

Roland Hürlimann / Thomas Siegenthaler

Bevorschussung der Kosten für eine Ersatzvornahme und weitere Trouvailles zum Mängelhaftungsrecht

Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts vom 5. September 2002 - 4C.258/2001; teilweise publiziert in BGE 128 III 416 ff.

Mit Urteil vom 5. September 2002 (4C.258/2001) hat die I. Zivilabteilung des Bundesgerichts einen, nicht nur für «Baurechtler» bemerkenswerten Entscheid gefällt, und zwar in mehrfacher Hinsicht. In der amtlichen Sammlung (BGE 128 III 416 ff.) nimmt das Bundesgericht erstmals zur Frage Stellung, unter welchen Voraussetzungen ein Besteller Anspruch darauf hat, sich die Kosten für eine Ersatzvornahme vom ursprünglichen Unternehmer bevorschussen zu lassen. Von weitreichender Bedeutung – namentlich für Bauherren und deren Anwälte – ist die höchstrichterliche Bemerkung, «dass die Verjährung einer Nachbesserungsforderung nicht durch Schuldbetreibung unterbrochen werden kann», ohne sich zugleich zur Frage zu äussern, ob der Besteller damit auch nicht mehr auf die bisherige Judikatur (BGE 96 II 185) und Doktrin zur übergreifenden Wirkung der Verjährungsunterbrechung vertrauen darf, wonach die bei einem Mängelrecht eingetretene Verjährungsunterbrechung, sich auf alle Mängelrechte auswirkt, die dem Besteller aus einem bestimmten Mangel zustehen.

I. Einleitung

[Rz 1] Mit Urteil vom 5. September 2002 (4C.258/2001) hat die I. Zivilabteilung des Bundesgerichts einen, nicht nur für «Baurechtler» bemerkenswerten Entscheid gefällt, und zwar in mehrfacher Hinsicht. In der amtlichen Sammlung (BGE 128 III 416 ff.) nimmt das Bundesgericht erstmals zur Frage Stellung, unter welchen Voraussetzungen ein Besteller Anspruch darauf hat, sich die *Kosten für eine Ersatzvornahme* vom ursprünglichen Unternehmer *bevorschussen* zu lassen.

[Rz 2] Instrukтив und für die Praxis von Interesse sind aber namentlich auch die nicht publizierten Entscheiderwägungen, so etwa die bundesgerichtlichen Erwägungen zu den Anforderungen an eine Mängelrüge in Bezug auf *Rechtzeitigkeit* oder *Substantiierung* sowie zum Thema, unter welchen Voraussetzungen der Unternehmer die geschuldete Nachbesserung unter Hinweis auf «*übermässige Kosten*» oder eine *erforderliche Neuerstellung* verweigern darf. Dies alles sind Fragen, mit denen ein Besteller konfrontiert sein kann, wenn er seinen Nachbesserungsanspruch durchsetzen will.

[Rz 3] Von weitreichender Bedeutung – namentlich für Bauherren und deren Anwälte – ist die höchstrichterliche Bemerkung, «dass die Verjährungsunterbrechung einer *Nachbesserungsforderung nicht durch Schuldbetreibung* unterbrochen werden kann», ohne sich zugleich zur Frage zu äussern, ob der Besteller damit auch nicht mehr auf die bisherige Judikatur (BGE 96 II 185) und Doktrin zur *übergreifenden Wirkung der Verjährung* vertrauen darf, wonach die bei einem Mängelrecht eingetretene Verjährungsunterbrechung, sich auf alle Mängelrechte auswirkt, die dem Besteller aus einem bestimmten Mangel zustehen.

II. Sachverhalt und Prozessgeschichte

[Rz 4] Am 20./23. Januar 1986 schlossen die Bauherren Y. AG und die Z. AG mit dem Unternehmer X. AG einen – der SIA-Norm 118 unterstehenden – Werkvertrag ab. Darin verpflichtete sich der Unternehmer, das Dach einer *Industriehalle mit «Vatec Pur»* zu beschichten. Der Werklohn wurde auf Fr. 108'000.-- netto festgesetzt. Bei der Halle handelte es sich um eine Stahlkonstruktion mit einem Dach aus 17 ganzen bzw. 34 halben Shed-Rinnen. Der wasserdichte Belag wurde unter Hochdruck vollflächig haftend auf die Blechrinnen aufgespritzt.

[Rz 5] Die Arbeiten wurden im Herbst 1986 abgeschlossen. Im Mai 1987 teilte die Bauherrschaft dem Unternehmer mit, dass sich die Beschichtung teilweise auflöse und «abbrösle», worauf dieser 1987 und 1988 Nachbesserungsarbeiten ausführte. Die ursprünglich mit «Vatec Pur» beschichteten Rinnen wurden mit «Nuflex», einer feuchtigkeithärtenden PU-Beschichtung, ausgebessert. Im Schlussbericht der EMPA vom 25. Januar 1990 wurde nach Durchführung einer künstlichen Bewitterung festgehalten, die «Vatec Pur»-Beschichtung sei gegen

Witterungseinflüsse beständig, wogegen die «Nuflex»-Reparaturbeschichtung nur beschränkt witterungsbeständig sei.

[Rz 6] Mit einer *ersten Klage* vom 4. Juli 1990 verlangte die Bauherrschaft, dass der Unternehmer alle Rinnen mit mehr als 5% reparierter Originalbeschichtung neu mit «Vatec Pur» zu beschichten habe; eventualiter sei der Unternehmer zu verpflichten, den Minderwert der Werkhalle, mindestens aber Fr. 100'000.-- zu bezahlen. Mit Urteil vom 12. Februar 1993 wies das Bezirksgericht St. Gallen das Nachbesserungsbegehren wegen unverhältnismässig hoher Kosten ab, verpflichtete den Unternehmer jedoch, als Minderwert der Werkhalle Fr. 120'000.-- zu bezahlen. Eine dagegen erhobene Berufung des Unternehmers wies das *Kantonsgesicht St. Gallen* mit Urteil vom 24. Februar 1994 ab.

[Rz 7] Mit Schreiben vom 20. Juni 1996 rügte die Bauherrschaft erneut Mängel an der vom Unternehmer angebrachten Beschichtung. Sie führte aus, die Flicke blättern in grossem Umfang ab, die Beschichtung «zerbrösele» und es bildeten sich eingeschlossene Wasserstaus unter der Beschichtung. Ferner zeigten sich bei den eingelagerten Gegenständen in der Halle Feuchtigkeitserscheinungen. Mit Schreiben vom 15. Dezember 1997 forderte die Bauherrschaft den Unternehmer auf, «den untauglichen Belag zu entfernen und das Dach fachgerecht neu zu beschichten». Dies wurde vom Unternehmer mit Schreiben vom 15. Januar 1998 abgelehnt.

[Rz 8] Mit einer *zweiten Klage* beantragte die Bauherrschaft im wesentlichen, sie seien zu ermächtigen, die Sanierung des Daches bei einem Dritten in Auftrag zu geben. Für die zu erwartenden Kosten sei der Unternehmer zu verpflichten, den Vorschuss von Fr. 364'500.-- zu bezahlen. Mit Entscheid vom 18. Mai 2001 verpflichtete das *Handelsgericht St. Gallen* den Unternehmer, der Bauherrschaft für die Sanierungskosten an der Werkhalle einen Kostenvorschuss von Fr. 180'000.-- zu leisten. Dieser sei zurückzuerstatten, wenn und soweit die Arbeiten nicht innerhalb von 3 Jahren ab Leistung des Kostenvorschusses ausgeführt und abgerechnet worden seien.

[Rz 9] Gegen diesen Entscheid des Handelsgerichtes richtete sich der Unternehmer mit Berufung vom 15. August 2001 und beantragte dem Bundesgericht, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

III. Erwägungen des Bundesgerichtes

[Rz 10] 1. *Keine Haftungsbefreiung des Unternehmers trotz allfälliger Mängel der Vorarbeit:* Im bundesgerichtlichen Verfahren wendete der Unternehmer vorab ein, die Wasserinfiltration seien nicht (nur) auf Mängel seiner Ausführung (Beschichtung der Shed-Rinnen) zurückzuführen, sondern (zumindest teilweise) auch auf konstruktive Mängel der unbeschichteten Dachflächen. Das Bundesgericht erachtete diesen Einwand als unbegründet, und zwar schon aus formellen Gründen, weil es der Unternehmer versäumt hatte, im vorinstanzlichen Verfahren rechtzeitig auf diese angeblichen konstruktiven Mängel des Vorunternehmers hinzuweisen. Eine Verletzung des Beweisführungsanspruches (Art. 8 ZGB) wie vom Unternehmer geltend gemacht, lag daher nach Auffassung des Bundesgerichtes nicht vor und es bestand kein Anlass zur Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz zur Ergänzung des diesbezüglichen Sachverhaltes.

