

# Sanierung, Reparatur und Umbau – Vertragsrechtliche Probleme

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

Publiziert in: Baurechtstagung Freiburg 1991, Tagungsunterlagen, S. 1 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

## Inhaltsübersicht

- I. Vorbemerkungen
- II. Typische Streitfragen
- III. Die Vertragsgestaltung aus der Sicht des Bauherrn
- IV. Sonderfragen

In der Sanierung und im Umbau  
liegt die Zukunft der Bauindustrie!

[4] Das wird bisweilen gesagt, ist zwar pointiert ausgedrückt, aber insofern richtig, als das Volumen der Sanierungen und Umbauten in letzter Zeit stark zugenommen hat und künftig noch zunehmen wird. Die Zunahme vermag nicht zu erstaunen, wenn man weiss, dass in der Schweiz über 2,2 Millionen Gebäude mit einem Versicherungswert von rund 1200 Milliarden Franken stehen. Vom Bundesamt für Konjunkturfragen wurde sogar ein besonderes Aktionsprogramm ("Impulsprogramm Bau - Erhaltung und Erneuerung") lanciert, das dazu beitragen soll, die Erhaltung und Erneuerung der bestehenden Bausubstanz zu fördern<sup>1</sup>. Diese Entwicklung rechtfertigt es, das angesprochene Thema auch an der diesjährigen Baurechtstagung zu behandeln. Mein Vortrag befasst sich (wie angekündigt) mit den vertragsrechtlichen Aspekten<sup>2</sup>. Gestatten Sie mir zunächst einige Vorbemerkungen:

## I. Vorbemerkungen

**1. Die Worte "Sanierung" und "Umbau"** verstehe ich in einem weiten Sinne.

- Zur "Sanierung" zähle ich sowohl die Instandstellung als auch die Verbesserung eines Bauwerkes (Hoch- oder Tiefbau), und zwar unter Einschluss der wärmetechnischen Sanierung. Die Instandstellung des Bauwerkes zielt auf die Wiederherstellung des Sollzustandes. Sie geschieht durch "Reparatur" oder "Renovation".

<sup>1</sup> Vgl. dazu WÜEST, Mehr Know-how für die bauliche Erneuerung, Der Schweizerische Hauseigentümer, 1. September 1990, Nr. 17, S. 1.

<sup>2</sup> Die Literatur ist spärlich. Auf drei Beiträge möchte ich aber doch hinweisen: SCHUMACHER, Juristischer Leitfaden für Betonsanierungen, in: applica, 25. Mai 1990, Nr. 10, S. 14 ff.; MOTZKE, Rechtsfragen bei der Übernahme von Instandstellungsarbeiten, in: Beton- und Stahlbau, Berlin 1987, S. 265 ff.; KEILHOLZ, Zur Haftung des Sachverständigen in (schieds-)gerichtlichen Bausachen, insbesondere bei von ihm veranlassenen Sanierungsmassnahmen, (deutsches) baurecht 1986, S. 377 ff.

- Die "Reparatur" und "Renovation" sind dem Gesagten zufolge im Begriff der Sanierung eingeschlossen. Die "Reparatur" besteht in der Beseitigung einzelner Defekte, während die "Renovation" auf eine gesamtheitliche Wiederherstellung des Bauwerkes abzielt. Bei historischen Gebäuden ist heutzutage selbstverständlich, dass zu einer sorgfältigen Wiederherstellung (namentlich der Fassaden) nicht nur die technische Bestandessicherung, sondern auch die Bewahrung des Alterswertes (die Erhaltung der Oberflächenbearbeitung und der Spuren der Alterung) gehört<sup>3</sup>, was dem [5] Ausdruck "Renovation" einen erweiterten Sinngehalt gibt. Bisweilen spricht man dann von "Restauration" (z.B. SIA-Ordnung 102, Art. 7.11.3).
- Der "Umbau" umfasst auch die "Modernisierung" eines Bauwerkes. "Umbau" und "Sanierung" können zusammenfallen; die Grenzlinien sind fließend, was aber für die allgemeine (vertragsrechtliche) Behandlung des Themas keine Rolle spielt. Praktische Auslegungsprobleme entstehen allerdings dann, wenn vorformulierte Vertragsbedingungen zwischen "Umbauten" und "Sanierungen" unterscheiden, indem sie bestimmte Rechtsfragen je anders regeln (vgl. z.B. Art. 7.11 der SIA-Ordnung 102 für die Honorierung des Architekten; siehe unten im Text II/A/Ziff.5).

Weder eine "Sanierung" noch eine "Reparatur" im hier verstandenen Sinne ist die Mängelbeseitigung, zu der ein Unternehmer deshalb verpflichtet ist, weil er ein mangelhaftes Werk abgeliefert hat (OR 368 Abs. 2; SIA-Norm 118<sup>4</sup>, Art. 169).

**2. Der Aspekt**, unter dem ich das angesprochene Thema behandle, ist ein rechtlicher. Und zwar geht es um Fragen des privaten Vertragsrechts. Unberücksichtigt bleiben z.B. das öffentliche Recht (mit seinen zahllosen Bestimmungen), das Urheberrecht der ursprünglichen Architekten (das sich gewünschten Sanierungen oder Umbauten entgegenstellen kann) sowie das private Nachbarrecht des Zivilgesetzbuches. Für die öffentlichrechtliche Seite verweise ich aber auf die Veranstaltung von PROF. MARTIN LENDI, der über neue Probleme des Bau- und Planungsrechts bei "bestehenden Bauten" sprechen wird.

**3. Die Verträge**, die über die Sanierung und den Umbau von Bauwerken abgeschlossen werden, sind "normale" Verträge des privaten Baurechts. In Frage kommen:

- a. Der "Sanierungs- oder Umbauvertrag", den ein (öffentlicher oder privater) Bauherr mit einem Unternehmer abschliesst. Dieser Vertrag ist ein *Bauwerkvertrag*. Seine Besonderheit besteht darin, dass sich die geschuldete Bauarbeit nicht auf die Neuherstellung, sondern auf die Instandstellung, Verbesserung oder Veränderung eines Bauwerkes richtet. Das aber ändert nichts daran, dass er den Bestimmungen der Art. 363 ff. OR über den Werkvertrag (sowie den allgemeinen Vertragsbestimmungen des Obligationenrechts) untersteht. Der Ausdruck "Herstellung eines Werkes", den Art. 363 OR verwendet, umfasst auch Erneuerungs-, Reparatur-, und Reinigungsarbeiten.<sup>5</sup>

Welchen Inhalt der konkrete Sanierungs- oder Umbauvertrag hat, bestimmt sich nach der konkreten Vereinbarung. Der betreffende Vertrag kann ein *Einzel-, General- oder Totalunternehmervertrag* sein. Der echte Totalunternehmervertrag umfasst sowohl die

<sup>3</sup> FURRER, Restaurierung von Sandsteinen, Schweizer Ingenieur und Architekt, 18. Oktober 1990, Nr. 42, S. 1200 f.

<sup>4</sup> SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, Ausgabe 1977.

<sup>5</sup> GAUCH, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985, Nr. 26.

Ausführung als auch die Planung (Projektierung) der auszuführenden Arbeiten, ist aber in seiner Gesamtheit ein Werkvertrag (Art. 363 ff. OR; BGE 114 II 56).

- b. [6] Der Architektur- oder Ingenieurvertrag. Er ist nach der hier vertretenen Ansicht ein (einfacher) Auftrag (Art. 394 ff. OR), wenn der Architekt oder Ingenieur entweder sämtliche Architekten- oder Ingenieurleistungen (in einem "Gesamtvertrag") übernimmt oder sich nur zur Bauleitung verpflichtet. Beschränkt sich seine Vertragsleistung auf die Planung (auch Projektierung), so handelt es sich um einen Werkvertrag (Art. 363 ff. OR).

Auf den *Streit um die "richtige" Qualifikation* des Architektur- und Ingenieurvertrages, der an früheren Baurechtstagungen "ausgefochten" wurde, soll nicht mehr im einzelnen eingetreten werden. Vermerkt sei nur, dass das Bundesgericht den Gesamtvertrag des Architekten (Ingenieurs) nach wie vor als ein aus Werkvertrag und Auftrag gemischtes Vertragsverhältnis auffasst (BGE 114 II 56).

- c. Der Gutachtervertrag, in dem sich ein Spezialist (z.B. auch ein Architekt oder Ingenieur) gegenüber dem Bauherrn zur Ausarbeitung einer schriftlichen Expertise (z.B. über die Baugrundverhältnisse oder den baulichen Zustand eines zu renovierenden Gebäudes) verpflichtet. Er ist ein Werkvertrag (Art. 363 ff. OR), nach anderer Ansicht ein einfacher Auftrag (Art. 394 ff. OR).

**4. Das Gesetz** enthält keine besonderen Vertragsbestimmungen für Sanierungen und Umbauten. Vielmehr kommen die ordentlichen Bestimmungen über den Werkvertrag (Art. 363 ff. OR) oder den Auftrag (Art. 394 ff. OR) zur Anwendung.

Aber auch in den **SIA-Normalien** finden sich keine vorformulierten Vertragswerke, die sich ausschliesslich oder gezielt mit Sanierungen und Umbauten befassen würden. Für den Bauwerkvertrag "gilt" die SIA-Norm 118<sup>6</sup>, für den Architekturvertrag die SIA-Ordnung 102 und für den Vertrag des Bauingenieurs die SIA-Ordnung 103. Die beiden Honorarordnungen (SIA 102 und 103) regeln den betroffenen Vertrag im allgemeinen (ohne spezifisches Leistungsbild für Sanierungen und Umbauten); doch äussern sich zumindest zur Frage, wie die Leistungen des Architekten oder Bauingenieurs für den Umbau, den Unterhalt und die Sanierung von Bauten zu honorieren sind (SIA 102, Art. 6.1/7.11; SIA 103, Art. 6.1/7.5.3).<sup>7</sup> Ein Leistungsbild für Altbausanierungen findet sich dagegen in der SIA-Norm 1051; sie enthält nur (aber immerhin) eine "Ablaufcheckliste", die dem Projektierenden als "ein praktisches Hilfsmittel" für die Planung und Ausführung der genannten Sanierungen dienen soll.

**5. Die vertragsrechtliche Behandlung** unseres Themas ("Sanierung und Umbau") hat auf die allgemeinen Grundsätze zurückzugreifen, um sie auf die Besonderheiten des Falles anzuwenden. Möglich ist allerdings immer, dass die konkreten Parteien besondere (individuelle oder

<sup>6</sup> Dass sie auch für Sanierungen und Umbauten gedacht ist, ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1, worin gesagt wird: "Werk ist auch das Ergebnis einer Ausbesserungs-, Umbau- oder Abbrucharbeit".

<sup>7</sup> Auf die erwähnten SIA-Normenwerke soll hier nicht im einzelnen eingetreten werden. Auf drei Punkte möchte ich aber doch hinweisen, um sie in Erinnerung zu rufen: a. Die SIA-Norm 118 und die Honorarordnungen sind für die konkreten Parteien nur insoweit verbindlich, als sie durch Vereinbarung als Vertragsbestandteil übernommen wurden. b. Die Verträge der Maschinen-, Elektro- und der Fachingenieure für Gebäudeinstallationen werden durch die SIA-Ordnung 108 geregelt, die nachfolgend ausser Betracht bleibt. c. Die Honorarordnungen des SIA beschränken eine allfällige Haftung des Architekten oder Ingenieurs auf den Ersatz des "direkten" Schadens (Art. 1.6). Abgesehen davon, dass diese Beschränkung bei grobem Verschulden an Art. 100 Abs. 1 OR scheitert, bleibt jedoch unklar, worin der "direkte" Schaden (im Unterschied zum "indirekten") besteht.

vorformulierte) Vereinbarungen getroffen haben, die speziell auf die in Frage stehenden Sanierungs- oder Umbauarbeiten zugeschnitten sind.

