



Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht
Institut pour le droit suisse et international de la construction

Schweizerische Baurechtstagung
Journées suisses du droit de la construction

Année / Jahr:
1981

Die Vertragshaftung des Unternehmers: Eine Übersicht und
praktische Einzelfragen

Auteur / Autor:
Gauch Peter

SEMINAR FÜR SCHWEIZERISCHES BAURECHT

BAURECHTSTAGUNG 1981 / TAGUNGSUNTERLAGE 1

Prof. Dr. iur. Peter GAUCH, Universität Freiburg

DER BAUHERR UND SEIN UNTERNEHMER. 1. TEIL :

DIE VERTRAGSHAFTUNG DES UNTERNEHMERS

ÜBERSICHT :

I. DAS THEMA

II. DIE VERLETZUNG DES WERKVERTRAGES DURCH DEN UNTERNEHMER

III. TYPISCHE HAFTUNGSFAELLE - EINE UEBERSICHT

1. Die "Nichtleistung"

2. Die "verzögerte Leistung"

3. Die Leistung mangelhafter Arbeit

4. Die "sonstigen" Vertragsverletzungen

IV. PRAKTISCHE EINZELFRAGEN

1. Haftung nach Gesetz und Haftung nach Vertrag

2. Fragen zum Leistungsverzug des Unternehmers

3. Fragen zur Mängelhaftung

LITERATUR :

Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1979; Gauch, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1977; Gauch/Schluep/Jäggi, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht), 2. Aufl., Zürich 1981; Guhl/Merz/Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980; Koller, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Diss. Freiburg, Zürich 1980; Reber, Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, Zürich 1975; v. Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974.

BEILAGEN :

- 1 BGE 98 II 114 f. (Rücktritt nach Art. 366 OR: Ansetzung einer Nachfrist vorausgesetzt)
- 2 BGE 100 II 30 ff. (Fragen zur Mängelhaftung)
- 3 ZR 76, 1977, Nr. 40, S. 72 f. (Gerechtfertigte Leistungsverzögerung des Unternehmers; Wegfall der Terminvereinbarung)
- 4 Extraits, 1975, S. 33 ff. ("Rücktritt" nach OR 366 wirkt ex nunc)
- 5 ZR 76, 1977, Nr. 105, S. 276 ff. (Mangelhaftigkeit des Werkes und Nichtvollendung)
- 6 BGE 104 II 354 f. (Herabsetzung der Vergütung, wenn bebautes Grundstück mit Bauhandwerkerpfandrecht des Subunternehmers belastet ist)
- 7 ZWR 1979, S. 128 (Ersatzweise Nachbesserung auf Kosten des säumigen Unternehmers nur mit Ermächtigung des Richters)
- 8 BGE 105 II 99 ff. (Relative Berechnungsweise des Abzuges am Werklohn)
- 9 Gauch, Der Unternehmer im Werkvertrag, Nr. 496 ff. (Relative Berechnungsweise des Abzuges am Werklohn)
- 10 Schema: "Verlust der Mängelrechte nach SIA-Norm 118"
- 11 ZR 78, 1979, Nr. 61, S. 126 ff. (Verjährung der Mängelrechte)

I. DAS THEMA

Der Bauherr und sein Unternehmer sind miteinander durch einen Werkvertrag verbunden (Art. 363 ff. OR). Im Werkvertrag hat sich der Unternehmer zur entgeltlichen Ausführung von Bauarbeiten (SIA-Norm 118, Art. 1 Abs. 1) und damit zur "Herstellung eines Werkes" (Art. 363 OR) verpflichtet (sei es mit oder ohne Lieferung des Materials).

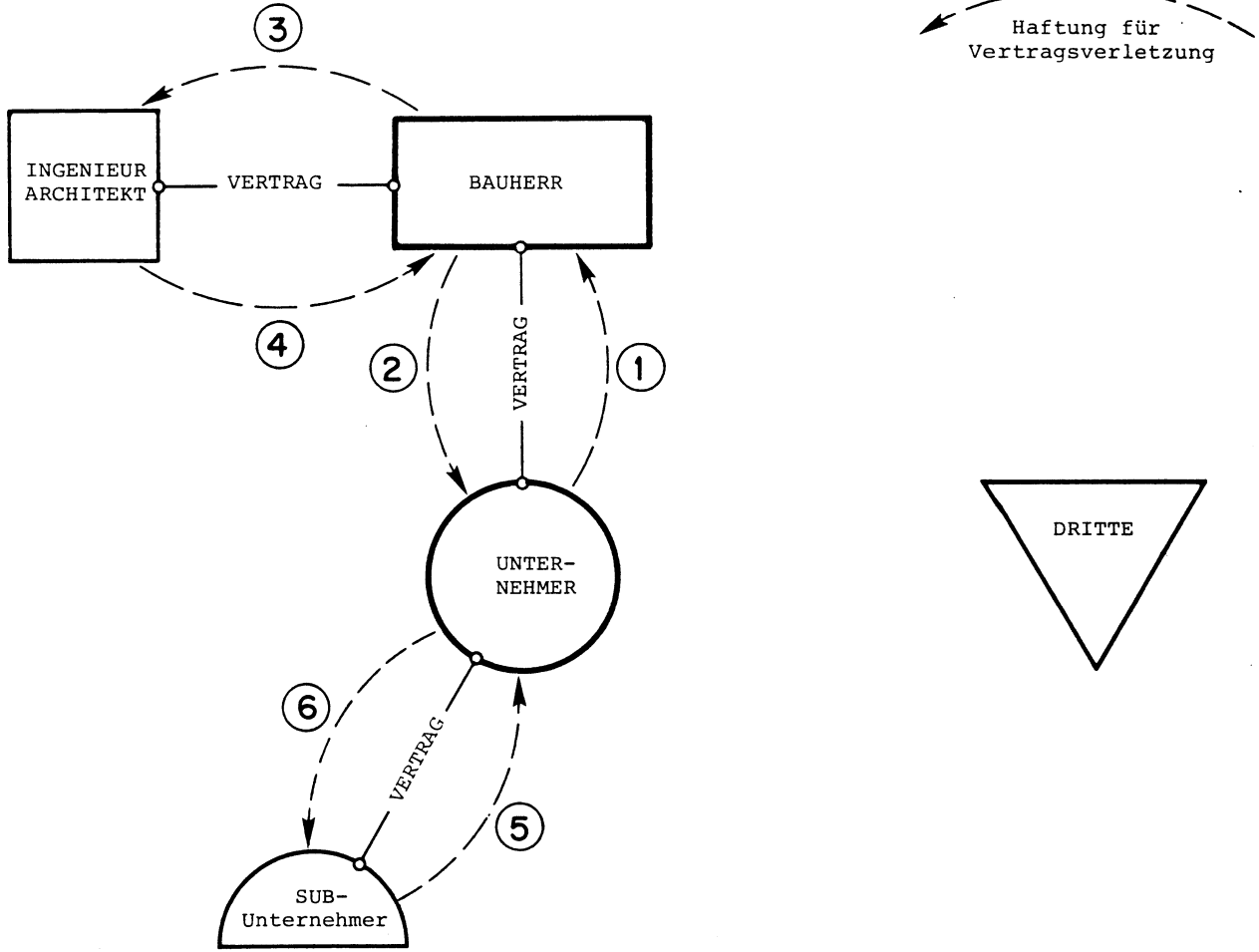
Um die Vertragshaftung dieses (Bau-) Unternehmers geht es in den folgenden beiden Vorträgen. Thema ist also: "Haftung des (Bau-) Unternehmers für Verletzungen seines Werkvertrages mit dem Bauherrn". "Haftung" bedeutet dabei "Einstehenmüssen" des Unternehmers für seine Vertragsverletzungen.

Mit genanntem Thema wird von den möglichen Haftungsbeziehungen zwischen den am Bau Beteiligten (vgl. die Schemen auf Seite 4) nur ein kleiner (aber doch wichtiger) Ausschnitt behandelt. Es geht:

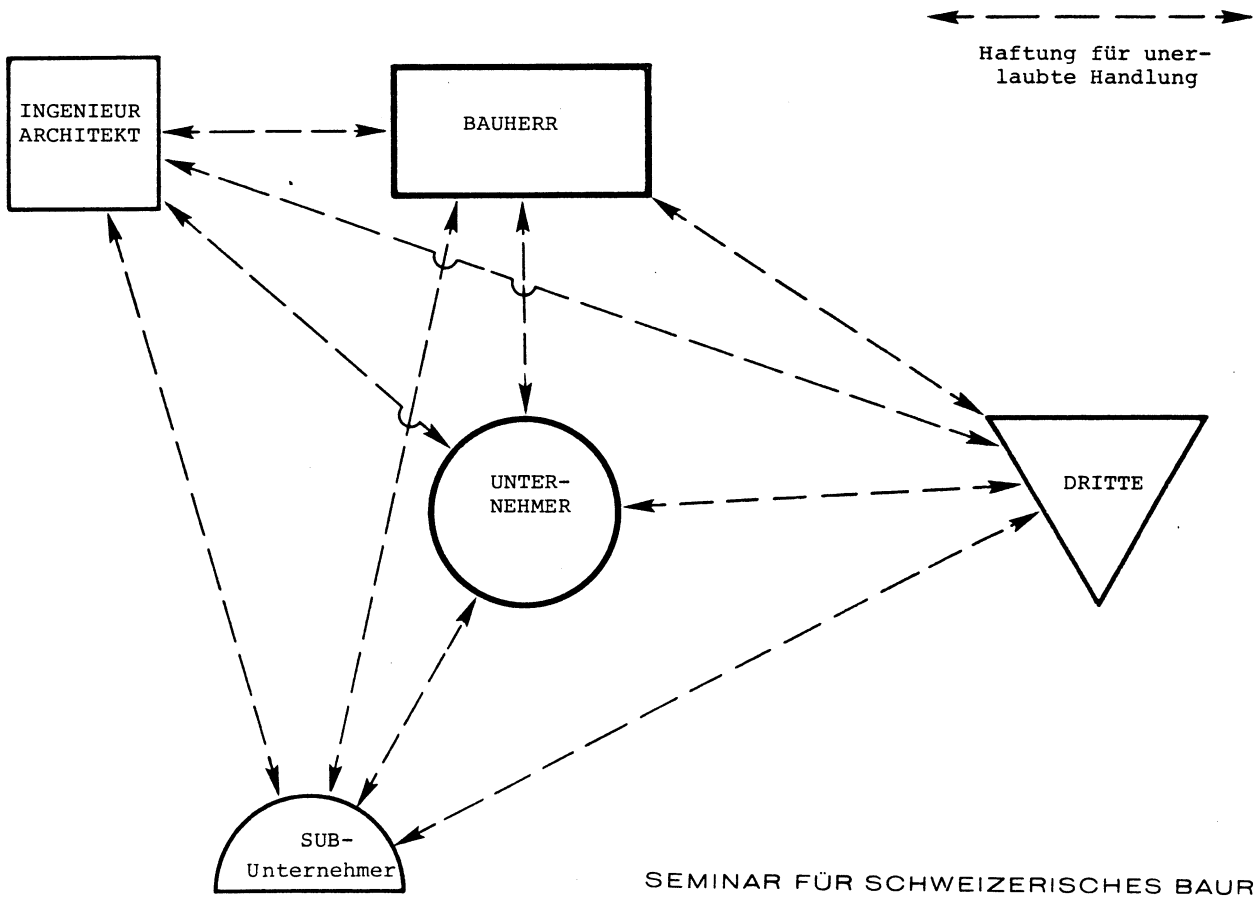
- nur um Vertragshaftung (Schema 1), nicht um ausservertragliche Haftung für unerlaubte Handlung (Schema 2);
- nur um die Vertragshaftung des Unternehmers gegenüber dem Bauherrn (Schema 1, Ziff. 1), nicht um andere Vertragshaftungen.

Was über die Vertragshaftung Unternehmer/Bauherr gesagt wird, gilt allerdings (entsprechend) auch für die Vertragshaftung Subunternehmer/Unternehmer.

1. SCHEMA : VERTRAGSHAFTUNG



2. SCHEMA : AUSSERVERTRAGLICHE HAFTUNG



II. DIE VERLETZUNG DES WERKVERTRAGES DURCH DEN UNTERNEHMER

Die Vertragshaftung des Unternehmers gegenüber dem Bauherrn hat ihren Grund in einer Verletzung des Werkvertrages. Deshalb rechtfertigt es sich, die Erörterung der Haftung mit dieser "Verletzung" zu beginnen:

1. Der Unternehmer ist werkvertraglich verpflichtet, das übernommene Werk überhaupt, es rechtzeitig und mängelfrei auszuführen und abzuliefern. Zu dieser (Haupt-)Verpflichtung treten weitere Vertragspflichten hinzu.

Verstösst der Unternehmer gegen eine der erwähnten Pflichten, so liegt eine Verletzung des Werkvertrages vor. Zwei Fälle sind zu unterscheiden:

- Entweder verletzt der Unternehmer den Werkvertrag durch sein eigenes Verhalten. Zum "eigenen" Verhalten gehört bei juristischen Personen auch das Verhalten von Organen (Art. 55 Abs. 2 ZGB).
- Oder der Unternehmer verletzt den Werkvertrag durch das Verhalten einer Hilfsperson, das ihm nach Art. 101 OR zugerechnet wird.

2. Die Folge einer solchen Vertragsverletzung (die Haftungsfolge) kann (von Gesetzes wegen) bestehen:

- In einer Schadenersatzpflicht des Unternehmers (z.B. Art. 97 Abs. 1 OR; Art. 109 Abs. 2 OR). Sie setzt voraus, dass der Bauherr durch die Vertragsverletzung überhaupt einen Schaden (= unfreiwillige Verschlechterung der Vermögenslage) erlitten hat.

Zu ersetzen ist entweder das "positive Interesse" (= Erfüllungsinteresse) oder (bei "Dahinfallen des Vertrages") das "negative Interesse". Je nachdem wird der Geschädigte

so gestellt, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre (= Erfüllungsinteresse); oder so, wie wenn er den Vertrag nicht abgeschlossen hätte.

- In einem andern Rechtsnachteil zu Lasten des Unternehmers (z.B. in einem Nachbesserungs- oder Minderungsrecht des Bauherrn: Art. 368 Abs. 2 OR).

Schadenersatzpflicht und andere Rechtsnachteile können sich ergänzen (z.B. Pflicht zum Ersatz des Mangelfolgeschadens/ Minderungsrecht des Bauherrn: Art. 368 Abs. 2 OR).

3. Grundsätzlich tritt die Haftungsfolge nur dann ein, wenn den Unternehmer ein Verschulden trifft (Art. 97 Abs. 1 OR). Verschuldenshaftung ist also die Regel. Das Verschulden kann in "Absicht" oder in "Fahrlässigkeit" (= Unsorgfalt, vgl. Art. 364 Abs. 1 OR) bestehen.

Von der Regel (Verschuldenshaftung) gibt es Ausnahmen, in denen der Unternehmer für die Verletzung des Werkvertrages auch ohne eigenes Verschulden haftet. Fälle solcher Kausalhaftung (= Haftung ohne eigenes Verschulden) sind zum Beispiel:

- Die Haftung des Unternehmers für die Hilfspersonen (Arbeitnehmer, Subunternehmer u.s.w.), die er für die Erfüllung des Werkvertrages beigezogen hat (Art. 101 OR).
- Die Haftung des Unternehmers für die Mängel seines Werkes (= Mängelhaftung: Art. 368 OR), soweit es nicht um die Haftung für Mangelfolgeschaden geht (die eine Verschuldenshaftung ist).

4. Das Gesetz (das OR) enthält sowohl im allgemeinen Teil wie im besondern Werkvertragsrecht (Art. 363 ff. OR) Bestimmungen, die auf die Verletzung des Werkvertrages (durch den Unternehmer) anwendbar sind. Die wichtigsten Bestimmungen aus dem allgemeinen Teil wurden bereits zitiert. Es handelt sich um:

- Art. 97 Abs. 1 OR: "Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstandenen Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle".
- Art. 101 Abs. 1 OR: "Wer die Erfüllung einer Schuldpflicht oder die Ausübung eines Rechts aus einem Schuldverhältnis, wenn auch befugterweise, durch eine Hilfsperson, wie Hausgenossen oder Arbeitnehmer vornehmen lässt, hat dem andern den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht".

Diese beiden Bestimmungen finden nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Gesetzesbestimmungen (z.B. Art. 107 ff., Art. 368 OR) vorgehen. Und die Gesetzesbestimmungen überhaupt sind nur insoweit anwendbar, als die Parteien nicht gültig etwas anderes vereinbart haben. Zwingende Gesetzesbestimmungen aber gehen der Parteiabrede vor.

