Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

4C.258/2001 /bre

Urteil vom 5. September 2002

I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichterinnen und Bundesrichter Walter, Präsident,
Corboz, Klett, Rottenberg Liatowitsch, Nyffeler,
Gerichtsschreiber Mazan.

Parteien
X._____ AG,
Beklagte und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Bruno Pellegrini, Bahnhofstrasse 67, Postfach 183,
8622 Wetzikon,

gegen

Y._____ AG,
Z._____ AG,
Klägerinnen und Berufungsbeklagte, beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Franz P. Oesch, Pestalozzistrasse 2,
9000 St. Gallen.

Gegenstand
Werkvertrag; Nachbesserungsanspruch,

Berufung gegen den Entscheid des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen vom 18. Mai 2001.

Sachverhalt:

A.
Am 20./23. Januar 1986 schlossen die Y._____ AG und die Z._____ AG (die Klägerinnen) mit der X._____ AG (die Beklagte) einen - der SIA-Norm 118 unterstehenden - Werkvertrag ab. Darin verpflichtete sich die Beklagte, das Dach einer Industriehalle mit V̈atec Purz̈u beschichten. Der Werklohn wurde auf Fr. 108'000.– netto festgesetzt. Bei der Halle handelt es sich um eine Stahlkonstruktion mit einem Dach aus 17 ganzen bzw. 34 halben Shed-Rinnen. Der wasserdichte Belag wurde unter Hochdruck vollflächig haftend auf die Blechrinnen aufgespritzt. Die Arbeiten wurden im Herbst 1986 abgeschlossen.

Im Mai 1987 teilten die Klägerinnen der Beklagten mit, dass sich die Beschichtung teilweise auflöse und äbbrösle, worauf die Beklagte 1987 und 1988 Nachbesserungsarbeiten ausführte. Die ursprünglich mit V̈atec Purb̈eschichteten Shed-Rinnen wurden mit N̈uflex, einer feuchtigkeitshärtenden PU-Beschichtung, ausgebessert. Im Schlussbericht der EMPA vom 25. Januar 1990 wurde nach Durchführung einer künstlichen Bewitterung festgehalten, die V̈atec Pur-Beschichtung sei gegen Witterungseinflüsse beständig, wogegen die N̈uflex-Reparaturbeschichtung nur beschränkt witterungsbeständig sei.

Mit einer ersten Klage vom 4. Juli 1990 verlangten die Klägerinnen, die Beklagte habe alle Shedrinnen mit mehr als 5% reparierter Originalbeschichtung neu mit Ÿatec Purżu beschichten; eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, den Minderwert der Werkhalle, mindestens aber Fr. 100'000.– zu bezahlen. Mit Urteil vom 12. Februar 1993 wies das Bezirksgericht St. Gallen das Nachbesserungsbegehren wegen unverhältnismässig hoher Kosten ab, verpflichtete die Beklagte jedoch, als Minderwert der Werkhalle Fr. 120'000.– zu bezahlen. Eine dagegen erhobene Berufung der Beklagten wies das Kantonsgericht St. Gallen mit Urteil vom 24. Februar 1994 ab.

B.
Mit Schreiben vom 20. Juni 1996 rügten die Klägerinnen erneut Mängel an der von der Beklagten angebrachten Beschichtung. Sie führten aus, die Flicke blätterten in grossem Umfang ab, die Beschichtung żerbröseleünd es bildeten sich eingeschlossene Wasserstaus unter der Beschichtung. Ferner zeigten sich bei den eingelagerten Gegenständen in der Halle Feuchtigkeitserscheinungen. Mit Schreiben vom 15. Dezember 1997 forderten die Klägerinnen die Beklagte auf, ëden untauglichen Belag zu entfernen und das Dach fachgerecht neu zu beschichten. Dies wurde von der Beklagten mit Schreiben vom 15. Januar 1998 abgelehnt. Mit Klage vom 4. Februar 1998 beantragten die Klägerinnen im Wesentlichen, sie seien zu ermächtigen, die Sanierung des Daches bei einem Dritten in Auftrag zu geben. Für die zu erwartenden Kosten sei die Beklagte zu verpflichten, einen Vorschuss von Fr. 364'500.– zu bezahlen. Mit Entscheid vom 18. Mai 2001 verpflichtete das Handelsgericht die Beklagte, den Klägerinnen für die Sanierungsarbeiten an der Werkhalle einen Kostenvorschuss von Fr. 180'000.– zu leisten. Dieser sei zurückzuerstatten, wenn und soweit die Arbeiten nicht innerhalb von drei Jahren ab Leistung des Kostenvorschusses ausgeführt und abgerechnet worden
seien. Im Übrigen wurde die Klage abgewiesen, soweit darauf einzutreten war.

C.
Mit Berufung vom 15. August 2001 beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Klage abzuweisen. Die Klägerinnen beantragen die Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten sei.

