Zeitschrift: Schweizerische Bauzeitung
Herausgeber: Verlags-AG der akademischen technischen Vereine
Band: 89 (1971)
Heft: 17: Sondernummer über den Werkvertrag

Artikel: Die Haftung des Unternehmers
Autor: Straub, Peter Conrad
DOI: https://doi.org/10.5169/seals-84844

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

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

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

Download PDF: 13.07.2025

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

Änderungswünsche hat, diese teuer bezahlt werden müssen.

Der Werkvertrag des Generalunternehmers ist juridisch durch drei Garantien charakterisiert:

- die spezifische Eigenschaft des Werkes, im detaillierten Baubeschrieb genau angeführt;
- der feste Preis (Forfait) oder Pauschalpreis;
- die Einhaltung des Übergabetermines.

In einem bedeutenden Urteil, welches den Vertrag eines Generalunternehmens betrifft, hat sich das Bundesgericht in ausserordentlich klarer Weise ausgedrückt und erklärt: «Der Antragsteller kann den Pauschalpreis daher nur zu der Bedingung fordern, dass das Werk in allen seinen Teilen den getroffenen Abmachungen entspricht. Falls jedoch der Generalunternehmer einen Teil des Werkes nicht in der vereinbarten Qualität ausgeführt oder eine minderwertigere Qualität des Materials gewählt hat, erhält der Bauherr nicht die versprochene Leistung, während der Unternehmer dadurch eine Bereicherung erfährt. Verlangt der Bauherr nicht die Lieferung dem Vertrag entsprechend, das heisst die vollständige Ausführung des Werkes, hat der Unternehmer nach gutem Glauben eine angemessene Senkung des Preises zu akzeptieren. Der Standpunkt des Verteidigers, dass der Antragsteller verpflichtet ist, den Preis porportionell zum Minder-Wert herabzusetzen, ist berechtigt» (ABG 94 II p 165). Im Lichte dieser gerichtlichen Erklärung ist es für den Bauherrn im Falle eines Pauschalpreises von wesentlicher Bedeutung, im Augenblick der Werkübergabe eine genaue Kontrolle vorzunehmen, um sich zu versichern, dass die Qualität und Quantität denjenigen, die im detaillierten Baubeschrieb angeführt sind, entsprechen. Falls sich das Generalunternehmen mit dem gesamten Komplex der Arbeiten, die zur Ausführung des Werkes nötig sind, befasst, kann das Büro, welches das Projekt ausgearbeitet hat, mit der Kontrolle beauftragt werden. Falls jedoch das Generalunternehmen die gesamte Verantwortung für das Werk hat – Erstellung des Projektes und Ausführung der Arbeiten –, steht der Bauherr dem Unternehmer allein gegenüber; in diesem Falle liegt es in seinem Interesse, sich der Dienste eines unabhängigen Sachverständigen zu versichern, der die Kontrolle vornehmen kann.

In Anbetracht der immer grösser werdenden Bedeutung, die den Pauschalverträgen zukommt, muss die Norm SIA 118, Ausgabe 1962, in diesem Punkt vervollständigt werden. Das augenblicklich in Arbeit befindliche Revisionsprojekt trägt dieser Entwicklung Rechnung.

Vor allem müssen die Begriffe genau umrissen werden. Häufig besteht in der Praxis eine unglückliche Verwechslung zwischen Pauschalpreis und Globalpreis.

Der Pauschalpreis beinhaltet drei Garantien, die bereits erwähnt wurden: Qualität und Quantität, Festpreis, Einhaltung des Übergabetermines. Dieser Pauschalpreis wird auch dann bezahlt, wenn das Werk weniger Arbeit verursacht als vorgesehen wurde, während normale Verteuerungen nicht fakturiert werden können. Der Globalpreis hingegen garantiert nur die Ausführung nach detailliertem Baubeschrieb, das heisst die Qualität des Bauwerks und die vorgesehenen Quantitäten. Er erlaubt die Berücksichtigung der Löhne und Materialpreise. Es ist bedauerlich, dass das Obligationenrecht der schon festgestellten Verwirrung eine weitere hinzufügt, denn der Art. 373 übersetzt den deutschen Ausdruck «feste Übernahme» (acceptation ferme) mit «prix à forfait» in die französische Sprache. Das Wörterbuch übersetzt «à forfait» mit «pauschal». Wenn deshalb auf französisch der «Prix à forfait» ohne Zweifel dem Gesetz nach ein Festpreis ist, muss dies auf deutsch für «pauschal» nicht unbedingt zutreffen.

