

Peter Gauch *

Probleme von und mit Subunternehmern – Ein Beitrag zum privaten Baurecht

Inhalt

- I. Die am Bau Beteiligten (Überblick)
- II. Der Subunternehmer
 - 1. Merkmale
 - 2. Abgrenzung
- III. Der Beizug des Subunternehmers
 - 1. Die Zulässigkeit des Beizugs
 - A. Beurteilung nach Vertragsabrede
 - B. Beurteilung nach Gesetz (Art. 364 Abs. 2 OR)
 - 2. Der unerlaubte Beizug
- IV. Die Beziehungen zwischen den Betroffenen
 - 1. Beziehungen zwischen Subunternehmer und Unternehmer
 - A. Im allgemeinen
 - B. Das Verhältnis zwischen Subunternehmervertrag und Hauptvertrag
 - C. Schutzklauseln zugunsten des Unternehmers
 - 2. Beziehungen zwischen Subunternehmer und Bauherrn
 - A. Im allgemeinen
(Weder Leistungspflicht des Subunternehmers noch Vergütungspflicht des Bauherrn)
 - B. Das Bauhandwerkerpfandrecht des Subunternehmers
 - C. Die Vorsubmission
 - 3. Beziehungen zwischen Unternehmer und Bauherrn
 - A. Im allgemeinen
 - B. Die Haftung des Unternehmers für den Subunternehmer
 - C. Die Bezahlung des Subunternehmers durch den Bauherrn

Literatur (Auswahl): BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979; GAUCH, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1977; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil,

* Bei der Überprüfung des Textes und der Kontrolle der Zitate hat mir mein Assistent lic.iur. ROLAND HÜRLIMANN wertvolle Hilfe geleistet.

2. Aufl., Zürich 1981; GAUTSCHI, Berner Kommentar zu Art. 363–379 OR, Bern 1966; GAVALDA, Sous-traitance, in: Encyclopédie Dalloz, Droit Civil VII, 1978; GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980; KOLLER, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Diss. Freiburg (Zürich 1980); MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Grundriss des Schweizerischen Gesellschaftsrechts, 4. Aufl., Bern 1981; MOSIMANN, Der Generalunternehmervertrag im Baugewerbe, Diss. Zürich 1972; PEDRAZZINI, Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1, Basel 1977, S. 495 ff.; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Zürich 1979; SWEET, Legal Aspects of Architecture, Engineering and the Construction Process, St. Paul, Minn. 1977; VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zürich 1974.

Abkürzungen: *BauR* = (Deutsche) Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht, Düsseldorf; *BGB* = Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch; *BGE* = Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung); *BGH* = (Deutscher) Bundesgerichtshof; *BGr* = Bundesgericht; *BR* = Baurecht, Mitteilungen des Seminars für Schweizerisches Baurecht (Freiburg); *Extraits* = Entscheide des Kantonsgerichts Freiburg, veröffentlicht in: «Extraits des principaux arrêts rendus par les diverses sections du tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg»; *GVP GR* = Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Graubünden (1934–1941); *GVP SG* = St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis (seit 1951); *NJW* = Neue Juristische Wochenschrift, München; *OR* = BG über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936; *Semjud* = La semaine judiciaire; *SIA-Norm 118* = Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, herausgegeben vom Schweizerischen Ingenieur- und Architektenverein, Ausgabe 1977; *SJZ* = Schweizerische Juristen-Zeitung; *SPR* = Schweizerisches Privatrecht, Basel und Stuttgart; *VOB* = (Deutsche) Verdingungsordnung für Bauleistungen; *ZBJV* = Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins; *ZGB* = BG über das Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907; *ZR* = Blätter für zürcherische Rechtsprechung.

«Subcontracting is the legal «Achilles heel» of the construction process.» Dieser Satz des amerikanischen Baurechtlers JUSTIN SWEET¹ trifft exakt auch die Verhältnisse in der Schweiz. Wer Einblick in den Rechtsalltag des Bauens hat, der weiss, dass Probleme von und mit Subunternehmern an der Tagesordnung sind. Dennoch kennt das schweizerische Recht keine besonderen Gesetzesbestimmungen, die sich mit dem Subunternehmer befassen; dies im Unterschied zu Frankreich, wo die «Subunternehmerschaft» durch ein besonderes Gesetz (die «*Lex Neuwirth*»²) speziell geregelt ist.

¹ SWEET, S. 450.

² *Lex Neuwirth* = Gesetz (loi) Nr. 75–1334 vom 31.12.1975 mit verschiedenen Anwendungsdekreten, z. B. Dekret (décret) Nr. 76–476 (betreffend: marchés publics) vom 31.5.1976; dazu GAVALDA, N 40 ff. Über die rechtliche Entwicklung des Subunternehmerturns in Frankreich siehe GAVALDA, N 30 ff.

Einige der Probleme, die sich immer wieder stellen, sollen nachstehend aufgezeigt werden, wobei sich die Darlegung auf den Subunternehmer *im Bauwesen* beschränkt. Als Einleitung dient ein kurzer Überblick über die am Bau Beteiligten.

I. Die am Bau Beteiligten (Überblick)

1. An der Errichtung eines Bauwerkes beteiligt sind im *Normalfall* ein *Bauherr*, ein *Architekt* (oder/und *Ingenieur*) sowie mehrere *Bauunternehmer*. Der Bauherr (SIA-Norm 118, Art. 2 Abs. 1) ist der «Herr» des gesamten Baugeschehens, dem in der Regel das Baugrundstück zu Eigentum gehört. Die Bauunternehmer sind «Unternehmer» im Sinne des Werkvertragsrechts (Art. 363 OR). Sie führen Bauarbeiten aus, durch die ein mit dem Erdboden verbundenes Werk körperlich gestaltet wird. Der Architekt (Ingenieur) bereitet diese Arbeiten (durch Planung) vor und leitet sie. Die SIA-Norm 118 (Art. 33) bezeichnet ihn kurz als «Bauleitung».

2. In der traditionellen *Form des Bauens* beauftragt³ der Bauherr einen Architekten (Ingenieur) mit der Planung und der Bauleitung. Ferner verteilt er die auszuführenden Bauarbeiten auf verschiedene Bauunternehmer, indem er mit jedem Unternehmer einen separaten Werkvertrag über einen Teil der Gesamtarbeit abschliesst. Nach der Terminologie der SIA-Norm 118 (Art. 30) ist jeder dieser *Teilunternehmer* ein «Nebenunternehmer» des andern.

Möglich ist aber auch, dass der Bauherr auf den Einsatz verschiedener Teilunternehmer («Nebenunternehmer») verzichtet, indem er sämtliche Bauarbeiten einem einzigen Unternehmer in einem einzigen Werkvertrag überträgt. Dieser Unternehmer, der an die Stelle der verschiedenen Teilunternehmer tritt, ist nach gebräuchlicher Rede-

³ Der Architektenvertrag ist nach neuerer (in der Literatur aber nicht unbestrittener) Rechtsprechung des Bundesgerichts selbst dann ein einfacher Auftrag (kein Werkvertrag), wenn er sich auf die Herstellung der Pläne beschränkt: BGE 98 II 312 (Änderung der Rechtsprechung); 104 II 317 ff.; Semjud 100, 1978, S. 386 ff. Materiell auf diese Qualifikationsfrage einzutreten, ist hier nicht der Platz.

wendung ein *Generalunternehmer*⁴. Er wird zum *Totalunternehmer*, wenn er nebst den Bauarbeiten auch noch die Planungs- und andere Aufgaben des Architekten (Ingenieurs) übernimmt⁵.

3. Nach dem soeben skizzierten Bild (Ziff. 1 und 2) schliesst der Bauherr den jeweiligen Werkvertrag nur mit einem einzigen Unternehmer ab; und jeder Unternehmer hat den Bauherrn zum Vertragspartner. Dieses Bild bedarf der *Erweiterung*, und zwar in doppelter Hinsicht: Einerseits kommt es vor, dass mehrere Unternehmer, die als einfache Gesellschafter (Art. 530 OR) zu einer *Arbeitsgemeinschaft* (SIA-Norm 118, Art. 28) verbunden sind, einen gemeinsamen Werkvertrag mit dem Bauherrn vereinbaren. Andererseits gibt es den *Subunternehmer*. Von ihm ist nachfolgend die Rede.

