

Peter Gauch

Die revidierten Art. 210 und 371 OR

Änderung des Obligationenrechts vom 16. März 2012

Mit Beschluss vom 16. März 2012 hat die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft die Artikel 210 und 371 OR betreffend die «Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche im Kauf- und Werkvertrag» revidiert. Nachdem ich in recht 2011 145 ff. schon den ursprünglichen Revisionsentwurf besprochen habe, kommentiere ich nachfolgend die nun revidierten Art. 210 und 371 OR (R-Art. 210 und R-Art. 371 OR), noch bevor die Revision in Kraft getreten ist. Dabei greife ich wiederholt auch auf meine Ausführungen zum besagten Revisionsentwurf zurück, deren Text ich stellenweise übernehme.

Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. R-Art. 210 OR
- III. R-Art. 371 OR
- IV. Würdigung

I. Einleitung

1. Angeregt durch parlamentarische Initiativen¹ hatte die Rechtskommission des Nationalrates einen Revisionsentwurf zum **Verjährungsrecht der kauf- und werkvertragsrechtlichen Mängelhaftung** ausgearbeitet. Der im BBI 2011 2899 f. veröffentlichte Gesetzesentwurf, der sich auf die Artikel 199, 210 und 371 des Obligationenrechts bezog, wurde vom Nationalrat (als Erstrat) in seiner Sitzung vom 14. September 2011 angenommen. In einem zum Teil kritischen Beitrag, der in recht 2011 145 ff. veröffentlicht ist, habe ich mich mit dem besagten (vom Nationalrat angenommen) Entwurf eingehend auseinandergesetzt. Nachdem dann der Ständerat (als Zweitrat) dem Entwurf nur mit gewissen Abweichungen zugestimmt hat, kam es zu einem Hin und Her zwischen den Räten, bis schliesslich die Bundesversammlung am 16. März 2012 beschlossen hat, Art. 199 OR unverändert (in der heute geltenden Fassung) zu belassen, die Art. 210 und 371 OR dagegen abzuändern und damit zu revidieren.² Zu den parlamentarischen Beratungen vgl. die einschlägi-

gen Protokolle, die im Amtlichen Bulletin veröffentlicht sind.³

2. Nachfolgend zitiere und bespreche ich **die von der Bundesversammlung revidierten Art. 210 und 371 OR** (R-Art. 210 und R-Art. 371 OR), wie sie im Bundesblatt (BBI 2012 3447 f.) als Referendumsvorlage publiziert wurden. Zwar sind die am 16. März 2012 beschlossenen Änderungen *noch nicht in Kraft* getreten. Nachdem gegen die beschlossene Revision kein fakultatives Referendum ergriffen wurde⁴, dürfte der Bundesrat die revidierten Art. 210 und 371 OR jedoch in absehbarer Zeit in Kraft setzen. Bis dahin bleiben die heute geltenden Art. 210 und 371 OR in Kraft, die ich im vorliegenden Beitrag als geltende Art. 210 und 371 OR bezeichne.

Soweit nachstehend auf den **Revisionsentwurf** verwiesen wird, ist damit der im BBI 2011 2899 f. veröffentlichte Gesetzesentwurf gemeint, den ich in recht 2011 145 ff. besprochen habe.

II. R-Art. 210 OR

1. Art. 210 OR betrifft die Verjährung der «Sachmängelansprüche» (der Mängelrechte des Käufers) beim Fahrniskauf (Art. 187 ff. OR). Nach der von der Bundesversammlung am 16. März 2012 beschlossenen Änderung lautet er in seiner neuen (revidierten) Fassung (**R-Art. 210 OR**) wie folgt:

«¹ Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache verjähren mit Ablauf von zwei Jahren nach deren Ablieferung an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdeckt, es sei denn, dass der Verkäufer eine Haftung auf längere Zeit übernommen hat.

Dr. iur. Dr. h.c., Professor em. an der Universität Freiburg (Schweiz) und ständiger Gastprofessor an der Universität Luzern. Das Korrekturlesen des Textes und die Nachkontrolle der Zitate wurden durch MLaw Daniel Kuhn am Freiburger Lehrstuhl für Zivil- und Handelsrecht besorgt, der mir auch bei der Sichtung und Einarbeitung der Materialien sehr behilflich war.

¹ Initiative «Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Artikel 210 OR» (Leutenegger Oberholzer), Geschäftsnummer 06.490; Initiative «Änderung der Verjährungsfrist im Kaufrecht. Artikel 210 OR» (Bürgli), Geschäftsnummer 07.497.

² Schlussabstimmungen: Nationalrat, Amtl. Bull. NR 2012 551; Ständerat, Amtl. Bull. SR 2012 267.

³ Amtl. Bull. NR 2011 1423 ff.; SR 2011 1050 ff.; NR 2012 40 ff.; SR 2012 66 ff.; Schlussabstimmungen: Amtl. Bull. NR 2012 551, SR 2012 267.

⁴ Die Referendumsfrist lief bis zum 5. Juli 2012.

² Die Frist beträgt fünf Jahre, soweit Mängel einer Sache, die bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist, die Mangelhaftigkeit des Werkes verursacht haben.

³ Für Kulturgüter im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 des Kulturgütertransfergesetzes vom 20. Juni 2003 verjährt die Klage ein Jahr, nachdem der Käufer den Mangel entdeckt hat, in jedem Fall jedoch 30 Jahre nach dem Vertragsabschluss.

⁴ Eine Vereinbarung über die Verkürzung der Verjährungsfrist ist ungültig, wenn: a. sie die Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr verkürzt; b. die Sache für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist; und c. der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.

⁵ Die Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel bleiben bestehen, wenn innerhalb der Verjährungsfrist die vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer gemacht worden ist.

⁶ Der Verkäufer kann die Verjährung nicht geltend machen, wenn ihm eine absichtliche Täuschung des Käufers nachgewiesen wird. Dies gilt nicht für die 30-jährige Frist gemäss Absatz 3.»

2. Die wichtigsten **Unterschiede zum geltenden Art. 210 OR** finden sich in Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 des revidierten Art. 210 OR. *R-Art. 210 Abs. 1 OR* weicht vom heute geltenden Art. 210 Abs. 1 OR nur (aber immerhin) dadurch ab, dass er die ordentliche gesetzliche Verjährungsfrist für die Mängelrechte des Käufers⁵ von einem auf zwei Jahre seit der Ablieferung der Kaufsache erhöht.⁶ Völlig neu in Art. 210 OR ist dagegen die Regel des *R-Art. 210 Abs. 2 OR*, wonach unter den darin umschriebenen Voraussetzungen die Verjährungsfrist bei beweglichen Sachen fünf (nicht nur zwei Jahre) beträgt. *R-Art. 210 Abs. 3 OR* hingegen übernimmt mit Bezug auf den Kauf von Kulturgütern wortwörtlich die Verjährungsregel, die bereits in Abs. 1^{bis} des geltenden Art. 210 OR enthalten ist. *R-Art. 210 Abs. 4*, der die vereinbarte Verkürzung der Verjährungsfrist betrifft, wurde ebenfalls neu in Art. 210 OR eingefügt. Und was *R-Art. 210 Abs. 5 und Abs. 6 OR* angeht, so entsprechen sie den Absätzen 2 und 3 des geltenden Art. 210 OR, wenn auch mit gewissen Modifikationen:

In *R-Art. 210 Abs. 5 OR* wurde der im geltenden Art. 210 Abs. 2 OR verwendete Ausdruck «innerhalb eines Jahres nach Ablieferung» durch den Ausdruck «innerhalb der Verjährungsfrist» ersetzt, wodurch nicht nur dem revidierten *R-Art. 210*

Abs. 1 OR Rechnung getragen, sondern klargestellt wird, dass die Regel betreffend die fortbestehenden Einreden des Käufers unabhängig davon greift, welche (gesetzliche oder vereinbarte) Verjährungsfrist im konkreten Falle gilt. Und *R-Art. 210 Abs. 6 OR*, wonach der Verkäufer den Eintritt der Verjährung gegenüber dem «absichtlich» (= «arglistig»)⁷ getäuschten Käufer nicht geltend machen kann, weicht vom heutigen Art. 210 Abs. 3 OR (abgesehen von einer sprachlichen Umstellung) dadurch ab, dass er sich erstens schlicht auf «die Verjährung» bezieht, ohne auf die Verjährungsdauer nach Abs. 1 Bezug zu nehmen; und dass er zweitens die (absolute) dreissigjährige Frist des *R-Art. 210 Abs. 3 OR* explizit von der Anwendung der Regel ausnimmt. Auch dies dient der Klarstellung, was aber nicht davon dispensiert, *R-Art. 210 Abs. 6 OR* näher zu erläutern. Wie ist diese Bestimmung zu verstehen?

Überträgt man die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum geltenden Art. 210 Abs. 3 OR⁸ richtigerweise auch auf *R-Art. 210 Abs. 6 OR*, so bedeutet dies für die Verjährung nach *R-Art. 210 OR*, dass an die Stelle der zwei- (Abs. 1), der fünf- (Abs. 2) oder der relativen einjährigen Frist (Abs. 3) eine Verjährungsfrist von zehn Jahren tritt, wenn der Tatbestand der absichtlichen Täuschung für den infrage stehenden Mangel erfüllt ist. Auf die absolute dreissigjährige Frist des *R-Art. 210 Abs. 3 OR* hat die absichtliche Täuschung des Käufers hingegen keinen Einfluss, sodass sich an der dreissigjährigen Frist trotz der Täuschung nichts verändert. Auf all das habe ich bereits im Zusammenhang mit Art. 210 Abs. 5 des Revisionsentwurfes hingewiesen (vgl. recht 2011 149 Ziff. 4), der im jetzt revidierten Art. 210 Abs. 6 OR in sprachlich stark veränderter Form übernommen wurde. Zu ergänzen bleibt, dass bei absichtlicher Täuschung des Käufers (*R-Art. 210 Abs. 6 OR*) eine Verlängerung auf zehn Jahre auch dann Platz greift, wenn die Parteien gültig vereinbart haben, dass statt der zweijährigen (Abs. 1), der fünfjährigen (Abs. 2) oder der relativen einjährigen Frist (Abs. 3) eine andere Verjährungsfrist gilt, die kürzer ist als zehn Jahre.⁹ Dies ergibt sich aus einer sinnvollen Auslegung des *R-Art. 210 Abs. 6 OR*, wenn nicht schon aus sei-

⁷ Die Worte «absichtlich» und «arglistig», die *R-Art. 210 Abs. 6 OR* («absichtlich») und Art. 199 OR («arglistig») verwenden, sind gleichbedeutend zu verstehen (vgl. auch Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern 2012, § 4 Nr. 131 und Nr. 241).