Diese Doppelsinnigkeit ist natürlich nicht zulässig; auch bei uns in der Schweiz sind Preise «à forfait», auf deutsch Pauschalpreise, feste Preise.

Schlussfolgerung

Diese kurze Abhandlung über den Preis im Werkvertrag beweist, wie nötig es ist, dass für die Art der Preisberechnung im ganzen Land die gleichen Grundlagen angewandt werden, um einen Vergleich der Offerten der Unternehmer zu ermöglichen und damit die freie Konkurrenz spielen zu lassen; vor allem heutzutage, da die Entwicklung der Baukunst immer komplexer wird.

Daraus ergibt sich die immer wichtiger werdende Bedeutung der allgemeinen Bedingungen für die Ausführung von Bauarbeiten, Norm SIA 118.

Es ist zu wünschen, dass die Berufsangehörigen immer besser verstehen, dass es in ihrem Interesse liegt, ihre Verträge nach den Normen SIA abzuschliessen; auch die Juristen, vor allem diejenigen, die in öffentlichen Diensten stehen, sollten sich bemühen, den wahren Sinn der allgemeinen Bedingungen des SIA zu verstehen. Diese sind nicht von den Berufsverbänden diktiert worden, vielmehr sind sie das Ergebnis zahlreicher Diskussionen der interessierten Kreise mit dem Zweck, Regeln festzusetzen, die eine rationelle Arbeit begünstigen.

Adresse des Verfassers: *Marius Beaud*, lic. iur., Generalsekretariat SIA, 8039 Zürich, Postfach.

Die Haftung des Unternehmers

DK 347.754.3:347.768:338.934

Von **Peter Conrad Straub**, lic. iur., Zürich

Einleitung

Die Haftung aus dem Werkvertrag ist sehr vielseitig und streng, und für den Unternehmer entsteht daraus ein nicht ungefährliches Haftungsrisiko, das überdies nicht das einzige ist, das er bei seiner Tätigkeit trägt. Es ist daher unerlässlich, eine allgemeine Übersicht über die wichtigsten gesetzlichen Haftungsregeln, die Lehren und vor allem die Gerichtspraxis zur werkvertraglichen Haftung zu geben.

Allgemeines

Grundsätzlich haftet der Unternehmer für einen Erfolg, der im Vertrag genau bestimmt und beschrieben ist; er muss ein Werk erstellen, das mängelfrei und für den vorgesehenen Zweck ohne Einschränkung verwendbar ist. Tritt dieser Erfolg nicht ein, so hat der Unternehmer ihn nachträglich herbeizuführen und wird für den Schaden, der dem Besteller aus der schuldhaft verspäteten Leistung entsteht, schadenersatzpflichtig. Ist die nachträgliche Leistung nicht möglich oder mit für den Unternehmer unzumutbar grossem Aufwand verbunden, so kann der Unternehmer in dem Umfang, als der gewünschte Erfolg nicht eingetreten ist, keinen Werklohn fordern.

Von der Haftung für die Erfüllung des Werkvertrages ist die Haftung für Schäden, die aus der Nichterfüllung oder der zu späten Erfüllung entstehen, zu unterscheiden. Für diese Schäden haftet der Unternehmer nur, wenn er sie schuldhaft verursacht hat. Eine grobe Faustregel, die mehr die eben gemachte Unterscheidung erläutern soll, als dass sie in der Praxis ohne weiteres anwendbar wäre, könnte lauten: Für die Erfüllung des Werkvertrages haftet der Unternehmer auf jeden Fall, jedoch nur bis zum Betrage seines Werklohnes. Für Schäden aus Nichterfüllung bzw. zu später Erfüllung

haftet er nur, wenn er die Nichterfüllung bzw. die Verspätung verschuldet hat; die Höhe der Haftungssumme ist dabei unbegrenzt.

