

BAURECHTSTAGUNG 1981 / TAGUNGSUNTERLAGE 7

Unterlage : - Prof. Dr. iur. Peter GAUCH
Referenten - Prof. Dr. iur. Peter GAUCH, Universität Freiburg
- Dr. iur. Rainer SCHUMACHER, Rechtsanwalt, Baden
- Dipl. Ing. Duri PRADER, Zumikon

PROBLEME VON UND MIT SUBUNTERNEHMERN

"Subcontracting is the legal 'Achilles heel'
of the construction process" (Sweet)

ÜBERSICHT :

I. DER SUBUNTERNEHMER

1. Merkmale
2. Terminologie
3. Abgrenzung

II. DER BEIZUG DES SUBUNTERNEHMERS

1. Die Frage nach der Zulässigkeit
2. Der unerlaubte Beizug

III. DIE BEZIEHUNGEN ZWISCHEN DEN BETROFFENEN

1. Zwischen Subunternehmer und Unternehmer
2. Zwischen Subunternehmer und Bauherrn
3. Zwischen Unternehmer und Bauherrn

LITERATUR (Auswahl):

SCHWEIZ: Gauch, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Aufl. Zürich 1977 (siehe im Sachregister unter dem Stichwort "Subunternehmer"); Gautschi, Berner Kommentar zu Art. 363 - 379 OR, Bern 1966 (siehe im Sachregister unter dem Stichwort "Unterakkordant"); Koller, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Diss. Freiburg, Zürich 1980; Mosimann, Der Generalunternehmervertrag im Baugewerbe, Diss. Zürich 1972, insbes. S. 165 ff.; Reber, Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, 3. Aufl., Zürich 1975 (siehe im Sachregister unter dem Stichwort "Unterakkordant"); Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Zürich 1979 (siehe im Sachregister unter dem Stichwort "Subunternehmer"). DEUTSCHLAND: Ingenstau/Korbion, Kommentar zur VOB, 9. Aufl., Düsseldorf 1980, S. 579 ff. und 882 ff. USA: Sweet, Legal Aspects of Architecture, Engineering and the Construction Process, 1977, S. 450 ff. (The Subcontracting Process).

BEILAGEN :

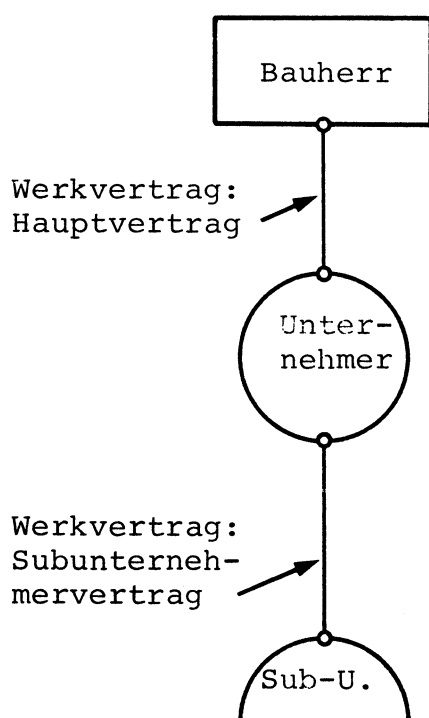
- 1 Französische "Lex Neuwirth" (über die Subunternehmer-schaft)
- 2 Bestimmungen der kantonalen Submissionsordnungen über die Zulässigkeit der Weitervergebung
- 3 Gauch, Der Unternehmer im Werkvertrag (Auslegung von Art. 29.3 der SIA 118)
- 4 BGE 103 II 52 ff. (Unzulässigkeit der Weitervergebung an Subunternehmer)
- 5 BGE 94 II 161 f. (Zulässigkeit der Weitervergebung)
- 6 Fallgruppen nach Prader
- 7 AGB: "SU-Vertrag" (Deckblatt/Inhaltsverzeichnis)
- 8 GVP SG 1978, Nr. 16 (Drittschadensliquidation)
- 9 BGE 104 II 353 ff. (Bauhandwerkerpfandrecht)
- 10 BGE 103 II 227 ff. (Bauhandwerkerpfandrecht)
- 11 BGE 105 IV 102 ff. (Bauhandwerkerpfandrecht)
- 12 Gauch, Die Submission im Bauwesen (Vorsubmission)
- 13 BauR 1978, S. 304 f. (Baulieferant: keine Hilfsperson)

I. DER SUBUNTERNEHMER

Der Subunternehmer eines Bauunternehmers (!) ist ein Werkunternehmer (Art. 363 OR), der folgende

1. MERKMALE

aufweist:



- Er steht mit einem (Bau-)Unternehmer in einem Werkvertragsverhältnis (Art. 363 ff. OR). Im Werkvertrag mit dem Unternehmer hat er sich verpflichtet, bestimmte Arbeiten (mit oder ohne Lieferung von Material) auszuführen, die der Unternehmer seinerseits dem Bauherrn werkvertraglich schuldet. Das bedeutet:
- Der Unternehmer hat dem Subunternehmer Arbeit, die er selber vom Bauherrn übernommen hatte, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung (also nicht als Stellvertreter) weiterzugeben.

In rechtlicher Hinsicht ist vorab zu bemerken, dass das schweizerische Privatrecht keine besonderen Gesetzesbestimmungen über den Subunternehmer enthält. Demgegenüber gibt es z.B. in Frankreich ein spezielles Gesetz über die Subunternehmerschaft (sogenannte Lex Neuwirth: Gesetz 75-1334 vom 31.12.1975; Beilage 1).

2. TERMINOLOGIE

- a. Statt "Subunternehmer" (SIA-Norm 118, Art. 29) werden auch ungenaue Ausdrücke wie "Unterakkordant", "Subakkordant", "Unterbeauftragter" verwendet. Französisch: "soustraitant"; englisch: "subcontractor"; deutsche VOB: "Nachunternehmer" (in der deutschen Literatur und Praxis aber auch "Subunternehmer").
- b. Der Werkvertrag zwischen dem Subunternehmer und dem Unternehmer ist der "Subunternehmervertrag". Im Unterschied dazu kann der Vertrag zwischen dem Unternehmer und dem Bauherrn als "Hauptvertrag" bezeichnet werden. Entsprechend ist dann der Unternehmer (im Unterschied zum Subunternehmer) ein "Hauptunternehmer". Wo nachfolgend vom "Unternehmer" gesprochen wird, ist damit stets der Hauptunternehmer gemeint.
- c. Der Unternehmer, der dem Subunternehmer die Bauarbeiten weitervergibt, ist häufig ein General- oder Totalunternehmer (dazu Gauch, Nr. 250 ff. und 260 ff.). Doch kann der Subunternehmer durchaus auch Vertragspartner eines Teilunternehmers sein, den der Bauherr neben anderen Unternehmern (als Nebenunternehmer) zu einer Teilleistung verpflichtet hat. In Deutschland wird der Ausdruck "Hauptunternehmer" bisweilen nur für einen solchen Teilunternehmer verwendet, also nicht auch für den General- oder Totalunternehmer (vgl. z.B. Ingenstau/Korbion, S. 580).
- d. Von einem Sub-Subunternehmer ("sub-subcontractor") spricht man dann, wenn der Vertragspartner (und Besteller) des Subunternehmers seinerseits ein Subunternehmer ist. Die Stufung lässt sich selbstverständlich weiterführen. Im folgenden bleibt der Fall des Sub-Subunternehmers (u.s.w.) ausser Betracht.

3. ABGRENZUNG

Keine Subunternehmer sind insbesondere:

- a. Unternehmer, die von einem Architekten (oder einem anderen) im Namen des Bauherrn (als dessen Vertragspartner) beigezogen werden.
- b. Der Baulieferant, bei dem der Unternehmer den benötigten Baustoff besorgt (kauft oder herstellen lässt). Die Abgrenzung (Gauch, Nr. 240 ff.) kann im Einzelfall schwierig sein, ist aber praktisch bedeutsam, weil der Subunternehmer eine Hilfsperson des Unternehmers ist (Art. 101 OR), der Baulieferant nicht (dazu S. 18).
- c. Die Arbeitnehmer des Bauunternehmers, auch solche, die im Akkordlohn arbeiten (z.B. bestimmte Spezialarbeiten verrichten) und in der Bausprache als "Unterakkordanten" bezeichnet werden.
- d. Der Vermieter von Baumaschinen und anderen Baustelleneinrichtungen. Zur Miete einer Baumaschine mit Bedienungsmann vgl. BGE 91 II 291 ff.
- e. Das Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE), das solidarisch mit den andern Unternehmern der Gemeinschaft einen Werkvertrag abgeschlossen hat. Es ist als Mitglied der Gemeinschaft (einfache Gesellschaft) nicht Subunternehmer der andern Unternehmer. Doch kommt es vor, dass ein Mitglied einer ARGE Arbeiten, die von den Unternehmern gemeinsam übernommen wurden, durch besonderen Vertrag als Subunternehmer weiterübernimmt (was komplizierte gesellschaftsrechtliche Fragen aufwirft).

II. DER BEIZUG DES SUBUNTERNEHMERS

geschieht durch den Bauunternehmer. Dieser lässt Arbeiten, die er selber dem Bauherrn schuldet, durch einen Subunternehmer ausführen. Die rechtliche Grundfrage, die sich hier stellt, ist

1. DIE FRAGE NACH DER ZULÄSSIGKEIT DES BEIZUGS

Diese Frage beurteilt sich nach dem Vertragsverhältnis zwischen Unternehmer und Bauherrn. Massgebend sind: In erster Linie (A.) individuelle Vereinbarungen zwischen Unternehmer und Bauherrn. Dann (B.) Allgemeine Vertragsbedingungen (namentlich SIA-Norm 118), sofern sie Bestandteil des erwähnten Vertragsverhältnisses bilden. Schliesslich (C.) Art. 364 Abs. 2 OR. Im einzelnen:

A. INDIVIDUELLE VEREINBARUNGEN

Individuelle Vereinbarungen (zwischen Unternehmer und Bauherrn) über den Beizug eines Subunternehmers können einen mannigfachen Inhalt haben:

- Völliges Verbot
- Beschränktes Verbot
- Beschränkte Erlaubnis
- Genehmigungsbedürftigkeit
- Unbeschränkte Erlaubnis
- Pflicht

Solche Vereinbarungen können zum vornherein (bei Vertragsabschluss) oder erst später (durch Vertragsänderung) getroffen werden.

B. ALLGEMEINE VERTRAGSBEDINGUNGEN

Bestimmungen über die Zulässigkeit der Weitervergebung sind häufig auch in Allgemeinen Vertragsbedingungen vorformuliert. Bekannt ist gewiss Artikel 29 Abs. 3 der SIA-Norm 118.

a. Art. 29 Abs. 3 der SIA-Norm 118 enthält folgende Regelung:

"Der Unternehmer darf einen Subunternehmer dann beiziehen, wenn der Werkvertrag dies allgemein oder für eine bestimmte Arbeit vorsieht. Soweit der Vertrag eine Beiziehung nicht vorsieht, bedarf sie der ausdrücklichen Erlaubnis des Bauherrn; keiner

Erlaubnis bedarf die Beiziehung, wenn sie nur einen unwesentlichen Teil der Arbeiten betrifft und die vertragsgemässe Ausführung nicht beeinträchtigt".

Nach dieser Bestimmung gibt es keinen erlaubten Beizug ohne Zustimmung des Bauherrn; es sei denn (Ausnahme), die Beiziehung betreffe "nur einen unwesentlichen Teil der Arbeiten" und beeinträchtige "die vertragsgemässe Ausführung" nicht. Zur Auslegung: Gauch, Nr. 63 - 69 = Beilage 3.

Zum Vergleich: Deutsche VOB/B § 4 Nr. 8: "Der Auftragnehmer hat die Leistung im eigenen Betrieb auszuführen. Mit schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers darf er sie an Nachunternehmer übertragen. Die Zustimmung ist nicht notwendig bei Leistungen, auf die der Betrieb des Auftragnehmers nicht eingerichtet ist".

b. Submissionsordnungen. Allgemeine Bedingungen über die Zulässigkeit einer Weitervergebung finden sich auch in den Submissionsordnungen vieler Gemeinwesen (vgl. die Zusammenstellung auf Beilage 2). Nach diesen Bedingungen ist die Beiziehung eines Subunternehmers in aller Regel nur mit Zustimmung des Bauherrn erlaubt.

C. GESETZ: Art. 364 Abs. 2 OR

Art. 364 Abs. 2 OR, der für die Frage der Weitervergebung einschlägig ist, kommt zur Anwendung, soweit der Unternehmer mit dem Bauherrn keine abweichende Vereinbarung (individuell oder durch Uebernahme von Allgemeinen Vertragsbedingungen) getroffen hat. Der Artikel lautet:

"Er (der Unternehmer) ist verpflichtet, das Werk persönlich oder unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen, mit Ausnahme der Fälle, in denen es nach der Natur des Geschäftes auf persönliche Eigenschaften des Unternehmers nicht ankommt".

Wendet man Art. 364 Abs. 2 auf den Bauunternehmer an, so steht zunächst fest, dass dieser praktisch nie verpflichtet ist, das Werk in eigener Person auszuführen. Vielmehr ist er berechtigt, das Werk jedenfalls dann durch andere ausführen zu lassen, wenn dies "unter seiner persönlichen Leitung" geschieht. Im einzelnen stellen sich zwei Fragen:

1) Frage 1: Wer steht unter der "persönlichen Leitung" des Unternehmers ?

Nach herrschender Meinung das betriebseigene Personal, nicht aber ein Subunternehmer (statt vieler: Gautschi, N 11a, 11b und 15a zu Art. 364 OR). Folgt man dieser Meinung, so lässt Art. 364 Abs. 2 den Beizug eines Subunternehmers nur in solchen Fällen zu, "in denen es nach der Natur des Geschäftes auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers nicht ankommt". Vgl. demgegenüber aber Becker (N 6 zu Art. 364 OR): "Die Ausführung unter persönlicher Leitung kann nicht nur durch eigene Angestellte und Arbeiter erfolgen, sondern auch durch Unterakkordanten".

2) Frage 2: Kommt es "nach der Natur" des Bau-Werkvertrages "auf persönliche Eigenschaften des Unternehmers ... an" ?

Ein neuerer Entscheid des Bundesgerichts scheint diese Frage allgemein zu bejahen. Es komme (steht zu lesen) bei der Vergebung von Baumeisterarbeiten entscheidend auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers an, weshalb eine Weitergabe des Bauauftrages an Subunternehmer unzulässig sei (BGE 103 II 52 ff. = Beilage 4). Vgl. demgegenüber noch BGE 94 II 162, wo die Weitergabe sämtlicher Arbeiten durch einen Generalunternehmer als zulässig erachtet wurde (Beilage 5).

