

Ausschluss der Nachbesserung im Falle «übermässiger Kosten» (Art. 368 Abs. 2 OR)

Bemerkungen zu einem Entscheid des Bundesgerichts vom 9. Juli 1985,
teilweise publiziert in BGE (ATF) 111 II 173

PD Dr. iur. ALFRED KOLLER,
Bundesgerichtssekretär, Lausanne

Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral prend pour la première fois position sur les «dépenses excessives» au sens de l'art. 368 al. 2 CO. Il adhère aux thèses soutenues par la doctrine dominante qui considère que les dépenses nécessaires à la réfection de l'ouvrage sont excessives lorsqu'elles sont disproportionnées par rapport aux avantages que celles-ci apportent au maître. L'auteur approuve cette conception, toutefois avec quelques restrictions.

I. Die Prozessgeschichte und der Entscheid des Bundesgerichts vom 9. Juli 1985¹

1. Die Kollektivgesellschaft X & Co. erstellte in den Jahren 1975/76 verschiedene Reiheneinfamilienhäuser in Münchenbuchsee. Da sich an den Häusern erhebliche Mängel zeigten, namentlich im Bereiche der Schallisolation und des Brandschutzes, erhoben die Hauseigentümer im Februar 1981 beim Appellationshof des Kantons Bern Klage gegen die Gesellschaft. Sie beantragten im wesentlichen die Verurteilung der Beklagten zur Beseitigung der Mängel und ersuchten das Gericht um Ermächtigung zur Ersatzvornahme. Der Appellationshof wies diese Begehren ab; er ging davon aus, die Nachbesserung würde übermässige Kosten im Sinne von Art. 368 Abs. 2 OR verursachen. Auf Berufung hin verwarf das Bundesgericht diese Auffassung:

«5.- Der Appellationshof hat gestützt auf die neuere schweizerische Literatur, welche der deutschen Lehre zum inhaltsgleichen § 633 Abs. 2 BGB entspricht, den Begriff der übermässigen Kosten grundsätzlich richtig ausgelegt. Nach diesen Lehrmeinungen muss ein Missverhältnis zwischen den voraussichtlichen Nachbesserungskosten und dem Nutzen bestehen, den die Mängelbeseitigung dem Besteller bringt; Kosten und Nutzen sind gegeneinander abzuwägen (Gauch, a.a.O.², Nr. 1236ff.; Reber, Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, 4. Aufl., S. 149; Corboz, SJK, Nr. 460, S. 15, Fussnote 125; Staudinger/Riedel, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Aufl., N. 24 zu § 633 BGB; Münch/Komm/Soergel, N. 100 zu § 633 BGB; Ingenstau/Korbion, Kommentar zur VOB, 10. Aufl., N. 193 zu § 13 VOB/B). Entgegen der Auffassung der Beklagten und der Beurteilung, wie sie der Appellationshof im Ergebnis vorgenommen hat, ist das Verhält-

nis der Nachbesserungskosten zu den Baukosten oder zum vereinbarten Werklohn nicht massgebend (Gauch, a.a.O., Nr. 1237; Reber, a.a.O., S. 150; Münch/Komm/Soergel, N. 100 zu § 633 BGB; Ingenstau/Korbion, N. 193 zu § 13 VOB/B; anderer Ansicht: Gautschi, N. 13 b zu Art. 368 OR; ähnlich Pedrazzini, SPR, Bd. VII/1, S. 517). Bei der Abwägung von Kosten und Nutzen können auf seiten des Bestellers nicht nur wirtschaftliche, sondern auch nichtwirtschaftliche Interessen berücksichtigt werden (Gauch, a.a.O., Nr. 1241). Die Nachbesserungskosten umfassen neben dem Aufwand für die eigentliche Mängelbeseitigung auch die damit verbundenen Begleitkosten für Vorbereitungs- und Wiederherstellungsarbeiten sowie die Mängelbehebungsfolgekosten, zu denen zum Beispiel solche für Ausquartierung und anderweitige Unterbringung von Hausbewohnern zählen (Gauch, a.a.O., Nr. 1239). Da der Ausschluss des Nachbesserungsanspruchs bei übermässigen Kosten als Anwendungsfall der Untunlichkeit einer Realerfüllung den Unternehmer vor nach Treu und Glauben unzumutbaren Forderungen schützen soll, genügt es für den Wegfall des Nachbesserungsrechts, dass der Nutzen des Bestellers die mit der Verbesserung verbundenen Kosten vernünftigerweise nicht mehr zu rechtfertigen vermag (Klauser, Die werkvertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen, Diss. ZH 1973, S. 113; Gauch, a.a.O., Nr. 1236). Es besteht im vorliegenden Fall kein Anlass, von diesen in der neueren Lehre überwiegend für massgebend erklärten Grundsätzen, denen die Rechtsprechung kantonaler Gerichte gefolgt ist (vgl. den Entscheid des Zürcher Obergerichts in SJZ 78 [1982], S. 9), abzugehen.

