



Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht
Institut pour le droit suisse et international de la construction

Schweizerische Baurechtstagung
Journées suisses du droit de la construction

Année / Jahr:
1983

Das Risiko beim Bauen, ausgewählte Risiken: Das Risiko des
Werkmangels

Auteur / Autor:
Gauch Peter

Das Risiko beim Bauen, ausgewählte Risiken. 3. Teil:

Das Risiko des Werkmangels

Prof. Dr. iur. Peter Gauch, Universität Freiburg

SEMINAR FÜR SCHWEIZERISCHES BAURECHT

BAURECHTSTAGUNG 1983 / TAGUNGSUNTERLAGE 5

 Prof. Dr. iur. Peter GAUCH, Universität Freiburg

 DAS RISIKO BEIM BAUEN. 3. TEIL:
 DAS RISIKO DES WERKMANGELS

<u>UEBERSICHT</u> :	Seite :
<u>I.</u> DIE RISIKOVERTEILUNG NACH GESETZ	118
<u>1.</u> DIE GRUNDSAETZE	
<u>2.</u> EINZELFRAGEN	
<u>A.</u> Der Werkmangel	
<u>B.</u> Das Minderungsrecht	
<u>C.</u> Das Nachbesserungsrecht	
<u>D.</u> Das Selbstverschulden	
<u>II.</u> DIE VERMINDERUNG DES UNTERNEHMERRISIKOS	128
(Prüfungs- und Rügepflicht des Bauherrn; strenge Verjährungsordnung)	
<u>III.</u> VERTRAGSPRAXIS	130
<u>1.</u> DIE VEREINBARTE GARANTIE	
<u>2.</u> DIE VEREINBARTE GARANTIEFRIST	
<u>3.</u> DIE WEGBEDINGUNG DER MAENDELHAFTUNG	
<u>A.</u> Die Auslegung	
<u>B.</u> Die Wirksamkeit der Freizeichnung	

LITERATUR :

Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1979; Deschenaux/Tercier, La responsabilité civile, 2ème éd., Berne 1982; Gauch, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1977; Gautschi, Berner Kommentar zu Art. 363 - 379 OR, Bern 1967; Giger, Berner Kommentar zu Art. 184 - 215 OR, 2. Aufl., Bern 1980; Guhl/Merz/Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980; Jäggi/Gauch, Zürcher Kommentar zu Art. 18 OR, Zürich 1980; Koller, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Diss. Freiburg, Zürich 1977; Ott, Der Architekt als Hilfsperson des Bauherrn, SJZ 74, 1978, S. 285 ff.; Pedrazzini, Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, SPR VII/1, Basel und Stuttgart 1977, S. 495 ff.; Reber, Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, 4. Aufl., Dietikon 1983; von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich 1974.

BEILAGEN :

- 1 BGE 107 II 438 f. (Nachbesserungskosten begründen einen Schadenersatzanspruch. Einstehenmüssen des Unternehmers für seine Hilfsperson)
- 2 BGE 105 II 101 ff. (Ein Minderwert kann nicht mehr als die Kosten für eine tadellose Mängelbeseitigung ausmachen)
- 3 BGE 107 II 55 f. (Analoge Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR auf die Nachbesserung; Nachbesserungskosten begründen einen Schadenersatzanspruch; Art. 210 Abs. 2 OR ist sinngemäss im Werkvertragsrecht anwendbar)
- 4 BR 1982, S. 18, Nr. 16 (Analoge Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR auf die Nachbesserung?)
- 5 BR 1982, S. 34 ff. (Verbesserung des mangelhaften Werkes durch einen Dritten)
- 6 LGVE 1974, I, Nr. 190, S. 217 (Nichtleistung der Nachbesserung: Schuldnerverzug und Ersatzvornahme)
- 7 BGE 107 II 174 ff. (Rechtzeitigkeit der Rüge gemäss Art. 370 Abs. 3 OR; Beweislast für die Rechtzeitigkeit)
- 8 BGr. SJ 1981, S. 522 f. (Mängelhaftung bei Fehlen einer "garantierten" Eigenschaft, wenn die Garantie für den Vertragsabschluss durch den Bauherrn kausal war)
- 9 BR 1982, S. 19, Nr. 18 (Freizeichnungsklausel nur für "gewöhnliche Mängel"?)
- 10 SJ 1983, S. 23 f. (Weiterentwicklung des Standes der Technik während der Werkausführung)
- 11 BGE 107 II 437 f. (Rechtsnatur der Mängelrüge)

DAS RISIKO DES WERKMANGELS: WICHTIGE EINZELFRAGEN

Bauen ist riskant. Ein Risiko besteht im Werkmangel: darin, dass das von einem Unternehmer ausgeführte Werk (das Ergebnis seiner Arbeit) nicht jene Eigenschaften aufweist, die es nach dem Werkvertrag haben sollte. Trifft dies zu, so stellt sich die Frage, wer das Risiko zu tragen hat: Der Unternehmer oder der Bauherr, dem das mangelhafte Werk abgeliefert wird?

I. DIE RISIKOVERTEILUNG NACH GESETZ

1. DIE GRUNDSAETZE

1. Das Gesetz befasst sich mit der Verteilung des erwähnten Risikos in den Bestimmungen über die Mängelhaftung. Nach Art. 368/369 OR gelten die folgenden drei Grundsätze (vgl. Tagungsunterlage 1981/1, S.15f.):

a. Für den Werkmangel an sich haftet der Unternehmer, auch wenn ihn kein Verschulden trifft, also "kausal". Gestützt auf den Mangel kann der Bauherr, dem ein mangelhaftes Werk abgeliefert wird:

- den Werkvertrag wandeln (= aufheben), falls ihm die Annahme des Werkes unzumutbar (Art. 368 Abs. 1 OR) und dessen Entfernung nicht mit unverhältnismässigen Nachteilen verbunden ist (Art. 368 Abs. 3 OR).

- oder die Vergütung mindern, wenn das Werk infolge des Mangels einen Minderwert aufweist (Art. 368 Abs. 2 OR).
- oder die unentgeltliche Verbesserung des Werkes verlangen, sofern die Kosten der Verbesserung (gemessen am Interesse des Bauherrn!) nicht übermässig sind (Art. 368 Abs. 2 OR).

Diese drei Mängelrechte (vgl. die Uebersicht in BGE 107 II 438 f. = Beilage 1) zielen auf die Beseitigung der durch den Mangel an sich bewirkten Leistungsstörung. Sie setzen (wie gesagt) kein Verschulden des Unternehmers voraus. Somit trägt der Unternehmer das volle Risiko des Werkmangels (vgl. aber lit. c). Er steht schlechter als der Architekt oder Ingenieur des Bauherrn, den (bei Anwendung des Auftragsrechts, BGE 98 II 311 f.) eine blosse Verschuldenshaftung trifft (Art. 398 OR).

- b.** Für den Mangelfolgeschaden (z.B. Brandschaden, Mietzinsausfall), der als "weitere Folge" (aber "ausserhalb") des Mangels eintritt, kann der geschädigte Bauherr Schadenersatz verlangen (Art. 368 OR). Sein Schadenersatzrecht (ein zusätzliches Mängelrecht!) setzt jedoch ein Verschulden des Unternehmers voraus. Dadurch wird das Risiko des Unternehmers beschränkt. Dem Verschulden gleichgestellt ist allerdings der Fall, da der Unternehmer für eine Hilfsperson (z.B. einen Subunternehmer) einstehen muss (Art. 101 OR; vgl. BGE 107 II 439 = Beilage 1).

Merke: Art. 368 OR unterscheidet (anders als Art. 208 OR) nicht zwischen "unmittelbarem" und "weiterem" Schaden (BGE 64 II 257). Ob sich eine analoge Anwendung des Art. 208 Abs. 2 OR (kausale Haftung für "unmittelbaren" Schaden) auf den Werkvertrag rechtfertigt, ist fraglich (bejahend aber Gauch, Nr. 622; Gautschi, N 11b zu Art. 368 OR).

c. Keine Haftung trifft den Unternehmer für Mängel, die der Bauherr selbst verschuldet hat (Art. 369 OR). Das Risiko für solche Mängel trägt allein der Bauherr: Er hat keinerlei Mängelrechte; der Unternehmer haftet weder für den Mangel an sich (lit. a) noch für den Mangelfolgeschaden (lit. b).

2. Die umschriebenen Grundsätze wurden auch in die SIA-Norm 118 übernommen (Art. 165, 166 Abs. 4, 169 und 171), wobei aber zwei Besonderheiten zu beachten sind:

- Die Wahl zwischen Wandelung, Minderung und Nachbesserung ist (dem Bedürfnis der Baubranche entsprechend) beschränkt, indem der Bauherr zunächst immer nur die Nachbesserung verlangen kann (Art. 169 Abs. 1 der Norm).
- Der vom Bauherrn selbst verschuldete Mangel ist nach der "Konstruktion" der Norm überhaupt kein Werkmangel (Art. 166 Abs. 4 der Norm), was aber im Ergebnis zur gleichen Rechtslage wie Art. 369 OR führt.

2. EINZELFRAGEN

Die soeben dargestellten Grundsätze der Mängelhaftung bilden ein Kernstück des Werkvertragsrechts und kommen daher immer wieder zur Sprache. In der Praxis stellen sich zahlreiche Einzelfragen. Zum Gegenstand dieser Fragen gehören unter anderem:

A. DER WERKMANGEL

Der Werkmangel, für den der Unternehmer nach Art. 368 OR haftet, besteht in einer Abweichung des Werkes vom Vertrag (BGE 100 II 32; Gauch Nr. 332 ff.; ebenso: SIA-Norm 118, Art. 166). Dem Werk fehlt eine vertraglich geforderte (vereinbarte oder vorausgesetzte) Eigenschaft (vgl. SIA-Norm 118, Art. 166 Abs. 2).

1. Massgeblich für die Beurteilung der Mangelhaftigkeit ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Ablieferung (Abnahme). Deshalb

- kann ein Werkmangel auch dadurch entstehen, dass das mängelfrei hergestellte Werk noch vor der Ablieferung verschlechtert (z.B. durch einen Dritten beschädigt) wird. Für eine zufällige Verschlechterung, die das Werk nur deshalb vor der Ablieferung trifft, weil der Bauherr sich in Annahmeverzug befindet, haftet der Unternehmer jedoch nicht (Art. 376 Abs. 1 OR, sinngemäss).
- ist ein "Mangel", der erst nach der Ablieferung entsteht, kein Werkmangel, für den der Unternehmer haftet (vgl. BGE 107 II 437 = Beilage 11). Vorbehalten bleiben aber folgende Sonderfälle:

Ein ursprünglicher Werkmangel (der bei der Ablieferung besteht) kommt erst nachträglich zum Vorschein; oder er entwickelt sich erst nachträglich zu einer wahrnehmbaren Vertragsabweichung; oder er hat zur Folge, dass im abgelieferten Werk des betreffenden Unternehmers ein weiterer Mangel (z.B. ein Mauerriss) entsteht, der vom ursprünglichen Mangel (z.B. einem Mangel im Fundament) verschieden ist.

2. Ein Werk kann (im Zeitpunkt der Ablieferung) auch deshalb mangelhaft sein, weil seine Beschaffenheit nicht den anerkannten Regeln der Baukunst entspricht und ihm deshalb eine vorausgesetzte Eigenschaft (z.B. volle Gebrauchstauglichkeit) fehlt.

Ob die Regeln der Baukunst eingehalten sind, beurteilt sich (mangels anderer Abrede) nach dem Stand der Technik zur Zeit der Werkausführung. In dieser Hinsicht kommt es also weder auf die Zeit des Vertragsabschlusses, noch auf den Zeitpunkt der Ablieferung oder einer spätern Urteils-fällung (durch den Richter) an. Vgl. zum Ganzen auch SJ 1983, S. 23 f. = Beilage 10.

B. DAS MINDERUNGSRECHT

Das Minderungsrecht gestattet dem Bauherrn, auch wenn den Unternehmer kein Verschulden trifft, "einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug am Lohne" zu machen (Art. 368 Abs. 2 OR). Schwierigkeiten bereitet die Berechnung der Minderung:

1. Sicher und bekannt ist zwar, dass sich der Umfang der Minderung "theoretisch" nach der relativen Methode bestimmt (dazu BGE 105 II 101 = Beilage 2), wonach der Herabsetzungsbetrag sich vom Minderwert unterscheidet. (Herabsetzung der Vergütung um so viel Prozent, als das Werk minder wert ist).

