

SIA-Norm 118

Hans Rudolf Spiess, Marie-Theres Huser

2. Auflage



Stämpfli Verlag

Die SIA-Norm 118 als wichtigste Allgemeine Vertragsbedingung für schweizerische Bau-Werkverträge ist in ihrer revidierten Fassung 2013 bereits 10 Jahre in Anwendung. Lehre und Rechtsprechung haben mit Publikationen und Entscheiden dazu beigetragen, Fragen zu klären, aber auch neue Fragen aufgeworfen. Die überarbeitete Neuauflage des Kommentars führt einerseits Lehre und Rechtsprechung nach und setzt sich andererseits kritisch mit verschiedenen offenen Fragen auseinander. Im Kommentar findet sich wiederum der Text der SIA-Norm 118 in Deutsch, Französisch, Italienisch und neu die englische Übersetzung des Normtextes. Die Kasuistik zu einzelnen Artikeln wurde aktualisiert und gestrafft.

Hans Rudolf Spiess
Marie-Theres Huser

SIA-Norm 118

Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten,
herausgegeben durch den Schweizerischen
Ingenieur- und Architektenverein

2. Auflage



Stämpfli Verlag

SIA-Norm 118

Zitervorschlag:

SPIESS/HUSER, SHK SIA-Norm 118, 2023, Art. ... N ...

Die erste Auflage erschien 2014 in der Reihe Stämpfli Handkommentar unter dem Titel «Norm SIA 118» (ISBN 978-3-7272-2566-6)

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2023
www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-2619-9

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Print ISBN 978-3-7272-2618-2



Vorwort

Die Norm SIA 118, Ausgabe 2013, ist in der Praxis angekommen und hat sich als Grundlage der schweizerischen Bau-Werkverträge bewährt. Seit dem Erscheinen der 1. Auflage dieses Kommentars sind Gauch's Werkvertrag in der 6. Auflage und der Kommentar von Gauch/Stöckli zur SIA-Norm 118 in der 2. Auflage sowie eine Vielzahl von Schriften zu werkvertraglichen Themen erschienen. In der Rechtsprechung sind grundlegende Entscheide ergangen, z.B. zur Kostengrundlage des Nachtragspreises im Pauschalvertrag.

In der Bauvertragspraxis ist eine starke Tendenz festzustellen, die Risiken des Bauherrn auf den Unternehmer zu überwälzen. Das hat uns bewogen, der Frage der Bedeutung der Mitwirkungspflichten des Bauherrn in Lehre und Rechtsprechung nachzugehen. Wir kommen zum Schluss, dass die herrschende Lehre und Rechtsprechung, welche die Mitwirkungspflichten des Bauherrn als blosser Obliegenheiten betrachtet, der Praxis im Bau-Werkvertrag nicht gerecht wird, und sie grundsätzlich echte Vertragspflichten sind.

Der Kommentar liegt nun in der 2., vollständig überarbeiteten Auflage vor. Die Vergleiche zur alten Fassung 1977/1991 der SIA-Norm 118 sind entfernt worden. Dadurch haben sich die Randziffern zu den einzelnen Artikeln geändert und sind nicht mehr mit der 1. Auflage vergleichbar.

Der Schweizerische Ingenieur- und Architektenverein SIA hat uns verdankenswerter Weise die Genehmigung erteilt, den Normtext in deutscher, französischer und italienischer Sprache sowie in englischer Übersetzung abzdrukken.

Ein besonderer Dank richtet sich an Esther Durrer für ihre kritische Durchsicht unserer Manuskripte und die anschliessende Aufbereitung der Druckunterlagen mit dem Verlag.

Zürich, im März 2023

Hans Rudolf Spiess

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Literaturverzeichnis	XXIII
Einleitung	1
I. Entstehungsgeschichte	2
II. Grundlagen	6
III. SIA-Norm 118	20
IV. Beweis	23
Präambel	27
1. Der Werkvertrag im Allgemeinen	
<i>1.1 Grundbegriffe</i>	
Art. 1 Werk	34
Art. 2 Werkvertrag	41
<i>1.2 Abschluss des Werkvertrages</i>	
Art. 3 Arten des Abschlusses	57
Ausschreibung im Allgemeinen	
Art. 4 Begriff, Arten und Verfahren	70
Art. 5 Vorbereitung	81
Art. 6 Inhalt	105
Ausschreibungsunterlagen	
Art. 7 Bestandteile und Rangordnung	112
Art. 8 Leistungsverzeichnis	129
Art. 9 Baustelleneinrichtungen, baustellenspezifische Massnahmen und Verpflegung	144
Art. 10 Materiallieferungen	153
Art. 11 Vergabe einzelner Leistungen an Dritte	160
Art. 12 Baubeschreibung	165

Art. 13	<i>Grundstücke, Rechte und Verpflichtungen</i>	170
Art. 14	<i>Zuleitungen und Ableitungen</i>	175
	Angebot des Unternehmers	
Art. 15	<i>Im Allgemeinen</i>	178
Art. 16	<i>Verhältnis zu den Ausschreibungsunterlagen</i>	191
Art. 17	<i>Dauer der Bindung</i>	201
Art. 18	Prüfung der Angebote.....	204
Art. 19	Annahme durch den Bauherrn.....	213
Art. 20	Vertragsurkunde und übrige Bestandteile des Werkvertrages	222
Art. 21	Rangordnung der Vertragsbestandteile	231
Art. 22	Gegenangebot des Bauherrn	244
1.3	<i>Pflichten der Vertragsparteien</i>	
Art. 23	Hauptpflichten und Haftung	251
Art. 24	Treuepflicht und Urheberrecht	260
Art. 25	Anzeige- und Abmahnungspflichten des Unternehmers.....	267
Art. 26	Versicherungspflicht des Unternehmers.....	289
Art. 27	Ergänzungen und Abänderungen des Werkvertrages.....	296
1.4	<i>Mehrzahl von Unternehmern</i>	
Art. 28	Arbeitsgemeinschaft (Konsortium).....	301
Art. 29	Subunternehmer.....	315
	Nebenunternehmer	
Art. 30	<i>Im Allgemeinen</i>	328
Art. 31	<i>Gemeinsame Schadenersatzpflicht</i>	335
Art. 32	Abwerbung von Arbeitnehmern.....	339
1.5	<i>Vertretung der Vertragsparteien</i>	
	Vertretung des Bauherrn durch die Bauleitung	
Art. 33	<i>Einsetzung und Vollmacht</i>	341
Art. 34	<i>Aufgaben</i>	354
Art. 35	<i>Vertretung</i>	365
Art. 36	Vertretung des Unternehmers.....	368

1.6	<i>Streitigkeiten und Gerichtsstand</i>	
Art. 37	373
2.	Vergütung der Leistungen des Unternehmers	
2.1	<i>Einheits-, Global- und Pauschalpreise</i>	
Art. 38	Allgemeines	379
Art. 39	Einheitspreis	396
Art. 40	Globalpreis	406
Art. 41	Pauschalpreis	412
Art. 42	Vertrag mit mehreren Preisarten; Einheitspreis- und Gesamtpreisvertrag ..	420
Art. 43	Baustelleneinrichtungen	424
2.2	<i>Regiearbeiten</i>	
	Voraussetzung	
Art. 44	<i>Vertrag oder Anordnung der Bauleitung</i>	433
Art. 45	<i>Regiearbeiten ohne Anordnung der Bauleitung</i>	443
	Pflichten des Unternehmers	
Art. 46	<i>Allgemeine Pflichten</i>	447
Art. 47	<i>Rapportpflicht</i>	450
	Vergütung der Regiearbeiten	
Art. 48	<i>Allgemeines</i>	458
Art. 49	<i>Ansätze im Allgemeinen</i>	463
Art. 50	<i>Ansätze für Arbeitsstunden und Material</i>	468
Art. 51	<i>Zuschläge zu Ansätzen für Arbeitsstunden</i>	472
Art. 52	<i>Ansätze für die Benützung der Baustelleneinrichtungen</i>	476
Art. 53	<i>Besondere Leistungen in Regie</i>	483
Art. 54	<i>Preisnachlass</i>	487
Art. 55	<i>Regierechnung</i>	492
Art. 56	Verabredeter Richtpreis	497
Art. 57	Haftung für Regiearbeiten	505
2.3	<i>Besondere Verhältnisse</i>	
Art. 58	Im Allgemeinen	507

	Sonderfälle	
Art. 59	<i>Ausserordentliche Umstände</i>	518
Art. 60	<i>Ungünstige Witterungsverhältnisse</i>	530
Art. 61	<i>Stilllegung von Baustellen aus marktwirtschaftlichen Gründen</i>	537
2.4	<i>Kostengrundlage</i>	
Art. 62	Inhalt und Bedeutung.....	540
Art. 63	Lohnkostenansätze.....	549
2.5	<i>Mehr- oder Mindervergütung wegen veränderter Kostengrundlage (Teuerungsabrechnung) im Allgemeinen</i>	
Art. 64	Grundsatz.....	553
Art. 65	Verfahren.....	558
2.6	<i>Elemente der Teuerungsabrechnung</i>	
Art. 66	Grundlagen für die Abrechnung.....	564
Art. 67	Teuerungsabrechnung bei Leistungen von Subunternehmern.....	569
	Teuerungsabrechnung bei Regiearbeiten	
Art. 68	<i>Grundsatz</i>	571
Art. 69 bis 82	574
2.7	<i>Bauhandwerkerpfandrecht</i>	
Art. 83	575
3.	Bestellungsänderung	
3.1	<i>Änderungsrecht des Bauherrn</i>	
Art. 84	582
3.2	<i>Pflichten des Bauherrn</i>	
Art. 85	598
3.3	<i>Auswirkungen der Bestellungsänderung bei Leistungen zu Einheitspreisen</i>	
Art. 86	Veränderte Mengen.....	603
Art. 87	Fehlen von Einheitspreisen; veränderte Ausführungsvoraussetzungen.....	613

<i>3.4</i>	<i>Auswirkung der Beststellungsänderung bei anderen Leistungen</i>	
Art. 88	Baustelleneinrichtungen	623
Art. 89	Bestellungsänderung bei Leistungen zu Global- oder Pauschalpreisen	627
<i>3.5</i>	<i>Anpassung der Fristen</i>	
Art. 90	632
<i>3.6</i>	<i>Grundstücke und Rechte</i>	
Art. 91	637
4.	Bauausführung	
<i>4.1</i>	<i>Fristen</i>	
Art. 92	Festlegung	639
Art. 93	Bauprogramm	645
	Einhaltung der Fristen	
Art. 94	<i>Pflichten der Bauleitung</i>	653
Art. 95	<i>Pflichten des Unternehmers</i>	660
Art. 96	Fristerstreckung	668
Art. 97	Haftung aus Fristüberschreitungen	675
Art. 98	Konventionalstrafen und Prämien	681
<i>4.2</i>	<i>Ausführungsunterlagen</i>	
Art. 99	Weisungen	688
Art. 100	Ausführungspläne und Baustofflisten	693
Art. 101	Ausführungspläne des Unternehmers	698
Art. 102	Eventualpositionen	703
<i>4.3</i>	<i>Schutz- und Fürsorgemassnahmen</i>	
Art. 103	Grundsatz	708
	Besondere Sicherheitsmassnahmen	
Art. 104	<i>Sicherheit der am Bauwerk Beschäftigten</i>	717
Art. 105	<i>Verhütung von Bränden und Explosionen</i>	727
Art. 106	<i>Sicherung der Arbeitsstellen und ihrer Zugänge</i>	731
Art. 107	<i>Besucher</i>	737

	Massnahmen zu Gunsten der Arbeitnehmer	
Art. 108	<i>Unfall- und Krankenversicherung</i>	740
Art. 109	<i>Unterkunft und Verpflegung</i>	742
	Schutz benachbarter Sachen	
Art. 110	<i>Sorgfaltspflichten des Unternehmers</i>	745
Art. 111	<i>Beweissicherung</i>	750
Art. 112	Schutz gegen Immissionen	756
Art. 113	Überwälzung von Haftungsfolgen	761
4.4	<i>Die Bauausführung im Einzelnen</i>	
	Absteckung	
Art. 114	<i>Durch die Bauleitung</i>	764
Art. 115	<i>Durch den Unternehmer</i>	769
	Bauplatz und Zufahrt	
Art. 116	<i>Grundstücke und Rechte</i>	773
Art. 117	<i>Herrichten der Zufahrten</i>	778
Art. 118	<i>Ordnung auf dem Bauplatz und den Zufahrten</i>	780
Art. 119	<i>Verkehrsvorschriften</i>	784
Art. 120	<i>Verpflichtungen gegenüber Dritten</i>	786
Art. 121	<i>Aushub- und Rückbaumaterial, Entsorgung</i>	788
Art. 122	<i>Funde</i>	792
	Baustelleneinrichtungen	
Art. 123	<i>Begriff</i>	795
Art. 124	<i>Erstellung und Unterhalt</i>	799
Art. 125	<i>Benützungsdauer, Vorhalten</i>	803
Art. 126	<i>Benützung durch Nebenunternehmer</i>	808
Art. 127	<i>Zerstörung oder Beschädigung</i>	813
Art. 128	<i>Verkauf, Demontage und Abtransport</i>	816
	Energie, Wasser und Abwasser	
Art. 129	<i>Zuführung elektrischer Energie im Allgemeinen</i>	819
Art. 130	<i>Elektrische Installationen</i>	824
Art. 131	<i>Benützung elektrischer Sekundärleitungen durch Nebenunternehmer</i>	826
Art. 132	<i>Stromunterbrechungen und -einschränkungen</i>	829

Art. 133	<i>Zuführung von Trink- und Brauchwasser, Ableitung des Abwassers</i>	832
Art. 134	<i>Rechnungstellung für Verbrauchskosten</i>	835
Art. 135	<i>Ausbau von Gebäuden</i>	838
	Baustoffe	
Art. 136	<i>Qualitätsanforderungen</i>	842
Art. 137	<i>Proben</i>	850
Art. 138	<i>Muster</i>	854
Art. 139	<i>Belastungsproben und andere Prüfungen am Bauwerk</i>	857
Art. 140	<i>Materialvorräte</i>	862
5.	Ausmass, Abschlagszahlungen, Sicherheitsleistungen und Schlussabrechnung	
5.1	<i>Ausmass bei Arbeiten zu Einheitspreisen</i>	
Art. 141	<i>Grundsatz</i>	866
Art. 142	<i>Massurkunde</i>	871
Art. 143	<i>Bestimmung nach dem plangemässen theoretischen Ausmass</i>	876
5.2	<i>Abschlagszahlungen</i>	
	Bei Einheitspreisverträgen	
Art. 144	<i>Grundsatz</i>	879
Art. 145	<i>Umfang</i>	886
Art. 146	<i>Leistungswert für Baustelleneinrichtungen</i>	889
Art. 147	<i>Bei Gesamtpreisverträgen</i>	894
Art. 148	<i>Fälligkeit</i>	897
5.3	<i>Sicherheitsleistung des Unternehmers bis zur Abnahme</i>	
	Bei Einheitspreisverträgen	
Art. 149	<i>Rückbehalt; allfällige zusätzliche Sicherheit</i>	901
Art. 150	<i>Umfang des Rückbehaltes</i>	906
Art. 151	<i>Bei Gesamtpreisverträgen</i>	909
Art. 152	<i>Fälligkeit des Rückbehaltes und Zinspflicht</i>	912
5.4	<i>Schlussabrechnung</i>	
Art. 153	<i>Begriff und Gegenstand</i>	917

Art. 154	Einreichung und Prüfung	923
Art. 155	Fälligkeit der Abrechnungsforderung; Zahlungsfrist	933
Art. 156	Verzicht auf weitere Ansprüche	938
6.	Abnahme des Werkes und Haftung für Mängel	
6.1	<i>Abnahme</i>	
Art. 157	Gegenstand und Wirkung	943
Art. 158	Anzeige der Vollendung; gemeinsame Prüfung	952
	Abnahme des geprüften Werkes	
Art. 159	<i>Abnahme des mängelfreien Werkes</i>	958
Art. 160	<i>Abnahme bei unwesentlichen Mängeln</i>	961
Art. 161	<i>Zurückstellung bei wesentlichen Mängeln</i>	965
Art. 162	<i>Abnahme trotz wesentlicher Mängel</i>	972
Art. 163	<i>Abnahme bei Verzicht auf die Geltendmachung von Mängeln</i>	977
Art. 164	Abnahme ohne Prüfung	984
6.2	<i>Haftung für Mängel</i>	
Art. 165	Grundsatz	988
Art. 166	Begriff des Mangels	994
	Haftung des Unternehmers in besonderen Fällen	
Art. 167	<i>Selbst vorgeschlagene und berechnete Konstruktionen oder Ausführungsarten</i>	1005
Art. 168	<i>Arbeiten von Subunternehmern, Regiearbeiten und Arbeiten mit vorgeschriebenen Baustoffen</i>	1008
	Bauherrn bei Mängeln (Mängelrechte)	
Art. 169	<i>Recht auf Verbesserung, Minderung und Rücktritt</i>	1013
Art. 170	<i>Kosten der Verbesserung</i>	1032
Art. 171	<i>Weiteres Mängelrecht: Recht auf Schadenersatz</i>	1040
6.3	<i>Rügefrist</i>	
Art. 172	Bestand und Dauer	1048
	Bedeutung	
Art. 173	<i>Recht zu jederzeitiger Mängelrüge</i>	1052
Art. 174	<i>Haftung des Unternehmers</i>	1058

Art. 175	<i>Besichtigungsrecht des Unternehmers</i>	1066
Art. 176	Neubeginn des Fristenlaufes	1068
Art. 177	Schlussprüfung	1072
6.4	<i>Rechtslage nach Ablauf der Rügefrist</i>	
Art. 178	Wirkung des Fristablaufes	1074
Art. 179	Haftung für verdeckte Mängel	1079
6.5	<i>Verjährung</i>	
Art. 180	1085
6.6	<i>Sicherheitsleistung des Unternehmers nach der Abnahme</i>	
Art. 181	Solidarbürgschaft	1092
Art. 182	Bargarantie	1099
7.	Vorzeitige Beendigung des Werkvertrages und Zahlungsverzug des Bauherrn	
7.1	<i>Grundsatz</i>	
Art. 183	1101
7.2	<i>Einzelne Fälle vorzeitiger Beendigung</i>	
Art. 184	Allgemeines Rücktrittsrecht des Bauherrn	1109
Art. 185	Unmöglichkeit der Erfüllung aus Verhältnissen des Bauherrn	1115
Art. 186	Besondere Umstände seitens des Unternehmers	1121
	<i>Untergang des Werkes</i>	
Art. 187	<i>Zufälliger Untergang</i>	1127
Art. 188	<i>Vom Bauherrn verursachter Untergang</i>	1137
Art. 189	<i>Versicherungsleistungen bei Untergang</i>	1145
7.3	<i>Zahlungsverzug des Bauherrn</i>	
Art. 190	1154
	Stichwortverzeichnis	1163

Abkürzungsverzeichnis

Gesetze und Normen sind in der am 31. Dezember 2022 gültigen Fassung berücksichtigt.

A. M./a. M.	Anderer Meinung
ABB	Allgemeine Bedingungen Bau (SIA-Normen 118/xxx)
AbR	Amtsbericht über die Rechtspflege
Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen (gleichbedeutend AVB)
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AJP	Aktuelle juristische Praxis
ALV	Arbeitslosenversicherung
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) vom 13. März 1964, SR 822.11
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
ArGV	Verordnung zum Arbeitsgesetz
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
ASA	Beizug von Arbeitsärzten und anderen Spezialisten der Arbeitssicherheit
Aufl.	Auflage
AVB	Allgemeine Vertragsbedingungen (gleichbedeutend AGB); wird hier verwendet
AVG	Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG) vom 6. Oktober 1989, SR 823.11
AVV	Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV) vom 16. Januar 1991, SR 823.111
BauAV	Verordnung über die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Bauarbeiten (Bauarbeitenverordnung, BauAV) vom 18. Juni 2021, SR 832.311.141
BGB	(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Ausfertigungsdatum: 18.8.1896, in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 6. Oktober 1995, SR 943.02
BGE	Bundesgerichtsentscheid (Leitentscheid publiziert)
BGer	Abkürzung für nicht in der amtlichen Sammlung publizierte Bundesgerichtsentscheide
BK	Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht
BKP 2	Baukostenplan (BKP), Normierte Unterteilung aller Baukosten bzw. Erstellungskosten (Hauptgruppen 0–9), 2 Gebäude
BKP 3	Baukostenplan (BKP), Normierte Unterteilung aller Baukosten bzw. Erstellungskosten (Hauptgruppen 0–9), 3 Betriebseinrichtungen

BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 21. Juni 2019, SR 172.056.1
BPUK	Schweizerische Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz
BR/DC	Zeitschrift «Baurecht/Droit de la Construction», herausgegeben vom Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht der Universität Freiburg
BRK	Baurekurskommission
BRT	Baurechtstagung (Freiburg)
BSK	Basler Kommentar
BSV	Bundesamt für Sozialversicherungen BSV
BUWAL	Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft: 2006 Fusion des BUWAL mit grossen Teilen des Bundesamtes für Wasser und Geologie (BWG) zum heutigen Bundesamt für Umwelt (BAFU)
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) vom 25. Juni 1982, SR 831.40
BVGE	Entscheide des Schw. Bundesverwaltungsgerichts
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
C. A. R.	Construction All Risks
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (Contracts for the International Sale of Goods, Wiener Kaufrecht, UN-Kaufrecht), abgeschlossen in Wien am 11. April 1980, SR 0.221.211.1
CRB	CRB, Schweizerische Zentralstelle für Baurationalisierung
DesG	Bundesgesetz über den Schutz von Design (Designgesetz, DesG) vom 5. Oktober 2001, SR 232.12
DIN	Deutsches Institut für Normung e.V.
E.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV-SZ	Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz
EKAS	Eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit
EleG	Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz, EleG) vom 24. Juni 1902, SR 734.0
EntsG	Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG) vom 8. Oktober 1999, SR 823.20
EntsV	Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV) vom 21. Mai 2003, SR 823.201
EO	Erwerbsersatzordnung
ETH	Eidgenössische Technische Hochschule
EU	Europäische Union
f.	und folgende/r (Singular)
ff.	und folgende (Plural)
Fn.	Fussnote

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen, abgeschlossen in Genf am 30. Oktober 1947, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. August 1966), SR 0.632.21
GP	Generalplaner
GPA	Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, abgeschlossen in Marrakesch am 15. April 1994, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Januar 1996, SR 0.632.231.422
GPF	Gleitpreisformel
GSchG	Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GschG) vom 24. Januar 1991, SR 814.20
GSchV	Gewässerschutzverordnung (GSchV) vom 28. Oktober 1998, SR 814.201
GU	Generalunternehmer
GVP SG	Gerichts- und Verwaltungspraxis St. Gallen
h. L. und Rspr.	herrschende Lehre und Rechtsprechung
HAVE	Haftung und Versicherung (Der Verein HAVE ist Herausgeber der Zeitschrift mit gleichlautendem Namen)
HGer	Handelsgericht
i. d. R.	in der Regel
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S.	im Sinne/in Sachen
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiten/weiteren Sinn
ICE	Institution of Civil Engineers
InöB	Interkantoniales Organ für das öffentliche Beschaffungswesen InöB
IPB	Interessengemeinschaft privater professioneller Bauherren IPB
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, SR 291
IRV	Interkantonaler Rückversicherungsverband
ISO	Internationale Organisation für Normung (International Organization for Standardization)
IV	Invalidenversicherung
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994/15. März 2001, SR 172.056.5
KassGer	Kassationsgericht
KBOB	Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren KBOB
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995, SR 251
KGer	Kantonsgericht
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994, SR 832.10
LGVE	Gerichts- und Verwaltungsentscheide im Kanton Luzern

LMV	Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe 2019-2022 (LMV 2019) vom 3. Dezember 2018
LRV	Luftreinhalte-Verordnung (LRV) vom 16. Dezember 1985, SR 814.318.142.1
LSV	Lärmschutz-Verordnung (LSV) vom 15. Dezember 1986, SR 814.41
LSVA	Leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe LSVA
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ), abgeschlossen in Lugano am 30. Oktober 2007, in Kraft für die Schweiz am 1. Januar 2011, SR 0.275.12
LV	Leistungsverzeichnis
mind.	mindestens
MNV	Mengennachweisverfahren
MWST	Mehrwertsteuer
MWSTG	Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG) vom 12. Juni 2009, SR 641.20
N	Note, Randnote
NPK	Normpositionen-Katalog der Schweizerischen Zentralstelle für Baurationalisierung (CRB)
OGer	Obergericht
OIV	Objektindexverfahren
ÖNORM	Österreichische Normen
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), Stand 1. Januar 2022, SR 220
PatG	Bundesgesetz über die Erfindungspatente (Patentgesetz, PatG) vom 25. Juni 1954, SR 232.14
PBG ZH	Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Planungs- und Baugesetz) Kanton Zürich vom 7. September 1975, SR 700.1
PKI	Produktionskostenindex (PKI) für Baumeisterarbeiten
PPP	Public Private Partnership
Pra	Die Praxis (Publikationen von praxisrelevanten Entscheidungen des Bundesgerichts und des EGMR)
PrHG	Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht (Produkthaftpflichtgesetz, PrHG) vom 18. Juni 1993, SR 221.112.944
PrSG	Bundesgesetz über die Produktesicherheit (PrSG) vom 12. Juni 2009, SR 930.11
QM	Qualitätsmanagement
QS	Qualitätssicherung in Produktion und Dienstleistung
RB	Rechenschaftsbericht
Rev./rev.	revidiert
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SBB	Schweizerische Bundesbahnen SBB
SBV	Schweizerischer Baumeisterverband (SBV)

sGS	Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen
SIA 101	Ordnung SIA 101 (2020), Ordnung für Leistungen der Bauherren
SIA 102	Ordnung SIA 102 (2020), Ordnung für Leistungen und Honorare der Architektinnen und Architekten
SIA 103	Ordnung SIA 103 (2020), Ordnung für Leistungen und Honorare der Bauingenieurinnen und Bauingenieure
SIA 108	Ordnung SIA 108 (2020), Ordnung für Leistungen und Honorare der Ingenieurinnen und Ingenieure der Bereiche Gebäudetechnik, Maschinenbau und Elektrotechnik
SIA-Norm 118	Norm SIA 118 (2013), Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten
SIA 121	Ordnung SIA 121 (2003), Verrechnung der Preisänderungen mit dem Objekt-Index-Verfahren (OIV), gültig bis 30.06.2018
SIA 122	Ordnung SIA 122 (2012), Preisänderungen infolge Teuerung: Verfahren mit der Gleitpreisformel
SIA-Norm 123	Norm SIA 123 (2021), Preisänderungen infolge Teuerung: Verfahren mit Produktionskostenindex (PKI mit NPK-Kostenmodellen)
SIA-Norm 124	Norm SIA 124 (2013), Preisänderungen infolge Teuerung: Verfahren mit Mengennachweis
SIA D	Dokumentation des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA)
SIA-Ordnungen	Sammelbegriff für Ordnungen SIA 102, 103 und 108 (2020)
simap.ch	Système d'information sur les marchés publics en Suisse (frz.), Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz
SMS	Short Message Service
SNV	Schweizerische Normen-Vereinigung SNV
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
STWEG	Stockwerkeigentümergeinschaft
SubmV	Submissionsverordnung
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SVG	Strassenverkehrsgesetz (SVG) vom 19. Dezember 1958, SR 741.01
TAT	Tunnel Alp Transit-Ticino
TU	Totalunternehmer
TVA	Technische Verordnung über Abfälle (TVA) vom 10. Dezember 1990, SR 814.600 (ersetzt 2016 durch VVEA)
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG) vom 9. Oktober 1992, SR 231.1
USG	Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutz, USG) vom 7. Oktober 1983, SR 814.01
UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation

UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) vom 20. März 1981, SR 832.20
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986, SR 241
VBBö	Verordnung über Belastungen des Bodens (VBBö) vom 1. Juli 1998, SR 814.12
VGer	Verwaltungsgericht
VKF	Vereinigung Kantonalen Feuerversicherungen
VöB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 12. Februar 2020, SR 172.056.11
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (Deutschland)
VOB/B	VOB Teil B, Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (Deutschland)
VRöB	Vergaberichtlinien zur IVöB
vs.	versus (lat.), gegen(über)
VSS	Schweizerischer Verband der Strassen- und Verkehrsfachleute
VVEA	Verordnung über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen (Abfallverordnung, VVEA) vom 4. Dezember 2015, SR 814.600
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) vom 2. April 1908, SR 221.229.1
WTO	World Trade Organization (Welthandelsorganisation)
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer/n
zit.	zitiert
ZNO	Zentralkommission für Normen und Ordnungen (ZNO) des SIA
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008, SR 272
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (ZR)

Literaturverzeichnis

- BK-OR-FELLMANN/MÜLLER, Fellmann, Walter/Müller, Karin, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Band VI, 2. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 8. Teilband, Die einfache Gesellschaft, Art. 530–544 OR (Hrsg. Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter), Bern 2006
- BK-OR-GIGER, Giger, Hans, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Band VI., 2. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband, 1. Abschnitt, Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf, Art. 184–215 OR, Bern 1980
- BK-OR-KOLLER, Koller, Alfred, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Band VI., 2. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Untertitelband, Der Werkvertrag, Art. 363–366 OR, Bern 1998
- BK-OR-MÜLLER, Müller, Christoph, Berner Kommentar, Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018
- BK-OR-SCHMIDLIN, Schmidlin, Bruno, Berner Kommentar, Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23–31 OR, Bern 2013
- BK-ZGB-WALTER, Walter, Hans Peter, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, (Hrsg. Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band I, Einleitung und Personenrecht, 1. Abt., Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012
- BR/DC Heft/Jahr-AUTOR, Baurecht (BR/DC), Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg
- BRAZEROL, Brazerol, Roman, Der Einheitspreis im Bauwerkvertrag, Diss. Freiburg 2019
- BRINER, Briner, Hans, Das Baugrundrisiko, in: Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen (Hrsg. Koller, Alfred), St. Gallen 1996
- BRT 1989-GAUCH, Gauch, Peter, Deliktshaftung der Baubeteiligten, in: Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 1989
- BRT 1999 II-HÜRLIMANN/HEER, Hürlimann, Roland/Heer, Hans, Preise, Leistungsverzeichnis und Kalkulation, in: Baurechtstagung, Band II: Wahlveranstaltungen (Hrsg. Institut für Schweizerisches und internationales Baurecht), Freiburg 1999
- BRT 2011-BEYELER, Beyeler, Martin, Umgelagert, gemischt und offeriert – Thesen zur Preisspekulation, in: Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2011
- BSK OR I-BEARBEITER, Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2019
- BSK ZGB I-BEARBEITER, Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018
- BSK ZGB II-BEARBEITER, Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019
- BÜHLER, Bühler, Jürg, Handbuch für Architekten, Sulgen/Zürich 2004
- ENGLERT, Englert, Klaus, Geolex 1/2002, Aufsätze, Aktuelle Rechtsprechung zum Baugrundrisiko, DIN 4020, www.stapfsturny.de/pdf/DIN4020_Baugrundrisiko.pdf
- FRAGNOLI-Jusletter 14.09.2009, Fragnoli, Isole, Rechtsverlust als Inhalt der Konventionalstrafe, in: Jusletter 14. September 2009

- GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Galli, Peter/Moser, André/Lang, Elisabeth/Clerc, Evelyne, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
- GAUCH-Werkvertrag, Gauch, Peter, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019
- Gauch/Aepli/Stöckli-BEARBEITER, Gauch, Peter/Aepli, Viktor/Stöckli, Hubert (Hrsg.), Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016
- GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Gauch, Peter/Schluemp, Walter/Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Zürich 2020
- Gauch/Stöckli-Komm.-BEARBEITER¹, Gauch, Peter/Stöckli, Hubert (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017
- Gauchs Welt-HÜRLIMANN, Hürlimann, Roland, Ansprüche des Unternehmers aus Bauablaufstörungen des Bauherrn, in: Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, (Hrsg. Tercier, Pierre/Amstutz, Marc/Koller, Alfred/Schmid, Jörg/Stöckli, Hubert), Zürich/Basel/Genf 2004
- GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, Guhl, Theo, Das Schweizerische Obligationenrecht mit, Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000
- HAVE-FELLMANN, Fellmann, Walter, Inhalt und Tragweite des Produktesicherheitsgesetzes (PrSG) vom 12. Juni 2009, in: HAVE 1/2010, S. 3
- HOFMANN/FRIKEL/SCHWAMB, Hofmann, Olaf/Frikell, Eckhard/Schwamb Thomas, Unwirksame Bauvertragsklauseln, 12. Aufl., Stamsried 2015
- HUGUENIN-OR AT/BT, Huguenin, Claire, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019
- HÜRLIMANN-Bauablaufstörung, Hürlimann Roland, Bauablaufstörung – Anspruch des Unternehmers auf Mehrvergütung (Verletzung von Mitwirkungspflichten) zum Urteil des Bundesgerichts 4A_507/2015 vom 19.2.2016, in: Jusletter 4.7.2016
- KAPPELLMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Kapellmann, Klaus D./Schiffers, Karl-Heinz/Markus, Jochen, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 7. Aufl., Neuwied 2017
- KOLLER, Nachbesserungsrecht, Koller, Alfred, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1995
- LANG/HUDER/AMANN/PUZRIN, Lang, Hans Jürgen/Huder, Jachen/Amann, Peter/Puzrin, Alexander M., Bodenmechanik und Grundbau, Das Verhalten von Böden und Fels und die wichtigsten grundbaulichen Konzepte, 9. Aufl., Berlin 2011
- LANGE, Lange, Ingo, Baugrundhaftung und Baugrundrisiko, in: Baurechtliche Schriften, Band 34 (Hrsg. Korbion, Hermann/Locher, Horst), Düsseldorf 1997
- MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit neuem Recht der GmbH, der Revision und der kollektiven Kapitalanlagen, 12. Aufl., Bern 2018
- MEYER-MEIERLING, Meyer-Meierling, Paul, Gesamtleitung von Bauten, 2. Aufl., Zürich 2003
- MÜLLER/MADER, Müller, Christoph/Mader, Mélanie, Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht – Entwicklungen 2007, Hrsg. Vogt, Hans-Ueli, Bern 2008

¹ Die Autorin und die Autoren dieser 2. Auflage sind, soweit ihr Kommentar auf Texten aufbaut, die für die Voraufgabe von einem anderen Autor geschrieben wurden, in der Kopfzeile mit einem Stern gekennzeichnet (z.B. GAUCH/*STÖCKLI). Sie haben den jeweiligen Text der Erstauflage frei bearbeitet und ergänzt.

