

AJP/PJA

10/1996, S. 1244 ff.

Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle

Aufsätze / Articles

[Seite 1244] Streifzug durch die Rechtsprechung zum werkvertraglichen Gewährleistungsrecht



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

Der vorliegende "Streifzug" gibt einen an der zweiten St. Galler Baurechtstagung vom 5. September 1996 gehaltenen Vortrag wieder. Die in der Übersicht erwähnten vier Themenkreise werden anhand neuerer, vor allem bundesgerichtlicher Rechtsprechung dargestellt; ältere Urteile werden, soweit von grundlegender Bedeutung, ebenfalls berücksichtigt. Der für die Publikation des Vortrags geschaffene "Anmerkungsapparat" beinhaltet im wesentlichen (lediglich) weiterführende Hinweise. Der Vortragsstil ist beibehalten.

INHALTSÜBERSICHT

I. Die Verjährung der Mängelrechte bei Bauwerkverträgen

1. Zum Anwendungsbereich von Art. 371 Abs. 2 OR
2. Der Verzicht auf die laufende Verjährung

II. Vom Recht des Bestellers, Werkmängel auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten beseitigen zu lassen

III. Solidarische Haftung von Architekt und Unternehmer für Werkmängel

IV. Von der Ablieferung unvollendeter (Bau-)Werke

Résumé

I. Die Verjährung der Mängelrechte bei Bauwerkverträgen

Diese Thematik wird umfassend in einer vor kurzem erschienenen St. Galler Dissertation von KLAUS TSCHÜTSCHER behandelt¹. Im folgenden ist lediglich von zwei Problemkreisen die Rede: dem Anwendungsbereich von **Art. 371 Abs. 2 OR** und dem Verzicht auf die Erhebung der Verjährungseinrede.

1. Zum Anwendungsbereich von **Art. 371 Abs. 2 OR**

Mängelrechte aus Werkmängeln verjähren grundsätzlich in einem Jahr seit Abnahme des Werks (**Art. 371 Abs. 1 OR**). Eine Ausnahme sieht **Art. 371 Abs. 2 OR** vor: "Der Anspruch des Bestellers eines unbeweglichen Bauwerkes wegen allfälliger Mängel des Werkes verjährt jedoch ... mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme." Diese Regelung gilt nicht nur für die Rechte gegenüber dem Unternehmer, sondern auch für Ansprüche des Bauherrn gegenüber einem Architekten oder Ingenieur, welche bei der Erstellung des Bauwerks mitgewirkt haben (s. dazu **BGE 115 II 456 ff.**)². Diese Ansprüche bleiben allerdings im folgenden ausser Betracht (s. immerhin III. am Schluss).

1. Die Auslegung von **Art. 371 Abs. 2 OR** bereitet der Praxis von jeher Schwierigkeiten. Das Bundesgericht hält immer wieder fest, dass ein Unternehmer nur dann **Art. 371 Abs. 2 OR** untersteht, *wenn das von ihm erstellte Werk ein unbewegliches Bauwerk darstellt*. So neustem **BGE 120 II 216**, wo es - in der Übersetzung der Praxis³ - wörtlich heisst: "Das vom Unternehmer erstellte Werk selber muss nach seiner Natur als Bauwerk angesprochen werden können", damit **Art. 371 Abs. 2 OR** zur Anwendung gelangt⁴.

M. E. ist für die Anwendung von **Art. 371 Abs. 2 OR** nicht erforderlich, dass der Unternehmer ein (unbewegliches) Bauwerk zu erstellen hat. Es genügt vielmehr, dass er bei der Erstellung eines solchen mitwirkt⁵. Wer beispielsweise im Rahmen der Neuerstellung eines Hauses den Verputz anzubringen hat, der erstellt kein unbewegliches Bauwerk, er wirkt aber bei der Erstellung eines solchen mit und unterliegt daher der fünfjährigen Verjährungsfrist. Das Bundesgericht ist im Ergebnis gleicher Meinung (**BGE 117 II 425 ff.**). Es nimmt jedoch an, dass die Verputzarbeiten als Bauwerk gelten⁶. M. E. überdehnt man den Begriff des unbeweglichen Bauwerkes, wenn man auch Verputzarbeiten darunter fasst: Bauwerke sind nur Werke von einiger technischer Komplexität⁷; diesem Begriffserfordernis genügen Verputzarbeiten offensichtlich nicht.

2. Umstritten ist, ob *Malerarbeiten*, die an einem Haus ausgeführt werden, **Art. 371 Abs. 2 OR** unterstehen⁸. M. E. ist - wie bereits an anderer Stelle ausgeführt⁹ - zu unterscheiden:

- **Art. 371 Abs. 2 OR** kommt dann zur Anwendung, wenn die Malerarbeiten im Rahmen der Neuerstellung eines Hauses ausgeführt werden. Zwar stellen die Malerarbeiten als solche kein unbewegliches Bauwerk dar, sie **[Seite 1245]** dienen jedoch - zusammen mit den Maurer, Schreiner, Spenglerarbeiten, usw. - der Erstellung eines solchen. Das genügt nach der oben dargestellten Ansicht für die Anwendung von **Art. 371 Abs. 2 OR**.
- Entsprechendes gilt, wenn die Malerarbeiten Teil einer grösseren Umbauarbeit sind. Denn "neben der Neuerrichtung fällt auch der Umbau eines Werkes unter den Begriff eines Bauwerkes"¹⁰.
- Auch sog. Hauptreparaturen, worunter die Erneuerung wesentlicher alter Teile zu verstehen ist, fallen unter den Begriff des Bauwerks¹¹. Dementsprechend werden Malerarbeiten, die im Zuge einer solchen Hauptreparatur ausgeführt werden, von **Art. 371 Abs. 2 OR** erfasst.

- **Art. 371 Abs. 2 OR** kommt hingegen auf Malerarbeiten nicht zur Anwendung, wenn die Arbeiten *isoliert* ausgeführt werden. Daher untersteht insbesondere der Erneuerungsanstrich an einem bestehenden Haus nicht dieser Verjährungsbestimmung. Vielmehr gilt **Art. 371 Abs. 1 OR** mit der einjährigen Verjährungsfrist.

