

Sachverhalt

Beat hat vom Garagisten Ulrich wie abgemacht das Getriebe seines Renault Clio für Fr. 2'000 reparieren lassen. Schon bei der ersten Fahrt bemerkt Beat, dass die Reparatur nur mangelhaft vorgenommen worden ist – er kann den sechsten Gang noch immer nicht einlegen. Er geht sofort zu Ulrich, doch verweigert dieser die geforderten Arbeiten, «weil der Aufwand dafür den abgemachten Preis übersteige». Ulrich bietet ihm an, die Reparatur für Fr. 500 nachzubessern.

Wie muss Beat vorgehen, wenn er den vereinbarten Preis von Fr. 2'000 schon bezahlt hat und wie, falls die Zahlung noch aussteht? Wenn Ulrich für die erneute Reparatur Anspruch auf eine zusätzliche Bezahlung hätte, wie könnte er sich absichern?

Lösungsvorschlag

Zur Mehrforderung

Wenn Beat und Ulrich sich über ein Honorar geeinigt haben, dann muss Ulrich die ganze Reparatur zu diesem Preis durchführen, auch wenn der Aufwand grösser ist als vorgesehen (Art. 373 Abs. 1 OR). Die Vertragsparteien haben einen Preis von Fr. 2'000 abgemacht. Eine Ausnahme besteht nur, wenn ausserordentliche, nicht vorhersehbare Umstände ein Festhalten am Vertrag und die Vollendung des Werks als unzumutbar erscheinen lassen (Art. 373 Abs. 2 OR). Für die Gewährleistung bei Mängeln des Werks – hier also der Reparatur – kann Ulrich aber ohnehin nicht nochmals etwas verlangen – das ist „inklusive“. Ulrich kann lediglich die Nachbesserung verweigern, wenn diese „übermässige Kosten“ verursacht (Art. 368 Abs. 2 OR). Dies ist dann der Fall, wenn ein Missverhältnis zum Nutzen besteht, den die Mangelbeseitigung für den Besteller aufweist.¹ Bezüglich des Getriebes lässt sich so etwas nicht behaupten – man braucht alle Gänge und das Getriebe muss nach einer Reparatur einwandfrei funktionieren. Die Rechtsprechung legt die Übermässigkeit der Kosten der Nachbesserung ohnehin äusserst streng aus.²

Zur Gewährleistung für die mangelhafte Reparatur

Der Sachverhalt erwähnt, dass Ulrich Teile der Reparatur nur mangelhaft vorgenommen hat. Dies ist ein Fall der Sachgewährleistung (Art. 368 OR). Beat hätte die Wahl zwischen Wandlung, Minderung, Nachbesserung, je kombiniert mit Schadenersatz. Beat kann aber das Werk, d.h. die Reparatur, nicht mehr zurückgeben – die Wandlung ist ausgeschlossen. In diesem Fall sind nur noch die Nachbesserung oder die Minderung einschlägig (Art. 368 Abs. 3 OR *analog*).³ Dem Sachverhalt nach zu schliessen, hat

¹ Gauch, Der Werkvertrag, N 1749.

² BGer 4C.130/2006, E. 5.1: «*Dans ce contexte, la proportion arithmétique entre le prix de l'ouvrage et le coût des réparations est - sous réserve de situations extrêmes - sans incidence (ATF 111 II 173 consid. 5; Chaix, op. cit., n. 43 ad art. 368 CO; Gauch, op. cit., n. 1752; Zindel/Pulver, op. cit., n. 50 ad art. 368 CO). Il est question de situation extrême lorsque, par exemple, les coûts de réfection sont deux fois supérieurs au prix de l'ouvrage (Bühler, op. cit., n. 146 ad art. 368 CO).*»

³ Analog deshalb, weil der Einbau in die Sache des Bestellers gleiche Probleme wie beim Werk auf Grund und Boden des Bestellers verursacht, vgl. Gauch, Der Werkvertrag, N 1576a: „*Darüber hinaus rechtfertigt sich eine analoge Anwendung sogar auf Fälle, in denen das Werk zwar nicht auf Grund und Boden errichtet, aber in eine bewegliche Sache (z.B. in eine Maschine) des Bestellers oder eines Dritten integriert wurde, aus der es sich nur mit „unverhältnismässigen Nachteilen“ für den Unternehmer entfernen lässt.*“

sich Beat für die Nachbesserung entschieden, die Ulrich mit dem untauglichen Honorar-Argument (siehe oben) verweigert.

