

## Die Nachbesserung im Werkvertrag

(Teil 2)

Zu einem Urteil des Bundesgerichtes vom 5. September 2002  
(4C.258/2001), auszugsweise publiziert in BGE 128 III 416

**Pierre Tercier und Hubert Stöckli**  
Professoren an der Universität Freiburg

Publiziert in: BR/DC 2/2003, S. 53 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

*Par cette contribution (en allemand), les auteurs poursuivent le commentaire, initié (en français) dans le dernier fascicule de la Revue (BR/DC +1/2003, p. 10 ss), d'un arrêt du Tribunal fédéral rendu le 5 septembre 2002. Il traite d'une série de questions importantes touchant la garantie pour les défauts dans le contrat d'entreprise, en particulier le régime de la réfection de l'ouvrage (Nachbesserungsrecht). L'arrêt n'est publié qu'en partie au Recueil officiel (ATF 128 III 416), dans la mesure où il concerne l'obligation de l'entrepreneur d'avancer les frais présumés de réfection lorsque le maître est en droit d'en charger un tiers. Bien d'autres questions, dont la signification pratique pourrait être considérable, sont examinées dans l'arrêt intégral que l'on peut consulter sur le site du Tribunal fédéral.*

[53] Unser Beitrag setzt auf Deutsch die Urteilsbesprechung fort, die wir im *Baurecht 1/2003* in französischer Sprache begonnen haben. Er gilt einem markanten Urteil des Bundesgerichts<sup>1</sup>, das nur sehr eingeschränkt in die Amtliche Sammlung aufgenommen worden ist. Damit kann man sich heute zwar arrangieren, da sich der Volltext der amtlich publizierten Urteile im Internet ([www.bger.ch](http://www.bger.ch)) nachlesen lässt. Immerhin stellt sich die (vorab haftungsrechtliche) Frage, welcher Stellenwert den amtlich publizierten Urteilsfragmenten noch zukommt. Doch nicht diese Frage soll uns hier beschäftigen. Vielmehr geht es uns um die Überlegungen, die das Bundesgericht zur Nachbesserung im Werkvertrag angestellt hat. Im *ersten Teil* unserer Besprechung kommentierten wir die folgenden vier Kernaussagen des Urteils:

- *Haftung für Mängel der Vorarbeit.* Der Unternehmer, der den Mangel der Vorarbeit erkennt oder erkennen müsste, hat nach Art. 365 Abs. 3 OR dem Bauherrn die Mängel anzuzeigen. Unterlässt er die Anzeige, haftet er auch für Mängel, die auf die Arbeit des Vorunternehmers zurückzuführen sind (1).
- *Garantiefrist = Rügefrist.* Sieht ein Werkvertrag, für den die Parteien die SIA-Norm 118 übernommen haben, eine Haltbarkeits-Garantie mit zehnjähriger „Garantiefrist“ vor, kann der Bauherr während dieser Frist allfällige Mängel des Werkes jederzeit rügen (2).

<sup>1</sup> Dieses Urteil ist inzwischen auch von HÜRLIMANN/SIEGENTHALER eingehend besprochen worden (siehe Jusletter vom 17. März 2003).

- *Neue Mängel – neue Mängelrechte.* Bezieht sich der Nachbesserungsanspruch auf Mängel, die während der 10jährigen Garantiefrist neu eingetreten sind, können diesbezüglich auch neue Mängelrechte geltend gemacht werden (3).
- *Nachbesserung und Verjährung.* Die Verjährung einer Nachbesserungsforderung kann durch Schuldbetreibung nicht unterbrochen werden (4). Offen ist heute, wie es um die mit BGE 96 II 181 begründete Rechtsprechung steht, die in Anlehnung an § 477 Abs. 3 BGB a.F. der Unterbrechungshandlung des Gläubigers Wirkung für sämtliche Mängelrechte zugestanden hatte.<sup>2</sup> Was das BGB anbelangt, geht es auch in seiner revidierten Fassung von einer übergreifenden Wirkung aus, nur einfach *noch* prononcierter als ehemals!<sup>3</sup>

Im vorliegenden *zweiten Teil* der Besprechung nehmen wir uns eine fünfte, sechste und siebte Kernaussage vor. Rechtlich mögen diese Entscheidstellen etwas weniger brisant sein, während sie aber doch praktisch wichtige Fragen klären. Sie betreffen die Kosten der Nachbesserung und deren Übermass (5); das Verhältnis zwischen Nachbesserung des Werkes und dessen Neuherstellung (6); und schliesslich die Durchsetzung der Nachbesserungsforderung (7).