Das Bundesgericht nimmt die Unterscheidung, wie sie eben getroffen wurde, ebenfalls vor: In **BGE 93 II 242 ff.** hat es entschieden, für den Erneuerungsanstrich eines Hauses gelte nicht die fünfjährige, sondern die einjährige Verjährungsfrist¹². Umgekehrt hat es in einem neusten Entscheid, **BGE 121 III 270 ff.**, für das Antreiben von Rolläden einer in Renovation befindlichen Liegenschaft entschieden. Beide Entscheide sind im Ergebnis zu begrüssen. Leider wurde in der Begründung nicht klar gemacht, weshalb der "reine" Erneuerungsanstrich anders zu behandeln ist als der Anstrich im Rahmen der Gesamtrenovation eines Hauses. Diese Unterscheidung beruht - wie gesagt - darauf, dass im einen Fall die Malerarbeiten im Rahmen der Erstellung eines unbeweglichen Bauwerks vorgenommen werden, im anderen Fall nicht. Im einen Fall sind sie Teil eines komplexen Ganzen, im anderen Fall nicht. Das rechtfertigt die unterschiedliche rechtliche Behandlung.

3. **Art. 371 Abs. 2 OR** kommt nicht nur auf Ansprüche des Bauherrn gegenüber einem Unternehmer zur Anwendung, sondern auch auf *Ansprüche, welche einem Unternehmer gegenüber einem Subunternehmer zustehen*. Immer vorausgesetzt, dass der Subunternehmer ein Bauwerk zu erstellen (so die bundesgerichtliche Rechtsprechung) bzw. bei der Erstellung eines Bauwerkes mitzuwirken hat (so die hier vertretene Auffassung).

Zur Illustration **BGE 117 II 425 ff.**: Die Pensionskasse einer Bank übertrug die Erstellung von Mehrfamilienhäusern einem Generalunternehmer. Dieser vergab die Mauer und Eisenbetonarbeiten an die R. AG. Diese vergab ihrerseits die Verputzarbeiten dem Niklaus M. Der Verputz erwies sich als mangelhaft, er zeigte Risse. Hierauf verlangte die R. AG von Niklaus M, ihrem Subunternehmer, Nachbesserung. Auf diesen Anspruch brachte das Bundesgericht **Art. 371 Abs. 2 OR** zur Anwendung.

4. Nach der bundesgerichtlichen Ansicht (**BGE 120 II 214 ff.**) kommt diese Bestimmung nur auf Unternehmer zur Anwendung, welche ihre Werkleistung zum *Bestandteil* eines Grundstücks zu machen haben. Demzufolge untersteht beispielsweise **Art. 371 Abs. 2 OR** nicht, wer - gestützt auf einen Werkvertrag¹³ - Frischbeton herzustellen, jedoch nicht selbst einzubauen hat. Diese Rechtsprechung ist m.E. abzulehnen: Entscheidend ist allein, dass ein Unternehmer bei der Errichtung eines unbeweglichen Bauwerks mitzuwirken hat. Ob er seine Werkleistung dem Werk selbst inkorporiert oder ob dies jemand anders tut, spielt keine Rolle¹⁴.

2. Der Verzicht auf die laufende Verjährung

1. Droht der Eintritt der Verjährung, so hat der Besteller die Möglichkeit, diese zu unterbrechen, z.B. indem er Klage erhebt oder ein Sühnebegehren einreicht oder, soweit es um Geldforderungen geht, Betreibung einleitet. Alle diese Massnahmen sind mit einigem Aufwand verbunden und zudem relativ kostenintensiv. Dazu kommt, dass es das Verhältnis zum Unternehmer trüben kann, wenn der Besteller gegen ihn rechtliche Schritte einleitet. Viel einfacher und angenehmer ist es für den Besteller, wenn sich der Unternehmer bereit erklärt, auf die Erhebung der Verjährungseinrede zu verzichten¹⁵. Solche Verzichtserklärungen sind *zulässig*, jedenfalls soweit es um Gewährleistungsansprüche geht (vgl. **BGE 99 II 191 f.**).

2. Wer auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichtet, *verlängert* - rechtlich gesehen - *die Verjährungsfrist* (**BGE 99 II 192 ff.**). Das bedeutet: Innerhalb der Verzichtsdauer ist eine Unterbrechung der Verjährung möglich. Die *Dauer* der Verlängerung bestimmt sich nach der Verzichtserklärung. Diese ist nach den allgemeinen Methoden auszulegen. Im Normalfall ist also das Vertrauensprinzip heranzuziehen (**BGE 112 II 233**). Die maximale Dauer der Verlängerung ist zehn Jahre. Im übrigen steht es im Belieben der Parteien, welche zeitliche Beschränkung sie dem Verzicht geben wollen. Demgegenüber erweckt **BGE 112 II 233** den Eindruck, jede Verzichtserklärung habe ohne weiteres die Wirkung einer Unterbrechungshandlung und bewirke demzufolge eine Verlängerung der Verjährungsfrist

um die Dauer der ordentlichen Verjähr- [Seite 1246] rungsfrist In diesem Sinne haben sich auch einzelne Autoren ausgesprochen, und auch die Rechtspraxis nimmt - gestützt auf BGE 112 II 233 - teilweise den Standpunkt ein, eine Verzichtserklärung habe ohne weiteres Unterbrechungswirkung.

Im Kanton Zug ist gegenwärtig ein Fall hängig, in dem sich ein (angeblicher) Schuldner bereit erklärte, auf die Erhebung der Verjährungseinrede für ein Jahr zu verzichten, und diesen Verzicht mehrmals erneuerte, jeweilen immer für ein Jahr. Dies ging solange, bis es der (angebliche) Gläubiger unterliess, innert der Verzichtsfrist um einen neuen Verjährungsverzicht nachzusuchen. Der Schuldner berief sich nun auf Verjährung und weigerte sich, eine neue Verzichtserklärung abzugeben. Hierauf stellte sich der Gläubiger, bzw. dessen Rechtsvertreter, auf den Standpunkt, gemäss BGE 112 II 233 habe jeder Verjährungsverzicht Unterbrechungswirkung gehabt, die Verjährung sei daher nicht eingetreten.

