

Entscheidungen Jurisprudence

- 2. **Privatrecht / Droit privé**
- 2.7. **Schuldrecht – allgemein /
Droit des obligations – en général**
- 2.7.2. **Obligationenrecht – Besonderer Teil –
allgemein /
Droit des obligations – Partie spéciale –
en général**
- 2.7.2.7. **Werkvertrag / Contrat d'entreprise**

(1) Werkvertragliche Gewährleistung

Schweizerisches Bundesgericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 8. Mai 2007, X. SA c. Y. und Z. (4C.130/2006), Berufung.

Mit Bemerkungen von
Prof. Dr. ALFRED KOLLER, Universität St. Gallen



Zusammenfassung des Sachverhalts:

Y. schloss mit der X. SA einen Werkvertrag über die Ausführung verschiedener Umgebungsarbeiten. Diese umfassten u.a. die Konstruktion einer Terrasse, eines Mauerchens und einer Aussentreppe. Zur Ausführung dieser Arbeiten wählte Y., der im Bauwesen keinerlei Erfahrung hat, einen Stein aus dem Burgund (pierre de l'Yonne, im Folgenden einfach als Stein bezeichnet). Er hatte diesen anlässlich des "Salon Habitat et Jardin" in Lausanne am Stand des Steinmetz Z. gesehen. Die X. SA verschaffte sich die benötigten Steine bei Z. Sie beendete die Arbeiten im Herbst 1994. Der Werkpreis belief sich insgesamt auf knapp 200 000.– Fr. Davon entfielen ca. 35 000.– Fr. auf die "dallage en pierres de l'Yonne".

Im Winter 1994/95 bekamen einige Steine Risse. Auf Verlangen des Y. wechselte die X. SA die Steine "gracieusement" aus. Im Frühling 1999 zerbröckelten alle Steine und wurden zu Kies. Ursache hierfür waren spezielle meteorologische Verhältnisse im Winter 1998/99. Im März 1999 hat Y. deswegen mit der X. SA Kontakt aufgenommen, worauf es am 22. März 1999 zu einer Besprechung kam, an der auch Z. teilnahm. In der Folge verlangte Y. die Verbesserung des Werks und behielt sich das Recht vor, einen Dritten mit den Verbesserungsarbeiten auf Kosten der X. SA zu betrauen, sollte sich diese weigern, die Nachbesserungsarbeiten auszuführen. Mit Schreiben vom 14. Februar 2000 lehnte die X. SA jede Gewährleistung ab. Bereits am 10. Mai 1999 hatte die X. SA dem Z. mitgeteilt, sie wandle den Kaufvertrag über die bei ihm erstandenen Steine.

Im März 2000 hat Y. gegen die X. SA Klage auf Bezahlung von Fr. 100 000.– eingereicht. Die X. SA verkündete Z. den Streit und beantragte in erster Linie die Abweisung der Klage und subsidiär, dass Z. sie im Falle einer Klagegutheissung schadlos halte. Das Kantonsgericht Waadt hat die Klage gegen die X. SA gutgeheissen und deren Begehren gegen Z. abgewiesen. Auf Berufung der X. SA hat das Bun-

desgericht die Klagegutheissung bestätigt und die Berufung insoweit abgewiesen. Hingegen hat es die gegen Z. gerichtete Berufung gutgeheissen.

Zusammenfassung der Erwägungen und Bemerkungen:

1. *Einleitung.* – a) Soweit ein Unternehmer die Lieferung des Stoffes übernommen hat (Werklieferungsvertrag), "haftet er dem Besteller für die Güte desselben und hat Gewähr zu leisten wie ein Verkäufer" (Art. 365 Abs. 1 OR). Nach bundesgerichtlicher Auffassung bezieht sich der Verweis auf das Kaufrecht nur auf die Rechtsgewährleistung. Hinsichtlich der Sachgewährleistung gilt hingegen Werkvertragsrecht. Der Unternehmer ist also auch für das Material nach Art. 368 OR gewährleistungspflichtig, nicht nach den kaufrechtlichen Regeln (E. 3.1; Bestätigung von BGE 117 II 425 E. 3). Dem Besteller steht demnach unter den Voraussetzungen von Art. 368 Abs. 2 OR ein Nachbesserungsrecht zu, was bei Anwendung des kaufvertraglichen Gewährleistungsrechts nicht der Fall wäre (Art. 205 OR).

