

FESTSCHRIFT FÜR
HERMANN KORBION
ZUM 60. GEBURTSTAG
AM 18. JUNI 1986

Herausgegeben von
Walter Pastor

WERNER-VERLAG

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Festschrift für Hermann Korbion zum 60. [sechzigsten] Geburtstag am 18. Juni 1986 / hrsg. von
Walter Pastor. – Düsseldorf : Werner,
1986.**

ISBN 3-8041-1544-6

NE: Pastor, Walter [Hrsg.]; Korbion, Hermann:
Festschrift

ISB N 3-8041-1544-6



© Werner-Verlag GmbH · Düsseldorf · 1986

Printed in Germany

Alle Rechte, auch das der Übersetzung, vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es auch nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Wege (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

Zahlenangaben ohne Gewähr

Gesamtherstellung: ICS Kommunikations-Service GmbH, Bergisch Gladbach

Archiv-Nr.: 725-6.86

Bestell-Nr.: 15446

PETER GAUCH

Revision des Werkvertragsrechts? Ein Beitrag aus der Schweiz.

I. Einleitung

1. Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? Über diese Frage wird in *Deutschland* – im Rahmen der „großen Schuldrechtsreform“ – seit längerer Zeit nachgedacht.¹⁾ Auch der 55. Deutsche Juristentag in Hamburg (25.–28.9.1984) hat darüber diskutiert. Der Diskussion lag ein für den Juristentag ausgearbeitetes Gutachten von Prof. Dr. *Arndt Teichmann* zugrunde.²⁾ Das alles ist den deutschen Juristen, die sich mit Werkvertragsrecht beschäftigen, bestens bekannt.

Weniger bekannt dürfte in Deutschland dagegen sein, daß sich auch die *schweizerischen* Nachbarn – für ihre Rechtsordnung – mit der gleichen Frage befaßt haben.³⁾ Deshalb und weil der durch die Festschrift Geehrte, mein Kollege Prof. *Hermann Korbion*, mit der *Schweiz* durch vielfältige (fachliche und persönliche) Beziehungen verbunden ist, erlaube ich mir, in dieser Schrift darüber zu berichten. Den Ausgangspunkt bildet ein kurzer Hinweis auf die derzeitige Rechtslage in der *Schweiz*:

2. Der Werkvertrag gehört zu den wichtigsten Verträgen, die *das schweizerische Obligationenrecht* (OR) vom 30. März 1911 besonders regelt. Die heute geltende Regelung wurde mit kleinen Änderungen aus dem alten Obligationenrecht von 1881 übernommen und ist somit in ihren Grundzügen über hundert Jahre alt. Sie zeichnet sich aus durch ihre Kürze. Das Gesetz begnügt sich mit wenigen Artikeln (Art. 363–379 OR) und verzichtet darauf, bestimmte Werkvertragstypen herauszuheben, um sie dadurch einer speziellen Ordnung zu unterstellen. Das erhöht die Bedeutung, die der Lehre,⁴⁾ Rechtsprechung und Vertragspraxis im Gebiete des Werkvertragsrechts zukommt. Anzuführen sind zwei Bemerkungen:

* Das *Bauhandwerkerpfandrecht* (vergleichbar mit der Sicherungshypothek des Bauunternehmers nach § 648 BGB) wird nicht im Obligationenrecht, sondern im *schweizerischen* Zivilgesetzbuch (Art. 837 Ziff. 3/839 ff. ZGB) geregelt.⁵⁾ Danach sind „Handwerker oder Unternehmer, die zu Bauten oder andern Werken auf einem Grundstücke Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben“, bei gegebenen Voraussetzungen befugt, für ihre Forderungen ein gesetzliches Grundpfand am Grundstück zu errichten, und zwar gleich-

1) Beachte insbesondere *Weyers*, Werkvertrag (in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, Köln 1981, S. 1115 ff.) und *Keilholz*, Empfiehlt sich eine besondere Regelung der zivilrechtlichen Beziehungen zwischen den Beteiligten eines Bauvorhabens...? (in: Gutachten und Vorschläge . . ., Bd. III, Köln 1983, S. 241 ff.).

2) *Teichmann*, Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts, Gutachten A zum 55. Deutschen Juristentag, München 1984.

3) Vgl. aber immerhin den Hinweis bei *Weyers*, zit. in Anm. 1, S. 1131.

4) Neuere Darstellungen des *schweizerischen* Werkvertragsrechts: *Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985; *Gautschi*, Der Werkvertrag, Berner Kommentar zu Art. 363–379 OR, Bern 1967; *Pedrazzini*, Der Werkvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht VII/1, Basel und Stuttgart 1977, S. 495 ff.; *Reber*, Rechts- handbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, 4. Aufl., Dietikon 1983.

5) Standardwerk: *Schumacher*, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2. Aufl., Zürich 1982.

gültig, ob „sie den Grundeigentümer oder einen Unternehmer zum Schuldner haben“. Die Errichtung erfolgt durch Eintragung im Grundbuch. Entgegen dem zu engen, aber geläufigen Ausdruck „Bauhandwerkerpfandrecht“ steht der Anspruch auf Eintragung (und damit auf Errichtung) dieses Pfandrechts auch andern Unternehmern als „Handwerkern“ zu. Selbst Subunternehmer sind zur Eintragung berechtigt, nicht aber Architekten oder Ingenieure.⁶⁾

- * Die *Vertragspraxis* wird auch in der Schweiz in erheblichem Maße von Allgemeinen Vertragsbedingungen beeinflusst.⁷⁾ Das gilt insbesondere für den Bauwerkvertrag. Er steht vor allem unter dem Einfluß der SIA-Norm 118 („Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten“, Ausgabe 1977), die vom *Schweizerischen* Ingenieur- und Architekten-Verein (Zürich) herausgegeben und vertrieben wird. Dieses private Regelwerk ist inhaltlich vergleichbar mit der Deutschen Verdingungsordnung für Bauleistungen.⁸⁾ Es wurde zwar unter Mitwirkung öffentlicher Stellen erarbeitet, was aber nichts an seinem rein privaten Charakter ändert.

II. Eine Umfrage und deren Auswertung

1. Mit Rücksicht auf das beträchtliche Alter der Kodifikation war die Frage, ob das geltende Werkvertragsrecht der *Schweiz* revisionsbedürftig sei, fast unausweichlich. Das Bundesamt für Justiz veranlaßte daher (aufgrund parlamentarischer Vorstöße) eine Abklärung, mit der ich im Jahre 1979 betraut wurde. In der Überzeugung, daß die Frage der Revision eine eminent praktische Frage ist, sollte zunächst die Meinung der am Werkvertrag praktisch Interessierten durch eine *Umfrage* ermittelt und über das Ergebnis (mit persönlicher Stellungnahme des Beauftragten) berichtet werden. Das ist in der Folge geschehen:

Die Revisionsumfrage wurde in den Jahren 1979/80 durchgeführt. Mit einem ausführlichen Fragebogen wandten wir uns an Behörden und Berufsverbände, an Werkbesteller, Unternehmer, Ingenieure, Architekten, Rechtsanwälte und andere. Dabei gingen wir über den Gegenstand der Art. 363–379 OR hinaus, indem wir z. B. auch das Bauhandwerkerpfandrecht und das Problem der Allgemeinen Vertragsbedingungen (insbesondere der SIA-Norm 118) in die Fragestellung einbezogen. Angeschrieben wurden 282 Adressaten. Eingegangen sind 96 einläßliche Antworten. Davon haben 31 mit einem Brief geantwortet, 65 mit ganz oder teilweise ausgefülltem Fragebogen. Dieser Rücklauf lag zwar

6) BGE 65 II 1; *Schumacher*, a. a. O., Nr. 180 ff.

7) Obwohl Allgemeine Vertragsbedingungen nicht nur im Gebiete des Werkvertragsrechts, sondern auch sonst überaus verbreitet sind, unterstehen sie in der *Schweiz* bis anhin keiner gesetzlichen Regelung. Doch haben Rechtsprechung und Lehre zahlreiche Regeln entwickelt, die sich vor allem mit deren Geltung und Auslegung befassen. Außerdem enthält der Revisionsentwurf zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb eine einschlägige Bestimmung. Nach Art. 8 des Entwurfs handelt unlauter, „wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die zum Nachteil einer Vertragspartei von der unmittelbar oder sinngemäß anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechenden Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.“

8) Darüber das Standardwerk von *Ingenstau/Korbion*, Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teile A und B, Kommentar, 10. Aufl. 1984. Sonderliteratur zur Mängelhaftung: *Kaiser*, Das Mängelhaftungsrecht der VOB, 5. Aufl., Heidelberg 1985.

unter den Erwartungen, war aber doch so, daß sich eine detaillierte Auswertung der Umfrage lohnte.⁹⁾

2. Die *Auswertung*, die schließlich ein Dokument von über 600 Seiten füllte, nahm viel Zeit in Anspruch, weshalb der vom Bundesamt für Justiz angeforderte Bericht erst im Dezember 1981 eingereicht werden konnte. In diesem unveröffentlichten Bericht¹⁰⁾ wird, gestützt auf die Ergebnisse der Umfrage, von einer Revision des Werkvertragsrechts zur Zeit abgeraten. Hingegen sei das Werkvertragsrecht zu einem späteren Zeitpunkt und im Rahmen einer größeren Revision des Schuldrechts zu überarbeiten. Zur Begründung wird unter anderem ausgeführt (stark verkürzte und sinngemäße Wiedergabe):

a) Die Auswertung der Umfrage brachte zwar eine *Fülle von Ideen, konkreten Vorschlägen und Anregungen* für eine Revision. Die vorgeschlagenen Revisionspunkte betreffen jeden einzelnen Artikel des gesetzlichen Werkvertragsrechts, aber auch andere Fragen (z. B. die Systematik des Gesetzes, die Berücksichtigung des „Partnerschaftsgedankens“ bei sachverständigem Besteller, die Behandlung unbeweglicher Werke usw.). Von *daher* gesehen, läge der Stoff für eine Revision bereit.