[Rz 11] 2. *«Garantiefrist» als Rügefrist:* Unbegründet war nach Auffassung des Bundesgerichtes auch die Rüge des Unternehmers, die Vorinstanz hätte es versäumt, die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge zu prüfen. Denn: In Abweichung vom Gesetz bestehe nach der anwendbaren SIA-Norm 118 kein Erfordernis der sofortigen Mängelrüge (Art. 370 Abs. 3 OR). Vielmehr könne die Mängelrüge während der Garantiefrist (im konkreten Fall vereinbart war eine 10-jährige «(Haltbarkeits-)Garantie») jederzeit erhoben werden (Art. 173 Abs. 1 SIA-Norm 118), ungeachtet dessen, wann die Bauherrschaft die gerügten Mängel entdeckt habe. Auch in Bezug auf diesen Punkt bestand nach Auffassung des Bundesgerichtes daher kein Anlass zur Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz zur Ergänzung des Sachverhaltes.

[Rz 12] 3. *Ausreichende Substantiierung der Mängelrüge:* Nach Auffassung des Bundesgerichtes ist der Mangel, der gerügt werden soll, genau anzugeben, so dass der Unternehmer erkennen kann, was an seinem Werk beanstandet wird. Diesen Anforderungen habe die Mängelrüge vom 20. Juni 1996 entsprochen, weshalb der Einwand der ungenügenden Substantiierung nicht stichhaltig sei.

[Rz 13] 4. *Nachbesserungspflicht trotz vorgängiger Minderung:* Nach Auffassung des Bundesgerichtes kann der

Unternehmer aus dem Umstand, dass der Bauherr bereits im ersten Prozess vor Kantonsgericht Nachbesserung der Dachbeschichtung eingeklagt hatte und das Kantonsgericht in jenem Verfahren auf Minderung erkannte, in diesem Prozess nichts zu seinen Gunsten ableiten.. Denn: Im vorliegenden Prozess ständen Mängel zur Diskussion, die im ersten Verfahren noch nicht zu beurteilen gewesen seien.

[Rz 14] 5. *Keine Verjährung der Mängelrechte*: Die Vereinbarung einer «Garantiefrist» von 10 Jahren beinhaltete nach Auffassung des Bundesgericht im zu beurteilenden Fall eine entsprechende Verlängerung auch der Verjährungsfrist. Das Bundesgericht hält fest, dass für die Verjährung der Nachbesserungsforderung die Unterbrechung durch Schuldbetreibung zwar «irrelevant» sei, weil diese nicht auf dem Betreibungsweg geltend gemacht werden könne. Doch sei die Verjährung im vorliegenden Fall durch die Nachbesserungsarbeiten während der Garantiefrist wirksam unterbrochen und eine neue Frist von gleicher Dauer ausgelöst worden. Aus diesem Grunde habe die Vorinstanz die Verjährungseinrede des Unternehmers zu Recht verworfen.

[Rz 15] 6. *Keine übermässigen Nachbesserungskosten*: Verworfen hat das Bundesgericht auch den Einwand des Unternehmers, die Nachbesserung verursache ihr «übermässige Kosten» und könne daher nicht verlangt werden. Das Bundesgericht hält fest, dass von übermässigen Kosten nur dann zu sprechen ist, wenn ein Missverhältnis zwischen den voraussichtlichen Nachbesserungskosten und dem Nutzen besteht, den die Mängelbeseitigung dem Bauherrn bringt. Hingegen sei das Verhältnis der Nachbesserungskosten zu den Baukosten bzw. zum Werklohn nicht massgebend. Im vorliegenden Fall überwiege das Interesse des Bauherrn, dass das Dach ihrer Industriehalle dicht ist, unabhängig davon, dass der Nachbesserungsanspruchs erst am Ende der 10-jährigen Garantiefrist geltend gemacht worden sei.

[Rz 16] 7. *Anspruch auf Erstellung eines neuen Werkes*: Nach Auffassung des Bundesgerichtes hat der Bauherr ein Recht auf Neuerstellung, wenn die Nachbesserung aus sachlichen Gründen unmöglich, die Neuerstellung eines mängelfreien Werkes aber möglich ist. Nachdem eine Nachbesserung durch das vertragliche Produkt «Vatec Pur» nicht möglich war, komme nur eine Neubeschichtung mit dem Produkt «Sarnafil» in Frage. Deshalb erachtete das Bundesgericht die Bauherrschaft für berechtigt an, anstelle der Nachbesserung der schadhafte Dachbeschichtung die Neuherstellung mit dem neuen Produkt Sarnafil zu verlangen. Weil es sich bei diesem neuen Produkt um eine technische Weiterentwicklung mit verlängerter Lebensdauer handelte, rechtfertigt es sich nach Auffassung des Bundesgerichts, dem Bauherr zur Ausgleichung des Vorteils anstatt der effektiven Kosten von Fr. 288'600.-- lediglich Fr. 260'000.-- anzurechnen.

[Rz 17] 8. *Ermächtigung zur Ersatzvornahme und Bevorschussung*: Nach Auffassung des Bundesgerichtes ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass der Bauherr über einen Anspruch auf Bevorschussung der Kosten für die Ersatzvornahme verfügt. Auch bezüglich der Modalitäten der Bevorschussung (Pflicht zur Abrechnung und Rückerstattung eines allfälligen Überschusses und Pflicht zur Ausführung der Nachbesserung innerhalb von 3 Jahren nach Leistung des KV) sei das vorinstanzliche Urteil nicht zu beanstanden.

IV. Kommentar

1. Keine Haftungsbefreiung des Unternehmers trotz allfälliger Mängel der Vorarbeit:

[Rz 18] Nach den Feststellungen des Bundesgerichts hatte es der Unternehmer im Verfahren vor Handelsgericht versäumt, rechtzeitig auf die angeblichen konstruktiven Mängel des Vorunternehmers und damit auf die Drittursachen hinzuweisen, welche für die Wasserinfiltrationen mitverantwortlich gewesen seien. Das Bundesgericht hielt dazu folgendes fest:

[Rz 19] «Ein Unternehmer, der an einem bestehenden Werk Arbeiten ausführt, wird grundsätzlich nicht haftbar für die Mängel, die auf die Arbeit des Vorunternehmers zurückzuführen sind. Die Haftungsbefreiung des Nachfolgeunternehmers setzt indessen voraus, dass er den Mangel der Vorarbeit nicht erkannt hat (Art. 365 Abs. 3 OR) und auch nicht hätte erkennen müssen (Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996, S. 536, insbes. Rz. 2039).»

[Rz 20] Soweit bestätigte das Bundesgericht seine bisherige Praxis.¹ Aufgrund der Sachverhaltsschilderung nicht auf den ersten Blick nachvollziehbar ist jedoch die vom Bundesgericht genannte Begründung, mit welcher sie den Rückweisungsantrag an das Handelsgericht zur Prüfung von Drittursachen abgelehnt hat. Das Bundesgericht führt

dazu – unter Hinweis auf Art. 365 Abs. 3 OR – aus:

[Rz 21] «Nach den Feststellungen der Vorinstanz hatte die Beklagte offenbar schon im Jahr 1987 Kenntnis von den nunmehr geltend gemachten konstruktiven Mängeln des Daches. Sie wäre deshalb verpflichtet gewesen, die angeblichen Mängel schon damals den Klägerinnen anzuzeigen.»

[Rz 22] Die Abnahme der Arbeiten fand am 1. November 1986 statt; Kenntnisse über eine allfällige Drittorsache erlangte der Unternehmer im Jahre 1987. Daraus folgt, dass der Unternehmer erst *nach* Abschluss seiner Arbeiten, nämlich im Zuge der ersten Nachbesserungsversuche realisiert hat, dass die Wasserinfiltrationen teilweise auf eine mangelhafte Ausführung des Vorunternehmers zurückzuführen sein könnten.

[Rz 23] Nach dem Wortlaut von Artikel 365 Abs. 3 OR hat der Unternehmer tatsächlich Anzeige zu machen, wenn sich *«bei der Ausführung des Werkes»* Verhältnisse zeigen, welche die gehörige Ausführung gefährden. Indem das Bundesgericht Artikel 365 Abs. 3 OR auf eine erst nach Abschluss der Arbeiten eintretende Kenntnis des Unternehmers anwendet, geht es aber über den Wortlaut dieser Bestimmung und wohl auch über deren Sinn hinaus: Das Anzeigepflichterfordernis bezweckt die rechtzeitige Warnung des Bestellers, so dass dieser in die Lage versetzt wird, gestützt auf den angezeigten Sachverhalt zweckmässige Entscheidungen zur Abwendung oder Minimierung der Gefahr zu treffen. Die Verletzung der Anzeigepflicht nach Artikel 365 Abs. 3 OR (bzw. nach Art. 25 Abs. 1 SIA-Norm 118) bedeutet letztlich, dass der Unternehmer als Folge der unterlassenen Warnung eine Teilursache für das Eintreten einer Gefahr setzt, z.B. für die Entstehung eines Werkmangels.² Wenn die Drittorsache vom Unternehmer jedoch tatsächlich erst ein Jahr nach Abschluss der Arbeiten bzw. in concreto erst im Zuge der Nachbesserung erkannt wurde und diese Drittorsache auch nicht früher erkannt werden musste, ist nicht ersichtlich, weshalb die unterlassene Anzeige für die Entstehung der Werkmängel ursächlich gewesen sein konnte.

