

GEDÄCHTNISSCHRIFT PETER JÄGGI

Dr. iur., Dr. oec. h. c.,
Professor an der Universität Freiburg Schweiz

Herausgegeben
von den Professoren BERNHARD SCHNYDER und PETER GAUCH

im Auftrag der
Rechts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät
der Universität Freiburg Schweiz

1977

UNIVERSITÄTSVERLAG FREIBURG SCHWEIZ

VON DER REVIDIERTEN SIA-NORM 118

«Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten»
Ausgabe 1977

PETER GAUCH

Literatur: GAUCH, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Auflage, Zürich 1977; GAUTSCHI, Berner Kommentar zum Werkvertrag (Art. 363–379 OR), Bern 1967; JÄGGI, unveröffentlichtes Rechtsgutachten vom 10. Januar 1974, erstattet dem Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Verein, betreffend die Norm Nr. 118 (Revisionsentwurf vom Februar 1973), zitiert: Gutachten; MERZ, Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen, in Festgabe Schönenberger, Freiburg 1968, S. 137 ff.; NORDMANN, Le contrat d'adhésion, Diss. Lausanne 1974; SCHÖNENBERGER / JÄGGI, Zürcher Kommentar zu Art. 1–17 OR, Zürich 1973.

Peter Jäggi war Forscher und Lehrer. Aber nicht nur das. Er war in hervorragender Weise auch Praktiker. In unzähligen Gutachten und auch sonstwie setzte er sich immer wieder mit praktischen Fragen des juristischen Alltags auseinander. So befaßte er sich auch mit der Revision der SIA-Norm 118:

Peter Jäggi schrieb ein Gutachten zum ersten Revisionsentwurf (vom Februar 1973) und wurde in der Folge als Berater für die Fortsetzung der Revisionsarbeiten beigezogen. Ich selber hatte das Glück, mich mit Peter Jäggi in diese Beratertätigkeit teilen zu dürfen. Es war die letzte Arbeit, die wir gemeinsam besorgten. In Erinnerung daran schreibe ich meinen Beitrag über die revidierte SIA-Norm 118.

Den Beitrag gliedere ich in drei Teile. Im ersten Teil spreche ich von der Revision als solcher. Im zweiten Teil befaße ich mich mit dem Inhalt der revidierten Norm. Und im dritten Teil handle ich von der Verbindlichkeit der Norm und ihrer Auslegung. Der zweite Teil bildet den Hauptteil des Beitrages.

I. Die Revision

Der Schweizerische Ingenieur- und Architekten-Verein (SIA) hat auf den 1. Januar 1977 die revidierte SIA-Norm 118¹, «Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten» (Ausgabe 1977), herausgegeben. Diese revidierte Norm ersetzt die Ausgabe von 1962. Sie ist das Ergebnis umfangreicher Revisionsarbeiten, die sich durch folgende Merkmale auszeichneten:

1. Die Revisionsarbeiten haben außerordentlich lange gedauert. Bereits im Dezember 1967 wurde vom SIA eine *Revisionskommission* eingesetzt. Die Kommission bestand aus über zwanzig Mitgliedern². Nach mehrjähriger Arbeit legte sie im Februar 1973 den ersten Revisionsentwurf vor.

Der Revisionsentwurf wurde in der Schweizerischen Bauzeitung (91, 1973, Heft 3) publiziert. Der Publikation folgten, in einem ordentlichen Vernehmlassungsverfahren des SIA³, zahlreiche Abänderungsanträge von behördlichen Stellen, Berufsverbänden und Mitgliedern des Vereins. Die Anträge betrafen bald die Form, bald den Inhalt des Entwurfes. Sie veranlaßten den SIA, Peter Jäggi mit dem genannten Gutachten zu betrauen.

¹ Die vom SIA neuerdings verwendete Schreibweise lautet: «Norm S.I.A. 118» (vgl. S. 1 der Norm). Ich verwende diese Schreibweise nicht, weil die bisherige («SIA-Norm 118») sich eingebürgert hat und praktischer ist.

² Im Anhang zur Norm (auf Seite 70) sind die Mitglieder namentlich aufgeführt.

³ Das Vernehmlassungsverfahren ist geordnet im SIA-Reglement «für die Aufstellung und Genehmigung der SIA-Ordnungen, Normen, Richtlinien und Empfehlungen» (1971). Danach bringt das Generalsekretariat des SIA den ersten Entwurf einer (neuen oder revidierten) Norm «den interessierten Behörden und Berufsverbänden sowie den Delegierten und den Mitgliedern der Sektionsvorstände ... zur Kenntnis und erläßt eine Bekanntgabe an alle Vereinsmitglieder zum kostenlosen Bezug des Entwurfes. Es setzt eine Frist zur Einreichung von Abänderungsanträgen fest» (Art. 5.1).

Abänderungsanträge und Gutachten zeigten, daß der Revisionsentwurf einer weitem Bearbeitung bedurfte. Die Revisionskommission übertrug die Aufgabe einer kleinen Arbeitsgruppe, die schon bald, im Herbst 1974, einen vollständig überarbeiteten Entwurf vorlegen konnte. An der Freiburger Baurechtstagung vom Frühjahr 1975⁴ wurde dieser zweite Revisionsentwurf der Öffentlichkeit vorgestellt.

Auch der zweite Entwurf blieb nicht unangefochten. Zahlreiche Antragsteller, die eine Änderung des ersten Entwurfes verlangt hatten, erklärten sich in einem «Rekursverfahren» des SIA⁵ als unbefriedigt. Zur Erledigung dieser «Rekurse»⁵ setzte der SIA eine neue Kommission, die *Rekurskommission*, ein.

Die Rekurskommission brachte am zweiten Entwurf verschiedene Änderungen an und schloß ihre Arbeit mit einem dritten Revisionsentwurf ab. Dieser dritte Entwurf wurde von der Delegiertenversammlung des SIA am 26. Juni 1976 einstimmig genehmigt. Damit lag der Text der revidierten SIA-Norm 118 vor, fast neun Jahre, nachdem die Revisionsarbeiten begonnen hatten.

2. Die Revisionsarbeiten wurden zwar vom Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Verein an die Hand genommen, jedoch unter *Mitwirkung von maßgebenden Unternehmerverbänden und von Vertretern der öffentlichen Baubehörden* (des Bundes und der Kantone) durchgeführt (vgl. die Präambel der Norm).

So beteiligten sich an den Arbeiten: der Gewerbe- und der Baumeisterverband, die Schweizerische Zentralstelle für Stahlbau und die Vereinigung Schweizerischer Straßenfachleute. Von öffentlicher Seite waren vertreten: Das Eidg. Amt für Straßen- und Flußbau, die Direktion der eidg. Bauten, die Schweizerischen Bundesbahnen, die Schweizerische Baudirektorenkonferenz und der Schweizerische Städteverband.

⁴ Die Tagung wurde an der Universität Freiburg durchgeführt, in Zusammenarbeit zwischen Rechtswissenschaftlicher Fakultät und SIA. Peter Jäggi war damals bereits schwer krank und konnte den von ihm vorgesehenen Vortrag über die revidierte SIA-Norm 118 nicht halten.

⁵ Nach Art. 5.3 des einschlägigen SIA-Reglementes (Anm. 3) ist «jeder Antragsteller ... berechtigt, bei Ablehnung seines Antrages ... innerhalb der mitgeteilten Frist Rekurs zu erheben».

Die Mitwirkung von Verbänden und öffentlichen Stellen vollzog sich in den Kommissionen. Hier saßen sich «Unternehmer» und «Bauherren» gegenüber. So verhielt es sich insbesondere auch in der Rekurskommission, die den Text der Norm endgültig bereinigte. Ihr gehörten an: drei Vertreter des SIA, drei Vertreter der Unternehmerverbände, zwei Vertreter der kantonalen Bauherrschaften und der Direktor der eidgenössischen Bauten ⁶.

3. Sowohl die Revisions- als auch die Rekurskommission setzte sich zur Hauptsache aus *Baupraktikern* zusammen, welche die bisherige SIA-Norm 118 (mit Vorzügen und Mängeln) aus der täglichen Berufsarbeit kannten. Von ihnen waren nur wenige Juristen.

Diese Praktiker sammelten über Jahre hinweg, in unzähligen Sitzungen, einen großen Erfahrungsstoff, der schließlich zur revidierten SIA-Norm 118 verarbeitet wurde. Die revidierte Norm ist somit in wesentlichen Teilen das Ergebnis praktischer Erfahrung.

4. Die Revisionsentwürfe wurden in deutscher *Sprache* abgefaßt, jedoch ins Französische übertragen. Die revidierte Norm ist in beiden Sprachen erhältlich: in der deutschen Urfassung und in der französischen Übersetzung.

II. Vom Inhalt der Norm

Einen ersten Hinweis auf den Inhalt der (revidierten) SIA-Norm 118 gibt schon deren Bezeichnung; dann auch deren Präambel, die sich unter anderem mit «Inhalt und Zweck der Norm» befaßt. Nach ihrer eigenen Bezeichnung enthält die Norm:

1. «Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten»

Diese Bezeichnung wurde auch für frühere Ausgaben der Norm (Ausgabe 1962 und 1948) verwendet und hat sich daher seit Jahren eingebürgert. Sie ist eine kurze Inhaltsbezeichnung, als solche brauchbar, jedoch erklärungsbedürftig:

⁶ Vgl. Anhang zur Norm, S. 70.

A. «Bedingungen für Bauarbeiten»

Die «Bedingungen für Bauarbeiten», welche die Norm nach ihrer eigenen Bezeichnung enthält, sind keine Bedingungen im juristisch-technischen Sinne (Art. 151 ff. OR). Vielmehr sind es Vertragsbestimmungen. Und zwar sind es Bestimmungen, die den Abschluß und Inhalt von «Verträgen über Bauarbeiten» (Präambel) regeln. Im einzelnen:

1. Der «Vertrag über Bauarbeiten» ist ein Werkvertrag (Art. 363 ff. OR), durch den sich ein Bauunternehmer zur entgeltlichen Ausführung von Bauarbeiten verpflichtet.

Bauunternehmer im hier verstandenen Sinne ist jeder Unternehmer eines Werkvertrages (Art. 363 OR), dessen Leistung in Bauarbeiten besteht, möglicherweise auch ein (Bau-) «Handwerker» (Maler, Spengler, Schreiner usw.)⁷. Die *Bauarbeiten*, die der Bauunternehmer leistet, zeichnen sich dadurch aus, daß sie einen Bau, der mit dem Erdboden dauerhaft verbunden ist, körperlich gestalten⁸. «Sie unterscheiden sich von den Arbeiten des Architekten und des Ingenieurs, welche die körperliche Gestaltung vorbereiten.»⁹

2. Der juristische Sprachgebrauch bezeichnet den umschriebenen Werkvertrag (den «Vertrag über Bauarbeiten») als *Bauvertrag*¹⁰. Die Norm verwendet diese Bezeichnung nicht. Sie spricht durchwegs nur vom «Werkvertrag» (vgl. z. B. Art. 3 ff., Art. 23, 27, 28 f. und 84), meint damit aber nicht den Werkvertrag überhaupt, sondern den Bauvertrag, der eine Art des Werkvertrages ist. Auf den Bauvertrag beziehen sich die Vertragsbestimmungen der Norm. In diesem Sinne kann gesagt werden, der Bauvertrag bilde Gegenstand der Norm.

⁷ In aller Regel verpflichtet sich der so verstandene Bauunternehmer *gewerbsmäßig* zur Leistung von Bauarbeiten. Indessen bildet dies kein Begriffsmerkmal des Bauunternehmers. Bauunternehmer kann daher zum Beispiel auch der Mieter sein, der sich gegenüber seinem Vermieter zum Umbau der Mietwohnung verpflichtet; ebenfalls der Architekt, der ausnahmsweise die Ausführung von Bauarbeiten übernimmt.

⁸ «Ausgeschlossen vom Anwendungsbereich der Norm sind damit andere Arbeiten, die in einem weiteren Sinne ebenfalls als Bauarbeiten verstanden werden können, wie der Apparatebau und der Modellbau» (Jäggi, Gutachten, S. 3).

⁹ JÄGGI, Gutachten, S. 3.