Die für den Werkvertrag typischen Haftungsgründe scheiden sich in zwei Hauptgruppen: Die Haftung für Mängel des Werkes und für nicht vertragsgemässe Ausführung einerseits, die Haftung für Sorgfalt bei der Ausführung anderseits. Diese Gruppierung dient der schematischen Darstellung und ist im konkreten Fall von untergeordneter Bedeutung. Auch im Gesetz wird sie nicht konsequent vorgenommen, vielmehr durchdringen sich die Gruppen gegenseitig.

Der grundsätzliche Unterschied zwischen den beiden Gruppen von Haftungsgründen besteht darin, dass die Haftung für Mängel sich auf die Vertragserfüllung beschränkt und rein kausal ist, während die Haftung für Sorgfalt über die Erfüllung des Vertrags hinaus auch die Schadenersatzpflicht beinhaltet.

A. Haftung für Mängel des Werkes

1. Grundsatz

Das Hauptkriterium für die vollständige Erfüllung des Werkvertrages ist die Mängelfreiheit des Werkes. Solange das Werk an einem Mangel leidet, ist der Werkvertrag nicht vollkommen erfüllt und ist der Unternehmer verpflichtet, die zur Behebung des Mangels notwendigen Leistungen zu erbringen.

Als Mangel ist dabei jeder Fehler zu verstehen, der den Gebrauch des Werkes zum vorgesehenen Zweck erschwert bzw. seinen Wert als Vermögensgegenstand mindert. Ferner ist jede nicht vertragsgemässe Ausführung als Mangel zu werten. Vom Mangel zu unterscheiden ist die nach Abnahme des Werkes durch Dritte verursachte Beschädigung. Für diese haftet der Unternehmer nicht. Auf dem Bau kommen solche Beschädigungen ab und zu vor. Werden sie dem Werk *vor* der Abnahme zugefügt, so ist der Unternehmer gemäss dem Grundsatz von Art. 376, Abs. 1 OR verpflichtet, auf seine Kosten und von sich aus den Schaden zu beheben. Gegen den Schädiger hat er einen entsprechenden Schadenersatzanspruch.

Nicht immer kann der Mangel behoben werden, ohne dass damit für den Unternehmer übermässige, unzumutbar hohe Kosten verbunden wären. In einem solchen Fall gewährt das Gesetz dem Unternehmer die Erleichterung, dass er bezüglich dieses Mangels nur für den Minderwert des Werkes haftet, nicht für die positive Erfüllung des Vertrages, das heisst, er wird nicht gezwungen, den Mangel zu beheben, er muss sich lediglich einen angemessenen Abzug vom Werklohn gefallen lassen.

Die Zumutbarkeit bzw. die Uebermässigkeit des Aufwandes für die Behebung der Mängel ist Ermessenssache. Der Richter wird dem Unternehmer mehr Aufwand zumuten, wenn dieser den Mangel durch Verletzung der Sorgfaltspflicht verursacht hat oder wenn das Werk vertraglich zugesicherte Eigenschaften nicht aufweist – in Fällen also, wo nebst der Erfüllung des Vertrages vom Unternehmer Schadenersatz gefordert werden kann –, als wenn der Mangel lediglich die vertragliche, kausale Haftung provoziert.

2. Haftung für zugesicherte Eigenschaften

Die Haftung für zugesicherte Eigenschaften ist absolut unnachgiebig. Das Bundesgericht neigt sogar dazu, vom Unternehmer vorbehaltlos die Verbesserung des Mangels auf eigene Kosten zu verlangen, selbst wenn die Tauglichkeit des Werkes unter dem Fehlen der zugesicherten Eigenschaften nicht erheblich leidet, wenn es sagt: «Nach dem Grundsatz, dass Verträge zu halten sind, ist der Beklagte ... verpflichtet, die erforderliche Abänderung ... vorzunehmen. Wie hoch die Kosten dieser Abänderung sind, ist unerheblich, und ebenso braucht der Kläger keinen Schaden infolge der nicht vertragsgemässen Ausführung des Werkes nachzuweisen.» (BGE 93 II 326; Beklagter ist der Unternehmer, Kläger der Bauherr).