⁸ BGE 107 II 232; 100 II 33 f.; BGr 4A_301/2010 vom 7.9.2010, E 3.2; zustimmend die herrschende Lehre, z. B.: Heinrich Honsell, Basler Kommentar OR I, 5. Aufl. 2011, N 3 zu Art. 210 OR; Koller, zit. in Fn. 7, § 4 Nr. 219; Schmid/Stöckli, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 2010, Nr. 1805; Tercier/Favre (Hrsg.), Les contrats spéciaux, 4. Aufl., Genf 2009, Nr. 815 (Zer-Ruffinen) und Nr. 4550 (Carron).

⁹ Zur Vereinbarung einer Verjährungsfrist, die zehn Jahre überschreitet, siehe im Text II. Ziff. 5.

⁵ *R-Art. 210 Abs. 1 OR* spricht, wie schon der geltende Art. 210 Abs. 1 OR, nicht von «Mängelrechten» des Käufers, sondern gleichbedeutend von «Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache». Soweit es sich bei den Mängelrechten des Käufers um Gestaltungsrechte handelt (so: das Wandelungs- und Minderungsrecht), können sie an sich nicht verjähren; wohl aber verjähren die aus ihrer Ausübung fließenden Forderungen des Käufers.

⁶ So schon Art. 210 Abs. 1 des Revisionsentwurfes; dazu recht 2011 145 f.

nem Wortlaut, der nicht danach unterscheidet, ob «die Verjährung», die der Verkäufer «nicht geltend machen» kann, nach Ablauf einer gesetzlichen oder einer vereinbarten Verjährungsfrist eintritt.

3. Zu den völlig neuen Bestimmungen, die R-Art. 210 OR, verglichen mit dem geltenden Art. 210 OR, enthält, gehört vorab **die Regel des R-Art. 210 Abs. 2 OR**, wonach die gesetzliche Verjährungsfrist *fünf Jahre* beträgt, «soweit Mängel einer [gekauften Fahrnis-]Sache, die bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist, die Mangelhaftigkeit des [unbeweglichen] Werkes verursacht haben». Diese fünfjährige Verjährungsfrist des R-Art. 210 Abs. 2 OR ersetzt die zweijährige Frist des R-Art. 210 Abs. 1 OR, beginnt jedoch in gedanklicher Fortführung des R-Art. 210 Abs. 1 OR ebenfalls mit der Ablieferung der Kaufsache zu laufen.

3.1 Die zitierte Regel des R-Art. 210 Abs. 2 OR reproduziert in einer redaktionell veränderten Form die in Art. 210 Abs. 2 OR des Revisionsentwurfes vorgeschlagene (dem § 438 Abs. 1 Ziff. 2 lit. b BGB nachempfundene) Vorschrift, nach deren Formulierung die Frist fünf Jahre betragen sollte, «wenn die Sache bestimmungsgemäss für ein unbewegliches Werk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat» (recht 2011 146 Ziff. 3). Wie schon die besagte (im Entwurf vorgeschlagene) Vorschrift, zielt auch R-Art. 210 Abs. 2 OR darauf ab, die Verjährungsfrist für die kaufrechtlichen Mängelrechte in den von ihm erfassten Fällen mit der fünfjährigen Verjährung *zu koordinieren*, der die werkvertraglichen Mängelrechte des Bestellers bei unbeweglichen Werken (R-Art. 371 Abs. 2 OR) unterliegen (recht 2011 146 Ziff. 3.2). Der Begriff des «unbeweglichen Werkes», den R-Art. Art. 210 Abs. 2 OR gebraucht, deckt sich mit dem in R-Art. 371 Abs. 2 OR verwendeten Begriff, ist also weiter gefasst als der Begriff des «unbeweglichen Bauwerkes» im geltenden Art. 371 Abs. 2 OR (dazu unten III. Ziff. 4.1).

3.2 Trotz der redaktionellen Änderung beruht R-Art. 210 Abs. 2 OR auf dem gleichen *Zweckgedanken*, der schon Art. 210 Abs. 2 OR des Revisionsentwurfes zugrunde lag (dazu recht 2011 146 Ziff. 3.3/147 Ziff. 3.4). Durch die redaktionelle Änderung wurde an der ursprünglichen «ratio legis» nichts geändert.

Dementsprechend dient R-Art. 210 Abs. 2 OR *primär* dem Schutz des Werkunternehmers (Art. 363 OR), der eine von ihm gekaufte Fahrnis-sache bestimmungsgemäss in sein unbewegliches Werk integriert hat. Durch die fünfjährige (statt zweijährige) Verjährungsfrist des R-Art. 210 Abs. 2

OR soll möglichst vermieden werden, dass die Mängelrechte des Unternehmers aus einem für die Mangelhaftigkeit des Werkes ursächlichen Mangel der integrierten Kaufsache bereits verjährt sind, wenn er (der Unternehmer) für die verursachte Mangelhaftigkeit des Werkes mit unverjährten Mängelrechten seines Bestellers konfrontiert wird (vgl. recht 2011 146 Ziff. 3.3). Dieser primäre Normzweck wird allerdings nur unvollständig erreicht (dazu recht 2011 146 f.). Dies schon deshalb, weil nach R-Art. 210 Abs. 2 OR die fünfjährige Verjährung der kaufrechtlichen Mängelrechte mit der Ablieferung der Kaufsache (R-Art. 210 Abs. 1 OR) zu laufen beginnt, die fünfjährige Verjährung der werkvertraglichen Mängelrechte des Bestellers hingegen erst mit der späteren Abnahme des unbeweglichen Werkes (R-Art. 371 Abs. 2 OR).

Hatte der Verkäufer, von dem der Werkunternehmer die betreffende Fahrnis-sache erworben und dann in ein unbewegliches Werk integriert hat, die gleiche Sache seinerseits von einem anderen gekauft und dieser allenfalls wiederum von einem anderen (usw.), so kommt die Regel des R-Art. 210 Abs. 2 OR nach ihrem Wortlaut und ihrer Zweckbestimmung auch auf die «vorgelagerten» Kaufverträge zur Anwendung. Somit dient die fünfjährige Frist des R-Art. 210 Abs. 2 OR nicht nur dem Unternehmer, der die von ihm gekaufte Sache in ein unbewegliches Werk integriert hat, sondern auch den Käufern der «vorgelagerten» Kaufverträge, damit diese leichter auf ihre eigenen Verkäufer zurückgreifen können.¹⁰ Darin besteht der *sekundäre Zweck* des R-Art. 210 Abs. 2 OR (vgl. recht 2011 147 Ziff. 3.4). Doch bleibt zu beachten, dass sich die Frage, ob und inwiefern eine Kaufsache mangelhaft ist, nach dem jeweiligen Kaufvertrag beurteilt¹¹; und dass nach R-Art. 210 Abs. 2 OR die fünfjährige Verjährung der kaufrechtlichen Mängelrechte mit der Ablieferung der vom jeweiligen Käufer gekauften Sache zu laufen beginnt, bei einem früheren Kaufvertrag also zu einem früheren Zeitpunkt als bei einem späteren Kaufvertrag.

3.3 Damit die fünfjährige Frist des R-Art. 210 Abs. 2 OR eingreift, müssen nach Massgabe dieser Regel verschiedene (tatbestandsmässige) *Voraussetzungen* erfüllt sein.

a. Für die Anwendung der fünfjährigen Frist setzt R-Art. 210 Abs. 2 OR zunächst voraus, dass die gekaufte Sache «*in ein unbewegliches Werk integriert*» worden ist. Gemeint ist, dass ein Werkunternehmer (z. B. auch ein Subunternehmer) die

¹⁰ Vgl. dazu den Kommissionsbericht der nationalrätlichen Rechtskommission vom 21. Januar 2011 (BBl 2011 2889 ff./2898).

¹¹ Vgl. *Schönle/Higi*, Zürcher Kommentar, N 62 zu Art. 197 OR.

betreffende Sache für die Herstellung eines unbeweglichen Werkes (R-Art. 371 Abs. 2 OR) verwendet hat, und zwar als (Werk-)Stoff (Art. 365/376 OR), der (anders als z. B. elektrischer Strom) körperlich im Werk des Unternehmers verbleibt.¹² Gleichgültig ist, ob das unbewegliche Werk vom Unternehmer persönlich oder durch seine Hilfspersonen (Art. 101 OR) ausgeführt wurde.

Bei den Sachen, die als Stoff infrage kommen, kann es sich z. B. um Zement, Farbprodukte, Klebstoffe, Backsteine, Glas, Fenster, Waschbecken, Heizungskörper, vorgefertigte Bauelemente, aber auch um Maschinen oder Softwarekomponenten handeln.¹³ Worin die gekaufte und als Stoff integrierte Sache im konkreten Fall besteht, macht für die Anwendung des R-Art. 210 Abs. 2 OR keinen Unterschied.¹⁴ Und was das unbewegliche Werk betrifft, in das die Sache integriert wurde, so kann es auch im Ergebnis von werkvertraglichen Arbeiten (z. B. Umbau-, Erneuerungs-, Ergänzungs- oder Reparaturarbeiten) bestehen, die an einem vorbestandenem unbeweglichen Werk ausgeführt worden sind.¹⁵ Auch dies steht der Anwendung des R-Art. 210 Abs. 2 OR nicht im Weg. Mit dem Ausdruck «integriert», den R-Art. 210 Abs. 2 OR gebraucht, wird hingegen geklärt, dass Fälle, da gekaufte Sachen zwar für die Herstellung eines unbeweglichen Werkes verwendet wurden, jedoch nur als *Arbeitsmittel*¹⁶, die der Unternehmer für die Ausführung des Werkes benötigt hat (Art. 364 Abs. 3 OR), vom Anwendungsbereich des R-Art. 210 Abs. 2 OR ausgeschlossen sind.¹⁷