Diese Methode ist jedoch in vielen Fällen unpraktikabel. Die Gerichte wählen daher oft einen "kürzeren" Weg, indem sie die Vergütung einfach um den Betrag der (tatsächlichen oder mutmasslichen) Verbesserungskosten reduzieren. Ist das zulässig? {

2. Nach BGE 105 II 102 (= Beilage 2) kann der Minderwert nicht mehr als die Kosten für eine tadellose Mängelbeseitigung ausmachen.

Trifft dies aber zu, so berechnet er sich unter Ausschluss eines ~~Merkanellen Minderwertes~~ der trotz Mängelbeseitigung deshalb zurückbleibt, weil das Werk wegen seiner früheren Mangelhaftigkeit einen im Geschäftsver-

kehr verminderten Verkaufswert besitzt. Dieser "Merkan- tile Minderwert" ist nur (aber immerhin) ein Mangelfolge- schaden, der bei gegebenen Voraussetzungen eine Schaden- ersatzpflicht des Unternehmers begründet. An der letzten Baurechtstagung wurde diese Frage noch offen gelassen (vgl. Tagungsunterlage 1981/1, S. 28).

3. Kaum diskutiert und völlig ungelöst ist die Frage, wie sich die Minderung berechnet, wenn der Bauherr den Stoff für das Werk (ganz oder teilweise) selber geliefert hat. Muss der Wert des vom Bauherrn beigestellten Stoffes bei der Berechnung der Minderung berücksichtigt werden (und allenfalls wie)?

C. DAS NACHBESSERUNGSRECHT

Das Nachbesserungsrecht, das kein Verschulden des Unter- nehmers voraussetzt, gibt dem Besteller die Befugnis, die unentgeltliche Verbesserung des Werkes zu verlangen. Hin- sichtlich dieser Befugnis stellen sich verschiedene Fra- gen:

1. Zwei Fragen betreffen die Unentgeltlichkeit der Ver- besserung. Welche Kosten gehören zu den Verbesserungs- kosten, die der Unternehmer zu tragen hat? Und: Gibt es Ausnahmen vom Prinzip der Unentgeltlichkeit?

a. Zu den Verbesserungskosten, die den Unternehmer bela- sten, gehören sicher:

- Die (Arbeits- und Material-) Kosten der unmittel- baren Mängelbeseitigung (Beseitigung des Mangels an sich).

- Die Kosten für Vorbereitungs- und Wiederherstellungsarbeiten, die zur geschuldeten Nachbesserung gehören (ebenso: SIA-Norm 118, Art. 170 Abs.1).
- Allfällige Mehrkosten, die dem Bauherrn durch den notwendigen Einsatz eines Architekten (oder Ingenieurs) entstehen (ebenso: SIA-Norm 118, Art. 170 Abs.1).

Für alle diese Kosten hat der nachbesserungspflichtige Unternehmer ohne weiteres aufzukommen. Anders verhält es sich mit dem Gewinn, der dem Bauherrn infolge der Nachbesserungsarbeiten entgeht. Der entgangene Gewinn (z.B. ein Mietzinsausfall) ist Mangelfolgeschaden, für den der Unternehmer nur bei Verschulden oder nach Art. 101 OR haftet.

b. Das Prinzip der Unentgeltlichkeit gilt nicht ausnahmslos. Vielmehr gibt es Ausnahmefälle, in denen der Bauherr einen Zuschuss an die Verbesserungskosten leisten muss. Zu Lasten des Bauherrn gehen insbesondere:

- Die "Sowiesokosten", die ihm ohnehin (auch bei ursprünglich mängelfreier Werkherstellung) entstanden wären (ebenso: SIA-Norm 118, Art. 170 Abs. 2).
- Die Mehrkosten der Nachbesserung, die der Bauherr durch unnötige Verzögerung des Nachbesserungsbegehrens verursacht hat (Art. 44 Abs. 1 OR, sinngemäss). Vgl. dazu auch SIA-Norm 118, Art. 173 Abs.2.
- Die Kosten, die er deshalb zu tragen hat, weil ihn ein beschränktes Selbstverschulden trifft (ebenso: SIA-Norm 118, Art. 170 Abs. 3).

2. Aktuell ist nach wie vor die Frage, ob der Bauherr einer richterlichen Ermächtigung zur Ersatzvornahme bedarf (Art. 98 Abs. 1 OR), wenn er die Mängel auf Kosten und Gefahr des mit der Nachbesserung säumigen Unternehmers (selber oder durch einen Dritten) beseitigen will. Diese Frage wurde schon an der Baurechtstagung 1981 diskutiert (Tagungsunterlage 1981/1, S. 27). Neu ist, dass es inzwischen einen publizierten Bundesgerichtsentscheid gibt, der sich zur Frage äussert, nämlich BGE 107 II 55 f.

In BGE 107 II 55 f. (= Beilage 3) vertritt das Bundesgericht die Meinung, dass der Bauherr in analoger Anwendung des Art. 366 Abs. 2 OR von einer richterlichen Ermächtigung dispensiert sei. Obwohl der Entscheid einem praktischen Bedürfnis entgegenkommt, erweckt die analoge Anwendung des Art. 366 Abs. 2 OR grundsätzliche Bedenken (vgl. Beilage 4). Zudem fasst das Bundesgericht den Anspruch des Bauherrn auf Ersatz der aufgewendeten Verbesserungskosten konstant als Schadenersatzanspruch auf (BGE 107 II 55 f. = Beilage 3; 107 III 108; 107 II 439 = Beilage 1), während die Ersatzvornahme gar keinen Schadenersatzanspruch (sondern einen Anspruch auf Aufwendungsersatz) begründet (kritisch daher Gauch, BR 1982, S. 34 ff. = Beilage 5). Soweit es nur um die Einforderung von Schadenersatz geht, genügt die verzugsrechtliche Bestimmung des Art. 107 OR : Der Bauherr kann nach Art. 107 Abs. 2 OR auf die verlangte, aber vom Unternehmer verzögerte Nachbesserung verzichten und statt dessen Schadenersatz (unter Einschluss der Verbesserungskosten) verlangen (LGVE 1974, I, Nr. 190, S. 217 = Beilage 6; Bucher, S. 297; v. Tuhr/Escher, S. 92). Mit Ersatzvornahme (Art. 366 Abs. 2 OR) hat dies nichts zu tun!

D. DAS SELBSTVERSCHULDEN DES BAUHERRN

Die Mängelhaftung des Unternehmers entfällt, wenn der Bauherr den Werkmangel selbst verschuldet hat (Art. 369 OR).

1. Ein Selbstverschulden des Bauherrn, das diese völlige Haftungsbefreiung des Unternehmers bewirkt, setzt ein Zweifaches voraus:

- Der Werkmangel muss auf einer Ursache beruhen, die der Bauherr zu vertreten (für die er einzustehen) hat (vgl. Art. 44 Abs. 1 OR).
- Diese Ursache muss die alleinmassgebliche Ursache des Werkmangels bilden: derart, dass die Verursachung des Werkmangels (nach der "Gewichtung" der beidseitigen Beiträge) allein dem Bauherrn zuzurechnen ist.

Beide Voraussetzungen sind nach der expliziten Anordnung des Gesetzes (Art. 369 OR) sicher dann erfüllt, wenn der Werkmangel auf einer Weisung beruht, an welcher der Bauherr trotz ausdrücklicher Abmahnung festgehalten hat. Ausnahmsweise wird der Unternehmer sogar ohne Abmahnung befreit (dazu: Gauch, Nr. 664 ff.).

2. Die Ursache des Werkmangels, die der Bauherr zu vertreten hat, kann ein unsorgfältiges Verhalten (= Fehlverhalten) oder ein anderer Umstand sein, der ihm zuzurechnen ist. Sie kann z.B. auch bestehen:

- Im Verhalten einer Hilfsperson, die für den Bauherrn tätig war und in Ausübung ihrer Verrichtungen den Werkmangel verursacht hat. Für diese Verursachung hat der Bauherr einzustehen, wenn ihm das Verhalten der Hilfsperson (hätte er an deren Stelle gehandelt) als Fehlverhalten zuzurechnen wäre (Art. 101 OR, sinngemäss; Gauch, Nr. 640; Koller, Nr. 332). Bei der Beurteilung dieser Frage muss sich der Bauherr den Sachverstand einer fachkundigen Hilfsperson anrechnen lassen (Ott, SJZ 74, 1978, S. 288 ff.; anders: Koller, S. 104, Anm. 295).

Hilfsperson des Bauherrn ist namentlich dessen Architekt oder Ingenieur (vgl. BGE 95 II 53 ff.; Koller, Nr. 329 f.; Ott, SJZ 74, 1978, S. 286 f.; Gauch, Nr. 640); ⁶⁴⁵ nicht aber der Nebenunternehmer des Unternehmers ⁶⁷⁰ (Gauch, ZBJV 118, 1982, S. 72).

- Im Mangel des angewiesenen Baugrundes (BGE 26 II 660; Gauch, Nr. 688 ff.; Gautschi, N 4a und 5a zu Art. 369 OR). Dem mangelhaften Baugrund gleichzustellen ist die mangelhafte Vorarbeit eines Nebenunternehmers (Gauch, ZBJV 118, 1982, S. 73), obwohl der Nebenunternehmer keine Hilfsperson des Bauherrn ist. Hier wie dort greift jedoch eine (völlige) Haftungsbefreiung nach Art. 369 OR nur dann Platz, wenn der Unternehmer keine Anzeigepflicht (Art. 365 Abs. 3 OR) verletzt hat (vgl. Gauch, Nr. 695 ff.).

3. Hat der Bauherr zwar eine Ursache des Werkmangels zu vertreten, die aber nicht die alleinmassgebliche Mangelursache ist, so trifft ihn nur ein "beschränktes" Selbstverschulden. (Beispiel: Mangel beruht auf Planungsfehler des Architekten und unsorgfältiger Arbeit). In diesem Fall, über den sich Art. 369 OR ausschweigt, kann der Richter die "Haftpflicht" des Unternehmers nach seinem Ermessen ermässigen. In Frage kommen:

- Ermässigung der Ersatzpflicht für Mangelfolgeschaden (Art. 44 Abs. 1 OR).
- Verkleinerung des Herabsetzungsbetrages bei Minderung (anderer Ansicht für Kauf: BGE 85 II 193). Ebenso: SIA-Norm 118, Art. 169 Abs. 1 Ziff 2.
- Verpflichtung des Bauherrn zur Leistung eines Kostenzuschusses bei Nachbesserung. Ebenso: SIA-Norm 118, Art. 170 Abs. 3.

Merke: Im blossen Umstand, dass der Bauherr (oder dessen Architekt/Ingenieur) den Unternehmer unzulänglich überwacht (kontrolliert) hat, liegt kein (auch kein beschränktes) Selbstverschulden. Denn der Unternehmer hat das Werk auch ohne Ueberwachung mängelfrei herzustellen. Anders verhält es sich nur, wenn der Bauherr eine vertragliche Pflicht zur Ueberwachung übernommen hat (SIA-Norm 118, Art. 34 Abs. 1 ?). Zum Ganzen: Gauch, Nr. 927 f.

II. DIE VERMINDERUNG DES UNTERNEHMERRISIKOS

1. Das Risiko der Mängelhaftung, das der Unternehmer trägt, wird durch das Gesetz in doppelter Weise gemildert:

a. Durch die Prüfungs- und Rügepflicht, die dem Bauherrn obliegt (Art. 367/370 OR) . Unterlässt der Bauherr die rechtzeitige Rüge, so ist der Unternehmer von seiner Haftpflicht völlig befreit (Art. 370 OR). Im Prozess hat der Unternehmer die Verspätung der Rüge zu behaupten, der Bauherr dagegen die Rechtzeitigkeit zu beweisen (BGE 107 II 54; 107 II 176 = Beilage 7). Zur Rechtsnatur der Mängelrüge: BGE 107 II 437 f. = Beilage 11.

Die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichts neigt zur Auffassung, dass es mit der Rechtzeitigkeit der Rüge streng zu nehmen sei (BGE 107 II 175 ff. = Beilage 7), was im Hinblick auf die schützenswerten Interessen des Bauherrn keine Zustimmung verdient. Die Prüfungs- und Rügepflicht darf nicht dazu dienen, dem Unternehmer das Risiko der mangelhaften Werkherstellung praktisch abzunehmen!