Allerdings schränkt es gerade anschliessend diese Aussage ein: «Dem Begehren auf Herstellung des vertragsgemässen Zustandes wäre der Schutz nur zu versagen, wenn es als offenbarer Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 ZGB erschiene und darum gegen das Gebot zum Handeln nach Treu und Glauben verstiesse. Das ist jedoch nicht der Fall ..., wenn ... der Kläger für sein Beharren auf richtiger Vertragserfüllung stichhaltige Gründe geltend machen kann.»

3. Haftung für den Stoff

Die Haftung für Mängel überdeckt weitgehend alle übrigen werkvertraglichen Haftungsgründe, soweit es um die Haftung für die Erfüllung des Vertrages überhaupt geht, also auch die Haftung für Sorgfalt, für persönliche Ausführung und für den Stoff. Warum der Gesetzgeber die Haftung für den Stoff – nachdem er doch die Haftung für Mängel des Werkes bereits umfassend festgelegt hat – noch besonders regelt, wird im folgenden erörtert.

Der Unternehmer ist als Sachkundiger und als Fachmann verpflichtet, den für die Ausführung des Werkes richtigen und geeigneten Stoff zu verwenden. Für die Eignung des Stoffes haftet er wie ein Verkäufer, das heisst, er hat dafür einzustehen, dass der Stoff zum vorausgesetzten Gebrauch tauglich ist. Für die Mängel des verwendeten Stoffes haftet er auch dann, wenn er sie nicht gekannt hat. Dies ergibt sich aus den beiden Art. 365, Abs. 1 und 197, Abs. 2 OR. Ohne diesen Verweis auf die Haftung für Mängel des Stoffes wäre nicht ohne weiteres klar, ob der Unternehmer auch dann für die Mangelhaftigkeit des Stoffes haftet, wenn sie ihm trotz sorgfältiger, fachmännischer Prüfung entgangen ist. Das Gesetz hat somit eindeutig entschieden. Dies scheint dem Unternehmer eine zu strenge Haftung aufzubürden – allein, für den Besteller wäre es noch weniger zumutbar, das Risiko der Tauglichkeit des verwendeten Stoffes zu tragen, da er ja auf dessen Auswahl und dessen Verwendung keinerlei Einfluss hat und auch nicht feststellen kann, ob der Unternehmer den Stoff tatsächlich geprüft hat.

Wird der Stoff vom Besteller geliefert, so muss ihn der Unternehmer *vor* Beginn der Arbeit auf seine Eignung und Verwendbarkeit prüfen und den Besteller auf die von ihm festgestellten Mängel des Stoffes aufmerksam machen und von der Verwendung des Stoffes abraten, wenn dieser sich für die Ausführung des Werkes als ungeeignet erweist, andernfalls der Unternehmer für jeden daraus entstehenden Schaden haftet.

Oft zeigen sich Mängel an dem vom Besteller gelieferten Stoff erst bei der Ausführung des Werkes. Grundsätzlich würde der Unternehmer jetzt schon für die Mängel des Stoffes haften, da er ja auch für die ihm nicht bekannten Stoffmängel haftet. Es ist aber zu bedenken, dass ihm ja der Stofflieferant seinerseits für die Güte des Stoffes haftet und dass er dem Lieferanten gegenüber auch versteckte Mängel – Mängel also, die bei der übungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar waren – noch geltend machen kann, wobei er allerdings die Mängel sofort nach der Entdeckung zu rügen hat. Dieses Recht hat der Unternehmer natürlich auch dem Besteller als Lieferanten des Stoffes gegenüber, was in Art. 365, Abs. 2 OR auch ausdrücklich gesagt ist: «Zeigen sich bei der Ausführung des Werkes Mängel an dem vom Besteller gelieferten Stoffe oder an dem angewiesenen Baugrunde ..., so hat der Unternehmer dem Besteller ohne Verzug davon Anzeige zu machen, widrigenfalls die nachteiligen Folgen ihm selbst zur Last fallen.»

