

**Vom Recht des Bauherrn auf Verbesserung  
des mangelhaften Werks  
Das Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag**

ALFRED KOLLER

**INHALTSVERZEICHNIS**

|                             |    |
|-----------------------------|----|
| <b>Literatur</b> .....      | 5  |
| <b>§ 1 EINLEITUNG</b> ..... | 10 |

**1. ABSCHNITT**

**DAS NACHBESSERUNGSRECHTALS GESTALTUNGSRECHT**

|                                                                                                                     |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>§ 2 DAS NACHBESSERUNGSRECHT IM SYSTEM DES<br/>GEWÄHRLEISTUNGSRECHTS</b> .....                                    | 11 |
| <b>§ 3 VORAUSSETZUNGEN DES NACHBESSERUNGSRECHTS</b> .....                                                           | 16 |
| <b>I. Die allen Mängelrechten gemeinsamen Voraussetzungen</b> .....                                                 | 16 |
| 1. Mangel .....                                                                                                     | 16 |
| A. Begriff und Arten .....                                                                                          | 16 |
| B. Sachverhalte, die keinen Werkmangel darstellen .....                                                             | 19 |
| 2. Kein Selbstverschulden des Bestellers (Art. 369 OR) .....                                                        | 21 |
| A. Begriff, Merkmale und Arten des Selbstverschuldens .....                                                         | 21 |
| B. Das in Art. 369 OR beispielhaft erwähnte Selbstverschulden:<br>Festhalten an einer Weisung trotz Abmahnung ..... | 25 |

|                                                                                                          |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| C. Mitverschulden des Bestellers .....                                                                   | 27        |
| 3. Ablieferung des Werks .....                                                                           | 29        |
| 4. Rechtzeitige Mängelrüge .....                                                                         | 33        |
| 5. Nicht vorausgesetzt: Verschulden .....                                                                | 35        |
| <b>II. Die besonderen Voraussetzungen des Nachbesserungsrechts .....</b>                                 | <b>36</b> |
| <b>§ 4 DER UMFANG DES NACHBESSERUNGSRECHTS BEIM<br/>WERKLIEFERUNGSVERTRAG (ART. 365 ABS. 1 OR) .....</b> | <b>37</b> |
| <b>§ 5 DIE AUSÜBUNG DES NACHBESSERUNGSRECHTS .....</b>                                                   | <b>39</b> |

## 2. ABSCHNITT

### DIE NACHBESSERUNGSFORDERUNG

|                                                                                                  |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>§ 6 DER INHALT DER NACHBESSERUNGSFORDERUNG .....</b>                                          | <b>43</b> |
| <b>§ 7 NACHBESSERUNGSHINDERNISSE IN DER PERSON DES BAUHERRN .....</b>                            | <b>46</b> |
| <b>I. Tatbestände .....</b>                                                                      | <b>46</b> |
| <b>II. Vom Bauherrn verschuldete Nachbesserungsunmöglichkeit .....</b>                           | <b>47</b> |
| <b>III. Gläubigerverzug hinsichtlich der Nachbesserungsschuld .....</b>                          | <b>51</b> |
| <b>§ 8 NICHT- UND SCHLECHTERFÜLLUNG DER NACHBESSERUNGSSCHULD ..</b>                              | <b>52</b> |
| <b>I. Überblick .....</b>                                                                        | <b>52</b> |
| <b>II. Verzug mit der Ablieferung des nachgebesserten Werks<br/>(Nachbesserungsverzug) .....</b> | <b>59</b> |
| 1. Tatbestand .....                                                                              | 59        |
| 2. Verzugsfolgen: Die Rechtsstellung des Bestellers .....                                        | 62        |
| A. Art. 107-109 OR .....                                                                         | 62        |
| a. Überblick .....                                                                               | 62        |
| b. Das Erfordernis der Nachfristansetzung .....                                                  | 63        |
| c. Der Verzicht auf die Nachbesserung .....                                                      | 64        |
| d. Der Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses .....                                        | 66        |
| B. Analoge Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR? .....                                               | 67        |

## 3. ABSCHNITT

### DAS NACHBESSERUNGSRECHT GEMÄSS DER SIA-NORM 118

|                                                                                         |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>§ 9 ALLGEMEINES ZUR ABÄNDERUNG DER GESETZLICHEN<br/>GEWÄHRLEISTUNGSORDNUNG .....</b> | <b>71</b> |
| <b>I. Abänderung durch Vertrag .....</b>                                                | <b>71</b> |

|                                                                                                                      |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>II. Beispiele möglicher Abänderungen</b>                                                                          | 73 |
| <b>III. Grenzen der Abänderbarkeit</b>                                                                               | 75 |
| 1. Ungültigkeit einer Enthaltungsklausel für absichtlich verschwiegene Mängel (Art. 199 OR analog)                   | 75 |
| 2. Ungültigkeit einer Enthaltungsklausel für absichtlich oder grobfahrlässig verursachte Mängel (Art. 100 Abs. 1 OR) | 78 |
| 3. Spezielle Inhaltsschranken für Enthaltungsklauseln in AGB (Art. 8 UWG)                                            | 79 |
| <b>IV. Speziell die Abänderung in AGB</b>                                                                            | 79 |
| 1. Geltung der AGB (Überblick)                                                                                       | 79 |
| 2. Insbesondere die Nichtgeltung ungewöhnlicher AGB-Klauseln (Ungewöhnlichkeitsregel)                                | 82 |
| 3. Auslegung der AGB; Restriktionsprinzip                                                                            | 84 |
| <b>§ 10 DAS NACHBESSERUNGSRECHT GEMÄSS DER SIA-NORM 118; VERGLEICH MIT DEM GESETZLICHEN NACHBESSERUNGSRECHT</b>      | 86 |
| <b>I. Die Gewährleistungsordnung der SIA-Norm 118 im allgemeinen</b>                                                 | 87 |
| 1. Die Mängelrechte und deren Inhalt                                                                                 | 87 |
| 2. Die Voraussetzungen der Mängelrechte                                                                              | 90 |
| A. Allgemeines                                                                                                       | 90 |
| B. Abnahme des Bauwerks                                                                                              | 90 |
| C. Mängelrüge                                                                                                        | 91 |
| <b>II. Vom Bauherrn verschuldete Nachbesserungsunmöglichkeit</b>                                                     | 93 |
| <b>III. Nachbesserungsverzug des Unternehmers</b>                                                                    | 94 |
| 1. Verzugstatbestand                                                                                                 | 94 |
| 2. Rechtsstellung des Bauherrn im Falle des Verzugs                                                                  | 95 |
| <b>IV. Verzugsrechte vor Verzugseintritt</b>                                                                         | 97 |

#### 4. ABSCHNITT EINZELFRAGEN

|                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>§ 11 RÜCKBEHALTUNG DES WERKLOHNES ZUR SICHERUNG DES NACHBESSERUNGSRECHTS</b> | 98  |
| <b>I. Allgemeines zum Verhältnis von Werklohn und Werkmängeln</b>               | 98  |
| <b>II. Vom Recht, den fälligen Werklohn zurückzubehalten</b>                    | 102 |
| 1. Das Grundsätzliche                                                           | 102 |
| 2. Präzisierungen                                                               | 107 |

|                                                                                                                                                            |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>III. Abweichende Vereinbarungen</b>                                                                                                                     | 108 |
| <b>§ 12 DIE TRAGUNG DER NACHBESSERUNGSKOSTEN</b>                                                                                                           | 110 |
| <b>I. Begriff der Nachbesserungskosten</b>                                                                                                                 | 110 |
| <b>II. Kostenbeteiligung des Bestellers</b>                                                                                                                | 112 |
| 1. Tatbestände                                                                                                                                             | 113 |
| A. Sowieso-Kosten                                                                                                                                          | 113 |
| B. Vorteilsanrechnung                                                                                                                                      | 116 |
| 2. Art und Durchsetzung der Kostenbeteiligung des Bestellers                                                                                               | 119 |
| <b>§ 13 DIE VERJÄHRUNG DES NACHBESSERUNGSANSPRUCHS</b>                                                                                                     | 122 |
| <b>I. Allgemeines</b>                                                                                                                                      | 122 |
| 1. Die Verjährungsordnung im Überblick                                                                                                                     | 122 |
| 2. Gegenstand der Verjährung                                                                                                                               | 125 |
| 3. Wirkung der Verjährung                                                                                                                                  | 128 |
| <b>II. Zwei wichtige Einzelpunkte</b>                                                                                                                      | 130 |
| 1. Der Begriff des unbeweglichen Bauwerks (Art. 371 Abs. 2 OR)                                                                                             | 130 |
| 2. Die Unterbrechung der Verjährung                                                                                                                        | 130 |
| A. Überblick                                                                                                                                               | 130 |
| B. Verjährungsunterbrechung durch Klageerhebung                                                                                                            | 133 |
| C. Verjährungsunterbrechung durch Verbesserungszusage                                                                                                      | 135 |
| <b>III. Vertragliche Abänderung der Verjährungsordnung</b>                                                                                                 | 138 |
| 1. Abänderung der Verjährungsordnung bei Vertragsabschluss                                                                                                 | 139 |
| A. Im allgemeinen                                                                                                                                          | 139 |
| B. Insbesondere die Verjährungsregelung der SIA-Norm 118                                                                                                   | 141 |
| 2. Verlängerung der Verjährungsfrist während laufender Verjährung                                                                                          | 143 |
| 3. Der nachträgliche Verzicht auf die Erhebung der Verjährungseinrede                                                                                      | 144 |
| <b>§ 14 DIE DURCHSETZUNG DES NACHBESSERUNGSANSPRUCHS</b>                                                                                                   | 146 |
| <b>I. Allgemeines</b>                                                                                                                                      | 146 |
| <b>II. Insbesondere die Ersatzvornahme</b>                                                                                                                 | 148 |
| <b>§ 15 NACHBESSERUNGSRECHT UND NACHBESSERUNGSFORDERUNG BEI MÄNGELN, DIE VON DRITTEN (ARCHITEKT, SUBUNTERNEHMER, VORUNTERNEHMER) (MIT-)VERURSACHT SIND</b> | 153 |
| <b>I. Ausgangslage und Problemstellung</b>                                                                                                                 | 153 |
| <b>II. (Mit-)Verursachung eines Mangels durch den Architekten</b>                                                                                          | 155 |
| 1. Einschränkung der Gewährleistungspflicht des Unternehmers?                                                                                              | 155 |

|                                                                                      |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 2. Die Haftung des Architekten gegenüber dem Bauherrn .....                          | 158        |
| A. Haftungsgrundlage, Haftungsvoraussetzungen und Haftungsumfang .....               | 158        |
| B. Solidarische Haftung des Architekten mit dem Unternehmer ....                     | 160        |
| a. Grundsätzliches .....                                                             | 160        |
| b. Konkurrenz von Nachbesserungsrecht und Schadenersatzanspruch .....                | 162        |
| 3. Die Frage des Rückgriffs .....                                                    | 165        |
| A. Allgemeines .....                                                                 | 165        |
| a. Die einschlägigen Bestimmungen .....                                              | 165        |
| b. Zwei wichtige Regressregeln .....                                                 | 166        |
| B. Regress des Unternehmers auf den Architekten .....                                | 168        |
| C. Regress des Architekten auf den Unternehmer .....                                 | 170        |
| <b>III. (Mit-)Verursachung eines Mangels durch einen Vorunternehmer ...</b>          | <b>170</b> |
| 1. Wegfall oder Einschränkung der Gewährleistungspflicht des Nachunternehmers? ..... | 171        |
| 2. Die Haftung des Vorunternehmers gegenüber dem Bauherrn .....                      | 174        |
| 3. Die Frage des Rückgriffs .....                                                    | 175        |
| <b>IV. (Mit-)Verursachung eines Mangels durch einen Subunternehmer ...</b>           | <b>176</b> |
| 1. Einschränkung der Gewährleistungspflicht des Hauptunternehmers? ..                | 176        |
| 2. Haftung des Subunternehmers gegenüber dem Bauherrn .....                          | 176        |
| 3. Die Frage des Rückgriffs .....                                                    | 176        |

## Literatur

Die nachstehend aufgeführten Werke werden, wo nichts anderes vermerkt ist, nur mit dem Verfassernamen zitiert. Weitere Literaturhinweise finden sich in den Anmerkungen.

- BECKER HERMANN, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. A. Bern 1941.
- Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, 2. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551 OR, 2. A. Bern 1934.
- BROX HANS, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 14. A. Köln/ Berlin/Bonn/ München 1990 .
- BRUNNER HANS-ULRICH, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Diss. Freiburg 1991.

- BUCHER EUGEN, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. A. Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR BT).
- Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A. Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR AT).
- VON BÜREN BRUNO, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184-551), Zürich 1972 (zit. VON BÜREN, OR BT).
- Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964 (zit. VON BÜREN, OR AT).
- CORBOZ BERNARD, Die Werkmängel, SJK 460, S. 1 ff.
- DÜRR CARL, Werkvertrag und Auftrag, Kommentar zu Art. 363-379 und 394-406 OR, 3. A. Vira 1983.
- EGLI ANTON, Die Haftung des Unternehmers für Mängel seines Werkes, in LENDI MARTIN/NEF URS CH./TRÜMPY DANIEL (Hrsg.), Das private Baurecht der Schweiz, Zürich 1994.
- FICK F./VON MORLOT A., Das Schweizerische Obligationenrecht, Kommentar zu Art. 1-529 OR, Zürich 1915.
- FURRER ROLF, Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Zürich 1973.
- GAUCH PETER, Ein Bauwerk – Mehrere Unternehmer, ZBJV 1982, S. 65 ff.
- Der Werkvertrag, 3. A. Zürich 1985 (zit. GAUCH, Werkvertrag).
  - Vom Architekturvertrag, seiner Qualifikation und der SIA-Ordnung 102, in GAUCH PETER/TERCIER PIERRE (Hrsg.), Das Architektenrecht, Freiburg 1986 (zit. GAUCH, Architekturvertrag).
  - Kommentar zur SIA-Norm 118 Art. 157-190, Zürich 1991 (zit. GAUCH, N ... zu Art. ... SIA-Norm 118).
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I und II, 5. A. Zürich 1991.
- GAUTSCHI GEORG, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, Das Obligationenrecht, 2. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilbd., Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Bern 1967.
- GEHRER LEO R., Vom Recht des Bauherrn, den Werklohn bei Mängeln des (Bau-) Werkes zurückzubehalten, SJZ 1981, S. 304 ff.
- GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. A. Zürich 1991, bearbeitet von Alfred Koller und Jean Nicolas Druey aufgrund der Ausgabe von Hans Merz und Max Kummer, §§ 1-48 bearbeitet von Alfred Koller (zit. GUHL/MERZ/KOLLER).
- GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A. Zürich 1979.
- HEIERMANN WOLFGANG/RIEDL RICHARD/RUSAM MARTIN, Handkommentar zur VOB, Teile A und B, 6. A. Wiesbaden und Berlin 1992.
- HONSELL HEINRICH, Kommentar zu Art. 192-210 OR, Basler Kurzkommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, Basel 1992.
- Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. A. Bern 1992 (zit. HONSELL, OR BT).

- IRO GERT, Die Warnpflicht des Werkunternehmers, ÖJZ 1983, S. 505 ff. und 539 ff.
- JEANPRÊTRE RAYMOND, Remarques sur l'exception d'inexécution, in Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, Freiburg 1977.
- KELLER ALFRED, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, Bern 1993 (zit. KELLER, Haftpflichtrecht I).
- Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II, Bern 1987 (zit. KELLER, Haftpflichtrecht II).
- KLAUSER PETER, Die werkvertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen, Diss. Zürich 1973.
- KÖHLER HELMUT, BGB Allgemeiner Teil, 21. A. München 1991.
- KOLLER ALFRED, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Freiburg 1985 (zit. KOLLER, Gutglaubensschutz).
- Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Diss. Fribourg, Zürich 1980 (zit. KOLLER, Erfüllungsgehilfe).
  - Kommentar zu Art. 184-191, Art. 211-215 OR, Basler Kurzkommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basel 1992 (zit. KOLLER, N ... zu Art. ... OR).
  - Werkvertragliche Mängelrechte und Abtretung der Werklohnforderung, BR 1984, S. 63 ff. (zit. KOLLER, BR 1984).
  - Der Architekturwettbewerb, in GAUCH PETER/TERCIER PIERRE (Hrsg.), Das Architektenrecht, Freiburg 1986 (zit. KOLLER, Architekturwettbewerb).
  - Die Verjährung von Versicherungsansprüchen, in KOLLER ALFRED (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1993, St. Gallen 1993, S. 1 ff. (zit. KOLLER, Verjährung).
  - Ausschluss der Nachbesserung im Falle «übermässiger Kosten» (Art. 368 Abs. 2 OR), BR 1986, S. 10 ff. (zit. KOLLER, BR 1986).
- KOLLER JO, Der «Untergang des Werkes» nach Art. 376 OR, Diss. Winterthur 1983 (zit. KOLLER JO).
- KOZIOL HELMUT, Die Grenzen des Zurückbehaltungsrechts bei nicht gehöriger Erfüllung, ÖJZ 1985, S. 737 ff.
- KOZIOL HELMUT/WELSER RUDOLF, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 8. A. Wien 1988.
- KRAMER ERNST A., Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilbd., Lieferung 1, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1 und 2 OR, Bern 1980.
- Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilbd., Art. 1-18 OR, Lieferung 4, Kommentar zu Art. 18, Bern 1985.
  - Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, Obligationenrecht, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilbd., 1. Unterteilbd., Art. 19-31 OR, Lieferung 1, Kommentar zu Art. 19-20 OR, Bern 1990.

- KURSCHEL IRENE, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, Diss. Wien 1989.
- LARENZ KARL, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. A. München 1989.
- Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I: Allgemeiner Teil, 14. A. München 1987 (zit. LARENZ, SchR AT).
  - Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II: Besonderer Teil, 1. Halbbd., 13. A. München 1986 (zit. LARENZ, SchR BT).
- LENZLINGER GADIENT ANNETTE, Mängel- und Sicherungsrechte des Bauherrn im Werkvertrag, Ein Vergleich zwischen dem Schweizerischen Obligationenrecht und der Norm 118 (1977/1991) des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins, Diss. Zürich 1994.
- LÖRTSCHER THOMAS, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Diss. Zürich 1977.
- MAYRHOFFER HEINRICH, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abt., Allgemeine Lehren, Wien 1986.
- MEDICUS DIETER, Allgemeiner Teil des BGB, 5. A. Heidelberg 1992.
- MERZ HANS, Vertrag und Vertragsschluss, 2. A. Freiburg 1992.
- MOOS PETER, Sachmängelhaftung bei Zusammenwirken mehrerer Unternehmer, NJW 1961, S. 157 f.
- OFTINGER KARL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 4. A. Zürich 1975.
- OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Obligationenrecht, Teil 1, Art. 1-183 OR, Zürich 1929.
- Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Obligationenrecht, Teil 2, Art. 184-418 OR, Zürich 1936.
- PALANDT-HEINRICH HELMUT, Bürgerliches Gesetzbuch, 53. A. München 1994.
- PEDRAZZINI FRANCO, La dissimulation des défauts dans les contrats de vente et d'entreprise, Diss. Fribourg 1992.
- PEDRAZZINI MARIO M., Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, in Schweizerisches Privatrecht, 7. Bd., Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, 1. Halbbd., Basel und Stuttgart 1977.
- PETERS FRANK, Grundfälle zum Werkvertragsrecht, JuS 1993, S. 118-121, 211-213, 289-290.
- REBER HANS J., Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, 4. A. Zürich 1983.
- SCHENKER FRANZ, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzuges im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Freiburg 1988.
- SCHERRER ERWIN, Nebenunternehmer beim Bauen, Diss. Freiburg 1994.
- SCHLATTER HERMANN, Die Haftung des Unternehmers im Werkvertrag, insbesondere für Werkmängel, nach Schweizerischem Recht, Diss. Bern 1934.
- SCHNEIDER A./FICK H., Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1883.

- SCHUMACHER RAINER, Kommentar zu Art. 92-113 SIA-Norm 118, in GAUCH PETER (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118 Artikel 38-156, Zürich 1992.
- Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in GAUCH PETER/TERCIER PIERRE (Hrsg.), Das Architektenrecht, Freiburg 1986 (zit. SCHUMACHER, Architektenhaftung).
- SCHWAGER RUDOLF, Der Architekt als Vertreter des Bauherrn, BR 1980, S. 19 ff.
- SEIDEL HANS-JÜRGEN, Das «Nachbesserungsrecht» des Unternehmers beim Werkvertrag, JZ 1991, S. 391 ff.
- SPIRO KARL, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bd. I: Die Verjährung der Forderungen, Bern 1975.
- VON STAUDINGER J., Kommentar zum BGB, 12. A. im Erscheinen seit 1978, sonst noch 11. A. (zit. STAUDINGER/Bearbeiter).
- STOTZ FELIX, Die Leistungspflicht und die Mängelhaftung des Unternehmers im Werkvertrag, Diss. Basel 1989.
- STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. A. Zürich 1982.
- TANNÒ PATRICK, die Berechnung der Rügefrist im schweizerischen, deutschen und UN-Kaufrecht, Diss. St.Gallen 1992.
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Bd., 3. A. Zürich 1974.
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Bd., 2 Lieferungen, 3. A. Zürich 1974 und 1979.
- VOGEL OSCAR, Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. A. Bern 1992.
- WILHELM GEORG, Der Verzug mit der Verbesserung als Problem der Gesetzeskonkurrenz zwischen Gewährleistung und Nichterfüllung, JBl 1975, S. 113 ff. und 177 ff.
- ZINDEL GAUDENZ G./PULVER URS, Kommentar zu Art. 363-379 OR, Basler Kurzkommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, Basel 1992.

## § 1 Einleitung

- 1 **1. Ausgangslage und Problemstellung.** Wer sich durch Werkvertrag verpflichtet, ein Werk herzustellen (Unternehmer), hat es in der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit herzustellen. Ist es nicht von dieser Beschaffenheit (Mangel), so hat der Vertragspartner (Besteller) – unter bestimmten Voraussetzungen – das Recht, die unentgeltliche Verbesserung des Werks zu verlangen (Art. 368 Abs. 2 OR). Dieses Nachbesserungsrecht ist ein Gestaltungsrecht<sup>1</sup>: Es versetzt den Besteller in die Lage, die Rechtslage einseitig umzugestalten, indem er zu Lasten des Unternehmers die Pflicht begründet, die bestehenden Mängel zu beseitigen. Dieser Nachbesserungsschuld entspricht aus der Sicht des Bestellers die Nachbesserungsforderung. Nachbesserungsrecht und Nachbesserungsschuld (-forderung) bilden Gegenstand der folgenden Ausführungen, allerdings immer bezogen auf den Bauwerkvertrag. Das Bauwerk, das Gegenstand des Bauwerkvertrages bildet, wird dabei in einem weiten Sinne verstanden. Es sind damit nicht nur ganze Bauten gemeint, sondern auch Teile von solchen, und überhaupt jedes Werk, das sich auf eine Baute bezieht, also z.B. eine Heizungsanlage, ein Maueranstrich, ein Dach, aber auch die an einer Baute oder einem Bauteil vorgenommene Reparatur<sup>2</sup>. Der Besteller eines solchen Bauwerks heisst in üblicher Terminologie Bauherr, der Unternehmer Bauunternehmer oder einfach Unternehmer.
- 2 **2. Rechtsgrundlagen.** Das OR hat den Bauwerkvertrag keiner speziellen Regelung unterworfen, wenn man von einigen wenigen Sonderregeln – Art. 365 Abs. 3 (Abmahnungspflicht bei mangelhaftem Baugrund) und 371 Abs. 2 OR (Verjährung bei unbeweglichen Bauwerken) – absieht. Das gilt insbesondere auch für das Nachbesserungsrecht und die Nachbesserungsschuld. Es gelten somit die Art. 367 ff. OR. Die hier getroffene Regelung ist allerdings relativ rudimentär. Sie wird ergänzt durch den Allgemeinen Teil des OR. Dieser ist freilich naturgemäss nicht auf den Werkvertrag zugeschnitten und bedarf teilweise der Anpassung an die werkvertraglichen Besonderheiten. Insgesamt hat sich die gesetzliche Regelung in der Praxis als teilweise unbefriedigend erwiesen. Oft werden daher die gesetzlichen Bestimmungen, die weitestgehend dispositiver Natur sind, von den Parteien des Werkvertrags einverständlich abgeändert. Dies geschieht insbesondere durch vertragliche Übernahme allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB). Hervorzuheben ist insoweit die SIA-

---

<sup>1</sup> BGE 107 III 108; KOLLER, BR 1984, S. 66; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1207. Ein Teil der Lehre fasst freilich das Nachbesserungsrecht als Forderung auf (Hinweise bei GAUCH, Werkvertrag, a.a.O.; vgl. aber auch hinten Anm. 130).

<sup>2</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 172.

Norm 118, Ausgabe 1977/1991. Dieses vorformulierte Vertragswerk mit seinen insgesamt 190 Artikeln bringt für den gesamten Bauwerkvertrag gegenüber der gesetzlichen Regelung zahlreiche Abweichungen. Das gilt nicht zuletzt für das Gewährleistungsrecht. Auf die das Nachbesserungsrecht bezüglich Änderungen wird zurückzukommen sein. Vorderhand sei lediglich hervorgehoben, dass die SIA-Norm 118 – wie alle AGB – aus sich heraus keine Geltung hat. Vielmehr gilt sie im Einzelfall nur dann, wenn sie vertraglich übernommen wird. Daran ändert nichts, dass im Anhang der Norm vorgesehen ist, diese trete «am 1. Januar 1977 in Kraft» (Nr. 210).

- 3 **3. Das weitere Vorgehen.** Im folgenden werden Nachbesserungsrecht (verstanden als Gestaltungsrecht) und Nachbesserungsschuld je in einem eigenen Abschnitt abgehandelt. In einem dritten Abschnitt wird auf wichtige Abweichungen in der SIA-Norm 118 hingewiesen. Ein vierter Abschnitt ist einzelnen Sonderfragen gewidmet, so etwa der Verjährung des Nachbesserungsrechts. Ausser Betracht bleibt das IPR, ebenso das Wiener Kaufrecht (WKR), das auf gewisse Bauwerkverträge mit internationalem Einschlag – anstelle des OR – zur Anwendung gelangt. Sodann wird auch die Regelung des OR nicht in umfassender Weise dargestellt. Insbesondere werden Fragen, welche die Mängelrechte im allgemeinen (nicht das Nachbesserungsrecht im besonderen) betreffen, nicht im einzelnen abgehandelt.

## 1. Abschnitt: Das Nachbesserungsrecht als Gestaltungsrecht

### § 2 Das Nachbesserungsrecht im System des Gewährleistungsrechts

- 4 **1.** Das Nachbesserungsrecht ist eines von verschiedenen Mängelrechten. Statt dass der Bauherr die Verbesserung des mangelhaften Werks verlangt, kann er – unter bestimmten Voraussetzungen – auch die geschuldete Vergütung (Werklohn) reduzieren (**Minderungsrecht**). Oder er kann den Werkvertrag auflösen und die Rückabwicklung verlangen (**Wandelungsrecht**)<sup>3</sup>. Dieses letztere Recht besteht allerdings bei Bauwerkverträgen relativ selten. Denn durch die Rückabwicklung des Vertrags würden im allgemeinen erhebliche wirtschaftliche Werte zerstört<sup>4</sup>; man denke etwa an den Fall, da ein Haus zerstört und abtransportiert werden müsste. Dies will Art. 368 Abs. 3 OR verhindern, er

<sup>3</sup> Zweck dieser drei Mängelrechte ist es, «die durch die Schlechterfüllung des Unternehmers eingetretene Störung des synallagmatischen Gleichgewichtes auszugleichen» (ZINDEL/PULVER, N I zu Art. 368 OR). Daraus erklärt sich, dass sie verschuldensunabhängig sind.

<sup>4</sup> Vgl. ZR 1980, S. 281 Nr. 129 = BR 1981, S. 54 Nr. 50.

schliesst daher die Wandelung für den Normalfall aus<sup>5</sup>. Im Vordergrund stehen somit das Minderungsrecht und das Nachbesserungsrecht, und von diesen beiden Rechten spielt das Nachbesserungsrecht in der Praxis die weitaus grössere Rolle<sup>6</sup>. Denn in aller Regel wird der Bauherr versuchen, vom Unternehmer, den er kennt und der seinerseits das Bauwerk kennt, eine Verbesserung des Werks zu erlangen.

- 5 2. Die erwähnten drei Mängelrechte, also das Nachbesserungsrecht, das Minderungsrecht und das Wandelungsrecht, stehen dem Bauherrn – bei gegebenen Voraussetzungen – **alternativ** zu: Er kann zwischen den verschiedenen Rechten wählen<sup>7</sup>. Das bedeutet aus der Sicht des Unternehmers, dass er keinen Anspruch auf Nachbesserung hat. Auch wenn er lieber nachbessern möchte, muss er sich allenfalls Wandelung oder Minderung gefallen lassen<sup>8</sup>. Diese gesetzliche Regelung ist allerdings dispositiv, und in der Praxis wird von ihr sehr oft abgewichen (vgl. Art. 169 SIA-Norm 118<sup>9</sup>).

<sup>5</sup> Ausnahmen bestätigen die Regel: vgl. z.B. BGE 98 II 123.

<sup>6</sup> Vgl. PETERS, JuS 1993, S. 29, allerdings zum deutschen Recht, das einen Vorrang des Nachbesserungsrechts kennt (§§ 633 ff. BGB).

<sup>7</sup> GUHL/MERZ/KOLLER, S. 485; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1014 f. m.w.Nw. – Der Wortlaut von Art. 368 Abs. 1 und 2 OR könnte den Eindruck erwecken, dass das Minderungs- und das Nachbesserungsrecht nur bei weniger erheblichen Mängeln bestehen, also dann, wenn kein Wandelungsrecht gemäss Abs. 1 besteht. Das ist jedoch nicht der Sinn der Bestimmung: Es ist anerkannt, dass das Minderungs- und das Nachbesserungsrecht «dem Besteller immer zur Verfügung» stehen, «seien die Mängel minder erheblich oder erheblich, denn das Mehr schliesst das Weniger ein» (OSER/SCHÖNENBERGER, N 3 zu Art. 368 OR).

<sup>8</sup> Das kann für den Unternehmer mit Nachteilen verbunden sein, so etwa deswegen, weil er von seinen Subunternehmern nur Nachbesserung verlangen kann und er die entsprechenden Regressrechte verliert, wenn der Besteller die Mängel selbst beseitigt und Minderung erklärt (vgl. ZBJV 1950, S. 128/129). Ganz allgemein ist zu beachten, dass der für die Minderung massgebliche Minderwert normalerweise mit den Kosten einer Ersatzvornahme (Kosten bei Mängelbeseitigung durch einen Dritten) identisch ist (GUHL/MERZ/KOLLER, S. 486), diese Kosten aber regelmässig höher sind als die Kosten, die dem Unternehmer aus der Nachbesserung entstehen würden.

<sup>9</sup> Diese Bestimmung sieht vor, dass der Besteller zunächst einzig das Recht hat, vom Unternehmer Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen. Erst wenn der Mangel nicht fristgemäss behoben wird, besteht ein Wandelungs- oder Minderungsrecht (vorbehalten ist der Sonderfall von Abs. 2). Diese Regelung entspricht im wesentlichen der gesetzlichen Ordnung in Deutschland (§§ 633 f. BGB). Zu Art. 169 SIA-Norm 118 s. im einzelnen hinten Nr. 230 ff.

- 6 Einschränkung ist dem Gesagten beizufügen: Das Recht, zwischen Wandelung, Minderung und Nachbesserung zu wählen, besteht nicht zeitlich unbeschränkt. Vielmehr geht es unter, sobald sich der Bauherr für eines der Mängelrechte entschieden und dieses Recht ausgeübt hat<sup>10</sup>. Wenn also beispielsweise der Bauherr die Minderung erklärt, kann er jetzt nicht mehr Nachbesserung verlangen, und umgekehrt. Das hat seinen Grund darin, dass das Wandelungsrecht, das Minderungsrecht und das Nachbesserungsrecht Gestaltungsrechte sind. Für diese gilt der allgemeine Grundsatz, wonach der Inhaber des Gestaltungsrechts auf die einmal erfolgte Gestaltungserklärung nicht zurückkommen kann: Gestaltungserklärungen sind grundsätzlich unwiderruflich (BGE 109 II 326; hinten Nr. 103). Es gibt allerdings Ausnahmen (vgl. BGE 102 II 376, 101 II 235), auch in dem hier interessierenden Zusammenhang (s. z.B. Nr. 104).
- 7 **3.** Wandelungsrecht, Minderungsrecht und Nachbesserungsrecht sind – mit dem eben gemachten Vorbehalt – alternative Mängelrechte. Dazu kommt – unter gewissen Voraussetzungen – **kumulativ** das **Recht auf Ersatz des sog. Mangelfolgeschadens** (Art. 368 Abs. 1 und 2 OR). Mangelfolgeschäden sind Schäden, welche durch einen Mangel verursacht werden und trotz Wandelung, Minderung oder Nachbesserung bestehen bleiben<sup>11</sup>. Beispiel: Die falsche Anlage eines Rauchabzugrohres verursacht einen Brand; die Kosten für die Behebung der Brandschäden stellen Mangelfolgeschäden dar (BGE 77 II 245)<sup>12</sup>. Nicht um Mangelfolgeschaden geht es hingegen z.B. dann, wenn ein Dachdecker bei seiner Arbeit einen Hammer fallen lässt und dieser auf dem Grundstück Schaden anrichtet. Für derartige Schäden, die mit einem Mangel nichts zu tun haben (sog. Begleitschäden), wird nicht aus Gewährleistungsrecht (Art. 368 OR) gehaftet, sondern nach den normalen Regeln über die Nichterfüllung, also Art. 97 ff. OR (vgl. BGE 113 II 421 E. 2, 111 II 170, 89 II 237)<sup>13</sup>.
- 8 **4.** Der Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens besteht *neben* dem Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht; er tritt nicht an die Stelle dieser Rechte. Ein Recht, *statt* Nachbesserung, Minderung bzw. Wandelung Schadenersatz (**Ersatz des sog. Mangelschadens**) zu verlangen, lässt sich – entgegen HONSELL<sup>14</sup> – nicht auf Art. 368 OR abstützen<sup>15</sup>. Aber auch Art.

<sup>10</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1100, 1193, 1291.

<sup>11</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1306 ff.; GUHL/MERZ/KOLLER, S. 485.

<sup>12</sup> Weitere Beispiele, allerdings nicht aus dem Bauwerkvertragsrecht, s. bei HONSELL, OR BT, S. 221.

<sup>13</sup> GUHL/MERZ/KOLLER, S. 486 unten/487, mit Hinweis auf SemJud 1987, S. 73 E. 6.

<sup>14</sup> OR BT, S. 221. Wie HONSELL auch SCHLATTER, S. 65.

<sup>15</sup> ZINDEL/PULVER, N 68 zu Art. 368 OR; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1304 f.; auch KLAUSER, S. 51 f.; DÜRR, S. 64 f.

97 OR gibt keine Anspruchsgrundlage ab<sup>16</sup>. Zwar ist mit der Ablieferung eines mangelhaften Werks auch der allgemeine Schlechterfüllungstatbestand gegeben, doch verdrängt die in Art. 368 OR getroffene Ordnung der Mängelrechte den Art. 97 OR (*lex specialis derogat legi generali*; BGE 100 II 32<sup>17</sup>). Die Verdrängung ist eine totale; unerheblich ist, ob die Gewährleistungsvoraussetzungen erfüllt sind oder nicht (anders BGE 108 II 104 für das Kaufrecht<sup>18</sup>).

- 9 Zu beachten ist allerdings, dass sich der Nachbesserungsanspruch *nachträglich* in einen Anspruch auf Ersatz des Mangelschadens umwandeln kann. So verhält es sich beispielsweise dann, wenn der Besteller nach Massgabe von Art. 107 Abs. 2 OR auf Nachbesserung verzichtet und stattdessen Ersatz des positiven Vertragsinteresses verlangt (Nr. 158 ff., 169). Der Anspruch auf Ersatz des Mangelschadens ist diesfalls aber sekundäres, nicht primäres Mängelrecht; er ist blosser Ersatz des Nachbesserungsrechts und besteht nicht alternativ neben Minderungs-, Nachbesserungs- und Wandelungsrecht. Gleich verhält es sich dort, wo der Unternehmer zur Nachbesserung unfähig ist (subjektive Unmöglichkeit). Das Recht auf Ersatz des Mangelschadens gründet diesfalls zwar in Art. 97 OR<sup>19</sup>, es handelt sich jedoch wiederum um ein sekundäres, das Nachbesserungsrecht ersetzendes Mängelrecht<sup>20,21</sup>.
- 10 Es steht den Parteien eines Werkvertrages frei, ein Recht auf Ersatz des Mangelschadens als primäres Mängelrecht einvernehmlich vorzusehen. In der Baupraxis geschieht dies jedoch selten, die SIA-Norm 118 bestimmt sogar ausdrücklich das Gegenteil (Art. 171 Abs. 1).
- 11 Erklärt der Besteller die Minderung, bleibt jedoch der Minderwert (ausnahmsweise) hinter den Kosten zurück, welche die Mängelbeseitigung durch einen Dritten verursacht, so kann der überschüssende Betrag vom Unternehmer nicht ersetzt verlangt werden (BGE 116 II 314 unten). Es handelt sich nämlich um Mangelschaden, der nicht unter Art. 368 OR fällt und nach Art. 97 OR deshalb

---

<sup>16</sup> GVP 1989, S. 71 ff. Nr. 34; ZR 1977, S. 277 f.; ZINDEL/PULVER, N 78 zu Art. 368 OR; SCHLATTER, S. 28 und 63; a.A. KLAUSER, S. 132 f.; PEDRAZZINI, S. 519 f.

<sup>17</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1690 m.w.H.

<sup>18</sup> Nach diesem Entscheid kann Art. 97 OR angerufen werden, wenn die Gewährleistungsvoraussetzungen erfüllt sind, insbesondere der Käufer rechtzeitig gerügt hat.

<sup>19</sup> Ob die Unmöglichkeit eine anfängliche oder nachträgliche ist, spielt keine Rolle, wenn man die subjektive Unmöglichkeit generell Art. 97 OR unterstellt (so z.B. GUHL/MERZ/KOLLER, S. 39 und 223). Diese Auffassung ist freilich nicht unbestritten (abweichend VON TUHR/PETER, S. 263, für die anfängliche, GAUCH/SCHLUEP, Nr. 3140 ff., für die nachträgliche Unmöglichkeit).

<sup>20</sup> Ist der Unternehmer zur Nachbesserung unfähig, so kann der Besteller die Mängelbeseitigung auf seine Kosten durch einen Dritten beseitigen lassen, ohne dass er auch nur das Nachbesserungsrecht ausüben müsste (vgl. BGE 96 II 351 f.); s. hinten Nr. 142 f.

<sup>21</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch § 635 BGB.

nicht liquidiert werden kann, weil diese Bestimmung durch die Gewährleistungsordnung verdrängt wird.

- 12 **5.** Nach dem Gesagten sind primäre und **sekundäre Mängelrechte** zu unterscheiden. Als sekundäre Mängelrechte können alle Rechte bezeichnet werden, welche an die Stelle alternativer (primärer) Mängelrechte treten. Sekundäres Mängelrecht in diesem Sinne ist vorab die Nachbesserungsforderung, welche durch Ausübung des Nachbesserungsrechts entsteht. Sekundäre Mängelrechte sind ferner die Rückabwicklungsansprüche, die im Falle der Wandelung begründet werden. Erklärt der Besteller die Minderung, nachdem er bereits «zuviel» bezahlt hat, so entsteht ein Rückforderungsanspruch – auch dies ein sekundäres Mängelrecht.
- 13 Wenn ein sekundäres Mängelrecht dahinfällt und durch ein anderes Recht ersetzt wird, so mag man immer noch von sekundären Mängelrechten sprechen (so oben Nr. 9), auch wenn es sich der Sache nach um «tertiäre» Mängelrechte handelt.
- 14 Auf die sekundären Mängelrechte finden teilweise die Vorschriften über die primären Mängelrechte Anwendung, so etwa Art. 371 OR betr. die Verjährung (vgl. z.B. Nr. 173, 178).
- 15 **6. Den Mängelrechten verwandte Rechte:**
- 16 – Der Besteller *braucht ein mangelbehaftetes Werk nicht anzunehmen* (vgl. § 640 BGB), vielmehr kann er es zur Verbesserung zurückweisen<sup>22</sup>. Dieses Verbesserungsrecht ist nicht das Nachbesserungsrecht im Sinne von Art. 368 OR. Es bildet vielmehr Inhalt des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs, der sich erst mit der Annahme des Werks (Ablieferung i.S. von Art. 367 OR, Nr.59 ff.) in die Mängelrechte umwandelt.
- 17 – *Solange das Werk wegen seiner Mängel nicht angenommen ist*, ist der Werklohn nicht fällig: Der Unternehmer ist vorleistungspflichtig und kann die Vergütung erst verlangen, wenn er sein Werk abgeliefert (Art. 372 OR); der Ablieferung eines mangelhaften Werks aber kann sich der Besteller – wie gesagt – widersetzen, so dass er vorerst keine Vergütung zu leisten braucht.
- 18 Das auf Art. 372 OR abgestützte Recht des Bestellers, den Werklohn zurückzubehalten, ist wiederum kein Mängelrecht, hängt damit aber eng zusammen, so dass darauf zurückzukommen ist (Nr. 275 f.)<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Vgl. in verwandtem Zusammenhang KOLLER, N 8 zu Art. 211 OR und N 93 zu Art. 184 OR, betr. Gattungskauf. Weiteres hinten in Nr. 275.

<sup>23</sup> Vgl. vorderhand LARENZ, SchR BT, S. 347.

- 19 – *Ist das Werk angenommen*, so wird die Vergütungspflicht fällig. Weist es jedoch Mängel auf, so kann der Besteller immer noch einen Teil des Werklohns zurückbehalten (Art. 82 OR; hinten Nr. 284 ff.)<sup>24</sup>.

### § 3 Voraussetzungen des Nachbesserungsrechts

- 20 Damit das Nachbesserungsrecht besteht, müssen einmal jene Voraussetzungen erfüllt sein, die für alle Mängelrechte gelten. Dazu kommt als individuelle Voraussetzung des Nachbesserungsrechts, dass die Nachbesserung nicht übermässige Kosten verursachen darf.

#### I. Die allen Mängelrechten gemeinsamen Voraussetzungen

##### 1. Mangel

##### A. Begriff und Arten

- 21 **1. Der massgebliche Mangelbegriff.** Das Gesetz kennt keinen einheitlichen Mangelbegriff, vielmehr unterscheidet es Mängel im weiten und im engen Sinne, und das in ein und derselben Bestimmung(!): Der Mangel im Sinne der Marginalie zu Art. 368 OR umfasst sowohl Mängel als auch sonstige Vertragsabweichungen im Sinne des Gesetzestextes. Die Mängelrechte knüpfen an den weiten Mangelbegriff an. Dieser Begriff bedarf daher im folgenden der Erläuterung. Demgegenüber ist die im Gesetzestext vorgenommene Unterscheidung Mangel/sonstige Vertragsabweichung nur von klassifikatorischer Bedeutung, weil ihr das Gesetz nirgends, weder in Art. 368 OR noch sonstwo, rechtserhebliche Bedeutung beimisst. Eine genauere Abgrenzung erübrigt sich daher<sup>25</sup>.
- 22 **2. Aus dem Gesagten folgt**, dass das Werk dann mangelhaft ist, **wenn es vom Vertrage abweicht**<sup>26</sup>. Zur Feststellung eines Mangels ist somit das Werk, wie es tatsächlich vorliegt, mit dem Werk, wie es gemäss Vertrag sein sollte, zu vergleichen. Zeigt dieser Vergleich, dass das Werk Eigenschaften nicht aufweist, die es haben sollte, so ist es mangelhaft. Das Fehlen einer solchen Eigenschaft bedeutet immer auch, dass es Eigenschaften aufweist, die es nicht haben sollte<sup>27</sup>. Ist das Haus entgegen dem Vertrag weiss statt gelb bemalt, so fehlt die Eigenschaft gelb, und es weist vertragswidrig die Eigenschaft weiss auf.

---

<sup>24</sup> S. vorderhand LARENZ, SchR BT, S. 347 Anm. 16.

<sup>25</sup> S. dazu GAUCH, Werkvertrag, Nr. 973 ff.

<sup>26</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 915 ff.

<sup>27</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 916.

- 23 Welche Eigenschaften ein Werk haben muss bzw. nicht haben darf, ist dem konkreten Werkvertrag zu entnehmen. Es gelten die allgemeinen Regeln über die Feststellung des Vertragsinhalts. Entscheidend ist somit in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien (Art. 18 OR). Lässt sich ein solcher – wie meist – nicht feststellen, ist auf das Vertrauensprinzip abzustellen. Es ist also zu fragen, welche Eigenschaften der Besteller nach Treu und Glauben erwarten darf. Zum Vertragsinhalt im weiteren Sinne zählen auch Eigenschaften, die durch *Vertragsergänzung* gewonnen werden. Auch in dieser Richtung gelten die allgemeinen schuldrechtlichen Regeln. Es ist somit auf das dispositive Gesetzesrecht (z.B. Art. 71 Abs. 2 OR, unten Nr. 29) abzustellen, soweit sich nicht ein davon abweichender hypothetischer Vertragswille feststellen lässt. Für die Feststellung des hypothetischen Parteiwillens ist wiederum der Massstab von Treu und Glauben heranzuziehen<sup>28</sup>.
- 24 **3. Arten von Mängeln.** Gemeinhin wird zwischen dem *Fehlen von zugesicherten und vorausgesetzten Eigenschaften* unterschieden, dies in Anlehnung an das Kaufrecht, das diese Unterscheidung ausdrücklich trifft (Art. 197 OR), ohne dass es ihr freilich eine rechtserhebliche Bedeutung beimisst. Die Unterscheidung ist vor dem eben in Nr. 23 Gesagten zu sehen. Zugesicherte Eigenschaften sind solche, die sich im Wege der *Vertragsauslegung* ermitteln lassen, wogegen vorausgesetzte Eigenschaften auf *Vertragsergänzung* beruhen. Dieser Zusammenhang wird in der Lehre allerdings nicht ausdrücklich erwähnt, wohl aber der Sache nach unterstellt<sup>29</sup>. Zusicherungen können ausdrücklich<sup>30</sup> oder stillschweigend erfolgen. Stillschweigend zugesicherte Eigenschaften berühren sich mit den vorausgesetzten Eigenschaften. Beides kann oft nicht klar auseinandergehalten werden, wie ja auch die Grenze zwischen Vertragsauslegung und -ergänzung fließend ist.
- 25 **4. Jedes Werk muss gebrauchstauglich sein.** Zu welchem Gebrauch das Werk tauglich sein soll, entscheidet in erster Linie der Vertrag. Eine ausdrückliche Vereinbarung ist nicht erforderlich. Es genügt, dass der Bauherr dem Unternehmer auf irgendeine Weise den beabsichtigten Gebrauchszweck erkennbar gemacht hat.

<sup>28</sup> KRAMER, N 224 zu Art. 18 OR.

<sup>29</sup> Vgl. etwa GAUCH, Werkvertrag, Nr. 915 f.: Er definiert den Mangel als Vertragsabweichung. Eine Vertragsabweichung liegt dann vor, wenn entweder eine vereinbarte Eigenschaft fehlt oder aber eine vorausgesetzte. Eine vorausgesetzte Eigenschaft ist nach dieser Ansicht nicht vereinbart, trotzdem aber – durch Vertragsergänzung gewonnener – Vertragsinhalt.

<sup>30</sup> S. z.B. BGE 93 II 326: «Bei der Ausführung von Maurer- und Eisenbetonarbeiten gewährt die Bauleitung dem Unternehmer eine Toleranz von höchstens 1 cm. Abweichen von den Planangaben über dieses Mass hinaus muss auf Verlangen der Bauführung unverzüglich vom Unternehmer auf eigene Kosten abgeändert werden.»

- 26 Soll beispielsweise eine Windgeneratorenanlage gemäss Vertrag an einem bestimmten Ort betrieben werden, so hat sie bei den dort herrschenden Windverhältnissen zu funktionieren, d.h. zur Erzeugung elektrischer Energie geeignet zu sein<sup>31</sup>. Weiteres Beispiel: Hat ein Unternehmer ein Werk (z.B. eine Mauer) herzustellen, das Grundlage für die Erstellung eines weiteren Werks (Maueranstrich) sein soll, dann muss es so beschaffen sein, dass die weitere Werkleistung darauf aufbauen kann.
- 27 Ist ein bestimmter Gebrauchszweck vereinbart, so sind damit – zumindest stillschweigend – auch bestimmte Eigenschaften zugesichert. So darf im zweiten Beispiel als vereinbart gelten, dass die Mauer für den Malanstrich eine geeignete Grundlage abgibt.
- 28 Wurde dem Unternehmer kein bestimmter Gebrauchszweck bekanntgegeben, so kommt es entscheidend auf den Gebrauch an, «der üblicherweise von einem Werk der betreffenden Art gemacht wird»<sup>32</sup>. Unter diesem Gesichtspunkt darf der Bauherr beispielsweise erwarten, dass ein Dach undurchlässig ist<sup>33</sup> und die Dachziegel frostbeständig sind<sup>34</sup>.
- 29 **5. Werke haben nicht nur gebrauchstauglich** zu sein, sondern z.B. auch ästhetischen Anforderungen zu genügen. So muss ein Parkettboden nicht nur gefahrloses Begehen erlauben, sondern er darf auch keine Schönheitsfehler (z.B. auffallende Helldunkel-Tönungen) aufweisen<sup>35</sup>. Welchen Anforderungen ein Werk – abgesehen von der Gebrauchstauglichkeit – zu genügen hat, entscheidet sich wiederum nach dem Vertragsinhalt, wie er sich durch Vertragsauslegung und -ergänzung ergibt. Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang auf den bereits erwähnten Art. 71 Abs. 2 OR. Danach hat der Unternehmer Materialien von (mindestens) durchschnittlicher Güte zu verwenden, soweit nichts anderes vereinbart ist (ungenau BGE 26 II 655: «Verwendung nur durchaus guter Materialien»).
- 30 **6. Liefert der Unternehmer ein mangelhaftes Werk ab**, so begeht er notwendig eine **Pflichtverletzung**. Es verhält sich insoweit anders als beim Spezieskauf. Denn bei diesem beschränkt sich die Leistungspflicht des Verkäufers – mangels anderer Vereinbarung – darauf, die Kaufsache zu liefern, mag sie mangelhaft sein oder nicht. Demgegenüber ist der Unternehmer gehalten, ein mangelhaftes Werk abzuliefern.

---

<sup>31</sup> SJZ 1949, S. 363 Nr. 174; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 961.

<sup>32</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 960.

<sup>33</sup> Vgl. SJZ 1942/43, S. 229 Nr. 142; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 962 m.w.Nw.

<sup>34</sup> BGH NJW 1973, S. 754.

<sup>35</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 954. Weiteres Beispiel, welches allerdings nicht das Bauwerkvertragsrecht betrifft: Eine Zahnprothese muss nicht nur einwandfreies Kauen erlauben, sondern darf sich auch nicht verfärben (Extraits 1958, S. 38).

- 31 7. Zur **Beweislast** mit Bezug auf das Vorliegen eines Mangels s. BÜHLER im vorliegenden Band (III/1).

### B. Sachverhalte, die keinen Werkmangel darstellen<sup>36</sup>

- 32 1. Nicht mangelhaft ist das **unvollendete Werk**. Dieses kennzeichnet sich dadurch, dass gewisse gemäss Werkvertrag geschuldete Leistungen (noch) nicht erbracht sind (es fehlt z.B. eine Türe). Ist das Werk unvollendet, so steht dem Besteller nach wie vor der Erfüllungsanspruch zu. Zu beachten ist zweierlei:
- 33 – Liefert der Unternehmer ein unvollendetes Werk ab (Art. 367 OR), so braucht es der Besteller nicht anzunehmen. Vielmehr kann er vorerst vollständige Erfüllung verlangen. Er *muss* aber nicht: Nimmt er das unvollendete Werk an, so bleibt zwar der Erfüllungsanspruch insofern, als das Werk noch unvollständig ist, bestehen. Im übrigen aber tritt die Erfüllungswirkung ein, was zur Folge hat, dass nun die Gewährleistungsordnung Platz greift. Der Besteller muss daher das Werk prüfen und bei der Prüfung erkennbare Mängel sofort rügen (Nr. 77 f.). Das ist freilich nicht unbestritten. Nach einem Teil der Lehre kann (grundsätzlich) nur ein vollendetes Werk abgenommen werden (s. unten Nr. 61).
- 34 – Zum Teil werden unvollendete Werke als mangelhafte Werke behandelt.
- 35 Hinzuweisen ist vorab auf BGE 94 II 165. Nach diesem Entscheid kann der Besteller die Minderung erklären (statt die Vollendung zu verlangen), wenn der Unternehmer ein unvollständiges Werk abgeliefert. M.E. ist der Entscheid nur beschränkt richtig: Ein Wechsel vom Erfüllungsanspruch auf das Minderungsrecht ist nach der hier vertretenen Ansicht lediglich unter den Voraussetzungen und nach Massgabe von Art. 107 Abs. 2 OR zulässig. Der Besteller muss somit dem Unternehmer vorerst eine Nachfrist ansetzen. Erst wenn diese ungenutzt verstrichen ist, darf er auf die Erfüllung (Vollendung) verzichten und stattdessen zur Minderung schreiten. Art. 107 Abs. 2 OR sieht freilich nur einen Schadenersatzanspruch vor. Es scheint jedoch zutreffend, dem Besteller – bei gegebenen Voraussetzungen – anstelle dieses Anspruchs die Mängelrechte zu gewähren. Denn mit dem Verzicht auf die Resterfüllung ist das Werk als vollendet anzusehen. Das hat zur Folge, dass nun die Mängelrechte Platz greifen, wobei die nicht erfolgte Werkleistung als Mangel anzusehen ist. Zu beachten ist, dass der Bauherr nicht nur mindern, sondern auch wandeln kann, sofern die diesbezüglichen Voraussetzun-

---

<sup>36</sup> S. dazu auch den Aufsatz von BÜHLER im vorliegenden Band (III/1/A). BÜHLER weist u.a. darauf hin, dass die Belastung mit Bauhandwerkerpfandrechten keinen Mangel darstellt, ebensowenig die Nichteinhaltung eines selbständigen Garantieversprechens.

gen (Art. 368 Abs. 1 und – betr. Bauwerkvertrag – Abs. 3 OR) erfüllt sind<sup>37</sup>. S. in verwandtem Zusammenhang auch BGE 116 II 450 ff. (dazu Nr. 74).

- 36 Auch von GAUCH werden gewisse unvollendete Werke als mangelhaft behandelt: Wenn ein für die vertragsgemässe Arbeitsausführung erforderlicher Arbeitsgang ausgelassen («übersprungen») werde, so sei das Werk mangelhaft, falls der Arbeitsvorgang nicht ohne weiteres nachgeholt werden könne<sup>38</sup>. Mangelhaft sei «z.B. ein Farbanstrich ohne die geschuldete Grundierung oder ein Flachdach ohne die geschuldete Kunststoffeinlage». In Wirklichkeit handelt es sich immer um unvollendete Werke. Dem Besteller steht somit ein Anspruch auf Nachholung des übersprungenen Arbeitsvorgangs zu. Da es sich nicht um Mängel handelt, besteht auch keine Rügeobliegenheit<sup>39</sup>.
- 37 2. Solange das Werk **nicht abgeliefert** ist, kann von einem Mangel, welcher die Mängelrechte auslöst, nicht gesprochen werden (BGE 117 II 263 E. 2a, 116 II 453 E. 2b/aa; s. schon oben Nr. 16). Lässt sich jedoch voraussehen, dass der Unternehmer ein mangelhaftes Werk abliefern wird, so steht dem Besteller ein Vorgehen nach Art. 366 Abs. 2 OR offen<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Kritisch bezüglich BGE 94 II 165 auch GAUCH, Werkvertrag, Nr. 980.

<sup>38</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 981.

<sup>39</sup> Wenn GAUCH sich gegen die Annahme der Unvollendetheit wehrt, so wohl deshalb, weil er davon ausgeht, dass unvollendete Werke nicht abgenommen werden können (Werkvertrag, Nr. 980) und vor der Abnahme keine Mängelrechte bestehen. Träfe dies zu, so würde die Ablieferung hinausgeschoben, bis der übersprungene Arbeitsgang nachgeholt wäre. Das könnte bedeuten, dass unter Umständen Bauwerke noch Jahre nach Ingebrauchnahme durch den Bauherrn als nicht abgeliefert gelten, keine Prüfungs- und Rügeobliegenheit besteht usw. Dass dem nicht so sein kann, leuchtet ein. M.E. besteht der Ausweg aus der Sackgasse jedoch nicht darin, dass man unvollendete Werke zu mangelhaften erklärt, sondern darin, dass man die Ablieferung auch bei Unvollendetheit zulässt (unten Nr. 59 ff.) und im weiteren dem Besteller den Anspruch auf die Vollendung belässt. Nicht einsichtig ist im übrigen, weshalb das Überspringen eines Arbeitsvorganges dann einen Mangel darstellen soll, wenn der Arbeitsvorgang nicht ohne weiteres nachgeholt werden kann, wogegen das Werk als unvollendet anzusehen sei, wenn der Arbeitsvorgang ohne weiteres nachgeholt werden könne. Diese Unterscheidung GAUCHS ist m.E. sachlich nicht überzeugend, sie lässt sich wertungsmässig nicht begründen.

<sup>40</sup> In BGE 93 II 326 hatte Theler für Kalbermatten ein Schwimmbecken samt Kanalisation zu erstellen. Im Zusammenhang mit Betonarbeiten verstopfte Theler ein von ihm erstelltes Abflussrohr mit Zementmörtel. Kalbermatten verlangte in der Folge Ersatz der Kosten, welche durch die Beseitigung des im Rohr befindlichen Mörtels entstanden. Das Bundesgericht gab dem Begehren statt, und zwar unter dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes. Unklar bleibt die Anspruchsgrundlage: Lieferte Theler das

- 38 **3.** Ein Mangel ist auch nicht darin zu sehen, dass der Unternehmer **übermässigen Aufwand** betrieben, z.B. mehr Beton verwendet hat, als vertraglich vorgesehen (BGE 96 II 60). «Dieser Sachverhalt entzieht sich wiederum den Regeln über die Mängelhaftung; er ist zu lösen nach den Regeln über die Höhe der geschuldeten Vergütung».<sup>41</sup>
- 39 **4.** Kein Werkmangel im Sinne des vorliegenden Aufsatzes sind schliesslich **Rechtsmängel**. Ein Rechtsmangel liegt dann vor, wenn der Unternehmer Werkstoff liefert, welcher einem Dritten gehört. Die Haftung für Rechtsmängel richtet sich nach Kaufrecht (s. unten Nr. 98).

## 2. Kein Selbstverschulden des Bestellers (Art. 369 OR)

- 40 Nach Art. 369 OR fallen «die dem Besteller bei Mangelhaftigkeit des Werkes gegebenen Rechte» dahin, «wenn er ... die Mängel selber verschuldet hat». Das versteht sich eigentlich von selbst: Der Besteller, der selbst einen Mangel verschuldet hat, soll dafür nicht den Unternehmer belangen können. Bei genauerem Hinsehen bietet jedoch die Auslegung von Art. 369 OR zahlreiche Probleme. Auf diese soll im folgenden – wenn auch längst nicht vollständig – eingegangen werden.

### A. Begriff, Merkmale und Arten des Selbstverschuldens

- 41 **1.** Das Selbstverschulden ist nach herrschender Ansicht **nicht im engen juristisch-technischen Sinne** zu verstehen: «Nach richtiger Ansicht verlangt die Vorschrift lediglich, dass der Besteller den Mangel selbst verursacht hat.»<sup>42</sup>

---

Schwimmbecken mit dem verstopften Abflussrohr ab, so konnte Kalbermatten zwar die Mängelrechte geltend machen, aber keinen Schadenersatz verlangen (oben Nr. 8), bzw. stand ihm ein Schadenersatzanspruch höchstens als sekundäres Mängelrecht zu (Nr. 9). Dass die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt gewesen wären, lässt sich aber dem Entscheid nicht entnehmen. Wurde die Verstopfung des Abflussrohrs *vor* der Ablieferung des Schwimmbekens festgestellt, so stand dem Kalbermatten ebenfalls kein Schadenersatz zu. Kalbermatten hätte dann zwar nach Art. 366 Abs. 2 OR vorgehen können. Dass die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt waren, lässt sich dem Entscheid jedoch nicht entnehmen. Zudem ist der Ersatzanspruch nach Art. 366 Abs. 2 OR nach herrschender Ansicht ein Anspruch auf Aufwendungs-, nicht Schadenersatz (s. hinten Nr. 137).

<sup>41</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 982.

<sup>42</sup> KOLLER JO, S. 40; ebenso FICK/VON MORLOT, N 5 zu Art. 369 OR; GAUTSCHI, N 2 ff. zu Art. 369 OR; EGLI, S. 94; BÜHLER im vorliegenden Band (III/3).

Und zwar muss er ihn *allein* verursacht haben (BGE 116 II 458)<sup>43</sup>. Hat ihn der Unternehmer mitverursacht, so kommt Art. 369 OR nicht zum Tragen. Nun ist freilich zu beachten, dass im naturwissenschaftlichen Sinne *jeder* Mangel sowohl durch den Besteller als auch den Unternehmer verursacht ist. Denn es käme nicht zum Mangel, wenn der Besteller das Werk nicht bestellt und der Unternehmer dieses nicht ausgeführt hätte. Diese Ursachen sind selbstverständlich nicht Mängelursachen im hier verstandenen Sinne. Vielmehr geht es immer nur um Ursachen, die eine gewisse Nähe zum Mangel haben. Es muss sich – in Anlehnung an das Haftpflichtrecht – um adäquate Ursachen handeln<sup>44</sup>. Adäquanz ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn eine Partei schuldhaft oder auch nur pflichtwidrig zu einem Mangel beiträgt<sup>45</sup>. Eine adäquate Schadensursache setzt aber beispielsweise auch jene Vertragspartei, welche fehlerhaften, d.h. für die Bauausführung untauglichen, Werkstoff zur Verfügung stellt, ohne dass sie die Fehlerhaftigkeit erkennen könnte (vgl. Art. 365 Abs. 3 und 376 Abs. 3 OR)<sup>46</sup>. Letztlich ist zu fragen, in wessen «Sphäre» der Mangel seine Ursache hat. Hat er seine Ursache ausschliesslich in der Sphäre des Bestellers, so entfallen die Mängelrechte, wogegen diese uneingeschränkten Bestand haben, wenn die Mängelursache ausschliesslich in der Sphäre des Unternehmers zu suchen ist. Eine «Teilung der Gewährleistung» (KURSCHEL<sup>47</sup>) findet statt, wenn die Mängelursachen aus beiden Sphären stammen (s. dazu Nr. 56 ff.).

- 42 2. Dass Art. 369 OR kein Selbstverschulden im juristisch-technischen Sinne voraussetzt, wird durch die Marginalie, die von Verantwortlichkeit, nicht von Verschulden spricht, indiziert und **ergibt sich zwingend aus dem systematischen Zusammenhang von Art. 369 OR mit Art. 376 Abs. 3 OR und Art. 365 Abs. 3 OR**<sup>48</sup>:

- 43 – Art. 376 Abs. 3 OR betrifft den Sachverhalt, da das Werk *vor* der Ablieferung zugrundegeht. In einem solchen Fall hat der Unternehmer grundsätzlich keinen Anspruch auf Vergütung. Art. 376 Abs. 3 OR macht hiervon eine Ausnahme. Er gewährt dem Unternehmer Anspruch auf

<sup>43</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1357; ZINDEL/PULVER, N 3 zu Art. 369 OR. Missverständlich GAUTSCHI, der an verschiedenen Stellen davon spricht, die vom Bauherrn gesetzte Ursache müsse die «Hauptursache» des Mangels sein (z.B. N 4c zu Art. 369 OR betr. vom Bauherrn gelieferten Werkstoff, N 5b zu Art. 369 OR betr. vom Bauherrn angewiesenen Baugrund).

<sup>44</sup> Ausdrucksweise von GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1356.

<sup>45</sup> Z.T. wird der Eindruck erweckt, jedenfalls der Unternehmer setze nur dann eine adäquate Mangelursache, wenn er eine *schuldhafte* Pflichtverletzung begehe (KURSCHEL, S. 18). Das ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig.

<sup>46</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1470.

<sup>47</sup> S. 19 f.

<sup>48</sup> Vgl. KOLLER JO, S. 58.

die «Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und der im Lohne nicht eingeschlossenen Auslagen» unter einer zweifachen Voraussetzung: Einmal muss das Werk «wegen eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes oder des angewiesenen Baugrundes oder infolge der von ihm vorgeschriebenen Art der Ausführung zugrunde gegangen» sein, zum andern muss der Unternehmer den Besteller «auf diese Gefahren rechtzeitig aufmerksam gemacht» haben. Nicht vorausgesetzt ist ein Verschulden des Bestellers, wie sich e contrario aus dem letzten Satzteil ergibt. Der Vergütungsanspruch besteht daher auch dann, wenn der Besteller die Fehlerhaftigkeit des Baugrundes usw. nicht erkennen konnte.

- 44 Geht das Werk wegen eines in Art. 376 Abs. 3 OR erwähnten Umstandes *nach* der Ablieferung zugrunde, so findet Art. 376 Abs. 3 OR keine Anwendung. Auch diesfalls muss jedoch gelten, dass der Unternehmer, falls er seiner Anzeigepflicht nachgekommen ist, Anspruch auf die Vergütung für die geleistete Arbeit hat. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, ist Art. 369 OR in dem hier befürworteten Sinne auszulegen. Zwar sieht diese Bestimmung keinen Vergütungsanspruch vor. Indem sie jedoch anordnet, dass die Mängelrechte dahinfallen, bringt sie zum Ausdruck, dass der durch die Ablieferung begründete Vergütungsanspruch (Art. 372 OR) nicht durch Wandelung oder Minderung beseitigt werden kann und auch nicht davon abhängig ist, dass der Unternehmer das untergegangene Werk unter dem Titel Nachbesserung wiederaufbaut. Die Anordnung, dass die Mängelrechte wegfallen, bedeutet also faktisch die Zuerkennung des Vergütungsanspruchs. Und dieser Anspruch setzt kein Selbstverschulden des Bestellers voraus, sondern blosse Selbstverursachung.
- 45 Entsprechendes muss schliesslich auch dann gelten, wenn das Werk wegen eines vom Besteller zu verantwortenden Umstandes i.S. von Art. 376 Abs. 3 OR nicht zugrundegeht, sondern bestehen bleibt, wenn auch mit einem Mangel behaftet<sup>49</sup>.
- 46 – Die hier befürwortete Auslegung von Art. 369 OR wird gestützt durch *Art. 365 Abs. 3 OR*. Diese Bestimmung sieht vor: «Zeigen sich bei der Ausführung des Werkes Mängel an dem vom Besteller gelieferten Stoffe oder an dem angewiesenen Baugrunde oder ergeben sich sonst Verhältnisse, die eine gehörige ... Ausführung des Werkes gefährden, so hat der Unternehmer dem Besteller ohne Verzug davon Anzeige zu machen, widrigenfalls die nachteiligen Folgen ihm selbst zur Last fallen.» Mit den «sonstigen Verhältnissen» sind nicht zuletzt fehlerhafte Weisungen des Bestellers gemeint.

---

<sup>49</sup> Beispiel: Der vom Bauherrn angewiesene Baugrund hat – für den Unternehmer unerkennbar – einen Mangel, der zur Folge hat, dass das vollendete Bauwerk Mauerrisse erleidet und unmittelbar vor der geplanten Ablieferung (Vollendungsanzeige, Nr. 64) einstürzt. Der Unternehmer hat hier Anspruch auf den vollen Werkpreis (Art. 376 Abs. 3 OR). Stürzt das Bauwerk infolge der Risse (erst) kurz nach der Ablieferung zusammen, kann es sich nicht anders verhalten (Art. 369 OR): Der Bauherr muss den ganzen Werkpreis bezahlen, kann also nicht wandeln oder mindern, und er kann die Vergütung auch nicht von der Mängelbeseitigung abhängig machen. Schliesslich hat der Unternehmer den Werkpreis auch dann zugute, wenn die Mauerrisse nicht den Einsturz der Baute zur Folge haben, sondern als Mängel bestehen bleiben (Art. 369 OR). Die Vergütungspflicht ist in allen Fällen nicht von einem Verschulden des Bauherrn abhängig.

- 47 Die «nachteiligen Folgen» fallen also grundsätzlich dem Besteller zur Last und nur ausnahmsweise – bei Verletzung der Anzeigepflicht – dem Unternehmer. Hat sich dieser nicht pflichtwidrig verhalten, treffen ihn «die nachteiligen Folgen» nicht, und zwar selbst dann nicht, wenn den Besteller kein Verschulden trifft, er beispielsweise die Fehlerhaftigkeit des Werkstoffs weder erkannt hat noch erkennen musste. Es liegt nahe, unter die «nachteiligen Folgen» auch die Mängelhaftung zu subsumieren. Ist dies zutreffend, so ist der Unternehmer für Mängel seines Werks nicht haftbar, sofern er seiner Anzeigepflicht nachgekommen ist und sofern weiters der Besteller den Mangel selbst verursacht hat, indem er mangelhaften Werkstoff lieferte, mangelhaften Baugrund anwies oder fehlerhafte Weisungen erteilte. Ein Verschulden des Bestellers ist nicht vorausgesetzt.
- 48 3. Ein Selbstverschulden i.S. von Art. 369 OR trifft den Besteller vorab dann, wenn er eine **fehlerhafte, d.h. für die Werkausführung untaugliche<sup>50</sup>, Weisung erteilt und daran trotz Abmahnung des Unternehmens festhält**. Dieser Fall ist in Art. 369 OR eigens aufgeführt, jedoch nur beispielhaft. Die Bestimmung lässt ausdrücklich auch jede «andere Weise» der Mängelverursachung genügen. Insbesondere hat der Besteller auch für die in Art. 365 Abs. 3 OR und 376 Abs. 3 OR erwähnten Umstände einzustehen, also dafür, dass von ihm gelieferter Werkstoff oder der von ihm angewiesene Baugrund mangelhaft ist. Immer jedoch muss sorgsam geprüft werden, ob eine Mängelursache wirklich aus der Sphäre des Bestellers stammt und ob es sich um die ausschliessliche Mängelursache handelt. Das trifft beispielsweise nicht zu, wenn der Besteller den von ihm bereitgestellten Werkstoff aus einer Kollektion des Unternehmers ausgewählt hat. Wenn also etwa der Unternehmer zwei Stoffe (z.B. Keramikplättchen) zur Auswahl stellt, der Besteller sich für das eine entscheidet und das Werk dann gerade wegen dieser Stoffwahl mangelhaft ist, so muss es m.E. bei der Gewährleistungspflicht des Unternehmers bleiben<sup>51</sup>. Bestenfalls ist an eine «Teilung der Gewährleistung» zu denken (dazu unten Nr. 56 ff.).
- 49 4. Der Bauherr kann einen Mangel sowohl durch ein **positives Tun** als auch durch ein **Unterlassen** verursachen. Eine Unterlassung kann aber – analog haftpflichtrechtlichen Grundsätzen<sup>52</sup> – nur dann als Ursache eines Mangels angesehen werden, wenn eine Pflicht zu handeln bestand<sup>53</sup>. Davon kann dort nicht gesprochen werden, wo der Bauherr die Arbeit des Unternehmers nicht überwacht hat und ihm daher ein Mangel entgangen ist, den er im Falle der Überwachung hätte verhindern können. Denn eine Überwachungspflicht des

<sup>50</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1369.

<sup>51</sup> So KURSCHIEL, S. 21.

<sup>52</sup> GUHL/MERZ/KOLLER, S. 176.

<sup>53</sup> Beispiel: Der Bauherr ist verpflichtet, während der Bauarbeiten jeweils über das Wochenende die Fenster offen zu halten, um eine gute Austrocknung des Bodens zu gewährleisten. Der Bauherr kommt dieser Pflicht nicht nach und bewirkt dadurch, dass der Boden brüchig wird.

Bestellers besteht nicht. Zwar kann anderes vereinbart sein, doch ist eine solche Vereinbarung nicht schon im Umstand zu sehen, dass sich der Besteller eine Überwachung vertraglich vorbehalten hat. Denn der Besteller behält sich die Überwachung regelmässig im eigenen Interesse vor, nicht im Interesse des Unternehmers. Im Normalfall kann somit der Besteller aus fehlender oder mangelhafter Überwachung durch den Besteller keinen Wegfall seiner Mängelhaftung ableiten<sup>54</sup>.

