

Das unerschöpfliche Vertragsrecht

Prof. Dr.iur Peter Gauch*
Universität Freiburg/Schweiz

Publiziert in: Baurechtstagung Freiburg 1999, Tagungsunterlagen Band I, S. 3 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

[3] Inhaltsverzeichnis und Abkürzungen

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung

II. Der Bauwerkvertrag

1. Die SIA-Norm 118
 - A. Die Verbreitung der Norm
 - B. Kritische Bestimmungen
 - Die Widerspruchsregel des Art. 21
 - Die Vollmachtsregel des Art. 33 Abs. 2
 - Die Baugrundregel des Art. 58 Abs. 2
 - Die Fristenregel des Art. 95
 - Die Regeln der Art. 66 - 82 über die
Teuerungsabrechnung mit Mengennachweis
 - Die 20%-Klausel des Art. 86
 - Verschiedene Regeln über die Abnahme
und die Mängelhaftung
2. Andere Normenwerke
 - Die SIA-Norm 198
 - Die Zusatzformulare der Parteien
 - Die Vertragsformulare anderer Verbände
3. Dogmatische Novitäten, betreffend:
 - Die "Mitwirkungspflichten" des Bauherrn
 - Die gesetzliche Verjährung der werkvertraglichen Mängelhaftung
 - Die arglistige Verschweigung eines Werkmangels

* Bei der Korrektur und Fertigstellung des Manuskripts war mir mein Assistent PATRICK MIDDENDORF behilflich, wofür ich ihm herzlich danke.

III. Die Architekten- und die Ingenieurverträge

1. Die rechtliche Qualifikation und andere Fragen
 - Die rechtliche Qualifikation
 - Der zwingende Charakter des Art. 404 OR
 - Die Haftungsverhältnisse, namentlich die Haftung für die Überschreitung des Kostenvoranschlages
2. Die Normalien des SIA
 - Die klassischen Honorarordnungen
 - Das Leistungsmodell 95

IV. Bauen nach Smart

- Ein neues Baukonzept
- Rechtliche Aspekte
- Ziele

V. [4] Konsortialverträge, virtuelle Unternehmen und besondere Vertragstypen

1. Konsortialverträge
2. Virtuelle Unternehmen
3. Besondere Vertragstypen
 - Der Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht
 - Der Generalunternehmervertrag mit GMP-Preisabrede
 - Der Baubetreuungsvertrag
 - Der Projektsteuerungsvertrag
 - Der Rechtsbetreuungsvertrag

VI. Die Sorgen der Baubranche

- Die Vergabe öffentlicher Aufträge
- Das Vertragsdiktat der Bauherren
- Die Bank- und Versicherungsgarantien
- Das Zahlungsverhalten der Bauherren
- Die gesteigerte Konfliktbereitschaft der Vertragsparteien

VII. Schluss

- Streitvermeidung durch verbesserte Verträge
- Erfordernis einer kontinuierlichen Schulung

Abkürzungen

Siehe das allgemeine Abkürzungsverzeichnis vorne in dieser Unterlage. Ausserdem:

AGB: Allgemeine Geschäftsbedingungen; **AVB:** Allgemeine Vertragsbedingungen; **BR:** Baurecht (Zeitschrift, herausgegeben vom Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Freiburg); **BRT:** Schweizerische Baurechtstagung (Freiburg), Tagungsunterlage, mit Angabe des Jahrganges und des Bandes; **FS:** Festschrift; **GATT:** General Agreement on Tariffs and Trade (Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen); **GMP:** Guaranteed Maximum Price; **GU:** Generalunternehmer; **GWB:** (Deutsches) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; **JBR 1999:** (Deutsches) Jahrbuch Baurecht 1999, herausgegeben von KAPPELMANN und VYGEN; **KMU:** kleine und mittelgrosse Unternehmen; **KommSIA118:** Kommentar zur SIA-Norm 118. Erschienen sind zwei Bände: GAUCH (Herausgeber), Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38-156, Zürich 1992 (bearbeitet von GAUCH, EGLI, SCHUMACHER, PRADER), GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157-190, Zürich 1991; **LM:** Leistungsmodell; **SU:** Subunternehmer; **TU:** Totalunternehmer; **VOB/A und B:** (Deutsche) Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil A und Teil B.

I. Einleitung

[5] Bauen ohne Bauverträge ist undenkbar. Deshalb gehören Unternehmer-, Planer- und andere Verträge seit jeher auch zum Programm der Schweizerischen Baurechtstagung in Freiburg. Schon in vielen Varianten und unter immer neuen Gesichtspunkten wurden sie besprochen. Das Thema ist unerschöpflich, weshalb es an dieser Tagung ein weiteres Mal aufgegriffen und behandelt wird. Wiederum sollen **ausgewählte Aspekte des baulichen Vertragswesens** zur Sprache kommen, diesmal aber in übergreifender Weise und so, dass aus möglichst vielen Bereichen der aktuelle Diskussionsstand vermittelt wird. Den Ausgangspunkt bildet der Bauwerkvertrag, der im Zentrum aller Bauverträge steht.

II. Der Bauwerkvertrag

Der Bauwerkvertrag, durch den sich ein Unternehmer zur entgeltlichen Ausführung eines Bauwerkes verpflichtet, ist ein Werkvertrag im Sinne des Obligationenrechts (Art. 363 ff. OR). Nach der jetzt gefestigten Rechtsprechung gilt dies auch für den General-¹ und den Totalunternehmervertrag^{2,3}. Da aber das gesetzliche Vertragstypenrecht nur wenige Bestimmungen über den Werkvertrag enthält und die wenigen Bestimmungen (Art. 363-379 OR) den Besonderheiten des Bauwerkvertrages nur in geringem Masse Rechnung tragen, hat sich **eine reichhaltige Vertragspraxis** entwickelt, in der die Parteien "ihren" Bauwerkvertrag oft bis in die Einzelheiten privatautonom regeln. Das geschieht meistens auch durch die vertragliche Übernahme Allgemeiner Vertragsbedingungen, namentlich durch die Übernahme der SIA-Norm 118.

¹ Der Generalunternehmer übernimmt auf Grund eines Projektes, das ihm vom Bauherrn übergeben wird, die im wesentlichen gesamte Ausführung einer grösseren Baute (BGE 114 II 54 f.).

² Der Totalunternehmer unterscheidet sich vom Generalunternehmer (Anm. 1) dadurch, dass er auch die Projektierungsarbeiten für die vom Bauherrn bestellte Baute leistet (BGE 114 II 55).

³ Für den Generalunternehmervertrag vgl. BGE 114 II 54 f.; für den Totalunternehmervertrag vgl. BGE 117 II 274; 114 II 53 ff.; 107 II 50 ff.

1. Die SIA-Norm 118

Die SIA-Norm 118 ist ein Regelwerk des Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Vereins, das nach seiner eigenen Bezeichnung **“Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten”** enthält. Die heutige Fassung stammt aus dem Jahre 1977, ist also mehr als zwanzig Jahre alt. Gegen Ende 1991 wurde die Norm zwar neu aufgelegt. Die Neuauflage (1977/1991) aber unterscheidet sich von der Fassung 1977 nur in wenigen terminologischen Punkten und dadurch, dass sie zu vereinzelter Stellen kommentierende Fussnoten enthält, was jedenfalls keine geglückte Neuerung ist.⁴

A. Die Verbreitung der Norm

1. [6] Seit ihrer Revision im Jahre 1977 hat die SIA-Norm 118 **eine beispiellose Erfolgsgeschichte** erlebt. Das Werkvertragsrecht des schweizerischen Bauwesens wurde in grundlegender Weise durch diese Norm beeinflusst und fortgestaltet. Die Norm hat Eingang in die meisten Bauwerkverträge gefunden, sei es direkt oder sei es indirekt, indem sie zum Orientierungspunkt auch anderer Normenwerke wurde. Heutzutage ist sie “wie kaum ein anderes AGB-Werk verbreitet und bekannt”⁵. – Und der Einfluss dauert fort:

Weder steht eine Revision bevor, noch gibt es eine Alternative zur SIA-Norm 118. So ist zu erwarten, dass die heutige SIA-Norm 118 auch für den Bau der NEAT verwendet wird. Bei den ersten Ausschreibungen ist dies bereits geschehen. Und für den Bau des Gotthard-Basistunnels wurde die Verwendung der SIA-Norm 118 sogar in einer ausländischen Zeitschrift angekündigt⁶, wohl im Hinblick darauf, dass man mit der Beteiligung ausländischer Baufirmen rechnet. Die SIA-Norm 118, wird dort gesagt, werde in der Praxis “als eigentliche ‘Umsetzungsrichtlinie’ des OR zu Bauverträgen betrachtet”⁷, was jedoch nur als pointierte Kurzaussage zu verstehen ist. Denn erstens befasst sich die SIA-Norm 118 nicht mit *allen* Bauverträgen, sondern einzig und allein mit *Bauwerkverträgen*. Zweitens ist sie keine “Richtlinie” des OR, sondern das AGB-Werk eines Berufsverbandes. Und drittens setzt sie das OR nicht nur um, sondern ergänzt es und weicht in verschiedener Hinsicht auch davon ab.

2. Bei der grossen Bedeutung, die der SIA-Norm 118 für die Werkvertragspraxis des schweizerischen Bauwesens zukommt, wird von den Baupraktikern bisweilen vergessen, dass sie **keine allgemeine Verbindlichkeit im Sinne eines Gesetzes** hat. Für die Parteien eines konkreten Bauwerkvertrages ist sie nur so weit verbindlich, als sie als Vertragsbestandteil übernommen wurde und als überdies keine Gründe vorliegen, welche die Geltung der übernommenen Bestimmungen verhindern.⁸ Insbesondere untersteht auch sie der *Ungewöhnlichkeitsregel*⁹, wor-

⁴ Kritisch zum Prinzip und Inhalt der Fussnoten-Kommentare: GAUCH, BR 1992, S. 46 ff.

⁵ ZR 84, 1985, Nr. 103, S. 254.

⁶ Vgl. MÄRKI/SCHAAD/MOSER/ZBINDEN, Vertragsplanung Alptransit Gotthard – Ein Ergebnis von Risikoanalyse und Projektplanung, in: Felsbau 5/98, S. 390, wo nachzulesen ist: “Der Gotthard-Basistunnel ist nicht der geeignete Ort, sich auf vertragliches Neuland zu begeben. Basis der Verträge sollen die bekannten und vertrauten Regeln von OR und den Normen SIA-118 und 198 sein. Für die Bewältigung von neu auftretenden Gefahren im technischen Bereich des Tunnelbaus dienen sie als feste Basis”.

⁷ Vgl. MÄRKI/SCHAAD/MOSER/ZBINDEN, zit. in Anm. 6, S. 388.

⁸ Vgl. dazu GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 286.

⁹ Vgl. z.B. BGE 109 II 452 ff. = BR 1985, S. 16 f., Nr. 8. Diese Regel (die Ungewöhnlichkeitsregel) dient dem Schutz einer Partei, die AVB nur global (d.h. ohne Kenntnis oder Verständnis ihres Inhaltes) übernimmt. Eine solche Partei braucht sich vorgeformte Bestimmungen, mit denen sie wegen ihrem ungewöhnlichen Inhalt, ihrer ungewöhnlichen (“versteckten”) Platzierung im Text oder wegen dem Verlauf der Vertragsverhandlungen

auf sich eine Partei, die mit dem Umgang der SIA-Norm 118 und deren Inhalt schon vor Vertragsabschluss vertraut war, aber nicht berufen kann.¹⁰

B. Kritische Bestimmungen

1. [7] Die SIA-Norm 118 hat sich in der Praxis bewährt, was jedoch nicht heisst, dass sie von den Parteien “unbesehen” in den jeweiligen Vertrag übernommen werden soll. Vielmehr enthält auch sie verschiedene **Bestimmungen, die für die eine oder andere Partei zu Überraschungen führen können**, wenn sie nicht im voraus bedacht werden. Einem Publikum von baurechtlich versierten Juristen und Praktikern sind die kritischen Bestimmungen gewiss bekannt. Auch haben wir in den früheren Baurechtstagungen immer wieder auf solche Normbestimmungen hingewiesen. Dennoch erlaube ich mir, gewissermassen zur Repetition, die folgenden Regeln hervorzuheben:

- a. **Die Widerspruchsregel des Art. 21 Abs. 1 SIA-118.** Sie unterscheidet verschiedene Vertragsbestandteile und begründet zwischen ihnen eine Rangordnung, nach der sich Widersprüche in der Weise lösen, dass Bestimmungen im höheren Rang den tiefer eingestuften Vertragsbestimmungen vorgehen (vgl. auch Art. 7 und 22 Abs. 4 der Norm). Obwohl sie auf den ersten Blick als klar erscheint, ist auch sie nicht völlig “unproblematisch”, was etwa die folgenden Hinweise zeigen:
 - “Die übrigen Normen des SIA und die im Einvernehmen mit dem SIA aufgestellten Normen anderer Fachverbände” (Art. 21 Abs. 1) gehen der SIA-Norm 118 um eine Rangstufe nach. Unter sich aber stehen sie auf der gleichen Stufe, weshalb die Widerspruchsregel des Art. 21 versagt, soweit sich solche Normtexte widersprechen. Gleich verhält es sich mit Bezug auf “weiteren Normen anderer Fachverbände”, die auf der letzten Stufe der Rangordnung stehen.
 - In der Vertragspraxis kommt es häufig vor, dass einzelne Vertragsbestandteile (z.B. das Leistungsverzeichnis oder der Baubeschrieb) auf Normen (z.B. SIA-Normen) verweisen, die in der Rangordnung des Art. 21 Abs. 1 auf einer tieferen Stufe stehen. Alsdann ist unklar, ob die verwiesenen Normen den tieferen Rang behalten oder im Umfang des Verweises auf die gleiche Stufe rücken wie der Bestandteil, der auf sie verweist.
 - In zahlreichen Bestimmungen der SIA-Norm 118 (z.B. in Art. 65 Abs. 1, 86 Abs. 3 oder 157 Abs. 1) wird eine abweichende Vereinbarung der Parteien ausdrücklich vorbehalten. Für diese Fälle fragt sich, ob eine abweichende Vertragsbestimmung auch dann der SIA-Norm 118 vorgeht, wenn sie sich in einem rangtieferen Vertragsbestandteil (z.B. in einer anderen Norm des SIA) befindet. Soweit die Norm 118 nicht explizit etwas anderes vorsieht (vgl. Art. 144 Abs. 5 und 172 Abs. 1), ist dies grundsätzlich zu verneinen.¹¹ Individuelle Abreden¹² aber gehen der SIA-Norm 118 in jedem Falle

nicht gerechnet hat und vernünftigerweise auch nicht rechnen musste, nicht entgegenhalten zu lassen (vgl. z.B. BGE 119 II 445 f.; 109 II 217; 108 II 418).

¹⁰ In diesem Sinne ist dem Bundesgericht zuzustimmen, wonach die Ungewöhnlichkeitsregel aus dem Spiele bleibt, wenn “alle Beteiligten als Baufachleute bereits vor Vertragsabschluss über Bauerfahrung verfügten” (BGr. ZR 87, 1988, Nr. 135, S. 318 = BR 1989, S. 93 f., Nr. 113).

¹¹ GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Nr. 315, wonach der schlichte Vorbehalt einer abweichenden Vereinbarung, wie er sich in verschiedenen Normbestimmungen findet, nicht den Sinn hat, die Rangordnung des Art.

vor: unabhängig davon, in welchem Vertragsbestandteil sie sich befinden und ob es sich um eine abweichende Vereinbarung handelt, welche die SIA-Norm 118 vorbehält oder nicht.

Schon diese Hinweise zeigen, dass die Widerspruchsregel des Art. 21 Abs. 1 der SIA-118 [8] zu zahlreichen Fragen Anlass gibt, deren Beantwortung im Streitfall prozessentscheidend sein kann. Ausserdem bleibt zu beachten, dass die Widerspruchsregel erst zur Anwendung kommt, wenn feststeht, dass sich Bestimmungen in verschiedenen Vertragsbestandteilen überhaupt widersprechen. Ob dies zutrifft, ergibt sich aus der Auslegung der betreffenden Bestimmungen, worauf die Widerspruchsregel noch keinen Einfluss hat.

- b. **Die Vollmachtsregel des Art. 33 Abs. 2 SIA-118**, die wie folgt lautet: “Soweit der Werkvertrag in der Vertragsurkunde (Art. 21 Abs. 3) nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt, vertritt die Bauleitung den Bauherrn gegenüber dem Unternehmer; alle Willensäusserungen der Bauleitung, die das Werk betreffen, sind für den Bauherrn rechtsverbindlich, insbesondere Weisungen, Bestellungen, Bestätigungen und Planlieferungen; auch nimmt die Bauleitung Mitteilungen und Willensäusserungen des Unternehmers, die das Werk betreffen, für den Bauherrn rechtsverbindlich entgegen.”

