

Der Werkvertrag

von

Peter Gauch

Dr. iur. Dr. h.c., Professor em.
der Universität Freiburg (Schweiz)
und ständiger Gastprofessor
an der Universität Luzern

**Fünfte, überarbeitete
und erweiterte Auflage**

Schulthess § 2011

Inhaltsverzeichnis

Vorwort und Dank	Seite	V
Inhaltsübersicht	Seite	VII
Literaturverzeichnis	Seite	XLI
Abkürzungsverzeichnis	Seite	LIII
Gesetzes- und Normenregister	Seite	971
Sachregister	Seite	985

Randnummer

Einleitung	1
-------------------	---

Erster Teil: Begriff, Merkmale und Erscheinungsformen des Werkvertrages

5

I. Begriff und Merkmale

5

1. Die Begriffsbestimmung des Art. 363 OR

6

«Herstellung eines Werkes» gegen «Leistung einer Vergütung» (Nr. 7). Ablieferungspflicht des Unternehmers (Nr. 8). Kein Dauercharakter des Werkvertrages (Nr. 9). Die beteiligten Parteien (Nr. 10 f.). Die Qualifikation eines Vertrages als Werkvertrag (Nr. 12 f.).

2. Die «Herstellung eines Werkes»

14

A. Herstellung des Werkes als Arbeitsleistung

15

Die Arbeitsleistung: Unterscheidungsmerkmal zu und gemeinsames Merkmal mit anderen Verträgen (Nr. 15 ff.). Qualifizierte Arbeitsleistung: Arbeit mit bestimmtem Arbeitserfolg (Nr. 18 ff.). Abgrenzung zu anderen Verträgen auf Arbeitsleistung (Nr. 21 ff.).

B. Das Werk als Arbeitserfolg

24

a. Der körperliche Arbeitserfolg (körperliches Werk)

25

Erscheinungsformen (Nr. 25 ff.). Bauwerke im Besonderen (Nr. 32).

b. Der unkörperliche Arbeitserfolg (unkörperliches Werk)

33

Unkörperliches (geistiges) Werk als möglicher Gegenstand des Werkvertrages (Nr. 33 ff.). Die Praxis des Bundesgerichts (Nr. 36 ff.). Einschränkungen (Nr. 42 ff., Nr. 46a).

	Randnummer
c. Die Qualifikation des Architektur- und Ingenieurvertrages	47
Der Streit um die richtige Qualifikation (Nr. 47). Leistungsbezogen – differenzierte Qualifikation (Nr. 48 ff.). Die Anwendung des Art. 404 OR bei auftragsrechtlicher Qualifikation (Nr. 63). Zwingender Charakter des Art. 404 OR? (Nr. 64).	
C. Der benötigte Werkstoff	65
a. Begriff und Abgrenzung	66
Begriff (Nr. 66). Einschluss von Softwarekomponenten (Nr. 66a). Abgrenzung gegenüber Baugrund, Arbeitsmitteln, Baustelleneinrichtungen, Plänen und Werkgegenständen (Nr. 67 ff.).	
b. Die Frage, wer den Stoff zu liefern hat	74
c. Stofflieferung durch den Besteller	77
d. Stofflieferung durch den Unternehmer	82
Werklieferungsvertrag (Nr. 82). Auswahl des Stoffes (Nr. 83 f.). Anwendbare Gesetzesregeln (Nr. 85).	
3. Die Ablieferung des Werkes und dessen Abnahme	86
A. Die Ablieferung	87
Begriff und Arten (Nr. 87 ff.). Ablieferung mit Dokumentation (Nr. 94). Verhältnis zur Rechnungsstellung des Unternehmers (Nr. 95 f.).	
B. Ablieferung und Abnahme als korrelative Begriffe	97
Ablieferung und Abnahme als einheitlicher Vorgang (Nr. 97 f.). Unterschied zwischen Abnahme und Genehmigung (Nr. 99 f.).	
C. Keine Ablieferung und Abnahme ohne Vollendung des Werkes	101
Das Prinzip (Nr. 101 f.). Treu und Glauben als Schranke des Vollendungsprinzips (Nr. 103 ff.). Die Unterscheidung zwischen Vollendung und Mangelfreiheit (Nr. 106).	
D. Ablieferung und Abnahme als Gegenstand vertraglicher Abreden	107
Beispiele (Nr. 107 f.). Vereinbarung von Teillieferungen (Nr. 108 f.). Regeln der SIA-Norm 118 (Nr. 109).	
4. Die «Leistung einer Vergütung»	110
Die Vergütungspflicht als typwesentlicher Bestandteil des Werkvertrages (Nr. 110 f.). Keine Vergütungspflicht ohne Vergütungsabrede (Nr. 111a f.). Der Beweis für die Vergütungsabrede (Nr. 112 ff.). Werkherstellung ohne Entgelt: Qualifikation des unentgeltlichen Vertrages (Nr. 115).	

	Randnummer
II. Erscheinungsformen des Werkvertrages	116
1. Im Allgemeinen	116
Viele Werkverträge, aber nur «ein» Werkvertragsrecht (Nr. 116). Anwendbare Sonderregeln ausserhalb des Werkvertragsrechts (Nr. 117). Anwendung des Konsumkreditgesetzes (Nr. 117).	
2. Sachwerkvertrag und Geistwerkvertrag	119
3. Schlichter Werkvertrag und Werklieferungsvertrag	121
A. Die Unterscheidung	121
B. Der Werklieferungsvertrag: Rechtliche Behandlung und Abgrenzung	123
Rechtliche Behandlung (Nr. 123 f.). Abgrenzung (Nr. 125 ff.): zum Kauf über eine künftige Sache (Nr. 126 ff.), zum Kauf mit Montagepflicht (Nr. 130 ff.), zum Kauf mit Montageüberwachung (Nr. 134 f.), zum Kauf mit Personalverleih (Nr. 136).	
4. Hauptvertrag und Subunternehmervertrag	137
A. Die Unterscheidung	137
B. Der Subunternehmer	138
Merkmal und Terminologie (Nr. 138 f.). Abgrenzung gegenüber den Zulieferanten von Werkstoff und den Lieferanten von Arbeitsmitteln (Nr. 140 ff.). Subunternehmer und Sub-Subunternehmer (Nr. 142).	
C. Das Verhältnis zwischen Subunternehmer, Unternehmer und Erst-Besteller	143
a. Subunternehmer/Unternehmer	144
Das Werkvertragsverhältnis (Nr. 144). Massgeblichkeit des Subunternehmervertrages (Nr. 145); seine privatautonome Ausgestaltung und seine Unabhängigkeit vom Hauptvertrag (Nr. 145a f.). Vereinbarte Verknüpfung zwischen Subunternehmervertrag und Hauptvertrag: Verknüpfungsklauseln (Nr. 146 ff.). Die «Pay-When-Paid»-Klausel (Nr. 156 ff.).	
b. Subunternehmer/Erst-Besteller	162
Kein Werkvertrag (Nr. 162). Keine Vertragsansprüche des Erst-Bestellers: Grundsatz und Sonderfälle (Nr. 163 ff.). Die Frage der werkvertraglichen Drittschutzwirkung (Nr. 169 f.). Die Deliktshaftung des Subunternehmers (Nr. 171 f.), und die Vertrauenshaftung (Nr. 172). Keine Vertragsansprüche des Subunternehmers gegenüber dem Erst-Besteller: Grundsatz und Sonderfälle (Nr. 173 ff.). Ansprüche des Subunternehmers aus Geschäftsführung ohne Auftrag? (Nr. 175a).	

	Randnummer
c. Unternehmer/Erst-Besteller	176
Das Werkvertragsverhältnis (Nr. 176). Leistungspflicht und Vergütungsanspruch des Unternehmers (Nr. 177 f., 179 f.). «Flow-Through»-Klauseln (Nr. 181 f.). Informationsklauseln (Nr. 182a).	
D. Das Bauhandwerkerpfandrecht des Subunternehmers	183
Prinzip und Voraussetzungen (Nr. 183 f.). Gefahr der faktischen Doppelzahlungspflicht (Nr. 185 f.). Privilegiertes Verwaltungsvermögen (Nr. 187 f.). Bauhandwerkerpfandrecht der Sub-Subunternehmer (Nr. 188).	
E. Mit dem Subunternehmervertrag verwandte Unterverträge	188a
5. Individualvertrag und Vertrag mit vorgeformtem Inhalt	189
A. Die Unterscheidung	189
B. Allgemeine Vertragsbedingungen: Begriff, Geltung und Auslegung	190
III. Der Bauwerkvertrag im Besonderen	204
1. Merkmal und privatrechtliche Natur des Bauwerkvertrages	205
A. Das Merkmal	205
Die Leistung von Bauarbeiten (Nr. 205 f.). Der Bauunternehmer (Nr. 207). Der Vertragspartner des Bauunternehmers (Nr. 208). Der Ausdruck «Bauwerkvertrag» (Nr. 209 f.).	
B. Privatrechtliche Natur trotz Beteiligung eines öffentlichen Bauherrn	211
Anwendung des Privatrechts (Nr. 211 f.). Die Auslegung des betreffenden Vertrages (Nr. 213/214 f.). Die Vertragsbindung des öffentlichen Bauherrn (Nr. 213) und des privaten Unternehmers (Nr. 214 f.). Der umgekehrte Fall: Eine juristische Person des öffentlichen Rechts als Unternehmerin (Nr. 215a).	
2. Vom Bauunternehmer	216
A. Der Bauunternehmer als Teil-, General- oder Totalunternehmer	217
a. Der Teilunternehmer	218
Merkmal (Nr. 218). Verschiedene Teilunternehmer als Nebenunternehmer (Nr. 219 f.). Die Koordination der Arbeiten (Nr. 221 f.). Nebenunternehmer mit Leitungsbefugnis (Nr. 221a).	
b. Der Generalunternehmer	222
Merkmal (Nr. 222 ff.) und Sonderformen (Nr. 225 ff.). Der Generalunternehmervertrag (Nr. 230). Bauen auf Baugrund des Generalunternehmers (Nr. 231 f.).	