b) Trotz aller Ideen, Vorschläge und Anregungen ist jedoch die Meinung zur Frage, *ob überhaupt revidiert werden soll*, unter den Beantwortern des Fragebogens geteilt. Befürworter und Gegner einer Revision finden sich in allen Interessengruppen und halten sich zahlenmäßig die Waage.¹¹⁾ Sicher aber läßt sich *keine eindeutige Tendenz für eine Revision des Werkvertragsrechts* erkennen. Eine mögliche Totalrevision stößt sogar auf klare Ablehnung. Ebenfalls und deutlich abgelehnt wird eine detaillierte Regelung des Werkvertrages durch den Gesetzgeber. Folgerichtig findet auch die Idee von besonderen Gesetzesvorschriften für den Bauwerkvertrag oder andere Arten von Werkverträgen nur geringe Zustimmung.

c) Schon der Umstand, daß es nach dem Ergebnis der Umfrage an einer eindeutigen Tendenz für eine Revision fehlt, mahnt zur Vorsicht und spricht zur Zeit gegen eine Überarbeitung des Werkvertragsrechts. Das gilt um so mehr, als die Argumente der Befürworter und Gegner, bei gesamthafter Betrachtung, kaum den Eindruck erwecken, eine Revision sei besonders dringend.¹²⁾ Außerdem hätte eine Revision des Werkvertragsrechts Auswirkungen auf „benachbarte“ Verträge (z. B. den Kaufvertrag und den Auftrag), deren

9) Zum Vergleich: Beim 55. Deutschen Juristentag in *Hamburg* waren an der Beschlußfassung über den Werkvertrag etwa 150 stimmberechtigte Mitglieder beteiligt (JA 1985, S. 88).

10) Der Bericht ist enthalten im „Begleitschreiben“ zur Auswertung des Fragebogens vom Dezember 1981. Obwohl er nicht veröffentlicht wurde, entspricht es einem ausdrücklichen Wunsch des Bundesamtes für Justiz, daß „die Ergebnisse Ihrer Umfrage und die Schlußfolgerungen Ihres Berichtes einer breiteren Öffentlichkeit zugänglich“ gemacht werden (Brief vom 10. März 1982). Das legitimiert mich, darüber zu schreiben.

11) Bei der Auswertung der Umfrage wurde jeder Beantworter gleich gezählt, unabhängig davon, ob es sich um eine Einzelperson, eine Firma oder einen Verband handelt. Das vermindert zwar die Aussagekraft der „Mehrheitsrechnungen“. „Ohne“ Aussagekraft sind die Berechnungen aber trotzdem nicht.

12) Die allgemeinen Argumente, die *für* eine Revision vorgebracht wurden, beziehen sich vorwiegend auf die technischen und rechtlichen Entwicklungen der letzten Jahrzehnte. Das Werkvertragsrecht soll diesen Entwicklungen (auch der Rechtsprechung) und damit der Praxis angepaßt werden. Umgekehrt wurde *gegen* eine Revision argumentiert, daß sich die geltende Regelung im Alltag bewährt habe; Gesetz, Judikatur und Allgemeine Geschäftsbedingungen würden eine befriedigende Lösung der sich stellenden Rechtsfragen gewährleisten.

Bestimmungen „angepaßt“ werden müßten. Trifft dies aber zu, so gibt es gute Gründe, den *Werkvertrag nur im Rahmen einer größeren Revision des Schuldrechts zu überarbeiten*, also abzuwarten, bis die Zeit für eine solche Revision (z. B. unter Einschluß der Veräußerungsverträge und des Auftrags) gekommen ist. Die „stückweise“ Revision unserer Privatrechtsgesetze stößt heutzutage ohnehin auf zunehmende Kritik, weil sie die Einheit der Gesetze in materieller, systematischer und terminologischer Hinsicht zerstört. Schon deshalb sollte man sich nicht ohne „Not“ an eine isolierte Revision nur des Werkvertragsrechts machen. Daß es aber eine „Notlage“ gibt, die eine separate (vorgezogene) Überarbeitung dieses Vertragstyps rechtfertigt, hat die Auswertung der Umfrage nicht gezeigt.

d) Hält man indes trotz allem an der Technik der „stückweisen“ Revision unserer Gesetze fest, so stellt sich immer noch die Frage, ob nicht *zunächst wichtigere Dinge in Angriff zu nehmen* sind. Zu denken ist etwa an eine gesetzliche Regelung der Allgemeinen Vertragsbedingungen oder der Produkthaftung.

Mit den Allgemeinen Vertragsbedingungen allerdings scheinen die Beantworter des Fragebogens recht gute Erfahrungen zu machen – auch mit der SIA-Norm 118, die im großen und ganzen positiv bewertet wird. Mit starker Mehrheit wenden sich die Beantworter gegen ein besonderes AGB-Gesetz nach deutschem Vorbild und lehnen außerdem eine „Kontrolle“ der SIA-Norm 118 durch zwingende Gesetzesbestimmungen oder behördliche Aufsicht ab.¹³⁾

3. Seit der Berichterstattung vom Dezember 1981 sind jetzt mehrere Jahre vergangen, ohne daß für das Werkvertragsrecht des schweizerischen OR die Frage einer Revision nochmals aufgegriffen wurde. Dennoch lohnt es sich, den wesentlichen Inhalt des damaligen Berichts mit den einschlägigen Beschlüssen des Deutschen Juristentages in *Hamburg* (NJW 1984, S. 2676 ff.) zu vergleichen. Der Vergleich zeigt, daß in verschiedenen Punkten *Übereinstimmung mit dem heutigen Diskussionsstand in Deutschland* besteht. Das gilt namentlich mit Bezug auf vier (ausgewählte) Beschlüsse (die Beschlüsse eins, zwei, vier und sieben), die in Hamburg gefaßt wurden:

a) „*Eine völlige Neukonzeption des Werkvertragsrechts ist nicht erforderlich.*“ Dieser Beschluß des Deutschen Juristentages (Beschluß eins) deckt sich mit dem Ergebnis der schweizerischen Revisionsumfrage, wonach eine Totalrevision des *schweizerischen* Werkvertragsrechts auf klare Ablehnung stößt (oben II, Ziff. 2 lit. b). Die Ablehnung einer solchen Totalrevision ist verständlich und von der Sache her richtig. Denn: Obwohl die Revisionsumfrage eine Fülle von Revisionsvorschlägen einbrachte (Ziff. 2 lit. a), steht fest, daß sich das überkommene Werkvertragsrecht in der *schweizerischen* Praxis insgesamt bewährt hat. Ein guter Teil der Vorschläge zielt im übrigen gar nicht auf eine inhaltliche Änderung des Gesetzes ab, sondern auf eine Klarstellung des Gesetzestextes. Schwierigkeiten bereiten z. B. die Ausdrücke „Ablieferung“, „Abnahme“ und „Übergabe“ des Werkes.

Mit der Ablehnung einer Totalrevision wird zu Recht auch eine detaillierte Regelung des Werkvertragsrechts verworfen (Ziff. 2 lit. b). Der Gesetzgeber soll sich (wie in der Revisionsumfrage zum Ausdruck kommt) an das Grundsätzliche halten. Das entspreche (wird

13) Insgesamt war das Ergebnis der Umfrage, was die Allgemeinen Vertragsbedingungen betrifft, viel günstiger, als die „kritische“ Rechtsliteratur erwarten ließ. Das gehört für einen, der sich ebenfalls kritisch über AGB äußert, mit zu den Überraschungen der Umfrage.

z. B. gesagt) bewährter *Schweizer* Tradition, was in der Tat zutrifft. Der *schweizerische* Gesetzgeber war seit jeher „der Auffassung . . ., daß die rechtliche Regelung nicht starr sein dürfe und sich nicht bis ins Einzelne und Konkrete auslassen dürfe, weil sie sonst die Fähigkeit der Anpassung an die in ständiger Entwicklung sich verändernden tatsächlichen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse verliere und den damit wandelnden Bedürfnissen nicht mehr zu genügen vermöge“. ¹⁴⁾ Ein vom Gesetzgeber bis ins Detail „reglementierter“ Richter bietet keine Gewähr für eine zweckmäßige Beurteilung des Einzelfalles! Wie stark es aber gerade im Gebiete des Werkvertrages auf den Einzelfall ankommt, zeigt die differenzierte und sich stetig fortentwickelnde Rechtsprechung auch in *Deutschland*. Eine solche Rechtsprechung zu behindern, kann (bei allen Vorbehalten gegenüber einzelnen Gerichtsentscheiden) nicht der Sinn einer Werkvertragsrevision sein.

b) „*Mit einer Reform des Werkvertragsrechts sollte nicht so lange gewartet werden, bis eine nicht mehr erträgliche Diskrepanz zwischen Gesetz und Rechtswirklichkeit eintritt . . .*“ Dieser Beschluß des Juristentages (Beschluß zwei) hat zwar kein ausdrückliches Gegenstück im schweizerischen Bericht, ist aber in seiner allgemeinen Richtigkeit so überzeugend, daß es kaum jemanden gibt, der das Gegenteil vertreten würde. Denn darüber sind sich wohl alle einig, daß es Aufgabe des Gesetzes ist, unerträgliche Situationen zu verhindern und sie nicht selbst zu schaffen.

