

3. Zürcher Praktikertag für Baurecht; Seminar vom 8. September 2010

Die Verhältnismässigkeit der Nachbesserung von Baumängeln

Inhaltsverzeichnis

A.	PRAXISBEISPIELE.....	2
1.	Fall „Einbaukasten für Elektroinstallationen“.....	2
2.	Fall „Ausbau eines Ladenlokals“.....	3
B.	DIE GESETZLICHEN RESP. VERTRAGLICHEN GRUNDLAGEN	4
1.	Kosten der Nachbesserung für den Unternehmer	6
2.	Nutzen der Nachbesserung für den Besteller	7
3.	Verhältnis von Kosten und Nutzen	7
a)	Nachbesserungskosten im Rahmen des Minderwertes	8
b)	Anschauung der Gesellschaft	8
c)	Verhältnis zu den anderen Mängelrechten (Wandelung / Minderung)	8
4.	In jedem Fall verhältnismässig	9
C.	KASUISTIK	9
	BGE 93 II 311 (Urteil vom 3. Oktober 1967)	9
	BGE 111 II 173 (Urteil vom 9. Juli 1985)	10
	4C.258/2001 vom 5. September 2002 (auszugsweise publiziert in BGE 128 III 416)...10	
	Urteil 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007	12
D.	FAZIT	13

3. Zürcher Praktikertag für Baurecht; Seminar vom 8. September 2010

Die Verhältnismässigkeit der Nachbesserung von Baumängeln

A. PRAXISBEISPIELE

Lassen Sie mich mit zwei Beispielen aus der aktuellen Praxis beginnen, bevor ich Ihnen zunächst die Voraussetzungen des Nachbesserungsanspruchs gemäss Lehre und die wenige bundesgerichtliche Rechtsprechung vorstelle:

1. Fall „Einbaukasten für Elektroinstallationen“

Im Rahmen eines zu erstellenden Neubaus hatte der Unternehmer (Elektrogeschäft) bei den Schalungen für den zu giessenden Beton die Einbaukästen einzusetzen, damit der gegossene Beton an den entsprechenden Stellen über Aussparungen für die Elektroinstallationen verfügte. Gemäss Plänen waren diese Steckdosen auf 20 cm ab Boden eingezeichnet gewesen.

Im Keller und im Erdgeschoss und im 2. Obergeschoss fügte der Unternehmer diese Einbaukästen auch auf einer Höhe von 20 cm ab Boden ein. Im 1. Obergeschoss vermass er sich jedoch und fügte die Einbaukästen auf 30 cm ab Boden ein. Nach der Hälfte der getanen Arbeit merkte der Unternehmer seinen Fehler, doch anstatt alles tiefer zu setzen (was zu jenem Zeitpunkt problemlos möglich gewesen wäre), setzte er auf 30 cm ab Boden seine Arbeit fort.

Die entsprechenden Betonwände wurden in der Folge gegossen und der Unternehmer montierte die entsprechenden Elektroinstallationen und Steckdosen. Der Besteller erkannte den Mangel und rügte rechtzeitig. Eine Nachbesserung hätte beinhaltet, dass man den Beton im 1. Obergeschoss aufspitzte, die Steckdosen heruntersetzte und dann die Wand wieder mit Beton auffüllte. Der Unternehmer offerierte diese Nachbesserung mit CHF 11'000.-.

Ist die Nachbesserung verhältnismässig?