a) Der Appellationshof stellt in tatsächlicher Hinsicht fest, die Beklagte sei stets bereit gewesen, die im Bereich Risse und Brandschutz von den Klägern gerügten Mängel zu sanieren. Er tut dies unter Hinweis auf Art. 47 der Klageantwort, wo die Beklagte ausführte, sie sei stets bereit gewesen und sei bereit, die sie betreffenden bestehenden Mängel (Risse und Brandschutz)⁴ zu beheben. Die Feststellung der Vorinstanz wird von der Beklagten unter keinem der gemäss Art. 63 Abs. 2 OG möglichen Gesichtspunkte angefochten und ist daher für das Bundesgericht verbindlich. Diese Erklärung verpflichtet die Beklagte; sie kann sich nicht mehr darauf berufen, die Nachbesserung verursache übermässige Kosten (Gauch, a.a.O., Nr. 1243; Gautschi, N. 19 zu Art. 368 OR). Das gilt um so mehr, als die Beklagte die Bereitschaft zur Verbesserung nicht nur bekundete, bevor die Kläger ihr Wahlrecht gemäss Art. 368 Abs. 2 OR ausübten, sondern auch danach, als diese die Nachbesserung verlangt hatten. Das Urteil des Appellationshofes, der dessen ungeachtet die Frage der Übermässigkeit der Nachbesserungskosten auch bezüglich der Risse und des Brandschutzes geprüft und sie bejaht hat, muss daher aufgehoben werden...

¹ Der Entscheid ist nicht nur wegen der Stellungnahme zu Art. 368 Abs. 2 OR von Interesse, sondern auch deshalb, weil er in einem obiter dictum die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Architekturvertrag (BGE 109 II 464; dazu Gauch, BR 1984, S. 49ff.) bestätigt (E. 3, 2. Absatz).

² Gemeint ist Gauch, Der Werkvertrag, Zürich 1985.

b) ... Die Vorinstanz, welche sich zur Übermässigkeit der Kosten nur für den Fall einer Nachbesserung in den drei Mängelgruppen Risse, Brandschutz und Akustik insgesamt aussprach, hat nicht geprüft, wie es sich verhalte, wenn bloss die Behebung der Mängel betreffend Schallisolation in Frage steht. Sie hat diesbezüglich auch keine tatsächlichen Feststellungen getroffen, so dass das Bundesgericht nicht selbst in der Sache entscheiden kann. Aus dem Gutachten K. ergibt sich, dass bei einer Kostenaufteilung nach Sanierungsabschnitten auf den Schallschutz Fr. . . . – pro Kläger entfallen. Dagegen ist sowohl ungewiss, welche Mängelbehebungsfolgekosten entstehen, wie auch, ob nach vorgenommener Teilsanierung ein Minderwert zurückbleibt und wie hoch er sein wird. Andererseits würde gemäss den Gutachten K. und L. durch eine Teilsanierung die zugesicherte Wohnqualität zwar nicht vollständig erreicht, aber gegenüber dem jetzigen Zustand doch eine merkliche, tragbarem Standard gleichkommende Verbesserung bewirkt. Zu berücksichtigen ist bei einer Abwägung, die Treu und Glauben folgen soll, ferner, dass nach den Feststellungen der Vorinstanz, die dafür auf die Expertisen K. und L. verweist, die Ursache der mangelhaften Schallisolation in einem total falschen Konzept der konstruktiven Durchbildung der Häuser zu suchen ist, wobei die Regeln der Baukunst sowie die Bauvorschriften in massgeblichen Punkten missachtet worden seien. Das deutet darauf hin, dass die Übermässigkeit der Nachbesserungskosten – den abschliessenden Entscheid des Appellationshofes aufgrund umfassender Tatsachenfeststellung vorbehalten – eher zu verneinen sein wird. Der Appellationshof wird sich bei seinem Entscheid hierüber streng an die bereits aufgeführten Grundsätze zu halten haben und namentlich nicht die Verbesserungskosten zu den Baukosten oder zum Werklohn in Beziehung setzen oder ausschliesslich den wirtschaftlichen Nutzen auf Seiten der Kläger in Betracht ziehen dürfen, wie er das im angefochtenen Urteil getan hat. Dass eine Teilsanierung keine vollständige Behebung der Mängel bezüglich Schallisolation bringt, wird sich nicht zum Nachteil der Kläger auswirken dürfen, wenn feststeht, dass sie immerhin zu einer deutlichen Verbesserung gegenüber dem heutigen Zustand führen und einen tragbaren Standard der Wohnqualität schaffen wird.»