Vom Werkvertrag zu unterscheiden ist der «Kaufvertrag mit Montagepflicht», der einen Kauf über die Lieferung einer fertigen Sache mit einem werkvertraglichen Element kombiniert, wonach der Verkäufer die verkaufte Sache zu montieren hat.¹⁸ Die arbeitsbezogene Werkleistung, die hier zur Lieferung der Kaufsache hinzutritt, dient ledig-

lich dazu, die gelieferte Sache endgültig gebrauchsfertig zu machen, sodass die Sache kein Stoff ist, der in das Arbeitsergebnis (das «Montagewerk») des Verkäufers integriert wird. Insofern fehlt es an der ersten Voraussetzung für die Anwendung des R-Art. 210 Abs. 2 OR, auch wenn die Montage darin besteht, die verkaufte Sache mit dem Boden oder einer andern unbeweglichen Sache zu verbinden.¹⁹ Das schliesst freilich nicht aus, dass der Vertragspartner des Verkäufers möglicherweise ein Werkunternehmer ist, der die Kaufsache als Stoff für die Herstellung eines unbeweglichen Werkes verwendet, indem er sie durch die Montageleistung des als Arbeitsgehilfe benutzten Verkäufers in sein unbewegliches Werk integriert.

b. Sodann setzt R-Art. 210 Abs. 2 OR voraus, dass die gekaufte Sache «*bestimmungsgemäss*» in ein unbewegliches Werk integriert worden ist. Was diese Voraussetzung betrifft, kann auf das verwiesen werden, was ich in recht 2011 148 lit. b zur «bestimmungsgemässen Verwendung» der Kaufsache im Sinne des Revisionsentwurfes ausgeführt habe. Das dort Gesagte gilt entsprechend auch im Zusammenhang mit R-Art. 210 Abs. 2 OR. Kurz zusammengefasst ist die hier behandelte Voraussetzung dann erfüllt, wenn die gekaufte Sache nach ihrem üblichen oder mit dem Verkäufer des infrage stehenden Kaufvertrages (ausdrücklich oder stillschweigend) vereinbarten Verwendungszweck (zumindest auch!) dazu bestimmt war, zur Integration in ein unbewegliches Werk der betreffenden Art verwendet und dabei so verwendet zu werden, wie sie vom Unternehmer verwendet wurde. Wurde zum Beispiel, um den letzten Punkt zu verdeutlichen, ein gekauftes Farbprodukt bestimmungswidrig für einen Aussen- statt für einen Innenanstrich oder ein gekaufter Klebstoff bestimmungswidrig für Plastik statt für Holz verwendet, so fehlt es für die Anwendung der fünfjährigen Verjährungsfrist an der Voraussetzung der «bestimmungsgemässen» Integration.

Soweit ein im konkreten Kaufvertrag vereinbarter Verwendungszweck vom üblichen Verwendungszweck abweicht, geht der vereinbarte Zweck dem üblichen vor. Ein überzeugender Grund, im Anwendungsbereich des R-Art. 210 Abs. 2 OR einen vereinbarten Verwendungszweck ausser Acht zu lassen, ist nicht ersichtlich, obwohl der Wortlaut des französisch und italienisch gefassten R-Art. 210 Abs. 2 OR ausschliesslich auf den Gebrauch abstellt, für den die Sache normalerweise («*normalement*»/«*normalmente*») bestimmt ist. Im

¹² Das Wort «Stoff» war in einer vom Ständerat vorerst beschlossenen Fassung des R-Art. 210 Abs. 2 OR noch explizit enthalten, hatte im Zuge des nachfolgenden Differenzbereinungsverfahrens aber einer redaktionellen Änderung des Textes zu weichen, ohne dass damit eine materielle Änderung beabsichtigt war (vgl. die Begründung zum *Antrag Lohr*, Amtl. Bull. NR 2012 41; *Votum Bischof* für die Kommission des Ständerates, Amtl. Bull. SR 2012 69).

¹³ Vgl. *Peter Gauch*, *Der Werkvertrag*, 5. Aufl., Zürich 2011, Nr. 66 f.

¹⁴ Der im Ständerat vorgebrachte *Antrag Theiler*, wonach «technische Einrichtungen und Geräte sowie deren Bestandteile» vom Anwendungsbereich des R-Art. 210 Abs. 2 OR auszuklammern seien, wurde mit 29 zu einer Stimme abgelehnt (vgl. Amtl. Bull. SR 2012 66/69).

¹⁵ Vgl. aber Fn. 38.

¹⁶ Als «Hilfsmittel, Werkzeuge [oder] Gerätschaften» (Art. 364 Abs. 3 OR), wie z. B. Meissel, Hammer, Spaten, Baumaschinen, Ersatzteile für Arbeitsmaschinen, Leitern, Schalungshölzer, Schmiermittel oder Sprengstoff.

¹⁷ Die Formulierung im deutschsprachigen Revisionsentwurf war insoweit noch unklar (vgl. recht 2011 147 Ziff. 3.5).

¹⁸ Zu diesem Vertrag und zum Folgenden vgl. *Gauch*, *Werkvertrag*, zit. in Fn. 13, Nr. 130 ff.; *Zindel/Pulver*, *Basler Kommentar OR I*, 5. Aufl. 2011, N 22 zu Art. 363 OR.

¹⁹ Ob die Montage eine bloss untergeordnete Nebenleistung des Verkäufers oder innerhalb des Vertragsganzen so bedeutsam ist, dass ein aus Kauf- und Werkvertrag gemischtes Vertragsverhältnis vorliegt, ist diesbezüglich irrelevant.

Extremfall bedeutet dies: Hatten die Parteien eines Kaufvertrages vereinbart, dass die Kaufsache für ein konkret bestimmtes Werk (und nur für dieses) verwendet werde, so bleibt die fünfjährige Verjährungsfrist des R-Art. 210 Abs. 2 OR im Rahmen des betreffenden Kaufvertrages aus dem Spiel, wenn die Sache für ein anderes Werk verwendet worden ist.

c. Und schliesslich greift die fünfjährige Verjährungsfrist des R-Art. 210 Abs. 2 OR nur ein, «*soweit Mängel*» der gekauften und bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integrierten Sache «*die Mangelhaftigkeit des Werkes verursacht haben*». Vorausgesetzt ist danach, dass mindestens ein Mangel der integrierten Kaufsache ursächlich für einen Mangel des unbeweglichen Werkes war, für dessen Herstellung die Sache verwendet wurde, wobei eine blossе Mitverursachung²⁰ genügt (vgl. schon recht 2011 148 lit. c). Ob der Mangel des unbeweglichen Werkes nur und gerade in der Mangelhaftigkeit der integrierten Kaufsache (z. B. in der Undichtigkeit eines eingebauten Fensters) besteht, oder ob infolge ihrer Mangelhaftigkeit ein anderer Mangel des Werkes (z. B. ein Riss in einer Mauer) entstanden ist, macht keinen Unterschied. So oder anders beruht die Mangelhaftigkeit des unbeweglichen Werkes auf dem Mangel der integrierten Kaufsache, durch den sie im Sinne des R-Art. 210 Abs. 2 OR «verursacht» wurde. Hingegen findet die fünfjährige Frist des R-Art. 210 Abs. 2 OR keine Anwendung, soweit die Mangelhaftigkeit des unbeweglichen Werkes auf einer fehlerhaften Verwendungsweise, aber nicht (oder nicht auch) auf einem Mangel der Kaufsache beruht. Anzuführen ist ein Dreifaches:

- *Erstens* ist mit dem Mangel des unbeweglichen Werkes, der bei gegebener Voraussetzung durch den Mangel der integrierten Kaufsache verursacht wurde, ein Werkmangel im Sinne des Werkvertragsrechts gemeint, der darin besteht, dass dem abgelieferten Werk eine bestimmte (vereinbarte oder vorausgesetzte) Eigenschaft fehlt, die es nach dem konkreten Werkvertrag haben müsste²¹. Ob überhaupt ein solcher Werkmangel vorliegt, hängt somit immer auch vom Inhalt des Werkvertrages ab, welcher den Unternehmer, der die gekaufte Sache in das unbewegliche Werk integriert hat, mit dem Besteller verbindet. Soweit das abgelieferte Werk nach Massgabe des konkreten Werkvertrages mängelfrei ist, bleibt für die

Anwendung der fünfjährigen Verjährungsfrist (R-Art. 210 Abs. 2 OR) von vornherein kein Raum, unabhängig davon, wie immer sich der Mangel der integrierten Kaufsache auf die Beschaffenheit des Werkes ausgewirkt hat.

- *Zweitens* gilt die fünfjährige Verjährungsfrist des R-Art. 210 Abs. 2 OR ausschliesslich für die Mängelrechte aus einem Mangel der Kaufsache, der die Mangelhaftigkeit des unbeweglichen Werkes verursacht hat, nicht auch für die Rechte des Käufers aus anderen Mängeln der Kaufsache. Diese Einschränkung entspricht nicht nur dem Sinn des R-Art. 210 Abs. 2 OR, sondern kommt auch in seiner Formulierung zum Ausdruck, wonach die fünfjährige Frist lediglich eingreift, «*soweit Mängel einer Sache ... die Mangelhaftigkeit des Werkes verursacht haben*» (Auszeichnung beigefügt). Dementsprechend obliegt dem Käufer, der sich mit Bezug auf einen Mangel der Kaufsache auf die fünfjährige Verjährungsfrist beruft, unter anderem der Beweis für die Mangelhaftigkeit des unbeweglichen Werkes und dafür, dass diese durch den betreffenden Mangel der Kaufsache verursacht wurde.
- *Drittens* ist daran zu erinnern, dass die fünfjährige Verjährungsfrist des R-Art. 210 Abs. 2 OR schon mit der Ablieferung der mangelhaften Kaufsache zu laufen beginnt. Deshalb ist möglich, dass die fünfjährige Verjährung eintritt, noch bevor der Mangel der später integrierten Kaufsache die Mangelhaftigkeit des unbeweglichen Werkes verursacht hat. So verhält es sich insbesondere auch mit Bezug auf «vorgelagerte» Kaufverträge, bei denen der Fristenlauf noch früher einsetzt als beim Kaufvertrag zwischen dem Werkunternehmer und seinem Verkäufer.