## 5. [54] Übermässige Kosten der Nachbesserung

Die fünfte Kernaussage des zu besprechenden Urteils lautet wie folgt: *Die Kosten der Nachbesserung gelten nur dann als übermässig, „wenn ein Missverhältnis zwischen den voraussichtlichen Nachbesserungskosten und dem Nutzen besteht, den die Mängelbeseitigung dem Besteller bringt“* (E. 4.1.3).

Nach Art. 368 Abs. 2 OR kann der Besteller die unentgeltliche Verbesserung des Werkes nur dann verlangen, „sofern dieses dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht“. Sind die Kosten übermässig, entfällt der Anspruch auf Nachbesserung und bleibt der Besteller auf die übrigen Mängelrechte verwiesen, wenn deren Voraussetzungen im konkreten Fall erfüllt sind.<sup>4</sup> Wenn klar ist, welche Aufwendungen als „Kosten“ des Unternehmers im Sinne der Bestimmung gelten (Ersatz für allfälligen Mangelfolgeschaden gehört *nicht* dazu), ist noch immer zu fragen, womit sie zu vergleichen sind und welcher Massstab beim Vergleichen anzulegen ist. Die zweite Frage beantwortet das Bundesgericht mit der schlichten Feststellung, „dass die Klägerinnen ein erhebliches Interesse daran haben, dass das Dach ihrer Industriehalle dicht ist“. Vorab fragt sich, ob das Bundesgericht das Interesse am dichten Dach mit Blick auf die Nachbesserungskosten gewürdigt hat oder ob dieses Interesse, da in sich erheblich, Nachbesserungskosten in jeglicher Höhe gerechtfertigt hätte. Vor allem aber gibt der schlichte Verweis auf die Erheblichkeit des Interesses für die Prognostizierbarkeit künftiger Fälle nur wenig her. Immerhin dürfte feststehen, dass der Nutzen der

<sup>2</sup> Damals noch stellte sich das Bundesgericht auf den Standpunkt, dass "une jurisprudence conforme aux nécessités pratiques ne peut que se conformer à la règle posée par la législation allemande [gemeint ist § 477 Abs. 3 BGB a.F.] [...] et admettre que, par l'action en réduction du prix [...] Guinand [der Käufer/Besteller] a aussi interrompu la prescription de l'action tendant à l'élimination des défauts de la chose et de l'action en dommages-intérêts pour le préjudice subi après coup" (BGE 96 II 181).

<sup>3</sup> Diesbezüglich wäre heute auf den neuen § 213 BGB zu verweisen, der dem ehemals in § 477 Abs. 3 (Kauf) und § 639 Abs. 1 (Werkvertrag) BGB a.F. normierten Gedanken zu allgemeiner Geltung verhalf und der wie folgt lautet: "Die Hemmung, Ablaufhemmung und der erneute Beginn der Verjährung gelten auch für Ansprüche, die aus demselben Grund wahlweise neben dem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind"; dazu WITT, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Das neue Verjährungsrecht, in: JuS 2002, S. 112 f.

<sup>4</sup> TERCIER, Les contrats spéciaux, 3. Aufl., Zürich 2003, (CS), Rn. 4182.

Mängelbeseitigung für den Besteller namentlich dann umso stärker zu gewichten ist, je intensiver der Mangel die Funktionsfähigkeit des Werkes beeinträchtigt.

