

Dr. Roland Hürlimann / Dr. Thomas Siegenthaler

Das Werkvertragsrecht in den Entscheiden des Bundesgerichts in den Jahren 2008–2011

Im Anschluss an die Kommentierungen der Vorjahre (Rechtsprechung 2006–2007 = Jusletter 22. September 2008; Rechtsprechung 2005 = Jusletter 20. November 2006, Rechtsprechung 2004 = Jusletter 21. Februar 2005; Rechtsprechung 2000–2003 = Jusletter 2. Februar 2004) enthält der Beitrag eine Zusammenfassung der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Werkvertragsrecht. Die Autoren halten sich bei der Übersicht an die thematische Einordnung der Vorjahre.

Rechtsgebiet(e): Werkvertrag; Kommentierte Rechtsprechungsübersicht

Zitiervorschlag: Roland Hürlimann / Thomas Siegenthaler, Das Werkvertragsrecht in den Entscheiden des Bundesgerichts in den Jahren 2008–2011, in: Jusletter 6. Februar 2012

Inhaltsübersicht

1. Rechtliche Qualifikation
 - 1.1. Urteil des Bundesgerichts 4A_252/2010 vom 25. November 2010
 - 1.2. Urteil des Bundesgerichts 4A_358/2007 vom 27. März 2008 (BGE 134 III 365; Pra 2009 58)
 - 1.3. Urteil des Bundesgerichts 4A_86/2011 vom 28. April 2011
 - 1.4. Urteil des Bundesgerichts 4A_471/2010 vom 2. Dezember 2010
 - 1.5. Urteil des Bundesgerichts 4A_494/2010 vom 7. Dezember 2010
2. Vergütung
 - 2.1. Urteil des Bundesgerichts 4A_42/2010 vom 19. März 2010
 - 2.2. Urteil des Bundesgerichts 4A_465/2009 vom 9. November 2009
 - 2.3. Urteil des Bundesgerichts 4A_71/2009 vom 25. März 2009
 - 2.4. Urteil des Bundesgerichts 4A_471/2009 vom 5. Januar 2010
 - 2.5. Urteil des Bundesgerichts 4A_183/2010 vom 27. Mai 2010
 - 2.6. Urteil des Bundesgerichts 4A_577/2008 vom 31. März 2009
 - 2.7. Urteil des Bundesgerichts 4A_15/2011 vom 3. Mai 2011
 - 2.8. Urteil des Bundesgerichts 4A_169/2011 vom 19. Juli 2011
 - 2.9. Urteil des Bundesgerichts 4D_75/2011 vom 9. Dezember 2011
 - 2.10. Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2011 vom 16. Mai 2011
 - 2.11. Urteil des Bundesgerichts 4A_389/2009 vom 9. November 2009 (BGE 136 III 14 = Pra 99/2010, Nr. 72)
3. Termine / Bauzeit
 - 3.1. Urteil des Bundesgerichts 4A_232/2011 vom 20. September 2011
 - 3.2. Urteil des Bundesgerichts 4A_141/2008 vom 8. Dezember 2009
 - 3.3. Urteil des Bundesgerichts 4A_203/2011 vom 22. August 2011
4. Mängelhaftung
 - 4.1. Urteil des Bundesgerichts 4A_460/2009 vom 4. Dezember 2009
 - 4.2. Urteil des Bundesgerichts 4A_307/2010 vom 14. Oktober 2010
 - 4.3. Urteil des Bundesgerichts 4A_89/2010 vom 1. April 2010 (BGE 136 III 275)
 - 4.4. Urteil des Bundesgerichts 4A_226/2010 vom 28. Juli 2010
 - 4.5. Urteil des Bundesgerichts 4A_534/2008 vom 24. März 2009
 - 4.6. Urteil des Bundesgerichts 4A_83/2009 vom 6. Mai 2009
 - 4.7. Urteil des Bundesgerichts 4A_82/2008 vom 29. April 2009
 - 4.8. Urteil des Bundesgerichts 4A_378/2010 vom 29. September 2010
 - 4.9. Urteil des Bundesgerichts 4A_61/2010 vom 1. April 2010
 - 4.10. Urteil des Bundesgerichts 4D_25/2010 vom 29. Juni 2010
 - 4.11. Urteil des Bundesgerichts 4A_235/2008 vom 23. Juli 2008
 - 4.12. Urteil des Bundesgerichts 4A_242/2008 vom 2. Oktober 2008
 - 4.13. Urteil des Bundesgerichts 4A_428/2007 vom 2. Dezember 2008
 - 4.14. Urteil des Bundesgerichts 4A_424/2009 vom 17. November 2009
 - 4.15. Urteil des Bundesgerichts 4D_81/2010 vom 1. Oktober 2010
 - 4.16. Urteil des Bundesgerichts 4A_253/2011 vom 16. August 2011
5. Vorzeitige Beendigung des Werkvertrages
 - 5.1. Urteil des Bundesgerichts 4D_76/2010 vom 5. Oktober 2010
 - 5.2. Urteil des Bundesgerichts 4A_290/2010 vom 10. Dezember 2010
 - 5.3. Urteil des Bundesgerichts 4A_518/2011 vom 21. Dezember 2011
 - 5.4. Urteil des Bundesgerichts 4A_183/2011 vom 16. Juni 2011
 - 5.5. Urteil des Bundesgerichts 4D_8/2008 vom 31. März 2008
 - 5.6. Urteil des Bundesgerichts 4A_512/2009 vom 26. Januar 2010
 - 5.7. Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2009 vom 9. Juni 2010
6. Verjährung
 - 6.1. Urteil des Bundesgerichts 4A_245/2010 und Urteil des Bundesgerichts 4A_247/2010 vom 12. Oktober 2010
 - 6.2. Urteil des Bundesgerichts 4A_495/2011 vom 15. November 2011

1. Rechtliche Qualifikation

1.1. Urteil des Bundesgerichts 4A_252/2010 vom 25. November 2010

Stichworte: Qualifikation des Geotechnikervertrages – Spaltung der Rechtsfolgen beim Planervertrag – nicht rechtzeitige Mängelrüge – Vollendung und Abnahme des Werkes

Sachverhalt:

[Rz 1] Ein Baukonsortium wurde mit der Realisierung einer Überbauung betraut. Kurz nach Aufnahme der Bauarbeiten begann der Hang zu rutschen. Das Baukonsortium nahm dann zwecks Erstellung einer Hangsicherung mit einem Geotechniker Kontakt auf. Die daraufhin ausgeführte Hangsicherung mit Selbstbohr-Vollverbundankern führte indes nicht zum gewünschten Ergebnis. Nach fortdauernden Hangrutschungen veranlasste das Baukonsortium schliesslich die Wiederauffüllung der Baugrube und die Projektierung und Ausführung einer anderen Hangsicherung.

[Rz 2] Das Baukonsortium klagte gegen den Geotechniker sowie gegen weitere Baubeteiligte. Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die Klage gegen den Geotechniker ab. Es qualifizierte das Vertragsverhältnis der Parteien als gemischten Vertrag (Auftrag/Werkvertrag), wobei es die Pflichten, deren Verletzung das Baukonsortium geltend machte, dem Werkvertragsrecht zuordnete. Daraus folgte, dass das Baukonsortium gegenüber dem Geotechniker mangels rechtzeitiger Mängelrüge seine Mängelrechte verwirkt hatte. Dagegen setzte sich das Baukonsortium vor Bundesgericht zur Wehr.

Erwägungen

[Rz 3] Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichts bildet das Hauptabgrenzungskriterium zwischen Werkvertrag und Auftrag der Arbeiterfolg, den der Unternehmer im Gegensatz zum Beauftragten schuldet. Dabei können sowohl körperliche wie auch unkörperliche Arbeitsergebnisse Gegenstand eines Werkvertrages bilden.¹ Planerverträge können nicht allgemeingültig qualifiziert werden, da es solche mit stets gleichem Inhalt nicht gibt.

[Rz 4] Der Vertrag des Architekten ist als gemischter Vertrag zu qualifizieren, was erlaubt, je nach den konkreten Umständen eine sachgerechte Lösung nach Massgabe des Auftrags- oder Werkvertragsrechts zu finden.² Dabei betrachtet das Bundesgericht folgende Leistungen als Leistungen werkvertraglicher Natur (E. 4.2): Die Ausführung von Projektierungsarbeiten (die in einem zu erstellenden Projekt ihren Niederschlag finden), das Verfassen von Plänen und das Verfassen von Kostenvoranschlägen. Dagegen gelten die Bauleitung und die Vergabe von Arbeiten als Leistungen mit auftragsrechtlichem Charakter.³ Generell sind Ingenieurleistungen, bei denen ein mess- oder objektivierbarer Erfolg geschuldet ist, dem Werkvertragsrecht zu unterstellen (E. 4.1). Daher

¹ BGE 127 III 328 E. 2a.

² BGE 134 III 361, E. 51; 127 III 543, E. 2a, S. 545; BGE 114 II 53, E. 2b, S. 56.

³ BGE 114 II 53, E. 2b, S. 56.

wendet das Bundesgericht auf Ingenieurleistungen wie etwa Vorarbeiten, Vorstudien, Vorprojekte, Ausführungspläne und Ausschreibungsunterlagen Werkvertragsrecht an.⁴

[Rz 5] Gestützt auf diese Rechtsprechung hatte die Vorinstanz folgende Leistungen des Geotechnikers als werkvertraglich qualifiziert – was vom Bundesgericht bestätigt wurde: «In der Phase der Projektierung, die boden- und felsmechanischen Stabilitätsberechnungen (Tragfähigkeit, Setzungen, Stabilität), die Bemessung der Baugruben- und Hangsicherung, das Zeichnen von schematischen geotechnischen Schnitten, die Ausarbeitung eines Überwachungskonzepts und die Mitverantwortung für die Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Konstruktionen. In der Phase der Realisierung die Verifizierung der den boden- und felsmechanischen Berechnungen zugrunde gelegten Kennwerte und Modelle sowie Kontrollrechnungen.» (E. 4.1 und 4.2). Entscheidend ist nach der Beurteilung des Bundesgerichts, ob die dem Werkvertrag zugeordneten Arbeiten zu einem Resultat führen, das nach objektiven Kriterien überprüft und somit als Erfolg versprochen werden kann. Am ehesten könne hier die werkvertragliche Natur der Mitverantwortung für die Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Konstruktionen zweifelhaft sein. Nach Auffassung des Bundesgerichts überzeugt aber die Überlegung der Vorinstanz, wonach aus Gründen der Koordination zwischen Bauingenieur- und Bauleistungen eine einheitliche Subsumtion unter das Werkvertragsrecht angezeigt sei – allerdings nur soweit die Anwendung der werkvertraglichen Gewährleistungsregeln mit den strengen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten (Art. 367 ff. OR) nicht als unsachgerecht erscheint. Letzteres sei hier aber nicht dargetan. Die Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Konstruktion könne als Erfolg garantiert werden (E. 4.3).

[Rz 6] Das Baukonsortium machte ferner geltend, die Hangsicherung mit Selbstbohrankern sei völlig unzureichend und unbrauchbar gewesen und habe daher nicht als vollendet gelten können und entsprechend habe es auch keine Abnahme des Werkes gegeben. Dies gab dem Bundesgericht Gelegenheit zur Rekapitulation einiger Grundsätze zu den Themen Vollendung und Abnahme (E. 5.3): «Die Ablieferung des Werkes setzt voraus, dass das Werk vollendet ist (BGE 118 II 142, E. 4, S. 149). Als vollendet gilt es, wenn der Unternehmer alle vereinbarten Arbeiten ausgeführt hat, das Werk also fertiggestellt ist. Ob es mängelfrei ist, spielt dagegen keine Rolle. Abgeliefert wird es durch die Übergabe oder durch die Mitteilung des Unternehmers, es sei vollendet. (...) Ein besonderer Abnahmewille des Bestellers oder seines Vertreters ist deshalb nicht erforderlich.» Ausserdem: «Die Vollendung ist zu unterscheiden von der Mängelfreiheit des Werkes. Ein Werk kann mit einem Mangel behaftet und dennoch vollendet sein. Die Mängelfreiheit des Werkes bildet keine Voraussetzung für dessen Ablieferung und Abnahme (BGE 115 II 456 E. 4 S. 458).» Entsprechend erachtete das

Bundesgericht das Werk als abgeliefert, zumal der Geotechniker nicht die Ausführung der Hangsicherung zu erbringen hatte, sondern Leistungen bei der Projektierung und Realisierung der vom Unternehmer ausgeführten Hangsicherung.

[Rz 7] Zu welchem Zeitpunkt der Geotechniker seine Arbeiten vollendet und abgeliefert hatte und zu welchem Zeitpunkt die behauptete Mangelhaftigkeit der geotechnischen Einschätzung für das Baukonsortium ersichtlich war, hatte die Vorinstanz insofern offen gelassen, als sie urteilte, dass das Baukonsortium spätestens bei Erhalt des von seiner Versicherung in Auftrag gegebenen Privatgutachtens Kenntnis der Mängel gehabt hatte. Entsprechend hätte es spätestens dann gegenüber dem Geotechniker unverzüglich Mängelrüge erheben müssen. In Anbetracht der Rechtsprechung zum Erfordernis der Soforrüge (wonach grundsätzlich eine siebentägige Rügefrist angemessen ist, Urteil des Bundesgerichts 4C.82/2004 vom 3. Mai 2004, E. 2.3) hatte die Vorinstanz kein Bundesrecht verletzt, als sie das rund fünfzehn Monate nach Erhalt des Privatgutachtens verfasste Schreiben des Rechtsvertreters als verspätet erachtete.

Bemerkungen:

[Rz 8] Das Urteil ist für die Baubranche von weitreichender Bedeutung. Zwar hatte das Bundesgericht bereits in BGE 109 II 462 festgehalten, dass ein Gesamtvertrag eines Planers als ein aus Auftrag und Werkvertrag gemischter Vertrag zu qualifizieren sei, bei welchem eine Spaltung der Rechtsfolgen (Haftung für einen Planungsfehler nach werkvertraglichen Regeln und Haftung für unsorgfältige Bauleitung nach auftragsrechtlichen Regeln) denkbar sei. Doch hatte das Bundesgericht seither soweit ersichtlich nicht mehr Gelegenheit, auf diese Rechtsprechung zurückzukommen. Dies hat es nun nachgeholt, allerdings ohne zur Kritik der Lehre an BGE 109 II 462 Stellung zu nehmen.⁵

[Rz 9] Für die Baupraxis heisst dies: Bei Gesamtverträgen von Planern (also solchen, welche neben Planungsleistungen auch Bauleitungsaufgaben beinhalten) muss der Bauherr im Falle von Baumängeln gegenüber dem (allenfalls) verantwortlichen Planer unverzüglich Mängelrüge erheben, ansonsten er riskiert, dass er seine Mängelrechte gegenüber dem Planer verliert. Da die Abgrenzung zwischen Teilleistungen, welche unter das Werkvertragsrecht fallen und solchen, welche nach auftragsrechtlichen Kriterien zu beurteilen sind, zumindest auf den ersten Blick nicht immer klar ist, sollte der Bauherr vorsichtshalber, bei jedem Fehler eines Planers unverzüglich Mängelrüge erheben. Komfortabler ist die Position des Bauherrn, wenn er mit dem Planer die Anwendbarkeit der SIA-Ordnung 102 (Ordnung für Leistungen und Honorare der Architekten) oder der SIA-Ordnung 103

⁴ BGE 119 II 40, E. 2e, S. 46.

⁵ Vgl. HUBERT STÖCKLI, *Private Baunormung – ein Streifzug*, BRT 2005, Freiburg 2005, S. 6; HUBERT STÖCKLI, *Sorgfaltsmangel und Vergütung*, in: Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch, Zürich 2004, S. 945; GAUCH, *Der Werkvertrag*, 5. Aufl., Zürich 2011, Nr. 57 ff.

(Ordnung für Leistungen und Honorare der Bauingenieure) vereinbart: Nach Art. 1.11.21 dieser Ordnungen kann der Bauherr «Ansprüche aus Mängeln des Bauwerkes» während der ersten zwei Jahre jederzeit rügen, ohne den Verlust des Rügerechts zu riskieren.

1.2. Urteil des Bundesgerichts 4A_358/2007 (BGE 134 III 365; Pra 2009 58) vom 27. März 2008

Stichworte: Qualifikation eines Kostenvoranschlags – Haftung bei fehlerhaftem Kostenvoranschlag (Rechnungsfehler)

Sachverhalt:

[Rz 10] Strittig war zwischen einem Bauherrn und seinem Planer die Qualifikation des Kostenvoranschlags für die Baukosten des Unternehmers. Im Vertrauen auf die Richtigkeit des Kostenvoranschlags und das gestützt darauf erstellte Projekt erwarb der Bauherr eine Liegenschaft. In der Folge stellte der Bauherr fest, dass der Kostenvoranschlag wegen eines Rechnungsfehlers unzutreffend war. Der Bauherr verzichtete auf die Realisierung des Projekts, veräusserte das Grundstück an einen Dritten und klagte gegen den Planer auf Schadenersatz. Der Planer machte im Verfahren geltend, dass der ausgearbeitete Kostenvoranschlag, weil er nicht im Rahmen eines Gesamtauftrages erfolgte, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes⁶ dem Werkvertragsrecht untersteht, so dass allfällige Schadenersatzansprüche nach der werkvertraglichen Mängelbestimmungen von Art. 371 Abs. 1 OR innert eines Jahres seit Ablieferung verjähren würden.

Erwägungen:

[Rz 11] Das Bundesgericht qualifizierte den Kostenvoranschlag als auftragsrechtliche Leistung und brachte daher (wie schon in BGE 127 III 545) die zehnjährige Verjährungsfrist von Art. 127 OR zur Anwendung (E. 6.3): Ein Kostenvoranschlag sei kein Werk im Sinne des Art. 363 ff. OR, weil bei einer solchen Schätzung immer eine gewisse Unsicherheit verbleibe und daher der Planer nicht in der Lage sei, die ermittelten Kosten und das daraus folgende Total zu garantieren. Die mit dem Kostenvoranschlag verbundene Schätzung sei objektiv nicht messbar und bleibe daher eine Prognose. Diese Schätzung habe der Planer mit höchster Sorgfalt vorzunehmen. Der Planer schulde, wenn er einen Kostenvoranschlag erarbeite, nicht ein Resultat, sondern ein sorgfältiges Tätigwerden, mithin die Qualität seiner Leistungen.

Bemerkungen:

[Rz 12] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kommt Werkvertragsrecht (Art. 363 ff. OR) zur Anwendung, wenn das Resultat der geschuldeten Leistung objektiv messbar ist und garantiert werden kann, andernfalls ist Auftragsrecht

anwendbar (Art. 394 ff. OR). Die rechtliche Einordnung des Kostenvoranschlags als auftragsrechtliche Leistung führt zum pragmatischen Ergebnis, dass der Bauherr den Planer für seine Schätzung über einen Zeitraum von 10 Jahren in die Pflicht nehmen kann, was insbesondere dann von entscheidender Bedeutung ist, wenn zwischen dem Ablieferungstermin des Kostenvoranschlags und der Baurealisierung ein Zeitraum von mehr als einem Jahr liegt. Das Qualifikationskriterium der «objektiven Messbarkeit» kann im Einzelfall allerdings nach wie vor gewisse Abgrenzungsprobleme zur Folge haben. Denn: Kostenvoranschläge sind vom Planer in der Regel mit einem Genauigkeitsgrad zu schätzen, nach Massgabe von Art. 4.32 SIA Ordnung 102 mit einer Bandbreite von +/- 10%. Von daher ist nicht in jedem Fall nachvollziehbar, weshalb eine Schätzung (insbesondere eine solche mit einem Genauigkeitsgrad von +/- 10%) nicht nach objektiven Kriterien prüfbar sein soll. Das würde dafür sprechen dennoch Werkvertragsrecht und damit die kurze Einjahresfrist von Art. 371 Abs. 1 OR zur Anwendung kommen zu lassen. Ein abschliessender Hinweis: Was die Haftung für Fehler im Kostenvoranschlag betrifft, hat das Bundesgericht bereits im Entscheid 4C.424/2004 vom 15. März 2006 (E.4) einen anderen Weg eingeschlagen, indem es bei Überschreitung der Kostenschätzung von einer (widerlegbaren) Tatsachenermutung ausgeht, wonach der Planer im übersteigenden Betrag die Kosten unsorgfältig geschätzt hat.

1.3. Urteil des Bundesgerichts 4A_86/2011 vom 28. April 2011

Stichworte: Rechtliche Qualifikation von Planerleistungen – Planung als auftragsrechtliche Leistung?

Sachverhalt:

[Rz 13] Ein Architekt hatte Pläne und Kostenprognosen für den Umbau eines Gebäudes erstellt. Nach Eingang der Baubewilligung wurde die Vertragsbeziehung beendet. Der Architekt trat seine Honorarforderung an eine GmbH ab, welche gegen die Auftraggeber auf Bezahlung des Architektenhonorars klagte. In erster Instanz wurden die Auftraggeber verurteilt, CHF 62'440.75 zu bezahlen. Das Vertragsverhältnis wurde dabei als Werkvertrag (Art. 363 ff. OR) qualifiziert, da es um die Erstellung von Plänen und Projekten («piani e progetti») gegangen sei. Vom Kantonsgericht wurde die zugesprochene Summe dann auf CHF 3'788.30 reduziert.

Erwägungen:

[Rz 14] Das Bundesgericht stellte fest, dass der Architekt nicht nur Pläne und Projekte («piani e progetti») zu erstellen hatte, sondern auch drei Kostenschätzungen («stime dei costi») und entsprechend nahm es von Amtes wegen eine Berichtigung der Sachverhaltsfeststellung vor (Art. 105 BGG). Das Bundesgericht führte sodann (in E. 3.2) aus, das Kantonsgericht habe zu Recht darauf hingewiesen, dass der Architektenvertrag gemischter Natur sei, wobei die rechtliche

⁶ BGE 114 II 56.

Qualifikation von den konkreten Arbeiten abhängen, welche der Architekt erbringt. Wenn dabei nur die Erarbeitung von Plänen geschuldet ist, finden die Regeln über den Werkvertrag Anwendung. Im vorliegenden Fall habe der Architekt allerdings auch Kostenschätzungen gemacht, wobei diese Aufgabe nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dem Auftragsrecht untersteht.⁷ Zwischen den beiden Tätigkeiten bestehe eine Konnexität: Die Kosten hängen von den Plänen ab und diese beeinflussen ihrerseits die Art der Projektierung. Im Sinne der Kohärenz mit der Praxis betreffend die Tätigkeit des Architekten, welcher mehrere Tätigkeiten verschiedener Natur erbringt, sei es erforderlich, den Vertrag des Architekten, welcher Pläne und Kostenschätzungen erstellt, den Regeln des Auftragsrechts zu unterstellen (E. 3.2).

[Rz 15] Der Hauptstreitpunkt war indessen die Frage der Anwendbarkeit der SIA-Honorarordnung 102. Ein Gutachter hatte erstinstanzlich das Honorar auf der Basis der SIA-Ordnung 102 festgelegt. Das Kantonsgericht hatte dann aber festgestellt, dass die SIA-Ordnung 102 nicht vereinbart war. Das Bundesgericht bestätigte (in E. 6.1) das Kantonsgericht dahingehend, dass den SIA-Ordnungen die Bedeutung von allgemeinen Geschäftsbedingungen zukomme, welche nicht als regelbildende Übung gelten könne, ausser dies sei im Einzelfall nachgewiesen.⁸ Das Bundesgericht kam daher zum Schluss, dass die Vergütung auf der Basis von Art. 394 Abs. 3 OR festzulegen sei. Bei der Prüfung, ob das geforderte Honorar angemessen ist, sei primär auf die vom Architekten und seinen Hilfspersonen aufgewendete Zeit und die aufgelaufenen Kosten abzustellen. Bereits die Vorinstanz hatte diesbezüglich aber festgestellt, dass weder der Zeitaufwand noch die Kosten im Zivilprozess hinreichend dargelegt wurden. Das konnte von der Klägerin vor Bundesgericht nicht mehr korrigiert werden – auch nicht durch eine Berufung auf Art. 42 Abs. 2 OR denn die Faktoren, welche die Berechnung des Architektenhonorars ermöglichen, namentlich die aufgewendete Zeit und der Kostenaufwand, sind ihrer Natur gemäss durchaus beweisbar (E. 6.3).

Bemerkungen:

[Rz 16] Dass das Bundesgericht die Planungsleistungen eines Architekten als auftragsrechtliche Leistung qualifiziert, und zwar mit der Begründung, dass diese hier mit der Erstellung von Kostenprognosen einhergingen, ist im Lichte der bisherigen Rechtsprechung⁹ eher überraschend.

[Rz 17] Das Bundesgericht qualifiziert in diesem Entscheid die Erstellung von Plänen insoweit als Leistung auftragsrechtlicher Natur, als die Pläne zusammen mit Kostenprognosen erstellt werden. Diese Auffassung kontrastiert mit dem Urteil 4A_252/2010 vom 25. November 2010, worin das Bundesgericht festgehalten hatte, dass «das Verfassen von

Plänen und Kostenvoranschlägen» zu den Leistungen werkvertraglicher Natur zähle (E. 4.1). Als Fazit bleibt die Feststellung, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur rechtlichen Qualifikation der Leistungen von Planern eine gewisse Unstetigkeit bzw. Unsicherheit erkennen lässt. Zudem vermisst man eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit dem Thema – namentlich auch mit der in der Rechtslehre vertretenen Auffassung, wonach der Gesamtvertrag des Planers als Auftrag zu qualifizieren sei.¹⁰

1.4. Urteil des Bundesgerichts 4A_471/2010 vom 2. Dezember 2010

Stichworte: Qualifikation des Totalunternehmervertrages als Werkvertrag – Qualifikation des Globalarchitektenvertrages

Sachverhalt:

[Rz 18] Im Zuge einer Immobilienpromotion schlossen sich ein Architekt (X), ein Unternehmer (Y) und ein Ingenieur (Z) vertraglich zu einem Bauherren-Konsortium zusammen betreffend die Realisierung und den Verkauf von vier Einfamilienhäusern. In jedem Kaufvertrag befand sich eine Klausel, welche die Erwerber verpflichtete, dem Gesellschafter X die Projektierung und die Ausführung ihres Hauses inklusive Garage zu übertragen, und zwar zu einem vorfixierten Globalpreis. Gesellschafter X (Architekt) übertrug Gesellschafter Y (Bauunternehmer) die Baumeisterarbeiten. Letzterer stellte diese Arbeiten beim Architekten X in Rechnung. In der Folge kam es zum Streit über die in Rechnung gestellten Arbeiten, namentlich auch darüber, ob der Architekt X oder die einzelnen Hausbesitzer als Besteller bzw. als Schuldner der Werklohnforderungen zu betrachten seien.

Erwägungen

[Rz 19] Das Bundesgericht kommt in Übereinstimmung mit der Beweiswürdigung der Vorinstanz zur Auffassung, dass der Architekt mit den einzelnen Erwerbern der Liegenschaften einen Totalunternehmervertrag abgeschlossen hätte und dass Unternehmer Y in Bezug auf die übernommenen Arbeiten als Subunternehmer tätig gewesen sei (E.4.6). Das Bundesgericht qualifiziert den Vertrag zwischen dem Totalunternehmer und den Bestellern als Werkvertrag im Sinne von Art. 363 ff. OR, und zwar in Anlehnung an die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtes¹¹ auch dann, wenn der Totalunternehmer sämtliche Arbeiten an Subunternehmer delegiert (E.4.3.1).

