

Thomas Siegenthaler / Roland Hürlimann

## **Das Werkvertragsrecht in den Entscheiden des Bundesgerichtes in den Jahren 2006 und 2007**

---

Die beiden Autoren haben, wie schon in den Vorjahren (Jusletter 20. November 2006, Jusletter 21. Februar 2005 und Jusletter 2. Februar 2004), die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Werkvertragsrecht zusammengefasst. Fazit: Die höchstrichterliche Judikatur zum Werkvertragsrecht folgte auch in den Jahren 2006 und 2007 bewährter Lehre und Rechtsprechung. Bemerkenswert ist dabei das Hervortreten des Werkvertragsrechts im Bereich von Dienstleistungen nicht baulicher oder industrieller Art. Falls überhaupt eine allgemeine Tendenz ersichtlich ist, so geht diese wohl eher in Richtung einer gewissen formalen Strenge, was zwar dem Einzelfall vielleicht nicht immer ganz gerecht wird, aber ein hohes Mass an Rechtssicherheit bewirkt.

---

Rechtsgebiet(e): Werkvertrag

Zitiervorschlag: Thomas Siegenthaler / Roland Hürlimann, Das Werkvertragsrecht in den Entscheiden des Bundesgerichtes in den Jahren 2006 und 2007, in: Jusletter 22. September 2008

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Rechtliche Einordnung
3. Übernahme von SIA-Normen als Vertragsbestandteil
4. Bestellungenänderungen und deren Vergütung
5. Mängelhaftung
  - 5.1 Mängelrechte vor der Ablieferung: Art. 366 OR
  - 5.2 Der Mangelbegriff und Gewährleistung bei Arglist
  - 5.3 Mängelrüge
  - 5.4 Nachbesserung und Ersatzvornahme
  - 5.5 Minderung
  - 5.6 Mängelrechte und Irrtumsanfechtung?
6. Werklohn
  - 6.1 Entgeltlichkeit
  - 6.2 Bemessung des Werklohnes
  - 6.3 Verjährung des Werklohnes
7. Beendigung des Werkvertrages
8. Subunternehmer und andere Beteiligte
9. Sorgfaltspflichten
10. Schlussbemerkung

## 1. Einleitung

[Rz 1] Wir folgen der in den Voraufgaben (Jusletter 20. November 2006, Jusletter 21. Februar 2005 und Jusletter 2. Februar 2004) begonnenen Praxis, die im Internet veröffentlichten Entscheide des Bundesgerichtes zusammenzufassen und teilweise kurz zu kommentieren. Wir halten uns im wesentlichen an die thematische Einordnung der Vorjahre und beschränken uns auch in dieser Zusammenfassung auf jene Urteile, in denen das gesetzliche Werkvertragsrecht oder die SIA-Norm 118 Prozessthema waren. Das heisst: Wir haben all jene Entscheide nicht zitiert und kommentiert, in denen sich das Bundesgericht zwar auf einen Werkvertrag bezog, aber nicht in Anwendung werkvertraglicher Bestimmungen entschied.

## 2. Rechtliche Einordnung

### Urteil 2A.425/2006 vom 30. April 2007: Abgrenzung Personalverleih / Werkvertrag

*Sachverhalt:* [Rz 2] In diesem Urteil ging es um die Frage, ob ein Informatikunternehmen Dienstleistungen angeboten und geleistet hatte, welche als Personalverleih zu qualifizieren wären und daher gemäss Art. 12 Arbeitsvermittlungsgesetz (SR 823.11) bewilligungspflichtig wären.

*Urteil des Bundesgerichtes:* [Rz 3] Die Informatikunternehmung warf der Vorinstanz vor, diese habe Leistungen im Zusammenhang mit zwei Verträgen zu Unrecht als Personalverleih qualifiziert, die entsprechenden Dienstleistungen seien vielmehr als Werkvertrag oder aber als Auftrag zu qualifizieren. Das Bundesgericht bestätigte diese Auffassung und verwies diesbezüglich in Erwägung 3.2 auf die Botschaft des Bundesrates vom 27. November 1985. Danach besteht ein Unterschied zwischen Personalverleih und Werkverträgen darin, dass beim Personalverleih das Recht zur Instruktion

der Arbeitnehmer auf den Einsatzbetrieb übergeht, währenddessen beim Werkvertrag der Besteller passiv bleibt und der Unternehmer die Pflicht hat, etwas herzustellen und dabei das Recht behält, seine Arbeitnehmer entsprechend zu instruieren. Zur Vermeidung von Umgehungen wird in der Botschaft ausserdem postuliert, dass all jene Werkverträge aus Personalverleih bewilligungspflichtig sein sollen, bei welchem der «Unternehmer» Arbeiten ausführt, die normalerweise vom Übernehmer/Besteller selber ausgeführt werden und für dessen Branche spezifisch sind. Für den vorliegenden Fall kam das Bundesgericht in der Erwägung 5.1 zum Schluss, das Informatikunternehmen habe nicht Personalverleih, welches beim Besteller momentan fehlt, sondern einen Mehrwert mit einem genau bestimmten Ziel geschaffen und es habe in diesem Sinne eine «obligation de résultat» übernommen. Die Tatsache, dass der Projektleiter ein Angestellter der Bestellerin gewesen sei und dass dieser habe Instruktionen erteilen können und eine gewisse Aufsicht übernommen habe, bedeute nicht, dass die Leistungen der Informatikunternehmung die Charakteristik eines Personalverleihs gehabt habe. Ausserdem habe die Informatikunternehmung ihre Leistungen garantiert (E. 5.1). Ähnlich entschied das Bundesgericht in Erwägung 5.2 auch in Bezug auf den zweiten Vertrag, in dem es ebenfalls von einer «obligation de résultat» ausging und diesen damit nicht als Personalverleih qualifizierte.

**BGE 133 III 449** (Urteil 4C.28/2007 vom 12. Juni 2007): Werkvertrag und Vertrauenshaftung

*Sachverhalt:* [Rz 4] Eine Arbeitsgemeinschaft war für die Kantone Uri und Tessin an Arbeiten betreffend die Schutzräume des Gotthard-Strassentunnels beteiligt. Sie zog für diese Arbeiten eine Subunternehmerin bei. Die kantonalen Instanzen kamen zum Schluss, dass in einer Krisensitzung zwischen Bauherr und Subunternehmer höhere Stundenansätze ausgehandelt worden seien. Allerdings habe es diesbezüglich in der Folge keinen Vertrag zwischen der Arbeitsgemeinschaft und der Bauherrschaft gegeben, welcher als Vertrag zu Gunsten eines Dritten ein direktes Forderungsrecht des Subunternehmers gegen die Bauherrschaft begründet hätte. Trotzdem wurde dem Subunternehmer erstinstanzlich eine Forderung gegen den Kanton Uri zugesprochen, und zwar gestützt auf erwecktes und enttäushtes Vertrauen.

*Erwägungen:* [Rz 5] Das Bundesgericht bestätigte vorab unter Verweis auf seine Rechtsprechung, dass die Vertrauenshaftung als eigenständige Haftungsgrundlage anerkennt und dass es dabei um die Haftung eines vertragsfremden Dritten geht, welche zum Tragen kommt, wenn der Dritte zunächst schutzwürdiges Vertrauen erweckt und dieses anschliessend treuwidrig enttäuscht (BGE 130 III 345, E. 2.1, S. 349). Das Bundesgericht betonte aber folgendes:

[Rz 6] «Das Bundesgericht knüpft die Haftung aus erwecktem und enttäushtem Vertrauen allerdings an strenge Voraussetzungen. Schutz verdient nicht, wer bloss Opfer seiner eigenen Unvorsichtigkeit und Vertrauensseligkeit oder der

Verwirklichung allgemeiner Geschäftsrisiken wird, sondern nur, wessen berechtigtes Vertrauen missbraucht wird (BGE 124 III 297, E. 6a, S. 303 f.; 121 III 350, E. 6c, S. 355 f.; 120 II 331, E. 5a, S. 336). Insbesondere ist die Erwartung, dass der Partner ohne vertragliche Verpflichtung eine Leistung erbringe, grundsätzlich nicht schützenswert, da es dem Vertrauenden in aller Regel zumutbar ist, sich durch einen entsprechenden Vertragsschluss abzusichern. Die Anerkennung der Vertrauenshaftung darf nicht dazu führen, dass das Rechtsinstitut des Vertrages ausgehöhlt wird (...). Das Vertrauen auf eine freiwillige Leistungserbringung kann deshalb nur ganz ausnahmsweise Schutz finden, namentlich wenn der Vertragsschluss aufgrund der bestehenden Machtverhältnisse oder der Abhängigkeit des Vertrauenden faktisch nicht möglich ist und dem Vertrauenden gleichzeitig der Verzicht auf das Geschäft bzw. auf die Geschäftsbeziehung nicht zugemutet werden kann.» (mit Verweis auf LOSER, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Habilitationsschrift, Basel 2006, N. 971; KLAUS-WILHELM CANARIS, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Habilitationsschrift, München 1971, S. 355, 366 und 369).

[Rz 7] Im vorliegenden Fall hatte der Subunternehmer nicht geltend gemacht, dass der Abschluss eines Garantievertrages mit der Bauherrschaft aufgrund der bestehenden Machtverhältnisse nicht möglich gewesen wäre. Vielmehr hat die Subunternehmerin selber geltend gemacht, sie habe sich gegenüber der Bauherrschaft in einer starken Verhandlungsposition befunden. Das Bundesgericht schloss daraus, dass ihr Vertrauen nicht als schützenswert angesehen werden konnte.

#### **Urteil 4A\_51/2007 vom 11. September 2007: Qualifikation als Werkvertrag, Mängelrüge**

*Sachverhalt:* [Rz 8] Eine Unternehmung verpflichtete sich, die von einer anderen Unternehmung im Bereich des Private Banking bezogenen Finanz- und Wirtschaftsdaten zu analysieren und danach hinsichtlich der Kosten zu optimieren. Der Leistungsumfang umfasste in einem ersten Teil die Aufnahme des Ist-Zustandes (wofür eine «Management-Pauschale» vereinbart war) und in einem zweiten Teil eine mit «Optimierung» bezeichnete Leistung, welche auf «reiner Erfolgsbasis» vergütet werden sollte (50 % der Einsparungen über ein Jahr). In der Folge kam es zu einem Rechtsstreit betreffend das zu leistende Erfolgshonorar.

*Erwägungen:* [Rz 9] Neben diversen Fragen zur Vertragsauslegung hatte das Bundesgericht auch die rechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses zu prüfen, da die Leistungserbringerin sich auf den Standpunkt stellte, es sei keine rechtzeitige Mängelrüge erhoben worden. Das Bundesgericht führte dazu Folgendes aus: «Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung können sowohl körperliche wie auch unkörperliche Arbeitsergebnisse Gegenstand eines Werkvertrages bilden (...). Bei unkörperlichen Arbeitsergebnissen ist von einem Werkvertrag auszugehen, wenn das Resultat

nach objektiven Kriterien überprüft und als richtig oder falsch qualifiziert werden kann. Dagegen ist von einem Auftrag auszugehen, wenn die Richtigkeit des Ergebnisses nicht objektiv überprüft werden kann (BGE 127 III 38, E. 2c, S. 330; 130 III 458, E. 4, S. 461 f., je mit Hinweisen)» (E. 4.3). Im Unterschied zur Vorinstanz kam das Bundesgericht in Betrachtung des konkreten Vertrages zum Schluss, dass eine nach objektiven Kriterien überprüfbare Leistung geschuldet war, weshalb der Vertrag als Werkvertrag zu qualifizieren sei.

[Rz 10] In der Folge war sodann zu prüfen, ob der Besteller gemäss Art. 367 Abs. 1 OR nach Ablieferung des Werkes «sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist» die Beschaffenheit des Werkes geprüft hatte und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis gesetzt hatte. Das Bundesgericht bestätigte sodann seine Rechtsprechung (BGE 129 III 738, E. 7.2, S. 748; 115 II 456, E. 4), wonach unter der Ablieferung im Sinne von Art. 367 Abs. 1 OR die in der Absicht der Vertragserfüllung vorgenommene Übergabe des beendeten, wenn auch allenfalls mangelhaften Werkes an den Besteller zu verstehen sei. Soweit die Abgrenzung zwischen nicht fertig gestelltem und mangelhaftem Werk schwierig ist, soll darauf abgestellt werden, ob der Unternehmer zum Ausdruck brachte, dass die Arbeiten beendet sind (mit Verweis auf Urteil 4C.469/2004 vom 17. März 2005, E. 2). Dies ist jedenfalls anzunehmen, wenn der Unternehmer dem Besteller die Schlussrechnung zukommen lässt, weshalb dieser dann nach Treu und Glauben gehalten ist, seinen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten nachzukommen (mit Verweis auf Urteil 4C.469/2004 vom 17. März 2005, E. 2.7; 4C.132/1994 vom 12. September 1994, E. 4b).

[Rz 11] Unter der Erwägung 4.5 führte das Bundesgericht sodann aus, dass bezüglich der Anzeige der entdeckten Mängel eine siebentägige Rügefrist angemessen sei, wenn ein Zuwarten mit der Rüge zu keiner Vergrösserung des Schadens führt (mit Verweis auf Urteil 4C.82/2004 vom 3. Mai 2004, E. 2.3). Die Mängelrüge muss inhaltlich so substantiiert sein, dass der Unternehmer erkennen kann, welche Mängel geltend gemacht werden und er diese selber feststellen kann (mit Verweis auf Urteil 4C.76/1991 vom 10. Juli 1991, E. 1a, publiziert in: SJ 1992, S. 103 f, 105; Urteil 4C.231/2004 vom 8. Oktober 2004, E. 2.3.1). Das Bundesgericht hat sodann seine Rechtsprechung bestätigt (BGE 107 II 50, E. 2a, S. 54), wonach der Besteller die rechtzeitige Mängelanzeige und der Unternehmer den Zeitpunkt der Übernahme des Werkes zu beweisen habe.

[Rz 12] Da aus dem Urteil der Vorinstanz nicht hervorging, zu welchem Zeitpunkt die Bestellerin die bestellten Dokumente erhielt und ob und wann diese von ihr geprüft und gerügt wurden, hat das Bundesgericht die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen.

*Bemerkungen:* [Rz 13] Generell illustriert das Urteil die konsequente Anwendung von Werkvertragsrecht auf Verträge über unkörperliche Arbeitsergebnisse und die damit doch recht

zentrale Bedeutung des Werkvertragsrechts in der Dienstleistungsbranche. Im Übrigen ist bemerkenswert, dass das Bundesgericht sich bezüglich der Frist für die Anzeige entdeckter Mängel auf eine in Tagen bemessene Frist (sieben Tage) festzulegen scheint (vgl. auch das Urteil 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007, E. 4.2.2). Es hatte dies im Urteil 4C.82/2004 vom 3. Mai 2004, E. 2.3, bereits angedeutet.

### 3. Übernahme von SIA-Normen als Vertragsbestandteil

#### a) Urteil 4C.371/2006 vom 19. Januar 2007; Übernahme von SIA-Normen

*Sachverhalt:* [Rz 14] In dieser Angelegenheit ging es um den Vertrag, welchen ein Ehepaar (X) mit einem Architekten (Y) abgeschlossen hatte. Nach diesem Vertrag wurde Y beauftragt, die Pläne und das Baugesuch für die Erhöhung des Daches eines Einfamilienhauses zu erstellen. Das Ehepaar X machte in der Folge geltend, die Pläne seien mangelhaft gewesen.

*Erwägungen:* [Rz 15] Da sich die Leistung des Architekten auf die Erstellung von Plänen und des Baugesuches beschränkte, qualifizierte das Bundesgericht den Vertrag als Werkvertrag (E. 3). Im Folgenden (E. 4) verwies das Bundesgericht darauf, dass im Werkvertrag der Besteller den Zustand des Werkes bei der Ablieferung zu untersuchen hat (Art. 367 Abs. 1 und 370 OR) und dass er im Fall von Mängeln diese dem Unternehmer anzeigen muss (Art. 367 Abs. 1 OR). Wenn er diese Untersuchung oder die Anzeige unterlässt, so wird unwiderlegbar vermutet, dass er das Werk akzeptiert habe (Art. 370 Abs. 2 OR). Falls sich die Mängel erst später zeigen, muss der Besteller diese anzeigen, sobald er davon Kenntnis erhalten hat. Andernfalls gilt das Werk auch diesbezüglich als akzeptiert (Art. 370 Abs. 3 OR). Von diesem dispositiven Gesetzesrecht kann abgewichen werden: Namentlich sieht die SIA-Ordnung 102 vor, dass Mängel während zweier Jahre nach Abnahme des Bauwerkes jederzeit gerügt werden können. Nach Ablauf dieser Zweijahresfrist müssen Mängel sogleich nach ihrer Entdeckung gerügt werden (Ziff. 1.11.21 der SIA-Ordnung 102).

[Rz 16] Im vorliegenden Fall war streitig, ob die SIA-Ordnung 102 Vertragsbestandteil geworden war. Die Besteller versuchten, die Anwendbarkeit der SIA-Ordnung 102 wie folgt zu begründen: Der Architekt habe sich auf zwei Rechnungen als «architecte EPFL SIA» bezeichnet. Ausserdem habe er eine Kostenschätzung abgegeben, welche sich auf die Norm «SIA 2001» bezogen habe. Zudem sei auf dem vorgedruckten Formular des Baubewilligungsdossiers, welches von der Bewilligungsbehörde abgegeben und vom Architekten ausgefüllt wurde, ein Verweis auf die SIA-Normen enthalten. Das Bundesgericht hielt dazu (in E. 5) fest, dass die Rechnungen nach Abschluss des Vertrags eingingen und dass die Formulare nicht für die Bauherrschaft bestimmt waren. Ausserdem

könne auf der Grundlage des Vertrauensprinzips keine der von der Bauherrschaft geltend gemachten Tatsachen dahingehend verstanden worden sein, dass der Architekt einen Willen habe kundgeben wollen, die SIA-Ordnung 102 mit der Bauherrschaft als Vertragsgrundlage zu vereinbaren. Das Bundesgericht kam daher zum Schluss, dass die SIA-Ordnung 102 nicht Vertragsbestandteil geworden war. Entsprechend war die Geltendmachung der Mängel – welche erst im Rahmen der Aberkennungsklage erfolgte – verspätet.

*Bemerkungen:* [Rz 17] Der Entscheid überzeugt insofern, als aus den erwähnten Indizien wohl kaum auf einen Parteiwillen geschlossen werden kann, die Geltung der SIA-Ordnung 102 zu vereinbaren. Immerhin ist aber zu beachten, dass das Bundesgericht im Entscheid 4C.261/2005 vom 9. Dezember 2005 (E. 2.2) die Schwelle für eine stillschweigende Übernahme der SIA Normen für den Fall des Vertragsabschlusses unter «bau-erfahrenen» Parteien nicht besonders hoch ansetzte (indem es genügen liess, «dass beide Parteien erfahrene Verhandlungspartner (...) waren, mithin dass ihnen der Bestand der SIA-Norm 108 bekannt war...»). Es wäre wohl schwer vertretbar, dem unerfahrenen Bauherrn die Berufung auf eine stillschweigende Vereinbarung der SIA Normen zu verweigern, wenn er sich als «bau-erfahrene» Partei in der gleichen Situation grundsätzlich darauf hätte berufen können.

#### Urteil 4A\_71/2007

#### vom 19. Oktober 2007: SIA-Ordnungen als Interpretationshilfen

*Sachverhalt:* [Rz 18] In dieser Streitsache ging es um behauptete Planungs- und Baumängel an einem Fabrikgebäude. Bei den meisten gerügten Punkten ging es um prozessuale Aspekte bzw. um die Rüge, die Sachverhaltsfeststellungen seien «offensichtlich unzutreffend». Strittig war unter anderem auch, ob die Baugrundabklärungen Teil der Vertragsleistungen des Architekten waren oder des Ingenieurs. Bezüglich des Architekten hatte die Vorinstanz festgestellt, dass die SIA-Ordnung 102 vereinbart worden war. Nicht erwiesen war indessen, ob gegenüber dem Ingenieur die SIA-Ordnung 103 vereinbart war. Trotzdem stellte die Vorinstanz auf die SIA-Ordnung 103 ab, um die Pflichten des Architekten (gemäss SIA-Ordnung 102) gegenüber jenen des Ingenieurs abzugrenzen.

*Erwägungen:* [Rz 19] Das Bundesgericht befand in Erwägung 3.1.1 in Bezug auf den Begriff des Vorprojektes: «Wenn die Vorinstanz bei der Würdigung der Tragweite, welche diesem Begriff zuzumessen ist, berücksichtigt, dass der Begriff «Vorprojekt» gemäss der allgemeinen zugänglichen SIA-Norm 103 umschrieben wird, ist das nicht zu beanstanden und besagt nicht, dass die Anwendbarkeit dieser Norm vereinbart wäre. Die Begriffsumschreibung bildet lediglich ein Indiz für den Sinn, dem die Parteien den Begriff «Vorprojekt» beigelegt haben. Zudem kann die SIA-Norm 103 auch bei der Würdigung der mit der Beschwerdegegnerin 2 vereinbarten SIA-

Norm 102 berücksichtigt werden, bildet doch das Verhältnis dieser beiden Normen einen Umstand, welcher Rückschlüsse auf die tatsächlich getroffene Vereinbarung zulässig.»

*Bemerkung:* [Rz 20] Gemäss der Auffassung des Bundesgerichtes ist also bundesrechtlich nicht zu beanstanden, wenn eine kantonale Instanz bei der Auslegung der SIA-Ordnung 102 die SIA-Ordnung 103 bezieht, obschon die Anwendbarkeit der SIA-Ordnung 103 nicht festgestellt worden war.

#### **Urteil 4A\_393/2007 vom 3. Dezember 2007: Übernahme von SIA-Empfehlungen**

*Sachverhalt:* [Rz 21] Streitgegenstand war namentlich die Höhe des Werklohnes betreffend «innere Gipserarbeiten». Der beschwerdeführende Gipser stellte sich auf den Standpunkt, die Vorinstanz sei zu Unrecht von der Nichtanwendbarkeit der SIA-Empfehlungen 242/1 und 242/2 ausgegangen. Die Abrechnung habe nach diesen Empfehlungen zu erfolgen und nicht nach dem effektiven Ausmass der erbrachten Leistungen bzw. nach individueller Absprache.