Meinungsverschiedenheiten gibt es höchstens, was den zweiten Teil des Beschlusses angeht. „Zu empfehlen ist“, so heißt es darin, „eine . . . vorsichtige und kontinuierliche Anpassung . . .“ Daß eine Anpassung des Gesetzes „vorsichtig“, also sorgfältig, vorgenommen werden muß, versteht sich zwar ohne weiteres. Eine „kontinuierliche“, also ununterbrochene Anpassung aber widerspricht dem Wesen des Gesetzes, das auf Dauer gerichtet ist und daher nicht dauernd in Revision sein darf. Gerade deshalb sollte der Gesetzgeber sich an das Grundsätzliche halten, damit Platz für ein den jeweiligen Verhältnissen „angepaßtes“ Richterrecht verbleibt.

c) „*Die Reform darf nicht isoliert geschehen, sondern muß auf das Recht der Leistungsstörungen sowie auf eine Neugestaltung des Kaufvertragsrechts . . . abgestimmt werden. Eine Überarbeitung des Werkvertragsrechts sollte in Verbindung mit einer Reform des Rechts des Dienstvertrags und der Geschäftsbesorgungsverhältnisse stattfinden.*“ Dieser Beschluß (vierter Beschluß des Juristentages) stimmt überein mit dem Postulat des schweizerischen Berichts, „den Werkvertrag nur im Rahmen einer größeren Revision des Schuldrechts zu überarbeiten, also abzuwarten, bis die Zeit für eine solche Revision (z. B. unter Einschluß der Veräußerungsverträge und des Auftrags) gekommen ist“ (Ziff. 2 lit. c). Gegen eine separate Reform nur des Werkvertragsrechts spricht nicht allein der Umstand, „daß der Aufwand . . . vermutlich nicht lohnen würde“. ¹⁵⁾ Vielmehr haben die Kritiker einer „stückweisen“ Revision unserer Gesetze recht, wenn sie befürchten, daß dadurch die Einheit des Gesetzes zerstört wird. Viele „Reformatoren“, die in zusammenhängenden Gebieten sukzessive tätig werden, verderben das Gesetz!

d) „*In der Vielzahl der vorhandenen und möglichen Werkvertrags-Realtypen sind die Standardfragen durch ein einheitliches Werkvertragsrecht befriedigend lösbar.* Im Werkver-

14) *Liver*, Berner Kommentar, Einleitungstitel, N 125 der Einleitung.

15) *Weyers*, zit. in Anm. 1, S. 1121.

tragsrecht sollen daher keine weiteren typendifferenzierenden Sondervorschriften hinzugefügt werden“. Dieser (siebente) Beschluß des Juristentages deckt sich wiederum mit dem Ergebnis der Revisionsumfrage in der *Schweiz*, wonach „die Idee von besonderen Gesetzesvorschriften für den Bauwerkvertrag oder andere Arten von Werkverträgen nur geringe Zustimmung“ findet (Ziff. 2 lit. b).

Die geringe Begeisterung für ein differenziertes Werkvertragsrecht mit verschiedenen Vertragstypen widerspiegelt das Bedürfnis nach einem knappen Gesetz. Außerdem belegt sie, daß die *Schweizer* Praxis mit dem einheitlichen Werkvertragsrecht offenbar gut zurechtkommt. Das allerdings ist nicht die ungeteilte Meinung aller, die sich an der Revisionsumfrage beteiligten. So haben z. B. vier von fünf beteiligten Verbänden der Bauindustrie besondere Gesetzesbestimmungen für den *Bauwerkvertrag* gefordert. Die Forderung nach einem „besonderen“ Bauwerkvertragsrecht ist aber nicht nur deshalb mit großer Zurückhaltung aufzunehmen, weil sie bei den anderen Befragten auf starke Ablehnung stieß. Vielmehr trifft es zu, was einer der Befragten schrieb: daß nicht allein die Errichtung eines Bauwerkes, sondern z. B. auch die Herstellung von Flugzeugen oder Spezialfahrzeugen, „eine komplizierte Sache“ sei und es „ins Uferlose führen“ würde, wenn man für solche Verträge „spezielle Gesetze“ erlassen wollte. Überhaupt gilt es (mit dem Deutschen Juristentag) auch für das Schweizer Recht zu beherzigen, daß eine allfällige „Neuregelung des Werkvertragsrechts . . . nicht in zu starker Weise auf das Bauwesen ausgerichtet werden“ darf (Beschluß neun). Jedenfalls aber steht fest:

Weder das Ergebnis der Revisionsumfrage noch andere Erfahrungen legen es nahe, das einheitliche Werkvertragsrecht durch typendifferenzierende Sonderregeln zu zersplittern. Das gilt namentlich auch mit Bezug auf den *Werklieferungsvertrag* (BGE 72 II 349 f.). Schon nach geltendem *Schweizer* Recht bildet dieser Vertrag, bei dem der Unternehmer das Werk aus selbstbeschafftem Stoff herzustellen hat, keinen selbständig geregelten Vertragstypus, sondern wird von den Regeln des einheitlichen Werkvertragsrechts miterfaßt,¹⁶⁾ und zwar gleichgültig, ob es sich beim geschuldeten Werk um eine vertretbare oder unvertretbare Sache handelt.¹⁷⁾ Denn hierzulande „ist es dem Werkvertrag nicht, wie nach gemeinem Recht, wesentlich, daß der Besteller den Stoff liefere“ (BGE 21, S. 191). Der (elfte) Beschluß

16) *Gauch*, Der Werkvertrag, zit. in Anm. 4, Nr. 77 und Nr. 112. Nur für die Rechtsgewährleistung (nicht für die Sachgewährleistung) verweist der richtig verstandene (aber mißverständlich formulierte) Art. 365 Abs. 1 OR auf das Kaufrecht (*Gauch*, a. a. O., Nr. 1002 ff., insbes. Nr. 1006 ff.; vgl. auch *Pedrazzini*, zit. in Anm. 4, S. 522, Anm. 44 a). *Anders* die herrschende Lehrmeinung, die gestützt auf Art. 365 Abs. 1 OR die Regeln über die kaufrechtliche Sachgewährleistung zur Anwendung bringen will, wenn ein Werkmangel seine Ursache in der Mangelhaftigkeit des vom Unternehmer gelieferten Stoffes hat (Nachweis bei *Gauch*, a. a. O., Nr. 1003).

17) Vorausgesetzt für die Anwendung des Werkvertragsrechts ist natürlich stets, daß überhaupt ein Werklieferungsvertrag und kein Kauf über eine künftige Sache vorliegt. Das Unterscheidungsmerkmal liegt in der *Herstellungspflicht*. Der Verkäufer einer künftigen Sache ist zwar zur Übereignung der Sache, nicht aber zu deren Herstellung verpflichtet. Demgegenüber trifft den Unternehmer im Werklieferungsvertrag immer auch die einklagbare Arbeitspflicht, die zu liefernde Sache (mit eigenem Stoffe) herzustellen. Ob das eine oder das andere zutrifft, ist durch Auslegung des konkreten Vertrages zu ermitteln. Die Rechtsprechung stellt bisweilen auf die Unterscheidung zwischen vertretbaren und unvertretbaren Sachen ab. Ist eine vertretbare Sache geschuldet, nimmt sie eher einen Kaufvertrag an, geht es um eine unvertretbare Sache, einen Werklieferungsvertrag (z. B. BGE 72 II 349; 21, S. 191 f.). Die Unterscheidung zwischen vertretbaren und unvertretbaren Sachen eignet sich jedoch (wenn überhaupt) nur als Hilfsmittel zur Auslegung, bildet aber kein absolutes Kriterium für die Abgrenzung der beiden Vertragsarten (ungenau: BGE 72 II 349).

des *Deutschen* Juristentages, den eigenständigen Vertragstypus des Werklieferungsvertrages aufzugeben, ist deshalb für das schweizerische Recht gegenstandslos, weil schon verwirklicht.¹⁸⁾ Die *Schweizer* Lösung erspart nicht nur die vielen Streitfragen, die aus § 651 BGB entstehen.¹⁹⁾ Sie gestattet außerdem, den Begriff des Werklieferungsvertrages ohne Rücksicht auf eine gesetzliche Sonderregelung und so weit zu fassen, daß er auch Bauarbeiten auf dem Grundstück des Bestellers umschließt, die der Unternehmer mit selbstbeschafftem Stoff ausführt.²⁰⁾

e) Die aufgezeigte *Übereinstimmung in grundsätzlichen Punkten* der Revisionsfrage ist um so erfreulicher, als der Erkenntnisweg in *Deutschland* und in der *Schweiz* je ein anderer war. Während wir uns gleich zu Beginn um die Meinung der Praxis kümmerten, wurde die Meinungsbildung in *Deutschland* vor allem durch rechtssystematische Gutachten vorbereitet.²¹⁾ So hält *Arndt Teichmann* in der Vorbemerkung zu seinem Gutachten für den 55. Juristentag²²⁾ ausdrücklich fest: „Das vorgelegte Gutachten ist in erster Linie als systematisches, weniger als empirisches zu verstehen.“ Dem liege der Gedanke zugrunde, „daß nur ein System erlaubt, Fortbildungen einzugliedern und Antworten auch auf Fragen zu geben, die derzeit noch nicht gestellt werden. Es erschien daher zweckmäßig, einen vom System ausgehenden Vorschlag an den Anfang der von dem Juristentag zu führenden Diskussion zu stellen. Erfahrungen aus der Praxis mögen dann Korrekturen notwendig machen.“ Die Überzeugung, die aus dieser Aussage spricht, soll hier nicht Anlaß sein, vom Thema Werkvertrag auf eine Diskussion über die „richtige“ Gesetzgebungstechnik überzuwechseln. Denn nichts liegt mir ferner, als eine für *Deutschland* gewählte Methode zu kritisieren. Für die *Schweiz* aber möchte ich zu bedenken geben, daß es in einer Referendumsdemokratie schwierig und verfehlt wäre, eine Revision eingelebter Gesetzesbestimmungen gegen die Bedürfnisse der Betroffenen an die Hand zu nehmen. Auch deshalb war es angezeigt, bei den Betroffenen zu beginnen, diese also nicht erst im nachhinein zu Korrekturen an einem „vom System ausgehenden Vorschlag“ aufzufordern.