¹⁰ Vgl. dazu GAUCH, Nr. 274 ff.

3. Gegenstand der Norm bildet der *Bauvertrag in all seinen Erscheinungsformen*, unabhängig davon:

- ob der Bauunternehmer ein Einzel-, General- oder Totalunternehmer ist ¹¹;
- ob der Bauunternehmer ein Baugewerbe betreibt oder sich aus einem andern Grund zur Ausführung von Bauarbeiten verpflichtet;
- ob die Bauarbeiten von einem Bauunternehmer allein übernommen werden oder gemeinsam von mehreren Unternehmern, die sich zu einer Arbeitsgemeinschaft (Konsortium) zusammengeschlossen haben (Art. 28);
- ob die vom Bauunternehmer zu leistende Arbeit eine Hoch- oder Tiefbauarbeit ist (Art. 1 Abs. 1); im ersten Fall: ob die Arbeit dem Bauhauptgewerbe zugehört oder im Ausbau einer Hochbaute besteht und somit eine Arbeit des Baunebengewerbes ist (Art. 9 Abs. 2);
- ob der Bauunternehmer ein ganzes Bauwerk auszuführen hat oder nur einen Bauwerk-Teil (Art. 1 Abs. 1), indem sich seine Leistungspflicht zum Beispiel auf Maurer-, Gipser-, Maler- oder Installationsarbeiten beschränkt;
- ob der Bauunternehmer die Ausführung eines «neuen» Werkes schuldet oder die Leistung von Ausbesserungs-, Umbau- oder Abbrucharbeiten (Art. 1 Abs. 2);
- ob der Bauunternehmer das für die Bauarbeiten erforderliche Material selbst zu liefern hat oder das Material vom Bauherrn geliefert wird (Art. 10 und 12 Abs. 2);
- ob Vertragspartner des Unternehmers ein privater Bauherr ist oder ein öffentlicher Bauherr: Bund, Kanton, Gemeinde oder eine andere juristische Person des öffentlichen Rechts (Art. 4 Abs. 3). Auch der Bauvertrag mit einem öffentlichen Bauherrn bildet Gegenstand der Norm. Er ist – wie der Bauvertrag mit einem privaten Bauherrn – ein privatrechtlicher Bauvertrag ¹².

Dem Gesagten zufolge befaßt sich die Norm zwar mit *sämtlichen* Erscheinungsformen des Bauvertrages und ist insofern «für alle Bauarbeiten anwendbar» (Präambel). Dennoch ist sie auf einzelne Erscheinungsformen des Bauvertrages eher zugeschnitten als auf andere. So paßt sie zum Beispiel eher auf Bauverträge über größere Bauarbeiten als auf Verträge über Arbeiten von geringerer Bedeutung ¹³. Auch ist

¹¹ Zur Unterscheidung zwischen Einzel-, General- und Totalunternehmer: GAUCH, Nr. 245 ff.

¹² Statt vieler: BGE 60 I 369; 89 I 258; 93 I 509; 101 IV 410 f.; Zbl 76, 1975, S. 476; IMBODEN, ZSR 77, 1958, S. 58a; SCHWAGER, Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluß privatrechtlicher Verträge, Diss. Freiburg 1974, S. 69 und dort Zitierte; anderer Ansicht z. B. LEIGGENER, Die Vergebung von öffentlichen Aufträgen der Gemeinwesen als Problem des Rechtsstaates, Diss. Freiburg 1976, S. 187.

¹³ Das ergibt sich schon aus dem beträchtlichen Umfang der Norm und der recht eingehenden Regelung der Teuerungsfrage (Art. 64–82).

sie eher ausgerichtet auf Bauverträge mit Einzelunternehmern¹⁴ als auf Verträge mit General- oder Totalunternehmern. Den Totalunternehmervertrag erwähnt die Norm nur beiläufig (in Art. 33 Abs. 4), den Generalunternehmervertrag überhaupt nicht. Das ist allerdings kein Hindernis, die Norm auch auf diese Verträge anzuwenden.

4. Gegenstand der Norm bildet *nur der Bauvertrag*. Für andere Verträge enthält die Norm keine Bestimmungen. Insbesondere regelt sie weder den (Ingenieur- oder Architekten-) Vertrag, durch den der Bauherr eine oder mehrere Personen mit der Projektierung betraut oder als Bauleitung einsetzt (Art. 33). Noch regelt sie den (internen) Konsortialvertrag, durch den sich verschiedene Bauunternehmer als einfache Gesellschafter (Art. 530 OR) zu einer Arbeitsgemeinschaft (Art. 28) zusammenschließen. Mit der genannten Arbeitsgemeinschaft befaßt sich die Norm nur (aber immerhin) insoweit, als das Verhältnis der Gesellschafter gegenüber dem Bauherrn (die solidarische Haftung für richtige Vertragserfüllung und die Vertretung) in Frage steht (Art. 28 Abs. 3).

5. Die *Parteien des Bauvertrages*, auf den sich die Norm bezieht, sind nach deren Ausdrucksweise: einerseits der «Bauherr», andererseits der «Unternehmer» (vgl. z. B. Art. 2). Der Bauherr ist Besteller eines Werkes im Sinne des Art. 363 OR; der Unternehmer führt das Werk aus (Art. 2). Die Norm spricht immer nur vom «Unternehmer», meint damit aber einen Unternehmer, der Bauarbeiten leistet: einen *Bauunternehmer* (vgl. Ziff. 1).

Nach geläufiger Fachsprache ist «*Bauherr*» stets der «Letzt-Besteller» eines Bauwerkes (oder Bauwerk-Teils)¹⁵, also nicht der Unternehmer, der einen Subunternehmer¹⁶ bezieht. Dieser «Letzt-Besteller» ist Bauherr im engen (und eigentlichen) Sinne des Wortes.

¹⁴ Der Einzelunternehmer ist ein Bauunternehmer im herkömmlichen Sinne. Er beteiligt sich neben andern Unternehmern an der Errichtung eines Bauwerkes, indem er (z. B. als Rohbauunternehmer, Dachdecker, Bauschreiner, Installateur, Elektriker) einen Teil dieses Bauwerkes erstellt. Von verschiedenen Einzelunternehmern, die (auf Grund je eines eigenen Werkvertrages) mit dem Bauherrn für das gleiche Bauwerk arbeiten, ist nach der Ausdrucksweise der Norm jeder ein «Nebenunternehmer» des andern (Art. 30).

¹⁵ GAUCH, Nr. 236.

In einem übertragenen (nicht geläufigen) Sinne aber kann «Bauherr» auch ein Unternehmer sein, der übernommene Bauarbeiten durch Abschluß eines Bauvertrages an einen Subunternehmer weitervergift. In diesem übertragenen Sinne muß das Wort dann verstanden werden, wenn die SIA-Norm 118 auf den Bauvertrag zwischen Unternehmer und Subunternehmer zur Anwendung kommt. Im Verhältnis Unternehmer / Subunternehmer ist alsdann der erstere «Bauherr» im Sinne der Norm, der andere «Unternehmer».

Bei größeren Bauarbeiten, auf welche die Norm zugeschnitten ist (Ziff. 3), läßt sich der Bauherr im Normalfall durch eine *Bauleitung* vertreten (vgl. Art. 33 Abs. 2), die eine natürliche Person oder ein rechtsfähiger Verband (juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft) sein kann. Das bildet den Grund dafür, daß die Norm in zahlreichen Vorschriften statt vom Bauherrn von der Bauleitung spricht, indem sie zum Beispiel bestimmt:

«Auf Verlangen der Bauleitung gibt der Unternehmer täglich einen Rapport (Tagesrapport) ab ...» (Art. 36 Abs. 4). «Bei teilweisem Einsatz» (von Polieren und Vorarbeitern bei Regiearbeiten) «wird eine anteilmäßige Vergütung mit der Bauleitung vereinbart» (Art. 50 Abs. 2). «Für Regiearbeiten reicht der Unternehmer der Bauleitung monatlich die Rechnungen ein ...» (Art. 55 Abs. 1). «Der Unternehmer erhält von der Bauleitung unentgeltlich und rechtzeitig ... die Pläne und die Baustofflisten» (Art. 100 Abs. 1). «Unternehmer und Bauleitung sind bei der Erfüllung ihrer Aufgaben verpflichtet, die Sicherheit der am Bauwerk Beschäftigten zu gewährleisten» (Art. 104). «Die Bauleitung prüft die Schlußabrechnung innert Monatsfrist und gibt dem Unternehmer unverzüglich über das Ergebnis Bescheid» (Art. 154 Abs. 2). «Auf die Anzeige hin wird das Werk ... von der Bauleitung gemeinsam mit dem Unternehmer innert Monatsfrist geprüft» (Art. 158 Abs. 2).

In diesen Vorschriften wird die Bauleitung als Vertreterin des Bauherrn erwähnt, nicht als Vertragspartei des Unternehmers, dem gegen-

¹⁶ «Subunternehmer ist, wer auf Grund eines Werkvertrages mit dem Unternehmer einzelne oder alle der von diesem übernommenen Arbeiten auszuführen hat» (Art. 29 Abs. 1). Häufig wird er auch als Unterakkordant bezeichnet (z. B. TUOR/SCHNYDER, 9. Aufl., S. 653; BGE 94 II 166). Die revidierte Norm vermeidet diesen Ausdruck, weil er in der Baubranche keinen eindeutigen Sinn hat, sondern auch zur Bezeichnung bestimmter (temporärer) Arbeitnehmer des Bauunternehmers verwendet wird, die gegen Akkordlohn arbeiten (z. B. für Spezialisten, die im Akkordlohn nur ihre Spezialarbeit verrichten).

über sie keine vertraglichen Rechte und Pflichten hat. Das gilt auch für die übrigen Bestimmungen der Norm, die der Bauleitung bestimmte Aufgaben zuweisen (vgl. insbesondere Art. 34). Die gesamte Tätigkeit, welche die Bauleitung gegenüber dem Unternehmer ausübt, ist – pointiert ausgedrückt – Tätigkeit des Bauherrn¹⁷. Nur der Bauherr ist Vertragspartei des Unternehmers, nicht auch die Bauleitung, die ihn vertritt¹⁸. Mit Rücksicht darauf werde ich nachfolgend auch dort vom «Bauherrn» (nicht von der «Bauleitung») sprechen, wo in einer Vorschrift der Norm von der «Bauleitung» (statt vom Bauherrn) die Rede ist. Das rechtfertigt sich umso mehr, als es Fälle gibt, in denen der Bauherr keine Bauleitung einsetzt und die Norm dennoch zur Anwendung kommt. In diesen Fällen sind die betreffenden Vorschriften ohnehin so zu lesen, wie wenn an Stelle von «Bauleitung» das Wort «Bauherr» stünde. Das meint die Norm, wenn sie in Art. 33 Abs. 3 bestimmt: «Ist keine Bauleitung eingesetzt, so ist in den Bestimmungen dieser Norm unter Bauleitung der Bauherr selbst zu verstehen.»

B. «Allgemeine» Bedingungen

Die «Bedingungen» der (revidierten) SIA-Norm 118 sind nach dem Gesagten Vertragsbestimmungen über den Bauvertrag. Und zwar sind es nach der Bezeichnung der Norm «allgemeine» Bestimmungen. «Allgemein» sind sie insofern, als sie nicht für einen bestimmten (einzelnen) Bauvertrag individuell abgefaßt, sondern für eine unbestimmte Vielzahl von Bauverträgen generell vorformuliert wurden.

¹⁷ JÄGGI, Gutachten, S. 7. Zum Beispiel sind die von der Bauleitung verlangten Rapporte (Art. 36 Abs. 4) vom Bauherrn verlangt. Die Vereinbarung mit der Bauleitung (Art. 50 Abs. 2) ist mit dem Bauherrn getroffen. Die Pflicht der Bauleitung zur Gewährleistung der Sicherheit (Art. 104) ist eine Vertragspflicht des Bauherrn. Die der Bauleitung eingereichten Rechnungen (Art. 55 Abs. 1) sind dem Bauherrn eingereicht. Die von der Bauleitung vorgenommene Prüfung der Schlußabrechnung (Art. 154 Abs. 2) und des Werkes (Art. 158 Abs. 2) ist eine Prüfung durch den Bauherrn. Ähnliche Beispiele bei JÄGGI, a. a. O.

