

§ 10 WERKVERTRAG (11. Titel, OR 363-379)

Literatur:

F. Dessemontet, Quelques remarques à propos du contrat d'architecte, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Jubiläumsschrift hg. von H. Peter, E.W. Stark, P. Tercier, Freiburg/CH 1982, S. 485 ff. (m.w.Hinw.); K. Dürr, Werkvertrag und Auftrag, Vira 1983; P. Gauch, Der Werkvertrag, 3. A., Zürich 1985; P. Gauch/P. Tercier, Das Architektenrecht, Freiburg, 1986; G. Gautschi, Berner Kommentar, OR 363-379, Bern 1967; P. Klauser, Die werkvertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen, Diss. Zürich 1973; J. Koller, Der "Untergang des Werkes" nach Art. 376 OR, Diss. Freiburg 1983; M. Pedrazzini, SPR VII/1, p. 495-551, Basel/Stuttgart 1977; H.J. Reber, Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, 4. A., Dietikon 1982; H.-L. Weyers, Typendifferenzierungen im Werkvertragsrecht, in AcP 182 (1982), p. 60-79; P. Zimmermann, Geist-Werkvertrag, Diss. Basel 1984.

I. Begriff und Inhalt des Werkvertrages

1. Allgemeines

a) Begriff

Mit dem Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes, der Besteller zur Leistung einer Vergütung (OR 363). In heutiger Sicht muss das herzustellende Werk nicht stofflich fassbar sein, auch geistige Leistungen (Erstellung von Gutachten oder von Konstruktionsplänen, Vermessungsarbeit eines Geometers, so BGE 109 II 37) können Inhalt eines Werkvertrages bilden. Der Werkvertrag wird damit ausgeweitet zu einem Vertrag, dessen Hauptmerkmal die Pflicht zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges ist (dazu auch unten Zif. 3/b).

In einem offenen Vertragstypensystem (vgl. zu den Auswirkungen der Vertragstypenfreiheit oben § 2/I, weiterhin Bucher, Referat Schweiz. Juristenverein, ZSR 1983 Bd II, § 6/II) ist Verbindung oder Mischung verschiedener Typen möglich, so dass die Grenzziehung gegenüber anderen Typen (dazu unten die Zif. 2 und 3) nur vorläufige Bedeutung besitzt. Insbesondere soll in Grenzbereichen nicht eine Zuordnung "ein für allemal" gesucht, sondern für jedes Problem gesondert gefragt werden, welche der in Frage kommenden Normen der konkurrierenden Typen sachlich am angemessensten erscheint. Der Gesetzgeber selber sieht z.B. in OR 365/I die kombinierte Anwendung von Regeln verschiedener Typen (Kauf/Werkvertrag, unten Zif. II/3) vor.

b) Vertragsnatur

Synallagmatischer Vertrag. Essentialia: Hinreichende Bestimmtheit des geschuldeten Werks/Erfolgs. Der Preis wird oft nicht als notwendiges Konsenselement (essentiale) betrachtet, was nur bedingt richtig ist (dazu unten Zif. IV/2/d).

2. Abgrenzung gegenüber Kaufvertrag

Kaufvertrag: Verpflichtung des Verkäufers zur Sachübergabe und Eigentumsverschaffung steht im Vordergrund;

Werkvertrag: Unternehmer schuldet die Leistung eines Erfolges oder eines messbaren Arbeitsergebnisses.

Vertrag über eine erst herzustellende Sache ist Werkvertrag, wenn die Sache Einmaligkeitscharakter aufweist und nicht routinemässig hergestellt wird; sonst Erwerb einer erst herzustellenden Sache Kauf. Besteht die zu liefernde Sache bei Vertragsschluss bereits in vertragskonformer Gestalt, ist Werkvertrag begrifflich ausgeschlossen.

Werkvertrag z.B. bei Lieferung einer hydraulischen Presse zur Herstellung von Platten eines bestimmten Formates (BGE 42 II 622 ff.) - bei Erstellung und Lieferung von Balkendecken samt Verteileisen für zwei Einfamilienhäuser (BGE 72 II 348 ff.).

Kaufvertrag z.B: bei Lieferung serienmässig hergestellter Möbel (ZR 37 Nr. 54, p. 98).

Vertrag über die Lieferung elektrischer Energie ist Kaufvertrag, wenn Vertragsgegenstand nur das Zurverfügungstellen von Energie ist; Verhältnis charakterisiert sich als Werkvertrag, wenn Herbeiführung eines bestimmten Erfolges (Zusicherung einer bestimmten Verfügbarkeit von Strom oder gar Uebernahme Beheizung o.dgl.) geschuldet ist (BGE 48 II 370 f., 53 II 237 E. 2, 76 II 107 E. 5).

Der eigentliche Kaufvertrag impliziert bei der Erfüllung ein das Eigentum an der Kaufsache übertragendes Verfügungsgeschäft, während beim Werkvertrag typischerweise das Werk direkt im Eigentum des Bestellers entsteht (Bauen auf Grund des Bestellers) bzw. der geschuldete Erfolg in dessen Bereich eintritt. Das Gegenteil ist möglich; stellt der Unternehmer aus eigenem Material Fahrnis her, entsteht dieses in dessen Eigentum und muss wie beim Kauf nachfolgend durch dinglichen Vertrag übereignet werden (nach deutscher Terminologie dies der Fall des "Werklieferungsvertrages", BGB § 651).

Auswirkungen der Zuordnung:

- bei einem Werkmangel hat der Besteller gem. OR 368/II einen Anspruch auf Ausbesserung (unten Zif. III/3/d), nicht so der Käufer bei einem Sachmangel (oben §3/IV/1/b, § 4/VI/1);
- bei Werkvertrag geht die Gefahr gem. OR 376/I erst bei der Ablieferung des Werkes über, bei Kaufvertrag gem. OR 185/I grundsätzlich schon bei Vertragsabschluss (unten II/4);
- die Möglichkeiten des "Rücktritts" i.w.S. ist verschieden, beim Werkvertrag ausweitet: Rücktritt nach OR 107 wird auf "voraussehbaren Verzug" ausgedehnt (OR 366; unten Zif. IV/3) und um ein generelles Abstandsrecht ergänzt: Bei Kostenüberschreitung (OR 375; unten Zif. IV/2/b/bb) sodann gegen volle Entschädigung überhaupt (OR 377; unten Zif. IV/4);
- beim Kaufvertrag ist die vertragliche Bestimmung (bzw. Bestimmbarkeit) des Kaufpreises essentielle, dh. notwendige Voraussetzung eines gültigen Vertrages, während beim Werkvertrag diese Voraussetzung nicht besteht, dh. allenfalls der Richter den Preis festsetzen kann (vgl. aber unten Zif. IV/2/d).
- Rücktrittsvermutung i.S. von OR 190 gilt nur bei Kauf, nicht bei Werkvertrag, ebenso die Rücktrittsmöglichkeiten wegen Preiszahlungsverzug gem. OR 214.

