

ZEITSCHRIFT DES
BERNISCHEN JURISTENVEREINS

REVUE DE LA
SOCIÉTÉ DES JURISTES BERNOIS

ORGAN FÜR RECHTSPFLEGE UND GESETZGEBUNG DES BUNDES
SOWIE DER KANTONE BERN, LUZERN UND SOLOTHURN

118. JAHRGANG · ERSCHEINT JEDEN MONAT

REDAKTOR:
PROFESSOR DR. HEINZ HAUSHEER



VERLAG STÄMPFLI & CIE AG BERN 1982

ZEITSCHRIFT DES BERNISCHEN JURISTENVEREINS
REVUE DE LA SOCIÉTÉ DES JURISTES BERNOIS

ZBJV/RJB

VERZEICHNIS DER MITARBEITER

Prof. Dr. KURT AMONN, Bern, a. Bundesrichter Prof. Dr. ALBERT COMMENT, Lausanne, Prof. Dr. ERNST FISCHLI, MuttENZ, Prof. Dr. FRITZ GYGI, Bern, Prof. Dr. HANS HUBER, Muri bei Bern, Prof. Dr. MAX KUMMER, Diemerswil, Prof. Dr. PETER LIVER, Bern, Prof. Dr. HANS MERZ, Muri bei Bern, Prof. Dr. JÖRG PAUL MÜLLER, Bern, Frau MARGRIT ROTH-WILLENER, Fürsprecherin, Muri bei Bern, Prof. Dr. HANS SCHULTZ, Thun, a. Bundesrichter Dr. WILHELM STAUFFER, Lausanne, Prof. Dr. WERNER VON STEIGER, Bern, Obergerichtsschreiber MARTIN STERCHI, Bern, Obergerichtspräsident Dr. FRANZ WEBER, Luzern.

Bestellungen, Inserataufträge und Rezensionsexemplare
sind an den Verlag Stämpfli & Cie AG, Postfach 2728, 3001 Bern, erbeten.

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Verlag Stämpfli & Cie AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der ZBJV vor, insbesondere dasjenige der Vervielfältigung auf dem Wege der Photokopie, der Mikrokopie oder eines ähnlichen Verfahrens.

©

Verlag Stämpfli & Cie AG Bern 1982

Printed in Switzerland

ZEITSCHRIFT DES BERNISCHEN JURISTENVEREINS

REVUE DE LA SOCIÉTÉ DES JURISTES BERNOIS

ORGAN FÜR RECHTSPFLEGE UND GESETZGEBUNG DES BUNDES
SOWIE DER KANTONE BERN, LUZERN UND SOLOTHURN

BAND 118 2 FEBRUAR 1982

EIN BAUWERK – MEHRERE UNTERNEHMER *

VON PROFESSOR PETER GAUCH, FREIBURG

Es gibt kaum ein Bauwerk, an dessen Errichtung nicht mehrere Bauunternehmer (Maurer, Schlosser, Dachdecker, Installateure) beteiligt sind. *Ein* Bauwerk – *ein* Bauherr – *mehrere* Bauunternehmer: das ist in der Praxis der Normalfall, von dem ich ausgehe

Der Bauherr ist «Besteller», die Bauunternehmer sind «Unternehmer» im Sinne des Werkvertragsrechts (Art. 363 OR); diese sind verpflichtet, die übernommenen Bauarbeiten¹ (mit oder ohne Lieferung des Materials) auszuführen. Sie unterscheiden sich vom Architekten und vom Ingenieur, welche die Bauarbeiten vorbereiten und leiten und die – nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts² – ihre eigene Leistung selbst

** Leicht überarbeitete Fassung des am 31. Oktober an der Hauptversammlung des Bernischen Juristenvereins gehaltenen Vortrages. Bei der Bereinigung des Textes und der Zusammenstellung der Belege hat mir mein Assistent, lic. iur. ROLAND HÜRLIMANN (Lutzenberg) geholfen. Die Zeichnungen des Schemas verdanke ich Herrn DURI PRADER, dipl. Ing. ETH (Zumikon).*

¹ Es sind Arbeiten, durch die ein Bau, der mit dem Erdboden verbunden ist, körperlich gestaltet wird.

² BGE 98 II 312 (Änderung der Rechtsprechung); 104 II 317 ff.; beachte ferner Semjud 1978, S. 386 ff., wo das Bundesgericht unter anderem auch die Meinung vertritt, dass der 15%-Zuschlag nach Art. 8.1 der SIA-Ordnung 102 ein pauschalisierter

INHALTSVERZEICHNIS
DER ZEITSCHRIFT DES BERNISCHEN
JURISTENVEREINS

BAND 118 (1982)

Verfasst von Fürsprecher M. ROTH-WILLENER, Muri bei Bern

I. SYSTEMATISCHER TEIL

A. ABHANDLUNGEN

	Seite
Prof. Dr. PETER GAUCH, Freiburg: Ein Bauwerk – mehrere Unternehmer .	65
Prof. Dr. HANS HUBER, Muri: Gleiche Rechte für Mann und Frau	161
Prof. Dr. ERNST FISCHLI, MuttENZ: Gerichte und Advokaten. Prof. Kurt Eichenberger gewidmet zum 16. Juni 1982	273
Dr. iur. PAUL VOLKEN, Bern: Internationale Rechtshilfe in Zivilsachen heute und morgen	441
Lic. iur. CLAIRE HUGUENIN, Bern: Die bundesgerichtliche Praxis zum öffentlichrechtlichen Vertrag	489
 <i>Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1980</i>	
Prof. Dr. HANS SCHULTZ: Strafgesetzbuch, Nebenerlasse, Verfahren, Internationale Rechtshilfe	I
Prof. Dr. PETER LIVER: Personenrecht, Sachenrecht	90, 113
Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER: Familienrecht, Erbrecht	96, 108
Prof. Dr. HANS MERZ: Obligationenrecht	130
Prof. Dr. MAX KUMMER: Handels- und Immaterialgüterrecht, Zivilprozessrecht	197, 203

DIE AM BAUWERK BETEILIGTEN

Fig. I

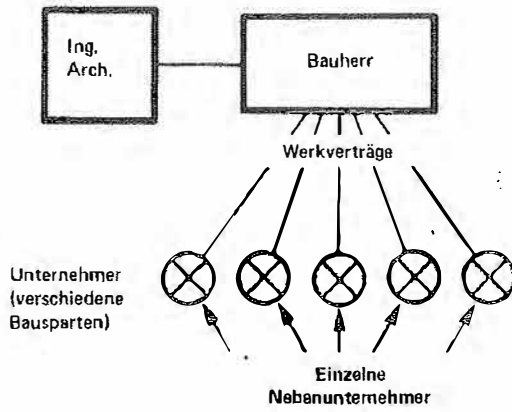


Fig. II

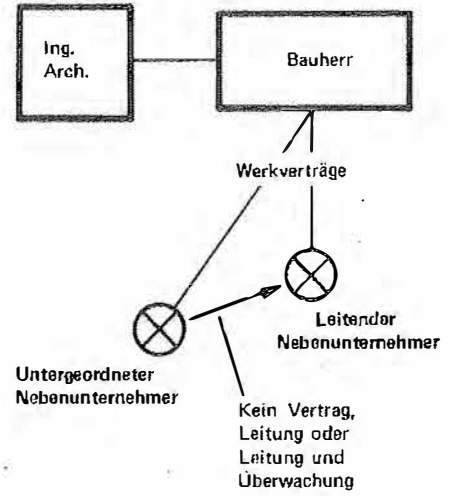


Fig. III

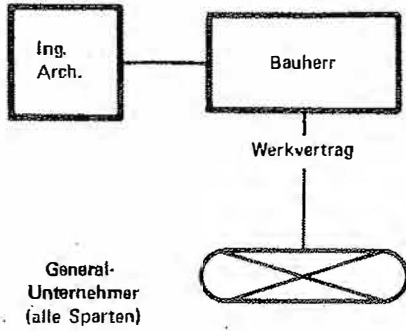


Fig. IV

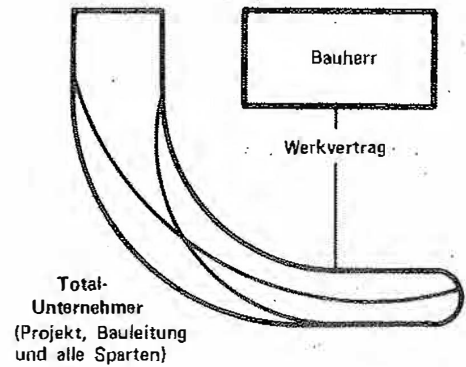


Fig. V

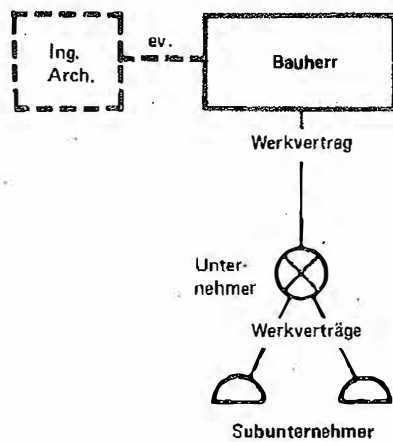
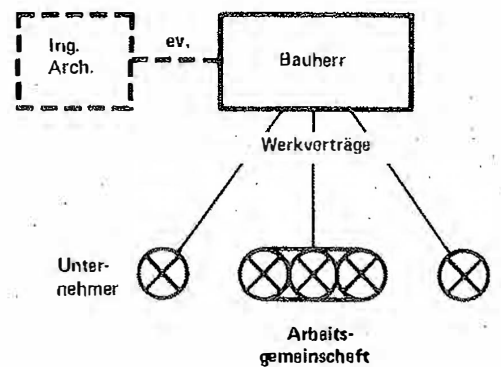


Fig. VI



Seminar für Schweizerisches Baurecht
Universität Freiburg i. Ü.

dann im Auftragsverhältnis (Art. 394 ff. OR) erbringen, wenn sie nur die Pläne herstellen³.