[Rz 20] Die Rolle eines General- oder Totalunternehmers kann durchaus auch durch einen Planer (wie im vorliegenden

⁷ BGE 134 III 361 E. 6.

⁸ Mit Verweis auf BGE 118 II 295 E. 2a.

⁹ Vgl. BGE 119 II 40, E. 2e, S. 46.

¹⁰ Vgl. z.B. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 57 ff.; HUBERT STÖCKLI, Private Baunormung – ein Streifzug, BRT 2005, Freiburg 2005, S. 6; HUBERT STÖCKLI, Sorgfaltsmangel und Vergütung, in: Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch, Zürich 2004, S. 945.

¹¹ Verwiesen wird auf das Urteil des Bundesgerichts 4C.87/2003 vom 25. August 2003 sowie BGE 114 II 253.

Fall durch einen Architekten) übernommen werden. Doch handelt in diesem Fall der Architekt nicht als Vertreter des Bauherrn gegenüber dem eingesetzten Subunternehmer, sondern er handelt diesen (Sub-) Unternehmern gegenüber im eigenen Namen und auf eigene Rechnung.¹² Demgegenüber handelt es sich beim Gesamtvertrag eines Planers ein aus Auftrags- und Werkvertragsrecht gemischtes Vertragsverhältnis, bei welchem eine Spaltung der Rechtsfolgen vorzunehmen sei.¹³ Im vorliegenden Fall ergibt sich gestützt auf das Vertrauensprinzip, dass der Architekt, zusätzlich zu den Aufgaben des Generalunternehmers, mit den Aufgaben der Projektierung, der Planung und der Bauleitung betraut wurde, so dass dieses Vertragsverhältnis als Totalunternehmer zu verstehen war (E.4.6).

1.5. Urteil des Bundesgerichts 4A_494/2010 vom 7. Dezember 2010

Stichworte: Maishäckslervertrag als Werkvertrag – Informationspflicht des Bestellers über grössere Hindernisse in Grund und Boden

Sachverhalt:

[Rz 21] Zu beurteilen hatte das Bundesgericht Beschädigungen an einem Häckselaggregat, die bei einer Bearbeitungsmaschine im Einsatz auf einem Maisfeld wegen eines Metallstücks entstanden sind. Der «Lohnunternehmer» klagte gegen den Besteller auf Ersatz der Reparaturkosten im Betrag von CHF 82'413.¹⁵ Er warf dem Besteller vor, er hätte seine Melde- bzw. Aufspür- und Eliminationspflicht für kleinere Metallteile verletzt. Der Besteller wehrte sich mit dem Argument, es sei «schlechterdings unverhältnismässig», wenn von ihm verlangt würde, vor dem Maishäckslereinsatz jede Reihe des mehr als mannshohen Maises mit Argusaugen abzusuchen.

Erwägungen

[Rz 22] Das Bundesgericht qualifizierte den Maishäckslervertrag, wie schon die Vorinstanz, als Werkvertrag im Sinne von Art. 363 OR. Im gesetzlichen Werkvertragsrecht wird die einzige ausdrücklich erwähnte Pflicht des Bestellers, nämlich die Leistung einer Vergütung, durch Nebenpflichten (die aus Art. 2 Abs. 1 ZGB fliessen) ergänzt. Zu diesen Nebenpflichten gehören beim vorliegenden Maishäckslervertrag die Informationspflicht über grössere Hindernisse wie Grenzsteine, Pfähle, Dollen und Schächte, nicht aber die Pflicht, das Maisfeld nach kleinen Metallstücken abzusuchen. Das Bundesgericht ging nicht von einer Pflichtverletzung aus, weil nach den (unangefochten gebliebenen) Feststellungen der Vorinstanz davon auszugehen war, dass das fragliche Metallstück (Rollgabelschlüssel von 17 cm Ausmass) im

Rahmen des Zumutbaren nicht erkennbar war, weshalb die Klage des Unternehmers abgewiesen wurde.

Bemerkungen:

[Rz 23] Die Erwägungen des Bundesgerichtes im Zusammenhang mit landwirtschaftlichen Bearbeitungsmaschinen sind auch für die Baubranche, in welcher regelmässig Fahrzeuge, Geräte, Maschinen und weitere Baustelleneinrichtungen (Art. 123 SIA-Norm 118) zum Einsatz kommen, von weitreichender Bedeutung. Die aus dem Gebot von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. ZGB) abgeleitete generelle Pflicht, die Rechtsgüter des Vertragspartners zu wahren, wird im gesetzlichen Werkvertragsrecht wie folgt konkretisiert: Der Besteller hat im Rahmen des Zumutbaren alles Mögliche zu tun, um den Unternehmer, soweit es in seiner Hand liegt, bei der Ausführung des Werkes vor Schaden an Leib, Gesundheit oder Sachen zu bewahren und auf Gefahren hinzuweisen, von denen er Kenntnis hat, die für den Unternehmer jedoch nur schwer erkennbar sind. Wenn der Unternehmer daher bei der Vertragserfüllung in den Einflussbereich des Bestellers gelange, weil er das Werk z.B. in den Räumen oder auf dem Baugrund des Bestellers, mit dessen Arbeitsmitteln oder Werkstoff, an dessen Werkgegenstand oder unter dessen persönlicher Leitung ausführe, so dürfe der Unternehmer diesbezüglich die gleiche Fürsorge wie ein Arbeitnehmer erwarten, weshalb Art. 328 OR sinngemäss zur Anwendung komme.¹⁴ Im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 wird die Informationspflicht des Bestellers weiter verdeutlicht.

[Rz 24] Nach Art. 5 Abs. 2 der SIA-Norm 118 gilt: «Vor der Ausschreibung ermittelt der Bauherr die örtlichen Gegebenheiten, insbesondere die Beschaffenheit des Baugrundes, entsprechend den Anforderungen der auszuführenden Arbeit; er hält das Ergebnis vollumfänglich in den Ausschreibungsunterlagen fest, unter Hinweis auf erkannte Vorschriften und Gefahren...» und Art. 5 Abs. 3 ergänzt: «Zu den örtlichen Gegebenheiten, die der Bauherr abklärt, gehören benachbarte Bauwerke, Verkehrs- und weitere Anlagen, Grundwasservorkommen und Quellen sowie ober- und unterirdische Leitungen (...) sofern sie die auszuführende Arbeit behindern oder durch diese gefährdet werden könnten». Nach Art. 16 SIA-Norm 118 hat aber der Unternehmer seinerseits die Pflicht, «die offensichtlichen oder durch Besichtigung erkennbaren besonderen Ortsverhältnisse» zu berücksichtigen.

[Rz 25] Soweit der Unternehmer bei der Ausführung des Werkes allerdings Mängel an dem vom Besteller gelieferten Stoff oder an dem angewiesenen Baugrunde erkennt, hat er dem Besteller ohne Verzug davon Anzeige zu machen, nötigenfalls die nachteiligen Folgen ihm selbst zur Last fallen (Art. 365 Abs. 3 OR; vgl. ferner Art. 25 Abs. 3 sowie Art. 110 SIA-Norm 118).

¹² E.4.3.1, verwiesen wird auf BGE 130 III 707 E.4.4.

¹³ E.4.3.2 unter Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 4C.87/2003 vom 25. August 2003 sowie BGE 127 III 543.

¹⁴ GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1320 ff.

2. Vergütung

2.1. Urteil des Bundesgerichts 4A_42/2010 vom 19. März 2010

Stichworte: Totalunternehmervertrag – Vergütung von Vorstudien bei Erbringen eines Grossteils der Planungsleistung
Sachverhalt:

[Rz 26] Ein Totalunternehmer beschäftigte sich zusammen mit einem Architekturbüro mit der Realisierung einer grösseren Überbauung mit sieben Villen. Im Frühjahr 2003 interessierte sich ein Ehepaar für die Erstellung eines Einfamilienhauses auf der Parzelle G. Auf Veranlassung des Ehepaares unterbreitete der Totalunternehmer ein mit «Bestellung» betitelttes Dokument, worin festgehalten wurde, dass auf der Basis der Architektenpläne eine Pauschalofferte erstellt werden solle, wobei dem diverse Planungsschritte voranzugehen hatten. Auf dem Dokument war auch angegeben, dass diese Planungsleistungen einen Wert von CHF 30'000.00 haben. Das Ehepaar hat dieses Dokument indessen nicht unterzeichnet. Ein entsprechendes Projekt für Parzelle G wurde erstellt, die Baubewilligung wurde erteilt und ein Kostenvoranschlag wurde abgegeben. Den Eheleuten war das Projekt zu gross und zu teuer. Anschliessend wurde das Projekt modifiziert und damit eine Senkung der Baukosten erreicht. Daraufhin änderte das Ehepaar seine Meinung und interessierte sich für die Parzelle H. Der Totalunternehmer versuchte, die Wünsche des Ehepaares auf die Parzelle H umzusetzen. Dennoch entschied sich das Ehepaar, das Projekt nicht ausführen zu lassen. Darauf klagte der Totalunternehmer auf Bezahlung von CHF 25'000.00 für die diversen Studien und Planungen. Das Ehepaar stellte sich auf den Standpunkt, es habe sich lediglich um nicht fakturierbare Vorgespräche gehandelt.

Erwägungen:

[Rz 27] Die Kosten von Vorstudien, welche dazu dienen, die wahrscheinlichen Kosten eines Werkes festzustellen und in der Folge eine entsprechende Offerte abzugeben, sind Teil der Verhandlungskosten.¹⁵ Sofern nichts anderes vereinbart ist, müssen solche Kosten grundsätzlich vom Unternehmer getragen werden, und zwar auch dann, wenn ihm die Arbeiten in der Folge nicht zur Ausführung übertragen werden. Anders verhält es sich, wenn der Partei, mit welcher der Unternehmer Verhandlungen führt, eine Verletzung von Treu und Glauben (*culpa in contrahendo*) vorzuwerfen ist (E.2.1). Der Unternehmer kann eine vertragliche Vergütung geltend machen, wenn vereinbart wurde, dass er für die Erstellung des ursprünglichen Projekts bezahlt wird oder wenn, zumindest konkludent, ein besonderer Teilvertrag betreffend die der Offerte vorausgehenden Vorstudien abgeschlossen wurde.

[Rz 28] Der Anspruch auf die Vergütung von Projektstudien kann auch aus der Tatsache abgeleitet werden, dass der Empfänger dieser Leistung (auch wenn es sich dabei um eine einfache Offerte handelt) daraus einen tatsächlichen Gewinn erzielt, d.h. die darin enthaltenen Ideen verwendet oder verwenden lässt.

[Rz 29] Im vorliegenden Fall waren die kantonalen Gerichte zum Schluss gelangt, dass sich der tatsächliche Wille der Parteien nicht mehr feststellen lasse. Entsprechend nahmen die Richter eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vor. Sie stellten dabei fest, dass die vom Totalunternehmer erbrachten Leistungen 28,5 % der Gesamtleistungen eines Architekten nach der SIA-Ordnung 102 darstellen und dass das Ehepaar nicht in Unkenntnis darüber sein konnte, dass Leistungen dieses Umfangs normalerweise nicht ohne Gegenleistung erfolgen. Das Bundesgericht bestätigte dies und wies zudem darauf hin, dass die Tatsache, wonach der Wert der Leistungen vom Totalunternehmer mit CHF 30'000.00 angegeben worden war, deutlich zeige, dass das Ehepaar nicht gutgläubig davon ausgehen konnte, die entsprechenden Leistungen würden unentgeltlich erbracht.

Bemerkungen:

[Rz 30] Der vorliegende Entscheid bestätigt die bisherige Rechtsprechung von BGE 119 II 40 (Pra 84, Nr. 12). Im Unterschied zum Unternehmer, welcher für eine vom Besteller definierte Arbeit eine Offerte einreicht, setzt die Erstellung einer Pauschalofferte des Totalunternehmers voraus, dass dieser zuerst einen Grossteil der Planungsleistungen erbringt und damit das von ihm zu erstellende Werk definiert.

2.2. Urteil des Bundesgerichts 4A_465/2009 vom 9. November 2009

Stichworte: Vergütung nach Einheitspreisen gestützt auf Art. 374 OR

Sachverhalt:

[Rz 31] Ein Bauherr hat einem Unternehmer mit schriftlichem Werkvertrag die Aushub- und Umgebungsarbeiten für eine erste von vier Etappen einer Überbauung übertragen. In der Folge wurde mündlich vereinbart, dass auch die nächsten drei Etappen zu denselben Konditionen ausgeführt werden sollten. Der zweite, mündliche abgeschlossene Werkvertrag bezog sich auf die Umgebungsarbeiten. Zwischen den Parteien bestand Einigkeit, dass die Arbeiten zu einem bestimmten Betrag pro m² (mithin zu einem Einheitspreis) abgegolten werden sollten. Strittig war indessen die Höhe der Vergütung, insbesondere wie der Quadratmeterpreis zu bestimmen war. Das Handelsgericht des Kantons Aargau entschied, dass der Werklohn in diesem Fall nach Art. 374 OR, d.h. «nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers», zu bestimmen sei. Das Gericht setzte alsdann einen Quadratmeterpreis fest und multiplizierte diesen mit dem Ausmass der ausgeführten Arbeiten. Der Unternehmer

¹⁵ BGE 119 II 40 [Pra 84, Nr. 12].

rügte vor Bundesgericht eine Verletzung von Art. 374 OR, weil das Handelsgericht die Entschädigung nicht nach dem effektiven Aufwand bemessen hatte.

Erwägung:

[Rz 32] Ausgangspunkt für die Beurteilung der Gerichte war die Feststellung, dass sich der Bauherr mit dem Unternehmer zwar über die auszuführenden Arbeiten, nicht aber über den Preis geeinigt hatte. Die Verlegung der Verbundsteine sollte nach übereinstimmendem Parteiwillen zu einem bestimmten Betrag pro m² abgegolten werden. Strittig war daher einzig die Höhe der Vergütung pro m². Insofern trafen Bauherr und Unternehmer eine von Art. 374 OR abweichende Vereinbarung. Nachdem Art. 374 OR dispositiven Charakter hat, sind solche abweichenden Vereinbarungen zulässig (E.2.1). «Unter diesen Umständen war die Vorinstanz nicht gehalten, den angemessenen Preis nach dem Aufwand zu beurteilen, wenn ihr zur Festsetzung eines angemessenen Einheitspreises andere Grundlagen zur Verfügung standen, zumal die Parteien übereinstimmend keine Abgeltung nach dem konkreten Aufwand vorsehen wollten» (E. 2.2.2).

Bemerkungen:

[Rz 33] Die Rechtslehre geht davon aus, dass es bei einer Vergütung nach Art. 374 OR auf den effektiven Aufwand ankommt – und zwar nur auf den Aufwand.¹⁶ «Diese Vergütung («Aufwandvergütung») ist unabhängig vom Wert des vollendeten Werkes, der durch andere Faktoren als den Aufwand des Unternehmers (z.B. durch die Marktlage, die Qualität des Werkes oder die Leistungen eines vom Besteller beigezogenen Architekten) mitbestimmt sein kann».¹⁷ Der vorliegende Entscheid des Bundesgerichts 4A_465/2009 steht indessen nur im scheinbaren Widerspruch zu diesen Grundsätzen, weil ja offenbar eine von Art. 374 OR abweichende Vereinbarung getroffen wurde. Missverständlich war indessen, dass die Vorinstanz die Einheitspreise (also Festpreise) unter Hinweis auf die (Aufwandbestimmung) von Art. 374 OR festgelegt hat. Dennoch konnte das Bundesgericht den Entscheid der Vorinstanz bestätigen, und zwar mit dem Hinweis auf die dispositive Natur von Art. 374 OR. Das aber bedeutet, dass die Parteien im Ergebnis gerade keine Vergütung nach Aufwand (nach Art. 374 OR) wollten, sondern eine Verfügung nach Einheitspreisen. Es ging hier also nicht darum, dispositives Gesetzesrecht (Art. 374 OR) anzuwenden, sondern es ging um eine richterliche Lückenfüllung (richterliche Vertragsergänzung auf der Basis des «hypothetischen Parteiwillens»).

2.3. Urteil des Bundesgerichts 4A_71/2009 vom 25. März 2009

Stichworte: Pauschalierung und Leistungsumfang

¹⁶ GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 946; RAINER SCHUMACHER, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Freiburg 1998, Nr. 644.

¹⁷ GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 947.

Sachverhalt:

[Rz 34] Strittig war zwischen Besteller und Unternehmer, welche Leistungen (diverse Fensterarbeiten für drei Doppelfamilienhäuser) von der vereinbarten Pauschalvergütung abgedeckt waren und welche Leistungen (weil nicht im Leistungsumfang enthalten) den Unternehmer zu einer Zusatzvergütung nach den Regeln über die Bestellungsänderungen berechneten. Der Unternehmer machte geltend, dass der vom Pauschalpreis abgedeckte Leistungsumfang sich einzig aus seinen beiden Offerten ergebe, welche den beiden Werkverträgen als Leistungsverzeichnis beigelegt waren. Daher seien die nachträglich abgegebenen Planunterlagen als Bestellungsänderungen zu qualifizieren und als Zusatzleistung zu vergüten. Der Bauherr stellte sich auf den Standpunkt, anlässlich einer Besprechung hätten sich die Parteien dahingehend geeinigt, dass die gewählte Ausführung gemäss den Planunterlagen (u.a. eine Glasqualität mit höherem Schalldämmwert, Klarglas statt Kathedralglas, etc.) zum vereinbarten Pauschalpreis eingebaut werde.

Erwägungen:

[Rz 35] Das Bundesgericht hält fest, dass der streitige Umfang der Leistungen, welche durch die Pauschale abgegolten sein soll, letztlich durch Vertragsauslegung zu ermitteln ist, und zwar in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR), ergänzend (soweit die subjektive Auslegung zu keinem Ergebnis führt) nach dem Vertrauensprinzip, also danach, wie vernünftige Parteien die Vergütungsregelung nach ihrem Wortlaut, im Gesamtkontext und nach den gesamten Umständen verstehen durften und mussten. Nachdem die Vorinstanz in Würdigung der anerbotenen Beweise zum Ergebnis kam, dass die Parteien übereinstimmend der Auffassung waren, der Umfang der vereinbarten Leistungen solle sich allein nach den Offerten bestimmen, blieb für das Bundesgericht kein Raum für die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Ermittlung des Vertragsinhalts nach dem Vertrauensprinzip (E. 3.3).

2.4. Urteil des Bundesgerichts 4A_471/2009 vom 5. Januar 2010

Stichworte: Pauschalierung und Leistungsumfang

Sachverhalt:

[Rz 36] Strittig war zwischen Besteller und Unternehmer, ob auch die Gipser- und Malerarbeiten von der vereinbarten Pauschalvergütung abgedeckt waren oder nicht. Der Unternehmer machte geltend, dass im Erstellungspreis von CHF 400'000.00 zwar sämtliche Leistungen von ihm und seinen Subunternehmern enthalten seien, dass aber die Gipser- und Malerarbeiten nicht eingeschlossen seien, weil diese gemäss Vereinbarung durch den Bauherrn auszuführen waren, der gleichzeitig Geschäftsführer einer Gipserei-Unternehmung war.

Erwägungen:

[Rz 37] Das Bundesgericht hält fest, dass der streitige Umfang der Leistungen, welche durch den pauschalen Werkpreis von CHF 400'000.00 abgedeckt waren, durch Vertragsauslegung zu ermitteln ist. Nachdem die Vorinstanz in Würdigung der Zeugenbefragung zum Ergebnis kam, der Generalunternehmervertrag schliesse die Gipser- und Malerarbeiten nicht ein, blieb für das Bundesgericht kein Raum für die mit der Beschwerde geltend gemachten Kritikpunkte.

2.5. Urteil des Bundesgerichts 4A_183/2010 vom 27. Mai 2010

Stichworte: Pauschalpreis – Abrechnungsstreit

Sachverhalt:

[Rz 38] Ein Bauherr und ein Unternehmer schlossen einen Vertrag ab, basierend auf der SIA-Norm 118. Für die meisten Leistungen wurde dabei eine Vergütung nach Einheitspreisen vereinbart und für die Baustelleinrichtungen eine Pauschale. Im Verlaufe der Ausführung kam es zu verschiedenen Zusatzarbeiten und schliesslich zu einem Abrechnungsstreit.

Erwägungen:

[Rz 39] In E. 3.2 hält das Bundesgericht fest, dass der Festpreischarakter eines Pauschalpreises nicht ausnahmslos gelte. Als Ausnahme gilt namentlich der Fall der Bestellsänderung. Der von den Parteien vereinbarte Festpreis genügt nur für das geplante Werk, ohne jegliche qualitative oder quantitative Änderungen.¹⁸ Die Bestellsänderung gibt dem Unternehmer im Falle einer Zusatzleistung grundsätzlich das Recht auf eine Erhöhung des Werkpreises. Das einseitige Bestellsänderungsrecht des Bauherrn wird in Art. 84 ff. SIA-Norm 118 geregelt. Dagegen wird die vertraglich vereinbarte Bestellsänderung durch die SIA-Norm 118 nicht geregelt. Im vorliegenden Fall sei, so das Bundesgericht, auch nicht ersichtlich, dass die Parteien sich irgendwie, sei es auch nur stillschweigend, dahingehend geeinigt hätten, dass die Vergütung der Zusatzarbeiten auf der Grundlage der Bestimmungen über die einseitige Bestellsänderung (Art. 84 ff. SIA-Norm 118) zu bemessen wäre. Man könne folglich die entsprechenden Bestimmungen der SIA-Norm 118 nicht zur Anwendung bringen. Die Mehrvergütung bemisst sich daher nach den Grundsätzen des Art. 374 OR, das heisst nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers. Massgebend sind dabei die effektiven Selbstkosten, die ein sorgfältiger Unternehmer für die Erstellung des Werkes gebraucht hätte. Für unnötigen Aufwand besteht kein Anspruch auf Vergütung. Es ist Sache des Unternehmers, die effektiven Selbstkosten und zudem auch die Notwendigkeit der aufgewendeten Kosten darzulegen.

Bemerkungen:

[Rz 40] Zutreffend ist, dass Art. 84 ff. der SIA-Norm 118 das einseitige Bestellsänderungsrecht des Bauherrn regeln, insbesondere auch dessen Auswirkungen auf die Vergütung des Unternehmers. Die entsprechenden Regeln beruhen auf dem Grundsatz, dass die für Hauptarbeiten vereinbarten Einheitspreise auch für Zusatzleistungen gelten. Soweit keine Einheitspreise vereinbart sind (entweder weil die entsprechende Leistung im vereinbarten Leistungsverzeichnis fehlt oder eine dort zwar enthaltene Leistung unter veränderten Ausführungsvoraussetzungen erbracht werden muss), wird ein Nachtragspreis aufgrund des Preises für die ähnlichste vertragliche Leistung festgesetzt (Art. 87 Abs. 2 SIA-Norm 118). Das Bundesgericht geht nun offenbar davon aus, dass alleine die Tatsache, dass eine Bestellsänderung nicht einseitig erfolgte, sondern der Unternehmer damit einverstanden war, dazu führt, dass diese Regeln über die Bildung von Nachtragspreisen nicht mehr gelten. Naheliegender wäre (in Ermangelung einer anderslautenden Abrede der Parteien), auch für die einvernehmliche Bestellsänderung davon auszugehen, dass sich die Vergütungsfolgen nach Art. 86 ff. SIA-Norm 118 richten. Dies ergibt sich allein schon daraus, dass die Bestimmungen über die «Auswirkungen der Bestellsänderung bei Leistungen zu Einheitspreisen» (Art. 68 ff. SIA-Norm 118) sich weder nach ihrem Wortlaut noch nach ihrer Stellung in der Systematik der SIA-Norm 118 ausschliesslich auf *einseitige* Bestellsänderungen beziehen.

[Rz 41] Das Bundesgericht hat zudem (in E. 3.2) festgehalten, dass der Unternehmer, welcher die nach Art. 374 OR massgebenden Selbstkosten darlegen will, zugleich auch aufzeigen muss, dass diese für die Erbringung der geschuldeten Leistungen tatsächlich notwendig waren. Unseres Erachtens wäre es überzeugender, die Behauptungs- und Beweislast für die Unnötigkeit von Aufwand beim Besteller anzusiedeln: Es ist eine Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Unternehmers, wenn er unnötigen Aufwand betreibt.¹⁹ Die Verletzung einer allgemeinen Sorgfaltspflicht ist eine positive Vertragsverletzung, welche nach den allgemeinen Grundsätzen vom Besteller zu beweisen wäre, wenn dieser sie geltend macht (Art. 8 ZGB).

2.6. Urteil des Bundesgerichts 4A_577/2008 vom 31. März 2009

Stichworte: Überschreitung des Kostenansatzes nach Art. 375 OR? Vergütung nach Art. 374 OR

Sachverhalt:

[Rz 42] Strittig war die Höhe der Werklohnvergütung, die ein Heizungsmonteur vom Besteller für den Umbau einer

¹⁸ BGE 116 II 315, E. 3, S. 315 f.

¹⁹ BGE 96 II 58 E.1, Urteil des Bundesgerichts 4C.88/2005 vom 8. Juli 2005, E. 2.

vorbekommenen Baute beanspruchen durfte. Der Besteller hatte dem Heizungsmonteur die Umbauarbeiten im Rahmen eines Generalunternehmervertrages übertragen. Die Leistungen, welche der Generalunternehmer zu erbringen hatte, wurden im Vertrag nicht präzise umschrieben; insbesondere gab es kein detailliertes Leistungsverzeichnis und es wurde auch keine Offerte eingeholt. Die Bauarbeiten wurden auf der Basis einer einfachen Offerte an einen Subunternehmer übertragen, wobei diese Offerte eine Schätzung des Stundenaufwandes war, ohne Angaben zum Material und zu anderen Lieferungen. Bezüglich der zweiten Bauetappe erstellte der Generalunternehmer eine Kostenschätzung von CHF 203'000.00. Bei der Bauausführung gab es Zusatzbestellungen. Der Bauherr nahm an fast jeder Baustellensitzung teil. Vor Bundesgericht war unbestritten, dass kein Festpreis im Sinne von Art. 373 OR vereinbart worden war. Der Werkpreis musste also gemäss Art. 374 OR «nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt» werden (E. 2).

Erwägungen:

[Rz 43] Der Bauherr verweigerte die Zahlung unter anderem mit dem Einwand, dass die Kostenschätzung des Generalunternehmers als ungefähre Kostenansatz im Sinne von Art. 375 OR zu qualifizieren sei und dass diese Kostenschätzung übermässig überschritten worden sei. Das Bundesgericht hält dazu fest, dass der ungefähre Kostenansatz nach Art. 375 OR eine Schätzung des Unternehmers über den voraussichtlichen Preis seiner eigenen Leistung sei. Diese Schätzung beeinflusse den Entscheid des Bauherrn und sei somit ein notwendiger Bestandteil des Vertrages im Sinne von Art. 24 Abs. 1 OR (E. 3.1). Das Bundesgericht verweist sodann auf die Faustregel, nach der eine Überschreitung der Schätzung – vorbehaltlich abweichender Umstände im Einzelfall – unverhältnismässig ist, wenn sie 10% übersteigt. Die Zulässigkeit der Überschreitung beurteilt sich nach Treu und Glauben im Rechtsverkehr (abgeleitet aus Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR).

