

<b>Zeitschrift:</b>	Schweizerische Bauzeitung
<b>Herausgeber:</b>	Verlags-AG der akademischen technischen Vereine
<b>Band:</b>	92 (1974)
<b>Heft:</b>	9: Werkvertrag (Fortsetzung)
 <b>Artikel:</b>	Der Unternehmer im Werkvertrag und seine Haftung für Mängel des Werkes
<b>Autor:</b>	Gauch, Peter
<b>DOI:</b>	<a href="https://doi.org/10.5169/seals-72271">https://doi.org/10.5169/seals-72271</a>

### Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 02.02.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

## Der Unternehmer im Werkvertrag und seine Haftung für Mängel des Werkes

Ein systematischer Grundriss von Prof. Dr. Peter Gauch, Fribourg

DK 347.454:347.56

*Fortsetzung von Heft 8/1974, S. 153–161*

### III. Von der Mängelhaftung des Unternehmers im besonderen

#### 1. Einleitung

- <sup>73</sup> Die Haftung des Unternehmers für Mängel des Werkes ist ein wichtiger Bestandteil des Werkvertragsrechtes. Geordnet wird sie in den Artikeln 367–371 OR, unter dem Titel: «Haftung für Mängel».
- <sup>74</sup> Diese Mängelhaftung des Unternehmers hat ihr Gegenstück in der Haftung des Verkäufers für Sachmängel der Kaufsache (Art. 197 ff. OR) und wird wie jene vielfach (wenn auch ungenau) als Gewährleistung bezeichnet. Sie besagt, dass der Unternehmer für Mängel des Werkes einzustehen hat; und zwar in dem Sinne, dass die Mängelhaftigkeit des abgelieferten Werkes eine Rechtswirkung auslöst, die für den Unternehmer ungünstig, für den Besteller günstig ist. Der Gegenstand dieser Rechtswirkung besteht in einem Bündel von Rechten, welche Art. 368 OR dem Besteller bei Mängelhaftigkeit des Werkes einräumt. Die betreffenden Rechte bezeichne ich als Mängelrechte. Das Gesetz nennt sie auch «Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes» (Art. 371 Abs. 1 OR). Sie treten an die Stelle der auf Herstellung und Ablieferung eines mängelfreien Werkes gerichteten Forderung des Bestellers.
- <sup>75</sup> Die Mängelrechte des Bestellers bilden gewissermassen die Mängelhaftung vom Besteller aus betrachtet. Sie knüpfen sich an den Tatbestand des Werkmangels, setzen aber negativ voraus, dass nicht der Besteller den Werkmangel selbst verschuldet hat (Art. 369 OR; dazu Nr. 274 ff.). Sie richten sich gegen den Unternehmer, und nur gegen ihn. Das bedeutet:
- <sup>76</sup> Hat der Unternehmer (z.B. ein Generalunternehmer) die Ausführung des Werkes ganz oder teilweise an Unterakkordanten vergeben (Nr. 20), so ändert dies nichts an seiner Mängelhaftung (vgl. BGE 94 II 166). Er, und nur er, haftet seinem Besteller für die Mängel des Werkes, auch wenn die Mängel einen Werkteil beschlagen, den ein Unterakkordant hergestellt hat (vgl. auch SIA-Norm 118, Art. 3 Abs. 6). Der Unterakkordant hat für Mängel seines

Werkes zum vornehmerein einzig gegenüber dem Unternehmer einzustehen, der ihn verpflichtet hat, nicht gegenüber dem Besteller, dem der Unternehmer allein verpflichtet ist (Nr. 20). Diesem Besteller gegenüber könnte den Unterakkordanten höchstens eine ausservertragliche Schadenersatzpflicht aus unerlaubter Handlung treffen (Art. 41 ff. OR).

- <sup>77</sup> Im folgenden trete ich auf die umschriebene Mängelhaftung im einzelnen ein. Ich spreche: 2. vom Werkmangel, 3. von den Erscheinungsformen des Werkmangels, 4. von den Mängelrechten des Bestellers im allgemeinen, 5. von den Mängelrechten im einzelnen, 6. vom Wegfall der Mängelhaftung bei Selbstverschulden des Bestellers, 7. von der Verwirkung der Mängelrechte durch Genehmigung des Werkes, 8. von der Verwirkung nur des Wandlungsrechtes und 9. von der Verjährung der Mängelrechte.

#### 2. Vom Werkmangel

- <sup>78</sup> Der Werkmangel bildet den Grund der Mängelhaftung. Was seine Begriffsbestimmung betrifft, so herrscht in der Literatur einige *Unsicherheit*. Vielfach wird auf den Mängelbegriff des kaufsrechtlichen Gewährleistungsrechtes (Art. 197 ff. OR) verwiesen (vgl. z.B. Oser/Schönenberger, N 2 zu Art. 368 OR), mit dem die werkvertraglichen Regeln über die Mängelhaftung eine grosse Ähnlichkeit aufweisen (BGE 93 II 316: «Les règles sur la garantie pour les défauts en matière de contrat d'entreprise présentent en effet une grande analogie avec celles de la vente»).

- <sup>79</sup> Nachstehend soll eine Umschreibung des Werkmangels gegeben werden. Ich gehe aus von der Feststellung, dass jeder Werkmangel eine Abweichung des Werkes vom Vertrage ist (A.). Dann behandle ich (B.) die in Art. 368 OR enthaltene Unterscheidung zwischen «Mängeln» und «sonstigen Abweichungen» des Werkes vom Vertrag. Und schliesslich grenze ich (C.) den Werkmangel ab gegenüber andern Sachverhalten, die keine Werkmängel sind.

## A. Der Werkmangel: eine Abweichung des Werkes vom Vertrag

- <sup>80</sup> Der Werkmangel, welcher die Mängelhaftung des Unternehmers rechtfertigt, besteht in einer bestimmten Abweichung des Werkes vom Vertrag: *Das Werk weist, obwohl vollendet, diese oder jene Eigenschaft nicht auf, die es nach dem Vertrage haben sollte.* Darin liegt der Grund, weshalb durch die Ablieferung eines mangelhaften Werkes der Vertrag nicht (richtig) erfüllt wird (vgl. BGE 89 II 235 und vorstehend Nr. 71). Bestände der Werkmangel nicht in einer Vertragsabweichung, so würde der Unternehmer, der ein mangelhaftes Werk abliefer, trotz des Werkmanagements richtig erfüllen, was sinnwidrig wäre.  
Besteht der Werkmangel aber in einer Vertragsabweichung, so ist er eine relative «Grösse»:

### a. Die Relativität des Werkmangels

- <sup>81</sup> Der Werkmangel ist eine relative «Grösse», abhängig vom Inhalt des jeweiligen Werkvertrages (so auch Gautschi, N 3 zu Art. 369 OR). Seine Feststellung erfolgt richtigerweise durch Vergleichung zwischen den tatsächlichen Eigenschaften des Werkes und den vertraglich geforderten Eigenschaften (v. Büren, S. 145). Massgeblicher Vergleichspunkt ist stets ein Werk, wie es der Besteller nach dem Inhalt des Vertrages in guten Treuen erwarten darf.  
<sup>82</sup> In guten Treuen erwarten darf der Besteller, dass das Werk, wenn es abgeliefert wird, die vereinbarten und die ohne besondere Vereinbarung (als selbstverständlich) vorausgesetzten Eigenschaften aufweist. Das Fehlen einer vereinbarten oder vorausgesetzten Eigenschaft ist ein Werkmangel.

### b. Das Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft als Werkmangel

- <sup>83</sup> Der Besteller darf, wie gesagt, in guten Treuen erwarten, dass das abgelieferte Werk *die vereinbarten Eigenschaften* aufweist. Zu den vereinbarten Eigenschaften gehören:
- <sup>84</sup> 1. *Die allgemeinen Merkmale* (wie Masse, Form, Ausführung, Farbe), durch die der (ursprüngliche oder nachträglich veränderte) Vertrag das geschuldete Werk in seiner konkreten Eigenart erst bestimmt. Bei Bauten ergeben sich diese allgemeinen Merkmale vielfach aus dem Leistungsverzeichnis. Sieht das Leistungsverzeichnis z.B. einen Feinputz in grauer Farbe vor, wird jedoch ein Feinputz in bräunlicher Farbe verwendet, so ist das Werk mangelhaft (so: Wussow, Die Baumängelhaftung nach der VOB, in NJW 1967, S. 953). Dasselbe gilt: wenn Hauseingangstüren statt vertragsgemäß «aus Eichenholz massiv» nur furniert hergestellt sind (vgl. FFZ, Bd. 5, Nr. 5295); wenn elektrische Leitungen als Stegleitungen ausgeführt sind, obwohl sie laut Vertrag «in Rohr» zu verlegen waren (vgl. FFZ, Bd. 8, Nr. 2131); wenn ein Sportschwimmbecken nicht die vereinbarte Länge aufweist (BGE 93 II 324ff.); wenn bei einem Webstuhl einzelne Teile aus Holz, statt, wie vereinbart, aus Stahl hergestellt sind (vgl. Rep 80, 1947, S. 539).
- <sup>85</sup> 2. *Die besonderen Merkmale*, durch die das allgemein bestimmte Werk näher umschrieben wird und die der Unternehmer vor oder bei Vertragsabschluss *zugesichert* hat. Zugesichert wird etwa: die Undurchlässigkeit eines Daches (BGE 93 II 316) oder einer Schwimmbeckenverkleidung (Rep 101, 1968, S. 101), die Leistungsfähigkeit einer Maschine (vgl. BGE 42 II 632), gutes Funktionieren einer Deckenheizung (Semjud 85, 1963, S. 239), hohe Widerstandsfähigkeit des Werkes, bestimmte Tragfähigkeit einer Brücke, hoher technischer Standard, niedere Betriebskosten, Wartungsfreiheit, geringe Anfälligkeit gegen Störungen, Gebrauchstauglichkeit usw. Fehlt dem Werk eine derart zugesicherte Eigenschaft, so ist es mangelhaft.
- <sup>86</sup> Die *Zusicherung* besteht in einer vertraglich bindenden Erklärung des Unternehmers, dass das Werk, zu dessen Herstellung er sich verpflichtet, dieses oder jenes besondere Merkmal aufweisen wird (das sich nicht schon aus der allgemeinen Werkumschreibung ergibt). So verstanden, bezieht sich die Zusicherung einerseits nicht nur auf die Eigenschaften des zu verwendenden Werkstoffes. Andererseits ist nicht jede vereinbarte Eigenschaft auch eine zugesicherte Eigenschaft, wohl aber umgekehrt.
- <sup>87</sup> Keine Zusicherungen, die den Unternehmer binden, sind die Anpreisung und die Angabe (vgl. dazu Jäggi, in Festschrift Guhl, Zürich 1950, S. 73). Die *Anpreisung* ist ein Werturteil, das so allgemein lautet, dass darin nicht zugleich die Beschreibung einer bestimmten Werkseigenschaft erblickt werden kann (z.B.: «Das Haus wird Ihnen über lange Jahre hin ungetrübte Freude bereiten»). Die *Angabe* ist eine Erklärung, durch welche eine Eigenschaft des Werkes nur als wahrscheinlich, nicht als sicher hingestellt wird (z.B.: «Es besteht alle Aussicht, dass die Maschine völlig wartungsfrei arbeiten wird»).
- <sup>88</sup> Das *Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft ist grundsätzlich immer ein Werkmangel*, auch dann, wenn das Werk technisch einwandfrei erstellt ist (vgl. Wussow, a.a.O.). Ein Mangel liegt selbst dann vor, wenn durch das Fehlen dieser Eigenschaft weder eine Wertverminderung des Werkes noch eine Beeinträchtigung seiner Gebrauchstauglichkeit eintritt (vgl. auch Straub, S. 401). Denn der Besteller darf erwarten, dass das Werk über jene Eigenschaften verfügt, die der Unternehmer versprochen hat. Er hat sich zum Beispiel nicht gefallen zu lassen, dass «in Sichtbeton mit Stahlschalung» geliefert wird, wenn «Sichtbeton mit roher, ungehobelter Schalung» vereinbart war. Doch ist einschränkend auf ein Zweifaches hinzuweisen:
- <sup>89</sup> 1. Vereinbarte Eigenschaften (z.B. Türen «furniert») können im Einzelfall den Sinn von *Minimalanforderungen* haben; namentlich dann, wenn der Preis des Werkes durch Pauschalabrede zum voraus genau bestimmt ist (Art. 373 Abs. 1 OR). Hat die Vereinbarung diesen Sinn, was durch Vertragsauslegung zu ermitteln ist, so leistet der Unternehmer natürlich nicht schon deshalb mangelhaft, weil er besser liefert als vereinbart (z.B. Türen in Edelholz massiv). Der Umstand, wonach das Werk der vereinbarten Minimalanforderung mehr als entspricht, ist – für sich genommen – selbstverständlich kein Werkmangel. Dem Werk fehlt keine vereinbarte Eigenschaft.
- <sup>90</sup> 2. Die Pflicht des Unternehmers, ein Werk mit den vereinbarten Eigenschaften zu liefern, kann *kollidieren mit der Pflicht zur Leistung eines gebrauchstauglichen Werkes* (Nr. 97); derart, dass das Werk, wenn es sämtliche vereinbarten Eigenschaften aufweist, nicht gebrauchstauglich ist. Weicht hier der Unternehmer im Interesse des Bestellers von der Vereinbarung ab, indem er ein Werk herstellt, das zwar eine bestimmte vereinbarte Eigenschaft nicht aufweist, dafür aber gebrauchstauglich ist, so bildet das Fehlen dieser Eigenschaft keinen Werkmangel.
- <sup>91</sup> Ob im Mangel der vereinbarten *Verpackung des Werkes* ein Werkmangel zu erblicken ist oder die nicht richtige Erfüllung einer Nebenpflicht, kann nur im Einzelfall

entschieden werden. Der Entscheid hängt davon ab, ob die Verpackung zum Werk selbst zu rechnen sei oder nicht (vgl. dazu sinngemäss: Oser/Schönenberger, N 12 zu Art. 197 OR und BGE 96 II 117ff.).

#### c. Das Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft als Werkmangel

<sup>92</sup> In guten Treuen darf der Besteller auch erwarten, dass das Werk jene *Eigenschaften* aufweist, die ohne besondere Vereinbarung vorausgesetzt sind. Vorausgesetzte Eigenschaften bestehen in zweifacher Hinsicht: aa. hinsichtlich der Wertqualität, bb. hinsichtlich der Gebrauchstauglichkeit:

##### aa. Wertqualität

<sup>93</sup> Ist nicht etwas anderes vereinbart, so darf der Besteller erwarten, dass das Werk über jene Wertqualität verfügt, die es bei normaler Beschaffenheit haben muss. Jede Abweichung des Werkes von der normalen Beschaffenheit, die dessen Wert beeinträchtigt, ist alsdann ein Werkmangel.

<sup>94</sup> Die normale Beschaffenheit richtet sich nach dem, was für ein Werk der betreffenden Art und Gebrauchsbestimmung (Nr. 98) üblich ist. Allgemein kann gesagt werden: Der Unternehmer hat mindestens in durchschnittlicher Güte zu liefern. Er ist zu «solider Arbeit und Verwendung nur durchaus guter Materialien» (BGE 26 II 655) verpflichtet. Er schuldet ein Werk in «kunstgerechter Ausführung» (BGE 20, 1006), das den Erfordernissen der Technik entspricht: «un ouvrage répondant aux exigences techniques» (BGE 71 II 242). Weist das Werk technische Fehler auf, so liegt jedenfalls eine Abweichung von der normalen Beschaffenheit vor. Doch ist umgekehrt festzuhalten:

<sup>95</sup> Auch ein technisch einwandfreies Werk kann von der Normalbeschaffenheit abweichen: z.B. ein Parkettfußboden, der an sich handwerklich einwandfrei verlegt ist, aber in auffallender Weise flächenmäßig wirkende Hell-dunkel-Tönungen aufweist (vgl. FFZ, Bd. 15, Nr. 1944).

<sup>96</sup> Weist das Werk zwar die normale Beschaffenheit auf, war aber eine besondere Beschaffenheit vereinbart, so fehlt eine vereinbarte Eigenschaft, und das Werk ist deshalb mangelhaft.

##### bb. Gebrauchstauglichkeit

<sup>97</sup> Der Besteller darf erwarten, dass das abgelieferte Werk jene Beschaffenheit aufweist, die es zum Gebrauche tauglich macht (BGE 71 II 242; 95 II 55). Es sei denn, er habe 1. selbst ein unbrauchbares Werk bestellt (BGE 26 II 584 ff.). Oder die Gebrauchstauglichkeit (z.B. einer neu zu konstruierenden Maschine) gehöre 2. nach dem ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarten Inhalt des Werkvertrages nur unter bestimmten Voraussetzungen zum geschuldeten Leistungserfolg (z.B. nur dann, wenn sie sich mit einem bestimmten Aufwand oder einer bestimmten Technik erreichen lässt); einzig unter diesen Voraussetzungen darf hier der Besteller ein brauchbares Werk erwarten. Zu den besonderen Problemen bei Konstruktionsaufträgen vgl. Pfister, in: Der Betriebs-Berater 1966, S. 15 ff.

<sup>98</sup> Die geforderte Brauchbarkeit bestimmt sich nach dem Gebrauchsrecht, dem das Werk dienen soll; und dieser Gebrauchsrecht bestimmt sich nach Vertrag. Ist nicht etwas anderes vereinbart, so hat das Werk für denjenigen Gebrauch tauglich zu sein, der von einem Werk der betreffenden Art üblicherweise gemacht wird. Ist ein besonderer Gebrauch vertraglich vorausgesetzt, so muss das Werk für diesen besondern Gebrauch tauglich sein.

<sup>99</sup> Ob das Werk für den üblichen oder den besonderen Gebrauch tauglich ist, entscheidet sich nach der *Auffassung des Verkehrs und nach Treu und Glauben*. Danach darf der Besteller unter dem Gesichtspunkt der Gebrauchstauglichkeit zum Beispiel erwarten, dass ein Werk technisch einwandfrei erstellt ist, dass eine Maschine «störungsfrei funktioniert» (vgl. BGE 91 II 350 f.), dass ein Dach undurchlässig ist (vgl. BGE 93 II 313 ff.), dass eine Zementpresse fehlerfreie Stücke liefert (vgl. BGE 42 II 632 ff.).

Vor allem darf er auch erwarten, dass das Werk, wenn es bestimmungsgemäss gebraucht wird, keine Gefahren für Leib und Leben des Bestellers oder Dritter schafft, die mit dem Gebrauch eines Werkes der betreffenden Art nicht schon an sich verbunden sind. Untauglich ist daher ein Lift, der nicht gefahrlos funktioniert (BGE 20, 645), oder die Reparatur eines Steiggurtes, die zu einem Unfall führt (vgl. BGE 64 II 254 ff.).

<sup>100</sup> Jede Abweichung des Werkes von der durch den massgeblichen Gebrauchsrecht geforderten Beschaffenheit, welche die Gebrauchstauglichkeit des Werkes vermindert oder aufhebt, ist ein Werkmangel. Ist ein Werk für den vertraglich vorausgesetzten besondern Gebrauch untauglich, so ist es mangelhaft selbst dann, wenn es für den üblichen oder einen andern besondern Gebrauchsrecht des Bestellers tauglich wäre.

<sup>101</sup> Der umschriebene Werkmangel kann (muss aber nicht) zugleich ein Werkmangel im Sinne der Nr. 93 sein. Auch kann er zusammenfallen mit dem Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft: z.B. dann, wenn der Unternehmer ganz allgemein Gebrauchstauglichkeit zugesichert hat oder wenn das hergestellte Dach undicht ist, obwohl dessen Undurchlässigkeit zugesichert war (vgl. BGE 93 II 315 f.).

<sup>102</sup> Damit ein Werk für den üblichen oder besondern Zweck gebraucht werden darf, hat es nach seiner Beschaffenheit vielfach bestimmten öffentlichen Vorschriften am Orte seiner Verwendung zu entsprechen. Weicht es von diesen Vorschriften ab, so ist es deswegen nur dann mangelhaft, wenn der Besteller erwarten durfte, dass der Unternehmer das Werk den anwendbaren Vorschriften entsprechend erstellen werde; das setzt voraus, dass der Unternehmer sowohl den Gebrauchsrecht des Werkes als auch die dort geltenden Vorschriften kannte oder kennen musste.

#### d. Zusammenfassung

<sup>103</sup> Der Begriff des Werkmangels ist nach dem Gesagten kein technischer Begriff, sondern ein rechtlicher:

<sup>104</sup> Der Werkmangel besteht darin, dass das Werk diese oder jene Eigenschaft nicht aufweist, die es nach dem Vertrag haben sollte. Entweder fehlt ihm eine vereinbarte Eigenschaft (Nr. 83 ff.); oder es fehlt ihm eine Eigenschaft, die zwar nicht besonders vereinbart wurde, aber dennoch vorausgesetzt ist (Nr. 92 ff.).

<sup>105</sup> Der so verstandene Werkmangel kann, muss aber nicht, den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit des Werkes beeinträchtigen:

<sup>106</sup> – Beeinträchtigt der Mangel den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit des Werkes, so liegt ein Werkmangel im engen (eigentlichen) Sinne vor. Das Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft (Nr. 92 ff.) ist immer ein Mangel in diesem engen (und eigentlichen) Sinne. Das Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft kann ein solcher Mangel sein, muss es aber nicht (Nr. 88).

<sup>107</sup> – Beeinträchtigt der Mangel weder den Wert noch die Gebrauchstauglichkeit des Werkes, so handelt es sich

um einen *Werkmangel im weiten (uneigentlichen) Sinne*. Als Mangel im weiten Sinne kommt nur das Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft in Frage.

#### B. «Mängel» und «sonstige Abweichungen» nach Art. 368 OR

<sup>108</sup> Der umschriebene Werkmangel, der in einer Abweichung des Werkes vom Vertrag besteht, *umfasst sowohl die «Mängel» als auch die «sonstigen Abweichungen» des Werkes vom Vertrag, zwischen denen Art. 368 OR unterscheidet* (vgl. Art. 368 Abs. 1: «Leidet das Werk an... Mängeln oder weicht es sonst... vom Vertrage ab ...»).

<sup>109</sup> Die «Mängel» und die «sonstigen Abweichungen» des Art. 368 OR sind verschiedene Arten des Werkmangels, wie er im Abschnitt zuvor umschrieben wurde. Jeder «Mangel» und jede «sonstige Abweichung» nach Art. 368 OR ist ein Werkmangel. Und jeder Werkmangel ist entweder ein «Mangel» oder eine «sonstige Abweichung» nach Art. 368 OR.

<sup>110</sup> Art. 368 OR ist die einzige Bestimmung des Gesetzes über die werkvertragsrechtliche Mängelhaftung, welche die genannte Unterscheidung trifft (vgl. aber auch SIA-Norm 118, Art. 26 Abs. 4). Die *Unterscheidung hat in Art. 368 OR nur klassifikatorische, keine rechtliche Bedeutung*. Denn für beide Sachverhalte, die «Mängel» und die «sonstigen Abweichungen», gilt nach den Vorschriften des Werkvertragsrechtes die gleiche Regelung. Beide Sachverhalte sind denn auch im Ausdruck Mangel inbegriffen, den die übrigen Bestimmungen der Mängelhaftung allein verwenden (vgl. Art. 367 und 369 – 371 OR). In Einklang mit diesen übrigen Bestimmungen spreche ich nur von (Werk-)Mangel und meine damit sowohl die «Mängel» als auch die «sonstigen Abweichungen» nach Art. 368 OR.

<sup>111</sup> Nach herrschender Meinung sind die «sonstigen Abweichungen» des Art. 368 OR solche Werkmängel, die im *Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft* bestehen (z.B. Guhl, S. 424; Oser/Schönenberger, N 2 zu Art. 368 OR; Reichel, ZSR 51, 1932, S. 182; vgl. auch BGE 93 II 316). Ob dabei der Begriff der zugesicherten Eigenschaft in einem weiten Sinne zu verstehen ist (der sämtliche vereinbarten Eigenschaften umfasst) oder in einem engeren Sinne (der sich nur auf die zugesicherten besondern Merkmale bezieht), kann dahingestellt bleiben. Denn: Wie enger man den Begriff der «sonstigen Abweichungen» fasst, desto weiter wird der Begriff der «Mängel» und umgekehrt. Das ist aber völlig irrelevant, da die Unterscheidung zwischen «Mängeln» und «sonstigen Abweichungen» in Art. 368 OR – wie gesagt – nur klassifikatorische, keine rechtliche Bedeutung hat.

<sup>112</sup> Der herrschenden Meinung vermag ich mich nicht anzuschliessen. Nach meiner Ansicht liegt Art. 368 OR eine andere Einteilung zugrunde, nämlich die folgende: Die «Mängel» des Art. 368 OR sind Werkmängel im engen Sinne (welche den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit des Werkes beeinträchtigen, Nr. 106); die «sonstigen Abweichungen» dagegen umfassen die Werkmängel im weiten Sinne (welche eine derartige Beeinträchtigung nicht bewirken, Nr. 107).

#### C. Sachverhalte, die keine Werkmängel sind

<sup>113</sup> Vom Werkmangel habe ich gesagt, dass er in einer bestimmten Vertragsabweichung des Werkes besteht (Nr. 80) und sowohl die «Mängel» als auch die «sonstigen Abweichungen» des Werkes nach Art. 368 OR um-

fass (Nr. 108). Im Sinne einer Klarstellung will ich diesen Werkmangel im folgenden negativ abgrenzen gegenüber vier Sachverhalten, die keine Werkmängel sind. Nicht unter den Begriff des Werkmangels fallen:

<sup>114</sup> 1. Der Sachverhalt, wonach das vom Unternehmer hergestellte *Werk ein völlig anderes* ist als das geschuldete. (Der Unternehmer liefert z.B. eine Zementpresse statt einer Hobelbank.) Auf diesen seltenen Fall ist hier nicht näher einzutreten. Nur so viel sei bemerkt: ein anderes Werk als das geschuldete ist kein mangelhaftes; zur Anwendung kommen nicht die Regeln über die Mängelhaftung. Aber es muss sich wirklich um ein *anderes* Werk handeln, um ein aliud (vgl. dazu sinngemäss BGE 82 II 415f.).

<sup>115</sup> 2. Der Sachverhalt, wonach das *Werk unvollendet* ist, obwohl es vollendet sein müsste. Auf diesen Sachverhalt kommen nicht die Regeln über die Mängelhaftung zur Anwendung (vgl. BGE 94 II 165). Vielmehr gilt, was folgt:

<sup>116</sup> Solange das Werk unvollendet ist, weil noch nicht alle vereinbarten Arbeiten ausgeführt wurden, kann es nicht abgeliefert (und abgenommen) werden (Nr. 33), weshalb (mangels anderer Abrede) die Forderung des Unternehmers auf Leistung der geschuldeten Vergütung nicht fällig ist (Art. 372 OR; BGE 94 II 164). Der Besteller kann somit die Leistung der nicht fälligen Vergütung verweigern. Außerdem kann er auf Erfüllung klagen und sich nach den Regeln über den Schuldnerverzug behelfen (vgl. Nr. 70). Nach BGE 94 II 165 ist er überdies «nach Treu und Glauben» berechtigt, einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug vom vereinbarten Preis zu machen. Dieses Recht auf Minderung im Falle einer Nichtvollendung, durch dessen Ausübung der Inhalt des Werkvertrages geändert wird, ist im Gesetze nicht vorgesehen. Seine Ableitung aus den Grundsätzen von Treu und Glauben erachte ich als fragwürdig.

<sup>117</sup> Ganz anders verhält sich die Rechtslage dann, wenn die Vollendung des Werkes unmöglich geworden ist (vgl. dazu Art. 97, 119, 376, 378 f. OR).

<sup>118</sup> 3. Der Sachverhalt, wonach das unsorgfältige Vorgehen des Unternehmers zu einem *übermässigen Aufwand an Arbeit, Stoff und dergleichen* geführt hat (BGE 96 II 60). Auch dieser Sachverhalt entzieht sich den Regeln über die Mängelhaftung. Er ist zu lösen nach den Regeln über die Höhe der geschuldeten Vergütung. War die Vergütung zum vornherein genau bestimmt (Art. 373 Abs. 1 OR, Nr. 37), so geht der «Mehraufwand» ohne weiteres zu Lasten des Unternehmers (Art. 373 Abs. 1 OR). Bestimmt sich die Vergütung nach dem Aufwand des Unternehmers (Art. 374 OR, Nr. 39), so ist massgeblich nicht der tatsächliche Aufwand, sondern der Aufwand an Arbeit, Stoff und dgl., der bei sorgfältigem Vorgehen genügt hätte (BGE 96 II 61). Analoges gilt bei einer Vergütung nach Einheitspreisen (Nr. 38).

<sup>119</sup> 4. Der Sachverhalt, wonach der Unternehmer *falsche Masse, Gewichte oder Zahlenmengen in Rechnung gestellt* und der Besteller deshalb zuviel bezahlt hat. Die Rechtslage bestimmt sich wiederum nicht nach den Regeln über die Mängelhaftung; zur Anwendung kommen die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR; vgl. SJZ 61, 1965, S. 96).