- PEER, Peer, Carlo, Das Leistungsverzeichnis bei Bauwerkverträgen, Diss. Freiburg 2018
recht Heft/Jahr-AUTOR, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht)
- SCHUMACHER/KÖNIG, Schumacher, Rainer/König, Roger, Die Vergütung im Bauwerkvertrag,
2. Aufl., Freiburg 2017
- SCHUMACHER, Vertragsgestaltung, Schumacher, Rainer, Vertragsgestaltung, Systemtechnik
für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2004
- SCHWENZER, Schwenzler, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil,
6. Aufl., Bern 2012
- SIA D 0124-HENKE, Henke, Andreas, Die Anforderungen an das Ausschreibungsprojekt, in:
SIA Dokumentation D 0124, Vertragswesen im Untertagbau, 1995
- SPIESS, Technische Normen, Spiess, Hans Rudolf, Technische Normen, in: Das private Baurecht
der Schweiz, Beiträge für die Praxis (Hrsg. Lendi, Martin/Nef, Urs Ch./Trümpy, Daniel),
2. Aufl., Zürich 1995
- SPIESS, Bauablaufstörungen, Spiess, Hans Rudolf, Bauablaufstörungen im schweizerischen
Werkvertragsrecht, recht2012, S. 116
- SPIESS, Abrechnungsbauzeit, Spiess, Hans Rudolf, Fiktive Beststellungsänderung und Abrech-
nungsbauzeit im Untertagbau, BR/DC 2018, S. 11
- SPIESS/HUSER, Bau-Werkvertrag, Spiess, Hans Rudolf/Huser, Marie-Theres, Der Bau-Werk-
vertrag in der Praxis, unter Einbezug der Norm SIA 118, Zürich/St. Gallen 2016
- STÖCKLI, Synallagma, Stöckli, Hubert, Das Synallagma im Vertragsrecht, Begründung/
Abwicklung/Störungen (Hrsg. Gauch, Peter), Zürich 2008
- STÖCKLI/MIDDENDORF/ANDRES, Stöckli Hubert, Middendorf Patrick, Andres Roger,
SIA-Klauseln für Planerverträge, Freiburg 2020.
- Stöckli/Siegenthaler-BEARBEITER, Stöckli, Hubert/Siegenthaler Thomas (Hrsg.), Planerver-
träge, Verträge mit Architekten und Ingenieuren, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019
- StPO Komm.-BEARBEITER, Donatsch, Andreas/Hansjakob, Thomas/Lieber, Viktor (Hrsg.),
Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/
Genf 2014
- ZBJV-Heft-Jahr-AUTOR, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
- ZK-OR-BÜHLER, Bühler, Theodor, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch
(Hrsg. Gauch, Peter/Schmid, Jörg), V. Band Obligationenrecht, Teilband V 2d, Der Werk-
vertrag, Art. 363–379 OR, 3. Aufl., Zürich 1998
- ZK-OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Jäggi, Peter/Gauch, Peter/Hartmann, Stephan, Zürcher
Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teil-
band V 1b, Kommentar zu Art. 18 OR, Zürich 2015
- ZPO Komm.-BEARBEITER, Sutter-Somm, Thomas/Hasenböhler, Franz/Leuenberger, Christoph
(Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/
Basel/Genf 2016
- ZR Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (ZR)

Einleitung

Inhaltsverzeichnis	Seite
I. Entstehungsgeschichte.....	2
A. Entwicklung der SIA-Norm 118	2
1. Erste Herausgabe 1912	2
2. SIA-Formulare 118 und 118a von 1933	3
3. Revidierte Ausgabe 1946	3
4. Revidierte Ausgabe 1962	3
5. Revidierte Ausgabe 1977	3
6. «Minirevision» 1991	4
7. Revidierte Ausgabe 2013	4
B. Bedeutung der SIA-Norm 118	5
II. Grundlagen	6
A. Schweizerisches Werkvertragsrecht.....	6
1. Gesetzliche Grundlagen.....	6
a) Werkvertrag (Art. 363–379 OR).....	6
b) Allgemeines Vertragsrecht (Art. 1–183 OR).....	7
c) Verhältnis der SIA-Norm 118 zum Gesetz.....	7
2. Bau-Werkvertrag	8
a) Gegenstand	8
b) Abgrenzungsfragen	8
3. Generalunternehmer- und Totalunternehmerverträge	9
B. Vertragsfreiheit und Schranken.....	10
1. Inhalt der Vertragsfreiheit.....	10
2. Schranken des Vertragsinhalts	10
a) Obligationenrecht	10
b) Unlauterer Wettbewerb (UWG)	11
c) Öffentliches Recht im Allgemeinen.....	11
d) Öffentliches Vergaberecht	11
e) Strafrecht.....	11
f) Bauarbeitenverordnung (BauAV)	12
g) Produkthaftpflicht	12
h) Ausservertragliche Haftung	13
C. Allgemeine Vertragsbedingungen.....	13
1. Begriff.....	13
2. Vorrang von Individualvereinbarungen.....	13
3. Übernahme	14
a) Keine Geltung ohne Übernahme.....	14
b) Ausdrücklich durch Verweis	14
c) Stillschweigend.....	14
d) Beweis	15

4.	Inhaltsbestimmungen.....	15
a)	Auslegung.....	15
b)	Ungewöhnlichkeitsregel.....	15
c)	Unklarheitsregel.....	17
d)	Rangordnungs- und Widerspruchsregeln.....	17
D.	Internationales Bauvertragsrecht.....	18
1.	Internationaler Vertrag.....	18
2.	Wiener Kaufrecht.....	18
3.	Lugano-Übereinkommen.....	19
4.	Internationale Standardverträge.....	19
III.	SIA-Norm 118.....	20
A.	Anwendungsbereich.....	20
1.	Werkverträge für Bauarbeiten.....	20
2.	Verträge mit Einzelleistungsträgern.....	20
3.	Subunternehmerverträge.....	21
4.	Keine Anwendung auf Planerverträge.....	21
B.	Inhalt.....	22
1.	Abschlussbestimmungen.....	22
2.	Inhaltsbestimmungen.....	22
3.	Hinweisbestimmungen.....	22
4.	Auslegung.....	23
IV.	Beweis.....	23
A.	Bedeutung.....	23
B.	Gesetzliche Beweisregel.....	23
C.	Vertragliche Beweisregel.....	23
D.	Tatsächliche (natürliche) Vermutung.....	24
E.	Wahrscheinlichkeitsbeweis.....	24
F.	Behauptungslast (Substanziierung).....	25
G.	Gutachten.....	26
H.	Dokumentation.....	26

I. Entstehungsgeschichte

A. Entwicklung der SIA-Norm 118

1. Erste Herausgabe 1912

- 1 Die Allgemeinen Bedingungen für die Ausführung von Bauarbeiten des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA) haben eine lange Tradition. Erstmals sind von der Delegiertenversammlung des SIA am 14. Dezember 1912 in Olten die damals im Einvernehmen mit Behörden und dem Schweizerischen Baumeisterverband aufgestellten «Normalien für die Ausführung von Bauarbeiten» verabschiedet und anschliessend als «Allgemeine Bedingungen für die Ausführung von Tiefbauarbeiten» herausgegeben worden. Das Verzeichnis und Verkaufsregulativ des SIA aus dem Jahr 1920 zeigt, dass der SIA damals eine ganze Reihe von Bedingungen

und Messvorschriften herausgab, z. B. für Erd- und Maurerarbeiten, für armierte Betonarbeiten, für Zimmerarbeiten, für Schreinerarbeiten, für Schlosserarbeiten und andere mehr.

Die «Allgemeinen Bedingungen für die Ausführung von Tiefbauarbeiten» aus dem Jahr 1912 enthielten 24 Artikel und verwiesen weiter auf Bestimmungen des OR (in Kraft gesetzt 30. März 1911) zum Allgemeinen Vertragsrecht (Art. 55, 97, 101 und 161 OR), auf Bestimmungen zum Werkvertragsrecht (Art. 364, 365, 366, 368, 371, 376 und 379 OR) sowie auf die Bestimmung über Funde des Zivilgesetzbuchs (Art. 724 ZGB). 2

Bemerkenswerte Abweichungen der Normen (1912) von der gesetzlichen Regelung des Werkvertrags waren Bestimmungen über die Bauleitung (Art. 1), die Pflicht des Bauherrn zum Aufschluss über allfällige Risiken usw. bei der Submission (Art. 4), Beststellungsänderungen (Art. 5), Pflicht des Unternehmers zum Schutz von Personen und Sachen (Art. 12) und Abnahme und Garantiefrist (Art. 20). 3

2. *SIA-Formulare 118 und 118a von 1933*

Am 10. Juni 1933 genehmigte die Delegiertenversammlung des SIA in Neuenburg die neuen SIA-Formulare Nr. 118 «Allgemeine Bedingungen für die Ausführung von Hochbauarbeiten» und Nr. 118a «Allgemeine Bedingungen für die Ausführung von Tiefbauarbeiten». 4

3. *Revidierte Ausgabe 1946*

Eine grössere Revision erfolgte 1946 mit der wesentlichen Neuerung, dass die SIA-Norm 118 nun Allgemeine Bedingungen für alle Bauarbeiten, sowohl Hochbau- als auch Tiefbauarbeiten, enthielt. 5

4. *Revidierte Ausgabe 1962*

Mit der Revision 1962 wurde erstmals eine Bestimmung über die Rangordnung zwischen der SIA-Norm 118 und den übrigen Normen erlassen (Art. 1). Danach gingen die «Allgemeinen Bedingungen für Bauarbeiten» des SIA den Normen, Bedingungen und Messvorschriften des SIA und diese wiederum denjenigen anderer Fachverbände vor. 6

5. *Revidierte Ausgabe 1977*

Bereits wieder im Dezember 1967 setzte der SIA eine Kommission für eine umfassende Revision der SIA-Norm 118 ein. Nach mehrjähriger Tätigkeit legte sie im 7

Februar 1973 einen ersten Revisionsentwurf vor. Aufgrund der Publikation des Entwurfs in der «Schweizerischen Bauzeitung» und des ordentlichen Vernehmlassungsverfahrens des SIA stellten verschiedenste Stellen und Verbände zahlreiche Änderungsanträge. Prof. Dr. Peter Jäggi zeigte in einem Gutachten zum Revisionsentwurf und zu den Änderungsanträgen auf, dass eine weitere Bearbeitung nötig war. Im Herbst 1974 legte die Revisionskommission einen vollständig überarbeiteten Entwurf vor. Auch dieser zweite Entwurf blieb nicht unangefochten. Der SIA setzte eine Rekurskommission ein, die am zweiten Entwurf verschiedene Änderungen anbrachte und einen dritten Revisionsentwurf vorlegte, der von der Delegiertenversammlung des SIA im Juni 1976 einstimmig genehmigt wurde. Damit lag der Text der revidierten SIA-Norm 118 Ausgabe 1977 nach fast zehn Jahren Revisionsarbeit vor. Weil sich sowohl die Revisions- als auch die Rekurskommission zur Hauptsache aus Baupraktikern zusammensetzten, welche die bisherige SIA-Norm 118 (1962) mit allen Vorzügen und Mängeln aus der täglichen Berufsarbeit kannten, war die neue SIA-Norm 118 (1977) im Wesentlichen das Ergebnis praktischer Erfahrungen. Deshalb war sie auch deutlich umfangreicher, nämlich 190 Artikel in sieben Kapiteln, als die SIA-Norm 118 (1962) mit lediglich 32 Artikeln in vier Kapiteln.

6. «Minirevision» 1991

- 8 In einer «Minirevision» 1991 wurde die SIA-Norm 118 (1977) lediglich formell geändert, indem das Wort «Rügefrist» dem Begriff «Garantiefrist» in Klammern beigefügt und in einer Fussnote vermerkt wurde: «Eingefügt um zu vermeiden, dass die Garantiefrist mit der Verjährungsfrist (Art. 180) verwechselt wird.» Zwei weitere Fussnoten wurden zur Nachbesserungsfrist und zur Solidarbürgschaft hinzugefügt. Mit der Beifügung des Wortes «Rügefrist» zur Garantiefrist kehrte die Norm (1991) zurück zum Begriffspaar «Rügefrist» und «Garantiefrist» der früheren Ausgabe (1962). Damit wurde der Erfahrung Rechnung getragen, dass nicht nur Baupraktiker, sondern auch Juristen oft Mühe hatten, den Begriff der «Garantiefrist» von dem der «Verjährungsfrist» zu unterscheiden. Die Fussnotenkommentare wären nach herrschender Auffassung besser weggelassen worden. Abgesehen davon, dass solche Kommentare in Allgemeinen Geschäftsbedingungen methodisch fragwürdig sind, vermochten die Fussnoten auch inhaltlich nicht zu befriedigen. Das eigentliche Ziel, die Kontroverse um die Dauer der vom Unternehmer zu leistenden Solidarbürgschaft (2, 5 oder gar 10 Jahre) zu klären, erreichte die «Minirevision» nicht.

7. Revidierte Ausgabe 2013

- 9 Verschiedene Entwicklungen im Bauvertragsrecht, wie die Einführung des öffentlichen Vergaberechts, die zunehmende Verbreitung der Gesamtleistungsanbieter (TU, GU), die zunehmende Bedeutung des Bauens im Bestand (Bausubstanz, Altlas-

ten), die Normierung der Qualitätssicherung und des Qualitätsmanagements, alternative Streitschlichtungsmodelle und anderes mehr, veranlassten den SIA, eine Gesamtrevision der SIA-Norm 118 (1977/1991) in Angriff zu nehmen. In der beauftragten Kommission 118 nahmen alle wichtigen Verbände und Bauträger sowie Vertreter der Rechtswissenschaft Einsitz. Nach anfänglicher Mitarbeit nahm der Schweizerische Hauseigentümergeverband (HEV) Abstand von der Revision mit der Begründung, diese bringe seinen Mitgliedern als i. d. R. kleineren Bauherren zu wenig. Die Revisionsarbeiten der Kommission begannen im Jahr 2006. Nach mehreren Entwürfen und Vernehmlassungen verabschiedete die Kommission die Revisionsvorlage einstimmig zuhanden der Delegiertenversammlung SIA, welche die revidierte SIA-Norm 118 auf den 1. Januar 2013 in Kraft setzte.

Die inhaltlich wesentlichen Änderungen sind¹

- Aufhebung der Bestimmungen über die Teuerungsabrechnung (Art. 69–82), die durch die entsprechenden Normen/Ordnungen über die Preisänderungs- und Teuerungsabrechnungsverfahren (SIA 121, 122, 123 und 124) ersetzt wurden,
- Gleichbehandlung der bestehenden Bausubstanz und des Baugrundes (Art. 5 und 58),
- Klarstellung, dass die Bestimmungen über die Bestellungenänderungen auch dann gelten, wenn diese auf einen Vorschlag des Unternehmers zurückgehen (Art. 84), und dass die Bestimmung über die Mengenänderung auch dann zur Anwendung gelangt, wenn keine Bestellungenänderung vorliegt (Art. 86),
- Klarstellung, dass gesetzlich vorgeschriebene Prüfungen des Werks nicht als gemeinsame Prüfung i. S. von Art. 158 gelten,
- Streichung des Begriffs «Garantiefrist» und einzig Verwendung des Begriffs «Rügefrist» (Art. 172 ff.),
- Klarstellung, dass die Sicherheitsleistung für die Mängelhaftung so lange aufrechtzuerhalten ist, bis alle vor Ablauf der Rügefrist gerügten Mängel behoben sind (Art. 181).

Im Weiteren enthält die revidierte SIA-Norm 118 verschiedene Präzisierungen und untergeordnete Ergänzungen.

Im Ergebnis ist somit die Gesamtrevision eine sanfte Renovation. Sie bestätigt, dass die SIA-Norm 118 in ihrer heutigen Fassung aktuell und für alle Arten von Bauwerkverträgen als Allgemeine Vertragsbedingung geeignet ist.

B. Bedeutung der SIA-Norm 118

Die SIA-Norm 118 (1977/1991) hat in den über 30 Jahren ihres inhaltlich unveränderten Bestehens eine grosse Akzeptanz als Vertragsgrundlage im schweize-

¹ Siehe dazu im Detail SPIESS/HUSER, 1. Auflage, Anhang, S. 1109 ff.

rischen Bauwesen erfahren und trotz der Entwicklungen beibehalten. Die überwiegende Zahl der Bauverträge beruht auf ihrer Grundlage. Auch wenn sie von verschiedenen Bauherren (weniger von Unternehmen) abgeändert oder ergänzt wird, schmälert dies nicht ihre Bedeutung. Sie ist eine Einheitsnorm für praktisch alle Bauarbeiten. Die SIA-Norm 118 ist zwar eher ausgerichtet auf grössere Bauarbeiten und das Bauhauptgewerbe sowie die Organisation mit Einzelleistungsträgern. Trotzdem ist sie auch anwendbar auf kleinere Bauarbeiten, z. B. Umbauten, Reparaturen und Abbrucharbeiten, das Baunebengewerbe und die Gebäudetechnik sowie auf GU- und TU-Verträge.

- 14 Die Arbeitsgruppe «Verträge Alptransit» prüfte 1995, welche Vertragsgrundlage für die grossen Infrastrukturbauvorhaben der Alptransit zweckmässig und geeignet wäre. Sie kam zum Schluss, dass es richtig sei, die SIA-Norm 118 auch den Bau-Werkverträgen für die Alptransit-Bauten zugrunde zu legen. Ausdrücklich erachtete sie die SIA-Norm 118 gegenüber den Baubedingungen der FIDIC² als geeigneter, weil jene aus der englischen Baupraxis heraus entstanden sind, die sich von der schweizerischen stark unterscheidet. Die Gruppe «Grosse Infrastrukturbauten» (GIB)³ der Schweizerischen Bauwirtschaftskonferenz ging sogar in der Zielsetzung davon aus, dass die SIA-Norm 118 nicht infrage gestellt wird.
- 15 Die Frage, ob der Inhalt der SIA-Norm 118 im Prozess als den Gerichten bekannt betrachtet werden kann, war lange umstritten und ist bis heute noch nicht höchstrichterlich geklärt. In einem wegleitenden Entscheid hielt das Zürcher Obergericht fest, dass die SIA-Norm 118 für in Bausachen tätige Gerichte und Anwälte eine bekannte Tatsache ist.⁴

II. Grundlagen

A. Schweizerisches Werkvertragsrecht

1. Gesetzliche Grundlagen

a) Werkvertrag (Art. 363–379 OR)

- 16 Die SIA-Norm 118 befasst sich mit dem Vertrag zwischen Bauherr (Besteller) und Unternehmer zur Herstellung eines Bauwerks. Sie hat den Bau-Werkvertrag zum Gegenstand. Der Werkvertrag ist als Vertragstypus in den Besonderen Bestimmungen des Elften Titels (Art. 363–379 OR) des Obligationenrechts geregelt. Die ge-

² FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils) ist der bedeutendste internationale Dachverband von nationalen Verbänden beratender Ingenieure im Bauwesen.

³ GIB – Dokumentation Grosse Infrastrukturbauten Schweiz, Januar 1996.

⁴ ZR 116/2017 S. 118 E. 5.4.

setzliche Regelung des Werkvertrags umfasst lediglich 17 Artikel und gilt für alle Arten des Werkvertrags, nicht nur für den Bau-Werkvertrag. Obwohl die gesetzliche Regelung einige spezielle Vorschriften für den Bau-Werkvertrag enthält (z. B. Art. 365 Abs. 3 OR betreffend Baugrund; Art. 371 Abs. 2 OR betreffend Verjährung der Mängelrechte beim unbeweglichen Bauwerk und Art. 375 Abs. 2 OR betreffend Bauten, die auf dem Grund und Boden des Bestellers errichtet sind), genügt die gesetzliche Regelung für Bau-Werkverträge nicht.

b) Allgemeines Vertragsrecht (Art. 1–183 OR)

Die Allgemeinen Bestimmungen des OR (Art. 1–183 OR) gelten für alle Verträge. Zu beachten sind die zwingenden Gesetzesbestimmungen des Privatrechts, insbesondere jene zur Nichtigkeit oder Teilnichtigkeit eines unmöglichen oder widerrechtlichen Vertragsinhalts (Art. 20 OR), zur Nichtigkeit des Haftungsausschlusses für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit (Art. 100 OR) und jene zur Haftungsbeschränkung für Hilfspersonen (Art. 101 Abs. 3 OR). 17

c) Verhältnis der SIA-Norm 118 zum Gesetz

Die SIA-Norm 118 enthält Allgemeine Vertragsbedingungen (AVB) für den Bau-Werkvertrag. Sie ist das Ergebnis einer breiten, praktischen Erfahrung, nicht aber Ausdruck einer Verkehrübung.⁵ Sie hat keine allgemeine Verbindlichkeit i. S. eines Gesetzes und ist keine Rechtsquelle eigener Art. Ihre Inhaltsbestimmungen sind nur verbindlich, wenn und soweit sie von den Parteien eines konkreten Vertrags durch Vereinbarung übernommen worden sind und dadurch als Vertragsbestandteil Geltung erlangt haben.⁶ Die Bestimmungen der SIA-Norm 118 sind auf den privaten Werkvertrag zugeschnitten. Der Werkvertrag zwischen einem öffentlichen Bauherrn und einem Unternehmer ist ein privatrechtlicher Werkvertrag.⁷ Untersteht die Beschaffung von Bauarbeiten dem öffentlichen Vergaberecht, gelten für die Ausschreibung, die Bewertung der Angebote, den Zuschlag und den Vertragsabschluss die Bestimmungen des öffentlichen Vergaberechts (Bund: BöB; Kantone und Gemeinden: IVöB). 18

⁵ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 269.

⁶ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 283, 286 ff.; BGE 148 III 57.

⁷ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 211.

2. *Bau-Werkvertrag*

a) Gegenstand

19 Gegenstand des Bau-Werkvertrags sind Bauarbeiten. Das sind Arbeiten und Lieferungen zur Herstellung eines körperlichen Bauwerks. Als Bauwerke i. S. der SIA-Norm 118 gelten auch der Umbau, der Rückbau (Abbruch), die Reparatur und der Aushub.

b) Abgrenzungsfragen

aa) Kaufvertrag

20 Inhalt des Kaufvertrags ist die entgeltliche Veräusserung eines Gegenstands. Demgegenüber enthält der Werkvertrag die Pflicht zur Herstellung des Werks. Abgrenzungsprobleme ergeben sich beim Werklieferungsvertrag. Zur Abgrenzung dient hauptsächlich das Kriterium, ob es sich bei der Bestellung um eine vertretbare oder nicht vertretbare Sache handelt. Bei einer vertretbaren Sache kommt es nach der allgemeinen Verkehrsauffassung nicht auf die besonderen Eigenschaften des einzelnen Stücks an. Kommt es auf die spezifischen Eigenschaften eines einzelnen Stücks an, ist eine Sache nicht vertretbar und somit Gegenstand eines Werkvertrags.⁸ Der Kauf mit Montage wird i. d. R. als gemischter Vertrag qualifiziert, wonach auf die Sachlieferung Kaufrecht und auf die Montage Werkvertragsrecht anzuwenden ist.⁹

21 Die Abgrenzung zwischen Kaufvertrag und Werkvertrag hinsichtlich der Mängelrechte ist durch die neuen Verjährungsbestimmungen der Art. 210 und 371 OR, in Kraft seit 1.1.2013, gemindert worden. Wird ein Baustoff oder ein vorgefertigtes, bewegliches Werk bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert, beträgt die Verjährungsfrist für Mängel 5 Jahre. Damit ist die Diskrepanz in der Verjährungsfrist für Mängel zwischen Unternehmer und Lieferant (bisher 1 Jahr) und zwischen Unternehmer und Bauherr (5 Jahre) aufgehoben worden. Für bewegliche Werke, die nicht bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert werden, gilt neu eine Verjährungsfrist von 2 Jahren nach der Ablieferung (bisher 1 Jahr). Die gesetzlichen Verjährungsfristen können verlängert werden. Eine Verkürzung ist dann ungültig, wenn das Werk «für den persönlichen oder familiären Gebrauch» des Bauherrn bestimmt ist und der Unternehmer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.¹⁰

22 Vereinbarung der Unternehmer mit dem Lieferanten die Anwendung der SIA-Norm 118 oder deren Bestimmungen über die Mängelhaftung, gelten die Rügefrist von zwei

⁸ BK-OR-KOLLER, Art. 363 Rz. 103, 124.

⁹ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 131.

¹⁰ Art. 210 Abs. 4 OR; dazu ausführlich: recht 4/2012-GAUCH, S. 124.

Jahren mit ihren Wirkungen (Art. 172–177) sowie die Verjährungsfrist von 5 Jahren (Art. 180).

bb) Auftrag

Das Bundesgericht hat den Planungsvertrag des Architekten und des Ingenieurs generell als Werkvertrag qualifiziert (BGE 119 II 428). Der Bauleitungsvertrag wird, weil der Architekt oder Ingenieur bei dieser Tätigkeit keinen Arbeitserfolg verspricht, als Auftrag qualifiziert (BGE 114 II 56). Diese Rechtsprechung scheint, obwohl verfehlt, weitgehend unbestritten.¹¹ Sie beruht zwar auf rechtstheoretischen Grundsätzen, ist aber wirklichkeitsfremd bei der Beurteilung des Gesamtvertrags, wenn der Architekt oder Ingenieur sowohl Planung als auch Bauleitung übernimmt. Das führt dazu, dass ein Teil der Lehre den Gesamtvertrag als gemischten Vertrag, der andere Teil ihn als reinen Auftrag auffasst.¹² 23

Richtig und zweckmässig wäre es, sowohl den Planungsvertrag als auch den Bauleitungsvertrag und damit den Gesamtvertrag dem Auftragsrecht zu unterstellen. Damit würden die vorzeitige Beendigung des Vertrags, die Prüfungsobliegenheit und die Mängelrechte einheitlich geregelt. 24

Die Qualifikation des Planungsvertrags als Auftrag ergibt sich auch daraus, dass i. d. R. das Planungsergebnis bei Abschluss des Planungsvertrags objektiv nicht garantiefähig ist. Der Arbeitserfolg des Planers wird erst im Laufe der Planungsarbeit konkretisiert. Der Planer schuldet damit nicht einen Arbeitserfolg i. S. der objektiven Richtigkeit des Resultats, sondern nur, aber immerhin, ein sorgfältiges Tätigwerden im Interesse des Vertragspartners und im Hinblick auf einen angestrebten Erfolg, dessen Eintritt nicht garantiefähig ist. Der Planungsvertrag entspricht somit mehr den Merkmalen eines Auftrags und weniger denjenigen des Werkvertrags.¹³ Zudem sind die strengen werkvertraglichen Gewährleistungsvorschriften, insbesondere die Prüfungs- und Rügeobliegenheit, beim Planungsvertrag nicht sachgerecht, weil i. d. R. der erwartete Erfolg bei Abschluss des Vertrags in seinen Eigenschaften nicht genügend klar umschrieben werden kann und sich folglich nur schwierig beurteilen lässt, ob ein Mangel i. S. einer Vertragsabweichung vorliegt. 25

3. *Generalunternehmer- und Totalunternehmerverträge*

Der GU übernimmt die gesamte Ausführung eines Bauwerks, nicht aber dessen Planung. Für die Planung ist der Bauherr verantwortlich, der sie i. d. R. entweder einem Architekten und verschiedenen Spezialisten oder einem Generalplaner 26

¹¹ BK-OR-KOLLER, Art. 363 Rz. 194 ff.; BGer 4A_252/2010 vom 25.11.2010.

¹² BK-OR-KOLLER, Art. 363 Rz. 199.

¹³ A.M.: BGE 127 III 328 ff.; KGer SG BZ 2007/72 vom 7.2.2008.

überträgt. Die in der Praxis wichtigste Schnittstelle zwischen GU und Planer wird i. d. R. so festgelegt, dass die ganze oder ein Teil der Ausführungsplanung beim GU liegt. Dem Planer obliegt bei der Ausführung noch die gestalterische Leitung. Diese Schnittstelle, d. h. die Abgrenzung der Leistungen zwischen Planer und GU, ist sowohl im Planervertrag als auch im GU-Vertrag sorgfältig vorzunehmen.

- 27 Der TU übernimmt sowohl die Planung als auch die Ausführung des Bauwerks.¹⁴ Die Abgrenzung zum GU ist fließend. Auch die Begriffe werden nicht konsequent verwendet. Manchmal trifft man auch auf den aus Deutschland stammenden Begriff des «Totalübernehmers». Für die Vertragsqualifikation ist nicht die Bezeichnung, sondern der Vertragsinhalt entscheidend.¹⁵
- 28 TU-Vertrag und GU-Vertrag sind nach herrschender Auffassung Werkverträge.¹⁶

B. Vertragsfreiheit und Schranken

1. Inhalt der Vertragsfreiheit

- 29 Die Vertragsfreiheit besteht in der Freiheit, einen bestimmten Vertrag abzuschliessen oder nicht abzuschliessen, den Vertragspartner frei zu wählen, den Vertragsinhalt mitzubestimmen, einen abgeschlossenen Vertrag durch Vereinbarung aufzuheben oder zu ändern und Verträge in beliebiger Form abzuschliessen.

2. Schranken des Vertragsinhalts

a) Obligationenrecht

- 30 Die weitgehende Vertragsfreiheit im Bau-Werkvertrag wird durch die Bestimmungen von Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 OR eingeschränkt. Danach darf der Vertrag keinen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt haben und darf nicht gegen die guten Sitten verstossen. Ein Vertrag hat einen unmöglichen Inhalt, wenn bei Vertragsabschluss feststeht, dass eine versprochene Leistung objektiv nicht erbracht werden kann.¹⁷
- 31 Widerrechtlich ist ein Vertragsinhalt, wenn er gegen eine objektive Norm des schweizerischen Rechts verstösst (BGE 119 II 224). Dabei kann es sich um eine zwingende Vorschrift des privaten Rechts oder um eine Bestimmung des öffentlichen Rechts handeln.

¹⁴ BGE 114 II 53.

¹⁵ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 12 f.

¹⁶ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 230.

¹⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 631 ff.

b) Unlauterer Wettbewerb (UWG)

Die missbräuchliche Verwendung vorformulierter AVB bewirkt nach herrschender Auffassung, dass die für den Vertragspartner des Verwenders nachteilige Vertragsabrede nichtig ist.¹⁸ Ob eine Benachteiligung vorliegt, ist unter Berücksichtigung des gesamten Vertragsinhalts zu beurteilen. 32

Im Gegensatz zur europäischen AGB-Richtlinie und zum deutschen Recht¹⁹ kennt das schweizerische Recht keine gesetzliche Regelung der AVB. Seit der Revision (2011) schützt Art. 8 UWG nur noch die Konsumenten. Gegen abgesprochene Vertragsbedingungen marktmächtiger (öffentlicher) Bauherren schützt das UWG die Unternehmer heute definitiv nicht mehr. 33

c) Öffentliches Recht im Allgemeinen

Öffentlich-rechtliche Vorschriften sind von den Verwaltungsbehörden von Amtes wegen anzuwenden und daher grundsätzlich zwingender Natur. Sie sind der Vertragsfreiheit der Privaten (auch im Verhältnis zwischen Staat und Privaten) entzogen. Die Praxis anerkennt in einigen Fällen gemischte privat-/öffentlich-rechtliche Vorschriften, die durch Vereinbarung abgeändert werden können (z. B. Abstandsvorschriften im öffentlichen Baurecht). 34

d) Öffentliches Vergaberecht

Im Geltungsbereich des öffentlichen Vergaberechts schränken die Gesetzgebung und unnötigerweise zusätzlich die Rechtsprechung die Vertragsfreiheit ein. Bei der Ausschreibung (Submission), der Bewertung der Angebote und dem Zuschlag sind die gesetzlichen Anforderungen einzuhalten. Zuweilen stellt die Rechtsprechung überflüssige oder nicht auf einer Rechtsgrundlage beruhende Anforderungen an die Bewertung der Angebote,²⁰ den Zuschlag oder den Vertragsabschluss²¹. 35

e) Strafrecht

Von Bedeutung ist das Strafrecht, weil bei der Ausführung von Bauarbeiten oft eine Gefahr geschaffen wird und der Unternehmer wie auch der Bauleiter verpflichtet sind, funktionstüchtige Sicherheitsvorkehrungen zu treffen und zu gewährleisten. Planer, Bauleiter und Unternehmer sind einerseits verpflichtet, die anerkannten 36

¹⁸ Art. 8 UWG; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1151 ff.; BGE 119 II 448.

¹⁹ HOFMANN/FRIKELL/SCHWAMB, S. 17.

²⁰ Z. B. Sensitivitätsanalyse: Urteil BRK 2006-008 vom 11.9.2006.

²¹ Schriftlichkeit als Gültigkeitserfordernis: VGer ZH VB.2002.00044 vom 9.7.2003.

ten Regeln der Baukunde (Art. 229 Abs. 2 StGB) einzuhalten, andererseits kommt ihnen, wenn sie eine Gefährdung schaffen oder zu beseitigen unterlassen, eine Garantenstellung zu, sodass sie bei einem Unfall mit Körperverletzung oder Todesfolge strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können.

f) Bauarbeitenverordnung (BauAV)

- 37 Die BauAV verpflichtet den Unternehmer, vor Vertragsabschluss zu prüfen, welche Massnahmen notwendig sind, um die Arbeitssicherheit und den Gesundheitsschutz bei der Ausführung seiner Arbeiten zu gewährleisten. Baustellenspezifische Massnahmen, d.h. Schutzvorrichtungen, die von mehreren Unternehmern benützt werden (wie Gerüste, Auffangnetze, Sicherungsmassnahmen in Gräben und Baugruben usw.), sind zu spezifizieren und in den Werkvertrag aufzunehmen (Art. 3 BauAV).
- 38 Auch wenn die BauAV ausschliesslich vom Arbeitgeber, d.h. vom Unternehmer, spricht, schliesst das nicht aus, dass der Planer, insbesondere der Bauleiter, aufgrund seiner Garantenstellung oder wegen Verletzung von anerkannten Regeln der Baukunde strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann.²²

g) Produkthaftpflicht

- 39 Ein Produkt i. S. des Produkthaftpflichtgesetzes (Art. 3 PrHG) und des Produktesicherheitsgesetzes (Art. 2 PrSG) ist eine bewegliche Sache, auch wenn sie Teil einer anderen beweglichen Sache oder einer unbeweglichen Sache, insbesondere eines Gebäudes, ist. Gebäude und andere Bauwerke fallen als Ganzes nicht in den Anwendungsbereich der Produkthaftpflicht.²³ Elektrizität und Software fallen unter das PrHG, nicht aber Reparaturen und Wartungen. Haftbar ist der Hersteller des Produkts. Kann dieser nicht festgestellt werden, gilt jene Person als Hersteller, die das Produkt geliefert hat (Importeur, Lieferant oder Verkäufer). Die Produkthaftpflicht ist eine Kausalhaftung, da das Gesetz ausschliesslich die Fehlerhaftigkeit eines Produkts und nicht ein Verschulden verlangt. Der Hersteller haftet für Schäden, die durch ein fehlerhaftes Produkt entstehen, weil eine Person getötet oder verletzt oder eine Sache, die für den Privatgebrauch oder -verbrauch bestimmt ist, beschädigt wird (Art. 1 Abs. 1 PrHG). Die Haftpflicht endet nach Ablauf einer Frist von 10 Jahren ab Inverkehrbringen des Produkts (sofern kein gerichtliches Verfahren hängig ist). Die Ansprüche der Geschädigten verjähren 3 Jahre nach Kenntnis des Schadens oder des Fehlers.

²² BGER 6B_516/2009 vom 3.11.2009.

²³ HAVE-FELLMANN, S. 3.

h) Ausservertragliche Haftung

Die ausservertragliche Haftung für widerrechtlich zugefügten Schaden (Art. 41 OR) kann nicht wegbedungen werden. Das gilt insbesondere auch für die Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR), wonach der Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen Werks einem Dritten den Schaden zu ersetzen hat, den dieser infolge eines Werkmangels erleidet. Dem (kausal) haftenden Werkeigentümer bleibt der Rückgriff auf den verantwortlichen Unternehmer oder Planer nach Vertrag vorbehalten. 40

C. Allgemeine Vertragsbedingungen

1. Begriff

Allgemeine Bedingungen für Verträge werden als Allgemeine Vertragsbedingungen (AVB) oder gleichbedeutend als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) bezeichnet. Es handelt sich um vorformulierte Vertragsbedingungen, die für eine Vielzahl von gleichartigen Verträgen gelten und i. d. R. global übernommen werden. Verfasser vorformulierter Vertragsbedingungen können Bauherren, Unternehmer oder Dritte, namentlich Fachverbände wie der SIA, sein. 41

Die Bezeichnung ist nicht entscheidend. Vorformulierte Bedingungen werden oft auch bezeichnet als «Besondere Bedingungen», «zusätzliche Vertragsbedingungen», «Spezielle Vertragsbedingungen» oder Ähnliches. Wesentlich sind der vorformulierte (vorgeformte) Vertragsinhalt und die Absicht, diese Vertragsbedingungen für eine grössere Zahl von Verträgen zu verwenden. 42

2. Vorrang von Individualvereinbarungen

Eine Individualvereinbarung liegt vor, wenn sie von den Vertragspartnern ausgehandelt worden ist. Es sind Vertragsklauseln, die weder vorformuliert worden sind noch dem einen Vertragspartner einseitig auferlegt werden. Eine individuelle Vereinbarung liegt auch dann vor, wenn einzelne Bestimmungen einer Allgemeinen Vertragsbedingung (z. B. SIA-Norm 118) individuell verhandelt worden sind.²⁴ Individuelle Abreden gehen den Allgemeinen Bedingungen vor, sofern sie dem übergeordneten zwingenden Recht nicht widersprechen. 43

²⁴ BGer 4P.135/2002 vom 28.11.2002 E. 3.

3. *Übernahme*

a) Keine Geltung ohne Übernahme

44 AVB haben keine allgemeine Verbindlichkeit i. S. eines Gesetzes oder einer
Verordnung. Sie sind i. d. R. auch nicht Ausdruck einer Verkehrsübung.²⁵ Daher sind
AVB nur so weit verbindlich, als sie von den Vertragsparteien übernommen werden.
Ob eine AVB in den Vertrag übernommen wurde, ist Auslegungsfrage.

b) Ausdrücklich durch Verweis

45 Häufig werden AVB übernommen, indem im Vertrag auf sie verwiesen
wird. Der Verweis kann bereits (einseitig) in den Ausschreibungsunterlagen erfolgen.
Durch eine vorbehaltlose Offerte und deren Annahme wird der Verweis der Aus-
schreibung zum Vertragsbestandteil.

46 Durch eine Verweisung wird die SIA-Norm 118 global übernommen, d. h., eine oder
beide Parteien befassen sich nicht im Detail mit dem Inhalt dieser Vertragsbedingun-
gen, er liegt ihr im Wortlaut nicht vor oder sie kennt ihn nicht. Die Globalübernahme
wird bei einer Verweisung vermutet.

c) Stillschweigend

47 AVB können durch stillschweigende Verweisung übernommen werden. Für
eine stillschweigende Übernahme spricht allenfalls der Umstand, dass die beiden Par-
teien laufend in gleichartigen Vertragsverhältnissen stehen und sich die Abwicklung
der Verträge nach bestimmten AVB richtet (z. B. Zahlungsmodalitäten, Sicherheits-
leistungen und Mängelrechte nach SIA-Norm 118).

