

Zeitschrift: Schweizerische Bauzeitung
Herausgeber: Verlags-AG der akademischen technischen Vereine
Band: 89 (1971)
Heft: 17: Sondernummer über den Werkvertrag

Artikel: Bauunternehmer und Werkvertrag
Autor: Perolini, Kurt
DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-84846>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 16.05.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

met ist. Die Anwendung dieses Teils ist ohne Vorbehalt zu empfehlen.³⁾

Um das System SIA verständlicher zu machen, führe ich es chronologisch auf:

Perioden oder Zeiten	Rechtsfolge
a) Während des Verlaufes der Arbeit	Der Unternehmer hat das Recht auf Abschlagszahlungen, die 90% der fakturierten Summe entsprechen. Die nicht überwiesenen 10% dürfen 1000000 Fr. nicht überschreiten (Art. 23, Al. 1).
b) Ein Monat vor Fertigstellung der Arbeit	Die Parteien schreiten an die vorläufige Abnahme des Werkes = Erklärung, dass das Werk nicht mit schweren Mängeln behaftet ist (Art. 26, Al. 1).
c) Zwei Jahre nach der vorläufigen Abnahme	Der Unternehmer hat die nicht sofort sichtbar gewesenen Mängel, oder die Mängel, die der Beachtung der Parteien bei der erwähnten Prüfung entgangen sind, zu beheben. In Abweichung vom Rechtssystem verfügt der Bauherr nunmehr über einen weiteren Termin von zwei Jahren, um das Werk zu prüfen. Während dieser Zeit ist der Bauherr durch die zurückbehaltenen 10% der Abschlagszahlungen gesichert. Wenn der Vertrag 200000 Fr. übersteigt, wird diese Garantie auf 5% herabgesetzt, beträgt aber mindestens 20000 Fr. und höchstens 1000000 Fr. Die definitive Abnahme erfolgt, wenn keine Mängel festgestellt werden.
d) Drei Jahre nach der vorläufigen Abnahme	Der Unternehmer haftet für nicht sichtbare Mängel nach dem Rechtssystem. Keine finanzielle Garantie zugunsten des Bauherrn.

Bauunternehmer und Werkvertrag

Von Dr. K. Perolini, Bern

Vorbemerkung des Verfassers

Die nachstehenden Ausführungen sind das Produkt langjähriger Erfahrung im Umgang mit den vertraglichen Grundlagen zwischen dem Bauherrn bzw. der Bauleitung und dem Bauunternehmer. Die hier geäusserten Auffassungen werden zweifellos nicht von allen, die an der Erbringung von Bauleistungen beteiligt sind, geteilt werden. Der Verfasser will mit seinem Beitrag ehrlich einige Probleme darstellen, wie sie sich aus der Sicht des Unternehmers ergeben. Sein Anliegen ist seit Jahren die Förderung des partnerschaftlichen Zusammenwirkens bei der Erstellung von Bauwerken. Mit seinen kritischen Bemerkungen möchte er einen Anstoss zur Ausgestaltung risikogerechterer und zeitgemässer Vertragsbeziehungen geben.

*

In einem Zeitalter, da die Bauvorhaben zunehmend komplizierter, umfangreicher, stärker mechanisiert und motorisiert und damit ungleich risikobehafteter werden, ist die echte *Partnerschaft* der an einem Bau Beteiligten (Bauherr, Projektverfasser und Bauleitung, Unternehmenschaft) zum dringenden Gebot geworden. Diese sinnvolle Kooperation muss sich auf dem planerisch-terminlichen Gebiet (Vermeidung von Nachfragespitzen) sowie auf technischem und bauorganisatorischem Gebiet einspielen. Ansätze dazu sind vorhanden, aber man ist noch recht weit entfernt von einer wirkungsvollen, koordinierten Zusammenarbeit.

In diesem Zusammenhang wird berechtigterweise immer dringender die Forderung erhoben, dass innerhalb dieser Bau-Partnerschaft eine vernünftige *Risikoteilung* stattfindet, und zwar nach Massgabe der technischen Befähigungen und Möglichkeiten, der organisatorischen Leistungsfähigkeit und vor allem der wirtschaftlich-finanziellen Kapazität der Beteiligten.

4. Schlussfolgerung

Die Norm SIA 118 wird derzeit überarbeitet. Es erscheint wünschenswert, zahlreiche Dispositionen zu kürzen und klarer zu gestalten. Bezüglich der Fragen der Bezahlung und Haftung ist diese Norm hervorragend; sie sollte, ausgenommen einige kleine Änderungen, die vor allem redaktioneller Art sind, beibehalten werden.

Ich habe nur eine einzige Einwendung zu machen. Es kommt ab und zu vor, dass der Unternehmer die Arbeiten überhaupt nicht beginnt oder sie unterbricht oder dass sie aufgeschoben werden müssen auf Grund der Unfähigkeit des Unternehmers. In diesem Falle ist der Rückbehalt auf die Abschlagszahlungen keine ausreichende Garantie.

Sollte man nicht dafür schon von Anfang an, während des Abschlusses des Vertrages, den Unternehmer zwingen, eine Garantie, zum Beispiel eine Bankgarantie, zu leisten, die aufgehoben werden könnte, sobald die Arbeiten einen gewissen Stand erreicht haben? Ich beschränke mich darauf, die Frage zu stellen, da die Antwort von den Kompromissen abhängig ist, die zu anderen Punkten erreicht werden.

³⁾ Um jede Art von Anfechtung zu vermeiden, wird der vorsorgliche Architekt oder Ingenieur es nicht unterlassen, nicht nur das Vertragsformular SIA Nr. 23 zu verwenden, sondern auch die Norm SIA 118 beizufügen. Für den bescheidenen Preis von 5 Fr. kann der Architekt/Ingenieur auf diese Weise eine juristische Sicherheit «erwerben», die von allergrösster Bedeutung ist.

Adresse des Verfassers: Dr. Martin Schwartz, Haute Ecole d'architecture de l'Université de Genève, 1200 Genève, 9, bd Helvétique.

DK 347.754.3:338.934

Es ist ernüchternd, feststellen zu müssen, dass die heutigen vertraglichen Grundlagen häufig nicht «partnerschaftsgerecht» sind, sondern einseitig den Unternehmer benachteiligen. Die Unzulänglichkeiten sind zum Teil schon in gewissen Bestimmungen über den *Werkvertrag* im Obligationenrecht begründet, die durch die «Macht des Faktischen» ganz einfach überholt und den effektiven wirtschaftlich-technischen Gegebenheiten und Kräfteverhältnissen der Vertragspartner nicht mehr konform sind. Schlimmer aber sind die teilweise diskriminierenden «Allgemeinen und Speziellen Vertragsbedingungen» verschiedener grosser Bauträger, die sich den Umstand zunutze machen, dass der Abschnitt «Werkvertrag» im OR sehr viel dispositives Recht enthält, und entsprechend den Unternehmer in unzumutbarer Weise belasten. Dort, wo sich das Vertragsverhältnis auf die «Allgemeinen Bedingungen für Bauarbeiten» des SIA (Form. Nr. 118) stützt, entsteht in den gegenseitigen Rechten und Pflichten ein etwas ausgewogenerer Kompromiss, doch sind auch dort recht viele Ungereimtheiten und Benachteiligungen des Unternehmers noch nicht behoben. Es ist dringend zu hoffen, dass die gegenwärtig in Arbeit befindliche Revision dieser Norm in einer Unterkommission des SIA die berechtigten Postulate der Unternehmerseite (die noch lange nicht so weit gehen, wie es dem Partnerschaftsgedanken eigentlich entsprechen müsste) gehört und verwirklicht werden.

Die Schwierigkeiten und Sorgen beginnen für den Unternehmer schon mit der *Einreichung des Angebots*. Er ist oftmals gehalten, auf Grund unvollständiger, unklarer, ja unrichtiger Submissionsunterlagen des Bauherrn eine detaillierte Offerte einzureichen, die nebst den Angebotspreisen normalerweise auch durchstudierte Bauprogramme, Ausführungspläne und Beschreibungen von Bauvorgängen enthält. Hier steht der Offerent bereits vor der ersten Präsumtion:

mit der Einreichung eines Angebots bekundet der Unternehmer, dass ihm die örtlichen Verhältnisse und die Besonderheiten der anzubietenden Arbeit bekannt sind (so SIA 118, Art. 4, Abs. 9). Er bezeugt zudem, dass er seine Preise auf Grund vollständiger und klarer Unterlagen festgelegt hat (SIA 118, Art. 4, Abs. 11). Es ist ihm nur gestattet, spätestens bis zur Einreichung des Angebots Erläuterungsfragen zu stellen. Nicht selten wird diese Ausgangslage in Werkverträgen und zusätzlichen Bedingungen noch verschlechtert, indem der Bauherr für bestimmte, besonders erhebliche Risiken die Verantwortung von sich weist, wie etwa im folgenden Passus (wir zitieren aus dem Werkvertrag einer grossen schweizerischen Kraftwerksgesellschaft): «Der Bauherr leistet keine Gewähr für die Richtigkeit der geologischen Unterlagen. Die Unternehmung kann den Bauherrn, gestützt auf diese Dokumente, in keiner Weise haftbar machen.»

Es versteht sich von selbst, dass dem Unternehmer damit etwa bei schwierigen Untertagsarbeiten, im Stollen- und Kavernenbau oder bei der Erstellung von Staumauern und Staudämmen, aber auch hinsichtlich der Umwelteinflüsse (Lawinen, Steinschläge, Wassereinbrüche, Gletscherabbrüche usw.) mit einem Federstrich Gefahren aufgebürdet werden, die seine Kräfte, hauptsächlich finanzieller Art, übersteigen.

