Zeitschrift: Schweizerische Bauzeitung

Herausgeber: Verlags-AG der akademischen technischen Vereine

Band: 92 (1974)

Heft: 8: SIA-Heft, Nr. 2/1974: Hochhäuser; Werkvertrag

Artikel: Der Unternehmer im Werkvertrag und seine Haftung für Mängel des Werkes

Autor: Gauch, Peter

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-72270

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

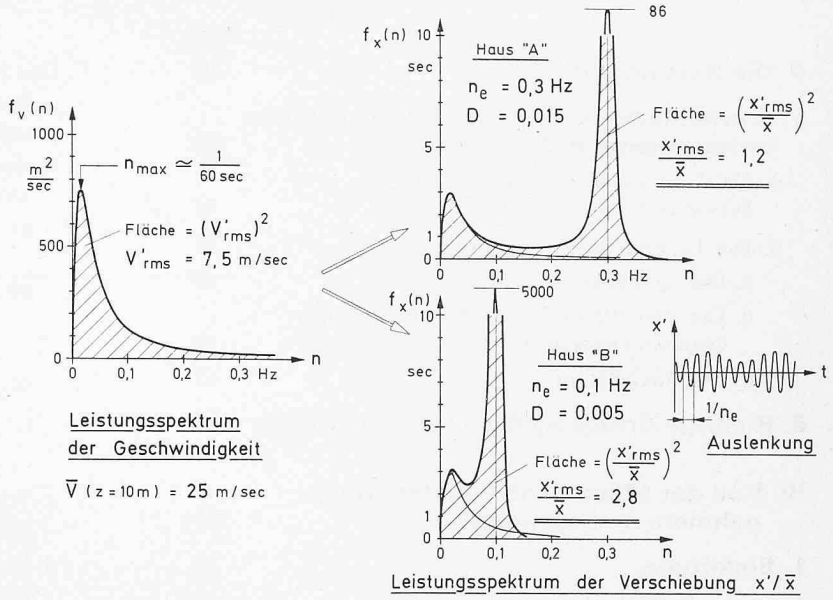
Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 08.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Bild 19. Anwendung auf typische Hochhäuser



Haus «A»	$x'_{rms}/\bar{x}$	$= 1{,}2$
	$x_{max}/\bar{x}$	$\cong 1 + 4 \cdot 1{,}2 = 5{,}8$
Haus «B»	$x'_{rms}/\bar{x}$	$= 2{,}8$
	$x_{max}/\bar{x}$	$\cong 1 + 4 \cdot 2{,}8 = 12{,}2$

Diese Zahlen zeigen, dass die maximalen Ausschläge x_{max}, die einmal wegen einem Sturm auftreten, wesentlich grösser sind als die Mittelwerte $\bar{x}$, die man mit der mittleren Geschwindigkeit $\bar{v}$ berechnet, und dass sie beträchtlich zunehmen, wenn man Dämpfung und Eigenfrequenz verkleinert.

Adresse des Verfassers: Prof. Dr. *H. Thomann,* Institut für Aerodynamik der ETH Zürich, Professur für Strömungslehre, Sonneggstrasse 3, 8006 Zürich.

Literatur

[1] Engineering Sciences Data, No. 72026 (1972). Characteristics of wind speed in the lower layers of the atmosphere near the ground: strong winds (neutral atmosphere).

[2] Normen SIA 160 (1970). Norm für die Belastungsannahmen, die Inbetriebnahme und die Überwachung der Bauten.

[3] *P. Sachs:* Wind Forces in Engineering. Pergamon Press, 1972.

[4] *S. H. Crandall, W. D. Mark:* Random Vibration in Mecanical Systems, Acad. Press, 1963.

[5] *H. W. Liepmann:* On the Application of Statistical Concepts to the Buffeting Problem. «Journal of the Aeronautical Sciences», Vol. 19, No. 12, Dec. 1952.

[6] *A. G. Davenport:* The Treatment of Wind Loading on Tall Buildings. Proc. of a Symp. on Tall Buildings, Univ. of Southamptor 1966, Pergamon Press, 1967.

Der Unternehmer im Werkvertrag und seine Haftung für Mängel des Werkes

Ein systematischer Grundriss von Prof. Dr. **Peter Gauch,** Fribourg

DK 347.454 : 347.56

Vorwort

Wer sich in Praxis und Theorie mit dem Werkvertragsrecht befasst, stösst immer wieder auf ungelöste und umstrittene Rechtsfragen. Dieser Sachverhalt wurde den Mitarbeitern unserer Rechtsabteilung namentlich auch im Zusammenhang mit den Revisionsarbeiten zur SIA-Norm 118 bewusst. Darin besteht der Grund, weshalb wir im vergangenen Frühjahr Dr. *Peter Gauch,* damals noch unser Mitarbeiter, mit der Abklärung einiger Fragen aus dem Werkvertragsrecht betrauten. Gedacht war zunächst an die Abklärung bestimmter Einzelfragen. Was jedoch in Wirklichkeit entstand, war eine systematische Abhandlung über den Unternehmer im Werkvertrag und seine Haftung für Mängel des Werkes. Ein Arbeitsergebnis, das wir schon deshalb begrüssen, weil es nach unserer Ansicht zur Aufgabe des SIA gehört, auch auf dem Gebiete des Baurechts Forschungsarbeit zu leisten und zu unterstützen.

Die Abhandlung von Dr. Peter Gauch soll in dieser und in der nächsten Ausgabe der «Schweizerischen Bauzeitung» veröffentlicht werden, um sie einem breiten Publikum zugänglich zu machen. Mit Rücksicht auf die überragende Bedeutung, die dem Werkvertragsrecht im Bauwesen zukommt, erfolgt die Veröffentlichung ungekürzt. Wir hoffen damit, den Lesern der Bauzeitung, die zum grossen Teil fast täglich mit dem Werkvertragsrecht konfrontiert werden, einen Dienst zu erweisen.

M. Beaud, Leiter der Rechtsabteilung des SIA

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis S. 155
Abkürzungsverzeichnis S. 156

Nr.

