

# Vom Schriftformvorbehalt bei Bestellungen- änderungen

Eine Vertragsklausel unterstellte sämtliche Änderungen eines Werkvertrages der Schriftform. Die Gerichte wandten diesen Schriftformvorbehalt auch auf Bestellungenänderungen an. Die Klage des Unternehmers auf Zahlung von Werklohn für ausgeführte Bestellungenänderungen wurde abgewiesen. Es gäbe nun allerdings ein paar rechtliche Hintertürchen, die es bei gegebenen Voraussetzungen ermöglichen, eine Vergütung von Leistungen zu erlangen, die trotz nicht eingehaltener Form erbracht wurden. Auch diese blieben dem Unternehmer in casu aber verschlossen.

*Une clause contractuelle affirmait que toutes les modifications d'un contrat d'entreprise devaient être soumises à la forme écrite. C'est sur cette base que la demande en paiement de toutes les modifications de commande a été rejetée. Il existe pourtant quelques moyens juridiques, dans certaines circonstances, d'obtenir une rémunération malgré le non-respect de la forme requise. Dans le cas présent, ces moyens sont inaccessibles à l'entrepreneur.*

Urteil des Bundesgerichts vom 23. Mai 2023 (4A\_51/2023)

**Thomas Siegenthaler**, Dr. iur., Rechtsanwalt, M.Jur., Fachanwalt SAV für Bau- und Immobilienrecht, Winterthur

## Der Fall

**(520)** Eine Totalunternehmerin schloss mit einem Gipsergeschäft einen Subunternehmer-Werkvertrag mit einem Kostendach und folgender Klausel:

«Sämtliche Änderungen dieses Werkvertrages sowie alle ergänzenden Vereinbarungen inkl. Planänderungen oder Änderungen der Berechnungen bzw. Anweisungen durch den Generalunternehmer auf der Baustelle bedürfen zu ihrer Verbindlichkeit der Schriftform und der beidseitigen rechtsgültigen Unterzeichnung.»

Der Subunternehmer verlangte vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich klageweise ausstehenden Werklohn, unter anderem für «Verputzarbeiten» und «spezielle Gipserarbeiten». Dabei handelte es sich hauptsächlich um Arbeiten, welche der Subunternehmer seines Erachtens gestützt auf Bestellungenänderungen ausgeführt hatte. Das Handelsgericht hielt fest, dass die Parteien in Art. 16.1 des Werkvertrags für jedwede Vertragsänderung eine besondere Form vorbehalten hätten, nämlich die Schriftform samt der «beidseitigen rechtsgültigen Unterzeichnung». Dieser Formvorbehalt sei umfassend und gelte auch für sämtliche Bestellungenänderungen, ungeachtet unter welchem Titel diese erfolgten (etwa «Mehrleistungen», «Zusatzleistungen», «Zusatzwünsche» oder «Mehrbestellungen»). Nach Massgabe des Art. 16 Abs. 1 OR werde (widerlegbar) vermutet, dass die Parteien bei Nichteinhaltung dieser Form keine Bestellungenänderung vereinbaren wollten. Vorliegend habe der Subunternehmer nicht hinreichend behauptet, dass die Parteien vom anfänglich vereinbarten Formvorbehalt abweichen wollten. Somit hätte der Formvorbehalt eingehalten werden müssen. Das sei aber nicht passiert, so dass die auf diese (vermeintlichen) Bestellungenänderungen gestützten Arbeiten der Beschwerdeführerin nicht entschädigungspflichtig seien (E. 5.2). Entsprechend wies das Handelsgericht die Klage ab (HG190128-O). Der Subunternehmer führte dagegen Beschwerde ans Bundesgericht.

