

Einige Fragen zum Bauvertrag

Autor(en): **Gauch, Peter**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Schweizerische Bauzeitung**

Band (Jahr): **94 (1976)**

Heft 16

PDF erstellt am: **13.05.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-73082>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Einige Fragen zum Bauvertrag

Von Peter Gauch, Fribourg¹⁾

I. Einleitung

Der *Bauvertrag* ist eine Erscheinungsform des Werkvertrages (Art. 363 ff. OR). Er ist ein Werkvertrag, durch den sich ein Bauunternehmer gegenüber einem Bauherrn zur Leistung von Bauarbeiten verpflichtet: somit zur Leistung von Arbeiten, die ein Bauwerk körperlich gestalten. Diese Bauarbeiten sind zu unterscheiden von den Arbeiten des Architekten oder Ingenieurs, welche die körperliche Gestaltung vorbereiten (Jäggi, unveröffentlichtes Gutachten vom Januar 1974, betreffend die Revision der Norm SIA 118).

Der so verstandene Bauvertrag bildet das *Kernstück des privaten Baurechts*; und er gehört sowohl volkswirtschaftlich als auch juristisch zu den wichtigsten Verträgen. Ausserdem sind das Thema Bauvertrag und die damit zusammenhängenden Rechtsfragen zur Zeit besonders aktuell. Die *Aktualität* hat mehrere Gründe, von denen ich zwei nennen will:

- Ein erster Grund besteht darin, dass *Bauprozesse* in letzter Zeit erheblich zugenommen haben. Die Ursachen für ihre Zunahme sind verschiedenartig. Einerseits ist die zunehmende Zahl der Prozesse eine Nachwirkung der Hochkonjunktur, in der ungemein viel und bisweilen nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gebaut wurde. Andererseits dürfte die Prozesszunahme auf die Rezession zurückzuführen sein. Denn die Geldknappheit vermindert ganz allgemein die Vergleichsfreudigkeit der Parteien; und ausserdem prozessieren viele Bauherren und Unternehmer, nur um Zeit zu gewinnen.
- Ein zweiter Grund für die Aktualität des Themas «Bauvertrag» besteht in der Revision der Norm SIA 118: jener Norm des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA), welche «Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten» enthält.

Die Revisionsarbeiten sind soweit abgeschlossen, dass die revidierte Norm SIA 118 zwar erst im Entwurf, aber immerhin schon gedruckt vorliegt. Der gedruckte Revisionsentwurf (RE) datiert vom September 1974. Er wurde an der Freiburger Baurechtstagung 1975 erstmals der Öffentlichkeit vorgestellt. In den Kreisen der Baubranche hat er eine lebhafte Diskussion ausgelöst, die zu verschiedenen Änderungsvorschlägen führte.

Die Änderungsvorschläge werden zur Zeit in einem SIA-internen «Rekursverfahren» geprüft, und zwar durch eine paritätische Kommission, an der sich auch Vertreter der öffentlichen Bauherrschaft (des Bundes und der Kantone) beteiligen. Nach Abschluss des Rekursverfahrens kann der SIA die revidierte Norm zur Verwendung freigeben. Wann dieses «Ereignis» stattfinden wird, steht im Augenblick noch nicht fest. Fest steht jedoch das eine:

Die revidierte Norm SIA 118 wird auf die Gestaltung der künftigen Bauverträge entscheidenden Einfluss haben. Deshalb will ich, soweit nachstehend von der Norm SIA 118 die Rede ist, vom Revisionsentwurf ausgehen (Norm SIA 118, RE 1974).

Die folgenden Ausführungen befassen sich mit dem Bauvertrag. Sie sind in drei Abschnitte unterteilt. Zunächst spreche ich von den *Vertragsparteien*, dann vom *Abschluss* des Bauvertrages und zuletzt von seinem *Inhalt*. In allen drei Abschnitten greife ich aus der Fülle der sich stellenden Fragen einige wenige heraus, von denen ich glaube, dass sie auf Interesse stossen.

II. Parteien des Bauvertrages

Der Bauvertrag ist ein zweiseitiger Vertrag, an dem sich *Bauherr* und *Bauunternehmer* beteiligen. Bauherr und Bauunternehmer sind die Vertragsparteien des Bauvertrages.

A. Der Bauherr

Der Bauherr ist *Besteller eines Werkes* (Art. 363 OR), *das im Ergebnis von Bauarbeiten besteht*. Entweder ist er eine natürliche Person; oder er ist ein rechtsfähiger Verband: sei es ein Verband des Privatrechts (z.B. eine Aktiengesellschaft) oder ein Gemeinwesen (Bund, Kanton, Gemeinde oder andere juristische Person des öffentlichen Rechts).

Ist ein Gemeinwesen Bauherr, so sprechen wir von einem öffentlichen Bauherrn. Im Unterschied zu privaten Bauherren sind somit öffentliche Bauherren juristische Personen des öffentlichen Rechts. Mit ihnen will ich mich im einzelnen befassen.

Öffentliche Bauherren spielen im schweizerischen Baugeschehen eine ganz entscheidende Rolle. Sie vergeben Bauaufträge, die jährlich in die Milliarden gehen und für viele schweizerische Baufirmen geradezu lebenswichtig geworden sind. Mit Rücksicht auf diese wirtschaftliche Tatsache vermag es nicht zu verwundern, dass die rechtliche Frage aufgeworfen wird, ob öffentlichen Bauherren in ihrem Verhältnis zu privaten Bauunternehmern eine rechtliche Sonderstellung zukomme.

Die Frage ist zu verneinen; und es ist das Gegenteil festzuhalten: *Öffentliche Bauherren haben im vertraglichen Verhältnis zu privaten Unternehmern keinerlei Sonderrechte*, mögen ihre Bauaufträge auch der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen. Vielmehr haben sie – trotz ihrer besondern Rechtsnatur – exakt die gleichen Rechte und Pflichten wie private Bauherren. Sie haben diejenigen Rechte und Pflichten, die sich aus dem Inhalt des geschlossenen Bauvertrages ergeben.

Dieser Bauvertrag, den öffentliche Bauherren mit privaten Unternehmern schliessen, untersteht nach herrschender (und richtiger) Auffassung in der Schweiz dem privaten (nicht öffentlichen) Recht (statt vieler: BGE 60 I 369; 89 I 258; 93 I 509; Zbl 76, 1975, S. 476; Zwahlen, ZSR 77, 1958, S. 526a; Imboden, ZSR 77, 1958, S. 58a; Schwarzenbach, Zbl 63, 1962, S. 356 f.; Schwager, Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluss privatrechtlicher Verträge, Diss. Freiburg 1974, S. 69 und dort Zitierte). Eine andere Auffassung möchte den genannten Vertrag dem öffentlichen Recht unterstellen (so z.B. Leiggenger in seiner demnächst erscheinenden Freiburger-Dissertation über «Die Vergabung von öffentlichen Aufträgen der Gemeinwesen als Problem des Rechtsstaates»).

¹⁾ Nach einem Vortrag, gehalten vor dem Züricherischen Juristenverein, am 15. Januar 1976.

Der (privatrechtliche) *Bauvertrag bindet öffentliche Bauherren* in gleicher Weise wie private. Deshalb haben öffentliche Bauherren bei Verschlechterung ihrer Finanzlage nicht einfach das Recht, den Bauvertrag entschädigungslos aufzulösen, Beginn und Abwicklung der Bauarbeiten vertragswidrig hinauszuzögern oder fällige Abschlagszahlungen zu verweigern. Auch haben sie kein Recht, die getroffene Vergütungsabrede einseitig zu verändern, etwa unter Bezugnahme auf die «Mitteilungen über Lohn- und Preisänderungen im Bauwesen», welche die «Konferenz der Bauorgane des Bundes» periodisch erlässt. Massgeblich für die Rechtslage zwischen öffentlichem Bauherrn und privatem Unternehmer ist und bleibt der Inhalt des Bauvertrages, nicht irgendwelche Mitteilung öffentlicher Stellen.

B. Der Bauunternehmer

Der Bauunternehmer ist *Vertragspartner des Bauherrn*, verpflichtet zur entgeltlichen Ausführung von Bauarbeiten. Er kommt, wenn wir die Verwirklichung einer grösseren Bauaufgabe betrachten, in drei möglichen *Erscheinungsformen* vor: als Einzelunternehmer, Generalunternehmer oder Totalunternehmer. Mit Bezug auf diese drei Erscheinungsformen des Bauunternehmers stellen sich zwei Hauptfragen:

1. Die erste Frage richtet sich nach dem *Begriff des Einzel-, General- und Totalunternehmers*. Diese Begriffsfrage ist keine Rechtsfrage. Denn bei den erwähnten Erscheinungsformen des Bauunternehmers handelt es sich nicht um rechtlich geordnete Unternehmerformen, sondern schlicht um Tatsachen der Rechtswirklichkeit. Die entsprechenden Begriffe sind daher unmittelbar aus den Lebensverhältnissen zu gewinnen. Unter Berücksichtigung der in der Baupraxis üblichen Terminologie fasse ich sie wie folgt:

Der *Einzelunternehmer* ist der «klassische» Bauunternehmer. Er beteiligt sich neben andern Bauunternehmern an der Ausführung eines Bauwerkes, indem er (z.B. als Maurer, Dachdecker, Installateur, Elektriker) einen *Teil* dieses Bauwerkes errichtet (z.B. eine Stützmauer, den Dachstock, die Heizung, die elektrischen Anlagen). Gemessen an der zur Ausführung des ganzen Bauwerkes erforderlichen Gesamtleistung, ist seine Bauleistung nur eine Einzelleistung. Dadurch unterscheidet er sich vom General- und Totalunternehmer.

General- und Totalunternehmer verpflichten sich beide zur gesamten Ausführung eines Bauwerkes. Sie übernehmen die Errichtung eines *ganzen* Bauwerkes (z.B. eines Geschäftshauses, Spitals, Tunnels oder Viadukts), dessen Ausführung der Bauherr üblicherweise verschiedenen Unternehmern in je verschiedenen Verträgen vergibt. Sie unterscheiden sich untereinander nur in einem Punkte:

Der Generalunternehmer verwirklicht ein Projekt, das ihm der Bauherr, persönlich oder durch seine Bauleitung, zur Verfügung stellt. Demgegenüber verwirklicht der Totalunternehmer ein eigenes Projekt, indem er auch die Projektierungsarbeiten leistet. Somit kann pointiert gesagt werden: Der Totalunternehmer ist ein «projektierender Generalunternehmer» (Nicklisch, Betriebs-Berater, Beilage 10/1974, S. 10).

2. Nach der Begriffsbestimmung stellt sich die zweite Frage, die nun eine Rechtsfrage ist. Sie hat zum Gegenstand die *rechtliche Qualifikation des Bauvertrages*, den die unbeschriebenen Bauunternehmer mit dem Bauherrn schliessen.

Vom Bauvertrag, gerichtet auf die Ausführung von Bauarbeiten, habe ich einleitend gesagt, dass er ein *Werkvertrag* (Art. 363 ff. OR) sei. Diese Aussage ist hier zu wiederholen. Sie gilt nicht nur für den *Bauvertrag des Einzelunternehmers*. Vielmehr ist auch der *Bauvertrag des Generalunternehmers*

(der Generalunternehmervertrag) ein Werkvertrag. Und zwar ist er nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes (BGE 94 II 162; 97 II 69) selbst dann ein Werkvertrag, wenn der Generalunternehmer die übernommenen Arbeiten nicht selber ausführt, sondern sämtliche Arbeiten an Subunternehmer weitervergift. Dieser Rechtsprechung, die sich auf Art. 364 Abs. 2 OR stützen kann, stimme ich vorbehaltlos zu (vgl. demgegenüber Gautschi, Vorbemerkungen zu Art. 363–379 OR, N 18; N 15e zu Art. 363 OR; N 25b zu Art. 365 OR). Nach meiner Ansicht ist der Generalunternehmervertrag also stets ein Werkvertrag, unabhängig davon, ob und inwieweit der Generalunternehmer Subunternehmer bezieht.

Genau die gleiche Ansicht vertrete ich für den *Bauvertrag des Totalunternehmers* (den Totalunternehmervertrag). Auch er ist ein Werkvertrag (vgl. z.B. BGE 97 II 66 ff.; 29 II 538 ff.), wengleich der Totalunternehmer ein eigenes Projekt verwirklicht. Denn der Werkvertrag des Obligationenrechts umfasst nicht nur solche Vertragsverhältnisse, in denen der Unternehmer nach Ideen und Plänen des Bestellers arbeitet. Dass der Totalunternehmer ein Bauwerk nach eigenem Projekte schuldet, steht deshalb der Annahme eines Werkvertrages nicht entgegen. Präzisierend ist jedoch beizufügen:

Bisweilen kommt es vor, dass der Bauherr mit dem Totalunternehmer *zwei* Verträge schliesst. Zunächst schliesst er einen ersten Vertrag über die Ausarbeitung des Projektes, dann einen zweiten Vertrag über die Ausführung der projektierten Arbeiten. In diesem Falle unterstehen beide Verträge je ihren eigenen Regeln. Der erste Vertrag ist ein Projektierungsvertrag, den die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtes als Auftrag (Art. 394 OR) qualifiziert (BGE 98 II 305 ff.). Der zweite Vertrag ist ein Bauvertrag: ein Werkvertrag (Art. 363 OR).

III. Abschluss des Bauvertrages

Der Bauvertrag wird abgeschlossen durch Austausch übereinstimmender Willenserklärungen. Die ausgetauschten Willenserklärungen, Angebot und Annahme, können ausdrückliche oder stillschweigende Erklärungen sein. Anwendbar ist Art. 1 OR. Für den Bauvertrag gilt in dieser Beziehung keine Besonderheit.

Hingegen besteht eine Besonderheit insofern, als dem Abschluss des Bauvertrages häufig eine *Ausschreibung* vorausgeht, worin der Bauherr verschiedene Unternehmer einlädt, ihm ein Vertragsangebot für die Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten einzureichen. Das Verfahren, das nach vorgängiger Ausschreibung der Bauarbeiten zum Vertragsabschluss führen soll, wird als *Submissionsverfahren* bezeichnet. Es bildet Gegenstand vieler Fragen, von denen ich drei herausgreife:

1. Zuerst stellt sich die Frage, worin die *Wirkung der Ausschreibung* besteht. Allgemein kann gesagt werden, dass diese Wirkung eine tatsächliche und eine rechtliche ist.

In tatsächlicher Hinsicht eröffnet der Bauherr durch die Ausschreibung von Bauarbeiten Vertragsverhandlungen mit den Unternehmern, die er zur Offertstellung einlädt. Rechtlich tritt er mit den eingeladenen Unternehmern in ein Vertragsverhandlungs-Verhältnis. Dieses Verhandlungsverhältnis ist ein Rechtsverhältnis, das ich als *Submissionsverhältnis* bezeichne. Die daran Beteiligten sind zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet. Insbesondere sind sie verpflichtet, ernsthaft zu verhandeln; verpflichtet auch, den Partner nicht zu täuschen mit Bezug auf Tatsachen, die erheblich sein können für dessen Entschluss, den Vertrag überhaupt oder zu bestimmten Bedingungen abzuschliessen (Schönenberger/Jäggi, 575 f. zu Art. 1 OR).

Gegenüber dem Verhandlungsverhältnis im allgemeinen zeichnet sich das Submissionsverhältnis dadurch aus, dass der Bauherr gleichzeitig mehrere Unternehmer um den Vertragsabschluss wetteifern lässt. In der Baupraxis hat es eine überaus grosse Bedeutung. Dennoch finden sich im Obligationenrecht keine Bestimmungen, die das Rechtsverhältnis zwischen dem ausschreibenden Bauherrn (dem Submittenten) und dem offerierenden Unternehmer (dem Bewerber) besonders ordnen. Einschlägige Vorschriften enthalten dagegen die Norm SIA 117 («Norm für die Ausschreibung und Vergebung von Arbeiten und Lieferungen bei Bauarbeiten») sowie die Norm SIA 118 (RE 1974, Art. 4–21). Ausserdem haben der Bund, die meisten Kantone und viele Gemeinden öffentlich-rechtliche Submissionsordnungen erlassen. Was diese Submissionsordnungen und die Normen des SIA betrifft, muss indessen folgender Vorbehalt angebracht werden:

Die einschlägigen Submissionsbestimmungen der Normen SIA 117 und 118 entfalten aus sich heraus keine Rechtswirkung. Für die Rechtsbeziehungen zwischen Bauherrn und Unternehmer sind sie einzig dann massgeblich, wenn dies dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten entspricht: wenn der Bauherr die betreffenden Vorschriften in der Ausschreibung (ausdrücklich oder stillschweigend) als anwendbar erklärt und sich der Unternehmer der entsprechenden Ausschreibungsbedingung unterwirft. Gleiches gilt auch für die öffentlich-rechtlichen Submissionsordnungen, sofern man die herrschende Meinung über deren Rechtsnatur teilt; auch sie gelten für das Verhältnis zwischen Bauherrn und Unternehmer nur kraft rechtsgeschäftlicher Übernahme (vgl. dazu Imboden, ZSR 77, 1958, S. 60a). Denn nach herrschender Meinung enthalten die Submissionsordnungen lediglich verwaltungsinterne Dienstanweisungen ohne Rechtssatzcharakter, entfalten also aus sich heraus keine verwaltungsexterne Wirkung (so z. B.: BGE 46 II 373; 60 I 370; BIZüR 20, S 40 ff.; Imboden, ZSR 77, 1958, S. 60a; Schwarzenbach, Zbl 63, 1962, S. 363; Müller, Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts, Zürich und St. Gallen 1970, S. 77 und dort zitierte Literatur). Die herrschende Meinung deckt sich weder mit der Praxis aller Kantone (vgl. z. B. AGVE 1962, S. 327 ff.), noch ist sie in der Lehre unbestritten (anderer Meinung z. B. Leiggenger, a. a. O.). Auf den Meinungsstreit einzutreten, würde hier zu weit führen, weshalb ich mich auf das Gesagte beschränke.

2. Die zweite Frage zum Submissionsverfahren beschlägt die *Abschlusspflicht des Bauherrn*. Ist der ausschreibende Bauherr verpflichtet, das Angebot eines bestimmten Unternehmers (z. B. das «günstigste» Angebot) anzunehmen? Oder umgekehrt: Hat ein bestimmter Unternehmer ein Recht darauf, dass der Bauherr den Bauvertrag gerade mit ihm, nicht mit einem andern Unternehmer abschliesst?

Diese Frage nach der Abschlusspflicht des Submittenten bekommt eine *öffentlich-rechtliche Seite*, sobald ein öffentlicher Bauherr auftritt. Alsdann stellen sich vor allem zwei Fragen. Es fragt sich (1.), ob die Submissionsordnung des betreffenden Bauherrn geeignet ist, diesem oder jenem Unternehmer einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Zuschlag der Arbeiten einzuräumen. Und ausserdem fragt sich (2.), ob ein nicht berücksichtigter Unternehmer berechtigt ist, die Vergebung öffentlicher Arbeiten durch Kanton oder Gemeinde – z. B. wegen Verletzung von Art. 4 BV – mit staatsrechtlicher Beschwerde anzufechten.

Was zunächst die Submissionsordnung eines Gemeinwesens betrifft, so habe ich bereits gesagt, dass sie nach herrschender Meinung nur verwaltungsinterne Dienstanweisungen enthält. Wer diese Meinung teilt, verneint damit auch die Möglichkeit des Unternehmers, einen öffentlich-rechtlichen

Anspruch aus der Submissionsordnung abzuleiten. – Zur staatsrechtlichen Beschwerde sodann hat sich das Bundesgericht in mehreren Entscheiden geäussert. Es hat die Zulässigkeit der Beschwerde verneint (BGE 60 I 369; 89 I 259; 89 I 280; Zbl 76, 1975, S. 475 f.), unter anderem mit der Begründung, dass der Zuschlag einer öffentlichen Arbeit an einen Bewerber und die Verweigerung des Zuschlages an die Mitbewerber keine «Verfügungen» im Sinne des Art. 84 Abs. 1 OG darstellen würden; denn darin liege keine Äusserung staatlicher Befehlsgewalt, sondern lediglich der Abschluss eines privatrechtlichen Werkvertrages mit dem angenommenen Bewerber und die Ablehnung der übrigen Angebote (BGE 60 I 369; Zbl 76, 1975, S. 476).

Die öffentlich-rechtlichen Fragen, die ich soeben aufgeworfen habe, sind kompliziert und in der Literatur umstritten. Einfacher ist die Frage, ob der ausschreibende Bauherr *privatrechtlich* verpflichtet sei, diesen oder jenen Bewerber zu berücksichtigen.

Eine solche Pflicht entsteht privatrechtlich nur dann, wenn sie vom Bauherrn in der Ausschreibung übernommen wird, indem er verspricht, er werde den Bauvertrag z. B. mit dem «günstigsten» (oder «billigsten») Unternehmer abschliessen. Dieses Versprechen nähert die Ausschreibung dem Preisausschreiben des Art. 8 OR (vgl. Schönenberger/Jäggi, N 30 zu Art. 8 OR). Es kann ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten abgegeben werden; gegebenenfalls auch durch Verweis auf vorformulierte Ausschreibungsbedingungen (z. B. Bedingungen einer Submissionsordnung), welche eine entsprechende Abschlusspflicht des Bauherrn umschreiben.

Verletzt der Bauherr die übernommene Abschlusspflicht, so hat der übergangene Unternehmer zumindest Anspruch auf Schadenersatz. Hingegen hat er kein Recht auf Anfechtung des Bauvertrages, den der Bauherr in Verletzung seines Versprechens mit einem andern Unternehmer abschliesst. De lege ferenda ist zu überlegen, ob ein derartiges Anfechtungsrecht nicht am Platze wäre, analog dem Anfechtungsrecht, welches Art. 230 OR für die Versteigerung vorsieht. Denn Versteigerung und Submissionsverfahren haben, trotz aller Unterschiede, viele gemeinsame Merkmale. Für die Versteigerung bestimmt Art. 230 OR, dass sie von jedem Interessierten angefochten werden kann, falls auf deren Erfolg in rechtswidriger oder gegen die guten Sitten verstossender Weise eingewirkt wurde. Meines Erachtens würde sich eine ähnliche Gesetzesbestimmung auch für das Submissionsverfahren rechtfertigen. Die Bestimmung hätte nicht nur die Bewerber zu schützen. Vielmehr müsste das gesetzliche Anfechtungsrecht auch dem Bauherrn zustehen, z. B. für den Fall, da die Bewerber ihre Preise abgesprochen haben.

Trifft den Bauherrn mangels Übernahme keine privatrechtliche Pflicht, den Bauvertrag mit einem bestimmten Unternehmer abzuschliessen, so darf er die Arbeiten irgendeinem Unternehmer vergeben; er darf auch eine neue Ausschreibung veranstalten oder vom Vertragsabschluss überhaupt absehen. Das alles gilt selbstverständlich nur in den Schranken, die sich aus dem Gebot von Treu und Glauben ergeben, insbesondere aus der Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln. Verletzt der Bauherr diese Pflicht, so wird er aus *culpa in contrahendo* schadenersatzpflichtig. Das trifft zum Beispiel dann zu, wenn der ausschreibende Bauherr zum vorneherein entschlossen ist, die ausgeschriebenen Arbeiten überhaupt nicht zu vergeben oder einen eingeladenen Unternehmer nicht zu berücksichtigen (vgl. BGE 46 II 372 E. 3; Schönenberger/Jäggi, N 29 zu Art. 8 OR). Ebenfalls schadenersatzpflichtig wird der Bauherr dann, wenn er die Ausschreibung nicht widerruft, obwohl er sich während der Eingabefrist entschliesst, die ausgeschriebenen Arbeiten (z. B. infolge Kreditrestriktionen) doch nicht ausführen zu lassen.

3. Die dritte Frage zum Submissionsverfahren beschlägt den *Zeitpunkt des Vertragsabschlusses*.

Abgeschlossen wird der Bauvertrag, sobald der Bauherr das Angebot eines Unternehmers (rechtsgültig) annimmt. Mit dieser Annahme kommt der Bauvertrag zustande; also nicht erst dann, wenn die Parteien einige Zeit nach Annahme der Offerte die sogenannte «Vertragsmappe» mit allen Vertragsbestandteilen (wie Leistungsverzeichnis, objektbedingte Bestimmungen, Pläne usw.) zusammenstellen und die zugehörige Vertragsurkunde schliesslich unterzeichnen. Darauf ist deswegen hinzuweisen, weil nach einer verbreiteten Unsitte im Bauwesen die Vertragsurkunde häufig erst lange nach Baubeginn, bisweilen sogar erst nach Abschluss der Bauarbeiten, unterzeichnet wird. Die nachträgliche Unterzeichnung der Vertragsurkunde hat – wie Art. 20 der Norm SIA 118 (RE 1974) richtig festhält – nur den Sinn einer Bestätigung des bereits geschlossenen Bauvertrages. Nach der Annahmeerklärung des Bauherrn bleibt somit kein Raum mehr für Vertragsverhandlungen; es sei denn für Verhandlungen über die Änderung oder Ergänzung des abgeschlossenen Bauvertrages.

IV. Inhalt des Bauvertrages

Soweit die Parteien nicht etwas anderes (rechtsgültig) vereinbart haben, ergibt sich der Inhalt des abgeschlossenen Bauvertrages aus den anwendbaren Vorschriften des Gesetzes. Zur Anwendung kommen namentlich die gesetzlichen Bestimmungen über den Werkvertrag (Art. 363 ff. OR).

Die Gesetzesbestimmungen über den Werkvertrag sind revisionsbedürftig, äusserst knapp gehalten und auf die Besonderheiten des Bauvertrages nur wenig zugeschnitten. Das bildet einen Grund dafür, dass die Parteien immer wieder gezwungen sind, den Inhalt des Bauvertrages durch umfangreiche Vereinbarungen festzulegen, teils in Abweichung vom Gesetz, teils in Ergänzung zum Gesetz. Dabei gehen sie häufig so vor, dass sie nicht nur individuelle Abreden treffen, sondern vor allem auch auf Allgemeine Bedingungen verweisen.

Unabhängig von den jeweils getroffenen Vereinbarungen ist allen Bauverträgen eines gemeinsam: Sowohl den Bauunternehmer als auch den Bauherrn trifft eine bestimmte Leistungspflicht. Mit diesen Leistungspflichten der Vertragsparteien setze ich mich nachfolgend auseinander.

Zunächst spreche ich von der Leistungspflicht des Bauunternehmers, dann von der Vergütungspflicht des Bauherrn; und schliesslich gehe ich im besonderen ein auf die Mängelhaftung des Unternehmers.

A. Die Leistungspflicht des Bauunternehmers

Sie besteht in der Ausführung der übernommenen Bauarbeiten für den Bauherrn. Auch sie bildet Bezugspunkt verschiedener Rechtsfragen, von denen ich nachstehend nur einige behandeln kann:

1. Eine erste Frage wurde bereits beantwortet, jedoch ungenau, weshalb ich darauf zurückkomme. Es ist die Frage nach dem *Gegenstand* der vom Bauunternehmer geschuldeten Leistung.

Der Bauunternehmer schuldet, wie gesagt, die Ausführung der übernommenen Bauarbeiten. Die geschuldete Leistung ist somit eine Arbeitsleistung. Und zwar ist sie eine qualifizierte Arbeitsleistung. Sie ist Leistung von Arbeit mit einem bestimmten Arbeitserfolg. Der durch Vereinbarung bestimmte Arbeitserfolg gehört mit zum Gegenstand der geschuldeten Leistung. Er bildet ein Werk im Sinne des Werkvertragsrechts (Art. 363 OR), das der Unternehmer herzustellen und nach dessen Vollendung dem Bauherrn abzuliefern hat (Art. 367 und 370 OR).

Die umschriebene Arbeitspflicht wird, soweit dies vereinbart ist, ergänzt durch die Pflicht des Unternehmers, den für die Arbeitsausführung benötigten *Werkstoff* zu liefern (Art. 365 Abs. 1 OR). Schuldet der Bauunternehmer die Lieferung von Werkstoff, so ist sein Bauvertrag ein *Werklieferungsvertrag*, der nach schweizerischem Recht ebenfalls den Regeln über den Werkvertrag untersteht.

Der Werklieferungsvertrag bildet eine besondere Erscheinungsform des Werkvertrages. Er bietet – gerade im Bauwesen – mannigfache Abgrenzungsschwierigkeiten. Schwierig ist vor allem die Abgrenzung gegenüber dem Kaufvertrag mit werkvertraglicher Montagepflicht des Verkäufers. Je nachdem, ob z.B. der von einer Heizungsfirma montierte Heizkessel als Werkstoff (Art. 365 Abs. 1 OR) oder als Kaufgegenstand (Art. 184 OR) betrachtet wird, liegt entweder ein Werklieferungsvertrag vor (Art. 363 ff. OR) oder aber ein Kaufvertrag (Art. 184 ff. OR) mit werkvertraglicher Montagepflicht. Das gleiche gilt für montierte Lifte, Beleuchtungskörper, Klimaanlage, Waschmaschinen usw.

2. Eine zweite Frage geht dahin, ob der Bauunternehmer verpflichtet sei, die übernommenen Bauarbeiten selber auszuführen; oder ob er berechtigt ist, die Arbeiten durch Abschluss eines eigenen Werkvertrages an *Subunternehmer* weiterzuvergeben.

Mangels anderer Abrede ergibt sich die Antwort auf diese Frage aus Art. 364 Abs. 2 des Obligationenrechts. Danach ist der Unternehmer zur Weitervergebung der Arbeiten berechtigt, wenn es nach der Natur des Geschäftes auf seine persönlichen Eigenschaften nicht ankommt; d.h.: wenn die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers ohne Einfluss sind auf die Eigenart des geschuldeten Werkes.

Bei Bauarbeiten kommt es auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers in aller Regel nicht an. Deswegen ist der Bauunternehmer nach Art. 364 Abs. 2 OR im allgemeinen berechtigt, übernommene Bauarbeiten an Subunternehmer weiterzuvergeben. Eine solche Weitervergebung kann sich, wie gerade die Erfahrungen der letzten Monate gezeigt haben, für den Bauherrn schmerzlich auswirken. Dann nämlich, wenn der von ihm bezahlte Unternehmer zahlungsunfähig wird und die vom Unternehmer nicht bezahlten Subunternehmer ein Bauhandwerkerpfandrecht auf dem Grundstück des Bauherrn eintragen lassen (Art. 837 ff. ZGB). Als dann hat der Bauherr für die gleiche Bauarbeit gleich zweimal aufzukommen (vgl. BGE 95 II 90 f.).

Diese und andere unangenehme Erfahrungen mit Subunternehmern haben bewirkt, dass in der Norm SIA 118 (RE 1974) das Recht des Unternehmers zur Weitervergebung von Arbeiten stark eingeschränkt wurde. Nach Art. 28 der Norm ist der Beizug von Subunternehmern grundsätzlich nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Bauherrn gestattet. Diese Zustimmung kann der Bauherr an Bedingungen knüpfen, die ihn gegen Bauhandwerkerpfandrechte der Subunternehmer schützen. Zum Beispiel kann er sich das Recht ausbedingen, die Subunternehmer mit befreiender Wirkung gegenüber dem Unternehmer direkt zu bezahlen.

3. Weitere Fragen zur Leistungspflicht des Unternehmers stellen sich schliesslich im Zusammenhang mit den vereinbarten *Fristen*. Vereinbart können sein: eine Endfrist (für die Vollendung und Ablieferung des ganzen Werkes) sowie Zwischenfristen (für die Vollendung bestimmter Werkteile). Nachfolgend will ich zuerst die Bestimmung des Art. 366 Abs. 1 OR in Erinnerung rufen. Darauf will ich sprechen vom Fall der Fristunterschreitung.

Nach der verzugsrechtlichen Bestimmung des *Art. 366 Abs. 1 OR* ist der Bauherr noch vor Ablauf der Endfrist zum

entschädigungslosen Vertragsrücktritt berechtigt, falls der Unternehmer seine Arbeiten pflichtwidrig verzögert. Macht der Bauherr von diesem Rechtsbehelf Gebrauch, so muss er auf der Hut sein. Er hat, wenn nicht Art. 108 OR durchgreift, dem säumigen Unternehmer eine Nachfrist anzusetzen und den Rücktritt unverzüglich nach ergebnislosem Ablauf der Nachfrist zu erklären. Zur Anwendung kommt also der allgemeine Art. 107 OR; dies wenigstens nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 98 II 115).

Hält sich der Bauherr nicht an Art. 107 OR, so kommt er in eine missliche Lage. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes wird sein Rücktritt aus Verzug (Art. 366 Abs. 1 OR) in eine entschädigungspflichtige Rücktrittserklärung nach Art. 377 OR umgedeutet (BGE 98 II 113 und 115): mit der Folge, dass der Vertrag zwar aufgelöst wird, der säumige Unternehmer aber – trotz seiner Vertragsverletzung – Anspruch auf Schadenersatz erhält. Diese eigenartige Folge vermag nicht zu befriedigen und die Ansicht des Bundesgerichtes nicht zu überzeugen.

Dem Tatbestand der Fristüberschreitung entgegengesetzt ist der Fall, da der Unternehmer seine Bauarbeiten nicht verzögert, sondern derart *beschleunigt*, dass er eine vereinbarte (Zwischen- oder End-)Frist *unterschreitet*. Für diesen Fall stellen sich insbesondere zwei Fragen:

Zunächst fragt es sich, ob der Unternehmer aus der Tatsache, dass er eine vereinbarte (Zwischen- oder End-)Frist unterschreitet, ein Recht auf zusätzliche Vergütung ableiten kann. Die Frage ist zu verneinen; es sei denn, der Bauherr habe für Fristunterschreitungen eine Prämie versprochen.

Sodann fragt es sich, ob der Unternehmer trotz der umschriebenen Arbeitsbeschleunigung ein Recht darauf hat, dass ihm vereinbarte Abschlagszahlungen (wie es in vielen Verträgen heisst) «entsprechend dem Fortschreiten der Arbeiten» entrichtet werden. Diese Frage kann nicht allgemein, sondern nur durch Auslegung des einzelnen Vertrages beantwortet werden. Die Norm SIA 118 (RE 1974) schweigt sich darüber aus, was ich als Mangel der Norm empfinde.

B. Die Vergütungspflicht des Bauherrn

Der Bauunternehmer arbeitet gegen Entgelt. Er hat Anspruch auf Vergütung seiner Arbeit (Art. 363 OR). Was die Bemessung der vom Bauherrn geschuldeten Vergütung betrifft, so unterscheidet die Baupraxis zwei Hauptarten von Preisen: den Regiepreis und die Festpreise.

a) Der Regiepreis

Der Regiepreis ist insoweit massgebend, als die Parteien keine Festpreise vereinbart haben. Er bestimmt sich, wie die Norm SIA 118 (RE 1974) sagt, nach dem Aufwand des Unternehmers (Art. 49). Somit ist er nichts anderes als ein Preis im Sinne des Art. 374 OR, der «nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers» festgesetzt wird. Diese Festsetzung erfolgt in der Praxis vielfach mit Hilfe der von den Berufsverbänden einseitig erlassenen Regietarife. Solche Tarife sind für bestimmte Parteien nur insoweit verbindlich, als die Parteien deren Anwendung vereinbart haben: sei es ausdrücklich (vgl. z.B. Norm SIA 118, RE 1974, Art. 50 Abs. 2) oder sei es stillschweigend (z.B. als Ausdruck einer Verkehrsübung).

b) Die Festpreise

Anders als der Regiepreis richten sich die Festpreise nicht nach dem Aufwand des Unternehmers. Vielmehr sind sie *zum voraus durch Vereinbarung bestimmt*. Es sind Preise im Sinne des Art. 373 OR. Sie kommen in drei (Haupt-)Erscheinungsformen vor: als Einheitspreis, Pauschalpreis und Globalpreis.

– Der *Einheitspreis* wird je Mengeneinheit (z.B. je Kubik, je Liter, je Laufmeter) festgesetzt (Norm SIA 118, RE 1974, Art. 40). Sein Begriff ist seit langem geläufig und braucht daher nicht weiter erläutert zu werden. Nützlich dürfte dagegen der Hinweis auf BGE 96 II 60f. sein. Für die Bestimmung der geschuldeten Vergütung sind danach nur diejenigen Mengen zu berücksichtigen, die bei sorgfältigem Vorgehen des Unternehmers zur Ausführung des Werkes genügt hätten.

– Weniger geläufig ist die *unglückliche Unterscheidung zwischen Pauschal- und Globalpreis*, welche die Submissionsverordnung des Bundes 1971 eingeführt (Art. 2 Abs. 3, 4 Abs. 2, 5 Abs. 5) und jetzt auch die Norm SIA 118 übernommen hat (RE 1974, Art. 37 und 41).

Der Unterschied zwischen den genannten Preisarten besteht darin, dass der Globalpreis dem Teuerungsausgleich unterliegt, der Pauschalpreis nicht (Norm SIA 118, RE 1974, Art. 42). Wer mit Pauschalpreisen baut, hat somit keine Teuerung zu bezahlen; wer mit Globalpreisen baut, ist dagegen zum Ausgleich der Teuerung verpflichtet. Abgesehen von diesem (allerdings erheblichen) Unterschied weisen beide Preisarten (Pauschal- und Globalpreis) die gleichen Merkmale auf. Beide können entweder für eine einzelne Leistung (z.B. das Vorhalten eines Gerüsts) vereinbart sein; oder sie können vereinbart sein für einen Werkteil (z.B. das Fundament) oder für das gesamte Werk des Unternehmers. Beide bestehen in einem festen Geldbetrag. Und bei beiden wird für die Bemessung der geschuldeten Vergütung (anders als beim Einheitspreis) nicht auf die Menge abgestellt (zum Ganzen: Norm SIA 118, RE 1974, Art. 37, 41 und 42).

Einheitspreis, Pauschalpreis und Globalpreis sind – wie gesagt – feste Preise. Sie sind *fest in dem Sinne*, als die einmal vereinbarten Preise unverändert bleiben; auch dann, wenn Arbeitsaufwand und Kosten des Unternehmers grösser oder geringer sind, als bei Vertragsabschluss vorgesehen wurde (Art. 373 OR; Norm SIA 118, RE 1974, Art. 37). Diese Unveränderlichkeit der Preise gilt nun allerdings nicht ausnahmslos. Eine erste Ausnahme statuiert Art. 373 Abs. 2 OR, indem er dem Unternehmer für bestimmte (ausserordentliche) Fälle ein Recht auf Mehrvergütung einräumt (ebenso Norm SIA 118, RE 1974, Art. 60ff.). Weitere Ausnahmen können die Parteien im Verträge vorbehalten. Derartige Änderungsvorbehalte sind auch in der Norm SIA 118 enthalten. Der wichtigste Vorbehalt betrifft die Teuerung (Norm SIA 118, RE 1974, Art. 64ff.). Er gilt für Einheits- und Globalpreise, nicht aber für Pauschalpreise.

C. Die Mängelhaftung des Bauunternehmers

Die Mängelhaftung ist eine rechtliche Folge davon, dass der Unternehmer seine vertragliche Leistungspflicht schlecht erfüllt hat.

Wie bereits ausgeführt, schuldet der Bauunternehmer dem Bauherrn die Herstellung eines Werkes als Ergebnis der übernommenen Bauarbeiten. Dieses Werk schuldet er aber nicht irgendwie, sondern mängelfrei. Liefert der Unternehmer ein mangelhaftes Werk ab, so haftet er grundsätzlich für die Mängel seines Werkes.

Im folgenden spreche ich zunächst vom *Werkmangel*, dann von der *Mängelhaftung* und schliesslich vom *Wegfall* der Haftung.

a) Der Werkmangel

Der Werkmangel löst die Mängelhaftung des Unternehmers aus. Die Frage, ob überhaupt ein Werkmangel vorliegt oder nicht, bildet daher im Streitfall häufig den zentralen Streitpunkt. Dabei fällt auf, dass der *Begriff des Werkmangels*

gerade in Kreisen der Baubranche immer wieder verkannt wird. Vielfach wird er als technischer Begriff verstanden. In Wirklichkeit aber handelt es sich um einen rechtlichen Begriff, dessen Inhalt sich aus den gesetzlichen Bestimmungen des Obligationenrechts über die Mängelhaftung ergibt (Art. 367–371 OR).

Zwar umschreibt das Gesetz den Werkmangel nicht ausdrücklich (durch Legaldefinition). Doch folgt aus einer richtigen Auslegung des Art. 368 OR, dass jeder Werkmangel im Sinne der Mängelhaftung in einer *Abweichung des Werkes vom Vertrag* besteht. Das bedeutet:

Der Werkmangel ist nichts anderes als eine Abweichung des Werkes von der vertraglichen Sollbeschaffenheit (vgl. v. Büren, Schweiz. Obligationenrecht II, Zürich 1972, S. 145). Er besteht darin, dass dem Werk diese oder jene Eigenschaft fehlt, die es nach dem Inhalt des Vertrages haben sollte. Entweder fehlt ihm eine vereinbarte Eigenschaft; oder es fehlt ihm eine Eigenschaft, die der Besteller (ohne besondere Vereinbarung) als selbstverständlich voraussetzen durfte. In beiden Fällen weicht das Werk vom Vertrage ab; und in beiden Fällen liegt ein Werkmangel vor.

Diesen Begriff des Werkmangels entnehme ich, wie gesagt, der Bestimmung des Art. 368 OR. Art. 368 OR unterscheidet nun allerdings zwischen «Mängeln» und «sonstigen Abweichungen» des Werkes vom Vertrag, indem er wie folgt beginnt: «Leidet das Werk an ... Mängeln oder weicht es sonst ... vom Vertrag ab». Diese Unterscheidung zwischen «Mängeln» und «sonstigen Abweichungen» hat indessen nur klassifikatorische, keine rechtliche Bedeutung. Sowohl bei den «Mängeln» als auch bei den «sonstigen Abweichungen» des Art. 368 OR handelt es sich schlechthin um Werkmängel (BGE 100 II 32).

b) Die Haftung

Steht im Einzelfall fest, dass das abgelieferte Werk im umschriebenen Sinne mangelhaft ist, so verwirklicht sich in aller Regel die Haftung des Unternehmers für die Mängel seines Werkes. Die Haftung besteht darin, dass dem Bauherrn infolge Mangelhaftigkeit des abgelieferten Werkes bestimmte Rechte (Mängelrechte) erwachsen. Art. 368 OR umschreibt vier Rechte: das Wandelungs-, Minderungs-, Nachbesserungs- und Schadenersatzrecht.

Die genannten vier Mängelrechte bilden wiederum Gegenstand zahlreicher Fragen. Einige dieser Fragen will ich erörtern, indem ich auf folgende Punkte hinweise:

1. Der Bauherr hat nicht in *jedem* Haftungsfalle (sondern im Gegenteil nur *selten*) alle vier Mängelrechte. Denn jedes der vier Rechte hängt von besondern Voraussetzungen ab, die nur ihm eigen sind.

So setzt das Wandelungsrecht voraus, dass das Werk für den Bauherrn unbrauchbar ist oder ihm dessen Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann (Art. 368 Abs. 1 OR); es entfällt, wenn sich das Werk nur mit unverhältnismässigen Nachteilen für den Unternehmer aus dem Grund und Boden des Bauherrn entfernen lässt (Art. 368 Abs. 3 OR; dazu BGE 98 II 123). Das Minderungsrecht sodann hängt ab von der Voraussetzung, dass das Werk überhaupt einen Minderwert aufweist. Das Nachbesserungsrecht ist einzig dann gegeben, wenn die Verbesserungskosten des Unternehmers (im Verhältnis zum Nutzen, den die Mängelbeseitigung dem Bauherrn bringt) nicht übermässig sind (Art. 368 Abs. 2 OR). Das Schadenersatzrecht schliesslich richtet sich auf Ersatz des Mangelfolgeschadens und setzt daher voraus, dass der Werkmangel einen weiteren Schaden («ausserhalb des Mangels») entstehen lässt.

2. Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht sind immer nur *alternativ* gegeben. Soweit sie dem Bauherrn zustehen, kann dieser nach Art. 368 OR wählen, welches der verschiedenen Rechte er ausüben will. Das Wahlrecht liegt also beim Bauherrn, nicht beim Unternehmer.

Dieses gesetzliche Wahlrecht des Bauherrn wird durch die Norm SIA 118 (RE 1974) eingeschränkt. Danach kann der Bauherr zunächst einzig die Nachbesserung verlangen; zur Ausübung des Wandelungs- oder Minderungsrechtes ist er erst dann berechtigt, wenn der Unternehmer die verlangte Nachbesserung nicht rechtzeitig vornimmt (Art. 168).

3. Das Schadenersatzrecht, das sich auf Ersatz des Mangelfolgeschadens richtet, steht dem Bauherrn kumulativ zu den übrigen Mängelrechten zu. Nach Art. 368 OR setzt es ein *Verschulden* des Unternehmers voraus. Dadurch unterscheidet es sich von den übrigen Mängelrechten.

Die übrigen Mängelrechte (Wandelungs-, Minderungs-, Nachbesserungsrecht) bestehen unabhängig vom Verschulden des Unternehmers. Somit ist die Mängelhaftung des Bauunternehmers, abgesehen von der Haftung für Mangelfolgeschäden, eine Kausalhaftung (Haftung ohne Verschulden).

Das gesetzliche *Prinzip der kausalen Haftung* für Werkmängel wurde bereits 1962 (wenn auch undeutlich) in die geltende Norm SIA 118 übernommen (vgl. dazu Gauch, Der Unternehmer im Werkvertrag und seine Haftung für Mängel des Werkes, 1974, N 515). Der Revisionsentwurf hält nun das Prinzip eindeutig fest (Art. 164 Abs. 2). Das ist deswegen bemerkenswert, weil vereinzelt postuliert wurde, die Norm SIA 118 möge die Mängelhaftung des Bauunternehmers auf Verschulden beschränken. Eine solche Beschränkung wäre nicht nur unangebracht. Vielmehr würde sich die Frage stellen, inwieweit der Richter die Haftungsbeschränkung überhaupt beachten dürfte. Denn:

Haftungsbeschränkende Regeln in Allgemeinen Bedingungen können auch dann unwirksam sein, wenn sie nicht gegen zwingendes Recht verstossen. Unwirksam sind jedenfalls solche Regeln, die der Bauherr ohne bewusste Zustimmung (also «global») übernommen hat; vorausgesetzt, dass sie entweder ungewöhnlich sind oder vom dispositiven Gesetzesrecht abweichen, ohne dass sich die Abweichung durch besondere Umstände rechtfertigt (vgl. Schönenberger/Jäggi, N 498f. und 508 zu Art. 1 OR). Ein besonderer Umstand, der es rechtfertigen würde, die Mängelhaftung des Bauunternehmers auf Verschulden zu beschränken, ist nicht ersichtlich.

4. Die aufgezählten Mängelrechte machen den *ganzen* Inhalt der vertraglichen Mängelhaftung aus. Deshalb ist der Bauherr nicht berechtigt, statt der Wandelung, Minderung oder Nachbesserung, Schadenersatz aus nicht richtiger Erfüllung zu verlangen. Er kann sich, wie das Bundesgericht kürzlich (BGE 100 II 32) festgestellt hat, nicht alternativ auf die Mängelrechte des Art. 368 OR und die allgemeine Schadenersatzklage nach Art. 97 OR berufen. Mit diesem richtigen Entscheid ist eine alte Streitfrage erledigt. Der Entscheid wird weitherum zu einer Praxisänderung führen, weil bisher viele Gerichte den gegenteiligen Standpunkt vertreten haben.

c) Wegfall der Mängelhaftung

Die Mängelhaftung des Unternehmers hat, wie gesagt, ihren Grund im Werkmangel. Doch ist nicht *bei Vorliegen jedes Werkmangels auch eine Mängelhaftung* gegeben. Vielmehr sieht das Gesetz vor, dass die Haftung des Unternehmers trotz Mangelhaftigkeit des Werkes entfallen kann.

Zum vorneherein entfällt die Haftung des Unternehmers für solche Mängel, die der Bauherr selbst verschuldet hat (Art. 369 OR). Nachträglich entfällt sie durch Genehmigung des Werkes (Art. 370 OR) und durch Verjährung der Mängelrechte (Art. 371 OR).

Die *Verjährung der Mängelrechte*, die das OR in Art. 371 regelt, gehört zu den schwierigsten Fragen der Mängelhaftung überhaupt. Schwierig ist schon die Frage nach der Rechtsnatur und Wirkung der Verjährung. Schwierigkeiten bereitet aber auch die Bestimmung der Verjährungsfrist.

Die Norm SIA 118 (RE 1974) statuiert eine einheitliche Verjährungsfrist von fünf Jahren (Art. 179). Diese Frist gilt für sämtliche Werke und darf nicht verwechselt werden mit der zweijährigen Garantiefrist (Art. 171), die keine Verjährungsfrist ist, sondern eine Rügefrist (Art. 172).

Anders als die Norm unterscheidet das Gesetz in Art. 371 OR zwischen unbeweglichen Bauwerken und andern Werken. Für unbewegliche Bauwerke sieht Art. 371 OR eine Verjährungsfrist von fünf Jahren vor (Abs. 2), für die übrigen Werke eine Frist von einem Jahr (Abs. 1). Zu laufen beginnt die Frist mit der Abnahme des Werkes.

Diese Regelung des Gesetzes erscheint einfach. Doch sie scheint es nur. Die Schwierigkeiten beginnen mit der Begriffsbestimmung des unbeweglichen Bauwerkes. Denn als unbewegliches Bauwerk im Sinne des Art. 371 Abs. 2 OR anerkennt das Bundesgericht in BGE 93 II 246 nur ein unbewegliches Werk, für das in der Regel erst nach Ablauf der einjährigen Verjährungsfrist festgestellt werden kann, ob es den Anforderungen der Festigkeit oder den geologischen und atmosphärischen Bedingungen standhält. Diese Umschreibung des unbeweglichen Bauwerkes ist zwar richtig, lässt aber dem Ermessen weiten Spielraum und trägt nicht zur Förderung der Rechtssicherheit bei. Völlig verunsichert wird der Rechtssuchende dann, wenn er im zitierten Entscheid nachliest, dass das Bundesgericht den Erneuerungsanstrich eines Hauses nicht als unbewegliches Bauwerk betrachtet und deshalb der einjährigen Frist (Art. 371 Abs. 1 OR) unterstellt.

Entgegen der Ansicht des Bundesgerichtes bin ich der Meinung, dass der Erneuerungsanstrich eines Hauses ein unbewegliches Bauwerk im Sinne des Art. 371 Abs. 2 OR ist.

Er ist – was das Bundesgericht zu Unrecht verneint (BGE 93 II 246) – ein unbewegliches Werk, für das in der Regel erst nach Ablauf der einjährigen Verjährungsfrist festgestellt werden kann, ob es den Anforderungen der Festigkeit oder den geologischen und atmosphärischen Bedingungen standhält. Die Mängelrechte beim Erneuerungsanstrich verjähren deshalb in fünf Jahren, nicht in einem Jahr.

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	= am angeführten Ort
Abs.	= Absatz
AGVE	= Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
Art.	= Artikel
BGE	= Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BIZÜR	= Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
BV	= Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
Diss.	= Dissertation
N	= Note
Norm SIA 118 (RE 1974)	= Revisionsentwurf zur Norm SIA 118 vom September 1974
OG	= Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
OR	= Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
Zbl	= Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZGB	= Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZSR	= Zeitschrift für schweizerisches Recht

Adresse des Verfassers: Prof. Dr. Peter Gauch, Ordinarius für Schweizerisches Zivil- und Handelsrecht an der Universität, 4, av. Jean-Maire Musy, 1700 Freiburg.

Die SBB-Unterführung von Flüelen

Mitteilung des Ingenieurkonsortiums G. Lombardi¹⁾ und L. Balestra, Flüelen¹⁾

DK 624.19:624.2

Bei der Ausführung der SBB-Unterführung in Flüelen kamen verschiedene im Grundbau bekannte Methoden zur Anwendung, wie Spundwände, Erdanker, Bodenverdichtung durch Rüttelverfahren, Zugpfähle, Bodeninjektionen, Pressverfahren, Grundwasserabsenkung sowie die üblichen Eisenbeton- und Isolationsarbeiten. Neu war vor allem das Einpressen von Hohlkastenprofilen, die in Reihen übereinander gestossen und mit Hilfe von Zugstangen zusammengespant wurden. Bei der Ausführung des Bauwerks haben sich alle ausgeführten Arbeiten ausgezeichnet bewährt, mit Ausnahme der Injektionen unter dem Bahnkörper, die versagt haben. Die guten Erfahrungen mit dem Rütteldruckverfahren, wo bis zu 15% Hohlraum durch Materialzugabe geschlossen wurden, zeigten, dass eine dichte Verpressung des Bodens viel grössere Injektionsmengen verlangt hätte, als die tatsächlich eingepressten. Die Schwierigkeit von erfolgreichen Injektionen im heterogenen Baugrund hat sich somit bestätigt.

Problemstellung

Im Zuge des Nationalstrassenbaus entsteht im Raume Flüelen der Knotenpunkt der N2 mit der N4, sowie ein Anschluss an das Lokalstrassensystem. Die N4 und der Anschluss an das Lokalsystem kreuzen die SBB-Linie in sehr

kleinem Abstand, wobei die künftige N4 die Bahnlinie in der Nähe des Bahnhofs Flüelen überfahren wird.

Infolge der ungünstigen Bodenverhältnisse wurde zuerst die Möglichkeit einer Überführung auch für den Zubringer des örtlichen Anschlusses untersucht; sie musste aber zu Gunsten einer Unterführung fallen gelassen werden. Die Gründe lagen in der Strassenführung, den Gefälleverhältnissen und vor allem war auf den späteren Bau des Anschlusses der N4 Rücksicht zu nehmen.

So entschloss man sich für ein *Unterführungsbauwerk*, das die Bahnlinie unter einem nahezu rechten Winkel kreuzt (Bild 1). An eine Unterbrechung des Bahnverkehrs für längere Zeit war nicht zu denken. Allfällige, den Bahnverkehr störende Massnahmen mussten sich auf Zeitabschnitte von wenigen Stunden jeweils sonntagnachts beschränken. Der Sicherheit des Bahnverkehrs war höchste Aufmerksamkeit zu schenken.

Bodenbeschaffenheit

An der betreffenden Stelle verläuft die Gotthardbahn auf einem Damm von nur rund 1 m über der Reusebene. Der Boden besteht aus Gletscher-, Fluss- und Seeablagerungen. Sie ist daher sehr inhomogen und wechselseitig gelagert. Man muss mit *Silt, siltigem Sand, reinem Sand* und *reinem Kies* rechnen, sowie mit allen möglichen Übergängen zwischen diesen Ablagerungen. Die bodenmechanischen Eigenschaften

¹⁾ Kurzfassung eines Referates, gehalten von Giovanni Lombardi am Institut für Boden- und Felsmechanik der Universität Karlsruhe.