II. Der Subunternehmer

1. Merkmale

1. Der Subunternehmer, der sich an der Errichtung eines Bauwerkes beteiligt, ist ein Werkunternehmer (Art. 363 OR). Er hat jedoch *nicht den Bauherrn zum Besteller*, sondern einen andern (Bau-)Unternehmer (vgl. SIA-Norm 118, Art. 29). Zwischen ihm und dem andern Unternehmer besteht ein Werkvertrag. Darin hat sich der Subunternehmer verpflichtet, bestimmte (einzelne oder sämtliche) Arbeiten auszuführen, die der Unternehmer seinerseits dem Bauherrn werkvertraglich schuldet⁶. Das bedeutet:

⁴ Vgl. z. B. GAUCH, Nr. 250; GAUTSCHI, N 15 d zu Art. 363 OR; MOSIMANN, S. 75; PEDRAZZINI, SPR VII/1, S. 507 f. Ein «beschränkter» Generalunternehmer übernimmt zwar nicht die Ausführung eines ganzen Bauwerkes, wohl aber eines Bauwerkteils von solcher Art, dass dessen Ausführung herkömmlicherweise an verschiedene Teilunternehmer vergeben wird.

⁵ Vgl. z. B. GAUCH, Nr. 260; MOSIMANN, S. 75 und 78; SCHLUEP/SCHAUB, SPR VII/2, S. 902. Obwohl der Totalunternehmer gewissermassen ein «projektierender» Generalunternehmer ist, arbeitet auch er im Werkvertrag; vgl. BGE 107 II 50 ff.; 97 II 66 ff.; 29 II 538 ff.; GAUCH, Nr. 263 ff.; SCHLUEP/SCHAUB, SPR VII/2, S. 905.

⁶ Der Unternehmer im Werkvertrag schuldet Arbeit (BGE 21 192) mit einem bestimmten Arbeitserfolg. In diesem Arbeitserfolg besteht das «Werk», zu dessen «Herstellung» der Unternehmer nach Art. 363 OR verpflichtet ist. Pointiert gesagt, schuldet der Unternehmer die

2. Der Unternehmer hat dem Subunternehmer Arbeiten, die er selber vom Bauherrn übernommen hatte, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung (nicht als Stellvertreter) weitervergeben. Zu diesem Zweck hat er mit dem Subunternehmer einen Werkvertrag abgeschlossen, der als «Subunternehmervertrag» bezeichnet wird. Im Unterschied dazu kann der Werkvertrag zwischen Unternehmer und Bauherrn als «Hauptvertrag» bezeichnet werden. Dem entsprechend heisst der Unternehmer (im Unterschied zum Subunternehmer) «Hauptunternehmer». Wo nachfolgend vom «Unternehmer» gesprochen wird, ist stets der «Hauptunternehmer» gemeint, der den Bauherrn zum Vertragspartner hat.

3. Der *Hauptunternehmer* ist entweder ein General-, ein Total- oder nur ein Teilunternehmer. Er kann einen oder verschiedene Subunternehmer beiziehen; er kann sämtliche Arbeiten weitervergeben oder nur einen Teil davon. Auch als General- oder Totalunternehmer handelt er gegenüber dem Subunternehmer auf eigene Rechnung (BGE 94 II 162), also nicht als mittelbarer Stellvertreter des Bauherrn⁷.

Schliesst der Subunternehmer den Werkvertrag mit den Unternehmern einer *Arbeitsgemeinschaft* ab, so hat er mehrere Hauptunternehmer zum Vertragspartner, die ihm gegenüber gesamthänderisch berechtigt (Art. 544 Abs. 1 OR) und solidarisch verpflichtet (Art. 544 Abs. 3 OR) sind⁸. Möglich ist sogar, dass ein Mitglied der Arbeitsgemeinschaft selber Arbeiten als Subunternehmer übernimmt, die der Bauherr allen Mitgliedern der Gemeinschaft übertragen hat. In diesem Sonderfall (der nachfolgend vernachlässigt wird) spielt der Subunternehmer eine Doppelrolle: Als Mitglied der Arbeitsgemeinschaft (nicht als Subunternehmer) steht er in einem Werkvertragsverhältnis zum Bauherrn; als Subunternehmer ist er den übrigen Mitgliedern der Gemeinschaft werkvertraglich verbunden.

Arbeit nicht als solche (BGE 98 II 302), sondern als Mittel für den vereinbarten Erfolg (das «Werk»). Das wird im vorliegenden Aufsatz immer vorausgesetzt.

⁷ Das ist zu betonen gegenüber GVP SG 1978, Nr. 16, S. 46 ff. (= SJZ 76, 1980, Nr. 22, S. 194 f. = BR 1980, S. 29, Nr. 13), wo der Generalunternehmer als mittelbarer Stellvertreter des Bauherrn aufgefasst wird.

⁸ Zur gesamthänderischen Berechtigung und solidarischen Verpflichtung der einfachen Gesellschafter siehe MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, S. 202 und 209.

2. Abgrenzung

Der Subunternehmer, der die umschriebenen Merkmale aufweist, ist von andern Baubeteiligten zu unterscheiden. *Keine Subunternehmer* sind insbesondere:

1. *Der subordinierte Nebenunternehmer.* Er steht in einem direkten Werkvertrag zum Bauherrn, ist aber nach dem Inhalt dieses Vertrages der Leitung und (oder) Aufsicht eines andern Nebenunternehmers unterworfen. Mit dem andern (übergeordneten) Nebenunternehmer verbindet ihn kein Vertragsverhältnis. Dadurch unterscheidet er sich vom Subunternehmer, der mit dem übergeordneten Unternehmer (dem Hauptunternehmer) durch Werkvertrag verbunden ist.

2. *Der Arbeitnehmer des Bauunternehmers.* Im Unterschied zum Subunternehmer arbeitet er nicht im Werkvertrag, sondern im Einzelarbeitsvertrag (Art. 319 OR). Er ist auch dann kein Subunternehmer, wenn er seine Arbeiten (z. B. einzelne Spezialarbeiten) im Akkordlohn (Art. 326 f. OR) verrichtet und in der Bausprache als «Unterakkordant» bezeichnet wird. Die Bezeichnung «Unterakkordant» ist übrigens mehrdeutig. Bald wird sie für den Subunternehmer verwendet (z. B. BGE 103 II 227 ff.), bald für bestimmte (temporäre) Arbeitnehmer mit Akkordlohn.

3. *Der Baulieferant des Unternehmers.* Anders als der Subunternehmer leistet er keine Arbeit, die der Unternehmer dem Bauherrn schuldet. Vielmehr liefert er Material (z. B. Zement, Backsteine, Röhren, Ziegel), das der Unternehmer für die Ausführung seiner Arbeiten benötigt, aber (nach dem Inhalt seines Werkvertrages mit dem Bauherrn) nicht selber herstellen, sondern nur *beistellen* muss. Die Lieferung des Materials geschieht meistens auf Grund eines Kaufvertrages (Art. 184 OR). Doch kann die Materialbestellung des Unternehmers auch eine Werkbestellung (Art. 363 OR) sein, was die Unterscheidung zwischen Baulieferant und Subunternehmer erschwert⁹.

⁹ Vgl. dazu GAUCH, Nr. 240 ff.

Kein Baulieferant ist der *Subunternehmer, der das Material für seine Arbeit selber beistellt*. Dass er das benötigte Material nicht vom Unternehmer bezieht, sondern «die Lieferung des Stoffes übernommen hat» (Art. 365 Abs. 1 OR), ändert nichts an seinem Charakter als Subunternehmer. Im Regelfall ist es gerade so, dass der Unternehmer die Arbeiten samt der Lieferung des benötigten Materials weitervergift, mit dem Subunternehmer also einen Werklieferungsvertrag abschliesst, der den Regeln des Werkvertrages untersteht (Art. 365 Abs. 1 OR).

4. *Der Sub-Subunternehmer*. Sein Vertragspartner (und Besteller) ist nicht ein Unternehmer mit direktem Vertragsverhältnis zum Bauherrn, sondern ein Subunternehmer. Dieser Subunternehmer hat Arbeiten des Unternehmers übernommen und seinerseits an einen andern – den Sub-Subunternehmer – weitervergeben. Die Stufung lässt sich selbstverständlich noch tiefer führen. Im folgenden aber beschränkt sich die Darstellung auf das Verhältnis «Bauherr–Unternehmer–Subunternehmer». Was darüber gesagt wird, gilt sinngemäss auch auf einer tieferen Stufe der Weitervergebung.

III. Der Beizug des Subunternehmers

Der Beizug des Subunternehmers geschieht durch den Bauunternehmer. Der Unternehmer lässt Arbeiten, die er dem Bauherrn für die Herstellung des vereinbarten Werkes schuldet, durch einen Subunternehmer ausführen. Die erste Frage (die Grundfrage), die sich im Zusammenhang mit Subunternehmern stellt, ist die Frage nach der Zulässigkeit des Beizuges.

1. Die Zulässigkeit des Beizuges

Ob der Unternehmer für bestimmte Arbeiten einen Subunternehmer beiziehen darf, beurteilt sich nach seinem Vertragsverhältnis zum Bauherrn. Massgebend sind (A.) getroffene Vertragsabreden und (B.) das Gesetz.