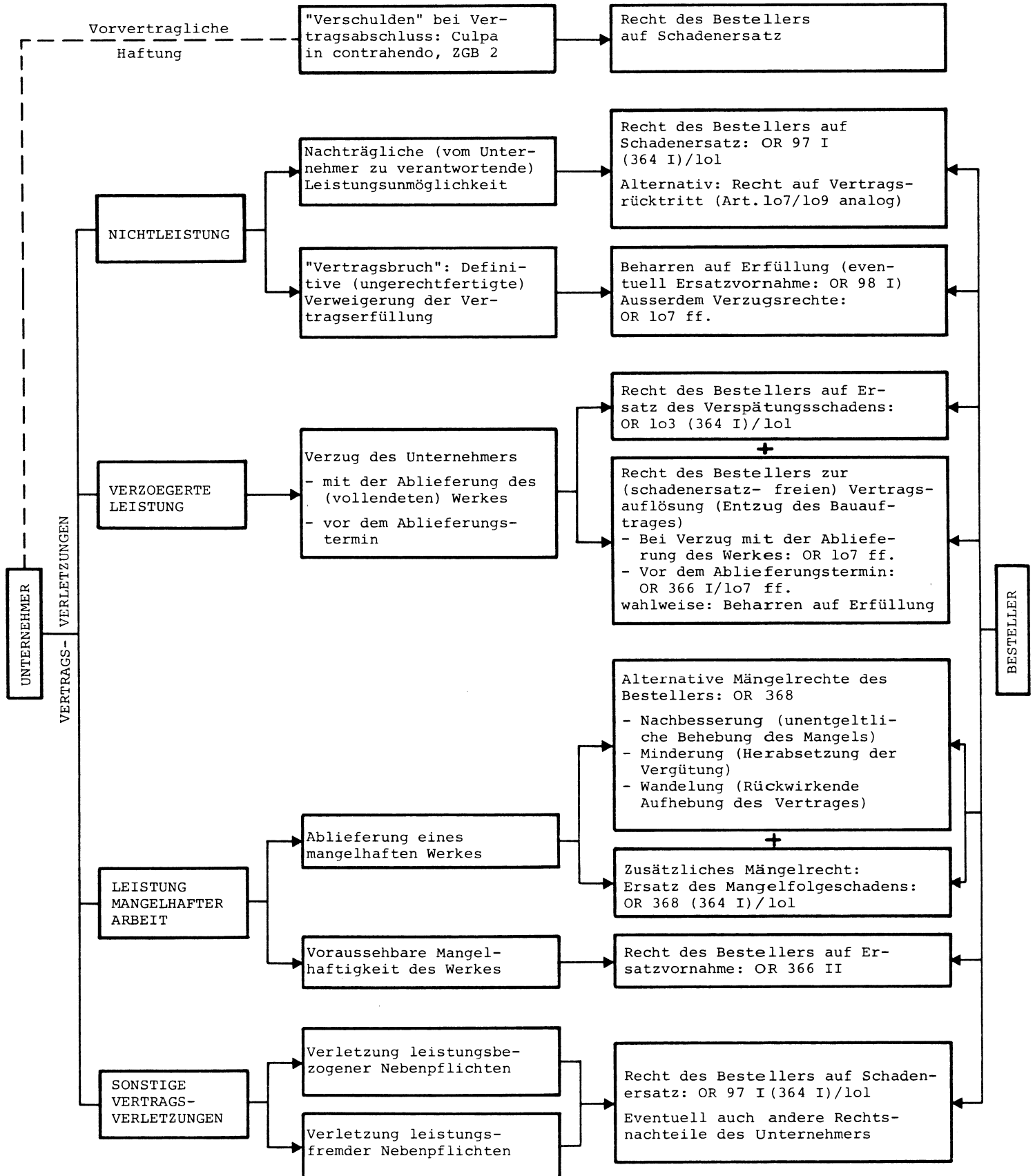
III. TYPISCHE HAFTUNGSFAELLE - EINE UEBERSICHT

Der Unternehmer kann den Werkvertrag auf verschiedene Weise verletzen. Dementsprechend lassen sich verschiedene Haftungsfälle unterscheiden. Das Schema ("Vertragshaftung des Unternehmers") auf S. 8 gibt eine Uebersicht über typische Haftungsfälle.

VERTRAGSHAFTUNG DES UNTERNEHMERS

TYPISCHE HAFTUNGSFAELLE

RECHTE DES BESTELLERS (DES BAUHERRN)



Diese schematische Uebersicht mag wie folgt ergänzt werden:

1. DIE "NICHTLEISTUNG" (l'inexécution)

Sie ist die "gröbste" Vertragsverletzung. Sie kommt in zwei Varianten vor:

A. NACHTRAEGLICHE UNMOEGlichkeit (l'impossibilité subséquente)

- a. Tatbestand: Der Unternehmer leistet die vereinbarten Bauarbeiten nicht, weil die Leistung nach Vertragsabschluss (objektiv) unmöglich geworden ist.

Merke: War die Leistung schon bei Vertragsabschluss (objektiv) unmöglich, so ist der Werkvertrag gar nicht zustande gekommen, sondern nichtig (Art. 20 OR). Ist die Leistung nur subjektiv (gerade für den Unternehmer, nicht aber für jedermann) unmöglich, so liegt keine Leistungsunmöglichkeit im Sinne des Gesetzes (Art. 97/119 OR) vor; zur Anwendung kommen die Verzugsregeln (Gauch/Schluemp/Jäggi, Nr. 1863 mit Zitaten; anders aber die herrschende Meinung, z.B. Guhl/Merz/Kummer, S. 39/215 f.; v. Tuhr/Escher, S. 94; BGE 82 II 338). Zur Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit siehe im einzelnen Gauch/Schluemp/Jäggi, Nr. 1864 ff.

- b. Rechtslage. Hat der Unternehmer die nachträgliche Leistungsunmöglichkeit verschuldet (Art. 97 Abs. 1 OR) oder sonstwie zu verantworten (Haftung für Hilfspersonen: Art. 101 OR/Zufallshaftung nach Art. 103 OR), so besteht folgende Rechtslage:

- Der Unternehmer schuldet dem Bauherrn Schadenersatz für die ausbleibende Leistung, also Ersatz des Erfüllungsinteresses (Art. 97 Abs. 1, 101, 103 OR). Umgekehrt bleibt der Bauherr verpflichtet, die geschuldete Vergütung zu leisten (mit Verrechnungsmöglichkeit).

- Statt Schadenersatz für die ausbleibende Leistung (und damit das "Erfüllungsinteresse") zu verlangen, kann der Bauherr vom Werkvertrag "zurücktreten", ohne dass er den Unternehmer gemäss Art. 377 OR schadlos zu halten hat.

Dieses Recht zur entschädigungslosen Vertragsauflösung ist im Gesetze nicht vorgesehen, jedoch weitgehend anerkannt (z.B. Bucher, S. 302; 417; Guhl/Merz/Kummer, S. 216). Es verschafft dem Bauherrn die Möglichkeit, sich bei einem "ungünstigen" Werkvertrag von der eigenen Leistungspflicht zu befreien. Der Schadenersatzanspruch reduziert sich auf das negative Interesse.

Hat der Unternehmer die Leistungsunmöglichkeit nicht zu verantworten, so bestimmt sich die Rechtslage nach Art. 119 OR, soweit nicht besondere Vorschriften (Art. 378, 379 OR) vorgehen.

B. VERTRAGSBRUCH (la rupture du contrat)

a. Tatbestand. Der Tatbestand des Vertragsbruchs wird hier im engen Sinne der "Leistungsverweigerung" verstanden. Der Unternehmer verweigert ernsthaft und endgültig die Ausführung oder Fortsetzung der noch möglichen Bauarbeiten, obwohl er kein Recht zur Vertragsauflösung hat.

b. Rechtslage. Zu unterscheiden sind zwei Fälle:

- Der unproblematische Fall. Der vertragsbrüchige Unternehmer befindet sich in Schuldnerverzug oder kann in Verzug gesetzt werden. Der Bauherr ist in der Lage, den Werkvertrag nach den Regeln über den Schuldnerverzug aufzulösen (Art. 107 ff./366 Abs. 1 OR; vgl. im einzelnen S. 22 ff.). Die Ansetzung einer Nachfrist (Art. 107 OR) erübrigt sich (Art. 108 Ziff. 1 OR; BGE 97 II 65).

- Der problematische Fall. Der vertragsbrüchige Unternehmer kann mangels Fälligkeit nicht in Verzug gesetzt werden. Nach zutreffender Meinung braucht der Bauherr auch hier nicht länger zuzuwarten, sondern kann sich vorzeitig nach den Regeln über den Schuldnerverzug behelfen (BGE 69 II 243 ff.; ZR 40, 1941, Nr. 114, S. 293 ff.).

In jedem Fall steht es dem Bauherrn natürlich frei, auf Erfüllung zu klagen und Ersatzvornahme zu verlangen (Art. 98 Abs. 1 OR), sobald die Zeit zur Leistung gekommen ist.

2. DIE "VERZÖGERTE LEISTUNG" (l'exécution tardive)

Obwohl die Leistung des Unternehmers (objektiv) möglich ist, wird sie nicht rechtzeitig erbracht. Zu unterscheiden sind: A. Der "Verzug mit der Ablieferung des Werkes" und B. der "Verzug vor dem Ablieferungstermin".

A. VERZUG MIT DER ABLIEFERUNG DES WERKES (le retard à la livraison) (Art. 102 - 109 OR)

- a. Tatbestand. Der Unternehmer ist mit der Ablieferung des Werkes in Verzug, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

1. Der vereinbarte (SIA-Norm 118, Art. 92) oder "durch die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmte" (Art. 75 OR) Ablieferungstermin (und damit die Fälligkeit der Ablieferungspflicht) ist eingetreten.
2. Der Unternehmer hat (pflichtwidrig) das Werk noch nicht vollendet oder das vollendete Werk noch nicht abgeliefert.
3. Der Bauherr hat den Unternehmer gemahnt (Art. 102 Abs. 1 OR). Eine Mahnung erübrigt sich, wenn der Ablieferungstermin ein (durch Vereinbarung) "bestimmter

Verfalltag" ist (Art. 102 Abs. 2 OR) oder die Mahnung sich zum vornherein als nutzlos erweist (BGE 97 II 64).

Merke: - "Ablieferung" im Sinne des Gesetzes (!) setzt Vollendung, nicht aber Mängelfreiheit des Werkes voraus (Gauch, Nr. 99 ff.; Max XI, 1969, Nr. 691, S. 705; ZR 76, 1977, Nr. 105, S. 271 f.). Vollendet ist das Werk dann, wenn sämtliche vereinbarten Arbeiten ausgeführt sind (BGE 94 II 164).

- Der Schuldnerverzug setzt kein Verschulden des Unternehmers voraus (Bucher, S. 318; Gauch/Schluemp/Jäggi, Nr. 1745; v. Tuhr/Escher, S. 141). Doch muss die Verzögerung (objektiv) pflichtwidrig sein (dazu S. 22 f.).

b. Rechtslage. Sie ergibt sich aus den allgemeinen Verzugsregeln der Art. 102 - 109 OR.

1) Das Gesetz sieht verschiedene Verzugsfolgen vor:

- Der Unternehmer haftet auch für Zufall (Art. 103 OR) = für zufälliges Unmöglichwerden der Leistung. Davon zu unterscheiden: die in Art. 376 OR geregelte Frage nach der Vergütung für das zufällig untergegangene Werk.

- Der Unternehmer hat den Verspätungsschaden (Verzugsschaden) zu ersetzen (Art. 103 Abs. 1/106 Abs. 1 OR).

Verspätungsschaden kann auch in entgangenem Gewinn (z.B. in Mietzinsausfall) oder in einer Mehrbelastung durch Kreditzinsen bestehen. Zur "Haftung des Bauunternehmers für Mietausfall bei nicht termingerechter Fertigstellung des Hauses" siehe Säcker, NJW 20, 1967, S. 1403 f.

- Der Bauherr hat ein (schadenersatzfreies) Recht zur Vertragsauflösung (Art. 107 - 109 OR):

Der Bauherr ist berechtigt, dem Unternehmer eine angemessene Nachfrist anzusetzen (Art. 107 Abs. 1 OR). Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist kann

er, "wenn er es unverzüglich erklärt" (Art. 107 Abs. 2) auf die nachträgliche Leistung verzichten (dem Unternehmer also den "Bauftrag" entziehen) und (Art. 107 Abs. 2 OR):

- entweder "Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens" (= Erfüllungsinteresse) verlangen (= unechte Vertragsauflösung: der Vertrag wird wertmässig aufrechterhalten);
- oder vom Werkvertrag "zurücktreten" und "Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens" (= negatives Interesse) verlangen (Art. 109 Abs. 2) (= echte Vertragsauflösung).

In den Fällen des Art. 108 OR erübrigt sich eine Nachfristansetzung.

- 2) Merke: Die Haftung des Unternehmers für Zufall (Art. 103 OR) und die Schadenersatzpflicht (Art. 103 Abs. 1/106 Abs. 1/107 Abs. 2/109 Abs. 2 OR) setzen voraus, dass der Unternehmer den Schuldnerverzug entweder selber verschuldet hat (Art. 97 Abs. 1 OR) oder für die Verzögerung einer Hilfsperson (Art. 101 OR) eintreten muss. Die Beweislast (Exkulpationsbeweis) liegt beim Unternehmer.

B. VERZUG VOR DEM ABLIEFERUNGSTERMIN (le retard avant la livraison) (Art. 366 Abs. 1 OR)

Ist der Unternehmer mit der Ablieferung des vollendeten Werkes in Verzug, so spielen (wie gesagt) die allgemeinen Verzugsregeln des Gesetzes. Indessen braucht der Bauherr nach Art. 366 Abs. 1 OR nicht einmal bis zum Ablieferungstermin zuzuwarten. Verwirklicht sich der Tatbestand des Art. 366 Abs. 1 OR, so kann sich der Bauherr schon vorher gegen den säumigen Unternehmer zur Wehr setzen.

- a. Tatbestand. Art. 366 Abs. 1 OR umschreibt einen vorgezogenen Verzugsfall: "Der Unternehmer" beginnt "das Werk nicht rechtzeitig oder verzögert...die Ausführung in vertragswidriger Weise oder ist...damit ohne

Verschulden des Bestellers so sehr im Rückstand, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist".

- b. Rechtslage. Mit dem umschriebenen Tatbestand verknüpft Art. 366 Abs. 1 OR ein "Rücktrittsrecht" des Bestellers: Der Besteller (hier: Bauherr) kann, "ohne den Lieferungstermin abzuwarten, vom Vertrage zurücktreten".

Die Regelung des Art. 366 Abs. 1 ist lückenhaft. Sie bedarf der Ergänzung durch das allgemeine Verzugsrecht, und zwar wie folgt:

- Das Rücktrittsrecht des Art. 366 Abs. 1 OR ist ein Recht aus Schuldnerverzug. Es setzt daher voraus, dass die eingetretene Verzögerung (objektiv) pflichtwidrig ist und der Unternehmer gemahnt wurde (Art. 102 Abs. 1 OR).
- Zudem besteht das Rücktrittsrecht grundsätzlich nur nach Ablauf einer erfolglos angesetzten (angemessenen) Nachfrist; und nur dann, wenn es "unverzüglich" nach Fristablauf ausgeübt wird (Art. 107 Abs. 2 OR; BGE 98 II 115 = Beilage 1). Beachte aber Art. 108 OR!
- Statt vom Vertrag zurückzutreten, kann der Bauherr, der auf die nachträgliche Leistung verzichtet, "Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens" verlangen (Art. 107 Abs. 2 OR; anderer Ansicht: Gautschi, N 2a zu Art. 366 OR).
- Schliesslich kommen die Regeln über die Zufallshaftung (Art. 103) und den Verspätungsschaden (Art. 103/106 OR) auch im Bereich des Art. 366 Abs. 1 OR zur Anwendung.

3. DIE LEISTUNG MANGELHAFTER ARBEIT (l'exécution défectueuse)

"Mangelhafte Arbeit" im hier verstandenen Sinne leistet der Unternehmer dann, wenn er ein mangelhaftes Werk herstellt und abgeliefert. Das Gesetz befasst sich damit unter zwei Gesichtspunkten:

A. DIE ABLIEFERUNG EINES MANGELHAFTEN WERKES (la livraison d'un ouvrage défectueux) (Art. 367 - 371 OR)

a. Tatbestand. Der Unternehmer liefert dem Bauherrn ein Werk mit einem Werkmangel ab.

Werkmangel: Er besteht darin, dass das abgelieferte Werk vom Vertrag abweicht, indem es eine vertraglich geforderte (vereinbarte oder vorausgesetzte) Eigenschaft nicht aufweist. Ohne rechtliche Bedeutung ist die gesetzliche Unterscheidung zwischen "Mängeln" und sonstigen "Abweichungen vom Verträge" (Art. 368 OR; vgl. BGE 100 II 32 = Beilage 2).

b. Rechtslage. Der Unternehmer haftet für die Mängel seines Werkes nach Art. 367 - 371 OR.

1) Die Mängelhaftung äussert sich in den Mängelrechten des Bauherrn (Art. 368 OR):

- Der Bauherr hat (alternativ) das Recht auf Nachbesserung, Minderung oder Wandelung, soweit die besondern Voraussetzungen dieser Rechte nach Art. 368 OR gegeben sind. Nicht vorausgesetzt ist ein Verschulden des Unternehmers.
- Zusätzlich hat der Bauherr ein Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens, sofern ein solcher Schaden überhaupt eingetreten ist. Dieser Ersatzanspruch setzt aber grundsätzlich ein Verschulden des Unternehmers voraus (Art. 368 OR). Zu den Ausnahmen: S. 28.

