

# Das Urteil

## Le jugement

**Peter Gauch**

Professor an der Universität Freiburg

### Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht und zahlreiche Fragen zur Mängelhaftung

BGE (ATF) 118 II 142 ff.

*Dans l'ATF 118 II 142 ss le Tribunal fédéral traite d'un rapport contractuel mixte portant sur une vente de terrain et un contrat d'entreprise. Le Tribunal fédéral examine la qualification du contrat susmentionné, les dispositions applicables concernant la garantie pour les défauts et d'autres questions touchant la garantie pour les défauts (la cession du droit à la réfection de l'ouvrage, l'avis des défauts en temps opportun et la preuve y relative, ainsi que le début du délai de la prescription). Dans le cadre de l'appréciation du commentaire subséquent plusieurs questions seront traitées de façon détaillées.*

Der in BGE 118 II 142 ff. publizierte Entscheid des Bundesgerichts betrifft einen Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht des Verkäufers. Die darin enthaltenen Erwägungen des Bundesgerichts sind derart vielfältig, dass es sich rechtfertigt, den Entscheid ausführlich zu erörtern. Ich beginne mit dem Fall, der dem Entscheid zugrundeliegt.

### I. Der Fall

a. Mit Vertrag vom 30. Juni 1982 hatte der *Kläger Peter S.* vom *Beklagten Willy L.* ein Grundstück samt einem darauf noch im Bau befindlichen Wohnhaus zum Preise von Fr. 430 000.- gekauft. Der Beklagte Willy L. hatte sich verpflichtet, das Haus auf den 1. Oktober 1982 schlüsselfertig und bezugsbereit fertigzustellen. Der Grundbucheintrag erfolgte sofort nach Vertragsabschluss, während Nutzen und Schaden gemäss Vereinbarung der Parteien erst am 1. Oktober auf den Käufer übergehen sollten. In Ziff. 10 des Vertrages vereinbarten die Parteien, alle bestehenden Garantie-Verpflichtungen der Handwerker aus dem Hausneubau gingen auf den Käufer über.

b. Im Winter 1985/86 traten an den Holzfassaden des Hauses verschiedene Schäden auf (Verziehen der Bretter, Abblättern des Anstrichs). Mit Schreiben vom 24. Februar 1986 rügte der Käufer diese Mängel. Da der Verkäufer untätig blieb, veranlasste der Käufer eine vorsorgliche Beweisaufnahme, liess darauf die Fassaden durch einen Dritten instand stellen und klagte im Dezember 1987 auf Zahlung von Fr. 20 563.90 nebst 5% Zins seit dem 2. November 1987.

Nach teilweiser Gutheissung der Klage durch die kantonalen Instanzen kam die Streitsache via Berufung des beklagten Verkäufers an das Bundesgericht, das in seinem Entscheid namentlich die folgenden Fragen zu beantworten hatte:

### II. Qualifizierung des Vertrages und anwendbares Haftungsrecht

Zunächst stellte sich die Frage, wie der abgeschlossene Vertrag zu qualifizieren sei und ob der Haftungsstreit dem Kauf- oder dem Werkvertragsrecht unterstehe.

#### 1. Die Erwägungen des Bundesgerichts

Zu dieser Frage führte das Bundesgericht in den Erwägungen seines Entscheides (S. 144) aus:

a. «Wird ein Grundstück verkauft, auf dem ein Gebäude erstellt werden soll oder sich bereits im Bau befindet, so können die Parteien entweder zwei getrennte Verträge (Grundstückkauf und Werkvertrag) abschliessen oder einen einzigen gemischten Vertrag, welcher die kaufrechtliche Leistungspflicht mit der werkvertraglichen Herstellungspflicht verbindet (BGE 117 II 264). *Im vorliegenden Fall ist ein gemischter Vertrag anzunehmen*, da die Entschädigung für den Boden und für die Erstellung des Bauwerks nicht aufgeteilt, sondern in einem Gesamtpreis zusammengefasst worden ist.»

b. «Auf die Pflicht zur Herstellung bzw. Vollendung der Neubaute sind die werkvertraglichen Regeln über die Mängelhaftung anzuwenden, und zwar auch hinsichtlich der Gebäudeteile, die bei Vertragsabschluss bereits erstellt waren (*Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl., S. 56 Rz 193; *Schumacher*: Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Der Grundstückkauf, S. 246 Rz 631).»

#### 2. Würdigung

a. Gegen die *Qualifizierung des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages* als ein aus Grundstückkauf und Werk-

vertrag gemischtes Vertragsverhältnis ist auf dem Hintergrund des publizierten Sachverhaltes nichts einzuwenden<sup>1</sup>. Denn die Möglichkeit, dass die Parteien im konkreten Fall zwei separate Verträge (je einen Kauf- und einen davon getrennten Werkvertrag) abgeschlossen hätten, fiel mit Rücksicht auf den vereinbarten Gesamtpreis ausser Betracht.<sup>2</sup> Überdies war der Verkäufer zur Fertigstellung des Hauses vertraglich verpflichtet, weshalb kein reiner Kaufvertrag vorlag, der auch die noch zu vollendende Bauteile als künftige Sache einbegriffen hätte.<sup>3</sup>

