

Der Architekt und der Ingenieur

Autor(en): **Egli, Anton**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Schweizer Ingenieur und Architekt**

Band (Jahr): **99 (1981)**

Heft 16

PDF erstellt am: **23.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-74471>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Baurechtstagung 1981

Tagungsbericht aus Fribourg

Zum vierten Mal fand vom 24. bis 26. März 1981 an der Universität Fribourg eine Baurechtstagung statt. Eingeladen hatte das Seminar für Schweizerisches Baurecht, eine unabhängige Institution der Forschung und Weiterbildung. Dabei haben die Organisatoren ziemlich an alles gedacht: von der Autobahnabzweigstafel bis zum Leuchtstift, der zu den überaus wertvollen Tagungsunterlagen abgegeben wurde. Der Einladung folgten 1150 Teilnehmer, die sich je zu etwa einem Fünftel aus Bauunternehmern, Architekten bzw. Ingenieuren,

Rechtsanwälten sowie Vertretern öffentlicher Dienste und aus Gerichten zusammensetzten. An die 200 Anmeldungen konnten nicht berücksichtigt werden. Damit wurde die Baurechtstagung einmal mehr zu einem Forum der mit dem Bauen in Verbindung stehenden Fachleute, das seinesgleichen sucht. Die Tagung wurde, der Tradition der Universität Fribourg entsprechend, in deutscher und in französischer Sprache geführt. Professor Peter Gauch leitete den deutschen, Professor Pierre Tercier den französischen Teil der Tagung. Ihnen stand

ein bewährter Stab von Mitreferenten zur Seite.

Folgende Themen wurden behandelt: Der Bauherr und sein Unternehmer; gegenseitige Haftung / Versicherung des Bauherrn bzw. des Unternehmers / Der Architekt und der Ingenieur / Probleme von und mit Subunternehmern. Aus der Fülle des Stoffs veröffentlichten wir den persönlichen Bericht eines praktizierenden Rechtsanwalts zum Thema Architekt und Ingenieur. Die übrigen Probleme werden durch Kurzfassungen der Referate dargestellt.

Der Architekt und der Ingenieur

Von Anton Egli, Luzern

Der Architekten- bzw. Ingenieurvertrag

Über die klassischen Probleme des Architekten- bzw. Ingenieurvertrags und über die Haftung des Architekten im allgemeinen referierte Prof. Wolfgang Wiegand, Universität Bern.

Auftrag, Werkvertrag oder beides?

Weil die Tätigkeit eines Architekten bzw. Ingenieurs (im folgenden ist der Einfachheit halber nur noch vom Architekten die Rede) dermassen vielfältig und auch strukturell sehr unterschiedlich ist, fällt die Einordnung des Architektenvertrages unter die Kategorien des OR schwer. Zwar hat das Bundesgericht 1972 entschieden, der Architekturvertrag unterstehe *ausschliesslich dem Auftragsrecht*. Demgegenüber hat der deutsche Bundesgerichtshof den Werkvertrag als allein anwendbar erklärt. Die Konsequenzen dieser beiden Entscheidungen haben jedoch sowohl in der Schweiz wie in der Bundesrepublik *nicht zur gewünschten Klärung* der Rechtslage geführt. Der schweizerische Entscheid hat bei den betroffenen Berufszweigen deshalb grosse Unsicherheit ausgelöst, weil der Auftrag gemäss Art. 404 OR von beiden Seiten jederzeit und ohne Begründung widerrufen werden kann. Darin erblicken Architektur- bzw. Ingenieurbüros zu Recht eine *Existenzgefährdung*, zumal sie in der Regel im Hinblick auf die Vertragserfüllung *bereits Dispositionen* getroffen haben. Dem Bundesgericht kann zugute gehalten werden, dass einige Arbeitsleistungen des Architekten typische Merkmale des Auftrages haben (z.B. Aufsichts- und Kontrollfunktionen). Andere sind

jedoch stark objektbezogen und dienen ganz unmittelbar der Herstellung eines Werkes. Die *einheitliche Anwendung* des Auftragsrechts wird den *unterschiedlichen Funktionen* somit *nicht gerecht*.

