

## **BGE 96 II 58**

Bundesgericht (BGE), 1970-03-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_96 II 58](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_96%20II%2058)

FR: ATF 96 II 58

IT: DTF 96 II 58

### **Regeste**

Regeste 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.

### **Erwägungen**

#### **E. 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. BGE 96 II 58 S. 61 373 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.

## **E. 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 abzdämmen und den anschliessenden Boden zu festigen und abdichten 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 BGE 96 II 58 S. 62 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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.