Urteilskopf

100 II 30

7. Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. Januar 1974 i.S. Bucher gegen Hänzi
Regeste (de):
Werkvertrag.

Der Besteller eines mangelhaften Werkes kann sich nicht alternativ auf die allgemeine Schadenersatzklage (Art. 97 f. OR) und die Gewährleistungsansprüche (Art. 367-371 OR) berufen (Erw. 1 und 2).

Regeste (fr):
Contrat d'entreprise.

Le maître ne peut pas, si l'ouvrage est défectueux, faire valoir alternativement l'action en dommages-intérêts générale (art. 97 ss. CO) et l'action en garantie (art. 367-371 CO) (consid. 1 et 2).

Regesto (it):
Contratto d'appalto.

Il commitente di un'opera risultata difettosa non può valersi alternativamente dell'azione di risarcimento del danno (art. 97 ss. CO) e dell'azione di garanzia (art. 367-371 CO) (consid. 1 e 2).

Sachverhalt ab Seite 31

BGE 100 II 30 S. 31

A.- Hänzi, der in Zürich ein Gipsergeschäft führt, schloss am 19. Dezember 1966 mit dem Baukonsortium Büchelring, Zürich, vertreten durch Architekt Bucher, einen Werkvertrag über die Gesamtüberbauung im "Büchelring" in Adliswil. Am 28. März 1968 übertrug ihm Bucher im eigenen Namen gemäss Vertrag vom 19. Dezember 1966 die Gipserarbeiten für das Haus A 3. "Die Ausführung und die Ausmasse" sollten grundsätzlich dem bereits ausgeführten Haus A 1 entsprechen Am 18. Januar 1969 stellte Hänzi Rechnung für Fr. 41 584.97, abzüglich Anzahlungen von Fr. 28 000.–. Bucher bestritt die Restforderung von Fr. 14 139.37, indem er geltend machte, gewisse Arbeiten seien mangelhaft ausgeführt worden, so dass er nach Berücksichtigung des Minderwertes Fr. 7809.42 zuviel bezahlt habe. In der Folge klagte Hänzi gegen Bucher auf Zahlung von Fr. 14 139.37 nebst 5% Zins seit 18. Januar 1969. Der Beklagte machte widerklageweise Fr. 3651.42 (Fr. 7809.42 abzüglich die Versicherungsgarantie von Fr. 4158.–) geltend.

B.- Das Bezirksgericht Zürich hiess die Klage im Teilbetrag von Fr. 9086.15 nebst Zins seit 1. April 1969 gut und wies die Widerklage ab. Auf Berufung des Klägers und Anschlussberufung des Beklagten sprach das Obergericht des Kantons Zürich dem Kläger Fr. 9119.51 zu. Im Mehrbetrag wies es die Klage ab. Es stellte zudem fest, dass der Beklagte berechtigt sei, auf Fr. 37 119.51 einen Skonto von 2% abzuziehen, wenn er die Restforderung innert einem Monat seit Rechtskraft des Urteils bezahle.

C.- Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung erklärt. Er beantragt, die Forderung auf Fr. 5159.51 herabzusetzen und dementsprechend den skontoberechtigten Betrag auf Fr. 33 159.51 festzulegen; eventuell

das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Beweisverfahrens an das Obergericht zurückzuweisen. Der Kläger beantragt, die Berufung abzuweisen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im kantonalen Verfahren waren zwischen den Parteien verschiedene Mängel streitig, die vor Bundesgericht nicht

mehr zur Beurteilung stehen. Der Beklagte hält indessen an seinem Standpunkt vor Obergericht fest, der Kläger habe auf dem nackten Betonboden Lentolit statt gemäss Baubeschrieb einen Zementanspritz, Grundputz und Abrieb bzw. Zementanwurf, Grund- und Weissputz angebracht, was einen Minderwert von Fr. 3960.– (990 m2 zu Fr. 4.-) ergebe. Es handle sich entgegen der Auffassung des Obergerichts nicht um einen Werkmangel im Sinne des Art. 371 OR, sondern um Nichterfüllung, die jederzeit geltend gemacht werden könne, also nicht den Verjährungs- und Verwirkungsfristen des Werkvertragsrechtes unterstehe.