[Rz 24] Dennoch ist die Argumentation des Bundesgerichts unseres Erachtens zutreffend: Die allgemeine Treue- und Sorgfaltspflicht erstreckt sich *auch auf den nachbesserungspflichtigen Unternehmer*. Der Unternehmer ist gehalten, auch «weitere Mängel seines Werkes, die er anlässlich der Nachbesserung entdeckt, dem Besteller mitzuteilen».³ Anzuzeigen hat der Unternehmer nicht nur «Mängel *seines* Werkes», sondern nach Massgabe von Art. 30 Abs. 5 SIA-Norm 118 auch «Mängel oder Verzögerungen bei der Arbeit eines Nebenunternehmers, welche Einfluss auf die vertragsgemässe Ausführung der eigenen Arbeit haben können, .. andernfalls (..) er die sich für seine Arbeit ergebenden Folgen zu tragen (hat)».⁴

2. «Garantiefrist» als Rügefrist :

[Rz 25] Der Unternehmer machte im Verfahren vor Bundesgericht ferner geltend, die Vorinstanz habe es versäumt, die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge zu klären, konkret die Frage, ob die Bauherrschaft mit ihrer Anzeige am 20. Juni 1996 den Mangel «sofort nach der Entdeckung» (Art. 179 Abs. 2 SIA-Norm 118) gerügt habe. Diesem Argument widersprach das Bundesgericht wie folgt:

[Rz 26] «Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass die Parteien eine Garantiefrist von zehn Jahren vereinbart haben. Gemäss Art. 173 Abs. 1 SIA-Norm 118 kann der Bauherr in Abweichung vom Gesetz (Art. 367 und 370 OR) während der Garantiefrist Mängel aller Art jederzeit rügen. Er muss den Mangel nicht sofort geltend machen, sondern darf damit bis zum letzten Moment der Garantiefrist zuwarten. Die Garantiefrist ist auch eine Rügefrist (Peter Gauch, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157-190, Zürich 1991, N. 4 zu Art. 173 m.w.H.; in diesem Sinn auch BGE 107 II 172 E. 1c S. 178).»

[Rz 27] Im Entscheid ist der Wortlaut der vereinbarten Garantie, welche die «Garantiefrist» enthält, nicht wiedergegeben. In Ziffer 1 der Urteilsrätungen wird die Klausel vom Bundesgericht als «*zehnjährige (Haltbarkeits-) Garantie*» bzw. als «*Haltbarkeitsgarantie*» bezeichnet. Eine solche Klausel kann je nach Inhalt der getroffenen Abrede eine Rügefrist, eine Verjährungsfrist, eine Haltbarkeitsfrist oder eine Kombination dieser Fristen regeln.⁵ Eine spezielle Auslegungsregel, die im Zweifel für eine bestimmte Bedeutung der vereinbarten Garantie-(frist) spricht, gibt es nicht.⁶ Es ist daher in jedem Einzelfall zu prüfen, ob der Unternehmer dem Bauherrn mit der vereinbarten Zehnjahresfrist ein jederzeitiges Rügerecht, eine verlängerte Verjährungsfrist und/oder weitere Rechtsvorteile einräumen wollte. Die Auslegung der im Bundesgerichtsurteil als (Haltbarkeits-)garantie bezeichneten Klausel hätte daher auch zu einem anderen Ergebnis führen können, zum Beispiel zum Ergebnis, dass der Unternehmer dem Bauherrn eine definierte Werkeigenschaft (Tragfähigkeit einer

Decke oder eben Wasserundurchlässigkeit des Daches) über den gesamten Zeitraum zusichern wollte, dies allerdings, *ohne* dass er dem Bauherrn damit (nach Ablauf der Zweijahresfrist von Art. 173 Abs. 1) *zugleich* das Recht zur jederzeitigen Mängelrüge über die gesamte Zeit von 10 Jahren einräumen wollte⁷. Die bundesgerichtliche Argumentation, welche sich auf die Feststellungen der Vorinstanz abstützt, mag im Ergebnis zutreffen, sie ist aber aufgrund des Textes des Bundesgerichtsurteils nicht im einzelnen nachvollziehbar.

3. Ausreichende Substantiierung der Mängelrüge :

[Rz 28] Der Unternehmer machte weiter geltend, die Mängelrüge der Bauherrschaft vom 20. Juni 1996 sei nicht genügend substantiiert gewesen. Dazu hielt das Bundesgericht folgendes fest:

[Rz 29] Über den Inhalt der Mängelrüge enthält weder Art. 163 Abs. 1 SIA-Norm 118 noch Art. 367 Abs. 1 OR eine aussagekräftige Regelung. Rechtsprechung und Lehre gehen davon aus, dass der Mangel, der gerügt werden soll, genau anzugeben ist, so dass der Unternehmer erkennen kann, was an seinem Werk beanstandet wird (BGE 107 II 172 E. 1a S. 175 m.w.H.; Gauch, SIA-Norm 118, a.a.O., N. 5 zu Art. 163; ders., Werkvertrag, a.a.O., S. 560). Diesen Anforderungen entspricht die Mängelrüge vom 20. Juni 1996. Einerseits wurde in Bezug auf die Art der Mängel festgehalten, es zeigten sich lange Risse in der Beschichtung, teilweise sei der Belag zerbröseln und teilweise bis aufs Blech abgebaut. Andererseits wurden die schadhaften Stellen auf der Westseite der Dachhälfte unter Hinweis auf einen beigelegten Plan genau bezeichnet und in Bezug auf die Osthälfte wurde immerhin festgehalten, es seien die gleichen Mangelerscheinungen zu verzeichnen. Diese Rüge war genügend detailliert, so dass sich die Beklagte ein Bild machen konnte, welche Werkteile beanstandet werden.»

[Rz 30] Diese Erwägung des Bundesgerichts bestätigt die bisherige Rechtsprechung (BGE 107 II 175), wonach der Besteller mit der Rüge «*die Mängel genau angeben*» muss.⁸ Darüber hinaus hat Bauherr die Mängelrüge so detaillieren, «dass der Unternehmer erkennen kann, was an seinem Werk beanstandet wird». Damit scheint das Bundesgericht ergänzend auch Angaben zum *Zweck* der Mängelrüge für erforderlich zu erachten. Dieser Zweck besteht – gemäss der Formulierung des Bundesgerichts in BGE 22, S. 503 – darin, dem Unternehmer (bzw. dem Verkäufer) «von dem Umfang und den Gründen der Beanstandung Kenntnis und damit eine Grundlage für seine Entschliessung zu geben, wie er sich gegenüber der Beanstandung verhalten wolle». Im zu beurteilenden Fall war die Mängelrüge ausreichend substantiiert, weshalb sich das Bundesgericht mit den Anforderungen an deren Detaillierungsgrad nicht im einzelnen zu befassen hatte.

4. Nachbesserungspflicht trotz vorgängiger Minderung:

[Rz 31] Der Unternehmer widersetzte sich der verlangten Nachbesserung auch mit dem Argument, im Erstprozess (im Jahre 1990) habe der Besteller bereits auf Nachbesserung der Dachbeschichtung geklagt und das Kantonsgericht habe diesem, weil die Mängelbehebung übermässige Kosten zur Folge gehabt hätte, eine *Entschädigung für den Minderwert* zugesprochen. Deshalb sei es ausgeschlossen, im vorliegenden zweiten Verfahren *erneut* die Nachbesserung zu verlangen. Damit erhebt der Unternehmer, ohne dass dies im Bundesgerichtsurteil im einzelnen erörtert wurde, (materiell-rechtlich) den Einwand, dass der Bauherr seinen Nachbesserungsanspruch konsumiert bzw. verwirkt habe; prozess-rechtlich zu behandeln war allenfalls auch die Einrede der materiellen Rechtskraft. Nach Auffassung des Bundesgerichts erwies sich die Argumentation des Unternehmers ohnehin als unbegründet. Denn: Der vom Unternehmer beantragte Ausschluss der erneuten Beurteilung hätte vorausgesetzt, dass im zweiten Prozess identische Mängel bzw. ein identischer Anspruch geltend gemacht worden wäre.⁹ Dies wurde vom Bundesgericht mit folgender Begründung verneint:

[Rz 32] «Dazu ist zu bemerken, dass das damals zuständige Kantonsgericht im Erstprozess ausdrücklich festgehalten hatte, dass das Dach dicht und die Dachbeschichtung funktionstüchtig gewesen sei. Ein Mangel wurde nur darin gesehen, dass die Beschichtung unästhetisch und die voraussichtliche Lebensdauer unsicher gewesen sei. Da die damals beantragte Nachbesserung unter Berücksichtigung des Umstandes, dass das Dach damals noch dicht war, zu unverhältnismässigen Kosten geführt hätte, wurde im Erstprozess die eingeklagte Nachbesserung abgewiesen und an deren Stelle eine Entschädigung für den Minderwert der Industriehalle in der Höhe von Fr. 120'000.-- zugesprochen. Anders verhält es sich im vorliegenden Fall. Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz sind 25 von 34 halben Shed-Rinnen undicht, so dass insofern die Beschichtung nicht mehr funktionstüchtig ist. Dem vorliegenden Prozess liegen somit Mängel zu Grunde, die im Erstverfahren noch nicht zu beurteilen waren. Wenn sich der von den Klägerinnen geltend gemachte Nachbesserungsanspruch auf Mängel bezieht, die während der 10-jährigen Garantiefrist neu eingetreten sind, können diesbezüglich auch

neue Mängelrechte geltend gemacht werden.»