- b. Durch die strenge Verjährungsordnung**, wonach die Mängelrechte nach einem Jahr oder (bei unbeweglichen Bauwerken) nach fünf Jahren seit Ablieferung verjähren (Art. 371 OR). Ausnahme: Zehn Jahre seit Ablieferung bei absichtlicher Verschweigung des Mangels (Art. 210 Abs. 3, sinngemäss; BGE 89 II 409, 107 II 231 ff.).

In der Praxis wird vielfach übersehen, dass Art. 210 Abs. 2 OR im Werkvertragsrecht sinngemäss zur Anwendung kommt (BGE 107 II 55 = Beilage 3). Danach kann ein Bauherr, der einen Werkmangel rechtzeitig und innerhalb der Verjährungsfrist gerügt hat, die Mängelrechte trotz Verjährung immer noch einredeweise durchsetzen.

2. Sind die Mängelrechte verjährt oder durch verspätete Rüge verwirkt, so stellt sich die praktische Frage, ob der Bauherr auf dem Umweg über den Deliktsanspruch (Art. 41 ff. OR) doch noch zu seinem Rechte kommt. Kann er den Unternehmer aus unerlaubter Handlung (also "ausservertraglich") auf Schadenersatz belangen?

- Sicher ist, dass der Schaden, den der Bauherr durch den Werkmangel erleidet, nur (aber immerhin) dann einen Deliktsanspruch begründet, wenn die besondern Voraussetzungen der unerlaubten Handlung erfüllt sind. Möglich ist dies grundsätzlich nur bei einem Mangelfolgeschaden; denn die Herstellung und Ablieferung eines mangelhaften Werkes stellt an sich noch keine "Widerrechtlichkeit" im Sinne des Art. 41 OR dar.

- Als einfache Zusicherung beschränkt sich die "Garantie" auf die vertraglich bindende Zusage der "garantierten" Eigenschaft. Die betreffende Eigenschaft wird zur "vereinbarten" Werkeigenschaft.
- Als qualifizierte Zusicherung beinhaltet die "Garantie" zugleich auch die Erklärung des Unternehmers, dass er für die zugesicherte Eigenschaft haften wollte. Sie ist dann eine "strenge" Garantie, wenn der Unternehmer eine kausale Haftung auch für den Mangelfolgeschaden übernimmt.

Welchen Sinn die "Garantie" im Einzelfall hat, ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln. Nach dem blossen Wortlaut (der als primäres Auslegungsmittel dient) hat die "Garantie" den Sinn einer qualifizierten Zusicherung (nicht aber einer "strengen" Garantie).

Fehlt dem Werk eine "garantierte" Eigenschaft, so ist es mangelhaft. Der Unternehmer haftet (bei qualifizierter und bei einfacher Zusicherung) nach den Regeln über die gesetzliche Mängelhaftung (Art. 367 ff. OR), und zwar gleichgültig, ob die "Garantie" für die Auftragserteilung des Bauherrn kausal war oder nicht (anders: BGr. SJ 1981, S. 522 = Beilage 8). Die gesetzlichen Haftungsregeln sind allerdings nur insoweit massgeblich, als die Parteien im Einzelfall nicht etwas anderes (z.B. eine "strenge" Garantie) gültig vereinbart haben.

2. Der Unternehmer "garantiert" einen Erfolg (wie Umsatz und Rendite), der über die vertragsgemässe Beschaffenheit des Werkes hinausgeht. Bleibt der Erfolg aus, so ist deshalb das Werk nicht mangelhaft. Die Regeln über die Mängelhaftung (Art. 367 ff. OR) bleiben folglich aus dem Spiel. Doch hat der Bauherr Anspruch darauf, dass ihm der Unternehmer in Erfüllung seines "Garantieversprechens" Schadenersatz leistet (Gauch, Nr. 347 f.).

2. DIE VEREINBARTE GARANTIEFRIST

"Der Ausdruck 'Garantiefrist' ist ein ziemlich vieldeutiger" (BGE 63 II 180; vgl. auch Reber, S. 166 f.). So kann die vereinbarte "Garantiefrist" z.B. eine Rügefrist für die Anzeige der Mängel (SIA-Norm 118, Art. 173), eine Verjährungsfrist für die Mängelrechte oder eine Rüge- und Verjährungsfrist zugleich sein. Auch kann mit der vereinbarten "Garantiefrist" der Beginn der gesetzlichen Verjährung (z.B. auf das Ende der Garantiefrist) verschoben werden. Bisweilen bildet die "Garantiefrist" Bestandteil einer "Haltbarkeitsgarantie".

Welche Bedeutung die Garantiefrist im Einzelfall hat, ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln. Eine Regel, die im Zweifel für diese oder jene Bedeutung spricht, gibt es nicht (ungenau daher: BGE 63 II 180: "im Zweifel Verjährungsfrist"; oder LGVE 1977 I, Nr. 355, S. 416: "in der Regel kein Einfluss auf die gesetzliche Rügefrist").

3. DIE WEGBEDINGUNG DER MAENDELHAFTUNG

Sie ist eine Vertragsabrede, worin sich der Unternehmer zum vornherein von seiner Mängelhaftung freizeichnet. Die Parteien des Werkvertrages vereinbaren, dass die Mängelhaftung des Unternehmers ganz oder zum Teil (z.B. für bestimmte Mängel, für Mangelfolgeschäden) ausgeschlossen sei. Eine solche (umfassende oder beschränkte) Wegbedingung vermindert das Risiko des Unternehmers. Sie wirft verschiedene Fragen auf, welche die Auslegung und die Wirksamkeit der Abrede betreffen.

A. DIE AUSLEGUNG

1. Ob und in welchem Umfang die Mängelhaftung wegbedungen wurde, ist im Einzelfall durch Vertragsauslegung zu ermitteln. Zur Anwendung kommen die gewöhnlichen Auslegungsmittel und Auslegungsregeln (Jäggi/ Gauch, N 344 ff. und 411 ff. zu Art. 18 OR).

2. Bedeutsam sind vor allem zwei Auslegungsregeln: Erstens die Unklarheitsregel ("Im Zweifel gegen den Verfasser"; Jäggi/Gauch, N 451 ff. zu Art. 18 OR); zweitens die Regel, wonach Freizeichnungsklauseln im Zweifel eng (also zu Gunsten des Bestellers) auszulegen sind (BGE 91 II 348; Jäggi/Gauch, N 447 zu Art. 18 OR; Reber, S. 154). Hingegen gibt es keine allgemeine Regeln:

- wonach ein vereinbarter Haftungsausschluss sich zum vornherein auf "gewöhnliche" Mängel beschränken würde, mit deren Vorkommen im Zeitpunkt der Freizeichnung zu rechnen war (vgl. BGE 83 II 405; 72 II 268). Eine solche Beschränkung kann sich zwar aus einer "engen" Auslegung der Freizeichnung ergeben. Doch kann die Auslegung umgekehrt auch ergeben, dass ein bestimmter Mangel sogar dann unter die vereinbarte Ausschlussklausel fällt, wenn er gänzlich ausserhalb dessen liegt, womit der Besteller vernünftigerweise rechnen musste (anders: BGE 107 II 164 = Beilage 9; Guhl/Merz/Kummer, S. 344; Reber, S. 142 und 154). Alles kommt auf den Einzelfall an!
- wonach mit dem vertraglichen Ausschluss der Mängelhaftung auch eine allfällige Deliktshaftung ausgeschlossen sei. Missverständlich ist deshalb der verbreitete und auch vom Bundesgericht (BGE 107 II 168 = Beilage 9) übernommene Lehrsatz, wonach sich der vereinbarte Haftungsausschluss für Mängel "in der Regel" auch auf die Deliktshaftung erstreckt.

B. DIE WIRKSAMKEIT DER FREIZEICHNUNG

Steht durch Auslegung fest, dass und in welchem Umfang die Mängelhaftung wegbedungen wurde (und erst dann), stellt sich die Frage nach der Wirksamkeit der getroffenen Vereinbarung. Wirksam ist die vereinbarte Aufhebung oder Beschränkung der Haftung nur (aber immerhin) in den Schranken der Rechtsordnung.

1. Zunächst untersteht die Freizeichnung den allgemeinen Gültigkeitsschranken der Art. 19/20 OR. So verstösst z.B. die Wegbedingung der Haftung für Körperschäden des Bestellers grundsätzlich gegen das Persönlichkeitsrecht (Art. 27 Abs. 2 ZGB) und ist deshalb nichtig (Art. 20 OR; Deschenaux/Tercier, S. 213 , mit weiteren Nachweisen; Koller, Nr. 368).

2. Neben den allgemeinen Gültigkeitsschranken hat Bedeutung vor allem die spezielle Schranke des Art. 100 Abs. 1 OR. Danach ist die Wegbedingung der Haftung insoweit nichtig, als sie die Haftung für grobes Verschulden ausschliesst. Diese Bestimmung gilt auch für den Ausschluss der Mängelhaftung (vgl. ZR 79, 1980, Nr. 129, S. 279 f. = BR 1981, S. 55, Nr. 53), jedoch nur sinngemäss, soweit es nicht um die Haftung für Mangelfolgeschaden geht. Auch unterliegt ihr die mit der Mängelhaftung konkurrierende Deliktshaftung (Deschenaux/Tercier, S. 213).

3. Hingegen macht die absichtliche Verschweigung eines Werkmangels eine früher getroffene Freizeichnung nicht unwirksam (vgl. demgegenüber ZR 79, 1980, Nr. 129, S. 280 = BR 1981, S. 55, Nr. 53). Anders verhält es sich nur, wenn ein Mangel vor oder gleichzeitig mit der Freizeichnung verschwiegen wird. In diesem seltenen Fall kommt Art. 199 OR sinngemäss zur Anwendung (insofern zutreffend: Gautschi, N 34 zu Art. 367 OR und Giger, N 7 zu Art. 199 OR).

4. Grundsätzlich (nämlich in den Schranken der Rechtsordnung) wirksam ist der vereinbarte Haftungsausschluss für zugesicherte Eigenschaften (vgl. BGE 73 II 223 f.; v. Büren, OR II, S. 28). Bei einer qualifizierten Zusicherung besteht allerdings ein Widerspruch zwischen der vereinbarten (mit der Zusicherung verbundenen) Haftungsübernahme des Unternehmers und einem völligen Haftungsausschluss. Da Widersprüchliches nicht gelten kann (Jäggi/Gauch, N 433 zu Art. 18 OR), richtet sich hier die Rechtslage nach Gesetz: Der Unternehmer haftet nach den Bestimmungen über die Mängelhaftung (Art. 367 ff. OR).

71. **Extrait de l'arrêt de la 1^{re} Cour civile du 10 novembre 1981 dans la cause C. et S. contre O.** (recours en réforme)

Art. 368 al. 2 CO. Droit du maître de réduire le prix, même s'il entend réparer ou faire réparer l'ouvrage.

Art. 368 Abs. 2 OR. Anspruch des Bestellers auf Minderung des Werklohnes, auch wenn er das Werk verbessern oder verbessern lassen will.

Art. 368 cpv. 2 CO. Diritto del committente ad una riduzione del prezzo anche qualora intenda riparare o far riparare l'opera.

Les architectes C. et S. ont construit une villa pour dame O., en qualité d'entrepreneurs généraux. En raison de défauts affectant notamment les canalisations, le maître de l'ouvrage a demandé une réduction du prix et la réparation de tout dommage consécutif aux défauts.

La cour cantonale ayant opéré sur le prix de l'ouvrage une déduction à titre de «moins-value pour canalisation», le Tribunal fédéral a rejeté sur ce point le recours en réforme interjeté par les entrepreneurs.

Extrait des considérants:

Lorsque les défauts ne sont pas assez importants pour justifier le refus de tout l'ouvrage (art. 368 al. 1 CO), ainsi que dans l'hypothèse de l'art. 368 al. 3 CO, le maître peut réduire le prix en proportion de la moins-value (action ou exception quanti minoris ou minutoire) ou obliger l'entrepreneur à réparer l'ouvrage à ses frais si la réparation est possible sans frais excessifs (action en

réfection); il peut demander en outre des dommages-intérêts si l'entrepreneur est en faute (art. 368 al. 2 CO). Selon l'arrêt Ringgenberg (ATF 96 II 351 ss), le comportement de l'entrepreneur qui s'est révélé incapable d'exécuter correctement le travail qui lui était confié est assimilable à un refus de réparer; si le maître opte pour la réparation, il peut alors faire exécuter celle-ci par un tiers et réclamer à l'entrepreneur pleine réparation du préjudice qui en résulte pour lui. Dans cette espèce, le maître n'avait pas demandé à temps de réduction sur le prix de l'ouvrage et il avait lui-même pris ensuite l'initiative d'agir contre l'entrepreneur en réparation de son dommage; l'entrepreneur s'était en outre «montré absolument incapable» de livrer l'ouvrage prévu et avait «commis des fautes propres à enlever toute confiance» au maître (ATF 96 II 353 consid. 2c).