II. Vom Recht des Bestellers, Werkmängel auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten beseitigen zu lassen

Der Bauherr, der ein mangelhaftes Werk erhalten hat, mag oft daran interessiert sein, das Werk zwar verbessern zu lassen, jedoch nicht mehr durch den Unternehmer, sondern durch einen Dritten, allerdings auf Kosten des Unternehmers. Unter welchen Voraussetzungen steht dem Bauherrn diese Möglichkeit offen? Der Bauherr kann sich vom Richter nach Art. 98 Abs. 1 OR zur Ersatzvornahme ermächtigen lassen¹⁶. Diese Möglichkeit bleibt allerdings vorliegend ausser Betracht. Wir betrachten also nur Rechtsbehelfe, welche keine Zuhilfenahme des Richters voraussetzen.

1. Wurde die SIA-Norm 118 übernommen, so hat der Bauherr vorerst ausschliesslich das Recht, "vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen" (Art. 169 Abs. 1 vor Ziff. 1). Erst wenn der Unternehmer diese Frist ungenutzt verstreichen lässt, ist der Bauherr berechtigt, die Verbesserung "auf Kosten des Unternehmers" durch einen Dritten vornehmen zu lassen (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1). Diese Kosten kann der Besteller vom Werklohn in Abzug bringen; hat er bereits den ganzen Werklohn bezahlt, so steht ihm ein entsprechender Rückforderungsanspruch gegen den Unternehmer zu.

Wie verhält es sich, wenn der Bauherr *direkt* einen Dritten beauftragt, also ohne dem Unternehmer die Möglichkeit zur Nachbesserung zu gewähren? Sicher ist, dass in diesem Fall der umschriebene Anspruch auf Ersatzvornahme nicht besteht. Denn es fehlt eben an der Voraussetzung der Fristansetzung (BGE 110 II 52 ff. und 116 II 311 f.)¹⁷. Aus dem gleichen Grund hat der Unternehmer auch nicht die Möglichkeit, die Minderung zu erklären und die Kosten der Ersatzvornahme unter diesem Titel - ganz oder teilweise - ersetzt zu verlangen (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2; s. wiederum die beiden erwähnten BGE).

Damit ist aber noch nicht gesagt, dass der Bauherr die Kosten der Ersatzvornahme in vollem Umfange selbst zu tragen hat. Vielmehr fragt sich, ob er die Kosten insoweit auf den Unternehmer abwälzen kann, als dieser infolge der unterbliebenen Nachbesserung bereichert ist. In Frage kommt insbesondere eine Ersparnisbereicherung. Zu denken ist etwa an Materialkosten, die der Unternehmer nicht gehabt hat, weil er nicht nachbessern musste. Kann der Besteller solche Kosten vom Werklohn in Abzug bringen, bzw. hat er im Umfang der Kosten einen selbständigen Anspruch gegen den Unternehmer? Das Bundesgericht hat die Frage in dem bereits zitierten BGE 110 II 52 ff. offengelassen und auch in BGE 116 II 311 f. nicht entschieden. Die Lehre¹⁸ verneint sie, soweit sie überhaupt darauf eingeht. M. E. ist gegenteilig zu entscheiden. Zur Begründung nur folgendes¹⁹: Der Besteller hat gemäss Art. 184 der Norm jederzeit das Recht, gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers den Vertrag aufzulösen. Nach dem Wortlaut der Bestimmung besteht dieses Recht allerdings nur, "solange das Werk unvollendet ist". M. E. ist jedoch kein Grund ersichtlich, weshalb man dem Besteller das Auflösungsrecht nicht auch dann gewähren sollte, wenn das Werk vollendet ist, jedoch noch Nachbesserungsarbeiten ausstehen. Folgt man dieser Meinung, so kann der Besteller auf die Nachbesserung verzichten, muss dann jedoch den Unternehmer schadlos halten. D.h. er muss ihm den ganzen Werklohn zahlen,

"abzüglich der Aufwendungen, die er [der Unternehmer] wegen des Rücktritts des Bauherrn ersparen konnte" (Art. 184 Abs. 2 SIA-Norm 118). Gleich muss es sich verhalten, wenn der Besteller auf die Nachbesserung nicht ausdrücklich verzichtet, also keine entsprechende Erklärung abgibt, sondern statt dessen "einfach so" einen Dritten mit der Mängelbeseitigung betraut. Auch in diesem Fall hat der Unternehmer im Rahmen seiner Bereicherung die Kosten der Ersatzvornahme zu tragen.

BGE 110 II 52: Die Henid-Finanz AG liess in den Jahren 1977 und 1978 zwei Mehrfamilienhäuser erstellen. Die Baumeisterarbeiten übertrug sie der Seiler Hoch und Tiefbau AG. Im Jahre 1979 traten im Mauerwerk Wasserschäden auf. Die Henid liess die Schäden durch einen Dritten beseitigen und verlangte die Kosten von rund Fr. 17000 - von der Seiler Hoch und Tiefbau AG ersetzt. Diese widersetzte sich der Klage mit der Begründung, die Henid habe ihr entgegen Art. 169 der SIA-Norm 118 keine Möglichkeit gegeben, selbst nachzubessern. Das Bundesgericht hat diesen Standpunkt geschützt. Offengelassen hat es, ob die Henid wenigstens jenen Betrag ersetzt verlangen konnte, den die Seiler Hoch und Tiefbau AG dadurch ersparte, dass sie die Verbesserung nicht vornehmen musste. Das Bundesgericht konnte die Frage offenlassen, weil die Henid es im kantonalen Verfahren unterlassen hatte, solche Ersparnisse substantiiert darzulegen. Implizit wurde damit dem Anwalt der Henid der Vorwurf ge- **[Seite 1247]** macht, er habe im kantonalen Verfahren nicht sorgfältig genug prozessiert.