II. Der Kommentar

2. Art. 368 OR befasst sich mit dem «Recht des Bestellers (sc. eines Werks) bei Mängeln» (Marginalie). Abs. 1 räumt dem Besteller – unter bestimmten Voraussetzungen – ein Wandelungsrecht, allenfalls verbunden mit einem Schadenersatzanspruch, ein. Gemäss Abs. 2

«kann der Besteller einen dem Minderwerte des Werkes entsprechenden Abzug am Lohne machen oder auch, sofern dieses dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht, die unentgeltliche Verbesserung des Werkes und bei Verschulden Schadenersatz verlangen».

Ob der Besteller Nachbesserung verlangen kann, hängt somit davon ab, ob sie dem Unternehmer übermässige Kosten verursacht oder nicht. Unter Berufung auf die herrschende Lehre³ vertritt das **Bundesgericht** im angezeigten Entscheid die **Auffassung**, übermässig seien die (voraussichtlichen) Nachbesserungskosten dann, wenn sie in einem Missverhältnis stehen zum Nutzen, den die Mängelbeseitigung dem Besteller bringt. Allein auf dieses Nutzen/Kosten-Verhältnis soll es ankommen. Dem kann in dieser Absolutheit meines Erachtens *nicht gefolgt werden*:

3. **Übermässig bedeutet unverhältnismässig**: den Verhältnissen nicht angemessen (vgl. § 633 Abs. 2 BGB). Welche Verhältnisse zu berücksichtigen sind, sagt das

Gesetz nicht. Der Richter ist insoweit auf Art. 4 ZGB verwiesen⁴: Er hat im konkreten Einzelfall nach Recht und Billigkeit zu entscheiden, ob sich die Nachbesserung angesichts der dafür voraussichtlich notwendigen Kosten rechtfertigt. Dabei hat er alle erheblichen Umstände zu berücksichtigen, aber auch nur diese⁵. Was erheblich ist, bestimmt sich insbesondere nach dem **Zweck**, den der Gesetzgeber mit dem Ausschluss des Nachbesserungsrechts gemäss Art. 368 Abs. 2 OR verfolgt. Dieser Zweck besteht – wie das Bundesgericht zutreffend bemerkt – darin, «den Unternehmer vor nach Treu und Glauben unzumutbaren Forderungen (zu) schützen». Ob es für den Unternehmer zumutbar ist, eine Forderung zu erfüllen, hängt nicht nur von dem damit verbundenen Aufwand ab, sondern auch vom Interesse des Bestellers an der Erfüllung. Bei der Feststellung der Übermässigkeit von Nachbesserungskosten⁶ sind daher diese Kosten in Beziehung zu setzen zum Nutzen, den die Nachbesserung dem Besteller bringt⁷. Insoweit ist dem Bundesgericht zuzustimmen. Kann ihm aber noch gefolgt werden, wenn es das Verhältnis der Nachbesserungskosten zu Baukosten und Werklohn für gänzlich unerheblich hält? Wenn zum Beispiel ein Unternehmer ein Werk für Fr. 10 000.– erstellt, sollen ihm dann die gleichen Nachbesserungsarbeiten zumutbar sein, wie wenn er ein Werk für Fr. 500 000.– erstellt hätte? Meines Erachtens ist dies zu verneinen, aus der allgemeinen Überlegung heraus, dass sich bestimmte Nachbesserungsarbeiten um so eher rechtfertigen, je grösser Baukosten beziehungsweise Werklohn sind⁸. Entgegen der bundesgerichtlichen Auffassung und der herrschenden Lehre bin ich

⁴ Vgl. *Gauch* (Anm. 2), Nr. 1236; ferner *Egger*, Zürcher Kommentar, N 6 zu Art. 4 ZGB: die gesetzliche Wendung «übermässig» rufe einer Beurteilung nach Recht und Billigkeit; so auch mit Bezug auf die Übermässigkeit von Konventionalstrafen im Sinne von Art. 163 Abs. 3 OR: BGE 68 II 169 und *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, N 53 zu Art. 4 ZGB.

