

natürliche Kausalität im Sinne überwiegender Wahrscheinlichkeit bereits feststeht.^{8,9}

Im Ergebnis haben sich die Gerichte im vorliegenden Fall jedenfalls danach ausgerichtet, dass der strikte Beweis des rechtmässigen Alternativverhaltens erst relevant wird, wenn die natürliche Kausalität im Sinne überwiegender Wahrscheinlichkeit bereits feststeht: Die Architektin hatte einge-

wendet, dass ihr pflichtgemässes Einschreiten gegen den Abbruch der Grundmauern nicht verhindert hätte, dass die Grundmauern letztlich ohnehin hätten abgerissen werden müssen. Wenn das Gericht nun zulasten der Architektin einen *strikten* Beweis verlangt hätte (also einen Nachweis im Sinne von BGE 131 III 115 E. 3.3 S. 120, dass gar keine irgendwie geartete *Möglichkeit* bestand, die Grundmauern zu «retten»), hätte sich die Architektin wohl nicht entlasten können, denn eine absolute bautechnische Unmöglichkeit war die «Rettung» der Grundmauern wohl kaum. Dagegen erachteten es die Gerichte offenbar als ausreichend, dass die Architektin Zweifel an der von der Bauherrschaft geltend gemachten hypothetischen Kausalität wecken bzw. wachhalten konnte¹⁰ und dass diese Zweifel von der Bauherrschaft dann nicht widerlegt wurden. Es wurde von der Architektin also kein strikter Nachweis verlangt. Es reichte, dass sie den von der Bauherrschaft zu erbringenden Beweis der natürlichen Kausalität erschüttern konnte, indem sie (in den Worten des BGE 130 III 321 E. 3.3 S. 325) eine «Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten könnte», aufzeigte, welche eine «massgebende Rolle spielte» und «vernünftigerweise in Betracht fiel».

⁸ R. H. WEBER/S. EMMENEGGER, Berner Kommentar, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, 2. Aufl., Bern 2020, N 410 zu Art. 97; vgl. BGE 4A_87/2019 vom 2. September 2019, E. 4.1.3.2: «Erst wenn ein Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden in einem gewissen Mass erstellt ist, kann sich die Frage einer Beweislastumkehr stellen – so im Rahmen des rechtmässigen Alternativverhaltens, für das die Beweislast beim Schädiger liegt (BGE 131 III 115 E. 3.1 S. 119 mit Hinweisen).»; Eine andere Erklärung für die (vermeintlich) widersprüchliche Beweislastverteilung geben F. KRAUSKOPF/D. ZELLWEGGER, Unterlassungen als Haftungsursache, in: Fellmann/Weber, HAVE 2019, Zürich 2019, S. 78: «Während bei der Annahme einer haftungsbegründenden Unterlassung in erster Linie vom Geschädigten zu beweisen ist, der Schaden wäre bei Vornahme der gebotenen Handlung nicht eingetreten, obliegt beim Anknüpfen an ein Tun umgekehrt dem Schädiger der Nachweis, der Schaden wäre auch bei Vornahme der gebotenen (rechtmässigen) Handlung eingetreten, um sich von der Haftung befreien zu können. Im Unterschied zur hypothetischen Kausalität bei der Unterlassung gilt hinsichtlich des Einwands des rechtmässigen Alternativverhaltens das Regelbeweismass der vollen Überzeugung. [...] Die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen erlangt also Bedeutung sowohl in Bezug auf die Beweislast als auch das Beweismass.»

⁹ In casu nicht relevant war, dass der strikte Nachweis des rechtmässigen Alternativverhaltens auch in all jenen Fällen notwendig ist, wo die Kausalität einer Unterlassung gesetzlich vermutet wird, was im Resultat wohl bei der Tierhalterhaftung nach Art. 56 OR der Fall ist.