2. Anders verhält sich die Rechtslage, wenn die SIA-Norm 118 nicht übernommen wurde, bzw. das Gesetz zum Tragen kommt:

a) Der Besteller hat nach dem Gesetz bekanntlich drei Mängelrechte, die ihm - bei gegebenen Voraussetzungen - alternativ zur Verfügung stehen: Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht. Er ist daher - anders als bei Übernahme der SIA-Norm 118 - nicht gehalten, dem Unternehmer vorerst die Möglichkeit zur Nachbesserung zu gewähren. Vielmehr kann er direkt die Minderung oder - ausnahmsweise - die Wandelung erklären. Der Minderwert ist im allgemeinen identisch mit den Kosten einer Ersatzvornahme (**BGE 116 II 313**)²⁰. Über die *Minderung* können also im Normalfall die Kosten einer Ersatzvornahme liquidiert werden. Immerhin gibt es Ausnahmefälle, wo der Minderwert hinter den Kosten einer Ersatzvornahme zurückbleibt. Dann ist dem Besteller mit der Minderung nicht oder nur unvollständig geholfen.

Beispiel: A bestellt bei Unternehmer U ein Haus in rot und bekommt es in weiss. Hier ist ein Minderwert zu verneinen, da weisse Häuser im Verkehr mindestens soviel wert sind wie rote. Minderung nützt hier dem A nichts. Lässt er das Haus durch einen Dritten umstreichen, so kann er die entsprechenden Kosten von U nicht ersetzt verlangen, jedenfalls nicht über die Minderung.

b) In solchen Fällen steht dem Besteller, um vollständigen Kostenersatz zu erhalten, folgendes Vorgehen offen: Er kann den Unternehmer zur Nachbesserung auffordern, in unserem Beispiel zur Neubemalung des Hauses. Kommt der Unternehmer dieser Verpflichtung nicht nach, kann der Besteller ihm eine Nachfrist ansetzen, nach ungenutzter Frist auf die Nachbesserung verzichten, alsdann die Mängelbeseitigung einem Dritten übertragen und die entstehenden Kosten als *Schaden* vom Unternehmer ersetzt verlangen, vorausgesetzt, dieser hat den Verzug verschuldet (**Art. 107 Abs. 2 OR**)²¹.

c) Sind die Voraussetzungen von **Art. 107 Abs. 2 OR** gegeben, kann der Unternehmer statt Schadenersatz auch *Aufwendungsersatz* verlangen. Dies in analoger Anwendung von **Art. 366 Abs. 2 OR**. So jedenfalls **BGE 107 II 55 f.**²² und obiter **BGE 116 II 314**.

Aufwendungsersatz ist nicht Schadenersatz: Schadenersatz soll eine Vermögenseinbusse ausgleichen, Aufwendungsersatz dient hingegen der zwangsweisen Erfüllung einer Forderung, hier einer Nachbesserungsforderung. Allerdings ist zu beachten, dass sich Schadenersatz und Aufwendungsersatz betragsmässig oft decken, der theoretische Ansatzpunkt ist jedoch ein anderer, und der unterschiedliche Ansatz wirkt sich durchaus auch praktisch aus: So steht dem Besteller Aufwendungsersatz nur zu, wenn er tatsächlich nachbessern lässt. Demgegenüber setzt die Haftung für Schadenersatz nicht voraus, dass tatsächlich nachgebessert wird²³.

3. *Umfang des Kostenersatzes.* Wenn der Bauherr nach Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 oder nach Art. 366

Abs. 2 OR auf die Nachbesserung verzichtet und einen Dritten nachbessern lässt, so kann er die *ganzen* Kosten der Ersatzvornahme nur dann ersetzt verlangen, wenn er bei der Beauftragung des Dritten nach Treu und Glauben vorgegangen ist. Was Treu und Glauben gebieten, lässt sich nur im Einzelfall bestimmen. Immerhin lassen sich einzelne allgemeine Richtlinien angeben. So wird man beispielsweise vom Besteller im Normalfall erwarten dürfen, dass er verschiedene Offerten einholt, um nicht zu riskieren, einen übermässig teuren Unternehmer mit der Ersatzvornahme zu beauftragen²⁴. Treu und Glauben gebieten hingegen nicht, den billigsten Unternehmer zu berücksichtigen. Vielmehr darf der Besteller "einen Fachmann seines Vertrauens wählen, auch wenn ein anderer die Verbesserungsarbeiten z.B. deshalb billiger ausführen würde, weil sein Geschäft näher beim Werk liegt"²⁵.

In dem eben erwähnten Entscheid ging es um ein von der Y. AG mangelhaft erstelltes Dach. Die Y. AG zeigte sich nicht verbesserungsbereit. Nachdem auch eine Nachfrist ungenutzt verstrichen war, veranlasste der Bauherr, A., eine vorsorgliche Beweisaufnahme. Der vom Gericht beauftragte Experte nahm an, der Mangel (Knackgeräusche) könne durch Unterteilung der Plattenbeläge behoben werden. Er schätzte die Verbesserungskosten auf ca. Fr. 10000.-. A. beauftragte in der Folge U. mit der Reparatur. U. war der Meinung, der Mangel lasse sich nur durch das Auswechseln des Daches erreichen. Hierauf entschied sich A. für diese Art der Mängelbeseitigung. U. stellte Rechnung in Höhe von rund Fr. 16000.-. Der Appellationshof Freiburg gelangte zur Ansicht, die Y. AG habe dem A. den ganzen Betrag zu ersetzen.

In einem neusten Entscheid ist das Kantonsgericht St. Gallen in einem ähnlich gelagerten Fall zur Ansicht gelangt, der Bauherr könne nicht die ganzen Kosten der Ersatzvornahme ersetzt verlangen. Der Entscheid wurde im wesentlichen damit begründet, der Bauherr hätte sich mit einer billigeren, aber ebenfalls zweckentsprechenden Variante behelfen können. Da er von dieser Variante Kenntnis gehabt, ihre Ausführung aber nicht einmal in Betracht gezogen habe, sei er bei der Ersatzvornahme nicht nach pflichtgemäsem Ermessen vorgegangen²⁶.

