Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.106/2005 /ruo

Urteil vom 7. Oktober 2005
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterinnen Klett, Rottenberg Liatowitsch,
Gerichtsschreiber Huguenin.

Parteien
X._____ AG,
Klägerin und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Johannes Zuppiger,

gegen

A._____,
Beklagten und Berufungsbeklagten, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Raoul Stampfli,
B._____,
Beklagte und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Max Flückiger.

Gegenstand
Werkvertrag,

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn, Zivilkammer, vom 25. Januar 2005.

Sachverhalt:
A.
Die X._____ AG (Bestellerin) beabsichtigte, ein Fabrikgebäude mit Büros und einer Wohnung zu erstellen. In diesem Zusammenhang schloss sie mit der Kollektivgesellschaft B._____ (Beklagte 2) am 9. Juni 1989 einen Vertrag für Architekturleistungen und am 23. Juli 1991 mit A._____ (Beklagter 1) einen Werkvertrag betreffend sanitäre Installationen. Zu Beginn der im Mai 1991 aufgenommenen Bauarbeiten wurde unter Beizug des geotechnischen Instituts festgestellt, dass das Fundationsniveau ca. 1-1.5 m unterhalb des gemessenen Grundwasserspiegels lag, weshalb empfohlen wurde, den Grundwasserspiegel abzusenken. Am 17. Juni 1991 berechnete die Beklagte 2 die Mehrkosten infolge Grundwasser und unterbreitete der Bestellerin drei Offerten zur Lösung des Problems. Die von der Bestellerin gewählte Variante wurde mit der Grössenordnung von Fr. 294'800.– veranschlagt. Eine entsprechende Zahlung wurde geleistet. Im November 1992 montierte der Beklagte 1 im Inneren des Gebäudes eine Pumpenanlage (zwei Pumpen und einen Pumpenschacht). Bereits im Verlauf des Jahres 1992 wurde der Bau aus finanziellen Gründen eingestellt. Im November 1993 übergab die Beklagte 2 das Gebäude der Bestellerin als Rohbau. Es wurde von der Bestellerin nie
fertiggestellt.
B.
Im Januar 1994 kam es im Untergeschoss des Fabrikrohbaus zu einer Überflutung, nachdem beide vom Beklagten 1 eingebauten Pumpen wegen Verkalkung ausgefallen waren. Die Bestellerin reichte hierauf beim Richteramt Bucheggberg-Wasseramt ein Begehren um vorsorgliche Beweisführung ein. Nach Durchführung eines Augenscheins im Rahmen dieses Verfahrens änderte sie am 4. November 1996 ihre Firma in "Y._____ AG" und trat am 9. Dezember 1996 alle Ansprüche aus Verträgen, die sie im Zusammenhang mit dem geplanten Neubau abgeschlossen hatte, an eine unter der Firma "X._____ AG" (Klägerin) neu gegründete Aktiengesellschaft ab. Die entsprechende Vereinbarung wurde für beide Parteien von derselben Person, der

Alleinaktionärin der Bestellerin und Mehrheitsaktionärin der Klägerin, unterzeichnet. In der Folge wurde über die Bestellerin der Konkurs eröffnet.