[Rz 44] Sind die Voraussetzungen von Art. 375 Abs. 2 OR erfüllt, ist der Besteller von Arbeiten im Falle des unverhältnismässigen Überschreitens eines ungefähren Kostenansatzes zu einer angemessenen Herabsetzung des Werkpreises berechtigt oder er kann, wenn die Baute auf seinem Grund und Boden noch nicht vollendet ist, gegen Ersatz der bereits ausgeführten Arbeiten dem Unternehmer die Fortführung entziehen und vom Vertrag zurücktreten. Bei den Rechtsbehelfen von Art. 375 OR handelt es sich um Gestaltungsrechte, die – analog der Regeln über die Willensmängel (Art. 23–31 OR) – innerhalb eines Jahres geltend gemacht werden müssen und zwar ab dem Zeitpunkt, in welchem sich die Überschreitung des Kostenansatzes für ihn mit hinreichender Sicherheit abzeichnet (E. 3.1). Dass es sich dabei um eine Verwirkungsfrist handelt, hatte das Bundesgericht bereits in einem Urteil vom 18. August 2008 (4P.99/2005 E. 3) erwähnt.

[Rz 45] Im Unterlassungsfalle haftet der Unternehmer für den Schaden, der daraus entsteht, dass der Bauherr sein Recht, nach Art. 375 Abs. 1 OR vom Vertrag zurückzutreten, nicht früher wahrnehmen oder andere mögliche Massnahmen zur Kostenreduktion nicht ergreifen konnte (E. 3.1). Im vorliegenden Fall hatte der Bauherr im Verlauf des Verfahrens zwar geltend gemacht, der Unternehmer habe seine Informationspflicht nach Art. 375 Abs. 1 OR verletzt, jedoch nicht dargelegt, er habe einen Schaden erlitten, weil er sein Recht auf einen Vertragsrücktritt nicht habe ausüben oder andere Massnahmen der Kostensenkung nicht habe ergreifen können. Auch hatte das Beweisverfahren der Vorinstanz nicht ergeben, dass der Bauherr sein Recht auf eine Reduktion des Werkpreises innert eines Jahres geltend gemacht hätte (E. 3.2).

[Rz 46] Des Weiteren stellt das Bundesgericht fest, dass der Generalunternehmer die Kostenschätzung des Architekten nicht übernommen hatte, und dass die Offerte des Subunternehmers offensichtlich unvollständig war; schon aus diesem Grund konnte es sich dabei nicht um einen ungefähren Kostenansatz im Sinne des Art. 375 OR handeln. Seine eigene Kostenschätzung betreffend die zweite Etappe gab der Generalunternehmer erst nach Abschluss des Werkvertrages ab. Diese Schätzung konnte auch deshalb für den Bauherrn keine notwendige Grundlage des Vertrages sein. Daher war fraglich, ob eine solche Kostenschätzung überhaupt als ungefähre Kostenansatz nach Art. 375 OR qualifiziert werden könne. Schliesslich hielt das Bundesgericht fest, dass die Abgabe der Kostenschätzung erfolgte, nachdem die Rechnung für die erste Etappe bereits bekannt war. Vor allem aber lagen die tatsächlichen Kosten letztlich lediglich 12% über dem entsprechend addierten Betrag. Eine Kostenüberschreitung von 12% beurteilte das Bundesgericht im vorliegenden Fall als nicht übermässig (E. 3.2).

[Rz 47] Der Bauherr machte im Übrigen zu Unrecht geltend, die Vorinstanz hätte sich nicht auf die gerichtliche Expertise abstützen dürfen. Das Bundesgericht erinnerte in diesem Zusammenhang an seine ständige Rechtsprechung²⁰, wonach ein Gericht, das ein Gutachten für schlüssig hält und im Resultat übernimmt, nur dann willkürlich handelt, wenn der Experte nicht auf die gestellten Fragen antwortet, wenn seine Ausführungen widersprüchlich sind oder wenn das Gutachten in einer anderen Weise in offensichtlicher Art mangelhaft ist, und zwar derart, dass die Mängel selbst ohne entsprechendes Fachwissen erkennbar sind und von den Richtern schlicht nicht übersehen werden konnten (E. 5.1).

[Rz 48] Gestützt auf die Würdigung des Bundesgerichts war die Vergütung des Unternehmers daher in Anwendung von Art. 374 OR «nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen» festzusetzen. Geschuldet sind nach dieser

²⁰ Urteil des Bundesgerichts 4P.283/2004 vom 12. April 2005 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4P.263/2003 vom 1. April 2004 E. 2.1.

Bestimmung²¹ diejenigen Kosten und Aufwendungen für Material- und Personaleinsatz, die einem sorgfältigen Unternehmer bei ordnungsgemässer Ausführung des Werkes entstanden wären; unnötige Kosten und der Wert des Werkes bleiben dabei unbeachtlich (E. 5.2).

2.7. Urteil des Bundesgerichts 4A_15/2011 vom 3. Mai 2011

Stichworte: Ungefährer Kostenansatz nach Art. 375 OR

Sachverhalt:

[Rz 49] Eine Gemeinde führte eine öffentliche Ausschreibung für eine Grundbuchvermessung durch. Ein Ingenieur- und Geometerbüro machte eine drei Teile umfassende Eingabe mit Offerten von CHF 87'505 für die Vermarkung (Teil A), CHF 73'529 für die Ersterhebung (Teil B) und mit einer Kostenschätzung von CHF 8'321.50 für die öffentliche Auflage und Einspracheerledigung nach der Grenzfeststellung (Teil C). Die Gemeinde und das Ingenieurbüro schlossen sodann einen Werkvertrag ab. Für die Einspracheerledigung stellte das Ingenieur- und Geometerbüro schliesslich Aufwand im Betrag von CHF 41'755.95 für das Jahr 2000 und CHF 17'618.95 für das Jahr 2001 in Rechnung.

[Rz 50] Die Gemeinde war dagegen der Auffassung, für Teil C des Werkvertrages nicht die geforderten Beträge, sondern lediglich den Betrag von CHF 8'321.50 gemäss Kostenschätzung zu schulden. Die kantonalen Instanzen qualifizierten die Kostenschätzung von CHF 8'321.50 als Geschäftsgrundlage im Sinne von Art. 375 OR und erachteten diesen Kostenansatz als unverhältnismässig überschritten, was die Gemeinde berechtige, nach Art. 375 Abs. 2 OR eine angemessene Herabsetzung des Werklohnes zu verlangen. Ausserdem stellte die kantonale Vorinstanz fest, die Beschwerdeführerin habe aus Unsorgfalt den Kostenansatz zu niedrig angesetzt. Die Vorinstanz berechnete die Vergütung wie folgt (E 2.3): «Bei der Offertstellung sei die Beschwerdeführerin von höchstens 15 bis 20 Einsprachen ausgegangen. Schliesslich seien jedoch 46 Einsprachen eingegangen, welche die Beschwerdeführerin bearbeitet habe. Wenn sie für 15 bis 20 Einsprachen einen Betrag von Fr. 8'321.50 als angemessen betrachte, ergebe sich unter der Annahme eines Mittelwertes von 17.5 Einsprachen für 46 tatsächlich erhobene Einsprachen ein Betrag von Fr. 21'873.65.» Die Vorinstanz errechnete also auf der Basis der Offertstellung einen Einheitspreis pro Einsprache und multiplizierte diesen mit der Anzahl der tatsächlich erfolgten Einsprachen.

Erwägungen:

[Rz 51] Das Bundesgericht stellt in E 3.1 zu Art. 375 OR Folgendes fest: «Wird ein ungefährer Kostenansatz, der subjektive Geschäftsgrundlage bildet, unverhältnismässig überschritten, so hat der Besteller bei Bauten, die auf seinem

Grund errichtet werden, Anspruch auf angemessene Herabsetzung des nach Art. 374 OR bestimmten Werklohnes (Art. 375 Abs. 2 OR). Diese Regelung beruht auf dem Gedanken des Grundlagenirrtums (BGE 115 II 460 E. 3 S. 461 mit Hinweis). Durch die Ausübung des Gestaltungsrechts des Bestellers nach Art. 375 Abs. 2 OR kann der geschuldete Werkpreis angemessen herabgesetzt werden. Lehre und Rechtsprechung nehmen bei der Anwendung von Art. 375 Abs. 2 OR als Faustregel eine Toleranzgrenze von 10% an, in welchem Umfange die Überschreitung eines ungefähren Kostenansatzes noch nicht als übermässig erscheine. Im Normalfall wird sodann der Werkpreis gemäss Art. 374 OR um die Hälfte der Summe, welche diese Toleranzgrenze übersteigt, herabgesetzt. Ein mathematisch starrer Schematismus ist allerdings abzulehnen, andernfalls dem Gebot von Art. 4 ZGB, nach Recht und Billigkeit zu entscheiden, nicht mehr entsprochen würde. Massgebend bleiben somit stets die Umstände des Einzelfalls (BGE 115 II 460 E. 3b S. 462 mit Hinweisen).»

[Rz 52] Das Ingenieur- und Geometerbüro machte geltend, bei der Kostenschätzung habe es sich um eine ungefähre Preisbestimmung im Sinne von Art. 374 OR, nämlich um eine unverbindliche Schätzung der voraussichtlichen Kosten, nicht um einen für den Unternehmer verbindlichen Richtpreis gehandelt, so dass Art. 375 OR nicht anwendbar sein könne. Mit Verweis auf BGE 115 II 460 E. 3.1 S. 461 stellte das Bundesgericht dazu Folgendes fest: «Mit Blick auf den Grundgedanken der Irrtumsregelung ist für die Anwendung von Art. 375 OR vorauszusetzen und muss aber auch genügen, dass die Kostenschätzung für den Besteller Geschäftsgrundlage bildete und nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr bilden durfte.» Das Bundesgericht stellte dazu fest, dass das Ingenieur- und Geometerbüro damit habe rechnen müssen, dass die Kostenschätzung der Gemeinde als Entscheidungsgrundlage dienen würde. Daher seien die Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 375 OR gegeben.

[Rz 53] In E 3.2 merkte das Bundesgericht dann allerdings an, dass es fraglich sei, ob das Behandeln von Einsprachen überhaupt den Bestimmungen zum Werkvertrag untersteht. Da die Qualifikation als Werkvertrag aber von keiner Partei substantiiert in Abrede gestellt wurde, verzichtete es darauf, den vorinstanzlichen Entscheid in diesem Punkt weiter zu überprüfen.

[Rz 54] Im Folgenden hatte das Bundesgericht dann zu entscheiden, wie die Herabsetzung des Werklohnes gemäss Art. 375 Abs. 2 OR erfolgen soll: Die Vorinstanz hatte, gestützt auf den Kostenvoranschlag einen Pauschalpreis pro Einsprache errechnet. Das Bundesgericht stellte dazu fest, dass die Parteien ausdrücklich die Entlohnung nach Aufwand vereinbart hatten: «Selbst wenn die Kostenschätzung zu tief ausgefallen sein sollte, führt dies nicht dazu, dass statt der vereinbarten Entlohnung nach Aufwand plötzlich eine

²¹ In Anlehnung an die bisherige Rechtsprechung; vgl. BGE 96 II 61.

Pauschale pro Einsprache geschuldet wäre».²² Grundlage der Preisfestsetzung ist und bleibt der für die Erledigung der Einsprachen bei sorgfältigem Vorgehen objektiv notwendige Aufwand (E. 3.3).

[Rz 55] Das Bundesgericht führte sodann aus, dass mit Bezug auf den Umfang der Kostenüberschreitung in einem ersten Schritt abzuklären ist, ob für die Kostenüberschreitung ausserordentliche Umstände verantwortlich seien, die nicht vorausgesehen werden konnten oder nach den von beiden Parteien angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren (E. 3.4): «Falls nämlich gestützt auf diese Umstände selbst bei einem Festpreis nach Art. 373 Abs. 2 OR eine Anpassung des Werklohnes zulässig wäre, muss der Besteller analog eine entsprechende Überschreitung des Kostenvoranschlages dulden.» Der zweite Schritt ist dann folgender: «Im Übrigen ist zur Beurteilung der Frage, ab welchem Mass der Überschreitung eine Herabsetzung des Werklohnes verlangt werden kann, massgebend, inwieweit der Besteller auf die Kostenschätzung vertrauen durfte. Erkennt er die Ungenauigkeit der Schätzung, muss er sich höhere Abweichungen gefallen lassen (BGE 115 II 460 E. 3 b und c; GAUCH, a.a.O., S. 277 Nr. 985).»

[Rz 56] Das Bundesgericht stellte sodann (in E. 3.5) fest, dass die objektive Kostenüberschreitung hier einerseits darauf zurückzuführen sei, dass das Ingenieur- und Geometerbüro einen zu niedrigen Aufwand pro Einsprache angenommen hatte und andererseits darauf, dass es von 15 bis 20 Einsprachen ausging, während letztlich 46 zu behandeln waren. Andererseits musste sich die Gemeinde bewusst sein, dass das Ingenieur- und Geometerbüro keinen Einfluss darauf hatte, ob tatsächlich Einsprachen erhoben werden und auch nicht abschätzen konnte, wie einsprachefreudig die vom Projekt betroffenen Personen sind. Sie wusste also um die Unsicherheit der Prognose.

[Rz 57] Die Beschwerde wurde vom Bundesgericht gutgeheissen, weil die Vorinstanz bei der Berechnung der Herabsetzung faktisch von einer Pauschale pro Einsprache ausgegangen war statt vom nachgewiesenen tatsächlich notwendigen Aufwand. In E. 3.6 wurde die Vorinstanz dann angewiesen, wie folgt vorzugehen:

[Rz 58] Erstens: Grundlage ist der nachgewiesene tatsächlich notwendige Aufwand. Zweitens: Falls dieser Aufwand den in der Kostenschätzung angegebenen Betrag übersteigt, ist von Bedeutung, ob Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten oder nach den von beiden Parteien angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren, für die Kostenüberschreitung (mit-)verantwortlich waren und die höhere Werklohnforderung zum Teil rechtfertigen. Drittens ist zu prüfen, ob die verbleibende Überschreitung Punkte betrifft, in denen die Gemeinde auf die Kostenschätzung vertrauen durfte, oder Bereiche, in denen sich die Gemeinde

der Unzuverlässigkeit der Schätzung bewusst sein musste. Viertens ist sodann festzusetzen, welches die Toleranzgrenze der Überschreitung ist, die sich die Gemeinde gefallen lassen muss. Soweit, fünftens, auch nach dem Zuschlag der Toleranzgrenze eine Differenz zur Kostenschätzung verbleibt, ist diese mit Blick auf die gesamten Umstände nach Ermessen zwischen den Parteien aufzuteilen. Dabei wäre zu gewichten, inwieweit die Überschreitung auf eine von Anfang an fehlerhafte Einschätzung des Ingenieur- und Geometerbüros zurückzuführen ist. Die Lösung, den Werklohn um die Hälfte der verbleibenden Überschreitung herabzusetzen, dürfe dabei nicht schematisch und ohne Rücksicht auf den Einzelfall angewendet werden.

Bemerkungen:

[Rz 59] Das Bundesgericht legt in seinem Entscheid lehrbuchartig dar, wie in solchen Fällen vorzugehen ist. In Ergänzung zum Urteil des Bundesgerichts 4A_577/2008 vom 31. März 2009 trägt dieser neue Entscheid wesentlich dazu bei, die Rechtsprechung zum Art. 375 OR zu verdichten und damit die Rechtssicherheit in diesem Bereich zu verstärken. Während der Entscheid in Bezug auf das Vorgehen in Fällen des Art. 375 OR eine Klärung bringt, kann dies in Bezug auf die Anwendungsvoraussetzungen nicht gesagt werden: Wie das Bundesgericht (in E. 3.2) selber festhält, ist fraglich, ob das Behandeln von Einsprachen überhaupt ein Werk im Sinne der Bestimmungen zum Werkvertrag ist (Art. 363–379 OR). Dies wäre zu verneinen. Faktisch wurde hier also Art. 375 Abs. 2 OR analog auf einen Auftrag (Art. 394 ff. OR) angewandt. Dies ist indessen nicht der einzige Analogieschluss: Das Bundesgericht handelte den Fall nach Art. 375 Abs. 2 OR ab (Anpassung des Werklohnes), obschon das Behandeln von Einsprachen keine «Baute» gemäss Art. 375 Abs. 2 OR ist. Das Bundesgericht liess es diesbezüglich aber genügen, dass die Leistungen im «Zusammenhang mit der Vermarkung und Ersterhebung einer Landfläche» standen, so dass eine analoge Anwendung von Art. 375 Abs. 2 OR gerechtfertigt sei (E. 3.2.2). Man darf darauf gespannt sein, ob das Bundesgericht künftig jeden Bezug einer werkvertraglichen Leistung zum Boden für eine (analoge) Anwendung des Art. 375 Abs. 2 OR genügen lässt.

2.8. Urteil des Bundesgerichts 4A_169/2011 vom 19. Juli 2011

Stichworte: Anforderung an die Substantiierung von Zusatzaufträgen

Sachverhalt:

[Rz 60] Ein Architekturbüro schloss mit einem Totalunternehmer einen Planervertrag ab, worin der Planer unter anderem die Ausführungsplanung für die Bäder- und Sanitärtechnik, Duschen und Energiedach sowie Fachbauleitung und Baubegleitung inkl. Überwachung der Schlussabnahmen und die Beratung bei der Inbetriebnahme übernahm. Die Planerfirma

²² Mit Verweis auf GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 966 f.

machte gegenüber dem Totalunternehmer Zusatzaufträge geltend. Der Totalunternehmer lehnte Zahlungen, soweit sie den Umfang der Offerte vom 22. August 2007 überschritten, ab.

Erwägungen:

[Rz 61] Strittig war zwischen den Parteien, ob und in welchem Umfang es zu Zusatz- und Ergänzungsaufträgen gekommen war und ob der Planer diese behaupteten Zusatzaufwendungen und Leistungen ausreichend substantiiert und der Grundofferte vom 22. August 2007 zugeordnet habe. Das Bundesgericht hält in Übereinstimmung mit der Vorinstanz fest, dass der Planer die von ihm behaupteten Zusatzaufträge separat dem Bestande und dem Inhalt nach substantiiert und namentlich belegen müsse, dass ihm diese effektiv vom Totalunternehmer erteilt worden seien. Von jedem Anspruchsteller könne verlangt werden, dass er konkret darlege, welche Arbeiten er für die einzelnen von ihm behaupteten Zusatzaufträge geleistet habe und was diese gekostet hätten. Aus diesem Grunde wies das Bundesgericht die Beschwerde ab und bestätigte die vorinstanzlichen Entscheide, mit welcher die Werklohnklage des Planers abgewiesen wurde.

2.9. Urteil des Bundesgerichts 4D_75/2011 vom 9. Dezember 2011

Stichworte: Schriftlichkeitsvorbehalt für Zusatzarbeiten

Sachverhalt:

[Rz 62] In einem Werkvertrag betreffend die Anschlüsse an das Leitungsnetz (Wasser, Elektrisch, TV etc.) wurde ein Pauschalpreis vereinbart und zudem war im Vertrag folgende Klausel enthalten: «Das Devis des Unternehmers enthält die Mehrwert-Arbeiten im Untergeschoss der Villa, welche vom Eigentümer verlangt wurden. Keine anderen Mehrwerte werden beachtet ... ausser bei entsprechendem Entscheid und zusätzlichem Devis, welches vom Besteller und vom Unternehmer in Übereinstimmung mit der Bauleitung unterzeichnet wurde» (sinngemässe Übersetzung aus dem Französischen).

[Rz 63] Bei der Ausführung wurde von der Gemeinde die Wasseranschlussstelle geändert. Dies führte zu Zusatzarbeiten. Die Bauherrschaft wurde darüber durch Kopien der Baustellenprotokolle informiert. Mit Hinweis auf die erwähnte Vertragsklausel verweigerte die Bauherrschaft die Bezahlung der Zusatzarbeiten. Die entsprechende Forderungsklage des Unternehmers wurde erstinstanzlich abgewiesen und in zweiter Instanz gutgeheissen. Die Bauherrschaft gelangte mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht.

Erwägungen:

[Rz 64] Das Bundesgericht stellte (in E. 3.3) fest, dass ein Pauschalpreis vereinbart war. Weil aber die ausgeführte

Leistung nicht jener Leistung entsprach, für welche der Pauschalpreis vereinbart worden war, konnte die Vorinstanz ohne Willkür davon ausgehen, dass es eine Beststellungsänderung gegeben hatte, was zu einer Mehrvergütung berechnen kann.²³

[Rz 65] Die Vorinstanz hatte geurteilt, dass die besagte Vertragsklausel den Zweck hatte, den Besteller vor unerwarteten Forderungen des Unternehmers zu schützen, namentlich in Bezug auf nicht bestellte Zusatzarbeiten. Davon sei die hier vorliegende Situation zu unterscheiden, weil hier die Zusatzarbeiten durch Dritte veranlasst wurden und vom Architekten der Bauherrschaft bestellt worden seien.

[Rz 66] Das Bundesgericht bemerkte dazu (in E. 3.4), dass dieses Verständnis der Vorinstanz fragwürdig sei. Bei einem Pauschalvertrag beziehe sich der Ausdruck «Mehrwert» («plus-value») wohl eher auf Erhöhungen des Werkpreises aufgrund von Unvorhergesehenem. Die Zusatzarbeiten waren hier nicht vorhergesehen und führten zu Mehrkosten. Obschon die Bauherrschaft letztlich kaum eine andere Wahl hatte, als die Arbeiten auszuführen, wäre zu beachten, dass sie sich im Werkvertrag das Recht vorbehalten hatte, einen anderen Unternehmer mit jenen Arbeiten zu beauftragen, welche im Vertrag nicht vorgesehen waren. Entsprechend hatte sie auch das Recht, die Möglichkeit einer günstigeren Offerte zu prüfen. Man kann daher durchaus die Auffassung vertreten, dass sich das Erfordernis eines beidseitig unterzeichneten Devis auch auf notwendige Arbeiten bezog.

[Rz 67] Das Bundesgericht urteilte indessen, dass allein die Tatsache, dass eine andere Auslegung möglich oder gar überzeugender gewesen wäre, noch nicht bedeutet, dass die Auslegung, welche die Vorinstanz vorgenommen hatte, willkürlich sei.

2.10. Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2011 vom 16. Mai 2011

Stichworte: Keine Vergütungspflicht des Bestellers gegenüber dem Subunternehmer

Sachverhalt:

[Rz 68] Eine Bauherrschaft schloss mit einem Unternehmer einen Vertrag über die Planung und den Bau eines Chalets zu einem Pauschalpreis. Der Totalunternehmer beauftragte daraufhin einen Subunternehmer mit verschiedenen Arbeiten. Der Totalunternehmer instruierte den Subunternehmer dann dahingehend, er solle seine Rechnung für Zusatzarbeiten direkt an die Bauherrschaft adressieren. Diese Rechnung wurde nicht bezahlt und in der Folge forderte der Subunternehmer den entsprechenden Betrag vom Totalunternehmer. Dieser machte geltend, er sei nicht Schuldner dieser Forderung.

²³ Mit Verweis auf GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 905a–906.

Erwägungen:

[Rz 69] Das Bundesgericht stellte (in E. 3.1) fest, dass sich aus den Zeugenaussagen im Prozess Hinweise ergäben, dass sich die Bauherrschaft gegenüber dem Totalunternehmer verpflichtet habe, die Zusatzarbeiten direkt dem Subunternehmer zu bezahlen. Dies allein genügt indessen nicht, um dem Subunternehmer ein eigenes Forderungsrecht gegenüber dem Bauherrn einzuräumen.

2.11. Urteil des Bundesgerichts 4A_389/2009 vom 9. November 2009 (BGE 136 III 14 = Pra 99/2010, Nr. 72)

Stichworte: Kein Vertragsverhältnis zwischen Bauherr und Subunternehmer – Zulässigkeit von vertraglichen Vorsichtsmassnahmen zum Schutz eines Baukontos im Fall des Konkurses eines Generalunternehmers

Sachverhalt:

[Rz 70] Diverse Investoren schlossen sich zu einem Bauherrenkonsortium zusammen. Dieses bezweckte, einen Liegenschaftskomplex zu bauen. Zur Realisierung wurden die entsprechenden Bauarbeiten einem Generalunternehmer übertragen. Das Bauherrenkonsortium nahm die Dienstleistungen der Bank R in Anspruch, während der Generalunternehmer Kunde bei der Bank Y war. Für die fragliche Baustelle eröffnete der GU auf seiner Hausbank Y zwei Konten auf seinen Namen. Über eines davon konnte er frei verfügen; das andere, mit «Zulieferer» bezeichnet, war für die Bezahlung der Unterakkordanten bestimmt. Im Zuge der Baurealisierung wurde über den Generalunternehmer der Konkurs eröffnet.

[Rz 71] Die Hausbank des GU leitete gegen ein Mitglied des Bauherrenkonsortiums eine Betreibung auf Grundpfandverwertung ein und erhielt provisorische Rechtsöffnung. Dagegen setzte sich X als Mitglied des Konsortiums, nachdem er sich die Ansprüche der übrigen Mitglieder der einfachen Gesellschafter abtreten liess, mit Aberkennungsklage zur Wehr. Konsortiumsmitglied X bestritt nicht, die von ihm geforderten Beträge aus Grundpfand zu schulden; er machte jedoch geltend, er und die übrigen Mitglieder des Konsortiums verfügten über Schadenersatz- und weitere Ansprüche gegenüber der Bank Y, die er durch Verrechnung bzw. Widerklage einfordere. Unter anderem wirft der Kläger des Bauherrenkonsortiums der Hausbank des GU vor, sie habe als faktisches Organ des GU gehandelt und in dieser Eigenschaft wegen zu später Bilanzhinterlegung Verzögerungsschaden von CHF 1'628'000.00 verursacht. Weiter wirft der Vertreter der Bauherrschaft der Hausbank des Generalunternehmers eine Verletzung ihrer Kontrollpflicht vor, die es dem Generalunternehmer ermöglicht hätte, in einem Umfang von insgesamt CHF 888'504.80 zweckwidrig Gelder der Zulieferer zu verwenden.

