

Kein Nachbesserungsrecht des Bestellers bei übermässigen Nachbesserungskosten

Eine kurze Entgegnung auf den in BR/DC 3/2013, S. 110 ff. veröffentlichten Aufsatz von Philipp Laube

Peter Gauch, Dr. iur., Dr. h.c., Professor em. der Universität Freiburg, Ständiger Gastprofessor der Universität Luzern

Unter dem Titel «Für ein Leistungsverweigerungsrecht bei übermässigen Nachbesserungskosten» hat PHILIPP LAUBE in BR 3/2013, S. 110 ff., einen Aufsatz veröffentlicht. Darin wendet er sich gegen die herrschende Meinung, wonach sich übermässige Nachbesserungskosten schon auf den Bestand des in Art. 368 Abs. 2 OR vorgesehenen Nachbesserungsrechts des Bestellers auswirken. Obwohl die damit publizierte Meinungsdifferenz, verglichen mit anderen Meinungsdifferenzen zum Werkvertragsrecht, von eher untergeordneter Bedeutung ist, verdient der Aufsatz doch eine kurze Entgegnung. Unter Ziffer 1 stelle ich die herrschende Meinung dar, unter Ziffer 2 befasse ich mich mit der davon abweichenden «Einedetheorie», unter Ziffer 3 gehe ich im Besonderen auf die beweisrechtlichen Ausführungen ein, den der zitierte Aufsatz enthält, und unter Ziffer 4 platziere ich einen Nachtrag.

1. Zu den Mängelrechten, die Art. 368 OR dem Besteller bei Mangelhaftigkeit des abgelieferten Werkes gegenüber dem haftbaren Unternehmer einräumt, gehört auch *das Recht, vom Unternehmer «die unentgeltliche Verbesserung des Werkes» zu verlangen, «sofern dieses dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht»* (Art. 368 Abs. 2 OR). Dieses Nachbesserungsrecht des Bestellers ist nach schweizerischer (und auch von PHILIPP LAUBE geteilter) Auffassung ein Gestaltungsrecht,¹ durch dessen Ausübung der Besteller den Unternehmer verpflichtet, einen Werkmangel, für den der Unternehmer haftet, auf dessen Kosten zu beseitigen² und damit das Werk «nachzubesern».

Nach dem expliziten Vorbehalt, den Art. 368 Abs. 2 OR dem Gesagten zufolge enthält, steht das umschriebene Nachbesserungsrecht dem Besteller nur dann zu, wenn die Nachbesserung dem Unternehmer «nicht übermässige Kosten verursacht» (deutlich auch der französische

Text des Art. 368 Abs. 2 OR: «... *le maître peut ... obliger l'entrepreneur à réparer l'ouvrage à ses frais si la réfection est possible sans dépenses excessives*»). Dementsprechend setzt das Nachbesserungsrecht des Bestellers zusätzlich zur Mangelhaftung des Unternehmers voraus, dass dem Unternehmer aus der unentgeltlichen Nachbesserung (Verbesserung) des Werkes keine übermässigen Kosten entstehen. Fehlt es an dieser *negativen Voraussetzung für das Nachbesserungsrecht*, weil die (voraussichtlichen) Nachbesserungskosten, die der Unternehmer zu tragen hat, im konkreten Falle «übermässig» sind,³ so verfügt der Besteller nach der Bestimmung des Art. 368 Abs. 2 OR über kein Nachbesserungsrecht, auch wenn der Unternehmer für den infrage stehenden Mangel (noch) haftet. Das entspricht der herrschenden Meinung,⁴ die auch von mir geteilt wird.⁵ Ihr zufolge bleibt es dem Besteller bei übermässigen Nachbesserungskosten also versagt, den Unternehmer zur Nachbesserung zu verpflichten. Verlangt er die Nachbesserung trotz übermässiger Kosten, so ist der Unternehmer grundsätzlich berechtigt, die verlangte Nachbesserung zu verweigern, weil mangels eines Nachbesserungsrechts keine Nachbesserungsschuld entstanden ist.⁶

2. Nach *einer von der herrschenden Meinung abweichenden Theorie*, die neuerdings von ROGER BRÄNDLI⁷ und im Anschluss an ihn von PHILIPP LAUBE⁸ vertreten wird, hat

³ Zum Kriterium der «Übermässigkeit» vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, zit. in Anm. 1, Nr. 1749 ff.