- 50 **5.** Hat der Bauherr eine adäquate Mängelursache gesetzt, so entfallen die Mängelrechte, es sei denn, der Unternehmer habe seinerseits eine adäquate Mängelursache gesetzt. Diesfalls findet eine **Aufteilung der Gewährleistung** statt (dazu unten Nr. 56 ff.).
- 51 **6.** Der Satz, dass die alternativen Mängelrechte kein Verschulden des Unternehmers voraussetzen, bedarf nach dem Gesagten der Einschränkung. Denn: Hat der Besteller eine adäquate Mängelursache gesetzt, so entfällt die Mängelhaftung, sofern nicht der Unternehmer seinerseits eine adäquate Ursache gesetzt hat. Als solche kommt vor allem eine Verletzung der Abmahnungspflicht in Betracht. Der Vorwurf, der Unternehmer habe pflichtwidrig nicht abgemahnt, beinhaltet aber regelmässig auch den Verschuldensvorwurf. Letztlich führt also in vielen Fällen, in denen der Besteller eine adäquate Mängelursache gesetzt hat, erst ein Verschulden des Unternehmers zur Mängelhaftung<sup>55</sup>.
- 52 **7. Terminologischer Hinweis:** Der Einfachheit halber wird am Terminus Selbstverschulden festgehalten. Gemeint ist aber immer eine Selbstverursachung im umschriebenen Sinne. Das beschränkte Selbstverschulden, das lediglich zu einer Beschränkung der Mängelhaftung führt (Nr. 56 ff.), wird auch als Mitverschulden bezeichnet. Wenn im übrigen Art. 369 OR von einem Selbstverschulden spricht, so wohl deshalb, weil dann, wenn der Besteller an einer Weisung gegen den Willen des Unternehmers festhält, in aller Regel ein eigentliches Selbstverschulden vorliegt.

## **B. Das in Art. 369 OR beispielhaft erwähnte Selbstverschulden: Festhalten an einer Weisung trotz Abmahnung**

- 53 **1.** Bei den **Weisungen** i.S. von Art. 369 OR handelt es sich um «Anordnungen des Bestellers, die der Unternehmer nach dem Inhalt des Werkvertrages befolgen muss»<sup>56</sup>. Durch sie bestimmt der Besteller verbindlich, wie der Unternehmer bei der Ausführung des Werkes vorzugehen hat, welchen Werkstoff er beispielsweise zu verwenden oder welchen Subunternehmer er beizuziehen hat (BGE 116 II 308). Keine Weisungen «sind bloss (unverbindliche) Rat-

<sup>54</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1475 ff.

<sup>55</sup> Vgl. KURSCHIEL, S. 18.

<sup>56</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1366.

schläge oder Vorschläge»<sup>57</sup>. Ausführungsweisungen werden häufig erst nach Vertragsabschluss erteilt. «Sie können aber auch Bestandteil des (ursprünglichen) Werkvertrages bilden und bereits vor Vertragsabschluss – z.B. in den Ausschreibungsunterlagen – bekanntgegeben werden»<sup>58</sup> (vgl. BGE 95 II 44<sup>59</sup>). Dabei ist jedoch zu beachten, dass nicht jede vertragliche Ausführungsvereinbarung auch eine Weisung beinhaltet. Zwar sind Ausführungsvereinbarungen für den Unternehmer verbindlich, sie beinhalten aber nicht ohne weiteres eine Anordnung des Bestellers. Dafür ist zumindest vorausgesetzt, dass die Anregung dazu vom Besteller ausging. Letztlich ist es eine Wertungsfrage, ob eine Weisung vorliegt<sup>60</sup>, wie es generell eine Wertungsfrage ist, ob der Besteller eine adäquate, die Mängelhaftung aufhebende Mängelursache gesetzt hat<sup>61</sup>. Im übrigen können Weisungen in beliebiger Form erfolgen, auch z.B. durch Abgabe von Plänen<sup>62</sup>.

- 54 2. Art. 369 OR verpflichtet den Unternehmer zur **Abmahnung**<sup>63</sup>, wenn der Besteller eine fehlerhafte Weisung erteilt hat. Und zwar ist der Unternehmer bei wörtlicher Interpretation *generell* zur Abmahnung verpflichtet. Eine wörtliche Interpretation ist jedoch nicht angebracht. Vielmehr besteht eine Abmahnungspflicht nur dann, wenn der Unternehmer erkennt oder erkennen müsste, dass eine Weisung des Bestellers für die Werkausführung ungeeignet ist. Ob der Unternehmer die Fehlerhaftigkeit einer Weisung erkennen müsste, hängt entscheidend davon ab, inwieweit er zur Überprüfung einer Weisung gehalten ist. Das trifft dann zu, wenn der Bauherr selbst die Weisung erteilt hat und nicht sachverständig ist. Ist er hingegen sachverständig oder sachverständig (durch einen Architekten, Ingenieur usw.) beraten, so darf der Unternehmer im allgemeinen davon ausgehen, dass die Weisung zutreffend ist. Eine

<sup>57</sup> ZINDEL/PULVER, N 6 zu Art. 369 OR. Prägnant das Kantonsgericht Freiburg in SJZ 1989, S. 118: «vorgeschlagen, aber nicht vorgeschrieben».

<sup>58</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1367.

<sup>59</sup> S. ferner ZWR 1970, S. 61 f.: «Leistungsbeschreibung» mit Angaben über die Durchführung der Arbeiten.

<sup>60</sup> Vgl. zur Problematik KURSCHER, S. 21, unter Hinweis auf IRO, ÖJZ 1983, S. 506, KREJCI, in RUMMEL, ABGB, N 21 zu § 1168a ABGB.

<sup>61</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1357.

<sup>62</sup> Max 1972, S. 89 Nr. 74.

<sup>63</sup> Eine Abmahnung i.S. von Art. 369 OR ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung «nur anzunehmen, wenn eine eindeutige Willenskundgabe des Unternehmers vorliegt, aus welcher der Besteller schliessen muss, dass der Unternehmer die Verantwortung für die vorgeschriebene Ausführung ablehne. ... Keine Abmahnung ist ein allgemeiner Vorbehalt des Unternehmers, er würde technisch anders vorgehen oder er hätte einen anderen Subunternehmer vorgezogen» (BGE 116 II 308).

Abmahnungspflicht besteht dann nur ausnahmsweise<sup>64</sup>. Wenn Art. 369 OR diese Differenzierung im Wortlaut nicht zum Ausdruck bringt, so offenbar deshalb, weil die Bestimmung vom typischen Fall ausgeht, da dem nicht sachverständigen Besteller der sachverständige Unternehmer gegenübersteht (vgl. BGE 116 II 309<sup>65</sup>).

- 55 3. Hat der Unternehmer abgemahnt, so muss er *abwarten*, ob der Bauherr an der Weisung festhält<sup>66</sup>. Hält der Bauherr an der Weisung fest, so darf der Unternehmer – weisungsgemäss – weiterbauen und riskiert nun nicht mehr, für einen allfälligen Mangel, der sich aus der Weisung ergibt, haften zu müssen.

### C. Mitverschulden des Bestellers

- 56 1. Die Mängelrechte entfallen nach Art. 369 OR nur dann, wenn den Besteller die alleinige Verantwortlichkeit für einen Mangel trifft. Wie es sich verhält, wenn ihn eine blossе Mitverantwortlichkeit trifft, weil der Unternehmer seinerseits eine adäquate Mängelursache gesetzt hat<sup>67</sup>, lässt sich der Bestimmung nicht entnehmen, bzw. es lässt sich ihr nur entnehmen, dass die Mängelrechte nicht dahinfallen. Ob diese Rechte aber vollen Bestand haben oder vielmehr Einschränkungen erleiden, ist in der Bestimmung nicht gesagt. Aus der Ge-

<sup>64</sup> S. im einzelnen GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1364 ff. Für den Umfang der Prüfungspflicht ist in erster Linie auf den Vertrag abzustellen (GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1434), sodann auf die allgemeine Sorgfaltspflicht des Unternehmers (GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1430). Im übrigen sind generelle Aussagen nur schwer zu machen. Entscheidendes kommt auf die Umstände im Einzelfall an (vgl. etwa betr. die Prüfungspflicht mit Bezug auf den vom Bauherrn angewiesenen Baugrund GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1430-1439).

<sup>65</sup> Hier heisst es: «Die gesetzliche Regelung beruht auf der Vorstellung, dass im Werkvertragsrecht der Sachverstand beim Unternehmer liegt.» Ähnlich BGE 116 II 456; ZINDEL/PULVER, N 10 zu Art. 367 OR, mit Hinweis auf OSER/SCHÖNENBERGER, N 1 zu Art. 367 OR; PEDRAZZINI, S. 525 f.; KLAUSER, S. 29; ZR 1953, S. 169.

<sup>66</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1420.

<sup>67</sup> Beispiele (nach GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1470): 1. Ein Werkmangel beruht einerseits auf einer fehlerhaften Weisung des «abgemahnten Bestellers», anderseits auf der Fehlerhaftigkeit des vom Unternehmer gelieferten Stoffes (vgl. Extraits 1959, S. 58 ff.). – 2. Ein Mangel entstand in Befolgung einer sachverständig erteilten Weisung, deren Fehlerhaftigkeit der Unternehmer pflichtwidrig nicht erkannte und daher auch nicht abmahnte. – 3. Der Werkmangel ist teilweise die Folge unsorgfältiger Arbeit, teilweise aber davon, dass der Werkstoff oder Baugrund des Bestellers nur beschränkt bautaughich war. – Kein Mitverschulden liegt vor, wenn der Architekt des Bauherrn fehlerhafte Pläne zur Verfügung stellt, der Unternehmer die Fehlerhaftigkeit erkennt und nun zwar abmahnt, aber nur dem Architekten, nicht dem Bauherrn gegenüber (NJW 1973, S. 518 f.).

setzessystematik könnte geschlossen werden, es bleibe diesfalls bei der normalen uneingeschränkten Mängelhaftung gemäss Art. 368 OR. Dieser Schluss vermag jedoch unter sachlichen Gesichtspunkten nicht zu befriedigen. Das gilt vorab für den Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens: Wenn den Besteller eine Mitverantwortlichkeit trifft, so muss der Unternehmer gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR eine Haftungsreduktion geltend machen können<sup>68</sup>. Mit Bezug auf das Minderungsrecht sollte analog entschieden werden (so zutreffend BGE 116 II 458<sup>69</sup>)<sup>70</sup>, ebenso «– mit anderer Ausrichtung – für das Wandelungsrecht»<sup>71</sup>. Hinsichtlich des Nachbesserungsrechts ist – mit GAUCH<sup>72</sup> – anzunehmen, dass eine Mitverantwortlichkeit des Bestellers das Nachbesserungsrecht als solches unberührt lässt, der Besteller jedoch die Mängelbeseitigung nicht unentgeltlich – wie in Art. 368 OR vorgesehen – verlangen kann, sondern nur gegen Kostenbeteiligung (vgl. analog BGE 119 II 127 ff.<sup>73</sup>). Zur Durchsetzung des Anspruchs auf Kostenbeteiligung s. hinten Nr. 337 ff.

- 57 Die SIA-Norm 118 sieht eine Kostenbeteiligung des Bauherrn im Falle eines Mitverschuldens ausdrücklich vor (Art. 170 Abs. 3): «Hat der Bauherr (oder eine Hilfsperson des Bauherrn) einen Mangel mitverschuldet, so sind die Verbesserungskosten zwischen Unternehmer und Bauherrn angemessen zu verteilen.»
- 58 2. Inwieweit eine Mitverursachung des Bestellers die Mängelrechte beschränkt, ist nach Ermessen des Richters zu entscheiden (vgl. Art. 44 Abs. 1 OR). Massgebliche Bedeutung kommt dabei der Frage zu, ob dem Bauherrn ein subjektiver Vorwurf zu machen ist, ob ihn also ein Mitverschulden im engen juristischen Sinne trifft. Ein solches wiegt schwerer als eine blosser Selbstverursachung. Es verhält sich analog wie im Rahmen einer Kausalhaftung, wo ein

---

<sup>68</sup> Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb Art. 44 Abs. 1 OR, der «Ausdruck der schweizerischen Rechtsüberzeugung» ist (OFTINGER, S. 171; KOLLER, Gutgläubenschutz, Nr. 408), im vorliegenden Kontext keine Geltung haben sollte.

<sup>69</sup> S. zu diesem Entscheid SCHERRER, S. 50 f.

<sup>70</sup> Ebenso ZINDEL/PULVER, N 27 zu Art. 369 OR; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1479. Anders BGE 85 II 193 f. mit Bezug auf den Kaufvertrag: Ein Mitverschulden des Käufers lasse dessen Minderungsrecht unberührt, der Verkäufer müsse sich somit die Herabsetzung des Kaufpreises um den ganzen Minderwert gefallen lassen. Zustimmend – für das Werkvertragsrecht – GAUTSCHI, N 16f zu Art. 368 OR.

<sup>71</sup> ZINDEL/PULVER, N 27 zu Art. 369 OR.

<sup>72</sup> Werkvertrag, Nr. 1482.

<sup>73</sup> Ein Werk war vor der Ablieferung durch Verschulden des Unternehmers untergegangen. Den Wiederaufbau konnte der Unternehmer von einer Kostenbeteiligung des Bauherrn, der seinerseits eine adäquate Mängelursache zu vertreten hatte (fehlerhaftes Verhalten eines Ingenieurs), abhängig machen (s. zu diesem Entscheid ALFRED KOLLER, AJP 1994, S. 791 ff.).

Verschulden des Haftpflichtigen zwar für die Haftung als solche nicht vorausgesetzt ist, aber im Rahmen der Schadenersatzbemessung eine Rolle spielen kann<sup>74</sup>.

### 3. Ablieferung des Werks

- 59 **1.** Das Gesetz macht die Mängelhaftung von der «Ablieferung des Werkes» (Art. 367 Abs. 1 OR) abhängig. Bis zur Ablieferung besteht der ordentliche Erfüllungsanspruch, mit der Ablieferung wandelt sich dieser Anspruch – bei gegebenen Voraussetzungen – in die Mängelrechte um. Ausnahmsweise bestehen Erfüllungsanspruch und Mängelrechte nebeneinander; so, wenn ein unvollendetes Werk abgeliefert wird: Der Besteller kann diesfalls die Vollendung verlangen, daneben bestehen die Mängelrechte (oben Nr. 33 und unten Nr. 62, 65; s. ferner Nr. 74).
- 60 **2. Begriff.** «Ablieferung ist die mit der Absicht der Vertragserfüllung erfolgende Übermittlung in die Verfügungsgewalt des Bestellers»<sup>75</sup>. Dabei ist aber nicht allein die Erfüllungsabsicht des Unternehmers massgeblich, vielmehr ist im weiteren erforderlich, dass «der Besteller nach den Umständen auf diese Absicht schliessen musste»<sup>76</sup>.
- 61 Der Ausdruck Ablieferung ist auf Fälle zugeschnitten, in denen der Unternehmer ein körperliches Werk herzustellen und dem Besteller zu übergeben hat. Diesfalls besteht die Ablieferung darin, dass der Unternehmer daran den *Besitz überträgt*, und zwar – für den Besteller erkennbar – mit Erfüllungsabsicht. Die Besitzübertragung bedeutet jedenfalls dann Ablieferung, wenn das Werk vollendet ist, also alle gemäss Werkvertrag geschuldeten Arbeiten ausgeführt sind. Ist es nicht vollendet, so soll nach einem Teil von Lehre und Rechtsprechung eine Ablieferung nicht möglich sein, bzw. nur ganz ausnahmsweise (BGE 115 II 458, 113 II 267, 111 II 171 f.)<sup>77</sup>. So führt GAUCHI<sup>78</sup> aus, ein unvollendetes Werk könne nur dann abgeliefert werden, wenn es sich bei den ausstehenden Arbeiten um solche «handelt, die im Verhältnis zum ganzen Werk derart geringfügig sind, dass es geradezu rechtsmissbräuchlich wäre (Art. 2 Abs.

<sup>74</sup> Vgl. KOLLER, Erfüllungsgehilfe, Nr. 474 ff.

<sup>75</sup> BECKER, N 2 zu Art. 367 OR, unter Hinweis auf ZBJV 1905, S. 248 f. = SJZ 1905, S. 10 Nr. 37. S. auch OSER/SCHÖNENBERGER, N 2 zu Art. 367 OR; KLAUSER, S. 16.

<sup>76</sup> BECKER, N 2 zu Art. 367 OR.

<sup>77</sup> ZINDEL/PULVER, N 3 zu Art. 367 OR.

<sup>78</sup> Werkvertrag, Nr. 95.

2 ZGB), wollte der Besteller die Ablieferung damit bestreiten, dass diese Arbeiten noch ausstehen»<sup>79</sup>.

- 62 M.E. findet mit der Besitzübertragung ohne weiteres auch die Ablieferung statt, immer vorausgesetzt, dass der Unternehmer die Besitzübertragung mit Erfüllungsabsicht vornimmt und diese Absicht für den Bauherrn erkennbar ist. Doch ist zu beachten: 1. Der Besteller kann trotz der Ablieferung die Vollendung verlangen. Die fehlende Werkleistung ist also nicht als Mangel anzusehen, weshalb auch keine Mängelrüge (unten Nr. 75 ff.) erforderlich ist. Beim Vollendungsanspruch handelt es sich um den ursprünglichen Erfüllungsanspruch (oben Nr. 32 f.)<sup>80</sup>. – 2. Wenn der Unternehmer ein *offensichtlich* unvollständiges Werk zu Besitz überträgt, so geschieht dies regelmässig nicht in Erfüllungsabsicht. Jedenfalls ist diese Absicht für den Besteller im allgemeinen nicht erkennbar, so dass die Erfüllungswirkung vorderhand noch nicht eintritt, die Ablieferung also noch nicht als erfolgt gilt.
- 63 Werden beispielsweise Säulen für einen Neubau verpackt geliefert und müssen diese an Ort und Stelle vom Unternehmer noch poliert werden, so muss der Besteller im Zweifel nicht annehmen, dass der Unternehmer schon erfüllt haben wolle, und es liegt demgemäss keine Ablieferung vor, bevor die Säulen poliert sind<sup>81</sup>.
- 64 3. Das Gesagte gilt im Grundsätzlichen auch bei Bauwerkverträgen. Doch hängt hier die Erfüllung regelmässig nicht von einer Besitzübertragung ab. So jedenfalls dort, wo ein Bauwerk auf Grund und Boden des Bestellers errichtet wird, denn hier ist der Bauherr zum vornherein Besitzer; eine *Besitzübertragung* ist weder erforderlich noch möglich. Die Ablieferung i.S. von Art. 367 OR besteht diesfalls in einer Vollendungsanzeige des Unternehmers, durch welche dieser seine Ansicht zum Ausdruck bringt, er sei seinen Verpflichtungen nachgekommen (vgl. BGE 113 II 267)<sup>82</sup>. Die Vollendungsanzeige ist jedenfalls dann als Ablieferung anzusehen, wenn das Werk tatsächlich vollendet

---

<sup>79</sup> Der Sache nach hält GAUCH die Ablieferung eines unvollendeten Werkes auch dann für möglich, wenn ein Arbeitsgang, der nicht ohne weiteres nachgeholt werden kann, übersprungen wurde. Denn das Auslassen eines solchen Arbeitsganges betrachtet GAUCH als Mangel (Werkvertrag, Nr. 981). Der Begriff des Mangels aber setzt unbestrittenermassen Ablicferung des Werks voraus. Zur Auffassung GAUCHS s. auch schon oben Nr. 36, Text und Anm. 39.

<sup>80</sup> Das gilt auch dann, wenn ein Arbeitsgang, der nicht ohne weiteres nachgeholt werden kann, übersprungen wurde: Der Besteller hat Anspruch auf Nachholung des Arbeitsganges, und dieser Anspruch ist Teil des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs, nicht des Nachbesserungsanspruchs (anders GAUCH, Werkvertrag, Nr. 981; vgl. oben Anm. 79).

<sup>81</sup> ZBJV 1899, S. 588. Die Formulierung des Beispiels lehnt sich an BECKER, N 2 zu Art. 367 OR, an.

<sup>82</sup> GUIL/MERZ/KOLLER, S. 486; ZINDEL/PULVER, N 4 zu Art. 367 OR.

ist. Trifft dies nicht zu, so kann der Besteller – ohne in Annahmeverzug zu geraten – die Vollendungsanzeige zurückweisen und auf Vollendung beharren. Erfolgt jedoch keine Rückweisung, so ist die Ablieferung nach der hier vertretenen Ansicht erfolgt<sup>83</sup>.

- 65 Präzisierend ist beizufügen: 1. Ist ein Werk *offensichtlich* unvollendet, so ist zu vermuten, der Besteller weise die Vollendungsanzeige zurück. Stillschweigen bedeutet diesfalls Rückweisung. Das gilt selbst dann, wenn der Besteller (Bauherr) das Werk zu nutzen beginnt. Denn auch in diesem Fall darf der Unternehmer nicht davon ausgehen, der Besteller habe das unvollständige Werk als Erfüllung angenommen<sup>84</sup>. – 2. Kommt es zur Ablieferung eines unvollständigen Werks, so bleibt dem Besteller für die ausstehenden Arbeiten der Erfüllungsanspruch erhalten (s. analog Nr. 62). Zur Erhaltung des Anspruchs ist keinen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten nachzukommen.
- 66 **4. Der Besteller kommt in Annahmeverzug**, wenn er sich der Ablieferung des vollendeten Werks widersetzt, so jedenfalls dann, wenn das Werk keine offensichtlichen Mängel aufweist<sup>85</sup>. Weist es solche Mängel auf, so darf der Besteller es zur Reparatur zurückweisen, und zwar gestützt auf den ursprünglichen Erfüllungsanspruch, nicht das Nachbesserungsrecht (vorne Nr. 16).
- 67 Ein Annahmeverzug ist freilich nur dort möglich, wo die Ablieferung des Werks eine Mitwirkung des Bestellers (Abnahme) voraussetzt, also dort, wo die Ablieferung in der Besitzübertragung am Werk besteht. Gewährleistungsrrechtlich hat der Annahmeverzug folgende Bedeutung. Widersetzt sich der Besteller zu Unrecht der Ablieferung, so kann der Unternehmer das Werk nach Art. 93 OR hinterlegen. Mit der Hinterlegung wird er von seiner ursprünglichen Leistungspflicht befreit. Das bedeutet aus der Sicht des Bestellers, dass sich nun der Erfüllungsanspruch in die Mängelrechte umwandelt. Damit greift auch Art. 367 OR Platz: Der Besteller muss das Werk prüfen und allfällige Mängel rügen, will er die Mängelrechte nicht verlieren.
- 68 Widersetzt sich der Besteller der Ablieferung eines unvollendeten Werks, so kommt er nicht in Annahmeverzug. Anderes gilt höchstens dann, wenn die ausstehenden Arbeiten derart geringfügig sind, dass die Annahmeverweigerung rechtsmissbräuchlich ist.
- 69 **5. Exkurs: andere Wirkungen der Ablieferung.** Das Gesetz knüpft an die Ablieferung nicht nur die Wirkung, dass der Erfüllungsanspruch in die Mängelrechte umgewandelt wird. Vielmehr sieht es weitere Wirkungen vor: die Prüfungsobliegenheit (Art. 367 OR), den Beginn der Verjährung der Mängel-

<sup>83</sup> Anders wiederum GAUCH, Werkvertrag, Nr. 95.

<sup>84</sup> BGer in Revue der Gerichtspraxis 18, S. 64 Nr. 38; BECKER, N 2 zu Art. 367 OR.

<sup>85</sup> Als offensichtlich bezeichne ich Mängel, die der Besteller feststellen kann, wenn er das Werk vor der Ablieferung provisorisch prüft (hinten Nr. 275).

rechte (Art. 371 Abs. 2 OR, Art. 210 Abs. 1 OR, auf den Art. 371 Abs. 1 OR verweist), die Fälligkeit des Werklohns (Art. 372 Abs. 1 OR), den Gefahrübergang (Art. 376 OR).

- 70 Das Gesetz spricht freilich nicht immer von Ablieferung, sondern stattdessen auch von Abnahme (Art. 371 Abs. 2) oder Übergabe (Art. 376 OR). Immer ist jedoch dasselbe gemeint, nämlich der Zeitpunkt, in dem der Unternehmer seine Obligation erfüllt. Unterschiedlich ist lediglich der Standpunkt, von dem aus die Erfüllungswirkung betrachtet wird: Die Ablieferung erfolgt aus der Sicht des Unternehmers, die Abnahme aus der Sicht des Bestellers, die Übergabe aus der Sicht eines Dritten.
- 71 Kommt der Besteller in Annahmeverzug, so ist es rechtlich unter Umständen zu halten, wie wenn die Ablieferung erfolgt wäre. So tritt Fälligkeit des Werklohns auch im Falle des Annahmeverzugs ein<sup>86</sup>, wogegen – wie gesagt – der Annahmeverzug nicht ohne weiteres zur Folge hat, dass sich der Erfüllungsanspruch in die Mängelrechte umwandelt. Vielmehr ist hierfür die Hinterlegung nach Art. 93 OR vorausgesetzt.
- 72 Zu beachten ist, dass das Wort «Annahme» in Art. 368 Abs. 1 OR nicht Ablieferung bzw. Abnahme im oben umschriebenen Sinne bedeutet, sondern eine weitergehende Bedeutung hat: Der Besteller ist nicht nur berechtigt, sich der Ablieferung des mit erheblichen Mängeln behafteten Werks zu widersetzen, vielmehr hat er nach der Ablieferung auch das Recht, den Vertrag aufzulösen und die Rückabwicklung zu verlangen (Wandelungsrecht).
- 73 **6. Mängel vor der Ablieferung.** Die Mängelrechte entstehen zwar erst mit der Ablieferung. Doch muss der Besteller nicht tatenlos zusehen, wenn sich während der Ausführung des Werkes Mängel abzeichnen. Vielmehr kann er dem Unternehmer eine Frist zur Abhilfe ansetzen, «mit der Androhung, dass im Unterlassungsfalle die Verbesserung oder die Fortführung des Werkes auf Gefahr und Kosten des Unternehmers einem Dritten übertragen werden» (Art. 366 Abs. 2 OR<sup>87</sup>)<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> Solange jedoch der Unternehmer nicht erfüllt hat (allenfalls nach Art. 93 OR), steht dem Besteller – mangels anderer Abrede – die Einrede aus Art. 82 OR offen.

<sup>87</sup> Art. 366 Abs. 2 OR unterscheidet wie Art. 368 Abs. 1 OR zwischen Mängeln und sonstigen Vertragsabweichungen («mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung»). Auch hier hat die Unterscheidung keine praktische Bedeutung; immer geht es um Mängel im oben Nr. 21 ff. umschriebenen Sinne.

<sup>88</sup> Beispiel: A, der einen Generalunternehmer, B, mit der Erstellung eines Hauses «beauftragt» hat, muss während der Werkausführung feststellen, dass das Dach unsachgemäss erstellt wurde und daher rinnt. Das rinnende Dach schädigt eine darunterliegende Holzterasse. Eine Reparatur des mangelhaften Dachs ist daher dringlich. Weigert sich B, selbst Abhilfe zu schaffen, so kann A – bei gegebenen Voraussetzungen – entweder den Mangel auf Kosten des B durch einen Dritten beseitigen lassen, im übrigen aber die Fortführung des Werks dem B belassen, oder er kann die

- 74 7. Einen Sonderfall betrifft BGE 116 II 450 ff.: Tritt der Besteller vom Werkvertrag vorzeitig nach Art. 366 Abs. 1 OR zurück und beansprucht er gegen Vergütung das begonnene Werk, so stehen ihm die Mängelrechte zu, wenn dem Werk «eine Eigenschaft fehlt, die es ungeachtet der Nichtvollendung in diesem Stadium der Ausführung bereits aufweisen sollte» (S. 453). Auf eine «Ablieferung» i.S. von Art. 367 OR kommt hier nichts an.

#### 4. Rechtzeitige Mängelrüge

- 75 1. Steht im Einzelfall fest, dass das abgelieferte Werk einen Mangel aufweist, den der Besteller nicht selbst verschuldet hat, so hat der Unternehmer für den Mangel einzustehen. Der Besteller kann jedoch die Mängelrechte nur geltend machen, wenn sie nicht nachträglich durch Verwirkung untergegangen sind. Die Verwirkung ist – nach dem Gesetzeswortlaut – ausschliesslich in Art. 370 OR geregelt. Zusätzlich ist jedoch Art. 210 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 371 OR zu beachten. Diese Bestimmungen beschlagen zwar dem Wortlaut nach nur die Verjährung, der Sache nach aber beinhalten sie auch eine Verwirkungsregel.
- 76 2. Die Mängelrechte mit Bezug auf einen bestimmten Mangel verirken, wenn der Mangel nicht rechtzeitig gerügt wird. Dabei ist eine relative und eine absolute Rügefrist (Verwirkungsfrist) zu unterscheiden:
- 77 – **Relative Rügefrist:** «Nach Ablieferung des Werkes hat der Besteller, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, dessen Beschaffenheit zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen», und zwar sofort (Art. 367 Abs. 1 OR, der allerdings das Requisite der Sofortigkeit nicht erwähnt<sup>89</sup>)<sup>90</sup>. Bei der Prüfung<sup>91</sup> nicht feststellbare Mängel müssen sofort nach der Entdeckung angezeigt werden (Art. 370 Abs. 3 OR, der das Erfordernis der sofortigen Rüge ausdrücklich aufführt).
- 78 Die Rechtsprechung nimmt es mit dem Erfordernis der sofortigen Mängelrüge streng<sup>92</sup>. Es stehen dafür nur ein paar Tage zur Verfügung<sup>93</sup>. Für das

---

Fortführung des Werks dem B entziehen und einem Dritten übertragen, wiederum auf Kosten des B. Diese letztere Möglichkeit wird man freilich nur für schwerwiegende Fälle zugestehen, auch wenn dies in Art. 366 Abs. 2 OR nicht ausdrücklich gesagt ist.

<sup>89</sup> S. schon BGE 47 II 215.

<sup>90</sup> Die Rechtzeitigkeit der Rüge ist nicht von Amtes wegen zu beachten, d.h. der Unternehmer hat zu behaupten, dass ein Mangel zu spät gerügt wurde (konstante Rechtsprechung, z.B. BGE 107 II 54, 118 II 147). Die Beweislast liegt hingegen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (neustens BGE 118 II 147) beim Besteller. Diese Auffassung ist in der Lehre zu Recht auf Kritik gestossen (s. hinten in diesem Buch BÜHLER, III/2/D/b).

<sup>91</sup> S. dazu ZINDEL/PULVER, N 6 ff. zu Art. 367 OR.

<sup>92</sup> Vgl. die Nachweise bei ZINDEL/PULVER, N 20 zu Art. 367 OR.

Kaufrecht, das eine analoge Ordnung enthält, hat das Bundesgericht entschieden, eine vier Tage nach Entdeckung des Mangels erfolgte Rüge sei noch rechtzeitig, wenn dazwischen ein Sonntag liege (BGE 76 II 225)<sup>94</sup>. In BGE 107 II 177 hat das Bundesgericht in einem werkvertraglichen Entscheid eine Rüge erst zweieinhalb Wochen nach Entdeckung des Mangels als verspätet qualifiziert, und dies in einem Fall, in welchem nicht zum vornherein klar war, welcher von verschiedenen Nebenunternehmern den Mangel zu verantworten hatte<sup>95</sup>. S. neustens BGE 118 II 148 E. 3b.

- 79 Die gesetzliche Regelung überfordert die Praxis. Es wird daher oft von ihr abgewichen, sowohl was die Prüfungs- als auch was die Rügeobliegenheit anbelangt.
- 80 Es wird beispielsweise vereinbart, dass eine gemeinsame Prüfung stattfinden soll; auf den «üblichen Geschäftsgang» kommt dann hinsichtlich der Prüfungsobliegenheit nichts an<sup>96</sup>. Wird eine Garantiefrist vereinbart, so wird damit im allgemeinen zwar die gesetzliche Prüfungsobliegenheit beseitigt, nicht aber die Pflicht zu sofortiger Rüge. Im übrigen ist die Garantiefrist regelmässig als eine Maximalfrist für die Erhebung der Mängelrüge aufzufassen (absolute Rügefrist)<sup>97</sup>; im Einzelfall kann freilich der Parteiwille in eine andere Richtung gehen (vgl. hinten Nr. 250). Zur Rechtslage bei Vereinbarung der SIA-Norm 118 s. Nr. 248 ff. und 239 ff.
- 81 — **Absolute Rügefrist:** Mängel müssen innerhalb der Verjährungsfrist gerügt werden, ansonst die diesbezüglichen Mängelrechte verirken. Die Verjährungsfrist ist damit gleichzeitig absolute Rügefrist<sup>98</sup>. Das Gesetz bringt dies freilich nur undeutlich zum Ausdruck. Man muss gleichsam verschiedene Umwege machen, um zum Ziel zu gelangen:
- 82 Gemäss Art. 210 Abs. 2 OR, der auch für das Werkvertragsrecht gilt (Art. 371 Abs. 1 OR), muss die Mängelrüge «innerhalb eines Jahres nach Ablieferung» der Kaufsache, also innert der Verjährungsfrist von Art. 210 Abs. 1 OR, erfolgen, ansonst «die Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel» nicht mehr geltend gemacht werden können. Sind die Einreden ausgeschlossen, so sind es die Mängelrechte überhaupt: «Alle Sachgewährleistungsansprüche ... gehen bezüglich derjenigen Mängel unter, die man nicht

<sup>93</sup> Nach CORBOZ, SJK 460, S. 8, ist eine rechtzeitige Rüge nach mehr als einer Woche «kaum denkbar».

<sup>94</sup> Im Viehhandel gilt eine neuntägige Frist, gerechnet ab Übergabe des Tiers, nicht Entdeckung des Mangels (Art. 202 OR).

<sup>95</sup> S. zu diesem Entscheid BÜHLER im vorliegenden Band, Anm. 173.

<sup>96</sup> Vgl. BGer in Revue der Gerichtspraxis 15, S. 60 Nr. 41; BECKER, N 2 zu Art. 367 OR.

<sup>97</sup> BECKER, N 4 zu Art. 367 OR, mit Hinweisen.

<sup>98</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1661, unter Hinweis auf SPIRO, § 346, S. 859 Anm. 18, und § 379, S. 974 Anm. 6.

innerhalb eines Jahres (aber sofort nach Entdeckung!) rügt»<sup>99</sup>. Wenn Art. 210 Abs. 2 OR sagt, dass die Rüge «innerhalb eines Jahres nach Ablieferung» erfolgen muss, so ist darin nichts weiter als ein Verweis auf die Verjährungsfrist von Art. 210 Abs. 1 OR zu sehen. Wird die Verjährung unterbrochen (Art. 135 OR) oder gehemmt (Art. 134 OR), so verlängert sich mit der Verjährungsfrist auch die Verwirkungsfrist (anders BGE 104 II 357 f.)<sup>100</sup>. Art. 210 Abs. 2 OR gilt auch im Anwendungsbereich von Art. 371 Abs. 2 OR, obwohl diese Bestimmung keinen ausdrücklichen Hinweis auf jenen Artikel enthält. Somit gilt auch bei Werkverträgen über unbewegliche Bauwerke die Verjährungsfrist als absolute Rügefrist. Die (ordentliche) Verjährungsfrist ist hier die fünfjährige.

- 83 Bei absichtlicher Täuschung beträgt die Dauer der Verjährungsfrist zehn Jahre (vgl. Art. 210 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 371 Abs. 1 OR, hinten Nr. 344 f.). Dasselbe gilt für die absolute Rügefrist (vgl. Art. 203 OR, der im Werkvertragsrecht ebenfalls Geltung beanspruchen kann [vgl. Nr. 195, 201]).
- 84 **3. Inhaltlich** hat die Rüge derart bestimmt zu sein, dass der Unternehmer erkennen kann, was am Werk als mangelhaft beanstandet wird; der Ausdruck allgemeiner Unzufriedenheit über das Werk genügt nicht, vielmehr bedarf es genauer Bezeichnung der einzelnen Mängel (BGE 107 II 175 E. 1a)<sup>101</sup>.

### 5. Nicht vorausgesetzt: Verschulden

- 85 Nicht vorausgesetzt ist im allgemeinen ein Verschulden. Der Unternehmer wird selbst für solche Mängel gewährleistungspflichtig, die trotz Einhaltung der Regeln der Technik entstehen<sup>102</sup>. Verschuldensabhängig ist aber die Haftung für Mangelfolgeschaden. Sodann ist an das oben in Nr. 51 Gesagte zu erinnern: In Fällen, in denen der Mangel seinen Grund in der «Sphäre» des

<sup>99</sup> GIGER, Berner Kommentar, N 67 zu Art. 210 OR.

<sup>100</sup> Wie das Bundesgericht TANNÖ, S. 136 f.; wie im Text HONSELL, N 6 zu Art. 210; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1661, der dem fraglichen BGE zu Recht vorwirft, «den inneren Zusammenhang zwischen Art. 210 Abs. 2 und Abs. 1» zu übersehen. Das Bundesgericht argumentiert, weil es sich bei der Frist von Art. 210 Abs. 2 OR um eine Verwirkungsfrist handle, gebe es keine Unterbrechung. Das ist zwar ein in der Lehre oft gehörter Satz, jedoch kein Dogma, an das sich der Gesetzgeber halten müsste. Es steht in seinem Belieben, die Länge der Verwirkungsfrist festzusetzen; es steht ihm auch frei, eine Normaldauer und Verlängerungen aus bestimmten Gründen vorzusehen. Auch wenn man annimmt, dass die Rügefrist der Unterbrechung und Hemmung zugänglich ist, ändert dies nichts an ihrem Charakter als Verwirkungsfrist. Denn mit Ablauf der Frist verirken die Mängelrechte (sie gehen unter), sie verjähren nicht.

<sup>101</sup> GUHL/MERZ/KOLLER, S. 484.

<sup>102</sup> KURSCHIEL, S. 23 ff.

Bestellers hat (der Besteller hat z.B. fehlerhaften Baugrund zur Verfügung gestellt), ist die Mängelhaftung insofern vom Verschulden des Unternehmers abhängig, als dieser nur haftet, wenn er seine Abmahnungspflicht im Sinne von Art. 369 OR verletzt hat<sup>103</sup>.

## II. Die besonderen Voraussetzungen des Nachbesserungsrechts

- 86 Sind die eben umschriebenen allgemeinen Voraussetzungen der Mängelrechte erfüllt, kann der Bauherr die unentgeltliche Nachbesserung verlangen, sofern die Beseitigung des Mangels überhaupt (noch) möglich ist und sofern sie dem Unternehmer «nicht übermässige Kosten verursacht» (Art. 368 Abs. 2 OR):
- 87 **1. Übermässig** bedeutet nichts anderes als **unverhältnismässig** (so die Formulierung im österreichischen und deutschen Recht), unverhältnismässig aber besagt: den Verhältnissen und Umständen des Einzelfalls nicht angemessen. Auf welche Verhältnisse und Umstände kommt es entscheidend an?
- 88 – Die in Art. 368 OR gebrauchte Wendung «übermässige Kosten» erweckt den Eindruck, es komme bei der Feststellung, ob Nachbesserungskosten übermässig sind, in erster Linie auf die Höhe der Kosten an. In Wirklichkeit steht jedoch der Nutzen, den die Nachbesserung dem Besteller verschafft, im Vordergrund. Ist dieser Nutzen beträchtlich, so wird man kaum je von übermässigen Kosten sprechen können<sup>104</sup>, selbst dann nicht, wenn die Kosten den Werkpreis übersteigen. In diesem Sinne haben sowohl Gerichte Deutschlands als auch Österreichs, wo vergleichbare Rechtsgrundlagen bestehen (§ 633 Abs. 2 BGB, § 1167 ABGB), entschieden<sup>105</sup>. In der Schweiz wäre in den fraglichen Fällen gleich zu entscheiden gewesen.
- 89 – Der Nutzen ist nach dem Gesagten das primär massgebliche Kriterium bei der Feststellung, ob Kosten übermässig sind. Es ist aber nicht das einzige Kriterium. An zweiter Stelle kommt es auf die Höhe der Nachbesserungskosten an. Nach Ansicht des Bundesgerichts (BGE 111 II 174<sup>106</sup>) und einem Teil der Lehre<sup>107</sup> sind überhaupt nur Nutzen und Kosten zu berücksichtigen. Nach der hier vertretenen Ansicht sind hingegen alle Umstände des Einzelfalls in die Entscheidung einzubeziehen<sup>108</sup>, so z.B. der Umstand, dass der gewährleistungspflichtige Bauunternehmer weit weg wohnt und

---

<sup>103</sup> Vgl. KURSCHIEL, S. 18.

<sup>104</sup> Daher kann bei schwerwiegenden, zur Wandlung berechtigenden Mängeln (Art. 368 Abs. 1 OR) von Übermässigkeit kaum je gesprochen werden (SCHNEIDER/FICK, N 1 zu Art. 358 aOR).

<sup>105</sup> Vgl. die Nachweise bei KURSCHIEL, S. 39.

<sup>106</sup> S. zu diesem Entscheid KOLLER, BR 1986, S. 10 ff.

<sup>107</sup> Z.B. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1238.

<sup>108</sup> Ich halte insoweit an meinen Ausführungen in BR 1986, S. 10 ff., fest.

daher für die Mängelbeseitigung erheblich mehr Kosten aufwenden müsste als ein ortsansässiger Unternehmer<sup>109</sup>. Zumindest dann, wenn es sich um geringfügige Mängel handelt und der gewährleistungspflichtige Unternehmer bereit ist, die Kosten der Mängelbeseitigung durch einen Dritten zu übernehmen, wird man ein Nachbesserungsrecht verneinen müssen.

- 90 Letztlich konkretisiert Art. 368 Abs. 2 OR lediglich das Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 ZGB: Der Besteller soll dann kein Nachbesserungsrecht haben, wenn sich das Nachbesserungsbegehren im Einzelfall als Schikane erweisen würde<sup>110,111</sup>. Beizufügen ist: Der Bauherr hat die Möglichkeit, die Übermässigkeit durch einen eigenen Beitrag an die Nachbesserungskosten zu beseitigen. Diesfalls besteht ein Nachbesserungsanspruch gegen entsprechende Kostenbeteiligung<sup>112</sup>. Der Fall ist praktisch unbedeutend und soll daher nicht weiter vertieft werden.
- 91 2. Die Nachbesserung kann nur verlangt werden, wenn sie überhaupt **möglich** ist. Trifft dies im Einzelfall nicht zu, so entfällt zwar das Nachbesserungsrecht. Es stellt sich dann jedoch die Frage, ob der Bauherr anstelle der Nachbesserung des mangelhaften Werks die Herstellung eines neuen Werks verlangen kann. Zu dieser im Gesetz nicht geregelten Frage siehe Nr. 114 f.

#### § 4 Der Umfang des Nachbesserungsrechts beim Werk-lieferungsvertrag (Art. 365 Abs. 1 OR)

- 92 Ein Werklieferungsvertrag ist ein Werkvertrag, bei welchem der Unternehmer ganz oder teilweise den Werkstoff zu liefern hat. Bauwerkverträge – die hier im Vordergrund stehen – sind regelmässig Werklieferungsverträge. Der Fassadenmaler beispielsweise, welcher die Wände eines Hauses zu bemalen hat, wird normalerweise auch die Farbe zur Verfügung zu stellen haben, und der

<sup>109</sup> So auch KURSCHEL, S. 40, für das österreichische Recht.

<sup>110</sup> Vgl. BGE 111 II 174 (Treu und Glauben).

<sup>111</sup> Diese Ansicht drängt sich jedenfalls dann auf, wenn man im Nachbesserungsanspruch lediglich eine Umwandlung des Erfüllungsanspruchs sieht (vgl. hinten Nr. 114). Ist die Verbesserung «die Erfüllung der durch den werkvertraglichen Konsens entstandenen ursprünglichen Arbeits- und Ablieferungsobligation des Unternehmers...», so ist es unlogisch, dass die Verbesserung abgelehnt werden kann, wenn sie dem Unternehmer übermässige Kosten verursacht» (GAUTSCHI, N 19 zu Art. 368 OR). Es ist dann nicht einzusehen, weshalb hier nicht pacta sunt servanda gelten soll. Von diesem Grundsatz darf nur in Extremfällen abgewichen werden, so eben in Rechtsmissbrauchsfällen.

<sup>112</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1240.

Maurer, welchem die Erstellung der Wände übertragen ist, hat in der Regel auch die Backsteine zu liefern. Für solche Werklieferungsverträge besteht nach einem Teil von Lehre und Rechtsprechung (s. Anm. 113) nur ein beschränktes Nachbesserungsrecht: Dieses beziehe sich nicht auf Stoffmängel. Zur Begründung wird Art. 365 Abs. 1 OR herangezogen. Hier ist vorgesehen:

- 93 «Soweit der Unternehmer die Lieferung des Stoffes übernommen hat, haftet er dem Besteller für die Güte desselben und hat Gewähr zu leisten wie ein Verkäufer:»
- 94 Diese Formulierung ist nicht eindeutig. Unklar ist, was unter «Gewähr» zu verstehen ist.
- 95 – Die einen meinen mit «Gewähr» *Sachgewähr*<sup>113</sup>. Art. 365 Abs. 1 OR ist dann folgendermassen zu lesen: «Soweit der Unternehmer die Lieferung des Stoffes übernommen hat, haftet er dem Besteller für die Güte desselben nach den kaufrechtlichen Vorschriften über Sachmängel (Art. 197 ff. OR)». So interpretiert, schliesst Art. 365 Abs. 1 OR einen Nachbesserungsanspruch mit Bezug auf Mängel des gelieferten Werkstoffs aus. Denn der Käufer hat bei Sachmängeln bekanntlich lediglich das Recht zu mindern oder zu wandeln, jedoch kein Nachbesserungsrecht. Zu beachten ist, dass nach dieser Ansicht ein Nachbesserungsrecht nur für Mängel des Werkstoffes ausgeschlossen ist; für andere Werkmängel besteht ein Nachbesserungsrecht, namentlich für Mängel, die infolge unsorgfältiger Arbeit entstanden sind.
- 96 – Andere hingegen sind der Meinung, das Wort «Gewähr» bedeute *Rechtsgewähr*<sup>114</sup>. Nach dieser Ansicht ist Art. 365 Abs. 1 OR wie folgt zu lesen: «Soweit der Unternehmer die Lieferung des Stoffes übernommen hat, haftet er dem Besteller für die Güte desselben nach Werkvertragsrecht und hat Rechtsgewähr zu leisten wie ein Verkäufer:» Wenn man Art. 365 Abs. 1 OR so interpretiert, kommt das Kaufrecht mit Bezug auf Werkmängel überhaupt nicht zum Tragen. Demzufolge besteht auch beim Werklieferungsvertrag für beliebige Mängel ein Nachbesserungsrecht des Bestellers.
- 97 Diese zweite Interpretation hat vorab das historische Auslegungselement für sich. Denn: Die dem Art. 365 Abs. 1 OR entsprechende Bestimmung des OR von 1881, Art. 352 Abs. 1 aOR, unterschied noch deutlich zwischen Sach- und Rechtsgewährleistung. Nur für die letztere verwies es auf das Kaufrecht. Die Sachgewährleistung – also die Haftung für Werkmängel – richtete sich hingegen ausschliesslich nach Werkvertragsrecht, und dieses sah schon seinerzeit einen Nachbesserungsanspruch vor. Auch beim Werklieferungsvertrag bestand somit bezüglich beliebiger Mängel ein Nachbesserungsrecht. Bei der Revision des OR wollte man zwar Art. 352 Abs. 1 des alten Textes entschlacken; inhaltliche Änderungen aber waren nicht beabsichtigt. Bei historischer Inter-

---

<sup>113</sup> S. die Nachweise bei GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1003.

<sup>114</sup> Nachweise bei GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1002.

pretation von Art. 365 Abs. 1 OR gelangt man somit zum Ergebnis, dass auch mit Bezug auf die Mängel des vom Unternehmer gelieferten Stoffes ein Nachbesserungsrecht besteht. Für eine solche historische Interpretation sprechen aber auch gewichtige sachliche Überlegungen<sup>115</sup>. Namentlich ist zu beachten, dass Mängel des Werkstoffes und andere Werkmängel oft gar nicht auseinandergehalten werden können<sup>116</sup>. Dementsprechend ist es nicht möglich, das Nachbesserungsrecht «aufzusplitten». Man kann es nur entweder geben oder nicht geben. Richtigerweise ist es generell zu geben. Gegen dieses Ergebnis vermag auch der französische Gesetzeswortlaut nicht aufzukommen, obwohl dieser eindeutig für die Interpretation von «Gewähr» als Sachgewähr spricht. Es handelt sich um ein redaktionelles Versehen, d.h. eine unzutreffende Übersetzung des missverständlichen deutschen Textes<sup>117</sup>.

- 98 Als *Fazit* ist somit festzuhalten: Auch beim Werklieferungsvertrag richtet sich die Haftung für Werkmängel ausschliesslich nach Werkvertragsrecht (BGE 117 II 428 f.). Dementsprechend besteht für beliebige Mängel, auch Mängel des Werkstoffes, ein Nachbesserungsrecht. Lediglich die Haftung für Rechtsmängel des Stoffes richtet sich nach Kaufrecht, also nach Art. 192 ff. OR. Diese Bestimmungen spielen indessen bei Bauwerkverträgen praktisch keine Rolle. Denn infolge des Akzessionsprinzips verlieren Dritte ihr allfälliges Eigentum am Werkstoff in dem Moment, in dem der Stoff mit dem Boden des Bauherrn fest verbunden und dadurch dessen Bestandteil wird (Art. 643 ZGB). Sollte das Akzessionsprinzip einmal nicht durchgreifen, findet regelmässig ein Eigentumsverlust nach Art. 714 Abs. 2 ZGB statt.

## § 5 Die Ausübung des Nachbesserungsrechts

- 99 1. Das Nachbesserungsrecht wird – wie jedes Gestaltungsrecht – durch Willenserklärung ausgeübt. Das heisst: Der Bauherr muss dem Unternehmer seinen Willen mitteilen, er verlange Verbesserung des mangelhaften Werks. Das Nachbesserungsrecht ist jeweilen für einen bestimmten oder einzelne be-

<sup>115</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1011.

<sup>116</sup> Beispiel: Der Bauunternehmer verwendet eine falsche Betonmischung und lässt den Beton zusätzlich zu lange ruhen, bevor er ihn einbaut. Beides zusammen hat zur Folge, dass der Beton bald abbröckelt. In einem solchen Fall kann man nur entweder das Nachbesserungsrecht geben oder aber es nicht geben. Eine Aufspaltung in dem Sinne, dass es für die Güte des Betons besteht, im übrigen aber nicht, ist praktisch nicht möglich.

<sup>117</sup> Dass sich die verschiedenen Gesetzestexte widersprechen, kommt immer wieder vor. S. neustens den in der NZZ vom 11. Juli 1994, S. 15, referierten Bundesgerichtsentcheid betr. Art. 274b OR.

stimmte Mängel auszuüben. Der zu behebende Mangel muss so konkret umschrieben werden, dass der Unternehmer mit Sicherheit weiss, welchen Mangel er zu beseitigen hat. Für künftige, noch gar nicht ersichtliche Mängel, kann es nicht ausgeübt werden, was schon daraus folgt, dass eine bedingte (für den Fall der Mängelentstehung ausgesprochene) Ausübung nicht in Betracht kommt (s. gleich nachstehend Nr. 100 f.).

- 100 2. Für diese Erklärung gelten die allgemeinen **Grundsätze betreffend Gestaltungserklärungen**. Das bedeutet, dass die Ausübungserklärung – von Ausnahmen abgesehen – bedingungslos zu erfolgen hat und unwiderruflich ist<sup>118</sup>.
- 101 – *Bedingungsfeindlichkeit* der Ausübungserklärung: Wer ein Gestaltungsrecht bedingt ausübt, d.h. die angestrebte Rechtswirkung von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig macht (vgl. Art. 151 Abs. 1 OR), der schafft für den Gegner regelmässig eine für diesen unzumutbare ungewisse Rechtslage. Aus diesem Grunde darf die Gestaltungserklärung grundsätzlich nicht bedingt abgegeben werden (BGE 108 II 104)<sup>119</sup>. Entsteht ausnahmsweise trotz der Bedingung keine ungewisse Rechtslage (v.a. weil der Eintritt der Bedingung vom Willen des Betroffenen abhängt), steht der bedingten Ausübung des Gestaltungsrechts nach herrschender Ansicht nichts entgegen.
- 102 Beispiel: Der Bauherr teilt dem Unternehmer mit, er verlange Nachbesserung, sofern er nicht bis zum Ablauf des Monats Fr. 10'000.-- als Entschädigung für den Mangel bekomme. Hier besteht für den Unternehmer hinsichtlich seiner Nachbesserungspflicht keinerlei Ungewissheit. Die bedingte Ausübung des Nachbesserungsrechts ist daher zulässig.
- 103 – *Unwiderruflichkeit* der Ausübungserklärung. Auch die Regel, dass Gestaltungserklärungen unwiderrufbar sind (BGE 116 II 314, 109 II 41 f. und 326, 107 III 108)<sup>120</sup>, ist mit Überlegungen der Rechtssicherheit zu rechtfertigen<sup>121</sup>: Hat der Inhaber des Gestaltungsrechts dieses ausgeübt, so muss sich der Gestaltungsgegner auf die neue Rechtslage verlassen dürfen, um entsprechend disponieren zu können. Diese Überlegung gilt auch für das Nachbesserungsrecht: Hat der Bauherr dem Unternehmer mitgeteilt, dass er Nachbesserung verlange, so muss der Unternehmer disponieren können, ohne Gefahr zu laufen, dass diese Dispositionen später durch Widerruf der Ausübungserklärung nutzlos werden. Daher wäre es ihm z.B. nicht zumutbar, wenn später gemindert würde.
- 104 Auch hier bestätigen jedoch Ausnahmen die Regel: Die Unwiderruflichkeit entfällt, wenn ausnahmsweise der Widerruf keine schützenswerten Interessen des Gegners verletzt. So ist anerkannt, dass der Bauherr auf seinen

<sup>118</sup> S. schon vorne Nr. 6.

<sup>119</sup> SJZ 1986, S. 29 E. 1; GUHL/MERZ/KOLLER, S. 15 und 53.

<sup>120</sup> GUHL/MERZ/KOLLER, S. 15.

<sup>121</sup> Kritisch HONSELL, OR BT, S. 217 f.

Entscheid, Nachbesserung zu verlangen, zurückkommen kann, wenn der Unternehmer zwar nachbessert, aber ungenügend, so dass ein Mangel verbleibt (hinten Nr. 147). Alsdann lebt das ursprüngliche, auf Wandelung, Minderung oder Nachbesserung gerichtete Wahlrecht – bei gegebenen Voraussetzungen – wieder auf (BGE 109 II 42, 89 II 236)<sup>122,123</sup>. Analog verhält es sich, wenn der Unternehmer mit der Nachbesserung in Verzug kommt. Diesfalls kann der Bauherr unter den Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 2 OR auf die Nachbesserung verzichten und stattdessen wandeln, mindern oder Schadenersatz verlangen (Genaueres hinten Nr. 158 ff.)<sup>124,125</sup>.

- 105 3. Für die Erklärung, mit der das Nachbesserungsrecht ausgeübt wird, gelten im übrigen die allgemeinen **Grundsätze betreffend Willenserklärungen**. So kommt etwa für schriftliche Erklärungen die Empfangstheorie zum Tragen: Die Erklärung wird in dem Moment wirksam, in dem sie in den Machtbereich des Empfängers (Unternehmers) gelangt<sup>126</sup>.
- 106 4. Mit der wirksamen Ausübung des Nachbesserungsrechts wandelt sich dieses in die *Nachbesserungsforderung* um (Nr. 1). Der Unternehmer ist nun verpflichtet, sich an die Beseitigung des Mangels zu machen. Dass die Nachbesserungsforderung (erst) mit der Ausübung des Nachbesserungsrechts *entsteht*, entspricht dem französischen Gesetzestext («le maître peut ... obliger l'entrepreneur à réparer l'ouvrage à ses frais») und der heute wohl herrschenden Lehre und Rechtsprechung<sup>127</sup>. Man kann sich aber fragen, ob es nicht richtiger wäre anzunehmen, die Nachbesserungsforderung bestehe bereits vor der Ausübung des Nachbesserungsrechts, wenn auch nur bedingt<sup>128</sup>, so wie etwa der Inhaber eines Kaufrechts (Art. 683 ZGB) eine bedingte Forderung auf

<sup>122</sup> GAUCH/SCHLUEP, Nr. 157; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1301; GUHL/MERZ/KOLLER, S. 486; vgl. auch BGE 105 II 104 und SJZ 1961, S. 357 Nr. 144.

<sup>123</sup> An sich handelt es sich nicht um einen eigentlichen Widerruf, da das Wahlrecht von Gesetzes wegen wieder aufliebt und die Nachbesserungsschuld von Gesetzes wegen erlischt. Richtig ist aber, dass der Bauherr am Nachbesserungsbegehren nicht festhalten, also sich nicht erneut für Nachbesserung entscheiden muss.

<sup>124</sup> S. vorderhand GUHL/MERZ/KOLLER, S. 485.

<sup>125</sup> Ferner: «Bestreitet der Unternehmer das Nachbesserungsrecht des Bestellers oder dessen wirksame Ausübung, so hat er sich bei dieser Bestreitung 'behaften' zu lassen. Er kann dem Besteller, der auf die Bestreitung hin das Wandlungs- oder Minderungsrecht ausübt, nicht entgegenhalten, dieses Recht sei durch die frühere Ausübung des Nachbesserungsrechts erloschen» (GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1300).

<sup>126</sup> Genaueres bei GUHL/MERZ/KOLLER, S. 109.

<sup>127</sup> S. insbesondere GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1206.

<sup>128</sup> Genauer würde es sich um eine suspensiv bedingte Forderung handeln, bei welcher der Unternehmer bis zum Eintritt der «ungewissen Tatsache» (Art. 151 Abs. 1 OR; Ausübungserklärung) nicht gehalten wäre, den Mangel zu beseitigen.

Übereignung des Grundstücks hat<sup>129</sup>. Folgt man der ersten Ansicht, so geht der Erfüllungsanspruch mit der Ablieferung unter und entsteht erst wieder – in Form der Nachbesserungsforderung – mit der Ausübung des Nachbesserungsrechts. Demgegenüber bleibt er nach der zweiten Auffassung trotz Ablieferung bestehen, wenn auch bedingt durch die Ausübung des Nachbesserungsrechts<sup>130</sup>. Die beiden Ansichten dürften aber praktisch kaum unterschiedliche Ergebnisse zeitigen, weshalb auf eine genauere Untersuchung verzichtet wird. Terminologisch wird im folgenden an der herrschenden Ansicht festgehalten und davon gesprochen, dass durch die Ausübung des Nachbesserungsrechts die Nachbesserungsforderung zur Entstehung gelangt.

- 107 Indem der Bauherr das Nachbesserungsrecht ausübt, erwirbt er nicht nur die Nachbesserungsforderung, sondern er ist nun auch gehalten, die Nachbesserung zu dulden. Dies freilich nicht im Sinne einer Pflicht, sondern einer blossen Obliegenheit (zu den Folgen einer Verletzung dieser Obliegenheit s. Nr. 117 ff.). Eine Pflicht kann hingegen insofern entstehen, als der Bauherr einen Teil der Nachbesserungskosten übernehmen muss, sofern ihn an der Entstehung des Mangels ein Mitverschulden trifft (Nr. 56).

---

<sup>129</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N 31 zu Art. 683 ZGB i.V.m. N 46 und vor allem N 47 zu Art. 681 ZGB.

<sup>130</sup> In diesem Sinne GAUTSCHI, N 4d und 19 zu Art. 368 OR. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1207, unterstellt GAUTSCHI, er fasse das Nachbesserungsrecht nicht als Gestaltungsrecht, sondern als Forderung auf. In der Tat hält GAUTSCHI an den zitierten Stellen fest, dass der Besteller bereits vor Ausübung des Wahlrechts eine Nachbesserungsforderung habe. Es handelt sich jedoch um eine bedingte, von der Wahl der Nachbesserung abhängige, Forderung (GAUTSCHI, N 6a zu Art. 368 OR). Es liegt nahe, die Wahl der Nachbesserung als Ausübung eines Gestaltungsrechts aufzufassen. GAUTSCHI sagt dies freilich nicht, er sagt aber auch nicht das Gegenteil. Jedenfalls lässt sich die Ansicht durchaus vertreten, dass der Besteller mit Ablieferung des mangelhaften Werks eine – durch die Ausübung des Nachbesserungsrechts – bedingte Nachbesserungsforderung erlangt und dass das Nachbesserungsrecht (trotzdem) ein Gestaltungsrecht ist. Sicher ist, dass sich die Ansichten GAUTSCHIS und GAUCHS im praktischen Ergebnis kaum unterscheiden.

## 2. Abschnitt: Die Nachbesserungsforderung

- 108 Die Nachbesserungsforderung, welche an die Stelle des Nachbesserungsrechts tritt, ist eine «normale» Forderung. Es kommen somit die allgemeinen Bestimmungen des OR über die Obligationen (z.B. Art. 68 ff. OR über die Erfüllung oder Art. 97 ff. OR über die Nichterfüllung) zur Anwendung (vgl. BGE 91 II 350 E. 3a). Diese Bestimmungen bedürfen allerdings teilweise einer Anpassung an die spezifisch werkvertragsrechtlichen Besonderheiten (vgl. z.B. Nr. 158 betr. Art. 107 Abs. 2 OR). Sodann ist zu beachten, dass das Werkvertragsrecht einzelne Sonderregeln bereithält, welche den allgemeinen Regeln vorgehen (*lex specialis derogat legi generali*), so etwa Art. 371 OR hinsichtlich der Verjährung oder Art. 366 Abs. 1 OR hinsichtlich des Verzugs mit den Nachbesserungsarbeiten. Die zuletzt erwähnte Bestimmung findet zwar unmittelbar nur auf die Pflicht zur Werkherstellung Anwendung, analog jedoch auch auf die Nachbesserungsschuld.
- 109 Im folgenden geht es schwergewichtig um Nicht- und Schlechterfüllung der Nachbesserungsschuld. Zuerst ist jedoch der Inhalt der Nachbesserungsschuld näher zu umschreiben.

### § 6 Der Inhalt der Nachbesserungsforderung

- 110 1. Die Nachbesserungsforderung ist auf die unentgeltliche «Verbesserung» (Art. 368 Abs. 2 OR) des Werkes gerichtet. Unentgeltlich besagt, dass der Unternehmer die Verbesserung auf eigene Kosten vorzunehmen hat, also ohne dass er zusätzlich zum Werklohn eine Vergütung beanspruchen könnte. In Ausnahmefällen hat sich allerdings der Besteller an den Kosten der Nachbesserung zu beteiligen. Darauf wird hinten in Nr. 312 ff. zurückgekommen. Nachstehend geht es ausschliesslich darum, den Begriff der Nachbesserung(sarbeiten) näher zu präzisieren.
- 111 2. Nachbesserung bedeutet **Verbesserung des bestehenden Werks**. Ein Anspruch auf Herstellung eines neuen Werks besteht im allgemeinen nicht (unten Nr. 114). Wie der Unternehmer die Verbesserung des mangelhaften Werks besorgt, ist grundsätzlich seine Sache. Bestehen mehrere Möglichkeiten zur Mängelbeseitigung, so kann er die ihm genehme wählen (vgl. Art. 72 OR)<sup>131</sup>. Doch hat er die Mängelbeseitigung in einer für den Besteller möglichst schonenden Weise auszuführen. Daraus folgt, dass er normalerweise nicht ein neues Werk herstellen darf, solange die Verbesserung des bestehenden noch möglich ist (Nr. 113).

<sup>131</sup> Illustrativ JBI 1976, S. 537 ff., mit Bezug auf das österreichische Recht.

- 112 Die Nachbesserung beschränkt sich oft nicht auf die eigentliche Mängelbeseitigung, sondern umfasst *weitere Massnahmen*, welche durch die Mängelbeseitigung bedingt sind. «Muss der Unternehmer z.B. fehlerhaft verlegte Ablaufrohre ersetzen, so gehen zu seinen Lasten auch alle Aufbruch- und Wiederherstellungarbeiten an Fussböden, Decken und Wänden, einschliesslich der Putz- und Anstricharbeiten; dies selbst dann, wenn die Kosten der genannten Arbeiten (die 'Begleitkosten') bedeutend höher sind als die Kosten der eigentlichen Mängelbeseitigung»<sup>132</sup>.
- 113 **3.** Ein Anspruch auf **Neuerstellung** des Werks besteht – wie gesagt – grundsätzlich nicht. Umgekehrt muss aber der Bauherr im allgemeinen auch keine Neuerstellung dulden. Wenn also beispielsweise das vom Bauherrn bestellte Dach wegen einiger schadhafter Ziegel undicht ist, so kann er vom Dachdecker lediglich Ersetzung der betreffenden Ziegel verlangen, nicht auch ein neues Dach. Umgekehrt muss er nicht dulden, dass der Dachdecker ein neues Dach erstellt. Im Grundsatz dürfte dies unbestritten sein. Doch sind Ausnahmen anzuerkennen, jedenfalls insofern, als der Bauherr unter Umständen ein neues Werk akzeptieren muss. Zu denken ist etwa an den Fall, da eine Hausfassade schlecht gestrichen ist, so dass sie verschiedene Flecken aufweist. Hier mag es für den beauftragten Maler vorteilhaft sein, gerade die ganze Wand neu zu malen, statt bloss die unrichtig gestrichenen Stellen auszubessern. Für den Hauseigentümer wird es kaum einen Unterschied machen, ob der Maler in der einen oder andern Weise für ein mängelfreies Werk sorgt. In einem solchen Fall muss er sich die Neubemalung gefallen lassen (vgl. BGHZ 96, 119). Ob in einem konkreten Fall der Unternehmer statt nachzubessern ein neues Werk herstellen darf, entscheidet sich nach den Umständen. Es ist eine Interessenabwägung im Sinne von Art. 4 ZGB vorzunehmen. Dabei wird man in Analogie zu Art. 206 Abs. 2 OR den Bauherrn nur dann zur Annahme eines neuen Werks verpflichten können, wenn die Neuerstellung gegenüber einer Nachbesserung zeitlich zu keinen grossen Verzögerungen führt<sup>133</sup>.
- 114 **4.** Umstritten ist, ob der Bauherr nicht ausnahmsweise ein neues Werk verlangen kann. Praktisch bedeutsam ist diese Frage vor allem dann, wenn die Nachbesserung versucht wurde, der Versuch jedoch fehlgeschlagen ist und eine Wiederholung als aussichtslos erscheint. Für derartige Fälle wird die Frage von der heute herrschenden Lehre und Rechtsprechung zu Recht bejaht<sup>134</sup>. Aus-

<sup>132</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1222; PETERS, JuS 1993, S. 120. Aus der (deutschen) Rechtsprechung vgl. BGHZ 96, 221.

<sup>133</sup> ZINDEL/PULVER, N 57 zu Art. 368 OR.

<sup>134</sup> So z.B. GVP 1989, S. 71 ff.; Extraits 1988, S. 16 ff.; GAUCH, BR 1981, S. 55 Nr. 52; DERS., Werkvertrag, Nr. 1250 ff.; auch schon BECKER, N 12 zu Art. 368 OR, und VON BÜREN, OR BT, S. 149; a.A. OSER/SCHÖNENBERGER, N 14 zu Art. 368 OR, mit Hinweis auf KOEBEL, Die Nichterfüllung aus Werkvertrag, Diss. Basel 1922, S. 137.

gangspunkt bildet die Feststellung, dass der Besteller mit dem Abschluss des Werkvertrags Anspruch nicht bloss auf ein Werk, sondern auf ein mängelfreies Werk erhält. Dieser Anspruch erlischt nicht, wenn der Unternehmer ein mangelhaftes Werk abgeliefert. Vielmehr wandelt er sich nun in das Nachbesserungsrecht um; wird dieses ausgeübt, so entsteht die Nachbesserungsforderung, welche somit letztlich nichts anderes ist «als der Erfüllungsanspruch in modifizierter Gestalt»<sup>135</sup>. Der Schuldinhalt bleibt sich immer der gleiche: ein mängelfreies Werk. Kann dieses Ziel nur durch Neuherstellung erreicht werden, ist diese geschuldet. Das muss um so mehr gelten, als Neuherstellung und Nachbesserung ineinander übergehen können und oft praktisch gar nicht auseinanderzuhalten sind (vgl. das obige «Maler-Beispiel»)<sup>136</sup>. Es ist insoweit zu beachten, dass der Ersatz und die Neuerrichtung fehlerhafter Werkteile als blosser Verbesserung gelten<sup>137</sup>; je mehr Werkteile ersetzt werden, um so mehr nähert sich die Verbesserung der Neuherstellung des gesamten Werks. Gegen den Anspruch auf Neuherstellung sprechen auch nicht die Interessen des Unternehmers. Zwar wird ihn die Neuherstellung im allgemeinen schwerer treffen als die Nachbesserung. Dem ist jedoch dadurch Rechnung zu tragen, dass die Neuherstellung nur dann verlangt werden kann, wenn die Nachbesserung versucht wurde und fehlgeschlagen ist oder sich zum vornherein als unmöglich erweist. Und auch in diesen Fällen ist die Neuherstellung nur unter den in Art. 368 Abs. 2 OR erwähnten Kautelen geschuldet, also dann, wenn sie keine übermässigen Kosten verursacht. Ein Anspruch auf Neuherstellung besteht somit nur (aber immerhin) ausnahmsweise.

- 115 Dieses Ergebnis lässt sich methodisch durch extensive Interpretation des in Art. 368 Abs. 2 OR verwendeten Ausdrucks «Verbesserung» rechtfertigen. Naheliegender scheint es allerdings, eine echte Gesetzeslücke anzunehmen. Es ist also davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Mängelrechte nicht abschliessend geregelt hat, bzw. die fehlende Erwähnung des Neuherstellungsanspruchs nicht auf einem qualifiziertem Schweigen beruht. Dass der Neuherstellungsanspruch im Gesetz nicht ausdrücklich festgehalten ist, lässt sich leicht damit erklären, dass die Mängelbeseitigung im Wege der Nachbesserung im allgemeinen möglich ist. Auch den Ausnahmefall zu regeln, da dies einmal nicht zutrifft, bestand kein Anlass. Jedenfalls entspricht es schweizerischer Gesetzestechnik, atypische Tatbestände nicht unbedingt ausdrücklich zu regeln.

---

Im deutschen Recht wird neustens ein Anspruch auf ein neues Werk (ausnahmsweise) ebenfalls bejaht (grundlegend BGHZ 96, 111 ff., dem die Lehre grösstenteils gefolgt ist). Zum Meinungsstand in Österreich s. KURSCHIEL, S. 40 ff.

<sup>135</sup> LARENZ, SchR BT, S. 350, mit Bezug auf das deutsche Recht. Dieses unterscheidet sich allerdings vom schweizerischen in wichtigen Punkten, insbesondere dadurch, dass der Besteller grundsätzlich vorerst nur einen Nachbesserungsanspruch hat, nicht auch alternativ ein Minderungs- oder Wandelungsrecht; diese Rechte entstehen erst, wenn der Unternehmer mit der Nachbesserung in Verzug kommt (§ 633 Abs. 2, 634 BGB).

<sup>136</sup> Ferner LARENZ, SchR BT, S. 350; BGHZ 96, 111 ff.

<sup>137</sup> GAUCH, BR 1981, S. 55 Nr. 52.

- 116 **5. Die Nachbesserungsforderung** ist – wie gesagt – nichts anderes als der Erfüllungsanspruch in modifizierter Gestalt. Wie dieser besteht sie aus **zwei Komponenten**, einem Wirken und einem Werk: Einerseits muss der Unternehmer Arbeit leisten (verbessern), zum andern schuldet er die Mängelbeseitigung (Mangelfreiheit des Werks). Der Unternehmer schuldet auch hier den Erfolg. Gelingt ihm nämlich die Mängelbeseitigung nicht oder nur teilweise, so hat er hierfür unabhängig von einem Verschulden einzustehen: Dem Besteller stehen dann erneut die Mängelrechte zu (Nr. 147).

## § 7 Nachbesserungshindernisse in der Person des Bauherrn

### I. Tatbestände

- 117 Ist die Nachbesserungsschuld – durch Ausübung des Nachbesserungsrechts – entstanden, so hat der Bauherr die Nachbesserung im Sinne einer Obliegenheit zu dulden: Er ist nun gehalten, die Mängelbeseitigung durch den Unternehmer vornehmen zu lassen. Diese Obliegenheit verletzt er einmal dann, wenn er die Nachbesserung verunmöglicht, indem er die Mängel selbst beseitigt oder durch einen Dritten beseitigen lässt<sup>138</sup>. Er verletzt sie weiter dann, wenn er den nachbesserungswilligen Unternehmer daran hindert, die bestehenden Mängel zu beseitigen (Gläubigerverzug).
- 118 Obliegenheitsverletzungen dieser Art sind freilich nur solange möglich, als besagte Obliegenheit besteht. Das trifft nicht mehr zu, sobald die Nachbesserungsschuld untergegangen ist. Insoweit ist zu beachten, dass der Besteller jederzeit auf die Nachbesserung verzichten und die Nachbesserungsschuld dadurch zum Erlöschen bringen kann, dies freilich nur «gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers» (Art. 377 OR analog). Ein entschädigungsloser Verzicht auf die Nachbesserung ist nur unter besonderen Voraussetzungen möglich. Im Vordergrund steht der Fall, da der Unternehmer in Nachbesserungsverzug gerät und dem Bauherrn ein Vorgehen nach Art. 107 Abs. 2 OR offensteht (dazu Nr. 148 ff., 158 ff.). Hat der Bauherr auf die Nachbesserung rechtswirksam verzichtet, so kann er nicht mehr im rechtlichen Sinne Nachbesserungsunmöglichkeit bewirken. Ebensowenig kann er noch in Gläubigerverzug geraten.

---

<sup>138</sup> Zu denken ist etwa an folgenden Fall: A hat einem Dachdecker den Auftrag erteilt, das Dach seines Hauses zu erneuern. Der Dachdecker führt die Arbeiten mangelhaft aus, worauf A Nachbesserung verlangt. In der Folge lässt jedoch A das Dach durch einen Dritten reparieren.