Beat muss also den korrekten Weg einschlagen und Ulrich bezüglich der Nachbesserungsleistung mahnen (Art. 102 OR). Der Sachverhalt zeigt, dass er das vergeblich schon getan hat, indem er die erneute Reparatur des Getriebes verlangt hat. Darauf folgt die Nachfristsetzung (Art. 107 Abs. 1 OR). Man könnte hier argumentieren, dass diese angesichts der Verweigerungshaltung Ulrichs als unnützlich erscheint (Art. 108 Ziff. 1 OR). Vielleicht genügt es jedoch, ihm klarzumachen, dass sein Honorar-Argument nichts taugt, weshalb eine Nachfrist dennoch sinnvoll sein könnte. Erfolgt die Nachbesserung der Reparatur nicht in dieser Zeit, kann Beat sein Wahlrecht ausüben. Er kann auf der Nachbesserung der Reparatur beharren (Art. 107 Abs. 2 OR: „...immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz klagen...“) oder auf die Leistung Ulrichs verzichten. Verzichtet er auf die Leistung, hat er ein weiteres Wahlrecht zwischen dem Festhalten am Vertrag (Art. 107 Abs. 2 OR, positives Interesse: „...Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens...“) und dem Rücktritt (neg. Interesse, Art. 109 Abs. 2 OR). Mit dem positiven Interesse kann er die Nachbesserung der Reparatur durch einen Dritten vornehmen lassen, denn das positive Interesse will den Gläubiger so stellen, wie wenn der Schuldner richtig erfüllt hätte – dann würde das Getriebe aber funktionieren. Dafür muss Ulrich sich schuldhaft im Verzug befinden.⁴ Das Verschulden liegt in der grundlosen Verweigerung der Nachbesserung.

Beat kann aber auch die Ersatzvornahme verlangen, denn Art. 366 Abs. 2 OR ist analog auf die verweigerte Nachbesserung anwendbar.⁵ Ein Verschulden ist dafür nicht notwendig, obwohl es im

⁴ BGer 4C.130/2006, E. 6.3: «Il suit de là qu'il convient d'examiner si la défenderesse s'est trouvée, par sa faute, en demeure d'exécuter les travaux de réfection de l'ouvrage sollicités en janvier 2000. Comme les conditions de l'action en suppression du défaut étaient réalisées (...), la défenderesse ne pouvait pas refuser d'exécuter les travaux requis par le demandeur. Elle s'est donc trouvée en demeure fautivement. Dans son recours, elle ne prétend d'ailleurs pas pouvoir bénéficier, sur ce point, d'une quelconque preuve libératoire.»

⁵ BGE 107 II 50 E. 5: «Zu prüfen ist, ob das Recht des Bestellers zur Beseitigung des Mangels auf Kosten des Unternehmers eine richterliche Ermächtigung voraussetzt. BGE 96 II 353 E. 2c gesteht dem Besteller, der die Möglichkeit der Verbesserung des Werkes wählt, gegenüber dem dazu nicht gewillten oder nicht fähigen Unternehmer das Recht zu, die Nachbesserung durch einen Dritten ausführen zu lassen und vom Unternehmer dafür Ersatz zu verlangen. Ein solches Recht wird dem Besteller in Art. 368 Abs. 2 OR im Gegensatz zu Art. 366 Abs. 2 OR zwar nicht ausdrücklich gewährt. Weshalb das Gesetz die Mängelbehebung durch Dritte ohne richterliche Bewilligung zulassen soll, wenn Mängel vor der Erstellung des Werkes zu erwarten sind, nicht aber, wenn sie erst nach der Ablieferung auftreten, leuchtet indes nicht ein. (...) Am Bedürfnis des Bestellers, seinen Verbesserungsanspruch allenfalls mittels Ersatzvornahme durchzusetzen, ändert sich mit der Ablieferung des Werkes nichts, so dass ihm in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR ein entsprechendes Recht einzuräumen ist. Da die Klägerin mit der geschuldeten Verbesserung des Werkes in Verzug war, konnte die Beklagte nach erfolgloser Ansetzung einer Nachfrist die Mängelbehebung ohne richterliche Ermächtigung einem Dritten übertragen und der Klägerin gegenüber Kostenersatz geltend machen.»; BGE 136 III 273 E. 2.4: «La jurisprudence a également admis, en appliquant par analogie l'art. 366 al. 2 CO, que le maître de l'ouvrage pouvait faire exécuter les travaux par un tiers sans autorisation préalable du juge (ATF 126 III 230 consid. 7a p. 232/233). En l'espèce, les maîtres de l'ouvrage n'ont pas demandé l'exécution des travaux de réfection par un autre entrepreneur.»