Erwägungen:

[Rz 72] Im Zusammenhang mit dem Vorwurf, die Bank habe sich die vom Bauherrenkonsortium für die Bezahlung der Unterakkordanten überwiesenen Beträge zum Zeitpunkt der Konkursöffnung mit einem Aktivsaldo von CHF 389'381.10 durch Verrechnung angeeignet und damit projektwidrig verwendet, hält das Bundesgericht wörtlich fest (E.2.2): «Es ist nicht bekannt, ob das Konsortium diese Zahlungen als vereinbarte Teilzahlungen (von denen Art. 372 Abs. 2 OR spricht) oder als vereinbarte Abschlagszahlungen (die Art. 135 Ziff. 1 OR erwähnt) vorgenommen hat (...). Handelt es sich um Teilzahlungen, hatte die Leistung den Zweck, die bereits gelieferte Gegenleistung abzugelten; die Zuweisung erfolgte daher als Zahlung (solvendi causa); wenn der Schuldner eine Zahlung vornimmt, um (auch nur teilweise) seine Verpflichtung zu erfüllen, gehen die Gelder in das Vermögen des Gläubigers über (...). Handelt es sich um eine Abschlagszahlung, das heisst um eine vorzeitige Zahlung, bedeutet dies einfach, dass der Unternehmer, der den Betrag erhält, sich diesen im Zeitpunkt der Abrechnung wird anrechnen lassen müssen, um den geschuldeten Restbetrag zu bestimmen; im Falle einer Abschlagszahlung geht der bezahlte Betrag ebenfalls in das Vermögen des Gläubigers, der ihn erhält, über (...).» Das Bundesgericht folgert daraus, dass die Gelder durch Einzahlung des Konsortiums auf das Konto des Generalunternehmers in dessen Vermögen übergegangen sind. Die Bank Y war daher, weil ein Verrechnungsverbot zwischen Bauherr und Konsortium und Generalunternehmer im Sinne von Art. 120 Abs. 1 OR nicht vereinbart war, berechtigt, im Konkurs des Generalunternehmers Verrechnung mit denjenigen Forderungen zu erklären, die der Generalunternehmer «aus anderen Gründen» gegenüber der Bank Y schuldete. Denn: Der Konkurs des Generalunternehmers hebt das Verrechnungsrecht nicht auf (Art. 213 Abs. 1 SchKG). Auch wenn es sich bei den Überweisungen des Bauherrenkonsortiums lediglich um Abschlagszahlungen gehandelt habe, müsste eine Rückforderung gestützt auf die Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung erfolgen.

[Rz 73] Weil nach dem Gesagten die Bank Y gegenüber dem Bauherren-Konsortium (bzw. dessen Zessionar) keine Verpflichtung in Bezug auf die Verwendung der Gelder übernommen hatte und im Übrigen auch keine Schädigung vom Konto «Zulieferer» nachgewiesen war (das Konto wies zum Zeitpunkt der Konkursöffnung ein Guthaben auf und es war nicht erstellt, dass Rechnungen der Zulieferer offen waren), vermochte das Bauherrenkonsortium (bzw. dessen Zessionar) keine Rechte gegenüber der Bank ableiten. Das Bundesgericht hielt wörtlich fest (E.2.3): «Tatsächlich liegt die typische Situation vor, in der ein Bauherr die Ausführung einem Generalunternehmer anvertraut hat, welcher alle oder einen Teil der Arbeiten anderen Unternehmen untervergeben hat. Bei einer solchen Sachlage besteht grundsätzlich keine vertragliche Beziehung zwischen den Unterakkordanten und dem Bauherrn (...). Zum Schutz des Unterakkordanten, der gegenüber dem Bauherrn keinerlei Anspruch auf Bezahlung

hat, hat der Gesetzgeber diesem erlaubt, die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes zu verlangen (...). Daraus ergibt sich offensichtlich eine Gefahr für den Bauherrn, der, um der Eintragung des gesetzlichen Grundpfandes zu entgegen, der Pflicht ausgesetzt ist, zweimal zu bezahlen, wenn er den Generalunternehmer bereits bezahlt hat und dieser nicht in der Lage ist, seine Verpflichtungen den Unterakkordanten gegenüber zu erfüllen (...). Um sich gegen dieses Risiko zu schützen, kann der Bauherr verschiedene Massnahmen vertraglicher Art ergreifen, z.B. mit dem Generalunternehmer vereinbaren, dass er die Unterakkordanten unter Anrechnung des geschuldeten Betrages selber bezahlt oder dass er den Generalunternehmer nur nach dem Nachweis, dass die Zahlung an die Unterakkordanten erfolgt sind, bezahlen wird (Unter Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 4C.215/2004 vom 23. November 2004). Vorliegend muss das Konsortium, das keine dieser Vorsichtsmassnahmen getroffen hat, die Folgen tragen; es verfügt über kein Recht, das ihm erlaubt hätte, auf die Verwendung der dem Generalunternehmer gehörenden und auf dessen Konto bei der Bank Y liegenden Gelder Einfluss zu nehmen». Der Anspruch des Bauherrenkonsortiums, ihm den Saldo aus dem Zuliefer-Konto zurückzuerstatten, wurde daher abgelehnt.

[Rz 74] Das Bauherrenkonsortium behauptete schliesslich, die Bank Y habe als praktisches Organ des Generalunternehmers zu einer Verspätung der Bauwerks-Ablieferung beigetragen, indem es die Bilanz verspätet deponiert habe (E.2.4): Das Bundesgericht weist auch diese Bauverzögerungsklage gegenüber der Bank Y ab. Dies zum einen mit dem Hinweis, dass die These, wonach eine früher erfolgte Konkurseröffnung den Eintritt des Schadens vermieden hätte, in dem für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhalt der Vorinstanz keine Stütze finde. Zum andern erinnert das Bundesgericht daran, dass das Konsortium (bzw. dessen Zessionar) kein individuelles Klagerecht einem Verwaltungsrat gegenüber verfüge, weil es eine Schadenersatzklage gegen die Konkursmasse erheben könnte.²⁴ Aus diesem Grunde wurde auch die Schadenersatzklage wegen Bauverzögerung gegenüber der Bank Y abgewiesen.

Bemerkungen:

[Rz 75] Das Urteil des Bundesgerichtes zeigt, dass eine Bauherrschaft gut beraten ist, im Werkvertrag mit einem Generalunternehmer oder einem Totalunternehmer vertragliche Schutzmassnahmen zu vereinbaren, um sich bei drohender oder eintretender Illiquidität nicht dem Risiko von Doppelzahlungen auszusetzen. Denn: Sowohl Abschlags- wie auch Teilzahlungen auf ein Konto des Generalunternehmers gehen in dessen Eigentum über und dürfen von der Bank mit Schulden des GU bzw. TU verrechnet werden, soweit nicht ein vertragliches Verbot vereinbart wurde. Weil darüber hinaus seitens der Subunternehmer (und teilweise auch der

Lieferanten) im Falle von deren Nichtbezahlung der Eintrag von Bauhandwerkerpfandrechten droht und der Unternehmer «nicht zum Voraus» auf die Eintragung des Pfandrechtes verzichten kann (Art. 837 Abs. 2 ZGB), ist eine sorgfältige Vertragsgestaltung angezeigt. Insbesondere ist dem Bauherrn zur Bewältigung dieser Risiken zu empfehlen, sich vertraglich Rechtsbehelfe (Vorsorge- und Abwehrmassnahmen) einräumen zu lassen.²⁵ Ob sich im Einzelfall für Bauherr und Grundeigentümer die Bestellung einer Sicherheitsleistung (Erfüllungsgarantie oder Bürgschaft) oder die Einräumung eines Direktzahlungsrechtes an die Unterakkordanten des GU/TU empfiehlt, oder ob dem Bauherrn durch einen Treuhandvertrag besser gedient ist, wird in jedem Einzelfall gesondert zu beurteilen sein.

3. Termine / Bauzeit

3.1. Urteil des Bundesgerichts 4A_232/2011 vom 20. September 2011

Stichworte: Rücktrittsrecht des Bestellers bei Verzug

Sachverhalt:

[Rz 76] Ein Unternehmer verpflichtete sich im Rahmen eines mit «Handhabung von Chocolat-Formen» überschriebenen Werkvertrages dazu, die bis anhin manuell gefertigte Produktion von Schokoladenhohlformen zu automatisieren. Der Unternehmer entwickelte ein Konzept, welches den Einsatz von drei Robotern vorsah und versprach Produktionsbereitschaft beim Kunden auf den 30. April 2008. Diesen Termin konnte er nicht einhalten, weshalb die Parteien den Vorabnahmetermin auf den 19. Mai 2008, den Endabnahmetermin auf den 6. Juni 2008 vereinbarten. Aus Gründen, welche beim Unternehmer lagen, verschoben sich sowohl die Vor- als auch die Endabnahme immer wieder. Mit Schreiben vom 9. Juli 2008 erklärte die Bestellerin in der Folge den Rücktritt vom Vertrag mit der Begründung, die vereinbarten Leistungen und Werke könnten nicht erfüllt resp. nicht erbracht werden. Der Unternehmer klagte auf den Werklohn für den bereits fertig gestellten Teil der Anlage.

Erwägungen:

[Rz 77] Strittig zwischen den Parteien sind zum einen die vereinbarten Leistungsmerkmale der zu erstellenden Anlagen (insbesondere die Taktzeit: 16 oder 18 Formen pro Minute), zum anderen der Zeitpunkt, zu welchem der Unternehmer die Leistungssteigerung (die «18-Taktigkeit») hätte nachweisen müssen (bei der Vorabnahme oder erst bei der Inbetriebnahme beim Kunden).

[Rz 78] Die Vorinstanz gelangte in Würdigung der anerbotenen Beweise zum Ergebnis, dass der Unternehmer eine

²⁴ Unter Hinweis auf BGE 132 III 564.

²⁵ Vgl. zum Ganzen: RAINER SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, systematischer Aufbau, 3. Auflage, Zürich 2008, Rz. 977 ff. und Rz. 1867 ff.

Taktzeit von 18 Formen pro Minute für alle Formen zugesichert habe und dass der vereinbarte Endabnahmetermin verstrichen sei, ohne dass die Anlage die vereinbarte Taktzeit hätte erreichen können. Zudem sei der Unternehmer nach seinen eigenen Erklärungen nicht in der Lage gewesen, die Anlage innert nützlicher Frist dergestalt umzubauen, dass sie den vereinbarten Parametern entsprochen hätte, weshalb der Besteller vom Werkvertrag zurücktreten durfte (Art. 108 OR).

[Rz 79] Das Bundesgericht schützt die Erwägungen der Vorinstanz und führt aus: Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet oder ergibt sich ein solcher infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung, so kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR). Ein Verfalltagsgeschäft liegt vor, wenn die Parteien ein bestimmtes Datum für die Erfüllung vereinbart haben oder wenn sich zumindest der Fälligkeitszeitpunkt kalendermässig genau berechnen lässt.²⁶ Die Mahnung ist entbehrlich, weil sich der Schuldner unter den genannten Voraussetzungen ohne besonderen Hinweis darüber im Klaren sein muss, wann er seine Verbindlichkeit zu erfüllen hat. Das Bundesgericht hält fest, dass die Unternehmerin selbst darlegte, dass zwischen den Parteien bestimmte Termine für die Vorabnahme und die Abnahme vereinbart wurden, weswegen Art. 102 Abs. 2 OR durch die Annahme der Vorinstanz, es handle sich um ein Verfalltagsgeschäft, nicht verletzt ist.

[Rz 80] Weiter bestätigte das Bundesgericht seine frühere Rechtsprechung, wonach Art. 366 Abs. 1 OR ein Anwendungsfall der Art. 107 bis 109 OR darstellt und der Ergänzung durch das allgemeine Verzugsrecht bedarf. Mithin ist auch Art. 108 Ziff. 1 OR anwendbar, nach welchem die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung nicht erforderlich ist, wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass diese sich als unnützlich erweisen würde. Mit dem Erfordernis der unverzüglichen Verzichtserklärung bezweckt das Gesetz den Schutz des säumigen Schuldners und will damit die Spekulation auf dessen Kosten durch den Gläubiger nach Ablauf der Nachfrist verhindern. Der Schuldner soll wissen, woran er ist, ob er noch liefern muss oder nicht. Vorliegend bestätigt das Bundesgericht die Auffassung der Vorinstanz, dass das Ansetzen einer Nachfrist nutzlos gewesen wäre.

[Rz 81] Unbehelflich war nach dem Bundesgericht auch der Einwand des Unternehmers, zwischen den Parteien hätten Verhandlungen und Gespräche betreffend eine allfällige Übernahme der Anlage und betreffend des Abschlusses eines neuen Werkvertrages stattgefunden. Denn: Eine allfällige Übernahme der vorliegenden Werkleistung hätte sich ausschliesslich zu Gunsten des Unternehmers auswirken können und lag ausschliesslich in dessen Interesse. Die Gefahr einer Spekulation der Bestellerin zu Lasten der

Unternehmerin fiel daher von vorneherein ausser Betracht. Die Abklärung durch die Bestellerin, ob sie für die Werkleistung allenfalls Verwendung hatte, führte nicht dazu, dass ihre Rücktrittserklärung als verspätet oder nicht hinreichend klar anzusehen wäre. Die Beschwerde erwies sich damit als unbegründet und war abzuweisen.

3.2. Urteil des Bundesgerichts 4A_141/2008 vom 8. Dezember 2009

Stichworte: Anpassung der Bauzeit nach Art. 90 SIA-Norm 118 – Herabsetzung einer Konventionalstrafe gestützt auf Art. 98 Abs. 2 SIA-Norm 118

Sachverhalt:

[Rz 82] Eine Immobiliengesellschaft schloss mit einem Architektur- und Planungsbüro eine als «Generalplaner-Vertrag» bezeichnete Vereinbarung ab. Diese betraf den Bau einer Villa sowie eines mehrgeschossigen Gebäudes mit 34 Eigentumswohnungen zu einem Pauschalhonorar von CHF 2'325'000.00 (exkl. MwSt.). Der Bau verzögerte sich gegenüber dem ursprünglich vorgesehenen Terminplan. Schliesslich löste die Immobiliengesellschaft ihren Vertrag mit dem Architekturbüro vorzeitig auf. Die Immobiliengesellschaft klagte auf Zahlung einer Konventionalstrafe von CHF 2'500'000.00 und stützte sich dabei auf den Generalplaner-Vertrag, welcher bei Überschreitung des vertraglich vereinbarten Fertigstellungstermins eine Konventionalstrafe von CHF 100'000.00 für jeden angebrochenen Monat Verzögerung vorsah.

Erwägungen:

[Rz 83] Nach Art. 98 Abs. 2 SIA-Norm 118 ist die Konventionalstrafe nicht geschuldet, wenn der Unternehmer (bzw. der Generalplaner) Anspruch auf Fristerstreckung hat. Demnach beurteilt sich die Frage, ob eine Konventionalstrafe, die der Unternehmer für die Überschreitung einer vertraglichen Frist versprochen hat, geschuldet ist, unter Berücksichtigung eines allfälligen Anspruchs auf Fristerstreckung. Die Konventionalstrafe ist nur und erst dann geschuldet, wenn auch die zusätzliche Zeit, auf die der Unternehmer Anspruch hat, überschritten ist.²⁷ Können sich die Parteien über die angemessene Fristanpassung nicht einigen, so entbindet sie dies nicht von der Pflicht zur gewissenhaften Erfüllung des Vertrags. Insbesondere ist der Unternehmer nicht befugt, die Arbeiten bis zur Einigung einzustellen. Kommt es später zu einem Prozess, für dessen Ausgang die Frage der Fristanpassung erheblich ist, so hat der Richter darüber zu entscheiden.²⁸ Im vorliegenden Fall war es also Sache des Unternehmers, welcher einen Anspruch auf Fristerstreckung geltend machte, zu beweisen, dass er effektiv Anspruch auf Fristerstreckung hatte (Art. 8 ZGB, E. 7.1). Die Argumenta-

²⁶ Urteil des Bundesgerichts 4C.241/2004 vom 30. November 2004, E. 4.1.

²⁷ SCHUMACHER, Kommentar zur SIA-Norm 118, 1992, N 14 zu Art. 98.

²⁸ EGLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, 1992, N 6c zu Art. 90.

tion des Unternehmers, die Parteien hätten sich auf neue Termine geeinigt bzw. der Bauherr habe jeweils nicht gegen die in den Bausitzungsprotokollen enthaltenen Terminangaben und Terminverschiebungen protestiert und damit diese akzeptiert, verdingt nicht. Das Bundesgericht hält (wie schon die Vorinstanz) fest, dass allein aus dem fehlenden Protest einer Partei gegen den Inhalt solcher Protokolle keine Zustimmung zu einer Vertragsänderung abgeleitet werden könne, selbst wenn das Protokoll eine Klausel enthalte, dass es bei fehlendem Gegenbericht als genehmigt gelte. Werde gegen ein Protokoll nicht protestiert, so könne höchstens davon ausgegangen werden, dieses gebe die an der Sitzung gemachten Feststellungen richtig wieder (E.8).

[Rz 84] Die Vorinstanz errechnete eine Verspätung von 18 Monaten à CHF 100'000.00 und somit eine Konventionalstrafe von CHF 1'800'000.00. Diese Summe erachtete die Vorinstanz indessen als übersetzt und setzte die Konventionalstrafe auf CHF 800'000.00 herab (Art. 163 Abs. 3 OR). In E. 14.1 zog das Bundesgericht in Erwägung, dass der Richter eine übermässig hohe Konventionalstrafe nach seinem Ermessen herabzusetzen hat. Dabei rechtfertigt sich ein richterlicher Eingriff in den Vertrag nur, wenn der verabredete Betrag so hoch ist, dass er das vernünftige, mit Recht und Billigkeit noch vereinbare Mass übersteigt. Eine Herabsetzung der Konventionalstrafe rechtfertigt sich insbesondere, wenn zwischen dem vereinbarten Betrag und dem Interesse des Ansprechers, daran in vollem Umfang festzuhalten, ein krasses Missverhältnis besteht, wobei dies von den Umständen des Einzelfalles abhängt: Von der Art und Dauer des Vertrages, von der Schwere des Verschuldens und der Vertragsverletzung, vom Interesse des Ansprechers an der Einhaltung des Verbots sowie von der wirtschaftlichen Lage der Beteiligten, namentlich des Verpflichteten. Zu berücksichtigen sind ferner allfällige Abhängigkeiten aus dem Vertragsverhältnis und die Geschäftserfahrung der Beteiligten. Nach einer einlässlichen Auseinandersetzung mit dem Ermessensentscheid der Vorinstanz kam das Bundesgericht im vorliegenden Fall zum Schluss, dass nichts vorliege, was das Bundesgericht veranlassen müsste, in das pflichtgemäss ausgeübte (weite) Ermessen der Vorinstanz einzugreifen.

Bemerkungen:

[Rz 85] Der vorliegende Entscheid des Bundesgerichts bringt eine Klarstellung namentlich zu Art. 98 Abs. 2 SIA-Norm 118. Diese Bestimmung lautet: «Die Konventionalstrafe ist nicht geschuldet, wenn der Unternehmer Anspruch auf Fristerstreckung hat (Art. 94 Abs. 2, Art. 96).» Dieser Wortlaut ist missverständlich und könnte dahingehend verstanden werden, dass die Konventionalstrafe entfällt, sobald der Unternehmer Anspruch auf eine Fristerstreckung hat. Das Bundesgericht nahm den Streitfall zum Anlass, sich mit Inhalt und Tragweite von Art. 90 SIA-Norm 118 (Anspruch des Unternehmers auf Fristerstreckung) und von Art. 98 Abs. 2 SIA-Norm 118 (Anspruch des Bestellers auf Konventionalstrafe) zu befassen. Die bundesgerichtliche Erwägung, dass in Auslegung von

Art. 98 Abs. 2 der Norm eine vereinbarte Konventionalstrafe «nur und erst dann geschuldet ist, wenn auch die zusätzliche Zeit, auf die der Unternehmer Anspruch hat, überschritten ist», bringt eine willkommene Klärung des missverständlichen Wortlautes.²⁹ Letztlich stellte sich für das Bundesgericht die Frage nach neuen Fristen oder gar eines gänzlichen Dahinfallens der Konventionalstrafe aber gar nicht, da es der Unternehmer/Generalplaner unterlassen hatte, im vorinstanzlichen Verfahren einen Anspruch auf Fristerstreckung zu substantiieren und zu beweisen (E. 7.1/7.2).

3.3. Urteil des Bundesgerichts 4A_203/2011 vom 22. August 2011

Stichworte: Termine – Einhaltung einer vom Architekten versprochenen Bauzeit – Verspätungsschaden

Sachverhalt:

[Rz 86] Ein Architekt wurde mit dem Umbau eines Hotels beauftragt. Die Arbeiten begannen im Oktober 1994 und wurden Ende September 1995 abgeschlossen. Im Oktober 1996 klagte der Auftraggeber auf Bezahlung von Schadenersatz, indem er geltend machte, die Arbeiten seien mit Verzug beendet worden.

Erwägungen:

[Rz 87] Aus der Sicht des Bauvertragsrechts ist E. 3.3.1 dieses Entscheides bemerkenswert: Wenn ein Bauherr eine Zeitlimite ansetzt und diese vom Vertragspartner (hier: von einem Architekten) akzeptiert wird, resultiert daraus eine analoge Situation wie wenn der Bauherr eine Kostenlimite ansetzt. Der Architekt haftet für den aus einer Verspätung folgenden Schaden, den er schuldhaft verursacht hat. Wenn der Architekt bemerkt, dass die von ihm akzeptierte Zeitlimite nicht eingehalten werden kann oder wenn er diesbezüglich Zweifel hat, hat er Abklärungen zu treffen und den Bauherrn zu orientieren, damit Massnahmen zur Einhaltung der Zeitlimite getroffen werden können.³⁰

Bemerkungen:

[Rz 88] Im Unterschied zum referenzierten Urteil zur Kostenlimite³¹ wird vom Bundesgericht in diesem Entscheid zur Recht erwähnt, dass die Weisung über eine zeitliche Begrenzung für den Architekten nur verbindlich wird, wenn er diese akzeptiert. Es handelt sich nämlich um eine Änderung des Architektenvertrages (was im Urteil des Bundesgerichts 4C.424/2004 vom 15. März 2005 bezüglich der Kostenlimite noch übersehen wurde).

[Rz 89] Besondere Erwähnung verdient zudem der Umstand, dass zwischen der Klageeinleitung bei der ersten Instanz

²⁹ HÜRLIMANN, Bonus und Malus in Bauverträgen, BRT 2009, S. 207.

³⁰ Mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4C.424/2004 vom 15. März 2005, E. 3.3.

³¹ Urteil des Bundesgerichts 4C.424/2004 vom 15. März 2005.

und dem Urteil des Bundesgerichts fast 15 Jahre liegen. Der Streitfall scheint insbesondere beim erstinstanzlichen Gericht (Pretore Mendrisio-Nord) rund 12 Jahre pendent gewesen zu sein.

4. Mängelhaftung

4.1. Urteil des Bundesgerichts 4A_460/2009 vom 4. Dezember 2009

Stichworte: Mangelbegriff gemäss Art. 166 SIA-Norm 118

Sachverhalt:

[Rz 90] Ein Ehepaar bestellte bei einem Unternehmer den Bau eines Chalets und bestand dabei darauf, dass dieses genügend isoliert sein müsse – was der Unternehmer auch zusicherte. Nachdem das Ehepaar das Chalet bezogen hatte, wurden Probleme mit der Heizung (Wärmepumpe) festgestellt, welche dann repariert wurde und schliesslich korrekt funktionierte. Ein beigezogener Experte stellte dann aber fest, dass die Isolation des Chalets nicht den geltenden Normen entsprach und dass die Heizung unter diesen Umständen nicht genügen konnte. Darüber kam es schliesslich zum Rechtsstreit, wobei die kantonalen Gerichte feststellten, dass die Isolation des Chalets nicht der Zusicherung entsprach, während die Wärmepumpe an sich nicht mangelhaft war. Die kantonalen Gerichte sprachen dem Ehepaar eine Minderung zu, welche den Verbesserungskosten entsprach. Dagegen wurde die Klage auf Bezahlung eines Mangelfolgeschadens abgewiesen.

Erwägungen:

[Rz 91] Das Ehepaar erhob Beschwerde beim Bundesgericht und machte namentlich eine falsche Auslegung des Mangelbegriffs gem. Art. 165 Abs. 1 und Art. 166 der SIA-Norm 118 geltend. Das Bundesgericht stellte dazu fest, dass der Mangelbegriff gem. Art. 166 Abs. 1 und 2 der SIA-Norm 118 der gleiche ist, wie gem. Art. 368 OR.³² Im Sinne dieser Bestimmung gilt ein Werk dann als mangelhaft, wenn es nicht die von den Parteien ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarten Eigenschaften aufweist oder wenn Eigenschaften fehlen, welche der Besteller nach Treu und Glauben erwarten konnte.³³ Bezüglich der erstgenannten Art von Mangel darf man sich dabei nicht darauf beschränken, auf das abzustellen, was ausdrücklich formuliert wurde, sondern man hat nach den Auslegungsregeln festzustellen, was die Parteien im konkreten Fall gewollt haben. In Bezug auf die vorausgesetzten Eigenschaften geht es einestheils um das verwendete Material – welches eine mittlere Qualität aufweisen muss (vgl. Art. 71 Abs. 2 OR) – und andernteils um die

für den vereinbarten Gebrauch notwendigen oder üblichen Eigenschaften.³⁴

[Rz 92] Das Bundesgericht stellte (in E. 3.1.1) weiter fest, dass ein Mangel im rechtlichen Sinne vorliegen kann, auch wenn es keinen Mangel im technischen Sinne gibt – und umgekehrt.³⁵ Bei der Beurteilung, ob ein Werk mangelfrei ist, ist auf den Zustand im Zeitpunkt der Ablieferung abzustellen und danach zudem auch auf den Zustand, den es dauerhaft behalten muss.³⁶

[Rz 93] Das Ehepaar machte geltend, dass die kantonalen Gerichte den Mangelbegriff nicht richtig angewendet hätten, in dem sie zum Schluss gekommen seien, dass die Heizung nicht mangelhaft sei. Namentlich machten sie geltend, dass die Probleme der Isolation und der Heizung einer Gesamtbetrachtung hätten unterzogen werden müssen. Das Bundesgericht bestand diesbezüglich aber auf der Feststellung der Vorinstanz, wonach die Wärmepumpe genügt hätte, wenn das Chalet korrekt isoliert gewesen wäre.

4.2. Urteil des Bundesgerichts 4A_307/2010 vom 14. Oktober 2010

Stichworte: ästhetischer Mangel – Unverhältnismässigkeit der Nachbesserung

Sachverhalt:

[Rz 94] Ein Bauherr übertrug einem Unternehmer die Marmorarbeiten im Badezimmer für einen Werkpreis von CHF 13'544.10. Die Ausführung war mangelhaft. Der Bauherr forderte den Unternehmer mehrfach erfolglos zur Nachbesserung auf. Der Bauherr liess die Arbeiten schliesslich durch einen Dritten ausführen, und zwar mit Kosten von CHF 55'775.75. Die Bauherrschaft klagte gegen den Unternehmer auf Zahlung der Ersatzvornahmekosten von CHF 42'231.75 (d.h. CHF 55'775.75 minus den Werkpreis von CHF 13'544.10). Der Unternehmer klagte auf Zahlung des Werklohns von CHF 13'544.10. Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab. Sie hielten fest, die Ausführung sei mangelhaft gewesen und der Unternehmer habe nicht fristgerecht nachgebessert, die Kosten der Ersatzvornahme seien indessen dreimal höher als der Preis des Werkes und damit unverhältnismässig. Da der Bauherr weder Minderung noch Wandlung geltend mache, müsse seine Klage abgewiesen werden.

Erwägungen:

[Rz 95] Im Werkvertrag hatten sich die Parteien auf die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 geeinigt. Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 der SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977/1991) sieht für den Fall, dass ein Unternehmer nicht fristgerecht nachbessert unter anderem vor, dass der Besteller das Recht hat, die

³² GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2648.