Mit dieser Normbestimmung gibt der Bauherr seinem Unternehmer kund, über welche Vollmacht seine Bauleitung (der bauleitende Architekt oder Ingenieur) verfügt. Nach ihrer systematischen Stellung bezieht sie sich zwar erst auf die Zeit nach Abschluss des Bauwerkvertrages. Dennoch stösst sie aber auf berechnete *Kritik*.¹³ Denn die mit Art. 33 Abs. 2 SIA-118 kundgegebene Vollmacht reicht in aller Regel weiter als die Vollmacht, die der Bauherr seiner Bauleitung im internen Verhältnis tatsächlich erteilt hat. Das aber kann dem Bauherrn erhebliche Nachteile bringen. Denn soweit die Bestimmung des Art. 33 Abs. 2 SIA-118 wirksam übernommen wurde, also auch nicht an der Ungewöhnlichkeitsregel¹⁴ scheitert, beurteilt sich der Umfang der Vollmacht, über welche die Bauleitung verfügt, nicht nach dem internen Verhältnis, sondern nach Massgabe der erfolgten Kundgebung (Art. 33 Abs. 3 OR). Diese Regel wird allerdings abgeschwächt, indem sie nur gegenüber einem Unternehmer gilt, der im kritischen Zeitpunkt gutgläubig ist¹⁵ und gutgläubig sein darf (Art. 3 Abs. 2 ZGB), was auf Unternehmerseite häufig übersehen wird.¹⁶

- c. **Die Baugrundregel des Art. 58 Abs. 2 SIA-118**.¹⁷ Danach werden dem Bauherrn “mangelhafte Angaben über den Baugrund”, welche in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sind, “als Verschulden angerechnet”, sofern “der Bauherr durch eine Bauleitung vertreten oder selbst sachverständig oder durch einen beigezogenen Sachverständigen beraten war”.¹⁸

21 Abs. 1 SIA-118 zu durchbrechen. Möglich ist allerdings, dass der Richter, der die Norm individuell auslegt, im Einzelfall zu einem anderen Ergebnis gelangt.

¹² Dazu gehören auch “individualisierte” Vertragsklauseln, die zwar vorformuliert waren, bei Vertragsabschluss aber separat ausgehandelt wurden, indem die Parteien über sie ernsthaft (unter Einbezug möglicher Änderungen) verhandelt haben.

¹³ Vgl. bereits SCHWAGER, Der Architekt als Vertreter des Bauherrn, BR 1980, S. 24.

¹⁴ Vgl. dazu Anm. 9.

¹⁵ Vgl. BGE 118 II 316; 77 II 142 ff.

¹⁶ Zum Ganzen und im Einzelnen: GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 297 ff.

¹⁷ Vgl. dazu GAUCH, KommSIA118, Anm. 11-17 zu Art. 58.

¹⁸ Zur heiklen Frage, ob diese Regel auch dann zur Anwendung kommt, wenn sich die “mangelhaften” Angaben nicht auf den Baugrund, sondern auf andere Sachen (z.B. die Bausubstanz eines zu renovierenden Gebäudes) bezieht, vgl. SCHUMACHER, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Freiburg 1998, S. 110 f., mit Verweisen.

Diese Regel steht im Zusammenhang mit der Festpreisvergütung (Vergütung nach Pauschal-, Global- oder Einheitspreisen). Bei gegebenen Voraussetzungen gibt sie dem Festpreisunternehmer Anspruch auf eine Mehrvergütung, die sich nach den Regeln über die Bestellungsänderung berechnet (Art. 86-91 i.V.m. Art. 58 Abs. 2). Dies gilt unabhängig von Art. 373 Abs. 2 OR/Art. 59 SIA-118 und auch dann, wenn dem Bauherrn weder Absicht noch Unsorgfalt vorzuwerfen ist, weshalb [9] das preisliche Risiko mangelhafter Baugrundangaben ganz beim Bauherrn liegt.¹⁹

- d. **Die Fristenregel des Art. 95 SIA-118**, wonach der Unternehmer zusätzliche Vorkehren zur Einhaltung der vertraglichen Fristen, die ohne sein Verschulden erforderlich werden, nur mit Einwilligung des Bauherrn²⁰ trifft.²¹ Erteilt der Bauherr die Einwilligung, so hat er die nachgewiesenen Mehrkosten zu tragen (Art. 95 Abs. 3). Verweigert er sie, „so ist der Unternehmer zur Vornahme der Vorkehren nicht verpflichtet“ (Art. 95 Abs. 3), was bedeutet, dass die Fristen angemessen erstreckt werden, wenn der Unternehmer seine Anzeigepflicht (Art. 25) erfüllt hat (Art. 96 Abs. 1).

Diese Regel wird oft übersehen, hat aber tiefgreifende Konsequenzen. Werden durch Umstände, die der Unternehmer nicht verschuldet hat, zusätzliche Vorkehren zur Einhaltung der Fristen erforderlich, so hat der Bauherr nur die eine Wahl: Entweder er übernimmt die Kosten der zusätzlichen Vorkehren oder er nimmt in Kauf, dass die Fristen erstreckt werden, was die Möglichkeit eines Schuldnerverzugs (Art. 366 Abs. 1 OR/Art. 96 Abs. 4 SIA-118) sowie den möglichen Verfall allfälliger Konventionalstrafen (Art. 98 Abs. 2 SIA-118) hinauschiebt. Falls der Bauherr in die zusätzlichen Vorkehren einwilligt, hat er die Mehrkosten unabhängig von Art. 59 SIA-118 (betreffend die „ausserordentlichen Umstände“) zu tragen, da Art. 95 Abs. 3 die Regel des Art. 59 verdrängt.

- e. **Die Regeln über die Teuerungsabrechnung mit Mengennachweis (Art. 66 - 82 SIA-118).**²² Mangels anderer Vereinbarung erfolgt die SIA-Teuerungsabrechnung nach diesen Regeln (Art. 65 Abs. 1 SIA-118), die mit einem ausgeklügelten „Belegverfahren“ darauf abzielen, die Mehr- und Minderkosten auszugleichen, ohne dem Unternehmer einen zusätzlichen Gewinn zu verschaffen.

Die materiellen Vorteile der erwähnten Teuerungsabrechnung liegen auf der Hand. Umgekehrt aber verursacht das „Belegverfahren“ der Art. 66 ff. hohe Administrativkosten, was vielen Parteien erst bei seiner Anwendung bewusst wird. Einzelne Parteien erkennen dies noch vor Vertragsabschluss, weshalb sie dann vielfach ein anderes (z.B. ein indexgebundenes) Verfahren vereinbaren. Zu diesem Zweck übernehmen sie in aller Regel ein vorformuliertes Verfahren, das aber nicht immer und in allen Teilen mit der SIA-Norm 118 und ihrem Abrechnungssystem harmoniert. Oft vergessen sie auch, die zeitliche Staffelung der Teuerungsrechnungen und die Frage ihrer Fälligkeit zu regeln. Eine solche Regelung aber ist namentlich bei Langzeit-Verträgen erforderlich, weil die Fälligkeitsordnung, die Art. 66 der Norm für die Teuerungsabrechnung mit Mengennachweis enthält (vgl. Art. 66 Abs. 4 und 6), mit der Wegbedingung der Art. 66 ff. entfällt, weshalb mangels anderer Abrede die gesamte Teuerungsforderung erst mit der Ablieferung des Werkes fällig wird (Art. 372 Abs. 1 OR).

¹⁹ Zum Baugrundrisiko im allgemeinen vgl. KAPELLMANN und VYGEN, JBR 1999, S. 1 ff. und 46 ff.

²⁰ Art. 95 Abs. 2 SIA-118 spricht von „Bauleitung“ statt von „Bauherrn“, meint damit aber die Bauleitung als Vertreterin des Bauherrn.

²¹ Vgl. dazu SCHUMACHER, KommSIA118, Anm. 24-34 zu Art. 95.

²² Vgl. dazu PRADER, KommSIA118 zu Art. 66-82.

- f. **Die 20%-Klausel des Art. 86 SIA-118.**²³ Sie bezieht sich auf Leistungen zu Einheitspreisen und sieht vor, dass ein neuer Einheitspreis zu vereinbaren ist, wenn die ausgeführte Gesamtmenge 120% der im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Menge übersteigt oder [10] 80% unterschreitet (Art. 86 Abs. 2).

Nach ihrem systematischen Zusammenhang gilt diese Klausel jedoch nur, soweit die Mengenabweichung auf einer *Bestellungsänderung* beruht (vgl. Art. 86 Abs. 1). Damit stellt sich die Frage, wie es sich in den übrigen Fällen verhält, in denen der Grund für die Mengenabweichung nicht in einer Bestellungsänderung, sondern in der schlichten Ungenauigkeit der ursprünglichen Mengenangabe besteht. Aus Art. 86 Abs. 4 lässt sich zwar mittelbar ableiten, dass die Klausel auch auf solche *Fälle einer "schlichten" Mengenabweichung* anwendbar sei.²⁴ Kommt es diesbezüglich aber zu einem Auslegungstreit, so hat der Richter die Frage für den konkreten Streitfall (allenfalls unter Beizug der Unklarheitsregel²⁵) zu entscheiden, wobei der Ausgang des Streites ungewiss ist.

Dass die SIA-Norm 118 keine explizite Regel für die preisliche Auswirkung "schlichter" Mengenabweichungen enthält, beruht auf einem Versehen des Normgebers und ist ein gravierender Mangel der Norm, da derartige Mengenabweichungen zum praktischen "Normalverlauf" eines Einheitspreisvertrages gehören. Die Parteien sind jedenfalls gut beraten, wenn sie die Auswirkung "schlichter" Mengenabweichungen ausdrücklich regeln.

- g. **Verschiedene Bestimmungen über die Abnahme und die Mängelhaftung.**²⁶ Zu nennen sind etwa:
- Art. 157 Abs. 1, wonach Gegenstand der Abnahme auch ein in sich geschlossener Werkteil sein kann;
 - Art. 158 Abs. 1, wonach es gleich gehalten wird, wie wenn die Vollendungsanzeige erfolgt wäre, sobald "der Bauherr ein vollendetes ganzes Bauwerk von sich aus in Gebrauch (z.B. zum Weiterbau)" nimmt;
 - Art. 164 Abs. 1, wonach das Werk (oder der Werkteil) ein Monat nach erfolgter Vollendungsanzeige als abgenommen gilt, falls bis dahin eine gemeinsame Prüfung unterbleibt, weil sie von keiner Seite verlangt, oder weil die Mitwirkung von Seiten des Bauherrn unterlassen wurde;
 - Art. 169 Abs. 1, wonach bei Mangelhaftigkeit des Werkes der Bauherr (abgesehen vom Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens) zunächst einzig das Recht hat, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels zu verlangen.

2. Der Katalog der kritischen Bestimmungen liesse sich leicht erweitern. Damit soll aber nicht die Qualität der Norm bemängelt, sondern lediglich daran erinnert werden, dass jedermann, der die SIA-Norm 118 übernimmt, gut daran tut, sich mit ihrem Inhalt auseinanderzusetzen. Dabei

²³ Vgl. dazu EGLI, KommSIA118, Anm. 4-9 zu Art. 86.

²⁴ Vgl. dazu EGLI, KommSIA118, Anm. 9 und 12 zu Art. 86; GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 804.

²⁵ Danach sind unklare Bestimmungen in AVB, die von den Parteien nicht durchberaten wurden, im Zweifel zu Lasten derjenigen Partei auszulegen, welche die AVB vorformuliert oder zur Verwendung vorgeschlagen hat. Diese Regel findet allerdings keine Anwendung, wenn beide Parteien zur SIA-Norm 118 in gleicher Beziehung stehen, weil sie beide der Baubranche angehören oder zumindest branchenkundig und im Umgang mit der Norm vertraut sind. Um so weniger rechtfertigt sich die Anwendung der Regel dann, wenn ein privater Bauherr, der die Verwendung der Norm einem branchenkundigen Unternehmer vorschlägt, weder selber branchenkundig ist noch fachkundig vertreten wird (GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 294).

²⁶ Vgl. dazu GAUCH, KommSIA118 zu Art. 157-182.

bleibt auch zu beachten, dass der SIA seine **Norm 118 in drei Sprachen** (auf deutsch, [11] französisch und italienisch)²⁷ herausgibt und die verschiedensprachigen Texte in Einzelpunkten voneinander abweichen. Für die konkreten Vertragsparteien massgeblich ist diejenige Sprachfassung, in der sie die Norm übernommen haben, was der Richter im Streitfall durch Vertragsauslegung zu entscheiden hat. Es ist also nicht so, dass die eine Fassung (z.B. die deutschsprachige Urfassung) den anderen Fassungen in jedem Falle vorgeht.

2. Andere Normenwerke

Die grosse Verbreitung, welche die SIA-Norm 118 gefunden hat, vermochte nicht zu verhindern, dass zur praktischen Regelung des Bauwerkvertrages auch andere Normenwerke zur Anwendung gelangen, die entweder **zusätzlich oder an Stelle der SIA-Norm 118** verwendet werden. Dazu gehören insbesondere die SIA-Norm 198, die Zusatzformulare der Parteien und die Vertragsformulare anderer Verbände.

1. Die SIA-Norm 198, Ausgabe 1993, zu der auch mehrere Anhänge gehören, regelt die Bauwerkverträge im Untertagebau. Sie ist als “Ergänzung” zur SIA-Norm 118 gedacht (Art. 0.11), weicht aber in verschiedener Hinsicht von der SIA-118 ab.

- a. Wer sich ein Bild über *das inhaltliche Verhältnis der beiden Normen* verschaffen will, kommt nicht umhin, die beiden Normen einer vertieften Analyse zu unterziehen, was erhebliche Rechts- und Fachkenntnisse voraussetzt und auch so nicht ausschliesst, dass Unklarheiten übrig bleiben. Der SIA hat es leider unterlassen, den Aufbau und die Terminologie der SIA-198 auf die SIA-118 abzustimmen. Schon deshalb, aber auch sonst sind *nur ausgesprochene Kenner der Materie in der Lage, das Zusammenspiel der beiden Normen zu durchschauen*, was den Abschluss und die Gestaltung der einschlägigen Verträge erschwert, ein zusätzliches Prozessrisiko schafft und gerade deshalb auch im Hinblick auf grosse Infrastrukturvorhaben bedenklich ist. Ausserdem bleibt zu beachten:
- b. Nach ihrer Zweckbestimmung soll die SIA-Norm 118 darauf hinwirken, “dass im Bauwesen möglichst einheitliche Vertragsbedingungen verwendet werden”, um auf diese Weise “zur Förderung des wirtschaftlichen Bauens” beizutragen (Präambel). Dementsprechend geht die SIA-Norm 118 nach ihrer eigenen *Widerspruchsregel* allen anderen Normen des SIA vor (Art. 21 Abs. 1 SIA-118). Gerade umgekehrt statuiert nun aber die SIA-198, dass ihre “Besonderen Bestimmungen” (offenbar nur die Bestimmungen ihres Art. 4²⁸) “den Regelungen” der SIA-118 vorgehen (Art. 0.24)²⁹. Daraus ergibt sich ein Widerspruch der Widerspruchsregeln, der nicht auflösbar ist, wenn die Parteien es unterlassen, die massgebliche Rangordnung in ihrem konkreten Einzelvertrag (z.B. in der Vertragsurkunde) klar und “vorrangig” zu regeln. Dass zur Vermeidung unlösbarer Widersprüche eine solche Regelung erforderlich ist, zeigen die nachstehenden Beispiele:

– [12] Nach Art. 4.61 der SIA-198 “bildet das Bauprogramm die Grundlage zur Festlegung

²⁷ Eine englische Fassung ist beim SIA nicht erhältlich, scheint aber im Umlauf zu sein.

²⁸ Art. 4 der SIA-Norm 198 trägt den Titel “Besondere Bestimmungen”. Bestimmungen, die von der SIA-Norm 118 abweichen, finden sich aber auch in anderen Artikeln der SIA-Norm 198.

²⁹ Wörtlich: “Bei Verwendung der vorliegenden Norm als Vertragsbestandteil gehen für den Fall von Widersprüchen zur Norm SIA 118 die ‘Besonderen Bestimmungen’ der Norm SIA 198 den Regelungen der Norm SIA 118 ... vor”.

und Anpassung der Fristen”, während *Art. 93 SIA-118* bestimmt, dass die Parteien aus dem Bauprogramm “nur insoweit Rechte ableiten” können, “als dies die Vertragsurkunde vorsieht”.

- Nach *Art. 4.66 SIA-198* werden “Fristverlängerungen aufgrund der Differenz zwischen der Soll-Bauzeit und der Abrechnungsbaupzeit” ermittelt, wobei es vor allem auch auf die Differenz zwischen den voraussichtlichen und den tatsächlich ausgeführten Mengen ankommt (vgl. die Definition der erwähnten Zeiten in *Art. 1.1*). Demgegenüber beruhen die *Art. 95 und 96 SIA-118*, was die Einhaltung und Verlängerung der Fristen angeht, auf einer grundlegend anderen Philosophie.³⁰
 - Nach *Art. 4.65 SIA-198* bleiben die Einheitspreise “bei Beststellungsänderungen unverändert, da im Leistungsverzeichnis Positionen für Baustelleneinrichtungen vorgesehen sind”. Demgegenüber enthält die SIA-Norm 118 die bereits erwähnte 20%-Klausel (*Art. 86*), von der nach dem expliziten Hinweis in *Art. 86 Abs. 3* zwar vertraglich abgewichen werden kann, grundsätzlich aber nur in einem Vertragsbestandteil, welcher der SIA-Norm 118 rangmässig vorgeht.³¹
- c. In der “Besonderen Bestimmung” des *Art. 4.5* befasst sich die SIA-Norm 198 auch mit der “Zuordnung von Risiken”, indem sie auf *Anhang A5 der Norm* verweist.³² Der genannte Anhang enthält eine “Empfehlung” für die Zuordnung der “hauptsächlichen, von der Beschaffenheit des Baugrundes abhängigen Risiken”, die er teils zum Risikobereich des Bauherrn, teils zum Risikobereich des Unternehmers schlägt. Haben die Parteien nicht etwas anderes vereinbart, so gilt diese “Empfehlung” als Bestandteil der SIA-Norm 198 (*Art. 0.24*), was wohl heissen soll, dass mit der Übernahme der SIA-198 auch die darin empfohlene Risikoordnung als Vertragsbestandteil übernommen wird. Geht der Anhang A5 im konkreten Einzelvertrag der SIA-118 vor, was sich allenfalls auch aus einem vereinbarten Vorrang des *Art. 4.5 SIA-198* ergeben kann, so haben widersprechende Bedingungen in der SIA-118 zu weichen.