3. Abgrenzung gegenüber Verträgen auf Arbeitsleistung (Auftrag, Arbeitsvertrag)

a) Grundzüge

Werkvertrag

Leistungspflicht

Erfolg der Arbeit; Haftung für Mängel auch bei sorgfältiger Arbeit.

Entschädigung nach Erfolg. Die Vereinbarung einer Entschädigung "nach Aufwand" (unten Zif. IV/2/c) nähert den Werkvertrag dem Auftrag an (Kontroll- und Weisungsbefugnis; Gefahrtragung, ev. keine Ablieferungsobligation)

Gefahr des Misslingens

beim Unternehmer

Pflicht zur persönlichen Leistung

praktisch nur ausnahmsweise (unten Zif. II/2/a)

Weisungsrecht/Subordination

fehlt

Erfolgsgewährleistung

Beim Werkvertrag ist die Herbeiführung eines Erfolges Bestandteil der Leistungspflicht; soweit ein Erfolg nicht garantiert werden kann (Prozessgewinn beim Anwalt, Heilungserfolg beim Arzt), scheidet Werkvertrag aus.

Beendigung

"Rücktritt" / Verzicht auf Vollendung bei Unternehmer ausgeschlossen; seitens des Bestellers nur gegen volle Schadloshaltung.

Gegenleistung (Lohn)

Typisch der fest verabredete Werklohn, der nur unter aussergewöhnlichen Umständen erhöht werden kann (OR 373, unten Zif. IV/2/a). Die Vereinbarung einer Entschädigung "nach Aufwand" (dh. Arbeitszeit, Material) ist möglich, jedoch atypisch (vgl. oben).

Arbeitsleistungsvertrag

Arbeitseinsatz und Sorgfalt; Entschädigung nach Arbeits- und ev. sonstigem Aufwand.

beim Auftraggeber/Arbeitgeber

bei Auftrag oft, bei Arbeitsvertrag immer

gegeben (bei Auftrag: Weisungsrecht)

Widerruf/Kündigung bei Auftrag jederzeit (ev. gegen teilweise Schadloshaltung) beim Arbeitsvertrag nach spezifischen Kündigungsregeln.

Entschädigung nach Zeitaufwand

b) Zum Begriff des "Werkes" (Gegenstand des Werkvertrages); Weiterführung der Abgrenzung

"Werk" i.S. des historischen Gesetzgebers verkörpert sich in einer Sache oder einem Sach-Zustand. Das hervortretendste Merkmal des Werkvertrages ist die Erfolgsbezogenheit der Leistungspflicht und die Erfolgsbedingtheit des Werklohnes: Unternehmer erhält nur Entschädigung, wenn er einen bestimmten Arbeiter-

folg erreicht und ihn dem Besteller zugänglich machen kann (Ablieferungsobligation). Da dieses Element dem Werkvertrag spezifisch ist und sich bei anderen Typen nicht findet, besteht Neigung, erfolgsbezogene Verträge, auch wenn Erfolg nicht körperlich-greifbar ist, als Werkvertrag zu qualifizieren, so etwa Aufführungs-Besuchsverträge (BGE 80 II 34, 70 II 218). Dabei kann offen bleiben, ob man derartige Verträge als Werkverträge i.w.S. betrachten oder sie, als Innominatkontrakte verstanden, lediglich den Werkvertragsregeln, soweit angezeigt, analogieweise unterstellen will (vgl. zur Methodik auch oben § 2/II). Richtig Pedrazzini, SPR VII/1 p. 499, der sich gegen eine Einengung des Werkbegriffs ausspricht und zeigt, dass BGB § 631/II auch in Schweiz geltendes Recht formuliert: "Gegenstand des Werkvertrages kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein."

Entgegen verbreiteter Auffassung unrichtig, in der Abgrenzung insbesondere gegenüber Auftrag (und Arbeitsvertrag) die "Vertragsnatur" für bestimmte Vertragsarten (z.B. "Architektenvertrag", den es als solchen so wenig gibt wie einen "Juristenvertrag") abstrakt und ein für allemal bestimmen zu wollen (so aber etwa BGE 98 II 310 oder BGE 110 II 376, der die Tätigkeit der Zahnärzte ganz allgemein dem Auftragsrecht unterstellt). Massgebend kann allein der Parteiwille im konkreten Vertrag sein, der je nach Streitlage einer Zuordnung zu verschiedenen Vertragstypen zuneigen kann (vgl. auch unten § 12/III/2). Sind an sich in einem System der Vertrags- und damit Vertragstypenfreiheiten (oben § 2/I/2) die Grenzen der gesetzlichen Typen notwendig offen, besteht doch ein unvermeidlicher Gegensatz sachlogischer Natur danach, ob Gegenstand der Leistungspflicht ein Arbeitsaufwand oder ein bestimmter Arbeitserfolg ist und ob dementsprechend die Gegenleistung durch Erbringung des Arbeitsaufwandes oder aber Ablieferung eines Arbeitserfolges verdient wird: Im ersten Fall liegt ein Dienstleistungsvertrag (Auftrag, ev. Arbeitsvertrag) vor, im zweiten ein Vertrag, den man als Werkvertrag bezeichnen oder ihn wenigstens auf weiten Strecken wie einen solchen behandeln wird.

Nach diesen Gesichtspunkten ist von Fall zu Fall zu ermitteln, welches der Wille der Parteien war; generelle Aussagen sind unzulässig, es sei denn, sie würden eine Vermutung über die wahrscheinlichste/häufigste Willensrichtung enthalten. Eine Kombination beider Elemente im selben Vertrag ist möglich, sogar häufig, setzt immer aber sachliche Abgrenzung der beiden Leistungs- und Pflichtenbereiche voraus (keine Zwischenformen, wohl aber Mischformen möglich). Dies ist die Folge der Vertragstypenfreiheit. Vgl. auch Bucher in ZSR 1983/II p.316 - 330. In diese Richtung weisend (für den "Totalunternehmervertrag") jetzt das Bundesgericht in Praxis 1988 Nr. 173.