³³ Urteil des Bundesgerichts 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007, E. 3.1.

³⁴ Urteil des Bundesgerichts 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007, E. 3.1.

³⁵ TERCIER/FAVRE, Les Contrats spéciaux, Nr. 4477, S. 675.

³⁶ TERCIER/FAVRE, a.a.O., Nr. 4478, S. 675; GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1451 ff.

Nachbesserung durch einen Dritten vorzunehmen, und zwar auf Kosten des Unternehmers. Diese Bestimmung verweist ausdrücklich auf Art. 368 Abs. 2 OR, wonach der Bauherr den Unternehmer nur insoweit zur Nachbesserung anhalten kann, als diese keine übermässigen Kosten verursacht. Die Nachbesserungskosten gelten als übermässig, wenn sie in einem Missverhältnis zum Nutzen stehen, welchen die Nachbesserung für den Besteller hat. Dabei sind sowohl die wirtschaftlichen wie auch die nicht-wirtschaftlichen Interessen des Bestellers zu gewichten. Das Gesetz schützt den Unternehmer gegen Forderungen, welche ihm nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden können; die Nachbesserungsforderung wird daher abgewiesen, wenn der Nutzen, den die Nachbesserung für den Besteller hat, die Ausgaben des Unternehmers vernünftigerweise nicht rechtfertigt (E. 2).

[Rz 96] Das Verhältnis zwischen den Nachbesserungskosten einerseits und den Kosten des Werkes bzw. dem Werkpreis andererseits ist nicht massgebend zur Beurteilung, ob die Nachbesserungskosten unverhältnismässig sind.³⁷ Von verschiedenen Autoren³⁸ wird die Meinung vertreten, dass ein Unternehmer keine Nachbesserung ausführen muss, wenn deren Kosten doppelt so hoch sind wie der Werkpreis. Dieser Meinung haben sich CHAIX³⁹ und TERCIER/FAVRE⁴⁰ angeschlossen. Das Bundesgericht hat diese Meinung in einem obiter dictum im Urteil 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007 (E. 5.1) wiedergegeben.

[Rz 97] Im vorliegenden Fall waren die Mängel rein ästhetischer Art. Insbesondere sind keine Probleme der Dichtigkeit oder Einschränkungen der Gebrauchstauglichkeit der Nasszellen aufgetreten. Daraus folgerte das Bundesgericht, dass selbst in Befolgung der Berechnungsmethode des Bauherren nach Abzug der Nachbesserungskosten von CHF 55'775.00 der Begleitkosten von rund CHF 30'000.00, immer noch ein Betrag von CHF 25'775.00 verbleibe – also fast das Doppelte des Werkpreises von CHF 13'544.00.

[Rz 98] Daraus folgerte das Bundesgericht, dass der Bauherr in diesem konkreten Fall kein legitimes Interesse an der Behebung ästhetischer Mängel mit solchen Kosten habe (E. 2.1). Die Tatsache, dass die Arbeiten in einer Villa mit hohem Standard erbracht worden waren, sei nicht massgebend. Die Frage der Übermässigkeit der Nachbesserungskosten sei in ein Verhältnis zum Standard des bestellten Werkes zu setzen, im vorliegenden Fall also allein zu den Marmorarbeiten. Dieser Standard finde grundsätzlich seinen Niederschlag im Preis des Werkes, jedenfalls sei im vorliegenden Fall nicht ausgewiesen, dass eine höhere Qualität vereinbart worden

sei, als jene, welche dem Preis entspreche. Die Nachbesserungskosten seien im vorliegenden Fall nicht verhältnismässig (E. 2.1). Der Besteller mache nun zwar im bundesgerichtlichen Verfahren subsidiär eine Minderung geltend. Vor den kantonalen Instanzen habe der Besteller allerdings die Nachbesserungskosten von CHF 55'575.00 gefordert abzüglich des Werkpreises von CHF 13'544.00. Einen Eventualantrag für eine Minderung gab es nicht. Der Besteller habe damit seinem Willen Ausdruck gegeben, den gesamten Werkpreis zu bezahlen. Die Geltendmachung eines subsidiären Antrags auf Minderung erst im bundesgerichtlichen Verfahren sei daher neu und damit nicht zulässig (Art. 99 Abs. 2 BGG).

Bemerkungen:

[Rz 99] Im Urteil des Bundesgerichts 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007 hatte das Bundesgericht in Erwägung 5.1 erwähnt, dass das mathematische Verhältnis zwischen dem Preis des Werkes und den Kosten der Nachbesserung nicht relevant sei – ausser in Extremsituationen. Eine Extremsituation liege vor, wenn die Kosten der Nachbesserung doppelt so hoch sind wie die Kosten des Werkes. In der E. 2 des vorliegenden Entscheides hat das Bundesgericht nun aber offen gelassen, ob das mathematische Verhältnis zwischen dem Preis des Werkes und den Kosten der Nachbesserung für sich allein ausschlaggebend sein kann.

[Rz 100] Ausschlaggebend war im vorliegenden Fall, dass die Marmorarbeiten im Badezimmer bloss ästhetische Mängel aufwiesen, so dass eine Nachbesserung mit Kosten in der doppelten Höhe des Werkpreises nicht gerechtfertigt waren. Im Ergebnis hat das Bundesgericht also das Interesse des Bestellers an einer Nachbesserung dem mathematischen Verhältnis zwischen dem Werkpreis und den Nachbesserungskosten gegenübergestellt. Im Regelfall müsste es allerdings bereits ausreichen, wenn die Kosten der Nachbesserung als übermässig erscheinen – ohne dass dabei deren mathematisches Verhältnis zum Werkpreis irgendeine Rolle spielt. Auffällig ist zudem, dass das Bundesgericht offenbar das Argument des Bestellers akzeptierte, wonach bei der Anwendung von Art. 368 Abs. 2 OR die Begleitkosten der Nachbesserung nicht in die Verhältnismässigkeitsüberlegungen einzubeziehen sind. Es ist allerdings nicht ersichtlich, warum unverhältnismässige Begleitkosten in der Gesamtbeurteilung keine Rolle spielen sollen.

[Rz 101] Der Entscheid relativiert also die klare Aussage zu «Extremsituationen» im Urteil des Bundesgerichts 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007, E. 5.1. Das Urteil lässt die Schlussfolgerung zu, dass bei der Anwendung von Art. 368 Abs. 2 OR die Begleitkosten der Nachbesserung nicht einzubeziehen sind und dass Nachbesserungskosten nur dann übermässig sind, wenn sie in einem mathematischen Missverhältnis zum Werkpreis stehen. Fazit ist, dass die Anwendungsvoraussetzungen des Art. 368 Abs. 2 OR durch diesen Entscheid jedenfalls nicht klarer geworden sind.

³⁷ E. 2 mit Verweis auf BGE 111 II 173, E. 5; Urteil des Bundesgerichts 4C.258/2001 vom 5. September 2002, E. 413; GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1749 ff; ZINDEL/PULVER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Auflage 2007, N 47 Art. 368 OR.

³⁸ THEODOR BÜHLER Zürcher Kommentar 3. Auflage 1998, N 146 Art. 368 OR.

³⁹ Commentaire Romand, Code des Obligations I, 2003, Nr 42 Art. 368 OR.

⁴⁰ Les contrats speciaux, 4. Auflage 2009, Nr 4573.

4.3. Urteil des Bundesgerichts 4A_89/2010 vom 1. April 2010 (BGE 136 III 275)

Stichworte: Nachbesserung – Vorgehen bei Weigerung des Unternehmers – Vergütung der Ersatzvornahmekosten

Sachverhalt:

[Rz 102] Im Zuge von Renovationsarbeiten beauftragten zwei Miteigentümer einen Unternehmer. Rund drei Jahre später stellte die Bauherrschaft Risse fest und verlangte die Nachbesserung. Der Unternehmer verweigerte die Nachbesserung mit dem Hinweis auf unbezahlt gebliebene Rechnungen.

Erwägungen:

[Rz 103] Wenn der Bauherr die Nachbesserung durch den Unternehmer verlangt (nach Art. 368 Abs. 2 OR), übt er ein Gestaltungsrecht aus. Eine solche Erklärung ist grundsätzlich unwiderrufbar (E. 2.2). Der Unternehmer hatte die Ausführung der Arbeiten verweigert. Der Fall der Verweigerung der Nachbesserung ist in den Bestimmungen zum Werkvertragsrecht nicht geregelt, weshalb dafür die allgemeinen Grundsätze über die Nichterfüllung von Verträgen anwendbar sind (Art. 102 ff. OR). Da sich der Unternehmer weigerte, die Nachbesserung auszuführen, war es in Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR nicht notwendig, ihm dafür eine Nachfrist anzusetzen. Die Bauherrschaft konnte direkt nach Art. 107 Abs. 2 OR vorgehen. In Anwendung von Art. 107 Abs. 2 OR stehen der Bauherrschaft in solchen Fällen folgende Optionen offen (E. 2.4): *Variante 1:* Der Bauherr kann in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 OR zurückzutreten. Dadurch wird seine Ausübung des Gestaltungsrechts (d.h. die Wahl des Nachbesserungsrechts) rückwirkend aufgehoben und er ist somit wieder in derselben Situation wie vor der Ausübung des Gestaltungsrechts, so dass er erneut zwischen den Mängelrechten des Art. 368 OR wählen kann. *Variante 2:* Der Bauherr kann auf Erfüllung der Nachbesserungsschuld bestehen und, falls der Unternehmer die Nachbesserung nicht vornimmt, die Ausführung auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten vornehmen lassen, wobei der Unternehmer die entsprechenden Kosten bevorschussen muss. In Analogie zu Art. 366 Abs. 2 OR kann der Bauherr die Arbeiten auch ohne vorgängige richterliche Genehmigung durch einen Ersatzunternehmer ausführen lassen. *Variante 3:* Der Bauherr kann auf seinen Nachbesserungsanspruch verzichten und Schadenersatz für die Nichterfüllung verlangen (positives Vertragsinteresse). In diesen Fällen ist der Schadenersatz entsprechend jenem Wert festzulegen, den die Nachbesserungsleistung des Unternehmers gehabt hätte.

[Rz 104] Das Bundesgericht kam im vorliegenden Fall zum Schluss, dass die Bauherrschaft die dritte Variante gewählt hatte. Es stellte dazu klar, dass der Schadenersatz nicht darin besteht, dass Ersatzvornahmekosten gedeckt werden müssen, sondern eben im Wert, den die Nachbesserungsleistung des Unternehmers gehabt hätte, wenn er die Nachbesserung pflichtgemäss ausgeführt hätte (E. 2.5). Entsprechend spielte

es im vorliegenden Fall keine Rolle, dass die Bauherrschaft den Mangel bislang nicht hatte beheben lassen und darum auch noch keine Kosten aufgelaufen waren. Das Bundesgericht betonte sodann (in E. 2.5), dass es sich beim erwähnten Schadenersatz auch nicht um den Ersatz des Mangelfolgeschadens gemäss Art. 368 OR handelt.

4.4. Urteil des Bundesgerichts 4A_226/2010 vom 28. Juli 2010

Stichworte: Mängelhaftung – Kein Vertragsverhältnis zwischen Bauherr und Subunternehmer – Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Sachverhalt:

[Rz 105] Strittig war der mangelhafte Einbau von Türrahmen in einem Einfamilienhaus. Für die Behebung dieser Mängel war der Unternehmer D. SA gegenüber dem Besteller verantwortlich.

Erwägungen:

[Rz 106] Das Bundesgericht hielt fest, dass zwischen dem Bauherrn und dem Subunternehmer grundsätzlich keine direkte vertragliche Beziehung besteht (E. 3.1).⁴¹ Der Bauherr (als vertragsfremde Partei) ist daher im Regelfall nicht berechtigt, vom Subunternehmer die Erbringung jener Leistungen zu fordern, welche Gegenstand des Subunternehmervertrages bilden und er hat auch keine Möglichkeit, Schadenersatzansprüche gestützt auf eine Verletzung der vertraglichen Pflichten des Subunternehmers geltend zu machen. Vorbehalten bleiben im Rahmen der Vertragsfreiheit selbstverständlich anderslautende Vereinbarungen, namentlich die Abrede, dass der Hauptunternehmer und der Subunternehmer einen echten Vertrag zugunsten des Bauherrn abschliessen (nach Massgabe von Art. 112 Abs. 2 OR). Denkbar und zulässig sind auch weitere Konstellationen, wie etwa die direkte Verpflichtung des Subunternehmers gegenüber dem Bauherrn, ein mängelfreies Werk zu liefern; oder die Verpflichtung des Hauptunternehmers im Vertrag mit dem Bauherrn, letzterem die Gewährleistungsansprüche abzutreten, welche dem Hauptunternehmer gegenüber dem Subunternehmer zustehen.

[Rz 107] Im zu beurteilenden Fall fehlt es an solchen vertraglichen Abreden, weshalb das Bundesgericht in der Folge auch die aus dem deutschen Recht bekannte Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erwähnt (E. 3.2.1.). Das Bundesgericht betont, dass der Vertrag mit Drittschutzwirkung zwar schon in früheren Entscheiden erwähnt worden sei;⁴² doch habe es bis heute nicht entschieden, ob eine solche Rechtsfigur im schweizerischen Recht Platz hat. Dennoch erwähnt das Bundesgericht, welche Anspruchsvoraussetzungen im einzelnen erfüllt sein müssten, damit

⁴¹ Unter Verweis auf BGE 136 III 14, E. 2.3.

⁴² BGE 130 III 345; BGE 117 II 315.

sich ein Bauherr im Einzelfall allenfalls auf einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter berufen könnte: Erstens müsste der Dritte grundsätzlich direkt von der vertraglichen Leistungserbringung betroffen sein. Zweitens müsste der Dritte in einer Sonderbeziehung zum vertraglich Anspruchsberechtigten stehen, nach welcher dieser verpflichtet wäre, die Interessen des Dritten zu schützen. Und drittens müsste diese Sonderbeziehung für den Schuldner offensichtlich sein.⁴³ Ergänzend verweist das Bundesgericht darauf, dass die Qualifikation des Subunternehmervertrags als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in der Rechtslehre umstritten sei.⁴⁴

[Rz 108] Im konkreten Fall konnte das Bundesgericht die Rechtsfrage offen lassen, denn die Bauherrschaft hatte die Argumentation des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erstmals vor Bundesgericht geltend gemacht – was grundsätzlich zwar zulässig ist, doch es fehlte im Entscheid der Vorinstanz an Sachverhaltsfeststellungen, welche eine Beurteilung nach dieser neuen Argumentation erlaubt hätten (E. 3.2).

Bemerkungen:

[Rz 109] Die interessierende Rechtsfrage, ob Subunternehmerverträge als Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (konkret: zugunsten des Bauherrn) gelten können, hat das Bundesgericht auch in diesem Entscheid offen gelassen, obwohl es die Anspruchsvoraussetzungen im Detail erörtert hat. Vor diesem Hintergrund ist nicht ausgeschlossen, dass der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bei einer nächsten sich bietenden Gelegenheit ins schweizerische Rechtssystem Eingang finden könnte.

[Rz 110] Zur inhaltlichen Abstimmung von Hauptvertrag und Untervertrag durch Überbindungs- und Verknüpfungsklauseln: HÜRLIMANN, in: GAUCH/STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 1–37, Nr. 14–16 zur Art. 29.

4.5. Urteil des Bundesgerichts 4A_534/2008 24. März 2009

Stichworte: Prüfung des Werks und Mängelrüge

Sachverhalt:

[Rz 111] Ein Unternehmer hat ab Ende 2001 gestützt auf mündlich erteilte Werkverträge verschiedentlich die Oberflächen von Treibstoff- und Schmierölleitungen beschichtet. Mit Telefax vom 5. Februar 2002 erteilte der Besteller dann einen weiteren Auftrag zur Beschichtung von DC-Schmierölleitungen sowie DC-Heizungsrückläufen, und zwar «unter Zugrundelegung unserer Einkaufsbedingungen sowie gleichzeitiger

Ablehnung Ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen». In der Folge führte der Unternehmer für den Besteller weitere Beschichtungen von Leitungen aus, ohne gegen die Einkaufsbedingungen Einwände zu erheben. Mit diesen «Einkaufsbedingungen» verpflichtete sich der Unternehmer, bei der Beschichtung diverse Qualitätssicherungsmassnahmen zu ergreifen bzw. einzuhalten.

[Rz 112] Als der Unternehmer die Zahlung des Werklohns verlangte, zog der Besteller vom geforderten Betrag eine Gegenforderung aus «Reklamationen» praktisch in gleicher Höhe ab. Der Unternehmer klagte auf Zahlung des Werklohnes. Der Besteller machte verrechnungsweise Qualitätsmängel geltend.

Erwägungen:

[Rz 113] Der Besteller machte geltend, er sei wegen der Qualitätsprobleme gezwungen gewesen, die gelieferten Schmierölleitungen einer Sichtkontrolle zu unterziehen, weil die vertraglich vereinbarten Qualitätssicherungsmassnahmen nicht erfolgt seien. Die Vorinstanz hatte dazu festgestellt, dass diese Prüfungspflichten und Qualitätssicherungsmassnahmen des Unternehmers den Besteller nur dann von der Pflicht (gem. Art. 367 Abs. 1 OR) entbunden hätten, die gelieferte Ware selber zu prüfen, wenn der Besteller durch eine spezielle Abrede von dieser Prüfungspflicht befreit worden wäre (E. 5.2). Das Bundesgericht bestätigt (in E. 7.4), dass die vereinbarten Qualitätssicherungsmassnahmen den Besteller nicht von seinen Untersuchungsobliegenheiten befreien. Es verweist (in E. 7.3) darauf, dass der Besteller die Beschaffenheit nach der Ablieferung des Werkes zu prüfen hat, «sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist» (Art. 367 Abs. 1 OR). Die Prüfung kann nach den konkreten Umständen des Einzelfalles einige Tage oder sogar mehrere Monate dauern. «Der Umstand, dass gewisse Mängel nicht sofort sichtbar werden, kann dazu führen, dass mit der Prüfung zuzuwarten ist. So ist z.B. üblich, Weinlieferungen nach dem Transport eine gewisse Zeit zu lagern, bevor sie geprüft werden» (E. 7.3). Im vorliegenden Fall habe der Unternehmer gewusst, dass der Besteller die Ware weiterversendet, weshalb angenommen werden könne, der Unternehmer sei mit der Prüfung der Ware an ihrem neuen Bestimmungsort einverstanden gewesen.

Bemerkungen:

[Rz 114] Bemerkenswert ist die Feststellung, dass die Vereinbarung von Qualitätssicherungsmassnahmen an sich noch nicht zur Aufhebung der Untersuchungsobliegenheit des Bestellers führt – ausser dies werde entsprechend vereinbart.

4.6. Urteil des Bundesgerichts 4A_83/2009 vom 6. Mai 2009

Stichworte: Rechtzeitigkeit der Mängelrüge – Beweislast

Sachverhalt:

⁴³ Mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4C.194/99 vom 18. Januar 2000, E. 4.

⁴⁴ Ablehnend: GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 169, Nr. 861; befürwortend: CHAIX, Le contrat de sous-traitance en droit suisse, 1995, S. 259–263.

[Rz 115] Ein Unternehmer und eine Bauherrschaft schlossen einen Werkvertrag, welcher die SIA-Norm 118 für anwendbar erklärte. Fast zwei Jahre nach der Fertigstellung verlangte die Bauherrschaft die Ausführung von Abschlussarbeiten, namentlich eine zweite und eine dritte Lackschicht auf den äusseren Holzflächen des Chalets. Zudem verlangten sie die Nachbesserung verschiedener anderer Mängel. Die Bauherrschaft beauftragte zwei Experten, um ein Privatgutachten über den Zustand des Chalets zu erstellen.

Erwägungen:

[Rz 116] Das Bundesgericht verwies in E. 3.2.1 auf seine Rechtsprechung, wonach es Sache des Bestellers ist, nachzuweisen, dass er innert nützlicher Frist Mängelrüge erhoben hat. Wenn der Unternehmer dagegen einwendet, dass der Besteller den Mangel bereits früher entdeckt hat, ist es an ihm, diesen Einwand zu belegen.⁴⁵ Ein sich entwickelnder Mangel gilt als entdeckt, sobald er vom Besteller ohne Zweifel festgestellt ist, sodass dieser den Mangel dem Unternehmer anzeigen und mit einer gewissen Präzision beschreiben kann.⁴⁶ Im vorliegenden Fall erklärte die Bauherrschaft, sie habe den Mangel am 1. September 2003 gerügt. Dies sei auch der Tag gewesen, an dem die Verschlechterung des Zustandes der äusseren Holzflächen klar sichtbar («nettement visible») wurde. Der Unternehmer, der behauptete, dass der Mangel schon im Frühjahr 2002 hätte entdeckt werden können, hätte seine Behauptung entsprechend beweisen müssen.

[Rz 117] In E. 4.2 bestätigte das Bundesgericht zudem seine Rechtsprechung, dass die Honorare von Experten, welche der Besteller zur Feststellung von Mängeln gemäss Art. 367 Abs. 2 OR beauftragen musste, als Mangelfolgeschaden gelten.⁴⁷ Der Unternehmer wurde daher verurteilt, die Expertisekosten zu übernehmen.

Bemerkungen:

[Rz 118] Positiv ist natürlich, dass das Bundesgericht mit seiner Rechtsprechung zur Rechtzeitigkeit der Mängelrüge von sich entwickelnden Mängeln versucht, die Strenge seiner Rechtsprechung zum Wort «sofort» in Art. 370 Abs. 3 OR zu mildern. Die Rechtsprechung zu sich entwickelnden Mängeln schafft indessen keine Rechtssicherheit, da es letztlich der Richter ist, der (unter Umständen nach Jahren) festlegt, zu welchem Zeitpunkt ein sich entwickelnder Mangel als «entdeckt» zu gelten hatte.

4.7. Urteil des Bundesgerichts 4A_82/2008 vom 29. April 2009

Stichworte: Auslegung einer Verzichtserklärung – Rüge

geheimer Mängel – Rügefrist bei erforderlichen Beizug eines Sachverständigen

Sachverhalt:

[Rz 119] Ein Bauherr liess an sein Wohnhaus einen Anbau mit Baderaum und Sauna im Erdgeschoss und mit einer Terrasse im 1. Stock erstellen. Die Unternehmerin unterbreitete dem Besteller eine Schlussabrechnung. Schliesslich erklärte sich die Unternehmerin im Rahmen einer Besprechung bereit, die verlangte Restzahlung zu reduzieren. Auf der reduzierten Schlussrechnung wurde Folgendes vermerkt: «Anerkannt unter ausdrücklicher Verzichtleistung auf jegliche Nachforderungen. Sämtl. Restarbeiten sind in Abrechnungssumme inbegriffen.» Anfang 1995 stellte der Besteller verschiedene Mängel an der Gebäudehülle des Anbaus fest. Am 16. Januar 1995 liess der Besteller diese Mängel durch Experten begutachten, welche ihm am 23. Januar 1995 eine Mängelliste zusandten. Mit Schreiben vom 24. Januar 1995 lud der Besteller sämtliche für die Mängel als verantwortlich erachteten Handwerker für den 8. Februar 1995 zu einer Besprechung der Mängelbehebung vor Ort ein. In der Folge kamen noch weitere Mängel zum Vorschein, welche vom Besteller gerügt wurden. Die Unternehmerin lehnte mit Hinweis auf die Besprechung der Schlussabrechnung jegliche Garantie ab. Vor den Gerichten strittig war namentlich die Bedeutung des Verzichts auf «Nachforderungen» im Zusammenhang mit den in der Abrechnungssumme enthaltenen «Restarbeiten». Strittig war im Übrigen, ob die Mängelrüge rechtzeitig erfolgt war.

Erwägungen:

[Rz 120] Das Bundesgericht verstand den umstrittenen Text dahingehend, dass der Besteller anerkennt, der Unternehmerin den vereinbarten Betrag zu schulden, soweit diese auf Nachforderungen verzichtet, wobei sämtliche Restarbeiten in der Abrechnungssumme inbegriffen sein sollen. «Es wäre denn auch unangemessen gewesen, wenn der Beschwerdegegner zum Voraus auf ihm damals noch nicht bekannte Ansprüche aus versteckten Mängeln verzichtet hätte» (E. 4.4).

[Rz 121] Bezüglich der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge machte die Unternehmerin geltend, dass der Besteller bereits Anfang 1995 diverse Mängel festgestellt habe. In E. 6.1 führte das Bundesgericht dazu aus, dass geheime Mängel, welche nach der Untersuchung des Werkes zu Tage treten, sofort nach der Entdeckung dem Unternehmer angezeigt werden müssen, widrigenfalls das Werk rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt (Art. 370 Abs. 3 OR). Die Mängelrüge ist dabei an keine Form gebunden. «Sie muss inhaltlich sachgerecht substantiiert sein und zum Ausdruck bringen, dass der Besteller die Lieferung nicht als vertragsgemäss anerkennt und den Unternehmer haftbar macht (BGE 107 II 172 E. 1a, mit Hinweisen). In der Regel ergibt sich bereits aus der blossen Mitteilung der Mängel, dass der Besteller den Unternehmer für verantwortlich erachtet.» Als Mängelrüge genügt es nicht, wenn der Besteller seine Unzufriedenheit

⁴⁵ BGE 118 II 142, E. 3a.

⁴⁶ BGE 118 II 142, E. 3b, S. 148 f.

⁴⁷ BGE 126 III 388, E. 10b.

äussert, ohne konkret die Mängel zu benennen. «Hingegen reicht die blosser Angabe der ungünstigen Wirkungen, wie zum Beispiel: «Ware ist so schlecht, dass sie nicht verarbeitet werden kann» (vgl. für das Kaufrecht: Urteil des Bundesgerichts 4C.395/2001 vom 28. Mai 2002, E. 2.1.1). Nicht erforderlich ist, dass in der Mängelrüge die Ursachen der angezeigten Mängel genannt werden (Urteil des Bundesgerichts 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007, E. 4.2.1).»

[Rz 122] Unter E. 7.1 bestätigt das Bundesgericht sodann seine Rechtsprechung, wonach die Rügefrist kurz ist, wenn es sich um einen Mangel handelt, bei dem die Gefahr besteht, dass ein Zuwarten zu einem grösseren Schaden führen kann.⁴⁸ «Ist dies nicht der Fall, hält das Bundesgericht eine siebentägige Rügefrist für angemessen (vgl. Urteil 4C.82/2004 vom 3. Mai 2004 E. 2.3, mit Hinweis, publ. in: Pra 93/2004 Nr. 146 S. 828).»