Eine gegen den Entscheid des Handelsgerichts gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Kassationsgericht des Kantons St. Gallen mit Urteil vom 18. Dezember 2001 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Handelsgericht ging davon aus, dass die Parteien in Art. 6 des Werkvertrages eine zehnjährige (Haltbarkeits-) Garantie vereinbart hätten. Damit habe sich die Beklagte verpflichtet, zehn Jahre für die Dichtigkeit der Beschichtung der Shed-Rinnen einzustehen. Diese Garantiefrist habe anlässlich der Abnahme vom 1. November 1986 zu laufen begonnen und sei am 31. Oktober 1996 abgelaufen. Bei Ablauf der Haltbarkeitsgarantie am 31. Oktober 1996 seien 25 von insgesamt 34 halben Shed-Rinnen undicht gewesen. In Bezug auf diese 25 halben Shed-Rinnen bestehe ein Nachbesserungsanspruch. Da die Nachbesserung mit dem vertraglichen Produkt Ÿatec Purñicht mehr möglich sei, seien die Reparaturen mit dem Produkt Šarnafiläuszuführen. Da die Klägerinnen durch die Neubeschichtung ein Werk erhielten, das eine verlängerte Lebensdauer aufweise, und da mit dem Produkt Šarnafilëin gegenüber Ÿatec Purqualitativ besseres Produkt verwendet werde, hätten sich die Klägerinnen den Mehrwert als Vorteil anrechnen zu lassen. Von den Gesamtkosten für die Sanierung der 25 halben Shed-Rinnen in der Höhe von Fr. 288'600.– habe die Beklagte daher nur Fr. 260'000.– zu bezahlen. Ferner sei zu berücksichtigen, dass die Mängel der Beschichtung der Shed-
Rinnen bereits Gegenstand eines früheren Prozesses zwischen den Parteien gewesen seien. Da die Beklagte damals verpflichtet worden sei, für den Minderwert der Industriehalle Fr. 120'000.– zu bezahlen und seither erst ein Drittel der wahrscheinlichen Lebensdauer des Daches abgelaufen sei, rechtfertige es sich, bei den Reparaturkosten von Fr. 260'000.– für den bereits entschädigten Minderwert Fr. 80'000.– anzurechnen. Da die Beklagte sich geweigert habe, die Neubeschichtung selbst vorzunehmen, und die Klägerinnen daher berechtigt seien, die Arbeiten von einem Dritten ausführen zu lassen, sei die Beklagte verpflichtet, den von ihr zu tragen-

den Anteil der Kosten von Fr. 180'000.– zu bevorschussen.

2.
Die Beklagte verlangt zunächst, das Verfahren sei aus verschiedenen Gründen zur Ergänzung des Sachverhaltes an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 64 Abs. 1 OG).

2.1. Als unbegründet erweist sich dieser Antrag, soweit geltend gemacht wird, die Vorinstanz sei nicht auf ihre Behauptung eingegangen, dass die Wasserinfiltration nicht (nur) auf Mängel an den beschichteten Shed-Rinnen, sondern auf konstruktive Mängel der unbeschichteten Dachfläche zurückzuführen sei.

Ein Unternehmer, der an einem bestehenden Werk Arbeiten ausführt, wird grundsätzlich nicht haftbar für die Mängel, die auf die Arbeit des Vorunternehmers zurückzuführen sind. Die Haftungsbefreiung des Nachfolgeunternehmers setzt indessen voraus, dass er den Mangel der Vorarbeit nicht erkannt hat (Art. 365 Abs. 3 OR) und auch nicht hätte erkennen müssen (PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996, S. 536, insbes. Rz. 2039). Nach den Feststellungen der Vorinstanz hatte die Beklagte offenbar schon im Jahr 1987 Kenntnis von den nunmehr geltend gemachten konstruktiven Mängeln des Daches. Sie wäre deshalb verpflichtet gewesen, die angeblichen Mängel schon damals den Klägerinnen anzuzeigen. Da die Beklagte nicht behauptet hat, rechtzeitig auf die angeblichen Mängel hingewiesen zu haben, bestand für das Handelsgericht kein Anlass, Drittursachen für die Wasserinfiltration zu prüfen, die ohnehin nicht rechtzeitig beanstandet worden wären. Eine Rückweisung des Verfahrens zur Ergänzung des Sachverhaltes nach Art. 64 Abs. 1 OG fällt deshalb ausser Betracht. Wenn aber angebliche konstruktive Mängel an der unbeschichteten Dachfläche - bzw. an der Halle selber - nicht rechtzeitig gerügt worden sind, kann auch keine Rede davon sein,
dass die Vorinstanz den aus Art. 8 ZGB abgeleiteten Beweisführungsanspruch verletzt habe, weil darauf verzichtet worden sei, die behaupteten Drittursachen beweismässig abzuklären.

2.2. Unbegründet ist auch die Meinung der Beklagten, das Verfahren sei zur Sachverhaltsabklärung an die Vorinstanz zurückzuweisen, weil das Handelsgericht nicht abgeklärt habe, wann die Klägerinnen die am 20. Juni 1996 gerügten Mängel entdeckt hätten.

Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass die Parteien eine Garantiefrist von zehn Jahren vereinbart haben. Gemäss Art. 173 Abs. 1 SIA-Norm 118 kann der Bauherr in Abweichung vom Gesetz (Art. 367 und 370 OR) während der Garantiefrist Mängel aller Art jederzeit rügen. Er muss den Mangel nicht sofort geltend machen, sondern darf damit bis zum letzten Moment der Garantiefrist zuwarten. Die Garantiefrist ist auch eine Rügefrist (PETER GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157-190, Zürich 1991, N. 4 zu Art. 173 m.w.H.; in diesem Sinn auch BGE 107 II 172 E. 1c S. 178). Wenn die Mängelrüge während der zehnjährigen Garantiefrist jederzeit erhoben werden kann, bestand für das Handelsgericht keine Veranlassung, sich zum genauen Zeitpunkt der Mängelrüge zu äussern. Damit ergibt sich ohne weiteres, dass auch der Einwand der Beklagten unbegründet ist, die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge sei nicht bewiesen worden. Da die Mängelrüge unbestritten während der Garantiefrist erhoben wurde, ist sie ungeachtet des Zeitpunkts der Entdeckung der Mängel rechtzeitig erhoben worden. Wenn eine Garantiefrist vereinbart wurde, entfällt das gesetzliche Erfordernis der sofortigen Mängelrüge gemäss Art. 370 Abs. 3 OR.