48 Ist streitig, ob die SIA-Norm 118 in den Vertrag übernommen wurde, muss dies durch
Auslegung des Vertrags ermittelt werden. Verweist jede Partei in der Ausschreibung
und im Angebot auf eigene, den Bedingungen der anderen Partei widersprechende
Bedingungen oder lehnt die eine Partei strikte die Übernahme der Bedingungen der
anderen Partei ab, vertritt ein Teil der Lehrmeinung die Auffassung, dass die sich wi-
dersprechenden Bestimmungen in keinem Fall gelten. Eine andere Auffassung
geht – nach der Theorie des letzten Wortes – dahin, dass diejenige Partei, die sich
vorbehaltlos auf die Vertragsabwicklung einlässt, die Bedingungen der anderen ak-
zeptiert. Kontrovers ist die Frage, ob bei sich widersprechenden Bedingungen die üb-
rigen Bedingungen gültig bleiben oder alle Bedingungen bzw. möglicherweise sogar
der ganze Vertrag ungültig ist.²⁶

²⁵ Dazu ausführlich: BGE 148 III 57.

²⁶ Dazu: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1130 ff.

d) Beweis

Diejenige Vertragspartei, die aus einer Bestimmung Rechte ableitet, hat zu beweisen, dass diese Bestimmung in den Vertrag übernommen wurde (Art. 8 ZGB). Beruft sich eine Partei auf einen vom Wortlaut der übernommenen SIA-Norm 118 abweichenden Willen oder auf eine abweichende Individualvereinbarung, trägt sie die Beweislast für den Bestand und den Inhalt des vom Wortlaut abweichenden Willens oder der abweichenden Individualvereinbarung. 49

Ein Vorbehalt der Schriftform für Vertragsänderungen in global übernommenen AVB bewirkt die Vermutung, wonach die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen (Art. 16 Abs. 1 OR). Die Beweislast für die Formabrede obliegt derjenigen Partei, die das Zustandekommen einer Vertragsänderung wegen Nichteinhaltung der vorbehaltenen Form bestreitet. Behauptet eine Partei, dass die Formabrede durch nachträgliche Vereinbarung aufgehoben worden sei, trägt sie die Beweislast für die nachträgliche Vereinbarung. 50

4. Inhaltsbestimmungen

a) Auslegung

AVB sind als Bestandteil des Einzelvertrags individuell, d. h. anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls, auszulegen. Zur Auslegung ist auch der Umstand, dass vorgeformte Bedingungen im Hinblick auf eine Vielzahl von Verträgen erstellt wurden, zu berücksichtigen. Werden in AVB Gesetzesbestimmungen wiederholt, werden diese i. d. R. im Sinne des Gesetzes ausgelegt. 51

Ziel der Vertragsauslegung ist in erster Linie die Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben. Lässt sich dieser nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen, ist durch objektivierte Auslegung jener Vertragswille zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben. Dabei ist als Vertragswille anzusehen, was vernünftige und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte und ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt haben und folglich gewollt haben würden. Dazu werden in erster Linie der von den Parteien verwendete Wortlaut und in zweiter Linie (ergänzend) die Begleitumstände und die Entstehungsgeschichte des Vertragsabschlusses, einschliesslich der Vertragsverhandlungen, verwendet. Auch das Verhalten der Parteien nach Vertragsabschluss kann als Indiz für den Parteiwillen gelten. 52

b) Ungewöhnlichkeitsregel

Ist eine AVB global übernommen worden, schützt die Praxis mit der Ungewöhnlichkeitsregel diejenige Partei, die keine Möglichkeit hatte, sich in zumutbarer 53

Weise Kenntnis vom Inhalt der vorformulierten Bedingungen zu verschaffen (BGE 109 II 452 ff., wonach Art. 154 Abs. 3 und Art. 155 Abs. 1 SIA-Norm 118 für branchenfremde «einmalige» Bauherren ungewöhnlich und daher nicht verbindlich sind).

- 54 Die Geltung vorformulierter AVB wird durch die Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt. Danach sind von der global erklärten Zustimmung zur AVB alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist. Der Verwender der SIA-Norm 118 muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt. Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus Sicht des Zustimmungenden zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Die Beurteilung erfolgt bezogen auf den Einzelfall. Die fragliche Klausel muss zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Mass aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren.²⁷
- 55 Stehen sich geschäfts- und branchenkundige Parteien gegenüber oder erwecken sie zumindest diesen Anschein (z. B. als Immobilien AG), können sie sich nicht auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen.²⁸ Ausnahmsweise können sich auch branchenerfahrene Vertragspartner auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen, wenn eine Klausel aufgrund ihres Inhalts, ihrer Platzierung oder der vorhergehenden Vertragsverhandlungen als ungewöhnlich erscheint.²⁹
- 56 Verwendet der Bauherr, allenfalls vertreten durch die Bauleitung, AVB, indem er sie in der Ausschreibung oder im Werkvertrag dem Unternehmer vorgibt, kann er sich nicht auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen. Ist er durch die Bauleitung vertreten oder durch eine fachkundige Hilfsperson beraten, wird ihm die Fachkunde angerechnet. Es fehlt an der vorausgesetzten Unerfahrenheit des Bauherrn. Verwendet ein unerfahrener Bauherr die SIA-Norm 118 oder eine andere AVB, ohne dass er fachkundig beraten oder vertreten ist, kann der Unternehmer darauf vertrauen, dass der Bauherr den Inhalt der AVB kennt und versteht. Die Berufung auf die Ungewöhnlichkeitsregel durch den Bauherrn ist in diesem Fall widersprüchliches Verhalten (*venire contra factum proprium*) und damit rechtsmissbräuchlich. Zum gleichen Ergebnis führt die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Ungewöhnlichkeitsregel.³⁰ Danach ist eine AVB-Klausel ungewöhnlich, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens muss die zustimmende Partei branchenunerfahren sein und zweitens die Klausel einen ob-

²⁷ BGE 135 III 7; BGE 148 III 57.

²⁸ HGer ZH vom 29.5.1985, in: ZR 84/1985 Nr. 103 S. 253 ff.; BR/DC 3/1986-SCHWAGER, S. 62 Nr. (86).

²⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1142.

³⁰ BGE 119 II 443 ff.

ktiv geschäftsfremden Inhalt aufweisen.³¹ Gibt der Bauherr eigene AVB für den Werkvertrag dem Unternehmer vor (z. B. in Form von Änderungen und Ergänzungen zur SIA-Norm 118, ist der Unternehmer die zustimmende Partei.

c) Unklarheitsregel

Nach der Unklarheitsregel ist bei einer von einer Vertragspartei verfassten unklaren Bestimmung diejenige Bedeutung vorzuziehen, die für den Verfasser der auszulegenden Bestimmung die ungünstigere ist.³² Der Bauherr gilt auch dann als Verfasser, wenn die unklare Vertragsbestimmung durch seine Hilfsperson (z. B. den Architekten) verfasst wurde. Die Unklarheitsregel kommt nur subsidiär zur Anwendung, wenn sämtliche übrigen Auslegungsmittel versagen.³³ 57

Die SIA-Norm 118 ist weder vom Bauherrn noch vom Unternehmer verfasst worden, sondern von einer paritätisch aus Vertretern von Bauherren, Unternehmern, Planern und deren Verbänden zusammengesetzten Kommission und wird vom SIA herausgegeben. Weil die Bestimmungen der SIA-Norm 118 nicht einseitig von einer Partei verfasst worden sind, kann die Unklarheitsregel nicht angewendet werden. 58

Hingegen kommt die Unklarheitsregel dann zur Anwendung, wenn eine Partei sog. Änderungen und Ergänzungen zur SIA-Norm 118 in Form von AVB anwendet und diese als Vertragsbestandteil vereinbart. Die Unklarheitsregel gilt auch für den Inhalt aller Vertragsbestandteile, die vom Bauherrn oder seinem Architekten oder Ingenieur verfasst worden sind. Dazu zählen insbesondere die sog. «objektspezifischen Bedingungen» und die individuell verfassten Positionen des Leistungsverzeichnisses LV (sog. «R»-Positionen). 59

d) Rangordnungs- und Widerspruchsregeln

Bau-Werkverträge enthalten meist viele Bestimmungen und eine grössere Zahl umfangreicher Vertragsbestandteile. Es ist zwar eine weitverbreitete Unsitte, in Ausschreibungen und Verträgen alles Mögliche (und Unmögliche) zum Vertragsbestandteil zu erklären in der Meinung, je mehr geregelt sei, desto besser. Bewirkt wird jedoch damit meist das Gegenteil, nämlich dass der Vertrag unstrukturiert, unklar und unübersichtlich wird. Man versucht, sich dabei mit Rangordnungs- und Widerspruchsregeln zu helfen, und verkennt, dass solche Regeln einen unstrukturierten, unklaren und widersprüchlichen Vertrag nicht besser machen. 60

³¹ HUGUENIN-OR AT/BT, Rz. 619 ff.

³² GAUCH-Werkvertrag, Rz. 202 f.; BGE 124 III 155/158.

³³ BGE 148 III 57.

- 61 Auszugehen ist bei widersprüchlichen Vertragsbestimmungen vom Grundsatz, dass sie mindestens im Umfang ihres Widerspruchs unverbindlich sind. Widerspruchs- und Rangordnungsregeln des Vertrags legen fest, welcher Vertragsbestandteil bei Widersprüchen gilt bzw. welchem Vertragsbestandteil ein höherer Rang zukommt. Rangordnungs- und Widerspruchsregeln sind zweckmässig für die Vertragsbestandteile, welche die Leistung des Unternehmers umschreiben, z. B. für das LV, die Baubeschreibung und die Pläne. Widerspruchsregeln für reine Vertragsbestimmungen, wie die Vertragsurkunde, Allgemeine Vertragsbedingungen und Besondere Bestimmungen, können zur ungewollten Wirkung führen, dass bestimmte Vertragsinhalte verändert oder aufgehoben werden und das Ziel, aus dem unübersichtlichen Vertragskonglomerat einen strukturierten Vertrag zu machen, verfehlt wird.
- 62 Bei einem gut strukturierten Bau-Werkvertrag müssen sich die Vertragsparteien jederzeit im Klaren sein über: erstens die Vertragsparteien, zweitens die Leistung des Unternehmers, drittens die Vergütung und viertens die Termine.

D. Internationales Bauvertragsrecht

1. Internationaler Vertrag

- 63 Ein internationaler Vertrag liegt vor, wenn bspw. die eine oder beide Parteien ihren Sitz im Ausland haben oder das Werk im Ausland hergestellt wird. Dann regelt das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) die Frage, ob in der Schweiz schweizerisches oder ausländisches Recht zur Anwendung gelangt. Das IPRG ist innerstaatliches schweizerisches Recht und kommt zur Anwendung, wenn schweizerische Gerichte oder Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz diese Fragen zu entscheiden haben.
- 64 Das internationale Privatrecht lässt eine weitgehende vertragliche Vereinbarung über die Wahl des anwendbaren Rechts und des Gerichtsstands zu.

2. Wiener Kaufrecht

- 65 Liegt ein Kauf- oder Werklieferungsvertrag (nicht aber ein schlichter Bau-Werkvertrag) mit einem internationalen Sachverhalt vor, ist die Anwendung des Wiener Kaufrechts (UN-Kaufrecht, CISG) zu prüfen, denn die Schweiz ist Vertragsstaat dieses internationalen Abkommens.
- 66 Das Wiener Kaufrecht gilt, wenn Verkäufer und Käufer ihre Niederlassungen in verschiedenen Vertragsstaaten haben oder wenn das internationale Privatrecht des Forumsstaates (Gerichtsstand) zur Anwendung des CISG führt.
- 67 Bei einem schlichten Bau-Werkvertrag, der ausschliesslich Bauleistungen zum Gegenstand hat, kommt das Wiener Kaufrecht nicht zur Anwendung.

Das Wiener Kaufrecht ist dispositives Recht, d. h., in den Verträgen kann es wegbedungen oder geändert werden. 68

3. *Lugano-Übereinkommen*

Das Lugano-Übereinkommen (LugÜ) regelt die Zuständigkeit und Anerkennung sowie die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handels- 69
sachen. Es legt die internationale Zuständigkeit der Gerichte in den Vertragsstaaten fest und gewährleistet, dass die in einem Vertragsstaat gefällten Entscheide in den übrigen Vertragsstaaten anerkannt und vollstreckt werden können. In der seit dem 1. Januar 2011 in Kraft getretenen, revidierten Fassung wird der räumliche Geltungsbereich des LugÜ auf die neuen EU-Staaten ausgeweitet und damit die Rechtssicherheit massgeblich verbessert. Nach dem revidierten LugÜ richtet sich bei Werkverträgen und Werklieferungsverträgen der Gerichtsstand nach dem Erfüllungsort (Art. 5 Nr. 1 lit. b LugÜ).

4. *Internationale Standardverträge*

In den kontinentaleuropäischen Ländern, insbesondere im deutschsprachigen 70
Raum, werden Bau-Werkverträge auf der Grundlage der landesspezifischen AVB verfasst. Unterschiedlich ist die Vertragsfreiheit, den Inhalt der AVB zu gestalten. Während in der Schweiz sehr grosse Vertragsfreiheit herrscht, ist die Freiheit in Deutschland durch das Gesetz³⁴ stark eingeschränkt.

In Deutschland ist die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B 71
(VOB/B) eine Allgemeine Geschäftsbedingung mit ausgewogenem Gesamthalt. Die österreichischen ÖNORMEN³⁵ gelten nur als Vertragsbestandteile, wenn sie von den Parteien vereinbart wurden. Die ÖNORM B 211 enthält allgemeine Bestimmungen für Bau-Werkverträge.

Im angelsächsischen Sprachraum herrscht eine ganz andere Vertragskultur. In diesen 72
Ländern gibt es keine Zivilrechtsgesetze, die für Verträge zwingende oder dispositive Regelungen enthalten. Werkverträge angelsächsischen Rechts basieren auf umfangreichen Vertragsbedingungen, z. B. auf den ICE Conditions of Contract (Institution of Civil Engineers) oder der FIDIC Form of Contract (Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils). Werkverträge auf der Grundlage des angelsächsischen Common Law sind viel detaillierter und umfangreicher, weil gesetzliche Bestimmungen zum allgemeinen Vertragsrecht im Gegensatz zum kontinentaleuropäischen Rechtssystem fehlen.

³⁴ §§ 305 ff. BGB; siehe z. B. HOFMANN/FRIKELL/SCHWAMB.

³⁵ ÖNORMEN werden herausgegeben vom «Austrian Standards Institute» (ASI), früher: Normungsinstitut.

III. SIA-Norm 118

A. Anwendungsbereich

1. *Werkverträge für Bauarbeiten*

73 Gemäss ihrem Titel enthält die SIA-Norm 118 «Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten». Das sind AVB für Bau-Werkverträge. Bauarbeiten i. S. der SIA-Norm 118 sind namentlich Bauleistungen des Bauhauptgewerbes (Hochbau, Tiefbau, Strassenbau und Untertagbau), des Baunebengewerbes, des Ausbaus und der Zulieferung. Die SIA-Norm 118 ist konzipiert als AVB für sämtliche Werkverträge im Zusammenhang mit der Erstellung eines Bauwerks oder eines Teils davon.

74 Die SIA-Norm 118 wird als AVB vom SIA im Rahmen der aus den verschiedenen Interessenvertretungen zusammengesetzten Kommission erarbeitet, in einem festgeschriebenen Verfahren durch verschiedene Instanzen des SIA genehmigt und schliesslich «in Kraft gesetzt». Das bedeutet, dass der SIA die Norm zur Verwendung unter den Vertragsparteien freigibt. Die SIA-Norm 118 hat dadurch weder Gesetzes- noch Verordnungskraft und gilt auch nicht als Verkehrs- oder Branchenübung,³⁶ jedoch als den Gerichten und baurechtlich tätigen Anwälten bekannte Tatsache.³⁷

2. *Verträge mit Einzelleistungsträgern*

75 Die SIA-Norm 118 ist zugeschnitten auf die Organisationsform mit Einzelleistungsträgern. Hier schliesst der Bauherr mit allen an der Bauausführung beteiligten Unternehmern direkt einzelne Bau-Werkverträge ab. Als Nebenunternehmer (Art. 30) arbeiten sie nacheinander oder nebeneinander für die Ausführung eines Bauwerks.

76 Der Generalunternehmer (GU) übernimmt die gesamte Ausführung eines Bauwerks, i. d. R. einschliesslich der erforderlichen Ausführungsplanung. Der Totalunternehmer (TU) übernimmt zusätzlich noch die Planung und Projektierung vor der eigentlichen Ausführungsplanung. Die Abgrenzung zwischen TU und GU ist fließend und nicht einheitlich. In rechtlicher Hinsicht ist die Bezeichnung («TU» oder «GU») nicht entscheidend, sondern der Vertragsinhalt.³⁸

77 Bei der überwiegenden Zahl der GU- oder TU-Verträge ist die SIA-Norm 118 Bestandteil, wenn auch oft in abgeänderter Form. So verwendet die KBOB für ihre GU- oder TU-Vertragsvorlagen die SIA-Norm 118 zusammen mit Allgemeinen Vertragsbedingungen für GU- bzw. TU-Leistungen³⁹.

³⁶ BGer 4A_393/2007 vom 3.12.2007 E. 2.1, in: BR/DC 2/2008 S. 67 Nr. (126).

³⁷ ZR 116/2017 S. 118 E. 5.4.

³⁸ ZK-OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 Rz. 231 und 241; BGE 131 III 219.

³⁹ Z. B. KBOB-Dokument Nr. 38, Version 2020, Generalunternehmervertrag (Hochbau).

3. *Subunternehmerverträge*

In Subunternehmerverträgen wird der Hauptunternehmer zum Besteller und Bauherrn, der Subunternehmer zum Unternehmer des Werkvertrags (Art. 2). Wichtig ist bei Subunternehmerverträgen, dass sie inhaltlich und in Bezug auf AVB auf die Bau-Werkverträge der höheren Stufe abgestimmt werden. Besonders zu beachten sind die Leistungsbeschreibungen, die Zahlungsmodalitäten, die Termine sowie der Beginn der Fristen für die Mängelhaftung. 78

4. *Keine Anwendung auf Planerverträge*

Das Bundesgericht hat in neueren Entscheiden seine Rechtsprechung bestätigt, dass der Gesamtvertrag eines Planers ein aus Auftrag und Werkvertrag gemischter Vertrag ist.⁴⁰ Seit dem Grundsatzentscheid (BGE 109 II 462) hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung dahingehend präzisiert, dass alle Leistungen, bei denen ein mess- und objektivierbarer Erfolg geschuldet ist, dem Werkvertragsrecht unterstehen. Nach einem neuesten Entscheid fällt der Kostenvoranschlag unter das Auftragsrecht.⁴¹ 79

Auf den Planervertrag zwischen dem Bauherrn und dem Architekten oder Ingenieur ist die SIA-Norm 118 nicht anwendbar. Obwohl die SIA-Norm 118 verschiedenste Rechte, Pflichten und Obliegenheiten der Bauleitung enthält, ergibt es keinen Sinn, sie zum Vertragsbestandteil der Planerverträge zu erklären. Denn die SIA-Norm 118 ist als Grundlage für Werkverträge zur Herstellung eines fertig geplanten Bauwerks konzipiert und nicht im Hinblick auf die Planung eines erst noch zu bestimmenden Projekts. Die Bestimmungen der SIA-Norm 118 zur Vollmacht der Bauleitung bezwecken, dem Unternehmer diese Vollmacht kundzugeben.⁴² Ein praktisches Problem ergibt sich daraus, dass die Regelungen der SIA-Ordnungen in den Planerverträgen zur Vertretungskompetenz des Planers (Bauleiters) für den Bauherrn sich nicht mit den entsprechenden Bestimmungen der SIA-Norm 118 für die Bauleitung decken.⁴³ So hat das Bundesgericht die umfassende Befugnis des Bauleiters zur Vertretung des Bauherrn gegenüber dem Unternehmer als ungewöhnlich und für einen branchenunkundigen Bauherrn nicht anwendbar erklärt (BGE 109 II 452). 80

Der Planer kann zum Unternehmer (i. d. R. GU) werden, wenn er sich gegenüber dem Bauherrn verpflichtet, die Bauarbeiten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ausführen zu lassen. Auf solche Bau-Werkverträge ist die SIA-Norm 118 anwendbar. 81

⁴⁰ BGer 4A_89/2017 vom 2.10.2017.

⁴¹ BGer 4A_252/2010 vom 25.11.2010; im Gegensatz zu BGE 134 III 361 (4A_358/207 vom 27.3.2008), wo der Kostenvorschlag als auftragsrechtliche Tätigkeit behandelt wurde.

⁴² GAUCH-Werkvertrag, Rz. 297.

⁴³ SIA 102, 103 und 108 Art. 1.3.3; SIA-Norm 118 Art. 33.

B. Inhalt

1. Abschlussbestimmungen

82 Die Abschlussbestimmungen regeln das Zustandekommen des Bau-Werkvertrags.⁴⁴ Sie werden für beide Parteien verbindlich, wenn der Bauherr in der Ausschreibung bekannt gibt, dass die SIA-Norm 118 anwendbar ist, und der Unternehmer mit dem vorbehaltlosen Einreichen seines Angebots sein Einverständnis mit diesen Abschlussbestimmungen erklärt.

83 Einzelne Abschlussbestimmungen sind zugleich Kundgabebestimmungen. So z.B. wenn der Bauherr dem Unternehmer die Vollmacht der Bauleitung zum Abschluss des Vertrags mitteilt (Art. 3 Abs. 3).

2. Inhaltsbestimmungen

84 Der überwiegende Teil der SIA-Norm 118 besteht aus Inhaltsbestimmungen. Sie regeln die Rechte, Pflichten und Obliegenheiten der Vertragsparteien, soweit sie die SIA-Norm 118 als Vertragsbestandteil vereinbart haben. Die Inhaltsbestimmungen bilden ein ausgewogenes System, das gegenüber der gesetzlichen Regelung des Werkvertrags einmal den Bauherrn, ein anderes Mal den Unternehmer besserstellt. Indem die Inhaltsbestimmungen der SIA-Norm 118 spezifisch auf die Ausführung eines Bauwerks ausgerichtet sind, regeln sie das Vertragsverhältnis zwischen Bauherr und Unternehmer umfassend und praxisbezogen. Die manchmal gehörte Kritik, die SIA-Norm 118 bevorzuge eine Partei des Bau-Werkvertrags, je nach Standpunkt den Unternehmer oder den Bauherrn, ist falsch.

85 Häufig verfassen Bauherren individuelle Ergänzungen und Änderungen zur SIA-Norm 118. Sie greifen damit punktuell in ein geschlossenes System von Vertragsbestimmungen ein, oft ohne die Auswirkungen in ihrer Gesamtheit zu erfassen. Nach der Unklarheitsregel sind solche Änderungen zuungunsten der verfassenden Partei auszulegen (siehe N 57 ff.).

3. Hinweisbestimmungen

86 Eine dritte Kategorie von Bestimmungen der SIA-Norm 118 hat lediglich erläuternden oder hinweisenden Charakter. Blosser Hinweisbestimmungen werden nicht Vertragsbestandteil.⁴⁵ Sie dienen der Erläuterung möglicher Vereinbarungen.⁴⁶

⁴⁴ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 295.

⁴⁵ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 289.

⁴⁶ Beispiel einer Hinweisbestimmung: «Für die Vergütungen der Leistungen des Unternehmers sollen nach Möglichkeit entweder Einheitspreise, Globalpreise oder Pauschalpreise vereinbart werden» (Art. 38 Abs. 1).

4. *Auslegung*

Die von den Parteien übernommenen Bestimmungen der SIA-Norm 118 sind nach den allgemeinen Regeln individuell auszulegen. Daher ist immer zuerst der mutmasslich geäusserte, übereinstimmende Wille der Parteien anhand der Umstände des Vertragsabschlusses zu ermitteln. Ergeben sich aus den Vertragsverhandlungen oder dem Verhalten der Parteien, vor und nach Vertragsabschluss, keine genügenden Anhaltspunkte, greifen die Regeln über die Auslegung von AVB (siehe N 51 ff.). 87

IV. **Beweis**

A. **Bedeutung**

Unter Beweis versteht man das Beibringen der Gründe für die Wahrheit bzw. Unwahrheit einer behaupteten Tatsache. Der Erfolg eines Zivilprozesses hängt weitgehend davon ab, ob es gelingt, die anspruchsbegründenden Tatsachen zu beweisen. Deshalb sind Überlegungen zu Beweisfragen immer in die Beurteilung der eigenen Rechtslage und derjenigen der Gegenpartei einzubeziehen. Daraus ergeben sich die Chancen und Risiken einer Rechtsposition, sei es im Hinblick auf Verhandlungen oder auf einen Prozess. 88

B. **Gesetzliche Beweisregel**

Das Gesetz regelt die Beweislast. Der Grundsatz steht in Art. 8 ZGB: «Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.» 89

Ausnahmen von dieser Beweislastverteilung sind in verschiedenen Bestimmungen des Vertragsrechts enthalten. So wird bei einer Vertragsverletzung das Verschulden des Verletzers vermutet und ihm der Entlastungsbeweis (Exkulpationsbeweis) auferlegt.⁴⁷ Diese Umkehr der Beweislast gilt auch für den Ersatz des Mangelfolgeschadens, wo das Verschulden des Unternehmers vermutet wird.⁴⁸ 90

C. **Vertragliche Beweisregel**

Nach h. L. und Rspr. sind vertragliche Beweislastregeln zulässig.⁴⁹ Beweisregeln können im Werkvertrag individuell vereinbart werden. 91

⁴⁷ Art. 97 Abs. 1 OR.

⁴⁸ Art. 368 OR; GAUCH-Werkvertrag, Rz. 1891.

⁴⁹ BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8 Rz. 91.

- 92 Die SIA-Norm 118 enthält Beweisregeln, die von den gesetzlichen abweichen. Für die Frage, ob eine Beweisregel der SIA-Norm 118 gültig ist, gelten die allgemeinen Grundsätze zur Gültigkeit von AVB-Bestimmungen, insbesondere die Notwendigkeit der Übernahme in den Vertrag, die Ungewöhnlichkeitsregel und die Bestimmungen über den unlauteren Wettbewerb.⁵⁰
- 93 Eine bedeutende Abweichung von der gesetzlichen Beweislast enthält Art. 174 Abs. 3, wonach die Beweislast beim Unternehmer liegt, wenn streitig ist, ob ein behaupteter Mangel wirklich eine Vertragsabweichung darstellt. Die Rechtsprechung hat Art. 174 Abs. 3 als zulässig beurteilt.⁵¹
- 94 Die Grenze vertraglicher Abreden über die Beweislast liegt im Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung⁵² sowie im Verbot, in vorformulierten AVB in irreführender Weise von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abzuweichen.⁵³

D. Tatsächliche (natürliche) Vermutung

- 95 Eine tatsächliche Vermutung (auch natürliche Vermutung genannt) knüpft an die Lebenserfahrung an und schliesst auf einen nicht direkt bewiesenen Sachumstand. Der Beweisbelastete wird zwar nicht von der Beweislast befreit, jedoch genügt es, wenn er die für die Vermutung benötigten Indizien darlegt. Als tatsächliche (natürliche) Vermutung gilt die Richtigkeit der von der Bauleitung unterzeichneten Regierapporte bezüglich des darin ausgewiesenen Aufwands.⁵⁴

E. Wahrscheinlichkeitsbeweis

- 96 Als Ausnahme von der strikten Beweislast sieht das Gesetz im Schadenersatzrecht für nicht ziffernmässig nachweisbaren Schaden den sog. Wahrscheinlichkeitsbeweis (Art. 42 Abs. 2 OR) vor. Ein Teil der Lehre hält dafür, den Wahrscheinlichkeitsbeweis grosszügig auf Vergütungsansprüche des Unternehmers auf Mehraufwendungen, insbesondere infolge von Bauablaufstörungen, anzuwenden.⁵⁵ Der Wahrscheinlichkeitsbeweis als Ausnahme vom strikten Beweis setzt voraus, dass ein Beweis des Schadens nicht möglich oder unzumutbar ist (sog. Beweisnot). Für Mehrvergütungsansprüche des Unternehmers aus Leistungsänderungen, insbesonde-

⁵⁰ Art. 8 UWG.

⁵¹ KGer SG vom 12.8.1992, in: GVP SG 1992 Nr. 19.

⁵² Art. 27 ZGB.

⁵³ BR/DC 3/1987-GAUCH, S. 57 ff.

⁵⁴ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 1022.

⁵⁵ Gauchs Welt-HÜRLIMANN, S. 815 ff.; SPIESS, Bauablaufstörungen, S. 116 ff.

re Beststellungsänderungen, oder aus Leistungsstörungen ist der Wahrscheinlichkeitsbeweis grundsätzlich nicht anwendbar für den Beweis der Anspruchsgrundlage.⁵⁶

Steht dem Grundsatz nach fest, dass der Unternehmer Anspruch auf eine Vergütung hat, ist jedoch die Höhe (das Quantitativ) des Anspruchs nicht oder nur mit grossen Schwierigkeiten nachweisbar, kann ein Wahrscheinlichkeitsbeweis geführt werden (Art. 42 Abs. 2 OR).⁵⁷ Der Wahrscheinlichkeitsbeweis setzt voraus, dass in der Sache ein strikter Beweis (Art. 8 ZGB) nicht möglich oder unzumutbar ist. Eine Beweisnot liegt jedoch nicht schon dann vor, wenn dem Unternehmer im Einzelfall bloss die Beweismittel fehlen. Der Wahrscheinlichkeitsbeweis enthebt den Unternehmer nicht von der Pflicht, alle Tatsachen und Anhaltspunkte für die Entstehung des Vergütungsanspruchs und die geforderte Höhe der Vergütung anzugeben und die möglichen Beweise anzubieten. Nur wenn es dem Unternehmer nicht zuzumuten ist oder es unmöglich erscheint, die wesentlichen Beweise vorzulegen, kann die Möglichkeit des Wahrscheinlichkeitsbeweises ausnahmsweise genutzt werden.⁵⁸

F. Behauptungslast (Substanziierung)

Im Prozess ist die Tendenz der Gerichte festzustellen, an die Behauptung (Substanziierung) der Tatsachen für das massgebende Beweisthema übertrieben hohe Anforderungen zu stellen. Eine Tatsachenbehauptung ist so konkret zu formulieren, dass die Gegenpartei sie (ebenfalls) substanziert bestreiten oder den Gegenbeweis antreten kann.⁵⁹ Zu den Tatsachenbehauptungen gehört z. B. auch die Auffassung einer Partei, wie eine Vertragsbestimmung auszulegen sei. So hat z. B. der Unternehmer, der eine Nachtragsforderung aus einer einseitigen Beststellungsänderung des Bauherrn geltend macht, Folgendes zu behaupten (und dann zu beweisen): dass die entsprechenden Bestimmungen der SIA-Norm 118 anwendbar sind, sodann die Tatsachen, aus denen sich die Weisung des Bauherrn für eine vom Vertrag abweichende Leistung ergibt. Schliesslich hat er zu beweisen, wie sich daraus veränderte Mengen und in welchem Ausmass ergeben sowie welche Position des LV mit zutreffender oder ähnlicher Leistungsbeschreibung anwendbar ist und wie die Höhe der Vergütung zu bemessen ist und sich das Quantitativ der Vergütung bestimmt.

⁵⁶ BGE 122 III 219, 221.

⁵⁷ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 786 f.; HGer ZH vom 8.4.2008, in: ZR 108 (4/2009) Nr. 31 betreffend Überschreitung des Kostenvoranschlags.

⁵⁸ BGE 122 III 219, 221.

⁵⁹ BGE 136 III 328.

G. Gutachten

- 99 Ein Parteigutachten genügt der Behauptungsobliegenheit nicht.⁶⁰
- 100 Gutachten eignen sich hauptsächlich zur Beweissicherung, insbesondere bei strittigen Mängeln. Verbindlichkeit für den Prozess erlangt nur ein von beiden Parteien vereinbartes Schiedsgutachten.⁶¹ Die Vereinbarung über das Schiedsgutachten bedarf zu ihrer Gültigkeit der Schriftform. Das Schiedsgutachten darf sich nur zu (strittigen) Tatsachen, nicht aber zu Rechtsfragen äussern. Rechtsfragen zu beurteilen, ist Sache des zuständigen Gerichts oder Schiedsgerichts.
- 101 Parteigutachten oder im Zuge einer vorsorglichen Beweisabnahme erstellte Gutachten haben nur so weit Verbindlichkeit, als nicht eine Partei die Feststellungen des Gutachters widerlegen kann. Eine vorsorgliche Beweisführung⁶² ist immer dann angezeigt, wenn Beweismittel gefährdet sind und eine Partei ein schutzwürdiges Interesse an deren Sicherstellung hat. Deshalb sind an die Glaubhaftmachung der Gefährdung eines Beweises oder des schutzwürdigen Interesses einer Partei keine hohen Anforderungen zu stellen.⁶³

H. Dokumentation

- 102 Angesichts der hohen Anforderungen an die Behauptungslast und an den Beweis kommt der Dokumentation der Bauarbeiten auf der Baustelle immer grössere Bedeutung zu. Die moderne Technologie mit digitalen Kameras, die Zeit und allenfalls Ort mit jeder Aufnahme aufzeichnen, und mobile Computer und Tablets können hervorragend zur Beweissicherung eingesetzt werden. So können Bauzustände dokumentiert und im Streitfall die erforderlichen Tatsachenbehauptungen angebracht und dazu die Beweise erbracht werden. Besonders wertvolle Dienste können konsequente Dokumentationen leisten zum Beweis von Nachtragsforderungen und zum Gegenbeweis bei behaupteten Mängeln.

⁶⁰ HGer SG HG.2009.190 vom 25.5.2011 E. 8.5 c).

⁶¹ Art. 189 ZPO.

⁶² Art. 158 ZPO.

⁶³ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 1521.

Präambel

Die Norm SIA 118 (1977/1991) wurde vom Schweizerischen Ingenieur- und Architektenverein unter Mitwirkung

- des Schweizerischen Baumeisterverbandes,
- des Schweizerischen Gewerbeverbandes,
- der Schweizerischen Zentralstelle für Stahlbau,
- der Vereinigung Schweizerischer Strassenfachleute,
- öffentlicher Bauherrschaften, insbesondere der Schweizerischen Baudirektoren-Konferenz, erarbeitet.

Sie wurde von 2006 bis 2012 vom Schweizerischen Ingenieur- und Architektenverein überarbeitet unter Mitwirkung

- des Schweizerischen Baumeisterverbandes SBV,
- des Schweizerischen Gewerbeverbandes SGV,
- des Stahlbau Zentrums Schweiz SZS,
- des Schweizerischen Verbandes der Strassen- und Verkehrsfachleute VSS,
- der SBB AG,
- der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren KBOB,
- der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz BPUK,
- der Interessengemeinschaft privater, professioneller Bauherren IPB,
- des Verbandes Schweizerischer Generalunternehmer VSGU.

Inhalt und Zweck der Norm

Die Norm enthält Regeln betreffend Abschluss, Inhalt und Abwicklung von Verträgen über Bauarbeiten. Sie klärt die in diesen Verträgen gebräuchlichen Begriffe, bietet eine Übersicht über die einschlägigen Rechtsfragen und zeigt, gestützt auf praktische Erfahrung, wie diese gelöst werden können, in angemessener Berücksichtigung der beidseitigen Interessen. Soweit die Norm Rechte und Pflichten der Vertragsparteien umschreibt, wird sie dadurch rechtsverbindlich, dass die Parteien sie als Bestandteil ihres Vertrages bezeichnen. Regeln, die schon von Gesetzes wegen gelten, sind in der Norm durch Hinweise auf die anzuwendenden Gesetzesbestimmungen gekennzeichnet.

Die Norm soll den Abschluss und die Gestaltung der Verträge erleichtern. Auch soll sie bewirken, dass im Bauwesen möglichst einheitliche Vertragsbedingungen verwendet werden. Dadurch trägt sie zur Förderung des wirtschaftlichen Bauens bei.

Die Norm ist für alle Bauarbeiten anwendbar. Technische Bestimmungen für die Ausführung der Bauwerke werden durch Normen der Fachverbände festgelegt.