2. Fall „Ausbau eines Ladenlokals“

Der Besteller wollte neue Ladenlokale einrichten und führte hierzu einen Wettbewerb durch. Der Gewinner dieses Wettbewerbs erhielt den Auftrag, die entsprechenden Ladenlokale gesamthaft neu auszubauen. Die Werkvertragssumme belief sich auf CHF 800'000.-. Nach Fertigstellung des Werkes haben sich diverse, teil schwerwiegende Mängel herausgestellt:

Die erstellten Wände standen nicht in einem 90°-Winkel zueinander, die Oberflächen waren zu rau, Kanten an Wänden und Möbeln waren z.B. gebrochen, Abschlussfugen wurde nicht sauber und nicht bis in die Ecken ausgeführt, die Sockelleisten waren uneinheitlich, der Farbanstrich an Türrahmen und Lifttüre war ungenügend, der Boden (Parkett) war nicht sauber verlegt, bei der Sauberlaufmatte wurde die Abschlusschiene nicht bodeneben verlegt und sie verfügte nicht über rechte Winkel, die Decke verfügte über kleine Risse und Verschmutzungen. Ferner wurden die Möbel z.T. nicht richtig konzipiert, indem sich Schubladen sich nicht ganz herausziehen liessen, kein Stauraum vorhanden war, wo er hätte sein sollen, die Steckdosenleisten waren am falschen Ort montiert, die Anschlüsse für Kabel zu eng, beim Prospekthalter waren die Acrylflächen gebrochen.

Die Mängelrüge erfolgte rechtzeitig und der Unternehmer besserte nach. Im Rahmen der Nachbesserung wurden durch unvorsichtiges Arbeiten des Unternehmers weitere Schäden verursacht (beim Nachbessern resp. Versetzen des Tablars einer Vitrine, welches auf der Flucht der Dekoration an der Wand hätte sein sollen, wurde die Wand beschädigt) und auch nach der Nachbesserung lagen weiterhin Mängel vor. Leider wurde die mangelhafte Nachbesserung durch den Besteller nicht protokolliert. Man konnte sich in der Folge mit dem Unternehmer nicht darauf einigen, dass nach wie vor Mängel vorlagen. Hinzu kam, dass sämtliche Ladenlokale der Geschäftskette zum selben Zeitpunkt zusammen mit der Einführung des neuen Logos hätten eröffnet werden sollen, was infolge der vorhandenen Mängel und der Mängelbehebung sowieso nicht mehr möglich war.

Kann der Besteller jetzt noch mindern und argumentieren, die Kosten der Nachbesserung sind nicht verhältnismässig?

B. DIE GESETZLICHEN RESP. VERTRAGLICHEN GRUNDLAGEN

Liegt ein Baumangel vor – weicht also der Ist-Zustand des Bauwerks vom vereinbarten Soll-Zustand des Bauwerks ab – so stehen dem Besteller gemäss OR folgende Rechtsbehelfe zur Verfügung:

Art. 368 OR legt fest:

1 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.

2 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.

3 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.

Der Bauherr kann also mit anderen Worten bei Vorhandensein der entsprechenden Voraussetzungen Wandelung (Absatz 1) oder Minderung (Absatz 2, Teil 1) oder Nachbesserung (Absatz 2, Teil 2) verlangen.

Dabei legt das Gesetz fest, dass Nachbesserung nur dann verlangt werden kann, wenn es sich im Verhältnis zur Wandelung um minder erhebliche Mängel handelt. Sind die Kosten allerdings übermässig, so bleibt der Besteller auf die Wandelung und Minderung verwiesen.

Im Bereich der Anwendung von der **SIA-Norm 118** enthält **Art. 169 Abs. 1 Ziffer 1** dieselbe Regelung, mit der Ausnahme, dass der Bauherr verpflichtet ist, zunächst Möglichkeit der Nachbesserung einzuräumen.

Art. 169 Abs. 1 Ziffer 1 legt fest:

Bei jedem Mangel hat der Bauherr (abgesehen vom Schadenersatzrecht nach Art. 171) zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu erlangen (Recht auf Verbesserung, Art. 160, Art. 161 Abs. 2, Art. 162, Art. 174 Abs. 2 Art. 179 Abs. 2). Soweit der Unternehmer Mängel innerhalb der vom Bauherrn angesetzten Frist nicht behebt, ist der Bauherr berechtigt, nach seiner Wahl:

1. *entweder weiterhin auf der Verbesserung zu beharren; dies jedoch nur dann, wenn die Verbesserung im Verhältnis zu seinem Interesse an der Mängelbeseitigung nicht übermässige Kosten verursacht (Art. 368 Abs. 2 OR). Der Bauherr kann die Verbesserung statt durch den Unternehmer auch durch einen Dritten ausführen lassen oder sie selbst vornehmen, beides auf Kosten des Unternehmers (Art. 170)*
2. *[...]*

Die vertragliche Regelung der SIA-Norm 118 entspricht mit anderen Worten der gesetzlichen Regelung von Art. 368 OR mit der Ausnahme, dass der Unternehmer zunächst das Recht hat, nachzubessern.