Aus diesen Gründen wird heute von verschiedener Seite die Meinung vertreten, anstelle der vom Bundesgericht programmierten Einheitslösung müsse eine differenzierte Rechtsanwendung treten. Je nach der Funktion und der Struktur der Tätigkeit müssten Auftrag, Werkvertrag oder die allgemeinen Regeln des OR beigezogen werden (z.B. auf die Projektierungsarbeit sei Werkvertrag anzuwenden). Diese *differenzierte Betrachtungsweise* würde zunächst zweifellos einige Rechtsunsicherheiten verursachen, hätte jedoch den *Vorteil der Verlässlichkeit* (für den Architekten) und der *Sachgerechtigkeit*.

Vorzeitige Beendigung des Vertrages

Ist der Architekturvertrag, wie ausgeführt, jederzeit frei widerrufbar, so hat dies folgende Konsequenzen: Erfolgt der Widerruf zur Unzeit (was in Anbetracht der Natur des Vertrages meistens der Fall sein wird), so hat der Architekt nur Anspruch auf Ersatz der erfolgten Aufwendungen und Vorkehrungen zur Durchführung des Auftrages (sog. negatives Vertragsinteresse). Sein *Verdienstinteresse* (sog. positives Vertragsinteresse) wird *nicht ersetzt*.

Interessant ist die Frage, ob das freie Widerrufsrecht vertraglich (z.B. durch eine neue SIA-Norm 102) eingeschränkt oder erschwert werden könne. Nach der herrschenden Lehre und Praxis muss dies ausdrücklich verneint werden. In diesem Sinne hat das Bundesgericht die *Vereinbarung einer Kon-*

ventionalstrafe als Erschwerung des freien Widerrufs für *unzulässig* erklärt. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass das Bundesgericht in absehbarer Zeit auf die Frage der freien Widerrufbarkeit des Architektenvertrages zurückkommen wird.

Architekten- und Baumeisterklauseln

Verbreitet ist die Übung, beim Verkauf von Grundstücken den Käufer zum Abschluss eines *Architektur- oder Werkvertrages* mit dem Verkäufer oder mit einer ihm wirtschaftlich verbundenen Firma zu verpflichten. Juristisch handelt es sich bei diesen Klauseln um *Vorverträge* (evtl. zugunsten eines Dritten). Sie sind in der Schweiz im Gegensatz zum deutschen Recht und trotz verschiedener rechtspolitischer Bedenken (Kopplungsgeschäft, Ausschluss der Konkurrenz, zusätzliche Gewinne) *grundsätzlich zulässig*. Das heisst jedoch nicht, dass sie durchsetzbar sind und dass der Vertragsabschluss erzwungen werden kann. Das Bundesgericht hat die Frage bezüglich Architektenklauseln mit dem Hinweis auf das bereits erörterte *jederzeitige Widerrufsrecht* abgetan. Bezüglich Baumeisterklauseln ist die Frage noch nicht entschieden (aufgezeigte Möglichkeit: Solche Klauseln sind zwar verbindlich, deren Realisierung ist jedoch ausgeschlossen; das heisst, dass der die Realisierung verweigernde Grundeigentümer Schadenersatz zu bezahlen hätte).

Die Haftung des Architekten im allgemeinen

Sorgfaltspflicht

Der Architekt haftet gemäss Auftragsrecht für die sorgfältige und getreue *Ausführung seines Mandates*. Man könnte sich indessen fragen, ob die

Haftung des Architekten bei Sorgfaltpflichtverletzungen, die sich in Mängeln des Bauwerks niederschlagen, nicht durch die werkvertraglichen Normen über die *Gewährleistung* zu ergänzen wären. Dies würde u.a. bedeuten, dass der Architekt von sich aus für die Verbesserung des Baumangels aufzukommen hätte.