Die wesentlichsten Änderungen gegenüber der Norm SIA 118 (1977/1991)

- Viele sprachliche Anpassungen (z. B. «Rückbau» statt «Abbruch», «separat» statt «besonders» usw.),
- Klarstellungen hinsichtlich des öffentlichen Vergaberechts,
- das Mengennachweisverfahren wurde als «Leitverfahren» bei Preisänderungen durch die indextierten Verfahren abgelöst. Die Art. 69–82 wurden daher gestrichen (die Nummerierung wurde jedoch belassen),
- die Norm verwendet konsequent den Begriff «Rügefrist» statt «Garantiefrist». Damit wurde tatsächlich nur die Fussnote aus dem Jahr 1991 in den Text eingefügt,
- wenn nichts anderes vereinbart ist, so gilt bei einer Preisangabe die MWST als nicht eingerechnet (eine eigentliche Usanz im Baugewerbe, die jedoch bislang nicht klar definiert war),
- Gerichtsstandsregeln gemäss neuer Zivilprozessordnung,
- Klarstellung, dass Prüfungs- und Belastungsproben nicht als Abnahme gelten, sofern dies nicht vereinbart ist,
- die Rückbehaltshöhen (5 % und 10 %) wurden in der Summe an die Teuerung seit 1977 angepasst.

Préambule

La norme SIA 118 (1977/1991) a été établie par la Société suisse des ingénieurs et des architectes avec le concours

- de la Société suisse des entrepreneurs;
- de l'Union suisse des arts et métiers;
- de la Chambre suisse de la construction métallique;
- de l'Union suisse des professionnels de la route;
- de représentants des maîtres d'ouvrage du secteur public, en particulier de la Conférence suisse des directeurs des travaux publics.

Elle a été mise à jour entre 2006 et 2012 par la Société suisse des ingénieurs et des architectes avec le concours

- de la Société suisse des entrepreneurs SSE;
- de l'Union suisse des arts et métiers USAM;
- du Centre suisse de la construction métallique SZS;
- de l'Union suisse des professionnels de la route VSS;
- de l'Association suisse des propriétaires fonciers HEV;
- des CFF;
- de la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics KBOB;

- de la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement DCPA;
- de la Communauté d'intérêts des maîtres d'ouvrages professionnels privés IPB;
- de l'Association suisse des entrepreneurs généraux ASEG.

Contenu et but de la norme

Cette norme énonce des règles sur la conclusion, le contenu et l'exécution de contrats portant sur des travaux de construction. Elle précise la signification des termes qui y sont couramment employés, offre un aperçu des principaux problèmes juridiques qui s'y posent et indique, sur la base de l'expérience acquise, la solution qui peut leur être donnée en tenant équitablement compte des intérêts en présence. Dans la mesure où elle crée pour les parties des droits et des obligations, cette norme ne les lie que si elles sont expressément convenues de l'intégrer au contrat. Les règles qui découlent directement de la loi sont assorties dans le texte d'un renvoi aux dispositions sur lesquelles elles reposent.

Cette norme a pour but de faciliter la conclusion et l'exécution des contrats. Elle doit en outre favoriser dans la mesure du possible l'application de dispositions contractuelles uniformes dans le secteur de la construction. Elle contribue ainsi à sa rationalisation.

La norme s'applique à tous les travaux de construction. Les prescriptions techniques relatives à l'exécution de ces travaux sont en revanche contenues dans les normes qu'établissent les associations professionnelles.

Modifications principales par rapport à la norme SIA 118 (1977/1991)

- Modifications linguistiques (par ex. «déconstruction» au lieu de «démolition», «articles distincts» au lieu de «articles spéciaux», «descriptif» au lieu de «devis descriptif», «dossier d'appel d'offres» au lieu de «documents de soumission», «description de l'ouvrage» au lieu de «descriptif», «renchérissement» au lieu de «variations de prix», etc.);
- adaptation aux exigences de la loi sur les marchés publics;
- pour le calcul du renchérissement, la méthode d'indexation remplace la méthode des pièces justificatives comme procédé standard. Les articles 69 à 82 sont en conséquence supprimés, mais la numérotation reste inchangée;
- l'expression «délai de dénonciation des défauts» remplace celle de «délai de garantie»;

- sauf convention contraire différente, la TVA n'est pas comprise dans le prix (ceci correspond à l'usage dans la construction, mais n'était pas clairement précisé à ce jour);
- le choix du for juridique a été adapté aux nouvelles dispositions légales;
- précisions sur les essais de charge et autres contrôles: ceux-ci ne se substituent pas à une réception d'ouvrage, sauf convention contraire;
- les montants maximum de la retenue (5 % et 10 %) ont été adaptés au renchérissement depuis 1977.

Prefazione

La norma SIA 118 (1977/1991) è stata elaborata dalla Società svizzera degli ingegneri e degli architetti con la partecipazione

- della Società Svizzera degli Impresari Costruttori;
- dell'Unione Svizzera delle Arti e dei Mestieri;
- della Centrale Svizzera per le Costruzioni in Acciaio;
- dell'Unione dei Professionisti Svizzeri della Strada;
- delle committenze pubbliche, in particolare della Conferenza svizzera dei Direttori dei Dipartimenti delle Costruzioni Pubbliche.

Essa è stata rielaborata tra il 2006 e il 2012 dalla Società svizzera degli ingegneri e degli architetti con la partecipazione

- della Società Svizzera degli Impresari Costruttori SSIC;
- dell'Unione Svizzera delle Arti e dei Mestieri USAM;
- della Centrale Svizzera per le Costruzioni in Acciaio SZS;
- dell'Associazione Svizzera dei professionisti della strada e dei trasporti VSS;
- della Camera ticinese dell'Economia Fondiaria CATEF;
- delle FFS;
- della Conferenza di coordinamento degli organi della costruzione e degli immobili dei committenti pubblici KBOB;
- della Conferenza svizzera dei direttori delle pubbliche costruzioni, della pianificazione del territorio e dell'ambiente DCPA;
- del Consorzio dei committenti privati professionali CCP;
- dell'Associazione Svizzera delle Imprese Generali ASIG.

Contenuto e scopo della norma

La norma comprende i regolamenti che concernono la stipulazione, il contenuto e lo svolgimento di contratti per lavori di costruzione. Essa chiarisce i concetti in uso nei contratti, offre una visione delle questioni giuridiche e mostra, basata su esperienze

pratiche, come esse possano venir risolte nell'opportuna considerazione dei reciproci interessi.

Nella misura in cui la norma definisce diritti e doveri delle parti, essa diventa giuridicamente vincolante in quanto le parti la menzionano quale elemento del loro contratto. Regolamenti che già hanno validità di legge sono segnalati nella norma mediante riferimenti alle disposizioni legali applicabili.

La norma deve facilitare la stipulazione e la stesura dei contratti. Essa deve inoltre favorire nella misura del possibile l'adozione di disposizioni contrattuali uniformi nel settore della costruzione. Pertanto essa contribuisce a promuovere l'economia nella costruzione.

La norma è applicabile a tutti i lavori di costruzione. Le disposizioni tecniche per l'esecuzione delle opere sono fissate dalle norme delle associazioni professionali.

Le principali modifiche rispetto alla Norma SIA 118 (1977/1991)

- Diversi adeguamenti linguistici (p. es. «smontaggio» al posto di «demolizione», «posizioni separate» invece di «posizioni particolari», «elenco delle prestazioni» al posto di «capitolato», «parti» invece di «parti contraenti», «rincarare» al posto di «variazioni di prezzo», ecc.);
- precisazioni riguardo alle commesse pubbliche;
- il procedimento di computo e verifica delle quantità è stato sostituito in quanto «procedimento base» in ambito della variazione dei prezzi con i procedimenti basati su indice. Gli art. 69-82 sono stati di conseguenza abrogati (la numerazione degli articoli è stata comunque mantenuta);
- la Norma utilizza conseguentemente la nozione di «periodo di reclamo dei difetti» invece di «periodo di garanzia», integrando nel testo quanto indicato nella nota a piè di pagina del 1991;
- salvo specifico accordo tra le parti contraenti, nell'indicazione del prezzo, l'IVA non è inclusa (si tratta di una prassi in vigore nel settore della costruzione, che fino ad oggi non era mai stata definita con chiarezza);
- definizione del foro giuridico secondo il nuovo codice di diritto processuale civile svizzero;
- precisazione che il risultato dei controlli su campioni di prova e le prove di carico non valgono come collaudo dell'opera, salvo accordo contrario tra le parti;
- gli importi massimi per le trattenute di garanzia (5% e 10%) sono stati adeguati in considerazione del rincaro intervenuto dal 1977.

Preamble

Norm SIA 118 (1977/1991) was prepared by the Swiss Society of Engineers and Architects in collaboration with

- the Swiss Contractors Association [*Schweizerischer Baumeisterverband*],
- the Swiss Industry Association [*Schweizerischer Gewerbeverband*],
- the Swiss Institute of Steel Construction [*Schweizerische Zentralstelle für Stahlbau*],
- the Swiss Association of Road and Transportation Experts [*Vereinigung Schweizerischer Strassenfachleute*],
- public construction procurement authorities, including the Schweizerische Bau-direktoren-Konferenz.

It was revised between 2006 and 2012 by the Swiss Society of Engineers and Architects in collaboration with

- the Swiss Contractors Association [*Schweizerischer Baumeisterverband (SVB)*],
- the Swiss Industry Association [*Schweizerischer Gewerbeverband (SGV)*],
- the Swiss Institute of Steel Construction [*Schweizerische Zentralstelle für Stahlbau (SZS)*],
- the Swiss Association of Road and Transportation Experts [*Vereinigung Schweizerischer Strassenfachleute (VSS)*],
- the Swiss Federal Railway Company [*Schweizerische Bundesbahn (SBB) AG*],
- the Coordination Conference of the Building and Construction Boards of the Public Construction Procurement Authorities [*Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB)*],
- the Swiss Conference of Construction, Planning, and Environmental Authorities [*Schweizerische Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK)*],
- the Interest Group of Private Construction Procurement Professionals [*Interessengemeinschaft privater, professioneller Bauherren (IPB)*],
- the Association of Swiss General Contractors [*Verband Schweizerischer Generalunternehmer (VSGU)*].

Content and purpose of the Norm

The Norm provides rules for the formation, terms, and performance of contractual agreements for construction works. It clarifies the terminology commonly used in such contracts, recapitulates the relevant legal issues and, on the basis of past experience, furnishes practical suggestions for resolving them in a reasonable manner, taking into account the interests of all parties. Where the Norm describes rights and obligations, it becomes legally binding on the parties insofar as they designate it as

constituting an integral part of their agreement. Rules that already apply by operation of law are indicated in the Norm by a reference to the applicable statutory provision.

The Norm is intended to facilitate the formation and drafting of contractual agreements. It is also intended to encourage, insofar as possible, the use of uniform contractual terms and conditions in the construction industry. In this way it serves to promote greater efficiency in construction.

The Norm is applicable to all construction works. Technical provisions for the execution of construction works are established in the standards published by professional associations.

Principal changes as compared to Norm SIA 118 (1977/1991)

- Numerous editorial changes (with regard to German usage, e.g., «Rückbau» rather than «Abbruch» for demolition, etc.),
- clarifications in respect of public procurement law,
- for price changes, the procedure based on documentation of quantities has been replaced by the price index method as the default procedure. Articles 69-82 have accordingly been deleted (while the numbering has remained unchanged),
- the Norm consistently uses the term «defects notification period» in lieu of «warranty period». This merely incorporates the relevant footnote from the 1991 version of the Norm into the body of the text,
- hence, unless otherwise agreed, the stated prices are understood as not including VAT (the customary practice in the construction industry, for which hitherto, however, there was no express provision),
- the rules on jurisdiction are in accordance with the terms of the new Civil Procedure Code,
- express provision stating that verification and load tests do not constitute acceptance, unless it has been so agreed,
- total retained payment amounts (5% and 10%) have been adjusted for inflation since 1977.

1. Der Werkvertrag im Allgemeinen

1.1 Grundbegriffe

Art. 1

Werk	<p>¹ Wer eine Bauarbeit ausführt, erstellt ein Werk im Sinne von Art. 363 des Schweizerischen Obligationenrechtes (OR); entweder ist sein Werk ein ganzes Bauwerk (Hoch- oder Tiefbauten) oder nur Teil eines Bauwerkes (z. B. Maurer- oder Gipserarbeit, sanitäre Installationen).</p> <p>² Werk ist auch das Ergebnis einer Ausbesserungs-, Umbau- oder Rückbauarbeit.</p>
Ouvrage	<p>¹ Celui qui exécute un travail de construction réalise un ouvrage au sens de l'art. 363 du Code des obligations (CO); cet ouvrage peut consister soit en une construction complète (bâtiment ou génie civil), soit en une partie seulement (par ex. travaux de maçonnerie ou de plâtrerie, installations sanitaires).</p> <p>² Celui qui effectue une réparation, une transformation ou une déconstruction réalise également un ouvrage.</p>
Opera	<p>¹ Colui che esegue un lavoro di costruzione realizza un'opera ai sensi dell'art. 363 del Codice delle Obbligazioni (CO); quest'opera può essere una costruzione completa (opera di edilizia o di genio civile) oppure solo parte di una costruzione (per es. lavori di muratura, di gessatura, impianti sanitari).</p> <p>² Un'opera è pure il risultato di un lavoro di riattamento, di trasformazione o di smontaggio.</p>
Projects	<p>¹ A party that performs construction work carries out a project within the meaning of art. 363 of the Swiss Code of Obligations (CO); that project may be either a complete construction project (building or civil engineering) or only a part of a construction project (e.g., masonry, plaster works, sanitary facilities).</p> <p>² A project may also consist solely of refurbishment, alteration, or demolition work.</p>

Inhaltsverzeichnis	Seite
I. Allgemeines	35
A. Gegenstand	35
B. Gesetzlicher Werkbegriff	35
II. Kommentar	37
A. Werkbegriff	37
B. Bauarbeiten	37
C. Bauwerke	38
III. Kasuistik	39

I. Allgemeines

A. Gegenstand

Die SIA-Norm 118 hat Verträge über Bauarbeiten¹ zum Gegenstand. Das sind Bau-Werkverträge mit dem Ziel, ein Bauwerk herzustellen. Keine Bau-Werkverträge sind Architekten- und Ingenieurverträge oder Verträge mit Spezialisten, die Leistungen der Planung oder Beratung erbringen. Der GU- oder TU-Vertrag, der Leistungen der Planung und der Ausführung enthält, ist nach herrschender Auffassung ein Werkvertrag² und ein Bau-Werkvertrag i. S. der SIA-Norm 118. 1

Ein Werk i. S. der SIA-Norm 118 ist das Bauwerk oder ein Teil eines Bauwerks. Erläuternd fügt die SIA-Norm 118 an, dass auch das Ergebnis einer Ausbesserungs-, Umbau- oder Rückbauarbeit ein Werk i. S. der SIA-Norm 118 ist. 2

Die SIA-Norm 118 ist zugeschnitten auf Werkverträge zur Ausführung von Bauarbeiten und für die Organisation mit Einzelleistungsträgern (Einleitung N 75). Sie ist auch anwendbar auf andere Leistungen zur Herstellung eines Werkes (z. B. Gebäudeautomatik, Fertigelemente, Inneneinrichtungen) und auf Subunternehmer-, GU- und TU-Werkverträge. In diesen Fällen empfiehlt es sich, im Detail zu prüfen, ob die SIA-Norm 118 als Ganzes oder nur in Teilen übernommen werden soll. Wird sie nur teilweise oder geändert übernommen, ist sicherzustellen, dass das geschlossene System der SIA-Norm 118 erhalten und widerspruchsfrei bleibt. 3

B. Gesetzlicher Werkbegriff

Im Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes (Art. 363 OR). Das Gesetz erläutert den Begriff des «Werkes» nicht näher. Nach h. L. und Rspr. besteht die Herstellung des Werkes in einer Arbeitsleistung mit 4

¹ Präambel: Inhalt und Zweck der Norm.

² GAUCH-Werkvertrag, Rz. 235.

einem bestimmten Erfolg.³ Die Arbeitsleistung kann eine körperliche oder eine geistige sein. Der Erfolg einer geistigen Arbeit ist ein geistiges oder unkörperliches Werk.⁴

- 5 Das Bundesgericht hat im Jahr 1972 entschieden, dass nur körperliche Werke Gegenstand eines Werkvertrags sein können.⁵ Es hat diese Praxis 1983 geändert und den Plan eines Geometers als Werkleistung qualifiziert.⁶ Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht besonders hinsichtlich der Planerleistungen mehrfach präzisiert und folgende Arbeiten als werkvertragliche Leistungen qualifiziert: Projektierungsarbeiten, deren Ergebnis in Plänen festgehalten wird, wie Vorstudien, Vorprojekte, Ausführungspläne und Ausschreibungsunterlagen.⁷ Als werkvertraglich qualifiziert werden Leistungen mit einem messbaren oder objektivierbaren Erfolg, Projektierung, statische Berechnungen, boden- und felsmechanische Stabilitätsberechnungen, die Bemessung der Baugruben und der Hangsicherung sowie das Zeichnen von schematischen geotechnischen Schnitten, die Ausarbeitung eines Überwachungskonzepts, die Mitverantwortung für die Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Konstruktion, die Verifizierung der den boden- und felsmechanischen Berechnungen zugrunde gelegten Kennwerte und Modelle und die Kontrollrechnungen.⁸ Den Kostenvoranschlag hat das Bundesgericht einmal als Leistung auftragsrechtlicher,⁹ dann wieder werkvertraglicher¹⁰ Natur qualifiziert. Ob eine Leistung dem Auftragsrecht oder dem Werkvertragsrecht untersteht, hat mehrere weitreichende Folgen, insbesondere hinsichtlich der Vergütungspflicht und der Mängelhaftung.
- 6 Als Werkleistungen i. S. von Art. 363 OR gelten gemäss Bundesgericht insbesondere Bauarbeiten, Installationsarbeiten, Reparaturarbeiten, Revisionen, Restaurationen, Maler- und Gipsarbeiten, Isolation eines Flachdachs, Gestaltung und Bepflanzung eines Gartens, Abbruch eines Hauses, Rodung eines Waldes, Erstellung von Bauplänen, Gestaltung von Verkaufsprospekten und Herstellung eines Kunstwerks.
- 7 Keine Werkleistungen sind hingegen: Bauleitung, Arbeitsvergabe (Submission)¹¹ und das Erteilen von Ratschlägen.¹² Nicht als Werk i. S. des Gesetzes gilt die Wartung mit Reparatur von Geräten und Anlagen mit Beratung über eine längere Zeit.¹³

³ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 18.

⁴ BGE 127 III 328 E. 2a.

⁵ BGE 98 II 311.

⁶ BGE 109 II 37.

⁷ BGE 119 II 40; BGer 4A_252/2010 vom 25.11.2010 E. 4.1.

⁸ BGer 4A_252/2010 vom 25.11.2010 E. 4.1 (betreffend Leistungen mit einem messbaren, objektivierbaren Erfolg).

⁹ BGE 134 III 361.

¹⁰ BGer 4A_252/2010 vom 25.11.2010 E. 4.1, 4.2.

¹¹ BGer 4A_252/2010 vom 25.11.2010 E. 4.1 (betreffend Bauleitung und Arbeitsvergabe).

¹² BGE 114 II 53 E. 2b; BGE 130 II 458 (betreffend Erteilung von Ratschlägen).

¹³ BGE 130 III 458.

Am 1. Januar 2013 ist die Änderung des Obligationenrechts betreffend die Verjährungsfristen in Kraft getreten (Art. 371 OR). Dabei ist der bisherige Begriff «unbewegliches Bauwerk» neu durch «unbewegliches Werk» ersetzt worden. Die Frage ist, ob der neue Begriff «unbewegliches Werk» weiter oder enger ist, als der bisherige «unbewegliches Bauwerk». Aus den Gesetzesmaterialien und der Beratung der Vorlage im Parlament lassen sich dazu keine klaren Erkenntnisse ableiten. Ein «unbewegliches Bauwerk» wie auch ein «unbewegliches Werk» ist dauerhaft und fest mit dem Boden verbunden. Es kann nicht ohne erhebliche Werteinbusse entfernt werden. Die Unterscheidung «beweglich» und «unbeweglich» ist hauptsächlich im Hinblick auf die Mängelhaftung und deren Verjährungsfristen von Bedeutung. Die neue Bestimmung setzt bewegliche Werke, die bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden sind, in Bezug auf die Verjährungsfrist der Mängelhaftung den unbeweglichen Werken gleich (Art. 371 Abs. 1 OR: 5 Jahre). 8

Ein Bauwerk ist kein «Produkt» i. S. des Produkthaftungsgesetzes (Art. 3 PrHG) oder des Produktesicherheitsgesetzes (Art. 2 PrSG).¹⁴ 9

II. Kommentar

A. Werkbegriff

Die SIA-Norm 118 ist die Vertragsgrundlage für die Ausführung von Bauarbeiten zur Herstellung eines Bauwerks. Nach dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 ist die Ausführung einer Bauarbeit gleichbedeutend mit der Erstellung eines Werks i. S. von Art. 363 OR. Entscheidend ist nicht die Arbeit alleine, sondern der ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarte Arbeitserfolg. 10

B. Bauarbeiten

Bauarbeiten i. S. der SIA-Norm 118 sind alle Arbeiten, die im Zuge der Ausführung eines Bauwerks anfallen. Der Begriff wird nirgends exakt umschrieben. Wenn die SIA-Norm 118 Vertragsbestandteil ist, gelten alle Arbeiten, Leistungen und Lieferungen, zu denen sich der Unternehmer verpflichtet hat, als Bauarbeiten i. S. der SIA-Norm 118. Als Bauarbeiten gelten auch alle zur Herstellung eines Bauwerks erforderlichen Hilfsarbeiten (z. B. Vorbereitungsarbeiten, Baustelleninstallationen). Erneuerungsarbeiten, Verbesserungen, Umbau-, Abbruch- und Aushubarbeiten sind Bauarbeiten. 11

Obwohl Planungsarbeiten als Werkleistungen i. S. von Art. 363 OR anerkannt sind (Einleitung N 79 ff.), stellt blosse Planertätigkeit für sich alleine nie eine Bauarbeit 12

¹⁴ Einleitung N 39.

oder ein Bauwerk i. S. der SIA-Norm 118 dar. Daher mag die SIA-Norm 118 die Regelungsbedürfnisse bei TU-Verträgen nicht ausreichend zu befriedigen.¹⁵

C. Bauwerke

- 13 Das Bauwerk ist ein Werk i. S. von Art. 363 OR. Es ist der vom Unternehmer versprochene und vereinbarte Arbeitserfolg.
- 14 Das Bauwerk ist nach herrschender Auffassung eine fest mit dem Boden verbundene Sache, die durch Material und Arbeit i. V. m. dem Boden hergestellt wurde.¹⁶ Eine mittelbare Verbindung mit dem Boden besteht, wenn ein Werk ursprünglich zwar beweglich ist, dann aber seinem Zweck entsprechend fest mit dem Bauwerk (und damit mittelbar mit dem Erdboden) verbunden wird (z. B. Heizungsanlage).
- 15 Nach der hier vertretenen Auffassung sind die typischen Merkmale eines Bauwerks die Immobilität, die Komplexität und die Dauerhaftigkeit. Dadurch unterscheidet es sich von anderen Werken i. S. von Art. 363 OR. Die speziellen Eigenschaften machen es erforderlich, besondere Tatbestände und Rechtsfolgen für Bauwerke zu regeln. Diese Aufgabe nimmt die SIA-Norm 118 in Ergänzung und teilweiser Änderung der gesetzlichen Regelung des OR wahr.
- 16 Die Aufzählung der Bauwerke in Art. 1 ist nicht abschliessend. Die Auslegung des Begriffs Bauwerk i. S. der SIA-Norm 118 richtet sich grundsätzlich nach der Definition des unbeweglichen Werks von Art. 371 OR. Als Bauwerke gelten unter anderem: Hochbauten, Tiefbauten, Untertagbauten (Tunnel), Strassenbauten und Wasserbauten. Teile eines Bauwerks sind i. d. R. die Leistungen des sog. Baunebengewerbes, wie Maurer-, Gipser-, Maler-, Zimmer- und Schreinerarbeiten oder Heizungs-, Sanitär-, Lüftungs- und Aufzugsinstallationen. Bauwerke i. S. der SIA-Norm 118 sind auch Ausbesserungs- und Umbauarbeiten sowie Rückbau- (Abbruch-) und Aushubarbeiten.
- 17 Den Aushub- und Grabarbeiten ist eigen, dass sie ohne Verwendung von Material ausgeführt werden können. Auch Umgebungs- und Gartengestaltungsarbeiten können sich darin erschöpfen, vorhandenes Material neu anzuordnen. Der Baugrubenaushub und auch Gartenarbeiten ohne Verwendung von neuem Material sind unbewegliche Werke.¹⁷
- 18 Weil dem Bauwerk eine gewisse Komplexität inhärent ist, erfordert dessen Herstellung eine temporäre Organisation, die im Hinblick auf die Erstellung aufgebaut und nach Vollendung wieder aufgelöst wird.

¹⁵ Gauch/Stöckli-Komm.-HÜRLIMANN, Art. 1 Rz. 12.

¹⁶ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 2222; Art. 371 Abs. 1 OR: Auch bewegliches Werk, das bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist.

¹⁷ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 2247.

In sachlicher Hinsicht ist jedes Bauwerk i. d. R. eine Konstruktion eigener Art (Prototyp). Es wird eigens auf die Anforderungen und Vorstellungen des Bauherrn hin geplant und ausgeführt. 19

In zeitlicher Hinsicht wird das Bauwerk i. S. der SIA-Norm 118 zwar während einer bestimmten, begrenzten Dauer ausgeführt, ist jedoch auf Dauerhaftigkeit ausgerichtet. Werke, die zeitlich nur kurzen Bestand haben, wie Bauhilfsmassnahmen, Gerüste und Baustelleninstallationen, sind Bauarbeiten, die der Herstellung eines Bauwerks i. S. von Art. 1 dienen. Bei nicht dauerhaften Werken ist im Einzelfall zu prüfen, ob es zweckmässig ist, die SIA-Norm 118 zu übernehmen. 20

Die Eigenschaften des Bauwerks i. S. von Art. 1 werden im Bau-Werkvertrag zwischen Bauherr und Unternehmer vereinbart. Sie können sich auch ergeben aus Zusicherungen des Unternehmers oder aus Eigenschaften, die nicht ausdrücklich vereinbart wurden, vom Bauherrn aber nach Treu und Glauben als stillschweigend vorausgesetzt betrachtet werden dürfen (z. B. die Anwendung der anerkannten Regeln der Bautechnik). Eine Bauarbeit i. S. von Art. 1 auszuführen, bedeutet nichts anderes, als das Bauwerk im hier erläuterten Sinn herzustellen und es vollendet dem Bauherrn abzuliefern. Im Bau-Werkvertrag kann die Herstellung und Ablieferung nur eines Teils eines Bauwerks (sog. Teil-Bauwerk) oder die Herstellung und Ablieferung eines Bauwerks in Teilen (sog. Werkteil) vereinbart werden. Ein unfertiges, d. h. nicht vollendetes Bauwerk (Teil-Bauwerk oder Werkteil) kann dem Bauherrn ohne besondere Vereinbarung nicht abgeliefert werden. Der Unternehmer erfüllt in diesem Fall den Werkvertrag nicht oder nicht gehörig (Art. 97 OR) und wird bei Verschulden schadenersatzpflichtig.¹⁸ 21

III. Kasuistik

Unbewegliches Bauwerk (Art. 371 Abs. 2 OR) oder bewegliches Werk (Art. 363 und 371 Abs. 1 OR) 22

«Es geht daher nicht an, jeden Arbeitererfolg, der mit einem unbeweglichen Bauwerk zusammenhängt, deswegen einem solchen Werk gleichzusetzen. Eine Leistung gilt vielmehr nur dann als unbewegliches Bauwerk, wenn der Gegenstand des Vertrages, durch den sie versprochen wird, nach seiner Natur selber als Bauwerk angesprochen werden kann (...). Das lässt sich von einer blossen Hilfsbaute zur Erstellung eines Werkes nicht sagen.»

(BGE 113 II 264, 268)

¹⁸ Wobei das Verschulden des Unternehmers vermutet wird, ihm aber der Entlastungsbeweis zusteht (Art. 97 Abs. 1 OR).

- 23 **Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 auf Anlagebau (z. B. Förderbandanlage)**
«Die SIA-Norm 118 enthält allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten und hat den Bauwerkvertrag zum Gegenstand. In der Praxis kommt es aber vor, dass die SIA-Norm 118 für andere Verträge als für Bauverträge übernommen wird. Eine solche Übernahme ist nicht von vorneherein unwirksam. Da die Norm jedoch in derartigen Fällen für einen Vertrag verwendet wird, auf den sie nach ihrem Regelungsgegenstand nicht zugeschnitten ist, kommen die übernommenen Bestimmungen nur sinngemäss zur Anwendung. Zudem können einzelne Bestimmungen der zweckwidrig verwendeten Norm für das konkrete Vertragsverhältnis so unpassend sein, dass deren Geltung an der Ungewöhnlichkeitsregel scheitern muss (...).»
(HGer SG HG.2009.30 vom 24.8.2010, in: BR/DC 2/2011 S. 79, 81 Nr. [201])

Art. 2

Werkvertrag	<p>¹ Die entgeltliche Ausführung einer Bauarbeit für einen anderen, den Bauherrn, erfolgt auf Grund eines Werkvertrages. Der Bauherr ist Besteller, der Ausführende ist Unternehmer im Sinne des Art. 363 OR.</p> <p>² Die Bestimmungen der Art. 363–379 OR sind auf den Vertrag anzuwenden, soweit nicht die Vertragsparteien durch Übernahme dieser Norm oder durch andere Abreden etwas Abweichendes vereinbaren.</p>
Contrat d'entreprise	<p>¹ Un travail de construction exécuté pour un tiers contre rémunération fait l'objet d'un contrat d'entreprise. Celui qui commande l'ouvrage est le maître; celui qui l'exécute, l'entrepreneur au sens de l'art. 363 CO.</p> <p>² Les dispositions des art. 363 à 379 CO s'appliquent au contrat, à moins que les parties n'aient valablement convenu de le soumettre à d'autres règles par l'adoption de cette norme ou de toute autre disposition contractuelle.</p>
Contratto di appalto	<p>¹ L'esecuzione retribuita di un lavoro di costruzione per conto di terzi, cioè per il committente, è regolata da un contratto di appalto. Colui che dà l'incarico è il committente, colui che lo esegue è l'appaltatore (in seguito denominato imprenditore) ai sensi dell'art. 363 CO.</p> <p>² Al contratto si applicano le disposizioni degli art. 363-369 CO, a meno che le parti contraenti (in seguito, parti) non convengano diversamente con l'adozione di questa norma o di altri accordi contrattuali.</p>
Independent contractor agreements	<p>¹ Construction work on behalf of another party in return for consideration is performed under the terms of an independent contractor agreement. The employer is the party that orders the work; the party that performs the work is the contractor, within the meaning of CO art. 363.</p> <p>² Their contract shall be governed by the provisions set forth in CO arts. 363–379, unless otherwise agreed by the contracting parties through adoption of this Norm or conclusion of other agreements.</p>

Inhaltsverzeichnis	Seite
I. Allgemeines	42
A. Gegenstand	42
B. Gesetzlicher Begriff und Merkmale des Bau-Werkvertrags	43
1. Begriff	43
2. Merkmale	44
a) Parteien	44
b) Hauptpflicht des Unternehmers: Herstellung eines Bauwerks	45

	c)	Hauptpflicht des Bauherrn: Leistung einer Vergütung	45
	d)	Nebenpflichten	46
	3.	Besondere Erscheinungsformen des Bau-Werkvertrags	47
	a)	Werklieferungsvertrag	47
	b)	Gemischter Kauf- und Werkvertrag	48
	c)	Gerüstvertrag	48
II.	Kommentar		49
	A.	Entgeltliche Ausführung	49
		1. Vereinbarung	49
		2. Nicht geldwerte Gegenleistung	50
		3. Beweislast	50
	B.	Bauarbeit	50
		1. Begriff	50
		2. Arbeitsgattung	51
	C.	Der Werkvertrag als zweiseitiger Vertrag	51
		1. Bedeutung	51
		2. Abgrenzungen	51
		a) Einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR)	51
		b) Vertrag mit sich selbst	52
		3. Unechter Unternehmer	52
	D.	SIA-Norm 118 als Vertragsbestandteil	53
		1. Übernahme	53
		2. Abweichende Vereinbarungen	54
		3. Allgemeine Bedingungen Bau (ABB)	55
III.	Kasuistik		55

I. Allgemeines

A. Gegenstand

- 1 Art. 2 umschreibt die Merkmale des Bau-Werkvertrags, die dem gesetzlichen Werkvertragstypus entsprechen.
- 2 Die SIA-Norm 118 verwendet den Begriff «Bauherr» als Besteller i. S. von Art. 363 OR.¹
- 3 Sie verweist subsidiär auf das gesetzliche Werkvertragsrecht (Art. 363–379 OR), soweit die Vertragsparteien nicht durch die Übernahme der SIA-Norm 118 oder durch andere Abreden etwas Abweichendes vereinbaren. Diese Bestimmung besagt umge-

¹ Die SIA 101 beschreibt den Begriff des Bauherrn in einem weiteren Sinn. Die hier beschriebenen Grundaufgaben, Rechte und Pflichten sind für den Werkvertrag nicht anwendbar, es sei denn, die SIA 101 werde von den Parteien als Vertragsbestandteil übernommen. Die SIA 101 beschreibt die Rolle des Bauherrn über den gesamten Lebenszyklus eines Bauwerks von der Bauabsicht über die Planung und Ausführung bis zur Bewirtschaftung.

kehrt, dass die SIA-Norm 118 von den Parteien als Vertragsbestandteil übernommen werden muss, damit sie Geltung erlangt und den gesetzlichen Bestimmungen vorgeht.

B. Gesetzlicher Begriff und Merkmale des Bau-Werkvertrags

1. Begriff

Der Werkvertrag ist ein gesetzlich geregelter Vertragstypus (Art. 363– 4
379 OR). Das Gesetz bestimmt die Merkmale des Werkvertrags. Es ist nicht erforder-
lich, dass die Parteien den Vertrag als «Werkvertrag» bezeichnen. Bezeichnen sie ei-
nen Vertrag, der inhaltlich die Merkmale eines Werkvertrags aufweist, anders, z. B.
als Auftrag oder Kaufvertrag, ist er trotzdem als Werkvertrag zu behandeln.² Der
Richter hat von Amtes wegen den Inhalt eines Vertrags zu prüfen und ihn zu qualifi-
zieren. Die Vertragsqualifikation ist von Bedeutung, wenn zwingendes Gesetzesrecht
oder mangels vertraglicher Vereinbarung dispositives Gesetzesrecht zur Anwendung
gelangt.

Der Werkvertrag ist ein zweiseitiger Vertrag mit zwei Parteien mit unterschiedlichen 5
Interessen. Einerseits verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werks
und andererseits der Besteller zur Leistung einer Vergütung.

Der Werkvertrag ist ein privatrechtlicher Vertrag. Das gilt sowohl, wenn der Bauherr 6
eine Institution der öffentlichen Hand ist, als auch, wenn das Bauwerk ein öffentliches
ist. Abschluss, Inhalt, Erfüllung und Beendigung des Bau-Werkvertrags richten sich
nach den privatrechtlichen Bestimmungen. Für die gerichtliche Durchsetzung von
Ansprüchen ist das Zivilprozessrecht massgebend. Untersteht der Bauherr dem öffent-
lichen Beschaffungswesen, gelten dessen Bestimmungen für die Ausschreibung, die
Bewertung der Angebote und den Zuschlag. Die Grenze zwischen Zuschlag und Ver-
tragsabschluss wird nicht immer klar gezogen.³ Mit dem Zuschlag verfügt die Verga-
bestelle, mit welchem Anbieter der Vertrag abzuschliessen ist. Ist keine aufschiebende
Wirkung durch die Beschwerdeinstanz verfügt und ein Vertrag zwischen der Verga-
bestelle und dem Unternehmer abgeschlossen worden, kann die Rechtsmittelinstanz
lediglich noch feststellen, ob und gegebenenfalls inwiefern Submissionsrecht verletzt
worden ist. Der Vertrag ist trotzdem gültig zustande gekommen.⁴ Dem Unternehmer
steht allenfalls ein Schadenersatzanspruch im Umfang der Offertkosten zu.

² Dazu: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1038; BGE 130 III 461.

³ VGer ZH VB.2002.00044 vom 9.7.2003 E. 4; VGer SG vom 28.8.2003, in: GVP 2003
Nr. 40.

⁴ BVGE B-1470/2010; VGer ZH VB.2005.00068 vom 20.4.2005.