2) Diese strenge Mängelhaftung entfällt, wenn der Bauherr die Mängel selbst verschuldet hat (Art. 369 OR) oder wenn er das Werk genehmigt (Art. 370 OR). Ausserdem wird die Haftung durch die Rügepflicht des Bauherrn und durch die kurze Verjährung gemildert:

- Der Bauherr verwirkt seine Mängelrechte für solche Mängel, die er nicht rechtzeitig rügt; das Werk gilt für diese Mängel als genehmigt (Art. 370 OR).

Die gesetzliche Rügefrist ist überaus kurz bemessen:

1. Der Bauherr hat das abgelieferte Werk, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, zu prüfen und den Unternehmer von erkennbaren Mängeln (sofort) in Kenntnis zu setzen (Art. 367 Abs. 1/370 Abs. 1 und 2 OR).
2. Treten die Mängel erst später zutage, so muss die Anzeige sofort nach der Entdeckung erfolgen (Art. 370 Abs. 3 OR).

- Von der Verwirkung zu unterscheiden ist die Verjährung (Art. 371 OR). Nach Art. 371 Abs. 1 OR (Art. 210 OR) verjähren die Mängelrechte in einem Jahr nach Ablieferung des Werkes. Für "unbewegliche Bauwerke" sieht Art. 371 Abs. 2 OR jedoch eine verlängerte Frist von (nur) fünf Jahren vor.

B. VORAUSSEHBARE MANGELHAFTIGKEIT DES WERKES (la déféctuosité prévisible de l'ouvrage) (Art. 366 Abs. 2 OR)

Vor der Ablieferung finden die gesetzlichen Bestimmungen über die Mängelhaftung (Art. 367 - 371 OR) keine Anwendung. Doch kann der Bauherr, wenn eine mangelhafte Erstellung des Werkes voraussehbar ist, nach Art. 366 Abs. 2 OR eingreifen.

- a. Tatbestand. Art. 366 Abs. 2 OR regelt den Tatbestand, dass "sich während der Ausführung des Werkes eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung durch Verschulden des Unternehmers bestimmt voraussehen" lässt.

b. Rechtslage. Ist der erwähnte Tatbestand erfüllt, so hat der Bauherr nach Art. 366 Abs. 2 ein Recht auf Fristansetzung und Ersatzvornahme. Die Ersatzvornahme bedarf in Abweichung von Art. 98 Abs. 1 OR keiner richterlichen Ermächtigung.

Nach Art. 366 Abs. 2 OR kann der Bauherr dem Unternehmer "eine angemessene Frist zur Abhilfe ansetzen oder ansetzen lassen, mit der Androhung, dass im Unterlassungsfalle die Verbesserung oder die Fortführung des Werkes auf Gefahr und Kosten des Unternehmers einem Dritten übertragen" werde (Art. 366 Abs. 2 OR). Die Fristansetzung kann unterbleiben, wenn "sie sich als unnütze erweisen würde" (Art. 108 Ziff. 1 OR, analog).

In der Praxis wird dieser Rechtsbehelf des Bauherrn häufig übersehen. Gerichtsentscheide sind selten. Vieles ist unklar. Zwei Thesen drängen sich auf:

- Das in Art. 366 Abs. 2 vorausgesetzte "Verschulden des Unternehmers" hat einen untechnischen Sinn. Gemeint ist nur: "ohne Schuld des Bestellers" (vgl. Art. 366 Abs. 1 und 369 OR). Würde das Recht des Art. 366 Abs. 2 ein eigentliches Verschulden des Unternehmers voraussetzen, so stände die Bestimmung in Widerspruch zur kausalen Mängelhaftung des Art. 368 OR.
- Ist die Herstellung eines mängelfreien Werkes (objektiv) unmöglich, so entfällt zwar das in Art. 366 Abs. 2 vorgesehene Recht auf Ersatzvornahme. Statt dessen hat aber der Bauherr das Recht, den Werkvertrag zu wandeln, sofern der voraussehbare Werkmangel ein Wandelungsmangel nach Art. 368 Abs. 1 OR ist und nicht Art. 368 Abs. 3 OR dem Wandelungsrecht entgegensteht.

4. DIE "SONSTIGEN" VERTRAGSVERLETZUNGEN (l'inexécution autrement dommageable)

Der Unternehmer verletzt den Werkvertrag, wenn er das übernommene Werk überhaupt nicht, nicht rechtzeitig oder nicht mängelfrei herstellt und abgeliefert. Er kann den Werkver-

trag aber auch "sonst" verletzen; nämlich dann, wenn er gegen eine werkvertragliche Pflicht verstösst, die "neben" der Verpflichtung zur rechtzeitigen und mängelfreien Ausführung des Werkes besteht.

A. BEISPIELE

Die erwähnten "Nebenpflichten" ergeben sich aus Gesetz, Vereinbarung und allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Insbesondere trifft den Unternehmer die allgemeine Sorgfaltpflicht (Art. 364 Abs. 1 OR), bei Abwicklung des Vertrages so vorzugehen, dass der Bauherr nicht geschädigt wird. Ueberhaupt hat er die Interessen des Bauherrn in guten Treuen zu wahren (BGE 26 II 586; 96 II 61). Systematisch kann unterschieden werden zwischen "leistungsbezogenen" und "leistungsfremden" Nebenpflichten.

a. Verletzung einer leistungsbezogenen Nebenpflicht

- 1) Das Hauptbeispiel besteht in der Verursachung eines die Leistung "begleitenden" Schadens:

Der Unternehmer schädigt den Bauherrn anlässlich der Herstellung oder Ablieferung des Werkes, indem er durch unsorgfältige Verrichtung der Arbeit z.B. Fensterscheiben im Hause des Bauherrn zerkratzt (BGE 89 II 237), Ablaufrohre durch Zementmörtel verstopft (vgl. BGE 93 II 321) oder eine Gasleitung zur Explosion bringt (vgl. BGE 90 IV 247 f.). Dieser Schaden steht zwar in funktionellem Zusammenhang mit der Unternehmer-Leistung, ist aber nicht die Folge eines Werkmangels (kein Mangel-folgeschaden!).

- 2) Weitere Beispiele, in denen der Unternehmer eine leistungsbezogene Nebenpflicht verletzt, sind so zahlreich wie diese Pflichten. Zu ihnen gehören vor allem:

- Die Pflicht zur persönlichen Leitung der Arbeit, soweit es auf persönliche Eigenschaften des Unternehmers ankommt (Art. 364 Abs. 2 OR).
- Die Fürsorge-, Rechenschafts- und Rückgabepflicht mit Bezug auf den vom Bauherrn gelieferten Stoff (Art. 365 Abs. 2 OR).
- Die Anzeige- (Art. 365 Abs. 3 OR) und die Abmahnungspflicht (Art. 369 OR).
- Die (grundsätzliche) Pflicht, Baugrund und Baustoff des Bauherrn auf seine Eignung zu prüfen (zum Grundsatz und zu den Ausnahmen: Gauch, Nr. 709 ff.).
- Die vereinbarte Pflicht, ungeeignete Baustoffe vom Bauplatz zu entfernen (SIA-Norm 118, Art. 136 Abs. 1).

b. Verletzung einer leistungsfremden Nebenpflicht

Leistungsfremde Nebenpflichten, die vom Unternehmer verletzt werden können, sind zum Beispiel:

- Die Treuepflicht des Unternehmers, Pläne des Bauherrn nicht zum eigenen Nutzen zu verwenden (Gautschi, N 3b zu Art. 364 OR) und anvertraute Konstruktionsideen geheim zu halten (BGE 77 II 263 ff.; SIA-Norm 118, Art. 24 Abs. 1; vgl. aber auch BGE 93 II 277 ff.).
- Die Treuepflicht des Unternehmers zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen des Bauherrn, in die er bei der Abwicklung des Bauauftrages Einsicht hatte (vgl. auch SIA-Norm 118, Art. 24 Abs. 2).
- Die vereinbarte Pflicht des Unternehmers, die Abwerbung von Arbeitnehmern des Bauherrn zu unterlassen (SIA-Norm 118, Art. 32).

B. RECHTSLAGE

Der Unternehmer, der den Bauherrn durch Verletzung einer Nebenpflicht schädigt, schuldet nach den Grundsätzen der Art. 97 ff. OR Schadenersatz. Diese Schadenersatzpflicht setzt ein Verschulden voraus (Art. 97 Abs. 1/364 Abs. 1 OR); für das Verhalten seiner Hilfsperson haftet der Unternehmer aber kausal (ohne Verschulden; Art. 101 OR; BGE 95 II 50).

Möglich ist auch, dass der Unternehmer einen anderen Rechtsnachteil erleidet. Z.B. verliert der Unternehmer, der die Anzeigepflicht (Art. 365 Abs. 3 OR) verletzt hat, im Falle des Art. 376 Abs. 3 OR den Vergütungsanspruch. Und wer die Abmahnungspflicht verletzt, kann sich bei Mangelhaftigkeit des Werkes nicht auf ein Selbstverschulden des Bauherrn berufen (Art. 369 OR).

IV. PRAKTISCHE EINZELFRAGEN

1. HAFTUNG NACH GESETZ UND HAFTUNG NACH VERTRAG

Der Schwerpunkt der bisherigen Ausführungen lag auf dem Gesetz. Die vom Gesetz geregelte Vertragshaftung des Unternehmers kann durch Vereinbarung ergänzt oder abgeändert werden.

a. In den Schranken des Gesetzes (Art. 19 Abs. 1 OR) sind die Parteien frei, zum voraus Abreden über die Vertragshaftung des Unternehmers zu treffen. Zum Beispiel können sie

- 1) die Vertragshaftung des Unternehmers durch Vereinbarung (über die Voraussetzungen, Folgen oder Modalitäten der Haftung) verschärfen.
- 2) die Vertragshaftung des Unternehmers durch Vereinbarung erleichtern.

Merke: Eine Wegbedingung der Haftung (sei es ganz oder teilweise) ist wirksam nur in den Schranken der Art. 100/101 OR. Insbesondere kann für grobes Ver-

schulden die Haftung weder ausgeschlossen noch beschränkt werden (Art. 100 Abs. 1 OR). Ausserdem sind Klauseln, worin die Haftung wegbedungen wird, im Zweifel eng auszulegen (Jäggi/Gauch, N 447 zu Art. 18 OR).

- 3) eine Konventionalstrafe (Art. 160 ff. OR) für Fristüberschreitungen (SIA-Norm 118, Art. 98 Abs. 1), mangelhafte Arbeit oder andere Vertragsverletzungen (z.B. die vertragswidrige Abwerbung von Angestellten, BGE 95 II 539 f.) vorsehen.

Geläufig sind Konventionalstrafen für Fristüberschreitungen. Sie sind auch dann gültig vereinbart, wenn der Unternehmer bei Unterschreitung der Frist keinen vertraglichen Anspruch auf eine Prämie hat (SIA-Norm 118, Art. 98 Abs. 1; vgl. Rep 108, 1975, S. 277 ff.). Doch verliert der Bauherr seine Forderung auf die Strafe, wenn er die Erfüllung vorbehaltlos annimmt (Art. 160 Abs. 2 OR). Deshalb muss er die Strafe spätestens bei der Abnahme geltend machen (BGE 97 II 352 ff.).

- b. Bestimmungen über die Vertragshaftung des Unternehmers sind oftmals in Allgemeinen Vertragsbedingungen formuliert. Hauptbeispiel: SIA-Norm 118. Sie enthält neben einer "deklaratorischen" Generalklausel (Art. 23) viele Einzelbestimmungen über die Vertragshaftung des Unternehmers (z.B. Art. 165 ff.: "Haftung für Mängel"). Von jeher unklar war und ist die oft übersehene Vorschrift des Art. 31:

"Entsteht an einem Bauwerk, an dem mehrere Unternehmer tätig sind, ein Schaden, dessen Verursacher nicht festgestellt werden kann, so haben die zur Zeit des Schadenereignisses am Bau tätigen Unternehmer den Schaden im Verhältnis der Rechnungsbeträge ihrer Arbeiten anteilmässig zu tragen" (Abs. 1). "Die Bauleitung besorgt für den Geschädigten die Verteilung und die Rechnungstellung. Jedem Unternehmer steht der Beweis offen, dass er und seine Hilfspersonen den Schaden nicht verursacht haben" (Abs. 2).

Wie jedermann weiss, wird die SIA-Norm 118 allerorten "ergänzt" und "abgeändert". Zu den "Ergänzungen" des

Bundes, der Kantone und der Gemeinden treten immer häufiger auch "Ergänzungen" und "Abänderungen" privater Bauherren. Wichtiges Beispiel: "Allgemeine Bedingungen MIGROS Bauwesen (Abänderungen und Ergänzungen zur Norm SIA 118)", Ausgabe 1979.

2. FRAGEN ZUM LEISTUNGSVERZUG DES UNTERNEHMERS

Der Leistungsverzug des Unternehmers (vor und nach Ablieferungstermin) wurde übersichtsmässig behandelt (S. 11 ff.). Das Gesagte ist um Einzelpunkte zu ergänzen. Sie betreffen die Voraussetzung des Schuldnerverzugs, das Recht zur Vertragsauflösung und die SIA-Norm 118.

a. Schuldnerverzug des Unternehmers setzt zwar kein Verschulden voraus (S. 12; unklar: Gautschi, N 4d zu Art. 366 OR); vorausgesetzt ist aber doch eine objektiv pflichtwidrige Verzögerung. An dieser Pflichtwidrigkeit fehlt es, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Mögliche Hauptgründe, welche die Verzögerung rechtfertigen, sind:

- 1) Die Leistung des Unternehmers ist vorübergehend unmöglich, ohne dass der Unternehmer dies zu verantworten hat (vgl. ZR 76, 1977, Nr. 40, S. 72 f. = Beilage 3).
- 2) Der Unternehmer kann nicht (oder nicht ungesäumt) leisten, weil der Bauherr (oder eine Hilfsperson des Bauherrn) die erforderlichen Vorbereitungs- oder Mitwirkungshandlungen ungerechtfertigt verzögert (Annahmeverzug: Art. 91 OR; vgl. auch SIA-Norm 118, Art. 94 Abs. 2).
- 3) Die Verzögerung beruht auf einer Bestellungsänderung (Gautschi, N 4c zu Art. 366 OR; vgl. auch SIA-Norm 118, Art. 90).

- 4) Der Unternehmer ist zur Arbeitseinstellung berechtigt, weil der Bauherr mit den Zahlungen im Rückstand (Art. 82 OR) oder zahlungsunfähig geworden ist (Art. 83 OR).

Merke: Die einmal gerechtfertigte Verzögerung bleibt auch nach Wegfall des Rechtfertigungsgrundes (z.B. des vorübergehenden Leistungshindernisses) gerechtfertigt. Das "Zeitprogramm" des Unternehmers wird angemessen (mindestens um den eingetretenen Rückstand) parallel verschoben. Der eingetretene Rückstand muss also nicht aufgeholt werden; er begründet keinen Schuldnerverzug, selbst wenn der vormals gültige Ablieferungstermin eintritt. In der Rechtsprechung wurde in einem Fall sogar die Meinung vertreten, dass mit der gerechtfertigten Verzögerung die ganze "Terminvereinbarung" dahinfalle (vgl. ZR 76, 1977, Nr. 40, S. 72 f. = Beilage 3).

- b. Der Bauherr kann den Werkvertrag mit dem säumigen Unternehmer nach Verzugsrecht auflösen (Art. 107 Abs. 2/366 Abs. 1 OR; S. 12 f.). Zu diesem Auflösungsrecht des Bauherrn einige Stichworte:

- 1) Das Verzugsrecht des Bauherrn zur Auflösung des Werkvertrages (Art. 107 Abs. 2/366 Abs. 1 OR) unterscheidet sich vom jederzeitigen (voraussetzungslosen) Rücktrittsrecht des Art. 377 OR dadurch, dass der Bauherr nicht zu Schadenersatz verpflichtet wird.
- 2) Der Rücktritt nach Verzugsrecht setzt (im Normalfall) eine angemessene Nachfrist voraus (vgl. aber Art. 108 OR) und muss "unverzüglich" nach Fristablauf erklärt werden (Art. 107 Abs. 2 OR). Missachtet der Bauherr diese "Modalitäten", so fasst das Bundesgericht dessen Rücktrittserklärung "als Rücktritt im Sinne des Art. 377 OR" auf (BGE 98 II 115 = Beilage 1),

dies mit der praktisch und theoretisch unbefriedigenden Konsequenz, dass der Unternehmer - trotz Leistungsverzugs - Anspruch auf Schadloshaltung (Art. 377 OR) hat.

- 3) Löst der Bauherr den Werkvertrag nach Beginn der Arbeiten auf, so stellt sich die vom Gesetz nicht beantwortete Frage, wie der bereits ausgeführte Teil des Werkes rechtlich zu behandeln ist.

