



Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht
Institut pour le droit suisse et international de la construction

Schweizerische Baurechtstagung
Journées suisses du droit de la construction

Année / Jahr:
1987

Die Vergütung von Bauleistungen

Auteur / Autor:
Gauch Peter

BAURECHTSTAGUNG 1987/TAGUNGSUNTERLAGE I

Die Vergütung von Bauleistungen

Prof. Dr. iur. Peter Gauch, Universität Freiburg

SEMINAR FÜR SCHWEIZERISCHES BAURECHT

BAURECHTSTAGUNG 1987/TAGUNGSUNTERLAGE I

Die Vergütung von Bauleistungen

Prof. Dr. iur. Peter Gauch, Universität Freiburg

- I. Das Thema**
- II. Die Entgeltlichkeit der Werkleistung**
- III. Die Bemessung der geschuldeten Vergütung**
- IV. Einzelfragen**

INHALT

- I. Das Thema
- II. Die Entgeltlichkeit der Werkleistung
- III. Die Bemessung der geschuldeten Vergütung
 - 1. Im allgemeinen
 - 2. Die festen Preise: Pauschal- und Einheitspreise
 - A. Der Pauschalpreis
 - B. Der Einheitspreis
 - C. Die Durchbrechung des Festpreis-Charakters
 - 3. Die Vergütung nach Art. 374 OR (Regiearbeiten)
 - A. Die Regel des Art. 374 OR
 - B. Die Ergänzung durch Art. 375 OR
- IV. Einzelfragen
 - 1. Die Pauschalierung der Einheits-Preis-Offerte
 - 2. Die Fälligkeit der Vergütung
 - 3. Fälligkeitsabreden
 - 4. Die Verjährung
 - 5. Die Rechnungsstellung durch den Unternehmer
 - 6. Das Recht des Bestellers auf Skontoabzug für prompte Bezahlung
 - 7. Unbestellte Zusatzleistungen

LITERATURANGABEN

Gauch, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985; Gautschi, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 2. Abt., 3. Teilbd., Der Werkvertrag, Bern 1967 (Kommentar zu Art. 363-379 OR); Pedrazzini, Der Werkvertrag, in: SPR, Obligationenrecht, 7. Bd., 1. Halbbd., Basel und Stuttgart 1977, S. 497 ff.; Reber, Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, 4. Aufl., Dietikon 1983; Tercier, La rémunération des prestations de l'entrepreneur, Journées du droit de la construction 1987/Documentation I.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS: siehe allgemeines Abkürzungsverzeichnis.

DIE VERGÜTUNG VON BAULEISTUNGEN

Prof. Peter Gauch, Universität Freiburg

I. DAS THEMA

1. Der Tradition unserer Freiburger Baurechtstagungen entsprechend, beginnt die Tagung auch diesmal mit einem klassischen Thema. Es geht um "**die Vergütung von Bauleistungen**":

- Bauleistungen im hier verstandenen Sinne sind vertragliche Werkleistungen ("Bauarbeiten") der Bauunternehmer. Ausgeklammert bleiben also Vertragsleistungen anderer Baubeteiligter (z.B. von Architekten und Ingenieuren), die man in einem weiteren Sinne auch als "Bauleistungen" bezeichnen könnte¹.
- Die vertragliche Leistung des Bauunternehmers besteht in der Herstellung (und Ablieferung) des von ihm versprochenen Werkes (sei es mit oder ohne Lieferung des benötigten Stoffes).

Die vom Bauunternehmer geschuldete Leistung zerfällt in aller Regel in verschiedene Einzelleistungen, welche zusammen die Gesamtleistung (die gesamte Bauleistung dieses Unternehmers) ergeben. Das vom einzelnen Unternehmer geschuldete Werk kann ein Gesamtbauwerk oder Teil eines solchen Werkes sein.

- Die Vergütung der Bauleistung wird vom Besteller des Werkes geschuldet. Besteller (und damit Vertragspartner des Bauunternehmers) ist entweder der Bauherr oder ein anderer Unternehmer (z.B. ein Generalunternehmer). Im zweiten Fall handelt es sich beim Bauunternehmer um einen Sub- (oder Sub-Sub-) Unternehmer.

¹. Zum Vergütungsanspruch des Architekten vgl. jetzt Egli, Das Architektenhonorar, in: Gauch/Tercier, Das Architektenrecht, Freiburg 1986, S. 247 ff.

2. Nachfolgend spreche ich zunächst (II.) von der **Entgeltlichkeit** der Werkleistung, dann (III.) von der **Bemessung der geschuldeten Vergütung** und schliesslich (IV.) von verschiedenen **Einzelfragen**.

Den Ausgangspunkt meiner Erörterungen bildet das Gesetz, namentlich das Werkvertragsrecht. Einbezogen wird aber auch die SIA-Norm 118 (Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, Ausgabe 1977), die insofern von Bedeutung ist, als sie in vielen Fällen zum Inhalt des konkreten Vertrages gehört. Pro memoria sei beigelegt:

Die SIA-Norm 118 ist für die Parteien eines konkreten Vertrages nur insoweit verbindlich, als sie durch Vereinbarung (als Vertragsbestandteil) übernommen wurde!

II. DIE ENGELTLICHKEIT DER WERKLEISTUNG

1. Die Bauleistung des Unternehmers ist eine vertragliche Werkleistung. Mit solchen Leistungen befasst sich der im Gesetz (Art. 363 - 379 OR) geregelte Werkvertrag. "Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung" (Art. 363 OR; vgl. auch SIA-Norm 118, Art. 2). Zu den wesentlichen Merkmalen des Werkvertrages gehört somit, dass der Unternehmer Anspruch auf eine Vergütung hat. Dieser Anspruch beruht auf ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung. Merke:

- a. Im Einzelfall ist zwar durchaus möglich, dass der Unternehmer sich zur unentgeltlichen Herstellung eines Werkes (z.B. zur unentgeltlichen Ausführung einer Malerarbeit) verpflichtet. Ein Vertrag mit solchem Inhalt ist jedoch kein Werkvertrag im Sinne des Gesetzes (Art. 363 OR), sondern ein (werkvertragsähnlicher) Innominatkontrakt².
- b. Die Beweislast (Art. 8 ZGB) dafür, dass eine Vergütungspflicht vereinbart wurde (und von daher ein Werkvertrag besteht), liegt im Streitfall beim Unternehmer³.
- c. Im Unterschied zu dem, was für den einfachen Auftrag gilt (Art. 394 Abs. 3 OR), kennt das Werkvertragsrecht keine Vorschrift, wonach eine Vergütung trotz fehlender Vereinbarung geschuldet wird, falls sie üblich ist. Eine bestehende Uebung vermag also die fehlende Vergütungsabrede nicht zu ersetzen. Doch begründet sie (mangels anderer

². Gauch, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985, Nr. 105 und Nr. 270 (unter Ablehnung der Ansicht, dass die Pflicht zur unentgeltlichen Herstellung eines Werkes auftragsrechtlichen Charakter hat).

³. Wird nicht nur die Vereinbarung einer Vergütungspflicht, sondern der Vertragsabschluss überhaupt bestritten, so trägt der Unternehmer, der einen Vergütungsanspruch geltend macht, die Beweislast für den Abschluss des (ganzen) Vertrages.

Anhaltspunkte) eine natürliche Vermutung dafür, dass (wenn überhaupt ein Vertrag zustandekam) eine (zumindest stillschweigende) Vergütungsabrede getroffen wurde⁴.

- d. Die Höhe der vom Besteller geschuldeten Vergütung braucht nicht durch Vereinbarung festgelegt zu sein (BGE 92 II 332 f.). Wurde die Vergütung "zum voraus entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt", so wird der Vertrag, was die Höhe der geschuldeten Vergütung betrifft, durch Art. 374 OR ergänzt, wonach sich der Preis "nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers" bestimmt. Doch ist zu beachten:

2. Die Bestimmung des Art. 374 OR setzt voraus, dass ein Werkvertrag zustandegekommen ist, die vereinbarte Entgeltlichkeit der Werkleistung also feststeht. Sie selber begründet somit keine Vergütungspflicht, sondern bestimmt nur die Höhe der kraft Vereinbarung geschuldeten Vergütung, falls die Parteien diesbezüglich keine andere Abrede getroffen haben.

III. DIE BEMESSUNG DER GESCHULDETEN VERGÜTUNG

I. Im allgemeinen

1. Für die Bemessung der geschuldeten Vergütung unterscheidet das gesetzliche Werkvertragsrecht zwischen der "festen Uebernahme" (Art. 373 OR⁵) und der "Festsetzung

⁴. Eine solche Vermutung (die vom Besteller durch blossen Gegenbeweis entkräftet werden kann; Kummer, N 363 zu Art. 8 ZGB; unentschieden: BGE 111 II 160) greift z.B. ein, wenn der Unternehmer die Werkleistung im Rahmen seines Gewerbebetriebes erbracht hat. Ueberhaupt spricht eine natürliche Vermutung für die vereinbarte Entgeltlichkeit der Werkleistung, wenn diese nach den Umständen nur gegen Entgelt zu erwarten war.

⁵. Art. 373 OR bestimmt unter dem Randtitel "Feste Uebernahme": "Wurde die Vergütung zum voraus genau bestimmt, so ist der Unternehmer verpflichtet, das Werk um diese Summe fertigzustellen, und darf keine Erhöhung fordern, selbst wenn er mehr Arbeit oder grössere Auslagen gehabt hat, als vorgesehen war" (Abs. 1). "Falls jedoch ausserordentliche Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten oder die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren, die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren, so kann der Richter nach seinem Ermessen eine Erhöhung des Preises oder die Auflösung des Vertrages bewilligen" (Abs. 2). "Der Besteller hat auch dann den vollen Preis zu bezahlen, wenn die Fertigstellung des Werkes weniger Arbeit verursacht als vorgesehen war" (Abs. 3).

nach dem Wert der Arbeit" (Art. 374⁶). Auf Grund dieser Unterscheidung ergibt sich folgende Einteilung:

a. **Der Festpreisvertrag.** Er kommt in drei hauptsächlichen Erscheinungsformen vor:

- Der Unternehmer hat die Ausführung (und Ablieferung) des ganzen (von ihm geschuldeten) Werkes zu einem **Pauschalpreis** übernommen.
- Der Unternehmer hat die Werkausführung zu **Einheitspreisen** übernommen⁷.

Merke: In der Regel sind in einem Werkvertrag (wenn überhaupt) verschiedene Einheitspreise für verschiedene Leistungen (z.B. Aushub, Wasserhaltung, Maurerarbeiten) vereinbart.

- Der Unternehmer hat die Werkausführung teils "pauschal", teils zu **Einheitspreisen** übernommen.

Merke: Ein vertraglicher Pauschalpreis braucht keineswegs für die Gesamtleistung des Unternehmers vereinbart zu sein.

b. **Der Vertrag ohne festen Preis.** Er zeichnet sich dadurch aus, dass die Parteien "den Preis" für die Ausführung des Werkes in ihrem Vertrag "entweder gar nicht oder nur ungefähr" bestimmt haben (Art. 374 OR). Trifft dies zu, so wird die Arbeit nach üblicher Ausdrucksweise "in Regie" ausgeführt (vgl. z.B. SIA-Norm 118, Art. 44 ff. und 48).

Merke:

- In der Regel wird nur ein Teil (und zwar meistens ein untergeordneter Teil) der Gesamtleistung "in Regie" ausgeführt, während für den anderen Teil Pauschal- oder Einheitspreise vereinbart sind. Diese Kombination ist im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt.
- Wird streitig, ob (für die Gesamtleistung oder einen Teil davon) ein fester Preis vereinbart wurde oder die Vergütung sich nach Art. 374 OR richtet, so trägt die Beweislast, wer sich auf die Festpreisabrede beruft⁸.

⁶. Art. 374 OR bestimmt unter dem Randtitel "Festsetzung nach dem Wert der Arbeit": "Ist der Preis zum voraus entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt worden, so wird er nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt".

⁷. Auch das ist eine "feste Uebernahme" (vgl. BGE 104 II 316 = Beilage 1; 15, S. 485), obwohl dies im Wortlaut des Art. 373 OR nur undeutlich zum Ausdruck kommt.

⁸. Keine Zustimmung verdient die Ansicht, dass der Unternehmer, der sich auf Art. 374 OR beruft, die Behauptung des Bestellers, es sei ein fester (niedrigerer) Preis vereinbart worden, zu widerlegen habe, andernfalls er nur den vom Besteller zugestandenen Preis fordern könne (so aber Kummer, N 250 zu Art. 8 ZGB, unter Bezugnahme auf die in Deutschland herrschende Meinung). Im einzelnen: Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 697 ff.

LEISTUNGSVERZEICHNIS

A. Zweifel
Architekt

Objekt: E. Moll; Stützmauer im Garten

Pos.	Gegenstand-Désignation	Mass Unité	Quant.	Preis-Prix	Betrag-Montant
	<u>Baustelleneinrichtung</u>				
1.	Einrichten der Baustelle, Zur- verfügungstellen der Geräte und Maschinen; ordentliche Instand- stellung des Arbeitsplatzes bei Bauende. <u>pauschal</u>				4 000. -
	<u>Bauarbeiten</u>				
2.	Abtragen von Humus, seitliches Deponieren und Wiederanlegen	m ³	20	25. -	500. -
3.	Aushub von Hand in grabbarem Ma- terial und seitliches Deponieren	m ³	80	48. -	3840. -
4.	Aushub in Mergelfels mit Abbau- oder Spitzhammer und seitliches Deponieren	m ³	10	110. -	1100. -
5.	<u>Eventuell</u> : sorgfältiges Freilegen der Wasserleitung und Tieferlegen unter die Fundamentsohle <u>in Regie</u>				
6.	Rohe Schalung für den Beton, Stellen der Schalung und Aus- schalen	m ²	80	36. -	2880. -
7.	Armierung, Liefern und Verlegen	kg	1550	1.80	2790. -
8.	Beton, 300 kg Zement/m ³ , vibriert	m ³	22	180. -	3960. -
9.	<u>Eventuell</u> : <u>Zuschlag</u> zu Pos.6 für gehobelte Schalung und fehler- freien Sichtbeton wie bei der bereits bestehenden Mauer	m ²	40	6. -	240. -
10.	Wiedereinfüllen von Aushubmate- rial der Pos. 3 und 4	m ³	50	20. -	1000. -
	<u>TOTAL</u>				20'310. -

2. Dem Gesagten zufolge ist durchaus **möglich, dass sich die Vergütung, die der Besteller dem Unternehmer schuldet, nicht einheitlich, sondern für verschiedene Einzelleistungen verschieden bemisst.** Zum Beispiel haben die Parteien für einzelne Leistungen Pauschalpreise, für andere Einheitspreise, wieder für andere keinen festen Preis vereinbart. Die für das ganze Werk geschuldete Vergütung ergibt sich alsdann aus der Summe der für die betreffenden Leistungen geschuldeten Teilvergütungen.

Merke: Bemisst sich die geschuldete Vergütung unter Vorbehalt allfälliger Regiearbeiten ausschliesslich nach Pauschal- oder Globalpreisen im Sinne der SIA-Norm 118, so liegt nach der Terminologie dieser Norm (Art. 42 Abs. 2) ein "Gesamtpreisvertrag" vor. Als "Einheitspreisvertrag" wird demgegenüber jeder Werkvertrag bezeichnet, bei dem für alle oder für einen Teil (!) der Leistungen Einheitspreise vereinbart sind (Art. 42 Abs. 2 der Norm).

3. Zum Einheitspreisvertrag gehört das **Leistungsverzeichnis**, das in aller Regel vom Besteller vorbereitet wird (SIA-Norm 118, Art. 7 Abs. 2 Ziff. 3 und Art.8). Es enthält die einzelnen Leistungen, aus denen sich die auszuführende Bauarbeit zusammensetzt; und es gibt an, nach welcher Preisart die Vergütung für die jeweilige Leistung zu berechnen ist, so dass der Unternehmer nur noch die von ihm angebotenen Preise einzusetzen hat.

2. Die festen Preise: Pauschal- und Einheitspreise

Vereinbarte Pauschal- und Einheitspreise sind feste Preise, die in den Anwendungsbereich des Art. 373 OR fallen. Zunächst befasse ich mich (A) mit dem Pauschalpreis, dann (B) mit dem Einheitspreis und schliesslich (C) mit der Durchbrechung des Festpreis-Charakters.

A. Der Pauschalpreis

1. Der Pauschalpreis⁹ kann für die Herstellung des ganzen Werkes, für einen Teil davon (z.B. für das Fundament) oder für eine bestimmte Einzelleistung (z.B. die Wasserhaltung) vereinbart sein. Er besteht in einer zum voraus genau bestimmten Geldsumme, die der Besteller für die hiefür versprochene Leistung zu bezahlen hat. Das bedeutet:

- Der Unternehmer darf für die versprochene Leistung nicht mehr verlangen (Art. 373 Abs. 1 OR), der Besteller nicht weniger vergüten (Art. 373 Abs. 3 OR) als den dafür vereinbarten Pauschalpreis. Der vereinbarte Pauschalpreis ist somit ein Höchst- und zugleich Mindestpreis.

⁹. Vgl. dazu Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 629 ff. und 708 ff.

- Der Pauschalpreis ist unabhängig von den geleisteten Mengen, unabhängig auch von den Arbeits- und andern Kosten des Unternehmers. Sogar Mehr- und Minderkosten, die bei Vertragsabschluss nicht vorgesehen waren, bleiben ohne Einfluss auf den geschuldeten Preis (Art. 373 Abs. 1 und 3 OR)¹⁰.

2. Zu beachten bleibt jedoch, dass durch die Vereinbarung eines Pauschalpreises **nur die Vergütung, nicht die Leistung des Unternehmers, "pauschaliert"** wird. Im Streitfall muss daher durch Auslegung des Vertrages ermittelt werden, welche Leistungen durch den Pauschalpreis abgedeckt sind. Dazu gehören sicher nicht solche Mehrleistungen, die der Unternehmer auf Grund einer Bestellungsänderung erbringt¹¹.

Nicht selten wird aber gerade streitig, ob in Wirklichkeit eine Bestellsungsänderung vorliegt oder ob eine bestimmte Vertragsleistung noch zum ursprünglich vereinbarten, vom Pauschalpreis umfassten "Leistungspaket" gehört¹². In diesem Streitfall liegt die Beweislast zwar beim Unternehmer, der sich auf eine Bestellsungsänderung beruft (BGE 20, S. 1007 = Beilage 3); zu seinen Gunsten ist jedoch im Zweifel (!) anzunehmen, dass durch den Pauschalpreis nur solche Leistungen abgedeckt werden, die nach Art und Umfang im Werkvertrag festgelegt sind oder sonst zur (mängelfreien) Ausführung des vereinbarten Werkes gehören¹³.

B. Der Einheitspreis

1. Der Einheitspreis¹⁴ bestimmt die Vergütung für eine Einzelleistung, die der Unternehmer zur Ausführung des Werkes erbringen muss. Sein besonderes **Merkmal** (das ihn vom Pauschalpreis unterscheidet) besteht darin, dass er **je Einheit der vereinbarten Einzelleistung** (je Laufmeter, Quadratmeter, Kubikmeter, Kilo, Stück u.s.w.) **festgesetzt** wird. Die Vergütung, die der Besteller für die betreffende Leistung schuldet, ergibt sich daher aus der Menge der

¹⁰. Ein zu grosser Aufwand geht also ohne weiteres zu Lasten des Unternehmers (BGE 96 II 61 f. = Beilage 2); umgekehrt profitiert der Unternehmer ohne weiteres von allfälligen Einsparungen (ZR 32, 1933, Nr. 22, S. 40).

¹¹. Der Mehraufwand, der auf einer Bestellsungsänderung beruht, gibt dem Unternehmer Anspruch auf eine angemessene Mehrvergütung (AB OGr BL 1982, S. 49 = BR 1983, S. 73, Nr. 57; SJ 79, 1957, S. 597). Mangels anderer Abrede (z.B. SIA-Norm 118, Art. 86 f.) bemisst sich diese Mehrvergütung nach Art. 374 OR.

Der Anspruch des Unternehmers verringert sich in dem Umfang, als Mehrleistungen durch Minderleistungen kompensiert werden (JdT 106, 1958, S. 191 = Beilage 4). Er ertfällt, wenn der Unternehmer auf den Anspruch verzichtet oder die Aenderung selber zu vertreten hat, weil sie durch sein vertragswidriges Verhalten notwendig wurde.

¹². Um solchen Streitigkeiten vorzubeugen, sollen nach einem klugen Ratschlag der SIA-Norm 118 (Art. 41 Abs. 2/Art. 40 Abs. 2) Pauschalpreise "nur auf Grund vollständiger und klarer Unterlagen (detaillierte Baubeschreibung, Pläne und dergleichen) vereinbart werden".

¹³. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 5. Aufl., Düsseldorf 1986, Nr. 844; Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 633.

¹⁴. Vgl. dazu Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 639 ff.

