

AJP/PJA

3/2014, S. 303 ff.

Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle

Aufsätze / Articles

[303] Verjährung der werkvertraglichen Mängelrechte

Insbesondere Bemerkungen zur Ablieferung als verjährungsauslösendem Moment und zur fünfjährigen Verjährungsfrist von **Art. 371 OR**



ALFRED KOLLER *

■ Zusammenfassung

Werkvertragliche Mängelrechte beginnen grundsätzlich mit der Ablieferung zu verjähren (**Art. 371 Abs. 1 OR**, wo allerdings von Abnahme die Rede ist). Die Verjährungsfrist beträgt regelmässig zwei oder fünf Jahre (**Art. 371 Abs. 1 und 2 OR**), ausnahmsweise zehn Jahre (**Art. 127 OR i.V.m. Art. 210 Abs. 6 OR und Art. 371 Abs. 3 OR**). Der Aufsatz befasst sich schwergewichtig mit der Ablieferung, deren Bedeutung und Tragweite in verschiedenen Punkten strittig ist (Ziffer 2.). Ein zweiter Schwerpunkt gilt der fünfjährigen Verjährungsfrist, welche seit 1. Januar 2013 einen erheblich veränderten Anwendungsbereich hat (Ziffer 3.). An den Anfang gestellt werden grundsätzliche Erwägungen (Ziffer 1.), in denen insbesondere auf die Wirkungen der Verjährung eingegangen wird.

Résumé

La prescription des droits du maître en raison des défauts de l'ouvrage commence en principe à courir dès la délivrance (art. 371 al. 1 CO, où il est cependant question de la réception). Le délai de prescription est généralement de deux ou cinq ans (art. 371 al. 1 et 2 CO), exceptionnellement de dix ans (art. 127 CO en relation avec l'art. 210 al. 6 CO et l'art. 371 al. 3 CO). Cet essai traite essentiellement de la délivrance, dont l'importance et la portée est controversée sur différents

points (II., en bas). Un deuxième accent est mis sur le délai de prescription de cinq ans, dont le champ d'application est considérablement modifié depuis le 1^{er} janvier 2013 (III.). L'essai s'ouvre sur des réflexions fondamentales (I.), qui portent notamment sur les effets de la prescription.

■ INHALTSÜBERSICHT

1. Grundsätzliches
2. Der Verjährungsbeginn
3. Die Verjährungsfrist

1. Grundsätzliches

Der Verjährung unterliegen nach allgemeiner Regel nur Forderungen wie z.B. der Schadenersatzanspruch aus Art. 368 Abs. 1 oder 2 OR, nicht aber Gestaltungsrechte wie z.B. das Wandelungsrecht. Der Verjährungseintritt ist jedoch auch für solche Rechte von Bedeutung, weil die Verjährungsfrist absolute Rügefrist ist und daher Mängelrechte verwirken, soweit sie sich auf nicht rechtzeitig gerügte Mängel beziehen¹.

Das Werkvertragsrecht regelt die Verjährung der Mängelrechte unter einem eigenen Randtitel ("Verjährung") in Art. 371 OR, allerdings nicht umfassend. Subsidiär kommen die Bestimmungen über die kaufrechtliche Verjährung (Art. 210 OR) zur Anwendung (Art. 371 Abs. 3 OR). Soweit Verjährungsfragen weder im Werkvertrags- noch im Kaufrecht geregelt sind, finden die allgemeinen Verjährungsbestimmungen (Art. 127 ff. OR) Anwendung, so insbesondere jene betr. Hemmung (Art. 134 OR) und Unterbrechung (Art. 135 ff. OR) der Verjährung².

Unterbricht der Besteller die Verjährung für einen Anspruch aus einem bestimmten Mangel, so gilt die Unterbrechung auch für alle anderen Ansprüche aus diesem Mangel (BGE 96 II 181 E. 3b = Pra 1970, 518 ff., allerdings zum Kauf)³. Soweit freilich die Unterbrechung auf Schuldanerkennung beruht (Art. 135 Ziff. 1 OR), steht es dem Unternehmer frei, die Unterbrechungswirkung auf ein bestimmtes oder bestimmte Mängelrechte zu beschränken⁴.

Vorbehältlich einer (zulässigen) abweichenden Abrede und vorbehältlich Hemmung und Unterbrechung der Verjährung gilt folgende Verjährungsregelung: Die Verjährung beginnt mit der Ablieferung des Werks zu laufen (Art. 371 Abs. 1 und 2 OR, wo allerdings statt von Ablieferung von Abnahme die Rede ist). Die Verjährungsfrist beträgt grundsätzlich zwei Jahre (Art. 371 Abs. 1 Satz 1 OR). In zwei Fällen beträgt sie fünf Jahre: einmal bei Mängeln eines unbeweglichen Werks (Art. 371 Abs. 2 OR), sodann bei Mängeln eines beweglichen Werks, sofern dieses "bestimmungsgemäss in ein unbewegliches [304] Werk integriert worden ist" und einen Mangel desselben bewirkt hat (Art. 371 Abs. 1 Satz 2 OR). Zehn Jahre beträgt die Frist schliesslich im Falle absichtlicher Täuschung (Art. 210 Abs. 6 OR i.V.m. Art. 371 Abs. 3 und 127 OR)⁵.