Das Gesagte gilt analog, wenn der Besteller auf die Nachbesserung nach Verzugsrecht verzichtet und die Kosten der Ersatzvornahme als Schaden gemäss **Art. 107 Abs. 2 OR** ersetzt verlangt.

[Seite 1248] III. Solidarische Haftung von Architekt und Unternehmer für Werkmängel²⁷

Es kommt oft vor, dass für einen Werkmangel mehrere Personen verantwortlich sind, z.B. mehrere Unternehmer oder ein Unternehmer und ein Verkäufer von Baumaterial. Vorliegend interessiert der Fall, da für einen Werkmangel ein Unternehmer einerseits und ein Architekt andererseits einzustehen haben.

1. Im *Aussenverhältnis* haften Unternehmer und Architekt (unecht) solidarisch: Dem Besteller stehen gegenüber dem Unternehmer die Mängelrechte zu, und gegenüber dem Architekten kann er Schadenersatzansprüche geltend machen. Dabei kann er wählen, wen er belangen will, und grundsätzlich haften beide voll, d.h. das Verhalten des Unternehmers entlastet den Architekten nicht, und umgekehrt entlastet das Verhalten des Architekten den Unternehmer nicht. Wenn allerdings der Architekt gegenüber dem Unternehmer als Hilfsperson des Bauherrn handelt und diesem das Verhalten des Architekten gemäss **Art. 101 OR** zurechenbar ist, so haftet der Unternehmer in reduziertem Umfang (illustrativ **BGE 95 II 43 ff.**, vor allem E. 4). Zu beachten ist, dass **Art. 101 OR** nur dann zum Tragen kommt, wenn der Architekt dem *Unternehmer* gegenüber eine Pflichtverletzung begeht; eine Pflichtverletzung gegenüber dem Bauherrn genügt nicht²⁸.

Zur Illustration der bekannte Entscheid *Kalbermatten gegen Theler* (**BGE 93 II 317 ff.**): Der Eigentümer des Thermalbades Brigerbad, Hans Kalbermatten, liess eine neue Badeanlage erstellen. U.a. liess er ein Sportschwimmbecken errichten, und zwar durch Julius Theler.

Als sich der Betonboden des Sportbeckens teilweise absenkte, ordnete der bauleitende Architekt an, es seien zur Verdichtung des Untergrundes Beton-Injektionen vorzunehmen. Mit dieser Arbeit wurde Theler betraut. Dabei wurde die unter dem Sportbecken verlaufende Wasserablaufleitung durch Zementmörtel verstopft. Darin war ein Werkmangel zu sehen, da die Anlegung der Abflussleitung zu dem von Theler zu erstellenden Werk gehörte. Theler hatte für diesen Mangel einzustehen. Daneben aber war auch der Architekt dem Besteller für den Mangel haftbar, denn er hatte es pflichtwidrig und schuldhaft unterlassen, die Arbeiten Thelers zu überwachen. Unter diesen Umständen standen Kalbermatten gegenüber Theler die Mängelrechte (Minderung und Nachbesserung) zu, und gegenüber dem Architekten konnte er Schadenersatz verlangen, d. h. Ersatz der Kosten, welche durch die Beseitigung des Mörtels entstanden. Sowohl der Architekt als auch Theler hafteten voll. Die Pflichtwidrigkeit des Architekten führte nicht zu einer Einschränkung der Mängelhaftung, da die Voraussetzungen von Art. 101 OR nicht erfüllt waren. Zwar hatte der Architekt - wie gesagt - pflichtwidrig gehandelt, indem er seine Überwachungspflicht verletzt hatte, aber diese Pflichtverletzung berührte ausschliesslich das Verhältnis des Architekten zum Bauherrn, nicht auch des Bauherrn zum Unternehmer. Anders hätte es sich beispielsweise dann verhalten, wenn der Architekt dem Theler falsche Weisungen erteilt hätte (vgl. den bereits zitierten BGE 95 II 43 ff.).

2. Im sog. *Innenverhältnis* geht es um die Frage, ob der Architekt auf den Unternehmer Rückgriff nehmen kann, wenn er den Bauherrn befriedigt, d.h. Schadenersatz leistet, bzw. umgekehrt, ob der Unternehmer auf den Architekten Rückgriff nehmen kann, wenn er den Bauherrn befriedigt, indem er z.B. nachbessert. Diese Frage ist nirgendwo ausdrücklich geregelt. Es ist jedoch anerkannt, dass Art. 51 OR in Verbindung mit Art. 50 OR herangezogen werden kann (vgl. BGE 115 II 43 ff. und neustens 119 II 127 ff.²⁹). Demzufolge besteht ein Rückgriffsrecht nach *Ermessen* des Richters. Dieser hat unter Berücksichtigung aller Umstände zu entscheiden, wer letzten Endes für die mit dem Werkmangel verbundenen Nachteile aufzukommen hat.

Der Architekt kann auf den Unternehmer nur solange regressieren, als der Anspruch des Bauherrn gegen den Unternehmer nicht verjährt ist. Ist die Verjährung eingetreten, so ist ein Regress ausgeschlossen. Das ist zwar nirgendwo ausdrücklich vorgesehen, ergibt sich aber aus der Entstehungsgeschichte von Art. 371 Abs. 2 OR (vgl. BGE 115 II 50³⁰), ferner aus der Überlegung, dass der Unternehmer dadurch, dass er nicht allein, sondern zusammen mit dem Architekten haftet, keine Verschlechterung seiner Rechtsposition erfahren darf. - Auch das Umgekehrte gilt: Der Unternehmer kann auf den Architekten nur solange regressieren, als der Anspruch des Bauherrn gegen den Architekten nicht verjährt ist.