3.4 Damit die fünfjährige (statt zweijährige) Verjährungsfrist des R-Art. 210 Abs. 2 OR zum Tragen kommt, müssen die tatbestandsmässigen Voraussetzungen erfüllt sein, welche diese Bestimmung erwähnt und die vorstehend erläutert wurden. Fraglich ist nun aber, ob es noch *weitere Voraussetzungen* gibt, die R-Art. 210 Abs. 2 OR nicht ausdrücklich benennt. Mit der gleichen Frage habe ich mich, unter Aufzählung verschiedener Sonderfälle, in denen die Frage sich stellt, bereits in recht 2011 148 f. lit. d befasst. Die dortigen Ausführungen beziehen sich zwar auf Art. 210 Abs. 2 OR des Revisionsentwurfes, sind aber auf R-Art. 210 Abs. 2 OR übertragbar. Es wird Aufgabe der sich entwickelnden Lehre und Rechtsprechung sein, sich mit den erwähnten Sonderfällen und der Frage

²⁰ Insbesondere auch zusammen mit einem anderen Mangel der Kaufsache.

²¹ Vgl. Gauch, Werkvertrag, zit. in Fn. 13, Nr. 1355 ff.

auseinanderzusetzen, ob die fünfjährige Verjährungsfrist des R-Art. 210 Abs. 2 OR auch dann gilt, wenn einer dieser Sonderfälle sich verwirklicht. Nachfolgend möchte ich nun aber doch auf zwei besondere Fragen zu sprechen kommen:

- Die *erste Frage* betrifft den möglichen Fall, da sich die Voraussetzungen für die fünfjährige Verjährungsfrist des R-Art. 210 Abs. 2 OR erst verwirklichen, nachdem die zweijährige Verjährung des R-Art. 210 Abs. 1 OR bereits eingetreten ist. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob es bei der eingetretenen Verjährung bleibt (erste Lösung) oder ob sie wieder aufgehoben und durch die fünfjährige Verjährung ersetzt wird, sobald deren Voraussetzungen erfüllt sind (zweite Lösung). Für die erste Lösung spricht der Umstand, dass der Unternehmer sich allenfalls auf die eingetretene Verjährung verlässt und auch nicht in der Lage ist, die fünfjährige Verjährung, solange sie noch nicht läuft, zu unterbrechen. Für die zweite Lösung spricht der Wortlaut des R-Art. 210 Abs. 2 OR, der die Anwendung der fünfjährigen Frist nicht davon abhängig macht, dass die zweijährige Verjährung noch läuft. Darüber hinaus spricht für die zweite Lösung auch die Erfahrungstatsache, dass der Mangel einer integrierten Sache oft erst dann zum Vorschein kommt, wenn er die Mangelhaftigkeit des unbeweglichen Werkes verursacht hat. Ich selber tendiere zur zweiten Lösung, auch deswegen, weil die erste Lösung den Anwendungsbereich des R-Art. 210 Abs. 2 OR merklich einschränken würde, namentlich, was «vorgelagerte» Kaufverträge angeht. Ausserdem meine ich, dass sich zumindest ein professioneller Verkäufer auf eine fünfjährige Verjährung einstellen müsste, wenn er eine zur Integration in ein unbewegliches Werk bestimmte Sache verkauft hat.
- Die *zweite Frage* betrifft den Fall, da eine Kaufsache eine Kette von Kaufverträgen (durch Kauf und Wiederverkauf) durchläuft, bis sie vom Werkunternehmer, der sie schliesslich in das unbewegliche Werk integriert, vom letzten Verkäufer gekauft wird. In einem solchen Fall ist möglich, dass die Mangelhaftigkeit des unbeweglichen Werkes durch eine bestimmte Beschaffenheit der integrierten Sache verursacht wird, die Voraussetzungen für die Anwendung der fünfjährigen Frist jedoch nicht bei allen Kaufverträgen erfüllt sind, weil die betreffende Beschaffenheit z. B. keinen Mangel im Sinne (mindestens) eines der beteiligten Kaufverträge darstellt, oder weil die Sache, bezogen auf einen der Verträge, nicht «bestimmungsgemäss»

integriert wurde. Trifft dies zu, so fragt es sich, ob die Anwendung der fünfjährigen Verjährungsfrist bei einem früheren Vertrag auch (und nur) daran scheitern kann, dass es bei einem späteren Vertrag an den Voraussetzungen für die Anwendung des R-Art. 210 Abs. 2 OR fehlt. Obwohl man aus dem Zweckgedanken (nicht aber aus dem Wortlaut) des R-Art. 210 Abs. 2 OR etwas anderes herleiten könnte, tendiere ich eher zur Verneinung der Frage, nicht zuletzt deswegen, weil sich andernfalls die praktische Anwendung des R-Art. 210 Abs. 2 OR verkomplizieren würde.

4. Zu den völlig neuen Regeln, die R-Art. 210 OR, verglichen mit dem geltenden Art. 210 OR, enthält, gehört sodann auch **die Regel des R-Art. 210 Abs. 4 OR**, wonach «eine Vereinbarung über die Verkürzung der Verjährungsfrist ... ungültig [ist], wenn: *a.* sie die Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr verkürzt; *b.* die Sache für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist; und *c.* der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt». Diese Regel, die sich auf die *vereinbarte Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist* bezieht, war im Revisionsentwurf noch in Art. 199 OR (als lit. b) eingefügt (vgl. recht 2011 153 f.), wurde dann aber im Laufe der parlamentarischen Beratungen in R-Art. 210 OR umplatziert, während Art. 199 OR auch nach Inkrafttreten des R-Art. 210 OR unverändert (in der heute geltenden Fassung) weiter gilt. Im Einzelnen:

4.1 Eine Vereinbarung, welche die Verjährungsfrist «auf weniger als zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr verkürzt», ist unter den Voraussetzungen des R-Art. 210 Abs. 4 OR *ungültig*, und zwar in dem Umfang, als die verkürzte Verjährungsfrist weniger als zwei Jahre bzw. ein Jahr beträgt. Der vereinbarten Verkürzung der Verjährungsfrist gleichzustellen, ist eine Vereinbarung, worin die Parteien die gesetzliche Verjährung dadurch verkürzen, dass sie den Verjährungsbeginn auf einen früheren als den gesetzlich vorgesehenen Zeitpunkt verlegen. Alsdann ist es so zu halten, wie wenn die Verjährungsfrist um die zeitliche Differenz zwischen dem gesetzlichen und dem vereinbarten (früheren) «dies a quo» verkürzt worden wäre.

4.2 Nach ihrer *systematischen Stellung* bezieht sich die Regel des R-Art. 210 Abs. 4 OR auf die vorangestellten Absätze 1–3 dieser Bestimmung. Was jedoch die Vorschrift des R-Art. 210 Abs. 2 OR betrifft, so dürfte die Voraussetzung, dass die

gekaufte Sache «für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist», kaum je erfüllt sein. Und hinsichtlich der (relativen) einjährigen und der (absoluten) dreissigjährigen Frist des R-Art. 210 Abs. 3 OR vertrete ich die Meinung, dass es sich um Fristen handelt, die nach Massgabe der Zwecküberlegung, die dieser Bestimmung zugrunde liegt, überhaupt nicht verkürzt werden können (recht 2011 153 Ziff. 2.1). Von praktischer Bedeutung ist R-Art. 210 Abs. 4 OR aber jedenfalls mit Bezug auf die zweijährige Verjährungsfrist des R-Art. 210 Abs. 1 OR, die unter den Voraussetzungen des R-Art. 210 Abs. 4 OR durch Vereinbarung entweder um gar nichts oder bei gebrauchten Sachen höchstens auf ein Jahr verkürzt werden kann.

Im Übrigen ist eine vereinbarte Verkürzung der Verjährung ohnehin unwirksam, soweit «der Verkäufer dem Käufer» einen Mangel der Kaufsache «arglistig verschwiegen hat». Denn bei arglistiger (absichtlicher)²² Verschweigung eines Mangels greift der unveränderte Art. 199 OR ein, wonach bezüglich des vom Verkäufer verschwiegenen Mangels eine «Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ... ungültig» ist. Zwar handelt es sich bei der Verkürzung der Verjährung nicht um eine «Aufhebung», wohl aber um eine (mittelbare) «Beschränkung» der «Gewährspflicht».²³

5. Von der Verkürzung zu unterscheiden ist **eine vereinbarte Verlängerung der Verjährungsfrist**, der die Mängelrechte des Käufers nach Massgabe des Gesetzes unterliegen. Einer solchen Vereinbarung steht grundsätzlich nichts entgegen²⁴, was von R-Art. 210 Abs. 1 OR (in Übereinstimmung mit dem geltenden Art. 210 Abs. 1 OR) sogar ausdrücklich hervorgehoben wird, aber nicht nur bezüglich der zweijährigen Frist dieser Bestimmung gilt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf die durch Vereinbarung verlängerte Verjährungsfrist allerdings zehn Jahre (Art. 127 OR) nicht übersteigen.²⁵ Ob aus dieser Begrenzung herzuleiten ist, dass die (absolute) dreissigjährige Verjährungsfrist des R-Art. 210 Abs. 3 OR und die zehnjährige Frist, die im Falle des R-Art. 210 Abs. 6 OR eingreift, von den Parteien überhaupt nicht ver-

längert werden können, ist eine Frage, die sich schon unter der Herrschaft des geltenden Art. 210 OR (mit Bezug auf Abs. 1^{bis} und Abs. 3 dieser Bestimmung) stellt. Zieht man in Betracht, dass die zehnjährige Verjährungsfrist des R-Art. 210 Abs. 6 OR die vom Bundesgericht gesetzte Grenze von zehn Jahren von vornherein erreicht und die dreissigjährige Frist des R-Art. 210 Abs. 3 OR die besagte Grenze sogar erheblich übersteigt, sprechen gute Argumente für die Bejahung der Frage, was aber mit Rücksicht auf die besonderen Gründe, die den erwähnten Fristen zugrunde liegen, noch vertieft zu diskutieren wäre.