#### 3. Erscheinungsformen des Werkmangels

<sup>120</sup> Der Werkmangel kommt in verschiedenen Erscheinungsformen vor. Vier Unterscheidungen will ich treffen:

- <sup>121</sup> 1. Die erste Unterscheidung beschlägt die Natur des Mangels. Danach gibt es *körperliche und rechtliche Mängel*, gleich wie es nach Art. 197 OR körperliche und rechtliche Mängel einer Kaufsache gibt.
- <sup>122</sup> Ein körperlicher *oder* ein rechtlicher Mangel liegt vor: je nachdem, ob die durch Vertrag geforderte Beschaffenheit, von der das Werk im Einzelfall abweicht, durch tatsächliche oder rechtliche Kriterien bestimmt ist. An einem körperlichen Mangel leidet die Maschine, die z.B. nicht mit der zugesagten Genauigkeit arbeitet. An einem rechtlichen Mangel würde sie leiden, wenn ihre elektrische Anlage entgegen den berechtigten Erwartungen des Bestellers nicht den öffentlichen Vorschriften am Orte ihres Gebrauches entspräche (vgl. BGE 95 II 123, der für eine gekaufte Maschine das Vorliegen eines Mangels verneint hat, weil die Maschine von einem Ausländer im Ausland verkauft wurde, von dem der Käufer nicht erwarten konnte, dass er die Vorschriften am schweizerischen Betriebsorte kenne).
- <sup>123</sup> Vom rechtlichen Mangel auseinanderzuhalten ist der *Mangel im Recht*. Er bildet keinen Werkmangel. Vielmehr besteht er darin, dass ein Dritter das Werk vom Besteller ganz oder teilweise herausverlangen (entwehren) kann, weil das Werk vom Unternehmer, der den Stoff zu liefern hatte (Nr. 16), mit fremdem Stoff (der einem Dritten gehört) angefertigt wurde. Dieser Fall dürfte sich praktisch kaum jemals verwirklichen, da der Dritte sein Eigentum in aller Regel durch die Bearbeitung oder den Einbau des Stoffes verliert. Immerhin wird er im Gesetz geordnet: Nach Art. 365 Abs. 1 OR hat der Unternehmer, der den Stoff liefert, wie ein Verkäufer Gewähr (d.h. hier: *Rechtsgewähr*) zu leisten. Er hat nach den kaufsrechtlichen Bestimmungen der Art. 192 ff. OR dafür einzustehen, dass nicht ein Dritter dem Besteller das Werk ganz oder teilweise entwehrt.
- <sup>124</sup> 2. Die zweite Unterscheidung beschlägt die Erkennbarkeit des Mangels. Danach gibt es *offene* und *geheime* Mängel. Im Unterschied zum geheimen Mangel ist der offene «bei der Abnahme und ordnungsmässigen Prüfung» des Werkes erkennbar (dazu Nr. 357 ff.).
- <sup>125</sup> 3. Die dritte Unterscheidung beschlägt die Ursache des Mangels. Danach gibt es Mängel, die 1. durch *Verwendung untauglichen Werkstoffs* entstanden sind; oder 2. *infolge schlechter Arbeit*; oder 3. *aus andern Gründen* (z.B. infolge Untauglichkeit der vom Unternehmer vorgeschlagenen Konstruktion oder Fehlerhaftigkeit seiner Berechnungen; vgl. SIA-Norm 118, Art. 25 Abs. 2). Für die Mängel der ersten Art ist – gegen die herrschende Meinung – zu betonen, dass der Unternehmer für sie auch dann nach den *werkvertragsrechtlichen* (nicht *kaufsrechtlichen*) Regeln über die Mängelhaftung einzustehen hat, wenn der untaugliche Werkstoff von ihm geliefert wurde (vgl. dazu im einzelnen Nr. 464 ff.).
- <sup>126</sup> 4. Die vierte Unterscheidung beschlägt die Erheblichkeit des Mangels. Gemäss Art. 368 OR gibt es *erhebliche und minder erhebliche Mängel* (Art. 368 Abs. 1 und Abs. 2 OR).
- <sup>127</sup> Erhebliche Mängel (Art. 368 Abs. 1) sind von solcher Tragweite, dass das Werk für den Besteller unbrauchbar oder zumindest unannehmbar ist. Mängel von geringerer Tragweite sind minder erheblich (nach Art. 368 Abs. 2). Zu ihnen zählen von Gesetzes wegen Mängel an Werken, die auf Grund und Boden des Bestellers errichtet sind und nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden können. Dies nach Art. 368 Abs. 3 OR.
- <sup>128</sup> Jeder Werkmangel ist nach Art. 368 OR entweder erheblich oder minder erheblich. Von unerheblichen Mängeln, die eine Mängelhaftung nicht rechtfertigen würden, spricht das Werkvertragsrecht nicht (vgl. BGE 89 II 235). Dadurch unterscheidet es sich vom Kaufrecht, das den Verkäufer in Art. 197 OR nur für zugesicherte Eigenschaften oder solche Mängel haften lässt, die den Wert oder die Tauglichkeit der Kaufsache zum vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern. Immerhin ist beizufügen:
- <sup>129</sup> Die Berufung des Bestellers auf ganz geringfügige Mängel kann unzulässig sein. Mängel von völlig untergeordneter Bedeutung hat der Besteller gegebenenfalls in Kauf zu nehmen. Die Grenze bildet der Rechtsmissbrauch (dazu: Tuor/Schnyder, S. 46 ff.). Dem Besteller ist der Schutz zu versagen, wenn die Ausübung seiner Mängelrechte als offenbarer Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB erscheint und darum gegen das Verbot zum Handeln nach Treu und Glauben verstösst (BGE 93 II 326).
- #### 4. Die Mängelrechte des Bestellers im allgemeinen (Überblick)
- <sup>130</sup> Die zuletzt getroffene Unterscheidung zwischen erheblichen und minder erheblichen Mängeln ist von Bedeutung für die Rechte, die dem Besteller nach Art. 368 OR aus der Mängelhaftigkeit des Werkes erwachsen:
- <sup>131</sup> Ist ein *Werkmangel minder erheblich*, das Werk also weder unbrauchbar noch unannehmbar (Nr. 127), so kann der Besteller nach Art. 368 Abs. 2 OR entweder einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug vom Lohnen machen. Oder er kann vom Unternehmer die unentgeltliche Verbesserung des Werkes verlangen, sofern dies nicht übermässige Kosten verursacht. Der Besteller hat somit ein *Minderungsrecht* und – wenn die Verbesserungskosten nicht übermässig sind – ein *Nachbesserungsrecht*. Minderungs- und Nachbesserungsrecht stehen dem Besteller alternativ zu. Er hat die Wahl zwischen Minderung der Vergütung und Verbesserung des Werkes.
- <sup>132</sup> Ist ein *Werkmangel dagegen erheblich*, so dass das Werk für den Besteller unbrauchbar oder zumindest unannehmbar ist (Nr. 127), so kann der Besteller nach Art. 368 Abs. 1 OR die Annahme des Werkes verweigern. Dieses Recht zur Annahmeverweigerung ist – entgegen seiner zu engen Bezeichnung – ein *Wandelungsrecht* (BGE 98 II 120), das vom Besteller auch nach Annahme des Werkes ausgeübt werden kann. Es steht dem Besteller, obwohl das Gesetz dies nicht ausdrücklich sagt, wahlweise (alternativ) neben dem *Minderungs-* und *Nachbesserungsrecht* des Art. 368 Abs. 2 OR zu. Bei erheblichem Mangel hat der Besteller die Wahl zwischen Wandelung des Werkvertrages, Minderung der Vergütung und Nachbesserung des Werkes, sofern die Verbesserungskosten nicht übermässig sind. Beizufügen ist allerdings:
- <sup>133</sup> Kann ein mangelhaftes Werk ohne übermässige Kosten verbessert werden, so ist der Mangel meistens minder erheblich, so dass ein *Wandelungsrecht* nicht besteht. Immerhin trifft dies nur für den Regelfall zu. Es kommen durchaus Fälle vor, in denen der Besteller zur Wandelung berechtigt ist, obwohl die Kosten der Mängelbeseitigung nicht übermässig sind.
- <sup>134</sup> Die genannten Mängelrechte, zwischen denen der Besteller wählen kann, finden ihre «natürliche Ergänzung» (BGE 63 II 405) durch ein *Schadenersatzrecht*, welches Art. 368 dem Besteller sowohl bei erheblichem als auch bei minder erheblichem Mangel einräumt. Dieses zusätzliche Mängelrecht richtet sich auf Ersatz des Mangelfolgeschadens (Nr. 248 ff.). Es besteht neben den übrigen Mängelrechten; auch neben dem Recht auf Minderung,

obwohl dies in der deutschen Fassung des Art. 368 Abs. 2 OR nicht deutlich gesagt wird (eindeutig der französische Text).

<sup>135</sup> Das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens setzt grundsätzlich ein *Verschulden des Unternehmers* voraus (vgl. dazu Nr. 258 ff.). Dies im Unterschied zu den übrigen Mängelrechten, die in jedem Falle ohne Verschulden gegeben sind (vgl. BGE 93 II 315). Der Unternehmer kann sich der Wandelung, Minderung oder Nachbesserung nicht mit dem Nachweis entziehen, dass er den Werkmangel nicht verschuldet habe. Vorbehalten bleibt einzig der Fall, da der Besteller den Werkmangel selbst verschuldet hat (vgl. dazu Nr. 274 ff.).

<sup>136</sup> Der Besteller, der aus der Mängelhaftigkeit des abgelieferten Werkes Mängelrechte gegenüber dem Unternehmer ableitet, hat den Werkmangel, auf den er sich beruft, zu beweisen. Die *Beweislast* trifft den Besteller, nicht den Unternehmer (Becker, N 14 zu Art. 368 OR).

## 5. Die Mängelrechte im einzelnen

<sup>137</sup> Die überblicksmässig aufgezählten Mängelrechte des Bestellers gilt es nun im einzelnen zu behandeln: zunächst A. das Wandelungsrecht, dann B. das Minderungsrecht, dann C. das Nachbesserungsrecht und schliesslich D. das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens.

### A. Das Wandelungsrecht

<sup>138</sup> Das Wandelungsrecht des Art. 368 Abs. 1 OR (Nr. 132) ist ein Gestaltungsrecht. Gestaltungsrechte verleihen dem Berechtigten die Befugnis, eine bestimmte Rechtslage durch Willenserklärung einseitig umzugestalten, ohne Mitwirkung der übrigen Beteiligten und zu eigenem Vorteil (Schönenberger/Jäggi, Vorbem. vor Art. 1 OR, N 98).

<sup>139</sup> Nachstehend spreche ich a. vom Wandelungsrecht als Gestaltungsrecht, b. von den besondern Voraussetzungen des Wandelungsrechts, c. von der Ausübung des Wandelungsrechts, d. von der Rückgabepflicht des Unternehmers und e. vom Erlöschen des Minderungs- und Nachbesserungsrechts infolge Ausübung des Wandelungsrechts.

#### a. Vom Wandelungsrecht als Gestaltungsrecht

<sup>140</sup> Das Wandelungsrecht ist ein *Gestaltungsrecht, das den Bestand des Werkvertrages beschlägt*; es ist ein Rücktrittsrecht (vgl. BGE 98 II 122 und Gautschi, N 10a zu Art. 368 OR). Der Besteller ist nach Art. 368 Abs. 1 OR berechtigt, «die Annahme zu verweigern», d.h., den Werkvertrag durch einseitige Willenserklärung aufzulösen. Die Auflösung erfolgt mit rückwirkender Kraft (Wirkung ex tunc); der Vertrag wird «gewandelt» und damit «aufgehoben». Das bedeutet ein Doppeltes:

<sup>141</sup> – Erstens erlöschen die gegenseitigen Forderungen der Parteien auf Leistung des Versprochenen, soweit sie noch bestehen. Es erlischt sowohl die Forderung des Bestellers auf ein Werk als auch jene des Unternehmers auf Leistung einer Vergütung.

<sup>142</sup> – Zweitens entstehen Rückleistungspflichten, soweit bereits geleistet wurde: Der Besteller hat das empfangene Werk zurückzugeben, der Unternehmer eine bereits empfangene Vergütung. Die Vergütung ist vom Besteller samt Zinsen zurückzuleisten. Der Unternehmer muss das Werk nebst dem inzwischen bezogenen Nutzen zurückgeben, hat aber Anspruch auf Ersatz der auf das Werk gemachten Verwendungen. Vgl. sinngemäss Art. 208 OR.

<sup>143</sup> In diesen Rückleistungspflichten äussert sich die rückwirkende Kraft der Auflösung (Nr. 140); durch ihre Erfüllung wird der vorvertragliche Zustand zwischen den Parteien hergestellt, auf den das Wandelungs-(Rücktritts-)Recht abzielt (Klauser, S. 46; vgl. dazu Gauch, S. 29 und 207).

<sup>144</sup> Das Wandelungsrecht des Art. 368 Abs. 1 OR gibt dem Besteller die *Macht, den Werkvertrag durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, gerichtet an den Unternehmer, zu wandeln und damit aufzuheben*. Daraus folgt negativ ein Zweifaches:

<sup>145</sup> – Die Wandelung des Werkvertrages durch Ausübung des Wandelungsrechts setzt kein richterliches Urteil voraus. Der Richter hat im Streitfalle (lediglich) festzustellen, ob dem Besteller ein Wandelungsrecht zugestanden hat, ob der Werkvertrag durch Ausübung dieses Rechtes aufgehoben worden ist und welche Folgen sich aus der Aufhebung für die beteiligten Parteien ergeben. Indessen hat er den Vertrag nicht selbst zu wandeln. Das Wandelungsrecht ist mit andern Worten kein Gestaltungsklagerecht (vgl. dazu Gauch, S. 28).

<sup>146</sup> – Die Wandelung des Werkvertrages durch Ausübung des Wandelungsrechts setzt keine übereinstimmende Willenserklärung des Unternehmers voraus. Die Wirkung der Wandelungserklärung tritt unabhängig davon ein, ob der Unternehmer mit der Wandelung des Werkvertrages einverstanden ist oder nicht (vgl. Gautschi, N 10b zu Art. 368 OR). Das schliesst nicht aus, dass im Einzelfall der Werkvertrag durch Vereinbarung gewandelt wird. Diese Wandlung erfolgt aber nicht in Ausübung des Wandelungsrechts, sondern durch Abschluss eines Aufhebungsvertrages.

<sup>147</sup> Das Wandelungsrecht beschlägt, wie gesagt, den *Bestand des Werkvertrages, nicht dessen Inhalt*. Eine inhaltliche Änderung läge dann vor, wenn der Vertrag nur für einzelne Teile eines einheitlichen Werkes aufgehoben würde. Ein solches Recht zur teilweisen Aufhebung des Werkvertrages (Teilwandelung) ist im Wandelungsrecht nicht inbegriffen. Der Besteller hat kein Recht, nur die fehlerhaften Teile eines einheitlichen Werkes zurückzubieten, selbst wenn sich diese Teile ohne Schwierigkeit aus dem ganzen Werke lösen lassen (vgl. BGE 24 II 548). Umgekehrt ist der Besteller auch nicht verpflichtet, einzelne mängelfreie Teile eines mangelhaften Gesamtwerkes anzunehmen, wenn ihm das Wandelungsrecht zusteht (z.B. ein Fauteuil, wenn ein einheitliches Mobilier in einem bestimmten Stile für ein ganzes, hiezu besonders eingerichtete Zimmer bestellt war, vgl. Fick, N 20 zu Art. 368 OR).

<sup>148</sup> Das umschriebene Wandelungsrecht hängt zunächst davon ab, dass den Unternehmer überhaupt eine Mängelhaftung trifft. Außerdem besteht es nur unter einer besondern (zusätzlichen) Voraussetzung:

#### b. Von der besonderen Voraussetzung des Wandelungsrechts

<sup>149</sup> Die Wirkung, die sich mit der Wandelungserklärung verbindet, trifft den Unternehmer schwer (v. Büren, S. 149). Sie *rechtfertigt sich einzig in aussergewöhnlichen Fällen*. Das ist der Grund, weshalb Art. 368 Abs. 1 OR das Wandelungsrecht nur für bestimmte Mängel vorsieht. Diese Mängel, aus denen sich das Wandelungsrecht nach Art. 368 Abs. 1 OR ergibt, bezeichne ich als Wandelungsmängel.

<sup>150</sup> Das Wandelungsrecht setzt voraus, dass im Einzelfall ein *Wandelungsmangel* vorliegt. Es handelt sich um einen Mangel, der entweder das Werk für den Besteller (und

gerade für ihn) unbrauchbar macht, oder der so beschaffen ist, dass dem Besteller die Annahme des Werkes billigerweise nicht zugemutet werden kann (vgl. Nr. 132). Ob ein Mangel der zweiten Art vorliegt, hängt ab von den gegenseitigen Interessen der Parteien, die nach den Grundsätzen der Billigkeit gegeneinander abzuwegen sind (BGE 98 II 122). Allgemein kann gesagt werden:

- 151 An das Vorliegen eines Wandelungsmangels ist ein strenger Massstab anzulegen. Dies namentlich dann, wenn es sich um ein *Werk auf Grund und Boden des Bestellers* handelt. Für solche Werke schliesst Art. 368 Abs. 3 OR eine Wandelung aus, wenn die Entfernung des Werkes mit unverhältnismässigen Nachteilen für den Unternehmer verbunden ist. Ob dem Unternehmer derartige Nachteile drohen, «beurteilt sich nach den Umständen des einzelnen Falles, insbesondere nach dem Wert, den das Werk in Verbindung mit dem Grundstück hat, und nach der Wertverminderung, die es im Falle einer Trennung erlitten» (BGE 98 II 123). Die Beweislast liegt beim Unternehmer (BGE 20, 645). Nicht unverhältnismässig ist der Nachteil jedenfalls dann, wenn die Vermögenseinbusse, die der Unternehmer bei Herabsetzung der Vergütung (durch Ausübung des Minderungsrechts) erleiden würde, ebenso erheblich wäre wie bei Wandelung des Vertrages (BGE 20, 646).

- 152 Dem Besteller eines Werkes auf Grund und Boden wurde in der *Praxis* ein Wandelungsrecht zum Beispiel deswegen zugestanden, weil der vom Unternehmer eingebaute Aufzug nicht gefahrlos funktionierte (BGE 20, 645); weil die vom Unternehmer eingebauten Brennstoffbehälter nicht den Regeln des Stahlbaus entsprachen, da sie viel zu schwach konstruiert waren (BGE 98 II 118 ff.).

- 153 Ein Wandelungsrecht stände dem Besteller auch dann zu, wenn ein Rohbau infolge zu schwacher Fundamente abgerissen werden müsste.

#### c. Von der Ausübung des Wandelungsrechts (Formen der Wandelungserklärung)

- 154 Das Wandelungsrecht wird, wie gesagt, durch einseitige Willenserklärung ausgeübt (Nr. 144). Diese Willenserklärung kommt in verschiedenen *Erklärungsformen* vor. Sie kann zum Beispiel eine mündliche oder eine schriftliche (z.B. in einem Brief oder in einer Rechtsschrift enthaltene) Erklärung sein. Sie kann ferner eine ausdrückliche oder eine stillschweigende Erklärung sein.

- 155 *Ausdrücklich* erklärt wird die Wandelung etwa dadurch, dass der Besteller dem Unternehmer mitteilt, er trete vom Vertrag zurück, er wandle den Vertrag, er löse ihn auf, er verweigere die Annahme des Werkes oder: der Vertrag sei aufgehoben, gewandelt, aufgelöst.

- 156 *Stillschweigend* erklären kann der Besteller die Wandelung z.B. dadurch, dass er das Werk als unbrauchbar zurückschickt; dass er das Werk «zur Verfügung stellt» oder den Unternehmer auffordert, die geleistete Vergütung zurückzuerstatten, das Werk zurückzunehmen, zu entfernen oder durch ein neues zu ersetzen (vgl. BGE 98 II 120 und Nr. 231 dazu).

#### d. Von der Rückleistungspflicht des Bestellers

- 157 Nach Ausübung des Wandelungsrechts ist der Besteller zur Rückgabe des empfangenen Werkes verpflichtet (Nr. 142). Diese *Rückgabepflicht ist eine Holschuld*: der Besteller hat das mangelhafte Werk weder zurückzubringen noch zurückzusenden; er hat es lediglich zur Abholung bereitzuhalten und dem Unternehmer, der es abholt, herauszugeben.

158 Bei *Werken auf Grund und Boden des Bestellers* besteht das Gegenstück der Rückgabepflicht im Recht des Unternehmers, das mangelhafte Werk (z.B. eingebaute Brennstoffbehälter, einen Aufzug, eine Heizungsanlage) aus dem Grundstück zu entfernen und mitzunehmen, was vom Werk nach seiner Entfernung übrigbleibt. Zur Entfernung des Werkes ist der Unternehmer nur berechtigt, nicht verpflichtet (BGE 98 II 123), so wenig wie er verpflichtet ist, ein bewegliches Werk nach erfolgter Wandelung zurückzunehmen.

159 Entfernt der Besteller das mangelhafte Werk selber (oder durch Dritte) von seinem Grund und Boden, so begeht er keine unerlaubte Selbsthilfe, auch wenn er dem Unternehmer keine Frist zur Entfernung angesetzt hat; vielmehr wahrt er seine Rechte als Grundeigentümer (BGE 98 II 123). Immerhin hat er in diesem Falle die Entfernung arbeiten sorgfältig vorzunehmen, so dass die Verluste des Unternehmers möglichst gering bleiben. Auch hat er das, was nach der Entfernung übrigbleibt, zur Abholung bereitzuhalten und dem Unternehmer, der es abholt, herauszugeben.

160 Die Kosten, welche dem Besteller aus der Entfernung des Werkes erwachsen, gehen zu Lasten des Unternehmers. Ob es sich beim Ersatz dieser Kosten um Verwendungseratz handelt (Nr. 142) oder um Ersatz eines unmittelbaren Mangelfolgeschadens (Nr. 265 ff.), soll hier offenbleiben. Gautschi spricht sich sowohl für das eine wie für das andere aus (vgl. N 11c zu Art. 368 OR). Nach seiner Ansicht (a.a.O.) scheint der Besteller nur dann Anspruch auf Ersatz der Kosten zu haben, wenn er den Unternehmer unter Fristansetzung zur Entfernung des Werkes aufgefordert hat. Diese Ansicht steht offenbar in Widerspruch zu BGE 98 II 123.

#### e. Vom Erlöschen des Minderungs- und Nachbesserungsrechts infolge Ausübung des Wandelungsrechts

161 Die Wandelungserklärung ist ein Gestaltungsgeschäft. Gestaltungsgeschäfte sind *unwiderruflich* (BGE 68 II 250). Hat der Besteller sein Wandelungsrecht (wirksam) ausgeübt, so ist der Werkvertrag aufgehoben; der Besteller kann die Vertragsaufhebung nicht rückgängig machen, den Vertrag also nicht wiederherstellen, indem er seine Wandelungserklärung widerruft (so auch Reichel, ZSR 51, 1932, S. 185).

162 Nach Ausübung des Wandelungsrechts ist ein allfälliges *Minderungs- und Nachbesserungsrecht des Bestellers erloschen*. Denn:

163 – Zunächst versteht sich von selbst, dass dem Besteller des durch Wandelungserklärung aufgehobenen Werkvertrages weder ein Minderungs- noch ein Nachbesserungsrecht zusteht. Weder kann der Besteller die Herabsetzung einer Vergütung verlangen, die er gar nicht mehr schuldet und – soweit geleistet – zurückerhält (Nr. 141 f.); noch kann er die Verbesserung eines Werkes verlangen, das der Unternehmer nicht mehr zu leisten und das der Besteller, sofern empfangen, zurückzuleisten hat (Nr. 141 f.).

164 – Der Besteller kann aber auch nicht die Aufhebung des Werkvertrages durch Widerruf der Wandelungserklärung rückgängig machen, um alsdann, statt der Wandelung, doch noch Minderung oder Nachbesserung zu verlangen. Denn die Wandelungserklärung ist unwiderruflich (Nr. 161).

165 Das Gesagte ist in zweifacher Hinsicht zu präzisieren:

166 – Einmal kann der durch Wandelung aufgehobene Werkvertrag im Einverständnis beider Parteien wiederhergestellt werden (vgl. Reichel, ZSR 51, 1932, S. 185); z.B.

dadurch, dass sich die Parteien nach erfolgter Wandelungserklärung auf die Verbesserung des Werkes einigen (vgl. BGE 98 II 118ff.). Die Frage, ob durch die Einigung der Parteien, den gewandelten Vertrag doch aufrechtzu erhalten, ein neuer Vertrag mit dem alten Inhalt entsteht (vgl. sinngemäss BGE 98 II 98) oder der alte Vertrag einfach wieder auflebt, soll hier offengelassen werden.

- <sup>167</sup> – Zum andern muss sich der Unternehmer, der das Wandelungsrecht des Bestellers oder dessen wirksame Ausübung bestreitet, bei seiner Bestreitung «behafsten» lassen. Er kann dem Besteller, der auf diese Bestreitung hin das Minderungs- oder Nachbesserungsrecht ausübt, nicht entgegenhalten, der Vertrag sei gewandelt und das Minderungs- und Nachbesserungsrecht deshalb erloschen.

## B. Das Minderungsrecht

- <sup>168</sup> Nach Art. 368 Abs. 2 OR kann der Besteller bei Mängelhaftigkeit des Werkes «einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug vom Lohne machen». Genauer: «le maître peut réduire le prix en proportion de la moins-value» (franz. Text). Dieses Recht, die geschuldete Vergütung («le prix») herabzusetzen («réduire»), wird als Minderungsrecht bezeichnet. Es ist, wie das Wandelungsrecht, ein Gestaltungsrecht (Nr. 138). Es steht dem Besteller unabhängig davon zu, ob er den Mangel (selber) beseitigen will oder nicht.

- <sup>169</sup> Im folgenden spreche ich *a.* vom Minderungsrecht als Gestaltungsrecht, *b.* von den besondern Voraussetzungen des Minderungsrechts, *c.* von der Ausübung des Minderungsrechts, *d.* von der Berechnung des Minderwertes und *e.* vom Erlöschen des Wandelungs- und Nachbesserungsrechts infolge Ausübung des Minderungsrechts.

### a. Vom Minderungsrecht als Gestaltungsrecht

- <sup>170</sup> Das Minderungsrecht ist ein *Gestaltungsrecht, das den Inhalt des Werkvertrages beschlägt, nicht dessen Bestand*. Durch seine Ausübung wird einerseits die vom Besteller geschuldete Vergütung (der «Lohn») entsprechend dem Minderwert des Werkes herabgesetzt, woraus gegebenenfalls eine Forderung des Bestellers auf Rückleistung des zuviel Bezahlten entsteht. Diese Rückleistungsforderung ist nicht zu verwechseln mit dem Minderungsrecht selbst; vielmehr entsteht sie erst durch *Ausübung* des Minderungsrechts, und zwar nur dann, wenn der Besteller mehr geleistet hat, als er nach Herabsetzung der Vergütung schuldet. Sie ist kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR), sondern ein Anspruch, der sich unmittelbar aus dem Werkvertrag herleitet.

- <sup>171</sup> Anders aufgefasst wird das Minderungsrecht von Gautschi (N 4c zu Art. 368 OR). Nach seiner Ansicht (a.a.O.) führt die Ausübung des Minderungsrechts nicht zur Herabsetzung der geschuldeten Vergütung. Vielmehr begründet sie eine Geldforderung auf Ersatz des Minderwertes, die dem Vergütungsanspruch des Bestellers entgegensteht und mit dieser verrechnet werden kann.

- <sup>172</sup> Nach der hier vertretenen Meinung, die von jener Gautschis abweicht, gibt das Minderungsrecht dem Besteller die *Macht, die geschuldete Vergütung durch einseitige empfangsbefürftige Willenserklärung herabzusetzen*. Daraus folgt wiederum (wie beim Wandelungsrecht) ein Zweifaches:

- <sup>173</sup> – Die Herabsetzung der Vergütung durch Ausübung des Minderungsrechts setzt kein richterliches Urteil voraus. Der Richter hat im Streitfalle (lediglich) festzustellen, ob dem Besteller ein Minderungsrecht zugestanden hat, ob

und in welchem Umfange die Vergütung durch Ausübung des Minderungsrechts herabgesetzt worden ist und welche Folgen sich für die Parteien aus der Minderung ergeben. Indessen hat er die Vergütung nicht selbst herabzusetzen. Das Minderungsrecht ist mit andern Worten kein Gestaltungsklagerecht, das auf dem Prozesswege auszuüben ist (anderer Ansicht: H. Giger, ZBJV, 105, 1969, S. 317).

- <sup>174</sup> – Die Herabsetzung der Vergütung durch Ausübung des Minderungsrechts setzt keine übereinstimmende Willenserklärung des Unternehmers voraus. Die Wirkung der Minderungserklärung tritt unabhängig davon ein, ob der Unternehmer damit einverstanden ist oder nicht. Das schliesst nicht aus, dass im Einzelfall die Vergütung durch Vereinbarung herabgesetzt wird. Diese Herabsetzung erfolgt aber nicht in Ausübung des Minderungsrechts, sondern durch Abschluss eines Vertrages.

- <sup>175</sup> Das umschriebene Minderungsrecht ermöglicht es dem Besteller, das synallagmatische Gleichgewicht, das durch die Schlechtleistung des Unternehmers gestört wurde, herzustellen. Es setzt voraus, dass der Unternehmer überhaupt eine Mängelhaftung trifft. Ausserdem besteht es nur unter zwei besondern (zusätzlichen) Voraussetzungen:

### b. Von den besondern Voraussetzungen des Minderungsrechts

- <sup>176</sup> Zunächst setzt das Minderungsrecht voraus, dass zwischen dem mangelhaften Werk (wie es ist) und dem mängelfrei gedachten Werk (wie es sein sollte) im Zeitpunkt der Ablieferung *eine für den Besteller nachteilige Differenz im (wirtschaftlichen) Wert* besteht.

- <sup>177</sup> Die genannte Voraussetzung liegt nur (aber immer) dann vor, wenn das mängelfrei gedachte Werk (im Zeitpunkt der Ablieferung) wertvoller ist als das mangelhafte. Einzig auf diese Wertrelation kommt es an. Deshalb entfällt das Minderungsrecht nicht, wenn der Besteller das mangelhafte Werk zum Preis eines mängelfreien Werkes veräussert; oder wenn der geringere Wert des mangelhaften Werkes immer noch die Höhe der geschuldeten Vergütung erreicht oder diese gar übersteigt. Unrichtig daher BGE 24 II 795, wonach die Minderung davon abhängt, «ob das Werk derartige Mängel aufweist, dass sein Wert gegenüber dem vereinbarten Preise verringert erscheint». Der Besteller soll es nicht entgelten, dass er günstig abgeschlossen hat.

- <sup>178</sup> Fehlt es an der umschriebenen Wertdifferenz, so ist dem Minderungsrecht die Grundlage entzogen, und der Besteller bleibt auf die übrigen Mängelrechte verwiesen. Ein solcher Fall ist zwar selten. Er kann aber immerhin eintreten, wenn der Mangel darin besteht, dass dem Werk eine vereinbarte Eigenschaft oder die für den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch erforderliche Beschaffenheit fehlt (vgl. dazu Nr. 88 und 98).

- <sup>179</sup> Sodann setzt das Minderungsrecht voraus, dass der Minderwert nicht die Höhe der geschuldeten Vergütung erreicht. Erreicht der Minderwert den Betrag der geschuldeten Vergütung, so kann der Besteller nicht Minderung verlangen, wohl aber (und dies in jedem Falle) die Wandelung. Art. 205 Abs. 3 OR kommt sinngemäss zur Anwendung (Gautschi, N 13b zu Art. 368 OR; anderer Ansicht: Klaußer, S. 48 f.). Der Besteller hat es hier gewissermassen doch zu entgelten, dass er günstig abgeschlossen hat.

### c. Von der Ausübung des Minderungsrechts (Formen der Minderungserklärung)

- <sup>180</sup> Ausgeübt wird das Minderungsrecht durch einseitige Willenserklärung (Nr. 172). Diese Minderungserklärung kann

– gleich wie die Wandelungserklärung (Nr. 154 ff.) – eine mündliche oder eine schriftliche sein; ferner eine ausdrückliche oder eine stillschweigende.

<sup>181</sup> Ausdrücklich erklärt wird die Minderung z.B. dadurch, dass der Besteller dem Unternehmer mitteilt, die Vergütung sei entsprechend dem Minderwert herabgesetzt oder er (der Besteller) mache wegen eines bestimmten Mangels einen bestimmten Abzug von der Vergütung.

<sup>182</sup> Stillschweigend erklären kann der Besteller die Minderung z.B. dadurch, dass er den Unternehmer auffordert, einen bestimmten Betrag der bereits bezahlten Vergütung zurückzuleisten; oder dass er die Bezahlung der Vergütung unter Hinweis auf die Mangelhaftigkeit des Werkes teilweise verweigert; oder dass er eine Rückleistungsforderung wegen Mangelhaftigkeit des Werkes mit einer Gegenforderung des Unternehmers verrechnet.