2.3. Für eine Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz zur Ergänzung des Sachverhaltes besteht kein Anlass.

3.

3.1. Weiter macht die Beklagte geltend, die von der Beklagten erhobene Mängelrüge vom 20. Juni 1996 sei nicht genügend substanziiert gewesen.

Über den Inhalt der Mängelrüge enthält weder Art. 163 Abs. 1 SIA-Norm 118 noch Art. 367 Abs. 1 OR eine aussagekräftige Regelung. Rechtsprechung und Lehre gehen davon aus, dass der Mangel, der gerügt werden soll, genau anzugeben ist, so dass der Unternehmer erkennen kann, was an seinem Werk beanstandet wird (BGE

107 II 172 E. 1a S. 175 m.w.H.; GAUCH, SIA-Norm 118, a.a.O., N. 5 zu Art. 163; DERS., Werkvertrag, a.a.O., S. 560). Diesen Anforderungen entspricht die Mängelrüge vom 20. Juni 1996. Einerseits wurde in Bezug auf die Art der Mängel festgehalten, es zeigten sich lange Risse in der Beschichtung, teilweise sei der Belag zerbröselt und teilweise bis aufs Blech abgebaut. Andrerseits wurden die schadhaften Stellen auf der Westseite der Dachhälfte unter Hinweis auf einen beigelegten Plan genau bezeichnet und in Bezug auf die Osthälfte wurde immerhin festgehalten, es seien die gleichen Mangelerscheinungen zu verzeichnen. Diese Rüge war genügend detailliert, so dass sich die Beklagte ein Bild machen konnte, welche Werkteile beanstandet werden.

3.2. Soweit die Vorinstanz weiter festhielt, die Beklagte habe nicht genügend substanziiert, in welcher Weise der von den Klägerinnen applizierte Schaum bzw. die Klebebänder den Schaden vergrössert hätten, ist das angefochtene Urteil ebenfalls nicht zu beanstanden.

Dazu ist zunächst zu bemerken, dass die Vorinstanz unangefochten und zutreffend festgehalten hat, dass die Klägerinnen berechtigt gewesen seien, schadensmindernde Massnahmen zu treffen, nachdem die Beklagte abgelehnt hatte, auch nur geringe Nachbesserungsarbeiten auszuführen. Soweit sich die Beklagte auf die von den Klägerinnen angebrachten Klebebänder bezieht, ist effektiv nicht substanziiert, inwiefern sie negativ auf die Dachbeschichtung eingewirkt haben sollten. Insbesondere ist nicht ersichtlich, inwieweit durch Klebebänder eine chemische Reaktion mit der Beschichtung ausgelöst worden sein sollte. Ähnlich verhält es sich mit der Ausschäumung, die gemäss den Feststellungen der Vorinstanz zwischen den Zugstangen und den Shed-Abschlüssen angebracht worden sei. Wenn nicht die Rinnenbeschichtung - sondern andere Teile der Dachkonstruktion - ausgeschäumt worden waren, ist nicht zu sehen, inwiefern die Ausschäumung negativ auf die Rinnenbeschichtung eingewirkt haben soll.

4.
Im kantonalen Verfahren haben die Klägerinnen einerseits beantragt, dass sie zu ermächtigen seien, das Dach der Werkhalle auf Kosten der Beklagten durch einen Dritten neu beschichten zu lassen. Andrerseits haben sie verlangt, die Beklagte sei zu verpflichten, für die Sanierungsarbeiten - unter Vorbehalt des Nachklagerechts - einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 364'000.– zu leisten. Im Folgenden ist zunächst zu prüfen, ob ein Nachbesserungsanspruch geltend gemacht werden kann (nachfolgend E. 4.1). Anschliessend ist zu prüfen, ob die Beklagten verpflichtet ist, die Kosten für eine allfällige Ersatzvornahme zu bevorschussen (nachfolgend E. 4.2).

4.1. Für die Beurteilung des eingeklagten Nachbesserungsanspruchs ist vorab festzuhalten, dass die Parteien ihren Werkvertrag der SIA-Norm 118 unterstellt haben. Das Gesetz sieht für die Frage, ob ein Nachbesserungsanspruch besteht, keine zwingenden Bestimmungen vor, die von der SIA-Norm 118 abweichen. Die verschiedenen Beanstandungen, die von der Beklagten gegen eine Nachbesserung geltend gemacht werden, sind daher vor dem Hintergrund der Bestimmungen der SIA-Norm 118 zu prüfen.