A. Beurteilung nach Vertragsabrede

1. Der Beizug eines Subunternehmers berührt die Interessen des Unternehmers und des Bauherrn. Deshalb finden sich in vielen Hauptverträgen *Vertragsabreden zwischen Unternehmer und Bauherrn*, welche die Zulässigkeit des Beizugs betreffen. Solche Abreden werden entweder zum vornherein (schon mit Abschluss des Hauptvertrages) oder erst später (durch Vertragsänderung) vereinbart, sei es ausdrücklich oder stillschweigend. Oft sind sie in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorformuliert; alsdann erlangen sie Vertragsgeltung durch Übernahme in den konkreten Einzelvertrag¹⁰.

Die Abreden können einen mannigfachen *Inhalt* haben. Sie reichen vom völligen Verbot – über die unbeschränkte Erlaubnis – bis zur Pflicht, einen Subunternehmer beizuziehen. Oft wird vereinbart, dass der Unternehmer einen Subunternehmer nur mit Genehmigung des Bauherrn beiziehen darf. Genehmigungsbefähigt ist – je nach Vereinbarung – der Beizug als solcher, die Person des beigezogenen Subunternehmers oder beides.

Dass der Bauherr den Unternehmer im Einzelfall zum Beizug eines Subunternehmers nicht nur ermächtigt, sondern geradezu verpflichtet, kann auf bautechnischen oder andern Gründen (z. B. Schutz des ortsansässigen Gewerbes) beruhen. Die *Pflicht zum Beizug* wird durch die jeweilige Abrede näher konkretisiert. Die Abrede geht in aller Regel dahin, dass der Unternehmer für bestimmte Arbeiten einen bestimmt-bezeichneten (vom Bauherrn «vorgeschriebenen») Subunternehmer beiziehen muss. Bisweilen schreibt der Bauherr dem Unternehmer nicht nur die Person des Subunternehmers vor, sondern verpflichtet ihn darüber hinaus, eine bereits vorliegende Offerte dieses Subunternehmers anzunehmen. Um dem Unternehmer einen «Subunternehmer samt Offerte» vorschreiben zu können, veranstaltet der Bauherr z. B. eine Vorsubmission, in der er die entsprechenden Arbeiten für Subunternehmer im voraus ausschreibt (dazu S. 173 f.).

¹⁰ Statt vieler: BUCHER, S. 133 f.; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 83 i f.; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 102; FORSTMOSER, Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht, in Festgabe Kummer, Bern 1980, S. 107 f.; SCHÖNBERGER/JÄGGI, N 440 und 476 zu Art. 1 OR.

2. Eine vorformulierte Abrede über den Beizug von Subunternehmern ist auch in der SIA-Norm 118 enthalten.

Nach Art. 29 Abs. 3 der Norm darf «der Unternehmer ... 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 dem Inhalt dieser Vorschrift (Art. 29 Abs. 3) darf der Unternehmer Arbeiten, die er dem Bauherrn schuldet, *grundsätzlich* nur dann durch einen Subunternehmer ausführen lassen, wenn entweder der «Werkvertrag»¹¹ die Beiziehung eines Subunternehmers «vorsieht» oder der Bauherr sie «erlaubt». «Vorsehen» kann der Werkvertrag den Beizug, indem er ihn «allgemein oder für eine bestimmte Arbeit» gestattet oder sogar vorschreibt. Soweit es an einer solchen Vertragsbestimmung fehlt, steht es nach Art. 29 Abs. 3 im Belieben des Bauherrn, ob er die Erlaubnis für den Beizug erteilen will oder nicht. Die Erlaubnis kann auch beschränkt, z. B. nur für einen bestimmten Subunternehmer, erteilt werden.

Der Grundsatz gilt nicht ohne *Ausnahme*. Sie betrifft den Fall, da die Beiziehung «nur einen unwesentlichen Teil»¹² der vom Unternehmer geschuldeten «Arbeiten» beschlägt und ausserdem «die vertragsgemässe» (insbesondere mängelfreie und fristgerechte) «Ausführung» der vom Unternehmer übernommenen Gesamtarbeit «nicht beeinträchtigt». In diesem Ausnahmefall ist die Beiziehung eines Subunternehmers nach Art. 29 Abs. 3 selbst dann gestattet, wenn weder der «Werkvertrag (sie) vorsieht» noch der Bauherr sie «ausdrücklich» «erlaubt». Auch die Person des Subunternehmers bedarf hier keiner Genehmigung durch den Bauherrn.

¹¹ Der «Werkvertrag» im Sinne des Art. 29 Abs. 3 umfasst alle Vereinbarungen zwischen Unternehmer und Bauherrn, die ausserhalb der SIA-Norm 118 getroffen wurden.

¹² «Unwesentlich» ist ein Arbeits-Teil dann, wenn er wertmässig bloss einen geringen Teil der vom Unternehmer geschuldeten Gesamtarbeit ausmacht und überdies für das Gelingen des ganzen Werkes, das der Unternehmer schuldet, eine nur untergeordnete Bedeutung hat.

3. Allgemeine Vertragsbedingungen über die Zulässigkeit einer Weitervergebung finden sich auch in den *Submissionsordnungen* («Verordnungen», «Richtlinien», «Reglementen») vieler Gemeinwesen¹³. Das wird manchmal übersehen, ist aber deshalb wichtig, weil manche Ordnung vorschreibt, dass ein Subunternehmer nur mit Zustimmung des Bauherrn beigezogen werden darf. Einzelne Submissionsordnungen verlangen eine «ausdrückliche» oder «schriftliche» Zustimmung. Nach den «Submissionsrichtlinien» des Kantons Appenzell I.-Rh. (1979) sind «Arbeiten im Unterakkord ... im Werkvertrag besonders zu umschreiben» (Art. 6). Der Kanton Waadt verlangt in seinem Submissionsreglement (1977) sogar, dass Unternehmer und Subunternehmer ein gemeinsames Gesuch um Zustimmung einreichen, «comportant la liste des travaux à exécuter selon l'adjudication et leur montant» (Art. 17 Abs. 2).

B. Beurteilung nach Gesetz (Art. 364 Abs. 2 OR)

1. Die Frage, ob der Unternehmer einen Subunternehmer beiziehen darf, beurteilt sich zwar in erster Linie nach dem vereinbarten Inhalt des zwischen Unternehmer und Bauherrn geltenden Vertrages. Soweit jedoch eine einschlägige Vertragsabrede fehlt, greift die dispositive Bestimmung des *Art. 364 Abs. 2 OR* ein. Danach ist der Unternehmer «verpflichtet, das Werk persönlich auszuführen 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». Bei juristischen (Unternehmer-)Personen bestehen die «persönlichen Eigenschaften» in den leistungsrelevanten Merkmalen des Betriebes, wozu unter anderem die Erfahrung, das «Know-how» und der Ausbildungsstand des Personals gehören.

Gestützt auf diese Bestimmung des *Art. 364 Abs. 2 OR* vertritt das Bundesgericht in einem neueren Urteil (*BGE 103 II 52 ff.*) die An-

¹³ Zur umstrittenen Rechtsnatur der Submissionsordnungen und deren Inhalt vgl. GAUCH, Die Submission im Bauwesen – Privatrechtliche Aspekte, Freiburger Festgabe zum Juristentag 1980, Freiburg 1980, S. 233 ff.; GALLI, Die Submission der öffentlichen Hand im Bauwesen, Diss. Zürich 1981, S. 69 f.; STOFFEL, Die Submission nach schweizerischem Baurecht, Diss. Freiburg (Winterthur 1981), S. 116 ff.

sicht, dass eine Weitergabe von Bauarbeiten (in concreto: von Erd- und Maurerarbeiten) an Subunternehmer unzulässig sei; es komme – wie das Bundesgericht sagt – bei der Vergebung von Baumeisterarbeiten entscheidend auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers (z.B. auf dessen Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Zahlungsfähigkeit) an. Diese Ansicht hebt sich ab von BGE 94 II 162, wo noch die Weitergabe sämtlicher Arbeiten durch einen Generalunternehmer als zulässig erachtet wurde.