Gesetzestext so steht.⁶ Ulrich muss in diesem Fall die Kosten der Nachbesserung durch den Dritten vorschliessen.⁷

Sicherung der Ansprüche Ulrichs und Beats

Wenn Ulrich für die Nachbesserung der Reparatur Anspruch auf eine Mehrzahlung hätte – was aber eindeutig nicht der Fall ist – könnte er diese nach erfolgter Nachbesserung der Reparatur mit dem Retentionsrecht (Art. 82 OR) durch Zurückbehaltung des Fahrzeugs geltend machen, bis Beat bezahlt.⁸ Er könnte sogar gestützt auf das in Art. 895 Abs. 1 ZGB verankerte Retentionsrecht den reparierten Renault zurückbehalten und wie ein Faustpfand verwerten lassen, denn das Fahrzeug ist eine bewegliche Sache, die sich mit Willen des Eigentümers im Besitz des Gläubigers Ulrich befindet. Der Gegenstand der Forderung steht überdies wie gefordert in einem direkten Zusammenhang zur Sache, denn die Forderung resultiert gerade aus der Reparatur des Fahrzeugs.

⁶ BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, Art. 366 N 35: «Sodann ist sowohl für die «mangelhafte» als auch die «sonst vertragswidrige» Erstellung des Werkes ein «Verschulden des Unternehmers» vorausgesetzt (Gauch, N 879). Diese Voraussetzung ist nicht wörtlich, sondern in einem weiten Sinne zu verstehen, soweit es um die «mangelhafte Erstellung» des Werkes geht. Dabei muss genügen, dass den Besteller kein Selbstverschulden i.S. des Art. 369 trifft.»; Huguenin, N 3154: «Zeichnet sich eine mangelhafte Erstellung eines Werks ab, kann das Verschulden des Unternehmers keine Voraussetzung für die Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR bilden, weil dieser für Mängel grundsätzlich kausal einzustehen hat. Dementsprechend kann im Rahmen der Verschuldensvoraussetzung nur verlangt werden, dass die Bestellerin kein Selbstverschulden im Sinne von Art. 369 OR an der Entstehung des Mangels trifft.»

⁷ Gauch, Der Werkvertrag, N 1816; es geht um das Recht auf Vorauszahlung der mutmasslichen Kosten, da es dem Besteller nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist, dass er die Nachbesserung durch Dritte selber vorfinanziert; BGer, 4C.258/2001, 5.9.2002, E. 4.2.2: «Verschiedene Gründe sprechen dafür, von einer Pflicht des Unternehmers auszugehen, die Kosten für die Ersatzvornahme vorzuschliessen. Erstens ist dem Unternehmer als der vertragsuntreuen Partei nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zuzumuten, die Kosten für die Nachbesserung vorzufinanzieren, wie in der Literatur zutreffend festgehalten wird. Zweitens kann durch die Vorschusspflicht des Unternehmers, der seine Nachbesserungspflicht nicht selbst erfüllen will oder kann, erreicht werden, dass dieser nicht besser gestellt wird als der Unternehmer, der seine Nachbesserungspflicht sogleich selbst erfüllt (...). Und drittens hat der Besteller ein evidentes Interesse an der finanziellen Absicherung der Ersatzvornahme, während dem Unternehmer nur eine Pflicht überbunden wird, die er später ohnehin erfüllen müsste. Um den Interessen des Unternehmers angemessen Rechnung zu tragen, ist die Vorschusspflicht aber an bestimmte Modalitäten zu binden. Erstens ist festzuhalten, dass der Besteller in der Verwendung des Kostenvorschusses nicht frei ist. Vielmehr ist der Vorschuss ausschliesslich für die Finanzierung der Ersatzvornahme bestimmt (...). Zweitens ist der Besteller verpflichtet, nach Abschluss der "Ersatznachbesserung" über die Kosten abzurechnen und dem Unternehmer einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten (...). Eine allfällige Nachforderung ist ausgeschlossen, wenn wie im vorliegenden Fall über den Umfang der Nachbesserungsarbeiten im Detail bereits entschieden wurde und insofern eine "res iudicata" vorliegt. Drittens hat der Besteller den gesamten Betrag zurückzuerstatten, wenn er die Nachbesserung nicht innert angemessener Frist vornehmen lässt (...). Aus diesen Gründen kann der Vorinstanz beigeplant werden, dass ein Anspruch auf Bevorschussung der Kosten für die Ersatzvornahme besteht.»