Ich werde mich nun eben diesem letzten Punkt – der Nachbesserung – widmen und Ihnen diejenigen Punkte näher bringen, welche die Nachbesserung als nicht mehr verhältnismässig erscheinen lassen.

Wann es sich um solche „minder erheblichen Mängel“ handelt, dazu haben sich aufgrund der offenen Formulierung des Gesetzes sowohl Lehre wie auch Rechtsprechung (letztere zwar in moderatem Umfang) äussern dürfen: es stellen sich in der Praxis nämlich die erheblichen Fragen, welche Kosten fallen unter die „Kosten“ im Sinne von Art. 368 Abs. 2 OR und wann sind diese „übermässig“, d.h. zu was sind sie ins Verhältnis zu setzen und welcher Massstab ist dabei anzuwenden. Dass die Kosten unverhältnismässig sind, hat dabei im Rahmen eines Gerichtsverfahrens der Unternehmer zu beweisen (Urteil 4C.265/2003 vom 24. Februar 2004)

Die Lehre hat dazu folgende Kriterien herausgearbeitet¹:

1. Kosten der Nachbesserung für den Unternehmer

Es handelt sich hierbei um die Nachbesserungskosten, die auf Seiten des Unternehmers zu berücksichtigen sind.

Hierzu zählen nicht nur die Kosten der effektiven Mängelbeseitigung, sondern es zählen dazu auch die „Begleitkosten“, namentlich die Kosten für die Vorbereitung- und Wiederherstellungsarbeiten (siehe BGE 111 II 174), inklusive der Kosten des Materials, die notwendigen Weg- und Transportkosten (z.B. Kosten für die Rückschaffung des Werkes in die Werkstatt), sowie die Kosten einer notwendigen Räumung des Reparaturplatzes, namentlich des bereits bezogenen Hauses oder der bereits bezogenen Wohnung. Die massgeblichen Kosten sind dabei ohne Unternehmerge Gewinn anzusetzen. Nicht dazu gehören aber die Kosten für den Ersatz eines allfälligen Mangelfolgeschadens. Muss der Besteller einen Teil der Verbesserungskosten selber tragen, so kommt dieser Teil in Abzug. Denn massgeblich sind einzig diejenigen Kosten, die auf den Unternehmer entfallen.

Beispielhaft können hier folgende Sachverhalte aufgezählt werden²:

- a) Muss der Unternehmer fehlerhaft verlegte Ablaufrohre ersetzen, so gehen zu seinen Lasten auch alle Aufbruch- und Wiederherstellungsarbeiten an Fussböden, Decken, Wänden, einschliesslich der Putz- und Anstricharbeiten; dies selbst dann, wenn die Kosten der genannten Arbeiten (die „Begleitkosten“) bedeutend höher sind als die Kosten der eigentlichen Mängelbeseitigung.
- b) Muss der Unternehmer einen mangelhaften Maschinenteil reparieren, so hat er auch den Aus- und Wiedereinbau auf seine Kosten vorzunehmen
- c) Muss der Unternehmer undichte Heizkörper instandstellen, so erfasst seine Nachbesserungsschuld auch die Entleerung der Heizanlage, den Ausbau, den Wiedereinbau und die Neulackierung der Heizkörper sowie die neue Füllung der Anlage

¹ **Gauch**, Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996, N 1748 ff.; **Koller**, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. A., Zürich 1995; **BSK – Zindel/Pulver**, 4. A., Basel 2007, N 48 ff zu Art. 368 OR