## II. Vom Bauherrn verschuldete Nachbesserungsunmöglichkeit

- 119 **1.** Bewirkt der Bauherr Nachbesserungsunmöglichkeit im umschriebenen Sinne, so **geht die Nachbesserungsschuld unter**, und zwar ohne dass an ihre Stelle eine Schadenersatzpflicht des Unternehmers treten würde. Dies folgt aus Art. 119 Abs. 1 OR, wonach der Schuldner – hier der Unternehmer – von seiner Verbindlichkeit frei wird, soweit ihre Erfüllung durch Umstände, die er nicht zu verantworten hat, unmöglich wird. Art. 119 Abs. 1 OR ist allerdings auf Fälle zugeschnitten, in denen die Leistung infolge Zufalls unmöglich wird. Der Artikel muss aber a fortiori auch dann gelten, wenn nicht ein zufälliges Ereignis, sondern Verschulden des Gläubigers – hier des Bestellers – zur Unmöglichkeit geführt hat.
- 120 **2.** Damit ist noch nicht entschieden, was mit dem **Anspruch des Unternehmers auf den Werklohn passiert**: Kann der Unternehmer den ganzen Werklohn verlangen, obwohl er von seiner Nachbesserungsschuld befreit wurde? Oder muss er sich gewisse Abzüge gefallen lassen, z.B. wegen ersparter Aufwendungen? Oder gilt eine dritte Lösung? Die im Gesetz nicht ausdrücklich geregelte Frage ist m.E. in Analogie zu Art. 378 OR zu beantworten. Diese Bestimmung betrifft – unmittelbar – den Fall, da der Besteller die Herstellung des bestellten Werks verunmöglicht. Der Unternehmer hat in einem solchen Fall Anspruch auf Vergütung der bereits geleisteten Arbeiten. Trifft den Besteller ein Verschulden, so hat er zusätzlich Schadenersatz zugute. Gemeint ist das positive Vertragsinteresse. Das bedeutet, dass der Unternehmer auch für den nicht ausgeführten Werkteil den Werklohn verlangen kann, sich jedoch gewisse Abzüge gefallen lassen muss. Diese Abzüge sind in Analogie zu Art. 264 Abs. 3, 324 Abs. 2, 337c Abs. 2 OR und ähnlichen Vorschriften festzulegen. Demzufolge muss sich der Unternehmer anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Werkvollendung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat<sup>139</sup>. Wendet man Art. 378 OR in unserem Zusammenhang analog an, so hat dies zur Konsequenz, dass der Unternehmer den vollen Werklohn verlangen kann, obwohl er ein mangelhaftes Werk abgeliefert und nicht nachgebessert hat. Er muss sich lediglich anrechnen lassen, was er wegen der unterbliebenen Nachbesserung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner

<sup>139</sup> Vgl. BGE 96 II 192 betr. Art. 377 OR. Die Abzugsmethode (Werklohn — Abzüge) ist in der Lehre auf Kritik gestossen (vgl. PEDRAZZINI, S. 549; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 401). Sie hat jedoch gegenüber der von diesen Autoren befürworteten Additions-methode den Vorteil der Einfachheit und Praktikabilität (HONSELL, OR BT, S. 214).

Arbeitskraft erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat<sup>140</sup>. Im Vordergrund steht die Anrechnung von Ersparnissen (Ersparnisbereicherung). Zu denken ist etwa an Materialkosten, die der Unternehmer nicht gehabt hat, weil er nicht nachbessern musste<sup>141,142</sup>. Beispiel: Der Dachdecker muss das Dach nicht selbst reparieren, weil der Bauherr ihm diese Aufgabe abgenommen hat. Diesfalls hat sich der Dachdecker die Kosten der Ziegel, die er nicht ersetzen musste, anrechnen zu lassen.

- 121 Ein Teil der Lehre bringt statt Art. 378 OR Art. 377 OR (analog) zur Anwendung<sup>143</sup> und gelangt damit zu identischen Ergebnissen. So oder anders hat der Bauherr den Unternehmer schadlos zu halten, genauer so zu stellen, wie wenn er richtig erfüllt hätte. Die Frage: Anwendung von Art. 378 OR oder 377 OR?, ist damit bloss von theoretischem Interesse. Will man sich auf den Theorienstreit einlassen, ist Art. 378 OR m.E. vorzuziehen. Auf Art. 377 OR wäre nur dann abzustellen, wenn die Herbeiführung der Unmöglichkeit als Rücktritt im Sinne dieser Bestimmung aufzufassen wäre. Das kann im Einzelfall zutreffen, ist jedoch nicht notwendig so. Denn die Mängelbeseitigung ist eine rein tatsächliche Handlung, welche nicht ohne weiteres den Sinne einer Willenserklärung hat. Auch eine konkludente Willenserklärung kann regelmässig nicht in die Mängelbeseitigung hineininterpretiert werden. Es scheint daher richtiger, Art. 378 OR zur Anwendung zu bringen. Dies freilich nur dann, wenn nicht schon vor der Mängelbeseitigung eine Rücktrittserklärung im Sinne von Art. 377 OR erfolgt ist. Ist eine solche Erklärung erfolgt, so ist damit die Nachbesserungsschuld untergegangen, damit auch die Obliegenheit, die Nachbesserung zu gestalten. Nachbesserungsunmöglichkeit kann daher nicht mehr eintreten (oben Nr. 118).
- 122 3. Hat der Besteller dem Unternehmer im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung bereits mehr bezahlt, als er nach Art. 378 OR (analog) hätte bezahlen müssen, so stellt sich die Frage, ob er einen **Rückforderungsanspruch** hat. In der Schweiz hat man sich mit der Problematik noch wenig befasst<sup>144</sup>. In Deutschland wurde früher die Ansicht vertreten, der Besteller habe einen Bereicherungsanspruch. In der neueren Rechtsprechung und Lehre wird ein solcher Anspruch verneint. Auch aus auftragsloser Geschäftsführung könne der Besteller

---

<sup>140</sup> Soweit Art. 378 Abs. 2 OR unmittelbar zur Anwendung kommt, begründet er einen Schadenersatzanspruch. Im vorliegenden Zusammenhang handelt es sich jedoch um einen Werklohnanspruch. Denn mit der Ablieferung des Werks wird der (ganze) Werklohn fällig (Art. 372 OR). Daran ändert sich nichts, wenn der Besteller Nachbesserung verlangt, diese dann jedoch selbst vornimmt. Was sich ändert, ist lediglich der Inhalt der Werklohnforderung, indem diese reduziert wird.

<sup>141</sup> Zur Beweislast vgl. PETERS, JuS 1993, S. 290.

<sup>142</sup> Vgl. zum deutschen Recht VOLKER EMMERICH, Das Recht der Leistungsstörungen, 3. A. München 1991, S. 129 f.

<sup>143</sup> Vgl. GAUTSCHI, N 21 zu Art. 368 OR, N 12 zu Art. 378/379 OR und N 8 zu Art. 377 OR; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 904 und 389.

<sup>144</sup> Vgl. immerhin die in Anm. 146 zitierten Autoren.

nichts verlangen<sup>145</sup>. M.E. ist für das schweizerische Recht gegenteilig zu entscheiden<sup>146</sup>. Auszugehen ist vom Grundsatz, dass derjenige, der zuviel bezahlt hat, das zuviel Bezahlte soll zurückverlangen können. Freilich gilt dieser Grundsatz nicht allgemein, wie Art. 939 Abs. 2 ZGB belegt. Im vorliegenden Zusammenhang ist jedoch nicht zu ersehen, weshalb eine Ausnahme Platz greifen sollte. Der Besteller hat allerdings nicht ohne weiteres das zugute, was er nach Art. 378 OR nicht hätte bezahlen müssen. Denn der Unternehmer ist nur im Umfange seiner Bereicherung rückerstattungspflichtig (vgl. analog BGE 61 II 37 für den Fall, da ein Mieter die Mängel des Mietobjektes selbst beseitigt hat).

- 123 Anspruchsgrundlage bildet Art. 423 Abs. 2 OR (unechte Geschäftsführung ohne Auftrag) i.V.m. Art. 62 ff. OR (so der eben zit. Entscheid). Man kann aber auch ohne Schaden auf die Anwendung von Art. 423 Abs. 2 OR verzichten und nur Art. 62 ff. OR (i.V.m. Art. 378 OR) heranziehen (vgl. BGE 107 II 221)<sup>147</sup>. Der Rückforderungsanspruch des Bestellers ist ein sekundäres Mängelrecht. Das hat zur Folge, dass er hinsichtlich der Verjährung Art. 371 OR (nicht Art. 67 OR) unterliegt<sup>148</sup>.

<sup>145</sup> Vgl. BGH in NJW 1968, S. 43; KARL HEINZ GURSKY, Bereicherungsausgleich bei Selbsterfüllung, NJW 1971, S. 782 ff.; ESSER JOSEF/SCHMIDT EIKE/KÖNDGEN JOHANNES, Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen, BGB-Schuldrecht, 3. A. Karlsruhe 1971, S. 67; anders SEIDEL, JZ 1991, S. 391 ff.; CHRISTIAN WOLLSCHLÄGER, Die Geschäftsführung ohne Auftrag – Theorie und Rechtsprechung, Berlin 1976, S. 168.

<sup>146</sup> Anders – in Anlehnung an die herrschende deutsche Auffassung (s. eben Anm. 145) – GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1282, und JÖRG SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Freiburg 1992, Nr. 1221.

<sup>147</sup> In der Lehre besteht die Tendenz, Rückabwicklungsansprüche als vertragliche Ansprüche zu qualifizieren, so etwa Ansprüche aus Wandelung (KOLLER, BR 1984, S. 65 Anm. 18; neustens HONSELL, N 2 und 3 zu Art. 208 OR). Was für die Wandelung gilt, muss auch für die Minderung gelten: Erklärt der Besteller die Minderung, nachdem er den Werklohn bezahlt hat, entsteht ein vertraglicher Rückforderungsanspruch (BGE 116 II 315 E. 7). In dem im Text behandelten Zusammenhang wird man jedoch kaum einen vertraglichen Rückforderungsanspruch annehmen dürfen. Tut man es, so hat man ihn auf Art. 378 OR abzustützen. Beigefügt sei, dass Rückabwicklungsansprüche, historisch interpretiert, wohl Bereicherungsansprüche sind (vgl. Art. 119 Abs. 2 OR). Anderes gilt (natürlich) für Rückgabeansprüche, die infolge Kündigung oder sonstiger ordentlicher Beendigung eines Vertragsverhältnisses entstehen (z.B. Art. 267, Art. 312 OR, BGE 107 II 221).

<sup>148</sup> Vgl. in verwandtem Zusammenhang GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1130. GAUCH ist allerdings an der zit. Stelle implizit der Meinung, ein Bereicherungsanspruch könne nicht dem Art. 371 OR unterliegen, sondern unterliege ohne weiteres Art. 67 OR (die Minderungsforderung sei «kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung», für ihre

- 124 Vorbehalten ist der Fall, da der Bauherr Mängel beseitigt hat, deren Behebung dringlich war und die vom Unternehmer nicht rechtzeitig beseitigt werden konnten (z.B. wegen Abwesenheit). Alsdann sind unter Umständen die Regeln der echten Geschäftsführung ohne Auftrag anwendbar (vgl. BGE 61 II 37).
- 125 4. Die oben in Ziff. 1-3 umschriebene Rechtslage beruht **nicht auf zwingendem Recht**. Die Parteien können vielmehr Abweichungen vorsehen. So können sie z.B. vereinbaren, dass der Unternehmer den ganzen Werklohnanspruch ohne Ersparisanrechnung behält, wenn der Bauherr die Nachbesserung selbst vornimmt und damit die Erfüllung der Nachbesserungsschuld verunmöglicht. Wie es sich insoweit verhält, wenn die Parteien die SIA-Norm 118 übernommen haben, hat das Bundesgericht in BGE 110 II 52 ff.<sup>149</sup> offengelassen. Vgl. zu dieser Frage hinten Nr. 255 f.
- 126 5. **Nachträge:**
- 127 – Der Bauherr, der selbst nachgebessert hat, kann nun nicht auf die Nachbesserung verzichten und stattdessen das Wandlungs- oder Minderungsrecht ausüben. Diese Rechte sind – wie gesagt – mit der Ausübung des Nachbesserungsrechts untergegangen (Nr. 6). Sie leben nicht wieder auf, wenn der Besteller selbst nachbessert.
- 128 – Es wird gelegentlich gesagt, dass die Verletzung einer Obliegenheit nicht zu Schadenersatzansprüchen führen könne. Wo Schadenersatzansprüche vorgesehen seien, werde damit die Verletzung einer (echten) Pflicht sanktioniert<sup>150</sup>. Aus Art. 378 Abs. 2 OR folgt, dass diese Ansicht so allgemein nicht zutrifft<sup>151</sup>. Denn der Besteller ist lediglich im Sinne einer Obliegenheit verpflichtet, die Werkausführung nicht zu verunmöglichen. Trotzdem knüpft die Bestimmung an die Verletzung der Obliegenheit Haftungsfolgen. Pflicht und Obliegenheit können somit nicht danach unterschieden werden, ob ihre Verletzung Haftungsfolgen zeitigt oder nicht. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist vielmehr, ob der Gegner des Belasteten ein Recht darauf hat, dass sich der Belastete pflicht- bzw. obliegenheitsgemäss verhält. Wo dies zutrifft, liegt eine Pflicht vor, sonst eine Obliegenheit. In unserem Zusammenhang besteht zwar ein Recht des Unternehmers auf Werklohn (und eine entsprechende Zahlungspflicht des Bestellers), nicht aber ein

---

Verjährung gelte «daher nicht Art. 67 OR, sondern Art. 371 OR»). Dem ist nicht so, genauso wenig wie Schadenersatzansprüche vom Anwendungsbereich des Art. 371 OR ausgenommen sind (vgl. z.B. Nr. 173, 348). Vorausgesetzt ist freilich immer, dass der Anspruch ein Mängelrecht ist, sei es auch nur ein sekundäres.

<sup>149</sup> S. dazu HANS MERZ, ZBJV 1986, S. 175 ff.

<sup>150</sup> Z.B. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 1 OR, N 78.

<sup>151</sup> Vgl. ESSER/SCHMIDT/KÖNDGEN (zit. in Anm. 145), S. 59.

Recht auf die Werkherstellung. Wenn der Besteller die Werkherstellung verunmöglicht, so wird er letztlich deshalb schadenersatzpflichtig, weil er das Recht auf Werklohn verletzt, indem er dem Unternehmer die Werkherstellung, welche Lohnvoraussetzung ist, verunmöglicht. Anders gesagt, ist die Schadenersatzforderung lediglich ein Surrogat der Forderung auf den Werklohn, den sich der Unternehmer wegen der Unmöglichkeit der Werkerstellung nicht mehr verdienen kann.

### III. Gläubigerverzug hinsichtlich der Nachbesserungsschuld

- 129 1. Dem eben behandelten Fall verwandt ist derjenige, da der Besteller den nachbesserungswilligen Unternehmer daran hindert, die noch mögliche Nachbesserung vorzunehmen, indem er ihm z.B. den Zugang zum mangelhaften Werk verwehrt<sup>152</sup>. Der Besteller befindet sich diesfalls in Annahmeverzug, der nach Art. 95 OR abzuhandeln ist. Gemäss dieser Bestimmung kann der Unternehmer «nach den Bestimmungen über den Verzug des Schuldners vom Vertrag zurücktreten». Ein Rücktritt im technischen Sinne (Vertragsauflösung ex tunc) ist freilich bei dem hier vorausgesetzten Tatbestand, da das Werk erstellt ist, wenn auch mangelhaft, ausgeschlossen. Hingegen hat der Unternehmer die Möglichkeit, sich unter den Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 2 OR von seiner Nachbesserungsschuld zu befreien und Ersatz des positiven Vertragsinteresses zu verlangen. Wie im Falle der vom Besteller verschuldeten Nachbesserungsunmöglichkeit hat somit der Unternehmer Anspruch darauf, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn ihn der Besteller hätte nachbessern lassen.
- 130 2. Die eben vertretene Auffassung beruht auf einer Auslegung von Art. 95 OR, die nicht unbestritten ist. Die herrschende Meinung versteht den Rücktritt im Sinne von Art. 95 OR im engen technischen Sinne als Vertragsauflösung ex tunc<sup>153</sup>. Die Möglichkeit, am Vertrag festzuhalten und Ersatz des positiven Vertragsinteresses zu verlangen, wird verneint<sup>154</sup>. Dieser herrschenden Meinung kann jedenfalls für den Verzug des Bestellers mit der Annahme der Nachbesserungsarbeiten nicht gefolgt werden. Denn sie hat zur Konsequenz, dass der Unternehmer im Fall, da er durch die Annahmeverweigerung des Bestellers zum Verzicht auf die reale Vertragsabwicklung (Nachbesserung) «gezwungen» wird, anders behandelt wird als im Fall der vom Besteller verschuldeten Nachbesserungsunmöglichkeit. Für eine derartige Unterscheidung besteht aber kein sachlicher Anlass. Im Gegenteil drängt es sich auf, beide Sachverhalte

<sup>152</sup> Vgl. SemJud 1978, S. 141; BJM 1958, S. 229.

<sup>153</sup> BERNET, Basler Kurzkommentar, N 3 zu Art. 95 OR; WEBER, Berner Kommentar, N 17 zu Art. 95 OR.

<sup>154</sup> Bejahend aber BUCHER, OR AT, S. 326, zweifelnd GAUCH/SCHLUEP, Nr. 2523.

gleich zu behandeln. Will man dies nicht über eine entsprechende Auslegung von Art. 95 OR bewerkstelligen, so muss man annehmen, Art. 378 OR gelte analog auch für den Gläubigerverzug mit Bezug auf Nachbesserungsarbeiten. Richtiger scheint es jedoch, Art. 95 OR im oben umschriebenen Sinne zu interpretieren. Dagegen kann nicht eingewendet werden, Art. 107 Abs. 2 OR unterscheide zwischen Rücktritt im technischen Sinn und Festhalten am Vertrag unter Ersatz des positiven Vertragsinteresses, der Verweis in Art. 95 OR («zurücktreten») beziehe sich nur auf das erstere. Denn unser Gesetz kennt verschiedene Verzugsbestimmungen, welche von «Rücktritt» sprechen, damit aber schlicht auf Art. 107 Abs. 2 OR verweisen. So ist beispielsweise anerkannt, dass das «Rücktrittsrecht» im Sinne von Art. 214 Abs. 1 OR inhaltlich dem Wahlrecht von Art. 107 Abs. 2 OR entspricht<sup>155</sup>. Dasselbe gilt für Art. 366 Abs. 1 OR<sup>156</sup>. Weshalb es sich in Art. 95 OR anders verhalten sollte, ist nicht einzusehen. Im Gegenteil führt die hier abgelehnte restriktive Auslegung von Art. 95 OR zu wertungsmässig unbefriedigenden Ergebnissen. Das zeigt sich gerade im vorliegenden Zusammenhang.

- 131 Der Vollständigkeit halber sei beigelegt, dass diejenigen Autoren, welche den Rücktritt gemäss Art. 95 OR im engen technischen Sinn verstehen, darüber uneinig sind, ob der zurücktretende Teil nach Massgabe von Art. 109 Abs. 2 OR Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses hat oder nicht<sup>157</sup>. Die Ablehnung des Schadenersatzanspruchs kann jedenfalls nicht damit begründet werden, beim Gläubigerverzug handle es sich bloss um die Verletzung einer Obliegenheit, was keine Haftungsfolgen zeitigen könne (oben Nr. 128).

## § 8 Nicht- und Schlechterfüllung der Nachbesserungsschuld

### I. Überblick

- 132 1. Die *Nachbesserungsschuld besteht* – wie bereits gesagt – *aus zwei Komponenten*: Der Unternehmer muss die Mängel beseitigen (Arbeitsobligation), und er muss das nachgebesserte (mängelfreie) Werk abliefern (Ablieferungspflicht). Beide Pflichten hängen eng zusammen. Insbesondere hängt die Beantwortung der Frage, wann das nachgebesserte Werk zur Ablieferung fällig ist, unmittelbar davon ab, in welchem Zeitpunkt der Unternehmer mit den Nachbesserungsarbeiten beginnen und mit welcher Geschwindigkeit er diese Arbeiten vorantreiben muss (s. unten Nr. 148).

<sup>155</sup> KOLLER, N 2 zu Art. 214 OR.

<sup>156</sup> ZINDEL/PULVER, N 24 zu Art. 366 OR.

<sup>157</sup> Den Anspruch gewähren beispielsweise VON TUHR/ESCHER, S. 84; a.A. GUHL/MERZ/KOLLER, S. 243; OSER/SCHÖNENBERGER, N 2 zu Art. 95 OR, und BECKER, N 1 zu Art. 95 OR.

- 133 2. Wie es sich verhält, wenn der Unternehmer die fraglichen Pflichten nicht oder schlecht erfüllt, sagt das Werkvertragsrecht nicht ausdrücklich. Hinsichtlich der *Arbeitsobligation* lässt sich jedoch Art. 366 OR analog anwenden:
- 134 2.1. Kommt der Unternehmer **mit der Vornahme der Nachbesserungsarbeiten in Verzug**, so steht dem Besteller ein Vorgehen nach Art. 366 Abs. 1 OR offen. Er kann also – bei gegebenen Voraussetzungen – «vom Verträge zurücktreten». Das ist nicht im technischen Sinne zu verstehen. Wie bereits erwähnt, steht dem Besteller beim Tatbestand von Art. 366 Abs. 1 OR die ganze Palette der Möglichkeiten von Art. 107 Abs. 2 OR offen (Nr. 130)<sup>158</sup>. Bei dem hier interessierenden Sachverhalt, da der Unternehmer mit den Nachbesserungsarbeiten in Verzug gerät, ist Art. 107 Abs. 2 OR zusätzlich auf die gewährleistungsrechtlichen Vorschriften abzustimmen. Es ergibt sich dann – Tatbestand von Art. 366 Abs. 1 OR unterstellt – folgende Rechtslage: Der Besteller kann auf die Nachbesserung verzichten. Stattdessen kann er nun erstens vom Vertrag «zurücktreten» (Art. 366 Abs. 1 OR und Art. 107 Abs. 2 OR), dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass die besonderen Erfordernisse des Wandelungsrechts (Art. 368 Abs. 1 und 3 OR) gegeben sind. Er kann sodann zweitens die Minderung erklären<sup>159</sup>. Schliesslich kann er drittens Ersatz des positiven Vertragsinteresses verlangen. Dies allerdings nur, sofern den Unternehmer ein Verschulden trifft, und zwar ein Verschulden am Verzug, nicht etwa am Mangel<sup>160</sup>. Ein solches Verschulden vorausgesetzt, kann also der Besteller verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn die Nachbesserung vorgenommen worden wäre. Er hat somit Anspruch auf Ersatz derjenigen Kosten, die entstehen, wenn er einen Dritten nachbessern lässt. Dabei braucht er die Mängel nicht beseitigen zu lassen, bevor er das Schadenersatzbegehren stellt. Ja, er braucht die Mängel überhaupt nicht beseitigen zu lassen und kann trotzdem Schadenersatz auf Grundlage der Verbesserungskosten verlangen. Eine Berechnung nach den konkret entstandenen Kosten scheidet diesfalls natürlich aus; es ist dann auf die mutmasslichen Kosten abzustellen. Auf das alles wird zurückzukommen sein, bedurfte aber schon jetzt der Erwähnung, weil es sich bei dem nun gleich zu behandelnden Kostenersatz nach Art. 366 Abs. 2 OR anders verhält.

<sup>158</sup> ZINDEL/PULVER, N 24 zu Art. 366 OR, m.w.Nw.

<sup>159</sup> Entscheidet sich der Besteller für Minderung, so kann er daneben auch den Mangelfolgeschaden ersetzt verlangen, sofern den Unternehmer am Mangel ein Verschulden trifft. Sodann hat er Anspruch auf Ersatz allfälligen Verspätungsschadens (Art. 103 OR), vorausgesetzt, den Unternehmer trifft ein Verschulden am Verzug (nicht am Mangel).

<sup>160</sup> Vgl. demgegenüber § 635 BGB.

- 135 Ein Sonderproblem stellt sich dann, wenn der Unternehmer im Zeitpunkt, in dem der Besteller auf die Nachbesserung verzichtet, mit den Nachbesserungsarbeiten bereits begonnen hat. Alsdann fragt sich, ob diese Arbeiten rückabzuwickeln oder aber zu belassen sind. Wo ausnahmsweise die Wandelung zulässig ist, erfasst diese selbstverständlich auch die Nachbesserungsarbeiten. Wie aber, wenn der Besteller vom Nachbesserungsanspruch auf die Minderung oder auf Schadenersatz wechseln will? Diesfalls wird man zumindest beim Bauwerkvertrag ein Recht auf «Rückgabe» der Nachbesserungsarbeiten im allgemeinen verneinen müssen, weil die Rückgabe wirtschaftlich unsinnig und für den Unternehmer mit unverhältnismässigen Nachteilen verbunden wäre (Rechtsgedanke von Art. 368 Abs. 3 OR)<sup>161</sup>.
- 136 Art. 366 Abs. 1 OR besagt, bezogen auf die Ablieferungsobligation (hier Ablieferung des nachgebesserten Werks), dass der Besteller schon vor Eintritt des Ablieferungsverzugs die Verzugsrechte geltend machen kann, sofern feststeht, dass die Erfüllung nicht rechtzeitig erfolgen wird. In einem solchen Fall wäre es dem Besteller nach Treu und Glauben nicht zumutbar, den Ablieferungsverzug abzuwarten, bevor er «reagiert». Art. 366 Abs. 1 OR ist damit letztlich nichts anderes als eine Konkretisierung von Art. 2 ZGB. Er gehört in den Kontext der sog. vorzeitigen Erfüllungsverweigerung<sup>162</sup>.
- 137 **2.2. Nimmt der Unternehmer die Nachbesserungsarbeiten schlecht vor** (er verwendet z.B. schlechtes Material), so dass mit einem Fehlschlagen der Nachbesserung zu rechnen ist<sup>163</sup>, so ist Art. 366 Abs. 2 OR anwendbar, freilich nur analog. Bei gegebenen Voraussetzungen kann der Besteller die Nachbesserung «auf Gefahr und Kosten des Unternehmers einem Dritten übertragen». Dabei handelt es sich nach herrschender Ansicht<sup>164</sup> nicht um einen Schadenersatzanspruch, sondern um einen Anspruch auf Ersatzvornahme. Der Anspruch soll den Leistungserfolg (vorliegend Mängelbeseitigung) bewirken,

<sup>161</sup> In BGE 116 II 452 hat das Bundesgericht entschieden, es stehe dem Besteller beim Tatbestand von Art. 366 Abs. 1 OR «frei, den Vertrag gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit ex nunc aufzulösen und das Werk, soweit es ausgeführt ist, zu beanspruchen». Nicht zu beantworten hatte das Bundesgericht die andere Frage, ob der Besteller die Rückabwicklung verlangen könne. Diese Frage wird von GAUCH, Werkvertrag, Nr. 489, für den Fall, dass die Rückabwicklung für den Unternehmer mit unverhältnismässigen Nachteilen verbunden wäre, verneint. ZINDEL/PULVER, N 19 ff. zu Art. 366 OR, gehen auf die Problematik nicht ein.

<sup>162</sup> S. dazu im allgemeinen GAUCH/SCHLUEP, Nr. 2676.

<sup>163</sup> Nach seinem Wortlaut kommt Art. 366 Abs. 2 OR dann zum Tragen, wenn sich (während der Ausführung des Werkes) «eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung ... bestimmt voraussehen» lässt. Dieselbe Ausdrucksweise findet sich – mit formalen Abweichungen – auch in Art. 368 Abs. 1 OR. Sie ist ungenau, weil auch die «sonst vertragswidrige Erstellung» einen Mangel darstellt, und umgekehrt (oben Nr. 21).

<sup>164</sup> BECKER, N 5 zu Art. 98 OR; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1273; neustens ZINDEL/PULVER, N 39 zu Art. 366 OR.

nicht an dessen Stelle einen Ausgleich schaffen<sup>165</sup>. Der Anspruch auf Kostenersatz besteht daher nur, wenn der Besteller die Mängel tatsächlich durch einen Dritten beseitigen lässt<sup>166</sup>.

- 138 Obwohl Art. 366 Abs. 2 OR dies nicht ausdrücklich sagt, muss dem Besteller bei gegebenen Voraussetzungen die Möglichkeit offenstehen, anstelle der Ersatzvornahme Schadenersatz analog Art. 366 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR zu verlangen. Denn es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Besteller schlechter stehen soll, wenn er wegen Schlechterfüllung (Abs. 2) statt wegen Verzugs (Abs. 1) auf die Leistung des Unternehmers verzichtet<sup>167,168</sup>. Bei dem hier interessierenden Tatbestand, da der Unternehmer die Nachbesserungsarbeiten schlecht erfüllt, muss der Besteller zudem auch Minderung, ausnahmsweise sogar Wandelung verlangen können (s. oben Nr. 134).
- 139 Fraglich ist, weshalb der Gesetzgeber beim Tatbestand von Art. 366 Abs. 2 OR einen Anspruch auf Ersatzvornahme gewährt, ohne dass die Voraussetzungen von Art. 98 OR (richterliche Fristansetzung) vorliegen müssen. Plausible Erklärungen werden in der Lehre nicht angeboten. Soweit überhaupt ein Erklärungsversuch unternommen wird, vermag dieser nicht zu überzeugen. Das gilt auch für die Ansicht GAUCHS<sup>169</sup>, Art. 366 Abs. 2 OR gebe «dem Besteller ein Recht auf Ersatzvornahme, damit er in der Lage» sei, «die vertragswidrige Herstellung zu verhindern»; solle dieser Zweck erreicht werden, müsse «der Besteller rasch handeln», dürfe also nicht auf den Richter angewiesen sein<sup>170</sup>. Es trifft zwar zu, dass dem Besteller die Möglichkeit offenstehen muss, ver-

---

<sup>165</sup> Es geht um Erfüllung bzw. ein Erfüllungssurrogat, nicht um einen Ausgleich für Nichterfüllung.

<sup>166</sup> Zur Unterscheidung Schadenersatzanspruch/Anspruch auf Kostenersatz s. im einzelnen unten Nr. 440 ff.

<sup>167</sup> Vgl. BUCHER, OR BT, S. 214 Ziff. 3b; OSER/SCHÖNENBERGER, N 6 zu Art. 366 OR, unter Hinweis auf KOEBEL (zit. in Anm. 134), S. 88/9; wohl auch GAUTSCHI, N 7d zu Art. 366 OR. OSER/SCHÖNENBERGER wollen allerdings einen Schadenersatzanspruch nur in zwei Fällen geben: einmal, wenn «die Ersatzvornahme durch einen Dritten überhaupt untunlich erscheint, weil es z.B. auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers ankommt», zum zweiten, «wo bei denkbarer Betrauung eines Dritten eine rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist», wo also der Tatbestand von Abs. 2 gleichzeitig unter Abs. 1 fällt.

<sup>168</sup> Art. 98 OR erwähnt die Möglichkeit, Schadenersatz neben den Kosten der Ersatzvornahme zu verlangen, ausdrücklich. Gleiches muss im Bereich von Art. 366 Abs. 2 OR gelten, wenn man diese Bestimmung dahin interpretiert, dass sie ein Recht auf Ersatzvornahme gewährt.

<sup>169</sup> Werkvertrag, Nr. 1286.

<sup>170</sup> GAUCHS Auffassung wurde von ZINDEL/PULVER, N 28 zu Art. 366 OR, übernommen, vom Bundesgericht hingegen abgelehnt (BGE 107 II 56).

tragswidriges Verhalten des Unternehmers rasch abzustellen. Um diesen Zweck zu erreichen, hätte es jedoch genügt, dem Besteller ein Rücktrittsrecht (Recht, auf die Leistung des Unternehmers zu verzichten) einzuräumen. Wenn Art. 366 Abs. 2 OR dem Besteller ein Recht auf Ersatzvornahme eingeräumt hat, so muss dies einen andern Grund haben. M.E. geht es darum, der Gefahr zu begegnen, dass ein vertragswidriger Zustand weiteren Schaden anrichtet. Wenn beispielsweise ein rinnendes Dach zur Zerstörung des Parkettbodens führt, ist es dem Besteller nicht zumutbar, vorerst an den Richter zu gelangen, bevor er das Dach in Ordnung bringen lässt. Es muss ihm vielmehr gestattet sein, umgehend selbst für die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes besorgt zu sein, und das auf Kosten des vertragswidrig handelnden Unternehmers. Zeitliche Dringlichkeit wie im eben gemachten Beispielsfall wird freilich beim Tatbestand von Art. 366 Abs. 2 OR nicht immer gegeben sein. Von daher wäre eine Regelung sinnvoll gewesen, wonach bei zeitlicher Dringlichkeit ein Recht auf Ersatzvornahme *ohne* richterliche Ermächtigung, andernfalls nur *mit* Ermächtigung besteht. Eine solche Regelung hätte aber den Nachteil der fehlenden Praktikabilität gehabt. Aus diesem Grund scheint es auch nicht angebracht, Art. 366 Abs. 2 OR teleologisch dahin zu reduzieren, dass das Recht auf Ersatzvornahme ohne richterliche Ermächtigung nur bei Dringlichkeit des Handelns besteht. Eine andere Frage ist, ob man ein solches Recht nicht generell verneinen und Art. 366 Abs. 2 OR analog Art. 366 Abs. 1 OR interpretieren soll. Der Besteller könnte dann bei gegebenen Voraussetzungen auf die Werkvollendung verzichten und Schadenersatz verlangen. Diese Interpretation hat angesichts des engen systematischen Zusammenhanges von Abs. 1 und 2 einiges für sich<sup>171</sup>.

140 Abs. 2 von Art. 366 OR ist ebenso wie Abs. 1 Ausfluss von Art. 2 ZGB: Dem Besteller ist es nicht zumutbar, den Ablieferungstermin für das Werk abzuwarten, wenn sich der Unternehmer vertragswidrig verhält und trotz Fristsetzung zur Abhilfe nicht eines Besseren belehren lässt. Bereits vorher muss daher dem Besteller das Recht offenstehen, auf die Werkausführung (hier Nachbesserung) zu verzichten und stattdessen Schadenersatz (oder Ersatzvornahme) zu verlangen.

141 **2.3. Weigert sich der Unternehmer nachzubessern**, so stehen dem Besteller in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 1 OR die Verzugsrechte zu (vgl. BGE 96 II 351 ff., freilich ohne Bezugnahme auf Art. 366 OR). Der Besteller kann also auf die Nachbesserung verzichten und stattdessen (u.a.) Schadenersatz (positives Vertragsinteresse) verlangen<sup>172</sup>. Erfolgt die Weigerung des Unternehmers, bevor der Besteller das Nachbesserungsrecht ausgeübt hat, so

---

<sup>171</sup> Art. 1662 CCit. fasst denn auch beide Tatbestände zusammen (GAUTSCHI, N 7a zu Art. 366 OR).

<sup>172</sup> Stattdessen kann er auch mindern, ausnahmsweise sogar wandeln (oben Nr. 134).

wäre die Ausübung des Nachbesserungsrechts ein nutzloser Formalismus, auf den folglich verzichtet werden kann (Art. 2 ZGB). Der Besteller kann daher ohne Nachbesserungserklärung direkt Schadenersatz verlangen, insbesondere einen Dritten mit der Beseitigung der Mängel beauftragen und die dadurch entstehenden Kosten der Nachbesserung ersetzt verlangen.

- 142 Dasselbe gilt, wenn sich der Unternehmer als völlig unfähig erwiesen hat, das Werk herzustellen, so dass damit zu rechnen ist, dass er auch **zur Mängelbeseitigung unfähig** ist. Auch in diesem Fall darf der Besteller auf die Nachbesserung verzichten, bevor er überhaupt das Nachbesserungsrecht ausgeübt hat (vgl. den oben zit. BGE 96 II 351 ff.).<sup>173, 174</sup>.
- 143 Praktisch bedeutet dies, dass der Besteller ein zusätzliches Mängelrecht hat, wenn der Unternehmer zur Nachbesserung unfähig ist: Statt der Nachbesserung kann er Schadenersatz verlangen. Rechtlich gesehen, handelt es sich freilich nicht um ein (primäres) Mängelrecht, sondern um ein Surrogat der Nachbesserungsforderung, also um ein sekundäres Mängelrecht (s. zum Begriff oben Nr. 12 f.).
- 144 **3. Kommt der Unternehmer mit der Ablieferung des nachgebesserten Werks in Verzug**, so steht dem Besteller ein Vorgehen nach den allgemeinen Verzugsregeln offen. Diese bedürfen allerdings teilweise der Anpassung an die werkvertragsrechtlichen Besonderheiten. Das gilt insbesondere für Art. 107-109 OR (Nr. 158). Unbeachtlich sind die Art. 104-106 OR, die nur Geldschulden betreffen. Art. 103 OR ist von einiger praktischer Bedeutung, soweit er eine Haftung für Verspätungsschaden vorsieht. Hingegen kommt er insoweit, als er eine Zufallshaftung anordnet, im Zusammenhang mit dem Nachbesserungsverzug praktisch nicht zum Tragen. Das gilt jedenfalls bei Bauwerkverträgen, soweit sich das erstellte (nachzubessernde) Bauwerk auf Grund und Boden des Bestellers befindet. Denn die Haftung greift nur Platz, wenn der Verzug eine natürliche Schadensursache (*condicio sine qua non*) ist. Das trifft meist nicht zu, wenn ein zufälliges Ereignis das Bauwerk beschädigt.
- 145 Wenn beispielsweise ein Blitz in das nachzubessernde Haus einschlägt und Schaden verursacht, so wäre der Schaden auch eingetreten, wenn der Unternehmer die Nachbesserung rechtzeitig vorgenommen hätte. Der Schaden wäre unter Umständen noch grösser gewesen. Einer Zufallshaftung nach Art. 103 OR ist damit der Boden entzogen.
- 146 Neben den allgemeinen Verzugsregeln soll nach BGE 107 II 55 f. Art. 366 Abs. 2 OR analog zur Anwendung kommen, in dem Sinne, dass der Besteller ein Recht auf Ersatzvornahme ohne richterliche Ermächtigung hat. S. dazu Nr. 174 ff.

<sup>173</sup> Die Ausübung des Nachbesserungsrechts wäre diesfalls geradezu Zynismus. Der Besteller würde ja Nachbesserung verlangen, sofort aber auf die Nachbesserung verzichten mit der Begründung, der Unternehmer sei dazu unfähig.

<sup>174</sup> Ein solcher Schadenersatzanspruch lässt sich bei Unfähigkeit allenfalls auch über Art. 97 OR (subjektive Unmöglichkeit) begründen.

- 147 4. Hat der Unternehmer **ungenügend nachgebessert** und erneut ein mangelhaftes Werk abgeliefert (Schlechterfüllung der Ablieferungsobligation), so verhält es sich rechtlich gleich wie bei ursprünglichen Mängeln: Der Besteller kann wandeln, mindern oder nachbessern (BGE 109 II 41; 89 II 136)<sup>175</sup>, wenn die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind, insbesondere der Bauherr den (verbleibenden!) Mangel rechtzeitig gerügt hat<sup>176</sup>. Er ist also nicht mehr auf das Nachbesserungsrecht beschränkt. Vielmehr kann er auf die Nachbesserung verzichten und – bei gegebenen Voraussetzungen – die andern Mängelrechte geltend machen. Dies ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn sich herausstellt, dass ein Mangel gar nicht vollständig behoben werden kann und daher ein endgültiger Minderwert verbleibt (vgl. BGE 105 II 104); «der Besteller ist mit Rücksicht auf den verbleibenden Minderwert zur Minderung berechtigt»<sup>177</sup>. So verhält es sich auch dann, wenn ein sog. merkantiler Minderwert verbleibt. Dabei handelt es sich um einen Minderwert, der dem Werk anhaftet, obwohl es technisch einwandfrei instandgestellt wurde. Paradebeispiel ist – ausserhalb des Bauwerkvertrages – das Unfallauto, gegen dessen Erwerb beim Publikum eine den Preis beeinflussende Abneigung besteht. Auch ein derartiger merkantiler Minderwert ist Minderwert i.S. von Art. 368 Abs. 2 OR, den der Besteller unter dem Gesichtspunkt der Minderung liquidieren kann; ein Verschulden des Unternehmers ist somit nicht vorausgesetzt<sup>178</sup>.

<sup>175</sup> HONSELL, OR BT, S. 220.

<sup>176</sup> Vgl. FURRER, S. 76; THOMAS ALEXANDER SCHLUEP, Der Nachbesserungsanspruch und seine Bedeutung innerhalb der Mängelhaftung des Schweizerischen Kaufrechts, Diss. Bern 1989, S. 103; GAUTSCHI, N 23 zu Art. 368 OR; besonders deutlich LENZLINGER GADIANT, S. 110 f.: «Liefert der Unternehmer das verbesserte Werk *erneut* ab, gelten dieselben Regeln wie bei der ursprünglichen Ablieferung. Der Bauherr hat das Werk zu prüfen und die festgestellten Mängel zu rügen. Zeigt er schlecht verbesserte Mängel dem Unternehmer nicht nochmals an, hat er seine Mängelrechte verwirkt.»

<sup>177</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1301.

<sup>178</sup> A.A. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1145, unter Berufung auf die deutsche Lehre. Seines Erachtens ist der merkantile Minderwert Mangelfolgeschaden, den der Unternehmer nur zu ersetzen hat, wenn ihn ein Verschulden trifft. Diese Auffassung vermag schon wertungsmässig nicht zu überzeugen: Der merkantile Minderwert stört das werkvertragliche Synallagma, eine solche Störung ist aber über die alternativen Mängelrechte zu beseitigen (vgl. Anm. 3). Wie GAUCH neustens ZINDEL/PULVER, N 38 und 70 zu Art. 368 OR.

## II. Verzug mit der Ablieferung des nachgebesserten Werks (Nachbesserungsverzug)

Im folgenden wird im einzelnen auf den Nachbesserungsverzug eingegangen. Damit ist – sprachlich ungenau – der Verzug mit der Ablieferung des nachgebesserten Werks (nicht der Verzug mit den Nachbesserungsarbeiten) gemeint.

### 1. Tatbestand

- 148 1. Verzug bedeutet hier wie andernorts pflichtwidrige Verzögerung der Leistung: Der Unternehmer liefert das nachgebesserte Werk nicht ab, obwohl er es abliefern müsste. Der Verzug in diesem Sinne setzt vorerst **Fälligkeit** der Ablieferungsobligation voraus. Da das Werkvertragsrecht keine spezielle Fälligkeitsregel kennt, ist auf Art. 75 OR abzustellen<sup>179</sup>. Danach kann die Erfüllung sogleich (gemeint ist mit Entstehung der Obligation) gefordert werden, soweit sich aus Vertrag oder der «Natur des Rechtsverhältnisses» nichts anderes ergibt. Auch für die Ablieferungsobligation gilt, dass sie – grundsätzlich – sofort mit der Entstehung fällig wird. Sie entsteht jedoch nicht schon mit der Ausübung des Nachbesserungsrechts. Vielmehr folgt aus der «Natur» der Nachbesserungsschuld, dass dem Unternehmer für die Mängelbeseitigung angemessen Zeit zu lassen ist. Wie lange, kann nicht allgemein gesagt werden. Es kommt auf die Umstände an, so etwa auf den Umfang, die Wichtigkeit und die Art der auszuführenden Arbeiten<sup>180</sup>. In allgemeiner Hinsicht lässt sich immerhin sagen, dass der Unternehmer mangels besonderer Umstände mit der Nachbesserung sofort zu beginnen und die Arbeiten zügig fortzusetzen hat. Dass mit den Nachbesserungsarbeiten sofort zu beginnen ist, ergibt sich wiederum aus Art. 75 OR (sofortige Fälligkeit der Arbeitsobligation, d.h. der Pflicht, die Nachbesserungsarbeiten vorzunehmen, Nr. 132).
- 149 Es dient der Rechtssicherheit, wenn der Bauherr dem Unternehmer eine Verbesserungsfrist setzt. Mit deren Ablauf wird das nachgebesserte Werk zur Ablieferung fällig<sup>181</sup>. Und dies auch dann, wenn die Frist unangemessen kurz war, der Unternehmer gegen die Fristsetzung jedoch nicht protestiert hat (vgl.

<sup>179</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, N 2 zu Art. 366 OR.

<sup>180</sup> Beispielsweise können gewisse Arbeiten, etwa Umgebungsarbeiten, im Winter nicht vorgenommen werden. Rinnt das Dach des Bestellers, so wird man vom Unternehmer ein schnelleres Vorgehen erwarten dürfen, als wenn lediglich einzelne Ziegel nicht die richtige Farbe aufweisen und daher ausgewechselt werden müssen. Zu berücksichtigen ist ferner etwa, ob der Unternehmer ohnehin schon im Rückstand ist oder ob er umgekehrt das Werk rechtzeitig oder sogar frühzeitig erstellt hat.

<sup>181</sup> Vgl. Art. 169 SIA-Norm 118, dazu Nr. 236 f.

in verwandtem Zusammenhang BGE 116 II 440, 105 II 34)<sup>182</sup>. Mit Ablauf der Verbesserungsfrist kommt der Unternehmer im allgemeinen auch sogleich in Verzug<sup>183</sup> (unten Nr. 150-152). Entsprechendes gilt, wenn der Besteller einen Ablieferungstermin setzt.

- 150 2. Ist Fälligkeit gegeben, so bedeutet dies, dass der Besteller die Ablieferung des nachgebesserten Werks verlangen *kann*. Es bedeutet aber nicht notwendig, dass er das nachgebesserte Werk auch tatsächlich schon verlangen *will*. Es ist ja denkbar, dass er für das nachgebesserte Werk im Moment noch keinen Bedarf hat. Man stelle sich etwa vor, dass er in den Ferien weilt und daher an der Abnahme des nachgebesserten Werks verhindert ist. Aus dem Gesagten folgt: Liefert der Unternehmer das nachgebesserte Werk trotz Fälligkeit nicht ab, so handelt er im allgemeinen noch nicht pflichtwidrig, ist also nicht in Verzug. Pflichtwidrig handelt er vielmehr erst dann, wenn er zur Leistung aufgefordert, also **gemahnt** wird (Art. 102 Abs. 1 OR), und trotzdem nicht leistet<sup>184</sup>. Erst dann ist er in Verzug. Eine Ausnahme gilt für den Fall, dass die Parteien zum vornherein abmachen, bis zu welchem Zeitpunkt oder innert welcher Frist die Nachbesserung erfolgen soll. In einem derartigen Fall – **Verfalltagsgeschäft** – steht auch ohne Mahnung fest, wann der Besteller das nachgebesserte Werk erwartet. Der Unternehmer kommt daher ohne weiteres in Verzug, wenn er bis zum abgemachten Zeitpunkt nicht leistet bzw. die vereinbarte Verbesserungsfrist nicht einhält (Art. 102 Abs. 2 OR).
- 151 Gleiches muss auch dann gelten, wenn ein bestimmter Zeitpunkt für die Ablieferung des verbesserten Werks (Fälligkeitstermin) nicht vertraglich abgemacht, sondern vom Bauherrn *einseitig* festgesetzt wird. Denn auch in diesem Fall weiss der Unternehmer zum vornherein, wann Leistung erwartet wird. Hält er den Zeitpunkt nicht ein, so handelt er pflichtwidrig: Er ist in Verzug<sup>185</sup>. Dasselbe gilt, wenn der Bauherr einseitig eine Verbesserungsfrist festsetzt und

<sup>182</sup> GUHL/MERZ/KOLLER, S. 236; GAUCH/SCHLUEP, Nr. 3015.

<sup>183</sup> Vgl. Art. 169 der SIA-Norm 118.

<sup>184</sup> Der Verzug tritt nicht unmittelbar mit der Mahnung ein, sondern erst nach einer kurz bemessenen Frist, innert welcher der Schuldner die Ablieferung des Werks vollziehen kann (SCHENKER, Nr. 93 ff., 106 ff.). Bei Bauwerken auf Grund und Boden des Bestellers wird man allerdings auf die Mahnung überhaupt verzichten und Verzug unmittelbar mit Ablauf der angemessenen Frist i.S. von Art. 75 OR (Nr. 148) annehmen dürfen (s. unten im Text).

<sup>185</sup> Ist der Unternehmer der Meinung, der angesetzte Termin lasse ihm für die Nachbesserung nicht genügend Zeit i.S. von Art. 75 OR, so muss er protestieren, ansonst er sich den Termin entgegenhalten lassen muss (vgl. hinten im Text Nr. 162). Anders KURSCHIEL, S. 64, mit Bezug auf das österreichische Recht.

der Unternehmer diese nicht einhält<sup>186</sup>. Die einseitige Frist- bzw. Terminansetzung ist zwar in Art. 102 OR nicht als verzugsbegründender Tatbestand aufgeführt, der Sache nach handelt es sich aber um nichts anderes als um eine vorweggenommene (vor Fälligkeit erfolgte) Mahnung. Es verhält sich ähnlich wie im Fall, da durch Kündigung auf einen bestimmten Zeitpunkt hin eine Leistungspflicht begründet wird. Die Leistungspflicht wird dann mit dem Eintritt des Termins nicht nur fällig, sondern der Schuldner gerät auch in Verzug, wenn er dannzumal nicht leistet (Art. 102 Abs. 2 OR). Wird durch Kündigung im umschriebenen Sinne ein Verfalltag begründet, so muss im vorliegenden Kontext dasselbe gelten.

- 152 Fraglich ist, ob man noch weitergehen und schon dann Verzug annehmen kann, wenn der Unternehmer innert angemessener Frist (Art. 75 OR) seit dem Nachbesserungsbegehren das nachgebesserte Werk nicht abgeliefert, also den Fälligkeitstermin nicht einhält<sup>187</sup>. Vgl. in verwandtem Zusammenhang Art. 259b OR. Nach dieser Bestimmung kommt der Vermieter mit der Mängelbeseitigung ohne weiteres in Verzug, wenn er die Mängel nicht innert angemessener Frist seit Mängelkenntnis beseitigt. Bei wörtlicher Interpretation ist nicht einmal ein Begehren des Mieters um Mängelbeseitigung vorausgesetzt<sup>188</sup>. M.E. ist die aufgeworfene Frage für den Bauwerkvertrag zu bejahen. Der Unternehmer kommt somit im Zeitpunkt, in dem das nachgebesserte Werk zur Ablieferung fällig wird, gleichzeitig auch in Verzug.
- 153 **3. In Verzug kommt der Unternehmer freilich immer nur dann, wenn eine Pflichtwidrigkeit nicht aus besonderem Grund entfällt**, so etwa wegen Annahmeverzugs des Bestellers (dazu Nr. 129 ff.) oder weil dem Unternehmer ein Rückbehaltungsrecht (Leistungsverweigerungsrecht) zusteht.
- 154 Ein Rückbehaltungsrecht (Art. 82 OR) hat der Unternehmer dann, wenn der Besteller die Vergütung (oder einen Teil davon) pflichtwidrig nicht bezahlt. Dies trifft dann zu, wenn der Besteller den fälligen (Art. 372 OR) Werklohn ohne Rückbehaltungsrecht zurückbehält. Ein Rückbehaltungsrecht hat der Bauherr – mangels anderer Abrede – (nur) für den auf die Nachbesserungsarbeiten entfallenden Vergütungsanteil (Nr. 286). Behält er mehr zurück, handelt er pflichtwidrig und begründet damit ein Recht des Unternehmers, seinerseits die

<sup>186</sup> Anmerkung 185 gilt entsprechend. Beispiel: Das von Dachdecker A erstellte Dach weist mehrere schadhafte Ziegel auf. Der Besteller verlangt Nachbesserung und setzt dem Dachdecker eine zweiwöchige Verbesserungsfrist an. Nimmt der Unternehmer die Fristansetzung widerspruchlos hin, so wird die Ablieferungspflicht mit Ablauf dieser Frist fällig (oben Nr. 149), und gleichzeitig tritt Verzug ein, und dies unabhängig davon, ob die Verbesserungsfrist i.S. von Art. 75 OR angemessen ist.

<sup>187</sup> Vgl. SCHLUEP (zit. in Anm. 176), S. 104.

<sup>188</sup> M.E. ist allerdings eine wörtliche Interpretation nicht angebracht und davon auszugehen, dass der Verzug ein solches Begehren voraussetzt (GUHL/MERZ/KOLLER, S. 382).

Nachbesserung zu verweigern. Die Rückbehaltungsrechte von Besteller und Unternehmer «grenzen aneinander».

- 155 Beispiel: Die von A ausgeführten Malerarbeiten weisen einzelne Mängel auf, deren Behebung maximal Fr. 500.-- kostet. Wenn der Besteller die Nachbesserung verlangt, so darf er den Werklohn in Höhe von Fr. 500.-- zurückbehalten. Behält er mehr zurück, verstösst er gegen Art. 372 OR i.V.m. Art. 82 OR; der Unternehmer ist dann berechtigt, die Nachbesserung zu verweigern, kommt also nicht in Verzug.

## 2. Verzugsfolgen: Die Rechtsstellung des Bestellers

- 156 Ist der Unternehmer mit der Ablieferung des nachgebesterten Werks in Verzug, so richtet sich die Rechtsstellung des Bestellers – wie gesagt – nach Art. 103 OR sowie Art. 107-109 OR. Daneben soll nach bundesgerichtlicher Ansicht Art. 366 Abs. 2 OR analoge Anwendung finden. Auf diese Bestimmungen wird nun – mit Ausnahme von Art. 103 OR (dazu oben Nr. 144) – näher eingegangen.
- 157 Vorwegzuschicken ist, dass der Verzug als solcher keine Rechtswirkungen zeitigt. Immer müssen zusätzliche Voraussetzungen gegeben sein, damit er Rechtsfolgen auslöst. Anderes gilt lediglich für Art. 104 OR<sup>189</sup>, der jedoch im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle spielt (oben Nr. 144).

### A. Art. 107-109 OR

#### a. Überblick

- 158 Nach Art. 107 Abs. 1 OR kann der Besteller dem im Verzug befindlichen Unternehmer eine Nachfrist ansetzen. Liefert der Unternehmer das nachgebesterte Werk innert Frist nicht ab, so richtet sich die Rechtslage nach Art. 107 Abs. 2 OR, «jedoch unter Berücksichtigung der werkvertragsrechtlichen Besonderheiten»<sup>190</sup>. Das bedeutet<sup>191</sup>: Der Besteller kann nach wie vor auf Erfüllung beharren, d.h. Nachbesserung verlangen. Er kann aber auch – sofern er dies unverzüglich erklärt – auf Nachbesserung verzichten. Diesfalls geht die Nachbesserungsforderung des Bestellers unter, allerdings nicht ersatzlos. Vielmehr hat nun der Besteller ein dreifaches Wahlrecht: Er kann erstens vom Vertrag «zurücktreten» (Art. 107 Abs. 2 OR), dies jedoch nur in Form der Wandelung und nur unter der Voraussetzung, dass die besonderen Voraussetzungen des Wandelungsrechts (Art. 368 Abs. 1 und 3 OR) gegeben sind. Er kann sodann zweitens die Minderung erklären. Schliesslich kann er drittens Ersatz des po-

<sup>189</sup> Verzug mit einer Geldschuld macht zinspflichtig.

<sup>190</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1263, auch zum Folgenden.

<sup>191</sup> GUHL/MERZ/KOLLER, S. 485 f.

sitiven Vertragsinteresses verlangen<sup>192</sup>. Dies allerdings nur, sofern den Unternehmer ein Verschulden trifft, und zwar ein Verschulden am Verzug, nicht etwa am Mangel<sup>193</sup>. Ein solches Verschulden vorausgesetzt, kann also der Besteller verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn die Nachbesserung vorgenommen worden wäre. Er hat somit Anspruch auf Ersatz derjenigen Kosten, die entstehen, wenn er einen Dritten nachbessern lässt. Fehlt ein Verschulden, so muss dem Besteller nachträglich die Möglichkeit eingeräumt werden, auf einen der andern beiden Rechtsbehelfe auszuweichen, also Minderung oder Wandelung zu verlangen<sup>194</sup>.

- 159 Das Bundesgericht ist in BGE 107 II 55 f. der Ansicht, dem Besteller stehe bei ungenutztem Ablauf der Nachfrist noch eine weitere (vierte) Möglichkeit offen: Er könne nach Art. 366 Abs. 2 OR einen Dritten mit der Mängelbeseitigung betrauen und die Kosten dieser Ersatzvornahme vom Unternehmer ersetzt verlangen (Aufwendungsersatz, nicht Schadenersatz, Nr. 137).

## **b. Das Erfordernis der Nachfristansetzung**

- 160 1. Die Nachfrist i.S. von Art. 107 Abs. 2 OR ist nicht identisch mit der Verbesserungsfrist im oben Nr. 149 umschriebenen Sinne: Setzt der Besteller dem Unternehmer eine Verbesserungsfrist an, so kommt der Unternehmer – vorbehaltlich besonderer Gründe (Nr. 153) – mit ungenutztem Ablauf dieser Frist ohne weiteres in Verzug (Nr. 151). Will er auf die Nachbesserung verzichten, so muss er eine weitere Frist (Nachfrist im Sinne von Art. 107 OR) ansetzen<sup>195</sup>. Das wird in der Baubranche als unbefriedigend empfunden. Daher lässt es die SIA-Norm bei der Verbesserungsfrist bewenden und gibt dem Bauherrn unmittelbar nach deren Ablauf das Recht, auf die Verbesserung zu verzichten (Nr. 260). In Österreich, das eine ähnliche gesetzliche Ausgangslage wie die Schweiz kennt, wurde das doppelte Fristerfordernis ebenfalls beseitigt, allerdings mit einem Kunstgriff, der für das schweizerische Recht abzulehnen ist<sup>196</sup>.

<sup>192</sup> Es lebt somit das ursprüngliche Wahlrecht wieder auf (ZINDEL/PULVER, N 62 zu Art. 368 OR), «jetzt ergänzt durch das alternative Recht auf Ersatz des aus der Nichterfüllung der Nachbesserungsschuldentstandenen Schadens» (GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1265).

<sup>193</sup> Vgl. demgegenüber § 635 BGB.

<sup>194</sup> Vgl. MAYRHOFER, S. 450, zum österreichischen Recht.

<sup>195</sup> Anders in verwandtem Zusammenhang SCHLUEP (zit. in Anm. 176), S. 104.

<sup>196</sup> Vgl. WILHELM, JBl 1975, S. 119 ff. Er betrachtet die Schlechterfüllung gleichzeitig als Verzugstatbestand. Der Unternehmer komme daher bereits mit Ablieferung des mangelhaften Werks in Verzug. Die Verbesserungsfrist gilt dann als Nachfrist. So neustens auch KURSCHER, S. 78, Text und Anm. 138. Diese Auffassung hat sich allerdings nicht allgemein durchgesetzt.

- 161 **2.** Die Nachfrist muss angemessen sein. Es braucht jedoch nicht nochmals die Möglichkeit gewährt zu werden, die ganzen Nachbesserungsarbeiten vorzunehmen. Vielmehr ist nur mehr für Resterfüllung Gelegenheit zu geben. Nach Fristablauf *kann* der Besteller auf Nachbesserung verzichten, er muss jedoch nicht. Vielmehr kann er auf Erfüllung beharren und eine weitere Frist setzen. Eine zweite (dritte usw.) Fristsetzung kann unter Umständen kürzer ausfallen als die erste, schon eine «Frist bis zum selben Abend» kann genügen (vgl. BGE 91 II 351).
- 162 Wird eine zu kurze Frist angesetzt, so gilt diese, wenn der Unternehmer nicht protestiert (BGE 116 II 440, 105 II 34). Protestiert er, so wird die zu kurze in eine angemessene Frist umgedeutet (vgl. schon BGE 29 II 251)<sup>197</sup>. Protestiert der Unternehmer nicht, so muss der Besteller mit Ablauf der angesetzten (zu kurzen) Frist unverzüglich auf die Nachbesserung verzichten, wenn er dies beabsichtigt (anders wohl BGE 91 II 351<sup>198</sup>).
- 163 **3.** Die Ansetzung einer Nachfrist erübrigt sich in den Fällen von Art. 108 OR. Praktisch bedeutsam ist vor allem Ziff. 1 dieser Bestimmung. Hier ist vorgesehen, dass die Ansetzung einer Frist nicht nötig ist, «wenn aus dem Verhalten des Schuldners [hier also des Unternehmers] hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde». Als unnütz erweist sie sich vorab einmal dann, wenn der Unternehmer zur Nachbesserung unfähig ist<sup>199</sup>, sodann im Fall, da der Unternehmer sich weigert nachzubessern, z.B. mit der Behauptung, es bestehe gar kein von ihm zu vertretender Mangel oder es sei die Rügefrist nicht eingehalten worden usw.<sup>200</sup>.

### c. Der Verzicht auf die Nachbesserung

- 164 **1.** Das Recht, auf Nachbesserung zu verzichten, ist ein **Gestaltungsrecht**. Es folgt den diesbezüglichen Regeln. Die Verzichtserklärung ist daher grundsätzlich bedingungsfeindlich (Vorbehalt in Nr. 166) und unwiderruflich (vgl. oben Nr. 103)<sup>201</sup>. Wenn also der Bauherr auf die Nachbesserung verzichtet hat,

<sup>197</sup> BECKER, N 23 zu Art. 107 OR, und OSER/SCHÖNENBERGER, N 15 zu Art. 107 OR.

<sup>198</sup> Nach diesem Entscheid soll abgewartet werden können, bis eine angemessene Frist verstrichen ist.

<sup>199</sup> Diesfalls braucht aber der Besteller gar nicht den Nachbesserungsverzug abzuwarten. Vielmehr stehen ihm die Verzugsrechte schon vor Verzugsseintritt zu, ja, der Besteller braucht nicht einmal das Nachbesserungsrecht auszuüben, wenn er jene Rechte geltend machen will. Insbesondere kann er ohne weiteres einen Dritten mit der Mängelbeseitigung betrauen und den Unternehmer auf Kostenersatz (als Schadenersatz) belangen (BGE 96 II 353; ZINDEL/PULVER, N 63 zu Art. 368 OR; vorne Nr. 142 f.).

<sup>200</sup> Vgl. z.B. für das deutsche Recht STAUDINGER/PETERS, N 197 zu § 633 BGB.

<sup>201</sup> Vgl. WIEGAND, Basler Kurzkommentar, N 14 zu Art. 107 OR.

so kann er auf diesen Entscheid nicht nachträglich zurückkommen und das Nachbesserungsrecht wieder aufleben lassen<sup>202</sup>. Das gilt selbst dann, wenn die Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 2 OR nicht gegeben waren (Art. 377 OR; unten Nr. 167).

- 165 2. Die Verzichtserklärung bedarf keiner bestimmten Form. Inhaltlich ist vorausgesetzt, dass damit dem Unternehmer in eindeutiger Weise mitgeteilt wird, der Besteller verzichte *endgültig* auf die Durchsetzung des Nachbesserungsanspruchs<sup>203</sup>. Ist die Verzichtserklärung nicht in diesem Sinne definitiv, so fällt die Nachbesserungsschuld nicht dahin und dem Unternehmer bleibt die Möglichkeit gewahrt, doch noch zu erfüllen.
- 166 3. Mit der Nachfristansetzung kann die **Androhung** verbunden werden, **dass mit ungenutztem Ablauf der Frist auf die Nachbesserung verzichtet werde**<sup>204</sup>. Ist dies geschehen, so fällt die Nachbesserungsschuld ohne weiteres dahin, wenn die Frist nicht eingehalten wird<sup>205</sup>. Rechtlich gesehen, handelt es sich hier um eine bedingte Verzichtserklärung: Der Bauherr erklärt, auf die Nachbesserung verzichten zu wollen für den (ungewissen) Fall, dass nicht nachgebessert werden sollte. Ein solcher bedingter Verzicht ist nach allgemeinem Grundsatz (vorne Nr. 101) zulässig, sofern damit für den Gegner (Unternehmer) keine unzumutbare Unsicherheit verbunden ist. Das ist vorliegend nicht der Fall, da die Nachbesserung und damit das Schicksal der Nachbesserungsschuld ausschliesslich in Händen des Unternehmers liegt.
- 167 4. Wenn der Bauherr nach Art. 107 OR auf Nachbesserung verzichtet, obwohl die **Voraussetzungen für einen Verzicht nicht gegeben sind**, so entfaltet zwar die Verzichtserklärung nicht die in Art. 107 Abs. 2 OR vorgesehenen Folgen. D.h. der Bauherr kann nun nicht mindern, wandeln oder Schadenersatz verlangen. Aber die Verzichtserklärung ist nicht wirkungslos. Vielmehr ist sie

<sup>202</sup> ZR 1959, S. 12; VON TUHR/ESCHER, S. 154.

<sup>203</sup> Vgl. WIEGAND, Basler Kurzkommentar, N 14 zu Art. 107 OR.

<sup>204</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1266.

<sup>205</sup> Dem Besteller ist es verwehrt, nach Ablauf der Frist noch die Verbesserung zu verlangen. Er kann dies auch dann nicht, wenn er dem Unternehmer sofort nach Fristablauf mitteilt, er wolle nun doch an der Mängelbeseitigung festhalten. Die gegenteilige Ansicht KURSCHELS (Verbesserungsanspruch trotz Ablaufs der gesetzten Frist?, WBl 1987, S. 258 f.) trägt den berechtigten Interessen des Unternehmers (Vertrauensschutz) nicht genügend Rechnung. Aus Art. 190 Abs. 2 OR, der einen verwandten, aber wertungsmässig doch anders gelagerten Fall regelt, ergibt sich nichts anderes. – Das Gesagte gilt freilich nur für den Fall, dass der Besteller vorbehaltlos angekündigt hatte, er werde bei nicht fristgemässer Nachbesserung auf diese verzichten. Hat er lediglich mitgeteilt, er behalte sich das Recht vor, allenfalls auf die Nachbesserung zu verzichten, so fällt die Nachbesserungsschuld nicht eo ipso dahin, und der Besteller kann nach wie vor die Mängelbeseitigung verlangen (Nr. 165).

in eine Rücktrittserklärung in Analogie zu Art. 377 OR umzudeuten (BGE 98 II 115 E. 2)<sup>206</sup>. Die Rechtslage ist dann dieselbe wie in dem oben behandelten Fall, da der Bauherr, der Nachbesserung verlangt hat, die Nachbesserung selbst vornimmt und dadurch den Unternehmer daran hindert nachzubessern. Es gilt somit folgendes (Nr. 120): Der Unternehmer wird von seiner Nachbesserungsschuld befreit und behält trotzdem den vollen Werklohnanspruch. Er muss sich lediglich anrechnen lassen, was er wegen der unterbliebenen Nachbesserung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat.

- 168 **5.** Will der Bauherr nach unbenutztem Ablauf der Nachfrist auf die Nachbesserung verzichten, so muss er dies **sofort** («unverzüglich», Art. 107 Abs. 2 OR) erklären. Anders, wenn er bereits mit der Fristansetzung mitgeteilt hatte, er werde bei Nichtwahrung der Frist auf die Nachbesserung verzichten. Diesfalls fällt mit dem Fristablauf die Nachbesserungsschuld ohne weiteres dahin<sup>207</sup>.

#### **d. Der Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses**

- 169 **1.** Bei gegebenen Voraussetzungen kann der Bauherr, der auf Nachbesserung verzichtet hat, die Mängel durch einen Dritten beseitigen lassen und unter dem Titel des Erfüllungsinteresses die dadurch entstehenden Kosten (sog. Deckungskapital<sup>208</sup>) beim Unternehmer einverlangen. Zu beachten ist, dass der Besteller im allgemeinen zum gleichen Resultat gelangen kann, wenn er das Minderungsrecht ausübt. Denn der Minderwert ist vermutungsweise (BGE 116 II 313, 111 II 162) identisch mit dem Deckungskapital<sup>209</sup>.
- 170 Dahinter steckt die Idee, dass ein mangelbehaftetes Werk im Normalfall verbessert wird, daher nach der Verkehrsanschauung<sup>210</sup> der Minderwert gerade mit den Kosten der Mängelbeseitigung identisch ist. Indes gibt es Mängel, die im Verkehr keine Rolle spielen. Bestellt jemand ein violettes Haus, bekommt er jedoch ein weisses, so liegt ein Mangel vor. Ein Minderwert dürfte aber nach der Verkehrsanschauung nicht vorliegen, weil der Verkehr im allgemeinen weisse Häuser violetten vorzieht. Hingegen können die Kosten der Mängelbeseitigung erheblich sein<sup>211</sup>.

<sup>206</sup> GUHL/MERZ/KOLLER, S. 489 Ziff. 2 a.E.

<sup>207</sup> Man kann sich höchstens fragen, ob dem Bauherrn die Möglichkeit offenstehen muss, diese angedrohte Folge zu verhindern, indem er nach Fristablauf sofort erklärt, er wolle entgegen der früheren Androhung an der Nachbesserung festhalten (vgl. oben Anm. 205).

<sup>208</sup> Ausdrucksweise, die dem österreichischen Sprachgebrauch (z.B. SZ 44 Nr. 69, S. 253) entnommen ist.

<sup>209</sup> GUHL/MERZ/KOLLER, S. 486.

<sup>210</sup> Auf diese kommt es bei der Bemessung des Minderwerts massgeblich an. S. ZINDEL/PULVER, N 36 zu Art. 368 OR: «Der Minderwert bestimmt sich nach dem objektiven Wert, i.d.R. also dem Verkehrs- oder Veräusserungswert ... »

<sup>211</sup> Weniger einfach waren die Verhältnisse in BGE 116 II 114, wo die Nachbesserungskosten den Minderwert ebenfalls überstiegen.

- 171 Abgesehen von derartigen Ausnahmefällen ist der Schadenersatzanspruch nur dann von praktischem Interesse, wenn der Schaden des Bestellers das Deckungskapital übersteigt. Zu denken ist etwa an den Fall, da der Besteller das Werk wegen der Mängel vorerst nicht vermieten kann und daher einen Einnahmenverlust erleidet<sup>212</sup>.
- 172 **2.** Minderung und Nichterfüllungsschaden sind nach verbreiteter Lehrmeinung die einzigen Rechtstitel, unter denen der Bauherr das Deckungskapital ersetzt verlangen kann. Diese Ansicht ist freilich nicht unbestritten. Das Bundesgericht ist der Meinung, dass dem Besteller auch über eine analoge Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR geholfen werden kann (BGE 107 II 55 f.). Zu dieser Auffassung s. gleich nachstehend Nr. 174 ff.
- 173 **3.** Der Schadenersatzanspruch aus Art. 107 Abs. 2 OR, der an die Stelle des Nachbesserungsanspruchs tritt, ist ein sekundäres Mängelrecht (vgl. Nr. 12). Daher richtet sich die Verjährung nach Art. 371 OR, nicht nach Art. 127 ff. OR (Nr. 356).

### **B. Analoge Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR?**

- 174 **1.** Ist der Unternehmer mit der Nachbesserung in Verzug und lässt er auch eine vom Besteller angesetzte Nachfrist (Art. 107 OR) ungenutzt verstreichen, so kann der Besteller gemäss BGE 107 II 56<sup>213</sup> in Analogie zu Art. 366 Abs. 2 OR «die Mängelbehebung ohne richterliche Ermächtigung einem Dritten übertragen und der Klägerin [Unternehmerin] gegenüber Kostenersatz geltend machen». Der Besteller hat somit beim Tatbestand von Art. 107 Abs. 2 OR – wie gesagt – nicht nur das Recht zu wandeln, zu mindern oder Schadenersatz zu verlangen, vielmehr hat er auch das Recht auf Ersatzvornahme<sup>214</sup>.

<sup>212</sup> Ein solcher Einnahmenverlust stellt Mangelschaden (Nr. 8) dar, der nach Art. 107 Abs. 2 OR zu liquidieren ist (Nr. 9). Es handelt sich weder um Verspätungsschaden, der nach Art. 103 OR zu ersetzen wäre, noch um Mangelfolgeschaden, für dessen Ersatz Art. 368 OR zum Zuge käme (Nr. 7). Verspätungsschaden liegt nicht vor, da mit dem Verzicht auf die Nachbesserung die Nachbesserungsschuld untergegangen ist, somit ein Verzug ausser Betracht fällt. Ein Mangelfolgeschaden ist nicht gegeben, weil der Einnahmenverlust im Falle der Nachbesserung nicht entstanden wäre.

<sup>213</sup> Obiter bestätigt in BGE 116 II 314.

<sup>214</sup> BGE 107 II 55 f. ist nicht auf ungeteilte Zustimmung gestossen. Die wohl heftigste Kritik findet sich bei GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1286 ff.; diese Kritik halten ZINDEL/PULVER, N 59 zu Art. 368 OR, für berechtigt. GAUCHS Kritik knüpft an seine m.E. irri-ge (Nr. 139) Auslegung von Art. 366 Abs. 2 OR an. Die Rechtsprechung ist dem Bundesgericht gefolgt (so jedenfalls Rep 1983, S. 311 = BR 1984, S. 15 f., Nr. 9), ein Teil der Lehre ebenfalls (z.B. BUCHER, OR BT, S. 210; GUIHL/MERZ/KOLLER, S. 486).