Soweit sind die Dinge klar. Unklar dagegen ist, worauf sich die Risikoordnung im erwähnten Anhang bezieht. Geht es um das Festpreis-, das Zeit- oder/und das Vergütungsrisiko bei zufälligem Untergang des Werkes (*Art. 187 SIA-118/Art. 376 OR*)? Der Anhang A5 enthält diesbezüglich keine Präzisierung, was bedauerlich ist. Meines Erachtens dürften jedoch alle Risikoarten gemeint sein, soweit sie sich bei den geregelten Risikofällen überhaupt verwirklichen können. Sicher trägt der Festpreisunternehmer das Preisrisiko, wenn ein Sachverhalt in seinen Risikobereich fällt, während er einen Anspruch auf Mehrvergütung hat, sobald ein Sachverhalt im Risikobereich des Bauherrn zu Mehrkosten führt. Wie sich allerdings die Mehrvergütung berechnet, lässt sich dem Anhang nicht entnehmen.

2. Die Zusatzformulare der Parteien. Sie enthalten Ergänzungen und Abweichungen zur SIA-Norm 118, der sie im Werkvertrag rangmässig vorangestellt werden, falls sich die Parteien darauf einigen. Solche Formulare verwenden namentlich die öffentlichen Bauherren, häufig [13]

³⁰ Zu den Eigenarten der SIA-118-Regelung vgl. GAUCH, Fristen und Termine – Die Bauzeit im Werkvertrag, BRT 1995 I, S. 19 f.; SCHUMACHER, KommSIA118, zu *Art. 95 und 96*.

³¹ Vgl. dazu vorne, bei Anm. 11.

³² Wörtlich: “In Ergänzung zur Norm 118 wird bezüglich der werkvertraglichen Zuordnung von Risiken auf Anhang A5 verwiesen”.

auch private Bauherren³³ und Unternehmer. Bei der heutigen Wirtschaftslage haben die Unternehmer es allerdings schwer, den jeweiligen Bauherrn zur Übernahme ihrer Formulare zu bewegen, während sie gegenüber den Subunternehmern meist erfolgreich sind.

- Der *Inhalt* der erwähnten Zusatzformulare ist äusserst variantenreich und widerspiegelt nicht selten die in der Baubranche gerade bestehenden Machtverhältnisse. Typisch für die Formulare der Bauherren ist etwa, dass sie die Baugrundregel des Art. 58 Abs. 2, die 20%-Klausel oder das Teuerungsverfahren mit Mengennachweis wegbedingen. In den Formularen, welche die Unternehmer für den Subunternehmervertrag verwenden, findet sich immer häufiger auch eine “Pay-When-Paid”- Klausel, in der die Unternehmer die Fälligkeit oder gar den Bestand ihrer Vergütungspflicht von ihrer eigenen Bezahlung durch den Bauherrn abhängig machen.
- Zusatzformulare der Bauherren sind nicht selten *durch ihre jeweiligen Architekten oder Ingenieure vorformuliert*. Solche Formulare zielen oft auch darauf ab, das Haftungsrisiko der Bauleitung (indirekt) herabzusetzen, indem sie dem Unternehmer z.B. Anzeige- und Abmahnungspflichten auferlegen, die über Art. 25 der SIA-Norm 118 hinausgehen. Besonders ominös ist der immer wieder anzutreffende Satz, dass der Unternehmer Unklarheiten des Vertrages noch vor Vertragsabschluss anzuzeigen habe, ansonst die “Auslegung der Bauleitung” gelte. Dass sich keine Partei der Auslegungswillkür der Gegenpartei oder ihres Vertreters aussetzen kann, versteht sich vor dem Hintergrund des Art. 27 ZGB von selbst. Dazu kommt, dass viele Unklarheiten erst bei der späteren Vertragsabwicklung zutage treten und dass für eine Partei häufig klar ist, was die andere überhaupt nicht oder anders versteht.
- Die Abfassung von Zusatzformularen *bedarf einer profunden Kenntnis der SIA-Norm 118*, woran es bisweilen zu fehlen scheint. Wird etwa die Garantiefrist der SIA-Norm 118 (Art. 172) auf fünf oder zehn Jahre erweitert, so liegt der Grund meist darin, dass der Verfasser die Garantiefrist mit einer Verjährungsfrist (Art. 180) verwechselt oder ihre Funktion sonstwie verkennt.
 Wird eine Normbestimmung “gestrichen”, so ist in jedem Fall zu überlegen, welche Auswirkung diese Streichung auf die übrigen Bestimmungen der SIA-Norm 118 hat. Um Auslegungstreitigkeiten zu vermeiden, ist ausserdem klarzustellen, was an Stelle der “gestrichenen” Bestimmung gelten soll. Wird z.B. Art. 59 der Norm über die “ausserordentlichen Umstände” wegbedungen, so sind bei fehlender Präzisierung zwei Interpretationen möglich: Entweder dass ausserordentliche Umstände überhaupt keinen Einfluss auf die Festpreisbindung haben sollen, oder dass die Rechtslage sich ausschliesslich nach Art. 373 Abs. 2 OR bestimmt.
- Einzelne Bauherren oder Unternehmer beschränken sich nicht auf die Verwendung von Zusatzformularen, sondern *ersetzen die ganze SIA-Norm 118 durch einen vorformulierten Vertragstext*, der aus ihrer eigenen Küche oder aus dem Arsenal eines beigezogenen Planers stammt. Als Jurist hat man bisweilen die hellste Mühe, sich in einem solchen Text zurechtzufinden, da er sich nicht selten als unsystematisches Potpourri verschiedenster Regeln präsentiert, die teils der SIA-Norm 118, teils anderen (auch ausländischen) Vorlagen entstammen, und die weder zusammenpassen noch widerspruchsfrei sind. Wer als Architekt oder

³³ Zum Beispiel die Bauherren, die sich zur “Interessengemeinschaft privater professioneller Bauherren” zusammengeschlossen haben.

Ingenieur seinen Auftraggeber dazu verleitet, einen derartigen Text zu verwenden, trägt jedenfalls ein erhebliches Haftungsrisiko.

3. [14] Die Vertragsformulare anderer Verbände. Es sind entweder Zusatzformulare zur SIA-Norm 118 oder in sich geschlossene Vertragstexte, die häufig durch die SIA-Norm 118 beeinflusst sind. Ein bekanntes Beispiel für einen solchen Text ist der *“Generalunternehmer-Werkvertrag”*, den der Verband Schweizerischer Generalunternehmer (VSGU) zusammen mit einer zugehörigen Vertragsurkunde herausgibt. Dieser *“Werkvertrag”* enthält Allgemeine Vertragsbedingungen für den GU-Vertrag, den er mit relativ wenigen Bestimmungen regelt, aber doch so, dass er subsidiär (in einem tieferen Rang) auch die SIA-Norm 118 als anwendbar erklärt. Auf die gleichen Bedingungen verweist die Vertragsurkunde, die der VSGU für den TU-Vertrag vertreibt³⁴, was zeigt, dass die GU-Bedingungen des Verbandes dazu bestimmt sind, auch den TU-Vertrag zu regeln.

Dass der VSGU eigene Regeln für den GU- und TU-Vertrag herausgibt, entspricht nicht nur seinem *“Selbstverständnis”*, sondern erklärt sich auch daraus, dass die SIA-Norm 118 eher auf Verträge mit Teilunternehmern zugeschnitten ist als auf Verträge mit General- und Totalunternehmern. Den TU-Vertrag erwähnt die Norm nur beiläufig (in Art. 33 Abs. 4), den GU-Vertrag überhaupt nicht.

3. Dogmatische Novitäten

Von den vereinbarten (allenfalls vorformulierten) Vertragsregeln zu unterscheiden ist das gesetzliche Vertragsrecht, das Platz greift, soweit der Vertragsinhalt nicht durch gültige Parteiabrede bestimmt wird. Zum gesetzlichen Werkvertragsrecht (Art. 363 - 379 OR) sind in den letzten Jahren **zahlreiche Publikationen** erschienen, darunter auch drei neue Kommentare (BÜHLER, Der Werkvertrag, Zürcher Kommentar zu Art. 363 - 379 OR, Zürich 1998; HONSELL/ZINDEL/PULVER, Basler Kommentar zu Art. 363 - 379 OR, 2. Aufl., Basel 1996; KOLLER A., Berner Kommentar zu Art. 363 - 366 OR, Bern 1998), wobei der dritte Kommentar sich zur Zeit noch auf die erwähnten vier Artikel beschränkt. Wer die neuere Literatur durchstreift, findet Altvertrautes, aber auch **dogmatische Novitäten**. Vier Beispiele mögen dies belegen:

1. Das erste Beispiel betrifft die *“Mitwirkungspflichten”* des Bauherrn. Dabei handelt es sich nach klassischer Anschauung um blosser Obliegenheiten, nicht um echte Vertragspflichten. Wird der Unternehmer in der Werkausführung behindert, weil der Bauherr eine erforderliche Mitwirkungshandlung (z.B. die Bereitstellung des Baugrundes oder die Herausgabe notwendiger Ausführungsunterlagen) verzögert und damit in Annahmeverzug (Art. 91 ff. OR) gerät, so hat der behinderte Unternehmer keinen Schadenersatzanspruch, da die Verletzung einer blossen Obliegenheit keine Schadenersatzpflicht begründet.³⁵ Soweit der Unternehmer allerdings nach Aufwand vergütet wird (Art. 374 OR), hat er ohne weiteres Anspruch auch auf Vergütung des Mehraufwandes, der durch den Annahmeverzug entsteht.

³⁴ Wörtlich: *“Dieser Totalunternehmervertrag besteht aus der Vertragsurkunde und den ‘Allgemeinen Bedingungen für Generalunternehmer-Werkverträge’ (AVB), die beide von den Parteien rechtsgültig unterzeichnet sind”*.

³⁵ *“Anders verhält sich die Rechtslage, wenn der Unternehmer durch fehlerhafte Mitwirkungshandlungen ... einen Schaden erleidet, der kein blosser Verzögerungsschaden ist. Aus einer derartigen Schädigung ... kann durchaus ein vertraglicher Schadenersatzanspruch des Unternehmers entstehen”* (GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 1341, mit Verweisen).

Eine *neuere Lehre*, die sich z.T. an ausländischen Vorbildern orientiert, gibt auch dem Festpreisunternehmer einen Anspruch auf Mehrvergütung, welche die durch den Annahmeverzug verursachten Zusatzkosten abdeckt, ohne dass es auf ein Verschulden des Bauherrn [15] ankommt.³⁶ Ausserdem wurde zu Recht erkannt, dass nach dem vereinbarten Inhalt des konkreten Werkvertrages die Mitwirkungspflichten des Bauherrn echte Verpflichtungen sein können, deren Verletzung bei gegebenen Voraussetzungen eine Schadenersatzpflicht auslöst.³⁷ Ob dies zutrifft, ist durch Auslegung des jeweiligen Vertrages zu ermitteln. Für Bauwerkverträge nimmt ein Teil der deutschen Lehre an, dass sie in jedem Fall eine stillschweigende Vereinbarung echter Mitwirkungspflichten in sich schliessen³⁸, was ich in dieser generellen Form jedoch ablehne.³⁹

Werfen wir nun einen Blick in die SIA-Norm 118, so stossen wir auf Art. 97 Abs. 1.⁴⁰ Danach haftet der Bauherr dem Unternehmer für Schäden aus Fristüberschreitungen, die er verschuldet hat.⁴¹ Berücksichtigen wir das zuvor Gesagte, so wirft diese Bestimmung zahlreiche Fragen auf: Regelt sie die vom Bauherrn verschuldete Fristüberschreitung abschliessend? Schliesst sie also einen Anspruch auf Mehrvergütung aus?⁴² Greift sie nur ein, wenn die verzögerte Mitwirkungshandlung, die zur Fristüberschreitung führt, nach dem konkreten Inhalt des Vertrages Gegenstand einer echten Verpflichtung (nicht einer blossen Obliegenheit) ist? Worin besteht andernfalls das vorausgesetzte "Verschulden" des Bauherrn? Und wie verhält sich die Rechtslage, wenn die verzögerte Mitwirkung des Bauherrn zwar nicht zu einer Fristüberschreitung, aber doch zu einer Behinderung des Unternehmers führt?⁴³

2. Das zweite und das dritte Beispiel betreffen die gesetzliche Verjährung der werkvertraglichen Mängelhaftung, die bei "unbeweglichen Bauwerken"⁴⁴ *fünf Jahre* seit der Abnahme (Art. 371 Abs. 2 OR), bei anderen Werken dagegen nur *ein Jahr* (Art. 371 Abs. 1 OR) beträgt.

- Für die Anwendung der *fünffährigen Verjährungsfrist* verlangen herrschende Lehre und [16] Rechtsprechung, dass das Werk des betreffenden Unternehmers *schon für sich allein*

³⁶ ZELTNER, Die Mitwirkung des Bauherrn bei der Erstellung des Bauwerkes, Diss. Freiburg 1993, S. 122 ff.; GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 1336 ff., mit eingehender Begründung und mit Ausführungen zum vergütungspflichtigen Mehraufwand; derselbe, Fristen und Termine, BRT 1995 I, S. 24; SCHUMACHER, Die Vergütung, zit. in Anm. 18, S. 102; SCHERRER, Nebenunternehmer beim Bauen, Diss. Freiburg 1994, S. 53; kritisch: KOLLER A., Berner Kommentar, N 778 zu Art. 366 OR, für den eine "dogmatische Rechtfertigung" des Mehrvergütungsanspruchs "schwer zu ersehen" ist.

³⁷ GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 1344 f., mit Hinweisen auf die Literatur; grundlegend: NICKLISCH, Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werkvertrag, 4. Aufl., Der Betriebs-Berater 1979, S. 533 ff.

³⁸ Vgl. z.B. V. CRAUSHAAR, Risikotragung bei mangelhafter Mitwirkung des Bauherrn, Baurecht (Deutschland) 1987, S. 14; INGENSTAU/KORBION, Kommentar zur VOB, 13. Aufl., Düsseldorf 1996, N 15 zu § 9 VOB/B, S. 1555; SOERGEL, Münchener Kommentar, N 11 zu § 642 BGB; ähnlich: KOLLER A., Berner Kommentar, N 775 zu Art. 366 OR.

³⁹ GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 1345.

⁴⁰ Art. 97 Abs. 1 lautet: "Bauherr und Unternehmer haften gegenseitig für Schäden aus Fristüberschreitungen, die sie verschuldet haben".

⁴¹ Vgl. dazu SCHUMACHER, KommSIA118, Anm. 2 zu Art. 97. Dort (in lit. a) wird unter anderem präzisiert, dass "die haftungsbegründende Fristüberschreitung" sich "ohne Berücksichtigung der Fristerstreckung" bestimmt, "auf die der Unternehmer infolge der vom Bauherrn verursachten Bauverzögerung Anspruch hat".

⁴² Anders offenbar SCHUMACHER, Die Vergütung, zit. in Anm. 18, S. 105 f.

⁴³ Nach KOLLER A., Berner Kommentar, N 803 zu Art. 366 OR, erfasst Art. 97 Abs. 1 SIA-118, "bei einer am Vertrauensprinzip orientierten Auslegung" "alle verzugsbedingten Schäden".

⁴⁴ Pro memoria: Nicht jedes unbewegliche Werk ist auch ein "unbewegliches Bauwerk" im Sinne des Art. 371 Abs. 2 OR. Vgl. dazu GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 2220 ff. und 2244 ff.

ein “unbewegliches Bauwerk” im Sinne des Art. 371 Abs. 2 OR ist.⁴⁵ Dieser Auffassung, die mit dem Wortlaut des Gesetzes harmoniert, tritt *eine neuere Lehrmeinung* entgegen, wonach es nur darauf ankommt, dass das *Gesamtwerk* ein “unbewegliches Bauwerk” ist, weshalb alle Werkunternehmer (auch Neben- und Subunternehmer), die einen Beitrag zur Errichtung eines solchen Gesamtwerkes leisten, der Bestimmung des Art. 371 Abs. 2 OR unterstehen, unbekümmert darum, ob ihr eigener Beitrag ein “unbewegliches Bauwerk” darstellt oder nicht.⁴⁶ Anders als die herrschende Lehre und Rechtsprechung⁴⁷ unterstellt die neuere Lehre z.B. auch die Mängelhaftung für bewegliche Werke, die mit Wissen des betreffenden Unternehmers zum Einbau in ein “unbewegliches Bauwerk” bestimmt sind, aber von einem anderen Unternehmer eingebaut werden, der fünfjährigen Frist des Art. 371 Abs. 2 OR.⁴⁸ Ich selber halte es in beiden Punkten mit der herrschenden Ansicht.⁴⁹

- Ist das Werk des Unternehmers ein “unbewegliches Bauwerk”, so gilt die fünfjährige Verjährungsfrist des Art. 371 Abs. 2 OR grundsätzlich *mit Bezug auf alle Mängel* dieses Werkes.⁵⁰ Nach einer *neueren Lehrmeinung*⁵¹ gilt dies jedoch “nicht uneingeschränkt, sondern nur für solche Bestandteile, die ihrer Funktion nach bauwerkbezogen sind, indem sie dem Bestand, der baulichen Benutzung oder dem technischen Betrieb des (unbeweglichen) Bauwerkes dienen (z.B. auch für fest verbundene Lift-, Rolltreppen-, Alarm-, Heizungs- und Entlüftungsanlagen)⁵². Anders aber verhält es sich mit fest montierten Einrichtungen oder Anlagen (z.B. Turbinen-, Produktions- oder Lageranlagen), für die das Bauwerk benützt wird, so dass funktional nicht *sie* dem Bauwerk, sondern das Bauwerk *ihnen* dient. Sind solche Einrichtungen oder Anlagen nicht schon aus sich heraus unbewegliche Bauwerke, so gilt die fünfjährige Frist höchstens für Mängel ihrer baulichen Verankerung.