[Rz 33] Die vom Bundesgericht getroffene Unterscheidung, dass es sich bei der im Erstprozess festgestellten «unästhetischen Beschichtung» und deren befürchteten «unsicheren Lebensdauer» und der im vorliegenden Verfahren gerügten Undichtigkeit des Daches um zwei eigenständige Mängel gehandelt habe, ist unseres Erachtens *nicht zwingend*, zumal die technischen Ursachen für die mangelhafte Beschaffenheit des Daches wohl dieselben waren. Die Qualifikation des Bundesgerichtes entspricht jedoch konsequent dem rechtlichen Begriff des Werkmangels, wonach ein Mangel darin besteht, «dass dem Werk des Unternehmers diese oder jene Eigenschaft fehlt, die sie nach dem Inhalt des konkreten Vertrages haben sollte». ¹⁰ Die in den Jahren 1990 gerügten fehlenden bzw. vorausgesetzten Eigenschaften («nicht ästhetisch», «unsichere Lebensdauer») lassen sich daher tatsächlich von den beanstandeten Durchlässigkeit des Daches unterscheiden, welche Anlass zum Zweitprozess im Jahre 1997 war. Es lässt sich also tatsächlich argumentieren, dass der Mangel in rechtlicher Hinsicht *nicht derselbe* war – unabhängig von der wahrscheinlich identischen technischen Ursache.

[Rz 34] Der Entscheid des Bundesgerichtes zeigt unseres Erachtens aber auch auf, welche heiklen Abgrenzungsfragen zu beantworten und welche Fälle zu unterscheiden sind: *Ein erster Fall*, bei dem der Mangel (mindestens «im Keim») bereits bei der Ablieferung besteht, sich im nachhinein vergrössert, das heisst zu einer wahrnehmbaren Vertragsabweichung entwickelt (sogenannter «Weiterfressermangel» ¹¹) und damit als *ein* Mangel zu behandeln ist; *ein zweiter Fall*, wenn ein bei Ablieferung vorhandener Mangel («Primärmangel») in der Folge zu einer weiteren, vom ursprünglichen Mangel verschiedenen Vertragsabweichung (zu einem «Sekundärmangel») führt, so dass Primär- und Sekundärmangel als zwei verschiedene, eigenständige Mängel zu behandeln sind. Und *drittens* der Fall, bei dem das Werk mangelfrei abgeliefert bzw. abgenommen wurde und erst im nachhinein eine Verschlechterung eingetreten ist. Diese nachträgliche Verschlechterung begründet keinen Werkmangel im Sinne der werkvertraglichen Mängelhaftung, ausser der Unternehmer hätte dem Besteller (wie im vorliegenden Fall) eine bestimmte Werkeigenschaft nicht nur bei der Ablieferung, sondern über einen bestimmten Zeitraum (und damit «Haltbarkeit») zugesichert.

[Rz 35] Aufgrund der Sachverhaltsschilderung ergibt sich, dass der ursprüngliche Mängel im Jahre 1990 (neben der beanstandeten Ästhetik der Beschichtung) offenbar vor allem darin gesehen wurde, dass die voraussichtliche Lebensdauer der Dachbeschichtung «unsicher gewesen» sei. Dieses Risiko einer verkürzten Haltbarkeit, d.h. die Gefahr einer vorzeitigen Undichtigkeit, hat sich dann einige Jahre später verwirklicht. Es wäre daher in guten Treuen auch vertretbar gewesen, die Wasserinfiltrationen in der Dachbeschichtung als weiterfressenden Mangel, und damit als einheitlichen Mängel zu verstehen.

5. Keine Verjährung der Mängelrechte:

[Rz 36] Der Unternehmer machte sodann geltend, die Klage sei wegen eingetretener Verjährung abzuweisen, namentlich weil der Nachbesserungsanspruch nicht auf dem Wege der Schuldbetreibung unterbrochen werden könne. Das Bundesgericht führte dazu folgendes aus:

[Rz 37] «Gemäss Art. 180 SIA-Norm 118 verjähren die Mängelrechte des Bestellers nach Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme des Werkes. Wenn wie im vorliegenden Fall eine Garantiefrist von zehn Jahren vereinbart worden ist, beinhaltet dies auch eine entsprechende Verlängerung der Verjährungsfrist (Gauch, Werkvertrag, a.a.O., S. 661 f.)... Für die Unterbrechung der Verjährung von Nachbesserungsansprüchen gelten die allgemeinen Regeln von Art. 135 ff. OR (Gauch, SIA-Norm 118, N. 6 zu Art. 180; ders., Werkvertrag, a.a.O., S. 596 ff.; Alfred Koller, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Auflage, Zürich 1995, S. 146). Als Unterbrechungsgründe sieht das Gesetz einerseits Anerkennungshandlungen von Seiten des Unternehmers vor (Art. 135 Ziff. 1 OR). Dazu zählen Nachbesserungsarbeiten innerhalb der Verjährungsfrist, welche die Verjährung unterbrechen und eine neue Frist gleicher Dauer auslösen (BGE 121 III 270 E. 3c S. 272 m.w.H.; Gauch, Werkvertrag, a.a.O., S. 596, Rz. 2266, m.w.H.). Andererseits kann die Verjährung durch qualifizierte Rechtsverfolgung von Seiten des Bestellers unterbrochen werden (Art. 135 Ziff. 2 OR). Für die Verjährung der Nachbesserungsforderung ist die Unterbrechung durch Schuldbetreibung allerdings irrelevant, weil diese nicht auf dem Betreuungsweg geltend gemacht werden kann (Koller, Nachbesserung, a.a.O., S. 146; Klaus Tschüschnner, Die Verjährung der Mängelrechte bei unbeweglichen Bauwerken, Diss. St. Gallen 1996, S. 70 f.)»

[Rz 38] Davon, dass die mit einer Haltbarkeitsgarantie geregelte «Garantiefrist» ohne entsprechende Anhaltspunkte in der Klausel nicht notgedrungen auch entsprechende Erstreckung der Verjährungsfrist bedeuten

muss, war bereits die Rede¹². Es ist aber zweifellos richtig, den Parteien zu unterstellen, sie hätten vernünftigerweise gewollt, dass während der vereinbarten Garantiefrist gerügte Mängel auch durchgesetzt werden können, die Verjährung also erst von der Entdeckung eines Mangel an zu laufen beginnt¹³, jedenfalls aber nicht vor Ablauf der Rügefrist endet.¹⁴

[Rz 39] Da es sich beim Recht auf Nachbesserung nicht um eine Forderung auf Geld- oder Sicherheitsleistung handelt, ist an sich einleuchtend, dass dieser Anspruch auf dem Betreibungsweg weder geltend gemacht noch dessen Verjährung unterbrochen werden kann. In der Praxis hat dies bis anhin – soweit erkennbar – keine nennenswerten Schwierigkeiten verursacht, weil Besteller im Bedarfsfall jeweils für *sämtliche* Mängelrechte (nicht nur für den Nachbesserungsanspruch) Verjährungsunterbrechung erwirkten und auf die, bis vor kurzem einheitliche Judikatur und Lehre¹⁵ vertrauten, die Verjährungsunterbrechung wirke sich auf alle Mängelrechte aus, die dem Besteller aus einem bestimmten Mangel zustehen.¹⁶

[Rz 40] Im kommentierten Entscheid ist das Bundesgericht nicht auf die Frage eingegangen, ob es mit seinen Erwägungen zur Irrelevanz der Schuldbetreibung im Bereich des Nachbesserungsrechts eine neue Rechtsprechung einleiten will und wie diese Erwägungen mit der bisherigen *Rechtsprechung zur sogenannten «übergreifenden Wirkung der Verjährungsunterbrechung»* in Einklang zu bringen sind. Immerhin hatte das Bundesgericht in BGE 96 II 185 unter Verweis auf § 477 Abs. 3 des deutschen BGB¹⁷ entschieden, die Verjährungsunterbrechung für eines der Mängelrechte wirke auch für die anderen Mängelrechte.¹⁸ In jenem Entscheid (BGE 96 II 186) hatte dies namentlich zur Folge, dass mit der Klage auf Minderung auch die Verjährung für die Nachbesserungsforderung unterbrochen wurde.¹⁹

[Rz 41] Bis das Bundesgericht Klarheit geschaffen hat, sind Besteller – und deren Anwälte – gut beraten, die Verjährung durch *Ladung zu einem amtlichen Sühneversuch* im Sinne von Art. 135 Ziffer 2 OR und unter Nennung jedes einzelnen Mängelrechts zu unterbrechen.

