



Kommentar zu: Urteil: [4A_361/2022](#) vom 25. April 2023
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Zum Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft bei einer Biogasanlage

Autor / Autorin

Pascale Becher, Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

brunner.arbitration

In seinem Urteil 4A_361/2022 vom 25. April 2023 bestätigte das Bundesgericht das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern, das die Sachmängelhaftung der Unternehmerin in Bezug auf eine Biogasanlage verneinte. Zwar wies die Biogasanlage bereits drei Jahre nach Inbetriebnahme Korrosionslöcher auf. Allerdings fehlte der Biogasanlage laut Bundesgericht keine nach Treu und Glauben vorausgesetzte Eigenschaft (d.h. korrosionsbeständigerer Stahl).

Sachverhalt

[1] Am 24. Februar 2012 unterzeichneten die B AG (Unternehmerin, Klägerin, Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Unternehmerin) und die A SA (Bestellerin, Beklagte, Beschwerdeführerin, nachfolgend: Bestellerin) einen «Werkvertrag zur Erstellung einer Biogasanlage in U» (nachfolgend: Werkvertrag). Gemäss Werkvertrag beauftragte die Bestellerin die Unternehmerin mit der Planung, Herstellung und Montage einer Biogasanlage. Die Bestellerin verpflichtete sich ihrerseits, den Pauschalpreis von CHF 1'930'140 (exkl. MwSt.) zu zahlen (Sachverhalt Teil A.b).

[2] In Bezug auf die Gewährleistungen der Unternehmerin sieht der Werkvertrag Folgendes vor: «Der Auftragnehmer leistet der Bauherrschaft Garantie: (let. b) <für die einwandfreie Ausführung aller Arbeiten und Lieferungen gemäss diesem Vertrag>, (let. c) <für die Funktion, Leistung und Qualität des Werkes entsprechend den in den Vertragsunterlagen beschriebenen Vorgaben (...)> et (let. d) <für eine einwandfreie Beschaffenheit und insbesondere die richtige Wahl der eingesetzten Materialien und Werkstoffe>». Die Rüge von versteckten Mängeln musste innerhalb von 30 Tagen erfolgen. Die Gewährleistungsfrist für solche Mängel betrug fünf Jahre ab der mechanischen Abnahme des Bauwerks («mechanical completion») (Sachverhalt Teil A.b).

[3] Die Unternehmerin lieferte der Bestellerin das vereinbarte Werk im Februar 2013. Die Biogasanlage wurde eröffnet und in Betrieb genommen (Sachverhalt Teil A.c).

[4] Der Werkpreis sollte in fünf Raten bezahlt werden, wobei die letzte Rate «nach erfolgreichem Probetrieb und Erreichung einer Biogasproduktion von mindestens 50% der vorgesehenen Leistung während 48 Stunden sowie nach Vorliegen der bereinigten und genehmigten Dokumentation» fällig wurde. Die Bestellerin zahlte die ersten vier Raten. Die fünfte Rate von CHF 203'103.70 blieb unbezahlt (Sachverhalt Teil A.d).

[5] Im Juni 2016 sowie am 8. und 12. September 2016 teilte die Bestellerin der Unternehmerin mit, dass die Biogasanlage aufgrund von Korrosionslöchern im äusseren Edelstahlmantel des Fermenters mangelhaft sei und sie die Unternehmerin dafür verantwortlich mache. Die Unternehmerin weigerte sich, zu intervenieren (Sachverhalt Teil A.e).

[6] In der Folge reichte die Unternehmerin beim Handelsgericht des Kantons Bern eine Klage ein. Sie beantragte, dass die Bestellerin zur Zahlung des Restbetrags des Werkpreises von CHF 203'103.70 zuzüglich Verzugszinsen zu 5% zu verurteilen sei. Mit Entscheid vom 20. Juni 2022 verurteilte das Handelsgericht die Bestellerin, der Unternehmerin CHF 203'103.70 zuzüglich 5% Zins zu zahlen (Sachverhalt Teil B).

[7] Die Bestellerin erhob dagegen Beschwerde in Zivilsachen und beantragte die Abweisung der Klage. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab (Sachverhalt Teil C und E. 5).

Erwägungen

[8] Das Bundesgericht hielt fest, dass der aus Art. 368 OR abgeleitete Mangelbegriff dem in Art. 166 der SIA Norm 118 (1997/1991) definierten Mangelbegriff entspreche, der Bestandteil des Werkvertrags sei. Der Mangelbegriff sei der gleiche wie im Kaufvertrag (E. 4).