6. R-Art. 210 OR und der (unveränderte) Art. 199 OR stehen im Abschnitt über den Fahrniskauf, was freilich nicht ausschliesst, dass sie auch auf die fünfjährige Verjährung der Mängelrechte beim **Grundstückkauf** (Art. 219 Abs. 3 OR)²⁶ zur Anwendung kommen, soweit es sich sachlich rechtfertigt. Im Gegenteil: Art. 221 OR enthält sogar eine ausdrückliche Vorschrift, wonach «im Übrigen ... auf den Grundstückkauf die Bestimmungen über den Fahrniskauf entsprechende Anwendung finden». Auf *die Verjährung beim Grundstückkauf* «entsprechend» anwendbar sind die Regeln, die R-Art. 210 OR in den Absätzen 4–6 enthält, aber auch Art. 199 OR, wonach die «Beschränkung der Gewährspflicht» durch eine vereinbarte Verkürzung der Verjährung ungültig ist, soweit «der Verkäufer dem Käufer» einen Mangel der Kaufsache «arglistig verschwiegen hat» (oben Ziff. 4.2, zweiter Absatz). Ausserdem gilt auch für den Grundstückkauf, dass eine vereinbarte Verlängerung der Verjährungsfrist (R-Art. 210 Abs. 1 OR) in den vom Bundesgericht gezogenen Schranken zulässig ist.

III. R-Art. 371 OR

1. Art. 371 OR betrifft die Verjährung der werkvertraglichen Mängelrechte. In seiner neuen (revidierten) Fassung (**R-Art. 371 OR**) lautet er wie folgt:

«¹ Die Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes verjähren mit Ablauf von zwei Jahren nach der Abnahme des Werkes. Soweit jedoch Mängel eines beweglichen Werkes, das bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist, die Mangelhaftigkeit des Werkes verursacht haben, beträgt die Verjährungsfrist fünf Jahre.

²² Vgl. Fn. 7.

²³ Pro memoria sei erwähnt, dass es auch ausserhalb des kaufrechtlichen Vertragstypenrechts Gründe gibt, aus denen eine vereinbarte Verkürzung der Verjährungsfrist ungültig sein kann.

²⁴ Art. 129 OR findet auf die Verjährungsfristen des gesetzlichen Kauf- und Werkvertragsrechts keine Anwendung, da diese ausserhalb des dritten OR-Titels «aufgestellt» sind.

²⁵ Vgl. BGE 132 III 240 f.; 99 II 189. Wie das Bundesgericht z. B. Ingeborg Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009, Nr. 84.12; Koller, zit. in Fn. 7, § 4 Nr. 234; Terrier/Favre (Hrsg.), zit. in Fn. 8, Nr. 813 (Zen-Ruffinen).

²⁶ Zwar spricht Art. 219 Abs. 3 OR nur von Gebäuden; doch gilt diese Verjährungsbestimmung bezüglich sämtlicher Mängel eines gekauften Grundstückes (statt vieler: Honsell, zit. in Fn. 8, N 10 zu Art. 219 OR).

² Die Ansprüche des Bestellers eines unbeweglichen Werkes wegen allfälliger Mängel des Werkes verjähren gegen den Unternehmer sowie gegen den Architekten oder den Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben, mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme des Werkes.

³ Im Übrigen kommen die Regeln für die Verjährung der entsprechenden Ansprüche des Käufers sinngemäss zur Anwendung.»

2. Die redaktionelle Fassung des R-Art. 371 OR stellt eine wesentliche Verdeutlichung und damit Verbesserung des im Revisionsentwurf vorgeschlagenen und in recht 2011 149 ff. kritisierten Art. 371 OR dar. **Der erste Satz des R-Art. 371 Abs. 1 OR** enthält die Grundregel, wonach «die Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes» (d. h. die Mängelrechte des Bestellers) «mit Ablauf von zwei Jahren nach der Abnahme des Werkes» verjähren.²⁷ Damit wird die ordentliche Verjährungsfrist des Gesetzes, die mit der Abnahme (= Ablieferung) des Werkes²⁸ zu laufen beginnt, verglichen mit dem geltenden Art. 371 Abs. 1 OR²⁹, von einem auf zwei Jahre erhöht. Dies geschieht analog zur Bestimmung des R-Art. 210 Abs. 1 OR.

Von der Grundregel gibt es *Ausnahmen*, in denen nach der expliziten Anordnung des R-Art. 371 OR die gesetzliche Verjährungsfrist fünf (nicht nur zwei Jahre) beträgt. Die erste dieser Ausnahmen findet sich im zweiten Satz des R-Art. 371 Abs. 1 OR, die zweite Ausnahme in R-Art. 371 Abs. 2 OR. Zu weiteren, in R-Art. 371 OR aber nicht explizit erwähnten Ausnahmen siehe unten Ziff. 4.2 lit. b und Ziff. 5 lit. a (fünfter Analogiefall).

3. Die Regel, die **der zweite Satz des R-Art. 371 Abs. 1 OR** enthält, wurde völlig neu in Art. 371 OR eingefügt. Danach beträgt die Verjährungsfrist fünf (nicht zwei) Jahre, «soweit ... Mängel eines beweglichen Werkes, das bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist, die Mangelhaftigkeit des Werkes [gemeint: des unbeweglichen Werkes] verursacht ha-

ben». Die besagte (fünfjährige) Frist beginnt mit der Abnahme (Ablieferung) des beweglichen Werkes zu laufen, nicht erst mit der Abnahme des unbeweglichen Werkes, in das es integriert wurde. Das ergibt sich aus dem textlichen Zusammenhang des zweiten mit dem ersten Satz des R-Art. 371 Abs. 1 OR.

3.1 Die zitierte Regel des R-Art. 371 Abs. 1 Satz 2 OR, die hinsichtlich der Verjährungsfrist eine Ausnahme zum ersten Satz beinhaltet, *entspricht mutatis mutandis der kaufrechtlichen Regel des R-Art. 210 Abs. 2 OR*, wobei an die Stelle einer gekauften Fahrnissache das bewegliche Werk tritt, das in Erfüllung eines Werkvertrages hergestellt wurde. Dementsprechend gilt das, was oben zu R-Art. 210 Abs. 2 OR ausgeführt worden ist, sinngemäss auch für die Verjährungsregel des R-Art. 371 Abs. 1 Satz 2 OR, namentlich, was die tatbestandsmässigen Voraussetzungen der Regel (II. Ziff. 3.3–3.4) angeht. Für die Anwendung des R-Art. 371 Abs. 1 Satz 2 OR kommt es jedoch nicht darauf an, ob sich die vertragliche Herstellungspflicht des Unternehmers, der das bewegliche Werk in das unbewegliche Werk integriert hat, auch auf das bewegliche Werk bezog³⁰, oder ob es sich beim betreffenden Werk um Stoff im Sinne des Werkvertragsrechts (Art. 365 OR) handelt, den der fragliche Unternehmer nach dem Vertrag mit dem eigenen Besteller bloss *beizustellen*, nicht *herzustellen* hatte.³¹ Bewegliche Werke, die für die Ausführung des unbeweglichen Werkes nur als Arbeitsmittel benötigt (Art. 364 Abs. 3 OR) und damit nicht in das unbewegliche Werk integriert wurden, bleiben hingegen vom Anwendungsbeereich des R-Art. 371 Abs. 1 Satz 2 OR ausgeschlossen.³²

3.2 Die fünfjährige Verjährungsfrist des R-Art. 371 Abs. 1 Satz 2 OR zielt darauf ab, in den von ihm erfassten Fällen die Verjährungsfrist für die Mängelrechte bei beweglichen Werken mit der fünfjährigen Verjährung zu koordinieren, der die Mängelrechte des Bestellers bei unbeweglichen Werken (R-Art. 371 Abs. 2 OR) unterliegen. In Analogie zum *Zweckgedanken* des R-Art. 210 Abs. 2 OR (II. Ziff. 3.2) dient die auf fünf Jahre verlängerte

²⁷ Soweit es sich bei den Mängelrechten des Bestellers um Gestaltungsrechte handelt (so: das Wandlungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht), können sie an sich nicht verjähren; wohl aber verjähren die aus ihrer Ausübung fliessenden Forderungen des Bestellers.

²⁸ Die «Abnahme» und die «Ablieferung» des Werkes sind schon nach geltendem Gesetzesrecht korrelative Begriffe. Sie bezeichnen ein und denselben Vorgang: die «Abnahme» (Art. 370 Abs. 1, Art. 371 Abs. 2 OR) vom Besteller aus betrachtet, die «Ablieferung» (Art. 367 Abs. 1, 370 Abs. 1, 372 Abs. 1 OR) vom Unternehmer aus (vgl. BGE 129 III 748; 115 II 458 f.; 113 II 267). Die Revision des Art. 371 OR, der in Absatz 1 und 2 der revidierten Fassung den Begriff «Abnahme» verwendet, ändert nichts daran, dass die «Abnahme» im Sinne des Gesetzes mit der «Ablieferung» des Werkes zusammenfällt und umgekehrt.

²⁹ Vgl. Gauch, Werkvertrag, zit. in Fn. 13, Nr. 2213; *Tercier/Favre* (Hrsg.), zit. in Fn. 8, Nr. 4551 (*Carron*).

³⁰ Beispiel: Der Unternehmer hat bestimmte Teile (z. B. eine Metallfassade, die Türen oder die Fenster) eines Gebäudes, zu dessen *Herstellung er unter Einschluss der betreffenden Teile verpflichtet war*, an einen Subunternehmer zur Vorfertigung nach Mass übertragen und sie nach deren Anlieferung in das fertig zu stellende Gebäude eingebaut.

³¹ Zu dieser Unterscheidung siehe Gauch, Werkvertrag, zit. in Fn. 13, Nr. 140.

³² Vgl. sinngemäss oben im Text II. Ziff. 3.3 lit. a., bei und mit Fn. 16.

Verjährungsfrist *primär dem Schutz des Werkunternehmers* (Art. 363 OR), der ein von ihm bestelltes bewegliches Werk in ein unbewegliches Werk integriert hat. Durch die fünfjährige (statt zweijährige) Verjährungsfrist soll bei gegebenen Voraussetzungen möglichst vermieden werden, dass seine Mängelrechte für einen Mangel des beweglichen Werkes, der für die Mangelhaftigkeit seines unbeweglichen Werkes ursächlich war, bereits verjährt sind, wenn er für die verursachte Mangelhaftigkeit des unbeweglichen Werkes mit unverjährten Mängelrechten seines eigenen Bestellers in Anspruch genommen wird. Dieser primäre Normzweck wird freilich nur unvollständig erreicht; dies schon deshalb, weil die fünfjährige Verjährungsfrist des R-Art. 371 Abs. 1 Satz 2 schon mit der Abnahme des beweglichen Werkes zu laufen beginnt, die fünfjährige Frist des R-Art. 371 Abs. 2 OR dagegen erst mit der späteren Abnahme des unbeweglichen Werkes.

