

# Koordination komplexer Bauverträge – was die Praxis lehrt

---

*Roland Hürlimann, Dr. iur., LL.M. (Berkeley), Rechtsanwalt, Baden/Zürich*

---

- I. **Problemübersicht**
- II. **Der Grundsatz der gegenseitigen Unabhängigkeit von Verträgen**
  - A Bestandesmässige Unabhängigkeit
  - B Inhaltliche Unabhängigkeit
  - C Nahtstellenrisiko
- III. **Die Durchbrechung der Unabhängigkeit durch Verknüpfungsklauseln**
  - A Koordination des Bestandes (Entstehung / Auflösung)
    - 1. Verbindlichkeitsklauseln
    - 2. Beendigungs- und Reduktionsklauseln
  - B Koordination des Inhaltes
    - 1. Überbindungsklauseln
    - 2. Pauschal- oder Gesamtverweisungen
    - 3. Vergütungsklauseln
    - 4. Qualitätsklauseln
    - 5. Abnahmeklauseln
    - 6. Gewährleistungs- oder Garantieklauseln
    - 7. Rechtswahl-, Gerichtsstands- und Schiedsklauseln
- IV. **Gesetzliche Verknüpfungen**
  - A Der Einfluss des Zivilgesetzbuches auf Verträge mit Subunternehmern
  - B Der Einfluss des Entsendegesetzes auf Verträge mit Subunternehmern

## Literatur (Auswahl)

BÜHLER Theodor, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, Teilband 5 2d, Der Werkvertrag, 3. Auflage, Zürich 1998; CERUTTI Romeo, Der Untervertrag, Diss. Freiburg 1990; GAUCH Peter, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996; GAUCH Peter/TERCIER Pierre, Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995; HÜRLIMANN Roland, Ansprüche des Unternehmers aus Bauablaufstörungen des Bauherrn, Festschrift Prof. Gauch, Zürich 2004, S. 815 ff.; HÜRLIMANN Roland, Unternehmervarianten, Risiken und Problembereiche, in: BR 1996, S. 3 ff.; HÜRLIMANN Roland, Subcontracting in Switzerland, in: The International Construction Law Review, London 1991, S. 151 ff.; HÜRLIMANN Roland, Organisation und Finanzierung der Bauausführung, in: Beraten und Prozessieren in Bausachen, Basel 1998; S. 435 ff.; KOLLER Alfred, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, 2. Abteilung, Obligationenrecht, 3. Teilband 1. Unterteilband, Der Werkvertrag, Bern 1998; LOCHER Horst, AGB-Gesetz und Subunternehmerverträge, in: NJW 1979, S. 2235 ff.; MIDDENDORF Patrick, Nachwirkende Vertragspflichten, Diss. Freiburg 2002; NIKLISCH Fritz, Rechtsfragen des Subunternehmervertrages bei Bau- und Anlageprojekten im In- und Auslandgeschäft, in: NJW 1985, S. 2366 ff.; SAXER Rainer, Der Subunternehmer und sein Vertrag, Diss. Zürich 1999; SCHERRER Erwin, Nebenunternehmer beim Bauen, Diss. Freiburg 1994; SCHMID Jörg/HÜRLIMANN-KAUP Bettina, Sachenrecht, Nr. 1713 ff., 2. Auflage, Zürich 2003; SCHUMACHER Rainer, Vertragsgestaltung, Systemtechnik für die Praxis, Zürich 2004; SCHUMACHER Rainer, Vertragsgestaltung für grosse Infrastrukturbauten: Sicht eines Praktikers, in: BR 1997, S. 3 ff.; SCHUMACHER Rainer, Das Bauhandwerkerpfandrecht, systematische Darstellung der Praxis, 2. Auflage, Zürich 1982; SIEGENTHALER Thomas, Die Mängelhaftung bei der Lieferung von Maschinen nach schweizerischen Obligationenrecht und unter der Berücksichtigung der Liefer- und Montagebedingungen des Vereins Schweizerischer Maschinen-Industrieller (VSM), Diss. Freiburg 2000; TERCIER Pierre, Les contrats spéciaux, 2. Aufl., Zürich 1995; VETTER Eberhart, Aspekte der Risikodurchstellung zwischen Hauptvertrag und Subunternehmervertrag im internationalen Anlagen-geschäft, in: Der Subunternehmer bei Bau- und Anlageverträgen im In- und Ausland, Hrsg. von Niklisch Fritz, Heidelberg 1986, S. 77 ff.

## I. Problemübersicht\*

1. Erfolg und Misserfolg eines Bauprojektes hängen von vielerlei Faktoren und Umständen ab. Bei einer nachträglichen Analyse von Behinderungen und Ablaufstörungen und daraus folgenden Mehrkosten und Bauverzögerungen<sup>1</sup> zeigt sich jedoch häufig, dass die am Bau Beteiligten zwar über ausreichend Sachverstand und Erfahrung verfügten, dass deren Einsatz aber - von der Planung bis hin zur Ausführung – *nicht optimal koordiniert* war.

2. Die *Koordinationspflicht* beinhaltet ein Zweifaches: *Zum einen* die Pflicht des Bestellers, die Verträge der am Bau Beteiligten inhaltlich und formal aufeinander abzustimmen; *zum andern* gehört zur Koordination von Projekten, dass der Besteller (oder allenfalls ein vom ihm eingesetzter Dritter) durch rechtzeitige und zweckmässige Weisungen und Anordnungen die Leitung aller an der Planung und Ausführung mitwirkenden Fachleute und deren Arbeiten übernimmt<sup>2</sup>. Von diesem letzteren Aspekt der Koordination, also der Leitung der Arbeiten bei der Bauausführung, ist nachfolgend nicht mehr die Rede, obwohl auch die unzureichende Koordination während der Durchführung von Bauvorhaben häufig zu Behinderungen und Störungen führt. In juristischer Hinsicht im Vordergrund steht die *Koordination der rechtlichen Beziehungen* der am Bauprojekt Beteiligten durch entsprechende Vertragsgestaltung<sup>3</sup>.

3. Von Gesetzes wegen ist es Aufgabe des bestellenden *Bauherrn*, für eine zweckmässige Koordination der beteiligten Planer und Unternehmer zu sorgen. Dieselbe Rechtslage gilt bei Anwendbarkeit der SIA-Norm 118<sup>4</sup>. Bei grösseren Projekten entledigt sich der Bauherr regelmässig der ihm obliegenden Koordinationspflicht, indem er diese Aufgabe einem spezialisierten Planer oder einem General- oder Totalunternehmer (einem GU/TU) überträgt. In der schweizerischen Baupraxis haben sich verschiedene *Vertrags- und Organisationsmodelle* herausgebildet, mit welcher der Bauherr das Risiko der Koordination auf einen Dritten überwälzen kann. In Bezug auf die *Bauunternehmer* typisch und verbreitet ist etwa deren Einbezug als General- oder Totalunternehmer oder deren Zusammenschluss in einem Baukonsortium. In Verträgen mit *Planern* gehört die Vorbereitung und Koordination der Baubeteiligten zu den üblichen Aufgaben, wie sie aus den Leistungsbeschrieben der SIA-Ordnungen 102, 103 oder 112 hervorgehen. Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Architekten- und Ingenieurverträge wie auch die Werkverträge *in das gesamte Umfeld* einzubetten sind, was etwa auch die Koordination mit zusammenhängenden Grundstückkaufverträgen oder etwa mit Baukreditverträgen, usw. erforderlich machen kann.

4. Die Notwendigkeit zur Vernetzung und Verknüpfung der einzelnen Rechtsbeziehungen folgt aus der Tatsache, dass die Verträge zwischen den einzelnen Baubeteiligten *von Gesetzes wegen unabhängig* sind. Dies gilt sowohl im Verhältnis vom *Hauptvertrag zu Unterverträgen* (z.B. GU/TU und Subunternehmervertrag bzw. Generalplaner- und Subplanervertrag) wie auch bei *Verträgen auf gleicher Stufe* (z.B. Werkvertrag und Baukreditvertrag). Neben der inhaltlichen und formalen Abstimmung der einzelnen Verträge darf selbstverständlich auch die *Koordinati-*

\* Ich danke meinem Mitarbeiter Rechtsanwalt Dr. Patrick MIDDENDORF, der mich bei der Vorbereitung der schriftlichen Tagungsunterlage und bei der Kontrolle der Zitate unterstützt hat.

<sup>1</sup> Vgl. dazu HÜRLIMANN, Ansprüche des Unternehmers aus Bauablaufstörungen des Bauherrn, S. 815 ff.

<sup>2</sup> Vgl. dazu HÜRLIMANN, Organisation und Finanzierung der Bauausführung, § 11, S. 435 ff.

<sup>3</sup> Koordinieren bedeutet: „Aufeinander abstimmen“ - „Verschiedene Dinge (Sachverhalte, Zustände, zukünftige Ereignisse, insbesondere zukünftiges Verhalten von Parteien und Dritten usw.) sind aufeinander sinnvoll und zweckmässig abzustimmen. Dadurch wird das gegenseitige Verhältnis (Relation) der Dinge bestimmt. Die Systemtechnik besteht im Wesentlichen im Koordinieren: Zusammenhänge werden erkannt und transparent gemacht oder hergestellt oder vermieden“ (SCHUMACHER, Vertragsgestaltung-Systemtechnik für die Praxis, Nr. 839).

<sup>4</sup> Gelangt auf ein Bauprojekt die SIA-Norm 118 zur Anwendung, ergibt sich die Koordinationspflicht in Bezug auf die Vertragsgestaltung aus Art. 30 Abs. 2: „Der Bauherr sorgt durch entsprechende Gestaltung der einzelnen Werkverträge dafür, dass die Arbeiten der verschiedenen Unternehmer zweckmässig miteinander koordiniert sind; er auferlegt den Unternehmern in den Verträgen die entsprechenden Verpflichtungen und macht ihnen in der Ausschreibung die für die Koordination erforderlichen Angaben...“

on im einzelnen Vertrag selbst, d.h. die innervertragliche Koordination nicht vernachlässigt werden, da jeder einzelne Vertrag ein System von Rechtsregeln beinhaltet, die ihrerseits in einer sinnvollen Wechselwirkung stehen sollen. Auf diese „innervertragliche Koordination“ wird, obgleich sie ebenfalls von grosser Bedeutung ist<sup>5</sup>, im folgenden nicht eingegangen.

5. Je nach gewähltem Organisationsmodell sind die Bereiche, in denen das Zusammenwirken der am Bauwerk beteiligten Personen vertragsgestaltend zu koordinieren ist, unterschiedlich. Regelmässiger Koordinationsbedarf besteht namentlich in *Nahtstellenbereichen*, im übrigen aber überall dort, wo ein *Gleichlauf* oder aber eine inhaltliche oder formale *Abstimmung* zwischen einzelnen Vertragswerken sinnvoll bzw. zweckmässig wird. In der Praxis gibt eine Vielzahl von Klauseln unterschiedlichster Ausgestaltung, denen allen der Zweck gemeinsam ist, Risiken aus ungenügender Koordination zu vermeiden bzw. die Auswirkungen solcher Risiken zu regeln. Der vorliegende Beitrag zählt einige dieser Klauseln auf und unterteilt sie zum einen in sogenannte *Überbindungsklauseln* des Hauptvertrags, zum andern in *Verknüpfungsklauseln*, welche die Rechtslage in den Subunternehmerverträgen regeln.

## II. Der Grundsatz der gegenseitigen Unabhängigkeit von Verträgen

Es folgt aus der *Privatautonomie im Privatrecht*, dass die einzelnen Planer-, Bauwerk- und sonstigen Verträge, welche in ihrer Gesamtheit für die Realisierung eines Bauprojektes erforderlich sind, rechtlich betrachtet in der Regel voneinander *selbständig und unabhängig* sind<sup>6</sup>. In diesem Sinne führen die verschiedenen Verträge je ein „*juristisches Eigenleben*“<sup>7</sup>. So ist etwa der Subunternehmer lediglich gegenüber dem Hauptunternehmer verpflichtet, weshalb der Erst-Besteller oder etwa der Bauleiter über kein Recht verfügen, den Subunternehmer direkt zur Leistung anzuhalten oder ihm Weisungen zu erteilen. Umgekehrt ist es dem Subplaner verwehrt, den Auftraggeber (unter Umgehung des Generalplaners als seinem Vertragspartner) direkt zur Bezahlung seines Honorars oder zur sonstigen Vertragserfüllung (z.B. zur erforderlichen Mitwirkung in Hinblick auf die Planvorbereitung) anzuhalten<sup>8</sup>.

Die rechtliche Eigenständigkeit, welche zwischen den einzelnen Verträgen zu beachten ist, hat zur Folge, dass Abschluss und Wirksamkeit des Untervertrages nicht vom *Bestand* des Hauptvertrages abhängig sind. Konsequenz dieser Unabhängigkeit ist ferner, dass der *Inhalt* eines jeden Bauvertrages selbständig („aus sich heraus“) und damit autonom zu ermitteln ist. In der Praxis geben die Auswirkungen sowohl der bestandesmässigen wie auch der inhaltlichen Unabhängigkeit häufig zu Diskussionen Anlass:

### A Bestandesmässige Unabhängigkeit

1. Verschiedene Verträge entstehen *vollkommen unabhängig* voneinander. Zu ihrem *Abschluss* ist jeweils einzig der Austausch übereinstimmender Willenserklärungen durch die beteiligten Vertragsparteien erforderlich (Art. 1 OR). Es kommt also für den Abschluss und die Verbindlichkeit eines Werkvertrages über ein EFH zwischen einem Generalunternehmer und einem Sanitärinstallateur nicht darauf an, ob der Bauherr bereits den Vertrag mit dem Generalunternehmer abgeschlossen hat oder ob er diesen erst noch abschliessen wird. Es spielt auch keine Rolle, ob der GU den Vertrag mit dem Subunternehmer bloss im Hinblick darauf abgeschlossen hat, eine verbindliche Sanitär-Offerte für ein konkretes Projekt zu erhalten. Ohne einen entsprechenden Vorbehalt im Vertrag trägt der Hauptunternehmer das Risiko, für das bestellte Subun-

<sup>5</sup> Vgl. dazu SCHUMACHER, Vertragsgestaltung, Nr. 841 ff.

<sup>6</sup> Vgl. immerhin die Erwägungen des Bundesgerichts zu einem Untermietverhältnis in BGE 120 II 115, worin die rechtliche Selbständigkeit von Haupt- und Unterverträgen relativiert wird. Vgl. ferner Kapitel IV.

<sup>7</sup> NIKLISCH, Rechtsfragen des Subunternehmervertrages, S. 2365.

<sup>8</sup> Zum Sonderfall, dass ein Subunternehmer (nicht aber ein Subplaner) über ein gesetzliches Recht zur Sicherung seiner Forderung durch ein Baupfand gegenüber dem Grundeigentümer verfügt, gehe ich unter Kapitel IV ein.

ternehmerwerk keine Verwendung zu haben, etwa, weil er bei Vergabe nicht zum Zug kommt oder weil das Projekt mangels Bewilligung oder mangels Finanzierung nicht zur Ausführung gelangt. In allen diesen Fällen wird der GU den nicht zur Ausführung gelangenden Subunternehmervertrag bloss vorzeitig auflösen können, wenn er seine Vertragspartner vollumfänglich schadlos hält (Art. 377 OR)<sup>9</sup>.

2. Der Subunternehmervertrag kann grundsätzlich *vor oder nach dem Hauptunternehmervertrag* abgeschlossen werden. Das gültige Zustandekommen eines Subunternehmervertrages hängt also nicht vom Bestehen des Hauptunternehmervertrages ab. Selbst eine Klausel im Hauptunternehmervertrag, welche dem Hauptunternehmer den Beizug oder den Einsatz von Subunternehmern verbieten würde oder etwa von der vorgängigen Zustimmung des Bauherrn abhängig machte, kann den Abschluss und das gültige Zustandekommen des Subunternehmervertrages nicht wirksam verhindern<sup>10</sup>.

3. Die Unabhängigkeit verschiedener Verträge bedeutet aber nicht nur, dass jeder Vertrag autonom entsteht, sondern auch, dass sich das *Vertragsende für jeden Vertrag gesondert* bestimmt. Die Auflösung jedes einzelnen Vertrages bedarf eines eigenständigen Auflösungsgrundes, der grundsätzlich nicht von der Beendigung eines anderen Vertrages abhängt. Das heisst: Der Umstand, dass ein Bauherr vorzeitig von einem Hauptunternehmervertrag zurücktritt, führt nicht automatisch zur Beendigung des Subunternehmervertrages.

4. Es sind indessen Konstellationen denkbar, dass ein und dasselbe Ereignis *gleichzeitig* zur Auflösung verschiedener Verträge führt. Zu denken ist etwa an den Fall, da ein Naturereignis sowohl die Erfüllung des einen (z.B. Bohrung eines Tunnels) wie auch des anderen Vertrages (z.B. Einsetzen der elektrischen Leitungen) in einem Bauprojekt unmöglich macht (Art. 378 OR). Die Auflösung des einen Vertrages (Installation der Leitungen) erfolgt nicht, weil der andere Vertrag (Bohrung des Tunnels) weggefallen ist, sondern weil die Erfüllung des Werkes an sich unmöglich geworden ist.

## B Inhaltliche Unabhängigkeit

1. Innerhalb der Schranken der Rechtsordnung ist der Hauptunternehmer frei, den Inhalt seiner Verträge mit den Subunternehmern beliebig festlegen<sup>11</sup>. Die Vertragspartner bestimmen, ob und in welchem Umfang ihr Vertragswerk auf den Inhalt des Hauptvertrages Rücksicht nehmen soll und in welchen Punkten der Untervertrag (bewusst oder unbewusst) abweichen soll. Die Aufnahme einer Bestimmung, wonach eine Vertragspartei verpflichtet ist, die Übernahme einzelner Regeln aus dem Vertrag (z.B. ein Hauptunternehmervertrag) in einen anderen Vertrag (z.B. in einen Subunternehmer- oder in einen Subplanervertrag) zu übernehmen, richtet sich einzig an den jeweiligen Vertragspartner. Missachtet er eine entsprechende Bestimmung, wird er allenfalls *schadenersatzpflichtig*. Die betreffende Klausel im Vertrag bindet aber einen Zweitkontrahenten grundsätzlich in keiner Weise und hat auf den Inhalt des Zweitvertrages *keinen direkten Einfluss*. Dieselbe Rechtslage gilt, wenn eine Klausel einem Vertragspartner verbietet, mit einem Zweitkontrahenten abweichende Vereinbarungen zu treffen, die der einwandfreien Erfüllung des Erstvertrages entgegenstehen könnten.

2. Die beschriebene inhaltliche Unabhängigkeit bedeutet, dass ein mit der Auslegung betrautes Gericht den Inhalt eines jeden Vertrag selbständig, aus sich heraus zu ermitteln hat. In diesem Sinne gilt der *Grundsatz der autonomen Auslegung*<sup>12</sup>. Der Richter hat also grundsätzlich unabhängig vom Inhalt der weiteren Bauverträge festzustellen, was die Parteien des jeweiligen Vertrages gewollt haben. Dieses Vorgehen ist insbesondere deshalb angebracht, weil im Einzelfall

<sup>9</sup> Zum sogenannten Verwendungsrisiko: CERRUTI, Der Untervertrag, S. 56, S. 79 ff.; SAXER, Der Subunternehmer und sein Vertrag, S. 46

<sup>10</sup> Zum Ganzen: SAXER, Der Subunternehmer und sein Vertrag, S. 46

<sup>11</sup> SAXER, Der Subunternehmer und sein Vertrag, S. 46; HÜRLIMANN, Subcontracting, S. 159.

<sup>12</sup> GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 145; SAXER, Der Subunternehmer und sein Vertrag, S. 47.

ein Zweitkontrahent überhaupt nicht oder nur unvollständig über das Vorliegen eines Erstvertrages und dessen Inhalt informiert ist. Selbst wortwörtlich aus einem anderen Vertrag übernommene Bestimmungen sind deshalb eigenständig auszulegen.

3. Massgebend bei der Auslegung ist also die Bedeutung, welche den jeweiligen Bestimmungen von den Vertragsparteien beigemessen wird, und *nicht* der Sinngehalt, welche der identischen Abrede in einem anderen Vertrag zukommt. Das bedeutet aber nicht, dass eine Berücksichtigung des „*Quelltext-Vertrages*“ bei der Auslegung absolut ausgeschlossen ist. Mit der notwendigen Zurückhaltung ist ein Einbezug dann angebracht, wenn besondere Umstände ein Heranziehen des originären Vertrages als ergänzendes Auslegungsmittel nahe legen, weil sie Rückschlüsse auf den Willen der Vertragsparteien des Zweitvertrages erlauben können<sup>13</sup>.

### C Nahtstellenrisiko

1. Der Grundsatz, wonach der Untervertrag vom Hauptvertrag unabhängig ist, belastet den Generalunternehmer oder den Generalplaner mit dem Risiko, dass er rechtliche Nachteile aus einer unzureichenden Koordination der beiden Verträge erleidet. Es kann etwa vorkommen, dass die vom Subunternehmer erbrachten Leistungen zwar den im Untervertrag vereinbarten Anforderungen entsprechen, aber nicht den im Hauptvertrag festgelegten höheren Qualitätsansprüchen genügen. Ebenso können unterschiedlich lange Gewährleistungsfristen im Haupt- und Untervertrag, die zudem in verschiedenen Zeitpunkten zu laufen beginnen, dem Hauptunternehmer den Rückgriff auf den Subunternehmer verunmöglichen.

2. Im Beispiel vom Haupt- und Subunternehmervertrag trägt grundsätzlich der Hauptunternehmer das Schnittstellenrisiko, da er als einziger an beiden Verträgen (Haupt- und Subunternehmervertrag) beteiligt ist und daher auch die drohenden Gefahren am besten abschätzen und durch inhaltliche Ausrichtung regulieren kann. Generalunternehmer oder Generalplaner haben es in der Hand, das Schnittstellenrisiko durch entsprechende Vertragsgestaltung zu vermeiden oder aber bewusst zu gestalten. Deshalb ist es auch konsequent, wenn er die Folgen einer fehlenden oder ungenügenden Vertragskoordination trägt.

3. Inwieweit eine Harmonisierung bzw. die Verknüpfung von verschiedenen Verträgen wirtschaftlich und rechtlich sinnvoll und geboten ist, bestimmt sich anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles. Vorausgesetzt für eine verbindliche Koordination ist aber immer, dass eine *Einigung* mit dem jeweiligen Vertragspartner vorliegt. Im Einzelfall kann es durchaus vorkommen, dass ein Subplaner oder ein Subunternehmer auf der *Eigenständigkeit* seines Vertrages beharrt und eine Verflechtung, obwohl wirtschaftlich und rechtlich geboten, gerade nicht in seinem Interesse ist, so etwa dann, wenn er wegen eines erkannten Nahtstellenrisikos für die Gebrauchstauglichkeit seines Teilwerkes über die Fünfjahresgarantie hinaus bis zur (zeitlich fernen) Schlussabnahme Gewähr leisten sollte.

## III. Die Durchbrechung der Unabhängigkeit durch Verknüpfungsklauseln

Nahtstellenrisiken können durch geschickte Vertragsgestaltung kontrolliert werden, indem die verschiedenen im Zusammenhang mit der Realisierung eines Bauwerks bestehenden Verträge miteinander verknüpft werden. Derartige *Verknüpfungsklauseln* können einen mannigfachen Inhalt haben. In der Baupraxis typisch sind insbesondere Bestimmungen, die zwischen Hauptunternehmer und Subunternehmer getroffen werden. Dieselben Grundsätze gelten jedoch auch zwischen dem Generalplaner und seinen subordinierten Subplanern. Koordinationsbedarf besteht jedoch häufig nicht nur im *vertikalen* Verhältnis, worin eine Partei (Subplaner oder Subun-

<sup>13</sup> Zu diesen heiklen Auslegungsfragen: GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 155; SAXER, Der Subunternehmer und sein Vertrag, S. 47.

ternehmer) der anderen Vertragspartei (GU/TU oder GP) untergeordnet ist<sup>14</sup>. Vielmehr kann sich ein Bedürfnis nach Koordination - ungeachtet der Subordination – auch bei weiteren Verträgen ergeben, die im Hinblick auf die Realisierung eines Bauprojektes erforderlich sind (z.B. in einem Grundstückskaufvertrag, in einem Baukreditvertrag, etc.).

## A Koordination des Bestandes (Entstehung / Auflösung)

Der Grundsatz, dass Abschluss, Wirksamkeit und Ende des Subunternehmer- oder des Subplanervertrages vom Bestand des Hauptvertrages unabhängig sind, gibt in der Praxis häufig zu Diskussionen Anlass. Diesen Schwierigkeiten kann durch entsprechende Verknüpfungsklauseln begegnet werden. Im Vordergrund stehen Verbindlichkeits- und Bedingungsklauseln:

### 1. Verbindlichkeitsklauseln

1. Verbindlichkeitsklauseln treten in zwei *Erscheinungsformen* auf. Entweder knüpfen sie die Wirksamkeit eines Subunternehmervertrages an die Voraussetzung, dass ein bereits vereinbarter Hauptvertrag gültig zustande gekommen ist (mithin an keinem Inhalts-, Form- oder Willensmangel leidet). Oder die Verbindlichkeit des Vertrages hängt von der Bedingung ab, dass ein noch nicht abgeschlossener Vertrag im Nachhinein (z.B. innerhalb einer bestimmten Frist oder in einem bestimmten Submissionsverfahren) gültig zustande kommen wird. Diese zweite Form der Verbindlichkeitsklausel, wonach ein Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung (Art. 151 ff. OR) steht, ist von grosser praktischer Bedeutung. Natürlich ist es auch möglich, in beide Verträge eine Suspensivbedingung aufzunehmen, so dass der Eintritt ihrer Verbindlichkeit vom gültigen Abschluss des jeweils anderen Vertrages abhängt.

2. Gegen die Vereinbarung von Verbindlichkeitsklauseln ist dann nichts einzuwenden, wenn die Ungewissheit über das gültige Zustandekommen des einen Vertrages sich auf einen vertretbaren Zeitraum beschränkt. Äusserste *Schranke* für das gerade noch zulässige Mass einer derartigen Klausel bildet das Persönlichkeitsrecht des sich suspensiv Verpflichtenden, wobei das Bundesgericht bei der Beurteilung, ob im Rahmen einer wirtschaftlichen Betätigung eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, äusserst zurückhaltend ist.<sup>15</sup> Empfehlenswert erscheint in jedem Fall die Vereinbarung eines Endtermins, ab welchem der sich bedingt Verpflichtende seine volle geschäftliche Dispositionsfreiheit zurückerhält, falls der andere Vertrag bis zu diesem Zeitpunkt nicht gültig zustande gekommen ist.<sup>16</sup>

### 2. Beendigungs- und Reduktionsklauseln

1. Beendigungsklauseln stellen sicher, dass ein (Unter-)vertrag *entschädigungslos* dahinfällt oder *zu festgelegten Konditionen* aufgelöst werden kann, wenn der damit verbundene (Haupt-)vertrag vorzeitig beendet wird. Dies kann etwa geschehen durch Aufnahme einer Resolutivbedingung (Art. 154 OR), nach welcher das betreffende Vertragsverhältnis als automatisch beendet gilt, wenn ein damit verknüpfter Vertrag vorzeitig zum Abschluss kommt. Eine weitere Möglichkeit besteht in der Vereinbarung eines speziellen Kündigungsrechtes für den Fall, dass ein anderer Vertrag vor seiner ordentlichen Erfüllung aufgelöst wird. Fehlt es an einer solchen vertraglichen Verknüpfung, muss eine Vertragspartei eine Leistung auch dann noch annehmen,

<sup>14</sup> Ein *Untervertrag* ist ein Schuldvertrag, bei dem eine Vertragspartei (z.B. Mieter, Pächter, Lizenznehmer, Unternehmer, Beauftragter) zugleich Partei eines zweiten Vertrages ist. Der Untervertrag ist inhaltlich auf den ersten Vertrag (Hauptvertrag) ausgerichtet. Insoweit ist er also dem *Hauptvertrag* „untergeordnet“. In der Baupraxis bekannt ist namentlich der Subunternehmervertrag oder Subplanervertrag, wobei mehrgliedrige Vertragsketten (z.B. Bauherr/Auftraggeber – Generalunternehmer/Generalplaner – Subunternehmer/Subplaner – Subsubunternehmer/Subsubplaner – etc.) bestehen können. Vgl. dazu SCHUMACHER, Vertragsgestaltung, Nr. 878 ff.

<sup>15</sup> Vgl. BGE 114 II 162.

<sup>16</sup> VETTER, Aspekte der Risikodurchstellung zwischen Hauptvertrag und Subunternehmervertrag im internationalen Anlagengeschäft, S. 82.

wenn deren Verwendung für sie (z.B. wegen Wegfall des eigenen Leistungsabnehmers) sinnlos geworden ist.<sup>17</sup>

2. Der Einschluss einer *Reduktionsklausel*<sup>18</sup> erlaubt es den Beteiligten, den Leistungsumfang entschädigungslos oder zu festgelegten Konditionen zu reduzieren, wenn der Hauptvertrag geändert insbesondere aber wenn er durch Bestellungsänderungen im Sinne von Art. 84 ff. der SIA-Norm 118 einseitig reduziert wird. So kann eine flexible inhaltliche Ausrichtung des Subunternehmervertrages auf den Hauptunternehmervertrag gewährleistet werden, indem dem Hauptunternehmer ermöglicht wird, *Bestellungsänderungen* des Erstbestellers auch nach Abschluss des Subunternehmervertrages noch in diesen Vertrag einfließen zu lassen. Eine optimal formulierte Klausel erlaubt, auf die Besonderheiten im Verhältnis zwischen Hauptvertrag und Subunternehmervertrag adäquat zu reagieren, z. B. wenn die vom Bauherrn angeordnete Leistungsreduktion sich auf die Kalkulation des Subunternehmers sehr viel einschneidender auswirkt als beim Hauptunternehmer, der ein relativ umfassendes Gesamtleistungspaket übernommen hat. Sinnvollerweise werden Reduktionsklauseln von konkreten Vergütungsregeln flankiert, die festlegen, wie und in welchem Umfang die Entschädigung bei Leistungsänderungen zu erfolgen hat.

3. Von entscheidender Bedeutung bei der Vereinbarung von Auflösungs- und Reduktionsklauseln ist weniger die Koordination der vorzeitigen Beendigung oder der Leistungsreduktion selbst als die damit verbundene *Regelung der finanziellen Folgen*. Namentlich für den Bereich des Werkvertragsrechts ist daran zu denken, dass dem Besteller von Gesetzes wegen zwar das Recht zusteht, einen Werkvertrag gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit zu beenden, jedoch bloss gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers (Art. 377 OR). Diese Gesetzesbestimmung ist jedoch dispositiver Natur, weshalb einer abweichenden Regelung nichts entgegen steht, so lange sie sich innerhalb der Schranken des Rechts bewegt (Art. 19 Abs. 1 OR). Gilt in Bezug auf den Planervertrag Auftragsrecht, kommt die zwingende Gesetzesregel von Art. 404 OR zur Anwendung, wonach das jederzeitige und entschädigungslose Beendigungsrecht vertraglich nicht erschwert oder verunmöglicht werden darf.

## B Koordination des Inhaltes

Die gegenseitige Unabhängigkeit der einzelnen Verträge wirkt sich insbesondere dann zum Nachteil einer Partei aus, wenn Hauptvertrag und Unterverträge inhaltlich nicht adäquat aufeinander ausgerichtet sind. Vertragstechnisch erfolgt die Verknüpfung der Verträge zuweilen durch Überbindungsklauseln, das heisst mittels integraler Verweisung auf einen ganzen anderen Vertrag, häufig aber auch durch ganz spezifische Verknüpfungsklauseln, mit denen gezielt eine Harmonisierung in relevanten Vertragspunkten angestrebt wird.

### 1. Überbindungsklauseln

1. Häufig hat sich ein Hauptunternehmer gegenüber dem Besteller zu verpflichten, in seine Verträge mit den Subunternehmern einzelne Bestimmungen des Hauptvertrages *tel-quel zu übernehmen* oder gewisse *Punkte einheitlich* zu regeln. Dieselbe Koordinierungspflicht kann einem Generalplaner im Verhältnis zu seinen Subplanern auferlegt werden. Die Einhaltung der Koordinationspflicht wird der Besteller in der Regel nicht selbständig erzwingen können; die Überbindungsklausel bezweckt in aller Regel nur, dem Hauptunternehmer die vertragskonforme Erfüllung zu ermöglichen, verleiht dem Besteller aber keinen eigenständigen Erfüllungsanspruch. In diesem Sinne handelt es sich bei der Koordinationspflicht i.d.R. um eine unselbständige Nebenpflicht<sup>19</sup>. Klauseln im Hauptvertrag, welche den Zweitkontrahenten verpflichten, den

<sup>17</sup> CERUTTI, Der Untervertrag, Nr. 334.

<sup>18</sup> Zuweilen werden Reduktionsklauseln auch als Inhaltsänderungsklauseln bezeichnet. Vgl. SAXER, Der Subunternehmer und sein Vertrag, S. 69 f.

<sup>19</sup> GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 812; SAXER, Der Subunternehmer und sein Vertrag, S. 53 Anm. 64.

Untervertrag ausreichend mit dem Hauptvertrag zu verknüpfen, werden in Anlehnung an die englischsprachige Terminologie gelegentlich als „flow through clauses“ oder als „back to back conditions“ bezeichnet.

2. Inhalt und Umfang der geschuldeten Koordination beurteilen sich aufgrund der getroffenen Vereinbarung im Hauptvertrag. *Ein typisches Beispiel* einer Überbindungsklausel enthält Art. 29 Abs. 4 SIA-Norm 118, wonach der Unternehmer alle Bestimmungen aus dem Werkvertrag mit dem Bauherrn in den Subunternehmervertrag aufzunehmen hat, „die zur Wahrung der Interessen des Bauherrn erforderlich sind“. Damit wird dem Hauptunternehmer die Pflicht zur Koordination von Hauptvertrag und Subunternehmervertrag übertragen. Es ist deshalb zu empfehlen, sämtliche Vertragsklauseln, die zur Interessenwahrung des Bauherrn erforderlich sind, in angepasster Formulierung je einzeln in den Vertrag mit dem Subunternehmer aufzunehmen. Ist unsicher, was überhaupt „im Interesse des Hauptbestellers“ in den Subunternehmervertrag integriert werden soll, ist es ratsam, dem Subunternehmer eine Kopie des Hauptvertrages zur Verfügung zu stellen (idealerweise mit Ausnahme der Preise) oder diesem zumindest ein Einsichtsrecht in den Hauptvertrag einzuräumen<sup>20</sup>.

3. Da der Hauptbesteller bzw. Erstkontrahent den Inhalt des Untervertrages nicht direkt beeinflussen kann, sorgen Überbindungsklauseln im Hauptvertrag *nur mittelbar* für die gewünschte Verknüpfung mit dem Untervertrag. Damit der Erstkontrahent die Umsetzung einer Überbindungsklausel kontrollieren kann, ist er darauf angewiesen, dass er den Untervertrag in den relevanten Punkten einsehen kann. Er ist deshalb gut beraten, wenn er sich vom Zweitkontrahenten ein entsprechendes Einsichtsrecht zusichern lässt.

## 2. Pauschal- oder Gesamtverweisungen

1. Mit Vereinbarung einer Verknüpfungsklausel wird das Risiko von einer Vertragspartei auf die andere transferiert. Je nach dem, ob die Risikoverlagerung genereller oder punktueller Natur ist, lässt sich zwischen Pauschalklauseln und spezifischen Einzelabreden unterscheiden. Eine Pauschalklausel oder Gesamtverweisung verweist in allgemeiner Form auf die Bestimmungen eines anderen Vertrages und macht diese so zum integrierten Bestandteil der verweisenden Vereinbarung. Beispielsweise wird vereinbart, dass „im Übrigen die Vorschriften des Hauptvertrages gelten“ oder „die Regelungen des Vertrages XY entsprechend zur Anwendung gelangen“ sollen. Damit wird der Parteiwille zur *Koordination der Verträge in einer generellen Tendenz* zum Ausdruck gebracht<sup>21</sup>.

2. Ein pauschaler, undifferenzierter Verweis auf einen anderen Vertrag kann indes zu schwierigen *Auslegungsproblemen* führen. Der oft allgemein gehaltene Wortlaut einer Gesamtverweisung lässt kaum verlässliche Rückschlüsse darauf zu, inwieweit und auf welche Weise die Parteien die Regeln des Vertrages, auf welchen verwiesen wird, anwenden wollen. Dies öffnet Tür und Tor zu Auslegungstreitigkeiten, ob der Verweis etwa auch eine im Hauptvertrag enthaltene Rechtswahl- oder Schiedsgerichtsklausel erfasst, ob allgemeine Vertragsbedingungen (wie z.B. die SIA-Norm 118) mitübernommen sind, ob Abreden über Vertragsstrafen oder Sicherheitsleistungen auch gelten, etc.

3. Aufgrund der Unbestimmtheit von Pauschal- oder Gesamtverweisungen und dem grossen Auslegungsspielraum, welchen sie einem Gericht im Streitfall verschaffen, ist *von ihrer Verwendung abzuraten*.<sup>22</sup> Ein pauschaler Verweis genügt nicht für eine transparente und sachgerechte Koordinationslösung. Namentlich wird ein Pauschalverweis in der Regel auch nicht ausreichen, um der Koordinationspflicht von Art. 29 Abs. 4 SIA-Norm 118 Genüge zu tun<sup>23</sup>. Zu

<sup>20</sup> HÜRLIMANN, Organisation und Finanzierung der Bauausführung, § 11.91.

<sup>21</sup> NICKLISCH, Rechtsfragen des Subunternehmervertrages, S. 2366.

<sup>22</sup> So auch: CERUTTI, Der Untervertrag, Nr. 252; GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 155; SAXER, Der Subunternehmer und sein Vertrag, S. 58; SCHUMACHER, Vertragsgestaltung für Infrastrukturbauten, BR 1997, S. 8.

<sup>23</sup> HÜRLIMANN, Organisation und Finanzierung der Bauausführung, § 11.92.

empfehlen ist eine differenzierte und detaillierte Regelung, bei welcher die einzelnen Verträge in den relevanten Punkten gezielt aufeinander abgestimmt werden.

### 3. Vergütungsklauseln

1. Häufig anzutreffen sind Vergütungsklauseln, mit welchen der Hauptunternehmer die Fälligkeit oder sonstige Modalitäten seiner Zahlungspflicht gegenüber dem Subunternehmer von seiner Bezahlung durch den Besteller abhängig macht. Oder er versucht, das *Cash-Flow-Risiko* (allenfalls auch weitere Risiken) sonstwie auf den Subunternehmer zu überwälzen. Solche Vergütungsklauseln, die im Englischen als „*pay when paid clauses*“<sup>24</sup> bezeichnet werden, sind in den verschiedensten Formulierungen anzutreffen<sup>25</sup>. Welcher Sinn einer Vergütungsklausel im Einzelfall zukommt, ist durch Auslegung zu ermitteln. In der Baupraxis kommen Vergütungsklauseln vor allem in zwei Erscheinungsformen vor: Entweder handelt es sich um reine Fälligkeitsbestimmungen, oder aber um qualifizierte Anspruchsklauseln, mit welchen der Hauptunternehmer versucht, das materielle Zahlungsrisiko ganz oder teilweise auf die Subunternehmer zu überwälzen.

2. Ist die *Vergütungsklausel als reine Fälligkeitsklausel* ausgestaltet, regelt sie den Zeitpunkt, indem die vom Hauptunternehmer geschuldete Vergütung fällig wird (Art. 75 OR). Häufig wird der Eintritt der Fälligkeit herausgeschoben und damit die Zahlungspflicht gestundet, bis die Vergütung des Bestellers beim Hauptunternehmer eingetroffen ist. Derartige Vergütungsklauseln bieten dem Hauptunternehmer den Vorteil, dass er das Cash-Flow-Problem für einen zeitlich beschränkten Zeitraum auf den Subunternehmer verlagern kann. Das bedeutet aber nicht, dass der Hauptunternehmer das Recht hätte, den Eintritt der Fälligkeit durch sein Verhalten hinauszuzögern. Zahlungsverzögerungen, die vom Hauptunternehmer zu vertreten sind, können dem Subunternehmer nicht entgegengehalten werden, sofern sich aus der entsprechenden Vergütungsklausel nicht eindeutig etwas anderes ergibt<sup>26</sup>.

Trotz der aufgeschobenen Fälligkeit verfügt der Subunternehmer gegenüber dem Hauptunternehmer über einen *unbedingten Vergütungsanspruch*. Das heisst, seine Werklohnforderung entsteht und besteht unabhängig davon, ob der Hauptunternehmer seinen Zahlungspflichten ganz oder teilweise oder überhaupt nicht nachkommt. Das heisst: Die Forderung des Subunternehmers wird „bei sinnvoller Auslegung und Ergänzung der Klausel auch dann fällig ..., wenn (und sobald) sich herausstellt, dass die massgebliche Zahlung des Erst-Bestellers definitiv oder auf unabsehbare Zeit ausbleibt“<sup>27</sup>. So oder anders ist die Vereinbarung eines Endtermins sinnvoll, so dass der Subunternehmer unabhängig von der Bezahlung des Hauptunternehmers durch den Hauptbesteller die ihm zustehende Vergütung einfordern und notfalls einklagen kann<sup>28</sup>.

3. Hat die Vergütungsklausel den Sinn einer Bedingung (Art. 151 OR), spricht man von sogenannten *Anspruchsklauseln*. Mit einer Anspruchsklausel wird das Risiko der Nichtbezahlung (Bonitäts- und Insolvenzrisiko) vom Hauptunternehmer auf den Subunternehmer überwält. Der Hauptunternehmer oder ein Generalplaner versuchen, den Vergütungsanspruch des Subunternehmers oder des Subplaners nicht nur in zeitlicher Hinsicht, sondern ganz generell von der Zahlung des Bestellers oder Auftraggebers abhängig zu machen.

Der mit der Anspruchsklausel verbundene Risikoüberwälzung kann für den betroffenen Subunternehmer oder Subplaner im Einzelfall eine einschneidende Beschränkung seiner Rechtsposition zur Folge haben. Dennoch können solche Klauseln nicht zum vornherein und generell als

<sup>24</sup> Oder: „if paid by the owner“ bzw. „as paid by the owner“.

<sup>25</sup> Eine illustrative pay-when-paid-Klausel lag dem Sachverhalt zugrunde, den das Bundesgericht in BGE 116 II 635 zu beurteilen hatte. Weitere Beispiele bei GAUCH, *Der Werkvertrag*, Nr. 156.

<sup>26</sup> Vgl. zum Ganzen GAUCH, *Der Werkvertrag*, Nr. 157; SAXER, *Der Subunternehmer und sein Vertrag*, S. 119 f.

<sup>27</sup> GAUCH, *Der Werkvertrag*, Nr. 158.

<sup>28</sup> Vgl. zu den Gültigkeitsschranken der Fälligkeitsabrede ADONISIO DE FEO Raniero, *Die Fälligkeit von Vertragsforderungen*, Diss. Freiburg 2001, Nr. 552 ff.

unfair bezeichnet werden<sup>29</sup>. Vielmehr ist die Vereinbarung von Anspruchsklauseln innerhalb der Schranken der Rechtsordnung (Art. 19 Abs. 1 OR) *zulässig*. Zu berücksichtigen sind bei der Beurteilung der Verbindlichkeit die Umstände des Einzelfalles. Von Bedeutung ist insbesondere, inwieweit der Subunternehmer den Risikotransfer abschätzen und sich ein Bild über die finanziellen Verhältnisse des Hauptbestellers machen konnte. Für den Fall, dass eine Anspruchsklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Vertragspartei übernommen wurde, ist zudem zu prüfen, ob die Übernahme nicht schon an der *Ungewöhnlichkeitsregel*<sup>30</sup> scheitert. Ohnehin sind Vergütungsklauseln eng und so auszulegen ist, dass der Hauptunternehmer die Vergütung des Subunternehmers nicht verweigern darf, wenn es am Hauptunternehmer liegt, dass die Zahlung des Bestellers ausbleibt oder sich verzögert (vgl. Art. 156 OR)<sup>31</sup>.

#### 4. Qualitätsklauseln

1. Mit sogenannten Qualitätsklauseln soll im Verhältnis Hauptunternehmer-Subunternehmer sichergestellt werden, dass die vom Subunternehmer geforderten Eigenschaften seines Werkes sich nach dem Inhalt des Hauptvertrages richten bzw. dass das Subunternehmerwerk den *qualitativen Anforderungen des Hauptvertrages* zu genügen vermag. Mit einer Qualitätsklausel können Subunternehmer verpflichtet werden mittels Verweisung auf den hauptvertraglichen Leistungsbeschrieb ihre eigenen Leistungen auf die im Hauptvertrag festgelegten Qualitätsanforderungen auszurichten.<sup>32</sup> Allenfalls kann es für den Hauptunternehmer ratsam sein, bei der Koordination (Sicherheits-)Reserven in den Untervertrag einzubauen und mit dem Subunternehmer zu vereinbaren, dass dieser seine Arbeit zu einer höheren Qualität zu erbringen hat, als gemäss Hauptvertrag erforderlich wäre<sup>33</sup>.

2. Von den vorerwähnten Qualitätsklauseln zu unterscheiden ist eine *Verpflichtungsklausel im Hauptvertrag*, die dem Hauptunternehmer verbietet, im Subunternehmervertrag von den Qualitätsanforderungen des Hauptunternehmervertrages abzuweichen. Eine solche Klausel, die nur im Hauptunternehmervertrag enthalten ist, richtet sich einzig an den Hauptunternehmer und entfaltet gegenüber dem Subunternehmer keine Wirkung<sup>34</sup>.

#### 5. Abnahmeklauseln

1. Haben die Parteien hinsichtlich *Abnahme oder Ablieferung eines Werkes* nichts anderes vereinbart, richten sich die Prüfungs- und die Rügefrist des Bestellers nach Art. 367 Abs. 1 OR. Der Besteller muss danach das Werk, „sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist“, prüfen und gegebenenfalls die festgestellten Mängel rügen. Lässt der Erstbesteller sein Werk durch einen Generalunternehmer erstellen, darf er mit der Prüfung und Rüge zuwarten, bis die Übergabe des ganzen Werkes erfolgt, ohne Rücksicht darauf, wann die einzelnen Unternehmer, denen der Generalunternehmer die Arbeiten als Unterakkordant vergeben hat, ihre Tätigkeit abgeschlossen haben<sup>35</sup>. Es ist also möglich, dass dem Hauptunternehmer der Rückgriff auf den Subunternehmer verwehrt ist, weil er aufgrund der früheren Abnahme des Subunternehmerwerkes die Prüfungs- und Rügefrist verpasst hat oder weil die Verjährung für Werkmängel (vgl. Art. 371 OR i.V.m. Art. 210 OR) bereits abgelaufen ist. Der Hauptunternehmer wird deshalb bestrebt sein, die Abnahme des Subunternehmerwerkes mit jener des Hauptunternehmerwerkes

<sup>29</sup> Für die Rechtslage nach deutschem Recht: LOCHER, AGB-Gesetz und Subunternehmerverträge, S. 2237.

<sup>30</sup> Nach der *Ungewöhnlichkeitsregel* ist eine ungewöhnliche Bestimmung, mit der eine global zustimmende Partei nicht gerechnet hat und auch nicht rechnen musste, für die betreffende Partei unverbindlich (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Nr. 1141 ff.).

<sup>31</sup> GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 159.

<sup>32</sup> Zur Vereinbarung von Kompatibilitäts- oder Systemgarantien: vgl. SIEGENTHALER, Die Mängelhaftung bei der Lieferung von Maschinen, Nr. 58 ff.;

<sup>33</sup> Vgl. dazu SCHUMACHER, Vertragsgestaltung, Nr. 886.

<sup>34</sup> SAXER, Der Subunternehmer und sein Vertrag, S. 71 und S. 48.

<sup>35</sup> BGE 94 II 166; BÜHLER, ZK, N 15 zu Art. 367 OR. Ferner: SIEGENTHALER, a.a.O., Nr. 135.

zu verknüpfen und auf diese Weise die mit der Abnahme verbundenen Rechtsfolgen zu harmonisieren. Eine synchronisierte Abnahme ist umso mehr angezeigt, wenn das Subunternehmerwerk als Bestandteil eines grösseren Hauptunternehmerwerkes erst mit diesem eingehend geprüft und abgenommen werden kann.

2. Innerhalb der Schranken des Gesetzes (Art. 19 Abs. 1 OR) können die Parteien den *Zeitpunkt der Abnahme frei bestimmen*. Zulässig sind etwa Abnahmeklauseln, wonach die Ablieferung des Subakkordantenwerkes erst mit oder nach der Abnahme des Gesamtwerkes erfolgen soll. Um einen reibungslosen Rückgriff auf den Subunternehmer zu ermöglichen, wird bisweilen auch vereinbart, dass die Mängelhaftung des Subunternehmers nicht verjährt, ehe die Verjährung für die entsprechende Haftung des Hauptunternehmers eintritt (vgl. dazu nachfolgend Gewährleistungs- und Garantieklauseln). *Unwirksam* wäre aber eine Abnahmeklausel, welche die Ablieferung des Subunternehmerwerkes auf unabsehbare oder überlange Zeit hinausschiebt und dadurch die wirtschaftliche Freiheit des Subunternehmers in einem die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränkt.<sup>36</sup>

## 6. Gewährleistungs- oder Garantieklauseln

1. Mit sogenannten Gewährleistungs- oder Garantieklauseln wird ein ähnlicher Zweck verfolgt, wie mit den soeben dargestellten Abnahmeklauseln. Beide Arten von Verknüpfungsklauseln dienen letztlich der Sicherung des Rückgriffs eines Hauptunternehmers auf seine Subunternehmer. Im Unterschied zu den Abnahmeklauseln, wo der Zeitpunkt der Abnahme geregelt wird, befassen sich Gewährleistungsklauseln je nach Ausgestaltung mit der *Koordination der Prüfungs-, Rüge- und/oder Verjährungsfristen* für Mängel des Subunternehmerwerkes. Unterscheiden die Rüge- und/oder Verjährungsfristen zwischen Haupt- und Untervertrag, trägt der Hauptunternehmer das Risiko, wenn der Erstbesteller fristgerecht eine mangelhaft ausgeführte Leistung rügt, aber die Mängelrechte des Hauptunternehmers gegenüber dem Subunternehmer zu diesem Zeitpunkt bereits verwirkt oder verjährt sind. In der Praxis häufig ist der Fall, dass ein Hauptunternehmer (bewegliche) Materialien bestellt und diese in ein unbewegliches Bauwerk einbaut, so dass die allfälligen Mängelansprüche des Hauptunternehmers schon ein Jahr nach der Abnahme verjähren, diejenigen des Erstbestellers aufgrund der Unbeweglichkeit des bestellten Werkes jedoch erst nach fünf Jahren (vgl. Art. 371 OR i.V.m. Art. 210 OR).

2. Der Beginn der Prüfungs-, Rüge- und/oder Verjährungsfristen kann abweichend vom dispositiven Gesetzesrecht hinausgeschoben bzw. deren Dauer verlängert werden. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die *absolute Verjährungsfrist von maximal zehn Jahren* (Art. 127 OR), die zwingend mit der Ablieferung des Werkes zu laufen beginnt, nicht überschritten werden darf. Innerhalb dieser und der allgemeinen Schranke nach Art. 27 ZGB ist aber eine Vereinbarung zulässig, wonach der Beginn der Verjährungsfrist der Mängelrechte aus dem Subunternehmervertrag nicht vor jenem aus dem Hauptvertrag anfangen soll. Darüber hinaus steht es den Parteien etwa frei, die Unterbrechung der Verjährung im Subunternehmervertrag von derjenigen im Hauptunternehmervertrag abhängig zu machen.

3. Zur *Prüfungs- und Rügepflicht* ist ergänzend anzumerken, dass ein Hauptunternehmer diesen Pflichten gegenüber dem Subunternehmer selbständig nachzukommen hat. Eine vom Erstbesteller gegenüber dem Subunternehmer erhobene Mängelrüge verpflichtet den Subunternehmer unter Vorbehalt einer anderslautenden Abrede in keiner Art und Weise. Was die Fristen zur Vornahme der erwähnten Pflichten betrifft, wird etwa eine flexible Koordination zwischen Haupt- und Untervertrag erreicht, wenn der Hauptunternehmer sich versprechen lässt, dass er Rügen, die der Erstbesteller fristgerecht erhebt, seinerseits innerhalb einer gewissen Zeitspanne gegenüber dem Subunternehmer vorbringen darf.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 152. HÜRLIMANN, Organisation und Finanzierung der Bauausführung, § 11.100; SAXER, Der Subunternehmer und sein Vertrag, S. 64 f.

<sup>37</sup> GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 151 f.; SAXER, Der Subunternehmer und sein Vertrag, S. 66 ff., m.w.H.

## 7. Rechtswahl-, Gerichtsstands- und Schiedsklauseln

1. Mittels Harmonisierung des anzuwendenden (materiellen) Rechts kann bei *internationalen Verhältnissen* sichergestellt werden, dass auf verschiedene Verträge die gleiche Rechtsordnung zur Anwendung kommt. Entsprechendes gilt für die Wahl des Gerichtsstandes bzw. die Abstimmung von Schiedsklauseln. Wird es unterlassen, die Rechtswahl-, Gerichtsstands- und/oder Schiedsklauseln einander anzupassen, laufen die Baubeteiligten Gefahr, dass ein und dieselbe Rechtsfrage durch zwei verschiedene Instanzen und allenfalls gestützt auf zwei verschiedene Rechtsordnungen unterschiedlich beurteilt wird. Dies kann unter Umständen den Rückgriff auf andere Beteiligte erschweren oder sogar verunmöglichen.

2. Durch die Koordination von Gerichtsstands- oder Schiedsklauseln kann ein *prozessualer Gleichlauf in Bezug auf Gerichtsbarkeit und Zuständigkeit* erreicht werden. Einen Schritt weiter geht die Vereinbarung eines sogenannten Mehrparteischiedsgerichts, wonach verschiedene Rechtsverhältnisse in einem Schiedsverfahren vereinigt werden können<sup>38</sup>. Dazu ist erforderlich, dass sich sämtliche Parteien (z.B. Bauherr, Haupt- und Subunternehmer) vertraglich mit einer gemeinsamen Beurteilung einverstanden erklären. Ob allerdings ein einheitlicher Gerichtsstand für sämtliche Baubeteiligten verbindlich vereinbart werden kann, hängt insbesondere auch vom anwendbaren Prozessrecht ab.

## IV. Gesetzliche Verknüpfungen

Nach dem Gesagten gibt es zahlreiche (materiell- und prozessrechtliche) Bereiche, in denen die Koordination mehrerer Verträge mit einer Mehrzahl von Parteien sinnvoll und geboten ist. Die Notwendigkeit zur Koordination in den beschriebenen Bereichen (z.B. Abnahme, Qualität, Garantien, Gerichtsstand, etc.) ergibt sich in erster Linie aus dem Bedürfnis, Nahtstellenrisiken zu vermeiden bzw. Lücken oder Überlappungen bewusst zu regeln. Der Einschluss von Verknüpfungsklauseln bezweckt, den Inhalt mehrerer, zusammenhängender Verträge durch Vertragsgestaltung aufeinander abzustimmen, ohne die rechtliche Selbständigkeit der Verträge gänzlich aufzuheben<sup>39</sup>.

Verknüpfungen zwischen verschiedenen, zusammenhängenden Verträgen ergeben sich aber – trotz der beschriebenen gegenseitigen Unabhängigkeit – zuweilen bereits aus dem Gesetz. Eine beschränkte rechtliche Sonderverbindung<sup>40</sup> gilt insbesondere im Verhältnis zwischen Haupt- und Unterverträgen. Aufgabe der Vertragsgestaltung ist es, gesetzliche Verknüpfungen zu identifizieren und zu regeln. Zum Beispiel kann es in der Sache angezeigt sein, eine gesetzliche Verknüpfung durch eine Vertragsklausel aufzuheben, soweit es sich um dispositives Recht handelt. Flankierende Schutzmassnahmen sind hingegen vorzusehen, falls es sich bei der gesetzlichen Verknüpfung um zwingendes Gesetzesrecht handelt, das durch eine Parteivereinbarung nicht abgeändert werden kann. Einige Beispiele aus der Baupraxis sollen dies illustrieren:

### A Der Einfluss des Zivilgesetzbuches auf Verträge mit Subunternehmern

1. In der Baubranche bekannt und von Bedeutung sind etwa die *Bestimmungen von Art. 837 ff. ZGB*, worin Bauhandwerker bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen das Recht eingeräumt wird, ihre Forderungen durch Vormerkung eines gesetzlichen Grundpfandes zu sichern. Diese Gesetzesregeln greifen recht unmittelbar in die beschriebene Unabhängigkeit von (ansonsten) eigenständigen Verträgen ein, indem sie Bauhandwerker berechtigen, einen Anspruch auf *Ein-*

<sup>38</sup> HÜRLIMANN, Organisation und Finanzierung der Bauausführung, § 11.98 und dort Zitierte

<sup>39</sup> Vgl. dazu SCHUMACHER, Vertragsgestaltung, Nr. 883.

<sup>40</sup> Das Bundesgericht hat sich im Entscheid BGE 120 II 115 mit dem Verhältnis zwischen dem Vermieter und dem Untermieter zu befassen, welches es als „rechtliches Sonderverhältnis“ charakterisiert, „wenn auch kein unmittelbares Vertragsverhältnis besteht..“.

tragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zur Sicherung ihrer Vergütungsansprüche durchzusetzen.

2. Das Recht zur Sicherstellung seines Werklohnanspruchs mittels Baupfand steht auch dem (vertragsfremden) *Subunternehmer* zu. Das bedeutet, dass der Subunternehmer unabhängig vom entsprechenden Anspruch eines Hauptunternehmers einen gesetzlich zwingenden Anspruch auf Pfanderrichtung gegenüber dem Erstbesteller erhält. Der Umstand, dass der Erstbesteller vom Hauptunternehmer nicht über das Subunternehmerverhältnis informiert wurde oder dass im Vertrag mit dem Generalunternehmer gar der Beizug eines Subunternehmers ausgeschlossen wurde, steht dem Anspruch des Subunternehmers auf Pfanderrichtung nicht entgegen.<sup>41</sup> Auch wenn ein Hauptunternehmer bereits ein Bauhandwerkerpfandrecht für seine Werklohnforderung hat eintragen lassen, hindert dies den Subunternehmer nicht, für seine Werklohnforderung ebenfalls die Eintragung zu verlangen.<sup>42</sup> Analoges gilt auch für den Sub-Subunternehmer.<sup>43</sup>

3. Für den Bauherren ergibt sich aus der bundesgerichtlichen Praxis, dass ein Subunternehmer selbst dann einen Anspruch auf Pfanderrichtung hat, wenn der Grundstückseigentümer den Hauptunternehmer bereits bezahlt hat, ein *Doppelzahlungsrisiko*. Damit ist die Gefahr gemeint, dass er zur Abwendung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück dem Subunternehmer die geleistete Summe ganz oder teilweise nochmals zahlen muss. Dem Doppelzahlungsrisiko des Bauherren lässt sich durch eine sorgfältige Ausgestaltung des Hauptunternehmervertrages begegnen. Beispielsweise kann der Bauherr mit dem Hauptunternehmer vereinbaren, dass er die Subunternehmer direkt bezahlt oder dass ein Treuhänder beigezogen wird, welcher die Zahlungen erledigt.<sup>44</sup> Eine vertragliche Koordination ist umso mehr angezeigt, als der berechtigte Unternehmer nicht zum Voraus auf das Bauhandwerkerpfandrecht verzichten kann. Dies ergibt sich aus dem zwingenden Art. 837 Abs. 2 ZGB. Der Bauherr kann deshalb den Hauptunternehmer nicht verpflichten, in den Subunternehmerverträgen die Bauhandwerkerpfandrechte auszu-schliessen.<sup>45</sup>

## B Der Einfluss des Entsendegesetzes auf Verträge mit Subunternehmern

1. Neben Gesetzesbestimmungen, aufgrund derer eine direkte Verknüpfung von verschiedenen Verträgen stattfindet, gibt es andererseits solche, die *indirekt auf die Vertragsgestaltung einwirken* und eine Vertragspartei nur (aber immerhin) verpflichten, bestimmte Regelungen einzuhalten. Ein erwähnenswertes Beispiel findet sich in Art. 5 Entsendegesetz<sup>46</sup>, wonach ein Erstunternehmer, der Arbeiten von Subunternehmern mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland ausführen lässt, diese Subunternehmer vertraglich verpflichten muss, das Entsendegesetz einzuhalten. Damit diktiert das Entsendegesetz künftig in einem (wesentlichen) Punkt den Mindestinhalt von grenzüberschreitenden Verträgen, bei denen ausländische Subunternehmer (oder sonstige Unterbeauftragte) in der Schweiz Arbeiten verrichten.

<sup>41</sup> BGE 105 II 264 ff.; ausführlich SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, Nr. 1713 ff., m.w.H.

<sup>42</sup> BGE 95 II 87 ff.

<sup>43</sup> SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Nr. 293 f.

<sup>44</sup> BGE 95 II 87 ff.; 109 II 145 f.; GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 185 f.; SAXER, Der Subunternehmer und sein Vertrag, S. 152 ff.; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Nr. 486 ff.

<sup>45</sup> Nach den Vorschlägen zur Revision des Bauhandwerkerpfandrechts (Vorentwurf von Revision des Bauhandwerkerpfandrechts (Vorentwurf vom März 2004) darf auf die in Art. 837 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB gewährten gesetzlichen Grundpfandrechte nicht zum Voraus verzichtet werden (vgl. den neuen Wortlaut zu Art. 837 Abs. 3 VE-ZGB). Daraus ergibt sich durch Umkehrschluss, dass das gesetzliche Forderungspfandrecht in Bezug auf Subunternehmer nicht mehr zwingend ist und Bauherren bzw. Hauptunternehmer künftig eine Verknüpfungsklausel verlangen dürfen, dass ein Subunternehmer in seinem Vertrag auf den Eintrag eines Forderungspfandrechts verzichtet.

<sup>46</sup> Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (SR 829.20).

2. Das *Entsendegesetz* trat mit der zweiten Phase des Personenfreizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und der EU am 1. Juni 2004 vollständig in Kraft. Es gehört zu den flankierenden Massnahmen, die die Schweiz erlassen hat, um den aufgrund der gewährten Freizügigkeit zu befürchtenden Missständen bei Lohn- und Arbeitsbedingungen entgegen zu wirken. Erfasst werden insbesondere Angestellte, die in der Schweiz entweder auf Rechnung und unter der Leitung ihres Arbeitgebers im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zwischen diesem und einem Leistungsempfänger eine Arbeitsleistung erbringen. Die zu beachtenden Arbeits- und Lohnbedingungen können sich aus Bundesgesetzen, Verordnungen oder auch aus allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen oder aus Normalarbeitsverträgen ergeben. In diesem Zusammenhang ist auch Art. 2 Abs. 4 *Landesmantelvertrag für das Schweizerische Baugewerbe 2003-2005* (LMV 2005) zu beachten, wonach eine dem LMV unterstellte Firma, die dem LMV unterstelltes Personal einer Drittfirma (Verleihfirma) beschäftigt, sich von dieser Drittfirma bestätigen lassen muss, dass sie die arbeitsvertraglichen Bedingungen gemäss LMV vollumfänglich einhält.

3. Der Hauptunternehmer muss also gemäss Entsendegesetz in sämtliche Verträge Subunternehmern (mit Sitz oder Wohnsitz im Ausland) die Verpflichtung aufnehmen, dass diese sich an das Entsendegesetz halten. Fehlt im Vertrag eine derartige Klausel, kann der Hauptunternehmer für die Nichteinhaltung der Mindestbedingungen mit *Sanktionen* belegt werden. Diese Sanktionen reichen je nach Schwere des Verstosses von der Bezahlung einer Verwaltungsbusse bis hin zu einem Verbot, „während ein bis fünf Jahren in der Schweiz seine Dienste anzubieten“ (Art. 9 Entsendegesetz i.V.m. Art. 5 Abs. 2 Entsendegesetz). Zudem haftet der Erstunternehmer zivilrechtlich solidarisch mit dem Subunternehmer für die Nichteinhaltung der Mindestbedingungen nach Art. 2 Entsendegesetz, worin die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen (wie minimale Entlohnung, Arbeits- und Ruhezeit, Mindestdauer der Ferien, Arbeitssicherheit, Nichtdiskriminierung, etc.) festgehalten sind.

Von ähnlicher praktischer Bedeutung für die Koordination von Bauverträgen wie das soeben erwähnte Entsendegesetz ist sodann der Einfluss, der sich aus dem *Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen*<sup>47</sup> ergibt. Denn zum Nachweis der Eignung (vgl. Art. 9 BoeB i.V.m. Art. 9 VoeB<sup>48</sup>) wird von den Bewerbern u.a. gemäss Ziff. 6 Anhang 3 VoeB eine „Erklärung betreffend Verpflichtung zur Einhaltung der Arbeitsbedingungen“ verlangt. Diese Verpflichtung ist nicht nur vom Anbieter direkt einzuhalten, sondern auch von allfälligen Subakkordanten, mit denen der Anbieter zusammen arbeitet. Der Anbieter (als Hauptunternehmer) ist deshalb gut beraten, wenn er eine entsprechende Verpflichtung in die Subunternehmerverträge aufnimmt.

<sup>47</sup> SR 172.056.1.

<sup>48</sup> Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.11).