- 175 2. Art. 366 Abs. 2 OR ist nach dem oben in Nr. 137 Gesagten keine Verzugsregel, sondern eine Regel der Schlechterfüllung. Denn er betrifft nicht den Fall, da der Unternehmer die Werkerstellung verzögert (das ist der Tatbestand von Abs. 1), sondern das Werk nicht so ausführt, wie er müsste, derart, dass sich «eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung ... bestimmt voraussehen» lässt. Von daher scheint eine analoge Anwendung auf den Nachbesserungsverzug bedenklich und vielmehr eine Analogie zu Art. 366 Abs. 1 OR, welcher aber gerade kein Recht auf Ersatzvornahme vorsieht, nahezuliegen. Bei näherer Betrachtung erscheint jedoch die Analogie zu Abs. 2 vertretbar. Die ratio legis dieser Bestimmung besteht ja darin, dem Besteller die Möglichkeit der Ersatzvornahme ohne richterliche Ermächtigung zu geben, weil die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes oft drängt (Nr. 139). Der gleiche Gesichtspunkt spielt nun aber auch bei Mängeln des abgelieferten Werks eine Rolle, so etwa dann, wenn das Dach rinnt oder eine Treppe mit mangelhaften Schutzgeländern versehen wurde. Man wird sogar sagen können, dass das Moment der zeitlichen Dringlichkeit bei Mängeln des abgelieferten Werks die weitaus grössere Rolle spielt als vor der Ablieferung. Daher ist dem Besteller das Recht auf Ersatzvornahme in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR zu gewähren, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung pflichtwidrig verzögert.
- 176 Im Ergebnis besteht somit eine ähnliche Rechtslage wie bei Vereinbarung der SLA-Norm 118 (vgl. Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1, dazu Nr. 260, 264). Beigefügt sei, dass auch das deutsche Recht ein Recht auf Ersatzvornahme zur Beseitigung von Mängeln kennt (§ 633 Abs. 3 BGB). Vorausgesetzt ist jedoch lediglich Verzug, während nach BGE 107 II 55 f. zusätzlich eine Nachfristansetzung i.S. von Art. 107 Abs. 2 OR erforderlich ist<sup>215</sup>. Im übrigen sieht auch das Mietrecht ein Recht auf Ersatzvornahme vor, wenn der Vermieter mit der Beseitigung von Mängeln in Verzug gerät. Ohne richterliche Ermächtigung besteht dieses Recht jedoch nur bei einem Mangel, der «die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch zwar vermindert, aber nicht erheblich beeinträchtigt» (Art. 259b lit. b OR). Bei andern Mängeln ist nach Art. 98 OR vorzugehen<sup>216</sup>.
- 177 3. Dass der Anspruch auf Ersatzvornahme in Art. 368 OR unerwähnt bleibt, spricht nicht gegen die Analogie. Denn der fragliche Anspruch ist ein sekundäres Mängelrecht (er tritt an die Stelle des Nachbesserungsrechts), sekundäre Mängelrechte aber finden in Art. 368 OR generell keine Erwähnung.
- 178 Als sekundäres Mängelrecht unterliegt der Anspruch auf Ersatzvornahme der Verjährungsordnung von Art. 371 OR<sup>217</sup> (Nr. 356).

<sup>215</sup> Die deutsche Lösung wird auch für das österreichische Recht vertreten, obwohl hier eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage fehlt (KURSCHEL, S. 81 ff., die selbst anderer Meinung ist).

<sup>216</sup> Vgl. GUHL/MERZ/KOLLER, S. 382.

<sup>217</sup> Vgl. für das deutsche Recht STAUDINGER/PETERS, N 210 zu § 633 BGB.

- 179 4. Befürwortet man die Möglichkeit der analogen Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR beim Nachbesserungsverzug, so bleibt zu präzisieren, *unter welchen Voraussetzungen die Analogie Platz greift*. Insoweit ist vorab festzuhalten, dass Art. 366 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 107 Abs. 2 OR zur Anwendung gelangt. Daher müssen die Voraussetzungen dieser letzteren Bestimmung erfüllt sein, soweit sich aus Art. 366 Abs. 2 OR nichts anderes ergibt. Umgekehrt müssen aber auch die Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 2 OR erfüllt sein, sofern sich nicht aus besonderem Grund eine Abweichung ergibt. Drei Punkte sind hervorzuheben:
- 180 – Verhält sich der Unternehmer bei der Herstellung des Werks vertragswidrig im Sinne von Art. 366 Abs. 2 OR, so kann der Besteller eine Frist zur Abhilfe ansetzen und nach unbenutztem Ablauf zur Ersatzvornahme schreiten. Eine Nachfrist ist nicht erforderlich. Es fragt sich nun, ob beim Nachbesserungsverzug Analoges gilt, in dem Sinne, dass bei Vorliegen eines Mangels der Besteller eine Verbesserungsfrist ansetzen und bei ungenutztem Fristablauf ohne weiteres auf die Nachbesserung verzichten (und einen Dritten auf Kosten des Unternehmers mit der Mängelbeseitigung betrauen) kann.
- 181 Die Frage ist zu verneinen, aus folgender Überlegung: Wenn der Besteller dem Unternehmer, der sich bei der Werkerstellung vertragswidrig verhält, eine Frist zur Abhilfe ansetzt, so ist es dem Unternehmer ohne weiteres möglich, sich an diese Anordnung zu halten. Tut er es nicht, so darf man davon ausgehen, er *wolle* sich nicht vertragskonform verhalten. Eine Nachfristansetzung erübrigt sich daher (vgl. Art. 108 Ziff. 1 OR). Anders verhält es sich bei Verzugstatbeständen: Wenn der Besteller eine Verbesserungsfrist ansetzt und der Unternehmer diese nicht einhält, so vielleicht deshalb, weil sich unerwartete Schwierigkeiten gezeigt haben. Auf bösen Willen darf nicht ohne weiteres geschlossen werden. BGE 107 II 55 f. hält daher zutreffend am Erfordernis der Nachfristansetzung fest.
- 182 – Will der Besteller gemäss Art. 366 Abs. 2 OR zur Ersatzvornahme schreiten, so muss er dem Unternehmer diese androhen. Nur unter dieser Voraussetzung rechtfertigt es sich, von der richterlichen Ermächtigung im Sinne von Art. 98 OR abzusehen<sup>218</sup>. An diesem Erfordernis darf bei der analogen Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR nicht vorbeigegangen werden<sup>219</sup>.
- 183 – Schliesslich ist die Ersatzvornahme analog Art. 366 Abs. 2 OR nur zulässig, wenn der Nachbesserungsverzug verschuldet ist. An dem in der Bestimmung vorgesehenen Verschuldenserfordernis ist somit auch bei der analogen Anwendung festzuhalten.

<sup>218</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, N 5 zu Art. 366 OR.

<sup>219</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1288.

- 184 5. Folgt man der Ansicht, wonach Art. 366 Abs. 2 OR auf den Nachbesserungsverzug analog zur Anwendung kommt, so untersteht der Anspruch des Bestellers auf Kostenersatz den hinten in Nr. 437 ff. erwähnten, zu Art. 98 OR entwickelten Regeln.
- 185 6. Verneint man die analoge Anwendbarkeit von Art. 366 Abs. 2 OR, so kann der Besteller, der nach Art. 107 Abs. 2 OR vorgegangen ist, die Kosten einer Ersatzvornahme regelmässig trotzdem liquidieren: indem er mindert oder Schadenersatz verlangt (Nr. 169)<sup>220</sup>. Die Frage der analogen Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR ist daher letztlich von praktisch untergeordneter Bedeutung.

---

<sup>220</sup> Vgl. VON TUHR/ESCHER, S. 92.

### 3. Abschnitt: Das Nachbesserungsrecht gemäss der SIA-Norm 118

- 186 Die gesetzliche Ordnung der Mängelrechte und nicht zuletzt des Nachbesserungsrechts vermag den Bedürfnissen der Baupraxis nicht vollumfänglich gerecht zu werden. In Bauwerkverträgen wird daher oft vom Gesetz abgewichen. Das geschieht insbesondere durch vertragliche Übernahme der SIA-Norm 118. Dabei handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen, welche vom Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Verein ausgearbeitet wurden. Die Mängelrechte sind in den Art. 157-182 geregelt. Eine umfassende Behandlung dieser Artikel ist im folgenden nicht beabsichtigt. Vielmehr geht es lediglich darum, zentrale Abweichungen vom Gesetz darzustellen, und auch das schwerwichtig nur mit Bezug auf das Nachbesserungsrecht («Recht auf Verbesserung» im Sinne der Norm). Vorerst ist nun jedoch auf die Abänderung und Abänderbarkeit der gesetzlichen Gewährleistungsordnung im allgemeinen einzugehen.

## § 9 Allgemeines zur Abänderung der gesetzlichen Gewährleistungsordnung

### I. Abänderung durch Vertrag

- 187 1. Die Abänderung der gesetzlichen Gewährleistungsordnung kann **nur durch Vertrag** (Art. 1 ff. OR) geschehen, **nicht einseitig**. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass eine vom Gesetz abweichende Vereinbarung auch konkludent geschlossen wird. Bei der Annahme konkludenter Gewährleistungsvereinbarungen ist jedoch Vorsicht am Platze. Keine Änderung findet in aller Regel dann statt, wenn der Unternehmer *nach* Vertragsabschluss in eine Rechnung oder einen Lieferschein eine Gewährleistungsklausel aufnimmt und der Besteller darauf nicht reagiert. Denn es ist einem Vertragspartner, hier dem Besteller, nicht zuzumuten, «Rechnungen, Lieferscheine etc. zur Kenntnis zu nehmen»<sup>221</sup>, weshalb der Umstand, dass er auf eine Rechnung etc. nicht reagiert, noch nicht auf einen vertragsändernden Willen schliessen lässt. Vorbehalten ist der Tatbestand von Art. 6 OR. Danach wird eine den Besteller begünstigende Gewährleistungsklausel auch dann verbindlich, wenn der Besteller auf ein entsprechendes Angebot des Unternehmers Stillschweigen bewahrt<sup>222</sup>. Art. 6

<sup>221</sup> KRAMER, N 214 zu Art. 1 OR; KOZIOL/WELSER, S. 112.

<sup>222</sup> Vgl. BGE 110 II 366; GUHL/MERZ/KOLLER, S. 106.

OR kommt jedoch nur dann zum Tragen, wenn der Unternehmer den Besteller einseitig begünstigen will. Wo er ihn teilweise begünstigen, teilweise benachteiligen will, findet Art. 6 OR keine Anwendung. Denn der Wille des Unternehmers geht dahin, das ganze «Paket» zur Geltung zu bringen, nicht nur die begünstigenden Klauseln; Stillschweigen des Bestellers kann diesfalls nicht als Zustimmung i.S.v. Art. 6 OR gewertet werden. Vielmehr gilt es als Ablehnung, und zwar Ablehnung des ganzen «Pakets». Auch auf begünstigende Klauseln kann sich der Besteller daher nicht berufen<sup>223</sup>. Doch handelt der Unternehmer u.U. rechtsmissbräuchlich, wenn er solche Klauseln nicht gelten lassen will, so dass es dann im Ergebnis doch so zu halten ist, wie wenn die ungünstige Klausel gültig wäre.

- 188 Beispiel: Der Unternehmer setzt (z.B. in der Schlussrechnung) eine Rügefrist an, entbindet also den Besteller von der Pflicht zu sofortiger Mängelrüge. Diese Frist muss er sich nach Art. 6 OR entgegenhalten lassen, wenn der Besteller nicht reagiert. Wenn hingegen der Unternehmer die Rügefrist mit einem Ausschluss des Nachbesserungsrechts kombiniert, so gilt weder dieser Ausschluss noch die Rügefrist. Daher kann der Unternehmer dem Besteller jederzeit mitteilen, es müsse *künftig* sofort gerügt werden. Eine solche Mitteilung verstösst auch nicht gegen Treu und Glauben. Treuwidrig handelt der Unternehmer jedoch u.U. dann, wenn er die Rügefrist auch für die *Vergangenheit* nicht mehr gelten lassen will und daher dem Besteller die Mängelrechte hinsichtlich eines Mangels abspricht, den jener zwar fristgemäss, jedoch nicht sofort, gertigt hat<sup>224</sup>.
- 189 2. Inhalt und Umfang einer Gewährleistungsklausel sind durch **Auslegung** zu ermitteln. Es ist auch eine Frage der Auslegung, «ob eine Eigenschaftsangabe als Zusicherung zu gelten hat oder unter eine Freizeichnungsklausel fällt» (BGE 109 II 24 Regeste<sup>225</sup>). Entweder trifft das eine oder das andere zu. Denn wenn der Unternehmer (gültig) verspricht, das künftige Werk werde eine bestimmte Eigenschaft aufweisen, so verspricht er damit auch, er stehe für das Vorliegen der Eigenschaft rechtlich ein. Damit ist eine (völlige) Wegbedingung der Mängelhaftung nicht vereinbar. Hingegen ist denkbar, dass der Unternehmer für den Fall, dass die Eigenschaft doch nicht vorliegen sollte, die Mängelhaftung beschränkt (z.B. auf den Minderungsanspruch).

<sup>223</sup> A.A. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1816.

<sup>224</sup> Es liegt ein Fall widersprüchlichen Verhalten vor. S. dazu im allgemeinen MERZ, Berner Kommentar, N 400 ff. zu Art. 2 ZGB.

<sup>225</sup> Der Entscheid betrifft allerdings das Kaufrecht. Die Problematik ist hier jedoch grundsätzlich dieselbe. Immerhin sind Eigenschaftsangaben beim Kauf, jedenfalls beim Speziaukauf, häufiger blosser Vorstellungsmittelungen ohne rechtsgeschäftlichen Hintergrund, als dies beim Werkvertrag zutrifft. Das hat damit zu tun, dass der Verkäufer einer bestimmten Sache normalerweise lediglich die Lieferung dieser Sache mit den bestehenden Eigenschaften verspricht, wogegen der Unternehmer verspricht, ein Werk mit bestimmten Eigenschaften zu erstellen (vgl. PIERRE CAVIN, Kauf, Tausch und Schenkung, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, Basel und Stuttgart 1977, S. 86 f.).

## II. Beispiele möglicher Abänderungen<sup>226</sup>

- 190 **1.** Die gesetzliche Gewährleistungsordnung kann mit wenigen Einschränkungen (Nr. 195 ff., 400 ff.) abgeändert werden, sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen als auch mit Bezug auf Inhalt und Modalitäten der einzelnen Mängelrechte. Häufig finden sich beispielsweise Abreden, wonach die sofortige Rügepflicht beseitigt und dem Besteller eine bestimmte Rügefrist ab Ablieferung des Werks zugestanden wird<sup>227</sup> (betr. Art. 172 ff. SIA-Norm 118 s. Nr. 248 ff.). Die Ablieferung selbst wird oft abweichend vom Gesetz geregelt<sup>228</sup>, so auch in der SIA-Norm 118 (Art. 157 ff., dazu Nr. 246 f.). Viele Werkverträge sehen sodann besondere Abreden über die Verjährung der Mängelrechte vor (z.B. Nr. 407 ff.). Auch der Inhalt der Mängelrechte bildet einen möglichen und häufigen Gegenstand vertraglicher Abmachung. So sieht etwa die SIA-Norm 118 einen Vorrang des Nachbesserungsrechts vor: Der Besteller kann vorerst nur Nachbesserung verlangen, Wandelung und Minderung erst, wenn die Nachbesserung fehlschlägt oder innert einer vom Besteller angesetzten Verbesserungsfrist überhaupt nicht vorgenommen wird (Weiteres in Nr. 230 f., 260 ff.)<sup>229</sup>. Es kann auch abgemacht werden, dass Wandelung und Minderung überhaupt ausgeschlossen sind, also ausschliesslich ein Nachbesserungsrecht besteht. Dieser Fall soll nachstehend Nr. 193 noch näherer Überprüfung unterzogen werden. Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass auch die sekundären Mängelrechte vertraglicher Abänderung zugänglich sind. So sieht etwa die SIA-Norm 118 für den Fall, dass der Unternehmer in Nachbesserungsverzug gerät, ein Recht auf Ersatzvornahme vor (dazu Nr. 264 ff.)<sup>230,231</sup>.
- 191 **2.** Eine Abänderung der Gewährleistungsordnung kann **sowohl zugunsten des Unternehmers als auch des Bestellers** gehen. Beides kommt vor, und oft findet sich beides kombiniert (es wird z.B. – zugunsten des Bestellers – vom Erfordernis der sofortigen Rüge abgesehen, andererseits – zugunsten des Unternehmers – das Wandlungs- und Minderungsrecht wegbedungen).
- 192 **3.** Wird die Gewährleistungsordnung zugunsten des Unternehmers abgeändert, handelt es sich aus seiner Sicht um eine (ganze oder teilweise) **Wegbedingung der Mängelhaftung** (Enthaftungsklausel). Man spricht auch von «Freizeichnung» und Freirichtungsklauseln. Dass eine Wegbedingung der Mängelhaftung einen «besonders schweren Eingriff in die gesetzliche Ordnung» darstellt (so

<sup>226</sup> S. im einzelnen GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1798 ff.

<sup>227</sup> Vgl. die Nachweise bei GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1815.

<sup>228</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1800.

<sup>229</sup> Vgl. auch BGE 91 II 344 ff. betr. einen Kaufvertrag.

<sup>230</sup> Dasselbe gilt freilich nach Gesetz ebenfalls, wenn man BGE 107 II 55 f. folgt (vgl. vorne Nr. 174 ff.).

<sup>231</sup> Weitere Beispiele bei GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1857 ff.

GAUCH<sup>232</sup>), kann nicht generell gesagt werden. Insbesondere dann, wenn eine Enthaltungsklausel mit Klauseln zugunsten des Bestellers kombiniert wird, trifft dies nicht immer zu.

- 193 4. Eine umfassende Wegbedingung der Haftung kommt in der Praxis kaum vor. Häufig sind jedoch blosse Haftungsbeschränkungen. Im folgenden interessiert der Fall, da die Parteien das Wandelungs- und Minderungsrecht wegbedungen, den Besteller also **auf das Nachbesserungsrecht beschränkt** haben<sup>233</sup>. Ob dies im Einzelfall zutrifft, muss durch Auslegung entschieden werden; der Vertragswortlaut ist nicht ohne weiteres entscheidend (vgl. BGE 91 II 344 ff. E. 2). Durch Auslegung ist primär auch zu ermitteln, welches die Rechtslage sein soll, falls die Nachbesserungsschuld nicht erfüllt wird, also z.B. der Unternehmer mit der Mängelbeseitigung in Verzug gerät oder die Mängel nicht beseitigt, weil sich die Mängelbeseitigung als unmöglich erweist. Im Zweifelsfall wird man annehmen müssen, dass diesfalls die gesetzliche Rechtslage gilt<sup>234</sup>, also z.B. im Verzugsfall dem Besteller ein Vorgehen nach Art. 107 Abs. 2 OR offensteht (dazu oben Nr. 158 ff.)<sup>235</sup>. Doch kann im Einzelfall anderes abgemacht sein. Es wird z.B. dem Besteller (nur, aber immerhin) das Minderungsrecht unter Ausschluss der Wandelung eingeräumt<sup>236</sup>. Unzulässig wäre eine Abmachung, wonach der Nachbesserungsverzug keinerlei Rechtsfolgen zeitigt. Denn damit würde die Nachbesserung praktisch in das Belieben des Unternehmers gestellt. Der Besteller wäre damit der Willkür des Unternehmers ausgeliefert, was mit Art. 20 OR nicht vereinbar wäre<sup>237</sup>.

---

<sup>232</sup> Werkvertrag, Nr. 1855.

<sup>233</sup> Vor allem im Kaufrecht kommt es sehr häufig vor, dass Wandelungs- und Minderungsrecht wegbedungen werden und stattdessen ein (im Gesetz nicht vorgesehenes) Nachbesserungsrecht eingeräumt wird (vgl. LÖRTSCHER, S. 71 ff.). Eine Beschränkung von Käufer oder Besteller auf das Nachbesserungsrecht ist grundsätzlich zulässig (vgl. für das österreichische Recht PETER BYDLINSKI, Beschränkung und Ausschluss der Gewährleistung, JBl 1993, S. 633 f., m.w.Nw.); zu Einschränkungen s. nachstehend im Text.

<sup>234</sup> In BGE 91 II 350 ff. E. 3 ist das Bundesgericht stillschweigend von dieser Annahme ausgegangen.

<sup>235</sup> Die Parteien bedenken bei Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses in der Regel den Fall, dass die Nachbesserung nicht zum Ziele führt, nicht. Daher besteht für diesen Fall – mangels besonderer Umstände – auch kein Vertragskonsens.

<sup>236</sup> Oder es wird dem Besteller zusätzlich zum Minderungs- und Wandelungsrecht ein Recht auf Ersatzvornahme zugestanden (so Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118). Nach der zutreffenden Ansicht von BGE 107 II 55 f. besteht freilich ein solches Recht auch schon von Gesetzes wegen (Nr. 174 ff.).

<sup>237</sup> Zwar kann jede Gewährleistung wegbedungen werden, nicht aber ein Nachbesserungsrecht «à discretion» des Unternehmers abgemacht sein. Das mag auf den ersten Blick widersprüchlich erscheinen, ist aber leicht erklärlich: Im ersten Fall wissen die

### III. Grenzen der Abänderbarkeit

- 194 Die Gewährleistungsordnung ist vollumfänglich dispositiv. Doch kann eine Abweichung vom Gesetz im Einzelfall gegen die allgemeinen Inhaltsschranken für Verträge (Art. 19 f. OR) verstossen. Insbesondere kann eine Enthaftungsklausel unsittlich sein. Das trifft für Klauseln zu, wonach der Unternehmer seine Gewährleistung auch für absichtlich (arglistig) verschwiegene Mängel wegbedingt (Art. 199 OR). Findet sich eine Wegbedingung der Haftung in AGB, ist zusätzlich Art. 8 UWG zu beachten.

#### 1. Ungültigkeit einer Enthaftungsklausel für arglistig (absichtlich) verschwiegene Mängel (Art. 199 OR analog)

- 195 1. Eine Vereinbarung, mit welcher der Unternehmer seine Haftung auch für arglistig (absichtlich) verschwiegene Mängel (ganz oder teilweise) wegbedingt, ist – wie gesagt – unsittlich und damit ungültig (Art. 19 f. OR)<sup>238</sup>. Zum gleichen Ergebnis gelangt man über eine analoge Anwendung von Art. 199 OR<sup>239</sup>. Nach dieser kaufrechtlichen Bestimmung ist eine «Vereinbarung über Aufhebung oder Beschänkung der Gewährspflicht ... ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat». Die Bestimmung beruht auf dem Gedanken, dass sich der Verkäufer treuwidrig (Art. 2 ZGB) verhält, wenn er seine Haftung für ihm bekannte Mängel wegbedingt, bzw. sich später auf die Wegbedingung beruft. Nicht weniger treuwidrig handelt der Unternehmer, wenn er wissentlich ein mangelhaftes Werk abgeliefert und in der Folge geltend macht, der Mangel falle unter eine Enthaftungsklausel. Zwar hat hier der Unternehmer nicht schon bei Vertragsabschluss arglistig gehandelt, sondern erst bei der Erfüllung. Letztlich entscheidend ist aber, dass die Berufung auf die Enthaftungsklausel in beiden Fällen gleichermaßen gegen das Rechtsgefühl verstösst. Die Analogie zu Art. 199 OR ist

---

Parteien, woran sie sind. Im zweiten Fall wird dem Besteller ein Recht vorgetäuscht, das in Wirklichkeit nicht besteht. Es wird in ihm die Erwartung geweckt, bei allfälligen Mängeln würde er zu seinem Recht kommen, obwohl im «Ernstfall» allein der Unternehmer über die Mängelbeseitigung entscheidet. Mit analoger Überlegung lässt sich auch die Rechtsprechung rechtfertigen, wonach eine übermässige Verkürzung der Verjährungsfrist unzulässig ist, wiewohl ein Ausschluss jeglicher Gewährleistung grundsätzlich vor dem Gesetz standhält (Nr. 403).

<sup>238</sup> Z.B. GAUCII, Werkvertrag, Nr. 1890.

<sup>239</sup> GAUTSCHI, N 34 zu Art. 367 OR; GIGER, Berner Kommentar, N 7 zu Art. 199 OR; PEDRAZZINI, S. 520; PEDRAZZINI FRANCO, Nr. 828 ff.

daher zu befürworten<sup>240</sup>. Dafür spricht auch der Umstand, dass arglistiges Verhalten bei der Erfüllung auch in anderem Zusammenhang der Arglist beim Vertragsabschluss gleichgestellt wird: Arglistiges Verschweigen eines Mangels bei der Ablieferung des Werks hat zur Folge, dass sich der Unternehmer nicht auf die ordentliche Verjährungsfrist berufen kann (Art. 371 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 210 Abs. 3 OR, unten Nr. 344 f.) und die übliche Rügeobliegenheit erheblich abgeschwächt wird (Art. 370 Abs. 1 a.E. OR, unten Nr. 201). Analoges gilt im Kaufvertragsrecht (Art. 210 Abs. 3 und 203 OR), obwohl hier die Arglist wiederum den Vertragsabschluss, nicht die Erfüllung betrifft (so jedenfalls beim Spezieskauf; zum Gattungskauf s. Anm. 240). Diese Bestimmungen bringen zum Ausdruck, dass der arglistige Unternehmer «bestraft» werden soll. Dieser Gedanke verlangt umfassende Berücksichtigung auch im Werkvertragsrecht, nicht zuletzt bei der Vereinbarung von Enthauptungsklauseln.

- 196 Beizufügen ist, dass Enthauptungsklauseln, die sich auf arglistig verschwiegene Mängel beziehen, selten sein dürften. Denn im allgemeinen ergibt schon die am Vertrauensprinzip orientierte Auslegung der Klausel, dass sich diese nicht auf arglistig (absichtlich) verschwiegene Mängel bezieht (vgl. in verwandtem Zusammenhang BGE 91 II 344 ff.)<sup>241</sup>: Der Besteller muss nach Treu und Glauben eine Gewährleistungsbeschränkung nicht auf arglistig verschwiegene Mängel beziehen, und umgekehrt darf der Unternehmer nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, der Besteller sei mit der Gewährleistungsbeschränkung auch im Falle der Arglist einverstanden<sup>242</sup>. Nur dann, wenn im Einzelfall die Auslegung das Gegenteil ergibt, muss auf Art. 19 f. OR bzw. Art. 199 OR gegriffen werden.

---

<sup>240</sup> Lehnt man sie ab, so muss man sie auch für den Gattungskauf ablehnen. Denn auch hier ist Arglist beim Vertragsabschluss kaum denkbar. Der Vertragsgegenstand ist nämlich bei Vertragsabschluss definitionsgemäss noch nicht festgelegt, weshalb auch keine Möglichkeit besteht, Mängel des (nicht vorhandenen) Vertragsgegenstandes zu verheimlichen. Wie beim Werkvertrag kommt nur Arglist bei der Erfüllung in Betracht, indem der Verkäufer nach Abschluss der Enthauptungsklausel einen mangelhaften Gegenstand auswählt (Art. 72 OR) und liefert. Auch beim Gattungskauf muss jedoch Art. 199 OR Anwendung finden, wiederum aus der Überlegung, dass der Verkäufer treuwidrig handelt, wenn er sich auf eine Wegbedingung beruft. – Keine Anwendung findet Art. 199 OR beim Spezieskauf, wenn der Verkäufer nach Vertragsabschluss und Vereinbarung einer Haftungswegbedingung einen Mangel entdeckt und diesen nun verschweigt. Denn der Verkäufer muss nur gerade die verkaufte Sache liefern, er muss diese nicht durch eine andere (mängelfreie) austauschen. Verschweigt er den nachträglich entdeckten Mangel, wird er höchstens nach allgemeinen Grundsätzen schadenersatzpflichtig (Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht, Art. 97 OR).

<sup>241</sup> Positiv ausgedrückt: Die Klausel bezieht sich nur auf Mängel, die dem Unternehmer (bei Vertragsabschluss bzw. Erfüllung) nicht bekannt sind.

<sup>242</sup> Vgl. BYDLINSKI (zit in Anm. 233), JBl 1993, S. 568 f.

197 **2. Präzisierungen:**

- 198 – Nicht entscheidend ist für die Anwendung von Art. 199 OR, ob der Mangel vom Unternehmer verschuldet ist oder nicht. Auch wenn er auf Zufall (z.B. atmosphärischen Einflüssen) beruht, ist eine allfällige Haftungsbeschränkung im Falle arglistiger Verschweigung nicht wirksam.
- 199 – Art. 199 OR bezieht sich nicht nur auf Klauseln, mit denen die Haftung gänzlich wegbedungen wird, sondern auf jede Enthaftungsklausel im oben Nr. 192 umschriebenen Sinne. Der Unternehmer kann somit hinsichtlich eines arglistig verschwiegenen Mangels aus einer Enthaftungsklausel nichts zu seinen Gunsten ableiten. Hingegen muss er sich allfällige Vergünstigungen, die er dem Besteller eingeräumt hat, auch hinsichtlich solcher Mängel entgegenhalten lassen<sup>243</sup>. Das ist zwar in Art. 199 OR nicht ausdrücklich gesagt, folgt aber aus seinem Sinn und Zweck. Wenn sich beispielsweise der Unternehmer ein ausschliessliches Nachbesserungsrecht ausbedungen und gleichzeitig eine zweijährige Rügefrist ab Ablieferung abgemacht hat, so muss er sich allenfalls auch Wandelung und Minderung gefallen lassen, und für die Rüge gilt die abgemachte Frist, nicht die gesetzliche Rügeobligenheit.
- 200 – Aus der ratio legis von Art. 199 OR folgt weiter, dass Art. 20 Abs. 2 OR nicht zum Tragen kommt. Es kommt also nichts darauf, ob der Unternehmer den Vertrag auch dann geschlossen hätte, wenn er um die Ungültigkeit der Enthaftungsklausel gewusst hätte. So oder anders ist der Vertrag – bis auf die betreffende Klausel – gültig<sup>244</sup>.
- 201 – Soweit die Enthaftungsklausel ungültig ist, wird sie ersetzt durch das Gesetzesrecht sowie allfällige dem Besteller günstige vertragliche Vereinbarungen (oben Nr. 199). Zusätzlich sind Art. 210 Abs. 3 OR (i.V.m. Art. 371 OR) und Art. 370 Abs. 1 OR a.E. zu beachten: Gemäss Art. 210 Abs. 3 OR (i.V.m. Art. 371 OR) untersteht der Unternehmer mit Bezug auf Mängel, die er bei der Ablieferung verschwiegen hat, einer zehnjährigen (nicht der normalen ein- bzw. fünfjährigen) Verjährungsfrist<sup>245</sup>. Und Art. 370 Abs. 1 OR sieht vor, dass die Verletzung der Pflicht zu sofortiger Rüge hinsichtlich absichtlich verschwiegener Mängel nicht zum Ausschluss der Mängelhaftung führt<sup>246</sup>. Der Besteller hat insoweit lediglich die absolute Rügefrist zu beachten, und diese ist identisch mit der Verjährungsfrist (Nr. 81), also der zehnjährigen Frist von Art. 210 Abs. 3 OR (i.V.m. Art. 371 OR).

---

<sup>243</sup> PEDRAZZINI FRANCO, Nr. 832 f.

<sup>244</sup> PEDRAZZINI FRANCO, Nr. 847 ff., m.w.Nw. in Anm. 65.

<sup>245</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1890; PEDRAZZINI FRANCO, Nr. 835 und 842 f.

<sup>246</sup> PEDRAZZINI FRANCO, Nr. 835, 839 ff.; SemJud 1912, S. 230.

- 202 3. Hat der Unternehmer Mängel bei der Ablieferung arglistig verschwiegen, so lässt sich seine Rechtslage wie folgt **zusammenfassen**: Er unterliegt der gesetzlichen Gewährleistungsordnung; auf für ihn günstige abweichende Vereinbarungen kann er sich nicht berufen, wohl aber muss er sich für den Besteller günstige Abreden entgegenhalten lassen. Die normale gesetzliche Gewährleistungsordnung ist in zweierlei Hinsicht modifiziert: Der Besteller kann die verschwiegenen Mängel zu beliebiger Zeit rügen, solange er dies nur innert der Verjährungsfrist tut, und die Verjährungsfrist ist zwingend die zehnjährige.

## **2. Ungültigkeit einer Enthauptungsklausel für absichtlich oder grobfahrlässig verursachte Mängel (Art. 100 Abs. 1 OR)**

- 203 Eine Enthauptungsklausel muss auch vor Art. 100 OR standhalten. Zwar ist diese Bestimmung auf die «Schadenersatzhaftung» (GAUCH<sup>247</sup>) zugeschnitten. Sie gelangt daher nur auf die Haftung für Mangelfolgeschaden direkt zur Anwendung. Sinngemäss ist sie jedoch auch auf die übrigen Mängelrechte, insbesondere das Nachbesserungsrecht, anwendbar<sup>248</sup>.
- 204 Praktisch im Vordergrund steht Abs. 1 von Art. 100 OR. Danach ist «eine zum voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, ... nichtig». Der Unternehmer kann also seine Mängelhaftung für Mängel, an denen ihn ein schweres Verschulden trifft, nicht rechtswirksam beschränken. Eine Beschränkung, auch ein gänzlicher Ausschluss, ist hingegen für Mängel möglich, an denen ihn ein leichtes oder überhaupt kein Verschulden trifft (z.B. Mängel, die auf atmosphärischen Einflüssen beruhen). Eine solche Klausel verliert jedoch in dem Moment ihre Wirksamkeit, in dem der Unternehmer den Mangel absichtlich (arglistig) verschweigt. Diesfalls wird nach dem oben Gesagten die Rechtslage wiederhergestellt, wie sie nach Gesetz besteht. Auch für unverschuldete Mängel greifen nun die Mängelrechte Platz.
- 205 Ein nach Art. 100 Abs. 1 OR unzulässiger Haftungsausschluss wird auf das zulässige Mass (Ausschluss der Haftung für leichtes Verschulden) reduziert, und zwar ohne dass etwas auf den hypothetischen Parteiwillen i.S. von Art. 20 Abs. 2 OR ankäme. Für Mängel, an denen den Unternehmer nur ein leichtes oder kein Verschulden trifft, greift somit die Enthauptungsklausel, für andere Mängel nicht. Für diese gilt die gesetzliche Rechtslage. Hat sich beispielsweise der Unternehmer einen Vorrang des Nachbesserungsrechts ausbedungen, so gilt dieser Vorrang für absichtlich oder grobfahrlässig verursachte Mängel nicht<sup>249</sup>.

---

<sup>247</sup> Werkvertrag, Nr. 1884.

<sup>248</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1884; ZR 1980, S. 279 f.

<sup>249</sup> Abweichend GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1886.

- 206 Art. 100 OR betrifft nur die Wegbedingung der (Mängel-) Haftung für eigenes Verschulden. Inwieweit die Haftung für das Verhalten von Hilfspersonen abbedingbar ist, ergibt sich aus Art. 101 Abs. 2 und 3 OR. Danach gilt der Grundsatz, dass die Haftung für beliebiges Verschulden der Hilfspersonen wegbedingbar ist<sup>250</sup>.
- 207 Art. 100 OR hat mit Art. 199 OR nichts zu tun. Beide Bestimmungen regeln ganz unterschiedliche Fragen. Die eine Bestimmung knüpft an die Verursachung, die andere an die Verschweigung eines Mangels an. Daher stehen sie zueinander auch nicht im Verhältnis *lex specialis/lex generalis*<sup>251</sup>. Unzutreffend ist demzufolge auch die Fragestellung<sup>252</sup>, ob gestützt auf Art. 100 OR schon eine *grobfaehlrlässige* Verschweigung eines Mangels zur Unbeachtlichkeit einer Enthaltungsklausel führt.

### 3. Spezielle Inhaltsschranken für Enthaltungsklauseln in AGB (Art. 8 UWG)

- 208 Einer besonderen Inhaltsschranke unterliegen Enthaltungsklauseln in AGB (Art. 8 UWG). Darauf ist später einzugehen (Nr. 215 f.).

## IV. Speziell die Abänderung in AGB

- 209 AGB sind vorformulierte Vertragsbestimmungen, welche dazu bestimmt sind, einer Vielzahl von Verträgen zugrundegelegt zu werden. Jene Partei, welche sie im Einzelfall zur Verwendung vorschlägt, heisst Verwender, die Gegenpartei Kunde<sup>253</sup>.

### 1. Geltung der AGB (Überblick)

- 210 **1. Grundsatz: Keine Geltung ohne Übernahme**<sup>254</sup>. AGB haben aus sich heraus keine Geltung, mögen sie noch so verbreitet sein. Sie haben weder Gesetzeskraft noch objektive Geltung als Gewohnheitsrecht, überhaupt sind sie keine «Rechtsquelle eigener Art»<sup>255</sup>. Vielmehr bedürfen sie der vertraglichen Übernahme im Einzelfall (sog. Einbeziehungsvereinbarung, Übernahmevertrag). Das gilt auch für AGB, welche ausdrücklich ein bestimmtes «Inkraft-

<sup>250</sup> Einzelheiten bei KOLLER, Erfüllungsgelhilfe, Nr. 369 ff.

<sup>251</sup> LÖRTSCHER, S. 144-146; anders HONSELL, N 1 zu Art. 199 OR.

<sup>252</sup> Vgl. HONSELL, N 1 zu Art. 199 OR.

<sup>253</sup> Ausnahmsweise schlagen beide Parteien dieselben AGB zur Verwendung vor. Dieser Sonderfall wird im folgenden ausser acht gelassen, ebenso der Fall, da ein Dritter (z.B. ein Notar) die AGB zur Verwendung vorschlägt (s. immerhin Nr. 224).

<sup>254</sup> Formel von GAUCH/SCHLUEP, vor Nr. 1132.

<sup>255</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N 517 zu Art. 1 OR.

treten» vorsehen, wie etwa die SIA-Norm 118 oder die SIA-Ordnung 152<sup>256</sup>. Immer gelten AGB nur unter der Voraussetzung, dass sie vom Vertragskonsens erfasst sind. Davon nicht erfasste AGB-Klauseln sind unverbindlich; eine Ausnahme gilt im Anwendungsbereich der Unklarheitenregel (dazu gleich unten Nr. 213). Beizufügen ist, dass der Übernahmevertrag den allgemeinen Abschlussregeln von Art. 1 ff. OR unterliegt. Doch hat die Rechtsprechung diesen Regeln zum Teil eine besondere, AGB-spezifische Ausprägung gegeben (s. v.a. Nr. 217 ff. betr. die Ungewöhnlichkeitsregel).

- 211 Normalerweise geschieht die Übernahme von AGB nach folgendem **Muster**<sup>257</sup>: Der AGB-Verwender verweist in einer Urkunde, in welcher die individuell ausgehandelten Vertragspunkte (z.B. Werklohn) aufgelistet sind, auf die AGB, welche beispielsweise auf der Rückseite abgedruckt sind oder dem Kunden ausgehändigt werden. Der Kunde unterzeichnet das Vertragsformular einschliesslich eines Hinweises auf die AGB. Die Vertragsunterzeichnung gilt als Einverständnis mit den AGB, sofern der Kunde die AGB tatsächlich will oder der Verwender nach Treu und Glauben auf diesen (in Wirklichkeit allenfalls nicht vorhandenen) Willen schliessen darf. Zu beachten ist, dass auch Ungelesenes gewollt sein kann<sup>258</sup>. Daher können AGB auch global übernommen werden. Die Globalübernahme unterliegt teilweise anderen Regeln als die Vollübernahme, bei welcher der Kunde die AGB ganz oder teilweise zur Kenntnis nimmt (vgl. Nr. 217). Ist im Einzelfall zweifelhaft, ob der Kunde eine AGB-Klausel global oder voll übernommen hat, so spricht die Vermutung für das erstere<sup>259</sup>.

- 212 Nicht selten werden **individuelle Abreden** getroffen, **welche mit einer AGB-Klausel** kollidieren. In einem solchen Fall hat die Individualabrede Vorrang<sup>260</sup>. Das ist zwar im schweizerischen Recht – anders als etwa im deutschen (§ 4 AGBG) – nicht ausdrücklich vorgesehen, ergibt sich jedoch aus allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen: «Das [der Vorrang der Individualabrede] entspricht dem Willen der Vertragsparteien; denn diese wollten mit der Individualabrede deren Geltung erreichen, gleichgültig, ob ihnen der Widerspruch zu einer Klausel der AGB bekannt war.»<sup>261</sup>

<sup>256</sup> KOLLER, Architekturwettbewerb, Nr. 291.

<sup>257</sup> Vgl. KRAMER, N 188 zu Art. 1 OR.

<sup>258</sup> Grundlegend KARI, OFTINGER, Die ungelesen unterzeichnete Urkunde und verwandte Tatbestände, in FG Simonius, Basel 1955, S. 263 ff.

<sup>259</sup> Die im Text verwendete Ausdrucksweise (Global- und Vollübernahme) hat sich nicht allgemein eingebürgert; sie findet sich beispielsweise bei SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N 461 ff. zu Art. 1 OR.

<sup>260</sup> Z.B. BGE 81 II 350, 93 II 325 f.

<sup>261</sup> BROX, Nr. 2041; KRAMER, N 210 ff. zu Art. 1 OR, mit bedeutsamer Präzisierung in N 212.

- 213 **2. Ausnahme: Unklarheitenregel.** Ausnahmsweise gilt eine AGB-Klausel auch dann, wenn sie vertraglich nicht übernommen wurde, also vom Konsens nicht erfasst wird. Hier einzureihen ist die sog. Unklarheitenregel. Diese wird zwar regelmässig im Zusammenhang mit der Auslegung der AGB (dazu Nr. 224 ff.) behandelt. Letztlich handelt es sich aber um eine Dissens-Regel<sup>262</sup>: Lässt sich eine Klausel der AGB nicht in einem bestimmten Sinne deuten, so dass (mindestens) zwei Auslegungsergebnisse vertretbar sind, so ist die Klausel nicht wegen Dissenses ungültig, sondern sie gilt in dem für den Kunden günstigeren Sinne. Das unklare Auslegungsergebnis geht mit andern Worten zu Lasten des Verwenders. Dies ist zwar gesetzlich nur für einen Sonderfall vorgesehen (Art. 33 VVG; BGE 115 II 269), gilt jedoch allgemein (BGE 115 II 268 mit Hinweisen). Hervorzuheben ist, dass die Unklarheitenregel erst zum Zuge kommt, wenn die Auslegung kein klares (eindeutiges) Ergebnis zeitigt (vgl. § 5 AGBG). Von zentraler Bedeutung ist dabei die Frage, wie weit die Auslegung vorangetrieben werden muss, bevor auf Unklarheit geschlossen werden darf<sup>263</sup>. Genügt es beispielsweise, dass der Wortlaut einer AGB-Klausel unklar ist? Oder sind alle üblichen Auslegungselemente zu berücksichtigen, so etwa auch die systematische Stellung einer Klausel, deren Zweck usw.? Zu dieser Problematik wird gesondert Stellung bezogen (unten Nr. 225).
- 214 **3. Keine Geltung trotz Übernahme**<sup>264</sup>. Haben sich die Parteien auf die Geltung bestimmter AGB geeinigt, so kommen diese im Regelfall auch zum Tragen. Immerhin gibt es Ausnahmen, die auf ganz unterschiedlichen Gründen beruhen können: Im Vordergrund stehen Verstösse gegen die Inhaltsfreiheit (Art. 19 f. OR<sup>265</sup>, Art. 199 OR). Daneben gibt es einzelne Sondernormen, welche die Geltung von AGB von besonderen, nicht oder jedenfalls nicht ausschliesslich inhaltlich motivierten Voraussetzungen abhängig machen. Zu erwähnen ist insbesondere Art. 8 UWG (s. ferner Art. 3 VVG und Art. 256 Abs. 2 lit. a OR, welche aber im vorliegenden Kontext keine Bedeutung haben).

<sup>262</sup> Vgl. etwa SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N 482 ff. zu Art. 1 OR; CHRISTOPH BÜRGI, Allgemeine Versicherungsbedingungen im Lichte der neuesten Entwicklung auf dem Gebiet der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1985, S. 175, 180; GUHL/MERZ/KOLLER, S. 111 unten; grundlegend LUDWIG RAISER, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935 (Nachdruck 1961), S. 260 ff.

<sup>263</sup> Vgl. RAISER (zit. in Anm. 262), S. 265.

<sup>264</sup> Formel von GAUCH/SCHLUEP, vor Nr. 1138.

<sup>265</sup> Die in Art. 19 f. OR vorgesehenen Kontrollkriterien sollen nach einem Teil der Lehre bei AGB «bewusst verschärft eingesetzt» werden (KRAMER, N 179 zu Art. 1 OR und N 290 ff. zu Art. 19-20 OR). Die Rechtsprechung ist dem jedoch nicht gefolgt.

- 215 Nach **Art. 8 UWG** handelt unlauter, wer vorformulierte AGB verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen (lit. a) oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen (lit. b)<sup>266</sup>. Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen sind die (unzulässigen) AGB ungültig (daneben ist Art. 9 UWG zu beachten). Zwar ist die Nichtigkeitsfolge in Art. 8 UWG nicht ausdrücklich vorgesehen, doch entspricht sie dem Sinn und Zweck der Bestimmung. Ihre Einbettung in das Wettbewerbsrecht ändert daran nichts. Die Entstehungsgeschichte macht nämlich deutlich, dass Art. 8 UWG eine schuldrechtliche Kontrollfunktion übernehmen sollte<sup>267</sup>.
- 216 Das Requisit der «Irreführung» macht Art. 8 UWG zu einer stumpfen Waffe; denn es erlaubt dem AGB-Verwender, die Anwendbarkeit der Bestimmung auszuschliessen, indem er seinen Vertragspartner auf nachteilige Regeln klar und unmissverständlich hinweist (z.B. durch Fettdruck). Als wettbewerbsrechtlich unlauter gilt somit nicht die Benachteiligung als solche, sondern nur die irreführende Benachteiligung. Ist das Erfordernis der Irreführung gegeben und liegt auch eine nach lit. a oder b unzulässige Benachteiligung vor (z.B. täuschen Vertragsbestimmungen einen widerrufbaren Abzahlungskauf vor, während sie in Wirklichkeit einen gewöhnlichen Kauf beinhalten; Beispiel nach DAVID LUCAS), so wird zumeist auch die Ungewöhnlichkeitsregel eingreifen<sup>268</sup>. Es fehlt dann am erforderlichen Konsens, und die nachteilige Klausel kommt schon aus diesem Grund nicht zum Tragen.

## 2. Insbesondere die Nichtigkeit ungewöhnlicher AGB-Klauseln (Ungewöhnlichkeitsregel)

- 217 **1.** Ungewöhnliche, dem Kunden nachteilige AGB erlangen im Falle einer Globalübernahme (Nr. 211) des Kunden keine Geltung. Diese sog. Ungewöhnlichkeitsregel hat sich zwar im AGB-Recht herausgebildet, sie beruht jedoch im

<sup>266</sup> Der einzige bis anhin publizierte Bundesgerichtsentscheid (BGE 117 II 332 ff.) verneint die Unlauterkeit einer AGB-Klausel, die einem Automaten-Aufsteller die Abtretung des Vertrages an einen Dritten erlaubte.

<sup>267</sup> In der Lehre wird die Nichtigkeitsfolge unter Berufung auf Art. 20 OR teilweise abgelehnt (z.B. GAUCH/SCHLUEP, Nr. 1151 ff.; BUCHER, Basler Kurzkommentar, N 55 zu Art. 1 OR): Art. 8 UWG sanktioniere ein (wettbewerbsrechtlich unzulässiges) Verhalten, Art. 20 OR aber knüpfe an einen bestimmten Vertragsinhalt an. Der Hinweis auf Art. 20 OR ist jedoch dann unbehelflich, wenn man die Nichtigkeitsfolge unmittelbar aus Art. 8 UWG herleitet. Im übrigen kann auch nicht gesagt werden, dass sich Art. 8 UWG *nur und ausschliesslich* gegen ein Verhalten richtet. Immerhin ist ja vorausgesetzt, dass der Vertragsinhalt erheblich vom dispositiven Recht bzw. der Vertragsnatur abweicht (Art. 8 UWG weist insoweit eine gewisse Verwandtschaft mit Art. 21 OR auf). Schliesslich scheint fraglich, ob die hier abgelehnte Lehrmeinung nicht auf einem allzu engen Verständnis von Art. 20 OR beruht.

<sup>268</sup> Ähnlich MERZ, S. 57 oben.

Ansatz auf allgemeinen vertragsrechtlichen Überlegungen: Dass Ungewöhnliches gewollt ist, darf weder unter willens- noch vertrauens-theoretischem Gesichtspunkt angenommen werden. Wer nämlich AGB global übernimmt, der nimmt zwar eine gewisse Unsicherheit in Kauf und akzeptiert einen ihm nicht näher bekannten Vertragsinhalt, mit Ungewöhnlichem aber rechnet er nicht; und der Gegner, der Verwender der AGB, darf seinerseits nach Treu und Glauben (Vertrauensprinzip) nicht davon ausgehen, der Kunde sei auch mit Ungewöhnlichem einverstanden. Die Ungewöhnlichkeitsregel ist im schweizerischen Recht – anders als etwa im deutschen Recht (§ 3 AGBG) – nicht ausdrücklich vorgesehen, jedoch von Lehre und Rechtsprechung anerkannt (grundlegend BGE 109 II 452<sup>269</sup>).

## 218 2. Präzisierungen:

- 219 – Die Ungewöhnlichkeitsregel greift nur im Falle einer Globalübernahme Platz, nicht auch bei Vollübernahme. Wer daher AGB in Kenntnis ihres ungewöhnlichen Inhalts übernimmt, ist daran gebunden (es steht jedermann frei, auch Ungewöhnliches zu wollen und zu vereinbaren!). Doch ist zu beachten, dass auch im Falle einer Vollübernahme die ganze Tragweite einer Klausel nicht immer erkannt wird. Als dann ist eine restriktive Auslegung am Platze (vgl. hinten Nr. 227).
- 220 – Hat der AGB-Verwender auf eine ungewöhnliche Klausel speziell hingewiesen (z.B. durch Fettdruck), so ist zu vermuten, dass der Kunde von der Klausel Kenntnis genommen und sie voll übernommen hat<sup>270</sup>. Doch muss dem Kunden der Gegenbeweis offenbleiben, so z.B. der Nachweis, dass bei Vertragsabschluss keine Zeit zur Lektüre der AGB blieb.
- 221 – Ungewöhnlich bedeutet überraschend, geschäftsfremd<sup>271</sup>. Ob etwas ungewöhnlich ist, bestimmt sich nach den Umständen des konkreten Einzelfalls und dem Verständnishorizont des Kunden. Daher sind beispielsweise AGB-Klauseln für Kaufleute weniger schnell ungewöhnlich als für Nicht-Kaufleute. Im Einzelfall kann dies aber trotzdem zutreffen (so auch nach deutschem Recht, § 3 AGBG i.V.m. § 24 Abs. 1 Ziff. 1 AGBG e contrario).
- 222 – Nach SCHÖNENBERGER/JÄGGI<sup>272</sup> darf Ungewöhnlichkeit nicht leichthin angenommen werden; denn wer AGB global zustimme, der nehme eben eine gewisse Unsicherheit in Kauf. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Verant-

<sup>269</sup> Dazu – mit gewissen Vorbehalten – GUHL/MERZ/KOLLER, S. 111, und GAUCH/SCHLUEP, Nr. 1142.

<sup>270</sup> Vgl. PETER FORSTMOSER, Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zürich 1982, S. 47.

<sup>271</sup> S. im einzelnen KRAMER, N 205 zu Art. 1 OR.

<sup>272</sup> Zürcher Kommentar, N 499 zu Art. 1 OR.

wortung für den AGB-Inhalt in erster Linie den AGB-Verwender trifft. So vor allem dann, wenn er die AGB aufgestellt hat; trifft dies nicht zu, hatte er immerhin – anders als im Normalfall der Kunde – ausgiebig Zeit, die AGB im einzelnen zu studieren. Vom Verwender darf daher verlangt werden, dass er alle auch nur einigermaßen überraschenden Klauseln offen auf den Tisch legt und den AGB-Kunden speziell darauf hinweist. Übernimmt dieser jene Klauseln dann trotzdem, so ist dagegen nichts einzuwenden (vorausgesetzt, dass die Klausel vor den einschlägigen Inhaltsschranken standhält, dazu Nr. 214 ff.).

- 223 – Soweit die Ungewöhnlichkeitsregel Platz greift, sind AGB-Klauseln vom Vertragskonsens, dem Übernahmevertrag, nicht erfasst. Es ist daher missverständlich, sie unter dem Titel «Keine Geltung trotz Übernahme» (so GAUCH/SCHLUEP<sup>273</sup>) zu behandeln.

### 3. Auslegung der AGB; Restriktionsprinzip

- 224 1. Die allgemeinen Grundsätze für die Vertragsauslegung (Nr. 23) gelten auch für AGB. Das jedenfalls insoweit, als die AGB von einem Dritten oder beiden Parteien zur Einbeziehung in den Vertrag vorgeschlagen werden. Gesondert zu betrachten ist die Auslegung von AGB, die von einer Partei einseitig zur Verwendung vorgeschlagen werden. Vor allem in Deutschland wird für diesen Fall eine einheitliche Auslegung befürwortet: Die Bedingungen seien immer gleich auszulegen, ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls<sup>274</sup>. Diese Ansicht ist für das schweizerische Recht abzulehnen. Denn wenn es zutrifft, dass Individualabreden den Vorrang vor AGB-Klauseln haben (Nr. 212), so müssen auch AGB **individuell ausgelegt** werden. Das bedeutet in erster Linie, dass dort, wo die Parteien einer AGB-Klausel übereinstimmend die gleiche Bedeutung beimessen, die Klausel mit dieser Bedeutung gilt (Art. 18 OR). Wo dies – wie regelmässig – nicht zutrifft und damit das Vertrauensprinzip zum Tragen kommt (Nr. 217), sind etwa Vorverhandlungen oder Branchenkenntnisse des Kunden bei der Auslegung mitzuberücksichtigen<sup>275</sup>. Für diesen (Regel-) Fall ist allerdings präzisierend beizufügen:
- 225 2. Unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben ist zu berücksichtigen, dass der Verwender für die Formulierung der AGB verantwortlich ist oder die AGB vor der Verwendung zumindest eingehend studieren konnte. Das wirkt sich wie folgt aus: Der Kunde ist grundsätzlich nicht gehalten, langwierige Abklärungen über die Tragweite einer Klausel vorzunehmen. Namentlich obliegt ihm nicht, bei komplexen AGB (etwa Allgemeinen Versicherungsbedingungen)

<sup>273</sup> Nr. 1141 ff.

<sup>274</sup> Z.B. KÖLLER, S. 255, unter Hinweis auf BGHZ 79, 117.

<sup>275</sup> KRAMER, N 220 zu Art. 1 OR.

sich in zeitintensiven Studien in die Vertragssystematik einzuarbeiten. Vielmehr darf er sich grundsätzlich mit einer Wortinterpretation begnügen (so dem Sinne nach BGE 115 II 269)<sup>276</sup>. Bei objektiver Mehrdeutigkeit ist dem Kunden kein Vorwurf zu machen, wenn er sich eine vertretbare (ihm günstige) Deutung zu eigen macht. Dem Verwender würde es in einem solchen Fall schlecht anstehen, dem Kunden vorzuwerfen, er hätte die Mehrdeutigkeit der AGB erkennen können und diese durch entsprechende Abklärungen beseitigen müssen. Ein solcher Vorwurf wäre daher nach Treu und Glauben nicht zu hören, er wäre geradezu rechtsmissbräuchlich. Praktisch bedeutet dies, dass bei objektiver Mehrdeutigkeit einer AGB-Klausel ohne weiteres die Unklarheitenregel zum Zuge kommt<sup>277</sup>.

- 226 Zusammenfassend lässt sich sagen, dass bei der Auslegung von (Publikums-) AGB dem **Wortlaut** eine **gesteigerte Bedeutung** zukommt und dass schon bald einmal auf Unklarheit zu schliessen ist. Es ist jedoch zu wiederholen, dass der Wortlaut nicht allein massgeblich ist. Das zeigt sich auch am Restriktionsprinzip:
- 227 **3.** Allgemein gehaltene Klauseln sind im Normalfall **restriktiv auszulegen** (vgl. BGE 87 II 87). «Denn die Parteien pflegen auch bei allgemeiner Ausdrucksweise doch nur einzelne typische Sachverhalte zu bedenken, so dass sie die Tragweite einer allgemeinen Regel häufig nicht überblicken und die Regel folglich nicht in ihrer Allgemeinheit wollen»<sup>278</sup>. Immerhin können allgemein gehaltene AGB-Klauseln im Einzelfall durchaus allgemein gewollt sein (BGE 72 II 268 ff., 83 II 404)<sup>279</sup>. Steht im Einzelfall nicht fest, ob eine allgemein gehaltene Klausel nach dem Parteiwillen mit eingeschränkter oder allgemeiner Tragweite gelten soll, ist also das Auslegungsergebnis nicht eindeutig, so greift die Unklarheitenregel Platz: Die Klausel gilt dann wiederum mit eingeschränkter Bedeutung<sup>280</sup>.

<sup>276</sup> A.A. GAUCH/SCHLUEP, Nr. 1232.

<sup>277</sup> Für einen Sonderfall ist dies im Gesetz vorgesehen: Will der Versicherer die Deckung für ein Risiko ausschliessen, so hat dies «in bestimmter, unzweideutiger Fassung» zu geschehen (SVA XIV, S. 174: «termes absolument nets, de façon à éliminer tout doute»). Eine zweideutige Formulierung geht – nach der Unklarheitenregel (Nr. 213) – zu Lasten des Versicherers: Der Deckungsausschluss gilt zwar, aber mit der für den Versicherer ungünstigeren Bedeutung.

<sup>278</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N 497 und 499 a.E. zu Art. 1 OR; BGE 51 II 281 f., 60 II 444, 91 II 348 f., 107 II 161 ff.

<sup>279</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N 497 zu Art. 1 OR.

<sup>280</sup> S. oben Nr. 213; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N 497 zu Art. 1 OR.

## § 10 Das Nachbesserungsrecht gemäss der SIA-Norm 118; Vergleich mit dem gesetzlichen Nachbesserungsrecht

- 228 Die SIA-Norm 118 regelt die «Haftung für Mängel» unter diesem Titel in den Art. 165-171. Teil der Gewährleistungsordnung bilden aber auch die Art. 157-164 über die Abnahme des Werkes sowie die Art. 172-180 über die Garantiefrist. Soweit diese Bestimmungen keine Regelung enthalten, gilt das Gesetz, was sich von selbst versteht und in Art. 2 Abs. 2 der Norm noch besonders festgehalten ist. Eine umfassende Interpretation der zitierten Artikel ist im folgenden nicht beabsichtigt. Es sei hierfür auf GAUCH'S Kommentar zur SIA-Norm 118 Art. 157-190 sowie auf die Diss. von LENZLINGER GADIENT verwiesen. Zu beachten ist, dass die SIA-Norm 118 wie alle AGB (im Falle ihrer vertraglichen Übernahme) individuell auszulegen ist (oben Nr. 224). Eine gleichsam authentische, für alle Fälle geltende Auslegung der Norm ist daher zum vornherein nicht möglich. Das gilt auch dort, wo die Norm im OR verwendete Ausdrücke aufnimmt oder eine gesetzliche Regelung wiedergibt (vgl. etwa Art. 166 Abs. 1)<sup>281</sup>. Immerhin lässt sich angeben, was *im Normalfall* als vereinbart anzusehen ist, wenn die Norm übernommen wurde. Im folgenden geht es immer um diesen «Normalinhalt».
- 229 Vorerst wird unter I. die Gewährleistungsordnung gemäss der SIA-Norm 118 im allgemeinen dargestellt, unter II.-IV. werden spezielle Probleme des Nachbesserungsrechts behandelt. Dabei wird die spezifische AGB-Problematik immer mituntersucht. Insbesondere wird die Gewährleistungsordnung auf ihre Vereinbarkeit mit Ungewöhnlichkeits- und Unklarheitenregel hin geprüft. Vorwegzunehmen ist, dass die Art. 157 ff. der Norm in dieser Hinsicht weitgehend unproblematisch sind<sup>282</sup>.

<sup>281</sup> Wo dies zutrifft, ist allerdings die Norm vermutungsweise im Sinne des Gesetzes zu verstehen (PIERRE TERCIER, BR 1983, S. 55 Nr. 38; GAUCH/SCHLUEP, Nr. 1230). Die Vermutung kann jedoch umgestossen werden. So ist beispielsweise der Ausdruck Abnahme i.S. von Art. 180 SIA-Norm 118 nicht im Sinne des Gesetzes (z.B. Art. 370 Abs. 1 OR) zu verstehen, sondern im Sinne von Art. 157 ff. der Norm.

<sup>282</sup> Bedenken weckt Art. 174 Abs. 3 (und – ausserhalb des Gewährleistungsrechts – Art. 33 Abs. 2, vgl. BGE 109 II 456 ff.; KOLLER, Gutgläubensschutz, Nr. 261 ff.; SCHWAGER, BR 1980, S. 24). Nach einer von BÜHLER im vorliegenden Werk (III/1/C) geäusserten Auffassung weist Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 einen geschäftsfremden Inhalt auf, so dass er «bei globaler Übernahme der SIA-Norm 118 für den nicht rechtskundigen und prozessunerfahrenen Unternehmer als ungewöhnlich und damit unverbindlich zu qualifizieren» sei.

## I. Die Gewährleistungsordnung der SIA-Norm 118 im allgemeinen

### 1. Die Mängelrechte und deren Inhalt

- 230 **1.** Nach Art. 368 OR hat der Besteller – bei gegebenen Voraussetzungen – alternativ drei Mängelrechte: Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht (dazu kommt kumulativ das Recht auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens). Demgegenüber ist in Art. 169 der SIA-Norm ein **Vorrang des Nachbesserungsrechts** vorgesehen: «Bei jedem Mangel hat der Bauherr (abgesehen vom Schadenersatzrecht nach Art. 171) zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen.» Nur wenn der Mangel nicht fristgemäss behoben wird (sei es gar nicht oder doch nicht vollständig), kann der Bauherr auch mindern oder wandeln («vom Vertrage zurücktreten», wie Art. 169 Abs. 1 Ziff. 3 der Norm sagt). Vorbehalten sind die Fälle von Art. 169 Abs. 2 der Norm. Das Minderungs- und das Wandelungsrecht sind also nach der Norm sekundäre Mängelrechte (Nr. 12), wogegen es sich nach Gesetz um primäre Mängelrechte handelt. Minderungs- und Wandelungsrecht werden durch ein weiteres sekundäres Mängelrecht ergänzt: durch das Recht auf Ersatzvornahme (Nr. 236).
- 231 Die Regelung der SIA-Norm 118 mit dem Vorrang des Nachbesserungsrechts kommt dem Unternehmer – in gerechtfertigter Weise – entgegen. Sie erlaubt ihm, im nachhinein doch noch richtig zu erfüllen und sich damit den ganzen Werklohn zu sichern. Nach Gesetz müsste er damit rechnen, dass der Bauherr mindert (ausnahmsweise sogar wandelt), was im Normalfall eine unverhältnismässige Werklohnreduktion zur Folge hat. Denn der Minderwert entspricht vermutlich den Kosten, die ein Dritter für die Mängelbeseitigung aufwenden müsste; diese Kosten aber sind in der Regel höher als die Kosten, die dem Unternehmer durch die Nachbesserung entstehen (oben Ann. 8).
- 232 **2.** Der Anspruch auf Verbesserung ist – anders als nach Gesetz – **nicht ein Gestaltungsrecht**, sondern eine Forderung. Das ist freilich bestritten. A.A. ist beispielsweise GAUCH<sup>283</sup>. Seines Erachtens entsteht die Nachbesserungsforderung erst dann, wenn «der Bauherr die Nachbesserung verlangt». In diesem «Verlangen» soll die Ausübung des Gestaltungsrechts bestehen. Nach der hier vertretenen Ansicht entsteht die Nachbesserungsforderung schon früher, nämlich mit der Abnahme<sup>284</sup>, und dies unabhängig von irgendeiner Erklärung des Bauherrn. Träfe die Auffassung von GAUCH zu, so wäre die Nachbesserungsschuld erst erfüllbar, wenn der Besteller die Nachbesserung verlangt. Richtigerweise muss jedoch der Unternehmer die Möglichkeit haben, auch ohne ein

<sup>283</sup> N 6 zu Art. 169 SIA-Norm 118; ebenso LENZLINGER GADIENT, S. 129.

<sup>284</sup> Nach GAUCH, z.B. N 5 zu Art. 180 SIA-Norm 118, entstehen die Mängelrechte schon früher, nämlich mit Einleitung der Abnahme. Ob dies zutrifft, braucht im vorliegenden Zusammenhang nicht geklärt zu werden.

solches Verlangen zur Nachbesserung zu schreiten<sup>285</sup>. Art. 160 der Norm, zweiter Satzteil, kann wohl nur in diesem Sinne verstanden werden. Lehnt der Bauherr, der kein Nachbesserungsbegehren gestellt hat, die Nachbesserung ab, so kommt er nach der hier vertretenen Ansicht in Annahmeverzug, was nach der Auffassung GAUCHS nicht der Fall sein dürfte<sup>286</sup>.

- 233 **3. Inhalt des Nachbesserungsrechts.** Die Nachbesserungsforderung des Bauherrn entspricht inhaltlich dem gesetzlichen Nachbesserungsanspruch. Sie geht also grundsätzlich auf Verbesserung des bestehenden Werks, ausnahmsweise auf Neuherstellung (vorne Nr. 110 ff.)<sup>287</sup>.
- 234 **4. Der Bauherr ist im Sinne einer Obliegenheit verpflichtet, die Nachbesserung zu dulden.** Eine eigentliche Pflicht besteht nicht. Der Unternehmer kann daher die Verbesserung nicht gegen den Willen des Bauherrn durchsetzen, er hat kein Recht auf Nachbesserung. Es verhält sich insoweit gleich wie im Fall, da der Besteller das gesetzliche Nachbesserungsrecht ausübt und dadurch die Nachbesserungsschuld zur Entstehung bringt.
- 235 **5. Verursacht die Verbesserung des Werks übermässige Kosten** (Art. 368 Abs. 2 OR), so hat der Bauherr keinen Nachbesserungsanspruch (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118). Auch in diesem Fall muss er jedoch dem Unternehmer vorerst die Möglichkeit einräumen nachzubessern (Art. 169 Abs. 1 vor Ziff. 1)<sup>288</sup>. Der Unternehmer hat es somit in der Hand, mit übermässigen Kosten nachzubessern und dadurch Minderung und Wandelung abzuwehren. Aus dem Gesagten folgt: Verursacht die Nachbesserung übermässige Kosten, so hat der Bauherr vorerst überhaupt keine Mängelrechte. Er hat lediglich die Möglichkeit, dem Unternehmer für die Nachbesserung Frist anzusetzen. Mängelrechte entstehen erst, wenn der Unternehmer diese Frist ungenutzt verstreichen lässt; alsdann kann der Besteller mindern oder (ausnahmsweise) wandeln.

<sup>285</sup> Beginnen *müssen* tut er jedoch erst, wenn ihn der Besteller zur Nachbesserung auffordert. Es steht dem Unternehmer nun eine angemessene Frist (Nr. 236) zur Vornahme der Nachbesserungsarbeiten zu. Mit Fristablauf ist das nachgebeßerte Werk zur Ablieferung fällig.

<sup>286</sup> Es ist auch nicht etwa so, dass das Nachbesserungsbegehren des Bauherrn erst die Fälligkeit der Nachbesserungsforderung begründet. Die Fälligkeit entsteht vielmehr unmittelbar mit der Entstehung des Anspruchs (vgl. Art. 75 OR). – Die praktischen Unterschiede zwischen der «Auffassung Gestaltungsrecht» und der hier vertretenen Ansicht dürften gering sein. Die Vorstellung, beim Nachbesserungsanspruch im Sinne der Norm handle es sich um ein Gestaltungsrecht, passt jedoch nicht. Vor allem scheint es gekünstelt zu sagen, der Bauherr könne die Nachbesserung erst verlangen, wenn er vorher eine entsprechende Gestaltungserklärung abgegeben habe.

<sup>287</sup> A.A. (ohne Begründung) LENZLINGER GADIANT, S. 139: Es bestehe kein Anspruch auf Neuherstellung.

<sup>288</sup> GAUCH, N 7a zu Art. 169 SIA-Norm 118.

236 **6. Verzug mit der Nachbesserung.** Art. 169 der Norm sieht vor, dass der Bauherr die Beseitigung eines Mangels «innerhalb angemessener Frist» verlangen kann. Ist die Frist ungenutzt verstrichen, so ist er nicht mehr auf die Nachbesserung beschränkt. Vielmehr kann er nun «die Verbesserung statt durch den Unternehmer auch durch einen Dritten ausführen lassen oder sie selbst vornehmen, beides auf Kosten des Unternehmers» (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1). Stattdessen kann er nun auch die Minderung erklären (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2) oder - unter den Voraussetzungen von Art. 368 Abs. 1 und 3 OR - «vom Vertrag zurücktreten» (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 3), also die Wandelung erklären.

237 Der Wortlaut von Art. 169 SIA-Norm 118 ist insofern ungenau, als er die umschriebenen (sekundären) Mängelrechte scheinbar ausschliesslich davon abhängig macht, dass der Unternehmer die Verbesserungsfrist nicht einhält. In Wirklichkeit muss der Unternehmer die Frist *pflichtwidrig* nicht gewahrt haben: Er muss in Verzug sein. Das trifft nicht zu, wenn der Besteller in Annahmeverzug ist oder der Unternehmer die Vornahme der Nachbesserungsarbeiten gestützt auf Art. 82 OR verweigern darf (vorne Nr. 153). Alsdann bestehen auch die fraglichen sekundären Mängelrechte nicht. Das Requisit der Pflichtwidrigkeit ergibt sich aus einer an Treu und Glauben (Vertrauensprinzip) orientierten Auslegung von Art. 169 der Norm. Diese Bestimmung verwendet zwar den Ausdruck Verzug nicht, gewährt aber weitestgehend die Verzugsrechte, wie sie von Lehre und Rechtsprechung gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 368 OR entwickelt wurden. Nur schon das lässt nach Treu und Glauben den Schluss zu, dass diese Rechte Verzug (pflichtwidrige Nichterfüllung der Nachbesserungsschuld) voraussetzen.

Weiteres zum Nachbesserungsverzug s. hinten Nr. 257 ff.; dort auch zur Frage, wie es sich verhält, wenn der Besteller Nachbesserung verlangt, ohne eine Verbesserungsfrist anzusetzen.

238 **7. Schlechterfüllung der Nachbesserungsschuld.** Unternimmt der Unternehmer einen Nachbesserungsversuch, der nicht oder nicht gänzlich zum Ziele führt, so stehen dem Besteller ebenfalls die sekundären Mängelrechte gemäss Art. 169 der Norm zu<sup>289</sup>. Diese Bestimmung ist also nicht nur Verzugs-, sondern auch Schlechterfüllungsregel. Das «soweit» im letzten Satz vor Ziff. 1 bringt beides zum Ausdruck.

<sup>289</sup> GAUCH, N 9 zu Art. 169 SIA-Norm 118.

## 2. Die Voraussetzungen der Mängelrechte

### A. Allgemeines

- 239 Die Mängelrechte setzen nach Gesetz einen Mangel, Abnahme des Werks sowie fehlendes Selbstverschulden des Bauherrn voraus. Sie fallen dahin, wenn nicht rechtzeitig gerügt wird. Das Nachbesserungsrecht setzt zusätzlich voraus, dass die Mängelbeseitigung keine übermässigen Kosten verursacht. Die Nachbesserungsforderung entsteht durch Ausübung des Nachbesserungsrechts (Gestaltungserklärung).
- 240 Für die Nachbesserungsforderung nach der SIA-Norm 118 gilt grundsätzlich dasselbe, wenn man davon absieht, dass die Entstehung der Nachbesserungsforderung keine Gestaltungserklärung des Bestellers voraussetzt (Nr. 232). Zu beachten ist jedoch, dass die einzelnen Gewährleistungsvoraussetzungen nach der SIA-Norm teilweise anders aufzufassen sind als nach Gesetz. Auf die wichtigsten Abweichungen wird nachstehend in lit. B und C eingegangen.
- 241 Eine bloss formale Abweichung vom Gesetz beinhaltet Art. 166 Abs. 4 der Norm. Abs. 1-3 von Art. 166 umschreiben den Begriff des Mangels, und zwar im Sinne von Art. 368 OR, wie er von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung interpretiert wird (dazu Nr. 21 ff.). Abs. 4 bestimmt sodann, dass ein Selbstverschulden des Bestellers i.S. von Art. 369 OR das Vorliegen eines Mangels und damit auch die Mängelhaftung des Unternehmers ausschliesst. Demgegenüber fallen unter den gesetzlichen Mangelbegriff auch selbstverschuldete Mängel, doch besteht dafür ebenfalls keine Haftung des Unternehmers.

### B. Abnahme des Bauwerks

- 242 Während die Abnahme nach Gesetz bei Bauwerken auf Grund und Boden des Bestellers grundsätzlich mit der Vollendungsanzeige stattfindet, hat die Vollendungsanzeige nach der Norm lediglich die Bedeutung, dass nun das Werk von der Bauleitung (dem Bauherrn) gemeinsam mit dem Unternehmer zu prüfen ist (Art. 158 Abs. 2 der Norm). Erst mit dem Abschluss der gemeinsamen Prüfung findet die Abnahme statt (Art. 159 und 160), und auch dies nur dann, wenn sich bei der Prüfung keine wesentlichen Mängel zeigen (Art. 161, Einschränkung in Art. 162 f.). Zeigen sich wesentliche Mängel, so hat der Unternehmer diese zu beseitigen und nach getaner Arbeit dem Bauherrn «den Abschluss der Verbesserung» anzuzeigen. Darauf findet wiederum eine gemeinsame Prüfung statt. «Zeigen sich keine wesentlichen Mängel mehr, so ist das Werk ... mit Abschluss dieser Prüfung abgenommen» (Art. 161 Abs. 3).
- 243 Nicht selten kommt vor, dass nach der Vollendungsanzeige eine gemeinsame Prüfung nicht stattfindet. Diefalls gilt das Werk einen Monat nach der Vollendungsanzeige grundsätzlich als abgenommen (Art. 164 Abs. 1 der Norm). «Keine Abnahme findet jedoch statt, solange die gemeinsame Prüfung deswegen unterbleibt, weil der Unternehmer die Mitwirkung unterlässt» (Art. 164 Abs. 2 der Norm).