⁴ Vgl. z.B. BGE 111 II 174; BGer 4C.346/2003 vom 26.10.2004, E. 4.2.1; BÖGLI, Der Übergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mängelhaftung beim Werkvertrag, Diss. St. Gallen 1996, S. 55; BÜHLER, Zürcher Kommentar, N 128 und 146 zu Art. 368 OR; CHAIX, Commentaire Romand (2. Aufl.), N 41 zu Art. 368 OR; HÜR-LIMANN/SIEGENTHALER, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., Zürich 2012, N 9 zu Art. 368 OR; KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009, § 29, Nr. 29; DERSELBE, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, Zürich 1995, Nr. 90 ff./94; DERSELBE, Ausschluss der Nachbesserung im Falle «übermässiger Kosten», BR 1986, S. 12; TERCIER/FAVRE, Les contrats spéciaux, 4. Aufl., Genf/Zürich 2009, Nr. 4569/4572 (B. Carron); TSCHÜTSCHER, Die Verjährung der Mängelrechte bei unbeweglichen Bauwerken, Diss. St. Gallen, Bern 1996, S. 33; ZINDEL/PULVER, zit. in Anm. 1, N 47 zu Art. 368 OR; WERRO, Le coût excessif de la réfection de l'ouvrage et la sanction du contrat en cas de déplaisir consécutif au défaut, BR 2008, S. 116 ff. (insbesondere S. 120).

⁵ GAUCH, Der Werkvertrag, zit. in Anm. 1, Nr. 1748.

⁶ Vgl. dazu GAUCH, Werkvertrag, zit. in Anm. 1, Nr. 1767 f. mit den darin aufgeführten Ausnahmen.

⁷ BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Zürich 2007, Nr. 399 ff.; DERSELBE, Bemerkungen zum Entscheid der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 24.2.2004 (BGer 4C.265/2003), AJP 2004, S. 1259 ff., S. 1260 f.

⁸ LAUBE, Die Tragung der Nachbesserungskosten im Bauwerkvertrag, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2011, Nr. 111 und Nr. 246 ff.; DER-

¹ Vgl. statt vieler: BGE 136 III 274; BGer 4A_90/2013 vom 10.6.2013, E. 4; 4C.347/2005 vom 13.2.2006, E. 4; 4C.346/2003 vom 26.10.2004, E. 4.2.1; 4C.282/2002 vom 10.12.2002, E. 1.2; 4C.126/2002 vom 19.8.2002, E. 1.1; 4C.80/2000 vom 4.4.2001, E. 3 a; BÜHLER, Zürcher Kommentar, N 130 zu Art. 368 OR; CHAIX, Commentaire Romand (2. Aufl.), N 9 zu Art. 368 OR; GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, Nr. 1698/1700 ff.; ZINDEL/PULVER, Basler Kommentar (OR I, 5. Aufl.), N 12 zu Art. 368 OR.

² Zu den Fällen, in denen der Besteller ausnahmsweise einen Zuschuss an die Kosten der Nachbesserung leisten muss, siehe GAUCH, Der Werkvertrag, zit. in Anm. 1, Nr. 1733 ff.

das Übermass der Nachbesserungskosten jedoch keinen Einfluss auf den Bestand des Nachbesserungsrechts; vielmehr stehe dem Besteller das Nachbesserungsrecht des Art. 368 Abs. 2 OR trotz der übermässigen Nachbesserungskosten zu; solche Kosten seien lediglich ein Grund, der es dem Unternehmer gestatte, sich der Durchsetzung der aus dem ausgeübten Nachbesserungsrecht des Bestellers entstandenen Nachbesserungsschuld mittels einer entsprechenden Einrede zu widersetzen.