I. Einleitung 1

II. Vom Unternehmer und von seiner Leistungspflicht im allgemeinen 4

1. Die Herstellung eines Werkes 5

A. Herstellung eines Werkes als Arbeitsleistung 6

B. Das Werk als Arbeitserfolg 8

C. Der Werkstoff 16

D. Eigene Herstellung des Werkes oder Vergebung an Dritte 19

2. Die Ablieferung des Werkes 26

3. Die Entgeltlichkeit der Unternehmerleistung 36

	Nr.
4. Die Sorgfaltspflicht	**40**
5. Erscheinungsformen des Unternehmers, insbesondere im Bauwesen	**53**
A. Der Unternehmer: eine natürliche Person oder ein Verband	54
B. Der Unternehmer im Bauwesen	55
a. Der Architekt	56
b. Der Bauunternehmer (Einzelunternehmer, Generalunternehmer, Totalunternehmer)	60
c. Der Baulieferant	67
6. Richtige Erfüllung der Leistungspflicht	**69**
III. Von der Mängelhaftung des Unternehmers im besondern	**73**
1. Einleitung	**73**
2. Vom Werkmangel	**78**
A. Der Werkmangel: eine Abweichung des Werkes vom Vertrag	80
a. Die Relativität des Werkmangels	81
b. Das Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft als Werkmangel	83
c. Das Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft als Werkmangel	92
aa. Wertqualität	93
bb. Gebrauchstauglichkeit	97
d. Zusammenfassung	103
B. «Mängel» und «sonstige Abweichungen» nach Art. 368 OR	108
C. Sachverhalte, die keine Werkmängel sind	113
3. Erscheinungsformen des Werkmangels	**120**
4. Die Mängelrechte des Bestellers im allgemeinen (Überblick)	**130**
5. Die Mängelrechte im einzelnen	**137**
A. Das Wandelungsrecht	138
a. Vom Wandelungsrecht als Gestaltungsrecht	140
b. Von der besondern Voraussetzung des Wandelungsrechts	149
c. Von der Ausübung des Wandelungsrechts (Formen der Wandelungserklärung)	154
d. Von der Rückleistungspflicht des Bestellers	157
e. Vom Erlöschen des Minderungs- und Nachbesserungsrechts infolge Ausübung des Wandelungsrechts	161
B. Das Minderungsrecht	168
a. Vom Minderungsrecht als Gestaltungsrecht	170
b. Von den besondern Voraussetzungen des Minderungsrechts	176
c. Von der Ausübung des Minderungsrechts (Formen der Minderungserklärung)	180
d. Von der Berechnung des Minderwertes	183
e. Vom Erlöschen des Wandelungs- und Nachbesserungsrechts infolge Ausübung des Minderungsrechts	188
C. Das Nachbesserungsrecht	198
a. Vom Nachbesserungsrecht als Gestaltungsrecht	200
b. Von der Nachbesserungsschuld des Unternehmers	203
aa. Vom Inhalt der Nachbesserungsschuld	204
bb. Vom Verzug des Unternehmers mit der Erfüllung der Nachbesserungsschuld	214
cc. Von der Durchsetzung der Nachbesserungsschuld durch Selbstbeseitigung des Mangels auf Kosten des Unternehmers	221
c. Von den besondern Voraussetzungen des Nachbesserungsrechts	225
d. Kein Recht des Bestellers auf ein neues Werk	231
e. Vom Erlöschen des Wandelungs- und Minderungsrechts infolge Ausübung des Nachbesserungsrechts	235
D. Das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens	246
a. Vom Mangelfolgeschaden	248
b. Von der besondern Schadenersatzordnung	253
c. Grundsatz: Schuldhaftung	258
d. Ausnahme: Kausalhaftung	262
aa. Haftung für Hilfspersonen	263
bb. Haftung für unmittelbaren Mangelfolgeschaden	265
e. Von der Bemessung des Schadenersatzanspruchs	271
6. Wegfall der Mängelhaftung bei Selbstverschulden des Bestellers	**274**
A. Das Selbstverschulden des Bestellers im Sinne des Art. 369 OR	278
B. Erstes Beispiel: Weisungen des Bestellers über die Ausführung des Werkes	285
a. Haftungsbefreiung nach erfolgter Abmahnung	288
b. Haftungsbefreiung ohne Abmahnung bei sachverständig erteilter Weisung?	301
aa. Haftungsbefreiung ohne Abmahnung, wenn der Unternehmer die Unrichtigkeit einer sachverständig erteilten Weisung weder erkannte noch erkennen musste	305
bb. Keine Haftungsbefreiung ohne Abmahnung, wenn der Unternehmer die Unrichtigkeit der sachverständig erteilten Weisung erkannt hat	311
cc. Keine Haftungsbefreiung ohne Abmahnung, wenn der Unternehmer die Unrichtigkeit der sachverständig erteilten Weisung nicht erkannt hat, obwohl er sie hätte erkennen müssen	319

Nr.

C. Zweites Beispiel: Mangelhafter Werkstoff oder Baugrund des Bestellers 328
a. Der Grundsatz: Keine Mängelhaftung des Unternehmers 329
b. Die Ausnahme: Mängelhaftung des Unternehmers 333
aa. Erster Ausnahmefall: Keine unverzügliche Anzeige der erkannten Mangelhaftigkeit 334
bb. Zweiter Ausnahmefall: Pflichtwidriges Nichterkennen der Mangelhaftigkeit 338

7. Verwirkung der Mängelrechte durch Genehmigung des Werkes 354

A. Offene und geheime Mängel nach Art. 370 OR 357
B. Verwirkung der Mängelrechte für offene Mängel 360
a. Im allgemeinen 361
b. Verwirkung durch Verletzung der Prüfungs- und Anzeigepflicht des Bestellers 369
aa. Die Prüfungs- und Anzeigepflicht des Bestellers 370
bb. Die Verletzung der Prüfungs- und Anzeigepflicht und deren Folge 388
c. Verwirkung der Mängelrechte für geheime Mängel 399

8. Verwirkung nur des Wandelungsrechts 403

9. Die Verjährung der Mängelrechte 410

A. Der Grundsatz: einjährige Frist 414
B. Die Ausnahme: fünfjährige Frist bei unbeweglichen Bauwerken 415
a. Der Zweckgedanke des Art. 371 Abs. 2 OR 416
b. Das unbewegliche Bauwerk des Art. 371 Abs. 2 OR 417
aa. Begriff und Erscheinungsformen des unbeweglichen Bauwerkes 418
bb. Werke, die keine unbeweglichen Bauwerke sind 427
cc. Die Entstehung des unbeweglichen Bauwerkes 433
dd. Der Erneuerungsanstrich eines Hauses 435
c. Fünfjährige Frist bei jedem Mangel eines unbeweglichen Bauwerkes? 439
C. Das fristauslösende Ereignis 443
D. Die Unterbrechung der Verjährung 446
E. Die Wirkung der Verjährung 453
F. Besondere Verjährungsfrist bei arglistig verschwiegenem Mangel 458

IV. Einzelfragen zur Mängelhaftung 461

1. Die Haftung des Unternehmers für die Güte seines Stoffes 462

A. Werkvertragsrechtliche (nicht kaufsrechtliche) Haftung des Unternehmers für Mängel aus seinem Werkstoff 464

Nr.

B. Die Haftung des Unternehmers bei Lieferung von Werkstoff nach Weisungen des Bestellers 474

2. Die Haftung des Unternehmers bei Lieferung eines (objektiv) bessern Werkes als vereinbart 477

A. Die Frage nach der geschuldeten Vergütung 480
B. Die Frage nach der Mängelhaftung 487

3. Die Haftung des Unternehmers für den Schaden aus arglistiger Verschweigung eines Mangels 492

4. Die Abänderung der gesetzlichen Haftungsordnung durch Vertrag 495

5. Mängelrechte des Bestellers nach Art. 368 OR und andere Rechtsbehelfe des Obligationenrechts 518

6. Teilweise Entlastung des Unternehmers bei Mitverschulden des Bestellers, das kein Selbstverschulden im Sinne des Art. 369 OR darstellt 529

Literaturverzeichnis

(Auswahl)

Beaud: Der Preis des Bauwerks, in Schweiz. Bauzeitung 89, 1971, S. 398 ff.

Becker: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 1. und 2. Abt., Bern 1941 und 1934.

Dürr: Der Werkvertrag, 2. Aufl., Bern 1966.

Fick: Das Schweizerische Obligationenrecht (Kommentar), Bd. 1, Zürich 1915.

Gauch: System der Beendigung von Dauerverträgen, Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg, Schweiz, Bd. 34, Freiburg 1968.

Gautschi: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abt., 3. Teilband; Der Werkvertrag, Bern 1967.

Guhl: Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. Aufl., bearbeitet durch Merz und Kummer, Zürich 1972.

Guisan: Die allgemeinen Bedingungen für die Ausführung von Bauarbeiten, in Schweiz. Bauzeitung 89, 1971, S. 393.