² **Gauch**, a.a.O., N 1722

2. Nutzen der Nachbesserung für den Besteller

Hierzu gehört zunächst und vor allem der materielle Nutzen der Mängelbeseitigung (z.B. der Nutzen aus der Abdichtung eines undichten Daches, aus der Leistungssteigerung einer Maschine, aus der Vergrößerung eines Wohnraumes). Aber auch immaterielle Interessen des Bestellers an der Mängelbeseitigung sind mitzubersichtigen (BGE 111 II 174), z.B. das Interesse daran, dass eine Hausfassade gerade den vereinbarten Farbton aufweist. Möglich ist sogar, dass der Nutzen der Mängelbeseitigung ausschliesslich nichtwirtschaftlicher Art ist und es sich dennoch rechtfertigt dass der Unternehmer das Werk auf seine Kosten verbessert.

Doch sind in den Fällen, da es sich um die Beseitigung reiner „Schönheitsfehler“ (etwa um die Beseitigung minimaler Kratzer an Fensterscheiben) geht, die Verbesserungskosten eher übermässig als wenn die Gebrauchstauglichkeit des Werkes in Frage steht. Handelt es sich um „Schönheitsfehler“ (z.B. an der Betondecke eines Strassentunnels), die beim Gebrauch des Werkes nicht mehr beachtet werden, so kann ein schützenswertes Interesse des Bestellers an der Mängelbeseitigung gänzlich entfallen.

3. Verhältnis von Kosten und Nutzen

Nachdem die Kosten und der Nutzen feststehen, sind diese beiden Positionen ins Verhältnis zu setzen: Es ist also ein im konkreten Fall zu ermittelndes Kosten-/Nutzenverhältnis massgebend. Ob ein Missverhältnis vorliegt, hat der Richter nach seinem freien Ermessen nach Recht und Billigkeit zu entscheiden. Keine Rolle spielt nach dieser Rechtsprechung „das Verhältnis der Nachbesserungskosten zu den Baukosten oder zum vereinbarten Werklohn“ (BGE 111 II 173).

Hat der Unternehmer bestimmte Eigenschaften des Werkes ausdrücklich garantiert, und liegen diese nicht vor, kann Nachbesserung ohne Rücksicht auf die Höhe der dem Unternehmer entstehenden Kosten verlangt werden (BGE 93 II 326 E. 3b). In einem Urteil aus dem Jahre 2007 schränkte das Bundesgericht diesen Grundsatz ein, indem es ausführte, dass „extreme Situationen“ vorbehalten seien. Eine solche „extreme Situation“ würde beispielsweise dann vorliegen, wenn die Kosten der Nachbesserung doppelt so hoch seien wie die Kosten des Werkes (Urteil 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007).

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

Allgemein lassen sich folgende Kriterien bei der Beurteilung des Verhältnisses heranziehen:

a) Nachbesserungskosten im Rahmen des Minderwertes

Halten sich die Nachbesserungskosten im Rahmen des Minderwertes, der im betreffenden Mangel begründet ist, so sind sie im Allgemeinen noch nicht übermässig. Doch ist es keineswegs so, dass die Nachbesserungskosten den Minderwert des Werkes nicht übersteigen dürfen, um noch mässig zu sein.

b) Anschauung der Gesellschaft

Wie hoch der konkrete Nutzen des Bestellers zu veranschlagen ist, beurteilt sich unter anderem auch nach den Anschauungen der Gesellschaft. So sind Lebensqualität und Wohnkomfort nach den heute geltenden Anschauungen besonders hohe Güter, weshalb z.B. die Beseitigung von Schallschutzmängeln in Wohnhäusern entsprechend hohe Nachbesserungskosten rechtfertigt.