III. Mögliche Revisionspunkte

Obwohl in absehbarer Zeit eine Überarbeitung des schweizerischen Werkvertragsrechts kaum in Angriff genommen wird, rechtfertigt es sich, darüber nachzudenken, was im einzelnen Gegenstand einer Revision sein könnte. Die Revisionsumfrage in der *Schweiz*, die Ergebnisse des *Deutschen* Juristentages und andere Meinungsäußerungen bilden eine vorzügliche Grundlage, um sich mit möglichen Revisionspunkten auseinanderzusetzen. Vorliegend allerdings muß ich mich schon aus Platzgründen auf wenig beschränken. Deshalb

18) Dasselbe gilt offenbar für die deutsche VOB, die „für ihren Bereich im Gegensatz zum BGB nicht zwischen Werkvertrag (§ 631 ff. BGB) und Werklieferungsvertrag (§ 651 BGB)“ unterscheidet (*Ingenieur/Korbion*, zit. in Anm. 8, S. 100).

19) Vgl. z. B. *Teichmann*, zit. in Anm. 2, S. 38 ff.

20) Für *Deutschland* vgl. demgegenüber z. B. *Larenz*, Schuldrecht II, 12. Aufl. 1981, S. 306; *Soergel*, MünchKomm, Rdn. 5 zu § 651 BGB.

21) Sehr praxisbezogen aber das Gutachten von *Keilholz* (zit. in Anm. 1), der einen OLG-Zivilsenat (mit überwiegend Werkvertragssachen) geleitet hatte und die Erfahrungen aus der Alltagspraxis eines Oberlandesgerichts in seine Überlegungen und Vorschläge einfließen ließ (S. 247).

22) Zit. in Anm. 2.

können nur zwei Themenkreise herausgegriffen werden, über die bei einer Revision zu diskutieren wäre:

A. Die Legaldefinition des Werkvertrages

1. „Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung.“ Mit dieser knappen Formulierung umschreibt Art. 363 OR den Werkvertrag. Ist die Formulierung zu ändern, allenfalls zu ergänzen?

Das Problem stellt sich mit Rücksicht auf das Ergebnis der Revisionsumfrage. Während es sonst keine eindeutig favorisierten Revisionspunkte gab, wurde von relativ vielen Beantwortern des Fragebogens gewünscht, der Begriff „Werk“ und die Definition des Werkvertrages seien in Art. 363 OR klarzustellen, und der Werkvertrag sei gegenüber anderen Vertragstypen (insbesondere gegenüber dem einfachen Auftrag)²³⁾ besser abzugrenzen.

2. Dieser Wunsch hängt wesentlich zusammen mit der *Rechtsprechung des Bundesgerichts*. Denn einige Zeit vor der Umfrage hatte das *schweizerische* Bundesgericht seine bislang geltende Praxis geändert, indem es in BGE 98 II 311 entschied, Gegenstand eines Werkvertrages könnten nur körperliche (stoffliche, nicht geistige) Werke sein, während der einfache Auftrag eine immaterielle Leistung betreffe. Die Änderung hatte Auswirkungen namentlich auf die Qualifikation des Architekturvertrages, der von nun an (nach Ansicht des Bundesgerichts) insgesamt und ungeteilt dem Recht des einfachen Auftrages (Art. 394 ff. OR) unterstand.²⁴⁾ In der Lehre wurde die neue Rechtsprechung vorwiegend kritisiert;²⁵⁾ in der Praxis schuf sie Verwirrung und führte zu unbefriedigenden Ergebnissen.

Inzwischen (nach der Umfrage) hat sich die Lage erneut geändert. In bemerkenswerter Offenheit bekennt das Gericht in BGE 109 II 37, daß die in 98 II 311 vertretene Ansicht über die rein körperliche Natur des Werkes unrichtig („erronée“) war; nach richtiger Ansicht könne der Werkvertrag sowohl ein körperliches als auch ein unkörperliches Werk zum Gegenstand haben. Damit kehrt das Gericht zurück zu seiner langjährigen Rechtsprechung, wie sie bis zu BGE 98 II 311 praktiziert wurde. Und dem ist gut so. Denn nichts (auch nicht die gesetzliche Mängelhaftung) gebietet, den Werkvertrag auf körperliche Werke zu beschränken, den Geistwerkvertrag also auszuklammern. Vorausgesetzt für die Annahme eines Geistwerkvertrages ist jedoch, daß der unkörperliche Erfolg (um den es im konkreten

23) Der einfache Auftrag des schweizerischen Rechts wird in den Art. 394 ff. OR geregelt. Durch ihn „verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäß zu besorgen“ (Art. 394 Abs. 1 OR). Zu unterscheiden ist er nicht nur vom Werkvertrag, sondern insbesondere auch vom Einzelarbeitsvertrag der Art. 319 ff. OR, worin der Arbeitnehmer in einem Subordinationsverhältnis zum Arbeitgeber steht. Anders als nach *deutschem* Recht (§ 662 BGB) ist die Unentgeltlichkeit kein Wesensmerkmal des *schweizerischen* Auftrags. Vielmehr hat der Auftraggeber eine Vergütung zu leisten, „wenn sie verabredet oder üblich ist“ (Art. 394 Abs. 3 OR).

24) Zum Auftrag nach *Schweizer* Recht vgl. Anm. 23.

25) Vgl. *Gauch*, Der Werkvertrag, zit. in Anm. 4, Nr. 35; zur Qualifikation des Architekturvertrages: Nr. 44 ff.

Falle geht) sich seiner Natur nach überhaupt als Arbeitsergebnis versprechen läßt;²⁶⁾ und außerdem muß auch *er* eine „gewisse Körperlichkeit“ erlangen, indem er (wie z. B. ein Bauplan) dauernde Gestalt in einer Sache (z. B. einem Schriftstück oder einem elektronischen Datenspeicher) annimmt²⁷⁾ (anders: BGE 109 II 38; 70 II 218).²⁸⁾

3. Sicher könnte man, wenn das Gesetz revidiert würde, in Art. 363 OR klarstellen, daß der Werkvertrag sich nicht auf körperliche Werke beschränkt. Ein dringender Revisionspunkt aber ist dies nicht. Nach der Wiederanerkennung des Geistwerkvertrages durch das Bundesgericht hat er sogar an Aktualität für jene verloren, die auf eine Präzisierung drängten. Überhaupt bin ich der Meinung, daß es an Art. 363 OR im wesentlichen nichts zu ändern gibt. Denn die geltende *Legaldefinition ist inhaltlich richtig und brauchbar*. Und wer sich an ihre Überarbeitung machen möchte, muß folgendes überlegen:

a) Durch seine knappe Formulierung und die „offene“ Umschreibung des Werkvertrages weist Art. 363 OR den Richter an, die werkvertragliche Qualifizierung konkreter Vertragsverhältnisse unter Berücksichtigung der gesamten Werkvertragsordnung vorzunehmen. Das ist zu begrüßen. Die Zuordnung eines abgeschlossenen Vertrages zu einem bestimmten Gesetzestyp stellt nämlich einen *Wertungsentscheid* dar, der nicht losgelöst von den Einzelregeln des gesetzlichen Vertragstypenrechts vorgenommen werden darf. Schon deshalb muß eine zu starre Umschreibung des Werkvertrages vermieden werden. Abzulehnen ist insbesondere der in der Revisionsumfrage vorgetragene Wunsch, den Begriff „Werk“ gesetzlich zu definieren. Lehrbuchmäßige Begriffsbestimmungen haben in der Legaldefinition eines Vertrages keinen Platz.

b) Auch durch eine Neuformulierung des Art. 363 OR ließen sich nicht alle *Einordnungsprobleme* beseitigen.²⁹⁾ Praktische Schwierigkeiten gab es bis anhin vor allem im Verhältnis Werkvertrag/einfacher Auftrag.³⁰⁾ Sie wurden empfindlich verschärft durch die gerichtliche Ablehnung des Geistwerkvertrages, verbunden mit einer neueren Rechtspre-

26) Nicht „versprechbar“ in diesem Sinne sind z. B. der Lehr-, der Prozeß- und der Heilerfolg, weil derartige Erfolge ihrer Natur nach auch von Faktoren abhängen, über die der Verpflichtete von vornherein keine Macht hat. Zur Qualifizierung des Arztvertrages, dessen Einordnung auch in Deutschland Schwierigkeiten bereitet (z. B. *Teichmann*, zit. in Anm. 2, S. 20 ff.), vgl. für das schweizerische Recht *Gauch*, a. a. O., Nr. 41.

27) Vgl. *Gauch*, a. a. O., Nr. 42 und Nr. 271 (Der Vertrag mit reinem Geist-Werk ist ein Innominatkontrakt).