2. Das erwähnte (neuere) Urteil (BGE 103 II 52 ff.) betrifft die Einhaltung einer Bauverpflichtung und befasst sich auch mit der Anwendung des Art. 379 Abs. 1 OR. Im Ergebnis dürfte es überzeugen. Die darin enthaltene Ansicht über die Weitergabe von Bauarbeiten ist aber zu allgemein formuliert¹⁴ und verdient in dieser Formulierung keine vorbehaltlose Zustimmung¹⁵. Bei richtiger *Auslegung des Art. 364 Abs. 2 OR* kann nämlich der Beizug eines Subunternehmers auch einem Bauunternehmer erlaubt sein¹⁶. Denn:

a) Art. 364 Abs. 2 OR gestattet dem Unternehmer, irgendwelche Arbeiten durch einen Subunternehmer ausführen zu lassen, sofern dieser unter seiner «*persönlichen Leitung*» steht. Dass der Unternehmer «nach der Natur des Geschäftes» verpflichtet wäre, Bauarbeiten in eigener Person *auszuführen* (nicht nur persönlich zu *leiten*), kommt praktisch nicht vor und bleibt daher ausser Betracht.

Nach verbreiteter Meinung, die als Grundsatz auch vom Bundesgericht übernommen wurde (BGE 103 II 57), untersteht der persönlichen Leitung des Unternehmers nur das betriebseigene Personal¹⁷. In der Baupraxis indes gibt es leitungsintensive Subunternehmerverträge. Sie überlassen die Ausführung der übertragenen Arbeiten nicht einfach dem Subunternehmer. Vielmehr sind sie so ausgestaltet, dass der Subunternehmer – ähnlich einem Arbeitnehmer – unter «persönlicher

¹⁴ Vgl. auch MERZ, ZBJV 115, 1979, S. 295.

¹⁵ Auch nicht für Bauarbeiten, die «kleinere und mittlere Unternehmungen» auszuführen haben; anderer Ansicht aber GUHL/MERZ/KUMMER, S. 447.

¹⁶ GAUCH, ZBJV 118, 1982, S. 83 f.; auch GAUTSCHI, N 18 a ff. zu Art. 364 OR, der in Einzelheiten aber eine andere als die nachfolgend vertretene Meinung hat.

¹⁷ Z.B. GAUTSCHI, N 11 a, 11 b und 15 a zu Art. 364 OR; PEDRAZZINI, SPR VII/1, S. 531 f.

Leitung» des Unternehmers steht¹⁸, also nicht die Freiheit eines «Substituten»¹⁹ hat. Trifft dies im Einzelfall zu und übt der Unternehmer seine vertraglich ausbedungene Leitungsbefugnis aus, so ist eine Weitergabe von Arbeiten an den betreffenden Subunternehmer nach Art. 364 Abs. 2 OR erlaubt²⁰.

b) Sodann erlaubt Art. 364 Abs. 2 OR auch die Weitergabe von Arbeiten, bei denen es dem Bauherrn «nach der Natur des Geschäftes auf *persönliche Eigenschaften des Unternehmers* nicht ankommt».

Solche Arbeiten gibt es. Es sind Leistungen, auf die der Betrieb des Unternehmers bekannterweise nicht eingerichtet ist²¹ oder die keinen Einfluss auf die gehörige Herstellung des Werkes haben²². Der Unternehmer darf derartige Leistungen aus der übernommenen Bauaufgabe aussondern und durch einen Subunternehmer ausführen lassen, auch wenn dieser nicht unter seiner persönlichen Leitung steht. Zur persönlichen Leitung ist der Unternehmer nur insoweit verpflichtet, als es «*bei der Leistung*» (Art. 68 OR) – also bei der Erstellung des Werkes (BGE 94 II 162), nicht bloss beim Vertragsabschluss²³ – auf seine Persönlichkeit ankommt. Unter dem Gesichtspunkt des Art. 364 Abs. 2 OR ist deshalb die Zahlungsfähigkeit des Unternehmers ebenso unerheblich wie der Umstand, dass die Subunternehmer «wegen ihres Anspruches auf ein Bauhandwerkerpfandrecht allenfalls nochmalige Zahlung für die gleiche Arbeit erlangen können». Das wird in BGE 103 II 55 f. offenbar übersehen.

Das Gesagte gilt auch für *General- und Totalunternehmer*. Auch sie dürfen Subunternehmer für Arbeiten beiziehen, auf die ihr Betrieb bekannterweise nicht eingerichtet ist oder die keinen Einfluss auf die gehörige Herstellung des Werkes haben. Zu weit geht jedoch die An-

¹⁸ Im einzelnen: PRADER, Bemerkungen eines Baupraktikers zur Zulässigkeit einer Weitervergebung an einen Subunternehmer, Schweizerisches Baublatt (Rüschlikon 1981), Nr. 27, S. 7. Vgl. auch GAUCH, ZBJV 118, 1982, S. 83.

¹⁹ VON TUHR/ESCHER, S. 24.

²⁰ Vgl. auch BECKER, N 6 zu Art. 364 OR.

²¹ Vgl. z. B. ZR 79, 1980, Nr. 12, S. 24 (für die Lieferung von Frischbeton). Ähnlich bestimmt auch die Deutsche Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB B § 4 Nr. 8), dass «Leistungen, auf die der Betrieb des Auftragnehmers nicht eingerichtet ist», ohne Zustimmung des Auftraggebers auf Subunternehmer übertragen werden dürfen.

²² Vgl. dazu im einzelnen: PRADER, zit. in Anm. 18, S. 7.

²³ VON TUHR/ESCHER, S. 23, Anm. I.

nahme, dass es dem Bauherrn «nach der Natur des Geschäftes» überhaupt nicht auf die «persönliche Eigenschaften» eines General- oder Totalunternehmers ankomme und von daher die Weitergabe sämtlicher Arbeiten erlaubt sei²⁴.

c) Schliesslich kann der Bauherr dem Beizug eines Subunternehmers selbst dann zustimmen, wenn dies im Vertrag nicht vereinbart wurde. Die nachträgliche *Zustimmung des Bauherrn* macht den Beizug des Subunternehmers erlaubt. Das wird in Art. 364 Abs. 2 OR zwar nicht ausdrücklich gesagt, aber als selbstverständlich vorausgesetzt²⁵. Bildet die Zustimmung Bestandteil einer nachträglichen Abrede, so hat die dispositive Vorschrift des Art. 364 Abs. 2 OR ohnehin zu weichen.

3. Einen anderen Weg als das schweizerische Gesetzesrecht geht die französische *Lex Newirth*²⁶. Darnach liegt der «prinzipielle» Entscheid über den Beizug eines Subunternehmers beim Unternehmer. Doch muss der Unternehmer beim Bauherrn die Zustimmung für die *Person* jedes Subunternehmers und die mit ihm vereinbarten *Zahlungsbedingungen* einholen (Art. 3). Bei der Ausschreibung durch einen öffentlichen Bauherrn muss der Unternehmer überdies den Gegenstand und die Auftragssumme jeder Arbeit, die er weitervergeben will, dem Bauherrn schriftlich mitteilen (Art. 5). Diese französische Regelung gestattet dem Bauherrn eine gewisse «Kontrolle» des Subunternehmervertrages, an der er schon deswegen interessiert ist, weil sich der mangelnde Einsatz eines schlecht behandelten Subunternehmers schliesslich zu seinem eigenen Nachteil auswirkt.

2. Der unerlaubte Beizug

1. Durch den unerlaubten Beizug eines Subunternehmers verletzt der Unternehmer seinen Vertrag mit dem Bauherrn. Die *Vertragsverletzung* besteht nicht im Abschluss des Subunternehmervertrages, son-

²⁴ So aber BGE 94 II 162; GAUCH, Nr. 54; MOSIMANN, S. 77 f.; ähnlich auch GAUTSCHI, N 18 b zu Art. 364 OR.

²⁵ Vgl. GAUTSCHI, N 11 b und 16 a zu Art. 364 OR.

²⁶ Zit. in Anm. 2.

dem erst darin, dass der Unternehmer den Subunternehmer tatsächlich einsetzt («tatsächlicher» Beizug), indem er ihn die Arbeiten *ausführen* lässt. Vorbehalten bleiben Vertragsabreden, die dem Unternehmer schon den Abschluss des Subunternehmervertrages verbieten.

Unerlaubt kann der Beizug *als solcher* oder der Beizug gerade *dieses* Subunternehmers sein. Hat z. B. der Bauherr dem Unternehmer einen bestimmten Subunternehmer vertraglich vorgeschrieben, so ist der Beizug eines andern Subunternehmers unerlaubt. Dasselbe gilt, wenn der Unternehmer bei vertraglichem Genehmigungsvorbehalt einen vom Bauherrn nicht genehmigten Subunternehmer beizieht.

2. Der unerlaubte Beizug hat zur *Folge*, dass der Bauherr vom Unternehmer die «Wegweisung» des beigezogenen Subunternehmers verlangen und – nach BGE 103 II 55 – sogar seinen eigenen Werkvertrag mit dem Unternehmer gemäss den Regeln über den Schuldnerverzug auflösen kann. Für das schädigende Verhalten des unerlaubt beigezogenen Subunternehmers haftet der Unternehmer dem Bauherrn nicht nur nach Art. 101 OR, sondern in aller Regel auch nach Art. 97 OR (vgl. S. 175).