Richtigerweise ist der Bauherr verpflichtet, den ausgeführten Werkteil zu vergüten, soweit dieser für ihn brauchbar ist (es sei denn, eine Rückgabe an den Unternehmer wäre ausnahmsweise ohne nennenswerte Wertverminderung möglich). Nach Arbeitsbeginn führt also auch der "Rücktritt" grundsätzlich nicht zu einer Aufhebung des Vertrages mit rückwirkender Kraft, sondern wirkt nur für die Zukunft (Extraits 1975, S. 33 ff. = Beilage 4). Zur Berechnung der geschuldeten Teilvergütung: BauR 1980, S. 356 f.

- 4) Vollendung des Werkes schliesst das Recht des Bauherrn zur Vertragsauflösung aus.

c. Die SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977) enthält eine ganze Reihe von Bestimmungen, die Einfluss auf den Verzug des Unternehmers haben. Auf einige Besonderheiten ist hinzuweisen:

- 1) Der Bauherr kann aus dem Bauprogramm (mangels anderer Vereinbarung) keine Rechte ableiten (Art. 93 Abs. 2 der Norm). Folge: Nichteinhaltung des Programms begründet - für sich allein - noch keinen Verzug des Unternehmers.
- 2) Werden ohne Verschulden des Unternehmers "zusätzliche Vorkehren" zur Einhaltung der Fristen erforderlich, so trägt der Bauherr die Mehrkosten (Art. 95 Abs. 3 der Norm).

- 3) Bei Beststellungsänderungen (Art. 90), "Säumigkeit der Bauleitung" (Art. 94 Abs. 2) und "schuldloser Verzögerung" (Art. 96 Abs. 1) hat der Unternehmer ein Recht auf Fristerstreckung, womit der Verzugsfall hinausgeschoben wird.
- 4) Das "Rücktrittsrecht" des Bauherrn nach Art. 366 Abs. 1 OR setzt verschuldete Fristüberschreitung durch den Unternehmer voraus (Art. 96 Abs. 4 der Norm, in Verb. mit Abs. 1).
- 5) Verschuldete Fristüberschreitung beeinflusst den Teuerungsausgleich und die Rechtslage bei ausserordentlichen Umständen:

"Verschuldet" der Unternehmer "die Ueberschreitung einer Frist, so verliert er" nach Art. 97 Abs. 2 "seinen Anspruch auf Erhöhung der Vergütung...für die nach Ablauf der Frist gegenüber der ursprünglichen Kostengrundlage eintretenden Aenderungen; ebenso verliert er den Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung infolge besonderer Verhältnisse..., die ihn bei Einhaltung der Frist nicht getroffen hätten".

Neben den erwähnten Bestimmungen bemerkenswert ist auch Art. 144 Abs. 1 der Norm, der den Anspruch des Unternehmers auf Abschlagszahlungen nicht mehr vom "vertragsgemässen Fortschreiten" der Arbeiten abhängig macht (anders noch Ausgabe 1962, Art. 23 Abs. 1).

3. FRAGEN ZUR MÄNGELHAFTUNG

A. ZUM WERKMANGEL

Erste Voraussetzung der Mängelhaftung ist das Vorliegen eines Werkmangels (= Vertragsabweichung des Werkes).

Dazu folgende Merkmale:

- a. Die Beweislast obliegt dem Bauherrn, der aus dem Werkmangel Mängelrechte ableitet (Art. 8 ZGB). Beachte aber die (fragwürdige!) Umkehr der Beweislast in SIA-Norm 118, Art. 174 Abs. 3:

"Wird streitig, ob ein behaupteter" (und während der Garantiefrist gerügter) "Mangel" (z.B. eine undichte Stelle) "wirklich eine Vertragsabweichung und damit ein Mangel im Sinne dieser Norm ist, so liegt die Beweislast beim Unternehmer".

- b. Keine Werkmängel sind:

- 1) Die "Nichtvollendung" des Werkes. Anwendbar sind die Verzugsregeln, nicht die Regeln über die Mängelhaftung (ZR 76, 1977, Nr. 105, S. 277 f. = Beilage 5).
- 2) Der Nichteintritt eines selbständigen Erfolges (z.B. volle Vermietung in den ersten fünf Jahren), den der Unternehmer über die vertragsgemässe Beschaffenheit des Werkes hinaus "garantiert" hat (= selbständiges Erfolgsversprechen, vgl. Gauch, Nr. 347 f.).

B. ZUM NACHBESSERUNGSRECHT DES BAUHERRN

- a. Die Mängelrechte des Bauherrn richten sich auf Nachbesserung, Minderung, Wandelung und Ersatz des Mangelfolgeschadens (Art. 368 OR; ebenso: SIA-Norm 118, Art. 169/171). Das praktisch wichtigste Recht

ist das Nachbesserungsrecht. Die SIA-Norm 118 (Art. 169 Abs. 1) gibt dem Unternehmer (anders als das Gesetz!) sogar einen Anspruch darauf, dass der Bauherr zunächst (vor Minderung oder Wandelung) die Nachbesserung verlangt.

- b. Beseitigt der Unternehmer die Mängel nicht innerhalb einer angemessen-angesetzten Frist, so stellt sich die Frage nach der Ersatzvornahme. Ist der Bauherr berechtigt, die Nachbesserung auf Kosten des Unternehmers selber vorzunehmen oder vornehmen zu lassen?

In Lehre (z.B. Gauch, Nr. 555 ff.) und Rechtsprechung (z.B. ZWR 1979, S. 128 = Beilage 7) wird zum Teil die Meinung vertreten, die Ersatzvornahme bedürfe (mangels anderer Vereinbarung) einer Ermächtigung durch den Richter (Art. 98 Abs. 1 OR); ohne richterliche Ermächtigung habe der Bauherr die Kosten selber zu tragen. Diese Meinung führt in der Praxis zu gravierenden Schwierigkeiten und muss neu überdacht werden. Nach der SIA-Norm 118 (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1) ist eine richterliche Ermächtigung (richtigerweise) nicht vorausgesetzt.

C. ZUM RECHT AUF ERSATZ DES MANGELFOLGESCHADENS

- a. Statt Nachbesserung zu verlangen, kann der Bauherr bei gegebenen Voraussetzungen die Vergütung mindern oder den Werkvertrag wandeln (Art. 368 OR; SIA-Norm 118, Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2 und 3). Nachbesserungs-, Minderungs- und Wandelungsrecht werden ergänzt durch das Recht des Bauherrn auf Ersatz des Mangelfolgeschadens (Art. 368 OR; SIA-Norm 118, Art. 171). Dieses Recht ist eine Schadenersatzforderung.

Die Forderung auf Ersatz des Mangelfolgeschadens untersteht den Bestimmungen der Mängelhaftung (namentlich über Rüge und Verjährung). Doch setzt sie grundsätzlich ein Verschulden des Unternehmers voraus

(Art. 368 Abs. 1 und 2 OR). Ausnahme (Kausalhaftung): Haftung für Hilfspersonen (Art. 101 OR) und (wohl auch) für "unmittelbaren" Schaden (Art. 208 Abs. 2 OR, sinngemäss).

b. Der Mangelfolgeschaden (BGE 100 II 33), den der Unternehmer zu ersetzen hat, tritt als "weitere" Folge eines Werkmangels (gewissermassen "ausserhalb", aber doch "wegen" des Mangels) ein (Gauch, Nr. 602 ff.; SIA-Norm 118, Art. 171). Er kann bestehen in entgangenem Gewinn (z.B. Mietzinsausfall) oder in Vermögensverminderung (z.B. Brandschaden). Kein solcher Mangelfolgeschaden ist:

- Der Folgemangel = Werkmangel, der erst später zutage tritt, aber schon bei der Ablieferung/Abnahme latent vorhanden war.
- Der durch den Mangel verursachte Minderwert des Werkes. Kann mit dem Minderungsrecht (Recht auf Herabsetzung der Vergütung) geltend gemacht werden (Art. 368 Abs. 2 OR; SIA-Norm 118, Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2). Zur (relativen) Berechnung der Herabsetzung: BGE 105 II 101 ff. = Beilage 8 und Gauch, Nr. 496 ff. = Beilage 9.

c. Eine schwierige (noch ungelöste) Frage betrifft die Rechtsfolge, die sich mit dem "merkantilen Minderwert" eines vorerst mangelhaften Bauwerks verbindet. Dieser Minderwert liegt in der Minderung des Verkaufswerts, die trotz völliger und ordnungsgemässer Mängelbeseitigung deshalb verbleibt, weil beim Publikum ein den Preis beeinflussender Verdacht verborgen gebliebener Mängel besteht. Es fragt sich, ob der "merkantile Minderwert" ein zu ersetzender Mangelfolgeschaden ist oder sogar ein Minderungsrecht des Bauherrn begründet.

D. ZUM RUECKBEHALTUNGSRECHT DES BAUHERRN

Das Rückbehaltungsrecht ist ein wirksamer Rechtsbehelf, den der Bauherr neben den Mängelrechten hat. Der Bauherr ist berechtigt, die Zahlung des Werklohnes gestützt auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (Art. 82 OR) zu verweigern, wenn der Unternehmer ein mangelhaftes Werk abgeliefert (BGE 89 II 235; 94 II 164). Dieses Recht auf Rückbehaltung der Vergütung besteht nach richtiger Auffassung

- 1) nur dann, wenn der Bauherr die Nachbesserung verlangt hat (Gauch, Nr. 909 ff.);
- 2) nur bis zu einem Betrag, der erforderlich (und genügend) ist, um die Nachbesserungsforderung "ausgiebig zu sichern" (v. Tuhr/Escher, S. 64). Im Einzelfall kann es sich rechtfertigen, einen zwei bis dreifachen Betrag der Nachbesserungskosten zurückzubehalten (BauR 1979, S. 248);
- 3) nur insoweit, als die Parteien nicht etwas anderes (z.B. Vorauszahlung der Vergütung) vereinbart haben (BGE 89 II 235). Beachte das besondere Abrechnungssystem nach SIA-Norm 118, namentlich auch die Bestimmungen über den Rückbehalt (Art. 152/181).

E. ZUR GARANTIEFRIST NACH SIA-NORM 118

"Ist nicht etwas anderes vereinbart", so besteht nach der SIA-Norm 118 "eine Garantiefrist von zwei Jahren", die "für das Werk oder einzelne Werkteile mit dem Tag der Abnahme zu laufen" beginnt (Art. 172 Abs. 1 und 2). Ueber die Bedeutung dieser Garantiefrist herrschen in

der Praxis unklare Ansichten, weshalb klärend auf folgende Hauptpunkte hinzuweisen ist:

a. Die Garantiefrist nach SIA-Norm 118 ist eine Rügefrist. Vgl. Art. 173 der Norm:

"Während der Garantiefrist kann der Bauherr in Abweichung vom Gesetz (Art. 367 und 370 OR) Mängel aller Art jederzeit rügen" (Abs. 1). "Dieses Recht zur jederzeitigen Mängelrüge besteht auch für Mängel, die zur Vermeidung weiteren Schadens unverzüglich behoben werden müssen. Doch hat der Bauherr, der einen solchen Mangel nicht sofort nach der Entdeckung rügt, den weiteren Schaden selbst zu tragen, der bei unverzüglicher Behebung des entdeckten Mangels hätte vermieden werden können" (Abs. 2).

b. Die Garantiefrist nach SIA-Norm 118 ist keine Haftungsfrist:

- Weder haftet der Unternehmer für alle Mängel, die bis zum Ablauf der Garantiefrist gerügt werden. Von der Haftung ausgenommen bleiben Mängel, für die das Werk bereits genehmigt wurde (Art. 174 Abs. 1).
- Noch beschränkt sich die Haftung auf Mängel, die bis zum Ablauf der Garantiefrist gerügt sind. Der Unternehmer haftet auch für später gerügte Mängel, sofern der Bauherr sie erst nach Ablauf der Garantiefrist entdeckt (Art. 178/179 Abs. 1) und sofort nach der Entdeckung gerügt hat (Art. 179 Abs. 2). Sonderfälle: Art. 178 Abs. 2; Art. 179 Abs. 3 und 4.

c. Die Garantiefrist nach SIA-Norm 118 ist keine Verjährungsfrist, auch nicht für Mängel, die vor Ablauf der Garantiefrist gerügt werden (Art. 178 Abs. 1). Die Verjährung der Mängelrechte wird besonders (in Art. 180 der Norm) geregelt. Die Verjährungsfrist beträgt im Normalfall fünf Jahre (Art. 180 Abs. 1).

Zum Ganzen siehe auch das Schema "Verlust der Mängelrechte nach SIA-Norm 118" auf Beilage 10.

F. ZUR VERJAEHRUNG

Mit Abnahme des Werkes beginnt die Verjährung der Mängelrechte zu laufen (Art. 371 OR; SIA-Norm 118, Art. 180). Die Verjährung läuft während einer bestimmten Frist, kann aber unterbrochen werden:

a. Die Verjährungsfrist beträgt:

Nach Gesetz: 5 Jahre bei "unbeweglichen Bauwerken" (Art. 371 Abs. 2 OR; unklarer Begriff!); 1 Jahr bei anderen Werken (Art. 371 Abs. 1/210 Abs. 1 OR), wozu das Bundesgericht sogar den Erneuerungsanstrich eines Hauses zählt (BGE 93 II 242 ff.; Kritik bei Gauch, Nr. 828 ff.). Nach SIA-Norm 118 beträgt die Frist (unterschiedslos) 5 Jahre (Art. 180 Abs. 1). Ausserdem ist der Begriff der Abnahme (Start des Verjährungslaufes) in der SIA-Norm 118 ein anderer als im Gesetz!

Praktische Schwierigkeiten:

- 1) Die Verjährungsfrist von fünf Jahren ist für "unbewegliche Bauwerke" zu kurz.

Häufig zeigen sich Mängel oder ereignen sich Mangelfolgeschäden erst, wenn die Frist abgelaufen ist. Pro memoria: Auch der Ersatzanspruch für Mangelfolgeschäden beginnt mit der Annahme (nicht erst mit Eintritt des Schadens!) zu laufen (BGE 77 II 249; ZR 78, 1979, Nr. 61, S. 128 = Beilage 11).

Merke aber: Die Parteien können andere (jedenfalls längere) Fristen vereinbaren. Auch gilt bei arglistig verschwiegenem Mangel stets eine Frist von 10 Jahren (BGE 100 II 33 f.; 96 II 184; ZR 76, 1977, Nr. 105, S. 278 = Beilage 5; SIA-Norm 118,

Art. 180 Abs. 2). Doch soll der Bauherr (mangels anderer Abrede) auch in diesem Falle verpflichtet sein, den (später entdeckten) Mangel gemäss Art. 370 Abs. 3 OR sofort zu rügen (BGE 100 II 34 = Beilage 2; Kritik bei Gauch, Nr. 785).

- 2) Umgekehrt kommt es aber auch vor, dass der Bauherr unverjährte Mängelrechte gegen den Unternehmer hat, während dessen Rechte gegen Subunternehmer und Lieferanten längst verjährt sind.

b. Mit der Unterbrechung der Verjährung beginnt die Frist neu zu laufen (Art. 137 Abs. 1 OR). Es gelten die Unterbrechungsgründe des Art. 135 OR; insbesondere: Anerkennungshandlungen (z.B. Nachbesserungen) des Unternehmers, Schuldbetreibung und Klage. Im einzelnen ist zu merken:

- 1) Blosser Mängelrüge unterbricht die Verjährung nicht!
- 2) Erklärt sich der Unternehmer nach Ablauf der Verjährungsfrist zur Beseitigung der Mängel bereit, so wird die Verjährung (weil bereits abgelaufen) nicht unterbrochen (Rep. 1979, S. 317 f.). Hingegen kann eine solche Erklärung die Bedeutung eines Verzichts auf die Verjährungseinrede haben (Tercier, BR 1980, S. 30 Nr. 17).
- 3) Verbessert der Unternehmer das mangelhafte Werk, so anerkennt er damit nicht auch Mängelrechte für solche Mängel, die erst später zum Vorschein kommen und gerügt werden; dies selbst dann nicht, wenn die später zutage tretenden Mängel die gleiche Ursache haben wie die behobenen (ZR 78, 1979, Nr. 61, S. 126 ff. = Beilage 11).
- 4) Werden die Mängelrechte "durch Ausstellung einer Urkunde" (z.B. durch Unterzeichnung eines Abnahmeprotokolls) anerkannt oder durch Urteil des Richters festgestellt, so beträgt die neue Verjährungsfrist stets zehn Jahre (Art. 137 Abs. 2 OR).
- 5) Wird die Verjährung für ein Mängelrecht (z.B. das Nachbesserungsrecht) unterbrochen, so wirkt die Unterbrechung auch für die übrigen Mängelrechte (z.B. das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens) (BGE 96 II 185).