C.
Am 6. März 1997 reichte die Klägerin gegen die Beklagten beim Richteramt Bucheggberg-Wasseramt ein Vorladungsbegehren ein und machte ihnen gegenüber unter solidarischer Haftbarkeit Schadenersatzansprüche geltend. Im Verlaufe des Verfahrens bezifferte sie die Forderung auf Fr. 3'098'000.– nebst Zins. Das Richteramt wies die Klage ab. Gleich entschied auf Appellation der Klägerin am 25. Januar 2005 das Obergericht des Kantons Solothurn.
D.
Gegen dieses Urteil hat die Klägerin sowohl staatsrechtliche Beschwerde als auch Berufung erhoben. Mit der Berufung verlangt sie, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Beide Beklagten schliessen im Wesentlichen auf kostenfällige Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten ist.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Nach Art. 57 Abs. 5 OG wird in der Regel die Entscheidung über die Berufung bis zur Erledigung einer staatsrechtlichen Beschwerde ausgesetzt, wenn beide Rechtsmittel ergriffen worden sind. Dieser Grundsatz rechtfertigt sich aus der Erwägung, dass der reformatorische Entscheid im Berufungsverfahren den angefochtenen ersetzt und ein durch einen Bundesgerichtsentscheid ersetztes kantonales Urteil nicht mehr durch eine staatsrechtliche Beschwerde aufgehoben werden kann. Andererseits ist Art. 57 Abs. 5 OG auch damit zu begründen, dass es sich nicht rechtfertigt, in einer Sache materiell eine Rechtsfrage zu entscheiden, wenn das angefochtene Urteil an prozessualen Mängeln leidet oder der Sachverhalt willkürlich festgestellt worden ist (BGE 118 II 521 E. 1a S. 523 mit Hinweisen). Von diesem Grundsatz wird dagegen etwa dann abgewichen, wenn der Entscheid über die staatsrechtliche Beschwerde keinen Einfluss auf die Behandlung der Berufung hat, weil auf die Berufung nicht eingetreten werden kann oder diese selbst auf der Grundlage der mit der staatsrechtlichen Beschwerde kritisierten tatsächlichen Feststellungen gutzuheissen ist (BGE 122 I 81 E. 1 S. 82 f. mit Hinweis). So verhält es sich im vorliegenden Fall.

2.
2.1 Die Klägerin stellte sich im kantonalen Verfahren im Wesentlichen auf den Standpunkt, wenn die Beklagten ihre Arbeiten richtig ausgeführt hätten, und die Bestellerin die wegen des Grundwassers notwendigen Kosten von Anfang an richtig hätte abschätzen können, hätte sie den Bau gar nicht begonnen und nicht ihre gesamten Eigenmittel von über 2 Millionen in einen Rohbau investiert, der infolge des nicht befriedigend gelösten Grundwasserproblems unbrauchbar sei. Die Klägerin rügt mit der Berufung insbesondere eine Verletzung von Art. 8 ZGB sowie diverse offensichtliche Versehen, da sich die Vorinstanz mit der Argumentation der Klägerin zu wenig auseinandergesetzt habe und die diesbezüglich von der Klägerin gestellten Beweisanträge nicht abgenommen habe.
2.2 Ein offensichtliches Versehen liegt nach der Rechtsprechung nur vor, wenn die Vorinstanz eine bestimmte Aktenstelle übersehen oder unrichtig, d.h. nicht in ihrer wahren Gestalt, insbesondere nicht mit ihrem wirklichen Wortlaut wahrgenommen hat (BGE 104 II 68 E. 3b S. 74 mit Hinweis). Erforderlich ist weiter, dass ein solches Versehen den Entscheid beeinflusst (BGE 101 Ib 220 E. 1 S. 222; Poudret/Sandoz-Monod, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Vol. II, Bern 1990, N 5.1 zu Art. 63 OG). Andernfalls hilft die Versehensrüge nicht weiter, insbesondere dann nicht, wenn die Vorinstanz bestimmte Sachverhaltsfeststellungen unterliess, weil sie nach ihrer Rechtsauffassung für den Verfahrensausgang bedeutungslos wären. Ebenso ist der nach Art. 8 ZGB der beweispflichtigen Partei in Zivilstreitigkeiten zustehende bundesrechtliche Anspruch, zum Beweis zugelassen zu werden, auf rechtserhebliche Vorbringen beschränkt (BGE 130 III 591 E. 5.4 S. 601 f.).
2.3 Die Vorinstanz ging davon aus, die Bestellerin habe vom Beklagten 1 Nachbesserung verlangt. Dabei handle es sich um eine unwiderrufliche Gestaltungserklärung. Mit ihrer Argumentation wolle die Beklagte diese Gestaltungserklärung nachträglich in eine Wandelung umdeuten, was nicht zulässig sei. Eine Nachbesserung sei aber nicht mehr möglich, da die Baute inzwischen den Eigentümer gewechselt habe. Damit könne die Klägerin