¹⁸ Insoweit die Norm «bestimmte Tätigkeiten der Bauleitung zuweist, nicht dem Bauherrn» (z. B. die Prüfung der Regierapporte, Art. 47 Abs. 2, oder des Werkes, Art. 158 Abs. 2), stellt sie klar, daß der Unternehmer zumindest in diesem Umfang «kein Recht auf persönliches Handeln des Bauherrn» (z. B. auf persönliche Prüfung des Werkes) hat (JÄGGI, Gutachten, S. 9).

Die vorformulierten Vertragsbestimmungen der Norm bezwecken, den «Abschluß und die Gestaltung» der Bauverträge zu erleichtern; außerdem sollen sie bewirken, «daß im Bauwesen möglichst einheitliche Vertragsbedingungen verwendet werden» (Präambel). Von diesem Ordnungszweck her handelt es sich bei den Bestimmungen der Norm um *Branchenbedingungen*¹⁹, die darauf gerichtet sind, die Rechtssicherheit in der Baubranche zum Vorteil aller Beteiligten zu heben. Nur so läßt es sich rechtfertigen, daß an der Ausarbeitung der Norm auch öffentliche Stellen mitgewirkt haben.

Eine Besonderheit der Norm besteht darin, daß sie «Allgemeine Bedingungen» nicht nur für den Inhalt des abgeschlossenen Vertrages enthält, sondern sich überdies auch mit dem Abschluß des Bauvertrages befaßt. Ihre «Bedingungen» zerfallen somit in zwei Hauptarten: in Abschlußbestimmungen und in Inhaltsbestimmungen. Mit beiden Arten befaße ich mich im folgenden.

2. Die Abschlußbestimmungen der Norm

Die Abschlußbestimmungen der (revidierten) SIA-Norm 118 behandeln das Zustandekommen des Bauvertrages. Sie sind enthalten in Art. 3–22. Art. 3 steht unter der Überschrift: «Arten des Abschlusses».

A. Arten des Abschlusses

Unter dieser Überschrift befaßt sich Art. 3 zunächst (im ersten Absatz) mit der Form des Bauvertrages:

1. In seinem ersten Absatz stellt Art. 3 fest: «Der Werkvertrag kann *schriftlich, mündlich oder durch entsprechendes Handeln abgeschlossen* werden (Art. 1 OR).» Diese Feststellung beinhaltet eine positive und eine negative Aussage:

– *Positiv* ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 der Norm, daß die Vertragserklärungen des Bauvertrages sowohl ausdrückliche wie stillschweigende Erklärungen im Sinne des Art. 1 Abs. 2 OR sein können.

¹⁹ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 437 zu Art. 1 OR.

Von beiden Erklärungsformen nennt Art. 3 Abs. 1 zwar nur die Hauptarten: die ausdrückliche Erklärung mit Hilfe des gesprochenen oder geschriebenen Wortes sowie die stillschweigende Erklärung durch konkludentes Verhalten («entsprechendes Handeln»). Diese Aufzählung («schriftlich», «mündlich», «durch entsprechendes Handeln») hat indessen bloß exemplifikatorische Bedeutung. Sie bezweckt nicht, andere Arten der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung²⁰ auszuschließen und so die Gültigkeit des Vertrages von der Verwendung der aufgezählten Erklärungsarten abhängig zu machen. Daß dem so ist, wird in zweifacher Weise bestätigt: Einmal dadurch, daß Art. 3 Abs. 1 der Norm auf Art. 1 OR Bezug nimmt, indem er in Klammer auf diese Bestimmung verweist. Sodann durch die spezielle Vorschrift des Art. 22 Abs. 1, nach deren Formulierung der Unternehmer ein Gegenangebot des Bauherrn «ausdrücklich oder stillschweigend (Art. 1 Abs. 2 OR)» annehmen kann.

- *Negativ* ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1, daß die Norm den Abschluß des Bauvertrages an keine besondere Form (wie z. B. einfache Schriftlichkeit) knüpft. Sie läßt es vielmehr bei der gesetzlichen Regelung bewenden, wonach die Gültigkeit des Bauvertrages nicht von der Einhaltung einer vorgeschriebenen Form abhängt.

Ein Sonderfall liegt dann vor, wenn der Vertrag mit dem Bauunternehmer auch die Übertragung des Grundstückes an den Bauherrn umfaßt. Hier ist der Bauvertrag mit einem Grundstückkauf kombiniert, der von Gesetzes wegen der öffentlichen Beurkundung als Gültigkeitsform bedarf (Art. 216 OR; Art. 657 ZGB)²¹. Mit diesem Sonderfall befaßt sich Art. 3 Abs. 1 nicht.

2. Der zweite Absatz des Art. 3 geht aus von der Tatsache, daß der *Bauvertrag mit oder ohne vorgängige Ausschreibung der Bauarbeiten* abgeschlossen werden kann. «Für größere Bauarbeiten» empfiehlt er die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens, das folgende Merkmale aufweist: «Der Bauherr schreibt die Arbeit aus, worauf die

²⁰ Vgl. dazu SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 139 ff. zu Art. 1 OR.

²¹ Vgl. dazu GAUTSCHI, N 17c zu Art. 363 OR; GAUCH, Nr. 292; SJZ 52, 1956. Nr. 140, S. 295.

Unternehmer ihre Angebote (Offerten) einreichen. Der Bauherr prüft die Angebote. Will er ein Angebot annehmen, so erklärt er die Annahme», indem er dem betreffenden Anbieter «die Vergebung der Arbeit mitteilt» (Art. 3 Abs. 2).

Die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens wird in Art. 3 Abs. 2 nur *empfohlen*, nicht vorgeschrieben. Überdies beschränkt sich die Empfehlung auf Verträge über «größere Bauarbeiten». Dennoch sind – mit Ausnahme von Art. 3 – sämtliche Abschlußbestimmungen der Norm (Art. 4–22) auf das Ausschreibungsverfahren zugeschnitten. Sie regeln den Vertragsabschluß mit vorgängiger Ausschreibung der Bauarbeiten. Nach Art. 4 Abs. 4 sind sie sinngemäß anzuwenden, wenn der Bauherr nur einen einzigen Unternehmer zur Offertstellung einlädt, also keine (eigentliche) Ausschreibung (Art. 4 Abs. 1) veranstaltet. Weitere Fälle, in denen es ohne vorgängige Ausschreibung zum Abschluß des Bauvertrages kommt, regeln die genannten Bestimmungen nicht.

Dem Gesagten zufolge zeichnen sich die Abschlußbestimmungen der Norm dadurch aus, daß der Vertragsabschluß mit vorgängiger Ausschreibung der Bauarbeiten ganz im Vordergrund steht. Das ist nicht zufällig, sondern erklärt sich aus dem Umstand, wonach die Norm eher auf Verträge über «größere Bauarbeiten» ausgerichtet ist als auf solche von geringerer Bedeutung.

3. Der dritte Absatz des Art. 3 erklärt, daß der Bauherr sich beim Abschluß des Bauvertrages «durch die Bauleitung vertreten lassen» kann. Somit gibt es auch *Bauverträge, welche die Bauleitung im Namen des Bauherrn und mit Wirkung für ihn* (Art. 32 Abs. 1 OR) *abschließt*. In dieser selbstverständlichen Feststellung erschöpft sich der Inhalt des Art. 3 Abs. 3. Eine andere Aussage enthält er nicht. Insbesondere äußert er sich nicht zur Frage, ob eine vom Bauherrn schon im Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen eingesetzte Bauleitung bevollmächtigt ist, den Vertrag für den Bauherrn einzugehen. Mit dieser Frage befaßt sich die Norm überhaupt nicht. Zwar handelt Art. 33 von der «Einsetzung und Vollmacht» der Bauleitung. Doch bezieht sich diese Bestimmung, wie sich schon aus ihrer systematischen Stellung ergibt, auf die Zeit nach Abschluß des Bauvertrages. Es ist keine Bestimmung, die den Vertragsabschluß regelt.

B. Abschluß mit vorgängiger Ausschreibung

«Durch die Ausschreibung richtet der Bauherr gleichzeitig an mehrere Unternehmer die Einladung, ihm auf Grund bestimmter Unterlagen ein Angebot für die Ausführung einer Bauarbeit einzureichen» (Art. 4 Abs. 1). Bei den erwähnten Unterlagen handelt es sich um sogenannte *Ausschreibungsunterlagen*, wie Leistungsverzeichnis, Baubeschreibung, Pläne, Allgemeine Bedingungen u.s.w. (Art. 7). Darin gibt der Bauherr den eingeladenen Unternehmern «die Anforderungen bekannt, die er an das Angebot stellt» (Art. 6 Abs. 1) und vermittelt ihnen «alle Angaben, die erforderlich sind, damit sie sich über den Inhalt des beabsichtigten Vertrages Klarheit verschaffen können» (Art. 6 Abs. 2).

Mit der Ausschreibung tritt der Bauherr zu den eingeladenen Unternehmern in ein Vertrags-Verhandlungsverhältnis; er eröffnet das *Ausschreibungsverfahren* (Submissionsverfahren), das mit dem Abschluß eines Bauvertrages enden kann. Obwohl dieses Verfahren für das Bauwesen eine überaus große Bedeutung hat, finden sich im geltenden Obligationenrecht keine Bestimmungen, welche das Verhältnis zwischen ausschreibendem Bauherrn und eingeladenen Unternehmern besonders regeln. Auch die SIA-Norm 118 ordnet das Ausschreibungsverfahren nicht umfassend. Doch greift sie immerhin einige wichtige Rechtsfragen heraus und behandelt sie in ihren Abschlußbestimmungen. Behandelt werden zum Beispiel die folgenden drei Fragen:

- Die Frage, welcher Vertragspartei die *Prüfung des vom Bauherrn angewiesenen Baugrundes* obliegt. – Art. 5 Abs. 2 bestimmt, daß der Bauherr (nicht der Bauunternehmer) die Beschaffenheit des Baugrundes, entsprechend den Anforderungen der auszuführenden Arbeit, noch vor der Ausschreibung zu ermitteln und das Ergebnis vollumfänglich in den Ausschreibungsunterlagen festzuhalten hat. Eine derartige Ermittlung setzt in aller Regel voraus, daß der Bauherr entweder selber sachverständig, sachverständig vertreten oder sachverständig beraten ist. Bei solchem Sachverstand auf seiten des Bauherrn darf sich der Unternehmer auf dessen Angaben über den Baugrund ohne eigene Prüfung verlassen. Er darf schon bei seiner Preisbildung auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben vertrauen und braucht im Folgenden den Baugrund auch nicht

dahin zu prüfen, ob er für die vertragsgemäße Ausführung der Bauarbeiten tauglich ist. Das wird in Art. 5 Abs. 2 zwar nicht gesagt, ergibt sich aber aus den Artikeln 58 Abs. 2²² und 25 Abs. 3²³.

- Die *Frage, was gilt, wenn sich verschiedene Ausschreibungsunterlagen inhaltlich widersprechen.* – Antwort gibt Art. 7. Er legt zwischen den verschiedenen Unterlagen eine Rangordnung fest (Abs. 2) und bestimmt, daß bei Widerspruch die ranghöhere Unterlage der tieferen vorgeht (Abs. 3), so daß der Inhalt der höheren Unterlage maßgeblich ist.

Die von Art. 7 festgelegte Rangordnung gilt auch dann, wenn die Ausschreibungsunterlagen – nach Abschluß des Vertrages – zu Vertragsbestandteilen geworden sind. Ausdrücklich gesagt wird dies in Art. 21, der die Rangordnung sämtlicher Vertragsbestandteile festlegt und zum Beispiel das vom Bauherrn angenommene Angebot des Unternehmers vor die Ausschreibungsunterlagen setzt.