[9] Das gelieferte Werk sei mangelhaft, wenn es nicht dem vertraglich Vereinbarten entspreche. Der Mangel könne im Fehlen einer ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarten Eigenschaft liegen oder im Fehlen einer Eigenschaft, die der Besteller nach dem Vertrauensprinzip voraussetzen darf. Um festzustellen, ob eine Eigenschaft vereinbart wurde, seien die allgemeinen Grundsätze der Vertragsauslegung anzuwenden, ohne sich auf das zu beschränken, was die Parteien ausdrücklich festgelegt haben. Dadurch könne ermittelt werden, wozu sich der Unternehmer im Einzelfall verpflichtet habe (E. 4).

[10] Die berechtigterweise erwartete Qualität beziehe sich zum einen auf das verwendete Material, das nicht schlechter als die mittlere Qualität sein dürfe (Art. 71 Abs. 2 OR), und zum anderen auf die für den vereinbarten Gebrauch notwendigen oder üblichen Eigenschaften. Das Werk müsse den technischen Anforderungen und dem Zweck entsprechen, für den es der Auftraggeber vorgesehen habe. Falls der Bauherr das Werk für einen anderen als den gewöhnlichen Zweck verwenden wolle, müsse er den Unternehmer informieren. Diese Pflicht bestehe jedoch nicht, wenn der vorgesehene Verwendungszweck üblich sei; das Werk müsse also mindestens den anerkannten Regeln oder einem gleichwertigen Standard entsprechen (E. 4).

[11] Vorliegend seien sich die Parteien einig, dass der obere Mantel des Fermenters aus Stahl gefertigt wurde. Gemäss vorinstanzlicher Feststellung habe die Bestellerin keine Elemente behauptet, aus denen sich ableiten liesse, dass der Mantel aus einem anderen als dem vereinbarten Material gefertigt wurde. Die Vorinstanz habe daher zu Recht einen Mangel ausgeschlossen, der im Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft bestehe (E. 5).

[12] Laut Bundesgericht bleibe daher zu prüfen, inwieweit der Biogasanlage eine Eigenschaft gefehlt habe, welche die Bestellerin nach dem Vertrauensprinzip voraussetzen durfte. Diesbezüglich habe der Sachverständige zusammenfassend festgestellt, dass der verwendete Stahl für eine Dauer von etwa zehn Jahren stabil bleibe und die Wahl der Unternehmerin somit dem Stand der Technik zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung am 24. Februar 2012 entsprochen habe. Zwar hätte – so das Bundesgericht – der gewählte Stahl zehn Jahre lang stabil bleiben sollen, doch der obere Mantel des Fermenters sei nur drei Jahre nach Inbetriebnahme korrodiert. Diese Tatsache spreche für die Version der Bestellerin. Lediglich aufgrund dieser Tatsache könne aber nicht angenommen werden, dass die Vorinstanz das Vorliegen eines Mangels willkürlich verneint hätte. Es sei laut Vorinstanz nämlich möglich, dass eine falsche Einstellung des in die Biogasanlage eingepumpten Sauerstoffs für die vorzeitige Korrosion verantwortlich sei. Die Lektüre der Beschwerde lege nahe, dass die Unternehmerin einen widerstandsfähigeren Stahl hätte vorschlagen müssen. Die Vorinstanz habe jedoch festgestellt, dass die Bestellerin im vorinstanzlichen Verfahren nichts zu diesem Thema vorgebracht hatte und auch in ihrer Beschwerde an das Bundesgericht äussere sie sich nicht zu diesem entscheidenden Aspekt. Folglich habe die Vorinstanz zu Recht entschieden, dass die Bestellerin keine Forderung gegen die Unternehmerin besitze, die sie mit der Forderung auf Zahlung des restlichen Werkpreises verrechnen könnte. Die Beschwerde sei daher abzuweisen (E. 5).

Kurzkomentar

[13] Das Bundesgericht bestätigt im referierten Urteil, dass der kaufvertragliche Mangel und der werkvertragliche Mangel identisch sind (E. 4).^[1] Ein Werkmangel liegt vor, wenn das Werk nicht dem vertraglich Vereinbarten entspricht (E. 4).^[2] Ein Werk ist mit anderen Worten mangelhaft, wenn dem Werk eine zugesicherte Eigenschaft (Mangelvariante 1) oder vorausgesetzte Eigenschaft (Mangelvariante 2) fehlt und somit die Ist-Beschaffenheit des Werkes von dessen vertraglicher Soll-Beschaffenheit abweicht.^[3] Dadurch stellt das Bundesgericht zu Recht implizit

klar, dass die Rechtsnatur der Gewährleistungshaftung entgegen der früher vorherrschenden Auffassung nicht mittels der Gewährleistungstheorie^[4] bestimmt wird, sondern mittels der *Erfüllungstheorie*^{[5]. [6]} Die Gewährleistungshaftung ist somit vertraglicher und nicht gesetzlicher Natur.