Weitere Folgen können sich aus dem vereinbarten Inhalt des Hauptvertrages ergeben. Bisweilen sind sie in Allgemeinen Bedingungen vorformuliert. Zum Beispiel bestimmt Art. 28 der Submissionsverordnung Uri (1960), dass «der Auftraggeber» befugt ist, «die Annahme aller ... Leistungen zu verweigern», die ohne ausdrückliche Bewilligung der zuständigen Organe an Subunternehmer vergeben wurden. Vorschriften anderer Submissionsordnungen bedrohen den vertragsbrüchigen Unternehmer (eventuell sogar den unerlaubten Subunternehmer) mit zeitweiligem Ausschluss von künftigen Ausschreibungen²⁷. Solche Vorschriften haben allerdings nicht den Charakter vorformulierter Vertragsbedingungen, sondern sind einseitige Anordnungen des Gemeinwesens.

²⁷ Z. B. Art. 22 Abs. 3 des Submissionsreglementes Freiburg (1974).

IV. Die Beziehungen zwischen den Betroffenen

Vom Bezug eines Subunternehmers werden direkt oder indirekt 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

1. Der Subunternehmer steht zum Unternehmer in einem *Werkvertragsverhältnis* (Art. 363 ff. OR). Er schuldet ihm die im Subunternehmervertrag übernommenen Arbeiten und muss ihm für die Mängel seines (Subunternehmer-)Werkes einstehen (Art. 367 ff. OR). Umgekehrt hat er gegenüber dem Unternehmer Anspruch auf die vereinbarte oder «nach dem Wert der Arbeit» (Art. 374 OR) bemessene Vergütung.

2. 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 Bedingungen der *SIA-Norm 118*. Diese Norm ist zwar auf den Hauptvertrag zugeschnitten, kann aber auch in den Subunternehmervertrag übernommen werden. Kommt sie auf den Subunternehmervertrag zur Anwendung, dann ist im Verhältnis Unternehmer/Subunternehmer der erstere «Bauherr» im Sinne der Norm, der andere «Unternehmer».

B. Das Verhältnis zwischen Subunternehmervertrag und Hauptvertrag

1. Die Beziehungen zwischen Subunternehmer und Unternehmer werden, wie gesagt, vom Werkvertrag beherrscht, der zwischen ihnen gilt. Dieser Subunternehmervertrag ist nach Bestand und Inhalt

grundsätzlich *unabhängig vom Hauptvertrag*. Wird der Hauptvertrag vorzeitig aufgelöst oder inhaltlich geändert, so befreit dies den Unternehmer nicht ohne weiteres von der unveränderten Einhaltung des Subunternehmervertrages. Auch ist der Umstand, dass der Bauherr das Bauvorhaben nicht mehr finanzieren kann, kein Grund, der dem Unternehmer (in Abweichung von Art. 377 OR) die entschädigungslose Auflösung des Subunternehmervertrages gestattet. Überhaupt richten sich die Rechte und Pflichten des Subunternehmers nur nach «seinem» Vertrag mit dem Unternehmer, nicht nach dem «fremden» Hauptvertrag. Das gilt auch für den zufälligen Untergang des Werkes: Der Subunternehmer trägt von Gesetzes wegen die Vergütungsgefahr (Art. 376 Abs. 1 OR) nur (aber immerhin) bis zur «Übergabe» seines Werkes an den Unternehmer, und zwar unabhängig davon, wann die Gefahr vom Unternehmer auf den Bauherrn übergeht.

2. Die geschilderte Unabhängigkeit der beiden Verträge wird durchbrochen, soweit Unternehmer und Subunternehmer *etwas anderes vereinbart* haben. Der «vorsichtige» Unternehmer macht die Wirksamkeit des Subunternehmervertrages durch eine entsprechende Klausel vom Bestand des Hauptvertrages abhängig. Auch «koordiniert» er den Subunternehmervertrag inhaltlich mit dem Hauptvertrag. Dazu ist er, wenn er Schwierigkeiten in der Erfüllung des Hauptvertrages vermeiden will, praktisch gezwungen. Im Einzelfall kann der Subunternehmervertrag die stillschweigende Abrede enthalten, dass sich der Umfang der vom Subunternehmer geschuldeten Arbeit nach dem Hauptvertrag richtet. Doch ist dies nicht ohne weiteres, auch nicht «im Zweifel», anzunehmen²⁸.

An einer Koordination der beiden Verträge ist – im Hinblick auf die Abwicklung des Hauptvertrages – auch der Bauherr interessiert. Viele Bauherren auferlegen daher ihrem Unternehmer eine vertragliche Pflicht zur Koordination (vgl. z.B. SIA-Norm 118, Art. 29 Abs. 4²⁹). Das ist durchaus ein gangbarer Weg zur Wahrung der Bau-

²⁸ Vgl. demgegenüber GVP GR 1935, Nr. 136, S. 381 ff., und Extraits 1913, S. 105.

²⁹ Danach übernimmt «der Unternehmer ... in seinen Vertrag mit dem Subunternehmer alle Bestimmungen seines Werkvertrages mit dem Bauherrn, die zur Wahrung der Interessen des Bauherrn erforderlich sind». Dazu gehören insbesondere solche Bestimmungen, welche die vom Unternehmer geschuldete Leistung umschreiben.

herren-Interessen. Rechtlich ausgeschlossen ist dagegen, dass der Bauherr unmittelbar in den Subunternehmervertrag eingreift, indem er (z.B. in seiner Submissionsordnung) bestimmt, was zwischen Unternehmer und Subunternehmer gilt³⁰.

C. Schutzklauseln zugunsten des Unternehmers

1. Der Hauptunternehmer ist auf zwei Seiten hin vertraglich gebunden. Seine «Mittelstellung» zwischen Bauherr und Subunternehmer bringt zahlreiche Nachteile und Risiken, die mancher Unternehmer auf den Subunternehmer abzuwälzen sucht, indem er entsprechende Schutzklauseln in den Subunternehmervertrag aufnimmt. *Beispiele* solcher Klauseln sind:

a) Die bereits erwähnte Klausel, wonach die *Wirksamkeit des Subunternehmervertrages* vom Bestand des Hauptvertrages abhängt. Eine andere Klausel, die in Subunternehmerverträgen anzutreffen ist, verbietet dem Subunternehmer die Berufung auf Willensmängel (Art. 23 f. OR). Diese Klausel soll den Fortbestand des einmal abgeschlossenen Subunternehmervertrages sicherstellen, damit der Unternehmer seinen Vertrag mit dem Bauherrn «reibungslös» (und ohne Mehraufwand) erfüllen kann. Doch widerspricht die Klausel dem unabdingbaren Art. 23 OR und ist deshalb ungültig³¹.

b) Klauseln, die den Subunternehmer verpflichten, auf Wunsch des Unternehmers *weitere Bauleistungen* zu erbringen. Solche Klauseln sind unter dem Gesichtspunkt des Art. 27 Abs. 2 ZGB jedenfalls dann ungültig, wenn die Bestimmung der weiteren Bauleistungen der reinen Willkür des Unternehmers überlassen wird³².

c) Klauseln, welche die *Abnahme* des Subunternehmerwerkes auf den Zeitpunkt verschieben, da der Unternehmer das Gesamtbauwerk

³⁰ So aber § 36 Abs. 2 der Submissionsverordnung Aargau (1940), wonach «auf bewilligte Weitervergebungen ... die gegenwärtige Verordnung sinngemäss anzuwenden» ist.

³¹ BUCHER, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, in Festgabe für H. Deschenaux, Freiburg 1977, S. 249 f.; FICK/MORLOT, 1915, N 3 zu Art. 19 OR.

³² Vgl. GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 312; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 83 zu Art. 1 OR.

dem Bauherrn abgeliefert. Der Sinn einer solchen Klausel muss jeweils durch Auslegung ermittelt werden. Im Zweifel ist anzunehmen, dass mit der Verschiebung der Abnahme auch der Zeitpunkt verschoben werden soll, an dem die Prüfungs- und Verjährungsfrist für Mängel des Subunternehmerwerkes (Art. 367/371 OR) zu laufen beginnt und die Gefahr des zufälligen Untergangs auf den Unternehmer übergeht (Art. 376 Abs. 1 OR).

2. Besonders hervorzuheben ist die *Vergütungsklausel*, wonach der Subunternehmer nur in der Weise vergütet wird, wie der Bauherr den Unternehmer bezahlt. Beispiele: «Der Subunternehmer wird bezahlt, soweit der Bauherr an den Unternehmer zahlt». «Die Zahlungsfrist wird gegenüber dem Subunternehmer in gleicher Weise gehandhabt, wie sie vom Bauherrn gegenüber dem Unternehmer eingehalten wird».