28) Das trifft z. B. für den Planungsvertrag des Architekten zu. Der (entgeltliche) Planungsvertrag des selbständigen Architekten ist daher ein Werkvertrag (BGE 109 II 465). Kein Werkvertrag (wie nach *deutscher* Rechtsprechung), sondern ein einfacher Auftrag ist dagegen der Gesamtvertrag, in dem der Architekt sämtliche Architektenleistungen (mindestens aber die Planung und die Bauleitung) übernimmt. Demgegenüber nimmt das *schweizerische* Bundesgericht neuestens an, es handle sich beim Gesamtvertrag des Architekten um ein aus Auftrag und Werkvertrag gemischtes Vertragsverhältnis, bei dem sich etwa die Haftung für einen Planfehler aus Werkvertrag, jene für unsorgfältige Bauaufsicht aus Auftrag ergeben könne, die vorzeitige Auflösung aber ungeteilt dem auftragsrechtlichen Art. 404 OR unterstehe (BGE 109 II 466). Ausführliche Darstellung der Qualifikationsfrage bei *Gauch*, a. a. O., Nr. 44 ff. und Nr. 59.

29) Ebenso für § 631 BGB: *Weyers*, zit. in Anm. 1, S. 1140.

30) Zum einfachen Auftrag nach *Schweizer* Recht vgl. Anm. 23.

chung des Bundesgerichts, die in Verkennung des Art. 394 Abs. 2 OR³¹⁾ jeden Vertrag auf Arbeitsleistung, der unter keinen anderen Vertragstyp des Gesetzes fiel, als einfachen Auftrag behandelte (BGE 104 II 110 f.; 106 II 159; 109 II 36). Jetzt aber hat das Bundesgericht zum Geistwerkvertrag zurückgefunden. Und außerdem stellt es in BGE 109 II 466 auch seine neuere Rechtsprechung zu Art. 394 Abs. 2 OR in Frage, indem es ausführt, daß sich „jedenfalls . . . gemischte Verträge, bei denen Elemente eines anderen gesetzlichen Vertragstyps neben solchen des Auftragsrechts gegeben sind, ohne weiteres mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbaren“ lassen.³²⁾ Diese Rückbesinnung auf den Grundsatz der Vertragstypenfreiheit wäre durch eine Neuformulierung des Art. 363 OR von vornherein nicht erreichbar gewesen, da es hier um das richtige Verständnis des auftragsrechtlichen Art. 394 Abs. 2 OR (nicht um den Begriff des Werkvertrages) geht.

c) Der soeben erwähnte Grundsatz der Vertragstypenfreiheit, der unser Recht beherrscht (Art. 19 Abs. 1 OR), vermindert die *Bedeutung der gesetzlichen Typenbildung*. Nicht nur können Innominatkontrakte gültig vereinbart werden. Der Richter ist auch vom Zwang befreit, sämtliche Dispositivregeln des einschlägigen Vertragstypenrechts, von denen die Parteien nicht durch Vereinbarung abgewichen sind, auf einen konkreten Werkvertrag anzuwenden.³³⁾ Er hat von der Anwendung einer werkvertraglichen Dispositivnorm schon dann abzusehen, wenn sie den vereinbarten Inhalt des Einzelvertrages (z. B. eines langzeitigen Werkvertrages) nicht sinnvoll ergänzen würde.³⁴⁾ Die betreffende („unpassende“) Gesetzesnorm tritt dann hinter die richterliche Vertragsergänzung zurück. Das wird bisweilen verkannt. So ist das Verlangen nach „besserer Abgrenzung“ der gesetzlichen Vertragstypen oft von der Idee des Typenzwangs getragen, die vom *römischen* über das gemeine Recht auch in die wissenschaftliche Bearbeitung des modernen Vertragsrechts fortwirkt, obwohl sie gesetzlich überholt ist.³⁵⁾

d) Der Wille und die Fähigkeit des Bundesgerichts zur „Selbstkorrektur“ machen gesetzgeberische *Eingriffe zur Berichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung* weitgehend überflüssig. Jedenfalls aber kann es nicht der Zweck einer Gesetzesrevision sein, eine gerade mißliebige Gerichtspraxis zu korrigieren oder die vom Gericht selbst korrigierte Rechtsprechung gesetzlich zu fixieren. Die Aufgabe der Korrektur obliegt in erster Linie der Wissenschaft, die für den Gang der Gerichtspraxis mitverantwortlich ist. Das entspricht überkommener Rechtsauffassung in der *Schweiz*, wo der Gesetzgeber den Richter sogar ausdrücklich anweist, „bewährter Lehre und Überlieferung“ zu folgen, wenn Gesetz und Gewohnheitsrecht keine Entscheidungsgrundlage bieten (Art. 1 Abs. 3 ZGB).

31) Die Bestimmung lautet: „Verträge über Arbeitsleistungen, die keiner besonderen Vertragsart des Gesetzes unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag.“ Das ist eine mißglingende Formulierung, die bei der Revision von 1911 ins Gesetz hineinkam, ohne daß der Gesetzgeber damit die Vertragsfreiheit einschränken wollte (vgl. *Bucher*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1983, II, S. 286 f. und 324, Anm. 74).

32) Damit ist ein erster Schritt getan. Es dürfte nur eine Frage der Zeit und des geeigneten Falles sein, bis das Bundesgericht (über die gemischten Arbeitsverträge hinaus) zur vollen Wiederanerkennung von Innominatkontrakten im Gebiete der Arbeitsleistungen gelangt.

33) Vgl. *Bucher*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1983, II, S. 320 ff.

34) Im einzelnen: *Jäggi/Gauch*, Zürcher Kommentar zu Art. 18 OR, N 514/515 ff.

35) Vgl. *Bucher*, a. a. O., S. 317/318 ff.

B. Die Mängelhaftung

1. Die Mängelhaftung des Unternehmers bildet ein *Kernstück des schweizerischen Werkvertragsrechts*. Liefert der Unternehmer ein mangelhaftes Werk ab, so hat er für den Werkmangel nach Art. 368 OR³⁶⁾ einzustehen. Danach ist der Besteller berechtigt, den Vertrag zu wandeln, die Vergütung zu mindern oder die unentgeltliche Verbesserung des Werkes zu verlangen, soweit die besonderen Voraussetzungen dieser Mängelrechte gegeben sind. Ein Verschulden des Unternehmers ist nicht erforderlich; dies im Unterschied zum verschuldensabhängigen Schadenersatzrecht, das nach Art. 368 OR kumulativ zu den übrigen Rechten hinzutritt³⁷⁾ und sich als zusätzliches Mängelrecht auf Ersatz des Mangel- folgeschadens richtet (BGE 100 II 32).³⁸⁾

Die soeben umschriebene Mängelhaftung des Unternehmers ist in verschiedener Hinsicht gesetzlich eingeschränkt. Zunächst entfällt sie von vornherein, wenn der Besteller den Mangel „selbst verschuldet“ hat (Art. 369 OR). Sodann trifft den Besteller eine Prüfungs- und Rügepflicht, durch deren Verletzung er seine Mängelrechte für nicht rechtzeitig angezeigte Mängel verwirkt (Art. 367 Abs. 1/370 OR). Und schließlich unterstehen die Mängelrechte des Bestellers der strengen Verjährungsordnung des Art. 371 OR.

2. Daß an der gesetzlichen Mängelhaftung des Unternehmers grundsätzlich *festzuhalten* ist, steht außer Zweifel. Zweifellos richtig (obwohl zum Teil angefochten) ist auch das Prinzip der Kausalhaftung, wonach nur das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens (aber keines der übrigen Mängelrechte) vom Verschulden des Unternehmers abhängt. Das zu ändern besteht weder Anlaß noch Grund. Keiner Änderung bedürfen außerdem:

a) *Die Mängelrechte an sich*. Das Wandelungs- und das Minderungsrecht des Art. 368 OR werden bereits jetzt als Gestaltungsrechte (das Wandelungsrecht als Rücktrittsrecht) aufgefaßt,³⁹⁾ weshalb die Beschlüsse achtzehn und zwanzig des *Deutschen* Juristentages in

36) Art. 368 OR lautet: „Leidet das Werk an so erheblichen Mängeln oder weicht es sonst so sehr vom Verträge ab, daß es für den Besteller unbrauchbar ist oder daß ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann, so darf er diese verweigern und bei Verschulden des Unternehmers Schadenersatz fordern“ (Abs. 1). „Sind die Mängel oder die Abweichungen vom Verträge minder erheblich, so kann der Besteller einen dem Minderwerte des Werkes entsprechenden Abzug am Lohne machen oder auch, sofern dieses dem Unternehmer nicht übermäßige Kosten verursacht, die unentgeltliche Verbesserung des Werkes und bei Verschulden Schadenersatz verlangen“ (Abs. 2). „Bei Werken, die auf dem Grund und Boden des Bestellers errichtet sind und ihrer Natur nach nur mit unverhältnismäßigen Nachteilen entfernt werden können, stehen dem Besteller nur die im zweiten Absatz dieses Artikels genannten Rechte zu“ (Abs. 3).

37) Außer und neben der Wandelung, Minderung oder Nachbesserung kann der Besteller nach Art. 368 OR Schadenersatz verlangen. Hingegen gibt Art. 368 OR dem Besteller (anders als § 635 BGB) kein Recht, Schadenersatz *an Stelle* der Wandelung, Minderung oder Nachbesserung einzufordern.

