

Roland Hürlimann / Thomas Siegenthaler

## **Das Werkvertragsrecht in den Entscheiden des Bundesgerichts des Jahres 2004**

*Wer die Entwicklung der Rechtsprechung im Werkvertragsrecht im Detail mitverfolgen will, konsultiert von Vorteil auch die «unpublizierten» Entscheide, welche das Bundesgericht unter [www.bger.ch](http://www.bger.ch) auflistet. Der nachstehende Beitrag enthält eine Zusammenfassung der werkvertraglichen Praxis des Jahres 2004. Revolutionäre Neuerungen zum Werkvertragsrecht sind nicht zu verzeichnen; das Bundesgericht folgt in zahlreichen Rechtsfragen «bewährter Lehre und Überlieferung»; dennoch enthalten die bundesgerichtlichen Erwägungen zahlreiche «Trovailles», wie etwa zum Thema der «Dauer-Werkverträge» oder etwa zu rechtlichen Aspekten der Nachbesserung und der Minderung.*

### **Inhaltsübersicht**

1. Einleitung
2. Rechtliche Einordnung: Was ist ein Werkvertrag?
3. Abschluss des Werkvertrages
4. Bestellungsänderungen und deren Vergütung
5. Mängelhaftung
  - 5.1 Abmahnung und Selbstverschulden des Bauherrn
  - 5.2 Besondere Gewährleistungen
  - 5.3 Mängelrüge
  - 5.4 Nachbesserung und Ersatzvornahme
  - 5.5 Minderung und Wandelung
  - 5.6 Haftung für Mangelfolgeschäden
  - 5.7 Verjährung von Mängelrechten
6. Sorgfaltspflichten
7. Werklohn
  - 7.1 Entgeltlichkeit
  - 7.2 Bemessung
  - 7.3 Rückforderung von Werklohnzahlungen
8. Beendigung des Werkvertrages
9. Subunternehmer
10. Versicherungsfragen
11. Schlussbemerkung

### **1. Einleitung**

[Rz 1] Im Jusletter vom 2. Februar 2004 haben wir die seit dem 1. Januar 2000 bis Ende 2003 auf dem Internet veröffentlichten Entscheide des Bundesgerichts zum Werkvertragsrecht zusammengefasst und teilweise kurz kommentiert. Die Übersicht stiess auf ein positives Echo. Wir nehmen dies als Ermutigung, im Sinne eines «up-date» auch die Urteile des Jahres 2004 zu sichten und mit unseren Bemerkungen zu versehen. Dabei folgen wir der letztjährigen thematischen Einordnung. Wir haben uns wiederum auf jene Urteile beschränkt, bei denen werkvertragsrechtliche Regeln ein Thema waren, und haben jene Fälle nicht berücksichtigt, welche sich zwar auf einen Werkvertrag bezogen, aber nicht in Anwendung werkvertragsrechtlicher Bestimmungen (Art. 363 – 379 OR) entschieden wurden.

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

**BGE 130 III 458 (4C.69/2004 vom 22. Juni 2004): Wartungsvertrag oder Werkvertrag?**

[Rz 2] In diesem Entscheid ging es um die Frage, ob die «Revision» eines Feuerlöschgerätes als Werkvertrag oder als Wartungsvertrag (Innominatkontrakt) zu qualifizieren sei. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass unter den Begriff der «Herstellung eines Werkes» («exécution d'ouvrage») auch Montage-, Reparatur-, Reinigungs- und Kontrollarbeiten fallen können. Die Vorinstanz hatte festgestellt, dass die vereinbarte Leistung im zuverlässigen Funktionieren der Feuerlöschgeräte bestand. Das ist ein objektiv messbares Resultat, welches zugesichert werden kann (S. 461, E. 4). Weil der Vertrag kein Element der Dauer beinhaltete, welche die Beratung bezüglich der Feuerbekämpfung und bezüglich der Wartung einschliessen könnte, war der Vertrag – so das Bundesgericht – nicht als Wartungsvertrag, sondern als Werkvertrag zu qualifizieren (S. 462, E. 4). Damit untersteht die Schlechterfüllung der Revision des Feuerlöschgerätes den werkvertraglichen Regeln über die Mängelhaftung – namentlich auch bezüglich der Verjährungsfristen.

[Rz 3] Bemerkungen:

1. Die Erwägungen des Bundesgerichtsurteils erwecken bei erstem Hinsehen den Eindruck, als ob das Bestehen von Beratungspflichten (betrifft den Einsatz und die Wartung) als ein Element angesehen wurde, das gegen die Qualifikation als Werkvertrag sprechen könnte. Eine solche Schlussfolgerung wäre indessen nicht richtig: Es gehört im Werkvertrag zu den Aufklärungs- und Hinweispflichten des Unternehmers, den Besteller über den sachgemäßen Gebrauch des Werkes aufzuklären (BGE 94 II 160) und über notwendige Wartungsmassnahmen zu unterrichten (Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 836).
2. Das Bundesgericht bestätigt in BGE 130 III 458 die herrschende Lehre, dass der Wartungsvertrag ein «Dauer-Werkvertrag» und damit ein Innominatkontrakt ist. Das Bundesgericht sagt aber in BGE 130 III 458 nicht, warum diese Unterscheidung im vorliegenden Fall (Mängelrechte) überhaupt von Bedeutung war.

#### **Urteil 4C.231/2004 vom 8. Oktober 2004: Reinigungsarbeiten, Element der Dauer.**

[Rz 4] Zu beurteilen war ein Vertrag, wonach sich ein Putzinstitut zur täglichen Reinigung von Räumlichkeiten verpflichtete und dafür monatlich Rechnung stellte. Das Bundesgericht qualifizierte die Reinigungsarbeiten als werkvertragliche Leistung. Mit Bezug auf das Element der Dauer hielt das Bundesgericht fest, dass dieses Element nichts an der Anwendbarkeit der Mängelhaftungsregeln ändert. Es gilt namentlich auch die Obliegenheit, Mängel sofort anzugeben (E. 2). Zum Minderwert einer ungenügenden Reinigung vgl. unten.

