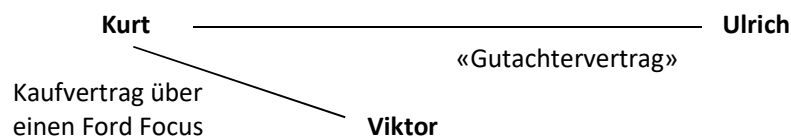


Sachverhalt 1

Kurt will vom Fahrzeugexperten Ulrich für Fr. 300 ein Gutachten über den Zustand eines gebrauchten Ford Focus, für den er sich interessiert. Ulrich analysiert das Fahrzeug beim Verkäufer Viktor und teilt Kurt mit, alles sei in Ordnung, worauf dieser das Fahrzeug von Viktor am darauffolgenden Tag kauft. Schon nach wenigen Tagen zeigen sich Mängel – der Ford Focus weist einen gravierenden Rostbefall auf, der mit vernünftigem Aufwand nicht mehr zu beseitigen ist und die Fahrsicherheit massiv beeinträchtigt. Ulrich hat das wertlose Fahrzeug nur oberflächlich angesehen – hätte er unter das Fahrzeug gesehen, wäre der Rost mit blossen Auge erkennbar gewesen. Kurt schäumt vor Wut und fragt Sie, was er tun muss.

Lösungsvorschlag 1



Man muss die beiden Verträge klar auseinanderhalten. Zwischen Kurt und Viktor liegt ein Kaufvertrag vor, während zwischen Ulrich und Kurt ein Gutachtervertrag besteht, der dem Auftrags- oder Werkvertragsrecht zugeordnet werden kann. Die Frage nach dem Zustand des Fahrzeugs lässt sich objektiv garantiefähig beantworten. Das Fahrzeug lässt sich nach bewährten Methoden analysieren und auf Rost oder Abnutzung untersuchen. Bei den meisten Fahrzeugteilen ist bekannt, wie häufig sie ausgetauscht werden müssen und auch der Pflegezustand ist objektiv messbar. Die Gutachtensfrage lässt sich mit einem objektiv überprüfbar Ja oder Nein beantworten. Damit ist die Anwendung der werkvertraglichen Regeln angezeigt. Das Gutachten war aufgrund des Fehlers völlig wertlos und wies deshalb einen Mangel auf. Doch hat Kurt das Gutachten wirklich geprüft und den Mangel gerügt (vgl. Art. 367 OR)? Wie prüft man überhaupt ein Gutachten, wenn man just für diese Frage besonderes Expertenwissen benötigt? Man muss lediglich prüfen, ob das Gutachten die gestellte Frage beantwortet und vollständig ist. Man muss insbesondere keinen Experten beiziehen, um ein Gutachten zu prüfen. Der Mangel des Gutachtens war versteckt. Kurt muss aber unbedingt jetzt, da er den Mangel des Gutachtens kennt, diesen bei Ulrich rügen.

Die Ansprüche bestehen wahlweise in der Nachbesserung, Minderung oder Wandlung (Art. 368 OR). Die Minderung kommt dafür nicht in Frage, weil das Gutachten völlig wertlos war (Art. 205 Abs. 3 OR analog).¹ Auch die Nachbesserung des Gutachtens bringt nichts, da Kurt gestützt darauf bereits eine folgenschwere Entscheidung getroffen hat. Es bleibt nur die Wandlung des Gutachtens mit Rückzahlung des Werklohns von Fr. 300 (vgl. Art. 368 Abs. 1 OR). Da Ulrich gestützt auf die Entscheidung ein wertloses Fahrzeug gekauft hat, muss Ulrich auch für diesen Schaden aufkommen. Das für den Schadenersatz notwendige Verschulden besteht, denn der Sachverhalt erwähnt, dass Ulrich das Fahrzeug nur oberflächlich angesehen hat, was man ihm als Unsorgfalt und Fahrlässigkeit vorwerfen kann. Fraglich ist jedoch, ob Kurt nicht auch gegen Viktor vorgehen kann, was den Schaden mindern könnte. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