Die werkvertragsrechtlichen Mängelrechte (Nachbesserungsrecht, Minderungsrecht, Wandelungsrecht und Recht auf Schadenersatz i.S.v. Art. 368 Abs. 1 und 2 OR) setzen allesamt dreierlei voraus: Das Werk muss einen Mangel aufweisen, der Besteller darf für den Mangel nicht selbst verantwortlich sein (Art. 369 OR) und er darf das mangelhafte Werk nicht genehmigt haben (Art. 370 OR). Daneben bestehen für jedes Mängelrecht individuelle Voraussetzungen. Z.B. setzt das Nachbesserungsrecht voraus, dass die Mängelbeseitigung dem Unternehmer keine übermässigen Kosten verursacht (Art. 368 Abs. 2 OR).

b) Entscheidet sich der Besteller – bei gegebenen Voraussetzungen – für die Nachbesserung, so sind seine Mängelrechte – abgesehen von einem allfälligen Anspruch auf Ersatz von Mangelfolgeschaden (Art. 368 Abs. 1 und 2 OR) – konsumiert. Er kann jedoch nachträglich nach Massgabe von Art. 107 Abs. 2 OR auf die Nachbesserung verzichten, falls der Unternehmer seiner Nachbesserungsschuld nicht nachkommt. Im Verzichtsfall kann er Wandelung oder Minderung erklären, falls die individuellen Voraussetzungen dieser Rechte erfüllt sind. Daneben hat er zwei weitere Möglichkeiten: Er kann *entweder* den aus dem Ausbleiben der Nachbesserung entstandenen Schaden ersetzt verlangen, falls der Unternehmer die Nichterfüllung verschuldet hat (Art. 107 Abs. 2 OR; positives Vertragsinteresse). *Oder* er kann die Kosten einer Ersatzvornahme analog Art. 366 Abs. 2 OR ersetzt verlangen (BGE 107 II 50 E. 3). Entscheidet sich der Besteller für den Schadenersatzanspruch, so kann er ebenfalls die Kosten einer Ersatzvornahme ersetzt verlangen. Völlige inhaltliche Identität mit dem Anspruch aus Art. 366 Abs. 2 OR besteht freilich nicht, auch unterscheiden sich die beiden Ansprüche hinsichtlich Rechtsnatur und Modalitäten: Der Schadenersatzanspruch tritt an die Stelle des Nachbesserungsanspruchs (er ist Nichterfüllungsanspruch), wogegen es sich beim Anspruch aus Art. 366 Abs. 2 OR um den Nachbesserungsanspruch in modifizierter Form handelt (er ist modifizierter Erfüllungs-

anspruch; s. im Einzelnen ALFRED KOLLER, Mängelbeseitigung durch Ersatzvornahme, in: ALFRED KOLLER [Hrsg.], Haftung für Werkmängel, St. Gallen 1998, 1 ff.).

2. Zum Klagebegehren des Y.: In dem vom Bundesgericht beurteilten Fall hatte Y. von seinem Nachbesserungsrecht Gebrauch gemacht und nach der Weigerung der X. SA, die Mängel zu beseitigen, für die mutmasslichen Kosten einer Ersatzvornahme Schadenersatz verlangt (vgl. E. 6 des referierten Entscheids). Die Beklagte hat die Haftung mit verschiedenen Einwänden bestritten. Vorab hat sie das Vorliegen der allgemeinen Gewährleistungsvoraussetzungen bestritten (dazu lit. a und b). Sodann hat sie geltend gemacht, eine Nachbesserungsschuld habe nie bestanden, da ihr die Mängelbeseitigung unverhältnismässige Kosten verursacht hätte (dazu lit. c). Schliesslich hat sie geltend gemacht, es fehle an dem für den Schadenersatzanspruch vorausgesetzten Verschulden (dazu lit. d). Nicht eingewendet hat sie offenbar, der Kläger sei für die Mängel selbst i.S.v. Art. 369 OR verantwortlich (dazu lit. e).

a) Die Beklagte hatte das Vorliegen eines Mangels in Abrede gestellt. Das Bundesgericht hat insoweit festgestellt, ein Mangel liege vor, wenn dem Werk eine vertraglich vereinbarte Eigenschaft fehle (Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, vgl. Art. 197 OR) oder wenn ihm eine Eigenschaft abgehe, mit der der Besteller nach Treu und Glauben habe rechnen dürfen (Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft, vgl. erneut Art. 197 OR). Im konkreten Fall habe der Besteller davon ausgehen dürfen, dass das Werk (Terrasse, Treppe, Mäuerchen) hundert Jahre halte. Das Werk wurde daher für mangelhaft befunden (E. 3.2 und 3.3).

b) Die Beklagte hatte geltend gemacht, der Kläger habe das Werk i.S.v. Art. 370 Abs. 1 OR genehmigt, d.h. auf seine Mängelrechte verzichtet. Jedenfalls habe er die Mängel zu spät gerügt, so dass allenfalls (sollte ein Verzicht nicht festgestellt werden) die Genehmigungsfiktion von Art. 370 Abs. 2 und 3 OR Platz greife.

