

Das Werkvertragsrecht in den Entscheidungen des Bundesgerichtes des Jahres 2005

Roland Hürlimann / Thomas Siegenthaler

Wie schon in den Vorjahren (Jusletter 21. Februar 2005 und Jusletter 2. Februar 2004) haben die Autoren die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Werkvertragsrecht wiederum zusammengefasst. Fazit: Zwar sind auch im Jahre 2005 revolutionäre Praxisänderungen ausgeblieben; dennoch zeigt eine vertiefte Betrachtung, dass das Bundesgericht seine Praxis in Bausachen in diversen Einzelfragen weiter entwickelt und verfeinert hat. Diese Verfeinerungen, auch wenn durchwegs sachgerecht, haben unweigerlich eine gesteigerte Komplexität zur Folge. Das Bundesgericht nimmt diese Verfeinerung auch in vielen Entscheiden vor, die später nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht werden. Deswegen sei jedem Praktiker empfohlen, vor Einleitung eines Bauprozesses auch die im Internet veröffentlichten Entscheide zu konsultieren.

Inhaltsübersicht

- [1. Einleitung](#)
- [2. Rechtliche Einordnung: Was ist ein Werkvertrag?](#)
- [3. Abschluss des Werkvertrages](#)
- [4. Bestellungenänderungen und deren Vergütung](#)
- [5. Mängelhaftung](#)
 - [5.1. Begriff des Mangels](#)
 - [5.2. Besondere Gewährleistungen](#)
 - [5.3. Mängelrüge](#)
 - [5.4. Nachbesserung und Ersatzvornahme](#)
 - [5.5. Loslösungsrechte: Minderung und Wandelung](#)
 - [5.6. Haftung für Mangelfolgeschaden](#)
- [6. Werklohn](#)
 - [6.1. Entgeltlichkeit](#)
 - [6.2. Bemessung des Werklohnes](#)
 - [6.3. Rückforderung von Werklohnzahlungen](#)
- [7. Beendigung des Werkvertrages](#)
- [8. Subunternehmer](#)
- [9. Versicherung und Steuern](#)
- [10. Schlussbemerkung](#)

1. Einleitung [▲]

[Rz 1] Wir folgen der in [Jusletter 2. Februar 2004](#) und in [Jusletter 21. Februar 2005](#) begonnenen Praxis, die im Internet veröffentlichten Entscheide des Bundesgerichtes zusammenzufassen und teilweise kurz zu kommentieren. Wir halten uns an die thematische Einordnung der Vorjahre und beschränken uns auch dieses Mal auf jene Urteile, in denen das gesetzliche Werkvertragsrecht oder die SIA-Norm 118 Prozessthema waren. Das heisst: Wir haben all jene Entscheide nicht zitiert und kommentiert, in denen das Bundesgericht sich zwar auf einen Werkvertrag bezog, aber nicht in Anwendung werkvertraglicher Bestimmungen entschied.

2. Rechtliche Einordnung: Was ist ein Werkvertrag? [▲]

BGE 131 III 300 / Urteil [5C.183/2004](#) vom 5. Januar 2005: Qualifikation des Gerüstbauvertrages: Werkvertrag oder Miete?

[Rz 2] Eine Unternehmung wurde vertraglich mit der Erstellung eines Baugerüsts beauftragt. In der Folge stellte sich die Frage, ob für die Entschädigungsforderung dieser Unternehmung ein Anspruch auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes besteht. Diese Frage wurde vom Bundesgericht verneint (E. 4.2). Aus werkvertragsrechtlicher Sicht sind die Erwägungen in 2.1 von Interesse: Im *atypischen Gerüstbauvertrag* verpflichtet sich der Gerüstbauer gegenüber seinem Vertragspartner entweder, das Gerüst zu erstellen und ihm daran das Eigentum zu übertragen, oder aber ein bereits dem Vertragspartner gehörendes Gerüst zu montieren. Dieser Vertrag ist als Werkvertrag zu qualifizieren, sofern die entsprechende Leistung entgeltlich erbracht wird. Im *typischen Gerüstbauvertrag* verpflichtet sich der Gerüstbauer (gegen entsprechende Vergütung), erst ein Gerüst mit eigenem Material zu erstellen, dann dem Vertragspartner dessen Gebrauch zu überlassen und am Ende (nach Abschluss der Bauarbeiten) das Gerüst zu beseitigen. Die mietrechtliche Komponente der Zurverfügungstellung des Gerüsts überwiegt in diesem Fall gegenüber dem werkvertraglichen Element der Montage und Demontage. Damit hat das Bundesgericht (in E. 2.1) die im Anschluss an [BGE 113 II 264](#) ff. vorgenommenen Unterscheidungen der Kommentatoren bestätigt (Hürlimann, Bemerkungen zum Gerüstbauvertrag, in: BR 1989, S. 73 ff.; Gauch, Der Werkvertrag, Zürich 1996, N 356 ff.; Tercier, Les contrats speciaux, 3. Aufl., Zürich 2003, N 3871/3872).

Urteil [4C.31/2000](#) vom 21. Januar 2005: Zusammenarbeits- und Entwicklungsvertrag

[Rz 3] Zwei im Bereich der pharmazeutischen Industrie tätige Firmen haben ein «Collaborative Research and Development Agreement» abgeschlossen. Dies war ein Rahmenvertrag für die von der einen Vertragspartei zu leistende Entwicklungs-, Forschungs- und Produktionstätigkeit in zehn Unterprojekten («Project Plans»). Das Bundesgericht ging von einem gemischten Vertrag aus, der sowohl auftrags- als auch werkvertragliche Merkmale aufweist (E. 1.3): Das Bundesgericht sah die werkvertraglichen Merkmale darin, dass sich eine Partei verpflichtete, den Wirkstoff SPP100 herzustellen. Die Tatsache, dass die vertraglich herzustellende Menge nur als Zielmenge («target quantity») vereinbart war, stand dieser Sicht nicht entgegen (E. 1.2.1). Das Bundesgericht sah die auftragsrechtlichen Merkmale namentlich darin, dass sich die eine Partei zur Leistung von Forschungs- und Entwicklungsarbeit verpflichtete. Auch die Tatsache, dass für die herzustellende Zielmenge keine Erfolgshaftung übernommen wurde und dass die Herstellerin für den Fall eines wesentlichen Materialverlustes nur eine Haftung für Fahrlässigkeit übernahm, wurde als auftragsrechtliches Merkmal qualifiziert (E. 1.2.2).

Urteil [4C.165/2005](#) vom 22. Juli 2005: Erstellung eines technischen Gutachtens als Werkvertrag

[Rz 4] Die Erstellung eines technischen Gutachtens zur Prüfung der Wasserdichtigkeit einer Kanalisation untersteht den Regeln des Werkvertragsrechtes, nicht den Bestimmungen über den einfachen Auftrag. Denn die Resultate des Gutachterberichtes können nach objektiven Kriterien überprüft und als richtig oder falsch eingeordnet werden (E. 3.2.1). Ist der Gutachterbericht daher objektiv fehlerhaft (zu optimistische Aussage zum Zustand der Kanalisation nach Behebung bestimmter Unwichtigkeiten), so liegt ein mangelhaftes Werk vor (E. 4). Aus diesem Grunde sind oder seien die wegen der empfohlenen falschen Sanierungsmethode erfolgten Aufwendungen als Mangelfolgeschaden zu betrachten und durch den Gutachter zu entschädigen (E. 4). Damit folgte das Bundesgericht seiner Rechtsprechung in [BGE 127 III 328](#) ff. und den dort zitierten Autoren (Gauch, Der Werkvertrag, Zürich 1996 Rz 21 ff.; Hürlimann, Der Anwalt als Gutachter in: Fellmann, Huguenin, Schweizerisches Anwaltsrecht, S. 398). Nicht beurteilen musste das Bundesgericht die Antworten der Rechtsfrage, ob die Erstellung eines technischen Gutachtens auch dann dem Werkvertragsrecht untersteht, wenn eine objektive «Richtigkeit» der betreffenden Aussage nicht geschuldet ist (bejahend Gauch BR 2006, S. 64; Werro/Haas BR 2002, S. 63 ff.)