2. Merkmale

a) Parteien

- 7 Parteien des Werkvertrags sind der Besteller (Bauherr) und der Unternehmer.
- 8 Besteller ist nicht nur der Bauherr i. e. S., sondern auch der TU oder GU gegenüber dem Unternehmer, der Unternehmer gegenüber dem Subunternehmer (Art. 29), der Subunternehmer gegenüber dem Sub-Subunternehmer.⁵ Besteller kann ein privater oder ein öffentlicher Bauherr sein. Private Bauherren sind natürliche Personen, juristische Personen, Personengesellschaften, Vereine und Stiftungen. Öffentliche Bauherren sind insbesondere Bund, Kantone und Gemeinden, Gebietskörperschaften, öffentlich-rechtliche Anstalten, Zweckverbände, Schulgemeinden, Ortsgemeinden. Im Folgenden wird entsprechend der Bezeichnung der SIA-Norm 118 der Begriff «Bauherr» als Besteller im Bau-Werkvertrag verwendet.
- 9 Umstritten ist die Stellung der Stockwerkeigentümergeinschaft (STWEG). Im Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit ist sie partei-, handlungs- und prozessfähig.⁶ Geht es jedoch darum, Mängelrechte an gemeinschaftlichen Teilen gegenüber dem Ersteller geltend zu machen, fehlt es der STWEG grundsätzlich an der gesetzlichen Aktivlegitimation.⁷ Die STWEG kann Gewährleistungsansprüche jedoch zessionsweise erwerben, wenn ihr diese durch Reglement oder Versammlungsbeschluss abgetreten werden. Dabei ist zu beachten, dass nach h. L. und Rspr. Wandlungs- und Minderungsrechte als Gestaltungsrechte nicht abtretbar sind und einzig die daraus entstehenden Forderungen auf ganze oder teilweise Rückerstattung der geleisteten Vergütung abgetreten werden können. Der werkvertragliche Nachbesserungsanspruch für die gemeinsamen Bauteile steht jedem einzelnen Stockwerkeigentümer ungeteilt zu, nicht nur für seinen quotenmässigen Anteil.⁸
- 10 Unternehmer im Werkvertrag ist nicht nur der Unternehmer i. e. S. gegenüber dem Bauherrn, sondern auch der Unternehmer im Verhältnis zum TU oder GU, der Subunternehmer im Verhältnis zum Unternehmer und der Sub-Subunternehmer im Verhältnis zum Subunternehmer. Unternehmer, die nebeneinander und nacheinander Teile eines Bauwerks herstellen, werden als Nebenunternehmer bezeichnet (Art. 30).
- 11 Schliessen sich mehrere Unternehmer zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammen (Art. 28), um gemeinsam ein bestimmtes Werk herzustellen, bilden sie eine einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR). Die Arbeitsgemeinschaft ist «Unternehmer» im Werkvertrag. Die Unternehmer der Arbeitsgemeinschaft verfolgen gemeinsam einen wirt-

⁵ BGer 4A_580/2012 vom 18.2.2013 E. 5.2.1.

⁶ Art. 712I ZGB.

⁷ BGE 114 II 239 E. 6.

⁸ BGE 145 III 8.

schaftlichen Zweck (die Herstellung des Werks) mit gemeinsamen Mitteln. Die Unternehmer einer Arbeitsgemeinschaft haften gegenüber dem Bauherrn solidarisch für die Erfüllung des Werkvertrags (Art. 544 Abs. 3 OR).

Unabhängig davon, ob es sich um private oder öffentliche Parteien handelt, untersteht der Werkvertrag dem privaten Recht.⁹ 12

b) Hauptpflicht des Unternehmers: Herstellung eines Bauwerks

Der Unternehmer verpflichtet sich zur Herstellung eines Werks. Das ist eine Arbeitsleistung mit einem bestimmten vereinbarten Erfolg.¹⁰ Das Werk kann ein ganzes Bauwerk oder ein Teil eines Bauwerks sein. 13

Geschuldet ist vom Unternehmer der Erfolg, nicht bloss die Arbeitsleistung.¹¹ Der Unternehmer ist grundsätzlich verpflichtet, das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner Leitung ausführen zu lassen (Art. 364 OR). Die Parteien können eine bestimmte Baumethode oder einen bestimmten Bauablauf vereinbaren. 14

Der Unternehmer hat das vollendete Werk dem Bauherrn abzuliefern. Erst mit der Ablieferung hat er seine Leistung gehörig erfüllt (Art. 367 OR; Art. 157). 15

Die Verpflichtung zum Arbeitserfolg in der Form eines Werks unterscheidet den Werkvertrag vom Arbeitsvertrag, bei dem der Arbeitnehmer zwar eine Tätigkeit schuldet, nicht aber einen Erfolg. 16

c) Hauptpflicht des Bauherrn: Leistung einer Vergütung

Der Bauherr leistet für das Werk eine Vergütung. Die Leistung einer Vergütung ist objektiv wesentlicher Vertragsbestandteil, d. h. begriffsnotwendiges Element des Werkvertrags.¹² Demnach ist ein Vertrag, in dem sich der Unternehmer unentgeltlich zu einem bestimmten Arbeitserfolg verpflichtet, kein Werkvertrag i. S. des Gesetzes.¹³ 17

Verlangt der Unternehmer vom Bauherrn eine Vergütung für seine Leistungen, muss er vorab beweisen, dass sie ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart wurde. Das 18

⁹ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 211, 215a: Zu beachten sind aber die öffentlich-rechtlichen Vorschriften zur Submission und im Bereich der Leistungsverwaltung, insbesondere wenn der Unternehmer ein staatlicher Monopolbetrieb ist.

¹⁰ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 18.

¹¹ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 617.

¹² GAUCH-Werkvertrag, Rz. 110.

¹³ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 115; BGE 127 III 523, in: Pra 90 (2001) Nr. 195 S. 1186.

ist oft unklar, wenn ein TU im Hinblick auf den Abschluss eines TU-Vertrags Vorstudien erstellt.¹⁴

- 19 Der Beweis wird dem Unternehmer insoweit erleichtert, als üblicherweise die Werkleistung des Unternehmers zu vergüten ist. Es genügt daher zu beweisen, dass im konkreten Einzelfall der Bauherr die Herstellung des Werks nur gegen Vergütung erwarten konnte. Dann greift eine tatsächliche (natürliche) Vermutung, dass die Parteien eine stillschweigende Vergütungsvereinbarung getroffen haben. Ist der Unternehmer gewerbmässig tätig, wird die Vergütungspflicht des Bauherrn vermutet. Es liegt dann am Bauherrn, die Vermutung durch Gegenbeweis zu entkräften. Für den «blossen Gegenbeweis» genügt es in der Praxis, dass der Bauherr beim Gericht Zweifel weckt, ob eine Vergütungsabrede besteht.¹⁵
- 20 Ein Vergütungsanspruch des gutgläubigen Unternehmers kann sich auch daraus ergeben, dass er eigenes Material auf einem fremden Grundstück verbaut, ohne dass ein Werkvertrag vorliegt.¹⁶ Vorausgesetzt sind der gute Glaube des Unternehmers und dass die Bauarbeiten im Interesse des Grundeigentümers erfolgten und keine Trennung des Materials vom Boden stattfinden kann. Die Höhe der Entschädigung entspricht der marktüblichen Vergütung für entsprechende Arbeiten.¹⁷

d) Nebenpflichten

- 21 Eine Besonderheit des Bau-Werkvertrags sind die vielen Nebenpflichten des Bauherrn und des Unternehmers, die sich aus dem Gesetz, der SIA-Norm 118, dem konkreten Vertrag oder aus der Verkehrsübung ergeben. Die Nebenpflichten bestehen i. d. R. aus Mitwirkungshandlungen einer Vertragspartei, die erforderlich sind, damit die Leistung der anderen Vertragspartei zeitgerecht und ungestört erbracht werden kann (siehe dazu Art. 5 N 5 ff.).
- 22 Mitwirkungspflichten des Bauherrn sind unter anderem:
- das Bereitstellen eines hinreichend klaren Projekts (Art. 5),
 - die Abklärung der örtlichen Gegebenheiten, insbesondere des Baugrundes oder der bestehenden Bausubstanz (Art. 5),
 - Angaben über benachbarte Bauwerke, öffentliche und private Anlagen und unterirdische Leitungen (Art. 5),
 - das Beschaffen der zur Ausführung des Bauvorhabens benötigten Rechte, z. B. Baubewilligungen, Zufahrtsrechte, Rechte für die Benutzung des öffentlichen Grundes oder von Nachbargrundstücken (Art. 13),
 - die Koordination der Nebenunternehmer (Art. 30),

¹⁴ BGER 4C.341/2003 vom 25.3.2004; BGE 119 II 44, in: Pra 84 (1995) Nr. 12 S. 48.

¹⁵ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 112.

¹⁶ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 111b, 111c; Art. 671 i. V. m. Art. 672 ZGB.

¹⁷ GVP SG 2016, Nr. 32.

- die rechtzeitige Lieferung der notwendigen Pläne (Art. 34 und Art. 100),
- das rechtzeitige Erteilen von Weisungen (Art. 99),
- die erste Vermessung (Art. 114),
- die Lieferung elektrischer Energie (Art. 129).

Mitwirkungspflichten des Unternehmers sind unter anderem:

23

- die Anzeige- und Abmahnungspflichten (Art. 25),
- die Versicherungspflicht (Art. 26),
- die Rapportpflicht (Art. 47),
- die Anzeige der Vollendung (Art. 158).

3. *Besondere Erscheinungsformen des Bau-Werkvertrags*

a) Werklieferungsvertrag

Beim Werklieferungsvertrag verpflichtet sich der Unternehmer, ein Werk aus selbst beschafftem Stoff herzustellen. Im Bauwesen wird der Begriff Werklieferungsvertrag i. d. R. dafür verwendet, dass (bewegliche) Teilwerke vom Drittunternehmer (Lieferanten) hergestellt, auf die Baustelle geliefert und dort vom Unternehmer am Bauwerk eingebaut werden (z. B. Fertigelemente). Der Werklieferungsvertrag wird als Werkvertrag behandelt.¹⁸

24

Die Abgrenzung des Werklieferungsvertrags vom Kaufvertrag besteht in der individuellen Herstellungspflicht. Während beim Werklieferungsvertrag das Werk eigens hergestellt werden muss, wird beim Kaufvertrag «ab Stange» geliefert. Armierungseisen, die nach den Armierungslisten hergestellt werden, sind Gegenstand eines Werklieferungsvertrags. Werden Armierungseisen in Standardformaten ab Lager geliefert und ist eine besondere Arbeit an ihnen (z. B. Ablängen, Biegen) nicht erforderlich, liegt ein Kaufvertrag vor.¹⁹

25

Die Abgrenzung zum Kaufvertrag mit Montagepflicht liegt im Verhältnis zwischen Arbeit und Sachlieferung. Überwiegt die Sachlieferung und dient die Arbeit lediglich dazu, die gelieferte Sache endgültig gebrauchsfertig zu machen, liegt ein Kaufvertrag mit Montagepflicht vor²⁰ (z. B. Einbau eines Kühlschranks). Wird der Anteil der Montagearbeit im Verhältnis zur Sachlieferung bedeutend, liegt ein aus kauf- und werkvertraglichen Elementen gemischter Vertrag vor.

26

¹⁸ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 123.

¹⁹ BGE 103 II 35, in: BR/DC 1/1979 S. 13 Nr. (21).

²⁰ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 133.

b) Gemischter Kauf- und Werkvertrag

- 27 Ein Haus oder eine Eigentumswohnung wird oft «ab Plan» verkauft. Der Verkäufer verpflichtet sich, einerseits dem Käufer das Grundstück zu verkaufen und andererseits gleichzeitig ein bestimmtes Gebäude zu bauen. Wird dem Käufer Einfluss auf die Herstellung des Gebäudes oder der Stockwerkeinheit eingeräumt, liegt ein gemischter Kauf-/Werkvertrag vor. Kann hingegen der Käufer keinen Einfluss auf die Herstellung nehmen, handelt es sich um einen Kaufvertrag über eine künftige Sache.²¹
- 28 Der Preis für den Grundstückskauf und die Herstellung des Werks kann als ein einziger Preis oder aufgeteilt in zwei Einzelpreise je für den Grundstückskauf und die Werksherstellung vereinbart werden. Der für den Grundstückskauf geltende Beurkundungszwang erstreckt sich auf die kaufvertragsrechtlichen Elemente und nicht auf die werkvertraglichen.²² Das ist zu beachten, wenn im gleichen Vertrag ein Kaufpreis für das Grundstück und ein Werkpreis für das Gebäude vereinbart werden. Die unrichtige Beurkundung des Kaufpreises für das Grundstück führt zur Nichtigkeit des Kaufvertrags und das wiederum zur Unmöglichkeit der Erfüllung des Werkvertrags (Art. 20 OR). Ein Vorvertrag für einen Grundstückskauf bedarf zur Gültigkeit ebenfalls der Beurkundung (Art. 22 OR).
- 29 Von Bedeutung ist die Qualifikation des Vertrags, insbesondere für die Fragen der Mängelhaftung und der Verjährung.

c) Gerüstvertrag

- 30 Der Vertrag über die Herstellung eines Gerüsts ist kein echter Bau-Werkvertrag. Der Gerüstunternehmer verpflichtet sich, das Gerüst aufzustellen, es dem Bauherrn für eine bestimmte Zeitdauer zum Gebrauch zu überlassen und anschliessend wieder abzubauen. Es fehlt dem Gerüst die Dauerhaftigkeit. Das Bundesgericht hat einmal den Gerüstvertrag als Werkvertrag und das Gerüst als bewegliches Werk qualifiziert, in einem neueren Entscheid die Frage wieder offengelassen.²³

²¹ BGer 4C.301/2002 vom 22.1.2003 E. 2.1.

²² BGE 117 II 259 (260, 264).

²³ BGE 113 II 264 ff.; Qualifikation offengelassen in: BGE 131 III 301; GAUCH-Werkvertrag, Rz. 358.

II. Kommentar

A. Entgeltliche Ausführung

I. Vereinbarung

Die Vereinbarung einer Vergütung des Unternehmers gehört zum wesentlichen Inhalt eines Werkvertrags. Die Vereinbarung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.²⁴ Wenn der Unternehmer berufsmässig Bauleistungen erbringt, greift eine tatsächliche (natürliche) Vermutung, dass eine stillschweigende Vergütungsvereinbarung getroffen wurde.²⁵ Im Rechtsstreit kann der Bauherr die tatsächliche Vermutung durch Gegenbeweis entkräften. 31

Die Abgrenzung des unentgeltlichen Angebots (Offerte) und der entgeltlichen Werkleistung bietet beim gewöhnlichen Bau-Werkvertrag selten Probleme. Ausnahmsweise kann der Unternehmer für vorvertragliche Aufwendungen Schadenersatz verlangen, wenn der Bauherr im Zuge der Vertragsverhandlungen seine Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln verletzt.²⁶ Das kann der Fall sein, wenn der Bauherr dem Unternehmer den Werkvertrag in Aussicht stellt und zu diesem Zweck aufwendige Unternehmervarianten verlangt, die der Unternehmer im Vertrauen auf den Zuschlag unentgeltlich erbringt. 32

Schwieriger kann die Abgrenzung zwischen Angebot und Werkleistung beim TU-Vertrag sein, insbesondere wenn die Ausschreibung mit einem Submissionswettbewerb verbunden ist. Hier erarbeitet der TU für sein Angebot ein Projekt, meist in der Form einer Vorstudie, allenfalls eines Vorprojekts, und unterbreitet darauf gestützt dem Bauherrn das Angebot für seine Leistungen und den Werkpreis. Im Zuge der Offertverhandlungen wird vielfach die Überarbeitung des Projekts und des Angebots verlangt. Vorstudien, die dem TU dazu dienen, eine entsprechende Offerte auszuarbeiten und ein Angebot über die Leistung und den Werkpreis abzugeben, sind Teil der Offertkosten und müssen grundsätzlich vom TU getragen werden.²⁷ Der TU hat keinen Anspruch auf deren Vergütung, es sei denn, er könne eine vertragliche Vereinbarung oder eine Verletzung von Treu und Glauben durch den Bauherrn beweisen. 33

Ist strittig, ob eine Vergütung vereinbart war, und lässt sich der Wille der Parteien nicht feststellen, wird er nach dem Vertrauensprinzip ermittelt. Erbringt z. B. der (Total-)Unternehmer erhebliche Leistungen in der Offertphase, von denen der Bauherr nicht gutgläubig annehmen darf, dass sie unentgeltlich erbracht würden, besteht Anspruch auf eine Vergütung. Das trifft auch dann zu, wenn die im Rahmen einer 34

²⁴ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 110.

²⁵ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 111b.

²⁶ Sog. «culpa in contrahendo»; GAUCH-Werkvertrag, Rz. 491 ff.

²⁷ BGER 4A_42/2010 vom 19.3.2010.

Offerte eingebrachten Ergebnisse beim Zuschlag an einen Dritten hauptsächlich durch diesen verwendet werden.²⁸

2. *Nicht geldwerte Gegenleistung*

35 Die Vergütung des Werkvertrags besteht in einer Geldzahlung. Erfolgt die Vergütung in anderer Form (z.B. Gewinnbeteiligung am Betrieb des Werks oder Tausch eines Sachwerts), liegt kein Werkvertrag, sondern ein Innominatkontrakt vor.²⁹ Bei Streitigkeiten ist der Vertragsinhalt ausschliesslich durch Auslegung nach den anerkannten Regeln (Einleitung N 51 f.) zu ermitteln.

3. *Beweislast*

36 Der Unternehmer trägt die Beweislast, dass und gegebenenfalls in welcher Höhe eine Vergütung vereinbart wurde (Art. 8 ZGB).³⁰ Fehlt eine Vereinbarung, kann der Vergütungsanspruch aus einer Verkehrsübung abgeleitet werden, deren Beweis ebenfalls dem Unternehmer obliegt. Zum Beweis seines Vertrauens auf eine Vergütung hat der Unternehmer darzulegen, dass aufgrund des Verhaltens der Parteien vernünftigerweise von ihm nicht erwartet werden konnte, dass er die Leistung ohne Vergütung erbringe.³¹ Ist die SIA-Norm 118 Bestandteil einer Ausschreibung, einer Offerte oder eines Vertrags, besteht eine natürliche (tatsächliche) Vermutung, dass der Unternehmer Anspruch auf eine Vergütung seiner Leistung hat.³²

B. **Bauarbeit**

1. *Begriff*

37 Als Bauarbeit gilt jede Arbeit, die der Herstellung eines Bauwerks dient. Nur noch ausnahmsweise stellt der Unternehmer heute ein ganzes Bauwerk her (siehe Art. 1 N 11). In der Regel erbringt er als Einzelleistungsträger eine spezifische Leistung, die Bestandteil des Bauwerks ist. Die Bauarbeit hat ein Ergebnis, einen Erfolg zum Ziel. Darin unterscheidet sie sich vom Arbeitsvertrag oder vom einfachen Auftrag.³³

²⁸ BGE 119 II 40, in: Pra 84 (1995) Nr. 12 S. 46 ff.

²⁹ STÖCKLI, Synallagma, Rz. 45.

³⁰ BGE 127 III 519.

³¹ BGE 119 II 40, in: Pra 84 (1995) Nr. 12 S. 46 ff.

³² Gauch/Stöckli-Komm.-HÜRLIMANN, Art. 2 Rz. 1.2.

³³ Arbeitsvertrag: Art. 319 ff. OR; Auftrag: Art. 394 ff. OR.

2. *Arbeitsgattung*

Der Unternehmer erbringt meist Leistungen einer oder mehrerer bestimmter Arbeitsgattungen. Diese werden in einem standardisierten Leistungsverzeichnis (LV) in viele Unterpositionen gegliedert und normiert beschrieben.³⁴ Die einzelne Teilleistung wird nach Inhalt und Menge beschrieben und mit einem Einheitspreis versehen. Die Summe der Teilleistungen ist das vom Unternehmer geschuldete Werk als Teil eines ganzen Bauwerks. Erfüllt hat der Unternehmer den Werkvertrag, wenn er alle vereinbarten Positionen des LV ausgeführt hat und dem Bauherrn das Werk abgeliefert, indem er ihm die Vollendung anzeigt (Art. 158). 38

C. **Der Werkvertrag als zweiseitiger Vertrag**

1. *Bedeutung*

Der Werkvertrag ist ein zweiseitiger Vertrag,³⁵ der durch das Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung, konkret von Werkleistung und Vergütung, zwischen Unternehmer und Bauherr charakterisiert ist. Das bedeutet, dass die Allgemeinen Bestimmungen des OR, die auf Austauschverhältnisse gerichtet sind, im Werkvertragsrecht zur Anwendung gelangen. Das sind insbesondere die Bestimmungen des OR über die Erfüllung (Rückbehalt, Art. 82 OR), den Gläubigerverzug (Art. 91 OR), den Schuldnerverzug (Art. 102 OR) und die nachträgliche Unmöglichkeit einer Leistung (Art. 119 OR).³⁶ 39

2. *Abgrenzungen*

a) Einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR)

Ein Vertrag über eine einfache Gesellschaft unterscheidet sich vom Werkvertrag darin, dass die Vertragsparteien einen gemeinsamen Zweck mit gemeinsamen Kräften und Mitteln erreichen wollen. Jeder Gesellschafter hat einen Beitrag zu leisten, der aus Geld, Sachen, Forderungen oder Arbeit bestehen kann (Art. 531 Abs. 1 OR). Die Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft bündeln ihre Kräfte, um das gemeinsame wirtschaftliche Ziel zu erreichen. Das Gesetz unterscheidet zwischen dem Innenverhältnis und dem Aussenverhältnis. Ersteres ist das Verhältnis der Gesellschafter unter sich. Wenn nichts anderes vereinbart ist, hat jeder Gesellschafter, unabhängig von seinem Beitrag, gleichen Anteil an Gewinn und Verlust (Art. 533 40

³⁴ NPK.

³⁵ Ein sog. vollkommen zweiseitiger oder synallagmatischer Vertrag; STÖCKLI, Synallagma, Rz. 42 ff.

³⁶ Diese Bestimmungen des OR sind dispositiver Natur.

OR). Im Aussenverhältnis, dem Verhältnis der Gesellschaft gegenüber Dritten, haftet jeder Gesellschafter für die Verpflichtungen der einfachen Gesellschaft solidarisch (Art. 544 Abs. 3 OR).

41 Eine ARGE ist i. d. R. eine einfache Gesellschaft, die als Gesamthandschaft mit dem Bauherrn den Werkvertrag abschliesst (Art. 28).

b) Vertrag mit sich selbst

42 Grundsätzlich kann niemand einen Werkvertrag mit sich selbst abschliessen. Ein solches Rechtsgeschäft (Selbstkontrahieren) ist i. d. R. nichtig.

43 Ausnahmsweise kann eine Person gleichzeitig für sich selbst als Partei und in Vertretung der Gegenpartei, z. B. ein Bauherr für sich selbst und als einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat einer Unternehmung für diese, einen Werkvertrag abschliessen. Es gelten jedoch strenge Anforderungen. Da das Verbot des Selbstkontrahierens ausschliesslich dem Schutz der Gesellschaft dient und nicht dem Schutz von Gesellschaftsgläubigern, kann der Alleinaktionär einer Gesellschaft zugleich Vertragspartei und Vertreter der Gegenpartei sein.³⁷ Schliesst ein Organ einer juristischen Person mit sich selbst einen Vertrag ab, ist die Ermächtigung oder Genehmigung eines ihm über- oder nebengeordneten Organs erforderlich. Das gilt grundsätzlich auch, wenn der Organvertreter für eine AG einen Vertrag mit einer wirtschaftlich von ihm beherrschten Gesellschaft abschliesst.³⁸

44 Die Regeln über das Selbstkontrahieren sind zu beachten für Verträge zwischen Gesellschaft und Tochtergesellschaft oder zwischen Schwestergesellschaften.

3. *Unechter Unternehmer*

45 Schliesst ein Unternehmer den Werkvertrag nicht für sich selbst, sondern auf den Namen und die Rechnung eines anderen Unternehmers ab, liegt Stellvertretung vor (Art. 32 OR). Im Verhältnis zum Bauherrn ist der Vertretene Unternehmer. Dieser Tatbestand ist am häufigsten in unechten GU-Verträgen anzutreffen. Der GU schliesst die Werkverträge nicht im eigenen Namen, sondern stellvertretend für die Unternehmer in deren Namen ab. Besonders gefährlich kann das für den Bauherrn werden, wenn ihm der GU ein Pauschalangebot unterbreitet, die Werkverträge jedoch stellvertretend für die Unternehmer mit dem Bauherrn abschliesst. Diese sind dann an das Pauschalangebot, z. B. für ein schlüsselfertiges Haus, nicht gebunden. Der Pauschalpreisvertrag des GU mit dem Bauherrn ist in diesem Fall meist kein Werkvertrag,

³⁷ BGER 4C.294/2003 vom 15.12.2003 E. 1.3; BGER 4C.35/2005 vom 11.8.2005 E. 3.2.

³⁸ BGE 98 II 219; Übersicht über die Rechtsprechung in BGER 4A_134/2007 vom 31.7.2007 E. 2.2, 3.1.

sondern ein Auftrag zur Evaluation und zum Abschluss der Werkverträge mit den Unternehmern. Das Pauschalpreisversprechen kann allenfalls als Garantievertrag (Art. 111 OR) ausgelegt werden.

D. SIA-Norm 118 als Vertragsbestandteil

1. Übernahme

Obwohl die SIA-Norm 118 als sog. Branchenbedingung für Bau-Werkverträge anerkannt und weitverbreitet ist, gilt sie nach herrschender Auffassung nicht als Ausdruck einer Verkehrsübung und enthält auch kein Gewohnheitsrecht.³⁹ 46

Die SIA-Norm 118 erlangt Geltung im Werkvertrag, wenn Bauherr und Unternehmer ihre Übernahme vereinbart haben. Die Übernahme kann eine ausdrückliche oder eine stillschweigende sein. Die Vereinbarung der Übernahme kann schriftlich, mündlich oder durch konkludentes Verhalten erfolgen. Eine schriftliche Übernahme liegt dann vor, wenn die SIA-Norm 118 im Werkvertrag als Vertragsbestandteil aufgeführt ist.⁴⁰ 47
Ebenso, wenn der Bauherr in der Ausschreibung die SIA-Norm 118 zum Bestandteil erklärt und der Unternehmer darauf sein Angebot vorbehaltlos unterbreitet oder wenn der Unternehmer in seiner Offerte die SIA-Norm 118 als Bestandteil erwähnt und der Bauherr diese Offerte annimmt. In diesen Fällen lässt sich die Übernahme der SIA-Norm 118 durch diejenige Partei, die daraus Rechte ableitet, einfach beweisen.

Ist die SIA-Norm 118 nicht in der Ausschreibung, im Angebot oder in der Vertragsurkunde erwähnt und will eine Partei aus ihr Rechte ableiten, trägt sie die Beweislast (Art. 8 ZGB). Ein Indiz für eine stillschweigende Übernahme liegt vor, wenn Bauherr und Unternehmer bereits mehrmals Werkverträge miteinander und immer auf der Grundlage der SIA-Norm 118 abgeschlossen haben.⁴¹ 48

Die Übernahme der SIA-Norm 118 erfolgt i. d. R. durch Verweis, durch eine sog. Globalübernahme. Als global übernommen gelten vorformulierte Bedingungen, die eine schwache oder unerfahrene Partei nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht liest, nicht zur Kenntnis nimmt oder in ihrer Tragweite nicht versteht.⁴² Das heisst, dass eine oder beide Parteien den Inhalt der SIA-Norm 118 nicht oder nicht im Detail kennen und ihn auch nicht prüfen können. Sie vertrauen darauf, dass die SIA-Norm 118 den Werkvertrag bauspezifisch ausgewogen regelt. Es gilt für eine bauunerfahrene Partei und nach neuerer Rechtsprechung auch für die schwächere oder weniger erfahrene, branchenfremde Partei⁴³ die sog. Ungewöhnlichkeitsregel, wonach eine globale Übernahme 49

³⁹ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 268, 269; BGE 118 II 295, 296.

⁴⁰ Z. B. SIA-Werkvertragsformular 1023; KBOB-Werkvertrag.

⁴¹ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 194 Fn. 492.

⁴² BGE 109 II 452, 456 f.

⁴³ BGer 4A_499/2018 vom 10.12.2018 E. 3.3.2; GAUCH-Werkvertrag, Rz. 286c.

vorformulierter Klauseln nicht gültig ist, soweit die zustimmende Partei mit ihnen nicht gerechnet hat und aus ihrer Sicht zur Zeit des Vertragsabschlusses vernünftigerweise nicht rechnen musste, weil sie unerwartet oder atypisch sind. Die Klausel muss nicht nur objektiv, sondern auch subjektiv (für den Betroffenen) ungewöhnlich sein.⁴⁴ Eine Globalübernahme ist insbesondere für Gerichtsstandsklauseln, mit denen eine Partei auf ihren ordentlichen Gerichtsstand verzichtet, oder für Schiedsklauseln ungültig.⁴⁵ Das Bundesgericht hat die Bestimmungen der SIA-Norm 118 über die Vertretungsbefugnis des bauleitenden Architekten zur verbindlichen Genehmigung der Schlussabrechnung für den Bauherrn als ungewöhnlich und damit unverbindlich beurteilt.⁴⁶

- 50 Erweckt eine Partei den Anschein, sie sei baukundig, z.B. eine Immobilien AG, gilt sie nicht als unerfahren, auch wenn ihre Organe nicht baukundig sind. Sie kann sich nicht auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen. Von einer ausländischen Partei, die einer Bautätigkeit nachgeht, kann die Kenntnis der SIA-Norm 118 erwartet werden.

2. *Abweichende Vereinbarungen*

- 51 Vorausgesetzt, die SIA-Norm 118 ist von den Parteien als Vertragsbestandteil übernommen worden, kann ihr Inhalt grundsätzlich formfrei, ebenfalls durch Vereinbarung, abgeändert werden, indem einzelne Bestimmungen aufgehoben, geändert oder ergänzt werden. Eine solche Abrede kann individuell in der Vertragsurkunde oder durch Übernahme besonderer (spezieller) Vertragsbedingungen, die im Rang der SIA-Norm 118 vorgehen, erfolgen.
- 52 Die Beweislast für eine Änderung der SIA-Norm 118 trägt diejenige Partei, die daraus ein Recht ableitet (Art. 8 ZGB).
- 53 Erfolgt die Änderung mittels AVB einer Partei, greift gegenüber einem bauunkundigen Vertragspartner die Ungewöhnlichkeitsregel (Einleitung N 53 ff.).
- 54 Mit Änderungen, Ergänzungen oder Aufhebungen von Bestimmungen der SIA-Norm 118 wird in ein geschlossenes System von Vertragsbedingungen eingegriffen. Dadurch können Unklarheiten, Lücken oder Widersprüche entstehen. Nach der Unklarheitsregel ist eine unklare Bestimmung gegen diejenige Vertragspartei auszulegen, die sie verfasst hat (Einleitung N 59 f.).

⁴⁴ ZBJV 155/2019 S. 424.

⁴⁵ BGER 4C.282/2003 vom 15.12.2003 E. 1.

⁴⁶ BGE 109 II 452 (Adolf Forster AG vs. Hanspeter Krattiger).

3. *Allgemeine Bedingungen Bau (ABB)*

Die Branchenverbände haben in den letzten Jahren eine grössere Zahl sog. «Allgemeine Bedingungen Bau» mit der Bezeichnung «118/...» publiziert.⁴⁷ Zweck der ABB ist es, branchenspezifisch die SIA-Norm 118 zu ergänzen. Grundsätzlich sollen die ABB die SIA-Norm 118 nicht ändern. Zu diesem Zweck gehen die ABB im Rang der SIA-Norm 118 nach (dazu Art. 7 und 21). Sollen Bestimmungen der SIA-Norm 118 durch eine ABB geändert werden, ist diese Änderung standardisiert in der Ziffer 0.2 der jeweiligen ABB bezeichnet, und es wird dort darauf hingewiesen, dass die entsprechende Änderung der SIA-Norm 118 in der Vertragsurkunde zu vereinbaren ist. Dadurch soll verhindert werden, dass durch eine unüberblickbare Vielzahl von Änderungen in den ABB die SIA-Norm 118 aus den Angeln gehoben wird. 55

Die ABB ergänzen die SIA-Norm 118 mit Vertragsbedingungen für spezifische Bauarbeiten. Sie regeln den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen, die Pflichten der Vertragspartner, die inbegriffenen und nicht inbegriffenen Leistungen und die Ausmassbestimmungen. 56

III. **Kasuistik**

Der Bauherr als Besteller i. S. von Art. 363 OR

«Die SIA-Norm 118 ist integrierender Bestandteil des Werkvertrages. Inhalt und Zweck der Norm ist nach ihrer Präambel unter anderem, die in den von ihr bestimmten Verträgen gebräuchlichen Begriffe zu klären. Massgeblich ist daher, welche Bezeichnungen diese Norm verwendet. Art. 2 Abs. 1 SIA-Norm 118 bestimmt: Die entgeltliche Ausführung einer Bauarbeit für einen anderen, den Bauherrn, erfolgt auf Grund eines Werkvertrages. Der Bauherr ist Besteller, der Ausführende ist Unternehmer im Sinne des Art. 363 OR. Zwar trifft zu, wie die Vorinstanz annimmt, dass als «Bauherr» allgemein ausschliesslich der «Herr des gesamten Baugeschehens» verstanden wird. Ein (General-)Unternehmer, der im eigenen Namen Werkvertragsarbeiten an Subunternehmer weiter vergibt, ist nach diesem Sprachgebrauch kein Bauherr. Die Terminologie der Norm ist jedoch gerade eine andere, denn nach ihr wird jeder Besteller (unabhängig welcher Vergabestufe) eines Bauwerkes als Bauherr bezeichnet. Bauherr im Sinn der Norm kann daher auch ein General- oder Totalunternehmer sein, der Arbeiten, die er dem Hauptbesteller schuldet, seinerseits an Dritte weiter vergibt (...). Daraus folgt, dass jemand, der in einem SIA-118-Vertrag als Bauherr bezeichnet wird, auch Besteller ist. Es ist daher entscheidend, dass die Beklagte – und nur sie – im Vertrag als Bauherr bezeichnet ist.» 57

(BGer 4A_580/2012 E. 5.2.1)

⁴⁷ Z.B. SIA 118/198 (2007), Allgemeine Bedingungen für Untertagbau – Allgemeine Vertragsbedingungen zur Norm SIA 118 Untertagbau.

58 Geltung der SIA-Vertragsnormen nur bei ausdrücklicher Übernahme

«Wie in einem neuesten Entscheid (BGE 117 II 284 E. 4b) ausgeführt worden ist, anerkennt das Bundesgericht die vom Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Verband herausgegebenen Normen, denen die Bedeutung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zukommt, nicht als regelbildende Übung und stellt darauf nur ab, wenn die Parteien sie zum Vertragsinhalt erhoben haben (...). Vorgeformte Vertragsinhalte können zwar Ausdruck der Verkehrsauffassung oder -übung sein. Zu vermuten ist dies aber nicht, sondern muss im Einzelfall nachgewiesen werden (...).»

«Zwar können technische Usancen im Gegensatz zu rechtlichen Verbandsnormen auch ohne ausdrückliche Übernahme die Auslegung von Parteierklärungen bestimmen, sofern sie die massgebende Verkehrssitte konkretisieren (...). Die zahlreichen Regeln, welche die Praxis zur Ermittlung der nach Einheitspreisen zu vergütenden Menge entwickelt hat und die sich auch in verschiedenen SIA-Normen finden, gehören jedoch nicht dazu.»

(BGE 118 II 295, 296 f.)

1.2 Abschluss des Werkvertrages

Art. 3

Arten des Abschlusses

¹ Der Werkvertrag kann schriftlich, mündlich oder durch entsprechendes Handeln (z. B. Art. 19 Abs. 3) abgeschlossen werden (Art. 1 OR).

² Für grössere Bauarbeiten empfiehlt sich folgendes Vorgehen: Der Bauherr schreibt die Arbeit aus (Art. 4 ff.), worauf die Unternehmer ihre Angebote (Offerten) einreichen (Art. 15). Der Bauherr prüft die Angebote (Art. 18). Will er ein Angebot annehmen, so erklärt er die Annahme, indem er die Vergabe der Arbeit mitteilt (Art. 19).

³ Der Bauherr kann sich durch die Bauleitung (Art. 33–35) vertreten lassen.

Mode de conclusion

¹ Le contrat d'entreprise peut être conclu (art. 1 CO) par écrit, oralement ou par acte concluant (par ex. art. 19 al. 3).

² Pour les travaux d'une certaine importance, il est recommandé de procéder comme suit: le maître met le travail en soumission (art. 4 ss.); les entrepreneurs lui remettent leur offre (art. 15); le maître examine ces offres (art. 18); s'il accepte l'une d'elles, il le déclare à son auteur en lui adjugeant le travail (art. 19).

³ Le maître peut se faire représenter par la direction des travaux (art. 33-35).

Modalità

¹ Il contratto di appalto può essere stipulato per iscritto, verbalmente o con altro atto conforme (art. 1 CO) (per es. art. 19 cpv. 3).

² Per lavori importanti si raccomanda il seguente procedimento: il committente mette a concorso un lavoro (art. 4 e ss.) per il quale gli imprenditori inoltrano le loro offerte (art. 15). Il committente esamina le offerte (art. 18); se decide di dar seguito a un'offerta, conferma la sua scelta comunicando la delibera del lavoro all'imprenditore interessato (art. 19).