Hafner: Das Schweizerische Obligationenrecht (Kommentar), 2. Aufl., Zürich 1905.

Hediger: Die Bedeutung der SIA-Norm 118 aus der Sicht der Bauleitungen, in Schweiz. Bauzeitung 89, 1971, S. 394 f.

Jäggi: Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, in Festschrift Schönenberger, Freiburg 1968.

Jäggi: Die Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache, in Festschrift Guhl, Zürich 1950.

Jäggi: Bemerkungen zu einem Urteil über den Architektenvertrag, in SJZ 69, 1973, S. 301 ff.

Jansen: Das Zusammentreffen von Haftungsgründen bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen, Diss. Freiburg 1973.

Keller: Haftpflicht im Privatrecht, 2. Aufl., Bern 1971.

Klauser: Die werkvertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen, Diss. Zürich 1973.

Lautner: Grundsätze des Gewährleistungsrechtes, Zürich 1937.

Mosimann: Der Generalunternehmervertrag im Baugewerbe, Diss. Zürich 1972.

Müller: Die werkvertraglichen Garantiefristen im Zusammenhang mit dem Begriff des unbeweglichen Bauwerkes, in Schweiz. Bauzeitung 89, 1971, S. 397 f.

Neuenschwander: Die Schlechterfüllung, Diss. Bern 1971.

Oftinger: Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., 2 Bde., Zürich 1958, 1960, 1962.

Oser/Schönenberger: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Das Obligationenrecht, Teil 1–3, Zürich 1929, 1936, 1945.

Prader: Überlegungen eines Unternehmers zum Werkvertrag im Bauwesen, in Schweiz. Bauzeitung 89, 1971, S. 395 ff.

Reber: Der Werkvertrag im Baugewerbe, Zürich 1963

Schneider/Fick: Das Schweizerische Obligationenrecht (Kommentar), Zürich 1896.

Schönenberger/Jäggi: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Das Obligationenrecht, Teil 1, Zürich 1961 ff.

Schubiger: Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, Diss. Bern 1957.

Straub: Die Haftung des Unternehmers, in Schweiz. Bauzeitung 89, 1971, S. 400 ff.

Tuor/Schnyder: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 8. Aufl., Zürich 1968.

v. Büren: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972.

v. Tuhr/Siegwart: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Aufl., zwei Bände, Zürich 1942 und 1944.

Abkürzungsverzeichnis

a.E.	= am Ende
BG	= Bundesgesetz
BGB	= Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	= Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BJM	= Basler Juristische Mitteilungen
FFZ	= Fundheft für Zivilrecht, Systematischer Nachweis der Deutschen Rechtsprechung und Zeitschriftenaufsätze
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	= Nummer; ohne weitere Angaben: Randnummer der vorliegenden Arbeit
OR	= BG über das Obligationenrecht
aOR	= BG vom 14. Juni 1881 über das OR
Rep	= Repertorio di Giurisprudenza patria
Semjud	= Semaine judiciaire (Kanton Genf)
SIA-Norm 118	= Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, herausgegeben vom Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Verein, *Ausgabe 1962*
SJZ	= Schweizerische Juristenzeitung
ZGB	= Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZBGR	= Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	= Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZSR	= Zeitschrift für schweizerisches Recht

I. Einleitung

1 «Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung.» Mit dieser knappen Formulierung umschreibt Art. 363 OR den im elften Titel des Schweizerischen Obligationenrechts geordneten Werkvertrag. Wer Art. 363 OR liest, dem fällt auf:

2 Der Werkvertrag ist ein (vollkommen) zweiseitiger Vertrag, durch dessen Abschluss sich die beteiligten Parteien zum Austausch bestimmter Leistungen verpflichten. Die *eine* Leistung besteht in der Herstellung eines Werkes; die *andere* in der Leistung einer Vergütung. Die Herstellung des Werkes bildet die für den Werkvertrag typische Leistung. Ihr Gläubiger heisst nach der Ausdrucksweise des Gesetzes «Besteller»; ihr Schuldner heisst «Unternehmer».

3 Von diesem Unternehmer, namentlich aber von seiner Haftung für Mängel des Werkes, soll im folgenden die Rede sein. Zunächst spreche ich vom Unternehmer und seiner Leistungspflicht im allgemeinen. Dann behandle ich im besonderen die Mängelhaftung des Unternehmers. Und schliesslich bespreche ich Einzelfragen der Mängelhaftung.

II. Vom Unternehmer und seiner Leistungspflicht im allgemeinen

4 Nach Abschluss des Werkvertrages schuldet der Unternehmer seinem Vertragspartner (dem Besteller) die Herstellung eines Werkes. Darin besteht nach dem Wortlaut des Art. 363 OR die Leistungspflicht des Unternehmers. Bei ihr setze ich ein. Ich spreche *1.* von der Herstellung des Werkes, *2.* von der Ablieferung des Werkes, *3.* von der Entgeltlichkeit der Unternehmerleistung, *4.* von der Sorgfaltspflicht des Unternehmers, *5.* von den Erscheinungsformen des Unternehmers und *6.* von der richtigen Erfüllung der Leistungspflicht. Mit dem sechsten Punkt leite ich über zur Mängelhaftung des Unternehmers.

1. Die Herstellung eines Werkes

5 Der Unternehmer schuldet, wie gesagt, die Herstellung eines Werkes. Die Leistung, die er zu erbringen und die der Besteller zu fordern hat, besteht danach in einer Arbeitsleistung:

A. Herstellung eines Werkes als Arbeitsleistung

6 Die geschuldete Herstellung eines Werkes ist eine qualifizierte Arbeitsleistung. Sie ist *Leistung von Arbeit mit einem bestimmten Arbeitserfolg*. Der durch Vereinbarung bestimmte Arbeitserfolg gehört mit zum Gegenstand der vom Unternehmer geschuldeten Leistung. Er bildet das Werk im Sinne des Werkvertragsrechtes, das der Unternehmer herzustellen (zu erarbeiten) hat.

7 Pointiert ausgedrückt, schuldet der Unternehmer nach dem Gesagten nicht nur ein Werken, sondern ein *Werk*. Nicht nur Arbeit schuldet er, sondern auch Arbeitserfolg. Die Arbeit ist nicht als solche geschuldet (BGE 98 II 302),

sondern als Mittel für den herzustellenden Erfolg (Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, II, München 1972, S. 221). Im Arbeitserfolg besteht das geschuldete Werk.

B. Das Werk als Arbeitserfolg

8 Jeder Arbeitserfolg ist entweder ein *körperlicher oder ein unkörperlicher Erfolg:* un résultat matériel ou immatériel (BGE 83 II 529). Dies je nachdem, ob er das Ergebnis von Arbeiten an körperlichen Sachen oder das Ergebnis einer immateriellen (z.B. geistigen oder künstlerischen) Arbeitsleistung ist.

9 Das Werk, das der Unternehmer als Ergebnis der vereinbarten Arbeit schuldet, kann jedenfalls in einem *körperlichen Arbeitserfolg* bestehen. Dieses körperliche (stoffliche) Werk ist:

10 – entweder eine bewegliche oder unbewegliche Sache, die der Unternehmer neu herzustellen hat (zum Beispiel eine Maschine, ein Schrank, eine Baute, ein Strassenstück, ein Tunnel, ein Aufzug, eine Mauer, eine Heizungsanlage, eine Baugrube usw.);

11 – oder das Produkt von Umgestaltungs- oder Reparaturarbeiten, die der Unternehmer an einer Sache ausführen muss. (Beispiel: Renovation einer Hausfassade, Umbau oder Abbruch eines Gebäudes, Reparatur einer Heizungsanlage, Überholung eines Motors usw.)