Beizufügen ist folgendes: Ist ein Architekt für einen Werkmangel an einem unbeweglichen Bauwerk verantwortlich, so verjährt der Anspruch des Bauherrn gegen den Architekten nicht nach Art. 127 ff. OR, sondern nach Art. 371 Abs. 2 OR. Es gilt demzufolge nicht die zehnjährige Verjährungsfrist, sondern die fünfjährige. Praktisch bedeutet dies, dass der Architekt vom Bauherrn nur solange belangt werden kann, als er auf einen solidarisch haftbaren [Seite 1249] Unternehmer Rückgriff nehmen kann^{31, 32}. Sonderfälle bleiben vorbehalten. So ist denkbar, dass die Verjährung gegenüber dem Architekten unterbrochen wurde, gegenüber dem Unternehmer nicht. In einem solchen Fall kann der Architekt allenfalls noch belangt werden, obwohl eine Regressmöglichkeit ausgeschlossen ist^{33, 34}. Entsprechendes gilt, wenn der Architekt einen Mangel arglistig verschwiegen hat, während der Unternehmer gutgläubig ist. Diesfalls gilt für den Architekten gemäss dem analog anwendbaren Art. 210 Abs. 3 OR eine zehnjährige Frist (BGE 107 II 232 f.)³⁵, wogegen es für den Unternehmer bei der Fünfjahresfrist von Art. 371 Abs. 2 OR bleibt.

IV. Von der Ablieferung unvollendeter (Bau-Werke)

Für das Gewährleistungsrecht von zentraler Bedeutung ist die Ablieferung des Werks. Bis zur Ablieferung besteht der Anspruch auf die Werkherstellung. Mit der Ablieferung geht dieser Anspruch unter, und an seine Stelle treten - bei gegebenen Voraussetzungen - die Mängelrechte. Konsequenterweise sieht Art. 367 OR vor, dass bis zur Ablieferung keine Pflicht zur Prüfung des Werks und zur Anzeige allfälliger Mängel besteht.

1. *Begriff der Ablieferung.* Was ist unter der Ablieferung zu verstehen? Becker umschreibt die Ablieferung im Berner Kommentar³⁶ so: "Ablieferung ist die mit der Absicht der Vertragserfüllung erfolgende Übermittlung in die Verfügungsgewalt des Bestellers". Der Ausdruck Ablieferung ist auf Fälle zugeschnitten, in denen der Unternehmer ein körperliches Werk herzustellen und dem Besteller zu übergeben hat. Hier erfolgt die Ablieferung durch Besitzübertragung. Bei Bauwerkverträgen kommt es naturgemäss nicht auf eine Besitzübertragung an, jedenfalls dann nicht, wenn das Bauwerk auf Grund und Boden des Bestellers zu errichten ist. Wie geschieht hier die Ablieferung? M. E. ist zu unterscheiden³⁷:

- *Ist das Werk vollendet und mängelfrei*, so erfolgt die Ablieferung durch eine Vollendungsanzeige des Unternehmers, durch welche dieser seine Ansicht zum Ausdruck bringt, er sei seinen Verpflichtungen nachgekommen.
- *Ist das Werk unvollendet oder hat es Mängel*, so genügt die Vollendungsanzeige nicht. Denn der Unternehmer kann dem Besteller nicht ein unvollendetes oder mangelhaftes Werk aufdrängen. Vielmehr muss der Bauherr die Möglichkeit haben, ein solches Werk zurückzuweisen. Für die Erfüllung ist hier erforderlich, dass der Besteller das Werk trotz der ausstehenden Arbeiten bzw. der Mängel als Gegenstand der Erfüllung annimmt. Eine ausdrückliche Annahme ist freilich nicht erforderlich. Es genügt, dass der Besteller das Werk nach der Vollendungsanzeige nicht sofort zurückweist.

2. Aus dem Gesagten folgt, dass auch *ein unvollendetes Werk abgeliefert werden kann*, sofern der Besteller dieses als Erfüllungsgegenstand annimmt. Die herrschende Lehre³⁸ ist freilich anderer Ansicht, und auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung hält immer wieder fest, dass nur vollendete Werke abgeliefert werden können (so neustens etwa [BGE 118 II 149](#), [115 II 458](#), [113 II 267](#) und [111 II 171 f.](#)). Diese Ansicht widerspricht den allgemeinen Grundsätzen über die Erfüllung. Zudem und vor allem hat sie Konsequenzen, welche vom Gesetzgeber nicht gewollt sein können. Erwähnt sei nur folgendes³⁹:

Nach der herrschenden Ansicht kann es sein, dass ein Bauwerk - weil nicht vollendet - nicht als abgeliefert gilt, obwohl der Unternehmer den Bauplatz seit Jahren verlassen und der Besteller das Bauwerk seit Jahren in Gebrauch genommen hat. In solchen Fällen bestehen auch Prüfungs- und Rügeobliegenheit noch nicht, obwohl beide Parteien längst davon ausgehen, der Werkvertrag sei erfüllt. Angenommen, Unternehmer U hat ein Haus zu erstellen, bei dem die Böden mit zwei Belägen zu versehen sind. U erstellt einen Boden mit bloss einem Belag. Jahre nach der Vollendungsanzeige und der Ingebrauchnahme des Hauses merkt der Bauherr die fehlende "Doppelbödigkeit". Folgt man der herrschenden Lehre, so ist das Werk nicht abgeliefert, mit der Folge, dass der Bauherr nun die Vollendung verlangen kann. Erst wenn das Werk vollendet ist, beginnt für ihn die Prüfungs- und Rügeobliegenheit. Kann dies richtig sein? Wer dies bejaht, verstösst m.E. gegen den Zweck von Prüfungs- und Rügeobliegenheit, welcher darin [\[Seite 1250\]](#) besteht, dem Unternehmer innert vernünftiger Frist Klarheit über seine Verbindlichkeiten zu verschaffen.

Im übrigen nimmt auch die herrschende Lehre an, dass in Ausnahmefällen die Nichtvollendung des Werks die Ablieferung nicht ausschliesst. Zwar wird dies nicht ausdrücklich zugegeben, wohl aber der Sache nach, indem nicht vollendete Werke als mangelhafte behandelt werden⁴⁰.