Gemäss Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 hat der Bauherr (abgesehen vom Schadenersatzrecht nach Art. 171) bei jedem Mangel zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen. Wenn der Unternehmer innerhalb der vom Bauherren angesetzten Frist die Mängel nicht behebt, ist der Bauherr nach seiner Wahl berechtigt, auf der Verbesserung zu beharren, wenn diese im Verhältnis zu seinen Interessen an der Mängelbeseitigung nicht übermässige Kosten verursacht. Der Bauherr kann die Verbesserung statt durch den Unternehmer auch durch einen Dritten ausführen lassen oder sie selbst vornehmen, beides auf Kosten des Unternehmers (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118). Abgesehen von der Mängelbeseitigung kann sich der Bauherr auch auf Minderung (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2 SIA-Norm 118) oder Wandelung (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 3 SIA-Norm 118) berufen. Im vorliegenden Fall ist nur umstritten, ob die Nachbesserung (Ziff. 1) verlangt werden kann. Auf die Möglichkeit der Minderung (Ziff. 2) und Wandelung (Ziff. 3) ist nicht weiter einzugehen.

4.1.1. Die Beklagte widersetzt sich einer Nachbesserung zunächst mit dem Argument, die Klägerinnen hätten bereits im Jahr 1990 in einem ersten Verfahren eine Nachbesserung der Dachbeschichtung eingeklagt. Es sei daher ausgeschlossen, im vorliegenden zweiten Verfahren erneut die Nachbesserung zu verlangen.

Dazu ist zu bemerken, dass das damals zuständige Kantonsgericht im Erstprozess ausdrücklich festgehalten hatte, dass das Dach dicht und die Dachbeschichtung funktionstüchtig gewesen sei. Ein Mangel wurde nur darin gesehen, dass die Beschichtung unästhetisch und die voraussichtliche Lebensdauer unsicher gewesen sei. Da die damals beantragte Nachbesserung unter Berücksichtigung des Umstandes, dass das Dach damals noch dicht war, zu unverhältnismässigen Kosten geführt hätte, wurde im Erstprozess die eingeklagte Nachbesserung abgewiesen und an deren Stelle eine Entschädigung für den Minderwert der Industriehalle in der Höhe von Fr. 120'000.– zugesprochen. Anders verhält es sich im vorliegenden Fall. Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz sind 25 von 34 halben Shed-Rinnen undicht, so dass insofern die Beschichtung nicht mehr funktionstüchtig ist. Dem vorliegenden Prozess liegen somit Mängel zu Grunde, die im Erstverfahren noch nicht zu beurteilen waren. Wenn sich der von den Klägerinnen geltend gemachte Nachbesserungsanspruch auf Mängel bezieht, die während der 10-jährigen Garantiefrist neu eingetreten sind, können diesbezüglich auch neue Mängelrechte geltend gemacht werden.

4.1.2. Ebenfalls unbegründet ist der Einwand der Beklagten, das Handelsgericht habe die von ihr gegen den Nachbesserungsanspruch erhobene Verjährungseinrede zu Unrecht verworfen.

Gemäss Art. 180 SIA-Norm 118 verjähren die Mängelrechte des Bestellers nach Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme des Werkes. Wenn wie im vorliegenden Fall eine Garantiefrist von zehn Jahren vereinbart worden ist, beinhaltet dies auch eine entsprechende Verlängerung der Verjährungsfrist (GAUCH, Werkvertrag, a.a.O., S. 661 f.). Für die Unterbrechung der Verjährung von Nachbesserungsansprüchen gelten die allgemeinen Regeln von Art. 135 ff. OR (GAUCH, SIA-Norm 118, N. 6 zu Art. 180; DERS., Werkvertrag, a.a.O., S. 596 ff.; ALFRED KOLLER, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Auflage, Zürich 1995, S. 146). Als Unterbrechungsgründe sieht das Gesetz einerseits Anerkennungshandlungen von Seiten des Unternehmers vor (Art. 135 Ziff. 1 OR). Dazu zählen Nachbesserungsarbeiten innerhalb der Verjährungsfrist, welche die Verjährung unterbrechen und eine neue Frist gleicher Dauer auslösen (BGE 121 III 270 E. 3c S. 272 m.w.H.; GAUCH, Werkvertrag, a.a.O., S. 596, Rz. 2266, m.w.H.). Andrerseits kann die Verjährung durch qualifizierte Rechtsverfolgung von Seiten des Bestellers unterbrochen werden (Art. 135 Ziff. 2 OR). Für die Verjährung der Nachbesserungsforderung ist die Unterbrechung durch Schuldbetreibung allerdings irrelevant, weil
diese nicht auf dem Betreibungsweg geltend gemacht werden kann (KOLLER, Nachbesserung, a.a.O., S. 146; KLAUS TSCHÜTSCHNER, Die Verjährung der Mängelrechte bei unbeweglichen Bauwerken, Diss. St. Gallen 1996, S. 70 f.).