[Rz 123] Die Rügefrist beginnt mit der Entdeckung des Mangels (E. 7.2). «Nach der Rechtsprechung gilt ein Mangel erst als entdeckt, wenn der Besteller davon solche Kenntnis erlangt hat, dass er eine genügend substantiierte Rüge erheben kann. Bei Mängeln, die nach und nach zum Vorschein kommen, weil sie in ihrer Ausdehnung oder Intensität wachsen, genügen dafür noch nicht die ersten Anzeichen.» «... Bei nach und nach zum Vorschein kommenden Mängeln darf deshalb eine Entdeckung erst angenommen werden, wenn der ernsthafte Charakter des Zustandes deutlich wird und der Besteller die Bedeutung und Tragweite von Mängeln erfassen kann (BGE 118 II 142 E. 3b S. 148 f.; 131 III 145 E. 7.2; je mit Hinweisen). Deren Abklärung kann den Beizug von Sachverständigen erfordern (GAUCH, Nr. 2182)». Die Lehrmeinung von GAUCH zitiert das Bundesgericht wie folgt: «GAUCH vertritt die Meinung, wenn ein Gesamtwerk durch Werkleistungen mehrerer Nebenunternehmer errichtet worden sei, genüge nicht, dass der Besteller einen Fehler des Gesamtwerkes kenne. Vielmehr müsse er wissen, welcher Nebenunternehmer mangelhaft geleistet habe, bevor er sachgerecht rügen könne. Eine Rüge «aufs Geratewohl» zu verlangen, sei mit dem Sinn des Art. 370 Abs. 3 OR unvereinbar».⁴⁹

[Rz 124] Die Unternehmerin machte geltend, dass der freiwillige Beizug eines Sachverständigen an der Dauer der Rügefrist nichts ändere. Der Besteller hätte daher die Anfang 1995 festgestellten Mängel sofort rügen müssen und habe damit nicht bis zum 24. Januar 1995 zuwarten dürfen. Das Bundesgericht antwortete darauf in E. 7.5 wie folgt: «Ist der Beschwerdegegner kein Bauexperte, kann ihm nicht vorgeworfen werden, dass er, nachdem er Anfang Januar 1995 Mängel erkannte, welche nach und nach zum Vorschein kamen und deren Verantwortlichkeit – wie die verschiedenen Gutachten zeigen – nur schwer bestimmt werden konnte, deren Bedeutung und Tragweite, d.h. den ernsthafte Charakter

des Zustandes des Werkes bzw. dessen Mangelhaftigkeit im Rechtssinne, vor der Erhebung der Rüge durch Expertisen abklären liess.»

Bemerkungen:

[Rz 125] Das Bundesgericht bestätigt in diesem Entscheid seine äusserst strenge Auslegung des Ausdruckes «sofort» in Art. 370 Abs. 3 OR, wonach eine siebentägige Rügefrist gerade noch als angemessen gilt. Angesichts dieser Strenge ist zu begrüssen, dass es immerhin davon ausgeht, eine Entdeckung des Mangels dürfe erst angenommen werden, wenn der ernsthafte Charakter des Zustandes deutlich wird, wobei diese Feststellung den Beizug eines Sachverständigen erfordern könne. Die Begründung dafür kann allerdings nicht restlos überzeugen: Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt ein Mangel als entdeckt, wenn der Besteller in der Lage ist, «eine genügend substantiierte Rüge» zu erheben. Im gleichen Entscheid steht aber, dass «die blosser Angabe der ungünstigen Wirkungen» als Mängelrüge genüge («Ware ist so schlecht, dass sie nicht verarbeitet werden kann.», E. 6.1). Wenn eine derart rudimentär substantiierte Mängelrüge genügen soll, müsste einem Besteller, welcher aufgrund von Mängelanzeichen in der Lage ist, einen Expertenauftrag zu formulieren, eigentlich auch zugemutet werden können, eine Mängelrüge zu verfassen. Obschon die Begründung des Bundesgerichts im vorliegenden Fall also nicht unter allen Blickwinkeln überzeugt, ist die Stossrichtung des Entscheides dennoch zu begrüssen.

4.8. Urteil des Bundesgerichts 4A_378/2010 vom 29. September 2010

Stichworte: Rechtzeitigkeit der Mängelrüge

Sachverhalt:

[Rz 126] Ein Besteller liess im Jahre 2007 auf zwei Baustellen in V. und in B. durch den Unternehmer Gipserarbeiten für den Grundputz ausführen. Nach Vollendung der Arbeiten weigerte sich der Besteller, die dafür gestellte Rechnung zu begleichen. Zur Begründung führte er an, die Grundputzarbeiten seien mangelhaft ausgeführt worden und hätten durch aufwendige Spitz- und Handarbeiten nachgebessert werden müssen, weshalb er den Rechnungsbetrag mit dem Nachbesserungsaufwand verrechne. Die Vorinstanzen haben die Klage des Unternehmers auf Zahlung des Werklohns im Betrag von CHF 53'316.00 vollumfänglich geschützt. Der Einwand des Bestellers, er habe die behaupteten Mängel rechtzeitig gerügt, wurde abgewiesen.

Erwägungen

[Rz 127] Das Bundesgericht bestätigt die Auffassung der Vorinstanz, dass der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag als Werkvertrag zu qualifizieren sei. Das Bundesgericht erachtete es gestützt auf den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt als erstellt, dass es auf der Baustelle in

⁴⁸ BGE 118 II 142, E. 3b, S. 148., mit Hinweis.

⁴⁹ GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2812.

V. wegen schlechter Arbeit zu Problemen kam und dass der Grundputz Löcher aufwies und dass auf der Baustelle in B. kleinere Mängel aufgetaucht seien, welche der Unternehmer aber zum grossen Teil behoben habe. Der auf der Baustelle in V. tätige Bauführer habe die dort nicht ordnungsgemäss ausgeführten Arbeiten dem Bauherrn, mit dem er in einem eigenen Vertragsverhältnis gestanden sei, jeweils vor Ort oder persönlich mitgeteilt. Dass aber der Bauherr die betreffende Mängelrüge auch an den Unternehmer weitergeleitet habe, blieb vor der Vorinstanz unbewiesen. Nachgewiesen war lediglich eine erstmalige Mängelrüge an den Unternehmer zwei Monate nach Abschluss der Arbeiten. Daraus zog die Vorinstanz die Schlussfolgerung: «Selbst wenn die zu diesem Zeitpunkt erfolgte Mängelrüge hinreichend substantiiert gewesen sein sollte, wäre sie als verspätet zu betrachten.» Weil somit ein Nachweis einer rechtzeitigen, substantiierten Mängelrüge fehle, hätten die Arbeiten des Unternehmers als genehmigt zu gelten und es sei dieser nach Art. 370 Abs. 2 OR von der Mängelhaftung befreit. Nachdem der Bauherr im bundesgerichtlichen Verfahren keine substantiierten Sachverhaltsrügen erhob und eine Bundesrechtsverletzung nicht gegeben war, bestätigte das Bundesgericht den Entscheid der Vorinstanz und wies die Beschwerde ab.

4.9. Urteil des Bundesgerichts 4A_61/2010 vom 1. April 2010

Stichworte: Substanziierung der Mängelrüge – Kosten der Ersatzvornahme

Sachverhalt:

[Rz 128] Ein Unternehmer hat im Rahmen eines Werkvertrages Elektroinstallationsarbeiten zu einem Pauschalpreis ausgeführt. Strittig waren zwischen Unternehmer und Besteller die Höhe des noch geschuldeten Werklohns sowie die Kosten der Ersatzvornahme.

Erwägungen

[Rz 129] Der Bauherr macht vor Bundesgericht geltend, die Vorinstanz habe die Werklohnforderungen des Unternehmers in Verletzung der beweisrechtlichen Grundsätze von Art. 8 ZGB zugesprochen. Das Bundesgericht hält fest, dass die Gutheissung des Werklohns bei der Vorinstanz auf dem Zugeständnis des Bauherrn basiere, wonach vom vereinbarten Werklohn für die Liegenschaften ein Betrag von CHF 28'000.00 noch offen sei. Daher waren keine weiteren Beweiserhebungen erforderlich. Der Bauherr beanstandete ferner, die Vorinstanz habe die von ihm widerklageweise geltend gemachten Kosten der Ersatzvornahme zu Unrecht abgelehnt. Das Bundesgericht bestätigte die Auffassung der Vorinstanz, dass der Bauherr diese Mängel im Rahmen des Behauptungsverfahrens nicht hinreichend konkretisiert habe. Der blosser Hinweis auf Prozessbeilagen stelle keine rechtsgenügende Substanziierung der Ersatzvornahmekosten da. Die erst mit der Duplik vor Obergericht gemachten

Ausführungen zur Anzeige der gerügten Mängel und zur Fristansetzung zur Mängelbehebung seien ohnehin verspätet gewesen, weshalb die Abweisung der Widerklage durch die Vorinstanzen nicht zu beanstanden sei. Das Bundesgericht weiter: Indem sich der Bauherr «darauf beschränkt, zu erläutern, weshalb er nicht in der Lage gewesen ist, bestimmte Belege früher einzureichen, kommt er gegen den Vorwurf mangelnder Substantiierung, welche die Behauptungs-, nicht die Beweislast beschlägt, nicht an».

4.10. Urteil des Bundesgerichts 4D_25/2010 vom 29. Juni 2010

Stichworte: Rechtzeitigkeit und Form einer Mängelrüge

Sachverhalt:

[Rz 130] Ein Unternehmer hatte für ein Ehepaar einen Parkettbelag in dessen Wohnung eingebaut. Der Architekt teilte dem Parkettunternehmer mit Schreiben vom 11. August 2006 mit, dass die Bauherrschaft mit dem Werk nicht zufrieden sei und dass ein Experte beauftragt werde zu untersuchen, ob der Parkett nach den Regeln der Baukunst verlegt worden sei. Der Experte erstattete seinen Bericht am 1. September 2006. Eine Kopie dieses Berichts ging direkt an den Unternehmer. Der Unternehmer schrieb am 5. Oktober 2006 an seinen Lieferanten und machte ihn für die Schäden verantwortlich. Der Lieferant bestritt indessen, dass ein Mangel des von ihm gelieferten Materials vorliege.

Erwägungen:

[Rz 131] Das Bundesgericht hielt (in E. 2.2) fest, dass eine Mängelrüge zwei oder drei Tage nach Entdeckung des Mangels das Erfordernis der Unverzüglichkeit gemäss Art. 370 Abs. 3 OR erfülle.⁵⁰ Indem die Vorinstanz eine Mängelrüge als verspätet qualifizierte, welche über einen Monat nach Entdeckung des Mangels erfolgt war, hat diese keineswegs willkürlich Bundesrecht verletzt, sondern befand sich in völliger Übereinstimmung mit der Rechtsprechung.

[Rz 132] Bezüglich der Form der Mängelrüge hielt das Bundesgericht (in E. 3) fest, dass die Mängelrüge keinem Formerfordernis unterstehe, sie müsse jedoch genau angeben, welche Mängel entdeckt worden seien und zum Ausdruck bringen, dass die Leistung vertragswidrig sei und dass der Besteller seinen Vertragspartner dafür verantwortlich mache.⁵¹ Die Zusendung eines Expertenberichts zur Kenntnissnahme und zur Stellungnahme drückt in keiner Weise den Willen des Parkettunternehmers aus, den Lieferanten verantwortlich zu machen, zumal in diesem Bericht kein entsprechender Wille des Parkettunternehmers zum Ausdruck brachte. Die Vorinstanz hatte demnach kein Bundesrecht verletzt, als sie entschied, dass die einfache Zusendung des

⁵⁰ BGE 98 II 191, E. 4; BGE 76 II 212, E. 3.

⁵¹ BGE 107 II 172, E. 1a, S. 175.

Expertenberichts als Mängelrüge des Parkettunternehmers gegenüber seinem Lieferanten nicht genüge.

[Rz 133] Bezüglich der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge hielt das Bundesgericht fest, dass es nach dem Grundsatz des Art. 8 ZGB Sache jener Partei sei, welche einen Mangel geltend mache, nachzuweisen, wann sie davon Kenntnis erhalten hat und wann sie gegenüber wem den Mangel angezeigt hat.⁵²

Bemerkungen:

[Rz 134] Auffällig ist, dass dieser Bundesgerichtsentscheid praktisch ausschliesslich auf dem Urteil des Bundesgerichts 4C.205/2003 vom 17. November 2003 (E. 3.2) aufbaut und nur die dort erwähnte Rechtsprechung aufführt. Etwas irritierend ist daher, dass das Bundesgericht in diesem Entscheid das Erfordernis der Unverzüglichkeit der Mängelrüge gemäss Art. 370 Abs. 3 OR mit «deux ou trois jours ouvrables» umschreibt, obschon es zumindest seit 2007 etablierte Rechtsprechung ist, dass eine siebentägige Rügefrist im Normalfall noch als rechtzeitig gilt.⁵³

4.11. Urteil des Bundesgerichts 4A_235/2008 vom 23. Juli 2008

Stichworte: Auslegung einer Garantieklausel – Silo als bewegliches oder unbewegliches Bauwerk?

Sachverhalt:

[Rz 135] Der Beschwerdeführer betreibt einen Schweinezuchtbetrieb. Er bestellte bei der Beschwerdegegnerin ein Silo samt Entnahmevorrichtung zur Einlagerung von Feuchttreide. Mit der Auftragsbestätigung verpflichtete sich die Beschwerdeführerin zur Lieferung und Montage. Zugleich wurde betreffend «Garantie» Folgendes festgehalten: «Garantie: Folgende Garantien können wir gewähren: Es gelten die normalen Garantiebedingungen nach SIA-Norm 118 und die Lieferbedingungen für Inlandgeschäfte. Fünf Jahre Garantie für Dichtigkeit und die Standfestigkeit des Silos. Zwei Jahre Garantie für die Entnahmevorrichtung.»

[Rz 136] Bei der Entnahmevorrichtung schloss die Klappe für den Futterauswurf nicht mehr korrekt. Dies führte zum Eintritt von Sauerstoff in das Silo und zu einer Fehlgärung des Futters, so dass in der Folge Schweine vergiftet wurden.

Erwägungen:

[Rz 137] Zwischen den Parteien strittig ist insbesondere die Auslegung der Garantieklausel auf der Auftragsbestätigung. Uneinig sind sich die Parteien ferner darüber, ob das Silo als «unbewegliches Bauwerk im Sinne von Art. 371 Abs. 2 OR»

gelten könne, so dass für Mängel die Verjährungsfrist von fünf Jahren gelten würde.

[Rz 138] Die Vorinstanz wies die Schadenersatzklage des Schweinezüchters mit der Begründung ab, die Forderung sei verjährt, weil die Parteien für die Entnahmevorrichtung eine zweijährige Rüge- und Verjährungsfrist vereinbart hätten. Zudem wäre die Klage selbst dann verjährt, wenn die Parteien keine Verjährungsfrist vereinbart hätten, da vorliegend die Gewährleistungsbestimmungen des Kaufrechts und somit die einjährige Verjährungsfrist von Art. 210 OR zur Anwendung käme. Gestützt auf die Befragung der Parteien kam die Vorinstanz (im Sinne einer subjektiven Auslegung) zum Ergebnis, dass die Parteien keine bestimmte Verjährungsabrede treffen wollten. Von daher sei nicht davon auszugehen, dass die Parteien eine fünfjährige Verjährungsfrist vereinbaren wollten, wie sie in Art. 180 SIA-Norm 118 vorgesehen wäre (E. 4.4).

[Rz 139] Im Verfahren vor Bundesgericht wirft der Besteller (der Schweinezüchter) der Vorinstanz vor, die Klausel in der Auftragsbestätigung betreffend die Garantiebedingungen nicht richtig ausgelegt zu haben. Fälschlicherweise habe die Vorinstanz die Verjährungsfrist von Art. 180 der anwendbaren SIA-Norm 118 nicht beachtet. Der Besteller machte ferner geltend, es handle sich bei der Erstellung des Silos um einen Werkvertrag und um ein unbewegliches Bauwerk, so dass nach Art. 371 Abs. 2 OR ohnehin die Verjährungsfrist von 5 Jahren gelten müsse.

[Rz 140] Das Bundesgericht schützte die subjektive Auslegung der Vorinstanz und verwarf die Rüge des Bestellers, die Vorinstanz habe die Beweise insofern willkürlich geprüft, als sie nicht zum Ergebnis gelangt sei, die Parteien hätten die SIA-Norm 118 auch bezüglich der Verjährung für anwendbar erklärt.

[Rz 141] Zu der (für den Verjährungseintritt) entscheidenden Frage, ob das Silo als unbewegliches Bauwerk im Sinne von Art. 371 Abs. 2 OR (Fünfjahresfrist) oder als bewegliches Bauwerk im Sinne von Art. 371 Abs. 1 OR (Einjahresfrist) zu qualifizieren ist, hält das Bundesgericht Folgendes fest: Das Silo lässt sich einfach und ohne erheblichen Wertverlust wieder abmontieren und an einem neuen Ort aufbauen, so dass trotz Montage auf einem vorgelegten Fundament nicht im Sinne eines unbeweglichen Bauwerkes von einer dauerhaft festen Verbindung mit dem Erdboden ausgegangen werden muss (E. 5.5). Ausserdem sei das Silo ein vorfabriziertes Serienprodukt, was es verbiete, dieses als Bauwerk «anzusprechen» (E. 5.5). Darüber hinaus greife (so das Bundesgericht unter Hinweis auf BGE 117 II 428; BGE 93 II 245) auch der Zweckgedanke der fünfjährigen Verjährungsfrist von Art. 371 Abs. 2 OR nicht, denn das Silo bilde nämlich nicht ein Werk bzw. eine Sache, für die typischerweise erst nach längerer Zeit festgestellt werden kann, ob sie den Anforderungen der Festigkeit oder den geologischen und atmosphärischen

⁵² BGE 118 II 142, E. 3a, S. 147; BGE 107 II 172, E. 1a, S. 176.

⁵³ Urteil des Bundesgerichts 4A_336/2007 vom 31. Oktober 2007, E. 4.4; Urteil des Bundesgerichts 4A_51/2007 vom 11. September 2007, E. 4.5; Urteil des Bundesgerichts 4C.130/2006 vom 5. Mai 2007, E. 4.2.2.

Verhältnissen standhält oder ob sie diesbezüglich mangelhaft ist (E. 5.5).

[Rz 142] Aufgrund dieser Überlegungen konnte das Bundesgericht offen lassen, ob vorliegend von einem Kaufvertrag, von einem Werkvertrag oder von einem gemischten Vertrag auszugehen sei, da in jedem dieser Fälle eine einjährige Verjährungsfrist zur Anwendung gelangte (sowohl nach Art. 371 Abs. 1 OR als auch nach Art. 210 Abs. 1 OR), und die Klage folgerichtig abgewiesen wurde.

Bemerkungen:

[Rz 143] Dass die Vorinstanz im vorliegenden Entscheid den Verweis auf die «Garantiebedingungen der SIA-Norm 118» als blossen Verweis auf die Rügefristen verstand, nicht aber als (integralen) Verweis auf *sämtliche* Bestimmungen über die Sachgewährleistung ausgelegt hatte, welche die Rüge- und die Verjährungsfristen regelt, ist aufgrund der Urteilsabwägungen nicht leicht nachvollziehbar. Jedenfalls wurde die diesbezüglich anscheinend unklare Formulierung des Lieferanten gestützt auf die subjektive Auslegung zuungunsten des Bestellers interpretiert, also gerade nicht zulasten derjenigen Partei, welche den Einbezug dieser Garantieklausel in den Vertrag veranlasst hatte.

[Rz 144] Die Abgrenzung des unbeweglichen Bauwerkes gemäss Art. 371 Abs. 2 OR gegenüber allen anderen Werken (Art. 371 Abs. 1 OR) ist nicht in jedem Fall klar. Jedenfalls lässt sich kaum bestreiten, dass Silos «fest mit dem Erdboden» verbunden sein müssen. Ob es am Element der Dauerhaftigkeit dieser Verbindung allein deshalb fehlt, weil diese Verbindung (sinnvollerweise) so erstellt ist, dass sie «ohne erheblichen Wertverlust» wieder gelöst werden kann, darf zumindest zur Diskussion gestellt werden. Nicht vollends zu überzeugen vermag das Argument, dass ein vorgefertigtes Serienprodukt seiner Natur nach nicht als Bauwerk «anzusprechen» sei. Der italienische Wortlaut von Art. 371 Abs. 2 OR («costruzione») und der französische Wortlaut («construction») deuten nicht darauf hin, dass es sich um ein besonders komplexes, technisch anspruchsvolles Werk handeln müsse. Auch die Begründung, dass das Silo keine Sache sei, für die typischerweise erst nach längerer Zeit festgestellt werden kann, ob sie den Anforderungen der Festigkeit oder den geologischen oder atmosphärischen Verhältnissen standhält, ist nicht zwingend, zumal eine Begründung fehlte. Aus technischer Optik liesse sich durchaus auch die Meinung vertreten, dass bei einem im Freien stehenden Silo erst nach längerer Zeit zweifelsfrei feststeht, ob es in Bezug auf Festigkeit, Witterungsbeständigkeit und Windwiderstand standhält. Es spricht also auch einiges dafür, dass ein Silo als unbewegliches Werk im Sinne von Art. 371 Abs. 2 OR qualifiziert werden könnte, was dann wegen der eingehaltenen Fünfjahresfrist zur Gutheissung der Klage geführt hätte.

4.12. Urteil des Bundesgerichts 4A_242/2008 vom 2. Oktober 2008

Stichworte: Haftung der Bauleitung

Sachverhalt:

[Rz 145] Einem Holzbauunternehmer wurde die Erstellung eines Einfamilienhauses zu einem Pauschalpreis von CHF 237'200.00 übertragen. Mit Abschluss des Werkvertrages übernahm der Unternehmer zugleich die Bauleitung («la direction des travaux») zu einem Honorar von CHF 26'000.00. Im Zuge der Projektrealisierung kam es zu diversen Problemen, die auf die ungenügende bzw. fehlende Bauleitung zurückzuführen waren. Insbesondere führte die fehlende Koordination und Kontrolle des Unternehmers zu zahlreichen Mängeln des Bauwerkes. Das Kantonsgericht verurteilte den Unternehmer/Bauleiter zur Zahlung eines Schadenersatzes von CHF 150'222.50.

Erwägungen:

[Rz 146] Strittig vor Bundesgericht war insbesondere, in welchem Umfang ein Unternehmer aus der übernommenen Bauleitung eine Verantwortlichkeit trifft, nachdem im seinerzeitigen Vertrag seine konkreten Pflichten aus Koordination und Kontrolle nicht spezifiziert wurden. Zwar waren sich die Parteien darin einig, dass in Bezug auf den Holzbau ein Werkvertrag (im Sinne von Art. 363 ff. OR) abgeschlossen wurde und darüber hinaus ein Bauleitungsvertrag, der als Auftrag (Art. 394 ff. OR) zu qualifizieren war. Doch war der Unternehmer nicht mit der Schlussfolgerung der Vorinstanz einverstanden, wonach sich seine Pflichten als Bauleiter in Ermangelung von klaren vertraglichen Vorgaben nach dem Leistungskatalog – der nicht Vertragsgegenstand bildenden SIA-Ordnung 102 – richten sollte. Die Vorinstanz hatte ihre Bezugnahme auf die SIA-Ordnung 102 mit folgenden Argumenten begründet: (1.) Der Bauleiter hatte in seiner Eigenschaft als Bauleiter einen Bauwerkvertrag mitunterzeichnet, der einer SIA-Norm unterstand (SIA-Norm 118). (2.) Die Tätigkeit des Bauleiters folgte der des Architekten. (3.) Der Bauleiter wurde für seine Bauleitungsaufgaben nach der SIA-Ordnung 102 honoriert. Das Bundesgericht kommt vor diesem Hintergrund zur Schlussfolgerung, dass die Vorinstanz bezüglich des Umfangs des Bauleiter-Auftrages sich neben anderem an die SIA-Ordnung 102 anlehnen durfte, ohne damit Bundesrecht zu verletzen (E. 2.2).

[Rz 147] Weiter machte der Unternehmer geltend, dass die Bauherrschaft gewusst habe, dass er nicht Architekt sei und auch nicht über eine Ausbildung als Bauleiter verfüge. Der Umstand, dass die Bauherrschaft ihm die Bauleitung trotzdem übertragen habe, begründe – so der Unternehmer – ein gewisses Selbstverschulden der Bauherrschaft. Diese Rüge des Bauleiters fand nach der Einschätzung des Bundesgerichtes keine Stütze in der Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz. Insbesondere habe diese nicht festgestellt, dass die Bauherrschaft über seine mangelnden Kenntnisse informiert

gewesen sei. Entsprechend drang der Bauleiter auch in diesem Punkt beim Bundesgericht nicht durch (E. 4).

[Rz 148] Schliesslich machte der Unternehmer geltend, die Vorinstanz hätte seine Honorarforderung aus Bauleitertätigkeit mit dem zugesprochenen Schadenersatz verrechnen müssen. Das Bundesgericht hält dazu fest, dass der Beauftragte auch im Falle einer mangelhaften Ausführung seines Auftrages ein Anrecht auf ein Honorar für seine vertragskonformen Tätigkeiten habe. Nur wenn die mangelhafte Ausführung des Auftrages einer gänzlichen Nichterfüllung entspricht bzw. unnötig oder unbrauchbar ist, verliert der Beauftragte seinen Honoraranspruch; dies gilt auch, wenn die Honorierung des Beauftragten der Schaden wäre, welcher sich aus einer mangelhaften Auftragserfüllung ergibt.⁵⁴ Im vorliegenden Fall hatte die Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, dass die Ausführung des Auftrages einer Nichterfüllung entsprach, so dass der Unternehmer mit Bauleitungsaufgaben keinen Anspruch auf das noch ausstehende Honorar hatte. Entsprechend gab es auch keine Honorarforderung, die er mit dem Schadenersatz hätte zur Verrechnung bringen können (E. 5).

[Rz 149] Die Vorinstanz hatte der Bauherrschaft eine Entschädigung von CHF 10'000.00 für den Aufwand zugesprochen, welchen sie benötigte, um die Fehler und Unterlassungen des Unternehmers zu korrigieren bzw. zu kompensieren. Die Bauherrschaft hatte unter diesem Titel einen Betrag von CHF 36'000.00 (400 Stunden à CHF 90.00) geltend gemacht. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass diese Schadensposition zwar nicht bewiesen sei, dass die Bauherrschaft aber sehr wohl eine gewisse Zeit habe aufwenden müssen, und sprach ex aequo et bono CHF 10'000.00 zu. Das Bundesgericht hob das Urteil der Vorinstanz in diesem Punkt auf, da eine solche Begründung zur Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR nicht ausreicht. Insbesondere habe die Vorinstanz nicht festgestellt, ob die Zeit, welche die Bauherrschaft mit Bauleitungsaufgaben verbrachte, zu Lasten deren Freizeit ging, oder ob dadurch eine berufliche Aktivität eingeschränkt wurde. In Ermangelung der entsprechenden Sachverhaltselemente durfte die Vorinstanz nach Auffassung des Bundesgerichtes keine Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR vornehmen. Die Schadensposition war nicht bewiesen, aber beweisbar. Dementsprechend durfte die Vorinstanz den Betrag von CHF 10'000.00 nicht zusprechen und im entsprechenden Umfang wurde die Klage abgewiesen (E. 3.3).

4.13. Urteil des Bundesgerichts 4A_428/2007 vom 2. Dezember 2008

Stichworte: Mängelhaftung – Verwendung von Material mittlerer Qualität – Regeln der Baukunde

Sachverhalt:

[Rz 150] Strittig war zwischen Bauherr und Generalunternehmer, welche Qualität der Bauherr berechtigterweise erwarten kann, wenn die technischen Anforderungen zwischen den Vertragspartnern nicht explizit festgelegt wurden. Zur Diskussion stand namentlich, welche Massnahmen zur Abdichtung von Kellerwänden gegenüber dem Erdreich erforderlich bzw. ausreichend sind.