höchstens noch die Kosten von rund Fr. 11'000.– für die Behebung des Wasserschadens geltend machen. Hält diese Begründung vor Bundesrecht stand, war die Vorinstanz ausser in Bezug auf die Behebung des Wasserschadens von Vornherein nicht verpflichtet, Beweise abzunehmen oder sich mit den Vorbringen der Klägerin näher auseinanderzusetzen. Auf die entsprechenden Rügen der Klägerin ist daher nicht einzutreten, ganz abgesehen davon, dass sie diesbezüglich über weite Strecken Kritik an der Beweiswürdigung der Vorinstanz übt und in unzulässiger Weise von den verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abweicht (vgl. Art. 55 Abs. 1 lit. c OG).
2.4 Die Klägerin beanstandet indessen auch die Begründung der Vorinstanz und bringt vor, sie habe einen Mangelfolgeschaden geltend gemacht. Die Klägerin rügt in diesem Zusammenhang eine Verletzung von Art. 368 OR. Sollte sich diese Kritik als zutreffend erweisen, fehlen wesentliche Grundlagen für den Sachentscheid, da die Vorinstanz aufgrund ihrer allenfalls unrichtigen Rechtsauffassung insoweit keine tatsächlichen Feststellungen getroffen hat. Gegebenenfalls ist eine Rückweisung zur Ergänzung der tatsächlichen Feststellungen nach Art. 64 OG unumgänglich (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 552; Poudret/Sandoz-Monod, a.a.O., N 1.3 und 2.1 zu Art. 64 OG).
2.5 In Bezug auf den Wasserschaden erwog die Vorinstanz, die Beklagten seien dafür nicht verantwortlich, da der Schaden nicht eingetreten wäre, wenn die Pumpen korrekt unterhalten worden wären. Auch diesbezüglich verzichtete die Vorinstanz auf weitere Feststellungen und liess sogar offen, ob überhaupt ein Mangel vorlag. Sollte sich die Argumentation der Vorinstanz als bundesrechtswidrig erweisen, wäre auch diesbezüglich eine Ergänzung des Sachverhaltes notwendig.
3.
3.1 Leidet ein Werk an einem erheblichen Mangel, so steht es dem Besteller grundsätzlich frei, die Verbesserung des Werkes (Nachbesserung), die Auflösung des Vertrages (Wandelung) oder die Herabsetzung des Preises (Minderung) zu verlangen (BGE 116 II 305 E. 3a S. 311; Bühler, Zürcher Kommentar, N. 7 zu Art. 368). Daneben steht ihm bei Verschulden des Unternehmers ein Schadenersatzanspruch zu, jedoch nur, soweit der Schaden durch Minderung, Wandelung oder Nachbesserung nicht ausgeglichen werden kann. Der Schadenersatzanspruch besteht mithin nur für Mangelfolgeschäden (BGE 116 II 454 E. 2a S. 455), die zwar durch den Mangel verursacht sind, über diesen aber hinausgehen (Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, N. 1851 S. 495; Bühler, Zürcher Kommentar, N. 166 ff. zu Art. 368 OR). Art. 368 OR ist dispositiver Natur, so dass abweichende Parteivereinbarungen zulässig sind.