⁵ *Meier-Hayoz* (Anm. 4), N 46 zu Art. 4 ZGB.

⁶ Diese umfassen nach der zutreffenden Auffassung von *Gauch* (Anm. 2, Nr. 1239), die vom Bundesgericht übernommen wird, neben dem Aufwand für die eigentliche Mängelbeseitigung auch die damit verbundenen Begleitkosten für Vorbereitungs- und Wiederherstellungsarbeiten sowie die Mängelbehebungsfolgekosten, zu denen beispielsweise solche für Ausquartierung und anderweitige Unterbringung von Hausbewohnern zählen.

⁷ Und zwar nicht nur der wirtschaftliche Nutzen, sondern auch ein ideeller, wie das Bundesgericht zu Recht festhält.

⁸ Ähnlich *Oser/Schönenberger*, Zürcher Kommentar, N 4 zu Art. 368 OR.

⁹ Damit will aber nicht gesagt sein, Nachbesserungskosten seien jedenfalls dann übermässig, wenn sie die Höhe des vereinbarten Entgelts erreichen (gegenteilig *Gautschi*, Berner Kommentar, N 13b zu Art. 368 OR; *Pedrazzini*, Schweizerisches Privatrecht VII/1, S. 517). Immer ist auch das Interesse des Bestellers an der Mängelbeseitigung zu berücksichtigen und ferner, ob und inwiefern dem Besteller durch Wandelung oder Minderung gedient ist (vgl. gleich nachstehend im Text). Ist im Einzelfall dem Besteller mit Wandelung oder Minderung nicht geholfen und hat er ein gewichtiges Nachbesserungsinteresse (zu denken ist namentlich an Mängel, welche die Gebrauchstauglichkeit des Werks erheblich beeinträchtigen), so dürften die Nachbesserungskosten regelmässig auch dann nicht als übermässig anzusehen sein, wenn sie gleich hoch oder höher sind als der Werklohn.

³ Nachweise vorne unter Ziff. 1.

ferner der Meinung, dass bei dem nach Art. 368 Abs. 2 OR zu treffenden Billigkeitsentscheid auch zu berücksichtigen ist, ob dem Besteller durch Minderung oder Wandelung gedient ist: Je weniger dies der Fall ist, desto weniger lässt sich ein Ausschluss der Nachbesserung rechtfertigen – und umgekehrt. Im Einzelfall können auch noch andere Umstände eine Rolle spielen, so zum Beispiel nach bundesgerichtlicher Ansicht (vorne Ziff. 1) die Tatsache, dass «die Ursache der mangelhaften Schallisolation in einem total falschen Konzept der konstruktiven Durchbildung der Häuser zu suchen ist, wobei die Regeln der Baukunst sowie die Bauvorschriften in massgeblichen Punkten missachtet» wurden. Das Bundesgericht will damit offenbar auch einem allfälligen Verschulden des Unternehmers bei der nach Art. 368 Abs. 2 OR gebotenen Interessenabwägung Bedeutung beimessen. Es setzt sich damit in Widerspruch zu seinem eigenen Ausgangspunkt, wonach es für den Ausschluss des Nachbesserungsrechts allein darauf ankommt, ob zwischen den Nachbesserungskosten und dem Nutzen, den die Nachbesserung dem Besteller bringt, ein Missverhältnis besteht. Das zeigt jedoch nur, dass dieser Ausgangspunkt – wie vorstehend aufzuzeigen versucht wurde – zu eng ist. Bei einer an Art. 4 ZGB und dem Grundsatz von Treu und Glauben orientierten Auslegung ist die «Übermässigkeit» nach Art. 368 Abs. 2 OR *in einem weiten Sinne* zu verstehen. Es dürfte durchaus zutreffend sein, bei deren Feststellung im Einzelfall auch *ein allfälliges Verschulden* des Unternehmers *mitzuberücksichtigen*¹⁰.

4. Sind im Einzelfall die voraussichtlichen Nachbesserungskosten übermässig, so hat der Besteller **kein Recht auf Nachbesserung**, vielmehr kann er nur – bei gegebenen Voraussetzungen – die andern Mängelrechte geltend machen. Verlangt er trotzdem die Nachbesserung, so ist der Unternehmer berechtigt, diese zu verweigern. «Erklärt sich der Unternehmer indessen ausdrücklich oder stillschweigend (z.B. durch Aufnahme der Verbesserungsarbeiten) bereit, die Mängel zu beheben, so genehmigt er damit die Nachbesserungspflicht, und er kann im nachhinein den Einwand ‚übermässiger Kosten‘ nicht mehr vorbringen.»¹¹ Diese an das deutsche Recht (§ 633 Abs. 2 BGB) angelehnte Auffassung Gauchs hat das Bundesgericht im kommentierten Entscheid übernommen (E. 5a) und sinngemäss dahingehend präzisiert, es sei unerheblich, ob der Unternehmer seine Bereitschaft zur Nachbesserung erkläre, *bevor* sich der Besteller für die Nachbesserung (anstelle von Wandelung oder Minderung) entschieden habe oder *nachher*. In beiden Fällen soll

die Erklärung, nachbessern zu wollen, die Berufung auf «übermässige Kosten» ausschliessen.

