

10

**Institut für Schweizerisches
und Internationales
Baurecht**



**Schweizerische
Baurechts-
tagung**

Freiburg 2003

Peter Reetz
Vergütung von Bauleistungen

Die Vergütung von Bauleistungen

Prof. Dr. iur. Peter Reetz

Rechtsanwalt, assoziierter Professor an der Universität Fribourg

I. Einleitung	2
1. <i>Begriffe</i>	2
2. <i>Aufbau dieses Vortrages</i>	3
II. Die Entgeltlichkeit der Werkleistung	4
1. <i>Die Pflicht zur Vergütung als Charakteristikum des Werkvertrages</i>	4
2. <i>Die unentgeltliche Erbringung von Bauleistungen als Ausnahmefall</i>	5
3. <i>Beweisfragen</i>	6
III. Die Höhe der geschuldeten Vergütung	8
1. <i>Die verschiedenen Preisarten</i>	8
2. <i>Die festen Preise (Art. 373 OR)</i>	10
a) <i>Der Pauschalpreis</i>	10
b) <i>Der Einheitspreis</i>	11
c) <i>Ausnahmen vom Festpreischarakter</i>	12
3. <i>Die nicht festen Preise / Regiearbeiten (Art. 374 OR)</i>	14
a) <i>Grundsatz: Art. 374 OR</i>	14
b) <i>Ausnahme: Art. 375 OR</i>	15
IV. Einzelfragen	16
1. <i>Pauschalierung der Einheitspreisofferte</i>	16
2. <i>Fälligkeit der Vergütung (Art. 372 OR)</i>	16
3. <i>Verjährung der Vergütungsforderung (Art. 127 OR / Art. 128 Ziff. 3 OR)</i>	17

I. Einleitung

1. Begriffe

Die folgenden Ausführungen befassen sich mit der «Vergütung von Bauleistungen»¹. Die Vergütung ist das Entgelt, d.h. die Entschädigung für die Herstellung eines Werkes durch den Bauunternehmer (vgl. Art. 363 OR)². In begrifflicher Hinsicht und zur Abgrenzung der Vergütung von Bauleistungen von anderen Entschädigungen sind folgende Klarstellungen anzubringen:

- Bauleistungen. Bauleistungen sind diejenigen Leistungen, welche der Bauunternehmer dem Besteller (der Bauleistungen) aufgrund des zwischen ihnen abgeschlossenen Bauwerkvertrages schuldet. Erörtert wird demgemäss hier nur die Vergütung für Bauarbeiten im engeren Sinne, welche eine «gewisse Körperlichkeit» – und damit ein wahrnehmbares körperliches Resultat – implizieren³. Im Folgenden ausser Betracht bleiben Leistungen, welche andere Baubeteiligte (z.B. Architekten und Ingenieure) zu erbringen haben. Pro memoria ist in dieser Hinsicht jedoch Folgendes anzumerken:
 - Architekt. Ist der Architekt zur Leitung der Bauausführung verpflichtet (sog. «Bauleitungsvertrag»), so wird dieses Rechtsverhältnis vom Recht des einfachen Auftrags (Art. 394 ff. OR) beherrscht⁴. Der Grund hierfür liegt darin, dass nicht der Architekt, sondern der Bauunternehmer die körperliche Ausführung der Baute schuldet. Demgegenüber haben die vom Architekten zu erbringenden Leistungen (z.B. gestalterische Leitung, Koordinierung der Leistungen der Bauunternehmer, Überwachung des Baufortgangs, Aufsichts- und Prüfungsaufgaben) unmittelbar nichts mit der Herstellung eines Werkes und damit mit körperlicher Arbeit gemein⁵. Anders liegt dagegen der Fall, wenn ein «Gesamtvertrag» vorliegt, in dem der Architekt sämtliche Architektenleistungen für die Durchführung eines Bauvorhabens, zumindest jedoch die Projektierung und die Leitung der Bauausführung, übernimmt⁶. Diesfalls nimmt die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung⁷ trotz fun-

¹ Vgl. dazu grundlegend und ausführlich: GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996; SCHUMACHER, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Freiburg 1998. Folgende Vorträge wurden zu dieser Thematik gehalten: GAUCH, Die Vergütungspflicht des Bauherrn (betreffend die SIA-Norm 118), Einführungstagung der Baurechtstagung 1977, sowie GAUCH, Die Vergütung von Bauleistungen, Tagungsunterlage I der Baurechtstagung 1987.

² Vgl. auch BGE 104 II 112.

³ So mit Recht: GAUCH, a.a.O. («Der Werkvertrag»), N 45.

⁴ BGE 114 II 56 = BR 1989, S. 16, Nr. 6; 110 II 382; GAUCH, a.a.O., N 55 ff. Anders dagegen die deutsche Rechtsprechung: Vgl. dazu BGHZ 82, S. 100 = NJW 1982, S. 438 ff.

⁵ GAUCH, a.a.O., N 56.

⁶ Vgl. zu diesem Begriff: GAUCH, a.a.O., N 57.

⁷ Vgl. etwa BGE 114 II 56 und 109 II 464 ff.

dierten Widerspruchs in der Lehre⁸ ein aus Auftrag und Werkvertrag gemischtes Vertragsverhältnis an. Ausschliesslich Werkvertragsrecht (Art. 363 ff. OR) kommt dagegen etwa dann zur Anwendung, wenn es sich beim Vertragsverhältnis um einen «Planungsvertrag» handelt, in dem sich der Architekt zur Herstellung von Bauplänen (Skizzen, Bauprojekten, Ausführungs- und Detailplänen) verpflichtet⁹.

– Ingenieur. Das für den «Architekturvertrag» Gesagte gilt analog auch für den «Ingenieurvertrag», da dieser ähnliche Leistungen wie jener zum Gegenstand hat. Dementsprechend ist auch diesbezüglich zu differenzieren je nachdem, ob sich der Ingenieurvertrag als «Bauleitungsvertrag» (mit Anwendung von Auftragsrecht allein), als «Gesamtvertrag» (mit Anwendung von Auftrags- und Werkvertragsrecht) oder als schlichter Planungsvertrag (mit Anwendung von Werkvertragsrecht allein) entpuppt¹⁰.

- Vergütung. Schuldner der Vergütung ist der Besteller der Bauleistungen; Gläubiger der Vergütung ist der Erbringer der Bauleistungen. Werden die Bauleistungen vom Bauherrn selbst bestellt, so werden sie bei grösseren Bauwerken regelmässig von einem Generalunternehmer erbracht. Häufig ist jedoch auch der Fall, dass die Bauleistungen nicht vom Bauherrn selbst, sondern von einem Generalunternehmer (oder einem Subunternehmer etc.) bestellt werden. Diesfalls handelt es sich beim Erbringer der Bauleistungen um einen Subunternehmer (oder um einen Sub-sub-unternehmer etc.). Berechtig, als Gläubiger der Vergütung Zahlung an sich selbst zu verlangen, ist nur der Erbringer der Bauleistungen, welcher das versprochene Werk herzustellen und abzuliefern hat. Dieses Werk ist entweder ein Gesamtbauwerk (wenn es von einem Generalunternehmer gegenüber einem Bauherrn geschuldet wird) oder ein Teil eines solchen Gesamtbauwerkes (wenn es von einem Subunternehmer gegenüber einem Generalunternehmer geschuldet wird). Von besonderer Bedeutung ist der Umstand, dass Bauunternehmer auch dann einen Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechtes am betreffenden Grundstück haben, wenn es sich beim Schuldner ihrer Vergütung nicht um den Bauherrn und damit um den Grundstückseigentümer, sondern um den Generalunternehmer oder um einen Subunternehmer handelt.

