

BGer 4C.433/2005 vom 20. April 2006

Bundesgericht, 2006-04-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.433_2005

FR: TF 4C.433/2005 du 20 avril 2006

IT: TF 4C.433/2005 del 20 aprile 2006

Regeste

Generalunternehmervertrag; Mängel; Kündigung | Vertragsrecht

Erwägungen

E. 1

Das Handelsgericht hat in tatsächlicher Hinsicht im Wesentlichen ausgeführt, dass die Klägerin vertraglich die Hinterfüllung der erdberührten Aussenwände mit einer Geröllschicht von 40 cm Stärke, Noppen-Folien und Drainflex-Rohre zugesichert habe. Von dieser Verpflichtung sei die Klägerin ohne Zustimmung der Beklagten abgewichen. Einerseits sei nur ca. 40% des Mauerwerkes mit Geröll und der Rest mit Erdmaterial hinterfüllt worden. Andererseits habe die Beklagte auf die Verwendung der Noppen-Folien und Drainflex-Rohre verzichtet. Die ausgeführte Lösung sei daher qualitativ nicht gleichwertig. In rechtlicher Hinsicht hielt das Handelsgericht fest, dass das Werk an einem Mangel leide, weil die vertraglich zugesicherten Eigenschaften beim erstellten Werk fehlten. Sowohl das Fehlen der Geröllschicht auf ca. 60% der Aussenmauer als auch das Fehlen der Noppen-Folien und der Drainflex-Rohre sei als mangelhafte Werkerstellung zu qualifizieren. Zwar hätten die Parteien in Ziff. 7.2.1 des GU-Vertrages vereinbart, dass die Klägerin unter bestimmten Voraussetzungen zu "kleinen Änderungen am Projekt" berechtigt sei. Die hier zu beurteilenden Abweichungen vom Vertrag - keine Geröllhinterfüllung auf ca. 60% der Aussenmauer und weder Noppen-Folien noch Drainflex-Rohre - seien jedoch nicht als "kleine Änderungen" im Sinn der genannten Bestimmung zu bezeichnen, und die Änderungen seien weder notwendig noch zweckmässig gewesen. Da die Klägerin bei der Ausführung der Bauarbeiten einen Mangel gesetzt habe, das Vorliegen des Mangels nach erfolgter Mahnung bestritten und eine Beseitigung des Mangels abgelehnt habe, seien die Beklagten ohne Einhaltung einer Nachfrist zur Auflösung des Vertrages berechtigt gewesen. Für den Fall, dass die Beklagten den Vertrag ohne Schadloshaltung der Klägerin kündigen dürften, hätten die Parteien in einem Teilvergleich verbindlich festgelegt, dass die Beklagte der Klägerin nichts mehr schulde und die Klägerin den Beklagten den im voraus festgesetzten Betrag von Fr. 200'000.-- zu bezahlen habe. Die Klägerin rügt diese Begründung in verschiedener Hinsicht als bundesrechtswidrig. Namentlich macht sie geltend, dass die Beklagten nicht zum Rücktritt vom Vertrag gemäss Art. 366 Abs. 1 OR berechtigt gewesen seien. Vielmehr sei ihnen lediglich die Möglichkeit offen gestanden, ihr - der Klägerin - gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR Frist zur Verbesserung unter Androhung der Ersatzvornahme anzusetzen. Der gleichwohl erklärte Rücktritt sei daher als Vertragsrücktritt mit Schadloshaltung des Unternehmers im Sinn von Art. 377 OR zu verstehen.

E. 2

Die Parteien haben ihren GU-Vertrag der SIA-Norm 118 unterstellt. Für die hier in erster Linie interessierende Frage der vorzeitigen Beendigung des Werkvertrages verweist die Norm auf die gesetzlichen Bestimmungen, namentlich Art. 97, Art. 107, Art. 119 und Art. 366 OR (Art. 183 SIA-Norm 118). Auch für die Möglichkeit des Rücktritts mit Schadloshaltung verweist die Norm auf die gesetzliche Regelung von Art. 377 OR (Art. 184 SIA-Norm 118). Da die SIA-Norm 118 keine Spezialbestimmungen in Bezug auf die Auflösung des Vertrages vor der Ablieferung des Werkes aufgrund einer mangelhaften Erfüllung des Unternehmers vorsieht, sind die hier zu beurteilenden Rechtsfragen ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt der Art. 366 und Art. 377 OR zu prüfen (nicht publ. E. 5 von BGE 126 III 320).