Für die erste Frage (jene nach dem Vergleichsobjekt) knüpft das Bundesgericht an seine bisherige Rechtsprechung an, nach der auf den *Nutzen* abzustellen ist, den die Mängelbeseitigung und damit das mangelfreie Werk dem Bauherrn bringt (ausdrücklich Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118), also auf ein relatives, im konkreten Fall (Art. 4 ZGB) zu ermittelndes Kosten-/Nutzenverhältnis.<sup>5</sup> Keine Rolle spielt nach dieser Rechtsprechung „das Verhältnis der Nachbesserungskosten zu den Baukosten oder zum vereinbarten Werklohn“ (BGE 111 II 173). Dass insbesondere der vereinbarte Werklohn nicht massgeblich ist, halten wir für evident. Denn würden die Nachbesserungskosten ins Verhältnis zum vereinbarten Werklohn gesetzt (was – wie erwähnt – schon in BGE 111 II 173 abgelehnt wurde), führte dies im Ergebnis zu einer Neufestsetzung des Werklohnes, indem die ursprünglich vereinbarte Vergütung um jene Nachbesserungskosten erhöht würde, die das noch zulässige Mass überschreiten und alsdann vom Besteller zu tragen wären. Auf eine derartige Neuordnung der von den Parteien ursprünglich gewählten Leistungsrelation (Werkleistung/Vergütung) aber ist Art. 368 Abs. 2 OR nicht angelegt.

Im beurteilten Fall betrug die vertraglich vereinbarte Vergütung CHF 108'000.–, während sich die Nachbesserungskosten auf CHF 288'600.– beliefen. Nach Anrechnung der Vorteile, welche die Beschichtung mit einem höherwertigem Material ("Sarnafil" anstelle von "Vatec Pur") dem Besteller einzubringen versprach, verblieben Kosten in Höhe von CHF 260'000.–. Mit Blick auf das "erhebliche Interesse" des Bestellers an einem dichten Hallendach verlegte das Gericht diese Kosten zu Lasten des Unternehmers. Dass sich der Kostenvorschuss, den der Unternehmer zu leisten hatte, schliesslich doch nur auf CHF 180'000.– belief, erklärt sich aus der Anrechnung von CHF 80'000.–, die der Unternehmer dem Besteller schon als Frucht eines ersten Zivilprozesses zu leisten hatte.<sup>6</sup> Wie es sich mit dieser Rechnung im Einzelnen verhält, lässt sich dem bundesgerichtlichen Urteil nicht entnehmen. Immerhin ist anzumerken, dass es bei dieser früheren Leistung (von CHF 80'000.–) wohl nicht um den Ausgleich des "Minderwerts der Werkhalle" im Sinne der werkvertragsrechtlichen Minderung ging. Denn Gegenstand des Werkvertrages, dessen mangelhafte Erfüllung Anlass zum vorliegenden Streit gab, war einzig die Verpflichtung, "das Dach einer Industriehalle mit 'Vatec Pur' zu beschichten", also nicht der Bau der Industriehalle selber. So wäre der "Minderwert" der Halle wohl als Mangelfolgeschaden einzuordnen, der durch (verschuldensabhängigen) Schadenersatz, nicht durch Minderung wettzumachen ist.

## 6. Nachbesserung durch Neuherstellung

Der sechsten Kernaussage zufolge *kann der Besteller vom Unternehmer die Neuherstellung des Werkes verlangen, sofern die Nachbesserung aus sachlichen Gründen unmöglich, die Neuherstellung aber möglich ist* (E. 4.1.4).

Kann der Besteller, der über einen Nachbesserungsanspruch verfügt, den Unternehmer zur Neuherstellung des Werkes zwingen? Diese Frage wird vom Bundesgericht im *Grundsatz*

<sup>5</sup> GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, (Werkvertrag), Rn. 1751; DERS., Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157-190, N 14 zu Art. 169; TERCIER, CS, Rn. 4182. Anders KOLLER, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, Zürich 1995, (Nachbesserung), Rn. 93, der nicht nur auf das Kosten-/Nutzenverhältnis abstellen, sondern alle Umstände des Einzelfalls einbeziehen will.