12 In langjähriger Rechtsprechung hat das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehrmeinung (z.B. Oser/Schönenberger, N 1 zu Art. 363 OR) immer wieder die Ansicht vertreten, dass auch ein *unkörperlicher Arbeitserfolg* als Gegenstand der werkvertraglichen Unternehmerleistung in Frage kommt (vgl. z.B. BGE 83 II 529; 70 II 218).

13 Mit BGE 98 II 305 ff. hat nun das Bundesgericht seine Rechtsprechung grundlegend geändert. Als Werke im Sinne des Werkvertragsrechtes will jetzt das Bundesgericht nur noch körperliche (stoffliche) Werke anerkennen. Wer sich zu immateriellen (insbesondere geistigen und künstlerischen) Leistungen verpflichtet, ist nach dieser neuen Rechtsprechung zum vorneherein nicht Unternehmer eines Werkvertrages (BGE 98 II 311 f.). Vielmehr untersteht er dem Auftragsrecht, sofern nicht ein anderes Vertragsverhältnis (namentlich ein Arbeitsvertrag) vorliegt. Das gilt zum Beispiel für den Architekten, auch wenn er nur Pläne anfertigt; für den Geologen, den Ingenieur oder den Anwalt, der ein Gutachten erstellt. Pläne und Gutachten sind kein körperliches (stoffliches) Werk, sondern das Ergebnis geistiger Arbeit und damit ein unkörperlicher Arbeitserfolg, mögen sie auch durch gegenständliche Ausdrucksmittel (Schreib- und Zeichenpapier) wahrgenommen werden (so: BGE 98 II 311).

14 Seine neue Rechtsprechung begründet das Bundesgericht insbesondere damit, dass nur für körperliche (stoffliche) Werke die werkvertragsrechtliche Mängelhaftung in Frage komme (BGE 98 II 311). Diese Begründung vermag deshalb nicht zu überzeugen, weil nicht einzusehen ist, warum die Anwendung der werkvertragsrechtlichen Bestimmungen über die Mängelhaftung bei geistigen Werken ausgeschlossen sein sollte (so: Jäggi, SJZ 69, 1973, S. 303). Überhaupt bleibt abzuwarten, ob sich die neue Praxis des Bundesgerichtes durchsetzen wird (kritisch: Jäggi, SJZ 69, 1973, S. 301 ff.). Lehnt man die Praxisänderung des Bundesgerichts als verfehlt ab, wofür beachtliche Gründe sprechen, so will das allerdings nicht heissen, dass sich jeder unkörperliche Arbeitserfolg als Werk im Sinne des Werkvertragsrechts eignet. Vielmehr kann ein unkörperlicher Arbeitserfolg zum vornherein nur dann Gegenstand der werkvertragsrechtlichen Unternehmerleistung sein, wenn er sich überhaupt versprechen lässt. Ausserdem muss er (wie z.B. ein Bauplan) dauernde Gestalt in einer Sache annehmen und in diesem Sinne eine gewisse Körperlichkeit erlangen (vgl. v. Büren, S. 143 f.; anderer Ansicht: BGE 59 II 263; 70 II 218).

15 Erfordert die Herstellung des geschuldeten Werkes nicht nur den Einsatz von Arbeit, sondern von Arbeit *und* Material, so stellt sich die Frage nach dem Werkstoff.

C. Der Werkstoff

16 Nach Art. 365 OR ist zu unterscheiden: Entweder ist der *Unternehmer* zur Lieferung des benötigten Werkstoffes verpflichtet, oder die Stofflieferung obliegt dem *Besteller*. Eine Regel darüber, *welche* der Parteien den Stoff zu liefern hat, enthält das Gesetz indessen nicht. Es gilt, was folgt: Der Unternehmer ist zur Stofflieferung nur in dem Umfange verpflichtet, als sich diese Pflicht aus der Vereinbarung oder Übung ergibt. Nach SIA-Norm 118 sind «alle Lieferungen für die nach Werkvertrag auszuführende Arbeit Sache des Unternehmers», «soweit das Leistungsverzeichnis nichts anderes bestimmt» (Art. 4 Abs. 3).

17 Den *vom Besteller gelieferten Stoff* hat der Unternehmer nach Art. 365 Abs. 2 OR mit aller Sorgfalt zu behandeln, über dessen Verwendung Rechenschaft abzulegen und einen allfälligen Rest dem Besteller zurückzugeben.

18 Kein Werkstoff sind die zur Ausführung des Werkes nötigen *Hilfsmittel, Werkzeuge und Gerätschaften.* Mangels anderer Abrede hat sie der Unternehmer auf seine Kosten zu stellen (Art. 364 Abs. 3 OR).

D. Eigene Herstellung des Werkes oder Vergebung an Dritte

19 Das vereinbarte Werk muss der Unternehmer nach Art. 364 Abs. 2 OR *grundsätzlich selber herstellen:* Entweder hat er das Werk persönlich auszuführen oder zumindest unter persönlicher Leitung (insbesondere durch seine Arbeitnehmer) ausführen zu lassen.

20 Der Grundsatz gilt nicht ohne *Ausnahme.* Kommt es nach der Natur des Geschäftes auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers nicht an, so ist dieser nach Art. 364 Abs. 2 OR zur *Weitervergebung der Arbeit* berechtigt. Er ist berechtigt, das Werk, das er seinem Besteller schuldet, ganz oder teilweise durch selbständige Dritte (Unterakkordanten = Subunternehmer) ausführen zu lassen. Diese Dritten handeln als Vertragspartner des Unternehmers, der sie verpflichtet hat, nicht des Bestellers, dem der betreffende Unternehmer verpflichtet ist. Dem genannten Besteller schulden sie weder eine Leistung, noch können sie von ihm eine Vergütung verlangen. Wohl sind sie aber gegebenenfalls berechtigt, ihre Forderungen gegenüber dem Unternehmer dadurch zu sichern, dass sie auf dem Grundstück des Bestellers ein Handwerkerpfandrecht eintragen lassen, wenn sie für ein Werk auf diesem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben (Art. 837 Ziff. 3 ZGB; vgl. z.B. BGE 72 II 347 ff.; im einzelnen: Tuor/Schnyder, S. 602 ff.).

21 Die Frage, ob eine Weitervergebung der Arbeit zulässig ist oder nicht, beantwortet sich nach der *«Natur des Geschäftes»:* Es ist zu prüfen, ob es dem Besteller nach dem konkreten Vertragsverhältnis (namentlich nach der Art des vereinbarten Werkes) auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers ankommt oder nicht. Handelt es

sich beim Unternehmer um eine juristische Person oder um eine rechtsfähige Personengesellschaft (Nr. 54), so ist Art. 364 Abs. 2 OR sinngemäss anzuwenden. Zu prüfen ist, ob es dem Besteller darauf ankommt oder nicht, dass das Werk gerade durch den Betrieb «seines» Unternehmers hergestellt wird. Nach der «Natur des Geschäftes» zulässig ist jedenfalls die Weitervergebung von Bauarbeiten, wenn der Unternehmer als General- oder Totalunternehmer (Nr. 62 f.) verpflichtet wurde (vgl. BGE 94 II 162; auch Mosimann, S. 77 f.); aber wohl nicht, wenn mehrere Unternehmer gemeinsam (als Baukonsortium) den General- oder Totalunternehmervertrag abgeschlossen haben (so: Gautschi, N 15d zu Art. 363 OR).

22 *Unerheblich* unter dem Gesichtspunkt der Weitervergebung ist die «Natur des Geschäftes» in folgenden drei Fällen:

23 – Die Weitervergebung wurde vertraglich ausgeschlossen. Sie ist unzulässig, ausser der Besteller erkläre sich nachträglich mit der Weitervergebung doch noch einverstanden.

24 – Die Weitervergebung ist nach der getroffenen Vereinbarung abhängig von der Bewilligung des Bestellers bzw. seines Vertreters (so: SIA-Norm 118, Art. 3 Abs. 6). Sie ist zulässig nur, wenn die vorausgesetzte Bewilligung erteilt wird. Ob und unter welchen Voraussetzungen die erteilte Bewilligung für die Zukunft wieder aufgehoben werden kann, bestimmt sich nach der Vereinbarung (vgl. z.B. SIA-Norm 118, Art. 3 Abs. 6).

25 – Der Besteller (oder sein Vertreter) hat sich vor, bei oder nach Vertragsabschluss mit der Weitervergebung einverstanden erklärt. Die Weitervergebung ist zulässig.

2. Die Ablieferung des Werkes

26 Das Werk, das der Unternehmer schuldet, hat er für den *Besteller* herzustellen und daher, wenn es vollendet ist, dem Besteller abzuliefern. Zur Herstellungspflicht tritt, obwohl dies Art. 363 OR nicht ausdrücklich sagt, eine *Ablieferungspflicht*. Herstellungs- und Ablieferungspflicht bilden zusammengenommen die «ganze» Leistungspflicht des Unternehmers.

27 Die *Ablieferung* im Sinne des Gesetzes (Art. 367 Abs. 1, 370 Abs. 1 OR) besteht in der Übergabe (Art. 376 Abs. 1 OR; BGE 25 II 867) des *vollendeten* Werkes an den Besteller, und zwar in der Absicht der Vertragserfüllung (vgl. Oser/Schönenberger, N 2 zu Art. 367 OR).

28 Diese Ablieferung erfolgt, wenn überhaupt möglich, *durch körperliche Übertragung* des Werkes: durch dessen Überführung in den unmittelbaren Besitz des Bestellers, evtl. durch Rückgabe einer veränderten (umgewandelten, veredelten oder reparierten) Sache. Ob der Unternehmer das Werk «bringen» oder der Besteller es «holen» muss, bestimmt sich in erster Linie nach dem ausdrücklichen oder aus den Umständen zu schliessenden Willen der Parteien (Art. 74 OR). Abgeschlossen ist die Ablieferung dann, wenn sich das Werk, das der Unternehmer in Erfüllungsabsicht übertragen hat, im unmittelbaren Besitz des Bestellers befindet. Hat sich der Besteller eigenmächtig in den Besitz des vollendeten Werkes gesetzt, so gilt das Werk als abgeliefert.

29 Ist eine körperliche Übertragung des Werkes (Nr. 28) ausgeschlossen (wie z.B. bei Gebäudereparaturen, Bauten auf Grund und Boden des Bestellers usw.), so liefert der Unternehmer das vollendete Werk dadurch ab, dass er dessen *Vollendung dem Besteller mitteilt* (vgl. BGE 89 II 409; vgl. auch Oser/Schönenberger, N 3 zu Art. 367 OR): sei es ausdrücklich; oder sei es stillschweigend, indem der Unternehmer das Werk für den Besteller ersichtlich als vollendet und verfügbar hinstellt. Abgeschlossen ist die Ablieferung dann, wenn der Besteller auf Grund dieser Mitteilung das Werk als vollendet betrachtet (vgl. BGE 89 II 409) oder betrachten muss. Nimmt der Besteller das vollendete Werk von sich aus in Gebrauch, ohne die Mitteilung des Unternehmers abzuwarten, so gilt das Werk als abgeliefert.

30 Der Ablieferung entspricht, vom Besteller aus betrachtet, die *Abnahme* des Werkes (Art. 370 Abs. 1 und 371 Abs. 2 OR; franz.: «réception»); gleich wie der Ablieferung einer Kaufsache deren Empfang durch den Käufer entspricht (vgl. Oser/Schönenberger, N 19 zu Art. 201 OR). *Ablieferung und Abnahme bezeichnen* somit *ein und denselben Sachverhalt, von zwei Seiten aus betrachtet* (vgl. Oser/Schönenberger, N 1 zu Art. 370 OR; gleicher Meinung offenbar auch Klauser, S. 20). Das abgelieferte Werk, und nur dieses, ist abgenommen, und umgekehrt. «L'ouvrage est reçu ou livré»: BGE 89 II 409.

31 Die Abnahme erfolgt durch Entgegennahme des in Erfüllungsabsicht angebotenen Werkes: sei es körperlich (durch Besitzübernahme) oder sei es tatsächlich (durch Entgegennahme der Vollendungserklärung). Nimmt der Besteller das vollendete Werk eigenmächtig in Besitz oder nimmt er es in Gebrauch, ohne die Vollendungserklärung des Unternehmers abzuwarten, so gilt das Werk, wie gesagt, als abgeliefert (Nr. 28 f.) und damit auch als abgenommen.

32 Die Abnahme («réception»), welche das Gegenstück (Korrelat) der Ablieferung bildet (Nr. 30), ist zu unterscheiden von der Genehmigung des Werkes («acceptation»), welche Art. 370 OR behandelt (BGE 89 II 409, im Gegensatz zu BGE 89 II 234 f. und Gautschi, N 4 zu Art. 370 OR; unklar: BGE 97 II 354). Dass *Abnahme und Genehmigung nicht identisch* sind, ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Art. 370 Abs. 1 OR, welcher die Genehmigung der Abnahme zeitlich folgen lässt. Die Genehmigung, durch die der Besteller seine Mängelrechte (in bestimmtem Umfang) verwirken kann (Art. 370 OR; Nr. 354 ff.), ist eine Erklärung des Willens, das Werk als vertragsgemäss erstellt anzusehen (Nr. 355).

33 Ablieferung und Abnahme eines Werkes setzen nach dem Gesagten dessen *Vollendung* voraus. Vollendet ist ein Werk dann, wenn sämtliche vereinbarten Arbeiten ausgeführt sind (BGE 94 II 164), wozu bei der Lieferung einer Maschine, die vom Unternehmer aufgestellt werden soll, auch deren Montage gehört (BGE 24 II 546 f.).

34 Unvollendete Werke können nicht abgeliefert bzw. abgenommen werden (BGE 25 II 867; 94 II 164; 98 II 116). Schon deshalb ist bei Bauwerken, die ein General -oder Totalunternehmer (Nr. 62 f.) schuldet, der Einzug des Bestellers für sich allein nicht entscheidend. Erfolgt er vor Vollendung aller Arbeiten, wie dies häufig zutrifft, so ist das Werk trotz des Einzuges nicht abgeliefert bzw. abgenommen (BGE 25 II 867; 94 II 164; 97 II 354). Fehlen allerdings zur Vollendung nur noch ganz unbedeutende Arbeiten (etwa die Anbringung eines Lichtschalters bei einem Neubau), so ist es unter dem Gesichtspunkt der Ablieferung so zu halten, wie wenn das Werk vollendet wäre. Vorausgesetzt ist indessen, dass es sich um Arbeiten handelt, die im Verhältnis zum ganzen Werk so unbedeutend sind, dass es geradezu rechtsmissbräuchlich wäre (Art. 2 Abs. 2 ZGB), wollte der Besteller die Ablieferung damit bestreiten, dass diese Arbeiten noch ausstehen.

35 Ablieferung und Abnahme im Sinne des Gesetzes sind zwar Rechtsbegriffe (BGE 97 II 354). Das schliesst nicht aus, dass die Parteien die Ablieferung an weitere Voraussetzungen (als die Vollendung des Werkes) knüpfen und den Zeitpunkt, an dem das Werk zwischen ihnen als abgeliefert gelten soll, genau bestimmen (offengelassen im BGE 97 II 354). So z.B. SIA-Norm 118, Art. 26. Die SIA-Norm 118 bezeichnet die Abnahme, die das Gegenstück der Ablieferung bildet (Nr. 30), als *vorläufige* Abnahme (Art. 26). Die Genehmigung des Werkes (nach Ablauf der Garantiefrist) bezeichnet die Norm als *endgültige* Abnahme (Art. 28).

3. Die Entgeltlichkeit der Unternehmerleistung

36 Die Leistung des Unternehmers ist entgeltlich. Der Unternehmer hat *Anspruch auf eine Vergütung* (Art. 363 OR). Was die Bemessung der vom Besteller geschuldeten Vergütung betrifft, so ist ein Mehrfaches möglich. Zu unterscheiden sind namentlich die folgenden drei Fälle (vgl. Beaud, S. 398 ff.):

37 Der Unternehmer hat die Werkausführung zu einem zum voraus genau bestimmten Preis übernommen: *Pauschalpreis.* Er hat Anspruch auf Bezahlung der vereinbarten Pauschalsumme. Der Besteller ist verpflichtet, diese vereinbarte Summe zu bezahlen: nicht mehr (Art. 373 Abs. 1 OR) und nicht weniger (Art. 373 Abs. 3 OR). Dies auch dann, wenn die Herstellung des Werkes höhere oder geringere Kosten verursacht, als vorgesehen war. In ausserordentlichen Fällen allerdings hat der Unternehmer, wenn übermässige Mehrkosten entstehen, von Gesetzes wegen ein Recht auf Preiserhöhung oder Vertragsauflösung (Art. 373 Abs. 2 OR). Ein Recht auf Preiserhöhung oder -minderung kann sich auch daraus ergeben, dass sich die Parteien dieses Recht für den Fall bestimmter Verhältnisänderungen (z. B. Änderung von Löhnen) vorbehalten haben. Der Pauschalpreis mit derartigem Änderungsvorbehalt (namentlich Teuerungsvorbehalt) wird im Revisionsentwurf zur SIA-Norm 118 (vom Februar 1973) als *Globalpreis* bezeichnet (vgl. Art. 33) und dem Pauschalpreis ohne Änderungsvorbehalt gegenübergestellt, für den allein der Entwurf den Ausdruck Pauschalpreis verwendet.

38 Der Unternehmer hat die Werkausführung zu fest bestimmten *Einheitspreisen* übernommen. Er hat Anspruch auf Bezahlung des Preises je geleistete Einheit, nicht mehr und nicht weniger. Es gilt dasselbe wie bei der Übernahme zu einem Pauschalpreis (Nr. 37), auch was das ausserordentliche Recht des Unternehmers auf Preiserhöhung oder Vertragsauflösung betrifft.

39 Der Unternehmer hat die Ausführung des Werkes übernommen zu einem *Preis, der zum voraus entweder überhaupt nicht oder nur ungefähr* (durch ungefähren Kostenansatz; Devis) *bestimmt worden ist.* Die Vergütung richtet sich nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers (Art. 374 OR). Wird ein ungefährer Kostenansatz allerdings unverhältnismässig überschritten, so hat der Besteller das Recht zur Vertragsauflösung und kann bei Bauten auf Grund und Boden auch eine angemessene Herabsetzung der Vergütung verlangen (Art. 375 OR; zu den Voraussetzungen und Wirkungen einer Vertragsauflösung nach Art. 375 OR: BGE 98 II 299 ff.).

4. Die Sorgfaltspflicht

40 Aus Art. 364 Abs. 1 OR ergibt sich, dass den Unternehmer eine *allgemeine Sorgfaltspflicht* trifft (BGE 95 II 51). In dieser Sorgfaltspflicht konkretisiert sich eine übergeordnete, ungeschriebene Treuepflicht (Guhl, S. 421). Der Unternehmer ist verpflichtet, bei der Ausführung des Werkes und seiner Ablieferung sorgfältig vorzugehen und die Interessen des Bestellers in guten Treuen zu wahren (BGE 96 II 61; 26 II 586). Er hat alles zu tun, um den Besteller vor Schaden bei Abwicklung des Werkvertrages zu bewahren.

41 Im allgemeinen haftet der Unternehmer nach Art. 364 Abs. 1 OR zwar für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis. Doch sind an seine Sorgfalt deshalb höhere *Anforderungen* zu stellen, weil er regelmässig der besonders sachkundige Partner des Werkvertrages ist; und weil sich der Besteller nicht in ähnlicher Weise wie der Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis (vgl. Art. 321e OR) über Fähigkeiten und Eigenschaften des Unternehmers zu erkundigen braucht (Guhl, S. 421).

42 *Gesetzlich geordnete Anwendungsfälle* der Sorgfaltspflicht sind:

- Die Pflicht des Unternehmers, den vom Besteller gelieferten Stoff mit aller Sorgfalt zu behandeln (Art. 365 Abs. 2 OR; dazu Nr. 17)
- Die Anzeigepflicht des Unternehmers nach Art. 365 Abs. 3 OR (dazu Nr. 334 ff.)
- Die Pflicht zur Abmahnung nach Art. 369 OR (BGE 95 II 51; dazu Nr. 288 ff.).

43 *Ausfluss der allgemeinen Sorgfaltspflicht* sind des weitern, obwohl gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt, zum Beispiel:

44 – Die Pflicht zu selbstkritischer Einschätzung der eigenen Kräfte. Der Unternehmer hat dafür einzustehen, dass er über jene Fachkenntnisse verfügt, die von ihm (objektiv) erwartet werden können (vgl. Nr. 260). Übernimmt er eine Arbeit, ohne die hiefür erforderlichen Kenntnisse zu besitzen, so verstösst er gegen die Sorgfaltspflicht und handelt jedenfalls schuldhaft (z.B. BGE 93 II 323 f.).

45 – Die Pflicht, das Werk sachkundig herzustellen. Bei Erstellung eines Bauwerkes: die Pflicht, nach den anerkannten Regeln der Baukunst vorzugehen. Die Haftung eines Unternehmers bei Einsturz eines Bauwerkes wurde in BGE 37 II 200 deshalb verneint, weil nach den Regeln der Baukunst (und in Ausführung der vom Besteller gelieferten Pläne) gebaut worden war und der Unternehmer nicht wissen konnte, wie stark die zu erwartende Belastung sein würde.

46 – Die Pflicht, das Werk mit angemessenem (nicht übermässigem) Aufwand herzustellen (BGE 96 II 60 f.; dazu Nr. 118).

47 – Die Pflicht, geeignete Massnahmen zu treffen, um den Besteller vor Gefahren (für Leib, Leben und Sachgüter) zu schützen, die sich mit der Ausführung des Werkes verbinden können (vgl. BGE 70 II 215 ff.). Diese Pflicht besteht namentlich dort, wo gefährliche Arbeiten (z.B. Sprengungen) oder Arbeiten mit gefährlichen Mitteln (z.B. Krane, schwere Baumaschinen) ausgeführt werden.

48 – Die Pflicht, baupolizeiliche Gesetze und Verordnungen einzuhalten.

49 – Gegebenenfalls die Pflicht, den Besteller über den sachgemässen Gebrauch des Werkes aufzuklären (BGE 94 II 160; dazu Nr. 257).

50 – Die Pflicht, dem Besteller über die in der Bestellung bezeichnete Anlage sachkundigen Rat zu erteilen, wenn

der Besteller weder sachkundig noch sachkundig vertreten oder beraten ist (vgl. BGE 26 II 586).

51 – Die grundsätzliche Pflicht, den angewiesenen Baugrund auf seine Eignung hin zu prüfen (BGE 52 II 441; dazu Nr. 346).

52 Führt *die Verletzung der Sorgfaltspflicht* zu einem Schaden beim Besteller, so hat der Unternehmer dafür nach den Grundsätzen der Art. 97 ff., in Verbindung mit Art. 364 Abs. 1 OR, einzustehen. Unsorgfältiges Verhalten seiner Hilfspersonen hat er gemäss Art. 101 OR wie sein eigenes Verhalten zu vertreten (vgl. BGE 95 II 50). Für den *Mangel des abgelieferten Werkes* allerdings haftet der Unternehmer nach den besondern Regeln über die Mängelhaftung (Art. 367–371 OR); gleichgültig, ob der Mangel die Folge einer Sorgfaltsverletzung ist oder nicht. Die Sorgfaltshaftung nach Art. 364 Abs. 1 OR wird in diesem Sinne «absorbiert» durch die Mängelhaftung (Gautschi, N 5e zu Art. 364 OR).

5. Erscheinungsformen des Unternehmers, insbesondere im Bauwesen

53 Der Unternehmer des Werkvertrages arbeitet rechtlich für den Besteller, wirtschaftlich für sich selber. Er kommt in mannigfachen Erscheinungsformen vor. Im folgenden beschränke ich mich darauf, einige dieser Erscheinungsformen herauszugreifen. Zunächst lege ich dar, dass der Unternehmer entweder eine natürliche Person oder ein Verband ist. Dann befasse ich mich im besonderen mit den Erscheinungsformen des Unternehmers im Bauwesen.

A. Der Unternehmer: eine natürliche Person oder ein Verband

54 Jeder Unternehmer des Werkvertrages ist entweder eine natürliche Person; oder er ist ein rechtsfähiger Verband: eine juristische Person (z.B. Aktiengesellschaft) oder eine rechtsfähige Personengesellschaft (Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft). Möglich ist auch, dass sich mehrere Unternehmer in Form einer einfachen Gesellschaft (z.B. als Baukonsortium) gemeinsam zur Errichtung eines Werkes verpflichten und alsdann solidarisch für die richtige Erfüllung haften.

B. Der Unternehmer im Bauwesen

55 Was das Bauwesen betrifft, so ist Unternehmer eines Werkvertrages sicher der Bauunternehmer, möglicherweise auch der Baulieferant. Der Architekt wurde nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes, je nach Inhalt des Architektenvertrages, als Unternehmer oder als Beauftragter angesehen. Nachstehend spreche ich *a.* vom Architekten, *b.* vom Bauunternehmer, *c.* vom Baulieferanten.

a. Der Architekt

56 Stellt man auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtes ab, so ist der Architekt, der in dieser Eigenschaft tätig wird, immer dann Unternehmer eines Werkvertrages, wenn er nur und gerade mit der Ausarbeitung von Plänen (unter Einschluss von Skizzen und Vorprojekten) betraut wurde (BGE 63 II 176; 64 II 10); es sei denn, der Architekt handle im Einzelfall als Arbeitnehmer. Hat er dagegen auch die übrigen Aufgaben eines Architekten (oder nur diese) zu erfüllen, so liegt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kein Werkvertrag vor, sondern ein Auftrag. Dies namentlich dann, wenn dem Architekten (auch) die Oberaufsicht über die Bauausführung obliegt. Vgl. BGE 63 II 176 f.; 89 II 406; 93 II 313.

57 Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes, die den Architektenvertrag bald als Werkvertrag, bald als Auftrag behandelte, fand in der Literatur keine ungeteilte Zustimmung. Vielmehr wurde ihr die (von Jäggi, zit. in Nr. 14, als unrichtig abgelehnte) Meinung entgegengehalten, der Architektenvertrag sei immer ein Auftrag (kein Werkvertrag); dies selbst dann, wenn sich die Leistung des Architekten auf die Ausarbeitung von Plänen (auch Skizzen und Vorprojekten) beschränke (vgl. insbesondere Gautschi, Vorbem. zu Art. 363–379, N 5; Beaud, in Schweiz. Bauzeitung 67, 1969, S. 348).

58 Der genannten Meinung hat sich zunächst das Luzerner Obergericht angeschlossen (SJZ 63, 1967, S. 191). Neuerdings ist sie nun auch vom Bundesgericht übernommen worden. In BGE 98 II 311 hält das Bundesgericht fest, dass die Skizzen, Vorprojekte und Pläne des Architekten das Ergebnis einer geistigen Arbeit seien und als unkörperlicher Arbeitserfolg nicht im Werkvertrag (sondern im Auftrag) angefertigt würden (vgl. dazu vorstehend Nr. 13 f.). Nach dieser (neuen) Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist der Architekt auch dann nicht Unternehmer eines Werkvertrages, sondern Vertragspartner eines Auftragsverhältnisses, wenn er sich nur zur Ausarbeitung von Skizzen, Vorprojekten und Plänen verpflichtet. Das hat seine Bedeutung vor allem für die Beendigung des Vertragsverhältnisses. Denn:

59 Der Auftrag kann jederzeit von jeder Seite widerrufen oder aufgekündigt werden, und zwar ohne Pflicht zur Leistung von Schadenersatz; es sei denn, die Auflösung erfolge zur Unzeit (Art. 404 OR). Dieses jederzeitige Auflösungsrecht ist nach herrschender Meinung unverzichtbar. Aus ihm folgt z.B., dass die Architektenklausel, durch die der Käufer eines Grundstückes dem Verkäufer (einem Architekten) die Übertragung von Planungsarbeiten verspricht, praktisch nicht durchgesetzt werden kann, falls der in Aussicht genommene Architektenvertrag dem Auftragsrecht untersteht (vgl. BGE 98 II 312).

b. Der Bauunternehmer (Einzelunternehmer, Generalunternehmer, Totalunternehmer)

60 Der Bauunternehmer verpflichtet sich gegenüber seinem Vertragspartner zur *Errichtung eines Bauwerkes oder Bauwerkteiles*. Er kommt, wenn wir die Verwirklichung einer grössern Bauaufgabe betrachten, in drei Erscheinungsformen vor: als Einzelunternehmer, Generalunternehmer oder Totalunternehmer:

61 – Der *Einzelunternehmer*. Er beteiligt sich, neben andern Bauunternehmern, an der Errichtung eines Bauwerkes, indem er (z.B. als Maurer, Dachdecker, Bauschreiner, Installateur, Elektriker, Spengler) einen Teil dieses Bauwerkes erstellt (z.B. eine Stützmauer, den Dachstock, das Dach, die Zentralheizung, die elektrischen Anlagen, die Kanalisation). Seine Leistung ist, gemessen an der zur Errichtung des ganzen Bauwerkes erforderlichen Gesamtarbeit, eine Einzelleistung. Sie erfolgt in Erfüllung eines Werkvertrages. Der Vertragspartner kann sein: Entweder der Bauherr, der den Werkvertrag persönlich oder durch seinen Architekten schliesst. Oder ein anderer Bauunternehmer, der für den Bauherrn tätig ist: namentlich ein General- oder Totalunternehmer. In diesem zweiten Falle arbeitet der Einzelunternehmer als Unterakkordant (Nr. 20).

62 – Der *Generalunternehmer*. Er übernimmt zu festen Preisen, auf Grund von Plänen und andern Unterlagen, die ihm vom Bauherrn oder dessen Architekt übergeben werden, die (im wesentlichen) gesamte Ausführung ei-

nes schlüsselfertigen Bauwerkes. Der Vertrag, durch den er sich zur umschriebenen Leistung verpflichtet, wird als Generalunternehmervertrag bezeichnet. Er ist ein Werkvertrag; auch dann, wenn der betreffende Unternehmer die Bauarbeiten nicht selber ausführt, sondern (im eigenen Namen und auf eigene Rechnung) selbständigen Dritten als Unterakkordanten übergibt (BGE 94 II 162; entgegen Gautschi, Vorbem. zu Art. 363–379 OR, N 18 und 15e zu Art. 363 OR). Erstellt der Unternehmer die versprochene Baute allerdings auf eigenem Boden und umfasst die vereinbarte Pauschalsumme auch den Preis für das Land, so liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kein Werkvertrag vor, sondern ein Kaufvertrag über eine künftige Sache (BGE 94 II 162; 15, 840 f.); der «Unternehmer» ist alsdann in Wirklichkeit ein Verkäufer.

63 – Der *Totalunternehmer*. Er ist ein qualifizierter Generalunternehmer. Wie dieser übernimmt er zu festen Preisen die gesamte Ausführung eines Bauwerkes, jedoch nach *eigenen* Plänen, die bei Vertragsabschluss bereits vorliegen oder noch zu erstellen sind. Auch sein Vertrag (der Totalunternehmervertrag) ist ein Werkvertrag (vgl. BGE 97 II 66 ff.). Es sei denn, es liege im Einzelfall ein Kaufvertrag vor (Nr. 62 a.E.).

64 Bauunternehmer kann jedermann sein: auch ein *Architekt*, der sich zur Ausführung von Bauarbeiten verpflichtet. Übernimmt der Architekt zu festen Preisen die gesamte Ausführung eines schlüsselfertigen Bauwerkes, so ist auch er ein General- bzw. Totalunternehmer und arbeitet als Bauunternehmer im Werkvertrag (vgl. BGE 29 II 538 ff.; 97 II 66 ff.). Das trifft jedoch nur dann zu, wenn die von ihm geschuldete Leistung tatsächlich in der *Herstellung* eines Bauwerkes besteht; nicht, wenn der Architekt nach dem Inhalt seines Vertrages die Bauarbeiten im Namen und auf Rechnung des Bauherrn an einen oder mehrere Bauunternehmer zu vergeben hat (vgl. BGE 97 II 66 ff. und 94 II 166).

65 Soweit sich der Architekt als General- oder Totalunternehmer verpflichtet hat, ist er zum vorneherein nicht berechtigt, Bauarbeiten im *Namen* des Bauherrn an einen andern Unternehmer zu vergeben. Tut er es dennoch, so verhält er sich vertragswidrig und handelt als Stellvertreter ohne Vollmacht. Die Rechtslage zwischen dem «andern» Unternehmer einerseits und dem Architekten und Bauherrn andererseits bestimmt sich alsdann nach Art. 38 f. OR (vgl. BGE 97 II 66 ff.). Danach wird der Bauherr nur dann Gläubiger und Schuldner des betreffenden Unternehmers, wenn er dessen Vertrag mit dem Architekten genehmigt (Art. 38 OR). Lehnt er die Genehmigung ab, so ist der Architekt dem Unternehmer gegenüber unter den Voraussetzungen des Art. 39 OR schadenersatzpflichtig.

66 Als General- oder Totalunternehmer verpflichten sich vielfach mehrere Unternehmer gemeinsam: als *Baukonsortium*. Die Mitglieder dieses Konsortiums haften dem Bauherrn solidarisch für die übernommene Gesamtausführung. Darin liegt ein erheblicher Unterschied zum Fall, da verschiedene Einzelunternehmer in separaten Werkverträgen die Errichtung je eines Werkteiles übernommen haben. Jeder dieser Unternehmer haftet nur für die Ausführung seines Teiles.

c. Der Baulieferant

67 Er beteiligt sich nicht unmittelbar an der Errichtung eines Bauwerkes. Vielmehr liefert er Baumaterial, das ein anderer einbaut (z.B. Backsteine, Zement, aber auch Vorbauelemente, Fenster, Türen, Glasscheiben, Bodenbeläge usw.). Sein Vertragspartner ist der Bauherr oder ein Bauunternehmer.

68 Der Baulieferant kann, muss aber nicht, Unternehmer eines Werkvertrages sein. In Erfüllung eines Werkvertrages liefert er nur dann, wenn er nach dem Inhalt des Vertrages zur *Herstellung* des geschuldeten Materials verpflichtet ist. In den übrigen Fällen liefert er als Verkäufer. Der Entscheid, ob ein Kauf- oder ein Werkvertrag vorliegt, ist im Einzelfall oft schwierig zu treffen.

6. Richtige Erfüllung der Leistungspflicht

69 Die Leistungspflicht des Unternehmers, gerichtet auf Herstellung und Ablieferung eines Werkes, wird *nur dann richtig (vertragsgemäss) erfüllt, wenn der Unternehmer (oder dessen Vertreter) dem Besteller rechtzeitig ein mängelfreies Werk abliefert*. Die Ablieferung setzt, wie gesagt, die Vollendung des Werkes voraus (Nr. 33).

70 *Verzögert der Unternehmer pflichtwidrig die fällige Ablieferung des Werkes*, so kann sich der Besteller nach den Regeln des Schuldnerverzuges behelfen (Art. 102 ff. OR). Art. 366 Abs. 1 OR gibt dem Besteller sogar das Recht, noch *vor* Eintritt des Liefertermins vom Vertrage zurückzutreten, wenn der Unternehmer die Ausführung des Werkes nicht rechtzeitig beginnt, sie vertragswidrig verzögert oder damit ohne Verschulden des Bestellers so sehr im Rückstand ist, dass sich die rechtzeitige Vollendung nicht mehr voraussehen lässt. Dieser Rücktritt erfolgt nach Schuldnerverzugsrecht und setzt daher grundsätzlich voraus, dass dem säumigen Unternehmer eine Nachfrist angesetzt wurde (Art. 107 OR; BGE 98 II 115; vgl. aber Art. 108 OR, wonach die Ansetzung einer Nachfrist sich in bestimmten Fällen erübrigt).

71 *Liefert der Unternehmer ein mangelhaftes Werk ab*, so liegt ein Fall nicht richtiger Erfüllung vor, für den das Gesetz besondere Regeln enthält. Danach greift, wenn überhaupt, die im Werkvertragsrecht geordnete Haftung des Unternehmers für Mängel seines Werkes Platz. Mit dieser Mängelhaftung will ich mich nachstehend im einzelnen befassen. Zunächst aber sei noch das folgende bemerkt:

72 Sieht der Besteller während der Ausführung des Werkes eine mangelhafte Erstellung durch Verschulden des Unternehmers bestimmt voraus, so braucht er nicht erst die Ablieferung abzuwarten. Vielmehr kann er dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Abhilfe ansetzen, mit der Androhung, dass im Unterlassungsfall die Verbesserung oder Fortführung des Werkes auf Kosten des Unternehmers einem Dritten übertragen werde (Art. 366 Abs. 2 OR).

Schluss folgt in Heft 9, 1974