Im vorliegenden Fall hat die Abnahme des Werkes nach den Feststellungen der Vorinstanz am 1. November 1986 stattgefunden. Angesichts der 10-jährigen Garantie- und Verjährungsfrist wäre die Nachbesserungsforderung am 31. Oktober 1996 verjährt. Die Beklagte hat jedoch einen Verjährungsverzicht bis am 31. Dezember 1997 ausgesprochen. Nachdem sie einen weiteren Verjährungsverzicht abgelehnt hatte, leiteten die Klägerinnen zur Unterbrechung der Verjährung am 18. November 1997 eine Betreibung gegen die Beklagte ein. Die vorliegende Klage wurde am 4. Februar 1998 rechtshängig gemacht. Die Beklagte weist nun zu Recht darauf hin, dass die Verjährung des Nachbesserungsanspruchs durch die Betreibung vom 18. November 1997 nicht unterbrochen worden war. Wie erwähnt kann die Verjährung einer Nachbesserungsforderung nicht durch Schuldbetreibung unterbrochen werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Klägerin zwecks Bevorschussung der Nachbesserungsarbeiten Fr. 364'500.– - mithin einen Geldbetrag - eingeklagt hat. Wenn nämlich der Nachbesserungsanspruch zufolge Verjährung nicht mehr eingeklagt werden kann, muss das Gleiche auch für den daraus abgeleiteten Anspruch auf Bevorschussung der Nachbesserungskosten gelten. Die
Verjährung wurde indessen schon viel früher unterbrochen. Wie den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz entnommen werden kann, führte die Beklagte in den Jahren 1987 und 1988 Nachbesserungsarbeiten aus, nachdem die Klägerinnen Mängel an der Beschichtung beanstandet hatten. In Anwendung von Art. 64 Abs. 2 OG kann unter Hinweis auf das Urteil des Kantonsgerichts im Erstprozess ergänzend festgestellt werden, dass von der Beklagten Nachbesserungsarbeiten bis Ende Oktober 1988 vorgenommen worden waren. Wenn aber davon auszugehen ist, dass bis Oktober 1988 Nachbesserungsarbeiten ausgeführt wurden, die nicht bloss nebensächlich waren, sondern nach der Rechtsprechung als verjährungsunterbrechende Anerkennungshandlungen seitens des Unternehmers zu qualifizieren sind (BGE 121 III 270 E. 3c S. 272), ist die Verjährungsfrist im

Zeitpunkt der Klageeinleitung am 4. Februar 1998 noch nicht abgelaufen.

Die Verjährung ist daher nicht durch Schuldbetreibung (Art. 135 Ziff. 2 OR), sondern durch Nachbesserungsarbeiten während der Garantiefrist unterbrochen worden (Art. 135 Ziff. 1 OR). Im Ergebnis hat das Handelsgericht die Verjährungseinrede der Beklagten zu Recht verworfen.

4.1.3. Weiter macht die Beklagte geltend, dass die Klage hätte abgewiesen werden müssen, weil eine Nachbesserung übermässige Kosten verursache.

Wie Art. 368 Abs. 2 OR sieht auch Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 vor, dass der Nachbesserungsanspruch nur durchgesetzt werden kann, wenn die Verbesserung im Verhältnis zu den Interessen des Bauherren an der Mängelbeseitigung nicht übermässige Kosten verursacht. Rechtsprechung und Literatur gehen übereinstimmend davon aus, dass von übermässigen Kosten dann zu sprechen ist, wenn ein Missverhältnis zwischen den voraussichtlichen Nachbesserungskosten und dem Nutzen besteht, den die Mängelbeseitigung dem Besteller bringt. Das Verhältnis der Nachbesserungskosten zu den Baukosten bzw. zum Werklohn ist nicht massgebend. Bei der Abwägung von Kosten und Nutzen können auf seiten des Bestellers nicht nur wirtschaftliche, sondern auch nichtwirtschaftliche Interessen berücksichtigt werden (BGE 111 II 173 f.; GAUCH, Werkvertrag, a.a.O., S. 1754 ff.; BÜHLER, a.a.O., N 144 zu Art. 368; je mit Hinweisen).

Im vorliegenden Fall liegt auf der Hand, dass die Klägerinnen ein erhebliches Interesse daran haben, dass das Dach ihrer Industriehalle dicht ist. Entgegen der Darstellung der Beklagten handelt es sich dabei selbstverständlich um ein rechtlich geschütztes - und nicht bloss faktisches - Interesse. Der Nachbesserungsanspruch ist ausgewiesen (vgl. E. 4.1.1) und kann auch rechtlich durchgesetzt werden (vgl. E. 4.1.2). Auch der Umstand, dass der Nachbesserungsanspruch am Ende der zehnjährigen Garantiefrist geltend gemacht wird, kann sich nicht zum Nachteil der Klägerinnen auswirken. Wenn ein Unternehmer eine zehnjährige Garantie für ein mangelfreies Werk abgibt, muss er damit rechnen, dass Mängelrechte bis zum Ablauf der Frist geltend gemacht werden. Im Übrigen kann die Beklagte nichts daraus ableiten, dass das angefochtene Urteil erst vier Jahre nach Ablauf der Garantiefrist gefällt wurde. Nicht überzeugend ist ferner das Argument der Beklagten, die Verpflichtung, die Nachbesserungskosten im Umfang von Fr. 180'000.– vorzuschiessen, sei nicht verhältnismässig, nachdem sie im Erstprozess bereits zur Bezahlung eines Minderwertes von Fr. 120'000.– verpflichtet worden sei und der Werklohn lediglich Fr. 108'000.– betragen habe. Allein
der Umstand, dass die Nachbesserungskosten den Werklohn übersteigen, lässt wie erwähnt nicht auf ¨ubermässige Kostenschliessen. Vielmehr sind die Interessen der Klägerinnen an einem dichten Dach zu berücksichtigen, die wie erwähnt als erheblichein zustufen sind. Der von der Beklagten bereits bezahlte Minderwert ist im Übrigen an die zu bevorschiessenden Nachbesserungskosten im Umfang von Fr. 80'000.– angerechnet worden, was von der Beklagten im Quantitativ nicht beanstandet wird. Unzutreffend ist schliesslich auch die Behauptung, das angefochtene Urteil laufe im Ergebnis darauf hinaus, dass die Klägerinnen seit 1986 eine unentgeltliche Dachbeschichtung hätten. Die Beklagte verschweigt, dass nach den Feststellungen der Vorinstanz für die gesamten Nachbesserungsarbeiten mit Kosten in der Höhe von Fr. 392'500.– zu rechnen ist, wobei auf die 25 defekten Shed-Rinnen Kosten in der Höhe von Fr. 288'600.– entfallen.