L'art. 368 al. 2 CO donne au maître de l'ouvrage le droit de choisir entre les prétentions que lui offre la loi, sous les réserves que prévoit celle-ci (OSER-SCHÖNENBERGER, n. 4 ad art. 368). Contrairement à ce que paraissent croire les juridictions cantonales et les demandeurs, le libre choix lui appartient même s'il entend réparer ou faire réparer l'ouvrage (PEDRAZZINI, Schweiz. Privatrecht, VII 1 p. 519). Sauf convention contraire (GUTH./MERZ/KUMMER, p. 451; GAUTSCHI, n. 5 a ss ad art. 368), s'il choisit l'action ou l'objection en réduction de prix, il a aussi la faculté de réclamer à l'entrepreneur des dommages-intérêts supplémentaires pour le dommage qui n'est pas couvert par la réduction, à moins que l'entrepreneur ne prouve qu'il n'a commis aucune faute (art. 97 CO), ni lui ni les auxiliaires dont il répond (art. 101 CO).

Aus den Erwägungen:

4. --- Der Beklagte macht vor allem geltend, die vorhandenen Mängel der Lagerhäuser könnten nach dem von ihm eingereichten Privatgutachten durch Verstärkung der Deckenkonstruktionen behoben werden, was je nach Sicherheitsfaktor Kosten zwischen Fr. 160'000.--- und Fr. 310'000.--- zur Folge hätte. Zur Leistung eines höheren Betrages könne er auch über Art. 368 Abs. 2 OR nicht verpflichtet werden. Dem hält die Vorinstanz entgegen, zwischen den Parteien bestehe ein Auftragsverhältnis. Die Bestellerin der Lagerhäuser habe indes gegenüber der Klägerin das Wahlrecht von Art. 368 Abs. 2 OR in dem Sinne ausgeübt, dass sie den entstandenen Minderwert geltend gemacht und ausdrücklich auf Nachbesserung verzichtet habe. Das müsse reflexartig seine Auswirkungen auf den Ingenieurvertrag zwischen Generalunternehmer und Ingenieur haben. Im Prozess zwischen diesen könne die Nachbesserung deshalb auch nicht in der Form eines blossen Bemessungskriteriums eine Rolle spielen.

a) Der dem Minderwert eines Werkes entsprechende Abzug am Werklohn ist wie der geminderte Preis einer Kaufsache nach der relativen Berechnungsweise zu ermitteln. Danach hat sich der vereinbarte zum geminderten Werklohn gleich zu verhalten wie der Wert des mangelfreien zum Wert des mangelhaften Werkes (BGE 88 II 414 E. 3, 81 II 209 E. 3a mit Hinweisen; GAUTSCHI, N. 16a und b zu Art. 368 OR). Der Minderwert eines Werkes bemisst sich nach dem Unterschied zwischen seinen objektiven Werten im mangelfreien Zustand einerseits und im mangelhaften Zustand andererseits. Auf den subjektiven Wert für den Besteller kommt nichts an. In der Regel bestimmt sich der objektive Wert eines Werkes nach dem Verkehrs- oder Veräusserungswert (GAUTSCHI, N. 16b und c zu Art. 368 OR;

GAUCH, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Auflage, Zürich 1977, Ziff. 471, 484 ff.). Ausschlaggebend ist dabei eine ausschliesslich wirtschaftliche Betrachtungsweise. Von da auszugehen, ergibt sich ohne weiteres, dass der Minderwert nicht mehr als die Kosten für die Verbesserung des Werkes ausmachen kann, jedenfalls wenn die Verbesserung dem Besteller nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zumuten ist und wenn durch sie das Werk vom minderwertigen in den mangelfreien, d.h. vertragsgemässen Zustand überführt werden kann, ist es doch diesfalls nicht um mehr als um die Verbesserungskosten entwertet. Könnte der Besteller unter solchen Umständen am Werklohn einen Abzug machen, der höher ist, als es dem dergestalt berechneten Minderwert entspricht, so wäre er um diesen Mehrbetrag bereichert, was sich mit Treu und Glauben nicht vereinbaren liesse (vgl. GAUTSCHI, N. 16g zu Art. 368 OR). Die Kosten der Verbesserung des Werkes durch einen Dritten sind somit bei der Berechnung des geminderten Werklohnes im aufgezeigten Sinne zu berücksichtigen.

Was die Klägerin hiegegen vorbringt, dringt nicht durch. Inwiefern das Recht des Bestellers, gemäss Art. 368 Abs. 2 OR bei Mängeln des Werkes zwischen Lohnabzug und *uneneltlicher Verbesserung* des Werkes *durch den Unternehmer* wählen zu können, gegenstandslos wird, wenn man für die Berechnung des geminderten Werklohnes auf die Kosten der Verbesserung durch einen Dritten abstellt, ist nicht einzusehen, wird doch dadurch das Wahrecht nicht betroffen. Ebenso wenig verliert bei diesem Vorgehen die relative Berechnungsweise ihre Bedeutung; nicht der Minderwert des Werkes, sondern der ihm entsprechende Abzug am Lohne ist nach dieser zu ermitteln (vgl. Art. 368 Abs. 2 OR; BGE 88 II 414 E. 3, 81 II 209 E. 3a). Keine Rolle spielen kann im vorliegenden Fall ferner, auf welche Weise das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Bestellerin der Werke bereinigt worden ist und ob die Klägerin infolge des mit der Bestellerin eingegangenen Vergleichs einen Vermögensnachteil erleidet, wenn von einem Minderwert ausgegangen wird, der die Verbesserungskosten nicht übersteigt. Nach unwidersprochener Annahme der Vorinstanz haftet der Beklagte im Rahmen des in Frage stehenden Auftragsverhältnisses höchstens für den Betrag, den diese der Bestellerin der Lagerhäuser zu leisten *verpflichtet* war. Nicht haftbar gemacht werden kann der

Beklagte aber für jene Beträge, die die Klägerin über ihre vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen hinaus der Bestellerin geleistet hat. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Berechnung des Minderwertes im Sinne von Art. 368 Abs. 2 OR durchaus Prozessthema. In diesem Rahmen sind deshalb auch allfällige Verbesserungskosten von Bedeutung, so dass keine Rede davon sein kann, bei deren Berücksichtigung werde der Nachbesserungsanspruch des Unternehmers «quasi durch die Hintertüre» wieder in den Prozess eingeführt, wie die Vorinstanz meint.

Die Beklagte beanstandet, dass sich die Vorinstanz auf die Prüfung der Verrechnungsmöglichkeit beschränke. Aus Art. 210 Abs. 2 OR ergebe sich eine Einrede, welche immerfort ein Zahlungsverweigerungsrecht begründe. Der Beklagten bleiben indes lediglich die Einreden erhalten, die ihren verjährten Gewährleistungsansprüchen entsprechen, mithin dem Recht auf Minderung, auf kostenlose Verbesserung und bei Verschulden auf Schadenersatz (Art. 368 Abs. 2 OR; GAUTSCHI, N. 8b zu Art. 371 OR; GAUCH, a.a.O., Ziff. 851). Im Prozess behauptet die Beklagte eine Schadenersatzforderung von Fr. 135'271.40, wovon sie Fr. 90'000.— zur Verrechnung mit der Klageforderung stellt. Das Kantonsgericht wendet daher zutreffend Verrechnungsrecht und damit sinngemäss auch Art. 120 Abs. 3 OR an (BGE 91 II 214; GIGER, N. 68 zu Art. 210 OR).

Nun legt aber die Vorinstanz zu Recht nicht dar, dass die Gegenforderung der Beklagten schon verjährt gewesen wäre, als die klägerische Forderung auf Werklohn entstand. Sie argumentiert gegenteils, die Ersatzforderung sei erstmals geltend gemacht worden nach Verjährung der Mängelrechte und sei ebenfalls verjährt. Darauf kommt jedoch nichts an, weil im vorliegenden Zusammenhang nur noch eine Einrede zu beurteilen ist. Es genügt, dass eine rechtzeitige Mängelrüge erfolgte. Die Verrechnungsmöglichkeit ist um so eher gegeben, als die Ersatzforderung ohnehin erst nach der Klageforderung entstanden ist (BGE 48 II 334).

Auf die Verrechnungseinrede der Beklagten ist deshalb einzutreten.

3. — Für diesen Fall bestreitet die Klägerin der Beklagten das Recht, anstelle unentgeltlicher Verbesserung Geldersatz zu beanspruchen. Das Bezirksgericht wies denn auch die Verrechnungseinrede der Beklagten mit der Begründung ab, sie habe die nach Art. 98 Abs. 1 OR erforderliche richterliche Ermächtigung zur Auftragserteilung an einen Dritten nicht eingeholt. Das Kantonsgericht lässt die Frage offen.

Zu prüfen ist, ob das Recht des Bestellers zur Beseitigung des Mangels auf Kosten des Unternehmers eine richterliche Ermächtigung voraussetzt. BGE 96 II 353 E. 2c gesteht dem Besteller, der die Möglichkeit der Verbesserung des Werkes wählt, gegenüber dem dazu nicht gewillten oder nicht fähigen Unternehmer das Recht zu, die Nachbesserung durch einen Dritten ausführen zu lassen und vom Unternehmer dafür Er-

satz zu verlangen. Ein solches Recht wird dem Besteller in Art. 368 Abs. 2 OR im Gegensatz zu Art. 366 Abs. 2 OR zwar nicht ausdrücklich gewährt. Weshalb das Gesetz die Mängelbehebung durch Dritte ohne richterliche Bewilligung zulassen soll, wenn Mängel vor der Erstellung des Werkes zu erwarten sind, nicht aber, wenn sie erst nach der Ablieferung aufreten, leuchtet indes nicht ein. Die von GAUCH (a.a.O., Ziff. 567) angebotene Erklärung vermag nicht zu überzeugen. Am Bedürfnis des Bestellers, seinen Verbesserungsanspruch allenfalls mittels Ersatzvornahme durchzusetzen, ändert sich mit der Ablieferung des Werkes nichts, so dass ihm in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR ein entsprechendes Recht einzuräumen ist. Da die Klägerin mit der geschuldeten Verbesserung des Werkes in Verzug war, konnte die Beklagte nach erfolgloser Ansetzung einer Nachfrist die Mängelbehebung ohne richterliche Ermächtigung einem Dritten übertragen und der Klägerin gegenüber Kostenersatz geltend machen. Es kann deshalb offen bleiben, ob die allgemeine Bestimmung des Art. 107 OR zum nämlichen Resultat führen würde (VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, S. 92).