	Randnummer
c. Der Totalunternehmer Merkmal (Nr. 233 f.). Der Totalunternehmervertrag (Nr. 235 ff.). Der praktische Sprachgebrauch (Nr. 239).	233
B. Der Architekt oder Ingenieur in der Rolle eines Bauunternehmers	240
C. Das Unternehmerkonsortium (Arbeitsgemeinschaft) Das Konsortium als einfache Gesellschaft (Nr. 243 f.). Die gemeinsame Übernahme von Bauarbeiten (Nr. 245). Die Bietergemeinschaft (Nr. 246). Die solidarische Verpflichtung (Nr. 247). Die Haftung bei Vertragsverletzung und bei unerlaubter Handlung (Nr. 248). Die gesamthänderische Berechtigung (Nr. 249 f.). Sonderformen des Konsortiums (Nr. 251 ff.): erzwungenes Konsortium, gemischtes Konsortium, interne Weitervergebung von Arbeiten, Losgemeinschaft, stille Beteiligung, nur natürliche Gesellschafter, Konsortium von Subunternehmern. Die Frage der Rechtsfähigkeit (Nr. 243/260a).	243
3. Die SIA-Norm 118	261
A. Privater Charakter	262
B. Inhalt und Gegenstand	265
C. Geltung und Auslegung	280
a. Inhaltsbestimmungen	281
b. Abschlussbestimmungen	295
c. Bestimmungen über die Vollmacht der Bauleitung	297
4. Das Problem der Widersprüche Das Problem (Nr. 300). Die Grundregel: Unverbindlichkeit widersprüchlicher Vertragsbestimmungen (Nr. 301 ff.). Vereinbarte Widerspruchsregeln (Nr. 304 ff.). Die Widerspruchsregel (Rangordnung) der SIA-Norm 118 (Nr. 309 ff.); Vorrang individueller Abreden (Nr. 316).	300
IV. Werkvertragsähnliche Innominatkontrakte Vorkommen (Nr. 317). Beispiele: der unentgeltliche «Werkvertrag» (Nr. 318; Abgrenzung zum reinen Gefälligkeitsverhältnis, Nr. 319 f.), der Vertrag über eine Werkleistung mit konditional verknüpfter Vergütung (Nr. 320), der Vertrag mit reinem Geist-Werk (Nr. 321), der «Dauerwerkvertrag» (Nr. 322 f.). Die Bestimmung des Vertragsinhalts (Nr. 324 f.). Gemischte Vertragsverhältnisse (Nr. 326 ff.). Zusammengesetzte Verträge (Nr. 329).	317

	Randnummer
V. Verträge mit umstrittener oder zweifelhafter Zuordnung	330
<p>Beispiele: Gutachtervertrag (Nr. 331 ff.), Vertrag über die Herstellung von Individualsoftware (Nr. 334 ff.), EDV-Systemrealisierungsvertrag (Nr. 338a f.), Insektionsvertrag (Nr. 339 ff.), Reisevertrag (Nr. 342 ff.), Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht (Nr. 347 ff.), Baubetreuungsvertrag (Nr. 352 ff.), Gerüstvertrag (Nr. 356 ff.), Baukonzessionsvertrag (Nr. 360a f.).</p>	
VI. Internationale Werkverträge und Wiener Kaufrecht	361
<p>Das nach IPRG anwendbare Recht (Nr. 361 f.). Das Wiener Kaufrecht (WKR) und seine mögliche Anwendung auf Werklieferungs- und Kauf-/Werkverträge (Nr. 363 ff.).</p>	
Zweiter Teil:	
Abschluss des Werkvertrages und vorzeitige Auflösung nach Art. 377 OR	378
I. Der Vertragsabschluss	378
1. Im Allgemeinen	379
A. Konsens und Vertragsmängel	380
a. Konsens, Antrag und Annahme	380
<p>Der erforderliche Konsens, und was vereinbart sein muss (Nr. 380 ff.). Die erforderliche Bestimmbarkeit des geschuldeten Werkes (Nr. 382). Die fehlende Vereinbarung über die Höhe der Vergütung (Nr. 383 f.). Antrag und Annahme (Nr. 385 f.). Bestätigungsschreiben (Nr. 387). Widerrufsrecht bei «Haustürgeschäften» und ähnlichen Verträgen (Nr. 388).</p>	
b. Vertragsmängel. Abgrenzung zur Bedingung und Voraussetzung	389
<p>Vertragsmängel: Nichtigkeits- und andere Mängel (Nr. 389 ff.); Rechtslage bei einseitiger Unverbindlichkeit (Nr. 390a). Schmiergeldzahlungen (Nr. 391). Vertragsabschluss ohne Baubewilligung (Nr. 392 ff.). Vertragsabschluss unter Bedingung oder Voraussetzung (Nr. 396 ff.).</p>	
B. Stellvertretung (insbesondere durch Architekt oder Ingenieur)	399
<p>Die Frage der Vollmacht (Nr. 399 ff.). Die Honorarordnungen des SIA und die Vollmachtkundgabe der SIA-Norm 118 (Nr. 401 f.). Der Grundsatz der Offenheit (Nr. 403 ff.).</p>	
C. Form des Vertrages	406
<p>Im Allgemeinen (Nr. 406 f.). Bei Bauarbeiten auf einem Grundstück, das der Unternehmer dem Besteller verkauft (Nr. 408 ff.). Vertraglich vorbehalten Form (Nr. 413 ff.). Die vollstreckbare Urkunde nach ZPO (Nr. 415a).</p>	

	Randnummer
D. Unternehmerklauseln (Baubindung des Bestellers)	416
Begriff und Qualifizierung (Nr. 416 ff.). Rechtslage (Nr. 419 ff.). Abgrenzung zu anderen Vereinbarungen (Nr. 433).	
E. Vertragsverhandlungen	434
Das Verhandlungsverhältnis (Nr. 434). «Culpa in contrahendo» und Culpa-Haftung (Nr. 435; Beispiele, Nr. 436 ff.). Vereinbarung über die zu führenden Verhandlungen (Nr. 444 ff.). Unlauteres Wettbewerbsverhalten (Nr. 449 ff.). Abbruch der Verhandlungen (Nr. 452 f.). Verhandlungskosten (Nr. 454 f.). Kosten aus einem vorzeitigen Beginn der Werkausführung (Nr. 455a).	
2. Die Submission	456
A. Die Submission von Werkleistungen	456
«Öffentliches» und «privates» Submissionsverfahren.	
B. Die Stufen des Submissionsverfahrens	457
Die Ausschreibung der Arbeiten (Nr. 458 f.). Die Einreichung der Angebote (Nr. 460 f.). Der Vergabeentscheid des Ausschreibers, namentlich der verwaltungsrechtliche Zuschlag (Nr. 461 f.). Der Abschluss des Werkvertrages mit einem Submittenten (Nr. 462 ff.).	
C. Das Submissionsverhältnis	470
Merkmale und rechtliche Qualifikation (Nr. 471 ff.). Preisabsprachen der Submittenten (Nr. 475 f.). Fehlende Regelung im OR, Verwandtschaft mit der Versteigerung (Nr. 476).	
D. Die Submissionsbedingungen des Ausschreibers	477
Begriff und Vorkommen (Nr. 477 ff.). Inhalt, insbesondere Vergaberegeln (Nr. 480 f.). Privatrechtliche Geltung (Nr. 482 ff.). Geltung der öffentlich-rechtlichen Submissionsbedingungen (Nr. 485 ff.). Vertragliche Einzelpflichten (Nr. 488).	
E. Die Rechtsbehelfe des nichtberücksichtigten Submittenten	489
a. Privatrechtliche Ansprüche	490
b. Anfechtung des Zuschlages mit förmlicher Beschwerde	502
Rechtsschutzbestimmungen des öffentlichen Beschaffungsrechts (Nr. 502). Anfechtung durch einen Submittenten (Nr. 503 ff.). Beschränkte Entscheidbefugnis der Beschwerdeinstanz nach abgeschlossenerem Vertrag (Nr. 507). Verfüht abgeschlossener Vertrag (Nr. 508 f.). Recht auf Schadenersatz: subsidiärer Rechtsbehelf (Nr. 510 f.).	
F. Abgrenzungen	512
Einladungsverfahren (Nr. 513). Submissionswettbewerb (Nr. 514). Elektronische Submission (Nr. 515). Vorsubmission für Subunternehmer (516 ff.). Freihändige Vergabe (Nr. 520).	

	Randnummer
II. Vorzeitige Vertragsauflösung nach Art. 377 OR: «Rücktritt» des Bestellers gegen Schadloshaltung	521
1. Art. 377 OR im Allgemeinen	522
Das Rücktrittsrecht des Art. 377 OR (Nr. 523 f.). Die Rücktrittserklärung (Nr. 525 ff.). Die Wirkung des Rücktritts (Nr. 528 ff.). Unterschied zur vorzeitigen Vertragsauflösung nach Art. 378 OR (Nr. 534).	
2. Die «Vergütung der bereits geleisteten Arbeit»	535
Die Vergütungspflicht des Bestellers (Nr. 535 ff.). Die Höhe (Nr. 537 ff.) und die Fälligkeit der geschuldeten Teilvergütung (Nr. 540). Der Anspruch des Bestellers auf Rückleistung von zu viel Bezahltem (Nr. 541).	
3. Die «volle Schadloshaltung des Unternehmers»	542
Die Schadenersatzpflicht des Bestellers (Nr. 542 ff.). Berechnung des geschuldeten Schadenersatzes: Anwendung der «Additionsmethode» (Nr. 546 ff.). Die «Abzugsmethode» und deren Ablehnung (Nr. 551 ff.). Reduktion der Schadenersatzpflicht (Nr. 554 ff.). Fälligkeit des Ersatzanspruches (Nr. 557 ff.).	
4. Einzelfragen	560
Die Bindung des Bestellers an sein Vergütungsversprechen (Nr. 561 ff.). Die vorzeitige Vertragsauflösung durch gegenseitige Übereinkunft (Nr. 564 ff.). Die vorzeitige Auflösung des Vertrages durch den Besteller aus «wichtigem Grund» (Nr. 567 ff.). Das Verhältnis des Art. 377 OR zu besonderen Auflösungsregeln des Gesetzes (Nr. 578 ff.); konnexe Fragen der Beweislast (Nr. 581). Der dispositiven Charakter des Art. 377 OR (Nr. 582 ff.). Der «Teilrücktritt» (Nr. 592 ff.). Die Auflösung des «Dauer-Werkvertrages» (Nr. 597). Die Vertragsauflösung durch den Unternehmer (Nr. 598 f.). Die Vertragsauflösung durch Bedingungseintritt (Nr. 599a).	
 Dritter Teil:	
Die Wirkungen des Werkvertrages	600
I. Die Pflichten des Unternehmers	602
1. Die Hauptpflicht: Herstellung und Ablieferung des Werkes	603
A. Die Herstellungs- und Ablieferungspflicht im Allgemeinen	603
Pflicht zur Herstellung und Ablieferung des versprochenen Werkes (Nr. 603 f.). Rechtzeitigkeit und Mängelfreiheit (Nr. 605). Benötigte Arbeitsmittel und benötigter Werkstoff (Nr. 606 f.).	