- Die *Frage, wann der Bauvertrag abgeschlossen wird.* – Nach Art. 19 Abs. 2 dann, wenn der Bauherr das Angebot eines Unternehmers (rechtsgültig, insbesondere fristgerecht, Art. 17) annimmt. Das versteht sich von selbst und ist erwähnenswert nur deswegen, weil im Bauwesen (sogar von öffentlichen Bauherrschaften) häufig die unrichtige Meinung vertreten wird, der Bauvertrag komme erst später zustande: nämlich dann, wenn die Parteien einige Zeit nach der Annahmeerklärung (bisweilen erst nach Beginn der Bauarbeiten) die sogenannte «Vertragsmappe» mit allen Vertragsbestandteilen zusammenstellen und die zugehörige Vertragsurkunde unterzeichnen. Die Unterzeichnung der Vertragsurkunde hat hier – wie Art. 20 Abs. 3 richtig festhält – nur den Sinn einer Bestätigung des bereits abgeschlossenen Bauvertrages. Nach der (rechtsgültigen)

²² Zu Art. 58 Abs. 2 vgl. im Text S. 228 f.

²³ Danach hat der Unternehmer «den von ihm zu bearbeitenden Baugrund nur dann zu prüfen, wenn der Bauherr weder durch eine Bauleitung vertreten noch selbst sachverständig, noch durch einen beigezogenen Sachverständigen beraten ist». Ratschläge, die ein Sachverständiger dem Bauherrn bei Gelegenheit erteilt, ohne mit der Sache wirklich befaßt zu sein, befreien den Unternehmer nicht von der Prüfungspflicht. Ein solcher Sachverständiger ist nicht «beigezogen» im Sinne des Art. 25 Abs. 3.

Annahmeerklärung des Bauherrn bleibt kein Raum mehr für Vertragsverhandlungen; es sei denn für Verhandlungen über die Abänderung des geschlossenen Vertrages.

Statt ein Angebot anzunehmen, kann der Bauherr einem bestimmten Bauunternehmer auch ein *Gegenangebot* stellen. Alsdann kommt der Bauvertrag dadurch zustande, daß der Unternehmer das Gegenangebot annimmt. Diese Rechtslage wird in Art. 22 Abs. 1 festgehalten. Im zweiten Absatz nennt Art. 22 einen wichtigen Anwendungsfall, indem er bestimmt: «Als Gegenangebot gilt insbesondere auch eine Auftragserteilung des Bauherrn, die vom ... Angebot des Unternehmers inhaltlich abweicht.» Gemeint ist eine Abweichung, die einen (objektiv oder subjektiv) wesentlichen Punkt beschlägt. Abweichungen (Abänderungen oder Ergänzungen) in unwesentlichen Punkten schließen den Annahmekarakter der Auftragserteilung nicht aus ²⁴.

Wie bereits gesagt, regeln die Abschlußbestimmungen der Norm das Ausschreibungsverfahren nicht umfassend. Rein äußerlich kommt das darin zum Ausdruck, daß Art. 4 Abs. 3 auf *Bestimmungen außerhalb der SIA-Norm 118* verweist, indem er festhält:

«Mit dem Submissionsverfahren befaßt sich im einzelnen die Norm S.I.A. 117, mit dem Submissionswettbewerb die Ordnung S.I.A. 153. Ist der Bauherr ein Gemeinwesen ..., so gelten für das Submissionsverfahren die einschlägigen Erlasse (Submissionsordnungen), auf welche der Bauherr in den Ausschreibungsunterlagen hinweist.» Diese Vorschrift des Art. 4 Abs. 3 ist etwas kurz geraten und bedarf deswegen der Erläuterung. Sie ist wie folgt zu verstehen:

Zunächst erklärt Art. 4 Abs. 3 die SIA-Norm 117 («Norm für die Ausschreibung und Vergebung von Arbeiten und Lieferungen bei Bauarbeiten») als anwendbar, so daß die Vorschriften dieser Norm – kraft des in Art. 4 Abs. 3 enthaltenen Verweises – neben den Abschlußbestimmungen der SIA-Norm 118 gelten. Sodann erinnert Art. 4 Abs. 3 daran, daß der Submissionswettbewerb ²⁵ vom ordent-

²⁴ Vgl. dazu SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 48 zu Art. 3 OR.

²⁵ Der Submissionswettbewerb ist ein Preisausschreiben (Art. 8 OR), worin ein Bauherr einen Wettbewerb veranstaltet, indem er unter Ansetzung von zu gewin-

lichen Ausschreibungsverfahren zu unterscheiden ist und in einem besondern Formular (der SIA-Ordnung 153, Ordnung für Bauingenieurwettbewerbe) geregelt wird²⁶. Schließlich schreibt Art. 4 Abs. 3 vor, daß die Submissionsordnung eines öffentlichen Bauherrn den Abschlußbestimmungen der SIA-Norm 118 vorgeht, vorausgesetzt, daß der Bauherr in den Ausschreibungsunterlagen auf die Submissionsordnung hinweist. Die zuletzt genannte Voraussetzung gründet in der Auffassung, daß öffentlich-rechtliche Submissionsordnungen aus sich heraus keine verwaltungsexterne Wirkung entfalten und deshalb zwischen öffentlichem Bauherrn und Unternehmer nur kraft rechtsgeschäftlicher Übernahme gelten. Diese Auffassung entspricht der herrschenden Meinung²⁷.

3. Die Inhaltsbestimmungen der Norm

Die Inhaltsbestimmungen der (revidierten) SIA-Norm 118 sind vorformulierte Vertragsbestimmungen, die den Inhalt des (Bau-) Vertragsverhältnisses umschreiben, indem sie festlegen, was zwischen den Parteien nach Abschluß des Bauvertrages gilt. Sie behandeln insbesondere die Vertragspflichten der Parteien, deren Obliegenheiten (z. B. Art. 94 Abs. 1) und Gestaltungsrechte (z. B. Art. 94 Abs. 2, 169 Abs. 1 Ziff. 2 und 3, 184, 190 Abs. 2). Sie befassen sich auch mit dem Gerichtsstand (Art. 37), mit der vorzeitigen Vertragsbeendigung (Art. 183 ff.) und mit weiteren Fragen. Im Vordergrund stehen die Vorschriften über die Vertragspflichten.

nenden Preisen verschiedene Konkurrenten zur entgeltlichen Ausarbeitung von ausführungsfähigen Bauprojekten «samt verbindlichem Angebot» für die Bauausführung einlädt (SIA-Ordnung 153, Art. 6.1 und 26; vgl. auch SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 31 zu Art. 8 OR).

²⁶ Nach Art. 6.5 der zitierten Ordnung «sind die Bedingungen des Wettbewerbes bereits Grundlage für den Werkvertrag ... Das übliche Submissionsverfahren fällt aus ...».

²⁷ Vgl. z. B. BGE 46 II 373; 60 I 370; IMBODEN, ZSR 77, 1958, S. 60; SCHWARZENBACH, Zbl 63, 1962, S. 363; MÜLLER, Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts, Zürich und St. Gallen 1970, S. 77 und dort Zitierte. Anderer Meinung z. B. LEIGGENER, zit. in Anm. 12, S. 88 ff.

A. Die Vertragspflichten der Parteien

Was die Vertragspflichten betrifft, so findet sich die *allgemeinste Bestimmung* in Art. 23 Abs. 1, der festhält: «Mit dem Abschluß des Werkvertrages werden Bauherr und Unternehmer verpflichtet, den Vertrag gewissenhaft zu erfüllen.» Diese Pflicht besteht nach Art. 37 Abs. 1 auch dann, wenn «Meinungsverschiedenheiten» auftreten²⁸.

In *speziellen Bestimmungen* geht die Norm auf die Vertragspflichten der Parteien im einzelnen ein. So handelt sie zum Beispiel von der Treuepflicht der Parteien (Art. 24), regelt die Anzeige- und Abmahnungspflicht des Unternehmers (Art. 25)²⁹ und statuiert eine Pflicht des Bauunternehmers, nicht nur «die Risiken seiner zivilrechtlichen Haftung gegenüber Dritten» zu versichern (Art. 26 Abs. 1), sondern dem Bauherrn unter bestimmten Voraussetzungen auch den Abschluß einer Bauherrenhaftpflichtversicherung zu beantragen (Art. 26 Abs. 2). Einzelne Bestimmungen begründen eine gegenseitige Verhandlungs- und Verständigungspflicht (z. B. Art. 59 Abs. 2, 87 Abs. 3 und 154 Abs. 3). Vor allem aber befassen sich die Inhaltsbestimmungen der Norm mit den Hauptpflichten der Parteien, mit der Leistungspflicht des Unternehmers und der Vergütungspflicht des Bauherrn:

²⁸ Art. 37 Abs. 1 lautet: «Treten Meinungsverschiedenheiten auf, so haben Unternehmer und Bauherr ihren vertraglichen Pflichten trotzdem gewissenhaft nachzukommen. Weder darf deswegen die Arbeit vertragswidrig unterbrochen, noch dürfen fällige Zahlungen vertragswidrig verweigert werden.» Durch das Wort «vertragswidrig» werden alle Fälle vorbehalten, in denen nach dem Inhalt des Vertrages (sei er durch Gesetz oder Vereinbarung bestimmt) etwas anderes gilt: z. B. Fälle, in denen der Unternehmer die Fortführung der Bauarbeiten nach Art. 82 OR verweigern darf oder gar zur vorzeitigen Auflösung des Vertrages infolge Gläubiger- oder Schuldnerverzugs des Bauherrn berechtigt ist (vgl. Art. 94 Abs. 2 und 190 Abs. 2).

²⁹ «Die Anzeigen sollen» nach Art. 25 Abs. 2 «schriftlich erfolgen; mündliche Anzeigen sind zu protokollieren». Diese Vorschrift gilt auch für Abmahnungen (Art. 25 Abs. 3 und 4). Sie hindert nicht, daß mündliche Anzeigen und Abmahnungen, die nicht protokolliert werden, dennoch wirksam sind; Art. 16 Abs. 1 OR kommt nicht zur Anwendung (vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 49 zu Art. 16 OR; BGE 95 II 45 f. zur SIA-Norm 118, Ausgabe 1962, worin Schriftlichkeit der Abmahnung vorgeschrieben war).

B. Die Leistungspflicht des Bauunternehmers

Die Leistungspflicht des Bauunternehmers besteht in der *Pflicht, die dem Bauherrn geschuldeten Bauarbeiten auszuführen*, sei es mit oder ohne Lieferung des benötigten Materials (Art. 10 und 12 Abs. 2):

1. Welche Bauarbeiten der Unternehmer im Einzelfall schuldet, ergibt sich aus der getroffenen Vereinbarung; maßgebend ist der Inhalt des abgeschlossenen Bauvertrages; dies jedoch nur unter dem Vorbehalt, daß *Art und Umfang der geschuldeten Arbeiten* nicht nachträglich (nach Abschluß des Bauvertrages) verändert werden.

Eine derartige Änderung der vom Unternehmer geschuldeten Leistung kann vor allem beruhen auf Übereinkunft der Parteien, wodurch der «abgeschlossene Werkvertrag ... in beidseitigem Einvernehmen ergänzt oder sonstwie abgeändert» wird (Art. 27). Ferner kann sie ihren Grund z. B. im Eintritt nachträglicher Leistungsunmöglichkeit haben (vgl. z. B. Art. 185, 186 Abs. 1 a. E. und Art. 187 Abs. 1); oder auch darin, daß der Bauherr auf die Ausführung der ausstehenden Arbeiten unter voller Schadloshaltung des Unternehmers verzichtet (Art. 377 OR)³⁰.

Die Norm geht weiter, indem sie noch andere Änderungsmöglichkeiten vorsieht. Zunächst hält sie in Art. 11 fest, daß sich der Bauherr bei Vertragsabschluß «das Recht vorbehalten» kann, «eine im Leistungsverzeichnis vorgesehene einzelne Arbeit auch nach Abschluß des Werkvertrages durch einen Dritten als Nebenunternehmer³¹ ausführen zu lassen»³². In Art. 84 sodann räumt die Norm dem Bauherrn

³⁰ Art. 377 OR gibt dem Besteller das Recht, vor Vollendung des Werkes gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers vom Vertrag zurückzutreten. Dieses «Rücktrittsrecht» ist an keinerlei Voraussetzung gebunden. Es richtet sich auf Umwandlung des Vertrages: derart, daß der Unternehmer die noch ausstehenden Arbeiten nicht ausführen darf und muß, jedoch Anspruch auf volle Schadloshaltung hat.