A. — Mit Vertrag vom 13. April 1966 verpflichtete sich die Friedli & Cie AG, für Dr. Josef Rogger in Inwil ein Einfamilienhaus, Typ Helvetia EH-A Spezial, zum Preis von Fr. 135 000.— zu erstellen. Das Haus sollte « raschmöglichst/Ende 1966 » bezugsbereit sein. Die Parteien verlängerten später diese Frist, zuerst bis 15. und dann bis Ende Februar 1967. Das Haus war indessen am 15. März 1967, als Rogger die bisherige Mietwohnung verlassen musste, nicht fertig. Er wohnte in der Folge mit seiner Familie zuerst in einem Hotel in Luzern und nachher in einer Ferienwohnung in Horw. Am 23. Mai 1967 konnte er die Räume im Erdgeschoss des immer noch nicht vollendeten Hauses beziehen. Seit Dezember 1966 hatte Rogger wiederholt Mängel schriftlich gerügt und sich über die Verzögerungen beschwert. Mit Schreiben seines Anwaltes vom 7. Juni 1967 erklärte er den Rücktritt vom Vertrag.

Die Pauschalvergütung von Fr. 135 000.— erhöhte sich wegen zusätzlicher Arbeiten, die der Bauherr verlangt hatte, auf Fr. 138 050.—. Daran zahlte Rogger gemäss Schlussrechnung der Bauunternehmung Fr. 107 437.—.

B. — Die Friedli & Cie AG klagte auf Zahlung der Restforderung von Fr. 30 613.— und auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für Fr. 10 000.—, beides nebst Zins.

Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und forderte « als konnexen Gegenanspruch, evt. widerklageweise » von der Klägerin Fr. 20 540.20 nebst Zins.

C. — Am 2. September 1970 hiess das Amtsgericht Hochdorf die Klage für Fr. 23 213.50 nebst Zins gut und ermächtigte die Klägerin, das Bauhandwerkerpfandrecht im Grundbuch eintragen zu lassen.

Das Obergericht des Kantons Luzern wies auf Appellation des Beklagten am 31. März 1971 die Klage ab und verpflichtete die Klägerin, dem Beklagten Fr. 2000.— (Verspätungsschaden) nebst Zins zu bezahlen.

D. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung eingereicht mit dem Antrag, es aufzuheben und die Klage zuzusprechen.

Die Beklagte beantragt, die Berufung abzuweisen.

Das Bundesgericht hebt in Gutheissung der Berufung das angefochtene Urteil auf und weist die Sache im Sinne der Erwägungen zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

Erwägungen:

2. — Nach der Rechtsprechung kann der Besteller vom Werkvertrag im Sinne des Art. 366 OR regelmässig dann zurücktreten, wenn er dem Unternehmer eine Nachfrist nach Art. 107 Abs. 1 OR angesetzt hat (BGE 46 II 251 Erw. 2). Der Beklagte hatte der Klägerin, die sich nach Art. 102 Abs. 2 OR in Verzug befand, mit Schreiben vom 3. April 1967 eine Frist von 14 Tagen zur Fertigstellung des Hauses gesetzt, nach deren Ablauf jedoch nicht, wie Art. 107 Abs. 2 OR vorschreibt, unverzüglich den Rücktritt vom Vertrag erklärt. Vielmehr liess er die Klägerin weiterhin arbeiten und verhandelte mit ihr mündlich und brieflich (vgl. die Schreiben vom 5., 6. und 11. April, 5. und 23. Mai 1967) über den Fortgang der Arbeiten und die Behebung von Mängeln. Im zuletzt erwähnten Schreiben führte er im einzelnen die angeblich unerledigten Arbeiten auf. Unter diesen Umständen war der am 7. Juni 1967 erklärte « Rücktritt » vom Vertrag mangels Ansetzung einer neuen Nachfrist unwirksam. Anders verhielte es sich nur dann, wenn deren Einräumung unnütz gewesen wäre (Art. 108 Abs. 1 OR). Das behauptet aber der Beklagte selber nicht. Die streitige Erklärung kann daher, wie der Beklagte in der Berufungsantwort in Übereinstimmung mit der Vorinstanz annimmt, nur als Rücktritt im Sinne des Art. 377 OR aufgefasst werden.

7. Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. Januar 1974 i.S. Bucher gegen Hänzli

Werkvertrag. Der Besteller eines mangelhaften Werkes kann sich nicht alternativ auf die allgemeine Schadenersatzklage (Art. 97 f. OR) und die Gewährleistungsansprüche (Art. 367-371 OR) berufen (Erw. 1 und 2).

Contrat d'entreprise. Le maître ne peut pas, si l'ouvrage est défectueux, faire valoir alternativement l'action en dommages-intérêts générale (art. 97 ss. CO) et l'action en garantie (art. 367-371 CO) (consid. 1 et 2).

Contratto d'appalto. Il committente di un'opera risultata difettosa non può valersi alternativamente dell'azione di risarcimento del danno (art. 97 ss. CO) e dell'azione di garanzia (art. 367-371 CO) (consid. 1 e 2).

A. — Hänzli, der in Zürich ein Gipsergeschäft führt, schloss am 19. Dezember 1966 mit dem Baukonsortium Büchelring, Zürich, vertreten durch Architekt Bucher, einen Werkvertrag über die Gesamtüberbauung im «Büchelring» in Adliswil. Am 28. März 1968 übertrug ihm Bucher im *eigenen Namen* gemäss Vertrag vom 19. Dezember 1966 die Gipserarbeiten für das Haus A 3. «Die Ausführung und die Ausmasse» sollten grundsätzlich dem bereits ausgeführten Haus A 1 entsprechen.

Am 18. Januar 1969 stellte Hänzli Rechnung für Fr. 41 584.97, abzüglich Anzahlungen von Fr. 28 000.—. Bucher bestritt die Restforderung von Fr. 14 139.37, indem er geltend machte, gewisse Arbeiten seien mangelhaft ausgeführt worden, so dass er nach Berücksichtigung des Minderwertes Fr. 7809.42 zuviel bezahlt habe.

In der Folge klagte Hänzli gegen Bucher auf Zahlung von Fr. 14 139.37 nebst 5% Zins seit 18. Januar 1969. Der Beklagte machte widerklageweise Fr. 3651.42 (Fr. 7809.42 abzüglich die Versicherungsgarantie von Fr. 4158.—) geltend.

B. — Das Bezirksgericht Zürich hiess die Klage im Teilbetrag von Fr. 9086.15 nebst Zins seit 1. April 1969 gut und wies die Widerklage ab.

Auf Berufung des Klägers und Anschlussberufung des Beklagten sprach das Obergericht des Kantons Zürich dem Kläger Fr. 9119.51 zu. Im Mehrbetrag wies es die Klage ab. Es stellte zudem fest, dass der Beklagte berechtigt sei, auf Fr. 37119.51 einen Skonto von 2% abzuziehen, wenn er die Restforderung innert einem Monat seit Rechtskraft des Urteils bezahle.

C. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung erklärt. Er beantragt, die Forderung auf Fr. 5159.51 herabzusetzen und dementsprechend den skontoberechtigten Betrag auf Fr. 33159.51 festzulegen; eventuell das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Beweisverfahrens an das Obergericht zurückzuweisen.

Der Kläger beantragt, die Berufung abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Im kantonalen Verfahren waren zwischen den Parteien verschiedene Mängel streitig, die vor Bundesgericht nicht

mehr zur Beurteilung stehen. Der Beklagte hält indessen an seinem Standpunkt vor Obergericht fest, der Kläger habe auf dem nackten Betonboden Lentolite statt gemäss Baubeschrieb einen Zementanspritz, Grundputz und Abrieb bzw. Zementanwurf, Grund- und Weissputz angebracht, was einen Mindertwert von Fr. 3960.— (990 m² zu Fr. 4.—) ergebe. Es handle sich entgegen der Auffassung des Obergerichts nicht um einen Werkmangel im Sinne des Art. 371 OR, sondern um Nichterfüllung, die jederzeit geltend gemacht werden könne, also nicht den Verjährungs- und Verwirklichungsfristen des Werkvertragsrechtes unterstehe.

2. — Die Haftung des Unternehmers für Mängel des Werkes wird in Art. 367-371 OR geordnet (vgl. Randtitel «Haftung für Mängel»). Sie hat ihr Gegenstück in der Haftung des Verkäufers für Sachmängel des Kaufgegenstandes nach Art. 197 OR (vgl. GUHL/MERZ/KUMMER, OR S. 424, BGE 93 II 316). Art. 368 OR, der vom «Recht des Bestellers bei Mängeln» handelt, unterscheidet zwischen Mängeln und sonstigen Abweichungen vom Vertrag (vgl. Abs. 1: «Leidet das Werk an... Mängeln oder weicht es sonst... vom Vertrag ab...»). Beide Sachverhalte sind im Ausdruck Mangel enthalten, den die übrigen Bestimmungen der Mängelhaftung allein verwenden (vgl. Art. 367 und 369-371 OR). Die Unterscheidung in Art. 368 OR hat daher nur klassifikatorische, nicht rechtliche Bedeutung (GAUCH, Der Unternehmer im Werkvertrag und seine Haftung für Mängel des Werkes, 1974, Nr. 110 S. 39). Es kommt daher nichts darauf an, dass Lehre und Rechtsprechung (vgl. GUHL/MERZ/KUMMER, a.a.O. S. 424; OSER/SCHÖNENBERGER N. 2 zu Art. 368 OR; REICHEL, ZSR 51/1932 S. 182; BGE 93 II 316) die Mängel und sonstigen Abweichungen des Werkes vom Vertrag nach Art. 368 OR dem Fehlen vorausgesetzter oder verabredeter Eigenschaften der Kaufsache gleichstellen (vgl. GAUCH, a.a.O. Nr. 111, S. 40). In beiden Fällen handelt es sich schlechthin um Mängel, also um nicht richtige Erfüllung des Werkvertrages.

Zu prüfen ist, ob sich der Besteller eines mangelhaften Werkes alternativ auf die Rechtsbehelfe des Art. 368 OR und die allgemeine Schadenersatzklage des Art. 97 OR berufen kann. Das ist zu verneinen. Art. 368 OR wandelt die Sachleistungsobligation des Unternehmers in bestimmte Gewährleistungs-

ansprüche (Wandelung, Minderung, Nachbesserung und Ersatz des Mängelfolgeschadens), wenn der Besteller die gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen (Prüfung des Werkes und rechtzeitige Rüge des Mangels) erfüllt hat (GAUTSCHI, N. 6 a und c zu Art. 368 OR und 11 b zu Art. 369 OR; GAUCH, a.a.O. Nr. 526, S. 129, GUHL/MERZ/KUMMER, a.a.O. S. 340; NEUENSCHWANDER, Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1971, S. 24, 26 und 86; A. SCHUBIGER, Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, Diss. Bern 1937, S. 37 ff.; R. FURRER, Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Diss. Zürich 1973, S. 34/35; unzutreffend KLAUSER (Die werkvertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen, Diss. Zürich 1973, S. 132/33), der die Art. 97 und 367 ff. OR alternativ anwenden will, wenn Mängelansprüche des Bestellers im Sinne der Art. 369 bis 371 weder untergegangen noch verjährt sind).

Das Obergericht hatte demnach die streitige Frage, ob der Kläger die ihm übertragenen Arbeiten vertragsgemäss ausgeführt hat, nur dann abzuklären, wenn der Beklagte den Mangel innert der vertraglichen Garantiefrist oder nach einer allfälligen späteren Entdeckung sofort gerügt hat (Art. 370 Abs. 3 OR). Die Vorinstanz stellt fest, dass keine der beiden Parteien eine gemeinsame Prüfung des Werkes verlangt hat. Sie schliesst daraus zu Recht, dass es zwei Monate nach Einreichung der Schlussrechnung (Form. 118 SIA Art. 26 Abs. 5), d.h. am 18. März 1969, als vorläufig angenommen galt, und dass die von da an laufende (vertragliche) zweijährige Rügefrist bei Einreichung der Berufungsbegründung vom 24. Januar 1973 abgelaufen war. Im übrigen räumt der Beklagte in der Berufungsschrift selber ein, es möge richtig sein, dass er schon einige Zeit vor jenem Datum von der angeblich vertragswidrigen Ausführung der streitigen Arbeiten Kenntnis gehabt habe.

Der Beklagte stellte sich im kantonalen Verfahren subsidiär auf den Standpunkt, der Kläger habe die angeblich mangelhafte Ausführung der Arbeiten arglistig verschwiegen, so dass die Rüge auch nach Ablauf der Garantiefrist während zehn Jahren habe erhoben werden können. Richtig ist, dass bei arglistiger Verschweigung eines Mangels die Verjährungsfrist

für Ansprüche des Bestellers nach Art. 371 Abs. 1 OR (reception) des Werkes im Sinne von Art. 371 Abs. 2 OR trägt (vgl. BGE 89 II 409 Erw. 2 b). Damit war aber der Beklagte der Pflicht nicht enthoben, den Mangel sofort nach Entdeckung zu rügen (Art. 370 Abs. 3 OR, von BÜRGIN, OR II S. 147, GAUTSCHII, N. 10 zu Art. 370 OR). Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils hat er keinerlei Ausführungen darüber gemacht, wann er den angebliehen Mangel entdeckt haben will. Das Werk galt somit als genehmigt (Art. 370 Abs. 3 OR), und die Vorinstanz brauchte die Behauptung des Beklagten betreffend Arglist, Mangel und Minderwert des Werks nicht abzuklären.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts (II. Zivilkammer) des Kantons Zürich vom 3. Juli 1973 bestätigt.

40.

Art. 366 Abs. 1 OR: Terminvereinbarung beim Werkvertrag. *Kann eine Arbeit aus nicht beim Unternehmer liegenden Gründen nicht am vereinbarten Termin in Angriff genommen werden, so verschiebt sich nicht einfach der Endtermin um die Dauer der Verzögerung, sondern es bedarf dazu einer neuen Terminvereinbarung. Kommt keine solche zustande, so ist die Inverzugsetzung des Unternehmers ausgeschlossen, denn er ist nicht verpflichtet, zu anderen als den vereinbarten Zeiten die Arbeit auszuführen. (E. III.).*

Aus den Erwägungen:

«III. Dass die Rechtsvorgängerin der Beklagten – die X. AG – die ihr übertragenen Arbeiten nicht zu den vertraglich vereinbarten Terminen begonnen hat, ist unbestritten. Desgleichen steht fest, dass die Arbeiten am vertraglichen Fertigstellungstermin nicht beendet waren. Daraus vermag jedoch die Klägerin nur dann etwas zu ihren Gunsten abzuleiten, wenn die X. AG die Nichteinhaltung der vereinbarten Termine zu vertreten hat. Nach der eigenen Darstellung der Klägerin verzögerte sich wegen schlechten Wetters der Aushub der Baugrube und ergab sich eine Bauverzögerung von zwei Monaten. Die Decke über Erdgeschoss im Haus B wurde denn auch erst am 10. Juli 1970 betoniert. Die X. AG konnte deshalb mit der Rohmontage nicht wie vorgesehen anfangs bzw. ca. anfangs Juni 1970 beginnen. Die Klägerin selber räumt ein, dass damit erst im August hätte begonnen werden können.

Die Klägerin irrt, wenn sie glaubt, sich trotzdem auf die vereinbarten Termine berufen zu können. Terminvereinbarungen wie die vorliegenden sollen nicht nur dem Bauherrn Gewissheit geben, dass der Unternehmer zur festgelegten Zeit zur Verfügung steht, sie sollen andererseits auch dem Unternehmer Gewissheit darüber geben, wann er eine bestimmte Arbeit auszuführen hat und wann er dementsprechend andere Verpflichtungen eingehen kann. Kann eine Arbeit aus nicht beim Unternehmer liegenden Gründen

nicht am vereinbarten Termin in Angriff genommen werden, so verschiebt sich nicht einfach der Endtermin um die Dauer der Verzögerung, sondern es bedarf einer neuen Terminvereinbarung. Verschiebt sich der Arbeitsbeginn wie hier um zwei Monate, so wird die gesamte Terminvereinbarung hinfällig. Kommt keine neue zustande, so ist eine Inverzugsetzung des Unternehmers ausgeschlossen, denn er ist nicht verpflichtet, zu anderen als den vereinbarten Zeiten die Arbeit auszuführen. A., der seine Forderung der Klägerin abgetreten hat, war bestenfalls berechtigt, einen anderen Unternehmer beizuziehen, nachdem er sich mit der X. AG nicht auf einen neuen Zeitplan einigen konnte. Für Schadenersatzansprüche blieb indessen kein Raum, da die X. AG an der zwei-monatigen Verspätung kein Verschulden trifft. Dies führt zur Abweisung der Hauptklage.»

Handelsgericht,
8. Juli 1976

Contrat d'entreprise. — Lorsque le maître est en droit de se départir du contrat parce que l'entrepreneur ne poursuit pas l'exécution de ses obligations dans un délai raisonnable, il demeure néanmoins tenu de payer le travail déjà fait, à moins que ce dernier soit si défectueux qu'il ne peut être accepté.

Cour de cassation civile. — 29 septembre 1975

Le troisième moyen, pris de l'insuffisance de motifs, n'est pas fondé.

Même si, comme le soutient le recourant, il était en droit de se départir du contrat parce que l'entrepreneur ne poursuivait pas l'exécution de ses obligations dans un délai raisonnable, le maître n'en restait pas moins tenu de payer le travail déjà fait, à moins que ce travail ne fût si défectueux qu'il ne pouvait être accepté.