Ein reiner Kaufvertrag wurde im hier behandelten Entscheid des Bundesgerichts nicht einmal in Erwägung gezogen, was mit Blick auf die frühere Rechtsprechung bemerkenswert ist. Denn nach der früheren Praxis des Bundesgerichts blieb von vornherein kein Platz für ein gemischtes Vertragsverhältnis, wenn für das noch zu errichtende Bauwerk und das Grundstück ein gemeinsamer Gesamtpreis vereinbart war. Vielmehr hatte das Bundesgericht angenommen, dass in solchen Fällen immer nur ein reiner Kaufvertrag vorlag, der auch das zu errichtende Bauwerk zum Gegenstand hatte (BGE 94 II 162; 15, S. 840 f.). Dass diese undifferenzierte Praxis<sup>4</sup> jetzt geändert wurde, ist zweifellos ein Fortschritt, obgleich die Änderung gewissermassen «stillschweigend» geschah. Bedauerlich ist nur, dass das Bundesgericht es im vorliegenden Entscheid unterliess, auch den Kaufvertrag über eine künftige Sache als eine der möglichen Vertragsvarianten zu nennen, während diese Variante in BGE 117 II 264 (= BR 1992, S. 97, Nr. 162) noch ausdrücklich erwähnt worden war.

**b.** Richtig ist sodann die Anwendung der werkvertraglichen Regeln über die Mängelhaftung. Zwar hat das Bundesgericht für den gemischten Grundstück-/Werkvertrag schon in BGE 117 II 267 (= BR 1992, S. 97, Nr. 161) anerkannt, dass die «Pflicht zur Herstellung bzw. Vollendung der Neubaute auf dem Kaufgrundstück den werkvertraglichen und nicht den kaufvertraglichen Regeln über die Mängelhaftung» unterstehe. Jetzt aber stellt das Gericht klar, dass beim erwähnten Mischvertrag das Gebäude insgesamt der werkvertraglichen Mängelhaftung unterliegt, also «auch hinsichtlich der Gebäudeteile, die bei Vertragsabschluss bereits erstellt waren».

Diese gesamtheitliche Lösung, die namentlich mit Bezug auf das Nachbesserungsrecht (Art. 368 Abs. 2 OR) und den Beginn der Verjährung (Art. 371 OR) bedeutsam ist, entspricht der überwiegenden Rechtsprechung in Deutschland.<sup>5</sup> Sie rechtfertigt sich für die Schweiz aus der Überlegung heraus, dass eine nach Werkvertrags- und Kaufrecht differenzierte Mängelhaftung für ein und dasselbe Gebäude zu unpraktikablen Ergebnissen führen müsste.<sup>6</sup> Das gilt sogar für den abnormalen Fall, da der abgeschlossene Mischvertrag zunächst an einem Formmangel leidet, weil der Kauf des Grundstückes erst öffentlich beurkundet wird (Art. 216 OR), nachdem die vom Unternehmer versprochenen Bauleistungen bereits ausgeführt sind (vgl. BGE 117 II 262 ff., 266 f. = BR 1992, S. 97, Nr. 162).<sup>7</sup>

### III. Die Abtretung der Garantie-Verpflichtungen und deren Folgen

Dem Gesagten zufolge stand also fest, dass die Haftung des beklagten Verkäufers für die Mängel der Holzfassaden dem Werkvertragsrecht unterstand, gleichgültig, ob sie bei Vertragsabschluss bereits ausgeführt waren oder nicht.<sup>8</sup> Der Beklagte wandte indessen ein, dass er selber nicht haftpflichtig sei, weil er

alle bestehenden Garantie-Verpflichtungen seiner Handwerker an den Kläger abgetreten habe.

#### 1. Die Erwägungen des Bundesgerichts

Dieser Einwand des Beklagten wurde vom Bundesgericht mit folgenden Erwägungen (S. 144 ff.) verworfen:

**a.** Die «Abtretung der Gewährleistungsansprüche gegenüber den Handwerkern» ändert im zu beurteilenden Fall nichts an der eigenen Mängelhaftung des Beklagten gegenüber dem Kläger. Zwar trifft es zu, dass die werkvertragliche Mängelhaftung im Rahmen der gesetzlichen Schranken wegbedungen werden kann (BGE 91 II 348). Eine derartige Abrede wurde vorliegend jedoch nicht getroffen. Vielmehr ist die Vorinstanz zum richtigen «Schluss gekommen, dass die Parteien nicht eine allgemeine Freizeichnung vereinbaren wollten, sondern nur eine Abtretung des Nachbesserungsanspruchs sowie des Anspruchs auf Ersatz eines allfälligen Mängelfolgeschadens». Das aber bedeutet:

**b.** Die Abtretung der Gewährleistungsansprüche geschah «erfüllungshalber» und liess die eigene Gewährleistungspflicht des Beklagten unberührt. Mit der erfolgten Abtretung erhielt der Kläger jedoch die Möglichkeit, den abgetretenen Nachbesserungsanspruch gegenüber den Handwerkern des Beklagten selbst geltend zu machen. In analoger Anwendung des Art. 467 II OR war er grundsätzlich sogar gehalten, sich zunächst an die Handwerker zu halten, dieweil die eigene Gewährleistungspflicht des Beklagten für so lange als gestundet galt. Nachdem aber der Beklagte es unterliess, dem Kläger die Namen der verantwortlichen Handwerker zu nennen, und es ausserdem versäumte, die Mängel rechtzeitig zu rügen (was die Verwirkung des Nachbesserungsanspruches zur Folge hatte), kann er sich nicht auf die Stundungswirkung der Abtretung berufen. Demzu-

<sup>1</sup> Zur Frage des Formzwanges, die in BGE 118 II 142 ff. nicht aufgeworfen wurde, vgl. BGE 117 II 264 f. (= BR 1992, S. 96, Nr. 160); Gauch, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985, Nr. 302 ff.; Wiegand/Brunner, recht 1993, S. 8.