*Erwägungen:* [Rz 22] Die Vorinstanz hatte geurteilt, es sei zu klären, ob die Parteien in der Vergangenheit im Rahmen ihrer Zusammenarbeit jeweils die SIA-Empfehlungen 242/1 und 242/2 angewandt hätten, so dass im vorliegenden Fall von einer stillschweigenden Übernahme dieser Empfehlungen ausgegangen werden könnte. Das Gericht hielt fest, dass es sich lediglich um Empfehlungen des SIA handle, die gemäss SIA untergeordneten Charakter hätten und in kürzeren Abständen überprüft und allenfalls angepasst würden. Damit handle es sich eben gerade nicht um den Stand des Fachwissens, der die allgemeine Branchen-usanz wiedergebe. Die Tatsache, dass die Empfehlungen einem ständigen Wandel unterliegen, steht der Annahme einer allgemeinen Verkehrsübung in der Baubranche entgegen. Der Unternehmer habe aber vor allem nicht nachzuweisen vermocht, dass die Parteien in der Vergangenheit jeweils auf die beiden SIA-Empfehlungen abgestellt hätten und die Anwendung nämlicher SIA-Empfehlungen zwischen ihnen als Verkehrsübung gegolten habe (E.2.2.). Was der Unternehmer vor Bundesgericht dagegen ins Feld führte (insbesondere Art. 8 ZGB), drang nicht durch: Die Vorinstanz hatte zu Recht der Unternehmerin den Beweis für die stillschweigende Übernahme der SIA-Empfehlungen auferlegt (E.2.3.2).

## **4. Bestellungenänderungen und deren Vergütung**

### **a) Urteil 4C.16/2006 vom 17. November 2006: Keine Anzeigepflicht für Nachtragsforderungen**

*Sachverhalt:* [Rz 23] Ein Baukonsortium beauftragte eine Generalunternehmerin mit der Erstellung von mehreren Mehrfamilienhäusern. Ausgeführt wurde ein gegenüber dem ursprünglichen Vorhaben mehrfach abgeändertes Projekt. Zwischen den Beteiligten kam es zu einem Streit über den

geschuldeten Werkpreis. Vor Bundesgericht rügte das Baukonsortium insbesondere eine Verletzung von Art. 8 ZGB (vgl. dazu E. 5.2 – 5.5). Ausserdem machte das Baukonsortium eine Verletzung von Art. 69 OR und Art. 365 Abs. 3 OR und Art. 373 Abs. 2 OR geltend. Das Baukonsortium argumentierte, dass Mehrkosten hätten «abgemahnt» werden müssen.

*Erwägungen:* [Rz 24] Das Bundesgericht in E. 6.3 hielt fest, dass es nicht um die Anzeigepflicht des Unternehmers bei Ausführungsproblemen (Art. 365 Abs. 3 OR) und auch nicht um die Abmahnungspflicht des Unternehmers hinsichtlich sachwidriger Weisung des Bestellers (Art. 369 OR) gehe. Auch liege kein Fall der richterlichen Erhöhung des Preises oder der Vertragsauflösung bei übermässig erschwerter oder gar verunmöglichter Vertragserfüllung durch den Unternehmer infolge ausserordentlicher Umstände vor (Art. 373 Abs. 2 OR). Das Bundesgericht bestätigte die Vorinstanz dahingehend, «dass der Anspruch auf Mehrvergütung infolge Beststellungsänderung nicht voraussetzt, dass der Unternehmer die Mehrforderung ankündigt (GAUCH, *Der Werkvertrag*, 4. Aufl., Zürich 1996, N. 785). Doch kann nach den konkreten Umständen des Einzelfalles sein nach dem Vertrauensprinzip ausgelegtes «Schweigen» als Verzichtserklärung aufgefasst werden (Gauch, a.a.O., N. 789).» Die Vorinstanz hatte festgestellt, dass Letzteres hier nicht zuträfe.

*Bemerkungen:* [Rz 25] Das Urteil entspricht der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGE 92 II 328 E. 3a, S. 333; BGE 4C.35/2001, E. 3c), welches sich im vorliegenden Urteil aber statt auf seine eigene Rechtsprechung auf GAUCH abstützte.

### **b) Urteil 4C.385/2005 vom 31. Januar 2006: Schriftlichkeitsvorbehalt für Beststellungsänderungen**

*Sachverhalt:* [Rz 26] Gegenstand dieser Angelegenheit war ein Abrechnungsstreit im Rahmen eines Einheitspreisvertrages. Vereinbart war die Geltung der SIA-Norm 118. Der Vertrag enthielt zudem eine Klausel, welche vorsah, dass Zusatzarbeiten auf einer vorgängigen schriftlichen Bestellung beruhen müssen.

*Erwägungen:* [Rz 27] Die Vorinstanz hatte in etwas missverständlicher Weise geschrieben, dass es sich beim Einheitspreis um eine «in gewissem Sinne flexible Pauschale» handle. Die Berufungsklägerin widersprach dem und führte aus, dass es bei Einheitspreisverträgen immer auf die tatsächlich ausgeführten Mengen ankomme. Dazu hielt das Bundesgericht (in E. 6) fest, dass die Berechnung der massgeblichen Menge – je nach Inhalt des Vertrages – entweder nach dem tatsächlichen Ausmass ermittelt, oder nach dem Plan gemäss dem theoretischen Ausmass festgelegt wird. Im Übrigen stellte es fest, dass die Terminologie der Vorinstanz zwar untechnisch war, aber dass diese im Resultat korrekt vorgegangen war.

[Rz 28] Im Weiteren bestätigte das Bundesgericht (in E. 9)

seine Rechtsprechung (Urteil 4C.227/2002 vom 24. Januar 2003, E. 4), wonach das Fehlen unterzeichneter Regierapporte lediglich dazu führt, dass diese Regierapporte den Beweis für die geleistete Arbeit nicht zu erbringen vermögen – nicht aber dazu, dass diese Arbeiten nicht zu entschädigen sind (sofern sie an sich unbestritten sind oder auf andere Art und Weise bewiesen werden können). Auch diesbezüglich hielt das Bundesgericht indessen fest, dass das Urteil der Vorinstanz im Resultat nicht zu beanstanden sei.

[Rz 29] Im Übrigen nahm das Bundesgericht (in E. 9) eine Einschränkung gegenüber seinem Urteil 4C.57/1999 vom 15. Mai 2000 vor: In jener Angelegenheit ging es darum, dass der Vertrag vorsah, dass eine Zusatzbestellung nur mit «accord formel» erfolgen könne. Das Bundesgericht ging in jenem Fall gestützt auf die Feststellung der Vorinstanz davon aus, dass Vertragsänderungen im Verlaufe der Bauarbeiten mündlich oder teilweise schriftlich vereinbart wurden. Den Unterschied zu jenem Fall sah das Bundesgericht im vorliegenden Fall darin, dass hier vereinbart wurde, dass Zusatzarbeiten auf einer vorgängigen *schriftlichen* Bestellung beruhen müssen.

*Bemerkungen:* [Rz 30] Die Klausel, wonach Bestellungen bestimmten Formalien unterworfen werden (z.B. vorgängige Anzeige, Schriftlichkeit), geben in der Praxis immer wieder Anlass zu Debatten. So stellt sich zum Beispiel die Frage, ob es für den Unternehmer nachteilige Rechtsfolgen haben kann, wenn *der Besteller* sich nicht an den Schriftlichkeitsvorbehalt hält und mündliche Bestellungen vornimmt (und der Unternehmer diese ausführt).

[Rz 31] Wenn dagegen ein Unternehmer vertraglich verpflichtet ist, im Falle von Beststellungsänderungen des Bauherrn schriftlich anzuzeigen, dass er die Änderung als Beststellungsänderung qualifiziert, so stellt sich die Frage nach der Rechtsfolge im Unterlassungsfalle. Dies kommt im Einzelfall sehr auf die konkrete Formulierung im Vertrag und auf die Umstände an. Allgemeine Aussagen dazu sind kaum möglich. Dies illustriert gerade auch die Gegenüberstellung des Urteils 4C.57/1999 vom 15. Mai 2000, E. 3b (wo trotz des vertraglich vorbehaltenem «ordre formel» nachträgliche mündliche Vertragsänderungen angenommen wurden) mit dem Urteil 4C.385/2005 vom 31. Januar 2006 (E. 9) (wo der vertragliche Vorbehalt einer «schriftlichen Bestellung» dahingehend verstanden wurde, dass die vorbehaltlose Annahme der nicht schriftlich bestellten Leistungen nicht genüge).

[Rz 32] Möglicherweise zeigt sich hier eine gewisse Tendenz des Bundesgerichts, Formalien strenger anzuwenden als in den Vorjahren. Diese Tendenz ist auch in anderen Urteilen zum Werkvertragsrecht spürbar.

#### **Urteil 4C.232/2006 vom 4. Januar 2007: Bauleiter-Vollmacht und Vertragsänderung durch konkludentes Verhalten**

*Sachverhalt:* [Rz 33] Eine Generalunternehmung vergab im Rahmen eines Bauprojektes diverse Arbeiten an eine

Subunternehmerin. Vorgesehen war ein Pauschalpreis für die neu zu errichtenden Bauten und bezüglich der Umbauten des bestehenden Gebäudes wurde vereinbart, dass Einheitspreise gelten sollten, welche zu einem späteren Zeitpunkt zu vereinbaren sein würden. Vor Bundesgericht waren die Höhe der Einheitspreise strittig und die Vertretungsvollmacht des Ingenieurs. Ausserdem bestand eine Uneinigkeit bezüglich des vereinbarten Rabattes. Anwendbar war die SIA-Norm 118.

*Erwägungen:* [Rz 34] Bezüglich der Vollmachts-Problematik erinnerte das Bundesgericht (in E. 3.1) vorerst daran, dass eine Person, welche ohne ihren Willen vertreten wird, nach dem Vertrauensprinzip gegenüber einem Dritten als verpflichtet zu betrachtet ist, wenn sie sich gegenüber diesem Dritten in einer Weise verhalten hat, aus der dieser Dritte gutgläubig auf die Existenz eines Vertretungswillens schliessen konnte. Insbesondere ist der nicht willentlich Vertretene an seine Aussage gebunden, wenn der Adressat durch diese Aussage dazu verleitet wird, zu glauben, dass dem Vertreter eine Vollmacht erteilt worden ist und er sich auf diesen Anschein verlassen hat (BGE 120 II 197, E. 2a). Mit Bezug auf den Spezialfall der Werkverträge hält das Bundesgericht (in Anlehnung an GAUCH, Der Werkvertrag, N 278) fest, dass die Nennung der Bauleitung (an Stelle des Bauherrn) als Mitteilung einer Vollmacht im Sinne von Art. 33 Abs. 3 OR gilt. Ausserdem erhält der Unternehmer durch Art. 33 Abs. 2 der SIA-Norm 118 eine allgemeine Mitteilung, wonach die Bauleitung den Bauherrn gegenüber dem Unternehmer vertritt (soweit der Werkvertrag nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt).

[Rz 35] Im vorliegenden Fall stützte das Bundesgericht den entsprechenden Entscheid der Vorinstanz und verwies namentlich auch darauf, dass die Vorinstanz festgestellt hatte, dass die Generalunternehmung wusste, was auf der Baustelle vorging und was der Ingenieur kontrollierte und genehmigte.

[Rz 36] In Bezug auf den Rabatt berief sich die Generalunternehmerin darauf, dass man einen Satz von 7,9 % vereinbart habe. Ganz klar war dies aufgrund der Faktenlage aber offenbar nicht und während rund zwei Jahren wurden Rechnungen mit einem Rabatt von 5,9 % bezahlt. Die kantonalen Instanzen schlossen daraus, dass in Bezug auf den Satz von 5,9 % eine Vereinbarung durch konkludentes Handeln entstanden sei. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass selbst wenn ursprünglich ein Satz von 7,9 % vereinbart gewesen wäre, die Parteien anschliessend durch konkludente Handlung darauf verzichtet haben.

*Bemerkungen:* [Rz 37] In Bezug auf die Mitteilung der Vollmacht gemäss Art. 33 OR und gemäss Art. 33 Abs. 2 SIA-Norm 118 folgte der Entscheid bewährter Rechtslehre. In Bezug auf die Höhe des Rabatt-Ansatzes wurde auf der Basis der Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz entschieden. Bemerkenswert ist der Entscheid immerhin insofern, als das Bundesgericht nicht ausschliesst, dass aus der

widerspruchslosen Verwendung eines bestimmten Rabatt-Ansatzes in Zwischenrechnungen unter Umständen auf eine konkludente Änderung des ursprünglich vereinbarten Rabattansatzes geschlossen werden kann.

## 5. Mängelhaftung

### 5.1 Mängelrechte vor der Ablieferung:

#### Art. 366 OR

##### a) Urteil 4C.433/2005 vom 20. April 2006: Rücktritt analog zu Art. 366 Abs. 1 OR; «mildere Form» der Ansetzung einer Mängelbehebungsfrist nach Art. 366 Abs. 2 OR

*Sachverhalt:* [Rz 38] Bei der Erstellung von fünf Doppel-einfamilienhäusern machte die Bauherrschaft gegenüber dem Generalunternehmer geltend, die Hinterfüllung der Kellermauern sei nicht vertragsgemäss ausgeführt worden. Noch während der Bauarbeiten forderte die Bauherrschaft den Generalunternehmer auf, die vertraglich vorgesehenen Leistungen (Entwässerung/Isolation) sofort vertragskonform zu erbringen. In einem Schreiben wurde festgehalten, diese Fristansetzung gelte als «Erklärung im Sinne von Art. 107 OR». Der Generalunternehmer antwortete darauf, er werde auf den vertraglichen Fertigstellungstermin hin eine vertragsgemässe Leistung erbringen und als Teil davon auch eine Entwässerungslösung. In der Folge erklärte die Bauherrschaft den Rücktritt vom Vertrag und den Verzicht auf weitere Leistungen.

*Erwägungen:* [Rz 39] Der GU-Vertrag unterstand der SIA-Norm 118, welche in Bezug auf die Frage der vorzeitigen Beendigung des Werkvertrages indessen auf die gesetzlichen Bestimmungen verweist (Art. 183 SIA-Norm 118). Auch für die Möglichkeit des Rücktritts mit Schadloshaltung wird in Art. 184 SIA-Norm 118 auf die gesetzliche Regelung verwiesen. Der vorliegende Fall war daher nach Art. 366 und 377 OR zu beurteilen (E. 2).

[Rz 40] Zu Art. 366 OR verwies das Bundesgericht (in E. 2.1) sodann auf die Kontroverse, ob das Recht des Bestellers auf Ersatzvornahme bei drohender mangelhafter oder vertragswidriger Erstellung des Werkes gemäss Art. 366 Abs. 2 OR abschliessend ist, oder ob dem Besteller entsprechend den Regeln zum Verzug gemäss Art. 366 Abs. 1 OR auch die Möglichkeit zur Kündigung des Vertrages einzuräumen ist. Das Bundesgericht verwies dazu auf BGE 126 III 230, E. 7a/bb, S. 234 f., worin entschieden wurde, dass das Recht auf Ersatzvornahme weitere Rechtsbehelfe nicht ausschliesst und dem Besteller auch die Möglichkeit zum Rücktritt vom Vertrag gemäss Art. 366 Abs. 1 OR offen steht, wenn die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR erfüllt sind.

[Rz 41] In der Folge prüfte das Bundesgericht (in E. 2.2), ob die Voraussetzungen für die Ersatzvornahme gemäss Art. 366

Abs. 2 OR erfüllt sind und ob, bei Vorliegen dieser Voraussetzungen, in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 1 OR auch der Rücktritt vom Vertrag erklärt werden kann. Die Voraussetzungen für das Recht auf Ersatzvornahme sind nach Art. 366 Abs. 2 OR sind folgende:

[Rz 42] Es ist erforderlich, dass sich eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung des Werkes während der Ausführung bestimmt voraussehen lässt: Im vorliegenden Fall wurde aus der Korrespondenz des Generalunternehmers geschlossen, dass dieser nicht gewillt war, die Bauten mit mängelfreier und vertragskonformer Hinterfüllung und Entwässerung abzuliefern. Dies wurde insbesondere daraus entnommen, dass er auf die entsprechende Verbesserungsaufforderung hin antwortete, es sei «keine Einigung über das weitere Vorgehen hinsichtlich der Entwässerung» gefunden worden (E. 2.2.1).

[Rz 43] Vorausgesetzt ist sodann, dass dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Abhilfe angesetzt worden ist, und zwar verbunden mit der Androhung der Ersatzvornahme. Die Bauherrschaft hatte den Generalunternehmer nicht zur Mängelbehebung innert einer gewissen Frist angehalten, sondern lediglich dazu, innert Frist die Leistungsbereitschaft zu erklären. Diese Aufforderung zur Abgabe einer Erklärung der Leistungsbereitschaft wurde vom Bundesgericht als «mildere Massnahme» als das Ansetzen einer Mängelbehebungsfrist qualifiziert und als ausreichend betrachtet (E. 2.2.2). Die Bauherrschaft hatte ausserdem nicht die Ersatzvornahme angedroht, sondern mit dem Hinweis, ihr Schreiben sei als eine «Erklärung im Sinne von Art. 107 OR» zu betrachten, zum Ausdruck gebracht, dass sie bei fehlender Bereitschaft zur Mängelbehebung eine Kündigung des Vertrages in Betracht ziehen werde.

[Rz 44] Die dritte Voraussetzung ist sodann, dass sich eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung des Werkes «durch Verschulden des Unternehmers» abzeichnet. Dies war im vorliegenden Fall vor Bundesgericht unbestritten (E. 2.2.3).

[Rz 45] Zusammenfassend stellte das Bundesgericht (in E. 2.3) fest, dass der Bauherrschaft die Möglichkeit offen stand, gestützt auf Art. 366 Abs. 1 OR entschädigungsfrei vom Vertrag zurückzutreten.

*Bemerkungen:* [Rz 46] Das Urteil 4C.433/2005 bestätigt, dass ein Besteller bei Anwendungsfällen des Art. 366 Abs. 2 OR auch analog nach Art. 366 Abs. 1 OR vom Vertrag zurücktreten kann. Bezüglich der formalen Voraussetzung ist festzustellen, dass in solchen Fällen nicht eine Androhung der Ersatzvornahme, sondern *eine Androhung des Rücktritts* erforderlich ist.

[Rz 47] Für die Praxis hilfreich ist auch die bundesgerichtliche Feststellung, dass es offenbar keine Aufforderung zur Nachbesserung in einer bestimmten Frist braucht, sondern dass die Aufforderung ausreicht, in einer entsprechenden Frist

die Leistungsbereitschaft zu erklären. Dies entspricht einem praktischen Bedürfnis der Bauherrschaft, da eine solche Erklärungsfrist in der Regel wesentlich kürzer sein dürfte als eine angemessene Frist zur Mängelbehebung – was schnelle Entscheide über allfällige Ersatzvornahmen ermöglicht.

## 5.2 Der Mangelbegriff und Gewährleistung bei Arglist

### Urteil 4A\_321/2007 vom 3. Dezember 2007: Zusicherung über Eigenschaften?

*Sachverhalt:* [Rz 48] Die X SA liess ein Gebäude in Genf durch die Y SA renovieren. Vorgesehen war ein Pauschalpreis von ca. CHF 5,3 Mio. und ein Budget von CHF 500'000.00 für die Variante mit Klimatisierung. Anwendbar waren der Generalunternehmervertrag des Verbands Schweizerischer Generalunternehmer (Ausgabe 1995), welcher auf die SIA-Norm 118 verweist. Anlässlich einer Baustellensitzung machte die Bauherrschaft den Wunsch geltend, in den Schlafzimmern eine Temperatur von 16°C zu erreichen. Das Beweiserhebungsverfahren zeigte, dass die Bauherrschaft bezüglich der Temperatur von 16°C zwar einen Wunsch geäussert hatte, dass es sich diesbezüglich aber nicht um eine Weisung gehandelt habe, sondern um die blosser Äusserung eines Wunsches.

*Erwägungen:* [Rz 49] Die Bauherrschaft machte geltend, die Unternehmerin habe ihre Anzeigepflicht nach Art. 365 OR verletzt, indem sie ihr nicht mitgeteilt habe, dass eine Temperatur von 16°C in den Schlafzimmern nicht bewilligt würde. Auch habe die Unternehmerin nicht einmal mitgeteilt, dass sie bei der Bewilligungsbehörde gar kein entsprechendes Gesuch eingereicht hatte. Das Bundesgericht führte dazu Folgendes aus (E. 4.2): Nach Art. 365 Abs. 3 OR ist ein Unternehmer gehalten, den Bauherrn über sämtliche Umstände sofort zu informieren, welche die korrekte oder pünktliche Ausführung des Werkes gefährden, wobei er im Unterlassungsfalle für die Folgen dieser Tatsachen einzustehen hat. Es handelt sich um eine Konkretisierung der allgemeinen Informationspflicht. Die SIA-Norm 118 wiederholt diese Pflicht in Art. 25. Dem Wortlaut des Gesetzes ist zu entnehmen, dass die Informationspflicht sich ausschliesslich auf Tatsachen erstreckt, welche einen Werkmangel bewirken oder die Lieferung über den vereinbarten Termin hinaus verzögern. Da im vorliegenden Fall die Möglichkeit, eine Zimmertemperatur von 16°C zu erreichen, keine vertraglich geschuldete Eigenschaft war, gab es keine Verletzung der Anzeigepflicht gemäss Art. 365 Abs. 3 OR (E.4.3).

### Urteil 4P.13/2007 vom 20. April 2007: Arglist bei Mängeln

*Sachverhalt:* [Rz 50] Strittig war die Entschädigung für werkvertragliche Leistungen im Zusammenhang mit einem Anbau an ein Clubhaus. Gegen den Entscheid des Kantonsgerichts wurde staatsrechtliche Beschwerde geführt.