¹⁰ Ein Gegenbeweis besteht darin, den Hauptbeweis dadurch zu vereiteln, dass «beim Richter Zweifel an der Richtigkeit der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Sachbehauptungen» wachgehalten werden (BGE 120 II 393 E. 4b S. 396 f.; BGE 115 II 305 S. 305).

Übermässigkeit der Kosten der Nachbesserung

Eine Nachbesserung kann nach Art. 368 Abs. 2 OR nur verlangt werden, wenn sie «dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht». Der vorliegende Fall gab dem Bundesgericht die Gelegenheit, seine Rechtsprechung zu diesem Thema zu präzisieren.

Selon l'art. 368 al. 2 CO, il n'est possible d'obliger l'entrepreneur à réparer l'ouvrage que «si la réfection est possible sans dépenses excessives». La présente affaire a donné l'occasion au Tribunal fédéral de préciser sa jurisprudence à ce sujet.

Urteil des Bundesgerichts vom 6. August 2020 (4A_78/2020)

Thomas Siegenthaler, Dr. iur., Rechtsanwalt, M.Jur., Fachanwalt SAV für Bau- und Immobilienrecht, Winterthur

zelfirma die Nachbesserung nicht vornahm, machte die Bauherrschaft den Nichterfüllungsschaden in der Höhe der Kosten der Nachbesserung geltend – insgesamt CHF 46 695.55.

Der Fall

(257) Eine Einzelfirma erstellte im Rahmen des Umbaus eines Hauses eine Deckenbeleuchtung, welche den Eindruck eines Sternenhimmels erwecken sollte. Die Kosten für diese Lichtinstallation betragen CHF 13 024.90 (zzgl. MwSt.). Die Bauherrschaft machte später geltend, die Installation sei mangelhaft. Sie verlangte die Nachbesserung. Als die Ein-

Der Entscheid

Die Erwägungen dieses Entscheids wurden bereits in BR/DC 2020, S. 344 ff., Nr. 536, von PETER REETZ dargestellt. Darauf wird verwiesen. Letztlich ausschlaggebend waren folgende Aussagen des Bundesgerichts:

Der Referenzpunkt für das Übermass der Kosten sei das Interesse des Bestellers an der Nachbesserung. Es gehe nicht an, einen Nachbesserungsanspruch alleine gestützt auf das Verhältnis zwischen den Nachbesserungskosten und dem Werklohn entfallen zu lassen, ohne dass der Nutzen des Bestellers an der Nachbesserung überhaupt in die Beurteilung miteinbezogen werde. Das Verhältnis zwischen Werklohn und Nachbesserungskosten könne aber immerhin ein *Indiz* für übermässige Kosten sein, weil in extremen Fällen – in denen die Nachbesserungskosten den Werklohn um ein Mehrfaches übersteigen – die Nachbesserungskosten häufig in einem Missverhältnis zum Nutzen des Bestellers stünden und deshalb übermässig seien. Allerdings dürfe man auch in extremen Fällen nicht ohne Weiteres und unbekümmert um den Nutzen des Bestellers von übermässigen Nachbesserungskosten ausgehen (mit Verweis auf P. GAUCH, Der Werkvertrag, S. 789, Rz. 1753).

In casu führte dies dazu, dass die Klage der Bauherrschaft wegen Übermässigkeit der Nachbesserungskosten abgewiesen wurde, denn angesichts des Umstandes, dass die Kosten der Nachbesserung das Dreifache des Werklohnes ausmachten, bestand ein Indiz übermässiger Nachbesserungskosten. Ausserdem hatte der Unternehmer im erstinstanzlichen Verfahren wiederholt vorgetragen, der Schadenersatzbetrag sei «absurd und total unverhältnismässig» und es sei keineswegs erstellt und bewiesen, dass die defekten Lämpchen wirklich nur ausgewechselt werden könnten, wenn die gesamte Gipsdecke ersetzt werde. Dies führte zu folgender Aussage des Bundesgerichtes: «Die Beschwerdeführer [Bauherrschaft] durften sich vor diesem Hintergrund nicht mit unsubstanzierten Behauptungen und Allgemeinplätzen hinsichtlich ihres Nutzens begnügen, sondern hatten diesen konkret zu beschreiben.» Dies hatten sie nicht in genügender Weise getan.