E. 2.1

Gemäss Art. 366 Abs. 1 OR kann der Besteller - ohne den Lieferungstermin abzuwarten - vom Vertrag zurücktreten, wenn der Unternehmer das Werk nicht rechtzeitig beginnt, wenn dieser die Ausführung in vertragswidriger Weise verzögert oder wenn er mit der Ausführung ohne Schuld des Bestellers so sehr im Rückstand ist, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist. Nach dem Wortlaut des Gesetzes bezieht sich diese Rücktrittsmöglichkeit auf den Verzug des Unternehmers. Nach Art. 366 Abs. 2 OR ist der Besteller nach Ablauf einer angemessenen Frist zur Mängelbeseitigung zur Ersatzvornahme berechtigt, wenn sich während der Ausführung des Werkes eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung durch Verschulden des Unternehmers bestimmt voraussehen lässt. Nach dem Wortlaut des Gesetzes bezieht sich die Möglichkeit der Ersatzvornahme auf den Fall der mangelhaften oder sonst vertragswidrigen Erstellung des Werkes. In der Literatur ist umstritten, ob das Recht des Bestellers auf Ersatzvornahme bei mangelhafter oder vertragswidriger Erstellung des Werkes gemäss Art. 366 Abs. 2 OR abschliessend ist, oder ob dem Besteller entsprechend den Regeln zum Verzug gemäss Art. 366 Abs. 1 OR auch die Möglichkeit zur Kündigung des Vertrages einzuräumen ist. Das Bundesgericht hat sich unlängst mit den kontroversen Lehrmeinungen eingehend auseinandergesetzt und entschieden, dass das Recht auf Ersatzvornahme weitere Rechtsbehelfe nicht ausschliesst; vielmehr steht dem Besteller auch die Möglichkeit zum Rücktritt vom Vertrag gemäss Art. 366 Abs. 1 OR offen, wenn die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR erfüllt sind (BGE 126 III 230 E. 7a/bb S. 234 f. mit zahlreichen Hinweisen auf die in der Literatur vertretenen Meinungen). Dieser Entscheid ist in zustimmendem Sinn kommentiert worden (Pierre Tercier, Baurecht 2000, S. 140).

E. 2.2

Vor dem Hintergrund der erwähnten Rechtsprechung ist im Folgenden zu prüfen, ob im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für die Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR erfüllt sind und ob bei Vorliegen dieser Voraussetzungen in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 1 OR auch der Rücktritt vom Vertrag erklärt werden kann. Das Recht auf Ersatzvornahme steht dem Besteller nach Art. 366 Abs. 2 OR unter drei Voraussetzungen zu (vgl. dazu Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996, Rz. 872 ff.).

E. 2.2.1

Zunächst ist erforderlich, dass sich eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung des Werkes während der Ausführung bestimmt voraussehen lässt. Nach den Feststellungen der Vorinstanz hat die Klägerin die vertraglich übernommene Verpflichtung, die Hinterfüllung der erdberührten Aussenwände mit einer Geröllschicht von 40 cm Stärke,

Noppen-Folien und Drainflex-Rohre auszuführen, verletzt. Ohne Zustimmung der Beklagten hat sie einerseits nur ca. 40% der Mauerwerkes mit Geröll und den Rest mit Erdmaterial hinterfüllt; zudem hat sie auf die Verwendung der im Werkvertrag vorgesehenen Noppen-Folien und Drainflex-Rohre verzichtet. Weiter hat die Vorinstanz verbindlich festgestellt, dass die ausgeführte Lösung im Vergleich zur vertraglich eingegangenen Verpflichtung qualitativ nicht gleichwertig ist; die gegenteilige Behauptung der Klägerin, die geforderten Instandstellungsarbeiten seien nach den Feststellungen des Gutachters nicht notwendig, ist eine unzulässige Kritik an den Sachverhaltsfeststellungen (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG), auf die nicht einzutreten ist. Aufgrund der verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz ergibt sich ohne Weiteres, dass dem Werk eine vereinbarte Eigenschaft fehlt, so dass es sich als mangelhaft erweist. Soweit die Klägerin dem Handelsgericht vorwirft, die Mangelhaftigkeit aufgrund eines blossen Vergleichs zwischen dem Wortlaut des Baubeschriebs und den Eigenschaften des ausgeführten Werkes abgeleitet zu haben, scheint sie zu übersehen, dass sich der Werkmangel nicht nur aufgrund der Abweichung vom Baubeschrieb, sondern insbesondere auch aufgrund der gutachterlichen Erkenntnis ergibt, dass die ausgeführte Lösung in qualitativer Hinsicht nicht den vereinbarten Eigenschaften entspricht. Auch die Voraussetzung, dass die mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung des Werkes im Verlauf der Erstellung bestimmt voraussehbar sein muss, ist im vorliegenden Fall erfüllt. Die Klägerin hat mit ihrem Schreiben vom 29. Januar 2001, in welchem sie unter Hinweis auf Ziff. 6 des Schreibens vom 24. Januar 2001 festgehalten hatte, es habe "keine Einigung über das weitere Vorgehen hinsichtlich der Entwässerung" gefunden werden können, zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht gewillt war, die Bauten mit mängelfreier und vertragskonformer Hinterfüllung und Entwässerung abzuliefern. Insbesondere kann ihrer Auffassung nicht gefolgt werden, sie habe unter Hinweis auf die Änderungsklausel in Ziff. 7.2.1 des GU-Vertrages zum Ausdruck gebracht, dass sie gewillt und bereit gewesen sei, die bereits ausgeführte Hinterfüllung zur Zufriedenheit der Beklagten zu ändern. Gemäss der erwähnten Änderungsklausel bezieht sich die Befugnis zur Leistungsänderung nur auf "kleine Änderungen", die sich während der Bauausführung als "notwendig" oder "zweckmässig" erweisen. Dazu hat das Handelsgericht zutreffend festgehalten, es liege weder eine "kleine Änderung" vor, weil eine Geröllschicht mit Drainflex-Rohren das Wasser besser ableite als blosses Erdmaterial, noch sei die ausgeführte Hinterfüllung "notwendig" bzw. "zweckmässig" gewesen.