2. Aufbau dieses Vortrages

In der Folge handle ich zunächst von der Entgeltlichkeit der Werkleistung, welche zwar keineswegs zwingend ist, jedoch den Regelfall darstellt (II.). Sodann komme ich auf die Höhe der geschuldeten Vergütung zu sprechen, wobei es dort insbesondere die «festen Preise» von den «nicht festen Preisen» abzugrenzen gilt (III.). Ich schliesse meine Ausführungen mit der

⁸ GAUCH, a.a.O., N 58.

⁹ BGE 119 II 428. Vgl. dazu auch GAUCH, a.a.O., N 49 ff., der die Rechtsprechung konzis zusammenfasst und darauf hinweist, dass gemäss BGE 114 II 56 auch die Herstellung eines schriftlichen Kostenvoranschlages werkvertraglich zu qualifizieren ist. In Bezug auf die Qualifikation des Gutachtervertrages vgl. GAUCH, a.a.O., N 52 und N 331 ff.

¹⁰ GAUCH, a.a.O., N 48.

Behandlung verschiedener Einzelfragen, welche im Rahmen der Erörterung der Vergütung von Bauleistungen von Bedeutung sind (IV.).

Im Zentrum meiner Ausführungen steht das Gesetz (namentlich die Art. 363 ff. OR). Soweit dies erforderlich ist, befasse ich mich auch mit der SIA-Norm 118 (Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten). Häufig vergessen wird dabei allerdings, dass letztere nur dann für die Parteien eines Bauwerkvertrages verbindlich ist, wenn sie von diesen zum Bestandteil ihres Vertragswerkes gemacht wurde. Für die SIA-Norm 118 gilt daher der Grundsatz: «Keine Geltung ohne Übernahme in den konkreten Vertrag»¹¹.

II. Die Entgeltlichkeit der Werkleistung

1. Die Pflicht zur Vergütung als Charakteristikum des Werkvertrages

Nebst den Parteien (Besteller und Unternehmer) und der Bezeichnung des herzustellenden (und abzuliefernden) Werkes gehört auch die Vergütungspflicht des Bestellers wesentlich zum Werkvertrag¹². Für das Zustandekommen eines Bauwerkvertrages erforderlich und ausreichend zugleich ist es, wenn sich die Parteien (Besteller und Unternehmer) darüber einig sind, dass der Unternehmer für seine Bauleistungen vom Besteller eine Vergütung verlangen darf. Nicht vorausgesetzt ist demgegenüber, dass der Besteller und der Unternehmer auch die Höhe der Vergütung bereits festgelegt haben¹³. Gebriecht es daran, so kommt Art. 374 OR zum Zuge: Nach dieser Bestimmung wird der Preis nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Bauunternehmers festgesetzt, wenn der Preis zum voraus entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt worden ist.

Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten: Damit Werkvertragsrecht (Art. 363 ff. OR) zur Anwendung gelangen kann, müssen sich der Besteller und der Unternehmer über die Entgeltlichkeit der versprochenen Bauleistungen einig sein – sie müssen ausdrücklich oder stillschweigend (Art. 1 Abs. 2 OR) vereinbart haben, dass der Bauunternehmer seine Bauleistungen nicht «gratis» erbringt. Ist diese Entgeltlichkeit im Streitfall erstellt, ohne dass über die Höhe der Vergütung ein (natürlicher oder rechtlicher) Konsens erzielt wurde, so bemisst sich diese nach der Bestimmung von Art. 374 OR, welche als dispositives Gesetzesrecht Platz greift.

Unzutreffend wäre es daher, aus Art. 374 OR eine allgemeine Vergütungspflicht für Bauleistungen abzuleiten. Art. 374 OR setzt gemäss seinem Wortlaut im Tatbestand vielmehr bereits voraus, dass sich die Parteien eines Preises (d.h. der Entgeltlichkeit der versprochenen Bauleistungen) bewusst waren. Im Ergebnis bestimmt daher Art. 374 OR lediglich, wie die Höhe eines (im Grundsatz bereits vereinbarten) Preises zu ermitteln ist, wenn die Parteien diesbezüglich keine andere Abrede getroffen haben.

¹¹ Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Zürich 1998, N 1132 ff.

¹² GAUCH, a.a.O., N 6 ff. und N 110 ff.

¹³ GAUCH, a.a.O., N 110.

2. Die unentgeltliche Erbringung von Bauleistungen als Ausnahmefall

Nicht ganz so selten, wie man gemeinhin annimmt, ist sodann der Fall, dass sich ein Bauunternehmer zur unentgeltlichen Herstellung (und Ablieferung) eines Werkes verpflichtet (Beispiel: Die unentgeltliche Ausführung einer Schreiner- oder Gipserarbeit). Liegt eine solche Vereinbarung vor, so schuldet der Besteller des Werkes dem Bauunternehmer keine Vergütung – nach richtiger Auffassung liegt folglich ein unentgeltlicher «Werkvertrag» vor¹⁴. Diesbezüglich sind die folgenden drei Punkte anzumerken:

- In rechtlicher Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung solche Verträge vor langer Zeit dem Recht des einfachen Auftrags (Art. 394 ff. OR) zugeordnet hat¹⁵. Dies hat zur Folge, dass der Bauunternehmer trotz fehlendem Vergütungsanspruch (Art. 394 Abs. 3 OR) dennoch einen Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen und Verwendungen gegenüber dem Besteller geltend machen kann (Art. 402 Abs. 1 OR). – Demgegenüber weist die neuere Lehre mit Recht darauf hin, dass es sich bei diesen Verträgen richtigerweise nicht um einfache Aufträge, sondern um werkvertragsähnliche Innominatkontrakte handelt¹⁶. Diese Lehrmeinung ist deshalb sehr überzeugend, weil das Bundesgericht seine Rechtsprechung zu Art. 394 Abs. 2 OR geändert hat und neuerdings wieder anzuerkennen scheint, dass Gegenstand eines Innominatvertrages auch Arbeitsleistungen sein können¹⁷. Diese Rechtsprechung könnte dem Bundesgericht bei nächster Gelegenheit Anlass geben, seine Rechtsprechung zu Verträgen betreffend die unentgeltliche Herstellung (und Ablieferung) eines Werkes zu überdenken.
- Ob sich der Bauunternehmer von vornherein oder erst nachträglich verpflichtet hat, unentgeltlich ein Werk herzustellen (und abzuliefern), spielt keine Rolle. Die rechtliche Qualifikation des Vertrages ist in beiden Fällen dieselbe: Einfacher Auftrag (Art. 394 ff. OR) gemäss Bundesgericht¹⁸ – werkvertragsähnlicher Innominatkontrakt gemäss einer neueren, überzeugenden Lehrmeinung¹⁹.
- Die Verpflichtung zur unentgeltlichen Herstellung (und Ablieferung) eines Werkes ist ein einseitig verpflichtender Vertrag – nach dem Gesagten ein Innominatkontrakt, auf den das auf vollkommen zweiseitige Verträge zugeschnittene Werkvertragsrecht (Art. 363 ff. OR) analog anzuwenden ist, soweit es passt. Dieser Vertragstypus ist vom reinen Gefälligkeitsverhältnis abzugrenzen, welches dadurch entsteht, dass ein Gefälliger gegenüber einem Begünstigten – ohne Vergütung – die Herstellung eines Werkes übernimmt, wobei er sich dazu im Unterschied zum werkvertragsähnlichen Innominatkontrakt nicht vertraglich verpflichten will. Ergibt die Auslegung des Par-