Randnummer

B. Die Pflicht zur persönlichen Herstellung oder Leitung:	
Grundsatz und Ausnahme	608
a. Die Bestimmung des Art. 364 Abs. 2 OR	609
aa. Die Grundsatzregel des Art. 364 Abs. 2 OR	609
bb. Die gesetzlichen Ausnahmefälle	612
cc. Abweichende Abreden	618
Im Allgemeinen (Nr. 618). Vereinbarung eines «personendefinier-	
ten» Werkes (Nr. 618a f.).	
dd. Ausführung in einem Haupt- oder Zweigbetrieb	619
b. Der Beizug eines Subunternehmers im Besonderen	620
aa. Grundsätzliches	620
bb. Die Anwendung des Art. 364 Abs. 2 OR	621
cc. Die Beurteilung nach Vertragsabrede (insbesondere nach	
SIA-Norm 118)	627
dd. Der unerlaubte Beizug	639
c. Die Weitervergabe im Namen des Bestellers	642
C. Die Pflicht zur rechtzeitigen Erfüllung	645
a. Der Ablieferungstermin	646
Begriff und Festlegung (Nr. 646 ff.). Abgrenzung zum Vollendungs-	
termin (Nr. 651 f.). Zwischentermine und Bauprogramm (Nr. 653 ff.).	
Sonderfall der Teillieferungspflicht (Nr. 657).	
b. Der Schuldnerverzug des Unternehmers	658
aa. Der Verzug mit der Ablieferung des Werkes	
(Art. 102 ff. OR)	659
Die Rechtslage nach Art. 103–109 OR (Nr. 659). Die Verzugsfol-	
gen (Nr. 660 ff.).	
bb. Der Verzug vor Eintritt des Ablieferungstermins	
(Art. 366 Abs. 1 OR)	668
Die Regel des Art. 366 Abs. 1 OR (Nr. 668 ff.). Deren Ergänzung	
durch das allgemeine Verzugsrecht (Nr. 675). Abgrenzung ge-	
genüber andern Leistungsstörungen, namentlich gegenüber der	
Schlechtleistung (Nr. 675a).	
cc. Kein Verzug ohne Pflichtwidrigkeit –	
Gerechtfertigte Verzögerung	676
Das Prinzip (Nr. 676). Rechtfertigungsgründe (Nr. 677 ff.). Rechts-	
lage bei vorübergehenden Leistungshindernissen (Nr. 681). Die	
Wirkung der gerechtfertigten Verzögerung (Nr. 682).	

	Randnummer
dd. Der Rücktritt des Bestellers infolge des Verzugs Wirkung «ex tunc» (Nr. 683 ff.). Wirkung «ex nunc» (Nr. 685 ff.). Seltenheit des Rücktritts (Nr. 690).	683
ee. Der Verzug bei Teillieferungspflicht	691
c. Die vereinbarte Verspätungsstrafe: Konventionalstrafe für die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit Die Konventionalstrafe für Verspätung, Wesen und Erscheinungsfor- men (Nr. 692 ff.). Der Verfall der Strafe (Nr. 695 ff.). Die Verwirkung bei vorbehaltloser Annahme der Erfüllung (Nr. 700 ff.). Die Abgren- zung zum pauschalierten Schadenersatz (Nr. 709 ff.).	692
d. Die vorzeitige Erfüllung	712
D. Die nachträgliche Unmöglichkeit der Werkherstellung	718
a. Im Allgemeinen	718
b. Die «Unmöglichkeit der Erfüllung aus Verhältnissen des Bestellers» (Art. 378 OR) Die Fälle des Art. 378 OR (Nr. 722 ff.). Die Rechtslage (Nr. 726 ff.). Das «Verschulden» im Sinne des Art. 378 Abs. 2 OR (Nr. 734 f., Nr. 736 f.). Besondere Sachverhalte (Nr. 738 ff.): Schuldnerverzug des Unterneh- mers (Nr. 739), Verletzung einer Anzeigepflicht (Nr. 740), Untergang des Werkes (Nr. 741 f.), Unmöglichwerden auch einer Subunterneh- merleistung (Nr. 743 ff.), parziell noch ausführbares Werk (Nr. 745a ff.), Unmöglichkeit nur der Ablieferung (Nr. 746 f.), verzögerte Kennt- nisnahme durch den Unternehmer (Nr. 748). Abgrenzung des Art. 378 OR zum Annahmeverzug des Bestellers und zur Verwendungsunmög- lichkeit beim Besteller (Nr. 749 ff.).	722
c. «Tod und Unfähigkeit des Unternehmers» (Art. 379 OR) Art. 379 OR im Allgemeinen (Nr. 752 ff.); sinngemässe Anwendung auf Unternehmer, die keine natürlichen Personen sind (Nr. 761). Das Erlö- schen des Werkvertrages (Nr. 762). Rechtslage bei bereits ausgeführ- tem Werkteil (Nr. 762 ff.). Die Frage des Schadenersatzes (Nr. 767).	752
d. Privatautonome Regelung	767a
E. Die Bestellungenänderung	768
a. Die Bestellungenänderung im Allgemeinen Begriff (Nr. 768) und Erscheinungsformen (Nr. 769 ff.). Vereinbarte (Nr. 770 f.) und einseitige (Nr. 772 f.) Bestellungenänderung. «Ände- rungsrecht» des Bestellers (Nr. 774 ff.). Vertretung des Bestellers (Nr. 780 ff.). Anspruch des Unternehmers auf Mehrvergütung bei Mehraufwand: Prinzip, Beweislast, Wegfall, vereinbarter Genehmi- gungsvorbehalt (Nr. 785 ff.). Hinausschieben des Ablieferungstermins (Nr. 790).	768

	Randnummer
b. Die einseitige Beststellungsänderung nach der SIA-Norm 118 Die im dritten Abschnitt der Norm geregelte Beststellungsänderung (Nr. 791 ff.). Die 20%-Klausel der SIA-Norm 118 (Nr. 798 ff.). Die Unvollständigkeit des dritten Abschnittes (Nr. 806 ff.).	791
c. Abgrenzungen Änderung nur der Vergütung (Nr. 810a). Nachträgliche Konkretisierung der Werkleistung (Nr. 810b). Putativänderung (Nr. 810c). Mitbestellte Änderung (Nr. 810d). Vereinbarung eines Anschlussvertrages (Nr. 810e).	810
2. Die Sorgfaltspflicht des Unternehmers und andere Nebenpflichten	811
A. Die Nebenpflichten des Unternehmers im Allgemeinen Rechtsgrundlage: Gesetz, Vereinbarung oder richterliche Vertragsergänzung (Nr. 812 ff.). Die allgemeine Sorgfaltspflicht (Nr. 817 ff.). Die Treuepflicht des Unternehmers (Nr. 820 ff.). Die Frage der «Kooperationspflicht» (Nr. 821b).	812
B. Erscheinungsformen der Sorgfaltspflicht Pflicht zur sorgfältigen Behandlung des vom Besteller gelieferten Stoffes (Art. 365 Abs. 2 OR) und anderer Sachen des Bestellers (Nr. 823 ff.). Gesetzliche Anzeigepflicht, Art. 365 Abs. 3 OR (Nr. 829 ff.). Gesetzliche Pflicht zur Abmahnung, Art. 369 OR (Nr. 833). Im Gesetz nicht besonders geregelte Sorgfaltspflichten, Beispiele (Nr. 834 ff.).	822
C. Das Mass der Sorgfalt und die «anerkannten Regeln der Technik» Das Mass der Sorgfalt (Nr. 840 f.). Das Verhältnis zwischen den «anerkannten Regeln der Technik» und der geforderten Sorgfalt (Nr. 842 ff.). Voraussetzungen, unter denen eine technische Regel als «anerkannt» gilt (Nr. 845 ff.). Die technischen Regelwerke privater Organisationen (Nr. 850 ff.).	840
D. Die Schadenersatzpflicht aus Sorgfaltsverletzung Bei Schädigung des Bestellers (Nr. 853 ff.). Bei Schädigung Dritter (Nr. 857 ff.). Vertragliche Drittschutzwirkung (Nr. 860 ff.). Vertraglich übernommene Schadenersatzpflicht, namentlich Freistellungs- und Drittentschädigungsabrede (Nr. 863 ff.).	853
3. Die Rechtsbehelfe des Bestellers nach Art. 366 OR	866
A. Das Rücktrittsrecht nach Art. 366 Abs. 1 OR	867
B. Das Recht zur Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR	868
a. Wortlaut und Zweck des Art. 366 Abs. 2 OR	868
b. Inhalt des Art. 366 Abs. 2 OR: Recht des Bestellers zur Ersatzvornahme und Anspruch auf Kostenersatz	870
c. Die Voraussetzungen des Art. 366 Abs. 2 OR	872

	Randnummer
d. Die Rechtslage bei erfüllten Voraussetzungen	886
e. Sonderfälle	892
C. Das Verhältnis zwischen Art. 366 Abs. 1 und Abs. 2 OR	894a
II. Die Pflichten des Bestellers	895
1. Die Hauptpflicht: Pflicht zur Leistung einer Vergütung	896
A. Die Bemessung der geschuldeten Vergütung	898
a. Feste Übernahme des Werkes (Art. 373 OR)	899
aa. Pauschalpreis	900
Merkmal (Nr. 900 f.). Festpreischarakter und dessen Relativierung (Nr. 902 ff.). Vergütung des Mehraufwandes bei Bestellungsänderung (Nr. 905 ff.). Fälle mit beschränkter Pauschalpreisabrede (Nr. 908). «Vollständigkeitsklausel» (Nr. 909 ff.).	
bb. Globalpreis	910
Merkmal (Nr. 910 ff.). Teuerungsabrechnung nach SIA-Norm 118 (Nr. 913 f.).	
cc. Einheitspreis	915
Übernahme der Werkausführung zu Einheitspreisen (Nr. 915 f.). Ermittlung der geschuldeten Vergütung (Nr. 917 ff.). Ermittlung nach dem tatsächlichen Ausmass (Nr. 920 ff.), nach dem plangemässen theoretischen Ausmass (Nr. 924 ff.). Kein Vergütungsanspruch für zu viel Geleistetes (Nr. 928). Festpreischarakter des Einheitspreises und dessen Relativierung (Nr. 929 ff.). «Einheitspreisvertrag» mit zugehörigem Leistungsverzeichnis (Nr. 931). «Pauschalierung» der Einheitspreisofferte (Nr. 932 f.), Abgrenzung zur ursprünglichen Pauschalpreisofferte (Nr. 933).	
b. Übernahme des Werkes ohne feste Vergütung (Art. 374/375 OR)	934
aa. Die Bestimmung des Art. 374 OR	935
Die in Art. 374 OR geregelten Fälle (Nr. 935 ff.). Art. 374 OR als ergänzendes Vertragsrecht (Nr. 943 ff.). Die nach Art. 374 OR geschuldete Vergütung (Nr. 946 ff.). Kriterium des Aufwandes (Nr. 947). Gesetzliche Bemessungsmethode (Nr. 948 f.) und abweichende Vertragsregeln (Nr. 950 ff.). Abrundung und Präzisierung (Nr. 956 ff.). Die Regiearbeiten nach SIA-Norm 118 (Nr. 969 ff.).	
bb. Die unverhältnismässige Überschreitung eines ungefähren Ansatzes (Art. 375 OR)	973
Die Rechtsbehelfe des Art. 375 Abs. 1 und 2 OR (Nr. 973 f., Nr. 975 ff.). Die unverhältnismässige Überschreitung des Kostenansatzes (Nr. 984 ff.). Weitere Voraussetzungen der Rechtsbehelfe (Nr. 987 ff.). Einzelfragen zum Anwendungsbereich des Art. 375 OR (Nr. 995 ff.), und verschiedene Einzelaspekte (Nr. 1003 ff.).	