Pos.	Bezeichnung der Arbeiten Désignation des travaux Designazione delle opere	Einheit Unité Unità	Ausmass Quantité Quantità	Einheitspreis Prix unitaire Prezzo unitario	Betrag * Montant Importo totale
	Übertrag/Report/Riporto				* = "Positions- betrag"
60200.000	<u>Betonarbeiten</u>				
60201.000	Beton BH 300, vibriert, unarmiert, sauber abgeglättet zur Aufnahme eines Gussaspahlbelages. Für seitl. Gehwege sowie zum Hinterbetonieren von Schlitzrinnen, Randsteinen etc. An geschalte Betonflächen anstossend inkl. aller Erschwernisse infolge des Vorhandenseins von Kabelrohren, Leitungen etc. einschl. ausbilden von Wasserinnen am Fuss der inneren Auskleidung.	M3	2300	126.--	289'800.--
60202.000	Beton BH 300, vibriert, armiert, für Schächte, inkl. aller Erschwernisse infolge des Vorhandenseins von Kabelrohren, Leitungen etc.	M3	110	165.--	18'150.--
60203.000	* Beton BH 300, vibriert, armiert für die seitl. Auflager der Fahrbahnplatte inkl. alle Erschwernisse infolge einbetonieren der Drainageleitungen.	M3	3000	117.--	351'000.--
60204.000	Freitragende Fahrbahnplatte und deren Tragwände				
60204.100	* Aus Ortsbeton BH 300, vibriert, * armiert	M3	4700	169.--	(794'300.--)
60204.200	* Aus Fertigelementen inkl. Versetz- und Zuputzarbeiten.	M1	1310	1100.--	1'441'000.--
60205.000	Beton BH 300, vibriert und armiert				
60205.100	Für Zwischendecken über dem Fahrraum	M3	2600	134.--	348'400.--
	Übertrag/Report/Riporto				2'448'350.--

vom Unternehmer geleisteten Einheiten, multipliziert mit dem dazugehörigen Einheitspreis. Zu merken sind folgende Einzelheiten:

- a. Im Leistungsverzeichnis werden die Leistungen, für die der Unternehmer Einheitspreise offeriert, in aller Regel unter Angabe der voraussichtlichen Mengen umschrieben. Diese Mengenangaben zu den einzelnen Leistungspositionen stammen gewöhnlich vom Besteller. Sie haben nur (aber immerhin) die Bedeutung einer Prognose.
- b. Massgeblich für die Vergütung ist nicht die voraussichtliche, sondern die tatsächlich ausgeführte Menge. Dabei bleibt es auch dann, wenn der Unternehmer den im Leistungsverzeichnis eingesetzten Einheitspreis mit der voraussichtlichen Menge zu einem Positionsbetrag multipliziert hat. Trotz dieser Multiplikation im vertraglich übernommenen Leistungsverzeichnis bestimmt sich die geschuldete Vergütung auf Grundlage der geleisteten Einheiten (nicht nach dem Positionsbetrag).
- c. Die für die Vergütung massgebliche Menge wird entweder nach dem tatsächlichen Ausmass (durch Messen, Wägen oder Zählen) oder nach dem plangemässen theoretischen Ausmass¹⁵ bestimmt (vgl. SIA-Norm 118, Art. 39 Abs. 1)¹⁶. Merke:
 - In aller Regel wird das tatsächliche Ausmass von den Parteien (fortlaufend oder am Ende der Arbeit) gemeinsam ermittelt und das ermittelte Ausmass gegenseitig (in einem "Ausmassbuch", "Ausmassprotokoll" oder dergleichen) anerkannt (z.B. SIA-Norm 118, Art. 142 Abs. 1). Diese Anerkennung begründet eine natürliche Vermutung für die Richtigkeit des anerkannten Ausmasses (weitergehend: BGE 29 II 543)¹⁷.
 - Leistet der Unternehmer aus Unsorgfalt mehr Einheiten, als bei sorgfältigem Vorgehen zur vertragsgemässen Ausführung des Werkes genügen würden, so hat er auch bei tatsächlichem Ausmass keinen Anspruch auf Vergütung des zuviel Geleisteten (BGE 96 II 61 = Beilage 2). Bei plangemässigem Ausmass versteht sich dies ohne weiteres.

2. Wie bereits gesagt, ist auch der **Einheitspreis ein fester Preis**. Der Unternehmer hat Anspruch auf Bezahlung des zum voraus bestimmten Preises je geleisteter Einheit, nicht mehr und nicht weniger (Art. 373 Abs. 1 und 3 OR). Fest ist aber immer nur der vereinbarte

¹⁵. Das plangemässe Ausmass belastet den Unternehmer mit dem Vergütungsrisiko für eine nicht plangemässe Mehrmenge; es greift nur dann ein, wenn die Parteien dies ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart haben.

¹⁶. Für die Ermittlung der Menge (nach diesem oder jenem Ausmass) hat die Praxis zahlreiche Einzelregeln entwickelt, die ihren Niederschlag z.B. in SIA-Normen und Normpositionskatalogen gefunden haben (vgl. Reber, S. 66 f.). Sie werden durch Uebernahme in den konkreten Vertrag verbindlich.

¹⁷. Zu Einzel- und Sonderfällen (namentlich auch zu Art. 142 Abs. 3 der SIA-Norm 118) vgl. Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 642 f.

Preis je Einheit, nicht die Vergütung für die ganze Leistung, die vom Unternehmer zu einem Einheitspreis übernommen wurde. Denn diese Vergütung hängt (anders als beim Pauschalpreis!) von der Menge der geleisteten Einheiten ab.

C. Die Durchbrechung des Festpreis-Charakters

a. Im allgemeinen

Pauschal- und Einheitspreise sind feste Preise. Doch ist ihr **Festpreischarakter kein absoluter**. Vielmehr wird er

- durch Art. 373 Abs. 2 OR (lit.b) und durch einschlägige Parteiabreden (lit.c) durchbrochen.
- Auch gehen Mehrkosten, die durch schuldhaftes Verhalten des Bestellers oder durch dessen Annahmeverzug¹⁸ verursacht sind, zu dessen Lasten.

Beachte SIA-Norm 118, Art. 58 Abs. 2, wonach bei Verschulden des Bestellers die Regeln über die Beststellungsänderung zur Anwendung kommen und dem sachverständigen (oder sachverständig vertretenen oder beratenen) Besteller mangelhafte Angaben in den Ausschreibungsunterlagen als Verschulden angerechnet werden!

- Umgekehrt hat der Besteller, dem ein mangelhaftes Werk abgeliefert wird, ein Minde-
rungsrecht (Art. 368 Abs. 2 OR), falls die Voraussetzungen hiefür erfüllt sind.

b. Art. 373 Abs. 2 OR

Gemäss Art. 373 Abs. 2 OR "kann der Richter nach seinem Ermessen eine Erhöhung des Preises oder die Auflösung des Vertrages bewilligen", falls "ausserordentliche Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten oder die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren, die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren" (vgl. auch SIA-Norm 118, Art. 59). Die Auslegung und Anwendung dieser Bestimmung (vgl. BGE 104 II 314 ff. = BR 1980, S. 31, Nr. 21 = Beilage 1) wirft zahlreiche Fragen auf¹⁹. Nachfolgend muss ich mich auf wenige **Leitsätze** beschränken:

¹⁸. Vgl. Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 901.

¹⁹. Vgl. Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 711 ff.; Reber, S. 84 ff.; Pedrazzini, S. 538 ff.

- a. Die Anwendung des Art. 373 Abs. 2 setzt voraus, dass kostenteuernde Umstände ein- oder auftreten²⁰, die ein **krasses Missverhältnis** zwischen der Leistung des Unternehmers und der vereinbarten Vergütung begründen (BGE 104 II 317 = Beilage 1; 59 II 378)²¹.

Merke: Massgebend ist stets das Missverhältnis zwischen der Gesamtleistung des Unternehmers und der vertraglichen Gesamtvergütung, auch wenn der Vertrag für verschiedene Einzelleistungen verschiedene Preise vorsieht!

- b. Bei den kostenteuernden Umständen (die das Missverhältnis begründen) muss es sich um **ausserordentliche Umstände** handeln. Das sind Umstände, "die nicht vorausgesehen werden konnten"²² oder die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren" (Art. 373 Abs. 2 OR; BGE 104 II 316 = Beilage 1).
Im einzelnen:

- Für Umstände, "die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren", entfällt das Erfordernis der Unvorhersehbarkeit (BGE 104 II 315 = Beilage 1; 58 II 422 = Beilage 5; ZWR 1981, S. 402 f. = BR 1984, S. 55, Nr. 67).
- Hat sich der Unternehmer bei seiner Preiskalkulation auf sachverständige Angaben des Bestellers über kostenbildende Faktoren (z.B. über Boden- und Grundwasser- verhältnisse) verlassen, die sich später als unrichtig erweisen, so liegen ausserordentliche Umstände vor. Die wirklichen Sachverhalte, die von den sachverständigen Angaben abweichen, gelten als Umstände, die nach den beidseitigen Voraussetzungen ausgeschlossen waren (BGE 58 II 422 = Beilage 5)²³. Vorbehalten bleibt der Fall, da der Besteller eine Nachprüfung verlangt oder sonstwie erklärt hat, auf seine Angaben sei kein Verlass.

- c. Die **Erhöhung des Preises** nach Art. 373 Abs. 2 OR soll das durch die Mehrkosten entstandene Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung in der Weise ausgleichen, dass die Leistung dem Unternehmer zumutbar wird (BGE 104 II 317 = Beilage 1).

20. Die kostenteuernden Umstände können schon bei Vertragsabschluss vorgelegen haben (z.B. geologische Verhältnisse) oder erst später eingetreten sein (z.B. aussergewöhnliches Ansteigen von Löhnen, Zinsen, Materialpreisen; BGE 109 II 335 = Beilage 7; 104 II 316 = Beilage 1).

21. Zu weitem (negativen) Voraussetzungen, die in Art. 373 Abs. 2 OR nicht ausdrücklich genannt werden: Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 765 ff. Lese dort auch zur Anzeigepflicht des Unternehmers!

22. Das Erfordernis der Unvorhersehbarkeit beurteilt sich vom Standpunkt eines sachkundigen und sorgfältigen Unternehmers aus (BGE 109 II 336 = Beilage 7; 104 II 317 = Beilage 1), wobei aber dem individuellen Unternehmer besondere Fähigkeiten und Erfahrungen anzulasten sind (ZBJV 118, 1982, S. 524 = BR 1983, S. 72, Nr. 56 = Beilage 8).

23. Wird eine Mengenangabe des Bestellers zu einem Einheitspreis über- oder unterschritten, so liegt ein ausserordentlicher Umstand nur (aber immerhin) dann vor, wenn die Mengenabweichung ein Ausmass erreicht, mit dem nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) nicht zu rechnen war.

Der Unternehmer kann keine Preiserhöhung verlangen, die darüber hinausgeht. Insbesondere hat er keinen Anspruch darauf, dass der Vertrag zu einem gewinnbringenden oder verlustfreien Geschäft umgestaltet wird (BGE 104 II 317 = Beilage 1). Zutreffend hält daher die SIA-Norm 118 fest, dass der Unternehmer "höchstens die nachgewiesenen tatsächlichen Mehraufwendungen" verlangen kann (Art. 59 Abs. 2).

- d. Art. 373 Abs. 2 OR enthält **dispositives Recht**. Er greift nur insoweit ein, als die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Für eine Wegbedingung der darin vorgesehenen Rechte gilt jedoch die allgemeine Schranke des Art. 27 Abs. 2 ZGB.

Beispiel: Nach der SIA-Norm 118 kann der Unternehmer aus "ungünstigen Witterungsverhältnissen" und aus der vorübergehenden, marktwirtschaftlich bedingten "Stilllegung von Baustellen" keine Rechte ableiten (Art. 60 Abs. 1 und Art. 61). Diese Regelung gilt, falls sie gültig übernommen wurde, auch dann, wenn im Einzelfall der Tatbestand des Art. 373 Abs. 2 OR erfüllt ist.

- e. Beruht die Unrichtigkeit von sachverständigen Angaben, die der Besteller über kostenbildende Faktoren gemacht hat (lit.b), auf Absicht oder Unsigfalt (= Culpa-Fall), so gilt eine **Sonderregel**: Der Unternehmer kann sich auf Art. 373 Abs. 2 OR auch dann berufen, wenn die Mehrkosten kein (krasses) Missverhältnis (lit.a) begründet haben. Und die angemessene Preiserhöhung (lit.c) bemisst sich in sinngemässer Anwendung der Art. 43 f. OR.²⁴

Beachte die Abweichungen, die sich aus dem bereits zitierten Art. 58 Abs. 2 der SIA-Norm 118 ergeben!

c. Einschlägige Parteiabreden

Einschlägige Parteiabreden, die den Festpreischarakter durchbrechen, können einen mannigfachen Inhalt haben. Typisch sind folgende Klauseln:

- a. Die **Teuerungsklausel** für Einheits- oder Pauschalpreise. Sie gibt dem Unternehmer einen Anspruch auf Mehrvergütung, wenn die Kosten teuerungsbedingt steigen.

Merke: Ein Pauschalpreis mit vertraglichem Teuerungsvorbehalt ist ein "Globalpreis", der Globalpreis also eine besondere Erscheinungsform des Pauschalpreises (vgl. BGr SJ 103, 1981, S. 40 = BR 1981, S. 15, Nr. 17). Die SIA-Norm 118 (die diesbezüglich der SIA-Norm 117²⁵ und der Bundessubmissionsverordnung²⁶ folgt) versteht hingegen den Globalpreis als "aliud" zum Pauschalpreis (Art. 38 Abs. 1 und 40 f.), womit sie unnötige Verwirrung schafft. Ausserdem erfasst ihre "Teuerungsabrechnung" auch den Fall der Mindervergütung infolge Kostensenkung (Art. 64 Abs. 1).

²⁴ . Zum Ganzen: Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 762, 764, 769.

²⁵ . SIA-Norm 117, Art. 4 Abs. 5

²⁶ . BSVO, Art. 2 Abs. 3, 4 Abs. 2, 5 Abs. 5.

- b. Die **Mengenklause**l für Einheitspreise. Sie beschlägt den Fall, da die Mengenangabe im Leistungsverzeichnis über- oder unterschritten wird. Für diesen Fall sieht sie vor, dass der zugehörige Einheitspreis sich ändert, sobald die Mengenabweichung einen gewissen (meist prozentual bestimmten) Umfang übersteigt.

Merke: Nach ihrem Wortlaut und ihrer systematischen Stellung bezieht sich die 20%-Klausel der SIA-Norm 118 (Art. 86 Abs. 1 und 2)²⁷ nur auf Mengenabweichungen infolge **Bestellungsänderungen**²⁸. Das ist ein schwerwiegender (redaktioneller) Mangel der Norm, der sich in der Praxis nur deshalb nicht ausgewirkt hat, weil er noch nicht bemerkt wurde.

3. Die Vergütung nach Art. 374 OR (Regiearbeiten)

A. Die Regel des Art. 374 OR

1. Art. 374 OR²⁹ regelt den Sachverhalt, da der Preis für das ganze Werk oder für eine Einzelleistung "zum voraus entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt worden" ist. Der Sachverhalt umfasst zwei Fälle:

- a. **Fall 1:** Die Parteien haben die Höhe der Vergütung vertraglich überhaupt nicht bestimmt, was nicht ausschliesst, dass der Vertrag auf Grund eines ungefähren Kostenansatzes (Art. 375 OR), also eines unverbindlichen Kostenvoranschlages, zustande gekommen ist³⁰.

²⁷ . SIA-Norm 118, Art. 86 Abs. 1 und 2 lauten: "Wird durch eine oder mehrere Bestellungsänderungen die zu einem Einheitspreis gehörende Menge gegenüber der im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Menge verändert und beträgt die Abweichung nicht mehr als 20%, so bleibt der vereinbarte Einheitspreis für die gesamte Menge massgebend" (Abs. 1). "Übersteigt die endgültige Gesamtmenge 120% der vorgesehenen Menge oder unterschreitet sie 80%, so wird auf Verlangen eines Vertragspartners für den 120% übersteigenden Teil bzw. für die ganze 80% nicht erreichende Menge ein neuer Einheitspreis auf der Basis der ursprünglichen Kostengrundlage (Art. 62 Abs. 2) vereinbart; dieser Preis wird als Nachtragspreis dem Leistungsverzeichnis angefügt" (Abs. 2).

²⁸ . Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 563 f.

²⁹ . Vgl. dazu Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 653 ff.

³⁰ . Anders als der vereinbarte Circa-Preis (Fall 2) ist der ungefähre Kostenansatz des Unternehmers (Art. 375), der als unverbindlicher Kostenvoranschlag dem Vertrag zugrundegelegt wird, nur eine Prognose über den Preis, den die Unternehmerleistung den Besteller kosten wird. Er wird nicht zum Bestandteil des Vertrages (Gautschi, N 2b zu Art. 374; ungenau: Art. 375), sondern bildet ein blosses Motiv für den Besteller, den Vertrag über die Ausführung des Werkes oder die betreffende Einzelleistung abzuschliessen. Da er demzufolge für beide Parteien unverbindlich bleibt (Guhl/Merz/Kummer, S. 450), vermag er den Preis überhaupt nicht (auch nicht "ungefähr") zu bestimmen (zum Ganzen: Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 656 und 659; anders z.B. BGE 98 II 301; Gautschi, N 2c zu Art. 374 OR). Die SIA-Norm 118 spricht von einem Vertrag "mit Richtpreis" (Art. 56).

Löhne

Bedingungen für die Verrechnung der Stundenlöhne
siehe Allgemeine Bedingungen Kapitel 2 Stundenlöhne

Stundenlöhne Hochbau		Zürich und Zollikon	Übriges Kantonsgebiet
010.02 Bauführer	h	69.10	68.70
010.04 Polier	h	63.90	63.50
010.06 Vorarbeiter	h	51.50	51.10
010.08 Maurer	h	43.40	43.00
010.11 Kundenmaurer	h	48.00	47.60
010.22 Chauffeur	h	45.00	44.60
010.24 Maschinist	h		
010.31 Kranführer			
010.38 Hilfsarbeiter			

REGIETARIF 1986 00 GESAMTSCHWEIZERISCH 1.01.86

420-454 KUENSTLICHE BAUSTEINE PREIS PREIS
POS-NR POSITIONSBEZEICHNUNG ME UNT. 5T UEB. 5T
-1- -2-

BACKSTEINE

POS-NR	POSITIONSBEZEICHNUNG	ME	UNT. 5T	UEB. 5T
420.05	BACKSTEIN MODUL NORMAL BN20M 20/30/19	ST	3,20	2,90
420.06	BN17,5M 17,5/30/19	ST	2,80	2,55
420.07	BN15M 15/30/19	ST	2,45	2,20
420.08	BN12,5M 12,5/30/19	ST	2,05	1,84
420.09	BN10M 10/30/19	ST	1,62	1,46
420.10	BN7,5M 7,5/30/19	ST	1,31	1,19
420.13	BACKSTEIN MODUL AUSGL. BN17,5/6,5M 17,5/30/6,5	ST	1,59	1,44
420.14	BN15/6,5M 15/30/6,5	ST	1,37	
420.15	BN12,5/6,5M 12,5/30/6,5	--		
420.16	BN10/6,5M			
420.17				

REGIETARIF 1986 00 GESAMTSCHWEIZERISCH 1.01.86 861.00

861-869 KOMPRESSOREN UND DRUCKLUFTGERAETE GRUND- TAGES- BETRIEBSSTUNDEN
POS-NR POSITIONSBEZEICHNUNG PAUSCH MIETE O.MIETE M.MIETE
-GP- -TM- -2- -3-

KOMPRESSOREN, FAHRBAR

POS-NR	POSITIONSBEZEICHNUNG	GRUND-PAUSCH	TAGES-MIETE	BETRIEBSSTUNDEN O.MIETE	M.MIETE
861.03	KOMPRESSOR EL-OD.VERB.MOT. FAHRB.SCHALLGED. 2,5 M3	70,00		21,00	30,00
861.04	3,5 M3	75,00		25,00	35,00
861.05	5,0 M3	80,00		30,00	43,00
861.06	7,5 M3	85,00		39,00	60,00
861.07	12,0 M3	90,00		54,00	82,00
861.08	17,0 M3	110,00		77,00	120,00
861.13	KOMPRESSOR EL-OD.VERB.MOT. FAHRB.NICHT SGD. 2,5 M3	70,00		19,50	25,00
861.14	3,5 M3	75,00		23,00	30,00
861.15	5,0 M3	80,00		27,00	37,00
861.16	7,5 M3	85,00		35,00	48,00
861.17	12,0 M3	90,00		52,00	74,00
861.18	17,0 M3	110,00		71,00	101,00

HOCHDRUCK-KOMPRESSOREN

POS-NR	POSITIONSBEZEICHNUNG	GRUND-PAUSCH	TAGES-MIETE	BETRIEBSSTUNDEN O.MIETE	M.MIETE
861.22	HD-KOMPRESSOR 12 BAR, FAHRBAR, VERBR.MOT BIS 15 M3	105,00		103,00	170,00
861.24	BIS 20 M3	125,00		125,00	213,00

KOMPRESSOREN, STATIONAER

861.43	KOMPRESSOR STATIONAER BIS 2,5 M3/MIN				
861.44					
861.45					

- b. **Fall 2:** Die Parteien haben die Höhe der Vergütung nur ungefähr bestimmt: durch Vereinbarung eines Circa-Preises, den der Besteller bezahlen soll.

Dieser Circa-Preis ist ein vereinbarter Preis, der die geschuldete Vergütung zwar nicht genau, aber doch so bestimmt, dass er die obere und untere Grenze festlegt. Der Besteller schuldet nicht mehr und nicht weniger als eine Vergütung innerhalb der vereinbarten Grenzen, die im Einzelfall durch Vertragsauslegung zu ermitteln, bisweilen auch ausdrücklich (z.B. +/- 10%) verabredet sind.

2. Soweit der Tatbestand des Art. 374 OR erfüllt ist, wird der **vom Besteller geschuldete Preis** "nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers" (oder kurz: nach Aufwand) festgesetzt (vgl. SIA-Norm 118, Art. 48)³¹. Unnötiger Aufwand, der bei sorgfältigem Vorgehen vermeidbar gewesen wäre, begründet aber keinen Vergütungsanspruch (BGE 96 II 61 f. = Beilage 2). Hervorzuheben sind drei Einzelpunkte:

- a. Die Beweislast für den gehabten Aufwand, dessen Notwendigkeit und die Angemessenheit der dafür verlangten Vergütung trägt der Unternehmer (SJ 101, 1979, S. 41 ff. = BR 1979, S. 13, Nr. 19; SJZ 18, 1921/22, S. 372, Nr. 291; anders wohl Reber, S. 60).

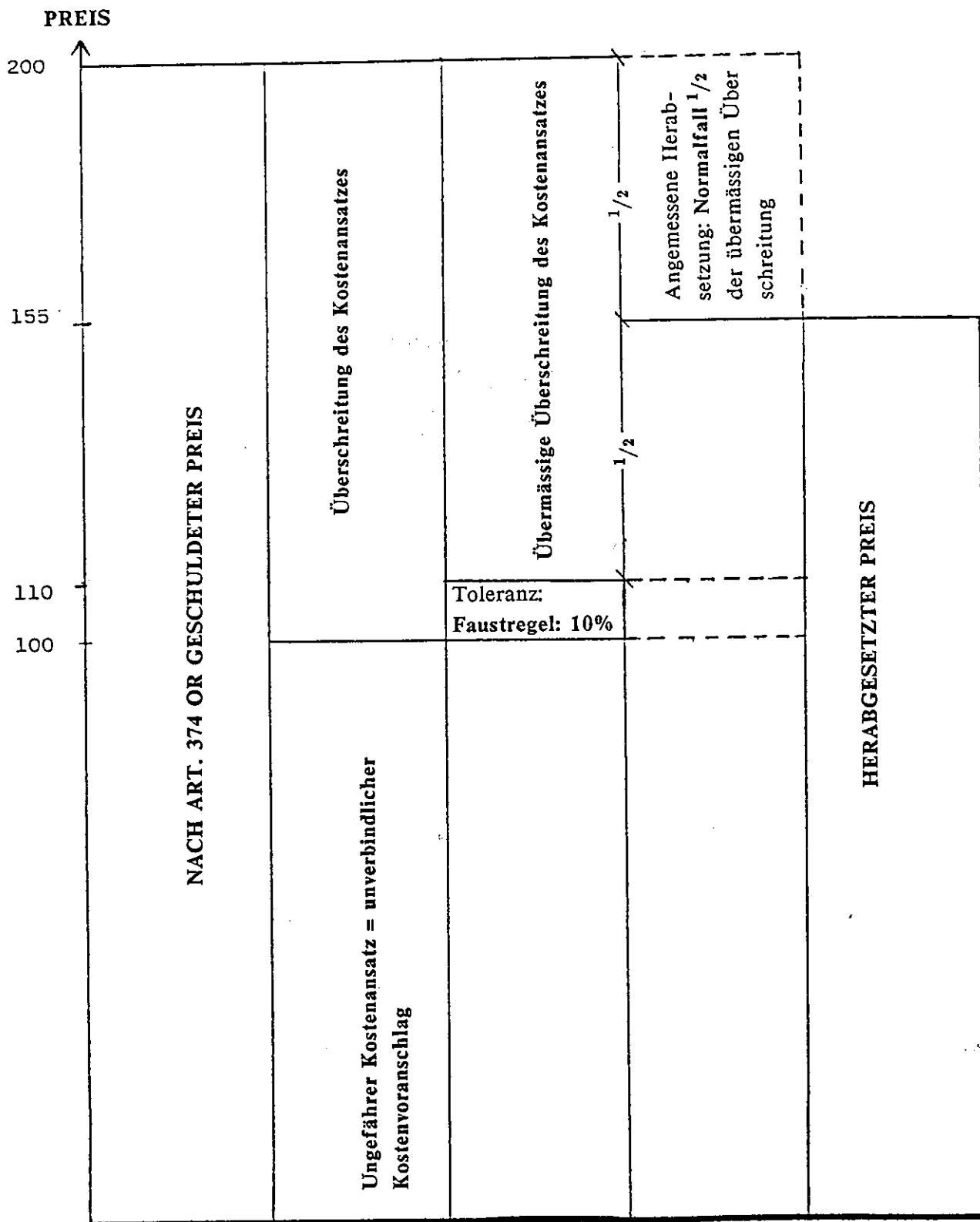
Ein vom Besteller (oder dessen Vertreter) vorbehaltlos unterzeichneter Regierapport (SIA-Norm 118, Art. 47) begründet eine natürliche Vermutung, dass die im Rapport enthaltenen Angaben über den Aufwand des Unternehmers richtig sind und der ausgewiesene Aufwand erforderlich war (ZR 83, 1984, Nr. 16, S. 50; PKG 1979, Nr. 8, S. 29 f.).

- b. In der Praxis ist es durchaus geläufig, dass sich die Parteien zum voraus über die Regeln einigen, nach denen der Aufwand zu vergüten ist. Solche Regeln enthalten auch die "Regieansätze" (z.B. "Regietarife" von Berufsverbänden), die in der Baubranche verwendet werden. Sie sind für die Parteien nur (aber immerhin) dann verbindlich, wenn sie zum (ausdrücklich oder stillschweigend) vereinbarten Inhalt des Vertrages gehören. Zur SIA-Norm 118 vgl. Art. 49 ff.

- c. Wurde ein Circa-Preis vereinbart (Fall 2 des Art. 374 OR), so ist zwar die obere und untere Grenze der geschuldeten Vergütung durch Vertrag bestimmt. Innerhalb dieser Grenzen (Maximum/Minimum) richtet sich aber die Vergütung (entsprechend Art. 374 OR) nach dem Aufwand.

³¹ Zu vergüten sind die (Personal- Material- und übrigen) Kosten, die dem Unternehmer durch seine Leistung entstanden sind; dies unter Hinzurechnung eines angemessenen Zuschlages für Generalunkosten und Gewinn (LGVE 1977 I, Nr. 360, S. 419 = Beilage 6).

HERABSETZUNG DES WERKLOHNES NACH ART. 375 ABS. 2 OR



ACHTUNG:

10%-Regel für Toleranz ist nur eine Faustregel (im einzelnen: Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 678).

Hälftige Teilung der übermäßigen Überschreitung gilt nur im Normalfall (im einzelnen: Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 673-675).

B. Die Ergänzung durch Art. 375 OR

1. Im Unterschied zum soeben erwähnten Circa-Preis begründet **der ungefähre Kostenansatz** (der unverbindliche Kostenvoranschlag) des Unternehmers keine vertragliche Begrenzung der Vergütungspflicht (weder nach oben noch nach unten, vgl. Anm. 30), weshalb sich die geschuldete Vergütung ausschliesslich nach dem Aufwand (Art. 374 OR) bemisst. Wird jedoch der ungefähre Kostenansatz "ohne Zutun des Bestellers unverhältnismässig überschritten", so hat dieser **die Rechtsbehelfe des Art. 375 OR** (vgl. auch SIA-Norm 118, Art. 56 Abs. 2). Eine gewisse ("mässige") Ueberschreitung muss dagegen der Besteller schutzlos tolerieren (OGr BL 1982, S. 48 = BR 1983, S. 73, Nr. 57 = Beilage 13).

2. Art. 375 OR³², der Art. 374 OR ergänzt, wird zugleich als Sonderbestimmung zur Regel über den Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) verstanden (BGE 109 II 335 f. = Beilage 7; 98 II 304 = Beilage 9). Insgesamt wirft er **vielfältige Fragen** auf³³, wovon ich nachfolgend nur wenige behandeln kann:

- a. Nach der Grundregel des Art. 375 Abs. 1 OR hat der Besteller (bei gegebenen Voraussetzungen) das Recht, vom Werkvertrag zurückzutreten. Nach der (hier interessierenden) Sonderregel des Art. 375 Abs. 2 OR, die für Bauten auf Grund und Boden des Bestellers gilt³⁴, kann er "eine angemessene Herabsetzung des Lohnes verlangen oder, wenn die Baute noch nicht vollendet ist, gegen billigen Ersatz der bereits ausgeführten Arbeiten dem Unternehmer die Fortführung entziehen und vom Vertrag zurücktreten". Das "Rücktrittsrecht" nach Abs. 2 ist im Unterschied zum echten Rücktrittsrecht des Abs. 1 (BGE 98 II 304 = Beilage 9) ein blosses Kündigungsrecht³⁵.
- b. Ob eine übermässige Kostenüberschreitung vorliegt (die Toleranzgrenze also überschritten ist), muss im Einzelfall, "nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr" (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR), entschieden werden³⁶. In der Schweiz und auch anderswo ist als

32. Art. 375 OR lautet: "Wird ein mit dem Unternehmer verabredeter ungefährender Ansatz ohne Zutun des Bestellers unverhältnismässig überschritten, so hat dieser sowohl während als nach der Ausführung des Werkes das Recht, vom Vertrag zurückzutreten" (Abs. 1). "Bei Bauten, die auf Grund und Boden des Bestellers errichtet werden, kann dieser eine angemessene Herabsetzung des Lohnes verlangen oder, wenn die Baute noch nicht vollendet ist, gegen billigen Ersatz der bereits ausgeführten Arbeiten dem Unternehmer die Fortführung entziehen und vom Verträge zurücktreten" (Abs. 2).

33. Vgl. dazu Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 669 ff.

34. Zur sinngemässen Anwendung auf andere Fälle: Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 684.

35. Gestützt auf seine allgemeine Sorgfaltspflicht (Art. 364 Abs. 1 OR) ist der Unternehmer gehalten, eine übermässige Kostenüberschreitung ohne schuldhaftes Verzögern dem Besteller anzuzeigen, sobald sie für ihn erkennbar wird (ausdrücklich: SIA-Norm 118, Art. 56 Abs. 3). Verletzt der Unternehmer diese Anzeigepflicht und wird der Besteller dadurch geschädigt, weil er infolgedessen sein Rücktrittsrecht nicht frühzeitig ausüben kann, so hat der Unternehmer den Schaden zu ersetzen. Der Besteller ist so zu stellen, wie wenn ihm die Anzeige rechtzeitig zugegangen wäre.

36. Entgegen BGE 98 II 303 f. (= Beilage 9) kann es für die Feststellung der Übermässigkeit weder auf den hypothetischen Willen des Bestellers (Pedrazzini, S. 540 f.) noch auf die Differenz zwischen dem Kostenansatz und dem Wert des Werkes ankommen (vgl. die begründete Ablehnung dieser Kriterien bei Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 679).

"Faustregel" (ohne absolute Geltung!) anerkannt, dass die Grenze, die nicht überschritten werden darf, bei 10% liegt³⁷.

- c. Eine Entscheidung nach den Umständen des Einzelfalles verlangt auch die Frage, welcher Herabsetzungsbetrag (Art. 375 Abs. 2 OR) angemessen ist. Für den Normalfall rechtfertigt sich eine Herabsetzung um die Hälfte der Summe, welche die Toleranzgrenze (nicht den Voranschlag!) übersteigt³⁸. Die Regel der hälftigen Teilung gilt jedoch, wie gesagt, nur für den Normalfall³⁹.

3. Art. 375 OR steht im Zusammenhang mit Art. 374 OR, den er ergänzt. Auf **Vergütungen zu Einheitspreisen** findet er grundsätzlich keine Anwendung. Doch ist folgendes zu beachten⁴⁰:

- a. In der Praxis kommt es bisweilen (aber selten) vor, dass auch der Vereinbarung einer Einheitspreis-Vergütung ein ungefährender Kostenansatz des Unternehmers zugrundeliegt. Ein solcher Ansatz gibt Auskunft über die mutmassliche Summe, welche die ganze Leistung (nach Massgabe des vereinbarten Einheitspreises) kosten wird. Trifft dies zu, so steht nichts im Weg, Art. 375 OR sinngemäss anzuwenden (vgl. z.B. BGE 29 II 539 ff.).
- b. Zur Klarstellung ist indes sofort beizufügen, dass der Positionsbetrag, den der Unternehmer im Leistungsverzeichnis (durch Multiplikation des offerierten Einheitspreises mit der vorgesehenen Menge) errechnet und heraussetzt, nicht die Bedeutung eines solchen Kostenansatzes hat. Anders wäre höchstens dann zu entscheiden, wenn ausnahmsweise auch die Mengenangabe vom Unternehmer stammt, der sie z.B. in einer Variante eingeschlossen hat.

37. Literatur- und Judikaturnachweise sowie Beispiele, in denen sich ein Abgehen von der 10%-Regel rechtfertigt, bei Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 678.

38. Eine Herabsetzung unter die Toleranzgrenze fällt ausser Betracht, was allein schon gegen den Vorschlag spricht, die Differenz zwischen dem Wert des Werkes und dem Kostenansatz unter die Parteien aufzuteilen (so aber: JdT 125, 1977 III, S. 29 = BR 1979, S. 13, Nr. 20).

39. Zu möglichen Gründen, die eine Vergrösserung oder eine Verringerung des Herabsetzungsbetrages rechtfertigen können, siehe Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 674.

40. Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 693 f.

IV. EINZELFRAGEN

Im Zusammenhang mit der Vergütung des Unternehmers stellen sich zahlreiche (zum Teil "komplizierte") Einzelfragen. Sie betreffen unter anderem:

1. Die Pauschalierung der Einheits-Preis-Offerte

Um diesen Fall zu verstehen, muss vom Leistungsverzeichnis ausgegangen werden:

- a. Das Leistungsverzeichnis ist üblicherweise so eingerichtet, dass darin die Positionsbeiträge der einzelnen Einheitspreis-Leistungen (allenfalls zusammen mit offerierten Pauschalpositionen) zu einer Gesamtsumme addiert sind. Die im Leistungsverzeichnis errechnete Gesamtsumme erleichtert dem Besteller den Vergleich der verschiedenen Konkurrenzofferten sowie die eigene Finanzplanung, hat aber keineswegs die Bedeutung eines Pauschalpreises.
- b. In der Praxis kommt es nun aber immer wieder vor, dass die ursprüngliche Einheitspreis-Offerte des Unternehmers bei Vertragsabschluss pauschaliert wird. Die Parteien einigen sich darauf, dass die im Leistungsverzeichnis angegebene (allenfalls reduzierte) Gesamtsumme als Pauschalpreis gelten und das Werk zu diesem Preis ausgeführt werden soll. Der Vertrag kommt alsdann zum schliesslich vereinbarten Pauschalpreis (nicht mit den offerierten Einheitspreisen) zustande. Das gibt (wie die Erfahrung lehrt) Anlass zu mannigfachen Streitigkeiten, wovon ich zwei Streitlagen herausgreifen will:
 - Der erste Streit betrifft die Frage, ob eine derartige Pauschalierung überhaupt stattgefunden hat. Ist die Frage zwischen den Vertragsparteien kontrovers, so trägt die Beweislast, wer sich auf die Pauschalierung beruft.
 - Der zweite Streit betrifft die voraussichtlichen Mengen, die der Besteller im Leistungsverzeichnis angegeben hat. Werden sie bei der Bauausführung überschritten, so stellt sich der Unternehmer gerne auf den Standpunkt, dass er zum schliesslich vereinbarten Pauschalpreis nur die Leistung der angegebenen Mengen schulde, für die Mehrmengen also zusätzlich zu vergüten sei. Dieser Rechtsstandpunkt ist irrig, es sei denn, die Parteien hätten die vom vereinbarten Pauschalpreis abgedeckten Leistungen mengenmässig begrenzt. Eine derartige Abrede bildet jedoch die Ausnahme und ist in der blossen Pauschalierung der Einheitspreis-Offerte nicht enthalten.

2. Die Fälligkeit der Vergütung⁴¹

Mit ihr befasst sich das gesetzliche Werkvertragsrecht in der Bestimmung des Art. 372 OR.

a. Die Bestimmung des Art. 372 OR enthält einen Grundsatz (Abs. 1) und eine Ausnahme (Abs. 2).

- Nach Art. 372 Abs. 1 OR hat der Besteller die Vergütung bei der Ablieferung des Werkes zu bezahlen. Das bedeutet, dass die Vergütung bei der Ablieferung des vollendeten Werkes fällig wird.

Merke: Die Mangelhaftigkeit des abgelieferten Werkes verhindert (entgegen BGE 94 II 164 und 89 II 235) nicht den Eintritt der Fälligkeit⁴², gibt dem Besteller, der sein Nachbesserungsrecht (Art. 368 Abs. 2 OR) ausübt, aber das Recht, die fällig gewordene Vergütungsleistung gestützt auf Art. 82 OR (in gewissem, nach Treu und Glauben bestimmten Umfang) zurückzubehalten. Zum Ganzen und ausführlich: Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 1719 ff.

- Art. 372 Abs. 2 OR durchbricht die soeben erwähnte Fälligkeitsregel, indem er folgende Ausnahme vorsieht:

"Ist das Werk in Teilen zu liefern und die Vergütung nach Teilen bestimmt, so hat Zahlung für jeden Teil bei dessen Ablieferung zu erfolgen".

b. Keinen Einfluss auf den Eintritt der Fälligkeit hat von Gesetzes wegen die Rechnungsstellung des Unternehmers, weshalb die Vergütung fällig werden kann, noch bevor der Unternehmer Rechnung gestellt hat. Der Unternehmer hat es also nicht in der Hand, durch verzögerte Rechnungsstellung den Eintritt der Fälligkeit und damit den Beginn der Verjährung (Art. 130 Abs. 1 OR) hinauszuschieben (GVP SG 1957, Nr. 12, S. 43)⁴³.

⁴¹. Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 787 ff.

⁴². Anders z.B. Reber, S. 89; Pedrazzini, S. 534.

⁴³. Doch bleibt zu beachten: In vielen Fällen ist der Besteller mangels einer (nachprüfbaren) Rechnung gar nicht in der Lage, die Höhe der Vergütungsforderung zu kennen oder deren Berechtigung nachzuprüfen. Alsdann kann ihm, solange es an einer entsprechenden Rechnung fehlt, keine Zahlung zugemutet werden. Solange bleibt es dem Unternehmer (trotz Fälligkeit seines Anspruches) verwehrt, den Besteller durch Mahnung (Art. 102 Abs. 1 OR) in Verzug zu setzen oder seinen Anspruch zur Verrechnung (Art. 120 OR) zu bringen (Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 795).

3. Die Fälligkeitsabreden

Der soeben erwähnte Art. 372 OR enthält dispositives Recht. Die Parteien sind frei, durch vertragliche Abreden davon abzuweichen. Von dieser Freiheit wird in der Praxis immer wieder Gebrauch gemacht.

- a. Namentlich wenn es um die Ausführung grösserer Werke geht, vereinbaren die Parteien (z.B. durch Verabredung von Vorauszahlungen, Abschlagszahlungen oder Teilzahlungen), dass die Vergütung (ganz oder zum Teil) schon **vor der Ablieferung** des Werkes (Art. 372 Abs. 1 OR) fällig wird. Umgekehrt ist aber auch möglich, dass die Fälligkeit der Vergütung oder eines Vergütungsteils (z.B. eines "Garantierückbehalts") auf einen Zeitpunkt **nach der Ablieferung** hinausgeschoben wird. Nicht selten sind schliesslich Vereinbarungen, welche die Fälligkeit **erst mit der Rechnungsstellung** des Unternehmers oder mit Ablauf einer bestimmten Frist nach dem Zugang der Rechnung eintreten lassen.

Merke: Der Anspruch des Bestellers auf Rückleistung zuviel erbrachter Abschlagszahlungen beruht entgegen BGE 107 II 220 (= Beilage 10) nicht auf ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR), sondern ist ein Vertragsanspruch (Bucher, ZSR 1983, S. 531).

- b. Die **SIA-Norm 118** enthält ein ganzes Abrechnungssystem, das verschiedene Einzelabrechnungen (Regierechnungen, Abschlagsrechnungen, Teuerungsrechnungen) und eine Schlussabrechnung umfasst. Sie regelt die Fälligkeit für die einzelnen Vergütungsleistungen (die meist mit Rechnungsstellung eintritt) und bestimmt in Art. 190 Abs. 1, dass "fällige Zahlungen innerhalb von dreissig Tagen" zu erbringen sind⁴⁴.

Merke: Das Abrechnungssystem der SIA-Norm 118 ist zugeschnitten auf den Normalfall, in dem der Unternehmer für seine Leistungen Rechnung stellt. Unberücksichtigt bleibt der Sonderfall, da der Besteller es übernimmt, die jeweiligen Abrechnungen gestützt auf die vom Unternehmer eingereichten Unterlagen selber zu erstellen. Zur Rechtslage vgl. Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 809.

4. Die Verjährung

Die Verjährung der Vergütungsforderung(en)⁴⁵ untersteht den allgemeinen Vorschriften der Art. 127 ff. OR.

⁴⁴. Diese Zahlungsfrist von dreissig Tagen schiebt die Fälligkeit nicht hinaus, berechtigt aber den Besteller, "an sich" fällige Zahlungen bis zum Ablauf der Frist einredeweise zu verweigern ("Pactum de non petendo"; Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 808). Dadurch wird auch der Verjährungsbeginn bis zum Ablauf der Frist hinausgeschoben. Und für den Schuldnerverzug sieht Art. 190 Abs. 1 der Norm ausdrücklich vor, dass eine Inverzugsetzung des Bestellers erst nach Ablauf der Zahlungsfrist in Frage kommt.

⁴⁵. Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 870 ff.

a. **Die Verjährungsfrist** beträgt grundsätzlich zehn Jahre (Art. 127). Für **Forderungen "aus Handwerksarbeit"** gilt dagegen eine verkürzte Verjährungsfrist von nur fünf Jahren (Art. 128 Ziff. 3 OR; dazu BGE 109 II 112 ff.= BR 1984, S. 53, Nr. 63 = Beilage 11; BGr SJ 1986, S. 554 f. = Beilage 12). Der Zweckgedanke, auf dem diese Verkürzung beruht (BGE 109 II 113 f.; 98 II 186 f.) ist indes durch die moderne Entwicklung überholt und gibt deshalb für die Auslegung des Art. 128 Ziff. 3 OR nur noch wenig her (BGE 109 II 114). Zum richtigen Verständnis der Bestimmung sind zwei Grundsätze herauszuheben:

- Die Anwendung des Art. 128 Ziff. 3 OR hängt von der Arbeit ab, die der Unternehmer schuldet. Eine "Handwerksarbeit" muss es sein, somit eine manuelle Arbeit, bei der die geistige (intellektuelle, wissenschaftliche, organisatorische und administrative) Komponente bedeutungsmässig hinter das körperliche Element der Leistung zurücktritt (BGE 109 II 115 f. = Beilage 11).

Die Konkretisierung dieses Grundsatzes führt allerdings zu Schwierigkeiten⁴⁶, weil es heutzutage an klaren Einzelkriterien fehlt, nach denen sich das Vorliegen einer "Handwerksarbeit" beurteilen lässt (vgl. etwa GVP SG 1984, Nr. 37, S. 82 ff. und Nr. 38, S. 85 ff. = BR 1986, S. 16 f., Nr. 10 und 11 = Beilage 14 und 15). Sicher keine "Handwerksarbeit" ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts "la construction d'une maison, aussi modeste soit-elle" (BGr SJ 1986, S. 554= Beilage 12).

- Wird eine "Handwerksarbeit" geschuldet, so greift Art. 128 Ziff. 3 OR ein, selbst wenn der Unternehmer kein "Handwerker" ist (offengelassen in BGE 109 II 116 a.E. = Beilage 11) oder das Werk dem Besteller zur Wiederveräußerung dient (ZR 71, 1972, Nr. 30, S. 89; anders: GVP SG 1957, Nr. 12, S. 41). Umgekehrt bleibt Art. 128 Ziff. 3 OR aus dem Spiel, wenn die geschuldete Werkleistung keine "Handwerksarbeit" ist, und zwar gleichgültig, wer die Leistung schuldet.

Aus den erwähnten Grundsätzen ergibt sich, dass sich die Vergütungsforderungen auch der Bauunternehmer weder generell dem Anwendungsbereich des Art. 128 Ziff. 3 OR zuschlagen noch generell der zehnjährigen Frist des Art. 127 OR unterstellen lassen (missverständlich: BGE 109 II 112 ff. = Beilage 11).

b. **Der Beginn der Verjährung** richtet sich nach Art. 130 Abs. 1 OR. Auslösendes Ereignis ist also die Fälligkeit der Forderung. Werden verschiedene Teile der Vergütung (z.B. Abschlags- und Vorauszahlungen) zu verschiedenen Zeiten fällig, so läuft die Verjährung für jeden Teil separat. Die Verjährung kann aber unterbrochen werden, z.B. dadurch dass der Besteller nach Abschluss der Arbeiten eine **Restforderung** anerkennt, die früher fällig gewordene (aber nicht bezahlte) Forderungbeträge einschliesst (Art. 135 Ziff. 3).

⁴⁶. Vgl. z.B. auch Reber, S. 95 f.

Merke: Wurde dem Besteller für eine fällige Forderung eine Zahlungsfrist eingeräumt, so verschiebt sich der Beginn der Verjährung bis zum Ablauf der Zahlungsfrist⁴⁷.

5. Die Rechnungsstellung durch den Unternehmer⁴⁸

Mit ihr macht der Unternehmer seinen Vergütungsanspruch oder einen Teil davon (z.B. eine Abschlagszahlung, eine Vorauszahlung, einen Teuerungszuschlag) geltend. Von den zahlreichen Rechtsfragen, die sich damit verbinden⁴⁹, soll hier nur eine behandelt werden: Die Frage nach der Bindung des Unternehmers an die gestellte Rechnung.

- a. Die Rechnung ist keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung (namentlich keine Offerte) des Unternehmers, sondern eine blosser Mitteilung des (angeblich) geschuldeten Betrages, verbunden mit der (meist stillschweigenden) Aufforderung, der Besteller möge den in Rechnung gestellten Betrag bezahlen⁵⁰. Mangels anderer Vereinbarung gilt deshalb der Grundsatz, dass der Unternehmer an die einmal gestellte Rechnung nicht gebunden ist, also Nachforderungen stellen kann, wenn diese begründet sind.
- b. Vom Grundsatz gibt es Ausnahmen. Ausgenommen sind drei Fälle:
 - Der Unternehmer hat ausdrücklich oder konkludent auf eine Mehrforderung verzichtet.
 - Der Besteller würde durch eine Mehrforderung unbillig benachteiligt, weil er auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der erhaltenen Rechnung vertraut und sich darauf eingerichtet hat (vgl. Merz, N 512 zu Art. 2 ZGB und Jagenburg, BauR 1976, S. 321).
 - Die Rechnung betrifft eine Leistung, die nach Art. 374 OR (also nach Aufwand) vergütet wird. Der Unternehmer, der eine angemessene Rechnung für den gehaltenen Aufwand einreicht, ist an seine Bewertung gebunden, obwohl es sich (auch) bei dieser Rechnungsstellung nicht um eine Offerte handelt (offengelassen in LGVE 1979 I, Nr. 476, S. 533 ff. = BR 1981, S. 55., Nr. 54 = Beilage 16).
- c. Eine "merk-würdige" Sonderregelung enthält Art. 156 der SIA-Norm II8 für die Zusammenstellung (Art. 153 Abs. 3), die der Unternehmer mit der Schlussabrechnung einzureichen hat. Enthält die Zusammenstellung keinen schriftlichen Vorbehalt, so gilt als stillschweigend erklärt, dass der Unternehmer "keine weiteren Rechnungen stellen

⁴⁷. Vgl. Anmerkung 44.

⁴⁸. Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 859 ff.

⁴⁹. Vgl. Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 859 ff.

⁵⁰. Das schliesst allerdings nicht aus, dass der Unternehmer mit der gestellten Rechnung gewisse Zusatzerklärungen (z.B. die Einräumung einer Zahlungsfrist) verbindet.

wird und auf jeden weiteren Vergütungsanspruch für Leistungen verzichtet, die er bis anhin nicht in Rechnung gestellt hat".

6. Das Recht des Bestellers auf Skontoabzug für prompte Bezahlung⁵¹

Dieses Recht setzt eine dahingehende Abrede voraus und besteht (was z.B. die Bedingungen und die Höhe betrifft) nur im Rahmen der getroffenen Vereinbarung. Ob sich das vereinbarte Abzugsrecht auch auf Festpreis-Vergütungen bezieht, ist Auslegungsfrage und mangels anderer Anhaltspunkte zu bejahen. Schwierigkeiten bereitet die Rechtslage bei vertraglich vorgesehenen Abschlagszahlungen. Diesbezüglich gilt:

Unter Vorbehalt anderer Abrede darf der vereinbarte Skontoabzug auf jede fristgerechte Abschlagszahlung gemacht werden, und zwar sofort und unabhängig davon, ob die Skontofrist für die spätere Schlusszahlung verpasst wird (anders: SJZ 69, 1973, S. 381, Nr. 175; 68, 1972, S. 377, Nr. 239). Umgekehrt behält der Besteller das vereinbarte Recht auf Skontoabzug für die fristgerechte Schlusszahlung, soweit sie über die Erfüllung der Abschlagsforderungen hinausgeht, auch dann, wenn er die Skontofrist für die Abschlagszahlungen verpasst hat.

7. Unbestellte Zusatzleistungen

Sie geben dem Unternehmer mangels anderer Abrede (z.B. SIA-Norm II8, Art. 45 Abs. 2) keinen vertraglichen Vergütungsanspruch, auch nicht nach Art. 374 OR. Doch kann der Unternehmer für solche Zusatzleistungen einen gesetzlichen Ausgleichsanspruch geltend machen. In Frage kommen: Ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR), Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR, 422 f.), Einbau (Art. 672 ZGB) und Einpflanzung (Art. 678 ZGB).⁵²

⁵¹. Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 844 ff.

⁵². Zum Problem der aufgedrängten Bereicherung: Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 888.

55. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. November 1978 i.S. Consorzio Galleria San Bernardino, bestehend aus sechs Bauunternehmungen, gegen Kanton Graubünden

Art. 373 Abs. 2 OR und Art. 5 Ziff. 1 der Bedingungen für den Bau von Nationalstrassen.

1. Sinn und Zweck dieser Bestimmungen (E. a).
2. Eine Erhöhung des Werklohnes durch den Richter setzt voraus, dass zum voraus bestimmte oder bestimmbare Preise vereinbart worden sind, ausserordentliche Umstände die Ausführung des Werkes aber übermässig erschwert haben und dies nicht einem Verhalten des Unternehmers zuzuschreiben ist (E. b).

Art. 373 al. 2 CO et art. 5 ch. 1 des conditions pour la construction de routes nationales.

1. Sens et but de ces dispositions (c. a).
2. Pour que le juge accorde une augmentation du prix stipulé, il faut qu'aient été convenus d'avance des prix déterminés ou déterminables et que des circonstances extraordinaires aient rendu difficile à l'exécution de l'ouvrage, sans que cela puisse être imputé au comportement de l'entrepreneur (c. b).

Art. 373 cpv. 2 CO e art. 5 n. 1 delle condizioni per la costruzione delle strade nazionali.

1. Senso e scopo di tali disposizioni (consid. a).
2. Perché il giudice accordi un aumento sulla mercede stipulata occorre che siano stati convenuti anticipatamente prezzi determinati o determinabili, che circostanze straordinarie abbiano reso oltremodo difficile il compimento dell'opera e che dette circostanze non siano imputabili al comportamento dell'imprenditore (consid. b).

Aus den Erwägungen:

Die Kläger berufen sich insbesondere auf Art. 373 Abs. 2 OR sowie auf Art. 5 Ziff. 1 der 1960 vom Bund aufgestellten Bedingungen für den Bau von Nationalstrassen (BBN), um ihre Nachforderungen zu rechtfertigen.

Nach Art. 373 OR hat der Unternehmer das Werk zum vereinbarten Preis fertigzustellen, wenn dieser zum voraus genau bestimmt worden ist; er darf keine Erhöhung fordern, selbst wenn er mehr Arbeit oder grössere Auslagen gehabt hat, als vorgesehen war (Abs. 1) Anders verhält es sich nur, wenn die Fertigstellung des Werkes durch ausserordentliche Umstände, die nicht voraussehbar oder nach den von beiden Parteien angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren,

gehindert oder übermässig erschwert wurde; diesfalls kann der Richter den vereinbarten Preis nach seinem Ermessen erhöhen oder die Auflösung des Vertrages bewilligen (Abs. 2). Art. 5 Ziff. 1 BBN sodann bestimmt: «Die Pauschal- und Einheitspreise enthalten alle Kosten für die fachmännische Ausführung des Baues, für die Fertigstellung innerhalb der vorgeschriebenen Frist und für den Unterhalt des Werkes bis zur vorläufigen Abnahme. Besondere Umstände, welche die Ausführung der Arbeiten erschweren können, sind darin berücksichtigt, so insbesondere Erschwernisse durch Ungunst der Witterung, Unterbrechung des Betriebes in den Wintermonaten, Übergang vom ein- zum mehrschichtigen Betrieb, Nacharbeit. Vorbehalten bleiben ausserordentliche Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten.»

a) Art. 373 Abs. 2 OR enthält einen gesetzlich geregelten Fall der *clausula rebus sic stantibus* und damit eine Ausnahme vom allgemeinen Rechtssatz, dass ein Vertrag so zu halten ist, wie er abgeschlossen worden ist. Grundsätzlich hat jede Partei die Risiken zu tragen, die sich für sie aus der versprochenen Leistung ergeben; sie hat selbst bei langfristigen Verträgen mit folgenschweren Verpflichtungen keinen Anspruch darauf, dass die Erfüllung sich für sie zu einem «guten Geschäft» gestalte und der Vertrag aufgehoben oder angepasst werde, wenn die Verhältnisse sich während der Vertragsdauer zu ihrem Nachteil ändern oder nicht mehr ihren Erwartungen entsprechen.

Dieser Grundsatz wird sinngemäss in Art. 373 Abs. 1 für den Unternehmer und in Abs. 3 auch für den Besteller wiederholt. Er ist aber bereits in Art. 364 Abs. 2 aOR für den Fall ausserordentlicher, unvorausehbarer Umstände zugunsten des Unternehmers gelockert worden, wenn dieser nicht ausdrücklich auch eine solche Gefahr übernommen hat. Die geltende Regel geht noch etwas weiter, da sie von der negativen Voraussetzung der Gefahrübernahme absieht und von den Parteien übereinstimmend für abgeschlossen gehaltene Umstände nicht vor-ausschbaren gleichsetzt. Solche Umstände können das Vertragsverhältnis so stören, dass die Bindung an den zum voraus festgesetzten Preis Treu und Glauben widerspricht und der richterliche Eingriff gerechtfertigt ist (BGE 59 II 377 E. 3; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 6 zu Art. 373 OR; EGGER, Richterliche Aufhebung oder Änderung eines Werkvertrages, in Ausgewählte Schriften, Bd. 2, S. 178 ff.).

Art. 5 Ziff. 1 BBN hat keine selbständige oder gar von Art. 373 OR abweichende Bedeutung. Die Bestimmung stellt bloss klar, welche Kosten von den Pauschal- und Einheitspreisen des Angebotes erfasst werden (Satz 1) und welche erschwerten Umstände nach den angeführten Beispielen darin berücksichtigt sind (Satz 2); mit dem anschliessenden Vorbehalt ausserordentlicher, unvorausehbarer Umstände (Satz 3) sodann kann nur die Regelung des Art. 373 Abs. 2 OR gemeint sein, weshalb die Rechtsfolgen solcher Umstände nach den Voraussetzungen und Gesichtspunkten des Gesetzes zu beurteilen sind.

b) In Fällen wie dem vorliegenden setzt Art. 373 Abs. 2 OR voraus, dass zum voraus genau bestimmte oder bestimmbare Preise vereinbart worden sind, ausserordentliche Umstände die Ausführung des Werkes aber übermässig erschwert haben und dies nicht einem Verhalten des Unternehmers zuzuschreiben ist.

Nach dem Werkvertrag verpflichtete sich das Konsortium, das Los Süd «im Umfang und zu den Pauschal- und Einheitspreisen des bereinigten Angebotes (Vertragsbeilage I) im Betrag von Fr. 36319445.50» auszuführen. Das Angebot enthält auf rund 240 Seiten zu zahlreichen Positionen solche Preise, auf deren Grundlage für jede Arbeitskategorie abgerechnet und der geschuldete Werklohn ermittelt werden sollte. Die vereinbarte Summe wurde weder ganz noch teilweise vom Aufwand des Konsortiums oder vom Wert der Arbeit abhängig gemacht. Es handelte sich vielmehr um eine zum voraus genau bestimmbare Vergütung, die sich insbesondere aus den vorgesehenen Preisen und dem Ausmass der ausgeführten Arbeiten ergab. Damit ist die erste Voraussetzung für die Anwendung des Art. 373 Abs. 2 OR erfüllt (OSER/SCHÖNENBERGER, N. 2 zu Art. 373 OR; GAUTSCHI, N. 6 zu Art. 373 OR), was der Beklagte denn auch nicht zu widerlegen sucht.

Als ausserordentlich im Sinne dieser Bestimmung gelten Umstände, mit denen der Unternehmer nicht zu rechnen braucht, weil sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht voraussehbar sind, oder mit denen beide Parteien nach gemeinsamer Vorstellung nicht gerechnet haben. Sie können bereits bei Vertragsabschluss bestehen (z.B. geologische Verhältnisse) oder erst nachträglich eintreten (z.B. aussergewöhnliches Ansteigen von Löhnen, Zinsen oder Materialpreisen), nach diesen

Beispielen also nicht bloss natürlicher, sondern auch wirtschaftlicher Art sein. Das Erfordernis der Unvorausehbarkeit ist vom Standpunkt des sachkundigen und sorgfältigen Unternehmers aus und nach eher strengen Massstäben zu beurteilen, da jede Werkausführung zu festen Pauschal- oder Einheitspreisen ein spekulatives Element enthält, das auch als Risiko zu berücksichtigen ist (BGE 59 II 380, 58 II 423). Mit welchen Schwierigkeiten ein Unternehmer bei der Ausführung eines Baues nach der Erfahrung rechnen muss, hängt im übrigen weitgehend von den Besonderheiten des einzelnen Falles, insbesondere der Art und Dauer des Werkvertrages ab (GAUTSCHI, N. 15a und c zu Art. 373 OR).

Dies gilt auch von der Voraussetzung der übermässigen Erschwerung, die in den höheren Herstellungskosten des Werkes zum Ausdruck kommt und daher vor allem nach den gegenseitigen Leistungen zu beurteilen ist. Erforderlich ist ein krasses, offenes Missverhältnis zwischen dem Wert der erbrachten Leistung des Unternehmers und der versprochenen Gegenleistung des Bestellers (BGE 58 II 423; vgl. ferner BGE 93 II 188 und 68 II 173 mit Zitaten). Die Mehrkosten sind beim Vergleich mit der vereinbarten Vergütung ohne Gewinn einzusetzen, denn Art. 373 Abs. 2 OR gibt dem Unternehmer keinen Anspruch darauf, dass die Erfüllung des Vertrages zu einem verlustfreien Geschäft, das Missverhältnis also ganz ausgeglichen werde (BGE 50 II 167, 47 II 457). Der Ausgleich hat sich vielmehr auf ein Mass zu beschränken, das zwar nicht von der Leistungsfähigkeit des Unternehmers abhängig gemacht werden darf, aber die Werkausführung als objektiv zumutbar erscheinen lässt (OSER/SCHÖNENBERGER, N. 9 und 14 zu Art. 373 OR; GAUCH, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Aufl., Nr. 165-169; MERZ, in ZSR 61/1942, S. 500a und N. 188 zu Art. 2 ZGB).

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

I. — Gemäss Art. 367 Abs. 1 OR hat der Besteller des Werkes, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, dessen Beschaffenheit zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen. Gemeint sind die in der Beschaffenheit des Werkes zum Ausdruck kommenden Mängel. Das ergibt sich denn auch aus Abs. 2 des Art. 367, wonach jeder Teil berechtigt ist, auf seine Kosten eine Prüfung des Werkes durch Sachverständige und die Beurkundung des Befundes zu verlangen.

Unvorsorgliches Vorgehen des Unternehmers, das sich in der Beschaffenheit des Werkes nicht auswirkt, sondern nur zu einem übermässigen Aufwand an Arbeit, Stoff und dergleichen führt, ist nicht ein Mangel im Sinne des Art. 367. Wenn die Vergütung für das Werk zum voraus genau bestimmt wurde, benachteiligt ein zu grosser Aufwand ohne weiteres den Unternehmer (Art.

373 Abs. 1 OR). Er geht aber auch dann zu seinen Lasten, wenn der Werklohn zum voraus entweder gar nicht, nur ungefähr oder nur in der Form von Preisen für die Einheit der Arbeit, des Stoffes oder anderer Aufwendungen vereinbart worden ist. Denn der Unternehmer ist verpflichtet, bei der Ausführung des Werkes sorgfältig vorzugehen und die Interessen des Bestellers in guten Treuen zu wahren (Art. 364 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 328 Abs. 1 OR). Auf dem gleichen Boden steht Art. 365 Abs. 2 OR, der den Unternehmer verpflichtet, den vom Besteller gelieferten Stoff mit aller Sorgfalt zu behandeln und über dessen Verwendung Rechenschaft abzulegen.

Art. 374 OR, wonach die nicht zum voraus genau bestimmte Vergütung nach dem Wert der Arbeit und der Aufwendungen festzusetzen ist, entbindet den Unternehmer der erwähnten Sorgfaltspflichten nicht. Der Werklohn bestimmt sich nicht nach dem tatsächlichen Aufwand, sondern nach der Arbeit, dem Stoff und dergleichen, die bei sorgfältigem Vorgehen des Unternehmers zur Ausführung des Werkes genügt hätten. Sind die Parteien über das Mass dieses Aufwandes uneins, so streiten sie nicht über einen Mangel des Werkes, sondern über die Frage, wie der zum voraus nicht genau vereinbarte Werklohn zu berechnen sei. Dieser Streit setzt nicht voraus, dass der Besteller das Werk prüfe und beanstande. Es genügt, dass er sich der Forderung des Unternehmers widersetzt. Hiezu braucht der Besteller keine Frist einzuhalten. Solange er die Rechnung des Unternehmers nicht ausdrücklich oder stillschweigend anerkennt, hat, kann er jederzeit die Rechnungsgrundlagen bestreiten und die Unangemessenheit des vom Unternehmer behaupteten Aufwandes geltend machen.

2. — Das Werk, für das die Klägerin Lohn fordert, bestand darin, dass sie durch Einpressen von Ton-Gel-Mischung in den mit Bentonitschlemme und Geröll gefüllten Graben die Spundwand gegen eindringendes Wasser abzudämmen und den anschliessenden Boden zu festigen und abzudichten hatte. Die Beklagte wirft ihr nicht vor, das Ergebnis dieser Arbeit sei fehlerhaft. Sie macht nur geltend, die Klägerin hätte es mit einem geringeren Aufwand an Arbeit und Ton-Gel-Mischung erzielen können, wenn sie sorgfältiger vorgegangen wäre, d.h. die Mischung dickflüssiger verwendet und zum Teil mit geringerem Drucke eingespritzt hätte. Die Auffassung der Klägerin, die Beklagte hätte ihr diesen Vorhalt durch eine im Sinne des Art. 367 OR rechtzeitige Mängelrüge mitteilen müssen, hält nicht stand. Die Beklagte konnte ihn der Forderung der Klägerin jederzeit, auch im Prozesse noch, entgegenhalten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 10. September 1969 bestätigt.

Laboratorium und den Dachboden im Akkord unbegriffen gewesen sei, oder aber nicht. Die Vorinstanz hat diese Frage verneint, davon ausgehend, daß bei dem Einwand des Beklagten, bei Nichtbeziehung des Laboratoriums oder der Dachbodenzimmer in jenen Preis von 10,000 Fr. wäre der Vertrag nicht erfüllt, eine selbständige Behauptung liege, wofür ihn die Beweispflicht treffe, und daß dieser Beweis nicht geleistet sei. Diese Verteilung der Beweislast erscheint indessen rechtsirrtümlich. Die Pflicht des Beklagten, diese klägerischen Leistungen besonders zu honorieren, wird nicht unmittelbar aus dem ursprünglichen Vertrag, sondern aus nachträglicher Disposition des Beklagten abgeleitet. Wenn nun Beklagter dagegen behauptet, diese nachträglichen Leistungen fallen unter den ursprünglichen Vertrag und seien in der darin festgesetzten Akkordsumme unbegriffen, so liegt in diesem Vorbringen keine selbständige Schutzbehauptung, sondern eine substanziierte Verneinung des Klagefundamentes, und es ist Sache des Klägers, daselbe herzustellen. Um die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, als welche die Vorinstanz die Bestreitung des Beklagten aufweist, handelt es sich hier nicht; denn Beklagter stellt grundsätzlich in Abrede, die Bezahlung der fraglichen Leistungen über die Akkordsumme hinaus übernommen zu haben. Uebrigens fällt auch bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages bekanntlich die Beweislast für die Erfüllung regelmäßig dem Kläger zu (s. Windscheid, *P a n d e k t e n* II, § 321, Anm. 3). Es muß sich daher fragen, ob der Kläger den Beweis dafür erbracht habe, daß nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien diese Leistungen besonders honoriert werden sollten. Die Vorinstanz stellt diesbezüglich fest, daß im ursprünglichen Plane die Setzungsanfrage für das Laboratorium nicht vorgeesehen war, sondern erst nachträglich aus freier Hand mit Kostift eingezichnet worden ist, daß vom Dachboden überhaupt kein Plan vorlag, und nachträglich mit Kostift gemachte Einzelzeichnungen im Plane des zweiten Stockwerkes ungewisselhaft auf die Setzung der Dachzimmer sich beziehen. Diese Feststellungen sind rein tatsächlicher Natur und daher für das Bundesgericht bindend. Wenn nun die Vorinstanz aus denselben den Schluß gezogen hat, daß die dahertigen Leistungen des Klägers nicht auf dem ursprünglichen Vertrag, sondern auf späterer Vereinbarung zwischen den Parteien beruhen, und daher auch extra zu bezahlen seien, so kann

S. 1006

3. Die klägerische Forderung von 1000 Fr., Restbetrag der Akkordsumme, hat der Beklagte dadurch grundsätzlich anerkannt, daß er vor dem kantonalen Obergerichte auf sein ursprünglich gestelltes Begehren, Kläger habe die ganze Setzeinrichtung zurückzunehmen, verzichtet hat. Von dieser Summe hat jedoch die Vorinstanz folgende Abzüge gutgeheißen:

- a) 122 Fr. 60 Cts. für Frachten, welche Beklagter für den Kläger bezahlt hat;
- b) 180 Fr. für einen Heizkörper, welchen der Kläger, entgegen dem ursprünglichen Plane, in der Veranda nicht angebracht hat.

Da vom Kläger eine Berufung nicht eingelegt worden ist, hat es bei diesen Abzügen sein Bewenden, und es bleiben von den klägerischen Forderungen bloß noch streitig diejenigen für Installationen und Arbeiten, welche nach seiner Behauptung in der Akkordsumme nicht unbegriffen waren. Diese Forderungen beziehen sich auf drei Gruppen von Leistungen, nämlich Posten 1 bis 3, Lieferungen und Mehrarbeiten für die Anlage im Laboratorium, Posten 4 bis 7, Lieferungen und Mehrarbeiten für die Setzungsanlage im Dachboden und infolge Veränderungen in der Treppenanlage, und Posten 8 und 10, weitere im Vertrag nicht vorgesehene Leistungen. Posten 9 und 11 sind von der Vorinstanz gestrichen worden und fallen, da Kläger gegen das Urteil ein Rechtsmittel nicht ergriffen hat, weg; ebenso fällt Posten 12 durch Anrechnung des Beklagten außer Streit. Hinsichtlich der ersten beiden Gruppen, die Ausdehnung der Setzeinrichtung betreffend, ist vorab die grundsätzliche Frage zu lösen, ob, wie der Beklagte einwendet, die Setzeinrichtung für das

CONTRAT D'ENTREPRISE. FORFAIT. — Architecte-entrepreneur général. Rémunération du sous-traitant.

S. 189

Art. 32, 363, 373 CO.

En cas de commande d'une villa à construire à forfait et livrable « clé en main », le commettant n'a pas à rémunérer les sous-traitants mis en œuvre par l'architecte-entrepreneur général et cela même pour les travaux supplémentaires commandés en cours de construction dont le prix s'ajoute au montant du forfait.

Henry Virot a passé avec les architectes René Desmeules et Edouard Conti un contrat de construction à forfait d'une villa, au prix de 46 000 fr., livrable « clé en main » selon les plans, sous la responsabilité des architectes.

Desmeules et Conti mirent en œuvre des entrepreneurs de différents corps de métier et chargèrent des travaux de plâtrier-peintre Ernest Osbeck suivant un état précis et toisé établi par leur atelier.

Des paiements furent faits au moyen de chèques obtenus par Virot auprès d'une banque, visés et remis par les architectes aux différents maîtres d'état.

Osbeck reçut plusieurs acomptes. Par la suite, il réclama directement à Virot le prix de travaux supplémentaires. S'étant heurté à un refus, Osbeck actionna Virot en paiement et obtint gain de cause en première instance. Mais la Cour de justice civile de Genève le débouta par le motif qu'il devait s'adresser aux architectes-entrepreneurs généraux de l'ouvrage, ses seuls débiteurs.

Résumé des motifs :

En règle générale, les rapports entre le maître de l'ouvrage et l'architecte sont ceux du mandat qui consiste dans la prestation de services (élaboration des plans et de devis, suivie de la direction et de la surveillance des travaux). Exceptionnellement, il y a contrat d'entreprise lorsque le maître charge l'architecte d'exécuter un ouvrage particulier moyennant un certain prix, par exemple lui commande uniquement des plans et devis ou la construction ou modification d'un bâtiment. Ce qui est alors visé, c'est le résultat concret, l'ouvrage terminé et non les services (*Fick*, note 15 avant art. 363 CO ; JdT 1935 I 429, et *Tibilo*, 1936 I 386 ss, notamment 390).

Le contrat passé entre Virot et les deux architectes prévoit l'édification d'une villa pour un prix déterminé, « clé en main », c'est-à-dire à forfait (*Fick*, art. 373 ch. 3). Il ne vise pas la prestation de services tels que la direction des travaux, etc. Le maître entend obtenir un ouvrage tout fait, à savoir une villa d'un certain type et du prix convenu. Il s'agit donc bien d'un contrat d'entreprise qui n'a noué un lien contractuel qu'entre Virot, Desmeules et Conti, à l'exclusion des maîtres d'état mis en œuvre par les architectes-entrepreneurs. Le plâtrier-peintre Osbeck a reçu la commande faite par Desmeules et Conti en leur nom personnel et pour leur compte, non pour le compte d'un mandant. Virot est resté étranger à ce contrat et ne peut donc être recherché par Osbeck.

La situation n'est pas différente pour les travaux supplémentaires commandés au cours de la construction.

Le contrat ne cesse pas d'être conclu à forfait si, pendant les travaux, le maître demande des ouvrages supplémentaires ou des modifications au projet. Le prix du forfait s'en trouve simplement augmenté de la valeur des ouvrages nouveaux, quitte à déduire celle d'ouvrages supprimés (*Rossel*, Droit des obligations, 2^e édit. p. 418 et 419. Fiche juridique n° 624).

Cela étant, le travail exécuté en supplément par le sous-traitant se place dans le cadre du contrat d'entreprise noué avec les architectes-entrepreneurs Desmeules et Conti et ne constitue pas une commande faite par eux en qualité de mandataires du maître.

Suivant la Cour cantonale, des considérations pratiques et d'opportunité parlent d'ailleurs dans le sens d'une réglementation uniforme de l'ensemble du rapport contractuel qui s'est établi entre Virot, d'une part, Desmeules et Conti, d'autre part, pour la construction de la villa. Le juge ne doit qu'en cas de nécessité juridique absolue diviser ce que les parties ont réuni en un tout, le sachant et le voulant (JdT 1937 I 579 ss).

Pour obtenir le paiement de ce qui lui est encore dû, le plâtrier-peintre Osbeck doit rechercher ses commettants, les architectes Desmeules et Conti, ses seuls débiteurs, et non pas à leur commettant Virot, aussi bien pour le travail supplémentaire commandé au cours de la construction que pour l'ouvrage prévu par la sous-mission originaires.

L'action intentée étant mal dirigée, le demandeur a été débouté de ses conclusions sans que la Cour ait examiné si la somme réclamée par Osbeck lui est due.

Cour de justice civile, Genève.

E. T.

S. 190

S. 191

70. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. Oktober 1932 i. S. Frutiger und Lanzrein und Konsorten gegen A.-G. für Dornier-Flugzeuge.

Erhöhung des Werklohnens gemäss Art. 373 Abs. 2 OR zufolge des Auftretens ausserordentlicher Umstände, die nach den von den Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren (andere Beschaffenheit des vom Bauherrn dem Unternehmer zur Ausführung von Auf- füllarbeiten angewiesenen Baggematerials).

Aus dem Tatbestand:

Die Beklagte übertrug der Klägerschaft die Herrichtung ihres Flugplatzes bei Altenrhein, wozu auch Terrainauffüllungen nötig waren. Als Materialgewinnungsstelle wurde den Unternehmern der Seegrund mindestens 50 m ausserhalb dem Wertgelände angewiesen, wobei im Bau- beschrieb ausdrücklich erwähnt wurde: « Das zur Gewinnung zur Verfügung stehende Material besteht laut dem Ergebnis einiger Sondierungen, die den Unternehmern zur Einsicht zur Verfügung stehen, aus Rheinletten und feinem, vollständig reinem Sand, dem stellenweise kleine Kiesel beigemengt sind... » Bei der Ausführung der Arbeiten ergab sich, dass das Baggermaterial nicht diese im Baubeschrieb angegebene Beschaffenheit aufwies, weshalb die Klägerschaft die Beklagte für die ihr hiedurch erwachsenen Mehrkosten belangte.

Aus den Erwägungen:

Nach der neuen Fassung der Vorschrift des Art. 373 Abs. 2 OR hat der Unternehmer entgegen dem Art. 364 alt OR einen Anspruch auf Preiserhöhung nicht nur bei Eintreten ausserordentlicher Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten, sondern auch bei solchen, die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren. Bei dieser Erweiterung hatte der Gesetzgeber gerade den dem vorliegenden Tatbestand verwandten Fall im Auge, wo ein Werkvertrag auf Grund einer Expertise (zunal mit Bezug auf die Bodenbeschaffenheit) abgeschlossen worden war (vgl. Protokoll der Expertenkommission zur Revision des OR vom 9. März 1909 S. 6; v. CASTELBERG, Die rechtliche Bedeutung des Kostenansatzes beim Werkvertrag, Zürcher

Dissertation 1917 S. 49 f.; FROK, Kommentar zu Art. 373 OR, Note 14 S. 682). Die Vorinstanz hat demzufolge grundsätzlich mit Recht den Standpunkt vertreten, dass auch vorliegend die auf Grund der Sondierproben in den Baubeschrieb aufgenommene Beschaffenheitsbezeichnung als eine von den Parteien als massgebend erachtete Vertragsvoraussetzung angesehen worden sei, deren Nichtzutreffen einen Nachforderungsanspruch der Klägerschaft gemäss Art. 373 Abs. 2 OR zu begründen vermöchte. Hierbei ist aber hervorzuheben — und das scheinen sowohl die Vorinstanz, wie die Experten, nicht oder jedenfalls nicht genügend berücksichtigt zu haben — dass, wie dies bereits früher dargetan worden ist, diese Angaben von den Parteien nicht wörtlich aufgefasst und als unverbürlich massgebend erachtet werden durften; denn da hier das Deltagebiet eines grossen Flusses, der aus dem Gebirge stammendes Gesehiebe führt, in Frage stand, mussten sich die Parteien bewusst sein, dass angesichts der geringen Zahl der ausgeführten Sondierungen bis zu einem gewissen Grade mit Überraschungen zu rechnen war, ganz abgesehen davon, dass auch die Sondierproben selber auf mannigfaltige Schichtenlagerungen, d. h. einen in gewissem Rahmen heterogenen Seegrund, hinwiesen. Dazu kommt, dass durch Art. 373 Abs. 2 OR ohnehin eine übermässige Erschwerung gefordert ist, um eine Preiserhöhung zu begründen. Die Vereinbarung einer zum voraus genau bestimmten Vergütung schliesst naturnotwendig immer ein spekulatives Moment in sich; wenn daher der Gesetzgeber in Art. 373 Abs. 2 OR einseitig zu Gunsten der Unternehmer für gewisse Fälle eine Erhöhung der vertraglich vereinbarten Preise vorgesehen hat, so muss er hierunter nur ganz besonders schwerwiegende Ausnahmeverhältnisse, nicht aber schon jede geringfügige Abweichung von den von den Parteien vorausgesetzten Tat Umständen verstanden haben (vgl. auch SIEG- WART, Der Einfluss veränderter Verhältnisse auf laufende Verträge nach der Praxis der schweizerischen Gerichte seit dem Kriege, abgedruckt in der Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz) zur 59. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins, S. 86).

LGVE 1977 I, Nr.360, S.419

360. Art. 374 und 376 OR. Festsetzung des von den Parteien masslich nicht bestimmten Werklohnes.

Keine der beiden Parteien macht geltend, der Werklohn für die Erstellung des Kachelofens und die damit verbundenen Arbeiten am Kochherd und an den Wandplatten sei im voraus genau oder auch nur ungefähr bestimmt worden. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die geschuldete Vergütung überhaupt nicht festgesetzt wurde. Der Werklohn muss daher nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Klägers festgesetzt werden (Art. 374 OR). Er muss selbstverständlich auch einen angemessenen Unternehmergewinn enthalten, denn der Werkvertrag ist grundsätzlich entgeltlich (Gautschi, Kommentar, N. 4 a zu Art. 374 OR). Nach Art. 8 ZGB hat der Kläger als Unternehmer die Grundlagen nachzuweisen, auf die sich der Richter bei der Festsetzung der angemessenen Vergütung stützen muss. Er kann diese Beweispflicht einerseits dadurch erfüllen, dass er den objektiven Wert des vollendeten und mängelfreien Werkes nachweist; andererseits kann er ihr aber auch dadurch genügen, dass er die Grösse seiner konkreten Aufwendungen (Arbeits- und Materialaufwand, Transport- und Nebenkosten, Anteil an den allgemeinen Geschäftskosten usw.) beweist. Dabei ist der rechtsgenügende Nachweis erbracht, wenn der Richter auf Grund beider Elemente zusammen den angemessenen Werklohn bestimmen kann. Bei dieser Entscheidung kommt dem Richter zwangsläufig ein gewisser Ermessensspielraum zu.

I. Kammer, 3. Mai 1977.

70. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. Oktober 1983 i.S. Raymund Caluori AG gegen Stiftung Dr. M. Blumenthal für den Neubau eines naturhistorischen Museums des Kantons Graubünden in Chur (Berufung)

Anfechtung eines Werkvertrages wegen Irrtums.
Art. 373 Abs. 2 OR ist eine Sonderregel, welche der allgemeinen Bestimmung des Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR vorgeht.

334

Für den Neubau des naturhistorischen Museums in Chur wurden am 2. Juni 1978 unter anderem die Schlosserarbeiten zur freien Konkurrenz ausgeschrieben. Die Raymund Caluori AG gab am 22. Juni, dem letzten Tag der Eingabefrist, eine Offerte ein, die nachträglich auf den Betrag von Fr. 108 336.— berichtigt wurde und für rund Fr. 23 000.— Handläufe aus Holz auf den Metallgerüsten umfasste. In der Folge schloss die den Neubau durchführende Stiftung Dr. Blumenthal mit der Firma Caluori auf Grund dieser Offerte den Werkvertrag ab. Die Unternehmerin übertrug die Schreinerarbeiten für die Handläufe der J. Ettinger AG. Nachdem diese im Anschluss an eine Baustellenbesichtigung vom 27. September 1978 sich ausserstande erklärt hatte, den Auftrag auszuführen, übertrug die Firma Caluori die Schreinerarbeiten am 20. Oktober 1978 der Lignoform Formsperrholz AG.

Mit Brief vom 14. Dezember 1978 teilte die Firma Caluori den Architekten der Stiftung mit, der Laufmeter-Preis der Handläufe komme doppelt so hoch zu stehen wie offeriert. In ihrer Schlussabrechnung vom 21. April 1979 setzte sie für die Handläufe Fr. 550.—/m ein statt der offerierten Fr. 135.— bis Fr. 206.—/m. Damit ergab sich unter Einbezug der Schlosserarbeiten eine Gesamtforderung von Fr. 179 875.70, wovon die Stiftung jedoch nur Fr. 128 973.30 anerkannte und auch bezahlte.

Am 13. Juli 1979 erhob die Raymund Caluori AG gegen die Stiftung Klage auf Zahlung eines nachträglich auf Fr. 26 965.65 nebst 5% Zins seit 19. Mai 1979 reduzierten Betrages. Zugleich verkündete die Klägerin der Firma J. Ettinger AG den Streit. Mit Urteil vom 16. Februar 1982 hiess das Bezirksgericht Plessur die Klage für Fr. 26 900.65 gut. Auf Berufung der Beklagten gelangte jedoch das Kantonsgericht von Graubünden am 23. August 1982 zur Abweisung der Klage. Die Litisdennunziatin J. Ettinger AG hatte sich am Berufungsverfahren nicht beteiligt.

Das Bundesgericht weist die von der Klägerin gegen das Urteil des Kantonsgerichts erhobene Berufung ab.

Aus den Erwägungen:

2. — a) Die Klägerin hält mit der Berufung am Vorliegen von Grundlagennirrtum im Sinn von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR fest. Sie begründet dies damit, dass im Arbeitsbescheid von «gerundeten» statt von «gewundenen» Handläufen die Rede gewesen sei, weshalb sie sich nicht eine Wendeltreppe vorgestellt und demgemäss zu tiefe Preise eingegeben habe. Dabei macht sie — wie das Kantonsgericht zutreffend festhält — eine blosser Teilunverbindlichkeit des Werkvertrags geltend, von der die Schlosserarbeiten nicht berührt werden.

Mit der Berufung wird nicht dargelegt, welches die Rechtsfolgen der behaupteten teilweisen Unverbindlichkeit des Vertrages wären und warum sich daraus die eingeklagte Forderung ergeben sollte. Während die Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren von Schadensersatz sprach, nahm das Bezirksgericht an, die Beklagte habe durch ihr Verhalten gezeigt, dass sie sich verpflichte, für die Mehrkosten aus der nachträglichen Vergebung des Auftrags an die Lignoform Sperrholz AG aufzukommen. Wie abzurechnen wäre, wenn eine Teilunverbindlichkeit infolge Irrtums gegeben wäre, kann jedoch offen bleiben, falls das Werkvertragsrecht seinerseits Vorschriften enthält, welche unter den gegebenen Umständen der allgemeineren Regel von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR vorgehen.

b) Gemäss Art. 373 Abs. 2 OR kann der Richter nach seinem Ermessen eine Erhöhung des fest vereinbarten Preises oder die Auflösung des Vertrages bewilligen, falls ausserordentliche Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten oder nach den von beiden Parteien angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren, die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren. In den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fallen nicht nur nachträglich eintretende, sondern auch bereits bestehende ausserordentliche Umstände, wie etwa die ungünstige Beschaffenheit des Baugrundes (BGE 104 II 316; GAUCH, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Aufl., Nr. 174). Es verhält sich nicht grundsätzlich anders, wenn der Unternehmer bei seiner Preisfestsetzung in anderer Hinsicht von Voraussetzungen ausgegangen ist, die sich nachträglich als falsch erweisen. Angesichts der Sonderbestimmung des Werkvertragsrechts braucht deshalb vorliegend nicht auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR zurückgegriffen zu werden. Dem entspricht auch die Ordnung im Fall von unverhältnismässiger Preisüberschreitung bei ungeführter Preisabrede, wo der Bestel-

ler vom Vertrag zurücktreten kann (Art. 375 OR); Rechtsprechung und Literatur sehen darin ebenfalls eine spezielle Ausgestaltung der Irrtumsanfechtung im Werkvertragsrecht (BGE 98 II 303 E. c; VON TUHR/PETER, S. 315).

3. — Ist der Beurteilung in diesem Sinn Art. 373 Abs. 2 OR zugrunde zu legen, so wird entscheidend, ob für die Klägerin vorausehbar war, dass nicht eine gewöhnliche, sondern eine Wendeltreppe auszuführen war. Diese Frage ist vom Standpunkt eines sachkundigen und sorgfältigen Unternehmers aus und nach einem eher strengen Massstab zu beantworten (BGE 104 II 317). Dabei ist auf die tatsächlichen Feststellungen abzustellen, welche die Vorinstanz im Blick auf den Grundlagenirrtum getroffen hat.

a) Das Kantonsgericht nimmt gestützt auf bestimmte Zeugnisaussagen an, dass sich der Begriff «halbkreisförmig gerundet» im Offertformular ausschliesslich auf das Querprofil der Handläufe beziehe, doch hält es fest, dass die Bezeichnungen «Betonwand halbkreisförmig» bzw. «halbkreisförmig» auf eine Wendeltreppe schliessen liessen. Das sei auch im Plan NM 87 zum Ausdruck gekommen, auf den die Offertunterlagen verwiesen hatten. Die Photos über den Baufortschritt zeigten sodann, dass schon ein Halbjahr vor der Ausschreibung der Schlosserarbeiten die Wendeltreppenkonstruktion am Bau deutlich sichtbar gewesen sei. Nachdem die Schlosserarbeiten Metallgeländer für die Wendeltreppe mitumfassten, hätte der Klägerin bewusst sein müssen, dass nur gewundene Handläufe dazu passten. Aufgrund der Submissionsbedingungen hätte die Klägerin sich über die Situation auf dem Baugelände orientieren und zudem die zur Verfügung stehenden Pläne konsultieren müssen; dann hätte sie den Arbeitsbescrieb nicht falsch verstehen können, sondern erkennen müssen, dass eine Wendeltreppe vorgesehen war.

b) Die Klägerin anerkennt, dass sie sich ein Fehlverhalten ihrer Unterakkordantin J. Ettinger AG anrechnen lassen muss. Dieser Einsicht widersprechen freilich verschiedene Ausführungen der Berufung. Zu beurteilen ist nicht die Beziehung der Klägerin zur Firma Ettinger und damit auch nicht, ob diese von jener ausreichend informiert worden ist. Indem die Klägerin selbst den Auftrag einschliesslich Schreinerarbeiten übernahm, um diese weiterzugeben, hatte sie dafür einzustehen, dass den Obliegenheiten der Ausschreibung nachgelebt wurde, sei es durch sie selbst oder die Unterakkordantin. Es hilft ihr daher weder, dass ein Einschluss von Schreinerarbeiten in die Schlosserofferte ungewöhnlich, noch

dass die spezifischen Probleme der Holzarbeiten für sie nicht erkennbar gewesen seien. Ebensowenig kann sie sich darauf hinausreden, dass der Arbeitsbescrieb für ihre Schlosserarbeiten ausreichend gewesen sei und es Sache der Unterakkordantin gewesen wäre, weitere Erklärungen einzuziehen, die Pläne einzusehen oder eine Begehung durchzuführen.

c) Das Kantonsgericht stellt unwidersprochen und zutreffend fest, dass nach den Vertragsbestandteil gewordenen Artikeln 7 und 16 der SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977) der Unternehmer sich nach den Plänen und der örtlichen Situation Klarheit über den Inhalt des Auftrags zu verschaffen hatte. Die Klägerin meint zu Unrecht, aufgrund der Rangfolge in Art. 7 Abs. 3 SIA-Norm 118 erübrige es sich, neben dem Offertformular auf weitere Unterlagen zurückzugreifen; diese Stufenfolge gilt nur für den Fall von Widersprüchen und macht keinesfalls eine gehörige Information entbehrlich. Die Klägerin bestreitet allerdings, dass aus den im Arbeitsbescrieb zitierten Plänen die Ausführung als Wendeltreppe ersichtlich gewesen sei. Dagegen räumt sie ein, dass der Zustand des Rohbaus zur Zeit der massgebenden Ausschreibung längst die Konstruktion einer Wendeltreppe erkennen liess. Selbst wenn die übrigen Unterlagen unklar gewesen sein sollten, hätte daher die Besichtigung des Bauwerks jedes Missverständnis ausgeschlossen; eines Begehrens der Bauleitung bedurfte es dafür nicht.

Bei gehöriger Sorgfalt hätte somit die Klägerin ohne weiteres erkennen können, dass die von ihr offerierten Geländer mit Handläufen zum Teil eine Wendeltreppe betrafen. Art. 373 Abs. 2 OR erlaubt ihr daher die verlangte nachträgliche Preiserhöhung nicht.

Art. 373 Abs. 1 und 2 OR

Mehransprüche eines Unternehmers gegenüber einem vereinbarten Pauschalpreis verneint; Bedeutung von SIA-Normen.

II. Zivilkammer vom 3. 7. 1979 i. S. K. AG gegen N. und 3 Mithafte.

Art. 373 al. 1 et 2 CO

Un prix à forfait ayant été convenu, les prétentions supplémentaires d'un entrepreneur ne sont pas admises; portée juridique des normes SIA.

IIe Chambre civile du 3. 7. 1979 dans la cause K. SA c. N. et 3 con-sortis.

Aus den Entscheidungsgründen:

Bei fester Übernahme des Werkes ist der Unternehmer an die getroffene Preisabrede gebunden, und zwar auch dann, wenn die Ausführung des Werkes höhere Kosten verursacht, als vorgesehen war (Art. 373 Abs. 1 OR). Diese Bindung gilt nicht ausnahmslos; durchbrochen wird sie vor allem durch die gesetzliche Ausnahmebestimmung des Art. 373 Abs. 2 OR (P. GAUCH, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Aufl., S. 54).

Wie bereits erwähnt, leitete die Klägerin erstmals im Schlussvortrag ausdrücklich Ansprüche aus Art. 373 Abs. 2 OR ab. Gemäss dieser Bestimmung kann der Richter nach seinem Ermessen eine Erhöhung des Preises oder die Auflösung des Vertrages bewilligen, falls ausserordentliche Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten oder die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren, die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren.

a) Art. 373 Abs. 2 OR bezweckt, die Bindung des Unternehmers an die getroffene Preisabrede auf ein zumutbares Mass zu beschränken. Sie ist Ausdruck des Gedankens, dass der Grundsatz der Vertragstreue, der aus dem Prinzip von Treu und Glauben fliesst, seinerseits durch dieses Prinzip beschränkt ist (GAUCH, S. 55).

b) Es stellt sich mithin die Frage, ob vorliegend vergütungspflichtige Abweichungen vom vereinbarten Pauschalpreis wegen

- Umständen, welche «die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren»,
- ausserordentlicher oder nicht voraussichtbarer Umstände,

- wegen Umständen, «die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren» oder
- Umständen, die durch schuldhaftes Verhalten des Bestellers oder zufolge nachträglicher, Mehraufwendungen bedingender Bestellungen gerechtfertigt sind.

c) Die Beweislast für die Unvorherschaubarkeit, den Ausschluss oder ein allfälliges Besteller-Verschulden trägt gemäss der allgemeinen Beweisregel von Art. 8 ZGB derjenige, der Rechte daraus ableiten will, d. h. hier die Klägerin.

aa) Es ist zunächst zu prüfen, ob Umstände, «die nicht vorausgesehen werden konnten», eingetreten sind.

Das Erfordernis der Unvorherschaubarkeit ist vom Standpunkt des Unternehmers, (nicht des Bestellers) aus zu beurteilen, und zwar vom Standpunkt eines fachkundigen und sorgfältigen Unternehmers aus (objektive Betrachtungsweise), wobei dem individuellen Unternehmer jedoch besondere Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen, über die gerade er verfügt, anzulasten sind (subjektive Betrachtungsweise). Stets vorausschbar sind beispielsweise normale Witterungsverhältnisse, auch wenn sie für den Unternehmer ungünstig sein mögen (GAUCH, N. 179/180 a. E.).

bb) Hinsichtlich der Sorgfaltspflicht des Unternehmers gilt es (bei Pauschalvergebungen) grundsätzlich vorweg auf SIA-Norm 118 (1962) Art. 7 Abs. 2 und 3 abzustellen. Bei den Inhaltsbestimmungen der SIA-Norm 118 handelt es sich zwar um «Branchen-Bedingungen», um formulierte (Vertrags-)Musterbestimmungen, die aus sich heraus keine rechtliche Bedeutung, keine allgemeine Verbindlichkeit im Sinne eines Gesetzes oder einer Verordnung haben, und auch keine Rechtsquelle eigener Art sind. Vielmehr sind die Bestimmungen der Norm grundsätzlich nur insoweit verbindlich, als sie im Einzelfall von bestimmten Parteien als Bestandteil ihres Bauvertrages übernommen wurden und damit – als Inhalt des betreffenden Bauvertrages – Vertragsgeltung erlangt haben (GAUCH, N. 281). Dies trifft vorliegend bezüglich des abgeschlossenen Werkvertrages zu, nicht jedoch auf den Rohplanic-Auftrag, in dem darin mit keinem Wort auf die SIA-Normen verwiesen wird. Indessen sind diese Normen im letzteren Zusammenhang auch insofern nicht bedeutungslos, als sie Usanz darstellen und entsprechend gesunden Menschenverstand bei der Auslegung der ausserordentlichen, nicht voraussichtbaren Umstände heranzuziehen sind.

cc) Die Abklärung aller im Zeitpunkt des Vertragsschlusses offensichtlicher Sachverhalte bildet Gegenstand einer Obliegenheit, die den Unternehmer deswegen trifft, weil es an ihm ist, den (festen) Preis seiner Arbeit zu bestimmen. Vom Unternehmer wird erwartet, dass er vor Vertragsabschluss alles in seiner Macht stehende tut, um sich über sämtliche Verhältnisse, welche die Herstellungskosten des Werkes beeinflussen, genau ins Bild zu setzen. Er hat die hierfür erforderlichen Informationen einzuziehen (Gauer, N. 183). Der Besteller will eine bestmögliche Sicherheit, dass es beim vereinbarten Pauschalpreis bleibt. Diese ist für die Erteilung des Auftrages entscheidend.

dd) Im vorliegenden Fall hat sich ergeben, dass die Klägerin die eben umschriebene Sorgfaltpflicht verletzt hat, namentlich wenn man ihrer Behauptung folgt, wonach ohne Pläne hätte devisiert werden müssen. Gerade diese nachträglich von der Klägerin ins Feld geführte Behauptung spricht gegen sie, ist doch die Unterlassung der Beschaffung der notwendigen Berechnungsgrundlagen als Sorgfaltpflichtverletzung zu werten. Der beigezogene Experte hat zudem mit Recht ausgeführt, dass eine konkrete Preisofferte illusorisch gewesen wäre, wenn kein Modell und keine Pläne vorgelegen hätten.

Die Pauschalentschädigung für die Rohplanie wurde gestützt auf eine Kubaturschätzung festgesetzt; ein allfälliger Mehraushub wurde mithin von den Vertragsparteien auch nicht ausgeschlossen. Wenn sich nachträglich, wie die Klägerin zu Recht geltend macht, die dem Rohplanie-Auftrag zugrunde gelegte Kubaturschätzung tatsächlich als falsch erwiesen, so bleibt dieser Umstand somit dennoch von Art. 373 Abs. 2 OR unbeachtet. Die Klägerin könnte sich aber auch deshalb nicht mit Erfolg auf Irrtum berufen, da sie die Fahrlässigkeit ihrer Organe bei der Pauschaloffertstellung selber zu vertreten hat; zudem würde es Treu und Glauben widersprechen, wenn sie ihrerseits der Beklagtschaft eine falsche Rechnung vorwerfen würde, hat diese doch keine falschen Unterlagen geliefert, sondern im Gegenteil von Anfang an zutreffende Pläne sowie ein Modell, welches nach Ansicht des Experten grundsätzlich eine sehr gute Beurteilungsgrundlage bildete auf der Baustelle zur Verfügung gehalten. Gestützt darauf hätte die Klägerin Schnittpläne erstellen lassen und nach Ausmass berechnen (lassen) können (Art. 25 und 26 OR).

d) Dass bei Vertragsschluss seitens der Klägerin bzw. der Firma W. gewisse Umstände ausdrücklich ausgeschlossen worden wären, ist nicht erwiesen.

départir du contrat selon l'art. 375 al. 1 CO. Le devis de 39 000 fr. sur la base duquel le contrat avait été conclu était dépassé dans une mesure telle que l'on peut admettre que le maître n'aurait pas chargé l'entrepreneur d'exécuter l'ouvrage pour ce prix (BECKER, n. 2 ad art. 375 CO). Le jugement déferé constate en effet qu'il existait depuis de nombreuses années sur le marché des machines à remplir les flacons analogues, à des prix divers; celle que la demanderesse a commandée en automne 1967 a coûté environ 40 000 fr. La Cour cantonale a donc considéré avec raison que les conditions d'une résiliation du contrat par la demanderesse, selon l'art. 375 CO, étaient réalisées.

b) Le défendeur invoque à tort l'art. 377 CO: la dénonciation du contrat pour dépassement excessif du devis est régie par l'art. 375, et l'application de l'art. 377 est exclue lorsque le maître est fondé à se départir du contrat pour ce motif.

Quant à l'art. 378 al. 2 CO, également cité par le défendeur, il vise le cas où l'ouvrage n'a pu être exécuté par la faute du maître, hypothèse qui n'est manifestement pas réalisée en l'espèce.

4. — La Cour cantonale considère que l'art. 375 CO ne règle pas de façon générale les conséquences d'une résiliation unilatérale du contrat par le maître de l'œuvre, mais qu'il se borne à traiter, à son al. 2, du cas spécial de constructions élevées sur le fonds de celui-ci; les art. 107 ss. CO ne conviennent guère à la résiliation d'un contrat de longue durée, laquelle ne peut déployer que des effets ex nunc; en l'absence de règles spéciales ou générales de la loi, il convient de combler par voie jurisprudentielle la lacune qu'elle présente; l'application par analogie des art. 422 et 423 CO doit être écartée; pour combler la lacune de la loi, il y a lieu d'étendre l'application de l'art. 375 al. 2 CO lorsque la restitution réciproque des prestations n'est pas possible du fait qu'il s'agit d'un contrat de longue durée.

a) Avec raison, la demanderesse objecte à cette argumentation que la prestation de l'entrepreneur consiste non pas dans un travail, mais dans la fourniture d'un objet, et que le critère de la durée du contrat est sans pertinence. Le contrat d'entreprise a pour objet le résultat du travail, et non pas le travail comme tel (RO 59 II 263). La réalisation de ce résultat, en l'espèce la construction d'une installation de remplissage de flacons, peut impliquer l'accomplissement d'actes préparatoires par l'entrepreneur. Le fait que ces actes s'étendent sur plusieurs

mois n'a pas pour effet de faire du contrat d'entreprise un contrat de longue durée. L'exécution de la prestation promise intervient au moment de la livraison. La situation de l'entrepreneur qui n'a pas achevé l'ouvrage est comparable à celle du vendeur qui n'a pas livré la chose.

b) La réglementation particulière de l'art. 375 al. 2 CO est justifiée par le fait que l'ouvrage érigé sur le fonds du maître devient sa propriété au fur et à mesure de l'avancement des travaux, en vertu du principe superficies solo cedit consacré par les art. 642, 667 et 671 CC (BECKER, n. 10 ad art. 375 CO; OSER/SCHÖNENBERGER, n. 13-14 ad art. 375 CO; GAUTSCH, n. 9 b ad art. 375 CO). En règle générale, l'enlèvement de l'ouvrage, terminé ou non, est impossible ou excessivement dispendieux. Limiter l'indemnisation de l'entrepreneur sans faute à l'enrichissement du maître serait inéquitable en pareil cas (BECKER, loc. cit.).

La solution de l'art. 375 al. 2 CO subordonnant le droit du maître de se départir du contrat au paiement d'une indemnité équitable pour les travaux exécutés ne se justifie en revanche nullement quand l'ouvrage consiste dans la livraison d'une chose mobilière et que la matière est fournie par l'entrepreneur. L'ouvrage commandé (terminé ou non) reste la propriété de l'entrepreneur. L'opinion contraire du défendeur selon laquelle il appartiendrait au maître dès avant sa livraison est incompatible avec l'art. 714 al. 1 CC; seule la livraison de l'ouvrage constitue la mise en possession au sens de cette disposition et, partant, le transfert de la propriété au maître (GAUTSCH, Vorbemerkungen ad art. 363-379 CO, n. 25). A défaut de livraison, le maître, qui n'a bénéficié d'aucune prestation de l'entrepreneur, n'est pas enrichi. S'il a déjà payé tout ou partie du prix, il est en droit de répéter ce qu'il a versé en vertu d'une cause qui a cessé d'exister (art. 62 al. 2 CO).

c) L'examen de la nature juridique de la dénonciation du contrat d'entreprise selon l'art. 375 al. 1 CO ne peut que confirmer le bien-fondé de cette solution. L'art. 375 CO repose sur l'idée — déterminante pour juger si le devis approximatif se trouve dépassé dans une mesure excessive au sens de cette disposition (BECKER, n. 2 ad art. 375 CO) — que le maître n'aurait pas commandé l'ouvrage s'il avait eu connaissance lors de la conclusion du prix pour lequel il serait exécuté. Le maître n'entend d'ordinaire engager que des frais raisonnables, en

proportion avec la valeur de l'ouvrage; il s'agit là d'un fait que la loyauté commerciale permet de considérer comme un élément nécessaire du contrat; si le maître s'oblige sur la base d'une représentation inexacte de cet élément, il est fondé à invoquer l'invalidité du contrat selon l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO et il n'est tenu qu'à concurrence de son enrichissement (RO 92 II 333). L'art. 375 al. 1 CO peut apparaître ainsi comme la réglementation d'un vice du consentement dans le domaine particulier du contrat d'entreprise. Il permet la résolution du contrat avec effet rétroactif: les parties se retrouvent dans la position qu'elles auraient occupée en l'absence de convention, les prestations réciproques déjà exécutées devant être restituées dans la mesure du possible. La remarque de Gautschi (n. 1 ad art. 375 CO) relative aux effets ex nunc des causes de fin du contrat d'entreprise ne doit pas être comprise en ce sens que la dénonciation de ce contrat pour dépassement du devis approximatif déploie toujours des effets ex nunc. Comme l'indique son titre, le passage en question a trait à la fin des « Arbeitsverträge » (y compris le contrat d'entreprise) *en général*. Examinant les conséquences de l'exercice par le maître du droit de se départir du contrat selon l'art. 375, GAUTSCHI (n. 9 ad art. 375) considère qu'il peut en principe refuser l'ouvrage, achevé ou non, sauf si celui-ci devient ipso facto sa propriété ou qu'il se l'approprie à dessein. L'entrepreneur ne peut prétendre au remboursement ou à la compensation des dépenses engagées pour l'exécution de l'ouvrage qu'à la double condition que le maître s'approprie l'ouvrage, achevé ou non, ou que celui-ci devienne ipso facto sa propriété, et qu'il se trouve enrichi de ce fait (n. 9 d ad art. 375). Il découle de ces remarques du commentateur qu'il y a des cas où l'ouvrage, achevé ou non, peut être refusé, la dénonciation du contrat déployant alors ses effets ex tunc.

La réglementation de l'art. 375 al. 1 CO s'intègre ainsi parfaitement dans le système du CO et ne présente pas de lacune. En admettant le contraire et en déclarant applicable en l'espèce l'art. 375 al. 2 CO, la juridiction cantonale a violé les art. 375 al. 1 CO et 1 CC, ce qui entraîne la réformation du jugement déféré.

5. — Au cas particulier, il est constant que l'ouvrage commencé n'a pas été livré à la demanderesse, qui ne s'est donc pas enrichie. Sur le prix fixé approximativement à 39 000 fr., elle a versé 38 000 fr. au défendeur.

La résolution du contrat selon l'art. 375 al. 1 CO entraîne la restitution des prestations réciproques, sous réserve de l'allocation de dommages-intérêts en cas de faute, qui ne sont pas réclamés ici. Le maître, qui n'a pas reçu l'ouvrage et n'est pas enrichi, ne doit rien à l'entrepreneur. Celui-ci a reçu 38 000 fr. d'acomptes en vertu d'une cause qui a cessé d'exister. Il doit les restituer à la demanderesse en capital et intérêt (art. 62 al. 2 CO). Il reste propriétaire de l'ouvrage non terminé. A défaut d'une mise en demeure antérieure, l'intérêt à 5 % sur la somme de 38 000 fr. est dû à partir du jour de la demande, comme l'a jugé l'autorité cantonale. Les conclusions de la demanderesse en paiement d'intérêts échelonnés selon la date de ses versements, au demeurant non motivées, doivent être rejetées.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral:

1. Admet le recours principal et rejette le recours joint;
2. Réforme le jugement attaqué en ce sens que la défendeur doit à la demanderesse 38 000 fr. avec intérêt à 5 % dès le 24 octobre 1967.

S. 221

a) Die Beschwerdeführerin wirft dem Kantonsgerichtsabschluss vor, er setze sich über die einmütige Lehre zu den Art. 62 ff. OR hinweg und zitiere Lehrmeinungen völlig sinnwidrig. Mit den Hinweisen auf VON TUHR/PETER (S. 479 A. 33) und BECKER (N. 14 zu Art. 62 OR) belegt der angefochtene Entscheid, dass, wer mehr geleistet hat als geschuldet, den Differenzbetrag wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordern kann. Was die Beschwerdeführerin diesbezüglich einwendet, ist haltlos. Sie vermag auch keine andere für sie sprechende Lehrmeinung anzuführen. Dass in besonderen Fällen das Gesetz selbst einen Rückerstattungsanspruch aus Vertrag begründet, so etwa auf Rückgabe des Mietgegenstandes (Art. 271 OR) oder auf Rückzahlung des Darlehens (Art. 312 OR), hilft der Beschwerdeführerin im Bereich des Werkvertrags nichts. Die Rechtsprechung behandelt z.B. die Rückforderung von zuviel bezahlten Darlehens- oder Pachtzinsen stets als Bereicherungsanspruch, nicht als Forderung aus Darlehens- oder Pachtvertrag (BGE 64 II 135, 52 II 232). Im Hinblick auf eine zu Unrecht bezogene Versicherungsleistung hat das Bundesgericht ausgeführt, es gehe zwar aus dem Versicherungsvertrag hervor, dass die Leistung nicht geschuldet war, doch ergebe sich die Rückforderung nicht aus Vertrag, sondern aus Art. 62 ff. OR und unterliege daher der ein- und nicht der zweijährigen Verjährung gemäss Art. 46 VVG (BGE 42 II 680).

b) Nach der Beschwerde liegt es auf der Hand, dass die Akontozahlungen unter Vorbehalt der Schlussabrechnung geleistet wurden, was einen Bereicherungsanspruch ausschliesse. Dies wird nicht weiter begründet, könnte sich aber auf die Ansicht von TUHR/PETERS (S. 484, 520) beziehen, wonach Annahme einer unter Rückforderungsvorbehalt erbrachten Leistung den Rückerstattungsanspruch zu einem vertraglichen macht. Diese Auffassung findet in der Rechtsprechung freilich keine Stütze (BGE 32 II 637, 25 II 871; vgl. auch BECKER, N. 16 zu Art. 63 OR). Zudem wäre ein solcher Vorbehalt hier nur stillschweigend erfolgt, mithin in der selbstverständlichen Meinung der Parteien, dass je nach Ergebnis der Schlussabrechnung eine Rückzahlung stattfinde. Das gilt aber auch für andere Leistungen, die von einem künftigen Ereignis abhängen und mit deren Rückerstattung daher zu rechnen ist, ohne dass damit ein Vertragsanspruch begründet wird (BGE 82 II 436).

Die Rechtsauffassung des Ausschusses des Kantonsgerichts ist somit nicht willkürlich, sondern zutreffend.

S. 222

S. 220

30. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 10. März 1981 i.S. Bentsch Immobilien AG gegen Domenico Giston und Kantonsgericht von Graubünden (staatsrechtliche Beschwerde)

Ungerechtfertigte Bereicherung.

Der Anspruch auf Rückerstattung des zuviel bezahlten Werklohns ergibt sich nicht aus Vertrag, sondern aus Art. 62 ff. OR.

Enrichissement illicitime.

Le droit au remboursement du prix de l'ouvrage payé en trop découle non pas du contrat, mais des art. 62 ss. CO.

Indebito arricchimento.

Il diritto alla restituzione del prezzo dell'opera pagato di troppo non deriva dal contratto, bensì dagli art. 62 segg. CO.

Aus den Erwägungen:

3. — Das angefochtene Urteil verkennt nicht, dass Vertrags- und nicht Bereicherungsrecht gilt, solange ein Anspruch aus

Vertrag geltend gemacht werden kann. Als solchen betrachtet es jedoch aufgrund von Art. 363 OR nur den Herstellungsanspruch des Bestellers und den Vergütungsanspruch des Unternehmers, nicht aber den Anspruch auf Rückerstattung des zuviel bezahlten Werklohns. Eine mögliche Novation durch beiderseitige Anerkennung des Abrechnungssaldos sei nicht behauptet worden.

S. 221

di Morbio Inferiore. La ditta ha eseguito l'opera ed emesso il 18/24 luglio 1968 una liquidazione totale di Fr. 194.369.05. I committenti hanno versato acconti — di cui l'ultimo in data 20 ottobre 1969 — per complessivi Fr. 169.000.—. Il 10 ottobre 1979 la ditta appaltatrice ha fatto notificare a ognuno dei committenti un precetto esecutivo per la rimanenza di Fr. 25.369.05; i destinatari hanno interposto opposizione.

B. — Adito dalla ditta Oreste Medici & Figli, il Pretore di Mendrisio-Sud ha accolto il 6 ottobre 1981 l'eccezione pregiudiziale sollevata dai committenti, che sostenevano la prescrizione del credito. Il 17 novembre 1982 la II Camera civile del Tribunale di appello del Cantone Ticino, statuendo sull'impugnazione della ditta attrice, ha annullato la sentenza del Pretore e respinto l'eccezione dei convenuti.

C. — Angelo Bernasconi, Ida Jaeger ed Eliana Untersee (nate Bernasconi) sono insorti al Tribunale federale con un ricorso per riforma in cui chiedono la reiezione dell'appello e la conferma del giudizio di primo grado. La ditta Oreste Medici & Figli propone di respingere il ricorso. Il Tribunale federale ha respinto il ricorso e ha confermato la sentenza impugnata.

Considerando in diritto:

2. — L'art. 128 n. 3 CO istituisce una prescrizione quinquennale per le azioni fondate, tra l'altro, sui lavori d'artigiani. Secondo l'assunto dei ricorrenti, condiviso dal Pretore, il credito della ditta attrice deriverebbe da una prestazione d'artigiano e sarebbe dunque prescritto. La corte d'appello ha manifestato diverso convincimento, rilevando che non tutti i crediti sgorganti da un contratto d'appalto o vantati da un artigiano soggiacciono alla prescrizione di cinque anni: decisivo è il genere di lavoro svolto, che nel caso in esame si è sospinto oltre l'opera di un artigiano sia per l'entità della costruzione, sia per la funzione d'impresa generale assunta dalla ditta attrice.

a) Le intenzioni del legislatore, desumibili dal messaggio del Consiglio federale del 27 novembre 1879 (FF edizione francese, 1880 I pag. 115 segg.), erano quelle di sottoporre a breve prescrizione i crediti poggianti su contratti sinallagmatici per cui è d'uso una rapida esecuzione e per i quali non si redige generalmente un contratto scritto né si conserva a lungo una ricevuta. Questa concezione partiva dall'idea che, ove il creditore tardasse a rivolgersi all'autorità giudiziaria, era lecito dedurne

27. Estratto della sentenza del 12 aprile 1983 della I Corte civile nella causa Bernasconi e litisconsorti c. Medici (ricorso per riforma)

Inapplicabilità della prescrizione quinquennale (art. 128 n. 3 CO) al credito dell'imprenditore edile.

La costruzione d'una casa, sia essa compiuta da un solo imprenditore o da un'impresa generale facente capo a subappaltatori, non è equiparabile a un lavoro d'artigiani nel senso dell'art. 128 n. 3 CO.

Nichtanwendbarkeit der fünfjährigen Verjährungsfrist (Art. 128 Ziff. 3 OR) auf die Forderung des Bauunternehmers.

Der Bau eines Hauses durch einen Unternehmer oder einen Generalunternehmer, der Arbeiten von Unterakkordantien ausführen lässt, fällt nicht unter den Begriff der Handwerksarbeit im Sinne von Art. 128 Ziff. 3 OR.

Inapplicabilité du délai de prescription de cinq ans (art. 128 ch. 3 CO) à la créance de l'entrepreneur en bâtiment.

La construction d'une maison, qu'elle soit réalisée par un seul entrepreneur ou par un entrepreneur général faisant appel à des sous-traitants, ne constitue pas un travail d'artisan au sens de l'art. 128 ch. 3 CO.

A. — Angelo, Ida ed Eliana Bernasconi hanno affidato alla ditta Oreste Medici & Figli, con contratto del 3 marzo 1967, la costruzione di una villa di due appartamenti sulla particella n. 331

ch'egli fosse stato pagato secondo l'uso. Il messaggio aggiunge altresì che, se si fosse consentito al creditore di attendere dieci anni per incassare una pretesa siffatta, il debitore forse non sarebbe più stato in grado di provare eventuali eccezioni, seppure fondate (loc. cit., pag. 156 e 157; DTF 98 II 186 consid. 3b; VAUCHER, La prescription des actions des artisans pour leur travail, in: JdT 1963 I pag. 230 segg.).

Considerata l'evoluzione degli usi commerciali, delle pratiche e della tecnica dall'epoca in cui il Consiglio federale si è espresso sul tema della prescrizione, è evidente che la sola «ratio legis» cui s'è alluso non permette di elaborare un criterio soddisfacente per definire le «azioni per lavori d'artigiani». Gioverà osservare, per altro, che il testo dell'art. 128 n. 3 CO non è stato modificato — per quanto riguarda i crediti degli artigiani — dalla riforma legislativa del 25 giugno 1971 (cfr. RU 1971 pag. 1499 con RU 1911 pag. 410), né il Tribunale federale, finora, ha avuto modo di pronunciarsi direttamente sul problema e di precisare a quali condizioni un credito derivante da un contratto d'appalto costituisca un lavoro d'artigiano nel senso dell'art. 128 n. 3 CO. La Corte di giustizia del Canton Ginevra — riferendosi all'esauriente studio di VAUCHER (già menzionato) — ha ravvisato a giusta ragione che, a parte le nozioni comunemente ammesse circa il lavoro d'artigiani (richiamate da VAUCHER a pag. 232), la controversia riguarda la questione di sapere, in sostanza, se il lavoro d'artigiano dipenda dalla natura dell'opera o dalla persona dell'appaltatore (SJ 1970 pag. 122 segg.).

b) Per BECKER (Bernier Kommentar, edizione 1941, nota 9 ad art. 128 CO) l'art. 128 n. 3 CO non si ancora al concetto d'artigiano come tale, ma a quello di lavoro artigianale («Handwerksarbeit»). La norma non crea dunque un diritto speciale per determinate persone, ma per determinati rapporti giuridici. La riduzione del termine di prescrizione ordinaria favorirebbe poi i grossi creditori a detrimento degli altri, il che sarebbe contrario alle tendenze politiche del nostro diritto. Decisiva risulta, perciò, la natura della prestazione, e sotto questo profilo l'opera dell'imprenditore edile non appare di natura artigianale.

Edouard BÉGUELIN (in: FJS n. 814, pag. 4) è di diverso avviso: a mente sua il concetto di «azioni per lavori d'artigiani» riposa non tanto sul carattere della pretesa, quanto sulla persona del creditore che, essendo generalmente di condizione modesta e avendo bisogno del proprio guadagno per vivere, non fa credito di lunga durata. Lo stesso punto di vista si ritrova in una sentenza

inedita del Tribunale federale del 21 marzo 1921, accennata nel JdT 1936 I pag. 388 seg.

Di massima gli autori esaminano solo sommariamente la nozione di credito per lavoro d'artigiani. Nondimeno la maggioranza degli stessi riconosce che il credito dell'imprenditore edile («Bauunternehmer», «Baumeister» oppure semplicemente «Unternehmer») sfugge al breve termine di prescrizione previsto dall'art. 128 n. 3 CO (VON BÜREN, Schweizerisches OR, Allgemeiner Teil, pag. 425; BUCHER, Schweizerisches OR, Allgemeiner Teil, pag. 399; OSER/SCHÖNENBERGER in: Zürcher Kommentar, 2ª edizione, nota 7 ad art. 128 CO; VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des schweizerischen OR, vol. II, pag. 215 nota 42). Altri autori sostengono opinioni del tutto contrarie (GAUTSCHI in: Berner Kommentar, 2ª edizione, nota 18c ad art. 371 CO; SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Wirkungs- und Fatafristen, vol. I, pag. 652/653); per questi ultimi il credito dell'imprenditore edile soggiace senza dubbio all'art. 128 n. 3 CO. VAUCHER da parte sua giunge a una soluzione differenziata, consistente nell'appurare in primo luogo il carattere artigianale dell'impresa e, in caso affermativo, il tipo di lavoro svolto, che non deve esulare dal quadro di una normale attività d'artigiano (op. cit., pag. 236/237).

Il Tribunale federale, come detto, non ha mai vagliato direttamente l'applicazione dell'art. 128 n. 3 CO al credito dell'imprenditore edile. Tuttavia, pronunciandosi sulla prescrizione dell'onorario d'architetto, il Tribunale federale ha espresso qualche considerazione d'ordine generale nella citata sentenza del 1921 e si è rapportato, più in particolare, all'ipotesi del costruttore edile in DTF 98 II 184. Il Tribunale federale si è chiesto allora se l'art. 128 n. 3 CO non dovesse essere interpretato in modo così restrittivo da non applicarsi al credito dell'imprenditore verso il committente per la costruzione di un immobile, ma unicamente ai crediti degli artigiani per l'esecuzione di cose mobili o altre realizzazioni che la giurisprudenza non qualifica alla stregua di costruzioni immobiliari giusta l'art. 371 cpv. 2 CO (consid. 3b; cfr. anche DTF 93 II 242). La medesima sentenza respinge la generalizzazione sostenuta da GAUTSCHI, sottolineando che non tutti gli imprenditori sono artigiani e che l'art. 128 n. 3 configura un'eccezione alla disposizione generale dell'art. 127 CO.

c) VAUCHER afferma con pertinenza che il lavoro artigianale si distingue per il predominio dell'attività manuale (del mestiere,

della destrezza tecnica, del gioco di mano) sulla produzione di serie, sull'elemento intellettuale o scientifico, sullo spirito d'organizzazione o il compito amministrativo. Ora, nella costruzione di una casa ancorché modesta l'attività propriamente manuale e tecnica è dominata — o quanto meno equilibrata — da un importante contributo intellettuale, organizzativo e amministrativo indispensabile per l'edificazione corretta e razionale del fabbricato. Simile costruzione, sia essa compiuta da un solo imprenditore o da un'impresa generale facente capo a subappaltatori che forniscono — a loro turno — prestazioni d'artigiano, non può essere equiparata a un lavoro artigianale. Ne discende che il credito dell'imprenditore per la costruzione di una casa non va soggetto alla prescrizione quinquennale dell'art. 128 n. 3 CO. Merita piena conferma, quindi, l'orientamento giurisprudenziale prospettato nella sentenza DTF 98 II 187/188.

Le tesi di GAUTSCHI e SPIRO, per converso, non possono essere seguite già per il fatto che una generale assimilazione dell'imprenditore edile all'artigiano non risponde alla sistematica della legge, la quale opera una distinzione esplicita (art. 837 cpv. 1 n. 3, art. 839 segg. CC). Quanto al proposito — giustificato o meno — di porre su un piano d'uguaglianza imprenditori edili e altri creditori contemplati dall'art. 128 n. 3 CO, si deve osservare ch'esso solo non consente «de lege lata» l'interpretazione estensiva di un'eccezione alla disciplina generale dell'art. 127 CO; né la complessità di stabilire un preciso criterio di distinzione fra artigiani e imprenditori legittima la soppressione di una differenza che emerge dal testo stesso della legge.

In concreto la corte cantonale ha sottoposto rettamente il credito controverso — che rappresenta il prezzo d'una costruzione immobiliare — all'art. 127 e non all'art. 128 n. 3 CO. In queste circostanze non occorre esaminare se, come ritiene VAUCHER, per applicare l'art. 128 n. 3 CO sia necessario pure un secondo requisito concernente la persona del creditore. Tale questione può pertanto restare indecisa.

202. Verjährung; Begriff der Handwerksarbeit, OR 128³. Die Forderung des Bauunternehmers aus dem Hausbau ist keine solche «aus Handwerksarbeit»; sie verfährt in 10 Jahren.

A., I. und E.B. übertrugen mit Vertrag vom 3. März 1967 der Firma O.M. Söhne die Erstellung eines Zweifamilienhauses. Am 18./24. Juli 1968 stellte die Firma dafür Rechnung für total Fr. 194'369.05. Die Besteller leisteten Anzahlungen, letztmals am 20. Oktober 1969, für insgesamt 169'000 Fr. Am 10. Oktober 1979 wurden ihnen Zahlungsbefehle für den Restbetrag von Fr. 25'369.05 zugestellt; sie erhoben Rechtsvorschlag. Vor dem Pretore von Mendrisio-Süd machten sie geltend, die Restforderung sei verjährt; während der Pretore diese Einrede schützte, wurde sie vom Appg des Kt. Tessin verworfen. Das Bg bestätigt.

2. Nach OR 128³ verjähren in 5 Jahren u. a. die Forderungen aus Handwerksarbeit. Nach Auffassung des Beklagten und des Pretore ist die Forderung der Klägerin eine solche aus Handwerksarbeit und daher verjährt. Das Appg hat eine andere Ansicht vertreten und ausgeführt, daß nicht alle Ansprüche aus einem Werkvertrag oder alle Ansprüche eines Handwerkers der 5jährigen Verjährung unterliegen. Entscheidend sei vielmehr, welcher Art die Tätigkeit war, die entfaltet wurde, und die im vorliegenden Falle mehr als Handwerksarbeit gewesen sei, im Hinblick sowohl auf das Ausmaß des Baus wie auch auf die von der Klägerin übernommenen Aufgaben eines Generalunternehmers.

a) Wie der Botschaft des BR vom 27. November 1879 (BBl 1880 I 194ff.) entnommen werden kann, wollte der Gesetzgeber einer kurzen Verjährung alle Forderungen aus synallagmatischen Verträgen unterwerfen, die nach der Verkehrrsitte rasch abgewickelt zu werden pflegen und für welche im allgemeinen weder schriftliche Verträge aufgesetzt noch Quittungen lange aufbewahrt werden. Dabei liegt die Meinung zugrunde, aus dem langen Zuwarten des Gläubigers mit der Anrufung des Richters dürfe geschlossen werden, er sei der Verkehrrsitte entsprechend befriedigt worden. Die Botschaft fügt bei, wenn dem Gläubiger erlaubt würde, mit der Eintreibung einer solchen Forderung 10 Jahre zuzuwarten, wäre der Schuldner vielleicht nicht mehr in der Lage, allfällige begründete Einreden zu beweisen (BGE 98 II 186 = Pr 61 Nr. 236 E. 3b; VAUCHER, La prescription des actions des artisans pour leur travail, JdT 1963 I, S. 230ff.) ...

b) Für BECKER (N. 9 zu OR 128) geht OR 128³ nicht vom Begriff des Handwerkers, sondern von demjenigen der Handwerksarbeit aus. Die Bestimmung schafft kein Sonderrecht für bestimmte Personen, sondern für bestimmte Rechtsbeziehungen. Die Verkürzung der ordentlichen Verjährungsfrist würde sonst die großen Gläubiger zum Nachteil der andern begünstigen, was mit den sozialpolitischen Zielen unseres Rechts unvereinbar wäre. Entscheidend ist demnach die Natur der Leistung, welche der Forderung zugrundeliegt, und unter diesem Gesichtswinkel ist die Tätigkeit des Bauunternehmers nicht handwerklicher Art. BÉGUELIN (SJK 814, S. 4) ist anderer Meinung. Nach ihm beruht der Begriff der «Forderungen aus Handwerksarbeit» nicht so sehr auf dem Charakter der Forderungen als auf der Person des Gläubigers, dessen Verhältnisse in der Regel bescheidene sind und der aus dem Ertrag seiner Arbeit den Lebensunterhalt bestreiten muß, so daß

er nicht auf längere Zeit Kredit gewähren kann. Dieser Gesichtspunkt findet sich auch in einem nicht veröff. Urteil des Bg vom 21. März 1921, zit. in JdT 1936 I, S. 388ff.

In der Regel untersuchen die Autoren den Begriff der Forderung aus Handwerksarbeit nur summarisch. Mehrheitlich anerkennen sie aber, daß die Forderung des Bauunternehmers (Baumeisters, Unternehmers) nicht der kurzen Verjährung von OR 128³ unterliegt (VON BÜREN, OR, Allg. Teil, S. 425; BUCHER, OR, Allg. Teil, S. 399; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 7 zu OR 128; VON TUHN/ESCHER, OR II, S. 215 Anm. 42). Andere Autoren vertreten gerade die entgegen gesetzte Meinung (GAUTSCHI, N. 18c zu OR 371; SPRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, I, S. 652/653): für sie untersteht die Forderung des Bauunternehmers ohne jeden Zweifel OR 128³. VAUCHER seinerseits gelangt zu einer differenzierten Lösung; danach ist in 1. Linie abzuklären, ob das Unternehmen ein handwerkliches sei, und nach Bejahung dieser Frage, welcher Art die ausgeführte Arbeit war und ob sie den Rahmen der normalen Tätigkeit eines Handwerkers nicht überschritten habe (S. 236/237).

Das Bg hat noch nie direkt geprüft, ob OR 128³ auf die Forderung des Bauunternehmers anwendbar sei. Es hat aber im Zusammenhang mit der Frage der Verjährung des Architektenhonorars im zit. Urteil von 1921 einige allgemeine Überlegungen angestellt und sich in BGE 98 II 184 = Pr 61 Nr. 236 mit dem Fall des Bauunternehmers des näheren beschäftigt. Es hat sich dort gefragt, ob OR 128³ nicht so einschränkend zu interpretieren sei, daß er auf die Forderung des Unternehmers gegen den Besteller eines unbeweglichen Bauwerks keine Anwendung finde, sondern nur auf die Forderungen der Handwerker aus der Herstellung beweglicher Sachen oder aus andern Leistungen, deren Ergebnis von der Rechtsprechung nicht als «unbewegliches Bauwerk» i. S. von OR 371 II qualifiziert wird (E. 3b; vgl. auch BGE 93 II 242 = Pr 57 Nr. 37). In diesem Urteil wird auch die von GAUTSCHI vertretene Verallgemeinerung abgelehnt und hervorgehoben, daß nicht alle Unternehmer Handwerker sind, und daß es sich bei OR 128³ um eine Ausnahme von der allgemeinen Bestimmung von OR 127 handelt.

c) VAUCHER weist mit Recht darauf hin, daß die Handwerksarbeit gekennzeichnet ist durch das Übergewicht der manuellen Tätigkeit (des «Hand-Werks») über die Serienproduktion, die intellektuelle oder wissenschaftliche, organisatorische oder administrative Leistung. Nun wird aber beim Bau eines noch so beschiedenen Hauses die eigentlich manuelle und technische Tätigkeit übertroffen oder zum mindesten aufgewogen durch eine erhebliche intellektuelle, organisatorische und administrative Leistung, wie sie für die richtige und zweckmäßige Erstellung des Bauwerks unerlässlich ist. Ein solcher Hausbau kann nicht einer Handwerksarbeit gleichgestellt werden, mag das Haus nun von einem einzigen Unternehmer errichtet werden oder von einem Generalunternehmer, der Unterlieferanten bezieht, die ihrerseits Handwerksarbeit leisten. Daraus folgt, daß die Forderung des Unternehmers aus dem Bau eines Hauses nicht der 5jährigen Verjährung gemäß OR 128³ unterliegt. BGE 98 II 187/188 = Pr 61 Nr. 236 ist voll zu bestätigen.

Dagegen kann den von GAUTSCHI und SPRO vertretenen Thesen schon deswegen nicht gefolgt werden, weil eine generelle Gleichstellung des Bauunternehmers mit dem Handwerker der Systematik des Gesetzes widerspricht, das hier ausdrücklich eine Unterscheidung macht (ZGB 837 I³, 839ff.). Was nun die Forde-

rung nach der Gleichstellung des Bauunternehmers mit den andern in OR 128³ erwähnten Gläubigern betrifft, so erlaubt sie, mag sie nun berechtigt sein oder nicht, «de lege lata» nicht, eine Ausnahme von der allgemeinen Vorschrift von OR 127 ausdehnend zu interpretieren. Und ebensowenig rechtfertigt die Schwierigkeit einer genauen Abgrenzung zwischen Handwerkern und Unternehmern es, eine aus dem Gesetzestext hervorgehende Unterscheidung einfach zu beseitigen.

Vorliegend hat die Vi die streitige Forderung, welche den Preis eines unbeweglichen Bauwerks darstellt, mit Recht OR 127 und nicht OR 128³ unterstellt. Unter diesen Umständen ist nicht zu prüfen, ob gemäß der Auffassung von VAUCHER für die Anwendung von OR 128³ eine zweite, die Person des Gläubigers betreffende Voraussetzung erforderlich wäre. Diese Frage kann dahingestellt bleiben. (I. Ziv.-abt., 12. April 1983, B. und Kons. c. O.M. Söhne; Orig.-text ital.)

SJ 108, 1986, S. 554f.

PRESCRIPTION DE L'ACTION DE L'ARTISAN EN PAIEMENT DU PRIX DE SON TRAVAIL. AMÉNAGEMENTS EXTÉRIEURS. — Art. 128 ch. 3 CO.

2. — L'application de la prescription de 5 ans, prévue par l'art. 128 ch. 3 CO en matière de créances des artisans pour leur travail, suppose en tout cas un travail artisanal. ... Le travail artisanal s'exerce principalement à la main ou à l'aide d'un outillage simple et consiste généralement à façonner ou à transformer des matériaux. Ces conditions ne sont pas remplies s'agissant de la construction d'une maison, aussi modeste soit-elle, qui implique une activité dominée, ou du moins équilibrée, par un important apport intellectuel, organisationnel et administratif indispensable à l'édification convenable et rationnelle d'une construction immobilière (ATF 109 II 116 1).

En l'espèce, on a précisément affaire à des travaux de construction de maisons. Peu importe que ces travaux aient été exécutés par étapes et qu'il y ait eu des adjudications successives pour l'édification des deux groupes de villas et les aménagements extérieurs. Tous ces travaux font appel à des activités où l'on ne saurait voir une prédominance de l'apport purement manuel et technique, par rapport à la fonction intellectuelle, organisationnelle et administrative inhérente à l'édification d'une construction immobilière; y compris les aménagements extérieurs indispensables qui lui sont étroitement liés. On ne peut donc parler dans un cas de ce genre d'activité purement artisanale.

Même si l'on voulait considérer, de manière artificielle, les seuls aménagements extérieurs adjugés séparément, on se trouverait en présence d'activités qui sont pour le moins à la limite du travail artisanal et du travail d'édification diversifié qui caractérise une construction immobilière. L'aménagement des terres et des parties goudronnées, la construction de dalles armées, la réalisation d'escaliers, de bacs à fleurs et de murets impliquent des travaux non seulement diversifiés, mais nécessitant une adaptation aux lieux, à la configuration du terrain et aux matériaux, qui va au-delà du simple tour de main et du métier propres à l'activité artisanale. Dans un tel cas limite, on ne saurait appliquer l'art. 128 ch. 3 CO, exception à la règle générale de l'art. 127 CO qu'il n'y a pas lieu d'interpréter de manière extensive (ATF 109 II 116 1). Dans le doute, et notamment lorsque le contrat d'entreprise porte sur autre chose qu'une activité routinière, on doit appliquer le délai ordinaire de 10 ans de l'art. 127 CO (*Gauch, Der Werkvertrag*, 3ème éd., p. 250, n. 873).

(Tribunal fédéral, 1ère Cour civile. 4 mars 1986: Ed. Cuénod SA en liquidation contre S.I. Solbois SA en liquidation).

Amtsbericht OGr BL 1982, S. 48 f.

Art. 373 Während der Festpreisunternehmer grundsätzlich keine Erhöhung der vereinbarten Vergütung fordern darf, hat der Besteller bei Verabredung eines bloss ungefähren Ansatzes eine mässige Kostenüberschreitung ohne weiteres selber zu tragen (Art. 373 Abs. 1, 375 Abs. 1 OR e contrario). Dabei hat die Praxis die Regel herausgebildet, eine Überschreitung bis zu einer Höhe von 10% als mässig zu bezeichnen. Unabhängig von ihrem Mass hat der Besteller jedoch bei beiden Arten der

Preisbestimmung eine Kostenüberschreitung hinzunehmen, wenn sie sich aus ausserordentlichen, unvorhersehbaren Umständen oder aufgrund einer Änderung des Vertrags ergibt. Eine Änderung des Vertragsobjektes, die zu einer Kostenverteuerung führt, gibt bei jeder Art der Preisbestimmung Anspruch auf eine Extravergütung. Solche Verteuerungen fallen denn auch bei der Entscheidung, ob eine Überschreitung eines ungefähren Ansatzes übermässig sei, ausser Betracht. Als Änderung des Vertragsobjektes sind auch quantitative Änderungen zu berücksichtigen, deren Ausführungen Mehrarbeiten und Mehrlieferungen der gleichen Art bedingt, wie sie der Unternehmer übernommen hat. Mit der Verwendung von 833 kg Eisen anstelle der ursprünglich vorgesehenen 450 kg hat die Klägerin eine solche Mehrleistung erbracht.
OG vom 10.8.1982

Art. 128 Ziff. 3 OR. Begriff der Handwerksarbeit. Die mit Bagger und Trax ausgeführte Rohplanie für eine Gartenanlage fällt nicht darunter.

Rekurskommission, 21. August 1984

Aus den Erwägungen:

Die Klägerin führte für den Beklagten Rohplanearbeiten aus. Gegen die klageweise geltend gemachte Werklohnforderung erhob der Beklagte die Einrede der Verjährung. Er machte geltend, die Forderung sei verjährt, da es sich bei den vom Kläger angeführten Arbeiten um Handwerksarbeit im Sinn von Art. 128 Ziff. 3 OR handle.

4. Nach Art. 127 OR verjähren Forderungen grundsätzlich nach zehn Jahren. Art. 128 OR sieht für verschiedene Forderungen aber eine fünfjährige Verjährungsfrist vor, in Ziff. 3 auch für solche aus Handwerksarbeit.

a) Art. 128 Ziff. 3 OR ist eine Ausnahmeregelung von Art. 127 OR und daher eng auszulegen (BGE 109 II 116 und 98 II 187; GVP 1976 Nr. 23). Was man unter Handwerksarbeit versteht, ist nirgends geregelt und in mancherlei Hinsicht unstritten (Baurecht 1980 Nr. 3, S. 47; Anmerkung zu Fall Nr. 35). Der Ausnahmeregelung liegt der Gedanke zugrunde, dass Forderungen aus synallagmatischen Verträgen, die nach Verkehrssitte rasch abgewickelt werden und für die normalerweise weder schriftliche Verträge aufgesetzt noch Quittungen lange aufbewahrt werden, einer kurzen Verjährung unterworfen sein sollen. Aus dem langen Zuwarten eines Gläubigers dürfe geschlossen werden, er sei der Verkehrssitte entsprechend befriedigt worden. Mit einer Rolle spielte der Gedanke, der Schuldner könnte bei der Eintreibung einer Forderung nach so langer Zeit nicht mehr in der Lage sein, gerechtfertigte Einreden zu beweisen (BB 17880 I, 194 ff.).

b) In BGE 109 II 112 (Pr 72 [1983], Nr. 202) stellte das Bundesgericht fest, dass vom Begriff der Handwerksarbeit und nicht von dem des Handwerkers auszugehen sei. Art. 128 Ziff. 3 OR beziehe sich auf bestimmte Rechtsverhältnisse und schaffe kein Sonderrecht für bestimmte Personen. Demnach ist zu untersuchen, ob die erbrachten Leistungen ihrer Natur nach handwerklicher Art sind. In dem erwähnten Entscheid wird die Handwerksarbeit gegenüber der Serienproduktion abgegrenzt und der Tätigkeit, bei welcher der organisatorisch-planerische und intellektuelle Teil gegenüber der manuellen Arbeit überwiegt. So kam das Bundesgericht zum Schluss, dass Forderungen eines Generalunternehmers, gleichgültig ob er die Arbeiten selbst ausführt oder Subunternehmer beauftragt, der zehnjährigen Verjährungsfrist unterliegen.

c) Das Obergericht des Kantons Zürich qualifizierte Gärtnearbeiten als Handwerksarbeiten, da sie ihrem Wesen nach handwerklicher Natur seien (ZR 71 [1972], Nr. 30). In GVP 1977 Nr. 14 wurden Spenglerarbeiten als Handwerksarbeiten angesehen, auch wenn verschiedene Materialien verwendet wurden und sowohl bautechnisches Wissen wie auch eine besondere Planung für deren Ausführung notwendig waren. In GVP 1976 Nr. 23 war eine Forderung zu beurteilen, die sich aus Handwerksarbeit, Verkauf, Montage und vor allem planerischer, organisatorischer Arbeit zusammensetzte. Das Gericht erachtete eine Spaltung der Rechnung, wonach einzelne Posten in fünf und andere in zehn Jahren verjähren, als unzulässig, weil sich eine solche Rechnung nur in den wenigsten Fällen zuverlässig aufteilen liesse. Eine einheitliche Verjährungsfrist diene darüber hinaus der Rechtssicherheit. Eine Forderung sei daher, je nach Überwiegen der handwerklichen Leistung, der fünf- oder der zehnjährigen Verjährungsfrist zuzuordnen.

d) In der Literatur überwiegt die Ansicht, wonach Forderungen der Bauunternehmer der zehnjährigen Verjährungsfrist unterliegen (H. Becker, Berner Kommentar, Bd. VI/1, Nachdruck Bern 1974, N10 zu Art. 128 OR; Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, Bd. V/1, Zürich 1929, N7 zu Art. 128 OR; B. von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, 425; von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich 1974, N 42, S. 215; E. Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979, 399). Dagegen fordern K. Spiro (Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fataleffekten, Bern 1975, 652 ff.) und G. Gautschi (Berner Kommentar, Bd. VI/2, Nachdruck Bern 1972, N18c zu Art. 371 OR) eine fünfjährige Verjährungsfrist für die Forderungen des Bauunternehmers. Ihre Begründung hat das Bundesgericht in BGE 109 II 112 allerdings abgelehnt.

5. Die Leistungen der Klägerin bestanden in der Rohplanierung der Rasenfläche und der provisorischen Einebnung der Garageneinfahrt. Die Arbeit teilt sich auf in einen Traxtransport (Fr. 100.-), 19 Stunden Trax- oder Baggerbetrieb (Fr. 1395.-), Lastwagenbetrieb (Fr. 280.-), eine Lieferung Wandkies (Fr. 250.-) sowie Handlangerarbeit (Fr. 110.-).

Die Klägerin war unbestrittenermassen nicht als Generalunternehmerin tätig, und ein planerisch-organisatorisches Element stand nicht im Vordergrund. Eben- sowenig handelte es sich bei ihrer Tätigkeit um eine Serienproduktion. Aus dieser negativen Ableitung heraus hat die erste Instanz die klägerische Tätigkeit als Handwerksarbeit qualifiziert. Es darf allerdings nicht allein aufgrund des Nichtvorliegens eines überwiegend planerisch-organisatorischen Elementes oder einer Serienproduktion auf Handwerksarbeiten geschlossen werden. Es muss umgekehrt vorgegangen und untersucht werden, ob die betreffende Arbeit ihrem Wesen nach handwerklicher Natur ist. Wollte man sämtliche Arbeiten, die weder planerischer noch organisatorischer Art noch Serienproduktion sind, als Handwerksarbeit qualifizieren, so müssten beispielsweise auch Transportarbeiten usw. darunter fallen, was eine nicht gebotene Ausdehnung des Begriffs der Handwerksarbeit zur Folge hätte.

Art. 128 Ziff. 3 OR. Abbruch-, Aufräum- und Transportarbeiten auf einer Grossbrandstelle sind keine Handwerksarbeiten im Sinn von Art. 128 Ziff. 3 OR. Ausschlaggebendes Abgrenzungskriterium von der Handwerksarbeit ist dabei der erforderliche erhebliche planerische und organisatorische Aufwand.

II. Zivilkammer, 7. September 1984

Die Beklagte wurde mit verschiedenen Abbruch- und Aufräumarbeiten an der durch einen Grossbrand zerstörten Fabrik der Firma A. betraut. Sie übertrug der Klägerin, einem auf Abbrucharbeiten spezialisierten Unternehmen, einen Teil dieser Arbeiten. Gegenüber der Werklohnforderung erhob die Beklagte die Verjährungseinrede. Sie machte geltend, dass die fünfjährige Verjährungsfrist von Art. 128 Ziff. 3 OR Anwendung finde.

Aus den Erwägungen:

3. a) Nach BGE 109 II 112 ist Handwerksarbeit gekennzeichnet durch das Übergewicht der manuellen Tätigkeit (des Hand-Werks) über die Serienproduktion, die intellektuelle oder wissenschaftliche, organisatorische oder administrative Leistung. Besteht eine Leistung sowohl in Handwerksarbeiten – so wie sie das Bundesgericht versteht – als auch in Leistungen, die in Art. 128 OR nicht aufgezählt sind, so ist darauf abzustellen, ob den Handwerksarbeiten gegenüber den anderen Leistungen ein Übergewicht zukommt. Das Bundesgericht gibt einen wichtigen Hinweis, was als Handwerksarbeit gelten könne, wenn es unter diesem Begriff manuelle und technische Tätigkeit versteht (BGE 109 II 116). Mit dem Begriff der manuellen und technischen Tätigkeit wird deutlich gemacht, dass sich auch der Begriff der Handwerksarbeit unter dem Einfluss der laufenden technischen Entwicklung gewandelt hat und laufend wandelt. War zur Zeit der Gesetzgebung Handwerksarbeit praktisch ausschliesslich Handarbeit mit mehr oder weniger einfachen Werkzeugen, werden heute in sämtlichen Bereichen des Handwerks die Leistungen unter Zuhilfenahme von Maschinen wie auch von vorgefertigten Produkten (z.B. Ersatzteilen) erbracht. Würde die Zuhilfenahme von Maschinen den Rückschluss auf den Handwerkscharakter einer Leistung verbieten, so würde damit die Ausnahmeregelung von Art. 128 Ziff. 3 OR gänzlich bedeutungslos.

b) Die Vorinstanz hat bei der Beurteilung der zur Debatte stehenden Leistungen u. a. als wesentliches Kriterium für eine Abgrenzung der Handwerksarbeit von anderen Leistungen von Unternehmern den Umfang des Bezugs von Grossmaschinen (z.B. Bagger, Trax) erachtet. Die bundesgerichtliche Definition der Handwerksarbeit ergibt indessen, dass das Bundesgericht eine Abgrenzung eher in anderer Weise vornimmt. Die Zuordnung von manueller und technischer Tätigkeit zum Handwerk nimmt gerade nicht Mass am Umfang des Maschineneinsatzes bzw. an der Grösse oder am Kapitalbedarf der eingesetzten Maschinen. Die Abgrenzung erfolgt (mit Ausnahme der Serienprodukte, die hier ohne Bedeutung sind) unter Bezug einer «immateriellen» Komponente, die als Unterscheidungsmerkmal zur Handwerksarbeit herbeigezogen wird. Dies zeigt sich darin, dass das Bundesgericht der Handwerksarbeit manuelle und technische Leistungen

zuordnet und diese von der intellektuellen, wissenschaftlichen, organisatorischen und administrativen Leistung abgrenzt. Damit wird verdeutlicht, dass von Handwerksarbeiten in erster Linie diejenigen Leistungen abzugrenzen sind, denen eine geistig-planerische Komponente von erheblichem Gewicht zukommt.

4. a) und b) (Ausführungen, welche Leistungen die Klägerin erbracht hatte, sowie über die wertmässige Relation zum Gesamtauftrag, den die Beklagte für die Firma A. zu besorgen hatte.)

c) Die von der Klägerin auszuführenden Arbeiten bestehen im wesentlichen aus dem Abbruch der Lagerhalle, des Werkes IV und der Kellerdecke beim Werk IV sowie dem Abtransport des daraus resultierenden Bauschutts. Vergleichbar sind diese Arbeiten mit denjenigen, welche die Beklagte ihrerseits auf der gleichen Grossbrandstelle selbst ausführte, so ist unschwer festzustellen, dass es sich dabei sachlich um im wesentlichen gleichartige Leistungen handelt. Den Hauptunterschied bildet allein ihr Umfang. Die Klägerin hatte also nicht etwa in untergeordneter Stellung einen bezogen auf den Gesamtabbruch andersartigen Teilauftrag auszuführen, sondern grundsätzlich gleichartige und gleichwertige Arbeit zu erbringen. Von Bedeutung ist ferner, dass nicht etwa das Personal der Klägerin unter Aufsicht und Leitung der Beklagten gearbeitet hat. Die Klägerin hat vielmehr den Einsatz ihres Personals und ihrer Maschinen selbst geleitet. Ist aber davon auszugehen, dass die Klägerin und die Beklagte gleichartige Leistungen erbrachten, so sind diese grundsätzlich auch gleich zu qualifizieren.

d) Aufräum- und Transportarbeiten auf einer Grossbrandstelle fallen als solche nicht unter die typischen Handwerksarbeiten. Gerade bei Grossabbrüchen – insbesondere wenn sich diese infolge eines Katastrophenfalls (Wasser, Feuer, Erdbeben usw.) noch komplizieren – handelt es sich in der Regel nicht um Handwerksarbeit, ist doch eine erhebliche planerische und organisatorische Tätigkeit erforderlich. Planung und Organisation bestimmen dabei den Ablauf der manuellen und technischen Tätigkeit sowie deren Koordination mit dem Einsatz der Grossmaschinen. Die von der Beklagten selbst eingereichte Fotokopie aus dem Jahresbericht der Gebäudeversicherungsanstalt, die den Grossbrand, die Löschaktionen und das am Schluss verbleibende Trümmergewirr bildlich dokumentiert, macht deutlich, dass im vorliegenden Fall ein Abbruch eine sehr sorgfältig geplante Angelegenheit darstellen musste, die weit über das Ausmass an handwerklicher Arbeitsvorbereitung hinaus ging. Diese erhebliche organisatorische und planerische Komponente des Abbruchs, die im Unterschied etwa zur Errichtung einer Baute nicht vor, sondern laufend während der Arbeitsausführung zum Tragen kommt, erlaubt es nicht, einen solchen Abbruch noch als Handwerksarbeit im Sinn von Art. 128 Ziff. 3 OR zu qualifizieren.

e) Die Arbeitsleistungen der Klägerin stellen eine eigentliche Spezialistentätigkeit dar, mit deren kompetenter Ausführung nur ein entsprechend personell und materiell ausgerüstetes Unternehmen beauftragt werden kann. Ausserdem besteht ein erhebliches Unfallrisiko für die Abbruchequipe. Die Verhinderung von Unfällen bedingt denn auch eine dauernde fachmännische Planung des Vorgehens. Das Spezialwissen des Abbruchunternehmers basiert zwar nicht auf einer wissenschaftlichen Ausbildung, sondern stellt das Ergebnis praktischer Erfahrung dar. Es ist dennoch als bedeutende intellektuelle Leistung zu würdigen. Schliesslich hatte die Klägerin auch laufend erhebliche organisatorische Leistungen zu erbringen.

Eindeutig keine Handwerksarbeit waren vorliegend der Traxtransport, der Lastwagenbetrieb und die Wandkieslieferung, die zusammen mit Fr. 630.– etwas weniger als einen Drittel der Gesamtforderung ausmachen. Der Hauptteil fällt klar auf den Trax- und Baggerbetrieb (Fr. 1395.–), so dass die Frage der Verjährung davon abhängt, ob eine solche Tätigkeit als Handwerksarbeit anzusehen ist.

Sieht man die Serienproduktion oder eine vorwiegend planerisch-organisatorische Tätigkeit als einzige Abgrenzung zur Handwerksarbeit an, so muss die Forderung als verjährt gelten. Dagegen kann der Trax- und Baggerbetrieb kaum als Handwerksarbeit angesehen werden, wenn man diesen Begriff eng auslegt und wie das Bundesgericht von einer grundsätzlich manuellen Tätigkeit ausgeht. Handwerksarbeit schliesst den Gebrauch von Maschinen zwar keinesfalls aus; diese sollten aber doch noch grundsätzlich die Stellung einer Hilfsfunktion innehaben. Abgesehen davon, dass Tiefbauarbeiten ihrem Wesen nach nicht als handwerkliche Tätigkeiten bezeichnet werden können, stand bei der Tätigkeit der Klägerin die Maschinenarbeit im Vordergrund. Trax- und Baggerarbeiten sind bereits vom Ansatz her keine manuelle, d. h. handwerkliche Arbeit, auch wenn zur Bedienung dieser Maschinen zweifellos eine gewisse Geschicklichkeit benötigt wird.

Dass es sich um keine Handwerksarbeit handelt, zeigt auch die Art, wie sich die Klägerin und der Gärtner des Bauherrn die Arbeit aufteilten. Die Klägerin erbrachte die Roharbeiten, die sich hauptsächlich im Umschichten, Ab- und Antransport von Erde und Kies erschöpften. Dagegen übernahm der Gärtner die Rohplanie-Ergänzungsarbeiten, die als Gärtner- bzw. Handwerksarbeit anzusehen wären.

476. Art. 23 ff., 62 ff., 374 OR. Welche rechtliche Bedeutung kommt der Rechnung und ihrer Bezahlung zu, wenn die Höhe der Vergütung im Werkvertrag nicht bestimmt wurde? Sind sie Ausführungshandlungen des Werkvertrages oder rechtsbegründende Handlungen zur Vertragsergänzung? Rückforderung des zuviel bezahlten Betrages.

Der Kläger erteilte dem Beklagten den Auftrag zur Ausführung von Platten- und Marmorarbeiten. Weder wurde ein Kostenvoranschlag unterbreitet noch ein bestimmter Preis vereinbart. Der Beklagte stellte nach Abschluss der Arbeiten Rechnung im Betrage von Fr. 142'000.—, die vom Kläger bezahlt wurde. Nachträglich erwachsen dem Kläger Zweifel an der Angemessenheit der Vergütung. Als eine beigezogene Firma die gleichen Arbeiten wesentlich billiger offerierte, forderte der Kläger die Rückerstattung des seines Erachtens zuviel bezahlten Betrages von rund Fr. 82'000.—. Das Obergericht wies die Klage im Gegensatz zum Amtsgericht wegen Verjährung ab. Aus der Begründung:

2. Der Werkvertrag ist gültig zustandegekommen. Die Parteien haben sich über die wesentlichen Vertragsbestandteile geeinigt. Der Werklohn wurde zwar nicht festgelegt, war aber nach der dispositiven Gesetzesvorschrift von Art. 374 OR bestimmbar. Ein Irrtum oder eine Täuschung des Klägers bei Vertragsabschluss ist zu verneinen. Es ist insbesondere nicht dargetan, dass der Beklagte zum vornehmlich beabsichtigte, eine überhöhte Rechnung zu stellen.

3. Der Kläger kann dagegen bei Bezahlung der Werklohnforderung einem Irrtum erlegen sein. Welches Vorgehen er zu wählen hat, um seine Geldleistung rückgängig zu machen, hängt von der rechtlichen Beurteilung des Zahlungsvorgangs ab. Möglich sind zwei Betrachtungsweisen, die im vorliegenden Fall aber beide zum gleichen Ergebnis führen.

a. Werden Zustellung und Bezahlung der Rechnung als Ausführungs- resp. Erfüllungshandlungen des Werkvertrages betrachtet, ist ein Irrtum bei der Zahlung nicht nach Art. 23 ff. OR korrigierbar. Diese Anfechtungsmöglichkeit bezieht sich nur auf den Vertragsabschluss und nicht auf die Vertragserfüllung. Dem Besteller steht allenfalls ein Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR) zu.

Wenn der Werklohn vertraglich nicht festgelegt wurde, kommt die Entrichtung eines über den angemessenen Werklohn (Art. 374 OR) hinausgehenden Betrages der Zahlung einer Nichtschuld gleich. Der Besteller kann die entsprechende Summe zurückfordern, wenn er nachweist, dass es sich um eine Nichtschuld handelt, dass die Zahlung freiwillig erfolgte und dass er im Irrtum über seine Schuldpflicht erfüllte. Der Rückforderungsanspruch verjährt mit Ablauf eines Jahres, nachdem der Entreicherte vom ungefahren Ausmass der Vermögensinbusse, vom Kausalzusammenhang zwischen Beeinträchtigung und Bereicherung, von der Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung und von der Person des Bereicherten Kenntnis erhalten hat (Art. 67 OR; Guhl/Merz/Kummer, OR, 210).

Der Kläger erhielt im vorliegenden Fall die massgebende Tatsachenkenntnis mit der Offerte vom 11. September 1975. Die Verjährungsfrist des Art. 67 OR wurde mit der Anrufung des Friedensrichters unterbrochen und begann mit der Zustellung des friedensrichterlichen Kostenentscheides vom 18. Mai 1976 von neuem (Art. 137 OR). Die Klage wurde am 27. September 1977, nach Ablauf eines Jahres, eingereicht. Der Bereicherungsanspruch ist damit verjährt.

b. Ist der Werklohn bei Vertragsabschluss nicht bestimmt worden, können Rechnungstellung und Bezahlung aber auch als rechtsbegründende Handlungen verstanden werden. Verträge sind nicht starr und unveränderlich und können durch Willenseinigung der Parteien in verschiedenster Weise ergänzt, abgeändert oder aufgehoben werden. Ein anfangs unbestimmter Werklohn muss sogar notwendigerweise konkretisiert werden. Dies kann durch eine spätere Zusatzvereinbarung oder auch in konkludenter Weise durch die Zahlungsabwicklung erfolgen. Die Rechnungstellung durch den Unternehmer ist dabei einer Offerte zu einer Vertragsergänzung bezüglich des Werklohns und die vorbehaltlose Zahlung durch den Besteller deren Annahme gleichzustellen.

Vermutet der Besteller in der Folge aufgrund neu bekanntgewordener Tatsachen, einen übermässigen Werklohn bezahlt zu haben, kann er die in der Rechnungstellung und Bezahlung liegende Vertragsergänzung wegen Irrtums anfechten. Er hat dabei darzutun, dass ein wesentlicher Irrtum nach Art. 23 f. OR vorliegt. Gelingt ihm dies, so fällt die nachträgliche Preisfestsetzung dahin. In analoger Anwendung der Vorschriften über die Teilnichtigkeit (Art. 20 Abs. 2 OR) ist dagegen anzunehmen, dass der Werkvertrag als solcher bestehen bleibt. Der Werklohn ist wieder nach Art. 374 OR zu bestimmen. Den zuviel bezahlten Betrag kann der Besteller als Nichtschuld mit der Bereicherungsklage nach Art. 62 ff. OR zurückfordern.

Ob ein solcher wesentlicher Irrtum vorgelegen hat und die Vertragsergänzung infolge Berufung auf Irrtum dahingefallen ist, braucht vorliegend nicht geprüft zu werden. Selbst wenn dies zuträfe, wäre dem Kläger nämlich nicht geholfen, da er seinen Bereicherungsanspruch wegen Verjährung nicht mehr durchsetzen könnte. Die Verjährungsfrist lief ein Jahr nach Zustellung des friedensrichterlichen Kostenentscheides vom 18. 5. 1976 ab, ohne dass innerhalb dieser Zeit die Klage eingereicht wurde.

I. Kammer, 4. April 1979.