AJP/PJA

12/1994, S. 1547 ff.

Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle

Aufsätze / Articles

[Seite 1547]

Die Verjährung der Mängelrechte bei unbeweglichen Bauwerken (Art. 371 Abs. 2 OR)



Prof. Dr. iur. Alfred Koller, St. Gallen

"Die Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes verjähren gleich den entsprechenden Ansprüchen des Käufers" (Art. 371 Abs. 1 OR), somit mit Ablauf eines Jahres nach Ablieferung (= Abnahme) des Werkes an den Besteller (Art. 210 Abs. 1 OR analog). Eine besondere Verjährungsregelung gilt für unbewegliche Bauwerke: Gemäss Art. 371 Abs. 2 OR verjährt "der Anspruch des Bestellers eines unbeweglichen Bauwerkes wegen allfälliger Mängel des Werkes... gegen den Unternehmer sowie gegen den Architekten oder Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben, mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme". Die Auslegung dieser Bestimmung bereitet Schwierigkeiten und ist teilweise umstritten[1]. Im folgenden wird vorerst das grundsätzliche Verjährungskonzept von Art. 371 Abs. 2 OR dargestellt; hierauf wird der Begriff des unbeweglichen Bauwerks i. S. von Art. 371 Abs. 2 OR geklärt; den Abschluss macht eine kritische Stellungnahme zur "Bestandteilstheorie" des Bundesgerichts (BGE 120 II 214 ff., i. S. B. S. A. gegen E. S. A.).

INHALTSÜBERSICHT

Quelle: www.legalis.ch | © 2024 Helbing Lichtenhahn

1. Das Grundsätzliche

2. Begriff und Arten des unbeweglichen Bauwerks

3. Kritik der "Bestandteilstheorie"

4. Zusammenfassung

Résumé

1. Das Grundsätzliche

1. Der Wortlaut von Art. 371 Abs. 2 OR ist auf den Fall zugeschnitten, dass jemand ein Bauwerk in seiner Gesamtheit durch einen einzigen Unternehmer (Generalunternehmer[2]) errichten lässt. Diesfalls verjähren die Mängelrechte mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme des gesamten Werks[3]. Doch ist anerkannt, dass die Bestimmung auch dort gilt, wo jemand ein Bauwerk durch mehrere Nebenunternehmer[4]erstellen lässt[5]. Auch in diesem Fall gilt die fünfjährige Verjährungsfrist; diese beginnt jedoch nicht mit der Abnahme des Gesamtwerks, vielmehr kommt es auf die Abnahme der einzelnen Teil werke an[6](vgl. BGE 115 II 458[7])[8]. Zu beachten ist, dass nicht nur solche Nebenunternehmer Art. 371 Abs. 2 OR unterstehen, deren Werk ein Bauwerk (unten Ziff. 2) darstellt, vielmehr unterstehen ihm alle Nebenunternehmer, die einen Beitrag zur Errichtung des Bauwerks zu leisten haben und in diesem Sinne an der Errichtung mitwirken. Daher hat sich beispielsweise auch der Maler, der das neu errichtete Gebäude zu streichen hat, die fünfjährige Frist entgegenhalten zu lassen (vgl. BGE 117 II 425 ff., dazu FN 15), obwohl der Farbanstrich als solcher nicht als Bauwerk zu bezeichnen ist (unten 2/Ziff. 2 und 4)[9]. Dient hingegen der Farbanstrich der Instandstellung eines bestehenden Hauses, so kommt Art. 371 Abs. 2 OR nicht zum Tragen (BGE 93 II 242 ff., unten 2/Ziff. 2 und 4), denn der Farbanstrich als solcher ist kein Bauwerk und er wird auch nicht im Rahmen der Erstellung eines Bauwerks ausgeführt. Einschränkend ist dem Gesagten beizufügen, **[Seite 1548]** dass nach bundesgerichtlicher Ansicht nur jene Nebenunternehmer der Bestimmung von Art. 371 Abs. 2 OR unterstehen, welche ihre Werkleistung dem Bauwerk einzufügen, sie zu dessen Bestandteil zu machen haben (vgl. BGE 120 II 214 ff.; "Bestandteilstheorie")[10].

Beispiel: A lässt durch den Unternehmer B ein Haus erstellen. Die Fassade soll aus vorfabrizierten Platten hergestellt werden. A vergibt die Fabrikation der Platten an X, überlässt jedoch deren Anbringung auf das Mauerwerk dem B. Sind die Platten mangelhaft fabriziert, so verjähren die Ansprüche von A gegen X nach Art. 371 Abs. 1 OR, also innert Jahresfrist.

Hat der Bauherr bei der Ausführung des Bauprojekts einen Architekten beigezogen, so untersteht dieser ebenfalls Art. 371 Abs. 2 OR, falls er für einen Werkmangel haftbar ist[11]. Hat also beispielsweise der Architekt durch ungenügende Bauaufsicht einen Mangel mitverschuldet und ist er deshalb dem Bauherrn nach Art. 97/398 OR verantwortlich, so gilt ebenfalls die fünfjährige Verjährungsfrist[12]. Verjährungsauslösendes Moment ist wiederum die Abnahme. Damit ist dort, wo der Bauherr das Bauwerk durch einen Generalunternehmer erstellen lässt, die Abnahme des gesamten Werks zu verstehen; wo der Bauherr Nebenunternehmer beauftragt hat, kommt es auf die Abnahme jenes Teilwerks an, das mit dem Mangel behaftet ist (BGE 115 II 457 f.).