<sup>2</sup> Das wurde vom Bundesgericht zu Recht festgestellt, darf aber nicht dahin missverstanden werden, dass ein gemischter Vertrag nur dann vorliegen könnte, wenn der Preis für den Boden und der Lohn für die Erstellung des Bauwerks in einem Gesamtpreis zusammengefasst sind. Die Vereinbarung eines derartigen Gesamtpreises schliesst zwar das Vorliegen von zwei getrennten Verträgen aus, bildet umgekehrt aber keine notwendige Voraussetzung für die Annahme eines Mischvertrages (vgl. BGE 117 II 264 f. = BR 1992, S. 96, Nr. 160).

<sup>3</sup> Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 193; Wiegand/Brunner, Recht 1993, S. 7.

<sup>4</sup> Kritisch: Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 193.

<sup>5</sup> Z.B. BGHZ 74, S. 206; 60, S. 364; BGH BauR 1982, S. 493 ff.; Hochstein, in FS Locher, Düsseldorf 1990, S. 77 ff.

<sup>6</sup> Vgl. Schumacher, a.a.O., S. 246, Nr. 631; Medicus, Kaufvertrag und Werkvertrag, JuS 1992, S. 276.

<sup>7</sup> Gerade umgekehrt aber verhält sich die Rechtslage, wenn die vom Verkäufer übernommene Arbeit eine bloss untergeordnete Nebenleistung (allenfalls nur eine Reparaturarbeit oder «Nachtragsarbeit») darstellt, die an der kaufrechtlichen Behandlung des ganzen Vertrages nichts zu ändern vermag. In diesem Fall ist der Vertrag kein Mischvertrag; und die Gewährleistungspflicht des Verkäufers untersteht ausschliesslich dem Kaufvertragsrecht, weshalb die werkvertragliche Mängelhaftung überhaupt nicht zur Anwendung kommt.

<sup>8</sup> Ob die Holzfassaden bei Vertragsabschluss bereits ausgeführt waren oder nicht, lässt sich dem besprochenen Entscheid nicht entnehmen.

folge hat er dem Kläger gegenüber für die fraglichen Mängel des Hauses gemäss Art. 367 ff. OR einzustehen.

## 2. Würdigung

Das Ergebnis, zu dem das Bundesgericht gelangt, vermag unter den gegebenen Umständen zu überzeugen, wobei im einzelnen die folgenden Punkte anzumerken sind:

a. In Bestätigung der Vorinstanz hat das Bundesgericht angenommen, dass die von den Parteien vereinbarte Abtretung der Gewährleistungsansprüche sich nur auf *das Nachbesserungsrecht und das Recht auf Ersatz von Mangelfolgeschäden* bezog.<sup>9</sup> Diese restriktive Auslegung der Abtretungsklausel, die hinter deren Wortlaut («*alle bestehenden Garantie-Verpflichtungen*») zurückbleibt, wurde im rapportierten Entscheid nicht näher begründet. Jedenfalls aber entband sie das Bundesgericht von der Prüfung der Frage, ob auch das Wandelungs- und das Minderungsrecht abtretbare Mängelrechte sind, was zu verneinen wäre<sup>10</sup>.

b. Tritt ein Unternehmer eigene Mängelrechte an seinen Besteller ab, so geschieht dies im Normalfall unter gleichzeitiger Freizeichnung des Unternehmers, dessen Mängelhaftung gegenüber dem Besteller wegbedungen wird. Für den vorliegenden Fall kam das Bundesgericht jedoch zum Schluss, dass mit der Abtretung *keine Freizeichnung des Beklagten* verbunden war. Folglich blieb der Beklagte dem Kläger gegenüber gewährleistungspflichtig und deshalb (bei gegebenen Voraussetzungen) auch verpflichtet, allfällige Mängel des Hauses auf Verlangen des Klägers zu beseitigen. Daraus aber ergab sich die Frage, wie sich das durch *Abtretung erworbene* Nachbesserungsrecht des Klägers zu seinem *eigenen* Nachbesserungsrecht gegenüber dem Beklagten verhielt. In sinngemässer Anwendung des Art. 467 Abs. 2 OR hat das Bundesgericht entschieden, dass der Kläger sich nur subsidiär an den Beklagten halten konnte, primär also auf das abgetretene Nachbesserungsrecht gegenüber Handwerkern des Beklagten verwiesen blieb.