Eine besonders häufige Verbindung von Elementen des Werkvertrags und Auftrags besteht darin, dass trotz grundsätzlicher Werkvertragsnatur (mit der Folge, dass der Preis nur mit Ablieferung des Werks verdient ist) dem Besteller nach dem (unausgesprochenen) Parteiwillen ein Widerrufsrecht analog OR 404 (Auftrag) zukommt, diesbezüglich Werkvertragsrecht (Anspruch auf volles Erfüllungsinteresse; OR 377) nicht angewendet werden darf.

Beispiel des Juristen: Werkvertrag die Erstellung eines Gutachtens (einschliesslich der hierzu notwendigen Vorarbeiten) insofern, als nach Meinung der Parteien Honorar nur im Falle der Ablieferung verdient ist. Trotz dieser Qualifizierung

ist andererseits dem Besteller eine Widerrufsmöglichkeit nach auftragsrechtlichen Grundsätzen (OR 404) zuzugestehen. Auftrag im übrigen Beratung, Verhandlungen, Prozessführung usw.

Künstler: Werkvertrag, wenn ein Gemälde oder eine Plastik errichtet, ein Roman geschrieben werden soll. Ebenso i.d. Regel erfolgsabhängig Vereinbarung mit Musiker, ein Konzert zu bestreiten, eine Opernpartie zu singen; fallweise ist zu prüfen, ob "Widerruf" nach Auftrag (OR 404) oder "Rücktritt" nach Werkvertrag (OR 377).

Aehnlich auch Architekt: Werkvertrag meist die Erstellung bestimmter Pläne (Auftrag/Arbeitsvertrag dagegen: Beratung, Abklärungen, Bauleitung, Verhandlung mit Dritten u.dgl.); meist auch hier bei Abstandnahme des Bestellers OR 404.

Vgl. dazu BGE 109 II 462 und 110 II 380.

II. Rechtsstellung und Pflichten des Unternehmers

1. Pflicht der Erstellung des Werkes, der Erfolgsbewirkung

Der Unternehmer muss das vertraglich vereinbarte Werk abliefern, den zugesicherten Erfolg herbeiführen. Darin erschöpft sich die eigentliche werkvertragliche Unternehmerpflicht; keine Pflicht des Tätigwerdens im eigentlichen Sinn. Die Leistungspflicht besteht in der Ablieferung des Werks, nicht in dessen Erstellung.

In welchem Zeitpunkt das Werk als "abgeliefert" zu gelten hat, bestimmt sich nach Vertrag und den Umständen. Im Normalfall wird eine formelle Uebergabe mit rechtsgeschäftlicher Komponente erforderlich sein, die faktische Werkvertragserstellung also nicht genügen. Oft vereinbaren die Parteien das Abnahme- und Prüfungsverfahren einschliesslich die dabei zu erstellenden Uebernahme-Protokolle usw., deren Erfüllung erst Ablieferung des Werkes bedeutet. Die Frage, ob/wann Ablieferung erfolgt sei, entscheidet darüber, ob der Vertrag als erfüllt zu gelten hat oder nicht (Vorgehen nach Nichterfüllungs-Regeln, OR 97 ff., oder umgekehrt bei erfolgter Ablieferung werkvertragsrechtliche Gewährleistung, unten Zif. III), Gefahrübergang (unten Zif. 4) usw. Beweislast für erfolgte Ablieferung (Abnahme) liegt beim Unternehmer.

2. Ergänzung zu Zif. 1: Ausserhalb der Erfolgswirkung liegende Nebenpflichten

Der Gesetzgeber des aOR hat offensichtlich nicht klar genug erkannt, dass der Werkvertrag auf die Erbringung eines Erfolges selber ausgerichtet ist und daher die Art, wie der Unternehmer diesen Erfolg erreichen will, grundsätzlich ausserhalb des Vertrages bleibt. Das BGB erkennt dies viel deutlicher; leider folgte ihm die Revision kaum.

a) Sog. Pflicht der persönlichen Ausführung des Werks (OR 364/II)

Entgegen dem Prinzip von OR 68 ist der Unternehmer grundsätzlich zur persönlichen Ausführung des Werks verpflichtet, ausgenommen, wenn "es nach der Natur des Geschäftes auf persönliche Eigenschaften des Unternehmers nicht ankommt". Diese Ausnahme muss fast als Regel gelten; Ausnahmen von der Ausnahme sollten nicht leichthin angenommen werden (BGE 103 II 55 ist hier nicht eigentlich präjudiziell, da im Zusammenhang einer "Baumeisterverpflichtung").

b) Haftung für Sorgfalt (OR 364/I)

Der arbeitsvertragsrechtliche Haftungsmassstab für "omnis culpa" (sc. auch leichte Fahrlässigkeit; OR 321 a und OR 321 e) ist sinnlos und hat keinen direkten Anwendungsbereich: Kann infolge Unsorgfalt das Werk nur schlecht, verspätet oder überhaupt nicht abgeliefert werden, wirkt sich dies vorerst allein im Bereich des Unternehmers aus, der bei Mängeln des Werks nach Gewährleistungsregeln (unten Zif. III), bei Verzug nach Verzugsregeln haftet, ohne dass hier andere Gesichtspunkte als jene von OR 97 massgebend sein dürften. Umgekehrt kann grösster Leichtsinns des Unternehmers, wenn das Werk trotzdem glücklich zustande kommt, Befreiung nicht hindern.

Haftung aus mangelnder Sorgfalt (ebenso Haftung für Hilfspersonen i.S. von OR 101; dazu noch aOR 351/II) kommt nur ausserhalb der eigentlichen Leistungspflicht, bei sog. positiven Vertragsverletzungen (vgl. OR/AT § 20/II/2) in Frage (auch dann, wenn das Werk gut und zeitig abgeliefert wird). Beispiel: Der Dachdecker schädigt durch Fallenlassen von Ziegeln Hausgenossen.

c) Treuepflicht, im allgemeinen?