A. DAS SYSTEM DER NEBENUNTERNEHMER

I. Das System

1. Die mehreren Unternehmer, die sich an der Errichtung des Bauwerkes beteiligen, können in verschiedenartiger Rechtsbeziehung zum Bauherrn stehen. In der *traditionellen Form des Bauens* verteilt der Bauherr die auszuführenden Bauarbeiten auf verschiedene Unternehmer, indem er mit jedem von ihnen einen separaten Werkvertrag über einen Teil der Gesamtarbeit (z. B. über den Aushub, die Maurerarbeit, den Verputz) abschliesst. Nach der Terminologie der SIA-Norm 118⁴ (Art. 30) ist jeder dieser Unternehmer ein «Nebenunternehmer» des andern (*Schema, Figur I*). Er steht in einem eigenen Werkvertragsverhältnis zum Bauherrn, hat aber nicht das ganze Bauwerk, sondern nur einen Teil davon auszuführen. Sein geschuldetes Werk (Art. 363 OR) ist, gemessen am ganzen Bauwerk, ein Teil-Werk. Mit Rücksicht darauf könnte er auch als «Teilunternehmer» bezeichnet werden. Um aber sprachliche Verwirrung zu vermeiden, bleibe ich hier bei der Terminologie des SIA, bezeichne also die verschiedenen Teilunternehmer mit je eigenem Werkvertrag als «Nebenunternehmer».

Schadenersatz für den Fall vorzeitiger Vertragsauflösung sei und nicht in Widerspruch zum zwingenden Art. 404 OR stehe (kritisch dazu TERCIER, *Baurecht* 1979, S. 9).

³ Zustimmend z. B. MERZ, *ZBJV* 110, 1974, S. 66 ff.; GAUTSCHI (dessen Ansicht das Bundesgericht übernommen hat), *SJZ* 70, 1974, S. 21 ff.; HOFSTETTER, *SPR VII/2*, S. 21. Anderer Meinung: Bundesamt für Justiz, *VPB* 1980, Nr. 17, S. 62 ff. (*Baurecht* 1981, S. 13, Nr. 7). Kritisch auch: JÄGGI, *SJZ* 69, 1973, S. 301 ff.; GAUCH, *Der Unternehmer im Werkvertrag*, 2. Aufl., Zürich 1977, Nr. 17f. und 231; SCHLUEP/SCHAUB, *SPR VII/2*, S. 903f.; SCHAUB, *Der Engineeringvertrag*, Diss. Zürich 1979, S. 82 ff. Materiell auf die Kontroverse einzutreten, ist hier nicht der Platz.

⁴ SIA-Norm 118 = *Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten* (Ausgabe 1977), herausgegeben vom Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Verein.

2. Das soeben geschilderte (traditionelle) System, bei dem der Bauherr die Bauarbeiten für die Errichtung seines Bauwerkes auf verschiedene Nebenunternehmer mit je eigenem Werkvertrag verteilt, gehört zum festen Bestand der Baupraxis. Es ist jedem bekannt – so sehr, dass es *in der Rechtsliteratur kaum Beachtung* findet. Man schreibt zwar über Generalunternehmer, Subunternehmer, Baukonsortien. Über den Bauherrn und seine Nebenunternehmer aber schreibt man nicht. Das Thema scheint nichts herzugeben. Doch trügt der Schein. Denn hinter dem fast nostalgischen Bild «Ein Bauherr – mehrere Nebenunternehmer» verbergen sich in Wirklichkeit eine ganze Reihe von Fragen.

II. Die Koordination der Arbeiten

1. Zunächst stellt sich die «organisatorische» Frage, wer die Arbeiten der verschiedenen Nebenunternehmer miteinander koordinieren muss. Die Antwort ist klar:

Die *Koordination der Arbeiten liegt grundsätzlich beim Bauherrn*⁵, der die Aufgabe meistens einem Architekten oder Ingenieur überträgt⁶. Schon bei der inhaltlichen Gestaltung der einzelnen Werkverträge⁷, aber auch in der Ausführungsphase⁸, hat der Bauherr für eine zweckmässige Zusammenarbeit der Nebenun-

⁵ Vgl. auch INGENSTAU/KORBION, *Kommentar zur VOB, Teile A und B*, 9. Aufl., Düsseldorf 1980, N 2 zu § 4 VOB/B.

⁶ Vgl. SIA-Ordnung 102, *Ordnung für Arbeiten und Honorare der Architekten* (Ausgabe 1969), Art. 18 Abs. 2 lit. g und SIA-Ordnung 103, *Ordnung für Arbeiten und Honorare der Bauingenieure* (Ausgabe 1969), Art. 19 Abs. 5 lit. l.

⁷ So auch: SIA-Norm 118, Art. 30 Abs. 2.

⁸ So auch: SIA-Norm 118, Art. 34 Abs. 3. Die Norm spricht in dieser Bestimmung (wie in zahlreichen anderen Vorschriften) von der Bauleitung statt vom Bauherrn. Sie geht davon aus, dass der Bauherr eine Bauleitung (Architekt oder Ingenieur) beigezogen hat und meint mit «Bauleitung» die für den Bauherrn handelnde Bauleitung. Die Rechte und Pflichten, welche die Norm der Bauleitung zuschreibt, sind in Wirklichkeit Rechte und Pflichten des Bauherrn (vgl. auch Art. 33 Abs. 3 der Norm). Denn nur er (nicht auch die Bauleitung) ist Vertragspartner des Unternehmers. Zum Ganzen: GAUCH, *Von der revidierten SIA-Norm 118*, in *Gedächtnisschrift PETER JÄGGI*, Freiburg 1977, S. 210 f.; ZR 79, 1980, Nr. 118, S. 253.

ternehmer zu sorgen. Mangelhafte Koordination kann den Bauherrn, der diesbezüglich auch für das Verhalten seines beauftragten Architekten (Ingenieurs) eintreten muss (Art. 101 OR)⁹, mit Rechtsnachteilen belasten. Sie kann insbesondere ein Grund dafür sein, dass der Bauherr gegenüber einem Unternehmer in Annahmeverzug gerät (Art. 91 OR) oder einen entstehenden Werkmangel selbst verschuldet (Art. 369 OR. Beispiel: Ein Betonüberzug wird infolge fehlerhafter Koordination zu spät auf dem Betonboden des Nebenunternehmers aufgetragen und erreicht deshalb nicht die erforderliche Haftfestigkeit).

2. Je umfangreicher und je komplizierter das Bauwerk ist, desto schwieriger wird auch die Koordination der Arbeiten. Damit wächst das Bedürfnis des Bauherrn, die *Aufgabe der Koordination auf die Unternehmenseite* zu schlagen. Die Praxis hat hierfür verschiedene Methoden entwickelt:

a) In der Schweiz bekannt und verbreitet ist die *radikale Methode*: Der Bauherr verzichtet auf das System der Nebenunternehmer und überträgt sämtliche Arbeiten für sein Bauwerk einem einzigen Unternehmer in einem einzigen Werkvertrag¹⁰. Dieser Unternehmer, der an die Stelle der Nebenunternehmer tritt, ist nach gebräuchlicher Ausdrucksweise ein *Generalunternehmer*.

⁹ Vgl. dazu OTT, *Der Architekt als Hilfsperson des Bauherrn*, SJZ 74, 1978, S. 286f.

¹⁰ Unberücksichtigt bleibt hier der Sonderfall, da der Unternehmer die Baute auf eigenem Boden zu einer Pauschalsumme erstellt, die auch den Preis für das Land umfasst. In einem «obiter dictum» betrachtet das Bundesgericht (BGE 94 II 162) diesen Fall als Kauf über eine künftige Sache. In vielen Fällen aber ist der Erwerb eines Grundstücks mit einem darauf zu errichtenden Gebäude ein aus Kauf- und Werkvertrag gemischtes Vertragsverhältnis (GAUTSCHI, N 17c zu Art. 363 OR), wobei der Werkvertragscharakter sogar überwiegen kann. Nach gefestigter Rechtsprechung in Deutschland richtet sich z. B. die Gewährleistung beim Erwerb eines Grundstückes mit einem vom Veräusserer darauf zu errichtenden oder im Bau befindlichen Bauwerk (einschliesslich Eigentumswohnungen) nach Werkvertragsrecht, und zwar ohne Unterschied, in welchem Umfang das Gebäude bei Vertragsabschluss fertiggestellt ist (BGH NJW 32, 1979, S. 1406).

mer¹¹ (Schema, Figur III). Er wird sogar zum *Totalunternehmer*¹² (Schema, Figur IV), wenn der Bauherr einen Schritt weiter geht und sich völlig entlastet, indem er dem Unternehmer nicht nur sämtliche Bauarbeiten, sondern überdies auch noch die Planungsaufgaben des Architekten (Ingenieurs) überträgt. Der so verstandene Totalunternehmer ist also ein qualifizierter (nämlich «projektierender») Generalunternehmer¹³. Dennoch arbeitet auch er im Werkvertrag¹⁴.

In aller Regel gibt der Generalunternehmer, der an die Stelle der Nebenunternehmer tritt, die übernommenen Bauarbeiten (ganz oder zum Teil) an Subunternehmer weiter. Damit verschiebt sich das Koordinationsproblem vom Bauherrn – eine Stufe tiefer – auf den Generalunternehmer. Dieser hat nun die Arbeiten der verschiedenen Subunternehmer zu koordinieren. Seine Subunternehmer sind gewissermassen Nebenunternehmer zweiten Grades.

b) Durch die Vergebung sämtlicher Arbeiten an einen Generalunternehmer entlastet sich der Bauherr von der Aufgabe der

¹¹ Vgl. z. B. GAUCH, zit. in Anm. 3, Nr. 250; GAUTSCHI, N 15 d zu Art. 363 OR; PEDRAZZINI, SPR VII/1, S. 507f.; MOSIMANN, *Der Generalunternehmervertrag im Baugewerbe*, Diss. Zürich 1972, S. 75; SCHNEWLIN, *Zur Rechtsnatur des Bauvertrages, insbesondere des Generalunternehmervertrages*, ZBGR 61, 1980, S. 365f. In den Standardbedingungen der Haftpflichtversicherungen wird das Wort «Generalunternehmer» abweichend verwendet, nämlich im Sinne eines Totalunternehmers, der den Vertrag zu einem Pauschal- oder Globalpreis abschliesst (SCHWANDER, in *Tagungsunterlage Baurechtstagung 1981*, Freiburg 1981, S. 32). Dass mit dem Generalunternehmer im hier verstandenen (nicht versicherungstechnischen) Sinne Pauschal- oder Globalpreise (SIA-Norm 118, Art. 40f.) vereinbart werden, ist zwar typisch, nicht jedoch notwendig.

¹² Vgl. z. B. GAUCH, zit. in Anm. 3, Nr. 260; MOSIMANN, zit. in Anm. 11, S. 75 und 78; SCHLUEP/SCHAUB, SPR VII/2, S. 902; SCHNEWLIN, zit. in Anm. 11, S. 365f. Vgl. auch SIA-Norm 118, Art. 33 Abs. 4.

¹³ NICKLISCH, *Rechtsprobleme bei der Gestaltung von Bauverträgen, Betriebs-Berater*, Beilage 10/1974 zu Heft 27/1974, S. 10.

¹⁴ BGE 29 II 538ff.; 97 II 66ff.; 107 II 50ff. Auch der Umstand, dass der Totalunternehmer ein Bauwerk nach eigenem Projekte schuldet, steht der Annahme eines Werkvertrages nicht entgegen; GAUCH, zit. in Anm. 3, Nr. 263ff.; SCHLUEP/SCHAUB, SPR VII/2, S. 905; SCHAUB, zit. in Anm. 3, S. 119f.

Koordination. Weil nun aber der Beizug eines Generalunternehmers nicht immer möglich und vielfach unerwünscht ist, haben sich *zwei weitere Methoden* zur Entlastung des Bauherrn herausgebildet. Bei beiden Methoden hält der Bauherr zwar am System der Nebenunternehmer fest, indem er die Bauarbeiten durch separate Werkverträge auf verschiedene Unternehmer verteilt; doch bestimmt er entweder (Methode 1) einen leitenden Unternehmer, oder er schliesst (Methode 2) einen Koordinationsvertrag mit den Nebenunternehmern ab. Im einzelnen:

- *Methode 1*: Der Bauherr bestimmt einen *leitenden Unternehmer* (Schema, Figur II). Diesem Unternehmer überträgt er die Koordination sämtlicher Arbeiten und unterstellt ihm die übrigen Nebenunternehmer. Nach wie vor hat hier jeder Nebenunternehmer seinen eigenen Werkvertrag mit dem Bauherrn. Der leitende Unternehmer aber hat ausserdem einen Auftrag zur Koordination (Art. 394 OR), der zusammen mit dem Werkvertrag (Art. 363 OR) ein gemischtes Vertragsverhältnis ausmacht, worin die werkvertraglichen Elemente überwiegen. Die andern Unternehmer sind nach dem Inhalt ihrer separaten Werkverträge der Weisungsbefugnis des leitenden Unternehmers unterworfen¹⁵. Sie haben in dieser Beziehung eine ähnliche Stellung wie ein Subunternehmer zum Hauptunternehmer¹⁶.
- *Methode 2*: Der Bauherr schliesst mit allen Nebenunternehmern einen gemeinsamen *Koordinationsvertrag* ab, der zu den separaten Werkverträgen hinzutritt. Darin verpflichten sich die beteiligten Unternehmer (gegenseitig und gegenüber dem Bauherrn), ihre Arbeiten selber zu koordinieren. Dieser – vor allem in Holland bekannte – Koordinationsvertrag wird bisweilen auch auf den Architekten (Ingenieur) ausgedehnt. Er

¹⁵ In Deutschland werden häufig nur solche Unternehmer, die der Weisungsbefugnis eines andern Unternehmers unterstellt sind, als «Nebenunternehmer» bezeichnet (z. B. INGENSTAU/KORBION, zit. in Anm. 5, Anhang VOB/A, N 57).

¹⁶ Doch stehen sie zum leitenden Unternehmer in keinem Werkvertragsverhältnis!

ist, auf die Schweiz bezogen, ein Innominatkontrakt mit gesellschaftsrechtlichem Einschlag.

Beide Methoden («leitender Unternehmer» und «Koordinationsvertrag») beruhen auf Vertragskonstruktionen, die den Bauherrn vor dem Generalunternehmer bewahren, aber doch von der Koordination der Arbeiten befreien sollen. Nach meiner Ansicht bringen sie mehr Verwirrung als Vorteile, indem sie die Verhältnisse komplizieren. In der schweizerischen Baupraxis haben sie nur geringste Verbreitung gefunden. Deshalb bleiben sie auch ausgeklammert, wenn ich nachfolgend einige (ausgewählte) Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem System der Nebenunternehmer behandle.

III. Ausgewählte Rechtsfragen

Die Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem System der Nebenunternehmer sind zahlreich. Sie betreffen zum Beispiel:

1. *Die Haftung des Bauherrn für den Nebenunternehmer.* Muss der Bauherr für das Verhalten des einen Nebenunternehmers gegenüber dem andern einstehen? Die Frage ist grundsätzlich zu verneinen, da der eine Nebenunternehmer im Verhältnis zum andern keine Hilfsperson des Bauherrn (Art. 55/101 OR) ist. Immerhin sind verschiedene *Sonderfälle* zu beachten:

a) Zunächst ist möglich, dass sich der Bauherr gegenüber dem einen Unternehmer zu einer Leistung (z. B. zur Lieferung von Material) verpflichtet hat, die er durch dessen Nebenunternehmer erbringt. In diesem Fall ist der Nebenunternehmer doch *Hilfsperson des Bauherrn*, und zwar ein Erfüllungsgehilfe, für dessen schädigendes Verhalten der Bauherr nach Art. 101 OR einstehen muss.

b) Sodann kommt es immer wieder vor, dass ein Unternehmer deshalb nicht rechtzeitig leisten kann, weil sein *Nebenunternehmer mit einer Vorarbeit im Rückstand* ist. In diesem Fall scheidet

die rechtzeitige Leistung des Unternehmers (z. B. die rechtzeitige Fertigstellung des Rohbaues) nur daran, dass sein Nebenunternehmer eine notwendige Vorbereitungshandlung (z. B. den Aushub) verzögert hat. In sinngemässer Anwendung des Art. 101 OR¹⁷ muss der Bauherr, dem die Vorbereitungshandlung rechtlich obliegt, für das Verhalten dieses Nebenunternehmers einstehen. Das bedeutet, dass der Bauherr gegenüber dem Unternehmer, der die Leistung gehörig angeboten hat, in *Annahmeverzug* gerät (Art. 91 OR), was den Schuldnerverzug dieses Unternehmers ausschliesst¹⁸. Wollte man anders entscheiden, so käme ein Unternehmer auch dann in Schuldnerverzug, wenn es an dem vom Bauherrn selbst eingesetzten Nebenunternehmer liegt, dass er (der Unternehmer) nicht rechtzeitig leistet.

c) Schliesslich gibt es den Fall, da die Arbeit eines Unternehmers nur deshalb einen Werkmangel (Art. 368 OR) aufweist, weil schon die *Vorarbeit seines Nebenunternehmers mangelhaft* ist. Der betreffende Werkmangel (z. B. ein Riss in einem Mauerwerk) ist hier auf die mangelhafte Beschaffenheit der fremden Vorarbeit (z. B. auf einen Fehler im Betonfundament) zurückzuführen. Trifft dies zu, so hat der Unternehmer für den so verursachten Mangel seines eigenen Werkes (für den Mauerriss) nicht einzustehen¹⁹. Vielmehr ist dieser Werkmangel vom Bauherrn im Sinne des Art. 369 OR selbstverschuldet.

Selbstverschuldet ist der betreffende Werkmangel deshalb, weil der Bauherr den nachfolgenden Unternehmer auf der mangelhaften Vorarbeit des Nebenunternehmers weiterbauen liess. Es verhält sich gleich wie im ähnlichen Fall, da ein Bauherr dem Unternehmer mangelhaften Werkstoff oder Baugrund zur Ver-

¹⁷ KOLLER, *Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR*, Diss. Freiburg, Zürich 1980, S. 41, Nr. 150.

¹⁸ Statt vieler: GUHL/MERZ/KUMMER, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 7. Aufl., Zürich 1980, S. 229; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Zürich 1981, Nr. 1525.

¹⁹ Vgl. SOERTEL/MÜHL, *Kommentar zu § 633 BGB (11. Aufl.)*, N 24. Ausdrücklich: § 13 Nr. 3 VOB/B; dazu INGENSTAU/KORBION, zit. in Anm. 5, N 60 zu § 13 VOB/B.

fügung stellt²⁰. Der Unternehmer ist also von der Haftung für den Werkmangel seiner Arbeit befreit. Doch kann sich der Bauherr für den durch diesen Mangel erlittenen Schaden an den Nebenunternehmer halten. Es handelt sich, bezogen auf die fehlerhafte Vorarbeit, um Mangelfolgeschaden, für den der Nebenunternehmer unter den Voraussetzungen und nach den Regeln der Mängelhaftung (Art. 367 ff. OR) einzustehen hat²¹.

Wenn allerdings ein Unternehmer die mangelhafte Beschaffenheit der von seinem Nebenunternehmer geleisteten Vorarbeit erkennt oder erkennen muss²², dann ist er zur unverzüglichen Anzeige an den Bauherrn verpflichtet (Art. 365 Abs. 3 OR). Unterlässt er diese Anzeige, so hat er «die nachteiligen Folgen» selber zu tragen (Art. 365 Abs. 3 OR), haftet also für den Mangel seines Werkes, obwohl dieser aus der mangelhaften Vorarbeit des Nebenunternehmers entsteht.

2. Die Vertragsbestimmungen zu Gunsten der Nebenunternehmer.
Jeder Nebenunternehmer hat (wie gesagt) seinen eigenen Werkvertrag mit dem Bauherrn.

a) In diesem (separaten) Werkvertrag finden sich nun aber meistens «Bedingungen», die vom Unternehmer ein bestimmtes Verhalten gegenüber seinen Nebenunternehmern verlangen. In

²⁰ Vgl. darüber GAUCH, zit. in Anm. 3, Nr. 689.

²¹ Dieser «Mangelfolgeschaden» bildet Gegenstand des Schadenersatzrechts, das Art. 368 Abs. 1 und 2 OR dem Besteller (nebst den anderen Mängelrechten) einräumt. Vorliegend handelt es sich gewiss um unmittelbaren Mangelfolgeschaden, für den der Nebenunternehmer in analoger Anwendung des Art. 208 Abs. 2 OR kausal haftet.

²² Erkennen muss der Unternehmer Mängel der (fremden) Vorarbeit, die sich auf seine eigene Arbeit auswirken, sofern diese Mängel offensichtlich sind, oder sofern er sie – bei sorgfältiger (aber zumutbarer) Prüfung der Vorarbeit – mit dem von ihm zu erwartenden Sachverstand erkennen kann. Die Pflicht des Unternehmers, die Vorarbeit des Nebenunternehmers auf entsprechende Mängel hin zu untersuchen, fließt aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht, die den Unternehmer trifft (Art. 364 Abs. 1 OR). Sie entfällt bei gegenteiliger Vereinbarung oder wenn der Unternehmer sonstwie (nach den konkreten Umständen des Einzelfalles) in guten Treuen annehmen darf, eine Prüfung der Vorarbeit werde von ihm nicht erwartet (z. B. weil der Bauherr die Prüfung bereits selber sachverständig vorgenommen hat).

der SIA-Norm 118 sind eine ganze Reihe solcher *Vertragsbestimmungen zu Gunsten der Nebenunternehmer* (Art. 112 Abs. 1 OR) vorformuliert. Beispiele: «Der Unternehmer unterrichtet die Bauleitung zuhänden des Nebenunternehmers über Besonderheiten seiner Arbeit...» (Art. 30 Abs. 4). «Solange der Unternehmer seine Baustelleneinrichtungen für eigene Arbeiten benötigt, hält er sie auf Verlangen der Bauleitung auch Nebenunternehmern zur Verfügung...» (Art. 126 Abs. 1). «Nebenunternehmer dürfen vorhandene Gerüste des Unternehmers unentgeltlich benutzen» (Art. 126 Abs. 3). «Der Unternehmer gestattet den Nebenunternehmern» (unter bestimmten Voraussetzungen) «unentgeltlich den Anschluss an seine (elektrischen) Sekundärleitungen» (Art. 131) und an die von ihm erstellte Zuleitung von Trink- und Brauchwasser (Art. 133 Abs. 2).

b) Hält sich der Unternehmer im Einzelfall nicht an diese oder ähnliche Vertragsbestimmungen, so verletzt er seinen Werkvertrag mit dem Bauherrn. Das ist eindeutig und braucht nicht hinterfragt zu werden. «Frag-würdig» hingegen ist die *Rechtstellung eines Nebenunternehmers*, zu dessen Gunsten sich der Unternehmer verpflichtet hat. Vorab stellt sich die folgende Frage:

- Kann der Nebenunternehmer vom verpflichteten Unternehmer selbständig die *Erfüllung* (z. B. die Benützung der Gerüste oder den unentgeltlichen Anschluss an dessen Leitungen) verlangen? Die Antwort auf diese Grundfrage ergibt sich aus Art. 112 OR. Danach steht dem Nebenunternehmer ein selbständiges Forderungsrecht nur ausnahmsweise zu, nämlich dann, wenn es die Willensmeinung der beiden anderen (des Bauherrn und des verpflichteten Unternehmers) war oder wenn es der Übung entspricht (Art. 112 Abs. 2 OR; echter Vertrag zu Gunsten eines Dritten). Da eine einschlägige Übung (soweit ich sehe) in der Baupraxis nicht besteht, kommt es ganz auf die Willensmeinung des Bauherrn und des verpflichteten Unternehmers an, die durch Auslegung ihres Werkvertrages zu ermitteln ist.

- Hat der Nebenunternehmer im konkreten Fall kein selbständiges Recht auf Erfüllung, so kann er vom verpflichteten Unternehmer auch nicht *Schadenersatz aus Vertragsverletzung* verlangen, wenn dieser seine Verpflichtung verletzt (z. B. die Benützung seiner Gerüste oder den Anschluss an seine Leitungen verweigert). Der Nebenunternehmer bleibt dem verpflichteten Unternehmer gegenüber ganz auf allfällige Deliktsansprüche (Art. 41 ff. OR) angewiesen; es sei denn, man wollte den Werkvertrag zwischen Bauherrn und Unternehmer mit Drittschutzwirkung zu Gunsten der Nebenunternehmer ausstaten²³, was aber abzulehnen ist²⁴.
- Eine ganz andere Frage ist die, ob der Nebenunternehmer einen *Mehraufwand*, der ihm durch Nichtleistung des zu seinen Gunsten verpflichteten Unternehmers entsteht, dem Bauherrn belasten kann. Soweit seine Vergütung «nach dem Wert der Arbeit und der Aufwendungen» festgesetzt wird (Art. 374 OR) oder die zu Einheitspreisen erbrachte Leistungsmenge sich vermehrt, ist diese Frage ohne weiteres zu bejahen. Soweit indes die Vergütung «zum voraus genau bestimmt» wurde (Art. 373 Abs. 1 OR), namentlich durch Vereinbarung eines Pauschalpreises, hat der Nebenunternehmer nur dann

²³ Die «Drittschutzwirkung» des Vertrages ist eine in Deutschland konstruierte «Figur». Sie gewährt einem vertragsfremden Dritten, der durch das vertragswidrige Verhalten einer Vertragspartei geschädigt wird, einen vertraglichen Schadenersatzanspruch, obwohl der Dritte mit dem Schädiger in keiner Vertragsbeziehung steht. Diese Wirkung setzt unter anderem voraus, dass der Vertragspartner der schädigenden Partei eine Obhuts- und Fürsorgepflicht gegenüber dem Dritten hat, so dass er für dessen Wohl und Wehe verantwortlich ist. Vgl. zum Ganzen: FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft*, 2. Aufl., Berlin 1975, S. 330 f.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil*, 12. Aufl., München 1979, S. 185 ff.; für die Schweiz: BUCHER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zürich 1979, S. 438; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, zit. in Anm. 18, Nr. 2580 ff.; KRAMER, *Kommentar zu Art. 1 und 2 OR, Allgemeine Einleitung*, N 144 ff.

²⁴ Abgesehen von den grundsätzlichen Bedenken, die gegen eine «Drittschutzwirkung» sprechen (z. B. JÄGGI/GAUCH, N 537 zu Art. 18 OR; WOLF, *Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil*, Köln 1978, S. 253 f.), fehlt es am erforderlichen «Obhuts- und Fürsorgeverhältnis» (Anm. 23), zwischen Bauherrn und Nebenunternehmer (vgl. BGH NJW 1970, S. 40).

Anspruch auf eine Mehrvergütung, wenn der Mehraufwand nicht zum vereinbarten (durch die Vergütung abgegoltenen) Leistungsumfang gehört. Ein starkes Indiz hierfür bildet der mögliche Umstand, dass der Bauherr im Werkvertrag mit dem Nebenunternehmer auf die Verpflichtung des Unternehmers hingewiesen hat (indem er z. B. die SIA-Norm 118, die das vom Unternehmer verlangte Verhalten umschreibt, auch für den Vertrag mit dem Nebenunternehmer verwenden liess). Ein solcher Hinweis im Werkvertrag des Nebenunternehmers kann sogar die Bedeutung einer stillschweigenden Vertragserklärung haben, worin der Bauherr die Leistung des Unternehmers dem Nebenunternehmer im Sinne des Art. 111 OR «garantiert».

Muss der Bauherr für den Mehraufwand des Nebenunternehmers aufkommen, so kann er sich für diesen (seinen) Schaden nach Art. 97 Abs. 1 OR (101 OR) an den vertragsbrüchigen Unternehmer halten. Nach herrschender Meinung hat der Bauherr sogar das Recht, einen vom Nebenunternehmer erlittenen (also fremden) Schaden geltend zu machen, auch wenn der Nebenunternehmer selber gegenüber dem Unternehmer nicht forderungsberechtigt ist²⁵.

3. *Die Gefahrentragung.* Mit der Gefahrentragung im Werkvertrag befasst sich Art. 376 OR:

a) Nach Art. 376 OR trägt der Unternehmer die Vergütungsgefahr; er kann keine Vergütung für Arbeit, Auslagen und Stoff verlangen, wenn das begonnene oder vollendete Werk vor seiner Übergabe durch Zufall zugrunde geht (Abs. 1 und 2); den Verlust des vom Besteller gelieferten Stoffes braucht er aber nicht zu ersetzen (Abs. 2). Diese Regelung gilt sinngemäss, wenn das Werk nur teilweise zerstört (allenfalls nur beschädigt) wird²⁶.

²⁵ BECKER, N 23 zu Art. 112 OR; v. TUHR/ESCHER, S. 237; OSER/SCHÖNENBERGER, N 6 zu Art. 112 OR.

²⁶ GAUTSCHI, N 6b zu Art. 376 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, N 7 zu Art. 376 OR.

b) In der Praxis ist es oftmals ein *Nebenunternehmer* (oder dessen Gehilfe), *der das Werk des Unternehmers* (ganz oder teilweise) zerstört. (Beispiel: Der Nebenunternehmer verstopft die vom Unternehmer montierten Kanalisationsleitungen mit zementhaltigem Wasser oder zerschlägt beim Abbrechen des Gerüsts die vom Unternehmer eingesetzten Fensterscheiben.) Mit Rücksicht darauf stellt sich die Frage, ob der Zufall²⁷ des Art. 376 Abs. 1 OR, dessen Nachteil den Unternehmer trifft, auch das Verhalten eines Nebenunternehmers einschliesst. Die Frage ist zu bejahen²⁸. Das bedeutet, dass der Unternehmer die Vergütungsgefahr selbst dann trägt, wenn sein Werk durch den Nebenunternehmer zerstört wird²⁹. Darum gehen Schäden, die ein Nebenunternehmer am Werk des Unternehmers anrichtet, zu Lasten des betroffenen Unternehmers, nicht des Bauherrn³⁰. Das gilt al-

²⁷ Zufall im Sinne des Art. 376 OR ist nicht nur «höhere Gewalt», sondern jedes Ereignis, das keine Partei zu vertreten hat. Er umfasst auch «Drittverschulden» (PEDRAZZINI, SPR VII/1, S. 543 Anm. 2; zum Ganzen auch GAUTSCHI, N 3 b zu Art. 376 OR).

²⁸ Vgl. dazu den instruktiven Fall: BGH NJW 1970, S. 38 ff., insb. auch S. 41.

²⁹ Das gleiche gilt, wenn gar nicht festgestellt werden kann, wer die Zerstörung verursacht hat. Die SIA-Norm 118 enthält jedoch für diesen Fall eine Sonderbestimmung in Art. 31, die «eine gemeinsame Schadenersatzpflicht» der «zur Zeit des Schadensereignisses am Bau tätigen Unternehmer» vorsieht. Die Bestimmung soll die Gefahrentragung des einzelnen Unternehmers (zu Lasten aller) erleichtern, aber auch dem Bauherrn nützen, indem sie selbst dann Platz greift, wenn das Teil-Werk bei seiner Beschädigung bereits abgenommen ist. Art. 31 ist in mancher Beziehung unklar und stellt verschiedene Rechtsfragen, worauf hier nicht eingetreten wird.

³⁰ Nicht entschieden ist damit die Frage, ob der geschädigte Unternehmer vom Nebenunternehmer Schadenersatz verlangen kann. Ein Schadenersatzanspruch aus Vertragsverletzung (Art. 97 Abs. 1/101 OR) fällt zum vornherein ausser Betracht, da es an einem Vertrag zwischen Unternehmer und Nebenunternehmer fehlt. Die tatsächliche Zusammenarbeit zweier Unternehmer am gleichen Bau begründet, mag sie noch so «eng» und «notwendig» sein, kein Vertragsverhältnis.

Aber auch ein ausservertraglicher Schadenersatzanspruch (Art. 41 ff. OR) entfällt, wenn das Werk des Unternehmers bei seiner Zerstörung bereits (durch Einbau) ins Eigentum des Bauherrn übergegangen war (Art. 671 Abs. 1 ZGB) und man deswegen die «Widerrechtlichkeit» der Schädigung (Art. 41 Abs. 1 OR) verneint. Zu erwägen wäre allenfalls, ob dem geschädigten Unternehmer eine Schadenersatzklage aus Besitzesstörung zusteht (Art. 928 Abs. 2 ZGB), sofern er bei der schädlichen Einwirkung auf sein Werk

Urdings nur solange, als die Gefahr nicht durch Ablieferung oder Annahmeverzug auf den Bauherrn übergegangen ist (Art. 376 Abs. 1 OR). Deshalb vereinbart mancher Bauherr mit den einzelnen Unternehmern, dass die Ablieferung der von diesen ausgeführten Teil-Werke (z. B. der Liftanlage, der Heizungsanlage, der angeschlagenen Fenster) bis zur Vollendung des ganzen Bauwerkes hinausgeschoben wird.

c) Anders verhält es sich meines Erachtens dann, wenn das Werk des Unternehmers deshalb (ganz oder teilweise) zerstört wird, weil die *Vorarbeit eines Nebenunternehmers mangelhaft* ist. In diesem Fall rechtfertigt sich eine analoge Anwendung des Art. 376 Abs. 3 OR, der den Unternehmer von der Gefahrentragung befreit, falls das Werk wegen eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes oder des angewiesenen Baugrundes zugrunde geht³¹. Dem mangelhaften Stoff oder Baugrund ist die mangelhafte Vorarbeit eines Nebenunternehmers gleichzustellen, an die der nachfolgende Unternehmer anschliesst. Für den Mangel der Vorarbeit trägt der Bauherr, nicht der nachfolgende Unternehmer das Risiko; immer vorausgesetzt, dass der Unternehmer seine Anzeigepflicht (Art. 376 Abs. 3/365 Abs. 3 OR) erfüllt hat³². Der Bauherr kann sich aber an den Nebenunternehmer

noch dessen unmittelbarer Besitzer war. (Vgl. aber das restriktive Verständnis dieses Schadenersatzanspruches in BGE 66 I 237.)

Hat der geschädigte Unternehmer keinen Schadenersatzanspruch gegen seinen Nebenunternehmer, so hilft ihm nur der Umweg über die «Drittschadensliquidation»: Der Bauherr hat das Recht, den Schaden des Unternehmers gegenüber dem Nebenunternehmer im eigenen Namen einzuklagen; und er hat die Pflicht, diesen Anspruch dem Unternehmer abzutreten (vgl. BGH NJW 1970, S. 41; zur Drittschadensliquidation im allgemeinen: BUCHER, zit. in Anm. 23, S. 309 Anm. 61; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, zit. in Anm. 18, Nr. 1620f.).

³¹ Diese Vorschrift ist der Analogie fähig. Sie beruht auf dem allgemeinen Rechtsgedanken, dass der Unternehmer das Risiko nicht zu tragen hat, wenn es auf einem Umstand beruht, der dem Besteller zuzurechnen ist. Vgl. auch LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, 12. Aufl., München 1981, S. 298.

³² Der Unternehmer ist verpflichtet, dem Bauherrn Mängel der fremden Vorarbeit anzuzeigen, die er erkennt oder erkennen muss. Zu den Mängeln, die er erkennen muss und zur Prüfungspflicht des Unternehmers siehe Anm. 22.

mer halten, der für die Folgen seiner mangelhaften Vorarbeit nach Art. 367 ff. OR (unter dem Gesichtspunkt des Mangelfolgeschadens) eintreten muss³³.

B. DER BEIZUG VON SUBUNTERNEHMERN

Die Nebenunternehmer, von denen ich gesprochen habe, sind Vertragspartner des Bauherrn. Indessen brauchen nicht alle Unternehmer, die sich an der Errichtung eines Bauwerkes beteiligen, den Bauherrn zum Vertragspartner zu haben. Vielmehr kommt es häufig vor, dass einzelne Unternehmer durch andere beigezogen werden. Es handelt sich bei diesen beigezogenen Unternehmern um Subunternehmer.

I. Die Merkmale des Subunternehmers

1. Der Subunternehmer ist ein (Bau-)Unternehmer, der den *Werkvertrag nicht mit dem Bauherrn*, sondern mit einem Unternehmer des Bauherrn abgeschlossen hat (*Schema, Figur V*). Nach dem Inhalt dieses Werkvertrages ist er verpflichtet, bestimmte Arbeiten (mit oder ohne Lieferung von Material) auszuführen, die der Unternehmer seinerseits dem Bauherrn werkvertraglich schuldet. Das bedeutet: Der Unternehmer gibt dem Subunternehmer Arbeiten, die er selber vom Bauherrn übernommen hat, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung³⁴ (also nicht als direkter oder indirekter Stellvertreter³⁵) weiter. Da es um die Weitergabe von geschuldeten Arbeiten geht, ist der Baustofflieferant, bei dem der Unternehmer nur den Werkstoff besorgt, kein Subunternehmer.

³³ Vgl. sinngemäss die Ausführungen unter III/1/c. War die Vorarbeit bei Eintritt des Schadensfalles allerdings noch nicht abgeliefert (abgenommen), so kommen die Art. 367 ff. OR nicht zur Anwendung, und der Nebenunternehmer haftet nach Art. 97 Abs. 1/364 Abs. 1 OR.

³⁴ BGE 94 II 162.

³⁵ Anderer Ansicht: Kantonsgericht SG, GVP SG 1978, Nr. 16, S. 46 ff. = SJZ 76, 1980, Nr. 22, S. 194 f. = Baurecht 1980, S. 29, Nr. 13.

2. Der Unternehmer, der den Subunternehmer beizieht, wird als *Hauptunternehmer* bezeichnet. Vielfach (aber nicht immer) ist dieser Hauptunternehmer ein Generalunternehmer. Es gehört zum typischen Erscheinungsbild des Generalunternehmers, dass er Bauarbeiten an spezialisierte Subunternehmer weitervergift. Dennoch bleibt er gegenüber dem Bauherrn ein Werkunternehmer (Art. 363 OR); selbst dann, wenn er *sämtliche* Arbeiten weitervergift, die er vom Bauherrn übernommen hat³⁶.

3. Der Subunternehmer führt dem Gesagten zufolge Arbeiten aus, die der Hauptunternehmer dem Bauherrn schuldet. Deshalb ist er im Verhältnis zum Bauherrn eine *Hilfsperson (Erfüllungsgelhilfe) des Hauptunternehmers* (Art. 101 OR). Dadurch unterscheidet er sich vom Baustofflieferanten, der keine Hilfsperson des Unternehmers ist, für den der Unternehmer also nicht nach Art. 101 OR eintreten muss³⁷.

II. Die Frage nach der Zulässigkeit

Auch im Zusammenhang mit dem Subunternehmer stellen sich zahlreiche Rechtsfragen. Die *Grundfrage* ist die, ob der Unternehmer das Recht hat, für die übernommenen Arbeiten einen Subunternehmer beizuziehen. Es ist die Frage nach der Zulässigkeit des Beizugs.

1. Diese Frage beurteilt sich nach dem Vertragsverhältnis zwischen dem Unternehmer und dem Bauherrn. Massgebend sind in erster Linie *Vereinbarungen über den Beizug von Subunternehmern*. Im einzelnen:

a) Vereinbarungen zwischen Bauherrn und Unternehmer, die den Beizug von Subunternehmern betreffen, können einen man-

³⁶ BGE 94 II 162; 97 II 69; entgegen GAUTSCHI, *Vorhem. zu Art. 363–379 OR*, N 18 sowie N 15 e zu Art. 363 OR.

³⁷ Im einzelnen: GAUCH, *zit. in Anm. 3, Nr. 240 ff.*

nigfachen *Inhalt* haben. Sie reichen vom völligen Verbot bis zur Pflicht, einen Subunternehmer beizuziehen. Es ist sogar eine verbreitete Sitte, dass der Bauherr dem Unternehmer den Beizug eines bestimmten (z.B. «einheimischen») Subunternehmers vorschreibt. Die Tatsache, dass der Unternehmer einen vorgeschriebenen Subunternehmer verwenden muss, wirkt sich auf die Haftungslage aus. Sie kann den Unternehmer von der Haftung für den Subunternehmer (Art. 101 OR) ganz oder teilweise befreien (Art. 44 OR). Insbesondere haftet der Unternehmer nicht für Mängel seines Werkes, die nur deshalb entstanden sind, weil er trotz Abmahnung des Bauherrn einen bestimmten Subunternehmer beiziehen musste (Art. 369 OR; vgl. auch die Sonderregel in SIA-Norm 118, Art. 29 Abs. 5).

b) Zu den massgeblichen Vereinbarungen gehören auch *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, sofern sie Vertragsgeltung zwischen Unternehmer und Bauherrn erlangt haben. Auch sie können Regeln über den Beizug von Subunternehmern enthalten. So finden sich einschlägige Bestimmungen in der SIA-Norm 118 und (was häufig übersehen wird) auch in den Submissionsordnungen mancher Gemeinwesen. Nach Art. 29 Abs. 3 der SIA-Norm 118 ist ohne Zustimmung des Bauherrn ein Beizug von Subunternehmern nur dann erlaubt, wenn die Beiziehung «einen unwesentlichen Teil der Arbeiten» betrifft und ausserdem die «vertragsgemässe» (insbesondere fristgerechte und mängelfreie) «Ausführung» der vom Unternehmer geschuldeten Arbeiten «nicht beeinträchtigt».

«Unwesentlich» ist ein Arbeits-Teil dann, wenn er wertmässig bloss einen geringen Teil der vom Unternehmer übernommenen Arbeit ausmacht und überdies für das Gelingen des ganzen Werkes, das der Unternehmer schuldet, eine nur untergeordnete Bedeutung hat.

2. Soweit der Bauherr und der Unternehmer über den Beizug von Subunternehmern keine Vereinbarung getroffen haben, kommt *die gesetzliche Bestimmung des Art. 364 Abs. 2 OR* zur An-

wendung. Gestützt darauf hat das Bundesgericht in einem neueren Urteil (über die Einhaltung einer Bauverpflichtung) die Ansicht vertreten, dass eine Weitergabe von Bauarbeiten (in concreto: von Erd- und Maurerarbeiten) an Subunternehmer unzulässig sei, weil es bei der Vergebung von Baumeisterarbeiten entscheidend auf die Persönlichkeit des Unternehmers ankomme (BGE 103 II 55 ff.). Diese höchstrichterliche Ansicht hebt sich ab von den Motiven in BGE 94 II 162, wo die Weitergabe sämtlicher Arbeiten durch einen Generalunternehmer als zulässig erachtet wurde. Im Ergebnis mag das betreffende (neuere) Urteil zwar richtig sein; die darin geäußerte Ansicht über die Weitergabe von Bauarbeiten ist indes nicht der Verallgemeinerung fähig³⁸. Vielmehr muss wie folgt differenziert werden:

a) Nach Art. 364 Abs. 2 OR ist es dem Unternehmer gestattet, irgendwelche Bauarbeiten durch einen andern ausführen zu lassen, wenn der andere unter seiner *persönlichen Leitung* steht. Entgegen verbreiteter³⁹ und in BGE 103 II 57 übernommener Ansicht untersteht der «persönlichen Leitung» des Unternehmers nicht nur das betriebseigene Personal. Vielmehr kann der Unternehmer auch den Vertrag mit dem Subunternehmer so ausgestalten, dass dieser – ähnlich einem Arbeitnehmer – unter «persönlicher Leitung» des Unternehmers steht⁴⁰, also nicht die Freiheit eines «Substituten»⁴¹ hat. Trifft dies im Einzelfall zu, so ist eine Weitergabe von Bauarbeiten an den betreffenden Subunternehmer durchaus erlaubt.

b) Ausserdem erlaubt Art. 364 Abs. 2 OR dem Unternehmer aber auch die Weitergabe von Arbeiten, bei denen es dem Bau-

³⁸ MERZ, ZBJV 115, 1979, S. 295.

³⁹ Z. B. GAUTSCHI, N 11 a, 11 b und 15 a zu Art. 364 OR; PEDRAZZINI, SPR VII/1, S. 531 f.

⁴⁰ Vgl. BECKER, N 6 zu Art. 364 OR. Dass es derart «leitungsintensive» Werkverträge mit Subunternehmern tatsächlich gibt, wird durch die Praxis bestätigt; vgl. PRADER, Bemerkungen eines Baupraktikers zur Zulässigkeit einer Weitervergebung an einen Subunternehmer, Schweizerisches Baublatt (Rüschlikon), 1981, Nr. 27, S. 7.

⁴¹ Dazu v. TUHR/ESCHER, S. 24.

herrn nach der Natur des Geschäftes nicht auf *die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers*⁴² ankommt. Solche Arbeiten gibt es. Es sind Leistungen, auf die entweder der Betrieb des Unternehmers bekannterweise nicht eingerichtet ist⁴³ oder die keinen Einfluss auf die gehörige Herstellung des Werkes haben⁴⁴. Der Unternehmer hat das Recht, derartige Leistungen von der übernommenen Bauaufgabe auszusondern und einem Subunternehmer zu übertragen; auch wenn dieser nicht unter seiner «persönlichen Leitung» steht. Ausgeschlossen ist die Weitergabe nur insoweit, als es gerade «*bei der Leistung*» (Art. 68 OR), nicht bloss beim Vertragsabschluss, auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers ankommt. Die persönlichen Eigenschaften müssen also für die Leistung, nicht sonstwie (z. B. hinsichtlich der Zahlungsfähigkeit), von Bedeutung sein. Das wird in BGE 103 II 55 ff. offenbar anders gesehen.

III. Die Probleme des Bauherrn

Für den Bauherrn ist der Einsatz von Subunternehmern in mehrfacher Hinsicht problematisch. Ich denke hier an praktische Probleme (wie Preisgestaltung und Arbeitsqualität), aber auch an Probleme rechtlicher Art.

1. Ein *erstes Problem* besteht darin, dass der Subunternehmer nur dem Unternehmer zur Leistung verpflichtet ist, nicht auch dem Bauherrn. Deshalb hat der Bauherr kein Weisungsrecht gegenüber dem Subunternehmer. Vor allem aber haftet der Subunternehmer dem Bauherrn nicht aus Vertrag, namentlich nicht für Mängel seines Werkes. Das wirkt sich insbesondere dann «nachteilig»

⁴² Zur Anwendung auf juristische Personen: GAUCH, zit. in Anm. 3, Nr. 54; MERZ, ZBJV 115, 1979, S. 295.

⁴³ Ähnlich bestimmt auch die VOB (B § 4 Nr. 8), dass «Leistungen, auf die der Betrieb des Auftragnehmers nicht eingerichtet ist», ohne Zustimmung des Auftraggebers auf Subunternehmer übertragen werden dürfen.

⁴⁴ Vgl. PRADER, zit. in Anm. 40, S. 7.

aus, wenn der Bauherr aus irgendeinem Grund nicht (mehr) auf den Unternehmer greifen kann. In zwei Sonderfällen allerdings hat der Bauherr doch «vertragliche» Rechte gegenüber dem Subunternehmer:

- *Fall 1:* Der Subunternehmer hat sich gegenüber dem Bauherrn (ausdrücklich oder stillschweigend) verpflichtet, die vom Unternehmer übernommenen Arbeiten auszuführen oder «mangelfrei» auszuführen (Beispiel: «Ich garantiere Ihnen einwandfreie Arbeit»). Alsdann kann der Bauherr den Subunternehmer unmittelbar zur Erfüllung der eingegangenen Verpflichtung anhalten und ihn allenfalls haftbar machen.
- *Fall 2:* Der Vertrag zwischen Unternehmer und Subunternehmer wurde von den Beteiligten in der Willensmeinung geschlossen, dass der Bauherr selbständig die Vertragserfüllung vom Subunternehmer fordern könne. Alsdann ist der Subunternehmervertrag ein echter Vertrag zu Gunsten des Bauherrn (Art. 112 Abs. 2 OR). Und der Bauherr hat ein selbständiges Forderungsrecht gegenüber dem Subunternehmer. Das setzt aber, wie gesagt, eine entsprechende Willensmeinung der beiden anern (Unternehmer und Subunternehmer) voraus. Eine Übung, die das selbständige Forderungsrecht des Bauherrn begründen würde (Art. 112 Abs. 2 OR), besteht (soweit ich sehe) in der Baupraxis nicht.

2. Ein *zweites Problem* ergibt sich daraus, dass der Bauherr die *Vergütung der vom Subunternehmer geleisteten Arbeit* nicht diesem, sondern dem Unternehmer schuldet. Leitet der Unternehmer die erhaltene Zahlung nicht an den Subunternehmer weiter, so droht dem Bauherrn ein Bauhandwerkerpfandrecht des Subunternehmers (Art. 837 ff. ZGB) und damit die Gefahr der «Doppelzahlung»⁴⁵. Dieser Gefahr kann er z. B. dadurch entgegenwirken,

⁴⁵ BGE 95 II 90 f. In BGE 104 II 355 kommt das Bundesgericht dem Bauherrn ein Stück weit entgegen; es räumt ihm ein Preisminderungsrecht gegenüber dem Unternehmer ein, falls dieser schuldhaft ein Werk abgeliefert, das mit einem gesetzlichen

dass er sich im Werkvertrag mit dem Unternehmer das Recht ausbedingt, den Subunternehmer (mit befreiender Wirkung gegenüber dem Unternehmer) direkt zu zahlen⁴⁶.

In einer komfortablen Lage befindet sich das Gemeinwesen, das auf einem Grundstück im Verwaltungsvermögen bauen lässt. Nach BGE 103 II 227 ff. kann auf einem solchen Grundstück kein Bauhandwerkerpfandrecht eingetragen werden. Das wirkt sich vor allem zuungunsten der Subunternehmer aus, die bei Nichtbezahlung durch den Unternehmer ohne Schutz des gesetzlichen Pfandrechts dastehen. Diese Schlechterstellung des Subunternehmers, der auf öffentlichem Grund und Boden baut, ist durch die Unverwertbarkeit des Verwaltungsvermögens begründet⁴⁷, im Ergebnis aber stossend⁴⁸. Es stellt sich die Frage, ob

Grundpfandrecht zu Gunsten eines Subunternehmers belastet ist (kritisch: LIVER, ZBJV 116, 1980, S. 152 f.; im Ergebnis zustimmend: STEINAUER, Baurecht 1980, S. 27). Zur strafrechtlichen Seite: BGE 105 IV 102 ff.