[Rz 42] Der Unternehmer hatte ferner eingewendet, die Forderung des Bauherrn gehe auf Bevorschussung der Nachbesserungsarbeiten im Betrag von Fr. 364'500.-, so dass durchaus eine Geldforderung vorliege, welche durch Betreibung verjährungsunterbrechend geltendgemacht werden konnte. Zu diesem Thema führte das Bundesgericht folgendes aus:

[Rz 43] «Wie erwähnt kann die Verjährung einer Nachbesserungsforderung nicht durch Schuldbetreibung unterbrochen werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Klägerin zwecks Bevorschussung der Nachbesserungsarbeiten Fr. 364'500.-- – mithin einen Geldbetrag – eingeklagt hat. Wenn nämlich der Nachbesserungsanspruch zufolge Verjährung nicht mehr eingeklagt werden kann, muss das Gleiche auch für den daraus abgeleiteten Anspruch auf Bevorschussung der Nachbesserungskosten gelten.»

[Rz 44] Die Bevorschussung der Nachbesserungsarbeiten beruht auf einer analogen Anwendung von Artikel 366 Abs. 2 OR, so dass die Nachbesserung auf Gefahr und Kosten des Unternehmers einem Dritten übertragen werden kann.²⁰ Der Besteller, welcher nach Artikel 366 Abs. 2 OR vorgeht, hält am Erfüllungsanspruch gegenüber dem Unternehmer fest – wenn auch in modifizierter Form (der Anspruch auf Realerfüllung wird umgewandelt in einen Anspruch auf Geldersatz).²¹ Aus dem Wortlaut des Urteils des Bundesgerichts geht allerdings nicht hervor, warum die Verjährung des Nachbesserungsanspruchs zugleich die Verjährung des Bevorschussungsanspruchs bedeuten soll: Ist die Verjährung des Nachbesserungsanspruchs eingetreten, bevor dieser Anspruch durch Verzicht auf die Leistung des Unternehmers zu einem Bevorschussungsanspruch, d.h. zu einer Geldforderung, mutieren konnte? Oder war es die Meinung des Bundesgerichts, der Bevorschussungsanspruch hänge derart eng vom Erfüllungsanspruch ab, dass eine Verjährungsunterbrechung nur in der für den Erfüllungsanspruch zulässigen Weise (also nicht durch Betreibung gemäss SchKG) in Frage komme? Es ist nicht anzunehmen, dass das Bundesgericht eine Kategorie von Geldforderungen schaffen wollte, deren Verjährung nicht durch Betreibung unterbrochen werden kann; doch wäre ein ergänzender Hinweis hier sicherlich hilfreich gewesen.

[Rz 45] Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Thema der Verjährungsunterbrechung durch Schuldbetreibung konnte im vorliegenden Fall auch deswegen unterbleiben, weil die Verjährung durch Nachbesserungsarbeiten des Unternehmer im Jahre 1988 unterbrochen wurde. Das Bundesgericht:

[Rz 46] «Wenn aber davon auszugehen ist, dass bis Oktober 1988 Nachbesserungsarbeiten ausgeführt wurden, die nicht bloss nebensächlich waren, sondern nach der Rechtsprechung als verjährungsunterbrechende Anerkennungshandlungen seitens des Unternehmers zu qualifizieren sind (BGE 121 III 270 E. 3c S. 272), ist die Verjährungsfrist im Zeitpunkt der Klageeinleitung am 4. Februar 1998 noch nicht abgelaufen.»

[Rz 47] Die Wirkung einer Verjährungsunterbrechung bei Anerkennungshandlungen beschränkt sich auf den bestimmten Mangel, für den die Verjährung unterbrochen wurde, und wirkt nicht auf andere Mängel über.²² Daher hätten im Urteil des Bundesgerichts Ausführungen erwartet werden können zur Frage, ob die Nachbesserungsarbeiten im Jahre 1988 den im Jahre 1997 geltendgemachten Mangel (undichte Abdeckung) betrafen. Nachdem das Bundesgericht in E. 4 festgehalten hatte, dass die im Jahre 1990 vom Kantonsgericht beurteilten Mängel mit den nun geltendgemachten Mängeln *nicht identisch* sind, hätte sich – in Anwendung derselben Kriterien – die Frage gestellt, ob die im Jahre 1988 ausgeführten Nachbesserungsarbeiten bereits die nun geltendgemachten Mängel betrafen und daher eine Verjährungsunterbrechung bewirken konnten. Aus der Sachverhaltsdarstellung des Bundesgerichts geht lediglich hervor, dass im Jahre 1987 mitgeteilt worden sei, «dass sich die Beschichtung teilweise ‚ablöse‘ und ‚abbröle‘» (lit. A) – von der Nachbesserung einer Undichtigkeit der Beschichtung im Jahre 1998 ist Urteil nichts erwähnt.

6. Keine übermässigen Nachbesserungskosten

[Rz 48] Der Unternehmer hatte auch geltend gemacht, die Nachbesserung, zu der sie von der Vorinstanz verurteilt wurde, verursache «übermässige Kosten» und könne daher nicht verlangt werden. Das Bundesgericht machte dazu folgende allgemeinen Ausführungen:

[Rz 49] «Wie Art. 368 Abs. 2 OR sieht auch Art. 169 Abs. 1 Ziffer 1 SIA-Norm 118 vor, dass der Nachbesserungsanspruch nur durchgesetzt werden kann, wenn die Verbesserung im Verhältnis zu den Interessen des Bauherren an der Mängelbeseitigung nicht übermässige Kosten verursacht. Rechtsprechung und Literatur gehen übereinstimmend davon aus, dass von übermässigen Kosten dann zu sprechen ist, wenn ein Missverhältnis zwischen den voraussichtlichen Nachbesserungskosten und dem Nutzen besteht, den die Mängelbeseitigung dem Besteller bringt. Das Verhältnis der Nachbesserungskosten zu den Baukosten bzw. zum Werklohn ist nicht massgebend. Bei der Abwägung von Kosten und Nutzen können auf seiten des Bestellers nicht nur wirtschaftliche, sondern auch nichtwirtschaftliche Interessen berücksichtigt werden (BGE 111 II 173 f.; Gauch, Werkvertrag, a.a.O., S. 1754 ff.; Bühler, a.a.O., N 144 zu Art. 368; je mit Hinweisen).»

[Rz 50] Damit bestätigte das Bundesgericht seine eigene Rechtsprechung (BGE 111 II 173 f.), welche sich insbesondere auch an der deutschen Lehre zum inhaltsgleichen § 633 Abs. 2 BGB orientiert.²³ Bei der Abwägung der konkreten Interessen stellte das Bundesgericht fest, dass es auf der Hand liege, dass die Bestellerinnen ein erhebliches Interesse an einem dichten Dach hätten und dass dieses Interesse rechtlich geschützt sei. Zur Bedeutung der vereinbarten «Garantiefrist» im Rahmen der Interessenabwägung führte das Bundesgericht folgendes aus:

[Rz 51] «Auch der Umstand, dass der Nachbesserungsanspruch am Ende der zehnjährigen Garantiefrist geltend gemacht wird, kann sich nicht zum Nachteil der Klägerinnen auswirken. Wenn ein Unternehmer eine zehnjährige Garantie für ein mangelfreies Werk abgibt, muss er damit rechnen, dass Mängelrechte bis zum Ablauf der Frist geltend gemacht werden.»

[Rz 52] Der Unternehmer machte geltend, das laufe im Ergebnis darauf hinaus, dass die Bestellerinnen seit 1986 eine unentgeltliche Dachbeschichtung hätten. Der Text des Bundesgerichtsurteils erweckt tatsächlich den Eindruck, das Bundesgericht habe nicht in seine Beurteilung einbezogen, dass die Eigenschaft eines Werkes immer zeitlich begrenzt ist – jedes Dach wird irgendwann undicht. Das Interesse am Bestand einer Eigenschaft kann entsprechend auch nicht in alle Ewigkeit rechtlich geschützt sein, sondern muss auf die zugesicherte oder vorausgesetzte Haltbarkeitsdauer beschränkt sein – und zwar unabhängig von der jeweiligen Verjährungsfrist.²⁴ Das hätte, unseres Erachtens, bei der Interessenabwägung zur Beantwortung zweier Ergänzungsfragen führen müssen:

- *Welche Haltbarkeit wurde im Bezug auf die Dichtigkeit zugesichert oder vorausgesetzt ?*

Da der Wortlaut der offenbar vereinbarten «Haltbarkeitsgarantie» nicht im Bundesgerichtsurteil

wiedergegeben ist, lässt sich nur spekulieren, ob die Haltbarkeit allenfalls auf 10 Jahre beschränkt wurde oder ob mit der Klausel nur die Regelung der Rüge- und/oder Verjährungsfrist für eine Eigenschaft (Dichtigkeit) bezweckte, deren vorausgesetzte Haltbarkeit aber länger war.