[Rz 5] Bemerkung: Soweit ein Innominatkontrakt hinsichtlich der zu entscheidenden Rechtsfrage keine individuellen Besonderheiten aufweist, kann der Richter die passenden Normen gesetzlich geregelter Verträge durch Analogieschluss beziehen (Jäggi/Gauch, Zürcher Kommentar, N 550/551 zu Art. 18 OR). Im Urteil 4C.231/2004 hat das Bundesgericht dies dahingehend bestätigt, dass das Element der Dauer in einem Reinigungsvertrag nichts an der Anwendbarkeit der Bestimmungen über das Mängelhaftungsrecht ändert. Es gilt namentlich auch die Obliegenheit, Mängel sofort anzugeben.

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

[keine Urteile im Jahre 2004]

### **4. Bestellungsänderungen und deren Vergütung**

#### **Urteil 4C.110/2004 vom 17. Juni 2004: Reduktion durch Bestellungsänderung; «Rücktrittsklausel».**

[Rz 6] In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu einem Werkvertrag über fünf Einfamilienhäuser war vorgesehen, dass der Bauherr einzelne Positionen des Leistungsverzeichnisses durch Drittunternehmer ausführen lassen durfte. Der Werkvertrag selbst bestimmte: «Sofern dadurch der Gesamtauftrag nicht um mehr als 30% reduziert wird, führt dies zu keiner Entschädigungspflicht des Bauherrn, auch nicht zu einer Veränderung der vereinbarten Preise und Konditionen (Neufassung)». In der Folge kam es zu einem Teilarücktritt des Bauherrn (Art.

377 OR), indem drei der fünf geplanten Einfamilienhäuser nicht gebaut wurden. Der Bauherr berief sich darauf, dass der Unternehmer dem Grundsatz zugestimmt habe, wonach er eine Reduktion des Auftragsvolumens um 30% entschädigungslos hinzunehmen habe. Das Bundesgericht legte die entsprechende Klausel nach dem Vertrauensprinzip aus und kam zum Schluss, dass sich die Klausel nur auf den Entzug von Arbeiten auf Grund der Vergabe von einzelnen Positionen an Dritte beziehe. Der vollständige Verzicht auf die Ausführung gewisser Positionen sei nicht erfasst (E. 3.4).

## 5. Mängelhaftung

### 5.1 Abmahnung und Selbstverschulden des Bauherrn

#### Urteil 4C.297/2003 vom 20. Februar 2004: Anzeigepflicht.

[Rz 7] Beim Umbau eines Ferienhauses ergab sich eine Streitigkeit daraus, dass vorbestehende Warm- und Kaltwasserleitungen vertauscht montiert waren. Beim Umbau wurden die Leitungen dann entsprechend «falsch» angeschlossen. In seinem Urteil verwies das Bundesgericht auf Art. 365 OR, wonach der Unternehmer vor Beginn der Arbeiten den vom Bauherrn zur Verfügung gestellten Stoff bzw. den Baugrund zu untersuchen und erkennbare problematische Verhältnisse anzuzeigen habe. Im vorliegenden Fall waren die vertauschten Warm- und Kaltwasserleitungen allerdings einbetoniert und daher nicht erkennbar. Ausserdem handelte es sich um einen ungewöhnlichen Fehler («anomalie inhabituelle»). Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass der Unternehmer seine Untersuchungs- und Anzeigepflicht nicht verletzt habe und dass der Bauherr den Schaden selber tragen müsse, welcher sich aus diesen Verhältnissen ergab (E. 2.2.1).

#### BGE 130 III 591 (4C.96/2004 vom 13. August 2004): Stellung des Architekten als Hilfsperson des Bauherrn.

[Rz 8] Ein Ingenieurbüro und ein Architektenbüro hatten Fassadenschäden gemeinsam zu verantworten. Das Kantonsgericht St. Gallen verurteilte das Ingenieurbüro und das Architektenbüro zur Zahlung des Schadens, wobei es aber eine Reduktion von 10% wegen eines leichten Selbstverschuldens des Bauherrn vornahm. Dieses Selbstverschulden bestand darin, dass der Bauherr beim Fehlentscheid, welcher für die Mängel ursächlich war, von einem andern Architekten, Herrn D., beraten gewesen sei und dieser einen nicht unerheblichen Einfluss auf die Art der Ausführung gehabt habe.

[Rz 9] Das Bundesgericht hielt dazu fest, ein Mitverschulden eines Dritten könne zu einer Haftungsreduktion führen, wenn der Geschädigte dafür einstehen muss – namentlich dann, wenn das Mitverschulden von einer Hilfsperson des Geschädigten ausgeht, deren Verhalten sich der Geschädigte anrechnen lassen muss (E. 5.5.1). Sind mehrere Fachleute (Architekten, Ingenieure usw.) als Beauftragte des Bauherren an einem Bauprojekt beteiligt, so kann einer dieser Beauftragten als Hilfsperson des Bauherrn betrachtet werden, «wenn der Bauherr ihm im Verhältnis zu den anderen Beauftragten eine Vorrangstellung einräumt, namentlich indem er ihn damit betraut, ihnen Anweisungen zu erteilen. Soweit dagegen jede der Fachpersonen bloss damit beauftragt ist, die Arbeiten in ihrem eigenen fachspezifischen Bereich zu führen, kann keine von ihnen im Verhältnis zur anderen als Hilfsperson des Bauherrn betrachtet werden (BGE 125 III 223 E. 6c)» (E. 5.5.1). Da die Vorinstanz einen «nicht unerheblichen Einfluss» von D. auf die Art der Ausführung festgestellt hatte, schloss das Bundesgericht, dass D. eine Vorrangstellung hatte und als Hilfsperson des Bauherrn gelten musste.