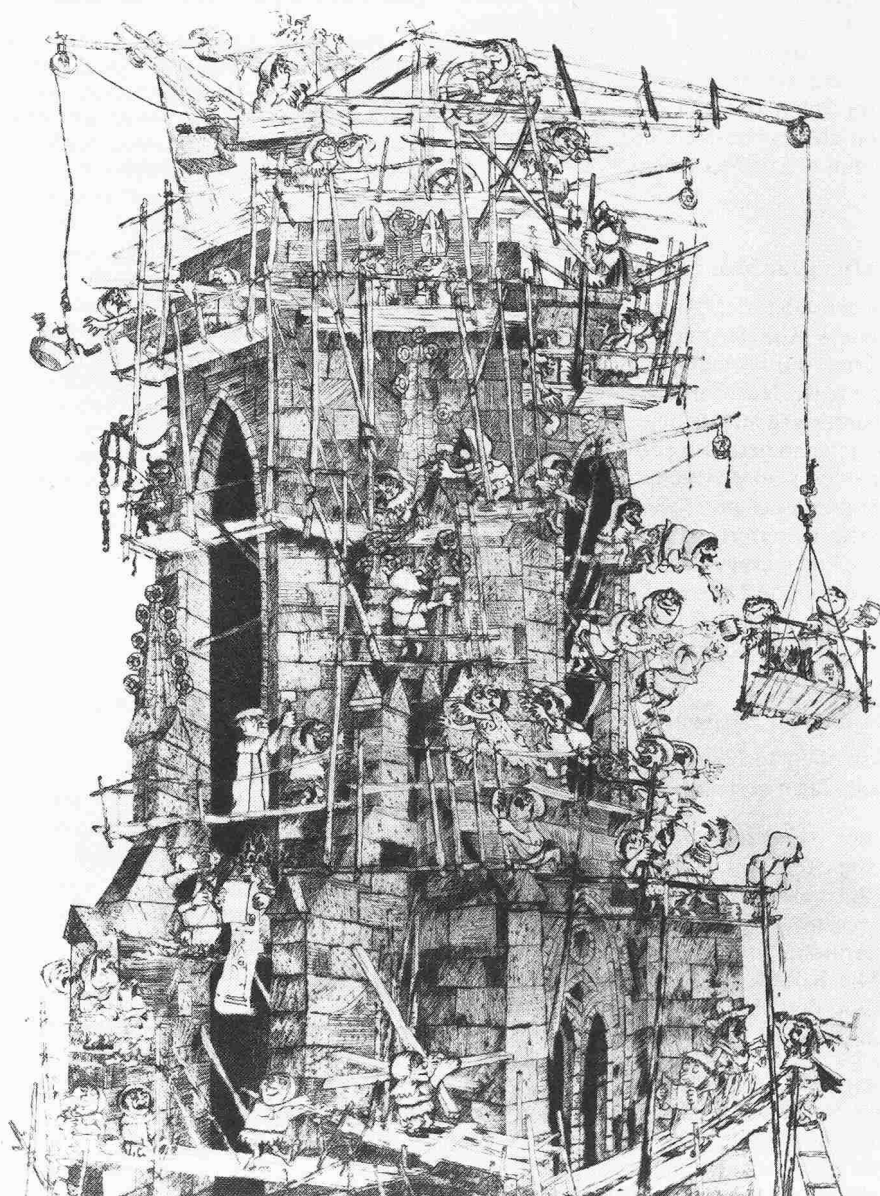
Haftung bei mehreren Beteiligten

Ist ein Baumangel durch das Zusammenwirken *mehrerer Beteiligter* (Architekt, Ingenieur, verschiedene Unternehmer) entstanden, so besteht dem Bauherrn gegenüber eine *solidarische Haftung*. Der Bauherr kann daher bei Mitverursachung statt verschiedener Unternehmer den Architekten in Anspruch nehmen, der seinerseits gegen die übrigen Mitverursacher Regress nehmen kann. Der Bauherr kann somit sein Prozessrisiko reduzieren.

Haftung für Dritte und Stellvertretung

Überträgt der Architekt eine Teilaufgabe ohne entsprechende Vollmacht des Bauherrn oder in eigenem Namen (aber im Interesse des Bauherrn) einem Spezialisten und ist dessen Beizug sachgerecht, so haftet er nur für die *gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion* dieses Dritten (Art. 399 Abs. 2 OR).

Für *Fehler der Hilfspersonen* aus seinem eigenen Herrschaftsbereich (Büroteilhaber, angestellte Statiker oder Geologen), die er zur Erfüllung seines Vertrages bezieht, haftet der Architekt jedoch *wie für sein eigenes Verhalten*. Dasselbe gilt, wenn er entgegen einer ausdrücklichen Weisung des Bauherrn einen Dritten mit der Auftragsbesorgung betraut oder wenn der Architekt als General- oder Totalunternehmer tätig ist.