¹⁴ GAUCH, a.a.O., N 318. Der Terminus «Werkvertrag» wird deshalb in Anführungszeichen gesetzt, weil diesfalls das Werkvertragsrecht (Art. 363 ff. OR) nicht unmittelbar, sondern nur analog zur Anwendung gelangt.

¹⁵ Vgl. BGE 64 II 10.

¹⁶ GAUCH, a.a.O., N 115 und N 318.

¹⁷ Vgl. z.B. BGE 109 II 466; 110 II 382; 112 II 46; 114 II 56.

¹⁸ Vgl. BGE 64 II 10.

¹⁹ GAUCH, a.a.O., N 115 und N 318.

teilverhaltens, dass ein blosses Gefälligkeitsverhältnis (und kein werkvertragsähnlicher Innominatkontrakt) vorliegt, so steht dem Begünstigten weder ein (vertraglicher) Erfüllungsanspruch noch ein (vertragliches) Nachbesserungsrecht zu. Immerhin ist fallweise eine Vertrauenshaftung denkbar, deren rechtliche Behandlung sich nach vertragsrechtlichen Grundsätzen richtet²⁰. Sodann richtet sich auch bei Gefälligkeitsverhältnissen die Haftung für Schäden, welche der Gefällige anlässlich der Arbeitsausführung begeht, sowie die Haftung für Folgeschäden infolge einer Schlechtleistung, welche über den Unwert der Leistung hinausgehen, nach vertragsrechtlichen Grundsätzen²¹.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich Bauunternehmer aus Gründen der Kulanz gegenüber guten «Kunden» (d.h. Bestellern von Bauleistungen) nicht selten auch unentgeltlich dazu verpflichten, ein Werk herzustellen (und abzuliefern). Häufig handelt es sich diesfalls um kleinere bzw. nicht ganze grosse Arbeiten, welche der entgeltlichen Erbringung von umfangmässig grösseren Bauleistungen – die vollumfänglich dem Werkvertragsrecht (Art. 363 ff. OR) untersteht – nachfolgen. Ergibt die Auslegung der Parteierklärungen, dass die Parteien die Erbringung von Bauleistungen ohne Vergütung (und damit einen unentgeltlichen Vertrag) vereinbart haben, so ist sowohl aus unternehmerischer Sicht als auch bestellerseitig immer noch die Frage von Bedeutung, ob der Bauunternehmer Ersatz seiner Auslagen und Verwendungen vom Besteller verlangen kann. Diese Frage ist nicht zuletzt deshalb von eminenter Bedeutung, da im Einzelfall der Auslagen- und Verwendungsersatz durchaus höher sein kann als eine (übliche) Vergütung, die im Rahmen eines entgeltlichen Werkvertrages geschuldet wäre. Ihre Beantwortung hängt davon ab, ob das Bundesgericht seine in BGE 64 II 10 statuierte Rechtsprechung aufrecht erhält oder ob es diese im Lichte der geschilderten neueren Lehre überdenkt und abändert.

3. Beweisfragen

In beweiswürdiger Hinsicht stellen sich im pathologischen Fall, in dem umstritten ist, ob überhaupt eine Vergütung geschuldet wird oder nicht, verschiedene Fragen. Drei dieser Fragen möchte ich herausgreifen – es sind dies die folgenden²²:

- Wer hat i.S.v. Art. 8 ZGB zu beweisen, dass die Leistung einer Vergütung für die Erbringung von Bauleistungen vereinbart wurde? Anders ausgedrückt: Wem gereicht es zum Nachteil, wenn der Richter nach der Beweisabnahme (immer noch) keine Gewissheit darüber hat, ob die Parteien eine Vergütung vereinbart haben oder nicht²³? Die Antwort lautet: Dem Bauunternehmer. Kann der Bauunternehmer nicht nachweisen, dass ihm der Besteller rechtsverbindlich eine Vergütung zugesagt hat, so wird zu seinen Ungunsten davon ausgegangen, dass die Erbringung der vertraglich vereinbarten Bauleistungen unentgeltlich zu erfolgen hatte. Nicht erforderlich ist

²⁰ Vgl. BGE 116 II 696 ff.; GAUCH, a.a.O., N 319.

²¹ GAUCH, a.a.O., N 320.

²² Vgl. dazu ausführlich: GAUCH, a.a.O., N 112 ff.

²³ Art. 8 ZGB regelt denn auch – bei Lichte besehen – nicht die Frage, wer was beweisen muss, sondern normiert, welche Partei die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat.

es, dass der Bauunternehmer eine ausdrückliche Vereinbarung einer Vergütung nachweist – es genügt der Nachweis einer entsprechenden stillschweigenden Vereinbarung (vgl. Art. 1 Abs. 2 OR).

- Wie hat der Bauunternehmer den Nachweis der Vereinbarung einer Vergütung für die Erbringung der Bauleistungen zu erbringen? Diesbezüglich gelten die üblichen Regeln: Zugelassen sind sämtliche Beweismittel, wobei der Urkundenbeweis praktisch im Vordergrund steht. Ist ein eindeutiger Beweis nicht zu erbringen, so gilt zugunsten des Bauunternehmers, was folgt: Musste der Besteller nach den Umständen davon ausgehen, dass die Herstellung (und Ablieferung) des Werkes nur gegen eine Vergütung erfolgen würde, so besteht eine natürliche Vermutung, dass die Parteien zumindest eine stillschweigende Vergütungsabrede getroffen haben²⁴. Solche Umstände liegen etwa dann vor, wenn der Bauunternehmer seine Bauleistungen im Rahmen seines Gewerbebetriebes oder seiner Berufsausübung erbringt. Verhält es sich im Einzelfall so, hat der Besteller allerdings die Möglichkeit, die natürliche Vermutung bezüglich der stillschweigenden Vergütungsabrede durch einen blossen Gegenbeweis zu entkräften. Gelingt dies dem Besteller, so kommt (zu Lasten des Bauunternehmers) wiederum die ursprüngliche Beweislastregel des Art. 8 ZGB zur Anwendung. – Im Ergebnis zeigt es sich, dass sich die Rechtslage bei der Beantwortung der Frage, ob eine werkvertragliche Vergütung geschuldet wird oder nicht, anders darstellt als im Recht des einfachen Auftrages (Art. 394 ff. OR). Dort wird nämlich eine Vergütung bereits dann (von Gesetzes wegen) geschuldet, wenn sie üblich ist, was im Rahmen eines Werkvertrages (Art. 363 ff. OR) nach dem Gesagten gerade nicht der Fall ist.
- Wer hat i.S.v. Art. 8 ZGB zu beweisen, dass die ursprünglich vereinbarte Vergütungspflicht- oder höhe durch eine nachträgliche Vereinbarung abgeändert worden ist? Diesen Beweis hat derjenige zu erbringen, der aus der nachträglichen Abänderung Rechte ableitet. Beispiel: Behauptet der Besteller, die ursprünglich vereinbarte Vergütungspflicht sei durch eine nachträgliche Abrede aufgehoben worden, so macht er sinngemäss geltend, der ursprünglich entgeltlich abgeschlossene Werkvertrag sei von den Parteien in einen unentgeltlichen «Werkvertrag» mutiert worden, was er dann auch zu beweisen hat. Umgekehrt ist der Bauunternehmer beweispflichtig, wenn er behauptet, eine ursprünglich vereinbarte Vergütung sei durch nachträglich Parteiabrede (zu seinen Gunsten) erhöht worden.