## Der Entscheid

**1.** Das Bundesgericht bestätigte (in E. 5.3.1), dass «die Parteien eines Werkvertrags für Bestellungenänderungen vertragliche Formvorbehalte vorsehen können und alsdann vermutet wird, dass die Parteien Bestellungenänderungen nur bei Beachtung der vorbehaltenen Form verabreden wollen (Urteile 4D\_75/2011 vom 9. Dezember 2011 E. 3.2.2 und 3.4; 4C.385/2005 vom 31. Januar 2006 E. 9; P. GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, S. 356 f. Rz. 770 f.)». Zutreffend sei auch, «dass Bestellungenänderungen trotz Formvorbehalts stillschweigend vereinbart werden können, indem namentlich der Besteller in Kenntnis der Situation eine zusätzliche Leistung anstandslos geschehen lässt respektive diese vorbehaltlos entgegennimmt (Urteil 4A\_87/2021 vom 31. August 2021 E. 6.2; ferner Urteil 4A\_465/2017 vom 2. Mai 2018 E. 2)» (E. 5.3.2). Dies sei aber «nicht leicht anzunehmen». Auch der Umstand, dass Zusatzleistungen für die Ausführung des Werkes erforderlich sind, bedeutet per se noch nicht, dass sie als stillschweigend vereinbart gelten können (E. 5.3.2 mit Verweis auf die Urteile 4D\_75/2011 vom 9. Dezember 2011 E. 3.4 f.; 4C.385/2005 vom 31. Januar 2006 E. 9). Offenbar hatte der Subunternehmer vor erster Instanz nicht dargelegt, inwiefern die strittigen Bestellungenänderungen trotz Formvorbehalts gültig *stillschweigend* verabredet worden wären. Das Bundesgericht befand daher, dass die Klageabweisung insoweit begründet war, als das Handelsgericht diese damit begründete, dass für die behaupteten Bestellungenänderungen und die darauf gestützten Verputz- und Gipserarbeiten keine formgültige vertragliche Grundlage bestehe.

**2.** Der Subunternehmer hatte vor Handelsgericht nicht nur gegen die Totalunternehmerin, sondern auch gegen die Grundeigentümerin geklagt. Sie begründete das mit Art. 671 und Art. 672 ZGB. «Verwendet jemand zu einem Bau auf seinem Boden fremdes Material oder eigenes Material auf fremdem Boden, so wird es Bestandteil des Grundstücks (Art. 671 Abs. 1 ZGB). Findet keine Trennung des Materials

vom Boden statt, so hat der Grundeigentümer für das Material eine angemessene Entschädigung zu leisten (Art. 672 Abs. 1 ZGB)» (E. 4.2). «Der Entschädigungsanspruch von Art. 672 ZGB setzt voraus, dass der Grundeigentümer durch den Bau bereichert ist, zumindest wenn er gutgläubig ist (BGE 103 II 227 E. 5 [dort S. 239 f.]; 99 II 131 E. 6b und 6c; Urteil 4A\_178/2013 vom 31. Juli 2013 E. 2.3.1; zum Ganzen J. SCHMID, Einbau von eigenem Material auf fremdem Grund, in: Schweizerische Baurechtstagung 2019, S. 169 und 171–173)» (E. 4.2). Der Subunternehmer scheiterte vor Handelsgericht daran, dass er offenbar nicht näher erklärt hatte, inwiefern er überhaupt in seinem Eigentum stehendes Material verbaut hatte. Ausserdem hatte er sich anscheinend nicht detailliert zur Frage geäußert, ob eine *Bereicherung* der Grundeigentümerin vorliege, zumal diese ihre Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Totalunternehmerin erfüllt hatte. Das Bundesgericht erachtete das vorinstanzliche Urteil auch in diesem Punkt als bundesrechtskonform.

3. Gegenüber der Totalunternehmerin versuchte es der Subunternehmer sodann mit dem Argument, die Totalunternehmerin habe einen Teil der Zusatzarbeiten (konkret die «Ausholung») durch Akonto- bzw. Abschlagszahlungen akzeptiert. Auch damit scheiterte er vor Handelsgericht – gemäss Bundesgericht zu Recht: «Zutreffend ist jedenfalls, dass unter Akontozahlungen – wozu auch Abschlagszahlungen gehören – gemeinhin vorläufige Zahlungen verstanden werden, welche einzig unter Vorbehalt einer definitiven Abrechnung zu leisten sind. Entsprechend ist die Differenz zwischen den geleisteten Akontozahlungen und dem durch die Abrechnung festgestellten, effektiven vertraglichen Anspruch von der einen oder anderen Partei auszugleichen und stellt eine Akontozahlung im Regelfall keine Anerkennung einer bestimmten Forderungshöhe dar (BGE 134 III 591 E. 5.2.3; Urteil 4A\_307/2020 vom 13. Januar 2021 E. 7.4.1 und 7.5.1)» (E. 6.3). *BGer (TF) 4A\_51/2023 (23.05.2023)*.