E. 2.2.2

Für die Berechtigung zur Ersatzvornahme ist sodann auch die zweite Voraussetzung erfüllt, dass dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Abhilfe angesetzt worden ist, und zwar verbunden mit der Androhung der Ersatzvornahme. Einerseits haben die Beklagten der Klägerin mit Schreiben vom 25. Januar 2001 eine Frist bis zum 29. Januar 2001 angesetzt, um sich zur umstrittenen Hinterfüllung und Entwässerung zu äussern. Damit wurde zwar nicht eine Frist zur Mängelbehebung, sondern - im Sinne einer mildereren Massnahme - eine Frist zur Erklärung der Leistungsbereitschaft angesetzt. Wenn sich die Klägerin innert Frist nicht bereit erklärt, ein mängelfreies und vertragskonformes Werk abzuliefern, darf ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass sie auch nicht zur - an sich geschuldeten - Mängelbehebung innert angemessener Frist bereit gewesen wäre. Insbesondere kann sich die Klägerin auch nicht darauf berufen, dass sie frei entscheiden könne, in welchem Zeitpunkt bis zur vereinbarten Bezugsbereitschaft am 28. September 2001 ein allfälliger Mangel beseitigt werde. Wenn der Unternehmer innert Frist keine Bereitschaft zur

Lieferung eines mängelfreien und vertragskonformen Werkes erklärt, ist davon auszugehen, dass der mit Bestimmtheit vorauszusehende Mangel bis zur Ablieferung nicht behoben wird. Andererseits haben die Beklagten im Schreiben vom 25. Januar 2001 den Rücktritt vom Vertrag (Art. 366 Abs. 1 OR) - als von der Rechtsprechung zur Verfügung gestellte Alternative zur Ersatzvornahme (Art. 366 Abs. 2 OR) - angedroht. Der Einwand der Klägerin, diesem Schreiben fehle es an der erforderlichen Klarheit und Eindeutigkeit, ist nicht überzeugend. Mit dem mittels Unterstreichung hervorgehobenen Hinweis, die Fristansetzung bis am 29. Januar 2001 gelte als "Erklärung im Sinne von Art. 107 OR ", haben die Beklagten mit ausreichender Deutlichkeit zu verstehen gegeben, dass bei fehlender Bereitschaft zur Mängelbehebung eine Kündigung des Vertrages in Betracht gezogen werde.

E. 2.2.3

Schliesslich wird von der Klägerin nicht in Frage gestellt, dass sich eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung des Werkes "durch Verschulden des Unternehmers" abzeichnet habe.

E. 2.3

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zutreffend davon ausging, dass die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR erfüllt waren, was den Beklagten nach der Rechtsprechung die Möglichkeit eröffnet, gestützt auf Art. 366 Abs. 1 OR entschädigungsfrei vom Vertrag zurückzutreten. Die gegenteilige Auffassung der Klägerin, dass die von den Beklagten abgegebene Erklärung gemäss Art. 377 OR als Rücktritt gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers zu qualifizieren sei, ist nicht zutreffend.

E. 3

Aus diesen Gründen ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.