²⁴ Eine natürliche Vermutung regelt – anders als Art. 8 ZGB und im Unterschied zu einer gesetzlichen Vermutung – nicht die Frage der Beweislastverteilung, sondern weist den Richter an, wie er die Beweise zu würdigen hat. Natürliche Vermutungen sind daher im Ergebnis Beweiswürdigungsregeln, auch wenn sie sich in der Praxis ähnlich wie Beweislastverteilungsregeln auswirken.

III. Die Höhe der geschuldeten Vergütung

1. Die verschiedenen Preisarten

Das Werkvertragsrecht (Art. 363 ff. OR) regelt die «Höhe der Vergütung» in den Art. 373 OR und Art. 374 OR²⁵. Dabei unterscheidet es einerseits die «feste Übernahme», welche in Art. 373 OR²⁶ geregelt wird, und andererseits die «Festsetzung [der Höhe der Vergütung²⁷] nach der Wert der Arbeit», welche durch Art. 374 OR²⁸ normiert wird. Im Einzelnen sind dabei – bezüglich des Preises – folgende Vertragsarten zu unterscheiden²⁹:

- Der Festpreisvertrag. Der Festpreisvertrag wird in Art. 373 OR geregelt und tritt in vier verschiedenen Formen auf. Es handelt sich dabei um die folgenden:
 - Pauschalpreisvertrag. Diesfalls erstellt der Bauunternehmer das geschuldete Werk zu einer zum voraus vertraglich fixierten Geldsumme³⁰.
 - Globalpreisvertrag. Der Globalpreisvertrag ist eine besondere Erscheinungsform des Pauschalpreisvertrages. Bei Lichte besehen ist er nichts anderes als ein Pauschalpreisvertrag mit vertraglichem Teuerungsvorbehalt³¹.
 - Einheitspreisvertrag. Bei einem Einheitspreisvertrag übernimmt der Bauunternehmer die Werkausführung zu Einheitspreisen, welche zum voraus genau bestimmt werden³². Dabei werden für die verschiedenen Einzelleistungen, welche der Bauunternehmer zu erbringen hat, regelmässig verschiedene Einheitspreise vereinbart³³.

Handwritten note: d. h. b. g. (Zuge u. all. fort?)

²⁵ «Höhe der Vergütung» ist die Marginalie, mit welcher der Gesetzgeber die Art. 373 OR und Art. 374 OR überschrieben hat.

²⁶ Art. 373 OR bestimmt unter dem Randtitel «Feste Übernahme»: «Wurde die Vergütung zum voraus genau bestimmt, so ist der Unternehmer verpflichtet, das Werk um diese Summe fertigzustellen, und darf keine Erhöhung fordern, selbst wenn er mehr Arbeit oder grössere Auslagen gehabt hat, als vorgesehen war» (Abs. 1). «Falls jedoch ausserordentliche Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten oder die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren, die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren, so kann der Richter nach seinem Ermessen eine Erhöhung des Preises oder die Auflösung des Vertrages bewilligen» (Abs. 2). «Der Besteller hat auch dann den vollen Preis zu bezahlen, wenn die Fertigstellung des Werkes weniger Arbeit verursacht als vorgesehen war» (Abs. 3).

²⁷ Einschub durch den Verfasser.

²⁸ Art. 374 OR bestimmt unter dem Randtitel «Festsetzung nach dem Wert der Arbeit»: «Ist der Preis zum voraus entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt worden, so wird er nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt.»

²⁹ Vgl. dazu einlässlich: GAUCH, a.a.O., N 898 ff.

³⁰ BGE 71 II 242 ff.; 20, S. 1008.

³¹ Vgl. BGer Semjud 103, 1981, S. 40 = BR 1981, S. 15, Nr. 17.

³² Vgl. z.B. BGE 113 II 516; 104 II 316.

³³ Vgl. GAUCH, a.a.O., N 916.

Handwritten note: (D) Digitalisierter Unternehmensvertrag

- «Mischpreisvertrag». Der Mischpreisvertrag setzt sich aus Elementen des Pauschalpreisvertrages (inkl. Globalpreisvertrag) sowie aus Elementen des Einheitspreisvertrages zusammen. Der Bauunternehmer übernimmt dabei die Werkausführung teilweise zu einer zum voraus vertraglich fixierten Geldsumme und teilweise zu verschiedenen Einheitspreisen für verschiedene (weitere) Einzelleistungen.
- Der Vertrag ohne festen Preis. Dieser Vertrag zeichnet sich dadurch aus, dass die Parteien den Preis zum voraus entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt haben (Art. 374 OR). Man spricht diesfalls von «Regiearbeiten». Die Anwendung des Art. 374 OR setzt allerdings wie bereits erwähnt voraus, dass sich die Parteien über die Entgeltlichkeit der vereinbarten Bauleistungen einig sind. – In der Regel ist es so, dass nur ein geringer Teil der Gesamtleistung «in Regie» ausgeführt wird und damit Art. 374 OR untersteht, währenddem für den grösseren Teil Pauschal- (inkl. Globalpreise) sowie Einheitspreise vereinbart sind, welche durch Art. 373 OR normiert werden.

Ist im Streitfall erstellt, dass überhaupt ein entgeltlicher Vertrag vorliegt, so bedeutet dies noch nicht, dass auch ein fester Preis vereinbart wurde. Wer eine Festpreisabrede i.S.v. Art. 373 OR behauptet, hat diese i.S.v. Art. 8 ZGB zu beweisen. Gelingt dieser Nachweis nicht, so bleibt es bei der Anwendbarkeit von Art. 374 OR.