⁸ Zum Unterschied des obligatorischen Retentionsrechts zum dinglichen Retentionsrecht vgl. BSK ZGB II-Rampini/Schulin/Vogt, Art. 895 N 10: «Die Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrages (Art. 82 OR) besteht nur bei vollkommen zweiseitigen (synallagmatischen) Verträgen und gibt dem Schuldner einzig das obligatorische Recht, eine eigene Leistung beliebiger Natur mittels einer dilatorischen Einrede zurückzubehalten, bis die andere Partei die im Austauschverhältnis stehende Gegenleistung erbracht oder gehörig angeboten hat (zum Ganzen BK-Weber und ZK-Schraner, je zu Art. 82 OR). Hingegen verleiht Art. 82 OR kein dingliches Verwertungsrecht an fremden Sachen.»

Wenn Beat den Werklohn von Fr. 2'000 noch nicht bezahlt hat, kann er einen Teil zurückhalten, um Druck für die korrekte Durchführung der Nachbesserung auszuüben. Gauch sieht im *Dreifachen der zu erwartenden Verbesserungskosten* einen brauchbaren Richtwert.⁹

Sachverhalt

Liebi verkaufte zwei Parzellen an Baumeister Gribi und versprach ihm nebst dem Kaufpreis, die Baumeisterarbeiten auf einem anderen Grundstück für einen Tankstellenbau zu "loyalen Konkurrenzpreisen" zu übertragen. Gribi, der mittlerweile sein Baugeschäft aufgegeben hat, merkte später, dass Liebi eine andere Baufirma mit dem Tankstellenbau betraut hat. Er verlangt jetzt die Übertragung der Baumeisterarbeiten.

Lösungsvorschlag

Gribi will diesen Auftrag, obwohl er kein Baugeschäft mehr führt. Welche Argumente könnte Liebi vorbringen?

Unmöglichkeit auf Seiten des Unternehmers (Art. 379 OR)

Art. 378 OR ist nicht die einschlägige Norm, denn sie regelt die Unmöglichkeit der Fertigstellung des Werks durch einen *beim Besteller eingetretenen Zufall*. Für den Fall, dass ein Fall von Art. 378 und 379 OR vorliegt, geht Art. 379 OR nach.¹⁰ Die einschlägige Norm ist Art. 379 Abs. 1 OR, zweite Variante (*„...oder wird er ohne seine Schuld zur Vollendung des Werkes unfähig, so erlischt der Werkvertrag, wenn er mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers eingegangen war.“*). Ist Gribi aber wirklich zur Erfüllung der Pflicht unfähig geworden? Er selber hätte das schon noch drauf, verfügt aber seit der Geschäftsaufgabe über kein Baugeschäft mehr: *„Dazu gehört jedoch mehr als nur die berufliche Qualifikation durch Baumeisterdiplom und langjährige Erfahrung, wie die Vorinstanz annimmt. Persönliche Leitung umfasst unter anderem die Organisation der Arbeit, die Bereitstellung der personellen und materiellen Mittel, aber auch die Anleitung der Hilfspersonen und die Überwachung der Arbeiten (...). All dies setzt bei einem Bauunternehmer einen Personalbestand sowie einen gewissen Geräte- und Maschinenpark voraus.“*¹¹

Dagegen könnte Gribi vorbringen, dass er das Werk auch mit Unterakkordanten herstellen kann. Doch auch hier geht das Bundesgericht davon aus, dass dies unzulässig und für Liebi unzumutbar ist: Wenn Gribi später einen Unterakkordanten nicht bezahlen kann, könnte der Handwerker als Unterakkordant, obwohl er keinen Vertrag mit Liebi geschlossen hat, ein Bauhandwerkerpfandrecht auf das Grundstück

⁹ Vgl. Gauch, *Der Werkvertrag*, N 2392; BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, Art. 372 N 12: *«Einzig im Falle der Nachbesserung ist ein Austauschverhältnis gegeben zwischen der Vergütungspflicht des Bestellers und der Nachbesserungspflicht des Unternehmers, in welcher seine ursprüngliche Leistungspflicht wieder auflebt; hier kann der Besteller die Leistung der Vergütung nach Art. 82 verweigern, bis der Unternehmer seine Nachbesserungsschuld erfüllt hat (ZWR 1988, 344 ff. = BR 1989, 94 Nr. 114; vgl. auch BGE 89 II 235, 238 f., ohne Differenzierung; ferner BGE 93 II 327; ZR 1950, 362 f.; Koller A., Nachbesserung, N 308; ZK-Bühler, N 16; Corboz, III, 22; Stöckli, Baurisiken, 14 f.; BK-Becker, N 3). Die zurückbehaltene Vergütung darf die voraussichtlichen Nachbesserungskosten in einem gewissen Umfang übersteigen (zulässiges Druckmittel); Treu und Glauben bildet die Grenze (s. AGVE 1985, 36 f. = BR 1987, 16; ZWR 1988, 344 ff. = BR 1989, 94; Gauch, N 2387 ff.; Gehrler, Bauherr, 307; Stöckli, Baurisiken, 15; a.M. Koller A., Nachbesserung, N 317).»*

¹⁰ Vgl. BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, Art. 379 N 2.