3. Folgt man der hier vertretenen Ansicht, so fragt sich, wie sich die *Rechtslage präsentiert, wenn ein unvollendetes Werk abgeliefert wird?* Zwei Ansichten stehen sich gegenüber⁴¹:

- Nach der einen Ansicht besteht - für die nicht ausgeführten Arbeiten - der ursprüngliche Erfüllungsanspruch weiter.
- Nach der anderen Ansicht begründet die nicht ausgeführte Arbeit einen Werkmangel. Der Besteller kann zwar, wie nach der ersten Ansicht, die Vollendung des Werks verlangen. Dies jedoch nicht gestützt auf den ursprünglichen Erfüllungsanspruch, sondern gestützt auf die Mängelrechte, d.h. den Nachbesserungsanspruch. Statt *diesen* Anspruch geltend zu machen, kann der Besteller auch die Minderung erklären. Die Wandelung kommt praktisch nie in Betracht.

Ich habe früher der ersten Meinung angehangen, neige nun aber der zweiten Meinung zu, dies vor allem aus praktischen Gründen: weil sich Nichtvollendung und Mangelhaftigkeit des Werks oft kaum unterscheiden lassen⁴².

Résumé

L'article qui précède est le texte de la conférence donnée par l'auteur lors de la Journée de la construction 1996 tenue à Saint Gall. L'auteur traite à la lumière de la jurisprudence récente et de la jurisprudence de principe plus ancienne les questions suivantes:

a. *Champ d'application de l'art. 371 al. 2 CO*. Le Tribunal fédéral (TF) est d'avis que cette disposition n'est applicable qu'à l'entrepreneur qui fournit une "construction immobilière" au sens de l'art. 371 al. 2 CO (voir dernièrement **ATF 120 II 216**). L'auteur est quant à lui d'avis qu'il suffit que l'entrepreneur ait collaboré à une telle construction. L'entrepreneur ne devrait ainsi pas lui-même fournir la construction immobilière, il suffit qu'il l'exécute avec d'autres. Quant à la théorie du TF de l'incorporation, de l'avis de l'auteur, pour que l'art. 371 al. 2 CO soit applicable, il n'est pas nécessaire - contrairement à la jurisprudence du TF (**ATF 120 II 214 ss**) - que l'ouvrage soit incorporé par l'entrepreneur lui-même à l'immeuble.

b. *Renonciation à l'exception de prescription*. Il est unanimement admis que l'entrepreneur peut renoncer, avant l'écoulement du délai de prescription, à son droit de soulever l'exception de prescription; une telle renonciation doit être juridiquement analysée comme une prolongation du délai de prescription. La question de la durée de cette prolongation est quant à elle controversée. Quelques auteurs sont - sur la base de l'**ATF 112 II 233** - d'avis qu'une renonciation a pour effet d'interrompre le délai de prescription et partant de faire courir un nouveau délai de prescription ordinaire. L'auteur réfute cette opinion.

c. Pour le surplus, l'auteur traite la question des *conditions auxquelles le maître peut confier à un tiers la réparation de l'ouvrage aux frais de l'entrepreneur*. La possibilité d'exiger le remboursement de ces frais à titre de dépenses de remplacement (art. 169 al. 1 chiffre 1 de la norme SIA 118, art. 366 al. 2 CO), de dommages et intérêts (107 a. 2 CO) ou de réduction (368 CO) est examinée. Enfin, il est question de l'étendue du remboursement des coûts au regard d'exemples pratiques.

d. Il arrive souvent que *tant l'architecte que le maître de l'ouvrage soient tenus responsables des défauts de l'ouvrage*, le premier en vertu de l'art. 97 CO et le second sur la base de l'art. 368 CO. Dans un tel cas, on se trouve dans un cas de solidarité imparfaite dans les *rapports externes* (art. 51 CO). Le maître peut choisir la personne qu'il entend poursuivre. L'architecte et l'entrepreneur répondent en principe entièrement; toutefois, si le comportement de l'architecte est imputable au maître en application de l'art. 101 CO, la responsabilité de l'entrepreneur est limitée. Dans les *rapports internes*, l'art. 51 CO, en combinaison avec l'art. 50 CO, est applicable: le juge décide librement qui doit finalement supporter le dommage.

e. Enfin, l'auteur traite la question de la possibilité de *livrer un ouvrage qui n'est pas terminé*. Il y répond par l'affirmative, contrairement à l'opinion du TF.

Fussnoten:

- 1 Die Verjährung der Mängelrechte bei unbeweglichen Bauwerken, St. Gallen 1996.
- 2 **Art. 371 Abs. 2 OR** gilt jedoch nur für Ansprüche, welche aus einem Werkmangel resultieren (**BGE 102 II 413 ff.**; SJZ 1986, 149).
- 3 Praxis 1995, 247.
- 4 Ebenso z.B. **BGE 109 II 39 E. 4b**.
- 5 S. im einzelnen meine Bemerkungen in **AJP/PJA 1994, 1547 ff.**, und im "Nachbesserungsrecht", 2. A., Zürich 1995, Nr. 403. EBENSO TSCHÜTSCHER (FN 1), Nr. 305 ff.
- 6 BGE a.a.O., S. 429 a.E.
- 7 Nachbesserungsrecht (FN 5), Nr. 413.
- 8 Bejahend beispielsweise P. GAUCH, Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996, Nr. 2235; verneinend H. BECKER, Berner Kommentar, N 7 a.E. zu **Art. 371 OR**.

- 9 Nachbesserungsrecht (FN 5), Nr. 414.
- 10 OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N 6 zu [Art. 371 OR](#).
- 11 BECKER, Berner Kommentar, N 7 zu [Art. 371 OR](#); OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N 6 zu [Art. 371 OR](#).
- 12 Nicht ausdrücklich, aber der Sache nach bestätigt in [BGE 121 III 272 E. 3c a.A.](#)
- 13 "Die industrielle Produktion von Frischbeton in einer Betonfabrik" ist "ein Werkvertrag (genauer Werklieferungsvertrag), da er nach genauen individuellen Angaben des Bestellers eigens für ein bestimmtes Bauwerk gemischt und nach sehr kurzer Zeit hart und damit unbrauchbar wird" (RAINER SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, 2. A., Zürich 1982, Nr. 132).
- 14 Für die Begründung sei auf die entsprechenden Ausführungen in [AJP/PJA 1994, 1469 f.](#), verwiesen.
- 15 Von dieser Möglichkeit wird denn auch in der Praxis häufig Gebrauch gemacht; vgl. z.B. [BGE 115 II 456 ff.](#)
- 16 Vgl. z.B. SJZ 1987, 201 ff.; SemJud 1988, 330 ff. = BR 1988, 65 mit Anm. P. TERCIER.
- 17 Vorbehalten sind die Fälle von Art. 169 Abs. 3 der Norm.
- 18 Neustens GAUCH, Werkvertrag (FN 8), Nr. 2503.
- 19 Weiteres im "Nachbesserungsrecht" (FN 5), s. insbesondere Nr. 126 ff., 284 f. und die Zusammenfassung auf S. 260.
- 20 Vgl. neustens S. VENTURI, BR 1995, 53.
- 21 Eine Nachfristansetzung ist nicht erforderlich in den Fällen von [Art. 108 OR](#).
- 22 Zu diesem Entscheid s. im einzelnen KOLLER, Nachbesserungsrecht (FN 5), Nr. 182 ff.
- 23 VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. A., Zürich 1974, S. 91, Text und Anm. 53.
- 24 Anders wohl Extraits 1986, 26.
- 25 So der Appellationshof des Kantons Freiburg in Extraits 1986, 26.
- 26 Entscheid vom 15. Mai 1996. - In RJJ 1993, 174 ff., wurde angenommen, es sei auf den mittleren Wert von drei eingeholten Konkurrenzofferten abzustellen.
- 27 S. dazu eingehend KOLLER, Nachbesserungsrecht (FN 5), § 15.
- 28 Aus dem deutschen Recht vgl. den Entscheid des Oberlandesgerichts Köln vom 8. November 1995, abgedruckt in BauR 1996, 548 ff. - Hervorzuheben ist, dass es zwar Fälle gibt, in denen das Verhalten des Architekten dem Bauherrn zurechenbar ist und deshalb zu einer Reduktion der Gewährleistungspflicht des Unternehmers führt. Das Umgekehrte kommt hingegen nicht vor: Das Verhalten des Unternehmers ist im Verhältnis zum Architekten nie dem Bauherrn zurechenbar (DOMENICO ACOCELLA, Der Bauprozess im Überblick, in: ALFRED KOLLER [Hrsg.], Bau und Bauprozessrecht, St. Gallen 1996, 279 bei Anm. 66). Eine Einschränkung der Architektenhaftung findet nicht statt. Dies wird nicht durchwegs erkannt. So hat letzthin in einem Schiedsgerichtsverfahren der Bauherr den Architekten nur für 90 % des Schadens in Anspruch genommen, mit der Begründung, ein am Bau beteiligter Unternehmer sei für den Werkmangel zu 10 % verantwortlich.
- 29 S. dazu ALFRED KOLLER, [AJP/PJA 1994, 791 ff.](#) (den Entscheid befürwortend), und PETER GAUCH, BR 1994, 42 ff. (ablehnend). Wie GAUCH auch HANS NIGG, SVZ 1996, 60 ff., allerdings ohne sich mit der gegenteiligen Meinung auseinanderzusetzen.
- 30 GAUCH, BR 1990, 41.
- 31 Das ist von einiger praktischer Bedeutung, weil nicht selten Baumängel erst nach Ablauf von fünf Jahren auftauchen (vgl. KNIFFKA, ZfBR [Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht] 1993, 103). Wo dies zutrifft, könnte ohne die Gleichstellung der Verjährungsfristen in [Art. 371 Abs. 2 OR](#) zwar der Architekt, nicht aber der Unternehmer belangt werden, und dem Architekten wäre der Rückgriff versagt.
- 32 Dies zu erreichen, ist gerade der Zweck von [Art. 371 Abs. 2 OR](#) ([BGE 115 II 457](#) unten/458; SJZ 1986, 149).
- 33 Anders würde es sich verhalten, wenn eine Unterbrechung gegenüber dem Architekten auch gegenüber dem Unternehmer gälte. Das ist jedoch nicht der Fall. [Art. 136 Abs. 1 OR](#) kommt nicht zum Tragen: Er gilt nur für sog. echte Solidarität, im vorliegenden Kontext aber geht es um unechte Solidarität ([BGE 115 II 46](#)).

- 34 Auch das Umgekehrte ist denkbar: dass der Unternehmer noch belangt werden kann, obwohl gegenüber dem Architekten bereits die Verjährung eingetreten ist.
- 35 Ebenso BJM 1993, 300 ff., dazu die Bemerkungen von JÖRG SCHMID, BR 1995, 92.
- 36 N 2 zu [Art. 367 OR](#).
- 37 Genauer im "Nachbesserungsrecht" (FN 5), Nr. 68 ff, mit Hinweisen auf abweichende Meinungen.
- 38 Neustens GAUCH, Werkvertrag (FN 8), Nr. 101; LEO R.GEHRER, Die Verhandlung und Gestaltung von Bauverträgen, in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), Bau und Bauprozessrecht, St. Gallen 1996, 109; weiterführende Hinweise bei ALFRED KOLLER, Konventionalstrafe für Bauverzögerungen, in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), Bau und Bauprozessrecht, St. Gallen 1996, 56 Anm. 125.
- 39 Weiteres im "Nachbesserungsrecht" (FN 5), Nr. 36 und Anm. 44.
- 40 Vgl. KOLLER, Nachbesserungsrecht (FN 5), Nr. 36, Text und Anm. 44. Die dortigen "GAUCH-Zitate" beziehen sich auf die dritte Auflage des "Werkvertrags". In der vierten Auflage ist die einschlägige Stelle Nr. 1449.
- 41 ROMAN BÖGLI, Der Übergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mängelhaftung, Diss. St. Gallen 1996, 260 ff.
- 42 S. im einzelnen die in FN 41 zitierte Dissertation von BÖGLI, welcher sich eingehend mit der Ablieferung unvollendeter Werke befasst und insbesondere auch die These entwickelt hat, dass unvollendete Werke nach der Ablieferung als mangelhafte Werke zu behandeln sind.