#### d. Von der Berechnung des Minderwertes

<sup>183</sup> Über die Berechnung des Minderwertes, um den die geschuldete Vergütung herabzusetzen ist, enthält das Gesetz keine Vorschrift. Doch dürfte heute allgemein anerkannt sein, dass die Herabsetzung richtigerweise nach der sogenannten *relativen Methode* zu erfolgen hat. Danach ist die Vergütung in dem Verhältnis zu kürzen, in dem der Wert des mängelfrei gedachten Werkes zum Wert des mangelhaften Werkes steht. Mit andern Worten gilt folgender *Verhältnissatz*: Die für das mängelfrei gedachte Werk geschuldete Vergütung (V) verhält sich zur herabgesetzten Vergütung (v) gleich wie der Wert des mängelfrei gedachten Werkes (W) zum Wert des mangelhaften Werkes (w). Dabei ist ein Zweifaches zu beachten:

<sup>184</sup> – Massgeblicher Zeitpunkt für die Wertbestimmung des Werkes, sowohl im mangelhaften (w) als auch im mängelfrei gedachten Zustand (W), ist der Zeitpunkt der Ablieferung, nicht des Vertragsabschlusses (vgl. Klauser, S. 49). Der Wert des mangelhaften Werkes kann unter anderem negativ beeinflusst sein durch eine Verminderung der Gebrauchstauglichkeit, der Gebrauchsduer und der Widerstandsfähigkeit des Werkes (Rep 80, 1947, S. 539).

<sup>185</sup> – Die für das mängelfrei gedachte Werk geschuldete Vergütung (V) bestimmt sich, wenn Art. 374 OR zur Anwendung kommt, nach Massgabe der Aufwendungen (an Arbeit, Stoff und dgl.), die der Unternehmer bei (sorgfältiger) Herstellung eines mängelfreien Werkes gehabt hätte. War die geschuldete Vergütung zum vorneherein genau bestimmt (Art. 373 OR), so ist massgeblich diese vereinbarte Vergütung.

<sup>186</sup> Geht man vom umschriebenen Verhältnissatz aus, so errechnet sich die herabgesetzte Vergütung nach folgender Formel:

$$\text{Herabgesetzte Vergütung (v)} = \frac{V \times w}{W}$$

Beispiele:

Wert des mängelfrei

gedachten Werkes (W):

120	100	120
-----	-----	-----

Tatsächlicher Wert

des mangelhaften Werkes (w):

90	90	90
----	----	----

Vergütung für

mängelfreies Werk (V):

100	120	120
-----	-----	-----

Herabgesetzte Vergütung (v):

75	108	90
----	-----	----

<sup>187</sup> Wird die herabgesetzte Vergütung nach der relativen Methode und damit richtig errechnet, so fallen folgende Berechnungsmethoden ausser Betracht: 1. Minderung um die wirkliche Wertdifferenz zwischen dem mangelhaften

und dem mängelfrei gedachten Werk; 2. Minderung um die Differenz zwischen der geschuldeten Vergütung und dem Wert des mangelhaften Werkes.

#### e. Vom Erlöschen des Wandelungs- und Nachbesserungsrechts infolge Ausübung des Minderungsrechts

<sup>188</sup> Die Minderungserklärung ist ein Gestaltungsgeschäft. Für sie gilt dasselbe wie für die Wandelungserklärung: Sie ist *unwiderruflich* (vgl. Nr. 161). Hat der Besteller sein Minderungsrecht ausgeübt, so ist der Werkvertrag inhaltlich geändert: die geschuldete Vergütung ist entsprechend dem Minderwert des Werkes herabgesetzt. Diese Veränderung des ursprünglichen Vertragsinhaltes kann der Besteller nicht rückgängig machen, indem er seine Minderungserklärung widerruft.

<sup>189</sup> Hat der Besteller das Minderungsrecht, gestützt auf einen bestimmten Mangel, ausgeübt, so ist ein allfälliges *Wandelungs- oder Nachbesserungsrecht aus diesem Mangel erloschen*. Denn:

<sup>190</sup> – Ist die geschuldete Vergütung wegen eines Mangels herabgesetzt, so kann der Besteller den Unternehmer nicht auch noch (zusätzlich) zur unentgeltlichen Beseitigung dieses Mangels verpflichten. Das versteht sich von selbst und stimmt überein mit der Feststellung, dass Minderungs- und Nachbesserungsrecht nur wahlweise gegeben sind (Nr. 131 f.).

<sup>191</sup> – Der Besteller kann aber auch nicht den ursprünglichen Inhalt des Werkvertrages durch Widerruf der Minderungserklärung wiederherstellen, um alsdann, statt der Minderung, Nachbesserung zu verlangen. Denn die Minderungserklärung ist unwiderruflich (Nr. 188).

<sup>192</sup> – Schliesslich muss es dem Besteller verwehrt sein, wegen eines bestimmten Mangels zuerst sein Minderungs- und später sein Wandelungsrecht auszuüben:

Zwar steht der Aufhebung eines Vertrages, dessen Inhalt durch Ausübung des Minderungsrechts zunächst geändert wurde, an sich (rein «logisch») nichts entgegen. Auch könnte gegen eine solche Aufhebung nicht eingewendet werden, das Minderungs- und das Wandelungsrecht seien Rechte, die nur wahlweise gegeben sind. Denn durch die nachträgliche Wandelungserklärung würde sich der Besteller, wenn sie wirksam wäre, im Ergebnis nur für die Wandelung (nicht auch für die Minderung) entscheiden.

Indessen ist die Ausübung des Minderungsrechts ein Verhalten, durch das der Besteller zugleich auch den Willen erklärt, den Vertrag trotz des betreffenden Mangels, wenn auch unter Herabsetzung der Vergütung, aufrechtzuerhalten. Der Unternehmer darf auf diese Erklärung vertrauen und ist in seinem Vertrauen zu schützen. Er braucht sich nicht gefallen zu lassen, dass der Besteller zunächst die Vergütung herabsetzt und später (ganz nach seinem Belieben) doch noch wandelt.

<sup>193</sup> <sup>195</sup> Das Gesagte ist wiederum, wie beim Wandelungsrecht, in zweifacher Hinsicht zu präzisieren:

<sup>196</sup> – Einmal steht es den Parteien frei, die durch Ausübung des Minderungsrechts bewirkte Herabsetzung der Vergütung in gegenseitigem Einverständnis rückgängig zu machen und sich z.B. auf die Verbesserung des Mangels zu einigen. Auch bleibt es ihnen unbenommen, den Vertrag nach Ausübung des Minderungsrechts durch gegenseitige Übereinkunft zu wandeln.

<sup>197</sup> – Zum andern muss sich der Unternehmer, der das Minderungsrecht des Bestellers oder dessen wirksame Ausübung bestreitet, bei seiner Bestreitung «behaften»

lassen. Er kann dem Besteller, der auf die Bestreitung hin das Wandelungs- oder Nachbesserungsrecht ausübt, nicht entgegenhalten, dieses Recht sei durch die vorgängige Ausübung des Minderungsrechts erloschen.

### C. Das Nachbesserungsrecht

<sup>198</sup> Nach Art. 368 Abs. 2 OR kann der Besteller bei Mängelhaftigkeit des Werkes die unentgeltliche Verbesserung des Werkes verlangen. Auch dieses Nachbesserungsrecht betrachte ich als Gestaltungsrecht (Nr. 138).

<sup>199</sup> Im folgenden spreche ich zunächst *a.* vom Nachbesserungsrecht als Gestaltungsrecht. Darauf befasse ich mich: *b.* mit der Nachbesserungsschuld, die durch Ausübung des Nachbesserungsrechts entsteht, *c.* mit den besonderen Voraussetzungen des Nachbesserungsrechts, *d.* mit der Frage, ob der Besteller gegebenenfalls ein Recht auf ein neues Werk hat, und *e.* mit dem Erlöschen des Wandelungs- und Minderungsrechts infolge Ausübung des Nachbesserungsrechts.

#### a. Vom Nachbesserungsrecht als Gestaltungsrecht

<sup>200</sup> Der Besteller kann, wie gesagt, vom Unternehmer die unentgeltliche Verbesserung des Werkes verlangen. Dieses Nachbesserungsrecht ist ein *Gestaltungsrecht, das den Inhalt des Werkvertrages beschlägt*. Der Besteller kann durch einseitige Willenserklärung den Unternehmer zur Nachbesserung verpflichten: «*le maître peut... obliger l'entrepreneur à réparer l'ouvrage à ses frais*» (französischer Text des Art. 368 Abs. 2 OR).

<sup>201</sup> Übt der Besteller das Nachbesserungsrecht aus, indem er die Verbesserung des Werkes verlangt, so entsteht eine *einklagbare Pflicht des Unternehmers, die verlangte Nachbesserung auf seine Kosten vorzunehmen*. Diese Nachbesserungspflicht ist eine Schuld; ihr Gegenstück besteht in einer Forderung des Bestellers: in einem klagbaren Recht auf Leistung der Nachbesserung. Nachbesserungsschuld und -forderung bilden die Rechtsfolge, die sich mit der Ausübung des Nachbesserungsrechts verbindet. Es ist eine Folge, die unabhängig von einem richterlichen Urteil eintritt und kein Einverständnis des Unternehmers voraussetzt. Das schliesst nicht aus, dass im Einzelfall eine Nachbesserungsschuld durch Vereinbarung begründet wird.

<sup>202</sup> Der Besteller, dem ein Nachbesserungsrecht zusteht, ist nicht verpflichtet, die Nachbesserung zu verlangen. Insbesondere ist er nicht verpflichtet, das Nachbesserungsrecht an Stelle eines Minderungs- oder Wandelungsrechts auszuüben; auch dann nicht, wenn der Unternehmer die Nachbesserung wünscht. Die Wahl zwischen Nachbesserung, Minderung und evtl. Wandlung steht einzig dem Besteller zu, nicht dem Unternehmer. In diesem Sinne hat der *Unternehmer kein Recht auf Nachbesserung* (vgl. BGE 29 II 701 f.; SJZ 44, 1948, S. 127; ZBJV 68, 1950, S. 128). Deshalb kommt der Besteller auch nicht in Annahmeverzug, wenn er eine Verbesserung des Werkes, die er nicht verlangt hat, nicht zulässt. In Annahmeverzug gerät er indessen, wenn er nach Ausübung des Nachbesserungsrechts die Nachbesserung verhindert, indem er z.B. dem Unternehmer den Zugang zum mangelhaften Werk verwehrt (vgl. BJM 1958, S. 229). Dies immerhin nur dann, wenn der Unternehmer die Nachbesserung zu einer Zeit vornehmen will, zu der die Ausführung der Verbesserungsarbeiten für den Besteller zumutbar ist (bei einem öffentlichen Schwimmbecken z.B. ausserhalb der Badesaison; vgl. BGE 93 II 327).

#### b. Von der Nachbesserungsschuld des Unternehmers

<sup>203</sup> Die Nachbesserungsschuld des Unternehmers entsteht dadurch, dass der Besteller sein Nachbesserungsrecht ausübt (Nr. 201). Diese Nachbesserungsschuld soll nachstehend im einzelnen besprochen werden. Ich spreche *aa.* vom Inhalt der Nachbesserungsschuld, *bb.* vom Verzug des Unternehmers mit der Erfüllung der Nachbesserungsschuld und *cc.* von der Durchsetzung der Nachbesserungsschuld durch Selbstbeseitigung des Mangels unter Kostenfolge zu Lasten des Unternehmers.

##### *aa. Vom Inhalt der Nachbesserungsschuld*

<sup>204</sup> Der Unternehmer, der zur Nachbesserung verpflichtet ist, schuldet die unentgeltliche Verbesserung des Werkes. *Die Verbesserung besteht in der Mängelseitigung*. Der Unternehmer hat auf eigene Kosten («*à ses frais*»; franz. Text) alles vorzunehmen, was erforderlich ist, um den vertragsgemässen (mängelfreien) Zustand des Werkes doch noch herzustellen (z.B. hat er ein Sportbecken so umzugestalten, dass es das vertragliche Ausmass von 25 m Länge aufweist, BGE 93 II 327).

<sup>205</sup> In dieser Nachbesserungsschuld *lebt die ursprüngliche Pflicht des Unternehmers zur Leistung eines mängelfreien Werkes wieder auf*. Durch Ausübung des Nachbesserungsrechts entsteht diese Pflicht und damit der Anspruch des Bestellers auf richtige Erfüllung aufs neue, wenn auch in abgewandelter Form (vgl. sinngemäss Oser/Schönenberger zum Kaufrecht: «*Die Wahl der Nachlieferung hat für beide Parteien zur Folge die Verpflichtung zur Erfüllung*»; N 7 zu Art. 206 OR). So gesehen, kann gesagt werden, dass die Verbesserung nichts anderes sei «*als nachträgliche Erfüllung der werkvertraglichen Unternehmerobligation*» (Gautschi, N 22 zu Art. 368 OR).

<sup>206</sup> Nach dem richtig verstandenen Inhalt der Nachbesserungsschuld ist der *Unternehmer verpflichtet, seinen Vertragspartner so zu stellen, wie er stände, wenn zum vorherin mängelfrei geleistet worden wäre*. Das bedeutet ein Doppeltes:

<sup>207</sup> 1. Einerseits soll *der Besteller durch die Nachbesserung nicht schlechter gestellt werden*, als er bei ursprünglich richtiger Leistung stände. Daraus ergibt sich insbesondere ein Dreifaches:

– Der Besteller muss sich, auch bei einem Werk niedriger Preisklasse, nicht mit einem «*Flickwerk*» begnügen (vgl. Schulz, in Deutsche Wohnungswirtschaft, Düsseldorf, 68, S. 356). Sind zum Beispiel Risse an einzelnen Stellen einer Hausfassade eingetreten, so darf sich der haftende Unternehmer nicht darauf beschränken, nach Dichtung der Risse den Putz nur an diesen Stellen «*beizubessern*», wenn dadurch eine unebene Fläche entsteht. Vielmehr hat er hier die ganze Fassade auf seine Kosten völlig zu erneuern (Entscheid des Landgerichtes Hamburg vom 23.3.1967, zitiert bei Schulz, a.a.O.). Dieser Pflicht kann sich der Unternehmer nicht etwa mit dem Hinweis entziehen, eines Tages müsse die Fassade vom Besteller doch renoviert werden, wodurch dann die Unebenheit entfallen.

<sup>209</sup> – Kostensteigerungen nach Ablieferung des Werkes gehen zu Lasten des Unternehmers. Er, nicht der Besteller, hat die eingetretenen Teuerungskosten zu tragen (vgl. BGE 45 II 662 f.). Eine andere Lösung dürfte sich meines Erachtens dann rechtfertigen, wenn der Besteller mit der Ausübung des Nachbesserungsrechts unnötig lange zugewartet hat.

– Unmittelbarer Ausfluss der Nachbesserungsschuld ist immer auch die Pflicht des Unternehmers, für sämtliche Vorbereitungs- und Wiederherstellungsarbeiten im Zusammenhang mit der Mängelbeseitigung aufzukommen, und zwar auch ohne Verschulden (vgl. Semjud 73, 1951, S. 437 f.). Insbesondere hat er aufzukommen für Beschädigungen, welche durch die Mängelbeseitigung an fremden (nicht von ihm errichteten) Bestandteilen eines Gesamtwerkes entstehen (ausdrücklich: SIA-Norm 118, Art. 26 Abs. 6). Muss der Unternehmer zum Beispiel fehlerhaft verlegte Ablauftrohre ersetzen, so gehen zu seinen Lasten auch alle Aufbruch- und Wiederherstellungsarbeiten an Fussböden, Decken und Wänden, einschließlich der Putz- und Anstricharbeiten (vgl. FFZ, Bd. 9, Nr. 1446). Dies selbst dann, wenn die Kosten dieser Arbeiten (die «Begleitkosten») bedeutend höher sind als die Kosten der eigentlichen Mängelbeseitigung (vgl. Schulz, a.a.O., S. 357).

2. Anderseits soll *der Besteller nicht besser gestellt* werden, als er stünde, wenn zum vorneherein mängelfrei geleistet worden wäre. Daher sind Kosten, die sich aus der nachträglichen Herbeiführung des vertragsgemäßen Zustandes ergeben, in dem Umfang keine Verbesserungskosten, die der Unternehmer zu tragen hat, als sie den Besteller auch dann belastet hätten, wäre zum vorneherein ein mängelfreies Werk geliefert worden. *Beispiel:*

Der Unternehmer hat ein Dach mit Eternit gedeckt, obwohl ein Kupferdach vereinbart oder für die Gebrauchstauglichkeit erforderlich war. Die Wertdifferenz zwischen Kupfer und Eternit geht zu Lasten des Bestellers. Es sei denn, der Unternehmer habe die Arbeit unter Einschluss der Materiallieferung zu festen Einheitspreisen übernommen oder zu einer zum voraus bestimmten Pauschalsumme (Art. 373 Abs. 1 OR).

Nicht in Anschlag kommen allerdings indirekte Vorteile, die sich für den Besteller aus der nachträglichen Mängelbeseitigung ergeben: z.B. der Vorteil, dass ein Dach, das bereits über längere Zeit in Gebrauch war, bei der Mängelbeseitigung neu gedeckt wird.

#### *bb. Vom Verzug des Unternehmers mit der Erfüllung der Nachbesserungsschuld*

Ist die Nachbesserungsschuld durch Ausübung des Nachbesserungsrechts entstanden, so stellt sich die *Frage, bis wann der Unternehmer die geschuldete Nachbesserung vorzunehmen und damit seine Nachbesserungspflicht zu erfüllen hat*. Diese Frage wird von Art. 368 Abs. 2 OR nicht behandelt. Sie ist wie folgt zu beantworten:

Der Unternehmer hat die verlangte Nachbesserung innerhalb einer angemessenen Verbesserungsfrist vorzunehmen (so auch: SIA-Norm 118, Art. 26 Abs. 2; Art. 27 Abs. 3 der Norm spricht gleichbedeutend von einer «zumutbaren» Frist). Bei der Bemessung dieser Frist muss den berechtigten Interessen beider Teile Rechnung getragen werden. Die minimale Dauer der Frist wird bestimmt durch die Zeit, die objektiv erforderlich ist, um eine Mängelbeseitigung der betreffenden Art überhaupt durchzuführen.

Hat der Besteller die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Arbeiten nach Ablauf der Verbesserungsfrist überhaupt nicht oder nicht vollständig ausgeführt, so kann sich der Besteller nach den Regeln über den Schuldnerverzug behelfen (vgl. sinngemäss BGE 91 II 350 f. und Reichel, ZSR 51, 1932, S. 184). Er kann den säumigen Unterneh-

mer durch Mahnung in Schuldnerverzug setzen (Art. 102 Abs. 1 OR) und ihm eine angemessene Nachfrist nach Art. 107 Abs. 1 OR einräumen (vgl. Reichel, ZSR 51, 1932, S. 184). Ist auch die Nachfrist ergebnislos abgelaufen, so bestimmt sich die Rechtslage nach Art. 107 Abs. 2 OR, jedoch unter Berücksichtigung der werkvertragsrechtlichen Besonderheiten. Der Besteller kann nach wie vor «auf Erfüllung klagen» (Art. 107 Abs. 2 OR), d.h. auf Nachbesserung beharren (anders: § 634 BGB). Statt dessen kann er, «wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Vertrage zurücktreten» (Art. 107 Abs. 2 OR). Das Rücktrittsrecht steht ihm allerdings nur dann zu, wenn die Voraussetzungen des Wandelungsrechts nach Art. 368 OR gegeben sind. Und das Recht auf Ersatz des Erfüllungsschadens wird «ersetzt» durch das Minderungsrecht. So gesehen, lebt nach ergebnislosem Ablauf der Nachfrist das ursprüngliche Wahlrecht des Bestellers wieder auf (vgl. Gautschi, N 4e zu Art. 368 OR). Entscheidet sich der Besteller für die Ausübung des Minderungsrechts, so ist bei der Berechnung des Minderwertes eine allfällige Wertverbesserung zu berücksichtigen, die nach Ablieferung des Werkes durch Verbesserungsarbeiten des Unternehmers entstanden ist.

Beginnt der Unternehmer mit der Nachbesserung nicht rechtzeitig, verzögert er die Nachbesserungsarbeiten oder ist er damit ohne Verschulden des Bestellers so sehr im Rückstand, dass die rechtzeitige Vollendung der Nachbesserung nicht mehr vorauszusehen ist, so rechtfertigt es sich meines Erachtens, Art. 366 Abs. 1 OR analog anzuwenden: Der Besteller ist hier *schon vor Ablauf der Verbesserungsfrist* berechtigt, den Unternehmer durch Mahnung in Verzug zu setzen, ihm eine Nachfrist einzuräumen und nach ergebnislosem Ablauf der Frist im oben umschriebenen Sinne vorzugehen.

Was die *Nachfrist* betrifft, so ist auf ein Zweifaches hinzuweisen:

– Mit der Ansetzung der Nachfrist kann der Besteller zugleich die Androhung verbinden, dass der Vertrag mit ergebnislosem Ablauf der Nachfrist aufgehoben sei. Sind die Voraussetzungen des Wandelungsrechts nach Art. 368 OR gegeben, so tritt die angedrohte Wandelung ohne weiteres (d.h. ohne nochmalige Wandelungserklärung) ein, sobald die Nachfrist ergebnislos abgelaufen ist. Das gleiche gilt, wenn der Besteller für den Fall, dass die angesetzte Nachfrist ergebnislos abläuft, die Herabsetzung der Vergütung androht.

– Eine Nachfristansetzung kann unterbleiben, wenn sie nach Art. 108 OR nicht erforderlich ist; insbesondere deswegen, weil aus dem Verhalten des Unternehmers hervorgeht, dass sich die Ansetzung einer Nachfrist als unnütz erweisen würde (Art. 108 Abs. 1). Dies trifft z.B. dann zu, wenn der Unternehmer zur Nachbesserung unfähig ist; wenn er sich entschieden weigert, die zu Recht verlangte Nachbesserung vorzunehmen (vgl. sinngemäß BGE 48 II 224); und wohl auch dann, wenn er eine zum vorneherein angesetzte (angemessene) Verbesserungsfrist untätig streichen lässt. Hier kann der Besteller sofort, ohne Nachfristansetzung, ein allfälliges Wandelungs- oder Minderungsrecht ausüben (vgl. Gautschi, N 20b zu Art. 368 OR). Zum Falle, da der Unternehmer das Nachbesserungsrecht des Bestellers oder dessen wirksame Ausübung bestreitet, siehe ausserdem Nr. 245.

*cc. Von der Durchsetzung der Nachbesserungsschuld durch Selbstbeseitigung des Mangels auf Kosten des Unternehmers*

- <sup>221</sup> Die Nachbesserungsschuld des Unternehmers ist eine Leistungspflicht, gerichtet auf ein Tun. Kommt der Unternehmer dieser Leistungspflicht nicht nach, so kann der Besteller auf Nachbesserung (Erfüllung) klagen und *sich vom Richter nach Art. 98 OR ermächtigen lassen, die Mängelbeseitigung auf Kosten des Unternehmers selber vorzunehmen* (bzw. durch einen Dritten vornehmen zu lassen). Oser/Schönenberger, N 6 zu Art. 368 OR.
- <sup>222</sup> Durch die Ermächtigung des Richters entsteht für den Besteller ein Anspruch auf Ersatz der Kosten, die er nach pflichtgemäßem Ermessen aufgewendet hat, um den vertraglichen Zustand des Werkes selber herbeizuführen. Zu ersetzen hat der Unternehmer jedoch nur solche Kosten, die dem Besteller nicht erwachsen wären, wenn der Unternehmer zum vorneherrn mängelfrei geleistet hätte (vgl. Nr. 211 ff.).
- <sup>223</sup> Die Kosten der Mängelbeseitigung braucht der Besteller nicht selber vorzuschreiben. Vielmehr kann er vom Unternehmer die Vorauszahlung der vermutlichen Verbesserungskosten verlangen (vgl. v. Tuhr/Siegwart, S. 531).
- <sup>224</sup> Das umschriebene Recht des Bestellers zur Selbstbeseitigung des Mangels auf Kosten des Unternehmers setzt nach Art. 98 OR eine richterliche Ermächtigung voraus. Die werkvertragsrechtlichen Bestimmungen über die Mängelhaftung enthalten keine Vorschrift, wonach der Besteller in Abweichung von Art. 98 OR berechtigt wäre, die Mängel auch *ohne richterliche Ermächtigung* unter Kostenfolge zu Lasten des Unternehmers zu beseitigen (anders § 633 BGB bei Verzug des Unternehmers mit der Nachbesserung). Doch kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, auf die hier lediglich verwiesen sei, der Besteller die Nachbesserungskosten nach den Regeln über den Schadenersatz als Erfüllungsinteresse einfordern, wenn der nachbesserungspflichtige Unternehmer zur Nachbesserung ausserstande ist oder diese verweigert (BGE 96 II 353 f.).

*c. Von den besonderen Voraussetzungen des Nachbesserungsrechts*

- <sup>225</sup> Das Nachbesserungsrecht des Bestellers, durch dessen Ausübung der Unternehmer zur Nachbesserung verpflichtet wird, besteht nur unter zwei besonderen Voraussetzungen:
- <sup>226</sup> Zunächst setzt das Nachbesserungsrecht des Art. 368 Abs. 2 OR voraus, dass die *Verbesserungskosten nicht übermäßig* sind: dass sie nicht in einem Missverhältnis stehen zum Nutzen, den die Mängelbeseitigung dem Besteller bringt.
- <sup>227</sup> Zu den Verbesserungskosten, die es auf Seiten des Unternehmers anzusetzen gilt, gehören nicht nur die Kosten der effektiven Mängelbeseitigung, sondern auch die «Begleitkosten» für Vorbereitungs- und Wiederherstellungsarbeiten (anderer Ansicht für das deutsche Recht: Schulz, zit. in Nr. 208, S. 357).
- <sup>228</sup> Zum Nutzen, der auf Seiten des Bestellers in Anschlag zu bringen ist, gehört zunächst und vor allem der wirtschaftliche Nutzen, den die Mängelbeseitigung dem Besteller bringen kann (nicht aber muss). Aber auch nichtwirtschaftliche Interessen an der Mängelbeseitigung sind in Rechnung zu stellen.
- <sup>229</sup> Verbesserungskosten des Unternehmers und Nutzen des Bestellers sind gegeneinander abzuwegen. Stehen sie zueinander in einem Missverhältnis, so sind die Kosten übermäßig. Nicht erforderlich ist ein «grobes» Missverhältnis.

nis. Die Ausübung des Nachbesserungsrechts braucht nicht offenbar rechtsmissbräuchlich zu sein (Art. 2 Abs. 2 ZGB), damit das Nachbesserungsrecht entfällt.

- <sup>230</sup> Sodann setzt das Nachbesserungsrecht voraus, dass die Mängelbeseitigung *objektiv möglich* ist. Das versteht sich von selbst und wird daher in Art. 368 OR nicht eigens erwähnt. Fehlt es an der objektiven (evtl. rechtlichen) Möglichkeit der Mängelbeseitigung (z. B. bei einer völligen «Fehlkonstruktion»), so stellt sich die Frage, ob der Besteller statt eines verbesserten ein neues Werk verlangen kann:

**d. Kein Recht des Bestellers auf ein neues Werk**

- <sup>231</sup> Die gestellte Frage ist umstritten, namentlich auch im deutschen Recht. Für das schweizerische Recht hat sie *das Bundesgericht* in BGE 98 II 120 entschieden. Danach gibt der Werkmangel dem Besteller kein Recht, vom Unternehmer die Herstellung eines neuen Werkes zu verlangen (BGE 98 II 120; gleicher Ansicht: Oser/Schönenberger, N 14 zu Art. 368 OR; anderer Ansicht: z. B. Becker, N 12 zu Art. 368 OR; v. Büren, S. 149; Klauser, S. 40 ff.). Die an den Unternehmer gerichtete Aufforderung des Bestellers, ein mangelhaftes Werk durch ein neues zu ersetzen, interpretierte das Bundesgericht (98 II 120) als Wandelungserklärung. Zur Verdeutlichung ist beizufügen:

<sup>232</sup> Der Besteller hat nach dem Gesagten zwar *kein Recht auf ein neues Werk*. Das schliesst jedoch nicht aus:

- <sup>233</sup> – dass die Verbesserung, die der Unternehmer zu leisten hat, im *Ersatz fehlerhafter Werkteile* bestehen kann. Auch ist die Neuherstellung nur eines Werkteiles (z. B. Abbruch und Neuerrichtung einer Wand innerhalb eines vom Unternehmer hergestellten Hauses) als Verbesserung anzusehen, auf die der Besteller nach Ausübung seines Nachbesserungsrechtes gegebenenfalls Anspruch hat. Wechselt der Unternehmer einen fehlerhaften Werkteil (z. B. einen Motor) durch einen neuen aus, so ist er berechtigt, den ersetzen Teil vom Besteller herauszuverlangen.
- <sup>234</sup> – dass es *dem Unternehmer unbenommen* ist, *ein neues Werk herzustellen*, wenn der Besteller die Verbesserung verlangt; es sei denn, die Interessen des Bestellers würden durch die Neuherstellung beeinträchtigt, weil sie z. B. längere Zeit beansprucht als die blosse Mängelbeseitigung.

**e. Vom Erlöschen des Wandelungs- und Minderungsrechts infolge Ausübung des Nachbesserungsrechts**

- <sup>235</sup> Die Erklärung, mit welcher der Besteller die Nachbesserung verlangt, ist ein Gestaltungsgeschäft (Nr. 200) und als solches *unwiderruflich* (vgl. Nr. 161). Die durch Ausübung des Nachbesserungsrechts entstandene Nachbesserungsschuld (Nr. 201) kann der Besteller weder dadurch zum Erlöschen bringen, dass er die Nachbesserungserklärung widerruft, noch dadurch, dass er auf seine Nachbesserungsforderung einseitig verzichtet. Forderungen können nur durch Übereinkunft erlassen werden (v. Tuhr/Siegwart, S. 616).

<sup>236</sup> Hat der Besteller sein Nachbesserungsrecht gestützt auf einen bestimmten Mangel ausgeübt, so ist *ein allfälliges Wandelungs- oder Minderungsrecht aus diesem Mangel erloschen*. Denn:

- <sup>237</sup> – Schuldet der Unternehmer die unentgeltliche Beseitigung des Mangels und damit die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes, so kann der Besteller gestützt auf diesen Mangel nicht (zusätzlich) auch noch die

Minderung der Vergütung verlangen. Das ist evident und steht im Einklang mit der Feststellung, wonach das Minderungs- und das Nachbesserungsrecht nur wahlweise gegeben sind (vgl. 131 f.).

- 238 – Dem Besteller ist es aber auch verwehrt, die entstandene Nachbesserungsschuld durch Widerruf der Nachbesserungserklärung oder durch Verzicht zum Erlöschen zu bringen (Nr. 235), um alsdann, statt der Nachbesserung, Minderung zu verlangen.

- 239 – Schliesslich muss es dem Besteller verwehrt sein, nach Ausübung des Nachbesserungsrechts den Vertrag doch noch zu wandeln. Was in dieser Beziehung beim Minderungsrecht ausgeführt wurde (Nr. 192 ff.), gilt sinngemäss:

240 Zwar steht die entstandene Nachbesserungsschuld einer Aufhebung des Vertrages durch Wandelung an sich (rein «logisch») nicht entgegen; durch die Wandelung würde die Nachbesserungsschuld ohne weiteres aufgehoben. Auch könnte gegen eine derartige Wandelung nicht eingewendet werden, das Nachbesserungs- und das Wandelungsrecht seien Rechte, die nur wahlweise gegeben sind. Denn durch die nachträgliche Wandelungserklärung würde sich der Besteller, wäre sie wirksam, im Ergebnis nur für die Wandelung (nicht auch für die Nachbesserung) entscheiden.