¹¹ BGE 103 II 52 E. 5b.

von Liebi legen lassen (vgl. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Somit würde Liebi Gefahr laufen, für den Bau *zweimal* zahlen zu müssen.¹²

Gribi könnte das Werk aber auch mit neuen *Hilfspersonen* herstellen lassen. Das Bundesgericht erachtete diese Option als unzumutbar, weil die Anstellung der Hilfspersonen eine gewisse Zeit beansprucht. Dabei fällt auch ins Gewicht, dass ein Baubetrieb, der für einen Auftrag aus dem Boden gestampft wird, wenig vertrauenswürdig wirkt – normale Betriebe wollten Vertrauen aufbauen, um später gestützt darauf Folgeaufträge an Land zu ziehen. Die Sorgfalt geht also über den konkreten Werkvertrag hinaus und wirkt dabei als Korrektiv gegen den Pfusch, was bei einer einmalig zusammengewürfelten Mannschaft nicht zu erwarten ist: *„Die Übertragung von Bauarbeiten ist nämlich eine ausgesprochene Vertrauenssache. Überträgt man einem Unternehmer, der ein Baugeschäft betreibt, solche Arbeiten, so darf man davon ausgehen, dass er bei der Ausführung dieser Arbeiten bestrebt sein wird, den Ruf seines bestehenden Unternehmens zu wahren oder gar zu mehren. Ein solches Interesse hat derjenige Unternehmer, der auf einen einmaligen Gelegenheitsauftrag hin das notwendige Personal und die erforderlichen Gerätschaften mühsam zusammensuchen muss, nun gerade nicht.“*¹³

Wie steht es mit dem Erfordernis von Art. 379 OR, dass die Unmöglichkeit ohne Schuld seitens des Unternehmers eintreten muss? Die Betriebsaufgabe wäre eigentlich von Gribi verschuldet, denn sie erfolgte mit Wissen und Willen. Auf das Verschulden kommt es hier aber gemäss Bundesgericht nicht an: *„Nach seinem Wortlaut erfasst Art. 379 OR zwar nur jene Fälle, wo der Unternehmer "ohne seine Schuld" zur Vollendung des Werkes unfähig wird. Dies ist selbstverständlich dann nicht der Fall, wenn er sein Geschäft aus freiem Entschluss aufgibt. Indessen ist diese Unterscheidung nur im Hinblick auf die besondere Entschädigungsregelung von Abs. 2 bedeutsam. Die Befugnis des Bestellers, sich in einem Falle wie dem vorliegenden auf Beendigung des Vertragsverhältnisses wegen Unfähigkeit des Unternehmers zu berufen, kann nicht davon abhängen, dass diesen kein Verschulden trifft (...). Es entspricht übrigens den allgemeinen Bestimmungen der Art. 97 und 119 OR, dass nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung die gesamte Obligation erlöschen lässt.“*¹⁴

¹² BGE 103 II 52 E. 5b: *«Unzulässig wäre – entgegen der Auffassung der Vorinstanz - eine Weitergabe des Auftrages an Unterakkordanten (GAUTSCHI, N. 11b und 17c zu Art. 364 OR): Wer für Bauarbeiten einen Unternehmer mit Rücksicht auf die Qualität seiner Arbeit auswählt, wird sich in der Regel die Ausführung durch Unterakkordanten unabhängig davon verbitten, ob der Unternehmer selbst für auftretende Mängel ebenfalls einzustehen hat. Bei einer Weitervergebung der Arbeiten an Unterakkordanten würde sich für ihn zudem der Umstand besonders gefahrvoll auswirken, dass diese wegen ihres Anspruches auf ein Bauhandwerkerpfandrecht allenfalls nochmalige Zahlung für die gleiche Arbeit erlangen können (BGE 95 II 87). Die Weitergabe des Auftrages an Unterakkordanten muss daher im vorliegenden Falle auch als Weg zur Vollendung des Werkes im Sinne von Art. 379 Abs. 1 OR ausscheiden.»*

¹³ BGE 103 II 52 ff., 57.

¹⁴ BGE 103 II 52 ff., 58.