### C. Mängelrüge

- 244 **1.** Ein zweiter Unterschied zwischen Gesetz und SIA-Norm 118 betrifft die wichtige Frage der Mängelrüge: Nach Gesetz muss der Bauherr das Bauwerk nach dessen Ablieferung prüfen und dabei erkennbare Mängel sofort anzeigen. Bei der Prüfung nicht erkennbare Mängel muss er sofort nach ihrer Entdeckung anzeigen. Der Mängelrüge ist eine zeitliche Schranke gesetzt; sie muss spätestens bis Ablauf der Verjährungsfrist erfolgen (absolute Rügefrist, Nr. 81 ff.). Besonderheiten gelten für absichtlich verschwiegene Mängel. Diese können jederzeit gerügt werden (Art. 370 Abs. 1 OR a.E.)<sup>290</sup>, und zwar während der ganzen Verjährungsfrist, die hier zehn Jahre beträgt (Art. 371 OR i.V.m. Art. 210 Abs. 3 OR; unten Nr. 344 f.).
- 245 **2.** Die **Rügeordnung der SIA-Norm 118 ist weit weniger streng als die gesetzliche:**  
 Gemäss Art. 172 der Norm «besteht eine Garantiefrist von zwei Jahren», die mit dem Tag der Abnahme zu laufen beginnt. Dabei handelt es sich um eine (relative) Rügefrist: «Während der Garantiefrist kann der Bauherr in Abweichung vom Gesetz (Art. 367 und Art. 370 OR) Mängel aller Art jederzeit rügen» (Art. 173 SIA-Norm 118). Eine Pflicht zu sofortiger Rüge besteht somit nicht.
- 246 Nach Ablauf der zweijährigen Rügefrist können Mängel, die während der zweijährigen Frist entdeckt wurden, grundsätzlich nicht mehr gerügt werden. Nachher entdeckte Mängel können hingegen immer noch gerügt werden, das muss nun aber sofort geschehen (Art. 179 Abs. 2 SIA-Norm 118). Nach Ablauf der zweijährigen Rügefrist entspricht somit die Rügeordnung der Norm derjenigen des Gesetzes<sup>291</sup>.
- 247 Eine *absolute* Rügefrist kennt die SIA-Norm 118 nicht. Mangels anderer Vereinbarung kommt jedoch auch bei Übernahme der Norm Art. 371 OR i.V.m. Art. 210 Abs. 2 OR zum Tragen. Danach ist die Verjährungsfrist gleichzeitig absolute Rügefrist (oben Nr. 81 ff.)<sup>292</sup>. Mängelrügen müssen somit spätestens fünf Jahre nach Abnahme (Art. 180 der Norm) erhoben werden; diese Frist wird im Falle einer Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung verlängert (oben Nr. 82).

<sup>290</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1559, und GIGER, Berner Kommentar, N 8 zu Art. 203 OR. Beide Autoren sind zu Recht der Meinung, dass ein Kausalzusammenhang zwischen der absichtlichen Täuschung und der Unterlassung rechtzeitiger Rüge nicht bestehen muss. Wer absichtlich täuscht, wird bestraft.

<sup>291</sup> Vgl. BÜHLER im vorliegenden Band, III/2/A/b.

<sup>292</sup> Vgl. GAUCH, N 6b zu Art. 180 der SIA-Norm 118 (GAUCH verweist irrtümlich auf Abs. 3 statt Abs. 2 von Art. 210 OR).

- 248 Besonderes gilt für absichtlich verschwiegene Mängel: Auch bei Vereinbarung der Norm kommt Art. 370 OR a.E. zum Tragen. Absichtlich verschwiegene Mängel können daher bis zum Ablauf der Verjährungsfrist immer gerügt werden, und die Verjährungsfrist ist die zehnjährige (Art. 180 Abs. 2 der Norm).
- 249 Die umschriebene Rüge-Regelung der SIA-Norm 118 ist der gesetzlichen Regelung vorzuziehen. Denn die gesetzliche Pflicht zur selbständigen Werkprüfung und sofortigen Mängelanzeige überfordert den durchschnittlichen Bauherrn in aller Regel. Es ist denn auch bezeichnend, dass keines unserer Nachbarrechte eine solche strenge Prüfungs- und Rügeobliegenheit kennt<sup>293</sup>.
- 250 **3. Neulauf der Rügefrist.** Beseitigt der Unternehmer einen während der Garantiefrist gerügten Mangel, so hat er davon dem Besteller Anzeige zu machen. Es findet dann «eine Prüfung und Abnahme nach Massgabe der Art. 157 ff. [SIA-Norm 118] statt» (Art. 176 Abs. 1 SIA-Norm 118). «Mit dem Tag der Abnahme beginnt die Garantiefrist für den instandgestellten Teil neu zu laufen. Unwesentliche Mängel unterbrechen die Garantiefrist nicht» (Art. 176 Abs. 2 SIA-Norm 118). Die Abnahme, welche nach dem Gesagten den Neulauf der Garantiefrist (=Rügefrist) auslöst, bestimmt sich zwar nach Art. 157 ff. der Norm (dazu Nr. 242 f.), doch ist zu beachten, dass diese Bestimmungen nicht auf die Abnahme des nachgebesserten, sondern des neu erstellten Werks zugeschnitten sind. Die Artikel sind daher im vorliegenden Zusammenhang nur sinngemäss anwendbar<sup>294</sup>. Im einzelnen ist zur Abnahme bzw. zum Neulauf der Frist folgendes festzuhalten:
- 251 – Die Abnahme findet mit der gemeinsamen Prüfung statt, falls diese keine oder nur unwesentliche Mängel zutage fördert (Art. 159 und 160 der Norm). Ein Neulauf der Garantiefrist ist diesfalls jedoch – wie bereits gesagt – mit der Abnahme nicht verbunden.
- 252 – Zeigen sich bei der gemeinsamen Prüfung wesentliche Mängel, so kann der Besteller dem Unternehmer nach Art. 161 Abs. 1 der Norm eine angemessene Frist zur Behebung der Mängel ansetzen. «Der Unternehmer beseitigt die Mängel innerhalb der angesetzten Frist und zeigt dem Bauherrn den Abschluss der Verbesserung unverzüglich an. Darauf werden die beanstandeten Bauteile innert Monatsfrist nochmals gemeinsam geprüft. Zeigen sich keine wesentlichen Mängel mehr, so ist das Werk (oder der Werkteil) mit Abschluss dieser Prüfung abgenommen.» (Art. 161 Abs. 3 der Norm) Es beginnt jetzt die Garantiefrist neu zu laufen.
- 253 – Art. 161 SIA-Norm 118 erwähnt ausschliesslich die Möglichkeit, dass der Besteller dem Unternehmer, der ungenügend nachgebessert hat, eine Frist zur nochmaligen Mängelbeseitigung ansetzt. Indes kann der Unternehmer, wie gesehen (Nr. 238), nach einem fehlgeschlagenen Nachbesserungsversuch auch auf die Nachbesserung verzichten und stattdessen eines der in Art. 169 Ziff. 1-3 erwähnten sekundären Mängelrechte ausüben. Diesfalls findet freilich kein Neulauf der Garantiefrist statt. Denn wenn der Besteller Minderung oder Wandlung erklärt oder die Ersatzvornahme verlangt, so fällt die Nachbesserungsschuld dahin, damit auch die Garantiefrist.

<sup>293</sup> Vgl. im vorliegenden Werk BÜHLER, III/2/D/b a.E.

<sup>294</sup> Vgl. GAUCH, N 6 zu Art. 176 SIA-Norm 118.

- 254 – Behebt der Unternehmer einen erst nach der Garantiefrist gerügten (verdeckten) Mangel, so beginnt keine neue Garantiefrist zu laufen. Das ist zwar in der Norm nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber *e contrario* aus Art. 176 SIA-Norm 118.

## II. Vom Bauherrn verschuldete Nachbesserungsunmöglichkeit

- 255 Das Nachbesserungsrecht gemäss Art. 169 SIA-Norm ist – wie gesagt – eine Forderung. Diese Nachbesserungsforderung ist mit einer Nachbesserungsobliegenheit zulasten des Bauherrn verbunden: Der Bauherr muss die Nachbesserung dulden, gleich wie im Fall, da das gesetzliche Nachbesserungsrecht (Gestaltungsrecht) ausgeübt und dadurch eine Nachbesserungsforderung zur Entstehung gebracht wird (Nr. 107). Verletzt der Bauherr diese Obliegenheit dadurch, dass er den Unternehmer nicht nachbessern lässt (Annahmeverzug) oder ihm die Nachbesserung verunmöglicht, indem er sie selbst vornimmt oder durch einen Dritten vornehmen lässt, so treffen ihn die in Nr. 119 ff., 129 ff. umschriebenen Rechtsnachteile, soweit die SIA-Norm nichts Abweichendes vorsieht. Dies trifft hinsichtlich des Annahmeverzugs nicht zu. Der Unternehmer kann somit nach Art. 95 OR vorgehen. Auch die vom Bauherrn verschuldete Nachbesserungsunmöglichkeit ist in der SIA-Norm 118 nicht geregelt. Der Unternehmer behält somit die ganze Werklohnforderung (obwohl er ein mangelhaftes Werk abgeliefert und nicht nachgebessert hat). Er muss sich lediglich anrechnen lassen, was er wegen der unterbliebenen Nachbesserung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat (Nr. 120). Hat er im Zeitpunkt der vom Besteller vorgenommenen bzw. veranlassten Nachbesserung bereits den ganzen Werklohn bezogen, so trifft ihn eine entsprechende Rückerstattungspflicht.
- 256 BGE 110 II 52 ff.<sup>295</sup> lässt die Frage der Rückerstattungspflicht offen, GAUCH<sup>296</sup> verneint sie mit Hinweis auf den Vorrang des Nachbesserungsrechts. Dieser Vorrang will jedoch in erster Linie klarstellen, dass entgegen dem Gesetz vorerst weder ein Wandlungs- noch ein Minderungsrecht besteht. Dass damit – gleichsam «*en passant*» – auch die im Gesetz nicht ausdrücklich geregelte Frage der Nachbesserungsunmöglichkeit behandelt werden soll, muss nach Treu und Glauben (Vertrauensprinzip) nicht angenommen werden. Das gilt zumindest für den «*einmaligen*» Bauherrn. Soll diesem der Rückerstattungsanspruch entzogen werden, so muss dies deutlich gesagt werden. Dieser Anforderung genügt Art. 169 SIA-Norm 118 nicht<sup>297</sup>.

<sup>295</sup> S. dazu HANS MERZ, ZBJV 1986, S. 175 ff.

<sup>296</sup> Werkvertrag, Nr. 1833.

<sup>297</sup> Weder das Bundesgericht noch GAUCH werfen die Frage auf, wie es sich verhält, wenn der Bauherr die Mängel beseitigt, noch bevor er den ganzen Werklohn bezahlt hat. Nach der hier vertretenen Ansicht ist klar, dass Art. 169 SIA-Norm die Vorteilsan-

### III. Nachbesserungsverzug des Unternehmers

- 257 Art. 169 der SIA-Norm enthält für den Fall, dass der Unternehmer mit der Ablieferung des nachgebesserten Werks in Verzug kommt (Nr. 258), eine eigene, allerdings unvollständige Regelung. In den nicht geregelten Punkten greift die gesetzliche Ordnung, wie sie vorne in Nr. 156 ff. dargestellt wurde, Platz (Art. 2 Abs. 2 der Norm).

#### 1. Verzugstatbestand

- 258 Nach Art. 169 SIA-Norm 118 kommt der Unternehmer in Verzug, wenn er eine vom Bauherrn angesetzte Verbesserungsfrist pflichtwidrig (Nr. 237) nicht einhält. Wie es sich verhält, wenn der Besteller zwar die Nachbesserung verlangt, jedoch keine Verbesserungsfrist ansetzt, sagt die Norm nicht. Es gilt für diesen Fall – gestützt auf Art. 2 Abs. 2 SIA-Norm 118 – die gesetzliche Regelung (Art. 102 OR). Denn es ist nicht anzunehmen, dass Art. 169 SIA-Norm 118 den Verzug – was den Tatbestand anbelangt – abschliessend umschreiben will<sup>298</sup>. Der Unternehmer kommt daher auch dann in Verzug, wenn er die Nachbesserung auf entsprechendes Begehren hin nicht innert angemessener Frist (Art. 75 OR) vornimmt und in der Folge vom Besteller gemahnt wird (vorne Nr. 150). Schliesst man sich der in Nr. 152 vertretenen Ansicht an, kann sogar vom Erfordernis der Mahnung abgesehen werden. Zu beachten ist jedoch, dass der in der Norm ausdrücklich geregelte Verzugstatbestand hinsichtlich seiner rechtlichen Wirkungen teilweise anders zu behandeln ist als die anderen Verzugstatbestände (unten Nr. 260 f.).

---

rechnung im Sinne des in Nr. 255 Gesagten nicht ausschliesst. Der Unternehmer hat somit nicht den ganzen Werklohn zugute. GAUCH müsste nach seiner Argumentation anderer Meinung sein. M.E. bringen die Art. 324 Abs. 2 OR, 337c Abs. 2 OR usw., welche der Vorteilsanrechnung zugrundeliegen (Nr. 120), eine Wertung des Gesetzgebers zum Ausdruck, der nur mit klarer vertraglicher Abrede derogiert werden kann. Bei AGB-Verträgen ist die Unklarheitenregel heranzuziehen.

<sup>298</sup> Zwar hat der Besteller nach dem Wortlaut von Art. 169 der Norm «zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels *innerhalb angemessener Frist* zu verlangen» (Hervorhebung hinzugefügt). Das könnte zum E-contrario-Schluss verleiten, ein Nachbesserungsbegehren ohne Fristansetzung sei wirkungslos. Indes will mit der fraglichen Passage in erster Linie der Vorrang des Nachbesserungsrechts begründet werden. Dass damit auch der massgebliche Verzugstatbestand umfassend – und abweichend vom Gesetz! – umschrieben werden soll, muss nach Treu und Glauben (Vertrauensprinzip) nicht angenommen werden.

## 2. Rechtsstellung des Bauherrn im Falle des Verzugs

- 259 1. Kommt der Unternehmer in Nachbesserungsverzug, so hat der Besteller Anspruch auf Ersatz des Verspätungsschadens, sofern den Unternehmer ein Verschulden am Verzug trifft (Art. 103 OR). Im übrigen richtet sich die Rechtsstellung des Bestellers nach Art. 107-109 OR und Art. 366 Abs. 2 OR analog (s. Nr. 158 ff.). Die hier vorgesehene Ordnung wird jedoch zu einem guten Teil durch Art. 169 der Norm verdrängt. Für die Darstellung der Einzelheiten sind die verschiedenen Verzugstatbestände zu unterscheiden:
- 260 – Ist der Unternehmer *dadurch in Verzug geraten, dass er eine ihm vom Besteller angesetzte Nachbesserungsfrist nicht eingehalten hat*, so kann der Besteller ohne weiteres, also ohne Nachfristansetzung im Sinne von Art. 107 Abs. 2 OR, auf die Nachbesserung durch den Unternehmer verzichten. Im Verzichtsfall stehen ihm die in Art. 169 Ziff. 1-3 der Norm umschriebenen Rechte zu. Der Besteller kann somit die Minderung erklären (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2) oder – unter den Voraussetzungen von Art. 368 Abs. 1 und 3 OR – «vom Vertrag zurücktreten» (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 3), d.h. wandeln, oder er kann schliesslich die Verbesserung auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten vornehmen lassen oder selbst vornehmen (Ersatzvornahme). Hingegen steht ihm kein alternatives Recht auf Schadenersatz zu (Art. 171 Abs. 1 SIA-Norm 118, unten Nr. 263). Der Besteller kann also nicht auf die Nachbesserung verzichten und den Mangelschaden ersetzt verlangen (Weiteres unten in Nr. 263).
- 261 – Ist der Unternehmer *in Verzug gekommen, ohne dass ihm der Besteller eine Verbesserungsfrist angesetzt hatte*, so muss der Besteller eine Nachfrist i.S. von Art. 107 Abs. 2 OR ansetzen, bevor er auf die Nachbesserung durch den Unternehmer verzichten kann. Im Falle eines rechtsgültigen Verzichts richtet sich jedoch die Rechtslage wiederum nach Art. 169 SIA-Norm 118 und nicht, bzw. nur subsidiär, nach Gesetz. Das ist zwar in der Norm nicht ausdrücklich vorgesehen, ergibt sich jedoch aus einer an Treu und Glauben orientierten Auslegung. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb die Rechtsstellung des Bestellers im Verzichtsfall unterschiedlich sein soll, je nachdem, wie es zum Verzicht gekommen ist.
- 262 2. Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1-3 SIA-Norm 118 gibt im wesentlichen die Rechtslage wieder, wie sie nach Gesetz (Art. 107 Abs. 2 OR, Art. 366 Abs. 2 OR analog) besteht, wenn der Besteller wegen Nachbesserungsverzugs des Unternehmers auf die Nachbesserung verzichtet. Immerhin bestehen Unterschiede, vor allem zwei:
- 263 – Gemäss Art. 107 Abs. 2 OR kann der Besteller bei Verschulden des Unternehmers Schadenersatz (positives Vertragsinteresse; Mangelschaden) verlangen (Nr. 159, 168). Von einem solchen Schadenersatzanspruch ist in Art. 169 der Norm nicht die Rede. Das muss als qualifiziertes Schweigen ange-

sehen werden. Dafür spricht neben dem Wortlaut von Art. 169 vor allem Art. 171 Abs. 1 der Norm. Hier ist bestimmt, dass der Besteller kein Recht hat, «Schadenersatz gemäss Art. 97 ff. OR anstelle der Mängelrechte nach Art. 169 geltend zu machen». Mit den Mängelrechten sind alle Mängelrechte gemäss Art. 169 gemeint, also nicht nur das Nachbesserungsrecht als primäres Mängelrecht, sondern auch die sekundären Mängelrechte gemäss Ziff. 1-3 dieses Artikels. Vorbehalten sind jedoch der Anspruch auf Ersatz von Verspätungsschaden (Art. 103 OR) sowie derjenige auf Ersatz von Mangelfolgeschaden (Art. 171 Abs. 1 SIA-Norm 118 am Anfang). Zu betonen ist jedoch, dass die SIA-Norm 118 immer individuell auszulegen ist und sich daher im Einzelfall durchaus ergeben kann, dass ein Schadenersatzanspruch nicht ausgeschlossen sein soll (Nr. 228).

- 264 – Das Recht auf Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR setzt ein Verschulden des Unternehmers voraus (Nr. 183), dasjenige nach Art. 169 SIA-Norm 118 nicht. Sodann setzt Art. 169 der Norm – anders als Art. 366 Abs. 2 OR (Nr. 182) – nicht voraus, dass der Besteller dem Unternehmer die Ersatzvornahme angedroht hat. Das Recht auf Ersatzvornahme hängt nach der SIA-Norm vielmehr einzig davon ab, dass der Besteller rechtswirksam auf die Nachbesserung durch den Unternehmer verzichtet hat.
- 265 Der dem Besteller zustehende Kostenersatz ist Aufwendungsersatz, nicht Schadenersatz<sup>299</sup>. Es geht nämlich nicht darum, Schlechterfüllungsfolgen auszugleichen, sondern um Ersatz der Kosten, welche durch die Herbeiführung der Erfüllungswirkung (mängelfreies Werk) entstehen. Dabei gehen grundsätzlich die *ganzen* Kosten der Ersatzvornahme zu Lasten des Unternehmers. Trifft jedoch den Besteller ein Mitverschulden am Mangel, so hat er sich an den Kosten zu beteiligen (Art. 170 Abs. 3 SIA-Norm 118).
- 266 Die SIA-Norm 118 äussert sich nicht zu den Modalitäten der Ersatzvornahme. Es gelten insoweit – gestützt auf Art. 2 Abs. 2 der Norm – die zu Art. 98 OR entwickelten Grundsätze (dazu Nr. 437 ff.).
- 267 3. Art. 169 der Norm sieht vor, dass der Besteller – bei gegebenen Voraussetzungen – «zurücktreten» kann. Mit dem Rücktritt ist nichts anderes als die Wandelung im Sinne des Gesetzes gemeint. Art. 169 macht denn auch den Rücktritt ausdrücklich von den spezifischen Wandelungsvoraussetzungen abhängig, und dies unter Bezugnahme auf die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen (Art. 368 Abs. 1 und 3 OR<sup>300</sup>).

<sup>299</sup> Im Ergebnis gleich GAUCH, N 17b zu Art. 169 SIA-Norm 118.

<sup>300</sup> Art. 368 Abs. 3 OR betrifft nur Werke, «die auf dem Grund und Boden des Bestellers» errichtet sind. «Weil aber der Bauwerkvertrag, den die SIA-Norm 118 regelt, stets Werke 'auf Grund und Boden' zum Gegenstand hat (vgl. Präambel und Art. 1 der Norm), wurde in Art. 169 Abs. 1 Ziff. 3 auf die Erwähnung dieser Einschränkung verzichtet» (GAUCH, N 23 zu Art. 169 SIA-Norm 118).

- 268 Wird der Rücktritt ausgesprochen, so ist der Vertrag rückabzuwickeln. Wie die Rückabwicklung zu geschehen hat, wird in der Norm im Unterschied zum Gesetz ausdrücklich erläutert:
- 269 «Mit dem Rücktritt wird der Bauherr von der Pflicht zur Leistung einer Vergütung befreit; bereits bezahlte Vergütungen kann er zurückfordern. Das Werk steht dem Unternehmer zur Verfügung; es kann vom Bauherrn aus dem Grundstück entfernt werden, und zwar auf Kosten des Unternehmers, wenn dieser die Entfernung nicht innerhalb einer angemessenen Frist selbst vornimmt.»
- 270 Die Norm gibt damit im wesentlichen die nach Gesetz bestehende Rechtslage wieder (vgl. BGE 98 II 118 ff., 109 II 32).
- 271 Die Rückabwicklungsansprüche gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziff. 3 SIA-Norm 118 sind (selbstverständlich) vertragliche Ansprüche. Demgegenüber ist umstritten, ob bei Geltendmachung des gesetzlichen Wandelungsrechts die Rückabwicklungsansprüche vertraglicher Natur sind<sup>301</sup>.
- 272 M.E. handelt es sich auch in diesem Fall um vertragliche Ansprüche. Zwar sind sie nicht vertraglich vereinbart, sondern beruhen auf Gesetz. Das schliesst aber ihre vertragliche Natur nicht aus. Derlei Ansprüche bestehen haufenweise, man denke nur etwa an die Schadenersatzansprüche nach Art. 97 oder 103 OR. Auch zahlreiche Rückgabeansprüche, die durch Kündigung entstehen, sind unzweifelhaft vertraglicher Natur, so etwa die Ansprüche auf Rückgabe der Mietsache oder der Darlehenssumme (BGE 107 II 221)<sup>302</sup>. Dass für Rückabwicklungsansprüche infolge Rücktritts etwas grundsätzlich anderes gelten soll, ist nicht einzusehen. Dies um so weniger, als die Rückabwicklung dem hypothetischen Parteiwillen entspricht, also die Parteien bei Vertragsabschluss die Rückabwicklung vereinbart hätten, wenn sie an eine Regelung gedacht hätten.

#### IV. Verzugsrechte vor Verzugseintritt

- 273 Nach Abs. 2 von Art. 169 der Norm «stehen dem Bauherrn die Mängelrechte gemäss Abs. 1 Ziff. 1-3 schon vor Ablauf der Verbesserungsfrist zu», sofern der Unternehmer sich ausdrücklich weigert, die Verbesserung vorzunehmen, oder hierzu offensichtlich nicht imstande ist. Diesen beiden Fällen sind die Tatbestände von Art. 366 Abs. 1 und 2 OR gleichzustellen (pflichtwidrige Verzögerung bzw. vertragswidrige Vornahme der Nachbesserungsarbeiten; s. vorne Nr. 134 ff. bzw. 137 ff.). Die Gleichstellung lässt sich über Art. 2 Abs. 2 der Norm begründen. Diese Bestimmung käme freilich dann nicht zum Zuge, wenn Art. 169 Abs. 2 der Norm die Frage, ob Verzugsrechte bereits vor Eintritt des Nachbesserungsverzugs bestehen, abschliessend regeln würde. Das trifft jedoch nicht zu. Vielmehr drängt es sich unter Wertungsgesichtspunkten auf, die fraglichen beiden Tatbestände gleich zu behandeln wie die Nachbesserungsverweigerung bzw. -unfähigkeit.

<sup>301</sup> S. HONSELL, N 2 und 3 zu Art. 208 OR.

<sup>302</sup> Vgl. vorne Anm. 147.

#### 4. Abschnitt: Einzelfragen

Nachbesserungsrecht und Nachbesserungsforderung werfen eine ganze Reihe von Einzelfragen auf, deren Behandlung bis anhin ausgespart blieb. Auf einzelne dieser Fragen, wenn auch längst nicht auf alle, wird im folgenden eingegangen<sup>303</sup>.

### § 11 Rückbehaltung des Werklohns zur Sicherung des Nachbesserungsrechts

Die im Titel angesprochene Problematik berührt das Verhältnis zwischen Werklohn und Werkmängeln. Auf dieses Verhältnis wird vorerst in allgemeiner Weise eingegangen, bevor die Rückbehaltung des fälligen Werklohns gesondert behandelt wird. Schliesslich wird auf die Dispositivität der gesetzlichen Regelung und auf die wichtigsten Abweichungen in der SIA-Norm 118 hingewiesen.

#### I. Allgemeines zum Verhältnis von Werklohn und Werkmängeln

- 274 1. Zum Verhältnis von Werklohn und Werkmängeln lässt sich überblicksweise folgendes festhalten:
- 275 – Der Unternehmer schuldet ein mängelfreies Werk, und der Besteller hat den Werkpreis nur für ein mängelfreies Werk zu bezahlen. Werklohnzahlung und Ablieferung eines mängelfreien Werkes stehen im Austauschverhältnis. Daraus ergibt sich, dass der Besteller ein mängelbehaftetes Werk nicht anzunehmen braucht, bzw. die Ablieferung verhindern kann (vorne Nr. 16; vgl. BGE 89 II 235, 93 II 328, 94 II 164 f.<sup>304</sup>). Zu diesem Zweck ist dem Besteller das **Recht einzuräumen, vor der Werkpreiszahlung das Werk untersuchen zu dürfen**. Die Untersuchung hat freilich zu geschehen, solange sich das Werk noch im Gewahrsam des Unternehmers befindet. Diese Prüfung ist nicht diejenige des Art. 367 OR. Vielmehr handelt es sich um eine vorläufige Prüfung, welche dem Besteller die Möglichkeit eröffnen soll, die Ablieferung des Werks und damit die Fälligkeit des Werklohns (Art. 372 OR) wegen allfälliger Mängel hinauszuschieben. Das Gesagte gilt

---

<sup>303</sup> Nicht behandelt werden beispielsweise die Abtretung des Nachbesserungsrechts, das Schicksal des Nachbesserungsrechts im Konkurs des Unternehmers sowie die besonderen Probleme, die sich stellen, wenn sich die Gewährleistungspflicht auf Stockwerkeigentum bezieht.

<sup>304</sup> GEIRER, SJZ 1981, S. 304.

zumal dort, wo die Ablieferung mittels Besitzübertragung geschieht<sup>305</sup>. Aber auch bei Bauwerkverträgen, bei denen die Ablieferung grundsätzlich über eine Vollendungsanzeige erfolgt, muss – mutatis mutandis – dasselbe gelten. Dem Bauherrn muss somit die Möglichkeit offenstehen, die Ablieferung von einer vorgängigen Untersuchung auf Mängel abhängig zu machen. Fördert diese Untersuchung keine Mängel zutage, so ist das Werk abgenommen. Zeigen sich hingegen Mängel, so kann der Besteller die Vollendungsanzeige zurückweisen und damit die Ablieferung verhindern, gleich wie im Fall, da ihm ein unvollendetes Werk angeboten wird (Nr. 64)<sup>306,307</sup>.

- 276 Solange das Werk wegen seiner Mängel nicht angenommen (abgeliefert) ist, ist der Werklohn nicht fällig (Art. 372 OR), weder ganz noch teilweise. Der Besteller kann somit den ganzen Werklohn zurückbehalten. Will der Unternehmer die Fälligkeit herbeiführen, so hat er die Mängel zu beseitigen und das Werk erneut anzubieten. Ist das Werk nun mängelfrei, muss es der Besteller annehmen, will er nicht in Annahmeverzug geraten. Nimmt er es an, tritt Fälligkeit der Werklohnforderung ein. Dasselbe gilt, wenn er es zu Unrecht nicht annimmt und dadurch in Annahmeverzug gerät<sup>308</sup>.
- 277 – **Hat der Besteller das Werk angenommen, so ist der Werklohn fällig**, und zwar – vorbehaltlich Art. 372 Abs. 2 OR – in seiner Ganzheit. Das gilt auch dann, wenn das (angenommene) Werk Mängel aufweist: Die Mängel bewirken keinen Aufschub der Fälligkeit<sup>309</sup> (a.A. BGE 89 II 235). Hingegen hat nun der Besteller die **Mängelrechte**: Erklärt er – bei gegebenen Voraussetzungen – die Wandelung, so fällt die (fällige) Werklohnforderung dahin; erklärt er die Minderung, so reduziert er damit den (fälligen) Werklohn; verlangt er schliesslich Nachbesserung, so steht ihm zur Sicherung des Nachbesserungsanspruchs das Recht zu, den (fälligen) Werklohn nach Massgabe von Art. 82 OR zurückzubehalten. Denn der Nachbesserungsanspruch steht mit der Werklohnforderung im Austauschverhältnis, gleich wie der ur-

<sup>305</sup> Vgl. KOLLER, N 93 zu Art. 184 OR, m.w.Nw., mit Bezug auf die analoge Problematik beim Kauf.

<sup>306</sup> Letztlich ist es also nicht die Vollendungsanzeige allein, welche die Ablieferung bewirkt, sondern die Vollendungsanzeige in Verbindung mit der negativen Mängeluntersuchung durch den Besteller bzw. der Nichtzurückweisung der Vollendungsanzeige.

<sup>307</sup> Räumt man dem Bauherrn das hier befürwortete Untersuchungsrecht nicht ein, so hat es der Unternehmer in der Hand, dem Bauherrn ein mangelhaftes Bauwerk (mittels Vollendungsanzeige) aufzudrängen.

<sup>308</sup> Der Annahmeverzug bewirkt zwar die Fälligkeit der Werklohnforderung, hingegen hat er nicht zur Folge, dass nun der Unternehmer ein unbedingtes Recht auf Leistung hat. Vielmehr kann er nach wie vor nur Leistung Zug um Zug verlangen (vgl. KOLLER, N 1 zu Art. 213 OR, betr. Kaufvertrag).

<sup>309</sup> Ebenso GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1732.

sprüngliche Erfüllungsanspruch mit der Werklohnforderung in einem Austauschverhältnis gestanden hat.

- 278 Das Rückbehaltungsrecht entsteht erst mit der Ausübung des Nachbesserungsrechts. Es sichert also die mit der Nachbesserungserklärung entstehende (Nachbesserungs-) Forderung, nicht schon das Gestaltungsrecht. Nach anderer Ansicht<sup>310</sup> entsteht das Rückbehaltungsrecht bereits bei Ablieferung des Werks, also noch bevor das Wahlrecht gemäss Art. 368 OR ausgeübt wurde. Diese Ansicht ist m.E. abzulehnen (unten Nr. 282).
- 279 – Ist das abgelieferte Werk mangelhaft, sind jedoch die Mängel noch nicht erkennbar, so ist der ganze Werklohn fällig, und ein Rückbehaltungsrecht gemäss Art. 82 OR besteht nicht. Der Unternehmer kann somit seine ganze Werklohnforderung auch gegen den Willen des Bestellers durchsetzen. Dieser kann nicht einwenden, er verweigere mit Rücksicht auf allfällige verborgene Mängel die Zahlung ganz oder teilweise<sup>311</sup>. Sobald jedoch der Besteller die Mängel entdeckt, kann er sein Wahlrecht gemäss Art. 368 OR ausüben. Alsdann besteht die eben in Nr. 277 beschriebene Rechtslage. Der Besteller hat nun u.a. die Möglichkeit, Nachbesserung zu verlangen und den Werklohn nach Massgabe von Art. 82 OR bis zur Mängelbeseitigung zurückzubehalten, sofern er ihn noch nicht oder nicht ganz bezahlt hat.
- 280 **2. Die umschriebene Rechtslage ist nicht unbestritten.** Auf abweichende Lehrmeinungen sei hier nicht eingetreten<sup>312</sup> (s. immerhin Nr. 282, 283 und Anm. 310). Ich beschränke mich auf eine Stellungnahme zu **BGE 89 II 235**. In diesem Entscheid (bestätigt in BGE 94 II 164, vgl. auch BGE 110 II 178) hat das Bundesgericht entschieden, die Fälligkeit trete nur «bei Ablieferung des *mängelfreien* Werkes» ein. Auch bei untergeordneten Mängeln werde die Fälligkeit aufgeschoben<sup>313</sup>. Diese Auffassung weckt Bedenken, und das in verschiedener Hinsicht:
- 281 Nach Art. 372 OR «hat der Besteller die Vergütung bei der Ablieferung des Werkes zu zahlen». Fälligkeit des Werklohns tritt also mit der Ablieferung ein. Die bundesgerichtliche Ansicht läuft darauf hinaus, dass nur mängelfreie Werke im Sinne von Art. 372 OR abgeliefert werden können. Der Begriff der Ablieferung ist somit ein ganz anderer als derjenige von Art. 367 OR. Ablieferung im Sinne dieser Bestimmung bezieht sich nämlich unbestrittenermas-

<sup>310</sup> GEHRER, SJZ 1981, S. 306. GEHRER ist der Ansicht, dass mit der Ablieferung zwar Fälligkeit eintritt, der Besteller nun jedoch bis zur Ausübung des Wahlrechts (Entscheidung, ob er mindern, wandeln oder Nachbesserung verlangen will) ein Rückbehaltungsrecht nach Art. 82 OR habe. Zum Umfang des Zurückbehaltungsrechts s. Ziff. 8 auf S. 307.

<sup>311</sup> Anders bei Vereinbarung der SIA-Norm 118 (dazu hinten Nr. 300).

<sup>312</sup> Vgl. den Überblick bei GEHRER, SJZ 1981, S. 304 f.

<sup>313</sup> D.h. bei Mängeln, «die sich lediglich auf untergeordnete Punkte beziehen und die Gebrauchsfähigkeit des Werkes nicht ernstlich beeinträchtigen».

sen (und offensichtlich) auch auf mangelhafte Werke<sup>314</sup>. Nichts lässt jedoch darauf schliessen, dass der Ausdruck Ablieferung in Art. 372 OR eine andere Bedeutung haben soll als in Art. 367 OR. Im Gegenteil sprechen sachliche Überlegungen für eine Gleichstellung:

- 282 Nimmt man mit dem Bundesgericht an, bei Vorliegen eines Mangels werde die Ablieferung i.S. von Art. 372 OR und damit auch die Fälligkeit des Werkpreises hinausgeschoben, so stellt sich sogleich die Frage, wann denn die Fälligkeit eintritt. Das Bundesgericht äussert sich hierzu nicht. Es meint aber offenbar, die Fälligkeit werde bis zur Mängelbeseitigung hinausgeschoben. In diesem Sinne haben sich nämlich OSER/SCHÖNENBERGER<sup>315</sup> und BECKER<sup>316</sup>, auf die das Bundesgericht verweist, ausgesprochen<sup>317</sup>. Die Fälligkeit auf den Zeitpunkt der Mängelbeseitigung festzusetzen, kann jedoch nur dort richtig sein, wo der Besteller überhaupt die Mängelbeseitigung verlangt. Wie es sich verhält, wenn er sich für die Minderung oder die Wandelung entscheidet, sagt das Bundesgericht nicht. Man wird jedoch annehmen müssen, dass die Fälligkeit im Falle der Minderung bis zum Zeitpunkt der Minderungserklärung aufgeschoben wird<sup>318</sup> und im Falle der Wandelung überhaupt nie eintritt<sup>319</sup>. Solange der Besteller sein Wahlrecht gemäss Art. 368 OR nicht ausgeübt hat, steht nach dem Gesagten dem Unternehmer keine fällige Forderung zu. Die Fälligkeit wird damit gleichsam in die Hände des Bestellers gelegt. Das ist unbefriedigend, um so mehr, als der Besteller nicht gezwungen ist, sein Wahlrecht zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb bestimmter Frist auszuüben<sup>320</sup>. Für den Unternehmer entsteht damit eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Dass dies vom Gesetzgeber gewollt ist, darf nicht angenommen werden. Vielmehr

---

<sup>314</sup> Mit der Ablieferung muss der Besteller das Werk prüfen, sich also auf die Suche nach Mängeln machen, die bereits bei Ablieferung vorhanden waren ...!

<sup>315</sup> N 2 zu Art. 372 OR.

<sup>316</sup> N 3 zu Art. 372 OR.

<sup>317</sup> Ebenso PEDRAZZINI, S. 535; REBER, S. 89; ZINDEL/PULVER, N 4 zu Art. 372 OR; KGer JU in BR 1990, S. 43 Nr. 42.

<sup>318</sup> Im Zeitpunkt der Minderung wird dem Mangel Rechnung getragen. Für einen weiteren Hinausschub der Fälligkeit ist nun kein Anlass mehr.

<sup>319</sup> Bis zur Wandelung ist die Fälligkeit hinausgeschoben, mit der Wandelungserklärung aber fällt die Werklohnforderung dahin, so dass sich die Frage der Fälligkeit nicht mehr stellt.

<sup>320</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1722, 1537. Selbst nach Eintritt der Verjährung kann der Besteller sein Wahlrecht noch wirksam ausüben, sofern er die Mängel nur rechtzeitig, spätestens also bis Ablauf der Verjährungsfrist (Nr. 81), gerügt hat. Zwar sind die nun allenfalls entstehenden Forderungen (z.B. Nachbesserungsforderung) Naturalobligationen, so dass sie der Besteller nicht mehr klageweise durchsetzen kann; eine einredeweise Durchsetzung aber bleibt möglich (hinten Nr. 357).

ist anzunehmen, dass das Vorliegen von Mängeln die Ablieferung i.S. von Art. 372 OR nicht ausschliesst und damit auch der Fälligkeit des Werklohnes nicht entgegensteht. Den Interessen des Bestellers wird durch die Mängelrechte (Minderungsrecht, Wandlungsrecht sowie nach Art. 82 OR gesichertes Nachbesserungsrecht) genügend Rechnung getragen<sup>321</sup>. Zudem darf nicht vergessen werden, dass sich der Besteller der Ablieferung eines (erkennbar) mangelhaften Werks widersetzen kann. Widersetzt er sich nicht, nimmt er also das Werk als Erfüllung an, so ist es nur gerecht, wenn er nun auch den Werklohn – mit den bekannten Vorbehalten – bezahlt.

- 283 Nach BECKER wird die Werklohnforderung im Falle der Minderung «mit der Ablieferung in dem Betrage fällig, der nach Abrechnung des berechtigten Abzuges verbleibt»<sup>322</sup>. Es tritt also mit der Ablieferung Fälligkeit ein, allerdings nur teilweise. Das scheint inkohärent: Wenn schon – wie BECKER annimmt (Nr. 282) – im Falle der Nachbesserungen (gänzlicher) Aufschub der Fälligkeit erfolgt, so muss dasselbe auch im Falle der Minderung gelten. Oder aber man nimmt auch im Falle der Nachbesserungen eine Teilfälligkeit im Zeitpunkt der Ablieferung an. Beide Varianten sind abzulehnen: Für eine Teilfälligkeit gibt das Gesetz keinerlei Anhaltspunkt. Die Annahme einer Teilfälligkeit wäre auch nicht sachgerecht. Der Richter müsste sie ja von Amtes wegen beachten, was wenig zweckmässiger scheint. Ein generelles Hinausschieben der Fälligkeit aber begegnet den oben dargestellten Problemen<sup>323</sup>.

## II. Vom Recht, den fälligen Werklohn zurückzubehalten

### 1. Das Grundsätzliche

- 284 1. Folgt man der Ansicht, wonach mit der Ablieferung des mangelhaften Werks die Werklohnforderung fällig wird, so bedeutet dies nicht, dass jetzt der Unternehmer ohne weiteres einen unbedingten Zahlungsanspruch hat. Sobald nämlich der Besteller das Nachbesserungsrecht ausübt, kann er den Werklohn

---

<sup>321</sup> Macht der Unternehmer seinen Werklohn geltend, ist nun der Besteller gezwungen, sich für eines der Mängelrechte zu entscheiden. Tut er dies nicht, muss im Prozessfall die ganze Werklohnforderung gutgeheissen werden. Die im Text vertretene Ansicht, wonach Fälligkeit mit der Ablieferung des mangelbehafteten Werks eintritt, verschafft somit dem Unternehmer ein Druckmittel, um den Besteller zur Ausübung seiner Mängelrechte zu bewegen. Dagegen ist nichts einzuwenden.

<sup>322</sup> BECKER, N 3 zu Art. 372 OR; ebenso OSER/SCHÖNENBERGER, N 2 zu Art. 372 OR.

<sup>323</sup> Im weiteren ist zu beachten, dass der Unternehmer imstande sein muss, im Zeitpunkt der Ablieferung abzuschätzen, inwieweit seine Werklohnforderung fällig ist. Das kann er nicht, wenn man der Ansicht BECKERS folgt. Denn in welchem Umfang Fälligkeit gegeben ist, lässt sich diesfalls erst entscheiden, wenn der Besteller sein Wahlrecht ausgeübt hat. Ex post lässt sich dann sagen, dass bei Ablieferung der Werklohn noch überhaupt nicht fällig war (so, wenn sich der Bauherr für Nachbesserung entscheidet) oder aber fällig war, aber nur zum Teil (so, wenn sich der Bauherr für Minderung entscheidet).

nach Massgabe von Art. 82 OR bis zur Mängelbeseitigung zurückbehalten<sup>324</sup>. Art. 82 OR ist freilich nicht speziell auf unsere Problematik zugeschnitten. Er bedarf der Anpassung an die werkvertraglichen Besonderheiten. Sodann ist zu beachten, dass er zum dispositiven Recht gehört, abweichende Vereinbarungen also vorgehen (dazu unten Nr. 298 ff.).

- 285 2. Art. 82 OR stellt den Grundsatz auf, dass bei einem synallagmatischen Vertrag keine der Parteien zur Vorleistung verpflichtet ist. Vielmehr sollen beide Parteien ihre Leistung nur Zug um Zug gegen Erhalt der Gegenleistung erbringen müssen. Jede Partei darf somit ihre eigene Leistung bis zur Leistungsbereitschaft der Gegenpartei zurückbehalten. Art. 82 OR dient also dem Schutz der eigenen Leistung. Er findet analoge Anwendung, wo es um die Rückabwicklung synallagmatischer Verträge geht (BGE 114 II 158, 113 II 455)<sup>325</sup>. Hier besteht das gleiche Schutzbedürfnis der Parteien: Keine der beiden soll ihre Leistung kreditieren müssen. Die zurückzugebenden Leistungen sind daher wiederum Zug um Zug zu erbringen. Nach seiner *ratio legis* findet Art. 82 OR noch in weiteren Fällen analoge Anwendung, wo eine Partei vor einer Kreditierung ihrer Leistung zu schützen ist, so etwa im Arbeitsverhältnis (ein Arbeitnehmer kann seine Arbeit einstellen, wenn er einen fälligen Lohn für eine vergangene Arbeitsperiode nicht erhalten hat<sup>326</sup>) oder bei Sukzessivlieferungsverträgen (wurde der Verkäufer für eine Teillieferung nicht bezahlt, so braucht er keine weiteren Teillieferungen vorzunehmen [BGE 111 II 468, 110 II 148, 84 II 149]<sup>327</sup>). In den zuletzt erwähnten Fällen ist das Schutzbedürfnis der zurückbehaltenden Partei gegenüber dem Normaltatbestand von Art. 82 OR noch erhöht, weil Anhaltspunkte für die fehlende Leistungsbereitschaft bzw. -fähigkeit der Gegenpartei bestehen.
- 286 3. Wendet man Art. 82 OR auf unseren Zusammenhang an, so ergibt sich folgendes: Die mit der Ausübung des Nachbesserungsrechts entstehende Nachbes-

<sup>324</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1727 f.; GEHRER, SJZ 1981, S. 305 ff.; a.A. VON BÜREN, OR AT, S. 465; JEANPRÉTRE, S. 279 (vgl. dazu die Bemerkung bei GEHRER, SJZ 1981, S. 305 Anm. 7).

<sup>325</sup> Aus der Lehre s. statt vieler GUHL/MERZ/KOLLER, S. 22; LEU, Basler Kurzkommentar, N 1 zu Art. 82 OR; SCHRANER, Zürcher Kommentar, N 2 zu Art. 82 OR; WEBER, Berner Kommentar, N 15 zu Art. 82 OR.

<sup>326</sup> WEBER, Berner Kommentar, N 90 zu Art. 82 OR; SCHRANER, Zürcher Kommentar, N 112 zu Art. 82 OR, je m.w.Nw.; anders ZR 1985, S. 266 f.; REHBINDER, Berner Kommentar, N 25 zu Art. 323 OR; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N 2 zu Art. 323 OR. Vgl. auch GUHL/MERZ/KOLLER, S. 22 f.

<sup>327</sup> Aus der Lehre s. z.B. GUHL/MERZ/KOLLER, S. 324; WEBER, Berner Kommentar, N 85 f. zu Art. 82 OR; SCHRANER, Zürcher Kommentar, N 55 zu Art. 82 OR, je m.w.Nw.

serungsschuld steht mit der Werklohnforderung im Austauschverhältnis<sup>328</sup>, dies freilich nur in Höhe des auf die Nachbesserungsarbeiten entfallenden Vergütungsanteils. Diesen Anteil kann der Bauherr zurückbehalten, bis er das nachgebeserte Werk erhält<sup>329</sup>. Der betreffende Vergütungsanteil bemisst sich nach den mutmasslichen Kosten, welche eine allfällige Ersatzvornahme verursachen würde (sog. Deckungskapital)<sup>330,331</sup>. Damit ist sichergestellt, dass der Bauherr, wenn es nicht zur Nachbesserung durch den Unternehmer kommt, die notwendigen Arbeiten durch einen Dritten vornehmen lassen und über den zurückbehaltenen Werklohn finanzieren kann<sup>332</sup> (s. auch Anm. 331). **Mehr als das Deckungskapital darf der Bauherr nicht zurückbehalten.** Wer anders entscheidet, befürwortet implizite eine Vorleistungspflicht des Unternehmers: Ihm wird für das abgelieferte (mangelhafte) Werk nicht die entsprechende Gegenleistung zugestanden. Unter dem Gesichtspunkt von Art. 82 OR

---

<sup>328</sup> GEHRER, SJZ 1981, S. 306, und GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1729 ff., die allerdings in wichtigen Punkten von der im Text vertretenen Ansicht abweichen (unten im Text sowie Anm. 334).

<sup>329</sup> Der Unternehmer ist hinsichtlich der Nachbesserungsarbeiten vorleistungspflichtig; er muss also diese erbringen, bevor er den auf die Nachbesserungsarbeiten entfallenden Werklohnanteil einverlangen kann. Dies entspricht Art. 372 OR, der Analoges für die Werkerstellung vorsieht. Abweichendes gilt dann, wenn der Besteller sich (ausnahmsweise) an den Nachbesserungskosten zu beteiligen hat (z.B. wegen Mitverschuldens). Diesfalls kann der Unternehmer die Vornahme der Nachbesserungsarbeiten davon abhängig machen, dass der Besteller die von ihm zu übernehmenden Kosten sicherstellt. Aber nur dieser Kostenanteil ist sicherzustellen, nicht der auf die Nachbesserungsarbeiten entfallende Werklohnanteil (hinten Nr. 339 f.).

<sup>330</sup> So auch SZ 44 Nr. 69, S. 253 für das österreichische Recht: Der Besteller dürfe (nur, aber immerhin) «das für die notwendigen Verbesserungen erforderliche Deckungskapital zurückbehalten». Dieser Entscheid entspricht allerdings nicht der herrschenden Rechtsprechung (neustens WBI 1987, S. 37; WBI 1988, S. 376) und Lehre (KURSCHEL, S. 85; a.A. HELMUT KOZIOL, Die Grenzen des Zurückbehaltungsrechts bei nicht gehöriger Erfüllung, ÖJZ 1985, S. 737).

<sup>331</sup> Dabei ist freilich zu beachten, dass sich die mutmasslichen Kosten einer Ersatzvornahme nicht bestimmt vorhersehen, sondern nur schätzen lassen. Überschätzt der Besteller die Kosten und behält er daher mehr als das wirkliche Deckungskapital zurück, so darf ihm dies nicht zum Nachteil gereichen, sofern er die Schätzung nach objektiv vertretbaren Kriterien vorgenommen hat. Man hat in dieser Hinsicht eine gewisse *Grosszügigkeit* walten zu lassen.

<sup>332</sup> Mit andern Worten sichert der zurückbehaltene Betrag den Anspruch auf Ersatzvornahme gemäss Art. 98 OR bzw. Art. 366 Abs. 2 OR (dazu Nr. 429 ff.).

lässt sich dies nicht rechtfertigen<sup>333</sup>. Abzulehnen ist daher die Ansicht GAUCHS, wonach der Bauherr neben dem Deckungskapital einen zusätzlichen Betrag zurückbehalten dürfe, um so «angemessenen Druck auszuüben, damit dieser [der Unternehmer] die geschuldete Nachbesserung umgehend vornimmt»<sup>334</sup>. Dieser Zweck ist Art. 82 OR, der ja lediglich die Parteien vor Kreditierung ihrer Leistung schützen will, fremd. Die Ansicht GAUCHS führt zu einer mit Art. 82 OR unvereinbaren Bevorzugung des Bestellers gegenüber dem Unternehmer (vgl. Anm. 333). Zudem kommt sie in Konflikt mit den einschlägigen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung (Art. 98 OR und Art. 366 Abs. 2 OR [dazu Nr. 429 ff.]). Denn das Rückbehaltungsrecht im Sinne GAUCHS wird zu einem privaten Vollstreckungsmittel, es wird umfunktioniert zu einem Selbsthilferecht: Statt dass der Besteller den Nachbesserungsanspruch im Wege der Ersatzvornahme über Art. 98 OR oder 366 Abs. 2 OR vollstreckt, übt er mittelbar Zwang aus, indem er einen Teil des Werklohnes zurückbehält, den der Unternehmer an sich bereits verdient hat.

- 287 Um Missverständnisse zu vermeiden, ist beizufügen: Es liegt durchaus im Sinne von Art. 82 OR, dass mit der Rückbehaltung einer Leistung auf den Gegner Erfüllungsdruck ausgeübt wird. Dieser Druck ist jedoch nicht selbständiger Zweck von Art. 82 OR, sondern nur mittelbare Folge davon, dass die eigene Leistung nicht ohne Gegenleistung erbracht werden muss. Nach der hier abgelehnten Ansicht wird das Rückbehaltungsrecht demgegenüber zu einem selbständigen Druckmittel, das mit dem Schutz der eigenen Leistung (Schutz vor Kreditierung) nichts mehr zu tun hat<sup>335,336,337</sup>.

---

<sup>333</sup> Vgl. schon vorne Nr. 154: Das Rückbehaltungsrecht des Bestellers findet seine Grenze am Rückbehaltungsrecht des Unternehmers. Dieser braucht erst nachzubessern, wenn er den fälligen Werklohn abzüglich Deckungskapital erhalten hat. Art. 82 OR schützt beide Vertragsparteien in gleichem Masse. Das wird übersehen, wenn man dem Besteller das Recht gibt, mehr als das Deckungskapital zurückzubehalten.

<sup>334</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1739 f.; ebenso GEHRER, SJZ 1981, S. 307.

<sup>335</sup> Der nach Art. 82 OR ausgeübte Druck besteht darin, dass ein Vertragspartner die eigene Leistung erbringen muss, um die Gegenleistung zu erhalten. Folgt man der Ansicht GAUCHS, so besteht der Druck darin, dass er eine Leistung erbringen muss, um die Gegenleistung für eine bereits erbrachte Leistung zu erhalten.

<sup>336</sup> Beispiel: A hat sich gegenüber B verpflichtet, für einen Pauschalpreis von Fr. 600'000.-- ein Haus zu errichten. A erstellt das Haus. Dieses weist einzelne Mängel auf. Deren Beseitigung durch einen Dritten würde schätzungsweise Fr. 50'000.-- kosten. Hier kann B diesen Betrag vom Werklohn zurückbehalten, Fr. 550'000.-- muss er bezahlen. Gibt man ihm ein weitergehendes Rückbehaltungsrecht, z.B. im Betrage von Fr. 80'000.--, so kann A Fr. 30'000.--, die ihm an sich zustehen, vorerst nicht einverlangen. Das ist ungerecht und lässt sich auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben, den GAUCH (Werkvertrag, Nr. 1739) heranzieht, nicht rechtfertigen.

288 Geht man – mit GAUCH – davon aus, dass die Einrede des nicht erfüllten Vertrages dem Besteller die Erlangung eines einwandfreien Werkes sichern will<sup>338</sup>, so drängt es sich m.E. auf, das Rückbehaltungsrecht auf den ganzen (noch ausstehenden) Werklohn zu erstrecken (so die österreichische Rechtsprechung<sup>339</sup>). Mit einem vollständigen Rückbehaltungsrecht wird nicht nur der Unternehmer in optima forma zur Nachbesserung verhalten. Zudem vermeidet man auch Schwierigkeiten bei der Bemessung des Betrages, den der Besteller zurückbehalten darf. GAUCH verweist insoweit auf Treu und Glauben. Einen praktikablen Massstab zur Festlegung des fraglichen Betrages aber gibt er nicht an. Er stützt sich lediglich auf die deutsche Gerichtspraxis, welche den zulässigen Rückbehalt häufig auf das Zwei- bis Dreifache der zu erwartenden Verbesserungskosten festsetzt. Warum dies ein «brauchbarer Richtwert» sein soll (so GAUCH<sup>340</sup>), wird nicht gesagt.

289 **4. Das Rückbehaltungsrecht entsteht erst mit rechtswirksamer Ausübung des Nachbesserungsrechts.** Bevor der Besteller die Nachbesserung verlangt hat, kann der Unternehmer – gestützt auf Art. 372 OR – den (ganzen) Werklohn einverlangen, allenfalls auch gerichtlich. So verhält es sich insbesondere dort, wo ein Mangel, wiewohl vorhanden, noch gar nicht erkennbar ist. Sobald jedoch der Mangel zutage tritt, kann der Besteller das Nachbesserungsrecht ausüben und nun den bereits fälligen Werklohn im umschriebenen Umfang zurückbehalten. Dies gilt auch dann, wenn der Besteller bei Ausübung des Nachbesserungsrechts mit der Zahlung des fälligen Werklohns in Verzug war. Die Entstehung des Rückbehaltungsrechts hebt den Verzug im Umfang des Rückbehaltungsrechtes auf (für die Zeit der Verzugsdauer ist der Besteller freilich dem Unternehmer nach Art. 103 ff. OR verantwortlich)<sup>341</sup>.

290 Das Gesagte gilt mutatis mutandis auch dort, wo die Parteien die Fälligkeit des Werkpreises abweichend von Art. 372 OR geregelt haben. Insbesondere eine Vorverlegung der Fälligkeit auf einen Zeitpunkt vor Werkablieferung schliesst nicht aus, dass der Besteller nach Ablieferung des

---

Jedenfalls ergibt sich aus Art. 82 OR lediglich ein Rückbehaltungsrecht von Fr. 50'000.--. Diesen Betrag soll B vorerst nicht bezahlen müssen, weil er insoweit die Gegenleistung (Nachbesserung) noch nicht erhalten hat. Die Fr. 50'000.-- soll er nur im Austausch gegen die Nachbesserung erbringen müssen.

<sup>337</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1740, verweist zu Unrecht auf WEBER, Berner Kommentar, N 9 zu Art. 82 OR.

<sup>338</sup> So ausdrücklich JBI 1970, S. 371, für das österreichische Recht, ferner JBI 1976, S. 538.

<sup>339</sup> Z.B. JBI 1976, S. 538.

<sup>340</sup> Werkvertrag, Nr. 1741.

<sup>341</sup> Der Besteller kann sich also mit einer pflichtwidrigen Nichtzahlung des Werklohnes unter Umständen ein Rückbehaltungsrecht erkaufen. Als «Preis» hat er freilich Schadenersatz nach Art. 103 ff. OR zu bezahlen.

Werks Werklohn zurückbehält, der bereits vor Ablieferung fällig geworden ist – immer vorausgesetzt, dass sich Mängel zeigen und der Besteller wirksam das Nachbesserungsrecht ausübt<sup>342</sup>.

## 2. Präzisierungen

- 291 **1. Rückbehaltungsrecht und Fälligkeit.** Ist die Werklohnforderung (nach Art. 372 OR) fällig, so bleibt es dabei, wenn sich die Voraussetzungen von Art. 82 OR erfüllen. Der Unternehmer kann somit die (ganze) Forderung einklagen. Dem Besteller steht nun jedoch die Einrede des nicht (richtig) erfüllten Vertrags zu. Ihre Berechtigung unterstellt, ist zwar die Klage gutzuheissen, im Umfang des Deckungskapitals (Nr. 286) jedoch nur Zug um Zug gegen Vornahme der Nachbesserungsarbeiten. Eine Abweisung zur Zeit ist nicht zulässig<sup>343</sup>.
- 292 **2. Rückbehaltungsrecht und Verzug.** Das Rückbehaltungsrecht des Bestellers schliesst Schuldnerverzug mit der Bezahlung des Werklohnes aus, allerdings nur insoweit, als das Rückbehaltungsrecht besteht<sup>344</sup>, also in Höhe der mutmasslichen Kosten einer Ersatzvornahme (Deckungskapital, Nr. 286)<sup>345</sup>.
- 293 **3. Der Unternehmer kann die einredebelaastete Werklohnforderung nicht zur Verrechnung stellen.** Das ist im Gesetz freilich nicht ausdrücklich vorgesehen, ergibt sich jedoch aus der ratio von Art. 82 OR: Der Besteller soll den Werklohn nicht bezahlen müssen, ohne gleichzeitig das nachgebesserte Werk zu erhalten. Würde nun aber die Verrechnung zugelassen, so könnte sich der Unternehmer auf diese Weise den Werklohn verschaffen, ohne gleichzeitig nachzubessern.
- 294 **4. Tritt der Besteller das Nachbesserungsrecht einem Dritten ab, so ändert dies nichts an seinem Rückbehaltungsrecht<sup>346</sup>.**
- 295 **5. Das Rückbehaltungsrecht besteht auch dann, wenn der Nachbesserungsanspruch des Bestellers verjährt ist<sup>347</sup>.** Die Verjährung hat zwar zur Folge, dass der Anspruch gegen den Willen des Unternehmers nicht mehr eingeklagt werden kann. Der Anspruch aber bleibt Forderung im Rechtssinne. Das zeigt sich vorab daran, dass er erfüllbar bleibt (Art. 63 Abs. 2 OR). Nicht nur erfüllbar ist eine verjährte Forderung, der Gläubiger kann sich unter Umständen

<sup>342</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1744.

<sup>343</sup> BGE 79 II 283, 94 II 268 ff. (zu diesen Entscheiden KOLLER, Gutgläubensschutz, Nr. 555, Text und Anm. 682), 111 II 197 f; GAUCH/SCHLUEP, Nr. 2229, m.w.Nw.

<sup>344</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1733, m.w.Nw. und Präzisierung.

<sup>345</sup> Kommt der Besteller mit der Annahme der Nachbesserungsarbeiten in Gläubigerverzug, so schliesst dies sein Rückbehaltungsrecht aus; vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1738, m.w.Nw., sowie den illustrativen Entscheid JBI 1976, S. 537 ff.

<sup>346</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1737, m.w.Nw.

<sup>347</sup> GEHRER, SJZ 1981, S. 307; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1736, m.w.Nw.

auch gegen den Willen des Schuldners Befriedigung verschaffen, wenn auch nicht auf dem Klagewege (vgl. Art. 120 Abs. 3 OR: Verrechnung, Art. 140 OR: Verwertung eines für eine verjährte Forderung bestellten Pfandes). Damit stimmt überein, dass der Besteller sein Rückbehaltungsrecht nicht verliert, wenn die Nachbesserungsforderung verjährt: Trotz der Verjährung kann er auf den Unternehmer mittelbar Erfüllungszwang ausüben, indem er die Bezahlung des Werklohnes nach Massgabe von Art. 82 OR von der Nachbesserung abhängig macht.

- 296 Nach GAUCH setzt das Rückbehaltungsrecht des Bestellers trotz Verjährung des Nachbesserungsanspruchs «allerdings voraus, dass der zu beseitigende Mangel nicht nur rechtzeitig (Art. 367 Abs. 1/370 OR), sondern vor Ablauf der Verjährungsfrist gerügt wurde. Das ergibt sich aus dem analog anwendbaren Art. 210 Abs. 2 OR»<sup>348</sup>. Wenn jedoch der Mangel innert der Verjährungsfrist nicht gerügt wurde, so sind die diesbezüglichen Mängelrechte verwirkt, nicht verjährt (Nr. 81). Dem Rückbehaltungsrecht, das sich ja auf das Nachbesserungsrecht abstützt, ist damit der Boden entzogen.
- 297 **6. Mit Bezug auf die Verjährung der Werklohnforderung ist das Rückbehaltungsrecht belanglos.** Weder hindert es den Eintritt der Fälligkeit, welche die Verjährungsfrist auslöst (Art. 130 OR), noch hindert es den Lauf der Verjährungsfrist. Dem Rückbehaltungsrecht kommt also keine hemmende Wirkung zu. «Auch die geltend gemachte Einrede ist kein Grund, der die Verjährung hemmt»<sup>349</sup>. Die Verjährung der Werklohnforderung tritt somit – Unterbrechung vorbehalten – fünf bzw. zehn Jahre nach der Werkablieferung und der dadurch bewirkten Fälligkeit der Werklohnforderung ein (Art. 130 OR i.V.m. Art. 127/128 OR und 372 OR).

### III. Abweichende Vereinbarungen

- 298 **1. Art. 372 OR, wonach der Werkpreis mit der Ablieferung des Werks fällig wird, ist dispositiven Rechts.** Dasselbe gilt für Art. 82 OR. Überhaupt ist die ganze gesetzliche Regelung, welche das Verhältnis Werklohnforderung/Mängel betrifft, nicht zwingend. In der Baupraxis finden sich häufig abweichende Vereinbarungen, und das in ganz unterschiedlicher Richtung. Soweit Abweichungen in AGB vereinbart werden, ist den speziellen AGB-Erfordernissen Rechnung zu tragen. So dürfte etwa eine völlige (ersatzlose) Wegbedingung des Rückbehaltungsrechts vor der Ungewöhnlichkeitsregel (Nr. 217 ff.) kaum standhalten.

<sup>348</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1736.

<sup>349</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1733, unter Hinweis auf PETER NABHOLZ, Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangsründe infolge Zeitablaufs, Diss. Zürich 1958, S. 107, und § 202 BGB.

- 299 **2.** Abweichungen gegenüber der gesetzlichen Regelung enthält auch die **SIA-Norm 118**. Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf die praktisch bedeutsamen Einheitspreisverträge. Die wichtigsten Änderungen sind folgende:
- 300 – Die Fälligkeit wird gegenüber der gesetzlichen Regelung (Art. 372 OR) teilweise vor-, teilweise nachverschoben. Vorverschoben wird sie insofern, als der Besteller Abschlagszahlungen zu leisten hat. Nachverschoben wird sie insofern, als ein Teil des Werklohns nicht schon mit der Ablieferung des Werks zur Zahlung fällig wird: Der Besteller darf den in Art. 150 der Norm umschriebenen Teil des Werklohnes bis zu dem in Art. 152 angegebenen Zeitpunkt zurückbehalten.
- 301 – Der eben erwähnte Rückbehalt dient der Sicherung des Bauherrn, aber nicht nur für den Fall, dass das Werk Mängel aufweist, vielmehr geht es zunächst um die Sicherung der Erfüllungspflicht (Pflicht zur Vollendung des Werks, Art. 149)<sup>350</sup>. Fraglich ist, ob daneben für das gesetzliche Rückbehaltungsrecht zur Sicherung des Nachbesserungsrechts gemäss Art. 82 OR Platz bleibt. Das Bundesgericht scheint dies zu verneinen (BGE 89 II 237); a.A. sind GAUCH<sup>351</sup> und SCHUMACHER<sup>352,353</sup>.
- 302 – «Der Unternehmer leistet vor Auszahlung des Rückbehaltes (Art. 152) Sicherheit für seine Haftung wegen Mängeln, die bei der gemeinsamen Prüfung oder während der Garantiefrist gerügt werden. Die Sicherheit besteht in der Solidarbürgschaft einer namhaften Bank oder Versicherungsgesellschaft» (Art. 181 Abs. 1 SIA-Norm 118). Anders als die Art. 149 ff. regelt Art. 181 der Norm ausschliesslich die Sicherung des Bauherrn bezüglich seiner Mängelrechte. M.E. ist diese Regelung abschliessend. Ist daher die fragliche Sicherheit geleistet, so entfällt – bei Vereinbarung der SIA-Norm 118 – die Möglichkeit, einen Teil des Werklohnes nach Art. 82 OR zurückzubehalten<sup>354</sup>.

---

<sup>350</sup> SCHUMACHER, N 5 zu Art. 149 SIA-Norm 118.

<sup>351</sup> Werkvertrag, Nr. 1749.

<sup>352</sup> N 4 zu Art. 149 SIA-Norm 118.

<sup>353</sup> Vgl. auch JBl 1970, S. 372.

<sup>354</sup> A.A. GAUCH, N 9 zu Art. 181 SIA-Norm 118. – Zu beachten ist, dass die SIA-Norm 118 nicht Gesetzesgleich auszulegen ist. Vielmehr gelten – mit gewissen Einschränkungen – die allgemeinen Grundsätze der Vertragsauslegung (Nr. 224). Daher ist im Einzelfall letztlich entscheidend, wie die Parteien Art. 181 SIA-Norm 118 übereinstimmend verstehen bzw. verstehen müssen. Allgemeine Aussagen über den Inhalt der SIA-Norm sind daher an sich nicht möglich. Sie können sich immer nur auf einen Normalfall beziehen.

## § 12 Die Tragung der Nachbesserungskosten

- 303 Nach Art. 368 Abs. 2 OR kann der Besteller die «unentgeltliche Verbesserung» des mangelhaften Werks verlangen. Der Unternehmer hat also die Nachbesserung auf seine Kosten vorzunehmen (so ausdrücklich der frz. Gesetzeswortlaut: «à ses frais»). Doch ist zu beachten, dass in der Nachbesserungsschuld die ursprüngliche Leistungspflicht des Unternehmers fortlebt und der Werklohn das Entgelt für die Erfüllung dieser Leistungspflicht bildet. Von da her kann gesagt werden, dass ein Teil des Werklohnes auf die Nachbesserungsarbeiten entfällt<sup>355</sup>, diese insofern nicht unentgeltlich vorzunehmen sind. Mit der Wendung «unentgeltliche Verbesserung des Werkes» in Art. 368 Abs. 2 OR ist gemeint, dass für die Nachbesserungsarbeit kein *zusätzliches* Entgelt (neben dem Werklohn) geschuldet ist.

Im folgenden ist vorerst der Begriff der Nachbesserungskosten zu präzisieren, sodann ist auf Ausnahmefälle einzugehen, in denen der Unternehmer die Nachbesserungskosten nur teilweise zu tragen hat.

### I. Begriff der Nachbesserungskosten

- 304 **1. Der Begriff der Nachbesserungskosten orientiert sich am Begriff der Nachbesserung:** Soweit der Unternehmer gewisse Arbeiten vorzunehmen hat, um bestehende Werkmängel zu beseitigen, hat er auch die entsprechenden Kosten zu tragen. Andere Kosten gehören nicht zu den Nachbesserungskosten. Das gilt insbesondere für den sog. Mangelfolgeschaden. Diesen hat der Unternehmer nur zu ersetzen, wenn ihn ein Verschulden trifft (Art. 368 Abs. 2 OR). Demgegenüber ist die Tragung der Nachbesserungskosten verschuldensunabhängig<sup>356</sup>, denn indem der Unternehmer nachbessert, realisiert er ja nur den geschuldeten Erfolg, für den er den Werklohn zugute hat. In der Regel können Nachbesserungskosten und Mangelfolgeschaden leicht auseinandergehalten werden. Beides kann sich jedoch auch eng berühren, was zu entsprechenden Abgrenzungsschwierigkeiten führt (vgl. BGE 111 II 274, dazu Nr. 310).
- 305 Die Nachbesserung ist im vorne Nr. 112 umschriebenen weiten Sinne zu verstehen. Sie erfasst nicht nur die unmittelbare Mängelbeseitigung, sondern noch weitere, mit der Mängelbeseitigung zusammenhängende Arbeiten. Hier zu nennen sind vorab einmal Arbeiten, welche die Mängelbeseitigung überhaupt erst ermöglichen sollen, sodann Wiederinstandstellungsarbeiten nach der Mängelbe-

---

<sup>355</sup> Darauf gründet auch das Rückbehaltungsrecht des Bestellers bis zur Mängelbeseitigung (s. oben Nr. 284 ff.).

<sup>356</sup> SemJud 1951, S. 437 f.

seitigung (s. das Beispiel vorne in Nr. 112). Dass der Unternehmer zur Vornahme solcher Arbeiten verpflichtet ist, ergibt sich aus Treu und Glauben. Treu und Glauben gebieten ferner etwa, bei der Vornahme der Nachbesserungsarbeiten auf die absolut geschützten Rechtsgüter des Gläubigers Rücksicht zu nehmen. Daher ist beispielsweise der Maler, der eine Wand neu zu bemalen hat, gehalten, den Teppichboden abzudecken, um ihn vor Farbkleckern zu schützen. Die entsprechenden Kosten hat er selbst zu tragen. Ganz allgemein gilt, dass die Pflicht zur Mängelbeseitigung durch verschiedene, aus Treu und Glauben abgeleitete Nebenpflichten ergänzt wird. Dass solche Pflichten im Vertrag auch ausdrücklich vereinbart werden können (vgl. Art. 170 Abs. 1 SIA-Norm 118), versteht sich von selbst. Die mit der *Pflichterfüllung* verbundenen Kosten sind Nachbesserungskosten (sog. Begleitkosten) und gehen daher unabhängig von einem Verschulden zu Lasten des Unternehmers. Anderes gilt für Schäden, die im Falle einer *Pflichtverletzung* entstehen. Wenn beispielsweise der Maler im obigen Beispiel den Teppich ungenügend abdeckt und deshalb Farbkleckser auf den Teppich fallen, so hat er den dadurch verursachten Schaden (z.B. Reinigungskosten) nur im Verschuldensfalle zu ersetzen<sup>357,358</sup>.

- 306 **2. Lässt der Unternehmer Nachbesserungsarbeiten** im umschriebenen weiten Sinne **durch den Besteller vornehmen** (der Maler bittet beispielsweise den Bauherrn, an seiner Stelle den Boden abzudecken), so stellt sich die Frage, ob er insoweit dem Besteller kostenpflichtig wird. Haben sich die Parteien hierüber nicht einvernehmlich geeinigt, weder im ursprünglichen Werkvertrag (vgl. z.B. Art. 170 Abs. 1 SIA-Norm 118) noch anlässlich der «Auftragserteilung» an den Besteller, so ist die Kostenpflicht m.E. zu bejahen, dies freilich nur für *Auslagen und Verwendungen*, die dem Besteller erwachsen sind (vgl. analog Art. 402 Abs. 1 OR). Ein *Entgelt* steht ihm für seine Tätigkeit nicht zu.

<sup>357</sup> Die Vertragsverletzung, welche in der Ausserachtlassung der gebotenen Sorgfalt besteht, impliziert allerdings auch das Verschulden. Vorbehalten sind lediglich Fälle, in denen der Unternehmer urteilsunfähig ist (vgl. ALFRED KOLLER, AJP 1992, S. 1488 Ziff. 1).

<sup>358</sup> Unzutreffend scheint die Formulierung GAUCHS, dass «nach dem richtig verstandenen Inhalt der Nachbesserungsschuld» der Unternehmer verpflichtet sei, «seinen Vertragspartner so zu stellen, wie dieser stände, wenn zum vornherein mängelfrei geleistet worden wäre» (Werkvertrag, Nr. 1217). Wäre diese Formulierung wörtlich zu nehmen, wären auch alle Mangelfolgeschäden unter dem Gesichtspunkt der Nachbesserung zu liquidieren. Denn dabei handelt es sich ja definitionsgemäss um Schäden, die durch einen Mangel verursacht sind, also nicht entstanden wären, wenn der Unternehmer zum vornherein mängelfrei geleistet hätte. Dieser Ansicht ist selbstverständlich GAUCH nicht. S. auch unten Nr. 329: Mit der Nachbesserung verbundene Vorteile verbleiben grundsätzlich dem Besteller.