An dieser Stelle ist festzustellen, dass der Aufbau der SIA-Norm 118 teilweise von der hier verwendeten üblichen Terminologie abweicht. Diesbezüglich sind die folgenden beiden Punkte von Bedeutung:

- Zum einen ist der Aufbau der SIA-Norm 118 insofern speziell, als sie den Globalpreis (Art. 40 der SIA-Norm 118) dem Pauschalpreis (Art. 41 der SIA-Norm 118) als aliud gegenüberstellt und für beide Preisarten je eine eigene Norm vorsieht. Dies, obwohl der einzige Unterschied zwischen dem Globalpreis und dem Pauschalpreis darin besteht, dass beim Pauschalpreis die Bestimmungen über die Teuerungsabrechnung (Art. 64 ff. der SIA-Norm 118) nicht anzuwenden sind (Art. 41 Abs. 1 der SIA-Norm 118), währenddem für Leistungen zu Globalpreisen die Bestimmungen über die Teuerungsabrechnung (Art. 64 ff. der SIA-Norm 118) gelten (Art. 40 Abs. 2 der SIA-Norm 118). – In der Praxis werden die beiden Begriffe Globalpreis und Pauschalpreis oft synonym verwendet, da vielen Praktikern der Unterschied zwischen den beiden Preisarten nicht bekannt ist³⁴. Ist im Einzelfall umstritten, ob der Besteller und der Bauunternehmer einen Globalpreis oder einen Pauschalpreis verabredet haben, so greift Art. 41 Abs. 3 der SIA-Norm 118, sofern diese von den Parteien übernommen worden ist. Nach dieser Bestimmung – welche diesfalls die Funktion einer Auslegungsregel erhält – sind Pauschalpreise in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich als solche zu bezeichnen. Dies bedeutet, dass bei fehlender ausdrücklicher Bezeichnung eines Preises als Pauschalpreis von einem Globalpreis auszugehen ist und die Bestimmungen über die Teuerungsabrechnung (Art. 64 ff. der SIA-Norm 118) anwendbar sind.

³⁴

Vgl. GAUCH, a.a.O., N 912.

- Zum andern ist Art. 42 Abs. 2 der SIA-Norm 118³⁵ von Bedeutung. Nach dieser Bestimmung wird bereits dann von einem «Einheitspreisvertrag» gesprochen, wenn auch nur für einen Teil der Leistungen (oder eine einzige Leistung!) ein Einheitspreis verabredet wurde. In den übrigen Fällen, in denen sich die geschuldete Vergütung unter Vorbehalt allfälliger Regiearbeiten ausschliesslich nach Global- oder Pauschalpreisen bemisst, spricht man nach der Diktion der SIA-Norm 118 von einem «Gesamtpreisvertrag».

2. Die festen Preise (Art. 373 OR)

a) Der Pauschalpreis

Ein Pauschalpreis³⁶ kann sowohl für sämtliche Bauleistungen als auch nur für eine einzige davon vereinbart werden. Der Preis besteht in einer zum voraus vertraglich fixierten Geldsumme («Pauschalpreis», «Pauschalfestpreis» (englisch: «lump sum price»), «Bauschpreis», «Pauschalsumme»). Der Bauunternehmer ist verpflichtet, das Werk für diesen Preis fertigzustellen und darf auch dann keine Erhöhung fordern, wenn er mehr Arbeit oder grössere Auslagen gehabt hat, als vorgesehen war (Art. 373 Abs. 1 OR). Umgekehrt hat der Besteller auch dann den vollen Preis zu bezahlen, wenn die Fertigstellung des Werkes dem Bauunternehmer weniger Arbeit verursacht hat, als vorgesehen war (Art. 373 Abs. 3 OR). Dies kann einerseits zur Folge haben, dass der Bauunternehmer mit Verlust arbeiten muss, währenddem es andererseits auch den Besteller treffen kann, indem dieser u.U. einen übersetzten Preis für die Herstellung (und Ablieferung) eines Werkes zu bezahlen hat.

In Bezug auf den Pauschalpreis ist allerdings sofort folgende Präzisierung zu machen: Pauschalisiert wird nur die Vergütung, nicht jedoch die Leistung des Bauunternehmers³⁷. Welche Leistungen der Bauunternehmer zum vereinbarten Pauschalpreis zu erbringen hat, ist daher im Streitfall durch Auslegung zu ermitteln. Dabei ist davon auszugehen, dass der Bauunternehmer (zum vereinbarten Pauschalpreis) dasjenige zu leisten hat, was seiner Natur nach zur mängelfreien Ausführung des vereinbarten Werkes gehört. – Vom vereinbarten Pauschalpreis nicht abgedeckt sind jedoch sämtliche (Mehr-)Leistungen, welche der Bauunternehmer auf Grund einer Bestellungsänderung seitens des Bestellers erbringt, wobei der Bauunternehmer, der sich auf eine Bestellsungsänderung beruft, diese i.S.v. Art. 8 ZGB zu beweisen hat³⁸. In Bezug auf Bestellsungsänderungen gilt im Übrigen, was folgt:

- Eine Bestellsungsänderung, welche dem Bauunternehmer einen Mehraufwand verursacht hat, berechtigt diesen, hierfür eine (Mehr-)Vergütung zu fordern. Dies bedeutet, dass dem Bauunternehmer nebst dem Anspruch auf den vereinbarten Pauschalpreis

³⁵ Art. 42 Abs. 2 der SIA-Norm 118 lautet: «Als *Einheitspreisvertrag* gilt jeder Werkvertrag, bei dem für alle oder für einen Teil der Leistungen Einheitspreise vereinbart sind. Als *Gesamtpreisvertrag* gilt dagegen jeder Werkvertrag, bei dem sich die vereinbarte Vergütung unter Vorbehalt von Art. 44 Abs. 1 [betrifft: Regiearbeiten; Einschub durch den Verfasser] ausschliesslich nach Global- oder Pauschalpreisen bestimmt.»

³⁶ Dazu ausführlich: GAUCH, a.a.O., N 900 ff.

³⁷ GAUCH, a.a.O., N 905.

³⁸ BGE 20, S. 1007. Vgl. jedoch BGE 113 II 521 sowie die Kritik von GAUCH, a.a.O., N 787.

ein weiterer, auf Geld gerichteter obligatorischer Anspruch gegenüber dem Besteller zusteht (Anspruch auf [Mehr-]Vergütung). Die Höhe dieses Anspruchs auf (Mehr-)Vergütung bestimmt sich grundsätzlich nach Art. 374 OR³⁹. Wer behauptet, für die (Mehr-)Vergütung sei ein (Art. 373 OR unterliegender) Festpreis (z.B. wiederum ein Pauschalpreis) vereinbart worden, hat dies i.S.v. Art. 8 ZGB zu beweisen.