In der zumeist sehr kurzen Zeitspanne zwischen der Ausschreibung einer Bauarbeit und der Offertstellung wird es dem Unternehmer bei umfangreichen Bauvorhaben selten gelingen, so viele Informationen und Kenntnisse über die örtlichen Verhältnisse und Risiken zusammenzutragen, wie dies die technischen Konsultanten des Bauherrn in der Vorbereitungsphase des Projekts während längerer Zeit gründlich und wissenschaftlich tun konnten.

Der Unternehmer ist also in bezug auf einige entscheidende Faktoren, so etwa in der terminlichen Bemessung der Bauzeit, in der Geologie (Boden- und Felsbeschaffenheit) und in der Beurteilung der Witterungs- und Katastropheneinwirkungen schwer mess- und kontrollierbaren Risiken ausgesetzt. Diese ungerechtfertigte Risikoverteilung lässt sich mit dem häufig genannten Hinweis auf die Erfahrung und Spezialisierung des Unternehmers nicht wegdiskutieren. Abgesehen davon, dass in zahlreichen Fällen komplizierte Arbeiten nicht dem erfahrenen und geeigneten Offerenten, sondern dem billigsten zugeschlagen werden, kann sich diese Erfahrung des Unternehmers gerade nicht auf die geologischen, bodenmechanischen oder umweltspezifischen Voraussetzungen des Bauvorhabens beziehen. Routine, Spezialkenntnisse und andere Vorzüge des erfahrenen Bauunternehmers sollen in der Baudurchführung, in der zweckmässigen Baumethode, im optimalen Geräteeinsatz usw. zum Tragen kommen.

Es hat sich in der Praxis in verschiedenen gravierenden Fällen erwiesen, in welcher schwierigen Situation der Unternehmer geraten kann, wenn ihm die Baugrundverhältnisse Ueberraschungen bereiten. Vergeblich beruft er sich normalerweise auf Widersprüche zu den Ausschreibungsunterlagen. Er hat die einzige Möglichkeit, ausserordentliche, unvorhergesehene Umstände im Sinne von Art. 373, Abs. 2 OR geltend zu machen, doch sind seine Aussichten (wir sehen es weiter unten) hier sehr begrenzt.

In welcher Richtung eine tragbare Lösung zu suchen wäre, möge der Hinweis auf Ziff. 12 der Internationalen Allgemeinen Vertragsbedingungen für Ingenieur-Bauarbeiten der FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils) zeigen, die (etwas mangelhaft ins Deutsche übersetzt) wie folgt lautet: «Sollte der Unternehmer während der Bauausführung ungünstige physikalische Verhältnisse oder künstliche Hindernisse antreffen, die billigerweise von einem erfahrenen Unternehmer nicht vorausgesehen werden konn-

ten, muss er den Vertreter des Ingenieurs hiervon unverzüglich schriftlich benachrichtigen; erkennt der Ingenieur an, dass diese Verhältnisse und Hindernisse von einem erfahrenen Unternehmer billigerweise nicht vorhergesehen werden konnten, muss er zusätzliche, dem Unternehmer aufgrund solcher Verhältnisse entstehende Ausgaben bescheinigen, die der Bauherr bezahlen muss und die durch die angetroffenen Verhältnisse und Hindernisse notwendig waren.»

*

In einem eindrücklichen Rechtsgutachten zu einer Auseinandersetzung zwischen einem grossen Bauherrn und einer Unternehmergruppe hat Alt-Bundesrichter *W. Stauffer* das Wort geprägt, dass *das Werk dem Bauherrn näher stehe als dem Unternehmer*. Dieses Näherstehen des Bauherrn müsste sich eigentlich hauptsächlich in zwei Beziehungen äussern:

- einmal sollte die Verantwortung für das Bauwerk selbst (Unternehmerverschulden ausgenommen) und gegenüber Dritten in der Regel vom Bauherrn getragen werden, und
- sodann dürfte der Unternehmer durch unvorhergesehen eintretende Umstände während der Bauzeit keinen Schaden leiden, sondern die entsprechenden Mehrkosten sollten zu Lasten des Bauherrn gehen.

Aber die gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen sind auch hier für den Unternehmer ungünstig. Nach Art. 376 OR soll er bis zur Abnahme das *Risiko des zufälligen Untergangs des Werks* tragen (ausgenommen bei Annahmeverzug des Bauherrn) und hat bei Zerstörung des Werks keinen Anspruch auf Entschädigung der ihm bis dahin aufgelaufenen Kosten und Auslagen. In Art. 31 der SIA-Norm 118 wird einfach auf die gesetzliche Regelung verwiesen, wobei präzisierend Zufall und höhere Gewalt genannt werden.

Man stelle sich die Härte dieser Regelung einmal an einem Extremfall vor: wäre beim Gletscherabbruch vom 30. August 1965 der praktisch fertiggestellte Staudamm Mattmark zerstört oder beschädigt worden, so wäre unweigerlich die Frage der unternehmerischen Unfallhaftung aufgetaucht - mit allen wirtschaftlichen Konsequenzen für die Unternehmer. Sie hätten dann wohl geltend machen können, der Schaden sei wegen des vom Bauherrn angewiesenen Baugrundes oder wegen der vom Bauherrn vorgeschriebenen Ausführungsart eingetreten - allein, wie weit wären sie mit dieser Behauptung durchgedrungen? Bestenfalls hätten sie die bisher erhaltenen Zahlungen nicht mehr zurückerstatten müssen, aber für die Durchsetzung von Schadenersatz hätten sie den nötigen Beweis eines Bestellerverschuldens kaum leisten können. Zudem wäre ihnen wohl entgegengehalten worden, ihre Entlastung könne nicht eintreten weil sie der in Art. 376, Abs. 3 OR stipulierten Anzeige- und Abmahnungspflicht nicht nachgekommen seien. Das Ergebnis ist in jedem Falle für den Unternehmer unbillig, und nach dem gesunden Rechtsempfinden will in solchen und weniger extrem gelagerten Situationen die Lösung einer Risikotragung durch diejenige Partei, die nach bestem Wissen und Gewissen ein Werk erstellt, nicht einleuchten.

Sollte die Revisionsarbeit an den Bedingungen der SIA-Norm 118 erfolgreich sein, so würde allerdings der in der Neufassung von Art. 35 vorgesehene Text einen aner kennenswerten Fortschritt bringen. Er lautet: «Bei Zerstörung des Werks gilt die Regelung gemäss den einschlägigen Bestimmungen des OR mit folgender Einschränkung von Art. 376 OR: Wird das Werk ganz oder teilweise vor der Abnahme durch ausserordentliche Ereignisse, Krieg, Aufruhr oder andere unabwendbare, vom Unternehmer nicht zu vertretende Umstände beschädigt oder zerstört, ist dieser für die ausgeführten Teile seiner Arbeit nach den Preisen des Werkvertrages zu entschädigen, ebenso für den allfälligen Wiederaufbau.»

Allen Bauherren und Bauleitungen, denen an einer echten Verbesserung dieser partnerschaftswidrigen Haftungssituation gelegen ist, sei die Aufnahme dieser oder einer ähnlichen Klausel in ihre Werkverträge empfohlen. Wir dürfen hier auch auf die bereits erwähnten internationalen FIDIC-Bedingungen verweisen, die den Unternehmer durch die Aufstellung eines Katalogs von «excepted risks» in Ziff. 20 von der Verantwortlichkeit für das Bauwerk und seine Teile in erheblichem Masse entlasten und ihm einen angemessenen Kostenersatz gewährleisten.

Günstigere Verhältnisse für den Unternehmer könnten übrigens auch dadurch geschaffen werden, dass der Bauherr, wo immer möglich und vernünftigerweise durchführbar, zu *Teilabnahmen* obligatorisch verhalten würde. Es sind uns zahlreiche Werkverträge bekannt, wo der Bauherr auf der Gesamtabnahme eines zusammengesetzten, körperlich getrennten Werkes beharrt und sich weigert, einzelne Werkteile sukzessive abzunehmen. Art. 26 der Norm SIA 118 bietet hierzu einen Ansatz.

Ein ungutes Kapitel sind auch die fortgesetzten Versuche namhafter Bauherren, ihre *Haftung gegenüber Dritten*, vor allem diejenige des Werkeigentümers (Art. 58 OR) und des Grundeigentümers (Art. 679 bzw. 684 und 685 ZGB) vertraglich auf den Unternehmer abzuwälzen. Sogar in den Allgemeinen Vertragsbedingungen von Baudirektionen und öffentlichen Verwaltungen wird nicht selten dem Unternehmer «jegliche Haftung» überbunden, mit der weiteren Auflage, in allen einschlägigen Rechtsstreiten im Sinne einer Art von Prozessstandschaft für den Bauherrn aufzutreten, alles auf Kosten des Unternehmers.

Derartige Haftungsüberbindungen gehen häufig in Richtung «Bauernfängerei»: der unerfahrene, rechtlich nicht gewandte Unternehmer bemerkt nicht einmal, dass er mit der Unterzeichnung des Werkvertrages eine Verantwortlichkeit übernimmt, die unter Umständen weit über diejenige hinausgeht, für die er auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen eintreten müsste. Seine normale Betriebshaftpflichtversicherung wird ihm aber für derartige vertraglich stipulierte Zusatzhaftungen normalerweise keinen Rechtsschutz geben.