«Mittelalterliche» Grossbaustelle mit ebenso vielfältigen Rechtsbeziehungen wie heute

Spezielle Haftungsfälle des Architekten

Der Rechtsanwalt Dr. R. Schumacher, Baden, befasste sich mit folgenden Spezialfällen der Haftung des Architekten:

Haftung für Baumängel

Weist ein Bauwerk diese oder jene Eigenschaft, die es gemäss Vertrag haben sollte oder die vorausgesetzt werden kann, nicht auf und liegt die Ursache dafür in einem Unterlassen oder falschen Handeln des Architekten, so haftet er dafür. Er hat dem Bauherrn die Instandstellungskosten, den Minderwert und Mangelfolgeschäden zu ersetzen. Stellt es sich heraus, dass Teilleistungen unvollständig oder ungenügend erbracht worden sind, so hat er darüber hinaus eine Minderung des Architektenhonorars in Kauf zu nehmen.

Die *Haftung* des Architekten unterliegt der gleichen *5jährigen Verjährungsfrist*, welcher auch die Bauhandwerker unterworfen sind.

Da der Architektenvertrag dem Auftragsrecht untersteht, kann der Bauherr (ausser es sei so vereinbart) vom Architekten nicht verlangen, dass dieser die Nachbesserungsarbeiten vererbe und selber bezahle. Der Architekt ist aber verpflichtet, die Ausbesserungsarbeiten *vorzubereiten* und *zu beaufsichtigen*. Kann der Architekt die Mängelbehebung selber kostengünstiger durchführen bzw. vergeben, so ist er zwecks Schadenminderung dazu *berechtigt*.

Haftung für Verlust von Mängelrechten des Bauherrn gegenüber Unternehmern

Der Architekt haftet nicht nur für die eigenen Mängel, sondern auch dafür, dass der Bauherr die Mängelrechte ge-

genüber den Unternehmern *nicht verliert* (z.B. wenn er Mängelrügen des Bauherrn nicht überprüft und an die Unternehmer weiterleitet, die Schlussprüfung nach Ablauf der Garantiefrist unterlässt oder den Bauherrn bei schwierigen Baurechtsfragen nicht an einen Anwalt verweist). Der Architekt haftet auch dafür, wenn er den Bauherrn über die von ihm selber verursachten Mängel und über seine eigene Haftung dem Bauherrn gegenüber nicht aufklärt.

Die Verjährungsfrist für die genannten Unterlassungen beträgt *zehn Jahre*.

Haftung für die Sicherheit auf dem Bauplatz

Der Architekt haftet gegenüber dem Bauherrn, seinen eigenen Arbeitnehmern und Dritten zivil- und allenfalls sogar strafrechtlich, wenn er selber Sicherheitsvorschriften *unmittelbar*

verletzt hat. *Nur in beschränktem Masse* trifft ihn jedoch die Pflicht, die Sicherheitsmassnahmen zu überwachen, welche die Unternehmer als Spezialisten zum Schutze von Leib und Gut ihrer Betriebsangehörigen und Nebenunternehmer zu treffen haben.

Haftung für Mehrkosten

Verschuldet der Architekt durch verspätete Ablieferung der Ausführungspläne, durch mangelhafte Koordination usw., Nachforderungen der Unternehmer gegenüber dem Bauherrn oder eine verspätete Ingebrauchnahme des Bauwerks oder verschuldet er einen unnötigen und nutzlosen Mehraufwand (Beispiel: aufgrund eines falschen Ausbauplanes muss mehr ausgehoben und fundamentiert werden), so haftet er hierfür.

Haftung für Kostenüberschreitungen

Das Fehlverhalten des Architekten kann darin bestehen, dass

- der Kostenvoranschlag unvollständig ist
- die einzelnen Positionen zu niedrig veranschlagt sind oder auf falsche Annahmen gestützt werden
- die Kosten nicht laufend überwacht und der Bauherr entsprechend informiert wird.