Die Vorinstanzen haben daher zu Unrecht die Verrechnungseinrede gegenüber dem Klagebetrag von Fr. 90'000.— nicht zugelassen. Da tatsächliche Feststellungen über die Begründetheit und Höhe der Gegenforderung der Beklagten fehlen, ist dem Bundesgericht diesbezüglich eine Beurteilung nicht möglich. Das muss hinsichtlich der Hauptklage zur teilweisen Gutheissung der Berufung und Rückweisung der Sache an das Kantonsgericht zur neuen Entscheidung führen (Art. 64 Abs. 1 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Hinsichtlich der Hauptklage wird die Berufung teilweise gutgeheissen, das Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden vom 5. März 1980 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Bezüglich der Widerklage wird die Berufung abgewiesen und das angefochtene Urteil bestätigt.

begründen vermöchte (*Tercier*, BR 1981, S. 32). Ob z. B. die behauptete Analogie zu OR 366 II besteht, ist zweifelhaft: Denn bei der Verbesserung des hergestellten Werkes (OR 368 II) geht es – anders als in OR 366 II – nicht mehr um die (Eile gebietende!) Verhinderung einer vertragswidrigen Herstellung, weshalb es an einem «in wesentlicher Beziehung gleichen Taibestand» (*Meier-Hayoz*, N 346 zu Art. 1 ZGB) fehlt. 2. Art. 366 II OR (den das Gericht analog anwendet) verlangt vom Besteller eine Nachfristansetzung, verbunden mit der Androhung der Ersatzvornahme. Dass der Besteller im konkreten Fall die Ersatzvornahme angedroht hätte, wird im Entscheid nicht festgestellt und ist nach den veröffentlichten Erwägungen eher zu verneinen (vgl. S. 51). Auch schweigt sich der Entscheid darüber aus, was es – auf die Verbesserung übertragen – heisst, dass sich «eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Herstellung» bestimmt voraussehen lässt (OR 366 II). Das Gericht macht das Recht des Bestellers zur Fristansetzung und Ersatzvornahme offenbar vom Verzug des Unternehmers abhängig (S. 56), obwohl OR 366 II keine Verzugsbestimmung ist. Andererseits scheint das Erfordernis der unverzüglichen Wahlklärung (OR 107 II) für die Ersatzvornahme nicht zu gelten (vgl. S. 51: Aufforderung zur unverzüglichen Verbesserung im März 1974; Ersatzvornahme im Winter 1975/76!). 3. Die (berechtigte) Ersatzvornahme gibt dem Besteller Anspruch auf Ersatz der entstandenen Kosten (OR 98 I/366 II). Dieser Anspruch ist kein Schadenersatzanspruch. In BGE 96 II 353, auf den sich das Gericht abstützt, ging es hingegen um Schadenersatz (und damit um eine ganz andere Frage). Auch auf S. 55 des Entscheides wird mit Schadenersatz argumentiert; und der Besteller selber verlangt Schadenersatz (S. 51). 4. Obwohl der Entscheid einem «praktischen Bedürfnis» entsprechen mag (*Tercier*, a. a. O.), lässt er doch viele grundsätzliche Fragen offen. Vielleicht wäre es richtig, dem Besteller anderswie zu helfen: indem man ihm erlaubt, die aufgewendeten Verbesserungskosten nach den Regeln über den Schuldnerverzug (OR 107 f.) einzufordern. (Offengelassen auf S. 56.) Der Schaden aus Nichterfüllung (OR 107 II) umfasst jedenfalls auch die Kosten der Verbesserung, die der Besteller für die Selbstbeseitigung der Mängel aufwendet (*Bücher* OR, S. 297; vgl. BGE 96 II 353 f.; LGVE 1974 I, Nr. 190, S. 217).

(p8)

Mängelhaftung – Verbesserung des Werkes – Recht des Bestellers auf Ersatzvornahme ohne richterliche Ermächtigung – OR 98 I/366 II/368 II (*Garantie pour les défauts* – *Réfection de l'ouvrage* – *Droit du maître à une indemnité compensatoire sans autorisation du juge* – CO 98 I/366 II/368 II).

1. Der Besteller hat in analoger Anwendung des Art. 366 II OR das Recht, die vergeblich verlangte Verbesserung des mangelhaften Werkes durch einen Dritten ausführen zu lassen und vom Unternehmer dafür Ersatz zu verlangen. Eine richterliche Ermächtigung zur Ersatzvornahme ist nicht erforderlich. 2. Aus der *Begründung*: «BGE 96 II 353 E. 2c geht dem Besteller, der die Möglichkeit der Verbesserung des Werkes wählt, gegenüber dem dazu nicht gewillten oder nicht fähigen Unternehmer das Recht zu, die Nachbesserung durch einen Dritten ausführen zu lassen und vom Unternehmer dafür Ersatz zu verlangen. Ein solches Recht wird dem Besteller in Art. 368 Abs. 2 OR im Gegensatz zu Art. 366 Abs. 2 OR zwar nicht ausdrücklich gewährt.» Doch ist ihm «in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR ein entsprechendes Recht einzuräumen. Da die Klägerin (der Unternehmer) mit der geschuldeten Verbesserung des Werkes im Verzug war, konnte die Beklagte (der Besteller) nach erfolgloser Ansetzung einer Nachfrist die Mängelbehebung ohne richterliche Ermächtigung einem Dritten übertragen und der Klägerin gegenüber Kostenersatz geltend machen.» *BGr. (TF)* 27. I. 1981; *BGE (ATF)* 107 II 50 ff. (S. 55 f.) = *BR 1981, S. 30 ff. (Kommentar Tercier)* = *JdT 1981 I, p. 269 ss.* (16)

Anmerkung: 1. Das gesetzliche Werkvertragsrecht enthält für das Nachbesserungsrecht des Bestellers (OR 368 II) keine Ausnahme von der gesetzlichen Regel (OR 98 I), wonach die Ersatzvornahme auf Kosten des Schuldners eine richterliche Ermächtigung voraussetzt. Dennoch und trotz seiner Bindung an das Gesetz (ZGB 11) dispensiert das Gericht den Besteller von der Ermächtigung des Richters, ohne dass es die Nichtanwendung des Art. 98 I OR überzeugend zu

Die Verbesserung des mangelhaften Werkes durch einen Dritten

Prof. PETER GAUCH, Freiburg

Urteil des Bundesgerichts vom 23. April 1981 in Sachen «*Binetti c. Madliger et Challandes SA en liquidation concordataire*» (BGE 107 III 106 ff. = SJ 1982, S. 65 ff.)

Dans l'arrêt «Binetti», on trouve la phrase suivante: Si le maître choisit la réparation et que l'entrepreneur «refuse de l'exécuter ou se révèle incapable de l'effectuer, le maître peut faire réparer l'ouvrage par un tiers et réclamer des dommages-intérêts comportant notamment le remboursement de la facture du tiers auquel il a eu recours» (ATF 107 III 108 = SJ 1982, p. 69). Dans un précédent arrêt, l'arrêt «Nandrò, le TF avait fondée sur une application analogique de l'art. 366 II la prétention du maître au remboursement des frais de réparation (ATF 107 II 55 = DC 1982 p. 18 n. 16). Partant de la contradiction qui existe entre ces deux arrêts, l'auteur en profite pour réexaminer le problème de la prétention du maître en remboursement des frais de réparation.

A. Der Entscheid «Binetti» (BGE 107 III 106 ff.)

1. Am 23. April 1981 entschied das Bundesgericht (als Rechtsmittelinstanz) in der Streitsache «*Binetti c. Madliger et Challandes SA en liquidation concordataire*». Die Firma Madliger et Challandes SA hatte für Binetti Bauarbeiten ausgeführt. Später geriet sie in finanzielle Schwierigkeiten und schloss mit ihren Gläubigern einen Nachlassvertrag. Da die ausgeführten Arbeiten nach Ansicht Binettis mangelhaft waren, klagte dieser (vor Kantonsgericht Neuenburg) auf Verbesserung des Werkes, subsidiär auf Schadenersatz (BGE 107 III 107; SJ 1982, S. 69).

2. Im erwähnten Entscheid vom 23. April 1981 (Entscheid «Binetti») befasst sich das Bundesgericht vor allem mit Fragen des Nachlassvertrages (Art. 293 ff. SchKG). Daneben gibt es aber auch einen kurzen Überblick über die gesetzlichen *Mängelrechte des Bestellers* (Bauherrn), indem es ausführt:

«Comme le dit la juridiction cantonale, en cas d'exécution défectueuse de l'ouvrage, le maître peut, suivant les circonstances, le refuser, réduire le prix en proportion de la moins-value ou obliger l'entrepreneur à réparer l'ouvrage à ses frais, si la réfection est possible sans dépenses excessives (art. 368 al. 1 et 2 CO); en cas de faute de l'entrepreneur, le maître peut en outre lui réclamer des dommages-intérêts. Lorsque les défauts de l'ouvrage ne sont pas suffisamment graves pour justifier l'action réhabilitatoire (art. 368 al. 1 CO), le maître doit choisir entre la réduction du prix et la réparation (art. 368 al. 2 CO); il est lié par son choix aussitôt qu'il l'a communiqué à l'entrepreneur. Il s'agit là d'un droit formateur, et la déclaration relative à son exercice, dans un sens ou dans un autre, est irrévocable. La juridiction cantonale observe pertinemment, en se référant à la jurisprudence (ATF 96 II 353/354 consid. 2), que s'il choisit la réparation et que l'entrepreneur re-

fuse de l'exécuter ou se révèle incapable de l'effectuer, le maître peut faire réparer l'ouvrage par un tiers et réclamer des dommages-intérêts comportant notamment le remboursement de la facture du tiers auquel il a eu recours; ce sont là des dommages-intérêts compensatoires pour inexécution de l'obligation de faire incombant à l'entrepreneur» (BGE 107 III 108 = SJ 1982, S. 69).

3. Der letzte Satz der soeben zitierten Motive betrifft die **Verbesserung des mangelhaften Werkes durch einen Dritten**. Das Bundesgericht bestätigt darin ausdrücklich die Auffassung der kantonalen Vorinstanz, die sich ihrerseits auf BGE 96 II 353 ff. stützt. Danach gilt (wie das Bundesgericht bestätigt) folgende Rechtslage:

Verweigert der Unternehmer die zu Recht verlangte Nachbesserung oder ist er hiezu ausserstande, so kann der Besteller einen Dritten mit der Nachbesserung betrauen (Dritt-Verbesserung des Werkes) und den säumigen Unternehmer auf Schadenersatz belangen («le maître peut faire réparer l'ouvrage par un tiers et réclamer des dommages-intérêts»). Die Schadenersatzforderung des Bestellers umfasst vor allem («notamment») die Verbesserungskosten, die der Dritte in Rechnung stellt («le remboursement de la facture du tiers»). Sie ist ein Anspruch auf Ersatz des aus der Nichterfüllung (der Nachbesserungspflicht) entstandenen Schadens («ce sont là des dommages-intérêts compensatoires pour inexécution de l'obligation de faire incombant à l'entrepreneur»).

B. Schadenersatz bei Dritt-Verbesserung

4. Das Recht des Bestellers, die Kosten der Dritt-Verbesserung beim säumigen Unternehmer einzufordern, ist nach Ansicht des Bundesgerichts eine Schadenersatzforderung. Das wird im Entscheid «Binetti» eindeutig gesagt (vgl. Ziff. 3). Über die gesetzliche

Grundlage dieser Forderung schweigt sich der Entsch eid aber aus. Richtigerweise sind die Verzugsregeln anzuwenden:

Kommt der Unternehmer mit der verlangten Nachbesserung in Verzug (Art. 102 OR), so kann der Besteller nach ergebnislosem Ablauf einer angemessenen Nachfrist (Art. 107 Abs. 1 OR) auf die Beseitigung der Mängel verzichten und statt dessen Ersatz des aus der Nichterfüllung der Nachbesserungsschuld entstandenen Schadens verlangen (Art. 107 Abs. 2 OR). Dieser Schaden enthält auch die Kosten, die der Besteller für die Dritt-Verbesserung des Werkes aufwendet (vgl. *Bucher*, OR Allgem. Teil, S. 297). Somit ist es dem Besteller möglich, die Verbesserungskosten nach den Regeln über den Schuldnerverzug einzufordern (vgl. LGVE 1974 I, Nr. 190, S. 217; v. *Tuhr/Escher*, S. 92; offengelassen in BGE 107 II 56). Seine Schadenersatzforderung tritt an die Stelle des Nachbesserungsanspruchs; sie ist also kein zusätzliches Mängelrecht, das mit Art. 368 OR unvereinbar wäre (anderer Ansicht noch *Gauch*, *Der Unternehmer im Werkvertrag*, 2. Aufl., Nr. 568). Indes besteht die Forderung nur dann, wenn der Unternehmer den Verzug durch eigenes Verschulden oder nach Art. 101 OR zu verantworten hat (vgl. v. *Tuhr/Escher*, S. 154).

Die Nachfristansetzung kann unterbleiben, wenn sie sich nach Art. 108 OR erübrigt; z.B. deswegen, weil der Unternehmer die verlangte Nachbesserung ernsthaft und endgültig verweigert oder dazu nicht imstande ist. Ist die Mängelbeseitigung objektiv unmöglich, so entsteht überhaupt kein Nachbesserungsrecht des Bestellers, eventuell aber ein Recht auf Neuherstellung des Werkes (BR 1981, S. 54 f., Nr. 52, Anmerkung Ziff. 4).

5. Die in Ziff. 4 vertretene Auffassung vom Ersatzanspruch des Bestellers deckt sich nicht mit dem Entscheid «*Nandrò Bergbahnen AG*». Dieser Entscheid wurde vom Bundesgericht drei Monate vor dem Entscheid «*Binetti*» (nämlich am 27. 1. 1981) gefällt und in BGE 107 II 50 ff. amtlich publiziert. Der Ersatzanspruch des Bestellers bei Dritt-Verbesserung wird darin auf Art. 366 Abs. 2 OR (nicht auf Art. 107 OR) abgestützt. Das Bundesgericht meint:

Der Besteller hat in analoger Anwendung des Art. 366 Abs. 2 OR das Recht, die vergeblich verlangte Verbesserung durch einen Dritten ausführen zu lassen und vom Unternehmer dafür Ersatz zu verlangen; eine richterliche Ermächtigung zur Ersatzvornahme (Art. 98 Abs. 1 OR) ist nicht erforderlich (BGE 107 II 55 f. = BR 1982, S. 18, Nr. 16).