## Die Anmerkungen

1. Der vereinbarte Schriftformvorbehalt bezog sich hier auf «sämtliche Änderungen dieses Werkvertrages sowie alle ergänzenden Vereinbarungen», wobei diese einer «beidseitigen rechtsgültigen Unterzeichnung» bedurften. Aus diesem Wortlaut ergibt sich ohne weiteres, dass *vereinbarte* Bestellungsänderungen unter den Formvorbehalt fallen (vgl. zu diesen P. GAUCH, *Der Werkvertrag*, 6. Aufl. 2019, S. 356 f. Rz. 770 f.). Wenn der Werkvertrag aber (wie z.B. Art. 84 SIA-Norm 118) ein Recht des Bestellers zur *einseitigen* Bestellungsänderung (Gestaltungsrecht) vorgesehen hätte, wäre der vereinbarte Schriftformvorbehalt wohl kaum anwendbar gewesen: Eine einseitige Bestellungsänderung wäre jedenfalls keine «ergänzende Vereinbarung» (weil es an der «Vereinbarung», d.h. am Konsens, fehlt). Zweifelhaft wäre auch, ob eine einseitige Bestellungsänderung unter die Kategorie «sämtliche Änderungen dieses Werkvertrages» fallen würde. Zwar verändert auch eine einseitige Bestellungsänderung den Werkvertrag, aber wenn dieser Werkvertrag selbst

ein *einseitiges* Bestellungsänderungsrecht des Bestellers vorsieht, wäre es widersprüchlich, zugleich zu vereinbaren, dass diese Änderungen nur gültig sind, wenn sie *beidseitig* unterzeichnet werden. Die Auslegung, wonach einseitige Bestellungsänderungen nicht unter den Formvorbehalt fallen, wäre zumindest naheliegend. Die Tatsache, dass dies im Urteil des Bundesgerichtes kein Thema war, deutet darauf hin, dass hier kein einseitiges Bestellungsänderungsrecht der Totalunternehmerin vereinbart war.

2. Auch der Umstand, dass eine Zusatzleistung für die Ausführung des Werkes erforderlich war und daher sowieso bestellt werden musste, soll gemäss Bundesgericht nicht zur Annahme führen, dass eine entsprechende Bestellungsänderung trotz Formvorbehalt als stillschweigend vereinbart gelten kann (E. 5.3.2). Das Bundesgericht verweist diesbezüglich auf das Urteil 4D\_75/2011 vom 9. Dezember 2011 E. 3.4 f., wo dies damit begründet wurde, dass in jenem Fall das Recht des Bestellers vorbehalten war, die Zusatzarbeiten durch Dritte ausführen zu lassen. Im vorliegenden Entscheid hat das Bundesgericht indessen nicht geprüft, ob die Totalunternehmerin im vorliegenden Fall vertraglich berechtigt gewesen wäre, die Zusatzarbeiten bei Dritten zu bestellen, und ob dies faktisch überhaupt möglich gewesen wäre.

3. Stossend wäre es, wenn ein Besteller durch falsche Angaben (insbes. unvollständige Angaben) betreffend die zu erbringenden Bauarbeiten zuerst ein zu tiefes Festpreisangebot (bzw. ein zu tiefes Kostendach) erwirken würde und, wenn dann die von ihm in der Ausschreibung vergessenen, aber notwendigen Zusatzleistungen erbracht werden, einen Schriftlichkeitsvorbehalt geltend machen könnte, um diese notwendigen Zusatzleistungen nicht bezahlen zu müssen. Es kann meines Erachtens nicht der Sinn des nach Treu und Glauben ausgelegten Schriftlichkeitsvorbehaltes sein, den Unternehmer in solchen Fällen um den Anspruch auf Mehrvergütung zu bringen.

4. Der letzte Strohalm von Unternehmern, die nicht bestellte Leistungen erbracht haben, sind oftmals die Art. 671 und 672 ZGB. Diese regeln den Tatbestand, dass keine bzw. keine vollständige vertragliche Vereinbarung über einen entgeltlichen Materialeinbau besteht und dennoch eine Verarbeitung von Baumaterial auf einem Grundstück vorgenommen wird, wobei Grundeigentümer und Materialeigentümer nicht identisch sind. Art. 672 Abs. 1 ZGB gewährt dem Materialeigentümer einen Entschädigungsanspruch, wenn keine Trennung des Materials vom Boden stattfindet. Der Umfang der zu leistenden Entschädigung ist abhängig vom guten bzw. bösen Glauben der Beteiligten (Art. 672 Abs. 2 und 3 ZGB). Im Urteil 4A\_178/2013 vom 31. Juli 2013 E. 2.2.2 verwendete das Bundesgericht zu Gunsten des Unternehmers nicht den gewöhnlichen Massstab des Art. 3 Abs. 2 ZGB, sondern ein abgeschwächtes Kriterium, wonach guter Glaube immer dann vorhanden sei, wenn unredliches, moralisch verwerfliches Handeln ausgeschlossen erscheint (dazu kritisch ARNOLD F. RUSCH, Ersatzpflicht des Grundeigentümers gemäss Art. 672 ZGB bei fehlendem vertrag-

lichem Anspruch und der Begriff des guten Glaubens, BR/DC 2014 S. 287 f.). Im vorliegenden Fall scheiterte der Unternehmer daran, dass sich der Anspruch nach Art. 671 und Art. 672 ZGB gegen die Grundeigentümerin richtete, welche hier mit der Bestellerin (Totalunternehmerin) nicht identisch war. Eine Bereicherung *der Grundeigentümerin* konnte nicht belegt werden, da sie offenbar alles bezahlt hatte, was sie in ihrem Vertragsverhältnis mit der Totalunternehmerin dieser gegenüber schuldet.