	Randnummer
cc. Verteilung der Beweislast	1011
Beweislastverteilung für verschiedene Streitlagen (Nr. 1012 ff.). Die Beweisbedeutung des Regierapportes (Nr. 1028 f.).	
c. Differenzierte Vergütung und atypische Preise	1030
Werkverträge mit differenziertem Vergütungssystem (Nr. 1030 ff.). Verschiedene Preisarten für verschiedene Einzelleistungen (Nr. 1032 f.). Mischkalkulation (Nr. 1034). Atypische Preise (Nr. 1035 ff.), namentlich: reiner Höchstpreis (Nr. 1036 ff.), «Guaranteed Maximum Price» (Nr. 1037), Referenzpreis (Nr. 1038 f.), Kostendach (Nr. 1040 f.) und Nutzpreis (Nr. 1042 f.).	
B. Die Ausnahmebestimmung des Art. 373 Abs. 2 OR: Keine Bindung des Unternehmers trotz Festpreisabrede	1044
a. Wortlaut, Zweck und systematische Stellung der Bestimmung	1046
b. Der Ausnahmefall	1049
aa. Umstände, welche «die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren»	1050
Worin diese Umstände bestehen (Nr. 1050 ff.). Die übermässige Erschwerung der Erfüllungslast (Nr. 1056 ff.). Die kostenteuernden Umstände und deren Erscheinungsformen (Nr. 1066 ff.).	
bb. «Ausserordentliche Umstände»	1074
cc. Umstände, «die nicht vorausgesehen werden konnten»	1076
Das Merkmal der Unvorhersehbarkeit (Nr. 1076 ff.): bei Umständen, die erst nach Vertragsabschluss eintreten (Nr. 1079 ff.), oder die bei Vertragsabschluss schon vorgelegen haben (Nr. 1084 ff.). Sonderfälle (Nr. 1087 ff.).	
dd. Umstände, «die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren»	1092
Das Merkmal dieser Umstände (Nr. 1092 ff.). Sachverständige Angaben des Bestellers über kostenbildende Faktoren (Nr. 1095 ff.). «Schlichte» Mengenabweichung bei Einheitspreis-Leistungen (Nr. 1105 ff.). Das in Art. 373 Abs. 2 OR verwendete Wort «Voraussetzung» (Nr. 1106).	
c. Die Ausnahmefolge: Recht des Unternehmers auf Preiserhöhung oder Vertragsauflösung	1108
aa. Die Voraussetzungen	1108
Positive und negative Voraussetzungen (Nr. 1108 ff.). Die Pflicht des Unternehmers zur Anzeige der «ausserordentlichen Umstände» (Nr. 1112 f.).	
bb. Die Rechtsbehelfe des Art. 373 Abs. 2 OR	1114
Das Recht auf Preiserhöhung (Nr. 1115 f.). Das Recht auf Vertragsauflösung (Nr. 1117 f.). Kein Wahlrecht des Unternehmers (Nr. 1119 ff.). Verhältnis zu Art. 375 Abs. 1 und Abs. 2 OR	

	Randnummer
(Nr. 1120 f.). Preiserhöhung oder Vertragsauflösung als richterliche Vertragsgestaltung (Nr. 1122 ff.). Keine andern Vertragsanpassungen (Nr. 1126 f.).	
cc. Der dispositive Charakter des Art. 373 Abs. 2 OR – Abweichende Abreden	1128
Der Vorrang abweichender Parteiabreden (Nr. 1128). Die Wegbedingung der aus Art. 373 Abs. 2 OR fließenden Rechte (Nr. 1129 ff.). Vereinbarte Neuaushandlungsklauseln (Nr. 1134 ff.).	
d. Analogien und Abgrenzung	1141
aa. Analogien	1142
Analogiefälle (Nr. 1142). Der Werkvertrag mit erhöhten Ablieferungskosten (Nr. 1143). Der Werkvertrag mit verminderten Herstellungskosten (Nr. 1144, Nr. 1145 ff.).	
bb. Abgrenzung, namentlich gegenüber der Beststellungsänderung	1148
C. Die Fälligkeit der Vergütung	1151
a. Die gesetzliche Regel des Art. 372 OR	1152
Der Eintritt der Fälligkeit nach Art. 372 Abs. 1 und 2 OR: Grundsatz und Ausnahme (Nr. 1152 ff.). Die Bedeutung der Rechnungsstellung durch den Unternehmer (Nr. 1159 ff.). Abgrenzung zur Entstehung des Vergütungsanspruchs (Nr. 1161a).	
b. Abweichende Abreden	1162
aa. Im Allgemeinen	1162
Art. 372 OR als dispositives Recht (Nr. 1162). Beispiele abweichender Abreden (Nr. 1163 ff.): vereinbarte Teilzahlungen oder Akontozahlungen (Voraus- oder Abschlagszahlungen) (Nr. 1163), hinausgeschobene Fälligkeit (Nr. 1164), «Pay-When-Paid»-Klausel (Nr. 1165). Fälligkeitsauslösendes Ereignis bei Fälligkeitsabreden (Nr. 1165a). Vereinbarte Zahlungsfristen: mögliche Bedeutungen (Nr. 1165b). Stundungsabrede (Nr. 1165c). Der Gesichtspunkt der Verjährung (Nr. 1166).	
bb. Das Abrechnungssystem der SIA-Norm 118	1167
Ein System mit verschiedenen Einzelabrechnungen (Nr. 1167 ff.). Die Zahlungsfrist von 30 Tagen (Nr. 1179). Was gilt, wenn der Bauherr die Abrechnungen selber erstellt? (Nr. 1180).	
D. Die Vergütungsgefahr bei zufälligem Untergang des Werkes	1181
a. Die Gefahrtragung nach Art. 376 OR	1183
aa. Grundsatz und Ausnahmen	1184
Grundsatz: Der Unternehmer trägt die Vergütungsgefahr bis zur Ablieferung des Werkes (Art. 376 Abs. 1 und 2 OR; Nr. 1184 ff.). Ausnahmen: Annahmeverzug des Bestellers (Art. 376 Abs. 1 OR; Nr. 1191 ff.); Fälle des Art. 376 Abs. 3 OR (Nr. 1194 ff.); analoge Anwendung des Art. 376 Abs. 3 OR (Nr. 1199 ff.). Die Verletzung	

Randnummer

	der Anzeige- oder einer anderen Sorgfaltspflicht des Unternehmers (Nr. 1201 f.).	
bb.	Vergütungsgefahr und Leistungsgefahr Die Leistungsgefahr und deren Verhältnis zur Vergütungsgefahr (Nr. 1203 ff.). Abgrenzungen (Nr. 1209).	1203
cc.	Untergang durch «Verschulden» des Bestellers (Exkurs) Sachverhalt und Rechtslage (Nr. 1210 ff.). Rechtslage bei «konkurrierender Verantwortlichkeit» (Nr. 1214).	1210
b.	Die Vertragspraxis Im Allgemeinen (Nr. 1215 f.). Die Regelung der SIA-Norm 118 (Nr. 1217 ff.).	1215
E.	Einzelfragen zur Vergütung	1221
a.	Die Mehrwertsteuer	1222
b.	Skonto und Rabatt	1232
aa.	Der Skonto Begriff und vorausgesetzte Skontoabrede (Nr. 1233). Die Skontoabrede im Einzelnen (Nr. 1234 ff.). Die Einhaltung der Skontofrist (Nr. 1237 ff.). Die Rechtslage bei vereinbarten Abschlagszahlungen (Nr. 1241) und bei nur zum Teil fristgerechter Zahlung (Nr. 1242 f.). Skontofrist und Zahlungsfrist (Nr. 1243a).	1233
bb.	Der Rabatt Begriff und Terminologie (Nr. 1244). Die Rabattabrede (Nr. 1245 ff.). Gesamtrabatt und Spezialrabatt (Nr. 1245a f./1246 f.). Der «synallagmatische Rabatt» (Nr. 1247). Abgrenzung gegenüber Schmiergeldzahlungen, insbesondere «Vergaberabatt» oder «Architektenrabatt» (Nr. 1248 f.).	1244
c.	Der Rechnungsfehler des Unternehmers Die Bestimmung des Art. 24 Abs. 3 OR (Nr. 1249 ff./1251 ff.). Leistungen zu Einheitspreisen: Multiplikations- oder Additionsfehler im Leistungsverzeichnis (Nr. 1256 f.).	1249
d.	Die Rechnungsstellung durch den Unternehmer Die Rechnung des Unternehmers: Rechtsnatur und Rechtsfragen (Nr. 1258 ff.). Die Frage nach der Bindungswirkung (Nr. 1261 ff.). Die Anerkennung einer Rechnung durch den Besteller (Nr. 1264 ff.). Anerkennung durch Architekten oder Ingenieure in Vertretung des Bauherrn, die Frage der Vollmacht (Nr. 1268 f.).	1258
e.	Der Rückerstattungsanspruch des Bestellers bei Überzahlung Im Allgemeinen: Qualifikation, Verjährung und Verwirkung (Nr. 1269 ff.). Anspruch auf Rückerstattung eines Überschusses aus Akontozahlungen (Voraus- oder Abschlagszahlungen) (Nr. 1272 ff.). Abgrenzung gegenüber einer Wandelungs- oder Minderungsforderung des Bestellers (Nr. 1273).	1269