- *Welche Restdauer der Haltbarkeit war beim Eintritt der Undichtigkeit gemäss Werkvertrag vom 20./23. Januar 1986 noch geschuldet?*

Die Bauherrschaft hätte sich namentlich anrechnen lassen müssen, dass die vertraglich geschuldete Dichtigkeit während Jahren Bestand hatte (und genutzt werden konnte).

[Rz 53] In Ermangelung weiterer Angaben im Bundesgerichtsurteil lässt sich nicht sagen, für wie lange die Bauherrschaft im Zeitpunkt des Wegfalls der Dichtigkeit gestützt auf den Vertrag von 1986 noch einen vertraglich geschützten Anspruch auf ein dichtes Dach hatten. Unseres Erachtens ist es jedoch unpräzise, bei der Interessenabwägung auf Seiten des Bestellers schlicht von einem allgemeinen Interesse an einem dichten Dach auszugehen: Es hätte das *vertraglich geschützte Interesse an noch mindestens X Jahren Dichtigkeit* abgewogen werden müssen. Da der Text der vereinbarten «Haltbarkeitsgarantie» im Urteil des Bundesgerichts nicht wiedergegeben ist, lässt sich nur darüber spekulieren, ob nach dem Inhalt dieser zehnjährigen «Haltbarkeitsgarantie» im vorliegenden Fall vielleicht der Schluss hätte gezogen werden müssen, dass im Zeitpunkt des Auftretens der Undichtigkeit gemäss Vertrag nur noch ein Anspruch auf wenige Monate Dichtigkeit bestand.

7. Anspruch auf Erstellung eines neuen Werkes

[Rz 54] Im vorliegenden Fall war die Nachbesserung durch das vertragliche Produkt «Vatec Pur» offenbar nicht mehr möglich und es kam nur eine Neubeschichtung mit dem Produkt «Sarnafil» in Frage, was allerdings auf eine Neuerstellung hinauslief. Der Unternehmer wandte dagegen ein, dass nur eine Nachbesserung – nicht eine Neuerstellung – geschuldet sei. Das Bundesgericht verwies dazu vorerst auf seine bisherige Rechtsprechung, die deutsche Rechtsprechung und die in der Literatur vertretenen Meinungen und schloss daran dann folgende Überlegungen an:

[Rz 55] «Für die Beurteilung der Streitfrage ist vom Grundsatz auszugehen, dass der Besteller kein Recht auf Neuherstellung des mangelhaften Werkes hat. Mit dem Abschluss des Werkvertrages erhält der Besteller Anspruch auf ein mangelfreies Werk. Wenn der Unternehmer ein mangelhaftes Werk abgeliefert, treten an die Stelle des Erfüllungsanspruchs die Mängelrechte. Unter anderem kann der Besteller die Nachbesserung des mangelhaften Werkes, grundsätzlich aber nicht die Erstellung eines neuen Werkes verlangen (Gauch, Werkvertrag, a.a.O., Rz. 1775; Koller, Nachbesserung, a.a.O., S. 41). Der Grundsatz, wonach der Besteller kein Recht auf Neuherstellung des ganzen Werkes hat, gilt freilich nicht ohne Ausnahme. Wenn die Nachbesserung aus sachlichen Gründen unmöglich, die Neuherstellung eines mangelfreien Werkes aber möglich ist, hat der Besteller das Recht, vom Unternehmer die mögliche Neuherstellung anstatt der unmöglichen Nachbesserung zu verlangen. Einerseits ist zu berücksichtigen, dass der Besteller mit dem Abschluss des Werkvertrages Anspruch auf ein mangelfreies Werk erhält. Wenn das Ziel eines mangelfreien Werkes nur durch Neuherstellung erreicht werden kann, ist diese geschuldet (Bühler, a.a.O., N. 120 zu Art. 368 OR; Koller, Nachbesserung, a.a.O., S. 41). Andererseits fällt in Betracht, dass eine umfangreiche Nachbesserung bei weitreichenden Mängeln einer Neuherstellung des Werkes nahe kommen oder sogar gleich gestellt sein kann (Bühler, a.a.O., N. 120 zu Art. 368; Koller, Nachbesserung, a.a.O., S. 41). Auch wenn der Besteller im Rahmen der Nachbesserung ausnahmsweise berechtigt ist, die Neuherstellung des Werkes zu verlangen, bleibt der Unternehmer indessen dadurch geschützt, dass die Neuherstellung nur verlangt werden kann, wenn dadurch nicht übermässige Kosten verursacht werden (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118, Art. 368 Abs. 2 OR). Die Herstellung eines neuen Werkes kann somit verweigert werden, wenn diese im Verhältnis zum Nutzen des Bestellers übermässige Kosten verursacht (Gauch, Werkvertrag, a.a.O., S. 479, Rz. 1781; Bühler, a.a.O., N. 121 zu Art. 368; Tercier, a.a.O., S. 440, Rz. 3572).»

[Rz 56] Das Bundesgericht stellt also – wie auch die Lehre – zu Recht darauf ab, dass der Besteller ein Recht auf Neuerstellung hat, «wenn die Nachbesserung aus sachlichen Gründen unmöglich, die Neuerstellung eines mangelfreien Werkes aber möglich ist.» Auch in solchen Fällen kann eine Neuerstellung nur verlangt werden, wenn dadurch nicht übermässige Kosten verursacht werden.

[Rz 57] In Anwendung dieser Kriterien kam das Bundesgericht zum Schluss, dass im vorliegenden Fall eine

Neuerstellung des Werkes mit dem Produkt «Sarnafil» verlangt werden könne, weil eine Nachbesserung der Dachbeschichtung mit dem vertraglichen Produkt «Vatec Pur» objektiv unmöglich sei.

[Rz 58] Aufgrund der bundesgerichtlichen Erwägungen stellt sich vor allem eine interessante Rechtsfrage: Ist das Bundesgericht im vorliegenden Fall nicht sogar über das Recht auf Neuerstellung eines Werkes hinausgegangen und anerkennt zugunsten von Bestellern neu sogar ein Recht auf Erstellung eines *anderen Werkes mit gleicher Funktion*? Vertraglich geschuldet war eine Beschichtung mit «Vatec Pur» und diese sollte nun durch eine Beschichtung mit «Sarnafil» ersetzt werden. Die Beschichtung mit «Sarnafil» könnte als *anderes Werk* verstanden werden. Es geht aus dem Urteil nicht hervor, ob das Bundesgericht ein Recht auf Erstellung eines anderen Werkes mit gleicher Funktion anerkennen wollte oder ob es lediglich davon ausging, eine Beschichtung mit «Vatec Pur» sei dasselbe Werk wie eine Beschichtung mit «Sarnafil». Letzteres hätte entweder gestützt auf einen abstrakten Gattungsbegriff («Beschichtung») oder gegebenenfalls gestützt auf die vertraglichen Umschreibung des Werkes (relativer Gattungsbegriff)²⁵ erfolgen können, falls aus der Umschreibung hervorging, dass das verwendende Produkt («Vatec Pur») nicht gattungsbestimmend war. Aus dem Urteil des Bundesgerichts geht nicht hervor, was der Vertrag diesbezüglich vorsah.

[Rz 59] Das Bundesgericht hielt weiter fest, der Besteller habe sich «allfällige Vorteile, die er durch das neu zu erstellende Werk erhält, anrechnen zu lassen». Das Handelsgericht habe dazu verbindlich festgestellt, dass «Sarnafil» gegenüber «Vatec pur» weiterentwickelt worden sei und eine längere Lebensdauer aufweise. Daher seien «zur Ausgleichung des Vorteils anstatt der effektiven Kosten von Fr. 288'600.- lediglich Fr. 260'000.- anzurechnen.»