Art. 377 OR schweigt sich darüber aus, ob auch ein «Teilrücktritt» möglich ist. Kann der Besteller (unter voller Schadloshaltung des Unternehmers) nur auf einen Teil der ausstehenden Arbeiten verzichten, die übrigen aber ausführen lassen? Die Frage dürfte meines Erachtens zu bejahen sein. Vgl. in diesem Sinne auch SIA-Norm 118, Art. 83 Abs. 3.

³¹ Zum Begriff des Nebenunternehmers: Anm. 14.

³² Dieser Vorbehalt berechtigt den Bauherrn, die betreffende Arbeit einem Dritten zu übertragen, ohne daß er nach Art. 377 OR schadenersatzpflichtig wird

ein weitgehendes Recht auf Beststellungsänderung ein³³. Darüber hinaus ist der Bauherr nach Art. 44 berechtigt, «dringliche Arbeiten zur Abwendung von Gefahr oder Schaden» anzuordnen, auch wenn sie nicht vereinbart wurden. Solche Arbeiten werden in Regie ausgeführt³⁴ und sind vom Unternehmer nach Art. 46 Abs. 2 sogar ohne Anordnung des Bauherrn in Angriff zu nehmen.

2. Nach Art. 29 Abs. 3 hat der Bauunternehmer die geschuldeten Bauarbeiten grundsätzlich selber auszuführen. Er darf, falls nicht etwas anderes vereinbart ist, einen *Subunternehmer* bloß mit ausdrücklicher Erlaubnis des Bauherrn beiziehen, auch wenn es nach der Natur des Geschäftes auf seine persönlichen Eigenschaften nicht ankommt (vgl. demgegenüber Art. 364 Abs. 2 OR). Ausgenommen bleibt der Fall, da «die Beiziehung ... nur einen unwesentlichen Teil der Arbeiten betrifft und die vertragsgemäße Ausführung nicht beeinträchtigt» (Art. 29 Abs. 3)³⁵. Gemeint ist: die vertragsgemäße (insbesondere

oder unter die Normbestimmungen über die Beststellungsänderung fällt (Art. 84 Abs. 5).

³³ Das Recht auf Beststellungsänderung gibt dem Bauherrn die Befugnis, vom Unternehmer zu verlangen, daß er «Leistungen ... auf andere Art als vereinbart, in größeren oder kleineren Mengen oder überhaupt nicht ausführt»; oder daß er (zusätzliche) Leistungen ausführt, die im Vertrag nicht vorgesehen sind (Art. 84 Abs. 1). Dieses Recht besteht allerdings nicht unbeschränkt, sondern nur insoweit, als durch die Beststellungsänderung «der Gesamtcharakter des zur Ausführung übernommenen Werkes unberührt bleibt» (Art. 84 Abs. 1). Die genannte Beschränkung verhindert, daß der Unternehmer durch das Änderungsrecht in seiner Freiheit übermäßig begrenzt und dem Belieben des Bauherrn ausgeliefert wird (Art. 27 ZGB). Für Gesamtpreisverträge (Text S. 229) erteilt Art. 84 Abs. 4 den Ratschlag, daß «die Bestellung nur ausnahmsweise geändert werden» soll.

Die Auswirkungen der Beststellungsänderung auf die geschuldete Vergütung werden in den Art. 85 Abs. 3 und 86 ff. der Norm geregelt. Diese Regelung (und nicht Art. 377 OR) gilt auch dann, wenn der Bauherr im Rahmen seines Änderungsrechts auf die Ausführung von Leistungen verzichtet (vgl. Art. 84 Abs. 3, e contrario).

³⁴ Es handelt sich also um Regiearbeiten, die nach Aufwand vergütet werden; vgl. dazu im Text, S. 226.

³⁵ Ist eine Beeinträchtigung der vertragsgemäßen Ausführung zu befürchten, so hat der Unternehmer nach Art. 29 Abs. 3 kein Recht zur Weitervergebung. Ob dies zutrifft, beurteilt sich immer auch nach der Person des Subunternehmers. Zum Beispiel ist der Unternehmer nicht berechtigt, einen Subunternehmer beizuziehen, wenn sich dessen Eignung mit Rücksicht auf den erforderlichen Sachverstand, das berufliche Verhalten oder den von ihm verwendeten Werkstoff als zweifelhaft erweist.

mängelfreie und fristgerechte) Ausführung sämtlicher Arbeiten, die der Unternehmer schuldet: sowohl jener, die er weitervergeben will, als auch der übrigen.

Im zuletzt genannten (Ausnahme-) Fall darf der Unternehmer nach Art. 29 Abs. 3 einen Subunternehmer ohne Erlaubnis des Bauherrn beiziehen. Die Beiziehung beschränkt sich hier auf einen «unwesentlichen Teil der Arbeiten». Es sind dies Arbeiten, die wertmäßig bloß einen geringen Teil der vom Unternehmer geschuldeten Gesamtarbeit ausmachen und außerdem für das Gelingen dieser Gesamtarbeit nur untergeordnete Bedeutung haben.

3. Der Unternehmer hat die übernommenen Bauarbeiten rechtzeitig auszuführen. Er ist verpflichtet, die vertraglichen *Fristen* einzuhalten. Mit diesen Fristen befassen sich vor allem die Art. 92–98 der Norm, aus denen zwei Vorschriften herausgegriffen seien:

- Nach Art. 93 gibt das Bauprogramm (unter anderem) Auskunft über «den zeitlichen Fortschritt der Arbeiten innerhalb der vertraglichen Fristen» (Abs. 1). Mangels anderer Vereinbarung ist das Programm für die Parteien jedoch nicht verbindlich. Denn nach Art. 93 können Unternehmer und Bauherr «aus seinen Angaben ... nur insoweit Rechte ableiten, als dies die Vertragsurkunde³⁶ vorsieht» (Abs. 2).
- Nach Art. 97 Abs. 1 haften «Bauherr und Unternehmer ... gegenseitig für Schäden aus Fristüberschreitungen, die sie verschuldet haben».

«Verschuldet» im Sinne dieser Bestimmung sind insbesondere auch Fristüberschreitungen, die der Bauherr durch Annahmeverzug verursacht: dadurch, daß er notwendige Vorbereitungs- oder Mitwirkungshandlungen unterläßt, z. B. dem Bauunternehmer die «Ausführungsunterlagen und die erforderlichen Grundstücke und Rechte» nicht frühzeitig genug zur Verfügung stellt (Art. 94 Abs. 1). Darauf ist deswegen besonders hinzuweisen, weil die genannten Handlungen nicht Gegenstand einklagbarer Leistungspflichten sind, sondern (nur) Gegenstand von Obliegenheiten, deren Verletzung nach allgemein anerkanntem Lehrsatz keine Scha-

³⁶ Vgl. dazu im Text, S. 235 f.

denersatzpflicht auslöst³⁷. Der Lehrsatz hindert nicht, Art. 97 Abs. 1 dennoch anzuwenden. Dies umso weniger, als sich «Obliegenheit» und «Schadenersatzpflicht» keineswegs zwingend ausschließen. So räumt zum Beispiel § 642 des deutschen BGB dem Werkunternehmer exakt im hier behandelten Fall einen Schadenersatzanspruch ein, indem er bestimmt: «Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.»

4. Der Unternehmer schuldet, wie gesagt, die Ausführung von Bauarbeiten. Aber nicht nur Arbeit als solche schuldet er, sondern *Arbeit mit einem bestimmten Erfolg*. Der durch Vertrag bestimmte Arbeitserfolg gehört mit zum Gegenstand der geschuldeten Leistung. Er bildet ein Werk im Sinne des Werkvertragsrechtes, das der Unternehmer zu erarbeiten hat. Auf diese Rechtslage weist die Norm gleich im ersten Satz ihres ersten Artikels hin, indem sie festhält: «Wer eine Bauarbeit ausführt, erstellt ein Werk im Sinne von Art. 363 des Schweizerischen Obligationenrechts.» Der zweite Absatz des Artikels verdeutlicht: «Werk ist auch das Ergebnis einer Ausbesserungs-, Umbau- oder Abbrucharbeit.»

5. Der Bauunternehmer hat das geschuldete Werk (Ziff. 4) *für den Bauherrn* herzustellen und es deshalb – nach der Vollendung – dem Bauherrn abzuliefern. Der Ablieferung des Werkes entspricht dessen *Abnahme* durch den Bauherrn: «Mit der Abnahme ist das Werk ... abgeliefert» (Art. 157 Abs. 2).

Ablieferung und Abnahme sind nach dem Gesagten korrelative Begriffe³⁸. Sie bezeichnen ein und denselben Vorgang, von zwei Seiten aus betrachtet. Die Norm befaßt sich mit diesem Vorgang, indem sie die Abnahme ausführlich regelt (Art. 157–164). Sie bestimmt, daß Gegenstand der Abnahme nicht nur das vollendete ganze Werk sein kann, sondern auch ein in sich geschlossener vollendeter Werk-

³⁷ Statt vieler: SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Vorbem. vor Art. 1 OR, N 78.

³⁸ Das gilt auch für die «Ablieferung» und «Abnahme» des Werkes, wie das Gesetz (Art. 367 Abs. 1, 370 Abs. 1, 371 Abs. 2 OR) sie versteht (GAUCH, Nr. 69 ff.).

teil (Art. 157 Abs. 1) ³⁹. Vor allem aber ordnet sie das Verfahren der Abnahme und legt den Zeitpunkt fest, an dem das Werk als abgenommen gilt ⁴⁰.

Nach Art. 158 Abs. 1 leitet der Unternehmer die Abnahme dadurch ein, daß er dem Bauherrn ⁴¹ die Vollendung des Werkes ⁴² (oder eines in sich geschlossenen Werkteiles) anzeigt ⁴³. Auf diese Anzeige hin wird das Werk vom Bauherrn ⁴¹ gemeinsam mit dem Unternehmer innert Monatsfrist geprüft (Art. 158 Abs. 2). Abgenommen ist das Werk, wenn eine erste oder eine wiederholte Prüfung zeigt, daß es keine wesentlichen Mängel ⁴⁴ (mehr) aufweist (Art. 159–161). Maßgebend ist der Zeitpunkt, an dem die betreffende Prüfung abgeschlossen wird (Art. 159–161). Ausnahmsweise erfolgt die Abnahme trotz wesentlicher Mängel (Art. 162 und 163 Abs. 1).

Im Sonderfall des Art. 164 wird das Werk (oder der Werkteil) ohne gemeinsame Prüfung abgenommen: nämlich dann, wenn «nach An-

³⁹ Zum Begriff des «in sich geschlossenen» Werkteils: GAUCH, Nr. 1030.

⁴⁰ Diese Festlegung ist, falls die Norm zwischen zwei Parteien gilt, durchaus beachtlich. Der Vorbehalt, den das Bundesgericht in dieser Hinsicht gegenüber der SIA-Norm 118 (Ausgabe 1948) angebracht hat (BGE 97 II 354), erweist sich als nicht begründet. So auch JÄGGI, Gutachten, S. 68.

⁴¹ Die Norm spricht von der Bauleitung statt vom Bauherrn; vgl. dazu im Text, S. 210 f.

⁴² Vollendet ist das Werk dann, wenn sämtliche vereinbarten Arbeiten ausgeführt sind. Zu diesen Arbeiten gehören auch die Aufräumungsarbeiten. Art. 118 Abs. 3 der Norm bestimmt ausdrücklich: «Der Unternehmer schließt seine Arbeiten dadurch ab, daß er die Arbeitsplätze räumt und sie in ordnungsgemäßen Zustand versetzt.»

⁴³ «Nimmt indessen der Bauherr ein vollendetes ganzes Werk von sich aus in Gebrauch (z. B. zum Weiterbau), so wird es gleich gehalten, wie wenn die Anzeige in diesem Zeitpunkt erfolgt wäre» (Art. 158 Abs. 1). Die Ingebrauchnahme des Werkes (nicht aber eines *Werkteils*) ersetzt somit die Anzeige durch den Unternehmer.