Kann Kurt auch gegen Viktor vorgehen und die Wandlung verlangen? Der Mangel des Fahrzeugs liegt eindeutig vor. Wenn Kurt rechtzeitig rügt, würde der Wandlung nichts im Wege stehen. Das Problem könnte indes darin liegen, dass Kurt sich das Wissen von Ulrich bei der Besichtigung des Fahrzeugs anrechnen lassen muss und aufgrund des Art. 200 Abs. 2 OR keine Mängel mehr geltend machen kann,

¹ Vgl. BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, Art. 368 N 39.

weil er den Mangel hätte erkennen müssen. ZK-Higi/Schönle, OR 200 N 26 bejahen dies gerade beim Beizug von Experten: „Je sachkundiger der Käufer ist, besonders auch wenn er Spezialisten zur Prüfung der Kaufsache beizieht, desto höhere Anforderungen können gegebenenfalls an seine Aufmerksamkeit gestellt werden (...).“² Da Viktor das Nichtvorhandensein solcher Mängel nicht zugesichert hat, muss er dafür nicht mehr einstehen (vgl. Art. 200 Abs. 2 OR).

Kurt sollte deshalb den Kauf wegen eines Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) anfechten – dann muss er freilich für das negative Interesse im Sinne des Art. 26 Abs. 1 OR aufkommen, weil sich Kurt (via seinen Berater Ulrich) fahrlässig geirrt hat.³ Immerhin kann er dann den Kaufpreis des Fahrzeugs mit der Kondiktion (Art. 62 OR) zurückverlangen.

Die Bereicherungsforderung Kurts gegenüber Viktor ergibt sich aus der möglichen Anfechtung des Kaufvertrages. Alternativ zur Sachgewährleistung kann sich Kurt auch auf den Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR berufen.⁴ Hat der Käufer aber bereits die Sachgewährleistung geltend gemacht, so hat er den Vertrag nach Art. 31 OR genehmigt, was eine Anfechtung ausschliesst.⁵ Denkbar ist höchstens die Berufung auf den Willensmangel *eventualiter*, da in diesem Falle gerade kein Genehmigungswille vorliegt.⁶

Die Qualität des Fahrzeugs als bestimmter Sachverhalt (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) muss nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr eine notwendige Grundlage des Vertrags darstellen, damit sich der Käufer auf den Irrtum berufen kann (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Sie muss also für die Willensbildung des Käufers *conditio sine qua non* sein (subjektive Wesentlichkeit).⁷ Auch vom Standpunkt des loyalen Geschäftsverkehrs muss der Sachverhalt eine notwendige Grundlage des Vertrages darstellen (objektive Wesentlichkeit).⁸ Der Zustand des Fahrzeugs ist für jeden Fahrzeugkäufer generell sehr wichtig, weil sie für die Sicherheit und den Kaufpreis entscheidend ist. Auch der Verkäufer muss die Bedeutung dieses Sachverhalts erkennen können (Erkennbarkeit, strittig).⁹ Aus den Umständen im Sachverhalt lässt sich dies bejahen – immerhin merkt Viktor, dass Kurt das Fahrzeug von einem Experten untersuchen lässt – aber auch ohne diese Tatsache wäre klar, dass die Bedeutung des Fahrzeugzustands von wesentlichem Interesse ist. Die Erkennbarkeit ist deshalb auch für Viktor in jedem Fall zu bejahen. Der Irrtum muss im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegen (vgl. Art. 23 OR). Eine Durchrostung ergibt sich nicht von einer Sekunde zur nächsten – dieses Erfordernis liegt klar vor. Seine Geltendmachung erfolgt innert Frist (vgl. Art. 31 OR), wenn er sich innert Jahresfrist nach Entdeckung des Irrtums darauf beruft.