3.2 Wählt der Besteller die Nachbesserung, erlöschen grundsätzlich das Wandelungs- und das Minderungsrecht (vgl. BGE 116 II 305 E. 4a S. 314; Gauch, a.a.O., N. 1836 S. 492). Die Gestaltungserklärung des Bestellers ist grundsätzlich unwiderruflich (Gauch, a.a.O., N. 1835 S. 492; Bühler, Zürcher Kommentar, N. 52 zu Art. 368 OR). Die Lehre geht indessen davon aus, dass dies nur gilt, sofern der Unternehmer die Gestaltungserklärung akzeptiert und es ihm gelingt, den Mangel zu beheben. Bestreitet der Unternehmer die Mangelhaftigkeit des Werkes oder das vom Besteller geltend gemachte Recht auf Nachbesserung, so kann er den Besteller nicht auf seiner Erklärung behaften. Auch können die übrigen Mängelrechte unter Umständen wieder aufleben, namentlich wenn der Unternehmer in Verzug gerät, die Nachbesserung unmöglich wird, oder der Unternehmer ein trotz Nachbesserung mangelhaftes Werk abliefert. Unter diesen Umständen ist der Besteller an seine Gestaltungserklärung nicht gebunden und kann statt der Nachbesserung wieder Wandelung oder Minderung verlangen (Gauch, a.a.O., N. 1842 ff. S. 493; Bühler, Zürcher Kommentar, N. 53 zu Art. 368 OR; Zindel/Pulver, Basler Kommentar, 3. Aufl., N. 62 zu Art. 368 OR).
3.3 Der Inhalt der Nachbesserungsschuld besteht in der unentgeltlichen Beseitigung des Mangels, das heisst in der unentgeltlichen Herbeiführung eines mangelfreien Zustandes (Gauch, a.a.O., N. 1713 f. S. 462; Bühler, Zürcher Kommentar, N. 135 zu Art. 368 OR).
4.
Aufgrund der tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid lässt sich nicht entscheiden, ob die Vorinstanz den Schadenersatzanspruch der Klägerin bundesrechtskonform verneint hat.
4.1 Nach dem Gesagten erfordert die Beurteilung der Frage, ob die Mängelrechte verwirkt sind oder nicht, Kenntnis darüber, ob die Beklagten eine Pflicht zur Nachbesserung anerkannt und ihr nachgelebt haben. Wie es sich damit verhält, führt die Vorinstanz nicht aus. Es lässt sich somit auch nicht entscheiden, ob das Wahlrecht wieder aufleben konnte.
4.2 Die Frage braucht indessen nicht weiter behandelt zu werden. Ausschlaggebend ist, dass nach den in den

Akten liegenden Verträgen (Art. 64 Abs. 1 OG) die Beklagten nicht verpflichtet waren, der Bestellerin den fertigen Bau als solchen abzuliefern.

