Urteilskopf

96 II 58

12. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. März 1970 i.S. Diasond AG gegen Quiba AG.
Regeste (de):
Art. 367 OR.

1. Unsorgfältiges Vorgehen des Unternehmers, das sich in der Beschaffenheit des Werkes nicht auswirkt, sondern nur zu einem übermässigen Aufwand an Arbeit, Stoff und dergleichen führt, ist nicht ein Mangel im Sinne dieser Bestimmung.

2. Wenn der Besteller deswegen die Lohnforderung des Unternehmers beanstandet, braucht er keine Frist einzuhalten.

Regeste (fr):
Art. 367 CO.

1. Le manque de diligence de l'entrepreneur qui demeure sans incidence sur l'état de l'ouvrage et se manifeste uniquement par une augmentation inhabituelle du travail ou un emploi excessif de matériaux ne constitue pas un défaut au sens de cette disposition.

2. Le maître qui, pour cette raison, conteste le prix réclamé par l'entrepreneur n'a pas de délai à observer.

Regesto (it):
Art. 367 CO.

1. Il comportamento negligente dell'appaltatore che non incide sullo stato dell'opera e comporta esclusivamente un maggior lavoro e un eccessivo impiego di materiali non costituisce difetto nel senso di questa disposizione.

2. Il committente che, per questo motivo, contesta la mercede richiesta dall'appaltatore non è vincolato ad un termine.

Sachverhalt ab Seite 58

A.- Die Quiba AG liess im Jahre 1966 rings um die Baugrube eines in Zürich-Oerlikon zu erstellenden Geschäftshauses einen etwa 65 cm breiten und 13 bis 18,5 m tiefen Graben ausheben, diesen mit Bentonitschlemme füllen, Spundbohlen in die Schlemme stellen und ein Stück weit in den Boden einrammen,

den ausserhalb der Spundwand liegenden Teil des Grabens mit Geröll füllen und hierauf durch Einpressen von Ton-Gel-Mischung mittels Injektionslanzen die Bentonitschlemme aus dem Geröll verdrängen. Dadurch sollten die Spundwand gegen eindringendes Wasser abgedämmt und der anschliessende Boden gefestigt und abgedichtet werden. Die Ton-Gel-Mischung wurde von der Diasond AG eingepresst. Diese hatte der Quiba AG die Arbeit am 23. Mai 1966 zum Preise von Fr. 101.– je Kubikmeter angeboten, nachdem ihr die Quiba AG Angaben gemacht hatte, die eine einzubringende Menge von voraussichtlich 490 m3 ergaben. Auf Grund der Erfahrungen, die vom 12. Juli bis 2. August 1966 mit dem Einpressen der ersten 115 m3 gemacht wurden, teilte indessen die Diasond AG der Bestellerin am 4. August 1966 mit, für das ganze Werk würden mutmasslich etwa 650 m3 verbraucht werden. Ferner liess die Unternehmerin der Bestellerin zu Beginn jeden Monates Zwischenrechnungen zukommen. Am Abend des 4. November 1966 stellte sie die Arbeiten auf Weisung des bauleitenden Ingenieurs der Bestellerin ein. In der Folge verlangte sie für das Einpressen von 1545,2 m3 Ton-Gel-Mischung zu Fr. 101.– einen Betrag von Fr. 156'065.20, was zusammen mit der Vergütung für andere Leistungen eine Gesamtforderung von Fr. 240'137.– ergab. Die Quiba AG bestritt die Schuldpflicht für einen Teilbetrag von Fr. 81'637.–, weil sie den Verbrauch von Ton-Gel-Mischung als zu hoch erachtete. Diesen Betrag nebst Zins und Kosten des Zahlungsbefehls klagte die Diasond AG ein.

B.- Das Handelsgericht des Kantons Zürich schützte am 10. September 1969 die Klage im Teilbetrage von Fr. 43'924.30 nebst 6% Zins seit 6. Dezember 1966 und hob den Rechtsvorschlag der Beklagten in der Betreibung Nr. 75/67 des Betreibungsamtes Zürich 6 in diesem Umfange auf. Es kam zum Schluss, ausgewiesen sei ein berechtigter Verbrauch von schätzungsweise 1171,8 m3 Ton-Gel-Mischung. Der Mehrverbrauch von etwa 373,4 m3 müsse hauptsächlich darauf zurückgeführt werden, dass das Mischgut, weil es zu dünnflüssig war, leichter in die benachbarten Bodenschichten eingedrungen sei und dass der verhältnismässig kleine Unterschied zwischen den Raumgewichten der Bentonitschlemme und der Ton-Gel-Mischung den Auftrieb der letzteren und deren Vermengung mit Bentonitschlemme begünstigt habe. Der Mehrverbrauch

sei auch dadurch entstanden, dass die Klägerin das Mischgut zum Teil unter zu hohem Druck eingepresst habe.