Insgesamt kann somit festgehalten werden, dass der Vorinstanz kein Ermessensfehler vorgeworfen werden kann, wenn sie festhält, dass unter Berücksichtigung der Interessen der Klägerinnen an einem mangelfreien Werk nicht mit übermässigen Nachbesserungskosten zu rechnen sei.

4.1.4. Schliesslich kritisiert die Beklagte das angefochtene Urteil insoweit, als eine Neubeschichtung mit dem Produkt Šarnafilängeordnet wurde, weil eine Nachbesserung mit dem vertraglichen Produkt Ÿatec Purnicht mehr möglich ist. Dies sei keine Nachbesserung, sondern laufe auf die Erstellung eines neuen Werkes mit dem Produkt Šarnafilhinaus. Geschuldet sei aber nur eine Nachbesserung - und keine Neuherstellung - des Werkes.

Sowohl nach Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 als auch nach Art. 368 Abs. 2 OR ist die Nachbesserungsforderung auf die unentgeltliche Ÿerbesserungdes Werkes gerichtet. Nachbesserung bedeutet grundsätzlich Verbesserung des bestehenden Werkes. Ob im Rahmen der Nachbesserung auch die Erstellung eines neuen

Werkes verlangen werden kann, ist umstritten. Das Bundesgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung festgehalten, dass der Besteller nicht berechtigt sei, die Lieferung eines neuen Werkes zu verlangen (BGE 98 II 118 E. 2 S. 120). In einem jüngeren Entscheid wurde festgehalten, dass der Unternehmer berechtigt sei, anstelle einer Nachbesserung des bestehenden Werkes eine Neuherstellung vorzunehmen, wenn nicht schutzwürdige Interessen des Bestellers entgegenstünden. Ob der Unternehmer gegebenenfalls auch verpflichtet sei, anstelle der Nachbesserung eines bestehenden ein neues Werk zu erstellen, wurde ausdrücklich offen gelassen (Urteil 4C.80/2000 vom 4. April 2001, Erw. 3). In der Literatur wird von einem Teil der Autoren die Meinung vertreten, dass kein Anspruch auf Herstellung eines neuen Werkes bestehe (Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, N. 14 zu Art. 368 OR; Georg Gautschi, Berner Kommentar, N. 4d zu Art. 368
OR). Andere Autoren befürworten - teilweise mit Einschränkungen -, dass mit dem Nachbesserungsanspruch ein neues Werk verlangt werden könne (Gauch, Werkvertrag, a.a.O., S. 478 f.; Koller, Nachbesserung, a.a.O., S. 40 f.; Theodor Bühler, Zürcher Kommentar, N. 120 zu Art. 368; Zindel/Pulver, Basler Kommentar, 2. Auflage, Basel 1996, N. 57 zu Art. 368 OR; Pierre Tercier, Les contrats spéciaux, 2. Auflage, Zürich 1995, S. 440, Rz. 3572). Ein Teil dieser Autoren stützt sich dabei insbesondere auf die deutsche Rechtsprechung, die einen Anspruch auf ein neues Werk ebenfalls bejaht. Dies wird damit begründet, dass die strikte Ablehnung einer Neuherstellung zu sehr auf der begrifflichen Unterscheidung zwischen Ñachbesserungünd Ñeuherstellungbëruhe. Je weiter der Mangel reiche, desto grösser sei der Umfang der Nachbesserung, der gefordert werden könne. Der Anspruch auf umfassende Mängelbeseitigung könne bis zum vollständigen Ersatz der mangelhaften durch eine mangelfreie Leistung reichen, wenn auf andere Art die Mängel nicht beseitigt werden könnten. Nachbesserung, bei der von der ursprünglich erbrachten Leistung nur ein - möglicherweise geringfügiger Rest - verbleibe, gehe häufig nahtlos in Neuherstellung über, wenn auch die letzte
erbrachte Teilleistung ersetzt werden müsse. Zwischen solchen Mängelbeseitigungen bestehe kein wesensmässiger, sondern nur dem Umfang nach ein Unterschied (BGHZ 96/1996, Nr. 14, S. 117 ff.).