Bestimmt sich die Verjährung im Einzelfall nach *der SIA-Norm 118*, so bleiben die erwähnten Lehrmeinungen ohne praktische Auswirkung. Denn nach Art. 180 Abs. 1 der SIA-Norm 118 [17] verjähren die Mängelrechte für alle Werke in fünf Jahren⁵³, gleichgültig, ob das Werk des betreffenden Unternehmers ein “unbewegliches Bauwerk” im Sinne des Art. 371 Abs. 2 OR ist oder nicht⁵⁴, und welchem Bestandteil der konkrete Mangel anhaftet.

⁴⁵ Vgl. z.B. ENGEL, Contrats de droit suisse, Bern 1992, S. 424; HONSELL/ZINDEL/PULVER, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 1996, N 20 zu Art. 371 OR; BGE 120 II 216 = BR 1995, S. 38, Nr. 120; BGE 113 II 268 = BR 1988, S. 66 f., Nr. 67; BGE 93 II 246.

⁴⁶ So: insbesondere KOLLER A., Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1995, Nr. 403 f., 407, 421 und 424 ff.; kritisch dazu GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 2219.

⁴⁷ BÜHLER, Zürcher Kommentar, N 55 ff. zu Art. 371 OR; GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 2239 ff.; HONSELL/ZINDEL/PULVER, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 1996, N 21 zu Art. 371 OR; TERCIER, Les contrats spéciaux, 2. Aufl., Zürich 1995, Nr. 3554; BGE 120 II 214 ff. = BR 1995, S. 38, Nr. 120; BGE 109 II 39 f.

⁴⁸ So: KOLLER A., Nachbesserungsrecht, zit. in Anm. 46, Nr. 424 ff. und AJP 1994, S. 1547 ff.; TSCHÜTSCHER, Die Verjährung der Mängelrechte bei unbeweglichen Bauwerken, Diss. St. Gallen 1996, S. 132 f. und 142; ähnlich bereits GAUTSCHI, Berner Kommentar, N 12a zu Art. 371 OR.

⁴⁹ Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 2218 f. und 2239 ff.

⁵⁰ Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 2250; KOLLER A., Nachbesserungsrecht, zit. in Anm. 46, Nr. 410: anders aber BÜHLER, Zürcher Kommentar, N 66 zu Art. 371 OR.

⁵¹ GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 2251.

⁵² GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 2251.

⁵³ Vorbehalt bleibt der Sonderfall eines absichtlich verschwiegenen Mangels, für den die Verjährungsfrist sich auf zehn Jahre verlängert (Art. 180 Abs. 2 der Norm).

⁵⁴ BGE 120 II 220 f.; Praxis 1989, S. 804 = BR 1990, S. 101, Nr. 135.

3. Das vierte Beispiel betrifft **die arglistige (“absichtliche”⁵⁵) Verschweigung** eines Werkmangels bei der Ablieferung des Werkes. Sie hat von Gesetzes wegen zur Folge, dass für den verschwiegenen Mangel die “Haftpflcht” des Unternehmers trotz Genehmigung des Werkes fortbesteht (Art. 370 Abs. 1 OR⁵⁶) und dass die entsprechenden Mängelrechte erst in zehn Jahren seit der Ablieferung des Werkes verjähren (Art. 210 Abs. 3 OR analog).

Zu den Grundvoraussetzungen der arglistigen Mangel-Verschweigung gehört, dass der Unternehmer den Mangel im Zeitpunkt der Ablieferung kennt und die Aufklärung des Bestellers bewusst unterlässt (BGE 89 II 409).⁵⁷ In der Praxis kommt es nun immer wieder vor, dass der Unternehmer einen Mangel bei der Ablieferung deshalb nicht kennt, weil er es unterlassen hat, den Herstellungsprozess nach Massgabe der konkreten Umstände angemessen zu überwachen und das Werk vor der Ablieferung zu überprüfen. Auch in diesem Fall fehlt es zwar an einer Grundvoraussetzung des arglistigen Verschweigens. Nach einer *neueren Meinung*, die sich in Deutschland (unter Führung des deutschen Bundesgerichtshofes⁵⁸) herausgebildet hat, wird der betreffende Unternehmer jedoch so gestellt, wie wenn er den fraglichen Mangel bei der Ablieferung kennen und bewusst verschweigen würde.⁵⁹ Weil der Werkunternehmer ein mängelfreies Werk schulde, müsse er auch die organisatorischen Bedingungen schaffen, um sachgerecht beurteilen zu können, ob das fertiggestellte Werk bei der Ablieferung einen Mangel aufweise oder nicht. Folglich habe er dafür einzustehen, wenn er die Überwachung und Prüfung des Werkes nicht oder nicht richtig organisiert habe und der Mangel bei richtiger Organisation entdeckt worden wäre.

[18] Falls man die rapportierte Meinung in das *schweizerische Werkvertragsrecht* überträgt, so heisst dies, dass der erwähnte Mangel als arglistig (“absichtlich”⁶⁰) verschwiegen gilt, sofern die übrigen Voraussetzungen eines arglistigen Verschweigens ebenfalls erfüllt sind.⁶¹ Das ist bedeutsam auch mit Bezug auf den Normbereich der SIA-Norm 118, die “absichtlich” (gemeint: arglistig⁶²) verschwiegene Mängel von der Haftungsbefreiung des Art. 179 Abs. 3 und 4 SIA-118 ausnimmt und die Haftung für “absichtlich” verschwiegene Mängel auf zehn Jahre verlängert (Art. 180 Abs. 2 SIA-118).

⁵⁵ Vgl. Anm. 56.

⁵⁶ Art. 370 Abs. 2 OR spricht von “absichtlich” verschwiegenen Mängeln, womit aber arglistig verschwiegene Mängel gemeint sind (GAUCH, *Der Werkvertrag*, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 2090; HONSELL/ZINDEL/PULVER, *Basler Kommentar*, 2. Aufl., Basel 1996, N 9 zu Art. 370 OR; anders BECKER, *Berner Kommentar*, N 3 zu Art. 370 OR).

⁵⁷ Zu den Voraussetzungen der arglistigen Verschweigung vgl. GAUCH, *Der Werkvertrag*, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 2091 ff.

⁵⁸ Grundlegend: BGHZ 117, S. 318 ff. = *Neue Juristische Wochenschrift* (München) 1992, S. 1754 f. Dieser Entscheid wird als “bahnbrechend” bezeichnet, von einem Teil des deutschen Schrifttums aber heftig abgelehnt (vgl. VOGEL, zit. in Anm. 59, S. 9 ff.).

⁵⁹ Aus der deutschen Lehre (statt vieler): VOGEL, *Arglistiges Verschweigen des Bauunternehmers aufgrund Organisationsverschuldens*, Düsseldorf 1998 (vgl. insbesondere S. 9 ff., mit Hinweisen zum kontroversen Meinungsstand des deutschen Schrifttums); SCHLECHTRIEM, *Organisationsverschulden als zentrale Zurechnungskategorie*, in: FS Heiermann, Wiesbaden/Berlin 1995, S. 290 ff.; JAGENBURG, *Die Entwicklung des privaten Bauvertragsrechts*, *Neue Juristische Wochenschrift* (München) 1993, S. 110; KNIFFKA, *Dreissigjährige Gewährleistung des Bauunternehmers bei pflichtwidriger Organisation der Überwachung und Prüfung eines Werkes nach dem Urteil des Bundesgerichtshofes VII ZR 5/91 vom 12.3.1992*, in: *Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht* 1993, S. 255 ff.; kritisch z.B. INGENSTAU/KORBION, *Kommentar zur VOB*, 13. Aufl., Düsseldorf 1996, N 270a zu § 13 VOB/B, S. 1845 ff.

⁶⁰ Vgl. Anm. 56.

⁶¹ Vgl. GAUCH, *Der Werkvertrag*, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 2102 in Verbindung mit Nr. 2099 und 2091 ff., wo aber auch gewisse Zweifel an der Lösung angemeldet werden.

⁶² Vgl. GAUCH, *Der Werkvertrag*, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 2723 und 2731.

III. Die Architekten- und die Ingenieurverträge

1. Die Rechtliche Qualifikation und andere Fragen

1. Vom Bauwerkvertrag zu unterscheiden sind die Architekten- und Ingenieurverträge. Lange Zeit war ihre **rechtliche Qualifikation** umstritten. Heute ist man überwiegend der Ansicht, dass der reine Planungsvertrag ein Werkvertrag, der Bauleitungsvertrag dagegen ein einfacher Auftrag sei.⁶³ Daraus folgert das Bundesgericht, dass der Gesamtvertrag, der sowohl die Planung als auch die Bauleitung umfasst, ein aus Werkvertrag und Auftrag gemischtes Vertragsverhältnis darstelle, dessen vorzeitige Auflösung jedoch insgesamt und ungeteilt der auftragsrechtlichen Regel des Art. 404 OR unterstehe.⁶⁴ Ich selber glaube, gute Gründe zu haben, den Gesamtvertrag ausschliesslich dem Auftragsrecht zu unterstellen⁶⁵, obwohl die divergierende Rechtsprechung des Bundesgerichts von der kantonalen Judikatur und einem Teil der Lehre übernommen wurde.⁶⁶

2. Während der Qualifikationsstreit sich beruhigt hat, stehen **andere Fragen** nach wie vor zur Debatte. Ich denke insbesondere an den zwingenden Charakter des Art. 404 OR oder an die Haftung des Architekten und Ingenieurs.

- a. Soweit der Architekten- oder Ingenieurvertrag dem Auftragsrecht untersteht, unterliegt er auch der **Bestimmung des Art. 404 OR**. Danach ist jede Partei berechtigt, das Auftragsverhältnis jederzeit durch einseitige Erklärung aufzulösen (Art. 404 Abs. 1 OR), wofür sie dem anderen Teil nur den Vertrauensschaden (bei Auflösung zur "Unzeit"), nicht aber das Erfüllungsinteresse zu ersetzen hat (Art. 404 Abs. 2 OR).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Auflösungsregel des Art. 404 OR zwingend⁶⁷, was es den Parteien der betroffenen Verträge verwehrt, das jederzeitige Auflösungsrecht wegzubedingen, zu beschränken oder dessen Ausübung durch vereinbarte Konventionalstrafen zu erschweren⁶⁸. Alle Einwände der modernen Literatur reichen offensichtlich nicht aus, um das derzeitige Bundesgericht von der erwähnten Rechtsprechung abzubringen oder wenigstens zu veranlassen, den zwingenden Charakter des Art. 404 OR auf bestimmte Aufträge zu beschränken.⁶⁹ So ist und bleibt denn das richterliche Dogma vom zwingenden Art. 404 OR eine Altlast, die bis auf weiteres das gesamte Auftragsrecht kontaminiert.

⁶³ Nachweise zur Lehre und Rechtsprechung: GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 49 ff.; HONSELL/ZINDEL/PULVER, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 1996, N 17 zu Art. 363 OR.

⁶⁴ Vgl. BGE 109 II 464 ff., 110 II 382 ff., 114 II 56 und weitere.

⁶⁵ Einlässlich: GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 57 ff. Nach BÜHLER, Zürcher Kommentar, N 171 zu Art. 363 OR, ist der Gesamtvertrag werkvertraglich, nicht auftragsrechtlich zu qualifizieren, wenn der Architekt die Verwirklichung des von ihm geleiteten Bauwerkes massgebend beeinflusst.

⁶⁶ Nachweise bei HONSELL/ZINDEL/PULVER, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 1996, N 18 zu Art. 363 OR, die selber auch die Theorie des gemischten Vertragsverhältnisses übernehmen; wie das BGr. auch KOLLER A., Berner Kommentar, N 197 ff. zu Art. 363 OR.

⁶⁷ Statt vieler: BGE 115 II 464 ff. = BR 1990, S. 99, Nr. 129; BGr. ZBJV 1997, S. 333 f.

⁶⁸ BGE 104 II 116.

⁶⁹ Vgl. BGr. ZBJV 1997, S. 333 f. Im dort rapportierten Entscheid nimmt das BGr. den Umstand, dass die Gegner seiner Rechtsprechung in Einzelheiten divergieren, zum Anlass, an seiner Rechtsprechung ein weiteres Mal festzuhalten. Wäre es nicht richtiger gewesen, die Gegenmeinungen argumentativ aufzugreifen und sie mindestens insoweit zu berücksichtigen, als sie sich im Ergebnis decken?

- b. Neben der vorzeitigen Beendigung spielen in allen Bereichen des Vertragsrechts vor allem die Haftungsfragen eine zentrale Rolle. Das gilt auch für die Architekten- und Ingenieurverträge, über deren **Haftungsverhältnisse** in den letzten Jahren sogar vermehrt diskutiert wird.⁷⁰ Soweit Auftragsrecht zur Anwendung kommt, schuldet der beauftragte Architekt oder Ingenieur nach herrschender Lehre keinen Erfolg, ist aber verpflichtet, im Hinblick auf einen bestimmten Erfolg mit der erforderlichen Sorgfalt tätig zu werden (Art. 398 Abs. 2 OR).⁷¹ Haben die Parteien nicht etwas anderes vereinbart, so beurteilt sich die geschuldete Sorgfalt nach einem objektiven Massstab, der auf ein berufsspezifisches Durchschnittsverhalten abstellt, wobei der Beauftragte aber gehalten ist, auch besondere Fähigkeiten oder Kenntnisse, über die er allenfalls verfügt, zur Vertragserfüllung einzusetzen.⁷²

Aus dieser Umschreibung der auftragsrechtlichen Leistungspflicht leitet nun *eine neuere Lehrmeinung* ab, dass die Leistung des Beauftragten nie unmöglich werde⁷³ und die Beweislast für das Verschulden bei Vertragsverletzung dem Auftraggeber obliege, die Bestimmung des Art. 97 Abs. 1 OR also auch insoweit keine Anwendung finde.⁷⁴ Die Lehre von der "Unmöglichkeit der Unmöglichkeit" vermag mich allerdings nicht zu überzeugen, da sie aus dogmatischen Gründen etwas verneint, was es in Wirklichkeit durchaus gibt.⁷⁵ Ähnlich verhält es sich mit dem Verschulden:

[20] Nach meiner Ansicht bleibt es auch bei einer positiven Vertragsverletzung des Beauftragten bei der Beweislastumkehr des Art. 97 Abs. 1 OR. Nachdem in solchen Fällen die Sorgfaltsverletzung des Beauftragten schon zur Vertragsverletzung gehört, obliegt es zwar dem Auftraggeber, dieses Element zu beweisen. Damit aber ist die Verschuldensfrage noch nicht vom Tisch. Denn zum Verschulden gehört auch die Urteilsfähigkeit, deren Fehlen der Beauftragte zwar schon nach Art. 16 ZGB, aber auch nach Art. 97 Abs. 1 OR zu beweisen hat. Und nach einem Teil der Lehre kann der Beauftragte sich ausserdem mit dem Nachweis exkulpieren, dass es für ihn nach den konkreten Umständen des Einzelfalls, die er nicht zu vertreten hat, objektiv ausgeschlossen oder unzumutbar war, die geforderte Sorgfalt aufzubringen.⁷⁶

- c. Die Vertragsverletzungen, die zu einer Haftung des Architekten oder Ingenieurs führen können, sind vielgestaltig. Diskutiert wird heutzutage vor allem auch **die Haftung für die Überschreitung des Kostenvoranschlages**, die früher nur rudimentär behandelt wurde, in der jüngeren Vergangenheit aber das Interesse der Rechtsliteratur gefunden⁷⁷ und wieder-

⁷⁰ Vgl. etwa SCHUMACHER, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in: GAUCH/TERCIER, Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, S. 113 ff.

⁷¹ Vgl. BGE 120 II 249 f.; 115 II 64; 112 II 351; FELLMANN, Berner Kommentar, N 91 ff. zu Art. 394 OR, und viele weitere. Entschieden anders dagegen: DERENDINGER, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, Diss. Freiburg 1988, S. 40 ff.

⁷² Vgl. neuerdings: WALTER, Abgrenzung von Verschulden und Vertragsverletzung bei Dienstleistungsoptionen, in: KOLLER A. (Herausgeber), Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998, S. 53 ff., mit weiteren Hinweisen.

⁷³ PICHONNAZ, Impossibilité et exorbitance, Diss. Freiburg 1997, S. 133.

⁷⁴ Vgl. WERRO, Le mandat et ses effets, Freiburg 1993, S. 296; PICHONNAZ, a.a.O., S. 134 f.

⁷⁵ PICHONNAZ (zit. in Anm. 73) bestreitet eine Leistungsunmöglichkeit sogar für den Fall, da der Patient eines Arztes verstirbt, noch bevor mit der Behandlung begonnen wurde. Selbst in diesem Fall sei die geschuldete Leistung nicht etwa unmöglich geworden. Vielmehr habe der Arzt die Leistung erbracht und sein Honorar verdient (S. 131, mit Anm. 676).

⁷⁶ Vgl. WALTER, zit. in Anm. 72, S. 68 ff.