Fraglich ist allerdings, ob für den Unternehmer die Möglichkeit, die Mängel des Stoffes zu rügen, gegenüber dem Besteller als Lieferanten ebenfalls nur während eines Jahres seit Lieferung des Stoffes oder während der ganzen Ausfüh-

rungszeit besteht. Das Gesetz gibt darüber keine Auskunft.

Ein besonderes Risiko der Haftung des Unternehmers für den Stoff liegt übrigens darin, dass die Haftung seiner Lieferanten für die Mängel des Stoffes in einem Jahr seit Ablieferung verjährt, der Bauunternehmer dagegen für Mängel des von ihm erstellten, unbeweglichen Bauwerkes während fünf Jahren seit Abnahme des Bauwerkes auf seine Haftung angesprochen werden kann. Er kann das Risiko für die Entstehung von Mängeln aus der Mangelhaftigkeit des Stoffes in den meisten Fällen nicht abwälzen.

4. Die Haftung bei Untergang des Werkes

Der Unternehmer kann weder Lohn für seine Arbeit noch Vergütung seiner Auslagen verlangen, wenn das Werk vor seiner Uebernahme durch Zufall zugrunde geht (Art. 376, Abs. 1 OR).

Diese Regelung gilt grundsätzlich auch für Bauwerke, was aus Art. 376, Abs. 3 hervorgeht, wo die Einschränkung gemacht wird, dass der Unternehmer den Werklohn für seine bereits geleisteten Arbeiten entgegen dem in Abs. 1 aufgestellten Grundsatz verlangen kann, wenn der vom Besteller zugewiesene *Baugrund* mangelhaft war und wenn er den Besteller rechtzeitig darauf aufmerksam gemacht hat.

Diese Regelung ist für Bauwerke mit grossen Bausummen und grossen Risiken sehr problematisch und kann den Ruin eines Unternehmers bedeuten, wenn sie strikt eingehalten wird. Sie kann aus diesen Gründen nur mit Vorbehalt angewendet werden, insbesondere dort, wo Bauaufgaben im Interesse der Allgemeinheit erfüllt werden. Die Vorstellung, dass, wenn alles gut geht, die Allgemeinheit nur den Nutzen – wenn auch gegen entsprechendes Entgelt – haben soll, dass aber der Unternehmer mit seinen sehr begrenzten Mitteln das Risiko einer allfälligen Katastrophe allein tragen soll, ist stossend und mit dem Rechtsempfinden nicht mehr ohne Zweifel vereinbar.

Auf der andern Seite sind auch Vorbehalte gegen die Einschränkung des Grundsatzes gemäss Abs. 3 von Art. 376 von der Praxis her anzumelden. Es wird in diesem Absatz auf Art. 365, Abs. 3 Bezug genommen, wo der Unternehmer sich von seiner Haftung für Mängel des Werkes, die sich aus Mangelhaftigkeit des vom Besteller gelieferten Stoffes oder des von diesem angewiesenen Baugrundes allenfalls ergeben, dadurch befreien kann, dass er den Besteller auf diese Mängel und die möglicherweise daraus zu erwartenden Folgen aufmerksam macht. Das mag noch einleuchten, solange die zu erwartenden Folgen für das Werk nicht eine erhebliche Wertminderung bedeuten. Ist aber als Folge geradezu der Untergang des Werkes zu erwarten, so verbieten ja die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst ohnehin, unter solchen Voraussetzungen überhaupt erst mit der Ausführung des Werkes zu beginnen. Der Gesetzestext sieht aber ausgerechnet für diesen Fall, wo der Unternehmer den Besteller auf «diese Gefahren» – eben auf die Gefahr eines allfälligen Untergangs des Werkes – aufmerksam gemacht hat, vor, dass der Unternehmer den Werklohn und bei Verschulden des Bestellers überdies Schadenersatz verlangen könne. Natürlich ging dabei der Gesetzgeber von der Vorstellung aus, dass in einem solchen Falle den Unternehmer kein Verschulden treffe.