Die Bestimmung, wonach für Mängel eines beweglichen Werks dieselbe Verjährungsregelung wie für unbewegliche Werke gilt, sofern das bewegliche Werk bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert wurde und zu einem Mangel desselben geführt hat, ist erst 2012 – im Rahmen einer Gesamtrevision von Art. 210 und 371 OR⁶ – ins Gesetz eingefügt und auf den 1. Januar 2013 in Kraft gesetzt worden. Der revidierte Art. 210 OR enthält in Abs. 2 eine analoge Regelung für den Kauf einer beweglichen Sache.

Mit Eintritt der Verjährung verliert die von der Verjährung betroffene Forderung ihre Klagbarkeit (Art. 142 OR). Sie kann aber nach wie vor einredeweise geltend gemacht werden (Art. 210 Abs. 5 OR i.V.m. Art. 371 Abs. 3 OR)⁷. So schliesst etwa im Falle der Wandelung die Verjährung des Rückzahlungsanspruchs nicht aus, dass die Rückgabe des Werks von der gleichzeitigen Rückzahlung des Werkpreises abhängig gemacht wird (Art. 82 OR analog)⁸. Zu den Einreden i.S.v. Art. 210 Abs. 5 OR zählt auch die Verrechnungseinrede, welche in Wirklichkeit ein Gestaltungsrecht ist⁹. Die Verjährung schliesst also nicht aus, dass die verjährte (gewährleistungsrechtliche) Forderung – nach Massgabe von Art. 120 ff. OR – zur Verrechnung gestellt wird¹⁰ (illustrativ BGE 107 II 50).

BGE 107 II 50: Die N. AG (Nandrò Bergbahnen AG) erteilte der G. AG (Gerhard Müller Maschinenbau AG) den Auftrag, eine Gondelbahn zu projektieren, zu erstellen und zu montieren. Nach der Ablieferung, die am 27. Januar 1970 stattfand, zeigten sich Mängel an der Mittelstation. Am 1. März 1974 forderte die N. AG die G. AG auf, unverzüglich deren Beseitigung an die Hand zu nehmen. Diese Aufforderung sowie eine Fristsetzung blieben erfolglos, worauf die Bestellerin die Mängel durch einen Dritten beseitigen liess; die Kosten beliefen sich auf 135'271.40 Franken. Am 3. Oktober 1975 erhob die G. AG Klage auf Zahlung des restlichen Werklohns von 90'000 Franken. Die N. AG beantragte die Klageabweisung. Zwar anerkannte sie die Restschuld als solche, sie machte jedoch geltend, sie habe Anspruch auf Ersatz der Kosten, die ihr durch die Ersatzvornahme entstanden seien (Art. 366 Abs. 2 OR analog), und erklärte die Verrechnung. Im überschüssenden Betrag (45'271.40 Franken) erhob sie Widerklage. Diese wurde von den Bündner Gerichten zufolge Verjährung – zu Recht – abgewiesen (aArt. 371 Abs. 2 OR). Die Klage wurde hingegen gutgeheissen. Die Bündner Gerichte stellten sich auf den Standpunkt, die Beklagte könne ihre verjährte Forderung nicht zur Verrechnung stellen. Das Bundesgericht liess hingegen die Verrechnung – zu Recht – zu (aArt. 371 Abs. 1 OR i.V.m. aArt. 210 Abs. 2 OR) und wies die Sache zur Prüfung, ob der geltend gemachte Anspruch tatsächlich Bestand habe, an die Vorinstanz zurück. Nach den revidierten Verjährungsbestimmungen wäre gleich zu entscheiden gewesen (Art. 371 Abs. 2 OR bzw. Art. 371 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 210 Abs. 5 OR).

Nach Eintritt der Verjährung können Mängel nicht mehr rechtswirksam gerügt werden, weil die Verjährungsfrist – wie bereits gesagt – gleichzeitig auch absolute Rügefrist ist (Art. 210 Abs. 5 OR i.V.m. Art. 371 Abs. 3 OR)¹¹. Entsprechende Mängelrechte sind nicht nur verjährt, sondern verwirkt, weshalb sie auch einredeweise nicht mehr geltend gemacht werden können.

2. Der Verjährungsbeginn

Die Verjährung beginnt mit der Ablieferung des Werks. Was darunter zu verstehen ist, wird im Werkvertragsrecht nicht gesagt. Es ist daher auf das allgemeine Erfüllungsrecht zurückzugreifen. In Lehre und Rechtsprechung wird freilich dieser Bezug regelmässig nicht hergestellt, stattdessen wird die Ablieferung gleichsam autonom umschrieben. Das führt zu verschiedenen Abweichungen vom hier vertretenen Ablieferungsbegriff. Weitere Abweichungen betreffen die rechtliche Tragweite der Ablieferung. Im Folgenden gelangt vorerst die eigene Auffassung zur Darstellung (Ziff. 1), dann wird auf die wichtigsten Kontroversen hingewiesen (Ziff. 2).

1. Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer "zur Herstellung eines Werks" (Art. 363 OR). Gemeint ist damit nicht nur die Herstellung als solche (Arbeitsobligation), sondern auch die

Übermittlung des Werks in die Verfügungsgewalt des Bestellers (Ablieferungsobligation). Mit der Ablieferung erlischt der Erfüllungsanspruch des Bestellers. An dessen Stelle treten – bei gegebenen Voraussetzungen – die Mängelrechte, und diese beginnen – entsprechend der allgemeinen Regelung von **Art. 130 Abs. 1 OR** i.V.m. **Art. 75 OR** – sogleich zu verjähren (**Art. 371 Abs. 1 und 2 OR**). Statt von Ablieferung spricht **Art. 371 OR** von Abnahme. Damit bringt er zum Ausdruck, dass die Ablieferung eines mangelhaften [305] Werks – anders als die Ablieferung eines mängelfreien – immer eine Abnahmehandlung des Bestellers voraussetzt (s. den folgenden Absatz). Im Interesse terminologischer Einheitlichkeit wäre es wohl sinnvoll gewesen, wenn der Gesetzgeber in **Art. 371 Abs. 2 OR** gleich wie in der kaufrechtlichen Parallelregel (**Art. 210 Abs. 5 OR**) den Ausdruck *Ablieferung* verwendet hätte.

Ein obligationskonformes (vollendetes und mängelfreies) Werk kann vom Unternehmer selbständig abgeliefert werden, soweit nicht die Natur des Werks eine Mitwirkung des Bestellers (Abnahme) erforderlich macht¹². Abnahmebedürftig sind insbesondere bewegliche, im Herrschaftsbereich des Unternehmers hergestellte Werke (hier geschieht die Ablieferung durch Besitzübertragung^{13, 14, 15}), nicht abnahmebedürftig sind etwa Gärtnerarbeiten auf Grund und Boden des Bestellers (hier geschieht die Ablieferung durch Vollendungsanzeige, welche regelmässig ausdrücklich geschieht ["ich bin fertig"], aber auch konkludent geschehen kann [indem der Gärtner das Grundstück nach getaner Arbeit so verlässt, dass der Besteller annehmen muss, die Arbeiten seien vollständig ausgeführt]). Ist hingegen ein Werk *nicht obligationskonform*, so kann es der Besteller – vorbehaltlich **Art. 2 Abs. 2 ZGB** (vgl. § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB) – zur Verbesserung zurückweisen und dadurch die Ablieferung verhindern (**Art. 91 OR**). Der Unternehmer kann also ein nicht obligationskonformes Werk – mit dem gemachten Vorbehalt – nicht selbständig abliefern, sondern ist auf eine Mitwirkung (Abnahme) des Bestellers angewiesen. Diese entspricht bei Werken, die schon ihrer Natur nach abnahmebedürftig sind, der ordentlichen Abnahmehandlung (Mitwirkung bei der Besitzübertragung, wo eine solche erforderlich ist). Bei sonstigen Werken ist vorausgesetzt, dass der Besteller entweder zu erkennen gibt, dass er den Werkvertrag als erfüllt ansieht, oder aber eine angemessene (kurze) Frist für die Rückweisung ungenutzt verstreichen lässt (vgl. § 640 Abs. 1 BGB und Art. 160 SIA-Norm 118). Im vorstehenden Gärtnerbeispiel bewirkt also die Vollendungsanzeige die Ablieferung noch nicht, falls die Gärtnerarbeiten mangelhaft ausgeführt sind. Abgeliefert ist das Werk vielmehr erst, wenn der Besteller zum Ausdruck bringt, dass er den Werkvertrag als erfüllt ansieht (z.B. indem er das vorliegende Ergebnis als "gelungen" bezeichnet) oder von seinem Rückweisungsrecht nicht innert kurzer Frist Gebrauch macht.

Nimmt der Besteller ein nicht obligationskonformes Werk ab, so in der Regel deshalb, weil er vorerst die Schuldabweichung gar nicht bemerkt. Es ist aber auch denkbar, dass er die Abweichung zwar bemerkt, es aber vorzieht, später Mängelrechte geltend zu machen, statt das Werk zurückzuweisen (z.B. weil er dringend auf das Werk angewiesen ist oder das Vertrauen zum Unternehmer verloren hat). Im Einzelfall kann freilich in der bewussten Nichtrückweisung nach Vertrauensprinzip ein Verzicht auf die Geltendmachung von Mängelrechten zu sehen sein, jedoch nur ausnahmsweise, da ein Nichttun im Regelfall keinen Erklärungscharakter hat¹⁶. Auch verstösst die nachträgliche Geltungmachung von Mängelrechten normalerweise nicht gegen das Rechtsmissbrauchsverbot (**Art. 2 Abs. 2 ZGB**)¹⁷.

Mit der Abnahme eines nicht obligationskonformen Werks geht der Erfüllungsanspruch des Bestellers – zugunsten allfälliger Mängelrechte – unter, und zwar auch insoweit, als das Werk noch

unvollendet sein sollte. Der Besteller kann zwar im Regelfall (Einschränkung in **Art. 368 Abs. 2 OR**) nach wie vor die Vollendung verlangen, jedoch nur unter dem Titel der Nachbesserung (**Art. 368 Abs. 2 OR**), nicht gestützt auf den ursprünglichen (untergegangenen) Erfüllungsanspruch. Das Gesagte gilt ohne Einschränkung auch bei Abnahme eines aliud, was immer man auch darunter verstehen mag¹⁸.

