Urteilskopf

110 II 52

12. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. März 1984 i.S. Henid-Finanz AG gegen Seiler Hoch- und Tiefbau AG (Berufung)
Regeste (de):
Art. 368 Abs. 2 OR und Art. 169 Abs. 1 der SIA-Norm 118.

Nach diesen Bestimmungen verliert der Bauherr seinen Minderungsanspruch, wenn er für die Nachbesserung einen Dritten beizieht, statt dem Unternehmer zuerst Gelegenheit zu geben, die Mängel innerhalb angemessener Frist selber zu beseitigen.

Regeste (fr):
Art. 368 al. 2 CO et art. 169 al. 1 de la norme SIA 118.

Selon ces dispositions, le maître perd son droit de réclamer la réduction du prix lorsqu'il s'adresse à un tiers pour la réfection de l'ouvrage au lieu de donner d'abord la possibilité à l'entrepreneur de réparer lui-même les défauts dans un délai approprié.

Regesto (it):
Art. 368 cpv. 2 CO e art. 169 cpv. 1 della norma SIA 118.

Secondo tali disposizioni, il committente perde il proprio diritto di pretendere la riduzione del prezzo ove si rivolga ad un terzo per la riparazione dell'opera, invece di offrire previamente all'appaltatore la possibilità di eliminare i difetti entro un termine adeguato.

Sachverhalt ab Seite 52

A.- Die Seiler Hoch- und Tiefbau AG hat 1977/78 die Baumeisterarbeiten für zwei Mehrfamilienhäuser in Oberengstringen ausgeführt. Im Oktober 1979 traten im Mauerwerk Wasserschäden auf, die nach Auffassung des Bauherrn, der Henid-Finanz AG, unfachgemäss erstellten Dilatationsfugen in den Fassaden zuzuschreiben waren. Im März 1982 klagte die Henid-Finanz AG gegen die Baufirma auf Ersatz von Fr. 17'229.05 nebst Zins, die sie für die Sanierung der Fassaden durch Dritte bezahlt habe; sie behielt sich zudem ein Nachklagerecht für weiteren Schaden vor. Die Beklagte bestritt eine Ersatzpflicht und beantragte, die Klage abzuweisen. Sie machte geltend, dass die Klägerin ihr entgegen Art. 169 der von den Parteien übernommenen SIA-Norm 118 keine Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben habe. Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die Klage am 8. Juli 1983 ab, weil die Klägerin der Beklagten, welche die Nachbesserung nicht verweigert habe, dazu nie eine Frist angesetzt habe; sie habe mit dieser Arbeit vielmehr eigenmächtig Dritte beauftragt und dadurch ihren Minderungsanspruch verwirkt; von missbräuchlichem Verhalten der Beklagten könne keine Rede sein.

B.- Die Klägerin hat gegen dieses Urteil Berufung eingereicht, die vom Bundesgericht abgewiesen wird.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

4. Die Klägerin macht geltend, eine Verwirkung des Minderungsanspruches sei entgegen der Meinung des Handelsgerichts ausgeschlossen, wenn der Bauherr dem Unternehmer keine Gelegenheit zur Verbesserung des Werkes gegeben habe. Diesfalls werde der Bauherr vielmehr ersatzpflichtig, müsse sich folglich den Schaden, den er dem Unternehmer durch seine Unterlassung zugefügt habe, auf seinen Minderungsanspruch anrechnen lassen. Die Auffassung des Handelsgerichts stützt sich auf Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118, der bestimmt, dass der Bauherr bei jedem Mangel zunächst einzig das Recht hat, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen. Mängelrechte gemäss Abs. 1 Ziff. 1 bis 3 kann er grundsätzlich erst ausüben, wenn der Unternehmer die Mängel innerhalb der gesetzten Frist nicht behebt; vor Ablauf der Verbesserungsfrist stehen ihm diese Rechte nur zu, wenn der Unternehmer sich ausdrücklich geweigert hat, die Verbesserung vorzunehmen, oder wenn er hiezu offensichtlich nicht imstande ist (Abs. 2). Der Wortlaut dieser Regelung ist klar und lässt keinen Raum zum Streit darüber, ob sie nach dem, was über das Verhalten der Beklagten in tatsächlicher Hinsicht feststeht, auch für den vorliegenden Fall gelte. Die Regelung wird in der Lehre ebenfalls in diesem Sinne verstanden; sie versetzt den Unternehmer in die Lage, den Bauherrn an der Ausübung des Minderungs- und Wandelungsrechts zu hindern, wenn er bereit und imstande ist, die Mängel frist- und sachgerecht zu beheben (GAUCH, Der Unternehmer im Werkvertrag, N. 959 und 1046; REBER, Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, S. 152; GAUTSCHI, N. 19 zu Art. 368 OR). Bei fehlender Aufforderung zur Nachbesserung innert einer bestimmten Frist kann daher dem Bauherrn kein Minderungsanspruch entstehen, auch nicht in dem von der Klägerin umschriebenen Umfang; wenn der Bauherr grundlos einen Dritten für die Nachbesserung beizieht, tut er das auf eigene Kosten und Gefahr. An diesem Ergebnis würde sich im vorliegenden Fall übrigens selbst dann nichts ändern, wenn gemäss dem Hinweis der Klägerin auf GAUTSCHI (N. 5b zu Art. 368 OR) anzunehmen wäre, die Unterlassung einer Fristansetzung zur Nachbesserung heisse nicht, dass der Bauherr jeden Minderungsanspruch gegen den Unternehmer verliere. Die Klägerin meint, der Bauherr könne vom Unternehmer

selbst diesfalls das fordern, was der Unternehmer dadurch erspart, dass er die Nachbesserung nicht selber vornehmen muss. Sie behauptet aber nicht, im kantonalen Verfahren entsprechende Angaben zur Ermittlung und Berechnung ihres Anspruches und des Schadens, der darauf anzurechnen sei, gemacht zu haben; auch dem angefochtenen Urteil ist darüber nichts zu entnehmen. In der Klage hat sie sich vielmehr ausdrücklich darauf beschränkt, die ihr von der Spezialfirma Hotz in Rechnung gestellten Instandstellungskosten geltend zu machen und sich weitere Ansprüche vorzubehalten.