Nach seiner Formulierung und nach seiner *sekundären Zweckbestimmung* beschlägt R-Art. 371 Abs. 1 Satz 2 OR jedoch nicht nur das werkvertragliche Verhältnis zwischen dem Hersteller des unbeweglichen Werkes und dem Unternehmer, bei dem der Erstere das bewegliche Werk bestellt hat. Hat der Letztere für die Herstellung des beweglichen Werkes Subunternehmer beigezogen und diese allenfalls Subsubunternehmer (usw.), so kommt R-Art. 371 Abs. 1 Satz 2 OR auch auf die «vorgelagerten» Werkverträge zur Anwendung, sodass auch die Besteller dieser Verträge von der fünfjährigen Frist profitieren, soweit die Voraussetzungen des R-Art. 371 Abs. 1 Satz 2 OR auch bezüglich dieser Verträge erfüllt sind. Gegenüber jedem der beteiligten Unternehmer aber beginnt die fünfjährige Frist individuell, mit der Abnahme seines eigenen Werkes, zu laufen.

3.3. Einer *speziellen Betrachtung* bedürfen die folgenden zwei Fälle. Im *ersten Fall* wird das bewegliche Werk von seinem Besteller (z. B. einem Grossisten) verkauft und alsdann vom Käufer oder einem Wiederkäufer in ein unbewegliches Werk integriert. Dies bildet kein Hindernis, die fünfjährige Verjährungsfrist des R-Art. 371 Abs. 1 Satz 2 OR anzuwenden, falls ein Mangel des beweglichen Werkes die Mangelhaftigkeit des unbeweglichen Werkes verursacht und auch die übrigen Voraussetzungen für deren Anwendung erfüllt sind. Wirkt der Mangel des beweglichen Werkes bei einem anschliessenden Kaufvertrag als Mangel der Kaufsache fort, so beurteilt sich nach R-Art. 210 Abs. 2 OR, ob die Mängelrechte des Käufers der fünfjährigen Verjährungsfrist dieser Bestimmung unterliegen. Insgesamt stellt sich aber auch im vorliegenden Zusammenhang die unter II. Ziff. 3.4

aufgeworfene (zweite) Frage, ob die Anwendung der fünfjährigen Frist bei einem früheren Vertrag daran scheitern kann, dass die Voraussetzungen für deren Anwendung bei einem späteren Vertrag nicht gegeben sind.

Der *zweite Fall* liegt vor, wenn das bewegliche Werk im Ergebnis von Umgestaltungs-, Veredelungs-, Erneuerungs-, Reparatur- oder sonstigen Arbeiten besteht, die der Unternehmer an einer vorbestandenen beweglichen Sache ausgeführt hat. Nach dem Zweckgedanken des R-Art. 371 Abs. 1 Satz 2 OR sind auch solche Werke (nicht nur neu hergestellte bewegliche Sachen) zu den beweglichen Werken im Sinne dieser Bestimmung zu zählen. Für sie gilt jedoch die Besonderheit, dass sie erstens nur zusammen mit der betreffenden Sache in ein unbewegliches Werk integriert werden können und dass es zweitens für die Frage der «*bestimmungsgemässen*» Integration auf den üblichen oder mit dem Unternehmer vereinbarten Verwendungszweck der von ihm umgestalteten, veredelten, erneuerten, reparierten oder sonst wie veränderten Sache ankommt.

4. Die Regel des R-Art. 371 Abs. 2 OR stimmt weitgehend mit dem Wortlaut des geltenden Art. 371 Abs. 2 OR überein. Sie enthält zwei Aussagen:

4.1 Nach der **ersten Aussage** verjähren «die Ansprüche des Bestellers eines unbeweglichen Werkes wegen allfälliger Mängel des Werkes ... gegen den Unternehmer ... mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme des Werkes». In diesem Ausnahmefall, in dem es um ein unbewegliches, mit dem Erdboden (unmittelbar oder mittelbar) fest verbundenes Werk geht, das der Unternehmer für seinen Besteller hergestellt hat, beträgt die Verjährungsfrist also in Abweichung von der Grundregel des R-Art. 371 Abs. 1 Satz 1 OR *fünf*, nicht nur zwei Jahre. Verglichen mit der heutigen Rechtslage ergibt sich insofern ein materieller Unterschied, als der geltende Art. 371 Abs. 2 OR eine Verjährung von fünf Jahren nur bei Mängeln eines «unbeweglichen Bauwerkes» vorsieht.³³ Da nicht jedes «unbewegliche Werk», von dem R-Art. 371 Abs. 2 OR spricht, auch ein «unbewegliches Bauwerk» im Sinne des geltenden Art. 371 Abs. 2 OR ist³⁴, wird der Anwendungsbereich der fünfjährigen Frist in R-Art. 371 Abs. 2 OR erheblich erwei-

³³ Zum Begriff des «unbeweglichen Bauwerkes», wie ihn der geltende Art. 371 Abs. 2 OR verwendet, und zu dessen Erscheinungsformen siehe Gauch, Werkvertrag, zit. in Fn. 13, Nr. 2220 ff./2231 ff.; Tercier/Favre (Hrsg.), zit. in Fn. 8, Nr. 4547 (Carron).

³⁴ Vgl. dazu Gauch, Werkvertrag, zit. in Fn. 13, Nr. 2244 ff.

tert³⁵. Ob dies materiell gerechtfertigt ist, wurde kaum je diskutiert, obwohl die erhebliche Änderung einen Bruch mit einer über hundert Jahre alten Tradition darstellt.³⁶ Dem Kommissionsbericht der nationalrätlichen Rechtskommission, die den Revisionsentwurf ausgearbeitet hatte, lässt sich lediglich entnehmen, dass «der Begriff des unbeweglichen Werks den enger gefassten Begriff des unbeweglichen Bauwerks» ersetzen soll, damit «das gesetzliche System einfacher und übersichtlicher» werde (vgl. BBl 2011 2897), was aber immerhin zeigt, dass die materielle Änderung beabsichtigt war. Da die auffälligsten Beispiele eines unbeweglichen Werkes mit dem «Bauen» zu tun haben, ist erklärbar, weshalb in den parlamentarischen Beratungen von verschiedenen Votanten, die sich (im Kontext zu R-Art. 210 Abs. 2 OR) auf das «unbewegliche Werk» bezogen, die Ausdrücke «Baute», «Bauwerk», «unbeweglicher Bau» oder gar «unbewegliches Bauwerk» verwendet wurden³⁷. Im Einzelnen ist beizufügen:

a. Ob der Unternehmer das unbewegliche Werk als Hauptunternehmer, Subunternehmer oder Subsubunternehmer (usw.) hergestellt hat, macht für die Anwendung des R-Art. 371 Abs. 2 OR keinen Unterschied. *Ebenso wenig kommt es auf die besonderen Merkmale des unbeweglichen Werkes an.* Dieses kann z. B. auch Bestandteil eines grösseren unbeweglichen «Gesamtwertes» (etwa eines Gebäudes) sein, von dem der Unternehmer als Nebenunternehmer z. B. nur das Be-

tonfundament, die Mauern, den Dachstock oder die Heizungsanlagen erstellt hat. Oder es kann, wie bereits bei den Erläuterungen zu R-Art. 210 Abs. 2 OR hervorgehoben, auch im Ergebnis von werkvertraglichen Arbeiten (z. B. Umbau-, Erneuerungs-, Ergänzungs- oder Reparaturarbeiten) bestehen, die an einem vorbestandenem unbeweglichen Werk ausgeführt worden sind.³⁸

b. Wie aber verhält es sich mit *Fahrnisbauten* im Sinne des Art. 677 ZGB? Diesbezüglich kommt es darauf an, wie man den gesetzlichen Begriff der Fahrnisbauten versteht. Versteht man darunter Bauten, die zu einem nur vorübergehenden Zweck errichtet sind und *keine feste Verbindung mit dem Boden* aufweisen³⁹, so fallen sie mangels fester Bodenverbindung als unbewegliche Werke im Sinne des R-Art. 371 Abs. 2 OR ausser Betracht. Teilweise anders verhält es sich, wenn man einer abweichenden Meinung folgt, wonach auch Bauten *mit fester Bodenverbindung* Fahrnisbauten sind, sofern sie ohne Absicht dauernder Verbindung mit dem Boden errichtet wurden, also einem nur vorübergehenden Zwecke dienen.⁴⁰ Derartige Fahrnisbauten, die tatsächlich (!) unbeweglich sind, können durchaus unbewegliche Werke im Sinne des R-Art. 371 Abs. 2 OR sein, auch wenn man sie mit der erwähnten Meinung zu den Fahrnisbauten und damit zu den beweglichen Sachen im Sinne des Sachenrechts zählt.⁴¹

4.2 Nach der **zweiten Aussage**, die R-Art. 371 Abs. 2 OR enthält, verjähren «die Ansprüche des Bestellers eines unbeweglichen Werkes wegen allfälliger Mängel des Werkes» auch «gegen den Architekten oder den Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben, mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme des [unbeweglichen] Werkes».

³⁵ Z. B. auf Fälle, in denen die Werkleistung des Unternehmers lediglich in der Beschneidung eines Baumes, in der Bepflanzung eines Gartens, im Mähen einer Wiese, im Tapezieren einer Wohnung, im Aushub eines Grabens oder darin besteht, dass der Unternehmer eine bestellte Maschine konstruiert und in ein Gebäude einbaut. In all diesen Fällen schuldet der Unternehmer ein «unbewegliches Werk» im Sinne des R-Art. 371 Abs. 2 OR, aber kein «unbewegliches Bauwerk» nach dem Verständnis des geltenden Art. 371 Abs. 2 OR (vgl. schon recht 2011 150 Ziff. 2.1 lit. b; ausführlicher: Gauch, Werkvertrag, zit. in Fn. 13, Nr. 2244 ff.).

³⁶ Von einem Mitglied des Ständerats wurde freilich bemerkt, dass es «dem Nationalrat unbenommen» bleibt und er es «sogar empfehlen» will, «die Ersetzung des Begriffs «Bauwerk» durch «unbewegliches Werk» noch einmal» zu prüfen (vgl. Amtl. Bull. SR 2011 1052).