⁴⁴ Die von der Norm verwendete Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln (Art. 160 f.) stimmt nicht überein mit der gesetzlichen Unterscheidung zwischen erheblichen und minder erheblichen Mängeln (Art. 368 Abs. 1 und 2 OR). Wesentlich im Sinne der Norm sind Mängel dann, wenn der Bauherr bei objektiver Betrachtung ein gesteigertes (eklatantes) Interesse an der raschen und reibungslosen Mängelbeseitigung hat. Dazu gehören Mängel, welche die Tauglichkeit des Werkes zum üblichen oder vereinbarten besondern Gebrauch unmittelbar und erheblich beeinträchtigen; ferner Mängel, aus denen ein beachtlicher Mangelfolgeschaden droht; insbesondere auch Mängel, welche den Bauherrn und andere Benutzer des Werkes an Leib und Leben gefährden. Im einzelnen: GAUCH, Nr. 1009 f.

zeige der Vollendung die gemeinsame Prüfung innert Monatsfrist deswegen» unterbleibt, «weil entweder keine der Parteien die Prüfung verlangt oder von seiten des Bauherrn die Mitwirkung unterlassen wird». Alsdann gilt das Werk mit Ablauf dieser Frist dennoch als abgenommen. Keine Abnahme findet dagegen statt, solange die gemeinsame Prüfung unterbleibt, weil der Unternehmer die Mitwirkung unterläßt (Art. 164 Abs. 3).

6. Der Bauunternehmer schuldet nicht irgendein Werk; sondern das vereinbarte Werk schuldet er, und zwar mängelfrei. Weist sein Werk einen Mangel auf, weil es vom Vertrage abweicht (Art. 166 Abs. 1), so stellt sich die Frage nach der *Mängelhaftung*. Auch diese Frage wird in der Norm (ausführlich!) behandelt: durch zahlreiche Vorschriften, die zum Teil mit dem Gesetze übereinstimmen, zum andern Teile nicht.

Abweichend vom Gesetz bestimmt zum Beispiel Art. 180 Abs. 1, daß für die Mängelrechte des Bauherrn (Art. 169 ff.) eine einheitliche *Verjährungsfrist* von fünf Jahren (seit Abnahme des Werkes) gilt⁴⁵; dies auch dann, wenn das mangelhafte Werk kein «unbewegliches Bauwerk» im Sinne des Art. 371 Abs. 2 OR (BGE 93 II 245 f.) ist, sondern ein anderes Werk, bei welchem die Verjährungsfrist nach Art. 371 Abs. 1 OR nur ein einziges Jahr beträgt.

Von der Verjährungsfrist zu unterscheiden ist die *Garantiefrist* der Norm. Sie beginnt mit dem Tag der Abnahme zu laufen und dauert – falls sie nicht unterbrochen wird (Art. 176) – zwei Jahre (Art. 172). Sie ist eine *Rügefrist*: Bis zu ihrem Ablauf kann der Bauherr «in Abweichung vom Gesetz (Art. 367 und 370 OR) Mängel aller Art jederzeit» wirksam rügen (Art. 173)⁴⁶. Ausgenommen bleiben einzig

⁴⁵ Es sei denn, der Unternehmer habe einen Mangel absichtlich (d. h. arglistig) verschwiegen. Die Rechte aus einem solchen Mangel verjähren erst in zehn Jahren. Das wird in Art. 180 Abs. 2 ausdrücklich gesagt und stimmt überein mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtes (statt vieler: BGE 96 II 184; 100 II 34).

⁴⁶ Im einzelnen: GAUCH, Nr. 1071 ff. – Auch die Garantiefrist der früheren Norm (Ausgabe 1962) ist eine Rügefrist, keine Verjährungsfrist, wie häufig zu Unrecht angenommen wird (z. B. BGE 97 II 354 f.). Vgl. Art. 27 Abs. 2 der früheren Norm, wo die Garantiefrist deutlich von der Verjährungsfrist auseinandergehalten wird.

Neben ihrer Eigenschaft als Rügefrist hat die Garantiefrist der (revidierten) Norm noch weitere Bedeutungen. Einmal ist sie bedeutsam für die Beweislast, wenn streitig wird, ob ein während der Garantiefrist gerügter «Mangel» wirklich

Mängel, für die der Bauherr das Werk bei der gemeinsamen Abnahmeprüfung (gemäß Art. 163) genehmigt hat. Für solche Mängel haftet der Unternehmer nicht, auch wenn sie während der Garantiefrist gerügt werden (Art. 174 Abs. 1).

Mit Ablauf der Garantiefrist erlischt das Recht des Bauherrn, vorher entdeckte Mängel zu rügen (Art. 178 Abs. 1). Mängel, die er nachher entdeckt, sind «*verdeckte Mängel*» im Sinne der Norm (Art. 179 Abs. 1). Für sie haftet der Unternehmer – wenn überhaupt (Art. 179 Abs. 3 und 4) – nur dann, wenn sie vom Bauherrn sofort nach der Entdeckung angezeigt werden (Art. 179 Abs. 2).

C. Die Vergütungspflicht des Bauherrn

Der Bauunternehmer arbeitet gegen Entgelt. Er hat Anspruch auf Vergütung seiner Vertragsleistung. Was diese Vergütung betrifft, so stellen sich vor allem zwei Fragen: die Frage nach ihrer Bemessung und jene nach der Abrechnung.

a) Die Bemessung der Vergütung

Die vom Bauherrn geschuldete Vergütung bemisst sich entweder nach festen Preisen (Art. 38 Abs. 1) oder nach Aufwand (Art. 44 Abs. 1, Art. 48). Bemisst sie sich nach Aufwand, so wird sie – wie das Gesetz sich ausdrückt – «nach Maßgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen» festgesetzt (Art. 374 OR). Im einzelnen:

1. Arbeiten, die *nach Aufwand vergütet* werden, sind nach dem Sprachgebrauch der SIA-Norm 118 *Regiearbeiten* (Art. 48). Mit ihnen befaßt sich die Norm unter verschiedenen Gesichtspunkten (Art. 44 ff.). Unter anderem bestimmt sie die anwendbaren Regieansätze (Art. 49 ff.) und regelt damit die Frage, wie der für die Vergütung maßgebende «Wert der Arbeit und der Aufwendungen» (Art. 374 OR) zu berechnen ist:

Art. 49 enthält die *Grundregel*. Er unterscheidet drei Fälle: 1. Der Werkvertrag legt die (Vergütungs-) Ansätze für die Regiearbeiten (umfassend) fest. Alsdann wird nach diesen abgerechnet (Art. 49

eine Vertragsabweichung und damit ein Werkmangel im Sinne der Norm ist. Die Beweislast liegt beim Unternehmer (Art. 174 Abs. 3). Sodann ist der Unternehmer nach Art. 175 «berechtigt, das Werk während der Garantiefrist nach jeweiliger Vereinbarung zu besichtigen».

Abs. 1)⁴⁷. 2. Der Werkvertrag enthält (überhaupt) keine Regieansätze. Alsdann gelten die im Zeitpunkt und am Ort der Arbeitsausführung maßgebenden Regietarife der Berufsverbände oder (soweit solche Tarife fehlen) die ortsüblichen Ansätze (Art. 49 Abs. 2). 3. Der Werkvertrag legt die Ansätze fest, jedoch unvollständig, so daß einzelne Ansätze fehlen. Abgerechnet wird nach den vereinbarten Ansätzen. Die fehlenden Ansätze «werden sinngemäß ergänzt, rückwirkend auf den für die ursprüngliche Kostengrundlage maßgebenden Stichtag» (Art. 49 Abs. 1)⁴⁸.

2. Feste Preise kommen in verschiedenen Erscheinungsformen vor. Nach Art. 38 der Norm sind sie entweder *Einheitspreise* (Art. 39), *Globalpreise* (Art. 40) oder *Pauschalpreise* (Art. 41). Die Übernahme von Bauarbeiten zu solchen Preisen bedeutet eine «feste Übernahme» im Sinne des Art. 373 OR (Randtitel).

Der Einheitspreis wird je Mengeneinheit einer vertraglichen Einzelleistung des Unternehmers festgesetzt (z. B. je Laufmeter, Kubikmeter, Kilogramm, Stück), so daß die schließlich geschuldete Vergütung abhängt von der Menge (der Anzahl Einheiten), die der Bauunternehmer leistet. Demgegenüber besteht sowohl der Global- wie der Pauschalpreis in einem zum voraus bestimmten Geldbetrag, den der Bauherr für eine einzelne (ganze) Leistung, einen Werkteil oder das gesamte Werk des Unternehmers schuldet; derart, daß hier «für die geschuldete Vergütung ... nicht auf die Menge abgestellt» wird (Art. 40 Abs. 1 und 41 Abs. 1)⁴⁹.

Da die genannten Preise *fest* sind, unterstehen sie der Regel des Art. 373 Abs. 1 und 3 OR: Der Bauunternehmer hat Anspruch auf Bezahlung des vereinbarten Preises, nicht mehr und nicht weniger, mögen auch die Arbeits- und andern Kosten des Unternehmers höher

⁴⁷ «Die vereinbarten Ansätze bleiben» nach Art. 49 Abs. 1 «während der ganzen Bauzeit unverändert». Dafür unterliegen die betreffenden Regiearbeiten dem Kostenausgleich nach den Regeln über die Teuerungsabrechnung (Art. 73 und 78; vgl. aber Art. 56 Abs. 4).

⁴⁸ In Art. 56 befaßt sich die Norm im besondern mit dem Bauvertrag, der für Regiearbeiten einen «ungefähren Ansatz» im Sinne des Art. 375 OR enthält. Diesen Vertrag bezeichnet die Norm als «Werkvertrag mit Richtpreis».

⁴⁹ Zum Unterschied zwischen Global- und Pauschalpreis siehe im Text, S. 228.

oder geringer sein, als bei Vertragsabschluß vorgesehen (Art. 38 Abs. 2; Art. 58 Abs. 1). Diese Rechtslage besteht allerdings nur dem Grundsatz nach. Die Norm selber sieht verschiedene *Ausnahmen* vor, durch die der Festpreischarakter der erwähnten Preise durchbrochen wird:

- Die *wichtigste Ausnahme* ergibt sich aus den *Regeln über die sogenannte Teuerungsabrechnung* (Art. 64–82). Danach wird die vom Bauherrn geschuldete Vergütung um eine Mehr- oder Mindervergütung verändert, wenn sich Lohnkostenansätze, Preise (z. B. des Materials) oder gesetzliche Umsatzabgaben gegenüber der ursprünglichen Kostengrundlage (Art. 62 Abs. 2) erhöhen oder vermindern (Art. 64 Abs. 1 und 66). Diese «Änderung der Vergütung wegen veränderter Kostengrundlage» (Titel vor Art. 64) betrifft allerdings nur Leistungen, die nach Einheits- oder Globalpreisen entgolten werden (Art. 39 Abs. 3 und 40 Abs. 3). Der Pauschalpreis unterliegt der Teuerungsabrechnung nicht (Art. 41 Abs. 1). Darin besteht – nach SIA-Norm 118 – der (einzige!) Unterschied zwischen Global- und Pauschalpreis (Art. 41 Abs. 1) ⁵⁰.

Da die «Teuerungsabrechnung» auch zu einer Mindervergütung führen kann, ist dieser Ausdruck, den die Norm verwendet, ungenau. Zutreffender wäre der Ausdruck «Kostenänderungsrechnung» ⁵¹, der jedoch als ungewohnter Ausdruck für eine Aufnahme in die revidierte Norm nicht in Betracht kam.

- *Weitere Ausnahmen* gelten für den Fall der Beststellungsänderung (Art. 86 ff.; vgl. aber Art. 86 Abs. 1); ferner dann, wenn sich außerordentliche Umstände im Sinne des Art. 373 Abs. 2 OR auswirken (Art. 59; vgl. aber Art. 60 f.); oder wenn der Bauunternehmer (mit Einwilligung des Bauherrn) zur Einhaltung vertraglicher Fristen zusätzliche Vorkehren trifft, die ohne sein Verschulden erforderlich werden (Art. 95 Abs. 3). Auch hat der Unternehmer Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung, falls seine Arbeit infolge besonderer

⁵⁰ Diese Unterscheidung zwischen Global- und Pauschalpreis ist unglücklich, obwohl sie durch die Submissionsordnung des Bundes (1971, Art. 5 Abs. 5) und die SIA-Norm 117 (1972, Art. 4 Abs. 5) vorgezeichnet wurde. In der Praxis wird sie Verwirrung schaffen und zu Streitigkeiten führen; dies schon deshalb, weil der Pauschalpreis nach der früheren Norm 118 (Ausgabe 1962) der Teuerungsabrechnung unterliegt (Art. 8) und somit ein Globalpreis im Sinne der revidierten Norm ist.