## II. Typische Streitfragen

[7] Bei Sanierungs- und Umbauarbeiten kann es (wie bei allen Bauarbeiten) zu Streitigkeiten kommen. Aus einer *Umfrage*, die im Hinblick auf die diesjährige Baurechtstagung durchgeführt wurde, ergeben sich zahlreiche Streitfragen, auf die ich nachfolgend eintrete. Sie betreffen:

### A. Die Vergütung

Was die Vergütung angeht, scheinen die folgenden Streitlagen typisch zu sein:

**1. Der Streit um den Umfang der Pauschalpreisabrede.** Der Unternehmer beansprucht für eine bestimmte Einzelleistung (z.B. für die Installation eines Heizkörpers im Keller) eine zusätzliche Vergütung (weil es sich um eine "Zusatzleistung" handle), während der Bauherr behauptet, dass diese Leistung im vereinbarten Pauschalpreis (dem Preis für den Neueinbau der Heizung) inbegriffen sei. Für die Streitentscheidung massgeblich sind die nachstehenden Grundsätze:

- a. Durch den Pauschalpreis "pauschaliert" ist nur die Vergütung, nicht die vom Unternehmer zu erbringende Gesamtleistung<sup>8</sup>. Welche Leistungen mit dem vereinbarten Pauschalpreis abgegolten werden, bestimmt sich nach dem Inhalt der konkret getroffenen Vereinbarung (also durch Auslegung des Vertrages). Dass eine Arbeit "fix und fertig" (oder "schlüsselfertig") bestellt wurde, schliesst nicht aus, dass Zusatzleistungen aufgrund einer Beststellungsänderung erbracht werden.
- b. Wie aber verhält es sich mit der Beweislast? Sie trifft den Unternehmer, der behauptet, dass eine bestimmte Leistung nicht durch den Pauschalpreis abgegolten sei<sup>9</sup>. Zu seinen Gunsten spricht jedoch die Vermutung, dass der Pauschalpreis nur solche Leistungen erfasst, die nach Art und Umfang im Werkvertrag festgelegt oder zur mängelfreien Ausführung der pauschal abgegoltenen Arbeit erforderlich sind<sup>10</sup>.

**2. Der Streit um "ausserordentliche Umstände".** Solche Umstände geben dem Festpreisunternehmer (Art. 373 Abs. 1 OR) einen Anspruch auf angemessene Mehrvergütung (oder Auflösung des Vertrages), wenn sie ein offensichtlich-krasses Missverhältnis zwischen der (Gesamt-)Leistung des Unternehmers und der (Gesamt-)Vergütung zur Folge haben (Art. 373 Abs. 2 OR; SIA-Norm 118, Art. 59). Dabei macht es keinen Unterschied, ob die betreffenden Umstände "nicht vorausgesehen werden konnten oder von den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren". In [8] beiden Fällen sind die

<sup>8</sup> BRANDT, (deutsches) baurecht 1982, S. 525; GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 633.

<sup>9</sup> Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 633; BAUMGÄRTEL, Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht 1989, S. 234; Oberlandesgericht Köln, baurecht 1987, S. 575; WERNER/PASTOR, Der Bauprozess, 6. Aufl., Düsseldorf 1990, Nr. 1037; anderer Ansicht z.B. HEIERMANN, Der Betriebsberater 1975, S. 992.

<sup>10</sup> GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 633; WERNER/PASTOR, a.a.O.

Umstände "ausserordentlich", im zweiten Fall auch dann, wenn die Umstände voraussehbar waren.

- a. Bei Sanierungen und Umbauten gibt es nun für den Unternehmer immer wieder Überraschungen, indem er erst im Laufe der Bauarbeiten erkennt, in welchem Zustand das Bauwerk (das er sanieren oder umbauen muss) sich tatsächlich befindet. Dass der Unternehmer z.B. die Qualität der Bausubstanz unterschätzt, gehört zu den geläufigen Erscheinungen der Baupraxis. Liegt aber deswegen ein "ausserordentlicher" Umstand vor?
- b. Der wirkliche Zustand des Bauwerkes kann, wenn er erst nach Vertragsabschluss zutage tritt, sicher ein kostenteuernder Umstand sein, der "nicht vorausgesehen werden konnte". Ein unvorhersehbarer Umstand ist er aber nur dann, wenn der Unternehmer vernünftigerweise nicht schon bei Vertragsabschluss mit einem solchen Zustand des Bauwerkes rechnen musste<sup>11</sup>. An diese negative Voraussetzung sind strenge Anforderungen zu stellen, weil es auf den Standpunkt eines sachkundigen Unternehmers ankommt, von dem gerade bei der Einschätzung älterer Bauwerke besondere Vorsicht verlangt wird.

Insbesondere hat der Unternehmer schon bei Vertragsabschluss mit jedem baulichen Zustand zu rechnen, der für das konkrete Bauwerk (z.B. das Sanierungsobjekt) so wahrscheinlich ist, dass die Vernunft es gebietet, bei der Kalkulation der Offertpreise darauf Rücksicht zu nehmen. Darüber hinaus muss der Unternehmer sogar mit "abnormalen" (nach der Erfahrung "unwahrscheinlichen") Sachverhalten rechnen, wenn sie für ihn bei einer sorgfältigen Abklärung des baulichen Zustandes erkennbar sind. Welche Abklärungen von ihm erwartet werden können, beurteilt sich aber nach den Umständen des Einzelfalles, unter anderem auch nach der Dauer einer angesetzten Angebotsfrist<sup>12</sup>. Ausser Betracht fallen Sondierungen, die mit unverhältnismässigen Kosten verbunden sind, das bestehende Bauwerk gefährden oder vom Bauherrn abgelehnt werden.

- c. Wie aber verhält es sich, wenn der Bauherr dem Unternehmer noch vor Vertragsschluss sachverständige Angaben über den "Ist-Zustand" des Bauwerkes liefert?<sup>13</sup> Auf solche Angaben darf der Unternehmer sich grundsätzlich ohne eigene Nachprüfung verlassen<sup>14</sup>. Soweit der wirkliche Zustand des Bauwerkes von den betreffenden Angaben abweicht, liegt ein Umstand vor, der "*nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen*" war, es sei denn, dass der Unternehmer die Unrichtigkeit der Angaben noch vor Vertragsabschluss erkannte.

Das Gesagte gilt allerdings nicht ausnahmslos. *Vorbehalten* bleibt der Fall, da der Bauherr vom Unternehmer eine Nachprüfung der sachverständigen Angaben verlangt oder sonstwie erklärt, auf deren Richtigkeit sei nach seiner eigenen Vorstellung kein Verlass. Durch eine solche Erklärung bringt der Bauherr zum [9] Ausdruck, dass er selber nicht von der Richtigkeit der gelieferten Angaben ausgeht, weshalb es für die Anrufung des Art. 373 Abs. 2 OR beim Erfordernis der Unvorhersehbarkeit bleibt. Das jedoch setzt voraus, dass der Bauherr seine Vorstellung über die Unzuverlässigkeit der sachver-

<sup>11</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden: GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 747 ff.

<sup>12</sup> Hat der Bauherr dem Unternehmer eine Frist zur Einreichung der Offerte angesetzt, so ist beim Entscheid der Frage, welche Abklärungen vom Unternehmer erwartet werden dürfen, die Dauer der Frist nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) mitzubersichtigen.

<sup>13</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden: GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 751 und 758 ff.

<sup>14</sup> Gleichgültig ist, ob der Bauherr die betreffenden Angaben mit eigenem Sachverhalt ermittelt hat oder durch einen sachverständigen Dritten (z.B. einen beigezogenen Ingenieur) ermitteln liess.

ständigen Angaben *deutlich* mitteilt<sup>15</sup> und seine Erklärung *nicht im Widerspruch* zu seinem sonstigen Verhalten steht (etwa zur Ansetzung einer so kurzen Angebotsfrist, dass für eine Nachprüfung in Tat und Wahrheit keine Zeit verbleibt).

- d. Die SIA-Norm 118 enthält in Art. 58 Abs. 2 eine Sonderregel, wonach dem Bauherrn "insbesondere mangelhafte Angaben ... über den Baugrund" als Verschulden anzurechnen sind, falls der Bauherr "durch eine Bauleitung vertreten oder selbst sachverständig oder durch einen beigezogenen Sachverständigen beraten war". Die Besonderheit besteht darin, dass der Unternehmer in einem solchen Fall "Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung" nach Massgabe der sinngemäss anwendbaren Bestimmungen über die Bestellungsänderung hat (Art. 58 Abs. 2), was den Unternehmer (verglichen mit Art. 373 Abs. 2 OR) erheblich besser stellt.

Heikel und ungelöst ist nun aber die Frage, ob die genannte Sonderregel sinngemäss auch dann eingreift, wenn sich die "mangelhaften" Angaben des Bauherrn nicht auf den Baugrund, sondern auf den "Ist-Zustand" eines zu sanierenden oder umzubauenden Bauwerkes beziehen. Das Wort "insbesondere", welches Art. 58 Abs. 2 verwendet, spricht für die Bejahung der Frage; der Gedanke, dass vertragliche Regeln, die vom dispositiven Gesetzesrecht abweichen (namentlichen auch in Allgemeinen Vertragsbedingungen) restriktiv auszulegen sind, spricht dagegen.

**3. Der Mengenstreit bei pauschalierter Einheitspreis-Offerte.** Er betrifft den Fall, da der Unternehmer die Arbeit zwar zu Einheitspreisen offeriert hat, den Vertrag dann aber doch zu einem Pauschalpreis abschliesst. Werden in der Folge die im Leistungsverzeichnis des Bauherrn angegebenen (voraussichtlichen) Mengen (SIA-Norm 118, Art. 8 Abs. 2) überschritten, so stellt sich der Unternehmer häufig auf den Standpunkt, dass er zum vereinbarten Pauschalpreis nur die Leistung der im Verzeichnis angegebenen Mengen schulde, für die Mehrmengen also zusätzlich zu vergüten sei.

- a. Beispiel: "Die Sanierung einer Natursteinfassade wird in Einzelpositionen ausgeschrieben. Die Mengenangaben erfolgen aufgrund einer etwas groben Beurteilung des Zustandes, weil die Fassade ohne Gerüst nicht genügend zugänglich ist. Nach Eingang der Offerten schlägt ein Bieter vor, die ganze Arbeit aufgrund des Leistungsverzeichnisses pauschal zu einem günstigeren Preis zu übernehmen und erhält den Auftrag. Während der Arbeit stellt er zusammen mit der Bauleitung fest, dass der Zustand einzelner Fassadenteile wesentlich schlechter ist als angenommen und stellt Nachforderungen für geleistete Mehrmengen"<sup>16</sup>.
- b. [10] Rechtslage. Weil schliesslich doch ein Pauschalpreis vereinbart wurde, kommt es für die Berechnung der geschuldeten Vergütung nicht mehr auf die geleisteten Mengen an<sup>17</sup>, weshalb der Unternehmer eine Mehrvergütung (wenn überhaupt) nur nach Massgabe des Art. 373 Abs. 2 OR (SIA-Norm 118, Art. 59) verlangen kann<sup>18</sup>. Anders verhält es sich

<sup>15</sup> Wofür die blosser Erklärung, dass die Angaben "nur zur Information" dienen, nicht genügen kann.

<sup>16</sup> Das Beispiel stammt aus unserer Umfrage; die Formulierung wurde leicht modifiziert.

<sup>17</sup> Vielmehr gehört es gerade zu den Wesensmerkmalen des Pauschalpreises, dass die geschuldete Vergütung unabhängig ist von den Erstellungskosten und den ausgeführten Mengen.

<sup>18</sup> Für den hier behandelten Fall stellt sich unter anderem die Frage, ob die Abweichung von den angegebenen Mengen ein Umstand ist, der "nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen war" (Art. 373 Abs. 2 OR). Da eine Mengenangabe (für die Offerte von Einheitspreisen) die geschuldete Leistung nur ungefähr bestimmt, kann dies nicht ohne weiteres bejaht werden. Vielmehr liegt ein derartiger Umstand erst vor, wenn die Mengenabweichung ein Ausmass erreicht, mit dem nach

einzig dann, wenn die vom Pauschalpreis abgedeckten Leistungen durch eine besondere Abrede mengenmässig begrenzt wurde. Eine solche Abrede bildet jedoch die Ausnahme und ist in der blossen Pauschalierung der Einheitspreis-Offerte nicht enthalten.

**4. Der Streit um die Vergütung von Entsorgungskosten.** Er entsteht vor allem bei Aushub- und Abbruchmaterialien, deren Abtransport auf eine Deponie des Bauherrn oder Unternehmers vereinbart ist. Die Schwierigkeiten entstehen, wenn sich herausstellt, dass das Material kontaminiert ist und deshalb auf einer Sonderdeponie abgelagert oder sonstwie entsorgt werden muss. Alsdann ist der Streit vorprogrammiert. Der Unternehmer verlangt eine zusätzliche Vergütung für die Entsorgungskosten, deren Bezahlung der Bauherr oftmals ablehnt. Wie ist die Rechtslage nach der SIA-Norm 118?

- a. Wurde die Ablagerung auf eine vom Bauherrn bestimmte Deponie (SIA-Norm 118, Art. 116 Abs. 1) vereinbart, so bleibt das Material im Eigentum des Bauherrn (SIA-Norm 118, Art. 121). Mangels anderer Abrede schuldet der Unternehmer nur die schlichte Ablagerung auf den vereinbarten Platz. Jede Entsorgungsmassnahme (auch die Ablagerung auf einer nicht vereinbarten Sonderdeponie) stellt eine zusätzliche (oder veränderte) Leistung dar, die der Bauherr, der sie verlangt, nach den Regeln über die Bestellungsänderung (SIA-Norm 118, Art. 84 ff.) vergüten muss.
- b. Wurde die Ablagerung auf eine Deponie des Unternehmers vereinbart, so bestimmt Art. 121 der SIA-Norm 118, dass das Eigentum am Material auf den Unternehmer übergeht. Diese Regel überlässt dem Unternehmer die Wahl des Deponieplatzes und stellt es ihm sogar frei, das Material direkt ab Bauplatz zu verkaufen. Werden nun besondere Entsorgungsmassnahmen erforderlich, weil das abzulagernde Material kontaminiert ist, so beurteilt sich nach der Auslegung der getroffenen Abrede, ob auch diese Massnahmen (z.B. die Ablagerung auf einer Sonderdeponie) in der übernommenen Ablagerung inbegriffen sind. Mangels anderer Anhaltspunkte ist die Frage zu verneinen, weshalb die Leistungen, die der Entsorgung des Materiales dienen, wiederum nach den Regeln über die Bestellungsänderung (SIA-Norm 118, Art. 84 ff.) auszuführen und abzugelten sind.

**5. [11] Der Honorarstreit mit dem Architekten oder Ingenieur.** Er entsteht insbesondere dann, wenn zum voraus keine klaren Abmachungen getroffen wurden, und vielfach trotz vertraglicher Geltung der massgeblichen SIA-Ordnung. Das letztere erklärt sich daraus, dass die einschlägigen SIA-Bestimmungen verschiedene Fragen offen lassen. Das zeigt etwa Art. 7.11 der SIA-Ordnung 102. Danach gilt, was folgt:

Art. 7.11.1: "Bei Umbauten oder Umbauten im Zusammenhang mit Unterhalt und Sanierung von Bauten oder mit der Restaurierung geschützter Bauten erhöht sich der Honoraransatz. Der Honorarzuschlag<sup>19</sup> beträgt je nach den Leistungsanforderungen 10%-50%". Art. 7.11.2: "Der Zuschlag gilt auch für alle im Altbau integrierten Neubauteile, dagegen nicht für selbständige Anbauten". Art. 7.11.3: "Leistungen des Architekten für den Unterhalt und die Sanierung von Bauten und die Restaurierung geschützter Bauwerke sind dann mangels besonderer Vereinbarung nach dem Zeitaufwand zu honorieren, wenn sie nicht im Zusammenhang mit Umbauten stehen".

---

Treu und Glauben im Geschäftsverkehr nicht gerechnet werden musste. Zur Rechtslage bei absichtlich oder fahrlässig falschen Angaben vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 764 und Nr. 762.

<sup>19</sup> Gemeint ist ein Zuschlag zum Kosten- oder Volumentarif (Art. 7.1).

## B. Die Kostenüberschreitungen

Die von uns durchgeführte Umfrage hat aufgezeigt, dass Kostenüberschreitungen bei Sanierungen und Umbauten recht häufig sind. Überschritten wird entweder ein unverbindlicher Kostenvoranschlag des Unternehmers oder der Kostenvoranschlag des Architekten (Ingenieurs). Die beiden Fälle, bei denen es immer wieder zu Streitigkeiten kommt, sind genau zu unterscheiden:

**1. Der unverbindliche Kostenvoranschlag des Unternehmers** ist eine Prognose des Unternehmers über den mutmasslichen Preis, den seine eigenen Sanierungs- oder Umbauarbeiten für den Bauherrn kosten sollen. Im Regelfall bezieht er sich auf Arbeiten, die in Regie ausgeführt, also nach Aufwand vergütet werden (Art. 374 OR; SIA-Norm 118, Art. 48). Mit der Überschreitung eines solchen Voranschlages befasst sich, wenn es um Bauarbeiten geht, die Bestimmung des Art. 375 Abs. 2 OR. Danach besteht die folgende Rechtslage:

- a. Wird der unverbindliche Kostenvoranschlag<sup>20</sup> des Unternehmers unverhältnismässig und ohne Zutun des Bauherrn überschritten, so hat der Bauherr nach **Art. 375 Abs. 2 OR** zwei alternative Rechtsbehelfe. Er kann entweder "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".<sup>21</sup> Dasselbe gilt nach Art. 56 Abs. 2 der SIA-Norm 118, der auf Art. 375 Abs. 2 OR verweist. Im einzelnen ist beizufügen:
  - "Unverhältnismässig" ist die Überschreitung des unverbindlichen Kostenvoranschlages erst dann, wenn sie eine gewisse Toleranzgrenze übersteigt. Wo diese Grenze liegt, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalles. Im Sinne einer Faustregel gilt zwar eine Marge von 10% (BGE 115 II 462). Gerade für [12] Sanierungen und Umbauten ist aber eine höhere Toleranz angezeigt<sup>22</sup>; sie kann bis zu 20% und mehr betragen, namentlich dann, wenn vom Unternehmer nur eine überschlagsmässige Kostenschätzung verlangt war (BGE 115 II 462) oder ihm eine unverhältnismässig kurze Zeit für die Ausarbeitung des Kostenvoranschlages eingeräumt wurde.<sup>23</sup>
  - Verlangt der Bauherr "eine angemessene Herabsetzung des Lohnes", so wird die geschuldete Vergütung im Normalfall um die Hälfte der Summe herabgesetzt, welche die Toleranzgrenze überschreitet (BGE 115 II 462). Massgebend sind aber wiederum die Umstände des Einzelfalles (BGE 115 II 462), die es z.B. rechtfertigen können, den Herabsetzungsbetrag zu vergrössern (etwa deswegen, weil der Unternehmer den Kostenvoranschlag aus Absicht oder Fahrlässigkeit zu tief angesetzt hat oder der Bauherr finanziell nicht in der Lage ist, die Mehrbelastung im vollen Umfang auf sich zu nehmen). Eine Herabsetzung unter die Toleranzgrenze kommt nicht in Betracht.

<sup>20</sup> Das Gesetz spricht von einem "ungefähren Kostenansatz" (Art. 375 Abs. 1 OR), die SIA-Norm 118 von einem "Richtpreis" (Art. 56 Abs. 1).

<sup>21</sup> Vgl. darüber im einzelnen: GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 669 ff.

<sup>22</sup> Vgl. Extraits 1969, S. 76.

<sup>23</sup> Hat dagegen der Unternehmer erklärt, der Kostenvoranschlag werde "ziemlich genau eingehalten" oder "eher unterschritten als überschritten", so ist dies ein Grund, die Toleranzgrenze nach unten zu verschieben.

- b. Wie gesagt, bezieht sich der unverbindliche Kostenvoranschlag des Unternehmers im Regelfall auf Regiearbeiten, die nach Aufwand vergütet werden. Gerade bei Sanierungen und Umbauten kommt es aber vor, dass auch eine **Einheitspreis-Vergütung mit unverbindlichem Kostenvoranschlag** für die Gesamtleistung des Unternehmers vereinbart wird<sup>24</sup>. Der Kostenvoranschlag gibt hier Auskunft über die mutmassliche Summe, welche die vom Unternehmer geschuldeten Arbeiten (unter Zugrundelegung der Einheitspreise) kosten wird.

Auf diesen Sonderfall kommt Art. 375 Abs. 2 OR sinngemäss<sup>25</sup> zur Anwendung. Vorausgesetzt ist aber stets, dass die vereinbarte Einheitspreis-Vergütung tatsächlich auf Grund eines ungefähren Kostenvoranschlages für die Gesamtleistung vereinbart wurde. Die blosser Multiplikation der Einheitspreise mit den voraussichtlichen Mengen, die der Unternehmer im Leistungsverzeichnis vornimmt, hat jedenfalls dann nicht die Bedeutung eines solchen Voranschlages, wenn die Mengenangaben vom Bauherrn (von ihm selbst oder von seinem Architekten, Ingenieur) stammen.

**2. [13] Der Kostenvoranschlag des Architekten (oder Ingenieurs)** bezieht sich auf Arbeiten, die von andern (den Unternehmern) ausgeführt werden<sup>26</sup>. Ist er zu ungenau<sup>27</sup> und wird er deswegen überschritten, so haftet der Architekt (wenn ihn ein Verschulden trifft<sup>28</sup>) seinem Vertragspartner (hier: dem Bauherrn) für den daraus entstehenden Schaden (Art. 97 Abs. 1/398 OR)<sup>29</sup>. Er hat dem Bauherrn den Schaden zu ersetzen, den dieser erleidet, weil er (fälschlicherweise) auf die Genauigkeit des Voranschlages vertraut hat<sup>30</sup>. Fehlt es an einem solchen (Vertrauens-)Schaden, so trifft den Architekten keinerlei Ersatzpflicht. Im einzelnen ist beizufügen:

- a. Ob ein Kostenvoranschlag des Architekten (Ingenieurs) ungenau ist, beurteilt sich immer (und nur) nach dem Gegenstand des Voranschlages. Worauf der Voranschlag sich im einzelnen bezieht (ob er z.B. auch die Aufwendungen für Bauzinsen, Honorare des Architekten, die Mehrkosten aus unvorhersehbaren Umständen oder Teuerung miterfasst), muss im Streitfall durch Auslegung ermittelt werden. Sicher aber erfasst er nicht die Mehrkosten aus nachträglichen Änderungswünschen des Bauherrn oder daraus, dass der Bauherr (z.B. mit Rücksicht auf die Benutzer des umzubauenden Gebäudes) den geplanten Bauvorgang verlangsamt.
- b. Geschützt wird nicht das Vertrauen des Bauherrn in die absolute Richtigkeit des Kostenvoranschlages, sondern nur sein Vertrauen darauf, dass sich der Voranschlag

<sup>24</sup> Vgl. darüber: GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 693.

<sup>25</sup> "Sinngemäss" deswegen, weil Art. 375 OR sich nach seiner systematischen Stellung nur auf Fälle bezieht, in denen der Unternehmer nach Aufwand vergütet wird (Art. 374 OR).

<sup>26</sup> Vgl. darüber: GAUCH, Überschreitung des Kostenvoranschlages – Notizen zur Vertragshaftung des Architekten (oder Ingenieurs), BR 1989, S. 79 ff.; SCHUMACHER, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in: Das Architektenrecht (herausgegeben von GAUCH/TERCIER), Freiburg 1986, S. 174 ff.

<sup>27</sup> Beachte die Toleranzgrenze, die nachfolgend (unter lit. b) besprochen wird!

<sup>28</sup> Ein grobes Verschulden liegt vor, wenn der Architekt (Ingenieur) geradezu absichtlich einen zu tiefen Kostenvoranschlag einreicht. Dass dies nicht selten vorkommt wird durch unsere Umfrage bestätigt. Ein grosser Bauherr berichtet: "Architekten und Ingenieure sind oft etwas gehemmt, dem Bauherrn die wahren Kosten zu präsentieren".

<sup>29</sup> Die SIA-Honorarordnungen bezeichnen diese Haftung als Ersatzpflicht "bei ungenügender Kostenerfassung" (vgl. Art. 1.6 der ORDNINGEN 102 und 103).

<sup>30</sup> Zur Bestimmung des massgeblichen Schadens und der Höhe der Schadenersatzpflicht vgl. GAUCH, BR 1989, S. 81 f. und 85.

innerhalb einer bestimmten Toleranzgrenze hält<sup>31</sup>. Als Faustregel gilt wiederum eine Marge von 10%, die aber auch hier keine absolute Geltung hat. Namentlich bei Sanierungs- und Umbauarbeiten muss der Bauherr normalerweise einen höheren Ungenauigkeitsgrad tolerieren<sup>32</sup>. Wurde die Toleranzgrenze allerdings durch Vereinbarung festgelegt, so gilt die vereinbarte Grenze. Einschlägige Vorschriften finden sich auch in der SIA-Ordnung 102 (für Architekten) und in der SIA-Ordnung 103 (für Bauingenieure).

- [14] Nach Art. 4.2.5 der SIA-Ordnung 102 (1984) ist "der Genauigkeitsgrad (mangels besonderer Vereinbarung +/- 10%) ... mit den Spezialisten abzustimmen und zusammen mit den Beträgen für Unvorhergesehenes<sup>33</sup> im Kostenvoranschlag zu nennen"<sup>34</sup>. Die Toleranzgrenze von 10%, die mangels anderer Vereinbarung gilt, ist für Sanierungs- und Umbauarbeiten im Regelfall zu tief.
- Nach Art. 3.7 der SIA-Ordnung 103 (1984) hat der "Ingenieur ... den Auftraggeber über die Grundlagen und die Genauigkeit von Kostenangaben zu informieren"; "die Unterlagen des Bauprojektes ermöglichen" (wie der Artikel weiterfährt) "in der Regel die Veranschlagung der Kosten mit einer Genauigkeit von +/-10%".

Durch die Information über den Genauigkeitsgrad, zu welcher der Ingenieur verpflichtet ist, und die nachfolgende Genehmigung des Kostenvoranschlags von Seiten des Bauherrn kommt eine Vereinbarung zustande, die dem mitgeteilten Genauigkeitsgrad Vertragsgeltung verschafft. Diese flexible Regelung passt auch für Sanierungs- und Umbauarbeiten; denn sie überlässt es von vorneherein dem Ingenieur, auf welche Toleranzgrenze er sich einlassen will. Selber beschränkt sie sich auf die schlichte Aussage, was für ein Genauigkeitsgrad (nämlich 10%) "in der Regel" (!) möglich ist.

- c. Bei Sanierungen und Umbauten kommt es häufig vor, dass der Kostenvoranschlag des Architekten (Ingenieurs) deswegen überschritten wird, weil sich die Bauausführung durch **nachträgliche Änderungswünsche** des Bauherrn verteuert. Dafür hat der Architekt (Ingenieur) grundsätzlich zwar nicht einzustehen (vgl. lit. a). Doch bleibt zu beachten:

Der bauleitende Architekt (Ingenieur), der einen Kostenvoranschlag ausgearbeitet hat, ist verpflichtet, den Bauherrn auf die finanziellen Folgen der nachträglichen Wünsche hinzuweisen, wenn sie zu einer Überschreitung seines Voranschlags führen. Die Verletzung dieser Aufklärungspflicht ist eine Vertragsverletzung, für deren Folgen der

<sup>31</sup> Die Toleranzgrenze bestimmt den verlangten Genauigkeitsgrad des Kostenvoranschlags. Solange sie nicht überschritten wird, fehlt es, was die Ungenauigkeit betrifft, schon an einer haftungsbegründenden Vertragsverletzung des Architekten (Ingenieurs), was andere Vertragsverletzungen (z.B. durch vertragswidrige Verursachung von Zusatzkosten) nicht ausschliesst.

<sup>32</sup> Für einen Umbau vgl. z.B. ZWR 1985, S. 309 (=BR 1987, S. 15, Nr. 5). Anders (nämlich 10% bei Renovation): RJN 1980-81, S. 77 (= BR 1984, S. 13 f., Nr. 3, mit kritischer Anmerkung von TERCIER).

<sup>33</sup> Um was für "Beträge" es sich dabei handelt und warum sie im Kostenvoranschlag *neben* der Toleranzgrenze aufzuführen sind, ist eine Frage, deren Beantwortung grosse Schwierigkeiten bereitet. Die Kombination dieser Beträge (der "Beträge für Unvorhergesehenes") mit der Toleranzgrenze fehlt denn auch im einschlägigen Art. 3.7 der SIA-Ordnung 103; und sie ist in der Tat nur schwer zu erklären.

<sup>34</sup> Weicht die im Kostenvoranschlag aufgeführte Toleranzgrenze von der 10%-Marge ab und wird der Voranschlag vom Bauherrn genehmigt, so erlangt *diese* Toleranzgrenze Vertragsgeltung. Gestützt darauf ist *sie* von jetzt an massgeblich; sie bestimmt, was den Vertrauensschutz des Bauherrn betrifft, den geforderten Genauigkeitsgrad des Kostenvoranschlags auch dann, wenn zuvor keine "besondere" Vereinbarung über die Toleranzgrenze getroffen wurde. Das kommt in der Formulierung des Art. 4.2.5 leider nicht zum Ausdruck.

Architekt bei gegebenem Verschulden (ohne Rücksicht auf die Toleranzgrenze!) eintreten muss (Art. 97 Abs. 1/398 OR). Der Bauherr hat Anspruch auf Ersatz des aus der ausgebliebenen Aufklärung entstandenen Schadens<sup>35</sup>, es sei denn, der Architekt beweise, dass der Bauherr auch bei vertragsgemässer Aufklärung nichts an seinem Verhalten geändert hätte.

- d. Von den erwähnten Fällen zu unterscheiden ist der ganz andere Fall, in dem der Architekt (Ingenieur) durch sein vertragswidriges Verhalten (z.B. fehlerhafte Planung, ungenügende Bauaufsicht, eigenmächtiges Abweichen vom Bauprojekt) **zusätzliche Baukosten** verursacht, die dem Bauherrn bei richtiger Erfüllung des [15] Architekturvertrages erspart geblieben wären<sup>36</sup>. Dieser Fall, der selbstverständlich zu einer Vertragshaftung des Architekten führen kann, hat mit dem Kostenvoranschlag und dessen Überschreitung überhaupt nichts zu tun. Die Toleranzgrenze bleibt dementsprechend von vorneherein aus dem Spiel.

### C. Die Mängelhaftung

1. Nach der durchgeführten Umfrage scheinen Sanierungen und Umbauten geradezu prädestiniert zu sein, um Streitigkeiten über die Mängelhaftung des Unternehmers und die entsprechende Haftung des Architekten (Ingenieurs) auszulösen. Die **Baumängel**, über die man sich beklagt, sind denn auch sehr mannigfaltig.

- a. Einige dieser Baumängel möchte ich herausgreifen, weil sie **typisch** sind:
- (1) Eine Flachdachsanierung unter Verwendung des alten Belastungsmaterials (Sand/Feinkies) führt infolge Verkrustung und zu hoher Dampfspernung zu einem höheren Feuchtigkeitsgehalt der Isolation, was eine verminderte Isolierfähigkeit zur Folge hat.
  - (2) Neue Anstriche auf alten Untergründen (Holz, Putz, Metall) oder neue Beläge auf altem Untergrund lösen sich ab.
  - (3) Auf geklebten Kompaktfassaden bilden sich Risse, auf mineralisch behandelten Fassaden bilden sich Flecken.
  - (4) Eine eingebaute Lüftungsinstallation verursacht lästige Geruchsimmissionen, weil die Lüftungsrohre bei der Montage durch den Unternehmer oder Dritte beschädigt wurden.
  - (5) Neu montierte Fenster führen zu Feuchteschäden auf den Aussenwänden, weil sie zu dicht sind und ohne Wärmebrücken-Sanierung montiert wurden.
  - (6) Eine sanierte Heizungsanlage entfaltet unausgewogene Heizwirkung.
  - (7) Ein nachträglich eingebautes Cheminée darf nicht benutzt werden, weil seine Anlage den feuerpolizeilichen Vorschriften widerspricht<sup>37</sup>.
  - (8) Bei einer Brückensanierung wird das neue Trottoir planwidrig auf der falschen Seite gebaut (was allerdings weniger "typisch" sein dürfte).
  - (9) Die Sanierungsmassnahmen verschlechtern die Statik der behandelten Betonbauteile.

<sup>35</sup> Zur Bestimmung des massgeblichen Schadens und der Höhe der Schadenersatzpflicht vgl. GAUCH, BR 1989, S. 82 und 85.

<sup>36</sup> Vgl. dazu GAUCH, BR 1989, S. 79 f.

<sup>37</sup> Extraits 1988, S. 16 ff. = BR 1990, S. 44, Nr. 43.

- (10) Die Sanierungsarbeiten sind "unwirtschaftlich", weil sie vertragswidrig hohe Kosten für Wartung oder Betrieb verursachen.
- b. In all diesen Fällen liegt **grundsätzlich ein Werkmangel** vor, für den der ausführende Unternehmer nach Massgabe des Art. 368 OR (SIA-Norm 118, Art. 165 ff.) haftet. In den meisten Fällen (auch im Falle 7) besteht der Mangel darin, dass dem Werk die vertraglich vorausgesetzte Gebrauchstauglichkeit fehlt. Im einzelnen ist zu merken:
- [16] Der Bauherr kann die *Nachbesserung*, eine *Minderung* oder die *Wandelung* verlangen<sup>38</sup>, soweit die Voraussetzungen dieser Mängelrechte erfüllt sind. Ist eine Beseitigung des Mangels nicht anders als durch eine Neuherstellung des Werkes möglich, so hat der Bauherr (unter Vorbehalt "übermässiger" Kosten) ein Recht auf Neuherstellung<sup>39</sup>. Trifft den Unternehmer ein Verschulden, so haftet er auch für einen allfälligen *Mangelfolgeschaden*<sup>40</sup> (z.B. für die Feuchtigkeitsschäden an den vorbestandenen Aussenwänden).
  - Der Grundsatz (lit. b) gilt nicht ohne *Ausnahmen*. Einmal ist möglich, dass überhaupt kein *Werkmangel* vorliegt, weil das Werk (trotz allem) die vertraglich geforderten Eigenschaften aufweist (die Verschlechterung der Statik z.B. vertraglich in Kauf genommen wurde). Und zum andern entfällt die Mängelhaftung, wenn den Bauherrn ein *Selbstverschulden* trifft (Art. 369 OR/SIA-Norm 118, Art. 166 Abs. 4), was einer näheren (mündlichen) Ausführung bedarf, namentlich was die Abmahnungs-/Anzeigepflicht des Unternehmers angeht. Kein Entlastungsgrund ist dagegen der blosser Umstand, dass das noch nicht abgenommene (!) Werk des betroffenen Unternehmers (z.B. die Lüftungsrohre im Fall 4) durch einen Dritten (z.B. einen Nebenunternehmer) beschädigt wurde<sup>41</sup>.
  - Neben dem Unternehmer kann auch der Architekt (Ingenieur) für die Werkmängel haftbar sein. Seine Haftung ist eine Verschuldenshaftung (Art. 97 Abs. 1/398 OR). Hat er nur die Pläne hergestellt (Planungsvertrag), so haftet er zwar aus Werkvertrag (Art. 368 OR), aber gleichwohl für Verschulden, weil die entstandenen Baumängel (wenn überhaupt) ein Mangelfolgeschaden seiner mangelhaften Planung sind.

**2. Ein illustratives Beispiel**, was bei Umbauten vorkommen kann, wurde mir wiederum aus der Praxis mitgeteilt: "Ein Pfeiler in dem vom Umbau nicht betroffenen Keller wird vom Ingenieur des Bauherrn gemäss dem Belastungsplan aus der Erstellungszeit in das Umbauprojekt miteinbezogen. Erst nach dem Umbau durch einen Generalunternehmer erfährt der Pfeiler seine Maximalbelastung nach ursprünglichem Belastungsplan. Jetzt aber stellt sich heraus, dass der damalige Belastungsplan falsch war, weshalb Schäden am Pfeiler auftreten". Wie ist die Rechtslage?

Grundsätzlich sind ausgeführte Umbauarbeiten auch dann mangelhaft, wenn sie

<sup>38</sup> Beachte aber Art. 169 Abs. 1 der SIA-Norm 118, wonach der Unternehmer zunächst einen Anspruch auf Verbesserung des Werkes hat.

<sup>39</sup> Das wird zwar weder im Gesetz noch in der SIA-Norm 118 ausdrücklich vorgesehen, ergibt sich aber aus richterlicher Lückenfüllung des Gesetzes (GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1254; vgl. auch *Extraits* 1988, S. 17 = BR 1990, S. 44, Nr. 43; anders: KGr. SG, GVP SG 1989, Nr. 34, S. 71 ff. = BR 1990, S. 100 f., Nr. 132, mit kritischer Anmerkung von GAUCH).

<sup>40</sup> Mit dem Ersatz des Mangelfolgeschadens befasst sich das Gesetz in Art. 368 OR, die SIA-Norm 118 in Art. 171.

<sup>41</sup> Beachte aber die (in mehrfacher Hinsicht unklare) Sonderregel des Art. 31 SIA-Norm 118.

bewirken, dass die vom Umbau nicht betroffenen Konstruktionen Schaden leiden. Im geschilderten Fall wird der *Generalunternehmer* sich aber (wie bei einem mangelhaften Baugrund<sup>42</sup>) entlasten können (Art. 369 OR), es sei denn, er habe die ungenügende Belastbarkeit des Pfeilers erkannt, ohne Anzeige zu erstatten (Art. 365 Abs. 3 OR/SIA-Norm 118, Art. 25). Zu einer Nachprüfung war er unter den gegebenen Umständen [17] (mangels anderer Vereinbarung) nicht verpflichtet<sup>43</sup>.

Wie aber verhält es sich mit dem *Ingenieur*? Eine (verschuldensabhängige) Schadenersatzpflicht (Art. 97 Abs. 1/398 OR) trifft ihn nur (aber immerhin) dann, wenn er auf Grund der von ihm erwarteten Sorgfalt verpflichtet war, den ursprünglichen Belastungsplan auf seine Richtigkeit hin nachzuprüfen. Ob dies zutrifft, hängt zwar von den Umständen des Einzelfalles ab. Allgemein lässt sich aber doch das Folgende sagen: Eine Pflicht des Ingenieurs zur Nachrechnung von Konstruktionsteilen, die in das Umbauprojekt einbezogen werden, besteht jedenfalls dann, wenn für einen sorgfältigen Fachmann Zweifel an der Richtigkeit der ursprünglichen Berechnung bestehen oder der Aufwand der Nachrechnung, verglichen mit den Folgen eines möglichen Fehlers, verhältnismässig gering ist.

**3. Ein weiterer Problemkreis betrifft die Verwendung neuer (noch unerprobter) Baustoffe**, aus denen sich Werkmängel ergeben, weil der Stoff seiner Art nach ungeeignet ist, um ein mängelfreies Werk herzustellen. Hat der *Unternehmer* den betreffenden Baustoff selber beigelegt, so haftet er für den Mangel (Art. 368 OR) auch dann, wenn er die Anwendungsvorschriften des Herstellers exakt eingehalten hat. Wurde aber der betreffende Stoff vom Bauherrn (oder seinem Vertreter) verbindlich vorgeschrieben<sup>44</sup> (nicht nur "vorgeschlagen"), so entfällt die Haftung, falls der Unternehmer eine bestehende Abmahnungspflicht erfüllt hat (Art. 369 OR). Bei einschlägigem Sachverstand auf Seiten des Bauherrn<sup>45</sup> ist keine Abmahnung erforderlich, es sei denn, die Untauglichkeit des Stoffes wäre (z.B. auf Grund der vom Hersteller mitgelieferten Anwendungsvorschriften) offensichtlich, dem betreffenden Unternehmer bekannt<sup>46</sup> oder bei einer ausnahmsweise verlangten Prüfung<sup>47</sup> erkennbar gewesen.

Den *Architekten* (Ingenieur), der den betreffenden Stoff als Vertreter des Bauherrn vorgeschrieben hat, kann eine Verschuldenshaftung (Art. 97 Abs. 1/398 OR) treffen. Eine solche Haftung ist schon dann zu bejahen, wenn der Architekt bei dem von ihm erwarteten Sachverstand Zweifel an der Tauglichkeit des Stoffes hätte haben müssen. Gerade bei neuen und unerprobten Stoffen ist diesbezüglich ein strenger Massstab anzulegen. Die Anwendungsvorschriften des Herstellers und deren Befolgung vermögen den Architekten nicht ohne weiteres zu entlasten. Hat der Architekt den Hersteller als Berater beigelegt, so haftet er für dessen Verhalten nach Massgabe des Art. 101 OR (also nach den Regeln über die Hilfspersonenhaftung).

**4. Besonderer Erwähnung bedarf auch der Fall**, da bei der Durchführung von Sanierungsarbeiten eine **schadhafte Stelle des Bauwerkes unentdeckt** blieb. Ob den Unternehmer eine Mängelhaftung trifft, weil er diese Stelle nicht entdeckt und instandgestellt hat, beurteilt sich

<sup>42</sup> Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1411 ff.

<sup>43</sup> Vgl. sinngemäss GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1433 ff.

<sup>44</sup> Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1446.

<sup>45</sup> Mag der Bauherr selber sachverständig oder sachverständig beraten oder vertreten sein.

<sup>46</sup> "Bekannt" ist dem Unternehmer die Untauglichkeit des Stoffes schon dann, wenn er dessen Verwendung als bedenklich erachtet, weil er nach seinem Wissen und Können besorgt ist, dass daraus ein Werkmangel entsteht.

<sup>47</sup> Zur Frage, inwieweit der Unternehmer bei sachverständig erteilten Weisungen zur Nachprüfung verpflichtet ist, vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1406 ff.

nach dem Inhalt seines Werkvertrags. Die Frage ist dann (und nur dann) zu bejahen, wenn die vereinbarte Sanierung nach dem Inhalt des konkreten Werkvertrages auch das Aufspüren und Beheben solcher Schadstellen umfasste. Trifft dies zu, so liegt ein Werkmangel vor, für den der Unternehmer nach den Bestimmungen über die Mängelhaftung einstehen muss. Vorbehalten bleibt allerdings der Fall, da sich die ausgelassene Sanierungsarbeit ohne weiteres (ohne Zerstörung der übrigen Arbeit) [18] nachholen lässt; alsdann ist das vom Unternehmer geschuldete Werk zwar nicht mangelhaft, aber noch unvollendet<sup>48</sup>, weshalb der Bauherr auf Erfüllung klagen kann.

5. Steht fest, dass den Unternehmer eine Mängelhaftung trifft, so stellt sich schliesslich noch die Frage nach der **Verjährung der Mängelhaftung**. Nach Art. 371 OR beträgt die Verjährungsfrist entweder ein oder fünf Jahre seit der Abnahme des Werkes, je nachdem ob es sich um ein "unbewegliches Bauwerk" (Art. 371 Abs. 2 OR/ fünf Jahre) oder um ein anderes Werk (Art. 371 Abs. 1 OR/ ein Jahr) handelt. Bei absichtlich verschwiegenen Mängeln wird die Frist auf zehn Jahre ausgedehnt (Art. 210 Abs. 3 OR, sinngemäss).

a. Was nun die Sanierungs- oder Umbauarbeiten angeht, so kann deren Ergebnis zwar ein "unbewegliches Bauwerk" im Sinne des Art. 371 Abs. 2 OR sein. Nach der Verkehrsauffassung gilt dies jedoch nur dann, wenn die ausgeführten Arbeiten (nach Art und Umfang) von wesentlicher Bedeutung für das vorbestandene Bauwerk (namentlich für dessen Konstruktion oder Bestand) sind<sup>49</sup>.

Bei andern Arbeiten (z.B. bei geringfügigen Reparaturen, Auswechseln von Tapeten, Aufkleben von Spannteppichen) beträgt die Verjährungsfrist nur ein einziges Jahr seit der Abnahme (Art. 371 Abs. 1 OR). In einem älteren (aber unrichtigen) Entscheid hat das Bundesgericht sogar die Mängelhaftung für den Erneuerungsanstrich eines Hauses der einjährigen Verjährungsfrist unterstellt (BGE 93 II 242 ff.).

b. Da die Abgrenzung zwischen "unbeweglichen Bauwerken" und andern Werken (Art. 371 OR) unklar und die einjährige Verjährungsfrist (Art. 371 Abs. 1 OR) für Bauarbeiten ohnehin zu kurz ist, hat die SIA-Norm 118 auf diese Unterscheidung völlig verzichtet. Vom Fall der "absichtlichen Verschweigung" eines Mangels abgesehen, gilt nach Art. 180 der Norm stets eine Verjährungsfrist von fünf Jahren seit der Abnahme. Soweit also die SIA-Norm 118 zur Anwendung kommt, verjährt die Mängelhaftung des Unternehmers in fünf Jahren, gleichgültig, ob er ein "unbewegliches Bauwerk" oder ein anderes Werk im Sinne des Art. 371 OR ausgeführt hat<sup>50</sup>.

c. Von der Mängelhaftung des Unternehmers zu unterscheiden ist die Haftung des Architekten oder Ingenieurs. Sie aber untersteht ebenfalls der Verjährungsbestimmung des Art. 371 Abs. 2 OR. Denn diese Bestimmung erfasst auch Ansprüche "wegen allfälliger Mängel" des unbeweglichen Bauwerkes, die sich gegen den Architekten oder Ingenieur richten, der "zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet" hat. Solche Ansprüche verjähren also (unter Vorbehalt "absichtlich verschwiegener Mängel"<sup>51</sup>) fünf Jahre nach

<sup>48</sup> Zu dieser (schwierigen) Unterscheidung zwischen Nichtvollendung und Mangelhaftigkeit des Werkes siehe GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 981.

<sup>49</sup> Vgl. BGE 93 II 246; GAUCH, der Werkvertrag, Nr. 1609; BECKER, Berner Kommentar, N 7 zu Art. 371 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N 6 zu Art. 371 OR.

<sup>50</sup> Bestätigt durch das Bundesgericht in Praxis 1989, S. 804 = BR 1990, S. 101, Nr. 135.

<sup>51</sup> Hat der Architekt (Ingenieur) einen Mangel "absichtlich verschwiegen", so beträgt die Verjährungsfrist zehn Jahre (vgl. BGE 102 II 418).

der Abnahme des vom Unternehmer hergestellten Werkes<sup>52</sup>. [19] Exakt das gleiche gilt nach Verjährungsordnung der SIA-Ordnung 102 und 103 (Art. 1.8.2).

Wie aber verhält es sich, wenn das vom Unternehmer hergestellte Werk *kein "unbewegliches Bauwerk"* im Sinne des Art. 371 Abs. 2 OR ist? In diesem Fall (den das Gesetz nicht regelt) ist anzunehmen, dass die Haftung des Architekten (Ingenieurs) schon *ein Jahr* seit der Abnahme des betreffenden Werkes verjährt (Art. 371 Abs. 1 OR)<sup>53</sup>, und zwar selbst dann, wenn für die Haftung des Unternehmers (z.B. durch die Übernahme der SIA-Norm 118) eine längere Verjährungsfrist vereinbart wurde. Da die SIA-Ordnungen 102 und 103 nichts anderes vorsehen, besteht diese Rechtslage auch in ihrem Anwendungsbereich, was bedeutet, dass Architekten und Ingenieure nach den erwähnten Ordnungen (verjährungsrechtlich) besser gestellt sind als die Unternehmer nach Art. 180 der SIA-Norm 118.