<sup>6</sup> Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 24. Februar 1994 (nicht publ.).

verneint.<sup>7</sup> Eine *Ausnahme* greift immer (und wohl entgegen BGE 98 II 118 E. 2)<sup>8</sup> dann, wenn die Nachbesserung objektiv unmöglich ist und nur die Neuherstellung dem Besteller zu einem mangelfreien Werk verhilft.<sup>9</sup> Diese Konstellation war im vorliegenden Fall gegeben, weil das vertraglich vereinbarte Produkt ("Vatec Pur") offenbar gar nicht mehr erhältlich war.<sup>10</sup> Ob sich der Anspruch des Bestellers auf die [71] Verbesserung des bestehenden Werkes beschränkt oder gerade auf dessen Neuherstellung geht, hängt also davon ab, ob die Verbesserung des bestehenden Werkes überhaupt möglich ist. Somit ist zu prüfen, ob die schlichte Verbesserung den vereinbarten Erfolg – das mangelfreie Werk – zu bewirken vermag. Lässt sich der Erfolg im konkreten Fall durch Verbesserung nicht bewirken – und in diesem Sinne verstehen wir die Unmöglichkeit, an der das Bundesgericht die Ausnahme festmacht –, bleibt nur die Neuherstellung des Werkes, zu der sich der Unternehmer sodann – vorbehaltlich übermässiger Kosten (dazu vorstehend Ziff. 5) – herbeizulassen hat.<sup>11</sup> Wenn das Bundesgericht die Neuherstellung ausdrücklich als Ausnahme wertet, bedeutet dies wohl nichts anderes, als dass nach der praktischen Erfahrung meist schon die schlichte Verbesserung dem Besteller zum vereinbarten Erfolg zu verhelfen vermag.

Während der Besteller zumeist („grundsätzlich“) auf schlichte Verbesserung des bestehenden Werkes (nicht Neuherstellung) beschränkt ist, steht dem Unternehmer nach einem bundesgerichtlichen Urteil vom 4. April 2001 (4C.80/2000) das Recht zu, anstelle der geschuldeten (schlichten) Verbesserung das mangelhafte Werk neu herzustellen.<sup>12</sup> Schutzwürdige Interessen, die eine Neuherstellung für ihn als unzumutbar erscheinen lassen, vorbehalten, kann sich der Besteller insbesondere nicht darauf berufen, die Nachbesserung des bestehenden Werkes sei unmöglich, solange die Neuherstellung noch möglich ist.

<sup>7</sup> So auch: KOLLER, Nachbesserung, Rn. 119; GAUCH, Werkvertrag, Rn. 1775; ZK-BÜHLER, N 120 zu Art. 368 OR.

<sup>8</sup> In jenem Entscheid deutete das Bundesgericht die Aufforderung der Bestellerin an die Unternehmerin, "die Tanks zu entfernen und durch neue zu ersetzen", als Wandelungserklärung. Wir halten diese Deutung (mit anderen) zwar für fragwürdig, denn die Bestellerin wollte am Vertrag wohl festhalten. Immerhin relativiert sie die seinerzeitige, ablehnende Haltung des Bundesgerichts, da sich Wandelung und Neuherstellung offensichtlich nicht vertragen.

<sup>9</sup> Aus der Lehre: GAUCH, Werkvertrag, Rn. 1779; KOLLER, Nachbesserung, Rn. 120; TERCIER, CS, Rn. 4181.

<sup>10</sup> Die Frage, ob der Unternehmer in der Sache nicht gerade dazu verpflichtet wurde, ein *anderes* Werk (Abdichtung mit Sarnafil) und nicht bloss das versprochene Werk erneut herzustellen bzw. jetzt zu finanzieren, können wir hier nur aufwerfen (siehe auch HÜRLIMANN/SIEGENTHALER [Fn. 1], Rn. 58), mangels näherer Angaben nicht auch beantworten. Doch konstatieren wir, dass diesbezüglich in der (zugegebenermassen summarischen) Schilderung des Sachverhalts, die den Erwägungen des Bundesgerichts vorausgeht, lediglich davon die Rede ist, dass sich der Unternehmer dazu verpflichtete, "das Dach einer Industriehalle mit 'Vatec Pur' zu beschichten".