Die Anmerkungen

Wie das Bundesgericht (in E. 4.8.1) selber darlegt, war seine Rechtsprechung in Bezug auf sogenannte «extreme Fälle» (also wenn die Nachbesserungskosten ein Mehrfaches des Werkpreises betragen) nicht konstant:

- Im Urteil 4C.258/2001 vom 5. September 2002, E. 4.1.3, hielt das Bundesgericht fest, dass alleine der Umstand, dass die Nachbesserungskosten den Werklohn übersteigen, nicht auf übermässige Kosten schliessen lasse. Das Verhältnis der Nachbesserungskosten zu den Baukosten bzw. zum Werklohn sei nicht massgebend.

- Im Urteil 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007, E. 5.1, wiederholte das Bundesgericht dann, dass das arithmetische Verhältnis der Nachbesserungskosten zum vereinbarten Werklohn nicht massgebend sei, wobei es allerdings einen ausdrücklichen Vorbehalt in Bezug auf Extremfälle machte. Als extremer Fall könne zum Beispiel gelten, wenn die Nachbesserungskosten doppelt so hoch seien wie der Werkpreis.
- Im Urteil 4A_307/2010 vom 14. Oktober 2010, E. 2, erzog das Bundesgericht, dass die Frage nach der Richtigkeit eines rein arithmetischen Vergleichs zwischen den Nachbesserungskosten und dem Werkpreis offenbleiben könne. Damit wurde in diesem Urteil die Frage offengelassen, ob in Extremfällen allein auf das Verhältnis zwischen den Nachbesserungskosten und dem vereinbarten Werklohn abgestellt werden dürfe.

Mit dem vorliegenden Urteil 4A_78/2020 vom 6. August 2020 wird nun klargestellt, dass es immer auf das Interesse des Bestellers an der Nachbesserung ankomme – auch in sogenannten Extremfällen. Immerhin bestehe in einem solchen Extremfall aber ein *Indiz* dafür, dass die Nachbesserungskosten übermässig seien.

Die Beweislast dafür, dass die Nachbesserungskosten übermässig sind, trägt der Unternehmer, welcher die Nachbesserung des mangelhaften Werkes unter Berufung auf übermässige Kosten verweigert (E. 4.8.4¹). Und hier lag dann auch die Auswirkung des vom Bundesgericht aus dem vorliegenden Extremfall abgeleiteten Indizes für die Übermässigkeit der Nachbesserungskosten: Der Umstand, dass die geltend gemachten Nachbesserungskosten ein Vielfaches des Werklohnes betragen, in Verbindung mit der Tatsache, dass der Unternehmer den Nutzen der Bauherrschaft an der Nachbesserung in diesem Umfang im erstinstanzlichen Prozess bestritten hatte, führte gemäss Bundesgericht dazu, dass es nun Sache der Bauherrschaft gewesen wäre, ihren Nutzen an der beantragten Nachbesserung substantiiert darzulegen. Oder mit anderen Worten: Obwohl die Beweislast für die Übermässigkeit der Nachbesserungskosten beim Unternehmer lag, liess man bei dieser Ausgangslage (Extremfall als Indiz der Übermässigkeit) genügen, dass der Unternehmer einen adäquaten Nutzen im Prozess bestritten hatte, sodass es nun die Bauherrschaft war, welche im Sinne eines Gegenbeweises einen diese Kosten überwiegenden Nutzen der beantragten Nachbesserung hätte substantiiert darlegen müssen.

¹ Mit Verweis auf BGer 4C.265/2003 vom 24. Februar 2004, E. 3.2.