Ist das Werk zum vorausgesetzten oder vereinbarten Gebrauch völlig untauglich, so dürften Verbesserungskosten kaum je übermässig sein (dies ist insbesondere unter dem Aspekt von Abs. 3 des Art. 369 OR praxisrelevant – in den übrigen Fällen steht dem Besteller die Wandelung zur Verfügung).

c) Verhältnis zu den anderen Mängelrechten (Wandelung / Minderung)

Das Verhältnis zu den anderen Mängelrechten bildet für sich allein zwar kein Kriterium für die Übermässigkeit der Verbesserungskosten. Das aber schliesst nicht aus, dass es für die Bewertung des Nutzens, den die Nachbesserung für den Besteller hat, auch darauf ankommen kann, ob der Besteller über ein Wandlungs- oder Minderungsrecht verfügt.

Besteht der Nutzen der Nachbesserung in einem vermögensmässigen Mehrwert des Werkes, darf zu Gunsten des Unternehmers auch berücksichtigt werden, dass der Besteller, statt die Nachbesserung zu verlangen, mindern könnte. Umgekehrt erhöht sich das Interesse des Bestellers an der Nachbesserung, wenn er weder wandeln noch mindern kann.

In keinem Fall geht es jedoch an, den Besteller auf die Wandelung oder Minderung zu verweisen, um den Unternehmer von der Nachbesserung zu befreien.

4. In jedem Fall verhältnismässig

In keinem Fall übermässig sind die Kosten³:

- a) wenn sie geringer sind als der durch den betreffenden Mangel verursachte Minderwert des Werkes
- b) wenn die Mängelbeseitigung nicht mehr kostet, als was der Unternehmer durch die mangelhafte Herstellung des Werkes (oder des Werkteils) eingespart hat
- c) wenn der Mangel behoben werden muss, um einen gesetzeswidrigen Zustand des Werkes oder eine Gefahr für Leib und Leben (des Bauherrn oder Dritter) zu beseitigen

C. KASUISTIK

Die Rechtsprechung hat sich zu diesen Kriterien – in moderatem Umfang – noch geäußert, wobei ich hier die Sachverhalte nur auszugsweise, soweit sie für die Frage der Nachbesserung massgebend sind, wiedergebe:

BGE 93 II 311 (Urteil vom 3. Oktober 1967)

Ein Garagenunternehmen liess durch einen Architekten ein Atelier- und Bürogebäude erstellen. Der Architekt übertrug die Dachdeckerarbeiten einem Dachdecker mit der Weisung, für die Überdachung Eternitplatten zu verwenden. Der Dachdecker übernahm die Garantie für absolute Undurchlässigkeit der Bedachung. Nach vier Jahren zeigte sich, dass das Dach Wasser durchliess, weil es zu wenig schräg abfiel. Das Garagenunternehmen liess den Schaden durch einen Dritten beheben und belangte den Architekten und den Dachdecker solidarisch auf Schadenersatz. Die erstinstanzlichen Gerichte schützten die Klage gegen den Architekten im Umfang von CHF 41'000.- und wiesen sie gegenüber dem Dachdecker ab. Das Gericht hielt fest, dass dem Architekten bei den Bauplänen ein Fehler unterlaufen sei, welcher die Ursache des Schadens gewesen war.

Der Architekt gelangte ans Bundesgericht und beantragte, die Klage sei auch ihm gegenüber abzuweisen.

Das Bundesgericht wies die Berufung ab.

³ **Gauch**, SIA-Kommentar, Zürich 1991, N 14 zu Art. 169

Es hat seinen abweisenden Entscheid gegenüber dem Architekten damit begründet, dass schon die blossе Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft auf einen entsprechenden Verpflichtungswillen schliessen lasse. Da der vom Architekten beauftragte Dachdecker eine Garantie für absolute Undurchlässigkeit der Bedachung abgegeben habe, ist im konkreten Fall der Nachbesserungsanspruch trotz „übermässiger Kosten“ im Sinne von Art. 368 Abs. 2 OR gegeben.