3. Abschluss des Werkvertrages [^]

Urteil [4C.320/2004](#) vom 18. März 2005: Abschluss eines Werkvertrages

[Rz 5] Von Gesetzes wegen ist der gültige Abschluss eines Werkvertrages nicht an die Einhaltung der Schriftform gebunden. Dieser (und weitere) Punkte waren im vorliegenden Bundesgerichtsentscheid streitig: Nach einem Brandschaden am Haus zweier Miteigentümer A und B erklärte die Versicherungsgesellschaft dem einen Miteigentümer A (welcher offenbar auch den anderen Miteigentümer B vertrat), dass er ein Unternehmen seiner Wahl für die Instandstellungsarbeiten beiziehen könne. Auf der Schadensanzeige führte der Miteigentümer A unter der Rubrik «Wer führt die Instandstellungsarbeiten aus?» die Firma X an. An den anschließenden Besprechungen mit der Unternehmung nahmen der Miteigentümer A sowie ein von der Versicherung bestellter Architekt teil. Der Miteigentümer A weigerte sich indessen, eine Auftragsbestätigung zu unterschreiben, wonach er die Firma X mit den Instandstellungsarbeiten beauftrage. In der Folge wurden die Arbeiten ausgeführt, ohne dass der Miteigentümer A dagegen in irgendeiner Weise protestierte. Im Gegenteil: Er öffnete den Angestellten der Firma X jeden Morgen die Türe. Anschliessend bestritten die beiden Miteigentümer indessen, dass sie einen Vertrag mit der Firma X abgeschlossen hätten. Die Vorinstanz hatte aus den vorerwähnten Tatbestandselementen auf das Vorliegen eines Vertragskonsenses geschlossen. Das Bundesgericht wertete das als tatsächliche Feststellung, und sah sich deshalb gebunden (Art. 63 Abs. 2 [OG](#)) (E. 5.5). In der staatsrechtlichen Beschwerde, welche gegen dieses Urteil ebenfalls geführt wurde (Urteil [4P.206/2004](#) vom 18. März 2005), wurde die entsprechende Wertung des Kantonsgerichtes für nicht willkürlich befunden, trotz der Tatsache, dass der Miteigentümer A die Unterzeichnung der Auftragsbestätigung ausdrücklich verweigert hatte, denn ein Schriftlichkeitsvorbehalt habe nicht bestanden (E. 6.4 des Urteils [4P.206/2004](#)).

Urteil [4C.256/2004](#) vom 28. Februar 2005: Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, Mehrforderung

[Rz 6] Einer der zu beurteilenden Punkte in diesem umfangreichen Urteil war die Frage, wann ein Werkvertrag abgeschlossen wird, wenn auf die Vergabe das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB) zur Anwendung kommt. Dazu hielt das Bundesgericht Folgendes fest: «Der Zuschlag ist eine Verfügung des öffentlichen Rechts, die dem Vertragsabschluss vorausgeht und mit der sich die Vergabebehörde entscheidet, mit wem und worüber ein Vertrag abgeschlossen werden soll. Ein Vertrag, der im Rahmen eines Submissionsgeschäftes alsdann abgeschlossen wird, ist dagegen privatrechtlicher Natur.» Allerdings hat das Bundesgericht auch auf die Lehrmeinung von Tercier und Gauch hingewiesen (Gauch, Zuschlag und Vertrag nach dem neuen Beschaffungsgesetz der Schweiz, in: Festschrift Götz von Craushaar, Düsseldorf 1997, S. 90f.; Tericer, Les contrats speciaux, 3. Aufl., Zürich 2003, N 3963, 3976), wonach der Abschluss des Werkvertrages unter dem geltenden Vergaberecht des Bundes auch bereits mit der Mitteilung des Zuschlages erfolgen kann, je nachdem, in welcher Form diese erfolgt (E. 2.2.1).

[Rz 7] Der vorliegende Fall datierte allerdings vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, und die damalige Rechtsprechung und Lehre gingen davon aus, dass der Zuschlag keinen hoheitlichen Akt darstelle, sondern eine auf den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages ausgerichtete Erklärung. Die Frage des genauen Zeitpunktes des Vertragsabschlusses wurde vom Bundesgericht in der Folge aber offen gelassen, da die entscheidungsrelevanten Vertragsbestimmungen bereits in den Submissionsunterlagen enthalten waren (E. 2.2.1).

Urteil [4C.261/2005](#) vom 9. Dezember 2005: Stillschweigende Übernahme von SIA-Normen

[Rz 8] Das Bundesgericht anerkennt die SIA-Normen nicht als regelbildende Übung und stellt nur auf diese Normen ab, wenn die Parteien sie zum Vertragsinhalt erhoben haben. Das Bundesgericht hat diesen

Grundsatz im Entscheid vom 9. Dezember 2005 dahingehend ergänzt, dass die SIA-Normen nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend übernommen werden können (E. 2.3). Wie schon die Vorinstanz leitete das Bundesgericht im konkreten Fall die stillschweigende Übernahme einesteils daraus ab, dass beide Parteien erfahrene Verhandlungspartner waren und ihnen der Bestand der SIA-Norm 108 bekannt war, und andernteils daraus, dass die Bauherrin diese Norm in ihren Verträgen mit Unternehmern jeweils für anwendbar erklärte und dass der Unternehmer das wusste (E. 2.4).

4. Bestellungenänderungen und deren Vergütung [▲]

Urteil [4C.21/2004](#) vom 12. Januar 2005: Vergaberabatt und Zusatzbestellungen / Mehrwertsteuer

[Rz 9] In einem Werkvertrag über eine Bausumme von CHF 1'366'000 war vorgesehen, dass der Vergaberabatt auch für Zusatzarbeiten gelten solle («Le rabais d'adjudication est applicable à tous les travaux supplémentaires, ...»). Der Werkvertrag erklärte die SIA-Norm 118 für anwendbar. Im Verlaufe der Werkerstellung hat sich die Bauzeit verdoppelt (20 statt 10 Monate), und der Unternehmer stellte eine Schlussrechnung über CHF 3'260'833.60 (wovon CHF 2'077'530 zu jenem Zeitpunkt durch Akontozahlungen bereits vergütet waren). Die Vorinstanz liess sich von Art. 86 der SIA-Norm 118 leiten, wonach die Vertragsparteien bei Mehrausmassen von über 20 % für die entsprechende Mehrmenge einen Anspruch auf Festlegung eines neuen Einheitspreises haben. Die Vorinstanz interpretierte die erwähnte Rabattregel analog zu Art. 86 SIA-Norm 118 dahingehend, dass der vereinbarte Preisnachlass nur auf die um 20 % erhöhten Arbeiten gemäss der Vergabesumme («Werkvertragssumme») anwendbar sei – nicht aber für Leistungen, welche darüber hinaus gehen. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Vorinstanz durch diese Auslegung kein Bundesrecht verletzt habe: Ein Unternehmer, dem aufgrund von Bestellungenänderungen umfangreiche Mehrarbeiten durch den Besteller übertragen werden, kann vernünftigerweise erwarten, dafür eine vollständige Entschädigung zu erhalten und nicht eine Entschädigung, welche um einen vor Vertragsabschluss ausgehandelten Vergaberabatt gekürzt wird (E. 3.1.2).