Der Unternehmer hat keine Pflicht, in den Submissionsunterlagen nach Fehlern des Architekten zu forschen. Nicht jede Kostenüberschreitung kann jedoch auf einen unsorgfältigen Kostenvoranschlag zurückgeführt werden. Nach einer anerkannten (aber beidseits widerlegbaren) Faustregel besteht für Neubauten eine Toleranzgrenze von 10%, bei Umbauten liegt diese höher. Die Rechtsfolge für den Architekten kann eine Minderung des Honorars sein (z.B. Kürzung oder Streichung der Teilleistung «Kostenvoranschlag»). Legt ein Architekt ein Projekt vor, dessen Kosten die vom Bauherrn festgelegte Baukostensumme wesentlich überschreiten, so ist das Projekt unbrauchbar und der Bauherr hat kein Honorar zu bezahlen. Erwächst dem Bauherrn zusätzlicher Schaden, weil er z.B. bei Kenntnis der effektiven Kosten überhaupt nicht oder anders gebaut hätte oder weil der Verkehrswert unter den Erstellungskosten liegt, so hat der Architekt diesen zu ersetzen. *Die Verjährung bei Kostenüberschreitungen* beträgt zehn Jahre vom Tage an, da sich der Architekt fehlerhaft verhalten hat. (Die Abkürzung auf fünf Jahre gemäss Art. 6.7 der SIA 102 ist gemäss Art. 129 OR ungültig und unbeachtlich.)

Die Vertragshaftung des Bauherrn

Die *Hauptpflicht des Bauherrn* besteht in der *Vergütung des Werklohnes*. Diese erfolgt meistens mit Abschlagszahlungen, welche sich nach dem Wert der bereits erbrachten Bauleistungen richten und der laufenden Finanzierung des Bauunternehmers dienen.

Es wird jedoch im Gesetz *nicht erwähnt und gerne übersehen*, dass sich die Pflichten des Bauherrn nicht in der Bezahlung erschöpfen, sondern dass er sich selber bzw. durch seine Bauleitung (Architekt, Ingenieur usw.) *aktiv am Bauen zu beteiligen* hat. Bauen ist ein dynamischer Prozess der Planung und Werkausführung, welcher in der Regel eine über längere Zeit dauernde *Partnerschaft und Zusammenarbeit zwischen Unternehmer und Bauherr* erfordert. Bleibt der Bauherr untätig, verschafft er z.B. nicht die nötigen Pläne, erteilt keine Weisungen usw., ist er hiefür dem Unternehmer gegenüber verantwortlich. Kann der Unternehmer ohne Mitwirkung des Bauherrn die Bauarbeiten nicht be-

ginnen oder fortsetzen, ist er zur Einstellung der Bauarbeiten und allenfalls sogar zum Rücktritt vom Werkvertrag berechtigt. Kann jedoch der Unternehmer trotz der Passivität des Bauherrn die Bauarbeiten fortsetzen, trägt dieser die nachteiligen Folgen. Zudem hat er dem Unternehmer den Schaden zu ersetzen.

Der Bauherr haftet dem Unternehmer für die *Richtigkeit seiner Angaben*. Erweisen sich insbesondere die Ausschreibungsunterlagen, aufgrund welcher der Unternehmer den Preis berechnet, als fehlerhaft, z.B. unrichtig oder lückenhaft, hat der *Bauherr* die nachteiligen Folgen selbst verschuldet. Er hat deshalb die Baumängel oder die Mehrkosten zu tragen, welche durch seine unrichtigen Angaben verursacht worden sind.

Zusammenfassung des Referats von Dr. iur. R. Schumacher, Rechtsanwalt, Baden

SIA-Honorarordnungen 102 und 103

Die SIA-Ordnungen 102 und 103 wurden von Prof. *Peter Gauch*, Universität Fribourg, erörtert. Sie enthalten (ebenso wie die Normen 104, 108 und 110) die sog. *Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, die der Schweizerische Ingenieur- und Architektenverein aufgestellt hat. Als solche unterstehen sie *verschiedenen Rechtsregeln*, die Lehre und Praxis entwickelt haben (z. B. Vorrang individueller Abreden, Ungewöhnlichkeitsregel usw.).