Eine Verzichtserklärung sah die Beklagte darin, dass der Kläger sich im Winter 1994/95 mit dem Ersatz der damals schadhaften Steine begnüge. Damit habe er sich mit dem mangelhaften Charakter der Steine insgesamt abgefunden. Das Bundesgericht hielt dem sinngemäss entgegen, im Winter 1994/95 sei für den Kläger nicht erkennbar gewesen, dass der verwendete Stein als solcher für die ausgeführten Arbeiten ungeeignet gewesen sei. Von einem Verzicht könne daher nicht ausgegangen werden (E. 4.1). Dem ist beizupflichten. Zwar kann auch hinsichtlich bloss möglicher, noch unbekannter Mängel auf die Gewährleistung verzichtet werden. Anhaltspunkte dafür fanden sich im konkreten Fall aber keine.

Die Mangelhaftigkeit der Steine war bei der nach Art. 367 OR erforderlichen Prüfung nicht erkennbar. Es lagen daher geheime Mängel i.S.v. Art. 370 Abs. 3 OR vor. Diese musste der Kläger sofort nach Entdeckung rügen. Das Bundesgericht befand sich mit dem Rügeerfordernis vorerst in abstracto (E. 4.2), dann in concreto (E. 4.3). Es geht von einer rechtzeitigen Rüge aus, ohne dass sich dieser

Schluss aus den gemachten Ausführungen zwingend ergibt. Im Folgenden interessiert nur E. 4.2:

– Das Bundesgericht stellt vorab fest, dem Rügeerfordernis genüge eine bloss tatsächliche Anzeige der Mängel nicht, die Anzeige müsse vielmehr von einer Willenserklärung des Inhalts, dass der Unternehmer für gewährleistetungspflichtig gehalten werde, begleitet sein. Im Normalfall beinhalte allerdings eine Mängelanzeige bloss tatsächlicher Natur auch diese Willenserklärung. Anders verhalte es sich nur bei Vorliegen ausserordentlicher Umstände, etwa wenn der Besteller dem Unternehmer die Mängel mit Blick auf künftige Werkverträge anzeige (E. 4.2.1).

– Zum Sofort-Erfordernis von Art. 370 Abs. 3 OR hält das Bundesgericht fest (E. 4.2.2 und 4.2.3): Eine Rüge zwei, drei Werktage nach Entdeckung der Mängel genüge dem Erfordernis in jedem Fall. Dasselbe könne im Einzelfall für eine Rüge sieben Tage nach Mängelentdeckung gelten. Unter Bezugnahme auf die Lehre und unter Hinweis auf BGE 131 III 145 E. 7.2 = Pra 2005 Nr. 50 hält das Bundesgericht sodann fest, es seien für die Festlegung der zulässigen Rügefrist die Umstände des konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen. Beweispflichtig für die rechtzeitige Mängelrüge sei der Besteller.

c) Die Beklagte hatte geltend gemacht, die Nachbesserungskosten seien i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR übermässig. Das Bundesgericht hat dazu in E. 5 Stellung genommen: Übermässig sind Kosten, wenn sie unter den gegebenen Umständen unverhältnismässig sind. Ob dies der Fall ist, hängt vom Ermessen des urteilenden Richters ab. Massgebend ist in erster Linie das Interesse des Bestellers an einem mangelfreien Werk. Auf das Verhältnis von Werkpreis und Nachbesserungskosten kommt es vorbehaltlich extremer Situationen nicht an. "Il est question de situation extrême lorsque, par exemple, les coûts de réfection sont deux fois supérieurs au prix de l'ouvrage". Im konkreten Fall betragen die mutmasslichen Verbesserungskosten nur etwa die Hälfte des Werkpreises (Werkpreis ca. 200 000.– Fr., Verbesserungskosten ca. 100 000.– Fr.). Weder unter diesem noch unter einem anderen Gesichtspunkt waren übermässige Kosten zu bejahen.