2. *Abweichende Ansichten* gehen insbesondere in vier Richtungen:

Erstens: Z.T. wird das Recht des Bestellers, die Ablieferung eines mangelhaften Werks durch dessen Rückweisung zu verhindern, in Abrede gestellt. Nach dieser insbesondere von GAUCH¹⁹ vertretenen Ansicht kann also der Unternehmer dem Besteller seinen Erfüllungsanspruch [306] durch das Angebot eines mangelhaften Werks gleichsam entziehen und ihn auf die Mängelrechte verweisen. Dem ist nur für den Fall zu folgen, dass es sich um unwesentliche (untergeordnete) Mängel handelt (vgl. § 640 Abs. 1 BGB). Alsdann darf der Besteller das Werk nach Treu und Glauben (**Art. 2 Abs. 2 ZGB**) nicht zurückweisen, sondern hat es anzunehmen und sich mit den Mängelrechten zu begnügen. Im Grundsatz aber besteht ein Rückweisungsrecht²⁰.

Beispiel: U, der im Auftrag des B auf dessen Grundstück eine Garage erstellt hat, räumt die Baustelle und teilt dem B mit, er sei seinen Verpflichtungen nachgekommen, obwohl das Werk in Wirklichkeit Mängel aufweist. Nach GAUCH ist damit das Werk trotz der Mängel – durch Vollendungsanzeige – abgeliefert, doch stehen dem Besteller die Mängelrechte zu. Nach der hier vertretenen Ansicht ist für die Ablieferung eine Abnahmehandlung des B erforderlich, sei es, dass er erklärt, er erachte den Werkvertrag als erfüllt, sei es, dass er es unterlässt, das Werk zur Verbesserung zurückzuweisen. Freilich steht ihm hierfür nur eine kurze Frist zur Verfügung, ansonsten die Abnahme als erfolgt gilt.

Zweitens: Nach Ansicht des Bundesgerichts (**BGE 129 III 738 E. 7.2 m.w.Nw.**) und eines Teils der Lehre²¹ können unvollendete Werke – vorbehaltlich **Art. 2 Abs. 2 ZGB** – nicht abgeliefert werden, mit der Folge, dass der Erfüllungsanspruch weiterhin Bestand hat, begrenzt nur durch die Verjährung. Der Besteller hat es daher in der Hand, die Ablieferung durch Hinausschieben des Vollendungsbegehrens – bis zum Eintritt der Verjährung – hinauszuschieben und sich damit der Prüfungs- und Rügeobliegenheit von Art. 367 und 370 OR zu entziehen. Unvollendete Werke werden also anders behandelt als mangelhafte, für die sich die Ablieferungsfähigkeit unmittelbar aus dem Gesetz ergibt (**Art. 367 ff. OR** setzen die Ablieferung eines mangelhaften Werks voraus). Das rechtfertigt sich, wie anderswo eingehend dargetan²², nicht²³.

ZR 1977 Nr. 105, S. 276 ff. (mit rechtlich unerheblichen Sachverhaltsänderungen): B erteilte dem U im Mai 1968 den Auftrag zur Ausführung von Malerarbeiten an einer Liegenschaft in Zürich. Anfangs Oktober 1974 stellte B fest, dass U das Terrassengeländer nicht zweimal mit Schuppenfarbe gestrichen und das Dachblech nicht mit Verdünner gereinigt hatte, obwohl beides offeriert, verrechnet und bezahlt worden war. B verlangte unverzüglich die nachträgliche Ausführung der Arbeiten. Das Bezirksgericht Zürich wies die Klage ab, weil B die absolute Rügefrist von **Art. 371 Abs. 2 OR** verpasst habe. Das Obergericht kam hingegen zum Schluss, es bestehe nach wie vor der – nicht verjährte – Erfüllungsanspruch. M.E. verdient die bezirksgerichtliche Ansicht den Vorzug.

Drittens: Nach einer weiteren Ansicht schliesst zwar die Unvollendetheit des Werks dessen Ablieferung nicht aus, doch gelte die Unvollendetheit im Falle der Ablieferung nicht als Mangel, vielmehr bleibe insoweit der (ursprüngliche) Erfüllungsanspruch erhalten. Es findet also eine Art Teilerfüllung statt, indem das Werk, soweit vollendet, abgeliefert ist, soweit noch Arbeiten ausstehen, hingegen nicht. Ich selbst habe diese Auffassung früher vertreten²⁴, sie dann aber im Berner Kommentar²⁵ aufgegeben. Daran ist – in Übereinstimmung mit der neueren Lehre – festzuhalten. Das unvollendete Werk ist also, einmal abgeliefert, als mangelhaft anzusehen, und das Erfüllungsrecht wird integral durch Gewährleistungsrecht verdrängt²⁶. Eine vermittelnde Meinung vertritt **BGE 94 II 165**; danach kann der Besteller zwischen Gewährleistung und Erfüllung wählen²⁷.

Ändert man den Sachverhalt von ZR 1977 Nr. 105 dahin ab, dass der Auftrag im Jahre 1971 (statt 1968) erteilt und das Werk im gleichen Jahre abgeliefert wurde, so konnte B gemäss der in **BGE 94 II 165** vertretenen Ansicht nach Entdeckung der nicht ausgeführten Arbeiten im Jahre 1974 entweder die Vollendung des Werks (Zweitanstrich des Terrassengeländers, Reinigung des Dachblechs) verlangen oder aber ein Mängelrecht (z.B. Minderungsrecht) geltend machen.