- Soweit die SIA-Norm 118 von den Parteien übernommen worden ist, sind deren Art. 84–91 von Belang, welche sich mit einseitigen (d.h. nicht-vertraglichen) Bestellungenänderungen (durch den Bauherrn) befassen. Ein kurzer Blick auf diese Bestimmungen ergibt, was folgt:
 - Dem Bauherrn steht ein weitgehendes Änderungsrecht zu (Art. 84 Abs. 1 der SIA-Norm 118). Die Schranke besteht darin, dass durch die beantragten Änderungen der Gesamtcharakter des Werkes nicht verändert werden darf.
 - Die Rechtslage, welche bei Bestellungenänderungen gilt, ist in den Art. 85–91 der SIA-Norm festgehalten (vgl. Art. 84 Abs. 2 der SIA-Norm 118). Unter diesen Bestimmungen hervorzuheben ist die «berühmte» 20%-Klausel, welche bei Einheitspreisen zu beachten ist.
- Die soeben aufgelisteten Grundsätze, welche bei Bestellungenänderungen zu beachten sind, gelten nicht nur dann, wenn ein Pauschalpreis verabredet worden ist. Sie sind auch dann zu beachten, wenn Globalpreise, Einheitspreise oder Regiearbeiten vereinbart wurden⁴⁰.

b) *Der Einheitspreis*

Der Einheitspreis⁴¹ bestimmt im Gegensatz zum Pauschalpreis (inkl. Globalpreis) lediglich die Vergütung für eine bestimmte einzelne Leistung des Bauunternehmers, welche dieser im Rahmen der Herstellung (und Ablieferung) des gesamten Werkes zu erbringen hat. Er wird dadurch bestimmt, dass je Einheit der vereinbarten Einzelleistung (d.h. je Quadratmeter, Kubikmeter, Kilo etc.) ein bestimmter Geldbetrag als Preis (Einheitspreis) eingesetzt wird. Für die verschiedenen vom Bauunternehmer geschuldeten Einzelleistungen werden regelmässig verschiedene Einheitspreise festgesetzt. Ausnahmsweise kommt es jedoch auch vor, dass direkt die «Endleistung» des Bauunternehmers nach einem einzigen Einheitspreis vergütet wird (z.B. die Errichtung einer Stützmauer je Kubikmeter)⁴². Der Beweis für die Menge der zu einem bestimmten Einheitspreis geleisteten Einheiten ist vom Unternehmer zu erbringen (vgl. Art. 8 ZGB)⁴³.

³⁹ BGE 113 II 516.

⁴⁰ GAUCH, a.a.O., N 785.

⁴¹ Dazu ausführlich: GAUCH, a.a.O., N 915 ff.

⁴² GAUCH, a.a.O., N 916.

⁴³ In Bezug auf die für die Vergütung massgebliche Menge der geleisteten Einheiten wird entweder auf das tatsächliche Ausmass oder auf das plangemässe theoretische Ausmass abgestellt. Vgl. dazu GAUCH, a.a.O., N 920 ff. und N 924 ff.

c) *Ausnahmen vom Festpreischarakter*

Wie es der Name bereits sagt, besitzen Festpreisverträge (d.h. Pauschalpreisverträge, Globalpreisverträge, Einheitspreisverträge und «Mischpreisverträge») grundsätzlich Festpreischarakter. Allerdings gilt dieser Grundsatz nicht ohne Ausnahmen. Zwei davon möchte ich im Folgenden herausgreifen:

- Art. 373 Abs. 2 OR. Nach dieser Bestimmung kann der Richter eine Erhöhung des Preises oder die Auflösung des Vertrages bewilligen, wenn ausserordentliche Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten oder die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren, die Fertigstellung des Werkes hindern oder übermässig erschweren. Zu dieser Bestimmung ist in der gebotenen Kürze auszuführen, was folgt⁴⁴:
 - Im Tatbestand dieser Bestimmung ist vorausgesetzt, dass kostenteuernde Umstände auftreten, welche ein krasses Missverhältnis zwischen den Leistungen des Bauunternehmers und der vereinbarten Vergütung begründen⁴⁵. Ferner ist vorausgesetzt, dass diese Umstände nicht vorausgesehen werden konnten oder aufgrund der von den Parteien angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren⁴⁶.
 - Als Rechtsfolge gibt Art. 373 Abs. 2 OR dem Richter die Befugnis, den Preis nach seinem Ermessen zu erhöhen (wenn er nicht die Auflösung des Vertrages bewilligen will). Das Ziel besteht dabei darin, dass die Erbringung der Bauleistungen für den Unternehmer zumutbar wird⁴⁷. Demgemäss hat er keinen Anspruch darauf, dass der Bauwerkvertrag für ihn zu einem verlustfreien oder gar gewinnbringenden Geschäft wird⁴⁸. So hält denn auch Art. 59 Abs. 2 der SIA-Norm 118 treffend fest, dass der Bauunternehmer höchstens Ersatz der nachgewiesenen tatsächlichen Mehraufwendungen verlangen kann.
 - Die Bestimmung von Art. 373 Abs. 2 OR kommt nur zum Zuge, wenn sie von den Parteien (in den Schranken von Art. 27 Abs. 2 ZGB) nicht wegbedungen worden ist. Eine partielle Wegbedingung von Art. 373 Abs. 2 OR ist in den Art. 60 und 61 der SIA-Norm 118 zu erblicken. In diesen Bestimmungen wird angeordnet, dass der Bauunternehmer bei ungünstigen Witterungsverhältnissen und bei der Stilllegung von Baustellen aus marktwirtschaftlichen Gründen (mangels einer anderslautenden Abrede) keine zusätzliche Vergütung verlangen kann (auch wenn im Einzelfall der Tatbestand von Art. 373 Abs. 2 OR erfüllt ist).

⁴⁴ Einlässlich dazu: GAUCH, a.a.O., N 1044 ff.

⁴⁵ Vgl. BGE 104 II 317.

⁴⁶ BGE 104 II 316.

⁴⁷ GAUCH, a.a.O., N 1047.

⁴⁸ BGE 104 II 317.