BGE 111 II 173 (Urteil vom 9. Juli 1985)

Das Bundesgericht hielt in diesem Urteil – dessen Sachverhalt es nicht publiziert hat – fest, dass die Nachbesserungskosten dann übermässig sind, wenn sie in einem Missverhältnis zum Nutzen stehen, den die Mängelbeseitigung dem Besteller bringt.

Bei der Abwägung von Kosten und Nutzen können auf Seiten des Bestellers nicht nur wirtschaftliche, sondern auch nichtwirtschaftliche Interessen berücksichtigt werden.

4C.258/2001 vom 5. September 2002 (auszugsweise publiziert in BGE 128 III 416)⁴

Im Januar 1986 schloss die Bestellerinnen mit der Unternehmerin einen - der SIA-Norm 118 unterstehenden - Werkvertrag ab. Darin verpflichtete sich die Unternehmerin, das Dach einer Industriehalle mit "Vatec Pur" zu beschichten. Der Werklohn wurde auf Fr. 108'000.-- netto festgesetzt. Die Arbeiten wurden im Herbst 1986 abgeschlossen. Es wurde eine Garantiefrist von 10 Jahren vereinbart.

Im Mai 1987 teilte die Bestellerin der Unternehmerin mit, dass sich die Beschichtung teilweise auflöse und "abbrösele", worauf die Unternehmerin 1987 und 1988 Nachbesserungsarbeiten ausführte. Die ursprünglich mit "Vatec Pur" beschichteten Rinnen wurden mit "Nuflex", einer feuchtigkeitshärtenden PU-Beschichtung, ausgebessert. Im Schlussbericht der EMPA vom Januar 1990 wurde nach Durchführung einer künstlichen Bewitterung festgehalten, die "Vatec Pur"-Beschichtung sei gegen Witterungseinflüsse beständig, wogegen die "Nuflex"-Reparaturbeschichtung nur beschränkt witterungsbeständig sei. Mit einer ersten Klage vom 4. Juli 1990 verlangte die Bestellerin, die Unternehmerin habe alle Rinnen mit mehr als 5% reparierter Originalbeschichtung neu mit "Vatec Pur" zu beschichten; eventualiter sei die Unternehmerin zu verpflichten, den Minderwert der Werkhalle, mindestens aber Fr. 100'000.--

⁴ siehe auch die Kommentierungen von **Tercier/Stöckli** in BR/DC 2/2003, S. 53 ff. und **Hürlimann/Siegenthaler** im Jusletter vom 17. März 2003

zu bezahlen. Mit Urteil vom 12. Februar 1993 wies das zuständige Bezirksgericht das Nachbesserungsbegehren wegen unverhältnismässig hoher Kosten ab, verpflichtete die Unternehmerin jedoch, als Minderwert der Werkhalle Fr. 120'000.-- zu bezahlen. Festzuhalten ist, dass zu jenem Zeitpunkt lediglich ein „ästhetischer“ Mangel vorlag und das Dach noch dicht war.

Mit Schreiben vom Juni 1996 rügte die Bestellerin erneut Mängel an der von der Unternehmerin angebrachten Beschichtung. Sie führten aus, die Flicke blätterten in grossem Umfang ab, die Beschichtung "zerbrösele" und es bildeten sich eingeschlossene Wasserstaus unter der Beschichtung. Ferner zeigten sich bei den eingelagerten Gegenständen in der Halle Feuchtigkeitserscheinungen. Das Dach war mit anderen Worten acht Jahre nach erfolgter Nachbesserung nicht mehr dicht.

Mit Schreiben vom Dezember 1997 forderte die Bestellerin die Unternehmerin auf, "den untauglichen Belag zu entfernen und das Dach fachgerecht neu zu beschichten". Dies wurde von der Unternehmerin mit Schreiben vom Januar 1998 abgelehnt.