Viertens: Auch ein aliud ist nach einem Teil von Lehre und Rechtsprechung nicht ablieferungsfähig²⁸. Gegen diese Auffassung sind die gleichen Einwände zu erheben wie gegen die Auffassung, dass unvollendete Werke nicht ablieferungsfähig sind²⁹. Dazu kommt, dass es bis heute [307] nicht gelungen ist, die Anderslieferung (aliud) von der Schlechtlieferung (peius), also der Lieferung eines mangelhaften Werks, einigermaßen verlässlich zu trennen. In der Praxis spielt der Theorienstreit deshalb keine grosse Rolle, weil sich die Gerichte bei der Annahme eines aliud äusserste Zurückhaltung auferlegen (vgl. ZR 1986 Nr. 124, S. 311). In dem eben erwähnten Entscheid war eine Küche mit Frontseiten aus furnierten Spanplatten anstatt aus "Eichenholz massiv" geliefert worden; darin war nach Ansicht des Zürcher Obergerichts "mit Sicherheit" kein aliud ("wirklich anderes Werk") zu sehen.

3. Die Verjährungsfrist

Die Regelverjährungsfrist von zwei Jahren und die für den Fall absichtlicher Täuschung vorgesehene zehnjährige Frist bedürfen keiner weiteren Erörterung³⁰. Näherer Betrachtung bedarf hingegen die Frage, wann eine fünfjährige Frist gilt (sogleich Ziff. 1). Näher einzutreten ist sodann auf die Frage, inwieweit die Verjährungsfristen der Parteidisposition unterstehen (hinten Ziff. 2).

1. Nach **Art. 371 Abs. 2 OR** gilt eine fünfjährige Verjährungsfrist in zwei Fällen: einmal bei Mängeln eines unbeweglichen Werks, sodann bei Mängeln eines beweglichen Werks, welches bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert wurde und zu einem Mangel desselben geführt hat. Unter diesen Voraussetzungen gilt – wie bereits gesagt – auch für *gekaufte* bewegliche Sachen eine fünfjährige Frist (**Art. 210 Abs. 2 OR**). Wenn also beispielsweise ein Bauunternehmer für das zu erstellende Haus Fenster kauft oder sie von einem Fensterbauer speziell herstellen lässt, so beträgt die Verjährungsfrist für Mängelrechte wegen allfälliger Mängel (Art. 197 bzw. 368 OR) der Fenster fünf, nicht zwei Jahre, falls der Unternehmer die Fenster – "bestimmungsgemäss" – für das Haus verwendet und dieses in der Folge mit den mangelhaften Fenstern abgeliefert³¹. Für ihn selbst gilt dieselbe Verjährungsfrist im Verhältnis zum Besteller des Bauwerks, dem Bauherrn. Aber nur die Verjährungsfristen sind identisch, nicht auch der Ausgangspunkt der Verjährung, die Ablieferung³². Da unbewegliche Werke regelmässig später abgeliefert werden als die "integrierten" Kaufgegenstände und beweglichen Werke, kommt es häufig vor, dass die Mängelrechte des

Herstellers eines unbeweglichen Werkes gegenüber seinen Lieferanten (Subunternehmer bzw. Verkäufer) früher verjähren als die Mängelrechte seines Bestellers gegenüber ihm (vgl. das Beispiel hinten vor Ziff. 2). Freilich kann der fragliche Unterschied durch Vertragsabrede beseitigt werden³³.

Beweglich ist jedes Werk, das als Fahrnissache anzusehen ist oder – als "Leistungssubstrat" – eine Fahrnissache zum Gegenstand hat. Wer daher als Werkunternehmer Reparaturarbeiten an einem Auto vorzunehmen hat, schafft ein bewegliches Werk. Jedes nicht bewegliche Werk ist unbeweglich. Wer es daher übernimmt, den Aushub für ein Bauwerk zu bewerkstelligen, schafft ebenso ein unbewegliches Werk wie alle Unternehmer, welche bei der Herstellung des Bauwerks mitzuwirken haben. Wie das Beispiel mit dem Aushub-Unternehmer zeigt, hängt die Qualifikation als unbewegliches Werk nicht davon ab, dass der Unternehmer für die Werkherstellung Werkstoff benötigt.

Werkverträge, die eine Fahrnisbaute ([Art. 677 ZGB](#)) zum Gegenstand haben (deren Erstellung, Umbau, Reparatur usw.), sind bewegliche Werke. Ob eine Fahrnisbaute oder eine Dauerbaute vorliegt, beurteilt sich nach sachenrechtlichen Gesichtspunkten. Es kommt somit darauf an, ob die in Frage stehende Baute Bestandteil des Grundstücks, auf dem sie steht, ist oder nicht. Unter welchen Voraussetzungen dies zutrifft, ist freilich umstritten³⁴.

