

3162

**Arbeitsvertrag.** Fristlose Auflösung aus wichtigen Gründen (Art. 337 OR).

Die Tatsache, dass eine Arbeitsstelle immer weniger den Vorstellungen des Arbeitnehmers entspricht und die erhaltene Information, dass ein Arbeitskollege mit gleichwertiger Ausbildung mehr verdiene, berechtigen nicht zur fristlosen Auflösung.

KGP, 3. Abt. 20.11.1989

3163

**Werkvertrag.** Regiearbeiten. Die vertragliche Abmachung, Regiearbeiten bedürften eines besonderen Auftrags und Taglohnrapporte müssten, sollen sie vergütungsberechtigt sein, innert drei Tagen unterzeichnet werden, stellt eine Beweisvereinbarung dar. Der Unternehmer kann den Beweis, dass eine im Werkvertrag nicht enthaltene Leistung bestellt worden ist, auf andere Weise nicht erbringen (Art. 363 OR).

Die Beklagte übertrug dem Kläger mit schriftlichem Werkvertrag die restlichen Baumeisterarbeiten auf einer angefangenen Baustelle. Diese umfassten Baustelleneinrichtung, Stahlbetonarbeiten, Maurerarbeiten und Kaminanlage und wurden zu einem Pauschalpreis von Fr. 96 000.– vergeben. Der Bestellerin wurde Rechnung gestellt für insgesamt Fr. 130 500.–.

Aus den Erwägungen:

1. Der Appellant macht weiter geltend, der Werkvertrag beziehe sich ausschliesslich auf jene Arbeiten, welche im Pauschalpreis von Fr. 96 000.– enthalten seien. Die strittige Regelung des Art. 7 finde demzufolge bloss Anwendung auf die im Vertrag umschriebenen Arbeitsgattungen (Baustelleneinrichtung, Stahlbeton, Maurerarbeiten und Arbeiten an der Kaminanlage), nicht aber auf die hier im Streite liegenden Unternehmerleistungen.

Die Entgeltlichkeit ist begriffswesentliches Merkmal des Werkvertrages (*P. Gauch*, der Werkvertrag, 3. Aufl. N.100). Allerdings braucht die Höhe des Entgelts nicht zum voraus vertraglich bestimmt zu sein. Daraus folgt grundsätzlich, dass *Mehraufwand* dem Unternehmer einen Anspruch auf *Mehrvergütung* verschafft (*Gauch* a.a.O. N.549 und 637). Im Pauschalvertrag ist nur die Vergütung pauschaliert, nicht die vom Unternehmer zu erbringende Gesamtleistung. Ist in einem Fall wie dem vorliegenden streitig, ob es sich um eine Beststellungsänderung handelt, so liegt die Beweislast beim Unternehmer (*Gauch* a.a.O. N.633).

Die Abrechnung des Klägers ist wenig aufschlussreich. Die Spezifikation der in Rechnung gestellten Arbeiten ist sehr summarisch und oft wenig präzise. Die Abrechnung enthält Arbeitsleistungen, welche an total 36 verschiedenen Tagen zwischen dem 7. August 1986 und dem 3. Juni 1987 geleistet wurden, wobei verschiedene Daten mehrmals aufgeführt sind. Dem stehen lediglich sieben (nicht unterzeichnete) Regierapporte für die Zeit vom 14. Oktober 1986 bis 31. Oktober 1986 und zehn Fahrscheine für die Zeit vom 22. bis 30. Oktober 1986 gegenüber, welche als act. 3/4 im Rechte liegen.

2. Nach Auffassung des Appellanten stellen unterzeichnete Regierapporte lediglich eine Vermutung für die Ausführung der darin verzeichneten Arbeiten dar, während andererseits die Nichtunterzeichnung solcher Rapporte dem Unternehmer die Möglichkeit belässt, seinen Werklohnsanspruch auf anderem Wege zu beweisen.

In Art. 7 des Werkvertrages haben die Parteien vereinbart, dass Regiearbeiten nur «in speziellem Auftrag» der Bauleitung ausgeführt werden dürfen und dass Taglohnrapporte innert drei Tagen zur Unterzeichnung vorgelegt werden müssen, «andernfalls sie nicht vergütet würden». Darin erblickt das Obergericht eine Beweisvereinbarung. Der Beweis dafür, dass eine nicht im Werkvertrag umschriebene Leistung bestellt worden ist, kann nicht anders als durch innert drei Tagen zu unterzeichnende Rapporte erbracht werden. Die vom Kläger erhobene Behauptung, der Werkvertrag beziehe sich auf bestimmte Arbeitsgattungen, Art. 7 könne folglich nicht auf «Regiearbeiten» angewendet werden, welche völlig andere Arbeitsleistungen betreffen, ist unverständlich. Hier liegt offensichtlich ein unzutreffender Regiebegriff zugrunde. Im übrigen handelt es sich sowohl bei den Regieleistungen wie auch bei den werkvertraglichen Leistungen um Baumeisterarbeiten.

Angesichts der besonderen Umstände erscheint es dem Gericht begreiflich, dass die Beklagte auf eine klare Preisregelung Wert legte. Immerhin hatte auf der Baustelle bereits ein anderer Baumeister Vorleistungen erbracht. Im übrigen ist nach Auffassung des Obergerichtes der bisweilen festzustellenden Tendenz, tiefe Angebote zu machen und hernach eine zu knappe Kalkulation durch Verrechnung von Regiearbeiten wettzumachen, entgegenzutreten.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz die Ansprüche des Klägers und Appellanten zu Recht auf die werkvertraglich vereinbarte Pauschalsumme beschränkt hat. Soweit der Kläger mehr verlangt hat, ist die Klage unbegründet. Die Appellation ist demzufolge abzuweisen.

OGer 22.5.1990

(Eine gegen dieses Urteil eingereichte Berufung wurde vom Bundesgericht am 5.2.1991 abgewiesen.)

### 3164

**Bürgschaft.** Abgrenzung zur Garantieabrede (Art.111, 492 OR). Rückforderung des betreibungsrechtlich in Anspruch genommenen Bürgen wegen formeller Mängel des Bürgschaftsvertrages (Art.493 OR, Art.86 SchKG).

B. schloss mit der Schuldnerin T. einen schriftlichen Darlehensvertrag folgenden Inhalts:

«B. gewährt der Schuldnerin Fr.15 000.– zu einem Zins von 10% rückzahlbar mit Zins nach 6 Monaten. Als Sicherheit haftet M. als Bürge.»

Nachdem aus der Betreibung gegen die Schuldnerin ein Verlustschein resultiert hatte, hob der Gläubiger Betreibung gegen M. an. Bevor es zur Verwertung kam, leistete dieser vollständige Zahlung. M. klagt gegen B. auf Rückzahlung, weil er eine Nichtschuld beglichen habe.