Für die Beurteilung der Streitfrage ist vom Grundsatz auszugehen, dass der Besteller kein Recht auf Neuherstellung des mangelhaften Werkes hat. Mit dem Abschluss des Werkvertrages erhält der Besteller Anspruch auf ein mangelfreies Werk. Wenn der Unternehmer ein mangelhaftes Werk abliefert, treten an die Stelle des Erfüllungsanspruchs die Mängelrechte. Unter anderem kann der Besteller die Nachbesserung des mangelhaften Werkes, grundsätzlich aber nicht die Erstellung eines neuen Werkes verlangen (Gauch, Werkvertrag, a.a.O., Rz. 1775; Koller, Nachbesserung, a.a.O., S. 41). Der Grundsatz, wonach der Besteller kein Recht auf Neuherstellung des ganzen Werkes hat, gilt freilich nicht ohne Ausnahme. Wenn die Nachbesserung aus sachlichen Gründen unmöglich, die Neuherstellung eines mangelfreien Werkes aber möglich ist, hat der Besteller das Recht, vom Unternehmer die mögliche Neuherstellung anstatt der unmöglichen Nachbesserung zu verlangen. Einerseits ist zu berücksichtigen, dass der Besteller mit dem Abschluss des Werkvertrages Anspruch auf ein mangelfreies Werk erhält. Wenn das Ziel eines mangelfreien Werkes nur durch Neuherstellung erreicht werden kann, ist diese geschuldet (Bühler, a.a.O., N. 120 zu Art. 368 OR; Koller,
Nachbesserung, a.a.O., S. 41). Andrerseits fällt in Betracht, dass eine umfangreiche Nachbesserung bei weitreichenden Mängeln einer Neuherstellung des Werkes nahe kommen oder sogar gleich gestellt sein kann (Bühler, a.a.O., N. 120 zu Art. 368; Koller, Nachbesserung, a.a.O., S. 41). Auch wenn der Besteller im Rahmen der Nachbesserung ausnahmsweise berechtigt ist, die Neuherstellung des Werkes zu verlangen, bleibt der Unternehmer indessen dadurch geschützt, dass die Neuherstellung nur verlangt werden kann, wenn dadurch nicht übermässige Kosten verursacht werden (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118, Art. 368 Abs. 2 OR). Die Herstellung eines neuen Werkes kann somit verweigert werden, wenn diese im Verhältnis zum Nutzen des Bestellers übermässige Kosten verursacht (Gauch, Werkvertrag, a.a.O., S.479, Rz. 1781; Bühler, a.a.O., N. 121 zu Art. 368; Tercier, a.a.O., S. 440, Rz. 3572).

Im vorliegenden Fall ist die Nachbesserung der Dachbeschichtung mit dem vertraglichen Produkt Ÿartec Purñach den Feststellungen der Vorinstanz objektiv unmöglich. Umgekehrt ist die Neuherstellung eines mangelfreien Werkes - nämlich die Beschichtung mit dem Produkt Šarnafil¤ möglich. Die Klägerinnen sind daher berechtigt, anstelle der Nachbesserung der schadhaften Dachbeschichtung die Neubeschichtung zu verlangen. Wenn das vertragliche Produkt (Vatec pur) nicht mehr verfügbar bzw. für den vereinbarten oder vorausgesetzten Gebrauch nicht brauchbar ist, besteht Anspruch auf Neuherstellung mit einem neuen Produkt (Sarnafil). Selbstverständlich hat sich der Besteller allfällige Vorteile, die er durch das neu zu erstellende Werk erhält, anrechnen

zu lassen. Dazu hat das Handelsgericht verbindlich festgehalten, dass sich die Kosten für die Sanierung von 25 von 34 halben Shed-Rinnen auf Fr. 288'600.– beliefen. Da die Beschichtung mit Ÿarnafilverglichen mit Ÿatec purtechnisch insbesondere in Bezug auf die Lebensdauer weiterentwickelt worden sei, rechtfertige es sich, zur Ausgleichung des Vorteils anstatt der effektiven Kosten von Fr. 288'600.– lediglich Fr. 260'000.– anzurechnen. Im Übrigen wurde bereits ausgeführt, dass
die Neubeschichtung mit Ÿarnafiläuch nicht zu übermässigen Kosten führt (vgl. E. 4.1.3). Insgesamt ist die Auffassung der Vorinstanz, es sei eine Neubeschichtung der 25 halben Shed-Rinnen mit Ÿarnafilgeschuldet, nicht zu beanstanden.

4.2. Nachdem sich ergeben hat, dass das Handelsgericht den Anspruch der Klägerinnen auf eine Neubeschichtung des Daches zu Recht geschützt hatte, ist im Folgenden zu prüfen, wie dieser Anspruch durchgesetzt werden kann.

4.2.1. Der Anspruch auf Nachbesserung - bzw. ausnahmsweise Neuherstellung - eines mangelhaften Werkes begründet eine Pflicht des Unternehmers zu einem Tun. Sofern der zwischen den Parteien abgeschlossene Werkvertrag den gesetzlichen Bestimmungen untersteht, kann sich der Besteller bei Untätigkeit des Unternehmers gestützt auf Art. 98 OR vom Richter zur Ersatzvornahme ermächtigen lassen. Wenn das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien wie im vorliegenden Fall der SIA-Norm 118 untersteht, hat der Bauherr ein Recht auf Ersatzvornahme, ohne dass dazu eine richterliche Ermächtigung nötig wäre (GAUCH, SIA-Norm 118, a.a.O., N. 17 zu Art. 169). Streng genommen erweist sich somit das Rechtsbegehren der Klägerinnen, sie seien zu ermächtigen, das Dach der Werkhalle auf Kosten der Beklagten durch einen Dritten sanieren zu lassen, im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 als unnötig.

4.2.2. Im vorliegenden Fall ist der Anspruch auf Ersatzvornahme indessen ohnehin unbestritten. Umstritten ist nur die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht dem Antrag der Klägerinnen entsprochen hatte, die Beklagte zu verpflichten, den von ihr zu tragenden Anteil der Kosten der Ersatzvornahme in der Höhe von Fr. 180'000.– - zu bevorschussen.