³ Il committente può farsi rappresentare dalla direzione dei lavori (art. 33-35).

Methods of contract formation

¹ A contractor agreement may be concluded in writing, orally, or by implicit conduct (e.g., art. 19, para. 3) (CO art. 1).

² For more sizeable construction projects, the following procedure is advisable: the employer shall issue an invitation to tender (arts. 4 et seq.), upon which the contractors shall submit their tenders (offers) (art. 15). The employer shall then review the tenders (art. 18). Where it wishes to accept a tender, it shall declare its acceptance by announcing the award of the works (art. 19).

³ The employer may appoint a construction manager to represent it (art. 33–35).

Inhaltsverzeichnis	Seite
I. Allgemeines	58
A. Gegenstand	58
B. Anwendungsbereich	58
C. Gesetzliche Regelung	59
1. Vertragsabschluss	59
2. Gesetzlich vorgeschriebene Form	59
3. Vorbehaltene Schriftform	60
4. Vertragsänderungen	61
5. Moderne Kommunikationsmittel	61
6. Stellvertretung	62
II. Kommentar	62
A. Form des Vertragsabschlusses	62
1. Grundsätzlich formfrei	62
2. Vorbehaltene Schriftform	63
B. Submission	64
1. Bauspezifisches Ausschreibungsverfahren	64
2. Öffentliches Beschaffungswesen	65
C. Vertretung durch die Bauleitung	65
III. Kasuistik	66

I. Allgemeines

A. Gegenstand

- 1 Art. 3 gibt drei Hinweise zum Abschluss des Werkvertrags. Der erste gilt den möglichen Formen des Vertragsabschlusses (Abs. 1), der zweite beschreibt das im Bauwesen übliche Verfahren der Ausschreibung bis zum Vertragsabschluss, die sog. Submission (Abs. 2), und der dritte weist auf die Möglichkeit hin, dass sich der Bauherr durch die Bauleitung vertreten lassen kann (Abs. 3).

B. Anwendungsbereich

- 2 Die Bestimmung wird nicht Inhalt eines Werkvertrags. Eröffnet der Bauherr hingegen die Ausschreibung oder reicht der Unternehmer sein Angebot ein mit dem Hinweis auf die SIA-Norm 118 als Grundlage, werden deren Abschluss- und Inhaltsbestimmungen Bestandteil der Ausschreibung bzw. des Angebots.

C. Gesetzliche Regelung

1. *Vertragsabschluss*

Zum Abschluss des Werkvertrags ist die übereinstimmende gegenseitige Willenserklärung von Bauherr und Unternehmer erforderlich. Sie kann eine ausdrückliche oder eine stillschweigende sein (Art. 1 OR). Voraus geht dem Vertragsabschluss ein Angebot (Antrag, Offerte) des Unternehmers. Mit der Annahme des Angebots durch den Bauherrn kommt der Vertrag zustande (Art. 3 ff. OR). 3

Eine stillschweigende Annahme des Bauherrn und damit der Abschluss des Vertrags wird dann angenommen, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäfts oder nach den Umständen eine ausdrückliche (mündliche oder schriftliche) Annahme nicht zu erwarten ist und das Angebot vom Bauherrn nicht innert angemessener Frist abgelehnt wird (Art. 6 OR).¹ 4

Die übereinstimmende Willensäusserung muss sich auf alle objektiv und subjektiv wesentlichen Inhalte des Werkvertrags beziehen. Objektiv wesentlich sind zwei Vertragspunkte: Erstens die Pflicht des Unternehmers zur Herstellung eines bestimmten Werks und zweitens als Gegenleistung die Pflicht des Bauherrn, dafür eine Vergütung zu leisten (dazu: Art. 2 N 31–34). 5

2. *Gesetzlich vorgeschriebene Form*

Das Gesetz kennt drei Hauptformen: einfache Schriftlichkeit, qualifizierte Schriftlichkeit und öffentliche Beurkundung. Einfache Schriftlichkeit ist erforderlich für die Abtretung von Forderungen (Art. 165 Abs. 1 OR) und für Vorkaufsverträge, in denen der Kaufpreis nicht im Voraus bestimmt ist (Art. 216 Abs. 3 OR). Qualifizierte Schriftlichkeit in Form einer schriftlichen Erklärung mit Angabe des zahlenmässig bestimmten Höchstbetrages schreibt das Gesetz für die Bürgschaft einer juristischen Person vor (Art. 493 Abs. 1 OR). Öffentliche Beurkundung ist vorgeschrieben für den Grundstückskauf, einschliesslich Vorverträgen, Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsrechten zu einem bestimmten Preis (Art. 216 OR), Rechtsgeschäfte über Grunddienstbarkeiten (Art. 732 ZGB) sowie die Bürgschaft einer natürlichen Person (Art. 493 Abs. 2 OR). Ist bei einem gemischten Kauf-Werkvertrag über ein Grundstück der Werkpreis teilweise Bestandteil des Kaufpreises oder vom Kaufpreis nicht klar zu unterscheiden, unterliegt der Werkpreis der öffentlichen Beurkundung. 6

¹ BGer 4C.55/2002 vom 30.7.2002 E. 2.2; OGer LU Nr. 193 I. Kammer vom 24.9.1974, in: LGVE 1974 I S. 220 f.

- 7 Die Wirkung des Formmangels ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Nichtigkeit des Vertrags.² Die unrichtige Beurkundung des Kaufpreises eines Grundstücks hat immer die Ungültigkeit des ganzen Vertrags zur Folge, und zwar unabhängig davon, ob der beurkundete Preis höher oder tiefer ist als vereinbart.³
- 8 Betrifft der Formmangel nur einzelne Teile des Vertrags oder einzelne Klauseln, stellt sich die Frage, ob der Vertrag als Ganzes ungültig ist oder nur die mit dem Formmangel behafteten Teile. Wird eine Formvorschrift verletzt, die nur eine bestimmte Einzelabrede innerhalb des Vertrags erfasst (z. B. Bürgschaft), gilt der Grundsatz, dass der Vertrag ohne die formwidrige Abrede gültig bleibt, wenn anzunehmen ist, die Parteien hätten den Vertrag auch ohne diese (ungültige) Abrede abgeschlossen (Art. 20 Abs. 2 OR).⁴
- 9 Trifft die eine Partei am Formmangel ein Verschulden, z. B. weil er ihrer eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben ist oder sie ihn arglistig herbeigeführt hat, wird sie trotz erfolgreicher Berufung auf die Formungültigkeit ihrem Vertragspartner aus «culpa in contrahendo» schadenersatzpflichtig.⁵
- 10 Ist für einen Werkvertrag oder einzelne seiner Bestimmungen eine bestimmte Form gesetzlich vorgeschrieben,⁶ so gilt diese Vorschrift auch für jede Änderung des Vertrags. Ausgenommen sind ergänzende Nebenbestimmungen, die nicht mit der Vertragsurkunde im Widerspruch stehen (Art. 12 OR).
- 11 Ist die Schriftform gesetzlich vorgeschrieben, muss der Vertrag die rechtsgültigen Unterschriften des Bauherrn und des Unternehmers tragen. Die Unterschrift ist eigenhändig zu schreiben. Als eigenhändig gilt auch die qualifizierte elektronische Signatur (Art. 14 Abs. 2^{bis} OR). Die sog. Faksimile-Unterschrift (z. B. Stempel oder gescannte Unterschrift) ist im Bau-Werkvertrag nicht üblich und genügt damit dem gesetzlichen Erfordernis an die Eigenhändigkeit der Unterschrift nicht.

3. *Vorbehaltene Schriftform*

- 12 Ist die Schriftform ohne nähere Bezeichnung ausdrücklich für die Gültigkeit des Vertragsabschlusses vorbehalten worden, gelten zwei gesetzliche Vermutungen (Art. 16 OR): Erstens wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Schriftform

² BGE 116 II 702 und BGer 4C.162/2005 vom 18.5.2006 E. 3.2, in: ZBGR 88 (2007) S. 273; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 548, 558 f. mit Hinweis auf die abweichende Auffassung der heute herrschenden Lehre.

³ BGE 104 II 99 ff.

⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 582.

⁵ BR/DC 4/1999-SCHMID, S. 155 f. Nr. (281); BGer 4C.299/1998 vom 7.1.1999 E. 3a.

⁶ Z. B. öffentliche Beurkundung: Werkvertrag mit Grundstückkauf (Art. 216 OR; dazu: Art. 2 N 27), Errichtung einer Grunddienstbarkeit (Art. 732 ZGB) oder Bürgschaft einer natürlichen Person (Art. 493 Abs. 2 OR).

nicht verpflichtet sein wollen (Abschlussform) und zweitens, dass die Anforderungen an die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform gelten. Der einfache Vorbehalt der Schriftform kann auch die Bedeutung haben, dass der Abschluss und der Inhalt des Werkvertrags als Beweiskunde schriftlich dokumentiert werden, ohne dass das Zustandekommen des Werkvertrags von der schriftlichen Vertragsurkunde abhängig wäre (Art. 20).⁷ Der Schriftlichkeitsvorbehalt in global übernommenen AVB rechtfertigt die Vermutung eines Gültigkeitsvorbehalts für den Vertragsabschluss nicht.⁸ Die Beweislast für den Vorbehalt der Schriftform als Gültigkeitserfordernis für den Werkvertrag trägt diejenige Partei, die daraus Rechte ableitet (Art. 8 ZGB).

4. *Vertragsänderungen*

Eine für die Gültigkeit des Vertragsabschlusses vorbehaltene Schriftform gilt ohne besondere Vereinbarung nicht auch für Vertragsänderungen.⁹ 13

5. *Moderne Kommunikationsmittel*

Mit Ausnahme der elektronischen Signatur (Art. 14 Abs. 2^{bis} OR) erfüllen E-Mails die gesetzlichen Anforderungen an die Schriftform nicht. Die h. L. und Rspr. stellt die (nicht mehr zeitgemässe) Telefaxübermittlung einer unterzeichneten Urkunde der eigenhändigen Unterzeichnung gleich, weil diese Übermittlungsart eine geschäftsübliche, zeitgemässe Kommunikation sei. Dasselbe gilt nach überwiegender Auffassung in der Lehre¹⁰ für die Zustellung einer E-Mail mit angefügter Scan-Kopie, weil dies zu den üblichen Gepflogenheiten moderner Kommunikation gehört.¹¹ Umgekehrt erfülle die Zusendung einer blossen Fotokopie der unterschriebenen Urkunde die Anforderungen an die Schriftlichkeit nicht. Das ist dann von Bedeutung und zu beachten, wenn im Werkvertrag z. B. für Bestellungsänderungen die schriftliche Zustimmung des Bauherrn oder die schriftliche Vereinbarung des Nachtrags als Gültigkeitserfordernis vorbehalten worden ist. 14

Diese Praxis wird den Abläufen auf dem Bau nicht gerecht. Es ist heute üblich, dass nach Verhandlungen über Bestellungsänderungen und andere Vertragsänderungen (z. B. Termine) Bestätigungen elektronisch übermittelt werden. Beginnt der Unternehmer dann mit der Ausführung der Bestellungsänderung und hat der Bauherr Kenntnis 15

⁷ OGer ZH Nr. 55 vom 1.11.1994, in: ZR 95/1996 S. 165, 168.

⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 600.

⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 611; HGer ZH Nr. 39 vom 7.4.1992, in: ZR 91/1992 S. 143, 148.

¹⁰ BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Art. 13 OR Rz. 14c; BK-OR-SCHMIDLIN, Art. 13 OR Rz. 32.

¹¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 518.

davon, ist anzunehmen, dass die Parteien stillschweigend auf den Formvorbehalt verzichtet haben.¹²

6. *Stellvertretung*

16 Die gesetzliche Regelung der Stellvertretung (Art. 32 ff. OR) bestimmt einerseits die Wirkung der Vertretung gegenüber Dritten (Aussenverhältnis) und andererseits den Umfang der Ermächtigung (Innenverhältnis). Im Vertrag zwischen Bauherr und Bauleitung wird der Umfang der Ermächtigung bestimmt (Art. 33 OR). Von diesem Vertrag hat der Unternehmer i. d. R. keine Kenntnis. Es gilt das Vertrauensprinzip. Schliesst die Bauleitung für den Bauherrn einen Bau-Werkvertrag ab oder ändert sie einen bereits abgeschlossenen Vertrag im Einvernehmen mit dem Unternehmer, so wird der Bauherr daraus so weit unmittelbar berechtigt und verpflichtet, als der Unternehmer aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen durfte (Art. 32 OR).

II. **Kommentar**

A. **Form des Vertragsabschlusses**

1. *Grundsätzlich formfrei*

17 Für den Abschluss des Werkvertrags ist weder nach Gesetz noch nach SIA-Norm 118 eine besondere Form erforderlich. Abs. 1 verweist auf Art. 19 Abs. 3, wonach der Werkvertrag dadurch abgeschlossen wird, dass mit der Ausführung der Bauarbeit in beidseitigem Einvernehmen begonnen wird. Diese Bestimmung ist nichts anderes als die Konkretisierung der Lehre und Rechtsprechung zum Vertragsabschluss im Allgemeinen.

18 Üblicherweise lädt der Bauherr den Unternehmer ein, ihm für eine bestimmte Arbeit ein Angebot zu unterbreiten. Darauf macht der Unternehmer ein Angebot. Einladung und Angebot können mündlich, durch entsprechendes Handeln, z. B. durch eine Begehung vor Ort, oder schriftlich erfolgen. Die Erklärung des Bauherrn, dass er mit dem Angebot des Unternehmers einverstanden ist, bewirkt den Vertragsabschluss. Auch diese Erklärung kann mündlich, durch entsprechendes Handeln oder schriftlich erfolgen. Ist strittig, ob es zum Abschluss des Werkvertrags gekommen ist, trägt diejenige Partei die Beweislast (Art. 8 ZGB), die daraus Rechte ableitet. Beginnt der Unternehmer mit der Ausführung der Arbeiten oder mit Vorbereitungs-handlungen dazu, muss der Bauherr, wenn nach seinem Willen noch kein Werkvertrag abgeschlossen ist, un-

¹² HGer ZH HG130187 vom 4.4.2014.

verzüglich Widerspruch erheben. Duldete er die Vertragserfüllung, muss er sich sein Verhalten nach dem Vertrauensprinzip vom Unternehmer entgehalten lassen.

2. *Vorbehaltene Schriftform*

Der Vorbehalt der Schriftform muss sich ausdrücklich auf den Abschluss bzw. die Gültigkeit des Werkvertrags beziehen. Wird lediglich vorbehalten, den Vertrag schriftlich auszufertigen (Art. 20), behalten die Parteien die Schriftlichkeit als Beweisform vor und wollen den Inhalt des abgeschlossenen Vertrags schriftlich festhalten, ohne das Zustandekommen von der Erfüllung der Form abhängig zu machen.¹³ Die Vermutung von Art. 16 Abs. 1 OR, wonach die vorbehaltene Schriftform im Zweifel den Sinn einer Abschlussform hat (nicht einer blossen Beweisform), wird dadurch relativiert, dass die Parteien sich bei der Einigung über den Formvorbehalt dieser Wirkung bewusst sein müssen. Daraus ergibt sich, dass formulierte Schriftlichkeitsvorbehalte in global übernommenen AVB die Vermutung der Abschlussform nicht zu begründen vermögen.¹⁴ 19

Die Parteien können die Formabrede ausdrücklich oder stillschweigend treffen und sind auch in der Bestimmung der anzuwendenden Form frei. Beim Bau-Werkvertrag ist bei der Auslegung des Vorbehalts der Schriftlichkeit den Gepflogenheiten Rechnung zu tragen. Mit «Schriftform» ist vermutungsweise jedes schriftliche Dokument gemeint, das den Nachweis des abgeschlossenen Vertrags mithilfe eines schriftlichen Textes ermöglicht,¹⁵ somit auch Telefax, E-Mail oder ein fotokopierter Vertragstext mit Bestätigungsschreiben. Will eine Partei vor dem Erfüllen der gesetzlichen Anforderungen an die Schriftform (Art. 13–15 OR) nicht verpflichtet sein, hat sie diesen Vorbehalt ausdrücklich und für die Gegenpartei erkennbar anzubringen. 20

Eine Formabrede ist spätestens mit der Einigung über den Vertragsinhalt zu treffen.¹⁶ Die Vermutung der Abschlussform wird entkräftet, wenn trotz Nichteinhalten der Schriftform die vertraglichen Leistungen vorbehaltlos erbracht und entgegengenommen werden.¹⁷ Für spätere Bestellungenänderungen gilt dann die Vermutung, dass die vorbehaltene Schriftlichkeit vermutungsweise nur Beweisform für die bereits verbindliche Änderung (Art. 84) ist. Anders verhält es sich, wenn die Schriftlichkeit ausdrücklich auch als Gültigkeitsform für Bestellungenänderungen vorbehalten ist.¹⁸ 21

¹³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 588.

¹⁴ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 414.

¹⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 595.

¹⁶ BGE 105 II 78.

¹⁷ BGE 105 II 78.

¹⁸ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 770.

B. Submission

1. *Bauspezifisches Ausschreibungsverfahren*

- 22 Als Submission wird das bauspezifische Ausschreibungsverfahren bezeichnet. Die Submission ist ein Ausschreibungsverfahren eigener Art und im Gesetz nicht geregelt. Sie unterscheidet sich vom gesetzlich geregelten Tatbestand der Auslobung (Art. 8 OR) dadurch, dass der Werkvertrag nicht bereits durch einseitige Erklärung des verpflichteten Unternehmers zustande kommt. Die Einladung an den Unternehmer zur Einreichung einer Offerte verpflichtet den Bauherrn nicht, einen Vertrag abzuschliessen.¹⁹
- 23 Das Ausschreibungsverfahren wird i. d. R. durch die sog. Submissionsbedingungen geregelt. Diese gibt der Bauherr in der Ausschreibung vor. Sie enthalten Bestimmungen einerseits zum Submissionsverfahren selbst und andererseits zu den Vertragsbedingungen. Reicht der Unternehmer vorbehaltlos sein Angebot ein, erklärt er sein Einverständnis mit dem Submissionsverfahren und mit den Vertragsbedingungen. Macht der Unternehmer hingegen Vorbehalte, entweder zum Verfahren oder zu den Vertragsbedingungen, werden diese Vorbehalte grundsätzlich Bestandteil seines Angebots. Voraussetzung ist, dass der Unternehmer seine Vorbehalte oder Bedingungen genügend klar und für den Bauherrn ersichtlich anbringt und der Bauherr diese ausdrücklich oder stillschweigend akzeptiert. Die Beweislast, dass die Vorbehalte und Bedingungen des Unternehmers vom Bauherrn akzeptiert worden sind, trägt der Unternehmer (Art. 8 ZGB).
- 24 Im Submissionsverfahren sind Bauherr und Unternehmer zum Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet. Dazu zählen insbesondere der Wille des Bauherrn, aufgrund der Ausschreibung einen Werkvertrag abzuschliessen, die Einhaltung der bekannt gegebenen Submissionsregeln sowie das Verbot von Preisabsprachen. Die Verletzung dieser Verpflichtungen führt zu Schadenersatzansprüchen der geschädigten Partei. Eine Pflicht, für die ausgeschriebenen Bauarbeiten einen Vertrag mit einem bestimmten Anbieter abzuschliessen, trifft den Bauherrn nur, wenn er dies in der Ausschreibung versprochen hat.²⁰
- 25 Der Bauherr ist verpflichtet, die Offerten der Unternehmer allein zum Zwecke der Ausführung des ausgeschriebenen Bauwerks zu verwenden. Verwendet er Teile eines Angebots zweckwidrig, z. B. wenn er technische Vorschläge oder Varianten eines Anbieters übernimmt und durch einen anderen (günstigeren) Anbieter ausführen lässt oder darauf gestützt zusätzliche Angebote von anderen Anbietern einholt, verletzt er sowohl die Treuepflicht als auch die Bestimmungen über den unlauteren Wettbewerb (Art. 5 lit. a UWG) und wird dem betroffenen Unternehmer schadenersatzpflichtig.

¹⁹ BGE 46 II 372; GAUCH-Werkvertrag, Rz. 461a.

²⁰ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 497.

Zudem verfügt der Unternehmer über die Möglichkeit, mittels Klage die drohende Verletzung zu verbieten, eine bestehende Verletzung zu beseitigen oder die Widerrechtlichkeit einer Verletzung festzustellen (Art. 9 UWG).

2. *Öffentliches Beschaffungswesen*

Für öffentliche Auftraggeber gelten die Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens für die Submission, d. h. für das Verfahren der Ausschreibung bis zum Vertragsschluss.²¹ Die Geltung der Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen ist abhängig von der Auftragsart und den im Gesetz festgelegten Schwellenwerten. Die gesetzlichen Bestimmungen regeln insbesondere die Verfahrensart, die Verfahrensgrundsätze der Submission, die Zuschlagsverfügung und den Vertragsabschluss.

Die Zuschlagsverfügung (der Zuschlag) bedeutet nicht den Vertragsabschluss. Sie ist eine Ermächtigung der Vergabestelle zum Abschluss des Vertrags. Ein vorzeitig abgeschlossener Beschaffungsvertrag ist jedoch nicht schlechthin nichtig. Diese Rechtsfolge tritt nur dann ein, wenn sie vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist. Ein vorzeitig abgeschlossener Beschaffungsvertrag ist privatrechtlich gültig. Es besteht weder eine Verpflichtung des Auftraggebers (Bauherrn) zum Abschluss des Vertrags noch ein Anspruch des Anbieters (Unternehmers), dass mit ihm ein Vertrag abgeschlossen werde. Dagegen ist das Angebot des Unternehmers nicht nur eine submissionsrechtliche, sondern auch eine verbindliche Vertragsofferte.²² Das bedeutet, dass der Unternehmer für die ausgeschriebene Gültigkeitsdauer an seine Offerte gebunden ist.

Im Gegensatz zum EU-Recht schreibt das schweizerische Recht nicht die Schriftform für den Vertrag vor.

C. **Vertretung durch die Bauleitung**

Der Bauherr kann sich durch die Bauleitung vertreten lassen. Die Formulierung von Abs. 3 ist missverständlich. Der Abschluss des Werkvertrags durch die Bauleitung bedarf einer entsprechenden Vollmacht des Bauherrn. Auch wenn die SIA-Norm Bestandteil der Ausschreibung ist, kann daraus keine Ermächtigung der Bauleitung zum Abschluss des Werkvertrags abgeleitet werden.²³

Im Innenverhältnis bedarf die Bauleitung einer Ermächtigung des Bauherrn, die den Umfang der Vertretungsbefugnisse festlegt. Üblicherweise schliesst der Bauherr mit der Bauleitung Verträge auf der Grundlage der SIA 102, 103 und 108 ab. Diese

²¹ BöB; IVöB nach Massgabe der Übernahme durch die Kantone.

²² BGE 141 II 48 E. 10.3; GAUCH-Werkvertrag, Rz. 460 und Fn. 221.

²³ BGER 4A_580/2012 vom 18.2.2013 E. 5.2.2.

SIA-Ordnungen enthalten keine Ermächtigung des bauleitenden Architekten oder Ingenieurs zur Vertretung des Bauherrn beim Abschluss von Verträgen.²⁴

- 31 Die SIA-Norm 118, als Vertragsbedingung zwischen Bauherr und Unternehmer, regelt nicht das Innenverhältnis zwischen Bauherr und Bauleitung. Hingegen gibt die SIA-Norm 118 dem Unternehmer (im Aussenverhältnis) die Vollmacht der Bauleitung kund (Art. 33). Die Kundgabe umfasst «alle Willensäusserungen der Bauleitung, die das Werk betreffen». Sie bezieht sich auf die Abwicklung eines abgeschlossenen Werkvertrags und nicht auf den Abschluss.²⁵

III. Kasuistik

- 32 **Auslegung der Willenserklärungen; Abschluss des Werkvertrags durch die Bauleitung**

«Zu prüfen ist, ob zwischen der Klägerin und der Beklagten ein Vertrag zustande gekommen ist.»

«Der Inhalt der beiderseitigen Erklärungen bestimmt sich in erster Linie nach dem wirklichen Willen der Vertragsparteien (Art. 18 Abs. 1 OR). Kann eine tatsächliche Einigung nicht festgestellt werden, ist die Vereinbarung nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durfte und musste. Für die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgeblich. Nachträgliches Parteiverhalten ist dafür nicht von Bedeutung; es kann jedoch – im Rahmen der Beweiswürdigung – auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen. (...)»

«Während die Erstinstanz annahm, die Beschwerdeführerin habe nach dem Vertrauensprinzip von einem Vertretungsverhältnis ausgehen dürfen, verneinte dies die Vorinstanz. Zwar anerkannte sie, dass eine Vertretungswirkung nicht nur eintritt, wenn der Vertreter zu erkennen gibt, dass er in Vertretung handelt (Art. 32 Abs. 1 OR), sondern auch aufgrund einer stillschweigenden Erklärung, wenn der Dritte aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen musste (Art. 32 Abs. 2 OR). Dabei sei kein Vertretungswille erforderlich; es komme nur darauf an, ob der Dritte nach dem Vertrauensprinzip schliessen musste und durfte, dass ein Handeln in fremdem Namen vorliege. (...) Art. 3 Abs. 3 der SIA-Norm 118, der unter dem Randtitel «Arten des Abschlusses» steht, sieht ausdrücklich vor, dass sich der Bauherr beim Vertragsabschluss durch die Bauleitung vertreten lassen kann. Zwar heisst dies nicht, dass die Bauleitung dadurch bereits ohne weiteres zum Abschluss des Werkvertrages ermächtigt ist. Für die Phase vor Abschluss des Werkvertrages gibt die Norm (anders als für die Phase nach Vertragsabschluss) keine Vollmacht der Bauleitung kund. Für die Stellvertretungsvollmacht gelten vielmehr die allgemeinen Bestimmungen von

²⁴ SIA-Ordnungen Art. 1.3.3.

²⁵ BGer 4A_580/2012 vom 18.2.2013 E. 5.2.2.

Art. 33 ff. OR (...). Indessen zeigt die explizite Erwähnung in Art. 3 Abs. 3 der Norm doch, dass für die Praxis die Vertretung beim Abschluss nichts Unübliches ist.»
(*BGer 4A_580/2012 vom 18.2.2013 E. 4., 4.1, 5.2.2*)

Formfreier Abschluss

33

Nach dem Grundsatz (Art. 1 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 1 OR) ist das Zustandekommen des Vertrags gesetzlich an keine Form gebunden. Das Bundesgericht bestätigt die Geltung dieses Grundsatzes explizit in Bezug auf den Werkvertrag (Art. 363 ff. OR), indem es festhält, dass der Werkvertrag keinerlei Formvorschriften unterliegt.
(*BGer 4C.55/2002 vom 30.7.2002 E. 2.2*)

Geltungsbereich Schriftlichkeitsvorbehalt

34

«Allein aus der Tatsache, dass für einen Vertrag die schriftliche Form verwendet wird, ergibt sich nicht zwingend ein Schriftlichkeitsvorbehalt i. S. v. Art. 16 OR. Doch selbst wenn die Parteien für die Garantieabrede vom 23. Oktober 1987 einen solchen Vorbehalt vereinbart haben sollten, wäre dieser auf die nachträgliche Abänderung des Vertrages ohne besondere Abrede nicht anwendbar (...).»
(*HGer ZH Nr. 39 vom 7.4.1992 E. 5.2, in: ZR 91/1992 S. 143, 148*)

Vertragsabschluss durch entsprechendes Handeln

35

«Der Werkvertrag bedarf als formloser Konsensualvertrag nicht einer ausdrücklichen Willenserklärung; es genügt die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung, wobei diese auf der einen, der andern oder auf beiden Seiten stillschweigend erfolgen kann. Gegenstand der übereinstimmenden Willensäusserung muss einzig die vom Unternehmer zu erbringende, individualisierte Arbeitsleistung (vorliegend Erdarbeiten) sein (...). Massgebend für die Beurteilung des Zustandekommens eines Vertragsabschlusses ist das Vertrauensprinzip (...). Die im Verhalten des Erklärenden und in der Kenntnissnahme des Empfängers sich ausdrückende Erklärung ist unmittelbar Gegenstand des Vertrauensprinzips, gemäss dem eine Erklärung so auszulegen ist, wie sie vernünftige und korrekte Leute unter den gegebenen Umständen in guten Treuen verstehen durften und mussten.

Fest steht, dass der Kläger die obgenannten Erdarbeiten, (...) ausgeführt hat. Irgendein Protest des Beklagten blieb in der Folge aus. Erst nach Rechnungstellung des Klägers (...) bestritt der Beklagte mit Schreiben (...), den Kläger je mit den in Rechnung gestellten Arbeiten beauftragt zu haben. Unter diesen Umständen ist der Auftrag zu den ausgeführten Arbeiten durch konkludentes, schlüssiges Verhalten seitens des Beklagten erteilt worden. Im Dulden der Vertragserfüllung liegt seine qualifizierte Willensbetätigung (...). (...) Hätte der Beklagte nicht als Besteller gelten wollen, so wäre er verpflichtet gewesen, den Kläger entsprechend zu orientieren, was nach dem Beweisergebnis nicht erstellt ist. Nichtkennen dieser Pflicht bzw. der Irrtum über die Folgen seines Verhaltens mögen ihn nicht zu entlasten.»

(*OGer LU Nr. 193 I. Kammer vom 24.9.1974, in: LGVE 1974 I S. 220 f.*)

36 Abschluss durch Schmiergeld bewirkt

«Sittlich bedenkliche Machenschaften im Vorfeld des Vertrags, die sich nicht in dessen Inhalt niederschlagen, machen ihn nicht sittenwidrig (...). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre haben daher Verträge, die durch Schmiergelder bewirkt werden, im Gegensatz zu den Schmiergeldversprechen als solchen keinen rechts- oder sittenwidrigen Inhalt und fallen nicht unter die Nichtigkeitsfolgen von Art. 20 OR (...).»

«Entgegen der Auffassung der Beklagten ist in diesem Zusammenhang nicht entscheidend, ob die vertragsbezogene Korruption unter Strafe gestellt ist.»

(BGE 129 III 320, 324)

37 Keine Abschlusspflicht durch Verhandlungsverhältnis (c.i.c.)

«Die Haftung aus culpa in contrahendo beruht auf der Überlegung, dass sich potentielle Vertragspartner während der Vertragsverhandlungen nach Treu und Glauben zu verhalten haben (...). Die Verhandlungspartner sollen gegenseitig auf die Richtigkeit, die Ernsthaftigkeit und die Vollständigkeit ihrer Erklärungen vertrauen dürfen (...). Sie schulden einander nach Massgabe von Treu und Glauben Schutz und Aufklärung (...). Wie weit diese Schutz- und Aufklärungspflichten reichen, entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab (...). Das Vertragsverhandlungsverhältnis verpflichtet die Parteien nicht dazu, einen Vertrag abzuschliessen. Nicht treuwidrig handelt deshalb jene Partei, die sich dazu entschliesst, die Vertragsverhandlungen abubrechen. Sie hat darüber grundsätzlich auch nicht Rechenschaft zu geben (...). Eine Haftung aus culpa in contrahendo kommt in einem solchen Fall selbst dann nicht zum Zug, wenn die Parteien vorgängig zeitaufwendige Verhandlungen unterhielten oder Investitionen im Vertrauen in den Vertragsabschluss tätigten. Grundsätzlich hat jede Partei das Risiko für vergeblich aufgebrauchte Zeit und nutzlosen Aufwand selbst zu tragen (...). Ein Verstoß gegen Treu und Glauben kann aber darin liegen, dass eine Partei den Verhandlungspartner über ihren fehlenden Vertragsabschlusswillen nicht aufklärt und den Partner im falschen Glauben lässt, dass es zu einem Vertragsabschluss kommen werde (...). Die Verletzung der Aufklärungspflicht kann Schadenersatzansprüche auslösen (...).»

(BGer 4C.320/2002 vom 3.2.2003 E. 3.2, mit Verweis auf BGE 105 II 75, 80)

38 Vertretung vor und bei Vertragsabschluss

«Gemäss Art. 32 ff. OR tritt eine Vertretungswirkung grundsätzlich nur ein, wenn der Vertreter über eine entsprechende Vollmacht des Vertretenen verfügt. Fehlt es an einer Vollmacht, wird der Vertretene weder berechtigt noch verpflichtet, ausser bei nachträglicher Genehmigung durch den Vertretenen, oder wenn der Dritte in berechtigtem gutem Glauben auf das Bestehen der Vollmacht vertraut hat. Die Bindung des ungewollt Vertretenen beruht auf dem Vertrauensprinzip. Er ist nicht gebunden, weil er einen bestimmt gearteten Willen hat, sondern weil er ein Verhalten an den Tag legt, aus dem die Gegenseite in guten Treuen auf einen bestimmt gearteten Willen schliessen darf. Der Vertretene ist auf der Äusserung des vollmachtlosen Vertreters zu behaf-

ten, wenn der gutgläubige Dritte, gegenüber dem der vollmachtlose Vertreter handelt, diese Äusserung in guten Treuen als Vollmachtsgabe verstehen darf und auf diese vertraut. Wer auf einen Rechtsschein vertraut, darf nach Treu und Glauben verlangen, dass dieses Vertrauen gegenüber demjenigen geschützt wird, der diesen Rechtsschein hervorgerufen oder mitveranlasst und somit auch zu vertreten hat (...).»

(BGer 4C.12/2002 vom 14.5.2002 E. 3.1)

Art. 4

Ausschreibung im Allgemeinen *Begriff, Arten und Verfahren*

¹ Durch die Ausschreibung richtet der Bauherr gleichzeitig an mehrere Unternehmer die Einladung, ihm auf Grund bestimmter Unterlagen (Art. 7 ff.) ein Angebot (Art. 15) für die Ausführung einer Bauarbeit einzureichen.

² Er kann die Ausschreibung auch öffentlich (durch Publikation) vornehmen.

³ Richtet sich die Einladung an einen einzigen Unternehmer, so sind die Bestimmungen dieser Norm über die Ausschreibung sinngemäss anzuwenden.

⁴ Ist der Bauherr dem öffentlichen Vergaberecht unterstellt, gilt dieses.

Appel d'offres en général

Notion, genres et procédure

¹ Par l'appel d'offres (mise en soumission), le maître invite simultanément des entrepreneurs à lui présenter, sur la base de divers documents (art. 7 ss.), une offre (art. 15) pour l'exécution d'un travail de construction.

² L'appel d'offres peut aussi être public (par publication).

³ Lorsque l'invitation est adressée à un seul entrepreneur, les dispositions relatives à l'appel d'offres s'appliquent par analogie.

⁴ Si le maître est soumis au droit des marchés publics, celui-ci s'applique.

Appalto in generale

Concetto, modo, procedura

¹ Con l'allestimento della gara di appalto (in seguito, l'appalto), il committente invita contemporaneamente diversi imprenditori a inoltrare un'offerta (art. 15) per l'esecuzione di lavori di costruzione sulla base di determinati documenti (art. 7 ss.).

² Egli può rendere pubblico l'appalto (con la pubblicazione).

³ Anche quando l'invito si rivolge a un unico imprenditore sono da applicare le disposizioni relative all'appalto.

⁴ Se il committente è sottoposto al diritto sulle commesse pubbliche, questo si applica.

Invitations to tender – general provisions

Definition, types, and procedure

¹ In issuing an invitation to tender, the employer simultaneously invites a number of contractors to submit to it a tender (art. 15) for the performance of construction work based on certain specifications (arts. 7 et seq.).

² An invitation to tender may also be issued publicly (by published advertisement).

³ Where an invitation is issued to a single contractor, the provisions governing invitations to tender, as set forth in this Norm, shall apply mutatis mutandis.

⁴ Where the employer is subject to the laws governing public procurement, those provisions shall apply.

Inhaltsverzeichnis	Seite
I. Allgemeines	71
A. Gegenstand	71
B. Gesetzliche Regelung	72
1. Privatrecht	72
2. Öffentliches Beschaffungswesen	72
II. Kommentar	73
A. Ausschreibung	73
1. Begriffe	73
2. Rechtsverhältnis	73
a) Verhandlungsverhältnis	73
b) Pflichten des Bauherrn	74
c) Treuepflichten des Unternehmers	75
3. Arten von Verfahren	75
a) Öffentliches und privates Submissionsverfahren	75
b) Ein- und mehrstufige Verfahren	76
4. Mitteilungen an die Anbieter	76
5. Besondere Formen der Submission	77
a) Vorsubmission	77
b) Submissionswettbewerb	77
B. Öffentliches Vergaberecht	78
III. Kasuistik	78

I. Allgemeines

A. Gegenstand

Art. 4 erläutert den Begriff der Ausschreibung und gibt Hinweise zu verschiedenen Arten und Verfahren der Ausschreibung. Diese kann sich an mehrere bestimmte Unternehmer oder an einen einzigen oder an eine unbestimmte Zahl (durch öffentliche Publikation) richten. Weiter folgt der Hinweis, dass das öffentliche Vergaberecht für diejenigen Bauherren gilt, die diesem unterstellt sind. 1

Art. 8 OR befasst sich zwar nach dem Randtitel mit «Preisausschreiben und Auslobung». Diese Bestimmung erfasst jedoch nicht die Submission i. S. der öffentlichen Ausschreibung und Vergabe von Aufträgen (Baufträge, Dienstleistungen). Die Submission bzw. die Ausschreibung i. e. S. ist lediglich eine Einladung zur Einreichung einer Unternehmerofferte. Sie enthält kein Versprechen i. S. einer Verpflichtung des Ausschreibenden, für die Einreichung einer Offerte eine Belohnung zu entrichten.¹ 2

¹ KUT AHMET, in: Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Hrsg. ANDREAS FURRER, ANTON K. SCHNYDER, Zürich 2016, Rz. 3 zu Art. 8 OR.

B. Gesetzliche Regelung

1. *Privatrecht*

- 3 Die Submission als bauspezifisches Ausschreibungsverfahren ist gesetzlich nicht geregelt. In der vom SIA im Jahr 2002 zurückgezogenen und nicht mehr publizierten SIA-Norm 117² waren die Ausschreibung und das Submissionsverfahren bis zum Vertragsabschluss detailliert beschrieben und Verfahrensgrundsätze festgelegt. Auch wenn diese Regeln damals nicht eine Verkehrsübung darstellten, beschrieben sie das Submissionsverfahren und die für dessen Funktionieren erforderlichen Regeln und Grundsätze trefflich.
- 4 Ebenfalls zurückgezogen hat der SIA im Jahr 1998 die Ordnung 153 für Bauingenieurwettbewerbe, die Regeln auch für den Submissionswettbewerb enthielt. Der Submissionswettbewerb ist heute als Gesamtleistungswettbewerb in der Ordnung SIA 142 geregelt.³

2. *Öffentliches Beschaffungswesen*

- 5 Die Wurzeln des öffentlichen Beschaffungswesens gehen zurück auf das Binnenmarktgesetz als Grundsatzерlass für einen funktionierenden inländischen Markt und die Harmonisierung der Zulassungsbedingungen und Vergabeverfahren sowie das GATT/WTO-Übereinkommen (GPA) für internationale Beschaffungen. Für öffentliche Vergaben der Bundesverwaltung und anderer Bundesstellen (z. B. ETH, SBB) regelt das BöB mit seiner Verordnung das Submissionsverfahren. Das BöB ist als Rahmengesetz ausgestaltet und wird durch die VöB konkretisiert.
- 6 Öffentliche Bauaufträge werden jedoch zum grossen Teil von den Kantonen, den Gemeinden und öffentlich-rechtlichen oder mehrheitlich öffentlich finanzierten Institutionen vergeben. Die Regelungskompetenz obliegt hier den Kantonen. Sie haben zur Umsetzung des GPA und des Binnenmarktgesetzes (BGBM) auf kantonaler und kommunaler Ebene eine Rahmenordnung in Form einer interkantonalen Vereinbarung geschaffen. Die Einzelheiten der Vergabe von Aufträgen regeln die Kantone gestützt auf die Vergaberichtlinien zur IVöB (VRöB). Den Vollzug der IVöB und die Sicherung der Erreichung der vorgesehenen Zielsetzungen obliegt dem interkantonalen Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB).

² SIA-Norm 117 (Ausgabe 1972), Norm für die Ausschreibung und Vergebung von Arbeiten und Lieferungen bei Bauarbeiten (Submissionsverfahren).

³ Ordnung SIA 142 (2009), Ordnung für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe.

II. Kommentar

A. Ausschreibung

1. Begriffe

Das Gesetz verwendet weder den Begriff der Submission noch der Ausschreibung. Die Ausschreibung oder Submission i. e. S. dient dazu, eine Anzahl möglicher Vertragspartner (Submittenten) in einem geordneten Verfahren (Submissionsverfahren oder Submission i. w. S.) in Wettbewerb zueinander treten zu lassen, um einen möglichst geeigneten und günstigen Vertragspartner für die Verwirklichung eines Vorhabens auszuwählen. Der Veranstalter der Ausschreibung (Submissionar) lädt mehrere Firmen (Submittenten) gleichzeitig dazu ein, ihm für die gewünschte Vertragsleistung ein schriftliches Angebot zu unterbreiten (zu submittieren).⁴

Im Unterschied zum privatrechtlichen Submissionsverfahren untersteht das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags dem Anwendungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts des Bundes oder der Kantone.⁵ Die öffentliche Ausschreibung des privat zu vergebenden Auftrags untersteht dagegen allein dem Privatrecht.

2. Rechtsverhältnis

a) Verhandlungsverhältnis

Mit der Ausschreibung des Bauherrn und der Teilnahme des Unternehmers entsteht ein besonderes vorvertragliches Rechtsverhältnis zwischen diesen Parteien, ein sog. Verhandlungsverhältnis.⁶ Die Parteien sind verpflichtet, die in der Ausschreibung bekannt gegebenen Regeln einzuhalten und sich nach Treu und Glauben zu verhalten.⁷ Die Verletzung dieser Pflichten kann zur privatrechtlichen Haftung aus «culpa in contrahendo»⁸ führen, wonach die pflichtverletzende Partei der Gegenpartei den Schaden zu ersetzen hat.⁹

Die Aufwendungen und Kosten für ihre Leistungen im Submissionsverfahren, die sog. Verhandlungskosten,¹⁰ trägt jede Partei selbst, unabhängig davon, ob es zum Ver-

⁴ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 456; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1057.

⁵ BöB oder IVöB.

⁶ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 434, 470 ff.

⁷ BGE 132 III 24, 31; BGE 125 III 86, 89 f.; BGE 120 II 331; BGE 105 II 75, 79 f.; BGer 4C.247/2005 vom 17.11.2005 E. 3.1; BGer 4C.320/2002 vom 3.2.2003 E. 3.2; BGer 4C.152/2001 vom 29.10.2001 E. 3a.

⁸ Beispiele treuwidrigen Verhaltens siehe GAUCH-Werkvertrag, Rz. 436–451.

⁹ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 495.

¹⁰ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 454.

tragsabschluss kommt oder nicht.¹¹ Das gilt auch für den Aufwand des Unternehmers zur Ausarbeitung seines Angebots. Erbringt der Unternehmer vor Vertragsabschluss im Hinblick auf einen in Aussicht stehenden Werkvertrag bereits Vertragsleistungen (z. B. Bestellung von Material oder Geräten), muss er die daraus entstandenen Kosten grundsätzlich selbst tragen, wenn der Vertrag nicht zustande kommt.¹²

- 11 Die Parteien dürfen Vertragsverhandlungen grundsätzlich jederzeit abbrechen. Unzulässig, weil ein Verstoß gegen die vorvertragliche Treuepflicht, ist es jedoch, wenn eine Partei bei der Gegenseite eine trügerische Hoffnung auf einen Vertragsabschluss weckt und sie dazu bringt, mit Blick auf den Vertragsschluss Dispositionen zu treffen. Die Partei, die ihre Pflicht zum ernsthaften Verhandeln verletzt, haftet nicht nur bei Arglist, sondern bereits bei einem schuldhaften (vorsätzlichen oder fahrlässigen) Verhalten. Geht es um einen formbedürftigen Vertrag (Schriftlichkeit oder Beurkundung), wird eine vorvertragliche Haftung nur mit Zurückhaltung angenommen.
- 12 Im öffentlichen Vergaberecht bedeutet der Zuschlag die Ermächtigung der Vergabestelle zum Abschluss des Vertrags. Das Verhandlungsverhältnis dauert demnach über den Zuschlag hinaus bis zum Vertragsabschluss. Entscheidet sich der Bauherr aus Gründen, die allein in seinem Einflussbereich liegen,¹³ zum Abbruch des Vergabeverfahrens und zum Verzicht auf einen Vertragsabschluss, hat er dem Unternehmer die im Vertrauen auf den Vertragsabschluss getätigten Aufwendungen zu ersetzen und ihn auch für nachteilige Dispositionen (Vorhalten von Personal, Verzicht auf andere Aufträge) schadlos zu halten.¹⁴

b) Pflichten des Bauherrn

- 13 Der Bauherr ist verpflichtet, die von ihm mit der Ausschreibung bekannt gegebenen Submissionsregeln einzuhalten. Gibt der private Bauherr Zuschlagskriterien bekannt, muss er die Angebote im Rahmen eines ihm zustehenden Ermessensspielraums entsprechend bewerten und darf den Vertrag nur mit dem erstrangierten Anbieter abschliessen. Vergibt der Bauherr in diesem Fall die Arbeiten nach anderen Kriterien, wird er gegenüber dem leer ausgegangenen Anbieter, der nach der Ausschreibung den Zuschlag hätte erhalten müssen, schadenersatzpflichtig. Der Schaden bemisst sich nach dem negativen Vertragsinteresse; das sind die Aufwendungen für die Erstellung des Angebots und allenfalls im Hinblick auf den Vertrag getätigte Auslagen und eingegangene Verpflichtungen. Ob der Bauherr danach einen Vertrag überhaupt abschliessen muss, ist umstritten. Eine privatrechtliche Abschlusspflicht

¹¹ BGer 4C.320/2002 vom 3.2.2003 E. 3.2.

¹² GAUCH-Werkvertrag, Rz. 455a.

¹³ Z.B. fehlender Kredit oder Sparmassnahmen oder weil infolge sog. «Repriorisierung» anderen Projekten der Vorrang gegeben wird.

¹⁴ BEYELER, in: Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017, Rz. 339, Freiburg 2018.

(Kontrahierungszwang) ist grundsätzlich abzulehnen, auch wenn die anwendbaren Submissionsbedingungen Vergaberegeln enthalten.¹⁵ Das schliesst aber nicht aus, dass der Bauherr wegen Verletzung seiner Treuepflicht schadenersatzpflichtig wird. Denn über die Submissionsbedingungen hinaus ist der Bauherr zum Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet.¹⁶ Dem Bauherrn angerechnet wird das Verhalten des Architekten, Ingenieurs, Bauleiters oder einer anderen Hilfsperson (Art. 101 OR).

Gegen die Treuepflicht verstösst der Bauherr, wenn er nicht ernsthaft die Absicht hat, einen Vertrag abzuschliessen, z. B. ein Angebot lediglich als Grundlage für einen Kostenvoranschlag einholt. Gegen die Verhandlungspflichten verstösst der Bauherr, wenn er unredlich verhandelt, indem er dem Unternehmer falsche Angaben über den Offertpreis oder einzelne Preise der Offerten anderer Anbieter kundgibt, um so ein günstigeres Angebot zu bewirken. Widerrechtlich handelt der Bauherr, wenn er Pläne oder andere Angebotsbestandteile eines Anbieters missbraucht, um auf diesen Grundlagen Konkurrenzofferten einzuholen (Art. 5 lit. a UWG). 14

c) Treuepflichten des Unternehmers

Gegen die Treuepflicht verstösst der Unternehmer, wenn er ein Angebot abgibt im Wissen, dass er den Vertrag nicht abschliessen wird, wenn er zwischenzeitlich einen anderen (besseren) Auftrag erhält. 15

Widerrechtlich handelt der Unternehmer bei Preisabsprachen mit Konkurrenten oder wenn er dem Bauherrn oder einer Hilfsperson Vorteile verspricht, um den Werkvertragsabschluss zu erreichen (Art. 2 und 4a UWG). 16

3. *Arten von Verfahren*

Die Unterscheidung der Submissionsarten nach der Zahl der einzuladenden Submittenten ist wenig hilfreich. Bedeutsam sind die folgenden Unterscheidungen. 17

a) Öffentliches und privates Submissionsverfahren

Für das öffentliche und das private Submissionsverfahren gelten grundsätzlich die gleichen Regeln. Auch das öffentliche Submissionsverfahren ist ein Rechtsverhältnis des privaten Rechts.¹⁷ Es gelten die Submissionsbedingungen der Ausschreibung und die allgemeinen Treuepflichten der beteiligten Parteien. Darüber 18

¹⁵ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 497, 500.

¹⁶ BGE 132 III 24, 31; BGE 125 III 86, 89 f.; BGE 120 II 331; BGE 105 II 75, 79 f.; BGer 4C.247/2005 vom 17.11.2005 E. 3.1; BGer 4C.320/2002 vom 3.2.2003 E. 3.2; BGer 4C.152/2001 vom 29.10.2001 E. 3a.

¹⁷ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 473.

hinaus gelten für das öffentliche Submissionsverfahren die Gesetzesbestimmungen des öffentlichen Vergaberechts (Beschaffungsrechts).

b) Ein- und mehrstufige Verfahren

- 19 In der Regel wird unterschieden zwischen einstufigem und mehrstufigem Verfahren. Beim einstufigen Verfahren richtet der Bauherr die Einladung direkt an mehrere Unternehmer, entweder an eine bestimmte Zahl oder an eine unbestimmte durch Publikation. Beim zweistufigen Verfahren werden vorerst aus einem bestimmten oder unbestimmten Kreis von Unternehmern die geeigneten oder wird eine bestimmte Zahl geeigneter Unternehmer ausgewählt (sog. Präqualifikationsverfahren), die dann zum Angebot eingeladen werden. Im öffentlichen Submissionsverfahren wird das zweistufige Verfahren als «selektives Verfahren» bezeichnet.
- 20 Das sog. Einladungsverfahren ist ein einstufiges Verfahren, in dem der Bauherr mehrere Unternehmer einlädt, ein Angebot einzureichen. Das Einladungsverfahren könnte auch zweistufig durchgeführt werden, was in der Praxis nur selten der Fall ist.
- 21 Im freihändigen Verfahren lädt der Bauherr einen oder mehrere Unternehmer ein, Angebote einzureichen, und führt mit diesen Verhandlungen ohne formelles Verfahren. Er erteilt den Zuschlag bzw. schliesst den Vertrag mit dem ihm am geeignetsten erscheinenden Unternehmer. Die freihändige Vergabe im öffentlichen Beschaffungswesen ist nur unterhalb der Schwellenwerte oder für Vergaben, die vom öffentlichen Vergabewesen ausgenommen sind (z. B. Vergaben an Behindertenorganisationen), möglich.
- 22 Mehrstufige Verfahren kommen manchmal beim Submissionswettbewerb zur Anwendung. Nach der Präqualifikation folgt eine erste Angebotsrunde. Darauf wird eine bestimmte (meist kleinere) Zahl von Anbietern eingeladen, ihre Angebote nach bestimmten Vorgaben zu überarbeiten (Überarbeitungsrunde).

4. *Mitteilungen an die Anbieter*

- 23 In privaten Submissionsverfahren können Mitteilungen an die Anbieter in beliebiger Form erfolgen. Legt der Bauherr in den Submissionsbedingungen eine bestimmte Mitteilungs- oder Publikationsart fest, z. B. eine Internetplattform, können die Anbieter darauf vertrauen, dass alle wesentlichen Informationen zur Ausschreibung in dieser Form publiziert werden.
- 24 Im öffentlichen Submissionsverfahren gelten die jeweiligen Publikationsvorschriften der massgebenden Gesetzgebung. Immer mehr werden heute Ausschreibungen, dazugehörige Ausschreibungsunterlagen und Zuschlagsverfügungen auf der gemeinsamen Internetplattform von Bund, Kantonen und Gemeinden für das öffentliche Be-

schaffungswesen, der SIMAP¹⁸, publiziert. Oft erfolgen die Publikationen parallel in verschiedener Form, z. B. im kantonalen Amtsblatt und auf SIMAP oder werden Zuschlagsverfügungen zusätzlich den Anbietern persönlich mittels Briefpost zugestellt. Dann stellt sich die Frage, ob das Publikationsdatum oder der Empfang der Postsendung für den Beginn des Fristenlaufs von Rechtsmitteln massgebend ist.

Im öffentlichen Vergaberecht des Bundes ist es hinreichend, wenn die Ausschreibung alleine auf der Internetplattform SIMAP erfolgt.¹⁹ Erfolgen sowohl eine Publikation im Amtsblatt oder auf der Plattform SIMAP als auch eine briefliche Mitteilung der Zuschlagsverfügung, richtet sich der Fristenlauf grundsätzlich nach der Publikation.²⁰ 25

5. *Besondere Formen der Submission*

a) *Vorsubmission*

Mit der Vorsubmission schreibt der Bauherr bestimmte Leistungen (Arbeitsgattungen) vor der eigentlichen Submission (Hauptsubmission) aus, i. d. R. um den Submittenten als Subunternehmer in der Hauptsubmission vorzugeben.²¹ Der Submittent (späterer Subunternehmer) verpflichtet sich dabei, zu den Bedingungen der Vorsubmission und dem Preis seiner Offerte einen Subunternehmervertrag mit einem noch auszuwählenden Hauptunternehmer abzuschliessen. Umstritten ist die Frage, ob und inwiefern der Submittent der Vorsubmission verpflichtet ist, den Subunternehmervertrag mit dem späteren Hauptunternehmer abzuschliessen.²² 26

b) *Submissionswettbewerb*

Der Submissionswettbewerb, auch als Gesamtleistungswettbewerb bezeichnet, besteht darin, dass der Anbieter in Konkurrenz mit anderen ein Projekt entwickelt und den Preis für die Planung und die Ausführung verbindlich anbietet. Im Unterschied zum gewöhnlichen Submissionsverfahren erfolgt die Ausschreibung nicht aufgrund eines «hinreichend klaren Projekts» (Art. 5), sondern der Bauherr gibt seine Vorstellungen und Anforderungen an das Projekt bekannt, das vom Submittenten erst entwickelt werden muss. 27

Rechtlich ist der Submissionswettbewerb eine Art Preisausschreiben (Art. 8 OR). Die Durchführung des Verfahrens ist weder gesetzlich noch in der SIA-Norm 118 gere- 28

¹⁸ www.simap.ch.

¹⁹ BR/DC 4/2011 S. 243 Nr. (S87).

²⁰ Umgekehrter Fall einer Publikation nach Zustellung der brieflichen Mitteilung, VGer ZH VB.2011.00322 vom 28.9.2011.

²¹ Z.B. Spezialtiefbauarbeiten wie Anker, Pfählungen oder die Vorspannungsarbeiten im Brückenbau.

²² GAUCH-Werkvertrag, Rz. 518.

gelt. Die Ordnung SIA 142²³ enthält zwar Bestimmungen zum Submissionswettbewerb, trennt ihn jedoch auf in zwei verschiedene Verträge, für Planung einerseits und Ausführung andererseits.²⁴

B. Öffentliches Vergaberecht

- 29 Das öffentliche Vergaberecht²⁵ gilt für alle Leistungen, die ein öffentlicher Auftraggeber, allenfalls auch ein privater Auftraggeber, der öffentliche Aufgaben erfüllt oder durch die öffentliche Hand mehrheitlich beherrscht oder subventioniert wird, bei privaten Anbietern auf privatrechtlicher Basis gegen Bezahlung erwirbt.²⁶ Grenzfälle der Unterstellung sind PPP-Ausschreibungen²⁷ oder Ausschreibungen von Kirchgemeinden, die je nach kantonalem Recht dem öffentlichen Vergaberecht unterstellt sind oder nicht²⁸.

III. Kasuistik

30 **Treu und Glauben bei Vertragsverhandlungen**

«Die Kläger werfen der Vermieterschaft wie bereits im kantonalen Verfahren culpa in contrahendo vor. Die daraus abgeleitete Haftung beruht auf der Überlegung, dass die Parteien sich während der Vertragsverhandlungen nach Treu und Glauben zu verhalten haben. Mit dem Eintreten in Verhandlungen ergeben sich zwangsläufig gegenseitige Verpflichtungen (...). Dazu gehört insbesondere, dass die Parteien einander in gewissem Masse über Tatsachen unterrichten, die den Entscheid der Gegenpartei über den Vertragsschluss oder dessen Bedingungen beeinflussen können (...).»
(BGE 132 III 24, 31)

«Der Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet die Parteien bei Aufnahme von Vertragsverhandlungen zur gegenseitigen richtigen Aufklärung mit Bezug auf erhebliche Tatsachen, welche die Gegenpartei nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist, die aber ihren Entscheid über den Vertragsabschluss oder dessen Bedingungen beeinflussen können (...). Insbesondere bei vorbestehendem oder vom Vertrag vorausgesetztem Vertrauensverhältnis kann eine – unaufgeforderte – Aufklärung über Tat-

²³ Ordnung SIA 142 (2009), Ordnung für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe.

²⁴ Ordnung SIA 142 Art. 4.3.

²⁵ Bund und bundesnahe Auftraggeber: BöB; Kantone und Gemeinden sowie Zweckverbände und dergleichen: IVöB.

²⁶ BGE 125 I 209, 212 ff.

²⁷ PPP; siehe auch N 33; BGer 2C_116/2007 vom 10.10.2007 (2C_396/2007), Areal Tischmacherhof Galgenen (SZ).

²⁸ Nicht unterstellt: VGer SG B 2011/44 vom 29.8.2011; ansonsten sind in den meisten Kantonen die Kirchgemeinden dem öffentlichen Vergaberecht unterstellt.

sachen, welche für den Vertragsabschluss bedeutsam erscheinen, zumutbar sein. Unzumutbar ist demgegenüber in aller Regel die spontane Aufklärung über die eigene Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit (...).»

(*BGE 125 III 86, 89*)

Abbruch von Verhandlungen

«Die Verhandlungspartner sollen gegenseitig auf die Richtigkeit, die Ernsthaftigkeit und die Vollständigkeit ihrer Erklärungen vertrauen dürfen (...). Sie schulden einander nach Massgabe von Treu und Glauben Schutz und Aufklärung. (...) Nicht treuwidrig handelt deshalb jene Partei, die sich dazu entschliesst, die Vertragsverhandlungen abzubreaken. Sie hat darüber grundsätzlich auch nicht Rechenschaft zu geben (...). Eine Haftung aus culpa in contrahendo kommt in einem solchen Fall selbst dann nicht zum Zug, wenn die Parteien vorgängig zeitaufwendige Verhandlungen unterhielten oder Investitionen im Vertrauen in den Vertragsabschluss tätigten. Grundsätzlich hat jede Partei das Risiko für vergeblich aufgebrachte Zeit und nutzlosen Aufwand selbst zu tragen (...). Ein Verstoss gegen Treu und Glauben kann aber darin liegen, dass eine Partei den Verhandlungspartner über ihren fehlenden Vertragsabschlusswillen nicht aufklärt und den Partner im falschen Glauben lässt, dass es zu einem Vertragsabschluss kommen werde (...).»

(*BGer 4C.320/2002 vom 3.2.2003 E. 3.2*)

Öffentliches Vergaberecht: Beginn Rechtsmittelfrist nach Publikation der Zuschlagsverfügung

«Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts (...) beginnt die Beschwerdefrist grundsätzlich mit der Zustellung der Verfügung zu laufen, sofern die Rechtsmittelbelehrung in diesem Sinn abgefasst ist. Ob ein Adressat sich gleichwohl auf die nochmalige Eröffnung durch Publikation verlassen darf, beurteilt sich nach Treu und Glauben und hängt vor allem davon ab, wie die dortige Rechtsmittelbelehrung lautet. Damit aus einer nachträglichen Publikation keine Unklarheit entsteht, die aus Gründen des Vertrauensschutzes zu einem nochmaligen Beginn des Fristenlaufs führen kann, empfiehlt es sich daher, die Verfügung mit einer angepassten Rechtsmittelbelehrung zu versehen, wonach die Beschwerdefrist nur für Betroffene, denen der Entscheid nicht zugestellt wurde, mit der Publikation zu laufen beginnt.»

«In der publizierten Verfügung heisst es sodann, die Beschwerdefrist beginne mit dem Publikationsdatum zu laufen. Eine Einschränkung, wonach dies nur für Betroffene gelte, denen der Entscheid nicht vorgängig zugestellt wurde, fehlt. Unter diesen Umständen durfte die Beschwerdeführerin den ausdrücklichen Hinweis auf die Publikation in guten Treuen dahingehend verstehen, diese führe auch für sie zu einem nochmaligen Beginn des Fristenlaufs. Ihre innert 10 Tagen seit der Publikation eingereichte Beschwerde erweist sich mithin als rechtzeitig.»

(*VGer ZH VB.2011.00322 vom 28.9.2011 E. 2*)

31

32

33 **Öffentliches Vergaberecht: Private Public Partnership (PPP) und Unterstellung unter das öffentliche Vergaberecht**

«Die Zusammenarbeit von Gemeinwesen und Privaten zwecks Finanzierung, Bau, Sanierung, Betrieb oder Unterhalt einer Infrastruktur oder zwecks Bereitstellung einer Dienstleistung (Public Private Partnership, PPP) sei nach der schweizerischen Rechtsordnung grundsätzlich zulässig. Wenn jedoch ein PPP-Konstrukt wie vorliegend darauf ausgerichtet sei, durch einen Privaten bestimmte Infrastrukturbauten zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben erstellen zu lassen, die Gemeinde über das hierfür benötigte Land bereits verfüge, aber nicht selber als Bauherrin auftreten möchte, sondern hierfür zwecks späterer mietweiser Benützung der Räume (zu im Voraus festgelegten Bedingungen betreffend Miete und Heimfallsentschädigung) dem Privaten ein Baurecht einräume, könne die Auswahl des Vertragspartners der öffentlichen Hand nicht nach freiem Ermessen in einem freihändigen Verfahren erfolgen. Für das vorliegende PPP-Beschaffungsvorhaben müsse vielmehr eine Ausschreibung stattfinden, welche den Anforderungen des Beschaffungsrechtes genüge und einen wirksamen Wettbewerb wenigstens bei der Auswahl des PPP-Partners sicherstelle.»

(BGer 2C_116/2007 vom 10.10.2007)

Art. 5

Vorbereitung

¹ Die Ausschreibung setzt ein hinreichend klares Projekt voraus.

² Vor der Ausschreibung ermittelt der Bauherr die örtlichen Gegebenheiten, insbesondere die Beschaffenheit des Baugrundes und der bestehenden Bausubstanz, entsprechend den Anforderungen der auszuführenden Arbeit; er hält das Ergebnis vollumfänglich in den Ausschreibungsunterlagen fest (Art. 7), unter Hinweis auf erkannte Vorschriften und Gefahren. Zur Prüfungspflicht des Unternehmers siehe Art. 25 Abs. 3.

³ Zu den örtlichen Gegebenheiten, die der Bauherr zu ermitteln hat, gehören auch benachbarte Bauwerke, Verkehrs- und weitere Anlagen, belastetes Bodenmaterial und Altlasten, Grundwasservorkommen und Quellen sowie ober- und unterirdische Leitungen (wie z. B. für Stark- und Schwachstrom, Gas und Wasser, Erdölprodukte), insofern sie die auszuführende Arbeit behindern oder durch diese gefährdet werden könnten.

Préparation

¹ L'appel d'offres suppose l'existence d'un projet suffisamment clair.

² Avant l'appel d'offres, le maître examine les conditions locales, notamment la nature du sol et des constructions existantes, en tenant compte des exigences du travail à exécuter; il consigne intégralement le résultat de cet examen dans le dossier d'appel d'offres (art. 7) et mentionne les prescriptions et les risques dont il a connaissance. En ce qui concerne le devoir d'avis de l'entrepreneur, voir art. 25 al. 3.

³ Font notamment partie des conditions locales que le maître doit contrôler: les ouvrages voisins, les installations destinées au trafic et à d'autres fins, les sols contaminés ou pollués, les eaux souterraines et les sources, les réseaux aériens ou souterrains (par ex. courant fort ou faible, gaz, eau, hydrocarbure); le maître les signale dans la mesure où ils pourraient entraver ou mettre en péril l'exécution des travaux.

Preparazione

¹ L'appalto presuppone l'esistenza di un progetto sufficientemente chiaro.

² Prima dell'appalto il committente accerta le condizioni ambientali locali, in particolare la natura del terreno destinato alla costruzione e le costruzioni esistenti, tenendo conto delle esigenze del lavoro da eseguire, e allega il risultato completo agli atti di appalto, facendo riferimento alle prescrizioni e ai rischi dei quali è a conoscenza. Per quanto riguarda gli obblighi di verifica dell'imprenditore si fa riferimento all'art. 25 cpv. 3.

³ Fanno pure parte delle condizioni ambientali locali accertate dal committente le costruzioni confinanti, le infrastrutture destinate al traffico e altre, il terreno inquinato e le discariche gravate da rifiuti, le falde freatiche e le sorgenti, come pure le condutture interrato e fuori terra (per es. linee d'alta e bassa tensione, condotte di gas, di acqua e di idrocarburi),

nella misura in cui potrebbero ostacolare l'esecuzione dei lavori o subire un danno.

Preparation

¹ An invitation to tender is predicated on the existence of a sufficiently well-defined project plan.

² Prior to issuing an invitation, the employer shall investigate the local conditions, in particular the characteristics of the site ground and any existing structures, in respect of what is required for the work to be performed; the investigation results shall be set out in full in the tender invitation documents (art. 7), including a reference to any applicable regulations or risks identified. On the verification duties of the contractor, see art. 25, para. 3.

³ The local conditions to be investigated by the employer shall also include any neighbouring construction works, traffic facilities or other installations, contaminated ground material or hazardous waste deposits, groundwater and springs, above ground and underground utility lines (e.g., for high and low voltage power supply, gas and water, petroleum products), insofar as such factors may be an impediment to the planned construction work or themselves be endangered by that work.

Inhaltsverzeichnis	Seite
I. Allgemeines	83
A. Gegenstand	83
B. Gesetzliche Regelung	83
II. Kommentar	84
A. Mitwirkungspflichten	84
1. Im Allgemeinen	84
2. Ausschreibung	85
3. Sorgfalts- und Prüfungspflicht des Unternehmers	86
B. Hinreichend klares Projekt	86
1. Im Allgemeinen	86
2. Projekt	87
3. Detaillierungsgrad	88
4. Bauablauf und Baumethode	88
5. Funktionale Ausschreibung	89
C. Anforderungen des auszuführenden Werks	89
1. Einzelanfertigung	90
2. Arbeitsteilung	90
3. Unwägbarkeiten	90
D. Örtliche Gegebenheiten	90
1. Begriff	90
2. Nachbargrundstücke	91
3. Benachbarte Bauwerke	92
4. Verkehrsanlagen	92
5. Andere Anlagen	93

6.	Belastetes Bodenmaterial und Altlasten.....	93
7.	Leitungen.....	93
8.	Witterung und Klima.....	94
9.	Gesetzliche Vorschriften.....	94
10.	Vollständigkeitsklauseln.....	94
E.	Baugrund.....	95
1.	Begriffe und Bestandteile.....	95
2.	Baugrundrisiko.....	97
3.	Baugrunduntersuchung.....	98
4.	Angaben zum Baugrund.....	100
F.	Bestehende Bausubstanz.....	100
G.	Vollständigkeit der Angaben.....	101
III.	Kasuistik.....	101

I. Allgemeines

A. Gegenstand

Art. 5 ist eine Inhaltsbestimmung, welche die vorvertraglichen Mitwirkungshandlungen des Bauherrn bei der Ausschreibung festlegt. Die Vorschriften wirken über die Ausschreibung hinaus auf den abgeschlossenen Werkvertrag. Der Verweis auf die Prüfungspflicht des Unternehmers, die in Art. 25 Abs. 3 geregelt ist und die den Unternehmer grundsätzlich nur dann trifft, wenn der Bauherr weder selbst fachkundig noch fachkundig beraten oder vertreten ist, gilt als Hinweis auf die hohen Anforderungen an die Ausschreibung. Auf die Angaben der Ausschreibungsunterlagen, insbesondere zum Baugrund, bezieht sich Art. 58 Abs. 2.

Die Ausschreibung setzt ein hinreichend klares Projekt voraus. Darüber hinaus hat der Bauherr die örtlichen Gegebenheiten zu ermitteln. Die Bestimmung zählt nicht abschliessend auf, welche örtlichen Gegebenheiten der Bauherr zu ermitteln hat.

B. Gesetzliche Regelung

Das Gesetz regelt den sog. Gläubigerverzug (Annahmeverzug), in den eine Partei kommt, wenn sie ihr obliegende blosse Mitwirkungshandlungen (Obliegenheiten) verletzt (Art. 91–95 OR). Sind die Mitwirkungspflichten hingegen (echte) Vertragspflichten, kommen die gesetzlichen Bestimmungen über die nicht gehörige Vertragserfüllung zur Anwendung (Art. 97 ff. OR).

Nach der gesetzlichen Regelung, im Gegensatz zur SIA-Norm 118, hat der Unternehmer alle Verhältnisse, die für die Ausführung des Werks von Bedeutung sein können, auf ihre Tauglichkeit zu überprüfen, insbesondere auch den Baugrund. Der Umstand allein, dass der Baugrund von einem sachverständigen Bauherrn angewiesen wird, ist

nicht von Bedeutung.¹ Die Prüfung des angewiesenen Baugrunds gehört grundsätzlich zur Sorgfaltspflicht des Unternehmers.² Auf eine Prüfung darf der Unternehmer nur dann verzichten, wenn ihm der Bauherr sachverständige Angaben über den Baugrund macht und der Unternehmer darauf vertrauen darf.³

II. Kommentar

A. Mitwirkungspflichten

1. *Im Allgemeinen*

- 5 Nach herrschender Auffassung sind die Mitwirkungspflichten des Bauherrn sog. Obliegenheiten.⁴ Unterlassung, nicht gehörige oder nicht rechtzeitige Erfüllung einer Mitwirkungspflicht des Bauherrn führen zum Gläubigerverzug⁵ und damit allein zu einem Nachteil der unterlassenden Partei. Aus einer Obliegenheit steht dem Unternehmer kein klagbarer Anspruch auf Erfüllung zu.
- 6 Nur ausnahmsweise qualifiziert die herrschende Lehre die Mitwirkungspflichten des Bauherrn als Vertragspflichten.⁶ Weil dem Unternehmer aus der Verletzung einer Obliegenheit durch den Bauherrn kein vertraglicher Schadenersatzanspruch zusteht, behilft sich die Lehre damit, dass sie eine Gesetzeslücke annimmt und in Analogie zum deutschen Recht einen Mehrvergütungsanspruch konstruiert.⁷
- 7 Die von der Lehre vertretene Auffassung, dass die Mitwirkungspflichten des Bauherrn grundsätzlich den Obliegenheiten zugeordnet werden und nur ausnahmsweise aufgrund des vereinbarten Inhalts des konkreten Vertrags als echte Verpflichtungen, sog. Nebenleistungspflichten, gelten, wird dem Bauablauf und der Organisation der Herstellung eines Bauwerks nicht gerecht. Diese zeichnen sich aus durch eine i. d. R. hohe Komplexität der Bauausführung und ein notwendiges Zusammenwirken des Bauherrn und des Unternehmers. Die Mitwirkungspflichten des Bauherrn im Werkvertrag fliessen aus dem vertraglichen Treueverhältnis (Art. 2 ZGB)⁸ und sind ihrer Natur nach nicht bloss Obliegenheiten, sondern grundsätzlich Nebenleistungspflichten.⁹ Mitwirkungspflichten des Bauherrn bei der Ausschreibung werden mit dem Ver-

¹ BK-OR-KOLLER, Art. 365 Rz. 65.

² GAUCH-Werkvertrag, Rz. 2000.

³ BK-OR-KOLLER, Art. 365 Rz. 66; BGE 52 II 437, 440 ff.

⁴ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 1328.

⁵ Art. 91–95 OR, auch Annahmeverzug genannt.

⁶ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 1344.

⁷ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 1337.

⁸ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 1320.

⁹ KAPELTMANN/SCHIFFERS/MARKUS, Rz. 1280.

tragsabschluss zu Vertragspflichten. Bei nicht gehöriger Erfüllung stehen dem Unternehmer vertragliche Schadenersatzansprüche (Art. 97 OR) zu.

2. Ausschreibung

Die Mitwirkungspflichten des Bauherrn in der Ausschreibung bestehen in der Abklärung der örtlichen Gegebenheiten und in der für das Bauvorhaben erforderlichen, geeigneten Konkretisierung und Darstellung des Projekts für das auszuführende Werk, z. B. mittels Plänen, Baubeschrieb oder Leistungsverzeichnis (LV). Dazu gehören auch Angaben zu örtlichen und organisatorischen Gegebenheiten, die Angabe der Fristen und Termine sowie die Bekanntgabe der Vertragsbedingungen. Umfang und Inhalt richten sich nach dem auszuführenden Werk und den anerkannten Regeln der Baukunde. Dabei darf der Bauherr die Fachkunde des Unternehmers voraussetzen. Je spezialisierter der Unternehmer ist, desto höher sind die Anforderungen an seine Fachkunde und Erfahrung, die der Bauherr voraussetzen darf.