241 Indessen ist die Ausübung des Nachbesserungsrechts ein Verhalten, durch das der Besteller zugleich auch den Willen erklärt, den Vertrag trotz des Mangels, wenn auch unter Begründung einer Nachbesserungspflicht, aufrechtzuerhalten. Der Unternehmer darf auf diese Erklärung vertrauen und ist in seinem Vertrauen zu schützen. Er braucht sich nicht gefallen zu lassen, dass ihn der Besteller zunächst zur Nachbesserung verpflichtet und später (ganz nach seinem Belieben) den Vertrag doch noch wandelt.

242 Das Gesagte bedarf einer *Präzisierung in dreifacher Hinsicht*:

- 243 – Gerät der Unternehmer mit der Erfüllung seiner Nachbesserungsschuld in Verzug, so kann das ursprüngliche Wahlrecht des Bestellers wiederum aufleben (vgl. dazu Nr. 216 f.).

- 244 – Den Parteien steht es frei, die durch Ausübung des Nachbesserungsrechts entstandene Nachbesserungsschuld durch gegenseitige Übereinkunft aufzuheben (Art. 115 OR) und sich z.B. für die Minderung zu entscheiden. Auch können sie den Werkvertrag nach Ausübung des Nachbesserungsrechts immer noch in gegenseitigem Einverständnis wandeln.

- 245 – 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 Wandelungs- oder Minderungsrecht ausübt, nicht entgegenhalten, dieses Recht sei durch die frühere Ausübung des Nachbesserungsrechts erloschen.

#### D. Das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens

246 Art. 368 OR gibt dem Besteller bei Mängelhaftigkeit des Werkes ein Recht auf Schadenersatz. Dieses *Schadenersatzrecht* tritt zusätzlich (*kumulativ*) zum *Wandelungs-, Minderungs- oder Nachbesserungsrecht* hinzu. Ausser und neben der Wandelung, Minderung oder Nachbesserung kann der Besteller nach Art. 368 OR Schadenersatz verlangen. Das Schadenersatzrecht, das ihm Art. 368 OR

einräumt, richtet sich auf *Ersatz des Mangelfolgeschadens*. Es besteht (vorerst) unter der Bedingung, dass sich ein solcher Schaden überhaupt einstellt.

247 Im folgenden befasse ich mich *a.* mit dem Mangelfolgeschaden als solchem. Unter *b.* lege ich dar, dass die Ersatzpflicht für diesen Schaden besonders geregelt ist. Darauf zeige ich, dass die Haftung des Unternehmers für den Mangelfolgeschaden *c.* grundsätzlich eine Verschuldenshaftung ist und *d.* ausnahmsweise eine Kausalhaftung. Schliesslich spreche ich *e.* von der Bemessung des Schadenersatzanspruches.

##### a. Vom Mangelfolgeschaden

248 Den Schaden, um dessen Ersatz es in Art. 368 OR geht, bezeichne ich als *Mangelfolgeschaden*. Den *Ausdruck Mangelfolgeschaden*, den das Gesetz selber nicht verwendet, verstehe ich in einem weiten Sinne. Danach ist *Mangelfolgeschaden* jeder Schaden, der sich als «*weitere Folge* des Mangels (gewissermassen «ausserhalb des Mangels») einstellt und insofern über das unmittelbare Interesse des Bestellers an der mängelfreien Leistung hinausgeht. Es handelt sich um Schaden, der dem Besteller zwar aus der Mängelhaftigkeit des Werkes erwächst (BGE 64 II 256), seinen Grund aber nicht in einer durch den Mangel bewirkten Entwertung des Werkes hat (vgl. sinngemäß BGE 45 II 662).

249 Der so verstandene Mangelfolgeschaden ist stets Schaden, der dem Besteller trotz Wandelung, Minderung oder Nachbesserung verbleibt (vgl. Gautschi, N 6c zu Art. 368 OR). Sein *primäres Kennzeichen* besteht darin, dass er seine (adäquate) Ursache in einem Werkmangel hat. Damit ist er letztlich die Folge eines widerrechtlichen Unternehmerverhaltens: die Folge davon, dass der Unternehmer ein mängelhaftes Werk hergestellt und abgeliefert und damit den Vertrag nicht richtig erfüllt hat. Auf den Werkmangel zurückzuführen ist auch der Schaden, der dem Besteller deshalb entsteht, weil er den Werkvertrag infolge des Mangels wandelt; auch dieser Schaden, der aus der Vertragsauflösung fließt, ist Mangelfolgeschaden (vgl. dazu sinngemäß: Gauch, S. 224, insbes. Anm. 3).

250 Der Mangelfolgeschaden kann bestehen in *entgangenem Gewinn* (*lucrum cessans*); oder er kann bestehen in einer *Verminderung des Besteller-Vermögens* (*damnum emergens*), sei es durch Verminderung der Aktiven, sei es durch Vermehrung der Passiven. Im einzelnen:

251 – Entweder hat der Werkmangel zur Folge, dass dem Besteller Gewinn entgeht. Etwa deswegen, weil der Besteller infolge des Mangels einen Erwerbsausfall erleidet (z.B. einen Mietzinsausfall bis zur Mängelbeseitigung). Oder weil der Besteller, der den Vertrag gewandelt hat, um einen Weiterverkaufsgewinn kommt.

252 – Oder der Werkmangel bewirkt eine Vermögensverminderung beim Besteller. Etwa deswegen, weil der Besteller ein mängelhaftes Haus bis zur Mängelbeseitigung nicht bewohnen kann und deshalb eine Ersatzwohnung mieten muss. Weil infolge des Mangels ein Brand im Gebäude des Bestellers ausbricht (BGE 77 II 243 ff.: Brandausbruch infolge fehlerhafter Anlage eines Rauchabzugrohres). Weil der Besteller infolge des Mangels verunfallt (BGE 64 II 254 ff.: Unfall infolge fehlerhafter Reparatur eines Steiggurtes). Weil der Besteller infolge des Mangels einem Dritten schadenersatzpflichtig wird: Der Dritte verunfallt z.B. auf einer fehlerhaft angelegten Treppe, so dass den Besteller die Werkeigentümerhaftung trifft (Art. 58 OR). Zum Mangelfolgeschaden gehören im letzten Fall auch die Kosten eines

allfälligen Haftpflichtprozesses, den der Besteller mit dem geschädigten Dritten führen muss.

### b. Von der besondern Schadenersatzordnung

253 Der Mangelfolgeschaden ist letztlich die Folge einer Vertragsverletzung (Nr. 249). Den Unternehmer, der den Mangelfolgeschaden zu ersetzen hat, trifft daher eine *vertragliche Schadenersatzpflicht*, die jedoch durch die werkvertragsrechtlichen Regeln über die Mängelhaftung (Art. 367–371 OR) besonders geordnet wird. Diese besondere Schadenersatzordnung ist von Bedeutung namentlich für die Verwirkung und die Verjährung (vgl. dazu Nr. 354 ff. und 410 ff.). Sie ist nicht abschliessend. Soweit sie keine Vorschriften enthält, kommen die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts über die vertragliche Schadenersatzpflicht zur Anwendung (Art. 97 ff. OR).

254 Die besondere Schadenersatzordnung, die sich aus den werkvertragsrechtlichen Regeln über die Mängelhaftung ergibt, beschlägt *einzig die Mangelfolgeschäden*, nicht auch andere Schäden, die dem Besteller zwar ebenfalls durch vertragswidriges Verhalten des Unternehmers erwachsen, aber keine Mangelfolgeschäden sind. Die Ersatzpflicht für diese andern Schäden untersteht nicht den Vorschriften über die Mängelhaftung. Das gilt zum Beispiel:

- 255 – Für den Verspätungsschaden infolge verzögerter Ablieferung des Werkes.
- 256 – Für den Schaden, den der Unternehmer (oder dessen Hilfsperson) anlässlich der Herstellung oder Ablieferung des Werkes stiftet, indem er durch unsorgfältige Verrichtung der Arbeit z.B. Fensterscheiben des Bestellers zerkratzt (vgl. BGE 89 II 237), Ablaufröhre durch Zementmörtel verstopft (vgl. BGE 93 II 321) oder eine Gasleitung zur Explosion bringt (vgl. BGE 90 IV 247 f.).
- 257 – Für den Schaden, den der Besteller deshalb erleidet, weil es der Unternehmer pflichtwidrig unterlassen hat, ihn über den sachgemässen Gebrauch des Werkes aufzuklären. Eine Aufklärungspflicht hinsichtlich des sachgemässen Gebrauches kann sich im Einzelfall aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Unternehmers (Nr. 40) ergeben. Z.B. kann der Unternehmer, der eine Zentralheizung installiert, dazu verpflichtet sein, dem Besteller genaue Anweisungen über das zu verwendende Heizwasser zu geben (BGE 94 II 160).

### c. Grundsatz: Schuldhaftung

258 Ist ein Mangelfolgeschaden eingetreten, so hat ihn der Unternehmer nach dem Wortlaut des Art. 368 OR nur dann zu ersetzen, wenn ihn ein Verschulden trifft. Die Haftung für den Mangelfolgeschaden ist danach eine *Schuldhaftung*. Das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens setzt voraus, dass dem Unternehmer die Herstellung bzw. Ablieferung eines mangelhaften Werkes zum Vorwurf gereicht. Dadurch unterscheidet es sich von den übrigen Mängelrechten (dem Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht), die dem Besteller ohne jedes Verschulden des Unternehmers zustehen (Nr. 135).

259 *Das vorausgesetzte Verschulden* des Unternehmers wird in Anwendung des allgemeinen Art. 97 OR vermutet (Klauser, S. 62 f.). Nicht der Besteller hat das Verschulden des Unternehmers zu beweisen, sondern der Unternehmer hat zu beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft (vgl. BGE 70 II 219; 82 II 139; 93 II 315; anderer Ansicht: Becker, N 13 zu Art. 368 OR).

260 Nicht «entschuldigen» kann sich der Unternehmer jedenfalls mit der geringen Höhe der vereinbarten Vergütung;

auch nicht mit der eigenen Unfähigkeit, ein mängelfreies Werk herzustellen. Im Gegenteil: Ein Verschulden liegt immer vor, wenn das Werk deshalb mangelhaft ist, weil der Unternehmer unter Verletzung seiner Sorgfaltspflicht (Nr. 40) die Ausführung des Werkes übernommen hat, obwohl sie seine beruflichen Fähigkeiten überstieg (vgl. BGE 93 II 324). Überhaupt gilt jeder «Verstoss gegen die fachtechnisch gebotene Vorsicht» als Verschulden (vgl. BGE 70 II 219).

261 Die Schuldhaftung bildet nur (aber immerhin) den *Grundsatz*. Ausnahmsweise haftet der Unternehmer für den Mangelfolgeschaden auch kausal (d.h. ohne Verschulden):

#### d. Ausnahme: Kausalhaftung

262 Eine kausale Haftung für Mangelfolgeschäden greift in zwei Fällen Platz:

##### aa. Haftung für Hilfspersonen

263 Ist der Mangel des abgelieferten Werkes auf das Verhalten von Hilfspersonen zurückzuführen, so kommt Art. 101 OR zur Anwendung. Für jeden Mangelfolgeschaden, der sich aus diesem Mangel herleitet, haftet der Unternehmer *ohne eigenes Verschulden* und damit kausal (Keller, S. 320). Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich bei den betreffenden Hilfspersonen um Arbeitnehmer des Unternehmers handelt oder um Dritte (z.B. Unterakkordanten).

264 Von der umschriebenen (kausalen) Haftung kann sich der Unternehmer nur *durch den Nachweis befreien, dass ihm selber, hätte er gleich gehandelt wie die Hilfsperson, kein Verschulden vorgeworfen werden könnte* (vgl. BGE 92 II 19 und 70 II 221). Art 55 OR kommt nicht zur Anwendung, weshalb sich der Unternehmer nicht auf die dort genannten Entlastungsgründe berufen kann (vgl. Semjud 74, 1952, S. 39). Mit andern Worten wird er selbst dann nicht befreit, wenn er nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Aufmerksamkeit angewendet hat, um einen Schaden, wie er eingetreten ist, zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.

##### bb. Haftung für unmittelbaren Mangelfolgeschaden

265 Wird der Werkvertrag infolge eines Werkmangels durch Wandelung aufgehoben, so haftet der Unternehmer für den unmittelbaren (nicht aber für den mittelbaren) Mangelfolgeschaden kausal. Diese *kausale Haftung* sieht das Gesetz für den Fall vor, da ein Kaufvertrag infolge Mängelhaftigkeit der Kaufsache gewandelt wird (Art. 208 Abs. 2 OR). Nach (wohl) richtiger Meinung greift sie analog auch im Werkvertragsrecht Platz (so z.B. Gautschi, N 11b zu Art. 368 OR; anderer Ansicht: Klauser, S. 53 ff.).

##### 266 Umstritten sind zwei Fragen:

- 267 – Erstens die *Frage, ob sich die kausale Haftung für unmittelbaren Schaden auf den Wandelungsfall beschränkt*, für den allein sie von Art. 208 Abs. 2 OR vorgesehen wird. Einige Autoren bejahen, in Übereinstimmung mit dem Bundesgericht (BGE 63 II 402 ff.), die gestellte Frage (z.B. Oser/Schönenberger, N 16 zu Art. 205 OR; Keller, S. 333). Andere Autoren verneinen sie und sprechen sich für eine kausale Haftung unabhängig davon aus, ob der Vertrag gewandelt wird oder nicht (z.B. Neuenschwander, S. 78; Spiro, in Festgabe Oftinger, Zürich 1969, S. 259). Nach dieser zweiten Ansicht würde der Unternehmer für den unmittelbaren Schaden auch dann ohne Verschulden haften, wenn keine Wandelung Platz greift.
- 268 – Zweitens die *Frage nach der Abgrenzung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Mangelfolgeschaden*. Die

Rechtsprechung versteht unter unmittelbarem Schaden das «damnum emergens»: Vermögensverminderung; unter mittelbarem Schaden das «lucrum cessans»: entgangener Gewinn (vgl. vorne Nr. 250; so: BGE 79 II 381; Semjud 91, S. 74). Dagegen wird in der neueren Literatur vorgebracht, «es wäre absurd zu behaupten, dass jedes «damnum emergens» zum vorneherrin unmittelbarer sei als ein «lucrum cessans» (Stark, in Festgabe Oftinger, Zürich 1969, S. 288, Anm. 14). Richtigerweise habe der Richter im Einzelfall nach Recht und Billigkeit zu entscheiden, ob die Intensität des Kausalzusammenhangs zwischen Mangel und Mangelfolgeschadens eine kausale Haftung rechtfertige oder nicht (Gautschi, N 11b zu Art. 368 OR; vgl. Neuenschwander, S. 79 f.).

269

Mag man sich auch mit der neueren Literatur durch den Verweis auf die richterliche Billigkeitsentscheidung der heiklen Abgrenzungsfrage entziehen, so kann doch allgemein festgehalten werden:

270

Kein unmittelbarer Mangelfolgeschaden, für den der Unternehmer ohne Verschulden haftet, ist sicher entgangener Gewinn (BGE 79 II 380 f.; Stark, a. a. O.). – Zum unmittelbaren Schaden dagegen gehören in jedem Falle: die Kosten eines Prozesses gegen den eigenen Abnehmer (vgl. Art. 208 Abs. 2 OR); nach Hafner auch die Kosten des vom Besteller gelieferten Stoffes im Wandlungsfalle (Hafner, N 3 zu Art. 358 a OR); Schreib-, Telefon- und Telegrammgebühren (v. Büren, S. 42). Als unmittelbar qualifizierte das Bundesgericht den Sachschaden, der durch Explosion eines Boilers entstand (BGE 63 II 401 ff.). Und nach Spiro (a.a.O.) ist jeder Personenschaden des Bestellers infolge eines Mangels als unmittelbar zu betrachten.

#### e. Von der Bemessung des Schadenersatzanspruchs

271

Steht im Einzelfall fest, dass ein Mangelfolgeschaden eingetreten ist und der Besteller Anspruch auf Ersatz des Schadens hat, so gilt es, diesen *Schadenersatzanspruch zu bemessen*. Zur Anwendung kommen die Art. 42 ff. OR. Dies gestützt auf Art. 99 Abs. 3 OR.

272

In keinem Falle hat der Besteller Anspruch auf eine Ersatzleistung, die den eingetretenen Schaden übersteigt. *Die effektive Höhe des Schadens begrenzt den Schadenersatzanspruch nach oben*. Der Nachweis der Schadenshöhe obliegt, wie der Nachweis des Schadens selbst, dem Besteller (Art. 42 Abs. 1 OR). Ist der Schaden nicht ziffernmässig nachweisbar, so wird er gemäss Art. 42 Abs. 2 OR nach richterlichem Ermessen mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abgeschätzt. Das Bundesgericht wendet die Bestimmung des Art. 42 Abs. 2 auch dann an, wenn eine Schädigung nicht nachweisbar ist, sich aber nach den Umständen mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängt (BGE 98 II 37).

273

Den ziffernmässig nachgewiesenen oder richterlich abgeschätzten *Schaden hat der Unternehmer nicht ohne weiteres im vollen Umfange zu ersetzen*. Vielmehr bestimmt (im Streitfalle) der Richter die Höhe des geschuldeten Ersatzes. Er hat dabei die konkreten Umstände zu berücksichtigen und – bei der Verschuldenshaftung – die Grösse des Unternehmer-Verschuldens (Art. 43 Abs. 1 OR). Haben Umstände, für die der Besteller einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Mangelfolgeschadens eingewirkt oder die Stellung des ersatzpflichtigen Unternehmers sonst erschwert, so kann der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden (Art. 44 Abs. 1 OR). Der Wegfall der Schadenersatzpflicht bei

selbstverschuldetem Werkmangel wird durch Art. 369 OR besonders geordnet. Mit dieser Bestimmung befasse ich mich im folgenden:

#### 6. Wegfall der Mängelhaftung bei Selbstverschulden des Bestellers

274

Die behandelten Mängelrechte des Bestellers bilden die Rechtsfolge eines Werkmangels. In ihnen verwirklicht sich die Haftung des Unternehmers für die Mängel des abgelieferten Werkes.

275

Abgesehen vom Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens (vgl. aber Nr. 262 ff.) setzen diese Mängelrechte kein Verschulden des Unternehmers voraus. *Doch setzen sie immerhin (negativ) voraus, dass der Besteller den Werkmangel nicht selbst verschuldet hat*. Art. 369 OR bestimmt ausdrücklich:

276

«Die dem Besteller bei Mängelhaftigkeit des Werkes gebenen Rechte fallen dahin, wenn er ... die Mängel selbst verschuldet hat.»

277

Auf diese negative Voraussetzung der Mängelhaftung habe ich bereits früher hingewiesen (Nr. 135). Hier soll sie im einzelnen behandelt werden. Zunächst spreche ich A. vom Selbstverschulden des Bestellers. Dann behandle ich B. und C. zwei Beispiele von Selbstverschulden.

##### A. Das Selbstverschulden des Bestellers im Sinne des Art. 369 OR

278

Hat der Besteller einen Werkmangel «selbst verschuldet», so ist der Unternehmer nach Art. 369 OR von seiner Haftung für diesen Mangel befreit. Die *Rechtsfolge des Selbstverschuldens* besteht darin, dass sämtliche Mängelrechte des Bestellers, auch das Recht auf Ersatz eines allfälligen Mangelfolgeschadens, ohne weiteres entfallen. Es ist nicht so, dass der Richter in Anlehnung an Art. 44 Abs. 1 OR zu entscheiden hätte, ob und in welchem Umfange das Selbstverschulden zu einer Haftungsbefreiung des Unternehmers führt (Gautschi, N 2 zu Art. 369 OR).

279

Aus der umschriebenen Rechtsfolge ergibt sich, dass ein *Selbstverschulden im Sinne des Art. 369 OR* nur dann vorliegen kann, wenn der Besteller selbst, und zwar allein, den Werkmangel zu verantworten hat. Das setzt ein Dreifaches voraus:

280

1. Dass der Besteller an der Entstehung des Werkmangels beteiligt ist, indem er selbst eine (adäquate) Ursache des Werkmangels gesetzt hat.

281

2. Dass der Besteller für die genannte Ursache einzustehen hat: dass er für sie verantwortlich ist (vgl. sinngemäss den deutschen und französischen Text des Art. 44 Abs. 1 OR). Vorausgesetzt ist mit andern Worten: ein Zurechnungsgrund, der es rechtfertigt, die Verursachung dem Besteller anzurechnen. Ein derartiger Zurechnungsgrund liegt namentlich dann vor, wenn der Besteller durch sein Verhalten, das zur Entstehung des Werkmangels führt, diejenige Sorgfalt ausser acht lässt, die von ihm selbst zur Vermeidung eines Werkmangels erwartet werden muss.

282

3. Dass die Ursache, für die der Besteller einzustehen hat, die alleinmassgebliche Ursache des Werkmangels bildet: dass es – anders ausgedrückt – nur am Besteller, nicht auch am Unternehmer liegt, dass das Werk nicht ohne den betreffenden Mangel hergestellt und abgeliefert wurde (vgl. z.B. BGE 52 II 78). Diese dritte Voraussetzung ist jedenfalls dann nicht gegeben, wenn der Unternehmer durch Verletzung seiner Sorgfaltspflicht zur Ent-

stehung des Werkmangels beigetragen hat. Verletzung der Sorgfaltspflicht durch den Unternehmer schliesst ein Selbstverschulden im Sinne des Art. 369 OR und damit eine Haftungsbefreiung aus (vgl. auch Gautschi, N 1 zu Art. 369 OR).

<sup>283</sup> Die Ursache eines Werkmangels, die der Besteller zu verantworten hat, kann auch im *Verhalten (Tun oder Untlassen) einer Hilfsperson bestehen*. Denn: Der Besteller hat das Verhalten seiner Hilfspersonen wie sein eigenes Verhalten zu vertreten (vgl. sinngemäss Art. 101 OR). Dieser Grundsatz ergibt sich aus dem Prinzip von Treu und Glauben (Oftinger I, S. 142). Von Bedeutung ist er namentlich auch im Bauwesen, wo Architekt und Ingenieur gegenüber dem Bauunternehmer, wenn sie für den Besteller (den Bauherrn) tätig sind, als dessen Hilfspersonen handeln (vgl. BGE 95 II 53 ff.; zu diesem Entscheid und zu BGE 93 II 317 ff., die sich beide mit dem Zusammentreffen der Haftung eines Bauunternehmers mit derjenigen eines Architekten befassen, siehe die kritische Würdigung in der ausgezeichneten Arbeit von Jansen, S. 113 ff.).

<sup>284</sup> Das Selbstverschulden des Bestellers hat der Unternehmer zu beweisen, wenn er seine Mängelhaftung gestützt darauf bestreiten will. Es kommt in verschiedenen *Erscheinungsformen* vor. Zwei Beispiele will ich herausgreifen:

### B. Erstes Beispiel: Weisungen des Bestellers über die Ausführung des Werkes

<sup>285</sup> Das erste Beispiel nennt Art. 369 OR selbst. Es betrifft den Fall, da der Besteller dem Unternehmer *eine (oder mehrere) Weisung(en) über die Ausführung des vereinbarten Werkes erteilt* hat, die der Unternehmer befolgen muss: sei es mit Bezug auf die Konstruktion, die Arbeitsmethode oder den zu verwendenden Werkstoff (vgl. dazu auch Nr. 474 ff.); sei es mündlich oder sei es schriftlich (z.B. durch Überreichung von Konstruktions- oder detaillierten Bauplänen); sei es persönlich oder durch eine bevollmächtigte Hilfsperson (z.B. einen Architekten, dem die Bauleitung obliegt, SIA-Norm 118, Art. 2 Abs. 3). Die Weisungen, welche bevollmächtigte Hilfspersonen für den Besteller erteilen, gelten als Weisungen des Bestellers selbst (Art. 101 OR und Nr. 283).

<sup>286</sup> Resultiert aus der Befolgung einer (Ausführungs-)Weisung ein Werkmangel, so wird der Unternehmer, der den Besteller ausdrücklich abgemahnt hat, nach Art. 369 OR von seiner Mängelhaftung befreit. Damit befasse ich mich nachstehend zuerst, indem ich *a.* von der Haftungsbefreiung nach erfolgter Abmahnung spreche. Darauf befasse ich mich *b.* mit der Frage, ob bei sachverständiger erteilter Weisung eine Haftungsbefreiung auch ohne Abmahnung Platz greift.

<sup>287</sup> Als «unrichtig» bezeichne ich bei diesen Erörterungen eine Weisung, die zu einem Werkmangel führt, wenn sie befolgt wird.

#### a. Haftungsbefreiung nach erfolgter Abmahnung

<sup>288</sup> Die Mängelrechte des Bestellers fallen nach Art. 369 OR dahin, wenn dieser «durch Weisungen, die er entgegen den ausdrücklichen Abmahnungen des Unternehmers über die Ausführung erteilte, ... die Mängel selbst verschuldet hat».

<sup>289</sup> Nach Art. 369 OR wird somit der Unternehmer von seiner Mängelhaftung befreit, soweit sich ein Mangel aus der Befolgung einer (Ausführungs-)Weisung ergibt, die der Besteller – persönlich oder durch bevollmächtigte Hilfspersonen – erteilt hat. *Immer vorausgesetzt, dass der Besteller vom Unternehmer ausdrücklich abgemahnt wurde*. Durch sein

Festhalten an der Weisung trotz ausdrücklicher Abmahnung verschuldet der Besteller nach Art. 369 OR den Werkmangel selbst.

<sup>290</sup> Die Abmahnung des Art. 369 OR ist nach ihrer rechtlichen Natur eine Wissens-, keine Willenserklärung (unrichtig: BGE 95 II 50, der von einer «Willenskundgebung» spricht). Sie ist ein Rat (v. Tuhr/Siegwart, S. 167), der bewirken soll, dass die Weisung widerrufen oder geändert wird. Im einzelnen ist zu dieser Abmahnung was folgt zu bemerken:

<sup>291</sup> – Zum notwendigen Inhalt der Abmahnung gehört jedenfalls die Erklärung, die erteilte Weisung sei in dem Sinne unrichtig, als sich aus ihrer Befolgung (möglichstweise) ein Werkmangel ergebe. Umstritten ist die Frage, ob in der Abmahnung auch erklärt werden muss, der Unternehmer entschlage sich der Verantwortung, wenn an der erteilten Weisung festgehalten werde. Verneint wird die Frage z. B. von Oser/Schönenberger, N 2 zu Art. 369 OR; bejaht wird sie offenbar in BGE 95 II 50.

<sup>292</sup> – Keine Abmahnung ist die blosse Belehrung darüber, wie ein anderes Mal besser vorzugehen sei (Oser/Schönenberger N 1 zu Art. 369 OR); ebenso nicht die blosse Erklärung des Unternehmers, er würde, käme es auf ihn an, anders vorgehen.

<sup>293</sup> – Die Abmahnung hat sich an den Besteller zu richten: entweder an den Besteller persönlich oder an einen zur Entgegennahme bevollmächtigten Vertreter des Bestellers (z.B. an den verantwortlichen Architekten, der die Weisung erlassen hat, vgl. BGE 95 II 51). Die an den Besteller persönlich gerichtete Abmahnung ist auch dann wirksam, wenn nach der Vereinbarung der Parteien der Vertreter (z.B. der Architekt) abzumahnen ist, der die Weisungen für den Besteller erteilt hat (SIA-Norm 118, Art. 25 Abs. 3); es sei denn, aus der Vereinbarung ergebe sich etwas anderes.

<sup>294</sup> – Auszugehen hat die Abmahnung entweder vom Unternehmer persönlich oder von einem Vertreter des Unternehmers. Nicht genügend ist die Erklärung einer Hilfsperson (z.B. eines Vorarbeiter), die der Empfänger nicht als eine vom Unternehmer ausgehende Abmahnung auffassen darf und muss (BGE 95 II 50). «Der Unternehmer genügt seiner Pflicht nicht, wenn er sich um die Ausführung der Arbeit nicht kümmert, und sich dann, wenn Schäden auftreten, auf eine Bemerkung seines Vorarbeiters gegenüber einem Angestellten des Architekten beruft, selbst wenn sich diese Bemerkung später als begründet herausstellt» (BGE 95 II 50 f.).

<sup>295</sup> – Die Abmahnung muss ausdrücklich sein, d.h.: bestimmt, deutlich und klar (BGE 95 II 50). Sie muss ihrem Inhalt und der Form nach geeignet sein, dem Empfänger die Gefahr der Mängel und die drohende Entlastung des Unternehmers unmissverständlich zum Bewusstsein zu bringen (BGE 95 II 50). Ein konkludentes Verhalten kann nie eine ausdrückliche Abmahnung sein (vgl. v. Tuhr/Siegwart, S. 153). Vage Andeutungen genügen nicht (Klauser, S. 65).