	Randnummer
f. Der Schuldnerverzug des Bestellers	1274
Voraussetzungen und Wirkungen (Nr. 1274 ff.). Verzugszins (Nr. 1278 f.). Arbeitseinstellung durch den Unternehmer (Nr. 1280 ff.).	
g. Die Verjährung des Vergütungsanspruchs	1283
Die Verjährungsfrist, namentlich bei Forderungen aus «Handwerksarbeit» (Nr. 1284 ff.). Der Beginn der Verjährung: die Regel des Art. 130 Abs. 1 OR (Nr. 1298 ff.) und die Ausnahmebestimmung des Art. 130 Abs. 2 OR (Nr. 1299).	
h. Das Bauhandwerkerpfandrecht	1300
Im Allgemeinen (Nr. 1300 f.). Einzelfragen (Nr. 1302 ff.). Kein Bauhandwerkerpfandrecht des Architekten oder Ingenieurs (Nr. 1308), wohl aber des Totalunternehmers (Nr. 1309).	
i. Die Vergütung nicht bestellter Zusatzleistungen	1310
Kein vertraglicher Vergütungsanspruch, allenfalls aber gesetzliche Ausgleichsansprüche (Nr. 1310 f.). Die Regel des Art. 45 Abs. 2 der SIA-Norm 118 (Nr. 1312 ff.).	
k. Die Abtretung des Vergütungsanspruches	1317
2. Nebenpflichten und Obliegenheiten des Bestellers	1320
A. Im Allgemeinen	1320
Nebenpflichten: Grundlage (Nr. 1320 ff.) und Verletzung (Nr. 1323). Obliegenheiten (Nr. 1324 ff.).	
B. Die sogenannten «Mitwirkungspflichten»	1328
Ihre Rechtsnatur: Obliegenheiten des Bestellers (Nr. 1328). Mitwirkungshandlungen des Bestellers (Nr. 1329 ff.). Rechtsfolgen unterlassener oder fehlerhafter Mitwirkung (Nr. 1335 ff., Nr. 1340 f., Nr. 1342 f.). Ausnahme: Echte Verpflichtung des Bestellers (nicht nur Obliegenheit) zur Mitwirkung (Nr. 1344 f.). Mitwirkungspflichten und «Kooperationspflicht» (Nr. 1345a).	
C. Die Überwachung des Unternehmers	1346
Kein Anspruch des Unternehmers auf Überwachung (Nr. 1346). Abweichende Abreden (Nr. 1347).	
 Vierter Teil:	
Die Mängelhaftung des Unternehmers im Besonderen	1348
I. Der Inhalt der Mängelhaftung	1349
II. Der Werkmangel	1352

	Randnummer
1. Allgemeines zum Begriff	1352
2. Der Werkmangel: Eine Abweichung des Werkes vom Vertrag	1355
A. «Vertragsabweichung» als Begriffsmerkmal des Werkmangels	1356
B. Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft als Werkmangel	1361
a. Die vereinbarten Eigenschaften	1362
Begriff und Arten (Nr. 1362 ff.). Ermittlung durch Vertragsauslegung (Nr. 1366 f.). Eigenschaftsvereinbarung und reine Modalitätsabrede (Nr. 1368 f.).	
b. Die Zusicherung einer Eigenschaft	1370
aa. Der Begriff der Zusicherung	1371
bb. Zusicherung und Haftungsübernahme (reine und qualifizierte Zusicherung)	1375
Im Allgemeinen (Nr. 1375 ff.). Abweichungen von der gesetzlichen Mängelhaftung (Nr. 1380). Die Verwendung der Worte «Garantie» oder «Gewähr» (Nr. 1381 ff.). Verkehrstypische Garantieerklärungen: Systemgarantie, Haltbarkeitsgarantie, Funktionsgarantie (Nr. 1384 ff.).	
cc. Abgrenzung	1390
Vorvertragliche Aussagen, unbestimmte Anpreisungen und unbestimmte Angaben (Nr. 1390 ff.). Selbständiges Erfolgsversprechen/ «selbständige Garantie» (Nr. 1395 ff.).	
c. Werkmangel beim Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft	1398
Im Allgemeinen (Nr. 1398 f.). Einzelpunkte: vereinbarte Minimalanforderungen, «Toleranzgrenzen», «Haltbarkeitsgarantie», vereinbarte Eigenschaften des Subunternehmer-Werkes (Nr. 1400 ff.).	
C. Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft als Werkmangel	1406
a. Im Allgemeinen	1406
b. Vorausgesetzte Normalbeschaffenheit	1409
Geschuldete Normalbeschaffenheit und Werkmangel (Nr. 1409 ff.). Verhältnis zur vereinbarten besonderen Beschaffenheit (Nr. 1412); zur erforderlichen Gebrauchstauglichkeit (Nr. 1412).	
c. Vorausgesetzte Gebrauchstauglichkeit	1413
Geschuldete Gebrauchstauglichkeit: Grundsatz und Vorbehalt abweichender Abreden (Beispiele) (Nr. 1413 ff.). Konkretisierung der geschuldeten Gebrauchstauglichkeit (Nr. 1417 ff.), bezüglich der Gefährdung von Leib und Leben (Nr. 1423 f.). Mangelhaftigkeit des Werkes bei fehlender oder eingeschränkter Gebrauchstauglichkeit (Nr. 1425 ff.).	
D. Zusammenfassung	1433

	Randnummer
3. «Mängel» und «sonstige Abweichungen» nach Art. 368 OR	1438
4. Sachverhalte, die keine Werkmängel sind	1442
<p>Das völlig andere Werk (Nr. 1443 ff.). Die Nichtvollendung des Werkes (Nr. 1446 ff.). Der übermäßige Aufwand (Nr. 1450). Die Verschlechterung des abgelieferten Werkes (Nr. 1451 ff.). Die Belastung mit einem Bauhandwerkerpfandrecht (Nr. 1457).</p>	
5. Erscheinungsformen des Werkmangels	1458
A. Im Allgemeinen	1459
<p>Tatsächliche oder rechtliche Werkmängel (Nr. 1460 ff.). Offene oder geheime Werkmängel (Nr. 1464). Mängel infolge schlechter Arbeit oder aus anderen Gründen (Nr. 1465 ff.). Völl oder minder erhebliche Werkmängel (Nr. 1468 f.). Primär- oder Sekundärmängel (Nr. 1470 f.). Mängel an körperlichen oder an unkörperlichen (geistigen) Werken (Nr. 1472 ff.).</p>	
B. Durch Werkstoff des Unternehmers verursachter Mangel (Art. 365 Abs. 1 OR)	1477
<p>Anwendung von Werkvertrags-, nicht von Kaufvertragsrecht (Nr. 1477 f.); Ablehnung der gegenteiligen Meinung (Nr. 1479 ff.).</p>	
III. Die Mängelrechte des Bestellers im Allgemeinen	1486
1. Die einzelnen Mängelrechte (Überblick)	1487
2. Der Besteller als Berechtigter, der Unternehmer als Belasteter	1491
<p>Grundsatz (Nr. 1491 f.). Sonderfälle (Nr. 1493 ff.): Werkvertrag mit mehreren Bestellern oder Unternehmern (Nr. 1494), Werkleistung für ein Gebäude in Stockwerkeigentum (Nr. 1495 ff.), Vertrag zu Gunsten eines Dritten (Nr. 1497), Vertragsübernahme (Nr. 1498), Weitervergabe an Subunternehmer (Nr. 1499/1500 ff.).</p>	
3. Berechtigung des Bestellers auch ohne Verschulden des Unternehmers (Prinzip der Kausalhaftung)	1503
4. Der vorausgesetzte Werkmangel: Beweislast und Sicherung des Beweises	1506
A. Beweislast	1506
<p>Beweislast des Bestellers (Nr. 1507). Mitwirkungspflicht des Unternehmers (Nr. 1508). Partielle Durchbrechung der Beweislastverteilung (Nr. 1508). Umkehr der Beweislast durch Vereinbarung (Nr. 1509 f.). Beweis durch Sachverständige (Nr. 1511 ff.).</p>	

	Randnummer
B. Sicherung des Beweises	1514
Die Sicherungsmittel: Privatgutachten (Nr. 1515), Tatbestandsaufnahme nach Art. 367 Abs. 2 OR (Nr. 1516 ff.), vorsorgliche Beweisführung nach ZPO (Nr. 1519 ff.). Fehlende Rechtskompetenz von Sachverständigen (Nr. 1522). Kostentragung (Nr. 1523 ff.).	
IV. Die Mängelrechte im Einzelnen	1527
1. Das Wandelungsrecht	1528
A. Das Wandelungsrecht als Gestaltungsrecht	1530
a. Recht des Bestellers zur Vertragsaufhebung	1531
Wandelungsrecht als Rücktrittsrecht (Nr. 1531 f.). Aufhebung des Werkvertrages ex tunc, und was das bedeutet (Nr. 1533 ff.).	
b. Die durch Wandelung entstehenden Rückleistungspflichten	1538
c. Aufhebung des ganzen Werkvertrages	1546
d. Vertragsaufhebung durch einseitige Willenserklärung des Bestellers (ohne Mitwirkung von Richter oder Unternehmer)	1548
B. Die besondere Voraussetzung des Wandelungsrechts: Unzumutbarkeit der Annahme für den Besteller	1555
a. Im Allgemeinen (Art. 368 Abs. 1 OR)	1556
Die Formulierung des Art. 368 Abs. 1 OR (Nr. 1556 f.). Die «Unzumutbarkeit der Annahme» (Nr. 1558 ff.), bei einer Mehrheit von Mängeln (Nr. 1564). Die «Unbrauchbarkeit des Werkes» (Nr. 1565 ff.). Das Nachschieben eines Wandelungsgrundes (Nr. 1572).	
b. Bei Werken auf Grund und Boden des Bestellers (Art. 368 Abs. 3 OR)	1573
Die Regel des Art. 368 Abs. 3 OR und deren erweiterte Anwendung.	
C. Die Ausübung des Wandelungsrechts: Formen der Wandelungserklärung	1577
D. Unwiderruflichkeit der Wandelungserklärung; Erlöschen des Minderungs- und Nachbesserungsrechts infolge Wandelung Im Allgemeinen (Nr. 1581 ff.). Präzisierung (Nr. 1589 ff.).	1581
E. Verwirkung des Wandelungsrechts	1592
a. Untergang des Werkes mit Verantwortung des Bestellers	1593
Sinngemässe Anwendung des Art. 207 Abs. 3 OR (Nr. 1594 ff.). Gleichbehandlung einer wesentlichen Verschlechterung (Nr. 1597). Untergang/ Verschlechterung ohne Verantwortung des Bestellers (Nr. 1598 f.).	