- 307 Nicht kostenpflichtig ist der Unternehmer freilich dort, wo der Besteller lediglich ihn treffende Mitwirkungshandlungen ausführt, also Gläubigerobliegenheiten<sup>359</sup> wahrnimmt. Insbesondere kann daher der Besteller für die Mitwirkung bei der Abnahme des nachgebesserten Werks nichts verlangen. Dasselbe gilt aber auch für gewisse Vorbereitungshandlungen (vgl. das Beispiel in Nr. 310). Doch ist bei der Annahme von Mitwirkungsobliegenheiten des Bestellers Zurückhaltung geboten. Denn aus dem Umstand, dass der Unternehmer mangelhaft erfüllt hat, dürfen dem Besteller grundsätzlich keine Nachteile entstehen.
- 308 **3. Keine Nachbesserungskosten** sind vorab Kosten, die durch einen Mangel als solchen verursacht werden, nicht durch dessen Beseitigung. Solche Kosten sind nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen zu ersetzen. Wenn sich beispielsweise der Besteller wegen des Mangels (z.B. einer defekten Treppe) verletzt und deswegen Arztkosten entstehen, so stellen diese Kosten Mangel- folgeschaden dar, der nach Massgabe von Art. 368 OR zu ersetzen ist. Vorausgesetzt ist somit ein Verschulden.
- 309 Aber auch Kosten, die durch die Mängelbeseitigung verursacht sind, gehören nicht durchwegs zu den Nachbesserungskosten.
- 310 Beispiel: Eine von Unternehmer U erstellte Wohnung weist mangelhaft bemalte Wände auf. Besteller B verlangt die Mängelbeseitigung. Während der Neubemalung ist die Wohnung unbewohnbar, B zieht daher in ein Hotel. Die Hotelkosten sind zwar durch die Nachbesserung verursacht, sie sind aber keine Nachbesserungskosten. Denn der Aufenthalt von B im Hotel ist nicht auf die Mängelbeseitigung gerichtet. Daher ist U auch nicht verpflichtet, für die Unterbringung des B in einem Hotel besorgt zu sein. Vielmehr ist B im Sinne einer Obliegenheit verpflichtet, die Wohnung vorübergehend zu verlassen. Für die Hotelkosten haftet daher der Unternehmer nicht kausal, sondern nur bei Verschulden (Art. 368 Abs. 2 OR; a.A. BGE 111 II 274).
- 311 Nicht unter den Begriff der Nachbesserungskosten fallen ferner Begleitschäden (Nr. 7). Deren Ersatz richtet sich nach Art. 97 OR. Ebenfalls nur unter dem Titel Schadenersatz ist durch die Nachbesserungsarbeiten verursachter Gewinn- entgang des Bauherrn auszugleichen<sup>360</sup>. Es handelt sich hier um Mangel- folgeschaden (Nr. 7).

## II. Kostenbeteiligung des Bestellers

- 312 In der Regel trägt der Unternehmer die ganzen Kosten der Mängelbeseitigung. Eine Pflicht des Bestellers, sich an den Kosten zu beteiligen, besteht nur aus- nahmsweise. Zwei solche Tatbestände wurden bereits erwähnt: Einmal muss der Besteller die Mängelbeseitigung dann teilweise selbst finanzieren, wenn ihn an dem zu beseitigenden Mangel ein Mitverschulden trifft (Nr. 56).

---

<sup>359</sup> Vgl. SemJud 1978, S. 141; BJM 1958, S. 229 f.

<sup>360</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1223.

Sodann findet eine Kostenbeteiligung des Bestellers dann statt, wenn er wegen Übermässigkeit der Nachbesserungskosten an sich keinen Anspruch auf Mängelbeseitigung hat, sich jedoch diesen Anspruch verschafft, indem er die Übermässigkeit durch einen Beitrag an die Nachbesserungskosten beseitigt (Nr. 90)<sup>361</sup>. Im folgenden wird vorerst (1.) auf zwei weitere Ausnahmetatbestände dieser Art hingewiesen<sup>362</sup>. Sodann wird der Frage nachgegangen, wie der Unternehmer seinen Anspruch auf Kostenbeteiligung des Bestellers praktisch durchsetzen kann (2.).

## 1. Tatbestände

### A. «Sowieso-Kosten»

- 313 **1. Begriff.** Als «Sowieso-Kosten» werden (Nachbesserungs-)Kosten bezeichnet, die auch bei mängelfreier Erstellung des Werks entstanden und zu Lasten des Bestellers gegangen wären (vgl. Art. 170 Abs. 2 SIA-Norm 118). Beispiele<sup>363</sup>:
- 314 – Wurde «kein Dach vertragswidrig mit Eternit statt mit Kupfer gedeckt, so hat der Besteller die Mehrkosten für Kupfer zu vergüten, wenn der Mangel beseitigt wird und er diese Mehrkosten bei ursprünglich mängelfreier Leistung ohnehin hätte erstatten müssen»<sup>364</sup>. Angenommen, das Dach war gemäss Vertrag nach Einheitspreisen zu berechnen und der Unternehmer hat Einheitspreise für Eternit berechnet, so kann er nun – wie im Vertrag vorgesehen – Einheitspreise für Kupfer in Rechnung stellen. War hingegen für das ganze Dach ein Pauschalpreis abgemacht, so hat der Unternehmer das Dach zu «verkupfern», ohne dass er einen Mehrpreis verlangen könnte. Denn die Kupferkosten sind im Pauschalpreis inbegriffen. Am Gesagten ändert sich auch dann nichts, wenn der Unternehmer bei der Preiskalkulation irrtümlich von Eternitpreisen ausgegangen ist.
- 315 – Der BGH hatte sich mit folgendem Fall zu befassen<sup>365</sup>: Durch Generalunternehmervertrag vom 20. Juli 1978 erteilten die beklagten Bauherren der Klägerin den Auftrag, eine Eigentumswohnungsanlage zum Festpreis von 2'346'500 DM schlüsselfertig zu errichten. Dabei gingen die Parteien davon aus, dass kein Druckwasser zu erwarten sei, und einigten sich daher auf

<sup>361</sup> Ferner sei daran erinnert, dass die Nachbesserungskosten zu Lasten des Bestellers gehen, sofern dieser die Nachbesserung selbst vornimmt und dadurch den Unternehmer an der Nachbesserung hindert. Genaueres in Nr. 119 ff.

<sup>362</sup> Nicht weiter eingegangen wird auf den Fall, da der Bauherr dem Unternehmer die Nachbesserung in pflichtwidriger Weise erschwert und aus diesem Grund die Nachbesserungskosten teilweise zu tragen hat. S. dazu GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1230.

<sup>363</sup> S. ferner ZWR 1991, S. 250 ff. = BR 1992, S. 94 mit Anm. von PIERRE TERCIER. Aus der österreichischen Rechtsprechung vgl. WBI 1987, S. 119 («Sowieso-Kosten» im Schadenersatzrecht), aus der deutschen BGHZ 90, 344 ff. S. ferner die Hinweise in BGHZ 91, 211 E. 1b.

<sup>364</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1224.

<sup>365</sup> Vgl. BGHZ 90, 344 f.

eine Kellerabdichtung gegen nicht drückendes Wasser. Nach Ablieferung des Hauses kam es jedoch zu Einbrüchen drückenden Schichtenwassers, gegen das die gewählte Abdichtungsart keinen genügenden Schutz bot<sup>366</sup>. Der Unternehmer baute in der Folge eine Abdichtung gegen drückendes Wasser ein. Hinsichtlich der Kostentragung hielt der BGH fest, dass die beklagten Bauherren diejenigen *Mehrkosten* übernehmen müssten, «die auch bei sofortigem Einbau einer Abdichtung gegen drückendes Wasser auf Verlangen der Beklagten angefallen wären».

316 **2. Sowieso-Kosten** kennzeichnen sich nach dem in Nr. 313 Gesagten durch **zwei Merkmale**:

317 – Zum einen ist vorausgesetzt, dass die in Frage stehenden Kosten auch bei mängelfreier Erstellung entstanden wären. Nicht erfasst ist daher der mit der Nachbesserung verbundene Arbeitsaufwand. Auch teuerungsbedingte Mehrkosten, die darauf beruhen, dass nicht sofort ein mängelfreies Werk erstellt wurde, stellen keine Sowieso-Kosten dar. Noch viel mehr gilt dies für Beileitkosten (Nr. 112).

318 – Zum andern ist vorausgesetzt, dass die betreffenden Kosten auch bei mängelfreier Erstellung zu Lasten des Bestellers gegangen wären. Es ist somit eine Hypothese anzustellen und zu fragen, wer bei mängelfreier Erstellung die Kosten zu tragen gehabt hätte. Diese Frage beantwortet sich primär nach dem Vertrag, subsidiär nach Gesetz und dem hypothetischen Parteiwillen (Vertragsergänzung).

319 **3.** Dieses zweite Kennzeichen der Sowieso-Kosten sei noch präzisiert und anhand von Beispielen illustriert:

320 – Im Beispiel aus Nr. 314, erste Variante, ist im Vertrag vorgesehen, dass das Dach aus Kupfer zu erstellen und entsprechend zu vergüten ist. Diese Vereinbarung behält auch dann ihre Gültigkeit, wenn vorerst ein Eternit-Dach eingebaut und erst später durch ein Kupferdach ersetzt wird. Aber nur die Kosten des Kupferdachs gehen – als Sowieso-Kosten – zu Lasten des Bestellers, nicht auch die Kosten, die dadurch entstehen, dass das Eternitdach entfernt und ersetzt werden muss.

321 – Wurde keine Preisvereinbarung getroffen, so dass der Preis «nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers» festzusetzen ist (Art. 374 OR), so bilden Kosten der fraglichen Art (Kosten, die

---

<sup>366</sup> Der Unternehmer konnte sich nicht darauf berufen, vertragsgemäss geliefert zu haben. Denn dass die Abdichtung ihren Zweck nicht bzw. nur teilweise erfüllte und damit eine vorausgesetzte Eigenschaft fehlte, war sein Risiko: Es lag ein Werkmangel vor. Er war daher zur Nachbesserung verpflichtet. Dass er vertragsgemäss geliefert hatte, wirkte sich aber bei der Verteilung der Nachbesserungskosten aus (s. gleich im Text). – Führt die vertragsgemässe Ausführung des Werks zwangsläufig zu einem Mangel, so liegt rechtlich gesehen Unmöglichkeit vor: Der Unternehmer kann nicht gleichzeitig das Werk vertragsgemäss und mängelfrei ausführen. Vgl. KURSCHEL, S. 17.

auch bei mängelfreier Erstellung entstanden wären) Sowieso-Kosten und gehen demzufolge zu Lasten des Bestellers.

- 322 Angenommen, im Beispiel aus Nr. 314 wäre keine Preisvereinbarung geschlossen worden, so würden die Kupfer-Kosten ebenfalls zu Lasten des Bestellers gehen. Das leuchtet sofort ein, wenn man sich Folgendes vor Augen hält: Hätte der Unternehmer von Anfang an das vertraglich vereinbarte Kupferdach erstellt, so hätte der Besteller die entsprechenden Kosten nach Art. 374 OR zu tragen gehabt. Es kann sich nicht anders verhalten, wenn erst nachträglich das vereinbarte Kupferdach eingebaut wird. Aber wiederum ist zu beachten, dass nur jene Kosten zu Lasten des Bestellers gehen, die entstanden wären, wenn der Unternehmer sofort ein Kupferdach erstellt hätte. Demgegenüber gehen jene Kosten, die dadurch entstehen, dass das Eternitdach entfernt und ersetzt werden muss, zu Lasten des Unternehmers.
- 323 – Wurde ein Pauschalpreis vereinbart, so ist dieser gemäss Art. 373 Abs. 1 OR fix. Vorbehalten ist der Tatbestand von Abs. 2. Vorbehalten sind sodann Beststellungsänderungen: Wenn der Besteller nachträglich eine Zusatzleistung (z.B. ein vertraglich nicht vorgesehenes Bassin) verlangt, so hat er diese auch zu entgelten. Wie es sich verhält, wenn im Zuge der Mängelbeseitigung Kosten anfallen, die auch bei ursprünglich mängelfreier Erstellung angefallen wären, sagt Art. 373 OR nicht. Doch ist klar, dass der Besteller jedenfalls dort nicht mit solchen Kosten belastet werden darf, wo sich der Unternehmer einseitig geirrt hat: wo er selbständig eine Ausführungsart gewählt hat, die sich im nachhinein als unzutreffend erweist (vgl. Art. 24 Abs. 2 OR)<sup>367</sup>.
- 324 Angenommen, im Beispiel aus Nr. 315 haben die Parteien die Abdichtungsart nicht einvernehmlich festgelegt, sondern der Unternehmer hat diese selbständig bestimmt. Wenn sich nun zeigt, dass der Unternehmer eine ungenügende Abdichtungsart gewählt hat und daher die Abdichtung ersetzen muss, so gehen die entsprechenden Kosten vollumfänglich zu seinen Lasten; er kann die Mehrkosten der neuen Abdichtung nicht dem Besteller überbinden. Und zwar auch dann nicht, wenn erwiesen ist, dass der Besteller bei Vertragsabschluss zu einer Kostenübernahmebereit gewesen wäre, falls der Unternehmer ihn von der Notwendigkeit einer Abdichtung gegen drückendes Wasser überzeugt hätte. Solche «hypothetischen Kostenübernahmen» haben vor Art. 373 Abs. 1 OR zurückzutreten. Mit andern Worten hat das ab Vertragsabschluss begründete Vertrauen des Bestellers, dass es beim Pauschalpreis bleiben wird, Vorrang vor solchen hypothetischen Erwägungen.
- 325 Nicht so eindeutig liegt der Fall, dass eine Ausführungsvereinbarung getroffen wurde und sich diese im nachhinein als unzutreffend erweist, so dass die Ausführung nachträglich geändert werden muss. Kann man hier, wo eine Art *beidseitiger* Irrtum gegeben ist, den Pauschalpreis um jene Mehrkosten erhöhen, die auch dann entstanden wären, wenn die richtige Ausführungsart von Anfang an vorgesehen worden wäre? Der BGH hat die Frage

<sup>367</sup> Dass sich der geschuldete Erfolg «später nur aufwendiger als von dem Unternehmer kalkuliert erreichen» lässt, wirkt sich nicht zu Lasten des Bestellers aus (STAUDINGER/PETERS, N 178 zu § 633 BGB; ebenso KURSCHIEL, S. 73).

– für das deutsche Recht – im oben Nr. 315 referierten Fall bejaht<sup>368</sup>. Für das schweizerische Recht ist sie wohl gegenteilig zu entscheiden, jedenfalls im Grundsatz. Denn das Risiko, dass sich eine Ausführungsvereinbarung als unzutreffend erweist, ist m.E. – vorbehaltlich Art. 369 OR – vom Unternehmer zu tragen<sup>369</sup>. Daher greift Art. 373 Abs. 1 OR auch dann ein, wenn der Pauschalpreisvereinbarung eine unzutreffende Ausführungsvereinbarung zugrundeliegt. Auch in diesem Fall verdient das durch die Bestimmung geschützte Vertrauen des Bestellers auf die Unabänderlichkeit des Preises Vorrang. Vorbehalten ist freilich der Tatbestand von Art. 373 Abs. 2 OR. Diese Bestimmung aber greift nur ein, wenn die Nachbesserung übermässig erschwert wird<sup>370</sup>. Alsdann hat sich der Besteller an den Nachbesserungskosten zu beteiligen, und zwar an allen Kosten, nicht nur an jenen, die auch bei mängelfreier Werkerstellung entstanden wären.

- 326 4. Die **SIA-Norm 118** sieht in Art. 170 Abs. 2 ausdrücklich vor, dass «Kosten, die dem Bauherrn auch bei ursprünglich mängelfreier Ausführung entstanden wären», zu Lasten des Bauherrn gehen. Nach welchen Kriterien zu entscheiden ist, welche Kosten dem Bauherrn «auch bei ursprünglich mängelfreier Ausführung entstanden wären», wird in der Bestimmung jedoch nicht gesagt. Namentlich ist das Verhältnis Sowieso-Kosten/Pauschalpreisvereinbarung nicht klargestellt<sup>371</sup>. M.E. gilt auch nach der SIA-Norm 118 das eben in Nr. 325 Gesagte.

## B. Vorteilsanrechnung

- 327 1. Die Nachbesserung kann dem Bauherrn **Vorteile** bringen, **die er bei mängelfreier Werkerstellung nicht gehabt hätte**. Illustrativ ist eine Entscheidung des OGH<sup>372</sup>. Es ging dabei um Fassadenplatten, die nicht die vereinbarte Lichtbeständigkeit aufwiesen und deshalb – als Verbesserung – abgeschliffen und mit einem UV-beständigen Harz gestrichen werden mussten. Dadurch ersparte sich der Besteller die Kosten für die Entfernung von verschmutzten

<sup>368</sup> BGHZ 90, 344 ff. Interessant sind vor allem auch die in der amtlichen Ausgabe nicht publizierten Erwägungen 3 und 4 (wiedergegeben in NJW 1984, S. 1677).

<sup>369</sup> Anders wohl NJW 1984, S. 1677 E. 3 und 4.

<sup>370</sup> Art. 373 Abs. 2 OR ist freilich nur analog anwendbar. Denn unmittelbar betrifft der Artikel nur den Tatbestand, dass die *Fertigstellung* des Werks übermässig erschwert wird.

<sup>371</sup> GAUCH, N 7 zu Art. 170 SIA-Norm 118, geht auf die Frage nicht ein. Im übrigen weist er zutreffend darauf hin, dass die Teuerungskosten, die dadurch entstehen, dass das Werk erst im nachhinein mängelfrei erstellt wird, keine Sowieso-Kosten darstellen, und zwar auch dann nicht, «wenn die vereinbarten Preise der Teuerungsabrechnung unterliegen».

<sup>372</sup> SZ 55, S. 29, referiert nach KURSCHEI, S. 74.

Stellen («Regennasen»). Der Unternehmer war deshalb der Ansicht, der Besteller müsse sich dafür einen Betrag von 100'000 Schilling «anrechnen» lassen.

- 328 Vorteile dieser Art entstehen vor allem dort, wo die Mängelbeseitigung erst längere Zeit nach der Ablieferung des Werks erfolgt. Dann ist es geradezu üblich, dass sich der Besteller wegen der Mängelbeseitigung Unterhaltsarbeiten ersparen kann. Möglich ist auch, dass infolge Fortschreitung der Technik das nachgebesserte Werk besser ist, als es das Werk bei von Anfang an mangel-freier Ablieferung gewesen wäre. Im übrigen beschränken sich die mit der Nachbesserung verbundenen Vorteile nicht notwendig auf das nachgebesserte Werk. Zu denken ist etwa an den Fall, da ein Baumeister nach der Mängelbe-seitigung an der von ihm erstellten Hausmauer den – mängelfreien – Farban-strich erneuern muss (vgl. vorne Nr. 112, 305).
- 329 2. Mit der Nachbesserung verbundene Vorteile des Bestellers sind **grundsätz-lich nicht auf die Nachbesserungskosten anrechenbar**<sup>373</sup>. Der Unterneh-mer kommt ja mit der Mängelbeseitigung lediglich seiner ursprünglichen Lei-stungspflicht nach, für deren Erfüllung er den Werklohn bekommt. Immerhin können Treu und Glauben im Einzelfall eine teilweise Kostenüberwälzung auf den Besteller rechtfertigen<sup>374</sup>. Dabei wird man sich weitgehend an die im Schadenersatzrecht entwickelten Grundsätze der Vorteilsanrechnung<sup>375</sup> an-lehnen dürfen, dies nur schon deshalb, weil der Nachbesserungsanspruch über kurz oder lang in einen Schadenersatzanspruch umschlagen kann<sup>376</sup> und dann ohnehin schadenersatzrechtliche Gesichtspunkte zum Tragen kommen.
- 330 3. Die Vorteilsanrechnung ist hier wie dort **wertend nach Treu und Glauben** vorzunehmen<sup>377</sup>. Letztlich hängt vieles vom Einzelfall ab. Verallgemeinerun-gen sind nur beschränkt möglich. Immerhin lassen sich gewisse typische Kriterien, welche für oder gegen eine Vorteilsanrechnung sprechen, heraus-arbeiten.

<sup>373</sup> Vgl. SZ 55, S. 29, und BauR 1978, S. 410. Weitere Nachweise bei KURSCHER, S. 74 ff. Im schweizerischen Recht ist die Frage der Vorteilsanrechnung wenig diskutiert, s. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1225.

<sup>374</sup> Die Nachbesserung darf «nicht zu einer Bereicherung des Bestellers führen» (STAUDINGER/PETERS, N 177 zu § 633 BGB).

<sup>375</sup> Dazu vor allem ROLF KUHN, Die Anrechnung von Vorteilen im Haftpflichtrecht, Diss. St. Gallen 1987; s. ferner z.B. GUHL/MERZ/KOLLER, S. 69 f.

<sup>376</sup> Insbesondere dadurch, dass der Besteller nach Massgabe von Art. 107 Abs. 2 OR auf die Nachbesserung verzichtet und stattdessen Schadenersatz verlangt (vgl. Nr. 144, 158 ff.).

<sup>377</sup> Vgl. GUHL/MERZ/KOLLER, S. 69 f.

- 331 Wie erwähnt, stellt sich die Problematik der Vorteilsanrechnung vor allem dann, wenn die Nachbesserung längere Zeit nach der Ablieferung des Werks erfolgt. Es scheint daher naheliegend, danach zu fragen, wer für die späte Mängelbeseitigung verantwortlich ist:
- 332 – Hat der *Unternehmer* die Nachbesserungsarbeiten hinausgezögert, so ist eine Vorteilsanrechnung nicht am Platze. Wollte man anders entscheiden, so hätte es der Unternehmer in der Hand, durch Nichtvornahme der Nachbesserungsarbeiten die beim Besteller entstehenden Vorteile (z.B. ersparte Unterhaltsarbeiten) zu vergrössern und damit seinen Nachbesserungsaufwand zu Lasten des Bestellers zu verringern. Das kann rechtens nicht sein<sup>378</sup>.
- 333 – Schwieriger zu beurteilen ist die Frage der Vorteilsanrechnung dort, wo die späte Mängelbeseitigung *weder vom Besteller noch vom Unternehmer verursacht ist*, sondern einfach darauf beruht, dass der Mangel vorerst nicht entdeckt wird. «In solchen Fällen könnte es nach Treu und Glauben geboten sein, die mit der Nachbesserung erzielte längere Lebensdauer sowie den ersparten Instandhaltungsaufwand anspruchsmindernd zu berücksichtigen»<sup>379</sup>. M.E. ist an eine Vorteilsanrechnung jedenfalls dann zu denken, wenn das nachgebesserte Werk seiner Natur nach besser ist als es das ursprüngliche Werk bei mangelfreier Erstellung gewesen wäre, z.B. weil jetzt eine inzwischen erfolgte technische Neuerkenntnis berücksichtigt werden kann<sup>380</sup>. Aber auch dort, wo keine solche Verbesserung stattfindet, sondern die Vorteile des Bestellers ausschliesslich auf der verspäteten Erfüllung beruhen, dürfte eine Vorteilsanrechnung – entgegen dem in Nr. 327 erwähnten OGH-Entscheid – vielfach angemessen sein<sup>381</sup>. So zumal dann, wenn man sich – wie hier propagiert – an schadenersatzrechtliche Grundsätze hält. Im Schadenersatzrecht setzt die Vorteilsanrechnung einen inneren Zusammenhang, «ähnlich der adäquaten Kausalität» (BGE 112 Ib 330), zwischen dem schädigenden Ereignis und dem in Frage stehenden Vorteil voraus. Ein solcher Zusammenhang ist m.E. nicht nur dort gegeben, wo durch die Nachbesserungsarbeiten ohnehin nötige Arbeiten miterledigt werden<sup>382</sup>, sondern auch dort, wo die späte Vornahme der Nachbesserungsarbeiten eine merk-

---

<sup>378</sup> BGHZ 91, 215 E. 3a.

<sup>379</sup> BGHZ 91, 217.

<sup>380</sup> Vgl. STAUDINGER/PETERS, N 177 zu § 633 BGB: Eine verlängerte Lebensdauer des Werks sei mit einer Vorteilsausgleichung zu kompensieren, wenn «sie nicht nur durch die spätere Durchführung der Nachbesserung verursacht ist, sondern auf der Struktur der ergriffenen Massnahmen beruht».

<sup>381</sup> Ebenso KURSCHER, S. 75, für das österreichische Recht.

<sup>382</sup> So wohl auch GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1225.

lich längere Lebensdauer des Werkes zur Folge hat<sup>383</sup>. In all den erwähnten Fällen rechtfertigt sich eine Vorteilsanrechnung nach dem Prinzip «Neu für Alt».

- 334 Beispiel: A hat für B ein Haus zu bemalen. Er verwendet Farbe der Marke «Immergrün». Die Farbe ist fehlerhaft, so dass sie bereits nach zwei Jahren abzublättern beginnt. A bestreicht das Haus neu, diesmal mit fehlerfreier Farbe «Immergrün». An den Kosten der Neubemalung hat sich B einmal dann zu beteiligen, wenn die Wand zuvor in einem Vandalenakt beschmutzt («verspray») wurde und von B sowieso hätte neu bemalt werden müssen. Freilich hat B nicht die ganzen Kosten zu bezahlen, vielmehr erfolgt lediglich ein «Abzug Neu für Alt». Nicht anders verhält es sich m.E. auch dann, wenn man den fraglichen Vandalenakt nicht unterstellt, also davon ausgeht, dass die Wand lediglich im üblichen Rahmen beschmutzt wurde. Mit der Neubemalung ist nämlich notgedrungen eine längere Lebensdauer des Anstriches verbunden. Diese ist grundsätzlich zu entgelten. Noch vermehrt gilt dies dann, wenn inzwischen eine neue, technisch verbesserte und länger haltbare Farbe auf den Markt gekommen ist, welche von A beim Neuanstrich verwendet wird.
- 335 Das Gesagte ist freilich nur im Sinne einer Richtlinie zu verstehen, da es für die Vorteilsanrechnung – wie gesagt – jeweils auf die Umstände des Einzelfalls ankommt. So kann etwa im Einzelfall der Gedanke der aufge-drängten Bereicherung gegen eine Vorteilsanrechnung sprechen. Ferner können die Nachbesserungsarbeiten für den Besteller mit derartigen Umtrieben verbunden sein, dass sich eine Vorteilsanrechnung nach Treu und Glauben verbietet.
- 336 – Folgt man dem Gesagten, so drängt sich eine Vorteilsanrechnung a fortiori dort auf, wo der *Besteller* sich die Vorteile (z.B. längere Lebensdauer des Werks) dadurch verschafft, dass er die Ausübung des Nachbesserungsrechts über Gebühr hinauszögert.

## 2. Art und Durchsetzung der Kostenbeteiligung des Bestellers

- 337 1. Wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung *zunächst auf eigene Kosten durchführt*, so erwirbt er gegen den zur Kostenbeteiligung verpflichteten Besteller einen Regressanspruch<sup>384</sup>. Dabei handelt es sich der Sache nach um einen Anspruch auf zusätzliche Vergütung. Das zeigt sich deutlich dann, wenn der Bauherr bei Ausübung des Nachbesserungsrechts bereits den ganzen Werklohn bezahlt hat. Trotz der Bezahlung muss er die Nachbesserungsarbeitenteilweise entschädigen. Für die Festlegung der Anspruchshöhe gilt grundsätzlich das Preisgefüge des Werkvertrags<sup>385,386</sup>.

<sup>383</sup> Anders STAUDINGER/PETERS, N 177 zu § 633 BGB.

<sup>384</sup> Dabei handelt es sich um einen vertraglichen Anspruch. Die Anspruchsgrundlage ist durch Lückenfüllung (Art. 1 ZGB) zu gewinnen, soweit sich der Anspruch im Einzelfall nicht durch Vertragsauslegung oder Vertragsergänzung ergibt.

<sup>385</sup> STAUDINGER/PETERS, N 178 zu § 633 BGB.

- 338 2. Der Unternehmer ist jedoch *nicht verpflichtet, die Nachbesserung vorerst auf eigene Kosten durchzuführen*. Denn er ist gegenüber dem zur Kostenbeteiligung verpflichteten Besteller nicht vorleistungspflichtig, und das in einem umfassenden Sinne: Weder braucht er das nachgebesserte Werk vorzuleisten, noch ist er auch nur gehalten, die Nachbesserungsarbeiten zu kreditieren. Umgekehrt ist allerdings auch der Besteller nicht vorleistungspflichtig. Der Unternehmer kann daher die Vornahme der Nachbesserungsarbeiten nicht davon abhängig machen, dass ihm der Besteller im Umfang der Kostenbeteiligung Zahlung leistet<sup>387</sup>. Vielmehr stehen Kostenbeteiligung und Nachbesserung in einem Austauschverhältnis, das Zug um Zug abzuwickeln ist (Art. 82 OR). Wie dies zu geschehen hat, lässt sich freilich der erwähnten Bestimmung nicht entnehmen. Denn diese ist auf einfache Austauschverhältnisse zugeschnitten. Wo ein Leistungsvorgang «gestreckt» ist, wie dies für die Nachbesserung zutrifft, sind dem jeweiligen Sachverhalt angepasste Lösungen zu suchen<sup>388</sup>. Vorliegend scheint folgende Lösung angemessen<sup>389</sup>:
- 339 Der Unternehmer kann die Mängelbeseitigung von einer angemessenen **Sicherheitsleistung des Bestellers** (z.B. einer Bankgarantie) abhängig machen<sup>390</sup>. Dabei hat er den Kostenanteil des Bestellers substantiiert darzulegen und gerät mit der Nachbesserung in Schuldnerverzug, wenn er ohne nähere Begründung seines Sicherstellungsbegehrens die Nachbesserung verweigert<sup>391</sup>. Umgekehrt gerät der Besteller in Annahmeverzug, wenn er «zu einer angemessenen und angemessen begründeten Sicherheitsleistung nicht bereit ist»<sup>392</sup>.

<sup>386</sup> M.E. spricht auch nichts gegen die Annahme, dass der fragliche Anspruch durch das Bauhandwerkerpfandrecht gesichert ist.

<sup>387</sup> Nach GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1231, muss der Unternehmer «die Nachbesserungsschuld nur Zug um Zug gegen Zahlung des auf den Besteller entfallenden Kostenanteils (Art. 82 OR) ... erfüllen». Ist damit gemeint, dass der Unternehmer die Nachbesserungsarbeiten nur gegen Kostenersatz in Angriff nehmen muss, so ist der Besteller vorleistungspflichtig. Ist aber gemeint, dass der Unternehmer das nachgebesserte Werk nur gegen Kostenersatz abliefern muss, dann ist der Unternehmer hinsichtlich der Nachbesserungsarbeiten vorleistungspflichtig. Beides scheint nach dem im Text Gesagten nicht zutreffend.

<sup>388</sup> Vgl. KOLLER, N 90 f. zu Art. 184 OR.

<sup>389</sup> Vgl. zum Folgenden BGHZ 90, 344 ff. betr. das deutsche Recht.

<sup>390</sup> Damit ist gewährleistet, dass der Unternehmer im Falle der Nachbesserung auch tatsächlich zu seinem «Geld» kommt. Weniger weitgehend GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1231, mit Hinweis auf BauR 1984, S. 399 (Sicherheitsleistung nur bei umstrittener Höhe des Zuschusses).

<sup>391</sup> STAUDINGER/PETERS, N 183 zu § 633 BGB.

<sup>392</sup> STAUDINGER/PETERS, N 183 zu § 633 BGB.

- 340 Zu beachten ist, dass der Besteller nur im Rahmen seiner Kostenbeteiligung Sicherheit zu leisten hat, also nur insoweit, als *über den Werklohn hinaus* eine Vergütungspflicht besteht. Hingegen ist er – wie früher ausgeführt – berechtigt, den Werklohn im Umfang des Deckungskapitals bis zur Ablieferung des nachgebesserten Werks zurückzubehalten, ohne insoweit Sicherstellung leisten zu müssen (vorne Nr. 286, Anm. 329). Mit andern Worten muss der Unternehmer die Nachbesserungsarbeiten vornehmen, ohne dass er für den darauf entfallenden Vergütungsanteil Sicherstellung verlangen könnte. Hingegen muss er das nachgebesserte Werk nur Zug um Zug gegen den ausstehenden Werklohn abliefern.
- 341 Beim Bauwerkvertrag hilft dem Unternehmer die Zug-um-Zug-Regel allerdings wenig, weil das nachgebesserte Werk ohne weiteres in den Besitz des Bestellers übergeht und daher der Unternehmer die Ablieferung praktisch nicht von der gleichzeitigen Bezahlung des ausstehenden Werklohnes abhängig machen kann. Angesichts dessen kann man sich fragen, ob es nicht sinnvoll wäre, den Bauherrn zur Sicherstellung des Deckungskapitals zu verpflichten<sup>393</sup>. De lege lata besteht aber eine solche Pflicht nicht: Der Unternehmer ist zur Werkerstellung verpflichtet, bevor er den Werklohn verlangen kann (Art. 372 OR), und wird er nachbesserungspflichtig, so hat er die Mängel zu beseitigen, bevor er den diesbezüglichen Werklohnanteil geltend machen kann (Art. 372 OR analog). Dem besonderen Charakter des Bauwerkvertrages trägt das Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 Ziff. 3 ZGB) Rechnung. Dieses sichert den Werklohnanspruch des Unternehmers in wirksamer Weise<sup>394</sup>.
- 342 3. Der umschriebene Anspruch auf Sicherstellung sei am Beispiel aus Nr. 315 illustriert: Wenn die Installation einer nachträglichen Abdichtung gegen Druckwasser Fr. 50'000.-- kostet und sich die Bauherrschaft an diesen Kosten mit Fr. 20'000.-- zu beteiligen hat, so kann sie den Werklohn in der Höhe von Fr. 50'000.-- zurückbehalten, muss jedoch Fr. 20'000.-- sicherstellen. Nach erfolgter Nachbesserung steht dem Unternehmer das Recht zu, sowohl die zurückbehaltene wie auch die sichergestellte Summe, also insgesamt Fr. 70'000.--, einzuverlangen.

<sup>393</sup> Mit andern Worten: Wäre es nicht angemessen, dass der Besteller den auf die Nachbesserungsarbeiten entfallenden Vergütungsanteil sicherstellen muss, bevor er vom Unternehmer Vornahme der Nachbesserungsarbeiten verlangen kann?

<sup>394</sup> M.E. sichert es auch den Anspruch des Unternehmers auf Kostenbeteiligung des Bauherrn (Anm. 386), ist doch dieser Anspruch der Sache nach Entgelt für eine werkvertragliche Leistung (Nachbesserung). Es besteht hier freilich ein geringeres Sicherungsbedürfnis als hinsichtlich der Werklohnforderung. So jedenfalls dann, wenn man der hier vertretenen Ansicht folgt, wonach der Unternehmer im Umfang der Kostenbeteiligung des Bestellers Sicherstellung verlangen kann.

## § 13 Die Verjährung des Nachbesserungsanspruchs

### I. Allgemeines

#### 1. Die Verjährungsordnung im Überblick

- 343 1. «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: Art. 371 Abs. 2 OR sieht eine fünfjährige Verjährungsfrist vor, welche (ebenfalls) mit der Abnahme des Werkes zu laufen beginnt (Art. 371 Abs. 2 OR). Die Ablieferung bzw. Abnahme ist gleich zu verstehen wie in Art. 367 OR. Es kann daher auf das vorne in Nr. 59 ff. Gesagte verwiesen werden.
- 344 Vorbehalten sind Fälle, in denen der Unternehmer einen Mangel arglistig (absichtlich) verschwiegen hat: Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, die freilich nicht allseits anerkannt ist, beträgt die Verjährungsfrist zehn Jahre seit Ablieferung des Werkes, und zwar gleichgültig, ob der Mangel ein unbewegliches Bauwerk im Sinne von Art. 371 Abs. 2 OR oder ein sonstiges Werk beschlägt (BGE 107 II 232)<sup>395</sup>.
- 345 Unbestritten ist, dass sich der Unternehmer bei arglistiger (absichtlicher<sup>396</sup>) Täuschung nicht auf den Eintritt der ordentlichen Verjährung berufen kann. Das ergibt sich für Mängel an Werken, die unter Art. 371 Abs. 1 OR fallen, zweifelsfrei aus Art. 210 Abs. 3 OR, auf den jene Bestimmung verweist. Dasselbe muss jedoch auch für Mängel an unbeweglichen Bauwerken im Sinne von Art. 371 Abs. 2 OR gelten, obwohl hier ein ausdrücklicher Verweis auf Art. 210 Abs. 3 OR fehlt (BGE 58 II 140, 89 II 409)<sup>397</sup>. Umstritten ist die Auslegung von Art. 210 Abs. 3 OR. Während das Bundesgericht – wie gesagt – die Meinung vertritt, es gelte eine zehnjährige Verjährungsfrist (Art. 127 OR), welche ab Ablieferung des Werks zu laufen beginnt<sup>398</sup>, sind andere<sup>399</sup> der Meinung, es bleibe bei der kaufrechtlichen kurzen Verjährungsfrist, doch beginne diese erst mit der Entdeckung des Mangels zu laufen. Eine dritte Auffassung will nicht auf die Entdeckung des

<sup>395</sup> GUHL/MERZ/KOLLER, S. 488; PEDRAZZINI FRANCO, Nr. 1117 ff., und die dort zitierte Lehre und Rechtsprechung.

<sup>396</sup> Arglist und Absicht sind hier identische Begriffe, vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1645.

<sup>397</sup> PEDRAZZINI FRANCO, Nr. 1090 ff., m.w.Nw.

<sup>398</sup> Art. 210 Abs. 3 OR äussert sich zum Beginn der Verjährungsfrist nicht. Es liegt nahe, insoweit auf Art. 210 Abs. 1 OR, also auf die Ablieferung, abzustellen (PEDRAZZINI FRANCO, Nr. 1121).

<sup>399</sup> Nachweise bei PEDRAZZINI FRANCO, Nr. 1105.

Mangels, sondern der Täuschung abstellen, im übrigen aber ebenfalls die ordentliche kaufrechtliche Verjährungsfrist zur Anwendung bringen<sup>400</sup>. Auf den Werkvertrag bezogen, kann sich nach diesen beiden Auffassungen der arglistige Unternehmer trotz Verschweigung des Mangels auf die ein- bzw. fünfjährige Verjährungsfrist von Art. 371 OR berufen. Die Frist beginnt jedoch erst mit der Entdeckung des Mangels bzw. der Täuschung durch den Besteller zu laufen. Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird nur insoweit Tribut gezollt, als eine absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren seit Ablieferung befürwortet wird.

- 346 Art. 371 OR geht den allgemeinen Verjährungsregeln von Art. 127 ff. OR als *lex specialis* vor, dies freilich nur insoweit, als er überhaupt eine eigenständige Regelung enthält. Eine solche fehlt insbesondere hinsichtlich der Hemmung und der Unterbrechung der Verjährung. Insoweit kommen daher die Art. 134 ff. OR zum Tragen. Anwendbar sind ferner Art. 132 OR (Berechnung der Verjährungsfrist), 141 OR (Verjährungsverzicht) und 142 OR (Berücksichtigung der Verjährung nur auf Einrede hin).
- 347 2. Die ordentliche Verjährungsfrist von einem bzw. fünf Jahren kann im Einzelfall durch **Unterbrechung**, **Fortlaufshemmung** (oft einfach Hemmung genannt) oder **Ablaufshemmung** verlängert sein<sup>401</sup>. Alle drei Institute haben gemeinsam, dass sie den Eintritt der Verjährung hinausschieben. Im übrigen aber bestehen erhebliche Unterschiede: Die Unterbrechung (z.B. durch Einklagung des Nachbesserungsanspruchs) lässt eine neue Verjährungsfrist beginnen. Fortlaufshemmung bedeutet demgegenüber, dass die Verjährung stille steht, so z.B. während der Zeit, in welcher der Nachbesserungsanspruch in der Schweiz nicht eingeklagt werden kann; die Zeit des Stillstands wird auf die ordentliche Verjährungsfrist aufgerechnet (Art. 134 Ziff. 6 OR). Wiederum anders verhält es sich bei der Ablaufshemmung. Diese bezieht sich auf Fälle, in denen es dem Gläubiger nicht möglich oder nicht zumutbar ist, den Ablauf der Verjährungsfrist durch rechtzeitige Unterbrechungshandlungen zu verhindern. Ablaufshemmung bedeutet, dass die Verjährungsfrist um eine Nachfrist verlängert wird. Eine solche Nachfrist ist in Art. 139 OR vorgesehen. Dazu kommen richterrechtlich anerkannte Tatbestände<sup>402</sup>. Die Hemmung spielt hinsichtlich der Verjährung des Nachbesserungsanspruchs eine geringe Rolle, von grosser Bedeutung ist demgegenüber die Unterbrechung. Diese wird daher noch eingehend behandelt<sup>403</sup>.

<sup>400</sup> So etwa BECKER, N 4 zu Art. 210 OR; weitere Nachweise bei PEDRAZZINI FRANCO, Nr. 1103.

<sup>401</sup> Das gilt auch für die zehnjährige Frist von Art. 210 Abs. 3 OR.

<sup>402</sup> Vgl. KOLLER, Verjährung, S. 25 f.

<sup>403</sup> Zur Fortlaufshemmung s. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1626 ff., zur Ablaufshemmung KOLLER, Verjährung, S. 25 f., 15 f. und 18 f., sowie hinten im Text Nr. 382.

- 348 **3. Anwendungsbereich von Art. 371 OR.** Dieser Bestimmung unterliegen nicht nur die primären, sondern auch die sekundären Mängelrechte (unten Nr. 356). Sodann hat BGE 117 II 428 E. 3 klargestellt, dass Art. 371 OR auch beim Werklieferungsvertrag zur Anwendung kommt. Das versteht sich von selbst, wenn man den in Art. 365 Abs. 1 OR enthaltenen Verweis auf das Kaufrecht nur auf die Rechtsgewährleistung bezieht, nicht auf die Sachgewährleistung (so vorne Nr. 97). Die kaufrechtliche Verjährungsregelung kommt daher beim Werklieferungsvertrag nur insoweit zur Anwendung, als Art. 371 Abs. 1 OR darauf verweist<sup>404</sup>. Ferner findet Art. 371 OR (i.V.m. Art. 210 OR) auch dann Anwendung, wenn die Parteien die Mängelrechte abweichend vom Gesetz geregelt haben, also z.B. einen Vorrang des Nachbesserungsrechts vereinbart<sup>405</sup> oder eines der Mängelrechte (z.B. das Wandelungsrecht) ausgeschlossen haben<sup>406</sup>.
- 349 Keine Anwendung findet Art. 371 OR:
- 350 – insoweit, als die Parteien davon (zulässigerweise) abweichende Regelungen treffen (Verjährungsvereinbarungen). Dabei ist zu beachten, dass die Verjährungsordnung von Art. 371 OR i.V.m. Art. 210 OR grundsätzlich dispositiv ist. Relativ zwingend ist lediglich Art. 210 Abs. 3 OR. Daher kann die Verjährungsordnung hinsichtlich arglistig verschwiegener Mängel nicht zu Ungunsten des Bestellers abgeändert werden<sup>407</sup>. Weiteres hinten in Nr. 396 ff.
- 351 – wenn sich die Parteien nach Ablieferung des Werks über die Rechtsfolgen eines aufgetretenen (behaupteten) Mangels vertraglich einigen, sofern «der Vertrag mit novatorischer Wirkung (Art. 116 OR) ausgestaltet ist ... oder wenn er nach dem Willen der Parteien erst jetzt eine Verpflichtung des (zuvor nicht haftbaren) Unternehmers begründet»<sup>408</sup>. In diesen Fällen sollen (ausschliesslich) Art. 127 ff. OR zum Zuge kommen. Diese Auffassung GAUCHS verdient Zustimmung (hinten Nr. 392).

---

<sup>404</sup> In dem eben zitierten BGE war M. das Verputzen von Hausfassaden übertragen worden. Als sich Risse zeigten, verlangte die Bestellerin Nachbesserung. Unter Berufung auf Art. 365 OR i.V.m. Art. 210 Abs. 1 OR machte M. geltend, es gelte eine einjährige Verjährungsfrist, diese sei abgelaufen. Das Bundesgericht stellte demgegenüber fest, es komme Art. 371 Abs. 2 OR und damit eine fünfjährige Verjährungsfrist zum Tragen.

<sup>405</sup> Vgl. Art. 169 SIA-Norm 118.

<sup>406</sup> TSCHÜTSCHER, hinten in diesem Buch, III/2 Ziff. 2, m.w.Nw.

<sup>407</sup> PEDRAZZINI FRANCO, Nr. 1072.

<sup>408</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1595, unter Hinweiss auf VON TUHR/ESCHER, S. 180, und SPIRO, § 152, S. 353 Anm. 2, und § 289, S. 673 Anm. 16.

## 2. Gegenstand der Verjährung

- 352 **1. Das Nachbesserungsrecht** ist ein Gestaltungsrecht und **verjährt als solches nicht** (Begründung unten Nr. 354)<sup>409</sup>. Was der Verjährung unterliegt, ist die Nachbesserungsforderung, die bei Ausübung des Nachbesserungsrechts entsteht. Entsprechendes gilt für das Wandlungs- und das Minderungsrecht: Was allenfalls verjährt, sind Forderungen, die bei Ausübung dieser Rechte entstehen, z.B. die Forderung auf Rückgabe des Werkpreises im Falle der Wandlung. Dass die Mängelrechte (soweit sie Gestaltungsrechte sind) nicht verjähren, ist in Lehre und Rechtsprechung anerkannt<sup>410</sup>, wenngleich gemeinhin von der Verjährung der Mängelrechte gesprochen wird<sup>411</sup> – eine Ausdrucksweise, die nur hinsichtlich des Anspruchs (der Forderung) auf Ersatz des Mangelfolgeschadens zutreffend ist<sup>412</sup>.
- 353 **2. Das Nachbesserungsrecht** kann zwar nicht verjähren, wohl aber **verwirken**; dasselbe gilt für die übrigen Mängelrechte, soweit sie Gestaltungsrechte sind. Verwirkung bedeutet Untergang des Rechts, Verjährung Einschränkung der Klagbarkeit. Ein verwirktes Recht besteht nicht mehr, eine verjährte Forderung ist nach wie vor Forderung und daher erfüllbar (Art. 63 Abs. 2 OR, Nr. 365), doch kann sie gegen den Willen des Schuldners nicht mehr auf dem Klageweg durchgesetzt werden.
- 354 Eine Verjährung im umschriebenen, dem OR zugrundeliegenden Sinne ist bei Gestaltungsrechten begrifflich ausgeschlossen<sup>413</sup>. Denn Gestaltungsrechte werden durch einseitige Willenserklärung

<sup>409</sup> Das gilt allerdings nur für das gesetzliche Nachbesserungsrecht. Dasjenige im Sinne der SIA-Norm 118 ist eine Forderung (Nr. 232) und unterliegt als solche der Verjährung (s. gleich im Text).

<sup>410</sup> S. statt vieler SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, Vorbem. vor Art. 1 OR, N 101; KRAMER, Allgemeine Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, N 42. Allerdings fassen einzelne Autoren die Mängelrechte gar nicht als Gestaltungsrechte auf, sondern als Forderungen (so GIGER, Berner Kommentar, N 8 ff. zu Art. 205 OR betr. die kaufrechtlichen Mängelrechte). Nach dieser Ansicht unterliegen die Mängelrechte selbstverständlich der Verjährung.

<sup>411</sup> Vgl. etwa GAUCH, Werkvertrag, Titel auf S. 414; Art. 180 der SIA-Norm 118.

<sup>412</sup> Die gesetzliche Terminologie ist unpräzise: Art. 371 Abs. 1 OR spricht von der Verjährung der «Ansprüche des Bestellers des Werkes»; in Art. 210 OR, der auch im Werkvertragsrecht Anwendung findet (Art. 371 Abs. 1 OR), ist von der Verjährung der «Klagen auf Gewährleistung» die Rede.

<sup>413</sup> TSCHÜTSCHER, hinten in diesem Band, Anm. 23; SPIRO, § 541, S. 1561 f.; HANS MERZ, SPR VI/1, S. 78; JOSEF FENKART, Wesen und Ausübung der Gestaltungsrechte im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 1925, S. 73 f.; NABIOLZ (zit. in Anm. 349), S. 42; aus dem deutschen Recht vgl. VON FELDMANN, Münchener Kommentar, N 21 zu § 194 BGB.

ausgeübt, die gewünschte Rechtswirkung wird also allein vom Berechtigten herbeigeführt, ohne dass der Gestaltungsgegner irgendwie erfüllen müsste oder auch nur könnte. Da somit auf den Willen des Gegners nichts ankommt, ist auch die Vorstellung, das Gestaltungsrecht könne gegen den Willen des Gegners nicht mehr durchgesetzt werden, fehl am Platze.

- 355 Das Nachbesserungsrecht verwirkt, wenn der Besteller einen Mangel zu spät rügt, d.h. die relative Rügefrist i.S. von Art. 367 Abs. 1 OR und 370 Abs. 3 OR oder die absolute Rügefrist gemäss Art. 210 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 371 Abs. 1 OR verpasst (vorne Nr. 75 ff.). Abgesehen hiervon, unterliegt das Nachbesserungsrecht keiner zeitlichen Beschränkung (vgl. demgegenüber etwa Art. 31 OR für das Recht, den Vertrag wegen Irrtums anzufechten). Es kann somit auch noch Jahre nach der Ablieferung des Werks ausgeübt werden, ja sogar nach Ablauf der Verjährungsfrist, immer vorausgesetzt, dass rechtzeitig Mängelrüge erhoben wurde. Erfolgt freilich die Ausübung des Nachbesserungsrechts nach Verjährungseintritt, so ist die Nachbesserungsforderung von Anfang an verjährt.
- 356 3. Tritt an die Stelle der Nachbesserungsforderung eine andere Forderung, so gilt auch für diese **«Ersatzforderung»** die Verjährungsregelung von Art. 371 OR. Das wurde bereits erwähnt für den Fall, dass der Besteller wegen Nachbesserungsverzugs nach Art. 107 Abs. 2 OR auf die Nachbesserung verzichtet und stattdessen Schadenersatz verlangt (Nr. 173). Gleiches gilt aber beispielsweise auch dann, wenn an die Stelle der Nachbesserungsforderung eine Forderung auf Kostenersatz gemäss Art. 366 Abs. 2 OR (Nr. 174) oder Art. 169 Ziff. 1 SIA-Norm 118 (Nr. 230) tritt. Dies a quo ist daher – entgegen Art. 130 OR – nicht die Fälligkeit der «Ersatzforderung», sondern der Zeitpunkt der Ablieferung (Abnahme) des Werks. Und die Verjährungsfrist ist nicht die zehnjährige von Art. 127 OR, sondern die ein- bzw. fünfjährige von Art. 371 OR; nur im Fall absichtlicher Verschweigung eines Mangels gilt eine zehnjährige Frist (Art. 210 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 371 Abs. 1 OR).
- 357 4. «Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel bleiben [trotz Ablaufs der Verjährungsfrist] bestehen», wenn die betreffenden Mängel rechtzeitig gerügt wurden (Art. 210 Abs. 2 OR). Dasselbe gilt – gestützt auf den Verweis von Art. 371 Abs. 1 OR – auch für das Werkvertragsrecht. **Einreden** wegen Mängel verjähren also ebensowenig wie die Mängelrechte<sup>414,415</sup>, doch unterliegen sie wie diese der Verwirkung. Daraus folgt:

<sup>414</sup> Der Grund ist ein ähnlicher wie bei den Gestaltungsrechten: Die Art. 127 ff. OR sind auf Forderungen zugeschnitten, deren Erfüllung eine Mitwirkung des Schuldners nötig macht. Das trifft für die Einreden nicht zu, ebensowenig wie für die Gestaltungsrechte.

<sup>415</sup> Zum deutschen Recht vgl. STAUDINGER/DILCHER, N 35 f. zu § 194 BGB. Es gilt ebenfalls der Grundsatz der Unverjährbarkeit von Einreden. Doch sollen sog. unselbständige Einreden hinsichtlich der Verjährung das Schicksal der Forderung teilen.

- 358 – Hat der Besteller bei Ausübung des Nachbesserungsrechts noch nicht den ganzen Werklohn bezahlt, so kann er ihn nach Massgabe von Art. 82 OR bis zur Ablieferung des nachgebesserten Werkes zurückbehalten (Nr. 284 ff.); es steht ihm die Einrede des nicht (richtig) erfüllten Vertrages zu. Diese Einrede verjährt nicht, sondern bleibt dem Besteller vielmehr auch dann erhalten, wenn die Nachbesserungsforderung verjährt ist (s. schon Nr. 295). Vorausgesetzt ist jedoch, dass das Nachbesserungsrecht wirksam ausgeübt wurde, mithin im Zeitpunkt der Ausübung noch nicht verwirkt war<sup>416</sup>.
- 359 – Wandelt sich die Nachbesserungsforderung in eine Geldforderung um (z.B. in einen Schadenersatzanspruch nach Art. 107 Abs. 2 OR), so kann der Besteller diese Forderung auch dann mit einer Gegenforderung des Unternehmers verrechnen, wenn sie verjährt ist. Vorausgesetzt ist wiederum, dass das Nachbesserungsrecht wirksam ausgeübt wurde, ansonst gar keine Nachbesserungsforderung entstanden ist. Das Verrechnungsrecht ist zwar ein Gestaltungsrecht und damit keine Einrede im technischen Sinne<sup>417</sup>, fällt aber trotzdem in den Anwendungsbereich von Art. 210 Abs. 2 OR (BGE 91 II 216 f.)<sup>418,419</sup>. Drei Präzisierungen sind anzubringen: *Einmal* ist die Verrechnung nur unter den allgemeinen Voraussetzungen von Art. 120 ff. OR zulässig. Die zur Verrechnung gestellte Forderung muss also vor allem fällig sein (Art. 120 Abs. 1 OR). *Sodann* unterliegen der Verrechnung beliebige Gegenforderungen des Unternehmers (vgl. BGE 91 II 216 f.). Der Besteller kann also nicht nur mit der Werkpreisforderung aus dem mangelhaft erfüllten Werkvertrag verrechnen, sondern z.B. auch mit einer Kaufpreisforderung, die der Unternehmer gegen ihn erworben hat. *Schliesslich* ist zu beachten, dass Art. 120 Abs. 3 OR durch Art. 210 Abs. 2 OR zwar nicht verdrängt (BGE 91 II 216 f.<sup>420</sup>), wohl aber modifiziert wird (vgl.

---

<sup>416</sup> Vgl. VON TUHR/ESCHER, S. 234. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1659, 1736, ist im Ergebnis derselben Meinung, geht jedoch davon aus, Art. 210 Abs. 2 OR sei nur analog anwendbar, denn die Einrede des nichterfüllten Vertrages sei keine «Einrede wegen vorhandener Mängel», mache doch der Besteller mit ihr keines der Mängelrechte geltend (Nr. 1659). Indes dient die Einrede aus Art. 82 OR der Durchsetzung des Nachbesserungsanspruchs, sie fällt daher sehr wohl in den unmittelbaren Anwendungsbereich von Art. 210 Abs. 2 OR (i.V.m. Art. 371 Abs. 1 OR).

<sup>417</sup> Vgl. KOLLER, Gutgläubensschutz, S. 230 Anm. 879.

<sup>418</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1657.

<sup>419</sup> Wo das Gesetz den Ausdruck «Einrede» verwendet, ist dieser Ausdruck meist in einem weiten Sinne zu verstehen. Er umfasst nicht nur Einreden, sondern auch Einwendungen und gewisse Gestaltungsrechte wie eben das Verrechnungsrecht (vgl. KOLLER, Gutgläubensschutz, Nr. 708, mit Bezug auf Art. 169 OR).

<sup>420</sup> Zustimmend GIGER, Berner Kommentar, N 68 f. zu Art. 210 OR, mit Hinweisen auf abweichende Lehrmeinungen.

BGE 107 II 54 f.; *lex specialis derogat legi generali*). Nach Art. 120 Abs. 3 OR kann «eine verjährte Forderung» nur «zur Verrechnung gebracht werden, wenn sie zur Zeit, wo sie mit der andern Forderung verrechnet werden konnte, noch nicht verjährt war». Das ist unklar formuliert. Gemeint ist: Eine verjährte Forderung kann nur zur Verrechnung gestellt werden, wenn sie der Gegenforderung, mit der verrechnet werden soll, einmal unverjährt und verrechenbar gegenüberstand. Wenn daher jemand eine Forderung erwirbt, nachdem eine gegen ihn gerichtete Gegenforderung bereits verjährt ist, so kann der Inhaber der verjährten Forderung diese nicht mehr zur Verrechnung stellen. Das gilt auch für Forderungen, die aus der Ausübung der Mängelrechte entstehen. Doch ist davon auszugehen, dass solche Forderungen bereits mit Ablieferung des mangelhaften Werks, und nicht erst mit der Ausübung der Mängelrechte, entstanden und fällig geworden sind. Auf jenen Zeitpunkt ist die Verrechenbarkeit i.S.v. Art. 120 Abs. 3 OR rückzubeziehen. Allein dies entspricht der *ratio legis* von Art. 210 Abs. 2 OR<sup>421</sup>.

- 360 Angenommen, Unternehmer U erstellt für B ein unbewegliches Bauwerk (z.B. ein Haus), liefert dieses am 1.1.1994 ab und erhält sogleich Zahlung. Kurze Zeit darauf rügt B Mängel, ohne jedoch eines seiner Mängelrechte auszuüben. Am 30.1.1997 erwirbt U eine Kaufpreisforderung gegen B. Diese macht er am 13.4.1999 geltend. Nun erklärt B Minderung und Verrechnung der Minderungsforderung mit der Kaufpreisforderung. Wollte man hier Art. 120 Abs. 3 OR wortgetreu anwenden, so wäre eine Verrechnung ausgeschlossen. Denn die Minderungsforderung war im Zeitpunkt ihrer Entstehung (frühestens 13.4.1999) bereits verjährt und stand also der Kaufpreisforderung nie unverjährt gegenüber. Entscheidend muss jedoch sein, dass die Minderungsforderung «in nuce» bereits mit Ablieferung des Werks bestand und die Mängelrechte von B erst verjährt (nämlich am 1.1.1999), als U die Kaufpreisforderung bereits erworben hatte.

### 3. Wirkung der Verjährung

- 361 Das Wesentliche wurde bereits gesagt: Die verjährte Forderung ist nach wie vor Forderung, aber ihre Klagbarkeit ist beschränkt. Die folgenden Präzisierungen beziehen sich auf Forderungen im allgemeinen, gelten aber insbesondere auch für die Nachbesserungsforderung des Bestellers.
- 362 **1. Einschränkung der Klagbarkeit.** Klagt der Gläubiger die verjährte Forderung ein und beruft sich der Schuldner auf die Verjährung, so ist die Klage abzuweisen<sup>422</sup>. Ist das Urteil in Rechtskraft erwachsen, so darf über eine identische Klage nicht nochmals entschieden werden; einer nochmaligen Klage

<sup>421</sup> Im Ergebnis ebenso TSCHÜTSCHER, hinten in diesem Buch, II/5/C/c (unter m.E. unzutreffender Berufung auf "den Grundgedanken der Verjährung"); unentschieden GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1658.

<sup>422</sup> Ob die Verjährungseinrede rechtzeitig erhoben wurde, bestimmt sich nach kantonalem Prozessrecht.

«steht die Bindungswirkung der *res iudicata* entgegen»<sup>423</sup>. Diese Bindungswirkung ist vom Richter *ex officio* zu beachten. Er muss daher die (zweite) Klage abweisen, auch wenn sich der Schuldner nicht nochmals auf die Verjährung beruft (zu denken ist etwa an den Fall, da der ursprüngliche Schuldner gestorben ist und seine Rechtsnachfolger vom Verjährungseintritt keine Kenntnis haben).

363 Die Klagbarkeit ist eingeschränkt, aber nicht ausgeschlossen. Denn der Richter muss die eingeklagte Forderung – bei gegebenen Voraussetzungen – dem Kläger trotz der Verjährung zusprechen, sofern der Schuldner die Verjährungseinrede nicht erhebt: Er darf «die Verjährung nicht von Amtes wegen berücksichtigen» (Art. 142 OR)<sup>424</sup>.

364 **2. Die Verjährung hat ihre Hauptbedeutung im Prozess.** Der Schuldner kann sich jedoch auch ausserhalb eines Prozesses auf die Verjährung berufen. Tut er dies, so bedarf es im Prozess keiner erneuten Erhebung der Verjährungseinrede. Vielmehr hat der Richter die einmal erfolgte Geltendmachung der Verjährung von Amtes wegen zu beachten. Doch steht dem Schuldner die Möglichkeit offen, auf die Erhebung der Verjährungseinrede zurückzukommen und den Richter anzuhalten, die Verjährung nicht zu berücksichtigen<sup>425</sup>. Ein solcher «*contrarius actus*» darf aber nicht schon im Umstand gesehen werden, dass der Schuldner die Verjährungseinrede im Prozess nicht nochmals erhebt. Das gilt insbesondere auch dann, wenn es zu einem Säumnisurteil kommt, weil der Schuldner sich im Prozess nicht hat verlauten lassen. In einem solchen Fall muss somit der Richter die vorprozessual erhobene Verjährungseinrede beachten und bei Vorliegen der Verjährungsvoraussetzungen die Klage abweisen<sup>426</sup>.

<sup>423</sup> VOGEL, S. 200 Nr. 67.

<sup>424</sup> Die gleiche Regelung findet sich auch in anderen Rechtsordnungen. Sie wird damit gerechtfertigt, es müsse einem Schuldner, der es für unehrenhaft halte, sich einer Verpflichtung durch den blossen Hinweis auf den Zeitablauf zu entziehen, die Möglichkeit offenstehen, seine Verteidigung auf andere Argumente (z.B. Zahlung oder Verrechnung) zu beschränken und sich nicht auf die Verjährung zu berufen (vgl. MEDICUS, Nr. 96, und OSER/SCHÖNENBERGER, N 3 zu Art. 142 OR; eine andere, m.E. nicht stichhaltige [KOLLER, Verjährung, S. 27 Anm. 88], Begründung gibt SPIRO, § 230, S. 555 ff.). Solche ehrenhaften Schuldner aber dürfte es selten geben. In aller Regel würde die Beachtung der Verjährung von Amtes wegen den Interessen des Schuldners besser entsprechen. Damit würde auch dem öffentlichen Interesse an der Entlastung der Gerichte von Prozessen über verjährte Forderungen besser Rechnung getragen. Im übrigen würde die Verjährung, wäre sie von Amtes wegen zu beachten, nicht zur Verwirkung. Denn die verjährte Forderung wäre immer noch erfüllbare Forderung (Art. 63 Abs. 2 OR), dies im Unterschied zur verwirkten Forderung, welche eine Nichtschuld darstellt.

<sup>425</sup> MEDICUS, Nr. 98; LARENZ, S. 251.

<sup>426</sup> Vgl. LARENZ, S. 262 Anm. 52a.

- 365 **3.** Die verjährte Forderung ist **weiterhin Forderung im Rechtssinne**. Das zeigt sich vorab daran, dass sie erfüllbar bleibt: Wenn der Schuldner (Unternehmer) die verjährte Forderung (Nachbesserungsanspruch) freiwillig erfüllt, so begleicht er nicht eine Nichtschuld. Er kann daher nichts zurückfordern, gleichgültig, ob er sich im Zeitpunkt der Leistung der Verjährung bewusst war oder nicht (Art. 63 Abs. 2 OR). Sodann ist zu beachten, dass sich der Gläubiger einer verjährten Forderung unter bestimmten Voraussetzungen Befriedigung verschaffen kann, wenn auch nicht im Klagewege (Art. 120 Abs. 3 OR und 140 OR [Nr. 295]). Im Rahmen des vorliegenden Aufsatzes ist schliesslich speziell hervorzuheben, dass der Besteller mit der verjährten Nachbesserungsforderung nach Massgabe von Art. 82 OR Erfüllungsdruck auf den Unternehmer ausüben kann (Nr. 295, 358).

## II. Zwei wichtige Einzelpunkte

### 1. Der Begriff des unbeweglichen Bauwerks (Art. 371 Abs. 2 OR)

- 366 Wie erwähnt (Nr. 343), verjähren die Mängelrechte des Bestellers «eines unbeweglichen Bauwerkes» mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme des Werkes (Art. 371 Abs. 2 OR), während grundsätzlich eine einjährige Verjährungsfrist gilt. Ob ein Werk ein unbewegliches Bauwerk darstellt oder nicht, ist damit von erheblicher praktischer Bedeutung. Mit dieser Frage befasst sich im vorliegenden Band TSCHÜTSCHER (IV).

### 2. Die Unterbrechung der Verjährung

#### A. Überblick

- 367 **1.** Für die Unterbrechung der Verjährung von Nachbesserungsansprüchen gelten – wie gesagt – die allgemeinen Regeln von **Art. 135 ff. OR**. Diese sind naturgemäss nicht auf das Gewährleistungsrecht zugeschnitten. Einzelne Unterbrechungsgründe sind denn auch für die Verjährung der Nachbesserungsforderung ohne jede Bedeutung. Das gilt insbesondere für die Unterbrechung durch Schuldbetreibung. Während diese Unterbrechungsart bei Geldforderungen die Hauptrolle spielen dürfte, kommt sie mit Bezug auf die Nachbesserungsforderung, die ja nicht auf dem Betreibungsweg geltend gemacht werden kann, überhaupt nicht zum Tragen.
- 368 **2. Unterbrechungsgründe.** Der Besteller hat die *Möglichkeit, selbst für die Unterbrechung der Verjährung besorgt zu sein* und damit den Ablauf der Verjährungsfrist zu verhindern. Er tut dies (insbesondere) durch Ladung zu einem Sühneversuch oder durch Klageeinleitung (Art. 135 Ziff. 2 OR). Unterbrochen wird die Verjährung auch durch *«Anerkennung der Forderung von seiten des Schuldners»* (Art. 135 Ziff. 1 OR), in unserem Kontext also durch Anerken-

nung des Nachbesserungsanspruchs von seiten des Unternehmers. Die Unterbrechung beruht hier auf der Überlegung, dass der Gläubiger (Bauherr) angesichts der Schuldanerkennung keinen Anlass hat, selbst für die Unterbrechung zu sorgen, es jedenfalls einführbar ist, wenn er entsprechende Handlungen unterlässt<sup>427</sup>. Art. 135 OR zählt die Unterbrechungshandlungen nicht vollständig auf<sup>428</sup>. So wirken beispielsweise auch kantonalrechtliche Vollstreckungsakte mit Bezug auf Forderungen, die nicht auf eine Geldleistung gehen und daher nicht auf dem Wege des SchKG vollstreckt werden können, ebenfalls verjährungsunterbrechend<sup>429</sup>. Das ist gerade für den Nachbesserungsanspruch bedeutsam. – Nachfolgend B. und C. werden zwei wichtige Unterbrechungsgründe, die Klageerhebung und die Schuldanerkennung, herausgegriffen und näher dargestellt. Auf die Unterbrechung durch ein Sühneverfahren wird in diesem Rahmen ebenfalls eingegangen, wenn auch nicht umfassend.

- 369 **3. Was die Wirkung der Unterbrechung** anbelangt, sind vorderhand drei Punkte festzuhalten:
- 370 – Die Unterbrechung hat zur Folge, dass die bisher verflossene Verjährungsfrist bedeutungslos wird und eine neue Verjährungsfrist beginnt. Grundsätzlich entspricht die neue Frist der ordentlichen Verjährungsfrist, in unserem Zusammenhang also der ein- bzw. fünfjährigen Frist von Art. 371 Abs. 1 und 2 OR (Art. 137 Abs. 1 OR). Ausnahmsweise gilt eine zehnjährige Verjährungsfrist, dann nämlich, wenn der Nachbesserungsanspruch vom Unternehmer «durch Ausstellung einer Urkunde» anerkannt<sup>430</sup> oder durch gerichtliches Urteil festgestellt wurde<sup>431</sup>. Die neue Frist beginnt grundsätzlich mit der Vornahme der Unterbrechungshandlung. Art. 138 Abs. 3 OR enthält eine wenig bedeutsame Ausnahme.

---

<sup>427</sup> KOLLER, Verjährung, S. 12.

<sup>428</sup> Vgl. KOLLER, Verjährung, S. 13 Ziff. 5.

<sup>429</sup> KOLLER, Verjährung, S. 13. Keine unterbrechende Wirkung hat ein Begehren um vorsorgliche Beweisaufnahme (TSCHÜTSCHER, hinten in diesem Buch, bei Anm. 73, mit Hinweis auf BGE 93 II 503 f., AGVE 1977, S. 41, und SJZ 1971, S. 96 Nr. 34).

<sup>430</sup> Der Anspruch muss genau bestimmt, also der Mangel identifiziert sein (KOLLER, Verjährung, Anm. 76).

<sup>431</sup> Das Urteil muss formell rechtskräftig sein, damit die zehnjährige Frist gilt (SJZ 1965, S. 46; SPIRO, § 162, S. 381). Der Eintritt der Rechtskraft selbst wirkt jedoch nicht unterbrechend, vielmehr beginnt die neue (zehnjährige) Frist bereits früher, nämlich mit der letzten Unterbrechungshandlung (meist der Zusendung des Urteils), zu laufen (vgl. SPIRO, § 162, S. 381 Anm. 1; VON TUHR/ESCHER, S. 229; BUCHER, OR AT, S. 465 Anm. 107; a.A. HANS-ULRICH WALDER-BOHNER, Zivilprozessrecht, 3. A. Zürich 1983, S. 280 Anm. 4).

- 371 – Die Verjährungsfrist wird immer nur für jenen (Nachbesserungs-) Anspruch unterbrochen, auf den sich die Unterbrechungshandlung bezieht. Hat beispielsweise der Bauherr einen Mangel des Daches gerügt und der Unternehmer Verbesserung zugesagt, so wird die Verjährung hinsichtlich des Anspruchs auf Behebung dieses (nicht aber eines andern) Mangels unterbrochen. Einzelheiten finden sich bei TSCHÜTSCHER, hinten in diesem Buch, II/4/B/d.
- 372 – Die absolute Rügefrist (Nr. 81) folgt nach der hier vertretenen Ansicht dem Schicksal der Verjährungsfrist. Eine Unterbrechung der Verjährung verlängert also auch die Rügefrist (Nr. 82).
- 373 Beispiel: U erstellt für B ein Haus. Beim ersten Regen zeigt sich, dass das Dach undicht ist. B rügt dies rechtzeitig. U anerkennt den Mangel als bestehend und verspricht Nachbesserung. Dadurch wird die Verjährung unterbrochen. Gleichzeitig beginnt eine neue absolute Rügefrist von fünf Jahren, aber nur gerade für den Mangel des Dachs, nicht auch für allfällige andere Mängel.
- 374 4. Normalerweise kann die Verjährung nur mit Bezug auf eine bereits bestehende Forderung unterbrochen werden. Dies nur schon deshalb, weil die Verjährung in der Regel nicht vor Entstehung der Forderung zu laufen beginnt. Wo indes die Verjährung ausnahmsweise schon früher zu laufen beginnt, muss im Prinzip auch eine Verjährungsunterbrechung vor Anspruchsentstehung möglich sein. Dies gilt jedenfalls im vorliegenden Kontext: Eine Unterbrechung hinsichtlich der Nachbesserungsforderung ist **möglich, bevor der Besteller das Nachbesserungsrecht ausgeübt** und damit die Nachbesserungsforderung zur Entstehung gebracht **hat**.
- 375 Beispiel: Ein Besteller klagt auf Feststellung, dass ein bestimmter Mangel bestehe und dieser vom Unternehmer zu vertreten sei, und zwar klagt er vor Ausübung seines Wahlrechts, also bevor er sich für Nachbesserung, Wandelung oder Minderung entschieden hat. Damit wird die Verjährung für alle Mängelrechte unterbrochen, genauer wirkt die Unterbrechung für jene Forderung(en), die mit der Ausübung des Wahlrechts entsteht (entstehen)<sup>432</sup>. Entscheidet sich also der Besteller für Nachbesserung, so ist die Verjährung hinsichtlich der Nachbesserungsforderung unterbrochen; entscheidet er sich für Wandelung, so wirkt die Unterbrechung für den Anspruch auf Rückgabe des Werkpreises (falls dieser überhaupt schon bezahlt ist), usw.

---

<sup>432</sup> Eine Unterbrechung findet zumal dann statt, wenn die Feststellungsklage zulässigerweise erhoben wurde. Ist die Klage unzulässig, wird wohl nur (aber immerhin) eine Ablaufshemmung im Sinne von Art. 139 OR Platz greifen (vgl. SPIRO, § 140, S. 318 Anm. 10, auch § 141, S. 323). Eine Feststellungsklage ist nur bei entsprechendem Feststellungsinteresse zulässig. Die Möglichkeit einer Leistungsklage schliesst ein solches Interesse aus. Im vorliegenden Zusammenhang ist zu beachten, dass der Besteller gute Gründe haben kann, die Ausübung des Wahlrechts aufzuschieben, z.B. weil er vorerst den Umfang und die Ursachen eines Mangels abwarten will, bevor er sich für eines der Mängelrechte entscheidet.