Im vorliegenden Zusammenhang ist auf BGE 93 II 326 (vgl. auch 93 II 316) hinzuweisen, wo das Bundesgericht erklärte, die *Berufung auf übermässige Kosten im Sinne von Art. 368 Abs. 2 OR könne schon bei Abschluss des Werkvertrags gültig ausgeschlossen werden*. Einen solchen Ausschluss sah das Bundesgericht in folgender Vertragsklausel:

«Bei der Ausführung von Maurer- und Eisenbetonarbeiten gewährt die Bauleitung dem Unternehmer eine Toleranz von höchstens 1 cm. Abweichen von den Planangaben über dieses Mass hinaus muss auf Verlangen der Bauführung unverzüglich vom Unternehmer auf eigene Kosten abgeändert werden.»

Nach dieser klaren Vertragsklausel – führte das Bundesgericht aus – könne der Bauherr bei einer Überschreitung der Toleranzgrenze, wie sie in casu vorliege, vom Unternehmer vorbehaltlos die Verbesserung des Mangels auf eigene Kosten verlangen. Nach dem Grundsatz, dass Verträge zu halten sind, sei der Unternehmer daher verpflichtet, die erforderliche Abänderung des Sportbeckens vorzunehmen. «Wie hoch die Kosten dieser Abänderung sind, ist unerheblich...»

5. Nicht auszusprechen hatte sich das Bundesgericht im kommentierten Entscheid zur Frage, ob der Besteller, wenn der Unternehmer die Nachbesserung wegen «übermässiger Kosten» zu Recht verweigert, das Werk durch einen Dritten verbessern lassen und die Verbesserungskosten vom Unternehmer einverlangen kann. Entgegen dem, was das Zürcher Obergericht anzunehmen scheint¹², ist dies zu verneinen. Ein Anspruch auf Ersatz der Verbesserungskosten im umschriebenen Sinne setzt eine *ungerechtfertigte* Verweigerung der Nachbesserung voraus. Diesfalls kann der Besteller auf Erfüllung klagen und sich, wenn der Unternehmer dem richterlichen Leistungsurteil keine Folge leistet, gemäss Art. 98 Abs. 1 OR zur Ersatzvornahme auf Kosten des Unternehmers ermächtigen lassen¹³. Oder er kann unter den Voraussetzungen und nach Massgabe des Art. 107 Abs. 2 OR auf die Nachbesserung verzichten, diese durch einen Dritten vornehmen lassen und die entstandenen Verbesserungskosten unter dem Titel des Nichterfüllungsschadens einfordern¹⁴. Beide Vorgehensweisen kommen nicht in Betracht, wenn der Unternehmer – wie hier vorausgesetzt – (wegen übermässiger Nachbesserungskosten) die Nachbesserung *zu Recht* verweigert. Dies schliesst zwar nicht aus, dass der Besteller einen Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens haben kann. Dieser aber umfasst die Kosten einer vom Besteller unternehmenen Ersatzvornahme nicht¹⁵.

¹⁰ A. A. Gauch (Anm. 2), Nr. 1244, für den jedoch ein allfälliges Verschulden des Unternehmers ebenfalls nicht bedeutungslos ist: Die Berufung auf «übermässige Kosten» im Sinne von Art. 368 Abs. 2 OR verstosse allenfalls gegen Art. 2 ZGB, wenn der Unternehmer den beanstandeten Werkmangel verschuldet habe.

¹¹ Gauch (Anm. 2), Nr. 1242f.; so im Ergebnis auch Gauschi (Anm. 9), N 19 zu Art. 368 OR.

¹² Vgl. ZR 79, 1980, S. 280 linke Spalte.

¹³ Vgl. Gauch (Anm. 2), Nr. 1269 ff.

¹⁴ Vgl. Gauch (Anm. 2), Nr. 1283 f.

¹⁵ Gauch (Anm. 2), Nr. 1351.