⁵¹ JÄGGI, Gutachten, S. 82.

Verhältnisse erschwert wird, die durch Verschulden des Bauherrn erst nach Vertragsabschluß eintreten oder zutagetreten (Art. 58 Abs. 2). Als Verschulden angerechnet werden dem Bauherrn nach Art. 58 Abs. 2 «insbesondere mangelhafte Angaben in den Ausschreibungsunterlagen über den Baugrund ..., vorausgesetzt, daß der Bauherr durch eine Bauleitung vertreten oder selbst sachverständig oder durch einen beigezogenen Sachverständigen⁵² beraten war» (Art. 58 Abs. 2)⁵³.

3. In ein und demselben Bauvertrag können *verschiedene Arten von Preisen vereinbart* werden (Art. 42 Abs. 1). Zum Beispiel kann vereinbart werden, daß die «eigentlichen» Arbeiten einschließlich der Materiallieferungen nach Einheitspreisen zu vergüten sind, die Baustelleneinrichtungen dagegen nach Pauschal- oder Globalpreisen. Oder der Bauvertrag kann eine Vergütung nach festen Preisen vorsehen, unter Vorbehalt einzelner bestimmter Arbeiten, die in Regie auszuführen und folglich nach Aufwand zu entgelten sind (Art. 44 Abs. 1).

Hat der Bauherr sämtliche Leistungen des Unternehmers oder auch nur einen Teil dieser Leistungen nach Einheitspreisen zu entgelten, so ist der betreffende Bauvertrag nach dem Sprachgebrauch der SIA-Norm 118 ein *Einheitspreisvertrag* (Art. 42 Abs. 2). Als *Gesamtpreisvertrag* gilt dagegen jeder Bauvertrag, bei dem sich die vereinbarte Vergütung, unter Vorbehalt einzelner Regiearbeiten, ausschließlich nach Global- oder Pauschalpreisen bestimmt (Art. 42 Abs. 2).

b) Die Abrechnung

Die vom Bauherrn geschuldete Vergütung bemißt sich, wie gesagt, nach festen Preisen oder nach Aufwand. Ihre Höhe ist im Einzelfall nach Maßgabe der getroffenen Preisabreden festzustellen. Dieser Feststellung dient die Abrechnung.

Ein Merkmal der SIA-Norm 118 besteht darin, daß sie die Abrechnung nicht auf eine einzige Gesamtabrechnung beschränkt. Vielmehr sieht die Norm ein *ganzes Abrechnungssystem* vor, das verschiedene Einzelabrechnungen umfaßt. Zu unterscheiden sind:

⁵² Dazu Anm. 23.

⁵³ Zu dieser Bestimmung und ihrem Verhältnis zu Art. 373 Abs. 2 OR vgl. GAUCH, Nr. 195.

- Die *Regierechnungen* (Art. 55). Sie beschlagen die geleisteten Regiearbeiten (S. 226). Für sie reicht der Bauunternehmer monatlich Rechnung ein, womit seine jeweilige Forderung fällig wird (Art. 55 Abs. 1).
- Die *Abschlagsrechnungen* (Art. 144 ff.). Mit ihnen verlangt der Unternehmer die vom Bauherrn geschuldeten Abschlagszahlungen. Der Anspruch auf Abschlags-(Akonto-)zahlungen besteht nur (aber immerhin) für Leistungen, deren Vergütung sich nach festen Preisen bemißt, also nicht für Regiearbeiten (Art. 145 Abs. 2). Die Zahlungen sind monatlich geschuldet (Art. 144 Abs. 1). Die Höhe der jeweils geschuldeten Zahlung richtet sich nach dem Leistungswert am Ende des Rechnungsmonates. Sie wird ohne Berücksichtigung der durch Teuerungsabrechnung zu ermittelnden Mehr- oder Mindervergütung festgestellt (Art. 145). Fällig wird die einzelne Zahlung mit jeweiliger Rechnungstellung (Art. 148). Bei jeder Abschlagszahlung darf der Bauherr einen bestimmten Betrag (Art. 150) zurückbehalten (Art. 149 Abs. 1), jedoch nur so lange, als die insgesamt zurückbehaltene Summe den Maximalbetrag von einer Million Franken nicht übersteigt (Art. 150 Abs. 3). Dieser *Rückbehalt* «dient dem Bauherrn als Sicherheit für die Erfüllung der Verpflichtungen des Unternehmers bis zur Abnahme des Werkes oder eines Werkteils» (Art. 149 Abs. 1). Eine Besonderheit gilt für Gesamtpreisverträge. In solchen Verträgen sind die Abschlagszahlungen und der Rückbehalt durch individuelle Vereinbarung «besonders zu regeln» (Art. 147 und 151).
- Die *Teuerungsabrechnung* (Art. 64 ff.). Sie zerfällt in periodische, und zwar monatliche Abrechnungen (Art. 66 Abs. 4). Für jede Periode stellt der Bauunternehmer die (durch veränderte Kostengrundlage bedingte) Mehr- oder Mindervergütung fest (Art. 66 Abs. 4). Für eine Mehrvergütung reicht er Rechnung ein, für eine Mindervergütung erteilt er Gutschrift (Art. 66 Abs. 6). Der Anspruch auf Mehrvergütung wird mit der jeweiligen Rechnungstellung fällig (Art. 66 Abs. 6).
- Die *Schlußabrechnung* (Art. 153 ff.). Sie wird vom Bauunternehmer spätestens zwei Monate nach der Abnahme des Werkes eingereicht (Art. 154 Abs. 1). Sie betrifft nur Leistungen zu festen Preisen (also keine Regiearbeiten). Für diese Leistungen stellt sie die geschuldete

Gesamtvergütung fest, jedoch ohne Berücksichtigung der Mehr- oder Mindervergütung gemäß Teuerungsabrechnung. Waren Abschlagszahlungen zu leisten, so bestimmt sie außerdem «den zugehörigen Saldo»: die Differenz zwischen Gesamtvergütung und früher fällig gewordenen Abschlagszahlungen (Art. 153 Abs. 1). Ergibt sich aus der Schlußabrechnung eine Forderung des Unternehmers (Normalfall), so wird sie nach den Regeln des Art. 155 fällig. Dabei ist zu beachten, daß der Rückbehalt des Bauherrn erst dann zur Auszahlung fällig wird, wenn der Unternehmer für seine Mängelhaftung Sicherheit geleistet hat (Art. 152 und 181).

- Der Schlußabrechnung fügt der Bauunternehmer nach Art. 153 Abs. 3 «eine *Zusammenstellung* bei, die einen Überblick gibt über sämtliche vom Unternehmer gestellten Rechnungen (einschließlich der Schlußabrechnung) sowie über die bis zum Tag der Schlußabrechnung erhaltenen und die noch ausstehenden Zahlungen des Bauherrn». Bringt der Unternehmer in dieser Zusammenstellung «keinen schriftlichen Vorbehalt an», so gilt deren Einreichung nach Art. 156 als Verzichtserklärung für weitere (bis dahin nicht geltend gemachte) Ansprüche ⁵⁴.

III. Die Verbindlichkeit der Norm und ihre Auslegung

Nachdem ich den Inhalt der (revidierten) SIA-Norm 118 behandelt habe, spreche ich abschließend von der Verbindlichkeit der Norm und ihrer Auslegung.

1. Von der Verbindlichkeit der Norm im allgemeinen

Die SIA-Norm 118 enthält, wie gesagt, vorformulierte Vertragsbestimmungen. Soweit diese Bestimmungen nicht in einer Wiedergabe des Gesetzes bestehen, handelt es sich bei ihnen um bloße Muster-

⁵⁴ Art. 156: «Bringt der Unternehmer in der Zusammenstellung ... keinen schriftlichen Vorbehalt an, so erklärt er mit deren Einreichung, daß er keine weiteren Rechnungen stellen wird und auf jeden weiteren Vergütungsanspruch für Leistungen verzichtet, die er bis dahin nicht in Rechnung gestellt hat. Vorbehalten bleiben Zinsansprüche nach Art. 190», d. h. Ansprüche auf Verzugszins.

bestimmungen, die für sich genommen rechtlich unerheblich sind; es sei denn, sie würden als *Ausdruck der Verkehrssitte* gewertet und in dieser Eigenschaft zur Auslegung und Ergänzung von Bauverträgen herangezogen ⁵⁵.

Wird von der zuletzt genannten Möglichkeit abgesehen, so haben die Bestimmungen der SIA-Norm 118 aus sich heraus keine rechtliche Bedeutung. Sie haben *keine allgemeine Verbindlichkeit* im Sinne eines Gesetzes oder einer Verordnung und sind weder Gewohnheitsrecht noch eine Rechtsquelle eigener Art ⁵⁶. Vielmehr werden sie – wenn überhaupt – immer nur zwischen bestimmten Parteien verbindlich: zwischen einem bestimmten Bauherrn und einem bestimmten Bauunternehmer. Und sie werden verbindlich immer nur durch *rechtsgeschäftliche Übernahme*. Daran vermag auch die vom SIA verwendete und der Norm (im Anhang, auf S. 71) begedruckte Formulierung, wonach die SIA-Norm 118 «am 1. Januar 1977 in Kraft» tritt, nichts zu ändern. Diese Formulierung ist insofern mißverständlich, als sie zur irrtümlichen Annahme verleiten könnte, die SIA-Norm 118 habe allgemeine Rechtskraft nach Maßgabe eines Gesetzes. In Wirklichkeit will damit jedoch nur gesagt sein, daß der SIA ab 1.1.1977 die revidierte Norm (an Stelle der bisherigen) zur Verwendung empfiehlt.

Das über die Verbindlichkeit der Norm Gesagte gilt für die Abschlußbestimmungen der Norm wie für deren Inhaltsbestimmungen.

Die *Abschlußbestimmungen* regeln zur Hauptsache den Vertragsabschluß mit vorgängiger Ausschreibung der Bauarbeiten (S. 215). Ihre rechtsgeschäftliche Übernahme geschieht in der Regel so, daß der

⁵⁵ Zur grundsätzlichen Frage, inwieweit Allgemeine Bedingungen als Verkehrssitte gelten und derart zur Vertragsauslegung und -ergänzung herangezogen werden können: SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 518 zu Art. 1 OR; MERZ, S. 144 ff.

Was die SIA-Norm 118 im besondern betrifft, schreibt JÄGGI in seinem Gutachten (zum ersten Revisionsentwurf): «Der Inhalt der Norm ... ist nicht das Ergebnis theoretischer Überlegungen, sondern wohl zum weitaus größten Teil die Frucht praktischer Erfahrungen bezüglich Abschluß und Gestaltung von Bauwerkverträgen. Daher genügt es nicht, festzustellen, daß die Norm die Schaffung einer einheitlichen Verkehrsübung bezweckt, sondern es ist außerdem festzustellen, daß sie selber den Niederschlag einer bereits vorhandenen Verkehrsübung darstellt. Das geht allerdings zum Teil auf die früheren Fassungen der Norm zurück, so daß zwischen Norm und Verkehrsübung eine Wechselwirkung besteht» (Gutachten, S. 21).

⁵⁶ SCHÖNENBERGER / JÄGGI, N 517 zu Art. 1 OR.

Bauherr die Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen als anwendbar erklärt und der Unternehmer sich der Erklärung unterwirft, indem er sein Angebot «gestützt auf die Ausschreibungsunterlagen» einreicht.

Mit der Verbindlichkeit der *Inhaltsbestimmungen* befasse ich mich nachstehend im besondern.

2. Von der Verbindlichkeit der Inhaltsbestimmungen

Die Inhaltsbestimmungen der Norm werden dadurch verbindlich, daß sie von den einzelnen Vertragsparteien bei Vertragsabschluß übernommen werden:

1. Die *Übernahme* erfolgt in der Weise, daß die Parteien vereinbaren, die SIA-Norm 118 soll Bestandteil ihres Bauvertrages sein und somit Vertragsgeltung erlangen⁵⁷. Diese Vereinbarung kann im Einzelfall durch bloßen Verweis geschehen (vgl. Art. 7 Abs. 2 Ziff. 1 und 20 Abs. 2), gegebenenfalls auch stillschweigend⁵⁸. Sie setzt nicht voraus, daß die Norm von den Vertragspartnern durchgelesen oder gar unterzeichnet wird; noch setzt sie voraus, daß der Inhalt der Norm den Parteien überhaupt bekannt ist⁵⁹.

2. Den Parteien steht es frei, statt die revidierte Norm (Ausgabe 1977) zu übernehmen, eine *frühere Ausgabe der Norm* (z. B. 1962 oder 1948) zum Vertragsinhalt zu erklären. Auch können sie wählen zwischen der *deutschen Fassung* und der *französischen Übersetzung* der Norm.

Wird unter den Parteien streitig, welche Ausgabe der Norm (z. B. 1977 oder 1962) übernommen wurde, so ist die Streitfrage durch Auslegung (unter Anwendung des Vertrauensprinzips) zu entscheiden. Haben die Parteien den Vertrag nach dem 1. Januar 1977 abgeschlossen, so bildet das ein Indiz dafür, daß sie die revidierte Ausgabe (1977) übernehmen wollten.

⁵⁷ Vgl. in diesem Sinn auch die Präambel: «Soweit die Norm Rechte und Pflichten der Vertragspartner umschreibt, wird sie dadurch rechtsverbindlich, daß die Partner sie als Bestandteil ihres Vertrages bezeichnen.»

⁵⁸ Zur Übernahme durch stillschweigenden Verweis: SCHÖNENBERGER / JÄGGI, N 455 zu Art. 1 OR; MERZ, S. 148; NORDMANN, S. 60.

⁵⁹ SCHÖNENBERGER / JÄGGI, N 476 zu Art. 1 OR; NORDMANN, S. 59.

Durch Auslegung zu entscheiden ist auch die (mögliche) Streitfrage, ob sich die Parteien auf die deutsche oder die französische Fassung der Norm geeinigt haben. Wurde der übrige Vertragstext in deutscher Sprache abgefaßt, so spricht dieser Umstand mangels anderer Anhaltspunkte dafür, daß sich die Übernahmeerklärung der Parteien auf die deutsche Fassung bezog. Entsprechendes gilt, wenn der übrige Vertragstext in französischer Sprache abgefaßt wurde.

3. Die Parteien können die Norm entweder mit sämtlichen Inhaltsbestimmungen übernehmen. Oder sie können sich auf eine *Teilübernahme* beschränken, so daß die Inhaltsbestimmungen der Norm nur zum Teil Vertragsgeltung erlangen, zum andern Teile unverbindlich bleiben.

Eine solche Teilübernahme kann auf verschiedene Art und Weise zustandekommen. Zu unterscheiden sind zwei Hauptarten: 1. Die Parteien vereinbaren positiv, daß (nur, aber immerhin) dieser oder jener Teil der Inhaltsbestimmungen zwischen ihnen gelten soll. Zum Beispiel vereinbaren sie, daß sich die Abnahme und die Mängelhaftung nach der SIA-Norm 118 richtet. 2. Die Parteien übernehmen zwar die Norm, treffen aber eine individuelle Abrede, die inhaltlich abweicht⁶⁰. Entweder bezeichnen sie eine oder mehrere Bestimmung(en) der Norm (z. B. jene über die Teuerungsabrechnung) als nicht anwendbar. Oder sie verabreden etwas, was mit dem Norminhalt im Widerspruch steht. Zum Beispiel vereinbaren sie für die Mängelrechte des Bauherrn eine Verjährungsfrist von zehn Jahren, während Art. 180 Abs. 1 eine Frist von fünf Jahren vorsieht.

Mit dem zweiten Fall, der individuellen Abrede, befasse ich mich nachfolgend im einzelnen:

4. *Individuelle Abreden* der Parteien gehen den vorformulierten Norm-Bestimmungen vor, und zwar schlechthin: auch dann, wenn die Parteien sich darüber nicht geäußert haben⁶¹ (vgl. auch die Rangordnung in Art. 21). Ausgenommen bleibt einzig der Fall, da eine Bestimmung der Norm zwingendes Gesetzesrecht wiedergibt (z. B. Art. 108 Abs. 1).

⁶⁰ Vgl. dazu SCHÖNENBERGER / JÄGGI, N 491 zu Art. 1 OR.

⁶¹ SCHÖNENBERGER / JÄGGI, N 492 zu Art. 1 OR.

Abgesehen vom zuletzt genannten Fall, haben die vorformulierten Bestimmungen der Norm den individuellen Partei-Abreden zu weichen. Deshalb, «weil sie insoweit gar nicht gewollt sind, als die Parteien einen übereinstimmenden abweichenden Willen erklären»⁶¹. Im einzelnen ist auf folgende Punkte hinzuweisen:

- Einige Bestimmungen der Norm behalten eine abweichende Vereinbarung der Parteien ausdrücklich vor: sie sind mit einer *Subsidiär-Klausel*⁶² versehen, wonach sie nur dann gelten, wenn die Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben (so z. B. Art. 65 Abs. 1, 86 Abs. 3, 142 Abs. 4, 150 Abs. 3, 157 Abs. 1). Die Regel, daß individuelle Abreden vorgehen, gilt indessen nicht nur für diese Bestimmungen, sondern auch für jene, welche keine Subsidiär-Klausel enthalten. Die Klausel ist daher überflüssig. Ihre Verwendung nur in einzelnen Bestimmungen kann überdies den falschen Eindruck erwecken, von den andern Bestimmungen könne nicht durch Vereinbarung abgewichen werden.
- Der Wortlaut verschiedener Normbestimmungen schränkt die Möglichkeit individueller Abreden ein, indem er *abweichende Abreden nur für Sonderfälle* zuläßt: z. B. nur «bei umfangreichen oder besonderen Arbeiten» (Art. 154 Abs. 2) oder nur «ausnahmsweise» (Art. 182). Solche Einschränkungen sind unwirksam. Sie verhindern nicht, daß abweichende Vereinbarungen in jedem Falle (z. B. nicht nur «bei umfangreichen oder besonderen Arbeiten») vorgehen.
- Nach Art. 21 Abs. 3 der Norm müssen bestimmte einzelne Abreden, die von der Norm abweichen, in der «Vertragsurkunde» enthalten sein, damit sie wirksam sind. Diese *Formvorschrift* hat nur eine beschränkte Bedeutung. Sind derartige Abreden in einem andern Schriftstück des Vertrages (z. B. im Leistungsverzeichnis) enthalten oder mündlich getroffen worden, so spricht Art. 21 Abs. 3 zwar gegen deren Wirksamkeit, falls zweifelhaft ist, ob es sich überhaupt um verbindlich gemeinte Abreden handelt. Steht das letztere dagegen fest, so ist anzunehmen, die Parteien hätten die

⁶² JÄGGI, Gutachten, S. 15.

Formvorschrift des Art. 21 Abs. 3 gar nicht übernommen oder wieder aufgehoben. Alsdann ist die abweichende Abrede gültig, obwohl nicht in der «Vertragsurkunde» enthalten⁶³.

Von den individuellen Abreden zu unterscheiden sind Allgemeine Bestimmungen, die sich in einer andern Norm (sei es des SIA oder eines andern Fachverbandes) finden. Haben die Parteien sowohl die SIA-Norm 118 als auch eine andere Norm als anwendbar erklärt, obwohl sich einzelne Bestimmungen der beiden Normen widersprechen, so löst sich der Widerspruch nach der Rangordnung des Art. 21. Die Bestimmungen der SIA-Norm 118 gehen vor (vgl. aber Art. 144 Abs. 5 und 172 Abs. 1); immer vorausgesetzt, daß die Parteien nicht eine von Art. 21 abweichende Rangordnung vereinbart haben.

5. Einzelne Bestimmungen der Norm enthalten schriftliche *Hinweise*, wie der Vertragsinhalt (in dieser oder jener Hinsicht) durch Vereinbarung ausgestaltet werden kann. Beispiele:

«Die Parteien können ... sich auf ein Schiedsgericht einigen» (Art. 37 Abs. 3). «Für die Vergütung der Leistungen des Unternehmers sollen nach Möglichkeit entweder Einheitspreise, Globalpreise oder Pauschalpreise vereinbart werden» (Art. 38 Abs. 1). «Der Werkvertrag legt die Fristen fest, bis zu deren Ablauf die übernommenen Arbeiten ausgeführt sein müssen» (Art. 92). «Für die Überschreitung vertraglicher Fristen können im Werkvertrag angemessene Konventionalstrafen, für deren Unterschreitung Prämien vereinbart werden» (Art. 98 Abs. 1).

Solche Hinweisbestimmungen können als solche nicht übernommen und Vertragsbestandteil werden; sie finden (wenn überhaupt) dadurch Berücksichtigung, daß die Parteien eine ihnen entsprechende Regel vereinbaren⁶⁴.

3. Von der Auslegung

Die SIA-Norm 118 enthält zwar generell und abstrakt vorformulierte Bestimmungen, gleich wie ein Gesetz. Dennoch ist sie *individuell* (nicht gesetzesähnlich) auszulegen, wenn es zwischen zwei Parteien zu einem Streit über den Sinn einer übernommenen Bestimmung kommt⁶⁵.

⁶³ Zum Ganzen: SCHÖNENBERGER / JÄGGI, N 494 zu Art. 1 OR.

⁶⁴ JÄGGI, Gutachten, S. 16.

⁶⁵ SCHÖNENBERGER / JÄGGI, N 490 zu Art. 1 OR; MERZ, S. 152 f.

Grundlage dieser individuellen Auslegung bildet das *Vertrauensprinzip*. Der Auslegende hat sich zurückzusetzen in den Zeitpunkt, da die Parteien die streitige Bestimmung übernommen haben. Maßgebend ist der Sinn, den die Parteien unter den damaligen Umständen dem Wortlaut der Bestimmung nach Treu und Glauben beilegen durften und mußten ⁶⁶.

Bei der Ermittlung dieses Sinnes muß entweder vom deutschen oder vom französischen Wortlaut der strittigen Bestimmung ausgegangen werden; dies je nachdem, ob die Norm von den Parteien in der deutschen oder französischen Fassung übernommen wurde. Weichen die beiden Fassungen inhaltlich voneinander ab, so ist maßgebend die übernommene Fassung. Das bedeutet, daß der deutsche Wortlaut keine Priorität vor der französischen Übersetzung hat, sondern die französische Übersetzung dem deutschen Wortlaut vorgeht, falls sich die Parteien auf die französische Fassung geeinigt haben.

Ein Ausfluß des Vertrauensprinzips ist die *Unklarheitsregel*. Danach gehen Unklarheiten des Textes zu Lasten derjenigen Partei, welche die Verwendung der Norm veranlaßt hat ⁶⁷. Im Zweifel ist gegen diese Partei zu entscheiden. Das gilt allerdings nur dann, «wenn die übrigen Auslegungsmittel versagen und der bestehende Zweifel nicht anders behoben werden kann» (BGE 99 II 292).

Aus dem Grundsatz der individuellen Auslegung folgt, daß ein und dieselbe Normbestimmung für Parteien verschiedener Bauverträge möglicherweise verschieden auszulegen ist. Soweit ich mich in der vorliegenden Arbeit über den Sinn einer Bestimmung geäußert habe, geschah dies stets unter dem Vorbehalt, daß nicht nach den konkreten Umständen des Einzelfalles für bestimmte Parteien eine andere Auslegung die richtige ist.

⁶⁶ SCHÖNENBERGER / JÄGGI, N 488 zu Art. 1 OR; vgl. z. B. auch BGE 87 II 242; 92 II 348.

⁶⁷ SCHÖNENBERGER / JÄGGI, N 489 zu Art. 1 OR.