<sup>11</sup> So auch die Rechtslage in Deutschland, auf die das Bundesgericht in E. 4.1.4 verweist. Grundlegend BGHZ 96, 111 vom 10. Oktober 1985 = BauR 1986, S. 93 ff. (Austausch sämtlicher Tür- und Fensterrahmen, einschliesslich der Scheiben); dazu WIRTH, in: INGENSTAU/KORBION, VOB-Kommentar, 14. Aufl., Düsseldorf 2001, N 482 zu § 13 VOB/B.

<sup>12</sup> So ausdrücklich § 635 Abs. 1 BGB (in der Fassung vom 1. Januar 2002): "Verlangt der Besteller Nacherfüllung, so kann der Unternehmer nach seiner Wahl den Mangel beseitigen oder ein neues Werk herstellen."

## 7. Bevorschussung der Nachbesserungskosten

Nach der siebten, letzten und einsam publizierten<sup>13</sup> Erwägung, die sich im vorliegenden Urteil findet, ist *der Unternehmer verpflichtet, dem Besteller die Kosten der Nachbesserung vorzuschliessen* (E. 4.2.2).

Zur Durchsetzung des Anspruchs auf Nachbesserung hält das Bundesgericht (in E. 4.2.1) zunächst fest, dass die Ersatzvornahme im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 keiner richterlichen Ermächtigung bedarf.<sup>14</sup> Haben die Parteien von einer Übernahme dieser Norm abgesehen, ist der Besteller nach Art. 98 OR zur Ersatzvornahme einzig dann berechtigt, wenn er sich zuvor *ermächtigen* lässt, "die Leistung auf Kosten des Schuldners vorzunehmen".<sup>15</sup> Dies hält das Bundesgericht auch im vorliegenden Fall fest. Auffällig ist nur, dass BGE 107 II 50 in diesem Zusammenhang unerwähnt bleibt.<sup>16</sup> Dort (und zuvor schon in BGE 96 II 351) befreite das Gericht den Nachbesserungsgläubiger gestützt auf eine analoge Anwendung des Art. 366 Abs. 2 OR *generell* davon, sich zur Ersatzvornahme richterlich ermächtigen lassen zu müssen. Möglicherweise sucht sich das Gericht jetzt von seiner bisherigen Rechtsprechung zu lösen.<sup>17</sup> Sollte es aber dabei bleiben, ist zu merken, dass die Ersatzvornahme, für die sich der Besteller auf Art. 366 Abs. 2 OR stützt, neben einem Verschulden des Unternehmers an seiner Säumnis voraussetzt, dass der Besteller ihm eine "angemessene Frist zur Abhilfe" ansetzt und diese Frist ungenutzt verstreicht.

Der Unternehmer ist nach der mit dem vorliegenden Entscheid begründeten Rechtsprechung verpflichtet, dem Besteller die Kosten der Ersatzvornahme vorzuschliessen. Diese Rechtsprechung war mit BGE 126 III 230<sup>18</sup> vorgespurt worden<sup>19</sup> und lag seither in der Luft. Die Höhe des Vorschusses richtet sich nach den mutmasslichen Nachbesserungskosten, für die nach Art. 8 ZGB der Besteller beweispflichtig ist. Der Unternehmer kann unter Umständen das Übermass der Kosten und mithin einwenden, dass der Anspruch auf Nachbesserung gar nicht bestehe (Art. 368 Abs. 2 OR). Weiter obliegt es ihm, allfällige

<sup>13</sup> Auf diese Entscheidstelle beschränkt sich auch die Veröffentlichung des vorinstanzlichen Urteils vom 18. Mai 2001 in: GVP 2001, Nr. 42 sowie SJZ 2003, S. 71 f.

<sup>14</sup> Das ergibt sich aus Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 der SIA-Norm 118, der den Bauherrn aber immerhin dazu verpflichtet, dem Unternehmer für die Nachbesserung eine angemessene Frist anzusetzen, was ihm zwar auch Art. 366 Abs. 2 OR, nicht aber Art. 98 Abs. 1 OR vorschreibt.