Nicht unter Art. 371 Abs. 2 OR fallen Ansprüche aus *Kaufvertrag* [13]. Der Verkäufer von Baumaterialien unterliegt somit nicht der hier vorgesehenen fünfjährigen Frist, falls das Material fehlerhaft ist und zu einem Werkmangel führt. Wenn also beispielsweise jemand, der ein Haus errichten lässt, die Türen kauft und durch den Verkäufer montieren lässt (Kauf mit Montagepflicht), so findet Art. 371 Abs. 2 OR keine Anwendung, wenn die Türen Mängel (z.B. Kratzer) aufweisen. Es kommen vielmehr die kaufrechtlichen Mängelrechte mit der einschlägigen einjährigen Verjährungsfrist von Art. 210 OR zum Tragen.

2. Nicht nur der Bauherr im umgangssprachlichen Sinne kommt in den Genuss der verlängerten Verjährungsfrist von Art. 371 Abs. 2 OR. Vielmehr gilt diese Bestimmung auch für einen Unternehmer (Hauptunternehmer), der seinerseits einen Unternehmer (Subunternehmer) beauftragt[14](vgl. beispielsweise BGE 117 II 425 ff.[15]). Dabei ist -

entsprechend dem in Ziff. 1 Gesagten - nicht vorausgesetzt, dass das vom Subunternehmer zu erstellende Werk ein Bauwerk ist; es genügt vielmehr, dass der Subunternehmer im Rahmen der Erstellung eines Bauwerks tätig wird und seine Werkleistung dem Bauwerk einzuverleiben hat (BGE 120 II 214 ff., E. 3). Diesfalls kann gesagt werden, dass der Subunternehmer zusammen mit den andern am Bau beteiligten Unternehmern ein Bauwerk erstellt. Mehr verlangt Art. 371 Abs. 2 OR nicht[16]. Daher untersteht auch ein Subunternehmer, der auf einem neu erstellten Gebäude den Farbanstrich zu besorgen hat, Art. 371 Abs. 2 OR (vgl. analog oben Ziff. 1 betr. Nebenunternehmer).

Die Verjährung der Mängelrechte des Hauptunternehmers beginnt wiederum mit der Abnahme; entscheidend ist dabei nicht die Abnahme des Gesamtwerks, sondern des einzelnen Subunternehmerwerks. Der Hauptunternehmer muss somit seine Mängelrechte gegenüber einem bestimmten Subunternehmer innert fünf Jahren ab Abnahme von dessen Werk geltend machen[17].

3. Auf den Werklieferungsvertrag kommt Art. 371 Abs. 2 OR ebenfalls zur Anwendung, das Kaufrecht (Art. 210 OR) bleibt aus dem Spiel[18]. Es gilt daher auch dann die fünfjährige Verjährungsfrist, wenn der in Frage stehende Werkmangel auf den vom Unternehmer gelieferten Stoff zurückzuführen ist (BGE 117 II 425 ff.)."

4. Die Bestimmung von Art. 371 Abs. 2 OR "betrifft nur die Klage wegen *Mängeln* eines unbeweglichen Bauwerkes. Sie bezieht sich nicht auf Schadenersatzansprüche gegen den Unternehmer, den Architekten oder den Ingenieur wegen Vertragsverletzungen, aus denen keine Mängel im Sinne der Art. 367 ff. OR entstehen" (BGE 102 II 413 Rubrum). Ansprüche aus schädigenden Ereignissen **[Seite 1549]** vor Ablieferung des Werks werden somit von Art. 371 Abs. 2 OR nicht erfasst (BGE 111 II 171/72, 113 II 267 E. 2b). Dies gilt auch dann, "wenn die Schadensursache nach Ablieferung des Werkes einen Werkmangel darstellen würde"[19]. Vorbehalten ist der Sonderfall, da der Besteller den Werkvertrag vorzeitig nach Art. 366 Abs. 1 OR auflöst und das begonnene Werk behält. Diesfalls stehen dem Besteller die Mängelrechte zu, falls dem Werk eine Eigenschaft fehlt, "die es ungeachtet der Nichtvollendung in diesem Stadium der Ausführung bereits aufweisen sollte" (BGE 116 II 453)[20]. Hinsichtlich der Verjährung gilt - bei unbeweglichen Bauwerken - Art. 371 Abs. 2 OR, wobei für den Verjährungsbeginn auf den Vertragsrücktritt abzustellen ist; dieser tritt an die Stelle der Abnahme, zu der es bei dem hier diskutierten Sachverhalt gar nicht kommt.

Art. 371 Abs. 2 OR findet auf *beliebige Mängel* Anwendung, die dem Werk bei dessen Ablieferung anhaften. Dies gilt insbesondere auch für leicht erkennbare Mängel, für welche nach der ratio legis von Art. 371 Abs. 2 OR (hinten 2/Ziff. 1) nicht die längere Verjährungsfrist gelten müsste[21]. Der Wortlaut, der keine unterschiedlichen Mängelkategorien unterscheidet, gibt insoweit die Rechtslage zutreffend wieder. Die in der Lehre geäusserte gegenteilige Ansicht[22]ist unpraktikabel - ein Gesichtspunkt, der gerade bei Verjährungsvorschriften eine besondere Rolle spielt (vgl. BGE 102 II 415 in verwandtem Zusammenhang).

5. Art. 371 Abs. 2 OR ist dispositiven Rechts (BGE 120 II 214 ff., E. 3d). Die fünfjährige Frist kann - bis auf zehn Jahre - verlängert (BGE 99 II 189) werden, sie kann aber auch verkürzt werden, soweit dadurch dem Besteller die Rechtsverfolgung nicht in unbilliger Weise erschwert wird (BGE 108 II 194)[23]. Die SIA-Norm 118 sieht für alle Werke, die unter ihrer Herrschaft ausgeführt werden, eine fünfjährige Verjährungsfrist vor. Die mit der Anwendung von Art. 371 Abs. 2 OR verbundenen Probleme stellen sich damit nicht.