Das Bundesgericht hatte sich noch nie zur Frage zu äussern, ob der Besteller Anspruch darauf hat, dass die Kosten für die Nachbesserung durch einen Dritten vom Unternehmer zu bevorschussen sind (in BGE 126 III 230 wurde die Frage angeschnitten, dann aber offen gelassen [E. 7a/bb, S. 236]). In der Literatur wird teilweise die Meinung vertreten, dass der Richter den Schuldner - beispielsweise den Unternehmer - verpflichten kann, die dem Gläubiger - beispielsweise dem Besteller - anfallenden Kosten der Ersatzvornahme vorzuschiessen. Zur Begründung wird ausgeführt, nach Treu und Glauben sei eher dem Unternehmer, der nicht erfüllt habe, als dem Besteller zuzumuten, die Kosten der Leistungserbringung vorzufinanzieren (im Allgemeinen: ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, Bern 2000, N. 80 zu Art. 98 OR; von TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Auflage, Zürich 1974, S. 91; im Speziellen zum Werkvertrag: GAUCH, Werkvertrag, a.a.O., S. 487, Rz. 1816 f.; TERCIER, a.a.O., S. 441, Rz. 3584; KOLLER, Nachbesserung, a.a.O., S. 165 f.; DERS., Berner Kommentar, N. 571 zu Art. 366 OR; DERS., Mängelbeseitigung durch Ersatzvornahme, in: Haftung für Werkmängel, St. Gallen 1998, S. 19 f.; JÜRG NIKLAUS, Das Recht auf
Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR, Diss. St. Gallen 1999, S. 37). Andere Autoren lehnen dagegen eine Vorschusspflicht bei Ersatzvornahme ohne nähere Begründung ab (im Allgemeinen: EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1998, S. 332; WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 2. Auflage, Basel 1996, N. 7 zu Art. 98 OR; im Speziellen zum Werkvertrag: BÜHLER, a.a.O., N. 73 zu Art. 366 OR; im Speziellen zur zivilprozessualen Ersatzvornahme: MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 627 Fn. 30; VOGEL/SPÜHLER, Grundriss zum Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Zürich 2001, Kap. 15, Rz 35).

Verschiedene Gründe sprechen dafür, von einer Pflicht des Unternehmers auszugehen, die Kosten für die Ersatzvornahme vorzuschiessen. 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 (in diesem Sinn KOLLER, Werkmangel, a.a.O., S. 19). Und drittens hat der Besteller ein evidentes Interesse an der finanziellen Absicherung der Ersatzvornahme, während dem Unternehmer nur eine Pflicht überbunden wird, die er später ohnehin erfüllen müsste. Um den Interessen des Unternehmers angemessen Rechnung zu tragen, ist die Vorschusspflicht aber an bestimmte Modalitäten zu binden. Erstens ist festzuhalten, dass der Besteller in der Verwendung des Kostenvorschusses nicht frei ist. Vielmehr ist der Vorschuss ausschliesslich für die Finanzierung der Ersatzvornahme bestimmt (WEBER, a.a.O., N. 80 zu Art. 98; GAUCH, Werkvertrag,
a.a.O., S. 487; KOLLER, Nachbesserung, a.a.O., S. 166). Zweitens ist der Besteller verpflichtet, nach Abschluss der Ërsatznachbesserung¨uber die Kosten abzurechnen und dem Unternehmer einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten (WEBER, a.a.O., N. 80 zu Art. 80; GAUCH, Werkvertrag, a.a.O., S. 487; KOLLER, Nachbesserung, a.a.O., S. 166). Eine allfällige Nachforderung ist ausgeschlossen, wenn wie im vorliegenden Fall über den Umfang der Nachbesserungsarbeiten im Detail bereits entschieden wurde und insofern eine ëres iudicataövorliegt. Drittens hat der Besteller den gesamten Betrag zurückzuerstatten, wenn er die Nachbesserung nicht innert angemessener Frist vornehmen lässt (KOLLER, Nachbesserung, a.a.O., S. 166).

Aus diesen Gründen kann der Vorinstanz beigepflichtet werden, dass ein Anspruch auf Bevorschussung der Kosten für die Ersatzvornahme besteht. Auch bezüglich der Modalitäten der Bevorschussung ist das angefochtene Urteil nicht zu beanstanden. Das Handelsgericht hat festgehalten, dass die Beklagte einen Kostenvorschuss von Fr. 180'000.– für die Sanierungsarbeiten an der Werkhalle zu bezahlen habe und dass die Klägerinnen den Vorschuss zurückzuerstatten hätten, wenn und soweit die Arbeiten nicht innerhalb von drei Jahren ab Leistung des Kostenvorschusses ausgeführt und abgerechnet worden seien. Damit hat die Vorinstanz klar zum Ausdruck gebracht, dass die Klägerinnen den Vorschuss nur für die genannten Sanierungsarbeiten verwenden dürfen, dass sie über die Kosten abrechnen müssen und dass die Nachbesserung innert angemessener Frist vorgenommen werden muss.

4.3. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Handelsgericht den Anspruch der Klägerinnen auf eine Neubeschichtung der 25 halben Shed-Rinnen zu Recht bejaht hat (vgl. E. 4.1). Zu Recht wurde die Beklagte auch verpflichtet, die Kosten, die dadurch entstehen, dass die Arbeiten von einem Dritten ausgeführt werden müssen, im Umfang von Fr. 180'000.– zu bevorschussen (vgl. E. 4.2). Die Berufung ist daher abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

5.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 OR und Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Berufung wird abgewiesen und der Entscheid des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen vom 18. Mai 2001 bestätigt.

2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 6'000.– wird der Beklagten auferlegt.

3.
Die Beklagte hat die Klägerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren insgesamt mit Fr. 8'000.– zu entschädigen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons St. Gallen schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 5. September 2002
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber: