

Der Unternehmer im Werkvertrag

Ein systematischer Grundriss

Peter Gauch

**Professor an der Rechtswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz)**

2., vollständig überarbeitete
und erweiterte Auflage 1977

Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich

Inhaltsverzeichnis

(Sachregister S. 263)

Vorwort	S.	3
Literaturverzeichnis	S.	15
Abkürzungsverzeichnis	S.	17

I. Einleitung	Nr.	1
----------------------	-----	----------

II. Vom Unternehmer und seiner Leistungspflicht im allgemeinen		4
---	--	----------

1. Die Herstellung eines Werkes		5
A. Herstellung eines Werkes als Arbeitsleistung		6
B. Das Werk als Arbeitserfolg		8
a. Körperlicher Arbeitserfolg (körperliches Werk)		9
b. Unkörperlicher Arbeitserfolg (geistiges Werk)		15
C. Der Werkstoff		21
a. Die Frage, welche der Parteien den Stoff zu liefern hat		22
b. Stofflieferung durch den Besteller		25
c. Stofflieferung durch den Unternehmer (Werklieferungsvertrag)		30
d. Werkstoff und andere Sachen		40
D. Eigene Herstellung des Werkes oder Vergebung an Dritte		48
a. Weitervergebung von Arbeiten an Subunternehmer		49
aa. Die Frage nach der Zulässigkeit der Weitervergebung		50
bb. Der Subunternehmer als Vertragspartner des Unternehmers		70
cc. Handwerkerpfandrecht des Subunternehmers am Grundstück des (vom Unternehmer verschiedenen) Bestellers		78
b. Vergebung von Arbeiten an Dritte, jedoch im Namen des Bestellers		85
2. Die Ablieferung des Werkes und dessen Abnahme		89
A. Ablieferung		91

	Nr.
B. Ablieferung und Abnahme als korrelative Begriffe	96
C. Keine Ablieferung und Abnahme ohne Vollendung des Werkes	99
D. Ablieferung und Abnahme als Gegenstand vertraglicher Abreden	102
3. Die Entgeltlichkeit der Unternehmerleistung	106
A. Bemessung der Vergütung	107
a. Feste Übernahme	108
aa. Pauschalpreis	109
bb. Globalpreis	113
cc. Einheitspreis	118
b. Übernahme ohne festen Preis	125
c. Vertrag mit mehreren Preisarten	149
B. Die Ausnahmebestimmung des Art. 373 Abs. 2 OR: Keine Bindung des Unternehmers trotz Festpreisabrede	152
a. Wortlaut und Zweck der Bestimmung	154
b. Der Ausnahmefall	156
aa. Umstände, welche «die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren»	157
bb. «Ausserordentliche Umstände»	177
cc. Umstände, «die nicht vorausgesehen werden konnten»	179
dd. Umstände, «die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren»	189
c. Die Ausnahmefolge: Recht des Unternehmers auf Preiserhöhung oder Vertragsauflösung	197
4. Die Sorgfaltspflicht des Unternehmers	211
5. Erscheinungsformen des Unternehmers, insbesondere im Bauwesen	226
A. Der Unternehmer: eine natürliche Person oder ein Verband	227
B. Der Unternehmer im Bauwesen	228
a. Der Architekt	229
b. Der Bauunternehmer	233
c. Der Baulieferant	238

	Nr.
6. Vom Bauunternehmer im einzelnen	243
A. Der Bauunternehmer als Einzel-, General- oder Totalunternehmer	245
a. Der Einzelunternehmer	246
b. Der Generalunternehmer	250
c. Der Totalunternehmer	260
B. Der Architekt als Bauunternehmer	266
C. Das Unternehmerkonsortium (Arbeitsgemeinschaft)	269
D. Der Bauvertrag: Werkvertrag zwischen Bauunternehmer und Besteller	274
a. Begriff	275
b. Privatrechtliche Natur trotz Beteiligung eines öffentlichen Bauherrn	277
c. SIA-Norm 118 als Vertragsinhalt	279
E. Abschluss des Bauvertrages	289
a. Abschluss im allgemeinen	290
b. Vertragsabschluss nach vorgängiger Ausschreibung der Bauarbeiten (Submissionsverfahren)	294
c. Haftung für «Verschulden bei Vertragsabschluss»: «culpa in contrahendo»	312
7. Richtige Erfüllung der Leistungspflicht	323

III. Von der Mängelhaftung des Unternehmers

im besondern 327

1. Vom Inhalt der Mängelhaftung	328
2. Vom Werkmangel	330
A. Der Werkmangel: eine Abweichung des Werkes vom Vertrag	332
a. Vertragsabweichung als Begriffsmerkmal des Werkmangels	333
b. Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft als Werkmangel	336
aa. Vereinbarte Eigenschaften im allgemeinen	337
bb. Zugesicherte Eigenschaften im besondern	340

	Nr.
cc. Werkmangel beim Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft	349
c. Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft als Werkmangel	355
aa. Wertqualität	356
bb. Gebrauchstauglichkeit	360
d. Zusammenfassung	370
B. «Mängel» und «sonstige Abweichungen» nach Art. 368 OR	375
C. Sachverhalte, die keine Werkmängel sind	380
3. Erscheinungsformen des Werkmangels	387
4. Die Mängelrechte des Bestellers im allgemeinen	398
A. Die einzelnen Mängelrechte (Überblick)	399
B. Der Besteller als Berechtigter, der Unternehmer als Belasteter	402
C. Berechtigung des Bestellers auch ohne Verschulden des Unternehmers (Prinzip der Kausalhaftung)	406
D. Beweislast des Bestellers für das Vorliegen eines Werkmangels	409
5. Die Mängelrechte im einzelnen	411
A. Das Wandelungsrecht	412
a. Vom Wandelungsrecht als Gestaltungsrecht	414
aa. Recht des Bestellers auf Vertragsaufhebung	415
bb. Vertragsaufhebung durch einseitige Willenserklärung des Bestellers	422
b. Von der besondern Voraussetzung des Wandelungsrechts: Unzumutbarkeit der Annahme für den Besteller	425
aa. Im allgemeinen (Art. 368 Abs. 1 OR)	426
bb. Bei Werken auf Grund und Boden des Bestellers (Art. 368 Abs. 3 OR)	438
c. Von der Ausübung des Wandelungsrechts (Formen der Wandelungserklärung)	442
d. Von der Rückleistungspflicht des Bestellers	445
e. Vom Erlöschen des Minderungs- und Nachbesserungsrechts infolge Ausübung des Wandelungsrechts	450

	Nr.
B. Das Minderungsrecht	457
a. Vom Minderungsrecht als Gestaltungsrecht	459
aa. Recht des Bestellers auf Herabsetzung der Vergütung	460
bb. Herabsetzung durch einseitige Willenserklärung des Bestellers	466
b. Von den besondern Voraussetzungen des Minderungsrechts	469
aa. Minderwert des Werkes	470
bb. Wert des mangelhaften Werkes	477
c. Von der Ausübung des Minderungsrechts (Formen der Minderungserklärung)	478
d. Vom Umfang der Minderung	481
aa. Die Vorschrift des Art. 368 Abs. 2 OR: Herabsetzung entsprechend dem Minderwert des Werkes	482
bb. Herabsetzung nach der relativen Berechnungsmethode	496
cc. Herabsetzung um den Betrag des Minderwertes	501
dd. Herabsetzung um den Betrag der Verbesserungskosten	504
ee. Herabsetzung auf Null	509
e. Vom Erlöschen des Wandelungs- und Nachbesserungsrechts infolge Ausübung des Minderungsrechts	512
C. Das Nachbesserungsrecht	522
a. Vom Nachbesserungsrecht als Gestaltungsrecht	524
aa. Recht des Bestellers, den Unternehmer zur Nachbesserung zu verpflichten	525
bb. Ausübung durch einseitige Willenserklärung des Bestellers	529
cc. Keine Pflicht zur Ausübung des Nachbesserungsrechts	532
b. Von der Nachbesserungsschuld des Unternehmers	533
aa. Vom Inhalt der Nachbesserungsschuld und den Kosten der Nachbesserung	534
bb. Vom Verzug des Unternehmers mit der Erfüllung der Nachbesserungsschuld	546
cc. Von der Durchsetzung der Nachbesserungsschuld durch Erfüllungsklage und der Beseitigung des Mangels auf Kosten des Unternehmers	555
c. Von den besondern Voraussetzungen des Nach- besserungsrechts	570