#### D. Die "Fertigstellungsmängel"

1. In der durchgeführten Umfrage beklagen sich verschiedene Bauherren über **sogenannte "Fertigstellungsmängel"**. "In letzter Zeit", so heisst es etwa, "stellen wir vermehrt fest, dass die Unternehmer ihre Arbeiten nur bis 90% vollenden". Die "Nachbesserung oder Behebung von Fertigstellungsmängeln" sei "sehr mühsam und behindere die Mieter". Es komme zu Streitigkeiten mit den Unternehmern, welche die Vollendung der Arbeiten entweder hinauszögern oder schlicht ablehnen. Wie ist (so wird gefragt) die Rechtslage und wie kann man sich gegen solche Unternehmer wirksam schützen? Zunächst zur Rechtslage:

2. Der Umstand, dass die vom Unternehmer übernommenen Arbeiten nicht vollendet sind, obwohl sie bereits vollendet sein müssten, mag zwar als "Fertigstellungsmangel" bezeichnet werden. **Um einen Werkmangel handelt es sich aber nicht**, weshalb auch die Regeln über die Mängelhaftung des Unternehmers (Art. 367 ff. OR/Art. 165 ff. SIA-Norm 118) keine Anwendung finden.

Doch kann der Bauherr auf Erfüllung des Werkvertrages (durch Vollendung der Arbeiten) klagen, den Erfüllungsanspruch nach Art. 98 Abs. 1 (durch Ersatzvornahme) durchsetzen oder sich nach den Regeln über den Schuldnerverzug (Art. 102 ff. OR) behelfen. Für den aus der Verzögerung entstehenden Schaden ist der Unternehmer nach Massgabe des Art. 103 OR verantwortlich, wenn er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt (Art. 106 Abs. 1 OR).

3. Die Rechtsstellung des Bauherrn ist erheblich besser, wenn für die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit eine **Konventionalstrafe** vereinbart wurde<sup>54</sup>. Die vereinbarte Strafe bietet dem Bauherrn zwar keinen absoluten, aber doch einen "wirksamen" Schutz. Denn:

<sup>52</sup> Sind an der Ausführung eines Gesamtwerkes verschiedene Nebenunternehmer beteiligt, so beginnt die Verjährung gegenüber dem Architekten (Ingenieur) mit der separaten Abnahme jedes Teil-Werkes (hinsichtlich der betreffenden Mängel) zu laufen, also nicht erst mit der Abnahme sämtlicher Teil-Werke (BGE 115 II 456 ff. = BR 1990, S. 98 f., Nr. 128).

<sup>53</sup> GAUCH, der Werkvertrag, Nr. 1673 f.; SCHUMACHER, in: Das Architektenrecht (herausgegeben von GAUCH/TERCIER), Freiburg 1986, S. 167.

<sup>54</sup> Vgl. darüber GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 472 ff. Entgegen einer in der Baubranche verbreiteten "Irrlehre" setzt die gültige Vereinbarung einer solchen Konventionalstrafe keineswegs voraus, dass dem Unternehmer bei vorzeitiger Ablieferung des vollendeten Werkes ein vertraglicher Anspruch auf eine Prämie zusteht (richtig die Formulierung in SIA-Norm 118, Art. 98 Abs. 1).

Bei Nichteinhaltung der Erfüllungszeit<sup>55</sup> kann die Konventionalstrafe (falls der [20] Unternehmer sich nicht zu exkulpieren vermag<sup>56</sup>) nebst der Erfüllung des Vertrages gefordert werden (Art. 160 Abs. 2 OR), und zwar auch dann, wenn dem Bauherrn kein (Verspätungs-) Schaden erwachsen ist (Art. 161 Abs. 1 OR). Übersteigt der erlittene Schaden den Betrag der Strafe, so kann der Bauherr nach der dispositiven Bestimmung des Art. 161 Abs. 2 OR allerdings nur den Mehrbetrag (der die Strafe übersteigt) als Schadenersatz einfordern<sup>57</sup> und trägt diesbezüglich die Beweislast für das Verschulden des Unternehmers<sup>58</sup>. Mangels anderer Vereinbarung verliert jedoch der Bauherr seinen Anspruch auf die Konventionalstrafe, sobald er "die Erfüllung vorbehaltlos annimmt" (Art. 160 Abs. 2 OR).

### E. Der Rücktritt vom Vertrag

1. "Bei Sanierungsbeginn können sich aufgrund exakterer Sondierungen und Aufschlüsse die Grundlagen derart ändern, dass **eine völlig neue Sanierung erforderlich** wird". Dieser Satz aus unserer Umfrage führt zu einer weiteren Streitlage. Der Bauherr bestellt die bereits vergebenen Arbeiten ab, um die "völlig neue Sanierung" ausführen zu lassen. Der (oder die) bisherige(n) Unternehmer verlangt (verlangen) Schadenersatz, was der Bauherr verweigert. Wie ist die Rechtslage?

2. Zur Anwendung kommt **Art. 377 OR**<sup>59</sup>, wonach der Bauherr, der vom Vertrag zurücktritt, die bereits geleistete Arbeit zu vergüten und den Unternehmer schadlos zu halten hat<sup>60</sup>. Diese Schadenersatzpflicht richtet sich auf Ersatz des Erfüllungsinteresses (namentlich auch auf Ersatz des entgangenen Gewinnes); sie setzt kein Verschulden des Bauherrn voraus; und sie besteht, obwohl der Bauherr für die ursprünglich bestellten Arbeiten keine Verwendung mehr hat. Indes ist zu beachten:

Obwohl Art. 377 OR es nicht ausdrücklich sagt, muss der Unternehmer sich auf seinen Schadenersatzanspruch anrechnen lassen, was er durch anderweitige Verwendung seiner freigewordenen Kräfte erwirbt (BGE 34 II 265)<sup>61</sup> oder treuwidrig zu erwerben unterlässt<sup>62</sup>.

55 Wurde nicht etwas anderes vereinbart, so verfällt die Strafe selbst dann, wenn es für den Verzug des Unternehmers an einer allenfalls erforderlichen Mahnung (Art. 102 Abs. 1 OR) fehlt (BECKER, Berner Kommentar, N 19 zu Art. 160 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N 20 zu Vorb. zu Art. 160 – 163 OR).

56 Art. 163 Abs. 2 OR, sinngemäss. Nach SIA-Norm 118, Art. 98 Abs. 2 ist "die Konventionalstrafe nicht geschuldet, wenn der Unternehmer Anspruch auf Fristerstreckung hat".

57 Vgl. auch Art. 98 Abs. 3 der SIA-Norm 118.

58 Zur Herabsetzung einer übermässigen Strafe vgl. Art. 163 Abs. 3 OR.

59 Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 386 ff.; ausführlich: GAUCH, Der Rücktritt des Bestellers vom Werkvertrag - Gedanken zu Art. 377 OR, in: Festschrift Locher, Düsseldorf 1990, S. 35 ff.

60 Ähnlich: Art. 184 der SIA-Norm 118, der sich inhaltlich von Art. 377 OR nur (aber immerhin) dadurch unterscheidet, dass er die Vergütung des Geleisteten (rechnerisch) in die Schadloshaltung einbezieht (Abzugs- statt Additionsmethode).

61 Das ergibt sich schon aus dem Grundsatz der Vorteilsausgleichung. Vorausgesetzt ist allerdings, dass dem Unternehmer der anderweitige Erwerb gerade und nur wegen des vom Bauherrn erklärten Rücktritts möglich wird. Ein Erwerb, der dem Unternehmer auch ohne Rücktritt möglich gewesen wäre, kommt nicht in Abzug.

62 Der treuwidrig unterlassene Erwerb rechtfertigt eine Reduktion des Schadenersatzanspruchs, weil der Unternehmer nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) verpflichtet ist, die zumutbaren Massnahmen zur Verringerung seines Schadens zu ergreifen. Verletzt der Unternehmer diese Obliegenheit zur Schadensminderung, so kann der Richter die Schadenersatzpflicht des Bauherrn in sinngemässer Anwendung des Art. 44 Abs. 1 OR ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden. Dass der Unternehmer sich geradezu

Das ist namentlich auch dann von Bedeutung, wenn der Bauherr einem bisherigen [21] Unternehmer die Übernahme von neuen Arbeiten (für das neue Sanierungsprojekt) anbietet.

**3. Das Gesagte bedarf einer Präzisierung** in dreifacher Hinsicht:

- a. Vom Rücktritt nach Art. 377 OR zu unterscheiden ist der blosse "Teilrücktritt", womit der Bauherr auf einen abtrennbaren Teil der noch nicht ausgeführten Arbeiten (nicht auf die gesamte Restarbeit eines bestimmten Unternehmers) verzichtet. In sinngemässer Anwendung des Art. 377 OR ist der Bauherr zu einem solchen "Teilrücktritt" zwar berechtigt, jedoch nur "gegen volle Schadloshaltung" des betreffenden Unternehmers.<sup>63</sup>
- b. Die Schadenersatzpflicht des Art. 377 OR kann vertraglich ausgeschlossen sein. Bei Anwendung der SIA-Norm 118 trifft dies insoweit zu, als der Verzicht auf die Ausführung einzelner Arbeiten eine Beststellungsänderung darstellt, die der Bauherr nach Art. 84 der Norm verlangen kann (vgl. aber Art. 87 Abs. 4, 88 Abs. 2 und 81 Abs. 3).
- c. Art. 377 OR bleibt aus dem Spiel, wenn die mit dem Unternehmer vereinbarte Arbeit von vorneherein (objektiv) unmöglich war oder im nachhinein (nach Vertragsabschluss) unmöglich geworden ist<sup>64</sup>.
  - Im ersten Fall ist der abgeschlossene Vertrag nach Art. 20 OR nichtig. Alsdann trifft den Bauherrn eine Schadenersatzpflicht unter den Voraussetzungen und nach Massgabe der "Culpa in contrahendo" ("Verschulden bei Vertragsabschluss"); diese Pflicht richtet sich auf Ersatz des negativen Interesses.
  - Im zweiten Fall beurteilt sich die Rechtslage nach Art. 378 OR<sup>65</sup>, wenn die Ausführung der Arbeit durch einen beim Bauherrn eingetretenen Zufall oder aus Verschulden des Bauherrn unmöglich geworden ist<sup>66</sup>. Der Unternehmer hat Anspruch auf Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und kann bei Verschulden des Bauherrn überdies Schadenersatz (gleich wie nach Art. 377 OR) verlangen. Ein "Verschulden" in diesem Sinne liegt z.B. dann vor, wenn der Bauherr sein Haus noch vor der Ausführung der vereinbarten Renovationsarbeiten abbrechen lässt.

### III. Die Vertragsgestaltung – Aus der Sicht des Bauherrn

#### A. Die Ausgestaltung der Werkverträge

[22] Wer Sanierungen oder Umbauten durchführen lässt, kann sich manchen Ärger ersparen, wenn er auf eine sorgfältige Ausgestaltung der Verträge achtet. Das gilt für sämtliche Verträge, namentlich auch für die Bauwerkverträge. Zu überlegen sind viele Punkte, insbesondere die Folgenden:

---

"böswillig" verhalten hat (etwa mit dem "bösen Willen", den Bauherrn zu schädigen), ist nicht vorausgesetzt.

<sup>63</sup> Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 415.

<sup>64</sup> Zur Rechtslage, die dann besteht, wenn eine erforderliche Baubewilligung nicht erteilt wird, vgl. GAUCH, der Werkvertrag, Nr. 290 ff. (mit zahlreichen Differenzierungen).

<sup>65</sup> Im einzelnen: GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 502 ff.

<sup>66</sup> Art. 378 OR wurde (zwar nicht wortgetreu, aber sinntensprechend) auch in Art. 185 der SIA-Norm 118 übernommen.

**1. Die Wahl der richtigen Unternehmerform.** Je nach den konkreten Umständen kann der Beizug eines Totalunternehmers, eines Generalunternehmers oder das Bauen mit verschiedenen Einzelunternehmern das "Richtige" sein.

Der Generalunternehmer erspart, wenn es zu Schwierigkeiten kommt, die Auseinandersetzung mit verschiedenen Unternehmern, welche sich gegenseitig die "Verantwortung" zuweisen. Der Totalunternehmer ist zugleich verantwortlich für das Projekt, weshalb er allfällige "Planungsfehler" nicht auf den Bauherrn abwälzen kann, der sonst das Verhalten seines Architekten/Ingenieurs in sinngemässer Anwendung des Art. 101 OR zu vertreten hat.

**2. Die Ausschreibung der Arbeiten.** Da es gerade bei Sanierungen und Umbauten erheblich auf die praktische Erfahrung der (oft spezialisierten) Unternehmer ankommt, ist es für den Bauherrn nur vorteilhaft, wenn die Submittenten berechtigt sind, *Unternehmervarianten* einzureichen. Wird eine angebotene Variante berücksichtigt, so hat dies ausserdem zur Folge, dass der berücksichtigte Unternehmer auch für solche Mängel haftet, die sich aus seiner Variante ergeben.

Für komplexe und technisch anspruchsvolle Sanierungs- oder Umbauarbeiten kann es sich sogar empfehlen, die *Konkurrenz der Unternehmer schon in die Planungsphase vorzuverlegen*. Auf diese Weise kommt es zu einem "Ideenwettbewerb" der Unternehmer, die ihr Know-how frühzeitig einbringen, was sich im Regelfall nur positiv auf die Qualität und die Wirtschaftlichkeit der Arbeiten auswirkt. Ein entsprechendes Ausschreibungsmodell haben z.B. die SBB entwickelt und vereinzelt erprobt<sup>67</sup>; in der Baubranche ist es unter der Bezeichnung "Modell C" bekanntgeworden<sup>68</sup>. Ein anderes Modell wurde vom Verband Schweizerischer Generalunternehmer (VSGU) entwickelt; deren "Richtlinien für die Durchführung von Totalunternehmer-Submissionswettbewerben" bezwecken explizit, die Unternehmer frühzeitig in den Planungsprozess einzubinden.

**3. [23] Die Umschreibung der Bauaufgabe.** Die vom Unternehmer erwarteten Leistungen sind exakt zu bestimmen. Bei Sanierungsarbeiten ist insbesondere auch zu vereinbaren, welche Bestandteile (Flächen) des Bauwerkes instandzustellen sind und ob es zur Aufgabe des Unternehmers gehört, das Bauwerk auf schadhafte Stellen hin zu untersuchen.

**4. Die Koordinierung verschiedener Werkverträge.** Überträgt der Bauherr die Sanierungs- oder Umbauarbeiten verschiedenen Einzelunternehmern, so gilt es bereits bei der Ausgestaltung der einzelnen Werkverträge darauf zu achten, dass die Arbeiten der Nebenunternehmer zweckmässig miteinander koordiniert sind (vgl. SIA-Norm 118, Art. 30 Abs. 2). Wichtig sind diesbezüglich die vereinbarten Ausführungsfristen. Kommt die SIA-Norm 118 zur Anwendung, so ist in der Vertragsurkunde zu vereinbaren, dass auch die Angaben, die das Bauprogramm des Unternehmers (Art. 93) enthält<sup>69</sup>, verbindlich sind. Andernfalls kann der Bauherr aus diesen Angaben keine Rechte ableiten (Art. 93 Abs. 2).

<sup>67</sup> Vgl. NZZ vom 14. 11. 1987: "Neue Wege in der Vergabe von Bauaufträgen".

<sup>68</sup> Nach diesem Modell verläuft die Ausschreibung über zwei Stufen: a. Auf der ersten Stufe erhalten die eingeladenen Unternehmer einen Baubeschrieb (Bearbeitungsstand eines Vorprojektes). Gestützt darauf erarbeiten sie ihre Projektvorschläge mit Angabe von Kostenlimiten. b. Auf der zweiten Stufe werden die besten Projektvorschläge weiterbearbeitet. Die ausgewählten Unternehmer bringen ihre Vorschläge auf den Stand eines Submissionsprojektes, erarbeiten ein Leistungsverzeichnis und offerieren die Bauausführung mit den zugehörigen Preisen.

<sup>69</sup> Sie betreffen: a. den zeitlichen Fortschritt der Arbeiten innerhalb der vertraglichen Fristen; b. die für einzelne Arbeitsperioden vorgesehene Zahl der eingesetzten Arbeitnehmer; c. den vorgesehenen Einsatz der hauptsächlichsten Geräte.

**5. Die Vergütung des Unternehmers.** Die Frage, was für eine Vergütungsabrede zu treffen ist, gehört gewiss zu den zentralen Punkten, die der Bauherr sich zu überlegen hat.

- a. Vereinbarte Pauschalpreise ohne Teuerungszuschläge bieten dem Bauherrn zwar die grösste Sicherheit gegen unerwartete Mehrkosten des Unternehmers<sup>70</sup>. Doch muss im Vertrag klar festgelegt werden, welche Leistungen zu welchem Pauschalpreis geschuldet sind, damit später kein Streit um behauptete "Zusatzleistungen" entsteht. Ausserdem ist beizufügen:

Bei Sanierungen und Umbauten kann die Vereinbarung von Pauschalpreisen schon daran scheitern, dass der Leistungsumfang sich im voraus nur ungenau abschätzen lässt. Überdies sind die erwähnten Pauschalpreise für den Bauherrn nicht unbedingt die "günstigsten" Preise<sup>71</sup>.

- b. Je nach den konkreten Verhältnissen ist daher die Vereinbarung von Global-<sup>72</sup> oder Einheitspreisen, ja sogar eine Vergütung nach Aufwand<sup>73</sup> (oder eine Kombination verschiedener Preise) angezeigt. Typisch für die Sanierungs- und Umbaupraxis sind etwa die folgenden Preisabreden:

- Vergütung *nach Aufwand oder zu Einheitspreisen*, aber gestützt auf einen unverbindlichen Kostenvoranschlag für die Gesamtleistung. Davon war bereits die Rede.
- [24] Vergütung *nach Aufwand, aber mit einem "festen Kostendach"*. Das feste Kostendach ist (nach geläufigem Verständnis) ein vereinbarter Maximalpreis, den der Bauherr für die Ausführung der gesamten Arbeit schuldet. Dieser Maximalpreis kann zwar unterschritten werden. Eine Mehrforderung aber, die über den Maximalpreis hinausgeht, steht dem Unternehmer (unter Vorbehalt des Art. 373 Abs. 2 OR) nicht zu. Dadurch unterscheidet sich das "feste Kostendach" vom unverbindlichen Kostenvoranschlag. In der Umgangssprache der Praxis wird bisweilen aber auch dieser (unverbindliche) Kostenvoranschlag als "Kostendach" bezeichnet, was Anlass zu spätem Streitigkeiten bilden kann.
- Feste Preise kombiniert mit Regie. Ein Teil der Arbeit wird nach festen Preisen (Pauschal-, Global- oder Einheitspreisen) abgerechnet, der Rest nach Aufwand vergütet. Dieser Restvergütung kann wiederum ein unverbindlicher Kostenvoranschlag zugrundeliegen; oder es kann für sie ein "festes Kostendach" vereinbart sein.

<sup>70</sup> Vorbehalten bleiben Art. 373 Abs. 2 OR und Art. 58 ff. der SIA-Norm 118.

<sup>71</sup> Jedenfalls besteht die Gefahr, dass "der seriöse Anbieter .... im Interesse einer soliden Ausführung entsprechend vorsichtig" kalkuliert, während "der Billiganbieter ... dem Druck zu einer Minimalausführung" unterliegt (JÄGER, Ausschreibung und Kalkulation einer Betonsanierung, applica, 25. Mai 1990, Nr. 10, S. 10).

<sup>72</sup> Nach der SIA-Norm 118 unterscheiden sich die Globalpreise von den Pauschalpreisen dadurch, dass sie der Teuerungsabrechnung unterliegen (vgl. Art. 40 Abs. 3 der Norm).

<sup>73</sup> Besteht zwischen Bauherrn und Unternehmer ein Vertrauensverhältnis, so werden Betonsanierungen "meist nach Aufwand verrechnet. Dies ist bei dem im voraus nicht genau abzuschätzenden Umfang der Arbeiten für beide Seiten ein ehrlicher Weg" (JÄGER, a.a.O., S. 10).

## B. Die "Garantien" der Unternehmer

Viele Unternehmer der Sanierungs- und Umbaubranche werben mit "Garantien", die sie dem Bauherrn "offerieren". Diesbezüglich ist es in jedem Falle angezeigt, den **Sinn der angebotenen Garantie** noch vor Vertragsabschluss zu hinterfragen. Angeboten werden etwa:

**1. "Garantierte Preise".** Mit dieser "Garantie" erklärt der Unternehmer sich im Regelfall bereit, die Arbeiten zu festen Preisen (und ohne Teuerungszuschläge) auszuführen. Ob er aber auch auf eine Mehrvergütung im Rahmen des Art. 373 Abs. 2 OR verzichtet, ist durch Auslegung seiner "Preisgarantie" zu ermitteln. Die Verwendung des Wortes "Garantie" dürfte es rechtfertigen, die Frage im Zweifel zu bejahen.

**2. "Garantierte Termine".** Damit verspricht der Unternehmer, dass er sich an die vereinbarten Ausführungsfristen halte. Das aber ist nichts Besonderes, da der Unternehmer zur Einhaltung der vertraglich festgelegten Fristen ohnehin verpflichtet ist.

**3. "Garantierte Mängelfreiheit".** Damit verspricht der Unternehmer, dass er die vereinbarten Arbeiten mängelfrei ausführen werde. Aber auch das ist nichts Besonderes. Denn zur Herstellung und Ablieferung eines mängelfreien Werkes ist der Unternehmer schon von Gesetzes wegen verpflichtet. Dazu kommt ein weiteres:

Bisweilen sind die einschlägigen "Garantieklauseln" sogar so formuliert, dass sie die Mängelhaftung des Unternehmers in Wirklichkeit einschränken. Zum Beispiel wird das Minderungs- und Wandelungsrecht des Bauherrn ausgeschlossen, das Schadenersatzrecht (Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens) beschränkt oder die Verjährung der Haftung (für alle oder für bestimmte Mängel) auf zwei Jahre verkürzt. Gerade bei "Garantiebestimmungen", die sich auf die Mängelhaftung beziehen, lohnt sich ein sorgfältiges Studium des vom Unternehmer vorgeschlagenen Textes, weil Haftungsbeschränkungen häufig in die Form einer positiven Aussage gekleidet werden.

**4. "Systemgarantie".** Das Wort hat in der Praxis eine mehrfach verschiedene Bedeutung, vor allem aber die Folgende: Der Unternehmer versichert dem Bauherrn, dass bestimmte Bauleistungen oder Baustoffe, die er ausführt oder verwendet, mit bestimmten andern Sachen (z.B. mit andern Baustoffen, mit vorbestandene Bauteilen oder mit bestimmten [25] Anschlussarbeiten von Nebenunternehmern) einwandfrei (technisch und funktional) zusammenpassen. Wird diese Zusicherung nicht erfüllt, so fehlt dem Werk des Unternehmers eine zugesicherte Eigenschaft, wofür der Unternehmer nach den Regeln über die Mängelhaftung einzustehen hat. Doch kann das Werk auch ohne die erwähnte Zusicherung mangelhaft sein, wenn die vorausgesetzte Gebrauchstauglichkeit vermindert oder aufgehoben ist.

**5. "Haltbarkeitsgarantie"** (auch "Zuverlässigkeitsgarantie"). Sie besteht darin, dass der Unternehmer dem Bauherrn eine bestimmte Werkeigenschaft für eine bestimmte Zeit (z.B. "Wasserundurchlässigkeit für zehn Jahre" oder "einwandfreies Funktionieren der Heizanlage für fünf Jahre") zusichert. Mit dieser Zusicherung verspricht der Unternehmer ein Werk von solcher Beschaffenheit, dass es während der angegebenen Zeit die "garantierte" Eigenschaft aufweisen und behalten wird.

Liegt die "garantierte" Zeit unter der Normalzeit, so ist die "Haltbarkeitsgarantie" in Wirklichkeit eine Haftungsbeschränkung. Übersteigt sie die gesetzliche Verjährungsfrist (Art. 371 OR), so verlängert sich mit ihr auch die Verjährung für die Mängelhaftung, sofern nicht etwas anderes (z.B. Verjährungsbeginn im Zeitpunkt der Mängelentdeckung) vereinbart ist.

**6. "Erfolgsgarantie".** Sie ist im Regelfall nichts anderes als die (bereits erwähnte) "Garantie der Mängelfreiheit".

Möglich (jedoch selten) ist aber auch, dass der Unternehmer einen Erfolg (z.B. Vermietbarkeit der renovierten Wohnungen, Umsatzsteigerung etc.) verspricht, der über die vertragsgemässe Beschaffenheit des Werkes hinausgeht. Alsdann liegt ein "selbständiges Erfolgsversprechen" vor, was bedeutet, dass der Unternehmer zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet wird, wenn der betreffende Erfolg ausbleibt. Diese Ersatzpflicht untersteht nicht den Regeln über die Mängelhaftung, auch nicht der Verjährungsbestimmung des Art. 371 OR.<sup>74</sup>

### C. Die vorformulierten Vertragstexte

1. Wichtig ist schliesslich auch, dass vorformulierte Vertragstexte **nicht unbesehen** in den Vertrag übernommen werden. Die meisten Formulartexte sind auf die spezifischen Erfordernisse der konkreten Sanierungs- und Umbauarbeiten nicht zugeschnitten, weshalb sie durch entsprechende Vereinbarungen "ergänzt", "verdeutlicht" oder "modifiziert" werden müssen. Das gilt auch für die SIA-Norm 118 und die Honorarordnungen des SIA.

2. Unter dem Titel "Bauvertrag" (1990) hat nun zwar der **Schweizerische Hauseigentümerverband** ein Vertragsformular herausgegeben, das sich nach dem Wortlaut der zugehörigen Wegleitung "im besondern für Renovationen, Umbauten und Anbauten, nicht aber für die vollumfängliche Erstellung von Neubauten" eignet. Worin diese "besondere Eignung" besteht, ist bei Durchsicht der vorformulierten Vertragsbestimmungen aber nur schwer zu erkennen. Vielmehr beschränkt sich das "Besondere" des Vertragsformulars auf die folgenden Punkte:

- a. [26] Die vorformulierten Vertragsbestimmungen sind so knapp, dass sie auf einer einzigen Seite Platz haben. Diese Knappheit erstaunt. Denn die Annahme, für "Renovationen, Umbauten und Anbauten" genüge (im Unterschied zur "vollumfänglichen Erstellung von Neubauten") eine nur minimale Regelung, ist mit Gewissheit praxisfremd. Zahlreiche Einzelfragen, die etwa die SIA-Norm 118 (auch im Interesse des Bauherrn) ordnet, bleiben im Vertragsformular des Hauseigentümerverbandes unregelt.
- b. Das Vertragsformular sieht die Vereinbarung eines Pauschalpreises (und nur eines einzigen Pauschalpreises) vor. Das aber wird der Vielfalt der Verhältnisse keineswegs gerecht. Wie bereits gesagt, kann es auch bei "Renovationen, Umbauten und Anbauten" durchaus angezeigt (ja erforderlich) sein, eine andere Vergütungsart zu wählen.
- c. Nach dem Vertragsformular hat der Bauherr dem Unternehmer eine Anzahlung zu leisten. Doch ist das von der SIA-Norm 118 vorgesehene System der reinen Abschlagszahlungen auch bei "Renovationen, Umbauten und Anbauten" die für den Bauherrn günstigere Art der Teilzahlung. Die zugehörige Wegleitung weist zwar auf die Möglichkeit zusätzlicher Abschlagszahlungen hin, ohne dass sich im Vertragsformular aber eine vorformulierte Abschlagsregelung findet.

---

<sup>74</sup> Zum Ganzen: GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 940 ff.

- d. Die Verjährungsfrist für die Mängelhaftung aus verdeckten Mängeln<sup>75</sup> beträgt zehn, nicht fünf Jahre (Art. 371 OR/SIA-Norm 118, Art. 180). Die Frage aber, ob die Verjährung der Mängelhaftung vertraglich verlängert werden soll, stellt sich ganz generell für alle Bauwerke (auch für die "vollumfängliche Erstellung von Neubauten"), nicht nur für "Renovationen, Umbauten und Anbauten".
- e. Nach der zugehörigen Wegleitung überträgt der Bauherr "mit Vorteil sämtliche für die Ausführung des Bauvorhabens erforderlichen Arbeiten und Leistungen einem einzigen Unternehmer". Ob für den Bauherrn die Wahl eines einzigen Unternehmers (General- oder Totalunternehmers) aber tatsächlich "von Vorteil" ist, beurteilt sich (wie gesagt) nach den Umständen des Einzelfalles. Auch diesbezüglich verhält es sich bei "Renovationen, Umbauten und Anbauten" nicht anders als bei der "vollumfänglichen Erstellung von Neubauten".

#### IV. Sonderfragen

[27] Abschliessend möchte ich einige Sonderfragen aufgreifen, die das Gesagte ergänzen. Gegenstand dieser Fragen sind:

**1. Die Begleitschäden.** Es handelt sich um Schäden, die der Unternehmer (oder ein Erfüllungsgehilfe des Unternehmers) *anlässlich* seiner Sanierungs- oder Umbauarbeiten anrichtet (die also nicht die Folge eines Werkmangels sind). Durch unsorgfältige Verrichtung der Arbeiten werden z.B. Computer-Anlagen des Bauherrn beeinträchtigt, Fensterscheiben zerkratzt (vgl. BGE 89 II 237), Ablaufrohre mit Zementmörtel verstopft (vgl. BGE 93 II 321), Mauerwerke beschädigt usw.

Für solche Schäden hat der Unternehmer unter den Voraussetzungen und nach Massgabe der Art. 97 (101) und 364 Abs. 1 OR einzustehen. Die Regeln über die Mängelhaftung finden also keine Anwendung, weshalb auch das Schadenersatzrecht des Bauherrn auf "ordentliche" Weise (Art. 127 ff. OR) verjährt (BGE 113 II 267).

**2. Die "Überforderung" der Baubeteiligten.** Sanierungen und Umbauten sind Aufgaben, welche die beteiligten Unternehmer oder Architekten (Ingenieure) bisweilen (namentlich bei Betonsanierungen) überfordern. "Know-how-Defizite ... in der Planung und Ausführung" bilden merkbare "Hemmnisse für eine effiziente und zukunftsorientierte Bauerneuerung"<sup>76</sup>. Die "gegenüber den Neubauten recht unterschiedlichen Aspekte der Bauerneuerung" werden schon in der Ausbildung der Baufachleute vernachlässigt<sup>77</sup>. Und in der Praxis gibt es viele Firmen, die erst kürzlich damit begonnen haben, sich auf das "Sanierungs- und Umbaugeschäft" einzustellen. Das alles mag verständlich sein, wenn man bedenkt, wie sehr sich das Baugeschehen bis anhin auf die Neuerrichtung von Bauten konzentrierte. Trotzdem bleibt aber zu beachten:

Fehlende Kenntnisse und Erfahrungen sind kein Grund, der die beteiligten Bauleute von ihrer Haftung befreit. Wer eine Arbeit übernimmt, ohne über die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen zu verfügen, handelt sogar schuldhaft<sup>78</sup>. Und was die Mängelhaftung des

<sup>75</sup> Mängel, die erst nach Ablauf der zweijährigen Garantiefrist entdeckt werden.

<sup>76</sup> WÜEST, zit. in Anm. 1, S. 1.

<sup>77</sup> LANG, Bauerneuerung als Aufgabe der 90er Jahre, Schweizer Ingenieur und Architekt, 10. Januar 1991, S. 2.

<sup>78</sup> Vgl. SCHUMACHER, zit. in Anm. 2, S. 15.

Unternehmers betrifft, so setzt sie überhaupt kein Verschulden voraus, soweit es "nur" um die Wandelung, Minderung oder Nachbesserung geht.

Eine andere Frage ist, ob den Bauherrn ein Mitverschulden trifft, wenn er um die Unfähigkeit des beauftragten Unternehmers, Architekten oder Ingenieurs wusste oder wissen musste, weil sie offensichtlich war. Diese Frage ist zu bejahen, was im Einzelfall zu einer Reduktion der Haftung nach Massgabe der Art. 44 Abs. 1/99 Abs. 3 OR führen kann. Ein Mitverschulden liegt aber nicht schon deshalb vor, weil der Bauherr es unterlassen hat, sich über Eigenschaften und Fähigkeiten der Bauleute zu erkundigen, bevor er ihnen den Auftrag erteilte.<sup>79</sup>

**3. Die Aufklärung des Bauherrn.** Der Einbau neuer Materialien in alte Gebäude kann zur Folge haben, dass zur Vermeidung von späteren Schäden (etwa von Korrosionsschäden) bestimmte Kontroll- und Reinigungsarbeiten erforderlich werden, die bis anhin nicht vonnöten waren. Zu den Sorgfaltspflichten des Unternehmers und des Architekten [28] (Ingenieurs) gehört es, den Bauherrn über die erforderliche Pflege (Kontrollmassnahmen, Kontrollzyklen und Reinigungsarbeiten) aufzuklären, soweit nicht erwartet werden kann, dass der betreffende Bauherr darüber Bescheid weiss.

Die Verletzung dieser Aufklärungspflicht ist eine Vertragsverletzung, die (bei gegebenen Voraussetzungen) eine Schadenersatzpflicht auslöst<sup>80</sup>. Mit der Mängelhaftung hat dies aber nichts zu tun, weshalb auch das Schadenersatzrecht des Bauherrn auf "ordentliche" Weise (Art. 127 ff. OR) verjährt.

**4. Der Beizug eines Gutachters.** Bevor der Bauherr mit der Sanierung eines Bauwerkes beginnt, bestellt er häufig eine Expertise über den "Ist-Zustand" des Bauwerkes<sup>81</sup>. Das Gutachten des beigezogenen Sachverständigen (das z.B. eine Analyse der Bausubstanz enthält) ist fehlerhaft, soweit es (im Rahmen des erteilten Gutachterauftrages) den Zustand des untersuchten Bauwerkes nicht zutreffend (sondern falsch, ungenau oder unvollständig) wiedergibt. Dafür haftet der Gutachter nach den werkvertragsrechtlichen Regeln über die Mängelhaftung (Art. 367 ff. OR), wenn man das Werkvertragsrecht zur Anwendung bringt. Für einen Mangelfolgeschaden, der aus dem Fehler entsteht, haftet er aber nur bei Verschulden (Art. 368 OR). Das trifft z.B. dann zu, wenn der Misserfolg einer Sanierung auf einem Mangel des Gutachtens (z.B. einer unzutreffenden Bewertung der Bausubstanz) beruht.

Wurde der Gutachter beauftragt, zugleich auch Vorschläge für eine mögliche Sanierung auszuarbeiten, so liegt kein reiner Gutachtervertrag mehr vor<sup>82</sup>. Die ausgearbeiteten Vorschläge haben die Bedeutung eines Ratschlages, für deren Richtigkeit der Gutachter nach den Regeln des Auftragsrechtes einstehen muss. Bei gegebenem Verschulden hat er den Schaden zu ersetzen, den der Bauherr deshalb erleidet, weil er auf die Richtigkeit der Auskunft vertraute.

**5. Die Sanierung von Altlasten.** Sie richtet sich auf die Behebung von Bodenverunreinigungen und ist somit eine Aufgabe, die den hier besprochenen Bereich der Bauerneuerung durchbricht. Mit dieser Aufgabe wird in mannigfacher Hinsicht Neuland betreten. Erfassung der Altlasten, Gefährdungsabschätzung, Behebung und Flächenrecycling verlangen in erheblichem Umfang nach interdisziplinärer Zusammenarbeit. Zu beantworten und zu lösen

<sup>79</sup> Zum Ganzen vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1472.

<sup>80</sup> Zur Haftung des Unternehmers vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1314; SCHUMACHER, zit. in Anm. 2, S. 18; BGE 94 II 160 (Aufklärungspflicht des Unternehmers über das für eine installierte Zentralheizung zu verwendende Wasser).

<sup>81</sup> Vgl. darüber SCHUMACHER, zit. in Anm. 2, S. 14 f.

<sup>82</sup> Vgl. MOTZKE, zit. in Anm. 2, S. 266.

sind auch rechtliche Probleme, die das öffentliche und das private Recht beschlagen. Der Problemkreis ist so umfangreich, dass er an einer späteren Baurechtstagung separat behandelt werden muss.

Korr.: sf 5.7.2007