Mit einer zweiten Klage vom 4. Februar 1998 beantragte die Bestellerin im Wesentlichen, sie seien zu ermächtigen, die Sanierung des Daches bei einem Dritten in Auftrag zu geben. Für die zu erwartenden Kosten sei die Unternehmerin zu verpflichten, einen Vorschuss von Fr. 364'500.-- zu bezahlen. Mit Entscheid vom 18. Mai 2001 verpflichtete das Handelsgericht die Unternehmerin, der Bestellerin für die Sanierungsarbeiten an der Werkhalle einen Kostenvorschuss von Fr. 180'000.-- zu leisten. Dieser sei zurückzuerstatten, wenn und soweit die Arbeiten nicht innerhalb von drei Jahren ab Leistung des Kostenvorschusses ausgeführt und abgerechnet worden seien. Im Übrigen wurde die Klage abgewiesen, soweit darauf einzutreten war.

Das Bundesgericht erkannte, dass die Nachbesserung nicht unverhältnismässig sei, da das Interesse des Bestellers an einem dichten Dach „erheblich“ sei. Leider wurde dieses erhebliche Interesse an einem dichten Dach nicht weiter begründet.

Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle noch erwähnt, dass der Entscheid für „Baurechtler“ auch aus dem Grund von grossem Interesse war, da das Bundesgericht erstmals zur Frage Stellung genommen hatte, unter welchen Voraussetzungen ein Besteller Anspruch darauf hat, sich die Kosten für eine Ersatzvornahme vom ursprünglichen Unternehmer bevorschussen zu lassen

Urteil 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007⁵

Im Frühling 1994 schloss der Besteller mit einer Unternehmerin einen Werkvertrag ab betreffend diverser Arbeiten im Aussenbereich einer Liegenschaft des Bestellers. Es ging dabei namentlich um eine Terrasse, um ein Mäuerchen und um eine Aussentreppe. Für die Ausführung wählte der Besteller Stein aus Yonne, den er anlässlich einer Gartenmesse gesehen hatte. Der Stein wird in der Schweiz wenig verwendet und ist insbesondere auch preislich attraktiv. Die Unternehmerin hat in der Folge beim Steinlieferanten entsprechende Steine bestellt. Die Unternehmerin hat dabei beim Lieferanten nicht um Rat betreffend den Gebrauch der Steine nachgesucht und sie hat, entsprechend, den Besteller betreffend der Frostresistenz dieser Steine nicht abgemahnt. Die Arbeiten wurden im Herbst 1994 abgeschlossen und der Besteller hat dabei keinerlei Kritik am Werk geäussert. Im Winter 1994/1995 sind einige Steine gerissen und die Unternehmerin hat die entsprechenden Steine im Verlaufe des Jahres 1995 ausgetauscht. Während der drei folgenden Winter gab es keine Vorkommnisse dieser Art. Im Frühling 1999 waren sämtliche Steine der Liegenschaft des Bestellers gänzlich zerbrochen und zu Kies verfallen. Grund dafür waren die meteorologischen Verhältnisse im Winter 1998/1999. Im März 1999 nahm der Besteller sodann Kontakt mit der Unternehmerin auf und diese erklärte ihm, andere Kunden hätten ähnliche Probleme mit entsprechenden Steinen geltend gemacht. Es folgten Briefwechsel und anschliessend ein Gerichtsverfahren, wobei die beklagte Unternehmerin gegenüber dem Steinlieferanten eine Gewährleistungsklage gemäss Waadtländer Zivilprozessordnung erhob.

Die Unternehmerin machte vor Bundesgericht unter anderem geltend, die Nachbesserung des Werkes sei im Verhältnis zu den Herstellungskosten unverhältnismässig. Das Bundesgericht wies darauf hin, dass das mathematische Verhältnis zwischen dem Preis des Werkes und den Kosten der Nachbesserung nicht relevant sei, vorbehältlich extremer Situationen. Eine extreme Situation liege vor, wenn die Kosten der Nachbesserung beispielsweise doppelt so hoch seien wie die Kosten des Werkes. In der Folge stellte das Bundesgericht gestützt auf die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz fest, dass sich die Kosten der Nachbesserung ungefähr auf die Hälfte des Werkpreises beliefen und dass die Schäden erheblich waren und eine weitere Verschlechterung in der Zukunft zu erwarten war. Deshalb wurde davon ausgegangen, dass die Nachbesserungskosten nicht unverhältnismässig seien.