## B. Verjährungsunterbrechung durch Klageerhebung

- 376 **1. Klagebegriff.** Klage i.S. von Art. 135 OR ist «Anrufung des richterlichen Rechtsschutzes»<sup>433</sup>. Erfolgt diese «Anrufung» schriftlich, so genügt Postaufgabe (BGE 41 II 391, 49 II 40). Verjährungsunterbrechend wirkt nicht nur eine Leistungsklage, sondern auch eine Feststellungsklage, mit welcher hinsichtlich eines bestimmten Mangels das Bestehen des Nachbesserungsanspruchs festgestellt werden soll. Auch eine Klage, die mit Bezug auf einen Mangel auf Feststellung der *Gewährleistungspflicht im allgemeinen* gerichtet ist, genügt für die Unterbrechung (s. eben Nr. 375).
- 377 **2. Verhältnis von Klage und Sühneverfahren.** Das Prozessverfahren wird regelmässig durch ein Sühneverfahren eingeleitet. Welche Bedeutung dem Sühneverfahren für den Prozess zukommt, ist verjährungsrechtlich ohne Bedeutung. So oder anders wirkt die Ladung zu einem Sühneversuch verjährungsunterbrechend (Art. 135 Ziff. 2 OR); diese Wirkung kommt bereits der Postaufgabe des Sühnebegehrens zu (BGE 65 II 166, 114 II 262). Unerheblich ist also, ob das Sühneverfahren vor der Klageanhebung obligatorisch ist oder fakultativ<sup>434</sup>; unerheblich ist auch, welches die Folgen eines erfolglosen Sühneverfahrens sind<sup>435</sup> (neuestens BGE 118 II 8). Zur Verjährungsunterbrechung ist namentlich auch nicht erforderlich, dass der Prozess um die Forderung, für welche zum Sühneversuch geladen wurde, später weitergeführt wird (vgl. BGE 25 II 637 E. 1, 114 II 262 f.)<sup>436,437,438</sup>.

<sup>433</sup> BECKER, N 14 zu Art. 135 OR.

<sup>434</sup> Rep 1978, S. 100 ff.

<sup>435</sup> Vgl. dazu GULDENER, S. 422.

<sup>436</sup> BECKER, N 16 zu Art. 135 OR; unzutreffend BERTI, Basler Kurzkommentar, N 8 zu Art. 135 OR.

<sup>437</sup> Die Unterbrechungswirkung tritt auch ein, wenn der Gläubiger den Schuldner irrtümlich falsch bezeichnet, sofern «die mangelhafte Bezeichnung den wirklich gemeinten Schuldner ... ohne weiteres erkennen» lässt (BGE 114 II 337 f.; GAUCH/SCHLUEP, Nr. 3473).

<sup>438</sup> Nicht in den vorliegenden Zusammenhang gehört die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Ladung zu einem Sühneversuch zur Wahrung einer bundesrechtlichen *Verwirkungsfrist* genügt (s. dazu VOGEL, S. 275; ALFRED KOLLER, Die aktienrechtliche Anfechtungsklage, recht 1988, S. 57). Die Vorschriften über die Unterbrechung der Verjährung sind hier nur analog anwendbar (BGE 110 II 389 = Pra 1985, S. 34); es bestehen Unterschiede. Das ist deshalb hervorzuheben, weil die beiden Dinge gelegentlich vermengt werden («exemplarisch» BERTI, Basler Kurzkommentar, N 8 zu Art. 135 OR; der dort zitierte BGE betrifft die Wahrung einer Verwirkungsfrist).

- 378 **3.** Wird die Verjährung durch Klage unterbrochen, «so beginnt im Verlaufe des Rechtsstreites mit jeder gerichtlichen Handlung der Parteien und mit jeder Verfügung oder Entscheidung des Richters die Verjährung von neuem» (Art. 138 Abs. 1 OR); alle diese Handlungen, Verfügungen und Entscheidungen sind also Unterbrechungshandlungen:
- 379 Als verjährungsunterbrechende Handlungen der Parteien gelten Handlungen, welche den Prozess mit Bezug auf die in Frage stehende Forderung (hier Nachbesserungsforderung) weitertreiben. Verjährungsunterbrechend wirken daher beispielsweise schriftliche Eingaben (des Klägers oder Beklagten), mit denen das Gericht ersucht wird, das Verfahren fortzusetzen<sup>439</sup>. Nicht genügend, da nicht die Fortsetzung des Verfahrens betreibend, sind beispielsweise die Mitteilung eines Anwaltswechsels, der Aktenbezug bei der Gerichtskanzlei (BGE 85 II 191) oder eine mündliche Rückfrage über den Stand des Verfahrens (BGE 106 II 35).
- 380 Als verjährungsunterbrechende Verfügungen des Richters gelten immer nur Akte, welche auf die Beurteilung der eingeklagten Forderung abzielen. Das trifft etwa für die gerichtliche Aufforderung an eine Partei, eine Klageantwort (Replik, Duplik) einzureichen, zu, ferner etwa für eine Sistierungsverfügung<sup>440</sup>, nicht hingegen z.B. für die Verhängung einer Ordnungsbusse (BGE 21, S. 251)<sup>441</sup>.
- 381 **4.** Die Klageerhebung hat zur Folge, dass die ordentliche Verjährungsfrist neu zu laufen beginnt. Eine weitergehende Bedeutung hat sie nicht. Namentlich bewirkt sie keine Hemmung der Verjährung bis zum Ablauf des Prozesses. Es ist demnach möglich, dass die **Verjährung während des Prozesses eintritt**<sup>442</sup>. Allerdings ist zu beachten, dass während des Prozesses die Verjährung auch durch gerichtliche Verfügungen und prozessuale Handlungen der Parteien im eben umschriebenen Sinne unterbrochen wird. Werden jedoch während der Dauer der Verjährungsfrist keine solchen Handlungen und Verfügungen vorgenommen, so tritt die Verjährung ein. Das ist gerade bei kurzen Verjährungsfristen wie denjenigen des Gewährleistungsrechts nicht ohne Bedeutung.
- 382 **5.** Nachzutragen ist, dass eine Klageerhebung nur dann verjährungsunterbrechend wirkt, wenn sie beim zuständigen Gericht eingereicht wird (BGE 44 II 461). Eine bei einem unzuständigen Gericht eingereichte Klage ist jedoch verjährungsrechtlich nicht ohne Bedeutung. Vielmehr kommt **Art. 139 OR** zum Tragen. Hier ist vorgesehen: Wenn das unzuständige Gericht die Klage zurückweist, «so beginnt, falls die Verjährungsfrist inzwischen abgelaufen ist, eine neue Frist von sechzig Tagen zur Geltendmachung des Anspruchs». Es ist mithin so, dass die Klage zwar nicht die ordentliche Unterbrechung zur Folge hat, aber doch eine Art Unterbrechung minderer Art, in dem Sinne, als

---

<sup>439</sup> KOLLER, Verjährung, S. 17.

<sup>440</sup> Eine Sistierungsverfügung hat nicht nur unterbrechende, sondern auch ablaufshemmende Wirkung analog Art. 139 OR (s. KOLLER, Verjährung, S. 18 f.).

<sup>441</sup> Vgl. KOLLER, Verjährung, S. 17 f.

<sup>442</sup> GUHL/MERZ/KOLLER, S. 299 unten.

sie bewirkt, dass die Verjährungsfrist bis zum Ablauf von 60 Tagen nach dem Nichteintretensentscheid erstreckt wird.

- 383 Wird die Klage bei einem unzuständigen Gericht eingereicht, ist sie jedoch nach dem anwendbaren Prozessrecht an das zuständige Gericht zu überweisen (vgl. z.B. Art. 77 ZPG SG), so gilt sie verjährungsrechtlich als beim zuständigen Gericht eingereicht. Dasselbe gilt, wenn sich eine Partei auf einen Prozess vor einem unzuständigen Gericht einlässt<sup>443</sup>, sofern eine Einlassung überhaupt möglich ist<sup>444</sup>.

### C. Verjährungsunterbrechung durch Verbesserungszusage

- 384 **1. Begriff der Verbesserungszusage.** Gemäss Art. 135 Abs. 1 OR wird die Verjährung – wie gesagt – unterbrochen, wenn der Schuldner die vom Gläubiger geltend gemachte Forderung diesem gegenüber anerkennt, wenn er mit anderen Worten die behauptete Schuld zugibt und sich deshalb (nicht nur aus moralischen Gründen) bereit erklärt, sie zu erfüllen<sup>445</sup>. Auf die Nachbesserungsschuld bezogen, bedeutet dies: Der Unternehmer unterbricht die Verjährung, indem er dem Besteller erklärt, er sei zur Beseitigung des Mangels, da rechtlich verpflichtet, bereit. Erfolgt eine solche Verbesserungszusage bloss aus Kulanzgründen, also nicht als Ausdruck rechtlicher Verpflichtung, so liegt hierin keine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 135 OR<sup>446</sup>.
- 385 **2. Eine solche Verbesserungszusage**
- 386 – erfolgt normalerweise auf Nachbesserungsbegehren des Bestellers hin: Der Besteller verlangt die Beseitigung eines Mangels, der Unternehmer erklärt sich hierzu bereit. Möglich ist aber auch, dass der Unternehmer seine Nachbesserungsbereitschaft erklärt, bevor überhaupt der Besteller sein Wahlrecht ausgeübt hat (vgl. oben Nr. 374)<sup>447</sup>.

<sup>443</sup> Vgl. BECKER, N 18 zu Art. 135 OR.

<sup>444</sup> Die sachliche Zuständigkeit ist grundsätzlich zwingender Natur (GULDENER, S. 98; Ausnahmen z.B. in Art. 14 Abs. 2 und 19 lit. b ZPG SG), so dass eine Einlassung insoweit im allgemeinen nicht in Betracht kommt.

<sup>445</sup> Anerkennt zwar der Schuldner seine Schuld, weigert er sich aber, sie zu begleichen, so dürfte hierin keine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 135 Ziff. 1 OR liegen. Denn «der Grund der Unterbrechungswirkung liegt in der Weckung des Vertrauens beim Gläubiger durch den Schuldner, er werde die Schuld bezahlen, weshalb eine Geltendmachung oder eine Unterbrechungshandlung unnötig sei» (OSER/SCHÖNENBERGER, N 3 a.E. zu Art. 135 OR).

<sup>446</sup> Z.B. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1635.

<sup>447</sup> Beispiel: Der Unternehmer erfährt von einem Mangel und wendet sich hierauf «sponte sua» an den Besteller mit der Offerte, den Mangel zu beseitigen.

- 387 – kann ausdrücklich erfolgen (z.B. in einem Brief), aber auch konkludent, z.B. dadurch, dass der Unternehmer die Mängelbeseitigung «wortlos» an die Hand nimmt.
- 388 – kann selbständig erfolgen, aber auch im Rahmen einer generellen Gewährleistungszusage: Erklärt der Unternehmer ohne Einschränkung, für einen bestimmten Mangel gewährleistungspflichtig zu sein, so ist darin auch eine (konkludente) Verbesserungszusage enthalten. Die Anerkennung der Gewährleistungspflicht kann auch in der blossen Anerkennung eines Mangels liegen. Mehr noch: In der Regel erfolgt die Anerkennung eines Mangels in der Meinung, dafür gewährspflichtig zu sein. Die Anerkennung eines Mangels ist daher vermutungsweise als Anerkennung der Gewährleistungspflicht aufzufassen, wobei diese vermutungsweise auch eine Verbesserungszusage mitbeinhaltet<sup>448</sup>.
- 389 – kann – rechtswirksam – auch bedingt erfolgen (vgl. BGE 89 II 29 f. E. 3)<sup>449</sup>. Beispiel: Der Unternehmer bestreitet das Vorliegen eines (von ihm zu vertretenden) Mangels, anerkennt aber seine Verbesserungspflicht für den Fall, dass eine vom Besteller in Auftrag gegebene Expertise den behaupteten Mangel bestätigen sollte. Diese bedingte Verbesserungszusage wirkt verjährungsunterbrechend.
- 390 3. Ob eine Verbesserungszusage vorliegt und welchen Inhalt eine Verbesserungszusage allenfalls hat, beurteilt sich nach dem Vertrauensprinzip, sofern nicht erwiesen ist, dass sich die Parteien richtig verstanden haben (vgl. Art. 18 OR). Im Normalfall ist somit darauf abzustellen, wie der Besteller das Verhalten des Unternehmers unter den gegebenen Umständen deuten durfte und musste. Das ist deshalb hervorzuheben, weil die Verbesserungszusage – wie nun gleich zu zeigen ist – normalerweise keine Willenserklärung darstellt, das Vertrauensprinzip aber in der Rechtsgeschäftslehre entwickelt wurde.
- 391 4. Die Schuldanerkennung im Sinne von Art. 135 Ziff. 1 OR braucht keine Willenserklärung zu sein (BGE 57 II 583) und ist es normalerweise auch nicht. Vielmehr ist sie in der Regel blosser **Wissenserklärung** (Vorstellungs-

---

<sup>448</sup> Nach GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1641, wirkt sich die Unterbrechung «auf alle Mängelrechte aus, die dem Besteller aus einem bestimmten Mangel zustehen». So allgemein trifft dies indes nicht zu. Wenn beispielsweise der Unternehmer mit Bezug auf einen bestimmten Mangel die Nachbesserung zusagt, gleichzeitig aber ein Recht des Bestellers auf Minderung bestreitet, so wirkt die Verbesserungszusage zwar unterbrechend für das Nachbesserungsrecht, nicht jedoch für das – als bestehend unterstellte – Minderungsrecht.

<sup>449</sup> BECKER, N 10 zu Art. 135 OR; KOLLER, Verjährung, S. 21, mit Beispielen, die allerdings nicht das Bauwerkvertragsrecht betreffen.

mitteilung)<sup>450</sup>. Das gilt auch für die Verbesserungszusage: Wer als Unternehmer einen Mangel und die Haftung dafür anerkennt, der hat normalerweise keinen rechtsgeschäftlichen Willen. Er will keine Rechtsfolge in Geltung setzen, sondern lediglich die ohnehin bestehende Rechtslage anerkennen. So verhält es sich jedenfalls dort, wo die anerkannte Gewährleistungspflicht vor der Anerkennung nicht streitig war. Wenn hingegen über den Bestand der Nachbesserungsschuld zunächst ein ernstlicher Streit besteht und der Unternehmer diesen beendet, indem er die Gewährleistungspflicht anerkennt, so liegt ein rechtsgeschäftliches – auf Rechtswirkungen zielendes – Anerkenntnis vor; rechtsgeschäftlich deshalb, weil die Nachbesserungsschuld auch für den Fall, dass sie nicht bestanden haben sollte, als bestehend anerkannt wird (konstitutives Anerkenntnis im Gegensatz zum bloss deklaratorischen)<sup>451</sup>.

- 392 Die deklaratorische Anerkennung eines Nachbesserungsanspruchs unterbricht zwar die Verjährung, begründet aber keinen neuen Anspruch. Dasselbe gilt aber auch für das konstitutive Anerkenntnis. «Ein 'neuer' Erfüllungsanspruch entsteht daraus jedenfalls insofern nicht, als die causa der anerkannten Schuld die der behaupteten bleibt»<sup>452</sup>, also in unserem Fall Werkvertrag. Daher scheint es auch in diesem Fall nicht gerechtfertigt, den anerkannten Anspruch nach Art. 127 ff. OR (statt Art. 371 OR) verjähren zu lassen. Anders nur, wenn die Schuldanerkennung novatorische Wirkung (Art. 116 OR) haben soll, also die Parteien den Schuldgrund auswechseln wollen. Art. 127 ff. OR kommen selbstverständlich auch dann zur Geltung, wenn der Unternehmer sich zur Nachbesserung verpflichtet, obwohl nach Ansicht der Parteien keine entsprechende Schuld besteht. Hier liegt ein neuer Werkvertrag vor, beschränkt auf die Beseitigung eines Mangels. Von einer Schuldanerkennung sollte nicht gesprochen werden. S. auch schon oben Nr. 351.
- 393 In der Lehre wird erklärt, ein Schuldbekenntnis dürfe nie «als blosse Wissensmitteilung verstanden werden», es sei in ihm «notwendig ein Verpflichtungswillen enthalten»<sup>453</sup>, und daraus wird gefolgert, «fortan» sei «der Schuldner nicht nur wegen des ursprünglichen Schuldgrundes verpflicht-

<sup>450</sup> KOLLER, Verjährung, S. 20, m.w.Nw.; zur Unterscheidung Wissens- und Willenserklärung s. KOLLER, Gutgläubensschutz, Nr. 218 ff. TSCHÜTSCHER (hinten in diesem Buch, Anm. 75) weist zu Recht darauf hin, dass die Abschlagszahlungen, welche Art. 135 Ziff. 1 OR beispielhaft als Anerkennungshandlungen aufführt, Erfüllungshandlungen sind, und zwar Erfüllungshandlungen rein tatsächlicher Natur, und als solche keine Willenserklärung beinhalten.

<sup>451</sup> WILHELM, JBl 1975, S. 118.

<sup>452</sup> WILHELM, JBl 1975, S. 118.

<sup>453</sup> SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N 18 zu Art. 17 OR; ebenso SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N 6 zu Art. 17 OR.

tet, sondern auch deshalb, weil er die Schuld anerkannt» habe<sup>454</sup>. Dass diese Ansicht nicht der hier vertretenen entspricht, ist nach dem Gesagten klar. Zwar ist es richtig, dass der eine Schuld anerkennende Schuldner immer auch den Willen hat, diese Schuld zu erfüllen. Man mag das als Verpflichtungswillen bezeichnen. Dieser Wille ist aber in der Regel nicht auf die *Begründung* einer Schuld gerichtet. Angesichts dessen scheint es abwegig zu sagen, mit jeder Schuldanerkennung sei notwendig eine neue Schuld (die Anerkennungsschuld) verbunden.

- 394 5. Eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 135 OR richtet sich notwendig an den Gläubiger, vorliegend also den Besteller (BGE 90 II 442). Eine Anerkennung gegenüber einem Dritten wirkt nicht unterbrechend. Nicht als Dritter ist jedoch ein Vertreter des Gläubigers zu betrachten, so etwa die vom Bauherrn eingesetzte Bauleitung im Sinne von Art. 33 ff. der SIA-Norm 118<sup>455</sup>.
- 395 6. Die Verjährung kann nur unterbrochen werden, solange die Verjährungsfrist noch läuft. Daher wirkt eine Schuldanerkennung nach Eintritt der Verjährung nicht mehr unterbrechend. Es stellt sich dann höchstens die Frage, ob die Schuldanerkennung als Verzicht auf die Erhebung der Verjährungseinrede aufgefasst werden kann<sup>456</sup>.

### III. Vertragliche Abänderung der Verjährungsordnung

- 396 Die Verjährungsordnung des Art. 371 OR ist – mit gewissen, noch zu behandelnden Einschränkungen – dispositiv. Es kann davon abgewichen werden. Dasselbe gilt für jene allgemeinen Verjährungsvorschriften, welche – wie z.B. Art. 135 OR – auch auf die Verjährung der Mängelrechte zur Anwendung gelangen. Die Verjährungsordnung kann vor Verjährungsbeginn, insbesondere bei Vertragsabschluss, abgeändert werden, dann aber auch während laufender Verjährung. Schliesslich kann nach eingetretener Verjährung auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichtet werden. Im folgenden interessiert vorerst nur die Änderung der Verjährungsordnung bei Vertragsabschluss (1. und 2.). Auf Verjährungsabreden während laufender Verjährung und nach Verjährungseintritt wird in besonderen Abschnitten eingetreten (unten 3. und 4.).

<sup>454</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N 13 zu Art. 17 OR; MERZ, S. 42 Anm. 50; LGVE 1979 I, S. 533.

<sup>455</sup> Es geht um sog. passive Vertretung, d.h. um Vertretung beim Empfang, nicht der Abgabe, einer Erklärung. In aller Regel ist derjenige, der zur Aktivvertretung befugt ist, auch zur Passivvertretung befugt. Das Umgekehrte trifft nicht ohne weiteres zu. Vgl. im einzelnen ZÄCH, Berner Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 32-40 OR, N 3 und 25.

<sup>456</sup> Vgl. RGZ 78, S. 131; KOLLER, Verjährung, S. 13.

## 1. Abänderung der Verjährungsordnung bei Vertragsabschluss

### A. Im allgemeinen

- 397 **1.** Die Parteien können die gesetzliche Verjährungsordnung hinsichtlich ganz unterschiedlicher Punkte abändern. Sie sind vorab frei, den *Beginn* der Verjährungsfrist in Abweichung vom Gesetz festzulegen (vgl. Nr. 411 betr. die SIA-Norm 118). Sodann können sie die *Verjährungsfrist* speziell regeln, indem sie diese entweder verlängern oder aber verkürzen. Art. 129 OR, der eine vertragliche Abänderung der Verjährungsfrist ausschliesst, gilt nur für die in Art. 127 f. OR festgesetzten Fristen und findet daher keine Anwendung auf die werkvertragliche Mängelhaftung (BGE 108 II 196, 63 II 180)<sup>457</sup>. Auch die Regelung der *Unterbrechungsgründe* ist nicht zwingend. Die Parteien eines Werkvertrages können daher z.B. die Unterbrechungswirkung schon für den Fall der Erhebung einer Mängelrüge vorsehen, umgekehrt aber auch einzelne der gesetzlichen Unterbrechungsgründe ausschliessen. Analoges gilt für die *Hemmung*<sup>458</sup>.
- 398 **2.** Inwieweit eine vertragliche Vereinbarung von der gesetzlichen Verjährungsordnung abweicht, ist durch Auslegung zu ermitteln<sup>459</sup>. So kann beispielsweise mit dem Ausdruck «Garantiefrist» dreierlei gemeint sein: eine Rügefrist (wie in Art. 172 f. SIA-Norm 118<sup>460</sup>), eine Verjährungsfrist (BGE 63 II 180)<sup>461</sup> oder beides zusammen<sup>462</sup>. Mit der Vereinbarung einer Garantiefrist kann auch die Absicht verbunden sein, den Verjährungsbeginn hinauszuschieben, doch darf dies nicht ohne weiteres angenommen werden<sup>463</sup>.
- 399 Kontrovers ist die Frage, ob die Zusicherung einer Eigenschaft ohne weiteres auch eine vertragliche Verlängerung der Verjährungsfrist auf das gesetzlich zulässige Mass beinhaltet. Das Bundesgericht hat dies früher in mehreren Entscheiden bejaht (z.B. BGE 56 II 424), diese Praxis aber zu Recht aufgegeben (BGE 102 II 101 ff.)<sup>464</sup>. Im Einzelfall kann sich freilich ergeben, dass mit der Zusicherung auch die Verjährungsfrist verlängert werden soll; das ist

<sup>457</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1821.

<sup>458</sup> SPIRO, § 345, S. 854 Anm. 3.

<sup>459</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1820, 1823, 1828.

<sup>460</sup> S. vorne Nr. 245.

<sup>461</sup> SemJud 1979, S. 347 = BR 1979, S. 12 Nr. 15; ZR 1906, Nr. 85, S. 99.

<sup>462</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1828, v.a. auch Nr. 1847 f. m.w.Nw.

<sup>463</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1820.

<sup>464</sup> Diese Praxisänderung wird abgelehnt von HANS MERZ, ZBJV 1978, S. 145.

zu vermuten, wenn eine Werkeigenschaft für eine bestimmte Zeit zugesichert wird («garantiert zehn Jahre wasserdicht»<sup>465</sup>).

400 **3. Schranken der Abänderbarkeit.** In dieser Hinsicht gelten einzelne wenige Sonderregeln (unten Nr. 402 ff.), daneben aber die allgemeinen Schranken, wie sie vorn Nr. 194 ff. für die Abänderung der Gewährleistungsordnung im allgemeinen dargestellt wurden. Soweit die Verjährungsordnung zugunsten des *Unternehmers* abgeändert wird, handelt es sich um eine Beschränkung (teilweise Wegbedingung) der Mängelhaftung. Diesfalls sind insbesondere die in Art. 199 OR und Art. 100 OR gesetzten Schranken zu beachten.

401 Folgende Einzelheiten sind hervorzuheben:

402 – Eine *Verlängerung* der Verjährungsfrist ist nicht über zehn Jahre hinaus zulässig (BGE 99 II 189). Das folgt – wenn auch nicht mit letzter Klarheit – aus Art. 127 OR i.V.m. Art. 129 OR<sup>466</sup>.

403 – Eine *Verkürzung* der Verjährungsfrist darf gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung des Bestellers führen (vgl. BGE 108 II 196)<sup>467</sup>, ist aber mit dieser Einschränkung zulässig. Aus Art. 210 Abs. 1 OR (i.V.m. Art. 371 Abs. 1 OR), der nur von einer Verlängerung spricht, darf also nicht e contrario geschlossen werden, eine Verkürzung sei generell nicht erlaubt. Dieser Rechtsprechung ist zuzustimmen, wenn auch mit gewissen Nuancen:

404 Wenn es richtig ist, dass die Wegbedingung jeglicher Gewährleistung zulässig ist (vgl. Nr. 193), so muss auch eine Verkürzung der Verjährungsfrist zulässig sein<sup>468</sup>. Doch kann eine solche Verkürzung ebenso wie eine völlige Wegbedingung der Gewährleistung gegen Art. 19 OR verstossen (Sittenwidrigkeit)<sup>469</sup>. Dabei ist zu beachten, dass «Treu und Glauben und das angemessene Verhältnis der beiderseitigen Leistungen» durch eine Fristverkürzung «ganz anders als durch eine offene Ablehnung» der Ansprüche «gefährdet» werden können<sup>470</sup>. Somit ist eine Fristverkürzung – so paradox dies klingen mag – unter dem Gesichtspunkt der guten Sitten problematischer als eine völlige Wegbedingung der Gewährleistung. Eine erhebliche Verkürzung der Verjährungsfrist dürfte daher vor Art. 19 OR oft nicht standhalten. Ferner

<sup>465</sup> Beispiel von GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1824; abweichend BGH NJW 1979, S. 645.

<sup>466</sup> Vgl. KARL SPIRO, Der Verzicht auf die laufende Verjährung, in Festschrift für Karl H. Neumayer, Baden-Baden 1985, S. 547 f., insbesondere Anm. 17.

<sup>467</sup> Abweichend GIGER, Berner Kommentar, N 45 zu Art. 210 OR. Zum Meinungsstand s. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1825 ff.

<sup>468</sup> Insoweit zutreffend GIGER, Berner Kommentar, N 45 zu Art. 210 OR; LÖRTSCHER, S. 179.

<sup>469</sup> GIGER, Berner Kommentar, N 44 zu Art. 210 OR i.V.m. N 52 zu Art. 199 OR.

<sup>470</sup> SPIRO, § 347, S. 862.

ist zu beachten, dass eine Verkürzung der Verjährungsfrist hinsichtlich grob schuldhaft verursachter Mängel unbeachtlich ist (Art. 100 OR)<sup>471</sup>.

- 405 Findet sich eine Verkürzung der Verjährungsfrist in *AGB*, so dürfte sie vor der Ungewöhnlichkeitsregel kaum standhalten: Mit einer Verkürzung der ohnehin schon sehr kurzen gesetzlichen Verjährungsfrist muss der Besteller im Falle einer Globalübernahme wohl kaum rechnen.
- 406 – Eine Vereinbarung, welche die Verjährungsordnung zu Ungunsten des Bestellers abändert, ist mit Bezug auf Mängel, die der Unternehmer arglistig verschwiegen hat, ungültig (Art. 199 OR). An ihrer Stelle gilt die gesetzliche Verjährungsordnung, wobei hinsichtlich der Verjährungsfrist Art. 210 Abs. 3 OR (i.V.m. Art. 371 Abs. 1 OR) zum Tragen kommt. Anstelle der normalen ein- bzw. fünfjährigen Verjährungsfrist gilt somit eine zehnjährige Frist (oben Nr. 344). Zwar betrifft Art. 210 Abs. 3 OR – wie Art. 199 OR – Arglist beim Vertragsabschluss<sup>472</sup>, wogegen es im vorliegenden Zusammenhang um Arglist bei der Erfüllung geht (vgl. Nr. 195). Auf diesen Fall ist jedoch Art. 210 Abs. 3 OR – gestützt auf den Verweis in Art. 371 Abs. 1 OR – analog anzuwenden. S. schon vorne Nr. 201.

## **B. Insbesondere die Verjährungsregelung der SIA-Norm 118**

- 407 **1.** Art. 180 der SIA-Norm 118 regelt die Verjährung wie folgt:
- 408 1Die Mängelrechte des Bauherrn verjähren fünf Jahre nach Abnahme des Werkes oder Werkteils.
- 409 2Die Rechte aus Mängeln, die der Unternehmer absichtlich verschwiegen hat, verjähren dagegen in 10 Jahren.
- 410 *Abs. 2* gibt mit Bezug auf die absichtliche Verschweigung eines Mangels die Rechtslage nach Gesetz (Nr. 344, 406) wieder (BGE 107 II 232).
- 411 *Abs. 1* weicht von Art. 371 OR insofern ab, als die Verjährungsfrist unabhängig von der Art des Bauwerks fünf Jahre beträgt. Die schwierige Unterscheidung zwischen unbeweglichen und beweglichen Bauwerken wird damit vermieden. Ein zweiter Unterschied betrifft den Beginn der Verjährungsfrist: Mit der Abnahme, welche die Frist auslöst, ist die Abnahme im Sinne der Norm (Art. 157 ff.) gemeint; diese Abnahme folgt derjenigen i.S. von Art. 371 OR zeitlich nach (oben Nr. 246 f.). Immer ist freilich zu beachten, dass die SIA-Norm 118 keine objektive, für alle Parteien zum vornherein feststehende Bedeutung hat (Nr. 228). Wenn daher beispielsweise konkrete Vertragsparteien den Ausdruck «Abnahme» im Sinne des Gesetzes verstehen, so ist diese Bedeutung massgeblich (Art. 18 OR).

<sup>471</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1827. Auch der Tatbestand der Übervorteilung kann vorliegen (Art. 21 OR; GIGER, Berner Kommentar, N 52 zu Art. 199 OR).

<sup>472</sup> So GIGER, Berner Kommentar, N 71 zu Art. 210 OR.

- 412 2. Die Verjährungsregelung von Art. 180 der Norm ist nicht abschliessend. Es findet daneben auch Art. 371 OR i.V.m. Art. 210 OR Anwendung (Art. 2 Abs. 2 der Norm), ferner die allgemeine Verjährungsregelung (Art. 127 ff. OR), soweit ihr die SIA-Norm 118 nicht derogiert. Folgende Einzelpunkte seien hervorgehoben:
- 413 – Der Begriff der Verjährung im Sinne der Norm ist derselbe wie nach Gesetz. Das entspricht der Regel, dass gesetzliche Ausdrücke in Verträgen vermutungsweise gesetzeskonform auszulegen sind (oben Anm. 281). Ist der Nachbesserungsanspruch im Sinne von Art. 180 SIA-Norm 118 verjährt, so ist er Naturalobligation im Sinne des in Nr. 365 Gesagten.
- 414 – Für die Unterbrechung und die Hemmung der Verjährung gelten Art. 135 ff. OR bzw. Art. 134 OR.
- 415 – Wenn Art. 180 SIA-Norm 118 sagt, dass die Mängelrechte verjähren, so trifft diese Ausdrucksweise zwar für das Nachbesserungsrecht, welches nach der Norm (anders als nach dem Gesetz) eine Forderung ist (Nr. 232), zu, nicht aber für das Wandelungs- und das Minderungsrecht. Diese Rechte können verwirken, aber nicht verjähren (oben Nr. 353).
- 416 – Die Verjährungsfrist beträgt immer fünf Jahre. GAUCH ist demgegenüber der Meinung, sie werde «im Ergebnis über fünf Jahre hinaus verlängert»<sup>473</sup>. Er argumentiert, die Mängelrechte würden bereits vor der Abnahme entstehen, nämlich mit der Einleitung der Abnahme. Die Zeit zwischen der Einleitung der Abnahme und der Abnahme selbst sei zur Verjährungsfrist hinzuzurechnen. Es mag dahingestellt bleiben, ob die Mängelrechte tatsächlich schon mit der Einleitung der Abnahme entstehen. Sicher ist, dass die Verjährung nicht schon mit der Einleitung der Abnahme, sondern erst mit der Abnahme zu laufen beginnt. Und ab diesem Zeitpunkt läuft sie – vorbehaltlich Hemmung und Unterbrechung – fünf Jahre. Angesichts dessen ist es kaum sinnvoll zu sagen, die Verjährungsfrist dauere «im Ergebnis» länger als fünf Jahre<sup>474</sup>.

---

<sup>473</sup> GAUCH, N 5 zu Art. 180 SIA-Norm 118.

<sup>474</sup> Eine andere Frage ist, ob gewisse verjährungsrelevante Handlungen bereits vor Fristbeginn vorgenommen werden können. Wenn beispielsweise vor der Abnahme der Nachbesserungsanspruch schriftlich im Sinne von Art. 137 Abs. 2 OR anerkannt wird, so wird man wohl annehmen müssen, dass die Verjährung erst zehn Jahre nach der Anerkennung eintritt.

## 2. Verlängerung der Verjährungsfrist während laufender Verjährung

- 417 1. Die Parteien haben – wie gesagt – die Möglichkeit, die Verjährungsordnung auch noch während laufender Verjährung abzuändern. Insbesondere können sie sich kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist auf eine Fristverlängerung einigen, um so dem Besteller eine Unterbrechung der Verjährung (durch Klage oder Sühnebegehren) zu ersparen. Jedoch ist eine Verlängerung höchstens für zehn Jahre möglich, wie ja auch bei Vertragsabschluss eine längere Frist nicht vereinbart werden kann (Nr. 402).
- 418 2. Nichts anderes als eine Fristverlängerung beabsichtigt der Besteller regelmässig auch dann, wenn er den Unternehmer – vor Verjährungseintritt – um einen **Verzicht auf Erhebung der Verjährungseinrede** angeht. Wenn der Unternehmer diesem Begehren zustimmt, kommt somit vertraglich eine Verlängerung der Verjährungsfrist zustande. Im Einzelfall ist selbstverständlich möglich, dass der Parteiwille in eine andere Richtung geht. Wenn beispielsweise der Unternehmer erklärt, er werde die Verjährungseinrede bis zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht erheben, gleichzeitig aber verlangt, dass der Nachbesserungsanspruch bis zu dem betreffenden Zeitpunkt eingeklagt werde, ansonst er davon ausgehe, der Besteller verzichte auf den Anspruch, so geht es dem Unternehmer letztlich um Einführung einer Verwirkungsfrist: Er will weitere Verjährungsunterbrechungen verhindern und sicherstellen, dass bis zum fraglichen Termin definitiv darüber entschieden ist, ob der Anspruch noch geltend gemacht wird oder nicht. Im allgemeinen aber ist im Verzicht auf die Erhebung der Verjährungseinrede nichts anderes als eine Verlängerung der Verjährungsfrist zu sehen (BGE 99 II 193 f.). Geht der Wille des Unternehmers in eine andere Richtung, so muss er dies deutlich erklären, ansonst die Vermutung durchgreift, es sei eine simple Fristverlängerung beabsichtigt<sup>475</sup>.

---

<sup>475</sup> In BGE 99 II 185 ging es um einen Fall, bei dem ein Personenwagenlenker auf einem Bahnübergang mit einem Zug kollidierte. Im Laufe der Vergleichsverhandlungen erklärte die Haftpflichtige (die SBB) dreimal, sie verzichte auf die Verjährungseinrede bis zu einem bestimmten Datum. Dieser Verzicht erfolge ohne Präjudiz. Das Obergericht Zürich nahm an, die Haftpflichtige habe nur auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichtet, nicht aber die Verjährungsfrist verlängert. Nach dem Gesagten war diese Ansicht nicht a priori unzutreffend. Demnach ist es fragwürdig, wenn das Bundesgericht den Verzicht auf die Erhebung der Verjährungseinrede *pauschal* einer Verlängerung der Verjährungsfrist gleichsetzt (so im angeführten Entscheid auf S. 194 oben). – Vgl. auch DOMENICO ACOCELLA, Die Verjährung in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts, SJZ 1990, S. 337.

- 419 In BGE 112 II 231 ff., der allerdings nicht die Verjährung von Mängelrechten betraf, hatte der Schuldner erklärt, während eines Jahres auf die Erhebung der Verjährungseinrede zu verzichten. Das Bundesgericht hat angenommen, diese Erklärung müsse nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden. Im konkreten Fall gelange man so zum Schluss, die Verzichtserklärung komme einer Unterbrechungshandlung gleich und habe eine neue absolute zehnjährige Verjährungsfrist im Sinne von Art. 60 Abs. 1 OR zur Folge. Mit diesen Ausführungen anerkennt das Bundesgericht zu Recht den Grundsatz, wonach der Schuldner die Tragweite eines Verjährungsverzichts selbst umschreiben kann<sup>476</sup>. Wenig überzeugend ist hingegen die Umfunktionierung der Verzichtsdauer von einem Jahr (Erklärungswortlaut) auf zehn Jahre (Deutung nach Vertrauensprinzip).
- 420 **3. Nach Art. 141 OR kann «auf die Verjährung nicht zum voraus verzichtet werden».** Das Bundesgericht bezieht die Wendung «zum voraus» auf den Verjährungseintritt und gelangt so zum Ergebnis, vor Eintritt der Verjährung könne nicht rechtsgültig auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichtet werden und eine Verlängerung der Verjährungsfrist sei nicht zulässig. Art. 141 OR soll jedoch nur für Ansprüche gelten, welche der zehnjährigen Frist von Art. 127 OR bzw. der fünfjährigen Frist von Art. 128 OR unterliegen (BGE 99 II 191 f., 112 II 233). Für die Mängelrechte des Bestellers, insbesondere den Nachbesserungsanspruch, ist demnach Art. 141 OR ohne Bedeutung. Demzufolge kann der Unternehmer zum voraus auf die Verjährung des Nachbesserungsanspruchs verzichten (vgl. BGE 60 II 445 E. b<sup>477</sup>). Analog hat das Bundesgericht für Haftpflichtansprüche nach EHG entschieden (BGE 99 II 192, bestätigt in SVA XV, S. 514)<sup>478</sup>.

### **3. Der nachträgliche Verzicht auf die Erhebung der Verjährungseinrede**

- 421 Auf die Erhebung der Verjährungseinrede kann vor oder nach dem Verjährungseintritt verzichtet werden. Vom vorherigen Verzicht war eben die Rede. Die folgenden Bemerkungen gelten ausschliesslich dem nachträglichen Verzicht.
- 422 **1. Die Verjährungseinrede ist ein subjektives Recht** (vgl. z.B. die in BGE 99 II 187 a.E. referierte Ansicht des Obergerichts des Kantons Zürich<sup>479</sup>). Dass auf dieses Recht verzichtet werden kann, ergibt sich durch Umkehrschluss aus Art. 141 OR. Der «Vorgänger» dieser Bestimmung, Art. 158 aOR, hatte noch

<sup>476</sup> GAUCH/SCHLUEP, Nr. 3505, missverstehen m.E. BGE 112 II 233, wenn sie ihn dahin interpretieren, das Bundesgericht wolle die Möglichkeit eines kurzfristigen Verjährungsverzichts ausschliessen (vgl. KOLLER, Verjährung, S. 30 Anm. 104).

<sup>477</sup> = SVA VII, Nr. 182, S. 302.

<sup>478</sup> Im Ergebnis ist dieser Rechtsprechung zuzustimmen, nicht jedoch in der Begründung. S. KOLLER, Verjährung, S. 31 f. Die dortigen Ausführungen gelten mutatis mutandis auch für den Nachbesserungsanspruch.

<sup>479</sup> Weiteres bei KOLLER, Verjährung, S. 28.

ausdrücklich festgehalten, dass «auf die Verjährung» «nach ihrer Vollendung Verzicht geleistet werden» kann.

- 423 **2.** Umstritten ist, ob der Schuldner (Unternehmer) **einseitig** (durch empfangsbedürftige Willenserklärung) auf die Erhebung der Verjährungseinrede **verzichten** kann, oder ob es einer vertraglichen Vereinbarung mit dem Gläubiger (Besteller) bedarf<sup>480</sup>. M.E. ist die Frage – in Übereinstimmung mit der deutschen Lehre<sup>481</sup> – zugunsten des einseitigen Rechtsgeschäfts zu entscheiden<sup>482</sup>. Sie ist im übrigen kaum von praktischer Bedeutung, weil der Schuldner in aller Regel nur dann auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichtet, wenn er vom Gläubiger eine entsprechende Anfrage erhält, somit regelmässig ein vertraglicher Einredenverzicht stattfindet. Sollte ausnahmsweise der Schuldner von sich aus einen Verjährungsverzicht offerieren, so kommt nach Art. 6 OR ein Verzichtsvertrag zustande, ohne dass der Gläubiger ausdrücklich die Annahme erklären müsste.
- 424 **3.** Ein Verjährungsverzicht ist einmal dann zu bejahen, wenn der Schuldner tatsächlich verzichten will und der Gläubiger diesen Willen erkennt (Art. 18 OR), dann aber auch, wenn dem Schuldner der Verzichtswille fehlt, der Gläubiger jedoch nach Treu und Glauben auf das Vorhandensein eines solchen Willens schliessen darf (Vertrauensprinzip).
- 425 Auf die Einrede der Verjährung kann ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet werden. Bei der Annahme eines konkludenten Verzichts ist Zurückhaltung geboten. Nicht schlüssig sind insoweit Anerkennungshandlungen im Sinne von Art. 135 OR<sup>483</sup>. Da die Verjährung bereits eingetreten ist, kann sie natürlich auch nicht mehr unterbrochen werden<sup>484</sup>.
- 426 **4. Rechtslage nach dem Verzicht** auf die Erhebung der Verjährungseinrede. Der Schuldner kann die Tragweite seines Verzichts selbst umschreiben. Er kann z.B. den Verzicht zeitlich beschränken<sup>485</sup>, oder er kann Unterbrechungshandlungen während der Verzichtsdauer ausschliessen und so verhindern, dass er über seine Leistungspflicht noch lange im Ungewissen bleibt. Wird der Verzicht vom Schuldner nicht näher umschrieben, dürfte folgendes gelten: Im Zeitpunkt des Verzichts beginnt eine neue ordentliche Verjährungsfrist zu

<sup>480</sup> Nachweise bei SPIRO, § 228, S. 547 f. Anm. 21.

<sup>481</sup> PALANDT/HEINRICHS, N 5 zu § 222 BGB; STAUDINGER/DILCHER N 14 ff. zu § 222 BGB. In der Schweiz wird die Möglichkeit eines einseitigen Verzichts z.B. von VON TUHR/ESCHER, S. 231, bejaht, von GAUCH/SCHLUEP, Nr. 3504, verneint.

<sup>482</sup> So offenbar auch BGer in SVA XIV, S. 514 E. a a.E.

<sup>483</sup> Vgl. KOLLER, Verjährung, S. 33, mit Bezug auf Abschlagszahlungen.

<sup>484</sup> Auch für das schweizerische Recht überzeugend RGZ 78, S. 131 ff.

<sup>485</sup> Vgl. SemJud 1987, S. 42 f. Vgl. auch oben Nr. 418 betr. den Verzicht auf die Erhebung der Verjährungseinrede vor Eintritt der Verjährung.

laufen, in unserem Zusammenhang also eine ein- bzw. fünfjährige Frist. Diese Frist kann unterbrochen werden; auch Hemmung ist möglich. Der Verzicht bewirkt nicht etwa die Entstehung einer neuen Forderung, vielmehr wird lediglich die alte Forderung neu klagbar gemacht (Frage offengelassen in BGE 99 II 193). Das hat z.B. zur Folge, dass Pfandrechte, die für die Forderung begründet wurden, weiterbestehen<sup>486</sup> – ein Aspekt, der allerdings im Zusammenhang mit Nachbesserungsansprüchen keine Rolle spielen dürfte.

- 427 In BGE 99 II 192 hält das Bundesgericht fest, ein Einredeverzicht habe die gleiche Wirkung wie eine vertragliche Verlängerung der Verjährungsfrist<sup>487</sup>. Das gilt aber nach dem Gesagten nur mangels anderer Anordnung in der Verzichtserklärung.
- 428 **5.** Hat der Schuldner auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichtet, so kann er auf diesen Entscheid nicht mehr zurückkommen (es sei denn, er habe sich ein Rückkommen vorbehalten). Das Umgekehrte ist hingegen möglich: Der Schuldner kann nach Erhebung der Verjährungseinrede einen Verjährungsverzicht erklären, mit der Folge, dass die Verjährung vom Richter nicht zu berücksichtigen ist (s. vorne Nr. 364).

## § 14 Die Durchsetzung des Nachbesserungsanspruchs

### I. Allgemeines

- 429 **1.** Für die zwangsweise Durchsetzung des Nachbesserungsanspruchs gelten die allgemeinen Regeln. Der Besteller hat somit – mit gewissen Einschränkungen<sup>488</sup> – zweistufig vorzugehen: Vorerst hat er auf Leistung (Nachbesserung) zu klagen; weigert sich der Unternehmer, dem (gutheissenden) Urteil Folge zu leisten, so hat der Besteller das Urteil vollstrecken zu lassen. Für die Vollstreckung gilt im Grundsatz kantonales Recht (Art. 64 BV). Vorbehalten ist immerhin Art. 98 Abs. 1 OR, wonach ein Urteil, das auf die Vornahme einer vertretbaren Leistung gerichtet ist, mittels Ersatzvornahme vollstreckbar ist, also realiter erzwungen werden kann<sup>489</sup>. Sodann ist Art. 292 StGB zu beachten. Danach kann dem Schuldner für den Fall, dass er das Leistungsurteil nicht erfüllt, die Überweisung an den Strafrichter zur Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung angedroht werden.

<sup>486</sup> Auf Art. 140 OR braucht nicht zurückgegriffen zu werden.

<sup>487</sup> Ebenso SVA XIV, S. 514.

<sup>488</sup> GULDENER, S. 46, und unten Nr. 430.

<sup>489</sup> LGVE 1985, S. 24 ff., nimmt zu Unrecht an, die Ersatzvornahme nach Art. 98 OR setze subjektive Unmöglichkeit voraus (GUHL/MERZ/KOLLER, S. 38).

- 430 2. Die kantonalen Zivilprozessgesetze regeln die Zwangsvollstreckung für die Durchsetzung eines Leistungsurteils nicht einheitlich. Im allgemeinen wird sie jedoch «in der Weise eröffnet, dass von der Vollstreckungsbehörde ein *Befehl* an den Beklagten erlassen wird, der ihm die Vornahme der geschuldeten Handlung innert einer kurzen Frist gebietet» (Vollstreckungsbefehl)<sup>490</sup>. «Dabei ist dem Beklagten in der Regel für den Fall der Missachtung des Befehls Zwangsvollzug, Busse oder Überweisung an den Strafrichter zur Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung (292 StGB) anzudrohen.»<sup>491</sup> Die Kantone können allerdings vorsehen, dass der Vollstreckungsbefehl mit dem Leistungsurteil verbunden wird. So hat beispielsweise nach Art. 404 ZPO BE das Urteil, durch welches der Beklagte zu einem Tun verpflichtet wird, zugleich die Frist zu nennen, binnen welcher die Verbindlichkeit zu erfüllen ist<sup>492</sup>. Ein besonderer (zusätzlicher) Vollstreckungsbefehl ist dann nicht mehr nötig.
- 431 Wird dem Vollstreckungsbefehl keine Folge geleistet, so entscheidet der Vollstreckungsrichter über das weitere Vorgehen; an allfällige Anträge des Vollstreckungsklägers ist er grundsätzlich nicht gebunden<sup>493</sup>. Dieser Grundsatz erleidet jedoch die bereits erwähnte Einschränkung durch Art. 98 Abs. 1 OR: Der Gläubiger hat das Recht, Ersatzvornahme zu verlangen, womit allerdings nicht gesagt ist, dass der Vollstreckungsrichter nicht vorgängig eine andere Vollstreckungsmassnahme (z.B. Busse) anordnen kann.
- 432 3. Nach einer Mindermeinung<sup>494</sup> setzt Art. 98 Abs. 1 OR kein Leistungsurteil voraus. Vielmehr erlaube er dem Gläubiger, sich zur Ersatzvornahme auch ohne Leistungsurteil ermächtigen zu lassen. Nun gibt es zwar Fälle, in denen die Ersatzvornahme auch ohne richterliches Urteil zulässig ist. Dafür müssen jedoch immer besondere Voraussetzungen erfüllt sein, wie etwa Schuldnerverzug gemäss Art. 259b lit. b OR<sup>495</sup> oder Schlechterfüllung und Androhung

---

<sup>490</sup> GULDENER, S. 625.

<sup>491</sup> GULDENER, S. 625.

<sup>492</sup> GULDENER, S. 626 Anm. 58; anders Art. 254 ZPO BS: GULDENER, a.a.O.

<sup>493</sup> GULDENER, S. 623.

<sup>494</sup> Vertreten z.B. von WALTER FELLMANN, Die Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR – «Vollstreckungstheorie» oder «Erfüllungstheorie», recht 1993, S. 109 ff., mit einer Übersicht über den Stand der Meinungen.

<sup>495</sup> Wenn der Vermieter mit der Beseitigung eines (untergeordneten) Mangels in Verzug kommt, kann der Mieter den Mangel auf Kosten des Vermieters beseitigen lassen, ohne dass er hierfür einer richterlichen Ermächtigung bedürfte. Erst im Kostenprozess muss er die Voraussetzungen der (nicht erfüllten) Leistungspflicht des Vermieters darten (ebenso Art. 256 Abs. 2 des bis 1. Juli 1991 geltenden Mietrechts, VON TUHR/ESCHER, S. 91).

der Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR<sup>496</sup>. Da Art. 98 OR keine solchen Voraussetzungen erwähnt, liegt der Schluss nahe, er sei blosser Vollstreckungsregel<sup>497</sup>, welche die kantonale Zivilprozesshoheit einschränkt.

- 433 4. Im folgenden wird näher auf die Ersatzvornahme eingegangen. Im Vordergrund steht Art. 98 OR, doch ist auch nochmals auf Art. 366 Abs. 2 OR zurückzukommen (s. dazu bereits Nr. 137 ff., 174 ff.).

## II. Insbesondere die Ersatzvornahme

- 434 1. Der Ersatzvornahme **nach Art. 98 Abs. 1 OR** unterliegen naturgemäss nur vertretbare Leistungen<sup>498</sup>. Die Leistung muss also auch von einem Dritten vorgenommen werden können. Das trifft für die Beseitigung von Werkmängeln im allgemeinen zu, jedenfalls bei Bauwerkverträgen. Der Besteller kann sich somit – nachdem er ein Leistungsurteil erstritten hat – «ermächtigen lassen, die Leistung auf Kosten des Schuldners [Unternehmers] vorzunehmen» (Art. 98 Abs. 1 OR). Das ist nicht wörtlich zu verstehen. Zwar ist denkbar, dass sich der Besteller ermächtigen lässt, die Mängel selbst zu beseitigen<sup>499</sup>. Praktisch im Vordergrund steht jedoch die Ersatzvornahme durch Drittpersonen. Dabei kann der Besteller ermächtigt werden, den Vertrag mit dem Dritten selbst zu schliessen. Doch steht es der Vollstreckungsbehörde offen, selbst einen Dritten zu beauftragen<sup>500</sup>, sofern das kantonale Zivilprozessrecht diese Möglichkeit vorsieht<sup>501</sup>.

---

<sup>496</sup> Es versteht sich von selbst, dass dem Schuldner die Möglichkeit, selbst zu erfüllen, nicht «einfach so», d.h. ohne das Vorliegen eines besonderen Grundes, entzogen werden kann.

<sup>497</sup> Vgl. VON TUHR/ESCHIER, S. 91: «Da aber Art. 98 [OR] das Einschreiten des Gläubigers weder von einer Aufforderung an den Schuldner noch von einem Verzug des Schuldners abhängig macht, muss angenommen werden, dass das Gesetz ein Urteil gegen den Schuldner voraussetzt.» – Hingegen kann gegen die Mindermeinung nicht eingewendet werden, ohne Leistungsurteil sei ein Vollstreckungsverfahren nicht denkbar. So kann auch für bloss behauptete Forderungen auf Geldzahlung Schuldbeitreibung eingeleitet werden. Das Betreibungsverfahren führt allerdings nur dort zum Ziel, wo sich der Verpflichtete der Zwangsvollstreckung nicht widersetzt. Widersetzt er sich, muss der Gläubiger dann doch den Richter anrufen.

<sup>498</sup> GUHL/MERZ/KOLLER, S. 38.

<sup>499</sup> VOGEL, S. 382 f. Nr. 34.

<sup>500</sup> GULDENER, S. 627 Anm. 23.

<sup>501</sup> In der ZPO ZH war früher nur diese Möglichkeit vorgesehen (§ 375 Abs. 2; STRÄULI/MESSMER, N 2 zu § 307 ZPO ZH). Die Beauftragung durch den Richter ist an sich für den Unternehmer vorteilhaft, weil im allgemeinen eher die Gewähr für eine sachgerechte Auswahl des Dritten besteht. Der Besteller mag nämlich geneigt sein, eine ihn einseitig begünstigende Lösung zu treffen. Zwar kann der Unternehmer im nach-

- 435 Der «Nachbesserungsvertrag» mit einem Dritten ist ein Werkvertrag. Schliesst die Vollstreckungsbehörde den Vertrag selbst, so hat sie dies im Namen des Bestellers zu tun. Dieser wird unmittelbar berechtigt und verpflichtet, für den (ursprünglichen) Unternehmer trifft weder das eine noch das andere zu.
- 436 2. Von Bundesrechts wegen steht nichts entgegen, dass sich der Kläger (Besteller, Bauherr) die Ermächtigung zur Ersatzvornahme bereits im Leistungsurteil einräumen lässt<sup>502</sup>. Ob dies im Einzelfall zulässig ist, bestimmt jedoch das kantonale Recht. Überhaupt richtet sich «das einzuschlagende Verfahren ... nach dem anwendbaren Prozessrecht»<sup>503</sup>.
- 437 3. Die Kosten, die dem Besteller aus der Mängelbeseitigung durch einen Dritten entstehen, kann er vom Unternehmer selbst dann ersetzt verlangen, wenn die Verbesserung fehlschlägt. Auch für unwirtschaftliches Vorgehen des Dritten hat der Unternehmer einzustehen. Die Ersatzvornahme erfolgt mit andern Worten nicht nur auf Kosten, sondern auch auf Gefahr des Unternehmers (vgl. auch Art. 366 Abs. 2 OR). So verhält es sich jedenfalls dort, wo der *Richter* einen Dritten mit der Nachbesserung betraut hat.
- 438 Wurde der *Besteller* zur Beauftragung des Dritten ermächtigt, so hat er bei dessen Auswahl nach Treu und Glauben vorzugehen<sup>504</sup>. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Methode der Mängelbeseitigung. Das bedeutet, dass der Besteller nicht ohne weiteres die billigste Methode zu wählen hat, andererseits aber auch nicht auf Kosten des Schuldners Luxus betreiben darf<sup>505</sup>. Hält sich der Besteller an diese Grundsätze, so kann er selbst dann die ganzen Kosten der Ersatzvornahme ersetzt verlangen, wenn der Unternehmer unwirtschaftlich arbeitet oder die Verbesserung fehlschlägt. Andernfalls muss er sich unter Umständen eine Reduktion des Kostenersatzes gefallen lassen (vgl. Art. 44 Abs. 1 OR)<sup>506</sup>.

---

hinein einwenden, der Besteller habe einen «zu teuren» Dritten beauftragt (Nr. 438). Vor dem damit verbundenen Aufwand und dem Prozessrisiko wird sich der Unternehmer jedoch oft hüten.

<sup>502</sup> VOGEL, S. 382 f. Nr. 34.

<sup>503</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1272, unter Hinweis auf PKG 1978, S. 59 ff. Nr. 18 = BR 1982, S. 57 Nr. 51.

<sup>504</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1277.

<sup>505</sup> STAUDINGER/PETERS, N 201 zu § 633 BGB.

<sup>506</sup> Zum Kostenersatz im Fall, da der Besteller ermächtigt wurde, selbst nachzubessern, vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1276, und STAUDINGER/PETERS, N 203 zu § 633 BGB, mit Hinweis auf BGHZ 59, 328 = NJW 1973, S. 46 = LM VOB/B Nr. 57 mit Anm. RIETSCHEL.

- 439 **4.** Umstritten ist, ob sich der Besteller die Kosten der Ersatzvornahme **vorschliessen** lassen darf<sup>507</sup>, ob mit andern Worten den Unternehmer eine Bevorschussungspflicht trifft. Diese Frage ist im vorliegenden Aufsatz nicht allgemein, sondern nur hinsichtlich der «Ersatznachbesserung» zu entscheiden. Nach Art. 368 Abs. 2 OR hat der Unternehmer die Nachbesserung unentgeltlich (auf seine Kosten) vorzunehmen. Der Besteller braucht bis zur Ablieferung des nachgebesserten Werks «kein Geld in die Hand zu nehmen». Vielmehr darf er den Werklohn im Umfang des Deckungskapitals (Kosten einer Ersatzvornahme) zurückbehalten, bis ihm das nachgebesserte Werk abgeliefert wird (Nr. 286). Vor diesem Hintergrund drängt es sich auf, dem Besteller das Recht auf Bevorschussung der Ersatzvornahme zu gewähren<sup>508</sup>. Hat allerdings der Besteller einen Teil des Werklohns zurückbehalten, so muss er sich diesen Betrag auf den Vorschuss anrechnen lassen.
- 440 Der Besteller ist in der Verwendung des Kostenvorschusses nicht frei. Vielmehr hat er damit die Nachbesserungsarbeiten zu finanzieren (anders, wenn er Schadenersatz auf der Grundlage des Deckungskapitals verlangt, Nr. 134)<sup>509</sup>. Nach Vollendung der Nachbesserung hat er Rechnung zu legen und einen etwaigen Überschuss zurückzuerstatten<sup>510</sup>. Hat er die Nachbesserung nicht (innert angemessener Frist) vornehmen lassen, so ist der gesamte Betrag zurückzuerstatten<sup>511</sup>.
- 441 Hat der Bauherr sich (ausnahmsweise) an den Nachbesserungskosten zu beteiligen, z.B. weil ihn ein Mitverschulden am Mangel trifft (Nr. 56), so kann der Unternehmer den Anspruch auf Kostenbeteiligung zur Verrechnung stellen. Dies freilich nur, wenn der Anspruch bereits im Erkenntnisverfahren festgestellt wurde. Im Vollstreckungsverfahren kann nicht mehr vorgebracht werden, den Besteller treffe ein Mitverschulden usw. Gegebenenfalls steht dem Besteller die Einrede der *res iudicata* offen.
- 442 **5.** Die Ersatzvornahme **setzt kein** irgendwie geartetes **Verschulden** des Unternehmers **voraus**. Denn sie ist der Sache nach nichts anderes als die Erfüllung der Nachbesserungsschuld, zur Nachbesserung aber ist der Unternehmer unabhängig von einem Verschulden verpflichtet (Erfolgshaftung)<sup>512</sup>. Will der Be-

---

<sup>507</sup> Verneinend VOGEL, S. 383 Nr. 35, GULDENER, S. 627 Anm. 23, BUCHER, OR AT, S. 332 Anm. 18; bejahend VON TUHR/ESCHER, S. 91, BECKER, N 3 zu Art. 98 OR; zweifelnd (und widersprüchlich) WIEGAND, Basler Kurzkommentar, N 7 zu Art. 98 OR.

<sup>508</sup> Im deutschen Recht wird eine Bevorschussungspflicht beim Tatbestand von § 633 Abs. 3 BGB fast durchwegs bejaht, obwohl der Gesetzeswortlaut dagegen spricht.

<sup>509</sup> VON TUHR/ESCHER, S. 91, Text und Anm. 53.

<sup>510</sup> VON TUHR/ESCHER, S. 91 Anm. 52, S. 101 Anm. 54.

<sup>511</sup> STAUDINGER/PETERS, N 214 zu § 633 BGB.

<sup>512</sup> VON TUHR/ESCHER, S. 91.

steller jedoch neben den Kosten der Ersatzvornahme noch Schadenersatz verlangen, so kann er dies nur, wenn den Unternehmer ein Verschulden trifft.

- 443 **6. Schadenersatzansprüche** werden in Art. 98 OR ausdrücklich **vorbehalten**. Unter welchen Voraussetzungen der Unternehmer Schadenersatz zu leisten hat, ergibt sich aus den allgemeinen Haftungsnormen; Art. 98 OR ist insoweit nicht einschlägig.
- 444 Im Vordergrund steht der Ersatz «des Schadens, der bis zur Herstellung des vertragsmässigen Zustandes eingetreten ist»<sup>513</sup>. Für solchen Schaden haftet der Unternehmer nach Massgabe von Art. 103 OR, also dann, wenn er ihn durch schuldhaften Verzug verursacht hat. Unter Umständen weist das nachgebesserte Werk einen sog. merkantilen Minderwert auf. Dieser besteht «in einer Verminderung des Verkaufswertes, die trotz Mängelbeseitigung deshalb zurückbleibt, weil das betreffende Werk wegen seiner früheren Mangelhaftigkeit im Geschäftsverkehr geringer bewertet wird»<sup>514</sup>. Folgt man der Ansicht, wonach ein derartiger Minderwert einen Mangelfolgeschaden darstellt<sup>515</sup>, so hat der Unternehmer dafür nur einzustehen, wenn ihn am Mangel ein Verschulden trifft (Art. 368 Abs. 2 OR). Richtiger dürfte allerdings die Ansicht sein, wonach der merkantile Minderwert einen von der Minderung erfassten Minderwert darstellt und daher den Besteller zu einem Abzug am Werklohn berechtigt, auch wenn den Unternehmer kein Verschulden trifft (vorne Nr. 147)<sup>516</sup>.
- 445 **7. Ersatzvornahme ohne richterliche Ermächtigung analog Art. 366 Abs. 2 OR?** Die Ersatzvornahme ist ein Erfüllungssurrogat: Der Besteller erhält auf Umwegen das, was ihm gestützt auf seinen Nachbesserungsanspruch gebührt, nämlich die Mängelbeseitigung auf Kosten des Unternehmers. Eine Ersatzvornahme in diesem Sinne setzt gemäss Art. 98 OR grundsätzlich eine richterliche Ermächtigung voraus. Art. 98 OR spielt allerdings hinsichtlich der zwangsweisen Durchsetzung des Nachbesserungsanspruchs eine geringe Rolle, wenn man der in BGE 107 II 55 f. begründeten Rechtsprechung folgt. In dem erwähnten Entscheid wurde festgehalten, dass der Besteller dem Unternehmer, wenn dieser in Nachbesserungsverzug gerät, eine Nachfrist ansetzen und nach ungenutztem Fristablauf ohne weiteres zur Ersatzvornahme schreiten kann. Zur

<sup>513</sup> VON TUHR/ESCHER, S. 91.

<sup>514</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1145.

<sup>515</sup> So GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1146.

<sup>516</sup> Vgl. die Nachweise bei GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1146. GAUCH begründet seine Ansicht wie folgt: «Wollte man anders entscheiden [also den merkantilen Minderwert als Minderungsposten behandeln], so könnte der für die Herabsetzung massgebliche Minderwert im Einzelfall grösser sein als die Kosten der Verbesserung.» Warum nicht?, lässt sich fragen. Das Gesetz sieht nirgends vor, dass der Minderwert nicht grösser sein kann als die Kosten einer Ersatzvornahme.

Begründung wurde Art. 366 Abs. 2 OR analog herangezogen (Nr. 174 ff.). Folgt man dieser Rechtsprechung, so ist zu beachten:

- 446 – Die Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR setzt voraus, dass sie dem Unternehmer angedroht wurde und den Unternehmer ein Verschulden trifft (Nr. 182 f.), beides Voraussetzungen, die nach Art. 98 OR nicht erfüllt sein müssen.
- 447 – Der Anspruch auf Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR unterliegt den oben Nr. 437 ff. zu Art. 98 OR dargestellten Regeln.
- 448 **8. Schliesslich sei die Rechtslage dargestellt, wenn der Besteller zur Ersatzvornahme schreitet, ohne dass die Voraussetzungen von Art. 98 OR oder 366 Abs. 2 OR erfüllt sind:**
- 449 Wie bereits ausgeführt, darf zwar der Besteller, nachdem er das Nachbesserungsrecht ausgeübt hat, die Nachbesserung selbst vornehmen oder durch einen Dritten vornehmen lassen<sup>517</sup>. Kostenersatz steht ihm in solchen Fällen aber nicht zu, sondern höchstens ein Bereicherungsanspruch, der in seiner Höhe im allgemeinen hinter dem Anspruch aus Art. 98 OR bzw. 366 Abs. 2 OR zurückbleibt (Nr. 122 f.). Vorbehalten sind Sonderfälle, namentlich drei:
- 450 – Der Besteller hat einen Anspruch aus *echter* Geschäftsführung ohne Auftrag (Nr. 124).
- 451 – Der Unternehmer kommt in Nachbesserungsverzug, und der Besteller verzichtet in der Folge nach Art. 107 Abs. 2 OR auf die Nachbesserung und verlangt stattdessen Minderung (Nr. 158). Der Minderwert ist normalerweise (aber nicht immer: Nr. 170) identisch mit den Kosten einer Ersatzvornahme.
- 452 – Der Besteller verzichtet nach Art. 107 Abs. 2 OR auf die Nachbesserung und verlangt stattdessen Schadenersatz. Auch unter diesem Titel kann er im allgemeinen die Kosten einer Ersatzvornahme liquidieren (Nr. 169). Der Schadenersatzanspruch weist jedoch gegenüber dem Anspruch aus Art. 98/366 Abs. 2 OR erhebliche Unterschiede auf<sup>518</sup>:
- 453 Der Anspruch aus Art. 98 OR/366 Abs. 2 OR ist ein Anspruch auf Aufwendungsersatz. Er setzt voraus, dass der Besteller die Mängel tatsächlich beseitigen lässt. Tut er es nicht, muss er einen allfälligen Kostenvorschuss zurückerstatten (Nr. 440). Umgekehrt hat er Anspruch auf einen nachträglichen Kostenbeitrag, wenn der Kostenvorschuss die Kosten der Mängelbeseitigung nicht deckt. Demgegenüber hat der Besteller auch dann Anspruch auf Schadenersatz, wenn er gar nicht im Sinne hat, die Mängel beseitigen zu

---

<sup>517</sup> Er ist ja nicht verpflichtet, die Nachbesserung zu dulden, vielmehr besteht nur eine entsprechende Obliegenheit (Nr. 117).

<sup>518</sup> Vgl. VON TUHR/ESCHER, S. 101 Anm. 54.

lassen. Und zwar hat er auch in diesem Fall Anspruch auf einen nach den (hypothetischen) Verbesserungskosten berechneten Schadenersatz<sup>519</sup>. Der zugesprochene Ersatz kann aber nachträglich nicht erhöht werden, wenn der Besteller die Mängel beseitigen lässt und sich der Schadenersatz als ungenügend erweist. Will der Besteller dieses Risiko vermeiden, kann er die Mängel beseitigen lassen, bevor er Schadenersatz verlangt. Diesfalls bilden die tatsächlich entstandenen Kosten Grundlage der Schadensberechnung. S. auch schon Nr. 134 a.E., 137.

## § 15 Nachbesserungsrecht und Nachbesserungsforderung bei Mängeln, die von Dritten (Architekt, Subunternehmer, Vorunternehmer) (mit-) verursacht sind

### I. Ausgangslage und Problemstellung

- 454 **1.** Der Unternehmer schuldet einen (Arbeits-)Erfolg. Er hat daher auch für Mängel seines Werks einzustehen, die er nicht verschuldet hat<sup>520</sup>, mehr noch: Er haftet für einen Mangel auch dann, wenn er ihn nicht einmal verursacht hat (es sind beispielsweise atmosphärische Einflüsse dafür verantwortlich). Immerhin entfällt die Mängelhaftung dann, wenn der Besteller für einen Mangel allein verantwortlich ist (Selbstverschulden i.S. von Art. 369 OR; Nr. 40), und sie besteht nur beschränkt, wenn den Besteller eine Mitverantwortlichkeit trifft. In diesem letzteren Fall kann zwar der Besteller die Nachbesserung verlangen, jedoch nur gegen Kostenbeteiligung (Nr. 56).
- 455 Im folgenden interessiert die **Frage**, ob eine Aufhebung oder Einschränkung der Gewährleistungspflicht (und insbesondere der Pflicht nachzubessern) unter Umständen auch dann stattfindet, wenn nicht der Bauherr selbst, sondern ein Dritter (Architekt, Ingenieur, Subunternehmer, Vorunternehmer usw.) einen Mangel verursacht oder zumindest mitverursacht hat. Ist eine derartige Drittverursachung gegeben, so stellen sich zwei weitere Fragen, welche zwar nicht das Rechtsverhältnis zwischen dem Bauherrn und dem Unternehmer betreffen, damit aber eng zusammenhängen: Einmal fragt sich, ob der Bauherr allenfalls (auch) den Dritten belangen kann. Sodann fragt sich im Verhältnis des Unternehmers zum Dritten, wer letzten Endes den Schaden davon trägt, dass ein Mangel entstanden ist (Frage des Rückgriffs).

<sup>519</sup> Richtlinie ist dabei wiederum, dass sich der Besteller keinen Luxus erlauben, sich andererseits aber auch nicht mit einer Billigstlösung abfinden muss (vgl. Nr. 438).

<sup>520</sup> Vorbehalten ist die Haftung für Mangelfolgeschaden, die verschuldensabhängig ist (Art. 368 OR).

- 456 2. Bevor auf die aufgeworfenen drei Fragen eingegangen wird, drängt sich eine Bemerkung zu den potentiellen Verursachern eines Mangels auf. Als solche kommen ganz unterschiedliche Dritte in Betracht; so etwa der Verkäufer von Werkstoff, welcher dem Bauherrn oder dem Unternehmer für die Werkerstellung ungeeignetes Material liefert, oder ein Einbrecher, welcher bereits verbaute Kupferdrähte stiehlt. Im Vordergrund aber stehen Dritte, welche neben dem Unternehmer, dessen Mängelhaftung in Frage steht, an der Bauausführung beteiligt sind. Hierher zählen u.a. Subunternehmer, Vorunternehmer und Architekten. Auf diese drei möglichen Mängelverursacher werde ich mich im folgenden beschränken.
- 457 Der **Subunternehmer** ist ein Unternehmer, dem von einem andern Unternehmer (Hauptunternehmer) mittels Werkvertrags Arbeiten übertragen werden. Genauer: Wenn ein Unternehmer Arbeiten, die er dem Bauherrn schuldet, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung weitervergift, indem er sie durch Abschluss eines Werkvertrags bei einem Unternehmer bestellt, so wird dieser letztere Unternehmer als Subunternehmer bezeichnet<sup>521</sup>. Zwischen dem Subunternehmer und dem Bauherrn (Vertragspartner des Hauptunternehmers) besteht kein Vertragsverhältnis.
- 458 Der **Vorunternehmer** ist eine spezielle Form des Nebenunternehmers, dieser eine spezielle Form des Teilunternehmers. Der Teilunternehmer erstellt im Gegensatz zum General- oder Totalunternehmer nicht eine ganze Baute, sondern nur einen Teil davon, z.B. eine Stützmauer, das Dach oder die elektrischen Anlagen<sup>522</sup>. Ist der Teilunternehmer vom Bauherrn angestellt, so heisst er Nebenunternehmer (so die Ausdrucksweise der SIA-Norm 118, Art. 30 Abs. 1). Ist er von einem andern Teilunternehmer oder von einem Total- oder Generalunternehmer angestellt, so ist er Subunternehmer. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert vor allem jener Nebenunternehmer, der ein Werk (z.B. Dachstock, Fundament) zu erstellen hat, auf dem ein anderes Werk (Dach, Mauerwerk) aufbaut. Ein solcher Nebenunternehmer heisst Vorunternehmer. Demgegenüber heisst der Unternehmer, der auf seinem Werk aufzubauen hat, Nachunternehmer. Oft kommt vor, dass sich Mängel des vom Vorunternehmer erstellten Werks auf das Werk des Nachunternehmers auswirken (das Dach stürzt ein, weil der Dachstock nicht hält). Aber auch das Umgekehrte kommt vor, wenn auch seltener.
- 459 Die Erstellung grösserer Bauwerke setzt Pläne voraus, nach denen der (die) Unternehmer die Baute auszuführen hat (haben). Sind verschiedene Unternehmer beteiligt, so bedarf deren Arbeit der Koordination und Überwachung. Diese (und andere) Aufgaben werden meist einem **Architekten** übertragen. Im Normalfall wird der Architekt vom Bauherrn angestellt<sup>523</sup>, und zwar in der überwiegenden Zahl der Fälle als «Gesamtarchitekt»<sup>524</sup>, dem nicht nur die Projektierung der Baute obliegt, sondern auch die Bauleitung (vgl. Art. 2.2 der SIA-Ordnung 102). Anders verhält es sich beim Totalunternehmervertrag: Der Totalunternehmer verpflichtet sich nicht nur zur Erstellung des fertigen Bauwerks, sondern übernimmt auch die Projektierungsarbeiten. Es obliegt daher ihm, einen Architekten anzustellen. Dem Bauherrn steht es selbstverständlich frei, seinerseits einen Architekten beizuziehen, namentlich für die Bauüberwachung<sup>525</sup>.

<sup>521</sup> Begriffsbestimmung nach GAUCH, Werkvertrag, Nr. 121.

<sup>522</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 179.

<sup>523</sup> GAUCH, Architekturvertrag, Nr. 10.

<sup>524</sup> Ausdruck von GAUCH, Architekturvertrag, Nr. 6.

<sup>525</sup> Vgl. GAUCH, Architekturvertrag, Nr. 6 f.

## II. (Mit-)Verursachung eines Mangels durch den Architekten

Im folgenden wird nun vorerst der Frage nachgegangen, ob ein Unternehmer, der ein mangelhaftes Werk abgeliefert hat, von seiner Mängelhaftung ganz oder teilweise befreit wird, wenn ein Architekt an der Mängelentstehung beteiligt ist.