Erwägungen:

[Rz 151] Der Werkmangel ist ein vertragswidriger Zustand des Werkes, der darin besteht, dass dem Werk eine vertraglich vereinbarte oder vorausgesetzte Eigenschaft fehlt.⁵⁵ Auch ohne besondere Vereinbarung darf der Besteller ein Werk erwarten, dass eine normale Beschaffenheit aufweist. Ferner darf der Besteller erwarten, dass das bestellte Werk eine Beschaffenheit aufweist, die es zum Gebrauch tauglich macht. Unter dem Gesichtspunkt der Gebrauchstauglichkeit darf der Besteller namentlich voraussetzen, dass das Bauwerk und die verwendeten Materialien mittlerer Qualität entsprechen (Art. 71 Abs. 2 OR) und den anerkannten Regeln der Baukunst oder einem gleichwertigen Standard entsprechen. Im Bauwesen wird vermutet, dass die Empfehlungen und Normen des SIA grundsätzlich die anerkannten Regeln der Baukunde reflektieren.

[Rz 152] Was die Wasserdichtigkeit der Kellerwände gegenüber dem Erdreich betrifft, so kam die Vorinstanz zum Schluss, dass ein Schwarzanstrich in den SIA-Normen nicht vorgeschrieben sei. Das Bundesgericht präziserte in diesem Zusammenhang, dass die SIA-Normen zwar im Regelfall die anerkannten Regeln der Baukunde wiedergeben; doch dürfe aus dem Umstand, dass die SIA-Normen in Bezug auf den Schwarzanstrich schweige, nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, ein Schwarzanstrich sei in der konkreten Situation nicht erforderlich gewesen (E.3.2). Insofern habe die Vorinstanz Bundesrecht verletzt, indem sie nicht dem Gutachten des Gerichtsexperten gefolgt sei, wonach der Schwarzanstrich in concreto nach den Regeln der Baukunst erforderlich sei. Folgerichtig verpflichtete das Bundesgericht den Generalunternehmer zur Vornahme diverser Nachbesserungsarbeiten, unter anderem zur Applikation eines Schwarzanstrichs.

Bemerkungen:

[Rz 153] Fehlt es dem Werk an der geforderten Gebrauchstauglichkeit, so liegt ein Mangel auch dann vor, wenn es unter dem Gesichtspunkt der Normalbeschaffenheit mangelfrei wäre. So verhält es sich z.B. dann, wenn das ausgeführte Werk zwar den «anerkannten Regeln der Technik» entspricht, diese Regeln sich in Wirklichkeit aber als unrichtig oder zumindest als unzureichend erweisen, um die konkret geforderte bzw. vorausgesetzte Gebrauchstauglichkeit

⁵⁴ BGE 124 III 427.

⁵⁵ BGE 114 II 244.

herbeizuführen. Gegenüber der Normalbeschaffenheit hat die Gebrauchstauglichkeit daher den Vorrang.⁵⁶

4.14. Urteil des Bundesgerichts 4A_424/2009 vom 17. November 2009

Stichworte: Beweislastverteilung für einen Mangel – Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118

Sachverhalt:

[Rz 154] Bei der Realisierung eines Umbaus und Neubaus ihrer Villa übertrug eine Bauherrschaft einem Unternehmer die Lieferung und den Einbau von Heizungs-, Lüftungs- und Klimaanlageanlagen. Mit einem zweiten Werkvertrag wurde derselbe Unternehmer mit der Lieferung und dem Einbau einer Kälteanlage im gleichen Bauobjekt betraut. Strittig zwischen den Parteien war die Verantwortlichkeit für die Mängel an der Kälteanlage. Mit der Beschwerde ans Bundesgericht wandte sich die Bauherrschaft gegen die vorinstanzliche Feststellung, die Probleme mit der Weinkellerkühlung seien einzig auf Fehler des von ihr beauftragten Ingenieurbüros zurückzuführen gewesen; vielmehr habe auch der Unternehmer eine vertragliche Planungspflicht übernommen und im konkreten Fall Fehler gemacht. Namentlich wegen Verletzung der Beweislastregel von Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 sei daher der Entscheid aufzuheben und zur Ergänzung des Beweisverfahrens und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Erwägungen:

[Rz 155] Das Bundesgericht stellte gestützt auf die vorinstanzlichen Feststellungen fest, den Unternehmer habe keine Pflicht zur Planung und Berechnung der Weinkellerkühlung getroffen, weshalb dieser mangels vertraglicher Planungspflicht auch nicht für Fehler und Versäumnisse verantwortlich gemacht werden könne. Im Zusammenhang mit der Beweisregel gemäss Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 hält das Bundesgericht wörtlich fest: «Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977) steht unter dem Abschnitt Garantiefrist und auferlegt dem Unternehmer die Beweislast, wenn streitig wird, ob ein behaupteter Mangel wirklich eine Vertragsabweichung darstellt und daher ein Mangel im Sinne dieser Norm ist. Diese Beweislastregel durchbricht (partiell) den Grundsatz, wonach die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels beim Bauherrn liegt. Sie bezieht sich auf jeden Mangel, der während der Garantiefrist gerügt wird».

[Rz 156] Im vorliegenden Fall kam die Beweislastregel nicht zum Tragen, weil die Vorinstanz es als erwiesen erachtete, dass in Bezug auf den zwischen den Parteien abgeschlossenen Werkvertrag kein vertragswidriger Zustand und mithin kein Mangel vorlag. Die Beschwerde war daher abzuweisen.

4.15. Urteil des Bundesgerichts 4D_81/2010 vom 1. Oktober 2010

Stichworte: Beweislastverteilung für einen Mangel – Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118

Sachverhalt:

[Rz 157] Im Rahmen der Erstellung eines Einfamilienhauses beauftragt ein Bauherr einen Unternehmer mit der Herstellung und Montage verschiedener Fenster und Hebeschiebetüren und einer Haustüre. Strittig zwischen den Parteien vor Bundesgericht ist einzig noch die Frage der Beweislastverteilung, nämlich die Frage, ob die Ursache des Mangels, die Welle in der Bodenschiene der Hebeschiebetüren in der Baustruktur (und damit im Verantwortungsbereich des Bestellers) oder im falschen bzw. schlechten Einsetzen der Türelemente und damit im Verantwortungsbereich des Unternehmers liege. Gestützt auf die zweitinstanzlich angeordnete Ergänzung der Expertise hat die Arbeit des Unternehmers «lediglich mit einer Wahrscheinlichkeit von 10% zum Mangel geführt». Der Besteller wendete sich mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde gegen den vorinstanzlichen Entscheid und machte geltend, die Beweislastverteilung sei vertraglich aufgrund von Art. 174 Abs. 3 der SIA-Norm 118 abgeändert worden. Daher sei ihm die Beweislast zu Unrecht auferlegt worden.

Erwägungen:

[Rz 158] Das Bundesgericht schützte den Entscheid der Vorinstanz, wonach sich die Ursache für die Welle in der Bodenschiene der Hebeschiebetüren nicht mehr ermitteln lasse, weshalb den Unternehmer keine Verantwortlichkeit für die Welle in der Bodenschiene der Hebeschiebetüren der Galerie treffe und dem Besteller daher in diesem Zusammenhang keine Entschädigung zustehe. Zudem hätte der Besteller bereits bei der Vorinstanz behaupten müssen, die Beweislastverteilung sei vertraglich aufgrund von Art. 174 Abs. 3 der SIA-Norm zu seinen Gunsten abgeändert worden. Der Umstand, dass es sich beim Besteller um einen juristischen Laien gehandelt habe, der erst nach Erhalt des vorinstanzlichen Urteils von diesen vorteilhaften Regelungen in der SIA-Norm 118 zur Beweislast-Umkehr erfahren habe, ändert nichts an der Tatsache, dass neue Tatsachen und Beweismittel vor Bundesgericht nur vorgebracht werden können, wenn erst der angefochtene Entscheid (also der vorinstanzliche Entscheid) dazu Anlass gegeben hätte. Das war hier nicht der Fall, weshalb die neuen Vorbringen des Beschwerdeführers zu Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 am Novenverbot gescheitert sind.

Bemerkungen:

[Rz 159] Das Bundesgericht geht im Entscheid davon aus, dass die Vereinbarung der Beweislasterteilung nach Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 als Tatsache behauptet werden muss – sie fällt nicht unter den Grundsatz «iura novit curia». Dem vorinstanzlichen Entscheid konnte das Bundesgericht nicht

⁵⁶ Vgl. zum Ganzen GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1429 und Nr. 1412.

entnehmen, ob die Geltung der SIA-Norm 118 überhaupt vereinbart wurde; daraus zog das Bundesgericht die Schlussfolgerung, dass sich der Besteller entweder nicht auf die Anwendung der SIA-Norm 118 (und damit nicht auf die Beweislastregel der von Art. 174 Abs. 3) berufen hatte oder aber dass der Besteller in seiner Beschwerde ans Bundesgericht jedenfalls nicht hinreichend gerügt habe, seine diesbezüglichen vorinstanzlichen Darlegungen seien nicht gewürdigt worden.

4.16. Urteil des Bundesgerichts 4A_253/2011 vom 16. August 2011

Stichworte: Klage auf Bevorschussung der Nachbesserungskosten – Adressat einer Mängelrüge

Sachverhalt:

[Rz 160] Mehrere Bauherrschaften übertrugen mit einem Generalunternehmer-Werkvertrag einem Unternehmer (bzw. dessen Rechtsvorgänger), die Erstellung eines Mehrfamilienhauses. Nach Bezug des Hauses machten die Bauherren verschiedene Mängel geltend und es kam zu einem Verfahren vor dem Handelsgericht. In diesem Verfahren wurde der Unternehmer zur Bevorschussung von CHF 242'740.00 zur Abdeckung einzelner aufgeführter Kosten der Nachbesserung verpflichtet; zugleich wurde den Bauherren die Pflicht auferlegt, innert 18 Monaten ab Eingang der Vorschusszahlung die Mängelbehebung vorzunehmen. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte der Unternehmer im Wesentlichen, er sei zu verpflichten, lediglich die Kosten für die Entstopfung des Pluvia-Entwässerungssystems von CHF 7'120.00 zu bevorschussen und im Übrigen sei die Klage abzuweisen.

Erwägungen:

[Rz 161] Einen Hauptstreitpunkt zwischen den Parteien im vorinstanzlichen Verfahren bildete die Frage, ob die von der Planerfirma ausgeführten Projektierungsarbeiten bezüglich des Innenausbau Bestandteile des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages waren. Das Handelsgericht kam in Würdigung der Beweise zum Schluss, es bestehe ein tatsächlicher Konsens zwischen den Parteien betreffend die Übernahme des Planervertrages von den Bauherren auf dem Unternehmer. Der Unternehmer warf der Vorinstanz vor, ihm bei der Auslegung der Vertragsübernahme den Anspruch auf rechtliches Gehör verweigert und eine willkürliche Beweiswürdigung vorgenommen zu haben. Das Bundesgericht qualifizierte die diesbezügliche Rüge des Unternehmers als appellatorische Kritik und bestätigte die Vertragsauslegung der Vorinstanz.

[Rz 162] Der Unternehmer stellte sich ferner auf den Standpunkt, er müsse sich die seitens der Bauherrschaften gegenüber dem Bauführer J. geäusserten Mängelrügen nicht anrechnen lassen, weshalb die Mängelrügen betreffend die Beanstandungen am Marmorboden nicht rechtzeitig ausgesprochen worden seien. Nach Einschätzung des

Bundesgerichtes hatte es der Unternehmer unterlassen, sich mit dieser vorinstanzlichen Feststellung hinreichend auseinanderzusetzen, um sie als willkürlich ausweisen zu können. Zudem ergebe eine Auslegung des Schreibens vom 15. Juni 1999 nach dem Vertrauensprinzip, dass der Bauführer zuständig und verantwortlich gewesen war, «die Pendenzen im Direkt-Kontakt mit der Bauherrschaft zu bereinigen». Nach dem Gesagten erachtete das Bundesgericht Bauführer J. zur Entgegennahme der Mängelrügen als berechtigt und wies auch diesbezüglich die Beschwerde als unbegründet ab.

5. Vorzeitige Beendigung des Werkvertrages

5.1. Urteil des Bundesgerichts 4D_76/2010 vom 5. Oktober 2010

Stichworte: Abschluss des Werkvertrages durch stillschweigende Annahme einer Unternehmerofferte – vorzeitige Beendigung des Werkvertrages (Art. 366 OR oder Art. 377 OR)

Sachverhalt:

[Rz 163] Ein Unternehmer hat einem Architekten auf dessen Aufforderung hin zwei verschiedene Offerten zur Ausführung von Gipser- und Isolationsarbeiten unterbreitet. In der Folge hat der Unternehmer mit diesen Arbeiten begonnen; doch kam es mit der Bauherrschaft bzw. mit dem sie vertretenden Architekten zu einer Auseinandersetzung über die Frage, ob die Ausführung mangelhaft war und ob sich der Unternehmer mit den Arbeiten in Verzug befindet. Unter Hinweis auf ein Protokoll einer Baustellensitzung vom 19. Dezember 2005 berief sich die Bauherrschaft auf Art. 366 Abs. 2 OR, verzichtete auf weitere Arbeitsleistungen des Unternehmers und übertrug die Fertigstellung einem Dritten. Der Unternehmer klagte auf Bezahlung des ausstehenden Werklohns.

Erwägungen:

[Rz 164] Strittig war zwischen den Parteien, ob gestützt auf die ergänzende Offerte vom 29. September 2005 überhaupt ein Werkvertrag zustande gekommen ist, nachdem weder die Bauherrschaft noch der Architekt sich zu dieser ergänzenden Offerte geäussert hatten. Die Vorinstanz hielt fest, dass nach Art. 6 OR ein Vertrag als abgeschlossen gilt, wenn das Angebot nicht innert angemessener Frist abgelehnt wird oder wenn der Antragsteller, sei dies aufgrund der besonderen Natur des Geschäftes oder aufgrund der Umstände keine ausdrückliche Annahme erwarten muss. Das Bundesgericht stellte klar, dass die Vorinstanzen in dieser Situation ohne Willkür festhalten durften, die Bauherrschaft und der sie vertretende Architekt hätten auch in Bezug auf die ergänzende Offerte einen Werkvertrag stillschweigend, das heisst ohne ausdrückliche Erklärungen, abgeschlossen, nachdem sie bereits die beiden ursprünglichen Offerten stillschweigend akzeptiert und damit zur Ausführung freigegeben hatten.

[Rz 165] In Bezug auf die vorzeitige Auflösung des Werkvertrages vom 3. Februar 2006 stellte sich für das Bundesgericht die Rechtsfrage, ob in Bezug auf die vorzeitige Auflösung des Rechtsvertrages die Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 oder 2 OR erfüllt waren oder ob die «Kündigung» unter die allgemeine vorzeitige Auflösungsbestimmung von Art. 377 OR fiel und der Bauherr daher nicht nur die geleistete Arbeit zu vergüten, sondern dem Unternehmer zugleich vollständig schadlos zu halten hätte. Das Bundesgericht erachtete die Würdigung der Vorinstanz, wonach die im Protokoll der Baustellensitzung vom 19. Dezember 2005 angekündigte Bauprogrammtabelle als Inverzugsetzungserklärung zu qualifizieren ist, zwar als diskutabel, jedoch nicht als willkürlich: Zwar stehe nicht ausser Zweifel, ob die Bauzeitabelle nach dem Vertrauensprinzip als verbindliche Terminfestlegung verstanden werden könne; doch selbst wenn man von einem entsprechenden Bindungswillen des Unternehmers ausgehe, wonach die Arbeiten in der 2. Januarwoche 2006 hätten abgeschlossen werden müssen, so könne die Bauprogrammtabelle, welche im Anschluss an Baustellensitzung vom 19. Dezember 2005 mehreren Unternehmern zugestellt worden sei, nicht als formelle Inverzugsetzung qualifiziert werden. Eine solche Inverzugsetzung wäre aber für eine vorzeitige Vertragsauflösung nach Art. 366 Abs. 1 oder 2 OR vorausgesetzt gewesen, bevor die Bauherrschaft die Arbeiten einem Dritten kostenpflichtig hätte übertragen dürfen. Fehle es aber an einer Verzugsetzung, so komme nur eine Kündigung nach Art. 377 OR in Frage.

5.2. Urteil des Bundesgerichts 4A_290/2010 vom 10. Dezember 2010

Stichworte: «Vertragsrücktritt» bei Verzug des Unternehmers mit der Nachbesserung unter Berücksichtigung der «werkvertraglichen Besonderheiten» (d.h. unter den Voraussetzungen des Wandelungsrechts) – Art. 107 ff. OR / Art. 368 Abs. 1 OR

Sachverhalt:

[Rz 166] Die Parteien schlossen im Oktober 2005 einen als «Kaufvertrag» bezeichneten Vertrag über den Erwerb eines Segelbootes ab. Der «Kaufpreis» wurde mit CHF 70'000.00 beziffert, wobei für das Segelboot CHF 5'000.00 für die verschiedenen vom Verkäufer zu erbringenden Neu- und Umbauarbeiten insgesamt CHF 65'000.00 zu bezahlen waren. Insgesamt bezahlte der Erwerber – in Berücksichtigung noch verschiedener Änderungen am ursprünglich vereinbarten Leistungsumfang – mittels verschiedener Ratenzahlungen gesamthaft den Betrag von CHF 77'400.00.

[Rz 167] Die Einwasserung des Segelbootes erfolgte im Frühjahr 2006, eine formelle Übergabe fand nicht statt. In der Folge stellte der neue Bootsbesitzer im Verlaufe des Frühlings/Sommers 2006 zahlreiche Mängel fest, welche er in verschiedenen schriftlichen Mängellisten gegenüber dem Verkäufer rügte und Nachbesserung verlangte, letztmals mit

Einschreibebrief vom 24. August 2006 unter Ansetzung einer Behebungsfrist von 20 Tagen. Am 15. September 2006 teilte der Rechtsvertreter des Käufers dem Verkäufer mit, seine Mandantin trete vom «Kaufvertrag» zurück und verlangte gleichzeitig die Rückerstattung des bezahlten Preises von CHF 77'400.00.

Erwägungen:

[Rz 168] Das Bundesgericht geht – wie schon die Vorinstanzen – davon aus, dass sich die behaupteten Ansprüche grundsätzlich nach den Bestimmungen des Werkvertragsrechts gemäss Art. 363 ff. OR beurteilen. Strittig ist zwischen den Parteien, ob die Käuferin gestützt auf Art. 368 OR in Verbindung mit Art. 107 Abs. 2 OR berechtigt war, vom Vertrag zurückzutreten.

[Rz 169] Das Bundesgericht bestätigt seine frühere Rechtsprechung⁵⁷, und hält Folgendes fest: Da die Spezialbestimmungen des Werkvertragsrecht nicht regeln, wie vorzugehen ist, wenn sich der Unternehmer weigert, die Nachbesserungsarbeiten vorzunehmen (Schuldnerverzug), ist in einem solchen Fall auf die Bestimmungen des allgemeinen Teils des Obligationenrechts zurückzugreifen, weshalb die Bestimmungen von Art. 102 ff. zur Anwendung gelangen, wobei der Besteller, wenn er vom Vertrag zurücktreten will, die «werkvertraglichen Besonderheiten zu berücksichtigen hat» (E 1.1).

[Rz 170] Wenn sich der Besteller also dafür entscheidet, in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 OR vom Vertrag zurückzutreten, wird dadurch seine Ausübung des Gestaltungsrechts (d.h. die Wahl des Nachbesserungsrechts) rückwirkend aufgehoben und er ist wieder in derselben Situation wie vor der Ausübung des Gestaltungsrechts, so dass er erneut zwischen den Mängelrechten von Art. 368 OR wählen kann. Will der Besteller vom Vertrag zurücktreten, hat er «in Berücksichtigung der werkvertraglichen Besonderheiten» darzulegen, dass die Voraussetzungen des Wandelungsrechts, im vorliegenden Fall namentlich die Unzumutbarkeit der Annahme, erfüllt sind. Das Bundesgericht bestätigte die Auffassung der Vorinstanz, dass der Käuferin trotz Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 2 OR das Rücktrittsrecht nur in Gestalt und unter den Voraussetzungen des Wandelungsrechts im Sinne von Art. 368 Abs. 1 OR zustehe. Weiter führte das Bundesgericht aus, dass wenn sich der Schuldner bei zweiseitigen Verträgen in Verzug befindet, der Gläubiger nach Art. 107 Abs. 1 OR berechtigt ist, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen. Wird auch bis zum Ablauf dieser Frist nicht erfüllt, so kann der Gläubiger nach Art. 107 Abs. 2 OR immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen, statt dessen aber auch, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der

⁵⁷ Vgl. BGE 136 III 273.

Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Vertrag zurücktreten.

[Rz 171] Um zu beurteilen, ob der Besteller vom Werkvertrag zurücktreten kann, hat die Vorinstanz daher zu Recht geprüft, ob das Segelschiff an so erheblichen Mängeln leidet oder sonst so sehr vom Vertrag abweicht, dass es für den Besteller unbrauchbar ist oder dass ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann (Art. 368 Abs. 1 OR). Gestützt auf diese Prüfung hatte die Vorinstanz unter Beizug eines Gutachters festgestellt, dass der Bootsunternehmer die «meisten» der rund 40 Mängel behoben habe und dass die nicht innert der angesetzten Frist erledigten Mängel mit einem Kostenaufwand von insgesamt ca. CHF 2'000.00 behoben werden könnten. Weil es sich zudem beim Segelboot nicht um eine Massenware, sondern um eine Spezialanfertigung, hergestellt nach den Wünschen und Vorstellungen des Erwerbers, gehandelt habe, wäre ein Verkauf des Bootes an Dritte ohne erhebliche finanzielle Einbusse kaum möglich gewesen. Unter Berücksichtigung aller Umstände kam die Vorinstanz zum Schluss, dass auch die Gesamtheit der Mängel die Voraussetzungen der Wandelung nicht erfüllen würde und dass die Klage des Bestellers auf Rückerstattung des Werkpreises daher abzuweisen ist.

[Rz 172] Der Besteller rügte eine Verletzung von Art. 368 Abs. 1 OR und machte geltend, die Vorinstanz habe es versäumt, die Mängel in Bezug auf Schwere und Nachbesserungsmöglichkeit einer Gesamtbetrachtung zu unterziehen; zudem dürfe bei der Abwägung, ob dem Besteller die Annahme des mangelhaften Segelbootes zumutbar gewesen sei, nicht darauf abgestellt werden, ob es dem Bootsunternehmer nach zugelassener Wandelung möglich sei, das Boot zu demselben Preis weiterzuverkaufen.

[Rz 173] Nach der Beurteilung des Bundesgerichts folgt aus der Tatsache, dass eine Nachbesserung oder Minderung möglich wäre, nicht zwingend, dass das Wandelungsrecht wegen fehlender Zumutbarkeit ausgeschlossen wäre. Im vorliegenden Fall vermochte das Bundesgericht aber keine Verletzung von Art. 368 Abs. 1 OR erblicken. Auch die Rügen, dass der Sachverhalt von der Vorinstanz nicht richtig festgestellt worden sei, erwiesen sich als nicht stichhaltig, weshalb das Bundesgericht den Entscheid der Vorinstanz bestätigte und die Beschwerde abwies.

5.3. Urteil des Bundesgerichts 4A_518/2011 vom 21. Dezember 2011

Stichworte: Vertragsbeendigung wegen Mängeln während der Werkerstellung

Sachverhalt:

[Rz 174] Die Eigentümer eines alten Bauernhofes beauftragten einen Unternehmer mit der baulichen Erweiterung des Wohnteils. Während der Bauarbeiten kam es zu Differenzen über den Werklohn. Die Bauherrschaft liess dem

Unternehmer dann durch ihren Anwalt mitteilen, dass sie das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung beende. Dies wurde mit «unzähligen Mängeln» begründet, welche der Unternehmer offenbar nicht effizient beheben könne. Daraufhin wurde eine gerichtliche Expertise durchgeführt, welche zahlreiche Mängel aufführte und dem Unternehmer «Dilettantismus» vorwarf. Auch in einem zweiten gerichtlichen Gutachten wurden zahlreiche und bedeutende Mängel festgestellt. Das erstinstanzliche Gericht verurteilte den Unternehmer zur Zahlung von Schadenersatz. In zweiter Instanz wurde das Urteil aufgehoben und die Klage der Bauherrschaft abgewiesen.

Erwägungen:

[Rz 175] Das erstinstanzliche Gericht hatte den Schadenersatz gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR zugesprochen. Nach dieser Bestimmung kann der Besteller, wenn sich eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung des Werkes bestimmt voraussehen lässt, dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Abhilfe ansetzen verbunden mit der Androhung der Ersatzvornahme, wonach im Unterlassungsfalle die Verbesserung oder die Fortführung des Werkes auf dessen Kosten und Gefahr einem Dritten übertragen werden. Nach ungenutztem Ablauf der entsprechenden Frist hat der Besteller dem Unternehmer mitzuteilen, dass er dem Unternehmer die Verbesserung oder die Fortführung des Werkes entzieht und die Arbeiten einem Ersatzunternehmer anvertraut. Der Vertrag bleibt bestehen und die ursprüngliche Pflicht des Unternehmers zur Werkerstellung wandelt sich in eine Pflicht zur Bezahlung der Ersatzvornahmekosten.⁵⁸ Nach der Rechtsprechung hat der Besteller, wenn ein Fall des Art. 366 Abs. 2 OR vorliegt, auch das Recht, dem Unternehmer eine Nachfrist im Sinne von Art. 107 Abs. 1 OR anzusetzen und, sofern der Unternehmer die Mängel nicht innert Frist behebt, den Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR aufzulösen und Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.⁵⁹

[Rz 176] Im vorliegenden Fall wurde der Vertrag durch das Schreiben des Anwalts der Bauherrschaft unmissverständlich aufgehoben. Es konnte sich also nicht um eine Anwendung des Art. 366 Abs. 2 OR handeln, denn diese Bestimmung setzt den Weiterbestand des Vertrages voraus. Ein Schadenersatzanspruch besteht, wenn schon, auf der Basis des Art. 97 Abs. 1 OR und Art. 107 Abs. 2 OR (E. 3).

[Rz 177] Art. 108 Abs. 1 OR sieht vor, dass keine Nachfrist angesetzt werden muss, wenn eine solche aufgrund der Haltung des Schuldners von vornherein sinnlos wäre. Diese Bestimmung gilt nicht nur in Bezug auf die Nachbesserungsfrist gemäss Art. 107 Abs. 1 OR, sondern analog auch für die Frist gemäss Art. 366 Abs. 2 OR.⁶⁰

[Rz 178] Das erstinstanzliche Gericht ging davon aus, dass

⁵⁸ BGE 126 III 230, E. 7a/aa, S. 233.

⁵⁹ BGE 126 III 230, E. 7a/bb, S. 235/236.

⁶⁰ GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 892 a; CHAIX, Commentaire Romand, N. 34, Art. 366 OR (E. 4).

sich gezeigt habe, dass der Unternehmer unfähig sei, die Mängel zu beheben. Daher habe die Bauherrschaft keine Nachfrist ansetzen müssen. Die zweite Instanz ist dem nicht gefolgt, sondern stellte im Gegenteil fest, dass die Ansetzung einer Frist nötig gewesen wäre und dass die Vertragskündigung daher in Ermangelung einer Fristansetzung ungültig sei.