³⁷ Diese Ausdrucksweise ist ein Exempel dafür, wie sehr in der menschlichen Wahrnehmung und Sprechweise die auffälligsten (hervorstechendsten) Erscheinungen eines Wahrnehmungsobjektes (die «salient points») besonders hervortreten, was man mit einem Ausdruck der Psychologie als «Salienz» bezeichnen mag. Aus ihr herzuleiten, der in R-Art. 371 Abs. 2 OR verwendete Begriff des «unbeweglichen Werkes» sei in einer gegenüber dem Wortlaut einschränkenden Interpretation auf Bauten (oder bestimmte Bauten) zu reduzieren, wäre verfehlt. Hierfür bedürfte es vielmehr anderer (namentlich teleologischer) Überlegungen, was nicht ausschliesst, dass die künftige Lehre und Rechtsprechung sich solcher Überlegungen bedienen könnte, um den Anwendungsbereich des R-Art. 371 Abs. 2 OR (und damit auch jenen des R-Art. 210 Abs. 2 OR) zu begrenzen. Eine schlichte Gleichsetzung des «unbeweglichen Werkes» mit dem «unbeweglichen Bauwerk» des heute noch geltenden Art. 371 Abs. 2 OR fällt aber auf jeden Fall ausser Betracht, würde sie doch dem in R-Art. 371 Abs. 2 OR vorgenommenen und beabsichtigten Austausch der Begriffe geradewegs widersprechen.

³⁸ Das gilt jedenfalls dann, wenn die ausgeführten Arbeiten nach Art und Umfang von wesentlicher Bedeutung für das vorbestandene unbewegliche Werk sind. Nach Rechtsprechung und herrschender Lehre zum geltenden Art. 371 Abs. 2 OR ist das Letztere ein Erfordernis, um bei Arbeiten an einem vorbestandenem unbeweglichen Bauwerk die fünfjährige Frist dieser Bestimmung anzuwenden (Nachweise bei Gauch, Werkvertrag, zit. in Fn. 13, Nr. 2234).

³⁹ Vgl. z. B. Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 7 zu Art. 677 ZGB; Rey/Strebel, Basler Kommentar ZGB II, 4. Aufl. 2011, N 4 ff. zu Art. 677 ZGB; Paul-Henri Steinauer, Les droits réels, Band II, 4. Aufl., Bern 2012, Nr. 1632 ff.; Heinz Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Aufl., Bern 2007, Nr. 541 ff.

⁴⁰ So z. B. Peter Liver, Schweizerisches Privatrecht V/1 191 f.; Wolfgang Wiegand, Basler Kommentar ZGB II, 4. Aufl. 2011, N 20 zu Art. 642 ZGB.

⁴¹ Zum Ganzen vgl. schon Gauch, Werkvertrag, zit. in Fn. 13, Nr. 2243, dort jedoch bezogen auf den geltenden Art. 371 Abs. 2 OR und den darin verwendeten Begriff des «unbeweglichen Bauwerkes».

a. Mit dieser Verjährungsregel erfasst R-Art. 371 Abs. 2 OR auch vertragliche Ersatzansprüche aus Mängeln des unbeweglichen Werkes, die dem Besteller des unbeweglichen Werkes gegenüber einem der darin genannten «Architekten» oder «Ingenieure» zustehen, und zwar unabhängig von der Qualifikation des konkreten Vertrages⁴². Die gleiche Regel ist schon im geltenden Art. 371 Abs. 2 OR mitenthalten⁴³, jedoch mit dem materiellen Unterschied, dass R-Art. 371 Abs. 2 OR den engeren Begriff des «unbeweglichen Bauwerkes» durch den weiteren Begriff des «unbeweglichen Werkes» ersetzt. Im Zusammenhang mit Art. 371 OR des Revisionsentwurfes habe ich die Frage aufgeworfen, ob es bei einer Revision des geltenden Art. 371 Abs. 2 OR nicht angezeigt wäre, die Regel ersatzlos zu streichen (dazu und zur Begründung der Frage vgl. recht 2011 152 Ziff. 3.2). Dies ist offensichtlich nicht geschehen, ohne dass man sich, soweit ich sehe, mit der Frage nachlesbar auseinandergesetzt hätte.

b. Die vorstehend zitierte Verjährungsregel, die R-Art. 371 Abs. 2 OR bezüglich der Architekten und Ingenieure mitenthält, setzt für die Anwendung der fünfjährigen Frist zunächst voraus, dass der betreffende Architekt oder Ingenieur «zum Zwecke der Erstellung» andere «Dienste» geleistet hat als die werkvertraglichen Arbeiten des mit der körperlichen Ausführung des unbeweglichen Werkes betrauten Unternehmers. Die vom Architekten oder Ingenieur geleisteten «Dienste» brauchen nicht auftragsrechtlicher Natur zu sein. Sie können z. B. auch in der *Herstellung eines Planes oder eines Gutachtens* bestehen, den oder das der Architekt oder Ingenieur in Erfüllung eines Werkvertrages und damit als Werkunternehmer hergestellt hat, sodass der Besteller des unbeweglichen Werkes zugleich auch Besteller (Art. 363 OR) der vom Architekt oder Ingenieur erbrachten Werkleistung ist. Die werkvertragliche Haftung (Art. 368 OR) des Architekten oder Ingenieurs für die Mängel eines solchen Planes oder Gutachtens verjährt nach R-Art. 371 OR grundsätzlich in zwei Jahren seit der Abnahme seines Planes oder Gutachtens (R-Art. 371 Abs. 1 Satz 1 OR), da es sich beim betreffenden Plan- oder Gutachterwerk um ein bewegliches Werk handelt, das nicht körperlich in das unbewegliche Werk «integriert» wurde (R-Art. 371 Abs. 1 Satz 2 OR). Führt der mangelhafte Plan oder das mangelhafte Gutachten jedoch

zu einem Mangel im unbeweglichen Werk, für dessen Erstellung der Plan oder das Gutachten seinem Zwecke nach bestimmt war, und verursacht er auf diese Weise einen Mangelfolgeschaden im Sinne des Werkvertragsrechts, dann verjährt ein daraus fliessender (vertraglicher) Ersatzanspruch, der dem Besteller gegenüber dem Architekten oder Ingenieur zusteht, nach Massgabe des R-Art. 371 Abs. 2 OR, also in fünf Jahren seit der Abnahme des unbeweglichen Werkes. Dadurch wird die Grundregel des R-Art. 371 Abs. 1 Satz 1 OR sogar in doppelter Weise (sowohl hinsichtlich der Verjährungsfrist also auch des Verjährungsbeginns) durchbrochen, ohne dass R-Art. 371 OR auf die doppelte Ausnahme explizit hinweist. Dies betrifft freilich nur den Anspruch des Bestellers auf Ersatz des fraglichen Mangelfolgeschadens, nicht auch sonstige Mängelrechte, über die der Besteller aus dem betreffenden Mangel gegen den Architekten oder Ingenieur verfügt.

5. Die bis anhin behandelten Absätze 1 und 2 werden durch **R-Art. 371 Abs. 3 OR** komplettiert. Danach kommen «im Übrigen die Regeln für die Verjährung der entsprechenden Ansprüche des Käufers sinngemäss zur Anwendung».

a. Der zitierte R-Art. 371 Abs. 3 OR wurde neu in Art. 371 OR eingefügt, bestätigt aber nur, was nach den *Grundsätzen der analogen Gesetzesanwendung* ohnehin schon gelten würde. Immerhin stellt er das Folgende klar:

- 1) *In Analogie zu R-Art. 210 Abs. 1 OR* ist es den Parteien gestattet, die Verjährungsfrist durch Vereinbarung zu verlängern, wobei die verlängerte Frist jedoch zehn Jahre nicht übersteigen darf (vgl. II. Ziff. 5).⁴⁴
- 2) *In Analogie zu Art. 199 OR* ist eine Vereinbarung über die Verkürzung der Verjährung, wodurch die Mängelhaftung des Werkunternehmers beschränkt wird, insoweit ungültig, als der Unternehmer dem Besteller einen Werkmangel bei der Ablieferung des Werkes arglistig (absichtlich) verschwiegen hat (vgl. II. Ziff. 4.2, zweiter Absatz). Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um eine Verjährung nach R-Art. 371 Abs. 1 oder 2 OR handelt, und gilt auch bezüglich der zehnjährigen Verjährungsfrist, wovon unten (im fünften Analogiefall) die Rede ist.
- 3) *In Analogie zu R-Art. 210 Abs. 4 OR* ist «eine Vereinbarung über die Verkürzung der Verjährungsfrist» auch insofern ungültig, als sie «die

⁴² Vgl. BGE 102 II 418; 89 II 407.

⁴³ Ausführlich dazu: Gauch, Werkvertrag, zit. in Fn. 13, Nr. 2296 ff. Zu den Begriffen «Architekt» und «Ingenieur», wie sie im geltenden Art. 371 Abs. 2 OR verwendet werden, vgl. Nr. 2299. Die dortigen Erläuterungen treffen auch auf die «Architekten» und «Ingenieure» des R-Art. 371 Abs. 2 OR zu.

⁴⁴ Im Einzelnen: Gauch, Werkvertrag, zit. in Fn. 13, Nr. 2490; zum Sonderfall einer «Haltbarkeitsgarantie» siehe Nr. 2492.

Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre» verkürzt, das Werk «für den persönlichen oder familiären Gebrauch» des Bestellers «bestimmt ist» und der Unternehmer «im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt». Ist das Werk «für den persönlichen oder familiären Gebrauch» des Bestellers «bestimmt» und handelt der Unternehmer «im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit», so kann die zweijährige Verjährungsfrist des R-Art. 371 Abs. 1 Satz 1 OR um gar nichts verkürzt werden.