Entgegen den zu allgemeinen Formulierungen im zitierten Entscheid (BGE 103 II 52 ff.) kann die gestellte Frage nicht generell, sondern nur anhand von praktischen Fallgruppen beantwortet werden. Siehe den Vorschlag auf Beilage 6.

2. DER UNERLAUBTE BEIZUG

Durch den unerlaubten Beizug eines Subunternehmers verletzt der Unternehmer seinen Vertrag mit dem Bauherrn ("positive Vertragsverletzung"). Deshalb

- hat der Bauherr das Recht, vom Unternehmer die "Wegweisung" des unerlaubt beigezogenen Subunternehmers zu verlangen; notfalls kann der Bauherr den Werkvertrag mit dem Unternehmer nach Massgabe der Art. 107 - 109 OR auflösen (BGE 103 II 55 = Beilage 4).
- haftet der Unternehmer dem Bauherrn für das schädigende Verhalten des unerlaubt beigezogenen Subunternehmers nicht nur nach Art. 101 OR, sondern in aller Regel schon nach Art. 97 OR (vgl. dazu S. 18).

III. DIE BEZIEHUNGEN ZWISCHEN DEN BETROFFENEN

Vom Beizug eines Subunternehmers werden betroffen: der Subunternehmer selbst, der (Haupt-) Unternehmer und der Bauherr. Nachfolgend geht es um die rechtlichen Beziehungen zwischen Subunternehmer, Unternehmer und Bauherrn.

1. BEZIEHUNGEN ZWISCHEN SUBUNTERNEHMER UND UNTERNEHMER

A. IM ALLGEMEINEN

Der Subunternehmer steht zum Unternehmer in einem Werkvertragsverhältnis (Art. 363 ff. OR). Er schuldet ihm die im Werkvertrag (= Subunternehmervertrag) übernommenen Arbeiten. Umgekehrt hat er gegenüber dem Unternehmer Anspruch auf die vereinbarte oder "nach dem Wert der Arbeit" (Art. 374 OR) bemessene Vergütung.

Der Inhalt des Subunternehmervertrages bestimmt sich nach der zwischen den Parteien (Subunternehmer/Unternehmer) getroffenen Vereinbarung und nach Gesetz. Häufig wird er mitbestimmt durch Allgemeine Vertragsbedingungen, die von den Parteien übernommen wurden. In Frage kommen namentlich:

- Die SIA-Norm 118. Sie ist zwar auf den Hauptvertrag zugeschnitten, kann aber auch in den Subunternehmervertrag übernommen werden. Der Unternehmer ist dann "Bauherr" im Sinne der Norm, der Subunternehmer "Unternehmer".
- Der sogenannte "Subunternehmervertrag": Ein Formularvertrag, herausgegeben vom Schweiz. Baumeisterverband und von der Gruppe der Schweiz. Bauindustrie (Zürich 1980). - Vgl Beilage 7.

B. EINZELFRAGEN

betreffen:

- a. Das Verhältnis des Subunternehmervertrages zum Hauptvertrag (Werkvertrag zwischen Bauherrn und Unternehmer). Regel: Der Subunternehmervertrag ist nach Bestand und Inhalt unabhängig vom Hauptvertrag (vgl. auch Ingenstau/Korbion, S. 887). Ausnahme: Unternehmer und Subunternehmer haben etwas anderes vereinbart. Solche Vereinbarungen im Subunternehmervertrag müssen deutlich getroffen werden. Generelle Verweise auf den Hauptvertrag (indem z.B. der Hauptvertrag zum Bestandteil des Subunternehmervertrages erklärt wird) führen zu Auslegungsschwierigkeiten. Vorbildlich: Art. 2 des oben zitierten SU-Formularvertrages, wonach die Bestimmungen des Hauptvertrages, die für den Subunternehmervertrag gelten sollen, einzeln aufzuzählen sind.

Pro memoria: Art. 29 Abs. 4 der SIA-Norm 118 schreibt vor: "Der Unternehmer übernimmt in seinen Vertrag mit den Subunternehmern alle Bestimmungen seines Werkvertrages mit dem Bauherrn, die zur Wahrung der Interessen des Bauherrn erforderlich sind". Diese Vorschrift begründet nur (aber immerhin) eine Pflicht des Unternehmers, macht aber die entsprechenden Bestimmungen des Hauptvertrages nicht ohne weiteres zum Bestandteil des Subunternehmervertrages; auch dann nicht, wenn die SIA-Norm 118 selber Bestandteil des Subunternehmervertrages ist.

b. Die Mängelhaftung des Subunternehmers gegenüber dem Unternehmer. Der Subunternehmer haftet dem Unternehmer für Mängel seines (Subunternehmer-)Werkes nach Massgabe der Art. 367 ff. OR oder abweichender Vertragsbestimmungen (z.B. nach den Bestimmungen der übernommenen SIA-Norm 118). Schwierigkeiten bereiten in der Praxis:

1) Das Verhältnis zwischen der Mängelhaftung des Subunternehmers (gegenüber dem Unternehmer) und der Mängelhaftung des Unternehmers (gegenüber dem Bauherrn).

Soweit nicht etwas anderes vereinbart wurde, sind beide Haftungen voneinander unabhängig. Unabhängigkeit besteht namentlich mit Bezug auf:

* Rügepflicht und Rügefrist;

* Mängelrechte (Kritischer Fall, wenn der Subunternehmer ein Recht auf Mängelbeseitigung hat, der Unternehmer aber nicht!);

* Verjährung der Mängelrechte.

Vielfach schützen sich die Unternehmer durch entsprechende Klauseln im Subunternehmervertrag gegen die Nachteile dieser Unabhängigkeit. Beispiele: Die Garantie- und Verjährungsfrist beginnt gegen den Subunternehmer erst zu laufen, wenn das vom Unternehmer geschuldete Werk abgenommen ist. Die Abnahme des SU-Werkes fällt zeitlich zusammen mit der Abnahme des gesamten (vom Unternehmer geschuldeten) Werkes. Die Verjährungsfrist gegen den Subunternehmer wird verlängert. Der Subunternehmer hat nur dann ein Recht auf Mängelbeseitigung, wenn auch der Unternehmer hiezu berechtigt ist u.s.w.

- 2) Die Frage, ob der Unternehmer für das Verhalten des Bauherrn, der einen Mangel selbstverschuldet Art. 369 OR) oder mitverschuldet hat, gegenüber dem Subunternehmer eintreten muss. Wenn ja: Haftungsbefreiung des Subunternehmers (Art. 369 OR) oder Reduktion der Haftung.

c. Vergütungsklauseln in Subunternehmerverträgen, welche die Vergütung des Subunternehmers davon abhängig machen, dass der Unternehmer seine Vergütung vom Bauherrn erhält. Beispiele: "Der Subunternehmer wird bezahlt, soweit der Bauherr an den Unternehmer zahlt". "Die Zahlungsfrist wird gegenüber dem Subunternehmer gleich gehandhabt, wie sie vom Bauherrn gegenüber dem Unternehmer eingehalten wird (im Normalfall ist mit einer Frist von ... Tagen zu rechnen)"

Solche und ähnliche Klauseln sind auslegungsbedürftig. Sie können, je nach den Umständen des konkreten Falles bedeuten:

- 1) Dass lediglich die Fälligkeit der vom Unternehmer geschuldeten Vergütung von der Zahlung durch den Bauherrn abhängt.
- 2) Oder dass die Bezahlung durch den Bauherrn eine Bedingung ist für die Vergütungspflicht des Unter-

nehmers. Dadurch wird das Risiko der Nichtbezahlung vom Unternehmer auf den Subunternehmer verlagert. Problematisch ist dies jedenfalls:

- * Bei Nichtbezahlung aus Gründen, die beim Unternehmer selber liegen. Rückgriff auf Art. 156 OR.

- * Bei Nichtbezahlung infolge Zahlungsunfähigkeit (namentlich infolge Konkurses) des Bauherrn.

2. BEZIEHUNGEN ZWISCHEN SUBUNTERNEHMER UND BAUHERRN

A. IM ALLGEMEINEN

Die Beziehungen zwischen Subunternehmer und Bauherrn sind allgemein gekennzeichnet durch folgende negative Merkmale:

- a. Zwischen dem Subunternehmer und dem Bauherrn besteht kein Werkvertrag (BGE 94 II 166; vgl. auch SIA-Norm 118, Art. 29 Abs. 2).

Sonderfall: Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft übernimmt als Subunternehmer Arbeiten, die der Bauherr der Arbeitsgemeinschaft übertragen hat.

- b. Der Subunternehmer ist nur dem Unternehmer zur Leistung verpflichtet, nicht auch dem Bauherrn (Unterschied zu Art. 399 Abs. 3 OR!). Folglich hat der Bauherr kein Recht, Weisungen unmittelbar an den Subunternehmer zu erteilen. Vor allem aber haftet der Subunternehmer dem Bauherrn nicht aus Vertrag, namentlich

nicht für Mängel seines Werkes. Doch kann der Subunternehmer gegenüber dem Bauherrn immerhin aus "unerlaubter Handlung" haftbar werden (Deliktshaftung: Art. 41 ff. OR).

- Sonderfälle:
- Der Subunternehmer hat sich gegenüber dem Bauherrn (ausdrücklich oder stillschweigend) verpflichtet, die vom Unternehmer übernommene Arbeit auszuführen oder "mängelfrei" auszuführen ("Ich garantiere für mängelfreie Arbeit", etc.). Alsdann kann der Bauherr den Subunternehmer unmittelbar zur Erfüllung der eingegangenen Verpflichtung anhalten und ihn allenfalls haftbar machen.
 - Der Unternehmer hat seine Mängelrechte gegenüber dem Subunternehmer an den Bauherrn abgetreten. Kommt häufig zusammen mit einer Freizeichnung des Unternehmers vor. Stellt verschiedene heikle Rechtsfragen, namentlich die (ungelöste) Frage, ob und welche Mängelrechte überhaupt abtretbar sind (vgl. dazu die demnächst erscheinende Freiburger Dissertation von Wellauer: Die Abtretung der Mängelrechte).
 - Der Unternehmer ist ausnahmsweise berechtigt, gegenüber dem Subunternehmer den Schaden geltend zu machen, den der Bauherr durch das Verhalten des Subunternehmers erlitten hat (sogenannte "Dritt-

schadensliquidation"). Vgl. dazu den Entscheid des St. Galler Obergerichts (GVP SG 1978, Nr. 16 = Beilage 8), der allerdings nicht kritiklos übernommen und nicht verallgemeinert werden darf (siehe die Anmerkung in BR 1980, S. 29, Nr. 13).

Eine in der Schweiz noch undiskutierte Frage ist, ob der Bauherr den Subunternehmer unter gewissen Voraussetzungen nach den Regeln über den (echten) Vertrag zu Gunsten eines Dritten unmittelbar zur Erfüllung anhalten kann (Art. 112 Abs. 2 und 3). In den Vereinigten Staaten wird diese Möglichkeit von gewissen Gerichten bejaht (Sweet, S. 461 f.).

- c. Der Subunternehmer hat gegenüber dem Bauherrn keinen Anspruch auf Vergütung, auch dann nicht, wenn die vom Unternehmer geschuldete Vergütung zu tief angesetzt ist oder nicht geleistet wird (vgl. schon SJZ 21, 1924/25, S. 41, Nr. 50). Vergütungspflichtig ist einzig der Unternehmer.

Sonderfälle: - Der Bauherr hat die Vergütungspflicht des Unternehmers (ausdrücklich oder stillschweigend) mitübernommen, so dass er als Solidarschuldner (Art. 143 ff. OR) haftet.

- Der Bauherr hat sich gegenüber dem Subunternehmer durch Garantie- (Art. 111 OR) oder Bürgschaftserklärung (Art. 492 ff. OR) verpflichtet.

B. DAS BAUHANDWERKERPFANDRECHT IM BESONDERN

Der Subunternehmer hat - unter den Voraussetzungen der Art. 837 ff. ZGB - das Recht, seinen Vergütungsanspruch gegenüber dem Unternehmer dadurch zu sichern, dass er ein Handwerkerpfandrecht auf dem Baugrund des Bauherrn eintragen lässt (vgl. dazu Gauch, Nr. 78 ff.; Schumacher, Nr. 112 und 222 ff.). Von den zahlreichen Fragen, die sich stellen, seien zwei erwähnt:

- a. Die Frage, wie sich der Bauherr gegen Doppelzahlungen schützen kann. Dazu Schumacher, Nr. 236 ff. Vgl. jetzt auch BGE 104 II 355 . (= Beilage 9): Der Unternehmer, der schuldhaft ein Werk abgeliefert, das mit einem gesetzlichen Grundpfandrecht zu Gunsten eines Subunternehmers belastet ist, muss sich einen Abzug vom vereinbarten Preis gefallen lassen.

- b. Die Frage nach der Rechtslage, wenn der Bauherr ein Gemeinwesen ist. Nach BGE 103 II 227 ff. kann kein Handwerkerpfandrecht an einem Grundstück eingetragen werden, das zum Verwaltungsvermögen des Staates gehört (Beilage 10). Kritische Anmerkungen bei Schumacher (Nr. 280 ff. und 290 ff.), wo auch Ersatzbehelfe für den Subunternehmer ohne Bauhandwerkerpfandrecht aufgezeigt werden.

Pro memoria: Verschweigt der Unternehmer bei der Abrechnung mit dem Bauherrn, dass ein Subunternehmer nicht bezahlt wurde, und meldet dann der Subunternehmer sein Bauhandwerkerpfandrecht an, so kann für den Unternehmer der Tatbestand des Betruges (Art. 148 Strafgesetzbuch) erfüllt sein (BGE 105 IV 102 ff. = Beilage 11).

3. BEZIEHUNGEN ZWISCHEN UNTERNEHMER UND BAUHERRN

A. IM ALLGEMEINEN

Der Unternehmer steht zum Bauherrn in einem Werkvertragsverhältnis (Art. 363 ff. OR). Nach dem Inhalt dieses Werkvertrages bestimmt sich, ob der Unternehmer einen Subunternehmer beiziehen darf oder nicht (vgl. dazu S. 6 ff.). Zieht er einen Subunternehmer bei, so ist der beigezogene Subunternehmer im Verhältnis zum Bauherrn ein Erfüllungsgehilfe des Unternehmers (Art. 101 OR).

B. EINZELFRAGEN

betreffen:

- a. Den vorgeschriebenen Subunternehmer. Häufig kommt es vor, dass der Bauherr dem Unternehmer den Beizug eines (bestimmten) Subunternehmers vorschreibt. Berechtigt hiezu ist der Bauherr nur, wenn er sich das Recht (z.B. schon in der Ausschreibung) ausbedungen hat.