Eine allgemeine Treuepflicht des Unternehmers (Pflicht der Geheimhaltung gegenüber Dritten oder der Orientierung des Bestellers, Pflicht der Unterlassung von Konkurrenzfähigkeit oder der Belieferung der Konkurrenz u.dgl.) kann nur in einem von Fall zu Fall zu bestimmenden, jedenfalls beschränkten Umfang angenommen werden (Beispiel in folgenden lit. d und e), dies im Gegensatz zu den Arbeitsleistungsverträgen (Arbeitsvertrag, Mandat, unten § 12), wo die Treuepflicht zentrale Bedeutung hat.

d) Haftung für Erhaltung des vom Besteller gelieferten Stoffes (OR 365/II)

Von der werkvertraglichen Ablieferungspflicht wird an sich auch der vom Besteller zur Verfügung gestellte Stoff erfasst, der entweder im Werk verarbeitet oder aber, wenn nicht benötigt, unverarbeitet zurückzugeben ist. Werkvertragliche Erfolgshaftung würde hier bedeuten, dass der Unternehmer im Falle zufälligen Untergangs haftet, was durch OR 365/II ausgeschlossen wird: Es soll derjenige, der den Stoff geliefert hat, das Risiko tragen. Kann der Unternehmer infolge Untergangs des vom Besteller gelieferten Stoffes seiner Ablieferungsobligations nicht genügen, steht er unter der Verschuldenspräsumption von OR 97 und kann sich durch den Nachweis der Anwendung "aller Sorgfalt" (OR 365/II, im Ergebnis wohl nur die allgemeine Haftung für omnis culpa gem. OR 97; dazu OR/AT § 20/III/3) befreien.

Vgl. BGE 113 II 421 zum Ausmass der Sorgfaltspflicht des Garagisten für ein Auto während der Durchführung von Reparaturarbeiten.

e) Orientierungspflicht nach OR 365/III

Durch Sondernorm von OR 365/III wird dem Unternehmer die Pflicht überbunden, den Besteller zu benachrichtigen, wenn der von diesem gelieferte Stoff mangelhaft ist oder andere Umstände "eine gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährden". Bei Unterlassung sofortiger Anzeige trägt der Unternehmer die Nachteile. Dies ist so zu verstehen:

- Im Falle der Lieferung des Stoffes durch den Besteller soll der Unternehmer nicht für dessen Mängel einstehen müssen, wodurch der Werkvertrag den Charakter eines reinen Erfolgsvertrages verliert und etwas den Arbeitsleistungsverträgen angenähert wird ("das Beste aus der Sache zu machen"). Dies gilt nur,

wenn die Mängel bei Vertragsschluss nicht bekannt waren bzw. bei nachträglichem Erkennbarwerden dem Besteller sofort mitgeteilt wurden, andernfalls der Unternehmer für gutes Werk (Erfolg) haftet, wie wenn er guten Stoff erhalten hätte.

- Bestehen "sonst Verhältnisse, die eine gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährden", wie Dritteinwirkungen, so muss der Unternehmer, will er die Folgen auf den Besteller abwälzen, auch dies sofort notifizieren. Zu beachten ist allerdings, dass diese Ueberwälzung (vorbehalten ein Vertrag "nach Aufwand", unten Zif. IV/2/c) dem Unternehmer nur ausnahmsweise möglich ist. Die fraglichen Umstände müssen nicht nur unvorausehbar und vom Unternehmer nicht zu vertreten sein; angesichts der Erfolgsgarantie des Unternehmers können überhaupt nur Umstände berücksichtigt werden, die dem Bereich des Bestellers zuzurechnen sind (Fehlen/Entzug einer Baubewilligung o.dgl.); vgl. OR 378 und unten Zif. 4.

3. Gewährleistung für gelieferten Stoff; "Werklieferungsvertrag" (OR 365/I)

Grundsätzlich geht die Haftung des Unternehmers für Auswahl und Qualität des verwendeten Stoffes in dessen werkvertraglicher Erfolgsgarantie auf (vgl. unten Zif. III); für eine besondere kaufrechtliche Sachgewährleistung bleibt daher wenig Raum; Rechtsgewährleistung ist dagegen denkbar bei Verarbeitung fremden Materials; vgl. aber auch ZGB 726.

Die Regel von OR 365/I, wonach der Unternehmer für den von ihm gelieferten Stoff "wie ein Verkäufer" Gewähr zu leisten habe, kann sich nur auf sog. Werklieferungsverträge beziehen, bei denen Kauf und Werkvertrag gemischt sind (z.B. Vereinbarung über Lieferung einer bei Vertragsschluss "weisen" Polstergruppe, die einen noch anzubringenden Bezug erhalten soll). Vgl. auch BGB § 651 und Literatur hiezu.

4. Gefahrtragung

a) Grundsatz der Gefahrtragung des Unternehmers (OR 376/I)

Der Erfolgsgarantie/Ablieferungspflicht des Unternehmers entspricht, dass dieser seinen Anspruch auf Werklohn einbüsst, wenn das Werk vor Ablieferung (Uebergabe des vollendeten, dem Vertrag in allen Teilen entsprechenden Werkes, BGE 97 II 353) an den Besteller untergeht (OR 376/I). Anders jedoch, wenn Preisabsprache "nach Aufwand" (unten Zif. IV/2/c), was wohl meist bedeutet, dass bei Untergang oder Beschädigung der Aufwand der Wiederherstellung vom Besteller zu tragen ist.

b) Ausnahme bei Ursache im Bereich des Bestellers (OR 376/III, 378)

- Sofern Mängel des vom Besteller gelieferten Stoffes oder angewiesenen Baugrundes oder die vom Besteller erteilten Anweisungen Ursache des Untergangs des noch nicht abgelieferten Werkes sind, hat der Unternehmer einen Anspruch auf Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und der im Arbeitslohn nicht eingeschlossenen Auslagen; trifft den Besteller ein Verschulden, hat der Unternehmer zusätzlich einen Anspruch auf vollen Schadenersatz (OR 376/III). In jedem Fall ist indes zu berücksichtigen, dass den Unternehmer eine Orientierungs- und Abmahnungspflicht trifft, falls der Besteller gefahrbelastetes bzw. unzweckmässiges Material liefert oder entsprechende Anweisungen erteilt.
- Die gleichen Ansprüche stehen dem Unternehmer zu, wenn der Untergang des Werkes auf einen Zufall im Bereich des Bestellers zurückzuführen ist (Pedrazzini, p. 544) oder wenn der Grund für die Unmöglichkeit der Fertigstellung in der Person oder im Gefahrenkreis des Bestellers liegt (OR 378/I).

Zur Gefahrtragung im römischen Recht vgl. Wubbe Felix, Labeo zur Gefahrtragung im Bauvertrag, in: L'homme dans son environnement, Freiburg 1980.

5. Tod und Unfähigkeit des Unternehmers (OR 379)

Bei Tod des Unternehmers oder dessen unverschuldeter Unfähigkeit zur Werkausführung erlischt der Werkvertrag von Gesetzes wegen ohne weitere Vorkehren des Bestellers, wenn er mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers eingegangen worden ist (OR 379/I). Für die bereits ausgeführten Teile des Werkes wird, soweit sie für den Besteller brauchbar sind, ein anteilmässiger Preis geschuldet.

6. Sonderproblem: Vergütungsanspruch des Unternehmers bei sonstigem Unvollendetbleiben des Werks

Wird ausserhalb von OR 379 das Werk nicht vollendet, hätte der Unternehmer an sich keinen Lohn verdient-. Er hat seine Ablieferungs- bzw. Erfolgsbewirkungsobligation nicht erfüllt (sodann OR 379 e contrario). Dabei muss es bleiben, wenn der Besteller das angefangene Werk nicht irgendwie doch übernimmt. Ist dies jedoch der Fall (wird es z.B. durch einen anderen Unternehmer fertiggestellt), muss trotzdem der Wert, den es für den Besteller besass, vergütet werden. Dies kann nicht über die Vergütung der geleisteten Arbeit, Umdeutung des Werkvertrages in ein Dauerschuldverhältnis o.dgl. erreicht werden; das beste Argument ist wohl die Berücksichtigung von OR 423/II (GoA; unten § 14/VI/2/c), der dem Geschäftsführer einen analogen Anspruch gibt, und nicht zu ersehen ist, wieso ein Vertragspartner schlechter gestellt sein soll als ein Dritter und bösgläubiger Geschäftsführer (vgl. im übrigen Gautschi, OR 378/79 N. 18 und Bucher/Wiegand, Uebungen im OR, Fall Nr. 8).

III. Gewährleistungspflicht des Unternehmers

Literatur:

W. Lorenz, Rechtsvergleichendes zur Mängelhaftung des Werkunternehmers, in Festschrift für E. von Caemmerer, Tübingen 1978, p. 907 ff.

1. Allgemeines

Gewährleistungsansprüche entstehen mit Ablieferung des Werkes; der Zustand des Werkes in diesem Zeitpunkt ist auch für die Feststellung der Vertragskonformität/ Mangelhaftigkeit massgebend.

Verspätung in der Ablieferung ist kein Gewährleistungstatbestand, sondern löst die allgemeinen Verzugsfolgen aus (OR 97 ff., 102 ff.; vgl. auch OR/AT § 20). Schäden, die dem Besteller bei Errichtung des Werkes zugefügt werden, sind (als "positive Vertragsverletzung") nach OR 97 zu entschädigen.

2. Voraussetzung der Mängelrüge (OR 367)

a) Offene Mängel

Der Besteller hat nach Ablieferung das Werk zu prüfen und allfällige Mängel dem Unternehmer "sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist", zu melden (OR 367 entsprechend OR 201/I). Versäumt er dies, so gilt die Leistung der Gegenpartei als genehmigt (OR 370/I, wie OR 201/II). Unterbleibt die Rüge von "offenen" Mängeln, dh. solchen, die bei angemessener Prüfung zu erkennen waren,

sind Gewährleistungsansprüche bezüglich dieser Mängel verwirkt. - Ablieferung bedeutet formelle Uebergabe des fertiggestellten Werkes (vorher keine Prüfungs- und Rügepflicht; BGE 94 II 164).

b) Versteckte Mängel

Meldung hat sofort nach Entdeckung zu erfolgen, andernfalls das Werk auch bezüglich dieser Mängel als genehmigt gilt (OR 370/III). Die Rügepflicht besteht nach BGE 100 II 33 f. auch bei arglistiger Verschweigung des Mangels (vgl. Kritik hiezu bei Pedrazzini, p. 528). Die in BGE 107 II 176 (und ähnlich bereits in BGE 100 II 33/34) vertretene Auffassung, der Besteller sei für die Rechtzeitigkeit der von ihm erhobenen Mängelrüge (dh. dafür, dass er die Mängel nicht vor einem bestimmten Zeitpunkt gekannt habe) behauptungs- und beweispflichtig, ist nicht haltbar (Verspätung der Rüge als rechtshindernde Tatsache; vgl. dazu Bucher in ZSR 1983/II p. 342 f.); dem Besteller würde mit der hier abgelehnten Lösung im praktischen Ergebnis eine "Dauerkontrolle" des erhaltenen Werks zur Pflicht gemacht, die unzumutbar ist und wofür keine rechtliche Grundlage besteht.

3. Die dem Besteller zustehenden Ansprüche (OR 368)

Aehnlich wie beim Kauf steht dem Empfänger bei Mängeln des Leistungsgegenstandes ein Preisminderungsanspruch zur Verfügung, alternativ daneben weiterhin, allerdings unter einschränkenden Voraussetzungen, ein Wandlungsanspruch (Anspruch auf "Heimschlagung" der Leistung, Rückgängigmachung der Vertragsabwicklung). Beim Werkvertrag als weitere Möglichkeit ein Mangelbehebungsanspruch des Bestellers, der beim Kaufvertrag nicht besteht. Die Wahlerklärung muss nicht mit der Mängelrüge verbunden werden (BGE 98 II 120).

a) Voraussetzung einer Nachfristansetzung i.S. von OR 107

Da beim Werkvertrag die Eigenschaften des Werks zur Leistungspflicht des Unternehmers gehören, konstituiert jeder Werkmangel ein Leistungsversäumnis und Nichterfüllungstatbestand. Zurückweisung des Werks wegen Mängel ("Wandlung") oder Preisminderung ist daher m.E. nur unter den Voraussetzungen von OR 107, dh. nach Einräumung einer Nachfrist zur Mangelbehebung zulässig, so dass auch ohne explizite Grundlage im Werkvertragsrecht nicht bloss der Besteller einen Mangelbehebungsanspruch (folgende lit. c) besitzt, sondern der Unternehmer seinerseits im Rahmen einer Nachfristansetzung gem. OR 107 ein Recht auf Mangelbehebung (allenfalls verbunden mit Schadenersatzpflicht wegen verspäteter Ablieferung des mangelfreien Werks).

- SIA-Norm 118 (Art. 169) schreibt Nachfrist-Gewährung explizit vor; vgl. BGE 110 II 53. Vgl. auch BGB § 634 und Literatur dazu, sodann Gautschi, OR 368 N. 19.

b) "Wandlungsanspruch"

Er äussert sich nicht bloss, wie Text OR 368/I, in einem Recht, die Annahme zu verweigern, sondern kann auch nach Entgegennahme (wie beim Kauf) zur Rückgängigmachung führen. Im übrigen ist zu beachten, dass sich die Nichtannahme/Rückgabe des Werks z.T. von der kaufrechtlichen Wandlung unterscheidet (insbes. Nachfrist, oben lit. a). Wandlungsanspruch besteht nur unter folgenden Voraussetzungen:

- Wandlungsanspruch nur für besonders schwere ("erhebliche") Mängel, welche die Annahme für den Besteller unzumutbar machen (OR 368/I; vgl. BGE 98 II 121 E. 3; 107 II 438). Analogie Kauf, OR 205/II.