4.2.1 Nach den Feststellungen der Vorinstanz hatte die Beklagte 2 auch Architekturarbeiten zu leisten. Fest steht ferner, dass sie wegen der aufgetretenen Grundwasserprobleme Mehrkosten berechnet hat, welche von der Bestellerin bezahlt wurden. Ob und gegebenenfalls inwiefern sie vertragsgemäss verpflichtet gewesen wäre, schon bei den ursprünglichen Plänen die Grundwasserproblematik miteinzubeziehen, klärte die Vorinstanz nicht ab. Ob die ursprünglichen Pläne in diesem Sinne mangelhaft waren oder nicht, hat die Vorinstanz nicht bestimmt. Ebenso wenig geht aus dem angefochtenen Urteil hervor, ob die Beklagte 2 die Mehrkosten korrekt berechnet hat. Eine Beseitigung des Mangels bestünde, soweit diesbezüglich überhaupt werkvertragliche Normen zur Anwendung kommen, in der fachgerechten Erstellung der Pläne unter Berücksichtigung des Grundwasserproblems. Der Schaden, bestehend aus den Mehrkosten gemäss den geänderten Plänen, sei es aufgrund pflichtwidriger Ausserachtlassung von Eigenschaften des Baugrundes, sei es aufgrund falscher Berechnung der Mehrkosten, kann durch die Nachbesserung nicht beseitigt werden. Insoweit kommt einzig Schadenersatz in Frage. Einem entsprechenden Anspruch steht die Ausübung des Gestaltungsrechts schon
deshalb nicht entgegen, weil die Bestellerin auf zuverlässige Pläne und Kostenberechnungen angewiesen war, um sich über die Fortsetzung oder den Abbruch ihres Bauvorhabens schlüssig zu werden. In Bezug auf die Beklagte 2 steht die Ausübung des Wahlrechts im Sinne einer Nachbesserung einer Schadenersatzklage für durch falsche Planung entstandene Schäden mithin nicht entgegen, sofern die übrigen Voraussetzungen für die Zusprechung von Schadenersatz erfüllt sind.
4.2.2 Soweit die Vorinstanz festhält, die Klägerin liefere keine Begründung dafür, weshalb der von der Beklagten 2 für die Behebung des Grundwasserproblems aufgestellte Kostenvoranschlag falsch sei, liegt ein offensichtliches Versehen im Sinne von Art. 63 Abs. 2 OG vor. Wie die Klägerin zutreffend darlegt, hat sie sowohl in Ziff. 1.3 ihrer Appellationsbegründung als auch in Ziff. 3 ihres Parteivortrages vorgebracht, dass die von der Beklagten 2 berechnete Lösung in diversen Punkten ungenügend sei. Ob diese Behauptung zutrifft, wird die Vorinstanz abzuklären haben. Zwar kann die Beklagte 2 nicht ohne Weiteres für mangelhafte Arbeiten allfälliger Drittunternehmen haftbar gemacht werden, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt. Dies gilt jedoch nur, soweit der Beklagten 2 keine Pflichtverletzung zur Last fällt, welche ihrerseits zu einer unzulänglichen Werkausführung durch die Drittunternehmer beigetragen hat. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, lässt sich gestützt auf die Feststellungen der Vorinstanz nicht beurteilen.
4.2.3 Aus diesen Gründen wird die Vorinstanz nach Rückweisung der Sache abzuklären haben, ob die Planungsarbeiten der Beklagten 2 mangelhaft bzw. nicht fachgerecht waren. Ist dies zu bejahen, fragt sich, ob der Mangel für den entstandenen Schaden kausal ist, oder ob der Schaden auf Drittursachen zurückzuführen ist, zum Beispiel auf mängelunabhängige Probleme bei der Finanzierung. Schliesslich wird zu prüfen sein, ob die Bestellerin durch ihr Verhalten den Schaden mitverschuldet oder vergrössert hat, sofern sich die Beklagten prozesskonform hierauf berufen haben.
4.3 Auch in Bezug auf den Beklagten 1 genügen die tatsächlichen Feststellungen nicht. Die Vorinstanz hat ausdrücklich offen gelassen, ob das Werk an einem Mangel leidet. Aus ihrem Entscheid geht zwar hervor, dass der Bestellerin Nachbesserung angeboten wurde (Einbau zusätzlicher Pumpen), nicht aber, dass es sich dabei um ein kostenloses Angebot handelte. Soweit die Herstellung des mangelfreien Zustandes für die Bestellerin mit Mehrkosten verbunden war, liegt auch diesbezüglich keine Nachbesserung im eigentlichen Sinne vor. Die Ausübung des Nachbesserungsrechts durch die Bestellerin steht demnach einer Schadenersatzforderung nicht grundsätzlich entgegen, zumal nach dem angefochtenen Urteil infolge der Mehrkosten offenbar überhaupt keine Einigung über die Mangelbeseitigung getroffen wurde. Auch diesbezüglich fehlen indessen tatsächliche Feststellungen und bedarf der Sachverhalt der Ergänzung.
5.
5.1 Was den Wasserschaden vom Januar 1994 anbelangt, nahm die Vorinstanz an, dass dieser auch bei Vorliegen eines Mangels nicht eingetreten wäre, wenn die Bestellerin die Pumpen korrekt unterhalten hätte. Aus diesem Grunde ist ihrer Auffassung nach die Haftung der Beklagten abzulehnen.
5.2 Die Kausalität eines Mangels für den entstandenen Schaden ist zu verneinen, wenn der Schaden auch bei einem mängelfreien Werk eingetreten wäre. Das folgt aus dem allgemein geltenden Grundsatz, dass keine Haftung greift, wenn der präsumtiv Haftpflichtige beweist, dass ein rechtmässiges Alternativverhalten denselben Schaden bewirkt hätte wie das tatsächlich erfolgte rechtswidrige Verhalten. Dogmatisch wird auch vom