Sonderfall: Vorgeschriebener Subunternehmer, der in einer Vorsubmission ermittelt wurde. Hier gibt der Bauherr das Angebot des Subunternehmers in der Hauptsubmission bekannt und verlangt zugleich, dass der Unternehmer den betreffenden Subunternehmer beizieht und dessen Angebot annimmt. Zum ganzen Verfahren und zur rechtlichen "Konstruktion" vgl. Beilage 12.

b. Die Haftung des Unternehmers für den Subunternehmer

aa. Im allgemeinen: Der Subunternehmer ist gegenüber dem Bauherrn Erfüllungsgehilfe des Unternehmers. Also hat der Unternehmer für ihn nach Art. 101 OR ohne eigenes Verschulden ("kausal") einzustehen: Er hat dem Bauherrn den Schaden zu ersetzen, den der Subunternehmer ihm (dem Bauherrn) in Ausübung seiner Verrichtungen (dazu Koller, Nr. 274 ff.) verursacht. Beizufügen sind drei Einzel-
punkte:

- Von seiner Haftung nach Art. 101 OR kann sich der Unternehmer (sofern nicht ohnehin eine Kausalhaftung in Frage steht) durch den Nachweis (Entlastungsbeweis) befreien, dass der Subunternehmer alle Sorgfalt angewendet hat, die von ihm (dem Unternehmer) selber zu erwarten war (vgl. BGE 92 II 19 und 239; Koller, Nr. 302 ff.). Nicht genügend ist hingegen der Nachweis, dass der Unternehmer bei der Auswahl, Instruktion und Ueberwachung des Subunternehmers alle gebotene Sorgfalt angewendet hat.
- Nach richtiger (nicht aber herrschender) Ansicht findet Art. 101 OR auch dann Anwendung, wenn der Unternehmer den Subunternehmer unerlaubt beigezogen hat. In solchen Fällen ist in aller Regel aber zugleich auch der Haftungstatbestand des Art. 97 OR gegeben. Zum Ganzen: Koller, Nr. 212 ff.
- Vom Subunternehmer zu unterscheiden ist der Baulieferant, von dem der Unternehmer Baustoff bezieht (S. 5). Er ist kein Erfüllungsgehilfe des Unternehmers, weshalb der Unternehmer für ihn nicht nach Art. 101 OR einzustehen hat. Vgl. den instruktiven Entscheid des Deutschen Bundesgerichtshofes v. 9.2.1978 auf Beilage 13 (aus BauR 1978, S. 304 f.).

bb. Die Mängelhaftung im besondern. Die Weitervergebung an den Subunternehmer ändert nichts an der Mängelhaftung des Unternehmers gegenüber dem Bauherrn. Der Unternehmer haftet dem Bauherrn für die Mängel des Werkes, selbst wenn diese einen Werkteil beschlagen, den der Subunternehmer hergestellt hat (im einzelnen: Gauch, Nr. 405, 407, 620 f.; vgl. auch SIA-Norm 118, Art. 168). Hinzuweisen ist allerdings auf zwei Besonderheiten:

- Für den Mangelfolgeschaden, der dem Bauherrn aus der Arbeit des Subunternehmers entsteht, haftet der Unternehmer nach Art. 101 OR ohne eigenes Verschulden. Sonst Verschuldenshaftung für Mangelfolgeschaden (Art. 368 OR).
- Die Tatsache, dass der Bauherr den Subunternehmer vorgeschrieben hat, kann eine vollständige oder teilweise Entlastung des Unternehmers rechtfertigen (Art. 369 OR/Art. 44 OR). Beachte die Sonderregelung der SIA-Norm 118, Art. 29 Abs. 5:

"Verlangt der Bauherr, dass der Unternehmer einen bestimmten Subunternehmer beizieht, so bezeichnet er diesen in den ... Ausschreibungsunterlagen. Der Bauherr trägt die Folgen, falls der Subunternehmer die Arbeit mangelhaft ausführt und der Unternehmer nachweist, dass er den Subunternehmer richtig eingesetzt und gehörig beaufsichtigt hat".

c. Die direkte Bezahlung des Subunternehmers durch den Bauherrn. Frage nach der Auswirkung auf das Verhältnis Bauherr/Unternehmer. Sonderfall: Bezahlung des Subunternehmers zur Ablösung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Rückgriffsrecht des Bauherrn auf den Unternehmer gemäss Art. 110 Ziff. 1 OR/827 Abs. 2 ZGB; vgl. BGE 104 II 353 f. = Beilage 9).

Lex Neuwirth (Frankreich)

Loi n° 75-1334
du 31 décembre 1975,Relative à la sous-traitance (J.O. 3 janv.
1976, p. 148) (1).TITRE I^{er}

Dispositions générales.

Art. 1^{er}. — Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage.

Art. 2. — Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants.

Art. 3. — L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande.

Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant.

TITRE II

Du paiement direct.

Art. 4. — Le présent titre s'applique aux marchés passés par l'Etat, les collectivités locales, les établissements et entreprises publics.

Art. 5. — Sans préjudice de l'acceptation prévue à l'article 3, l'entrepreneur principal doit, lors de la soumission, indiquer au maître de l'ouvrage la nature et le montant de chacune des prestations qu'il envisage de sous-traiter.

Art. 6. — Le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution.

Toutefois les dispositions de l'alinéa précédent ne s'appliquent pas lorsque le montant du contrat de sous-traitance est inférieur à un seuil qui, pour l'ensemble des marchés prévus au présent titre, est fixé à 4 000 F; ce seuil peut être relevé par décret en Conseil d'Etat en fonction des variations des circonstances économiques. En-deçà de ce seuil, les dispositions du titre III de la présente loi sont applicables.

En ce qui concerne les marchés indus-

triels passés par le ministère de la défense, un seuil différent peut être fixé par décret en Conseil d'Etat.

Ce paiement est obligatoire même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites.

Art. 7. — Toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite.

Art. 8. — L'entrepreneur principal dispose d'un délai de quinze jours, comptés à partir de la réception des pièces justificatives servant de base au paiement direct, pour les revêtir de son acceptation ou pour signifier au sous-traitant son refus motivé d'acceptation.

Passé ce délai, l'entrepreneur principal est réputé avoir accepté celles des pièces justificatives ou des parties de pièces justificatives qu'il n'a pas expressément acceptées ou refusées.

Les notifications prévues à l'alinéa 1^{er} sont adressées par lettre recommandée avec accusé de réception.

Art. 9. — La part du marché pouvant être nantie par l'entrepreneur principal est limitée à celle qu'il effectue personnellement.

Lorsque l'entrepreneur envisage de sous-traiter une part du marché ayant fait l'objet d'un nantissement, l'acceptation des sous-traitants prévue à l'article 3 de la présente loi est subordonnée à une réduction du nantissement à concurrence de la part que l'entrepreneur se propose de sous-traiter.

Art. 10. — Le présent titre s'applique :

Aux marchés sur adjudication ou sur appel d'offres dont les avis ou appels sont lancés plus de trois mois après la publication de la présente loi;

Aux marchés de gré à gré dont la signature est notifiée plus de six mois après cette même publication.

TITRE III

De l'action directe.

Art. 11. — Le présent titre s'applique à tous les contrats de sous-traitance qui n'entrent pas dans le champ d'application du titre II.

Art. 12. — Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage.

Toute renonciation à l'action directe est réputée non écrite.

Cette action directe subsiste même si l'entrepreneur principal est en état

de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites.

Art. 13. — L'action directe ne peut viser que le paiement correspondant aux prestations prévues par le contrat de sous-traitance et dont le maître de l'ouvrage est effectivement bénéficiaire.

Les obligations du maître de l'ouvrage sont limitées à ce qu'il doit encore à l'entrepreneur principal à la date de la réception de la copie de la mise en demeure prévue à l'article précédent.

Art. 14. — A peine de nullité du sous-traité, les paiements de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant, en application de ce sous-traité, sont garantis par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur d'un établissement qualifié, agréé dans des conditions fixées par décret. Cependant, la caution n'aura pas lieu d'être fournie si l'entrepreneur délègue le maître de l'ouvrage au sous-traitant dans les termes de l'article 1275 du code civil, à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant.

A titre transitoire, la caution pourra être obtenue d'un établissement figurant sur la liste fixée par le décret pris en application de la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 concernant les retenues de garantie.

TITRE IV

Dispositions diverses.

Art. 15. — Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions de la présente loi.

Art. 16. — Des décrets en Conseil d'Etat précisent les conditions d'application de la présente loi.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

DISPOSITIONS SUR LES SOUS-TRAITANTS DANS LES REGLEMENTS
CANTONAUX DE SOUMISSION (classement des cantons selon
constitution fédérale)

BESTIMMUNGEN DER KANTONALEN SUBMISSIONSORDNUNGEN UEBER
DIE ZULAESSIGKEIT DER WEITERVERGEBUNG (Rangordnung der
Kantone gemäss Bundesverfassung)

BERNE

Ordonnance concernant l'adjudication de travaux ou fournitures de l'Etat (Ordonnance sur les soumissions) du 7 novembre 1967

- Prescriptions complémentaires
- Art. 25. ¹ A moins de dispositions contraires figurant dans le règlement de la mise au concours ou conclues entre les parties, les prescriptions suivantes sont applicables:
- a) des travaux ne peuvent être confiés à des sous-adjudicataires qu'avec l'autorisation de l'autorité adjudicatrice;

BERN

Verordnung über die Vergabe von Arbeiten und Lieferungen für den Staat vom 7. November 1967

- § 25. ¹ Soweit nicht in den Wettbewerbsbedingungen oder schriftlich durch die Parteien etwas anderes festgelegt ist, gilt:
- a) die Übertragung von Arbeiten an Unterakkordanten ist nur mit Bewilligung der vergebenden Stelle zulässig
- ergänzende Vorschriften

LUZERN

Verordnung zum Submissionsgesetz vom 9. Juli 1973

§ 27

Weitergabe von Aufträgen

¹ Die Weitergabe von Aufträgen an Dritte bedarf der Zustimmung der vergebenden Instanz.

² Für die Arbeiten und Lieferungen des Dritten haftet in jedem Falle der durch den Vergabungsbeschluss beauftragte Unternehmer.

URI

Verordnung vom 17. Februar 1960 über das Verfahren der Vergabung von Arbeiten und Lieferungen durch die öffentliche Hand

Art. 28

¹ Uebernommene Arbeiten und Lieferungen dürfen ohne ausdrückliche Bewilligung der vergebenden zuständigen Organe weder im ganzen noch in Teilen an Unterakkordanten weiter vergeben werden. Bei Zuwiderhandlungen ist der Auftraggeber, abgesehen von seinen vertraglichen Ansprüchen, befugt, die Annahme aller entgegen dieser Bestimmung erbrachten Leistungen zu verweigern und allfällige Arbeiten und Lieferungen der Unterakkordanten zu untersagen.

SCHWYZ

Verordnung über die Vergabung von Arbeiten und Lieferungen (Submissionsverordnung) vom 6. Februar 1976

§ 10

¹ Es ist den Bewerbern gestattet, das Angebot im Namen einer Arbeitsgemeinschaft einzureichen. In diesem Fall ist anzugeben, wer der Arbeitsgemeinschaft angehört, und wer sie rechtsverbindlich vertritt. Das Angebot ist von sämtlichen Mitgliedern der Arbeitsgemeinschaft zu unterzeichnen.

Arbeitsgemeinschaft, Unterakkordanten und Lieferanten

² Auf Wunsch der ausschreibenden Stelle sind Unterakkordanten und Lieferanten anzugeben.

FRIBOURG

Règlement du 16 avril 1974 concernant les soumissions et les adjudications des travaux et fournitures de l'Etat

Art. 22. ¹ Les adjudicataires sont tenus d'exécuter eux-mêmes les travaux ou fournitures qui leur sont commandés. Ils ne peuvent en aucun cas les remettre en tout ou en partie à des sous-traitants, sans le consentement écrit du maître de l'ouvrage, de l'acheteur ou de leur mandataire.

Sous-traitants

² Les sous-traitants doivent remplir les conditions d'adjudication imposées aux soumissionnaires, sauf pour les travaux et fournitures prévus à l'article 2 al. 2.

³ L'adjudicataire ou le sous-traitant, qui ne respectent pas les exigences du 1er alinéa, peuvent se voir écartés des soumissions pendant un certain temps, dont la durée est fixée en fonction de la gravité de la faute.

FREIBURG

Reglement vom 16. April 1974 über die Ausschreibung und Vergabung von Arbeiten und Lieferungen für den Staat

Art. 22. ¹Die Auftragnehmer haben die ihnen übertragenen Arbeiten oder Lieferungen selbst auszuführen. Sie dürfen sie in keinem Fall ohne schriftliches Einverständnis des Bauherrn, des Käufers oder ihres Beauftragten ganz oder teilweise an Unterakkordanten weitergeben.

²Die Unterakkordanten müssen die Zuschlagsbedingungen für die Bewerber erfüllen, ausgenommen für die in Art. 2 Abs. 2 vorgesehenen Arbeiten und Lieferungen.

³Der Auftragnehmer oder der Unterakkordant, welche die Erfordernisse des ersten Absatzes nicht erfüllen, können während einer gewissen Zeit, deren Dauer aufgrund der Schwere des Verschuldens festgesetzt wird, von den Ausschreibungen ausgeschlossen werden.

BASEL-STADT

Grossratbeschluss über die Vergabung von Arbeiten und Lieferungen durch die öffentliche Verwaltung vom 8. März 1934

§ 29. Uebernommene Arbeiten und Lieferungen dürfen ohne ausdrückliche Bewilligung der vergebenden Behörde weder im Ganzen noch in Teilen weiter vergeben werden. In jedem Falle sind beabsichtigte Vergabung an Dritte der Behörde zur Genehmigung vorzulegen, und es bleibt der Hauptunternehmer der Behörde gegenüber für die übernommene Verpflichtung verantwortlich. Dieser kann überdies zur Leistung einer erhöhten Sicherheit angehalten werden.

SCHAFFHAUSEN

Verordnung des Regierungsrates des Kantons Schaffhausen betreffend Vergabung und Lieferungen für den Staat (Submissionsverordnung) vom 2. November 1976

§ 30

Die Vergabung verpflichtet den Bewerber, den Auftrag zu den Bedingungen des Wettbewerbs und entsprechend seinem Angebot auszuführen. D. Wirkung

Ein Auftrag darf nur mit Bewilligung der vergebenden Stelle ganz oder teilweise an Dritte übertragen werden.

APPENZELL A.RH.

Verordnung über die Vergabung von Arbeiten und Lieferungen für den Staat (Submissionsordnung) vom 21. August 1919

Art. 28

Übernommene Arbeiten dürfen ohne besondere Bewilligung der vergebenden Behörden nicht an Unterakkordanten vergeben werden. In jedem Falle sind die Unterakkorde der Behörde zur Genehmigung vorzulegen und bleibt der Hauptunternehmer der Behörde gegenüber für die übernommene Verpflichtung verantwortlich. Derselbe kann überdies zur Leistung einer erhöhten Sicherheit angehalten werden.