c. Richtig ist, dass sich in Fällen der vorliegenden Art (Abtretung ohne Freizeichnung) eine sinngemässe Anwendung des Art. 467 Abs. 2 OR rechtfertigt, sofern die Parteien keine abweichende Vereinbarung getroffen haben. In analoger Anwendung des Art. 467 Abs. 2 OR darf der Unternehmer, der sein eigenes Nachbesserungsrecht (das Nachbesserungsrecht gegenüber seinen eigenen Handwerkern) abgetreten hat, die von ihm verlangte Beseitigung eines Mangels so lange verweigern, bis vom Besteller ergebnislos versucht wurde, das ihm abgetretene Nachbesserungsrecht geltend zu machen.<sup>11</sup> Doch kann er vom Abtretungsempfänger nicht verlangen, dass dieser das durch Abtretung erworbene Recht auf dem Klageweg durchsetzt.<sup>12</sup> Ausserdem entfällt das Verweigerungsrecht des Unternehmers, soweit der Zessionar aus Gründen, die ihm nicht anzulasten sind, ausserstande ist, das erworbene Nachbesserungsrecht entweder überhaupt oder in zumutbarer Weise zu verfolgen. Das letztere gilt auch dann, wenn der Zedent, anders als im vorliegenden Streitfall, die betreffenden Gründe nicht zu vertreten hat.<sup>13</sup>

d. Eine andere Frage ist, ob durch die Abtretung des Nachbesserungsrechts *die Freiheit des Bestellers, zwischen Nachbesserung, Minderung und Wandelung zu wählen* (Art. 368 OR), be-

schränkt wird. Diese Frage blieb im rapportierten Entscheid des Bundesgerichtes unbeantwortet. Richtigerweise ist sie zu verneinen, sofern die Parteien nicht etwas anderes verabredet haben. Mangels anderer Abrede bleibt der Besteller daher frei, bei gegebenen Voraussetzungen seinen Werkvertrag mit dem Unternehmer zu wandeln oder die dem Unternehmer geschuldete Vergütung herabzusetzen, ohne dass er zunächst gehalten wäre, das ihm abgetretene Nachbesserungsrecht geltend zu machen.

## IV. Die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge und deren Beweis

Ein weiterer Einwand, mit dem der Beklagte seine Haftung bestritt, bezog sich auf die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge. Der Beklagte machte geltend, die am 24. Februar 1986 erfolgte Rüge der Mängel sei zu spät erfolgt, weil der Kläger die Mängel nicht sofort nach ihrer Entdeckung (Art. 370 Abs. 3 OR) angezeigt habe.

### 1. Die Erwägungen des Bundesgerichts

Zu diesem Einwand des Beklagten hat das Bundesgericht die folgenden Erwägungen (S. 147 ff.) angestellt:

a. Aufgrund des angefochtenen Urteils ist *unklar, ob der Kläger die gerügten Mängel bereits am 17. Januar oder irgendwann zwischen dem 17. Januar und dem 24. Februar 1986 entdeckt hat*. Im ersten Fall wäre die am 24. Februar erfolgte Mängelrüge verspätet erhoben worden. Im zweiten Fall aber müsste festgestellt werden, wann genau die Mängel entdeckt wurden, um beurteilen zu können, ob die Rüge rechtzeitig geschah. Da auch die Akten keine Anhaltspunkte enthalten, welche die erforderliche Ergänzung des Sachverhaltes erlauben würden (Art. 64 Abs. 2 OG), bleibt bei dieser unklaren Sachlage nichts anderes übrig, als das angefochtene Urteil der Vorinstanz aufzuheben «und die Streitsache zur allfälligen Vervollständigung des

<sup>9</sup> Das werkvertragliche *Nachbesserungsrecht* ist zwar ein Gestaltungsrecht, das sich aber in sinngemässer Anwendung der Bestimmungen über die Forderungsabtretung (Art. 164 ff. OR) vom Berechtigten auf einen Dritten übertragen lässt. Demgegenüber handelt es sich beim *Recht auf Ersatz von Mangelfolgeschäden* um eine Forderung, auf deren Abtretung die Regeln der Art. 164 ff. OR unmittelbar zur Anwendung kommen. Zu betonen bleibt indes, dass sich diese abtretbare Forderung immer nur auf Ersatz von Mangelfolgeschäden richtet, der dem ursprünglich Berechtigten selbst (also nicht dem Zessionar) entstanden ist oder entstehen wird. Denn der Forderungsberechtigte kann nicht mehr (oder andere) Rechte abtreten, als er selber hat. Das wird im besprochenen Entscheid des Bundesgerichtes nicht ausdrücklich gesagt, versteht sich aber von selbst.

<sup>10</sup> BGE 114 II 247; *Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 1781; beachte aber auch Nr. 1782.

<sup>11</sup> Ob die Verpflichtung des Unternehmers, die verlangte Nachbesserung vorzunehmen, für so lange gestundet oder nur deren Klagbarkeit ausgeschlossen ist, mag hier offenbleiben. Das Bundesgericht hat sich auf S. 146 für eine Stundung ausgesprochen und dabei vor allem auch auf Weber (N 137 Einleitung und Vorbemerkungen zu Art. 68–96 OR) berufen, der jedoch beide Möglichkeiten in Betracht zieht.

<sup>12</sup> Vgl. *Gautschi*, Berner Kommentar, N 7c zu Art. 467 OR (sinngemäss).

<sup>13</sup> Vgl. zum Ganzen auch *Ingenstau/Korbion*, VOB, Verdingungsordnung für Bauleistungen, Kommentar, 11. Aufl., N 83 zu 13 VOB/B.

Sachverhaltes und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen: Dabei wird die Vorinstanz zu beachten haben, «dass ein Mangel erst mit dessen zweifelsfreier Feststellung entdeckt ist (BGE 107 II 175 E. 1a)».<sup>14</sup> Ausserdem gelten, was die Beweislast angeht, die folgenden Grundsätze:

b. Zwar obliegt es dem Unternehmer, «zu behaupten, das Werk sei infolge verspäteter Mängelrüge genehmigt worden (BGE 107 II 54)». «Die Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge liegt jedoch nach der allgemeinen Regel beim Besteller (BGE 107 II 176; *Gauch*, Werkvertrag, S. 413 Rz 1581). Entgegen der Auffassung von *Bucher* (ZSR 1983 II 343) ist die Verspätung der Rüge nicht eine rechtshindernde, sondern ihre Rechtzeitigkeit eine rechtsbegründende Tatsache. Die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge gehört zu den Anspruchsvoraussetzungen, die vom Besteller zu beweisen sind (*Honsell*, Schweiz. Obligationenrecht, Besonderer Teil, S. 201). Das Erfordernis sofortiger Mängelrüge gemäss Art. 370 Abs. 3 OR unterscheidet sich von andern Verwirkungsfristen des Gesetzes nur dadurch, dass die Frist nicht absolut, d.h. z.B. in einer bestimmten Anzahl von Tagen angegeben, sondern durch einen auslegungsbedürftigen Begriff umschrieben wird. Für die Einhaltung einer Verwirkungsfrist trägt jedoch stets der das Recht Ausübende die Beweislast (*Kummer*, N 151 und 312 ff. zu Art. 8 ZGB).»

c. «Liegt die Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge beim Besteller, so gehört dazu (im Rahmen des Art. 370 Abs. 3 OR)<sup>15</sup> auch der Nachweis, wann er den gerügten Mangel entdeckt hat (BGE 107 II 176; a.M. *Gauch*, a.a.O., S. 413, Rz 1581). Die Entdeckung eines Mangels ist eine innere Tatsache, von der im allgemeinen nur der Besteller selbst Kenntnis hat. Er hat deshalb den Nachweis zu erbringen, in welchem Zeitpunkt dies der Fall war. Wendet demgegenüber der Unternehmer ein, der Besteller habe den gerügten Mangel schon früher entdeckt, so hat der Unternehmer seinerseits seine Behauptung zu beweisen (*Kummer*, N 316 zu Art. 8 ZGB).»

## 2. Würdigung

a. Abgesehen von der Frage der Beweislastverteilung sind die Erwägungen des Bundesgerichts im wesentlichen zutreffend.<sup>16</sup> Jedenfalls trifft es zu, dass eine Rüge geheimer Mängel, die der Kläger erst fünf Wochen nach der Entdeckung erhoben hätte, nach Massgabe des Art. 370 Abs. 3 OR verspätet wäre.<sup>17</sup> Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass dem Besteller, dem die Rüge obliegt, eine kurze «Erklärungsfrist» zusteht<sup>18</sup>, wie das Bundesgericht jetzt ausdrücklich und zu Recht festhält (S. 148).<sup>19</sup>

Zutreffend sind sodann auch die gerichtlichen Erwägungen zum Zeitpunkt, in dem der Besteller einen Mangel im Sinne des Art. 370 Abs. 3 OR «entdeckt». Beizufügen bleibt höchstens, dass zur Entdeckung eines Werkmangels nicht nur die Kenntnis des vertragswidrigen Zustandes (z.B. eines Mauerrisses) gehört, sondern auch die Erkenntnis, dass dieser Zustand vertragswidrig und damit ein Mangel im Rechtssinne ist.<sup>20</sup>

b. Problematisch sind dagegen die Erwägungen des Bundesgerichts zur Beweislastverteilung. Sie vermögen einer kritischen Nachprüfung nicht in jeder Hinsicht standzuhalten. Zunächst melden sich grundsätzliche Bedenken, und zwar in zweifacher Hinsicht:

– Erstens vertritt das Bundesgericht die Auffassung, die rechtzeitige Mängelrüge sei eine *rechtsbegründende Tatsache*. Das aber trifft nicht zu, da die Mängelrechte sich bei Ablieferung eines mangelhaften Werkes unmittelbar an den Tatbestand des Werkmangels knüpfen.<sup>21</sup> Folglich ist die rechtzeitige Rüge keine (zusätzliche) Voraussetzung für die Entstehung der Mängelrechte, sondern eine *rechtserhaltende Tatsache*.<sup>22</sup> Es handelt sich um eine Erklärung, durch die sich der Besteller die Mängelrechte offenhält, indem er durch die rechtzeitige Rüge verhindert, dass der Unternehmer von seiner bereits bestehenden «Haftpflcht» befreit wird (vgl. Art. 370 Abs. 1 OR).

– Zweitens stützt das Bundesgericht sich auf den *Lehrsatz*, dass für die Einhaltung einer Verwirkungsfrist stets derjenige die Beweislast trägt, der das angeblich verwirkte Recht ausübt.<sup>23</sup> Dieser Lehrsatz ist aber keineswegs unbestritten. Vielmehr gibt es eine verbreitete, vom Bundesgericht jedoch unerwähnte Gegenmeinung, wonach die Verwirkung zu beweisen hat, wer sich darauf beruft.<sup>24</sup>

Diese *Gegenmeinung* vermag als Grundsatz zu überzeugen. Sie entspricht schon der allgemeinen Maxime, wonach der «Rechtsfortbestand des als erzeugt ausgewiesenen Rechts bis zu seiner jetzigen Ausübung ... nicht zu beweisen» ist<sup>25</sup>. Ausserdem besteht die Verwirkungsfolge im Untergang eines bereits entstandenen Rechts; deshalb sind Sachumstände, wel-

<sup>14</sup> «Der Besteller muss», wie das Bundesgericht ausführt, «vom Mangel solche Kenntnis erlangt haben, dass er eine genügend substantiierte Rüge erheben kann (*Tercier*, La partie spéciale du Code des Obligations, S. 334 Rz 2572 und 2574)». «Bei Mängeln, die nach und nach zum Vorschein kommen, weil sie in ihrer Ausdehnung oder Intensität wachsen, genügen dafür noch nicht die ersten Anzeichen. Es ist vielmehr erforderlich, dass der Besteller die Bedeutung und Tragweite dieser Mängel erfassen kann (*Gauch*, Werkvertrag, S. 411 Rz 1573; im gleichen Sinne *Giger*, N 7 zu Art. 200 OR). Die strengen Rügevorschriften würden sonst dazu führen, dass der Besteller bereits jede Bagatellerscheinung anzeigen muss, um nicht für den Fall einer ungünstigen weiteren Entwicklung seiner Mängelrechte verlustig zu gehen. Bei nach und nach zum Vorschein kommenden Mängeln darf deshalb eine Entdeckung erst angenommen werden, wenn der ernsthafte Charakter des Zustandes deutlich wird.»

<sup>15</sup> Klammersausdruck vom Verfasser.

<sup>16</sup> Beachte aber die Anm. 2 und 3 zu Nr. 108 auf S. 47 f. dieses Heftes.

<sup>17</sup> Zu streng dagegen BGE 107 II 176 f., den das Bundesgericht auf S. 148 zitiert. Kritisch zum zitierten Entscheid: *Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 1571 f.

<sup>18</sup> *Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 1571.

<sup>19</sup> Offengelassen in BGE 107 II 177 (= BR 1982, S. 17 f., Nr. 15).

<sup>20</sup> *Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 1573.

<sup>21</sup> Mit der Ablieferung eines mangelhaften Werkes wandelt sich die Forderung des Bestellers auf Leistung (Herstellung und Ablieferung) eines mangelfreien Werkes in der Weise um, dass an die Stelle dieser Forderung die Mängelrechte des Art. 368 OR treten (vgl. BGE 100 II 32 f.; ZWR 1989, S. 346; *Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 1721). Das (verschuldensabhängige) Recht auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens aktualisiert sich allerdings erst, wenn ein Mangelfolgeschaden überhaupt eintritt.

<sup>22</sup> Vgl. BGE 107 II 437 (= BR 1983, S. 15 f., Nr. 6).

<sup>23</sup> Z.B. *Kummer*, Berner Kommentar, N 151 und 312 zu Art. 8 ZGB, worauf das Bundesgericht sich beruft.

<sup>24</sup> Vgl. *Spiro*, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band II, 426, S. 1144 und dort Zitierte; *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 6. Aufl., Düsseldorf 1990, Nr. 2024 und dort (unter Anm. 10) Zitierte.

<sup>25</sup> *Kummer*, Berner Kommentar, N 156 zu Art. 8 ZGB.

che diese Folge auslösen, rechtsvernichtende Tatsachen<sup>26</sup>, für die nach allgemeiner Regel beweispflichtig ist, wer den Untergang des Rechts behauptet<sup>27</sup>.

c. Da die Verteilung der Beweislast «eine *angemessene Verteilung des Beweisrisikos* anstrebt», muss sie sich «diesem Zwecke unterordnen».<sup>28</sup> Das ist ein selbstverständliches Postulat, das auch dann gilt, wenn es um die *Verwirkung der Mängelrechte durch verspätete Mängelrüge* geht. Im Hinblick auf eine angemessene Verteilung des Beweisrisikos rechtfertigt sich diesbezüglich eine differenzierte Beweislastverteilung:

- Auszugehen ist vom richtigen Grundsatz, wonach die Verwirkung eines Rechtes beweisen muss, wer sich darauf beruft. Doch rechtfertigt es sich, die Beweislast teilweise umzukehren. Um den Unternehmer, der die Verspätung der Mängelrüge behauptet, von unlösbaren Beweisschwierigkeiten zu befreien, hat der *Besteller* zu beweisen, wann der fragliche Mangel (erstmalig) gerügt wurde. Der *Unternehmer* hingegen bleibt beweispflichtig dafür, dass die für den betreffenden Zeitpunkt nachgewiesene Mängelrüge zu spät erfolgte. Irgendeinen Grund, ihn auch von diesem Nachweis zu befreien, gibt es nicht.<sup>29</sup> Das aber bedeutet für den Anwendungsbereich des Art. 370 Abs. 3 OR:
- Die Beweislast dafür, dass die vom Besteller nachgewiesene Rüge nicht sofort nach der Entdeckung des Mangels erhoben wurde, liegt beim Unternehmer.<sup>30</sup> Vom Besteller dagegen ist zu verlangen, dass er die Behauptung des Unternehmers, die Sofortfrist sei verpasst worden, substantiiert bestreitet. Deshalb hat der Besteller substantiiert darzulegen, er habe den gerügten Mangel so spät entdeckt, dass das Erfordernis der *sofortigen* Rüge erfüllt ist.<sup>31</sup> Am Unternehmer liegt es dann, die Darlegung des Bestellers zu widerlegen, indem er deren Unrichtigkeit beweist.
- Im Unterschied zum soeben Gesagten verlangt das Bundesgericht vom Besteller, dass er *beweist*, wann er den gerügten Mangel entdeckt hat. Diese Belastung des Bestellers mit dem *Nachweis*, in welchem Zeitpunkt der Mangel von ihm entdeckt wurde, führt erstens zu einer unangemessenen Verteilung des Beweisrisikos. Zweitens widerspricht sie der Lehrmeinung von *Kummer*, auf den das Bundesgericht sich beruft, obwohl *Kummer* an der angerufenen Stelle (N 316 zu Art. 8 ZGB) viel subtiler argumentiert. Und drittens steht sie im Widerspruch zum Satz des Bundesgerichts, wonach der Unternehmer seine Behauptung zu beweisen hat, wenn er einwendet, der Besteller habe den gerügten Mangel schon früher entdeckt. Denn die Beweislast für ein und dieselbe Tatsache (hier: den Zeitpunkt der Mangel-Entdeckung) kann nur bei der einen oder der andern Partei, nicht bei *beiden* Parteien (zunächst beim Besteller und dann beim Unternehmer) liegen. Das ergibt sich aus dem Wesen der Beweislast, welche die Folgen der Beweislosigkeit regelt.

## V. Die Verjährung der Mängelhaftung; Beginn der Verjährung

Eine Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz hätte sich erübrigt, wenn die Haftung des Beklagten für die Mängel der Holzfassaden verjährt gewesen wäre. Der Beklagte, der sich auf

die Verjährung berief, vertrat die Auffassung, «die unstrittig anwendbare fünfjährige Verjährungsfrist von Art. 371 Abs. 2 OR habe bereits am 1. Oktober 1982 zu laufen begonnen; das Stühnebegehren vom 2. November 1987 habe deshalb die Verjährung nicht mehr unterbrechen können» (S. 149).

### 1. Die Erwägungen des Bundesgerichts

Nachdem vor Bundesgericht unstrittig war, dass die Verjährung der fünfjährigen Frist des Art. 371 Abs. 2 OR unterlag, hatte das Bundesgericht sich nur noch mit dem Beginn der Verjährungsfrist zu befassen. Zu diesem Streitpunkt enthält der rapportierte Entscheid die folgenden Erwägungen (S. 149):

a. «Gemäss Art. 371 Abs. 2 OR beginnt die Verjährungsfrist bei unbeweglichen Bauwerken «mit der Abnahme des Werkes zu laufen. Von dieser gesetzlichen Regel kann zwar durch vertragliche Vereinbarung abgewichen werden.» Im vorliegenden Fall ist dies aber nicht geschehen. Zwar hatten die Parteien *vereinbart*, dass «Nutzen und Schaden» auf den 1. Oktober 1982 *übergehen soll*. Darin ist jedoch «nach dem Vertrauensprinzip keine zeitliche Festlegung des Beginns der Verjährungsfrist für allfällige Mängel zu erblicken». Denn «der kaufrechtliche Übergang des Nutzens kann auch eintreten, ohne dass die Baute schon vollendet und eine Abnahme erfolgt ist».

b. Somit bleibt es dabei, dass Art. 371 Abs. 2 OR zur Anwendung kommt, auch was den Verjährungsbeginn angeht. Diese Bestimmung aber stellt auf den *tatsächlichen Zeitpunkt der Abnahme* ab, nicht auf einen vereinbarten Fertigstellungstermin. Dass der Beklagte vertraglich verpflichtet war, das Wohnhaus auf den 1. Oktober 1982 fertigzustellen, ist daher unbeachtlich. Dazu kommt ein weiteres:

«Nach den Feststellungen der Vorinstanz war das Haus entgegen der vertraglichen Vereinbarung am 1. Oktober 1992 noch nicht fertig erstellt. Ausstehend waren noch Leistungen im Werte von mehr als Fr. 48000.–.» «Zur Ablieferung und Abnahme eines Werkes gehört jedoch auch dessen Vollendung (*Gauch*, Der Werkvertrag, S. 27 Rz 95). Davon kann unter den gegebenen Umständen keine Rede sein», weshalb die Verjährung am 1. Oktober 1982 noch nicht zu laufen begann und der Verjährungseintritt von der Vorinstanz zu Recht verneint wurde.

### 2. Würdigung

a. Die Erwägungen des Bundesgerichts zur Frage der Verjährung verdienen *Zustimmung*. Die Haftung des Beklagten für

<sup>26</sup> Anders, aber ohne nähere Begründung: *Kummer*, Berner Kommentar, N 151 zu Art. 8 ZGB.