Für den konkreten Fall ist die Ablehnung übermässiger Kosten sicher nicht zu beanstanden. Fragwürdig scheint indes die vom Bundesgericht aufgestellte Regel, wonach unverhältnismässige Kosten anzunehmen sind, sobald die Verbesserungskosten das Doppelte des Werkpreises ausmachen.

d) Die X. SA hatte gegen ihre Schadenersatzpflicht eingewendet, es treffe sie am Mangel kein Verschulden. Das Bundesgericht hält dazu fest, ein Verschulden am Mangel sei zwar für den Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens vorausgesetzt (Art. 368 Abs. 1 und 2 OR). Indes stütze Y. seinen Anspruch auf Art. 107 Abs. 2 OR ab. Diese Bestimmung verlange lediglich ein Verschulden an der Nichterfüllung der Nachbesserungsschuld. Ein solches sei gegeben, habe sich doch die X. SA zu Unrecht geweigert, die Nachbesserungsarbeiten an die Hand zu nehmen (E. 6).

e) "Die dem Besteller bei Mangelhaftigkeit des Werkes gegebenen Rechte fallen dahin, wenn er durch Weisungen, die er entgegen den ausdrücklichen Abmahnungen des Unternehmers über die Ausführung erteilt, oder auf andere Weise die Mängel selbst verschuldet hat" (Art. 369 OR). Ein Selbstverschulden im technischen Sinne ist nicht erforderlich. Es genügt, "dass der Besteller den Mangel selbst verursacht hat" (HERIBERT TRACHSEL, Die Verantwortlichkeit des Bestellers bei Werkmängeln, Diss. St. Gallen/Bern 2000, Rn 296). Unter Art. 369 OR kann auch der Fall subsumiert werden, dass der Besteller untauglichen Baustoff vorschreibt (vgl. SZ [Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen] 58/7, dazu IRENE WELSER, Mängel von Baustoff und Baugrund, in: ALFRED KOLLER [Hrsg.], 7. St. Galler Baurechtstagung 2006, St. Gallen 2006, 9 f.). Die Mängelrechte entfallen jedoch nur, wenn der Unternehmer seiner Abmahnungspflicht nachgekommen ist. Im vorliegenden Fall hätten die Steine nur nach entsprechenden Abklärungen über die Verwendungstauglichkeit verwendet werden dürfen. Nach Auffassung des Bundesgerichts durfte die X. SA zwar davon ausgehen, ihr Lieferant Z. habe die entsprechenden Abklärungen getroffen (vgl. E. 7.3, dazu unten Ziff. 3). Das entlastete die X. SA jedoch im Verhältnis zu Y. nicht, vielmehr musste sie sich insoweit die Versäumnisse von Z. entgegenhalten lassen. Die X. SA war daher ihrer Abmahnungspflicht nicht nachgekommen, Art. 369 OR kam dementsprechend nicht zum Zuge. Anders hätte es sich allenfalls verhalten, wenn Y. der X. SA ein (unrichtiges) Attest über die Verwendungstauglichkeit des Steins vorgelegt hätte (vgl. den vorstehend erwähnten Entscheid SZ 58/7).

In E. 3.3 stellt das Bundesgericht fest, im Winter 1998/99 hätten zwar ungünstige, die Beschädigung der Steine fördernde Witterungsverhältnisse bestanden. Es habe sich jedoch nicht um ausserordentliche und unvorhersehbare Umstände gehandelt. Andernfalls, so meint das Bundesgericht offenbar, hätte eine Gewährleistung nicht Platz gegriffen. M.E. hätten auch unvorhersehbare und ausserordentliche meteorologische Umstände an der Gewährleistungspflicht nichts geändert. Denn solche Umstände fallen nicht in den Risikobereich des Bestellers und damit nicht in den Anwendungsbereich von Art. 369 OR. Der Hinweis des Bundesgerichts auf PETER GAUCH (Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996, Rn 1080) ändert nichts. GAUCHS Ausführungen betreffen Art. 373 Abs. 2 OR, diese Bestimmung ist aber im vorliegenden Kontext nicht einschlägig.