APPENZELL I.RH.

Richtlinien für öffentliche Arbeitsvergaben (Submissionsrichtlinien) vom 2. Januar 1979

Art. 6

⁷ Arbeiten im Unterakkord bedürfen einer Bewilligung seitens der Vergabungsbehörde. Sie sind im Werkvertrag besonders zu umschreiben.

ST. GALLEN

Verordnung über die Vergabung von staatlichen Bauarbeiten vom 8. Juli 1931 (Neudruck April 1976)

Unterakkordanten

Art. 39. Übernommene Arbeiten dürfen nur mit schriftlicher Bewilligung der vergebenden Behörde an Unterakkordanten weiter vergeben werden. Die Verantwortlichkeit des Übernehmers bleibt aber auch in diesem Falle dem Bauherrn gegenüber bestehen.

GRAUBUENDEN

Verordnung über das Submissionswesen
Vom Grossen Rat erlassen am 28. Mai 1919

Art. 16. Die Unterverdingung von Arbeiten oder Lieferungen ist nur im Sinne von Art. 364 OR¹ gestattet. In zweifelhaften Fällen ist die Zustimmung der vergebenden Behörde einzuholen.

AARGAU

Verordnung über die Vergebung öffentlicher Arbeiten und Lieferungen vom 16. Juli 1940

§ 36

- ¹ Der Unternehmer darf die Leistung ohne ausdrückliche Bewilligung des Bestellers weder im ganzen noch in Teilen weitervergeben. Vergabung an Unterakkordanten
- ² Auf bewilligte Weitervergaben ist die gegenwärtige Verordnung sinngemäß anzuwenden.

TESSIN

Legge sugli appalti del 12 settembre 1978

II. Requisiti della prestazione

Art. 29. ¹ L'impresa deliberataria deve eseguire in proprio l'opera appaltata.

² La cessione diretta o indiretta di tutta o parte della esecuzione dell'opera a terzi è vietata e comporta la rescissione del contratto di appalto, riservato l'obbligo di risarcimento dei danni causati all'appaltante.

³ Solo in casi eccezionali, e per motivi gravi, con il preventivo consenso scritto dell'ente appaltante, l'esecuzione dell'opera può essere ceduta, in tutto o in parte, a terzi, oppure è consentito associarsi con altre imprese, sempre che queste adempiano tutti i requisiti prescritti dalla presente legge. Per le opere sussidiate è necessario anche il consenso scritto del Dipartimento competente.

VAUD

Règlement du 2 février 1977 concernant l'adjudication des travaux publics de l'Etat et des fournitures qui s'y rapportent

Sous-traitance

Art. 17. — Aucun travail ne peut être sous-traité sans l'accord préalable du maître de l'ouvrage.

L'assentiment est demandé par requête écrite commune du sous-traitant et de l'adjudicataire, comportant la liste des travaux à exécuter selon l'adjudication et leur montant.

La décision de l'Etat est communiquée par écrit à l'adjudicataire et au sous-traitant ; elle n'a pas besoin d'être motivée.

L'adjudicataire remet à l'Etat, au fur et à mesure qu'il présente ses situations et ses factures, l'attestation du sous-traitant certifiant qu'il a été payé pour les travaux couverts par le décompte.

Les conditions de l'adjudication relatives à l'exécution et à la garantie des travaux sont applicables au sous-traitant.

L'adjudicataire demeure solidairement responsable avec le sous-traitant vis-à-vis du maître, pour les travaux exécutés par le sous-traitant.

Le sous-traitant, qui viole ces dispositions et exécute des travaux sans avoir reçu l'assentiment du maître de l'ouvrage ou atteste inexactement qu'il a été payé, assume les risques de l'insolvabilité éventuelle de l'adjudicataire pour les travaux que celui-ci lui a confiés.

Le soumissionnaire, qui sait par avance qu'il devra confier une partie des travaux à des sous-traitants, l'indique dans sa soumission et désigne les sous-traitants auxquels il fera appel si le travail lui est adjudgé.

VALAIS

Règlement du 26 octobre 1977 concernant la mise en soumission et l'adjudication de travaux et de fournitures (conditions de soumission)

Art. 33

Cession du mandat

¹ Sans l'accord de l'autorité compétente, l'entrepreneur adjudicataire ne peut céder à des tiers une ou plusieurs parties de son mandat s'il ne l'a pas mentionné dans l'offre.

² Pour les travaux effectués par des tiers, dans tous les cas, l'entrepreneur demeure seul responsable.

WALLIS

Reglement vom 26. Oktober 1977 betreffend die Ausschreibung und die Vergabung von Arbeiten und Lieferungen (Submissionsordnung)

Art. 33

Übertragung des Auftrages an Dritte

¹ Nach Vergabung darf der Auftrag nur mit Bewilligung der zuständigen Dienststelle ganz oder teilweise an Dritte übertragen werden, wenn diese nicht bereits anlässlich der Offertstellung angegeben werden.

² Für die Arbeiten des Dritten haftet in jedem Fall der Vertragspartner.

GENEVE

Règlement concernant la mise en soumission et l'adjudication des travaux publics, des travaux en bâtiment et des fournitures qui s'y rapportent du 9 juillet 1975

Art. 12

Sous-traitance

¹ Le maître de l'ouvrage peut exiger des soumissionnaires qu'ils lui fournissent, pièces justificatives à l'appui, toutes indications utiles quant aux conditions auxquelles ils envisagent de sous-traiter une partie importante des travaux ou fournitures.

² En principe, et sous réserve des dispositions de l'article 11, la préférence est donnée aux entreprises dont les sous-traitants répondent aux conditions fixées à l'article 2.

³ Lorsque les circonstances le justifient, le maître de l'ouvrage peut subordonner l'adjudication de travaux ou fournitures à une entreprise de la place à la condition que son ou ses éventuels sous-traitants établis en dehors du canton constituent une société anonyme avec siège à Genève ou déclarent y constituer un établissement stable.

JURA

Ordonnance du 6 décembre 1978 concernant l'adjudication de travaux ou fournitures de l'Etat

- Prescriptions complémentaires Art. 25¹ A moins de dispositions contraires figurant dans le règlement de la mise au concours ou conclues entre les parties, les prescriptions suivantes sont applicables :
- a) des travaux ne peuvent être confiés à des sous-adjudicataires qu'avec l'autorisation de l'autorité adjudicatrice;
 - b) pour ce contrat font règle, notamment en ce qui concerne le paiement et les garanties, les principes établis par la SIA (Société suisse des ingénieurs et architectes), la VSS (Union suisse des professionnels de la route) et le Code des obligations.

Gauch, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. A. Zürich
1977, Nr. 63 - 69

- ⁶³ 3. Eine differenzierte Regelung über die Zulässigkeit der Weitervergebung enthält die **SIA-Norm 118** (zu deren Verbindlichkeit vgl. Nr. 281 ff.). Nach Art. 29 Abs. 3 der Norm ist die Beiziehung eines Subunternehmers *nur in drei Fällen gestattet*:
- ⁶⁴ – Wenn entweder «der Werkvertrag dies allgemein oder für eine bestimmte Arbeit vorsieht». Mit «Werkvertrag» ist in Art. 29 Abs. 3 der Norm die Gesamtheit der Abreden gemeint, die zwischen Besteller (Bauherr) und (Bau-)Unternehmer ausserhalb der SIA-Norm 118 wirksam getroffen wurden. Soweit eine solche Abrede die Beiziehung eines Subunternehmers vorsieht, ist die Weitervergebung gestattet; gleichgültig, ob nach dem Inhalt der Abrede der Unternehmer zur Weitervergebung nur berechtigt ist oder auch verpflichtet (Art. 29 Abs. 5).
- ⁶⁵ – Oder wenn die Beiziehung «mit der ausdrücklichen Erlaubnis des Bauherrn» erfolgt (Art. 29 Abs. 3). Das Erfordernis der «Ausdrücklichkeit» schliesst wohl eine rechtsgültige Erlaubnis (Zustimmung) durch konkludentes Verhalten aus, besagt aber nicht, dass die Erlaubnis schriftlich erteilt werden muss.
- ⁶⁶ Im Unterschied zur bisherigen SIA-Norm 118 (Ausgabe 1962, Art. 6 Abs. 3) enthält die geltende Norm keine Bestimmung über den Widerruf der einmal erteilten Erlaubnis. Wird die Erlaubnis ohne Vorbehalt erteilt, so ist sie unwiderruflich erteilt (vgl. Nr. 59).
- ⁶⁷ – Oder wenn die Beiziehung «nur einen unwesentlichen Teil der Arbeiten betrifft und die vertragsgemässe Ausführung nicht beeinträchtigt» (Art. 29 Abs. 3). Trifft dies zu, so ist der Unternehmer zur Weitervergebung an einen Subunternehmer berechtigt, auch ohne Abrede im «Werkvertrag» (Nr. 64) und ohne (ausdrückliche) Erlaubnis des Bauherrn (Nr. 65). Dieses Recht zur Weitervergebung besteht nur in engen Grenzen, hängt es doch von zwei Voraussetzungen ab, die beide erfüllt sein müssen:
- ⁶⁸ Erstens setzt das genannte Recht voraus, dass die Beiziehung «nur einen unwesentlichen Teil der Arbeiten» betrifft. Danach beschränkt es sich auf solche Arbeiten, die wertmässig bloss einen geringen Teil der vom Unternehmer übernommenen Gesamtarbeit ausmachen und überdies für das Gelingen des ganzen Werkes, das der Unternehmer schuldet, von untergeordneter Bedeutung sind.
- ⁶⁹ Zweitens setzt das umschriebene Recht voraus, dass die Beiziehung des Subunternehmers «die vertragsgemässe Ausführung nicht beeinträchtigt». Gemeint ist die vertragsgemässe (insbesondere mängelfreie und fristgerechte) Ausführung der vom Unternehmer übernommenen Arbeiten: sowohl jener, die er weitervergeben will, als auch der übrigen. Ist eine Beeinträchtigung zu befürchten, so hat der Unternehmer kein Recht zur Weitervergebung. Ob dies zutrifft, beurteilt sich unter anderem auch nach der Person des Subunternehmers. Zum Beispiel ist der Unternehmer nicht berechtigt, einen Subunternehmer beizuziehen, wenn sich dessen Eignung mit Rücksicht auf den erforderlichen Sachverstand, das berufliche Verhalten oder den von ihm verwendeten Werkstoff als zweifelhaft erweist. Ausgeschlossen ist die Weitervergebung jedenfalls auch für solche Arbeiten, hinsichtlich derer es dem Besteller nach der «Natur des Geschäftes» auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers ankommt (vgl. Nr. 51 ff.).

Ossequio di un obbligo di costruire.

Art. 364 cpv. 2 e 379 cpv. 1 CO. Le qualità personali dell'appaltatore sono determinanti per l'aggiudicazione di lavori edili (consid. 5a). La capacità di dirigere personalmente i lavori presuppone, da parte dell'imprenditore edile, un effettivo di personale e un certo parco-macchine. Una cessione del mandato a subappaltatori non è ammissibile (consid. 5b). Il mandato deve in principio essere eseguito con personale proprio dell'impresa e non può essere fatto ricorso a volontà a ausiliari esterni (consid. 5c).

A. Otto Gygax verkaufte im Jahre 1961 dem Frederick Charles Liebi die Parzelle Grundbuchblatt 3680 in der Gemeinde Wohlen. Dabei übernahm Liebi die obligatorische Verpflichtung, auf dem von ihm gekauften Grundstück mindestens zwei Wohnblöcke mit Autoreparaturwerkstätte und Tankstelle zu errichten. Am 23. November 1962 verkaufte Guido Achille Liebi zwei andere Parzellen an Baumeister Franz Gribi sowie an das Kunststeingeschäft Bernasconi AG und versprach dabei als Stellvertreter seines Vaters, Frederick Charles Liebi, dem Käufer Gribi die Erd- und Maurerarbeiten am geplanten Garagenbau auf Parzelle Grundbuchblatt 3680 zu «loyalen Konkurrenzpreisen» zu übertragen.

Am 28. Dezember 1962 verkaufte Vater F. C. Liebi die Parzelle Grundbuchblatt 3680 an die Lindenmatt AG in Bern. Diese übernahm die obligatorische Verpflichtung, auf dem Grundstück innert zweier Jahre die fraglichen Bauten zu errichten und das Bauunternehmen Franz Gribi mit den diesbezüglichen Erd- und Maurerarbeiten zu beauftragen.

Im Jahre 1967 wurden infolge einer Änderung des Bauungsplanes und des Zonenreglementes für die Gemeinde Wohlen Gewerbebauten auf der Parzelle Grundbuchblatt 3680 verboten. Gestützt auf die Änderungen des Zonenreglementes wurde eine Neuparzellierung vorgenommen, wobei das bisherige Grundstück Nr. 3680 neu die Nummer 1 erhielt. Dieses Grundstück verkaufte die Lindenmatt AG am 8. Juli 1969 an eine einfache Gesellschaft, gebildet aus der Architektenfirma Josef Stucki AG, der Bauunternehmung Rieser AG sowie dem Gipser- und Malermeister Herbert Kohlund. Die Käufer übernahmen dabei von der Verkäuferin die von dieser eingegangenen Verpflichtungen bezüglich der Überbauung der früheren Parzelle Nr. 3680 und der Übertragung der entsprechenden Erd- und Maurerarbeiten an Franz Gribi. In

7. **Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. Januar 1977 i.S. Stucki AG, Rieser AG und Kohlund gegen Gribi**

Einhaltung einer Bauverpflichtung.

Art. 364 Abs. 2 und 379 Abs. 1 OR. Bei der Vergebung von Baumeisterarbeiten kommt es entscheidend auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers an (E. 5a). Die Fähigkeit zur persönlichen Leitung setzt bei einem Bauunternehmer einen Personalbestand sowie einen gewissen Geräte- und Maschinenpark voraus. Eine Weitergabe des Auftrages an Unterakkordanten ist unzulässig (E. 5b). Der Auftrag ist grundsätzlich mit betriebeigenem Personal zu erfüllen; es dürfen nicht beliebig viele ausgeliehene Hilfspersonen beigezogen werden (E. 5c).

Observation d'une obligation de construire.

Art. 364 al. 2 et 379 al. 1 CO. Les qualités personnelles de l'entrepreneur jouent un rôle déterminant pour l'adjudication de travaux du bâtiment (consid. 5a). La capacité de diriger personnellement les travaux suppose, de la part de l'entrepreneur du bâtiment, un certain effectif de personnel ainsi qu'un équipement en outils et machines. Une remise du mandat à des sous-traitants n'est pas admise (consid. 5b). Le mandat doit en principe être exécuté par le personnel propre de l'entreprise; on ne peut pas recourir à volonté à des auxiliaires de l'extérieur (consid. 5c).

einer weiteren Vertragsbestimmung stellten die Parteien fest, dass Franz Gribi seine Bauunternehmung nicht mehr führe.