⁴⁶ Vgl. dazu im einzelnen SCHUMACHER, *Das Bauhandwerkerpfandrecht*, Zürich 1979, Nr. 236 ff. Eine ausführliche Schutzklausel enthält z. B. der Formularvertrag der Migros («Allgemeine Bedingungen» Migros-Gemeinschaft Bauwesen). Sie lautet: «Wird ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten eines Subunternehmers vorläufig oder definitiv im Grundbuch eingetragen, ist der Unternehmer verpflichtet, innert 10 Tagen ab Mitteilung dieses Grundbucheintrages hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB zu leisten, damit das Bauhandwerkerpfandrecht wieder gelöscht wird. Der Bauherr kann jederzeit verlangen, dass der Unternehmer als Sicherheit für diese Verpflichtung eine Solidarbürgschaft einer dem Bauherrn genehmen, namhaften Bank oder Versicherungsgesellschaft in einem vom Bauherrn zu bestimmenden, dem Auftrag angemessenen Betrag leistet» (Art. 29.7). «Der Bauherr ist berechtigt, den zwischen dem Unternehmer und dem Subunternehmer vereinbarten Werklohn mit befreiender Wirkung direkt an den Subunternehmer zu bezahlen und die Zahlung mit der Werkpreisforderung des Unternehmers zu verrechnen. Vor einer direkten Zahlung hört der Bauherr sowohl den Unternehmer wie auch dessen Subunternehmer über Bestand und Höhe der unbezahlten Forderung des Subunternehmers an. Einen Betrag, welcher zwischen dem Unternehmer und dessen Subunternehmer streitig ist, darf der Bauherr mit befreiender Wirkung hinterlegen» (Art. 29.8).

⁴⁷ BGE 103 II 236; LIVER, ZBJV 115, 1979, S. 261. Für die Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts vgl. Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Schuldbetreibung gegen die Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts (SchGG) vom 4. 12. 1947 (SR 282.11); dazu BGE 95 I 97 ff.

⁴⁸ LIVER, ZBJV 115, 1979, S. 262; SCHUMACHER, zit. in Anm. 46, Nr. 281 ff.; SCHROFF, ZBJV 117, 1981, S. 144 ff.

nicht doch (entgegen BGE 103 II 238 f.) eine Gesetzeslücke vorliegt⁴⁹, die der Richter zu füllen hat – z. B. so, dass er die Eintragung des angemeldeten Bauhandwerkerpfandrechts zwar verweigert, den öffentlichen Grundeigentümer jedoch zur Sicherheitsleistung verpflichtet⁵⁰. Jedenfalls aber wäre es eine «Anstandspflicht»⁵¹ gerade des öffentlichen Bauherrn, durch die Vertragsgestaltung mit dem Unternehmer dafür besorgt zu sein, dass die Subunternehmer tatsächlich bezahlt werden.

3. Bei aller Problematik bringt der Einsatz von Subunternehmern dem Bauherrn aber auch *Vorteile*. Der Unternehmer, der die Subunternehmer beizieht, hat für die Koordination der Arbeiten selber zu sorgen. Auch haftet er für die Subunternehmer, weshalb sich der Bauherr bei Werkmängeln an *einen* Unternehmer halten kann und sich nicht mit verschiedenen Unternehmern herumstreiten muss. Vor allem aber sind Subunternehmer oft hochspezialisierte und damit qualifizierte Unternehmer, auf die der Bauherr (oder dessen Architekt) gar nicht stossen würde.

C. DIE ARBEITSGEMEINSCHAFT

Schliesslich können sich mehrere Unternehmer an der Errichtung eines Bauwerkes auch so beteiligen, dass sie *gemeinsam* einen Werkvertrag mit dem Bauherrn vereinbaren, worin sie alle Bauarbeiten oder einen Teil davon übernehmen. Diese Unternehmer bilden zusammen eine Arbeitsgemeinschaft (*Schema, Figur VI*).

1. Die *Arbeitsgemeinschaft* (auch «Konsortium») ist eine einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR), deren Mitglieder (die einzelnen Unternehmer) solidarisch verpflichtet sind, den gemeinsamen Werkvertrag zu erfüllen (Art. 544 Abs. 3 OR). Von den Nebenunternehmern unterscheiden sich die Mitglieder der Ar-

⁴⁹ LIVER, ZBJV 115, 1979, S. 262.

⁵⁰ Vorschlag SCHUMACHER, zit. in Anm. 46, Nr. 292.

⁵¹ LIVER, ZBJV 115, 1979, S. 260.

beitsgemeinschaft dadurch, dass sie untereinander durch einen Vertrag verbunden sind und zusammen nur *einen* Werkvertrag mit dem Bauherrn haben.

Selbstverständlich können die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft auch Subunternehmer beiziehen, wobei sich die Zulässigkeit des Beizugs nach Vereinbarung und Gesetz (Art. 364 Abs. 2 OR) bestimmt. Bisweilen kommt es sogar vor, dass ein Mitglied selber als Subunternehmer auftritt und Arbeiten übernimmt, die der Bauherr der Gemeinschaft übertragen hat. In diesem Sonderfall, der bis anhin nicht erwähnt wurde, besteht ausnahmsweise ein Werkvertragsverhältnis zwischen Bauherrn und Subunternehmer. Der Subunternehmer hat hier eine Doppelrolle; er ist Vertragspartner einerseits des Bauherrn und anderseits der übrigen Konsortialmitglieder.

2. Für die schweizerische Baupraxis ist die Arbeitsgemeinschaft eine *vertraute Erscheinung*. Sie ist meistens eine freiwillige Gemeinschaft, bisweilen aber vom Bauherrn erzwungen:

a) Der *Bauherr erzwingt eine Arbeitsgemeinschaft*, wenn er Bauarbeiten nur unter der Voraussetzung vergibt, dass sie von bestimmten Unternehmern gemeinsam übernommen werden. Dabei kann er sich von verschiedenen Motiven leiten lassen. Heutzutage kommt es z.B. immer wieder vor, dass öffentliche Bauherren das einheimische Gewerbe schützen, indem sie Arbeiten an Auswärtige nur gemeinsam mit einem Ortsansässigen vergeben. Dem ortsfremden Unternehmer bleibt nichts anderes übrig, als mit dem Einheimischen eine Arbeitsgemeinschaft zu bilden. Im Extremfall geht der Bauherr sogar so weit, dass er den schriftlichen Werkvertrag (zur Täuschung der Öffentlichkeit) nur mit dem Einheimischen abschliesst, während nach dem wirklichen Willen der Beteiligten auch der Auswärtige Vertragspartei ist. Dann liegt ein Fall von Parteisimulation vor (Art. 18 OR)⁵².

⁵² Vgl. JÄGGI/GAUCH, N 160 ff. zu Art. 18 OR. Eine weitere Art von Parteisimulation ist der «Werkvertrag unter anderem Namen». Hier gibt der Unternehmer mit

b) Die *freiwillige Arbeitsgemeinschaft* dagegen ist nicht vom Bauherrn erzwungen. In ihr schliessen sich die Unternehmer aus freien Stücken zusammen. Gründe dafür gibt es viele. Sie reichen von der Aquisition über die Mittelbeschaffung bis zur sinnvollen Arbeitsteilung.

Verschiedene Schweizer Baufirmen bilden faktisch eine «Dauergemeinschaft», indem sie über Jahrzehnte hinweg in immer neuen Konsortien zusammenarbeiten. Dass diese Zusammenarbeit funktioniert, obwohl die einfache Gesellschaft recht kompliziert und die einschlägige Lehre den Beteiligten unbekannt ist – das vermag praktische Juristen nicht zu erstaunen. Denn über das Privatrecht wird zwar viel geschrieben; vor allem aber «geschieht» das Recht. Deshalb bleibt auch zu hoffen, dass in einer Zeit, in der sich die Dogmatik zunehmend vom Lebendigen entfernt, die praktische Vernunft wenigstens in der Schweiz obsiegt. In BGE 67 II 74 konnte das Bundesgericht noch sagen, dass in der Schweiz seit jeher eine einfache und praktische Rechtsauffassung vorgeherrscht hat. Heute lässt sich das nicht mehr sagen, aber vielleicht wieder anstreben.

Wissen des Bauherrn eine Offerte zwar für sich, aber unter anderem Namen (z. B. unter dem Namen eines einheimischen Baumeisters) ab. Der Vertrag wird unter diesem (falschen) Namen geschlossen, wobei der Unternehmer mit dem Bauherrn darüber einig ist, dass wirkliche Vertragspartei er (der Unternehmer) selber ist.