⁷⁷ Vgl. z.B. GAUCH, Überschreitung des Kostenvoranschlages, BR 1989, S. 79 ff.; derselbe, Die Haftung des Architekten für die Überschreitung seines Kostenvoranschlages, in: FS Heiermann, Wiesbaden und Berlin 1995, S. 79 ff.; HONSELL, Haftung des Architekten für ungenauen Kostenvoranschlag und Bausummenüberschreitung, AJP 1993, S. 1260 ff.; ZEHNDRER, Die Haftung des Architekten für die Überschreitung seines Kostenvoranschlages, Diss. Freiburg 1993; SCHUMACHER, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in:

holt auch das Bundesgericht beschäftigt hat. Wird der Kostenvoranschlag überschritten und ist der Architekt dafür verantwortlich, so unterscheidet das Bundesgericht im Anschluss an die neuere Literatur und zu Recht, “ob die Mehrkosten auf Zusatzkosten oder auf Ungenauigkeit des Voranschlages bzw. auf mangelnde Kostenüberwachung zurückzuführen sind” (BGE 122 III 62)⁷⁸. Was **die Haftung für den ungenauen Kostenvoranschlag** angeht, wird die neuere Rechtsprechung in einem kürzlich gefällten (aber nicht amtlich publizierten) Entscheid⁷⁹ wie folgt zusammengefasst:

Die Haftung aus ungenauem Kostenvoranschlag “richtet sich auf Ersatz des ‘Vertrauensschadens’, der dem Bauherrn daraus erwächst, dass er im Vertrauen auf die Richtigkeit des Kostenvoranschlages seine Dispositionen getroffen hat (BGE 119 II 252). Die Schädigung, für die der Architekt einzustehen hat, ergibt sich somit daraus, dass der Bauherr bei Kenntnis der Unrichtigkeit des Kostenvoranschlages über seine finanziellen Mittel anders verfügt hätte (BGE 122 III 64). ... Hätte er ... auf das Bauvorhaben verzichtet oder jedenfalls weniger dafür ausgegeben, so ist in den Mehrausgaben grundsätzlich eine ungewollte Vermögensverminderung zu sehen. ... Soweit den Mehrausgaben ein Mehrwert der Baute entspricht, hat sich der Bauherr diesen allerdings als Vorteil anrechnen zu lassen. Massgebend ist dabei ... der subjektive Mehrwert, den die tatsächlich vollendete Baute für den Bauherrn hat (BGE 119 II 252 f.; BGE 122 II 64)”.

Zu den zitierten Entscheiden habe ich im “Baurecht” Stellung genommen.⁸⁰ Hier geht es mir einzig darum, über den derzeitigen Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu [21] informieren. Diese bezieht sich zwar nur auf den Kostenvoranschlag des Architekten, ist sinngemäss aber auch auf den Kostenvoranschlag des Ingenieurs zu übertragen. In allen Entscheiden wendet das Bundesgericht Auftragsrecht an, obwohl der jeweilige Kostenvoranschlag im Rahmen eines Gesamtvertrages erstellt wurde, den das Bundesgericht als Mischvertrag (Auftrag/Werkvertrag) qualifiziert.

2. Die Normalien des SIA

1. Es wäre paradox, würde der SIA sich in seinem riesigen Normenwerk nicht auch mit dem Architekten- und Ingenieurvertrag befassen. Einschlägige Bedingungen enthalten vor allem die klassischen Honorarordnungen: **die SIA-Ordnung 102** (für Leistungen und Honorare der Architekten) und die **SIA-Ordnung 103** (für Leistungen und Honorare der Bauingenieure).⁸¹ Beide Ordnungen stammen in der heutigen Fassung aus dem Jahre 1984. Immer mehr aber zeigt sich, dass zahlreiche Bauherren, die über genügend Nachfragemacht verfügen, eigene Formularverträge mit zum Teil erheblichen Abweichungen verwenden, sich jedenfalls aber nicht an die Honorartarife des SIA halten. Dazu kommt ein Weiteres:

2. Die veränderten Bauverfahren und der technologische Wandel, der das Bauwesen zunehmend beeinflusst, erfordert eine engere Zusammenarbeit der Baubeteiligten. Insbesondere bei grösseren Bauherren entstand ein ausgeprägtes Bedürfnis, pro Bauwerk nur *einen* “Planungs- und Bauleitungsvertrag” abzuschliessen, der sämtliche Architekten-, Ingenieur- und Sonderleistungen

GAUCH/TERCIER, Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, S. 230 ff.

⁷⁸ So schon BGE 119 II 251. Die Differenzierung ist richtig. Insbesondere hat die Haftung für vertragswidrig verursachte Zusatzkosten mit dem Kostenvoranschlag überhaupt nichts zu tun.

⁷⁹ Unveröffentlichter Entscheid des BGr. vom 11. Februar 1998 (4C.82/1998/has).

⁸⁰ Zu BGE 119 II 249 ff. vgl. BR 1994, S. 47 ff., Anmerkungen zu Nr. 87-90; zu BGE 122 III 61 ff. (10.1.1996) vgl. BR 1996, S. 57 ff.; dazu auch die Anmerkungen von SCHUMACHER in BR 1996, S. 114 ff., Nr. 233-236.

⁸¹ Vgl. dazu SCHUMACHER, Die revidierten SIA-Honorarordnungen 102 und 103, BRT 1985 II, S. 79 ff.

abdeckt. Unter dem Einfluss dieser Entwicklung hat der SIA **das Leistungsmodell 95** erarbeitet, das nebst einem neuen (ganzheitlichen und umfassenden) Leistungsbeschrieb auch und ein neues Vertragsmodell enthält.⁸² Die zugehörigen Texte sind auf drei Mappen verteilt. In der Mappe A (1996) finden sich Regelungsunterlagen zum Verhältnis Auftraggeber/Auftragnehmer (Planervertrag; Phasengliederung/Leistungsmodule); in der Mappe B (1996) finden sich die Regelungsunterlagen zum Planerteam (Gesellschaftsvertrag für Planergemeinschaft; Subplanervertrag; Kommentar zur Kalkulation und Honorargestaltung); und die Mappe C, die 1997 nachgeschoben wurde, enthält den Einzelplaner-Vertrag mit zugehörigem Subplaner-Vertrag. Hervorzuheben sind die folgenden Punkte:

- Der Einzelplaner-Vertrag der nachgeschobenen Mappe C wird mit einem einzelnen Architekten oder Ingenieur abgeschlossen, der die Funktion eines Generalplaners übernehmen kann, nicht aber muss. Insoweit schliesst das LM 95 an die überkommene Vertragspraxis an. Dagegen ist der vorgeformte Planervertrag, den das LM 95 in der Mappe A bereithält, ein *Generalplanervertrag*, den der Auftraggeber mit einem Team (Konsortium) von Architekten, Ingenieuren und Spezialisten abschliesst. Da die Partner des Teams eine einfache Gesellschaft (Art. 530 OR) bilden, muss auch ihr internes Verhältnis geregelt werden, wofür das LM 95 in der Mappe B einen vorformulierten Gesellschaftsvertrag bereithält.
- Die Planer des Teams, die mit dem Auftraggeber einen gemeinsamen Vertrag abschliessen, haften *solidarisch* für die Erfüllung des Vertrages, sofern mit dem Auftraggeber nichts anderes vereinbart wird. Das entspricht dem Gesetz (Art. 544 Abs. 3 OR). Der vorgeformte Geamtplanervertrag der Mappe A lässt die Vertragsparteien zwischen drei Möglichkeiten wählen: Solidarschuldnerschaft [22] aller Planer; Solidarschuldnerschaft der Planer mit betragsmässig beschränkter Haftung für die Vertragsverletzung eines andern; separate Schuldnerschaft jedes Planers für die von ihm übernommene Leistung. Ob und wie viele Bauherren bereit sind, auf die unbeschränkte Solidarhaftung der Planer zu verzichten, ist allerdings eine ganz andere Frage.
- Für die *Honorierung* stellen die Planerverträge des LM 95 (Mappe A und C) drei Möglichkeiten zur Wahl: Honorierung nach Aufwand, pauschal oder global. Dazu bemerkt der SIA mit Blick auf die bisherigen Honorarordnungen: “Das LM 95 hebt ... die unmittelbare Abhängigkeit des Honorars von den Erstellungskosten auf und entzieht so dem Vorwurf den Boden, dass Planende aus unwirtschaftlichen Projekten Nutzen ziehen. Gleichzeitig werden diejenigen Planenden nicht mehr bestraft, die dank ihrer Fachkompetenz und ihrem Einsatz Bau- und Betriebskosten sparen” (Leitideen zum LM 95, abgedruckt auf der Innenseite der Mappen).

Obwohl das Leistungsmodell 95 eine Antwort auf die veränderten Verhältnisse ist, wurde es von einem Teil der SIA-Architekten heftig bekämpft. Die ursprüngliche Ablehnung war so gross, dass das Modell in den Zustand “verlängerter Vernehmlassung” versetzt und mit dieser Präzisierung in den Verkehr gebracht wurde. Der Widerstand richtet sich vor allem gegen die Idee des Planerteams, die in die ursprünglichen Mappen A und B eingeflossen ist. Psychologisch mag dies zwar verständlich sein. Tatsächlich aber gibt es für kleinere und mittlere Architekturbüros keinen anderen Weg als sich mit Fachleuten anderer Disziplinen zusammenschliessen, wenn sie die auf dem Markt gewünschte Gesamtplanung und -leitung grösserer Bauten übernehmen wollen. Mir scheint, dass die Verfasser des Modells 95 die Zeichen der Zeit verstanden haben.

⁸² Vgl. dazu im Einzelnen: RECHSTEINER/EGLI, Das Leistungsmodell 95, BRT 1997 II, S. 79 ff.

IV. Bauen nach Smart

1. Schon mit dem Leistungsmodell 95 hat der SIA auf die wirtschaftlichen Entwicklungen reagiert, welche die Baubranche tiefgreifend verändern. Zusammen mit dem Schweizerischen Bau-
meisterverband hat er jetzt auch **ein neues Baukonzept** vorgestellt, **das den ganzen Planungs- und Bauablauf erfasst** und darauf hinzielt, den erwähnten Ablauf durch den Abbau von Schnittstellen⁸³ zu vereinfachen und zu raffen. Dieses neue Konzept, das die beiden Verbände in einem kürzlich (1998) erschienenen Handbuch⁸⁴ veröffentlicht haben, heisst **“Bauen nach Smart”**. Entwickelt wurde es “von einer kleinen Gruppe von Architekten, Bauunternehmern, Ökonomen und Juristen, die der Baupraxis angehören”⁸⁵. Seine Hauptmerkmale sind: Die Zielvereinbarung, die Bauvergabe auf Grund ausführungsfähiger Werkpläne⁸⁶, und die Vergabe an branchenübergreifende “Werkgruppen”, die je einen integralen Werkteil zur Ausführung übernehmen.

2. [23] Im einzelnen umfasst das neue Konzept verschiedene Elemente. Die Grundelemente sind in der Kurzbeschreibung enthalten, die ich mit Erlaubnis der beiden Verbände meiner Vortragsunterlage beifüge (vgl. Nebenseite). Daraus ergibt sich, dass das Konzept, obwohl es primär eine faktische Ablaufmethode umschreibt, auch **rechtlich relevante Aspekte** aufweist. Folgende Aspekte erscheinen mir erwähnenswert:

- Durch die *“Zielvereinbarung”* (Kurzbeschreibung, Ziff. 1) mit der darin vorgesehenen Kostenlimite und -kontrolle wird der Auftrag des Planers (oder “Planerteams”⁸⁷) für die Projektierungs- und Planungsphase konkretisiert, was sich auf die Frage auswirkt, ob der Vertrag in dieser Phase richtig erfüllt wird oder nicht. Die Konkretisierung erfolgt laufend, indem zunächst noch offene Projektanforderungen konsensual so weit verfeinert werden, dass schliesslich ein definitiver Anforderungskatalog vorliegt.⁸⁸ Da die Kostenspanne in der Planungsphase am grössten ist, hat dieser “Vereinbarungsprozess” einen entscheidenden Einfluss auf die Höhe der Bausumme.⁸⁹ “Kann der Auftraggeber seine Ziele nicht klar vorgeben, muss ihn der Planer beraten und Abhängigkeiten aufzeigen”⁹⁰, was sich vertragsrechtlich in Beratungs- und Aufklärungspflichten niederschlägt.
- Der Umstand, wonach der Planer sich bei der Projektierung (Kurzbeschreibung, Ziff. 2) und Werkplanung (Smart-Handbuch, S. 51) *durch Unternehmer beraten lässt*, hat einerseits vertragsrechtliche Implikationen, da die Beratungsleistung in einem entsprechenden Bera-

⁸³ “Schnittstellen sind für den Bauherrn stets risikobehaftet. Diese Gefahr steigert sich bei einem unvollständigen Planungsstand, der die Schnittstellendefinition schwieriger macht” (MOESER, Der Generalunternehmervertrag mit einer GMP-Preisabrede, Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht 1997, S. 114).

⁸⁴ Bauen nach Smart, Basel/Boston/Berlin 1998 (zit. Smart-Handbuch).

⁸⁵ Smart-Handbuch, S. 13.

⁸⁶ Das bedeutet, dass “zuerst gedacht, analysiert und geplant” und erst dann, “mit einer klaren Zielvorgabe” produziert wird, was der schweizerischen Bauwirtschaft (die auf eine rollende Ausführungsplanung eingestellt ist), einen grossen Lernprozess abverlangt (Smart-Handbuch, S. 11).

⁸⁷ Sind Architekten-, Ingenieur- und sonstige Planerleistungen gefordert, so bilden die betreffenden Firmen ein Generalplanerteam, wie es dem Leistungsmodell 95 entspricht (Smart-Handbuch, S. 37).

⁸⁸ Smart-Handbuch, S. 20 und 27 ff.

⁸⁹ Smart-Handbuch, S. 18.

⁹⁰ Smart-Handbuch, S. 20, vgl. auch S. 29.

tungsvertrag zu regeln ist.⁹¹ Andererseits führt dieser Umstand zur schwierigen Frage, wie die vorbefassten Unternehmer bei der nachfolgenden Vergabe eines öffentlichen Bauauftrages zu behandeln, und ob sie allenfalls vom Vergabeverfahren auszuschliessen sind. Der Hinweis, dass “der Beizug von Unternehmerwissen ... nach GATT/WTO-konformen Regeln” erfolgt (Ziff. 2), vermag die Schwierigkeit nicht zu lösen, weil der einschlägige Art. VI Abs. 4 des GATT/WTO-Übereinkommens⁹² auslegungs- und konkretisierungsbedürftig ist. Das letztere war auch den Verfassern des Konzeptes bewusst, weshalb sie auf S. 53 des Smart-Handbuches ausführliche “Empfehlungen” für ein GATT/WTO-konformes Vorgehen formulierten.

- Die Aufteilung des Bauwerkes in “zusammenhängende Werkeinheiten”, die je von einer *Werkgruppe* erstellt werden (Kurzbeschreibung, Ziff. 4 und 5), hat normalerweise zur Folge, dass die Unternehmer der jeweiligen Gruppen sich in einfachen Gesellschaften (Art. 530 OR) organisieren, und der Bauherr die erforderlichen Bauwerkverträge mit lauter Konsortien abschliesst.⁹³ Während der faktische Bauablauf optimiert wird, verkompliziert sich das vertragliche Umfeld, wobei das Letztere der Preis für das Erstere ist. Ausserdem ist bekannt, dass gestörte Konsortialverhältnisse häufig [24] auch zu einer Störung des Bauablaufes führen.
- Dass die ausführungsreifen Werkpläne zum “wichtigsten Informationsträger” werden (Kurzbeschreibung, Ziff. 4), findet seinen Niederschlag in der *Ausgestaltung der Werkverträge*. Das klassische Leistungsverzeichnis verschwindet. Auf eine Auflistung nach Normpositionenkatalogen wird verzichtet.⁹⁴ Die auszuführenden Werkteile, die in den Plänen hervorgehoben sind, werden zu einem Global- oder Pauschalpreis offeriert.⁹⁵ An die Stelle des Leistungsverzeichnisses treten der “Anforderungskatalog”⁹⁶ und der “Hauptmassenauszug”⁹⁷ (Ziff. 4), die den Werkplänen jedoch rangmässig nachgestellt werden.⁹⁸

Das alles zielt darauf ab, dass das “Bauwerk zum selben Preis abgerechnet werden (kann), wie es nach Abschluss der Werkausschreibung festgehalten wurde” (Kurzbeschreibung, Ziff. 6). Umgekehrt aber ist die vorrangige Bedeutung, die den Plänen beigemessen wird, nicht ganz bedenkenlos, da auch Pläne auslegungsbedürftig und nicht alle Unternehmer in gleicher Weise imstande sind, die Pläne zu lesen. Zur Vermeidung von Vertragsstreitigkeiten schiene es mir besser, wenn die pauschal oder global zu offerierenden Leistungen textlich umschrieben und der textliche Beschrieb den Plänen vorangestellt würde. Für den Planer wäre eine solche Beschreibung zugleich ein Instrument, das es ihm gestatten würde,

⁹¹ Vgl. dazu Smart-Handbuch, S. 51.

⁹² Danach ist es den Beschaffungsstellen untersagt, “auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Ratschläge ein(zu)holen oder an(zu)nehmen, welche bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können”.

⁹³ Smart-Handbuch, S. 69. Möglich ist zwar auch, dass eine Werkeinheit von *einem* Unternehmer der Gruppe übernommen und ein Teil davon via Subunternehmerverträge an die übrigen Unternehmer weitervergeben wird. Darüber schweigt das Smart-Handbuch sich aber aus.

⁹⁴ Smart-Handbuch, S. 69.

⁹⁵ Smart-Handbuch, S. 71.

⁹⁶ Der Anforderungskatalog enthält Informationen und Anforderungen (z.B. bezüglich Akustik, Energie, Statik oder Wirtschaftlichkeit), für die in den Plänen kein Platz vorhanden ist (Smart-Handbuch, S. 74).

⁹⁷ Der Hauptmassenauszug enthält die wichtigsten Kubaturen sowie Stücklisten nach der 20/80%-Regel, die “besagt, dass sich mit 20 Prozent der Angaben, wie sie in detaillierten Leistungsverzeichnissen zu finden sind, 80% der Baukosten ermitteln lassen” (Smart-Handbuch, S. 74).

⁹⁸ Smart-Handbuch, S. 72.

die Vollständigkeit seiner Pläne nachzuprüfen.

3. Das umschriebene Konzept (Bauen nach Smart) enthält nach Ansicht seiner Verfasser “das zukunftsweisende Prinzip des effizienten Planens und Bauens”⁹⁹. Zugleich aber widerspiegelt es die **Sorge um den Weiterbestand des mittelständischen Baugewerbes**, das sich um Kostensicherheit und Kosteneinsparungen zu bemühen hat, um den umfassenden Angeboten der General- und Totalunternehmer entgegenzutreten.