5. Der Unternehmer machte in Bezug auf eine bestimmte Leistung geltend, diese sei im Rahmen einer Abschlags-

zahlung (Akontozahlung) bezahlt und damit von der Totalunternehmerin anerkannt worden. «Unter Akontozahlungen werden im Allgemeinen vorläufige Zahlungen verstanden, welche unter Vorbehalt einer definitiven Abrechnung geleistet werden» (Urteil 4A\_307/2020 vom 13. Januar 2021 E. 7.4.1). Die Zahlung einer Akontorechnung ist daher in der Regel keine Anerkennung einer bestimmten Forderungshöhe. Anders wäre dies zu beurteilen, wenn der Unternehmer die konkrete Leistung *definitiv* in Rechnung gestellt hätte und die Totalunternehmerin diese dann im Sinne einer Teilzahlung beglichen hätte (vgl. Urteil 4A\_307/2020 vom 13. Januar 2021 E. 7.4.1).

## De l'impossibilité fautive de réparer et la perte des droits

Dans cet arrêt, la Cour de Justice procède à une comparaison utile entre les droits de la garantie selon le code des obligations et selon la norme SIA-118, pour apprécier les conséquences de l'impossibilité objective de réparer le défaut par faute du maître d'ouvrage. Dans le régime de la norme SIA-118, le maître perd tous ses droits à la garantie, alors qu'il en conserve dans le régime du code des obligations. C'est l'occasion de rappeler une jurisprudence du Tribunal fédéral, vieille de plus de 30 ans et ses conséquences concrètes.

*In diesem Entscheid zieht das Genfer Appellationsgericht einen nützlichen Vergleich zwischen den werkvertraglichen Mängelrechten nach OR und nach der SIA-Norm 118, um sich dann der Frage zuzuwenden, welche Folgen es hat, wenn die Nachbesserung des mangelhaften Werks aufgrund eines Verschuldens des Bauherrn objektiv unmöglich geworden ist. Unter der SIA-Norm 118 verliert der Bauherr alsdann das Recht auf Nachbesserung, Minderung und Wandelung, während die Dinge nach OR anders liegen. Der Entscheid ist zudem Anlass, sich auf eine dreissigjährige Rechtsprechung des Bundesgerichts zu besinnen und deren konkreten Folgen zu bedenken.*

L'arrêt de la Cour de Justice genevoise ACJC/530/2022 (8.4.2022)

**Pascal Pichonnaz**, docteur en droit, professeur à l'Université de Fribourg\*

### Les faits

(521) 1. L'exploitante et propriétaire d'un hôtel a conclu un contrat d'entreprise soumis à la norme SIA-118 avec une entreprise de gestion d'énergies, portant sur des travaux d'installation de ventilation et de chauffage. À la suite des travaux, l'exploitante a allégué que les installations présentaient des défauts dès leur mise en fonction. Elle a déposé une requête au Tribunal de première instance demandant la désignation d'un expert afin de déterminer les travaux nécessaires et les coûts y relatifs.

2. En parallèle, l'exploitante et propriétaire de l'hôtel a vendu sa propriété. Lors de leur visite sur place, les experts ont constaté que des travaux de transformation étaient en cours et que les installations avaient été démontées et évacuées. Ils n'ont donc pu que difficilement examiner les installations.

3. Le maître d'ouvrage a néanmoins exigé le paiement d'une somme en réduction du prix, ce que l'autorité cantonale de première instance a partiellement admis.

### L'arrêt

4. La Cour de Justice genevoise rappelle d'abord que dans le régime de l'art. 368 CO, le maître d'ouvrage a le choix d'exiger la réfection de l'ouvrage, la résolution du contrat ou la réduction du prix. Les trois moyens étant alternatifs, lorsqu'il est objectivement impossible de réparer le défaut, par

\* Je remercie M. Benoit de Mestral, assistant à la Chaire de droit privé et de droit romain, pour la relecture critique de cette note.