Solche und ähnliche Klauseln sind auslegungsbedürftig. Entweder bedeuten sie, dass nur die *Fälligkeit* der vom Unternehmer geschuldeten Vergütung von dessen Bezahlung durch den Bauherrn abhängt. Bleibt die Zahlung des Bauherrn definitiv aus, so ist mangels anderer Anhaltspunkte der Vertrag dahin zu ergänzen, dass jetzt die Fälligkeit dennoch eintritt.

Oder die Vergütungsklausel hat den Sinn einer *Bedingung* (Art. 151 OR), die den Vergütungsanspruch des Subunternehmers an sich von der Zahlung des Bauherrn abhängig macht. Damit wird das Risiko der Nichtbezahlung vom Unternehmer auf den Subunternehmer abgewälzt. Das ist im Zweifel eng und so auszulegen, dass sich der Unternehmer nicht auf die Klausel berufen kann, wenn der Bauherr zahlungsunfähig wird oder wenn es an ihm (dem Unternehmer) liegt, dass die Zahlung des Bauherrn ausbleibt. Im zweiten Fall dürfte meistens auch der Tatbestand des Art. 156 OR erfüllt sein.

2. Beziehungen zwischen Subunternehmer und Bauherrn

A. Im allgemeinen

Die Beziehungen zwischen Subunternehmer und Bauherrn sind vor allem gekennzeichnet durch zwei negative Merkmale:

a) Keine Leistungspflicht des Subunternehmers

1. Der Subunternehmer hat einen Werkvertrag nur mit dem Unternehmer, nicht auch mit dem Bauherrn. Dem Bauherrn gegenüber ist er nicht verpflichtet, die dem Unternehmer versprochenen Arbeiten zu leisten. Deshalb hat der *Bauherr kein Recht, den Subunternehmer zur Leistung anzuhalten* oder ihm Weisungen zu erteilen. Er ist also nicht befugt, die Ansprüche, die dem Unternehmer gegenüber dem Subunternehmer zustehen, im eigenen Namen geltend zu machen. Auch haftet der Subunternehmer dem Bauherrn nicht aus Vertrag³³, namentlich nicht für Mängel seines Werkes³⁴. Doch kann der Subunternehmer gegenüber dem Bauherrn aus «unerlaubter Handlung» (Art. 41 ff. OR) haftbar werden.

2. Die dargestellte Rechtslage widerspricht einem berechtigten Schutzbedürfnis des Bauherrn. Um so wichtiger sind die zwei folgenden *Sonderfälle*, in denen dem Bauherrn doch «vertragliche» Rechte gegenüber dem Subunternehmer zustehen:

a) *Fall 1*: Der Subunternehmer hat sich gegenüber dem Bauherrn durch *vertragliche Abrede* (ausdrücklich oder stillschweigend) verpflichtet, die vom Unternehmer übernommenen Arbeiten überhaupt oder «mängelfrei» auszuführen. Z. B. hat er dem Bauherrn in direkten Verhandlungen «einwandfreie Arbeit» zugesichert, sofern er vom Unternehmer als Subunternehmer beigezogen werde. In einem solchen Fall kann der Bauherr den Subunternehmer unmittelbar zur Erfüllung der eingegangenen Verpflichtung anhalten und ihn bei Pflichtverletzung nach Vertragsrecht haftbar machen. Vorausgesetzt ist aber, wie gesagt, eine vertraglich übernommene Verpflichtung des Subunternehmers, weshalb es nicht genügt, dass der Bauherr (z. B. in der anwendbaren Submissionsordnung) gegenüber dem Unternehmer erklärt, dieser

³³ GAUTSCHI, N 22 d zu Art. 364 OR.

³⁴ Deshalb kann sich auch der Rückgriff eines Architekten, der dem Bauherrn solidarisch mit dem Unternehmer für einen Mangel einzustehen hat, nicht gegen den Subunternehmer richten (BGH, BauR 1981, S. 385).

hafte für die weitervergebenen Arbeiten solidarisch mit dem Subunternehmer³⁵.

b) *Fall 2*: Unternehmer und Subunternehmer haben ihren Vertrag in der Willensmeinung geschlossen, dass der Bauherr selbständig die Erfüllung fordern kann. Trifft dies zu oder entspricht das selbständige Forderungsrecht der Übung, so ist der Subunternehmervertrag ein *echter Vertrag zugunsten eines Dritten* (Art. 112 Abs. 2 OR). Der begünstigte Dritte, der Bauherr, hat alsdann einen direkten Erfüllungsanspruch gegen den Subunternehmer, dessen Nicht-(nicht richtige)Erfüllung Haftungsfolgen nach Vertragsrecht auslöst. In der schweizerischen Baupraxis fehlt es allerdings (soweit ich sehe) an einer einschlägigen Übung, so dass es für das direkte Forderungsrecht des Bauherrn ganz auf die Willensmeinung «der beiden andern» (Unternehmer und Subunternehmer) ankommt. Insbesondere fehlt im Werkvertragsrecht auch eine Bestimmung im Sinne des Art. 399 Abs. 3 OR, worin der Gesetzgeber die Idee des Art. 112 Abs. 2 OR für den Substitutionsauftrag «institutionalisiert» hat³⁶. Zu überlegen wäre höchstens, ob diese Bestimmung sinngemäss zur Anwendung kommt, wenn der Unternehmer Arbeiten an einen Subunternehmer zur selbständigen Erledigung überträgt.

b) Keine Vergütungspflicht des Bauherrn

1. Der Subunternehmer hat gegenüber dem Bauherrn keinen Anspruch auf Vergütung seiner Leistung, auch dann nicht, wenn die vom Unternehmer geschuldete Vergütung zu tief angesetzt wurde oder gar nicht erbracht wird. *Vergütungspflichtig ist einzig der Unternehmer*³⁷. Vorbehalten bleibt der Sonderfall, da der Bauherr die Vergütungspflicht des Unternehmers solidarisch mitübernommen hat (Art. 143 OR).

³⁵ So aber Art. 17 Abs. 6 des Submissionsreglementes Waadt (1977).

³⁶ GAUTSCHI, N 10a zu Art. 399 OR.

³⁷ Von einer anderen Voraussetzung auszugehen scheint Art. 17 Abs. 6 des Submissionsreglementes Waadt (1977), wenn er bestimmt: «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».

2. Anders verhält es sich nach der französischen *Lex Neuwirth*³⁸. Danach ist der öffentliche Bauherr verpflichtet, den von ihm genehmigten Subunternehmer direkt zu zahlen (Art. 6 mit Vorbehalten). Und der private Bauherr ist subsidiär, nämlich dann zahlungspflichtig, wenn der Unternehmer den Subunternehmer nicht bezahlt (Art. 12). Diese subsidiäre Zahlungspflicht beschränkt sich auf den Betrag, den der Bauherr dem eigenen Unternehmer (noch) schuldet (Art. 13). Sie wird ergänzt durch eine Pflicht des privaten Bauherrn, den Subunternehmer für dessen Vergütungsanspruch sicherzustellen (Art. 14).

B. Das Bauhandwerkerpfandrecht des Subunternehmers

1. Obwohl der Bauherr dem Subunternehmer (mangels anderer Abrede) nach schweizerischem Recht keine Vergütung schuldet, ist er, solange ihm der Baugrund gehört, nicht vor jeder Haftung für dessen Forderung sicher. Denn der Subunternehmer hat unter den Voraussetzungen der Art. 837 ff. ZGB das Recht, seinen Vergütungsanspruch gegenüber dem Unternehmer dadurch zu sichern, dass er ein *Bauhandwerkerpfandrecht am Grundstück des Bauherrn*³⁹ eintragen lässt, falls er für ein Werk auf dem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert hat (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)⁴⁰. Ist dieses gesetzliche Grundpfandrecht zugunsten des Subunternehmers errichtet, so haftet der Bauherr mit seinem Grundstück (nicht auch mit dem übrigen Vermögen) für die Vergütung, die der Unternehmer dem Subunternehmer schuldet.

Das umschriebene Recht des Subunternehmers setzt weder voraus, dass der Beizug des Subunternehmers erlaubt war, noch dass der Bauherr um den Beizug wusste⁴¹. Es ist unabhängig von der Vergütungs-

³⁸ Zit. in Anm. 2.