Gegen diesen Entscheid (namentlich gegen die analoge Anwendung des Art. 366 Abs. 2 OR) gibt es grundsätzliche Bedenken (vgl. *Tercier*, BR 1981, S. 32; *Gauch*, a. a. O., Nr. 566 f. und BR 1982, S. 18, Anmerkung zur Nr. 16). Davon soll hier jedoch nicht die Rede sein. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert nur (aber immerhin) das Folgende:

6. Die Bestimmung des Art. 366 Abs. 2 OR, die das Bundesgericht im Entscheid «*Nandrò Bergbahnen*

AG» analog zur Anwendung bringt, ist eine spezielle Bestimmung zur Vollstreckungsvorschrift des Art. 98 Abs. 1 OR (*Becker*, N 6 und *Oser/Schönenberger*, N 5 zu Art. 366 OR). Sie berechtigt den Besteller bei gegebenen Voraussetzungen zu einer *Ersatzvornahme*: Der Besteller kann (nach vergeblicher Ansetzung einer Frist) «die Verbesserung oder die Fortführung des Werkes auf Gefahr und Kosten des Unternehmers einem Dritten» übertragen, wenn sich «während der Ausführung... eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung durch Verschulden des Unternehmers bestimmt voraussehen» lässt. Im Unterschied zu Art. 98 Abs. 1 OR sieht Art. 366 Abs. 2 OR vom Erfordernis einer richterlichen Ermächtigung ab (anderer Ansicht: *Fick*, N 11 zu Art. 366 OR).

7. Durch die Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR wird die Vertragspflicht des Unternehmers zwangsweise erfüllt. Der daraus fliessende Anspruch des Bestellers auf Kostenersatz ist daher ein Aufwendungs-, kein *Schadenersatzanspruch* (gleich wie der Anspruch auf Kostenersatz nach dem allgemeinen Art. 98 Abs. 1 OR: *Becker*, N 5 zu Art. 98 OR; *Guhl/Merz/Kummer*, S. 38; *Haubensak*, *Die Zwangsvollstreckung nach der Zürcherischen Zivilprozessordnung*, Diss. Zürich 1975, S. 32; *Leuch*, N 4 zu Art. 404 ZPO BE; *Miescher*, *Die Folgen nicht vertragsgemässer Arbeitsleistung...* Diss. Zürich 1968, S. 79; *Pfenniger*, *Die Realexekution im schweizerischen Recht*, Diss. Zürich 1924, S. 96). Trifft dies aber zu, so befindet man sich in folgendem Dilemma:

- Entweder hält man es mit dem Entscheid «*Binetti*» (BGE 107 III 108) und qualifiziert den Ersatzanspruch des Bestellers bei Dritt-Verbesserung als Anspruch auf Schadenersatz. Dann aber lässt sich der Anspruch (entgegen dem Entscheid «*Nandrò Bergbahnen AG*») nicht durch analoge Anwendung des Art. 366 Abs. 2 OR begründen. Denn der Anspruch des Bestellers auf Kostenersatz, der sich aus Art. 366 Abs. 2 OR ableitet, ist (wie gesagt) kein Schadenersatzanspruch.

- Oder man hält es mit dem Entscheid «*Nandrò Bergbahnen AG*» (BGE 107 II 55 f.) und stützt den Ersatzanspruch auf Art. 366 Abs. 2 OR. Dann aber ist der Ersatzanspruch (entgegen dem Entscheid «*Binetti*») kein Anspruch auf Schadenersatz aus Nichterfüllung. Das Bundesgericht selber scheint dies im «*Nandrò*»-Fall zu übersehen. Obwohl es dort Art. 366 Abs. 2 OR anwendet, fasst es den Ersatzanspruch des Bestellers offenbar doch als Schadenersatzanspruch auf. So stützt es sich im «*Nandrò*»-Entscheid auf den früheren BGE 96 II 353, wo es um Schadenersatz ging (BGE 107 II 55 f.). Auch argumentiert es auf Seite 55 mit Schadenersatz; und der Besteller selber macht Schadenersatz geltend (S. 51 des Entscheides).

Das Dilemma entfällt, wenn man dem Besteller gestattet, die Kosten der Dritt-Verbesserung entweder nach Art. 107 OR oder nach Art. 366 Abs. 2 OR einzufordern. Je nach der Bestimmung, die dann zum Zuge

kommt, ist der Ersatzanspruch des Bestellers eine Schadenersatzforderung (Art. 107 OR) oder nicht (Art. 366 Abs. 2 OR). Eine solche Lösung setzt allerdings voraus, dass Art. 366 Abs. 2 OR überhaupt analog anwendbar ist, wogegen sich (wie gesagt) grundsätzliche Bedenken melden.

C. Der Vorbehalt des Art. 98 Abs. 1 OR

8. Die vorstehenden Ausführungen und die zitierten Entscheide («Binetti» und «Nandrò») beruhen auf der Voraussetzung, dass der Besteller das Werk *ohne richterliche Ermächtigung* verbessern lässt. Vorbehalten bleibt aber stets Art. 98 Abs. 1 OR.

Nach Art. 98 Abs. 1 OR kann sich der Besteller, der seinen Nachbesserungsanspruch durchsetzen will, vom zuständigen Vollstreckungsrichter (nach erfolgreicher Erfüllungsklage) ermächtigen lassen, «die Leistung auf Kosten des Schuldners vorzunehmen», d. h. hier: die Mängel auf Kosten des Unternehmers zu beseitigen, sei es selber oder durch einen Dritten (vgl. LGVE 1974 I, Nr. 190, S. 217; Rep 101, 1968, S. 102; ZWR 1979, S. 128).

9. Ist der Besteller zur Mängelbeseitigung auf Kosten des Unternehmers ermächtigt (Ziff. 8), so hat er gegenüber dem Unternehmer **Anspruch auf Ersatz der Verbesserungskosten**, die er nach pflichtgemäßem Ermessen aufwendet, um den vertraglichen Zustand des Werkes selber oder durch einen Dritten herbeizuführen (v. Tuhr/Escher, S. 91). Für den Bestand und die Höhe dieses Anspruchs (der kein Schadenersatzanspruch ist!) trägt der Besteller die Beweislast. Im einzelnen:

- Die Mängelbeseitigung geschieht nicht nur auf Kosten, sondern auch auf *Gefahr des Unternehmers*. Der Unternehmer hat die Verbesserungskosten selbst dann zu ersetzen, wenn der Erfolg ohne Verschulden des Bestellers ausbleibt (v. Tuhr/Escher, S. 91). Immerhin muss sich der Besteller bei erfolgloser Mängelbeseitigung durch einen Dritten zunächst an diesen Dritten halten (vgl. sinngemäss Oser/Schönenberger, N 5 zu Art. 366 OR).

- Überträgt der ermächtigte Besteller die Mängelbeseitigung an einen Dritten, so hat er (in den Schranken von Treu und Glauben) das Recht, *einen Fachmann seines Vertrauens* auszuwählen, auch wenn ein anderer die Arbeiten billiger ausführen würde (vgl. *Ingenstau/Korbion*, Kommentar zur Deutschen Verdingungsordnung für Bauleistungen, 9. Aufl., Teil B, N 173 zu § 13). Der Drittunternehmer erhält einen Vergütungsanspruch einzig gegen seinen Vertragspartner, den Besteller, der sich seinerseits an den vertragsuntreuen Unternehmer halten kann.

- Der Besteller hat gegenüber dem vertragsuntreuen Unternehmer ein *Recht auf Vorauszahlung* der vermutlichen Verbesserungskosten (vgl. v. Tuhr/Escher, S. 91), da ihm nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist, dass er die vom Unternehmer geschuldete Nachbesserung selber vorfinanziert (anders: *Bucher*, a. a. O., S. 297). Mit Rücksicht auf die spätere Abrechnungspflicht des Bestellers rechtfertigt sich eine großzügige Bemessung der vom Unternehmer zu leistenden Vorauszahlung.

10. Lässt der Besteller das mangelhafte Werk mit Ermächtigung des Richters - durch Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR - verbessern, so ist die Rechtslage klar (Ziff. 9). **Schwierigkeiten** bietet einzig der Fall, da der Besteller die vom Unternehmer vergeblich verlangte Verbesserung *ohne richterliche Ermächtigung* durch einen Dritten ausführen lässt. Nach der hier vertretenen Meinung kann der Besteller in diesem Fall die Kosten der Dritt-Verbesserung nach den Regeln über den Schuldnerverzug als Schadenersatz (Art. 107 Abs. 2 OR) einfordern (Ziff. 4). Auch das Bundesgericht begreift den Anspruch des Bestellers auf Ersatz der Verbesserungskosten als Schadenersatzanspruch (sicher in BGE 107 III 108 und 96 II 353). Das aber steht im Widerspruch zu der im «Nandrò»-Entscheid vertretenen Auffassung, wonach sich der Ersatzanspruch aus dem analog anwendbaren Art. 366 Abs. 2 OR ergibt (Ziff. 5-7). Wie dieser Widerspruch sich auflösen wird, bleibt abzuwarten. Richtig wäre es, auf die analoge Anwendung des Art. 366 Abs. 2 OR zu verzichten.

5. Der Unternehmer hat die Nachbesserung innerhalb einer angemessenen Frist vorzunehmen. Tut er das nicht, so kann sich der Besteller nach den Regeln über den Schuldnerverzug behelfen. Er kann den säumigen Unternehmer durch Mahnung in Schuldnerverzug setzen und ihm eine angemessene Nachfrist nach Art. 107 Abs. 1 OR einräumen. Ist auch dies ergebnislos, so kann er nach wie vor auf Erfüllung klagen, d. h. auf Nachbesserung beharren. Stattdessen kann er aber auch, wenn er es unverzüglich erklärt, je nach den Gegebenheiten auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Vertrage zurücktreten (Art. 107 Abs. 2 OR; Peter Gauch, a. a. O., Nr. 216). Verweigert der Unternehmer die Verbesserung, so kann sich der Besteller nach Art. 98 OR ermächtigen lassen, die Beseitigung der Mängel auf Kosten des Unternehmers selber vorzunehmen bzw. durch einen Dritten vornehmen zu lassen, und Ersatz der Kosten verlangen, oder dann die Nachbesserungskosten nach den Regeln über den Schadenersatz als Erfüllungsinteresse einfordern (Peter Gauch, a. a. O., Nrn. 221 ff.).

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Beklagte hielt dem Rechtsbegehren des Klägers bereits in der Klageantwort entgegen, die Mängelrüge sei zu spät erhoben worden. Der Kläger seinerseits hatte sich in der Klageschrift mit der Behauptung begnügt, die am Bau beteiligten Unternehmer seien sofort nach dem Wassereinbruch benachrichtigt worden, worauf am 4. November 1977 der Augenschein stattgefunden habe. Er wurde anlässlich einer Referentenaudienz gemäss § 55 ZPO/ZH darauf aufmerksam gemacht, dass er noch darlegen müsse, in welcher Form, wann und gegenüber wem der Beklagten er erstmals erklärt habe, es dringe Wasser ein und die Isolation genüge nicht. In der Replik wurden darüber jedoch keine zusätzlichen Angaben gemacht.