In der Praxis – zumindest beim Bauen – ist das genaue Gegenteil der Fall. Dies bestätigt auch das Bundesgericht, wenn es sagt: «Die Tätigkeit des Unternehmers im Werkvertrag beschränkt sich nicht nur auf die Lieferung von Material und die Leistung von Arbeit; er hat ein Werk zu erstellen, für dessen tadellose Ausführung er einstehen muss. Er kann sich daher nicht gleich dem Angestellten im Dienstvertrag zu seiner Entlastung darauf berufen, er habe sich an die Weisung des Bestellers gehalten.» Verlangt der Besteller aber, dass der von ihm gelieferte Stoff verwendet werde oder dass auf dem von ihm zugewiesenen Baugrund gebaut werde, so ist das nichts anderes, als eine Weisung von ihm, und es gilt diesbezüglich die eben zitierte Feststellung des Bundesgerichts. Dasselbe fährt fort: «Erteilt ihm (sc. dem Unternehmer) der Besteller Weisungen, die er (sc. der Unternehmer) als verfehlt erachtet, so ergibt sich für ihn ein Konflikt zwischen seiner wesentlichen Pflicht, ein tadelloses Werk zu liefern, und der Pflicht, sich an die Weisungen des Bestellers zu halten. Der sorgfältige Unternehmer hat alles vorzukehren, was zur Lösung dieses Konfliktes erforderlich ist.» (95 II 52).

Damit wäre bereits das Thema der Sorgfaltspflicht angeschnitten. Abschliessend sei zur Haftung des Unternehmers beim Untergang des Werkes bemerkt, dass die gesetzliche Regelung für die Belange des Bauens in mancher Hinsicht unzulänglich ist.

Die SIA-Norm 118 «Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten» weist darauf hin, dass durch Vertrag das Risiko des «Untergangs vor der Abnahme des Werkes» ganz oder teilweise auf den Bauherrn überwälzt werden kann. Ferner schreibt sie vor, dass der Bauherr das Bauwerk gegen Schäden versichert, soweit eine Versicherungsmöglichkeit besteht. In gewissen Fällen besteht diese Versicherungspflicht nur auf Verlangen des Unternehmers.

B. Die Haftung für Sorgfalt

1. Allgemeines

Die Sorgfaltspflicht ist allen Verträgen auf Arbeitsleistung wie zum Beispiel Dienstvertrag, Werkvertrag, Auftrag gemeinsam. Sie ist die Pflicht, die Arbeit sorgfältig auszuführen, sich um den Erfolg, zu dem sie führen soll, zu bemühen. Wer die notwendigen Anstrengungen oder Vorkehrungen unterlässt, ohne die die Arbeit von vornherein zu keinem vernünftigen Erfolg führen kann, verstösst gegen die Sorgfaltspflicht.

Die Sorgfaltspflicht bedingt eine Haftung für Schäden, die man dem Empfänger der Arbeitsleistung absichtlich oder fahrlässig zufügt (OR 328 II).

«Das Mass der Sorgfalt... bestimmt sich nach dem Vertragsverhältnis, unter Berücksichtigung des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften» dessen, der die Arbeit leistet und die der Empfänger der Arbeitsleistung «gekannt hat oder hätte kennen sollen» (OR 328 III).

Neben der Sorgfaltspflicht besteht die Pflicht, Weisungen des Auftraggebers entgegenzunehmen und zu befolgen. Diese beiden Pflichten stehen in einer Art komplementärem Verhältnis zueinander; stark vereinfacht könnte man sagen, dass die Sorgfaltspflicht dort beginnt, wo die Pflicht, Weisungen des Auftraggebers zu befolgen (sog. Gehorsamspflicht) aufhört. In Wirklichkeit gehen die beiden Pflichten ineinander über, ohne dass eine klare Grenze feststellbar wäre. Das kann zu Konfliktsituationen führen, in welchen diese beiden Pflichten einander sogar widerstreben. Wie ein solcher Konflikt zu lösen ist, hängt wiederum vom Vertragsverhältnis und den Umständen des Konflikts ab.