- Die Bestimmung von Art. 373 Abs. 2 OR verdrängt in ihrem Anwendungsbereich Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR (Grundlagenirrtum)⁴⁹.
- Parteiabreden. In Betracht kommen insbesondere zwei Arten von Parteiabreden, welche den Festpreischarakter durchbrechen:
 - Die Teuerungsklausel für Pauschal- oder Einheitspreise. In dieser Hinsicht ist ein Dreifaches klarzustellen: Erstens ist ein Pauschalpreis, der mit einer vertraglichen Teuerungsklausel (Teuerungsvorbehalt/Teuerungsabrechnung) «bestückt» wird, wie erwähnt (nichts anderes als) ein Globalpreis (vgl. Art. 40 und 41 der SIA-Norm 118). Zweitens ist der Begriff «Teuerungsklausel» (Teuerungsvorbehalt/Teuerungsabrechnung) insofern unscharf, als er suggeriert, dass die Abrechnung nur den Fall der Mehrvergütung infolge Kostensteigerung erfasse, währendem sie tatsächlich auch den Fall der Mindervergütung infolge Kostensenkung beim Bauunternehmer erfasst (vgl. Art. 64 Abs. 1 der SIA-Norm 118). Präziser wäre daher der Begriff «Kostenänderungsabrechnung»⁵⁰ – dies jedenfalls dann, wenn die Parteien die SIA-Norm 118 übernommen haben und daher deren Art. 64 ff. anwendbar sind. Drittens ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass die Art. 64 ff. der SIA-Norm 118 (betreffend die Teuerungsabrechnung; präziser: «Kostenänderungsabrechnung») auch für Leistungen zu Einheitspreisen gelten (vgl. Art. 39 Abs. 2 der SIA-Norm 118).
 - Mengenklausel. Die Mengenklausel für Einheitspreise betrifft den Fall, in dem die zu einem Einheitspreis gehörende Menge gegenüber der im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Menge über- oder unterschritten wird. Die Parteien vereinbaren dabei, dass sich der betreffende Einheitspreis ändert, wenn die im Leistungsverzeichnis vorgesehene Menge um ein bestimmtes Mass über- oder unterschritten wird. Nach Art. 86 Abs. 1 der SIA-Norm 118 beträgt dieses Mass 20% (daher der Begriff «20%-Klausel»); die Parteien können jedoch im Werkvertrag eine andere Toleranzgrenze als 20% festlegen (vgl. Art. 86 Abs. 3 der SIA-Norm 118). – An dieser Stelle ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die 20%-Klausel des Art. 86 Abs. 1 und Abs. 2 der SIA-Norm 118 nicht nur bei Bestellungsänderungen gilt (worauf jedoch ihr Wortlaut und ihre systematische Stellung schliessen lassen könnten). Nach richtiger Auffassung gilt die 20%-Klausel nämlich auch im Hauptfall einer Mengenabweichung – der sog. «schlichten Mengenabweichung» –, welche gerade nicht auf einer Bestellungsänderung beruht. Dies ergibt sich aufgrund eines Umkehrschlusses aus der Ausnahmeregelung von Art. 86 Abs. 4 der SIA-Norm 118⁵¹.

⁴⁹ BGE 114 II 137; 109 II 335.

⁵⁰ Vgl. GAUCH, a.a.O., N 913.

⁵¹ Vgl. zum Ganzen: GAUCH, a.a.O., N 803 f.

3. Die nicht festen Preise / Regiearbeiten (Art. 374 OR)

a) Grundsatz: Art. 374 OR

Art. 374 OR⁵² gelangt dann zur Anwendung, wenn der Preis zum voraus entweder gar nicht (Fall 1) oder nur ungefähr (Fall 2; durch Vereinbarung eines «Circa-Preises») bestimmt worden ist. Diesfalls wird er nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt (so Art. 374 OR, vgl. auch Art. 48 ff. der SIA-Norm 118). Folgende Punkte möchte ich hervorheben:

- Bezüglich Fall 1: Dass der Preis zum voraus überhaupt nicht bestimmt worden ist, schliesst nicht aus, dass der Bauwerkvertrag im Nachgang an einen unverbindlichen Kostenvoranschlag i.S.v. Art. 375 OR abgeschlossen worden ist, da ein solcher – wie es sein Name bereits sagt – grundsätzlich nichts über die Höhe der geschuldeten Vergütung aussagt und nicht als Preisvereinbarung (auch nicht als «ungefähre»⁵³) qualifiziert. Hat der Bauunternehmer dem Besteller vor Abschluss des Bauwerkvertrages einen unverbindlichen Kostenvoranschlag i.S.v. Art. 375 OR gemacht, so bestimmt sich der Preis immer noch nach dem Wert der Arbeit und dem Aufwand des Bauunternehmers (Art. 374 OR). Dem Besteller stehen jedoch bei unverhältnismässiger Überschreitung des (unverbindlichen) Kostenvoranschlages die in Art. 375 OR vorgesehenen Rechtsbehelfe zur Verfügung.
- Bezüglich Fall 2: Ob der Bauunternehmer dem Besteller bloss einen unverbindlichen Kostenvoranschlag i.S.v. Art. 375 OR gemacht hat, oder ob die Parteien einen Circa-Preis vereinbart haben, ist gegebenenfalls durch Auslegung zu ermitteln. Wurde ein Circa-Preis vereinbart, so bestimmt sich der Preis zwar ebenfalls (immer noch) nach dem Wert der Arbeit und dem Aufwand des Bauunternehmers (Art. 374 OR). Diesfalls gilt es allerdings die obere und die untere Grenze des Circa-Preises zu berücksichtigen, innerhalb derer sich die Höhe der Vergütung zu bewegen hat. Wo diese Grenzen im Einzelfall sind, ist ebenfalls durch Auslegung zu ermitteln, wenn die Parteien keine festen Werte verabredet haben.
- Bezüglich Fall 1 und Fall 2: Im Rahmen des Anwendungsbereichs von Art. 374 OR gilt (selbstverständlich) die Grundregel, dass unnötiger Aufwand, der bei Anwendung der geschuldeten Sorgfalt vermeidbar gewesen wäre, keinen Vergütungsanspruch begründet⁵⁴.
- Bezüglich Fall 1 und Fall 2: Beweispflichtig i.S.v. Art. 8 ZGB für den gehaltenen Aufwand, dessen Notwendigkeit und die Angemessenheit der dafür verlangten Vergütung ist der Unternehmer⁵⁵. Unterzeichnet jedoch der Besteller vorbehaltlos einen Regierapport (vgl. z.B. Art. 47 Abs. 2 der SIA-Norm 118), so begründet dies eine natürliche Vermutung, dass die im Rapport enthaltenen Angaben über den Aufwand

⁵² Vgl. dazu ausführlich: GAUCH, a.a.O., N 935 ff.

⁵³ Vgl. jedoch BGE 98 II 301.

⁵⁴ BGE 96 II 61 f.

⁵⁵ Vgl. SJ 101, 1979, S. 41 ff.

des Bauunternehmers richtig sind und dass der ausgewiesene Aufwand erforderlich war⁵⁶.

b) *Ausnahme: Art. 375 OR*

Wie bereits erwähnt, sagt ein unverbindlicher Kostenvoranschlag i.S.v. Art. 375 OR grundsätzlich nichts über die Höhe der geschuldeten Vergütung aus; diese bemisst sich immer noch nach Art. 374 OR. Immerhin ist auch der unverbindliche Kostenvoranschlag i.S.v. Art. 375 OR rechtlich nicht bedeutungslos. Hier sei in der gebotenen Kürze lediglich auf Folgendes hingewiesen⁵⁷:

Wird die im unverbindlichen Kostenvoranschlag genannte Summe ohne Zutun des Bestellers unverhältnismässig überschritten, so stehen ihm die in Art. 375 OR⁵⁸ genannten rechtlichen Möglichkeiten zur Verfügung. Zunächst lässt sich aus Art. 375 OR e contrario schliessen, dass der Besteller eine mässige (d.h. eine nicht unverhältnismässige) Überschreitung der genannten Summe in Kauf zu nehmen hat. Wann jedoch ist eine Überschreitung unverhältnismässig und damit übermässig i.S.v. Art. 375 OR?

Nach richtiger Auffassung ist dabei auf «Treu und Glauben im Geschäftsverkehr» abzustellen⁵⁹. In der Schweiz gilt dabei (mit gewissen Ausnahmen) die Faustregel, dass eine Überschreitung um 10% toleriert werden muss. Ist die Überschreitung dagegen höher, so gilt nach dem hier in erster Linie interessierenden «Herabsetzungsrecht» des Art. 375 Abs. 2 OR (1. Variante), was folgt: Die Vergütung wird um die Hälfte der Summe herabgesetzt, welche die Toleranzgrenze (d.h. 110% der im unverbindlichen Kostenvoranschlag genannten Summe) übersteigt⁶⁰.