38) Die Beschränkung des Schadenersatzrechts auf den sogenannten Mangelfolgeschaden wird in Art. 368 OR nicht ausdrücklich erwähnt, ergibt sich aber aus einer zweckbezogenen Auslegung der Bestimmung. Der Schaden, den es zu ersetzen gilt, hat seine Ursache zwar in einem Werkmangel, ist aber nicht im Mangel selbst begründet, sondern tritt als „weitere“ Folge des Mangels ein. Zum schweizerischen Begriff des Mangelfolgeschadens, der sich mit dem deutschen nicht in jeder Beziehung deckt, vgl. im einzelnen *Gauch*, *Der Werkvertrag*, zit. in Anm. 4, Nr. 1306 ff.

39) Vgl. *Gauch*, a. a. O., Nr. 1049 f., 1067 ff., 1123, 1132 ff. (jeweils mit weiteren Zitaten). Die in *Deutschland* entwickelte „Vertragstheorie“ hat (auch in ihrer „modifizierten“ Form) weder im Wortlaut des Art. 368 OR eine Stütze, noch besteht sonst ein Grund, diese komplizierte (und überholte) Konstruktion in das *schweizerische* Werkvertragsrecht hineinzutragen.

der *Schweiz* verwirklicht sind. Das gleiche gilt für Beschluß zweiundzwanzig, wonach „der Schadenersatzanspruch nicht alternativ, sondern zusätzlich zu den übrigen Mängelhaftungsansprüchen“ besteht. Was sich rechtfertigen könnte, wäre höchstens eine gesetzliche Verankerung des Grundsatzes, wonach das Nachbesserungsrecht in ein Recht auf Neuherstellung übergeht, wenn sich der Mangel des Werkes nicht beseitigen läßt, die Neuherstellung eines mängelfreien Werkes aber möglich ist und im Verhältnis zum Nutzen des Bestellers keine übermäßigen Kosten verursacht. Daß der Unternehmer statt einer verlangten Nachbesserung von sich aus ein neues Werk herstellen darf (sechzehnter Beschluß des *Deutschen Juristentages*), wenn dadurch keine berechtigten Besteller-Interessen beeinträchtigt werden, ist dagegen so selbstverständlich, daß sich eine gesetzliche Fixierung der Regel kaum aufdrängt.

b) Die Wahlfreiheit des Bestellers. Nach Art. 368 OR ist der Besteller (anders als nach § 633 f. BGB) schon von Anfang an berechtigt, zwischen Wandelung, Minderung und Nachbesserung zu wählen, soweit ihm diese Mängelrechte zustehen. Es gibt keinen Grund, die genannte Wahlfreiheit gesetzlich einzuschränken und dem Besteller zunächst nur den Anspruch auf Verbesserung einzuräumen. Ein solcher Vorrang des Nachbesserungsrechts entspricht zwar den Bedürfnissen der Baupraxis, was sich in der Haftungsordnung der SIA-Norm 118 niedergeschlagen hat.⁴⁰⁾ Doch darf, wie bereits gesagt (oben II, Ziff. 3 lit. b), eine „Neuregelung des Werkvertragsrechts . . . nicht in zu starker Weise auf das Bauwesen ausgerichtet werden“. Und außerdem hat die Erfahrung gezeigt, daß sich die Vertragspraxis zu helfen weiß, wenn eine Beschränkung der Wahlfreiheit einem praktischen Erfordernis entspricht.

c) Die Gesetzestechnik, die sich mit einer knappen Regelung der Mängelhaftung begnügt. Auch sie muß beibehalten werden. Insbesondere wäre es verfehlt, den Begriff des Werkmangels gesetzlich zu definieren oder gar den (entbehrlichen) Begriff der „Zusicherung“ ins Gesetz einzuführen, obwohl das gesetzliche Werkvertragsrecht bis anhin ohne diesen Begriff ausgekommen ist. Zu unterbleiben hat auch der Versuch, die Merkmale des Mangelfolgeschadens gesetzlich zu umschreiben. Die anwendbare Gesetzesbestimmung (der geltende Art. 368 OR) verwendet nicht einmal das Wort „Mangelfolgeschaden“, sondern sagt schlicht, daß der Besteller bei Verschulden des Unternehmers „Schadenersatz“ verlangen könne. Das wird am besten so belassen.

3. Das bisher Gesagte kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß sich auch für die *schweizerische* Ordnung der Mängelhaftung einige *Änderungen* aufdrängen, sobald es zu einer Überarbeitung des Werkvertragsrechtes kommt. Die erforderlichen Änderungen betreffen namentlich:

a) Die Regelung des Selbstverschuldens in Art. 369 OR. Nach dieser Bestimmung „fallen die dem Besteller bei Mangelhaftigkeit des Werkes gegebenen Rechte dahin, wenn er durch

40) Im Unterschied zum Gesetz (Art. 368 OR) gibt Art. 169 Abs. 1 der Norm dem Bauherrn zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Mängelbeseitigung innerhalb angemessener Frist zu verlangen (BGE 110 II 53). In diesem Sinne hat der Unternehmer ein „Recht auf Nachbesserung“. Zwar ist er nicht berechtigt, das Werk gegen den Willen des Bauherrn zu verbessern. Wohl aber muß der Bauherr dem Unternehmer Gelegenheit zur Nachbesserung geben, bevor er das Wandelungs- und Minderungsrecht ausübt.

Weisungen, die er entgegen den ausdrücklichen Abmahnungen des Unternehmers über die Ausführung erteilte, oder auf andere Weise die Mängel selbst verschuldet hat“. Die Bestimmung (mit dem Randtitel „Verantwortlichkeit des Bestellers“) ist in zweifacher Hinsicht lückenhaft:

- * Einmal beruht sie auf der Vorstellung, daß sachkundiger Teil des Werkvertrages der Unternehmer, nicht der Besteller sei. Deshalb vernachlässigt sie, was das Erfordernis der Abmahnung betrifft, den häufigen Fall, da die *Weisungen des Bestellers sachverständig erteilt* werden. Für diesen Fall nehmen Lehre und Rechtsprechung an, daß der Unternehmer auch ohne Abmahnung von der Mängelhaftung befreit wird, falls er die Fehlerhaftigkeit der Weisung weder erkannte noch erkennen mußte.⁴¹⁾ Durch die Komplettierung des Art. 369 OR mit einer entsprechenden Regel würde viel zur Klarheit beigetragen. Das wäre um so wichtiger, als Lehre und Rechtsprechung jetzt noch gezwungen sind, über den Wortlaut des Gesetzes hinwegzugehen, um zu einem sachgerechten Ergebnis zu gelangen.
- * Sodann regelt Art. 369 OR einzig den Fall, in dem der Unternehmer von seiner Mängelhaftung *völlig* befreit wird, weil der Besteller den Werkmangel nach der Wertung der beidseitigen Beiträge *allein* zu vertreten hat. Möglich ist indes, daß der konkrete Besteller zwar eine Ursache des Mangels vertreten muß, die jedoch nicht die alleinmaßgebliche Ursache des Werkmangels ist. Alsdann liegt ein „*beschränktes*“ *Selbstverschulden* vor, das nach richtiger Meinung zu einer teilweisen Entlastung des Unternehmers führen kann.⁴²⁾ Davon aber handeln weder Art. 369 OR noch eine andere Bestimmung des Werkvertragsrechts, was meines Erachtens schon deshalb nach einer Ergänzung des Gesetzes ruft, weil das „beschränkte“ Selbstverschulden (mindestens) ebenso häufig vorkommt wie die alleinige „Verantwortlichkeit“ des Bestellers.

b) *Die Regelung der Prüfungs- und Anzeigepflicht.* Sie ist in den Artikeln 367 Abs. 1 und 370 OR enthalten, die im Zusammenhang zu lesen sind und (grob skizziert) folgende Ordnung ergeben: Nach Art. 367 Abs. 1 OR muß der Besteller, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, die Beschaffenheit des abgelieferten Werkes prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis setzen. Die Verletzung dieser Pflicht hat nach Art. 370 Abs. 1 und 2 OR zur Folge, daß der Besteller seine Mängelrechte für solche Mängel, die bei der Abnahme und ordnungsmäßigen Prüfung erkennbar waren (aber nicht rechtzeitig angezeigt wurden), von Gesetzes wegen verliert, soweit dem Unternehmer keine absichtliche Verschweigung zur Last fällt. Treten Mängel erst später zutage, so muß deren Anzeige sofort nach der Entdeckung erfolgen, widrigenfalls die Mängelrechte nach Art. 370 Abs. 3 OR auch hinsichtlich dieser versteckten Mängel verwirkt sind. Bei einer Würdigung der dargestellten Ordnung ist folgendes in Betracht zu ziehen:

- * Die Prüfungs- und die Anzeigepflicht des Bestellers sind *Obliegenheiten*, also nicht echte Pflichten, sondern Lasten. Ihre gesetzliche Regelung, die „grob skizziert“ wurde, ist (wenn man in die Einzelheiten geht) recht kompliziert⁴³⁾ und für den Benutzer des

41) Vgl. *Gauch*, Der Werkvertrag, zit. in Anm. 4, Nr. 1391 ff., mit weiteren Zitaten.

42) Ausführlich: *Gauch*, a. a. O., Nr. 1468 ff.

43) Vgl. *Gauch*, a. a. O., Nr. 1512–1581. Die ausführliche Darstellung, die sich am angeführten Orte findet, zeigt, wie rudimentär die hier (im Text) gegebene Skizze ist.

Gesetzes nur schwer verständlich. Schon das verlangt bei einer anfälligen Revision nach einer Verbesserung des Gesetzes.