Das Handelsgericht ist bei dieser Aktenlage der Meinung, dass wegen Fehlens einer rechtzeitigen Mängelrüge auf Genehmigung des Werkes zu schliessen sei. Dabei verkennt es nicht, dass sich nach Bundesrecht entscheidet, ob eine Partei einen ihr nach diesem Recht zustehenden Anspruch durch ihre Sachvorbringen ausreichend substanziiert habe (BGE 105 II 144/5, 98 II 116/7). Weil der Kläger die ihm in der Referentenaudienz eröffnete Aufforderung unbeachtet liess, nimmt es indes an, er habe die nötigen Sachbehauptungen nicht aufstellen können; er habe nicht einmal geltend gemacht, zumindest die Mängelrüge in seinem Schreiben vom 10. November 1977 sei rechtzeitig gewesen, sondern dem Vorhalt der Beklagten, die Rüge sei verspätet, nichts entgegengehalten. Sein Schreiben vom 10. November 1977, das von der Beklagten vorgelegt worden sei, könnte inhaltlich zwar als hinlängliche Mängelrüge eines Laien gegenüber einem Bauhandwerker gewertet werden; doch sei die Rüge jedenfalls nicht sofort, sondern verspätet erhoben worden, wenn angeblich bereits Mitte Oktober Regenwasser aus der Decke strömte. Schliesslich vermöge selbst der Augenschein vom 4. November 1977 fehlende Angaben über die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge nicht zu ersetzen. Der Kläger

hätte an sich unterstellen können, die Isolationsarbeiten damals beanstandet zu haben, dann aber die in der Referentenaudienz verlangten genaueren Angaben machen müssen. Auch wenn ein Unternehmer sich an einem Augenschein beteiligte und selber eindringendes Wasser feststellen könne, brauche er nicht von sich aus anzunehmen, sein Anteil an der Arbeit werde deshalb bemängelt und als Ursache des Wassereinbruchs betrachtet. Angesichts der eigenen Beobachtung von Mitte Oktober müsste eine Rüge anlässlich des Augenscheins ebenfalls als verspätet bezeichnet werden. Aus seinem Schreiben vom 10. November 1977 müsse übrigens gefolgert werden, der Kläger sei damals der Meinung gewesen, vorher keine Mängelrüge erhoben zu haben.

Der Kläger lässt diese Ausführungen des Handelsgerichts nicht gelten; er vermag dessen Vorhalt, seine Darstellung des Sachverhalts sei lückenhaft, aber nicht zu widerlegen.

a) Es geht um nachträglich aufgetretene Mängel eines zuvor abgelieferten und abgenommenen Werkes. Für solche Mängel schreibt Art. 370 Abs. 3 OR vor, dass der Besteller sie sofort nach Entdeckung anzeigen muss, andernfalls das Werk auch insoweit als genehmigt gilt. Eine analoge Regelung findet sich in Art. 201 OR für den Käufer.

Die Anzeige der Mängel ist an keine besondere Form gebunden. Inhaltlich muss die Rüge sachgerecht substanziiert sein, zumindest die Mängel genau angeben und zum Ausdruck bringen, dass der Besteller das Werk nicht als vertragsgemäss anerkennen und den Unternehmer haftbar machen will (GIGER, N. 62-72 zu Art. 201; CAVIN, in Schweizerisches Privatrecht VII/1 S. 90; GAUTSCHI, N. 26 zu Art. 367 OR; GAUCH, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Aufl. N. 756-758). Zeitlich ist die Rüge unverzüglich nach Entdeckung der Mängel anzubringen (GIGER, N. 77 und 81/82; CAVIN, S. 91; GAUTSCHI, N. 7 zu Art. 370 OR; GAUCH, N. 762/3 und 782). Entdeckt ist ein Mangel mit dessen zweifelsfreier Feststellung (GIGER, N. 81; GAUCH, N. 786). Das Erfordernis des Art. 201 OR, wonach der Käufer dem Verkäufer «sofort Anzeige machen» muss, ist nach der im neueren Schrifttum von CAVIN und GIGER vertretene Auffassung streng zu befolgen. Ältere Kommentare zum Werkvertragsrecht verfahren mit dem Besteller dagegen weniger streng (BECKER N. 4 und OSER/SCHÖNENBERGER N. 5 zu Art. 370 OR). GAUCH gesteht ihm ebenfalls eine kurze Erklä-

rungsfrist zu (N. 762). GAUTSCHI hält die Gerichtspraxis unter Hinweis auf BGE 76 II 224/5 und 47 II 216 eher für large (N. 7 zu Art. 370 OR, ebenso GIGER in N. 82 zu Art. 201 OR); er findet, mit dem Sinn des Gewährleistungsrechts sei kaum vereinbar, dass der Besteller sich erst Gewissheit über Bedeutung und Tragweite später entdeckter Mängel verschaffen dürfe, bevor er rüge. Die jüngere Rechtsprechung scheint zur gleichen Auffassung zu neigen.

Publizierte Entscheide gibt es dazu freilich nicht. In einem un veröffentlichten Urteil vom 26. April 1966 i.S. Kellver AG gegen Gebr. Iten führte das Bundesgericht zu Art. 367 OR insbesondere aus, der Besteller brauche nicht den Eingang eines Gutachtens abzuwarten, um eine Mängelrüge zu erheben; er sei nicht gehalten, das Werk durch Sachverständige begutachten zu lassen, sondern erfülle seine Prüfungspflicht, wenn er es mit der ihm selber zumutbaren Aufmerksamkeit untersuche (BGE 46 II 37); es genüge, die Mängel insoweit zu nennen und zu beschreiben, als der Besteller sie durch seine pflichtgemässe Untersuchung erkannt habe; folgerichtig dürfe deshalb von ihm verlangt werden, dass er die Mängelrüge erhebe, sobald er sie in dieser Weise genügend substantizieren könne.

Will der Besteller aus Art. 370 Abs. 3 OR Rechte ableiten, so hat nach der allgemeinen Regel des Art. 8 ZGB er die Rechtzeitigkeit der Rüge darzutun (BGE 21 S. 577 E. 6; BECKER, N. 29 zu Art. 201 OR; KUMMER, N. 277 zu Art. 8 ZGB). Dazu gehört auch der Beweis, wann der gerügte Mangel für ihn erkennbar geworden ist, wie und wem er ihn mitgeteilt hat.

b) In der Berufung versucht der Kläger die gesetzlichen Anforderungen an die Mängelrüge insbesondere mit Beweis-schwierigkeiten in Beziehung zu bringen und ihre Gültigkeit dadurch einzuschränken. Er räumt ein, dass seine Sachvorbringen in der Klageschrift dürftig ausfielen und dass er nähere Befragungen über Entdeckung und Rüge der Mängel, wie in der Referentenaudienz verlangt, nicht aufstellen und erst recht nicht belegen konnte. Entgegen seiner Meinung sind genaue Angaben in diesen Belangen jedoch nicht überflüssig, sondern unabdingbare Voraussetzung für die Beurteilung der Fragen, von denen die Haftung des Unternehmers abhängt, nämlich ob eine Mängelrüge überhaupt, ob sie mit genügender Substanzierung und rechtzeitig erhoben worden ist.

Die Auffassung des Handelsgerichts ist bundesrechtlich

selbst dann nicht zu beanstanden, wenn von der Sachlage ausgegangen wird, wie der Kläger sie beschrieben hat. Drang Mitte Oktober 1977 bei einer angeblich einsetzenden Schlechtwetterperiode Wasser «in Strömen» durch die Decke, wie der Kläger sich ausdrückte, so war das Dach offenkundig undicht. Die Wahrnehmung dieses Vorganges fiel also mit der Entdeckung des Werkmangels zusammen, und nichts hinderte den Kläger, den Mangel unverzüglich anzuzeigen. Selbst wenn man ihm mit GAUCH eine kurze Erklärungsfrist zubilligt, muss nicht nur die schriftliche Rüge vom 10. November, sondern auch eine allfällige mündliche vom 4. November 1977 als verspätet bezeichnet werden. Die Ungewissheit über sein eigenes Verhalten in der Zeit von Mitte Oktober bis 4. November hat der Kläger selber zu vertreten. Es geht auch nicht an, die sofortige Benachrichtigung «nicht nur als behauptet, sondern bereits als erstellt» ausgeben zu wollen, weil schon am 4. November ein Augenschein durch alle Beteiligten habe stattfinden können; davon kann umsoweniger die Rede sein, als die Beklagte laut ihren Angaben erst am 4. November zum Augenschein eingeladen worden ist und für eine frühere Aufforderung, das Werk zu besichtigen, jeder Anhalt fehlt.

c) In den Akten liegt ein von der Beklagten beigebrachter Bericht der Meteorologischen Zentralanstalt über die Niederschlagsmengen in den Monaten August, September und Oktober 1977. Daraus geht hervor, dass zwischen dem 11. und dem 23. Oktober in Zürich praktisch kein Regen fiel. Der Kläger räumt nun ein, dass seine Erinnerungen insoweit offenbar nicht ganz zutreffen. Es hilft ihm aber nicht, dass gemäss Bericht stärkere Niederschläge erst am 25. Oktober eingesetzt hätten und damit «die Zeitspanne zwischen den ersten Infiltrationen und dem Augenschein der Beteiligten» sich sogar noch verkürze. Denn erste Infiltrationen sind für Ende Oktober so wenig belegt wie für Mitte dieses Monats. Nach dem Bericht hat es schon vorher geregnet, besonders stark am 10. Oktober, ferner in den Monaten August und September, als das Werk bereits abgeliefert war. Da die ursprüngliche Behauptung des Klägers, der Mangel sei mit der Mitte Oktober beginnenden Schlechtwetterperiode zu Tage getreten, sich als haltlos erwies, steht gänzlich dahin, wann erstmals, ob überhaupt im Oktober und nicht schon vorher die Durchlässigkeit des Daches zu erkennen war.

Ebensowenig hilft dem Kläger, dass der Bauherr gemäss Art. 173 der SIA-Norm 118 während der Garantiefrist jederzeit Mängelrügen anbringen könne. Nach der verbindlichen Feststellung des Handelsgerichts ist nicht bewiesen, dass die Parteien diese Norm für anwendbar erklärten. Dagegen ist auch mit dem Einwand nicht aufzukommen, die SIA-Normen gälten «als Ausdruck des im Baugewerbe Üblichen».

Die Auslegung der Mängelrüge vom 10. November 1977 durch das Handelsgericht verstösst ebenfalls nicht gegen Bundesrecht. Sie deckt sich schon mit dem einleitenden Satz, wonach der Kläger sich damals ordnungshalber gezwungen sah, die ausgeführten Arbeiten zu beanstanden und eine Mängelrüge gemäss OR anzumelden. Auch der weitere Text spricht viel eher für eine nachgeholt als für eine zusätzliche Rüge. Es heisst darin, dass das Wasser nicht nur an einer, sondern ziemlich stark an sechs verschiedenen Stellen in die Werkstatt eindringt und dass diese Mängel sich heute gezeigt hätten, als man probeweise während etwa 12 Stunden Wasser auf das Dach rieseln liess. Diese Erklärung unterscheidet sich kaum von der Behauptung in der Klageschrift, Mitte Oktober sei das Wasser in Strömen von der Decke geflossen. Es geht auch um nichts anderes, als was schon am 4. November zur Besichtigung stand, nämlich um die Durchlässigkeit des Daches.

2. — Bleibt es bei der Auffassung des Handelsgerichts, dass eine sofortige und damit rechtzeitige Mängelrüge nicht dargelegt ist, so gilt die Vermutung des Art. 370 Abs. 3 OR, womit dem Ersatzanspruch des Klägers die Grundlage entzogen ist.

Fragen kann sich bloss, ob die Einrede der Beklagten, die Mängelrüge sei zu spät erhoben worden, gegen Treu und Glauben verstosse. Dies ist von Amtes wegen zu prüfen (BGE 104 II 101 und 98 II 316), aber zu verneinen. Der Kläger muss sich neben der allgemeinen Unbestimmtheit seiner Vorbringen die Feststellung des Handelsgerichts entgegenhalten lassen, dass er nach dem Einwand der Beklagten vor der letzten Offerte aufmerksam gemacht worden sei, die Dichtigkeit des Daches könne bei der von ihm verlangten Ausführung nicht garantiert werden, und dass er nicht die Abmahnung als solche, sondern nur die eigene Erklärung, die Undichtigkeit des Daches in Kauf zu nehmen, bestritten habe. Dass er mit der Erklärung «offensichtlich» auch den Einwand zurückgewiesen habe, hilft darüber nicht hinweg.

Le nombre de m³ mentionné dans la convention passée par les parties constitue une indication du volume de l'ouvrage à exécuter, qui peut être assimilée à une qualité promise par l'entrepreneur au sens de l'art. 197 CO (ATF 87 II 245 consid. a). Le promettant répond strictement des qualités promises même si, malgré l'absence d'une pareille qualité, on ne peut parler d'un véritable défaut. Il faut seulement — mais il le faut — que la garantie soit en relation de cause à effet avec la décision de l'acheteur (ou du maître) de conclure le contrat ou tout au moins de le conclure aux conditions fixées (ATF 71 II 240). Un tel rapport de causalité doit être présumé lorsqu'il s'agit de promesses qui, d'après l'expérience de la vie, sont généralement de nature à exercer une influence déterminante sur la volonté de l'acheteur (ou du maître) de conclure le contrat ou du moins de le conclure à telles conditions particulières. Il appartient au promettant de détruire éventuellement cette présomption en prouvant que, dans le cas particulier, la promesse a été sans importance pour son cocontractant (ATF 71 II 241).