² Vgl. auch BGE 95 II 119 ff., 125: „A ragione le giurisdizioni cantonali hanno altresì invocato l'art. 200 cpv. 2 CO, il quale libera, di massima, il venditore dall'obbligo di rispondere per i difetti che l'acquirente avrebbe dovuto conoscere usando l'ordinaria diligenza. In effetti, incombeva all'acquirente l'obbligo di informarsi sulle esigenze dei servizi industriali ginevrini. Certo, l'ordinaria diligenza che l'art. 200 cpv. 2 CO esige dal compratore si riferisce all'esame della cosa in sé. Tuttavia si deve pretendere dall'acquirente che, nelle circostanze della fattispecie, accentrasse la sua attenzione e il suo esame anche sulle complicazioni che potevano risultare dall'adattamento alle norme svizzere - o a quelle ginevrine - d'una apparecchiatura elettrica costruita all'estero. Secondo gli accertamenti vincolanti della Corte cantonale, Monney si è curato di farsi assistere a Milano da un consulente specializzato. Egli ha quindi riconosciuto la necessità di esaminare la conformità della macchina alle norme del luogo in cui essa sarebbe entrata in funzione. Sennonché, siffatto esame si è rivelato insufficiente, essendo stato limitato alla sola questione del voltaggio. La responsabilità del venditore è quindi in concreto esclusa.“; ebenso BK-Giger, OR 200 N 18: «Als Massstab hierfür gilt jene Person, die die Ware im konkreten Fall tatsächlich besichtigte bzw. Besichtigen musste (...). Handelt es sich um einen Kenner, so werden an ihn allerdings entsprechend höhere Anforderungen gestellt (...). Eine Bank muss daher wegen ihrer besonderen Sachkunde den Mangel der Nichtlieferbarkeit einer Aktie im allgemeinen kennen (...).»

³ Vgl. BSK OR I-Honsell, Art. 200 N 3; vgl. BGER, 4A_87/2018, E. 5.4.

⁴ Vgl. BGE 114 II 131 ff. (Picasso-Fall).

⁵ Vgl. Huguenin, N 2701; vgl. BGE 127 III 83 ff., 86.

⁶ Peter Gauch, Sachgewährleistung und Willensmängel beim Kauf einer mangelhaften Sache – Alternativität der Rechtsbehelfe und Genehmigung des Vertrages, recht 2001, 184 ff., 187.

⁷ Vgl. BSK OR I-Schwenzer, Art. 24 N 21.

⁸ Vgl. BSK OR I-Schwenzer, Art. 24 N 22.

⁹ Vgl. BSK OR I-Schwenzer, Art. 24 N 23, m.w.H.; das Bundesgericht verlangt das Erfordernis der Erkennbarkeit regelmässig, vgl. BGER 4C.37/2004, E. 3.2, m.w.H.

Sachverhalt 2

Besteller Beat lässt sein Haus von Unternehmer Ulrich bauen. Sie vereinbaren, dass die Bauarbeiten hinsichtlich des Fundaments wegen des drohenden Winters und der Planung der anschliessenden Errichtungsarbeiten bis zum 1. Oktober beginnen müssen. Am 1. Oktober ist weit und breit kein Bagger zu sehen. Beat ist verzweifelt und würde gerne das Haus von Unternehmer Urban auf Kosten des Ulrich bauen lassen. *Geht das?*

Lösungsvorschlag 2

Beat kann das Vorgehen nach Art. 366 OR wählen. Passend erscheint vordergründig das Vorgehen nach Art. 366 Abs. 2 OR – nur dort ist erwähnt, dass der Besteller die Arbeiten auf Kosten des Unternehmers von einem anderen Unternehmer ausführen lassen kann. Abs. 2 erfasst indes nur Fälle, bei denen sich die *Mangelhaftigkeit oder die Vertragswidrigkeit* des Werks abzeichnet. Geht es dagegen lediglich um eine zeitliche Verzögerung, liegt ein Anwendungsfall von Abs. 1 vor.¹⁰ Dort ist für den vorliegenden Fall unpassend nur von einem Rücktritt die Rede. Dies spielt aber keine Rolle, weil Art. 366 Abs. 1 OR der umfassenden Ergänzung durch die Erfordernisse des Verzugsrechts bedarf (siehe unten), das eine Wahl zwischen dem Rücktritt mit negativem Interesse und dem Verzicht auf die Leistung mit positivem Interesse ermöglicht – damit lassen sich alle Wahloptionen erzielen.