[Rz 60] Der Besteller soll durch die Nachbesserung nicht besser gestellt werden, als wenn der Unternehmer von Anfang an ein mängelfreies Werk abgeliefert hätte.²⁶ Als Fälle, in denen eine Vorteilsanrechnung erfolgen soll, werden in der Literatur namentlich folgende Situationen erwähnt:

- Wenn das nachgebesserte Werk seiner Natur nach besser ist als es das ursprüngliche Werk bei mängelfreier Erstellung gewesen wäre.²⁷
- Wenn der Besteller das Werk während längerer Zeit ohne gravierende Beeinträchtigung gebrauchen konnte, bevor sich der Mangel auswirkte und dann folgende Nachbesserung eine insgesamt längere Lebensdauer bewirkt.²⁸

[Rz 61] Indem das Bundesgericht auf die Weiterentwicklung verweist, nimmt es auf den Fall Bezug, wo das nachgebesserte Werk besser ist als das ursprüngliche Werk. Dagegen gibt es keinen Hinweis darauf, dass dem Bauherrn angerechnet worden wäre, dass sie während Jahren ein dichtes Dach nutzen konnte. Obschon dem Bundesgerichtsurteil nicht zu entnehmen ist, wann das Dach undicht wurde, sei im Sinne eines Indizes darauf hingewiesen, dass eine Undichtigkeit erst rund 9½ Jahre nach der Abnahme des Werkes gerügt wurde.

8. Ermächtigung zur Ersatzvornahme und Bevorschussung:

[Rz 62] Nachdem das Bundesgericht aufgrund des Vorhergehenden festgestellt hatte, dass ein Anspruch auf Neuerstellung der Beschichtung mit «Sarnafil» bestand, war der Antrag des Bestellers zu prüfen, er sei angesichts der Untätigkeit des Unternehmers nach Artikel 98 OR zur Ersatzvornahme zu ermächtigen.

[Rz 63] Das Bundesgericht verwies diesbezüglich darauf, dass der Vertrag der SIA-Norm 118 unterstand, wo in Artikel 169 vorgesehen ist, dass der Besteller ohne richterliche Ermächtigung zur Ersatzvornahme durch einen Dritten schreiten kann, wenn der Unternehmer die Nachbesserung nicht innert angemessener Frist ausführt. Angesichts der Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 bestand im konkreten Fall kein Anlass, auf die umstrittene Frage einzugehen, ob ohne eine entsprechende vertragliche Vereinbarung eine richterliche Ermächtigung in nicht dringlichen Fällen erforderlich sei²⁹ oder nicht³⁰.

[Rz 64] Als umstrittene Frage verblieb für das Bundesgericht letztlich die Klärung der Frage, ob der Unternehmer verpflichtet werden könne, den von ihm zu tragenden Anteil der Kosten der Ersatzvornahme zu bevorschussen. In BGE 126 III 230 hatte das Bundesgericht diese Frage noch offengelassen, im vorliegenden Fall jedoch nach einer sorgfältigen Beurteilung bejaht:

[Rz 65] «Verschiedene Gründe sprechen dafür, von einer Pflicht des Unternehmers auszugehen, die Kosten für die Ersatzvornahme vorzuschüssen. Erstens ist dem Unternehmer als der vertragsuntreuen Partei nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zuzumuten, die Kosten für die Nachbesserung vorzufinanzieren, wie in der Literatur zutreffend festgehalten wird. Zweitens kann durch die Vorschusspflicht des Unternehmers, der seine Nachbesserungspflicht nicht selbst erfüllen will oder kann, erreicht werden, dass dieser nicht besser gestellt wird als der Unternehmer, der seine Nachbesserungspflicht sogleich selbst erfüllt (in diesem Sinn Koller, Werkmangel, a.a.O., S. 19). Und drittens hat der Besteller ein evidentes Interesse an der finanziellen Absicherung der Ersatzvornahme, während dem Unternehmer nur eine Pflicht überbunden wird, die er später ohnehin erfüllen müsste. Um den Interessen des Unternehmers angemessen Rechnung zu tragen, ist die Vorschusspflicht aber an bestimmte Modalitäten zu binden. Erstens ist festzuhalten, dass der Besteller in der Verwendung des Kostenvorschusses nicht frei ist. Vielmehr ist der Vorschuss ausschliesslich für die Finanzierung der Ersatzvornahme bestimmt (Weber, a.a.O., N. 80 zu Art. 98; Gauch, Werkvertrag, a.a.O., S. 487; Koller, Nachbesserung, a.a.O., S. 166). Zweitens ist der Besteller verpflichtet, nach Abschluss der «Ersatznachbesserung» über die Kosten abzurechnen und dem Unternehmer einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten (Weber, a.a.O., N. 80 zu Art. 80; Gauch, Werkvertrag, a.a.O., S. 487; Koller, Nachbesserung, a.a.O., S. 166). Eine allfällige Nachforderung ist ausgeschlossen, wenn wie im vorliegenden Fall über den Umfang der Nachbesserungsarbeiten im Detail bereits entschieden wurde und insofern eine «res iudicata» vorliegt. Drittens hat der Besteller den gesamten Betrag zurückzuerstatten, wenn er die Nachbesserung nicht innert angemessener Frist vornehmen lässt (Koller, Nachbesserung, a.a.O., S. 166).»

[Rz 66] Unseres Erachtens ist die bundesgerichtliche Innovation zu begrüßen. Damit wird der Besteller davon befreit, die Ersatzvornahme vorerst selbst zu finanzieren.³¹ Die Wirksamkeit der Vorschusspflicht wird in der Praxis allerdings wesentlich davon abhängen, ob es gelingt, innert nützlicher Frist entsprechende vollstreckbare Gerichtsentscheide zu erwirken. Im vorliegenden Fall sind zwischen der Mängelrüge vom 20. Juni 1996 und dem Bundesgerichtsentscheid vom 9. September 2002 rund sechs Jahre vergangen, während denen – so muss man annehmen – das Dach der Halle undicht war.

[Rz 67] Die Anordnung entsprechender *vorsorglicher Massnahmen* dürfte allerdings kaum in Frage kommen: Die Anordnung der vorläufigen Vollstreckung eines Hauptanspruchs auf Geldzahlung ist nicht möglich, weil die entsprechende Regelung des SchKG (Arrest, provisorische Pfändung) als abschliessend gilt³² (ausser in jenen Fällen, wo die Anordnung von vorläufiger Zahlungen im Bundesrecht vorgesehen ist, wie z.B. in Art. 137 ZGB, Art. 281 ZGB und Art. 28 KHG).

9. Schlussbemerkung

[Rz 68] Nur die Erwägungen betreffend die Bevorschussung der Ersatzvornahme wurden in BGE 128 III 416 ff. publiziert. Von grossem Interesse sind jedoch auch die übrigen Ausführungen des Bundesgerichts, welche einen interessanten Streifzug quer durch das werkvertragliche Mängelhaftungsrecht beinhalten. Während die Anerkennung der Bevorschussung der Ersatzvornahme die Stellung mangelgeschädigter Besteller verbessert, hat das Bundesgericht mit seinen Ausführungen zur Verjährung der Nachbesserungsforderung das Gespenst einer Rechtslage heraufbeschworen, die es vor 32 Jahren³³ als für die Praxis «*insupportable*» bezeichnet hatte und für Anwälte zu einer eigentlichen «*Rechtsfalle*» werden könnte, falls künftig auch die Lehre der übergreifenden Wirkung bei der Verjährungsunterbrechung keine Gültigkeit mehr haben sollte.

[Rz 69] Die bundesgerichtlichen Ausführungen zur Anzeigepflicht, zur Rügefrist, zur Vorteilsanrechnung und zur Verjährungsunterbrechung durch Nachbesserungsarbeiten sind instruktiv, lassen aber verschiedene, zum Teil zentrale Fragen offen. Bezüglich des Rechts auf Neuerstellung eines Werkes bedeutet das Urteil des Bundesgerichts eine Bestätigung der herrschenden Lehre. Nicht erörtert hat das Bundesgericht die Frage, ob ein Recht auf Erstellung eines *anderen Werkes mit gleicher Funktion* besteht und, wenn nicht, wie das Werk vom «anderen Werk» abzugrenzen ist.

[Rz 70] Offen bleibt auch, ob das Bundesgericht lediglich den publizierten Urteilsabwägungen eine rechtsfortbildende Wirkung beimessen wollte.

und Baden. Dr. Thomas Siegenthaler, M.Jur. ist Rechtsanwalt bei Schumacher Baur Hürlimann.

¹ Zu den heiklen Abgrenzungsfragen bei der Haftung zwischen Vor- und Nachunternehmern: Peter Gauch, *Der Werkvertrag*, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 2038ff.; Roland Hürlimann, *Organisation und Finanzierung der Bauausführung*, in: Münch/Karlen/Geiser, *Beraten und Prozessieren in Bausachen*, Basel/Genf/München 1998, § 11.19; Alfred Koller, *Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag*, Zürich 1995, Nr. 572ff.; Erwin Scherrer, *Nebenunternehmer beim Bauen, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz*, Freiburg 1994, Nr. 373; Thomas Siegenthaler, *Die Mängelhaftung bei der Lieferung von Maschinen*, Schriftenreihe zum Obligationenrecht, Zürich 2000, Nr. 190; Zindel/Pulver in: *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, Art. 1 – 529 OR, 2. Aufl., Basel und Frankfurt a.M. 1996, N 8 zu Art. 368, N 20 zu Art. 369.