Die für die vorliegenden Themenkomplex massgebende Aussage des Bundesgerichts bezieht sich auf die Feststellung des Bundesgerichts, dass eine Nachbesserung unverhältnis-

⁵ Siehe auch Kommentierung von **Siegenthaler/Hürlimann** im Jusletter vom 22. September 2008

mässig (gemäss Art. 368 Abs. 2 OR) wäre, wenn die Kosten den Werkpreis um das Doppelte übersteigen (Erw. 5.1.).

D. FAZIT

Zu welchem Resultat kommt man nun bei den eingangs geschilderten Fällen?

Beim **Fall „Einbau Elektrokasten“** kam man (aussergerichtlich) zum Schluss, dass der ganze Aufwand des Aufspitzens des Betons und Herabsetzen der Steckdosen nicht verhältnismässig sei, in Anbetracht der Tatsache, dass es sich „nur“ um einen ästhetischen Mangel handelte, welcher die Funktionsfähigkeit der Steckdosen resp. der Büroräumlichkeiten nicht beeinträchtigte. Im Rahmen dieser aussergerichtlichen Gespräche einigte man sich dann auf eine Minderung von CHF 3'000.-.

In diesem Fall kann man wohl klar sagen, dass ein Missverhältnis bestand zwischen dem Nutzen des Bauherrn (Senkung der Steckdosen), welcher lediglich aus optischen Gründen eine solche Senkung in Betracht zog und keinerlei weitere Nachteile mit der zu hohen Montage der Steckdosen verbunden war und den Kosten der Nachbesserung.

Beim **Fall „Ausbau Ladenlokal“** kam die Unternehmerin zum Schluss, dass eine Nachbesserung der Nachbesserung in ihren Augen nicht mehr verhältnismässig sei. Sie klagte auf Minderung in der Höhe von CHF 400'000.- mit der Argumentation, dass durch die mangelhafte Nachbesserung die Mängelrechte vollumfänglich wieder aufgelebt seien und ihr durch die vorhandenen Mängel Minderung zustehe.

Das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannte in einem 170-seitigen Urteil, dass nicht habe bewiesen werden können, dass die Nachbesserung mangelhaft gewesen sei. Folglich seien die anderen Mängelrechte (Wandelung/Minderung) nicht wieder aufgelebt (was eben dann der Fall ist, wenn die Nachbesserung mangelhaft ist), womit keine Minderungsklage mehr möglich gewesen sei. Es wies die Klage ab.

Unabhängig vom unglücklichen Ausgang des Verfahrens kam meines Erachtens die Unternehmerin zu Recht zum Schluss, die zweite Nachbesserung sei unverhältnismässig:

Auf Seiten der Unternehmerin wäre eine grosse Fülle von Nach-Nachbesserungsarbeiten durchzuführen gewesen, was mit erheblichen Nachbesserungskosten verbunden gewesen wäre.

Das Interesse des Bauherrn an einem intakten und repräsentativen Ladenlokal war ebenso erheblich: Kunden gehen sechs Tage die Woche ein und aus und denen fallen so wesentliche Dinge wie Böden, Decken oder Sauberlaufmatten und Schäden daran auffallen. Dies wirkt sich auf das Image der Geschäftskette aus.

Der Nutzen der Mängelbeseitigung für den Besteller ist (wie erwähnt) dann umso stärker zu gewichten, je intensiver der Mangel die Funktionsfähigkeit des Werkes beeinträchtigt: die Funktionsfähigkeit des Ladenlokals mitsamt der Möbel war durch die aufgezeigten Mängel stark beeinträchtigt und der Unternehmer hatte dargelegt, dass er für eine fachgerechte Nachbesserung nur bedingt in der Lage war. Eine Minderung war somit der einzige zufriedenstellende Weg – wohl mit anschliessender Nachbesserung durch einen Dritten.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.