2. Die Haftung des Unternehmers für Mängel des Werkes wird in Art. 367-371 OR geordnet (vgl. Randtitel "Haftung für Mängel"). Sie hat ihr Gegenstück in der Haftung des Verkäufers für Sachmängel des Kaufgegenstandes nach Art. 197 OR (vgl. GUHL/MERZ/KUMMER, OR S. 424, BGE 93 II 316). Art. 368 OR, der vom "Recht des Bestellers bei Mängeln" handelt, unterscheidet zwischen Mängeln und sonstigen Abweichungen vom Vertrag (vgl. Abs. 1: "Leidet das Werk an... Mängeln oder weicht es sonst... vom Vertrag ab..."). Beide Sachverhalte sind im Ausdruck Mangel enthalten, den die übrigen Bestimmungen der Mängelhaftung allein verwenden (vgl. Art. 367 und 369-371 OR). Die Unterscheidung in Art. 368 OR hat daher nur klassifikatorische, nicht rechtliche Bedeutung (GAUCH, Der Unternehmer im Werkvertrag und seine Haftung für Mängel des Werkes, 1974, Nr. 110 S. 39). Es kommt daher nichts darauf an, dass Lehre und Rechtsprechung (vgl. GUHL/MERZ/KUMMER, a.a.O. S. 424; OSER/SCHÖNENBERGER N. 2 zu Art. 368 OR; REICHEL, ZSR 51/1932 S. 182; BGE 93 II 316) die Mängel und sonstigen Abweichungen des Werkes vom Vertrag nach Art. 368 OR dem Fehlen vorausgesetzter oder verabredeter Eigenschaften der Kaufsache gleichstellen (vgl. GAUCH, a.a.O. Nr. 11 l'S. 40). In beiden Fällen handelt es sich schlechthin um Mängel, also um nicht richtige Erfüllung des Werkvertrages. Zu prüfen ist, ob sich der Besteller eines mangelhaften Werkes alternativ auf die Rechtsbehelfe des Art. 368 OR und die allgemeine Schadenersatzklage des Art. 97 OR berufen kann. Das ist zu verneinen. Art. 368 OR wandelt die Sachleistungsobligation des Unternehmers in bestimmte Gewährleistungsansprüche

(Wandelung, Minderung, Nachbesserung und Ersatz des Mängelfolgeschadens), wenn der Besteller die gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen (Prüfung des Werkes und rechtzeitige Rüge des Mangels) erfüllt

hat (GAUTSCHI, N. 6 a und c zu Art. 368 OR und 11 b zu Art. 369 OR; GAUCH, a.a.O. Nr. 526, S. 129, GUHL/MERZ/KUMMER, a.a.O. S. 340; NEUENSCHWANDER, Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1971, S. 24, 26 und 86; A. SCHUBIGER, Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, Diss. Bern 1937, S. 37 ff.; R. FURRER, Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Diss. Zürich 1973, S. 34/35; unzutreffend KLAUSER (Die werkvertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen, Diss. Zürich 1973, S. 132/33), der die Art. 97 und 367 ff. OR alternativ anwenden will, wenn Mängelansprüche des Bestellers im Sinne der Art. 369 bis 371 weder untergegangen noch verjährt sind). Das Obergericht hatte demnach die streitige Frage, ob der Kläger die ihm übertragenen Arbeiten vertragsgemäss ausgeführt hat, nur dann abzuklären, wenn der Beklagte den Mangel innert der vertraglichen Garantiefrist oder nach einer allfälligen späteren Entdeckung sofort gerügt hat (Art. 370 Abs. 3 OR). Die Vorinstanz stellt fest, dass keine der beiden Parteien eine gemeinsame Prüfung des Werkes verlangt hat. Sie schliesst daraus zu Recht, dass es zwei Monate nach Einreichung der Schlussrechnung (Form. 118 SIA Art. 26 Abs. 5), d.h. am 18. März 1969, als vorläufig abgenommen galt, und dass die von da an laufende (vertragliche) zweijährige Rügefrist bei Einreichung der Berufungsbegründung vom 24. Januar 1973 abgelaufen war. Im übrigen räumt der Beklagte in der Berufungsschrift selber ein, es möge richtig sein, dass er schon einige Zeit vor jenem Datum von der angeblich vertragswidrigen Ausführung der streitigen Arbeiten Kenntnis gehabt habe. Der Beklagte stellte sich im kantonalen Verfahren subsidiär auf den Standpunkt, der Kläger habe die angeblich mangelhafte Ausführung der Arbeiten arglistig verschwiegen, so dass die Rüge auch nach Ablauf der Garantiefrist während zehn Jahren habe erhoben werden können. Richtig ist, dass bei arglistiger Verschweigung eines Mangels die Verjährungsfrist

für Ansprüche des Bestellers nach Art. 371 Abs. 1 OR - analog Art. 210 Abs. 3 OR - zehn Jahre seit der Abnahme (réception) des Werkes im Sinne von Art. 371 Abs. 2 OR beträgt (vgl. BGE 89 II 409 Erw. 2 b). Damit war aber der Beklagte der Pflicht nicht enthoben, den Mangel sofort nach Entdeckung zu rügen (Art. 370 Abs. 3 OR, VON BÜREN, OR II S. 147, GAUTSCHI, N. 10 zu Art. 370 OR). Nach den Festellungen des angefochtenen Urteils hat er keinerlei Ausführungen darüber gemacht, wann er den angeblichen Mangel entdeckt haben will. Das Werk galt somit als genehmigt (Art. 370 Abs. 3 OR), und die Vorinstanz brauchte die Behauptung des Beklagten betreffend Arglist, Mangel und Minderwert des Werks nicht abzuklären.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts (II. Zivilkammer) des Kantons Zürich vom 3. Juli 1973 bestätigt.