*Erwägungen:* [Rz 51] Das Kantonsgericht hatte festgestellt, dass man im konkreten Fall die Frage offen lassen könne, ob

ein Generalunternehmervertrag vorliege, da einzig die Frage der Verjährung bzw. Verwirkung zu klären war. Da auch der Generalunternehmervertrag ein Werkvertrag darstellt, kämen unabhängig davon, ob von einem Generalunternehmervertrag oder von einem einfachen Werkvertrag auszugehen sei, die Verjährungs- und Verwirkungsbestimmungen des Werkvertragsrechtes (Art. 370 f. OR) zur Anwendung. Die dagegen gerichtete Willkürbeschwerde wies das Bundesgericht ab, da diese rechtliche Begründung zutrifft (E. 5). Zu entscheiden hatte die kantonale Vorinstanz jedoch auch die Frage, ob der Unternehmer den Bauherrn über Mängel arglistig getäuscht habe, da diesfalls die zehnjährige Verjährungsfrist zur Anwendung gekommen wäre. Den entsprechenden Beweis, welcher dem Besteller obliegt, erachtete das Obergericht als nicht erbracht. Das Bundesgericht bestätigte, dass allein aus der Erheblichkeit der Mangelhaftigkeit nicht auf eine arglistige Täuschung geschlossen werden kann (E. 6). Gegen das gleiche Urteil wurde auch Berufung eingelegt, welche jedoch mit Urteil 4C.25/2007 vom 20. April 2007 abgewiesen wurde, insbesondere weil die Berufungsschrift den Begründungsanforderungen nicht zu genügen vermochte.

### Urteil 4A\_329/2007

#### vom 27. November 2007: Definition des Mangels

*Sachverhalt:* [Rz 52] Im angefochtenen kantonalen Entscheid ging es vorwiegend um eine Mängel-Problematik.

*Erwägungen:* [Rz 53] Aus werkvertragsrechtlicher Sicht ist die Erwägung 2 insofern von Interesse, als das Bundesgericht darin erinnerte, dass das Werk nach Art. 367 und 368 OR primär den technischen Ansprüchen und der Bestimmung entsprechen muss, zu welcher es der Bauherr bestimmt hat. Sofern die Nutzung eine übliche ist, muss das Werk zumindest den Regeln der Kunst entsprechen oder einem gleichwertigen Standard (mit Verweis auf Peter Gauch, Der Werkvertrag, N 1422).

## 5.3 Mängelrüge

### Urteil 4C.421/2006 vom 4. April 2007: Nicht bewilligungsfähiges Bauprojekt

*Sachverhalt:* [Rz 54] Drei Miteigentümer beauftragten eine Architektin mit der Erstellung von Plänen für einen Neubau. Das Projekt sollte möglichst noch vor einer geplanten Änderung der kommunalen Zonenordnung durchgebracht werden. Die Baubewilligungsbehörde wartete mit dem Entscheid indessen bis zum Tag der Publikation der neuen Zonenordnung und lehnte das Baugesuch ab. In der Folge verfolgten die Miteigentümer das Projekt nicht mehr weiter. Es kam zum Streit über die Honorarforderung der Architektin.

*Erwägungen:* [Rz 55] In E. 2.1 erinnerte das Bundesgericht an seine Rechtsprechung (BGE 119 II 40 E. 2b, S. 43), wonach ein Besteller von Architekten-Dienstleistungen nach dem Vertrauensprinzip in der Regel nicht davon ausgehen kann, dass der Planer seine Leistungen unentgeltlich



erbringt, wenn die Ausarbeitung eines Bauprojektes einen gewissen Umfang erreicht. Diese Vermutung ist indessen widerlegbar.

[Rz 56] In E. 5.2 führt das Bundesgericht aus, dass es zu den vorausgesetzten Eigenschaften eines Bauprojektes gehört, dass es bewilligungsfähig ist (mit Verweis auf GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 1422, S. 395). Dies bedeutet aber nicht, dass in jedem Fall ein Mangel vorliegt, wenn die Baubewilligung verweigert wird. Im vorliegenden Fall hatten die Besteller nach der Nicht-Erteilung der Baubewilligung gegenüber der Architektin in keiner Weise geltend gemacht, dass sie ihre Leistungen beanstanden oder ihr Honorar mindern wollen. Das Bundesgericht ging daher davon aus, dass sie damit ihrer Obliegenheit, rechtzeitig Mängelrüge zu erheben, nicht nachgekommen sind und sich daher nicht mehr auf die erst im nachhinein gegen die Bezahlung des Honorars eingewendete Mangelhaftigkeit berufen konnten (E. 5.2).

[Rz 57] Bemerkungen: Der Entscheid entspricht der Rechtsprechung zur Mängelrügepflicht des Bestellers. Zugleich illustriert er die Härte dieser Rechtsprechung: Die Architektin wusste, dass ihr Baugesuch gescheitert war, d.h. sie war über den «Mangel» informiert (wobei im vorliegenden Fall aber wohl ohnehin kein Mangel im Rechtssinne vorlag, weil die Besteller angesichts der ändernden Zonenpläne sozusagen ein risikobehaftetes Bauprojekt bestellt hatten). Es wäre also eigentlich naheliegend, in dieser Situation zu argumentieren, eine Mängelrüge habe sich erübrigt, weil die Architektin sowieso bereits vom «Mangel» Kenntnis hatte. Allerdings: Das in Art. 367 Abs. 1 OR erwähnte blosse «In-Kennntnis-Setzen» reicht für eine Mängelrüge nicht aus, denn eine Mängelrüge muss zudem zum Ausdruck bringen, dass der Besteller das Werk nicht als vertragsgemäss anerkennt und den Unternehmer haftbar machen will (BGE 4C.231/2004, E. 2.1; BGE 4C.258/2001, E. 3.1). Im vorliegenden Fall wurde dies eben nicht rechtzeitig zum Ausdruck gebracht.

#### **Urteil 4C.125/2005 vom 2. Juni 2006 (Adressat der Mängelrüge und fehlende Gerichtsnotorietät der SIA-Norm 118 im Kanton Waadt)**

*Sachverhalt:* [Rz 58] Ein Ehepaar hatte mit einem Architekten einen Architektenvertrag abgeschlossen. In Vertretung des Ehepaars schloss der Architekt sodann einen Werkvertrag mit einem Unternehmer ab betreffend die Sanitärinstalltionen und die Heizung. Der Vertrag sah vor, dass die SIA-Normen anwendbar seien. In der Folge kam es zum Rechtsstreit: Der Unternehmer machte Werklohn geltend und das Ehepaar behauptete Mängel.

*Erwägungen:* [Rz 59] Vor Bundesgericht ging es insbesondere um die Mängelrüge. Problematisch war, dass das Ehepaar die Mängel zuerst gegenüber dem Architekten gerügt hatte (am 16. November 1987). Erst am 4. Februar 1988 wurde auch gegenüber dem Unternehmer Mängelrüge erhoben. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass eine Mängelrüge

entweder gegenüber dem Unternehmer selbst oder gegenüber einem vom Unternehmer entsprechend bevollmächtigten Dritten zu erfolgen hat (E. 3.1) (mit Verweis auf GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2145). Der Bauherr kann gegenüber dem Unternehmer namentlich nicht darauf berufen, das Unterlassen der Mängelrüge gegenüber dem Unternehmer beruhe auf einer Fahrlässigkeit seines Vertreters, insbesondere seines Architekten (E. 3.1) (mit Verweis auf GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2106). Die Mängelrüge vom 16. November 1987 gegenüber dem Architekten konnte daher nicht als gültige Mängelrüge gegenüber dem Unternehmer angesehen werden. Es stellte sich in der Folge die Frage, ob die zweite Mängelrüge vom 4. Februar 1988 (welche an den Unternehmer adressiert war) noch rechtzeitig erfolgt war. Dies wurde verneint, weil Mängel «sofort nach der Entdeckung» gerügt werden müssen (E. 3.1). Weil (was unbestritten war) die Geltung der SIA-Normen vereinbart wurde, wollte sich das Ehepaar hier auf die zweijährige Rügefrist (Garantiefrist) von Art. 172 SIA-Norm 118 berufen. Dies scheiterte indessen daran, dass der Inhalt der SIA-Norm 118 im kantonalen Verfahren nicht in zivilprozessual korrekter Weise bewiesen worden war (E. 3.3). Es blieb daher bei der gesetzlichen Pflicht zur Sofortrüge, welche nicht eingehalten war.

*Bemerkungen:* [Rz 60] Das vorinstanzliche Urteil war auch Gegenstand einer staatsrechtlichen Beschwerde, wobei es namentlich auch darum ging, dass die Vorinstanz den Inhalt der SIA-Norm als nicht nachgewiesen annahm. Im entsprechenden Urteil 4P.47/2006 vom 2. Juni 2006 entschied das Bundesgericht, dass damit weder das Willkürverbot noch das Verbot des exzessiven Formalismus verletzt worden sei. Der Entscheid steht in einem gewissen Kontrast zum Urteil 4P.209/2001 vom 4. Dezember 2001 (E. 3), wo das Bundesgericht befand, es sei nicht willkürlich, den gesamten Inhalt der SIA-Norm 118 als gerichtsnotorisch zu betrachten, wie das in jenem Fall die Gerichte Graubündens getan hatten.

[Rz 61] Die Urteile 4C.125/2005 und 4P.47/2006 des Bundesgerichtes sind für uns in diesem Punkt widersprüchlich: Für das Bundesgericht müsste eigentlich aufgrund seiner eigenen Rechtsprechung notorisch sein, dass während der zweijährigen Garantiefrist Mängel gemäss Art. 173 SIA-Norm 118 jederzeit gerügt werden können (Urteil 4C.258/2001 vom 5. September 2002, E. 2.2). Es hat also aus Zurückhaltung gegenüber dem kantonalen Prozessrecht des Kantons Waadt ein Urteil bestätigt, das in diesem Punkt materiell offensichtlich falsch ist.

#### **Urteil 4A\_37/2007 vom 12. Juli 2007: Mängelrüge gem. SIA-Norm 118**

*Sachverhalt:* [Rz 62] Im angefochtenen Entscheid ging es um eine Mängel-Problematik.

*Erwägungen:* [Rz 63] Neben Fragen zu anderen Rechtsthemen (z.B. willkürliche Beweismündigung) machte das Bundesgericht (in E. 6) einige Ausführungen zur SIA Norm 118, namentlich die folgenden: Nach SIA Norm 118 haftet der

Unternehmer für versteckte Mängel, welche der Bauherr erst nach Ablauf der zweijährigen Garantiefrist entdeckt, vorausgesetzt, dass der Bauherr ihm diese sogleich nach der Entdeckung anzeigt (Art. 179 i.V.m. Art. 172 SIA 118). Der Bauherr muss dagegen nach Art. 173 SIA 118 die gesetzliche Pflicht zur sofortigen Mängelrüge nicht einhalten, solange er innerhalb der dort vorgesehenen Zweijahresfrist handelt. Nach der Rechtsprechung genügt eine Mängelrüge der gesetzlichen oder vertraglichen Voraussetzung der Sofortigkeit, wenn sie innert zwei oder drei Tagen nach der Entdeckung gemacht wird (mit Verweis auf BGE 98 II 191 E. 4; BGE 76 II 221 E. 3). Dagegen sind Mängelrügen, welche 17 oder 20 Tage nach der Entdeckung des Mangels mitgeteilt werden, verspätet (BGE 118 II 142 E. 3b; BGE 107 II 172 E. 1c).

#### **Urteil 4A\_258/2007 vom 18. Oktober 2007: Rügefristen nach der SIA-Norm 118; Beweis- und Substantiierungslast für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge**

*Sachverhalt:* [Rz 64] Streitgegenstand waren Mängel, welche in einem Einfamilienhaus aufgetreten waren. Dieses Einfamilienhaus war auf der Basis eines Werkvertrages zwischen dem Bauherrn und dem Unternehmer erstellt worden, wobei der Werkvertrag vorsah, dass «die üblichen Garantien gemäss den Normalien der SIA» gelten sollten. Innerhalb der zweijährigen Garantiefrist nach Art. 172 SIA-Norm 118 wurden diverse Mängel festgestellt.

*Erwägungen:* [Rz 65] Das Bundesgericht stellte (in E. 2) fest, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen war, dass durch die Vereinbarung der «üblichen Garantien gemäss den Normalien der SIA» die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 vereinbart war. Zu den Garantien führte das Bundesgericht sodann Folgendes aus: «Die SIA-Norm 118 unterscheidet zwischen zwei Kategorien von Mängeln. Einerseits können Mängel, die während der zweijährigen Garantiefrist entdeckt werden, durch den Bauherrn jederzeit gerügt werden (Art. 172 [jederzeitige Rügemöglichkeit innerhalb der Garantiefrist]); wenn während der Garantiefrist Mängel behoben werden, beginnt mit dem Tag der Abnahme in Bezug auf den instand gestellten Teil eine neue zweijährige Garantiefrist (Art. 176 Abs. 2). Andererseits gelten Mängel, die erst nach Ablauf der zweijährigen Garantiefrist entdeckt werden, als verdeckte Mängel (Art. 179 Abs. 1), welche sofort nach ihrer Entdeckung zu rügen sind (Art. 179 Abs. 2 [sofortige Rügepflicht bei der Entdeckung von versteckten Mängeln]).»

[Rz 66] Der Besteller machte im Verfahren geltend, der Unternehmer habe die angeblich verspätete Mängelrüge nicht substantiiert behauptet. Das Bundesgericht hielt dem entgegen, der Unternehmer habe in der Klageantwort bestritten, «dass der [Beschwerdeführer] rechtzeitig substantiierte Mängelrüge erhoben [habe]». Das Bundesgericht hält dazu fest, der Unternehmer habe die ihm obliegende Behauptung, der Besteller habe die Mängelrüge verspätet erhoben, damit rechtsgenügend vorgetragen. Einer «Substantiierung» dieser Bestreitung durch die Behauptung eines bestimmten

Zeitpunktes der Entdeckung des Mangels bedarf es nicht, da dem Unternehmer entsprechendes Wissen fehlt – im Gegensatz zum Besteller selbst.

[Rz 67] Unter E. 3.2 hielt das Bundesgericht sodann fest, dass es angesichts der Bestreitung der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge durch den Unternehmer, Sache des Bestellers gewesen wäre, genau darzulegen, «ob die geltend gemachten Mängel die 1999 instandgestellten Werkteile (jederzeitige Rüge innerhalb der zweijährigen Garantiefrist [Art. 176 in Verbindung mit Art. 173]) oder Werkteile mit abgelaufener Garantie (Erfordernis der sofortigen Rüge nach Entdeckung des verdeckten Mangels [179]) betreffen.» Der Besteller hatte dies im konkreten Fall nicht genau genug dargelegt.

[Rz 68] Da der Bauherr nicht nachgewiesen hatte, ob es sich beim behaupteten Mangel um ursprüngliche oder später im Rahmen von Garantiearbeiten instandgestellte Werkteile handelte, war in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die behaupteten Mängel rechtzeitig – d.h. sofort nach der Entdeckung (Art. 179 Abs. 2 SIA Norm 118) – gerügt wurden. Die Vorinstanz hatte dazu festgestellt, dass der Besteller nicht ausgeführt habe, «wo und wann welche Risse einen erkennbaren Schaden dargestellt hätten und ob diese Voraussetzungen in allen Bereichen des Hauses gleichzeitig eingetreten seien». Der Besteller berief sich sodann darauf, der Unternehmer habe mit zwei Schreiben an Subunternehmer das Vorliegen verdeckter Mängel anerkannt. Das Bundesgericht hielt dazu allerdings fest, dass aus den entsprechenden Schreiben nicht hervorgeht, wann diese angeblich verdeckten Mängel entdeckt und ob sie im Anschluss daran sofort im Sinn von Art. 179 Abs. 2 SIA-Norm 118 gerügt wurden. Ausserdem stützte das Bundesgericht die Deutung der Vorinstanz, wonach der Unternehmer damit keine Haftung übernommen habe, denn sein Schreiben liess die Deutung zu, dass er damit bloss die Behauptung der Mängel durch den Bauherrn an die Subunternehmer weitergeleitet habe.

*Bemerkungen:* [Rz 69] Das Urteil des Bundesgerichtes ist unter mehreren Aspekten von Interesse:

- In E. 2 fasste das Bundesgericht den Inhalt der Bestimmungen der SIA-Norm 118 zur Garantiefrist zusammen. Nachdem es nun also eine entsprechende Zusammenfassung in einem höchstrichterlichen Entscheid gibt, darf bezweifelt werden, dass ein Gericht diesen Inhalt wegen fehlendem Nachweis des Inhaltes der SIA-Norm 118 im kantonalen Verfahren noch ignorieren könnte (wie dies in der Urteilen 4P.47/2006 und 4C.125/2005 vom 2. Juni 2006 geschah).
- In Bezug auf die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge im Zusammenhang mit den Bestimmungen zur Garantiefrist gemäss SIA-Norm 118 gibt der Entscheid sozusagen eine «Checkliste» all jener Punkte vor, welche im Verfahren durch den Besteller zu behaupten (und zu beweisen) sind. Andererseits wurde in E. 3.1

klargestellt, dass eine Bestreitung der Rechtzeitigkeit durch den Unternehmer genügt und dass diese Bestreitung nicht weiter substantiiert werden muss.

- Schliesslich weisen die Erwägungen in E. 3.3. darauf hin, dass die blosser «Weitergabe» einer Mängelrüge vom Unternehmen an die Subunternehmer nicht als Haftungsübernahme zu deuten ist.

#### **Urteil 4A\_336/2007 vom 31. Oktober 2007: Mängelrüge**

*Sachverhalt:* [Rz 70] Eine auf die Herstellung von Hydraulikschläuchen spezialisierte Unternehmung konfektionierte Schläuche auf vom Besteller vorgegebene Längenmasse und versah sie mit bestimmten Armaturen. In der Folge kam es zu einer Klage auf Bezahlung eines Teils der Werklohnforderung. Vor Bundesgericht ging es dann insbesondere um das Thema der Rechtzeitigkeit einer Mängelrüge.

*Erwägungen:* [Rz 71] Die Bestellerin machte geltend, die Vorinstanz habe die Mängelrüge betreffend die Schläuche in den nach Japan gelieferten Maschinen zu Unrecht als verspätet angesehen, zumal es sich bei der Ursachenermittlung des Mangels um einen Prozess handle, der eine gewisse Zeit in Anspruch nehme. Unter E. 4.4 führte das Bundesgericht zu diesem Thema aus, dass es eine siebentägige Rügefrist für angemessen halte (mit Verweis auf Urteil 4C.82/2004 vom 3. Mai 2004, E. 2.3). In der Doktrin sei von einer üblichen Rügefrist von 7 bis 10 Tagen die Rede (mit Verweis auf ZINDEL/PULVER, Basler Kommentar, N 16 zu Art. 370 OR) und es werde für eine eher grosszügige Handhabung plädiert (Verweis auf PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996, Rz 2081). Der Vorinstanz könne keine Verletzung von Bundesrecht vorgeworfen werden, wenn sie – bei Abstellen auf den spätesten Zeitpunkt der Entdeckung – eine Frist von 14 Tagen nicht genügen liess, zumal die Art des Mangels (Undichtigkeit der Schläuche) relativ einfach feststellbar war und die Bestellerin keine besonderen Umstände dargetan habe, die ein längeres Zuwarten hätte rechtfertigen können.

*Bemerkungen:* [Rz 72] Damit hat das Bundesgericht – zum dritten Mal im Jahre 2007 (vgl. Urteil 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007, E. 4.2.2 und BGE 4A\_51/2007 vom 11. September 2007, E. 4.5) – seine Festlegung auf eine siebentägige Rügefrist bestätigt. Zugleich wurde angedeutet, dass es allenfalls «besondere Umstände» geben könnte, welche eine etwas längere Rügefrist rechtfertigen könnten. Es wurde nicht ausgeführt, worin diese «besonderen Umstände» bestehen könnten.

## **5.4 Nachbesserung und Ersatzvornahme**

### **a) Urteil 4C.91/2006 vom 29. Mai 2006: Vereinbarter Vorrang des Nachbesserungsrechts**

*Sachverhalt:* [Rz 73] Im Rahmen der Renovation eines Schulhauses schloss ein Unternehmer vier Werkverträge über verschiedene Schreiner-, Parkettleger-, und Zimmerarbeiten ab. Diese Verträge unterstanden der SIA-Norm 118.

Der Unternehmer stellte seine Arbeiten ein und machte diesbezüglich Zahlungsrückstände der Bauherrschaft geltend. Schliesslich teilte er mit, er trete im Sinne von Art. 190 der SIA-Norm 118 vom Vertrag zurück. In der Rücktrittserklärung erklärte er, er sei «jederzeit bereit, die angefallenen Arbeiten fertigzustellen, und allenfalls Verbesserungen und Nachbesserungen unter Berücksichtigung beidseitiger Entgegenkommen und Preisabsprachen» vorzunehmen. Der Architekt erklärte namens der Bauherrschaft das Einverständnis mit dem Vertragsrücktritt. Der Unternehmer klagte daraufhin auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts und auf Vergütung der erbrachten Leistungen sowie den Ersatz entgangenen Gewinns. Die Bauherrschaft brachte die Kosten der erfolgten Ersatzvornahme zur Verrechnung.

*Erwägungen:* [Rz 74] Bezüglich der zur Verrechnung gebrauchten Kosten der Ersatzvornahme führte das Bundesgericht aus, dass die Bauherrschaft nach Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 zunächst einzig das Recht gehabt hätte, vom Unternehmer die Beseitigung der Mängel innert angemessener Frist zu verlangen (E. 2). Die Vorinstanz ging (in für das Bundesgericht verbindlicher Würdigung des Sachverhaltes) davon aus, dass die Bauherrschaft dem Unternehmer keine Frist zur Nachbesserung angesetzt habe bzw. sein Angebot zur Nachbesserung zu Unrecht zurückgewiesen habe. Angesichts der Tatsache, dass der Unternehmer in seinem Rücktrittsschreiben ausdrücklich seine Bereitschaft für allfällige «Verbesserungen und Nachbesserungen» ausgedrückt hatte, liess sich auch nicht argumentieren, dass eine Fristansetzung zur Behebung der Mängel ohne ungerechtfertigte Bedingungen nutzlos gewesen wäre. Daher konnte die Bauherrschaft die geltend gemachten Kosten der Ersatzvornahme nicht auf den Kläger überwälzen (E. 3).