- * Überdies steht fest, daß die legitimen *Gläubigerinteressen des Bestellers* durch die geltende Regelung, die dem Schutz des Unternehmers dient, stark beschnitten werden. Das wirkt sich in der Praxis um so empfindlicher aus, als die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Strenge neigt (BGE 107 II 176).⁴⁴⁾ Die Strenge ist bedauerlich, da ja der Besteller mit einer konkreten Anzeigepflicht nur deshalb belastet wird, weil der Unternehmer vertragswidrig (mangelhaft) geleistet hat. Ihm, dem Besteller, ist durch die mangelhafte Leistung „Unrecht“ geschehen, während dem Unternehmer durch eine verspätete Rüge kein „Unrecht“ geschieht. Berücksichtigt man diesen Gesichtspunkt, so ist überhaupt fraglich, ob die Verwirkung der Mängelrechte eine noch angemessene Sanktion für die nicht rechtzeitige Mängelrüge darstellt.⁴⁵⁾ Darüber wäre ernsthaft nachzudenken, wenn es zu einer Revision des Werkvertragsrechtes käme. Jedenfalls aber müßten die geltenden Bestimmungen soweit gelockert werden, daß dem Besteller eine vernünftige Frist für die vorgeschriebene Mängelrüge zustände.

Bei aller Kritik an der geltenden Ordnung möchte ich aber das Postulat des *Deutschen Juristentages*, „von der Normierung einer Untersuchungs- und Rügelast“ gänzlich abzusehen (Beschluß achtundzwanzig), für das *schweizerische* Werkvertragsrecht nicht übernehmen. Denn unsere Ordnung hat unbestreitbar auch ihre Vorteile. Zum Beispiel entlastet sie den Begriff der *Abnahme*, der nach *schweizerischer* Rechtsauffassung keine Billigung des Werkes in sich schließt. Vielmehr ist die Abnahme nach *Schweizer* Recht nichts anderes als das Korrelat zur Ablieferung;⁴⁶⁾ sie muß unterschieden werden von der Genehmigung des Werkes, mit der sich Art. 370 OR befaßt. Davon abzugehen wäre alles andere als wünschenswert, wenn man sieht, wie schwer sich das *deutsche* Recht mit der Abnahme tut.⁴⁷⁾

c) *Die Regelung der Verjährung*, wie sie nach Art. 371 OR für die Mängelrechte des Bestellers (auch für das Recht auf Ersatz von Mangelfolgeschaden) gilt. Sie zeichnet sich aus durch die Kürze der Verjährung und den Zeitpunkt, an dem die Verjährung zu laufen beginnt. Die Frist ist zweigeteilt: Sie beträgt grundsätzlich ein Jahr (Abs. 1), bei unbewegli-

44) Entdeckt der Bauherr z. B. Mitte Oktober, daß ein Flachdach „offensichtlich undicht“ ist, so gilt nach BGE 107 II 177 nicht „nur die schriftliche Rüge vom 10. November, sondern auch eine allfällige mündliche vom 4. November . . . als verspätet“, selbst wenn die am Bau beteiligten Firmen auf den 4. November zu einem Augenschein eingeladen wurden.

45) Zu Recht kritisch: *Bucher*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1983, II, S. 342 ff.

46) Mit der Ablieferung ist das Werk abgenommen (BGE 89 II 409), ohne daß die Abnahme einen besondern „Abnahmewillen“ des Bestellers voraussetzt, der sich z. B. auf den Eintritt der mit der Abnahme verbundenen Rechtswirkungen zu richten hätte. Bei Arbeiten auf Grund und Boden des Bestellers liefert der Unternehmer das vollendete Werk dadurch ab, daß er dessen Vollendung seinem Besteller (ausdrücklich oder stillschweigend) mitteilt (BGE 89 II 409). Abgeschlossen ist diese Ablieferung, wenn der Besteller das Werk aufgrund der Mitteilung als vollendet betrachtet (BGE 89 II 409) oder betrachten muß. Über die Ablieferung und Abnahme nach *Schweizer* Recht (insbesondere auch zu Sonderfällen) siehe im einzelnen *Gauch*, *Der Werkvertrag*, zit. in Anm. 4, Nr. 81 ff.

47) Vgl. z. B. *Pietsch*, *Die Abnahme im Werkvertragsrecht – Geschichtliche Entwicklung und geltendes Recht*, Hamburg 1976; *Weyers*, zit. in Anm. 1, S. 1151 ff.; *Ingenstau/Korbion*, zit. in Anm. 8, S. 1242 ff.; *Kaiser*, zit. in Anm. 8, Nr. 37. Beachte überdies die einschlägigen Beschlüsse (vierundzwanzig bis siebenundzwanzig) des Deutschen Juristentages.

chen Bauwerken fünf Jahre (Abs. 2);⁴⁸⁾ zu laufen beginnt sie mit der Ablieferung des Werkes. Diese Verjährungsordnung ist bei einer Revision des Werkvertragsrechts neu zu überdenken, was sich schon aus den folgenden Überlegungen ergibt:

- * Die Verjährungsordnung des Art. 371 OR soll dem Rechtsfrieden dienen (vgl. BGE 102 II 102). Vor allem aber dient sie dem Unternehmer, der schon nach kurzer Zeit vom Risiko der Mängelhaftung befreit wird. Das erfahren unzählige Besteller, die ihrem Unternehmer wegen eingetretener Verjährung schutzlos gegenüberstehen. Deshalb wäre es angebracht, die *Verjährungsfristen* zu verlängern, namentlich aber jene für unbewegliche Bauwerke auf die ordentliche Dauer von zehn Jahren (Art. 127 OR) auszudehnen. Zwar wird für Bauwerke immer wieder behauptet, daß sich die Mängel innerhalb von fünf Jahren zeigen. Indes kennt mancher Bauherr aus eigenem Erleben, was einer von ihnen in der Revisionsumfrage schrieb: „Der Kanton machte böse Erfahrungen mit modernen Dächern, Fassaden, Isolierungen . . . Just nach 5 Jahren zeigten sich wesentliche Mängel, die sowohl auf dem Material, der Konstruktion und der Herstellung beruhten.“ Wie „böse“ solche Erfahrungen sein können, demonstrieren jene Autobahnbrücken am Gott-hard, deren Mängel erst lange Zeit nach der Verjährung zum Vorschein kamen, aber so erheblich sind, daß sie jetzt zum Abbruch zwingen. Für sie hätte selbst eine zehnjährige Frist nicht ausgereicht.
- * Daß die Verjährung mit der Ablieferung (Abnahme) des Werkes zu laufen *beginnt*, ist als Grundsatz zwar unbedenklich. Bedenklich aber sind die Folgen, die sich aus dem Grundsatz ergeben, wenn es um einen *Sekundärmangel*⁴⁹⁾ oder um *Mangelfolgeschäden* geht. Denn beginnt die Verjährung mit der Ablieferung, so können die Rechte aus einem Sekundärmangel noch vor der Entstehung des Mangels verjähren; und das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens kann verjähren, bevor der Schaden eingetreten ist (BGE 106 II 138 f.). Ein solches Ergebnis weckt tiefes Unbehagen und ruft nach einer gesetzlichen Sonderregel. Was sich rechtfertigen dürfte, wäre eine Verjährungshemmung, bis der Mangel oder Schaden eingetreten ist (gekoppelt mit einer absoluten Verjährungsfrist). Diese Lösung wird bereits *de lege lata* vorgeschlagen,⁵⁰⁾ hat aber bis anhin noch keine Bestätigung durch die Rechtsprechung gefunden. Würde sich allerdings die Idee einer zehnjährigen Verjährungsfrist durchsetzen, so könnte in ihrem Anwendungsbereich auf eine Sonderregel wohl verzichtet werden.

48) Dem *Schweizer* Recht ist also die Dreiteilung des § 638 BGB (sechs Monate im Normalfall/ein Jahr bei Arbeiten an einem Grundstück/fünf Jahre bei Bauwerken) unbekannt, was sich nur zum Vorteil auswirkt. Erstaunlich, daß der vorgeschlagene (fünfunddreißigste) Beschluß, diese komplizierte Dreiteilung abzuschaffen, vom *Deutschen* Juristentag abgelehnt wurde!

49) Dem Sekundärmangel liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Ein ursprünglicher Werkmangel (z. B. ein Mangel im Betonfundament) hat zur Folge, daß im bereits abgelieferten Werk des betreffenden Unternehmers eine weitere (vom ursprünglichen Mangel verschiedene) Vertragsabweichung (z. B. ein Mauerriß) entsteht und dem Werk des Unternehmers jetzt auch in dieser Beziehung eine vereinbarte oder vorausgesetzte Eigenschaft fehlt. Da hier die nachträgliche Vertragsabweichung durch einen ursprünglichen (schon im Zeitpunkt der Ablieferung vorhandenen) Werkmangel verursacht wird, ist sie ihrerseits ein Mangel, für den der Unternehmer nach den Regeln über die Mängelhaftung (Art. 367 ff. OR) einstehen muß. Diesen Werkmangel bezeichne ich als „Sekundärmangel“; im Unterschied zum „Primärmangel“: dem ursprünglichen Mangel, der den Sekundärmangel verursacht. Vgl. *Gauch*, Der Werkvertrag, zit. in Anm. 4, Nr. 985, 999 ff., 1316 (Abgrenzung zum Mangelfolgeschaden).

50) *Gauch*, a. a. O., Nr. 1628 ff.