Beispiel: Wurde im unverbindlichen Kostenvoranschlag die Summe 50 aufgeführt, resultiert jedoch nach der Überschreitung ein Betrag von 95, so ist zunächst zu bedenken, dass der Besteller eine Überschreitung um 10% – d.h. bis zum Betrag von 55 – ohnehin zum vornherein hat in Kauf nehmen müssen. Der Restbetrag (95–55= 40) wird hälftig geteilt (= 20) und vom Total (= 95) abgezogen, so dass der Bauunternehmer im Ergebnis eine Vergütung von 75 fordern darf.

$$\text{Formel: } 95 - \frac{(95 - 55)}{2} = 75$$

⁵⁶ ZR 83, 1984, Nr. 16, S. 50.

⁵⁷ Ausführlich dazu: GAUCH, a.a.O., N 973 ff

⁵⁸ Art. 375 OR bestimmt unter dem Randtitel «Rücktritt wegen Überschreitung des Kostenansatzes»: «Wird ein mit dem Unternehmer verabredeter ungefährender Ansatz ohne Zutun des Bestellers unverhältnismässig überschritten, so hat dieser sowohl während als nach der Ausführung des Werkes das Recht, vom Vertrag zurückzutreten» (Abs. 1). «Bei Bauten, die auf Grund und Boden des Bestellers errichtet werden, kann dieser eine angemessene Herabsetzung des Lohnes verlangen oder, wenn die Baute noch nicht vollendet ist, gegen billigen Ersatz der bereits ausgeführten Arbeiten dem Unternehmer die Fortführung entziehen und vom Verträge zurücktreten» (Abs. 2).

⁵⁹ Anders jedoch: BGE 98 II 303 f

⁶⁰ Vgl. zu dieser Problematik BGE 115 II 462.

IV. Einzelfragen

1. Pauschalierung der Einheitspreisofferte

Dieser Fall liegt dann vor, wenn eine ursprüngliche Einheitspreisofferte des Bauunternehmers bzw. deren Gesamtsumme nachträglich von den Parteien pauschaliert wird. Dadurch einigen sich die Parteien darauf, dass die im Leistungsverzeichnis angegebene Gesamtsumme (= Total der Einzelsummen/Positionsbeträge der einzelnen Einheitspreisleistungen) neu als Pauschalpreis gelten soll. Massgeblich sind damit nicht mehr die (ursprünglichen) Einheitspreise, sondern der verabredete Pauschalpreis. In diesem Zusammenhang ist Folgendes von Bedeutung⁶¹:

Die Beweislast i.S.v. Art. 8 ZGB für einen Pauschalpreis liegt bei derjenigen Partei, welche sich auf die Pauschalierung beruft. Ist das Vorliegen eines Pauschalpreises im Streitfall erstellt, so geht es nicht an, dass der Bauunternehmer geltend macht, er schulde zum vereinbarten Pauschalpreis nur die im Leistungsverzeichnis angegebenen Mengen und er sei für Mehrmengen zusätzlich zu entschädigen. Denn: Der Bauunternehmer hat (zum vereinbarten Pauschalpreis) dasjenige zu leisten, was seiner Natur nach zur mängelfreien Ausführung des vereinbarten Werkes gehört – unabhängig davon, welche Mengen im Leistungsverzeichnis angegeben sind.

2. Fälligkeit der Vergütung (Art. 372 OR)

Art. 372 Abs. 1 OR ordnet in Bezug auf die Fälligkeit der Vergütung⁶² an, dass der Besteller die Vergütung (erst) bei der Ablieferung des Werkes zu bezahlen hat (für einen Sonderfall vgl. Art. 372 Abs. 2 OR). Aus dieser Norm geht hervor, dass dem Bauunternehmer von Gesetzes wegen kein Recht auf Abschlagszahlungen zusteht.

Weist das Bauwerk Mängel auf, so verhindert dies gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁶³ den Eintritt der Fälligkeit. Richtigerweise ist jedoch davon auszugehen, dass diesfalls der Eintritt der Fälligkeit nicht verhindert wird und dem Besteller, der sein Nachbesserungsrecht gemäss Art. 368 Abs. 2 OR ausübt, bloss ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht – das Recht, die fällig gewordene Vergütungsleistung unter Berufung auf Art. 82 OR (in gewissem Umfang, vgl. Art. 2 ZGB) zurückzubehalten⁶⁴.

Die Rechnungsstellung durch den Bauunternehmer hat nach Art. 372 OR grundsätzlich keinen Einfluss auf die Fälligkeit der Vergütung. Dies bedeutet, dass ein Zuwarten des Unternehmers mit der Rechnungsstellung nicht zur Folge hat, dass dadurch die Fälligkeit der Ver-

⁶¹ Vgl. dazu auch die Ausführungen von PETER GAUCH auf S. 18 seines Manuskriptes zu seinem in Fussnote 1 zitierten und 1987 gleichenorts gehaltenen Vortrag.

⁶² Dazu ausführlich: GAUCH, a.a.O., N 1151 ff.

⁶³ Vgl. z.B. BGE 110 II 178; 94 II 164; 89 II 235.

⁶⁴ GAUCH, a.a.O., N 1155.

gütung und der daran geknüpfte Beginn der Verjährung derselben (vgl. Art. 130 Abs. 1 OR) hinausgeschoben wird⁶⁵.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang sodann, dass die Parteien durch Fälligkeitsabreden von der dispositiven Regel des Art. 372 OR abweichen können. Ein ganzes System solcher Fälligkeitsabreden enthält etwa die SIA-Norm 118.

3. Verjährung der Vergütungsforderung (Art. 127 OR / Art. 128 Ziff. 3 OR)

Die Verjährungsfrist beträgt grundsätzlich 10 Jahre (vgl. Art. 127 OR). Vorbehalten bleiben Forderungen aus Handwerksarbeit (also nicht sämtliche Werklohnforderungen), welche in 5 Jahren verjähren (vgl. Art. 128 Ziff. 3 OR und dazu BGE 116 II 428 ff. und 109 II 112 ff.). Eine Handwerksarbeit liegt vor, wenn es sich um eine manuelle Arbeit handelt, bei der die geistige Komponente hinter das körperliche Element der Leistung zurücktritt⁶⁶. Nicht als Handwerksarbeit gilt nach der Rechtsprechung die Errichtung eines ganzen Hauses⁶⁷; dasselbe gilt sodann auch für Architekten- oder Ingenieurleistungen⁶⁸.

Penale: all. Zsch

⁶⁵ GAUCH, a.a.O., N 1159.

⁶⁶ Vgl. BGE 116 II 429 f. und 109 II 115.

⁶⁷ Vgl. BGE 109 II 112 ff.

⁶⁸ Vgl. zum Ganzen ausführlich: GAUCH, a.a.O., N 1283 ff.