

BGer 4C.80/2000 vom 4. April 2001

Bundesgericht, 2001-04-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.80_2000

FR: TF 4C.80/2000 du 4 avril 2001

IT: TF 4C.80/2000 del 4 aprile 2001

Erwägungen

E. 3

Die Vorinstanz erwog, die Klägerin habe mit Schreiben vom 15. November 1996 Nachbesserung verlangt.

Die Beklagte habe darauf aufgrund des Ausbleibens des von der Klägerin zu bezahlenden restlichen Werklohnes am 22. November 1996 die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhoben. Aus diesem Grund sei die Beklagte mit der Nachbesserungsschuld nicht in Verzug geraten, weshalb diesbezüglich die Voraussetzungen für ein Vorgehen der Klägerin nach Art. 107 ff. OR nicht vorgelegen hätten. Die Klägerin sei deshalb weiterhin an die von ihr getroffene Wahl der Nachbesserung gebunden gewesen, da sie mit dem Begehren um Nachbesserung ein Gestaltungsrecht ausgeübt habe. Ein Wandelungsrecht der Klägerin sei nicht gegeben, weshalb die Rücktrittserklärung vom 18. Dezember 1996 unbeachtlich sei.

Die Klägerin bestreitet in der Berufung nicht, dass sie trotz der gerügten Mängel zur Zahlung des Werklohnes verpflichtet war und dass sie Nachbesserung verlangt hat.

Sie bringt aber vor, sie habe bereits im kantonalen Verfahren behauptet, eine Nachbesserung des bestehenden Werkes sei objektiv unmöglich. Aus diesem Grund sei ihr Nachbesserungsbegehren als nichtig gemäss Art. 20 OR zu qualifizieren, womit die Wahlrechte von Art. 368 OR wieder aufleben und sie die Wandelung gültig erklärt habe. Die Vorinstanz habe Bundesrecht dadurch verletzt, dass sie über die streitentscheidende Frage der objektiven Unmöglichkeit der Nachbesserung in Verletzung von Art. 8 ZGB nicht Beweis abgenommen habe.

a) Das Nachbesserungsrecht ist ein Gestaltungsrecht, durch dessen Ausübung eine Verpflichtung der Unternehmerin entsteht, den vertragsgemässen Zustand des Werkes herzustellen (Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl. S. 459 Rz.

1702 mit Hinweisen). Wie sie diese Schuld erfüllt, steht ihr grundsätzlich frei (Bühler, Zürcher Kommentar, N. 116 und 125 zu Art. 368 OR ; Gauch, a.a.O., S. 462 Rz. 1715; Alfred Koller, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag,

2. Aufl., S. 39 Rz. 116). In der Lehre wird daraus der Schluss gezogen, dass die Unternehmerin - jedenfalls wenn nicht schutzwürdige Interessen der Bestellerin entgegenstehen - berechtigt sein müsse, anstelle einer Nachbesserung des bestehenden Werkes eine Neuherstellung vorzunehmen (Bühler, Zürcher Kommentar, N. 125 zu Art. 368 OR ; Gauch, a.a.O., S. 462 Rz. 1715 und S. 478 Rz. 1778; Zindel/Pulver, Basler Kommentar, N. 57 zu Art. 368 OR ; Merz, ZBJV 110/ 1974 S. 64; im Ergebnis wohl auch Koller, a.a.O., S. 40/1 Rz. 119). Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, weshalb der Bestellerin das Recht eingeräumt werden sollte, sich einer Neuherstellung des Werkes zu widersetzen, wenn ihr dadurch gegenüber der

Nachbesserung des bestehenden Werkes keine Nachteile erwachsen (vgl. auch das Urteil des BGH vom 10. Oktober 1985, NJW 1986 S. 711 ff., E. III/2/a). Ob die Bestellerin eine Neuherstellung nicht nur dulden muss, sondern ihr unter bestimmten Voraussetzungen auch ein Recht auf Neuherstellung zusteht, wie dies in der Lehre vertreten wird, kann hier offen bleiben (ablehnend BGE 98 II 118 E. 2 S. 120).

b) Im vorliegenden Fall übte die Klägerin das Nachbesserungsrecht aus, womit die Nachbesserungsschuld der Beklagten entstand. Diese stellte die Nachbesserung nach Erhalt des restlichen Werklohnes in Aussicht und machte namentlich nicht geltend, es entstünden ihr dadurch übermässige Kosten (vgl. Art. 368 Abs. 2 OR). Nach dem Gesagten stand ihr frei, die Nachbesserungsschuld durch vollständige oder teilweise Neuherstellung des Werkes zu erfüllen. Dass eine solche Neuherstellung objektiv unmöglich war, macht die Klägerin nicht geltend. Es ist somit davon auszugehen, dass die Nachbesserungsforderung selbst bei unterstellter Unmöglichkeit der Mängelbehebung am bestehenden Werk durch Herstellung eines neuen erfüllt werden konnte. Daraus wiederum ergibt sich, dass es vorliegend nicht darauf ankommen kann, ob und inwiefern eine Mängelbehebung am bestehenden Werk objektiv möglich ist. Über diese Frage war daher nicht Beweis abzunehmen, zumal ein Beweisführungsanspruch nur für rechtserhebliche Tatsachen besteht (BGE 126 III 315 E. 4 a S. 317 mit Hinweisen). Die Rüge der Verletzung von Art. 8 ZGB erweist sich damit als unbegründet.

Im Ergebnis ist die Klägerin damit einstweilen an ihre Wahlerklärung vom 15. November 1996 gebunden, welche sie in Kenntnis sämtlicher Mängel abgegeben hat. Die Beklagte ihrerseits hat für den Erfolg der Nachbesserung einzustehen.

Sollte sich nach Wegfall der Voraussetzungen der beklagtischen Einrede gemäss Art. 82 OR erweisen, dass die Beklagte zur Nachbesserung innert angemessener Frist nicht imstande ist, stehen der Klägerin von Bundesrechts wegen namentlich die allgemeinen Verzugsrechte (Art. 102 ff. OR) offen.

E. 4

Damit erweisen sich die von der Klägerin vorgebrachten Rügen als unbegründet, weshalb die Berufung abzuweisen ist. Bei diesem Verfahrensausgang wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG).

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