C.- Die Klägerin beantragt dem Bundesgericht auf dem Wege der Berufung, dieses Urteil aufzuheben und die Klage in vollem Umfange gutzuheissen. Sie macht geltend, das angefochtene Urteil verletze Art. 367 OR, denn die Beklagte habe das Werk nicht bemängelt; sie habe nie gerügt, die verwendete Ton-Gel-Mischung sei zu dünnflüssig oder werde unter zu hohem Druck eingespritzt. Selbst im Prozess habe sie nur von zu hohem Druck gesprochen, dagegen ausdrücklich erklärt, sie wolle "durchaus nicht positiv behaupten, die Klägerin habe verdünnte Mischungen verwendet". Die Beklagte habe schon aus der ersten, aber auch aus allen späteren Zwischenrechnungen gesehen, dass das veranschlagte Injektionsvolumen erheblich überschritten würde. Trotzdem habe sie gegen die offensichtliche Mengenüberschreitung nie Einspruch erhoben, weder während der Ausführung, noch nach der Beendigung des Werkes. Sie sei verpflichtet gewesen, das Werk nach der Beendigung der Arbeiten am 4. November 1966, spätestens aber unmittelbar nach der Zustellung der Schlussrechnung vom 14. November 1966 zu prüfen und zu bemängeln.

D.- Die Beklagte beantragt, die Berufung abzuweisen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Gemäss Art. 367 Abs. 1 OR hat der Besteller des Werkes, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, dessen Beschaffenheit zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen. Gemeint sind die in der Beschaffenheit des Werkes zum Ausdruck kommenden Mängel. Das ergibt sich denn auch aus Abs. 2 des Art. 367, wonach jeder Teil berechtigt ist, auf seine Kosten eine Prüfung des Werkes durch Sachverständige und die Beurkundung des Befundes zu verlangen.
Unsorgfältiges Vorgehen des Unternehmers, das sich in der Beschaffenheit des Werkes nicht auswirkt, sondern nur zu einem übermässigen Aufwand an Arbeit, Stoff und dergleichen führt, ist nicht ein Mangel im Sinne des Art. 367. Wenn die Vergütung für das Werk zum voraus genau bestimmt wurde, benachteiligt ein zu grosser Aufwand ohne weiteres den Unternehmer (Art.

373 Abs. 1 OR). Er geht aber auch dann zu seinen Lasten, wenn der Werklohn zum voraus entweder gar nicht, nur ungefähr oder nur in der Form von Preisen für die Einheit der Arbeit, des Stoffes oder anderer Aufwendungen vereinbart worden ist. Denn der Unternehmer ist verpflichtet, bei der Ausführung des Werkes sorgfältig vorzugehen und die Interessen des Bestellers in guten Treuen zu wahren (Art. 364 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 328 Abs. 1 OR). Auf dem gleichen Boden steht Art. 365 Abs. 2 OR, der den Unternehmer verpflichtet, den vom Besteller gelieferten Stoff mit aller Sorgfalt zu behandeln und über dessen Verwendung Rechenschaft abzulegen. Art. 374 OR, wonach die nicht zum voraus genau bestimmte Vergütung nach dem Wert der Arbeit und der Aufwendungen festzusetzen ist, entbindet den Unternehmer der erwähnten Sorgfaltspflichten nicht. Der Werklohn bestimmt sich nicht nach dem tatsächlichen Aufwand, sondern nach der Arbeit, dem Stoff und dergleichen, die bei sorgfältigem Vorgehen des Unternehmers zur Ausführung des Werkes genügt hätten. Sind die Parteien über das Mass dieses Aufwandes uneins, so streiten sie nicht über einen Mangel des Werkes, sondern über die Frage, wie der zum voraus nicht genau vereinbarte Werklohn zu berechnen sei. Dieser Streit setzt nicht voraus, dass der Besteller das Werk prüfe und beanstande. Es genügt, dass er sich der Forderung des Unternehmers widersetzt. Hiezu braucht der Besteller keine Frist einzuhalten. Solange er die Rechnung des Unternehmers nicht ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt hat, kann er jederzeit die Rechnungsgrundlagen bestreiten und die Unangemessenheit des vom Unternehmer behaupteten Aufwandes geltend machen.

2. Das Werk, für das die Klägerin Lohn fordert, bestand darin, dass sie durch Einpressen von Ton-Gel-Mischung in den mit Bentonitschlemme und Geröll gefüllten Graben die Spundwand gegen eindringendes Wasser abzudämmen und den anschliessenden Boden zu festigen und abzudichten hatte. Die Beklagte wirft ihr nicht vor, das Ergebnis dieser Arbeit sei fehlerhaft. Sie macht nur geltend, die Klägerin hätte es mit einem geringeren Aufwand an Arbeit und Ton-Gel-Mischung erzielen können, wenn sie sorgfältiger vorgegangen wäre, d.h. die Mischung dickflüssiger verwendet und zum Teil mit geringerem Drucke eingespritzt hätte. Die Auffassung der Klägerin, die Beklagte hätte ihr diesen Vorhalt durch eine im Sinne des

Art. 367 OR rechtzeitige Mängelrüge mitteilen müssen, hält nicht stand. Die Beklagte konnte ihn der Forderung der Klägerin jederzeit, auch im Prozesse noch, entgegenhalten.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 10. September 1969 bestätigt.