- Bei Werken, die auf dem Grundstück des Bestellers errichtet worden sind und ihrer Natur nach nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden können, ist Wandelung ausgeschlossen (OR 368/III). Wandelungsanspruch nur, falls Annahme unzumutbar; Besteller kann Werk selbständig beseitigen (BGE 98 II 123 E. 4).
- Besteller kann (ähnlich wie OR 207/III) nur Minderung geltend machen, wenn er sich mit der Annahme in Verzug befindet und das Werk durch Zufall untergeht.
- Bei Reparatur- und Veredelungsverträgen kann der Besteller nur Minderung/Ausbesserung geltend machen, da er die Rücknahme der in seinem Eigentum stehenden Sache nicht verweigern kann.

c) Minderungsanspruch

Die Berechnung der Werklohnreduktion ist wie die des geminderten Preises einer Kaufsache nach der relativen Berechnungsweise vorzunehmen (vgl. dazu oben § 4/VI/3 und BGE 105 II 101 E. 4a).

d) Nachbesserungsanspruch (bei "minder erheblichen Mängeln")

Nachbesserungsanspruch steht (alternativ zur Minderung) nur dem Besteller zu; er ist nur gegeben, wenn dies dem Unternehmer (im Verhältnis zu Wandelung/Minderung) nicht übermässig Kosten verursacht. Hat aber der Unternehmer bestimmte Eigenschaften des Werkes ausdrücklich garantiert, kann Nachbesserung ohne Rücksicht auf die Höhe der dem Unternehmer entstehenden Kosten verlangt werden (BGE 93 II 326 E. 3b).

Weigert sich der Unternehmer oder ist er unfähig, im Falle der Wahl der Nachbesserung diese vorzunehmen, kann sie einem Dritten übertragen werden; die daraus entstehenden Kosten kann der Besteller dem Unternehmer gegenüber als Schadenersatz geltend machen (BGE 96 II 352). Eine richterliche Ermächtigung i.S. von OR 98/I ist nicht gefordert (BGE 107 II 55 E. 3). - Zum Begriff "übermässige Kosten" in OR 398/II (und SIA-Norm 118 Art. 169 Abs. 1 Zif. 1) vgl. SJZ 1982, p. 9 ff. Nr. 1 sowie BGE 111 II 173. - Kritische Gegenüberstellung von BGE 107 II 50 ff. und 107 III 106 ff. bei P. Gauch, Baurecht 1982, p. 34 ff. Die Erhebung eines Nachbesserungsanspruches schliesst (bei deren Erfolglosigkeit) nicht nachfolgend Wandelung aus (BGE 109 II 41).

4. Verwirkung der Gewährleistungsansprüche

- wenn der Besteller durch seine Weisungen trotz Abmahnung des Unternehmers die Entstehung der Mängel selber verschuldet hat (OR 369; zu den Anforderungen an den Inhalt und die Anbringung der Abmahnung vgl. BGE 95 II 48 E. 3);
- wenn die Werkmängel infolge Mängel des vom Besteller gelieferten Stoffes oder angewiesenen Baugrundes entstanden sind und der Unternehmer richtig Anzeige gemacht hat (OR 365/III; oben Zif. II/2/e).

5. Schadenersatzansprüche des Bestellers (OR 368/I)

Neben dem Wandelungs-, Minderungs- oder Nachbesserungsanspruch hat der Besteller einen Schadenersatzanspruch (zum Ausgleich des Schadens, der daraus entsteht, dass das gelieferte Werk mangelbehaftet ist). Dieser Anspruch setzt ein vom Besteller zu beweisendes Verschulden voraus (anders hier beim Kauf betr. den unmittelbaren Schaden, der verschuldensunabhängig zu ersetzen ist, und der mittelbare Schaden, dessen Ersatz durch Exkulpation abzuwenden ist, OR 208 II, III und oben § 4/VII/2)

und ist sodann nur im Falle rechtzeitiger Mängelrüge möglich (vgl. dazu Becker, OR 368 N. 13); eine Anwendung von OR 97 zur Erleichterung der Ansprüche des Bestellers wird abgelehnt (BGE 100 II 32 E. 2 und Becker a.a.O.).

NOTA: OR 368 betrifft nur den durch Werkmängel verursachten Schaden; der Fall der Nichterfüllung (Nichtablieferung des Werkes) wird allein nach OR 97 ff. beurteilt.

Die Schadenersatzpflicht des Unternehmers umfasst auch Mangelfolgeschäden, die dem Besteller aus der Mangelhaftigkeit der Werkleistung entstehen (auch hier Voraussetzung rechtzeitiger Prüfung und Mängelrüge; BGE 64 II 257 E. 3 - betreffend mangelhaft reparierten Steiggurt, Anspruch verwirkt. In BGE 70 II 218 f. E. 4 wird eine Haftung ohne Verschuldensnachweis, jedoch unter der Exkulpationsmöglichkeit von OR 97 angenommen).

6. Verjährung/Verwirkung der Ansprüche aus Mangelhaftigkeit (OR 371)

(Entsprechend Kaufrecht, vgl. dazu oben § 4/V/7):

- 1 Jahr seit Ablieferung für bewegliche Werke,
- 5 Jahre seit Ablieferung (Abnahme, vgl. BGE 97 II 354 f.) für unbewegliche Werke.

Auch die Forderung auf Ersatz des Mangelfolgeschadens verjährt nach OR 371 (dh. binnen eines Jahres seit Ablieferung); kein Ausweichen auf OR 97 und OR 127.

Bei arglistig verschwiegenen Mängeln beträgt die Verjährungsfrist zehn Jahre seit Ablieferung des Werkes (BGE 89 II 409; 100 II 34), unabhängig davon, ob es sich um ein bewegliches oder unbewegliches Werk handelt.

Durch vertragliche Abänderung der (dispositiven) Gewährleistungsregeln (z.B. in "Garantie-Absprachen") ist im praktischen - vgl. z.B. SIA-Norm Nr. 118, Art. 172 -Ergebnis eine Modifikation der gesetzlichen Verjährungs- bzw. Verwirkungsfristen möglich (vgl. dazu BGE 108 II 194). Dagegen schliessen OR 367 ff. Ansprüche aus OR 97 ff. aus (BGE 100 II 32).