- 4) *In Analogie zu R-Art. 210 Abs. 5 OR* bleiben «die Einreden» des Werkbestellers wegen vorhandener Mängel bestehen, «wenn innerhalb der [gesetzlichen oder vereinbarten] Verjährungsfrist die vorgeschriebene Anzeige» an den Unternehmer «gemacht worden ist». Folglich kann der Besteller verjährte Mängelrechte «einedeulig» auch gegen den Willen des Werkunternehmers durchsetzen, soweit er die Mängel vor Ablauf der Verjährungsfrist gerügt hat, und zwar rechtzeitig (Art. 367 Abs. 1/370 OR), sodass sie nicht infolge verspäteter Rüge verwirkt sind.
- 5) *In Analogie zu R-Art. 210 Abs. 6 OR* kann der Werkunternehmer die eingetretene «Verjährung nicht geltend machen, wenn ihm eine absichtliche Täuschung» seines Bestellers «nachgewiesen wird». Das bedeutet: Hat der Unternehmer dem Besteller einen Werkmangel bei der Ablieferung des Werkes absichtlich (arglistig)⁴⁵ verschwiegen, so beträgt die Verjährungsfrist für die Mängelrechte, die dem Besteller aus dem betreffenden Mangel zustehen, durchwegs zehn Jahre (vgl. II. Ziff. 2, letzter Absatz).⁴⁶ Eine Vereinbarung, welche diese (zehnjährige) Verjährungsfrist und damit die Haftung des Unternehmers beschränkt, ist nach dem sinngemäss anwendbaren Art. 199 OR nichtig.

b. Abgesehen vom dritten Analogiefall (betreffend R-Art. 210 Abs. 4 OR) gilt das vorstehend Gesagte mutatis mutandis schon unter der Herrschaft des heutigen Art. 371 OR.⁴⁷ Einer *Ergänzung* bedarf es bezüglich der in R-Art. 371 Abs. 2 OR mitenthaltenen Regel, wonach vertragliche Ersatzansprüche, die dem Besteller eines unbeweglichen

Werkes gegen einen Architekten oder Ingenieur zustehen, unter den darin erwähnten Voraussetzungen in fünf Jahren seit der Abnahme des unbeweglichen Werkes verjähren. Nach seiner systematischen Stellung erfasst R-Art. 371 Abs. 3 OR (mit dem darin enthaltenen Verweis auf das Kaufrecht) die Verjährung der erwähnten Ansprüche auch dann, wenn sie nicht dem Werkvertragsrecht unterstehen. Trifft das Letztere zu, so rechtfertigt es sich, auf die betreffenden («werkvertragsfremden», namentlich auftragsrechtlichen) Ersatzansprüche gegen den Architekten oder Ingenieur jedenfalls die Bestimmungen der Art. 199 OR und R-Art. 210 Abs. 6 OR sinngemäss anzuwenden. Sie verjähren analog zu R-Art. 210 Abs. 6 OR in zehn (nicht nur in fünf) Jahren, soweit der Architekt oder Ingenieur den Besteller des unbeweglichen Werkes über das Vorliegen einer für den Mangel des unbeweglichen Werkes (mit-)ursächliche Schlechterfüllung seines Vertrages absichtlich (arglistig) getäuscht hat.⁴⁸ In Analogie zu Art. 199 OR lässt sich diese Frist durch Vereinbarung der Parteien nicht verkürzen (vgl. II. Ziff. 4.2, zweiter Absatz).

6. Liegt keine der gesetzlichen Ausnahmen vor, so verjähren die werkvertraglichen Mängelrechte des Bestellers gegenüber dem Unternehmer nach der **Grundregel des R-Art. 371 Abs. 1 Satz 1 OR**, also in zwei Jahren seit der Abnahme des Werkes, immer vorausgesetzt, dass die Parteien nicht gültig etwas anderes vereinbart haben. So verhält es sich z. B. auch, wenn die Werkleistung im Frisieren oder Rasieren eines Menschen oder im Scheren oder Beschneiden eines Tieres oder darin besteht, dass ein Fahrzeug abgeschleppt wird. Ob man das Ergebnis einer solchen Leistung als «bewegliches Werk» bezeichnen will oder nicht: jedenfalls handelt es sich dabei weder um ein unbewegliches Werk (R-Art. 371 Abs. 2 OR), noch um ein Werk, das in ein unbewegliches Werk integriert wird (Art. 371 Abs. 1 Satz 2 OR). Dementsprechend bleibt es bei der zweijährigen Verjährung der Mängelrechte (R-Art. 371 Abs. 1 Satz 1 OR), sofern nicht ausnahmsweise eine zehnjährige Frist in Analogie zu R-Art. 210 Abs. 6 OR eingreift.

IV. Würdigung

1. Unterzieht man die Revision der Art. 210 und 371 OR einer **Würdigung**, so ist vorab zu begrüssen, dass in R-Art. 210 Abs. 1 und R-Art. 371 Abs. 1

⁴⁵ Vgl. dazu oben Fn. 7.

⁴⁶ Dies auch dann, wenn die Parteien eine andere als die gesetzliche (zwei- oder fünfjährige) Verjährungsfrist, die kürzer ist als zehn Jahre, gültig vereinbart haben. Zur Frage, ob sich die zehnjährige Verjährungsfrist, die bei absichtlicher Täuschung eingreift, durch Vereinbarung verlängern lässt, siehe oben im Text II. Ziff. 5.

⁴⁷ Ausführlich: *Gauch*, Werkvertrag, zit. in Fn. 13, Nr. 2490 ff. (erster Analogiefall), Nr. 2551/2580 ff. (zweiter Analogiefall), Nr. 2288 ff. (vierter Analogiefall), Nr. 2275 ff. (fünfter Analogiefall).

⁴⁸ Vgl. *Gauch*, Werkvertrag, zit. in Fn. 13, Nr. 2304, und *Rainer Schumacher*, in: *Gauch/Tercier*, Das Architektenrecht, 3. Aufl., Zürich 1995, Nr. 668 ff.

Satz 1 OR die ordentliche Verjährungsfrist für die kauf- und werkvertraglichen Mängelrechte von einem auf zwei Jahre ausgedehnt wurde. Was jedoch die R-Art. 210 Abs. 2 und R-Art. 371 Abs. 1 Satz 2 OR betrifft, so entsprechen sie zwar einem nachvollziehbaren Anliegen, führen aber zu komplizierten Auslegungsfragen⁴⁹, ganz abgesehen davon, dass dem Käufer oder Besteller, der sich auf die darin vorgesehene Fünfjahresfrist beruft, der oft schwierig zu erbringende Beweis für das Vorliegen ihrer Voraussetzungen obliegt. Bezüglich der Regel des R-Art. 210 Abs. 4 OR, die sinngemäss auch im Werkvertragsrecht Anwendung findet, verweise ich auf meine in recht 2011 153 f. formulierte Kritik des Art. 199 lit. b, der im Revisionsentwurf enthalten war und von dort in R-Art. 210 OR umplatziert wurde. Dass schliesslich R-Art. 371 Abs. 2 OR den im geltenden Art. 371 Abs. 2 OR verwendeten Begriff des «unbeweglichen Bauwerkes» durch den weiteren Begriff des «unbeweglichen Werkes» ersetzt, führt zu einer erheblichen Erweiterung seines Anwendungsbereiches, die im Rahmen des R-Art. 371 OR zumindest diskutabel ist. Abgesehen von den vorstehend angesprochenen Revisionspunkten und gewissen Klarstellungen bringt die Revision nicht wesentlich Neues.

Der Umstand, wonach die Revision durch eine parlamentarische Initiative mit dem Titel «Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten»⁵⁰ in Gang gesetzt und der Konsumentenschutz auch in den Beratungen des Parlamentes verschiedentlich ins Feld geführt wurde, ruft nun zu einer abschliessenden Bemerkung: Betrachtet man das vorliegende Ergebnis, so ist es nur und gerade

R-Art. 210 Abs. 4 OR, der (auch in seiner analogen Anwendung auf den Werkvertrag) die Merkmale einer spezifischen Konsumentenschutz-Bestimmung trägt. So nützt etwa die in R-Art. 210 Abs. 1 OR vorgesehene Verlängerung der Verjährungsfrist von einem auf zwei Jahre, welche die Sprecherin der nationalrätlichen Rechtskommission den Nationalräten als «wohl einen der grössten konsumentenpolitischen Fortschritte der letzten Jahre» angepriesen hat (Amtl. Bull. NR 2011 1423), nicht nur den Konsumenten und Konsumentinnen, sondern unterschiedslos allen Käufern. Dass der damit (und entsprechend auch mit der Verlängerung in R-Art. 372 Abs. 1 Satz 1 OR) erzielte Fortschritt nur bescheiden ist, kommt noch dazu.

2. Insgesamt darf füglich gefragt werden, **ob sich diese Revision gelohnt hat**, die eher an ein «Flickwerk» erinnert, wo sich doch eine umfassend durchdachte Erneuerung der betroffenen Verjährungsbestimmungen aufgedrängt hätte. Und ausserdem: Wäre es nicht besser gewesen, die verjährungsrechtliche Revision der kauf- und werkvertraglichen Mängelhaftung einstweilen zu verschieben, um sie dann erst in die geplante Gesamtrevision des privatrechtlichen Verjährungsrechts⁵¹ einzubeziehen? Diese Frage hatte ich schon in meiner Besprechung des Revisionsentwurfes aufgeworfen (recht 2011 154 f.). Der Gesetzgeber hat anders entschieden.⁵² Auch hat er davon abgesehen, sonstige Aspekte der gesetzlichen Mängelhaftung zu revidieren, die ebenso revisionsbedürftig wären, wie insbesondere die strenge Rügeordnung, welche die Käufer und Besteller massiv benachteiligt.

⁴⁹ Es wird Jahre brauchen, bis sich zu diesen Bestimmungen eine gefestigte Lehre und Rechtsprechung herausbilden kann. Dabei werden die materiell eher dürftigen Materialien nur beschränkt hilfreich sein.

⁵⁰ Parlamentarische Initiative «Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Artikel 210 OR» (Leutenegger Oberholzer), Geschäftsnummer 06.490.

⁵¹ Vgl. dazu den umfassenden Vorentwurf zur Gesamtrevision des Verjährungsrechts, den der Bundesrat am 31. August 2011 in die Vernehmlassung geschickt hat.

⁵² Die Argumente, die gegen eine Verschiebung vorgebracht wurden, sind in den Protokollen der parlamentarischen Beratungen (Fn. 3) nachzulesen. Einige Argumente erinnern an das Sprichwort «Besser ein Spatz in der Hand als eine Taube auf dem Dach». Wie dem immer sei, – unrichtig ist jedenfalls, dass es im Vorentwurf zur Gesamtrevision des Verjährungsrechts (Fn. 51) nicht auch um die Verjährung der kauf- und werkvertraglichen Mängelrechte geht, wie die Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements mit ihren Voten sinngemäss zum Ausdruck brachte (vgl. Amtl. Bull. NR 2011 1426; SR 2011 1051). Zutreffender wäre es gewesen, die Qualität des Vorentwurfes infrage zu stellen.