### **b) Urteil 4C.77/2006 des Bundesgerichtes vom 25. Juli 2006: Vereinbarter Vorrang des Nachbesserungsrechts**

*Sachverhalt:* [Rz 75] Ein Unternehmen hatte einen Belag für eine Leichtathletikpiste erstellt. Der Werkvertrag enthielt eine Klausel, welche von den Gerichten dahingehend interpretiert wurde, dass sich die Mängelrechte auf die Nachbesserung beschränken. Der Belag war mangelhaft. Der Besteller liess das gerichtlich feststellen und schrieb dann die Nachbesserungsarbeiten aus. Der Unternehmer teilte mit, dass das in dieser Ausschreibung vorgesehene Material nicht dem ursprünglichen Material entspreche. Der Besteller schloss einen Vertrag mit einem Ersatzunternehmer und liess den Belag erneuern. Der Besteller wandte sich sodann an den ursprünglichen Unternehmer und verlangte von diesem die Bezahlung der Rechnung des Ersatzunternehmers.

*Erwägungen:* [Rz 76] Das Bundesgericht hielt fest, es sei zulässig, die Mängelrechte vertraglich dahingehend einzuschränken, dass der Besteller nur das Recht auf Nachbesserung hat. Wenn der Besteller in einem solchen Fall einen Ersatzunternehmer bezieht, ohne den Unternehmer

zur Nachbesserung aufzufordern, so verbleiben ihm keine Rechte gegenüber dem Unternehmer (E. 3).

[Rz 77] Der Besteller behauptete, der Unternehmer habe sich als unfähig erwiesen, die Nachbesserung vorzunehmen. Dazu hatte die Vorinstanz aber festgestellt, dass die Ausbesserung des Belages durch den Unternehmer im Rahmen des Unterhalts erfolgt war und eben nicht als (missratene) Nachbesserung verstanden werden konnte (welche es allenfalls erlaubt hätte, auf eine Unfähigkeit des Unternehmers zu schliessen (E. 4)).

[Rz 78] Auch die Tatsache, dass der Unternehmer selber kein Nachbesserungsangebot für die Sanierungsarbeiten eingereicht hatte, gereichte ihm nicht zum Nachteil, denn die neue Piste sollte in einer grundsätzlich anderen Technik ausgeführt werden. Bei der Einladung zur Offertstellung ging es also nicht um eine eigentliche Nachbesserung, sondern um ein gänzlich anderes Werk, so dass der Unternehmer nicht gehalten war, *diese* Art der «Nachbesserung» anzubieten (E. 4).

#### **Urteil 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007: Mängelhaftung und Mängelrüge**

*Sachverhalt:* [Rz 79] Im Frühling 1994 schloss der Besteller mit einer Unternehmerin einen Werkvertrag ab betreffend diverser Arbeiten im Aussenbereich einer Liegenschaft des Bestellers. Es ging dabei namentlich um eine Terrasse, um ein Mäuerchen und um eine Aussentreppe. Für die Ausführung wählte der Besteller Stein aus Yonne, den er anlässlich einer Gartenmesse gesehen hatte. Der Stein wird in der Schweiz wenig verwendet und ist insbesondere auch preislich attraktiv. Die Unternehmerin hat in der Folge beim Steinlieferanten entsprechende Steine bestellt. Die Unternehmerin hat dabei beim Lieferanten nicht um Rat betreffend den Gebrauch der Steine nachgesucht und sie hat, entsprechend, den Besteller betreffend der Frostresistenz dieser Steine nicht abgemahnt. Die Arbeiten wurden im Herbst 1994 abgeschlossen und der Besteller hat dabei keinerlei Kritik am Werk geäussert. Im Winter 1994/1995 sind einige Steine gerissen und die Unternehmerin hat die entsprechenden Steine im Verlaufe des Jahres 1995 ausgetauscht. Während der drei folgenden Winter gab es keine Vorkommnisse dieser Art. Im Frühling 1999 waren sämtliche Steine der Liegenschaft des Bestellers gänzlich zerbrochen und zu Kies verfallen. Grund dafür waren die meteorologischen Verhältnisse im Winter 1998/1999. Im März 1999 nahm der Besteller sodann Kontakt mit der Unternehmerin auf und diese erklärte ihm, andere Kunden hätten ähnliche Probleme mit entsprechenden Steinen geltend gemacht. Es folgten Briefwechsel und anschliessend ein Gerichtsverfahren, wobei die beklagte Unternehmerin gegenüber dem Steinlieferanten eine Gewährleistungsklage gemäss Waadtländer Zivilprozessordnung erhob.

*Erwägungen:* [Rz 80] Vorab wies das Bundesgericht darauf hin, dass der Unternehmer für die Mängel haftet, welche durch den verwendeten Stoff verursacht wurden (E. 3.1). Bezüglich

der vorausgesetzten Eigenschaften wies das Bundesgericht sodann darauf hin, dass der Besteller erwarten kann, dass der verwendete Stoff zumindest mittlerer Qualität entspricht (vgl. Art. 71 Abs. 2 OR) und dass das Werk grundsätzlich den technischen Anforderungen und dem Zweck zu entsprechen hat, zu welchem es der Besteller bestimmt hat. Sofern dieser das Werk einem anderen Zweck widmen will als dies üblich ist, muss er den Unternehmer darauf hinweisen. Dagegen trifft ihn keine Aufklärungspflicht, wenn der beabsichtigte Gebrauch üblich ist; das Werk muss in diesem Fall zumindest den Regeln der Kunst entsprechen oder einem vergleichbaren Standard (E. 3.1).

[Rz 81] In Bezug auf den konkreten Fall verwies das Bundesgericht darauf, dass der Experte zum Schluss kam, dass das vereinbarte Werk grundsätzlich ohne Probleme während 100 Jahren halten sollte. Nach den Feststellungen der Vorinstanz zerbrachen die verwendeten Steine weniger als fünf Jahre nach der Ausführung, und zwar derart, dass sie zu Kies wurden (E. 3.2). Daraus schloss das Bundesgericht, dass das Werk mangelhaft war, wobei der Mangel nicht nur im Vorhandensein völlig gespaltener Steine, sondern auch in einer deutlich reduzierten Lebenserwartung bestand. Die Unternehmerin konnte sich auch nicht auf die von ihr behauptete Unvorhersehbarkeit und Aussergewöhnlichkeit der meteorologischen Verhältnisse im Winter 1998/1999 berufen, da von der Vorinstanz gutachterlich festgestellt worden war, dass die Steine generell dem natürlichen Zyklus von Gefrieren und Tauen nicht genügend widerstanden und dass diese klimatischen Bedingungen am Ort der Ausführung des Werkes (Genferseegebiet) nichts Aussergewöhnliches darstellen.

[Rz 82] Im Übrigen machte die Unternehmerin geltend, der Besteller habe das Werk im Sinne von Art. 370 Abs. 2 OR und Art. 367 Abs. 1 OR genehmigt. Namentlich macht er geltend, der Besteller habe im Winter 1994/1995 Abplatzungen bemerkt und er habe sich damals mit dem Ersatz dieser Steine durch andere gleicher Art begnügt und er habe damit den Charakter dieser Steine genehmigt. Ausserdem wurde geltend gemacht, dass die Mängelrüge nicht rechtzeitig erfolgt sei (E. 4).

[Rz 83] Das Bundesgericht führte dazu aus, dass die Annahme eines Werkes eine Willenserklärung des Bestellers sei, mit welcher dieser gegenüber dem Unternehmer zum Ausdruck bringt, dass er das Werk als vertragsgemäss ausgeführt betrachte und auf die Geltendmachung von Mängelrechten verzichte (mit Verweis auf den Entscheid 4C.149/1995 vom 5. Dezember 1995, E. 6a, in SJ 1996, S. 353). Ein Mangel gilt als entdeckt, sobald der Besteller dessen Existenz mit Sicherheit feststellen kann, und zwar derart, dass er in der Lage ist, eine hinreichend begründete Mängelrüge zu formulieren. Dazu reicht es noch nicht aus, dass sich die ersten Anzeichen eines Mangels zeigen, welcher sich bezüglich seines Umfangs oder seiner Schwere noch entwickelt. Entdeckt ist der Mangel, erst wenn der Besteller sich bewusst wird oder sich nach Treu und Glauben hätte bewusst werden müssen,

dass dieser Mangel eine Nichterfüllung des Vertrages bedeutet (mit Verweis auf BGE 131 III 145, E. 7.2 betreffend den Kaufvertrag; Urteil 4C.149/1995 vom 5. Dezember 1995, E. 6a). Ein versteckter Mangel liegt namentlich auch dann vor, wenn ein Werk sich schneller abnutzt, als es gemäss Vertrag sollte (mit Verweis auf Urteil 4C.347/2005 vom 13. Februar 2006, E. 2; CHAIX, Commentaire Romand, N 6 Art. 370 CO). Für den vorliegenden Fall kam das Bundesgericht in Anwendung dieser Grundsätze zum Schluss, dass ein versteckter Mangel im Sinne von Art. 370 Abs. 3 OR vorlag. In der Folge stellte sich die Frage, ob der Mangel rechtzeitig nach seiner Entdeckung gerügt worden war. Dazu führte das Bundesgericht aus, dass nach Art. 367 Abs. 1 OR ein Mangel zwar nur angezeigt («signalé») werden muss, doch dass diese Anzeige nicht ausreicht, weil es zusätzlich einer Willenserklärung des Bestellers bedürfe, wonach dieser den Unternehmer für den Mangel verantwortlich macht (Rügepflicht). Ausserdem bedarf es einer gewissen Genauigkeit bei der Beschreibung des Mangels und allgemein gehaltene Erklärungen sind daher ungenügend (mit Verweis auf Urteil 4C.76/1991 vom 10. Juli 1991, E. 1a). Als Partei ohne technische Erfahrung hat der Besteller sich dabei nicht über die Ursache des von ihm angezeigten Mangels zu äussern und er braucht sich auch weder einer juristischen noch einer technischen Terminologie zu bedienen. Massgebend ist lediglich, dass der Unternehmer ohne weiteres verstehen kann, dass sich der Besteller gestützt auf eine Mängelhaftung gegen ihn wendet (mit Verweis auf CHAIX, Commentaire Romand, N 27 Art. 367 OR; GAUCH, Der Werkvertrag, N 2129 ff.; ZINDEL/PULVER, Basler Kommentar, N 17 Art. 367 OR). Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Mitteilung eines Mangels impliziert, dass der Besteller den Unternehmer dafür verantwortlich macht; anders verhält es sich indessen bei Vorliegen besonderer Umstände, namentlich wenn der Besteller Mängel geltend macht mit dem ausschliesslichen Zweck, den Unternehmer zu warnen (mit Verweis auf CHAIX, Commentaire Romand, N 26 Art. 367; GAUCH, Der Werkvertrag, N 2134). Die Mängelrüge ist nicht an eine bestimmte Form gebunden und sie kann grundsätzlich sogar stillschweigend erfolgen, zum Beispiel, wenn der Besteller gestützt auf einen bestimmten Mangel zugleich seine Mängelrechte nach Art. 368 OR ausübt (mit Verweis auf CHAIX, Commentaire Romand, N 26 Art. 367 OR; GAUCH, Der Werkvertrag, N 2134) (E. 4.2.1).

[Rz 84] In Erwägung 4.2.2 führt das Bundesgericht sodann aus, dass die Pflicht zur sofortigen Mängelrüge im Interesse des Unternehmers besteht, welcher möglichst schnell wissen soll, ob das Werk genehmigt wird oder nicht (mit Verweis auf Urteil 4C.364/1987 vom 1. Dezember 1987, E. 3a, in SJ 1988, S. 284). Allerdings ist dem Besteller eine kurze Bedenkfrist einzuräumen, in der er seinen Entscheid fällen und dem Unternehmer mitteilen soll (mit Verweis auf Urteil 4C.205/2005 vom 17. November 2003, E. 3.2 betreffend den Kaufvertrag; CHAIX, Commentaire Romand, N 16 Art. 370 OR; GAUCH, Der Werkvertrag, N 2180). Das Bundesgericht verwies sodann

auf seine Rechtsprechung, wonach eine Mängelrüge innert zwei oder drei Tagen nach der Entdeckung des Mangels den gesetzlichen Anforderungen an die Sofortigkeit genügt (mit Verweis auf BGE 98 II 191, E. 4; BGE 76 II 221, E. 3). Im äussersten Fall als genügend betrachtet wurde auch eine Mängelrüge innert sieben Tagen nach der Entdeckung des Mangels (Urteil 4C.82/2004 vom 3. Mai 2004, E. 2.3 mit Verweisen). Dagegen wurden Mängelrügen nach 17 oder nach 20 Tagen nach der Entdeckung des Mangels als verspätet betrachtet (BGE 118 II 142, E. 3b; Urteil 4C.205/2003 vom 17. November 2003, E. 3.3.1). Das Bundesgericht setzte sich sodann mit der in der Rechtslehre geäusserten Kritik an diesen kurzen Mängelrügefristen auseinander und hielt dazu fest, dass die Rechtsprechung dieser Kritik Rechnung trage, indem sie in Bezug auf die Anforderungen an die Mängelrügepflicht auf der Notwendigkeit besteht, die besonderen Umstände jeder Situation zu beachten (BGE 131 III 245, E. 7.2) (E. 4.2.2).

[Rz 85] Das Bundesgericht führte (in der Erwägung 4.2.3) weiter aus, dass sich der Unternehmer im Falle der Geltendmachung von Mängelrechten durch den Besteller auf den Standpunkt stellen kann, dass der Besteller das Werk trotz der Mängel genehmigt habe. In einer solchen Situation sei es dann Sache des Bestellers, zu beweisen, dass er Mängelrüge erhoben hat und zwar rechtzeitig (BGE 118 II 142, E. 3a). Ob dies zutrifft, ist eine Frage der Einschätzung der Fakten, welche durch die kantonale Gerichtsbarkeit vorgenommen wird und welche vom Bundesgericht im Rahmen des Berufungsverfahrens nicht überprüft wird (mit Verweis auf Urteil 4C.93/1992 vom 20. Juli 1992, E. 2a, in SJ 1993, S. 262). Das Bundesgericht ging im Folgenden (in E. 4.3) gestützt auf die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz davon aus, dass die Mängelrüge rechtzeitig erhoben wurde.

[Rz 86] Weiter machte die Unternehmerin gestützt auf Art. 368 Abs. 2 OR geltend, die Nachbesserung des Werkes sei unverhältnismässig – namentlich im Verhältnis zu den Herstellungskosten. Das Bundesgericht führte dazu unter E. 5.1 aus, dass die Frage, ob eine Nachbesserung übermässige Kosten verursacht (entsprechend Art. 368 Abs. 2 OR), unter das richterliche Ermessen fällt, wobei das mathematische Verhältnis zwischen dem Preis des Werkes und den Kosten der Nachbesserung – vorbehältlich extremer Situationen – nicht relevant ist (mit Verweis auf BGE 111 II 173, E. 5). Eine extreme Situation liege allerdings vor, wenn die Kosten der Nachbesserung beispielsweise doppelt so hoch seien wie die Kosten des Werkes (mit Verweis auf BÜHLER, Zürcher Kommentar, N 146 Art. 368 OR). Das Bundesgericht stellte in der Folge gestützt auf die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz fest, dass die Kosten der Nachbesserung ungefähr die Hälfte des Werkpreises betragen und dass die Schäden erheblich waren und eine weitere Verschlechterung in der Zukunft zu erwarten war. Deshalb wurde davon ausgegangen, dass die Nachbesserungskosten nicht unverhältnismässig seien (E. 5.2 und 5.3).

[Rz 87] Die Unternehmerin rügte sodann, dass die Vorinstanz zu Unrecht nicht beachtet habe, dass der Besteller die Eigenschaften des von ihm gewählten Steins hätte kennen sollen, namentlich die mangelnde Frostbeständigkeit. Insbesondere hätte gewichtet werden sollen, dass die Unternehmerin kein Verschulden trug. Das Bundesgericht führte dazu unter Erwägung 6.1 aus, dass der Besteller, welcher das Nachbesserungsrecht wählt, dem Unternehmer eine Nachbesserungsfrist ansetzen kann, wobei eine solche Nachfrist nicht erforderlich ist, wenn sich von Anfang an ergibt, dass der Unternehmer die Nachbesserung nicht ausführen wird, sei es, weil er dies verweigert oder weil er dazu nicht in der Lage ist. In diesen Fällen kann der Besteller entsprechend Art. 366 Abs. 2 OR vorgehen (BGE 107 II 50, E. 3). Er kann sodann zwischen den Möglichkeiten wählen, welche ihm Art. 107 Abs. 2 OR einräumt, also namentlich auch von seinem Recht Gebrauch machen, auf die Leistung (d.h. auf die Nachbesserung) zu verzichten und das positive Vertragsinteresse geltend zu machen. Diese Schadenersatzpflicht, welche an die Stelle der Nachbesserungspflicht tritt, setzt allerdings voraus, dass dem Unternehmer oder seiner Hilfsperson ein Verschulden vorzuwerfen ist (mit Verweis auf GAUCH, Der Werkvertrag, N 1796 und 1832; KOLLER, Berner Kommentar, N 544 und 627, Art. 366 OR). Das Bundesgericht stellte anschliessend gestützt auf die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz in Erwägung 6.2 fest, dass der Besteller entsprechend vorgegangen war. Das Bundesgericht verwies darauf, dass die Schadenersatzforderung im konkreten Fall nicht auf den Ersatz eines Mangelfolgeschadens abzielt, sondern die Nachbesserungspflicht ersetzt und das Bundesgericht argumentierte diesbezüglich dann wie folgt: «Or, l'entrepreneur est débiteur d'une obligation de résultat, ce qui se traduit – pour l'exercice des droits formateurs du maître – par un système de responsabilité largement causal» (mit Verweis auf CHAIX, Commentaire Romand, N 8 Art. 363 OR und N 1 Art. 368 OR). Das Bundesgericht schloss daraus, dass die Schadenersatzklage, soweit sie sich auf die Nachbesserungskosten bezog, kein Verschulden der Unternehmerin voraussetzt und dass es genügt, dass diese für die Lieferung eines mangelhaften Werkes objektiv verantwortlich war. Die Schuldensfrage käme – so das Bundesgericht – erst ins Spiel, wenn eine Schadenersatzforderung gestellt würde, welche die Nachbesserungskosten übersteigen würde (E. 6.2).

[Rz 88] In Erwägung 7 hatte sich das Bundesgericht zudem mit der Gewährleistungsklage der Unternehmerin gegenüber dem Steinlieferanten auseinander zu setzen und kam dabei – entgegen der Vorinstanz – zum Schluss, dass die Unternehmerin gegenüber dem Steinlieferanten einen Gewährleistungsanspruch hat.

*Bemerkungen:* [Rz 89] Hervorzuheben ist, (a) dass das Bundesgericht die Annahme als Willenserklärung des Bestellers bezeichnet (E. 4.1), (b) dass das Bundesgericht von einer Regelrügefrist von maximal 7 Tagen auszugehen scheint (E. 4.2.2), (c) dass das Bundesgericht aussagt, dass eine

Nachbesserung unverhältnismässig (gem. Art. 368 Abs. 2 OR) wäre, wenn die Kosten den Werkpreis um das Doppelte übersteigen (E. 5.1) und dass (d) bei einem Verzicht auf die Nachbesserung nach Art. 107 OR das Recht auf Schadenersatz (positives Vertragsinteresse) kein Verschulden voraussetzt, soweit nicht mehr verlangt wird als die Nachbesserungskosten (E. 6.2). Der Entscheid ist eine der umfassendsten Abhandlungen des Bundesgerichts zum werkvertraglichen Mängelhaftungsrecht. Es bleibt die Verwunderung darüber, dass ein eigentlich doch nicht besonders komplizierter Sachverhalt (verwitterte Gartenplatten) anscheinend nur mit einer derartigen «juristischen Generalmobilmachung» zu bewältigen ist.

## 5.5 Minderung

### Urteil 4A\_326/2007 u. 4D\_40/2007 vom 29. November 2007: Minderwert

*Sachverhalt:* [Rz 90] In diesem Entscheid ging es um eine Werklohnforderung und um Mängel, welche vom Besteller geltend gemacht wurden.

*Erwägungen:* [Rz 91] Neben prozessrechtlichen Fragen und der Geltendmachung der Verletzung des Willkürverbotes (Art. 9 BV) hat sich das Bundesgericht mit der Minderung befasst. Dabei hat es in (in E. 5.1) bestätigt, dass die Minderung grundsätzlich nach der sogenannten relativen Methode vorzunehmen ist. Entsprechend soll das Verhältnis zwischen dem herabgesetzten Preis und dem vereinbarten Preis dem Verhältnis zwischen dem objektiven Wert der Sache mit dem Mangel und seinem objektiven Wert ohne Mangel entsprechen (unter Hinweis auf BGE 116 II 305 E. 4a, S. 313; 111 II 162 E. 3a, S. 163). Ausserdem erwähnte das Bundesgericht, dass sich der objektive Wert nach dem Handelswert bzw. dem Kaufswert bestimmt («valeur commerciale ou vénale») (BGE 105 II 090 E. 4a, S. 101). In der Erwägung E 5.2 stellte das Bundesgericht sodann fest, dass die Vorinstanz offensichtlich nicht entsprechend vorgegangen war, sondern die Minderung «ex aequo et bono» auf CHF 3'450.00 festgelegt hatte und gestützt darauf dann eine Rundung des gesamten Forderungsbetrages vorgenommen hatte. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass dies klarerweise nicht den anwendbaren rechtlichen Prinzipien entspricht und dass dieses Vorgehen auch nicht einer Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR entspricht.