Nicht selten enthalten Ausschreibungen eine sog. Vollständigkeitsklausel, wonach der Unternehmer mit der Abgabe seines Angebots erklärt, dass ihm ausreichende und vollständige Unterlagen vorgelegen haben, um sein Angebot auszuarbeiten. Vollständigkeitsklauseln unterstehen den allgemeinen Auslegungsregeln.¹⁰ Sie sind oft widersprüchlich und streitanfällig.¹¹ Die Vollständigkeitsklausel kann sich einerseits auf die in der Ausschreibung festgehaltenen Leistungen selbst oder auf die Beschreibungen der einzelnen Leistungen im LV beziehen. Hat der Bauherr (oder eine von ihm beigezogene Hilfsperson als Planer) die Ausschreibung verfasst, ist im Zweifelsfall anzunehmen, dass fehlende Leistungselemente nur dann vom Unternehmer zu berücksichtigen sind, wenn er den Mangel aufgrund seiner Fachkenntnisse hätte im Zuge der Offertbearbeitung erkennen können.¹² Überbindet die Ausschreibung dem Unternehmer einen Teil der Projektierung des Bauherrn oder verpflichtet sie ihn, die Verantwortung für ein bestehendes Projekt zu übernehmen, liegt es am Bauherrn, die Schnittstelle der Verantwortungsabgrenzung festzulegen. Ist die Verantwortung des Unternehmers für das Projekt lediglich allgemein festgehalten, ist im Zweifel anzunehmen, dass der Unternehmer von der Richtigkeit und Vollständigkeit der von sachverständigen Planern des Bauherrn erstellten Vorarbeiten und Angaben ausgehen darf.¹³

¹⁰ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 909c; dazu Einleitung N 51.

¹¹ SCHUMACHER/KÖNIG, Rz. 61 ff.

¹² GAUCH-Werkvertrag, Rz. 908a.

¹³ SCHUMACHER/KÖNIG, Rz. 62a.

3. *Sorgfalts- und Prüfungspflicht des Unternehmers*

- 10 Die allgemeine Sorgfaltspflicht des Unternehmers¹⁴ gilt auch in der Submission. Dazu gehören die Treuepflicht zur Wahrung von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen des Bauherrn sowie das Verbot, Ausschreibungsunterlagen weiterzuverwenden. Zur Sorgfaltspflicht gehört die gesetzliche Anzeigepflicht (Abmahnungspflicht) des Unternehmers, die er auch in der Submission zu beachten hat.
- 11 Das Mass der Sorgfalt richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.¹⁵ Objektiv beurteilt sich die Sorgfalt nach den anerkannten Regeln der Baukunde.¹⁶ In subjektiver Hinsicht gelten die Fachkunde und die Erfahrung des Unternehmers als Massstab. An einen stark spezialisierten Unternehmer oder an einen grossen Baukonzern sind höhere Anforderungen zu stellen als an ein KMU des allgemeinen Hoch- und Tiefbaus. Ist der Bauherr weder selbst fachkundig noch durch einen beigezogenen Sachverständigen fachkundig beraten, hat der Unternehmer die ihm übergebenen Unterlagen, den Baugrund, die Bausubstanz und die übrigen örtlichen Gegebenheiten umfassend zu prüfen (Art. 25 Abs. 3).
- 12 Eine erhöhte Sorgfaltspflicht trifft den Unternehmer bei einer funktionalen Ausschreibung und bei Vollständigkeitsklauseln. Allerdings ist immer mitzuberücksichtigen, dass der Unternehmer in der Submission unter Zeit-, Kosten- und Konkurrenzdruck steht. Das schränkt einerseits auch für einen spezialisierten, erfahrenen Unternehmer die Möglichkeit ein, das Projekt und die Leistungsbeschreibung des Bauherrn im Detail zu überprüfen. Andererseits ist es dem Unternehmer nur bedingt zuzumuten, durch Vervollständigung des Projekts oder ausgeschriebener Leistungen gegenüber den Konkurrenten einen preislichen Nachteil in Kauf zu nehmen. Dies insbesondere bei Submissionen unter dem Recht des öffentlichen Vergabewesens.

B. Hinreichend klares Projekt

1. Im Allgemeinen

- 13 Das Vertragsmodell der SIA-Norm 118 beruht darauf, dass der Bauherr mit seinen Planern (Hilfspersonen) ein ausführungsfähiges Projekt erarbeitet und die einzelnen Arbeitsgattungen je separat ausschreibt (System der Einzelleistungsträger). Jede Ausschreibung einer Arbeitsgattung umfasst die Leistungen für einen Werkteil des Gesamtbauwerks. Welche Anforderungen an ein hinreichend klares Projekt zu stellen sind, ergibt sich aus den Anforderungen des auszuführenden Werks im Einzelfall (siehe C.). Dabei ist im Grundsatz davon auszugehen, dass diese Einzelleistungs-

¹⁴ Art. 364 Abs. 1 OR; GAUCH-Werkvertrag, Rz. 817.

¹⁵ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 841.

¹⁶ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 843.

träger, sowohl die Planer und Spezialisten des Bauherrn als auch die ausführenden Unternehmer, fachkundig sind.

Durch die Arbeitsteilung und die Fachkunde der am Bau Beteiligten wird ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis begründet.¹⁷ Der Unternehmer darf auf den Sachverstand des Bauherrn und seiner Hilfspersonen (Spezialisten wie Planer, Architekten, Ingenieure oder Geologen) zählen. Umgekehrt dürfen der Bauherr und seine Hilfspersonen voraussetzen, dass der Unternehmer über die erforderliche Fachkunde verfügt und die anerkannten Regeln der Baukunde, insbesondere die für sein Fachgebiet massgebenden technischen Normen, kennt und anwendet. Besitzen der Unternehmer oder die vom Bauherrn beigezogenen Planer und Spezialisten die erforderlichen Fachkenntnisse nicht, trifft sie ein sog. Übernahmeverschulden.¹⁸ Jeder Fachkundige muss diejenige Sorgfalt aufwenden, die nach den Umständen im Einzelfall und der Verkehrsauffassung von einem gewissenhaften Vertragspartner erwartet wird, der unter den gegebenen Umständen die Planung oder Ausführung eines Werks übernimmt.¹⁹ Je spezialisierter und erfahrener ein Unternehmer oder Bauherr ist, desto höher sind die Anforderungen an seinen Sachverstand und seine Sorgfalt.

14

2. *Projekt*

Das der Ausschreibung zugrunde liegende Projekt besteht aus den Ausschreibungsplänen, technischen Vorgaben und – wenn erforderlich – einer Baubeschreibung. Die Ausschreibungspläne sind Werk- und Detailpläne in geeignetem Massstab. Der Detaillierungsgrad und die Art der Unterlagen richten sich nach den Anforderungen des auszuführenden Werks (siehe C.). Der Unternehmer muss sich aufgrund der Ausschreibungsunterlagen ein konkretes Bild machen können über das auszuführende Bauwerk, d. h. das vom Bauherrn erwartete Ergebnis und die Art und Weise der Ausführung sowie über die Organisation und das Umfeld des Bauvorhabens.

15

Zu beachten ist, dass die Ausschreibungspläne i. d. R. einen geringeren Detaillierungsgrad aufweisen, als die späteren Ausführungspläne, die dem Unternehmer erst nach Vertragsabschluss übergeben werden. Gerade darum ist es besonders wichtig, dass die Ausschreibungsunterlagen dem Unternehmer alle Angaben vermitteln, die er benötigt, um seine Kosten zu ermitteln und die Preise zu kalkulieren. Das Projekt muss es zusammen mit den übrigen Ausschreibungsunterlagen dem Unternehmer ermöglichen, in der i. d. R. kurzen zur Ausarbeitung eines Angebots zur Verfügung stehenden Zeit mit verhältnismässigem Aufwand die kalkulationsrelevanten Angaben zu erfassen.

16

¹⁷ SCHUMACHER/KÖNIG, Rz. 475.

¹⁸ SCHUMACHER/KÖNIG, Rz. 477.

¹⁹ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 841.

- 17 Die SIA-Norm 118 verlangt ein hinreichend klares Projekt. Klar meint eindeutig. Es ist die Pflicht des Bauherrn, dafür zu sorgen, dass sich die Ausschreibungsunterlagen weder widersprechen noch dass sie Lücken aufweisen. Der Unternehmer ist nicht verpflichtet, nach solchen zu forschen. Lediglich offensichtliche Widersprüche und Lücken hat er dem Bauherrn anzuzeigen, indem er im Angebot darauf hinweist. Das Gebot des hinreichend klaren Projekts betrifft nicht nur die Pläne, sondern sämtliche Ausschreibungsunterlagen, insbesondere auch das LV (Art. 8).

3. *Detaillierungsgrad*

- 18 Die Anforderungen an das Projekt für die Ausschreibung sind in den SIA-Ordnungen beschrieben.²⁰ Es sind auf der Grundlage des Bauprojekts und von Detailstudien Ausschreibungspläne in geeignetem Massstab zu erstellen, soweit sie für die Ausschreibung notwendig sind. Dazu sind die verschiedenen Ausschreibungspläne und -unterlagen der beteiligten Planer aufeinander abzustimmen.
- 19 Damit der Unternehmer sein Angebot hinreichend genau kalkulieren kann, ist er auf hinreichend genaue Mengenangaben angewiesen. Erfolgt die Ausschreibung mit einem LV, sollen die Mengenangaben des Vorausmasses im Genauigkeitsbereich von $\pm 20\%$ liegen (Art. 86). Liegt der Ausschreibung kein LV bei, muss der Unternehmer aufgrund der Pläne und allenfalls der Baubeschreibung die entsprechenden Mengen in diesem Genauigkeitsgrad ermitteln können.
- 20 Im Hochbau umfasst das Ausschreibungsprojekt die provisorischen Werkpläne (i. d. R. Massstab 1:50), Raublätter und die erforderlichen Detailpläne, woraus die Hauptkonstruktion mit den tragenden und nicht tragenden Bauteilen, das Masssystem und die Koordination der Installationen ersichtlich sind.²¹
- 21 Im Ingenieurbau sind die Ausschreibungspläne im geeigneten Massstab aufgrund der fachspezifischen Bauablauf-, Verfahrens-, Material- und Konstruktionskonzepte, ergänzt mit den fachspezifischen Bauplänen, zu erstellen.²²

4. *Bauablauf und Baumethode*

- 22 Die Wahl der Baumethode zur Ausführung des Werks und die Planung der Bauabläufe obliegen grundsätzlich dem Unternehmer.
- 23 Sache des Bauherrn ist es, die erforderlichen Angaben zu machen und im Bauprogramm Termine zu setzen, damit die Nebenunternehmer reibungsfrei ihre Arbeiten ausführen können. Es ist eine Nebenleistungspflicht des Bauherrn, dafür zu sorgen,

²⁰ SIA 102, Art. 4.41; SIA 103, Art. 4.3.41; SIA 108, Art. 4.41.

²¹ MEYER-MEIERLING, S. 326.

²² SIA 103, Art. 4.3.32.

dass die Arbeiten der verschiedenen Unternehmer aufeinander abgestimmt sind (Art. 30 Abs. 2), sodass sich einerseits Unternehmer, die gleichzeitig auf der Baustelle arbeiten, nicht behindern und andererseits die Arbeiten eines Vorunternehmers so weit fertiggestellt sind, dass der Nachunternehmer lückenlos und ohne Beeinträchtigung mit seinen Arbeiten anschliessen kann. Vereinbarung der Bauherr mit dem Unternehmer einen Fixtermin für den Arbeitsbeginn und kann dieser mit seinen Arbeiten zum vereinbarten Termin nicht beginnen, weil die Baustelle oder die Arbeiten eines Vorunternehmers nicht bereit sind, gerät der Bauherr in Verzug.

Die Baumethode beschreibt, wie eine einzelne Leistung auszuführen ist. Obwohl die Baumethode i. d. R. nicht Teil des abzuliefernden Werks ist, wird sie oft, insbesondere bei komplexeren Bauvorhaben, wie Baugruben, vom Bauherrn vorgeschrieben. Trifft dies zu, hat der Bauherr ein hinreichendes Projekt zu erstellen (z. B. für den Baugrubenabschluss) und dem Unternehmer alle erforderlichen Angaben zu machen, damit die Kosten und Preise zuverlässig kalkuliert und die Leistungen entsprechend den anerkannten Regeln der Baukunde mängelfrei erbracht werden können. 24

5. Funktionale Ausschreibung

Mit einer funktionalen Ausschreibung beschreibt der Bauherr das von ihm erwartete Ergebnis, nämlich das Bauwerk und die gestellten Anforderungen, insbesondere an die Sicherheit und Gebrauchstauglichkeit.²³ Sie lässt dem Unternehmer i. d. R. einen erheblichen Spielraum, sowohl in Bezug auf die zu erbringenden Leistungen als auch in Bezug auf die zu wählenden Baumethoden. Das entbindet jedoch den Bauherrn nicht, dem Unternehmer alle erheblichen Angaben zu machen, damit der die erforderlichen Leistungen und Kosten ermitteln und die Preise kalkulieren kann. Zum Beispiel gehören zur funktionalen Ausschreibung einer Baugrube alle erforderlichen Bodenkennwerte sowie die Ermittlung von Risiken aus dem Umfeld der Baugrube (z. B. Rutschgebiet). 25

Die funktionale Ausschreibung kann mit einem detaillierten Projekt und einer teilweise detaillierten Leistungsbeschreibung verbunden werden. Man spricht dann von einer sog. hybriden Leistungsbeschreibung.²⁴ 26

C. Anforderungen des auszuführenden Werks

Die Anforderungen des auszuführenden Werks²⁵ sind Massstab einerseits für das Projekt, das der Ausschreibung zugrunde gelegt wird, und andererseits für die 27

²³ Ausführlich dazu: SCHUMACHER/KÖNIG, RZ. 55–59.

²⁴ SCHUMACHER/KÖNIG, RZ. 60 ff.

²⁵ Wortlaut Art. 5 Abs. 2: «Anforderungen der auszuführenden Arbeit».

Abklärungen der örtlichen Gegebenheiten. Die Anforderungen sind im Einzelfall zu ermitteln.

28 Zur Ermittlung der sich aus dem Werk ergebenden Anforderungen ist von drei Besonderheiten der Ausführung eines Bauwerks auszugehen.

1. *Einzelanfertigung*

29 Bauwerke sind im Gegensatz zu industriellen Gütern i. d. R. Einzelanfertigungen, sog. Prototypen. Sie werden individuell aufgrund der Bedürfnisse und Anforderungen des Bauherrn geplant, unter Einbezug der speziellen Gegebenheiten des Ortes der Ausführung.

2. *Arbeitsteilung*

30 Der Bauprozess in der Organisationsform der Einzelleistungsträger ist gekennzeichnet durch eine komplexe, vernetzte Arbeitsteilung der beteiligten Planer und Unternehmer.²⁶ Die Baubeteiligten sind darauf angewiesen, dass alle Spezialisten, die vor oder neben ihnen Leistungen für die Planung oder Ausführung eines Bauwerks erbringen, diese fachkundig und nach den anerkannten Regeln der Baukunde ausführen. Das funktioniert nur auf der Basis gegenseitigen Vertrauens aller Beteiligten.²⁷

3. *Unwägbarkeiten*

31 Letztlich sind die Planung und Ausführung von Bauwerken, insbesondere im Untergrund, dadurch gekennzeichnet, dass nicht alle Projektelemente definitiv im Voraus bestimmt werden können.²⁸ Dies betrifft insbesondere die Kenntnis des Baugrundes und die für die Planung erforderlichen Angaben.

D. **Örtliche Gegebenheiten**

1. *Begriff*

32 Die örtlichen Gegebenheiten umfassen alle räumlichen Einflüsse auf die Ausführung des Bauwerks. Die Aufzählung in Abs. 2 ist beispielhaft und nicht abschliessend. Nach Gesetz ist es die Pflicht des Unternehmers, sich vor der Durchfüh-

²⁶ Dazu: SCHUMACHER/KÖNIG, Rz. 439.

²⁷ SCHUMACHER/KÖNIG, Rz. 461.

²⁸ SIA D 0124, Verlagswesen im Untertagbau (1995)-HELMKE, S. 11.

rung der Arbeiten über die örtlichen Gegebenheiten zu erkundigen und diese, soweit für seine Arbeiten erforderlich, zu ermitteln.²⁹ Die SIA-Norm 118 überbindet eine entsprechende Mitwirkungspflicht dem Bauherrn. Der Bauherr hat alle örtlichen Gegebenheiten zu ermitteln, soweit sie die auszuführenden Arbeiten behindern oder durch diese selbst gefährdet werden könnten.

Der Baugrund unterscheidet sich von den anderen örtlichen Gegebenheiten durch die Interaktion mit dem herzustellenden Werk oder der Ausführungsmethode. Zum Beispiel beeinflusst der Baugrund das Tragverhalten von Pfählen oder mögliche Setzungen des Bauwerks. In diesem Fall ist der Baugrund Teil des Projekts. 33

Zu den örtlichen Gegebenheiten hat der Bauherr alle Angaben zu machen, welche die Leistung des Unternehmers, den Bauablauf und die Organisation der Baustelle beeinflussen und sich auf die Kosten des Unternehmers und damit den Werkpreis auswirken. 34

2. *Nachbargrundstücke*

Müssen Nachbargrundstücke zeitweilig für die Ausführung des Bauwerks oder für Bauhilfsmassnahmen beansprucht werden, z. B. für die Erstellung der Baugrube oder für temporäre Anker, hat der Bauherr dem Unternehmer die entsprechenden Rechte zur Verfügung zu stellen. Die vorübergehende Beanspruchung eines Nachbargrundstücks ist in allen Kantonen aufgrund des sog. Hammerschlags- oder Leiterrechts (Art. 695 ZGB) gegen volle Entschädigung grundsätzlich möglich,³⁰ soweit dies für die Erstellung einer Baute nötig ist und das Eigentum des betroffenen Nachbarn nicht unzumutbar gefährdet oder beeinträchtigt wird. 35

Ob der Nachbar das Anbringen von Erdankern zur Baugrubensicherung dulden muss, ist umstritten. Das Bundesgericht hat die Auffassung eines kantonalen Gerichts, es handle sich um eine bundesrechtswidrige Einwirkung auf das Nachbargrundstück, selbst wenn die Anker nur vorübergehend angebracht worden sind, als nicht willkürlich beurteilt.³¹ Dagegen haben das Zürcher Obergericht und das Kassationsgericht entschieden, es sei davon auszugehen, dass es sich bei der Einsetzung von Erdnägeln um eine vorübergehende Nutzung des Grundstücks handle und diese sich grundsätzlich mit dem Hammerschlagsrecht gemäss Art. 695 ZGB in Einklang bringen lasse.³² Sehr weit geht ein Entscheid des Zürcher Baurekursgerichts, wonach in einem Fall, wo ein bis an die Parzellengrenze ragendes Mehrfamilienhaus ohne Beanspruchung des Nachbargrundstücks nicht realisierbar war, Eingriffe ins Nachbargrundstück zwecks 36

²⁹ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 839; zu den Ausnahmen: GAUCH-Werkvertrag, Rz. 2003.

³⁰ In den kantonalen Baugesetzen (z. B. § 229 PBG ZH), in kantonalen Einführungsgesetzen zum ZGB oder gewohnheitsrechtlich (Kanton Thurgau) geregelt.

³¹ BGer 5A_176/2009 vom 5.6.2009 E. 5.4.

³² KassGer ZH AA100002 vom 22.10.2010.

Baugrubensicherung und Bauabschränkung für die Dauer von vier Monaten als mit den gesetzlichen Bestimmungen im Einklang befunden wurden.³³

- 37 Zu Diskussionen führt immer wieder die Frage, ob ein für ein Bauvorhaben notwendiger Kran über Nachbargrundstücke schwenken darf. Ist der Kranstandort zwingend und lässt sich der Materialtransport im Zusammenhang mit der Baustelle nicht anders bewerkstelligen als mittels eines Krans, handelt es sich um eine rechtmässige Bewirtschaftung des Grundstücks (Art. 679a ZGB). Dem Nachbarn und Eigentümer des beanspruchten Grundstücks steht nur ein Anspruch auf Schadenersatz zu, nicht aber auf eine allgemeine Entschädigung. Es ist Obliegenheit des Bauherrn, vor der Ausschreibung abzuklären, ob gestützt auf Art. 679a ZGB ein Anspruch auf Benutzung des Luftraums über einem Nachbargrundstück besteht. Das gilt auch für die Gegenlast des Kranauslegers und für Freishaltung während der Nacht.³⁴

3. *Benachbarte Bauwerke*

- 38 Als benachbarte Bauwerke zählen solche, die durch die Ausführung der Bauarbeiten betroffen werden können, insbesondere durch Schäden in Form von Rissen an Fassaden und Wänden als Folge von Erschütterungen. Bei grösseren Baugrunderarbeiten, insbesondere bei Grundwasserabsenkungen, können im grösseren Umkreis Setzungen auftreten. Bei Baugruben, die nahe oder direkt an benachbarte Gebäude anschliessen, sind Angaben zur Fundation und zur Konstruktion dieser Gebäude unerlässlich. Es kann im Einzelfall zu den anerkannten Regeln der Baukunde gehören, dass diese Nachbargebäude, insbesondere deren Setzungs- oder Schwingungsverhalten, in die Projektierung des Bauwerks miteinzubeziehen sind. Die Unterlassung des Bauherrn oder seines Ingenieurs ist in einem solchen Fall ein Projektmangel. Umfasst das Projekt auch die Planung der Baugrube und die Vorgabe der Baumethode, so kann der Unternehmer i. d. R. davon ausgehen, dass der Ingenieur des Bauherrn die Auswirkungen auf die benachbarten Gebäude geprüft und miteinberechnet hat.

4. *Verkehrsanlagen*

- 39 Für Verkehrsanlagen (z. B. Bahnanlagen, Luftverkehr, Strassen) gelten meist besondere gesetzliche Sicherheitsvorschriften. Der Bauherr darf voraussetzen, dass der Unternehmer die gängigen Sicherheitsvorschriften kennt und berücksichtigt. Besondere Sicherheitsvorschriften, z. B. im Bereich von Bahnanlagen oder Flugplätzen, hat der Bauherr dem Unternehmer bekannt zu geben.

³³ BEZ 2016 Nr. 40.

³⁴ BEZ 2009 Nr. 61.

5. *Andere Anlagen*

Mit dem Begriff «andere Anlagen» weist die SIA-Norm 118 lediglich nochmals darauf hin, dass die Aufzählung in Abs. 2 nicht abschliessend ist und alle örtlichen Gegebenheiten, welche die Ausführung des Bauwerks beeinflussen, zu ermitteln sind. 40

6. *Belastetes Bodenmaterial und Altlasten*

Umweltrechtlich wird einerseits unterschieden zwischen «Boden» und «Untergrund» und andererseits zwischen «Bodenaushub» und «Aushub-, Abraum- und Ausbruchmaterial». Der sog. Boden ist die oberste Schicht des Erdreichs, bestehend aus dem Oberboden (Humus) und dem Unterboden (Boden im Erdreich des Wurzelwerks von Bäumen). Darunter liegt der sog. Untergrund. Sowohl der Boden als auch der Untergrund können mit Schadstoffen belastet sein, deren rechtliche Behandlung unterschiedlich ist.³⁵ Dann haben die Angaben über die Schadstoffbelastungen getrennt nach diesen Schichten zu erfolgen. 41

Die Untersuchung der Schadstoffbelastungen im Boden ist Aufgabe des Bauherrn. Zu den Angaben in der Ausschreibung gehört bei belastetem Bodenaushub, ob und gegebenenfalls wie Bodenmaterial wiederverwendet oder überschüssiges Bodenmaterial entsorgt werden kann. Für sog. Altlasten, d. h. mit Schadstoff belastetes Material im Untergrund, ist der Ausschreibung das Entsorgungskonzept beizulegen. 42

7. *Leitungen*

Die Pflicht des Bauherrn, dem Unternehmer Angaben über die ober- und unterirdischen Leitungen auf dem Baugrundstück zu geben, betrifft das Werkvertragsverhältnis. Zu den Angaben gehören die Art und die Lage der Leitungen sowie Angaben über den Zustand, insbesondere von belastetem Leitungsmaterial. Dritten gegenüber kann der Unternehmer ausservertraglich zu Schadenersatz verpflichtet werden, wenn er im Zuge der Bauarbeiten eine unterirdische Leitung beschädigt (z. B. Datenleitung, Versorgungsleitung). Das Bundesgericht hat sogar einem Dritten, der mittelbar durch die Beschädigung der Leitung geschädigt wurde (Betriebschaden), Schadenersatz zugebilligt.³⁶ 43

³⁵ VVEA Art. 17.

³⁶ BGE 102 II 85: Ersatz des reinen Vermögensschadens gestützt auf Art. 229 StGB und Art. 55 OR.

8. *Witterung und Klima*

- 44 Die Voraussehbarkeit ungünstiger Witterungsverhältnisse (z. B. Regen, Hagel, Schneefall, Wind, Sturm, Nebel, Eisbildung, Frost) gehört zu den Standardproblemen des Bauens.³⁷ Der Unternehmer hat grundsätzlich damit zu rechnen (Art. 60). Zu ausserordentlichen Umständen siehe Art. 59.
- 45 Aufgrund seiner Erfahrung und Fachkunde muss der Unternehmer am Ort der Bauausführung auch mit abnormalen Sachverhalten rechnen (z. B. Schneemengen).³⁸ Hingegen zählen Angaben über die zu erwartende Gebirgstemperatur im Tunnelbau zu den Angaben über den Baugrund, die dem Bauherrn obliegen.
- 46 Sind Bauarbeiten während bestimmter Jahreszeiten aufgrund der Klimaverhältnisse nicht oder nur eingeschränkt möglich (z. B. im Winter auf Gebirgsbaustellen), hat der Bauherr im Vorfeld der Ausschreibung solche Zeitfenster zu ermitteln und dem Unternehmer anzugeben, in welchen Zeiträumen die Bauarbeiten einzustellen sind oder nur mit Einschränkungen ausgeführt werden können.

9. *Gesetzliche Vorschriften*

- 47 Vom fachkundigen Unternehmer kann erwartet werden, dass er die massgebenden gesetzlichen Vorschriften des Bundes und der Kantone kennt. Hingegen ist es Pflicht des Bauherrn, den nicht ortskundigen Unternehmer auf besondere lokale Vorschriften am Ort der Bauausführung aufmerksam zu machen sowie die für die Ausführung der Bauarbeiten massgebenden Nebenbestimmungen (Auflagen und Bedingungen) der Baubewilligung bekannt zu geben, z. B. über Schutzgebiete (z. B. Grundwasserschutz) und deren Auswirkung auf die Bauausführung.

10. *Vollständigkeitsklauseln*

- 48 Die Angaben über die örtlichen Gegebenheiten werden häufig durch Vollständigkeitsklauseln ergänzt i. S., dass es Pflicht des Unternehmers ist, alle weiteren örtlichen Gegebenheiten, zu denen die Ausschreibung keine Angaben enthält, die jedoch für die Bauausführung von Bedeutung sind, selbst abzuklären. Solche generellen Vollständigkeitsklauseln sind restriktiv und im Zweifelsfall gegen den Bauherrn auszulegen.³⁹ Denn es ist dem Unternehmer kaum je möglich, in der knappen Zeit, in der er sein Angebot kalkulieren muss, alle möglichen Abklärungen zu den örtlichen Ge-

³⁷ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 1082.

³⁸ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 1086.

³⁹ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 909c; SCHUMACHER/KÖNIG, Rz. 60b, 62a.

gebenheiten zu treffen. Der Bauherr und seine Planer hingegen verfügen über Monate, wenn nicht Jahre, Zeit, diese Abklärungen zu treffen. Deshalb ist es dem Unternehmer nicht zuzumuten, in viel kürzerer Zeit detailliertere Abklärungen zu treffen.

E. Baugrund

1. *Begriffe und Bestandteile*

Mit Baugrund wird der Grund aus Locker- und Festgestein im Bereich eines Bauvorhabens oder einer Foundation bezeichnet.⁴⁰ Bauwerk und Baugrund beeinflussen sich gegenseitig. Sie bilden ein System, das so abzugrenzen ist, dass das Verhalten des Gesamtsystems sowie der Teilsysteme mit ausreichender Zuverlässigkeit untersucht und überwacht werden kann.⁴¹

Baugrund ist Boden oder Fels, einschliesslich aller Inhaltsstoffe (z. B. Grundwasser, Kontaminationen), in und auf dem das Bauwerk gegründet bzw. eingebettet oder der durch Baumassnahmen beeinflusst wird.⁴² Der Baugrund setzt sich aus verschiedenen Boden- und Gesteinsschichten zusammen. Zum Baugrund ist auch das darin enthaltene oder in ihn eintretende Wasser zu rechnen. Zwischen dem Bauwerk und dem Baugrund bestehen oder entstehen Wechselwirkungen. Im Hinblick auf die Planung und Ausführung eines Bauwerks sind die Eigenschaften des Baugrunds entscheidend (z. B. Tragfähigkeit, Setzungsverhalten, Grundbruchgefahr).⁴³

Der Baugrund kann das Werk oder ein Teil des Werks sein, das der Unternehmer als Ergebnis seiner Arbeit im Werkvertrag schuldet, z. B. der Aushub einer Baugrube oder deren Auffüllung,⁴⁴ die Herstellung eines Tunnels, eines Stollens oder einer Kaverne, Baugrubensicherungen wie Rühlwände, Spundwände und Schlitzwände, die Bestandteil des Ausführungsprojekts des Bauherrn sind.

⁴⁰ Norm SIA 267 (2013), Geotechnik, S. 8.

⁴¹ Norm SIA 267 (2013), Geotechnik, S. 25 Ziff. 2.5, Interaktion Tragwerk–Baugrund.

⁴² DIN 4020, Geotechnische Untersuchungen für bautechnische Zwecke, Ziff. 3.1 mit Verweis auf Beiblatt 1 zu DIN 4020: «Im Hohlraumbau wird für die Benennung «Baugrund» synonym die Benennung «Gebirge» verwendet. Boden und Fels können gewachsen oder geschüttet sein.»

⁴³ Norm SIA 267 (2013), Geotechnik, Ziff. 3.1.1, 3.1.2; Literatur zum Baugrund: HANS JÜRGEN LANG/JACHEN HUDER/PETER AMANN/ALEXANDER M. PUZRIN, Bodenmechanik und Grundbau, Das Verhalten von Böden und Fels und die wichtigsten grundbaulichen Konzepte, 9. Aufl., Berlin 2011, S. 101, 109.

⁴⁴ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 27, 29.

- 52 Nach h.L. und Rspr. gilt der Baugrund nicht als Werkstoff.⁴⁵ Begründet wird diese Auffassung damit, dass das Gesetz ausdrücklich zwischen «Baugrund» und «Stoff» unterscheidet (Art. 365 Abs. 3 OR).
- 53 Allerdings wird der Baugrund vom Gesetzgeber in verschiedener Hinsicht gleich behandelt wie der vom Bauherrn gelieferte Werkstoff. So hat der Unternehmer den angewiesenen Baugrund mit gleicher Sorgfalt zu behandeln.⁴⁶ Gleich wie beim eingebauten Stoff, den er geliefert hat, trägt der Bauherr das Risiko des zufälligen Untergangs oder der nicht vom Unternehmer verschuldeten Beschädigung des angewiesenen Baugrundes.⁴⁷
- 54 Der Baugrund ist der Untergrund des Bauwerks. Dieser umfasst alle Teile der Erdoberfläche, die unter dem Bauwerk liegen oder unmittelbar seitlich angrenzen und in einer physikalischen oder chemischen Beziehung zum Bauwerk stehen, insbesondere das Gestein, das Wasser, die Hohlräume und künstliche Elemente wie Leitungen oder vorbestandene Bauteile. Zum Baugrund zählt auch das Gebirge. Die Begriffe Baugrund und Gebirge sind synonym. Während «Baugrund» üblicherweise im Hochbau und im Tiefbau verwendet wird, spricht man im Untertagbau, insbesondere im Tunnelbau und im Stollenbau, von «Gebirge».
- 55 Im Untertagbau umfasst der Baugrund die Gesamtheit der den Untertagbau umgebenden Fest- und Lockergesteine einschliesslich der Diskontinuitäten und Hohlräume.⁴⁸ Das sind kompakte, zusammenhängende Gesteinsmassen einer bestimmten Härte. Fels ist keine homogene Masse. Er setzt sich aus verschiedenen unterschiedlich harten, verklebten oder verkitteten Steinen zusammen, kann geschichtet sowie mit wasserführenden Schichten und Hohlräumen durchsetzt sein. Lockergestein ist ein Gemenge von Gesteins- oder Mineralkörnern, gelegentlich auch mit organischen Festsubstanzen, die nicht oder nur wenig zusammengehalten werden. Lockergesteine bestehen aus Festsubstanzen und Poren, die mehr oder weniger mit Luft, Gas oder Wasser gefüllt sind.⁴⁹
- 56 Von besonderer Bedeutung ist das im Baugrund vorkommende oder auf ihn einwirkende Wasser. Mit zunehmender Bautiefe unter dem Grundwasserspiegel nimmt der Wasserdruck zu. Grundwasser kann im Baugrund auch zwischen zwei undurchlässi-

⁴⁵ GAUCH-Werkvertrag, Rz. 68 mit weiteren Hinweisen; BGE 15 I 841; dagegen zählt in Deutschland der Baugrund zum Werkstoff: HANS THEODOR SOERGEL, Werkvertrag, in: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Hrsg. KURT REBMANN/FRANZ JÜRGEN SÄCKER, Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil, 1. Halbband [§ 433–651k], 2. Aufl., München 1988, § 651 Rz. 5 S. 23118).

⁴⁶ Art. 365 Abs. 2 OR; GAUCH-Werkvertrag, Rz. 823, 825.

⁴⁷ Art. 376 Abs. 2 OR; diese Regel lässt sich über den Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung hinaus verallgemeinern und auf den zufälligen Untergang des Baugrundes und des Werks übertragen (GAUCH-Werkvertrag, Rz. 1189).

⁴⁸ Empfehlung SIA 199 (2015), Erfassen des Gebirges im Untertagbau, Ziff. 1.1.3.

⁴⁹ Empfehlung SIA 199 (2015), Ziff. 1.2.

gen Schichten «eingeklemmt» sein. Verlaufen solche Schichten nicht horizontal, führt das zu einem Druckzustand des Wassers; der Fachmann spricht von «gespanntem Grundwasser». Strömung und Druck des Grundwassers können sich bei Baugruben mit künstlichen Baugrubenabschlüssen (z. B. Spundwänden) gefährlich auswirken. Wird das Wasser durch Pumpen in der Baugrube abgesenkt, liegt der Grundwasserspiegel ausserhalb höher als die Baugrubensohle, und es entsteht eine Strömung mit einem nach oben gerichteten Wasserdruck in der Baugrube. Unter bestimmten Bedingungen können die Strömungsverhältnisse zu einem sog. hydraulischen Grundbruch führen. Die Baugrubensohle ist nicht mehr stabil, der Boden wird aufgelockert und die Baugrube «brodelt». Je nach Menge, Druck, chemischer Zusammensetzung und Temperatur beeinflusst das Wasser die Bauausführung, die Sicherheit, die Gebrauchstauglichkeit und die Dauerhaftigkeit eines Bauwerks. Wasser kann Gesteine verändern. Beispielsweise verwandelt sich Anhydrit durch Wasserzufuhr unter erheblicher Volumenzunahme zu Gips. Umgekehrt kann ein Bauwerk das Wasser, sei es in seiner chemischen oder biologischen Zusammensetzung, in der Lage oder in der Mächtigkeit, beeinflussen.

Im Baugrund wird unterschieden zwischen Grundwasser oder Bergwasser (Gebirgs- 57
wasser).⁵⁰ Der Baugrund kann weiter beeinflusst werden durch anfallendes Meteor-
wasser wie Regen und Dachwasser.

Je nach klimatischer Lage der Baustelle gehört Eis zum Baugrund. In den Baugrund 58
eingedrungenes Wasser dehnt sich beim Gefrieren um rund 9% aus, was zu erheblichen
Drucken führen kann.

Die Luft bewirkt zusammen mit Wasser, chemischen Stoffen oder biologischen Orga- 59
nismen die Verwitterung von Fels und Gestein. Dadurch entstehen alle möglichen
Zwischenstadien zwischen Festgestein und Lockergestein. Der Übergang ist fließend.

Der Baugrund kann gasförmige Stoffe (z. B. Methan) enthalten, die Einfluss auf die 60
Bauausführung haben können. Sodann ist, insbesondere im Untertagbau, die Erdwär-
me im Projekt zu berücksichtigen.

2. *Baugrundrisiko*

«Wer trägt das Baugrundrisiko?» ist eine der meistgestellten Fragen bei 61
Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Baugrund. Der Begriff «Baugrundrisiko»
ist klärungsbedürftig. Oft sind es Fehler in der Ausschreibung oder in der Ausführung,
die zu einem Baugrundproblem führen.

⁵⁰ Empfehlung SIA 199 (2015), Ziff. 1.4.2: «Grundwasser, Bergwasser: Wasser unter der
Terrainoberfläche, welches die Poren, Klüfte oder Hohlräume des Gebirges zusammen-
hängend und vollständig ausfüllt. Unter Bergwasser wird Grundwasser im Festgestein ver-
standen.»