[14] Einmal mehr verstrickt sich das Bundesgericht in Widersprüche bei der Analyse, ob ein Werkmangel vorliegt, bzw. der Auslegung des Werkvertrags. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Verträge subjektiv-objektiv auszulegen.^[7] Folglich muss das Gericht den Vertrag zunächst subjektiv auslegen. Unter *subjektiver Auslegung* wird die Ermittlung des wirklichen Parteiwillens mittels empirischer Auslegung (= Rekonstruktion des Parteiwillens) verstanden.^[8] Nur falls das Gericht den tatsächlichen Parteiwillen nicht feststellen kann, soll es den Vertrag laut Bundesgericht objektiv, d.h. nach dem Vertrauensprinzip, in Berücksichtigung aller konkreten Umstände, auslegen. Unter *objektiver Auslegung* (auch objektivierte oder objektivierende Auslegung genannt) versteht man die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens aufgrund des Vertrauensprinzips (= Konstruktion des Parteiwillens).^[9] Die Lehre kritisiert diesen Auslegungsvorgang seit geraumer Zeit.^[10] So ist das vom Bundesgericht favorisierte Vorgehen unpraktikabel, da die Gerichte den tatsächlichen Willen fast nie feststellen können.^[11] Folglich entspricht der ermittelte Parteiwille in den allermeisten Fällen dem hypothetischen Willen.^[12] Weiter legt das Bundesgericht die Verträge nicht konsequent subjektiv-objektiv aus. So betonte das Bundesgericht im besprochenen Urteil, dass es sich bei der Vertragsauslegung nicht auf das beschränken will, was von den Parteien ausdrücklich festgelegt wurde («*sans se limiter à ce qui a été expressément spécifié par les parties*», vgl. E. 4). Zudem hielt es fest, dass die berechtigterweise erwartete Qualität («*La qualité légitimement attendue*», vgl. E. 4) und die notwendigen oder üblichen Eigenschaften («*les propriétés nécessaires ou usuelles*», vgl. E. 4) zur Vertragsauslegung herangezogen werden sollen. Folglich geht der tatsächliche Parteiwille laut Bundesgericht nicht immer dem hypothetischen Parteiwillen vor. Die Abgrenzung zwischen der subjektiven und objektiven Vertragsauslegung ist daher fließend und fordert auch das Bundesgericht heraus.^[13] Vor diesem Hintergrund sollten die Gerichte Verträge rein objektiv auslegen.^[14]

[15] Im Kern drehte sich das vorliegende Urteil um die Frage, ob der Biogasanlage eine vorausgesetzte Eigenschaft (d.h. korrosionsbeständigerer Stahl) fehlte. Das Bundesgericht verneinte wie die Vorinstanz zu Recht diese Frage. Laut Sachverständigem habe der verwendete Stahl dem Stand der Technik bei Vertragsschluss entsprochen. Deshalb hätte der verwendete Stahl etwa zehn Jahre nicht korrodieren sollen. Nur weil der Stahl bereits nach drei Jahren korrodiert ist, kann gemäss Bundesgericht nicht im Umkehrschluss folgen, dass die Biogasanlage mangelhaft war. Denn für den vorausgesetzten Gebrauch bzw. gewöhnlichen Zweck (vgl. E. 4) der Biogasanlage war der verwendete Stahl tauglich bzw. entsprach der vertraglichen Soll-Beschaffenheit. Die Bestellerin hätte mit anderen Worten der Unternehmerin kommunizieren müssen, dass aufgrund des vorausgesetzten Gebrauchs (= anderer Sauerstoffgehalt als üblich) ein widerstandsfähigerer Stahl verwendet werden muss (vgl. E. 4 und 5)^[15] bzw. sich dessen Verwendung versprechen lassen.

[16] Der vorliegende Fall ist mit dem «Orangenfall» vergleichbar, wo das Bundesgericht die Sachmängelhaftung des Orangenverkäufers verneinte.^[16] Auch im «Orangenfall» kam das Bundesgericht zum Schluss, dass den Orangen keine nach Treu und Glauben vorausgesetzte Eigenschaft (d.h. ein höherer Zuckergehalt) fehlte, weil die Verkäuferin aufgrund der Umstände den Verwendungszweck (Fruchtsaftproduktion) nicht kennen musste.

Stud. iur. PASCALE BECHER, Kurzpraktikantin, Walder Wyss AG.