<sup>296</sup> – Die Abmahnung kann mündlich erfolgen oder schriftlich (z.B. per Einschreibebrief). Haben die Parteien Schriftlichkeit vereinbart, so ist die vereinbarte Schriftform kein vermutetes Gültigkeitserfordernis. Art. 16 Abs. 1 OR kommt nicht zur Anwendung. Vielmehr wird vermutet, dass die Schriftform nur der Deutlichkeit und des Beweises willen vereinbart wurde. Eine mündliche Abmahnung kann daher trotz vereinbarter Schriftform wirksam sein (BGE 95 II 47). Das gilt namentlich auch für die Abmahnung nach Art. 4 Abs. 5 und 25 Abs. 3 der SIA-

- Norm 118. Beide Bestimmungen verlangen eine schriftliche Abmahnung; doch ist auch eine mündliche Abmahnung wirksam, wenn sie nur bestimmt, deutlich und klar erfolgt (BGE 95 II 48).
- Nach der Abmahnung hat der Unternehmer mit der Befolgung der Weisung so lange zzuwarten, bis er nach Treu und Glauben annehmen darf und muss, der abgemahnte Besteller (bzw. dessen Vertreter) halte an der Weisung fest. Das ergibt sich aus Art. 369 OR, der die Haftungsbefreiung des Unternehmers an Weisungen knüpft, die der Besteller trotz ausdrücklicher Abmahnung erteilt (d.h. aufrechterhalten) hat.
- Die Voraussetzung der ausdrücklichen Abmahnung*, an die Art. 369 OR die Haftungsbefreiung knüpft, beruht auf folgendem *Zweckgedanken*:
- Sachkundiger Partner des Werkvertrages ist der Unternehmer, nicht der Besteller.
- Deshalb hat der Unternehmer, nicht der Besteller, die erteilten Weisungen auf ihre Richtigkeit hin zu durchschauen (vgl. v. Büren, S. 144, Anm. 71; Becker, N 1 und Oser/Schönenberger, N 1 zu Art. 369 OR). Der Besteller, der nicht sachverständig ist, darf so lange von der Richtigkeit der erteilten Weisung ausgehen, als ihn der Unternehmer nicht abgemahnt hat. Solange hat er es nicht zu verantworten, wenn er durch die Erteilung einer unrichtigen Weisung eine Ursache für die Entstehung eines Werkmangels setzt. Die Verursachung ist ihm nicht anzurechnen. Ein Selbstverschulden liegt daher zum vorneherein nicht vor (vgl. Nr. 281).
- b. Haftungsbefreiung ohne Abmahnung bei sachverständiger erteilter Weisung?**
- Die in Art. 369 OR enthaltene Voraussetzung der (ausdrücklichen) Abmahnung beruht, wie gesagt, auf dem Gedanken, dass der Unternehmer, nicht der Besteller, der sachverständige Teil des Werkvertrages ist (Nr. 298 ff.).
- Wird nun im Einzelfall eine Weisung sachverständig erteilt, so stellt sich die *Frage, ob in «wörtlicher» Anwendung des Art. 369 OR dennoch am Erfordernis der (ausdrücklichen) Abmahnung festzuhalten sei*; oder ob der Unternehmer auch ohne Abmahnung von der Haftung für solche Mängel befreit wird, die sich aus der Befolgung der sachverständigen erteilten Weisung ergeben.
- Sachverständig erteilt wird eine Weisung* dann, wenn entweder der Besteller selber sachverständig ist; oder wenn der Besteller sachverständig beraten ist; oder wenn der Besteller die Weisung durch einen sachverständigen Vertreter erteilt. Immer vorausgesetzt, dass sich der Sachverstand auf Seiten des Bestellers auf die erteilte Weisung bezieht: dass also der Besteller, dessen Berater oder Vertreter gerade (auch) über diejenigen Spezialkenntnisse verfügt, die es gestatten, die erteilte Weisung auf ihre Richtigkeit hin zu durchschauen.
- Die Frage, ob der Unternehmer bei sachverständiger erteilter Weisung auch ohne Abmahnung von seiner Mängelhaftung befreit wird, ist meines Erachtens wie folgt zu beantworten:
- aa. Haftungsbefreiung ohne Abmahnung, wenn der Unternehmer die Unrichtigkeit einer sachverständigen erteilten Weisung weder erkannte noch erkennen musste*
- Für Werkmängel, die sich aus der Befolgung einer sachverständigen erteilten Weisung ergeben, wird der Unternehmer auch ohne Abmahnung von der Mängelhaftung befreit, sofern er die Unrichtigkeit der Weisung weder erkannte noch erkennen musste. Dies aus folgenden Überlegungen:
- Ist der Besteller selber sachverständig oder sachverständig beraten, so darf ihm auch ohne Abmahnung zugemutet werden, dass er richtige Weisungen erteilt oder durch seine Hilfspersonen erteilen lässt (demgegenüber Nr. 300). Erteilt er eine unrichtige Weisung (sei es persönlich oder durch eine Hilfsperson), so lässt er zum vorneherein diejenige Sorgfalt ausser acht, die von ihm zur Vermeidung eines Werkmangels erwartet werden kann. Deshalb hat er auch ohne Abmahnung für eine unrichtige Weisung einzustehen, die sich als Ursache eines Werkmangels erweist (Nr. 281).
- Die gleiche Rechtslage besteht dann, wenn eine unrichtige Weisung durch den sachverständigen Vertreter des Bestellers erteilt wird. Das Verhalten des sachverständigen Vertreters (z.B. eines Architekten) ist dem Besteller als eigenes Verhalten anzurechnen (Nr. 283). Es ist so zu halten, wie wenn der Besteller selbst, trotz Sachverständes, eine unrichtige Weisung erteilen würde. Der Besteller hat für die unrichtige Weisung seines sachverständigen Vertreters auch ohne Abmahnung einzustehen.
- Die sachverständig erteilte, aber unrichtige Weisung, für die der Besteller nach dem Gesagten auch ohne Abmahnung einzustehen hat, bildet die alleinmassgebliche Ursache des daraus fliessenden Werkmangels (Nr. 282), wenn der Unternehmer die Unrichtigkeit der Weisung weder erkannte noch erkennen musste. In diesem Falle ist der Werkmangel, der sich aus der Befolgung der Weisung ergibt, vom Besteller selbst verschuldet.
- 309 Die umschriebene Haftungsbefreiung ohne Abmahnung setzt voraus, dass die Weisung tatsächlich sachverständig erteilt wird*: dass sich also der Sachverstand auf Seiten des Bestellers gerade auf die erteilte Weisung bezieht (Nr. 303). Deshalb kann sich zum Beispiel ein Bauhandwerker, der die Abmahnung unterlassen hat, zum vorneherein nicht auf Anordnungen des bauleitenden Architekten berufen, soweit es auf seine handwerklichen Spezialkenntnisse ankommt, die vom Architekten nicht erwartet werden.
- 310 Keine Haftungsbefreiung ohne Abmahnung* tritt dann ein, wenn der Unternehmer die Unrichtigkeit der sachverständigen erteilten Weisung erkannte oder wenn er sie nicht erkannte, obwohl er sie hätte erkennen müssen. Mit beiden Fällen befasse ich mich nachstehend im einzelnen:
- bb. Keine Haftungsbefreiung ohne Abmahnung, wenn der Unternehmer die Unrichtigkeit der sachverständigen erteilten Weisung erkannt hat*
- Hat der Unternehmer die Unrichtigkeit der sachverständigen erteilten Weisung erkannt, so wird er von seiner Mängelhaftung nur dann befreit, wenn der Besteller (bzw. dessen Vertreter) trotz ausdrücklicher Abmahnung an der erteilten Weisung festhält. Eine Haftungsbefreiung ohne Abmahnung greift nicht Platz. Denn:
- 312 Hat der Unternehmer die Unrichtigkeit einer Weisung erkannt, so ist er auch dann zur Abmahnung verpflichtet, wenn die Weisung sachverständig erteilt wurde. Diese Abmahnungspflicht folgt schon aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Unternehmers (Nr. 40) und entspricht dem Grundgedanken des Art. 365 Abs. 3 OR. Der Unternehmer, der die Abmahnungspflicht verletzt, beteiligt sich durch Verletzung seiner Sorgfaltspflicht an der Entstehung des Werkmangels. Deshalb ist der Werkmangel vom Besteller nicht selbst verschuldet (Nr. 282).*
- 313 Vom Unternehmer erkannt ist die Unrichtigkeit der Weisung schon dann, wenn er deren Befolgung als «bedenklich» erachtet. Gewissheit ist nicht erforderlich. Dem Unternehmer anzurechnen ist auch die «Erkenntnis» seiner*

Hilfspersonen, die sich an der Erfüllung des Werkvertrages beteiligen.

<sup>314</sup> Die umschriebene Abmahnungspflicht des Unternehmers wird in *der SIA-Norm 118* durch verschiedene Bestimmungen bestätigt:

<sup>315</sup> – «Hegt der Unternehmer irgendwelche Bedenken gegen Anordnungen der Bauleitung oder ihrer Organe..., so hat er vor der Ausführung bei der Bauleitung schriftlich Einsprache zu erheben» (Art. 4 Abs. 5). Zum Erfordernis der Schriftlichkeit vgl. Nr. 296.

<sup>316</sup> – «Stellt der Unternehmer Unstimmigkeiten in den Plänen oder zwischen diesen und dem Leistungsverzeichnis fest, so hat er diese der Bauleitung sofort mitzuteilen» (Art. 4 Abs. 8).

<sup>317</sup> – «Falls der Bauherr bestimmte Baustoffe und Lieferanten vorschreibt, der Unternehmer aber feststellt, dass er die Verantwortung für die Eignung der vorgeschriebenen Baustoffe nicht übernehmen kann, hat er die Bauleitung hievon rechtzeitig zu benachrichtigen» (Art. 20 Abs. 4).

<sup>318</sup> – «Der Unternehmer ist verpflichtet, die Bauleitung auf allfällige, für ihn erkennbare Fehler oder Gefahren der ihm vorgeschriebenen Pläne und Konstruktionen schriftlich aufmerksam zu machen» (Art. 25 Abs. 3). Zu den «erkennbaren» Fehlern oder Gefahren, von denen diese Bestimmung spricht, gehören sicher auch «erkannte» Fehler und Gefahren.

*cc. Keine Haftungsbefreiung ohne Abmahnung, wenn der Unternehmer die Unrichtigkeit der sachverständigt erteilten Weisung nicht erkannt hat, obwohl er sie hätte erkennen müssen*

<sup>319</sup> Hat der Unternehmer die Unrichtigkeit der sachverständigt erteilten Weisung nicht erkannt, obwohl er sie hätte erkennen müssen, so ist er unter dem Gesichtspunkt der Haftungsbefreiung gleichzustellen, wie wenn er die Unrichtigkeit erkannt, die Abmahnung aber unterlassen hätte. *Eine Haftungsbefreiung greift nicht Platz*. Denn der Unternehmer kann sich nicht darauf berufen, er habe die Abmahnung deshalb unterlassen, weil er die Unrichtigkeit, die er hätte erkennen müssen, tatsächlich nicht erkannte. Zum gleichen Ergebnis führt folgende Überlegung:

<sup>320</sup> Der Unternehmer, der die Unrichtigkeit einer sachverständigt erteilten Weisung nicht erkennt, obwohl er sie erkennen müsste, setzt seinerseits eine Ursache für die Entstehung des Werkmangels, die er zu vertreten hat. Die unrichtige Weisung bildet alsdann nicht die alleinmassgebliche Ursache des Werkmangels. Ein Selbstverschulden des Bestellers im Sinne des Art. 369 OR liegt nicht vor (Nr. 282).

<sup>321</sup> Abzuklären bleibt die *Frage, wann der Unternehmer die Unrichtigkeit einer sachverständigt erteilten Weisung erkennen muss*. Zu unterscheiden sind zwei Fälle:

<sup>322</sup> 1. Die Unrichtigkeit der erteilten Weisung ist *offensichtlich*: sie ist «augenfällig», für den Unternehmer mit dem von ihm zu erwartenden Sachverstand ohne weiteres (d.h. ohne besondere Nachprüfung) erkennbar. Zum Beispiel beruht sie auf offensichtlichen Planungsfehlern oder auf der Verwendung offensichtlich falscher Masse; oder sie widerspricht (im Bauwesen) den allgemein anerkannten Regeln der Baukunst. Diese offensichtliche Unrichtigkeit muss der Unternehmer erkennen. Ohne Abmahnung wird er von seiner Mängelhaftung nicht befreit. Das steht ganz in Übereinstimmung mit dem oben zitierten Art. 25 Abs. 3 der SIA-Norm 118, der den Unternehmer unter dem Titel «Haftung für Mängel» verpflichtet, «die Bauleitung auf allfällige, für ihn er-

kennbare Fehler oder Gefahren der ihm vorgeschriebenen Pläne und Konstruktionen... aufmerksam zu machen, widrigenfalls die nachteiligen Folgen ihm selbst zur Last fallen».

<sup>323</sup> 2. Die Unrichtigkeit der sachverständigt erteilten Weisung ist *nicht offensichtlich*. Sie muss vom Unternehmer nur (aber immer) dann erkannt werden, wenn er erstens zur Nachprüfung der Weisung verpflichtet ist und wenn zweitens der von ihm zu erwartende Sachverstand ausreicht, um die Unrichtigkeit der sorgfältig nachgeprüften Weisung zu erkennen. Sind beide Voraussetzungen gegeben, so wird der Unternehmer von seiner Mängelhaftung nicht ohne Abmahnung befreit; gleichgültig, ob er die Unrichtigkeit tatsächlich erkannt hat oder nicht (Nr. 319 f.).

<sup>324</sup> Für den zweiten der genannten Fälle (Nr. 323) stellt sich die *Frage nach der Pflicht des Unternehmers, sachverständigt erteilte Weisungen auf ihre Richtigkeit hin nachzuprüfen*. Mit Bezug auf diese Nachprüfungsplik gilt was folgt:

<sup>325</sup> Ist der Besteller selber sachverständigt oder sachverständigt beraten oder vertreten, so darf sich der Unternehmer regelmäßig auf den fremden Sachverstand verlassen und ohne eigene Nachprüfung von der Richtigkeit der erteilten Weisung ausgehen (vgl. z. B. BGE 93 II 316).

<sup>326</sup> Anders verhält es sich dann, wenn 1. der Unternehmer die Nachprüfung einzelner oder aller Weisungen versprochen hat; sei es vor, bei oder nach Vertragsabschluss. Oder wenn 2. der Besteller nach den Umständen des Einzelfalles in guten Treuen erwarten darf, dass der Unternehmer bestimmte Weisungen nachprüft, obwohl er dies nicht versprochen hat. Etwa deswegen, weil die Nachprüfung der Übung entspricht; oder weil der Sachverstand auf Seiten des Unternehmers bedeutend weiter reicht als der Sachverstand des Bestellers oder seiner sachverständigen Hilfsperson; oder weil es für den Unternehmer (z.B. einen Generalunternehmer, Nr. 62) nach Massgabe seiner betrieblichen und technischen Möglichkeiten ein leichtes ist, die erteilten Weisungen nachzuprüfen. Abzustellen ist stets auf die spezifischen Verhältnisse des konkreten Falles.

<sup>327</sup> Soweit eine Nachprüfung vom Unternehmer versprochen wurde oder im Einzelfall vom Besteller nach Treu und Glauben erwartet werden darf, ist der Unternehmer zur Nachprüfung verpflichtet. Für den Bauunternehmer, der die Herstellung eines Werkes nach SIA-Norm 118 übernommen hat, ergibt sich eine Nachprüfungsplik z. B. aus Art. 4 Abs. 8 der genannten Norm. Danach ist er verpflichtet, «wenn an bestehende Bauteile anzuschliessen ist», «die in den Plänen eingeschriebenen Masse auf der Baustelle nachzuprüfen».

### C. Zweites Beispiel: Mängelhafter Werkstoff oder Baugrund des Bestellers

<sup>328</sup> Das zweite Beispiel betrifft den Fall, da der Besteller Werkstoff oder den Baugrund für die Herstellung des vereinbarten Werkes zur Verfügung stellt. Für diesen Fall gilt:

#### a. Der Grundsatz: Keine Mängelhaftung des Unternehmers

<sup>329</sup> Werkmängel, die ihre Ursache darin haben, dass der Werkstoff oder Baugrund des Bestellers mängelhaft ist, sind grundsätzlich vom Besteller selbst verschuldet. Sie begründen keine Haftung des Unternehmers (vgl. BGE 26 II 660; Fick, N 12 zu Art. 365 und N 2 zu Art. 369 OR). Der Unternehmer ist vielmehr von seiner Mängelhaftung befreit, was bedeutet, dass dem Besteller die Mängelrechte des Art. 368 OR nicht zustehen (so auch Gautschi N 4a und 5a zu Art. 369 OR).

- <sup>330</sup> *Mangelhaft im hier verstandenen Sinne ist ein Werkstoff oder Baugrund dann, wenn sich mit ihm das vereinbarte Werk nicht mängelfrei herstellen lässt: Der Werkstoff oder Baugrund ist ungeeignet, um das Werk, wie es vereinbart wurde, mängelfrei herzustellen. Was den Werkstoff im besondern betrifft, so kann unterschieden werden:*
- <sup>331</sup> – Entweder ist der Werkstoff schon *seiner Art nach ungeeignet*. Mit einem Stoff der betreffenden Art lässt sich das Werk, wie es vorgesehen ist, nicht mängelfrei erstellen. Zum Beispiel: Kalk für den Verputz von Feuchträumen (Waschküchen, Garagen usw.).
  - <sup>332</sup> – Oder der Werkstoff ist seiner Art nach zwar geeignet. Mit einem Stoff der betreffenden Art lässt sich ein Werk, wie es vorgesehen ist, mängelfrei erstellen. Doch weist der konkrete Stoff eine *Abweichung von der normalen Beschaffenheit* auf, die ihn für die Herstellung eines mängelfreien Werkes ungeeignet macht. Zum Beispiel: verschlackte Backsteine, Holzbalken mit Drehwuchs.
- b. Die Ausnahme: Mängelhaftung des Unternehmers**
- <sup>333</sup> Ausnahmsweise haftet der Unternehmer auch für solche Werkmängel, die ihre Ursache im mangelhaften Werkstoff oder Baugrund des Bestellers haben. Zwei Ausnahmefälle sind zu unterscheiden:
- aa. Erster Ausnahmefall: Keine unverzügliche Anzeige der erkannten Mängelhaftigkeit*
- <sup>334</sup> Erkennt der Unternehmer die Mängelhaftigkeit des vom Besteller stammenden Werkstoffes oder Baugrundes, so ist er nach Art. 365 Abs. 3 OR *verpflichtet, «dem Besteller ohne Verzug davon Anzeige zu machen»*. Art. 365 Abs. 3 OR bezieht sich ausdrücklich zwar nur auf den Fall, da die Mängelhaftigkeit «bei der Ausführung des Werkes» erkannt wird. Erkennt der Unternehmer die Mängelhaftigkeit bereits vor Beginn der Arbeit, so ist Art. 365 Abs. 3 OR sinngemäss anzuwenden.
- <sup>335</sup> Unterlässt der Unternehmer die unverzügliche Anzeige der erkannten Mängelhaftigkeit, so fallen ihm nach Art. 365 Abs. 3 OR «die nachteiligen Folgen ... selbst zur Last». *Der Unternehmer, der seine Anzeigepflicht verletzt, haftet danach für die Mängel des Werkes, obwohl sie durch die Mängelhaftigkeit des vom Besteller gelieferten Werkstoffes oder Baugrundes verursacht sind* (vgl. Schneider/Fick, N 3 zu Art. 356 aOR; Gautschi, N 4b und 5a zu Art. 369 OR). Eine Haftungsbefreiung greift nicht Platz.
- <sup>336</sup> Diese Rechtslage, die sich aus Art. 365 Abs. 3 OR ergibt, rechtfertigt sich deshalb, weil hier der Unternehmer durch Verletzung seiner Anzeigepflicht, die einen Ausfluss der allgemeinen Sorgfaltspflicht bildet (Nr. 42), an der Entstehung der Werkmängel beteiligt ist, und weil deswegen ein Selbstverschulden des Bestellers im Sinne des Art. 369 OR nicht vorliegt (Nr. 282).
- <sup>337</sup> Die *Anzeigepflicht* des Art. 365 Abs. 3 OR ist, wie gesagt, ein Ausfluss der allgemeinen Sorgfaltspflicht. Was zur Abmahnung bei unrichtiger Weisung des Bestellers ausgeführt wurde (Nr. 290 ff.), gilt sinngemäss. Insbesondere hat die Anzeige ausdrücklich (bestimmt, deutlich und klar) zu erfolgen, obwohl dies Art. 365 Abs. 3 OR nicht sagt. Sie kann mündlich oder schriftlich erstattet werden. Vereinbarte Schriftform ist kein vermutetes Gültigkeitserfordernis. Nach erfolgter Anzeige hat der Unternehmer so lange mit der entsprechenden Weiterarbeit zuzuwarten, bis er annehmen darf und muss, der Besteller beharre auf der Verarbeitung des Stoffes bzw. der Bebauung des Baugrundes. Beharrt der Besteller tatsächlich darauf, so muss er die Folgen an sich selber tragen (Gautschi, N 4b zu Art. 369 OR). Das heisst hier: Der Unternehmer ist von der Haftung für solche Mängel befreit, die sich aus der Mängelhaftigkeit des Werkstoffes oder Baugrundes ergeben. Diese Mängel sind vom Besteller, der auf der Verarbeitung des Stoffes bzw. der Bebauung des Baugrundes beharrt, selbst verschuldet.
- bb. Zweiter Ausnahmefall: Pflichtwidriges Nichterkennen der Mängelhaftigkeit*
- <sup>338</sup> Es geht um folgenden *Sachverhalt*: Der Unternehmer hat die Mängelhaftigkeit des Werkstoffes oder Baugrundes, der vom Besteller stammt, nicht erkannt, obwohl er sie hätte erkennen müssen. Trifft dies zu, so ist der Unternehmer unter dem Gesichtspunkt der Haftungsbefreiung gleich zu stellen, wie wenn er die Mängelhaftigkeit erkannt, die Anzeige nach Art. 365 Abs. 3 OR aber unterlassen hätte (erster Ausnahmefall, Nr. 334 ff.). Er kann sich nicht darauf berufen, er habe die Anzeige deshalb unterlassen, weil er die Mängelhaftigkeit, die er hätte erkennen müssen, tatsächlich nicht erkannte. *Schon daraus folgt, dass der Unternehmer auch hier für die Mängel des Werkes haftet, obwohl sie durch die Mängelhaftigkeit des Werkstoffes oder Baugrundes des Bestellers verursacht sind*. Zum gleichen Ergebnis führt folgende Überlegung:
- Dadurch, dass der Unternehmer die Mängelhaftigkeit nicht erkennt, obwohl er sie erkennen müsste, setzt er seinerseits eine Ursache für die Entstehung des Werkmangels, die er zu vertreten hat. Die Mängelhaftigkeit des Werkstoffes oder Baugrundes ist alsdann nicht die alleinmassgebliche Ursache des Mangels. Ein Selbstverschulden des Bestellers im Sinne des Art. 369 OR liegt nicht vor (Nr. 282).
- <sup>340</sup> Abzuklären bleibt die *Frage, wann der Unternehmer die Mängelhaftigkeit des Werkstoffes oder Baugrundes erkennen muss*. Zwei Fälle sind zu unterscheiden:
- <sup>341</sup> 1. Die Mängelhaftigkeit ist *offensichtlich*; sie ist für den Unternehmer mit dem von ihm zu erwartenden Sachverständnis ohne weiteres erkennbar, d.h. ohne besondere Prüfung des Werkstoffes oder Baugrundes. Diese Mängelhaftigkeit muss der Unternehmer erkennen.
- <sup>342</sup> 2. Die Mängelhaftigkeit ist *nicht offensichtlich*. Sie muss vom Unternehmer unter einer zweifachen Voraussetzung erkannt werden (vgl. sinngemäss Nr. 323):
- <sup>343</sup> – wenn der Unternehmer erstens verpflichtet ist, den Werkstoff oder Baugrund auf seine Eignung hin zu prüfen.
- <sup>344</sup> – wenn zweitens der vom Unternehmer zu erwartende Sachverständnis ausreicht, um die Mängelhaftigkeit des sorgfältig geprüften Werkstoffes oder Baugrundes zu erkennen. Mit andern Worten: wenn der Unternehmer die Mängelhaftigkeit erkennen kann, falls er die Prüfung vornimmt mit der «Sorgfalt und Umsicht eines tüchtigen Fachmannes», für den er sich ausgibt (BGE 26 II 660).
- <sup>345</sup> Was die *Prüfungspflicht des Unternehmers* betrifft, so gilt was folgt:
- <sup>346</sup> Grundsätzlich hat der Unternehmer den Werkstoff oder Baugrund des Bestellers auf seine Eignung hin zu prüfen (vgl. BGE 23, 1737 f.; 26 II 660 f.; 52 II 441). Diese Prüfungspflicht fliesst aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Unternehmers (Nr. 40) und setzt schon vor Beginn der Arbeiten ein. Sie entfällt:
- <sup>347</sup> – soweit der Besteller die sachverständige Prüfung selbst übernommen hat (BGE 52 II 441; 26 II 660). Sei es, dass die Übernahme der Prüfung durch den Besteller ausdrücklich vereinbart wurde; oder sei es, dass der Be-

steller oder dessen Vertreter (z.B. in den Submissionsunterlagen) erklärt hat, die Prüfung sei bereits erfolgt.

- 348 – soweit der Unternehmer in guten Treuen annehmen darf, eine Prüfung werde von ihm nicht erwartet. Diese Annahme kann sich etwa dann rechtfertigen, wenn der Besteller selbst sachverständig, sachverständig beraten oder vertreten ist (Gautschi, N 5a zu Art. 369 OR); oder dann, wenn der Besteller in der Verarbeitung eines bestimmten Werkstoffes über eine langjährige Erfahrung verfügt, die dem Unternehmer abgeht. Abzustellen ist allerdings stets auf die konkreten Umstände des Einzelfalles.
- 349 – soweit der Unternehmer mit der Bearbeitung des Baugrundes nichts zu tun hat (z.B. Dachdecker, Maler, Installateur). In diesem Umfang besteht keine Pflicht zur Prüfung des Baugrundes.

350 Zusammenfassend halte ich fest: Hat der Unternehmer die Mängelhaftigkeit des vom Besteller stammenden Werkstoffes oder Baugrundes nicht erkannt, so haftet er in zwei Fällen für die daraus resultierenden Werkmängel:

- 351 – wenn die Mängelhaftigkeit des Werkstoffes oder Baugrundes offensichtlich war.
- 352 – wenn die Mängelhaftigkeit zwar nicht offensichtlich, der Unternehmer aber prüfungspflichtig und nach Massgabe des von ihm zu erwartenden Sachverständes in der Lage war, die Mängelhaftigkeit bei sorgfältiger Vornahme der Prüfung zu erkennen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Unternehmer die Mängelhaftigkeit deshalb nicht erkannt hat, weil er die Prüfung überhaupt unterliess oder weil er die Prüfung nicht mit dem von ihm zu erwartenden Sachverstände vornahm oder unsorgfältig.

353 Hat der prüfungspflichtige Unternehmer den Werkstoff oder Baugrund zwar geprüft und die Mängelhaftigkeit entdeckt, jedoch eine unverzügliche Anzeige an den Besteller unterlassen, so liegt der erste Ausnahmefall vor (Nr. 334 ff.).

## 7. Verwirkung der Mängelrechte durch Genehmigung des Werkes

354 Steht im Einzelfall fest, dass das abgelieferte Werk einen Mangel aufweist, den der Besteller nicht selbst verschuldet hat, so sind die Mängelrechte nach Art. 368 OR grundsätzlich gegeben. Immerhin ist möglich, dass der Besteller seine Mängelrechte durch Genehmigung des Werkes verwirkt hat. Die Verwirkung beschlägt den Bestand der Mängelrechte. Sie wird in einem weitesten Sinne verstanden, der jeden Rechtsverlust durch einseitiges Verhalten des Bestellers einschliesst.

355 Die Genehmigung des Werkes ist zu verstehen als Erklärung des Willens, das abgelieferte Werk als vertragsgemäss erstellt (und damit als mängelfrei) anzusehen (Oser/Schönenberger, N 1 zu Art. 370 OR). Die Verwirkung der Mängelrechte, die sich mit dieser Genehmigung verbinden kann, wird in Art. 370 OR geordnet. Art. 370 beruht tatsächlich auf der früher eingeführten Unterscheidung zwischen offenen und geheimen Mängeln (Nr. 124). Bei seiner Besprechung ist von dieser Unterscheidung auszugehen:

356 Zunächst spreche ich (A.) von den offenen und geheimen Mängeln; dann von der Verwirkung der Mängelrechte für offene Mängel (B.); und schliesslich von der Verwirkung für geheime Mängel (C.).

### A. Offene und geheime Mängel nach Art. 370 OR

357 Wird das abgelieferte Werk vom Besteller ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt, so ist der Unternehmer nach Art. 370 Abs. 1 OR von seiner Haftpflicht befreit, «soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der Abnahme und ordnungsmässigen Prüfung nicht erkennbar waren oder vom Unternehmer absichtlich verschwiegen wurden». Aus dieser Bestimmung ergibt sich der Unterschied zwischen offenen und geheimen Mängeln:

358 Offene Mängel sind «bei der Abnahme und ordnungsmässigen Prüfung» erkennbar. Es handelt sich entweder um offensichtliche Mängel: augenfällige Mängel, die schon bei der Abnahme (Ablieferung) klar zu Tage liegen, so dass sie für den Besteller ohne weiteres (gewissermassen «auf den ersten Blick») erkennbar sind, ohne dass es einer eigentlichen Prüfung des Werkes bedürfte. Oder um Mängel, die zwar nicht offensichtlich, für den Besteller aber doch erkennbar sind, wenn er seine Prüfungspflicht nach Art. 367 Abs. 1 OR richtig erfüllt, indem er das abgelieferte Werk ordnungsmässig (d.h. rechtzeitig und sorgfältig) prüft (vgl. dazu Nr. 373 ff.).

359 Geheime Mängel sind dagegen «bei der Abnahme und ordnungsmässigen Prüfung» nicht erkennbar. Sie sind weder offensichtlich, noch können sie vom Besteller erkannt werden, wenn er das abgelieferte Werk ordnungsmässig prüft.

### B. Verwirkung der Mängelrechte für offene Mängel

360 Mit dieser Verwirkung befasse ich mich zunächst

#### a. Im allgemeinen (Art. 370 Abs. 1 OR)

361 Genehmigt der Besteller das abgelieferte Werk, so wird der Unternehmer nach Art. 370 Abs. 1 OR von seiner «Haftpflicht» für offene Mängel (Nr. 358) befreit. Mit andern Worten: *der Besteller verwirkt seine Mängelrechte für diese Mängel*. Und zwar verwirkt er für diese Mängel:

- 362 – alle Mängelrechte, unter Einschluss des Rechtes auf Ersatz von Mangelfolgeschäden (Nr. 246 ff.); gleichgültig, ob ein Mangelfolgeschaden bereits eingetreten ist oder nicht;
- 363 – nur Mängelrechte, nicht auch andere Rechte gegenüber dem Unternehmer. Z.B. nicht das Recht auf Ersatz von Schaden (etwa Verspätungsschaden), der kein Mangelfolgeschaden ist (vgl. Nr. 254 ff.). Auch nicht das Recht auf teilweise Rückerstattung der Vergütung, weil die Ausmasse des Werkes geringer sind als die verrechneten (vgl. dazu Nr. 119).

364 Von der genannten Verwirkung ausgenommen bleiben allerdings:

- 365 – Die Mängelrechte für solche Mängel, die der Besteller «vorbehalten», von der Genehmigung ausgeschlossen hat. Beispiel: Genehmigung unter Vorbehalt der Behebung gewisser Mängel.
- 366 – Die Mängelrechte für solche Mängel, die der Unternehmer absichtlich verschwiegen hat.

367 Absichtliche Verschweigung ist arglistige Verschweigung: Verschweigung in Täuschungsabsicht (Oser/Schönenberger, N 4 zu Art. 370 OR). Sie setzt voraus, dass dem Unternehmer der Werkmangel zur Zeit der Ablieferung bekannt ist und dass er die Aufklärung des Bestellers bewusst unterlässt (BGE 89 II 409), obwohl er annehmen muss, der Besteller werde den Werkmangel (zunächst) nicht erkennen.

Die absichtliche Verschweigung eines Werkmangels ist ein vertragswidriges Verhalten: ein Verstoss gegen die Sorgfaltspflicht des Unternehmers (Nr. 40). Dem Unternehmer anzurechnen ist auch die Verschweigung durch eine Hilfsperson, die den Unternehmer im Verhältnis zum Besteller vertritt (Art. 101 OR).

**b. Verwirkung durch Verletzung der Prüfungs- und Anzeigepflicht des Bestellers (Art. 370 Abs. 2 OR)**

Die Genehmigung, welche die umschriebene Wirkung auslöst, kann auch stillschweigend erfolgen (Art. 370 Abs. 1 OR). *Stillschweigende Genehmigung wird nach Art. 370 Abs. 2 OR angenommen* (d.h. hier: unwiderlegbar vermutet), wenn der Besteller die Prüfung und die Anzeige (die «Mängelrüge») unterlässt, zu der ihn das Gesetz verpflichtet. Mit andern Worten: das Werk gilt in diesem Falle von Gesetzes wegen als genehmigt, auch wenn der Besteller keinen Genehmigungswillen hatte.

*aa. Die Prüfungs- und Anzeigepflicht des Bestellers (Art. 367 OR)*

Die Prüfungs- und Anzeigepflicht, auf die sich der angeführte Artikel 370 Abs. 2 OR bezieht, ist umschrieben in Art. 367 Abs. 1 OR, und zwar wie folgt:

«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» (die Mängel also «anzuzeigen» oder zu «rügen»).