Der Termin für den Beginn am 1. Oktober stand fest – es ist die Variante in Art. 366 Abs. 1 OR: „*Beginnt der Unternehmer das Werk nicht rechtzeitig (...)*.“ Lehre und Rechtsprechung anerkennen, dass Art. 366 Abs. 1 OR der umfassenden Ergänzung durch die Art. 102-109 OR bedarf.¹¹ Somit muss Beat nicht mehr mahnen (Art. 102 Abs. 2 OR). Er muss aber eine angemessene Nachfrist setzen. Wie lange muss diese sein? Es kann sich nicht um eine Frist handeln, die die Fertigstellung des ganzen Fundaments abdeckt, weil dies die *ratio legis* des Art. 366 OR vereiteln würde. Dieser Artikel bezweckt gerade, dass man nicht bis zur Abnahme oder bis zum Schlusstermin warten muss, um festzustellen, dass noch nichts da ist. Sinnvoll wäre deshalb *eine Frist, mit dem Fundament innert zwei Tagen zu beginnen*.¹² Verstreicht die Frist, ohne dass Ulrich die Arbeiten aufnimmt, kann Beat die Wahlrechte des Art. 107 Abs. 2 OR ausüben. Er muss auf die Leistung des Ulrich verzichten und Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens wählen.¹³ Mit diesem Schadenersatz kann er den Unternehmer Urban bezahlen, weil

¹⁰ BGer 4A_96/2014, E. 3.1: «L'art. 366 CO confère certains droits au maître lorsque l'entrepreneur, au cours des travaux, enfreint ses obligations relatives aux délais de livraison de l'ouvrage (al. 1) - retard dans le commencement de l'exécution, retard dans le rythme d'exécution ou non-respect du terme de livraison arrêté entre parties - ou à l'exécution sans défaut de l'ouvrage (al. 2). Ces deux alinéas règlent ainsi des états de fait différents.»

¹¹ Vgl. BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, Art. 366 N 13: «Weitere Voraussetzungen für das Rücktrittsrecht nennt Art. 366 Abs. 1 nicht. Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass diese Bestimmung der Ergänzung durch die allgemeinen Verzugsbestimmungen von Art. 102–109 bedarf (...).», Peter Gauch, Der Werkvertrag, N 675 und BGer 4A_232/2011, E. 4.3: „Nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz verstrich der Termin der Endabnahme vom 6. Juni 2008, ohne dass das Werk die vereinbarte Taktzeit hätte erreichen können, und die Beschwerdeführerin war, wie sie selbst angab, auch nicht in der Lage, die Maschine innert nützlicher Frist derart umzubauen, dass sie den vereinbarten Parametern entsprochen hätte. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin kann bei dieser Sachlage nicht ernsthaft in Frage gestellt werden, dass sie sich in Herstellungsverzug befand, wie ihn auch Art. 366 Abs. 1 OR voraussetzt. Diese Regelung, die einen Anwendungsfall der Art. 107 - 109 OR darstellt (...), bedarf der Ergänzung durch das allgemeine Verzugsrecht (...). Mithin ist auch Art. 108 Ziff. 1 OR anwendbar, nach welchem die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung nicht erforderlich ist, wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde (...).“

¹² Vgl. ZR 1913, 102 ff., 103: „Das Gesetz spricht in Art. 122 einfach von Fristansetzung zur nachträglichen Erfüllung, und dem kann im gegebenen Fall auch damit Genüge geschehen, dass der Schuldner aufgefordert wird, bis zu einem gewissen Zeitpunkte spätestens mit der Erfüllung zu beginnen.“

¹³ BGer 4A_96/2014, E. 3.1: «S'il y a un retard dans l'exécution de l'ouvrage au sens de l'une des trois hypothèses susrappelées de l'art. 366 al. 1 CO, le maître peut se départir du contrat de manière anticipée s'il en fait la déclaration immédiate et exercer le droit d'option que lui confère l'art. 107 al. 2 CO (...). Toutefois, le maître doit fixer à l'entrepreneur un délai supplémentaire convenable pour s'exécuter afin de lui donner une chance de livrer à temps l'ouvrage (art. 107 al. 1 CO), la fixation d'un tel délai n'étant pas nécessaire dans les cas prévus par l'art. 108 CO (...).»; ebenso BGE 126 III 230 ff., 235 f.: «Le maître peut donc choisir, parmi les trois possibilités que lui offre l'art. 107 al. 2 CO, celle de renoncer à la prestation promise et de réclamer des dommages-intérêts positifs à l'entrepreneur qui a commis une faute (...). S'il le fait, il est tenu d'accepter les parties de l'ouvrage déjà exécutées, pour autant qu'elles soient utilisables, et d'en payer le prix (...). Son dommage équivaut à l'intérêt qu'il avait à l'exécution régulière de l'obligation de