Dr. iur. DARIO GALLI, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

[1] Gl.M. MARKUS VISCHER, Der Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht, recht 2015, S. 1 ff., S. 6; a.M. PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 1353.

[2] Z.B. GAUCH (Nr. 1), Rz. 1355 f.

[3] CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf

2019, Rz. 2597 (Kaufvertrag) und 3158 (Werkvertrag); VISCHER (Nr. 1), S. 4 (Kaufrecht) und 6 (Werkvertrag); ROLF WATTER/CHARLOTTE WIESER, Gedanken zur Minderwert- und Schadensberechnung bei Unternehmensverträgen, in: Matthias Oertle/Matthias Wolf/Stefan Breitenstein/Hans-Jakob Diem (Hrsg.), M&A. Recht und Wirtschaft in der Praxis. Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, S. 149 ff., S. 154 (Kaufvertrag).

[4] Laut der Gewährleistungstheorie ist die Qualität des Gegenstands (Kaufgegenstand bzw. Werk) nicht Gegenstand des Vertrags. Ergo haftet der Verkäufer bzw. Unternehmer nur, wenn er aufgrund einer Wissens- bzw. Vorstellungsausserung für die Mängelfreiheit der Sache extra Gewähr geleistet hat (VISCHER [Nr. 1], S. 1).

[5] Gemäss der Erfüllungstheorie erfüllt der Unternehmer bzw. Verkäufer den Vertrag nicht gehörig, wenn er eine mangelhafte Sache liefert. Ergo haftet der Unternehmer bzw. Verkäufer aufgrund einer (zustimmungsbedürftigen) Willenserklärung vertraglich für die Mängelfreiheit der Sache (VISCHER [Nr. 1], S. 1).

[6] GI.M. YEŞİM M. ATAMER/JAN KÜNG, Haftungsbegrenzung bei kaufvertraglicher Sachgewährleistung, AJP 2021, S. 1093 ff., S. 1095; ALEX NIKITINE/DARIO GALLI, «Officer's Certificates» bei M&A-Transaktionen, in: Hans-Jakob Diem (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XXII, Zürich/Basel/Genf 2021, S. 171 ff., S. 192 f.

[7] Statt vieler: Urteil des Bundesgerichts [4A_535/2021](#) vom 6. Mai 2022 E. 5.1.1 (besprochen von TAMARA ZEITER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Mangelbegriff bei Wohnflächenangaben](#), in: dRSK, publiziert am 4. Mai 2023).

[8] MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Schadensberechnung beim Unternehmenskauf, SZW 2023, S. 256 ff., S. 263.

[9] VISCHER/GALLI (Nr. 8), S. 263.

[10] Z.B. CHRISTOPH MÜLLER, Berner Kommentar, Bern 2018, Art. 18 OR N 70 ff.

[11] FRANZ WERRO, Le point sur la partie spéciale du droit des obligations/Entwicklungen im Obligationenrecht, Besonderer Teil, SJZ 2020, S. 424 ff., S. 428; BK-MÜLLER (Nr. 10), Art. 18 OR N 79 f.; siehe aber Urteil des Bundesgerichts [4A_80/2021](#) vom 9. November 2021, wo die Vorinstanz den wirklichen Parteiwillen feststellen konnte (siehe dazu FRANZ WERRO, Contrat de courtage par actes conclusants – Interprétation subjective et objective – CO 412, Nr. 284, BR 2022, S. 164 f.).

[12] BK-MÜLLER (Nr. 10), Art. 18 OR N 88.

[13] ZEITER/GALLI/VISCHER (Nr. 7), Rz. 13; siehe auch Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich [LB220025](#) vom 29. November 2022, E. III.5.2: «Die Differenz zwischen subjektiver und objektiver Auslegung ist mehr theoretischer Natur und die Übergänge sind fließend.»

[14] GI.M. ANDREA HAEFELI/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, § 1 Anpassung privatrechtlicher Verträge infolge von COVID-19, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), COVID-19, Basel 2020, Rz. 29.

[15] Vgl. E. 5 «Tout dépend des propriétés de celui qui a été sélectionné. Et celles-ci apparaissent suffisantes en la circonstance, la recourante n'ayant pas allégué s'être entendue avec l'intimée pour que la girole résiste à la corrosion durant quinze ou vingt ans, par exemple.»

[16] Urteil des Bundesgerichts [4D_7/2020](#) vom 5. August 2020 (besprochen von DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Zum Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft bei Orangen](#), in: dRSK, publiziert am 16. Juni 2021).

Zitiervorschlag: Pascale Becher / Dario Galli / Markus Vischer, Zum Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft bei einer Biogasanlage, in: dRSK, publiziert am 14. Dezember 2023