	Randnummer
<ul style="list-style-type: none"> b. Veräusserung oder Umgestaltung des Werkes durch den Besteller 	1600
<ul style="list-style-type: none"> Sinngemässe Anwendung des Art. 207 Abs. 3 OR (Nr. 1600 ff.). Sonderfälle (Nr. 1603 ff.). 	
<ul style="list-style-type: none"> c. Gebrauch des mangelhaften Werkes trotz Kenntnis der Mangelhaftigkeit 	1606
<ul style="list-style-type: none"> Prinzip der Verwirkung (Nr. 1606). Einschränkungen (Nr. 1607 ff.). Rechtslage im Falle einer Eigenverbesserung (Nr. 1608a). 	
2. Das Minderungsrecht	1609
<ul style="list-style-type: none"> A. Das Minderungsrecht als Gestaltungsrecht 	1611
<ul style="list-style-type: none"> a. Recht des Bestellers zur Herabsetzung der Vergütung 	1612
<ul style="list-style-type: none"> Die Herabsetzung der Vergütung (Nr. 1612 ff.). Anspruch des Bestellers auf Rückzahlung des zu viel Geleisteten (Nr. 1617 f.). Abgrenzung gegenüber Schadenersatzrecht und Verrechnung (Nr. 1619). 	
<ul style="list-style-type: none"> b. Herabsetzung durch einseitige Willenserklärung des Bestellers (ohne Mitwirkung von Richter oder Unternehmer) 	1620
<ul style="list-style-type: none"> B. Die besonderen Voraussetzungen des Minderungsrechts 	1626
<ul style="list-style-type: none"> a. Minderwert des Werkes 	1627
<ul style="list-style-type: none"> Begriff (Nr. 1627). Bestimmung nach objektiven Kriterien (Nr. 1628 ff.). Ausgrenzung des «merkantilen Minderwertes» (Nr. 1633 ff.). 	
<ul style="list-style-type: none"> b. Minimaler Wert des mangelhaften Werkes 	1639
<ul style="list-style-type: none"> Kein Minderungsrecht bei Wertlosigkeit des Werkes (Nr. 1639). Ausnahmen (Nr. 1640). 	
<ul style="list-style-type: none"> C. Die Ausübung des Minderungsrechts: Formen der Minderungserklärung 	1641
<ul style="list-style-type: none"> Erklärungsformen (Nr. 1641 ff.). Adressat (Nr. 1644). Ausübung im Prozess (Nr. 1645). 	
<ul style="list-style-type: none"> D. Der Umfang der Minderung 	1646
<ul style="list-style-type: none"> a. Die Vorschrift des Art. 368 Abs. 2 OR: Herabsetzung entsprechend dem Minderwert des Werkes 	1647
<ul style="list-style-type: none"> Der Wortlaut des Art. 368 Abs. 2 OR (Nr. 1647). Der Gegenstand der Herabsetzung (Nr. 1648 ff.). Der Minderwert des Werkes und seine Ermittlung (Nr. 1651 ff.). Der Herabsetzungsbetrag (Nr. 1660 ff.). Die Verhältnisgleichheit zwischen Herabsetzungsbetrag und Minderwert (Nr. 1664 ff.). Die Höhe des Herabsetzungsbetrages: Beweislast und Beweis (Nr. 1667 f.). 	
<ul style="list-style-type: none"> b. Herabsetzung nach der relativen Berechnungsmethode 	1669
<ul style="list-style-type: none"> c. Herabsetzung um den Betrag des Minderwertes 	1674

	Randnummer
d. Herabsetzung um den Betrag der Verbesserungskosten und ähnliche Methoden	1680
e. Herabsetzung auf null	1685
E. Unwiderruflichkeit der Minderungserklärung; Erlöschen des Wandelungs- und Nachbesserungsrechts infolge Minderung Im Allgemeinen (Nr. 1688 ff.). Präzisierung (Nr. 1695 ff.).	1688
3. Das Nachbesserungsrecht	1698
A. Das Nachbesserungsrecht als Gestaltungsrecht	1700
a. Recht des Bestellers, den Unternehmer zur Nachbesserung zu verpflichten	1701
b. Ausübung durch einseitige Willenserklärung des Bestellers (ohne Mitwirkung von Richter oder Unternehmer)	1705
c. Keine Pflicht zur Ausübung des Nachbesserungsrechts Freiheit des Bestellers, die Nachbesserung zu verlangen oder nicht (Nr. 1710), auch im Verhältnis zum Wandelungs- und Minderungsrecht (Nr. 1711). Und Annahmeverzug des Bestellers (Nr. 1712).	1710
B. Der Inhalt der Nachbesserungsschuld; Tragung der Verbesserungskosten	1713
Inhalt der Nachbesserungsschuld (Nr. 1713/1714 ff.). Tragung der Verbesserungskosten (Nr. 1717 ff., Nr. 1727 ff.). Anspruch des Unternehmers auf Kostenzuschuss des Bestellers: Fälle und Rechtslage (Nr. 1733 ff.). Anspruch des Unternehmers auf Nachlieferung von Stoff (Nr. 1743). Mangelbeseitigung durch Einholung einer Dispens (Nr. 1744).	
C. Die besonderen Voraussetzungen des Nachbesserungsrechts	1745
a. Möglichkeit der Mangelbeseitigung	1746
b. Nicht übermäßige Verbesserungskosten	1748
aa. Das Kriterium der Übermäßigkeit	1749
Das Kriterium: Verhältnis zwischen Verbesserungskosten des Unternehmers und Nutzen des Bestellers (Nr. 1749 ff.). Abgrenzung zu anderen (nicht relevanten) Verhältnissen (Nr. 1752 f.).	
bb. Die Abwägung von Kosten und Nutzen	1754
Wie die Kosten des Unternehmers und der Nutzen des Bestellers gegeneinander abzuwägen sind (Nr. 1754 ff.). Die Beurteilung der Frage, ob ein Missverhältnis vorliegt (Nr. 1758 ff.). Der Vorbehalt der «übermäßigen Kosten» und das Rechtsmissbrauchsverbot (Nr. 1763 ff.).	
cc. Das Weigerungsrecht des Unternehmers	1767
Das Weigerungsrecht und wann es entfällt (Nr. 1767 f.). Ablehnung der Einredetheorie (Nr. 1769).	

	Randnummer
dd. Sonderfall: Angebot einer «Alternativlösung» durch den Unternehmer	1770
D. Nachbesserungsrecht und Recht auf ein neues Werk	1773
Die Fragestellung (Nr. 1773 f.). Grundsatz: kein Recht des Bestellers auf Neuherstellung des mangelhaften Werkes (Nr. 1775). Präzisierung (Nr. 1776 ff.). Ausnahme (Nr. 1779 ff.).	
E. Der Verzug des Unternehmers mit der Nachbesserung	1782
a. Die Verbesserungsfrist	1782
Die Bemessung der Frist im Allgemeinen (Nr. 1782 ff.). Besondere Verhältnisse, die den Beginn der Frist hinausschieben (Nr. 1785 ff.). Die vom Besteller angesetzte Frist (Nr. 1788a).	
b. Der Verzug des Unternehmers	1789
Voraussetzungen (Nr. 1789 ff.). Nachfristansetzung durch den Besteller (Nr. 1793 f.). Rechtslage nach ergebnislosem Ablauf der Nachfrist (Nr. 1795 ff.). Wiederaufleben des ursprünglichen Wahlrechts (Nr. 1797).	
c. Der Vorbehalt des Art. 108 OR	1799
F. Die Durchsetzung der Nachbesserungsschuld: Erfüllungsklage und Beseitigung des Mangels auf Kosten des Unternehmers	1802
a. Erfüllungsklage	1803
b. Mangelbeseitigung auf Kosten des Unternehmers; mit richterlicher Ermächtigung (Art. 98 Abs. 1 OR)	1805
Die richterliche Ermächtigung zur Ersatzvornahme (Nr. 1805 ff.). Der Anspruch des Bestellers auf Kostenersatz (Nr. 1809 ff.). Der Anspruch auf Kostenvorschuss (Nr. 1816 ff.).	
c. Eigenverbesserung ohne richterliche Ermächtigung	1819
Sinngemässe Anwendung des Art. 366 Abs. 2 OR (Nr. 1819 ff.). Eigenverbesserung ohne Recht zur Ersatzvornahme: Rechtslage (Nr. 1829 ff.). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (Nr. 1834).	
G. Unwiderrufflichkeit der Nachbesserungserklärung; Erlöschen des Wandelungs- und Minderungsrechts infolge Ausübung des Nachbesserungsrechts	1835
Im Allgemeinen (Nr. 1835 ff.). Präzisierung (Nr. 1842 ff.).	
4. Das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens	1848
A. Schadenersatzrecht und übrige Mängelrechte	1849
B. Der Mangelfolgeschaden	1853
a. Merkmale	1854

	Randnummer
Durch einen Werkmangel verursacht (Nr. 1855 ff.). Nicht im Mangel selbst begründet (Nr. 1864 f.). Schaden im Rechtssinne (Nr. 1866 f.). Behandlung des immateriellen Schadens (Nr. 1868).	
b. Erscheinungsformen	1869
Im Allgemeinen (Nr. 1869 ff.). Der Wandelungsschaden im Besonderen (Nr. 1874 f.).	
c. Besondere Schadenersatzordnung und allgemeine Regeln	1876
C. Das vorausgesetzte Verschulden des Unternehmers	1887
Das Prinzip der Verschuldenshaftung (Nr. 1887 ff.). Gleichbehandlung von «unmittelbarem» und «weiterem» Mangelfolgeschaden (Nr. 1890). Beweislast und Entlastungsbeweis des Unternehmers (Nr. 1891 f.).	
D. Durchbrechung des Verschuldensprinzips: Hilfspersonenhaftung (Art. 101 OR)	1893
Hilfspersonenhaftung für Mangelfolgeschaden (Nr. 1893 f.). Entlastungsbeweis des Unternehmers (Nr. 1895 f.).	
E. Die Bemessung des Schadenersatzanspruchs	1897
Anwendung der Art. 42 ff. OR (Nr. 1897). Nachweis der Schadenshöhe (Nr. 1898). Bemessung des geschuldeten Ersatzes (Nr. 1899 f.). Schadenszins (Nr. 1901).	
F. Die Rechtslage bei Schädigung Dritter	1902
Grundsatz: kein vertraglicher Schadenersatzanspruch des Geschädigten (Nr. 1902 ff.). Ausnahmefälle (Nr. 1906 ff.). Die Figur der vertraglichen «Drittsschutzwirkung» (Nr. 1910 f.). Die Frage der «Vertrauenshaftung» (Nr. 1911a).	
V. Wegfall der Mängelhaftung bei Selbstverschulden des Bestellers	1912
1. Das Selbstverschulden des Bestellers im Sinne des Art. 369 OR	1914
Rechtsfolge und Begriff des Selbstverschuldens (Nr. 1914 f., Nr. 1916 ff.). Der Einbezug von Hilfspersonen (Nr. 1921 ff.). Der Ausdruck «Verschulden» (Nr. 1924).	
2. Beispiele	1925
A. Erstes Beispiel: Weisungen des Bestellers über die Ausführung des Werkes	1926
a. Ausführungsweisungen nach Art. 369 OR	1927
b. Haftungsbefreiung nach erfolgter Abmahnung	1937
Die Regel des Art. 369 OR (Nr. 1937 ff.). Die Abmahnung nach Art. 369 OR (Nr. 1939 ff.). Das Verhältnis zur vorvertraglichen Auf-	

	Randnummer
klärungspflicht (Nr. 1950 f.). Die «ratio legis» für das Erfordernis der Abmahnung (Nr. 1952 ff.).	
c. Haftungsbefreiung ohne Abmahnung bei sachverständig erteilter Weisung?	1955
aa. Das Problem	1955
bb. Haftungsbefreiung ohne Abmahnung, wenn der Unternehmer die Fehlerhaftigkeit der Weisung weder erkannte noch erkennen musste	1958
cc. Keine Haftungsbefreiung ohne Abmahnung, wenn der Unternehmer die Fehlerhaftigkeit der Weisung erkannt hat	1964
dd. Keine Haftungsbefreiung ohne Abmahnung, wenn der Unternehmer die Fehlerhaftigkeit der Weisung nicht erkannt hat, obwohl er sie hätte erkennen müssen	1967
Die Rechtslage (Nr. 1967). Voraussetzungen, unter denen der Unternehmer die Fehlerhaftigkeit erkennen muss (Nr. 1968 ff.). Nachprüfungspflicht des Unternehmers? (Nr. 1974 ff.).	
B. Zweites Beispiel: Mangelhafter Werkstoff oder Baugrund des Bestellers	1978
a. Der Grundsatz: Keine Mängelhaftung des Unternehmers	1979
b. Die Ausnahme: Mängelhaftung des Unternehmers	1985
aa. Erster Ausnahmefall: Keine unverzügliche Anzeige der erkannten Mangelhaftigkeit	1986
bb. Zweiter Ausnahmefall: Pflichtwidriges Nichterkennen der Mangelhaftigkeit	1993
Die Rechtslage (Nr. 1993 f.). Voraussetzungen, unter denen der Unternehmer die Mangelhaftigkeit erkennen muss (Nr. 1995 ff.). Prüfungspflicht des Unternehmers: Grundsatz (Nr. 2000 ff.), Ausnahmen (Nr. 2003 ff.). Zusammenfassung (Nr. 2010 ff.).	
C. Einzelfälle	2014
a. Der vorgeschriebene Werkstoff	2015
Der Sachverhalt (Nr. 2015 f.). Die Rechtslage (Nr. 2017 ff.). Einzelpunkte (Nr. 2022 ff.).	
b. Der vorgeschriebene Subunternehmer	2026
Der Sachverhalt und die Rechtslage (Nr. 2026 ff.). Präzisierung (Nr. 2030 ff.). Einzelpunkte (Nr. 2033 ff.).	
c. Die mangelhafte Arbeit des Vorunternehmers	2038
Grundsatz: keine Mängelhaftung des Nachfolgeunternehmers (Nr. 2038). Ausnahme (Nr. 2039 ff., Nr. 2042 f.). Die Haftung des Vorunternehmers (Nr. 2044 ff.) und ein Sonderfall (Nr. 2048).	

3. Beschränktes Selbstverschulden des Bestellers; teilweise Entlastung des Unternehmers	2049
A. Das beschränkte Selbstverschulden	2050
Merkmal (Nr. 2050 f.). Umstände, die überhaupt kein Selbstverschulden des Bestellers begründen (Nr. 2052). Beispiele solcher Umstände: Unfähigkeit des Unternehmers, geringe Vergütung, mangelnde Überwachung, blosser Genehmigung von Plänen und dergleichen, unterlassene Ersatzvornahme (Nr. 2053 ff.).	
B. Teilweise Entlastung des Unternehmers bei beschränktem Selbstverschulden des Bestellers	2061
Grundsatz und Auswirkung auf die verschiedenen Mängelrechte (Nr. 2061 ff.). Das Mass der Entlastung (Nr. 2068).	
 VI. Verwirkung der Mängelrechte durch Genehmigung des Werkes	 2069
1. Genehmigung des Werkes	2070
2. Offene und geheime Mängel	2073
3. Verwirkung der Mängelrechte für offene Mängel	2080
A. Im Allgemeinen (Art. 370 Abs. 1 OR)	2081
B. Der Vorbehalt «absichtlicher Verschweigung» (Art. 370 Abs. 1 OR)	2089
Der Vorbehalt des Art. 370 Abs. 1 OR (Nr. 2089). Die Merkmale der «absichtlichen Verschweigung» (Nr. 2090 ff.), namentlich auch bei arbeitsteiliger Herstellung und Ablieferung des Werkes (Nr. 2096 ff.). Die Frage der Beweislast (Nr. 2104 f.).	
C. Die Verwirkung durch Verletzung der Prüfungs- und Anzeigepflicht des Bestellers (Art. 370 Abs. 2 OR)	2106
a. Die Prüfungs- und Anzeigepflicht des Bestellers (Art. 367 Abs. 1 OR) im Allgemeinen	2107
b. Die Prüfungspflicht im Besonderen	2111
Das Erfordernis einer rechtzeitigen Prüfung («sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist») (Nr. 2112 ff.). Gegenstand der Prüfung und erforderliche Sorgfalt (Nr. 2119 ff.). Beizug eines Sachverständigen (Nr. 2124 f.).	
c. Die Anzeigepflicht (Rügepflicht) im Besonderen	2126
Die Anzeigepflicht des Bestellers (Nr. 2126 f.). Der Inhalt der Mängelrüge (Nr. 2128 ff.). Die zur Rüge gehörende Willenskundgabe (Nr. 2133 ff.). Rüge bei sachverständiger Fremdprüfung des Werkes (Nr. 2137 ff.). Das Erfordernis der Sofortrüge (Nr. 2141 ff.). Der Adressat (Nr. 2145) und die Form der Mängelrüge (Nr. 2146 f.). Die ungerichtfertige Rüge (Nr. 2147a).	

	Randnummer
<ul style="list-style-type: none"> d. Die Verletzung der Prüfungs- und Anzeigepflicht und deren Folge (Art. 370 Abs. 2 OR) 	2148
<ul style="list-style-type: none"> <ul style="list-style-type: none"> Die Verspätung der Mängelrüge; deren Genehmigungs- und Verwirkungsfolge (Nr. 2148 ff., Nr. 2155 ff., Nr. 2160 ff.). Die Behauptungs- und die Beweislast für die Verspätung (Nr. 2164 ff.). Die Berücksichtigung der Genehmigungswirkung durch das Gericht (Nr. 2174). 	
<ul style="list-style-type: none"> e. Gesamtwürdigung; Schutz des Bestellers 	2175
4. Verwirkung der Mängelrechte für geheime Mängel (Art. 370 Abs. 3 OR)	2179
<ul style="list-style-type: none"> A. Die Anzeigepflicht des Bestellers 	2179
<ul style="list-style-type: none"> <ul style="list-style-type: none"> Pflicht zur Sofortanzeige eines entdeckten Mangels (Nr. 2179). Das Erfordernis der Soforträge (Nr. 2180 ff.). Die Entdeckung eines geheimen Mangels (Nr. 2182 f.). Ein Sonderfall (Nr. 2184). 	
<ul style="list-style-type: none"> B. Die Verwirkung der Mängelrechte 	2185
<ul style="list-style-type: none"> <ul style="list-style-type: none"> Verwirkung durch Verletzung der Rügepflicht (Nr. 2185 ff., Nr. 2189). Die Behauptungs- und die Beweislast für die Verspätung der Mängelrüge (Nr. 2190 ff.). 	
VII. Verjährung der Mängelrechte (Art. 371 OR)	2195
1. Art. 371 OR: Besondere Verjährungsordnung für Mängelrechte	2197
<ul style="list-style-type: none"> A. Das Merkmal der Strenge 	2197
<ul style="list-style-type: none"> B. Gegenstand 	2200
2. Die Verjährungsfrist und der Beginn der Verjährung	2212
<ul style="list-style-type: none"> A. Grundsatz: Einjährige Verjährungsfrist (Art. 371 Abs. 1 OR) 	2213
<ul style="list-style-type: none"> B. Ausnahme: Fünfjährige Verjährungsfrist bei unbeweglichen Bauwerken (Art. 371 Abs. 2 OR) 	2214
<ul style="list-style-type: none"> <ul style="list-style-type: none"> a. Art. 371 Abs. 2 OR im Allgemeinen 	2215
<ul style="list-style-type: none"> <ul style="list-style-type: none"> b. Begriff und Erscheinungsformen des unbeweglichen Bauwerkes 	2220
<ul style="list-style-type: none"> <ul style="list-style-type: none"> <ul style="list-style-type: none"> aa. Begriff 	2220
<ul style="list-style-type: none"> <ul style="list-style-type: none"> <ul style="list-style-type: none"> bb. Erscheinungsformen 	2231
<ul style="list-style-type: none"> c. Abgrenzung gegenüber andern Werken 	2236
<ul style="list-style-type: none"> <ul style="list-style-type: none"> Bewegliche Sachen (Nr. 2237 ff.). Fahrnisbauten (Nr. 2243). Unbewegliche Sachen, denen die Merkmale eines unbeweglichen Bauwerkes fehlen (Nr. 2244 ff.). 	
<ul style="list-style-type: none"> d. Fünfjährige Frist bei jedem Mangel eines unbeweglichen Bauwerkes? 	2248

	Randnummer
C. Das fristauslösende Ereignis; Beginn der Verjährung	2252
D. Die Hemmung und die Unterbrechung der Verjährung	2256
a. Die Hemmung	2257
Die Hemmungsgründe (Nr. 2257 ff.). Rechtslage bezüglich Sekundär- mängel und Mangelfolgeschäden (Nr. 2259 ff.). Das Ruhen der Verjäh- rung (Nr. 2264).	
b. Die Unterbrechung	2265
Unterbrechungsgründe (Nr. 2265 ff.). Die Wirkung der Unterbrechung (Nr. 2272 ff.). Die Anerkennung durch Urkunde (Nr. 2274).	
E. Besondere Verjährungsfrist bei absichtlich verschwiegenem Mangel	2275
3. Die Wirkung der Verjährung	2279
A. Die Abschwächung der Mängelhaftung	2280
Abschwächung der Mängelhaftung durch Beschränkung der Klagbarkeit (Nr. 2280 ff.). Anwendung auf das Wandelungs-, Minderungs- und Nach- besserungsrecht (2281 f.). Wann verjährt die Rückgabeforderung des Un- ternehmers bei erfolgter Wandelung? (Nr. 2283). Der Verzicht des Un- ternehmers auf die vollendete Verjährung (Nr. 2284); Abgrenzung gegenüber einer vertraglichen Verlängerung der Verjährungsfrist (Nr. 2285).	
B. Verjährungseinrede und Beweislast	2286
Die Erhebung der Verjährungseinrede und die Beweislast für die eingetre- tene Verjährung (Nr. 2286). Die missbräuchliche Einrede (Nr. 2287).	
C. Fortbestehendes Einrederecht des Bestellers	2288
Sinngemässe Anwendung des Art. 210 Abs. 2 OR (Nr. 2288). Fortbeste- hende Einreden (Nr. 2289 ff.). Die Verjährungsfrist als absolute Rügefrist (Nr. 2295).	
4. Die Anwendung des Art. 371 Abs. 2 OR auf Architekten und Ingenieure	2296
5. Revision des Art. 371 OR – Das laufende Gesetzgebungsverfahren	2311

Fünfter Teil:

Einzelfragen zur Mängelhaftung 2312

I. Die Mängelrechte des Bestellers nach Art. 368 OR und andere Rechtsbehelfe des Obligationenrechts	2313
--	-------------

	Randnummer
1. Culpa in contrahendo und Grundlagenirrtum	2314
A. «Culpa in contrahendo»	2314
B. Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR)	2316
Im Allgemeinen (Nr. 2316 ff.). Beim Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht (Nr. 2319 f.).	
2. Schadenersatz nach Art. 97 Abs. 1 OR und Art. 107 Abs. 2 OR	2321
A. Art. 97 Abs. 1 OR	2322
a. Schadenersatz infolge Leistungsunmöglichkeit	2322
b. Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung	2325
B. Art. 107 Abs. 2 OR	2330
3. Die allgemeinen Regeln über die Leistungsunmöglichkeit	2334
4. Die Deliktshaftung	2341
Mögliche Deliktshaftung für mangelbedingte Schäden (Nr. 2341 ff.). Haftung des Unternehmers aus Eigentumsverletzung (Nr. 2344 ff.). Konkurrenz zwischen Delikts- und Mängelhaftung; Gleichrangigkeit der Haftungsansprüche (Nr. 2347 ff.). Haftung aus Produkthaftungsgesetz (Nr. 2354 ff.).	
5. Gesamtwürdigung	2362
II. Das Rückbehaltungsrecht des Bestellers bei Mangelhaftigkeit des Werkes: Einrede des nicht erfüllten Vertrages (Art. 82 OR)	2366
1. Die Rechtslage vor Ausübung der Mängelrechte	2367
2. Die Rechtslage nach Ausübung von Mängelrechten	2370
3. Das Rückbehaltungsrecht zur Durchsetzung des Nachbesserungsanspruchs	2377
A. Das Grundsätzliche	2377
B. Einzelfragen	2382
Rechtslage bei verjährtem Nachbesserungsanspruch, abgetretenem Nachbesserungsrecht und Annahmeverzug des Bestellers (Nr. 2383 ff.). Höhe des rückhaltbaren Betrages (Nr. 2387 ff.).	
C. Vertragliche Abreden	2397
Ausschluss des Rückbehaltungsrechts (Nr. 2398). Vorzeitige Fälligkeit der Vergütung (Nr. 2399 f.). Ablieferung des Werkes in Teilen (Nr. 2401 f.). Vereinbarter «Garantierückbehalt» (Nr. 2403 ff.). Bürgschaft oder Garantiversprechen (Nr. 2409 f.).	

	Randnummer
III. Das Verhältnis der Mängelhaftung zu Art. 376 OR («Untergang des Werkes»)	2411
IV. Der vorzeitige Schutz des Bestellers	2418
1. Der vorzeitige Schutz nach Art. 366 Abs. 2 OR	2419
A. Im Allgemeinen	2419
B. Sonderfälle	2421
Ursprüngliche oder nachträgliche Unmöglichkeit, ein mangelfreies Werk herzustellen (Nr. 2422 ff.). Werkmangel, den der Unternehmer nicht beheben muss (Nr. 2426 ff.). Unbehebbarer Werkmangel (Nr. 2430 f.).	
2. Die Mängelhaftung bei vorzeitiger Vertragsauflösung	2432
V. Die Abtretung von Mängelrechten	2436
1. Im Allgemeinen	2436
2. Die Frage der Abtretbarkeit	2437
Differenzierung je nach Mängelrecht (Nr. 2437 f.). Unabtretbarkeit des Wandelungs- und Minderungsrechts (Nr. 2439 ff.). Abtretbarkeit des Nachbesserungsrechts (Nr. 2443) sowie des Rechts auf Ersatz von Mangelfolgeschäden (Nr. 2445). Die Lehre von der «bündelweisen» Abtretung (Nr. 2446 ff.). Vom vereinbarten Abtretungsverbot (Nr. 2449).	
3. Die Abtretung des Nachbesserungsrechts	2450
Der Grundsatz der Abtretbarkeit (Nr. 2450). Die Rechtslage nach vollzogener Abtretung (Nr. 2451, Nr. 2452 ff.).	
4. Auslegung und Gültigkeit der Abtretung	2460
VI. Die Abänderung der gesetzlichen Haftungsordnung durch Vertrag – Vertragspraxis	2463
1. Vom Gesetz abweichende Vereinbarungen: Beispiele	2464
A. Abreden über die Ablieferung (Abnahme) des Werkes	2465
Vorkommen (Nr. 2465), insbesondere: vereinbarte Teilablieferung (Nr. 2466 ff.).	
B. Abreden über die Prüfung des Werkes	2467
Gemeinsame Prüfung (Nr. 2467 ff.). Andere Abreden (Nr. 2472 ff.).	
C. Vereinbarte Rügefrist	2477
Die mögliche Bedeutung der Fristabrede (Nr. 2478 ff.). Vereinbarte «Garantiefrist» als Rügefrist (Nr. 2483). Einseitig angesetzte Rügefrist (Nr. 2484).	

	Randnummer
D. Abreden über die Verjährung	2485
Abreden über den Beginn der Verjährung (Nr. 2486 ff.). Abreden über die Dauer der Verjährung (Verlängerung oder Verkürzung) (Nr. 2489 ff.); Sonderfall der Haltbarkeitsgarantie (Nr. 2492 f.). «Garantiefrist» als Verjährungsfrist (Nr. 2496). Vereinbarte Hemmungs- oder Unterbrechungsgründe (Nr. 2497).	
E. Abreden über die Nachbesserung	2498
Nachbesserungsrecht trotz «übermässiger Kosten» (Nr. 2499 f.). Vorrang des Nachbesserungsrechts (Nr. 2501 ff.). Ausschliessliches Nachbesserungsrecht (Nr. 2506 ff.). Ersatzvornahme auch ohne richterliche Ermächtigung (Nr. 2509).	
F. Abreden über das vorausgesetzte Verschulden	2510
Mängelhaftung nur bei Verschulden (Nr. 2510). Kausalhaftung auch für Mangelfolgeschäden (Nr. 2511 f.).	
G. Garantie und Garantiefrist	2513
Vertraglich übernommene «Garantie» und vereinbarte «Garantiefrist»: Bedeutungsvielfalt (Nr. 2513 ff.). Die Haltbarkeitsgarantie (Nr. 2520 f.). Die Kundengarantie/Fabrikgarantie (Nr. 2522 ff.).	
H. Abrede einer Konventionalstrafe	2527
I. Abreden über das Rückbehaltungsrecht	2539
2. Die Wegbedingung der Mängelhaftung: Umfassende und beschränkte Wegbedingung	2540
A. Erscheinungsformen	2541
Umfassende oder beschränkte Wegbedingung (Nr. 2541). Beispiele von Haftungsbeschränkungen (Nr. 2542 ff.). Mittelbare Haftungsbeschränkungen (Nr. 2551). Abgrenzung: Vereinbarte Beschränkung der Leistungspflicht, nicht der Haftung (Nr. 2551a).	
B. Auslegung	2552
a. Im Allgemeinen	2552
b. Sonderfragen	2558
Freizeichnung durch QM-Abrede? (Nr. 2559 ff.). Haftungsausschluss für zugesicherte Eigenschaften (Nr. 2563 ff.). Abreden, wonach der Unternehmer nur für «verschuldete» (oder «grob verschuldete») Werkmängel haftet (Auslegung) (Nr. 2566 f.). Wegbedingung der Mängelhaftung und konkurrierende Deliktshaftung (Nr. 2567 ff.). Mit der Abtretung des Nachbesserungsrechts verbundene Freizeichnung (Nr. 2569 ff.).	
C. Schranken der Wirksamkeit	2572
Allgemeine Gültigkeitsschranken (Nr. 2573). Art. 100 Abs. 1, 100 Abs. 2 und 101 Abs. 3 OR (Nr. 2574 ff.). Sinngemässe Anwendung des Art. 199 OR (Nr. 2580 ff.).	

	Randnummer
D. Rechtslage bei vorgeformter Freizeichnung	2584
VII. System der Mängelhaftung und Abnahme des Werkes nach der SIA-Norm 118	2587
1. Abnahme des Werkes	2592
A. Gegenstand der Abnahme	2594
B. Voraussetzungen der Abnahme	2596
a. Vollendung des Werkes	2597
b. Anzeige der Vollendung	2599
c. Gemeinsame Prüfung des Werkes ohne Feststellung wesentlicher Mängel	2605
d. Abnahme ohne gemeinsame Prüfung (Ausnahme)	2621
C. Abnahme und Genehmigung	2632
a. Bei Abnahme nach gemeinsamer Prüfung	2633
b. Bei Abnahme ohne gemeinsame Prüfung	2640
D. Teilabnahme	2641
Abnahme eines «in sich geschlossenen», vollendeten Werkteils (Nr. 2641 ff.). Wirkungen (Nr. 2644 ff.).	
2. Werkmangel, Haftung des Unternehmers und Mängelrechte des Bauherrn	2647
A. Begriff des Werkmangels	2648
B. Haftung des Unternehmers auch ohne Verschulden	2653
Prinzip (Nr. 2653). Ausnahme: Haftung für Mangelfolgeschaden (Nr. 2653). Verhältnis zu Art. 31 der Norm (Nr. 2654). Rechtslage nach der früheren SIA-Norm 118, Ausgabe 1962 (Nr. 2655 f.).	
C. Die Mängelrechte des Bauherrn	2657
a. Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht	2658
Alternativität der Rechte (Nr. 2658). Vorrang des Nachbesserungsrechts (Nr. 2658; Nr. 2659 ff.).	
b. Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens	2670
3. Selbstverschulden des Bauherrn und Mitverschulden	2672
4. Garantiefrist	2676
A. Beginn und Dauer der Garantiefrist	2677

	Randnummer
Beginn (Nr. 2677). Dauer (Nr. 2678 f.). Neubeginn des Fristenlaufs gemäss Art. 176 Abs. 1 der Norm (Nr. 2680 ff.).	
B. Die Garantiefrist als Rügefrist	2682
C. Weitere Bedeutungen der Garantiefrist	2695
Bedeutung für die Beweislast (Nr. 2696 ff.), für das Besichtigungsrecht (Nr. 2699 f.) und für die Sicherheitsleistung des Unternehmers (Nr. 2701 ff.).	
D. Mängelhaftung nach Ablauf der Garantiefrist	2706
a. Haftung für vorher entdeckte Mängel	2707
b. Haftung für später entdeckte Mängel	2714
5. Haftung für verdeckte Mängel	2715
6. Verjährung der Mängelrechte	2724
7. Mängelhaftung bei vorzeitiger Vertragsauflösung	2733
VIII. Mängelhaftung des Unternehmers und Haftung des Architekten oder Ingenieurs	2735
1. Die Fragestellung	2735
2. Die Konkurrenz der Haftungen	2741
3. Die Frage des Rückgriffs	2748
Im Allgemeinen (Nr. 2748 ff.). Rückgriff des Architekten oder Ingenieurs (Nr. 2752); Rechtslage, wenn der Unternehmer von seiner Mängelhaftung befreit oder seine Haftung verjährt ist (Nr. 2753 ff., Nr. 2757). Rückgriff des Unternehmers (Nr. 2758 f.).	
Gesetzes- und Normenregister	Seite 971
Sachregister	Seite 985