2. Die Sorgfaltspflicht des Werkvertrages

Aus dem bisher Gesagten geht mittelbar bereits hervor, dass der Inhalt der Sorgfaltspflicht durch das Vertragsverhältnis, aus welchem dieselbe erwächst, bestimmt wird. Im Werkvertrag ergibt sich die Sorgfaltspflicht vor allem daraus, dass der Unternehmer dem Besteller als sachkundige Person gegenübersteht. Der Unternehmer hat sein Wissen und Können auf seine Arbeit zu verwenden, er hat seine Leistung als Fachmann zu erbringen.

nen auf seine Arbeit zu verwenden, er hat seine Leistung als Fachmann zu erbringen.

Beim Bauen wird die Sorgfaltspflicht durch Anwendung von Fachwissen und durch Beachtung der Regeln der Baukunst bei der Arbeitsleistung erfüllt.

Unter «den Regeln der Baukunst» versteht man alle in Fachkreisen als bekannt vorauszusetzenden, dem gegenwärtigen Stand von Wissenschaft und Technik entsprechenden Kenntnisse sowie der von öffentlichrechtlichen Körperschaften oder Organen erlassenen und geltenden Vorschriften.

Da der Unternehmer als Fachmann dem Besteller gegenübersteht, geht seine Sorgfaltspflicht in fachlichen Angelegenheiten unbedingt seiner Pflicht, die Weisungen des Bestellers zu befolgen, vor. «Er kann sich daher nicht gleich dem Angestellten im Dienstvertrag zu seiner Entlastung darauf berufen, er habe sich an die ihm gegebenen Weisungen gehalten» (BGE 95 II 52).

Gibt nun der Besteller eine Weisung, deren Befolgung mit der Erfüllung der Sorgfaltspflicht unvereinbar ist, ist der Unternehmer verpflichtet, den Besteller auf die Gefahren, mit denen die Befolgung der Weisung verbunden ist, aufmerksam zu machen und ihn ausdrücklich von seinem Vorhaben abzuraten, insbesondere die Haftung für allfällige Mängel und Schäden abzulehnen. Nur wenn der Besteller trotz Abmahnung des Unternehmers auf seinem Willen beharrt, ist der Unternehmer von seiner werkvertraglichen Haftung für die in Aussicht gestellten Mängel und Schäden befreit (Art. 369 OR). Unterlässt der Unternehmer aber eine Abmahnung, so verletzt er seine Sorgfaltspflicht, kann also auch für weiteren Schaden haftbar gemacht werden. Dies ergibt sich aus der Auffassung des Bundesgerichtes, wonach der «sorgfältige Unternehmer alles vorzukehren habe, was zur Lösung des Konfliktes zwischen seiner Pflicht, ein tadelloses Werk zu liefern und seiner Pflicht, sich an die Weisungen des Bestellers zu halten, erforderlich ist» (BGE 95 II 52).

Das Gesetz schreibt vor, die Abmahnung müsse ausdrücklich, das heisst bestimmt, klar und deutlich sein und dem Besteller unmissverständlich zum Bewusstsein bringen, dass bei der von ihm angeordneten Ausführung nach der Auffassung des Unternehmers möglicherweise Schäden auftreten könnten und dass der Besteller daher, wenn er auf seinen Anordnungen beharre, die damit verbundenen Gefahren auf sich nehme und den Unternehmer seiner Haftung entbinde (BGE 95 II 50).

Es gehört zur Sorgfaltspflichterfüllung des Unternehmers, dass die Abmahnung in dieser Weise erfolgt.

Die SIA-Norm 118 «Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten» schreibt denn auch vor, die Abmahnung habe schriftlich zu erfolgen. Die vertraglich vorgesehene Schriftlichkeit der Abmahnung ist zwar nicht Gültigkeitserfordernis, aber sie beruht auf dem Gedanken, dass eine schriftliche Anzeige, die vom Unternehmer selber, nicht nur von seiner Hilfsperson, ausgeht und an den Architekten gerichtet ist, diesen auch persönlich erreichen soll, was bei einer bloss mündlichen Abmahnung nicht so sicher ist. Will sich der Unternehmer mit einer bloss mündlichen Anzeige begnügen, was er an sich darf, so hat er dafür zu sorgen, dass sie gleich wirksam sei wie eine schriftliche Anzeige und dem verantwortlichen Architekten zur Kenntnis komme (BGE 95 II 50).