es sich um das positive Interesse handelt. Beim positiven Interesse wird man so gestellt, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre. Dann wäre das Haus aber rechtzeitig gebaut. Deshalb kann Beat den Ulrich mit der Fertigstellung des Hauses betrauen.

Sachverhalt 3

Ulrich soll Beats Haus renovieren. Er teilt ihm auf Anfrage mit, dass er den von Beat gewünschten Umbau mitsamt den neuen Geräten auf ungefähr Fr. 300'000 schätze. Ulrich soll insbesondere eine Renovation der Küche mit neuem Parkett, Ofen, Geschirrspüler und Kühlschrank vornehmen, die Badezimmer und die Treppenhäuser sanieren sowie das Haus mit neuen Isolationsfenstern und -rahmen ausstatten. Ulrich führt alles zur Zufriedenheit Beats aus, doch verlangt er von ihm die Bezahlung von Fr. 350'000.

Welchen Preis muss Beat bezahlen? (9 Punkte)

Nach drei Jahren wölbt sich der Parkett in der Küche plötzlich und einzelne Parkettstäbe liegen lose herum. Es zeigt sich, dass sich das von Ulrich verwendete Holz aufgrund einer zu kurzen Lagerung vor der Verarbeitung spannt. Beat wendet sich sofort an Ulrich und fordert ihn auf, dafür einzustehen. Zeigen Sie, welche vertraglichen Ansprüche Beat gegen Ulrich hat! (14 Punkte)

Ulrich verweigert die Instandstellung des Parketts. Beat würde gerne Ulf mit der Nachbesserung betrauen – «und Ulrich soll dafür zahlen». Wie könnte man dies begründen und wie muss Beat vorgehen? (15 Punkte)

Lösungsvorschlag 3

Es geht hier um einen Werkvertrag, denn geschuldet ist die Renovation als objektiv garantiefähiger Erfolg (Art. 363 OR). Der Werklohn bestimmt sich hier anhand der Schätzung im Sinne eines ungefähren Kostenansatzes (Art. 375 Abs. 1 OR), wobei das Bundesgericht einen Aufschlag von 10% (also Fr. 330'000) toleriert. Eigentlich wäre hier der Rücktritt möglich, doch steht dieser bei Werken auf Grund und Boden nicht offen (Art. 375 Abs. 2 OR). In solchen Fällen teilt das Bundesgericht die Differenz von Fr. 350'000 zum Preis von Fr. 330'000 in der Höhe von Fr. 20'000 hälftig auf. Somit muss Beat Fr. 340'000 zahlen.

Der Parkett ist mangelhaft, wenn er sich plötzlich wölbt und auseinanderfällt. Es handelt sich um einen Sachmangel (Art. 368 OR), der schon im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs (d.h. Ablieferung, Art. 376 Abs. 1 OR) bestanden hat, denn der Sachverhalt erwähnt, dass das verwendete Holz schon vor der Verarbeitung mangelhaft gelagert worden ist. Es handelt sich zwar um einen Werklieferungsvertrag gemäss Art. 365 Abs. 1 OR. Der dort enthaltene Verweis auf das kaufrechtliche Sachgewährleistungsrecht richtet sich nur auf die Rechtsgewährleistung, nicht auf die Sachgewährleistung. Diese richtet sich nach Werkvertragsrecht.