Wir stellen gerne fest, dass in der letzten Zeit in verschiedenen Neuredaktionen von Werkvertragsformularen und Allgemeinen Bedingungen diese belastenden Haftungsklauseln zur Genugtuung der Unternehmer verschwunden sind.

*

Wir haben bereits auf einen anderen vertraglichen Grundsatz hingewiesen, dessen Verwirklichung in einer ernstgemeinten Partnerschaftsbeziehung unumgänglich ist: der schuldlose Unternehmer darf in keiner Weise belastet werden, wenn er in der Bauausführung durch *äussere Umstände und Gegebenheiten überrascht und behindert* wird, die er in guten Treuen nicht vorausplanen und vorsehen konnte (in internationalen Vertragsbedingungen oft treffend mit Ereignissen «beyond the control of the contractor» genannt).

Leider ist die Rechtsstellung des schweizerischen Bauunternehmers auch in diesem so ungemein wichtigen Punkte unbefriedigend. Es wurde bereits erwähnt, dass er mit der Offerteinreichung kundtun muss, er habe von den örtlichen Verhältnissen und den Besonderheiten der betreffenden Arbeit volle Kenntnis; zudem hat er häufig mangelhafte Unterlagen über die Gesteins- und Baugrundverhältnisse entgegenzunehmen.

Welche Möglichkeiten und Rechtsbehelfe stehen ihm nun zur Verfügung, wenn er auf gänzlich andere Fels- oder Bodenformationen stösst, dadurch gezwungen wird, andere, teurere Geräte einzusetzen; kostspielige Sicherungsmassnahmen zu treffen; mehr oder qualifizierteres Personal einzustellen; Injektionen durchzuführen; eine Erstreckung der

Bauzeit zu verlangen, die mit längerem Vorhalten der Installationen verbunden ist, usw.? Was passiert, wenn ausserordentlich ungünstige Witterungsverhältnisse oder Naturereignisse unvorhergesehene Erschwernisse schaffen und damit grosse zusätzliche Kosten verursachen?

Mangels anderer Abmachungen wird der Unternehmer normalerweise Art. 373, Abs. 2 OR anrufen müssen, wenn er auf der Grundlage von Pauschal- oder Einheitspreisen arbeitet. Der Richter hat dann nach seinem Ermessen zu entscheiden, ob er eine Preisbesserung oder die Vertragsauflösung bewilligen kann, aber nur unter zwei Voraussetzungen:

- wenn ausserordentliche Umstände eintreten, die nicht voraussehbar oder nach den Annahmen beider Vertragsparteien ausgeschlossen waren und
- wenn diese Umstände die Fertigstellung (zu Vertragspreisen) hindern oder übermässig erschweren.

Eine Richtschnur zur richterlichen Anwendung dieser Bestimmung gibt Alt-Bundesrichter *Stauffer* im erwähnten Rechtsgutachten. Er führt folgendes aus: «Nachforderungen sollen dann möglich sein, wenn es sich um krasse Fälle von Arbeitsverteuerungen handelt. In diesem Sinne, nämlich getragen von der Idee von Treu und Glauben im Verkehr, muss die Auslegung des Art. 373 OR erfolgen, eingedenk auch des Umstandes, dass das Werk dem Bauherrn näher liegt als dem Unternehmer und aussergewöhnliche Verumständungen daher jedenfalls dem Grundsatz nach jenem und nicht diesem zu belasten sind.»

Nun ist aber die bisher ergangene (zeitlich allerdings weit zurückliegende) Bundesgerichtspraxis diesem Leitsatz gar nicht konform, sondern im Gegenteil durch höchst restriktive Interpretation gekennzeichnet. Ausgehend vom Grundsatz «*Pacta sunt servanda*» verlangt das Bundesgericht vom Unternehmer alles in seiner Macht stehende, um den Werkvertrag zu den ursprünglichen Preisen zu erfüllen. Es bürdet ihm auf, praktisch alle die Werkausführung beeinflussenden Faktoren im voraus gebührend zu berücksichtigen, da er der erfahrene Fachmann sei. Immerhin – und das ist bemerkenswert – hat das hohe Gericht bereits in einem Entscheid aus dem Jahre 1926 (BGE 52 II 441) die Voraussehbarkeit durch den Unternehmer dann verneint, «*wenn der fachkundige Bauherr selbst die der Errichtung eines Bauwerkes zugrundeliegenden Gegebenheiten prüft und bestimmt, die Kosten beeinflussende Angaben macht*». Wie würde unser Bundesgericht wohl heute entscheiden? Würde es von Fall zu Fall die Umstände würdigen und den Bauträger, der wirtschaftlich stark, planerisch und projektmässig gut vorbereitet und mit einem Spezialistenteam als Bauleitung versehen ist, strenger anpacken?

Gerichtspraxis und Literatur vertreten fast durchgehend die Auffassung, dass der Unternehmer eine spätere Preisnachbesserung wegen ausserordentlicher Umstände dann nicht beanspruchen könne, wenn er bei der Offertabgabe Preisspekulation getrieben habe. Hier tut sich die ganze Problematik in unserem Angebots- und Preiswesen auf. Was ist der angemessene Preis, der objektgerechte Preis, der Preis, der allen vorsorglich erkennbaren Risiken objektiver und subjektiver Art Rechnung trägt und doch für den Unternehmer eine vernünftige Verdienstmarge lässt? Wann ist der Angebotspreis böswillig, mit einer Mentalreservation verbunden (siehe *Gautschi*, Berner Kommentar: «Der Werkvertrag», Band VI, 3. Teilband, S. 471)? Wie ist dabei der Konkurrenz- und Preisdruck zu würdigen, der sich seitens des Bauherrn in einer oder mehreren «Abgebotsrunden» manifestiert? Es ist zuzugeben, dass es von Fall zu Fall sehr heikel sein kann, hier die angemessene Lösung zu finden. Das schliesst nicht aus, dass der Richter die ausserordentlichen Umstände mit aller Sorgfalt zu prüfen hat und überall dort, wo dies tunlich und gerechtfertigt erscheint, dem Unternehmer diejenigen

Preise zubilligen muss, die den erschwerten Umständen angemessen sind.

Ganz besonders unerfreulich wird die Situation für den Unternehmer dann, wenn er in Verträgen über bedeutende Grossbauten die Preisgefahr voll oder teilweise zu tragen hat und damit auf die spätere Geltendmachung ausserordentlicher Umstände unvorhersehbarer Art im Sinne von Art. 373, Abs. 2 OR im voraus Verzicht leisten muss. Aus den Vertragskonditionen zweier grosser schweizerischer Bauherrschaften zitieren wir zum besseren Verständnis folgende Bestimmungen:

«Dans les prix de la série sont inclus les frais pouvant résulter de circonstances exceptionnelles. ...l'Entrepreneur ne pourra en aucun cas se prévaloir... des circonstances extraordinaires impossibles à prévoir...»

oder:

«In den Pauschal- und Einheitspreisen des Angebots sind sämtliche Aufwendungen der Unternehmung zur planmässigen, termingemässen und fachgerechten Ausführung der vertraglichen Arbeiten eingerechnet. Insbesondere sind in den Preisen die örtlichen Gegebenheiten berücksichtigt, unter denen die Bauarbeiten auszuführen sind, ebenso allfällige ausserordentliche Erschwernisse, wie zum Beispiel Ungunst der Witterung, Beschaffenheit des Bodens und Gesteins, Wasserzudrang, Schwierigkeiten in der Beschaffung von Arbeitskräften, Arbeitsunterbrechungen, Nacharbeit und mehrschichtiger Betrieb, Unkosten für Durchhaltung oder allfällige teilweise oder totale Unterbrechung des Betriebs während der Wintermonate, Transportschwierigkeiten, Hochwasser, Steinschlag und Lawinen, Aufbewahrung, Unterhalt und Bewachung der Geräte und Materialien usw. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die vorstehende Aufzählung nicht abschliessend ist.»

Wir haben zur Kenntnis zu nehmen, dass verschiedene Kommentare, so auch *Gautschi*, a. a. O. S. 455 ff, den dispositiven Charakter von Art. 373, Abs. 2 OR betonen und solche Gefahrsübernahmen durch den Unternehmer als zulässig betrachten. Unseres Erachtens muss aber entgegen diesen Auffassungen und in Würdigung der Materialien zur Gesetzesrevision von Art. 364, Abs. 1 aOR (der solche Gefahrsübernahmen noch zulies) die Ansicht vertreten werden, dass solche Risikoüberwälzungen zum vornherein im Lichte von OR 373, Abs. 2 unhaltbar sind und – trotz vertraglicher Stipulierung – den Bauherrn später von der Nachzahlungspflicht nicht entbinden können. Wir halten es hier mit *Stauffer* im zitierten Rechtsgutachten, der zu dieser Frage ausführt: «Es würde gegen *Treu und Glauben* im Verkehr (Art. 2 ZGB) verstossen, wenn man die Bindung eines Schuldners durch einen bestimmten Vertrag schlechthin aufrechterhalten wollte, obwohl bei der Ausführung gegenüber den bei Vertragsabschluss angenommenen Verhältnisse angetroffen werden, die eine ausserordentliche, nicht voraussehbare bzw. von den Parteien faktisch nicht vorausgesehene Leistungser schwerung darstellen. Durch die Gesetzesneuerung soll verhindert werden, dass ein Schuldner selbst dann nach Massgabe der ursprünglichen Vereinbarung erfüllen muss, wenn der Vertrag für ihn eine unzumutbare Last darstellen würde.»

Besser stellt sich die Rechtslage für den Unternehmer, wenn sein *Vertrag auf der SIA-Norm 118* fusst. Ohne hier ins einzelne gehen zu wollen, sei erwähnt, dass der Unternehmer, der zu Einheitspreisen arbeitet, mit gewissen Preisgefahren nicht belastet ist (Art. 8 Lohn- und Materialpreisänderungen; Art. 9 Mehr- oder Minderleistungen) oder doch Preisanpassungen durchsetzen kann (Art. 9, Abs. 5). In der gegenwärtigen Revisionsarbeit zu den SIA-118-Bedingungen hat im vorliegenden Entwurf eine Bestimmung Eingang gefunden, die – etwas zögernd noch, aber durchaus positiv in ihrer

Grundeinstellung – dem Unternehmer eine bessere Position zuweisen will. Sie lautet (Art. 18, Besondere Verhältnisse): «Entstehen dem Unternehmer durch ausserordentliche Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten oder die nach den für beide Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren (Wassereintritte, Sturm, Gasaustritte, hohe Gebirgstemperatur, Radioaktivität usw.), Erschwernisse, so werden diese zwischen Bauleitung und Unternehmung von Fall zu Fall geregelt.»

*

Ein anderes Kapitel, das immer wieder zwischen Bauherrn, Bauleitung und Unternehmer böses Blut macht, sind die berühmt-berüchtigten *Konventionalstrafen*. Der Bauunternehmer begegnet bald in jedem zweiten oder dritten Werkvertrag diesen (zum Teil strengen und finanziell belastenden) Vertragsstrafen.

Es besteht unternehmerseits wohl dafür Verständnis, dass der Besteller in gewissen Fällen auf die strikte Einhaltung von Fristen und Terminen pochen muss; so etwa dann, wenn bei bestimmten Fabrikationsbetrieben, Verkehrsanlagen usw. die Inbetriebnahme auf ein bezeichnetes Datum geplant ist und jeder Verzögerungstag dem Auftraggeber Schaden zufügt, sei dies in Form von Mietzinsverlust, Produktionsausfall, Nötigung zur Einrichtung teurer Verkehrsumleitungen usw.

Das Überhandnehmen dieser Pönalen in den Werkverträgen der letzten Jahre muss aber stutzig machen. Analysiert man die Situation etwas näher, so konstatiert man in zahlreichen Fällen, dass der Bauherr, der durch eine verschleppte Planung oder wegen verzögerter Finanzierung des Werks in Terminnot geraten ist, ganz schlicht und einfach durch kurze Bautermine und hohe Strafen den Unternehmer zu einer «Aufholjagd» zwingen will. Da wird der Baumeister zum Prügelknaben, auf der Baustelle entsteht eine ungute, hektische Stimmung, und nicht selten endet die Sache in Streit und Prozessen.

Aber nicht von der manchenorts ungenügenden Bauplanung und der damit verbundenen Terminknappheit soll hier die Rede sein. Vielmehr möchten wir dem Grundsatz der Billigkeit bei der Regelung solcher Konventionalstrafen zum Durchbruch verhelfen. Häufig sind die Fälle, da die Vertragsstrafen verschuldens- und schadensindifferent festgelegt sind. Nach der gesetzlichen Regelung (Art. 160ff OR), auf die normalerweise verwiesen wird, verfällt die Strafe auch dann, wenn dem Gläubiger kein Schaden entstanden ist. Im Rahmen des Betrages der Konventionalstrafe besteht auch eine Verschuldenspräsumtion, das heisst, der Unternehmer kann der Zahlung nur entgehen, wenn er sich zu exkulpieren vermag. Ausgesprochen stossend ist die Situation dann, wenn dem Unternehmer sogar der Exkulpationsbeweis von vornherein im Werkvertrag abgeschnitten wird. Es sind uns Fälle bekannt, wo trotz Eintreten unvorhergesehener geologischer Ueberraschungen der Termin auch dann einzuhalten und die Strafe fällig ist, wenn der Unternehmer seine Schuldlosigkeit nachweisen kann.

Es scheint uns, dass im Bauvertrag, der von *Treu und Glauben* und vom Partnerschafts-Gedanken bestimmt sein müsste, starre Konventionalstrafen die Ausnahme bilden sollten. Es müssten normalerweise die anerkannten Regeln des Schadenersatzrechtes gelten, wonach der Bauherr den wirklich erlittenen Schaden oder Vermögensnachteil zu beweisen hat und dem Unternehmer jederzeit der Nachweis fehlenden Verschuldens offenbleibt.

Wenn schon Vertragsstrafen stipuliert werden, würde es dem fordernden Bauherrn wohl anstehen, als Korrelat die *Prämie* oder den *Bonus* einzuführen. Häufig werden dem Besteller durch frühere Fertigstellung des Werks Vermögensvorteile erwachsen. Prämien spornen den Unternehmer an.