### 1. Einschränkung der Gewährleistungspflicht des Unternehmers?

- 460 1. Das Verhalten eines an der Bauausführung beteiligten Architekten führt zum vornherein dann nicht zu einer Entlastung des Unternehmers, wenn dieser den Architekten angestellt hat, der Architekt «sein Mann»<sup>526</sup> ist (vgl. eben Nr. 459). Hat hingegen der *Bauherr* einen Architekten angestellt, so hat er sich dessen Verhalten unter Umständen wie eigenes Verhalten anrechnen zu lassen. Das kann eine Einschränkung oder gar einen völligen Wegfall der Mängelhaftung (auch der Nachbesserungspflicht) des Unternehmers zur Folge haben. Unter welchen Voraussetzungen dies zutrifft, wird im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt. Doch ist anerkannt, dass sich die Frage nach **Art. 369 OR i.V.m. Art. 101 OR** entscheidet (vgl. BGE 95 II 53, 98 II 103 f.)<sup>527</sup>. Beide Bestimmungen kommen freilich nur analog zur Anwendung. Denn Art. 369 OR regelt unmittelbar nur den Fall, da der Bauherr selbst einen Mangel verursacht hat, und bei Art. 101 OR handelt es sich um eine Haftungsnorm, vorliegend aber steht nicht eine irgendwie geartete Haftung des Bauherrn zur Diskussion, sondern der Wegfall seiner Mängelrechte.
- 461 2. Der Besteller verliert seine Mängelrechte nach Art. 369 OR i.V.m. Art. 101 OR ganz oder teilweise, wenn folgende **Voraussetzungen** gegeben sind:
- 462 – Der Architekt muss als *Hilfsperson* des Bauherrn i.S. von Art. 101 OR gehandelt haben. Hilfsperson ist er dann, wenn er mit der Erfüllung von Pflichten (z.B. der Koordinierungspflicht<sup>528</sup>) oder der Ausübung von Rechten (etwa dem Recht, Weisungen zu erteilen) betraut ist. Je nachdem ist er

<sup>526</sup> Oder «seine Frau».

<sup>527</sup> Statt vieler SCHUMACHER, Architektenhaftung, Nr. 720, m.w.Nw.

<sup>528</sup> Damit ist die Pflicht gemeint, die Bauleistungen der beigezogenen Nebenunternehmer aufeinander abzustimmen, «um damit einen reibungslosen Ablauf der Bauarbeiten zu ermöglichen» (SCHERRER, Nr. 132). Das ist – nach allerdings bestrittener Ansicht – eine eigentliche Pflicht (vgl. SCHERRER, Nr. 136 ff.). Vgl. auch GAUCH, Werkvertrag, Nr. 894, 896, 898 ff., 905, wonach die sog. Mitwirkungspflichten in Wirklichkeit regelmässig nichts anderes als Obliegenheiten sind, im Einzelfall jedoch durchaus auch eigentliche (Neben-) Pflichten sein können.

Erfüllungs- oder Ausübungshilfe<sup>529</sup>. Art. 101 OR kommt aber – analog – auch dann zum Tragen, wenn der Architekt mit der Erfüllung von Obliegenheiten betraut wird<sup>530</sup>.

- 463 – Der Architekt muss nach Art. 101 OR «*in Ausübung*» seiner «*Verrichtungen*» gehandelt haben, d.h. es muss zwischen den ihm aufgetragenen Verrichtungen und der Mängelverursachung ein gewisser zeitlicher und örtlicher Zusammenhang bestehen<sup>531</sup>. In der Praxis spielt das Erfordernis eine geringe Rolle, bzw. ist es regelmässig erfüllt.
- 464 – Der Architekt muss ein Verhalten an den Tag gelegt haben, das dem Bauherrn, hätte er selbst so gehandelt, zum Selbstverschulden i.S. von Art. 369 OR gereichen würde (*hypothetisches Selbstverschulden*). Er muss also beispielsweise mangelhaften Baugrund angewiesen, untauglichen Werkstoff zur Verfügung gestellt oder fehlerhafte, für die Bauausführung nur beschränkt taugliche Pläne zur Verfügung gestellt haben.
- 465 Zu beachten ist, dass der Besteller in aller Regel nicht gehalten ist, die Arbeit des Unternehmers zu überwachen, weder im Sinne einer (Neben-) Pflicht noch im Sinne einer Obliegenheit<sup>532</sup>. Fehlende oder mangelhafte Überwachung bedeutet daher kein Verhalten, welches nach Art. 369 OR relevant wäre (vorne Nr. 49). Demzufolge kann der Unternehmer aus fehlender oder mangelhafter Überwachung durch den Architekten keinen Wegfall seiner Mängelhaftung ableiten (vgl. BGE 93 II 324), und zwar auch dann nicht, wenn der Besteller den Architekten mit der Überwachung beauftragt hatte<sup>533</sup>, der Architekt also im Verhältnis zum Bauherrn sehr wohl zur Überwachung verpflichtet war. Doch ist zweierlei zu beachten: Einmal wird der Architekt dem Besteller u.U. schadenersatzpflichtig, wenn er seiner vertraglichen Überwachungspflicht nicht nachgekommen ist (Nr. 472). Sodann wirkt sich eine derartige Pflichtverletzung u.U. in einer Regresspflicht gegenüber dem Unternehmer aus (Nr. 503). Dieser kann somit aus der fehlenden oder mangelhaften Überwachung zwar keine Rechte gegenüber dem Besteller ableiten, möglicherweise aber gegenüber dem Architekten.
- 466 – Nicht vorausgesetzt ist ein Selbstverschulden des Architekten im engen juristisch-technischen Sinne, wie ja auch bei unmittelbarer Anwendung von Art. 369 OR ein eigentliches Selbstverschulden des Bauherrn nicht vorausgesetzt ist (Nr. 41 ff.). Ein hypothetisches Selbstverschulden i.S. von Art. 101 OR ist – konsequenterweise – ebenfalls nicht vorauszusetzen. Das be-

<sup>529</sup> KOLLER, Erfüllungshilfe, Nr. 328 ff.

<sup>530</sup> KOLLER, Erfüllungshilfe, Nr. 331.

<sup>531</sup> KOLLER, Erfüllungshilfe, Nr. 274 ff.

<sup>532</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 907.

<sup>533</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2025.

deutet jedoch nicht, dass dem Verschuldensmoment keine Bedeutung zukommt. Es spielt jedoch nur dann eine Rolle, wenn das Verhalten des Architekten nicht zu einem vollständigen Wegfall, sondern lediglich zu einer Beschränkung der Mängelhaftung führt. Alsdann hängt der *Umfang* der Beschränkung nicht zuletzt davon ab, ob den Architekten ein Verschulden im engen juristischen Sinne trifft, d.h. ob ihm ein subjektiver Vorwurf zu machen ist. Es ist somit zu prüfen, ob der Architekt seinen Kenntnissen und Fähigkeiten entsprechend gehandelt hat. Unerheblich ist, ob dem Bauherrn, hätte er gleich gehandelt, ein Verschulden anzulasten wäre (vgl. BGE 116 II 309)<sup>534</sup>. Trifft den Bauherrn jedoch ein persönliches Verschulden (er hat z.B. dem Architekten falsche Instruktionen erteilt), so ist dem ebenfalls Rechnung zu tragen.

- 467 Wenn beispielsweise der Architekt fehlerhafte Pläne zur Verfügung gestellt hat, der Unternehmer dies jedoch hätte erkennen müssen und pflichtwidrig nicht erkannt hat, so kommt es nicht zu einem Wegfall der Mängelrechte, wenn der Unternehmer in Ausführung der fehlerhaften Pläne ein mangelhaftes Werk erstellt. Hingegen ist die Mängelhaftung eingeschränkt. Inwieweit dies zutrifft, entscheidet sich nicht zuletzt danach, ob dem Architekten ein subjektiver Vorwurf zu machen ist und wie schwer dieser im Verhältnis zum Verschulden des Unternehmers wiegt.
- 468 **3.** Der Besteller verliert seine Mängelrechte vollständig, wenn das ihm nach Art. 101 OR i.V.m. Art. 369 OR zurechenbare Verhalten des Architekten die allein massgebliche Mängelursache ist. Ist es nur Mitursache, so findet eine Einschränkung der Gewährleistung i.S. von Nr. 56 ff. statt. So verhält es sich beispielsweise dann, wenn der Unternehmer die Fehlerhaftigkeit einer vom Architekten erlassenen Weisung pflichtwidrig nicht erkannt und daher die nötige Abmahnung unterlassen hat. Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Unternehmer Weisungen des Architekten grundsätzlich nicht auf ihre Richtigkeit überprüfen muss. Denn er darf sich im allgemeinen darauf verlassen, dass eine sachverständig erteilte Weisung korrekt ist (oben Nr. 54 mit Hinweisen).
- 469 **4.** Soweit das Verhalten des Architekten dem Bauherrn nicht nach Art. 101 OR i.V.m. Art. 369 OR zurechenbar ist, führt es nicht zu einer Beschränkung der Mängelhaftung des Unternehmers. Das gilt auch dann, wenn den Architekten ein grobes Verschulden trifft. Der im Schadenersatzrecht geltende Grundsatz<sup>535</sup>, dass grobes Drittverschulden einen an sich Haftpflichtigen zu entlasten vermag (Unterbrechung des Kausalzusammenhanges), darf nicht auf den vorliegenden Zusammenhang übertragen werden.

<sup>534</sup> Aus der Lehre vgl. WALTER OTT, Der Architekt als Hilfsperson des Bauherrn, SJZ 1978, S. 288 ff.; ZINDEL/PULVER, N 5 zu Art. 369 OR; SCHUMACHER, Architektenhaftung, Nr. 721.

<sup>535</sup> Es ist ein Grundsatz, keine strikte Regel. So sind gewisse Gefährdungshaftungen durch ein wie auch immer geartetes Drittverschulden nicht zu beseitigen (KELLER, Haftpflichtrecht I, S. 81).

## 2. Die Haftung des Architekten gegenüber dem Bauherrn

- 470 Im folgenden interessiert die Haftung des Architekten gegenüber dem Bauherrn nicht generell, sondern nur insoweit, als der Architekt durch sein Verhalten zu einem Mangel des vom Unternehmer gelieferten Werks beigetragen hat.

### A. Haftungsgrundlage, Haftungsvoraussetzungen und Haftungsumfang

- 471 1. Die Haftungsgrundlage ist je nach dem Typ des Architekturvertrages verschieden. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 109 II 462 ff., bestätigt in BGE 114 II 56) kommt auf den reinen Projektierungsvertrag Werkvertragsrecht zur Anwendung, auf den Bauleitungsvertrag hingegen Auftragsrecht; der Gesamtvertrag soll ein gemischter Vertrag sein. In der Lehre werden z.T. abweichende Auffassungen vertreten<sup>536</sup>. Auf die Kontroverse(n) braucht hier jedoch nicht näher eingetreten zu werden, da die Haftung des Architekten unabhängig von der Haftungsgrundlage eine **schuldhafte Vertragsverletzung** voraussetzt.

Soweit Fehler der Bauleitung zur Diskussion stehen, kommt unbestrittenermassen Auftragsrecht zur Anwendung, dieses aber setzt ein Verschulden voraus (Art. 402 Abs. 2 OR)<sup>537</sup>. Soweit es um Projektierungsfehler geht, gilt dasselbe, wenn man Auftragsrecht anwendet. Ein Verschulden ist aber auch dann vorausgesetzt, wenn man die Projektierung werkvertragsrechtlichen Grundsätzen unterstellt. Denn hat ein Projektierungsfehler einen Mangel des vom Unternehmer gelieferten Werks zur Folge, so stellt dieser Mangel – bezogen auf den Projektierungsvertrag – Mangelfolgeschaden dar. Die Haftung für solchen Schaden ist aber auch beim Werkvertrag verschuldensabhängig (Art. 368 OR).

- 472 Zu beachten ist, dass der Architekt für einen Werkmangel auch dann haftbar sein kann, wenn sein Verhalten dem Bauherrn nicht (nach Art. 101 OR i.V.m. Art. 369 OR) zurechenbar ist und daher zum vornherein nicht zu einer Einschränkung der Mängelhaftung des Unternehmers führt. Zu denken ist insbesondere an den Fall, da der Architekt durch nachlässige Überwachung der Bauarbeiten einen Mangel nicht verhindert hat (vgl. oben Nr. 465).
- 473 2. Zu ersetzen ist – bei gegebenen Voraussetzungen – das **positive Vertragsinteresse**. Der Bauherr ist also vom Architekten so zu stellen, wie er ohne Pflichtverletzung stünde. Ist die Pflichtverletzung, wie hier vorausgesetzt, Ursache eines Werkmangels, so kann der Bauherr verlangen, so gestellt zu

<sup>536</sup> Vgl. ZINDEL/PULVER, N 17 ff. zu Art. 363 OR.

<sup>537</sup> Eine Ausnahme gilt beim unentgeltlichen Auftrag (vgl. BGE 61 II 98 E. 3, 48 II 490 ff. E. 4: analoge Anwendung von Art. 422 OR).

werden, wie wenn das Werk mängelfrei abgeliefert worden wäre. Er hat also Anspruch auf Ersatz jener Kosten, die ihm entstehen, wenn er einen Dritten mit der Mängelbeseitigung betraut (sog. *Mangelschaden*, Nr. 9 f.)<sup>538</sup>. Zusätzlich kann er den *Mangelfolgeschaden* ersetzt verlangen, also beispielsweise die Kosten, die ihm dadurch entstehen, dass er einen Teppich wegen eines rinnen- den Dachs (Werkmangel) reinigen lassen muss (Nr. 7)<sup>539</sup>.

- 474 Grundsätzlich hat der Architekt das *ganze* positive Vertragsinteresse zu ersetzen. Eine Haftungsreduktion findet allenfalls nach Art. 43 f. OR i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR statt.
- 475 **3.** Die umschriebene Schadenersatzpflicht des Architekten besteht – bei gegebenen Haftungs Voraussetzungen – auch dann, wenn der Unternehmer gewährleistungspflichtig ist, das Verhalten des Architekten also nicht zu einem Wegfall der Mängelrechte nach Art. 369 OR i.V.m. Art. 101 OR geführt hat. Der Architekt kann in einem solchen Fall nicht geltend machen, ein Schaden sei angesichts der Mängelrechte gar nicht entstanden, daher bestehe auch keine Haftung. Andererseits ist dem Unternehmer der Einwand abgeschnitten, mit Rücksicht auf die Schadenersatzpflicht des Architekten sei seine Gewährleistung ausgeschlossen. Das bedeutet nichts anderes, als dass die Mängelrechte gegenüber dem Unternehmer mit dem Schadenersatzanspruch gegenüber dem Architekten konkurrieren. Diese **Anspruchskonkurrenz** ist freilich im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen und bedarf daher der Begründung; zudem ist sie inhaltlich näher zu umschreiben (s. gleich nachstehend B.).
- 476 Der Ausdruck Anspruchskonkurrenz versteht sich aus der Sicht des Bestellers (Gläubigers). Aus der Sicht von Unternehmer und Architekt (Schuldner) kann man von Solidarität sprechen.

---

<sup>538</sup> Nicht erforderlich ist, dass er die Mängel tatsächlich beseitigen lässt, und er kann die Kosten auch schon ersetzt verlangen, bevor er die Mängelbeseitigung in Angriff nimmt (vgl. oben Nr. 453).

<sup>539</sup> Im übrigen braucht sich der Besteller bei der Schadensberechnung nicht an den Kosten der Mängelbeseitigung zu orientieren. Vielmehr kann er auch den Minderwert geltend machen, den das Bauwerk infolge der Mängel aufweist. Im allgemeinen ist freilich dieser Minderwert identisch mit den Kosten der Mängelbeseitigung.

## B. Solidarische Haftung des Architekten mit dem Unternehmer

### a. Grundsätzliches

- 477 Grundlage der Anspruchskonkurrenz bildet Art. 51 OR, der allerdings nur beschränkt direkt zur Anwendung kommt<sup>540</sup>.
- 478 **1. Art. 51 OR ist in Verbindung mit Art. 50 OR zu lesen.** Nach der letztgenannten Bestimmung haften mehrere Personen, die einen Schaden gemeinsam verschuldet haben, «sei es als Anstifter, Urheber oder Gehilfen, ... dem Geschädigten solidarisch» (Abs. 1). Sie haften somit nicht anteilmässig, sondern können grundsätzlich je auf den ganzen Schadensbetrag belangt werden; leistet jedoch einer der Haftpflichtigen Schadenersatz, so werden auch die andern befreit. Art. 51 OR betrifft nach seinem Wortlaut den Fall, da «mehrere Personen aus *verschiedenen Rechtsgründen*, sei es aus unerlaubter Handlung, aus Vertrag oder aus Gesetzesvorschrift», dem Geschädigten «für denselben Schaden» haftbar sind. Auch in diesem Fall besteht unter den mehreren Haftpflichtigen Solidarität. Das wird zwar in Art. 51 OR – anders als in Art. 50 OR – nicht ausdrücklich gesagt. Vielmehr stellt Art. 51 OR lediglich eine Rückgriffsordnung auf. «Diese aber setzt Solidarität voraus.»<sup>541</sup> Nicht geregelt ist in Art. 51 OR der Fall, da mehrere Personen aus *gleichartigen* Rechtsgründen (z.B. aus Vertrag) haftbar sind. Doch ist anerkannt, dass Art. 51 OR auch in diesem Fall (analog) zur Anwendung kommt, soweit nicht ausnahmsweise der Tatbestand von Art. 50 OR erfüllt ist. Es besteht somit wiederum Solidarität.
- 479 Die Solidarität gemäss Art. 51 OR ist nach überkommener Ansicht – anders als diejenige nach Art. 50 OR – keine echte Solidarität im Sinne der Art. 143 ff. OR<sup>542</sup>. Trotzdem finden diese Bestimmungen mit wenigen Einschränkungen Anwendung (BGE 115 II 49)<sup>543</sup>. Keine Anwendung findet insbesondere

---

<sup>540</sup> Haben Architekt und Unternehmer einen Mangel willentlich zusammen verursacht, so ist (echte) Solidarität im Sinne von Art. 50 OR gegeben. Dieser Fall spielt praktisch keine Rolle und bleibt daher ausser Betracht.

<sup>541</sup> OFTINGER, S. 337; KOLLER, *Erfüllungsgehilfe*, Nr. 442.

<sup>542</sup> Art. 143 Abs. 2 OR sieht vor, dass Solidarität «nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen entsteht», sofern eine Willenserklärung i.S. von Art. 143 Abs. 1 OR fehlt. Als «vom Gesetz bestimmter Fall» wird zwar der Tatbestand von Art. 50 OR, wo ausdrücklich von Solidarität die Rede ist, angesehen, nicht aber derjenige von Art. 51 OR. Ob dies angesichts des engen systematischen Zusammenhanges der beiden Bestimmungen eine zutreffende Auffassung ist, bleibe hier dahingestellt.

<sup>543</sup> OFTINGER, S. 340; SCHERRER, Nr. 399; BRUNNER, Nr. 441.

Art. 136 Abs. 1 OR (BGE 112 II 143 E. 4)<sup>544,545</sup>.

- 480 2. Art. 51 OR findet unmittelbar nur dort Anwendung, wo mehrere aus ein und demselben Schadensereignis *schadenersatzpflichtig* sind. Denn Art. 50 f. OR regeln nach ihrer Marginalie die «Haftung mehrerer», Haftung aber bedeutet hier wie im ganzen zweiten Abschnitt des OR («Die Entstehung [der Obligationen] durch unerlaubte Handlungen») Schadenersatzpflicht. Doch ist anerkannt, dass Art. 51 OR in gewissen Fällen analoge Anwendung finden kann. So wird gestützt auf diese Bestimmung unechte Solidarität etwa dort bejaht, wo ein Arbeitnehmer verunfallt und einerseits der Arbeitgeber zur Lohnfortzahlung (Art. 324a OR) verpflichtet, andererseits ein Dritter schadenersatzpflichtig ist. In einem solchen Fall kann somit der Haftpflichtige nicht geltend machen, wegen der Lohnfortzahlungspflicht sei ein Schaden gar nicht entstanden, damit auch keine Schadenersatzpflicht. Vielmehr konkurrieren die beiden Ansprüche miteinander<sup>546</sup>.
- 481 In einem neusten Bundesgerichtsentscheid (BGE 119 II 127 ff.<sup>547</sup>) wurde Art. 51 OR auf einen Fall angewendet, in dem das Werk des Unternehmers vor der Ablieferung unterging. Das Bundesgericht entschied, dass der Besteller einerseits vom Unternehmer den Wiederaufbau verlangen könne, andererseits vom Ingenieur, welcher fehlerhafte Pläne zur Verfügung gestellt hatte, Schadenersatz. Schadenersatzanspruch und werkvertraglicher Erfüllungsanspruch konkurrierten gestützt auf Art. 51 OR, der freilich nur analog zur Anwendung kam.
- 482 Wo Art. 51 OR auf andere als Schadenersatzansprüche zur Anwendung gelangt, stellen sich hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung der Solidarität Sonderprobleme<sup>548</sup>. Das gilt insbesondere dort, wo – wie in BGE 119 II 127 ff. – ihrer Natur nach unterschiedliche Ansprüche konkurrieren. In dem eben zitierten BGE hat das Bundesgericht diese Sonderprobleme nicht aufgegriffen, sondern eine pragmatische und im Ergebnis wohl richtige, dem konkreten Sachverhalt angepasste Lösung gesucht<sup>549</sup>.

<sup>544</sup> Verdrängt wird des weitern die Regel von Art. 148 Abs. 1 OR (sie wird ersetzt durch Art. 51 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 50 OR; OFTINGER, S. 340, und unten Nr. 495).

<sup>545</sup> Weiteres bei OFTINGER, S. 338 ff.

<sup>546</sup> Vgl. etwa GUHL/MERZ/KOLLER, S. 199. Entsprechend verhält es sich dort, wo aus einem Schadensereignis neben einem Schadenersatzanspruch ein auf Schadensausgleich gerichteter Versicherungsanspruch besteht (vgl. etwa BGE 114 II 342 ff.; für den Rückgriff ist neben Art. 51 OR Art. 72 VVG zu beachten, vgl. KELLER, Haftpflichtrecht II, S. 176 ff.; vorbehalten ist Art. 96 VVG).

<sup>547</sup> Dazu ALFRED KOLLER, AJP 1994, S. 791 ff.

<sup>548</sup> Vgl. etwa BRUNNER, Nr. 584 ff., betr. die vorstehend in Nr. 480 erwähnte Konkurrenz von Lohn- und Schadenersatzansprüchen.

<sup>549</sup> So ALFRED KOLLER, AJP 1994, S. 791 ff.; a.A. PETER GAUCH, BR 1994, S. 42 ff.

- 483 3. Was speziell den hier interessierenden Fall anbelangt, da Architekt und Unternehmer für einen Mangel gemeinsam einzustehen haben, so ergibt sich folgende Situation:
- 484 – Art. 51 OR kommt direkt zur Anwendung, wo Architekt und Unternehmer für denselben *Schaden* haften. Im Vordergrund steht die Haftung für Mangelfolgeschaden. Aber auch für Mangelschaden kann eine gemeinsame Haftung bestehen<sup>550</sup>. Insbesondere ist an Fälle zu denken, in denen sowohl der Architekt als auch der Unternehmer für die Kosten aufzukommen haben, welche die Mängelbeseitigung durch einen Dritten verursacht. Zur entsprechenden Haftung des Architekten s. eben Nr. 473. Was die Haftung des Unternehmers anbelangt, sei daran erinnert, dass die primären Mängelrechte kein Recht auf Ersatz des Mangelschadens beinhalten, dass aber ein solches Recht als sekundäres Mängelrecht (z.B. nach Art. 107 Abs. 2 OR) entstehen kann (Nr. 8 f.).
- 485 – Befürwortet man den in Nr. 481 referierten Bundesgerichtsentscheid, so ist es nur konsequent, wenn man die alternativen Mängelrechte gegenüber dem Unternehmer (insbesondere das Nachbesserungsrecht) mit einem allfälligen Schadenersatzanspruch gegenüber dem Architekten konkurrieren lässt. Als Grundlage der Anspruchs Konkurrenz kann ebenfalls Art. 51 OR herangezogen werden, diesmal allerdings nur analog.
- 486 Was die inhaltliche Ausgestaltung der Solidarität anbelangt, so hat man von den Art. 143 ff. OR auszugehen. Doch passen diese Bestimmungen nur teilweise, da die konkurrierenden Ansprüche von unterschiedlicher Natur sind. Die einschlägigen Sonderprobleme sollen im folgenden nicht umfassend behandelt werden. Zudem werden sie nur mit Bezug auf die Konkurrenz von Nachbesserungsrecht und Schadenersatzanspruch aufgezeigt.

### b. Konkurrenz von Nachbesserungsrecht und Schadenersatzanspruch

- 487 1. Der Besteller kann **frei wählen, ob er vom Unternehmer Nachbesserung verlangt oder vom Architekten Schadenersatz**. Beide Ansprüche gehen grundsätzlich auf das Ganze. Wo ein Reduktionsgrund (z.B. ein Mitverschulden des Bestellers) besteht, wird dessen Geltendmachung durch die Anspruchs Konkurrenz nicht ausgeschlossen<sup>551</sup>. Denn die Haftpflichtigen sollen nicht

---

<sup>550</sup> Art. 51 OR findet auch dort direkt Anwendung, wo Architekt und Unternehmer gemeinsam für Begleitschäden (zum Begriff Nr. 7) haften (BGE 93 II 321 ff.). Die Haftung für Begleitschäden steht hier allerdings nicht zur Diskussion, da sie nicht an ein mangelhaftes (Bau-)Werk anknüpft.

<sup>551</sup> BRUNNER, S. 134 f. Anm. 605.

schlechter gestellt sein, wie wenn sie alleine haften würden<sup>552</sup>. Sie sollen aber auch nicht besser gestellt sein. Daher kann sich der Architekt grundsätzlich nicht damit entlasten, dass auch der Unternehmer haftet, und umgekehrt. Vorbehalten ist der bereits behandelte Fall, da sich der Bauherr das Verschulden des Architekten im Verhältnis zum Unternehmer nach Art. 101 OR i.V.m. Art. 369 OR entgegenhalten lassen muss und aus diesem Grunde eine Beschränkung der Mängelrechte stattfindet<sup>553</sup>.

- 488 Der Besteller kann zwar frei wählen, wen er belangen will. Ausnahmsweise ist er jedoch im Sinne einer Obliegenheit verpflichtet, sich an den Nachbesserungsanspruch zu halten, und muss sich eine Haftungsreduktion gefallen lassen, wenn er statt der Nachbesserung vom Architekten Schadenersatz verlangt. Zu denken ist etwa an den Fall, da der Besteller vorerst sein Nachbesserungsrecht geltend macht und die Mängelbeseitigung gut voranschreitet, so dass objektiv kein Anlass besteht, auf den Schadenersatzanspruch zu wechseln. Hier können Treu und Glauben gebieten, die Nachbesserung zu Ende zu führen. Verlangt der Besteller trotzdem Schadenersatz, so orientiert sich die Haftung des Architekten an den Nachbesserungskosten. Entscheidend sind also die Kosten, die der Unternehmer für die restliche Mängelbeseitigung aufwenden müsste, nicht die (meist) höheren Kosten, die im Falle der Mängelbeseitigung durch einen Dritten entstehen würden. Dies entgegen dem Grundsatz (Nr. 473), dass der Architekt für die Kosten aufzukommen hat, die im Falle der Mängelbeseitigung durch einen Dritten entstehen.

- 489 **2. Leistet der Architekt den geschuldeten Schadenersatz, so fällt das Nachbesserungsrecht dahin<sup>554</sup>**; umgekehrt fällt der Schadenersatzanspruch dahin, wenn der Unternehmer die Mängel beseitigt (vgl. Art. 147 OR<sup>555</sup>). Erst die tatsächliche Befriedigung des Bestellers bewirkt den Untergang des konkurrierenden Anspruchs, nicht schon die Geltendmachung eines Anspruchs. Daher

<sup>552</sup> Und andererseits soll der Berechtigte im Verhältnis zum jeweiligen Haftpflichtigen nicht besser gestellt werden, wie er stünde, wenn kein weiterer Haftpflichtiger gegeben wäre.

<sup>553</sup> Sodann hat das Bundesgericht hinsichtlich konkurrierender *Schadenersatzansprüche* entschieden, dass das Verschulden des einen Haftpflichtigen dasjenige des andern als gemindert erscheinen lassen könne und gegebenenfalls eine Haftungsreduktion bewirke (BGE 93 II 322, 89 II 122 E. 5). Diese Rechtsprechung ist – soweit ersichtlich – nie praktisch zum Tragen gekommen. Ob sie auf den vorliegenden Zusammenhang übertragen werden kann, mag daher offenbleiben.

<sup>554</sup> Der Bauherr muss dem Unternehmer von der Leistung des Schadenersatzes Mitteilung machen. So jedenfalls dann, wenn er vom Unternehmer die Nachbesserung verlangt hat. Durch die Mitteilung soll der Unternehmer abgehalten werden, unnötige Dispositionen zu treffen.

<sup>555</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2028.

geht der Schadenersatzanspruch gegen den Architekten nicht schon dann unter, wenn der Besteller das Nachbesserungsrecht ausübt, sondern erst dann, wenn die Nachbesserungsschuld beglichen wird, die Mängel beseitigt werden<sup>556</sup>.

- 490 Besondere Probleme wirft der Fall auf, da die Mängelhaftung des Unternehmers beschränkt ist, weil sich der Bauherr das Verhalten des Architekten als Mitursache des Mangels nach Art. 101 OR i.V.m. Art. 369 OR anrechnen lassen muss (oben Nr. 460 ff.). In einem solchen Fall geht zwar das Nachbesserungsrecht unter, wenn der Architekt den entstandenen Schaden ersetzt. Wenn hingegen der Bauherr Nachbesserung verlangt und diese nur gegen entsprechende Kostenbeteiligung durchsetzen kann (Nr. 357 ff.), so führt die Mängelbeseitigung nicht zu einer gänzlichen Entlastung des Architekten. Dessen Haftung bleibt vielmehr im Umfang der vom Bauherrn zu tragenden Nachbesserungskosten bestehen.
- 491 Im umgekehrten Fall, da der Unternehmer voll haftet, der Architekt hingegen nur teilweise<sup>557</sup>, stellen sich ähnliche Probleme. Hat beispielsweise der Bauherr vom Architekten die Kosten der Mängelbeseitigung teilweise ersetzt bekommen und verlangt er nun vom Unternehmer Nachbesserung, so kann er dies wohl nur gegen Herausgabe des Schadenersatzes. Denn durch die Anspruchskonkurrenz soll der Besteller nicht bereichert werden. Mit andern Worten: Die Leistung teilweisen Schadenersatzes lässt zwar die Nachbesserungsschuld als solche unberührt, d.h. diese Schuld geht nicht unter, auch nicht teilweise. Hingegen ist dem Umstand, dass der Bauherr bereits teilweise befriedigt wurde, dadurch Rechnung zu tragen, dass der Unternehmer die Mängel nur gegen Herausgabe des erlangten Schadenersatzes beseitigen muss.
- 492 3. «Bezahlt ein Solidarschuldner mehr als seinen Teil, so hat er für den Mehrbetrag Rückgriff auf seine Mitschuldner» (Art. 148 Abs. 2 OR). Diese Regel der echten Solidarität gilt auch für jede Art der unechten Solidarität. Wenn daher der Architekt oder der Unternehmer den Bauherrn befriedigt, so ist damit über die definitive Schadenstragung noch nicht entschieden. Vielmehr ist nun zu prüfen, ob der Architekt bzw. der Unternehmer «mehr als seinen Teil» geleistet hat. Soweit dies zutrifft, besteht ein **Regressrecht**. Auf dieses ist nun näher einzutreten (3.). Nach einer allgemeinen Einführung in die Regressproblematik wird speziell untersucht, inwieweit der Unternehmer, der

---

<sup>556</sup> Analoges gilt generell. Erklärt beispielsweise der Bauherr die Minderung und hat er dannzumal den ganzen Werklohn bereits bezahlt, so fällt der Schadenersatzanspruch (gegen den Architekten) nicht schon mit der Minderungserklärung dahin. Vielmehr konkurriert der mit der Minderungserklärung entstehende Rückleistungsanspruch mit dem Schadenersatzanspruch. Dieser geht erst unter, wenn der Minderwert tatsächlich ersetzt wird.

<sup>557</sup> Z.B. weil eine Haftungsreduktion wegen geringen Verschuldens stattfindet (Art. 43 Abs. 1 OR).

nachgebessert hat, auf den Architekten, bzw. inwieweit der Architekt, der Schadenersatz geleistet hat, auf den Unternehmer regressieren kann.

### 3. Die Frage des Rückgriffs

#### A. Allgemeines

##### a. Die einschlägigen Bestimmungen

- 493 1. Der Regress zwischen Architekt und Unternehmer, der im Gesetz nicht speziell geregelt ist, richtet sich nach Art. 51 Abs. 1 OR, der seinerseits auf Art. 50 OR verweist<sup>558</sup>. Der Richter hat somit über den Regress nach seinem **Ermessen** zu entscheiden.
- 494 Ohne Bedeutung ist Art. 51 Abs. 2 OR. Diese Bestimmung gibt dem Richter für die Ermessensausübung eine Richtlinie in die Hand, dies aber nur für Fälle, in denen die Solidarschuldner aus *verschiedenen* Rechtsgründen (unerlaubte Handlung, Vertrag, Gesetz) haften. Architekt und Unternehmer aber haften, soweit hier von Interesse, aus gleichem Rechtsgrund, nämlich aus Vertrag<sup>559</sup>.
- 495 2. Art. 51 Abs. 1 OR verdrängt Art. 148 Abs. 1 OR, welcher das «Ob» und den Umfang des Regresses bei echter Solidarität regelt. Im übrigen aber finden auf die unechte Solidarität, wie sie zwischen Architekt und Unternehmer besteht, grundsätzlich die Regressbestimmungen betr. die echte Solidarität Anwendung. Nicht anwendbar ist allerdings Art. 149 Abs. 1 OR (Subrogation). Anwendbar sind hingegen Art. 148 Abs. 2 OR (s. oben Nr. 492), 148 Abs. 3 OR und 149 Abs. 2 OR (Nr. 498). Dazu kommen von Lehre und Rechtsprechung entwickelte Vorschriften, wie etwa die, dass ein Solidarschuldner durch den Rückgriff nicht schlechter gestellt werden darf, als er im Aussenverhältnis steht (Nr. 497).
- 496 Das Gesagte gilt jedenfalls dort, wo die konkurrierenden Ansprüche ihrer Natur nach gleichartig sind. Teilweise eigene Lösungen drängen sich hingegen dort auf, wo unterschiedliche Ansprüche konkurrieren. Besondere Probleme wirft daher gerade die hier im Vordergrund stehende Konkurrenz von Mängelrechten und Schadenersatzanspruch auf. Dies jedenfalls insoweit, als die alternativen primären Mängelrechte zur Diskussion stehen. Soweit es hingegen auf Unternehmer- wie auf Bestellerseite um Schadenersatzpflichten geht, stellen sich keine Sonderprobleme; es liegt «normale» (gesetzlich unmittelbar geregelte) unechte Solidarität vor.

<sup>558</sup> Andere Regressgrundlagen, wie etwa Art. 41 OR, fallen im Normalfall ausser Betracht (vgl. BGE 119 II 128 ff.).

<sup>559</sup> Vgl. SCHERRER, Nr. 402; BRUNNER, Nr. 439.

## b. Zwei wichtige Regressregeln

- 497 1. «Dass ein Schuldner rückgriffsweise und nicht direkt in Anspruch genommen wird, darf ihn nicht benachteiligen» (KELLER<sup>560</sup>, unter Hinweis auf BGE 95 II 340)<sup>561</sup>. Andererseits gilt die Regel, dass der Gläubiger die Rückgriffsordnung nicht abändern kann. Er kann sie auch nicht dadurch unterlaufen, dass er dem belangten Solidarschuldner die Forderung gegen den (die) anderen Solidarschuldner abtritt (BGE 80 II 252 f., neustens BGE 119 II 131 vor E. 4c)<sup>562,563</sup>.
- 498 2. Die beiden Regeln (keine Schlechterstellung des Rückgriffsschuldners; keine Abänderung der Rückgriffsordnung durch den Gläubiger) können miteinander in Konflikt geraten, so etwa dann, wenn der Gläubiger dem einen Solidarschuldner die Schuld erlässt, dem (den) andern nicht. Nach der ersten Regel kann der von der Schuld befreite Solidarschuldner regressweise nicht in Anspruch genommen werden, auch dann nicht, wenn ihn nach der gesetzlichen Regressordnung eine Ausgleichspflicht treffen würde. Nach der zweiten Regel müsste hingegen der Regress in einem solchen Fall zulässig sein, weil der Gläubiger durch den Schuldlass nicht in die gesetzliche Regressordnung soll eingreifen können. Auf derartige Konfliktfälle bezieht sich Art. 149 Abs. 2 OR. Danach ist der Gläubiger «dafür verantwortlich, dass er die rechtliche Lage des einen Solidarschuldners nicht zum Schaden der übrigen besser stelle». Dieser Bestimmung liegt die Auffassung zugrunde, dass ein Regress ausgeschlossen ist, wenn der Gläubiger einen Solidarschuldner einseitig – eben z.B. durch einen Schuldlass – begünstigt. Es wird also strikt an der ersten der erwähnten Regressregeln festgehalten. Doch wird der Gläubiger den andern Solidarschuldnern dafür verantwortlich, dass er ihre nach Gesetz gegebenen Regressmöglichkeiten eingeschränkt hat. Die Verantwortlichkeit besteht darin, dass er im Umfang der Regressverkürzung schadenersatzpflichtig wird<sup>564</sup>. Die benachteiligten Solidarschuldner können die ihnen zustehenden

<sup>560</sup> Haftpflichtrecht II, S. 161.

<sup>561</sup> Diese für die «normale» Solidarität entwickelte Regel gilt auch im vorliegenden Zusammenhang. Somit kann der Architekt nicht auf den Unternehmer zurückgreifen, wenn dessen Gewährleistungspflicht gegenüber dem Besteller untergegangen ist, z.B. weil dieser nicht rechtzeitig Mängelrüge erhoben hat. Umgekehrt gilt Entsprechendes.

<sup>562</sup> KELLER, Haftpflichtrecht I, S. 162.

<sup>563</sup> Auch diese Regel wurde für die «normale» Solidarität entwickelt, sie kommt aber auch im vorliegenden Zusammenhang zum Tragen.

<sup>564</sup> OFTINGER, S. 347. Anders BRUNNER, Nr. 347. Er gewährt dem benachteiligten Solidarschuldner keinen eigenen Anspruch (vgl. immerhin Anm. 633: evtl. Bereicherungsanspruch), sondern sieht die Lösung darin, «den Ersatzanspruch des Gläubigers gegen den (nicht privilegierten) Zweitschädiger von Anfang an und schon im Aussen-

Schadenersatzansprüche mit der Forderung des Gläubigers zur Verrechnung bringen. Im Ergebnis muss sich also der Gläubiger eine Verkürzung seines Anspruchs gegen die benachteiligten Solidarschuldner gefallen lassen<sup>565,566</sup>.

- 499 Art. 149 Abs. 2 OR gibt nicht im einzelnen an, wann von einer einseitigen Besserstellung eines Solidarschuldners zu Lasten der anderen Solidarschuldner gesprochen werden kann. Neben dem Schulderrlass wird man den Abschluss eines ungerechtfertigten Vergleichs hier einreihen müssen. Immer muss es sich jedoch um eine einseitige Privilegierung eines Schuldners handeln. Daher findet Art. 149 Abs. 2 OR z.B. dann keine Anwendung, wenn der Gläubiger dem einen Solidarschuldner gegenüber die Verjährung unterbricht, wogegen er gegenüber den andern Solidarschuldnern die Vornahme verjährungsunterbrechender Handlungen fahrlässig versäumt<sup>567,568</sup>.

---

*verhältnis* auf die von diesem zu tragende Haftungsquote» zu begrenzen. Diese Auffassung führt dort nicht zum Ziele, wo ein Anspruch seiner Natur nach nicht reduzierbar ist, wie dies für den Nachbesserungsanspruch zutrifft. Wenn daher der Bauherr den Architekten privilegiert hat und nun vom Unternehmer Nachbesserung verlangt, so kann dieser die Nachbesserung nicht auf die von ihm «zu tragende Haftungsquote» begrenzen. Er kann nur entweder nachbessern oder nicht nachbessern. Richtigerweise ist dem Besteller der Nachbesserungsanspruch zu gewähren, jedoch nur gegen Beteiligung an den Nachbesserungskosten. Dem Unternehmer ist ein entsprechender Anspruch zuzugestehen.

<sup>565</sup> Die herrschende Lehre interpretiert freilich Art. 149 Abs. 2 OR anders. Er betreffe nur die durch Subrogation nach Art. 149 Abs. 1 OR erworbene Forderung, nicht auch die «originäre» Regressforderung aus Art. 148 OR. Durch einen Schulderrlass werde zwar ein Regress nach Art. 149 Abs. 1 OR ausgeschlossen, weil eine dem Gläubiger nicht mehr zustehende Forderung nicht auf den zahlenden Schuldner übergehen könne (VON TUHR/ESCHER, S. 318; OFTINGER, S. 347). Hingegen bleibe das Regressrecht nach Art. 148 OR bestehen (VON TUHR/ESCHER, S. 313, Text und Anm. 124, mit Hinweis auf BGE 33 II 147 und ZR 1940, S. 3, S. 310 Anm. 92, S. 318 Anm. 163, unter Berufung auf die «Historie» der Bestimmung; OSER/SCHÖNENBERGER, N 5 zu Art. 149 OR; BECKER, N 6 und 11 zu Art. 149 OR). Ähnlich wie im Text jedoch V. ROSSEL, *Manuel du droit fédéral des obligations*, Band I, Lausanne/Genève 1920, Nr. 305, und ZBJV 1929, S. 268. OFTINGER, S. 346 f., ist offenbar der Meinung, es gebe nur *einen* Regressanspruch, denjenigen aus Subrogation, der mit dem Anspruch des Gläubigers identisch ist. Konsequenterweise nimmt er an, dass mit dem Schulderrlass die Regressmöglichkeit entfällt. BGE 60 II 226 bejaht ein Regressrecht in einem Fall, da der Gläubiger mit einem der Solidarschuldner einen Vergleich geschlossen hatte.

<sup>566</sup> Soweit die Benachteiligung dadurch geschieht, dass einem Solidarschuldner die Schuld erlassen wird, hat der Erlass zur Folge, dass die übrigen Solidarschuldner insoweit befreit werden, als sie gegen jenen Regress hätten.

<sup>567</sup> Unklar GAUCH, *Werkvertrag*, Nr. 2039.

## B. Regress des Unternehmers auf den Architekten

- 500 1. Im folgenden wird der Regress des Unternehmers auf den Architekten nicht generell untersucht. Vielmehr erfolgt eine Beschränkung auf den Fall, da der Unternehmer nachgebessert hat und nun vom Architekten die Nachbesserungskosten ganz oder teilweise ersetzt haben will.
- 501 Ob ein Regressrecht in diesem Sinne besteht, beurteilt sich – wie gesagt – nach Art. 50 OR (i.V.m. Art. 51 OR). Massgebend ist also das Ermessen des Richters. «Wo das Gesetz den Richter auf sein Ermessen ... verweist, hat er seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen» (Art. 4 ZGB; BGE 93 II 353 E. 6). Was Recht und Billigkeit gebieten, kann nur im Einzelfall gesagt werden. Immer ist es jedoch recht und billig, dem *Verschulden* der Beteiligten eine zentrale Bedeutung beizumessen.
- 502 Im vorliegenden Zusammenhang wird ein Verschulden auf Seiten des Architekten vorausgesetzt, denn nur dann ist er dem Bauherrn haftbar (Nr. 471) und nur dann kann sich überhaupt die Regressfrage stellen. Demgegenüber ist die Pflicht des Unternehmers, nachzubessern, verschuldensunabhängig. Trifft den Unternehmer im Einzelfall kein Verschulden, so wird es sich im allgemeinen rechtfertigen, den Architekten den Grossteil der Nachbesserungskosten tragen zu lassen oder ihm gar die ganzen Kosten zu überbinden. Neben dem Verschulden spielen freilich noch andere Momente eine Rolle, so etwa Fremdeinflüsse (z.B. atmosphärischer Natur), die zum Mangel beigetragen haben. Solche Einflüsse gehen zu Lasten des Unternehmers und verringern seinen Regressanteil.
- 503 Beispiel: Ein Architekt verletzt seine Überwachungspflicht und merkt daher nicht, dass Unternehmer A das bereits fertige, jedoch noch nicht abgelieferte Werk des Unternehmers B (z.B. den Dachstock) beschädigt. Wenn Unternehmer B die Beschädigungsschuldlos nicht feststellt und daher ein mangelhaftes Werk abgeliefert, so ist er zwar dem Besteller gegenüber voll gewährleistungspflichtig (vgl. Nr. 465) und muss auf Wunsch des Bauherrn nachbessern. Die Kosten aber kann er ganz oder teilweise auf den Architekten abwälzen.
- 504 2. Das Verschulden des Architekten, das für die Haftung gegenüber dem Bauherrn vorausgesetzt ist, ist diesem regelmässig nach Art. 369 OR i.V.m. Art. 101 OR zurechenbar und führt daher zu einer Beschränkung der Mängelhaftung des Unternehmers. Wo dies zutrifft, ist der Unternehmer nur gegen Kostenbeteiligung des Bauherrn zur Nachbesserung verpflichtet (Nr. 312). Soweit der Unternehmer die Nachbesserungskosten vom Besteller ersetzt bekommt, ist selbstverständlich ein Regress auf den Architekten ausgeschlossen. Soweit

---

<sup>568</sup> Handelt es sich um echte Solidarität, wirkt allerdings die Unterbrechung gegenüber allen Solidarschuldnern (Art. 136 Abs. 1 OR). Bei unechter Solidarität wirkt die Unterbrechung nur gegenüber dem Schuldner, dem gegenüber unterbrochen wurde; vorbehalten sind gesetzliche Sonderbestimmungen, wie z.B. Art. 83 Abs. 2 SVG.

ein solcher Ersatz aber nicht stattfindet, ist die Regressmöglichkeit – nach Ermessen des Richters – zu bejahen. Zwei Punkte sind hervorzuheben:

- 505 – Der Unternehmer ist berechtigt, nicht jedoch verpflichtet, die Nachbesserung von einer Kostenbeteiligung des Bestellers abhängig zu machen. Nimmt er die Nachbesserung ohne Kostenbeteiligung vor, so bleibt es ihm unbenommen, nachträglich den Bauherrn zu belangen. Stattdessen kann er aber auch auf den Architekten regressieren (vgl. analog BGE 119 II 127 ff.<sup>569</sup>). Im Umfang der Regressleistung wird der Architekt von seiner Schadenersatzpflicht gegenüber dem Bauherrn befreit.
- 506 – Hat der Unternehmer vom Bauherrn den geschuldeten Kostenersatz erhalten, so schliesst dies einen Regress nach GAUCH<sup>570</sup> in jedem Fall aus. Denn der Regressanspruch könne nicht grösser sein als der Anspruch auf Kostenbeteiligung gegenüber dem Besteller. Das trifft m.E. nicht zu. Regress- und Haftungsverhältnis sind prinzipiell unabhängig voneinander und unterliegen auch je eigenen Bemessungskriterien. So können beispielsweise die finanziellen Verhältnisse (vgl. Art. 44 Abs. 2 OR) der Beteiligten im Haftungsverhältnis eine andere Rolle spielen als im Regressverhältnis. Immerhin dürfte es zutreffen, dass im Normalfall ein Regress nicht mehr in Frage kommt, wenn der Unternehmer vom Bauherrn den von diesem geschuldeten Kostenersatz erlangt hat.
- 507 **3.** Wenn der Bauherr dem Architekten seine Schuld erlässt und in der Folge vom Unternehmer Nachbesserung verlangt, so ist dieser verpflichtet, die Nachbesserung vorzunehmen, ohne dass er in der Folge auf den Architekten regressieren könnte. Denn den Architekten, der im Aussenverhältnis von seiner Schuld befreit ist, trifft keine Regresspflicht. Dies gemäss der Regel, dass der Regress nicht zu einer Verschlechterung der Rechtsstellung des Haftpflichtigen führen darf (Nr. 497). Andererseits gilt der Satz, dass der Besteller dem Unternehmer nicht die gesetzlichen Regressmöglichkeiten abschneiden darf (Nr. 497). Tut er dies, so wird er dem Unternehmer im Umfang der entzogenen Regressmöglichkeit schadenersatzpflichtig (Art. 149 Abs. 2 OR; Nr. 498<sup>571</sup>). Der

<sup>569</sup> Ebenso ALFRED KOLLER, AJP 1994, S. 791 ff.; a.A. PETER GAUCH, BR 1994, S. 104 ff.

<sup>570</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2033. Ähnlich, wenn auch weniger weit gehend, SCHUMACHER, Architektenhaftung, Nr. 727.

<sup>571</sup> Im Ergebnis ebenso ein Teil der deutschen Lehre, zit. bei GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2036. GAUCH selbst schliesst sich dieser Lehrauffassung an, ohne sich auf Art. 149 Abs. 2 OR zu berufen. Hingegen zieht er Art. 147 Abs. 2 OR heran, welcher allerdings im vorliegenden Zusammenhang kaum eine Rolle spielen dürfte. – Anders BGHZ 43, 227 ff. (dazu GERHARD FROTZ, Zur Ausgleichspflicht zwischen Architekt und Bauunternehmer, NJW 1965, S. 1257 ff.) und 58, 216.

Unternehmer kann m.E. Sicherstellung der Schadenersatzforderung verlangen (vgl. analog oben Nr. 339).

### **C. Regress des Architekten auf den Unternehmer**

- 508 1. Wie gesagt, dürfte ein Regress des Unternehmers auf den Architekten selten sein, weil das Verschulden des Architekten regelmässig zu einer Beschränkung der Mängelhaftung des Unternehmers führt und daher für einen Regress des Unternehmers nur mehr beschränkt Raum bleibt (Nr. 504). Umgekehrt trifft dies nicht: Das Verhalten des Unternehmers, mag es auch schuldhaft sein, bewirkt keine Reduktion der Haftung des Architekten, weil es dem Bauherrn nicht nach Art. 101 OR zurechenbar ist. Im allgemeinen haftet daher der Architekt für den ganzen Schaden; entsprechend häufig stellt sich die Regressfrage. Diese beantwortet sich wiederum nach Art. 50 OR (i.V.m. Art. 51 OR). Das in Nr. 501 ff. Gesagte gilt hier entsprechend.
- 509 2. Eine allfällige Regressforderung des Architekten gegenüber dem Unternehmer geht immer auf finanziellen Ausgleich, und zwar auch dann, wenn der Besteller sein Nachbesserungsrecht bereits geltend gemacht hat. Der Unternehmer muss sich diesfalls gefallen lassen, dass seine Nachbesserungsschuld in eine Geldschuld umgewandelt wird<sup>572</sup>. Damit darf jedoch keine *finanzielle* Benachteiligung verbunden sein, getreu dem Grundsatz, dass der Regress die Position eines Solidarschuldners nicht verschlechtern darf. Das bedeutet, dass sich der Regress an den Nachbesserungskosten zu orientieren hat, d.h. an den Kosten, welche der Unternehmer für die Nachbesserung hätte aufwenden müssen, und nicht an den regelmässig höheren Kosten, welche im Falle der Mängelbeseitigung durch einen Dritten entstehen. Hat der Architekt diese höheren Kosten ersetzt, wozu er grundsätzlich verpflichtet ist (Nr. 473), so stellt sich die Frage, ob er den besagten Regressnachteil auf den Besteller überwälzen kann. Im allgemeinen wird man dies verneinen müssen, weil es dem Bauherrn bis zur Befriedigung freistehen muss, welchen Anspruch er durchsetzt. Auch unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderung ist er im allgemeinen nicht gehalten, sich für die Nachbesserung zu entscheiden. Dem freien Wahlrecht des Bestellers setzen jedoch Treu und Glauben Schranken (oben Nr. 488).

### **III. (Mit-)Verursachung eines Mangels durch einen Vorunternehmer**

- 510 Die Errichtung eines Bauwerkes, jedenfalls einer Baute, besteht fast immer aus einer Vielzahl nacheinander auszuführender und aufeinander bezogener Bauleistungen. Dabei besteht die Gefahr, dass die einzelnen Bauleistungen ungenügend aufeinander abgestimmt sind und daraus Mängel resultieren. Im folgenden interessiert der Fall, da das Werk eines Nachunternehmers (Nr. 458)

---

<sup>572</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2034.

einen Mangel aufweist, der durch einen Vorunternehmer (Nr. 458) (mit-)verursacht ist, sei es, dass das Werk des Vorunternehmers nicht geeignet war, das Nachunternehmerwerk «aufzunehmen» (beispielsweise wird das ordnungsgemäss hergestellte Dach von den zu schwachen Grundmauern nicht getragen<sup>573</sup>), sei es, dass das Vorunternehmerwerk an sich durchaus geeignet war, das Nachunternehmerwerk «aufzunehmen», jedoch der Vorunternehmer die richtige Ausführung der Anschlussleistung durch Fehlinformationen verhindert hat. Bei derartigen Sachverhalten stellt sich vorab die Frage, ob der Nachunternehmer von seiner Mängelhaftung und insbesondere der Nachbesserungspflicht ganz oder teilweise entlastet wird (dazu 1.). Sodann fragt sich im Verhältnis des Bestellers zum Vorunternehmer, inwieweit dieser für den Mangel des vom Nachunternehmer erstellten Werks einzustehen hat (dazu 2.). Schliesslich stellt sich im Verhältnis zwischen Vor- und Nachunternehmer die Regressfrage, falls einer der beiden den Bauherrn befriedigt hat (dazu 3.).

### **1. Wegfall oder Einschränkung der Gewährleistungspflicht des Nachunternehmers?**

- 511 1. Das Gesetz regelt die im Titel aufgeworfene Frage nicht ausdrücklich. In der Lehre wird sie richtigerweise nach den Grundsätzen über den Wegfall bzw. die Einschränkung der Mängelhaftung infolge Selbst- bzw. Mitverschuldens des Bestellers beantwortet (Art. 369 OR). Diese Grundsätze (Nr. 40 ff.) seien pro memoria kurz wiederholt.
- 512 Die Mängelhaftung entfällt gänzlich, wenn den Besteller ein Selbstverschulden i.S. von Art. 369 OR trifft. Das Selbstverschulden ist nicht im technischen Sinne zu verstehen. Es genügt vielmehr, dass der zur Diskussion stehende Mangel seine Ursache in der Risikosphäre des Bestellers hat. Passender ist daher der Ausdruck Selbstverantwortlichkeit des Bestellers (so die Ausdrucksweise der Marginalie zu Art. 369 OR). Im einzelnen setzt ein Selbstverschulden zweierlei voraus: Einmal muss der Bauherr eine Mängelursache gesetzt haben, namentlich indem er untauglichen Baugrund oder Werkstoff zur Verfügung gestellt oder unzutreffende Weisungen erteilt hat. Zum andern ist vorausgesetzt, dass der Unternehmer seiner Abmahnungspflicht, soweit eine solche besteht, nachgekommen ist. Hat der Unternehmer pflichtwidrig nicht abgemahnt und dadurch zur Mängelentstehung beigetragen<sup>574</sup>, so liegt ein blosses Mitverschulden des Bestellers vor. Die Mängelhaftung entfällt dann nicht gänzlich, wird aber immerhin beschränkt.

<sup>573</sup> Beispiel von MOOS, NJW 1961, S. 157; vgl. ferner ZWR 1991, S. 250 ff.

<sup>574</sup> Eine Unterlassung kann im eigentlichen Sinne nicht kausal sein. Rechtlich gesehen, gilt eine Unterlassung als Ursache, wenn eine Pflicht zu handeln bestand (vgl. vorne Nr. 49).

- 513 2. Ein Teil der Lehre rechnet das Werk eines Vorunternehmers zu dem vom Bauherrn angewiesenen Baugrund<sup>575</sup>. Andere betrachten es als vom Bauherrn zur Verfügung gestellten Werkstoff<sup>576</sup>. Beide Auffassungen aber führen zum gleichen Resultat: Das Werk eines Vorunternehmers ist der Risikosphäre des Bauherrn zuzurechnen<sup>577</sup>. Ist es für die Anschlussleistung des Nachunternehmers nicht oder nur beschränkt tauglich und resultiert daraus ein Mangel im Werk des Nachunternehmers, so ist dieser von seiner Mängelhaftung ganz oder teilweise befreit<sup>578</sup>. Ob das eine oder das andere zutrifft, entscheidet sich danach, ob der Nachunternehmer die Fehlerhaftigkeit des Vorunternehmerwerks erkennen musste oder nicht.
- 514 Meist werden Fehler eines Vorunternehmerwerks nur bei entsprechender Prüfung erkennbar sein. Es stellt sich daher die Frage, ob den Nachunternehmer hinsichtlich des Werks eines Vorunternehmers eine Prüfungspflicht trifft. Das ist im allgemeinen zu bejahen: «Der Unternehmer muss die bauseitigen Vorgaben prüfen, die sich je nach Umfang seiner zu erbringenden Bauleistung bestimmen. Grundsätzlich eingeschlossen sind die Arbeiten seiner Vorunternehmer»<sup>579</sup>, dies freilich nur insoweit, als sie die «sachlich-technische Grundlage»<sup>580</sup> für seine Anschlussleistung bilden. So hat beispielsweise ein Maler den frisch erstellten Fassadenverputz des Vorunternehmers zu prüfen, bevor er seinerseits die Fassade zu streichen beginnt<sup>581</sup>. Vorbehalten sind abweichende Vereinbarungen, ferner auch der Fall, da der Unternehmer unter den gegebenen Umständen annehmen darf, der Bauherr habe die Prüfung der Vorleistung sachverständig unternommen<sup>582</sup>. Vgl. neustens BGE 119 II 130.
- 515 3. Soweit die Mängelhaftung des Nachunternehmers im Sinne der vorstehenden Ausführungen ganz oder teilweise entfällt, braucht hierfür einzig Art. 369

<sup>575</sup> So RAINER SCHUMACHER, Das Risiko beim Bauen, ausgewählte Risiken, 1. Teil: Untergang und Beschädigung des Werkes, in Seminar für Schweizerisches Baurecht (Hrsg.), Baurechtstagung 1983, Bd. 1, Freiburg 1983, S. 64.

<sup>576</sup> Vgl. KURSCHER, S. 20, für das österreichische Recht.

<sup>577</sup> So neustens auch SCHERRER, Nr. 379, der das Vorunternehmerwerk weder als Baugrund noch als Werkstoff betrachtet, es aber rechtlich wie Baugrund bzw. Werkstoff behandelt. Im gleichen Sinne auch schon GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1459, ferner KOLLER JO, S. 99.

<sup>578</sup> Analog für das österreichische Recht – neben KURSCHER (s. Anm. 576) – JBI 1973, S. 151, SZ 52/15, v.a. auch WBI 1987, S. 219. Das gleiche Prinzip wird auch in Deutschland vertreten: vgl. die Nachweise bei SCHERRER, S. 130 Anm. 37.

<sup>579</sup> SCHERRER, Nr. 213.

<sup>580</sup> HEIERMANN/RIEDL/RUSAM, N 34 zu § 4 VOB/B.

<sup>581</sup> Beispiel nach SCHERRER, S. 70 Anm. 226 (weiteres Beispiel in Anm. 228).

<sup>582</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1461.

OR herangezogen zu werden. Unnötig ist es, auch auf Art. 101 OR zurückzugreifen. Diese Bestimmung ist unbeachtlich, weil in der ganzen Argumentation nicht darauf abgestellt wird, ob der Bauherr den Vorunternehmer als Hilfsperson einsetzt, sondern einfach darauf, dass das (fehlerhafte) Werk des Vorunternehmers als vom Bauherrn angewiesener Baugrund bzw. von ihm zur Verfügung gestellter Werkstoff zu betrachten ist.

- 516 Anders verhält es sich dort, wo das Vorunternehmerwerk an sich durchaus geeignet ist, das Nachunternehmerwerk «aufzunehmen», jedoch der Vorunternehmer unzutreffende Auskünfte oder Weisungen erteilt und diese zu einem Mangel im Nachunternehmerwerk führen (der Maurer teilt beispielsweise dem Maler mit, die Mauer sei nach x Tagen für eine Bemalung genügend ausgetrocknet; die nach x Tagen erfolgte Bemalung erweist sich als nicht haltbar, weil die Mauer in Wirklichkeit erst nach x und 10 Tagen ausgetrocknet war)<sup>583</sup>. Hier muss sich der Bauherr eine Einschränkung oder gar einen Wegfall der Mängelrechte gegenüber dem Nachunternehmer nur dann gefallen lassen, wenn ihm das Verhalten des Vorunternehmers nach Art. 101 OR zurechenbar ist. Im allgemeinen wird man dies wohl verneinen müssen<sup>584,585</sup>. Das Risiko falscher Auskünfte durch einen Vorunternehmer sollte nicht dem Bauherrn angelastet werden, weil es grundsätzlich nicht ihm obliegt, den Nachunternehmer über die Eigenschaften des Vorunternehmerwerks zu informieren, sondern es vielmehr zu den Aufgaben des Nachunternehmers gehört, sich selbst die nötigen Auskünfte zu verschaffen<sup>586</sup>.
- 517 Unabhängig davon, ob man eine Zurechnung nach Art. 101 OR bejaht oder nicht, haftet der Vorunternehmer dem Bauherrn gegenüber für falsche Auskünfte, die er dem Nachunternehmer erteilt. Denn der Vorunternehmer ist im Sinne einer Nebenpflicht gehalten, keine Auskünfte zu erteilen, die den vom Bauherrn angestrebten Erfolg (mangelfreies Nachunternehmerwerk) vereiteln

<sup>583</sup> Hat der Bauherr selbst falsche Auskünfte erteilt, ist ihm dies ohne weiteres als Mit- oder Selbstverschulden anrechenbar. Dasselbe gilt dann, wenn der Bauherr durch fehlerhafte Koordination der Bauleistungen bewirkt hat, dass das an sich taugliche Werk eines Vorunternehmers die Eignung, das Nachunternehmerwerk «aufzunehmen», verliert. Beispiel (nach GAUCH, ZBJV 1982, S. 69): Aufgrund ungenügender Koordination wird ein Betonüberzug zu spät auf dem Betonboden des Vorunternehmers aufgetragen, weshalb der Überzug nicht die erforderliche Haftfestigkeit erreicht.

<sup>584</sup> SCHERRER, Nr. 118 ff., 378 f., mit weiteren Hinweisen, auch auf den (kontroversen) Meinungsstand in Deutschland.

<sup>585</sup> Ganz anders SCHUMACHER (zit. in Anm. 575), S. 65, welcher die Meinung vertritt, nicht nur das Verhalten eines Vorunternehmers sei dem Bauherrn zuzurechnen, sondern das Verhalten beliebiger Nebenunternehmer. Man könne «alle Schäden, welche von Nebenunternehmern verursacht werden, also auch Schäden, welche während der Bauarbeiten des Unternehmers oder nach deren Abschluss bewirkt werden, dem Gefahrenbereich des Bauherrn» zuordnen.

<sup>586</sup> Die Frage bedarf allerdings genauerer Prüfung.

könnten. Eine schuldhafte Verletzung dieser Pflicht zeitigt Haftungsfolgen. Zudem kann sie sich in einer Regresspflicht gegenüber dem Nachunternehmer auswirken (Art. 51 OR, unten Nr. 524 und analog oben Nr. 465, 503 betr. eine verwandte Problematik [ungenügende Überwachung durch Architekten]).

## 2. Die Haftung des Vorunternehmers gegenüber dem Bauherrn

Im folgenden interessiert die Haftung des Vorunternehmers gegenüber dem Bauherrn nicht generell, sondern nur insoweit, als der Vorunternehmer einen Mangel des vom Nachunternehmer gelieferten Werks (mit-)verursacht hat.

- 518 1. Wer ein Werk zu erstellen hat, das einem bestimmten – vom Besteller kundgegebenen – Zweck dienen soll, hat das Werk auf diesen Zweck auszurichten<sup>587</sup>. Wenn also das *Werk des Vorunternehmer nicht geeignet ist, das Werk des Nachunternehmers «aufzunehmen»*, so ist es im allgemeinen mangelhaft. Der Vorunternehmer unterliegt daher der *Mängelhaftung*. Diese bezieht sich aber nur auf sein eigenes Werk, nicht auch auf dasjenige des Nachunternehmers. Das gilt insbesondere auch für das Nachbesserungsrecht. Daher ist der Vorunternehmer nicht zur Nachbesserung des Nachunternehmerwerks verpflichtet. Doch ist zweierlei zu beachten:
- 519 – Der Schaden, den der Besteller aus der Mangelhaftigkeit des Nachunternehmerwerks erleidet, ist – bezogen auf das Werk des Vorunternehmers – ein *Mangelfolgeschaden*<sup>588</sup>. Ist der Vorunternehmer zum Ersatz dieses Schadens verpflichtet, so kann der Besteller jene Kosten ersetzt verlangen, die ihm entstehen, wenn er den Mangel am Nachunternehmerwerk durch einen Dritten beseitigen lässt. Theoretisch besteht auch die Möglichkeit, dass der Richter dem Bauherrn Realersatz zuspricht, d.h. den Vorunternehmer zur Beseitigung der Mängel am Werk des Nachunternehmers verpflichtet (Art. 43 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR). In der Praxis spielt derartige Realersatz freilich eine geringe Rolle.
- 520 Haftungsgrundlage sind die Art. 367 ff. OR. Es müssen somit die allgemeinen Gewährleistungsvoraussetzungen erfüllt sein (Nr. 21 ff.). Zudem muss der Vorunternehmer den Mangel seines Werks verschuldet haben (Art. 368 OR). Er haftet also nur, wenn er hätte erkennen müssen, dass sich sein Werk für die Anschlussleistung des Nachunternehmers nicht eignet<sup>589</sup>.
- 521 – Die Nachbesserungsschuld des Vorunternehmers beschränkt sich nach allgemeiner Regel (Nr. 112) nicht notwendig auf die unmittelbare Mängelbeseitigung. Sie kann vielmehr auch Vorbereitungs- und Wiederinstandstellungsar-

<sup>587</sup> KURSCHEL, S. 16.

<sup>588</sup> SCHERRER, Nr. 382.

<sup>589</sup> SCHERRER, Nr. 383.

beiten umfassen. Das kann im Einzelfall dazu führen, dass der Vorunternehmer nicht nur die Mängel am eigenen Werk zu beseitigen hat, sondern auch diejenigen am Werk des Nachunternehmers. Die entsprechenden Kosten gehen als sog. Begleitkosten (Nr. 112) zu Lasten des Vorunternehmers. Dieser kann jedoch unter Umständen auf den Nachunternehmer regressieren (vgl. unten Nr. 524 f.).

- 522 2. Beruht der Mangel im Nachunternehmerwerk darauf, dass der Vorunternehmer dem Nachunternehmer *falsche Auskünfte über das von ihm erstellte Werk erteilt hat* (oben Nr. 516), so greifen die Gewährleistungsregeln nicht Platz. Das schliesst nicht aus, dass der Vorunternehmer dem Bauherrn gegenüber schadenersatzpflichtig ist. Die Art. 367 ff. OR scheiden freilich als Haftungsgrundlage aus. Mögliche Anspruchsgrundlage bildet jedoch *Art. 97 OR*<sup>590</sup>.
- 523 3. Das oben in Nr. 475 für das Verhältnis Architekt/Unternehmer Gesagte gilt entsprechend auch hier: Ist der Nachunternehmer für den Mangel seines Werks gewährleistungspflichtig, obwohl der Vorunternehmer zum Mangel beigetragen hat, und ist gleichzeitig der Vorunternehmer im vorstehend umschriebenen Sinne haftbar, so besteht *Anspruchskonkurrenz*. Vor- und Nachunternehmer haften solidarisch. Zu Inhalt und Modalitäten dieser Solidarität vgl. oben Nr. 477 ff.

### 3. Die Frage des Rückgriffs

- 524 Der Regress richtet sich nach Art. 51 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 50 OR. Die Regressfrage stellt sich daher nur dann, wenn sowohl der Vor- als auch der Nachunternehmer dem Bauherrn haftbar sind und einer der beiden den Bauherrn befriedigt. S. im einzelnen oben Nr. 493 ff. betr. den Rückgriff zwischen Architekt und Unternehmer; die dortigen Ausführungen gelten *mutatis mutandis* auch hier.
- 525 Indem der eine Solidarschuldner seine Schuld erfüllt, erfüllt er notwendig auch die Schuld des andern. Darin einen Akt der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) zu sehen, ginge nicht an. Das gilt generell, speziell auch dort, wo der Vorunternehmer im Zuge der Nachbesserung die Mängel des Nachunternehmerwerks zu beseitigen hat<sup>591</sup>. Die Art. 419 ff. OR finden keine Anwendung, weil es am Fremdgeschäftsführungswillen fehlt. Wollte man davon ausgehen, dass der Tatbestand der Art. 419 ff. OR an sich erfüllt ist, so müssten diese Bestimmungen vor Art. 51 OR i.V.m. Art. 50 OR zurücktreten (*lex specialis derogat legi generali*).

<sup>590</sup> Der Vorunternehmer ist – wie gesagt – im Sinne einer Nebenpflicht gehalten, keine Auskünfte zu erteilen, die den vom Bauherrn angestrebten Erfolg (mängelfreies Werk) vereiteln könnten. Eine schuldhaftes Verletzung dieser Pflicht zeitigt Haftungsfolgen.

<sup>591</sup> SCHERRER, Nr. 406 f.

#### **IV. (Mit-)Verursachung eines Mangels durch einen Subunternehmer**

- 526 Im folgenden interessiert der Fall, da ein Subunternehmer einen Mangel im Werk des Hauptunternehmers (mit-)verursacht. Alsdann stellen sich die drei Fragen, wie sie oben in Nr. 455 formuliert wurden: 1. Ist die Gewährleistungspflicht des Hauptunternehmers beschränkt? 2. Kann der Bauherr allenfalls (auch) den Subunternehmer belangen? 3. Wer haftet letztlich für den Schaden: der Subunternehmer oder der Hauptunternehmer?

##### **1. Einschränkung der Gewährleistungspflicht des Hauptunternehmers?**

- 527 Subunternehmer sind – wie gesagt – Unternehmer, welche von einem anderen Unternehmer (Hauptunternehmer) zur Werkerstellung in eigenem Namen beigezogen werden. Ein Vertragsverhältnis zum Bauherrn besteht nicht. Der Bauherr muss sich ihr Verhalten unter keinem Gesichtspunkt zurechnen lassen, weder nach Art. 101 OR noch nach Art. 369 OR. Das bedeutet, dass Mängel des von einem Subunternehmer erstellten Werks zum vornherein keine Entlastung des Hauptunternehmers bewirken. Im Gegenteil: Liefert der Hauptunternehmer das Werk eines Subunternehmers ab, so macht er damit dieses zum eigenen Werk. Er hat daher für Mängel desselben einzustehen, wie wenn er es selbst erstellt hätte. Für Mangelfolgeschaden haftet er unter den Voraussetzungen von Art. 101 OR, da Subunternehmer zu seinen Hilfspersonen i.S. dieser Bestimmung zählen.

##### **2. Haftung des Subunternehmers gegenüber dem Bauherrn**

- 528 Den Subunternehmer trifft dem Bauherrn gegenüber keine Haftung, wenn das von ihm erstellte Werk Mängel aufweist. Jedenfalls fällt eine vertragliche Haftung ausser Betracht, da es – wie eben gesehen – an einem Vertragsverhältnis zwischen Bauherr und Subunternehmer fehlt. Nicht zur Diskussion steht hier die Haftung für Begleitschäden (Nr. 7). Insoweit ist eine Haftung des Subunternehmers ohne weiteres denkbar.
- 529 Beispiel: A beauftragt den X, seine Wohnung neu zu malen. X beauftragt seinerseits den Y. Unterlässt es dieser, den Boden genügend abzudecken, so dass Farbspritzer darauf fallen, so hat Y dem A für dessen Schaden (Reinigungskosten) nach Art. 41 OR aufzukommen. Hingegen kann A den Y nicht belangen, wenn dieser die Wände mangelhaft bestreicht (es zeigt sich z.B. «Schattenbildung»). Für derartige Werkmängel hat ausschliesslich X einzustehen, und zwar nach Art. 367 ff. OR.

##### **3. Die Frage des Rückgriffs**

- 530 1. Zwischen dem Hauptunternehmer und dem Subunternehmer besteht voraussetzungsgemäss ein Werkvertrag. Stellt der Subunternehmer ein mangelhaftes Werk her, so wird er dem Hauptunternehmer (der im Verhältnis zum Subunternehmer

Besteller ist) gewährleistungspflichtig (Art. 368 OR). Verlangt nun beispielsweise der Bauherr vom Hauptunternehmer die Beseitigung eines vom Subunternehmer verursachten Mangels, so kann der Hauptunternehmer seinerseits vom Subunternehmer die Mängelbeseitigung verlangen. Stattdessen kann er aber auch die Mängel selbst beseitigen und gegenüber dem Subunternehmer die Minderung erklären (Wandelung fällt normalerweise ausser Betracht, Art. 368 Abs. 3 OR).

- 531 **2.** Ein Regress des Subunternehmers auf den Hauptunternehmer ist bei dem hier interessierenden Sachverhalt naturgemäss ausgeschlossen.