[Rz 179] Das Bundesgericht hielt (in E. 5) fest, dass auch ein Unternehmer, der ein Werk nicht korrekt erstellt, normalerweise nicht eine Vertragsbeendigung bzw. eine Ersatzvornahme erwarten muss, solange er vorab keine Aufforderung zur Verbesserung erhalten hat. Eine sofortige Vertragsbeendigung ohne entsprechende Aufforderung ist zwar in Art. 107 Abs. 2 OR und Art. 108 OR vorgesehen, es handelt sich dabei aber um eine Ausnahmeregelung, welche nicht ohne weiteres angewandt werden darf (E. 5). Massgebend ist dabei, ob der Vertragsschuldner im Zeitpunkt der Vertragsaufhebung mit Sicherheit, objektiv und tatsächlich («façon certaine, objectivement et réellement») unfähig war, die Mängel innert einer angemessenen Frist zu beseitigen. Die zweitinstanzlichen Richter hatten dies verneint, zumal auch das erste gerichtliche Gutachten aus der Zeit nach der Vertragskündigung datierte. Dies überzeugte das Bundesgericht indessen nicht: Alleine aus der Tatsache, dass die Expertise nach der Vertragskündigung erstellt wurde, könne man nicht a priori schliessen, dass diese keinerlei Beweiskraft im Hinblick auf die Einschätzung der Fähigkeiten des Unternehmers hatte. Darin sah das Bundesgericht eine Verletzung des Art. 108 Abs. 1 OR und entsprechend wurde die Beschwerde teilweise gutgeheissen.

Bemerkungen:

[Rz 180] Mit dem vorliegenden Entscheid bestätigt das Bundesgericht seine im Entscheid BGE 126 III 230 begründete Rechtsprechung, wonach auch in Fällen des Art. 366 Abs. 2 OR (also wenn eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung des Werkes bestimmt voraussehbar ist) eine Vertragsauflösung nach Art. 107 Abs. 2 OR dem Besteller als alternativer Rechtsbehelf zur Ersatzvornahme (gemäss Art. 366 Abs. 2 OR) zur Verfügung steht. Es ist bedauerlich, dass das Bundesgericht, welches in diesem Urteil an anderer Stelle aus der fünften Auflage des Werkes «Der Werkvertrag» von Prof. Peter Gauch zitiert, sich mit dessen Kritik am Urteil 126 III 230 nicht auseinandersetzt: Der Autor weist namentlich darauf hin, dass diese Gerichtsmeinung im Widerspruch zur übrigen Rechtsprechung des Bundesgericht steht, wonach andere Leistungsstörungen als die nicht rechtzeitige Erfüllung (also namentlich auch die Schlechtleistung) keine Fälle sind, aus denen Verzugsfolgen abgeleitet werden können.⁶¹

5.4. Urteil des Bundesgerichts 4A_183/2011 vom 16. Juni 2011

Stichworte: Auflösung des Werkvertrages nach Art. 377 OR

Sachverhalt:

[Rz 181] Es ging um einen Werkvertrag über die Erneuerung einer Heizung im Rahmen allgemeiner Renovationsarbeiten. Bezüglich des Werkpreises wurde eine Pauschale von CHF 85'000.00 vereinbart. Im Verlaufe der Ausführung der Arbeiten kündigte die Bauherrschaft den Vertrag mit sofortiger Wirkung und begründete dies mit verschiedenen Verfehlungen des Unternehmers. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Bauherrschaft bereits CHF 63'000.00 bezahlt. Der Unternehmer klagte daraufhin auf Bezahlung von weiteren CHF 42'000.00.

Erwägungen:

[Rz 182] Die kantonalen Instanzen beurteilten die Kündigung des Vertrages als Rücktritt des Bestellers im Sinne von Art. 377 OR. Nach Art. 8 ZGB war es Sache des Unternehmers, den Wert der erbrachten Leistung zu belegen, während der Besteller den aus den behaupteten Mängeln folgenden Schaden nachzuweisen hatte (E. 3.2). Die kantonalen Instanzen hatten festgestellt, dass nach Beendigung der Arbeiten durch den Unternehmer keine Bestandesaufnahme gemacht wurde. Die Vorinstanzen hatten geurteilt, dass es Sache des Bauherrn gewesen wäre, eine Bestandesaufnahme der seines Erachtens nicht abgeschlossenen oder mangelhaften Arbeiten zu erstellen. In Ermangelung eines solchen Beweises stützten sich die kantonalen Instanzen auf die Aussagen des Unternehmers, welcher im Zivilprozess zugestanden hatte, dass sich die noch zu erbringenden Arbeiten auf einen Betrag von CHF 5'000.00 beliefen. Auf dieser Grundlage bezifferten die kantonalen Instanzen die erbrachten Arbeiten auf CHF 80'000.00. Das Bundesgericht urteilte, dass keine Verletzung des Art. 8 ZGB vorliege.

Bemerkungen:

[Rz 183] Das Bundesgericht hat festgehalten, dass es Sache des Unternehmers wäre, den Wert der erbrachten Leistungen zu belegen. Es ist daher nicht nachvollziehbar, wie das Bundesgericht einen kantonalen Entscheid stützen konnte, welcher darauf beruhte, dass der Besteller die nicht erbrachten Leistungen und Mängel nicht belegen und beziffern konnte. So wie das Bundesgericht den kantonalen Entscheid wiedergibt, entsteht der Eindruck, die kantonale Instanz sei bei der Berechnung des geschuldeten Schadenersatzes nicht nach der Additionsmethode, sondern nach der Abzugsmethode vorgegangen. Nach der Abzugsmethode, welche der SIA-Norm 118 (Art. 184) und § 649 BGB zugrunde liegt, ist der Besteller im Falle eines Rücktritts zur Bezahlung der vollen (für das ganze Werk geschuldeten) Vergütung verpflichtet, von der aber nicht gehabte Aufwendungen und natürlich

⁶¹ GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 894 b.

auch Schadenspositionen abzuziehen sind.⁶² Soweit Art. 377 OR anwendbar ist, wird die Abzugsmethode im schweizerischen Werkvertragsrecht indessen abgelehnt.⁶³ Hier wäre es also wohl überzeugender gewesen, vom Unternehmer den Beweis des Wertes der erbrachten Leistungen zu verlangen (Additionsmethode).

5.5. Urteil des Bundesgerichts 4D_8/2008 vom 31. März 2008

Stichworte: Wegfall der Entschädigung nach Art. 377 OR und Verhältnis zu Art. 366 OR

Sachverhalt:

[Rz 184] Strittig war zwischen einem Bauherrn und einem Unternehmer, ob und in welchem Umfang der Unternehmer bei vorzeitiger Beendigung des Werkvertrages durch den Besteller finanzielle Ansprüche stellen kann. Das Bundesgericht, das im Rahmen einer subsidiären Verfassungsbeschwerde angerufen wurde, hatte sich im fraglichen Entscheid (E. 3.2) in erster Linie mit dem Vorwurf des Unternehmers zu befassen, die Vorinstanz hätte die anerbotenen Beweise willkürlich gewürdigt. Das höchstrichterliche Urteil enthält darüber hinaus in E. 3.4.1 interessante Erwägungen zur vorzeitigen Vertragsbeendigung und insbesondere zum Verhältnis zwischen Art. 366 OR zu Art. 377 OR.

Erwägungen:

[Rz 185] Gemäss den Erwägungen des Bundesgerichts (E. 3.4.1) entfällt der Anspruch auf Schadloshaltung bzw. auf Entschädigung nach Art. 377 OR nur dann, wenn der Unternehmer durch sein fehlerhaftes Verhalten in schwerwiegender Weise zu jenem Ereignis beiträgt, das den Bauherrn dazu bringt, den Vertrag vorzeitig aufzulösen. Schlechte Ausführungsleistungen oder Rückstände gegenüber dem vereinbarten Bauprogramm während der Bauarbeiten gelten für sich allein nicht als wichtiger Grund, welcher den Besteller zu einer Reduktion der Entschädigung bzw. zu einem Entfall des Anspruchs auf Schadloshaltung berechtigen würde, denn diese Tatbestände sind nach Auffassung des Bundesgerichts in Art. 366 Abs. 1 und Abs. 2 OR geregelt. Gründe, welche dem Besteller die Vertragsbeendigung gestützt auf eine spezifische Bestimmung (namentlich Art. 366 OR) erlauben, sind nicht auch (oder nicht ohne weiteres) ein wichtiger Grund, aus dem eine Entschädigung nach Art. 377 OR ausgeschlossen oder reduziert werden kann. Im Übrigen bildet auch der Verlust des Vertrauens des Bauherrn in den Unternehmer, für sich allein gesehen, keinen hinreichenden Grund, um den Werkvertrag vorzeitig aufzulösen, ohne die Entschädigung gemäss Art. 377 OR bezahlen zu müssen.

Bemerkungen:

[Rz 186] Im besprochenen Urteil stützt sich das Bundesgericht auf seine bisherige Rechtsprechung, insbesondere auf das Urteil des Bundesgerichts 4C.393/2006 vom 27. April 2007, E. 3.3.3. Auch in diesen Entscheiden wird ausgeführt, dass das Bestehen eines wichtigen Grundes und die Auswirkungen auf die Entschädigungspflicht des Bestellers Ermessensfragen sind, über welche nach Recht und Billigkeit zu entscheiden ist. Das Bundesgericht bestätigt dabei den Grundsatz, dass das Bestehen eines wichtigen Grundes nicht leichthin angenommen werden darf. Vielmehr liege ein solcher wichtiger Grund nur vor, wenn Umstände nachgewiesen sind, welche dem Besteller die Weiterführung des Vertrages *untragbar* machen und welche – grundsätzlich – *dem Unternehmer anzulasten* sind.⁶⁴ Im gleichen Entscheid heisst es zudem, es genüge nicht jede Beschwer. Es brauche ein verwerfliches Verhalten (*«comportement répréhensible»*) des Unternehmers, das in gewichtiger Weise zum Bruch beigetragen hat. In jenem Entscheid (E. 3.4) wurde dann aber die Entschädigung gemäss Art. 377 OR um zehn Prozent gekürzt, und zwar gestützt auf den Vorwurf, der Unternehmer hätte den Besteller früher und energischer auf dessen Mitwirkungsobliegenheiten hinweisen sollen. Das Bundesgericht erklärte dabei nicht, inwiefern dieses fehlende Insistieren auf Obliegenheiten des Vertragspartners geradezu ein *«comportement répréhensible»* darstellen soll.

5.6. Urteil des Bundesgerichts 4A_512/2009 vom 26. Januar 2010

Stichworte: Teilrücktritt oder Verzicht auf nachträgliche Leistung – Reduktion einer Werkpreispauschale

Sachverhalt:

[Rz 187] Ein Unternehmer und eine Bauherrschaft schlossen einen Werkvertrag betreffend die Holzarbeiten eines Zweifamilien-Systemhauses ab. Sie vereinbarten dafür einen Pauschalpreis. In der Folge kam es zu Differenzen wegen behaupteter Mängel, Minderwerten und verspäteter Ausführung und der Nichterfüllung von Teilleistungen.

Erwägung:

[Rz 188] Strittig war vor Bundesgericht namentlich, zur Bezahlung welchen Pauschalpreises die Bauherrschaft verpflichtet war, weil der Unternehmer die zwei in der Pauschale inbegriffenen Treppen nicht geliefert hatte. Die Bauherrschaft hatte gegen die Nichtlieferung remonstriert und eine Nachfrist angesetzt. Nach Ablauf dieser Nachfrist teilte die Bauherrschaft dem Unternehmer mit, sie würde die Arbeiten für die Treppen anderweitig vergeben und die diesbezüglichen Kosten in Abzug bringen. Das kantonale Gericht beurteilte dieses Vorgehen als Rücktritt nach Art. 107 OR und legte entsprechend einem Gutachten den Minderwert des Werkes zufolge der fehlenden Treppen auf CHF 16'800.00 fest. Der

⁶² Vgl. zur Abzugsmethode im Einzelnen GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 151 ff.

⁶³ Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 553.

⁶⁴ Urteil des Bundesgerichts 4C.393/2006 vom 27. April 2007 E. 3.3.3.

Unternehmer machte geltend, das Gericht habe der Bauherrschaft den Minderwert zugesprochen, obwohl bei Rücktritt lediglich das negative Interesse geschuldet sei.

[Rz 189] Das Bundesgericht bestätigte den Entscheid der Vorinstanz (in E. 5.4) wie folgt: «Nachdem die Parteien einen Pauschalpreis vereinbart haben, durfte die Vorinstanz im Ergebnis ohne Verletzung von Bundesrecht auch bei einer Berechnung des negativen Interesses den auf die nicht ausgeführten Treppen entfallenden Anteil aufgrund des im Gutachten dafür angegebenen Werts bestimmen.» Daher könne auch offen bleiben, ob das kantonale Gericht die Erklärungen der Bauherrschaft zu Recht als Vertragsrücktritt ausgelegt hatte. Zu beachten sei aber, dass die Bauherrschaft eindeutig auf nachträgliche Leistung verzichtet und angefügt habe, sie würde die Arbeiten unter Abzug vom Werklohn anderweitig vergeben. Dies lasse eigentlich eher auf einen Verzicht auf nachträgliche Erfüllung unter gleichzeitiger Forderung des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens schliessen (Art. 107 Abs. 2 OR).

Bemerkungen

[Rz 190] Dem Bundesgerichtsurteil lässt sich nicht entnehmen, wie im Gutachten der Abzug bzw. der Minderwert des Werkes zufolge der fehlenden Treppen festgelegt wurde. Insbesondere ergibt sich nicht, ob dies auf der Basis des Preisgefüges des ursprünglichen Pauschalpreises erfolgte (negatives Vertragsinteresse) oder auf der Basis dessen, was die nachträgliche Erstellung der Treppen durch einen Dritten kosten würde (positives Vertragsinteresse). Diesbezüglich ist der Entscheid des Bundesgerichtes leider nicht aufschlussreich. Bemerkenswert ist immerhin, dass das Bundesgericht darauf hinweist, dass der Verzicht des Bestellers auf eine Leistung unter gleichzeitiger Ankündigung, man werde die Arbeiten unter Abzug vom Werklohn anderweitig vergeben, eher als Verzicht auf nachträgliche Erfüllung unter gleichzeitiger Forderung des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens (Art. 107 Abs. 2 OR) zu qualifizieren ist, denn als Rücktritt vom Vertrag, bei dem nur das negative Interesse geschuldet wäre.

5.7. Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2009 vom 9. Juni 2010

Stichworte: Verzug des Bauherrn – Vertragsauflösung durch den Unternehmer

Sachverhalt:

[Rz 191] Zwei Bauherren hatten mit einem Generalunternehmer einen Vertrag über die Erstellung von acht Terrassenhäusern zu einem Pauschalpreis von CHF 4'700'000.00 vereinbart. Zudem war vorgesehen, dass allfällige Zusatzarbeiten schon vor der Bestellung bei Subunternehmern gegenüber der Bauherrschaft fakturiert werden. In Verletzung ihrer Vertragspflichten hatten die Bauherren aber Akontorechnungen und die Rechnungen für Zusatzleistungen nicht bezahlt.

Zudem hatten sie sich hinsichtlich bestimmter Ausführungsdetails nicht festgelegt (unterlassene Ausführungsanweisungen). Sowohl bezüglich der ausstehenden Instruktionen wie auch bezüglich der offenen Rechnungen hat der Unternehmer die Bauherren in Verzug gesetzt. Schliesslich teilte der Unternehmer den Bauherren mit, dass er sich von der Baustelle zurückziehe. Der Unternehmer klagte daraufhin auf Bezahlung der ausgeführten Arbeiten (abzüglich der geleisteten Akontozahlungen) und des entgangenen Gewinns.

Erwägungen:

[Rz 192] In E. 2.2 hält das Bundesgericht fest, dass der Unternehmer den Vertrag mit Wirkung «ex nunc» auflösen könne, wenn die Arbeiten bereits begonnen wurden und der Bauherr seine Pflichten nicht fristgerecht erfüllt, namentlich wenn er den Werkpreis oder vereinbarte Akontozahlungen trotz Inverzugsetzung nicht bezahlt.⁶⁵ Zudem hat der Unternehmer gemäss Art. 91 und 96 OR das Recht, den Vertrag aufzulösen, wenn der Bauherr seine Mitwirkungspflichten verletzt, namentlich wenn er ihm obliegende Vorbereitungs-handlungen unterlässt.

[Rz 193] Grundsätzlich hat der Gläubiger dem Schuldner nach Art. 107 Abs. 1 OR eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen. In Bezug auf die Bezahlung des Werkpreises stellt das Bundesgericht dabei unter E. 2.3 fest, dass die angemessene Frist kurz sein kann, denn die Leistung des Bauherrn kann leicht erbracht werden, man müsse aber die Höhe der zu zahlenden Beträge sowie die schwerwiegenden Konsequenzen in Betracht ziehen, welche eine Unterbrechung der Arbeiten durch den Unternehmer haben könne. Auch wenn die Frist objektiv zu kurz ist, kann der Gläubiger diese nicht einfach ignorieren: Er muss dagegen protestieren und eine angemessene Erstreckung verlangen. Tut er es nicht, gilt dies als Einverständnis mit der angesetzten Frist.

[Rz 194] Wenn die Leistung bis zum Ablauf der Nachfrist nicht erbracht wird, kann der Gläubiger durch eine unverzügliche Erklärung auf das Recht zur Nachforderung der Leistung verzichten und stattdessen den Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Vertrag zurücktreten. Dabei gilt die Erklärung als «unverzüglich», wenn sie erfolgt, sobald es dem Gläubiger nach dem gewöhnlichen Geschäftsgang und den besonderen Umständen des Falles zugemutet werden konnte.⁶⁶ Soweit dem Gläubiger aufgrund der Umstände faktisch ohnehin nicht die vollen Wahlrechte des Art. 107 Abs. 2 OR zustehen, ist der Zeitpunkt seiner Festlegung letztlich ohne praktische Bedeutung und man kann ihm entsprechend auch nichts vorwerfen, wenn er seinen Entscheid nicht sofort kundgegeben hat. Dies ist namentlich der Fall, wenn der Schuldner unmissverständlich

⁶⁵ Urteil des Bundesgerichts 4C.196/1988 vom 6. Dezember 1988, E. 2, in: SJ 1989, S. 331.

⁶⁶ BGE 116 II 436 E. 3.

mitteilt, dass er ohnehin nicht leisten werde. Ausserdem ist es zulässig, dass der Gläubiger dem Schuldner bereits bei der Ansetzung der Nachfrist mitteilt, welchen Entscheid er treffen wird, wenn die Leistung nicht erfolgt.⁶⁷

[Rz 195] Im vorliegenden Fall hatte der Unternehmer nach Ablauf der Nachfrist etwa einen Monat gewartet bis er dem Bauherrn mitteilte, dass er vom Vertrag zurücktrete. Da nicht dargelegt war, dass dies für Bauherren einen Nachteil bedeutet hätte, galt diese Frist nicht als zu lang (E. 2.7).

Bemerkungen:

[Rz 196] Das Bundesgericht kam also zum Schluss, dass eine Erklärung gemäss Art. 107 Abs. 2 OR unter Umständen auch nach über einem Monat noch als «unverzüglich» gelten kann, sofern daraus für die Schuldner kein Nachteil entsteht. Diese doch sehr grosszügige Auslegung des Ausdrucks «unverzüglich» kontrastiert mit der Strenge, mit welcher das Bundesgericht den Ausdruck «sofort» in Art. 370 Abs. 3 OR auslegt, in dem vorgesehen ist, dass versteckte Mängel «sofort nach der Entdeckung» gerügt werden müssen, widrigenfalls das Werk auch bezüglich dieser Mängel als genehmigt gilt.⁶⁸

6. Verjährung

6.1. Urteil des Bundesgerichts 4A_245/2010 und Urteil des Bundesgerichts 4A_247/2010 vom 12. Oktober 2010

Stichworte: Verjährung von Forderungen aus Handwerksarbeit (Art. 128 Ziff. 3 OR)

Sachverhalt:

[Rz 197] Eine Unternehmung beendete in einer Villa die Elektroinstallationen, welche eine andere Unternehmung aufgrund eines Konkurses nicht abgeschlossen hatte. Daraus entstand ein Abrechnungsstreit. Die Vorinstanzen kamen zum Schluss, dass die Werklohnforderung verjährt sei, da es sich um eine «Handwerksarbeit» im Sinne von Art. 128. Ziff. 3 OR handle und damit eine Verjährungsfrist von fünf Jahren gelte.

Erwägungen:

[Rz 198] Nach Art. 128 Ziff. 3 OR verjähren Forderungen «aus Handwerksarbeit» mit Ablauf von fünf Jahren – dies im Unterschied zur Regelverjährung gemäss Art. 127 OR (welche zehn Jahre beträgt).

[Rz 199] Das Bundesgericht kam ebenfalls zum Schluss, dass eine «Handwerksarbeit» im Sinne von Art. 128 Ziff. 3

OR vorliege und dass die Forderung entsprechend verjährt sei. Es stützte dies (in E. 2) auf seine konstante Rechtsprechung.⁶⁹ Demnach ist Handwerksarbeit dadurch gekennzeichnet, dass die manuelle Tätigkeit die übrigen Leistungen, insbesondere die maschinellen und organisatorischen oder administrativen, überwiegt oder zumindest aufwiegt. Der Einsatz grosser Maschinen schliesst dabei den handwerklichen Charakter aus. Keinen handwerklichen Charakter haben auch Arbeiten, wenn diese aufgrund ihres erheblichen Umfanges besondere Massnahmen der Planung und Koordination mit anderen Berufsgattungen erforderlich machen. Art. 128 Ziff. 3 OR ist daher nur im Rahmen typischer, traditioneller, im Umfang beschränkter Arbeiten gegeben. Die Rechtslehre erwähnt dabei als Beispiel auch elektrische Installationen.⁷⁰ Im vorliegenden Fall wurden die Arbeiten ohne Beizug grösserer Maschinen erbracht. Es ging um eine Fläche von 300 m², wo es galt, die Fehler des Vorunternehmers zu beheben. Die Koordination mit anderen Berufsgattungen war dabei Sache des Architekten und fiel somit nicht der Elektronunternehmung zur Last.

Bemerkungen:

[Rz 200] Wenn es darum geht, ob eine bestimmte Arbeit als «Handwerksarbeit» gilt, sind die Grenzen letztlich fließend. Insofern hätte man im vorliegenden Fall wohl auch zu einem anderen Resultat gelangen können, zumal auch das Bundesgericht feststellte, dass die Nachbesserung der Elektroinstallationen in einer Villa mit 300 m² Wohnfläche die Arbeit verkomplizierte, und einen gewissen Planungsaufwand erforderlich mache. Ferner ändert die Tatsache, dass die Koordination durch den Architekten vorgenommen wird, nichts daran, dass die Arbeiten nach Art und Umfang offenbar einer solchen Koordination bedurften.

[Rz 201] Auf jeden Fall ist schwer verständlich, warum Forderungen aus Handwerksarbeit bezüglich der Verjährung signifikant schlechter gestellt sind als die meisten übrigen Forderungen (Art. 127 OR: 10 Jahre). Der Sinn einer solchen Regelung, welche primär KMU benachteiligt, ist aus heutiger Perspektive schwer erkennbar.

6.2. Urteil des Bundesgerichts 4A_495/2011 vom 15. November 2011

Stichworte: Verjährungsverzichtserklärung – Treuwidrige Geltendmachung der Verjährung (Art. 2 ZGB)

Sachverhalt:

[Rz 202] Ein Ehepaar schloss mit einem Unternehmer einen Generalunternehmervertrag über den Bau eines Einfamilienhauses zu einem Pauschalpreis von CHF 1'350'000.00 ab. Zudem einigte man sich in einem separaten Vertrag auf die Erstellung eines Aussen-Whirlpools. In der Folge machte die

⁶⁷ BGE 96 II 47, E. 2, S. 50.

⁶⁸ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_336/2007 vom 31. Oktober 2007, E. 4.4; Urteil des Bundesgerichts 4A_51/2007 vom 11. September 2007, E. 4.5.

⁶⁹ BGE 123 III 120, E. 2b, S. 123; BGE 132 III 61, E. 6.3, S. 62 f.

⁷⁰ GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 121.

Bauherrschaft Mängel geltend – insbesondere auch bezüglich des Whirlpools. In einem Schreiben vom 25. September 2005 mit der Betreffzeile «Garantie» verwies der Unternehmer dann auf den bevorstehenden Ablauf der Fünfjahresfrist und forderte die Bauherrschaft auf, eine aktualisierte Mängelliste einzureichen, welche dann den (Sub-)Unternehmern vorgelegt wird, damit diese die Mängel nachbessern. Die Bauherrschaft überreichte eine entsprechende Mängelliste. Die Mängel wurden indessen nicht behoben, so dass die Bauherrschaft eine Klage einreichte. Der Unternehmer machte geltend, die Ansprüche seien nach Art. 371 Abs. 2 OR verjährt – womit er in zweiter Instanz auch durchdrang.

* * *

Erwägungen:

[Rz 203] Vor Bundesgericht war unbestritten, dass innert der fünf Jahre nach der Abnahme keine verjährungsunterbrechende Handlung erfolgt war. Die Bauherrschaft machte indessen geltend, der Unternehmer habe auf die Einrede der Verjährung verzichtet. Das Bundesgericht erinnerte (in E. 2.3.1) an seine Rechtsprechung, wonach der Schuldner nach Vertragsabschluss auf die Geltendmachung der Verjährung verzichten kann solange die Verjährungsfrist noch läuft.⁷¹ Eine Verjährungsverzichtserklärung ist dabei nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, das heisst wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durfte und musste.⁷² Der Verjährungsverzicht kann dabei durch konkludentes Handeln erfolgen. Dazu bedarf es indessen klarer Indizien, wie z.B. die Bestellung einer Sicherheit.⁷³ Das Bundesgericht urteilte in E. 2.3.2, es sei unmöglich, dass die Bauherrschaft die Korrespondenz mit dem Unternehmer als Verjährungsverzicht habe verstehen können. In E. 2.4.1 kam das Bundesgericht zudem zum Schluss, dass auch kein Fall einer treuwidrigen Geltendmachung der Verjährung (Art. 2 ZGB) vorliege, da man das Schreiben vom 25. September 2005 objektiv nicht als Aufforderung verstehen könne, keine verjährungsunterbrechenden Massnahmen zu ergreifen.

Dr. iur. Roland Hürlimann, Rechtsanwalt, LL.M. (Berkeley), ist Senior Partner in der Kanzlei BAUR HÜRLIMANN AG, Zürich und Baden.

Dr. iur. Thomas Siegenthaler, Rechtsanwalt, M.Jur. (Oxford), Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, ist Lehrbeauftragter an der Universität Freiburg und Partner in der Kanzlei SCHERLER + SIEGENTHALER Rechtsanwälte AG, Winterthur.

⁷¹ BGE 132 III 226 E. 3.3.7.

⁷² Urteil des Bundesgerichts 4A_210/2010 vom 1. Oktober 2010, E. 7.2.1.

⁷³ DÄPPEN, Basler Kommentar Obligationenrecht I, N 5 zu Art. 141.