<sup>27</sup> Vgl. *Kummer*, Berner Kommentar, N 160 zu Art. 8 ZGB.

<sup>28</sup> *Kummer*, Berner Kommentar, N 123 zu Art. 8 ZGB.

<sup>29</sup> Vgl. zum Ganzen und zu weiteren Differenzierungen: *Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 1564 f.

<sup>30</sup> Behauptet der Unternehmer, dass es sich in Wirklichkeit gar nicht um einen geheimen Mangel im Sinne des Art. 370 Abs. 3 OR handelt, so trägt er auch hierfür die Beweislast (*Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 1564/1581).

<sup>31</sup> Ähnlich: *Kummer*, Berner Kommentar, N 316 zu Art. 8 ZGB, der jedoch mehr als «nur» eine substantiierte Darstellung verlangt.

die Mängel der Holzfassaden unterlag den Bestimmungen des Werkvertragsrechts und damit der fünfjährigen Verjährungsfrist des Art. 371 Abs. 2 OR, auch wenn die Fassaden bei Vertragsabschluss bereits errichtet waren.<sup>32</sup>

Diese Verjährungsfrist begann nach der dispositiven Regel des Art. 371 Abs. 2 OR mit der Abnahme des Werkes zu laufen. Eine von Art. 371 Abs. 2 OR abweichende Abrede war von den Parteien nicht getroffen worden und auch nicht darin zu erblicken, dass die Parteien den Übergang von «Nutzen und Schaden» auf den 1. Oktober 1982 verlegt hatten. Nach zutreffender Vertragsauslegung des Bundesgerichts bezog sich diese Vereinbarung nur auf den kaufrechtlichen Teil des Vertrages, ohne die Verjährung der werkvertraglichen Mängelhaftung zu berühren.

b. Die «Abnahme», welche die Verjährungsfrist des Art. 371 Abs. 2 OR auslöst, setzt die Vollendung des Werkes voraus, wie das Bundesgericht im rapportierten Entscheid erneut<sup>33</sup> und zu Recht bestätigt. Kommt Art. 371 Abs. 2 OR auf die werkvertragliche Haftung bei einem gemischten Grundstück-/Werkvertrag zur Anwendung, so gehören zum «Werk» auch die bei Vertragsabschluss bereits errichteten Gebäudeteile, für deren Mängelfreiheit der Verkäufer ebenfalls nach Werkvertragsrecht haftet. Mangels anderer Vereinbarung werden die betreffenden Gebäudeteile als Bestandteil des ganzen Hauses abgenommen, weshalb auch ihre Abnahme die Vollendung des ganzen Hauses voraussetzt.

Im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht den Beginn der werkvertraglichen Mängelhaftung per 1. Oktober 1982 verneint, weil es im damaligen Zeitpunkt an der Vollendung des Hauses in seiner Gesamtheit fehlte. Das ist dem Gesagten zufolge auch dann richtig, wenn die Holzfassaden, um deren Mängel es ging, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits ausgeführt waren<sup>34</sup>.

c. Ein weiterer Punkt, der den Verjährungsbeginn betrifft, blieb im rapportierten Entscheid unerörtert. Aus dem publizierten Sachverhalt nämlich ergibt sich, dass der Beklagte sich um die am 1. Oktober 1982 noch ausstehenden Arbeiten überhaupt nicht mehr kümmerte, weshalb der Kläger in einem spätem Zeitpunkt auf deren nachträgliche Leistung verzichtet hat. Obwohl das Urteil des Bundesgerichts sich darüber ausschweigt, dürfte es sich bei diesem Verzicht um eine Verzichtserklärung nach Art. 107 Abs. 2 OR gehandelt haben. Jedenfalls aber stellt sich die vom Bundesgericht unbeantwortete Frage, wann unter den gegebenen Voraussetzungen die Verjährung der Mängelhaftung zu laufen begann. Da der einschlägige Sachverhalt im behandelten Entscheid bloss rudimentär geschildert ist, lässt sich hierauf eine nur allgemeine Antwort geben:

Wird ein Werkvertrag vor der Vollendung des Werkes, aber ex nunc aufgelöst, ist das bis zur Auflösung errichtete Werk hinsichtlich der Mängelhaftung dem vollendeten Werke gleichzustellen.<sup>35</sup> Die Verjährungsfrist für die Mängelhaftung beginnt alsdann mit der Auflösung des Werkvertrages oder (wo eine solche erforderlich ist) mit der körperlichen Übertragung des unvollendeten Werkes zu laufen<sup>36</sup>, sofern sich aus dem Inhalt des Vertrages nicht etwas anderes ergibt. Das gilt sinngemäss auch für den Fall, da ein aus Grundstückskauf und Werkvertrag gemischtes Vertragsverhältnis vorliegt.

<sup>32</sup> Vgl. Anm. 8.

<sup>33</sup> Vgl. bereits BGE 115 II 458.

<sup>34</sup> Vgl. Anm. 8.

<sup>35</sup> Vgl. BGE 116 II 453 (= BR 1991, S. 97, Nr. 156).

<sup>36</sup> Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 1778.