Auf diese Ziele (Kostensicherheit und -einsparung) richtet sich das neue Konzept. Mit dem Element der ausführungsreifen Werkpläne ist es allerdings kaum auf komplexe Grossbauprojekte zugeschnitten, weil sich diesbezüglich immer wieder Fragen stellen, die planerisch erst in der Realisierungsphase gelöst werden können. Ausserdem vermag es den Vorteil der Vertrags- und Haftungskonzentration, den das Bauen mit General- und Totalunternehmern mit sich bringt, nur schwerlich auszugleichen. Dafür vermeidet es das “Klumpenrisiko”, das mit der Gesamtvergabe an nur *einen* Unternehmer verbunden ist. Ob das Konzept sich praktisch realisieren lässt, hängt nicht zuletzt auch von der Anpassungsfähigkeit der mittelständischen Baubranche ab. Vom Planer verlangen die Verfasser des Konzepts, “dass er sein distanziert abgehobenes Denken verlässt und als verantwortungsbewusster Unternehmer einsteigt”¹⁰⁰. Dass der SIA eine solche Forderung stützt und sie zusammen mit dem SBV publiziert, ist für sich allein schon bemerkenswert.

V. Konsortialverträge, virtuelle Unternehmen und besondere Vertragstypen

[25] Der Bauwerkvertrag, der Architekten- und der Ingenieurvertrag sind die Kernverträge des Bauwesens. Der Bauwerkvertrag kann auch ein Subunternehmervertrag sein, in dem ein Unternehmer bestimmte oder alle Arbeiten, die er seinem Bauherrn schuldet, einem andern Unternehmer überträgt. Auf der Planer-, Unternehmer- oder Auftraggeber-/Bestellerseite sind bisweilen mehrere Personen beteiligt, die sich zu einer einfachen Gesellschaft (zu einem Konsortium) zusammengeschlossen haben.

1. Konsortialverträge

1. Im Folgenden befasse ich mich nur mit den **Planer- und Unternehmerkonsortien**, die auch als “Arbeitsgemeinschaften” bezeichnet werden.¹⁰¹ Ihr Zweck (Art. 530 OR) besteht in der gemeinsamen Übernahme und Ausführung von Vertragsarbeiten. Die Übernahme geschieht dadurch, dass die verschiedenen Mitglieder des Konsortiums mit dem Bauherrn oder einem andern Vertragspartner (z.B. einen Generalunternehmer) einen gemeinsamen Vertrag abschliessen. Vor dem Abschluss des gemeinsamen Vertrages ist das Konsortium meist eine **Bietergemeinschaft**, welche die Einreichung einer gemeinsamen Offerte für die Übernahme der in Aussicht stehenden Arbeiten bezweckt. Ob Bietergemeinschaften sich auch an einem öffentlichen Vergabeverfahren beteiligen dürfen, beurteilt sich nach dem anwendbaren Vergaberecht.¹⁰²

⁹⁹ Untertitel zum Smart-Handbuch.

¹⁰⁰ Smart-Handbuch, S. 12.

¹⁰¹ Zum Unternehmerkonsortium vgl. EGLI, Probleme von und mit Baukonsortien, BRT 1989 II, S. 27 ff.

¹⁰² Für das Bundesvergaberecht bestimmt Art. 21 Abs. 1 VoeB, dass Bietergemeinschaften zugelassen sind, sofern die Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen nicht etwas anderes bestimmt.

2. Mit der zunehmenden Verbreitung der erwähnten Konsortien erlangt **die einfache Gesellschaft** (Art. 530 ff. OR) auch für das Bauwesen eine immer wichtigere Bedeutung. Der Gesellschaftsvertrag, durch den die Konsortialmitglieder verbunden sind, wird in aller Regel durch vorgeformte Vertragsbedingungen präzisiert, denen sich die Mitglieder des Konsortiums vertraglich unterworfen haben. Während die grossen Bauunternehmen im Umgang mit den gesetzlichen und vereinbarten Regeln des Gesellschaftsvertrages vertraut sind, haben andere Unternehmen (insbesondere auch kleinere Planungs- und Handwerksfirmen) erhebliche Mühe, sich im konsortialen Verhältnis zurechtzufinden. Wie kompliziert das Gesellschaftsverhältnis sein kann, zeigen etwa die Allgemeinen Vertragsbedingungen, die von der “Gruppe der Schweizerischen Bauindustrie” unter dem Titel “*Arbeitsgemeinschaft für Bauunternehmungen*” herausgegeben werden.

3. Falls nicht etwas anderes vereinbart ist, müssen die Konsortialmitglieder zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes *gleiche Beiträge* leisten (Art. 531 Abs. 2 OR) und haben, ohne Rücksicht auf die Art und Grösse ihrer Beiträge, je einen *gleichen Anteil an Gewinn und Verlust* (Art. 533 Abs. 1 OR). In den vereinbarten Konsortialverträgen finden sich nun aber meistens Bestimmungen, die von der gesetzlichen Vorgabe abweichen. Ein Sonderfall ist diesbezüglich **die Losgemeinschaft von Bauunternehmern**. Darin ist die Beitragspflicht der Unternehmer in der Weise geordnet, dass jeder von ihnen ein bestimmtes “Los” des mit dem Besteller vereinbarten Werkes selbständig ausführt. Dafür erhält er im internen Verhältnis (normalerweise) [26] einen entsprechenden Anteil der vom Besteller geschuldeten Vergütung, womit er sich “automatisch” (ohne besondere Abrechnung) auch am Gewinn und Verlust des Konsortiums beteiligt.¹⁰³

Die so verstandene Losgemeinschaft wird bisweilen als “*unechtes*” Konsortium bezeichnet, was auf einem Missverständnis beruht. Entweder wird angenommen, dass der einzelne Unternehmer der Gemeinschaft sein Arbeitslos als Subunternehmer der andern ausführt. Oder es wird die “Unechtheit” des Konsortiums darin erblickt, dass es am gemeinschaftlichen Zusammenwirken der Konsortialmitglieder zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes fehle.¹⁰⁴ Beides ist unrichtig. Denn die selbständige Arbeit, die der jeweilige Unternehmer der Losgemeinschaft leistet, bildet Gegenstand seiner gesellschaftlichen Beitragspflicht (Art. 531 OR), also nicht eines separaten Subunternehmervertrages.¹⁰⁵ Und mit der selbständigen Ausführung seines Loses trägt jeder Konsortialunternehmer Arbeit zu dem gemeinsamen Zwecke der Gesellschaft bei, womit die Unternehmer der Gemeinschaft zur Erreichung dieses Zweckes zusammenwirken, obwohl sie ihre Beiträge selbständig erbringen.

4. Zu den äusseren Merkmalen der Konsortien gehört **die Solidarhaftung ihrer Mitglieder**.¹⁰⁶ Dieses Merkmal wird aber häufig verkannt, weshalb die folgenden Punkte klarzustellen sind:

- Eine Solidarhaftung besteht nach Art. 544 Abs. 3 OR *für vertragliche Verpflichtungen*, welche die Konsortialmitglieder gemeinschaftlich (allenfalls durch Stellvertretung) eingegangen sind. Und sie besteht nur “unter Vorbehalt anderer Vereinbarung”. Dieser Vorbehalt

¹⁰³ Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 255.

¹⁰⁴ Vgl. neuerdings: Smart-Handbuch, S. 63.

¹⁰⁵ Anders verhält es sich beim Konsortium mit interner Weitervergabe, bei dem ein Konsortialunternehmer bestimmte Arbeiten, die der Besteller allen Mitgliedern gemeinsam übertragen hat, als Subunternehmer der übrigen Mitglieder übernimmt (vgl. dazu GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996 Nr. 253). Dieses Konsortium ist keine Losgemeinschaft. Zum Ganzen vgl. auch LANGEN, Die Dach-ARGE im Spannungsfeld zwischen Gesellschafts- und Bauvertragsrecht, JBR 1999, S. 64 ff.

¹⁰⁶ BGr. Semjud 1997, S 400.

gestattet es den Konsortialmitgliedern, mit dem Vertragsgläubiger eine Vereinbarung zu treffen, welche die Solidarhaftung wegbedingt. Eine bloss interne Vereinbarung (im Gesellschaftsvertrag) reicht nicht aus, um die Solidarhaftung zu beseitigen. Scheidet ein Mitglied aus der Gesellschaft aus, so dauert seine solidarische Haftung für die zuvor eingegangenen Verpflichtungen fort.

Gestützt auf die umschriebene Solidarhaftung kann der Vertragsgläubiger von jedem Konsortialmitglied die Erfüllung der vertraglichen Leistung verlangen (Art. 144 OR), also jedes Mitglied für sich allein auf Erfüllung beklagen. Verletzt ein Konsortialmitglied den Vertrag, so haben die übrigen Mitglieder solidarisch dafür einzustehen, was sich mit Rücksicht auf Art. 146 OR¹⁰⁷ nicht ohne weiteres versteht. Falls überhaupt nach einer rechtlichen Begründung für diese solidarische Einstandspflicht gesucht wird, sieht man ihren Grund darin, dass bei der Vertragserfüllung jedes Konsortialmitglied als Erfüllungsgehilfe (Art. 101 OR) des andern handelt.¹⁰⁸

- Eine Solidarhaftung für “*unerlaubte Handlungen*” (Art. 41 ff. OR) lässt sich Art. 544 Abs. 3 OR [27] nicht entnehmen. Eine solche Haftung besteht jedoch, wenn mehrere Konsortialmitglieder den Schaden “gemeinsam verschuldet” haben (Art. 50 Abs. 1 OR) oder wenn die “unerlaubte Handlung” durch eine gemeinsame Hilfsperson im Sinne des Art. 55 OR begangen wurde¹⁰⁹. Hingegen haftet kein Mitglied für das selbständige Delikt eines andern¹¹⁰, auch nicht nach Art. 55 OR, weil es diesbezüglich schon am vorausgesetzten Subordinationsverhältnis fehlt.¹¹¹

5. Von der Haftungslage zu unterscheiden ist **die Berechtigungslage**. Entgegen einer Ansicht, die namentlich unter Baupraktikern verbreitet ist, sind die Mitglieder des Konsortiums an gemeinsamen Forderungen nicht solidarisch, sondern *gesamthänderisch berechtigt* (Art. 544 Abs. 1 OR/Art. 652 ff. ZGB)¹¹². Demgemäss ist auch ihr vertraglicher Vergütungsanspruch eine *Gesamthandforderung*. Er kann nur von allen Mitgliedern gemeinsam eingeklagt¹¹³ und nur dadurch mit befreiender Wirkung gegenüber allen erfüllt werden, dass der Vergütungsschuldner an alle Konsortialmitglieder gemeinsam oder an einen gemeinsamen Vertreter leistet.¹¹⁴ Gerade daraus aber ergeben sich mannigfache Komplikationen. In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass ein Mitglied des Konsortiums sich weigert, den Vergütungsanspruch zusammen mit den andern Mitgliedern einzuklagen.

2. Virtuelle Unternehmen

¹⁰⁷ Nach Art. 146 OR kann “ein Solidarschuldner ..., soweit es nicht anders bestimmt ist, durch seine persönliche Handlung die Lage der andern nicht erschweren”.

¹⁰⁸ Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 248 mit Verweisen.

¹⁰⁹ Vgl. BGE 72 II 255 ff.; 90 II 508.

¹¹⁰ BGE 90 II 508; BGr. Semjud 1997, S 400.

¹¹¹ Vgl. BGE 84 II 382 f.

¹¹² Möglich ist zwar, dass Mitglieder des Konsortiums eine Miteigentums- oder Bruchteilsgemeinschaft vereinbaren (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern 1998, S. 256), was in der Praxis aber kaum je geschieht.

¹¹³ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., S. 255.

¹¹⁴ VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1974, S. 293.

1. Eine Weiterentwicklung des Konsortiums ist die virtuelle Unternehmung.¹¹⁵ Sie besteht aus der **Kombination von zwei Gesellschaften mit den gleichen Gesellschaftern, die dauerhaft zusammen bleiben**. Die erste Gesellschaft ist eine einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR), sie regelt das Innenverhältnis. Die zweite Gesellschaft ist eine juristische Person (eine AG oder GmbH); sie erfüllt die Funktion einer "Plattformgesellschaft", indem sie gegenüber Bauherren oder anderen Dritten als Verhandlungs- und Vertragspartnerin auftritt.

Geht es nun um die Übernahme eines Bau- oder eines anderen Auftrages, so schliessen sich die jeweils interessierten und qualifizierten Gesellschafter der virtuellen Unternehmung (mit oder ohne Drittbeteiligung) zu einem "Projektteam" zusammen, das die für die Erfüllung des Auftrages erforderliche Gesamtleistung unter die Mitglieder des Teams verteilt. Die so verteilte Gesamtleistung wird alsdann *als Ganzes*, jedoch *im Namen der Plattformgesellschaft* offeriert. Kommt es zum Vertragsabschluss, so wird der Vertrag (über die gesamte Leistung) im Namen und auf Rechnung der Plattformgesellschaft abgeschlossen. Vertragspartnerin des Auftraggebers ist also die Plattformgesellschaft. Damit sie den Vertrag erfüllen kann, verpflichtet sie die verschiedenen Projektteilnehmer durch den Abschluss entsprechender Verträge [28] zur Erbringung der erforderlichen Teilleistungen. Handelt es sich um die Errichtung eines Bauwerkes, so sind die Projektteilnehmer - rechtlich gesehen- Subunternehmer der Plattformgesellschaft.

2. Ob sich diese "Leistungsorganisation", die sich auf die langfristige Zusammenfassung mittelständischer Betriebe richtet, in der Praxis durchsetzt, ist abzuwarten. Ihre Vorteile liegen auf der Hand: Bündelung der mehr-betrieblichen Fachkompetenzen, Effizienzsteigerung durch dauerhafte Zusammenarbeit, Fruktifizierung gemeinsamer Erfahrung und gemeinsames Marketing unter gemeinsamer Firma. Umgekehrt ist aber nicht zu verkennen, dass die komplizierte Gesamtstruktur der virtuellen Unternehmung organisatorisch anspruchsvoll ist, mannigfache Reibungsflächen schafft und auch zahlreiche Rechtsfragen aufwirft.¹¹⁶

3. Besondere Vertragstypen

Im Umfeld des Bauens haben sich auch besondere Vertragstypen herausgebildet. Dazu gehören unter anderen:

1. **Der Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht.**¹¹⁷ Darin verpflichtet sich der Verkäufer gegenüber dem Erwerber eines Grundstückes, auf dem verkauften Grundstück ein Gebäude zu errichten, umzubauen oder fertigzustellen. Abgesehen vom Fall, da die vereinbarte Arbeitspflicht eine nur untergeordnete Nebenpflicht des Kaufvertrages ist, handelt es sich bei diesem Vertrag um einen Mischvertrag, der kauf- und werkvertragliche Elemente umfasst.¹¹⁸ Dennoch

¹¹⁵ Vgl. dazu: Virtuelle Unternehmen in der Bauwirtschaft, VU-Handbuch, herausgegeben von der Schweizerischen Bauwirtschaftskonferenz (Zürich). Dieses Handbuch, das durch die Eidgenössische Kommission für Technologie und Innovation initiiert wurde, umfasst mehrere Einzelhefte, unter anderem auch eine "VU-Dokumentation Recht", verfasst von Dr. ROLAND HÜRLIMANN und PD Dr. LUKAS HANDSCHIN.

¹¹⁶ Vgl. dazu die von HÜRLIMANN und HANDSCHIN verfasste "VU-Dokumentation Recht" (zit. in Anm. 115), die eine systematische Auflistung der sich stellenden Rechtsfragen mit zugehörigen Lösungsvorschlägen enthält.

¹¹⁷ Ausführlich dazu: GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 347 ff.; dort auch zur Abgrenzung gegenüber einem Kaufvertrag über eine künftige Sache. Zur Beurkundungspflicht: Nr. 408 ff.

¹¹⁸ SCHÖNLE, Zürcher Kommentar, N 137 zu Art. 184 OR; SCHUMACHER, in: KOLLER A., Der Grundstückkauf, St. Gallen 1989, S. 246; ZWR 1995, S. 170 ff. und 232 ff. = BR 1996, S. 121 f., Nr. 249 und S. 48 f., Nr. 102.

rechtfertigt es sich, die Mängelhaftung für das Gebäude insgesamt dem Werkvertragsrecht zu unterstellen, und zwar auch insoweit, als es bei Vertragsabschluss bereits bestanden hat.¹¹⁹

2. Der Generalunternehmervertrag mit GMP-Preisabrede.¹²⁰ In diesem Vertrag vereinbart der Generalunternehmer mit dem Bauherrn einen Höchstpreis (**“Guaranteed Maximum Price”**), was noch nichts Besonderes ist, der Preisabrede aber doch den Namen gibt. Die Besonderheit liegt anderswo, nämlich darin, dass zur Ermittlung der bis zum **“garantierten Maximum”** geschuldeten Vergütung zwischen den **“Eigenleistungen”** des GU und den Leistungen seiner Subunternehmer unterschieden wird. Für die Leistungen, die der GU selber erbringt, werden feste Preise (meist Global- oder Pauschalpreise) vereinbart. Für die Leistungen der Subunternehmer wird dagegen vereinbart, dass der Generalunternehmer sie unter Kontrolle des Bauherrn zu den jeweiligen Marktpreisen vergibt, die er dann dem Bauherrn weiter fakturiert. Das [29] bedeutet, dass die auf Marktbasis bestimmte Vergütung der einzelnen Subunternehmerleistung zu einem durchlaufenden Posten beim Generalunternehmer wird.