Ein bewegliches Werk wird dann in ein unbewegliches Werk "integriert", wenn es zu dessen Bestandteil ([Art. 642 ZGB](#)) und damit auch zum Bestandteil des Grundstücks, auf dem sich das unbewegliche Werk befindet, gemacht wird. "Bestimmungsgemäss" ist die "Integration", wenn sie dem Vertragswillen entspricht. Auf den üblichen Gebrauchszweck kommt es somit – entgegen den römischen Gesetzestexten – nicht an³⁵. Bei [\[308\]](#) des wird freilich regelmässig übereinstimmen. Will der Hersteller eines beweglichen Werks, dass dieses entgegen seinem üblichen Zweck nicht in ein unbewegliches Werk integriert wird, so hat er dies gegenüber dem Besteller zum Ausdruck zu bringen, ansonsten dieser nach Treu und Glauben (Vertrauensprinzip) davon ausgehen darf, das Werk sei für den üblichen Verwendungszweck bestimmt. Gewisse bewegliche Werke wie etwa Frischbeton sind naturgemäss immer für den Einbau in ein unbewegliches Werk bestimmt. Der Hersteller dieses Werks kommt daher im Verhältnis zum Hersteller des beweglichen Werks ohne weiteres in den Genuss der fünfjährigen Verjährungsfrist von [Art. 371 Abs. 1 OR](#). Entsprechendes gilt hinsichtlich [Art. 210 Abs. 2 OR](#), wenn der Hersteller eines unbeweglichen Werks eine Sache kauft, um sie als Werkstoff zu verwenden.

Beispiel: B lässt durch U im Jahre 2014 ein Haus erstellen. Dieses wird am 23. Oktober 2014 abgeliefert. Knappe fünf Jahre später, am 10. September 2019, beginnen einzelne Fenster zu rinnen. Schon am folgenden Tag erhebt B Mängelrüge gegenüber U und verlangt Nachbesserung. Die Mängelrüge ist wirksam, da sie nicht nur "sofort" i.S.v. [Art. 370 Abs. 3 OR](#), sondern auch innert der Verjährungsfrist, welche fünf Jahre beträgt und daher bis 23. Oktober 2019 dauert ([Art. 371 Abs. 2 OR](#)), erfolgt ist. U ist daher zur Nachbesserung verpflichtet, falls diese nicht übermässige Kosten verursacht ([Art. 368 Abs. 2 OR](#)). Ergänzt man den Sachverhalt dahin, dass U die Fenster durch Subunternehmer X hat herstellen lassen und dieser sein Werk am 5. Oktober 2014 abgeliefert hat, so gilt für die Mängelrechte des U gegenüber X die fünfjährige Frist des [Art. 371 Abs. 1 OR](#), da U die ihm von X gelieferten Fenster zweifellos in das Bauwerk "integriert" hat, und dies "bestimmungsgemäss" (mit Willen des X). Daher kann U von X die Verbesserung der Fenster verlangen, sofern er rechtzeitig (sofort nach dem 10. September und innert der bis 5. Oktober währenden Verjährungsfrist) Mängelrüge erhebt und im Übrigen die

Voraussetzungen von [Art. 368 Abs. 2 OR](#) erfüllt sind. Ab dem 5. Oktober kann jedoch X die Nachbesserung verweigern ([Art. 142 OR](#)), falls U nicht vorher die Verjährung unterbricht. Ändert man das Beispiel dahin ab, dass die Fenster erst am 24. Oktober zu rinnen beginnen, so kann weder B von U noch dieser von X die Nachbesserung verlangen, denn die massgeblichen (fünfjährigen) Verjährungsfristen, welche gleichzeitig absolute Rügefristen sind, sind bereits abgelaufen.

2. *Abänderung der gesetzlichen Verjährungsfristen.* Die Verjährungsfristen des Werkvertragsrechts können sowohl verlängert als auch verkürzt werden, doch bestehen in beide Richtungen Einschränkungen, vor allem die folgenden: Eine Verlängerung der ordentlichen Verjährungsfrist von zwei bzw. fünf Jahren ist nur bis maximal zehn Jahre möglich³⁶. Eine Verkürzung der zehnjährigen Frist hinsichtlich absichtlich verschwiegener Mängel ([Art. 210 Abs. 5 OR](#)) ist unzulässig ([Art. 199 OR](#)). Hingegen kann die fünfjährige Frist von [Art. 371 Abs. 1 und 2 OR](#) um drei auf zwei Jahre verkürzt werden ([Art. 210 Abs. 4 lit. a OR](#) e contrario). Eine weitere Verkürzung, also eine Verkürzung auf weniger als zwei Jahre, ist grundsätzlich ebenfalls zulässig. Unzulässig ist sie nur dann, wenn das Werk für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Bestellers bestimmt ist und (kumulativ) der Unternehmer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt ([Art. 210 Abs. 4 lit. a-c OR](#) i.V.m. [Art. 371 Abs. 3 OR](#)). Mit dem gleichen Vorbehalt kann auch die zweijährige Frist von [Art. 371 Abs. 1 OR](#) verkürzt werden. Entsprechendes gilt für die kaufrechtliche Gewährleistung. Ein Unterschied besteht insofern, als bei gebrauchten Kaufsachen die nach [Art. 210 Abs. 4 OR](#) minimal zulässige Verjährungsfrist ein Jahr statt zwei Jahre beträgt (lit. a).