Diese «Einredetheorie» orientiert sich offenbar an § 635 Abs. 3 des deutschen Rechts,⁹ welches das Nachbesserungsrecht des Bestellers (§ 634 Ziff. 1/635 BGB) im Unterschied zu Art. 368 Abs. 2 OR als Forderung auf «Nacherfüllung», nicht als Gestaltungsrecht begreift.¹⁰ Im Aufsatz von PHILIPP LAUBE, den ich eingangs zitiert habe, wurde die von der herrschenden Meinung abweichende Theorie auch in der vorliegenden Zeitschrift (in BR 2013, S. 110 ff.) propagiert. Der von LAUBE verfasste Aufsatz übernimmt im Wesentlichen die in AJP 2004, S. 1259 ff. publizierten Argumente von ROGER BRÄNDLI, dessen Auffassung PHILIPP LAUBE nach eingehender Darstellung zustimmt¹¹ und damit zu seiner eigenen Meinung macht.¹²

Trotz der Argumente, die der zitierte Aufsatz vorträgt, und bei allen praktischen Vorteilen, welche die «Einredetheorie» allenfalls haben mag, bin ich der Ansicht, dass diese Theorie für das schweizerische Recht abzulehnen ist.¹³ Sie widerspricht dem Wortlaut des Art. 368 Abs. 2 OR (Ziffer 1 meines Textes), ohne dass irgendwelche Auslegungsmittel den Schluss zuliessen, der explizite Vorbehalt, den Art. 368 Abs. 2 OR für das Nachbesserungsrecht enthält, habe nach der Intention des Gesetzesgebers einen anderen Sinn, als den Bestand des Nachbesserungsrechts an die negative Voraussetzung nicht übermässiger Nachbesserungskosten zu knüpfen. Im Gegensatz zur «Einredetheorie» bleibe ich somit bei der Meinung, dass der Besteller nach Art. 368 Abs. 2 OR über kein Nachbesserungsrecht verfügt, falls die Nachbesserungskosten übermässig sind. Daran würde ich notabene selbst dann festhalten, wenn das Nachbesserungsrecht des Art. 368 Abs. 2 OR kein Gestaltungsrecht, sondern ein Forde-
nungsrecht wäre.¹⁴

3. Auf einige Ausführungen von PHILIPP LAUBE möchte ich nun noch im Einzelnen eintreten, da sie in seinem Aufsatz einen zentralen Platz einnehmen. Die einschlägigen Ausführungen betreffen die *Beweislast für die Übermässigkeit der Nachbesserungskosten*. Diese obliegt dem Unternehmer, der sich auf die Übermässigkeit der Kosten beruft.¹⁵ Darin sind sich LAUBE, das Bundesgericht (in BGer 4C.265/2003, E. 3.2) und auch Vertreter der herrschenden (von der «Einredetheorie» abgelehnten) Meinung¹⁶ einig. Indes wendet LAUBE ein, dass die besagte Beweislastverteilung, die er für die «Einredetheorie» befürwortet,¹⁷ den allgemeinen Beweisregeln widerspreche, falls man mit der herrschenden Meinung die «Nichtübermässigkeit» der Nachbesserungskosten als negative Voraussetzung des Nachbesserungsrechts auffasse. Nach den «allgemeinen Beweisregeln (Art. 8 ZGB)» hätte in diesem Fall vielmehr der Besteller, der sich auf sein Nachbesserungsrecht beruft, die «Nichtübermässigkeit» der Kosten nachzuweisen, da sie, als negative Voraussetzung des Nachbesserungsrechts verstanden, einen rechtsbegründenden Charakter habe.¹⁸ Dass Vertreter der herrschenden Meinung den Unternehmer dennoch mit dem Nachweis der übermässigen Kosten belasten, sei somit inkonsequent.¹⁹ Was dagegen das Bundesgericht betrifft, so habe es (wie BRÄNDLI hervorhebe) durch die Beweisbelastung des Unternehmers (BGer 4C.265/2003, E. 3.2) unausgesprochen zum Ausdruck gebracht, dass die «Nichtübermässigkeit» der Nachbesserungskosten keine Voraussetzung für den Bestand des Nachbesserungsrechts sei.²⁰

Gegen diese beweisrechtliche Argumentation ist einzuwenden, dass sie auf einem Irrtum beruht. Denn bildet die «Nichtübermässigkeit» der Nachbesserungskosten eine negative Voraussetzung für das Nachbesserungsrecht, wie die herrschende Meinung zu Recht annimmt, so bedeutet dies noch nicht, dass sie für das Nachbesserungsrecht ein rechtsbegründender (rechtserzeugender) Sachumstand ist, der zur Haftung des Unternehmers für den Werkmangel hinzutritt. Vielmehr verhält es sich so, dass der mögliche Umstand, wonach die Nachbesserung dem Unternehmer übermässige Kosten verursacht, der Entstehung oder, bei späterem Eintreten, dem Fortbestand des (noch nicht ausgeübten) Nachbesserungsrechts

SELBE, Für ein Leistungsverweigerungsrecht bei übermässigen Nachbesserungskosten, BR 2013, S. 110 ff.