## 5.6 Mängelrechte und Irrtumsanfechtung?

### Urteil 4C.321/2006 vom 1. Mai 2007: Irrtumsanfechtung bei Mängeln?

*Sachverhalt:* [Rz 91] Ein Landschaftsgärtner bezog von einem Importeur eine Hebebühne («elevateur à nacelle»). Diese funktionierte zufriedenstellend während über einem Jahr, bis sie mit dem Landschaftsgärtner und einer Drittperson im Führerstand umkippte, so dass beide Insassen aus acht

Metern Höhe herunterfielen. Beide Personen überstanden dies allerdings unbeschadet und ausser Schäden an der Maschine selber gab es keine anderen Schäden.

*Erwägungen:* [Rz 92] Der Landschaftsgärtner machte einen Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR geltend und wollte den Kaufvertrag betreffend die Maschine entsprechend rückabwickeln. Die Vorinstanz beurteilte den Fall ausschliesslich unter dem Aspekt des Willensmangels (namentlich Grundlagenirrtum) und nicht unter dem Aspekt der Mängelhaftung. Dies wurde in der Berufung nicht angefochten und das Bundesgericht hatte sich in der Folge nicht vertieft mit dem Verhältnis zwischen der Geltendmachung von Willensmängeln und der Sachgewährleistung auseinander zu setzen (E. 3.2). In Anlehnung an die Regeln der Sachgewährleistung hielt das Bundesgericht dann aber fest, dass ein Käufer einen Vertrag gestützt auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR anfechten kann, wenn er feststellt, dass ihm eine defekte Sache verkauft wurde, sofern der Defekt bereits im Zeitpunkt des Risikoübergangs bestand oder wenn er eine Folge eines Defektes ist, welcher bereits zu jenem Zeitpunkt bestand. Keine Irrtumsanfechtung ist dagegen möglich, wenn die Sache im Zeitpunkt des Risikoüberganges mangelfrei war und sie sich später aus irgendeinem Grund verschlechtert hat. Das Bundesgericht nennt dabei die Beispiele der normalen Abnutzung, des unsachgemässen Gebrauchs und der mangelhaften Wartung. Auch könne ein Käufer nicht als Willensgrundlage voraussetzen, dass eine Kaufsache immer in dem Zustand bleiben würde, in welchem sie sich im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses befunden hat (E. 4.3.1).

[Rz 94] Der Käufer konnte erwarten, dass die Kaufsache die Eigenschaften aufweist, welche notwendig sind, um einen Gebrauch ohne Gefahr für Leben und Gesundheit des Nutzers zu gewährleisten (E. 4.3.2). Wenn ein Käufer während einer gewissen Zeit eine Kaufsache ohne Komplikationen gebrauchen konnte, so kann dies nicht dahingehend ausgelegt werden, dass er damit konkludent ausgedrückt habe, dass er den Eigenschaften, die er nach Treu und Glauben erwarten konnte, keine Bedeutung zumesse (E. 4.3.2). Im vorliegenden Fall konnte aus dem längeren Gebrauch namentlich nicht geschlossen werden, dass der Käufer die Stabilität (und damit die Sicherheit) für unwichtig erachte.

[Rz 95] Im vorliegenden Fall war nicht erwiesen, dass die mangelhafte Stabilität bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestand. Entsprechend wurde die Klage des Landschaftsgärtners abgewiesen.

*Bemerkungen:* [Rz 96] Es handelt sich um einen Entscheid zu Mängeln einer Kaufsache. Es stellt sich die Frage, ob diese Rechtsprechung auch auf Werkverträge übertragbar ist. Gemäss GAUCH, Der Werkvertrag, N 2317, steht im Rahmen des Werkvertragsrechtes dem Besteller bei Mängeln des Werkes die alternative Berufung auf einen Grundlagenirrtum nicht zur Verfügung. Begründet wird dies damit, dass sich ein Werkvertrag naturgemäss auf eine Sache bezieht, welche im

Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch gar nicht existierte, so dass sich der Besteller zu diesem Zeitpunkt über deren (fehlende) Eigenschaften noch gar nicht irren könne. Der vorliegende Entscheid (4C.321/2006) ist in dieser Hinsicht allerdings bemerkenswert, weil darin in Bezug auf die Irrtumsanfechtung nicht darauf abgestellt wird, ob der Mangel bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestand, sondern einzig darauf, *ob der Mangel im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestand* (E. 4.3.1). Falls es beim Kaufvertrag in Bezug auf Geltendmachung von Willensmängeln nicht auf den Zustand im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ankommt, sondern auf den Zustand im Zeitpunkt des Gefahrüberganges, so wird es schwer zu begründen, weshalb die Irrtumsanfechtung nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR bei Mängeln des Werkes als alternativer Rechtsbehelf nicht zur Verfügung stehen soll.

## 6. Werklohn

### 6.1 Entgeltlichkeit

#### Urteil 4C.285/2006 vom 2. Februar 2007: Entgeltlichkeit

*Sachverhalt:* [Rz 97] Ein Architekturbüro verpflichtete sich, ein Vorprojekt zu erstellen, wobei die Bauherrschaft zum Ausdruck brachte, dass sie dieses als «à risque» des Architekturbüros betrachte, so dass eine Entschädigung für dieses Vorprojekt nur geschuldet sei, wenn es dem Architekturbüro auch gelingt, die Bauherrschaft vom Projekt zu überzeugen und einen günstigen Vorentscheid der Gemeinde zu erwirken. Nachdem das Architekturbüro einen erheblichen Aufwand für das Vorprojekt betrieben hatte, teilte die Bauherrschaft mit, dass sie am Projekt nicht mehr interessiert sei, da sie zwischenzeitlich mit einem Generalunternehmer über ein anderes Projekt einig geworden war.

*Erwägungen:* [Rz 98] Vor Bundesgericht war unbestritten, dass der Vertrag zur Erstellung eines Vorprojektes als Werkvertrag zu qualifizieren ist. Das Bundesgericht erinnerte in E. 2.2 daran, dass im Falle eines Streites über die Entgeltlichkeit des Werkvertrages die entsprechende Beweislast beim Unternehmer liegt (mit Verweis auf BGE 127 III 519, E. 2a, S. 522). Das Bundesgericht erwähnte aber auch: Wer einen Architekten oder einen Unternehmer um Vorstudien ersucht, welche über die Ausarbeitung einer einfachen Offerte hinausgehen und zum Zweck haben, die Kosten des Projektes zu schätzen, kann sich seiner Pflicht zur Zahlung des entsprechenden Werkpreises nicht dadurch entledigen, dass er schliesslich die Offerte des Unternehmers bzw. Architekten nicht annimmt. Der Unternehmer kann vielmehr gestützt auf den Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass er für eine solche Arbeit bezahlt wird, und zwar auch dann, wenn ihm die Ausführung des Werkes nicht übertragen wird (mit Verweis auf BGE 119 II 40, E. 2d). Allerdings führt eine solche Tätigkeit von einem gewissen Umfang, welche zu beruflichen Zwecken erbracht wird, nur zu einer Vermutung, dass der

entsprechende Vertrag entgeltlich ist. Eine entsprechende Vermutung dient der Erleichterung des Beweises, aber sie bedeutet keine Umkehrung der Beweislast (mit Verweis auf BGE 120 II 248, E. 2c; BGE 117 II 256, E. 2b). Eine entsprechende Tatsachenvermutung kann widerlegt werden. Der entsprechende Gegenbeweis muss den Richter nicht überzeugen, sondern muss lediglich den Hauptbeweis schwächen, indem er Zweifel beim Richter erweckt (mit Verweis auf Urteil 4C.298/2006 vom 19. Dezember 2006, E. 4.2.2; BGE 130 III 421, E. 3.4, S. 326). Gestützt darauf entschied das Bundesgericht, dass das von der Bauherrschaft ausgedrückte Verständnis betreffend die Entgeltlichkeit («à risque») entsprechend den für das Bundesgericht bindenden Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz ausreichend sei, um die im konkreten Fall eigentlich gegebene Tatsachenvermutung der Entgeltlichkeit zu widerlegen (E. 2.3).

## 6.2 Bemessung des Werklohnes

### Urteil 4C.54/2006 des Bundesgerichts vom 9. Mai 2006: Budget als Weisung

*Sachverhalt:* [Rz 99] Ein Planer erstellte im Auftrag eines Bauherrn eine Kostenschätzung für die Renovation eines Gebäudes. Der Bauherrenvertreter erklärte vor Baubeginn anlässlich einer Besprechung, dass das Globalbudget («budget global») auf CHF 1'769'500 festgelegt werde – und zwar inklusive Mehrwertsteuer und Planerhonorare. Anschliessend wurde ein Planervertrag unterzeichnet. Die Bauherrschaft genehmigte eine Erhöhung des Budgets auf CHF 2'262'362. Die Bauarbeiten kosteten CHF 2'766'209.20. Die Bauherrschaft klagte auf Zahlung der Differenz.

*Erwägungen:* [Rz 100] Das Bundesgericht ging (in E. 2.2.1) vom Grundsatz aus, dass der Beauftragte Weisungen des Auftraggebers zu befolgen hat (Art. 397 OR), dass er den Auftraggeber über die Entwicklungen zu informieren hat und ihn auf alle wesentlichen Umstände und Risiken hinweisen muss. Zu den Pflichten des Architekten gehört es daher, den Bauherren über die Kosten zu informieren und den Bauherrn gegebenenfalls darauf hinzuweisen, wenn die Kosten begonnener Arbeiten nicht im Rahmen der Schätzung bleiben. Im vorliegenden Fall wurde diese Pflicht verletzt und der Planer konnte sich auch nicht damit entlasten, dass die Bauherrschaft ihrerseits durch einen als Bauherrenvertreter wirkenden Architekten vertreten war, denn die Budgetüberschreitungen waren für diesen nicht als solche erkennbar.

[Rz 101] In E. 3.2.1 wies das Bundesgericht darauf hin, dass die Vorinstanz den Planer nicht wegen einer falschen Kosteninformation, sondern wegen Verletzung einer Weisung verurteilt hatte. Das vorinstanzliche Urteil stützte nicht auf die Unterscheidung zwischen «subjektivem» und «objektivem» Mehrwert ab, sondern veranschlagte die gesamte Kostenüberschreitung als Schaden, welcher durch die Verletzung einer Weisung entstanden war. Das Bundesgericht bestätigte (in E. 3.2.2): Wenn vom Bauherrn eine Kostengrenze

festgelegt wurde und der Architekt realisiert (oder realisieren müsste), dass diese Grenze nicht eingehalten werden kann, so muss er die Arbeiten sogleich unterbrechen und den Bauherrn informieren, um die nötigen Klärungen zu ermöglichen, damit die Kostengrenze eingehalten werden kann. Wenn der Architekt diese Pflichten nicht einhält, so entspricht der Schaden den Kosten, die sich der Bauherr durch seine Weisungen ersparen wollte.

[Rz 102] Der Planer machte sodann geltend, die Kostengrenze sei objektiv gar nicht einhaltbar gewesen. Das Bundesgericht stellte dazu (in E. 3.2.2) klar, dass es darauf gar nicht ankommt: Der Architekt hätte seine Zweifel an der Einhaltbarkeit der Kostengrenze mitteilen müssen. Weil er das nicht tat, hat er die angewiesene Kostengrenze akzeptiert. Das Bundesgericht fügte sodann an, dass auch während der Bauarbeiten keine Warnung seitens des Architekten erging. Unklar ist allerdings, ob das Bundesgericht damit aussagen wollte, dass eine haftungsbefreiende Abmahnung dieser «Kosten-Weisung» auch noch während den Arbeiten hätte erfolgen können.

*Bemerkungen:* [Rz 103] Die Aussage des Bundesgerichts, wonach der Schaden in einem solchen Fall dem Betrag der Budgetüberschreitung entspricht (E. 3.2.2) ist in dieser Absolutheit überraschend: Auch in den vom Bundesgericht zitierten Literaturstellen<sup>1</sup> findet sich jedenfalls keine Aussage, wonach der schadenersatzrechtliche Grundsatz der Vorteilsanrechnung im Falle der Missachtung von Weisungen nicht gelten soll. Der Entscheid lässt offen, weshalb diesbezüglich nicht dieselben Prinzipien gelten sollen, welche auch bei der Überschreitung von Kostenvoranschlägen zur Anwendung kommen, also namentlich die Anrechnung des sog. «subjektiven Mehrwerts»<sup>2</sup>.

### Urteil 4C.211/2006 vom 26. Juni 2007: Werkvertrag und Substantiierung

*Sachverhalt:* [Rz 104] Das Handelsgericht Zürich hatte die Werklohnklage wegen ungenügender Substantiierung der Anspruchsvoraussetzungen abgewiesen. In Bezug auf Regiearbeiten wurde vom Handelsgericht ausgeführt, diese Arbeiten seien unzureichend substantiiert und die rechtzeitige Vorlage der Regierapporte sei gar nicht behauptet worden. In Bezug auf die Ausmassarbeiten führte das Handelsgericht aus, dass keine konkreten Beträge für die geleistete Arbeit – weder für die Ausmassarbeit insgesamt noch im Einzelnen, aufgeteilt auf die verschiedenen Arbeiten und bezogen auf die einzelnen Häuser – genannt worden seien.

*Erwägungen:* [Rz 105] Das Bundesgericht erinnerte daran,

<sup>1</sup> vgl. BGE 4C.424/2004 vom 15. März 2005, E. 3.3; WALTER FELLMANN, Haftung für falsche Kostenschätzungen, in: ALFRED KOLLER, Recht der Architekten und Ingenieure, St. Gallen 2002, S. 211 ff; RAINER SCHUMACHER, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in: PETER GAUCH/PIERRE TERCIER, Das Architektenrecht, 3. Aufl., Fribourg 1995, Nr. 737, S. 233.

<sup>2</sup> BGE 4C.424/2004 vom 15. März 2005, E. 5.2.



dass das Bundesrecht bestimmt, wie weit ein Sachverhalt zu substantiieren ist, damit er unter den Bestimmungen des materiellen Rechts subsummiert werden kann (mit Verweis auf BGE 108 III 337, E. 2b, S. 339; BGE 133 III 153, E. 3.3, S. 162). Ein Anspruch auf Beweisführung gestützt auf Art. 8 ZGB besteht nur in Bezug auf Tatsachen, die prozesskonform vorgetragen worden sind (mit Verweis auf BGE 129 III 18, E. 26, S. 24 f.). Ob es zulässig ist, sich mit allgemeinen Behauptungen zu begnügen und die Detaillierung des Vorbringens ins Beweisverfahren, namentlich durch Einholung einer Expertise, zu verlegen, ist eine Frage des kantonalen Prozessrechts, die im Berufungsverfahren nicht überprüft werden kann (mit Verweis auf BGE 116 II 196, E. 3a, S. 201; 116 II 594, E. 3a, S. 595).

#### **Urteil 4C.420/2006 vom 3. August 2007: 20%-Regel des Art. 86 Abs. 1 SIA-Norm 118**

*Sachverhalt:* [Rz 106] Eine Stockwerkeigentümergeinschaft schloss mit einem Unternehmerkonsortium einen Werkvertrag über die Ausführung von Bauarbeiten ab. Im Rahmen der Ausführung dieser Arbeiten gab es verschiedene Zusatzbestellungen. In der Folge kam es zwischen einem Stockwerkeigentümer und dem Konsortium zu einem Rechtsstreit, wobei der Stockwerkeigentümer geltend machte, dass – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz – die Zusatzaufwendungen nicht auf der Basis von Art. 374 OR bemessen werden können, weil der Vertrag der SIA-Norm 118 unterstellt worden war.

*Erwägungen:* [Rz 107] Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass nach Art. 86 Abs. 1 der SIA-Norm 118 ein vereinbarter Einheitspreis gültig bleibe, wenn (als Folge einer oder mehrerer Beststellungsänderungen) die im Leistungsverzeichnis bezüglich des entsprechenden Einheitspreises festgelegten Mengen um nicht mehr als 20 % überschritten werden. Der Stockwerkeigentümer wollte daraus ableiten, dass eine Erhöhung des Preises durch vertragliche Vereinbarung der Partei entsprechend ausgeschlossen sei. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass im vorliegenden Fall zwar die SIA-Norm 118 als Vertragsbestandteil vereinbart wurde, dass aber die mündlichen der schriftlichen Vereinbarungen unter den Parteien den gegenläufigen Bestimmungen der SIA-Norm immer vorgehen (mit Verweis auf GAUCH, Der Werkvertrag, N 316 und CHAIX, Commentaire Romand, N 9 ad Intro. Art. 363 – 379 CO).

#### **Urteil 4A\_181/2007 vom 15. August 2007: Regierapporte und Substantiierung**

*Sachverhalt:* [Rz 108] Zu beurteilen war ein Vorvertrag betreffend Elektroarbeiten, wobei dann der Unternehmer aus der Nichteinhaltung dieses Vorvertrages klagte. Vor Bundesgericht wurde insbesondere eine Verletzung des Art. 8 ZGB gerügt.

*Erwägungen:* [Rz 109] Interessant sind insbesondere die Ausführungen, welche die Vorinstanz offenbar zu den von der

Bauleitung nicht gegengezeichneten Regierapporten machte (E. 4.2.2): «Weiter hat die Vorinstanz festgestellt, dass die vor Amtsgericht aufgelegten Arbeitsrapporte, mit denen die Klägerin die von ihr für die Y.\_\_\_\_ 2005 getätigten Vorbereitungsarbeiten beweisen wolle, allein von den jeweiligen Mitarbeitern unterzeichnet seien. Die Rapporte würden zwar keine unzulässigen Zeugenbescheinigungen darstellen, da sie als betriebliche Leistungserfassung und nicht im Hinblick auf den laufenden Prozess erstellt worden seien. Sie besässen aber – im Gegensatz zu Arbeitsrapporten, die vom Besteller visiert seien – keine Beweiskraft, sondern würden bloss Parteibehauptungen darstellen. Als solche könnten sie bloss der Substantiierung der eingeklagten Ansprüche dienen. Die Klägerin lege in ihren Rechtschriften nicht dar, worin die Vorbereitungsarbeiten bestanden hätten. Dass diese Arbeiten mit den Rapporten genügend substantiiert seien, verneinte die Vorinstanz. Mangels Details könne die Angemessenheit des geltend gemachten Arbeitsaufwands nicht beurteilt werden. Mit den von der Klägerin angerufenen Zeugen könnte zwar der geleistete Zeitaufwand bewiesen werden, nicht aber, welche Arbeiten genau ausgeführt worden seien. Insbesondere bleibe unbekannt, von welcher Grössenordnung von Installationsmaterial überhaupt die Rede sei. Die fehlenden Angaben dürften nicht von den Zeugen erfragt werden, weil nur über behauptete Tatsachen Beweis erhoben werden dürfe. Auch nach Abnahme dieser Beweise wäre es daher weder dem Gericht noch einem Experten möglich, zu beurteilen, ob der Zeitaufwand für die ausgeführten Leistungen angemessen gewesen sei.»

[Rz 110] Das Bundesgericht führt zu diesen Erwägungen der Vorinstanz aus, dass sich daraus ergebe, dass die Vorinstanz eine freie Beweiswürdigung vorgenommen habe, die bundesrechtlich nicht geregelt ist, so dass die Beweislastverteilung (Art. 8 ZGB) gegenstandslos geworden sei. Auch die Tatsache, dass die Vorinstanz die zehn angerufenen Zeugen nicht angehört hat und die beantragte Expertise nicht durchgeführt hat, widerspreche Art. 8 ZGB nicht, denn nach den Feststellungen der Vorinstanz wird mit den Rapporten im Wesentlichen nur der Zeitaufwand, nicht aber der genaue Umfang der Arbeiten umschrieben. Inwieweit Behauptungen zu substantiieren seien, damit dazu Beweis abgenommen werden kann, bestimmt sich nach kantonalen Recht (BGE 108 II 337 E. 2d).

*Bemerkungen:* [Rz 111] Der Entscheid illustriert, mit welchen beweisrechtlichen Hürden ein Unternehmer zu rechnen hat, welcher seinen Aufwand gestützt auf Rapporte belegen muss, welche vom Besteller nicht visiert sind. Im vorliegenden Fall ist der Unternehmer insbesondere daran gescheitert, dass aufgrund der Rapporte nicht ersichtlich war, «welche Arbeiten genau ausgeführt worden seien» (Umfang der Arbeiten). Damit genügten die Rapporte den Substantiierungsanforderungen nicht. Ob der Hinweis der Vorinstanz, wonach mangels Details die Angemessenheit des gemachten Arbeitsaufwandes nicht beurteilt werden könnte, stichhaltig ist,

ist unseres Erachtens zweifelhaft, denn die Angemessenheit des tatsächlich geleisteten Aufwandes ist grundsätzlich zu vermuten und das Gegenteil (bzw. entsprechende Indizien) wären vom Besteller, welcher die Angemessenheit bestreitet, darzulegen (vgl. HÜRLIMANN/SIEGENTHALER in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: N 4 zu Art. 325 OR). Das Bundesgericht hat diese Frage im Urteil 4A\_291/2007 vom 29. Oktober 2007 offengelassen.

#### **Urteil 4A\_291/2007 vom 29. Oktober 2007: Substantiierungspflicht bei Regiarbeiten**

*Sachverhalt:* [Rz 112] Eine im Bereich Lüftungsmontagen tätige Firma war als Subunternehmerin einer Aktiengesellschaft tätig. Die Subunternehmerin klagte auf Bezahlung ausstehender Werklohnforderungen.

*Erwägungen:* [Rz 113] Der vorinstanzlich unterlegene Subunternehmer rügte eine Verletzung von Art. 8 ZGB, «weil die Vorinstanz ihm zu Unrecht die Beweislast für die Angemessenheit des Aufwandes auferlegt habe». Das Bundesgericht stellt indessen fest, dass die Vorinstanz das Thema der Angemessenheit des Zeitaufwandes lediglich als Argument zur Begründung herangezogen habe, weshalb der Beschwerdeführer anzugeben habe, auf welche Leistungen sich die geltend gemachten Arbeitstage bezogen. Da der Beschwerdeführer aber bereits die geforderten Angaben betreffend der erbrachten Leistungen nicht hinreichend vortrug, stellte sich die Frage der Beweislast für eine allfällige Übersetztheit des geltend gemachten Aufwandes gar nicht. Die Frage, wer die Beweislast für die Angemessenheit des Aufwandes trägt, wurde vom Bundesgericht offen gelassen (E.3.2).