Die Prüfungs- und Anzeigepflicht des Bestellers beginnt nach «Ablieferung des Werkes». Diese Ablieferung setzt voraus, dass das Werk vollendet ist (Nr. 33). Solange das Werk, das der Unternehmer schuldet, unvollendet ist, weil nicht sämtliche vereinbarten Arbeiten ausgeführt sind, trifft den Besteller keine Pflicht zur Prüfung und Mängelrüge (vgl. BGE 94 II 165 f.). Gegenüber einem General- oder Totalunternehmer (Nr. 62 f.) darf z.B. der Besteller mit der Prüfung und Rüge zuwarten, «bis die Übergabe des schlüsselfertigen Werkes erfolgt, ohne Rücksicht darauf, wann die einzelnen Handwerker, denen der Generalunternehmer die Arbeiten als Unterakkordanten vergeben hat, ihre Tätigkeit abgeschlossen haben» (BGE 94 II 166).

Die Prüfung des abgelieferten Werkes ist nach Art. 367 Abs. 1 OR vorzunehmen:

1. «Sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist.» Der «übliche Geschäftsgang» bestimmt zunächst die Frist, innerhalb welcher der Besteller mit der Prüfung zu beginnen hat. Sodann die Frist, die dem Besteller für die begonnene Prüfung zur Verfügung steht. Beide Fristen zusammen ergeben die *Prüfungsfrist*. Bis zu ihrem Ablauf muss die Prüfung abgeschlossen sein.

Was die Prüfungsfrist betrifft, so hat der Gesetzgeber nach dem Gesagten auf eine starre Fristbestimmung (z.B. nach Tagen, Wochen oder Monaten) verzichtet. Massgeblich ist der «übliche Geschäftsgang». Die Dauer der Rügefrist richtet sich insbesondere nach dem, «was ordentlicherweise von den zum Kreis des Bestellers gehörenden Leuten erwartet werden darf, nach der Art und dem Zweck des Werkes, den zur sorgfältigen Untersuchung nötigen Vorkehren und der dafür vernünftigerweise benötigten Zeit» (Oser/Schönenberger, N 5 zu Art. 367 OR). Im allgemeinen rechtfertigt es sich, die Prüfungsfrist grosszügig zu bemessen; dies namentlich dann, wenn der Besteller Nichtkaufmann ist (vgl. Klauser, S. 28 f. und 31).

2. Die Prüfung muss *sorgfältig* vorgenommen werden: d.h. mit derjenigen Aufmerksamkeit, die von einem durchschnittlichen (nicht spezialisierten) Kenner des Werkes erwartet werden kann und muss (Gautschi, N 16a zu Art. 367 OR). Verlangt ist eine «branchenübliche» Untersuchung (vgl. sinngemäss BGE 76 II 224), die dem Besteller ein vernünftiges Urteil darüber erlaubt, ob das Werk dem Vertrag entspricht oder Mängel aufweist. Zum Bezug von Fachleuten ist der Besteller, der über die durchschnittlichen Kenntnisse verfügt, nicht verpflichtet (vgl. BGE 46 II 37 und Semjud 85, 1963, S. 135), wohl aber berechtigt.

3. Nach Art. 367 Abs. 2 OR ist jeder Teil berechtigt, auf seine Kosten eine *Prüfung des Werkes durch Sachverständige* und die Beurkundung des Befundes zu verlangen. Diese Bestimmung hat eine amtlich angeordnete Tatbestandsaufnahme im Auge, die nicht an besondere prozessuale Voraussetzungen geknüpft ist. Die Prüfung und Beurkundung dient der Sicherung des Beweises, dass das Werk bei Ablieferung mangelhaft bzw. mängelfrei war (BGE 96 II 270). Sie erfolgt durch Sachverständige, welche die zuständige Behörde am Orte der Ablieferung ernennt (BGE 96 II 271). Sie kann die dem Besteller obliegende Prüfung ersetzen (BGE 96 II 270). Bis zum Vorliegen des Prüfungsbefundes ist die Prüfungsfrist (Nr. 374) nicht abgelaufen. Werden bei einer amtlichen Prüfung, die der Besteller verlangt, Mängel festgestellt, so hat der Besteller Anspruch auf Ersatz der Prüfungskosten (SJZ 40, 1944, S. 124).

378 Hat der Besteller auf Grund der rechtzeitigen Prüfung Mängel entdeckt, so ist er zur *Anzeige der entdeckten Mängel* verpflichtet (Art. 367 Abs. 1 OR); er hat die Mängel zu rügen. Im einzelnen:

1. Die Pflicht zur Rüge der entdeckten Mängel besteht *in jedem Falle*; auch dann, wenn der Besteller die Mängel nicht durch den Unternehmer beheben lassen, also nicht sein Nachbesserungsrecht (Nr. 198) ausüben will (Rep 79, 1946, S. 486).

2. Zum erforderlichen *Inhalt* der Mängelrüge gehört nicht nur die Mitteilung der entdeckten Mängel, sondern auch die Kundgabe des Willens, die Ablieferung des Werkes nicht als richtige Erfüllung gelten zu lassen. Dieser Wille kann sich «aus vorausgehenden oder nebenhergehenden Verumständigungen oder aus der Art der Mitteilung der Mängel ergeben» (Oser/Schönenberger, N 29 zu Art. 201 OR). Erfolgte eine Prüfung durch behördlich ernannte Sachverständige (Nr. 377) und wird der Prüfungsbefund dem Unternehmer amtlich zugestellt, so vermag diese Zustellung die Mängelrüge nicht zu ersetzen.

3. Die Mängel sind *sofort* zu rügen (BGE 47 II 215), obwohl dies Art. 367 Abs. 1 OR nicht ausdrücklich sagt (vgl. aber Art. 370 Abs. 3 OR und sinngemäss Art. 201 OR).

Dieser Pflicht zur *sofortigen* Mängelrüge genügt der Besteller sicher dann, wenn er die bei der Prüfung erkannten Mängel *sofort nach ihrer Entdeckung* anzeigen. Das Erfordernis der sofortigen Anzeige schliesst nicht aus, dass dem Besteller eine kurze Erklärungsfrist zu steht. Erklärungsfrist ist die (Reaktions-)Zeit, innerhalb welcher der Besteller den Entschluss zur Mängelrüge fassen und ausführen muss. Sie ist kurz bemessen, was im Worte «*sofort*» zum Ausdruck kommt. Der Besteller hat sich rasch (mit «tunlicher Beschleunigung») zu entscheiden und muss, wenn er entschlossen ist, die Mängelrüge rasch erheben.

- 383 Der Pflicht zur sofortigen Mängelrüge genügt der Besteller in aller Regel auch dann, wenn er die während der Prüfung erkannten Mängel *sofort* (innerhalb einer kurzen Erklärungsfrist) *nach Abschluss der Prüfung* anzeigen. Ausgenommen bleibt der Fall, da sich die Prüfung (z. B. einer komplizierten technischen Anlage) über längere Zeit hin erstreckt und der Unternehmer ein schützenswertes Interesse daran hat, die während der Prüfung erkannten Mängel vor Prüfungsende zu erfahren. Trifft dies zu, so hat der Besteller die Mängel *sofort nach ihrer Entdeckung* zu rügen (Nr. 382).
- 384 4. Die Mängelrüge hat sich *an den Unternehmer* zu richten: entweder an den Unternehmer persönlich oder an einen zur Entgegennahme bevollmächtigten Vertreter des Unternehmers. Dies gilt auch dann, wenn die Arbeiten durch Unterakkordanten (Nr. 20) ausgeführt wurden. Eine Mängelrüge, die sich an die Unterakkordanten richtet, ist weder erforderlich noch genügend; es sei denn, die Parteien hätten etwas anderes vereinbart. Vgl. dazu BGE 94 II 166.
- 385 5. Die Mängelrüge kann *mündlich oder schriftlich* erfolgen. Ist Schriftform vereinbart, so gilt die vereinbarte Schriftform nicht als vermutetes Gültigkeitserfordernis. Art. 16 Abs. 1 OR kommt so wenig zur Anwendung wie bei der Abmahnung (vgl. Nr. 296).
- 386 6. Eine *Erklärung darüber, ob der Besteller den Werkvertrag wandelt, ob er mindert oder Nachbesserung verlangt*, braucht mit der Mängelrüge nicht verbunden zu sein. Der Besteller ist nicht verpflichtet, die ihm nach Art. 368 OR zustehenden Rechte sofort auszuüben (BGE 98 II 120).
- 387 Eine Rügepflicht im Sinne des Art. 367 Abs. 1 OR trifft den Besteller nicht nur für Mängel, die er erst bei ordnungsmässiger Prüfung des Werkes entdeckt (Nr. 378). Vielmehr ist er *verpflichtet, auch solche Mängel zu rügen, die er schon bei Ablieferung des Werkes (noch vor Prüfungsbeginn) entdeckt, weil sie offensichtlich sind* (Nr. 358). Diese Mängel hat der Besteller sofort (innerhalb einer kurzen Erklärungsfrist) zu rügen, ohne die Prüfung abzuwarten (vgl. sinngemäss Oser/Schönenberger, N 7 zu Art. 201 OR). Das gilt zum Beispiel für den Fall, dass ein Bauwerk schon bei der Ablieferung sichtbare Risse aufweist.
- bb. *Die Verletzung der Prüfungs- und Anzeigepflicht und deren Folge* (Art. 370 Abs. 2 OR)
- 388 Die besprochene Prüfungs- und Anzeige-(Rüge-)Pflicht des Bestellers ist eine Obliegenheit (vgl. Schönenberger/Jäggi, Vorbem. vor Art. 1 OR, N 78). Ihre Verletzung wird durch die unwiderlegbare Vermutung des Art. 370 Abs. 2 OR sanktioniert. Sie hat zur Folge, dass das Werk als genehmigt gilt (Nr. 369).
- 389 Als genehmigt gilt das Werk nach dem richtig interpretierten Art. 370 Abs. 2 OR für offene Mängel (Nr. 358), die der Besteller dem Unternehmer nicht rechtzeitig angezeigt (gerügt) hat. Rechtzeitig ist die Anzeige dann, wenn sie innerhalb der Rügefrist erfolgt.
- 390 Die *Rügefrist für offene Mängel* bezeichnet den Zeitraum, innerhalb welcher diese Mängel gerügt sein müssen, soll für sie das Werk nicht als genehmigt gelten. Diese Frist hat der Richter von Amtes wegen zu berücksichtigen (Gautschi, N 1 zu Art. 371 OR). Sie wird durch das Gesetz nicht unmittelbar bestimmt, wohl aber mittelbar:
- 391 – Die Rügefrist endet in jedem Falle *spätestens* mit Ablauf der Prüfungsfrist (Nr. 374 f.), verlängert um eine kurze Erklärungsfrist (der Zeit, die dem Besteller zu-
- steht, um den Entschluss zur Mängelrüge zu fassen und den gefassten Entschluss auszuführen; Nr. 382).
- 392 – Die Rügefrist kann *früher* enden, wenn der Besteller einen Mangel noch vor Ablauf der Prüfungsfrist erkannt hat. Rechtzeitig erfolgt die Anzeige dieses Mangels nur dann, wenn ihn der Besteller sofort anzeigt; sei es sofort nach Abschluss der Prüfung (Nr. 383) oder nach Entdeckung des Mangels (Nr. 382 und Nr. 387). Der Zeitpunkt, bis zu dem die sofortige Anzeige des erkannten Mangels zu erfolgen hat, bildet für diesen Mangel den Endzeitpunkt der Rügefrist. Spätere Mängelrügen sind verspätet und unbeachtlich.
- 393 Die nicht rechtzeitig angezeigten Mängel, für die das Werk nach Art. 370 Abs. 2 OR als genehmigt gilt, entfallen als Rechtsgrund der Mängelhaftung. Es handelt sich um:
- 394 – Offensichtliche Mängel (Nr. 358), die der Besteller schon bei der Ablieferung erkannt, aber (in Verletzung seiner Anzeigepflicht) nicht oder nicht sofort gerügt hat (Nr. 387 und 392).
- 395 – Mängel, die der Besteller bis zum Ablauf der Prüfungsfrist (Nr. 374 f.) nicht erkannt hat, obwohl er sie bei sorgfältiger Prüfung hätte erkennen können. Sei es, weil er (in Verletzung seiner Prüfungspflicht) die Prüfung überhaupt unterliess, sie unsorgfältig oder zu spät vornahm.
- 396 – Mängel, die der Besteller bei seiner Prüfung vor Ablauf der Prüfungsfrist erkannt, aber (in Verletzung seiner Anzeigepflicht) überhaupt nicht oder zu spät angezeigt hat (Nr. 391 f.).
- 397 Die genannten Mängel entfallen, wie gesagt, als Rechtsgrund der Mängelhaftung. Für sie ist der Unternehmer nach Art. 370 Abs. 1 OR von seiner «Haftpflicht» befreit; für sie hat der Besteller seine *Mängelrechte verwirkt*. Und zwar sämtliche Mängelrechte; auch das Recht auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens (Nr. 246 ff.), der gegebenenfalls erst viel später eintritt (vgl. BGE 64 II 258).
- 398 Von dieser Verwirkung ausgenommen bleiben die Rechte für solche Mängel, die der Unternehmer absichtlich verschwiegen hat (Art. 370 Abs. 1 OR; dazu Nr. 366 ff.).

### C. Verwirkung der Mängelrechte für geheime Mängel (Art. 370 Abs. 3 OR)

399 Anders als die offenen, sind die geheimen Mängel «bei der Abnahme und ordnungsmässigen Prüfung des Werkes» nicht erkennbar (Nr. 259). *Treten sie in einem späteren Zeitpunkt doch noch zu Tage, so kann der Besteller für diese nun erkannten Mängel seine Mängelrechte nach Art. 368 OR geltend machen.* Vorausgesetzt ist allerdings, dass er die betreffenden Mängel rechtzeitig rügt, d.h. sofort (innerhalb einer kurzen Erklärungsfrist), nachdem er sie erkannt hat. Unterlässt er die sofortige Mängelrüge der erkannten Mängel, so gilt das Werk nach Art. 370 Abs. 3 OR auch für sie als genehmigt. *Die Mängelrechte für diese Mängel sind alsdann verwirkt*, und zwar alle Mängelrechte, unter Einschluss des Rechtes auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens (vgl. z.B. BGE 64 II 258). Zur Frage, ob die Verjährungsfrist nach Art. 371 OR zugleich eine absolute Rügefrist darstellt, vgl. Nr. 457.

400 Erkannt sind die geheimen Mängel erst dann, wenn der Besteller über deren Vorliegen Gewissheit erlangt hat; gegebenenfalls erst nach Befragung von Sachverständigen (vgl. Oser/Schönenberger, N 5 zu Art. 370 OR und BGE 98 II 120). – Geheime Mängel, die nach und nach zum Vorschein kommen, sind erkannt, sobald der Besteller den

vollen Umfang und die volle Bedeutung der Mängel erfasst, nicht schon beim Auftreten der ersten Mängelspuren.

401 Den erkannten Mängeln nicht gleichzustellen sind geheime Mängel, die im Laufe der Zeit zwar erkennbar, vom Besteller aber nicht erkannt werden. Den Besteller trifft keine Pflicht, nach geheimen Mängeln zu forschen. Er hat das Werk nur einmal, nach dessen Ablieferung, zu prüfen, nicht dauernd.

402 Als geheime Mängel haben auch solche zu gelten, die zwar bei ordnungsmässiger Prüfung des abgelieferten Werkes im Ansatz erkennbar sind und möglicherweise auch erkannt werden; deren Umfang und wirkliche Bedeutung aber erst in einem späteren Zeitpunkt zutage treten, z.B. erst nach längerem Gebrauch einer fehlerhaften Heizungsanlage (vgl. Semjud 85, 1963, S. 245 f.).

## 8. Verwirkung nur des Wandelungsrechts

403 Von der behandelten Verwirkung sämtlicher Mängelrechte für bestimmte Mängel durch ausdrückliche oder stillschweigende (evtl. gesetzlich vermutete) Genehmigung des Werkes muss unterschieden werden: die Verwirkung nur des Wandelungsrechts (Nr. 138), die ihren Grund nicht in der Genehmigung hat. Mehrere Fälle sind denkbar, z.B.:

404 1. Das abgelieferte Werk ist durch Verschulden des Bestellers untergegangen. Damit hat der Besteller ein (allfälliges) Wandelungsrecht verwirkt; nicht aber die übrigen Mängelrechte.

405 Anders verhält es sich dann, wenn das abgelieferte Werk gerade infolge seiner Mängel oder aber durch Zufall untergegangen ist. Trifft dies zu, so kann der Besteller sein Wandelungsrecht dennoch ausüben. Er hat dem Unternehmer das zurückzugeben, was ihm vom Werk verblieben ist.

406 Die umschriebene Rechtslage ergibt sich aus Art. 207 OR, der zwar das Kaufsrecht beschlägt, im Werkvertragsrecht aber sinngemäss zur Anwendung kommt. Was die «übrigen» Mängelrechte betrifft, so gilt eine Besonderheit für das Nachbesserungsrecht (Nr. 198). Durch den Untergang des Werkes, mit oder ohne Verschulden des Bestellers, ist eine Verbesserung unmöglich geworden und das Nachbesserungsrecht deshalb erloschen (Nr. 230).

407 2. Der Besteller hat das Werk weiterveräussert oder umgestaltet. Damit hat er ein (allfälliges) Wandelungsrecht verwirkt, nicht aber die übrigen Mängelrechte. Art. 207 Abs. 3 OR kommt sinngemäss zur Anwendung.

408 3. Der Besteller hat die Mängel des Werkes erkannt und rechtzeitig gerügt, das Werk aber dennoch weitergebraucht. Durch den Gebrauch des Werkes trotz Kenntnis der Mängel hat er nur (aber immerhin) das Wandelungsrecht verwirkt (vgl. BGE 24 II 547 f. und 794; 29 II 704); denn eine Wandelungserklärung stände hier in Widerspruch zum tatsächlichen Verhalten des Unternehmers und wäre nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) wirkungslos (BGE 24 II 794). Vorbehalten bleibt allerdings:

409 Der Fall, da der Besteller das Werk trotz Kenntnis des Mangels gebraucht, um dadurch weiteren Schaden abzuwenden. Hier steht eine spätere Wandelungserklärung nicht in Widerspruch zum früheren Verhalten des Bestellers, so dass die umschriebene Verwirkung nicht eintritt. Das trifft insbesondere dann zu, wenn der Besteller eine mangelhafte Anlage benutzt, um eine anders nicht zu behebende schwere Störung in seinem Betrieb zu hindern (vgl. FFZ, Bd. 12, Nr. 1883).

## 9. Die Verjährung der Mängelrechte

410 Von der Verwirkung der Mängelrechte zu unterscheiden ist deren Verjährung. Die Verwirkung beschlägt den Bestand der Mängelrechte, die Verjährung deren Klagbarkeit. Verwirkte Mängelrechte sind erloschen, verjährige Mängelrechte nicht. Die Frage der Verjährung stellt sich zum vornehmesten nur für solche Mängelrechte, die nicht verwirkt sind.

411 Die Verjährung der Mängelrechte wird geregelt durch Art. 371 OR. Dieser enthält eine überaus strenge Verjährungsordnung, gekennzeichnet durch kurze Verjährungsfristen und den Zeitpunkt, an dem der Fristenlauf beginnt.

412 Dieser strengen Ordnung unterstehen nur Rechte des Bestellers, nicht des Unternehmers (z.B. nicht der Vergütungsanspruch). Und zwar unterstehen ihr sämtliche Mängelrechte des Bestellers. Aber nur sie. So untersteht ihr auch das Recht auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens (Nr. 246 ff.). Nicht aber das Recht des Bestellers auf Ersatz eines Schadens, der zwar ebenfalls durch Vertragsverletzung des Unternehmers entstanden, jedoch kein Mangelfolgeschaden ist (vgl. Nr. 254 ff.); das Recht auf Ersatz dieses Schadens verjährt in zehn Jahren ab Fälligkeit der Forderung (Art. 127 und 130 OR; BGE 87 II 159).

413 Was die Verjährungsfristen betrifft, enthält Art. 371 OR einen Grundsatz und eine Ausnahme. Im folgenden bespreche ich A. den Grundsatz und B. die Ausnahme. Darauf behandle ich C. das fristauslösende Ereignis, D. die Unterbrechung der Verjährungsfrist, E. die Wirkung der Verjährung und F. die besondere Verjährungsfrist bei arglistig verschwiegenem Mangel.

### A. Der Grundsatz: einjährige Frist (Art. 371 Abs. 1 OR)

414 Die Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes verjähren nach Art. 371 Abs. 1 OR gleich den entsprechenden Ansprüchen des Käufers: somit *in einem Jahr seit Ablieferung des Werkes* (vgl. Art. 210 OR). Diese kurze Verjährungsfrist soll verhüten, dass der Besteller seine Ansprüche erst in einem Zeitpunkt geltend mache, in dem der Unternehmer nicht mehr auf seine Gewährsleute zurückgreifen kann (Botschaft des Bundesrates vom 27. November 1879, Bundesblatt 1880 I 197). Sie gilt nicht ohne Ausnahme.

### B. Die Ausnahme: fünfjährige Frist bei unbeweglichen Bauwerken (Art. 371 Abs. 2 OR)

415 Für unbewegliche Bauwerke (und nur für sie) wird die Verjährungsfrist durch Art. 371 Abs. 2 OR *auf fünf Jahre verlängert*. Die Mängelrechte, die dem Besteller eines unbeweglichen Bauwerkes zustehen, verjähren in fünf Jahren seit Abnahme des Werkes. Zwar hat auch hier der Unternehmer alles Interesse daran, gegebenenfalls auf seine Gewährsleute zurückgreifen zu können. Dieses Interesse muss indessen zurücktreten vor dem besonderen Zweckgedanken, auf dem Art. 371 Abs. 2 OR beruht. Mit diesem Zweckgedanken befasse ich mich im folgenden a. zuerst. Dann spreche ich b. vom unbeweglichen Bauwerk des Art. 371 Abs. 2 OR und werfe c. die Frage auf, ob die fünfjährige Frist des Art. 371 Abs. 2 OR bei jedem Mangel eines unbeweglichen Bauwerkes zur Anwendung kommt oder nicht.

#### a. Der Zweckgedanke des Art. 371 Abs. 2 OR

416 Art. 371 Abs. 2 OR beruht auf der Erwägung, dass oft erst nach längerer Zeit erkennbar wird, ob das unbewegliche Bauwerk den Anforderungen der Festigkeit oder den geologischen und atmosphärischen Verhältnissen stand-

hält (BGE 93 II 245). Diese Erwägung bildet den gesetzgeberischen Grund für die verlängerte Verjährungsfrist bei unbeweglichen Bauwerken. Sie muss berücksichtigt werden bei der begrifflichen Bestimmung des unbeweglichen Bauwerkes nach Art. 371 Abs. 2 OR (vgl. BGE 93 II 242 ff.).

### b. Das unbewegliche Bauwerk des Art. 371 Abs. 2 OR

417 Ich behandle zunächst aa. den Begriff und die Erscheinungsformen des unbeweglichen Bauwerkes. Dann grenze ich das unbewegliche Bauwerk ab gegenüber andern Werken, indem ich bb. Werke nenne, die keine unbeweglichen Bauwerke sind. Darauf spreche ich cc. von der Entstehung des unbeweglichen Bauwerkes und befasse mich schliesslich dd. mit dem Erneuerungsanstrich eines Hauses im besonderen.

#### aa. Begriff und Erscheinungsformen des unbeweglichen Bauwerkes

418 Der Begriff des unbeweglichen Bauwerkes, wie ihn Art. 371 Abs. 2 OR verwendet, ist weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung eindeutig geklärt. Hier soll die Frage nach der Begriffsbestimmung nicht abschliessend behandelt, sondern nur mit wenigen Gedanken gestreift werden:

419 Mit der (wohl) herrschenden Meinung darf davon ausgegangen werden, dass ein unbewegliches Bauwerk im Sinne des Art. 371 Abs. 2 OR jedenfalls eine durch Verwendung von Material und Arbeit in (unmittelbarer oder mittelbarer) Verbindung mit dem Erdboden hergestellte unbewegliche Sache ist (vgl. z.B. Oser/Schönenberger, N 5 zu Art. 371 OR). Damit sind die *Grundmerkmale des unbeweglichen Bauwerkes* bestimmt. Jedes unbewegliche Bauwerk ist eine Sache, welche die genannten Merkmale aufweist. Nicht aber umgekehrt. Damit ein unbewegliches Bauwerk vorliegt, muss sich die betreffende Sache durch ein zusätzliches Merkmal qualifizieren.

420 Die erforderliche *Qualifikation* (Nr. 419) ergibt sich aus dem Zweckgedanken des Art. 371 Abs. 2 OR (Nr. 416). Aus ihm leite ich das zusätzliche Merkmal ab, durch das sich die umschriebene Sache qualifizieren muss, um ein unbewegliches Bauwerk nach Art. 371 Abs. 2 OR zu sein:

421 Als unbewegliches Bauwerk kommt nur eine Sache in Betracht, für die in der Regel (d.h. nach allgemeiner Lebenserfahrung) erst nach Ablauf der einjährigen Frist (Art. 371 Abs. 1 OR) festgestellt werden kann, ob sie den Anforderungen der Festigkeit oder den geologischen und atmosphärischen Bedingungen standhält (vgl. BGE 93 II 246). Denn:

422 Die Verjährungsfrist für unbewegliche Bauwerke wurde durch Art. 371 Abs. 2 OR deshalb von einem auf fünf Jahre verlängert, weil sich bei ihnen oft erst nach längerer Zeit feststellen lässt, ob sie den Erfordernissen der Festigkeit oder des Widerstandes gegen geologische und atmosphärische Bedingungen genügen. Lässt sich diese Feststellung für eine Sache in der Regel schon innerhalb der einjährigen Frist des Art. 371 Abs. 1 OR treffen, so kann diese Sache kein unbewegliches Bauwerk nach Art. 371 Abs. 2 OR darstellen.

423 Für den Entscheid der Frage, ob ein Werk als unbewegliches Bauwerk im Sinne des Art. 371 Abs. 2 OR gilt, ist massgeblich einzig die Natur des Werkes (vgl. BGE 93 II 246). Es kommt darauf an, ob das Werk die umschriebenen Merkmale aufweist oder nicht. Unerheblich sind: der Wert des Werkes, dessen Ausdehnung und wirtschaftliche Bedeutung, die Höhe des vereinbarten Werklohnes, die Erheblichkeit der Mängel usw. Teilweise anders: Oser/Schönenberger, N 5 zu Art. 371 OR.

424 Das unbewegliche Bauwerk des Art. 371 Abs. 2 OR kommt in zwei *Erscheinungsformen* vor. Es ist:

425 – Entweder ein *selbständiges* (unbewegliches) Bauwerk. Dieses ist dadurch gekennzeichnet, dass es nicht Bestandteil eines (noch) grösseren Bauwerkes bildet. Es kann ein Gebäude (ein Wohnhaus, ein Geschäftshaus, eine Fabrik) sein. Aber auch ein anderes Werk: z.B. eine Strasse, ein Tunnel, eine Brücke, eine Pumpenanlage (Semjud 62, 1940, S. 505), eine im Boden verlegte Wasserleitung (ZBJV 107, 1971, S. 359 f.), eine Schutzmauer, ein Monument, ein Grabdenkmal, eine Geleiseanlage, eine Drahtseilbahn mit stützenden Trägern usw.

426 – Oder ein *unselbständiges* (unbewegliches) Bauwerk. Es bildet Bestandteil (Art. 642 ZGB) eines grösseren, eines selbständigen (unbeweglichen) Bauwerkes. Darunter fallen zum Beispiel: Hausmauern, Hausdächer, Böden, Warmwasseranlagen (Semjud 88, 1966, S. 587), Zentralheizungen, Badeeinrichtungen (ZBGR 39, 1958, S. 158), Haustreppen, Aufzüge usw.

#### bb. Werke, die keine unbeweglichen Bauwerke sind

427 Wird der Begriff des unbeweglichen Bauwerkes im dargestellten Sinne verstanden, so scheiden als unbewegliche Bauwerke ohne weiteres aus:

428 1. *Bewegliche Sachen*. Zum Beispiel: transportable Kachelöfen (ZBJV 68, 1932, S. 536), Fahrnisbauten (BGE 96 II 184), Baumaterialien, Stühle usw.

429 Bewegliche Sachen sind selbst dann keine unbeweglichen Bauwerke: wenn sie 1. Zugehör (Art. 644 ZGB) eines solchen Bauwerkes darstellen. Oder wenn sie 2. dazu bestimmt sind, vom Besteller oder einem Dritten in ein unbewegliches Bauwerk eingebaut zu werden. Oder wenn 3. der Unternehmer, der sie liefert, nach Art. 837 Ziff. 3 ZGB berechtigt ist, ein Bauhandwerkerpfandrecht einzutragen zu lassen; zwischen Art. 837 Ziff. 3 ZGB und Art. 371 Abs. 2 OR besteht kein sachlicher Zusammenhang (BGE 93 II 245; entgegen Gautschi, N 12a und b zu Art. 371 OR und Semjud 92, 1970, S. 557).

430 Nicht unter den Begriff des unbeweglichen Bauwerkes fallen somit auch Bauteile (namentlich Vorbauelemente, aber auch Türen, Fensterrahmen usw.), die ein Unternehmer (als Baulieferant, Nr. 67) für ein bestimmtes unbewegliches Bauwerk individuell (nach Plan) herstellt, aber nicht selbst einbaut. Die Mängelrechte des Bestellers, die sich gegen den betreffenden Lieferanten (als Unternehmer) richten, unterstehen hier zum vornehmerein der einjährigen Frist des Art. 371 Abs. 1 OR, und zwar gleichgültig, ob Besteller der Bauherr ist oder der Bauunternehmer, der den Einbau besorgt. Das ist eine Rechtslage, die nicht voll zu befriedigen vermag. Die Rechtsprechung hat daher die fünfjährige Frist des Art. 371 Abs. 2 OR in einem Fall zur Anwendung gebracht, da ein Generalunternehmer gegenüber dem Unternehmer Mängel an den Türen eines Spitalneubaues geltend machte, die der Unternehmer nicht selbst eingebaut hatte (vgl. SJZ 37, 1940/41, S. 282).

431 2. *Unbewegliche Sachen, die unter Verwendung von Arbeit, nicht aber von Material hergestellt werden*: namentlich Werke, die durch blosse Umarbeitung des Bodens entstehen, z.B. Gräben, Bauaushub usw.