3. Zum Regressbegehren der X. SA. Die beklagte X. SA verlangte für den Fall der Klageguthesung mittels Interventionsklage (unten lit. b), dass Z. sie schadlos zu halten habe. Sie stützte ihr Begehren auf Art. 208 Abs. 2 OR, wonach der gewährleistungspflichtige Verkäufer dem Käufer im Falle der Wandlung den unmittelbaren Schaden auch bei fehlendem Verschulden zu ersetzen hat.

a) Z. hatte seine Gewährleistungspflicht vorab mit dem Argument bestritten, der gelieferte Stein sei nicht mangelhaft gewesen. Das Bundesgericht ist dem nicht gefolgt, weil Z.

um den vorgesehenen Verwendungszweck wusste und demgemäss die X. SA als Käuferin erwarten durfte, der Stein sei für Umgebungsarbeiten wie die in Frage stehenden geeignet (E. 7.3). Auch der weitere Einwand von Z., ein allfälliger Schadenersatzanspruch sei verjährt, wurde vom Bundesgericht zurückgewiesen (E. 7.1 und 7.2). Es hat in diesem Zusammenhang festgestellt, die einjährige Verjährungsfrist von Art. 210 Abs. 1 OR könne mittels Parteivereinbarung verlängert werden. Ein Verlängerungsantrag des Verkäufers bedürfe wegen Art. 6 OR keiner Annahmeerklärung.

Z. war offenbar der Meinung, die X. SA sei nicht zur Wandelung berechtigt gewesen, da sie den Kaufgegenstand (die gelieferten Steine) nicht mehr zurückgeben konnte. Dementsprechend stehe ihr auch kein Schadenersatz nach Art. 208 Abs. 2 OR zu. Das Bundesgericht hat dem unter Hinweis auf Art. 207 Abs. 1 OR widersprochen: Die Rückgabeunmöglichkeit beruhte auf dem Mangel und schloss daher die Wandelung nicht aus (E. 7.4).

Wird der Käufer einem Abnehmer gewährleistungspflichtig, so stellt die Gewährleistungspflicht unmittelbaren Schaden i.S.v. Art. 208 Abs. 2 OR dar (E. 7.4 unter Hinweis auf den Entscheid 4C.180/2005 vom 28. November 2006 = BGE 133 III 257 E. 2). In diesem Entscheid gibt das Bundesgericht die früher vertretene Ansicht, beim unmittelbaren Schaden handle es sich um das negative Vertragsinteresse (BGE 79 II 376 E. 3), auf. Neu vertritt es die Meinung, unmittelbar sei der Schaden, wenn die Kausalkette zum Mangel kurz sei. In der Lehre sind die Meinungen geteilt (s. neustens HEINRICH HONSELL, Basler Kommentar, N 8 f. zu Art. 208 OR). M.E. ist zwar in Art. 208 Abs. 2 OR das negative Vertragsinteresse gemeint, allerdings ohne Beeinträchtigungen des Integritätsinteresses. Ersatzfähig ist also nur der sog. Frustrationsschaden (vgl. ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Bern 2006, § 57 Rn 5).

Es waren somit alle Voraussetzungen für die Guthesung des Regressbegehrens gegeben.

b) Die Zivilprozessordnung des Kantons Waadt erlaubt es einer Prozesspartei, mittels des *Appel en cause* (Interventionsklage) eine Drittperson für behauptete Regressansprüche im Hauptprozess als Beklagte ins Recht zu fassen (Art. 83 ff. ZPO/VD; vgl. OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A. Bern 2006, 7. Kap. N 19b). Von dieser Möglichkeit hatte die X. SA Gebrauch gemacht. Das erklärt, weshalb im gleichen Verfahren, in dem über die Schadenersatzforderung des Y. gegen die X. SA entschieden wurde, auch der Regressanspruch der X. SA gegen Z. beurteilt wurde.

Der *Appel en cause* weist gegenüber der herkömmlichen Streitverkündung erhebliche Unterschiede auf. Vorab ist eine Partei, welcher der Streit verkündet wird, nicht gezwungen, sich am Prozess zu beteiligen. Demgegenüber kann mit einer Interventionsklage eine Drittperson zum Eintritt in das Verfahren gezwungen werden (vgl. Art. 83 Abs. 1 ZPO/VD). Sodann wird im Interventionsprozess rechtskräftig über den Regressanspruch entschieden, was

im Falle der Streitverkündung nicht zutrifft. Diese hat schwächere Wirkungen (vgl. Art. 193 OR; VOGEL/SPÜHLER, a.a.O., 7. Kap. N 19d).

Art. 8 GestG ermächtigt die Kantone, für eine Interventionsklage die Zuständigkeit des Gerichtes des Hauptprozesses vorzusehen (vgl. Art. 88 Abs. 2 ZPO/VD; Art. 56 Abs. 3 ZPO/VS).

Im Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung ist neben der einfachen Streitverkündung (Art. 76 ff. E-ZPO/CH) auch eine Streitverkündungsklage (= Interventionsklage) vorgesehen (Art. 79 f. E-ZPO/CH; Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221 ff., 7283).