Geltung

Entgegen einer verbreiteten Meinung haben die SIA-Ordnungen 102 und 103 aus sich heraus keinerlei Verbindlichkeit. Sie sind – so Professor *Gauch* – nicht einmal Ausdruck einer Verkehrsübung, namentlich nicht, was die Honoraransätze betrifft. Daher erlangen sie *Geltung* nur insoweit, als sie *durch Vereinbarung der Parteien* – sei es als Ganzes oder nur teilweise – zum Bestandteil eines konkreten *Einzelvertrages* gemacht werden. Das gilt auch für die SIA-Mitglieder, obwohl sie nach Art. 6 der SIA-Statuten verpflichtet sind, «die vom Verein aufgestellten Ordnungen einzuhalten». Diese (kartellverdächtige) Vereinspflicht hat allenfalls verbandsmässige Sanktionen zur Folge, das Vertragsverhältnis zwischen SIA-Mitglied und Bauherrn berührt sie jedoch nicht. Aus der genannten rechtlichen Qualifizierung ergibt sich ferner, dass auch «wilde» Architekten die SIA-Honorarordnungen zum Vertragsinhalt erklären können. (Unrichtig ist daher Art. 1.03 der SIA 102 und Art. 1.04 der SIA 103.)

Der SIA ist offenbar zurzeit damit beschäftigt, die Ordnungen 102 und 103 zu revidieren. Diese Revision ist in der Tat notwendig. Denn viele Bestimmungen sind unklar oder gehen einseitig zu Lasten des Bauherrn.

Kritische Einzelbestimmungen

Haftungsbeschränkungen

- Für *grobes Verschulden* kann die Haftung grundsätzlich nicht beschränkt werden. (Art. 6.8 der SIA 102 und Art. 6.9 der SIA 103 sind diesbezüglich unvollständig.)
- Die Tragweite der Bestimmung, wonach dem Architekten *vereinzelte, unbedeutende Versehen* nicht angerechnet werden sollen, ist *unklar* (Art. 6 der SIA 102). Soll damit die Haftung für leichtes Verschulden wegbedungen werden?
- In bezug auf die *Prüfung der Pläne* durch den Unternehmer besteht eine *Divergenz* zwischen Art. 6.2 der SIA 102 und Art. 25 Abs. 3 der SIA 118.
- Die Bestimmung, wonach die Haftung des Architekten bzw. Ingenieurs immer in einem *angemessenen Verhältnis zum Honorar* stehe, ist nach der für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Ungewöhnlichkeitsregel nur dann wirksam, wenn ihr der Bauherr *bewusst* (nicht global) zugestimmt hat (Art. 6.6 der SIA 102 und Art. 6.7 der SIA 103).
- Unklar ist die Bestimmung, wonach jede *Haftung des Architekten* für Schäden, die in den Verantwortungsbereich von Ingenieuren, Unternehmern, Lieferanten und Dritten fallen, ausgeschlossen sei (Art. 6.6 der SIA 102, Art. 6.3 der SIA 103).

15% – Klausel bei Rücktritt des Bauherrn

Art. 8 der SIA 102/103 gibt dem schuldlosen Architekten bzw. Ingenieur Anspruch auf einen *Honorarzuschlag von 15%* vom bereits verdienten Honorar (nicht vom ausfallenden, wiewohl gemeint war), wenn der Bauherr den Auftrag vorzeitig entzieht. Wäre die bundesgerichtliche Rechtsprechung (wonach der Architektenvertrag dem Auf-

tragsrecht untersteht) konsequent, so müsste diese Bestimmung als ungültig betrachtet werden. Das Bundesgericht hat die Klausel jedoch in einem nicht amtlich publizierten Entscheid *als eine Art pauschalierten Schadenersatz* für gültig erachtet.

Anpassung der Honoraransätze

Die Klausel, wonach bei Änderungen der SIA-Ansätze die Honorare für noch

nicht erbrachte Leistungen nach den revidierten Ansätzen berechnet würden, ist nach der Ungewöhnlichkeitsregel *für den global Zustimmenden ungültig* (Art. 17.4 der SIA 102, Art. 14.8 der SIA 104 und Art. 14.6 der SIA 108).