432 3. *Unbewegliche Sachen von solcher Beschaffenheit, dass in der Regel nicht erst nach Ablauf der einjährigen Frist festgestellt werden kann, ob sie den Anforderungen der Festigkeit oder den geologischen und atmosphärischen Bedingungen standhalten*. Hierher zählt das Bundesge-

- richt z.B. den Erneuerungsanstrich eines Hauses (dazu Nr. 435).
- cc. Die Entstehung des unbeweglichen Bauwerkes*
- 433 Das unbewegliche Bauwerk des Art. 371 Abs. 2 OR wird vom Unternehmer entweder *neu errichtet*, indem der Unternehmer ein neues Bauwerk entweder ganz oder zum Teil erstellt. Oder es entsteht durch *Arbeiten an einem vorbestandenen unbeweglichen Bauwerk*: durch Umbau-, Erneuerungs-, Renovations- oder Reparaturarbeiten.
- 434 Was die zuletzt genannten Arbeiten betrifft, muss betont werden: Die fünfjährige Frist des Art. 371 Abs. 2 OR findet auch hier nur dann Anwendung, wenn das Ergebnis der Arbeit seinerseits in einem unbeweglichen Bauwerk (z.B. in einem Umbau) besteht (vgl. BGE 93 II 246). Häufiger Gegenstand von Renovationsarbeiten bildet der Erneuerungsanstrich eines Hauses:
- dd. Der Erneuerungsanstrich eines Hauses*
- 435 Der Erneuerungsanstrich eines Hauses ist eine durch Verwendung von Material und Arbeit (in mittelbarer Verbindung mit dem Erdboden) hergestellte unbewegliche Sache. In BGE 93 II 242 ff. wurde er nicht als unbewegliches Bauwerk angesehen. Das Bundesgericht ging von der tatbeständlichen Annahme aus, die betreffenden Arbeiten seien «nicht so beschaffen, dass in der Regel erst nach Ablauf der einjährigen Verjährungsfrist festgestellt werden könnten, ob sie den Anforderungen der Festigkeit oder den geologischen und atmosphärischen Bedingungen gewachsen seien».
- 436 Träfe die tatbeständliche Annahme des Bundesgerichtes zu, so wäre der Erneuerungsanstrich eines Hauses in der Tat kein unbewegliches Bauwerk nach Art. 371 Abs. 2 OR (Nr. 432). Art. 371 Abs. 2 OR, der die verlängerte Verjährungsfrist für unbewegliche Bauwerke vorsieht, käme zum vornehmerein nicht zur Anwendung. In diesem Sinne hat das Bundesgericht im zitierten Urteil denn auch entschieden.
- 437 Indessen: Die tatbeständliche Annahme des Bundesgerichtes ist unhaltbar. Der Erneuerungsanstrich ist so beschaffen, dass sich in der Regel erst nach Ablauf eines Jahres erkennen lässt, ob er den Anforderungen der Festigkeit genügt und den atmosphärischen Bedingungen standhält. Mit Rücksicht darauf stimme ich dem bundesgerichtlichen Entscheid im Ergebnis nicht zu. Vielmehr bin ich der Ansicht, der Erneuerungsanstrich bilde ein (unselbständiges) unbewegliches Bauwerk im Sinne des Art. 371 Abs. 2 OR; dies, obwohl er nach dem allgemeinen Sprachgebrauch zugegebenermassen kein «Bauwerk» ist (BGE 93 II 247).
- 438 Der Erneuerungsanstrich ist ein (unselbständiges) unbewegliches Bauwerk, gleich wie der (erstmalige) Anstrich eines neuen Hauses. Die deutsche Lehre und Rechtsprechung unterwirft nur den Anstrich eines neuen Hauses der fünfjährigen Verjährungsfrist, welche § 638 BGB für Arbeiten bei Bauwerken vorsieht; den Erneuerungsanstrich behandelt sie als Arbeiten an einem Grundstück, für welche nach § 638 BGB die einjährige Verjährungsfrist gilt (vgl. statt vieler: Staudinger/Riedel, N 13 zu § 638, a.E.). Diese Unterscheidung ist jedenfalls für das schweizerische Recht abzulehnen. Es gibt keinen sachlichen Grund, der es rechtfertigen würde, den Erneuerungsanstrich eines alten Hauses unter dem Gesichtspunkt der Verjährung anders zu behandeln als den Anstrich eines neuen Hauses. Für beide Anstriche stellt sich die Frage, ob sie das qualifizierende Merkmal eines unbeweglichen Bauwerkes nach Art. 371 Abs. 2 OR aufweisen (Nr. 420 ff.). Für beide ist die Frage gleich zu beantworten.
- c. Fünfjährige Frist bei jedem Mangel eines unbeweglichen Bauwerkes?
- 439 Die Mängelrechte, welche dem Besteller eines unbeweglichen Bauwerkes zustehen, verjähren nach Art. 371 Abs. 2 OR in fünf Jahren (nicht in einem Jahr) seit Abnahme des Werkes. Es fragt sich, ob diese verlängerte Verjährungsfrist für die Mängelrechte aus jedem Mangel eines unbeweglichen Bauwerkes gilt, das der Unternehmer hergestellt hat. Nach dem Wortlaut des Art. 371 Abs. 2 OR wäre man versucht, die Frage zu bejahen. Anders verhält es sich, wenn der Zweckgedanke des Art. 371 Abs. 2 OR berücksichtigt wird.
- 440 Art. 371 Abs. 2 OR, der die verlängerte Verjährungsfrist vorsieht, beruht, wie gesagt, auf der Erwägung, dass bei unbeweglichen Bauwerken oft erst nach längerer Zeit erkennbar wird, ob sie den Anforderungen der Festigkeit oder den geologischen und atmosphärischen Bedingungen standhalten (Nr. 416). In dieser Erwägung liegt der Grund, weshalb die Verjährungsfrist für unbewegliche Bauwerke auf fünf Jahre verlängert wurde. Geht man davon aus, so dürfte sich, was die Anwendung des Art. 371 Abs. 2 OR betrifft, eine doppelte Einschränkung rechtfertigen:
- 441 1. Art. 371 Abs. 2 OR ist nicht ohne weiteres auf alle Bestandteile eines unbeweglichen Bauwerkes anzuwenden, das der Unternehmer hergestellt hat. Vielmehr gilt die fünfjährige Frist des Art. 371 Abs. 2 nur bei Mängeln an solchen Bestandteilen, bei denen in der Regel erst nach Ablauf der einjährigen Frist (Art. 371 Abs. 1) festgestellt werden kann, ob sie den erwähnten Erfordernissen (Festigkeit und Widerstand gegen geologische und atmosphärische Bedingungen) standhalten. Anders betrachtet, könnte man mit dem gleichen Ergebnis sagen, dass nur diese Bestandteile zum unbeweglichen Bauwerk gehören, für das Art. 371 Abs. 1 OR die verlängerte Verjährungsfrist vorsieht.
- 442 2. Die fünfjährige Frist des Art. 371 Abs. 2 OR beschlägt nur Mängelrechte aus solchen Mängeln, die gerade darin bestehen, dass das unbewegliche Bauwerk (als Ganzes oder in seinen Teilen) den erwähnten Erfordernissen (Festigkeit usw.) nicht standhält. Was die andern Mängel betrifft, so verjähren die Mängelrechte nach Art. 371 Abs. 1 OR (in einem Jahr), obwohl das Werk ein unbewegliches Bauwerk ist.
- C. Das fristauslösende Ereignis**
- 443 Die strenge Verjährungsordnung des Art. 371 OR zeichnet sich nicht nur durch kurze Verjährungsfristen aus, sondern – wie gesagt – auch durch den Zeitpunkt, an dem die Fristen zu laufen beginnen.
- 444 Fristauslösendes Ereignis ist die *Ablieferung bzw. Abnahme* des Werkes (vgl. Oser/Schönenberger, N 2 zu Art. 371 OR und Klauser, S. 70 ff.). Sie setzt in jedem Falle die Vollendung des Werkes voraus (Nr. 33), nicht aber dessen Genehmigung (Nr. 32, vgl. BGE 89 II 409). Auf die Genehmigung des Werkes kommt es für den Fristenlauf überhaupt nicht an; so wenig wie auf die Mängelrüge oder auf die Kenntnis der Mängel. Daraus folgt:
- 445 Die Mängelrechte des Bestellers können verjähren, noch bevor der Besteller den Mangel erkannt hat (vgl. BGE 89 II 408). Das Recht auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens (Nr. 246) kann sogar verjähren, bevor ein Mangelfolgeschaden eingetreten ist (vgl. sinngemäss BGE 90 II 87). Das letztere ist eine bedenkliche Regelung. Sie widerspricht den schutzwürdigen Interessen des Bestellers, die in vollem Umfange nur dann gewahrt wären, wenn die Ver-

jährung der Schadenersatzforderung erst mit Eintritt des Mangelfgeschadens zu laufen beginne.

#### D. Die Unterbrechung der Verjährung

446 Die Fristen des Art. 371 OR sind nach herrschender Lehre und Rechtsprechung echte Verjährungsfristen, nicht Verwirkungsfristen (vgl. z.B. Gautschi, N 3 und Oser/Schönenberger, N 1 zu Art. 371 OR; BGE 96 II 183 f.; 93 II 244). Ihr Lauf kann, anders als jener von Verwirkungsfristen (BGE 98 II 176 ff.), nach Art. 134 ff. OR stillestehen oder unterbrochen werden (vgl. BGE 58 II 149 f.; 96 II 185). Von Bedeutung ist namentlich die *Unterbrechung der Verjährung*. Mit ihr beginnt die Verjährungsfrist neu zu laufen.

447 Die *Unterbrechungsgründe* sind in Art. 135 OR aufgezählt. Danach wird die Verjährung unterbrochen:

448 – Durch Anerkennungshandlungen von seiten des Unternehmers (Art. 135 Ziff. 1). Der Unternehmer beginnt zum Beispiel mit der verlangten Mängelbeseitigung. Oder er erklärt sich bereit, die verlangte Beseitigung der Mängel vorzunehmen (vgl. ZBJV 85, S. 327). Oder er leistet eine Abschlagszahlung: sei es an die Wandelungsforderung des Bestellers auf Rückleistung der Vergütung (Nr. 142), oder sei es an dessen Minderungsforderung auf Rückleistung des zuviel Bezahlten (Nr. 170). Oder der Unternehmer holt auf die Wandelungs-erklärung des Bestellers hin das mangelhafte Werk zurück. Oder er bestellt eine Bürgschaft zur Sicherung der vom Besteller behaupteten Ansprüche.

449 – Durch qualifizierte Rechtsverfolgung von seiten des Bestellers (Art. 135 Ziff. 2 OR): Klage, Einrede, Eingabe im Konkurs, Ladung zu einem amtlichen Sühnevorschuss.

450 Wird die Verjährung durch eine Klage oder Einrede unterbrochen, so beginnt im Laufe 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). Bei Unterbrechung durch Schuldbetreibung beginnt die Verjährung von neuem mit jedem Betreibungsakt (Art. 138 Abs. 2 OR). Ist die Verjährung durch Eingabe im Konkurs unterbrochen, so setzt der neue Fristenlauf in dem Zeitpunkt ein, da der Anspruch nach Konkursrecht wieder geltend gemacht werden kann (Art. 138 Abs. 3 OR).

451 Die *Verjährungsfrist, die mit der Unterbrechung neu zu laufen beginnt*, beträgt wiederum ein bzw. fünf Jahre (Art. 371 Abs. 1 und 2 OR). Es sei denn, die Mängelrechte bzw. die aus ihrer Ausübung fließenden Forderungen seien vom Unternehmer durch Ausstellung einer Urkunde anerkannt oder durch richterliches Urteil festgestellt worden. Alsdann beträgt die neue Verjährungsfrist zehn Jahre (vgl. Art. 137 Abs. 2 OR).

452 Der Grund, weshalb die Verjährung für eines der Mängelrechte (z.B. das Nachbesserungsrecht) unterbrochen wird, wirkt auch für die übrigen Mängelrechte (z.B. das Recht auf Ersatz des Mangelfgeschadens) unterbrechend (BGE 96 II 185).

#### E. Die Wirkung der Verjährung

453 Sind die Mängelrechte nach Ablauf der ein- bzw. fünfjährigen Frist verjährt, so können sie auf dem Klagewege nicht mehr durchgesetzt werden, wenn der beklagte Unternehmer die Verjährungseinrede erhebt. In dieser *Beschränkung der Klagbarkeit* besteht die Wirkung der Verjährung.

454 Was allerdings das Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht betrifft, so handelt es sich bei diesen Rechten um Gestaltungsrechte (Nr. 138, Nr. 168, Nr. 198). Gestaltungsrechte aber sind unverjährbar (Schönenberger/Jäggi, Vorbem. vor Art. 1, N 101). «Durchsetzung auf dem Klageweg» bedeutet für sie: Klage auf Erfüllung der aus ihrer Ausübung fließenden Forderungen (Forderung auf ganze oder teilweise Rückleistung der Vergütung, Nr. 142 und 170; Forderung auf Nachbesserung, Nr. 201). Diese Forderungen bilden Gegenstand der Verjährungswirkung. Sie können nach Ablauf der Verjährungsfrist klageweise nur mehr dann durchgesetzt werden, wenn der beklagte Unternehmer die Verjährungseinrede unterlässt.

455 Verjährige Mängelrechte sind nach dem Gesagten *nicht erloschen*. Einredeweise kann sie der Besteller auch gegen den Willen des Unternehmers durchsetzen; vorausgesetzt, dass er die entsprechenden Mängel vor Ablauf der Verjährungsfrist gerügt hat:

456 Der kaufsrechtliche Artikel 210 Abs. 2 OR, wonach *Einreden wegen vorhandener Mängel*, die vor Ablauf der Verjährungsfrist angezeigt wurden, trotz eingetreterner Verjährung bestehen bleiben, kommt analog zur Anwendung (Gautschi, N 8a zu Art. 371 OR). Er gibt dem Besteller, der den Werkmangel vor Verjährungsbeginn gerügt hat, zum *Beispiel* eine Verrechnungsmöglichkeit für Forderungen, die sich auf Ersatz eines Mangelfgeschadens oder – bei Wandelung oder Minderung – auf volle oder teilweise Rückleistung der Vergütung richten. Jede dieser Forderungen kann der betreffende Besteller auch nach Eintritt der Verjährung mit einer Gegenforderung des Unternehmers verrechnen, sofern sich Forderung und Gegenforderung vor Eintritt der Verjährung verrechenbar gegenüberstanden. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Gegenforderung des Unternehmers aus dem gleichen Geschäft (dem Werkvertrag) stammt oder nicht (vgl. BGE 91 II 213 ff.). Verlangt ist einzige Verrechenbarkeit der Forderungen vor Ablauf des Verjährungsbeginns. Das setzt allerdings voraus, dass die Forderung des Bestellers noch vor Ablauf der Verjährungsfrist (durch Eintritt des Mangelfgeschadens bzw. Ausübung des Wandelungs- oder Minderungsrechts) entstanden war.

457 Nach dem sinngemäss anwendbaren Art. 210 Abs. 2 OR können Einreden wegen vorhandener Mängel *nach Ablauf der Verjährungsfrist* nur dann erhoben werden, wenn die betreffenden Mängel noch *vor Ablauf der Verjährungsfrist* gerügt wurden (Nr. 456). Es liegt nahe, aus dieser Bestimmung die *allgemeine Regel* abzuleiten, wonach die Verjährungsfrist zugleich die äusserste Frist darstellt, innerhalb welcher Mängel wirksam gerügt werden können. Stellt man sich auf diesen Standpunkt, so hat die Verjährungsfrist immer auch den Charakter einer absoluten Rügefrist. Mängelrechte aus Mängeln, die bis zum Ablauf der Verjährungsfrist nicht gerügt wurden, sind alsdann verwirkt. Von praktischer Bedeutung ist dies nur (aber immerhin) für geheime Mängel (Nr. 399 ff.).

#### F. Besondere Verjährungsfrist bei arglistig verschwiegenem Mangel

458 Hat der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen (Nr. 367 f.), so kann er für diesen Mangel die Verjährungseinrede nicht schon dann erheben, wenn die ein- bzw. fünfjährige Frist des Art. 371 Abs. 1 und 2 OR abgelaufen ist. Das ergibt sich aus der kaufsrechtlichen Bestimmung des Art. 210 Abs. 3 OR, die im Werkvertragsrecht sinngemäss anzuwenden ist (BGE 89 II 409). Die arglistige Verschwiegenheit des Mangels hat der Besteller zu beweisen (BGE 89 II 409).

- <sup>459</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes beträgt die Verjährungsfrist bei arglistig verschwiegenem Mangel in jedem Falle zehn Jahre (Art. 127 OR; vgl. BGE 58 II 140, 89 II 409, 96 II 184). Dies unabhängig davon, ob der Mangel ein unbewegliches Bauwerk nach Art. 371 Abs. 2 OR betrifft oder nicht.

- <sup>460</sup> Wird der Lauf der Verjährungsfrist unterbrochen (Nr. 446), so beträgt die neue Frist wiederum zehn Jahre.

## IV. Einzelfragen zur Mängelhaftung

<sup>461</sup> Nachdem die Mängelhaftung des Unternehmers in den Grundzügen dargestellt wurde, will ich abschliessend auf einige Einzelfragen eintreten. Ich spreche: 1. von der Haftung des Unternehmers für die Güte seines Stoffes, 2. von der Haftung des Unternehmers bei Lieferung eines (objektiv) bessern Werkes als vereinbart, 3. von der Haftung des Unternehmers für den Schaden aus arglistiger Verschweigung eines Mangels, 4. von der Abänderung der gesetzlichen Haftungsordnung durch Vertrag, 5. vom Verhältnis der Mängelrechte nach Art. 368 OR zu andern Rechtsbehelfen des Obligationenrechts und 6. von der teilweisen Entlastung des Unternehmers bei Mitverschulden des Bestellers, das kein Selbstverschulden im Sinne des Art. 369 OR darstellt.

### 1. Die Haftung des Unternehmers für die Güte seines Stoffes

<sup>462</sup> Hat *der Besteller den Werkstoff geliefert*, so haftet der Unternehmer nicht für die Mängel des Werkes, die sich aus der Mängelhaftigkeit dieses Werkstoffes ergeben. Es sei denn, er habe die Mängelhaftigkeit erkannt, nicht aber angezeigt; oder er habe die Mängelhaftigkeit nicht erkannt, obwohl er sie hätte erkennen müssen. Vgl. Nr. 328 ff.

<sup>463</sup> Ganz anders ist die Rechtslage dann, wenn nicht *der Besteller den Stoff liefert, sondern der Unternehmer*. Trifft dies zu, so haftet der Unternehmer zum vornehmerein auch für solche Werkmängel, die ihren Grund in der Mängelhaftigkeit des Werkstoffes haben; gleichgültig, ob er den Mangel des Stoffes erkannt hat, hätte erkennen können oder nicht. Und zwar haftet er für diese Werkmängel ebenfalls nach den Regeln des Werkvertragsrechtes. Damit befasse ich mich nachstehend zunächst (A.). Dann behandle ich (B.) den Sonderfall, da der Unternehmer den Werkstoff zwar selber liefert, aber nach Weisungen des Bestellers.

#### A. Werkvertragsrechtliche (nicht kaufsrechtliche) Haftung des Unternehmers für Mängel aus seinem Werkstoff

<sup>464</sup> Für Werkmängel, die sich aus der Mängelhaftigkeit seines Werkstoffes ergeben, haftet der Unternehmer (gleich wie für die übrigen Werkmängel) *nach den Regeln über die werkvertragsrechtliche Mängelhaftung*. Dies ist der Sinn der in Art. 365 Abs. 1 OR enthaltenen Bestimmung, wonach der Unternehmer für die Güte des von ihm gelieferten Stoffes haftet. Sie verweist, was die Mängelhaftung betrifft, auf Art. 367–371 OR.

<sup>465</sup> Demgegenüber lässt *die herrschende Meinung* den Unternehmer für Werkmängel, die sich aus der Mängelhaftigkeit seines Werkstoffes herleiten, *nach den Regeln des Kaufsrechtes* über die Sachgewährleistung (den Art. 197 ff. OR) haften (vgl. statt vieler: Gautschi, N 8d zu Art. 365 OR; Becker, N 2 zu Art. 365 OR; Oser/Schönenberger, N 2 zu Art. 365 OR).

<sup>466</sup> Die *herrschende Meinung*, die Kaufsrecht zur Anwendung bringt, scheint mir nicht richtig zu sein. Denn:

<sup>467</sup> – Sie verkennt den grammatischen Aufbau des Art. 365 Abs. 1 OR. Art. 365 Abs. 1 lautet: «Soweit der Unter-

nehmer die Lieferung des Stoffes übernommen hat, haftet er dem Besteller für die Güte desselben und hat Gewähr zu leisten wie ein Verkäufer.» Die herrschende Meinung bezieht den Ausdruck «wie ein Verkäufer» auch auf die Haftung für die Güte des Stoffes und nimmt insoweit folgerichtig an, diese Haftung richte sich nach Kaufsrecht. In Wirklichkeit bezieht sich der Ausdruck «wie ein Verkäufer» aber nur auf den Satzteil «und hat Gewähr zu leisten» (vgl. Reichel, ZSR 51, 1932, S. 182). Daraus folgt:

<sup>468</sup> – Richtig verstanden, besagt Art. 365 Abs. 1 OR in diesem Zusammenhang ein Zweifaches: 1. haftet der Unternehmer, der den Stoff liefert, für die Güte desselben. Mit dieser Aussage stellt Art. 365 Abs. 1 OR klar, dass die werkvertragsrechtliche Mängelhaftung auch dann Platz greift, wenn der Werkmangel seinen Grund in der Mängelhaftigkeit des vom Unternehmer gelieferten Stoffes hat. Insoweit verweist Art. 365 Abs. 1 auf die Regeln über die werkvertragsrechtliche Mängelhaftung (Art. 367–371 OR); vgl. Reichel, a.a.O. 2. hat der Unternehmer als Stofflieferant auch (Rechts-) Gewähr zu leisten. Und zwar hat er nach Art. 365 Abs. 1 OR (Rechts-) Gewähr zu leisten wie ein Verkäufer (vgl. dazu vorne, Nr. 123). Damit verweist Art. 365 Abs. 1 auf das Kaufsrecht: auf die Regeln über die Rechtsgewährleistung des Verkäufers (Art. 192 ff. OR).

<sup>469</sup> Diese richtige Auslegung des Art. 365 Abs. 1 OR lässt sich untermauern mit dem Hinweis auf seine Herkunft und das unbefriedigende Ergebnis, zu dem die von der herrschenden Meinung vertretene Auslegung führt. Zunächst zur Herkunft:

<sup>470</sup> – Art. 365 Abs. 1 OR ist nichts anderes als eine verkürzte Wiedergabe des Art. 352 Abs. 1 aOR. Diese Bestimmung des alten Obligationenrechts (von 1881) unterschied deutlich zwischen der Haftung des Unternehmers für die Güte seines Stoffes und seiner Rechtsgewährleistung; nur für die letztere verwies es auf das Kaufsrecht, während die Haftung für die Güte des Stoffes den Bestimmungen des Werkvertragsrechtes unterstellt blieb (vgl. die Kommentare zum alten Obligationenrecht, namentlich Schneider/Fick, N 1 zu Art. 352; Hafner, N 2 zu Art. 352).

<sup>471</sup> Bei der Revision des Obligationenrechts (1911) wurde Art. 352 Abs. 1 aOR redaktionell, nicht aber inhaltlich, verändert und in Art. 365 Abs. 1 OR übernommen. Durch die redaktionelle Änderung war etwas gewonnen für die Kürze und «Schönheit» des Gesetzestextes. Verloren gegangen war die Klarheit, weshalb die Rechtsgelehrten künftig den Unternehmer auch für die Güte des Stoffes wie einen Verkäufer haften liessen.

<sup>472</sup> – Die Anwendung von Kaufsrecht auf die Haftung für Werkmängel, die ihren Grund in der Mängelhaftigkeit des gelieferten Stoffes haben, ist vom Ergebnis her unbefriedigend. Auf ein Vierfaches sei hingewiesen:

<sup>473</sup> Wird Kaufsrecht angewendet, so richtet sich 1. die Mängelhaftung des Unternehmers, je nach Mangel, bald nach diesen, bald nach jenen Vorschriften. Das stellt eine unnötige Komplikation dar, die es schon aus Er-

wägungen der Rechtsklarheit und -sicherheit zu vermeiden gilt. 2. entfällt das Nachbesserungsrecht des Art. 368 Abs. 2 OR, da den Verkäufer keine Pflicht zur Nachbesserung trifft. 3. beträgt die Verjährungsfrist für die Mängelrechte des Bestellers immer nur ein Jahr (Art. 210 OR), auch wenn der Stoff in ein unbewegliches Bauwerk eingebaut wird. Denn Werkstoff ist zweifellos kein «Gebäude», für das allein das Kaufsrecht die fünfjährige Frist des Art. 219 Abs. 3 OR vorsieht. 4. entfällt die gesetzgeberische Begründung für die kurze Verjährungsfrist des Art. 371 Abs. 1 OR, die dem Unternehmer, der nach Art. 368 OR haftet, den Rückgriff auf seine Gewährsleute, namentlich seine Materiallieferanten, ermöglichen soll (Nr. 414). Denn für Werkmängel, die sich aus dem verwendeten Material ergeben, haftet der Unternehmer, wenn Kaufsrecht zur Anwendung kommt, gar nicht nach Art. 368 OR.

## B. Die Haftung des Unternehmers bei Lieferung von Werkstoff nach Weisungen des Bestellers

474 Bisweilen kommt es vor, dass der Unternehmer zwar den Werkstoff selber liefert, jedoch nach Weisungen des Bestellers (bzw. seines Vertreters). Der Besteller hat dem Unternehmer eine Weisung darüber erteilt, was für eine Stoff-Art zu verwenden sei (z.B. Glassteine, Zement, Plastik, Baustoffe eines bestimmten Fabrikates oder Vorbauelemente eines bestimmten Lieferanten usw.). Trifft dies zu, so muss unter dem Gesichtspunkt der Mängelhaftung unterschieden werden (vgl. BGE 23, 1737 f.):

475 – Der vorgeschriebene *Stoff ist schon seiner Art nach ungeeignet* (Nr. 331). Mit Stoff der betreffenden Art lässt sich das vereinbarte Werk nicht mängelfrei erstellen. Der Unternehmer, der diesen Stoff auf Weisung des Bestellers hin verwendet, haftet für die daraus resultierenden Werkmängel nicht, wenn er den Besteller abgemahnt und der abgemahnte Besteller an der Verwendung des vorgeschriebenen Stoffes festgehalten hat (Art. 369 OR; vgl. auch SIA-Norm 118, Art. 20 Abs. 4). Gegebenenfalls entfällt seine Mängelhaftung auch ohne Abmahnung. Zum Ganzen vgl. Nr. 285 ff.

476 – Der vorgeschriebene *Stoff ist seiner Art nach geeignet* für die Herstellung eines mängelfreien Werkes. Der Unternehmer, dem die Stofflieferung obliegt, verwendet zwar Stoff der vorgeschriebenen Art, jedoch in einer schlechten Qualität (z.B. brüchige Steine, Vorbauelemente mit Fertigungsfehlern). Für die daraus resultierenden Werkmängel haftet er auf jeden Fall (Art. 365 Abs. 1 OR, Nr. 464 ff.).

## 2. Die Haftung des Unternehmers bei Lieferung eines (objektiv) bessern Werkes als vereinbart

477 Der Werkmangel besteht darin, dass das Werk eine vereinbarte oder (ohne besondere Vereinbarung) vorausgesetzte Eigenschaft nicht aufweist (Nr. 82). Hat die vereinbarte Eigenschaft den Sinn nur einer Minimalanforderung, so leistet der Unternehmer nicht schon deshalb mängelhaft, weil er besser liefert als vereinbart (Nr. 89). Nicht mängelhaft leistet er auch dann, wenn er in Erfüllung seiner Pflicht zur Lieferung eines gebrauchstauglichen Werkes von der Vereinbarung abweicht (Nr. 90). Von diesen Sonderfällen sehe ich im folgenden ab.

478 Ist das Werk deshalb mängelhaft, weil ihm eine vereinbarte Eigenschaft fehlt, so kann es vorkommen, dass das *mängelhafte Werk (objektiv) besser ist als das vereinbarte*. Das

mangelhafte Werk ist wertvoller und ebenso gebrauchs-tauglich (oder tauglicher) als das mängelfrei gedachte; oder es ist gebrauchstauglicher und ebenso wertvoll als das mängelfreie. Vereinbart war zum Beispiel «Sichtbeton», geliefert wird in geschliffenem, versiegeltem Beton; vereinbart war «Täfer-Imitation», geliefert wird in massivem Naturholz-Täfer; vereinbart war «Kunststein», geliefert wird in Naturstein; vereinbart war «Kalkfarbe», geliefert wird in Ölfarbe usw.

479 In solchen und ähnlichen Fällen, da der Unternehmer ein (objektiv) besseres Werk als vereinbart liefert, stellen sich zwei Fragen: A. die Frage nach der geschuldeten Vergütung, B. die Frage nach der Mängelhaftung:

### A. Die Frage nach der geschuldeten Vergütung

480 Es ist die Frage danach, ob der *Unternehmer* oder ob der *Besteller* die durch die Herstellung des objektiv besseren (und deshalb mängelhaften) Werkes entstandenen Mehrkosten zu tragen hat.

481 Diese Frage entscheidet sich nicht nach den Vorschriften über die Mängelhaftung. Zur Anwendung kommen vielmehr die *Bestimmungen über die Höhe der Vergütung* (Art. 373 ff. OR). Zu unterscheiden sind drei Hauptfälle (vgl. Nr. 36 ff.):

482 – Die Vergütung wurde *zum voraus genau bestimmt* (Art. 373 OR; Nr. 37). Der Unternehmer hat die Herstellung des Werkes zu einer Pauschale übernommen (Werkvertrag à prix forfait). Die Mehrkosten gehen hier ohne weiteres zu seinen Lasten. Der Unternehmer hat keinen Anspruch darauf, dass ihm der Besteller mehr leistet, als fest vereinbart wurde.

483 – Die Vergütung richtet sich *nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers* (Art. 374 OR; Nr. 39). Entscheidend ist bei dieser nachträglichen Berechnung der geschuldeten Vergütung nicht der tatsächliche Aufwand (an Arbeit, Stoff und dergl.), sondern der Aufwand, der bei sorgfältigem Vorgehen für die Herstellung des Werkes mit den vereinbarten Eigenschaften genügt hätte (vgl. sinngemäss BGE 96 II 61 und Nr. 118). Somit gehen auch hier die Mehrkosten zu Lasten des Unternehmers. Gleiches gilt für folgenden Fall:

484 – Der Unternehmer hat die *Ausführung des Werkes zu festen Einheitspreisen nach Ausmass übernommen* (Nr. 38). Trifft dies zu, so hat der Unternehmer 1. nur Anspruch auf Bezahlung des vereinbarten Einheitspreises; und 2. ist der nachträglichen Berechnung der geschuldeten Vergütung nur jenes Ausmass zugrunde zu legen, das bei sorgfältigem Vorgehen für die Herstellung des Werkes mit den vereinbarten Eigenschaften genügt hätte (vgl. Nr. 118). Wiederum gehen die Mehrkosten zu Lasten des Unternehmers.

485 Dass der Unternehmer, nicht der Besteller, die Mehrkosten des (objektiv) besseren Werkes zu tragen hat, entspricht *überkommener Rechtsanschauung* (vgl. das alte Zürcherische Privatgesetzbuch, § 1579) und wurde von *Bluntschli* wie folgt begründet: «Es soll der Unsitte der Übernehmer entgegengewirkt werden, im Widerspruch mit der Bestellung durch mancherlei Zugaben und Zuthaten das Werk zu vertheuern. Es ist das besonders für Bauten wichtig. Hält der Meister es für zweckmäßig, Verbesserungen anzubringen, die einen grösseren Kostenaufwand erheischen, so mag er mit dem Besteller sich vorerst darüber verständigen. Handelt er einseitig, so hat er die Gefahr davon selbst zu tragen».

<sup>486</sup> Der Unternehmer hat die Mehrkosten definitiv zu tragen. Insbesondere kann er sich nicht nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung schadlos halten; schon deshalb nicht, weil er freiwillig besser geleistet hat als geschuldet und kaum in der Lage ist, zu beweisen, dass er sich über den Inhalt seiner Leistungspflicht im Irrtum befand (Art. 63 OR). Eine andere Frage, die hier nicht gelöst werden soll, geht dahin, ob der Unternehmer gegebenenfalls berechtigt ist, die Verbesserung wegzunehmen, wenn dies ohne Beschädigung des Werkes geschehen kann.