² Gauch, *Der Werkvertrag*, Nr. 1989.

³ Gauch, *Der Werkvertrag*, Nr. 1716.

⁴ Hürlimann, *Organisation und Finanzierung der Bauausführung*, § 11.20.

⁵ Gauch, *Der Werkvertrag*, Nr. 2517; Hürlimann, *Garantieklauseln in der Bau- und Maschinenindustrie*, «SI+A Schweizerischer Ingenieur und Architekt» Nr. 49 vom 29.11.1996, S. 1106 ff. Siegenthaler, *Die Mängelhaftung*, Nr. 56.

⁶ Gauch, *Der Werkvertrag*, Nr. 2518. Das zeigt auch die uneinheitliche Praxis der Gerichte: In BGE 63 II 180 hat das Bundesgericht festgehalten, im Zweifel sei unter «Garantiefrist» eine Verjährungsfrist zu verstehen. In LGVE 1977, I, Nr. 355 (= BR 1979, S. 12, Nr. 16) hat das Obergericht des Kantons Luzern festgehalten, dass die vertragliche Einräumung einer Garantiefrist nicht von der Pflicht zur sofortigen Rüge der entdeckten Mängel befreie. In ZR 90, 1991, Nr. 14, S. 49 ff. kam das Handelsgericht des Kantons Zürich zum (für den Bauherrn überraschenden) Ergebnis, dass die vereinbarte Verlängerung der Garantiefrist (Beginn der Rügefrist in Bezug auf alle Subunternehmer «mit dem Tag der Bauvollendung/Bezug..») nicht eine entsprechende Verlängerung der fünfjährigen Verjährungsfrist zur Folge hatte und die Klage daher wegen Verjährung abzuweisen sei.

⁷ Hürlimann, *Garantieklauseln*, S. 1107.

⁸ Vgl. Kommentar von Peter Gauch in: BR 1982, S. 17f.

⁹ Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler, *ZPO SG, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen*, Bern 1999, N 2a zu Art. 89; BGE 123 III 18 f.

¹⁰ Gauch, *Der Werkvertrag*, Nr. 1434; vgl.: Koller, *Nachbesserungsrecht*, Nr. 23; Tschütschner, a.a.O., S. 18, BGE 114 II 244.

¹¹ Vgl. dazu Gauch, *Der Werkvertrag*, Nr. 2345.

¹² Vgl. Ziffer IV/2 und insbesondere den in Fussnote 7 erwähnten Entscheid des Handelsgerichts Zürich.

¹³ So SJZ 39, 1942/43, S. 230

¹⁴ So Gauch, *Der Werkvertrag*, Nr. 2496; Hürlimann, *Garantieklauseln*, S. 1108. Siegenthaler, *Die Mängelhaftung*, Nr. 213.

¹⁵ BGE 96 II 185: « Ce serait compliquer de façon insupportable la liquidation des droits que d'obliger l'acheteur, pour les sauvegarder, d'agir séparément pour chacun d'eux par la voie d'actions ou de poursuites, afin d'éviter qu'ils ne se prescrivent. On ne voit pas quel intérêt légitime le vendeur pourrait avoir à une telle complication. » Zur übergreifenden Wirkung der Verjährungsunterbrechung auch: Gauch, *Der Werkvertrag*, Nr. 2272; Pierre Tercier, *Les contrats spéciaux*, 3ème édition, Zürich/Basel/Genf 2003, Nr. 731 i.V.m. 4149; Hans Witschi, *Garantieklauseln und Garantiefrieten in Kauf- und Werkvertrag nach schweizerischem Recht*, Bern 1950, S. 57f.; Hans Giger, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI, 2. Abteilung, 1. Teilband, 1. Teilabschnitt, *Der Fahrniskauf*, Art. 184 – 215 OR, N 15 zu Art. 210; Rainer Schumacher/Erich Rüegg in: Koller (Hrsg.), *Der Grundstückkauf*, 2. Auflage, Nr. 305.

¹⁶ Gauch, *Der Werkvertrag*, Nr. 2272.

¹⁷ § 477 Abs. 3 BGB [Verjährung der Gewährleistungsansprüche]: «Die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung eines der im Absatz 1 bezeichneten Ansprüche bewirkt auch die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung der anderen Ansprüche.»

BGE 96 II 185: « Ce serait compliquer de façon insupportable la liquidation des droits que d'obliger l'acheteur, pour les sauvegarder, d'agir séparément pour chacun d'eux par la voie d'actions ou de poursuites, afin d'éviter qu'ils ne se prescrivent. On ne voit pas quel intérêt légitime le vendeur pourrait avoir à une telle complication. » ; vgl. zur übergreifenden Wirkung der Verjährungsunterbrechung auch: Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 2272; Pierre Tercier, Les contrats spéciaux, 3ème édition, Zürich/Basel/Genf 2003, Nr. 731 i.V.m. Nr. 4149; Hans Witschi, Garantieklauseln und Garantiefrieten in Kauf- und Werkvertrag nach schweizerischem Recht, Bern 1950, S. 57f.; Hans Giger, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 1. Teilband, 1. Teilabschnitt, Der Fahrniskauf, Art. 184 – 215 OR, N 15 zu Art. 210; Rainer Schumacher/Erich Rüegg in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückskauf, 2. Auflage, Nr. 305.

¹⁹ Tschütschner, auf den das Bundesgericht verweist, führt dazu in seiner Dissertation (auf S. 81) aus, dass eine übergreifende Wirkung nur dann stattfindet, «wenn dies aus der vom Besteller vorgenommenen Unterbrechungshandlung zweifelsfrei hervorgeht», was beispielsweise bei einer blossen Nachbesserungsklage (Leistungsklage) nicht der Fall sei, wohl aber bei einer Klage auf Feststellung der Mängelhaftung des Unternehmers.

²⁰ BGE 107 II 56; BGE 126 III 233.

²¹ Alfred Koller, Berner Kommentar, Bern 1998, N 603 zu Art. 366.

²² Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 2272; Koller, Nachbesserungsrecht, Nr. 431; Tschütschner, a.a.O., Nr. 185; Zindel/Pulver, a.a.O., N 16 zu Art. 371.

²³ Das Bundesgericht hat (unseres Erachtens zu Recht) nicht auf jene Lehrmeinungen abgestellt, welche BGE 93 II 326 dahingehend verstehen, dass eine Unternehmer, welcher eine Eigenschaft ausdrücklich garantiert hat, eine Nachbesserung ohne Rücksicht auf die Höhe der Nachbesserungskosten auszuführen habe. So etwa: Ursula Widmer, Risikofolgeverteilung bei Informatikprojekten: Haftung für Softwaremängel bei Planung und Realisierung von Informationssystemen, Zürich 1990, S. 169, Fn. 300, und S. 195; Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl., Zürich 2001, S. 279.

²⁴ Beispiel zur Verdeutlichung: Obschon im Kaufrecht Mängelrechte nach einem Jahr verjähren (Art. 210 Abs. 1

OR) wird daraus niemand schliessen, der gekaufte Blumenstrauss müsse während eines Jahres haltbar sein.

²⁵ Was in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur Abgrenzung des «aliuds» von der Mangelhaftigkeit konsequent wäre (BGE 121 III 456; BGE 94 II 30).

²⁶ Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 1727.

²⁷ Koller, Nachbesserungsrecht, Nr. 366.

²⁸ Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 1732; Koller, Nachbesserungsrecht, Nr. 366.

²⁹ So Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 1823; Zindel/Pulver, a.a.O., N 59 zu Art. 368; vgl. auch Felix L. Stotz, Die Leistungspflicht und die Mängelhaftung des Unternehmers im Werkvertrag, Bern 1989, S. 128.

³⁰ BGE 107 II 55 f.; vgl. Koller, Nachbesserungsrecht, Nr. 182f.; Honsell, a.a.O., S. 279f.; Pierre Engel, Contrats de droit suisse, Berne 2000, S. 452; Tercier, a.a.O., Nr. 4072; Siegenthaler, a.a.O., Nr. 147.

³¹ Was offenbar auch in der deutschen Lehre und Rechtsprechung das ausschlaggebende Argument ist (vgl. die Nachweise bei Alfred Koller, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 3.. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag, Art. 363 – 366 OR, Nr. 571 zu Art. 366.

³² Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N 3c/bb zu Art. 198; BGE 108 II 180 ff.; ZR 1997 Nr. 42; vgl. auch Art. 326 Ziff. 3 ZPO-BE.

³³ In BGE 96 II 185.

Rechtsgebiet	Werkvertrag
Erschienen in	Jusletter 17. März 2003
Zitiervorschlag	Roland Hürlimann / Thomas Siegenthaler, Bevorschussung der Kosten für eine Ersatzvornahme und weitere Trouvaillen zum Mängelhaftungsrecht, in: Jusletter 17. März 2003 [Rz]
Internetadresse	http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=2275