Wo eine ernsthafte Gefahr für das Werk besteht, fordert die Sorgfaltspflicht nicht nur die ausdrückliche Abmahnung und die Ablehnung der Haftung, sondern geradezu die Weigerung des Unternehmers, die Weisung des Bestellers zu befolgen. Es ist mit der Sorgfaltspflicht unvereinbar, dass ein Werk so hergestellt wird, dass es von vornherein dem Untergang geweiht ist, selbst wenn dies nach Weisung des Bestellers geschehen sollte. Es sei diesbezüglich auf die Ausführungen über die Haftung bei Untergang des Werkes hingewiesen.

Ein weiterer Aspekt der Sorgfaltspflicht ist der, dass der Unternehmer nicht eine Arbeit übernimmt, die seine beruflichen Fähigkeiten – aber auch die Leistungsfähigkeit seiner Unternehmung – übersteigt, denn er ist ja in einem solchen Falle gar nicht zur fachgerechten Ausführung in der Lage. Art. 328, Abs. 3 OR sagt, dass das Mass der Sorgfalt unter Berücksichtigung «der Fähigkeiten und Eigenschaften des Dienstpflichtigen» – im Werkvertrag entsprechend: des Unternehmers –, «die der Dienstherr», bzw. der Besteller «gekannt hat oder hätte kennen sollen», zu bestimmen sei. Für den Werkvertrag bedeutet das, dass, wenn der Unternehmer sich selber für eine Arbeit anbietet, der Besteller annehmen darf, dass derselbe über die erforderlichen Kenntnisse verfüge. In einem Fall, wo ein Unternehmer eine Arbeit übernahm, die richtig auszuführen er nicht im Stande war, hat das Bundesgericht festgestellt: «Es trifft ihn... am eingetretenen Schaden ein erhebliches Verschulden, weil er eine Arbeit übernahm, die seine beruflichen Fähigkeiten überstieg, und bei ihrer Ausführung in verschiedener Hinsicht fehlerhaft vorging» (BGE 93 II 324). Nach analogen Gesichtspunkten kann auch der Fall beurteilt werden, wo der Unternehmer eine Arbeit übernimmt, für deren Ausführung er nicht über die nötige technische Ausrüstung (Maschinen, Geräte, Installationen) verfügt.

Schlussbemerkung

Die SIA-Norm 118 «Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten» verweist bei der Regelung der Haftung des Unternehmers auf die Bestimmungen des OR. Wo zusätzlich zum Verweis auf die gesetzlichen Haftungsbestimmungen noch Weiteres über die Haftung des Unternehmers gesagt wird, ist es Erläuterung für die speziellen Bedürfnisse des Bauhandwerkes zum Gesetz und enthält keine abweichenden Regelungen.

Adresse des Verfassers: *Peter Conrad Straub*, lic. iur., Generalsekretariat SIA, 8039 Zürich, Postfach

Zahlungen an den Unternehmer und Garantie für Mängel an der verkauften Sache

DK 347.754.3:347.431:347.768

Von **Martin Schwartz**, Dr. iur., Rechtsanwalt und Professor an der Architekturschule der Universität Genf

1. Einführung; das Rechtssystem

Der Vertrag lässt zwei hauptsächliche Leistungen aufscheinen. Die eine, die sog. charakteristische Leistung, ist das Verhalten, das das Gesetz oder der Vertrag von einer Partei verlangt und welches die Hauptsache, den Beweggrund für den Abschluss des Vertrages darstellt. Im Falle des Verkaufs handelt es sich darum, dass dem Käufer das Eigentumsrecht an der verkauften Sache übertragen wird; im Falle der Vermietung wird dem Mieter die Nutzung der vermieteten Sache übertragen; im Falle des Darlehens wird dem Darlehensnehmer die geliehene Summe übertragen; im Werkvertrag ist das Werk auszuführen usw. Die andere Leistung, die sogenannte Geldleistung oder besser die neutrale Leistung, hat einzig die Aufgabe, die erste Leistung wirtschaftlich auszugleichen; diese Leistung ist also die Bezahlung des Preises.

Nach der Theorie des schweizerischen Rechts sind diese beiden Leistungen im Rahmen des Möglichen gleichzeitig zu