Nachweis der fehlenden Kausalität der Unterlassung oder des fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhangs gesprochen (BGE 131 III 115 E. 3.1 S. 119 mit Hinweisen), welchem im Vertragsrecht der Pflichtwidrigkeitszusammenhang entspricht. Dagegen bleibt der natürliche Kausalzusammenhang aufrecht, auch wenn sich der Schaden nur durch das Zusammenwirken von Schädiger und Geschädigtem ereignen konnte.
5.3 Der Kausalzusammenhang wäre demnach nicht gegeben, wenn der Schaden auch bei einem mängelfreien Werk eingetreten wäre. Dass dies der Fall ist, hat die Vorinstanz jedoch nicht festgestellt. Nach dem angefochtenen Urteil zogen die Parteien in Betracht, zur Beseitigung der Mängel zwei zusätzliche Pumpen einzubauen. Unter der Voraussetzung, dass sich diese Massnahme zur Herstellung eines mangelfreien Werks als notwendig erweisen sollte, laufen die Erwägungen der Vorinstanz darauf hinaus, dass sie ein Zusammenwirken von Schädiger und Geschädigtem beim Schadenseintritt unterstellt. Indem sich die Vorinstanz darüber ausschweigt, ob und inwiefern ein Werkmangel vorliegt, liess sie offen, ob das Verhalten der Bestellerin die alleinige Schadensursache darstellt. Damit verkennt sie den bundesrechtlichen Begriff des (natürlichen) Kausalzusammenhangs. Auch insoweit ist eine Rückweisung unumgänglich.
5.4 Hinzu kommt, dass die mangelhafte Wartung dem Verantwortungsbereich der Bestellerin nur zuzurechnen ist, sofern diese um die Notwendigkeit der entsprechenden Wartung wusste. Auch diesbezüglich wäre eine Haftung der Beklagten nur ausgeschlossen, wenn sie entweder keine Pflicht zum Hinweis auf die korrekten Wartungsmodalitäten trifft oder sie diese Pflicht gehörig erfüllt haben. Entsprechende Feststellungen fehlen im angefochtenen Urteil, so dass nicht beurteilt werden kann, ob die Annahme der Vorinstanz, die Beklagten hätten die mangelhafte Wartung nicht zu verantworten, bundesrechtskonform ist oder nicht.
6.
6.1 Mangels genügender tatsächlicher Feststellungen ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Vorinstanz wird zu ermitteln haben, ob die Beklagten ihre vertraglichen Pflichten verletzt haben und ob der Bestellerin daraus der von der Klägerin geltend gemachte Schaden entstanden ist. Weiter wird zu prüfen sein, ob die Bestellerin allenfalls durch ihr Verhalten zur Entstehung oder Vergrösserung des Schadens beigetragen hat. Für den Fall, dass ein Schadenersatzanspruch gegeben ist, wird die Vorinstanz auch die bisher offen gelassene Streitfrage der Legitimation der Klägerin abschliessend zu entscheiden haben.
6.2 Die Berufung erweist sich mithin als begründet. Ob und in welchem Umfang die Klägerin mit ihrer Forderung durchdringt, lässt sich nicht abschätzen. Praxisgemäss werden daher die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte auferlegt und die Parteikosten wettgeschlagen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird gutgeheissen, das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 15'000.– wird zur Hälfte den Beklagten unter solidarischer Haftbarkeit und zur Hälfte der Klägerin auferlegt.
3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Solothurn, Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 7. Oktober 2005
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: