschulden des Unternehmers am Mangel; vorausgesetzt ist einzig, dass der Besteller den Mangel nicht selbst verschuldet hat (Art. 369 OR; Gauch, a.a.O., S. 249 N. 880 f.)»* .

[Rz 60] Damit hat das Bundesgericht aufgezeigt, dass ein Besteller, welcher im Falle der nicht erfolgten Nachbesserung nach Art. 107 Abs. 2 OR (statt analog nach Art. 366 Abs. 2 OR) vorgeht, riskiert seinen Anspruch zu verlieren, wenn der Unternehmer sein fehlendes Verschulden nachweisen kann (z.B. mit der «state of the art defence»).

#### **Urteil 4C.80/2001 vom 4. April 2001: Nachbesserungsrecht des Unternehmers trotz nicht behebbaren Mängeln**

[Rz 61] Im Werkliefervertrag für einen Kartonnierautomaten war vereinbart, dass die Bestellerin auch im Falle von Beanstandungen die Zahlung des Werklohnes nicht zurückhalten durfte. Nach der Ablieferung rügte die Klägerin verschiedene Mängel und verlangte die Nachbesserung. Die Herstellerin bot die Nachbesserung an, verlangte aber vorab die Zahlung des noch ausstehenden Werklohnes. Die Bestellerin teilte darauf mit, dass sie den Vertrag aufhebe, weil die Maschine nicht behebbare Mängel aufweise.

[Rz 62] Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass es dem Unternehmer grundsätzlich frei steht, wie er bei der Nachbesserung den vertragsgemässen Zustand herstellt, insbesondere könne er anstelle einer Nachbesserung des bestehenden Werkes eine Neuherstellung vornehmen (Erw. 3a). Das Bundesgericht kam daher zum Schluss, dass der Bestand des Nachbesserungsrechts des Unternehmers nicht davon abhängt, ob eine Mängelbehebung objektiv möglich ist, weil die Nachbesserungsschuld durch Herstellung eines neuen Werkes erfüllt werden kann (Erw. 3b).

**Urteil 4C.258/2001 vom 5. September 2002: Verjährungsunterbrechung, Anspruch auf ein anderes Werk mit gleicher Funktion?**

[Rz 63] In diesem Entscheid ging es um eine Haltbarkeitsgarantie von 10 Jahren für die Beschichtung einer Industriehalle. Die Beschichtung wurde gegen Ende der Zehnjahresfrist undicht.

[Rz 64] Im unpublizierten Teil dieses teilweise in der Amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheides (BGE 128 III 416) setzte sich das Bundesgericht neben anderem (vgl. oben unter «Besondere Garantien» und «Mängelrüge») auch mit der Unterbrechung der Verjährungsfrist beim Nachbesserungsanspruch auseinander: Das Bundesgericht stellte fest, dass die Verjährung des Nachbesserungsanspruchs nicht mit einer Betreibung unterbrochen werden kann (Erw. 4.1.2). Ungeklärt blieb dabei, wie das mit der bewährten Rechtsprechung zur sogenannten «übergreifenden Wirkung der Verjährungsunterbrechung» (BGE 96 II 185) in Einklang zu bringen ist (wonach die vor der Wahl des Mängelrechtes erfolgte Unterbrechungshandlung für alle Mängelrechte wirkt). Im vorliegenden Fall hielt das Bundesgericht die Unwirksamkeit der Betreibung allerdings nicht für ausschlaggebend, weil Nachbesserungsarbeiten vorgenommen worden waren, welche als verjährungsunterbrechende Anerkennungshandlungen zu qualifizieren seien (Erw. 4.1.2). Im gleichen Entscheid hielt das Bundesgericht allerdings fest, dass jene Nachbesserungsarbeiten nicht die Dichtigkeit sondern einen anderen Mangel betrafen (Erw. 4). Das Bundesgericht scheint also davon auszugehen, dass die Anerkennung eines Mangels auch für alle anderen Mängel verjährungsunterbrechend wirkt, welche die gleiche technische Ursache haben (Hürlimann/Siegenthaler, Jusletter 17. März 2003; recht 2003, Heft 4, S. 154)

[Rz 65] Weiter befasst sich der Entscheid mit der Frage, ob der Unternehmer verpflichtet sein kann, anstelle der Nachbesserung eines bestehenden ein neues Werk zu erstellen. Dazu hielt das Bundesgericht folgendes fest: *«Wenn die Nachbesserung aus sachlichen Gründen unmöglich, die Neuherstellung eines mangelfreien Werkes aber möglich ist, hat der Besteller das Recht, vom Unternehmer die mögliche Neuherstellung anstatt der unmöglichen Nachbesserung zu verlangen»* (Erw. 4.1.4). Im vorliegenden Fall ging das Bundesgericht aber noch weiter, weil es den Unternehmer verpflichtete, die Neuherstellung statt mit dem ursprünglichen Produkt («Vatec pur») mit «Sarnafil» vorzunehmen. Es geht aus den bundesgerichtlichen Erwägungen nicht hervor, ob damit im Rahmen des Nachbesserungsrechts sogar ein Recht auf Erstellung eines *anderen* Werkes mit gleicher Funktion anerkannt werden sollte.

[Rz 66] Im publizierten Teil des Urteils (BGE 128 III 416) hielt das Bundesgericht fest, dass bei unterlassener Nachbesserung im Rahmen der analogen Anwendung von Artikel 366 OR ein Anspruch auf Bevorschussung der Kosten der Ersatzvornahme bestehe.

**5.5 Minderung und Wandelung****Urteil 4C.201/2000 vom 12. Juni 2001: Minderung**

[Rz 67] Beim Verkauf eines noch im Bau befindlichen Einfamilienhauses wurde im Vertrag namentlich auf die «Projektpläne gemäss Baubewilligung» verwiesen. Wegen Problemen mit dem Grund- und Hangwasser musste das Kanalisationskonzept geändert werden und eine zusätzlich Pumpe installiert werden. Die Käufer klagten auf Zahlung der zusätzlichen Unterhalts-, Betriebs- und Ersatzkosten. Die Verkäufer hielten dem namentlich entgegen, es handle sich dabei um Mangelfolgeschaden (Folge eines Planfehlers), der nur im Falle eines Verschuldens zu ersetzen sei. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass die Abweichung des Entwässerungssystems vom ursprünglichen Plan entgegen der Annahme der Beklagten einen Mangel darstelle und die entsprechenden Mehrkosten daher im Mangel selbst begründet seien und deshalb nicht als Mangelfolgeschaden zu qualifizieren sind (Erw. 4).

[Rz 68] Die Verkäufer machten auch geltend, dass kein Minderwert vorliege, weil das schliesslich erstellte Bewässerungskonzept in Ordnung sei. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass *«die tatsächliche Vermutung, der objektive Minderwert entspreche im vorliegenden Fall den kapitalisierten Mehrkosten, welche das tatsächlich realisierte Entwässerungssystem gegenüber dem ursprünglich geplanten System verursache, bundesrechtlich nicht zu beanstanden ist.»*

**Urteil 4C.294/2001 vom 3. Januar 2002: Abtretung von Mängelrechten; Minderung**

[Rz 69] Die Abtretung der werkvertraglichen «*Garantieansprüche, insbesondere des Nachbesserungsrechts*» an die Käufer eines Einfamilienhauses beinhaltet – soweit nichts anderes vereinbart ist – keine Verpflichtung der Käufer, zunächst von den Unternehmern Nachbesserung zu verlangen. Die Käufer können statt der abgetretenen Ansprüche gegen die Unternehmer die kaufrechtliche Mängelhaftung des Verkäufers in Anspruch nehmen, namentlich die Minderung (Erw. 2 b). Als Alternative zur relativen Methode kann der Minderwert mit den tatsächlichen oder geschätzten Verbesserungskosten gleichgestellt werden, wenn die Umstände des Einzelfalles eine entsprechende tatsächliche Vermutung zulassen (Bestätigung von BGE 111 II 162 E 3 c für den Kaufvertrag und von BGE 116 II 305 E. 4a für den Werkvertrag) (Erw. 3 b).

**Urteil 4C.126/2002 vom 19. August 2002: Wandelung; Begriff des Mangelfolgeschadens**

[Rz 70] Ein Unternehmer montierte einen vom Besteller gelieferten Kran Aufbau auf einem Lastwagen. Die Montage erfolgte in Verletzung der Aufbauvorschriften des Herstellers, so dass der Kran nicht einwandfrei funktionierte. Der Besteller liess die Mängel, mit Einverständnis des Unternehmers, durch einen Dritten beheben (Erw. A d). Das Bundesgericht betrachtete diese Mängelbehebung jedoch nicht als Wahl des Nachbesserungsrechts, so dass es dem Besteller nicht verwehrt war, nach erfolgter Mängelbehebung auf Wandelung zu klagen (Erw. 1.2). Die Wandelung bedeutet, dass der Unternehmer den Werklohn zurückerstatten muss, während der Besteller das Werk zurückgeben muss. Wenn die Leistungen jedoch ausschliesslich aus Montagearbeiten bestehen (kein eingebauter Stoff), so ist eine Rückgabe des Werkes nicht möglich, was der Wandelung aber nicht entgegenstand (Erw. 2.2). Verkannt hatte die Vorinstanz den Begriff des Mangelfolgeschadens, indem es dem Besteller die Kosten der Behebung der Mangelhaftigkeit zusprach. Schäden, die im Mangel selbst begründet sind, gelten nicht als Mangelfolgeschaden. Dagegen sind die Kosten der Behebung von Schäden am Lastwagen Mangelfolgeschaden, welche durch den Unternehmer zu ersetzen ist.

**Urteil 4C.301/2002 vom 22. Januar 2003: Wandelung bei vertraglich ausgeschlossener Minderung**

[Rz 71] In einem gemischten Grundstückkauf-/Werkvertrag (Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht) für eine 4.5 Zimmer-Wohnung, beanstandete die Käuferin zahlreiche Mängel, welche je für sich allein nur von untergeordneter Bedeutung waren. Der Generalunternehmer verweigerte die Nachbesserung. In der Folge klagte die Käuferin auf Wandelung.

[Rz 72] Wie die Vorinstanz war das Bundesgericht der Ansicht, dass der Käuferin die Annahme «nicht zugemutet werden kann» (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 3 SIA-Norm 118) und gestand der Käuferin das Wandelungsrecht zu. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Vorinstanz dabei ihren Ermessensspielraum nicht verletzt hatte und zwar namentlich aus folgenden Gründen:

- Das Minderungsrecht war vertraglich ausgeschlossen worden, so dass der Käuferin nur die Nachbesserung und die Wandelung verblieb. Da der Generalunternehmer trotz ausdrücklicher Aufforderung seitens der Käuferin von der Möglichkeit der Nachbesserung keinen Gebrauch machte, habe er das Risiko in Kauf genommen, dass sich die Käuferin für die Wandelung entscheide würde (Erw. 3.4.2).
- Obschon die Mängel je für sich allein von untergeordneter Bedeutung waren, kann das Wandelungsrecht bejaht werden, wenn die mehreren Mängel zusammen die Annahme des Werkes unzumutbar machen (Erw. 3.4.2 mit Verweis auf Gauch, Der Werkvertrag, N. 1564).

**5.6 Haftung für Mangelfolgeschaden****Urteil 4C.149/2001 vom 19. Dezember 2001: Ausschluss der Haftung für Mangelfolgeschaden**

[Rz 73] In diesem Fall ging es um die Lieferung und Installation eines Flüssigkeitsbehälters («réservoir de stockage de froid latent»), welcher einen Defekt aufwies, der zum Auslaufen von vier bis sechs Kubikmeter Glykol führte. Gegen die Forderungen des Bestellers wehrte sich der Lieferant unter andern mit dem Argument, die Haftung für Mangelfolgeschaden sei vertraglich ausgeschlossen worden. Das Bundesgericht hielt dazu in Anlehnung an die

Vorinstanz fest, dass die entsprechende Klausel im Vertrag die Haftung für Mangelfolgeschaden zweifellos ausschliesst. Im vorliegenden Fall war das Bundesgericht allerdings der Meinung, es liege ein schweres Verschulden vor («faute grave»), so dass die vertragliche Haftungsbeschränkung nicht zur Anwendung komme (Art. 100 Abs. 1 OR). Das schwere Verschulden wurde darin gesehen, dass der Lieferant, welcher sich als Spezialist präsentiert, sei von den Plänen des Bestellers abgewichen, habe notwendige Verstärkungen nicht vorgesehen und habe Schweissnähte von schlechter Qualität geliefert. Die Argumentation des Bundesgerichts macht unseres Erachtens den Eindruck, als ob von der Schwere des Mangels (d.h. der Erheblichkeit der Vertragsabweichung) auf die Schwere des Verschuldens geschlossen worden sei (Erw. 8c).

## 6. Sorgfaltspflichten

[Rz 74] Die Haftung des Unternehmers aus Sorgfaltspflichtverletzungen fristet in der Rechtsliteratur eher eine Randexistenz. Manchmal wird sie aber zum Rettungsring für Bauherren, welche die kurzen Rüge- oder Verjährungsfristen des Mängelhaftungsrechts verpasst haben:

### Urteil 4C.347/1999 vom 27. Oktober 2000: Verletzung der Anzeigepflicht

[Rz 75] Der Ersteller von Unterlagsböden hatte es unterlassen, den Architekten auf konstruktive Mängel im Aufbau von Terrassenböden hinzuweisen, wodurch er seine Sorgfaltspflicht verletzt hatte. Das Obergericht Zürich kam zum Schluss, dass er wegen der pflichtwidrig unterlassenen Aufklärung vor Aufnahme seiner Arbeit haftet und zwar nach Art. 97 OR, ohne dass es einer Rüge innert der Garantiefrist bedürfe. Es gelte die zehnjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 127 OR. Das Bundesgericht hat die dagegen gerichtete Berufung abgewiesen.

### Urteil 4C.149/2001 vom 19. Dezember 2001: Anzeigepflicht und Selbstverschulden

[Rz 76] In diesem Fall ging es um die Lieferung und Installation eines Flüssigkeitsbehälters («réservoir de stockage de froid latent»). Der Unternehmer empfahl eine Dichtigkeitsprüfung mit Wasser, welche vom Besteller nicht vorgenommen wurde. Der Behälter wies Mängel auf, welche zum Auslaufen von vier bis sechs Kubikmeter Glykol führten. Gegen die Forderungen des Bestellers wehrte sich der Lieferant auch mit dem Argument, den Besteller treffe ein Selbstverschulden (Art. 44 OR), weil er keine Dichtigkeitsprüfung vorgenommen habe. Dem hielt das Bundesgericht entgegen, der Lieferant habe sich nicht damit begnügen dürfen, dem Besteller eine Dichtigkeitsprüfung zu empfehlen. Seine Anzeigepflicht hätte es erfordert, dass er den Besteller zudem über die Konsequenzen der Unterlassung eines Drucktests hätte aufklären müssen. Weil dies nicht erfolgt war, kam Art. 44 OR offensichtlich («manifestement») nicht zur Anwendung (Erw. 7).

[Rz 77] Es stellt sich unseres Erachtens die Frage, ob diese Auffassung des Bundesgerichts über den konkreten Fall hinaus anzuwenden ist: Müssen die Anweisungen des Herstellers zum korrekten Gebrauch seines Werkes zusätzlich auch noch Hinweise auf die möglichen Folgen der Missachtung dieser Anweisungen enthalten?

## 7. Werklohn

[Rz 78] Es fällt auf, dass in Fällen, bei denen die Höhe des Werklohnes streitig ist, letztlich oft nicht materiell-rechtliche Fragen ausschlaggebend sind, sondern die prozessrechtliche ungenügende Substantiierung durch den Unternehmer oder aber die «nicht rechtsgenügende Bestreitung» durch den Besteller.

### 7.1 Entgeltlichkeit

#### Urteil 4C.109/2002 vom 6. September 2002: Entgeltlichkeit einer Planungsleistung

[Rz 79] Ein Architekt erbrachte Planungsleistungen. Strittig war, ob dafür eine Vergütung vereinbart war.

[Rz 80] Das Bundesgericht bestätigte (in Erw. 3.1) seine Rechtsprechung, wonach die Erstellung von Ausführungsplänen und Bauprojekten dem Werkvertragsrecht untersteht (BGE 109 II 462 E. 3b und 3c) und schloss daran an,

- dass die Beweislast für die Entgeltlichkeit zwar grundsätzlich beim Unternehmer liegt (Art. 8 ZGB, vgl. BGE 127 III 522);
- dass es aber eine natürliche Vermutung für das Vorliegen einer stillschweigenden Vergütungsabrede gibt, wenn die Herstellung des Werkes «nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten» ist, «weil die Leistung einer Vergütung unter den gegebenen Umständen üblich ist» (vgl. BGE 119 II 43 ff.);
- dass eine Entgeltlichkeit üblich ist, «wenn sie von einem Architekten im Rahmen seiner Berufsausübung erbracht wird» (BGE 119 II 43).

[Rz 81] In Erw. 3.2 stellte das Bundesgericht dann allerdings nicht auf die Frage der Berufsausübung ab, sondern darauf, dass die Vorinstanz gestützt auf diverse Indizien (insbes. dem Entwurf eines Honorarvertrages) das Bestehen einer Vergütungsabrede festgestellt hatte.

## 7.2 Gerichtliche Durchsetzung

### Urteil 4C.80/1999 vom 20. Januar 2000: Substantiierungspflicht

[Rz 82] In einem Abrechnungsstreit war vor dem Bundesgericht nur noch ein Zuschlag streitig, welcher auf einem bestimmten Beiblatt zur Schlussabrechnung erwähnt war. Der Bauherr hatte im kantonalen Verfahren in diversen Punkten andere Teile der Schlussabrechnung beanstandet, aber dabei nicht erkennen lassen, dass der Zuschlag gemäss diesem Beiblatt nicht gerechtfertigt sei. Das Bundesgericht bestätigte die Vorinstanz dahingehend, dass der Bauherr die grundsätzliche Berechtigung des Zuschlages «mangels genügender Bestreitung» anerkannt hatte. «Bundesrechtlich nicht zu beanstanden ist das Erfordernis, eine Bestreitung derart konkret zu halten, dass sich daraus ergibt, welche einzelnen Behauptungen der Gegenpartei damit bestritten werden sollen (BGE 117 II 113 E. 2).»

### Urteil 4C.188/1999 vom 6. April 2000: Bestreitung des Aufwandes

[Rz 83] Der klagende Unternehmer hatte versucht, seinen Aufwand mit 76 nicht gegengezeichneten Rapporten zu belegen. Der Bauherr bestritt den Aufwand und machte geltend, es sei ihm keine Überprüfung möglich, ob der Aufwand so wie in den Regierapporten festgehalten erbracht worden sei. Das Züricher Obergericht war der Ansicht, dass dies eine pauschale Bestreitung sei, welche den Anforderungen an die Substantiierung nicht genüge. Das Bundesgericht hielt dem entgegen, dass es dem Besteller nicht verwehrt werden kann, vom Unternehmer den rechtsgenügenden Nachweis des tatsächlichen Aufwandes zu verlangen und er sich folglich mit dem blossen Bestreiten begnügen durfte (Erw. 2b).

### Urteil 4C.172/2001 vom 8. August 2001: «rechtsgenügende Bestreitung»

[Rz 84] Eine Unternehmer verpflichtete sich, eine Jacht zu überholen. Bezüglich des Preises sagte er gemäss der Aussage eines Zeugen: «für Fr. 6'000.- kann man einiges machen, ...». Das Bundesgericht deutete das nicht als Vereinbarung eines Paschalpreises nach Art. 373 Abs. 1 OR (Erw. 3b). Im Prozess hatte der Auftraggeber die Forderung des Unternehmers nur als Ganzes bestritten, aber nicht die einzelnen Positionen der Abrechnung. Die einzelnen Positionen wurden daher «mangels rechtsgenügender Bestreitung» als erwiesen erachtet (Erw. 4b).

### Urteil 4C.20/2003 vom 21. März 2003: Kostendach und Abrede über die Beweislastverteilung

[Rz 85] Der Bauherr und Unternehmer vereinbarten die Geltung der SIA-Norm 118. Der Auftrag sollte in Regie, aber mit einem Kostendach ausgeführt werden. Der Architekt gab dann diverse Arbeiten in Auftrag, welche im Vertrag nicht aufgeführt waren und nicht dem Kostendach unterstanden. Das Problem war nun, dass den Regierapporten nicht entnommen werden konnte, ob es sich bei den geleisteten Arbeiten um solche unter dem Kostendach oder um Zusatzarbeiten handelte.

[Rz 86] Das Bundesgericht hielt fest, dass die Vorinstanz fälschlich von einer Kostenüberwachungspflicht des Bestellers ausgegangen sei. Der Besteller eines Werkes ist gegenüber dem Unternehmer nicht zur Aufsicht über die Einhaltung der Kosten verpflichtet.

[Rz 87] Im vorliegenden Fall war aber entscheidend, dass die Problematik der Rapportgestaltung besprochen wurde und der fachkundig vertretene Bauherr auf die Unterscheidung der Rapporte nach Arbeitskategorien verzichtet hatte. *«Die Klägerin durfte daher in guten Treuen annehmen, die fachkundig vertretenen Beklagten seien sich der dadurch entstehenden Beweisschwierigkeiten der Klägerin mit Bezug auf die Einhaltung des Kostendachs bewusst gewesen und würden als redliche Geschäftspartner aus einer sich daraus ergebenden Beweislosigkeit im Nachhinein keine Rechte ableiten. Unter diesen Umständen ist das Einverständnis des Beklagten 1, von der Erstellung von zweierlei Regierapporten abzusehen, als Verzicht auf den von der Klägerin zu erbringenden Nachweis der Einhaltung des Kostendachs als Voraussetzung für die Zahlung der Zusatzarbeiten zu deuten und normativ als Abrede über die Verteilung der Beweislast auszulegen. Derartige Abreden über die Verteilung der Beweislast sind nach Rechtsprechung und überwiegender Lehre zulässig»* (Erw. 2.3).

### 7.3 Rückforderung von Werklohnzahlungen

#### Urteil 4C.267/2001 vom 19. Dezember 2001: Rückforderung, Konventionalstrafe

[Rz 88] In einem Werkvertragszusatz vereinbarten die Parteien für die Ausbesserung eines Hallenbodens mit Epoxidharz, dass vom 20. bis am 27. Oktober 1997 eine Konventionalstrafe von Fr. 2'000 pro Tag fällig werde, wenn der Hallenboden nicht bis dann der Toleranz gemäss SIA-Norm entspreche. Die Toleranz konnte mit Epoxidharz nicht eingehalten werden, so dass am 30. Oktober 1997 das Einbringen eines Hartbetonbelages vereinbart wurde.

[Rz 89] Unter anderem gestützt darauf verlangte der Bauherr eine Rückzahlung von bereits bezahltem Werklohn. Das Bundesgericht führte dazu aus, dass im Sinne der in BGE 126 III 119 Erw. 3 erfolgten Praxisänderung Rückforderungsrechte vermehrt auf vertragliche statt auf bereicherungsrechtliche Grundlagen zu stützen sind. *«So verhält es sich auch, wenn im Rahmen eines Werkvertragsverhältnisses Teilzahlungen geleistet werden und Meinungsverschiedenheiten darüber bestehen, ob ein Werk mangelhaft ausgeführt worden ist und deswegen auch der Gesamtbetrag des Werklohnes streitig ist. Die endgültige Auseinandersetzung folgt diesfalls den Regeln des Werkvertrages»* (Erw. 1).

[Rz 90] Der Unternehmer war der Ansicht, der Bauherr habe den Anspruch auf die Konventionalstrafe durch die vorbehaltlose Annahme des Hartbetonbelages verwirkt. Das Bundesgericht hielt dem entgegen, dass die Parteien in der Vereinbarung vom 30. Oktober 1997 (Hartbeton statt Epoxidharz) übereinstimmend annahmen, der ursprüngliche Vertrag könne insoweit nicht mehr erfüllt werden. *«Damit scheidet aber eine vorbehaltlose Annahme der Erfüllung im Sinne von Art. 160 Abs. 2 OR von vornherein aus»* (Erw. 3c).

### 8. Beendigung des Werkvertrages

[Rz 91] Zwei Entscheide zur Beendigung des Werkvertrages entstammen dem Bereich der Uhrenindustrie. Die entsprechenden Grundsätze gelten selbstverständlich auch für die Werkverträge der Bauindustrie:

#### Urteil 4C.457/1999 vom 14 Juni 2000: Verzug beim Entwicklungsvertrag

[Rz 92] Ein Unternehmen (Besteller), das Uhren herstellt und vertreibt, stellte bei einem Spezialisten die Entwicklung eines speziellen Uhrwerks und die Lieferung entsprechender Uhrwerke. In der Folge bemängelte der Besteller verschiedentlich die Qualität der Prototypen und gelieferten Uhrwerke. Schliesslich klagte der Besteller auf Rückzahlung der geleisteten Zahlungen und Ersatz entgangenen Gewinns. Das Kantonsgericht beurteilte den Fall nach Art. 366 Abs. 1 OR. Vor Bundesgericht machte der Besteller geltend, der Fall sei stattdessen nach Art. 107 Abs. 2 OR zu beurteilen.

[Rz 93] Dazu hielt das Bundesgericht fest, dass im Vertrag weder eine Lieferfrist noch eine Stückzahl festgelegt wurde. Die Fälligkeit richtete sich daher nach der Natur der Sache, das heisst nach der Zeit, welche der Spezialist für die Konzeption und Realisierung der Uhrwerke bedurfte, wobei es sich hier um eine langfristige Arbeit handelte, welche mit Unsicherheiten verbunden und deren Erfolg nicht sicher war. Das Bundesgericht stellte daher fest, es sei sehr schwer, in einem solchen Fall eine Fälligkeit festzulegen (Erw. 3b).

[Rz 94] Im vorliegenden Fall konnte sich das Bundesgericht allerdings davon dispensieren, weil der Besteller nach Ablauf der Nachfrist eine Teillieferung annahm und eine Zahlung leistete, was entweder als Verzicht auf die Mahnung (Art. 102 Abs. 1 OR) oder aber als Bestehen auf der Vertragserfüllung (Art. 107 Abs. 2 OR, erste Möglichkeit) mit Verzicht auf den Ersatz von Verzugsschaden (Art. 103 Abs. 1 OR) ausgelegt wurde (Erw. 3c aa).

#### **Urteil 4C.387/2001 vom 10. September 2002: Beendigung eines Werkvertrages**

[Rz 95] Obwohl noch die Lieferung von 4500 Luxusuhren ausstehend war, verweigerte der Besteller die Annahme unter Berufung auf Qualitätsprobleme. Wie die Vorinstanz qualifizierte das Bundesgericht das Vertragsverhältnis im konkreten Fall als Serie mehrerer Werklieferungsverträge mit Sukzessivlieferung (Erw. 3.4).

[Rz 96] Der Besteller machte primär geltend, er sei aus wichtigen Gründen zur vorzeitigen und entschädigungslosen Auflösung der Verträge berechtigt. Das Bundesgericht hielt dazu (in Erw. 6.2) fest, es habe bisher offen gelassen, ob es neben der Auflösung mit Entschädigungsfolgen (gemäss Art. 377 OR) eine Möglichkeit der Auflösung von Werkverträgen «aus wichtigen Gründen» (ohne Entschädigungsfolgen) gebe. Mit Verweis auf Gauch (Der Werkvertrag, Nr. 574) und Bühler (Zürcher Kommentar, N 42 zu Art. 377) hielt das Bundesgericht dann fest, dass die Bejahung eines «wichtigen Grundes» nicht leichthin angenommen werden darf. Umstände, welche nicht dem Unternehmer anzulasten sind, gelten auch dann nicht als «wichtige Gründe», wenn sie dem Besteller die Vertragsfortsetzung unzumutbar machen (Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 576). Im konkreten Fall wurde das Vorliegen eines «wichtigen Grundes» verneint, weil die Häufung kleinerer Mängel bei vorgehenden Teillieferungen die Annahme des Gesamtwerkes nicht unzumutbar machte. Letzteres wurde namentlich daraus gefolgert, dass der Besteller trotz Kenntnis dieser Mängel weitere Bestellungen tätigte (Erw. 6.3).

[Rz 97] Anschliessend wandte sich das Bundesgericht den folgenden Teilsachverhalten zu:

- (1) Die bereits produzierten 534 Uhren waren vom Unternehmer hinterlegt worden. In Bezug auf diese Uhren stellte das Bundesgericht (in Erw. 6.4) fest, dass der Unternehmer angesichts des Annahmeverzuges des Bestellers seine Lieferpflicht durch Hinterlegung erfüllen konnte. Das Bundesgericht führt dazu weiter aus, dass die nach der Hinterlegung unterlassene Prüfung und Anzeige gemäss Art. 370 OR als Genehmigung gelte. Daher konnte sich der Besteller im vorliegenden Fall nicht mehr auf die Mangelhaftigkeit der hinterlegten Uhren berufen.
- (2) Bezüglich der bestellten (aber noch nicht produzierten) Uhren stellte das Bundesgericht (in Erw. 6.5) auf Art. 366 Abs. 2 OR ab, wobei diese Bestimmung primär voraussetze, dass mit Gewissheit («avec certitude») voraussehbar sei, dass die Ausführung des Werkes mangelhaft sein werde, und zwar durch Verschulden des Unternehmers oder zumindest aufgrund eines Verhaltens, welches nicht dem Besteller anzulasten sei. Im vorliegenden Fall war diese Gewissheit nicht gegeben. Dies wurde namentlich damit begründet wurde, dass keine Systemfehler vorlagen und die festgestellten Mängel zufällig und in der Art zu unterschiedlich seien, um «mit Gewissheit» eine Mangelhaftigkeit vorherzusehen.
- (3) In Bezug auf offene Rechnungen für bereits gelieferte Uhren hatte der Besteller den Grund der Nichtbezahlung nicht nachgewiesen (Erw. 6.6).

[Rz 98] Demzufolge wurde das Urteil der Vorinstanz bestätigt, wonach der Besteller dem Unternehmer für die Auflösung der Werkverträge nach Art. 377 OR eine Entschädigung zu leisten hat.

#### **Urteil 4C.130/2002 vom 30. Juli 2002: Werkvertrag mit anderstypischer Gegenleistung**

[Rz 99] Ein Werkvertrag sah vor, dass die Bezahlung nicht in Geld, sondern durch Gegenleistungen des Bestellers, namentlich durch Ingenieurleistungen und Isolationsarbeiten, erfolgen sollte. Der Unternehmer erstellte ein Werk im Wert von CHF 220,000, er rief aber nur Gegenleistungen im Wert von CHF 78,000 ab und erklärte für den Rest, auf



die Gegenleistung zu verzichten und stattdessen die Bezahlung in Geld zu verlangen. Das Bundesgericht hielt dazu fest, der Unternehmer könne zwar nach Art. 404 OR das Auftragsverhältnis beenden, aber das bedeute nicht, dass aus der auf Naturalleistungen (Ingenieurleistungen) gerichteten Forderung eine Geldforderung werde (Erw. 2.3). Soweit der Unternehmer keine Ingenieurleistungen abrufe, befinde er sich im Annahmeverzug gemäss Art. 91 OR (Erw. 4.2).

#### **Urteil 4C.365/2002 vom 14 März 2003: Regierapporte als Auflösungsgrund?**

[Rz 100] Ein Unternehmer verpflichtete sich, für die Pauschale von Fr. 3'930'000 bestimmte Bauarbeiten vorzunehmen. Sechs Tage nach Arbeitsbeginn teilte der Bauherr dem Unternehmer mit, er betrachte den Vertrag wegen Täuschung (Art. 28 OR) als nichtig und in jedem Fall als gekündigt. Der Bauherr berief sich darauf, dass der Unternehmer für die Räumung eines Wohnhauses Regierapporte ausgestellt hatte. Damit sei offenbar geworden, dass der Unternehmer in treuwidriger Weise und in Missachtung der Pauschale beabsichtige, eine aggressive Nachforderungspolitik zu betreiben, um so den vereinbarten Preis nachträglich zu erhöhen. Das Kantonsgericht war der Auffassung, dass die Ausstellung von Regierapporten im vorliegenden Fall zwar nicht gerechtfertigt gewesen sei, was aber lediglich ein Vertragsauslegungsproblem von minderer Bedeutung darstelle und kein Grund für eine einseitige Unverbindlichkeit wegen Täuschung (Art. 28 OR) sei. Auf die dagegen erhobene Kritik des Bauherrn ist das Bundesgericht nicht eingetreten (Erw. 2.3).

#### **9. Subunternehmer**

[Rz 101] Die folgenden Urteile illustrieren die Probleme des Einsatzes von Subunternehmern. Sie sind für die Praxis vor allem im Hinblick auf die Vertragsgestaltung von Bedeutung.

#### **Urteil 4C.389/1999 vom 31. März 2000: Sub-Subunternehmer**

[Rz 102] Der Mieter verpflichtete sich gegenüber dem Vermieter, bestimmte Arbeiten am Mietobjekt auszuführen. Der Mieter beauftragte einen Generalunternehmer, welcher seinerseits einen Subunternehmer beauftragte. Der Subunternehmer wurde nicht bezahlt und liess daher ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen, welches der Vermieter gegen Subrogation der Ansprüche ablöste. Der Vermieter klagte darauf gegen den Mieter auf Ersatz der Ablösungssumme.

[Rz 103] Die Klage wurde abgewiesen, weil die abgetretenen Ansprüche des Subunternehmers sich gegen den Generalunternehmer richteten, nicht aber gegen den Mieter. Das Bundesgericht liess dabei das Argument nicht gelten, wonach der Generalunternehmer Hilfsperson des Mieters gewesen sei (Erw. 3b).

[Rz 104] Bemerkenswert ist, dass das Bundesgericht in dieser Entscheidung aufzeigt, wie sich der Vermieter hätte schützen sollen: In den Vertrag mit dem Mieter hätte eine Klausel gehört, wonach der Mieter dem Vermieter garantiert, dass die Subunternehmer für ihre Leistungen bezahlt werden (Erw. 3).

#### **Urteil 4C.96/2002 vom 1. Juli 2002: Werkpreiszahlung und Abtretung**

[Rz 105] Ein Subunternehmer klagte gegen den Unternehmer auf Zahlung des Werklohnes. Als die Klage bereits hängig war, liess sich der Unternehmer die Werklohnforderung des Sub-Subunternehmers abtreten und brachte diese gegen die Forderung des Subunternehmers zur Verrechnung. Der Subunternehmer hielt dies für rechtsmissbräuchlich – vor allem weil dem Subunternehmer so verunmöglicht wurde, den Sub-Subunternehmer durch einen Rückbehalt zur Mängelbehebung zu zwingen.

[Rz 106] Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass in der Herstellung und Ausnützung einer Verrechnungslage als solcher ebensowenig ein offener Rechtsmissbrauch liegt, wie in deren Verhinderung oder Beseitigung durch Abtretung einer Forderung. Anders könne es sich verhalten, wenn aufgrund besonderer Umstände ein schützenswertes Interesse an einer Realleistung bestehe. *«Ein solcher Umstand kann insbesondere nicht darin gesehen werden, dass dem Kläger [Subunternehmer] mit der Abtretung der Forderung von der Z.*

[Sub-Subunternehmer] an die Beklagte [Unternehmer] die Möglichkeit genommen wurde, die Firma Z. durch einen Zahlungsrückbehalt zur Vornahme von Reparaturarbeiten anzuhalten, und dass er allfällige Mängelrechte gegen Z. gegebenenfalls auf dem Rechtsweg durchsetzen muss» (Erw. 1).

#### **Urteil 4C.129/2002 vom 3. September 2002: Abtretung der Werklohnforderung an den Unterakkordanten**

[Rz 107] Ein Subunternehmer ordnete aufgrund von Zahlungsrückständen des Unternehmers einen Baustopp an. Der Bauherr schlug darauf *in Anwesenheit des Subunternehmers* dem Unternehmer vor, er solle seine Werklohnforderung an den Subunternehmer abtreten, was in der Folge auch geschah. Darin sah das Bundesgericht ein vertrauensbegründendes Verhalten des Bauherrn. Aufgrund des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. ZGB, Verbot widersprüchlichen Verhaltens) war es dem Bauherrn daher im Forderungsprozess des Subunternehmers verwehrt, sich auf das im Werkvertrag enthaltene Abtretungsverbot zu berufen.

### **10. Vertragsgestaltung**

[Rz 108] Die folgenden Urteile des Bundesgerichts betreffen zwar nicht den Kernbereich des Werkvertragsrechts, sie können für die Werkvertragspraxis aber unter dem Aspekt der Vertragsgestaltung trotzdem von Interesse sein.

#### **Urteil 4C.54/2000 vom 19. Januar 2001: Schwarzarbeit**

[Rz 109] Ein Bauherr liess von einem italienischen Unternehmer eine Pflasterung vornehmen. Die Arbeiten wurden von der Polizei gestoppt, weil die ausländischen Arbeitnehmer des Unternehmers keine Arbeitsbewilligung hatten. Der Bauherr leistete einen Bussenvorschuss, dessen Rückerstattung er anschliessend vom Unternehmer verlangte. Der Bauherr argumentierte dabei mit Art. 2 ANAG, wonach es Sache des Unternehmers gewesen wäre, die Arbeitsbewilligungen zu beschaffen. Das Bundesgericht hielt dazu unter anderem fest, es sei im vorliegenden Fall nicht möglich festzustellen, welche der Vertragsparteien die *vertragliche* Pflicht gehabt habe, das Vorliegen von Arbeitsbewilligungen sicherzustellen. Man könne daher dem Unternehmer keine Verletzung einer vertraglichen Pflicht vorwerfen (Erw. 3c).

[Rz 110] Der Bauherr klagte auch auf Bezahlung der Mehrkosten des Ersatzunternehmers, was aber schon daran scheiterte, dass die Vorinstanz festgestellt hatte, dass der Bauherr und der italienische Unternehmer als Folge der fremdenrechtlichen Probleme die einvernehmliche Vertragsauflösung vereinbart hatten (Erw. 5 c).

#### **Urteil 4C.220/2002 vom 7. Oktober 2002: Baugarantieversicherung; Behauptung pauschaler Mehrkosten («Global Claim»), Substantiierung.**

[Rz 111] Eine Versicherung verpflichtete sich als Solidarbürge, gegenüber dem Bauherrn für Verluste einzustehen, die er erleidet, falls der Unternehmer seine Verpflichtungen aus dem Bauvertrag aufgrund von Zahlungsschwierigkeiten nicht erfüllt. Der Unternehmer fiel während der Bauarbeiten in Konkurs. Im Prozess gegen die Versicherung vor Handelsgericht Zürich wies der Bauherr nach, dass er für den Bau letztlich CHF 1,99 Millionen bezahlen musste, statt des mit dem Unternehmer vereinbarten Pauschalpreises von CHF 1,8 Millionen und klagte auf Bezahlung der Differenz. Das Handelsgericht wies die Klage wegen ungenügender Substantiierung ab. Das Bundesgericht bestätigte dieses Urteil: Die Versicherung hatte nur für jene Verluste Deckung versprochen, welche (a) aus der Nichterfüllung von Vertragsleistungen wegen (b) Zahlungsschwierigkeiten des Unternehmers entstanden sind. Die Deckung bestand also nicht für sämtliche Verluste, welche der Klägerin durch Mehraufwand im Verhältnis zur vereinbarten Pauschalsumme entstanden sind, nachdem die Unternehmerin in Zahlungsschwierigkeiten geraten war (Erw. 2.3). Der Bauherr hätte also einzeln darlegen müssen, welche konkreten Leistungen (gemäss Leistungsverzeichnis) *infolge von Zahlungsschwierigkeiten* nicht erbracht wurden.

#### **Urteil 4C.225/2002 vom 7. Februar 2003: «Werkvertragserklärung»**

[Rz 112] Der Unternehmer gab gegenüber der Bank des Bauherrn eine «Werkvertragserklärung» ab, deren von der Bank vorgegebenen Text er wie folgt ergänzte: «Diese Werkvertragserklärung geben wir im Verständnis ab, dass mit

der Gewährung des eingangs erwähnten Baukredites die vollständige Finanzierung der projektierten Wohn- und Gewerbeüberbauung sichergestellt ist und dass damit die Verbindlichkeiten aus Generalunternehmer-Werkvertrag abgedeckt werden können.» Der Unternehmer klagte schliesslich gegen die Bank auf Zahlung von unbezahlt gebliebenen Leistungen. Die Vorinstanz stellte für das Bundesgericht verbindlich fest, dass zwischen dem Unternehmer und dem Bauherrn kein Vertrag zustande gekommen sei.

[Rz 113] Der Unternehmer versuchte, seinen Anspruch alternativ auf eine Vertrauenshaftung zu stützen. Das Bundesgericht verneinte allerdings, dass zwischen der Bank und dem Unternehmer eine Sonderverbindung bestehe, weil es kein Verhalten der Bank gegeben habe, das geeignet gewesen wäre, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen zu wecken. Die Tatsache, dass die Bank nicht auf die einseitige Änderung der Werkvertragserklärung reagierte, war nicht geeignet, konkrete Erwartungen beim Unternehmer zu wecken (Erw. 3.3).

[Rz 114] Subeventualiter versuchte der Unternehmer sich darauf zu berufen, der Baukreditvertrag zwischen dem Bauherrn und der Bank sei ein Vertrag zugunsten Dritter, welcher ihm ein direktes Forderungsrecht einräume. Der Unternehmer berief sich diesbezüglich insbesondere auf den Wortlaut seiner Werkvertragserklärung («Alle Vergütungen, die wir zu Lasten des Baukreditkontos veranlassen, sind ausschliesslich für den durch Sie finanzierten Neubau bestimmt.»). Das wurde im konkreten Fall verneint, wobei das Bundesgericht zu diesem Thema allgemein folgendes ausführte: «*Mit Bezug auf die Pflicht der Baugläubiger, die Mittel, die sie auf Anweisung der Bauherrin erhalten, ausschliesslich für das entsprechende Bauprojekt zu verwenden, weist der Baukreditvertrag in der Regel höchstens Merkmale eines Vertrags auf Leistung an einen Dritten auf (unechter Vertrag zu Gunsten Dritter; Art. 112 Abs. 1 OR; vgl. Daniel Baumann, a.a.O., S. 72). Der Dritte ist dadurch nicht forderungsberechtigt, sondern nur zur Entgegennahme der Leistung ermächtigt (Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 476). Die Parteien können indessen einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter vereinbaren*» (Erw. 4.2).

## 11. Schlussbemerkung

[Rz 115] Es wäre vermessen, aus der letztlich doch begrenzten Anzahl von Baurechtsentscheidungen bestimmte bundesgerichtliche Tendenzen ableiten zu wollen. Immerhin fällt auf, dass das Bundesgericht die von Berufungsklägern mit unterschiedlichsten Argumenten angezweifelte Verbindlichkeit des Werkvertrages an sich oder aber von Beststellungsänderungen regelmässig (und mit überzeugender Begründung) verworfen hat. Die Analyse einzelner Entscheide zeigt, dass das Bundesgericht – in Abwägung der Interessenlage – besonders einseitigen Vertragsklauseln die Verbindlichkeit verwehrt, wenn sich dadurch (wie etwa bei einseitig diktierten strengen Anzeigerfordernissen) gerechtere Ergebnisse erzielen lassen.

[Rz 116] Feststellen lässt sich auch, dass sich das Bundesgericht nach wie vor mit einer beträchtlichen Anzahl von Streitigkeiten im Bereich der Gewährleistung befassen muss, obgleich das Mängelhaftungsrecht (im Unterschied zu anderen Rechtsfragen) sowohl im Gesetzesrecht wie auch in der SIA-Norm 118 eine relativ umfassende und klare Regelung enthält.

[Rz 117] Aufgefallen ist uns auch, dass nur eine Minderheit der Bundesgerichtsurteile Werkverträge betrafen, welche auf der Basis der SIA-Norm 118 abgeschlossen wurden. Ist daraus zu schliessen, dass die SIA-Norm 118 eben doch weniger häufig verwendet wird, als gemeinhin angenommen wird? Oder bestätigt dieser Umstand, dass die Verwendung dieser Norm Streit verhindert? Auf letzteres deutet hin, dass auch in jener Minderheit der Fälle, welche Verträge nach der SIA-Norm 118 betrafen, nie die Auslegung der SIA-Norm 118 strittig war.

---

Die Autoren, Dr. Roland Hürlimann, LL.M. und Dr. Thomas Siegenthaler, M. Jur., sind Rechtsanwälte bei Schumacher Baur Hürlimann, Rechtsanwälte, Zürich und Baden.

Rechtsgebiet: Werkvertrag  
Erschienen in: Jusletter 2. Februar 2004  
Zitiervorschlag: Roland Hürlimann / Thomas Siegenthaler, Das Werkvertragsrecht in den «unpublizierten» Entscheiden des Bundesgerichts (2000 – 2003), in: Jusletter 2. Februar 2004  
Internetadresse: <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=2944>