La question de savoir si le maître était en droit de se départir du contrat, question que le recourant reproche au juge de n'avoir pas examinée, ne jouait pas, dans le litige entre parties, le rôle essentiel que lui attribue François-Joseph Z. Tel ne serait le cas que si la contestation avait porté, au moins en partie, sur le droit du maître de se départir du contrat. Tout débat sur ce point était vain, au vu de l'article 377 CO qui prévoit que le maître peut résilier le contrat tant que l'ouvrage n'est pas terminé, en payant le travail fait et en indemnisant complètement l'entrepreneur.

Bien que ce point n'ait pas été souligné dans le jugement attaqué, le contrat passé entre parties, dans la mesure où il devait encore être exécuté, se trouvait à la limite entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise. Dans l'état des choses existant au moment de la rupture du contrat, l'apport de l'entrepreneur devait encore être avant tout un apport de travail manuel, travail manuel exécuté selon les directives du maître de l'ouvrage. Bien qu'il n'ait pas existé de véritable lien de subordination entre les parties, il semble que le critère principal de la rémunération du demandeur ait été le travail fourni. L'objet du contrat ou du moins ce qui en devait encore être exécuté n'était pas un ouvrage à livrer en une fois entièrement terminé, mais bien au contraire une activité réitérée à reprendre au fur et à mesure de l'avancement d'autres travaux. Sans doute était-il prévu que cette activité serait continuée jusqu'à terminaison de l'installation du chauffage. Mais, les travaux se poursuivant dans l'immeuble appartenant au maître et sous sa régie, on doit considérer que chaque intervention de l'entrepreneur faite sur avis du maître constituait une livraison partielle de l'ouvrage. Le contrat d'entreprise était, dans l'espèce, un contrat durable (Dauer-schluldverhältnis), donnant lieu à des livraisons et à des paiements échelonnés dans le temps. Preuve en est que certains travaux antérieurs, tels que la réfection de la salle de bain et la pose de radiateurs, ont été payés et que ne donnent lieu au présent procès que les travaux exécutés à partir du dernier paiement.

S'agissant de rapports juridiques d'une certaine durée, leur résolution ne pouvait se faire que ex nunc et non pas ex tunc (*Gautschi* ad art. 377, lb) de la même manière que, par exemple, pour le contrat de travail. C'est sur ce point que le recourant semble commettre l'erreur principale : il paraît admettre que, l'ouvrage ayant fait l'objet de livraisons partielles, il était en droit d'invalider le contrat ab initio, comme s'il portait sur un ouvrage à livrer en une fois entièrement terminé, ce qui n'était pas le cas.

Si l'auteur cité exprime l'opinion que l'entrepreneur n'a pas droit à une indemnité dans le cas de l'article 366 CO, cela signifie qu'il ne peut pas réclamer la contre-valeur de l'intérêt qu'il aurait eu à l'exécution du contrat, mais non pas qu'il perde tout droit au paiement de la partie déjà exécutée de l'ouvrage, cela tout au moins dans la mesure où cette exécution partielle n'a pas donné lieu à réclamation.

Le grief fait par le recourant au jugement déféré de n'avoir pas retenu les mises en demeure adressées à l'entrepreneur n'aurait une importance décisive que si l'entrepreneur avait exigé, non seulement la contre-valeur du travail exécuté, mais également une indemnité correspondant à son intérêt à l'exécution du contrat.

En fait, le recourant semble placer le débat sur le plan de l'article

368 CO qui autorise le maître à refuser l'ouvrage défectueux, éventuellement à exiger de l'entrepreneur des dommages-intérêts. Mais c'est là que l'article 370 CO entre en jeu qui exige, pour que le maître puisse se prévaloir des défauts de l'ouvrage, qu'il en donne avis à l'entrepreneur dès que la vérification en était possible.

Et il est certain que le maître contrevient à cette règle lorsque, résiliant le contrat après une livraison partielle, il ne donne pas avis des défauts prétendument constatés au moins lors de la résiliation.

C'est bien ce que le jugement attaqué a constaté et retenu. C'est donc à tort que le recourant soutient que le juge saisi s'est fait une représentation erronée de la situation juridique en omettant de constater que le maître avait vainement invité l'entrepreneur, à plusieurs reprises, à reprendre son travail.

Le recourant travestit le jugement attaqué lorsqu'il insiste sur le fait retenu que l'ouvrage n'avait pas été terminé en omettant une autre constatation faite par ledit jugement, à savoir que l'ouvrage avait été exécuté partiellement et que les livraisons partielles n'avaient donné lieu à aucune réclamation du maître lors de la résiliation du contrat, ces réclamations n'ayant été formulées qu'après l'ouverture de l'action.

Il s'ensuit que le troisième moyen de recours est mal fondé.

105.

Werkvertrag Art. 368 OR/97ff. OR. *Das Nichterbringen einer spezifisch vereinbarten Leistung kann einen Akt der Nichterfüllung im Sinne von Art. 97ff. OR oder ebenfalls einen Werkmangel im Sinne von Art. 368 OR darstellen. –*

Problem der Abgrenzung zwischen Leistungsfehlern, welche die Werkvollendung betreffen, und Leistungsfehlern, welche einen Werkmangel darstellen.

In Bestätigung eines Rückweisungsbeschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichtes vom 28. Februar 1977 hat das Kassationsgericht des Kantons Zürich eine hiegegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen mit folgender Begründung:

«1. Auf Grund einer Offerte vom 6. Mai 1971 erteilte der Kläger und Beschwerdegegner dem Beklagten und Beschwerdeführer den Auftrag zur Ausführung von Malerarbeiten an einer Liegenschaft in Zürich. Die Leistungen des Beschwerdeführers umfassten u.a. das zweimalige Streichen des Terrassengeländers mit Schuppenpanzerfarbe sowie die saubere Reinigung der Dachbleche mit Verdünner. Der Beschwerdeführer hat die Arbeiten am 2. Juli 1971 in Rechnung gestellt. Die Rechnung wurde am 21. Juli 1971 vom Beschwerdegegner bezahlt.

Im Oktober 1974 will der Beschwerdegegner festgestellt haben, dass der Beschwerdeführer die Malerarbeiten nicht vertragsgemäss ausgeführt hatte. Mit Schreiben vom 11. Oktober 1974 beanstandete er, dass das Terrassengeländer nicht zweimal mit Schuppenpanzerfarbe gestrichen und dass das Dachblech nicht mit Verdünner sauber gereinigt worden seien, obwohl beides offeriert, verrechnet und bezahlt worden war. Der Beschwerdegegner forderte den Beschwerdeführer u.a. auf, die nicht ausgeführten Arbeiten noch auszuführen, und setzte ihm hierzu Frist an. Nachdem auch eine Nachfrist unbenutzt abgelaufen war, machte der Beschwerdegegner Schadenersatz geltend und stellte dem Beschwerdeführer hierfür Rechnung. Nachdem der Beschwerdeführer auf der Ablehnung seiner Haftung beharrte, klagte ihn der Beschwerdegegner beim Bezirksgericht Zürich ein.

2. Mit Urteil vom 28. Oktober 1976 wies das Bezirksgericht Zürich die Klage vollumfänglich ab. Es ging davon aus, der Beschwerdeführer habe die von ihm offerierten Leistungen erbracht. Die Beanstandungen des Beschwerdegegners beträfen Mängel der geleisteten Arbeiten und nicht eine Nichtausführung der Arbeit. Diese Mängel könnten jedoch wegen Eintritt der Verjährung gemäss Art. 371 OR nicht mehr geltend gemacht werden.

Gegen diesen Entscheid legte der Beschwerdegegner Berufung beim Obergericht ein. Dieses hob mit Beschluss vom 28. Februar 1977 das bezirksgerichtliche Urteil auf und wies den Prozess an das Bezirksgericht zur Durchführung des Beweisverfahrens und anschliessender neuer Entscheidung zurück.

Die Vorinstanz ging im wesentlichen davon aus, der Beschwerdegegner habe in seinem Klagefundament die Nichterfüllung des

Vertrages durch den Beschwerdeführer geltend gemacht, und es gehe nicht an, diese Beanstandung in eine Mängelrüge umzudeuten. Der Beschwerdegegner habe Anspruch darauf, dass geprüft werde, ob eine Nichterfüllung des Vertrages vorliege, da dies auf Grund der bisherigen Aktenlage nicht entschieden werden könne. Der Kläger müsse zum Beweis dafür zugelassen werden, dass der Vertrag nicht erfüllt worden sei.

3. Insoweit die Beschwerde der Vorinstanz Willkür und Aktenwidrigkeit vorwirft, ist sie abzuweisen. Die Vorinstanz handelte weder willkürlich noch aktenwidrig, wenn sie davon ausging, der Beschwerdegegner habe im wesentlichen Nichterfüllung des Vertrages geltend gemacht. So hat der Beschwerdegegner in seiner Klageschrift beanstandet, der Beschwerdeführer habe Arbeiten verrechnet, die er überhaupt nicht ausgeführt habe. Er leitete daher Ansprüche aus Art. 97 ff. OR ab. Auch in der Replik begründet der Beschwerdegegner seine Ansprüche mit einer angeblichen Nichtausführung der Arbeiten.

Auch wenn einzelne Ausführungen des Beschwerdegegners, insbesondere diejenigen über die Feststellungen der EMPA, welche ja im wesentlichen nur eine Qualitätsbeurteilung sein können, eher auf die qualitative Art der Arbeitsausführung und damit auf Leistungsmängel hinweisen, ändert dies nichts daran, dass der Beschwerdegegner in seinem Klagefundament Nichterfüllung geltend macht, und zwar im Nichtausführen des zweimaligen Anstrichs des Terrassengeländers mit Schuppenpanzerfarbe und des sauberen Reinigens der Bleche mit Verdünner.

4. Insoweit die Beschwerde die Verletzung klaren Rechts geltend macht, ist festzuhalten, dass der Kognitionsbefugnis des Kassationsgerichtes nur die Verletzung einer Rechtsnorm unterworfen ist, über deren Auslegung kein Zweifel bestehen kann.

Kein Zweifel kann nach Doktrin und Rechtsprechung darüber bestehen, dass bei Mängeln des Werks ausschliesslich die Rechtsfolgen von Art. 368 OR zur Anwendung kommen und es dem Besteller nicht freisteht, ob er sich auf die Spezialvorschriften zur Mangelhaftigkeit eines Werkes oder

aber auf die allgemeinen Bestimmungen über den Schuldnerverzug berufen will (BGE 100 II 32/33).

Dagegen ist die Frage einer kontroversen Auslegung durchaus zugänglich, ob das Nichtbringen einer spezifisch vereinbarten Leistung einen Akt der Nichterfüllung im Sinne von Art. 97 ff. OR oder ebenfalls einen Werkmangel im Sinne von Art. 368 OR darstellt mit seiner die allgemeinen Bestimmungen von Art. 97 ff. OR ausschliessenden Wirkung.

Die Minderheit sieht eine Verletzung klaren Rechts in der vorderrichterlichen Annahme, es könne eine Genehmigung nicht vorliegen, wenn nicht sämtliche vereinbarten Arbeiten ausgeführt sind. Ihres Erachtens ist die Ablieferung eines vollendeten Werkes nicht nur dann gegeben, wenn beim betreffenden Werk sämtliche vereinbarten Arbeiten ausgeführt sind, sondern auch dann, wenn nur ein Teil der vereinbarten Arbeiten zur Ausführung gelangt ist.

Als klares Recht kann diese Auffassung jedoch nicht gelten:

a) Gautschi (N 8 zu Art. 367 OR) und Gauch (Nrn. 91, 93) setzen die Vollendung des Werkes der Anwendung der Gewährleistungsregeln voraus und heben diese Voraussetzung von den Werkmängeln ab.

Reduziert man nun mit der Minderheit die Ablieferung auf die von der Erfüllungsabsicht des Unternehmers getragene Wiederherstellung des ungestörten Besteller-Besitzes am Werkgegenstand, so wird die Ausgrenzung eines selbständigen Tatbestandsmerkmals ‚Vollendung‘ hinfällig.

Gautschi betont denn auch in N 11c zu Art. 372 OR, dass zur Ablieferung der Ablieferungswille des Unternehmers nicht genüge, wenn das Bauwerk oder der Bauwerkteil nach Vertrag noch nicht vollendet sind. Konkreter und unter ausdrücklicher Verweisung auf BGE 94 II 164 hält Gauch fest, ein Werk sei nur dann vollendet, wenn sämtliche Arbeiten ausgeführt sind (Nr. 99).

b) Dieses Verständnis der ‚Vollendung‘ in zwei massgebenden Werken zum Werkvertrag bedeutet nun keineswegs eine Missachtung der gesetzlichen Gewährleistungsregeln.

lung: Nach wie vor gilt (und wird von den genannten Autoren auch vertreten), dass die Mangelhaftigkeit des Werks dessen Ablieferung nicht hindert oder umgekehrt das abgelieferte Werk nicht notwendig vertragsgemäss sein muss.

Die gesetzliche Systematik kennt gleichsam zwei Stufen der Vertragskonformität: die Ausführung der vertraglich vereinbarten Arbeiten an sich (Vollendung) und die Ausführung der Arbeiten in der gesetzlich vorausgesetzten (normalen) bzw. besonders vereinbarten Qualität.

Das kann bei komplexen, zusammengesetzten Werken (mit speziell vereinbarten Teilleistungen) zu Problemen der Abgrenzung zwischen Leistungsfehlern, welche die Werkvollendung betreffen, und Leistungsfehlern, welche einen Werkmangel darstellen, führen.

Erscheint ein Werk im Lichte der vertraglichen Abreden als unvollendet, gelangen nicht die Gewährleistungsregeln, sondern die Bestimmungen über den Schuldnerverzug zur Anwendung (Gauch Nr. 382). Das Prinzip der Spezialität der Mängelhaftung (BGE 100 II 32) steht dem – weil einen Mangel voraussetzend – nicht entgegen.

Selbst wenn man in casu die Vollendung des Werks als unzweifelhaft gegeben erachten sollte, verletzt der vorinstanzliche Rückweisungsbeschluss noch nicht klares Recht.

Mit Ablauf der ordentlichen, einjährigen Verjährungsfrist für die Mängelhaftung hat sich nämlich die Frage, welche Unternehmerleistungen tatsächlich erbracht wurden, nicht endgültig erledigt. Sie wird vielmehr aktuell, wenn der Besteller behauptet, der Unternehmer habe Mängel absichtlich verschwiegen (Gauch Nrn. 737 ff.) bzw. nicht erbrachte Sach- oder Arbeitsleistungen in Rechnung gestellt.

Tritt im ersten Falle die Verjährung in analoger Anwendung von Art. 210 Abs. 3 OR erst 10 Jahre nach Ablieferung ein (Gauch Nr. 854), so begründet die Verrechnung eines falschen Leistungsumfanges eine gemäss Art. 67 OR verjährende Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung (Gauch Nr. 386; SJZ 61 [1965] S. 96). Zu Recht hat

deshalb das Obergericht als Berufungsinstanz eine Beweisaufnahme über die Vertragserfüllung angeordnet.

Die Vorinstanz hat den Prozess an die erste Instanz mit der Auflage zurückgewiesen, darüber Beweis abzunehmen, ob die behauptete Nichterfüllung gegeben sei. Diese Rückweisung verstösst um so weniger gegen klares Recht, als die behauptete Verrechnung einer nicht erbrachten Leistung, was durch das Beweisverfahren abzuklären ist, allenfalls auch als Täuschungshandlung qualifiziert werden könnte, welche ohnehin die Berufung auf die kurze spezialrechtliche Verjährungsfrist ausschliessen würde, sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind.

Durch die Rückweisung des Prozesses an die erste Instanz hat die Vorinstanz in der Sache selbst keinen materiellrechtlichen Entscheid getroffen. Die erste Instanz hat das ihr auferlegte Beweisverfahren durchzuführen. Im übrigen ist es ihr unbenommen, auf Grund des Ergebnisses des Beweisverfahrens zu entscheiden, ob es sich um eine Nichterbringung der Leistung oder um eine mangelhafte Leistung handelt, ob der Beschwerdeführer z.B. die Bleche nicht gereinigt oder nur mangelhaft gereinigt hat.

Da der vorinstanzliche Entscheid auch nicht gegen klares Recht verstösst, ist die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen.»