<sup>15</sup> Mit der Frage, ob Art. 98 Abs. 1 OR im Sinne der Vollstreckungs- oder der Erfüllungstheorie zu verstehen sei, musste sich das Bundesgericht nicht auseinandersetzen (zu dieser Kontroverse BK-WEBER, N 46 f. zu Art. 98 OR, mit Hinweisen). Denn die Ersatzvornahme, die im vorliegenden Fall in Frage stand, stützte sich auf Art. 169 der SIA-Norm 118, welcher (wie Art. 366 Abs. 2 OR, analog) materiell-rechtlicher Natur und deshalb „auch ohne vorhergehendes oder begleitendes Leistungsurteil möglich“ ist (SCHWENZER, OR AT, 2. Aufl., Bern 2000, Rn. 61.09).

<sup>16</sup> Zu diesem Urteil siehe die Besprechung von TERCIER, L'arrêt „Nandro Bergbahn AG“, in: BR 1981, S. 30 ff.

<sup>17</sup> Entsprechende Begründungen finden sich vor allem bei GAUCH, Werkvertrag, Rn. 1819 ff., der die analoge Anwendung des Art. 366 Abs. 2 OR auf Fälle beschränkt sehen möchte, in denen "sich eine Mangelbeseitigung mit besonderer Dringlichkeit aufdrängt" (Rn. 1822). Kritisch auch: TERCIER, CS, Rn. 4194; BK-WEBER, N 61 zu Art. 98 OR. Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts wird aber im Schrifttum teils auch gebilligt, so von: KOLLER, Nachbesserung, Rn. 503; ZK-BÜHLER, N 151 zu Art. 368 OR.

<sup>18</sup> Dass BGE 126 III 230 einen Fall der Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR betraf, ändert an der Frage der Vorschusspflicht nichts, zumal das Bundesgericht diese Bestimmung im Bereich der Nachbesserung analog anwendet (grundlegend BGE 107 II 50).

<sup>19</sup> In der Lehre wird die Vorschusspflicht des Unternehmers namentlich bejaht von: GAUCH, Werkvertrag, Rn. 1816; KOLLER, Nachbesserung, Rn. 497; TERCIER, CS, Rn. 4195.

Vorteile<sup>20</sup> geltend zu machen, die sodann (wenn der Beweis gelingt) vom Vorschuss in Abzug zu bringen sind. Dagegen ist ihm der Einwand, dass sich die Arbeiten billiger ausführen liessen und der Vorschuss entsprechend herabzusetzen sei, verwehrt. Denn dieses "Mehrkostenrisiko"<sup>21</sup> geht [72] "im Rahmen von Treu und Glauben" von vornherein voll zu seinen Lasten.<sup>22</sup> Zu den Mehrkosten, die der Werkunternehmer hinzunehmen hat, gehört insbesondere auch der Unternehmergewinn des Drittunternehmers, den der Werkunternehmer selber bei Eigenverbesserung nicht hätte fordern können.

Was die übrigen Modalitäten der Vorschusspflicht anbelangt, hielt das Bundesgericht fest,

- dass "der Vorschuss ausschliesslich für die Finanzierung der Ersatzvornahme zu verwenden" ist;
- dass der Besteller verpflichtet ist, "nach Abschluss der 'Ersatznachbesserung' über die Kosten abzurechnen und dem Unternehmer einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten"; und
- dass "der Besteller den gesamten Betrag zurückzuerstatten [hat], wenn er die Nachbesserung nicht innert angemessener Frist vornehmen lässt"<sup>23</sup>.

Was namentlich die *Befristung* angeht, kann der Besteller selbst dann, wenn er die Nachbesserung gänzlich unterlässt, den vorgeschossenen Betrag unter Umständen einbehalten, wenn er nachträglich eine gegen den Unternehmer gerichtete Schadenersatzforderung zur Verrechnung bringt (Art. 120 OR). Weiter kann der Besteller die Rückerstattung eines allfälligen Überschusses verweigern, wenn trotz Nachbesserung "ein endgültiger Minderwert verbleibt"<sup>24</sup> und er den Überschuss zur Minderung verwendet.