- * Aus der Rechtsprechung zur Verjährung hat sicher *ein* Urteil für Aufsehen gesorgt. Es ist BGE 93 II 242 ff. Darin entschied das Bundesgericht, daß der Erneuerungsanstrich eines Hauses⁵¹⁾ kein unbewegliches Bauwerk im Sinne des Art. 371 Abs. 2 OR sei, weshalb die Mängelrechte des Bestellers der nur einjährigen Verjährungsfrist unterstünden. Dieses unrichtige und vieldiskutierte Urteil führte auch den Praktikern vor Augen, welche Schwierigkeiten die *Unterscheidung zwischen „unbeweglichen Bauwerken“ (Art. 371 Abs. 2 OR) und anderen Werken (Art. 371 Abs. 1 OR)* bietet. Das wiederum schlug sich in der Revisionsumfrage nieder, worin der Wunsch nach einer gesetzlichen Klärung überaus häufig geäußert wurde. Der Wunsch ist gerechtfertigt, wenn man in Rechnung stellt, wie viel von der jeweiligen Länge der Verjährungsfristen abhängt. Vielleicht wäre es sogar angezeigt, in einem revidierten Gesetz zwischen „unbeweglichen“ und „anderen“ Werken zu unterscheiden und die längere Frist für *alle* unbeweglichen Werke vorzusehen. Das brächte eine Vereinfachung gegenüber der heutigen Rechtslage,⁵²⁾ wonach es unbewegliche Werke gibt, die keine unbeweglichen Bauwerke im Sinne des Gesetzes sind.
- * Der geltende Art. 371 OR wird in mehrfacher Hinsicht ergänzt durch *kaufrechtliche Verjährungsbestimmungen* zur Sachgewährleistung des Verkäufers, die auf den Werkvertrag sinngemäß zur Anwendung kommen. Einmal verweist Art. 371 Abs. 1 OR selber auf das Kaufvertragsrecht, indem er vorschreibt, „die Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes verjähren gleich den entsprechenden Ansprüchen des Käufers“. Sodann gilt auch für das Werkvertragsrecht, daß die Verjährungsfrist bei absichtlich verschwiegenem Mangel immer zehn Jahre beträgt (Art. 210 Abs. 3 OR; BGE 107 II 232). Und schließlich bleiben (in sinngemäßer Anwendung des Art. 210 Abs. 2 OR) Einreden des Bestellers „wegen vorhandener Mängel“ trotz eingetretener Verjährung bestehen, wenn die vorgeschriebene Anzeige innerhalb der Verjährungsfrist gemacht worden ist (BGE 105 II 55). Diese Anleihen beim Kaufvertragsrecht erschweren dem Benutzer des Gesetzes den Zugang zur geltenden Verjährungsordnung und sollten durch eine eigenständige Regelung im Werkvertragsrecht ersetzt werden.

Die erwähnten Punkte sind nur ein Ausschnitt aus einem größeren Programm, das für eine mögliche Revision des Art. 371 OR bereit liegt. Wäre eine Rangordnung nach Maßgabe der Revisionsbedürftigkeit zu erstellen, so läge innerhalb des Werkvertragsrechts die Verjährung der Mängelrechte⁵³⁾ an der Spitze.⁵⁴⁾ Doch gerade hier zeigt es sich, daß unser Werkvertragsrecht nicht isoliert revidiert werden darf. Denn mit der werkvertraglichen Verjährung der Mängelhaftung müßte sicher auch jene des Kaufvertrages überarbeitet werden.⁵⁵⁾ Und um gute Arbeit zu leisten, müßten wir sogar noch weitergehen und die ganze Verjährungsordnung des *schweizerischen* Schuldrechts überprüfen. Es gibt nämlich

51) In concreto: „Reinigen und Anstreichen der Mauern, Balkone, Fensterrahmen, Rolladen usw.“

52) Ausführlich: *Gauch*, Der Werkvertrag, zit. in Anm. 4, Nr. 1599 ff.

53) Allenfalls zusammen mit den Regeln über die Prüfungs- und Anzeigepflicht des Bestellers.

54) Ebenso für das *deutsche* Recht: *Weyers*, zit. in Anm. 1, S. 1121. Noch weiter gehend: *Köhler*, NJW 1984, S. 1848: „Aufs Ganze gesehen erscheint derzeit nur die Verjährung der auf Werkmängel gestützten Ansprüche wirklich reformbedürftig.“

55) Das verjährungsrechtliche Problem, das sich dem Werkunternehmer beim Rückgriff auf seine Materiallieferanten stellt, läßt sich überhaupt nur im Kaufrecht lösen.

kein anderes Gebiet, in dem so viel Unsicherheit herrscht, als das Gebiet der Verjährung, die doch Sicherheit schaffen sollte!

IV. Schluß

1. Natürlich gäbe es zur Frage, ob und wann und wie das Werkvertragsrecht zu revidieren sei, noch viel zu sagen. Reizvoll wäre es auch, *alle* einschlägigen Beschlüsse des 55. Deutschen Juristentages aus *schweizerischer* Sicht zu beleuchten, weil doch der Vergleich eine hervorragende Erkenntnisquelle ist. Einige Beschlüsse kamen in meinem Beitrag zur Sprache, viele blieben unerwähnt. Zu den unerwähnten Beschlüssen gehört der achtundvierzigste, den ich erst jetzt aufgreife, weil er sich mit dem *Schweizer Bauhandwerkerpfandrecht* befaßt, das außerhalb unseres Werkvertragsrechts (im Sachenrecht des ZGB) geregelt wird. Der Beschluß lautet: „Der Gesetzgeber wird aufgefordert zu prüfen, ob die Regelungen der Art. 837–841 SchweizZGB in § 648 BGB aufgenommen werden können.“

Dieser Beschluß, der „mit eindeutiger Mehrheit“ angenommen wurde, ist zwar ein freudiges Ereignis, weil für einmal die deutschen Juristen nach der *Schweiz* herübersehen, während es sich doch sonst meistens umgekehrt verhält. Die Freude aber wird getrübt durch das Bewußtsein, daß die schweizerische Regelung des Bauhandwerkerpfandrechts, deren Übernahme in den § 648 BGB zur Prüfung empfohlen wird, keineswegs unproblematisch ist. Das zeigt schon der Umstand, daß über das Bauhandwerkerpfandrecht am *Schweizerischen* Juristentag 1982 in *Lausanne* verhandelt wurde.⁵⁶⁾ Außerdem hat in unserer Revisionsumfrage eine klare Mehrheit der Beantworter die Ansicht vertreten, daß mit einer Revision des Werkvertragsrechts zugleich auch die Bestimmungen über das Bauhandwerkerpfandrecht revidiert werden sollten.⁵⁷⁾ Und schließlich kommt hinzu, daß die heute herrschende Lehre und Rechtsprechung, die sich zum Bauhandwerkerpfandrecht herausgebildet hat, nicht in allen Punkten zu überzeugen vermag. Entgegen herrschender Meinung⁵⁸⁾ rechtfertigt es sich z. B. nicht, den Anspruch auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts auch gegenüber einem gutgläubigen Dritterwerber des Grundstücks zu gewähren.⁵⁹⁾ Denn es ist nicht einzusehen, weshalb das Schutzbedürfnis des Unternehmers den Interessen des gutgläubigen Dritterwerbers vorgehen soll; dies um so weniger, als der pfandberechtigte Unternehmer nach Schweizer Recht befugt ist, das Pfandrecht einzutragen, sobald er sich zur Arbeitsleistung verpflichtet hat (Art. 839 Abs. 1 ZGB).

2. Wie der deutsche Gesetzgeber die Aufforderung des *Deutschen* Juristentages in *Hamburg* aufnehmen und auf das schweizerische Bauhandwerkerpfandrecht reagieren wird, bleibt abzuwarten. Überhaupt ist es für einen *Schweizer* spannend, von ferne zu beobach-

56) Referate: *Zobl*, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), 1982, II, S. 3 ff.; *de Haller*, L'hypothèque légale de l'entrepreneur, ZSR 1982, II, S. 189 ff. Diskussion: ZSR 1982, II, S. 659 ff.

57) Von den möglichen Revisionspunkten, die der Fragebogen zur Diskussion stellte, wurden jedoch alle bis auf einen (mehrheitlich) abgelehnt.

58) Statt vieler: *Zobl*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1982, II, S. 78 (mit zahlreichen Zitaten). Diese Stelle führt sehr schön vor Augen, wie „begrifflich“ (wenn nicht gar „begriffsjuristisch“) die herrschende Meinung argumentiert.

59) *Gauch*, Der Werkvertrag, zit. in Anm. 4, Nr. 883 f.

ten, welchen Verlauf die deutschen Revisionsbestrebungen nehmen. Denn die schweizerische Privatrechtsordnung ist mit der deutschen verwandt und heutzutage in manchem beeinflusst von dem, was in *Deutschland* geschieht. Auch wenn man nicht gerade eine „Germanisation“ des schweizerischen Rechts befürchtet, ist doch klar, daß der deutsche Einfluß gerade in jüngerer Zeit stark zugenommen hat. So wird die deutsche Rechtsliteratur (trotz unablässiger Neuauflagen) auch in der *Schweiz* gelesen. Viele Autoren aus Deutschland sind hier bekannt. Zu ihnen zählt *Hermann Korbion*, dessen Kommentar zur VOB über die Grenze hinaus benützt wird. Daß Professor *Korbion* Lehre und Rechtsprechung „in einer Person vereinigt“, macht die besondere Qualität seines Kommentarwerkes aus. Wichtiger allerdings als der Kommentar ist für mich die *Person* „*Hermann Korbion*“. Deshalb habe ich diesen Beitrag geschrieben, von dem ich hoffe, daß er als Geburtstagsgabe akzeptiert wird.