Kassationsgericht,
5. September 1977

3. — a) Dans l'arrêt S.I. Semailles-Voires «A» S.A. contre Macullo, du 2 mai 1969 (ATF 95 II 87 ss.), le Tribunal fédéral a reconnu au sous-traitant le droit de requérir l'hypothèque légale en garantie de sa créance même lorsque le propriétaire de l'immeuble, maître de l'ouvrage, a payé l'entrepreneur général: c'est la conséquence de la protection dont bénéficie le sous-traitant en vertu de la loi (art. 837 al. 1 ch. 3 CC). Sans doute, il est dans l'arrêt, «le propriétaire risque d'être contraint, pour éviter la réalisation du gage immobilier, d'acquitter une seconde fois la facture du sous-traitant, dont les prestations étaient pourtant comprises dans le prix qu'il a payé à l'entrepreneur général. Mais cet inconvénient n'a pas échappé au législateur, lequel a estimé en connaissance de cause que les intérêts du sous-traitant l'emportaient sur ceux du propriétaire» (p. 90/91).

b) Reste à savoir si le juge a la possibilité de parer à cet effet, non seulement rigoureux mais choquant, aussi longtemps que le maître n'a pas entièrement désintéressé l'entrepreneur général.

aa) Contrairement à ce qu'implique le raisonnement de la Cour cantonale, on ne saurait voir, dans la dette du maître envers l'entrepreneur général et la créance du propriétaire qui a dégrèvé son immeuble, des obligations distinctes, comme si, en dégrèvant l'immeuble, le maître avait éteint une dette de l'entrepreneur sans relation avec sa dette à lui envers ce dernier. Le montant de la créance du sous-traitant, relative à des travaux commandés par l'entrepreneur général et exécutés pour son compte, est compris dans le prix dû par le maître à l'entrepreneur. Lorsque, pour dégrèver l'immeuble, le maître désintéresse directement le sous-traitant, il paie une somme représentant une part de ce qu'il doit à l'entrepreneur: on n'est pas loin du versement d'un acompte. Certes, cette somme n'est pas payée

au créancier lui-même, mais à un créancier de l'entrepreneur en faillite ou au bénéficiaire d'un concordat, créancier qui, titulaire d'un gage, échappe à la loi du dividende. Néanmoins, l'institution de l'hypothèque légale n'a pas pour fonction de garantir les créanciers de l'entrepreneur dans la faillite ou le concordat de ce dernier: elle vise uniquement à protéger les entrepreneurs et les sous-traitants contre la carence du maître de l'ouvrage. bb) Selon l'art. 368 al. 2 CO, si l'ouvrage présente des défauts ou n'est pas conforme au contrat, soit si, en termes plus généraux, il y a eu exécution incorrecte du contrat (ATF 100 II 32 consid. 2), le maître peut réduire le prix en proportion de la moins-value. Pour la notion de défaut, on peut se référer aux critères de l'art. 197 CO, relatif aux défauts de la chose vendue (OSER/SCHÖNENBERGER, 2^e éd., n. 2 ad art. 368; GAUTSCHI, 2^e éd., n. 14 a ad art. 367; GUHL/MERZ/KUMMER, Das schweizerische Obligationenrecht, p. 424; GAUCH, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2^e éd., Zurich 1977, p. 108 n. 388 ss.).

L'entrepreneur général qui, par sa carence, livre un ouvrage grevé d'une hypothèque légale en faveur d'un sous-traitant, soit un ouvrage qui n'est pas franc de charges autres que celles auxquelles peut prétendre l'entrepreneur, n'exécute pas correctement son obligation: le résultat n'est pas celui que les parties au contrat d'entreprise ont voulu d'un commun accord; l'ouvrage est affecté d'un défaut analogue à un défaut juridique. Le maître est donc en droit d'opérer une réduction sur le prix convenu, indépendamment de l'action récursoire que lui confèrent les art. 827 CC et 110 CO.

En l'espèce, on peut partir de la présomption de fait que la plus-value objective apportée par la prestation du sous-traitant correspond à la part du prix qui y est afférente et arrêter le montant de la réduction au capital garanti par l'hypothèque légale, soit 84040 fr. 20: la masse concordataire n'a en effet rien allégué qui justifie une autre computation.

En revanche, il ressort des contrats versés au dossier que tous les autres défendeurs sont recherchés dans le présent procès, également en raison des défauts allégués, en tant qu'entrepreneurs sous-traitants signataires de contrats d'entreprise stipulés sous forme écrite, soit sur formules de contrat SIA (référence expresse à la norme SIA 118), soit avec des clauses qui ne faisaient au contraire aucune référence à la norme SIA 118.

Aux termes de l'art. 27 al. 3 norme SIA 118, si l'entrepreneur ne remédie pas aux défauts dans un délai convenable, le maître a le droit de faire exécuter les travaux nécessaires aux frais de l'entrepreneur. Selon l'art. 368 al. 2 CO, le maître peut notamment obliger l'entrepreneur à réparer l'ouvrage à ses frais; par le biais de l'art. 98 al. 1 CO, le maître peut se faire autoriser (par le juge) à exécuter le contrat aux frais du débiteur, et cette règle s'applique, selon Gauch (« Der Unternehmer im Werkvertrag », 1ère éd. p. 64 ch. 221-224), au cas où le maître a choisi d'obliger l'entrepreneur à réparer à ses frais, et où l'entrepreneur n'a pas donné suite à l'injonction du maître.

En l'espèce, pour la plupart des défauts allégués par les demandeurs, ceux-ci réclament le paiement du coût d'exécution des travaux de réfection qu'ils ont fait entreprendre sur la base des dispositions précitées. En ce qui concerne donc les défendeurs autres que l'ingénieur et l'architecte, ce sont des créances en paiement de cette nature que Barras et Antille font présentement valoir en justice.

Zumutbarkeit der Berücksichtigung der Verbesserungskosten im vorliegenden Falle (E. 4b)?

Art. 368 al. 2 CO.

Le calcul de la réduction de prix pour défaut de l'ouvrage se fait en proportion de la moins-value. Mesure dans laquelle les frais de réfection peuvent être pris en considération dans ce calcul (consid. 4a).

La prise en considération des frais de réfection peut-elle être imposée en l'espèce (consid. 4b)?

Art. 368 cpi. 2 CO.

Il calcolo della diminuzione della mercede a causa di difetti dell'opera va fatto in proporzione del minor valore. Misura in cui le spese di riparazione possono essere considerate in tale calcolo (consid. 4a).

Può nella fattispecie imporsi di prendere in considerazione le spese di riparazione (consid. 4b)?

18. **Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. März 1979 i. S. Rinderknecht gegen Ernst Göhner AG (Berufung)**

Art. 368 Abs. 2 OR.

Relative Berechnungsweise des Abzuges am Werklohn bei Vorliegen eines Minderwertes. Berücksichtigung der Verbesserungskosten bei dieser Berechnung (E. 4a).

Die Treuhandstelle der Schweizerischen Lebensmittelporteurs (TSL) bzw. deren Lagerhaus-Genossenschaft beauftragte im Frühsommer 1967 die Ernst Göhner AG, als Generalunternehmerin zwei Lagerhäuser zum Preise von je Fr. 1 890 000.— zu erstellen. Als Standorte für diese Lagerhäuser wurden Saland und Ecublens bestimmt.

Die Generalunternehmerin schloss in der Folge mit dem Ingenieur Hans Heinrich Rinderknecht einen Vertrag. Danach verpflichtete sich dieser, die Ingenieurarbeiten für die beiden Lagerhäuser zu einem Pauschalhonorar von je Fr. 54 000.— «unter Beachtung der einschlägigen Normen des SIA» zu übernehmen. Nach dem Ingenieurvertrag und den dazugehörigen Plänen hätten die tragenden Konstruktionsteile für den Boden im Untergeschoss sowie für die Decken über dem Untergeschoss, dem Erdgeschoss und dem ersten Obergeschoss für Nutzlasten von 2500 kg je m² bestimmt sein sollen, während die Decke über dem zweiten Obergeschoss eine Nutzlast von 250 kg je m² hätte aushalten müssen. Nach Erstellung der Lagerhäuser erhob die Lagerbau-Genossenschaft der TSL Mängelrüge bezüglich der Tragfähigkeit der Decken. Ein von den Vertragsparteien beauftragter Sachverständiger kam in der Folge zum Schluss, dass «eine grosszügige, jedoch vernünftige Interpretation der SIA-Norm» eine zulässige Nutzlast von 1250 kg/m² ergebe.

Die Ernst Göhner AG verpflichtete sich gegenüber der Lagerhaus-Genossenschaft der TSL in einer aussergerichtlichen Vereinbarung, für allen Schaden einzustehen und zwei neue

Lagerhäuser zu erstellen. Im Januar 1974 erhob sie gegen Rinderknecht Klage auf Erstattung von Fr. 1 889 395.45 nebst Zins als Minderwert und Schadenersatz. Mit Urteil vom 21. September 1978 sprach das Obergericht (I. Zivilkammer) des Kantons Zürich der Klägerin Fr. 1426 141.45 nebst Zins zu. Gegen dieses Erkenntnis hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit der er die Abweisung der Klage in dem Fr. 282 474.45 übersteigenden Beträge verlangt.

Aus den Erwägungen:

4. — Der Beklagte macht vor allem geltend, die vorhandenen Mängel der Lagerhäuser könnten nach dem von ihm eingebrachten Privatgutachten durch Verstärkung der Deckenkonstruktionen behoben werden, was je nach Sicherheitsfaktor Kosten zwischen Fr. 160 000.— und Fr. 310 000.— zur Folge hätte. Zur Leistung eines höheren Betrages könne er auch über Art. 368 Abs. 2 OR nicht verpflichtet werden. Dem hält die Vorinstanz entgegen, zwischen den Parteien bestehe ein Auftragsverhältnis. Die Bestellerin der Lagerhäuser habe indes gegenüber der Klägerin das Wahlrecht von Art. 368 Abs. 2 OR in dem Sinne ausgeübt, dass sie den entstandenen Minderwert geltend gemacht und ausdrücklich auf Nachbesserung verzichtet habe. Das müsse reflexartig seine Auswirkungen auf den Ingenieurvertrag zwischen Generalunternehmer und Ingenieur haben. Im Prozess zwischen diesen könne die Nachbesserung deshalb auch nicht in der Form eines blossen Bemessungskriteriums eine Rolle spielen.

a) Der dem Minderwert eines Werkes entsprechende Abzug am Werklohn ist wie der geminderte Preis einer Kaufsache nach der relativen Berechnungsweise zu ermitteln. Danach hat sich der vereinbarte zum geminderten Werklohn gleich zu verhalten wie der Wert des mangelfreien zum Wert des mangelhaften Werkes (BGE 88 II 414 E. 3, 81 II 209 E. 3a mit Hinweisen; GAUTSCHI, N. 16a und b zu Art. 368 OR). Der Minderwert eines Werkes bemisst sich nach dem Unterschied zwischen seinen objektiven Werten im mangelfreien Zustand einerseits und im mangelhaften Zustand andererseits. Auf den subjektiven Wert für den Besteller kommt nichts an. In der Regel bestimmt sich der objektive Wert eines Werkes nach dem Verkehrs- oder Veräusserungswert (GAUTSCHI, N. 16b und c zu Art. 368 OR;

GAUCH, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Auflage, Zürich 1977, Ziff. 471, 484 ff.). Ausschlaggebend ist dabei eine ausschliesslich wirtschaftliche Betrachtungsweise. Von da ausgegangen, ergibt sich ohne weiteres, dass der Minderwert nicht mehr als die Kosten für die Verbesserung des Werkes ausmachen kann, jedenfalls wenn die Verbesserung dem Besteller nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zuzumuten ist und wenn durch sie das Werk vom minderwertigen in den mangelfreien, d.h. vertragsgemässen Zustand überführt werden kann, ist es doch diesfalls nicht um mehr als um die Verbesserungskosten entwertet. Könnte der Besteller unter solchen Umständen am Werklohn einen Abzug machen, der höher ist, als dem dergestalt berechneten Minderwert entspricht, so wäre er um diesen Mehrbetrag bereichert, was sich mit Treu und Glauben nicht vereinbaren liesse (vgl. GAUTSCHI, N. 16g zu Art. 368 OR). Die Kosten der Verbesserung des Werkes durch einen Dritten sind somit bei der Berechnung des geminderten Werklohnes im aufgezeigten Sinne zu berücksichtigen.

Was die Klägerin hiegegen vorbringt, dringt nicht durch. Inwiefern das Recht des Bestellers, gemäss Art. 368 Abs. 2 OR bei Mängeln des Werkes zwischen Lohnabzug und *uneigentlicher Verbesserung* des Werkes *durch den Unternehmer* wählen zu können, gegenstandslos wird, wenn man für die Berechnung des geminderten Werklohnes auf die Kosten der Verbesserung durch einen Dritten abstellt, ist nicht einzusehen, wird doch dadurch das Wahlrecht nicht betroffen. Ebenso wenig verliert bei diesem Vorgehen die relative Berechnungsweise ihre Bedeutung; nicht der Minderwert des Werkes, sondern der ihm entsprechende Abzug am Lohne ist nach dieser zu ermitteln (vgl. Art. 368 Abs. 2 OR; BGE 88 II 414 E. 3, 81 II 209 E. 3a). Keine Rolle spielen kann im vorliegenden Fall ferner, auf welche Weise das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Bestellerin der Werke bereinigt worden ist und ob die Klägerin infolge des mit der Bestellerin eingegangenen Vergleichs einen Vermögensnachteil erleidet, wenn von einem Minderwert ausgegangen wird, der die Verbesserungskosten nicht übersteigt. Nach unwidersprochener Annahme der Vorinstanz haftet der Beklagte im Rahmen des in Frage stehenden Auftragsverhältnisses höchstens für den Betrag, den diese der Bestellerin der Lagerhäuser zu leisten *verpflichtet* war. Nicht haftbar gemacht werden kann der

Beklagte aber für jene Beträge, die die Klägerin über ihre vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen hinaus der Bestellerin geleistet hat. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Berechnung des Minderwertes im Sinne von Art. 368 Abs. 2 OR durchaus Prozesssthema. In diesem Rahmen sind deshalb auch allfällige Verbesserungskosten von Bedeutung, so dass keine Rede davon sein kann, bei deren Berücksichtigung werde der Nachbesserungsanspruch des Unternehmers «quasi durch die Hintertüre» wieder in den Prozess eingeführt, wie die Vorinstanz meint.

b) Die Klägerin macht geltend, die vom Beklagten vorgeschlagene Verbesserung bewirke nicht den vertragsgemässen, sondern einen vom Vertrag abweichenden Zustand des Werkes. Sie bringe eine Verringerung der Lager- sowie der Fensterflächen mit sich und laufe somit den ursprünglichen Plänen zuwider, die gemäss Werkvertrag und der zugehörigen Offerte Vertragsbestandteil bildeten. Die Kosten der Verbesserung fielen als Minderwert auch deshalb ausser Betracht.

Ob dies zutrifft, hängt von tatsächlichen Feststellungen ab, die im angefochtenen Urteil fehlen. Die Frage ist dennoch für den Fall zu prüfen, dass die im Vertrag vereinbarte Tragkraft der Decken durch die im vom Beklagten eingereichten Privatgutachten vorgeschlagene Verstärkung der Deckenkonstruktion herbeigeführt werden kann. Die nach diesem Gutachten an den Pfeilerköpfen der Rand- und Innenpfeiler des Erd- und ersten Obergeschosses anzubringenden bis auf 60 cm unter die Decke reichenden Stahlbetonvorlagen haben entgegen der klägerischen Behauptung keinen Flächen-, wohl aber einen geringfügigen Lagerraumverlust zur Folge, indem in ihrem Bereich nicht mehr bis unmittelbar unter die Decke gestapelt werden kann; ferner verringern die in Fensterbandmitte auf die bestehende Aussenmauer aufzubauenden Zwischenpfeiler die Fensterfläche ungefähr um ein Fünftel. Auch wenn damit gegenüber dem in dieser Hinsicht bisher vertragsgemässen Zustand ein vom Vertrag abweichender Zustand geschaffen wird, erscheint das für den Besteller bei Würdigung der gesamten Umstände dennoch als nach Treu und Glauben zumutbar. Der Verlust von Lagerraum und Fensterflächen im erwähnten Umfang fällt angesichts der Grösse, Art und Zweckbestimmung der in Frage stehenden Lagerhäuser nicht entscheidend ins Gewicht, zumal diese anderseits voll belastbar werden und die durch die

geminderte Belastbarkeit hervorgerufenen betrieblichen Erschwernisse weitestgehend wegfallen. Die wegen des geringeren Lagerraums und der verminderten Fensterfläche sich ergebende Entwertung ist zudem in einem solchen Falle — neben den eigentlichen Verbesserungskosten — im Sinne von Art. 368 Abs. 2 OR besonders abzugelten.

Gauch, Der Unternehmer im Werkvertrag,
2. Aufl. Zürich 1977, Nr. 496 ff.

bb. Herabsetzung nach der relativen Berechnungsmethode

496 In Literatur und Rechtsprechung wird immer wieder gesagt, dass der Umfang der Minderung nach der sogenannten relativen Methode zu berechnen sei (vgl. z.B. Gautschi, N 16 zu Art. 368 OR; Oser/Schönenberger, N 5 zu Art. 368 OR; Furrer, S. 71; Klauser, S. 49; BGE 81 II 210; 85 II 193; 88 II 414). Diese *relative Berechnungsmethode steht durchaus im Einklang mit dem richtig ausgelegten Art. 368 Abs. 2 OR*. Sie ist ein möglicher (wenn auch nicht der einzige) «Rechnungsweg», der im Ergebnis die von Art. 368 Abs. 2 OR geforderte *Verhältnismöglichkeit* zwischen Herabsetzungsbetrag und Minderwert herstellt (vgl. Nr. 493f.). Als bekannte und in der Praxis häufig angewandte Methode soll sie nachstehend erläutert werden.