IV. Rechtsstellung des Bestellers

1. Pflicht zur Zahlung eines Werklohnes

a) Grundsatz

Die Pflicht zur 'Leistung einer Vergütung' ist Begriffsmerkmal des Werkvertrages (OR 363). Bei Unentgeltlichkeit würde Auftrag anzunehmen sein (BGE 64 II 10).

b) Entstehen und Fälligkeit des Werklohnanspruches

- OR 372/I: "bei Ablieferung des Werkes", vollendet und mängelfrei, dh. dem Vertrag in allen Teilen entsprechend (vgl. BGE 89 II 235 E. 4 a, 94 II 164 E. 2, 97 II 353 E. 2 c). Hat das Werk Mängel, kann der Besteller die Zahlung der Vergütung verweigern, wenn er das mangelhafte Werk nicht annimmt; macht er Minderung (oben Zif. III/3 a) geltend, wird der geminderte Betrag fällig. Vgl. auch ZR 49 Nr. 196. - Für den Fall des nicht vollendeten Werkes vgl. oben Zif. II/5,6.
- OR 372/II: falls verschiedene Teillieferungen abgemacht sind, bei Ablieferung jeden Teils.

In der Praxis werden häufig Garantierückbehalte mit besonderer Fälligkeit vereinbart.

Bei Verzug des Bestellers finden die Bestimmungen von OR 107 - 109 Anwendung.

2. Höhe des Werklohnes

Entgeltlichkeit ist Begriffsmerkmal des Werkvertrages. Im folgenden ist je danach zu unterscheiden, in welchem Sinn die Parteien bei Vertragsschluss die Preisbestimmung getroffen oder wenigstens hierzu die Basis gelegt haben. Zur Frage der Notwendigkeit einer Preisabsprache für die Vertragsgültigkeit vgl. unten lit. d.

a) Bei vertraglicher Vereinbarung einer Pauschale (OR 373)

aa) Grundsätzlich gilt jener Werklohn, der vertraglich vereinbart wurde, vorausgesetzt, dass dieser den Willen definitiver Verpflichtung hinsichtlich der Kontraktsumme zum Ausdruck bringt (Abs. 1). Ein bindend verstandener "Kostenvoranschlag" ist als Preisofferte zu verstehen und führt im Falle der Uebertragung des Werkes zu einem festen Vertragspreis.

Einsparungen des Unternehmers wirken sich zu dessen Gunsten aus (OR 373/III), wie er auch grundsätzlich nicht vorausgesehene Mehraufwendungen zu tragen hat (OR 373/I).

bb) Grundsatz gem. oben lit. aa findet seine Schranke dort, wo die Mehraufwendungen durch "aussergewöhnliche Umstände" veranlasst sind, die in keiner Weise voraussehbar waren oder gar von den Parteien als ausgeschlossen betrachtet wurden; dadurch veranlasste Mehraufwendungen sind vom Besteller zu tragen. - Als aussergewöhnliche Umstände kommen etwa in betracht Einflüsse von Naturkatastrophen oder Kriegen, aber auch bei der Werkerstellung angetroffene aussergewöhnliche Umstände wie z.B. andere als die vertraglich vorausgesetzten geologischen Verhältnisse, grosse Steigerung der Lohn- und Materialkosten. Immer ist jedoch vorausgesetzt, dass die kostenerhöhenden Faktoren "objektiv" oder "werksimmanent" sind (dh. auch jeden anderen Unternehmer betroffen hätten), den Charakter der Einmaligkeit haben, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht voraussehbar waren und daher bei Vertragsschluss von beiden Parteien nicht in Rechnung gestellt werden konnten. Vgl. aus der Judikatur BGE 47 II 315, 48 II 119 ff., 50 II 166 f., 52 II 440, 58 II 423; Sem.jud. 1941 p. 536 f. sowie BGE 109 II 335; aus der Literatur A. Egger, Richterliche Aufhebung oder Aenderung eines Werkvertrages, in: Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, Bd. 2, Zürich 1957, S. 169 ff. In BGE 104 II 315 wird OR 373/II zu Recht als ein gesetzlich geregelter Fall der *clausula rebus sic stantibus* (dazu OR/AT p. 353 f.) bezeichnet. Daraus folgt aber auch, dass bei der Entscheidung über die Zulässigkeit richterlicher Preiserhöhung auch (und sogar vor allem) subjektive Elemente der Vertragsauslegung den Ausschlag zu geben haben; Preiserhöhungen sind um so eher ausgeschlossen, als der Unternehmer bei Vertragsschluss den Eindruck erweckt hat, sämtliche Risiken übernehmen zu wollen. Obwohl OR 373/II nicht dispositives Recht im eigentlichen Sinne darstellt, kann doch der Unternehmer beliebige Risiken übernehmen und damit den Anwendungsbereich dieser Bestimmung weitestgehend zurückdrängen.

b) Ohne Vereinbarung einer Pauschale

Es sind folgende Varianten zu unterscheiden:

aa) Fehlen jeglicher Preisvereinbarung (OR 374)

Preis ist nach Massgabe der geleisteten Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festzusetzen; dieser hat insbesondere Anspruch auf Ersatz der Sachaufwendungen, Ersatz der Auslagen für den Arbeitsaufwand sowie einen

angemessenen Unternehmensgewinn. - Zu den Schranken der Anwendbarkeit von OR 374 (Verzicht auf Preisabsprache) vgl. unten lit. d.

bb) Unter Erstellung eines "Kostenvoranschlags" seitens des Unternehmers

Wurde vor Uebertragung des Werkes vom Unternehmer ein Kostenvoranschlag ("ungefährer Ansatz", auch "Devis", von franz. "devis approximatif" gem. OR 375/I; it. "computo approximativo") unterbreitet, der nicht als bindend zu verstehen war, ist dieser bei der Werklohnbestimmung trotzdem von Bedeutung:

- Er kann immer noch für einzelne Elemente der Arbeit verbindlich sein (z.B. als Preis der Materialien, die der Unternehmer zu liefern hat).
- Eingetretene oder für die Zukunft zu erwartende Kostenüberschreitungen hat der Unternehmer dem Besteller zu melden (BGE 92 II 330 ff.; vgl. BGB §650/II).