Mit dem kombinierten Bonus/Malus-System winkt ihm auch der Zucker, nicht nur die Peitsche. Leider ist aber die nachfolgend zitierte Bestimmung aus SIA 118 (Art. 13, Abs. 7) im zweiten Teil weitgehend «frommer Wunsch» geblieben: «Für die Überschreitung von vertraglichen Fristen

können angemessene Konventionalstrafen, für frühere Vollendung Prämien vereinbart werden, deren Höhen im Werkvertrage festzusetzen sind.»

Adresse des Verfassers: Dr. iur. Kurt Perolini, Fürsprecher, 3076 Worb, Vechigenstrasse 19c.

Vom Technorama der Schweiz in Winterthur

DK 069:62

Von A. Frischknecht, Geschäftsführer des Technorama

Wozu ein Technorama der Schweiz?

Es gibt viele Gründe, die für die Schaffung einer «schweizerischen Schau von Wissenschaft und Technik» sprechen. Wenn der Versuch unternommen werden müsste, all diese Gründe auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen, so würde die Antwort nach der Frage des Sinns einer solchen Institution lauten: «Um unserer Zukunft willen».

Es ist müssig, den Lesern der Schweizerischen Bauzeitung Beispiel an Beispiel zu reihen, um zu beweisen, dass sich unsere Welt sehr rasch verändert. Wir sind uns alle der Beschleunigung bewusst, der wir – ob gewollt oder nicht – ausgesetzt sind. Während wir Technik und Wissenschaft viele Annehmlichkeiten und ungeahnte persönliche Freiheit verdanken, werden wir uns immer mehr der Bedrohung der Grundlagen unserer biologischen Existenz bewusst. Es sind nicht mehr die jahrtausendealten Geisseln der Menschheit, Krankheit, Hunger und Krieg, welche uns ängstigen, sondern

es sind die unheimliche, schleichende Verunreinigung von Wasser und Luft, die Bevölkerungsexplosion und die latente Bedrohung durch technische und biologische Möglichkeiten der Zerstörung allen Lebens. Während früher zum Beispiel für Hunger eine mehr oder weniger klar definierbare Ursache erkennbar war, beunruhigt heute die Komplexität der Zusammenhänge. Es sind die Naiven, welche die Gegenwartsprobleme «der Industrie» in die Schuhe schieben. Ursachen und Wirkung sind vielfältig miteinander verflochten, oft zu «Teufelskreisen» untereinander verbunden. Kein Wunder, dass es wenige gibt, welche auch nur einen Teilaspekt einigermaßen klar überblicken und verstehen können.

Als positiv zu werten ist der Umstand, dass sich während der letzten Jahre in weiten Kreisen das Bewusstsein verstärkt hat, dass es so nicht mehr weitergehen kann und dass viele Dinge neu überdacht werden müssen. Dabei fällt dem Einzelnen eine grosse

Verantwortung zu, wenn die Zukunftsprobleme nach demokratischen Spielregeln gelöst werden sollen.

Die wichtigste Aufgabe in diesem Zusammenhang besteht darin, das Verständnis möglichst vieler für die Gegebenheiten unserer Zeit zu mehren. Nur was wir verstehen, können wir auf die Dauer beherrschen. Auf dem Verständnis der Dinge gründen sich die richtigen Entscheide für die Zukunft. Es wäre vermessen, zu sagen, dass das Technorama der Schweiz nun die Garantie für eine gesicherte Zukunft darstellen würde. Sicher ist jedoch, dass das Technorama ein hervorragendes Mittel sein wird, dem Menschen von heute die Möglichkeit zu geben, sich zu orientieren.

Wie steht es mit der Verwirklichung des Technorama der Schweiz?

Lange bevor die Idee eines Technoramas der Schweiz ihre durch die heutigen Gegebenheiten bedingte Aktualität erlangte, bemühten sich Ingenieure, ein «Technisches Museum» zu schaffen. So beauftragte um 1900 die

«Mit einem Ding übt man gegen die Luft soviel Kraft aus, als die Luft gegen dieses Ding...» Damit definierte Leonardo da Vinci um 1500 den Begriff des Auftriebes. Das abgebildete Modell eines Helikopters wurde von IBM nach einer ebenfalls hier abgebildeten Skizze da Vincis gefertigt. Rechts ein moderner Helikopter. Die Wanderausstellung des Technoramas über Leonardo da Vinci enthält zwölf von Lehrlingen gefertigte Modelle und über 150 Reproduktionen aus da Vincis Tagebüchern und Skizzenblättern sowie eine Tonbildschau über das künstlerische Schaffen dieses grossen Geistes der Renaissance. Sie wird vom 6. bis 28. Mai im neuen Maschinenlabor der ETH Zürich (Eingang Tannenstrasse) zu sehen sein (s. Seite 428)