⁹ Vgl. den Verweis bei BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, zit. in Anm. 7, Nr. 399, und AJP 2004, S. 1260.

¹⁰ Vgl. statt aller: BUSCHE, Münchener Kommentar (Bd. 4/Bes. Teil II, 5. Aufl.), N 1 ff. zu § 635 ff. BGB; KRAUSE-ALLENSTEIN, in: KNIFFKA, Bauvertragsrecht, München 2012, N 1 ff. zu § 635 BGB.

¹¹ LAUBE, BR 2013, S. 111 (III/Ziff. 1).

¹² Dementsprechend ist meine Entgegnung auf LAUBE zugleich auch eine Entgegnung auf BRÄNDLI.

¹³ So schon GAUCH, Der Werkvertrag, zit. in Anm. 1, Nr. 1769.

¹⁴ So hat z.B. auch BECKER, Berner Kommentar, N 10 f. zu Art. 368 OR, das Nachbesserungsrecht des Bestellers, das er noch als «Anspruch auf richtige Erfüllung» verstand, an die Voraussetzung geknüpft, dass die Verbesserung des Werkes dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht.

¹⁵ Das bedeutet, dass der betreffende Unternehmer die Sachumstände nachzuweisen hat, aus denen sich die Übermässigkeit der Kosten ergibt.

¹⁶ Vgl. z.B. GAUCH, Der Werkvertrag, zit. in Anm. 1, Nr. 1767, Anm. 568; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, zit. in Anm. 4, N 9 zu Art. 368 OR; ZINDEL/PULVER, zit. in Anm. 1, N 95 zu Art. 368 OR.

¹⁷ LAUBE, BR 2013, S. 112 (linke Spalte, vor lit. b).

¹⁸ LAUBE, BR 2013, S. 111 f. (III/Ziff. 1/lit. a).

¹⁹ LAUBE, BR 2013, S. 111 (lit. B/Ziff. 2), BRÄNDLI referierend; dann S. 112 (linke Spalte oben): «In Bezug auf das Kriterium der Übermässigkeit wird damit von den üblichen Beweisregeln abgewichen».

²⁰ Wörtlich: «BRÄNDLI hebt hervor, dass das Bundesgericht ... unausgesprochen zum Ausdruck gebracht habe, dass die Übermässigkeit der Nachbesserungskosten keine negative Voraussetzung für den Bestand des Nachbesserungsrechts sei, sondern es sich dabei um eine Einrede handle, ...» (LAUBE, BR 2013, S. 111, lit. B/Ziff. 2). Zu dieser Formulierung vgl. im vorliegenden Text auch unten Ziffer 4 mit Anm. 23.

trotz Verwirklichung des hierfür rechtserzeugenden Sachverhaltes entgegensteht, weshalb der Besteller kein Nachbesserungsrecht hat, falls die Nachbesserung solche Kosten verursacht. Da nun aber die Beweislast für rechtshindernde oder rechtsaufhebende Umstände nach den allgemeinen Beweislastregeln bei derjenigen Partei liegt, die sich darauf beruft,²¹ harmonisiert die Belastung des Unternehmers mit dem Nachweis der übermässigen Kosten durchaus mit der herrschenden Meinung, wonach die «Nichtübermässigkeit» der Nachbesserungskosten eine negative Voraussetzung für den Bestand des Nachbesserungsrechts bildet. Daraus folgt, dass es keineswegs inkonsequent (sondern im Gegenteil konsequent) ist, wenn Vertreter der herrschenden Meinung den Unternehmer mit dem Beweis der übermässigen Kosten belasten. Und schon im Ansatz verfehlt ist dementsprechend auch das Argument, durch die Belastung des Unternehmers mit dem Nachweis der übermässigen Kosten habe sich das Bundesgericht in BGer 4C.265/2003, E. 3.2 unausgesprochen gegen die herrschende Meinung gewandt, wonach das Nachbesserungsrecht des Bestellers voraussetzt, dass dem Unternehmer aus der Nachbesserung keine übermässigen Kosten entstehen. Davon abgesehen, untermauert das Bundesgericht (am angeführten Ort) die Beweisbelastung des Unternehmers mit zwei Literaturstellen, die von Vertretern der herrschenden Meinung stammen. Und schliesslich ist nicht leichthin anzunehmen, dass sich das Bundesgericht unausgesprochen von einer Meinung verabschiedet, die es in früheren Entscheidungen²² noch geteilt hat. Viel eher ist anzunehmen, die Auslegung von BGer 4C.265/2003, E. 3.2 in eine zur «Einredetheorie» passende Richtung sei das Produkt eines diesbezüglichen Vorverständnisses.