Durch die umschriebene Preisabrede wird ein Mehrfaches bezweckt: Die Preiskoalition zwischen Generalunternehmer und Subunternehmer wird aufgelöst und der Generalunternehmer in die Interessensphäre des Bauherrn einbezogen. Der Bauherr erhält die Chance, für SU-Leistungen nur die im Zeitpunkt der Vergabe geltenden Marktpreise vergüten zu müssen, also ohne Aufschlag und Sicherheitsmarge, die der GU sonst einrechnet. Die Problematik von Nachforderungen auf nicht exakt definierte Leistungen wird im Bereich der SU-Leistungen entschärft, da mit der Vergabe der SU-Leistungen zugewartet werden kann, bis die Planung weiter fortgeschritten ist.

3. Der Baubetreuungsvertrag. Darin verpflichtet sich der Auftragnehmer (der Betreuer), Bauarbeiten auf Rechnung seines Vertragspartners zu vergeben und sie in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht zu betreuen, namentlich zu koordinieren, nicht aber auszuführen. Entweder handelt er als direkter Vertreter (Art. 32 Abs. 1 OR) und damit im Namen seines Auftraggebers oder er handelt als indirekter Vertreter (Art. 32 Abs. 3 OR) und damit im eigenen Namen. So oder anders ist der Baubetreuungsvertrag ein einfacher Auftrag, kein Werkvertrag.¹²¹

4. Der Projektsteuerungsvertrag.¹²² In diesem Vertrag, der auf grosse Bauvorhaben zugeschnitten ist, verpflichtet sich der Auftragnehmer (der Projektsteuerer) zur Erfüllung bestimmter Koordinierungs-, Steuerungs- und Überwachungsleistungen, die grundsätzlich dem Bauherrn obliegen. Einzelne Grossbauvorhaben überfordern den Bauherrn meist schon in der Vorlaufphase mit Aufgaben, die er mangels Fachwissen oder infolge mangelnder Kapazitäten nicht optimal oder zeitgerecht zu bewältigen vermag. Soweit ihm die klassischen Architekten- und Ingenieurleistungen nicht ausreichen, bedient er sich zusätzlich eines Projektsteuerers, dem er verschiedene Aufgaben überträgt. Dazu gehören etwa die Klärung der Aufgabenstellung, die Programmierung des Gesamtprojektes, die Einsatzplanung, die Koordinierung und die Betreuung der verschiedenen Planer, die Fortschreibung der Planungsziele, die Koordinierung und Überwachung der Finanzierungs- und Genehmigungsverfahren, die laufende Information des Bauherrn.¹²³ Der

¹¹⁹ Vgl. BGE 118 II 144, besprochen von GAUCH, BR 1993, S. 38 ff.; KOLLER A., Berner Kommentar, N 227 zu Art. 363 OR; SCHUMACHER, zit. in Anm. 18, S. 246; anders: ZWR 1995, S. 171 = BR 1996, S. 121 f., Nr. 249.

¹²⁰ Vgl. zum Folgenden: MOESER, Der Generalunternehmervertrag mit einer GMP-Preisabrede, Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht 1997, S. 113 ff.

¹²¹ BGE 115 II 61; GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 353 f.

¹²² Vgl. dazu HESSE/KORBION/MANTSCHKEFF/VYGEN, Honorarordnung für Architekten und Ingenieure, 5. Aufl., München 1996, S. 880 ff.

¹²³ Vgl. dazu den Leistungsbeschrieb der deutschen HOAI, § 31.

Vertrag, den er mit dem Projektsteuerer abschliesst, ist ein einfacher Auftrag. Er muss mit den Architekten- und Ingenieurverträgen (allenfalls mit dem Gesamtplanervertrag) so abgestimmt sein, dass sich die jeweiligen Vertragsleistungen nicht überschneiden.

5. Der Rechtsbetreuungsvertrag. Auch er ist ein einfacher Auftrag (mit dem Pferdefuss des Art. 404 OR). Er richtet sich auf eine bauvorbereitende und -begleitende Rechtsbetreuung durch spezialisierte Juristen, die entweder vom Bauherrn oder/und vom Unternehmer mit dieser Aufgabe betraut werden.

Mit der zunehmenden Komplexität eines Bauvorhabens wächst auch das Bedürfnis nach einer systematischen Rechtsbetreuung, die nicht erst im Konfliktfall einsetzt, sondern schon im Vorfeld des Projektes (bei der Vorabklärung der interdisziplinären Rechtsfragen, der Vorbereitung der Vergabe, der Gestaltung und Analyse der Verträge, der rechtlichen Vertragskoordination, der Vertragsverhandlung usw.) beginnt, und die dann über die ganze Zeit [30] der Projektentwicklung andauert. Bauherren und Unternehmer haben gelernt, dass die öffentlich- und privatrechtlichen Implikationen eines grösseren Bauprojektes oft ebenso komplex sind wie die technischen Aspekte, weshalb der juristische Sachverstand für den Projekterfolg so unverzichtbar ist wie der Sachverstand der Baufachleute. Die Zeiten, in denen die Ingenieure glaubten, ihre Ingenieurskunst ersetze den Juristen¹²⁴, sind zwar noch nicht ganz überwunden, gehen aber doch zu Ende, nachdem verlustreiche Erfahrungen das Gegenteil bewiesen haben. Die leidvolle Geschichte verschiedener Projekte ist eine eindrückliche Warnung, das "Rechtliche" nicht hintanzustellen oder sich mit dem selektiven Beizug einzelner Anwälte für die Behandlung der gerade auftauchenden Einzelprobleme zu begnügen. Bei grösseren Bauprojekten des Hoch- und Tiefbaus ist eine kontinuierliche Rechtsbetreuung erforderlich.

Welche Aufgaben die jeweilige Rechtsbetreuung umfasst, ergibt sich aus dem Inhalt des konkreten Auftrages. Unter dem Namen "Juristisches Projektmanagement"¹²⁵ hat sich z.B. ein Betreuungskonzept entwickelt, das "in der vorausschauenden Analyse und Lösung der projektrelevanten Rechtsfragen und ihrer Umsetzung in Organisation, Steuerung und Kontrolle besteht"¹²⁶. Dazu gehört unter anderem die Ausarbeitung eines "Juristischen Projekthandbuches", das auf Grund der systematisch ausgewerteten Vertragsunterlagen die zu einzelnen Vorkommnissen (z.B. "Leistungsänderung" oder "Planfreigabe") geltenden Vertragsregeln auflistet und mit rechtlichen Handlungsanweisungen ergänzt.¹²⁷

Obwohl die Mithilfe bei der Vertragsplanung oder Vertragsanalyse nur einen Teil der Rechtsbetreuung ausmacht, ist sie eben doch ein unverzichtbarer Teil der Betreuung, wenn es darum geht, den Bauherrn (Planung der Verträge) oder Unternehmer (Analyse der vorgelegten Verträge) vor rechtlichen, finanziellen und andern Überraschungen zu schützen. Wer bei der Vertragsplanung und Analyse spart, der spart nicht, sondern vergeudet Geld. Und wer die Planung oder Analyse auf die leichte Schulter nimmt, den strafen die Prozesse.

VI. Die Sorgen der Baubranche

¹²⁴ Auch in der Kommission, welche die Norm 198 kreiert hat, befand sich kein einziger Jurist. Sie wurde von einem Ingenieur präsiert und umfasste vorwiegend Ingenieure (vgl. die Aufzählung der Kommissionsmitglieder am Ende der Norm).

¹²⁵ KAPPELLMANN (mit verschiedenen Autoren), Juristisches Projektmanagement, Düsseldorf 1997.

¹²⁶ KAPPELLMANN/ESCHENBRUCH/LEDERER, zit. in Anm. 125, S. 17.

¹²⁷ KAPPELLMANN, zit. in Anm. 125, S. 242 ff.

Die Sorgen, die heutzutage vor allem die kleinen und mittleren Unternehmen (Bauunternehmen und Planungsbüros¹²⁸) der schweizerischen Baubranche plagen, sind zum Teil auch vertragsbezogen. Auf einige dieser Sorgen möchte ich abschliessend hinweisen. Sie betreffen:

1. Die Vergabe öffentlicher Aufträge. Das öffentliche Vergaberecht der Schweiz wurde grundlegend revidiert.¹²⁹ Welchen Einfluss es auf die Baubranche haben wird, zeigt die Zukunft. Zur Zeit besteht die (nicht unberechtigte) Befürchtung, dass die neue Vergabepaxis sich eher zu Gunsten der grösseren Unternehmen auswirkt. Sicher ist jedenfalls, dass das neue Vergaberecht keine oder nur wenig Rücksicht auf die mittelständischen Interessen nimmt.

[31] Die Verfechter einer "reinen" Wettbewerbsidee mögen das letztere zwar begrüßen. Dass es jedoch auch andere Lösungen gibt, zeigt das neue Vergabegesetz Deutschlands. Es enthält eine explizite Bestimmung, wonach "mittelständische Interessen vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose zu berücksichtigen sind"¹³⁰. Eine solche Regel wäre auch für unser Land überlegenswert, solange sie nicht dazu führt, kleine und mittlere Unternehmen bei der Eignungsprüfung oder bei der Bewertung der Offerten zu privilegieren.¹³¹

2. Das Vertragsdiktat der Bauherren. Die Rezession, der hohe Wettbewerbsdruck und die bauherrlich präparierten Verträge lassen den Anbietern der Baubranche im allgemeinen nur wenig Spiel- und Verhandlungsraum. Viele fühlen sich dem Vertragsdiktat der Bauherren ausgeliefert. Einige Bauherren verfügen mit Bezug auf bestimmte Gebiete sogar über eine ausgesprochene Nachfragemacht. Vor diesem Hintergrund stellen sich drei Fragen:

- a. Zunächst fragt sich, ob es nicht an der Zeit wäre, auch in der Schweiz zu einer richterlichen *Inhaltskontrolle vorformulierter Vertragsbedingungen* überzugehen. Eine kreative Rechtsprechung hätte es in der Hand, vorgeformte Vertragsbedingungen auf ihren Gerechtigkeitsgehalt zu prüfen und korrigierend einzugreifen, soweit sie im Sinne eines gerechten Interessenausgleiches unangemessen sind. Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), der das ganze Vertragsrecht beherrscht, müsste genügen, um die gerichtliche Rechtsfortbildung (Art. 1 Abs. 2 ZGB) in diese Richtung zu leiten. Ein weiterer Ansatzpunkt wäre Art. 8 UWG¹³², der von einer überschnellen Dogmatik in einer überschnell engen Interpretation als unbrauchbares Produkt der jüngeren Gesetzgebung abgetan wurde.¹³³ Von den Kriti-

¹²⁸ Noch mehr als das übrige Bauwesen umfasst gerade das Planungswesen eine grosse Zahl von kleinen Betrieben.

¹²⁹ Vgl. dazu GAUCH/TERCIER, Die Liberalisierung des Baumarktes, BRT 1997 I, S. 1 ff.

¹³⁰ So: § 97 Abs. 3 GWB. Vgl. im übrigen schon § 4 VOB/A: "Umfangreiche Bauleistungen sollen möglichst in Lose geteilt und nach Losen vergeben werden (Teillose) [Ziff. 2]. Bauleistungen verschiedener Handwerks- oder Gewerbebezweige sind in der Regel nach Fachgebieten oder Gewerbebezweigen getrennt zu vergeben (Fachlose). Aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen dürfen mehrere Fachlose zusammen vergeben werden [Ziff. 3]."

¹³¹ Gegen eine vergaberechtliche Förderung der KMU spricht zwar das Postulat, dass das öffentliche Vergaberecht nur für Anliegen eingesetzt werden soll, die das konkrete Beschaffungsinteresse berühren. Umgekehrt enthält aber schon das geltende Vergaberecht Bestimmungen, die diesem Postulat widersprechen. Und ausserdem bildet die Rechtsordnung eine Einheit, weshalb es nicht von vornherein abwegig wäre, wenn der Gesetzgeber die KMU auch über das Instrument des Vergaberechtes fördern würde, sofern er dies (z.B. auch aus Gründen der Arbeitsplatzhaltung und -beschaffung) für richtig erachtet.

¹³² Nach Art. 8 UWG handelt unlauter und damit widerrechtlich (Abs. 1 UWG), "wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei: a. von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen".

¹³³ Zu dieser Kritik vgl. Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 7. Aufl., Zürich 1998, Nr. 1155, mit Hinweisen.

kern wird insbesondere befürchtet, dass das Merkmal der “Irreführung” (“in irreführender Weise”), das zum Tatbestand des Art. 8 UWG gehört, der Bestimmung jegliche Bedeutung nehme.¹³⁴ Das aber trifft nicht zu. Denn:

[32] Bei richtiger Auslegung des Art. 8 UWG ist das Merkmal der “Irreführung” schon dann erfüllt, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Zeitpunkt der Übernahme geeignet sind, einen benachteiligten Vertragspartner des Verwenders über ihre Existenz, ihren Inhalt oder über ihre Beachtlichkeit zu täuschen.¹³⁵ Diese Täuschungsgefahr muss zwar gegenüber einem nicht unerheblichen Teil der möglichen Vertragspartner bestehen. Dass ein konkreter Vertragspartner tatsächlich getäuscht wird, ist aber so wenig vorausgesetzt wie irgendeine Täuschungsabsicht des Verwenders.

- b. Sodann fragt sich, was *das neue Kartellgesetz* zum Schutz benachteiligter Vertragsparteien beiträgt. Eine einschlägige Bestimmung findet sich in Art. 12 Abs. 1 KG.¹³⁶ “Wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird”, verfügt über die zivilrechtlichen Rechtsbehelfe dieser Bestimmung.¹³⁷ Unter anderem kann er auf Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung, auf Schadenersatz (nach Massgabe des OR) oder auf Herausgabe eines unrechtmässigen Gewinnes (nach Massgabe der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag) klagen. Zur Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs “kann das Gericht auf Antrag des Klägers namentlich anordnen, dass: 1. Verträge ganz oder teilweise ungültig sind; 2. der oder die Verursacher der Wettbewerbsbehinderung mit dem Behinderten marktgerechte oder branchenübliche Verträge abzuschliessen haben” (Art. 13 KG).¹³⁸

Die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, die nach Art. 12 Abs. 1 KG der anspruchsbegründenden Wettbewerbsbehinderung zugrundeliegt, besteht entweder in einer unzulässigen Wettbewerbsabrede (Art. 5 KG) oder einem unzulässigen Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens (Art. 7 KG).¹³⁹ Wie private Bauherren, so können *auch öffentliche*

¹³⁴ Vgl. etwa BAUDENBACHER, Braucht die Schweiz ein AGB-Gesetz?, ZBJV 1987, S. 526: “Das, worauf Art. 8 UWG abzielt, ist rechtspolitisch nicht oder kaum problematisch. Und das, was rechtspolitisch problematisch ist, kann mit Art. 8 UWG nicht gelöst werden”; ähnlich derselbe, Das neue Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG), *recht* 1988, S. 82.

¹³⁵ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., Nr. 1154. Der Grund, weshalb die AGB zur Täuschung geeignet sind, ist unerheblich. In Frage kommen zum Beispiel: Unklare oder unbestimmte Fassung des Textes, der Gebrauch einer fremden oder technischen (auch juristisch-technischen) Sprache, die Kompliziertheit der getroffenen Regelung, die ungewöhnliche Platzierung der Geschäftsbedingungen in einem Formulartext, die Art ihrer grafischen Gestaltung, der Gebrauch von Querverweisen oder von doppelten Negativen (vgl. dazu GAUCH, Die Verwendung “missbräuchlicher Geschäftsbedingungen” – Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG, BR, 1987, S. 51 ff.).

¹³⁶ Ein anderer Weg geht zu den Wettbewerbsbehörden. Unter Umständen führt das Sekretariat der Wettbewerbskommission auf entsprechende Anzeige hin eine Vorabklärung des Sachverhaltes durch (Art. 26 KG). Findet es “Anhaltspunkte dafür, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine [kartellverwaltungsrechtliche] Untersuchung” (Art. 27 Abs. 1 KG). Während der verwaltungsrechtliche Weg für den Anzeiger kaum Risiken birgt, vermag er sich doch nur im Kartellzivilprozess namentlich Schadenersatz zu verschaffen.

¹³⁷ Art. 12 Abs. 3 KG geht noch einen Schritt weiter, indem er die gleichen Rechtsbehelfe auch demjenigen einräumt, der “durch eine zulässige Wettbewerbsbeschränkung über das Mass hinaus behindert wird, das zur Durchsetzung der Wettbewerbsbeschränkung notwendig ist”.

¹³⁸ Zu den Ansprüchen aus Art. 12 f. KG vgl. STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Diss. Freiburg 1999 (im Manuskript, erscheint im Sommer 1999).

¹³⁹ Das jedenfalls sind die Hauptfälle. Näher zu prüfen bliebe die Frage, ob auch unzulässige Unternehmenszusammenschlüsse eine widerrechtliche Wettbewerbsbehinderung auslösen können. Das erscheint nicht zum vornherein ausgeschlossen, hat jedoch im vorliegenden Zusammenhang keine praktische Bedeutung.

Auftraggeberinnen diese Tatbestände erfüllen.¹⁴⁰ Zwei Beispiele mögen dies [33] belegen: 1. Mehrere öffentliche Auftraggeberinnen, die jeweils gleiche Leistungen nachfragen, verständigen sich auf Höchstpreise, die sie den Anbieterinnen zu zahlen bereit sind. Dabei handelt es sich um eine Wettbewerbsabrede, die (vermutungsweise, Art. 5 Abs. 3 KG) unzulässig ist. 2. Eine einzelne öffentliche Auftraggeberin zwingt Unternehmer durch den missbräuchlichen Einsatz ihrer nachfragebeherrschenden Stellung¹⁴¹, unangemessene Bankgarantien zu leisten oder AGB¹⁴² zu übernehmen, die sie benachteiligen. Das sind Verhaltensweisen, die Art. 7 KG zuwiderlaufen und damit verboten sind.

- c. Schliesslich fragt sich, ob die Unternehmer berechtigt sind, zur *Selbsthilfe* zu greifen und Wettbewerbsabreden einzugehen, um sich der Nachfragemacht eines marktdominanten Bauherrn vereint zu erwehren. Auch diese Frage beurteilt sich nach Kartellgesetz, bei öffentlichen Bauherren ausserdem nach dem anwendbaren Beschaffungsrecht.

Was das *Kartellrecht* anbelangt, so steht fest, dass Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG verboten sind, wenn sie entweder zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen (absolutes Verbot), oder wenn sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, ohne dass sich zu ihrer Rechtfertigung Gründe der wirtschaftlichen Effizienz ausmachen lassen (beschränktes Verbot).¹⁴³ Mit Bezug auf das beschränkte Abredeverbot könnte man sich überlegen, ob die konzertierte Bekämpfung der Nachfragemacht ausreicht, um die Wettbewerbsabrede der Anbieter aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigen. Angesichts der gesetzlichen Konkretisierung der wirtschaftlichen Effizienz in Art. 5 Abs. 1 lit. a KG ist dies nach der geltenden Rechtslage kaum anzunehmen.

3. Die Bank- oder Versicherungsgarantien, die insbesondere bei grösseren Bauvorhaben abverlangt werden.¹⁴⁴ In der heutigen Vergabepraxis stehen *die Erfüllungs- und die Gewährleistungsgarantie* im Vordergrund. Verlangt werden aber auch Anzahlungs- und Offertgarantien, obwohl die aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis "importierte" Offertgarantie [34] (Bie-

¹⁴⁰ Einschlägig ist Art. 2 Abs. 1 KG, der festhält, dass dem Gesetz nicht nur die privatrechtlich verfassten Unternehmen, sondern auch die "Unternehmen des ... öffentlichen Rechts" unterstehen. Dementsprechend gelten die kartellgesetzlichen Regeln auch für die öffentliche Hand, wenn sie im Rahmen eines Vergabeverfahrens als Marktteilnehmerin auftritt, indem sie bei der Marktgegensseite etwa Planungs- oder Bauleistungen nachfragt, und sich so als Unternehmen konstituiert. Ausdrücklich dazu EMMERICH, Kartellrecht, 7. Aufl., München 1994, S. 48, der für Deutschland konstatiert, dass die Praxis "heute zu einer extensiven Anwendung des GWB auf die wirtschaftliche Betätigung des Staates" tendiere und feststehe, "dass der Staat als Anbieter und Nachfrager unternehmerisch handelt".

¹⁴¹ Zur kartellrechtlichen Relevanz der staatlichen Nachfragestellung vgl. schon die Untersuchung der Schweizerischen Kartellkommission, Das Submissions- und Einkaufswesen in Bund, Kantonen und ausgewählten Gemeinden, in: Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission und des Preisüberwachers (VKKP) 2/1988, S. 35 ff. und 108. Zu beachten ist allerdings, dass diese verwaltungsrechtliche Untersuchung unter der Herrschaft des (abgelösten) Kartellgesetzes von 1985 stand. Neuerdings: GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Nr. 66 ff.; SCHUMACHER, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Freiburg 1998, Nr. 513; TERCIER, Die Bedeutung des neuen Wettbewerbsrechts, in: GAUCH/TERCIER, Die Liberalisierung des öffentlichen Bauparktes und viele Fragen, BRT I, 1997, S. 34.

¹⁴² Allgemeine Geschäftsbedingungen, Musterverträge und Rahmentarife des Bundes mögen zwar die Beschaffungsstellen binden, sind aber keine "Vorschriften" im Sinne des Art. 3 Abs. 1 KG, die den Geltungsbereich des Kartellgesetzes beschneiden würden (gleicher Meinung: GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Nr. 67 und 113). Mithin sind sie der kartellrechtlichen Überprüfung durchaus zugänglich und können insbesondere daraufhin geprüft werden, ob ihr Einsatz mit Art. 7 KG in Einklang steht oder aber missbräuchlich und deshalb unzulässig ist.

¹⁴³ Vorbehalten bleibt Art. 8 KG, nach dem der Bundesrat eine nach Art. 5 KG unzulässige Abrede ausnahmsweise zulassen kann, wenn überwiegende öffentliche Interessen dies gebieten.

¹⁴⁴ Vgl. zum Folgenden: Arbeitsthesen zum neuen Beschaffungsrecht des Bundes (Thesen 1998), Freiburg 1998 (Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht), S. 30 f.

tungsgarantie) mit Rücksicht auf den bei uns bindenden Charakter der Offerte von nur untergeordnetem Nutzen ist.

Die Kosten der Garantiestellung und die zunehmende Schwierigkeit, überhaupt einen Garanten zu finden, beeinträchtigen vor allem auch die Wettbewerbsfähigkeit der kleinen und mittleren Schweizer Unternehmen.¹⁴⁵ Da die Banken den garantierten Haftungsbetrag an die Kredit- oder Bondinglimite anrechnen, ist es für viele Anbieter von vornherein ein Ding der Unmöglichkeit, die verlangte Garantie beizubringen. Ausserdem kann eine gewährte Garantie zu Liquiditätsproblemen führen, die eine Übernahme weiterer Aufträge ausschliessen. Bei Erfüllungsgarantien trifft dies in verstärktem Masse zu, wenn die Garantie zusätzlich zu einem Garantierückbehalt auf den Abschlagszahlungen verlangt wird.

Mit Rücksicht auf diese Situation ist es bei gesamtwirtschaftlicher Betrachtung kaum zu verstehen, wenn öffentliche Bauherren unnötige oder unnötig hohe Garantien verlangen. Nachdem das Garantiebedürfnis von Anbieter zu Anbieter verschieden sein kann, gibt es ausserdem keinen wirtschaftlichen Grund, von allen Anbietern je die gleiche Garantie (etwa eine Erfüllungsgarantie von 20% der Bausumme) zu fordern. Vielmehr wäre es sachlich richtig, beim Abschluss des Vertrages auf die genannte Verschiedenheit Rücksicht zu nehmen, indem je nach Garantiebedürfnis eine höhere oder eine niedrigere oder überhaupt keine Bankgarantie verlangt würde.¹⁴⁶ Dagegen wird allerdings eingewandt, dass eine individualisierte Garantiepraxis die kleinen und mittleren Unternehmen noch stärker benachteiligen könnte.

4. Das schlechte Zahlungsverhalten der Bauherren. Auch diesbezüglich häufen sich die Klagen, und zwar in ganz Europa. Beklagt werden schlechte Zahlungskonditionen und eine schlechte Zahlungsmoral, was sich wiederum besonders negativ auf die wirtschaftliche Situation der KMU auswirkt.¹⁴⁷ Die Vereinbarung überlanger Zahlungsfristen und die Verzögerung fälliger Zahlungen schaden den KMU, verschlechtern die Beschäftigungslage und sind namentlich dann, wenn es um öffentliche Aufträge geht, ein unannehmbares Verhalten.¹⁴⁸

5. [35] Die gesteigerte Konfliktbereitschaft der Vertragsparteien. Baukonflikte hat es immer gegeben. Das Bauen ist sogar in besonderer Weise konfliktträchtig. Dazu kommt in neuerer Zeit eine noch gesteigerte Konfliktbereitschaft der Parteien. Sie hat wirtschaftliche, aber auch andere

¹⁴⁵ Mit Rücksicht darauf hat die Schweizerische Bauwirtschaftskonferenz an der Plenarversammlung vom 12. 12. 1998 ein Thesenpapier verabschiedet, worin für eine "sinnvolle Handhabung" der Sicherheitsleistungen plädiert wird. Unternehmergarantien sollen nur ausnahmsweise, auf Grund einer entsprechenden Risikoanalyse, verlangt werden; sie sollen 5% der Vertragssumme im Regelfall nicht übersteigen und als Erfüllungsgarantie degressiv ausgestaltet sein. Auf Bietergarantien sei überhaupt zu verzichten. Umgekehrt aber habe der Bauherr Erfüllungsgarantie zu leisten, um die Verluste aus verspäteten oder ausbleibenden Zahlungen abzudecken.

¹⁴⁶ Vergaberechtlich liesse sich dieses Postulat so verwirklichen, dass der einzelne Anbieter die jeweils abverlangte Bankgarantie mit abgestuften Summen zu entsprechend abgestuften Preisen und in einer separaten Leistungsposition anzubieten hätte. Alsdann wäre die Auftraggeberin in der Lage, in die Beurteilung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes (Art. 21 Abs. 1 BoeB) auch die individuell (für den jeweiligen Anbieter) erforderliche Garantie und deren Preis einzubeziehen. Ob dieses Vorgehen auch unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung zulässig ist, wird bisweilen zwar bezweifelt, ist aber nicht zum vornherein auszuschliessen. Je nach der Optik, aus der man die Frage angeht, lässt sich sogar umgekehrt behaupten, dass ein Anbieter diskriminiert wird, wenn er eine kostentreibende Bankgarantie nur deshalb (oder nur deshalb in einer bestimmten Höhe) zu erbringen hat, weil diese Garantie für einen Konkurrenten erforderlich ist.

¹⁴⁷ Für das Ausland vgl. EU-Kommission, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, Mitteilung vom 11. März 1998, S. 22; EU-Kommission, Bericht über Zahlungsverzug im Handelsverkehr, Mitteilung vom 9. Juli 1997.

¹⁴⁸ Wirtschafts- und Sozialausschuss der Europäischen Gemeinschaften, Stellungnahme zum Richtlinienvorschlag zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Handelsverkehr, Brüssel, September 1998, S.1 und 3 f.

Gründe, und äussert sich in einer zunehmenden Zahl von Bauprozessen¹⁴⁹, die vor staatlichen Gerichten oder Schiedsgerichten ausgetragen werden.¹⁵⁰

Da gerichtliche Streitigkeiten Kräfte und Energien binden, den ungestörten Ablauf des Bauvorganges gefährden, risikoreich und kostspielig sind, vereinbaren die Parteien bisweilen auch ein *alternatives Streitverfahren*, das darauf abzielt, aufkommende Konflikte rasch, effizient und ohne Einschaltung eines Gerichts zu lösen. Solche "Streitbeilegungsabreden" finden sich namentlich in grösseren Verträgen und verpflichten die Parteien in aller Regel, sich an das vereinbarte Verfahren zu halten, bevor sie ein Gericht anrufen.

In der Praxis haben sich *verschiedene Verfahren* (formalisierte Verhandlungen, Verhandlungen über mehrere Stufen, Mediation¹⁵¹, Minitrial u.s.w.) entwickelt¹⁵², die durch angloamerikanische Vorbilder und die dortige Mentalität beeinflusst sind. Ob sie auch bei uns zum gewünschten Erfolge führen, hängt wesentlich von der Kooperationsbereitschaft der jeweiligen Parteien ab, weshalb die blossse Vereinbarung einer "Streitbeilegungsabrede" noch keinen Erfolg garantiert. Das gilt auch dann, wenn die Abrede eine ständige Schlichtungsinstanz ("Disputes Review Board") vorsieht, die schon während der Vertragsabwicklung, sei es periodisch oder auf Verlangen einer Partei, zusammentritt, um aufkommende Konflikte sofort ("auf der Baustelle") zu lösen ("Jobsite Dispute Resolution"). Solche Abreden wecken sogar die Befürchtung, dass sie die Parteien dazu animieren, Konfliktstoff zu sammeln, um auf Forderungen der Gegenpartei mit eigenen Forderungen gerüstet zu sein. Dazu kommt, dass jede "Streitbeilegungsabrede" komplizierte Rechtsfragen aufwirft¹⁵³, die oft nur wenig bedacht sind.

Mit dem soeben Gesagten will ich die Nützlichkeit der "Streitbeilegungsabreden" nicht in Abrede stellen, wohl aber vor übertriebenen Erwartungen warnen. Falsch wäre es jedenfalls, sich im Vertrauen auf eine solche Abrede von der "Mühe" der Streitprävention zu dispensieren.

VII. Schluss

1. [36] Wer Streitigkeiten vermeiden will, der muss bei den Verträgen beginnen.¹⁵⁴ **Ungerechte, unklare oder unverstandene Verträge** sind eine erstrangige Quelle für Konflikte. Aggressive Verträge mit gedrückten Preisen und einseitigen AGB fordern zu Nachtragsforderungen heraus.¹⁵⁵ Und unklare oder unverstandene Verträge führen zu Streitigkeiten, die vermeidbar wären. Auch unter diesem Gesichtspunkt erscheint mir manches Vertragswerk verbesserungsfähig. In einer ausländischen Zeitschrift stand der Satz:

"Contract documents ... have not matched technological advances in the design and construction of tunnels. ... Engineers still copy others' specifications, bid scheduls do not give the contractor the incentive to reduce costs, and specifications have too many ambiguities and discrepancies"¹⁵⁶. Ob dieser Satz auch auf die schweizerischen Verhältnisse und ob er über den

¹⁴⁹ Vgl. dazu WALTER, Richter und Bauprozess, BRT 1993 I, S. 27 ff.

¹⁵⁰ WALTER, Der Baustreit, BRT 1997 I, S. 38 ff.

¹⁵¹ Vgl. dazu WALTER, Der Baustreit, BRT 1997 I, S. 49 ff.

¹⁵² Vgl. GAUCH, Die praktische Gestaltung der Bauverträge, BRT 1993 I, S. 26.

¹⁵³ Vgl. dazu EIHOLZER, Die Streitbeilegungsabrede, Ein Beitrag zu alternativen Formen der Streitbeilegung, namentlich zur Mediation, Diss. Freiburg 1998.

¹⁵⁴ Vgl. dazu GAUCH, Die praktische Gestaltung der Bauverträge, BRT 1993 I, S. 22 ff.

¹⁵⁵ Die bedauerliche Tatsache, dass sich auf Grossbaustellen immer häufiger auch Leute finden, die mit der systematischen "Suche" nach Zusatzforderungen betraut sind, hat seinen Grund nicht zuletzt in derartigen Verträgen.

¹⁵⁶ TUNNELS & TUNNELING 1995, S. 47.

Tunnelbau hinaus zutrifft, möchte ich Ihrer eigenen Beurteilung überlassen. Eines aber steht fest:

Noch allzu oft kommt es vor, dass die konkreten Parteien nicht begreifen, was sie in ihren Verträgen alles *vor-* oder *unterschreiben*. Die ganze Konzentration richtet sich auf die Leistungsbeschreibung und den Preis, während der Rest als “rituelle” Beigabe hingenommen wird. Aber auch die Leistungsbeschreibung ist häufig weder vollständig noch klar.¹⁵⁷ Und immer wieder gibt es Parteien, die nicht wissen, was es bedeutet, wenn eine Einheitspreis-Offerte für den Vertragsabschluss pauschalisiert, ein Global- statt ein Pauschalpreis vereinbart oder ein “Kostendach” verabredet wird.

2. Nachdem wir im Zeitalter der Weiterbildung leben, mag es abschliessend erlaubt sein, auf das **Erfordernis einer kontinuierlichen Vertragsschulung** hinzuweisen. Für Juristen, die sich mit Vertragsrecht befassen, ist dies ohnehin unabdingbar. Und die Baupraktiker benötigen jedenfalls eine vertragsrechtliche Grundausbildung, wenn sie gravierende Fehler vermeiden möchten. An ihren klassischen Lehranstalten kommt diese Ausbildung entweder zu kurz oder wird von den Absolventen selber vernachlässigt, weil sie in der Phase ihrer primären Berufsausbildung das Technische ganz in den Vordergrund stellen. Spätere Vertragskurse haben das Vernachlässigte auszugleichen. Dabei geht es nicht darum, aus den Baupraktikern veritable Juristen zu machen, wohl aber darum, sie so weit in die Mechanismen des Vertragsrechts einzuführen, dass sie für einen sorgfältigen Umgang mit den Verträgen motiviert und bereit sind, im notwendigen Umfang auch Vertragsjuristen beizuziehen.

Umgekehrt hat jeder Bauvertrag “unausweichlich auch einen naturwissenschaftlichen Gehalt”¹⁵⁸. Deshalb scheint es mir erforderlich, dass wir Juristen, die wir mit Bauverträgen zu tun haben, damit beginnen, uns auch **elementare Kenntnisse der Baukunst** anzueignen. Nur auf diese Weise können wir sicherstellen, dass wir die tatsächlichen Vorgänge auf einer [37] Baustelle, unsere Gesprächspartner oder einen Fall verstehen, den wir zu entscheiden haben. Sonst bleibt es dabei, dass wir bei den Baupraktikern ein zwiespältiges Gefühl hinterlassen.

Ein Ingenieur hat mir kürzlich geklagt, dass er “seinen” Fall kaum wiedererkannte, nachdem er durch die Hände der Juristen gegangen war. Auf das Verständnis der Juristen reduziert, sei aus seinem Gerichtsfall ein ganz anderer Fall geworden, der sich *so* weder ereignet habe noch überhaupt hätte ereignen können. Da ich selber die grösste Mühe hatte, seiner Schilderung zu folgen, wurde mir klar: Juristisches Wissen ist zwar brauchbar, aber wie jedes andere Fachwissen in hohem Masse ergänzungsbedürftig.

Korr.: sf 5.7.2007

¹⁵⁷ Anstelle einer detaillierten Leistungsbeschreibung wählt der Bauherr bisweilen eine funktionale Umschreibung der gewünschten Leistung (vgl. dazu SCHUMACHER, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Freiburg 1998, S. 17 ff.). Aber auch eine solche Leistungsbeschreibung muss klar und vollständig sein, indem sie die erwarteten Leistungsziele und die Eckwerte umfassend angibt.

¹⁵⁸ WALTER, Richter und Bauprozess, BRT 1993 I, S. 30.