Adresse des Verfassers: Dr. iur. Anton Egli, Rechtsanwalt und Notar, Murbacherstr. 3, 6003 Luzern

Die Vertragshaftung des Unternehmers gegenüber seinem Bauherrn

Der Unternehmer ist gegenüber seinem Bauherrn aus Werkvertrag (Art. 363 ff. OR) verpflichtet, die *übernommene Bauarbeit überhaupt, sie rechtzeitig und mängelfrei herzustellen und abzuliefern*. Zu dieser (Haupt-)Verpflichtung treten weitere Vertragspflichten («Nebenpflichten») hinzu (z.B. die Pflicht, alles Zumutbare vorzukehren, damit der Bauherr bei der Abwicklung des Werkvertrages nicht geschädigt wird).

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass der Unternehmer die eine oder andere Vertragspflicht verletzt. Alsdann hat er gegenüber dem Bauherrn für die Vertragsverletzung einzustehen. Diese *Vertragshaftung* äussert sich in einer Schadenersatzpflicht oder in einem anderen Rechtsnachteil des Unternehmers (z.B. in der Minderung des Werklohnes). Bald setzt sie ein Verschulden des Unternehmers voraus (Verschuldenshaftung), bald nicht (Kausalhaftung). Ohne eigenes Verschulden haftet der Unternehmer zum Beispiel dann, wenn er die Vertragsverletzung durch einen Arbeitnehmer oder eine andere Hilfsperson begeht (Art. 101 OR).

Insgesamt ist die Vertragshaftung des Unternehmers ein *kompliziertes Rechtsgebiet*. Der juristische Laie gerät in Schwierigkeit, wenn er die verschiedenen Haftungsfälle und Haftungsfolgen unterscheiden will. Dazu kommt, dass die gesetzlichen Haftungsregeln häufig durch Vereinbarung abgeändert werden. In vielen Fällen umfasst der Werkvertrag ein ganzes Sammelsurium von SIA-Normen und anderen «Allgemeinen Baube-

dingungen», die sich zum Teil widersprechen. Nicht selten beginnen die Parteien das Dickicht der Allgemeinen Vertragsbedingungen erst dann nach Haftungsregeln zu durchforschen, wenn bereits «etwas passiert» ist.

Im Vordergrund der Vertragshaftung steht gewiss die *Haftung des Unternehmers für Mängel seines Werkes* (Art. 367 ff. OR). Sie manifestiert sich in den Mängelrechten des Bauherrn (Art. 368 OR). Der Bauherr kann die Verbesserung des mangelhaften Werkes verlangen; statt dessen kann er auch die geschuldete Vergütung mindern oder (im Extremfall) den Vertrag durch rückwirkende Aufhebung wandeln. Trifft den Unternehmer ein Verschulden, so ist der Bauherr ausserdem berechtigt, Ersatz für einen allfälligen Mangelfolgeschaden zu fordern.

Diese Mängelhaftung des Unternehmers ist nicht frei von *Schwierigkeiten und Tücken*. An drei Einzelpunkten mag das gezeigt werden:

- Der erste Punkt betrifft den *Werkmangel*, für den der Unternehmer haftet. In der Praxis wird immer wieder verkannt, dass dieser Mangel nichts anderes ist als eine Abweichung des Werkes vom Vertrag. Auch ein technisch einwandfreies Werk kann somit mangelhaft (im Sinne der Mängelhaftung) sein; und umgekehrt ist nicht jeder technische Fehler auch ein Werkmangel.

- Der zweite Punkt betrifft die *fünfjährige Verjährungsfrist*, welche das Gesetz für die Mängelhaftung bei unbeweglichen Bauwerken vorsieht (Art. 371 Abs. 2 OR). Diese kurze Verjährungsfrist bringt den Bauherrn in vielen Fällen um seine Rechte. Denn häufig zeigen sich Mängel des Bauwerkes oder ereignen sich Mangelfolgeschäden erst, nachdem die fünfjährige Frist bereits abgelaufen ist. Der Bauherr, der dann auf verlorene Boden steht, vermag nur schwer zu begreifen, warum die Mängelhaftung des Unternehmers nicht erst in der Normalfrist von 10 Jahren (Art. 127 OR) verjährt.

- Der dritte Punkt betrifft die zweijährige Garantiefrist nach SIA-Norm 118 (Art. 172 ff.). Selbst in Fachkreisen wird die Bedeutung dieser Frist immer wieder verkannt. Die Garantiefrist wird z.B. als Verjährungsfrist oder als Haftungsfrist angesehen. In Wirklichkeit aber ist sie eine *Rügefist*. Die SIA-Norm 118 selber sagt dies deutlich: «Während der Garantiefrist kann der Bauherr in Abweichung vom Gesetz (Art. 367 und 370 OR) Mängel aller Art jederzeit rügen» (Art. 173 Abs. 1 der Norm). Mängel, die erst nach Ablauf der Garantiefrist zutage treten, müssen dann *sofort nach der Entdeckung* gerügt werden (Art. 179 Abs. 2 der Norm).

Zusammenfassung des Referats von Prof. P. Gauch, Seminar für Schweizerisches Baurecht, Universität Fribourg

Probleme von und mit Subunternehmern

In der Baupraxis gehört es zum Alltag, dass ein Unternehmer Bauarbeiten, die er dem Bauherrn werkvertraglich schuldet, durch Abschluss eines zweiten Werkvertrages einem Subunternehmer (*Unterakkordant*) weitervergift. Dennoch werden die Probleme von und mit Subunternehmern *in der Schweiz nur selten diskutiert*. Eine besondere Regelung im Gesetz fehlt. Demgegenüber gibt es z.B. in Frankreich ein spezielles Gesetz über die Subunternehmerschaft («Lex Neuwirth», Gesetz 75-1334 vom 13.12.1975).

Die erwähnten Probleme sind zahlreich. So hat der *Bauherr* keinen direkten Vertragsanspruch (z.B. auf Behebung von Mängeln) gegenüber dem Subunternehmer. Umgekehrt muss er es sich aber doch gefallen lassen, dass der vom Unternehmer nicht bezahlte Subunternehmer die *Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts* (Art. 837 ff. ZGB) auf seinem (des Bauherrn) Grundstück ver-

langt. Um solche Begehren und damit verbundene Doppelzahlungen zu vermeiden, gehen kluge Bauherren immer häufiger dazu über, sich im Vertrag mit dem Unternehmer das *Recht auf Direktbezahlung des Subunternehmers* auszubedingen.

Überhaupt sollte der Bauherr in seinem Vertrag mit dem Unternehmer (Hauptvertrag) die Probleme der Weitervergebung regeln. An erster Stelle zu regeln ist gewiss die *Frage, ob der Beizug eines Subunternehmers überhaupt zulässig ist*. Fehlt es an einer entsprechenden Abrede zwischen Bauherrn und Unternehmer, so beurteilt sich diese Frage nach Art. 364 Abs. 2 OR. Danach ist die Weitervergebung zulässig, wenn der Bauherr den beigezogenen Subunternehmer in gleicher Weise wie einen Arbeitnehmer unter seine «persönliche Leitung» stellt; oder wenn es dem Bauherrn hinsichtlich der weitervergebenen Arbeiten nicht auf «per-

sönliche Eigenschaften des Unternehmers» ankommt. Demgegenüber scheint BGE 103 II 52 ff. die Zulässigkeit einer Weitervergebung von Bauarbeiten generell abzulehnen.

Aber auch der *Unternehmer* kann mit seinem Subunternehmer in Schwierigkeiten geraten; etwa dann, wenn er es unterlassen hat, den Subunternehmervertrag (z.B. hinsichtlich der Garantie- und der Verjährungsfristen) mit dem Hauptvertrag zu koordinieren. Im Verhältnis zum Bauherrn ist der Subunternehmer eine Hilfsperson, für die der Unternehmer nach Art. 101 OR einstehen muss. Insbesondere haftet der Unternehmer dem Bauherrn gegenüber für die Mangelhaftigkeit des Subunternehmer-Werkes. Deshalb tut er gut daran, den Bauherrn abzumahnern (Art. 369 OR), wenn dieser ihm (z.B. aus lokalpolitischen Gründen) einen untauglichen Subunternehmer vorschreibt.

Was schliesslich den *Subunternehmer* selber betrifft, so besteht sein Problem häufig dar-