Auch wo eine Verkürzung der Verjährungsfrist nur beschränkt zulässig ist, kann die Gewährleistung nach Auffassung des historischen Gesetzgebers³⁷ und der herrschenden Lehre³⁸ ausgeschlossen werden. Das wird zum Teil als widersprüchlich kritisiert³⁹. Indes scheint die Unterscheidung deshalb vertretbar, weil einer blossen Rechtsverkürzung eher leichtfertig zugestimmt wird als einem gänzlichen Rechtsverzicht. Im Übrigen verhielt es sich vor dem Inkrafttreten der revidierten Verjährungsbestimmungen gleich, indem eine Verkürzung der ordentlichen Verjährungsfristen (aArt. 210 Abs. 1 OR und aArt. 210 Abs. 1 OR i.V.m. aArt. 371 Abs. 1 OR) nur beschränkt zulässig war (nämlich soweit dadurch die Rechtsverfolgung nicht in unzumutbarer Weise erschwert wurde, [BGE 108 II 194](#)), wogegen ohne weiteres gänzlich auf die Mängelrechte verzichtet werden konnte (freilich unter Vorbehalt von [Art. 199 OR](#), der damals wie heute auch hinsichtlich jeder Fristverkürzung gilt).

Fussnoten:

* ALFRED KOLLER, Prof. Dr. iur., Professor an der Universität St. Gallen.

1 Siehe vorderhand ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009, § 3 Rn 73 und § 67 Rn 12, und später im Text.

2 THEODOR BÜHLER, Zürcher Kommentar, Zürich 1998, N 18 zu [Art. 371 OR](#); ROLAND HÜRLIMANN/TOMAS SIEGENTHALER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2012, N 4 zu [Art. 371 OR](#); ALFRED KOLLER, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, Zürich 1995, Rn 379; GAUDENZ G. ZINDEL/URS PULVER, Basler Kommentar, OR I, 5. A., Basel 2012, N 14 zu [Art. 371 OR](#).

3 ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil Band I, Bern 2012, § 4 Rn 222.

4

PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2011, Rn 2272; KOLLER, Nachbesserungsrecht (FN 2), Rn 447 mit Beispiel in Fn. 531.

- 5 KOLLER, OR BT (FN 3), § 4 Rn 219; ZINDEL/PULVER (FN 2), N 18 zu [Art. 371 OR](#).
- 6 Siehe dazu AS 2012, 5415.
- 7 Z.B. MARKUS MÜLLER-CHEN, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2012, N 14 zu [Art. 210 OR](#).
- 8 KOLLER, OR AT (FN 1), § 67 Rn 28; DERS., OR BT (FN 3), § 4 Rn 224.
- 9 KOLLER, OR AT (FN 1), § 66 Rn 26.
- 10 ROGER BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Diss. St. Gallen 2007, Rn 988; KOLLER, OR AT (FN 1), § 67 Rn 27.
- 11 [Art. 210 Abs. 5 OR](#) verdeutlicht, was sich schon bisher aus [Art. 210 Abs. 2 OR](#) ergab (KOLLER, OR BT [FN 3], § 4 Rn 149, m.Hw. auf BGer [4A_82/2008](#)).
- 12 Anderes soll nach § 640 BGB gelten. Nach dieser Bestimmung sei in jedem Fall eine Abnahmehandlung, diese verstanden als Billigung in der Hauptsache, vorausgesetzt (s. die folgende FN).
- 13 Nach Lehre und Rechtsprechung zu § 640 BGB soll nebst der Besitzübertragung zusätzlich eine "Anerkennung als in der Hauptsache vertragsmässige Erfüllung" erforderlich sein (BGHZ 48, 262; OTHMAR JAUERNIG/HEINZ-PETER MANSEL, Bürgerliches Gesetzbuch, München 2014, N 2 zu § 640 BGB).
- 14 Wirkt der Besteller bei der Ablieferung pflichtwidrig nicht mit ([Art. 91 OR](#)), so ist der Unternehmer nach Massgabe von [Art. 92–94 OR](#) zur Hinterlegung des Werks oder des Erlöses aus einem Selbsthilfeverkauf berechtigt. Mit der Hinterlegung gilt das Werk als abgeliefert ([Art. 92 Abs. 1 OR](#)).
- 15 Vor der Besitzübertragung darf der Besteller das Werk auf seine Vollendetheit und Mängelfreiheit überprüfen (ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, Bern 1998, N 344 zu [Art. 363 OR](#); gleich mit Bezug auf den Fahrniskauf ALFRED KOLLER, Basler Kommentar, OR I, 5. A., Basel 2012, N 93 zu [Art. 184 OR](#), m.w.Nw., auch auf eine abweichende Ansicht). Es handelt sich jedoch um ein beschränktes Überprüfungsrecht: Er darf sich lediglich davon überzeugen, dass das Werk prima vista vollendet und mängelfrei, also in der Hauptsache obligationskonform ist. Eine genauere Prüfung muss er sich für die Zeit nach der Ablieferung vorbehalten ([Art. 367 OR](#)).
- 16 Vgl. KOLLER, OR AT (FN 1), § 3 Rn 124.
- 17 Siehe in allgemeinerem Zusammenhang KOLLER, OR AT (FN 1), § 62 Rn 11.
- 18 So KOLLER, OR BT (FN 3), § 4 Rn 262, mit Bezug auf den Kauf.
- 19 GAUCH (FN 4), Rn 106.
- 20 Fichier de jurisprudence du Tribunal cantonal jurassien/FJJ, J 9/4 = BR 1990, S. 43 Nr. 42.
- 21 Z.B. BÜHLER (FN 2), N 7 zu [Art. 367 OR](#); GAUCH (FN 4), Rn 101 ff.; ZINDEL/PULVER (FN 2), N 3 zu [Art. 367 OR](#).
- 22 KOLLER, Berner Komm. (FN 15), N 315 zu [Art. 363 OR](#).
- 23 Wie hier z.B. auch ROMAN BÖGLI, Der Übergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mängelhaftung beim Werkvertrag – Zeitpunkt und Voraussetzungen, Diss. St. Gallen 1996, Rn 312 ff. und 351 ff.; BRÄNDLI (FN 10), Rn 95 ff.; THEO GUHL/ALFRED KOLLER/ANTON K. SCHNYDER/JEAN NICOLAS DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, §§ 1–47