³⁹ Der Anspruch auf Errichtung des Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gegen den jeweiligen Grundeigentümer. Einem Grundstück gleichgestellt und mit Bauhandwerkerpfandrechten belastbar ist das ins Grundbuch aufgenommene selbständige und dauernde Baurecht (Art. 779 Abs. 3 ZGB; SCHUMACHER, Nr. 147 ff.). Ist der Bauherr zwar nicht Grundeigentümer, aber Inhaber eines solchen Baurechts, so wird das Pfand an diesem Baurecht begründet (SCHUMACHER, Nr. 150).

⁴⁰ BGE 103 II 34 f. und 232; 99 II 388 ff.; 97 II 212 f.; GAUCH, Nr. 78 ff.; SCHUMACHER, Nr. 222.

⁴¹ BGE-95 II 89. Den Subunternehmer trifft keine Notifizierungspflicht: ZR 79, 1980, Nr. 12, S. 21 = BR 1981, S. 17, Nr. 25.

forderung des Unternehmers gegen den Bauherrn und von einem allfälligen Pfandanspruch des Unternehmers; und es besteht selbst dann, wenn der Unternehmer vom Bauherrn voll befriedigt wurde⁴², obwohl sein Preis auch das Entgelt für die Leistungen des Subunternehmers einschliesst. Das kann im Einzelfall (wenn der bezahlte Unternehmer z. B. in Konkurs gerät) zum praktischen Ergebnis führen, dass der Bauherr, auf dessen Grundstück das Pfandrecht eingetragen ist, für die erhaltene Leistung zweimal bezahlen muss (BGE 95 II 90f.)⁴³.

2. Eine privilegierte *Sonderstellung* genießt der öffentliche Bauherr, der auf einem *Grundstück im Verwaltungsvermögen* bauen lässt. Nach BGE 103 II 227 ff. kann auf einem solchen Grundstück kein Bauhandwerkerpfandrecht errichtet werden, weil das Verwaltungsvermögen unverwertbar ist⁴⁴. Das wirkt sich vor allem zu Ungunsten der Subunternehmer aus, die den Schutz des gesetzlichen Pfandrechts verlieren. Im Ergebnis ist das stossend⁴⁵. Deshalb besteht zumindest eine Anstandspflicht⁴⁶ des öffentlichen Bauherrn, durch geeignete Gestaltung des Hauptvertrages dafür zu sorgen, dass die Subunternehmer tatsächlich bezahlt werden⁴⁷. Unterlässt dies der öffentliche Bauherr, so wäre es «gerecht», würde ihn der Richter bei Anmeldung eines (uneintragbaren) Handwerkerpfandrechts zur Leistung einer andern

⁴² BGE 104 II 354; 103 II 232; 95 II 89 f.; GAUCH, Nr. 80; SCHUMACHER, Nr. 222.

⁴³ In BGE 104 II 355 kommt das Bundesgericht dem Bauherrn insofern entgegen, als es ihm ein Preisminderungsrecht gegenüber dem Unternehmer einräumt, falls dieser schuldhaft ein Bauwerk abgeliefert, das mit einem Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten des Subunternehmers belastet ist (kritisch: LIVER, ZBJV 116, 1980, S. 152 f.). Ausserdem kann der Unternehmer wegen Betruges (Art. 148 StGB) strafbar werden, wenn er dem Bauherrn bei der Abrechnung verschweigt, dass ein Subunternehmer nicht bezahlt wurde (BGE 105 II 102 ff. = BR 1981, S. 18 f., Nr. 28).

⁴⁴ BGE 103 II 236; LIVER, ZBJV 115, 1979, S. 261. Für die Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts vgl. Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Schuldbetreibung gegen die Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts (SchGG) vom 4. 12. 1947 (SR 282.11); dazu BGE 95 I 97 ff.

⁴⁵ LIVER, ZBJV 115, 1979, S. 262; SCHUMACHER, Nr. 281 ff.; SCHROFF, ZBJV 117, 1981, S. 144 ff.; GAUCH, ZBJV 118, 1982, S. 86 f.

⁴⁶ LIVER, ZBJV 115, 1979, S. 260.

⁴⁷ Vgl. z. B. Art. 17 Abs. 4 des *Submissionsreglementes Waadt* (1977), worin folgende Vertragsbestimmung zulasten des Unternehmers vorformuliert ist: «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.»

Sicherheit verpflichten⁴⁸. Eine solche Verpflichtung kann sich nur auf Richterrecht stützen; das aber setzt eine Gesetzeslücke (Art. 1 Abs. 2 ZGB)⁴⁹ voraus, die das Bundesgericht bis anhin verneint (BGE 103 II 238 f.).

C. Die Vorsubmission

1. Bauherr und Subunternehmer schliessen miteinander zwar keinen Werkvertrag ab. Doch gibt es Fälle, in denen der Bauherr die Arbeiten des Subunternehmers in einer Vorsubmission ausschreibt. Diese Vorsubmission dient der *Vorbereitung einer Hauptsubmission* 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.

Die betreffende Einzelleistung (die Vorspannarbeit) bildet Gegenstand der Vorsubmission. Deren Eigenart besteht darin, dass der ausschreibende Bauherr keines der eingereichten Angebote annimmt. Vielmehr wählt der Bauherr aus dem Kreis der Angebotsteller (der Vorsubmittenten) einen gewünschten Subunternehmer aus. Dessen Angebot gibt er in der Hauptsubmission bekannt und verlangt zugleich, dass der Unternehmer, der die gesamte Arbeit übernimmt, den ausgewählten Subunternehmer für die betreffende Einzelleistung beizieht und dessen Angebot annimmt.

2. Was die rechtliche «Konstruktion» betrifft, so ist möglich, dass der Vorsubmittent mit dem Bauherrn einen Vorvertrag (Art. 22 OR) zu Gunsten des spätern Hauptunternehmers abschliesst (Art. 112 OR). Im Regelfall aber ermächtigt er den Bauherrn, das eingereichte Angebot auf den Hauptunternehmer zu übertragen⁵⁰, der dann den Subunternehmervertrag mit dem Vorsubmittenten durch schlichte Annahmeerklärung abschliessen kann.

Das alles gilt nur unter der Voraussetzung, dass die Vorsubmission den daran beteiligten Angebotstellern tatsächlich als blosse Vorsub-

⁴⁸ SCHUMACHER, Nr. 292.

⁴⁹ MEIER-HAYOZ, N 251 ff. zu Art. 1 ZGB.

⁵⁰ Vgl. dazu SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 24 zu Art. 3 OR.

mission erkennbar ist. Lässt dagegen der Bauherr die Submittenten im Glauben, er selber werde den Vertrag über die ausgeschriebene Einzelleistung abschliessen, so wird nur er zur Annahme der Offerten berechtigt. Da er aber ohne eigenen Abschlusswillen handelt, verstösst er gegen die Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln und haftet den getäuschten Submittenten aus «*culpa in contrahendo*»⁵¹.

3. Beziehungen zwischen Unternehmer und Bauherrn

A. Im allgemeinen

1. Der Unternehmer steht zum Bauherrn in einem *Werkvertragsverhältnis* (Art. 363 ff. OR). Er ist verpflichtet, die vom Bauherrn übernommenen Arbeiten (mit oder ohne Lieferung des Materials) auszuführen; und er hat Anspruch auf Vergütung (Art. 363 OR). Der Vergütungsanspruch des Unternehmers besteht auch für solche Arbeiten, die der Unternehmer durch Subunternehmer ausführen lässt, sofern nicht etwas anderes mit dem Bauherrn vereinbart wurde.

2. Der Werkvertrag zwischen Unternehmer und Bauherrn ist der Hauptvertrag. Nach seinem (vereinbarten oder gesetzlichen) Inhalt bestimmt sich, ob der Unternehmer zum *Beizug eines Subunternehmers* berechtigt ist. Davon und vom vorgeschriebenen Subunternehmer wurde bereits gesprochen. Zu behandeln bleiben zwei Einzelfragen: Die Haftung des Unternehmers für den Subunternehmer und die Bezahlung des Subunternehmers durch den Bauherrn.

B. Die Haftung des Unternehmers für den Subunternehmer

1. Der Subunternehmer ist gegenüber dem Bauherrn ein *Erfüllungsgelhilfe des Unternehmers*, für dessen schädigendes Verhalten der Unternehmer nach Art. 101 OR einstehen muss⁵². Diese Haftung setzt kein

⁵¹ GAUCH, Die Submission im Bauwesen, zit. in Anm. 13, S. 206 f.; STOFFEL, zit. in Anm. 13, S. 158 ff.

⁵² Semjud 74, 1952, S. 42 f.; ZR 30, 1931, Nr. 57, S. 109; BUCHER, S. 263 und 313; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 1683.

Verschulden des Unternehmers voraus. Doch kann sich der Unternehmer durch den Nachweis (*Entlastungsbeweis*) befreien, dass der Subunternehmer alle Sorgfalt aufgewendet hat, die von ihm (dem Unternehmer) zu erwarten war⁵³.

Wurde der Subunternehmer *unerlaubt beigezogen*, so kommt nach richtiger Ansicht Art. 101 OR dennoch zur Anwendung⁵⁴. Zusätzlich ist in aller Regel aber auch der Haftungstatbestand des Art. 97 OR gegeben, weil der Unternehmer durch den unerlaubten Beizug den Hauptvertrag verletzt hat. Der Bauherr kann somit den Unternehmer nach Art. 97 oder Art. 101 OR ins Recht fassen. Wollte man ihn allein auf Art. 97 OR verweisen, so wäre er in bestimmten Fällen schlechter (als bei erlaubtem Beizug) gestellt; nämlich dann, wenn die Haftung nach Art. 97 OR entfällt, weil den Unternehmer kein Verschulden am unerlaubten Beizug trifft oder es am adäquaten Kausalzusammenhang zwischen unerlaubtem Beizug und Schaden fehlt⁵⁵.

Kein Subunternehmer ist der *Baulieferant*, bei dem der Unternehmer das benötigte Material bezieht (S. 156). Er ist kein Erfüllungsgehilfe des Unternehmers, da er keine Arbeit leistet, die der Unternehmer dem Bauherrn schuldet. Deshalb hat der Unternehmer für ihn nicht nach Art. 101 OR einzustehen, was die Unterscheidung zwischen Subunternehmer und Baulieferant rechtlich bedeutsam macht⁵⁶.

2. Vom Gesetze besonders geregelt ist *die Mängelhaftung des Unternehmers* (Art. 367 ff. OR). Es handelt sich um eine Kausalhaftung, soweit das Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht des Bauherrn (Art. 368 OR) in Frage stehen. Der Unternehmer haftet deshalb dem Bauherrn auch für solche Mängel des Werkes, die auf der Arbeit eines Subunternehmers beruhen. Diese Haftung besteht unabhängig von Art. 101 OR⁵⁷, weshalb der von Art. 101 OR zugelassene Entlastungsbeweis zum vornherein entfällt.

⁵³ BGE 92 II 19 und 239; KOLLER, Nr. 302 ff.; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 1700.

⁵⁴ KOLLER, Nr. 212 ff.; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 1692; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 219.

⁵⁵ KOLLER, Nr. 230.

⁵⁶ Vgl. den instruktiven Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofes: BGH, NJW 31, 1978, S. 1157f. = BauR 1978, S. 304f.

⁵⁷ GAUTSCHI, N 21 a zu Art. 364 OR.

Anders verhält es sich nur mit Bezug auf den Mangelfolgeschaden. Die Haftung für diesen Schaden ist jedenfalls dann eine Verschuldenshaftung (Art. 368 OR), wenn es um mittelbaren Mangelfolgeschaden geht⁵⁸. Entsteht der Schaden aber aus der Arbeit eines Subunternehmers, so greift Art. 101 OR Platz: Der Unternehmer haftet zwar ohne eigenes Verschulden, kann sich jedoch mit dem von Art. 101 OR zugelassenen Entlastungsbeweis befreien, wenn die Voraussetzungen hiefür gegeben sind. Vorbehalten bleibt der Fall, da wegen unerlaubten Beizugs zusätzlich Art. 97 OR zur Anwendung kommt.

3. Schliesslich stellt sich die Frage nach der *Haftung für den vorgeschriebenen Subunternehmer*. Die Tatsache, dass der Unternehmer einen vom Bauherrn vorgeschriebenen Subunternehmer (S. 158) verwendet, wirkt sich auf die Rechtslage aus. Sie kann den Unternehmer, der nach Art. 101 OR das schädigende Verhalten des Subunternehmers zu vertreten hat, im Einzelfall ganz oder teilweise von der Schadenersatzpflicht befreien (Art. 43 f./99 Abs. 3 OR)⁵⁹. Auch haftet der Unternehmer nicht für Mängel seines Werkes, die nur deswegen entstanden sind, weil er trotz Abmahnung des Bauherrn einen bestimmten Subunternehmer beiziehen musste (Art. 369 OR). Hat allerdings der Unternehmer zur Entstehung des Mangels beigetragen, so trifft den Bauherrn ein blosses Mitverschulden, das nur (aber immerhin) zur teilweisen Entlastung des Unternehmers führt⁶⁰. Eine Sonderregel enthält Art. 29 Abs. 5 der *SIA-Norm 118*. Danach haftet der Unternehmer für die mangelhafte Arbeit des vorgeschriebenen Subunternehmers nur dann, wenn er nicht «nachweist, dass er den Subunternehmer richtig eingesetzt und gehörig beaufsichtigt hat».

Ist der Unternehmer von seiner Haftung (ganz oder teilweise) befreit, so wird der geschädigte Bauherr versuchen, sich an den vorgeschriebenen Subunternehmer zu halten. Von Sonderfällen (S. 169 f.)

⁵⁸ Nach Art. 368 OR kann der Besteller «bei Verschulden des Unternehmers Schadenersatz fordern (verlangen)». Dieser Schadenersatz ist Ersatz für Mangelfolgeschaden. Zum Begriff des Mangelfolgeschadens und zur Streitfrage, ob der Unternehmer für den unmittelbaren Schaden (in analoger Anwendung des Art. 208 Abs. 2 OR und trotz Art. 368 OR) kausal haftet: GAUCH, Nr. 602 ff. und 622 ff.

⁵⁹ KOLLER, Nr. 207.

⁶⁰ Vgl. GAUCH, Nr. 921 ff. und 929 ff.

abgesehen, hat aber der Bauherr gegenüber dem Subunternehmer, wenn überhaupt, nur einen Deliktsanspruch (Art. 41 OR), was hier besonders stossend ist. Deshalb könnte es sich in der vorliegenden Situation ausnahmsweise rechtfertigen, dem Bauherrn über den Umweg der «Drittschadensliquidation» zu helfen⁶¹.

C. Die Bezahlung des Subunternehmers durch den Bauherrn

1. Der Bauherr schuldet dem Subunternehmer (grundsätzlich) keine Vergütung. Beahlt er ihn dennoch für die geleistete Arbeit, so befreit er (im Umfang der geleisteten Zahlung) den Unternehmer von dessen Vergütungspflicht⁶². Doch bewirkt die Zahlung *keine Befreiung des Bauherrn* gegenüber dem Unternehmer. Der befreite Unternehmer hat nach wie vor seinen Anspruch auf Vergütung, schuldet dem Bauherrn aber Ersatz des aufgewendeten Zahlungsbetrages (Art. 422 OR), allenfalls nur Erstattung der Bereicherung (Art. 423 Abs. 2 OR)⁶³.

2. Vorzubehalten sind *zwei Sonderfälle*, in denen der Bauherr besser steht.

Im ersten Fall hat sich der Bauherr vom Unternehmer das Recht ausbedungen, den Subunternehmer mit befreiender Wirkung gegenüber dem Unternehmer direkt zu zahlen. Soweit hier der Bauherr den Subunternehmer bezahlt, erlischt seine Vergütungsschuld gegenüber dem Unternehmer.

Im zweiten Fall bezahlt der Bauherr den Subunternehmer, um ein Bauhandwerkerpfandrecht abzulösen. Trifft dies zu, so tritt er in die Forderung des Subunternehmers ein (Subrogation); er kann den be-

⁶¹ Danach hätte der Unternehmer das Recht, den Subunternehmer für den Schaden, den dieser durch sein vertragswidriges Verhalten dem Bauherrn zugefügt hat, im eigenen Namen einzuklagen; und er hätte die Pflicht, diesen Anspruch dem Bauherrn abzutreten. Eine solche «Drittschadensliquidation» rechtfertigt sich nur in engen Grenzen und darf nicht für alle Fälle zugelassen werden, in denen der Bauherr durch den Subunternehmer geschädigt wird, mag auch der Unternehmer ein Generalunternehmer sein (wohl zu weit: GVP SG 1978, Nr. 16, S. 46 ff. = SJZ 76, 1980, S. 194 f. = BR 1980, S. 29, Nr. 13). Zur «Drittschadensliquidation» im allgemeinen: GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 1620 f.; VON TUHR/ESCHER, S. 111 ff.).

⁶² BUCHER, S. 263; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 1230 ff.; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 206; VON TUHR/ESCHER, S. 26.

⁶³ VON TUHR/ESCHER, S. 27.

zahlten Betrag durch Rückgriff gegenüber dem Unternehmer einfordern (Art. 110 Ziff. 1 OR; Art. 827 Abs. 2 ZGB; BGE 104 II 353). Damit ist er wieder bei seinem Vertragspartner, dem Unternehmer; und gewiss wird er sich Gedanken machen über Probleme von und mit Subunternehmern.