### B. Die Frage nach der Mängelhaftung

<sup>487</sup> Dass der Unternehmer die Mehrkosten für das (objektiv) bessere Werk zu tragen hat, ist kein Grund, dem Besteller die Mängelrechte des Art. 368 OR zu versagen. Doch ist zu beachten:

<sup>488</sup> – Das Minderungsrecht steht dem Besteller zum vorneherein nicht zu, da eine für ihn nachteilige Wertdifferenz zwischen dem mangelhaften Werk (wie es ist) und dem mängelfrei gedachten Werk (wie es sein sollte) nicht besteht (vgl. Nr. 176).

<sup>489</sup> – Das Wandelungsrecht steht dem Besteller nur dann zu, wenn ihm die Annahme des Werkes billigerweise nicht zugemutet werden kann; bei Werken auf Grund und Boden nur dann, wenn die Entfernung des Werkes nicht mit unverhältnismässigen Nachteilen für den Unternehmer verbunden ist. Vgl. Nr. 149 ff.

<sup>490</sup> – Das Nachbesserungsrecht steht dem Besteller nur dann zu, wenn die Kosten der Mängelbeseitigung nicht übermässig sind; d.h. nicht in einem Missverhältnis stehen zum Nutzen, der dem Besteller aus der nachträglichen Herbeiführung des vertragsgemässen Zustandes erwächst. Vgl. Nr. 226 ff.

<sup>491</sup> Ist dem Besteller die Annahme des Werkes billigerweise zuzumuten und verursacht eine Mängelbeseitigung übermässige Kosten, so kann der Besteller aus der Mängelhaftigkeit des (objektiv besseren) Werkes gestützt auf Art. 368 OR keine Rechte gegenüber dem Unternehmer ableiten (abgesehen vielleicht von einem Recht auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens). Er hat sich mit andern Worten damit abzufinden, dass das Werk nicht die vereinbarten Eigenschaften aufweist. Dies trifft jedenfalls immer dann zu, wenn die Ausübung sowohl des Wandelungs- als auch des Nachbesserungsrechtes geradezu rechtsmissbräuchlich ist (Art. 2 Abs. 2 ZGB); sei es, weil der Besteller weder an der Wandelung noch an der Mängelbeseitigung ein wirkliches Interesse hat (sondern in schikanöser Absicht handelt); oder sei es, weil sein Interesse in einem groben Missverhältnis steht zum Nachteil, der dem Unternehmer aus der Wandelung und Nachbesserung erwächst.

### 3. Die Haftung des Unternehmers für den Schaden aus arglistiger Verschweigung eines Mangels

<sup>492</sup> Möglicherweise entsteht dem Besteller ein Schaden gerade und nur deswegen, weil der Unternehmer einen Werkmangel arglistig verschwiegen hat. Hätte der Unternehmer den Besteller über den Mangel aufgeklärt, so wäre der Schaden nicht eingetreten.

<sup>493</sup> Die arglistige Verschweigung eines Mangels stellt eine Vertragsverletzung dar; der Unternehmer verletzt seine Sorgfaltspflicht (Nr. 368). Gründet der Besteller seinen Schadenersatzanspruch auf diesen Verletzungstatbestand, so kom-

men die Bestimmungen über die Mängelhaftung nicht zur Anwendung (andere Ansicht: Gautschi, N 2b zu Art. 368 OR). Die Schadenersatzforderung untersteht vielmehr den allgemeinen Vorschriften der Art. 97 ff. OR, in Verbindung mit Art. 364 Abs. 1 OR.

<sup>494</sup> Seiner Haftung für den Schaden aus arglistiger Verschweigung eines Mangels kann sich der Unternehmer nicht mit dem Nachweis entziehen, dass er den betreffenden Mangel nicht verschuldet hat (vgl. demgegenüber Nr. 258); oder dass der Mangel gar vom Besteller selbst verschuldet ist (vgl. demgegenüber Nr. 274 ff.). Die arglistige Verschweigung auch eines *unverschuldeten* Mangels ist eine Verletzung der Sorgfaltspflicht und damit einer Vertragspflicht, welche die Grundlage für eine Schadenersatzforderung abgibt. Die arglistige Verschweigung eines Mangels bildet einen selbstdändigen Rechtsgrund für Schadenersatzforderungen des Bestellers.

### 4. Die Abänderung der gesetzlichen Haftungsordnung durch Vertrag

<sup>495</sup> Die Mängelhaftung des Unternehmers wurde bis anhin nach den gesetzlichen Vorschriften behandelt. Diese Vorschriften (Art. 367–371 OR) enthalten *nachgiebiges (dispositives), nicht zwingendes Recht*. Abweichende Vereinbarungen gehen vor (vgl. sinngemäss BGE 91 II 348). Das gilt auch für Vereinbarungen, die unter Verwendung der SIA-Norm 118 getroffen werden. Doch ist auf folgendes hinzuweisen:

<sup>496</sup> Die SIA-Norm 118 enthält allgemeine (Geschäfts-) Bedingungen für Bauarbeiten (vgl. im einzelnen: Guisan und Hediger). Bei diesen Bedingungen handelt es sich um vorformulierte Vertragsbestimmungen, die – für sich genommen – keine rechtliche Bedeutung haben (vgl. Schönenberger/Jäggi, N 517 zu Art. 1 OR). Für irgendwelche Parteien werden sie nur dann verbindlich, wenn sie dadurch Vertragsgeltung erlangen, dass sie von den Parteien übernommen werden. Die Übernahme erfolgt in der Weise, dass die Parteien eines Werkvertrages vereinbaren, die Norm 118 soll (ganz oder teilweise) Inhalt ihres Werkvertrages sein. Soweit die Norm 118 (mangels Übernahme) keine Vertragsgeltung erlangt, richtet sich die Mängelhaftung des Unternehmers nicht nach ihr.

<sup>497</sup> Durch Vereinbarung können die Parteien die gesetzliche Haftungsordnung in mannigfacher Weise modifizieren. Möglich ist zum Beispiel:

<sup>498</sup> 1. Eine (wirksame) Vereinbarung wonach das Werk vor seiner Ablieferung durch die Parteien gemeinsam zu prüfen ist (so: SIA-Norm 118, Art. 26 Abs. 1). Diese gemeinsame Prüfung entbindet den Besteller von der Prüfungspflicht nach Art. 367 Abs. 1 OR. Der Besteller ist nicht verpflichtet, das gemeinsam geprüfte Werk nach seiner Ablieferung nochmals allein zu prüfen.

<sup>499</sup> 2. Eine Vereinbarung, wonach die Prüfung nach Ablieferung des Werkes gemeinsam zu erfolgen hat. Die Prüfungspflicht des Bestellers (Art. 367 Abs. 1 OR) beginnt hier jedenfalls so lange nicht, als der Unternehmer mit seiner Mitwirkung in Verzuge ist. Vgl. SJZ 62, 1966, S. 126.

<sup>500</sup> 3. Eine Vereinbarung, wonach der Besteller die Prüfung des abgelieferten Werkes unter Bezug von sachverständigen Spezialisten vorzunehmen hat. Offene Mängel (Nr. 358) sind alsdann auch solche, die nur ein sachverständiger Spezialist bei sorgfältiger Prüfung des Werkes erkennen kann.

- 501 4. Eine Vereinbarung, wonach dem Besteller nach Ablieferung des Werkes eine bestimmte *Rügefrist* zusteht, innerhalb der er irgendwelche Mängel rügen kann: derart, dass jede Mängelrüge innerhalb dieser Frist rechtzeitig erfolgt, und zwar unabhängig davon, wann der gerügte Mangel erkannt wurde und ob es sich um einen offenen oder geheimen Mangel (Nr. 358 f.) handelt.
- 502 Vereinbaren die Parteien eine Garantiefrist, so hat die vereinbarte Garantiefrist vielfach den Sinn einer derartigen Rügefrist (vgl. BJM 1955, S. 13). Ob dies im Einzelfall zutrifft, ist durch Auslegung zu ermitteln (vgl. BGE 24 II 602 a.E.). Sicher ist, dass die Garantiefrist nach SIA-Norm 118 eine Rügefrist im umschriebenen Sinne darstellt. Während dieser Garantiefrist hat der Bauherr das Recht, «Mängel aller Art jederzeit zu rügen» (Art. 27 Abs. 4). Vorbehalten bleiben «Mängel, deren spätere Behebung Schaden nach sich ziehen würde»; sie sind, sobald vom Besteller erkannt, auch während der Garantiefrist sofort zu rügen (Art. 27 Abs. 4).
- 503 Die Garantiefrist nach SIA-Norm 118, die eine Rügefrist ist, beginnt mit der Ablieferung bzw. (vorläufigen) Abnahme des Werkes (vgl. dazu Nr. 35); sie dauert, wenn die Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben, während zweier Jahre (Art. 27 Abs. 1 und 2). «Nach der Behebung grösserer Mängel, die der Unternehmer während der Garantiefrist ausgeübt hat, läuft die Garantiefrist vom Tage der Abnahme der Behebung von neuem» (Art. 27 Abs. 5).
- 504 5. Eine Vereinbarung, wonach die *Verjährungsfrist* für die Mängelrechte des Bestellers *nicht mit der Ablieferung bzw. Abnahme des Werkes zu laufen beginnt* (Art. 371 OR), sondern später, z.B. mit der Entdeckung eines Mangels oder mit Ablauf einer vertraglich bestimmten Garantiefrist.
- 505 Ob durch die Vereinbarung einer Garantiefrist der Beginn der Verjährungsfrist auf deren Ende verschoben wird, hängt vom Inhalt der Vereinbarung ab und ist durch Auslegung zu ermitteln (vgl. SJZ 63, 1967, S. 327). Keinen Einfluss auf den Beginn der Verjährungsfrist hat die Garantiefrist nach SIA-Norm 118. Vielmehr beginnt die Verjährungsfrist nach SIA-Norm 118 mit der Ablieferung bzw. (vorläufigen) Abnahme des Werkes zu laufen (Art. 27 Abs. 2 und 28 Abs. 3).
- 506 6. Eine Vereinbarung, wonach für die Mängelrechte des Bestellers eine *andere als die (ein- bzw. fünfjährige) Verjährungsfrist des Art. 371 OR* gilt. Art. 129 OR, der eine vertragliche Abänderung der Verjährungsfristen für die Verjährung im allgemeinen ausschliesst, kommt nicht zur Anwendung (BGE 63 II 180). Die Parteien können eine längere oder eine kürzere Verjährungsfrist vorsehen. Eine Verlängerung kann aber nicht über die ordentliche zehnjährige Verjährung (Art. 127 OR) hinausgehen; und eine Verkürzung ist nur insoweit gültig, als sie die Rechtsverfolgung des Bestellers nicht in unbilliger Weise erschwert (von Tuhr/Siegwart, S. 660; Guhl, S. 425).
- 507 Die vereinbarte Verjährungsfrist geht der gesetzlichen Verjährungsfrist nach Art. 371 OR vor. Sie wird vielfach als Garantiefrist bezeichnet. Die Parteien vereinbaren eine Garantiefrist und meinen damit (auch) eine Verjährungsfrist. Ob dies im Einzelfall zutrifft, muss wiederum durch Auslegung ermittelt werden. Keine Verjährungsfrist ist – entgegen verbreiteter Ansicht – die Garantiefrist nach SIA-Norm 118. Art. 27 Abs. 2 der Norm unterscheidet denn auch deutlich zwischen der Verjährungs- und der Garantiefrist (was z.B. Klauser, S. 75 Anm. 56 übersieht). Unrichtig: BGE 97 II 354 f.,
- 508 wonach die Garantiefrist nach SIA-Norm 118, Ausgabe 1948, nichts anderes ist «als die vertraglich auf zwei Jahre verkürzte Verjährungsfrist des Art. 371 Abs. 2 OR».
- Nach der SIA-Norm 118 gilt stets eine Verjährungsfrist von fünf Jahren, wenn es sich um einen Mangel handelt, der nach Ablauf der Garantiefrist zu Tage tritt (Art. 28 Abs. 3). Für Mängel, die früher zu Tage treten, verweist die Norm auf die «gesetzliche Verjährungsfrist» (Art. 27 Abs. 2). Die gesetzliche Verjährungsfrist beträgt nach Art. 371 OR grundsätzlich ein Jahr, ausnahmsweise (bei bestimmten Mängeln an unbeweglichen Bauwerken) fünf Jahre (vgl. dazu im einzelnen Nr. 415 ff.). Geht man vom Wortlaut der SIA-Norm aus, so kann sich danach die Verjährungsfrist auf ein Jahr beschränken, wenn der Mangel vor Ablauf der Garantiefrist zu Tage tritt (Art. 27 Abs. 2); tritt der Mangel dagegen nach Ablauf der Garantiefrist zu Tage, so beträgt die Verjährungsfrist immer fünf Jahre (Art. 28 Abs. 3).
- 509 Dass SIA-Norm 118 diese Unterscheidung tatsächlich treffen will, ist unwahrscheinlich. Vielmehr dürfte es richtig sein, Art. 27 Abs. 2 im Zusammenhang mit Art. 28 Abs. 3 auszulegen und die «gesetzliche Verjährungsfrist» stets als fünfjährige Frist nach Art. 371 Abs. 2 OR zu verstehen; dies auch dann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 371 Abs. 2 OR nicht gegeben sind. Für diese Auslegung spricht namentlich auch der Umstand, dass die Garantiefrist nach Art. 27 Abs. 1 der Norm (mangels anderer Abrede) zwei Jahre beträgt und daher eine Verjährungsfrist von nur einem Jahr zum vornehmesten überdauern würde.
- 510 7. Eine Vereinbarung, wonach der *Unternehmer ein Recht auf Nachbesserung* hat, sodass dem Besteller zunächst immer nur das Nachbesserungsrecht, nicht auch das Minderungs- und Wandelungsrecht zusteht (vgl. BGE 26 II 587). Ein solches Recht des Unternehmers auf Nachbesserung wird vorgesehen in Art. 26 Abs. 4 und 27 Abs. 3 der SIA-Norm 118. Ist der Mangel allerdings dadurch entstanden, dass der Unternehmer «eigenmächtig von Plänen und Vorschriften» abwich, so hat der Besteller nach Art. 5 Abs. 2 der Norm zum vornehmesten die Wahl zwischen Nachbesserung («Abänderung der Arbeiten») und Minderung.
- 511 8. Eine Vereinbarung, wonach der Unternehmer auf Verlangen des Bestellers *in jedem Falle zur Nachbesserung verpflichtet* ist; unabhängig von der Höhe der entstehenden Kosten.
- 512 Gegenüber dem Begehr des Bestellers auf Herstellung des vertragsgemässen Zustandes kann hier der Unternehmer nicht einwenden, die Kosten seien übermäßig im Sinne des Art. 368 Abs. 2 OR. Dem Begehr des Bestellers ist der Schutz nur dann zu versagen, wenn es als offensichtlicher Rechtsmissbrauch nach Art. 2 ZGB erscheint. Vgl. BGE 93 II 326.
- 513 9. Eine Vereinbarung, wonach der Besteller ohne weiteres (ohne richterliche Ermächtigung) berechtigt ist, die *Nachbesserung auf Kosten des Unternehmers* ausführen zu lassen, wenn dieser seine Nachbesserungsschuld bis zum Ablauf der Verbesserungsfrist nicht erfüllt hat (so: SIA-Norm 118, Art. 27 Abs. 3).
- 514 10. Eine Vereinbarung, wonach den Unternehmer eine *Mängelhaftung nur bei Verschulden* trifft; derart, dass auch das Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht des Bestellers vom Verschulden des Unternehmers abhängt, nicht nur das Recht auf Ersatz eines Mängelgeschadens.

515

Nach Art. 27 Abs. 1 der SIA-Norm haftet der Unternehmer für alle während der Garantiefrist zutage tretenden Mängel, «sofern er nicht eine von ihm nicht verschuldet Ursache nachweisen kann». Und nach Art. 28 Abs. 3 der Norm haftet er für später zutage tretende Mängel nur dann, wenn sie «vom Unternehmer verschuldet sind». Trotz des scheinbar eindeutigen Wortlautes kann es aber nicht der Sinn dieser Bestimmungen sein, auch das Nachbesserungs-, Minderungs- und Wandelungsrecht des Bestellers an das Verschulden des Unternehmers zu knüpfen. Das ergibt sich schon daraus, dass die SIA-Norm 118 in Art. 26 Abs. 4 und 27 Abs. 3 nur und gerade den Schadenersatzanspruch des Bestellers, und zwar in deutlicher Gegenüberstellung zu seinen übrigen Mängelrechten, vom Unternehmer-Verschulden abhängig macht. Die unglücklich formulierten Art. 27 Abs. 1 und 28 Abs. 3 wollen offenbar nur die Unternehmer-Haftung für solche «Mängel» ausschliessen, die nach mängelfreier Ablieferung eingetreten und gar keine Werkmängel sind, sondern vom Unternehmer nicht verursachte Verschlechterungen.

516

Durch Vereinbarung können die Parteien die gesetzliche Haftungsordnung, wie dargetan, in mannigfacher Weise modifizieren. Ein *völliger Haftungsausschluss* ist indessen nur in den Schranken der Art. 100 und 101 Abs. 2 und 3 OR wirksam.

517

Praktische Bedeutung hat Art. 100 Abs. 1 OR, wonach eine Vereinbarung nichtig ist, wenn sie die Haftung des Schuldners für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausschliesst. Diese auf Schadenersatzhaftung zugeschnittene Bestimmung muss für die Mängelhaftung des Unternehmers ebenfalls gelten (wenn auch nur sinngemäss, soweit es nicht um die Haftung für Mangelfolgeschaden geht). Hat der Unternehmer den Werkmangel absichtlich oder grobfahrlässig verursacht, so stehen dem Besteller die in Art. 368 vorgesehenen Rechte selbst dann zu, wenn die Mängelhaftung vertraglich ausgeschlossen wurde (vgl. z.B. Becker, N 2 zu Art. 368 OR).

## 5. Mängelrechte des Bestellers nach Art. 368 OR und andere Rechtsbehelfe des Obligationenrechts

518

Mit der Haftung des Unternehmers für Mängel seines Werkes befasst sich das Gesetz in Art. 367–371 OR. Der Besteller, der ein mangelhaftes Werk erhält, verfügt danach, wenn überhaupt (Nr. 278 ff. und Nr. 369 ff.), über die Mängelrechte nach Art. 368 OR (Nr. 130 ff.). Es stellt sich die Frage, ob sich der Besteller nur mit diesen Mängelrechten behelfen kann; oder ob ihm alternativ dazu noch andere Rechtsbehelfe des Obligationenrechts zustehen. Zur gestellten Frage will ich wie folgt Stellung nehmen:

519

1. Sicher ist zunächst soviel, dass dem Besteller infolge Ablieferung eines mangelhaften Werkes kein *Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung* erwächst (Art. 62 ff. OR). Die Ablieferung eines mangelhaften Werkes ist kein Entstehungsgrund für einen Bereicherungsanspruch.

520

2. Auch ist die Herstellung und Ablieferung eines mangelhaften Werkes eine Schlechterfüllung, die nicht gleichgesetzt werden darf mit fehlerhaftem Vertragsabschluss (Gautschi, N 42 zu Art. 367 OR). Insbesondere ist dem Besteller die Berufung auf *Grundlagenirrtum* (Art. 24 Ziff. 4 OR) verwehrt. Dies schon aus folgender Überlegung: Zwar hat der Besteller bei Vertragsabschluss ein mängelfreies Werk erwartet und sieht sich in dieser Erwartung getäuscht, wenn das abgelieferte Werk mangelhaft ist. Die Erwartung bei Vertragsabschluss bezog sich indessen

auf einen zukünftigen Sachverhalt, da bei Vertragsabschluss das Werk noch gar nicht bestand, sondern erst noch herzustellen war. Die falsche Vorstellung über einen zukünftigen Sachverhalt ist zum vornehmerein kein Grundlagenirrtum im Sinne des Art. 24 Ziff. 4 (Merz, Berner Kommentar, Einleitung, Bern 1962, N 194 zu Art. 2 ZGB; BGE 45 II 322; 47 II 315/6; 53 II 139; 66 I 312; anderer Ansicht: BGE 79 II 275, 95 II 409; unentschieden: BGE 98 II 18 f.). Denn: Irrtum gibt es nur da, wo man wissen kann; über die Zukunft kann man nichts wissen, sondern nur mutmassen (vgl. den bei Merz, a.a.O., Zit. BGE).

522

Soweit ich die Rechtsprechung des Bundesgerichts überblicke, gibt es keinen Fall, in dem das Bundesgericht bei Ablieferung eines mangelhaften Werkes die Berufung auf Grundlagenirrtum zuliesse. Demgegenüber hat das Bundesgericht in konstanter, jahrzehntelanger Praxis immer wieder erkannt, dass sich der Käufer, dem eine mangelhafte Kaufsache geliefert wird, alternativ auf Gewährleistung und Grundlagenirrtum berufen kann, sofern alle Bedingungen auch des Grundlagenirrtums erfüllt sind (vgl. BGE 98 II 20 f. und Schönenberger, SJZ 40, 1944, S. 305). Diese Praxis, die nach Ansicht des Bundesgerichts geradezu eine Norm des Gewohnheitsrechtes begründet hat (BGE 98 II 21), ist in der Literatur nicht unangefochten geblieben (vgl. namentlich: Merz, in Festschrift Guhl, Zürich 1950, S. 86 und Gautschi, N 43 zu Art. 367 OR).

523

3. Herstellung und Ablieferung eines mangelhaften Werkes ist, wie gesagt, eine Schlechterfüllung. Diese Feststellung führt zu folgender Frage:

524

Kann der Besteller, dem ein mangelhaftes Werk geliefert wird, statt die Mängelrechte des Art. 368 OR auszuüben, die *allgemeine vertragliche Schadenersatzpflicht* nach Art. 97 ff. OR geltend machen?

525

Diese Frage wird von Gautschi verneint (N 6a zu Art. 368 und 11b zu Art. 369 OR). Die werkvertragsrechtliche Haftungsordnung für Mängel des Werkes ist nach seiner Ansicht in dem Sinne abschliessend, als sie keinen Raum für einen Grossteil der Schadenersatzhaftung aus Vertragsverletzung zulässt. Es soll dem Besteller verwehrt sein, statt der Wandelung, der Minderung oder Nachbesserung Schadenersatz aus nicht richtiger Erfüllung des Werkvertrages zu verlangen. Ein Schadenersatzrecht aus Vertragsverletzung besteht nur für den Mangelfolgeschaden (Nr. 246), und zwar gestützt auf die spezielle Bestimmung des Art. 368 OR.

526

Die Ansicht Gautschis kann hier nicht im einzelnen überprüft werden, dürfte aber einleuchten, obgleich sie durch die herrschende Lehre und Rechtsprechung nicht bestätigt wird (vgl. z.B. Klauser, S.125 und 133; Dürr, S. 79; instruktiv, wenn auch für das Kaufsrecht: BGE 58 II 210 ff.). Stellt man sich – entgegen Gautschi – auf den Standpunkt, dass der Besteller im Falle einer mangelhaften Lieferung die Wahl zwischen den Rechtsbehelfen des Art. 368 OR und der Klage nach Art. 97 ff. OR hat, so ist immerhin festzuhalten: Auch der Schadenersatzanspruch nach Art. 97 ff. OR wird durch Genehmigung des Werkes (insbesondere durch Verletzung der Prüfungs- und Anzeigepflicht) verwirkt (Art. 370 OR, Nr. 369 ff.); und die Verjährung richtet sich nach Art. 371 OR (Nr. 410 ff.).

527

4. Abzuklären bleibt schliesslich das Verhältnis zwischen der werkvertragsrechtlichen Mängelhaftung und der *Haftung aus unerlaubter Handlung nach Art. 41 ff. OR*. Die Herstellung und Ablieferung eines mangelhaften Werkes kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 64 II 254 ff.) eine unerlaubte Handlung im Sinne des Art. 41 OR sein. Sie ist es dann, wenn der Unternehmer durch sein vertragswidriges Verhalten zugleich ein allgemeines Gebot der Rechtsordnung verletzt, indem der Werkman-

gel Leib und Leben und überhaupt Rechtsgüter Dritter unnötig in Gefahr bringt (BGE 64 II 260). Trifft dies zu, so hat der Besteller, dem aus der Benützung des mangelhaften Werkes ein Schaden erwächst, einen Deliktsanspruch aus Art. 41 ff. OR. Dieser Anspruch aus unerlaubter Handlung besteht z.B. dann, wenn der Besteller infolge einer mangelhaften Reparatur verunfallt (BGE 64 II 254 ff.). Er konkurriert mit dem Recht auf Ersatz des Mängelgeschadens aus Art. 368 OR. Beide Schadenersatzansprüche bestehen nebeneinander, im Sinne einer der sogenannten Anspruchskonkurrenz (BGE 64 II 259).

<sup>528</sup> Schliesst man sich der Rechtsprechung des Bundesgerichtes an, so bleibt immer noch die Frage, ob der Deliktanspruch des Bestellers nach Art. 41 OR auch dann besteht, wenn die Mängelrechte nach Art. 368 OR durch Genehmigung des Werkes (Art. 370 OR), namentlich durch Verletzung der Prüfungs- und Anzeigepflicht (Art. 367 OR), verwirkt sind (dazu Nr. 369). Diese Frage hat das Bundesgericht im zitierten Entscheid (64 II 254 ff.) bejaht (übereinstimmend: Kantonsger. St. Gallen, SJZ 65, S. 279, Nr. 135). Die gleiche Frage wurde für das Kaufrecht in BGE 67 II 132 verneint und in BGE 90 II 89 wieder offen gelassen.

## 6. Teilweise Entlastung des Unternehmers bei Mitverschulden des Bestellers, das kein Selbstverschulden im Sinne des Art. 369 OR darstellt

Hat der Besteller einen Werkmangel «selbst verschuldet», so ist der Unternehmer nach Art. 369 OR von seiner Haftung für diesen Mangel befreit, und zwar vollständig (Nr. 278). Dies trifft immer dann zu, wenn der Besteller 1. eine (adäquate) Ursache des Werkmangels gesetzt hat, für die er 2. einstehen muss und die sich 3. als alleinmassgebliche Ursache des Mangels erweist (Nr. 279 ff.). Dem Besteller anzurechnen ist dabei auch das Verhalten seiner Hilfspersonen (Nr. 283).

<sup>530</sup> Ist die Ursache, für die der Besteller einzustehen hat (z.B. auch das Verhalten einer Hilfsperson), *nicht die alleinmassgebliche Ursache des Werkmangels*, so ist ein Selbstverschulden im Sinne des Art. 369 OR nicht gegeben (Nr. 282). Hier liegt es zwar ebenfalls, aber nicht ausschliesslich am Besteller, sondern auch am Unternehmer, dass das Werk nicht ohne den betreffenden Mangel hergestellt und abgeliefert wurde (vgl. Nr. 282). Eine (vollständige) Haftungsbefreiung nach Art. 369 OR greift nicht Platz. Doch stellt sich die Frage, ob dieser Tatbestand des Mitverschuldens durch den Besteller wenigstens zu einer teilweisen Entlastung des Unternehmers führen kann.

<sup>531</sup> Zu bejahen ist die Frage jedenfalls insoweit, als es um die Pflicht des Unternehmers zum *Ersatz des Mängelgeschadens* geht (Nr. 246 ff.). Hat der Besteller den Werkmangel zwar mit-, aber nicht gerade «selbst verschuldet» im Sinne des Art. 369 OR, so kann der Richter die Ersatzpflicht nach Art. 44 Abs. 1 OR ermässigen (Nr. 273). Kann er aber in diesem Falle auch darauf erkennen, dass die Vergütung (bei Ausübung des Minderungsrechts) nicht im

vollen Umfange herabgesetzt wird; oder dass der Unternehmer (bei Ausübung des Nachbesserungsrechts) nicht die vollen Nachbesserungskosten zu tragen hat?

<sup>532</sup> Das Bundesgericht hat (für das Kaufrecht) entschieden, dass das *Minderungsrecht* dem Prinzip des Art. 44 Abs. 1 OR nicht untersteht (BGE 85 II 193). Auch bei Mitverschulden des (Minderungs-) Berechtigten hat sich somit dessen Vertragspartner die Herabsetzung um den vollen Minderwert gefallen zu lassen. Dieser Entscheid vermag (jedenfalls für das Werkvertragsrecht) nicht zu befriedigen. Zwar findet Art. 44 Abs. 1 OR auf das Minderungsrecht zugegebenermassen nicht unmittelbar Anwendung, da es bei der Minderung nicht um Schadenersatz geht. Doch ist diese Bestimmung, wenn auch nicht unmittelbar, so doch sinngemäss anzuwenden. Bei Mitverschulden des Bestellers soll der Richter darauf erkennen können, dass die Vergütung nicht im vollen Umfange herabgesetzt wird. Für diese «billige» Lösung sprechen zwei Überlegungen:

<sup>533</sup> – Einmal ist nicht einzusehen, weshalb Selbstverschulden nach Art. 369 OR zu einer völligen Haftungsbefreiung führt, blosses Mitverschulden des Bestellers aber auf den Umfang der Minderung keinen Einfluss haben soll.

<sup>534</sup> – Sodann bildet das Prinzip des Art. 44 Abs. 1 OR einen Unterfall des Grundsatzes von Treu und Glauben (vgl. Oftinger I, S. 138), der auch für das Minderungsrecht gilt. Es verstösst gegen Treu und Glauben, will man einen Nachteil, soweit man ihn sich selbst zugefügt hat, auf einen andern abwälzen. Denn nichts ist natürlicher, als dass jeder die Folgen der eigenen Nachlässigkeit selber zu tragen hat (F. Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855, S. 157).

<sup>535</sup> Der hier vertretenen Meinung kann nicht etwa der Umstand entgegengehalten werden, dass das Minderungsrecht des Bestellers kein Verschulden des Unternehmers voraussetzt (anders: BGE 85 II 193). Denn auch im Schadenersatzrecht macht es für die Berücksichtigung des Mitverschuldens nach Art. 44 Abs. 1 OR keinen Unterschied, ob man Kausal- oder Verschuldenshaftung vor sich hat (Oftinger I, S. 237).

<sup>536</sup> Die gleichen Überlegungen wie für das Minderungsrecht gelten auch für das *Nachbesserungsrecht*. Bei Mitverschulden des Bestellers kann hier der Richter in analoger Anwendung des Art. 44 Abs. 1 OR den Unternehmer von der Tragung der Nachbesserungskosten teilweise befreien. Vgl. in diesem Sinne auch das Urteil des Oberlandesgerichtes Stuttgart vom 14. 11. 1962, das im Falle eines Mitverschuldens festgestellt hat, der Unternehmer sei nur gegen Zuzahlung eines Teiles des Mehraufwandes zur Nachbesserung verpflichtet. Denn wer es entgegen den Geboten der praktischen Vernunft unterlasse, sich selbst durch übliche oder zumutbare Massnahmen vor Schaden zu bewahren, könne sich dem Vorwurf arglistigen Verhaltens aussetzen, wenn er versuche, auf dem Umweg über die rechtliche Verantwortung eines andern den ganzen Schaden auf diesen abzuwälzen (zitiert in: Der Betriebs-Berater, 1963, S. 59).