Urteil [4C.256/2004](#) vom 28. Februar 2005: Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, Mehrforderung

[Rz 10] Dieses umfangreiche Urteil wurde weitgehend auf der Basis der konkreten Fakten entschieden und enthält daher trotz seines Umfangs nur wenige Aussagen, welche verallgemeinert werden könnten. Interessant ist der Fall trotzdem, denn er macht deutlich, dass Unternehmer nicht darauf spekulieren sollten, dass das Bundesgericht einseitige Vertragsklauseln marktmächtiger Bauherren in jedem Fall zu ihren Gunsten auslegen werde:

[Rz 11] In der Sache ging es um die Erstellung eines Tunnels. In den vom Besteller vorformulierten Vertragsbedingungen war vorgesehen, dass jegliche Mehrvergütung des Unternehmers ausgeschlossen sei, falls er den Sprengplan zwecks Einhaltung der Erschütterungsgrenzwerte ändern müsse. In einer Ziffer des Technischen Berichtes wurden indessen Abweichungen vom angenommenen K-Wert (Beschaffenheit des Gesteins) als «geologisches Risiko» definiert, ohne dass indessen der Träger dieses Risikos genannt wurde. Die Vorinstanz entschied dazu, dass der Besteller die Angaben zum K-Wert im Technischen Bericht als Bekanntgabe einer internen Kalkulationsgrundlage des Unternehmers verstehen durfte, ohne dabei annehmen zu müssen, dass dadurch die in den Besonderen Bedingungen enthaltene Ausschlussklausel (keine zusätzliche Entschädigung im Falle einer Änderung des Sprengplanes) für K-Wert-bedingte Änderungen des Sprengplanes wieder aufgehoben würde (E. 2.4.1). Das Bundesgericht hat diese Auslegung des kantonalen Gerichtes nicht beanstandet. Angesichts dieser Auslegung brauchte auch nicht entschieden zu werden, ob die Besonderen Bedingungen dem Technischen Bericht nach der vereinbarten Dokumentenhierarchie vorgehen. Denn die Regeln über die Rangreihenfolge sind zum Vornherein nur von Bedeutung, wenn sich Bestimmungen im Vertragsgefüge bei richtiger Auslegung widersprechen (E. 4).

[Rz 12] Der Unternehmer machte im Eventualstandpunkt geltend, die Bestellerin sei nach Art. 5 Abs. 1 SIA-Norm 118 verpflichtet gewesen, Angaben über den Baugrund zu machen. Diese Angaben seien mangelhaft gewesen, was der Bestellerin als Verschulden im Sinne von Art. 58 Abs. 2 der SIA-Norm 118 anzurechnen sei. Dem hielt die Vorinstanz entgegen, der K-Wert sei von verschiedenen Faktoren abhängig (Boden- und Ladungskennwerte sowie Distanz) und stelle insofern keine Angabe über den Baugrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 der SIA-Norm 118 dar, zu deren Ermittlung die Bestellerin verpflichtet gewesen wäre. Das Bundesgericht sah darin keine Verletzung von Bundesrecht (E. 5).

[Rz 13] Im Übrigen urteilte das Bundesgericht, das Urteil der Vorinstanz enthalte keine Hinweise, dass die Unternehmerin mit der Übernahme des Risikos für Kosten aus einer Änderung des Sprengplanes eine übermässige Selbstbindung im Sinne von Art. 27 [ZGB](#) übernommen habe (E. 5). Die Unternehmerin machte weiter geltend, die Bestellerin habe einseitig diverse Positionen aus dem Leistungsverzeichnis gestrichen und dadurch ihre Kalkulation der offerierten Einheitspreise durchkreuzt. Die Vorinstanz hatte befunden, dass Art. 84 der SIA-Norm 118 dem Bauherrn ein weitgehendes Änderungsrecht einräume, namentlich das Recht, vereinbarte Leistungen in kleineren Mengen erbringen zu lassen oder gänzlich darauf zu verzichten. Voraussetzung sei, dass der Gesamtcharakter des Werkes unverändert bleibe. Im vorliegenden Fall sei eine Änderung des Gesamtcharakters ohne weiteres zu verneinen, da der geplante Eisenbahntunnel wie vorgesehen gebaut werde. Damit falle eine volle Schadloshaltung (Art. 84 Abs. 3 SIA-Norm 118 in Verbindung mit Art. 377 [OR](#)) ausser Betracht. Diese Einschätzung des kantonalen Gerichtes beruhte auf tatsächlichen Feststellungen, an die das Bundesgericht gebunden war (Art. 63 Abs. 2 OR) (E. 9.1.2).

[Rz 14] Die Unternehmerin machte weiter geltend, sie habe darauf vertrauen dürfen, dass das detaillierte Leistungsverzeichnis der Bestellerin den Anforderungen der Vollständigkeit und Klarheit entspreche. Es sei schockierend, wenn eine Bestellerin Bestellungsänderungen vornehmen könne, die sie hätte vermeiden können, wenn sie den Auftrag bereits in der Ausschreibung klar und vollständig beschrieben hätte. Das Bundesgericht stellt hierzu die Frage, ob das Leistungsverzeichnis nach dem übereinstimmenden Parteiwillen als *unveränderlicher* Bestandteil in den Vertrag übernommen worden war (E. 9.2.1). Die Vorinstanz hatte als Tatsache festgestellt, dass die Abweichungen sich im vorliegenden Fall im Rahmen des Üblichen gehalten hatten und dass die Parteien in ihrem tatsächlichen übereinstimmenden Willen das Leistungsverzeichnis als *einen im üblichen Umfange veränderlichen Bestandteil* in den Vertrag integriert hatten. An diese tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz war das Bundesgericht gebunden (E. 9.2.2).

5. Mängelhaftung [^](#)

5.1. Begriff des Mangels [^](#)

Urteil [4C.469/2004](#) vom 17. März 2005: Begriff des Mangels

[Rz 15] In dieser Streitsache machte der Besteller geltend, das Werk sei nicht vollendet, weil im Dachgeschoss keine Wärmedämmung angebracht worden sei. Das Bundesgericht bestätigte den Grundsatz, dass ein Werk nur dann abgenommen werden kann, wenn es vollendet ist, wenn also der Unternehmer alle vereinbarten Arbeiten ausgeführt hat. Ob das Werk mängelfrei ist, spielt dagegen keine Rolle (E. 2.2). Dabei gilt allerdings Folgendes: «Im Einzelfall ist eine Ablieferung trotz fehlender Vollendung zuzulassen, wenn die ausstehenden Arbeiten im Vergleich zu den Gesamtkosten ausserordentlich gering sind, da die Verweigerung der Abnahme durch den Besteller unter diesen Umständen treuwidrig wäre (...). Auch kann der Besteller nach Erhalt der Schlussrechnung nicht durch blosses Zuwarten den Beginn des Fristenlaufs für die Mängelrügen hinauszögern, nur weil er der Ansicht ist, das Werk sei noch nicht vollendet» (E. 2.3). Die

Regel, wonach die Abnahme die Vollendung sämtlicher Arbeiten voraussetzt, wurde dann in E. 2.5 noch weiter relativiert: «Massgebend ist daher nicht, dass der Unternehmer gewisse vertraglich zugesagte Arbeiten nicht vorgenommen hat, sondern ob er ein fertiges gebrauchsfähiges Werk abgeliefert hat und der Besteller erkennen konnte, dass die Arbeiten (zu denen je nachdem auch die Montage oder Inbetriebnahme eines Werkes gehören kann) vollendet sind und er gehalten ist, die Prüfung vorzunehmen» (E. 2.5). Fazit ist, dass die Nichtvollendung unwesentlicher Arbeiten bezüglich der Abnahmewirkung und der Rügepflichten wie ein Mangel gehandhabt wird (vgl. E. 2.6). Dasselbe soll offenbar auch für die Nichtvollendung gelten, welche bei der Prüfung nicht erkennbar ist: «Sind die Abweichungen vom vertraglich Vereinbarten bei der Prüfung nicht zu erkennen und werden erst nachträglich entdeckt, hat dies auf die erfolgte Abnahme keinen Einfluss, unabhängig davon, ob der Unternehmer die Arbeiten nicht richtig oder überhaupt nicht ausgeführt hat. In beiden Fällen kann der Besteller nur noch seine Mängelrechte geltend machen und muss Mängel umgehend rügen.» (E 2.6)

[Rz 16] Die Vorinstanz hatte das Fehlen der Wärmedämmung nicht als Mangel qualifiziert, weil diese – wie ein Gutachter festgestellt hatte – bauphysikalisch nicht notwendig war. Das Bundesgericht stellte dazu klar, dass der Mangel kein technischer, sondern ein rechtlicher Begriff ist: Die Abweichung vom vertraglich Vereinbarten stellt ungeachtet der bauphysikalischen Notwendigkeit einen Mangel dar (E. 3). Zum Verhängnis wurde dem Besteller im konkreten Fall allerdings, dass er diesen Mangel nicht rechtzeitig gerügt hatte (E. 3.2).

5.2. Besondere Gewährleistungen [▲]

Urteil [4C.151/2005](#) vom 29. August 2005: Mängelrechte und Stockwerkeigentum

[Rz 17] Die Eheleute B kauften von A eine noch zu erstellende Wohnung (Stockwerkeigentum), wobei die analoge Geltung der Mängelhaftungsregeln der SIA-Norm 118 vereinbart wurde (Art. 156-180 SIA-Norm 118). In der Folge machten die Eheleute B Mängel an gemeinsamen Bauteilen geltend, während A die Klagelegitimation bestritt. Das Bundesgericht führte dazu Folgendes aus: Nach der Rechtsprechung ([BGE 114 II 239](#), E. 5b, S. 246) besteht die Sachgewährleistung für gemeinschaftliche Bauteile aus mehreren einzelnen Forderungen, welche indessen ein einziges Objekt haben, nämlich das Gebäude im Stockwerkeigentum. Das Sachgewährleistungsrecht steht damit jedem Stockwerkeigentümer einzeln zu, auf der Basis seines Vertrages mit dem Verkäufer und proportional zu seinem Stockwerkeigentumsanteil ([BGE 111 II 458](#) E. 3c, S. 462). Die Untätigkeit oder die Weigerung einzelner Stockwerkeigentümer, die Sachgewährleistung geltend zu machen, steht dem Recht der anderen Stockwerkeigentümer, entsprechende Klage zu erheben, nicht entgegen (vgl. [BGE 114 II 239](#) E. 5c) (E. 4.2.3).

[Rz 18] Im vorliegenden Fall stellte das Bundesgericht fest, dass seine bisherige Rechtsprechung die Frage nicht geklärt hat, ob ein Stockwerkeigentümer alleine Sachgewährleistungsrechte aus Mängeln an Bauteilen im Gemeingebrauch geltend machen kann, wenn diese Arbeiten nicht durch die Stockwerkeigentümergeinschaft in Auftrag gegeben wurden (E. 4.2.3). Das Bundesgericht bezeichnete die Frage als heikel («délicat»). Es musste diese Frage im konkreten Fall allerdings nicht beantworten, weil die Nachbesserungsarbeiten, welche am Bauteil im Gemeingebrauch (konkret am Dach) vorgenommen werden mussten, in direktem Zusammenhang mit den Mängeln am Bauteil in Sondernutzung standen. Das Bundesgericht entschied daher, dass zumindest, wenn Mängel an gemeinschaftlichen Bauteilen ausschliesslich oder überwiegend Auswirkungen auf Bauteile im Sondernutzungsrecht haben, der Eigentümer dieses Sondernutzungsrechts berechtigt ist, die Mängelrechte alleine geltend zu machen (E. 4.2.3).

5.3. Mängelrüge [^](#)

BGE 131 III 145 /E. Urteil [4C.324/2004](#) vom 11. Januar 2005: Beginn der Mängelrügefrist

[Rz 19] In diesem Entscheid zum Grundstückskauf verwies das Bundesgericht bezüglich des Beginns der Mängelrügefrist auf die Analogie zum Werkvertragsrecht. Bei Mängeln, die nach und nach zum Vorschein kommen, darf eine Entdeckung erst angenommen werden, wenn die Bedeutung und die Tragweite des Mangels für den Grundstückskäufer erkennbar wird (mit Verweis auf [BGE 118 II 142](#) E. 3b, S. 148 ff.). Oder in anderen Worten: Der Grundstückskäufer hat den Mangel erst dann zu rügen, wenn er erkannt hat (oder hätte erkennen müssen), dass dieser eine Vertragsabweichung darstellt (mit Verweis auf [BGE 117 II 425](#) E. 2 S. 427) (E. 7.2).

Urteil [4C.34/2005](#) vom 18. August 2005: Versand einer Schlussabrechnung als konkludente Vollendungserklärung

[Rz 20] In diesem Fall ging es um ein Gebäude in einem steilen Walliser Hang, wo eine Stützmauer aus Felsquadern gebaut wurde («enrochement»). Am 4. August 1998 stellte der Unternehmer seine letzte Rechnung. Das Bundesgericht erinnerte daran, dass der Versand einer Schlussabrechnung, unter Umständen, als Vollendungserklärung durch konkludentes Handeln gelten kann (mit Verweis auf das Urteil [4C.301/2003](#) vom 4. Februar 2004, E. 4.1). Im konkreten Fall verstand das Bundesgericht die Schlussabrechnung (welche auch bezahlt worden war) als Vollendungserklärung (E. 5.1). An Ostern 1999 stellten die Besteller fest, dass zwei Steinquader aus dem Gleichgewicht waren und dass die Felsmauer instabil war. Im Mai 1999 kam es zu Geländebewegungen. Erst nach diesen Geländebewegungen haben die Besteller gegenüber dem Unternehmer Mängelrüge erhoben. Das Bundesgericht führte dazu aus, dass der Besteller versteckte Mängel nach Art. 370 Abs. 3 OR gegenüber dem Unternehmer zu rügen hat, sobald er davon Kenntnis hat, wobei er seine Mängelrechte verwirkt, wenn er dies unterlässt (E. 5.2). Die Obliegenheit, versteckte Mängel sofort nach der Entdeckung zu rügen, gilt auch im Falle von Mängeln, die der Unternehmer arglistig verschwiegen hat (vgl. auch [BGE 100 II 30](#)). Bei solchen Mängeln gilt indessen die zehnjährige Verjährungsfrist des Art. 210 Abs. 3 OR, auf den Art. 371 Abs. 1 OR verweist (E. 5.3). Im vorliegenden Fall waren die Mängelrechte also aufgrund der zu späten Mängelrüge verwirkt.

Urteil [4C.151/2005](#) vom 29. August 2005: Erfordernis der Soforrüge

[Rz 21] In diesem Entscheid hat das Bundesgericht bestätigt, dass Mängel sofort (d.h. unverzüglich) zu rügen sind – obschon dies Art. 367 Abs. 1 OR nicht ausdrücklich besagt (E. 5. I).

5.4. Nachbesserung und Ersatzvornahme [^](#)

Urteil [4C.77/2005](#) vom 20. April 2005: Ersatzvornahme ohne Androhung

[Rz 22] Die Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR setzt grundsätzlich voraus, dass diese angedroht wurde (E. 4). Das Bundesgericht stellt in diesem Entscheid allerdings fest, dass die Androhung entfallen kann, wenn der Unternehmer als zur Verbesserung des Mangels unfähig erscheint oder wenn der Unternehmer ausdrücklich oder durch konkludentes Handeln zu erkennen gibt, dass er den Zustand nicht ändern wird (E. 4). Im konkreten Fall befand sich der Unternehmer mit der verlangten Verbesserung ca. 1½ Jahre im Verzug. Daraus durfte der Besteller schliessen, dass der Unternehmer zur Verbesserung unfähig war.

Urteil [4C.106/2005](#) vom 7. Oktober 2005: Kein Behaften auf der Wahlerklärung

[Rz 23] Grundsätzlich gilt, dass wenn ein Besteller das Nachbesserungsrecht wählt, das Wandlungs- und

[Rz 23] Grundsätzlich gilt, dass wenn ein Besteller das Nachbesserungsrecht wählt, das Wandlungs- und Minderungsrecht erlischt. Denn: Die Gestaltungserklärung des Bestellers ist im Regelfall unwiderruflich (E. 3.2). Der Lehre folgend machte das Bundesgericht in diesem Entscheid diesbezüglich folgende Einschränkung: Bestreitet der Unternehmer die Mangelhaftigkeit des Werkes oder das vom Besteller geltend gemachte Recht auf Nachbesserung, so kann er den Besteller nicht auf seiner Erklärung behaften. Auch können die übrigen Mängelrechte unter Umständen wieder aufleben, namentlich wenn der Unternehmer mit der Nachbesserung in Verzug gerät, wenn die Nachbesserung unmöglich wird oder wenn der Unternehmer trotz eines Nachbesserungsversuchs ein mangelhaftes Werk abgeliefert. Der Besteller ist unter diesen Umständen an seine Gestaltungserklärung nicht gebunden und kann statt Nachbesserung wieder Wandlung oder Minderung verlangen (E. 3.2).

5.5. Loslösungsrechte: Minderung und Wandelung [^](#)

Urteil [4C.461/2004](#) vom 15. März 2005: Minderung nach Ermessen

[Rz 24] In diesem kaufrechtlichen Entscheid (Grundstückkauf) erwähnte das Bundesgericht, dass die Minderung des Preises sowohl im Kaufrecht (Art. 205 Abs. 1 und Art. 221 OR) wie auch im Werkvertragsrecht (Art. 368 Abs. 2 OR) in jenem Verhältnis vorzunehmen ist, in welchem der objektive Wert des Werkes ohne Mangel zum objektiven Wert des Werkes mit dem Mangel steht. Angesichts der praktischen Schwierigkeit, die objektiven Werte zu bestimmen, wird auf die Vermutung abgestellt, dass der Wert des mangelfreien Werkes dem Werkpreis entspricht und dass der Minderwert den Kosten der Mängelbehebung entspricht (E. 2). Wenn Schwierigkeiten bestehen, den Minderwert genau zu bestimmen – also z.B. bei ästhetischen Mängeln oder bei einem künftigen Minderwert – so ist der Minderwert vom Richter in Analogie zu Art. 42 Abs. 2 OR nach Billigkeit zu bestimmen (E. 2).

[Rz 25] Die Vorinstanz hatte den Minderwert auf der Basis der Kosten der Mängelbehebung bemessen. Der Verkäufer der Liegenschaft machte geltend, er könne die Mängel selber günstiger beheben. Das Bundesgericht hielt dem entgegen, dass ihm das Gesetz kein *Recht* einräume, die Mängel nachzubessern (E. 3).

Urteil [4C.7/2005](#) [4C.11/2005](#) vom 30. Juni 2005: Berechnung des Minderwertes

[Rz 26] In diesem kaufrechtlichen Urteil ging es um eine Überbauung, welche für CHF 27 Mio. verkauft wurde, wobei eine gewisse Rendite zugesichert wurde. In der Folge wurde festgestellt, dass in die Berechnung dieser Rendite die Mieterträge diverser Parkplätze einbezogen worden waren, an denen Dritte berechtigt waren. Der Käufer machte geltend, die Kaufsache sei mangelhaft, weil sie wegen der fehlenden Einnahmen aus den Parkplätzen nicht die vereinbarte Rendite einbringe. Das Bundesgericht wies darauf hin, dass sowohl im Kaufrecht als auch im Werkvertragsrecht die sog. relative Methode gelte, wonach sich der vereinbarte Werklohn zum geminderten Werklohn gleich zu verhalten hat wie der Wert des mangelfreien Werkes zum Wert des mangelhaften Werkes (E. 3.2). Bestätigt wurde auch die Praxis, dass der Wert einer Sache dem vereinbarten Preis entspricht. Weil im konkreten Fall davon ausgegangen werden konnte, dass der objektive Wert dem (Miet-)Ertragswert der Liegenschaft entsprach, errechnete das Bundesgericht den Minderwert durch einen Vergleich des vertraglich in Aussicht gestellten Ertrages mit dem tatsächlichen Ertrag (E. 3.2).

5.6. Haftung für Mangelfolgeschaden [^](#)

Urteil [4C.106/2005](#) vom 7. Oktober 2005: Wahl des Nachbesserungsrechts und Mangelfolgeschaden / Kausalität von Mangelfolgeschaden (Mortuar)

Kausalität von Mangelnolgeschäden (Wartung)

[Rz 27] Ein Bauherr machte geltend, der Planer habe in den Plänen die Grundwasserproblematik nicht korrekt berücksichtigt, so dass das Gebäude erstens mehr als geplant gekostet habe und zweitens, wegen der Grundwasserproblematik trotz der Mehrkosten nicht bestimmungsgemäss genutzt werden konnte. Die Vorinstanz erachtete es als erwiesen, dass der Bauherr gegenüber dem Planer die Nachbesserung gewählt habe. Weil sich dieses Nachbesserungsrecht nur auf das Werk des Planers (Pläne) und nicht auf das gesamte Bauwerk beziehe, wies die Vorinstanz die Klage ab. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass durch die Nachbesserung des Planungswerkes der Schaden nicht beseitigt werden kann, welcher wegen Mehrkosten des Bauwerks gemäss den geänderten Plänen, wegen dem pflichtwidrigen Ausserachtlassung von Eigenschaften des Baugrundes oder wegen der falschen Berechnung der Mehrkosten entstanden ist. Diesbezüglich komme nur *Schadenersatz* in Frage. «Einem entsprechenden Anspruch steht die Ausübung des Gestaltungsrechts schon deshalb nicht entgegen, weil die Bestellerin auf zuverlässige Pläne und Kostenberechnungen angewiesen war, um sich über die Fortsetzung oder den Abbruch ihres Bauvorhabens schlüssig zu werden» (E. 4.2.1).

[Rz 28] Bezüglich eines Wassereintruchs hatte der Bauherr geltend gemacht, dieser sei durch einen konzeptionellen Fehler entstanden. Der Unternehmer und der Planer machten dagegen geltend, der Schaden sei auf ungenügenden Unterhalt der Pumpen zurückzuführen. Das Bundesgericht bestätigte diesbezüglich, dass die Kausalität eines Mangels für den entstandenen Schaden zu verneinen ist, wenn der Schaden auch bei einem mängelfreien Werk eingetreten wäre (E. 5.2). Allerdings: Eine mangelhafte Wartung ist dem Verantwortungsbereich des Bestellers nur dann zuzurechnen, wenn er um die Notwendigkeit der entsprechenden Wartung wusste. Diesbezüglich ist eine Haftung des Unternehmers nur ausgeschlossen, wenn er entweder nach dem konkreten Vertrag keine Pflicht zum Hinweis auf die korrekten Wartungsmodalitäten hat oder wenn er diese Pflicht gehörig erfüllt (E. 5.4).

Urteil [4C.165/2005](#) vom 22. Juli 2005: Fehlinvestition als Mangelfolgeschaden eines Prüfberichts

[Rz 29] Ein Ingenieurbüro prüfte eine Kanalisation mit einem neuartigen Leckortungssystem und gab gestützt darauf der Gemeinde einen Prüfbericht ab. Gemäss diesem Prüfbericht nahm die Gemeinde nur eine punktuelle Sanierung vor. Es stellte sich dann heraus, dass – entgegen dem Prüfbericht – diese punktuelle Sanierung nicht ausreichte. Ursache war, dass mit dem neuartigen Leckortungssystem nur eine Grobbeurteilung möglich war. Die Vorinstanz qualifizierte den Prüfbericht als werkvertragliche Leistung und die Fehlinvestition in die punktuelle Sanierung als Mangelfolgeschaden. Das Bundesgericht widersprach dem nicht und bejahte den adäquaten Kausalzusammenhang (E. 4.3).

6. Werklohn [^](#)

6.1. Entgeltlichkeit [^](#)

Urteil [4C.374/2004](#) vom 13. April 2005: Entgeltlichkeit von Architektenleistungen

[Rz 30] In diesem Urteil bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung, wonach die Erstellung von Plänen durch einen Architekten eine Leistung ist, welche ihrer Natur nach Gegenstand eines Werkvertrages sein kann, wenn sie entgeltlich erbracht wird (E. 4.1). Der Abschluss eines Werkvertrages setzt im Sinne von Art. 363 OR indessen voraus, dass die Parteien sich über die Entgeltlichkeit der Leistung einig sind (E. 4.1 mit Verweis auf [BGE 127 III 519](#) E. 2b). Das Bundesgericht erinnerte in dieser Entscheidung auch daran, dass jene Partei, welche die Entgeltlichkeit eines Vertrages behauptet, für diese Behauptung beweisbelastet ist.

Soweit ein tatsächlicher Konsens nicht nachgewiesen ist, muss beachtet werden, dass das Vertrauensprinzip in der Regel der Annahme entgegensteht, dass die Tätigkeiten eines gewissen Umfangs im Rahmen der Erstellung eines Bauprojektes unentgeltlich erbracht werden (E. 4.2 mit Hinweis auf [BGE 119 II 40](#) E. 2b).

Urteil [4C.261/2005](#) vom 9. Dezember 2005: Regelvermutung für die Entgeltlichkeit

[Rz 31] In diesem Fall wurde offen gelassen, ob das konkrete Vertragsverhältnis mit dem Elektroplaner als Auftrag oder als Werkvertrag zu qualifizieren war. Der (vermeintliche?) Besteller stellte sich auf den Standpunkt, es sei kein Vertrag zustande gekommen bzw. es habe zumindest keine Zusage der Kostenübernahme gegeben. Das Bundesgericht hielt dazu unter Berufung auf einen älteren strafrechtlichen Bundesgerichtsentscheid ([BGE 82 IV 145](#) E. 2a, wo es um den Straftatbestand des Wuchers ging) Folgendes fest: «Haben die Parteien nichts vereinbart, ist Entgeltlichkeit die Regel, wo die Geschäfts- oder Dienstleistung berufsmässig geschieht.» Fehlt eine Vereinbarung über die Höhe oder die Berechnungsweise der Vergütung, so hat der Unternehmer resp. Beauftragte Anspruch auf eine «übliche» Vergütung (E. 2.1). Das Bundesgericht lässt offen, ob die zugesagte Kostenübernahme die Vergütung der blossen Selbstkosten meint oder ein Honorar resp. einen Zuschlag für Gewinn und Risiko einschliesst.

Urteil [4C.399/2004](#) vom 30. August 2005: Werkvertrag und ungerechtfertigte Bereicherung

[Rz 32] Der Sachverhalt, welcher diesem Urteil zugrunde liegt, wurde durch Abtretungen und eine Umkehr der Parteirollen (Aberkennungsklage) verkompliziert. Etwas vereinfacht ging es um Folgendes: Nach Abschluss eines Vorvertrages über den Kauf einer Wohnung schloss die Käuferin einen Werkvertrag für einen besonderen Endausbau ab. Die Käuferin machte dann bezüglich des geplanten Kaufs Willensmängel geltend und der Verkäufer verkaufte die Wohnung in der Folge zum gleichen Preis an jemand anderes, so dass dem Verkäufer aus dem Vertragsrücktritt der Käuferin kein Schaden entstand. Der Unternehmer machte gegen die «Käuferin» eine Werkpreisforderung geltend und trat diese dann an den Verkäufer ab. Die «Käuferin» hielt dem entgegen, dass der «Verkäufer» durch die von ihr bestellten Werkleistungen bereichert gewesen sei. Es stellte sich die Frage, ob der Ausgleichsanspruch nach Art. 671 – 673 ZGB oder nach Art. 62 OR zu bemessen ist. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass die Anwendung der Art. 671-673 ZGB gegenüber dem Eigentümer möglich ist, wenn ein Unternehmer, welcher Materialeigentümer ist, einen Vertrag mit einem Besteller abschliesst, welcher nicht Eigentümer der Immobilie ist (E. 2.1). Im vorliegenden Fall stand der Eigentümer aber nicht dem Unternehmer/Materialeigentümer gegenüber: Hier ging es um den Fall einer Bestellerin («Käuferin»), welche auf dem Grundstück eines Dritten («Verkäufer») mit Material eines Dritten (Unternehmer) gebaut hatte. Das Bundesgericht hielt fest, dass sich in solchen Fällen allfällige Ausgleichsansprüche nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts (Art. 62 ff. OR) bemessen.

6.2. Bemessung des Werklohnes [^](#)

Urteil [4C.86/2005](#) vom 2. Juni 2005: Folgen einer nicht detailliert bestrittenen Abrechnung:

[Rz 33] Nach den für das Bundesgericht verbindlichen (Art. 63 Abs. 2 OG) tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz hatten die Parteien eine Vergütung nach dem Wert der Arbeit und der Aufwendungen der Unternehmerin vereinbart (Art. 374 OR). Die beklagte Bauherrschaft hatte auf der Bauabrechnung lediglich eine diffus formulierte Bemerkung angebracht, wonach sie mit einzelnen Posten nicht einverstanden sei. Sie hatte es indessen unterlassen, die nicht genehmen Posten in der detailliert gehaltenen Auflistung konkret zu bestreiten. Die Vorinstanz befand, dass die Bestellerin keine wesentlichen Vorbehalte gehabt haben konnte. Dies insbesondere deswegen, weil die Bestellerin dieselbe Bauabrechnung der Kantonalbank für eine Konsolidierung der Hypothek ohne Vorbehalt unterbreitet hatte. Die Vorinstanz hatte aus dem gesamten Verhalten auf eine Anerkennung der Bauabrechnung geschlossen. Das Bundesgericht prüfte dies unter dem

Aspekt des Art. 8 ZGB und kam zum Schluss, dass es nicht gegen Bundesrecht verstosse, vom Besteller zu verlangen, dass er in einer detaillierten Abrechnung die einzelnen Positionen, die er nicht anerkennt, einzeln bestreitet (E. 3). Im Ergebnis gleich hat das Bundesgericht im Urteil [4P.99/2005](#) vom 18. August 2005 (E. 3.4) entschieden: Das Bundesgericht befand es als nicht willkürlich, dass die Vorinstanz den Aufwand gestützt auf Art. 374 OR als erwiesen erachtete, weil der Aufwand in der Schlussabrechnung detailliert ausgewiesen war und während zweier Jahre vom Besteller nicht bestritten wurde.

Urteil [4C.90/2005](#) vom 22. Juni 2005: Charakteristik des Pauschalpreisvertrages

[Rz 34] Eine Generalunternehmung vergab die Neugestaltung eines EDV-Lagerverwaltungssystems an die Firma X, welche wiederum die Firma Y GmbH als Sub-Subunternehmerin beizog. Die Vorinstanz stellte für das Bundesgericht verbindlich fest, dass die Parteien im Werkvertrag einen Pauschalwerklohn vereinbart hatten. Streitig war, ob der Besteller auch dann den vollen Preis zu bezahlen hat, wenn die Herstellungskosten geringer sind als vorgesehen. Dies gab dem Bundesgericht Anlass zu einigen bemerkenswerten Äusserungen zum Pauschalpreis: «Wird im Rahmen eines Werkvertrages die Vergütung im Voraus genau bestimmt, so hat der Besteller auch dann den vollen Preis zu bezahlen, wenn die Fertigstellung des Werkes weniger Arbeit verursacht, als vorgesehen war (Art. 373 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 OR). (...) Der Pauschalpreis ist nach einhelliger Lehre ein fester Preis in dem Sinne, dass er unabänderlich sowie unabhängig von den tatsächlichen Erstellungskosten des Werkes, den ausgeführten Leistungsmengen, Aufwendung und Arbeiten ist; die Abweichung von den bei Vertragsschluss vorgesehenen Erstellungskosten (Arbeits- und andere Kosten) ist daher ohne Belang – vorbehaltlich vorliegend nicht gegebener ausserordentlicher Umstände im Sinne von Art. 373 Abs. 2 OR (...)» und «Bei einer Pauschalpreisvereinbarung muss der Unternehmer ... nur jene Leistungen erbringen, die notwendig sind, um das vereinbarte Werk zu vollenden» (E. 3.2). Welche Leistungen allerdings zum vereinbarten Pauschalpreis zu erbringen sind, ist durch Auslegung des konkreten Werkvertrages zu ermitteln. Denn: «pauschaliert» wird durch die Vereinbarung eines Pauschalpreises die Vergütung, nicht aber die zu erbringenden Leistungen.

Urteil [4C.88/2005](#) vom 8. Juli 2005: Vergütung nach Einheitspreisen und Treuepflicht

[Rz 35] Das Bundesgericht hat sich in diesem Urteil im Detail zum Thema «Einheitspreise» geäussert: Der Einheitspreis ist ein fester Preis im Sinne von Art. 373 OR, welcher sich indessen nicht auf das gesamte Werk, sondern nur auf bestimmte Leistungseinheiten bezieht. Der Werkpreis bestimmt sich in diesen Fällen nach der Menge der massgebenden Leistungseinheiten. Die für die Berechnung massgebliche Menge wird, je nach entsprechender vertraglicher Vereinbarung, entweder nach dem tatsächlichen Ausmass ermittelt oder nach dem plangemässen theoretischen Ausmass (E. 2).

[Rz 36] Konkret ging es im Urteil um den Vorwurf eines Unternehmers, der Subunternehmer habe mehr Hochwasser-Schlamm entfernt als vereinbart. Das Bundesgericht führte dazu sinngemäss aus: Wenn sich die Vergütung nach Einheitspreisen bestimmt, so ist ein Unternehmer aufgrund seiner Treuepflicht gehalten, das Werk auszuführen, ohne dabei die Anzahl vernünftigerweise erforderlicher Einheiten zu überschreiten. Wenn ein Unternehmer Mehrarbeiten ausführt, welche nicht bestellt wurden, so kann er dafür keine Vergütung geltend machen (E. 2). Solange der Besteller die Rechnung des Unternehmers nicht ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt hat, steht es ihm frei, deren Berechnungsbasis zu bestreiten und dabei namentlich auch geltend zu machen, dass der vom Unternehmer behauptete Aufwand übermässig sei (E. 2, unter Hinweis auf [BGE 96 II 58](#), E. 1, S. 60).

Urteil [4P.99/2005](#) vom 18. August 2005: Fehlen einer Festpreisabrede

[Rz 37] In dieser Entscheidung wiederholt das Bundesgericht, dass ein fester Preis im Sinne von Art. 373 OR bedeutet, dass der Unternehmer auch dann keinen höheren Preis verlangen kann, wenn für die Werkerstellung mehr Aufwand oder höhere Kosten nötig waren, als ursprünglich vorgesehen war. Umgekehrt

Werkleistung mehr Aufwand oder höhere Kosten nötig waren, als ursprünglich vorgesehen war. Umgekehrt hat der Unternehmer aber auch dann Anspruch auf die volle Vergütung, wenn der Aufwand geringer ist als vorgesehen. Die Beweislast für das Vorliegen einer Festpreisabrede trägt die Partei, welche diese Abrede behauptet. Wenn dieser Nachweis nicht gelingt, ist der Werkpreis nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers zu bemessen (Art. 374 OR). Dies gilt auch, wenn der Preis Gegenstand einer ungefähren Kostenschätzung («un devis approximatif») war (E. 3.2).

Urteil [4C.177/2005](#) vom 31. August 2005: Ungefährer Kostenansatz gemäss Art. 375 Abs. 1 OR

[Rz 38] In dieser mietrechtlichen Entscheidung machte das Bundesgericht folgende Ausführungen zum Werkvertragsrecht (E. 5.1.2): «Die im Werkvertragsrecht geltenden Rechtsfolgen der Überschreitung eines «ungefähren Kostenansatzes» gemäss Art. 375 Abs. 1 OR treten nur ein, wenn der Unternehmer dem Besteller eine Kostenschätzung im Sinne eines Richtpreises gegeben hat und dieser Kostenvoranschlag bei Vertragsschluss als Geschäftsgrundlage diente (...). Kein ungefährer Kostenansatz im Sinne dieser Bestimmung ist dagegen verabredet, wenn die Parteien lediglich vereinbart haben, der Preis sei nach Aufwand des Unternehmers zu berechnen (...).» In der Folge stellte das Bundesgericht fest, dass «die Höhe der Akontozahlungen nicht generell die Zusicherung eines ungefähren Kostenansatzes darstellt» (Erw. 5.1.2).

6.3. Rückforderung von Werklohnzahlungen [^](#)

Urteil [4C.7/2005](#) [4C.11/2005](#) vom 30. Juni 2005: Zinspflicht bei der Minderungsrückforderung

[Rz 39] Wenn aufgrund eines Minderungsanspruchs der geleistete Werklohn teilweise zurückgefordert werden kann, beginnt die *Zinspflicht* im Zeitpunkt des Empfanges der zurückzuerstattenden Vergütung. Es handelt sich dabei nicht um einen Verzugszins, sondern um einen Zins mit kompensatorischem Zweck nach Art. 73 OR. Die Zinspflicht wird daher nicht erst durch eine Mahnung nach Art. 102 Abs. 1 OR ausgelöst (E. 3.3).

7. Beendigung des Werkvertrages [^](#)

Urteil [4C.281/2005](#) vom 15. Dezember 2005: Verhältnis von Beendigung und Suspensivbedingung

[Rz 40] Ein Besteller eines Planwerkes (Baueingabepläne) machte geltend, das Honorar sei vertraglich von einer Bedingung (Erhalt der Baubewilligung) abhängig gemacht worden. Der Besteller verhinderte den Eintritt dieser Bedingung, indem er seine Zustimmung zur Einreichung des Bewilligungsgesuchs verweigerte. Es stellte sich also die Frage nach dem Verhältnis zwischen Art. 377 OR (Rücktritt vom Werkvertrag) und Art. 156 OR (treuwidrige Verhinderung des Eintritts einer Bedingung): Unter Hinweis auf [BGE 117 II 273](#), E. 4 c., S. 278 hielt das Bundesgericht dazu fest, dass die Suspensivbedingung nicht nur den Erfüllungsanspruch bestimmt, sondern auch die Forderung auf Schadloshaltung nach Art. 377 OR. Wenn der Besteller vor Eintritt dieser Bedingung zurücktritt, so ist eine Entschädigung nach Art. 377 OR nur dann geschuldet, wenn die Bedingung ohne den Rücktritt erfüllt worden wäre.

[Rz 41] Das Bundesgericht bejahte, dass die Weigerung des Bestellers treuwidrig im Sinne von Art. 156 OR war. Insbesondere zumal der Besteller seine Weigerung nicht begründet hatte (E. 3.5.1). Es bejahte auch, dass die Weigerung für die Nicht-Erteilung der Bewilligung kausal war, denn die Vorinstanz hatte als Tatsache festgestellt, dass das ausgearbeitete Bauprojekt baurechtskonform war und dass man mit einer Bewilligung hätte rechnen können (E. 3.5.2). Der Besteller machte geltend, er habe das Vertrauen in die

Planer verloren. Das Bundesgericht liess unter Hinweis auf [BGE 117 II 273](#), E. 4a offen, ob es neben Art. 377 OR eine Möglichkeit der entschädigungslosen Auflösung aus wichtigen Gründen gebe, denn der Verlust des Vertrauens sei jedenfalls *kein* ausreichender Grund, die Pflicht zur Schadloshaltung nach Art. 377 OR entfallen zu lassen (E. 3.6)

Urteil [4C.18/2005](#) vom 30. Mai 2005: Auflösung des Gesamtvertrages des Architekten

[Rz 42] In diesem Entscheid hat das Bundesgericht nebenbei bestätigt, dass ein die Projektierung und Bauausführung umfassender Architektenvertrag als gemischter Vertrag mit sowohl auftrags- als auch werkvertraglichen Merkmalen gilt und dass für dessen Auflösung die Regeln des Auftragsrechts, namentlich Art. 404 OR, anwendbar sind (E. 2.1).

8. Subunternehmer [^](#)

Urteil [4C.88/2005](#) vom 8. Juli 2005: Unabhängigkeit des Subunternehmervertrages

[Rz 43] Ein Subunternehmer machte geltend, dass eine Beststellungsänderung im Hauptvertrag den Umfang seiner Leistungspflichten aus dem Subunternehmervertrag vergrössert hätte. Das Bundesgericht führte dazu aus, dass der Subunternehmervertrag vom Hauptvertrag vollständig unabhängig ist. Wenn dieses Prinzip nicht durch anderweitige vertragliche Vereinbarung durchbrochen wird, kann der Subunternehmer aus dem Hauptvertrag nichts für sich ableiten (E. 3).

9. Versicherung und Steuern [^](#)

Urteil [4C.21/2004](#) vom 12. Januar 2005: Mehrwertsteuer als Teil der Vergütung

[Rz 44] Ein Unternehmer hatte auf Zahlung des Werklohnes – inklusive Mehrwertsteuer – geklagt. Die Vorinstanz hatte dem Unternehmer keine Mehrwertsteuer zugesprochen mit der Begründung, er habe nicht hinreichend dargelegt und bewiesen, dass seine Leistungen dem Mehrwertsteuersatz von 6,5 % unterliegen. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass der Unternehmer die Mehrwertsteuer in seinen Rechtsschriften ausdrücklich gefordert hatte. Das Kantonsgericht ist daher verpflichtet, die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen über die Mehrwertsteuer *von Amtes wegen* anzuwenden. Im Übrigen zitierte das Bundesgericht die Rechtslehre dahingehend, dass der Unternehmer nach Art. 374 OR einen Anspruch auf Deckung der Gemeinkosten habe, insbesondere auf Deckung der Mehrwertsteuer (E. 4.1.2).

Urteil [5C.271/2004](#) vom 12. Juli 2005: «Garantieversicherung/Umsatzvertrag»

[Rz 45] Eine Produzentin von Kunststoffrohren hatte mit einer Versicherung eine als «Garantieversicherung/Umsatzvertrag» betitelte Versicherung abgeschlossen. Die Produzentin lieferte im Rahmen eines Werkvertrages für die Erneuerung einer Druckleitung Rohre. Bei der Druckprobe barst ein Teilstück. Eine Expertise ergab die Mangelhaftigkeit sämtlicher Rohre. Der Werkvertrag wurde gewandelt und die Produzentin verpflichtete sich zur Rückzahlung des Werklohnes und zur Leistung von Schadenersatz. In der Folge verlangte die Produzentin von der Versicherung Deckung ihres Verlustes. Die Versicherung berief sich auf einen Deckungsausschluss in Art. 3 ihrer Allgemeinen Versicherungsbedingungen («Allgemeine Bedingungen für Maschinengarantie-Versicherung»):

Art. 3 AVB (Einschliessungen des Deckungsumfanges):

- «Art. 3 AVB (Einschränkungen des Deckungsumranges):
- Nicht versichert sind:
 6. Aufwendungen zur Behebung eines Mangels; führt hingegen ein Mangel zu einem ersatzpflichtigen Schaden, so leistet die Gesellschaft Entschädigung unter Abzug der Kosten, die auch ohne Schadenereignis zur Beseitigung des Mangels hätten aufgewendet werden müssen, unter Vorbehalt gegenseitiger Vereinbarungen.»

[Rz 46] Die Besonderheit des Falles lag darin, dass der den Sachschaden auslösende Mangel nicht nur einen Teil der versicherten Sache betraf, sondern dass diese vollständig mangelhaft war. Die Aufwendungen für die Behebung des Mangels waren daher deckungsgleich mit den Aufwendungen zur Behebung des Sachschadens.

[Rz 47] Das Bundesgericht prüfte Art. 3 und andere Bestimmungen der Allgemeinen Versicherungsbedingungen und kam entgegen der Vorinstanz zum Schluss, dass nach diesen Versicherungsbedingungen allein das Vorliegen eines Mangels (Planungs- und Berechnungsfehler, Konstruktions-, Material-, Fabrikations- oder Montagefehler) noch nicht zu einer Leistungspflicht der Versicherung führe:

- «In Art. 3.6 AVB wird nochmals ausdrücklich festgehalten, die Aufwendungen zur Behebung eines Mangels (allein) seien von der Deckung ausgeschlossen. Solange ein Mangel also nicht zu einem *Sachschaden* und einer vertraglichen Haftpflicht des Versicherten führt, ist das befürchtete Ereignis noch gar nicht eingetreten und ist keine Leistungspflicht des Versicherers gegeben.»

Urteil [2A.20/2005](#) vom 17. Oktober 2005: Werkvertrag und Grundstückgewinnsteuer

[Rz 48] Eine Unternehmung X veräusserte Grundstücke, und eine Unternehmung Y erstellte den Käufern als Generalunternehmerin die jeweiligen Gebäude auf diesen Grundstücken. Die Unternehmung X und die Unternehmung Y hatten dieselben Verwaltungsratsmitglieder und dieselbe Revisionsstelle. Zur Berechnung der Grundstückgewinnsteuer addierte die Steuerverwaltung des Kantons Schwyz in der Folge den Landpreis und den Werklohn zusammen. Diese sogenannte «Zusammenrechnungspraxis» wurde ursprünglich für die Handänderungssteuer entwickelt und gilt dort, wenn ein Baulandkäufer mit dem Verkäufer einen Generalunternehmer-Werkvertrag abschliesst, worin die Erstellung, der Umbau oder die Vollendung einer Baute auf dem Grundstück durch den Verkäufer vereinbart wird. Bei der Zusammenrechnung wird vorausgesetzt, dass die Verträge so voneinander abhängen, dass es ohne den einen nicht zum Abschluss des anderen gekommen wäre und dass das Geschäft als Ganzes dem Verkauf einer fertigen Baute gleichkommt (E. 3.1.1). Dabei kommt es für die Handänderungssteuer nicht darauf an, ob die Parteien des Kauf- und des Werkvertrages identisch sind (E. 3.1.2). Das Bundesgericht urteilte nun, dass es in der Bemessung der Grundstückgewinnsteuer anders verhält: «Die Grundstückgewinnsteuer ist eine direkte Steuer, die den Steuerpflichtigen wegen seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit trifft. Der Verkäufer, hier das Bauunternehmen, bezahlt die Steuer auf dem realisierten Gewinn. Sind diese beiden unterschiedliche Personen, liegt es auf der Hand, dass jede auf ihren eigenen Grundlagen und ihrem eigenen Gewinn besteuert werden muss; der Gewinn des einen Steuerpflichtigen kann nicht dem andern zugewiesen werden» (E. 2.2.2). Das kantonale Verwaltungsgericht hatte für seinen Entscheid den Begriff der Steuerpflicht juristischer Personen gemäss Art. 20 [StHG](#) sowie das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verletzt (E. 4.1 und 5.1).

[Rz 49] Die Zusammenrechnungspraxis bei der Handänderungssteuer wurde übrigens im Urteil 4P. 302/2005 vom 4. November 2005 bestätigt.

10. Schlussbemerkung [^](#)

[Rz 50] Das Jahr 2005 war im Vergleich zu den Vorjahren geprägt von einer recht grossen Anzahl von Bundesgerichtsentscheiden zu werkvertragsrechtlichen Themen. Radikale Änderungen der Rechtsprechung gab es zwar keine, aber andererseits ist die Rechtsprechung keineswegs statisch. Erkennbar ist eine gewisse Tendenz, allgemeine Grundsätze mit Ausnahmen zu relativieren. Nur leicht überspitzt zeigen das folgende Beispiele:

- SIA-Normen sind keine regelbildende Übung, aber unter Umständen ist eine implizite Übernahme möglich (Urteil [4C.261/2005](#)).
- Die Nicht-Vollendung ist zwar kein Mangel, aber bei einer nicht wesentlichen Nicht-Vollendung gelten die Regeln der Mängelhaftung trotzdem (Urteil [4C.469/2004](#)).
- Eine Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR setzt eine entsprechende Androhung voraus, welche aber nicht nötig ist, wenn der Unternehmer als zur Verbesserung unfähig oder unwillig erscheint (Urteil [4C.77/2005](#)).
- Die Wahl des Nachbesserungsrechts ist eine unwiderrufliche Gestaltungserklärung, an diese ist der Besteller aber nicht gebunden, wenn der Unternehmer nicht nachbessert (Urteil [4C.106/2005](#)).
- Jene Partei, welche die Entgeltlichkeit eines Vertrages behauptet, ist für diese Behauptung beweisbelastet (Urteil [4C.374/2004](#)), aber bei der berufsmässigen Erbringung von Dienstleistungen ist Entgeltlichkeit die Regel (Urteil [4C.261/2005](#)).

[Rz 51] Diese Relativierungen allgemeiner Grundsätze stimmen mit der Rechtslehre überein und sind unseres Erachtens sachlich richtig. Aber sie erhöhen die Komplexität.

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

Rechtsgebiet Baurecht

Erschienen in [Jusletter 20. November 2006](#)

Zitiervorschlag Roland Hürlimann / Thomas Siegenthaler, Das Werkvertragsrecht in den Entscheiden des Bundesgerichtes des Jahres 2005, in: [Jusletter 20. November 2006](#) [Rz]