Möglichkeiten des Bestellers (OR 375):

Bei unverhältnismässigen Kostenüberschreitungen (Richtlinie: 10 oder mehr Prozent) kann der Besteller sowohl während als auch nach Ausführung des Werkes vom Vertrag zurücktreten (nach BGE 98 II 301 erfolgt rückwirkende Auflösung, so dass der Unternehmer, wenn Fertigstellung und Ablieferung des Werks unterbleibt, keinen Werklohnanspruch hat).

OR 375/II Sonderregelung für Bauten auf dem Boden des Bestellers: Herabsetzung des Werklohnes (wohl nach Ermessen des Richters); bei nicht fertiggestellten Bauten auch Rücktrittsrecht des Bestellers, diesfalls jedoch nur unter "billigem Ersatz" der effektiv erwachsenen Kosten.

c) Sonderfall der Uebertragung des Werks "nach Aufwand" o.dgl.

Beim Werkvertrag im eigentlichen Sinn erbringt der Unternehmer seine Leistung "im Akkord", dh. der Preis für das abzuliefernde Werk ist im voraus bestimmt. Daneben kommt es (häufig z.B. bei Autoreparaturen, aber auch im Baugewerbe, z.B. regelmässig bei Renovationen oder Umbauten) vor, dass die Parteien Entschädigung des Unternehmers "nach Aufwand" (an Arbeit, Material usw.) vereinbaren. Diesfalls gehen Einsparungen/Mehraufwendungen automatisch auf Rechnung des Bestellers; das Rechtsverhältnis wird dem Auftrag (OR 394-406; unten § 12) angenähert; vgl. oben Zif. I/3/a.

d) Relativierung der Entbehrlichkeit einer Preisvereinbarung (OR 374)

Im Gegensatz zum Kaufvertrag, wo die Preisvereinbarung als notwendige Vertragsvoraussetzung ("essentiale") gilt (vgl. oben § 3/I/4/b), wird in OR 374 für den Werkvertrag die umgekehrte Regel aufgestellt. Im Grunde liegen aber die Verhältnisse parallel: Beim Kauf wurde gezeigt, dass nach Erfüllung seitens des Verkäufers die fehlende Preisvereinbarung nicht den Preiszahlungsanspruch ausschliesst; beim Werkvertrag richtet sich der Gesetzgeber offenkundig nach dieser analogen Situation (Erfüllung seitens des Unternehmers ist bereits erfolgt) aus, wenn er einen Preisanspruch trotz fehlender Preisvereinbarung statuiert. Auch dieser Grundsatz gilt im entgegengesetzten Fall nur sehr bedingt: Bei Fehlen einer Preisabsprache vor Abwicklung des Vertrages kann jeder Partner dessen Erfüllung ablehnen, wenn hinsichtlich des Preises noch kein Konsens erzielt ist, und es ist bei allen Geschäften von einiger Bedeutung zu vermuten, dass ohne Einigung über den Preis die Parteien nicht gebunden sein wollen. Insofern kann auch beim Werkvertrag (nicht mehr und nicht weniger als beim Kauf) die Preisvereinbarung als "essentiale" gelten. Vgl. auch für Miete § 7/I/3/b.

3. Recht vorzeitigen Rücktritts des Bestellers gem. OR 366

a) Verzögerter Beginn (Abs. I)

Ist vertraglich ein bestimmter Zeitpunkt für die Ablieferung des Werkes vereinbart, tritt Verzug (mit Möglichkeit des Vorgehens nach OR 107) frühestens zu diesem Zeitpunkt ein. Sondernorm von OR 366 ermöglicht dem Besteller dann, wenn der Unternehmer das Werk nicht rechtzeitig beginnt oder sonst feststeht, dass er nicht rechtzeitig fertig wird, vom Vertrag zurückzutreten. Dabei ist Ansetzung der Nachfrist i.S. von OR 107 erforderlich; BGE 98 II 115 E. 2. Im übrigen gelten auch OR 108 und 109; vgl. OR/AT § 20/IV/3 ff.

b) Mangelhafte/vertragswidrige Ausführung (Abs. II)

Kommt während der Erstellung des Werkes zum Vorschein, dass vertragsgemässe mängelfreie Ablieferung nicht möglich sein wird oder verletzt der Unternehmer Nebenpflichten (z.B. Rücksicht auf die Bewohner des zu renovierenden Hauses), kann der Besteller gleich wie bei Verzögerung des Beginns, oben lit. a, vorgehen; darüber hinaus Möglichkeit, durch Dritte "auf Gefahr und Kosten" des Unternehmers fertigstellen zu lassen.

4. Widerrufsrecht (OR 377)

Solange das Werk unvollendet ist, hat der Besteller die Möglichkeit, auf dessen Fertigstellung zu verzichten, wobei dem Unternehmer die bisher geleisteten Aufwendungen zu vergüten sind und Schadenersatz im Umfang des positiven Vertragsinteresses ("volle Schadloshaltung") zu leisten ist. Praktisch voller Werklohn unter Abzug der Einsparungen (vgl. BGB § 649; BGE 96 II 192).

V. Anhang: Werkvertrag und SIA-Nom 118

Von den werkvertragsrechtlichen Bestimmungen des OR kann durch individuelle Vereinbarung oder durch Uebernahme vorformulierter Vertragsbestimmungen (AGB) abgewichen werden.

Solche vorformulierte Vertragsbestimmungen enthält die SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977), die den Bauvertrag zwischen dem Bauherrn und dem Bauunternehmer ordnet. Wichtig ist der sechste Abschnitt über die Abnahme des Werkes und die Haftung für Mängel, da das System der Mängelhaftung z.T. vom Gesetz abweicht (vgl. dazu Gauch, N. 1891 ff.). Die geltende Fassung hat aufgrund ihrer angeblich einseitigen Berücksichtigung der Unternehmerinteressen (z.B. Verkürzung der Gewährleistung auf 2 Jahre, Art. 172 gegenüber 5 Jahren gem. OR 371/II) z.T. Kritik von Konsumentenseite gefunden; dabei ist immerhin zu berücksichtigen, dass sich eindeutig bestellerfreundliche Regeln finden wie Art. 173, welcher Mängelrüge während der ganzen Gewährleistungsfrist zulässt.

Vgl. zur Problematik im Grundsätzlichen des Abstellens auf Allgemeine Geschäftsbedingungen Forstmoser, Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und deutschen Recht, in Festschrift für Kummer, Bern 1980, p. 99-142 sowie OR/AT § 10/XIV.

In Deutschland wichtig die "Verdingordnung für Bauleistungen" ("VOB"), herausgegeben vom Deutschen Normenausschuss. Lit.: Ingenstau/Korbion, Kommentar zu VOB, Düsseldorf (versch. A.).