4. Nachzutragen bleibt ein Zweifaches. Der erste Punkt betrifft die *negative Voraussetzung für das Nachbesserungsrecht*, die vorliegend zur Diskussion stand. Diese

besteht in der «*Nichtübermässigkeit*» der Nachbesserungskosten (vgl. Ziffer 1 meines Textes) und nicht in deren «*Übermässigkeit*», die selbstredend keine Voraussetzung (auch keine negative) für das Nachbesserungsrecht bildet. Das ist zu betonen gegenüber anders lautenden Formulierungen, die PHILIPP LAUBE an vereinzelten Stellen gebraucht, worin er die Auffassung von ROGER BRÄNDLI (in Übereinstimmung mit der von diesem in AJP 2004, S. 1259 ff. verwendeten Terminologie) referiert.²³ Soweit sich mein Text auf derartige Stellen bezog, habe ich mir erlaubt, die unzutreffenden Formulierungen zutreffend umzudeuten.

Der zweite Punkt betrifft *meine Entgegnung*. Trotz ihrer Kürze ist sie nicht etwa Ausdruck einer Geringschätzung gegenüber dem von PHILIPP LAUBE veröffentlichten Aufsatz. Auch wenn ich der darin propagierten «Einredetheorie» nicht zu folgen vermag, finde ich es erfreulich, dass der Aufsatz im «Baurecht» publiziert wurde. Denn die Rechtswissenschaft ist eine Wissenschaft, die aus Kontroversen lebt. Mich selber hat der Aufsatz veranlasst, meine eigene Position erneut zu überprüfen und ausserdem die von den Vertretern der «Einredetheorie» abgemahnte Begründung nachzuliefern, weshalb ich, obwohl Anhänger der herrschenden Meinung, die Beweislast für die Übermässigkeit der Nachbesserungskosten dem Unternehmer zuteile.²⁴

²³ Beispiele (kursive Auszeichnungen von mir beigelegt): «Wollte man nun, wie BRÄNDLI schreibt, mit der Auffassung, *die Übermässigkeit* der Nachbesserungskosten sei eine negative Voraussetzung für den Bestand des Nachbesserungsrechts, Ernst machen, hätte im vorliegenden Fall ...». Oder: «BRÄNDLI hebt hervor, dass das Bundesgericht ... unausgesprochen zum Ausdruck gebracht habe, dass *die Übermässigkeit* der Verbesserungskosten keine negative Voraussetzung für den Bestand des Nachbesserungsrechts sei». Oder: «Da die herrschende Lehre die Beweislast für *die Übermässigkeit* der Nachbesserungskosten, obschon es sich dabei um eine negative Voraussetzung des Nachbesserungsrechts handeln soll, ohne nähere Begründung ebenfalls dem Unternehmer auferlegt, ...».

²⁴ Dass ich diese Beweislastverteilung an der von PHILIPP LAUBE angeführten Stelle («GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1767, Anm. 568») noch «ohne nähere Begründung» befürwortet hatte, wie LAUBE (BR 2013, S. 111, bei Anm. 17) in seiner Wiedergabe von BRÄNDLI bemerkt, erklärt sich wohl daraus, dass ich annahm, der Grund hierfür liege auch so auf der Hand.

²¹ Vgl. dazu WALTER, Berner Kommentar (2012), N 290 und 279 ff. zu Art. 8 ZGB.

²² Vgl. die einschlägigen Zitate in Anm. 4.