Der Mangel ermächtigt zu Nachbesserung, Minderung und Wandlung. Die Wandlung ist bei Werken auf Grund und Boden jedoch ausgeschlossen (Art. 368 Abs. 3 OR). Somit bleiben nur Minderung und Nachbesserung. Beat hat gemäss Sachverhalt den versteckten Mangel (er konnte diesen wohl erst

l'entrepreneur (...). Pour en juger, il convient de se demander quelle eût été sa situation patrimoniale si l'entrepreneur avait continué les travaux et lui avait livré le solde de l'ouvrage en conformité avec les clauses de leur contrat (...). Le maître pourra ainsi porter en compte, entre autres postes de son dommage, tous les frais se rapportant à l'achèvement de l'ouvrage ainsi que le préjudice découlant d'un éventuel retard dans la livraison de celui-ci (...), pour autant que ce retard soit en relation de cause à effet avec le comportement fautif de l'entrepreneur ayant conduit le maître à renoncer à la prestation promise; mais il devra imputer sur sa créance de dommages-intérêts, selon la théorie de la différence, ce qu'il aurait dû payer à l'entrepreneur si ce dernier avait exécuté régulièrement le solde des travaux et lui avait livré à temps l'ouvrage achevé.»

erkennen, als sich der Parkett gewölbt hat) sofort gerügt (Art. 370 Abs. 3 OR). Das Ganze ist noch nicht verjährt (Art. 371 Abs. 2 OR).

Angeht die Verweigerung sind Mahnung und Nachfristsetzung unnütz (Art. 108 Ziff. 1 OR, direkt und analog). Ulrich ist folglich in Verzug mit der Nachbesserungsleistung, denn fällig ist die Nachbesserung schon mit der Rüge (Art. 102 Abs. 1 OR). Beat kann 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 den Dritten Ulf vornehmen lassen, denn das positive Interesse will den Gläubiger so stellen, wie wenn der Schuldner richtig erfüllt hätte – dann würde der Parkett aber in Ordnung. Dafür muss Ulrich sich schuldhaft im Verzug befinden.¹⁴ Das für den Schadenersatz notwendige 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.¹⁵ Ein Verschulden ist dafür nicht notwendig, obwohl es im Gesetzestext so steht.¹⁶ Ulrich muss in diesem Fall die Kosten der Nachbesserung durch den Dritten Ulf vorschies-
sen.¹⁷

¹⁴ BGE 4C.130/2006, E. 6.3: «Il s'agit 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.»

¹⁵ 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.»

¹⁶ 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 des Werks ab, besteht das Recht zur Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR unbesehen davon, ob der Unternehmer schuldhaft gehandelt hat oder nicht. Wie bei der (nachträglichen) Gewährleistung – und entgegen dem Wortlaut von Art. 366 Abs. 2 OR – gilt auch im Rahmen der Ersatzvornahme, dass der Unternehmer für Werkmängel verschuldensunabhängig (also kausal) haftet. Verlangt werden kann immerhin, dass die Bestellerin kein Selbstverschulden im Sinne von Art. 369 OR an der Entstehung des Mangels trifft.»

¹⁷ 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; BGE, 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 vorzuschüssen. 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 evidenten 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

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.¹⁸ 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.¹⁹

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*).²⁰ Dem Sachverhalt nach zu schliessen, hat

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 beigespflichtet werden, dass ein Anspruch auf Bevorschussung der Kosten für die Ersatzvornahme besteht.»

¹⁸ Gauch, Der Werkvertrag, N 1749.

¹⁹ 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).»*

²⁰ 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 unnütz 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.²¹ 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.²² Ein Verschulden ist dafür nicht notwendig, obwohl es im Gesetzestext so steht.²³ Ulrich muss in diesem Fall die Kosten der Nachbesserung durch den Dritten vorschies-
sen.²⁴

²¹ 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.»

²² 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.»

²³ 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.»

²⁴ 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 vorzuschies-
sen. 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

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.²⁵ 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.

Wenn Beat den Werklohn von Fr. 2'000 noch nicht bezahlt hat, kann er einen Teil in Anwendung von Art. 82 OR zurückhalten, um Druck für die korrekte Durchführung der Nachbesserung auszuüben. Gauch sieht im *Dreifachen der zu erwartenden Verbesserungskosten* einen brauchbaren Richtwert.²⁶

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 evidenten 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 beigeprägt werden, dass ein Anspruch auf Bevorschussung der Kosten für die Ersatzvornahme besteht.»

²⁵ 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.»

²⁶ 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).»