	Nr.
aa. Nicht übermässige Verbesserungskosten	571
bb. Möglichkeit der Mängelbeseitigung	579
d. Kein Recht des Bestellers auf ein neues Werk	581
e. Vom Erlöschen des Wandelungs- und Minderungsrechts infolge Ausübung des Nachbesserungsrechts	586
D. Das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens	598
a. Schadenersatzrecht und übrige Mängelrechte	599
b. Vom Mangelfolgeschaden	602
c. Von der besondern Schadenersatzordnung	613
d. Grundsatz: Schuldhaftung	615
e. Ausnahme: Kausalhaftung	619
aa. Haftung für Hilfspersonen	620
bb. Haftung für unmittelbaren Mangelfolgeschaden	622
f. Von der Bemessung des Schadenersatzanspruches	628
6. Wegfall der Mängelhaftung bei Selbstverschulden des Bestellers	631
A. Das Selbstverschulden des Bestellers im Sinne des Art. 369 OR	635
B. Erstes Beispiel: Weisungen des Bestellers über die Ausführung des Werkes	642
a. Ausführungsweisungen nach Art. 369 OR	643
b. Haftungsbefreiung nach erfolgter Abmahnung	648
c. Haftungsbefreiung ohne Abmahnung bei sachverständig erteilter Weisung?	664
aa. Fragestellung	
bb. Haftungsbefreiung ohne Abmahnung, wenn der Unternehmer die Unrichtigkeit einer sachverständig erteilten Weisung weder erkannte noch erkennen musste	664
cc. Keine Haftungsbefreiung ohne Abmahnung, wenn der Unternehmer die Unrichtigkeit der sachverständig erteilten Weisung erkannt hat	668
dd. Keine Haftungsbefreiung ohne Abmahnung, wenn der Unternehmer die Unrichtigkeit der sachverständig erteilten Weisung nicht erkannt hat, obwohl er sie hätte erkennen müssen	674 677

	Nr.
C. Zweites Beispiel: Mangelhafter Werkstoff oder Baugrund des Bestellers	688
a. Der Grundsatz: Keine Mängelhaftung des Unternehmers	689
b. Die Ausnahme: Mängelhaftung des Unternehmers	693
aa. Erster Ausnahmefall: Keine unverzügliche Anzeige der erkannten Mangelhaftigkeit	694
bb. Zweiter Ausnahmefall: Pflichtwidriges Nichterkennen der Mangelhaftigkeit	701
7. Verwirkung der Mängelrechte durch Genehmigung des Werkes	722
A. Die Genehmigung	723
B. Offene und geheime Mängel	726
C. Verwirkung der Mängelrechte für offene Mängel	731
a. Im allgemeinen (Art. 370 Abs. 1 OR)	732
b. Verwirkung durch Verletzung der Prüfungs- und Anzeigepflicht des Bestellers (Art. 370 Abs. 2 OR)	742
aa. Die Prüfungs- und Anzeigepflicht des Bestellers (Art. 367 OR) im allgemeinen	743
bb. Die Prüfungspflicht im besondern	747
cc. Die Anzeigepflicht im besondern	754
dd. Die Verletzung der Prüfungs- und Anzeigepflicht und deren Folge (Art. 370 Abs. 2 OR)	769
D. Verwirkung der Mängelrechte für geheime Mängel (Art. 370 Abs. 3 OR)	782
8. Verwirkung nur des Wandelungsrechts	790
9. Verjährung der Mängelrechte	797
A. Art. 371 OR: besondere Verjährungsbestimmung für Mängelrechte	799
B. Grundsatz: einjährige Verjährungsfrist (Art. 371 Abs. 1 OR)	807
C. Ausnahme: fünfjährige Verjährungsfrist bei unbeweglichen Bauwerken (Art. 371 Abs. 2 OR)	808