[Rz 114] Unter E.3.4 macht das Bundesgericht sodann Ausführungen zur Substantiierungspflicht bei Regiarbeiten. Zur Substantiierungspflicht hielt das Bundesgericht allgemein fest, dass sich die jeweiligen Anforderungen einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei ergeben, denn Tatsachenbehauptungen müssen so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann. «Bestreitet der Prozessgegner das an sich schlüssige Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei, kann diese gezwungen sein, die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzüge, sondern so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann» (mit Verweis auf BGE 127 III 364 E.2b S. 368; 123 III 183 E.3e S. 187f.). Die Tatsache, dass die Anforderungen an die Substantiierung auf vom prozessualen Verhalten der Gegenpartei beeinflusst werden, ändert aber nichts daran, «dass die behauptungsbelastete Partei ihre Vorbringen zunächst so schlüssig und konkret darlegen muss, dass ein entsprechendes Bestreiten überhaupt möglich ist» (mit Verweis auf BGE 127 III 365 E.2b S. 368). Im vorliegenden Fall hatte sich der Beschwerdeführer im Wesentlichen damit begnügt, in einer tabellenförmigen Zusammenstellung anzugeben, an welchem Datum er

welche Mitarbeiter wie viele Stunden eingesetzt hatte. Wie die Vorinstanz und das Bundesgericht festhielten, hätte er «auch hinlängliche Angaben zu den erbrachten Arbeiten machen müssen». Der Subunternehmer machte sodann mit Hinweis auf das Urteil 4C.188/1999 vom 6. April 2000 geltend, dass «eine summarische Umschreibung der ausgeführten Arbeiten genüge». Das Bundesgericht hielt dem entgegen, dass es in jenem Urteil nicht um die Frage gegangen sei, ob eine summarische Umschreibung der Arbeiten genüge, zumal aus jenem Urteil auch nicht hervorgehe, was dort unter einer «summarischen Umschreibung der Arbeiten» verstanden wurde. Ohnehin habe der Subunternehmer sogar eine bloss summarische Umschreibung der geleisteten Arbeiten unterlassen (E.3.4).

[Rz 115] Schliesslich machte der Subunternehmer geltend, man habe für die Erledigung des Grundausbau der Kanalmontage eine «Fertigstellungspauschale» von CHF 50'000.00 vereinbart. Dazu führte das Bundesgericht unter E.4.3 Folgendes aus: «Was der Unternehmer zum vereinbarten Pauschalpreis leisten muss, ergibt sich aus dem konkreten Werkvertrag, dies ist durch Auslegung des ganzen Vertrages zu ermitteln. Bei Streitigkeiten obliegt es dem Unternehmer, den vom Pauschalpreis abgedeckten Leistungsumfang und einen allfälligen Mehraufwand zu beweisen. Da dies schwierig sein kann, empfiehlt Art. 40 Abs. 2 SIA-Norm 118, Pauschalpreise nur aufgrund vollständiger und klarer Unterlagen (detaillierte Baubeschreibung, Pläne und dergleichen) zu vereinbaren».

*Bemerkungen:* [Rz 116] Das Bundesgericht hat es unter E.3.2 offen gelassen, wer die Beweislast für die Angemessenheit des Aufwandes trägt. Nach unserer Auffassung müsste der Besteller einen allfällig übersetzten Zeitaufwand (d.h. eine Sorgfaltspflichtenverletzung) als rechtshindernde bzw. rechtsaufhebende Tatsachenbehauptung beweisen (HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, N 4 zu Art. 375 OR; anders GAUCH, Der Werkvertrag, N 1021). Unseres Erachtens ist es daher nicht korrekt, dass die Vorinstanz unter Hinweis auf das Thema der Angemessenheit des Aufwandes urteilte, der Subunternehmer hätte neben der Angabe der Arbeitsstunden bzw. -tage eine genaue und konkrete Darlegung der erbrachten Arbeiten sowie der Arbeitsfortschritte erbringen müssen. Da dies allerdings nur eines von zwei Argumenten der Vorinstanz war, konnte das Bundesgericht diese Frage offen lassen.

[Rz 117] Bezüglich der Substantiierungspflicht ist die Feststellung relevant, dass diese auch vom prozessualen Verhalten der Gegenpartei abhängt, indem im Falle einer Bestreitung rechtserhebliche Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen sind, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (E.3.4). Damit stellt sich natürlich die prozessrechtliche Frage, inwieweit eine Partei durch die Begrenzung der Anzahl Rechtschriften im kantonalen Zivilprozess dazu gezwungen werden kann, Bestreitungen der Gegenseite zu *antizipieren* (z.B. in jenen

Kantone und Verfahren, wo nur ein einfacher Schriftenwechsel vorgesehen ist). Weiter stellt sich die Frage, ob eine Partei zu einer Triplik zuzulassen ist, wenn eine Bestreitung erstmals in der Duplik erfolgt.

[Rz 118] Heikel dünkt uns die Feststellung des Bundesgerichtes (in E. 4.3), wonach der Unternehmer bei einem vereinbarten Pauschalpreis zu beweisen habe, was zum abgedeckten Leistungsumfang gehört und was allenfalls als Mehraufwand zusätzlich zu vergüten ist. Mit dieser Aussage hat das Bundesgericht das Risiko unklarer Leistungsdefinitionen (ohne dies zu begründen) einseitig dem Unternehmer überbunden, obschon es in der (Bau-)Praxis doch häufig der Besteller (bzw. sein Ingenieur oder Architekt) ist, welcher den Leistungsbeschrieb erstellt und sich dabei entsprechend an die Empfehlung des Art. 40 Abs. 2 SIA-Norm 118 halten müsste. Entsprechend dem Urteil 4C.203/2005 vom 9. Januar 2006 (E. 4.1), dem Urteil 4P.99/2005 vom 18. August 2005 (E. 3.2) und dem Urteil 4C.23/2004 vom 14. Dezember 2004, E. 3.1 muss derjenige einen Festpreis beweisen, welcher das Zustandekommen einer entsprechenden Vereinbarung behauptet. Das muss unseres Erachtens auch bedeuten, dass es Sache des Bauherrn wäre, zu behaupten und zu beweisen, dass für eine bestimmte Leistung ein Festpreis vereinbart wurde bzw. dass diese Bestandteil der Pauschal- oder der Festpreisabrede ist.

### 6.3 Verjährung des Werklohnes

#### a) Urteil 4C.397/2005 des Bundesgerichtes vom 1.

##### März 2006: Verjährung der Rückforderung von zuviel bezahlten Akontozahlungen)

*Sachverhalt:* [Rz 119] Ein Architekt hatte in den Jahren 1984/1985 und in den Jahren 1990/1991 mehrere Bauprojekte für Mehrfamilienhäuser erstellt. Ein Teil der Projekte wurde realisiert. Der Architekt forderte ein Resthonorar, während die Auftraggeber sich auf den Standpunkt stellten, sie hätten bereits zuviel bezahlt. Entsprechend machten sie einen Rückforderungsanspruch aus zuviel geleisteten Akontozahlungen geltend. Ausserdem verlangten sie vom Architekten Schadenersatz wegen Kostenüberschreitung. Vor Bundesgericht war im Wesentlichen noch strittig, ob der Rückforderungsanspruch aus zuviel bezahlten Akontozahlungen verjährt war.

*Erwägungen:* [Rz 120] Den Begriff der «Akontozahlung» umschrieb das Bundesgericht (in E. 2.1) wie folgt: «Unter Akontozahlungen werden im Allgemeinen vorläufige Zahlungen verstanden, welche unter Vorbehalt einer definitiven Abrechnung geleistet werden, wobei die Differenz zwischen den geleisteten Akontozahlungen und den durch die Abrechnung festgestellten effektiven vertraglichen Anspruch von der einen oder anderen Partei auszugleichen ist (BGE 126 III 119, E. 2b, S. 120).» Wenn mit der vorläufigen Akontozahlung objektiv mehr geleistet wird als die Vertragsparteien nach der vertraglichen Abrede bei definitiver Regelung der gegenseitigen Ansprüche zustehen würde, so entbehrt die Leistung

insoweit des Rechtsgrundes. Daher hat das Bundesgericht in seiner älteren Rechtsprechung dafürgehalten, der Rückforderungsanspruch beruhe insoweit auf ungerechtfertigter Bereicherung und verjähre entsprechend nach Art. 67 OR<sup>3</sup>. Diese Praxis wurde dann in BGE 126 III 119 geändert, da die Vereinbarung der Akontozahlung auf dem Vertrag der Parteien beruht und daraus zu schliessen ist, dass diejenige Partei vertraglich zur Rückleistung der Akontozahlung verpflichtet ist, welche bei endgültiger Abrechnung zuviel erhalten hat (BGE 126 III 119, E. 3d, S. 122).

[Rz 121] Zu entscheiden war im vorliegenden Fall indessen, wann diese zehnjährige Verjährungsfrist beginnt: In Frage käme grundsätzlich der Zeitpunkt der Zustellung der Schlussabrechnung oder der Zeitpunkt der Akontozahlung. Das Bundesgericht entschied (in E. 2.2.2), dass der Anspruch auf Rückforderung zuviel geleisteter Akontozahlungen grundsätzlich mit dem Tag der Erbringung der Akontozahlung fällig wird, soweit die zur Akontozahlung verpflichtete Vertragspartei die Fälligkeit der Rückforderung herbeiführen kann (entsprechend Art. 130 Abs. 1 OR).

[Rz 122] Im vorliegenden Fall ging das Bundesgericht davon aus, dass die Parteien nicht ausgeschlossen haben, dass zuviel bezahlte Akontozahlungen vor der definitiven Abrechnung zurückgefordert werden können. Daraus schloss es, dass die Verjährung der Rückforderung für jede Akontozahlung mit deren Fälligkeit begann (E. 2.2.4). Das Argument, dass sich Bestand und Höhe der Rückforderung erst aufgrund der definitiven Abrechnung ermitteln lassen, liess das Bundesgericht nicht gelten, denn es könne durchaus sein, dass die zur Leistung von Akontozahlungen verpflichtete Vertragspartei im Einzelfall schon vor der Schlussabrechnung erfährt, dass sie zuviel bezahlt hat (E. 2.2.3).

*Bemerkungen:* [Rz 123] Indem das Bundesgericht die Verjährung des Rückforderungsanspruchs mit dessen Fälligkeit beginnen lässt, nimmt es in Kauf, dass dieser Anspruch zu verjähren beginnt, bevor der Berechtigte von ihm Kenntnis hat. Es trifft natürlich zu, dass ein Berechtigter ausnahmsweise auch vor Eingang der Schlussabrechnungen vom Rückforderungsanspruch erfahren kann und es könnte ausnahmsweise sogar vorkommen, dass eine Schlussabrechnung nie erstellt wird. Wenn das Bundesgericht den Beginn der Verjährung jeweils ab Kenntnis des Rückforderungsanspruchs festlegen würde (in der Regel also spätestens ab der Schlussabrechnungen, aber ausnahmsweise eben auch früher), hätte es diesen besonderen Konstellationen Rechnung tragen können.

#### a) Urteil 4C.421/2005 vom 6. April 2006: Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung der Verjährung

*Sachverhalt:* [Rz 124] Im Sommer 1996 hat ein Unternehmer-Konsortium im Auftrag des Kantons Wallis einen neuen Belag für ein Teilstück der Autobahn A 9 erstellt. Im September

<sup>3</sup> BGE 107 II 220.

1998 wurde festgestellt, dass auf einem Teilstück von ungefähr 800 m die Rutschfestigkeit ungenügend war und im November 1998 wurde festgestellt, dass dies auf eine ungenügende Qualität des verwendeten Granulats zurückging. Im Februar 1999 hat der Kanton den Mangel gegenüber dem Konsortium gerügt. In der Folge haben das Konsortium und der Kanton ein gemeinsames Gutachten in Auftrag gegeben und das Konsortium hat Behebungsvorschläge unterbreitet. Der Kanton Wallis hat im Übrigen ein weiteres Gutachten bei der ETH in Auftrag gegeben und in der Folge dann im Juli 2001 die Mängelrüge auf den gesamten Belag des entsprechenden Bauloses ausgedehnt und eine Frist zur Nachbesserung bis Juni 2002 angesetzt. Im November 2001 fand eine Besprechung statt. Anlässlich der Besprechung vom November 2001 akzeptierte der Vertreter des Konsortiums eine Nachbesserungsfrist bis Ende Juni 2002. Nach Zustellung des Besprechungsprotokolls im Januar 2002 erklärte das Konsortium, dass es jegliche Haftung für die mangelnde Rutschfestigkeit ablehne. Es folgte weitere Korrespondenz und im Juni 2002 machte das Konsortium schliesslich geltend, allfällige Ansprüche des Kantons wären zwischenzeitlich verjährt. Im März 2003 klagte der Kanton Wallis dann gegen das Konsortium. Die Walliser Gerichte haben die Klage weitgehend gutgeheissen.

*Erwägungen:* [Rz 125] Streitig war vor Bundesgericht die Frage der Verjährung. Die Vorinstanz hatte aus der Tatsache, dass der Vertreter des Konsortiums im November 2001 eine Nachbesserungsfrist bis Juni 2002 akzeptiert hatte (gemäss dem damals erstellten Protokoll) den Schluss gezogen, dass das Konsortium auf die Geltendmachung der Verjährung verzichtet habe. Dazu hielt das Bundesgericht fest, dass kein Element des Urteils bestätigte, dass das Konsortium sich anlässlich der Sitzung vom November 2001 der Verjährungsfrage bewusst war und die Nachbesserungsfrist bis Ende Juni 2001 «en toute connaissance de cause» akzeptiert habe. Die Frage der Verjährung sei im Protokoll nicht erwähnt. Man könne daher nicht den Schluss ziehen, dass der Kanton aus der Haltung des Vertreters des Konsortiums zur Dauer der Nachbesserungsfrist habe entnehmen können, dass die Mitglieder des Konsortiums auf die Geltendmachung der Verjährung verzichteten (E. 4.2).

[Rz 126] Die Vorinstanz hatte ausserdem entschieden, dass die Geltendmachung der Verjährung im vorliegenden Fall rechtsmissbräuchlich sei. Das Bundesgericht verwies diesbezüglich auf seine Rechtsprechung, wonach die Berufung auf die Verjährung nicht nur dann rechtsmissbräuchlich ist, wenn er den Gläubiger mit List dazu bringt, nicht innert Frist zu reagieren, sondern auch, wenn er ohne schlechte Absicht sich derart verhält, dass der Gläubiger davon abgehalten wird, rechtliche Schritte zur Unterbrechung der Verjährung einzuleiten, sofern diese Unterlassung bei einer objektiven und vernünftigen Betrachtung als verständlich erscheint. Dabei muss das Verhalten des Schuldners für die Unterlassung

des Gläubigers kausal sein<sup>4</sup>. Wenn indessen die Verjährung bereits eingetreten ist und der Schuldner sich erst dann so verhält, dass der Gläubiger von einer Verjährungsunterbrechung abgehalten wird, so liegt keine Rechtsmissbräuchlichkeit vor, weil in diesem Fall das Verhalten des Schuldners für den Ablauf der Verjährungsfrist nicht kausal ist (E. 5.1)<sup>5</sup>. Das Bundesgericht prüfte den Sachverhalt in der Folge auf der Basis dieser Kriterien und machte dabei namentlich folgende Aussagen:

[Rz 127] Wenn der Unternehmer sich zusammen mit dem Bauherrn an der Suche nach Lösungen beteiligt und parallel dazu zugleich versucht, Dritte einzubeziehen, ohne dabei ausdrücklich oder stillschweigend eine Haftung zu anerkennen, so kann der Bauherrn daraus nicht ableiten, dass eine aussergerichtliche Lösung höchstwahrscheinlich sei und dass daher auf jegliche Massnahme zur Unterbrechung der Verjährung verzichtet werden könne (E. 5.2)<sup>6</sup>. Gestützt darauf und auch weil die Mängelhaftungsansprüche anlässlich der Besprechung vom November 2001 bereits verjährt waren, kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Geltendmachung der Verjährung nicht rechtsmissbräuchlich war. Überhaupt sei im Rahmen von Verhandlungen zwischen einem mit dem Strassenbau beauftragten Bauherrn (mit entsprechendem technischem und juristischem Personal) und einem in diesem Bereich tätigen Konsortium kaum Raum für ein zweifelhaftes Verhalten des Schuldners, welches den Bauherrn davon abhalten könnte, verjährungsunterbrechende Massnahmen zu ergreifen.

*Bemerkungen:* [Rz 128] Aus dem Entscheid ergibt sich deutlich, dass insbesondere professionelle Bauherrn aus der Teilnahme des Unternehmers an Verhandlungen über Mängelhaftungsfragen nicht den Schluss ziehen können, dass der Unternehmer damit auf die Geltendmachung der Verjährung gemäss Art. 371 OR verzichte bzw. es wird den Bauherrn verwehrt, in einem solchen Kontext geltend zu machen, die Berufung auf die Verjährung sei rechtsmissbräuchlich.

#### **Urteil 4C.32/2006 vom 4. Mai 2006: Handwerksarbeit im Sinne von Art. 128 Ziff. 3 OR**

*Sachverhalt:* [Rz 129] Die im Handelsregister eingetragene Generalunternehmung X SA führte in der Wohnung des Sohnes des Anwaltes A Arbeiten durch, und zwar Malerarbeiten, den Einbau einer Dusche, das Adjustieren von Türen und Fenstern, Parkettreparaturen und das Einbringen eines Linoleumbelages beim Eingang etc. Die entsprechende Rechnung wurde nicht bezahlt. Das erstinstanzliche Gericht des Kantons Genf wies die Klage der Bauunternehmung ab, da es sich um eine Forderung «aus Handwerksarbeit» im Sinne von Art. 128 Ziff. 3 OR handle und die Verjährungsunterbrechung erst nach Ablauf der entsprechenden fünfjährigen

<sup>4</sup> BGE 131 III 430, E. 2, S. 437; BGE 128 V 236, E. 4a, S. 241.

<sup>5</sup> mit Verweis auf BGE 113 II 264, E. 2e, S. 269.

<sup>6</sup> unter Verweis auf BGE 5C.68/2000 vom 13. Juli 2000, E. 3a und b.

Verjährungsfrist erfolgt sei. Das Kantonsgericht hob diesen Entscheid auf und verurteilte den Anwalt A und seinen Sohn zur Zahlung.

*Erwägungen:* [Rz 130] Mit Verweis auf BGE 123 III 120 E. 2 erinnerte das Bundesgericht (in E. 4.1) daran, dass der Begriff der Handwerksarbeit nach Art. 128 Ziff. 3 OR auf Arbeiten beschränkt ist, welche nicht nur keiner speziellen Technologien, sondern auch keiner besonderer organisatorischer Massnahmen bedürfen. Bei der zweiten Bedingung geht es insbesondere darum, dass keine Notwendigkeit für planerische Massnahmen oder für eine Koordination mit anderen Berufsgattungen besteht. Ob eine bestimmte Arbeit als Handwerksarbeit zu qualifizieren ist, kann dabei Schwierigkeiten bereiten, denn die Übergänge sind fliessend; Zum Beispiel wenn eine Leistung mehrere Einzelleistungen umfasst, welche verschiedener Natur sind. In einem solchen Falle ist die Gesamtleistung als Ganzes zu qualifizieren und die Frage, ob es sich um eine Handwerksarbeit im Sinne von Art. 128 Ziff. 3 OR handelt, folgt nicht einfach jener Leistung, deren Rechnungsbetrag höher ist. Massgebend ist die Natur der Arbeit und nicht eine Eigenschaft des Ausführenden: Irrelevant ist, ob es sich um einen kleinen Handwerker oder einen grossen Unternehmer («petit artisan ou gros entrepreneur») handelt. Es kommt daher nicht darauf an, ob der Handwerker alleine oder mit Angestellten arbeitet oder ob er auf Hilfspersonen oder Subunternehmer zurückgreift. Da Art. 128 Ziff. 3 OR eine Ausnahme von der allgemeinen Verjährungsfrist darstellt, ist diese Ausnahme restriktiv auszulegen und im Zweifelsfalle ist daher die zehnjährige Verjährungsfrist des Art. 127 OR anzuwenden, wenn die Arbeit nicht als einfach, alltäglich oder routinemässig bezeichnet werden kann (E. 4.1) (mit Verweis auf BGE 123 III 120, E. 2a, S. 122).

[Rz 131] Gestützt auf diese Kriterien bestätigte das Bundesgericht in E. 4.2 das Urteil der Vorinstanz, wonach die strittigen Arbeiten nicht als Handwerksarbeit im Sinne von Art. 128 Ziff. 3 OR qualifiziert werden können: Die verschiedenen Arten der Arbeiten und der Beizug der entsprechenden Fachleute bedurften einiger Koordination. Ausserdem ist die Vielseitigkeit der Arbeiten und auch der Stundenaufwand im Verhältnis zur bescheidenen Grösse der Wohnung zu sehen, was zeigt, dass es darum ging, die Wohnung vollständig zu renovieren. Namentlich der Einbau einer Nasszelle in eine Wohnung, welche bisher keine solche enthielt, spricht gegen eine Qualifikation als Handwerksarbeit im Sinne von Art. 128 Ziff. 3 OR. Das Bundesgericht hielt allerdings fest, dass die Vorinstanz zu Unrecht die Art des ausführenden Unternehmers und die Tatsache, dass mit Temporärangestellten gearbeitet wurde, hervorgehoben hat. Diese Kriterien sind nach der Rechtsprechung nicht massgebend. Indessen hatte die Vorinstanz zu Recht auch die anderen Argumente gewichtet. Auch wenn diesbezüglich trotzdem ein Zweifel verblieben wäre, hätte Art. 127 OR angewandt werden müssen.

## 7. Beendigung des Werkvertrages

### a) Urteil 4C.281/2005 vom 15. Dezember 2005: Planerwerkvertrag: Beendigung vs. Suspensivbedingung

*Sachverhalt:* [Rz 132] Eine Immobiliengesellschaft beauftragte drei Architekten mit der Ausarbeitung eines Bauprojektes für 75 bis 100 Wohnungen und Reihenhäuser. Die drei Architekten sollten namentlich die Baueingabepläne erstellen, die Baubewilligung einholen und dann die Detailpläne erstellen. Das Honorar wurde auf CHF 5'000 pro Wohneinheit festgelegt und von der Bedingung abhängig gemacht, dass die Baubewilligung erteilt wird und die Bank den Kredit erteilt. Das erste Projekt war nicht bewilligungsfähig. Die Architekten überarbeiteten das Projekt und erhielten Auskünfte von den Baubewilligungsbehörden, welche darauf schliessen liessen, dass das überarbeitete Projekt bewilligt würde. Die Immobiliengesellschaft weigerte sich indessen, das Projekt den Behörden vorzulegen und engagierte schliesslich einen anderen Architekten. Die Immobiliengesellschaft teilte in der Folge mit, dass sie den Vertrag mit den drei Architekten kündige.

*Erwägungen:* [Rz 133] Das Bundesgericht ging von einem Werkvertrag aus (E. 3.1). Die Immobiliengesellschaft berief sich indessen bezüglich des Honorars/Werklohnes auf die Suspensivbedingung. Es ging also um das Verhältnis von Art. 377 OR (Rücktritt des Bestellers gegen Schadloshaltung) und Art. 156 OR (Verhinderung des Bedingungseintritts gegen Treu und Glauben). Das Bundesgericht hielt (in E. 3.4) fest, dass die Suspensivbedingung nicht nur für die Klage auf Vertragserfüllung gilt, sondern auch für die Entschädigungsforderung nach Art. 377 OR: Die Bestellerin muss die Architekten also nur dann entschädigen, wenn die Bedingung ohne den Vertragsrücktritt eingetreten wäre – wobei die Bedingung dann als erfüllt gilt, wenn deren Eintritt vom Besteller wider Treu und Glauben verhindert wird. Die Frage war sodann, ob die Immobiliengesellschaft treuwidrig gehandelt hatte, d.h. ob sie gegen Treu und Glauben im Sinne von Art. 2 ZGB gehandelt hatte. Das Bundesgericht führte dazu (in E. 3.5) aus, dass auf die Gründe des Handelns abzustellen ist. Es hielt zudem fest, dass man sich hüten müsse, Art. 156 OR zu weit auszulegen, denn mit der Vereinbarung einer Bedingung hatten die Parteien ein Element der Ungewissheit ja bewusst in Kauf genommen. Insbesondere ist niemand gehalten, den Eintritt der Bedingung zu fördern, denn Treu und Glauben verpflichten nicht zu einem Handeln gegen die eigenen Interessen. Andererseits bedarf es für die Anwendung von Art. 156 OR keiner Absicht, gegen Treu und Glauben zu handeln.

[Rz 134] Für den konkreten Fall befand das Bundesgericht (in E. 3.5.1), dass die Immobiliengesellschaft den Eintritt der Bedingung (Baubewilligung) verhindert hatte. Die Immobiliengesellschaft hat ihre Weigerung nicht begründet und es war für die Weigerung auch kein wichtiger Grund ersichtlich. Daraus schloss das Bundesgericht auf eine Treuwidrigkeit.

[Rz 135] Im nächsten Schritt ging das Bundesgericht (in E. 3.5.2) der Frage nach, ob eine Kausalität bestand. Es ging dabei insbesondere darum, ob das zweite Projekt überhaupt bewilligungsfähig gewesen wäre. Diese Bewilligungsfähigkeit wurde vom Bundesgericht gestützt auf die von der Vorinstanz festgestellten Tatsachen angenommen.

[Rz 136] Die Immobiliengesellschaft machte im Übrigen geltend, sie habe das Vertrauen in die Architekten verloren gehabt. Das Bundesgericht erklärte dazu (in E. 3.6), dass der Verlust des Vertrauens für sich allein nicht von der Entschädigungspflicht gemäss Art. 377 OR entbindet. Ein Verzug und ein Vorgehen nach Art. 366 OR war von der Immobiliengesellschaft nicht geltend gemacht worden.

*Bemerkungen:* [Rz 137] Obwohl die Architekten im vorliegenden Fall ihrer Honorarforderung schliesslich durchsetzen konnten, illustriert dieses Urteil, wie prekär ein bedingter Vergütungsanspruch im Falle eines unkooperativen Verhaltens des Bestellers sein kann: Erstens muss das unkooperative Verhalten derart sein, dass es die Schwelle des restriktiv auszulegenden Art. 156 OR erreicht und zweitens muss der unter Umständen schwierige Nachweis geführt werden, dass die Bedingung ohne dieses Verhalten erfüllt worden wäre.

#### **Urteil 4C.393/2006 vom 27. April 2007: Beendigung nach Art. 377 OR**

*Sachverhalt:* [Rz 138] Eine Informatikunternehmung verpflichtete sich gegenüber einer Bestellerin, ein Softwarepaket zur Verfügung zu stellen und daran individuelle Anpassungen vorzunehmen sowie entsprechende Instruktionkurse abzuhalten. In der Folge kam es zum Streit, wobei die Bestellerin Mängel geltend machte und gestützt darauf eine Wandelung gemäss Art. 368 OR verlangte, während das Informatikunternehmen ausstehende Zahlungen forderte.

*Erwägungen:* [Rz 139] Das Bundesgericht stellte fest, dass der Streit sich um Probleme drehte, welche im Zusammenhang mit der Individualisierung der Funktionen der Software entstanden sind, wobei diese Arbeiten mehrere Tage in Anspruch nahmen und einen wesentlichen Teil der Leistungen des Softwareunternehmens ausmachten. Angesichts dieser wichtigen Adaption- und Individualisierungsarbeiten kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Regeln über den Werkvertrag per Analogie anwendbar seien (E. 3.1).

[Rz 140] Weiter stellte das Bundesgericht fest, dass die Bestellerin ihre Vertragsbeziehungen mit dem Informatikunternehmen vor dem Abschluss der Anpassungsarbeiten und vor der vereinbarten Inbetriebnahme beendet hatte. Die Ablieferung hatte somit noch nicht stattgefunden, so dass die Regeln über die Sachgewährleistung nicht zur Anwendung kamen. Gestützt auf die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz liess sich auch nicht sagen, dass ein Fall von Art. 366 OR vorliegen würde, so dass Art. 377 OR anzuwenden war (E. 3.2).

[Rz 141] Nach Art. 377 OR steht dem Besteller vor Ablieferung

des Werkes das Recht zu, sich vom Vertrag zu lösen, indem er die bereits geleistete Arbeit bezahlt und den Unternehmer schadlos hält. Es handelt sich dabei um eine Vertragsauflösung ex nunc. Im vorliegenden Fall stellte sich die Frage, inwieweit ein Besteller einen Vertrag nach Art. 377 OR beenden kann, ohne den Unternehmer vollständig schadlos halten zu müssen (E. 3.3). Das Bundesgericht verwies diesbezüglich auf seine nicht immer ganz konstante Rechtsprechung (BGE 69 II 139; BGE 117 II 237, E. 4a; BGE 96 II 192, E. 8; BGE 4C.387/2001 vom 10. September 2002, E. 6.2 und 6.5) und auf die Rechtslehre, welche mehrheitlich die Ansicht vertritt, dass der Richter die Entschädigung gemäss Art. 377 OR verringern oder gänzlich verweigern kann, wenn der Besteller sich aus wichtigen Gründen vom Vertrag löst (insbesondere mit Verweis auf GAUCH, Der Werkvertrag, N 568 ff und CHAIX, Commentaire Romand, N 17 ad Art. 377 OR). Gestützt auf Judikatur und Rechtslehre kam das Bundesgericht dann (in E. 3.3.3) zum Schluss, dass eine Reduktion der Entschädigung nach Art. 377 OR zur Anwendung kommen kann, wenn die Umstände es rechtfertigen. Das Bundesgericht liess dabei offen, auf welcher dogmatischen Grundlage dies zu erfolgen hat. Das Bundesgericht erinnerte zudem an seine Rechtsprechung gemäss Entscheid 4C.387/2001 vom 10. September 2002, wonach das Bestehen eines wichtigen Grundes und seine Auswirkungen auf die Entschädigungspflicht des Bestellers Ermessensfragen sind, welche nach Recht und Billigkeit zu entscheiden sind und stellte allgemein fest, dass das Bestehen eines wichtigen Grundes nicht leichthin angenommen werden kann. Es handelt sich also um Umstände, welche die Weiterführung des Vertrages für den Besteller untragbar machen und welche – grundsätzlich – dem Unternehmer anzulasten sind (E. 3.3.3).

[Rz 142] Das Bundesgericht zog in der Folge eine Parallele zu Art. 44 OR. In analoger Anwendung von Art. 44 OR könne eine Reduktion der Entschädigung gemäss Art. 377 OR nur dann erfolgen, wenn der Unternehmer durch fehlerhaftes Verhalten in einem wesentlichen Ausmass zum Ereignis beigetragen hat, welches den Besteller dazu brachte, den Vertrag zu kündigen. Ein entsprechender gewichtiger Grund oder ein Grund für eine Reduktion der Entschädigung kann nicht in einer schlechten Ausführung bestehen oder in Verspätungen, welche dem Unternehmer anzulasten sind und welche im Verlaufe der Arbeiten erfolgen, da diese Sachverhalte unter Art. 366 OR fallen (mit Verweis auf BGE 96 II 192 und BGE 126 III 230) (E. 3.3.3).

[Rz 143] Im Folgenden stellte das Bundesgericht gestützt auf die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz fest, dass die Probleme, welche die Bestellerin letztlich zur Kündigung veranlassten, hauptsächlich ihr selbst anzulasten waren. Im Übrigen stellte das Bundesgericht fest, dass es im Verlaufe der Zusammenarbeit zu einem Verlust des Vertrauens zwischen den Parteien gekommen sei. Allerdings sei ein solcher Verlust des Vertrauens an sich kein Grund, um von den Grundsätzen von Art. 377 OR abzuweichen, zumal dieser eine

Ausnahme vom Prinzip der Vertragstreue darstelle und daher restriktiv auszulegen sei. Ausserdem genüge nicht jede Beschwer, selbst wenn sie objektiv vertretbar sei. Es braucht ein tadelswertes Verhalten («comportement répréhensible») des Unternehmers, welches in gewichtiger Weise zum Bruch beigetragen hat (mit Verweis auf GAUCH, Der Werkvertrag, N 575 – obschon dieser dort einen «wichtigen Grund» voraussetzt und kein «tadelswertes Verhalten» erwähnt) (E. 3.4).

[Rz 144] Die Vorinstanz hatte allerdings die Entschädigung gemäss Art. 377 OR um 10 % gekürzt, und zwar mit der Begründung, dass die Softwareunternehmung die Bestellerin nicht früher und energischer auf deren Mitwirkungsobliegenheiten hingewiesen habe. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dies sei vertretbar, zumal die Softwareunternehmung nach Art. 369 OR eine Abmahnungspflicht gehabt hätte. Durch die Nicht-Wahrnehmung dieser Abmahnungspflicht habe sie die Situation der Bestellerin verschlechtert, was eine Reduktion des Schadenersatzes um 10 % rechtfertige (E. 3.4).

*Bemerkungen:* [Rz 145] Der Entscheid macht deutlich, dass in Bezug auf die Ersatzpflicht gemäss Art. 377 OR nicht nur wegen eines wichtigen Grundes gänzlich entfallen kann, sondern auch wegen weniger wichtiger, aber vom Unternehmer gesetzten Gründen *reduziert* werden kann. Etwas Mühe haben wir allerdings damit, dass eine entsprechende Reduktion im vorliegenden Fall offenbar deswegen erfolgte, weil der Unternehmer die Vernachlässigung von Mitwirkungspflichten des Bestellers bei diesem nicht rechtzeitig und nicht genügend vehement geltend gemacht hatte: Die Anzeigepflichten gemäss Art. 365 und 369 OR sind Obliegenheiten – nicht eigentliche Rechtspflichten. Mit anderen Worten: Es handelt sich nicht um einen einklagbaren Anspruch des Bestellers, sondern um Vorkehrungen, welche der Unternehmer im eigenen Interesse treffen sollte, da ihn andernfalls für ihn negative Rechtsfolgen treffen. Die Unterscheidung zwischen Obliegenheiten und (Neben-)Pflichten mag manchen als etwas dogmatisch bzw. verstaubt erscheinen, doch ist festzustellen dass hier ein Unternehmer dafür «bestraft» wurde, dass er den Besteller nicht *auf dessen eigenen Fehler* (nämlich die Vernachlässigung von Mitwirkungsobliegenheiten) hingewiesen hatte. Gibt es eine (Treue-)Pflicht des Unternehmers, die Wahrnehmung der Mitwirkungsobliegenheiten durch den Besteller zu überwachen und gegebenenfalls zu rügen? Und falls es so etwas gibt: Müsste es dann umgekehrt nicht auch eine (Treue-)Pflicht des Bestellers geben, allfällige Versäumnisse des Unternehmers rechtzeitig und vehement zu rügen, wie zum Beispiel sich abzeichnende Verspätungen oder Mängel? Bisher galt jedenfalls: «Auszugehen ist vom Grundsatz, dass kein Anspruch des Schuldners besteht, in der Vertragserfüllung vom Gläubiger überwacht zu werden» (BGE 4C.16/2003 vom 24. Juni 2003, E. 2.1). Was für die Vertragserfüllung gilt, sollte unseres Erachtens erst recht auch für die Wahrnehmung von Obliegenheiten gelten.

## 8. Subunternehmer und andere Beteiligte

### a) BGE 133 II 6 (Urteile 4C.368/2005 und 4C.370/2005 vom 26. September 2006): Rückgriff unter Baubeteiligten

*Sachverhalt:* [Rz 146] Der ursprüngliche Eigentümer eines Gebäudes hatte auf die Gaszufuhr verzichtet, den Gaszähler demontieren und die Leitung verschliessen lassen. Diese Arbeiten waren von der Unternehmung Y AG ausgeführt worden, welche im betreffenden Gebiet ein Monopol für sämtliche Arbeiten an Gasleitungen bis zum Gaszähler im Gebäudeinnern innehatte. Allerdings hatte die Y AG die Leitung im Gebäudeinneren bis zum Verschluss unter Gasdruck gelassen und auch keinen Abstellhahn beim Leitungseintritt erstellt. Das Gebäude wurde von einer Stiftung gekauft und diese beauftragte im Jahre 1987 einen Architekten mit der Planung und Leitung von Renovations- und Umbauarbeiten in diesem Gebäude. Die Durchführung dieser Arbeiten wurde der Bauunternehmung X AG anvertraut. Die geplanten Arbeiten erforderten unter anderem, dass ein Betonboden abgebrochen werden musste. Als im Oktober 1988 ein Angestellter der X AG mit dem Presslufthammer den Betonboden aufbrach, schlug er ein Leck in eine Gasleitung, Gas trat aus und kurz darauf kam es zu einer heftigen Explosion. Dabei wurden ein Angestellter der X AG und eine Angestellte der Stiftung verletzt, das Gebäude zum Teil zerstört und anliegende Gebäude beschädigt.

[Rz 147] Die Stiftung klagte am 2. Juli 1996 gegen den Architekten und die X AG als Solidarschuldner wegen vertraglicher und ausservertraglicher Haftung auf Leistung von Schadenersatz. Der Architekt bezog am 14. August 1996 die Y AG in den Streit ein (mit Verweis auf BGE 123 III 120, E. 2a, S. 122) und diese erhob dagegen die Verjährungseinrede. Das Kantonsgericht Waadt urteilte, es liege eine vertragliche und ausservertragliche Haftung sowohl des Architekten als auch der X AG vor. Was die Verantwortung der Y AG anbelangte, so befand das Kantonsgericht, dass diese in haftungsbegründender Weise einen gefährlichen Zustand geschaffen hatte. Das Kantonsgericht befand mit Urteil vom 9. Mai 2005 zugleich auch über die Haftungsquoten der Verantwortlichen. Danach betrug die Haftungsquote des Architekten 50%, jene der X AG 25% und jene Y SA ebenfalls 25%. Der Architekt und die Y AG legten gegen das Urteil des Kantonsgerichts Berufung ein, worauf auch die X AG mit einer Anschlussberufung nachzog.

*Erwägungen:* [Rz 148] In der amtlich publizierten Erwägung 5 befasste sich das Bundesgericht mit der Frage der Verjährung der Regressansprüche. Es stellt fest, dass der direkte (in casu nicht geltend gemachte) Anspruch der Stiftung gegenüber der Y AG gemäss Art. 41 OR verjährt war, da die absolute zehnjährige Verjährungsfrist des Art. 60 Abs. 1 OR im Jahre 1998 abgelaufen war. Weil Y AG gegen die Regressansprüche des Architekten und der X AG die Verjährungseinrede erhoben hatte, stellte sich dem Bundesgericht folgende

Frage: Kann ein Mitschuldner, den der Geschädigte unbehellig gelassen hat, dem Regressanspruch eines anderen Mitschuldners, welcher dem Geschädigten Schadenersatz leisten musste, entgegenhalten, dass seine Schuld gegenüber dem Geschädigten bereits verjährt ist (E. 5.1)?

[Rz 149] Um diese Frage zu beantworten, setzte sich das Bundesgericht sehr ausführlich mit der Rechtsprechung (E. 5.2.1) und Lehre (E. 5.2.2) auseinander, verglich mit dem Recht der Nachbarländer (E. 5.2.3.) und befasste mit der Regelung im Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts (E. 5.2.4). Anschliessend stellte es ernüchtert fest, dass *«il serait illusoire d'espérer trouver une solution qui, tout en ne s'écartant pas de l'orthodoxie juridique, répondît aux attentes difficilement conciliables des sujets actif et passif de la prétention récursoire»* (E. 5.3.1). Nach ausführlicher Besprechung dieser Problematik legte das Bundesgericht sodann folgende Grundsätze fest:

[Rz 150] Im Falle einer unechten Solidarität begründet Art. 51 OR ein *selbstständiges Rückgriffsrecht* desjenigen Schuldners, welcher dem Geschädigten Schadenersatz geleistet hat. Dieses Rückgriffsrecht verjährt ein Jahr seit dem Tag, an welchem der Geschädigte den Schadenersatz tatsächlich erhalten hat und dem Leistenden der andere Haftpflichtige bekannt geworden ist. Das Rückgriffsrecht verjährt in jedem Fall zehn Jahre nach Eintritt der Schädigung oder – bei andauernder Schädigung – nachdem diese ein Ende gefunden hat (E. 5.3).

[Rz 151] Die Verjährung der Ansprüche des Geschädigten gegen einen von mehreren Haftpflichtigen hindert denjenigen Solidarschuldner, welcher den Geschädigten befriedigt hat, *nicht* daran, seine Regressforderung gegen diesen Solidarschuldner geltend zu machen, vorausgesetzt, dass er ihm so bald wie möglich angezeigt hat, dass er ihn für mithaftpflichtig hält (E. 5.4).

[Rz 152] In Anwendung dieser Grundsätze entschied das Bundesgericht, dass die Y AG den noch nicht verjährten Regressforderungen des Architekten und der X AG nicht die Verjährung ihrer eigenen Schuld gegenüber der Stiftung entgegensetzen kann (E. 6.2.1). Mit Bezug auf die Regressforderung der X AG befand das Bundesgericht aber, dass diese *verwirkt* sei, da die X AG, nachdem sie eingeklagt worden war, während 22 Monaten nichts gegen die Y AG unternommen hatte, obwohl sie seit dem Zeitpunkt der Klageerhebung von der Möglichkeit, auf die Y AG zurückzugreifen, Kenntnis hatte (E. 6.2.2).

**Bemerkungen:** [Rz 153] Das wesentlichste praktische Problem dieser neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtes besteht wohl darin, dass gegenwärtig unklar ist, *wann* der Rückgriffsberechtigte seine Rückgriffsabsicht spätestens anmelden muss und mit *welcher Form und welchem Inhalt* dies zu erfolgen hat. Aus dem vorliegenden Entscheid ist immerhin zu entnehmen, dass die Anzeigepflicht auf jeden

Fall durch die Klageerhebung des Geschädigten gegen den Rückgriffsberechtigten ausgelöst wird und dass die «Anzeige» in der Form einer Gewährleistungsklage erfolgen kann. Offen ist aber, ob die Anzeigepflicht allenfalls auch schon früher, z.B. durch ein erstes Anspruchsschreiben des Geschädigten an den Rückgriffsberechtigten, ausgelöst wird. Unklar ist auch, ob als Anzeige der Rückgriffsabsicht eine mündliche oder schriftliche Mitteilung ausreicht. Es steht auch nicht fest, ob in der Anzeige der Rückgriffsabsicht z.B. bereits ein Maximalbetrag des Rückgriffs genannt werden muss und ob eine Begründung erforderlich ist.

[Rz 154] Wenn diese Rechtsprechung im Rahmen der Mängelhaftung auf den Rückgriff des Architekten gegen den Unternehmer angewandt wird, bedeutet dieser Entscheid eine Änderung der auf Art. 371 Abs. 2 OR gestützten Rechtsprechung (mit Verweis auf BGE 123 III 120, E. 2a, S. 122) und Rechtslehre (vgl. WALTER FELLMANN, Regressausgleich zwischen Architekt und Unternehmer, in: Alfred Koller (Hrsg.), 7. St. Galler Baurechtstagung 2006, S. 58; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, N. 2757 und 2297).

[Rz 155] Der Entscheid wurde ausführlich kommentiert: PASCAL PICHONANNAZ / FRANZ WERRO, La prescription de l'action récursoire en cas de solidarité imparfaite, BR/DC 2/2007, S. 48 ff. ; FRÉDÉRIC KRAUSKOPF / THOMAS SIEGENTHALER, Der Rückgriff unter Baubeteiligten – eine Praxisänderung ?, BR/DC 2/2007, S. 53 ff.

#### **Urteile 4A\_182/2007 und 4C.444/2006 vom 28. September 2007: Mängelhaftung und Solidarität**

[Rz 156] Eine Unternehmung verpflichtete sich gegenüber einer Gemeinde zur Ausführung von Sondagebohrungen und der Erstellung eines geologischen Gutachtens im Hinblick auf die Erstellung des neuen Hafens. Im Verlaufe der Bauarbeiten brach der südliche Damm des Hafens als Folge einer Bodenrutschung ein. In der Folge wurde dieser Damm um 12 Meter verlegt. An der neuen Stelle kam es zu Senkungen. Schliesslich brach der Damm auf über 50 Metern ein. Die in der Folge beigezogenen Gerichtsexperten kamen zum Schluss, dass die Unternehmung hinsichtlich des ersten Zwischenfalls ein Mitverschulden traf, nicht aber bezüglich des zweiten Zwischenfalls, da sie bezüglich des neuen Standortes des Dammes geologische Abklärungen empfohlen hatte, welche von der Bauherrschaft nicht durchgeführt wurden.

**Erwägungen:** [Rz 157] Die Gemeinde war der Ansicht, dass die Unternehmung auch für den zweiten Zwischenfall solidarisch haften müsse. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass wenn die mangelhafte Ausführung des Werkes durch mehrere Verantwortliche verursacht würde, diese dem Bauherrn für den entstandenen Schaden im Sinne einer unechten Solidarität haften (BGE 130 III 362, E. 5.2). Allerdings setzt eine solidarische Haftung voraus, dass überhaupt eine Haftung gegeben ist: Wer nicht für einen Schaden haftet, haftet dafür auch nicht solidarisch (BGE 130 III 362, E. 5.2). Wer für einen Schaden gar nicht haftet oder nur für einen Teil des



Schadens haftet (weil sein Verhalten nicht für den gesamten Schaden kausal war), haftet neben den anderen Verantwortlichen nicht für mehr als dafür, wofür er aufgrund seiner eigenen Verantwortlichkeit eintreten muss (BGE 127 III 257, E. 5a). Gestützt auf den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt stellte das Bundesgericht sodann fest, dass nur der erste Zwischenfall in einem kausalen Zusammenhang mit dem Verhalten der Unternehmung stand, nicht aber der zweite, sodass diese für den zweiten Zwischenfall nicht haftete, und daher auch nicht gestützt auf die Grundzüge der Solidarität zur Haftung herangezogen werden kann.

## 9. Sorgfaltspflichten

### a) Urteil 4C.369/2005 vom 8. Februar 2006: Sorgfaltspflichten im Wartungsvertrag: Nr. 1

*Sachverhalt:* [Rz 158] In einer Liegenschaft hatte ein Sanitärgeschäft ein von der A. AG hergestelltes Wasseraufbereitungsgerät installiert. Die Eigentümer der Liegenschaft vereinbarten mit der A. AG einen Servicevertrag. Im Rahmen der jährlichen Wartung musste der Servicemonteur das Wasseraufbereitungsgerät jeweils von der Wasserleitung trennen und wieder anschliessen. Am Folgetag der Wartung kam es zum Abriss des Verbindungsstücks und es entstand ein Wasserschaden. Das kantonale Gericht verurteilte das Sanitärgeschäft zur Zahlung von Schadenersatz. Vor Bundesgericht machte die A. AG namentlich geltend, die Vorinstanz habe die vertraglichen Pflichten unzulässig ausgeweitet. Insbesondere habe die Kontrolle der Erstinstallation nicht zu ihren vertraglichen Pflichten gehört.

*Erwägungen:* [Rz 159] Das Bundesgericht führte dazu aus, dass die Frage, ob die Kontrolle der Erstinstallation zu den vertraglichen Pflichten gehört, nur bedeutsam ist, solange der Mangel unerkannt bleibt. Sofern der Monteur beim Service Mängel erkennt, muss er dies auch dann melden, wenn eine entsprechende Kontrolle nicht Bestandteil des Vertrages ist (E. 4.3).

*Bemerkungen:* [Rz 160] Der Wartungsvertrag, der auf eine Dauer ausgelegt ist, wird als werkvertragsähnlicher Innominatkontrakt qualifiziert. Allerdings ändert das Element der Dauer z.B. nichts an der Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Mängelhaftung (BGE 4C.231/2004, E. 2.).

[Rz 161] Zum vorliegenden Fall ist zu bemerken, dass es die Vorinstanz und in der Folge auch das Bundesgericht als bewiesen erachteten, dass der Monteur erkannt hatte, dass die Erstinstallation nicht «lege artis» erfolgt war (vgl. E. 7) – obschon sich die A. AG auch vor Bundesgericht noch gegen diese Tatsachenfeststellung wehrte (E. 5 – E. 6). Bemerkenswert ist, dass das Bundesgericht in dieser Entscheidung trotz dieser Bestreitung auf das tatsächliche Erkennen des Monteurs abstellte und nicht den argumentativ bequemeren Weg des Abstellens auf sein «Erkennen-Müssen» beschritt. Das

Bundesgericht machte diesen Schritt dann aber rund zwei Monate später in BGE 4C.139/2005, E. 2.3.1.

### Urteil 4C.139/2005 vom 29. März 2006: Sorgfaltspflichten im Wartungsvertrag: Nr. 2

*Sachverhalt:* [Rz 162] Anfangs Oktober 1990 wurde die Mutter des späteren Klägers wegen Übelkeit und Bewusstlosigkeit ins Spital eingeliefert. Ein Kanarienvogel verstarb. Der Vater des späteren Klägers liess in der Folge einen Angestellten der A. AG kommen. Dieser führte am 22. Oktober 1990 einen Service an der Heizung durch. Nachträglich wurde zwischen der A. AG und dem Vater des späteren Klägers ein Servicevertrag unterzeichnet, in welchem festgehalten wurde, dass der erste Service am 22. Oktober 1990 bereits erfolgt sei. Am 4. Januar 1991 wurde die Mutter des Klägers tot vor dem Heizraum gefunden. Die Vorinstanz ging davon aus, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit das aus der Heizung ausgetretene Kohlendioxid den Tod der Mutter verursacht hatte. Ein Gutachten kam zum Schluss, dass der verwendete Kesseltyp ohne heizwasserseitige Installation eines Umlaufventils für eine Bodenheizung ungeeignet war und dass der Kaminzug viel zu gering war. Der Sohn klagte gestützt auf den Servicevertrag wegen des Todes seiner Mutter auf Zahlung einer Genugtuung.

*Erwägungen:* [Rz 163] Das Bundesgericht hielt unter Berufung auf das rund zwei Monate davor ergangene Urteil 4C.369/2005 (E. 4.3) fest, dass ein Servicemechaniker seine vertraglichen Pflichten verletzt, wenn er die Mängel, die er erkannt hat, dem Kunden nicht meldet. Das Bundesgericht ging aber noch einen Schritt weiter: Der Servicemechaniker verletzt seine Pflichten auch dann, wenn er Mängel, «die einer in Bezug auf die auszuführenden Arbeiten hinreichend fachkundigen Person bei Durchführung des Services hätten auffallen müssen», dem Kunden nicht meldet (E. 2.3.1): «Die Pflicht, den Mangel zu erkennen und den Kunden zu informieren, ergibt sich dabei unabhängig von den im Servicevertrag aufgeführten Leistungen direkt aus dessen Zweck und den Ansprüchen, die der Kunde an eine fachmännische Durchführung des Services stellen darf. Auch kann sich eine Pflicht zur Fehlersuche oder zumindest zur Information des Kunden ergeben, wenn der Servicefachmann bei der Wartung auf Anomalien stösst, die bei korrektem Funktionieren der Geräte nicht auftreten. Die im Servicevertrag explizit aufgeführten Leistungen zeigen lediglich auf, welche Arbeiten im Preis für den Service inbegriffen sind, und welche Komponenten im Rahmen des Services geprüft werden müssen, auch wenn keinerlei Anzeichen dafür bestehen, dass sie mangelhaft sein könnten» (E. 2.3.1).

[Rz 164] Bemerkenswert ist indessen, dass das Bundesgericht den Fall dann eigentlich gar nicht auf dieser Basis entschied, sondern in einem zweiten Schritt (in E. 2.3.2) eine Auslegung des konkreten Vertrages vornahm: Im vorliegenden Fall wurde zu Lasten der A. AG gewichtet, dass der Servicemechaniker beim Service vom 22. Oktober 1990 wusste,

dass es um ein Problem im Zusammenhang mit «Abgasgeschmack» ging und dass die Mutter mutmasslich wegen der Gasheizung im Spital gewesen war: «Wird der Servicevertrag unter diesen Voraussetzungen geschlossen, gehört es unabhängig von der Umschreibung der Serviceleistungen im Vertrag zu den Aufgaben des Servicemechanikers, die möglichen Ursachen des Störfalls zu berücksichtigen, um sicherzustellen, dass die Serviceleistung die adäquate Massnahme zur Fehlerbehebung darstellt.»

[Rz 165] Allerdings: Auch das war letztlich nicht das entscheidende Argument, denn der Servicemechaniker ging davon aus, dass der Gasheizkessel für den Niedertemperaturbetrieb geeignet war – so wie das der Hersteller auch kommuniziert hatte. Es war also fraglich, ob der Servicemechaniker das Problem unter diesen Umständen überhaupt erkennen konnte (E. 2.3.3). Hier war aber zu vermerken, dass die Herstellerin des Gasheizkessels mit der A. AG fusioniert hatte. Die A. AG hatte also neben ihren Pflichten aus dem Servicevertrag auch eine Produktebeobachtungspflicht (vgl. BGE 4C.307/2005, E. 3.1.). Sie musste sich das Wissen ihres Servicemonteurs um die Vorfälle von anfangs Oktober 1990 (Spitalaufenthalt der Mutter, Tod des Kanarienvogels) zurechnen lassen und hätte darum abklären lassen müssen, ob der Kessel für einen Einsatz mit Bodenheizung die notwendige Sicherheit aufweist (E. 2.4).

[Rz 166] Ausserdem stellte sich die Frage, ob der Sohn gestützt auf den vom Vater abgeschlossenen Servicevertrag gegen die A. AG klagen konnte. Das Bundesgericht leitete aus den Umständen ab, dass der Vater den Vertrag (in für die A. AG erkennbarer Weise) zum Schutze aller Familienmitglieder abgeschlossen hatte und dass die A. AG daher allen Familienmitgliedern aus dem Vertrag haftete (E. 3.3).

*Bemerkungen:* [Rz 167] Die Angelegenheit wäre eigentlich ein typischer Anwendungsfall des Produkthaftungsgesetzes. Allerdings trat dieses erst nach dem Unfall in Kraft und dies dürfte der Grund sein, warum der Kläger seine Forderung auf den Servicevertrag stützte. Für die Lösung des vorliegenden Falles unnötig und unseres Erachtens zu unbestimmt sind die Erwägungen unter E. 2.3.1: Sehr weit geht die dort erwähnte generelle Pflicht, beim Service – unabhängig von den Wartungspflichten im konkreten Wartungsvertrag – alle Mängel zu erkennen, die hätten auffallen müssen.

[Rz 168] Nebenbei bemerkt: Zwischen dem Tod der Mutter und dem Urteil des Bundesgerichtes vergingen über 15 Jahre. Unter diesem Aspekt ist unseres Erachtens nicht ganz unproblematisch, dass eine von relativ neuen Vorstellungen geprägte Rechtsprechung (Produktebeobachtungspflicht) im vorliegenden Urteil letztlich ausschlaggebend war. Zum Vergleich: Wer fühlt sich schon ganz wohl beim Gedanken, dass sein heutiges rechtsgeschäftliches Tun und Unterlassen letztlich nach den Vorstellungen und der Rechtsprechung des Jahres 2023 beurteilt werden könnte?

#### **Urteil 4C.284/2006 vom 7. November 2006: Sorgfalts- und Treuepflichten des Ingenieurs bei Unternehmervarianten**

*Sachverhalt:* [Rz 169] Ein Bauherrenkonsortium X. beauftragte mit der Planung und Realisierung ihres Mehrfamilienhauses den Architekten E. AG und ein Ingenieurbüro Y AG (Beklagte). Der Ingenieur erstellte die Ausschreibungsunterlagen und sah für die Baugrubensicherung die Errichtung einer Nagelwand vor. Der Unternehmer F. AG unterbreitete in der Folge eine kostengünstigere Variante und schlug anstelle der ausgeschriebenen Nagelwand einen vertikalen Betonriegel und eine flacher gestaltete Böschung vor. Architekt E. AG nahm das Angebot mit der Unternehmervariante von Unternehmer F. AG für die Bauherrschaft an, unter Hinweis darauf, dass die Baugrubensicherung «in vorheriger Absprache mit dem Bauingenieur resp. Bauleitung» erfolgen müsse. Nach Inangriffnahme des Aushubs stürzte die Baugrube ein und es kam in der Folge zu weiteren Rutschungen und zu Schäden in beträchtlichem Umfang, weil (wie das Ingenieurbüro Y. feststellte), die im Aushubplan vorgesehene Bodenvernagelung fehlte. Die Bauwesenversicherung des Bauherrenkonsortiums X. (Klägerin) übernahm federführend einstweilen die Schadensregulierung und klagte in der Folge gegen das Ingenieurbüro Y. AG (Beklagte) auf einen Teil des von ihr bezahlten Betrags im Umfang von CHF 1'700'000.00

*Erwägungen:* [Rz 170] Das Bundesgericht (wie schon zuvor das Handelsgericht des Kantons St. Gallen) prüfte unter verschiedenen Aspekten, ob das Ingenieurbüro den mit dem Bauherrenkonsortium abgeschlossenen Vertrag für Bauingenieurleistungen verletzt hat:

[Rz 171] Die fachliche und rechnerische Überprüfung von Unternehmervarianten (gemäss Art. 4.2.8.6 der SIA-Ordnung 103 eine Zusatzleistung) war nicht Vertragsgegenstand gewesen. Allerdings urteilte das Bundesgericht, dass ungeachtet dessen, dass kein solcher Zusatzauftrag vereinbart war, den Ingenieur gegenüber seinem Auftraggeber schon von Gesetzes wegen (vorliegend auch aus Art. 1.4.1 der SIA-Ordnung 103, Ausgabe 1984) eine allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht trifft, so dass eine Vertragsverletzung auch ohne Bestehen eines Zusatzvertrages zu bejahen sei, wenn die Untauglichkeit der Unternehmervariante für den Ingenieur *offensichtlich* ist und er den Bauherrn trotzdem nicht auf die aus der Ausführung des Projekts resultierenden Gefahren aufmerksam macht (E. 2.3).

[Rz 172] Das Bundesgericht hielt weiter fest, dass der als Spezialist beigezogene Ingenieur, der sich zur Projektierung der Baugrube und der Baugrubensicherung verpflichtet habe, im Einzelfall auch zu Baugrunduntersuchungen verpflichtet sei, wenn eine Prüfung der Bodenbeschaffenheit für die korrekte Erfüllung der übernommenen Aufgabe erforderlich sei (Art. 4.2.1 SIA-Ordnung 103, Ausgabe 1984). Wenn der Ingenieur feststelle, dass er zur Vornahme der notwendigen Abklärungen nicht in der Lage sei, so habe er der Bauherrschaft

den Beizug weiterer Fachleute (z.B. eines Geologen) nahe zu legen und im Weigerungsfall abzumachen (E. 4.4).

[Rz 173] Das Bundesgericht hielt zudem fest, dass zur Prüfung des Kausalzusammenhangs auch dem ursprünglich ausgeschriebenen (Amts-) Projekt des Ingenieurs durchaus Relevanz zukomme, insbesondere wenn bereits jenes Projekt technisch unzulänglich gewesen wäre und wenn der Unternehmer F. AG im Vertrauen auf die darin enthaltenen Daten ein technisch gleichwertiges, aber in der Folge ebenso unzulängliches (Varianten-) Projekt verwirklicht hätte. Als dann wäre nämlich die Vertragsverletzung des Ingenieurs eine *conditio sine qua non* für den Eintritt des Schadens. Indem die Vorinstanz diese denkbare Kausalkette übersehen und es unterlassen hat, entsprechende Abklärungen zu treffen, habe sie den Begriff der natürlichen Kausalität verkannt (E. 5.3). Zugleich hat die Vorinstanz die Beweisführungsregel von Art. 8 ZGB verletzt, indem sie die Klägerin entgegen ihren Anträgen über die Tauglichkeit des Projekts der Beklagten und über die Bedeutung des Projekts für die Erarbeitung der Unternehmervariante nicht Beweis führen liess. Auch aus diesem Grunde hat das Bundesgericht den Entscheid daher an die Vorinstanz zurückgewiesen (E 5.3).

*Bemerkungen:* [Rz 174] Der bundesgerichtliche Entscheid illustriert, dass der in der Baupraxis häufig erhobene Einwand, es habe keine Pflicht zur Aufklärung bestanden, weil eine entsprechende Prüfung oder Abklärung nicht (oder noch nicht) zum vertraglichen Aufgabenbereich gehört habe, zunehmend problematischer wird (vgl. auch Urteil 4C.139/2005 vom 29. März 2006, E. 2.3.2). Nach dem Verständnis des Bundesgerichts gehört zur allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht ein umsichtiges Verhalten des Planers, der sich nicht nur auf die vertraglich übernommenen Aufgaben beschränken darf, sondern auch vor *erkannten* Gefahren einer Unternehmervariante (z.B. vor einer unzulänglichen Baugrubensicherung ohne Rückverankerung) warnen muss, selbst wenn er keinen expliziten Auftrag hatte und daher keine entsprechende Honorierung für diese Leistung vorgesehen war. Das Bundesgericht hatte sich in 4C.284/2006 mit einer Konstellation zu befassen, bei welcher die Unternehmervariante «offensichtlich» untauglich war und dies vom Ingenieur auch erkannt wurde. Es ist allerdings damit zu rechnen bzw. es ist aufgrund der Erwägungen des Bundesgerichts zumindest nicht ausgeschlossen, dass künftig bei zur Diskussion stehenden Projektierungs- und Ausführungsvarianten aufgrund der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht von einer generellen Pflicht des oder der Planer ausgegangen wird, den Bauherrn darauf aufmerksam zu machen, dass eine Prüfung der Variante angezeigt wäre. Allenfalls wird künftig auch erwartet, dass ein Planer den Bauherrn nicht nur eine technisch-rechnerische Überprüfung empfiehlt, sondern auch die Prüfung weiterer Implikationen der Variante beantragt (z.B. technische Verknüpfungen, terminliche Abhängigkeiten mit anderen Baubeteiligten etc.) – insbesondere auch die Prüfung von Umständen, welche für den Bauherrn kostenrelevant sind

(vgl. HÜRLIMANN, Unternehmervarianten – Risiken und Problembereiche, Zeitschrift für Baurecht BR 1/96, S.8).

[Rz 175] Der neue Entscheid des Bundesgerichts ist auch interessant vor dem Hintergrund der allfälligen Haftung des die Variante vorschlagenden und ausführenden Unternehmers: Nach Massgabe von Art. 167 der SIA-Norm 118 ist der Unternehmer für Mängel seines Werkes haftbar, die verursacht sind durch von ihm vorgeschlagene Konstruktionen oder Ausführungsarten sowie durch seine statische Berechnung und konstruktive Bearbeitung. Dagegen haftet er nicht für die Richtigkeit der durch den Bauherren (oder seiner Planer) bekannt gegebenen Anforderungen, Gegebenheiten und Annahmen, welche Grundlage seiner Variante sind.

## 10. Schlussbemerkung

[Rz 176] In den Jahren 2006 und 2007 hat das Bundesgericht in manchen Entscheiden eine gewisse Strenge gezeigt. Auf jeden Fall erscheint die werkvertragliche Rechtsprechung der Jahre 2006 und 2007 als frei von jeglicher Tendenz, harte Resultate durch flexible Konzepte zu vermeiden. Die folgenden Entscheide veranschaulichen dies:

- Der recht strenge Massstab, welchen das Bundesgericht in BGE 133 III 449 (Urteil 4C.28/2007 vom 12. Juni 2007) an die Vertrauenshaftung anlegte.
- Die konsequente Anwendung der Rügepflichten auf Dienstleistungen (Urteil 4A\_51/2007 vom 11. September 2007), welche für Teile der Dienstleistungsbranche sicherlich gewöhnungsbedürftig ist.
- Das Festhalten an der Wirksamkeit eines vertraglichen Schriftlichkeitsvorbehalt, an den sich die Bauherrschaft selber auch nicht gehalten hat (Urteil 4C.385/2005 vom 31. Januar 2006).
- Das Beharren auf der Mängelrügepflicht, obschon die Unternehmerin über den Mangel informiert war (Urteil 4C.421/2006 vom 4. April 2007).
- Das Ignorieren der zweijährigen Rügefrist gemäss Art. 172 SIA-Norm 118, weil der Inhalt dieser Norm nicht bewiesen war (Urteil 4C.125/2005 vom 2. Juni 2006).
- Das Beharren auf dem Vorrang des Nachbesserungsrechtes (Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118), obschon sich der Unternehmer nicht mehr aktiv um eine Nachbesserung bemühte (Urteil 4C.91/2006 vom 29. Mai 2006, Urteil 4C.77/2006 vom 25. Juli 2006).
- Die Auslegung eines Kosten-Budgets als Weisung an den Planer und die Zusprechung von Schadenersatz ohne Beachtung des schadenersatzrechtlichen Grundsatzes der Vorteilsanrechnung (Urteil 4C.54/2006 vom 9. Mai 2006).
- Die Anforderungen an die Substantiierung von

Regiearbeiten, welche die Leistungserfassung bei Regiearbeiten recht kompliziert machen (Urteil 4A\_291/2007 vom 29. Oktober 2007).

- Die Anwendung der Bestimmungen über die Verjährung von Mängelrechten trotz laufender Verhandlungen zwischen den Parteien (Urteil 4C.421/2005 vom 6. April 2006).
- Die hohen Anforderungen an den Wartungsmonteur bei der Feststellung von Problemen, deren Klärung eigentlich nicht im Bereich seines vertraglichen Service-Pflichtenheftes liegen (Urteil 4C.139/2005 vom 29. März 2006).

[Rz 175] Diese Strenge mag im Einzelfall manchmal hart sein. Der Rechtssicherheit sind die konsequenten Massstäbe, die das Bundesgericht den referierten Urteilen zugrundelegt hat, aber eher förderlich.

---

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

---

\* \* \*