497 Nach der relativen Berechnungsmethode ist die volle Vergütung (Nr. 483) in dem Verhältnis zu kürzen, in dem der Wert des mangelfrei gedachten Werkes (W) zum Wert des mangelhaften Werkes (w) steht (so auch § 634 BGB in Verbindung mit § 437 BGB). Mit andern Worten ausgedrückt, gilt folgender *Verhältnissatz*: Die volle Vergütung (V) verhält sich zur herabgesetzten Vergütung (v) gleich wie der Wert des mangelfrei gedachten Werkes (W) zum Wert des mangelhaften Werkes (w). Massgebend ist der objektive (Vermögens-) Wert (Nr. 471), den das Werk im mangelhaften und im mangelfrei gedachten Zustand hat. Für seine Ermittlung gilt das in Nr. 485ff. Gesagte.

498 Geht man vom umschriebenen Verhältnissatz aus, so errechnet sich die herabgesetzte Vergütung (v) nach folgender Formel:

$$v = \frac{V}{W} \times w$$

499 Die Anwendung dieser Formel mag an drei Beispielen gezeigt werden:

Beispiele	1	2	3
Wert des mangelfrei gedachten Werkes (Nr. 486) W	125	125	125
Tatsächlicher Wert des mangelhaften Werkes (Nr. 487) w	100	100	100
Volle Vergütung (Nr. 483) V	150	125	100

Herabgesetzte Vergütung v

	120	100	80
Minderwert M = W-w	25	25	25
Herabsetzungsbetrag H = V-v	30	25	20
	= 20% von W	= 20% von W	= 20% von W
	= 20% von V	= 20% von V	= 20% von V

500 In allen drei Beispielen (Nr. 499) zeigt es sich, dass der Herabsetzungsbetrag (H) dem Minderwert des Werkes (M) entspricht, und zwar im Sinne der von Art. 368 Abs. 2 OR geforderten *Verhältnismöglichkeit* (Nr. 493). Der Herabsetzungsbetrag (H) macht, bezogen auf den Betrag der vollen Vergütung (V), prozentual gleich viel aus wie der Minderwert (M), bezogen auf den Wert des mangelfrei gedachten Werkes (W). Diese *Verhältnismöglichkeit*, wie sie in der Formel der Nr. 494 zum Ausdruck kommt, tritt bei Anwendung der relativen Berechnungsmethode immer ein. Das lässt sich algebraisch wie folgt zeigen:

Formel der relativen Berechnungsmethode (Nr. 498):

$$v = \frac{V}{W} \times w$$

einsetzen:

$$v = V - H \text{ und } w = W - M$$

es ergibt sich:

$$V - H = \frac{V(W - M)}{W}$$

$$V - H = V - \frac{VM}{W}$$

V zu beiden Seiten hebt sich auf und es resultiert nach Umkehrung der Vorzeichen:

$$H = \frac{V}{W} \times M \text{ gemäss Nr. 494}$$

"VERLUST" DER MAENGELRECHTE NACH SIA-NORM 118

I. SCHON BEI GEMEINSAMER ABNAHMEPRÜFUNG:

Durch Verzicht auf Geltendmachung eines erkannten Mangels (Art. 163; 174 Abs. 1). Zu den erkennbaren Mängeln: Art. 179 Abs. 3. Zur Rechtslage bei Abnahme ohne gemeinsame Prüfung: Art. 179 Abs. 4.

II. NACH DER ABNAHME:

1. DURCH NICHT RECHTZEITIGE RUEGE

Wichtig: *Garantiefrist*

- Vor Ablauf der Garantiefrist erkannte oder offensichtliche Mängel können nur (aber immerhin) bis zum Ablauf der Garantiefrist gerügt werden (Art. 173; 178)
- Später erkannte (= verdeckte) Mängel müssen sofort nach der Entdeckung gerügt werden (Art. 179 Abs. 2).

Sonderfälle: Art. 179 Abs. 3 und 4 !

2. DURCH VERJAEHRUNG (Art. 180)

Falls Unternehmer Verjährungseinrede erhebt, sind Mängelrechte nicht mehr durchsetzbar (Vorbehalt: Art. 210 Abs. 2 OR, analog).

Wichtig: *Verjährungsfrist*

- 5 Jahre (bei absichtlicher Verschweigung 10 Jahre) nach Abnahme (Art. 180).

solche Ansprüche seien verwirkt, eventuell verjährt. Das bestreitet der Kläger und macht unter anderem geltend, die Verjährung sei durch Anerkennung seitens der Beklagten unterbrochen worden: Als nämlich 1969 in sämtlichen Küchen die Abläufe unter den Spültrögen undicht geworden seien, habe die Beklagte die defekten Geberit-Anschlussbögen ausgewechselt, ohne dafür Rechnung zu stellen; nach Art. 135 Ziff. 1 OR habe dieses Verhalten Unterbrechung der Verjährung bewirkt.

Die Berufungsinstanz weist die Klage ab. Aus den Erwägungen:

«3. Beide Parteien gehen davon aus, dass auf Grund des ausdrücklichen Verweises in Art. 2 Ziff. 3 des Werkvertrages vom 20. Mai 1965 die ‚Allgemeinen Bedingungen für Bauarbeiten des Schweiz. Ingenieur- und Architekten-Vereins S.I.A. Norm 118, 1962‘ Vertragsbestandteil geworden sind. Die Norm 118 des S.I.A. in der Fassung von 1962 regelt in Art. 27 und 28 die werkvertraglichen Garantie-, Rüge- und Verjährungsfristen. Wesentlich ist insbesondere Art. 27 Abs. 2, welcher lautet:

‚Die vereinbarte Garantiefrist sowie die gesetzliche Verjährungsfrist beginnen für das Werk oder einzelne seiner Teile mit dem Tage der Ablieferung durch den Unternehmer und der vorläufigen Abnahme durch den Bauherrn.‘

Da es sich im vorliegenden Fall zweifelsfrei um ein unbewegliches Bauwerk im Sinne von Art. 371 Abs. 2 OR handelt, beträgt die gesetzliche Verjährungsfrist, auf die Art. 27, Abs. 2 der S.I.A.-Norm 118 verweist, fünf Jahre.

Diese Verjährungsfrist begann nach dem klaren Wortlaut der zitierten Regelung der S.I.A.-Norm ‚mit dem Tage der Ablieferung durch den Unternehmer und der vorläufigen Abnahme durch den Bauherrn‘, also nicht, wie der Kläger meint, erst mit Ablauf der zweijährigen Garantiefrist, von welcher Art. 27 Abs. 1 der S.I.A.-Norm 118 spricht (Gauch, Der Unternehmer im Werkvertrag, 1. Auflage 1974 S. 123; Gautschi, Komm. N. 5f. zu Art. 371 OR; ebenso Art. 28 Abs. 3 Satz 2 der S.I.A.-Norm 118 von 1962).

61.
Verjährungsunterbrechung;
Art. 135 Ziff. 1 OR.

Beginn und Ende der Verjährungsfrist bei einem der S.I.A.-Norm 118 (von 1962) unterstellten Werkvertrag (Erw. 3). Verjährungsunterbrechung durch Anerkennung der Forderung seitens des Schuldners; Voraussetzungen, unter denen der Bauherr auf Anerkennung eines Gewährleistungsanspruchs durch den Unternehmer schliessen darf (Erw. 4). Die Verjährungsfrist ist zugleich absolute Rügefrist für geheime Mängel; mit ihrem unbenutzten Verstreichen sind Mängelrechte verwirkt (Erw. 5).

Die Beklagte als Unternehmerin führte im Jahre 1965 für einen vom Kläger als Bauherrn erstellten Neubau die Sanitärarbeiten aus; sie waren am 24. Dezember 1965 abgeschlossen. Im Jahre 1972 wurden im rechten Teil des Mehrfamilienhauses aus Kunststoff (PVC) bestehende Ablaufleitungen undicht; in der Folge beigezogene Experten stellten Leitungsbrüche fest. Mit der vorliegenden Klage macht der Kläger Gewährleistungsansprüche geltend, die er aus diesem Schadensfall herleitet. Die Beklagte wendet ein,

Dass die Beklagte die im Werkvertrag übernommenen Installationsarbeiten am 24. Dezember 1965 ‚abliefern‘ und der Architekt des Klägers sie an diesem Tage vorläufig abnahm, ist unbestritten. Die fünfjährige Verjährungsfrist endigte somit am 24. Dezember 1970 (Art. 77 Ziff. 3 OR).

Unbestritten ist sodann, dass der Kläger innert dieser Frist den neuen Schaden, aus dem er im vorliegenden Prozess Gewährleistungsansprüche herleitet und geltend macht, bis 24. Dezember 1970 nie angezeigt und auch keine Forderung hieraus erhoben hat. Dieser Schaden trat ja auch erst im Jahre 1972 auf.

Die heute geltend gemachten Gewährleistungsansprüche sind somit verwirkt oder jedenfalls verjährt, falls der Kläger nicht darzutun vermag, dass die Verjährung rechtzeitig wirksam unterbrochen wurde. Für eine solche Unterbrechung der Verjährung trägt der Kläger die Behauptungs- und Beweislast (vgl. statt anderer Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, 1975, Band 1 S. 891 und Hinweise in Anm. 1 und 5).

4. Der Kläger beruft sich einzig auf Art. 135 Ziff. 1 OR, wonach die Verjährung durch Anerkennung der Forderung von seiten des Schuldners unterbrochen wird. Anerkennung im Sinne dieser Bestimmung liegt in einer ausdrücklichen oder – was hier allein in Frage steht – konkludenten Äusserung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger, dass er vom Bestehen der Forderung Kenntnis habe, dass er vom Bestehen seiner (rechtlichen) Verpflichtung überzeugt sei (Guhl/Merz/Kummer, OR S. 285; von Tuhr/Escher, OR Bd. II S. 225 bei Anm. 6; Spiro, a.a.O., S. 351 ff. mit weiteren Hinweisen; BGE 57 II 583, 90 II 442 Erw. 11).

Auf seiten des Gläubigers ist dabei Voraussetzung, dass er nicht nur eine fällige Forderung gegenüber dem Schuldner besitzt, sondern auch, dass er sich dessen im Zeitpunkt der behaupteten Anerkennung bewusst sei. Denn nur in diesem Falle kann er das nunmehr im Prozess als Anerkennung gedeutete Verhalten des Schuldners auch schon seinerzeit als Anerkennung verstan-

den, die Verjährung daher als unterbrochen betrachtet haben. Aber auch auf seiten des Schuldners muss bereits im Zeitpunkt der nunmehr behaupteten Anerkennung das Bewusstsein bestanden haben, dass der Gläubiger gegen ihn eine Forderung erhebe, und zwar nicht irgendeine, sondern die gleiche, welche nunmehr im Prozess geltend gemacht wird.

Wenn der Kläger, wie er behauptet, im Jahre 1969 rechtzeitig, d. h. sofort nach Entdeckung, rügte, dass in den Küchen unter den Spültrögen die Anschlussbögen bei den Syphons (Geberit-Gewindebögen) undicht geworden seien, und deshalb deren Ersatz verlangte, und wenn die Beklagte daraufhin diesem Begehren, ohne Rechnung zu stellen, nachkam, so erkannte sie damit den Gewährleistungsanspruch des Klägers, welchen dieser damals erhob, und erfüllte ihn zugleich auch. Dass die Beklagte damals die geforderten Reparaturen ausführte und die Anschlussbögen ersetzte, räumt der Kläger selbst ein. Die gerügten Mängel wurden somit behoben und der damals geltend gemachte Gewährleistungsanspruch ging durch Erfüllung unter.

Dass der Kläger in jenem Zusammenhang oder sonstwie vor Ablauf der Verjährungsfrist ausser den an den Geberit-Gewindebögen zutage getretenen Schäden einen weiteren Mangel gerügt habe, denjenigen nämlich, welcher 1972 in Spannungsrissen bei den Nicoll Jansen-Ablaufleitungen mit Wasseraustritt in Erscheinung trat, und deswegen heute im Prozess Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden, hat der Kläger nie behauptet. Er hat auch nicht vorgebracht, er sei sich in irgendeinem Zeitpunkt vor Ablauf der Verjährungsfrist eines solchen weiteren Mangels und einer ihm deswegen zustehenden Forderung bewusst gewesen. Wie gesagt kam dieser Mangel, auf den sich die heutige Forderung des Klägers gründet, erst 1972 zum Vorschein, als aus Ablaufleitungen Abwasser austrat, wobei in der Folge durch die beigezogenen Experten Spannungsrisse in den Rohren festgestellt und als deren Ursache Spannungen im Rohrsystem infolge einer den allgemeinen Monta-

gevorschriften nicht entsprechenden Verlegung der einer starken Wärmeausdehnung unterliegenden PVC-Rohre ermittelt wurden. Erst seither glaubte daher der Kläger die nunmehr im Prozess gegen die Beklagte erhobenen Gewährleistungsansprüche zu besitzen. Vorher war er sich solcher Ansprüche nicht bewusst, selbst wenn sie seit Ablieferung des Werkes bestanden haben und fällig gewesen sein sollten.

Entsprechendes gilt für die Beklagte. Auch hier fehlt eine Behauptung des Klägers, die Organe der Beklagten hätten den 1972 zutage getretenen Mangel schon 1969 gekannt, und sie seien sich bewusst gewesen, dass dem Kläger dieserhalb ein Gewährleistungsanspruch zustehe. Wusste die Beklagte aber 1969 nichts von einem solchen Anspruch, so konnte sie ihn damals auch nicht anerkennen.

Auf den von der Vorinstanz als massgebend erachteten Umstand, dass den im Prozess geltend gemachten Gewährleistungsansprüchen nach dem Ergebnis der gerichtlich eingeholten Gutachten letztlich die gleichen Fehler der Beklagten und des von ihr verwendeten Materials zugrunde gelegen haben sollen wie den seinerzeit behobenen Schäden an den Geberit-Anschlussbögen, kommt daher nichts an; ebensowenig darauf, ob die Geberit-Gewindebögen (welche präziser als Geruchverschluss-Anschlussbögen zu bezeichnen sind) bereits zu den Ablaufrohren oder jedenfalls zum Abwassersystem gehören. Eine Übereinstimmung in den Schadensursachen wäre nur dann von Bedeutung geworden, wenn der Kläger schon im Zusammenhang mit den 1969 reparierten Schäden an den Geberit-Anschlussbögen die Ursachen erforscht, dabei die Mangelhaftigkeit des ganzen PVC-Rohrsystems der gesamten Abwasserinstallation erkannt und diesen geheimen Mangel sofort nach Entdeckung gerügt hätte, unter Erhebung von entsprechend weit gefassten Gewährleistungsansprüchen. Eine solche Erforschung der Schadensursachen, allenfalls unter Einschaltung des Architekten, wäre dem Kläger damals durchaus zumutbar gewesen. Wenn die Beklagte daraufhin die erwähnten An-

schlussbögen vorbehaltlos und unentgeltlich ersetzt hätte, hätte darin wohl eine konkludente Anerkennung auch weitergehender Ansprüche des Klägers auf Gewährleistung für Mangelhaftigkeit des ganzen Rohrsystems erblickt werden müssen, was Unterbrechung der Verjährung für diese weiteren Ansprüche (wie solche nun im Prozess erhoben werden) bedeutet hätte.

5. Als Ergebnis ist festzuhalten: Die geheimen Mängel, auf Grund deren der Kläger heute im Prozess Gewährleistungsansprüche erhebt, sind innert der fünfjährigen Verjährungsfrist, welche am 24. Dezember 1970 ablief, nie gerügt worden. Mit der 1969 erfolgten Reparatur der Geberit-Anschlussbögen in den Küchen, welche die damalige Beanstandung des Klägers behob, hat die Beklagte keinen der heute im Prozessweg vorgebrachten weiteren Gewährleistungsansprüche anerkannt. Jene Reparatur hat daher die Verjährung der Klageforderung nicht unterbrochen, diese ist vielmehr am 24. Dezember 1970 eingetreten.

Nach zutreffender Ansicht, die sich auf sinngemässe Übernahme der Regel von Art. 210 Abs. 2 OR berufen kann, stellt die Verjährungsfrist zugleich die äusserste Frist dar, innerhalb welcher Mängel wirksam gerügt werden können. Mit Ablauf dieser Frist sind Mängelrechte aus (geheimen) Mängeln, welche bis dahin nicht gerügt worden sind, verwirkt (Gauch, *Der Unternehmer im Werkvertrag*, 2. Auflage 1977, S. 203/204 Nr. 852; Spiro, a. a. O., S. 859 Anm. 18 und S. 934 bei Anm. 6). Aber auch wenn man die Verjährungsfrist nicht als absolute Rügefrist verstehen wollte, könnte der Kläger die erhobenen Ansprüche wegen der Ende 1970 eingetretenen Verjährung nicht mehr klageweise durchsetzen. Die Mängelfolgeschäden teilen dabei das Schicksal der übrigen Gewährleistungsansprüche (Gauch, a. a. O., S. 192 und S. 202/203; Gautschi N. 7 d zu Art. 371 OR, von Tuhr/Escher, S. 98, Anm. 32 e).»

Obergericht, II. Zivilkammer,
22. November 1977