Die Käufer begannen im Jahre 1971 mit der Überbauung. Als Franz Gribi dies bemerkte, verlangte er die Übertragung der Baumeisterarbeiten, jedoch erfolglos.

B. Am 11. Januar 1974 erhob Franz Gribi beim Handelsgericht des Kantons Bern Klage gegen die drei Käufer Josef Stucki AG, Rieser AG und Herbert Kohlund. Er stellte das Rechtsbegehren, die Beklagten seien zur Leistung eines gerichtlich zu bestimmenden Betrages über Fr. 8000.— nebst Zins zu 5% seit einem gerichtlich zu bestimmenden Datum zu verurteilen.

Das Handelsgericht erliess am 9. April 1976 einen selbständigen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 196 Abs. 2 ZPO und stellte fest, dass der Kläger gegenüber den Beklagten Schadenersatzansprüche aus einer nicht eingehaltenen Baubindung geltend machen könne.

C. Die Beklagten haben die Berufung an das Bundesgericht erklärt. Sie beantragen Aufhebung des angefochtenen Entscheides und Abweisung der Klage. Der Kläger beantragt Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

2. — In tatsächlicher Hinsicht behaupteten die Beklagten vor Handelsgericht, die Einzelfirma Gribi sei 1965 in die Gribi Bau AG eingebracht worden, deren Aktien 1969 an die Weiss & Marti AG übergegangen seien. Im Jahre 1970 sei der Kläger dann Freimitglied des Baumeisterverbandes geworden, was nur bei Einstellung der Berufstätigkeit möglich sei. Seither beschäftige er weder Arbeiter noch verfüge er über Maschinen oder andere Einrichtungen. Die Vorinstanz gibt diese Behauptungen wieder, ohne ausdrücklich dazu Stellung zu nehmen, geht aber in den ausschliessenden Erwägungen stillschweigend von ihrer Richtigkeit aus. Vor Bundesgericht ist denn auch nicht mehr streitig, dass der Kläger 1965 sein Baugeschäft in die Gribi Bau AG einbrachte und 1969 vollständig und endgültig aus dieser ausschied. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Kläger schon vor 1971 sein Baugeschäft aufgegeben hat.

3. — Die Beklagten haben sich verpflichtet, mit dem Kläger einen Werkvertrag abzuschliessen. Ob sie an dieses Versprechen seinerzeit noch gebunden waren, ist deshalb nach den Regeln über den Werkvertrag zu beurteilen und zwar unkümmert darum, ob die besagte Vereinbarung als Vorvertrag (BGE 98 II 307) oder als bedingt abgeschlossener Hauptvertrag zu betrachten ist (GAUTSCHI, N. 22 d zu Art. 365 OR).

4. — Der Prozessausgang hängt davon ab, ob die Bauverpflichtung bereits dahingefallen war, als die Beklagten im Jahre 1971 mit den Bauarbeiten begannen. Als Rechtsgrund für eine solche Beendigung des Vertragsverhältnisses kommt Art. 364 Abs. 2 OR, wonach der Unternehmer verpflichtet ist, das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen, nicht in Betracht. Verstösst ein Unternehmer gegen diese ihm obliegende Pflicht zur persönlichen Ausführung oder Leitung der Herstellungsarbeiten, so kann dies vom Besteller nur im Verfahren nach den Art. 107 bis 109 OR zum Anlass eines Rücktrittes genommen werden. Die Beklagten behaupten aber nicht einmal, den Rücktritt je erklärt zu haben. Es braucht deshalb nicht untersucht zu werden, ob von einer Fristansetzung gestützt auf Art. 108 OR hätte Umgang genommen werden dürfen, wie sie dies vortragen lassen.

5. — a) Nach Art. 379 Abs. 1 OR erlischt bei Tod oder Unfähigkeit des Unternehmers das Vertragsverhältnis ohne weitere Vorkehren des Bestellers von Gesetzes wegen, sofern der Vertrag mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers eingegangen war. Für die Frage, ob letztere Voraussetzung gegeben ist, ist der Umstand, dass die Beklagten den Kläger nicht als Unternehmer auswählten, sondern die Vertragsbestimmungen zu seinen Gunsten als Belastung der neuerworbenen Liegenschaft in Kauf nahmen, nicht von massgebender Bedeutung. Entscheidend ist, ob es nach der Natur des Geschäftes auf persönliche Eigenschaften ankommt. Dies ergibt sich für den Werkvertrag grundsätzlich schon aus Art. 364 Abs. 2 OR, wonach der persönliche Charakter der Verpflichtung im Unterschied zu der allgemeinen Regel von Art. 68 OR vermutet wird.

Bei der Vergebung von Baumeisterarbeiten spielen die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers jeweils eine entscheidende Rolle, kommt es doch dabei nicht allein darauf an,

welches Angebot am preisgünstigsten ist, sondern: ebensosehr auf die Beurteilung des Unternehmers hinsichtlich seiner Leistungsfähigkeit und Qualität, seiner Zuverlässigkeit und Zahlungsfähigkeit. Vorliegend steht somit ein Vertrag in Frage, der mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Klägers eingegangen wurde; Art. 379 Abs. 1 OR ist deshalb grundsätzlich anwendbar.

b) Der Untergang der streitigen Bauverpflichtung hängt mithin davon ab, ob der Kläger im Sinne von Art. 379 Abs. 1 OR zur Vollendung des Werkes unfähig wurde. Von Bedeutung ist dabei im Lichte des Art. 364 Abs. 2 OR die Fähigkeit zur persönlichen Leitung der Herstellungsarbeiten. Dazu gehört jedoch mehr als nur die berufliche Qualifikation durch Baumeisterdiplom und langjährige Erfahrung, wie die Vorinstanz annimmt. Persönliche Leitung umfasst unter anderem die Organisation der Arbeit, die Bereitstellung der personellen und materiellen Mittel, aber auch die Anleitung der Hilfspersonen und die Überwachung der Arbeiten (GAUTSCHI, N. 11 c zu Art. 364 OR). All dies setzt bei einem Bauunternehmer einen Personalbestand sowie einen gewissen Geräte- und Maschinenpark voraus.

Unzulässig wäre — entgegen der Auffassung der Vorinstanz — eine Weitergabe des Auftrages an Unterakkordanten (GAUTSCHI, N. 11 b und 17 c zu Art. 364 OR): Wer für Bauarbeiten einen Unternehmer mit Rücksicht auf die Qualität seiner Arbeit auswählt, wird sich in der Regel die Ausführung durch Unterakkordanten unabhängig davon verbitten, ob der Unternehmer selbst für auftretende Mängel ebenfalls einzustehen hat. Bei einer Weitervergabe der Arbeiten an Unterakkordanten würde sich für ihn zudem der Umstand besonders gefährvoll auswirken, dass diese wegen ihres Anspruches auf ein Bauhandwerkerpfandrecht allenfalls nochmalige Zahlung für die gleiche Arbeit erlangen können (BGE 95 II 87). Die Weitergabe des Auftrages an Unterakkordanten muss daher im vorliegenden Falle auch als Weg zur Vollendung des Werkes im Sinne von Art. 379 Abs. 1 OR ausschließen.

c) Der Kläger macht überdies geltend, er hätte zur Durchführung der Bauarbeiten vorübergehend Personal einstellen oder mieten können. Abgesehen davon, dass dieser offensichtlich nie die Absicht hatte, im Hinblick auf einen einzigen

Bauftrag wieder ein Baugeschäft aufzubauen, hätte den Beklagten nicht zugemutet werden können, eine solche doch einige Zeit beanspruchende Entwicklung abzuwarten. Aber auch der Versuch, den Auftrag mit geliehenem Personal und geliehenen Maschinen und Geräten zu bewältigen, wäre mit Bundesrecht nicht vereinbar. Die Übertragung von Bauarbeiten ist nämlich eine ausgesprochene Vertrauenssache. Überträgt man einem Unternehmer, der ein Baugeschäft betreibt, solche Arbeiten, so darf man davon ausgehen, dass er bei der Ausführung dieser Arbeiten bestrebt sein wird, den Ruf seines bestehenden Unternehmens zu wahren oder gar zu mehren. Ein solches Interesse hat derjenige Unternehmer, der auf einen einmaligen Gelegenheitsauftrag hin das notwendige Personal und die erforderlichen Gerätschaften mühsam zusammensuchen muss, nun gerade nicht. Wenn Art. 364 Abs. 2 OR sich mit blosser persönlicher Leitung begnügt, will das nicht einen Werkvertrag, bei dem es auf persönliche Eigenschaften des Unternehmers ankommt, dieses persönlichen Charakters entkleiden, sondern lediglich Lagen Rechnung tragen, wo, wie bei Bauarbeiten, persönliche Ausföhrung ausser Betracht fällt, weil der Auftrag die Möglichkeiten eines einzelnen Handwerkers übersteigt. Der Unternehmer kann deshalb zur Erfüllung seines Auftrages die erforderlichen Hilfspersonen beziehen, wobei dies aber nicht beliebig ausgeliehene Hilfspersonen sein dürfen. Vielmehr muss es sich dabei — wenigstens dem Grundsatz nach — um betriebs eigenes Personal handeln (vgl. GAUTSCHI, N. 11 a zu Art. 364 OR). Nur eine arbeitsvertragliche Unterordnung, wie sie sich im Verhältnis von Arbeitgeber zu Arbeitnehmer findet, stellt eine ausreichende persönliche Leitung sicher. Wenn es auch unter Umständen unerlässlich und zulässig sein mag, zur Bewältigung eines Auftrages einzelne Hilfskräfte leihweise — z.B. als Akkordgruppe — zuzuziehen, so erlaubt dies noch nicht, den gesamten Auftrag mit einem solchen fragwürdigen Mitarbeiterbestand auszuführen. Der Kläger hätte somit aus rechtlichen Gründen auch auf diese Weise seinen vertraglichen Pflichten nicht nachkommen können.

d) Aus all dem ergibt sich, dass der Kläger auf Grund der dargelegten Umstände im Sinne von Art. 379 Abs. 1 OR zur Vollendung des Werkes unfähig war. Nicht erforderlich ist etwa, dass der Kläger persönlich arbeitsunfähig wurde, wie er

vorbringen lässt. Eine Geschäftsaufgabe, wie sie hier vorliegt, muss genügen, wenn der Unternehmer sich mit dieser der Möglichkeit zu der ihm obliegenden persönlichen Ausführung oder persönlichen Leitung der Herstellungsarbeiten begibt. Nach seinem Wortlaut erfasst Art. 379 OR zwar nur jene Fälle, wo der Unternehmer «ohne seine Schuld» zur Vollendung des Werkes unfähig wird. Dies ist selbstverständlich dann nicht der Fall, wenn er sein Geschäft aus freiem Entschluss aufgibt. Indessen ist diese Unterscheidung nur im Hinblick auf die besondere Entschädigungsregelung von Abs. 2 bedeutsam. Die Befugnis des Bestellers, sich in einem Falle wie dem vorliegenden auf Beendigung des Vertragsverhältnisses wegen Unfähigkeit des Unternehmers zu berufen, kann nicht davon abhängen, dass diesen kein Verschulden trifft (vgl. BECKER, N. 7 zu Art. 379). Es entspricht übrigens den allgemeinen Bestimmungen der Art. 97 und 119 OR, dass nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung die gesamte Obligation erlöschen lässt.

Der Kläger, der sein Baugeschäft schon vor dem Jahre 1971 aufgegeben hat, konnte somit von den Beklagten nicht verlangen, dass sie ihn entsprechend der von ihren Rechtsvorgängern übernommenen vertraglichen Verpflichtung mit den Baumeisterarbeiten betrauen würden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

In Gutheissung der Berufung wird der Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 9. April 1976 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Werk bezog am 1. Februar 1965 eine Wohnung im Neubau. An den vereinbarten Werklohn bezahlte er insgesamt Fr. 560,000.—; die Bezahlung der restlichen Fr. 15,000.— verweigerte er wegen Minderwerts der Baute und weil noch nicht alle Arbeiten ausgeführt worden seien.

Das Kantonsgericht St. Gallen schützte die Klage der Immorex A.G. auf Bezahlung des restlichen Werklohns.

Das Bundesgericht weist auf Berufung des Beklagten hin die Sache an die Vorinstanz zurück.

Aus den Erwägungen:

1. — Gemäss dem Vertrag der Parteien vom 24. Januar 1964 hat sich die Klägerin verpflichtet, für den Beklagten unter Übernahme des gesamten Baurisikos ein schlüsselfertiges Haus nach behördlich genehmigtem Projekt zum Pauschalpreis von Fr. 575,000.— zu erstellen. Dieses Vertragsverhältnis ist nach der zutreffenden Auffassung der Vorinstanz rechtlich als Werkvertrag im Sinne von Art. 363 ff. OR zu werten. Ein Auftragsverhältnis kommt nicht in Betracht, da die Klägerin nicht nur die mit der Bauleitung zusammenhängenden Obliegenheiten zu besorgen hatte, sondern als Generalunternehmerin die Verträge mit den einzelnen Unternehmern und Handwerkern im eigenen Namen und auf eigene Rechnung abschloss. Dass die Klägerin selber keine Bauarbeiten ausführte, sondern sie alle an andere Unternehmer und Handwerker als Unterakkordanten vergab, ändert am Charakter ihres Verhältnisses zum Beklagten nichts. Nach Art. 364 Abs. 2 OR darf der Unternehmer das Werk durch Dritte ausführen lassen, wenn die Erstellung nach der Natur des Geschäftes nicht den Einsatz seiner persönlichen Eigenschaften erfordert, was hier nicht zutrifft. Die Auffassung, in diesem Falle sei das Rechtsverhältnis als Kauf einer künftigen Sache oder als fiduziarisches Auftragsverhältnis anzusehen (so GAUTSCHI, Vorbemerkungen zu Art. 363-379 OR N. 18, Art. 363 N. 15 e S. 67, Art. 365 N. 25 b) ist abzulehnen. Ein Kauf ist nach der Rechtsprechung (BGE 15 S. 840) nur anzunehmen, wenn der Generalunternehmer die Baute auf ihm gehörendem Boden erstellt und die vereinbarte Pauschalsumme auch den Preis für das Land umfasst. Im vorliegenden Falle haben die Parteien jedoch über den Kauf des Landes und die Erstellung des Hauses getrennt, wenn auch von einander abhängige Verträge geschlossen.

29. **Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. November 1968**
i.S. Werk gegen Immorex A.G.

Werkvertrag, Art. 363 ff. OR.