2. Begriff und Arten des unbeweglichen Bauwerks

1. Der Begriff des unbeweglichen Bauwerks i. S. von Art. 371 Abs. 2 OR ist umstritten. M. E. ist darunter eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material[24]in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache zu verstehen[25]. Es muss sich zudem um eine Sache von einiger (technischer) Komplexität handeln, weshalb etwa "ein kleines Mäuerchen" (BECKER [26]) nicht unter Art. 371 Abs. 2 OR fällt. Dass nicht jedes beliebige mit dem Boden verbundene Werk, sondern nur ein einigermassen komplexes Werk als "unbewegliches Bauwerk" anzusehen ist, folgt aus dem allgemeinen Sprachgebrauch[27], auf

den normalerweise auch der Gesetzgeber abstellt[28]. Die romanischen Gesetzestexte ("construction", "costruzione") sind insoweit noch eindeutiger. Für die hier vertretene Auslegung spricht auch die ratio legis von Art. 371 Abs. 2 OR: Die fünfjährige Frist wurde aus der Erwägung aufgestellt, dass bei unbeweglichen Bauwerken "oft erst nach längerer Zeit erkennbar wird, ob das Werk den Anforderungen der Festigkeit oder den geologischen und atmosphärischen Verhältnissen standhält" (BGE 93 II 245)[29]. Diese Problematik stellt sich typischerweise vor allem bei Werken von einiger Komplexität, bei Werken also, deren Herstellung einer "Konstruktion" und (normalerweise) der Mitwirkung verschiedener Fachkräfte (Ingenieure, Architekten, Handwerker) bedarf. Bei solchen Werken sind Mängel oft nicht nur spät, sondern auch schwer erkennbar[30].

2. Bauwerke sind in der Regel selbständige Sachen, wie Gebäude, Brücken, Strassen oder Schwimmbäder[31]. Doch kommen auch unselbständige Werke als Bauwerke i. S. v. Art. 371 Abs. 2 OR in Betracht, so etwa ein ganzes Hausdach[32, 33]. "Neben der Neuerrichtung fällt auch der Umbau eines [selbständigen] Werkes"[34]. Auch sog. Hauptreparaturen, worunter die Erneuerung wesentlicher alter Teile zu verstehen ist, fallen **[Seite 1550]** unter den Begriff des Bauwerks[35]. Andere Reparaturen und Instandstellungsarbeiten stellen hingegen keine Bauwerke dar. Das gilt etwa für *Malerarbeiten* zwecks "Instandstellung der Fassaden eines Hauses" (BGE 93 II 242 ff.)[36]. Dem ist jedoch gleich beizufügen, dass Malerarbeiten nicht per se dem Anwendungsbereich von Art. 371 Abs. 2 OR entzogen sind. Vielmehr werden sie von dieser Bestimmung sehr wohl erfasst, sofern sie im Rahmen der Erstellung eines Bauwerks, namentlich der Errichtung eines Gebäudes, ausgeführt werden. Wenn geltend gemacht wurde, es sei nicht zu ersehen, weshalb Malerarbeiten einmal so, einmal anders zu behandeln seien[37], so geht diese Kritik fehl, wenn man sich das oben in Ziff. 1 Gesagte vor Augen hält: Art. 371 Abs. 2 OR will dem Besteller dort helfen, wo wegen der Komplexität eines Werks Mängel naturgemäss erst spät entdeckt werden. Vor diesem Hintergrund ist der Farbanstrich bei einer Neubaute anders zu beurteilen als bei einer Altbaute (s. auch unten Ziff. 4)[38]. Wollte man den Neuanstrich einer Fassade als Bauwerk betrachten, so müsste dasselbe auch für andere Unterhaltsarbeiten gelten. Letztendlich wären dann alle werkvertraglichen Arbeiten, die an einem Bauwerk ausgeführt werden, als Bauwerke zu betrachten. Das ist - im Unterschied etwa zum österreichischen Recht (§ 933 ABGB, vgl. BGE 93 II 244) - nicht die Konzeption von Art. 371 Abs. 2 OR (BGE 120 II 214 ff., E. 3).

Nicht als Bauwerk ist ferner der *Aushub* anzusehen. Wird er jedoch im Zusammenhang mit der Errichtung eines unbeweglichen Bauwerks ausgeführt, so fällt er in den Anwendungsbereich des Art. 371 Abs. 2 OR; dies aber nicht deshalb, weil er ein Bauwerk darstellt oder wie ein solches zu behandeln ist (so GAUCH [39]), sondern einfach deshalb, weil jede Werkleistung, welche zwecks Errichtung eines unbeweglichen Bauwerks erfolgt, vom Anwendungsbereich der Bestimmung erfasst wird. Eine Ausnahme ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur für Werkleistungen zu machen, welche nicht zum Bestandteil des Bauwerks bzw. des Bodens werden (oben Ziff. 1 und 2); der Aushub, der mit dem Bauwerk ein funktionelles Ganzes bildet, wird von dieser Rechtsprechung jedoch nicht erfasst.

3. Fahrnisbauten i. S. von Art. 677 ZGB sind zwar Bauwerke, jedoch keine unbeweglichen i. S. von Art. 371 Abs. 2 OR (BGE 96 II 184: *Kegelbahn*, 113 II 264 ff.: *Lehrgerüst)* [40]. Gegen diese Ansicht wurde vorgebracht, der in Art. 371 Abs. 2 OR verwendete Ausdruck "unbeweglich" sei autonom zu interpretieren, es könne deshalb nicht entscheidend sein, "ob eine Anlage als Fahrnisbaute i. S. v. Art. 677 ZGB zu betrachten ist oder nicht"[41]. Daran ist soviel richtig, dass der fragliche Ausdruck autonom zu interpretieren ist, nichts spricht jedoch dagegen, ihn im sachenrechtlichen Sinne zu verstehen. Im Gegenteil scheint diese Interpretation nahezuliegen, dies vor allem bei Berücksichtigung der romanischen Texte, welche das Begriffspaar "construction immobilière"/"costruzione immobiliare" (Art. 677 ZGB Marginalie) bzw. "construction mobilière"/"costruzione mobiliare" (Art. 371 Abs. 2 OR) verwenden. Zuzugeben ist allerdings, dass es sachlich nicht unbedingt gerechtfertigt ist, bei der Erstellung von Fahrnisbauten (generell) Art. 371 Abs. 1 OR mit der einjährigen Verjährungsfrist zur Anwendung zu bringen. Das ändert aber nichts daran, dass de lege lata Fahrnisbauten keine unbeweglichen Bauwerke i. S. von Art. 371 Abs. 2 OR sind.

4. Die hier vertretene Auslegung des Ausdrucks unbewegliches Bauwerk ist weitgehend anerkannt, in Einzelpunkten bestehen jedoch abweichende Ansichten. Wenn im folgenden auf diese eingegangen wird, so vor allem auch deshalb, weil damit die hier vertretene Ansicht klarer herausgearbeitet werden kann:

– Immer wieder wird gesagt, beim "unbeweglichen Bauwerk" i. S. von Art. 371 Abs. 2 OR handle es sich um ein Werk von einiger wirtschaftlicher Bedeutung[42]. Dieses Merkmal ist m. E. abzulehnen[43]: Nicht auf die wirtschaftliche Bedeutung, sondern auf eine gewisse technische Bedeutung (Komplexität) kommt es an. Mit diesem Merkmal wird freilich regelmässig auch eine gewisse wirtschaftliche Bedeutung verbunden sein. Im vorliegenden Zusammenhang ist sodann zu betonen, dass Unterhalts- und Reparaturarbeiten auch dann nicht zu Bauwerken werden, wenn sie von grosser wirtschaftlicher Bedeutung sind. Der Begriff Bauwerk knüpft eben nicht an die wirtschaftliche Bedeutung, sondern an die technische Beschaffenheit eines Werks an.

[Seite 1551] – Z.T. wird - wie bereits erwähnt - die Meinung vertreten, der Erneuerungsanstrich eines Hauses sei ein unbewegliches Bauwerk i.S. von Art. 371 Abs. 2 OR[44]. Folgt man dieser, (wohl) auf GAUCH [45]zurückgehenden Ansicht, müssen noch viele andere Instandstellungsarbeiten (z.B. Ersetzung einzelner Ziegel[46]) als Bauwerke angesehen und unter die Bestimmung subsumiert werden. Das ist, wie bereits gesagt, nicht die Konzeption des schweizerischen Gesetzgebers. Beizufügen ist, dass die hier abgelehnte Ansicht auch nicht mit dem Zweck von Art. 371 Abs. 2 OR gerechtfertigt werden kann. Natürlich ist GAUCH [47]recht zu geben, wenn er sagt, dass die Mängel eines Farbanstriches unter Umständen erst nach längerer Dauer erkennbar sind. Das Gesetz hat jedoch nicht angeordnet, dass überall dort, wo Mängel eventuell erst spät entdeckbar sind, die fünfjährige Frist gilt. Eine solche Regelung wäre auch völlig unpraktikabel[48]. Das Gesetz hat vielmehr nur einen wichtigen Fall, wo typischerweise späte (und schwere) Erkennbarkeit gegeben ist, der verlängerten Frist unterstellt: die Erstellung eines Bauwerks. Als solches kann aber nur ein Werk angesehen werden, das nicht nur baulicher Natur, sondern auch von einiger Komplexität ist[49]. Den Fassadenanstrich kann man nicht darunter begreifen, will man dem Ausdruck Bauwerk nicht Zwang antun (BGE 93 II 247 oben)[50].

– GAUCH [51] will zur Feststellung, ob ein Werk als unbewegliches Bauwerk anzusehen ist, auch die Verkehrs auffassung heranziehen. Eine vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichende Verkehrsauffassung dürfte aber nicht bestehen. Der Rekurs auf die Verkehrsauffassung kann also nicht dazu führen, einen Erneuerungsanstrich und dgl. als Bauwerk zu qualifizieren.

– Zum Teil wird der Eindruck erweckt, dass nur Werke, welche als Bauwerk angesehen werden können, dem Art. 371 Abs. 2 OR unterstehen[52]. Das trifft nicht zu. So ist beispielsweise, wie gesehen, ein Farbanstrich als solcher kein Bauwerk, trotzdem aber kommt Art. 371 Abs. 2 OR zum Tragen, sofern der Anstrich im Rahmen der Erstellung eines Bauwerks erfolgt. Entscheidend ist, dass eine Werkleistung allein oder mit andern Werkleistungen die Errichtung eines Bauwerks zum Gegenstand hat.

– GAUTSCHI [53] vertritt die Ansicht, der Begriff des Bauwerks i. S. von Art. 371 Abs. 2 OR entspreche dem Begriff des Werks i. S. von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Das trifft nicht zu. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB erfasst beliebige unbewegliche Werke, Art. 371 Abs. 2 OR hingegen nur unbewegliche *Bauwerke* (BGE 120 II 214 ff., E. 3a). Dies ist der engere Begriff. So erfasst er beispielsweise den Aushub nicht (oben 2/Ziff. 2), wogegen der Aushub sehr wohl als Werk i.S.v. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB anzusehen ist.

– Nach einer neueren Lehrmeinung stellt nicht jedes Werk, das den oben (2/Ziff. 1) umschriebenen Kriterien genügt, ein unbewegliches Bauwerk i.S.v. Art. 371 Abs. 2 OR dar. "Erforderlich" sei "vielmehr ein *zusätzliches Merkmal,* das sich aus dem Zweckgedanken des Art. 371 Abs. 2 OR ergibt"[54]. Von dieser Bestimmung nicht erfasst

würden daher Werke, bei denen "nicht erst nach längerer Zeit festgestellt werden kann, ob sie 'den Anforderungen der Festigkeit oder den geologischen und atmosphärischen Verhältnissen' standhalten"[55]. Eine derartige teleologische Reduktion hat jedoch den Nachteil der fehlenden Praktikabilität (vgl. oben 1/Ziff. 4) - ein Aspekt, der gerade bei Verjährungsregelungen von besonderer Bedeutung ist. Die fragliche Lehrmeinung ist daher abzulehnen. Dasselbe gilt für die Ansicht, Art. 371 Abs. 2 OR erfasse nur Mängel, die typischerweise spät erkennbar sind (oben l/Ziff. 4).

[Seite 1552] **3. Kritik der "Bestandteilstheorie"**

1. Wer ein Werk zu erstellen hat, das als solches kein "Bauwerk" i.S. von Art. 371 Abs. 2 OR darstellt (z.B. Anstrich einer Fassade), unterliegt nach dem (oben 1/Ziff. 1) Gesagten trotzdem der Verjährungsordnung von Art. 371 Abs. 2 OR, falls er sein Werk auf einem "Bauwerk" i.S. dieser Bestimmung anzubringen, es zu dessen Bestandteil zu machen hat. Trifft dies nicht zu, soll demgegenüber nach Ansicht des Bundesgerichts die einjährige Verjährungsfrist von Art. 371 Abs. 1 OR zum Zuge kommen (BGE 120 II 214 ff.). Diese Rechtsprechung kann zu sachlich unbefriedigenden Ergebnissen führen, so etwa dort, wo ein Generalunternehmer ein Werk zusammen mit Subunternehmern erstellt und ein Subunternehmer seine Werkleistung dem Bauwerk nicht zu "inkorporieren" hat. Hier haftet der Generalunternehmer für einen vom Subunternehmer verursachten Mangel fünf Jahre[56], wogegen er auf den Subunternehmer nur während eines Jahres[57]Regress nehmen kann. Dass diese Konsequenz der "Bestandteilstheorie" unbefriedigend ist, gibt auch das Bundesgericht unumwunden zu (BGE 120 II 214 ff., E. 3d); es glaubt jedoch, sie auf dem Auslegungswege nicht beseitigen zu können[58]. Dem kann nicht gefolgt werden[59]:

2. Eine analoge Disparität bestand unter dem aOR auch im Verhältnis des Architekten zum Unternehmer: Der Architekt, der einen Werkmangel mitverschuldet hatte, haftete zehn Jahre, wogegen der (gewährleistungspflichtige) Unternehmer nur fünf Jahre haftete und sich nach Ablauf dieser Frist dem Rückgriff des Architekten entziehen konnte. Um dies zu verhindern, wurde bei der Revision des OR die Verjährung von Ansprüchen gegen Architekten und Unternehmer vereinheitlicht[60]. Im vorliegenden Zusammenhang geht das Bundesgericht davon aus, dass ebenfalls der Gesetzgeber tätig werden müsste, um die fragliche Ungleichbehandlung von Generalunternehmer und Subunternehmer zu beseitigen. Indes lässt sich die Gleichstellung auf dem Auslegungsweg bewerkstelligen. Art. 371 Abs. 2 OR stellt - nach seinem Wortlaut - darauf ab, dass ein unbewegliches Bauwerk Mängel hat. Ansprüche, die aus einem Mangel resultieren, unterliegen gegenüber allen Unternehmern der fünfjährigen Frist. Für eine unterschiedliche Behandlung einzelner Unternehmer lässt sich dem Gesetzestext nichts entnehmen. Vom Wortlaut abzuweichen besteht aber nicht der geringste Anlass. Im Gegenteil: Wie gesagt, erfasst Art. 371 Abs. 2 OR auch Ansprüche gegenüber einem Architekten, und dies unabhängig davon, ob der Architekt seine Arbeitsleistung (die auch werkvertraglicher Natur sein kann!) dem Bauwerk in irgendeiner Weise einzuverleiben hat. Warum für gewisse Unternehmer anderes gelten soll, ist nicht einzusehen. Vor allem aber ist folgendes zu bedenken: Wenn man die Ansprüche gegenüber einzelnen Unternehmern vom Anwendungsbereich des Art. 371 Abs. 2 OR ausnimmt, so hat dies zur Konsequenz, dass sich ein Unternehmer dem Regress des Architekten unter Umständen entziehen kann, nur weil die gegen ihn gerichteten Ansprüche schneller verjähren als die Ansprüche gegen den Architekten. Damit wird eine Sachlage geschaffen, die der Gesetzgeber bei der Revision von Art. 371 Abs. 2 OR just vermeiden wollte.

3. Präzisierend ist beizufügen: Ein Unternehmer, der seine Werkleistung dem Bauwerk nicht einzuverleiben hat, unterliegt nur dann Art. 371 Abs. 2 OR, wenn seine Leistung nach dem Werkvertrag auf das Bauwerk bezogen ist, der Unternehmer also weiss, dass sein Werk der Erstellung desselben dient. Trifft dies nicht zu, muss er sich auf die Geltung der kurzen einjährigen Verjährungsfrist von Art. 371 Abs. 1 OR verlassen können[61]. Analoges gilt, wie bereits erwähnt, auch für Ansprüche aus Kaufvertrag. Zwar könnten bei wörtlicher Interpretation selbst solche Ansprüche unter Art. 371 Abs. 2 OR subsumiert werden, aus

gesetzessystematischen Überlegungen wird man davon jedoch ab sehen müssen. Dieses Ergebnis scheint jedenfalls bei Kaufverträgen mit Montagepflicht de lege ferenda diskutierbar, de lege lata muss es jedoch hingenommen werden.

4. Zusammenfassung

Art. 371 Abs. 2 OR mit der fünfjährigen Verjährungsfrist findet dort Anwendung, wo ein unbewegliches Bauwerk erstellt wird. Auf *Schuldnerseite* sind der Bestimmung (neben Architekten und Ingenieuren) alle Unternehmer unterworfen, welche einen Beitrag zur Werkerstellung leisten, in diesem Sinne das Bauwerk teilweise erstellen. Das trifft in erster Linie für jene Unternehmer zu, welche ihre Werkleistung selbst auf dem Bauwerk anbringen. Aber auch Unternehmer, für welche dies nicht zutrifft, unterliegen Art. 371 Abs. 2 OR, sofern sie ihre Werkleistung speziell für das Bauwerk zu erbringen haben. Auf *Gläubigerseite* kommt nicht bloss derjenige in den Genuss der fünfjährigen Frist, der das Bauwerk erstellen lässt (Bauherr), sondern auch jeder an der Herstellung des Werks beteiligte Unternehmer, der die ihm übertragene Aufgabe ganz oder teilweise an einen Subunternehmer weitervergibt. Die fünfjährige Frist *beginnt* gegenüber den einzelnen [Seite 1553] Unternehmern mit der Abnahme der jeweiligen Werkleistung. Für den Generalunternehmer ist somit die Abnahme des gesamten Werks massgeblich, für die Sub- oder Nebenunternehmer die Abnahme der Teilwerke. Bleibt die Frage, was ein *Bauwerk* ist. Das ist eine "architektonische Konstruktion"; gemeint sind also insbesondere Bauten, sowohl Hoch als auch Tiefbauten, nicht hingegen blosse Unterhaltsarbeiten - womit auch gesagt ist, dass nicht jede auf eine Baute bezügliche Werkleistung ein Bauwerk ist.

Résumé

L'art. 371 al. 2 CO avec son délai de prescription de cinq ans est applicable quand une construction immobilière est exécutée. Du *côté dés débiteurs* sont soumis à cette disposition (à côté des architectes et ingénieurs) tous les entrepreneurs qui contribuent à l'exécution de l'ouvrage, tous ceux donc qui bâtissent en partie la construction. En premier lieu, ceci est le cas pour tous les entrepreneurs qui installent leur ouvrage sur la construction. Mais la disposition de l'art. 371 al. 2 CO est également applicable aux entrepreneurs qui, sans faire autant, exécutent leur ouvrage spécialement pour la construction en question. *Du côté des créanciers*, le délai de cinq ans ne profite pas qu'à celui qui fait ériger la construction (maître de l'ouvrage), mais aussi à chaque entrepreneur qui, participant à l'exécution de l'ouvrage, a transmis la tâche qui lui incombait, partiellement ou entièrement, à un sous-traitant.
Le délai de cinq ans *commence à courir*, à l'égard de chaque entrepreneur individuel, au moment de l'acceptation de l'ouvrage concerné. Par conséquent, pour l'entrepreneur général, le délai court à partir de l'acceptation de l'ouvrage complet, pour les sous-traitants et les entrepreneurs secondaires à partir de l'acceptation des ouvrages partiels.
Reste la question de savoir ce qu'est une *construction*.. C'est une "construction architecturale": ce qui vise particulièrement des constructions de surface et souterraines, mais pas les travaux de pur entretien - ce qui signifie également que chaque ouvrage relatif à un édifice n'est pas nécessairement une construction.
Lorenz Ehrler, licencié en droit

Fussnoten:

1 Zur Verjährung der Mängelrechte im allgemeinen s. K. TSCHÜTSCHER, Die Verjährung der Mängelrechte im Bauwerkvertragsrecht, in A. KOLLER (Hrsg.), Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts, St. Galler Baurechtstagung, St. Gallen 1994, 225 ff., und A. KOLLER, Vom Recht des Bauherrn auf Verbesserung des mangelhaften Werks, im eben zitierten Werk, 122 ff., je mit weiteren Hinweisen.

2 Zum Begriff s. P. GAUCH, Der Werkvertrag, 3. A. Zürich 1985, Nr. 183 ff.

3 Der Begriff der Abnahme ist derselbe wie in Art. 371 Abs. 1 OR. S. dazu KOLLER (FN 1), Nr. 59 ff., und TSCHÜTSCHER (FN 1), 255 ff.

4 Zum Begriff s. GAUCH (FN 2), Nr. 180-183.

5 F. FICK/A. VON MORLOT, Das Schweizerische Obligationenrecht, Kommentar zu Art. 1-529 OR, Zürich 1915, N 22 zu Art. 371 OR, auf den GAUCH (FN 2), Nr. 1608, zustimmend verweist.

6 Beispiel: A überträgt die Erstellung eines Hauses dem X (Dachdeckerarbeiten), dem Y (Malerarbeiten) und dem Z ("Rest"). Rinnt das Dach, so beginnt die Verjährungsfrist für die Mängelrechte des A gegenüber X mit der Abnahme des Daches, nicht mit der Abnahme des ganzen Hauses.

7 In diesem Entscheid ging es zwar um die Verjährung der Ansprüche des Bestellers gegenüber dem Architekten. Das Bundesgericht unterstellt jedoch in seinen Ausführungen, dass die Verjährung gegenüber dem einzelnen Nebenunternehmer mit der Abnahme von dessen (Teil-)Werk beginnt. Vgl. zu diesem Entscheid auch die Bemerkungen weiter unten im Text.

8 A.A. GAUTSCHI, Berner Kommentar, N 27 zu Art. 371 OR; AGVE 1977, 39; wohl auch SJZ 1940/41, 282 Nr. 183. Wie im Text dagegen ZINDEL/PULVER, Basler Kurzkommentar, N 27 zu Art. 371 OR.

9 Analog zum deutschen Recht STAUDINGER/PETERS, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. A. Berlin 1991, N 38bb/39aa zu § 638 BGB.

10 A. A. SJZ 1940/41, 282 Nr. 183.

11 Art. 371 Abs. 2 OR findet auch auf den Vertrag mit einem Vermessungstechniker Anwendung: vgl. Pra 72, 399 ff., wo freilich die Anwendung im konkreten Fall verneint wurde. Der Entscheid betraf einen Fall, wo sich bei der Übertragung der Messwerte auf einen Situationsplan ein Fehler einschlich, der eine Änderung der Baupläne, zusätzliche Erdarbeiten und die Erstellung von zwei Stützmauern nötig machte. Ein Mangel des Bauwerks stand nicht zur Diskussion. Nur schon deshalb kam die fünfjährige Frist von Art. 371 Abs. 2 OR nicht zum Tragen. Zudem liess sich nicht sagen, dass der Vermessungstechniker bei der Erstellung des Bauwerks mitwirkte. Art. 371 Abs. 2 OR wäre daher nur zur Geltung gekommen, wenn das Vermessungswerk selbst als Bauwerk anzusehen gewesen wäre, was selbstverständlich nicht zutraf.

12 BGE 89 II 405 ff. = Pra 53, 90 ff.: Art. 371 Abs. 2 OR gilt für jede Mitwirkung des Architekten ohne Rücksicht auf die Art der geleisteten Dienste oder des abgeschlossenen Vertrags. Vorbehalten ist der Fall, da der Architekt Mängel arglistig verschweigt; diesfalls ist die Verjährungsfrist die zehnjährige.

13 Semjud 1970, 537 ff.

14 SJZ 1940/41, 282 Nr. 183.

15 Die Pensionskasse einer Bank übertrug die Erstellung von Mehrfamilienhäusern einem General Unternehmer. Dieser vergab die Maurer- und Eisenbetonarbeiten an die *R. AG*, die ihrerseits mit *Niklaus M.* einen Werkvertrag betreffend das Verputzen der Hausfassaden schloss. Der Verputz erwies sich als mangelhaft (er zeigte Risse). Auf den Nachbesserungsanspruch der R. AG brachte das Bundesgericht Art. 371 Abs. 2 OR zur Anwendung.

16 Gegenstand des Werkvertrags muss nicht - wie immer wieder gesagt wird (hinten 2/Ziff 4) - die Erstellung eines Bauwerks sein, vielmehr genügt es, dass die versprochene Werkleistung zusammen mit andern Werkleistungen ein Bauwerk hervorbringen soll. In diesem Sinne muss Gegenstand des Werkvertrags der Teil eines Bauwerks sein.

17 B. MOSIMANN, Der Generalunternehmervertrag im Baugewerbe, Diss. Zürich 1972, 130.

18 KOLLER (FN 1), Nr. 92 ff.

19 TSCHÜTSCHER (FN 1), 239 Anm. 47; a. A. ZR 1937, 361 ff. Nr. 186.

20 KOLLER (FN 1), Nr. 74.

21 GAUCH (FN 2), Nr. 1620; anders noch in der 2. Auflage des "Werkvertrags", Nr. 833 ff.

22 S. die vorstehende FN.

23 S. im einzelnen KOLLER (FN 1), Nr. 397 ff.

24 Der Ausdruck Material ist in einem weiten Sinne zu verstehen. So ist auch die zu einem Dammbau verwendete ausgeschachtete Erde "Material" (GAUCH [FN 2], Nr. 1603, unter Hinweis auf eine deutsche Lehrmeinung).

25 So schon FICK/VON MORLOT (FN 5), N 17 zu Art. 371 OR; SJZ 1941/42, 118. Die gleiche Definition findet sich in der deutschen Rechtsprechung zu § 638 BGB (THOMAS bei PALANDT, Kurzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 53. A. München 1994, N 9 zu § 638 BGB). Zu abweichenden Ansichten s. unten Ziff. 4.

26 Berner Kommentar, N 6 zu Art. 371 OR.

27 Auf diesen stellt auch BECKER, Berner Kommentar, N 6 zu Art. 371 OR, ab.

28 Das Bauwerk ist ein "Erzeugnis der Architektur" (Brockhaus Enzyklopädie, 17. A. Wiesbaden 1967).

29 Aus der Lehre s. neustens TSCHÜTSCHER (FN 1), 264.

Quelle: www.legalis.ch | © 2024 Helbing Lichtenhahn

30 Vgl. THOMAS bei PALANDT (FN 25), N 9 zu § 638 BGB.

31 OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N 5 zu Art. 371 OR; SJZ 1940/41, 282 (Pumpanlage).

32 BECKER (FN 27), N 7 zu Art. 371 OR; GAUCH (FN 2), Nr. 1608.

33 Das entspricht auch dem allgemeinen Sprachgebrauch. Vgl. Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Mannheim etc., wonach es sich bei einem Bauwerk um eine bauliche Anlage oder einen Teil davon handelt. Anders Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 2. A. Mannheim etc., wo das Bauwerk als "grösserer, durch seine architektonische Gestaltung beeindruckender Bau" umschrieben wird.

34 OSER/SCHÖNENBERGER (FN 31), N 6 zu Art. 371 OR; BECKER (FN 27), N 7 zu Art. 371 OR. FICK/VON MORLOT (FN 5), N 21 zu Art. 371 OR, betonen, dass die Umbaute von einiger Bedeutung sein müsse. Im Ergebnis ist dem zuzustimmen, doch dürfte vom Wortsinn her jede Umbaute von einiger Be deutung sein, so dass sich die Präzisierung von FICK/VON MORLOT erübrigt.

35 BECKER (FN 27), N 7 zu Art. 371 OR; OSER/SCHÖNENBERGER (FN 31), N 6 zu Art. 371 OR.

36 Ebenso FICK/VON MORLOT (FN 5), N 20 zu Art. 371 OR, unter Hinweis auf Handelsrechtliche Entscheidungen 14, 831; BECKER (FN 27), N 7 zu Art. 371 OR; a.A. dagegen Kantonsgericht Jura in Fichier de jurisprudence du Tribunal cantonal jurassien J/9/1, dazu D. DREYER, Le délai de prescription dans la garantie pour les travaux de ravalement d'une façade, BR 1985, 52 ff.; ZINDEL /PULVER, Basler Kurzkommentar, N 22 zu Art. 371 OR, m.w.Nw.

37 GAUCH (FN 2), Nr. 1610; GAUTSCHI (FN 8), N 12b zu Art. 371 OR; TSCHÜTSCHER (FN 1), 273.

38 Eine analoge Unterscheidung wird auch in Deutschland getroffen (z.B. STAUDINGER/PETERS [FN 9], N 38bb/39aa zu § 638 BGB).

39 GAUCH (FN2), Nr. 1616.

40 FICK/VON MORLOT (FN 5), N 7 zu Art. 371 OR; ZINDEL/PULVER (FN 36), N 21 zu Art. 371 OR; DREYER (FN 36), 54.

41 TSCHÜTSCHER (FN 1), 271.

42 Z.B. OSER/SCHÖNENBERGER (FN 31), N 5 zu Art. 371 OR; missverständlich BGE 93 II 246: "Der Wert der Leistung und die Höhe des Werklohnes sind dabei für sich allein nicht entscheidend."

43 Ebenso FICK/VON MORLOT (FN 5), N 18 zu Art. 371 OR; ZINDEL/PULVER (FN 36), N 20 zu Art. 371 OR.

44 GAUCH (FN 2), Nr. 1610; MARIO M. PEDRAZZINI, Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, in Schweizerisches Privatrecht, 7. Bd., Obligationenrecht - Besondere Vertragsverhältnisse, 1. Halbbd., Basel und Stuttgart 1977, 529 Anm. 87.

45 GAUCH vertrat schon in den ersten beiden Auflagen des "Werkvertrags" diese Ansicht (Der Unternehmer im Werkvertrag und seine Haftung für Mängel des Werkes, Zürich 1974, Nr. 435 ff.; Der Unternehmer im Werkvertrag, Zürich 1977, Nr. 831).

46 Bei wesentlicher Beschädigung ist allenfalls eine sog. Hauptreparatur vorzunehmen, welche als Bauwerk anzusehen ist (oben 2/Ziff. 2).

47 GAUCH (FN2), Nr. 1610.

48 In Deutschland will VON CRAUSHAAR (NJW 1975, 993) darauf abstellen, ob eine Werkleistung typischerweise mit dem Risiko bauspezifischer Späterkennbarkeit verbunden ist. Auch das wird als "wenig praktikable Unterscheidung" angesehen (so THOMAS bei PALANDT, Kurzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 42. A. München 1983, N 2c zu § 638 BGB; in den neueren Auflagen wird auf VON CRAUSHAARS Ansicht nicht mehr eingegangen).

49 Die ratio legis darf nicht einfach zum Tatbestandsmerkmal erhoben werden!

50 Die im Text erwähnten beiden Merkmale der wirtschaftlichen Bedeutung und der Späterkennbarkeit eines Mangels sind weder für sich allein noch zusammen geeignet, den Begriff des Bauwerks näher zu umgrenzen. Unzutreffend daher das Obergericht Zürich, welches die Ansicht vertreten hat, dass Art. 371 Abs. 2 OR "auf alle Werkleistungen anwendbar" sei, "für welche die Voraussetzungen erfüllt sind, dass sie einerseits zu einem unbeweglichen Bauwerk gehören und andererseits von jenem Umfang und jener Bedeutung sind, welche die Anwendung der fünfjährigen Verjährungsfrist nach deren Zweck als notwendig erscheinen lässt" (BGE 93 II 243).

51 FN 2, Nr. 1605, 1609, 1616.

52 Vgl. BGE 93 II 246 E. 2 b. Danach ist eine Leistung "nur dann (unbewegliches) Bauwerk, wenn der Gegenstand des Werkvertrages, durch den sie versprochen wird, nach seiner Natur selber als

Bauwerk angesprochen werden kann". Ähnlich BGE 120 II 214 ff., E. 3a a. E. (vgl. auch die Besprechung dieses Entscheids durch R. BERNHARD in der NZZ vom 17. Juni 1994, 15). Aus der kantonalen Rechtsprechung vgl. SJZ 1918/19, 296 Nr. 198.

53 Berner Kommentar, N 12a zu Art. 371 OR.

54 GAUCH (FN 2), Nr. 1604, 1617; ZINDEL/PULVER (FN 36), N 21 zu Art. 371 OR, m. w. Nw.; wohl auch TSCHÜTSCHER (FN 1), 271 f. Ziff. 3.

55 GAUCH (FN 2), Nr. 1617.

56 Ab Abnahme des Gesamtwerks.

57 Ab Abnahme des vom Subonternehmer erstellten Werks.

58 Ebenso GAUCH (FN 2), Nr. 1613.

59 Gleich im Ergebnis GAUTSCHI (FN 8), N 12a zu Art. 371 OR; wie das Bundesgericht hingegen ZINDEL /PULVER (FN 36), N 21 zu Art. 371 OR, mit Hinweis auf GAUCH (FN 2), Nr. 1612.

60 OSER/SCHÖNENBERGER (FN 31), N 7 zu Art. 371 OR.

61 Vgl. Semjud 1970, 557 ff., und STAUDINGER/PETERS (FN 9), N 39dd zu § 638 BGB.