D'après l'expérience de la vie, l'indication du nombre de m³ d'une construction est généralement de nature à exercer une influence déterminante sur la volonté du maître de l'ouvrage de conclure à telles conditions de prix, de sorte qu'un lien de causalité entre l'indication du volume de la construction et la décision de conclure le contrat au prix fixé doit être présumé. Mais en l'espèce, à la différence de l'arrêt ATF 87 II 244 ss. — où non seulement la présomption n'a pas été renversée, mais où l'existence du lien de causalité a été expressément constatée (p. 248 consid. e) —, les circonstances permettent de retenir que la présomption a été renversée et révèlent qu'il n'y a pas de relation de cause à effet entre l'indication du volume et la décision du demandeur de conclure le contrat au prix forfaitaire de 310 000 fr. Ces circonstances sont les suivantes : outre l'absence de relation arithmétique entre les chiffres de la convention et la concordance du montant de 310 000 fr. avec celui des annonces parues dans la presse sans référence à un quelconque volume, on constate que les plans d'une villa semblable que le demandeur a eus en mains avant de conclure mentionnaient un volume de 788 m³, et que le demandeur ne se plaint nullement de ce que la villa construite ne correspondrait pas au plan ou au descriptif, ni de ce qu'elle serait plus petite. Tous

ces éléments révèlent que la mention du volume dans la convention n'a été qu'une indication sans portée véritable sur la décision du demandeur de conclure le contrat et de le conclure au prix forfaitaire de 310 000 francs.

C'est en vain que le demandeur laisse entendre que le prix au m³ a été pour lui un élément de comparaison favorable à la défenderesse à l'encontre d'autres entrepreneurs. Rien de tel ne ressort des faits, d'autant moins que les éléments dont disposait le demandeur avant de signer la convention mentionnent 788 m³ pour un prix de 310 000 francs.

BR 1982, S. 19, Nr. 18

Mängelhaftung - Wegbedingung durch Vertrag (*Garantie pour les défauts - Exclusion contractuelle*).

1. Fehlt es an einem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien, so ist eine Vertragsklausel, welche die Mängelhaftung (hier: die Haftung für Sachmängel eines gekauften Grundstückes) ausschliesst, nach Treu und Glauben auszulegen. 2. Durch Auslegung (und damit von Fall zu Fall) zu entscheiden ist insbesondere die Frage, ob sich die Ausschlussklausel auf «gewöhnliche» Mängel beschränkt. «Dagegen fällt ein Mangel nicht mehr unter die Ausschlussklausel, wenn er gänzlich ausserhalb dessen lag, womit» ein Erwerber «vernünftigerweise rechnen musste». 3. In der Regel gilt die Wegbedingung der Mängelhaftung auch für die Haftung aus Delikt (OR 41), die neben der Vertragshaftung bestehen kann. *BGr. (TF) 2. 6. 1981; BGE (ATF) 107 II 161 f. (S. 163 f./168).* (18)

Anmerkung: 1. Diese Erwägungen des Bundesgerichts beziehen sich zwar auf den Grundstückskauf, gelten aber sinngemäss auch für den Werkvertrag. Auch hier ist der Inhalt einer Freizeichnungsklausel, womit die Mängelhaftung ausgeschlossen wird, durch Auslegung zu ermitteln, wobei es immer (aber nur dann) auf den objektiven (nach Treu und Glauben) ermittelten Sinn ankommt, wenn sich ein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien nicht feststellen lässt. 2. Da der Inhalt der Freizeichnungsklausel durch Auslegung zu ermitteln ist, gibt es kein allgemeines Prinzip, das den vertraglichen Haftungsausschluss zum vornherein auf «gewöhnliche Mängel» beschränkt, mit denen natürlicherweise zu rechnen war (BGE 72 II 268). Es kommt ganz auf den Einzelfall an. Das gilt auch für die Frage, ob der konkrete Haftungsausschluss solche Mängel miterfasst, mit denen vernünftigerweise nicht gerechnet werden musste. Dies ist ebenfalls eine Auslegungsfrage, die nicht «prinzipiell» verneint werden darf (offenbar anderer Ansicht: BGE 107 II 164; *Guhl/Merz/Kummer*, S. 344). 3. Nach verbreitetem Lehrsatz erstreckt sich der vertragliche Haftungsausschluss für Mängel «in der Regel» auch auf die Deliktshaftung (BGE 107 II 168; *Becker*, Vorbem. zu Art. 41-61 OR, N 4; *Oser/Schönenberger*, Vorbem. zu Art. 41-61 OR, N 18; *Deschenaux/Tercier*, *La responsabilité civile*, 1975, S. 207). Diese «Regel» fliesst aus der Vermutung, dass die Parteien etwas Vernünftiges vereinbaren und sich deshalb nicht mit einer halben Lösung begnügen wollten (*Jäggi/Gauch*, N 444 zu Art. 18 OR). Doch greift sie nur in Zweifelsfällen Platz, und auch dann nur, wenn nicht eine andere Regel (z. B. die Unklarheitsregel) vorgeht. (pg)

ont abordé l'étude de la modernisation de l'installation de sonorisation du cinéma. Toutefois, a précisé l'expert, la technique de la sonorisation était en pleine et rapide évolution et les « décisions qui ont été prises dans le cours de l'année 1978 ne se sont pas révélées des meilleures par la suite mais on ne savait pas faire autrement ». Néanmoins, l'expert estime que l'on a négligé ou sous-estimé l'importance du problème du déparasitage, encore qu'il était difficile de savoir *a priori* ce qu'il y avait lieu de faire.

Si donc « a priori » il n'était pas possible de savoir que des parasites allaient perturber le fonctionnement de l'installation et s'il a fallu l'installation des appareils pour s'en rendre compte, il devient difficile de reprocher à l'entrepreneur une violation de son devoir de diligence.

Un tel grief apparaîtrait en l'espèce d'autant plus immérité que, dès l'apparition des perturbations, TEC a pris des mesures pour y remédier. Elle venait d'ailleurs de prendre la décision d'« anti-parasiter » la cabine, et ce notamment en recourant à un technicien de Pro-Radio à Berne, lorsque les rapports entre les plaigneurs se sont détériorés, Esposito ayant perdu patience. Il faut souligner, d'une part, combien la consultation de l'entreprise Pro-Radio à Berne était judicieuse, puisque l'expert judiciaire en a fait de même, s'agissant de spécialistes « dans la recherche des perturbations et de leur élimination provoquées par des installations électriques de diverses natures et troublant des appareils de transmission, d'enregistrement et de reproduction sonores... ». Si la consultation de spécialistes s'était ainsi révélée nécessaire, il devient délicat de reprocher à TEC de n'avoir pas elle-même maîtrisé les problèmes de déparasitage.

Il faut, d'autre part, relever que le travail de déparasitage n'a pas été poursuivi parce que Esposito aurait voulu passer à brève échéance un film en quadraphonie magnétique et avait déjà engagé une campagne publicitaire à ce sujet. Ainsi, le délai qu'il avait imparti aux installateurs était trop court. C'est donc son manque de patience qui a empêché la poursuite du travail de déparasitage. Ce fait a dès lors contribué à la défectuosité de l'ouvrage et par là-même, s'agissant encore d'un fait du maître, il corrobore l'application de l'article 369 CO.

...

8. — Le jugement devra dès lors être réformé, TEC obtenant le plein de ses conclusions.

6. — Reste un dernier problème : l'entrepreneur, qui doit exécuter avec soin le travail qui lui est confié (article 364, avec réf. à 321 a CO), ne peut invoquer le bénéfice de l'article 369 CO, soit le fait du maître, que s'il a rempli son devoir de diligence (*Gauch*, no 639). Lorsque, comme en l'espèce, l'ouvrage que l'entrepreneur était chargé d'exécuter devait s'intégrer dans une installation déjà existante, qui, on l'a vu, était le fait du maître, le devoir de diligence de l'entrepreneur consistait à s'assurer que les conditions pour l'installation des appareils fournis par lui étaient réalisées. La situation est analogue à celle de l'entrepreneur chargé d'édifier une construction sur un terrain désigné par le maître (cf. article 365 alinéa 3 CO) ; l'entrepreneur doit alors « examiner si le terrain se prête plus ou moins à l'ouvrage et si des circonstances sont à craindre qui compromettraient son exécution normale » (JdT 1927 I 37 i. f.). Il en serait toutefois autrement si le maître avait assumé lui-même cet examen (*ibid.*), si le maître était lui-même qualifié ou avait eu recours à une personne qualifiée (*Gauch*, nos 709 à 713) ou si cet examen entraînait une perte de temps et d'argent qui, selon les règles de la bonne foi, ne saurait être imposée à l'entrepreneur (*Oser-Schönberger*; ad article 364 N. 1 i. f.).

L'expert désigné par le Tribunal a relevé que chacun des plaigneurs avait une solide formation professionnelle et pouvait être considéré comme spécialiste dans son domaine, de sorte qu'il est possible de présumer que c'est en connaissance de cause qu'ils

70. **Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. September 1981 i.S. Balmer gegen Liquidationsmasse des Wilhelm Weber, Baugeschäft, in Nachlassliquidation und Weber (Berufung)**

Werkvertrag, Rechtsnatur der Mängelrüge.

Umfasst sie auch Mängel, für welche der Unternehmer von Gesetzes wegen nicht haftet, so vermag Stillschweigen auf diese eine Haftung nicht zu begründen.

Contrat d'entreprise, nature juridique de l'avis des défauts.

Si l'avis des défauts porte aussi sur des défauts dont l'entrepreneur ne répond pas en vertu de la loi, le silence opposé à cet avis ne peut pas fonder sa responsabilité.

Contratto d'appalto, natura giuridica della notificazione dei difetti.

Se la notificazione dei difetti comprende anche difetti per i quali l'appaltatore non è tenuto a rispondere legalmente, il silenzio da lui opposto a tale notificazione non può dar luogo ad una sua responsabilità per detti difetti.

Aus den Erwägungen:

Das Handelsgericht verneint grundsätzlich eine Haftpflicht des Klägers für Mängel, die anlässlich der Begehung vom 5. März 1974 festgestellt wurden und auf das Unwetter vom 26. Juli 1972 zurückgingen, weil die Schäden erst nach Abnahme des Werkes eingetreten seien. Es stellt zudem fest, der Kläger habe deren unentgeltliche Behebung nie versprochen, sondern im Schreiben vom 22. Mai 1973 gegenteils zum Ausdruck gebracht, dass die «jetzt noch auszuführenden Arbeiten... nicht im Zusammenhang mit dem ursprünglichen Auftrag stehen». Es erkennt aber dennoch den vollen Betrag von Fr. 32'528.60 mit der Begründung zu, der Kläger habe, obwohl er dazu verpflichtet gewesen sei, diejenigen Punkte der Mängelrüge, die sich auf Unwetterschäden bezogen, nicht bestritten. Diese Auffassung lässt sich nicht rechtfertigen. Besteht, wie das Handelsgericht zutreffend und un widersprochen annimmt, von Gesetzes wegen keine Haftung und unwidersprochen für nach der Ablieferung des Werkes durch Zufall an diesem entstandene Schäden, gehören sie also nicht zum Kreis der Mängel in der Ausführung des Werkes, für welche der Unternehmer allein einzustehen hat, so vermag die blosse Rüge solcher «Mängel» dessen Haftpflicht nicht herbeizuführen; denn die Mängelrüge ist nichts weiter als eine zur Erhaltung der Rechte des Bestellers erforderliche Erklärung (Art. 370 Abs. 2 OR). Sie ist zudem hinsichtlich der darin aufgezählten Mängel blosse Vorstellungsaus-

setzung (GICER, N. 61 zu Art. 201 OR) und grenzt den Umfang der Haftpflicht des Unternehmers einzig negativ in dem Sinne ein, als er in bezug auf nichtangezeigte Mängel von ihr befreit ist. Unerheblich ist deshalb, ob der Unternehmer einer Mängelanzeige widerspricht oder nicht darauf antwortet. Das Handelsgericht wird somit jene Schäden, die auf das Unwetter vom 26. Juli 1972 zurückgehen, festzustellen und die Kosten ihrer Behebung vom Abzug an der Gesamtforderung des Klägers auszunehmen haben.