	Nr.
a. Der Zweckgedanke des Art. 371 Abs. 2 OR	809
b. Das unbewegliche Bauwerk des Art. 371 Abs. 2 OR	810
aa. Begriff und Erscheinungsformen des unbeweglichen Bauwerkes	811
bb. Werke, die keine unbeweglichen Bauwerke sind	820
cc. Die Entstehung des unbeweglichen Bauwerkes	826
dd. Der Erneuerungsanstrich eines Hauses	828
c. Fünfjährige Frist bei jedem Mangel eines unbeweglichen Bauwerkes?	832
D. Das fristauslösende Ereignis	836
E. Die Unterbrechung der Verjährung	839
F. Die Wirkung der Verjährung	847
G. Besondere Verjährungsfrist bei arglistig verschwiegenem Mangel	853

IV. Einzelfragen zur Mängelhaftung **856**

1. Die Haftung des Unternehmers für die Güte seines Stoffes	857
A. Werkvertragsrechtliche (nicht kaufrechtliche) Haftung des Unternehmers für Mängel aus seinem Werkstoff	859
B. Die Haftung des Unternehmers bei Lieferung von Werkstoff nach Weisung des Bestellers	868
2. Die Haftung des Unternehmers bei Lieferung eines (objektiv) bessern Werkes als vereinbart	872
A. Die Frage nach der geschuldeten Vergütung	875
B. Die Frage nach der Mängelhaftung	882
3. Die Haftung des Unternehmers für den Schaden aus arglistiger Verschweigung eines Mangels	887
4. Mängelrechte des Bestellers nach Art. 368 OR und andere Rechtsbehelfe des Obligationenrechts	890
A. Ungerechtfertigte Bereicherung; Grundlagenirrtum	891

B. Schadenersatzforderung nach Art. 97ff. OR	895
C. Regeln über die Leistungsunmöglichkeit	898
D. Haftung aus unerlaubter Handlung	901
E. Einrede des nicht erfüllten Vertrages (Art. 82 OR)	907
5. Recht des Bestellers auf Zurückhaltung der Vergütung bei Ablieferung eines mangelhaften Werkes	908
6. Teilweise Entlastung des Unternehmers bei Mitverschulden des Bestellers, das kein Selbstverschulden im Sinne des Art. 369 OR darstellt	920
A. Das Mitverschulden des Bestellers	921
B. Teilweise Entlastung des Unternehmers	929
7. Die Abänderung der gesetzlichen Haftungsordnung durch Vertrag	937
A. Abweichende Vereinbarungen: Beispiele	939
B. Gesetzliche Schranken	973
C. Haftungsbeschränkungen in Allgemeinen Bedingungen	976

V. System der Mängelhaftung und Abnahme des Werkes nach SIA-Norm 118

1. Abnahme des Werkes	985
A. Gegenstand der Abnahme	987
B. Voraussetzungen der Abnahme	989
a. Vollendung des Werkes	990
b. Anzeige der Vollendung	992
c. Gemeinsame Prüfung des Werkes ohne Feststellung wesentlicher Mängel	997
d. Abnahme ohne gemeinsame Prüfung (Ausnahme)	1012
C. Abnahme und Genehmigung	1021
a. Bei Abnahme nach gemeinsamer Prüfung	1022

	Nr.
b. Bei Abnahme ohne gemeinsame Prüfung	1028
D. Teilabnahme	1029
2. Werkmangel, Haftung des Unternehmers und Mängelrechte des Bauherrn	1035
A. Begriff des Werkmangels	1036
B. Haftung des Unternehmers auch ohne Verschulden	1041
C. Die Mängelrechte des Bauherrn	1044
a. Wandlungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht	1045
b. Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens	1052
3. Selbstverschulden des Bauherrn und Mitverschulden	1054
4. Garantiefrist	1060
A. Beginn und Dauer der Garantiefrist	1061
B. Die Garantiefrist als Rügefrist	1071
C. Weitere Bedeutungen der Garantiefrist	1084
D. Mängelhaftung nach Ablauf der Garantiefrist	1091
a. Haftung für vorher entdeckte Mängel	1092
b. Haftung für später entdeckte Mängel	1097
5. Haftung für verdeckte Mängel	1098
6. Verjährung der Mängelrechte	1107
Sachregister	Seite 263