Rechtsnatur des *Generalunternehmensvertrags* über die Erstellung eines schlüsselfertigen Hauses (Erw. 1).

Begriff der *Ablieferung* des Werks bei Gebäuden.

Anspruch des Bestellers auf *Preisminderung* wegen Abweichungen vom Bauprojekt (Erw. 2).

Beginn der *Prüfungs- und Rügefrist* wegen Mängeln.

Rechtslage beim *Generalunternehmensvertrag* (Erw. 3).

Contrat d'entreprise, art. 363 ss. CO.

Nature juridique du *contrat d'entreprise générale* ayant pour objet la construction d'une maison clefs en main (consid. 1).

Notion de la *livraison* de l'ouvrage s'agissant de bâtiments.

Droit du maître à une *réduction du prix* du fait que l'ouvrage n'est pas conforme au projet de construction (consid. 2).

Point de départ du *délai dans lequel le maître doit vérifier l'état de l'ouvrage et en signaler les défauts* à l'entrepreneur, notamment dans le cas d'un *contrat d'entreprise générale* (consid. 3).

Contratto d'appalto, art. 363 e segg. CO.

Natura giuridica del *contratto d'appalto generale* avente per oggetto la costruzione di una casa pronta per essere abitata (consid. 1).

Nozione della *consegna* dell'opera trattandosi di costruzioni. Diritto del committente a una *riduzione del prezzo* a causa della non conformità con il progetto (consid. 2).

Inizio del *termine entro il quale il committente deve verificare lo stato dell'opera e segnalare i difetti*.

Situazione giuridica nel caso di un *contratto d'appalto generale* (consid. 3).

Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 18. Dezember 1963 verkaufte die Immorex A.G. an Max Werk ein Baugrundstück in Goldach (SG) zum Preise von Fr. 85,000.—. Am 24. Januar 1964 schlossen die gleichen Parteien einen »Werk- und Generalunternehmensvertrag« ab, wonach sich die Immorex A.G. verpflichtete, auf diesem Grundstück ein 9-Familienhaus zum Preise von Fr. 575,000.— schlüsselfertig zu erstellen.

DURI PRADER
DIPL. ING. ETH
MAIACKER 10
8126 ZUMIKON
SCHWEIZ

Bemerkungen eines Baupraktikers zur Zulässigkeit einer Weitervergebung an einen Subunternehmer

1. Fallgruppen:

Die Frage, ob es "nach der Natur des Geschäftes" auf "persönliche Eigenschaften des Unternehmers" ankomme, kann nur im konkreten Einzelfall beantwortet werden. Die in der Praxis vorkommenden Fälle lassen sich nach der Art der Subunternehmerleistung in 3 Fallgruppen einteilen.

Gruppe 1:

Einzelleistungen, die wohl zur werkvertraglich übernommenen Bauarbeit des Unternehmers gehören, deren Art aber Bausparten betrifft, in denen dieser Unternehmer mit seiner Firma bekanntermassen nicht selber (mit eigenen Arbeitnehmern) tätig ist. Es handelt sich für diesen Unternehmer um nicht-firmaeigene Sparten.

Indem der Bauherr über das Leistungsverzeichnis auch solche nicht-firmaeigene Sparten in den Werkvertrag einbezogen hat, gibt er bezüglich diese stillschweigend kund, dass er nicht die persönlichen leistungsbezogenen Eigenschaften des Unternehmers im Auge hat.

Für solche Teilleistungen steht vom Gesetz her einer Weitervergebung an einen Subunternehmer nichts entgegen. Mögliche Beispiele siehe Anhang: No.6, 7, 8, 10 (Seite 4).

Gruppe 2:

Einzelleistungen, die wohl zur werkvertraglich übernommenen Bauarbeit des Unternehmers gehören, die aber wegen der Art der Leistung ohne Einfluss sind auf die gehörige Herstellung des Werkes.

Bei Leistungen solcher Art kann es dem Bauherrn, soweit er nicht vertraglich etwas Gegenteiliges sagt, nicht auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers ankommen.

Für solche Teilleistungen steht vom Gesetz her einer Weitervergebung an einen Subunternehmer nichts entgegen. Beispiele siehe Anhang: No.2, 3, 5, 11 (Seite 4).

Gruppe 3:

Alle Einzelleistungen eines Werkvertrages, die weder in die Gruppe 1 noch in die Gruppe 2 fallen.

Teilleistungen dieser Art darf der Unternehmer vom Gesetz her nur ausführen lassen "unter seiner persönlichen Leitung".

2. These zu den Fällen der Gruppe 3

These:

Der Subunternehmer kann bezüglich seiner Arbeit ebensowohl unter die "persönliche Leitung" durch den Unternehmer gestellt werden, wie es Arbeitnehmer des Unternehmers tatsächlich sind. Hiefür muss der Vertrag zwischen Unternehmer und Subunternehmer durch geeignete Bestimmungen als "leitungsintensiver Werkvertrag" gestaltet sein.

Begründung:

Der Baustellenchef vertritt während der Arbeitszeit den Unternehmer auf dem Platz (Norm SIA 118, Art.36). Zwischen ihm und dem Unternehmenschef besteht je nach Firmagrösse und Organisation eine kürzere oder längere Organisationslinie. Auf dieser Linie gehen Anordnungen und Weisungen an den Arbeitnehmer, die er nach Treu und Glauben befolgt. Auf der gleichen Linie gehen Rückmeldungen nach oben. Kontrollen gehören zur Leitung und nötigenfalls korrigierende Einwirkungen.

Der Vertrag zwischen Unternehmer und einem Subunternehmer kann beispielsweise:

- den Subunternehmer dem Baustellenchef unterstellen
- dem Baustellenchef Anordnungs- und Weisungsrecht geben, z.B. nach Art von Norm SIA 118, Art.36 Abs.1 und Art.84 Abs.1
- dem Baustellenchef volles Kontrollrecht geben, z.B. nach Art von Norm SIA 118, Art.34 Abs.2, Art.101 Abs.3 und Art.137
- dem Baustellenchef Einsprachrecht gegen störende Arbeitnehmer des Subunternehmers geben
- vorsehen, dass der Unternehmer dem Subunternehmer in bestimmten Fällen mit seinen eigenen Arbeitskräften oder Maschinen Unterstützung gebe.

Der übliche Werkvertrag im Bauwesen ist ja meistens ein derart **leitungsintensiver** Vertrag. Der Unternehmer steht unter ständiger Leitung von Seiten des Bauherrn oder dessen Vertreters (Bauleitung).

Bezüglich Anordnungen und Weisungen, Kontrollen und Korrekturen, bezüglich die stetige Einwirkung auf die Leistung des Unternehmers - auf welche Art und dass sie erbracht werde - liegt ein solcher Vertrag auf der Linie eines Arbeitsvertrages; dies obwohl die Regelung der Gegenleistung (Vergütung) eben nicht arbeitsvertraglicher Art ist.

Anhang: Beispiele

Teil-Leistung aus einem Werkvertrag, die durch den Unternehmer einem Sub-Unternehmer vergeben wird.

<u>Beispiel</u>	<u>Art der Leistung</u>
1	Bauzufahrt (temporäre) zur künftigen Baugrube erstellen.
2	Abtransport von überschüssigem Aushubmaterial in eine vom Unternehmer zu bestimmende Deponie.
3	Aushubmaterial auf der vom Unternehmer bestimmten Deponie profilgerecht verstossen.
4	Aushubmaterial auf der vom Bauherrn bezeichneten Deponie profilgerecht verstossen.
5	Aushub der Baugrube und Abtransport des Aushubmaterials in eine vom Subunternehmer zu bestimmende Deponie.
6	Pfählungsarbeiten.
7	Vorgespannte Anker zur Sicherung einer Baugrubenwand im Baugrund einbringen und spannen.
8	Folien-Abdichtung gegen Wasserzutritt aufbringen a) in einer offenen Baugrube b) auf einem Flachdach c) in einem Tunnel.
9	Normalen Putz auf Aussenfassaden aufbringen.
10	Spezialputz Marke xy auf Aussenfassaden aufbringen.
11	Antransport von Auffüll-Material aus einer vom Unternehmer bezeichneten Grube.
12	Antransport von Auffüll-Material aus einer vom Unternehmer bezeichneten Grube und profilgerechtes Einbringen.
13	Nach Bauende Humusieren des Baugrundstücks und Ansäen.

Formularvertrag

Subunternehmervertrag

*Werkvertrag zwischen
Unternehmer
und Subunternehmer*

Herausgegeben vom Schweizerischen
Baumeisterverband und von der Gruppe
der Schweizerischen Bauindustrie



Baufachverlag Zürich
Dietikon

Inhaltsübersicht

	Anleitung	2
0.	Feststellungen	3
1.	Vertragsgegenstand	4
2.	Vertragsbestandteile und Rangordnung	4
3.	Verkehr zwischen Unternehmer und Subunternehmer	5
4.	Untervergebung durch den Subunternehmer	6
5.	Besondere Leistungen und Lieferungen des Unternehmers an den Subunternehmer	7
6.	Termine	8
7.	Arbeitszeit, Arbeitsbedingungen des Subunternehmers	9
8.	Vergütung der Leistungen des Subunternehmers	9
9.	Teuerungsabrechnung	11
10.	Versicherungspflicht des Subunternehmers	12
11.	Oeffentliche Abgaben	12
12.	Zusätzliche Sicherheitsleistung des Subunternehmers bis zur Abnahme	13
13.	Abnahme	13
14.	Haftung für Mängel	13
15.	Sicherheitsleistung des Subunternehmers nach der Abnahme	14
16.	Vorzeitige Beendigung des Vertrages und Zahlungsverzug	14
17.	Vertragstreue	14
18.	Streitigkeiten und Gerichtsstand	14
19.	Besondere Vereinbarungen	15

II. Zivilrecht

1. Obligationenrecht

16

Art. 97 Abs. 1 OR. Geltendmachung von Drittschaden.

II. Zivilkammer, 17. 3. 1978

Die Beklagte, welche für die Firma Z. AG als Generalunternehmerin auftrat, beauftragte die Klägerin mit der Ausführung von Maler- und anderen Arbeiten an einem Hause der Firma Z. AG. Die Beklagte stellt der klageweise erhobenen Forderung auf Bezahlung des restlichen Werklohns Verrechnungsansprüche gegenüber.

Aus den Erwägungen:

Die Klägerin hat darauf hingewiesen, dass die heute noch streitigen Verrechnungsansprüche der Beklagten (sie betreffen namentlich die behaupteten Mietzinsausfälle und die Verteuerung des Baukredites wegen der Verzögerung der äusseren Malerarbeiten und den Mietzinsausfall wegen fehlerhafter Anbringung des Baugerüsts) sich auf Sachverhalte bezögen, die allenfalls die Eigentümerin der umgebauten Liegenschaften, die Z. AG, nicht aber die Beklagte selbst herührten.

In der Tat gibt es im Rechtsleben immer wieder Fälle, bei denen die Verletzung eines Vertrages nicht zu einer Schädigung des Vertragspartners, sondern eines Dritten führt. Bei der Geltendmachung dieses Drittschadens zeigt sich die dogmatische Schwierigkeit, dass zwischen dem Dritten und dem Schuldner keine vertraglichen Beziehungen existieren, auf die sich jener berufen könnte, während der Gläubiger, der mit dem Schuldner ein Vertragsverhältnis eingegangen ist, selbst keinen Schaden erlitten hat. Hält man streng am Grundsatz fest, dass eine Vertragspartei nur ihren eigenen Schaden geltend machen kann, so führt das zur unbefriedigenden Konsequenz, dass weder der Gläubiger, der selbst nicht geschädigt ist, noch der Dritte, der nicht Vertragspartei ist, gegen den Schuldner vorgehen könnte. (Dem selbst nicht geschädigten Gläubiger hielte der Schuldner die Einrede entgegen: «Tua non interest»; dem geschädigten Dritten die Einrede: «Tecum non contraxi»; vgl. E. Wolf in ZSR NF 46 [1927], 284.) Die Lehre will daher dem Gläubiger, der im Interesse eines Dritten den Vertrag abschliesst, das Recht geben, den durch Vertragsverletzung angerichteten Schaden dieses Dritten geltend zu machen. Dieser Grundsatz ist namentlich bei Fällen mittelbarer Stellvertretung anerkannt. Es wird einleuchtend argumentiert, der Schuldner dürfe nicht von seiner Haftung und Ersatzpflicht befreit sein, nur weil der Gläubiger auf fremde Rechnung gehandelt habe und der Schaden nicht in seinem Vermögen, sondern im Vermögen des Dritten eingetreten sei (von Tuhr/Escher, Allg. Teil des Schweiz. OR II, S. 111 ff.; von Caemmerer, Das Problem des Drittschadensersatzes, in ZbJV 100 [1964], 341 ff., insbesondere 357 ff.; K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechtes I, Allg. Teil, 11. Aufl., 1976, 371–374; R. Mosimann, Der Generalunternehmervertrag im Baugewerbe, Zürich 1972, 173; vgl. in diesem Zusammenhang auch Wolf, a.a.O., 291 f., wo darauf hingewiesen wird, dass nach Art. 97 Abs. 1 OR die Ersatzpflicht des Schuldners nicht auf den Schaden des Gläubigers beschränkt ist und dass durch die Fassung des Artikels – die absichtlich so gewählt worden sei – der Praxis der nötige Spielraum belassen werden wollte; «man kann daher in Art. 97 Abs. 1 OR die gesetzliche Grundlage für den Anspruch des Gläubigers auf Ersatz des Schadens des Dritten erblicken»). – Wenn der Gläubiger Ersatz des Schadens verlangt, den ein Dritter durch die Vertragsverletzung erlitten hat, so ist der Ersatz grundsätzlich an den geschädigten Dritten zu leisten. Wie von Tuhr/Escher (a.a.O., 112) ausführen, kann die entsprechende Ersatzsumme jedoch auch dem Gläubiger zugesprochen werden, wenn dieser vom Dritten mit der Wahrung seiner Interessen beauftragt ist oder wenn sonst kein Zweifel daran besteht, dass die dem Gläubiger zugesprochene Ersatzsumme zur Entschädigung des Dritten verwendet wird.

Im Lichte dieser Überlegungen erscheint es richtig, der Beklagten im vorliegenden Falle das Recht zur Geltendmachung der fraglichen Verrechnungsansprüche zuzuerkennen. Es ist unbestritten geblieben, dass die Beklagte für die Z. AG als Generalunternehmerin aufgetreten ist. Sie handelte somit im Interesse und als mittelbare Stellvertreterin der Liegenschaftseigentümerin. Dass auch diese den Ersatz der behaupteten Schäden will, darf in Anbetracht der engen personellen und wirtschaftlichen Verflechtung der beiden Firmen, auf die gerade die Klägerin mit Nachdruck hinweist, ohne weiteres angenommen werden. Es erübrigt sich daher, den strikten Beweis darüber zu führen, ob die Z. AG die Beklagte tatsächlich für die behaupteten Schäden verantwortlich gemacht hat. Geht man mit der Klägerin davon aus, dass Z., der Gesellschafter und Geschäftsführer der Beklagten und Verwaltungsratspräsident der Z. AG ist, diese beiden Gesellschaften beherrscht, so bestehen auch keine Bedenken dagegen, die erhobenen Verrechnungsansprüche als solche der Beklagten zu behandeln.

III

Le recours dirigé contre Béton Bau S.A. en liquidation concordataire

1. — Le droit du propriétaire de dégrever son immeuble de l'hypothèque légale et d'exercer son recours contre le débiteur en vertu des art. 827 al. 2 CC et 110 ch. 1 CO n'est ni contestable ni contesté. Mais les liquidateurs concordataires de Béton Bau S.A. s'opposent à ce que la recourante compense sa dette envers l'entrepreneur général avec cette créance.

Se fondant sur l'arrêt *Wirtschaftsbank Zürich* contre *Konkursmasse W. Fuchs & Co.*, du 12 juin 1969 (ATF 95 III 47 ss.), la Cour cantonale a dit que la créance récursoire n'est acquise au propriétaire qu'au moment où le créancier hypothécaire est payé, soit, en l'espèce, après l'octroi du sursis concordataire, ce qui exclut la compensation (art. 213 al. 2 ch. 1 et 316 m LP).

2. — Si l'on envisage le problème du point de vue de la compensation entre la dette du maître de l'ouvrage envers l'entrepreneur général et une créance de *Le Trajan* Lausanne S.A. contre *Béton Bau S.A.* fondée sur l'action récursoire des art. 827 CC et 110 CO, la Cour cantonale a sainement jugé. Il ressort du dossier que *Béton Bau S.A.* est en liquidation concordataire ensuite d'un concordat par abandon d'actif. En vertu des art. 213 et 316 m LP, la compensation n'est possible que si le débiteur de celui qui a obtenu un concordat est devenu son créancier avant le sursis. Or le propriétaire qui dégreve son immeuble n'est subrogé aux droits du créancier qu'il désintéresse et partant n'acquiert la qualité de créancier que lors du paiement.

La recourante ne pourra imputer la somme payée pour dégrever l'immeuble que si elle est en droit d'opérer une réduction, soit de contester la créance de l'entrepreneur comme telle pour un motif tenant à l'inexécution de ses obligations par celui-ci: il ne s'agit plus d'opposer à une créance de l'entrepreneur une créance du propriétaire distincte, ayant sa source

23 AS 104 II — 1978

dans le dégrevement de l'immeuble, mais de discuter le montant du prix dû à l'entrepreneur.

C'est sur ce terrain que se place implicitement la recourante, bien que, dans ses conclusions, elle parle de compensation: elle invoque la garantie du chef d'éviction, du moins par analogie (art. 192-196, 365 al. 1 CO), et l'inexécution de ses obligations par l'entrepreneur, notamment de son obligation de sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes du maître de l'ouvrage (art. 321a, 364 al. 1 CO).

3. — a) Dans l'arrêt *S.I. Semailles-Voires* «A» S.A. contre *Macullo*, du 2 mai 1969 (ATF 95 II 87 ss.), le Tribunal fédéral a reconnu au sous-traitant le droit de requérir l'hypothèque légale en garantie de sa créance même lorsque le propriétaire de l'immeuble, maître de l'ouvrage, a payé l'entrepreneur général: c'est la conséquence de la protection dont bénéficie le sous-traitant en vertu de la loi (art. 837 al. 1 ch. 3 CC). Sans doute, lit-on dans l'arrêt, «le propriétaire risque d'être contraint, pour éviter la réalisation du gage immobilier, d'acquitter une seconde fois la facture du sous-traitant, dont les prestations étaient pourtant comprises dans le prix qu'il a payé à l'entrepreneur général. Mais cet inconvénient n'a pas échappé au législateur, lequel a estimé en connaissance de cause que les intérêts du sous-traitant l'emportaient sur ceux du propriétaire» (p. 90/91).

b) Reste à savoir si le juge a la possibilité de parer à cet effet, non seulement rigoureux mais choquant, aussi longtemps que le maître n'a pas entièrement désintéressé l'entrepreneur général.

aa) Contrairement à ce qu'implique le raisonnement de la Cour cantonale, on ne saurait voir, dans la dette du maître envers l'entrepreneur général et la créance du propriétaire qui a dégrevé son immeuble, des obligations distinctes, comme si, en dégrevant l'immeuble, le maître avait éteint une dette de l'entrepreneur sans relation avec sa dette à lui envers ce dernier. Le montant de la créance du sous-traitant, relative à des travaux commandés par l'entrepreneur général et exécutés pour son compte, est compris dans le prix dû par le maître à l'entrepreneur. Lorsque, pour dégrever l'immeuble, le maître désintéresse directement le sous-traitant, il paie une somme représentant une part de ce qu'il doit à l'entrepreneur: on n'est pas loin du versement d'un acompte. Certes, cette somme n'est pas payée

au créancier lui-même, mais à un créancier de l'entrepreneur en faillite ou au bénéficiaire d'un concordat, créancier qui, titulaire d'un gage, échappe à la loi du dividende. Néanmoins, l'institution de l'hypothèque légale n'a pas pour fonction de garantir les créanciers de l'entrepreneur dans la faillite ou le concordat de ce dernier : elle vise uniquement à protéger les entrepreneurs et les sous-traitants contre la carence du maître de l'ouvrage.

bb) Selon l'art. 368 al. 2 CO, si l'ouvrage présente des défauts ou n'est pas conforme au contrat, soit si, en termes plus généraux, il y a eu exécution incorrecte du contrat (ATF 100 II 32 consid. 2), le maître peut réduire le prix en proportion de la moins-value. Pour la notion de défaut, on peut se référer aux critères de l'art. 197 CO, relatif aux défauts de la chose vendue (OSER/SCHÖNENBERGER, 2^e éd., n. 2 ad art. 368; GAUTSCHI, 2^e éd., n. 14 a ad art. 367; GUHL/MERZ/KUMMER, Das schweizerische Obligationenrecht, p. 424; GAUCH, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2^e éd., Zurich 1977, p. 108 n. 388 ss.).

L'entrepreneur général qui, par sa carence, livre un ouvrage grevé d'une hypothèque légale en faveur d'un sous-traitant, soit un ouvrage qui n'est pas franc de charges autres que celles auxquelles peut prétendre l'entrepreneur, n'exécute pas correctement son obligation : le résultat n'est pas celui que les parties au contrat d'entreprise ont voulu d'un commun accord ; l'ouvrage est affecté d'un défaut analogue à un défaut juridique. Le maître est donc en droit d'opérer une réduction sur le prix convenu, indépendamment de l'action récursoire que lui confèrent les art. 827 CC et 110 CO.

En l'espèce, on peut partir de la présomption de fait que la plus-value objective apportée par la prestation du sous-traitant correspond à la part du prix qui y est afférente et arrêter le montant de la réduction au capital garanti par l'hypothèque légale, soit 84040 fr. 20 : la masse concordataire n'a en effet rien allégué qui justifie une autre computation.

40. Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. November 1977 i.S. Zehntner Armierungen AG gegen Schweizerische Eidgenossenschaft

Bauhandwerkerpfandrecht an einem Grundstück der Eidgenossenschaft; Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB.

1. Zum Verwaltungsvermögen des Staates gehören öffentliche Sachen, die unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen;

228

Sachenrecht - N° 40

unwesentlich ist, ob diese Aufgabe hoheitlichen Charakter hat oder nicht und ob sie allenfalls auch von der Privatwirtschaft statt vom Staat wahrgenommen werden könnte. Eine PTT-Anlage, die verschiedenen Zwecken der Telephonie, des Fernsehens und des Sprechfunks mit Fahrzeugen dient, gehört zum Verwaltungsvermögen der Eidgenossenschaft (E. 3).

2. Die Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts an einem Grundstück, das Verwaltungsvermögen bildet, ist nicht zulässig. Die Pflanzung und Verwertung des Grundstücks wäre mit seiner Bestimmung zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe nicht vereinbar (E. 4).

3. Eine subsidiäre Haftung des Staates gegenüber Bauhandwerkern, die als Unterakkordanten für ihn tätig waren und deren Werklohnforderungen wegen Zahlungsunfähigkeit des Generalunternehmers nicht erfüllt werden, ist zu verneinen (E. 5).

Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs sur un immeuble de la Confédération, art. 837 al. 1 ch. 3 CC.

1. Font partie du patrimoine administratif de l'Etat les biens de l'Etat qui servent directement à remplir une tâche publique; peu importe que cette tâche ait ou non un caractère d'acte de souveraineté et qu'elle puisse éventuellement être exercée aussi par une entreprise privée. Une installation des PTT qui sert à remplir diverses fonctions de téléphonie, de télévision et d'émetteurs-récepteurs radio sur véhicules appartient au patrimoine administratif de l'Etat (c. 3).

2. Il n'est pas possible de constituer une hypothèque légale d'artisan ou d'entrepreneur sur un immeuble qui fait partie du patrimoine administratif. La saisie et la réalisation de l'immeuble seraient inconciliables avec sa destination, savoir l'accomplissement d'une tâche publique (c. 4).

3. On ne saurait admettre l'existence d'une responsabilité subsidiaire de l'Etat envers des maîtres d'état qui ont travaillé pour lui comme sous-traitants et dont les créances en rémunération n'ont pas été satisfaites ensuite de l'insolvabilité de l'entrepreneur général (c. 5).

Ipoteca legale degli artigiani ed imprenditori su un immobile della Confederazione; art. 837 cpv. 1 n. 3 CC.

1. Fanno parte del patrimonio amministrativo dello Stato i beni di quest'ultimo destinati direttamente all'adempimento di un compito pubblico; poco importa se questo compito abbia o no un carattere d'atto di sovranità e se possa eventualmente essere attuato anche da un'impresa privata. Un impianto delle PTT destinato ad adempiere diverse funzioni nell'ambito della telefonia, della televisione e delle comunicazioni radiofoniche con autoveicoli, appartiene al patrimonio amministrativo dello Stato (consid. 3).

2. Non è consentito costituire un'ipoteca legale degli artigiani ed imprenditori su un immobile facente parte del patrimonio amministrativo. Il pignoramento e la realizzazione dell'immobile sarebbero inconciliabili con la sua destinazione, che è quella di adempiere un compito pubblico (consid. 4).

Sachenrecht - N° 40

229

3. Va negato l'esistenza di una responsabilità sussidiaria dello Stato nei confronti di artigiani che abbiano lavorato per esso in subappalto e i cui crediti per l'attività svolta non siano stati soddisfatti a causa dell'insolvenza dell'imprenditore generale (consid. 5).

mit den Spenglerarbeiten und O. mit den Schreinerarbeiten, wofür diese der Firma R. Rechnungen im Betrage von Fr. 2400.— bzw. Fr. 407.50 stellten. Diese Arbeiten waren im Pauschalbetrag von Fr. 14000.— inbegriffen. Ausgenommen ist nur ein Betrag von Fr. 380.— für Streichen der Fenster von innen, was die kantonalen Gerichte zu einer Herabsetzung des Schadens des S. auf Fr. 2020.— veranlasste.

In der Schlussabrechnung vom 27. Juli 1976 wurden die ausgeführten Arbeiten nochmals kurz erwähnt: «Maler- und Maurerarbeiten laut Arbeitsauftrag, Spenglerarbeiten, Dachrinnen und Ablaufrohre in Kupfer liefern, montieren, Jalousienläden liefern und montieren.» Von den gleichzeitig angewendeten Angeklagten wurden keine Vorbehalte hinsichtlich Mehrarbeiten gemacht und verschwiegen, dass die Rechnungen Firma B. und O. noch nicht bezahlt waren und dass sie diese nicht bezahlen wollten. S. wusste damals nicht, welche Handwerker zur Erledigung der Spengler- und Schreinerarbeiten beigezogen worden waren. So bezahlte er mit der Schlussabrechnung den Restbetrag von Fr. 1000.—, nachdem er am 9. und 20. Juli 1976 schon Anzahlungen von Fr. 5000.— und Fr. 8000.— geleistet hatte.

Nachdem die Firma B. die Firma R. mehrmals vergeblich zur Zahlung gemahnt hatte, wirkte sie am 11. Oktober 1976 den provisorischen Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechtes auf der Liegenschaft des S. Um es abzulösen, bezahlte S. die Fr. 2400.— an die Firma B. O. unterliess es, ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen zu lassen. Seine Forderung wird von den Angeklagten anerkannt.

b) Gegen ihre Verurteilung wegen Betrugs wenden die Beschwerdeführer zunächst ein, es sei nicht üblich, dass die Bauhandwerker ihre Verpflichtungen gegenüber Lieferanten und Unterbeauftragten ihrem Auftraggeber bekanntzugeben hätten. Ein Werkauftraggeber müsse stets damit rechnen, dass bei Unteraufträgen auch ein Bauhandwerkerpfandrecht angemeldet werden könne.

Die Beschwerdeführer bestreiten also ein arglistiges Verschweigen der Rechnungen dadurch, dass sie eine Aufklärungspflicht verneinen. Sie übersehen, dass die Vorinstanz ihnen auch vorwirft, sie hätten durch positives Verhalten Tatsachen vorgespiegelt, denn sie hätten durch ihr ganzes Verhalten S. zur Auffassung gebracht, dass mit seiner Restzahlung alle An-

27. **Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 7. Juni 1979 i.S. W. und B. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau** (Nichtigkeitsbeschwerde)

Art. 148 StGB. Betrug.
Baurenovationsauftrag, bei dem der Beauftragte dem Auftraggeber verspricht, dass ein Unterbeauftragter nicht bezahlt wurde, und vor- spiegelt, mit der vertraglichen Zahlung seien alle Ansprüche aus dem Auftrag saldiert. Anmeldung eines Handwerkerpfandrechtes durch den Unterbeauftragten.

Art. 148 CP, escroquerie.
Contrat portant sur la restauration d'un immeuble, dans lequel l'entrepreneur cache au maître de l'ouvrage qu'un sous-traitant n'a pas été payé et fait croire que le paiement de la somme prévue dans le contrat éteint toutes les créances résultant de celui-ci. Demande d'inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs par le sous-traitant.

Art. 148 CP, truffa.
Contratto relativo alla restaurazione d'un immobile, in occasione del quale l'appaltatore sottace al committente che un subappaltatore non è stato pagato e induce il committente a credere che il pagamento della somma prevista nel contratto abbia estinto tutti i crediti risultanti dal contratto stesso. Domanda d'iscrizione di un'ipoteca degli artigiani e imprenditori presentata da un subappaltatore.

Aus den Erwägungen:

1. — a) Dem beiden Angeklagten zur Last gelegten Betrug liegt folgender Sachverhalt zugrunde: W. und B. waren Inhaber der Firma R., die sich mit Baurenovationen befassete. Am 30. Juni 1976 erhielten sie von S. einen Renovationsauftrag, in welchem die vorzunehmenden Arbeiten in einer umfangreichen Liste umschrieben waren. Dafür wurde ein Pauschalpreis von Fr. 14000.— vereinbart. Die Firma R. beauftragte die Firma B.

sprache aus dem Renovationsauftrag saldiert seien. Diese Feststellung ist tatsächlicher Natur und bindet den Kassationshof (Art. 277bis Abs. 1 BSJP). In diesem Verhalten liegt eine Irreführung durch Täuschung. Ein Verschweigen liegt nur insofern vor, als die Angeklagten bei Entgegennahme der Restzahlung gar nicht gewillt waren, die Rechnungen der Firma B. und des O. zu begleichen.

Dieses Verhalten war auch arglistig. Gibt der Unternehmer dem Besteller die Lieferanten und die Unterbeauftragten nicht bekannt, ist der Besteller regelmässig nicht in der Lage zu prüfen, ob der Unternehmer sie bezahlt hat. Der Besteller darf aber erwarten, dass der Unternehmer das Geld, das er von ihm erhält, dazu verwende. Dass dieser Wille bei den Beschwerdeführern nicht vorhanden war, war für S. nicht erkennbar.

c) Mit dem provisorischen Eintrag des Handwerkerpfandrechts war S. geschädigt. Zur Abwendung der Zwangsvollstreckung musste er die Forderung der Firma B. über den vereinbarten Pauschalpreis hinaus bezahlen. Damit war der Tatbestand des Betruges vollendet. Die Regressforderungen gegen die Firma R und die Angeklagten ermöglichen nur eine nachträgliche Wiedergutmachung des Schadens und vermögen an der Strafbarkeit nichts zu ändern; denn schon eine bloss vorübergehende Schädigung erfüllt den Tatbestand (BGE 102 IV 88 E. 4 mit Verweisen).

Ansprüche aus Mehrleistungen haben die Beschwerdeführer bei der Schlussabrechnung nicht geltend gemacht, und die kantonalen Gerichte haben sie (mit Ausnahme der berücksichtigten Fr. 380.—) verneint. Vorsatz und betrügerische Absicht sind verbindlich festgestellt. Die gegenteiligen Rügen tatsächlicher Natur sind unzulässig (Art. 273 Abs. 1 lit. b BSJP).

d) Anders verhält es sich im Falle O. Durch das Verschweigen der Forderung des O. im Betrage von Fr. 407.50 wurde S. nicht geschädigt. Er wäre es nur geworden, wenn auch O. ein Handwerkerpfandrecht rechtzeitig angemeldet hätte. Nur so hätte O. auf das Vermögen des S. greifen können. O. aber wurde durch das Verhalten des getäuschten S. nicht rechtswidrig geschädigt, da S. gegen O. keine persönliche Verpflichtung hatte.

Die Verurteilung von W. und B. ist daher in diesem Punkte aufzuheben. Rechneten diese aber ernsthaft mit der Möglichkeit, auch O. könnte ein Handwerkerpfandrecht anmelden, was

vom Sachrichter festzustellen sein wird, so wäre Betrug im Sinne von Art. 22 StGB versucht. In diesem Sinne geht die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

Gauch, Die Submission im Bauwesen - Privatrechtliche Aspekte, erschienen in: Mensch und Umwelt, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Freiburg 1980, S. 191 ff.; S. 200

c. Die Vorsubmission für Subunternehmer. Sie ist ein Verfahren zur Vorbereitung einer Submission über ein großes Bauvorhaben (z.B. den Bau einer Brücke), in der dann für eine konkrete Einzelleistung (z.B. die Vorspannarbeit) der Beizug eines bestimmten Subunternehmers vorgeschrieben wird. Diese nachfolgende Submission wird im Unterschied zur Vorsubmission als *Hauptsubmission* bezeichnet.

In der Vorsubmission, die der Hauptsubmission vorangeht, wird die erwähnte Einzelleistung (z.B. die Vorspannarbeit) separat ausgeschrieben. Der Vertrag über die ausgeschriebene Leistung, für deren Ausführung die Vorsubmittenten Angebote einreichen, soll aber nicht mit dem Ausschreiber zustandekommen. Als Vertragspartner ist vielmehr jener noch nicht bekannte Unternehmer vorgesehen, dem der Ausschreiber in der nachfolgenden Hauptsubmission die gesamte Arbeit übertragen wird. Der Ausschreiber wählt aus dem Kreis der Vorsubmittenten den Angebotsteller aus, der ihm für die ausgeschriebene Einzelleistung am besten zusagt. Dessen Angebot gibt er in den Unterlagen der Hauptsubmission bekannt und verlangt zugleich, daß der Unternehmer, der die gesamte Arbeit übernimmt, den ausgewählten Angebotsteller als Subunternehmer für die betreffende Einzelleistung beizieht und dessen eingereichtes Angebot annimmt¹⁵.

¹⁵ Was die *rechtliche « Konstruktion »* betrifft, so ist zwar möglich, daß der Vorsubmittent durch die Einreichung seines Angebotes einen Vorvertrag (Art. 22 OR) mit dem Ausschreiber abschließt, worin er sich zu Gunsten des in der Hauptsubmission zu ermittelnden Unternehmers (Art. 112 OR) zum Abschluß eines Subunternehmervertrages verpflichtet. Im *Regelfall* aber ermächtigt der Vorsubmittent den Ausschreiber, das eingereichte Angebot an den in der Hauptsubmission erfolgreichen Unternehmer zu übertragen, derart, daß dieser Unternehmer berechtigt wird, den vom Vorsubmittenten offerierten Vertrag durch Annahmeerklärung abzuschließen.

Baurecht, Zeitschrift für das gesamte
 öffentliche und zivile Baurecht, 1978
 S. 304 ff.

Ersatzteillieferant: nicht Erfüllungsgehilfe des Auftragnehmers

Der Lieferant eines an Stelle eines fehlerhaften Einzelteils in das Werk einbezogenen Ersatzteils ist nicht Erfüllungsgehilfe des Werkunternehmers bei der Lieferung dieses Ersatzteils, und zwar auch dann nicht, wenn er den Austausch – entsprechend seinen Lieferbedingungen – durch seinen Monteur vornehmen läßt.

BGB §§ 278, 635.

BGH, Urt. v. 9. Februar 1978 – VII ZR 84/77 –
 OLG Köln LG Köln

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin erstellte 1967 für eine Versicherungsgesellschaft eine Wohnanlage. Den Auftrag für die Sanitär- und Heizungsanlage vergab sie dabei an die Beklagte als Subunternehmerin. Dem Vertrag wurde die VOB/B (1952) zugrunde gelegt. 1968 und 1969 kam es infolge undichter Hei-

zungsventile in verschiedenen Wohnungen zu Wasserschäden. Die Klägerin, die dafür gegenüber der Bauherrin einstehen muß, begehrt von der Beklagten Schadensersatz in Höhe von 72 280,69 DM nebst Zinsen. Davon entfallen 22 188,33 DM auf einen am 1. September 1969 in der Wohnung K. eingetretenen Schaden, der auf den Einbau eines schadhaften Ventils der Firma Ko. (dem Heizungsventil fehlte die Stopfbuchschraube) zurückzuführen ist.

Das Landgericht hat der Klage im wesentlichen stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die angefochtene Entscheidung durch Teilurteil dahin abgeändert, „daß die Klage wegen eines Betrages von 22 188,33 DM (betreffend den Schaden in der Wohnung K. vom 1. September 1969) abgewiesen wird“. Die Revision der Klägerin blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Wie jetzt unstreitig ist, beruht der Wasserschaden

allein auf dem Fehlen der Stopfbuchsenschraube an dem – als Ersatz für ein schadhafes Ventil eingebauten – fabrikneuen Ventil der Firma Ko., nicht aber auf fehlerhafter Montage dieses Ventils. Das Berufungsgericht verneint eine Haftung der Beklagten aus § 13 Ziff. 7 VOB/B mangels Verschuldens. Im handwerklichen Bereich würden vom Hersteller gelieferte fabrikneue Teile grundsätzlich ohne Überprüfung auf Produktionsmängel eingebaut. Daher sei es der Beklagten nicht als Verschulden anzulasten, daß der einbauende Monteur das neue Ventil nicht auf das Vorhandensein der Stopfbuchsenschraube hin überprüft habe. Das gelte um so mehr, als, wie der Sachverständige ausgeführt habe, das Fehlen des Ventiltails nicht durch bloßes Betrachten, sondern nur durch Zerlegen des Ventils hätte erkannt werden können. Dazu habe aber hier kein Anlaß bestanden, da die Erzeugnisse dieser Lieferfirma „völlig vertrauenswürdig“ seien. Es ändere auch nichts, daß nach dem Herstellerprospekt die Stopfbuchsenschraube im Falle der Undichtigkeit des Ventils beim Einbau mit einem Kappensicherungsschlüssel leicht nachgezogen werden „könne.“ Die Undichtigkeit sei nämlich erst „einige Zeit nach der Montage“ aufgetreten.

Es führe auch nicht zu einer Haftung der Beklagten, daß ein **Monteur des Lieferwerks** (Firma Ko.) das mangelhafte Ventil eingebaut habe. Auch der Monteur, durch den die Firma Ko. – aufgrund der von ihr mit der Beklagten im Kaufvertrag vereinbarten Art der Gewährleistung – das Ersatzventil unmittelbar hat einbauen lassen, habe sich darauf verlassen dürfen, daß fabrikneue Ventile der Firma Ko. einwandfrei seien. Deshalb treffe auch diesen Monteur, der insoweit allerdings als Erfüllungsgehilfe der Beklagten anzusehen sei, kein Verschulden.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Sie macht geltend, nicht nur sei der **Monteur der Firma Ko.** Erfüllungsgehilfe der Beklagten **bei der Montage** des mangelhaften Ersatzventils gewesen, sondern auch die **Firma Ko. selbst** Erfüllungsgehilfe der Beklagten **bei der Lieferung** dieses Ventils seitens der Beklagten an die Klägerin. Das geht fehl.

a) Erfüllungsgehilfe ist, wer nach den tatsächlichen Gegebenheiten des Falles mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine „Hilfsperson“ tätig wird [1]. Wenn es damit auch nicht entscheidend ist, ob der Gehilfe durch seine Handlungen eine eigene Verbindlichkeit gegenüber dem Schuldner erfüllt [3], so muß sich die Tätigkeit des Erfüllungsgehilfen doch als eine vom Schuldner gewollte oder gebilligte Mitwirkung bei der Vertragserfüllung darstellen [3].

Das ist aber bei der **Lieferung** von Gegenständen, die der Unternehmer bei der Herstellung des Werks verwendet, nicht der Fall. Diese Lieferung erfolgt nämlich im Rahmen des zwischen dem Unternehmer und seinem Lieferanten geschlossenen **Kaufvertrages**. Sie ist damit gerade nicht in den werkvertraglichen Pflichtenkreis des Unternehmers gegenüber dem Besteller einbezogen. Insoweit besteht kein wesentlicher Unterschied gegenüber den Fällen, in denen eine Kaufsache vom Käufer weiterverkauft wird [4].

Demnach ist hier die Firma Ko. nicht Erfüllungsgehilfe der Beklagten bei der **Lieferung** des Ersatzventils.

b) Daran ändert es auch nichts, daß das mangelhafte Ersatzventil durch einen Monteur der Firma Ko. bei der Klägerin eingebaut wurde. Das geschah nämlich deswegen, weil das ursprünglich installierte Ko.-Ventil mangelhaft war. Die Firma Ko. erfüllte daher mit der Lieferung des Ersatzventils lediglich ihre Gewährleistungspflicht **aus dem Kaufvertrag** mit der Beklagten über das erste Ventil. Auch die Lieferung des Ersatzventils beruht somit allein auf dem Kaufvertrag zwischen der Beklagten und der Firma Ko. Diese Firma wurde dadurch nicht Subunternehmerin der Beklagten [5] und somit auch nicht Erfüllungsgehilfin der Beklagten.

Damit ist es der Klägerin versagt, die Beklagte über § 278 BGB **wegen der Lieferung** des schadhaften Ventils in Anspruch zu nehmen.

2. Einen **Fehler** des Monteurs der Firma Ko. **bei der Montage** des Ersatzventils, für den die Beklagte allerdings nach § 278 BGB einzustehen hätte, hat das Berufungsgericht verneint, weil den Monteur kein Verschulden treffe. Das hält den Angriffen der Revision stand. Das Berufungsgericht brauchte nicht anzunehmen, hier lägen besondere Umstände vor, die den einbauenden Monteur zu einer Untersuchung des Ventils auf Fehlerfreiheit und ein-

[1] BGHZ 13, 111, 113; 50, 32, 35; 62, 119, 124 m. w. N.

[2] Alff in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 278 Rdn. 22, 23.

[3] BGHZ 13, 111, 113, 114.

[4] Vgl. Senatsurteil vom 22. Februar 1962 – VII ZR 205/60 = VersR 1962, 480, in welchem der Senat bereits ausgesprochen hat, daß ein Heizungsbauer nicht für den Wasserschaden haftet, der durch das Platzen eines ihm von seinem Lieferanten gelieferten unerkennbar fehlerhaften Heizkörpers entstanden ist, weil der Lieferant nicht sein Erfüllungsgehilfe ist; vgl. ferner BGHZ 48, 118, 120; Glanzmann in BGB-RGRK aaO, Anhang zu §§ 633 – 635, Rdn. 2 m. w. N.; Staudinger/Werner, 10./11. Aufl., § 278, Rdn. 43 „Lieferanten“; Palandt/Thomas, BGB, 37. Aufl., Anm. 2 a zu § 631 und Palandt/Heinrichs, aaO, Anm. 4 a zu § 278.

[5] Vgl. dazu BGHZ 66, 43, 46 = BauR 1976, 131 und somit auch nicht Erfüllungsgehilfin der Beklagten.

wandfreies Funktionieren hätten veranlassen müssen.

a) Daß das erste Ventil undicht geworden war, legte noch nicht den Gedanken nahe, das als Ersatz eingebaute Ventil könnte ebenfalls fehlerhaft, z. B. im Werk unvollständig montiert worden sein.

b) Auch daraus, daß die Produktion des hier eingebauten Ventiltyps **später** eingestellt worden ist, läßt sich nichts dafür herleiten, daß die Firma Ko. oder ihr Monteur im Zeitpunkt des Einbaus dieses Ersatzventils damit hätten rechnen müssen, Ventile dieses Typs seien allgemein fehlerhaft.