bearbeitet von Alfred Koller, § 47 Rn 42; KLAUS TSCHÜTSCHER, Die Verjährung der Mängelrechte im Bauwerkvertragsrecht, St. Galler Baurechtstagung 1994, St. Gallen 1994, 225 ff., 257; a.A. nebst den in FN 21 zitierten Autoren FRANÇOIS CHAIX, Commentaire romand, Basel 2012, N 4 zu **Art. 367 OR**.

- 24 Vgl. KOLLER, Nachbesserungsrecht (FN 2), Rn 34.
- 25 KOLLER, Berner Komm. (FN 15), N 320, 367, 373 zu **Art. 363 OR**.
- 26 BÖGLI (FN 23), Rn 330 ff.; BRÄNDLI (FN 10), Rn 97; GUHL/KOLLER (FN 23), § 47 Rn 42.
- 27 Kritik bei GAUCH (FN 4), Rn 1447, und KOLLER, Nachbesserungsrecht (FN 2), Rn 35.
- 28 Z.B. GAUCH (FN 4), Rn 1445 (mit dem Beispiel, dass Silber- statt Goldringe geliefert werden); BRÄNDLI (FN 10), Rn 218; THOMAS SIEGENTHALER, Die Mängelhaftung bei der Lieferung von Maschinen: nach schweizerischem Obligationenrecht und unter Berücksichtigung der Liefer- und Montagebedingungen des Vereins Schweizerischer Maschinen-Industrieller (VSM), Diss. Freiburg 2000, 30 f.
- 29 Siehe bereits meine Bemerkungen im OR BT (FN 3), § 4 Rn 262.
- 30 Siehe zur Zehnjahresfrist KOLLER, OR BT (FN 3), § 4 Rn 219, allerdings mit Bezug auf den Kaufvertrag.
- 31 Im Verhältnis des Fensterlieferanten zu einem Unterlieferanten kommt ebenfalls die fünfjährige Frist zum Tragen, falls der Unterlieferant weiss oder wissen muss, dass seine Lieferung letzten Endes für ein unbewegliches Werk bestimmt ist (PETER GAUCH, Die revidierten Art. 210 und 371 OR, recht 2012, 124 ff., 126 Ziff. 3.2, 132 Ziff. 3.2).
- 32 PASCAL PICHONNAZ, Les nouveaux délais de prescription de l'action en garantie, SJZ 2013, 69 ff., 72 f., mit eingehender Begründung.
- 33 PETER REETZ/TABEA LORENZ, Die revidierten Verjährungsbestimmungen im Gewährleistungsrecht, Anwaltsrevue 2013, 16 ff., 18 ("vertragliche Koordinationsklauseln"). Vgl. in verwandtem Zusammenhang ALFRED KOLLER, Vertragliche Regelung der Gewährleistung beim Kauf einer Neubaute, ZBGR 2009, 197 ff., 199 ff.
- 34 GAUCH (FN 31), 133; WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar, ZGB II, 4. A., Basel 2012, N 20 zu **Art. 642 ZGB**.
- 35 So m.E. überzeugend PICHONNAZ (FN 32), 71, 72 oben; LAURENT TRAN, La prescription de l'action en garantie dans le contrat de vente, SJ 2013 II, 103 ff, 109 f.
- 36 So die frühere Gerichtspraxis zu aArt. 210 Abs. 3 OR (GUHL/KOLLER [FN 23], § 39 Rn 15), welche auch unter dem revidierten **Art. 371 OR** Geltung beanspruchen dürfte.
- 37 Siehe dazu ANGELO SCHWIZER/MARC WOLFER, Die revidierten Verjährungsbestimmungen im Sachgewährleistungsrecht (Art. 210 und 371 OR), **AJP/PJA 2012, 1759 ff., 1762** Fn. 16.
- 38 Siehe nebst SCHWIZER/WOLFER (FN 37), 1762, z.B. ERNST A. KRAMER, Korrespondenz zu **Art. 210 Abs. 4 OR**, recht 2013, 52; TRAN (FN 35), 113.
- 39 Z.B. KRAMER (FN 38), 52, und SCHWIZER/WOLFER (FN 37), 1762 f.