[Rz 10] Der Bauherr berief sich auf die Regel, wonach er als Geschäftsherr für das Verhalten seiner Hilfsperson grundsätzlich dann nicht einzustehen habe, wenn ihm kein Verschulden angelastet werden könnte, sofern er selbst so gehandelt hätte (E. 5.5.4). Ihm selbst hätte die Wahl der (falschen) Ausführungsart nicht vorgeworfen werden können. Dem hielt das Bundesgericht Folgendes entgegen: «Bestimmt der Bauherr für die Vertragsabwicklung, die besondere Sachkunde erfordert, einen sachkundigen Vertreter als Hilfsperson, so schuldet er nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung diejenige Sorgfalt, welche diese zu leisten im Stande ist» (E. 5.5.4). «Setzt der Bauherr im Zusammenhang mit der Vertragsabwicklung, die bei Bauprojekten regelmäßig eine besondere Sachkunde erfordert, eine sachverständige Hilfsperson als Ausführungsgehilfe ein, so begründet er beim Vertragspartner das Vertrauen, dass er bei der Abwicklung des Vertrages auf den Sachverstand dieser Hilfsperson

zählen kann» (E. 5.5.4). Zum Verzugs- und Schadenszins vgl. unten.

[Rz 11] Bemerkung: Im Falle von fehlerhaften Weisungen des sachkundigen Bauherrn wird der Empfänger dieser Weisungen also teilweise entlastet. Während das Vertrauen des Ausführenden auf (aktiv) erteilte fachkundige Weisungen des Bauherrn zu einer teilweisen Entlastung von der Haftung führt, begründet eine (passive) fachkundige Überwachung der Ausführung kein entlastendes Vertrauen des Ausführenden; denn es gibt keinen Anspruch auf Überwachung (Urteil 4C.16/2003 vom 24. Juni 2003, E. 2.2).

## 5.2 Besondere Gewährleistungen

[keine Urteile im Jahre 2004]

## 5.3 Mängelrüge

### Urteil 4C.301/2003 vom 4. Februar 2004: die Rügefrist und ihr Beginn.

[Rz 12] Nach den Feststellungen der Vorinstanz hatte der Unternehmer am 1. September 1999 die Arbeiten beendet. Dies ergab sich unter anderem daraus, dass der Unternehmer am 1. September 1999 seine Schlussrechnung übermittelte. Das Bundesgericht bestätigte, dass die Vorlage einer Schlussabrechnung als konkludente Vollendungserklärung gelten kann (E. 4.1 mit Verweis auf Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 96). An diesem Tag begann daher die Untersuchungs- und Rügefrist für offene Mängel. Im vorliegenden Fall urteilte das Bundesgericht, dass die rund zwei Wochen später erfolgte Rüge verspätet war.

### Urteil 4C.82/2004 vom 3. Mai 2004: Rechtzeitigkeit der Mängelrüge.

[Rz 13] Das Bundesgericht hielt fest, dass bei der Beurteilung, ob eine Rüge rechtzeitig erfolgt sei, immer auf die konkreten Umstände des Einzelfalles und die Art der Mängel abgestellt werden müsse. Die Rügefrist ist besonders kurz, wenn es sich um einen Mangel handelt, bei dem die Gefahr besteht, dass ein Zuwarten zu einem grösseren Schaden führen kann. Aber auch wenn dies nicht der Fall ist, hält das Bundesgericht eine siebentägige Rügefrist für angemessen (E. 2.3).

### Urteil 4C.231/2004 vom 8. Oktober 2004: Mängelrüge oder allgemeine Warnung – Detaillierung einer Mängelrüge bei ungenügender Reinigung.

[Rz 14] Ein Reinigungsunternehmen verpflichtete sich, Räumlichkeiten täglich zu reinigen. Der Besteller beanstandete verschiedentlich die Sauberkeit der Räume. In einer ersten Phase zahlte der Besteller den Werklohn allerdings vertragsgemäss weiter. Das Bundesgericht folgte diesbezüglich der Vorinstanz, welche die Beanstandungen wegen der vorbehaltlosen Zahlung nicht als Mängelrügen, sondern als allgemeine Warnungen für die Zukunft qualifizierte. Denn: Aus einer Mängelrüge muss der Wille des Bestellers hervorgehen, den Unternehmer für die Mängel haftbar zu machen. Ein solcher Wille war angesichts der allgemein gehaltenen Reklamation und der vorbehaltlosen Zahlung nicht ersichtlich (E. 2.2).

[Rz 15] Später hat der Besteller den Vertrag mit Hinweis auf die schlechten Leistungen des Reinigungsunternehmens gekündigt und die monatlichen Zahlungen bis zum Ende der Vertragsdauer eingestellt. Die Vorinstanz kam zu Schluss, dass die Mängelrügen nicht spezifisch genug waren (E. 2.3). Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass eine Mängelrüge so formuliert sein muss, dass der Unternehmer verstehen kann, um welche Mängel es sich handelt, damit er diese dann selber feststellen und gegebenenfalls nachbessern kann (E. 2.3.1). Im vorliegenden Fall kam das Bundesgericht, im Unterschied zur Vorinstanz, zum Schluss, dass eine allgemeine Beanstandung, wonach die Reinigung ungenügend sei, ausreicht. Ein Reinigungsunternehmer könne nicht erwarten, dass man ihm genau angebe, an welchen Daten welche Art der Reinigung in welchem Raum nicht genügend sei (E. 2.3.1).

[Rz 16] Das Reinigungsunternehmen machte weiter geltend, die Mängelrügen seien verspätet erfolgt, weil der Besteller die täglichen Reinigungen nicht täglich gerügt habe. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass es im Falle

einer generell ungenügenden Leistung im Rahmen eines Werkvertrages mit einem Element der Dauer, ausreichen müsse, wenn der Besteller nach mehrmaliger mündlicher Warnung eine schriftliche Mängelrüge abgibt (E. 2.3.3).

#### **Urteil 4C.346/2003 vom 26. Oktober 2004: Rechtzeitigkeit der Mängelrüge nach der SIA-Norm 118.**

[Rz 17] Das Bundesgericht stellte in diesem Entscheid fest, dass der Besteller in einem Werkvertrag, welcher der SIA-Norm 118 unterstellt ist, keine Obliegenheit hat, Mängel sofort zu rügen. Vielmehr genügt es, wenn der Besteller Mängel gemäss den Bestimmungen der SIA-Norm 118 innerhalb von zwei Jahren rügt. Sofern die Zweijahresfrist eingehalten ist, ist es nicht relevant, wann der Besteller den Mangel entdeckt hat (E. 4.1.1). Zum Minderwert vgl. unten.

### **5.4 Nachbesserung und Ersatzvornahme**

#### **Urteil 4C.265/2003 vom 24. Februar 2004: Übermässigkeit der Kosten der Nachbesserung (Beweislast).**

[Rz 18] Das Bundesgericht hielt in diesem Urteil Folgendes fest: «In der Lehre ist anerkannt, dass der Unternehmer, der die Nachbesserung des mangelhaften Werkes unter Berufung auf übermässige Kosten verweigert, die Übermässigkeit derselben nachzuweisen hat. Der Unternehmer hat demnach die Sachumstände nachzuweisen, aus denen sich ergibt, dass die Nachbesserungskosten übermässig sind (Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., S. 476 Rz. 1767; Zindel/Pulver, in: Basler Kommentar, 3. Aufl. N 95 zu Art. 368 OR). Die Übermässigkeit setzt voraus, dass die Kosten in einem Missverhältnis zum Nutzen stehen, den die Mängelbeseitigung dem Besteller bringt (BGE 111 II 137 E. 5).»

#### **Urteil 4C.346/2003 vom 26. Oktober 2004: Übermässigkeit der Kosten der Nachbesserung und Wiederaufleben des Wahlrechts.**

[Rz 19] Ein Besteller hatte Nachbesserung verlangt, die aber kam wegen Übermässigkeit der Kosten nicht in Frage. Der Unternehmer berief sich auf die Unwiderruflichkeit der Wahl des Mängelrechtes und meinte, dass der Besteller angesichts seiner an der «Übermässigkeit» gescheiterten Wahl der Nachbesserung nun kein Mängelrecht mehr habe. Das Bundesgericht sah einen Widerspruch zum Sinn des Art. 368 OR und stellte unter Berufung auf Gauch (Der Werkvertrag, Nr. 1767) fest, dass der Besteller in solchen Fällen die anderen Mängelrechte hat, soweit deren Voraussetzungen gegeben sind (E. 4.2.1). Zur Minderung vgl. unten.

### **5.5 Minderung und Wandelung**

#### **Urteil 4C.140/2004 vom 19. Juli 2004: Minderwert und Verbesserungskosten.**

[Rz 20] Das Bundesgericht führte in diesem Entscheid aus, dass sich der Richter bei der Bemessung des Minderwerts auf die Vermutung stützen kann, dass der Minderwert dem Betrag der Verbesserungskosten entspricht. Diese Vermutung kann indessen durch Gegenbeweis entkräftet werden. In der Praxis – so das Bundesgericht (mit Hinweis auf Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 1684) – gebe es viele Fälle, wo der Minderwert nicht den Verbesserungskosten entspreche. Einerseits kann ein Minderwert trotz Verbesserungsmassnahmen bestehen bleiben, weil die Mängel nicht vollständig beseitigt werden können; andernteils können die Verbesserungskosten höher sein als der Minderwert, wie z.B. in jenen Fällen, wo ein Mangel keinen Einfluss auf den (objektiven) Wert des Werkes hat (E. 3.1).

#### **Urteil 4C.231/2004 vom 8. Oktober 2004: Minderwert einer ungenügenden Reinigung.**

[Rz 21] Das Bundesgericht musste entscheiden, wie sich der Minderwert einer ungenügenden Reinigung bestimmen lässt. Das Bundesgericht stützte sich auf einen Vergleich der Anstrengungen, welche notwendig sind, um eine einwandfreie Sauberkeit zu erreichen, mit der Arbeit, welche tatsächlich geleistet wurde. Das Bundesgericht stellte fest, dass nach Entlassung der mangelhaft arbeitenden Reinigungsfirma die neu engagierte Reinigungsfirma den doppelten Aufwand betrieb, und bestimmte den Wert der mangelhaften Reinigung auf die Hälfte des Preises der

neuen Reinigungsfirma (E.3.2).

### **Urteil 4C.346/2003 vom 26. Oktober 2004: Minderwert trotz fehlendem Schaden?**

[Rz 22] Ein Kartonhersteller liess den Betonboden für eine neue Fertigungshalle bauen. Der Boden wurde mit ungenügendem Gefälle erstellt (Mangel). Der Besteller verlangte anfänglich Nachbesserung (vgl. dazu vorne unter «Nachbesserung und Ersatzvornahme»). Gestützt auf Gutachten stellte die Vorinstanz fest, dass der Mangel keine Bedeutung für den Betrieb des Bestellers (d.h. für die Kartonherstellung) hatte und also geringfügig war und dass eine Nachbesserung übermässige Kosten verursachen würde und also nicht verlangt werden könnte. Die Vorinstanz sprach deswegen dem Besteller statt des Nachbesserungsanspruches einen Minderungsanspruch in Höhe der Verbesserungskosten zu. Der Bauunternehmer machte vor Bundesgericht geltend, der Besteller habe wegen der Bedeutungslosigkeit des Mangels für seinen Betrieb keinen Schaden und also auch kein Minderungsrecht. Das Bundesgericht lehnt den Einwand ab und bestätigt die Vorinstanz: Denn eine Verneinung des Minderungsrechtes für geringfügige Mängel widerspräche dem Zweck des Minderungsrechtes, einen Wertausgleich zwischen den Leistungen des Bestellers und des Bauunternehmers zu schaffen. Sonst wären die Bauunternehmer, welche wegen Übermässigkeit der Kosten nicht nachbessern müssen, besser gestellt als die Bauunternehmer, welche sich nicht auf «Übermässigkeit» berufen können. Das Bundesgericht schliesst, die Vorinstanz habe in dieser Situation zu Recht die Praxis der Rechtsprechung angewendet, vermutungsweise als Minderwert die Verbesserungskosten anzunehmen (E. 4.3.2).

[Rz 23] Bemerkung: Dieser Entscheid steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Urteil 4C.140/2004 vom 19. Juli 2004, worin das Bundesgericht festgehalten hatte, dass die «Verbesserungskosten-Vermutung» nicht spielt, wenn der Mangel keinen Einfluss auf den objektiven Wert des Werkes hat.

[Rz 24] Bei der Lektüre des Entscheides könnte ferner der Eindruck einer gewissen Widersprüchlichkeit entstehen, weil zuerst die Nachbesserungsforderung des Bestellers an der Übermässigkeit der Nachbesserungskosten scheiterte (E. 4.2.2), aber dann die Verbesserungskosten als Minderwert zugesprochen wurden (E.4.3.2). Ob indessen tatsächlich ein Widerspruch vorliegt, lässt sich aufgrund des im Urteil des Bundesgerichts wiedergegebenen Sachverhaltes nicht abschliessend beurteilen, denn dazu müsste die von der Vorinstanz angewandte Methode der Berechnung der Verbesserungskosten mit der Berechnung der Nachbesserungskosten verglichen werden, was vom Bundesgericht nicht thematisiert wurde.

## **5.6 Haftung für Mangelfolgeschaden**

### **Urteil 4C.297/2003 vom 20. Februar 2004: Unterlassung der Wahl eines Mängelrechtes.**

[Rz 25] Das Recht des Bestellers auf Ersatz von Mangelfolgeschaden tritt kumulativ zu den anderen Mängelrechten (Wandelung, Nachbesserung, Minderung) hinzu. Das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens setzt indessen nicht voraus, dass der Besteller eines der anderen Rechte tatsächlich ausübt. Der Besteller, welcher sich darauf beschränkt, die Haftung für Mangelfolgeschaden geltend zu machen, kann damit allerdings nicht indirekt den Ersatz des Minderwerts oder den Ersatz der Nachbesserungskosten erhalten (E. 2.1 mit Verweis auf Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 1851).

[Rz 26] Die Forderung des Bestellers auf Ersatz des Mietzinsausfalls für den Winter 1997/98 scheiterte namentlich daran, dass der entsprechende Mangel erst im Mai 1998 angezeigt worden war, so dass dieser Mangel auf die Vermietung im Winter keinen Einfluss gehabt haben konnte (E. 2.2.2).

### **BGE 130 III 591 (4C.96/2004 vom 13. August 2004: Verzugszins / Schadenszins.**

[Rz 27] Ein Ingenieurbüro und ein Architekturbüro (Beklagte) waren für Fassadenrisse verantwortlich (vgl. dazu vorne unter «Abmahnung und Selbstverschulden des Bauherrn»). Das Kantonsgericht St. Gallen verurteilte die Beklagten zur Zahlung von Schadenersatz und zur Bezahlung von Verzugszins ab dem Datum der Klageeinreichung. Im Bundesgerichtsurteil blieb ungesagt, ob die Vorinstanz diesen Schaden als Mangelfolgeschaden (Folgeschaden eines Planmangels) oder als Folge einer auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichtverletzung qualifizierte. Vor

Bundesgericht umstritten war namentlich die Zusprechung von Verzugszins ab dem Datum der Klageeinleitung.

[Rz 28] Das Bundesgericht ging davon aus, dass kein Fall einer verspäteten Erfüllung vorlag, aus der Verzugsfolgen abgeleitet werden könnten. Die Lieferung eines nicht vertragsgemässen Werkes sei ein Fall der Schlechterfüllung, welcher «ausschliesslich nach den Art. 97 ff. OR zu behandeln ist» (E. 2). Der vertragliche Schadenersatzanspruch aus Schlechterfüllung entsteht nicht schon mit der Schlechterfüllung der Schuld, sondern erst mit dem Eintritt des Schadens (E. 3.1). Im vorliegenden Fall kamen die Risse erst mit der Zeit zum Vorschein und haben sich dann zunehmend verschlimmert. «Tritt zwar bereits im Erfüllungszeitpunkt ein Schaden ein, vergrössert er sich aber in der Folge, gesteht die Rechtsprechung dem Gläubiger wahlweise das Recht zu, die Berechnung des Schadens auf den Zeitpunkt der Fällung des Urteils über die Ersatzpflicht zu verlangen, ...» (E. 3.1). Im vorliegenden Fall hatte die Vorinstanz den Schaden nach den Verhältnissen im Zeitpunkt des angefochtenen Urteils berechnet, so dass nicht von einer früheren Fälligkeit der Ersatzforderung ausgegangen werden konnte. Ein Verzugszins war daher erst ab dem Tag, an dem das kantonale Sachgericht geurteilt hatte, geschuldet (E. 3.2).

[Rz 29] Der Bauherr machte zu Recht geltend, dass bei der Berechnung des Schadens auf den Urteilszeitpunkt bereits eingetretene Vermögensbeeinträchtigungen aus der Entbehrung von Kapital als sogenannter Schadenszins zum Ausgangsschaden zuzuschlagen ist (E. 4). Der Bauherr hatte also grundsätzlich Anspruch auf Schadenszins, «soweit er aufgrund des Schadens bzw. des Schadensstandes bereits vor dem Urteilszeitpunkt Auslagen zu tätigen oder Mindereinnahmen (beispielsweise aus der Vermietung des Gebäudes) hinzunehmen hatte und sich der Schaden damit tatsächlich finanziell ausgewirkt hat, obwohl die Gebäudesanierung noch nicht vorgenommen wurde» (E. 4).

## 5.7 Verjährung von Mängelrechten

### **BGE 130 III 362 (4C.308/2003 vom 23. Februar 2004): Verjährung der Haftung für Planmängel; unechte Solidarität mehrerer Verursacher desselben Baumangels.**

[Rz 30] In diesem Entscheid bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung, wonach der entgeltliche Planungsvertrag, der sich auf die Herstellung von Bauplänen beschränkt, als Werkvertrag zu qualifizieren ist (E. 4.1). Für Planmängel gilt dabei grundsätzlich die Verjährungsfrist von einem Jahr gemäss Art. 371 Abs. 1 OR (i.V.m. Art. 210 Abs. 1 OR). Sofern der Planmangel allerdings zu einem Baumangel führt, gilt die fünfjährige Verjährungsfrist des Art. 371 Abs. 2 OR, wobei diese Frist bei Ablieferung des vom Baumangel betroffenen Bauteils beginnt (E. 4.2). Wenn allerdings der Besteller den Werkvertrag nach Art. 377 OR vorher kündigt, beginnt die Verjährungsfrist des Art. 371 Abs. 2 OR im Moment der Wirksamkeit der Kündigung zu laufen (E. 4.2). Hinsichtlich der Verjährung spielt es keine Rolle, ob der Besteller von einem Mangel Kenntnis hat (E. 4.2). Die Mängelrechte für Mängel, welche nicht vor Ablauf der Verjährungsfrist angezeigt wurden, sind verwirkt (E. 4.3).

[Rz 31] Wenn Baumängel durch mehrere Verantwortliche verursacht werden, haften diese gegenüber dem Besteller nach den Regeln der unechten Solidarität (Art. 51 OR analog, E. 5.2). Derjenige, welcher gegenüber dem Geschädigten für den Schaden aufkommt, tritt nicht in die Rechte des Geschädigten ein, sondern erwirbt einen Regressanspruch gegen die Mitverantwortlichen im Moment der Zahlung an den Geschädigten (E. 5.2). Voraussetzung einer unechten Solidarität ist stets, dass ein Mitverursacher überhaupt haftet. Das ist nicht der Fall, wenn die Mängelrechte – wie im vorliegenden Fall – zufolge Ablaufs der Verjährungsfrist bereits vor der Entdeckung des Mangels verjährt sind.

[Rz 32] Bemerkung: Weil die Mängelrechte bereits vor Entdeckung des Mangels verjährt waren, musste das Bundesgericht im vorliegenden Fall nicht auf Konstellationen eingehen, in denen der Bauherr die Stellung des Regressberechtigten gegenüber den Mitverantwortlichen durch das Unterlassen von Mängelrügen, von Verjährungsunterbrechungen oder durch einen Forderungsverzicht erschwert (E. 5.3).

## 6. Sorgfaltspflichten

### **Urteil 4C.337/2003 vom 31. März 2004: Sorgfalt des Garagisten.**

[Rz 33] Ein Eigentümer gab einem Garagisten einen Porsche zur Reparatur. Der Garagist stellte das Fahrzeug vor der Garage ab. Tage später war es verschwunden. Der Eigentümer machte geltend, der Garagist habe seine werkvertraglichen Sorgfaltspflichten verletzt. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass es zur werkvertraglichen Sorgfaltspflicht (Art. 364 Abs. 1 OR) des Unternehmers gehört, die nötigen Vorkehrungen zu treffen, damit ein zur Reparatur anvertrauter Gegenstand nicht entwendet wird. Indessen bedeutet die Sorgfaltspflicht nicht, dass der Unternehmer als Garant sämtliche Vorkehrungen treffen müsste, welche irgendwie zur Abwendung eines Schadens für den Besteller beitragen könnten (E. 2.1).

[Rz 34] Bezuglich der Pflicht des Garagisten zum Schutz ihm anvertrauter Fahrzeuge, stellt das Bundesgericht auf die in BGE 113 II 421 beschriebenen Grundsätze ab. Im konkreten Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die vom Garagisten getroffenen Vorkehrungen (Parkieren vor der Garage, ohne Nummernschild, abgeschlossen, Schlüssel in der abgeschlossenen Garage deponiert) angesichts des Wertes des Fahrzeugs (Fr. 58'000 – Fr. 60'000) ausreichend waren (E. 2.2).

#### **Urteil 4C.347/2003 vom 1. April 2004: Kosteninformation.**

[Rz 35] In diesem Entscheid verwies das Bundesgericht auf die neuere Lehre (Zindel/Pulver, Balser Kommentar, N 12 zu Art. 364 OR; Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 836; Chaix, Commentaire romand, N 8 zu Art. 364 OR), wonach der Unternehmer verpflichtet sei, den Besteller auf eine übermässige Überschreitung eines ungefährnen Kostenansatzes (Art. 375 OR) aufmerksam zu machen (E. 4.2.1).

#### **Urteil 4C.243/2003 vom 18. Mai 2004: Kosten des Beizug eines Ingenieurs als «Minderwert».**

[Rz 36] Im Verlaufe von Bauarbeiten kam es zu einem Zerwürfnis zwischen dem Unternehmer und den Bauherrn. Es wurde in der Folge ein Ingenieur als Bauleiter eingesetzt, dessen Kosten die Besteller dann teilweise als «Minderwert» vom Unternehmer einforderten. Das Bundesgericht hielt dazu (in E. 3.2) fest, dass kein Fall eines Minderwerts vorliege. Wenn allerdings wegen einer Schlechterfüllung des Unternehmers ein Dritter die Bauleitung sozusagen als «Schiedsrichter» zwischen den Parteien übernehmen müsse, so wären die Kosten dafür grundsätzlich vom fehlbaren Unternehmer als Folgeschaden der Schlechterfüllung zu tragen (E. 3.2). Im vorliegenden Fall hatte die Vorinstanz allerdings – für das Bundesgericht bindend – festgehalten, dass die Bauherrschaft ohnehin einen externen Bauleiter hätte beauftragen müssen, so dass diese Kosten nicht auf den Unternehmer überwälzt werden konnten.

#### **Urteil 4C.99 /2004 vom 28. Juni 2004: Anzeige der Überschreitung eines geschätzten Budgets?**

[Rz 37] Die Vorinstanz war zum Schluss gekommen, dass die Parteien für Renovationsarbeiten keine Pauschale vereinbart hatten, sondern ein «budget estimatif» (geschätztes Budget), wonach der Preis nach dem Wert des Materials und der Arbeit bestimmt wurde. Das Budget wurde aufgrund der Bestellung teurer Materialien durch den Bauherrn wesentlich überschritten. Der Bauherr machte geltend, der Unternehmer hätte ihm nach Art. 365 Abs. 3 OR die Budgetüberschreitung anzeigen müssen. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass die Anzeigepflicht sich nur auf Umstände beziehe, welche die «gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes» (so Art. 365 Abs. 3 OR) gefährden, das heisst jene Umstände, welche einen Mangel des Werkes oder eine verspätete Ablieferung bewirken könnten (E. 4.2). Die Überschreitung eines Budgets fällt nicht darunter.

[Rz 38] Dagegen gibt es eine aus Art. 375 Abs. 1 OR abgeleitete Pflicht des Unternehmers, die unverhältnismässige Überschreitung eines «ungefährten Ansatzes» anzuzeigen (Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 836; Chaix, Commentaire romand, N 19 zu Art. 375 OR). Diese Pflicht existiert indessen nur, wenn die Überschreitung «ohne Zutun des Bestellers» erfolgt. Im vorliegenden Fall hatte die Vorinstanz festgestellt, dass die Überschreitung eine Folge der Bestellungen des Bauherrn und seiner Ehefrau waren (E 4.2).

## **7. Werklohn**

### **7.1 Entgeltlichkeit**

### **Urteil 4C.341/2003 vom 25. März 2004: Abschluss und Vergütungspflicht**

[Rz 39] In diesem Urteil bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung (BGE 119 II 40, E. 2d, S. 44 f.) dahingehend, dass eine bei einem Totalunternehmer im Hinblick auf den Abschluss eines Totalunternehmervertrages in Auftrag gegebene Vorstudie dann entgeltlich ist, wenn sie deutlich weiter geht, als dies für eine Offerte des Totalunternehmers notwendig wäre und der Besteller wissen muss, dass eine entsprechende Vorstudie im allgemeinen nur gegen Vergütung erstellt wird (E. 2.2.1). Auf der Grundlage der Feststellungen der Vorinstanz kam das Bundesgericht im vorliegenden Fall indessen zum Schluss, dass kein über die Erstellung einer Offerte hinausgehender Auftrag erteilt wurde (E. 2.2.2).

[Rz 40] Bestätigt hat das Bundesgericht ausserdem das in demselben Leitentscheid (BGE 119 II 40, E. 2d, S. 45) erwähnte Prinzip, dass ein Vergütungsanspruch auch dann besteht, wenn jene Person, welche den Architekten zu Vorstudien veranlasst hat, aus den Resultaten dieser Studien später einen Nutzen gezogen hat – entweder indem sie die Resultate selbst genutzt oder einer anderen Fachperson zur Nutzung überlassen hat (E. 2.2.1). Die Nutzung der Arbeitsergebnisse durch den Besteller wurde im vorliegenden Fall vom Totalunternehmer gar nicht behauptet (E. 2.2.2).

[Rz 41] Bemerkung: Im Urteil 4C.341/2003 nicht erwähnt ist, dass sich die Vergütung im Falle der Ausnützung fremder Arbeitsergebnisse auf der Basis der ungerechtfertigten Bereicherung oder der Geschäftsführung ohne Auftrag bemisst, während die Vergütung im Falle einer über den Offertaufwand hinausgehenden Vorstudie die Vergütung nach Art. 374 OR bestimmt wird (BGE 119 II 40, E. 2d, S. 45).

### **Urteil 4C.347/2003 vom 1. April 2004: Abgrenzung zu unentgeltlichen Offertbemühungen.**

[Rz 42] Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid seine Rechtsprechung (BGE 119 II 40, E. 2, S. 44 f.) dahingehend bestätigt, dass die Kosten von Vertragsverhandlungen grundsätzlich vom Unternehmer selbst zu tragen sind (ausser im Falle von culpa in contrahendo) und zwar auch dann, wenn der Vertrag letztlich nicht abgeschlossen wird. Eine abweichende Vereinbarung ist indessen möglich und kann auch stillschweigend geschlossen werden. Ein stillschweigender Abschluss wird nach dem Vertrauensprinzip angenommen, wenn der Unternehmer mit Vorstudien beauftragt wird, die deutlich über den normalen Aufwand zur Erstellung einer Offerte hinausgehen (E 2.3). Im vorliegenden Fall hatte der Unternehmer 28,5% der Gesamtaufgabe eines Totalunternehmers erbracht und es dem Besteller ermöglicht, nur 7 Monate nach Auftragserteilung eine Bauwilligung zu erhalten. Daraus schloss das Bundesgericht, dass nach dem Vertrauensprinzip eine Entgeltlichkeit der Leistung anzunehmen war (E 2.4).

## **7.2 Bemessung des Werklohnes**

### **Urteil 4C.347/2003 vom 1. April 2004: Bemessung bei Planungsleistungen.**

[Rz 43] Ein Unternehmer hätte als Totalunternehmer beauftragt werden sollen. Das Vertragsverhältnis endete aber bereits, nachdem er diverse Planungsleistungen erbracht hatte. Das dafür geschuldete Entgelt war gemäss Art. 374 OR «nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers» festzulegen. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass die SIA-Normen zwar nicht als «Branchenübung» gelten könnten, dass der vom Unternehmer erstellte Vertragsentwurf jedoch auf die SIA Ordnung 102 verwies und dass der Besteller sich nicht gegen die Geltung dieser Ordnung verwahrt habe. Der Besteller könne sich daher nicht gegen die Anwendung der SIA Ordnung 102 zur Wehr setzen (E. 3.1.2).

### **Urteil 4C.346/2003 vom 26. Oktober 2004: Beweisfragen bei der Vergütung.**

[Rz 44] In diesem Urteil hielt das Bundesgericht unter anderem fest, dass die Bestimmung des Werkpreises nach Art. 373 ff. OR kein Bereich ist, in dem das Bundesgericht ein bestimmtes Beweismass vorschreibe. Die Beweiswürdigung untersteht daher kantonalem Recht (E. 2.2). Weiter führte das Bundesgericht aus, dass jene Partei, welche das Bestehen von festen Preisen im Sinne von Art. 373 OR (Pauschalpreis oder Einheitspreis) behaupten, die Beweislast für diese Behauptung trägt (E. 3.2). Wenn sich ein Besteller auf das Bestehen eines «ungefährn

Ansatzes» im Sinne von Art. 375 OR berufen will, ist er dafür beweisbelastet (E. 3.2).

## 7.3 Rückforderung von Werklohnzahlungen

[keine Urteile im Jahre 2004]

## 8. Beendigung des Werkvertrages

### Urteil 4C.347/2003 vom 1. April 2004: Verzug

[Rz 45] Der Besteller warf dem Unternehmer vor, er hätte ihn über die zu erwartenden Verspätungen informieren müssen. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass die Parteien keine Lieferfristen vereinbart hatten. Demnach ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 113 II 513, E. 4b) auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen, wonach dem Unternehmer jener Zeitraum zur Verfügung steht, welche ein kompetenter Unternehmer braucht, der zeitig beginnt und die Arbeiten in normaler Weise ausführt (E. 4.1.1). Im konkreten Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, dass es keine Verspätung gab.

### Urteil 4C.110/2004 vom 17. Juni 2004: Reduktion durch Bestellungsänderung; «Rücktrittsklausel».

Vgl. vorne unter «4. Bestellungsänderungen und deren Vergütung».

## 9. Subunternehmer

### Urteil 4C.215/2004 vom 23. November 2004: Direktanspruch des Subunternehmers gegen den Bauherrn?

[Rz 46] Ein öffentlicher Bauherr (Service des Autoroutes / Autobahnamt des Kantons Freiburg) verlangte von einem Unternehmer Nachbesserungsarbeiten. Beziiglich der Bezahlung der Subunternehmer für diese Arbeiten wurde zwischen dem Bauherrn und dem Unternehmer in einem Baustellenprotokoll festgehalten: «Le service veille à ce que le sous-traitant de l'étanchéité soit payé pour le travail qu'il effectue.» Die Subunternehmer führten die Arbeiten aus und wurden vom Unternehmer nur teilweise bezahlt. Der Unternehmer fiel in Konkurs. Die Klage der Subunternehmer gegen den Bauherrn wies das Bundesgericht ab, namentlich mit der Begründung, der Wortlaut des Baustellenprotokolls könne in guten Treuen von Berufsleuten der Bauindustrie nicht dahingehend verstanden werden, dass der Bauherr die Zahlung durch den Unternehmer im Sinne von Art. 111 OR garantiere (E. 3.2).

## 10. Versicherungsfragen

### Urteil 4C.243/2003 vom 18. Mai 2004: Rückgriff der Bauwesenversicherung.

[Rz 47] Bauherr und Unternehmer hatten beide zum Entstehen eines Bauschadens beigetragen. Die Bauwesenversicherung der Bauherrschaft deckte den Schaden. Das Bundesgericht hielt dazu Folgendes fest: Die Bauwesenversicherung und der Unternehmer haften dem Besteller beide aus Vertrag. Es liegt ein Fall der unechten Solidarität vor. Die Haftung des einen Haftpflichtigen wird nicht dadurch verringert, dass noch ein anderer Haftpflichtiger für denselben Schaden einstehen muss. Der Versicherer kann sein Regressrecht gegen den Mit-Haftpflichtigen (soweit ein Regressanspruch besteht) nur insoweit geltend machen, als der Schaden des Geschädigten vollständig gedeckt ist (E 5.2.2).

## 11. Schlussbemerkung

[Rz 48] Die werkvertragsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2004 liess in Einzelpunkten aufhorchen:

- Ein Element der Dauer in einem Werkvertrag macht diesen zwar zum Innominatkontrakt (BGE 130 II 458, E. 4), ändert aber nichts an der Anwendbarkeit der Mängelhaftungsregeln (Urteil 4C.231/2004, E. 2). Allerdings liess das Bundesgericht durchblicken, dass beim «Dauer-Werkvertrag» generell ungenügende Leistungen insoweit nicht «sofort» zu rügen sind, als eine nach mehrmaligen mündlichen Warnungen abgegebene schriftliche Mängelrüge ausreichen kann (Urteil 4C.231/2004, E. 2.3.3).
- Bemerkenswert ist auch, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Bezug auf die Vermutung, dass der Minderwert den Verbesserungskosten entspreche, noch nicht als gefestigt erscheint: Im Juli 2004 entschied das Bundesgericht, die «Verbesserungskosten-Vermutung» gelte namentlich dann nicht, wenn ein Mangel keinen Einfluss auf den objektiven Wert habe (Urteil 4C.140/2004, E 3.1). Im Oktober 2004 führte das Bundesgericht demgegenüber aus, dass in einem Fall, in dem der Mangel keinerlei Nachteile bewirkte, auf der Basis der Verbesserungskosten ein Minderwert bestimmt werden könne (Urteil 4C.346/2003, E. 4.3.2).

[Rz 49] Die Gesamtschau der werkvertragsrechtlichen Entscheide zeigt allerdings, dass die Rechtsprechung des Jahres 2004 aus werkvertragsrechtlicher Perspektive nicht von grossen Überraschungen oder Neuerungen geprägt war. Das Bundesgericht folgte «bewährter Lehre und Überlieferung», was im Sinne der Rechtsicherheit durchaus positiv ist.

---

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

Rechtsgebiet: Werkvertrag

Erschienen in: Jusletter 21. Februar 2005

Zitievorschlag: Roland Hürlimann / Thomas Siegenthaler, Das Werkvertragsrecht in den Entscheiden des Bundesgerichts des Jahres 2004, in: Jusletter 21. Februar 2005

Internetadresse: <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=3744>