Hinsichtlich der Vorfinanzierung der Ersatzvornahme durch den vertragsbrüchigen Schuldner bleibt die Interessenlage unverändert, wenn der Gläubiger nicht ein Besteller im Werkvertrag, sondern etwa ein Mieter ist, der schwere Mängel auf dem Wege der Ersatzvornahme beseitigen will. Entsprechend lässt sich der Entscheid, mit dem das Bundesgericht dem nachbesserungspflichtigen Unternehmer eine Vorschusspflicht überbindet, *verallgemeinern*. Inskünftig ist deshalb wohl auch für die allgemeine Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR davon ausgehen, dass der Schuldner dem Gläubiger die Kosten der Ersatzvornahme

<sup>20</sup> Etwa ist es möglich, dass (wie im vorliegenden Fall) im Zuge der Nachbesserung (durch Neuherstellung) ein höherwertiges Produkt angewendet wird. Als Vorteil anzurechnen ist auch die höhere Lebensdauer, die ein nach Jahren neu abgedichtetes Dach gegenüber dem ursprünglichen Werk selbst dann aufweist, wenn das Dach von Anfang an einwandfrei abgedichtet worden wäre. Allerdings hat dieser Faktor im vorliegenden Fall – soweit ersichtlich – keine Rolle gespielt.

<sup>21</sup> GAUCH/SCHLUEP/REY, OR AT, 7. Aufl., Zürich 1998, Rn. 2592.

<sup>22</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rn. 1815; KOLLER, Nachbesserung, Rn. 496; BK-WEBER, N 77 zu Art. 98 OR.

<sup>23</sup> Im vorliegenden Fall wurde dem Besteller eine Frist von "drei Jahren ab Leistung des Kostenvorschusses" (GVP SG 2001, Nr. 42) eingeräumt. Mit Rücksicht darauf, dass die ursprünglichen Arbeiten zwischen dem 22./23. Januar 1986 (Vertragsschluss) und Herbst 1986 (Abschluss der Arbeiten) geleistet wurden, erscheint uns eine Frist von drei Jahren grosszügig bemessen. Dabei anerkennen wir aber, dass sich die Angemessenheit nach den konkreten Umständen bestimmt, die das bundesgerichtliche Urteil (auch in seinem Volltext) naturgemäss nicht vollständig vermittelt. Für das deutsche Recht wird gesagt, dass man "im Allgemeinen ... als Richtwert nicht mehr als einen Zeitraum von einem halben bis äusserstenfalls einem Jahr zubilligen" könne, sehr umfangreiche Arbeiten vorbehalten (so WIRTH, [Fn. 11], N 555 zu § 13 VOB/B).

<sup>24</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rn. 1846.

vorzuschüssen hat, wenn der Gläubiger dies verlangt.<sup>25</sup> Zweckmässigerweise wird der Gläubiger gleichzeitig um richterliche Ermächtigung und die Anordnung einer Vorschussleistung nachsuchen, wobei sich die Zuständigkeit so oder anders nach kantonalem Recht richtet.

## **8. Post scriptum**

Schadenersatz und Vorschuss, die der Unternehmer dem Bauherrn zu leisten hatte, betrug insgesamt CHF 260'000.–. Auf diesen Betrag sind die Anwalts- und Gerichtskosten zu schlagen, die zwei Zivilverfahren nach sich zogen. Dazu kommen die internen Unkosten, die dem Unternehmer aus diesem Streit entstanden. Auch wenn von dieser Summe der Werklohn (CHF 108'000.–) abzuziehen ist, bleibt es dabei, dass der Unternehmer einen (relativ) atemberaubenden Verlust erlitt. Mit dem Atem, der uns noch bleibt, konzidieren wir: Kommentieren ist komfortabler als kalkulieren!

\* \* \*

---

<sup>25</sup> So: BK-WEBER, N 80 zu Art. 98 OR; VON TUHR/ESCHER, OR AT, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974; S. 91; schon BK-BECKER, N 3 zu Art. 98 OR. Ablehnend aber insbesondere BUCHER, OR AT, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 332.