

## **SO\_GERICHTE ZZ.1994.6 vom 22. Februar 1994**

SO Obergericht, 1994-02-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_ZZ.1994.6](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZZ.1994.6)

FR: SO\_GERICHTE ZZ.1994.6 du 22 février 1994

IT: SO\_GERICHTE ZZ.1994.6 del 22 febbraio 1994

### **Regeste**

Art. 128 Ziff. 3 OR - Verjährung von Forderungen aus Handwerksarbeit und Kleinverkauf von Waren.- Abgrenzung von Werkvertrag, Werklieferungsvertrag und Kaufvertrag mit Montagepflicht (Erw. 3 b).- Was gilt als Handwerksarbeit (Erw. 4 a-c)?- Der Verkauf zwischen Gewerbetreibenden gilt nicht als Kleinverkauf von Waren (Erw. 4 d).

### **Volltext**

SOG 1994 Nr. 6

Art. 128 Ziff. 3 OR- Verjährung von Forderungen aus Handwerksarbeit und Kleinverkauf von Waren.

- Abgrenzung von Werkvertrag, Werklieferungsvertrag und Kaufvertrag mit Montagepflicht (Erw. 3 b).

- Was gilt als Handwerksarbeit (Erw. 4 a-c)?

- Der Verkauf zwischen Gewerbetreibenden gilt nicht als Kleinverkauf von Waren (Erw. 4 d).

K. als Klägerin und B. als Beklagter standen seit Jahrzehnten in gegenseitigen Geschäftsbeziehungen. B. beauftragte die Klägerin 1988 bis 1990 mit verschiedenen Bauarbeiten, wofür die Klägerin Rechnung stellte. Im Mai 1990 legte B. der Klägerin eine Gesamtabrechnung vor, die einen geringen Saldo zu seinen Gunsten auswies. K. war damit nicht einverstanden, bestritt die zur Verrechnung gestellten Gegenforderungen und erhob insbesondere die Verjährungseinrede. Das Amtsgericht kam zum Schluss, die zur Verrechnung gestellten Gegenforderungen stammten aus Handwerksarbeit und seien bereits vor dem Entstehen der eingeklagten Forderung verjährt; es erübrige sich deshalb, zu prüfen, ob sie überhaupt bestanden hätten. Auf Appellation des Beklagten kam das Obergericht zum Schluss, die Gegenforderung habe bestanden und die Verrechnung sei möglich, weil die ordentliche 10jährige Verjährungsfrist zur Anwendung gelange. Aus der Begründung:

2. (Die Forderung der Klägerin ist unbestritten. Die Gegenforderung des Beklagten bestand ebenfalls zu Recht, als die Forderung der Klägerin entstand.)

3.a) Die Befragung des Zeugen hat folgendes ergeben: Der Beklagte beschäftigte zu Beginn der Achtziger-Jahre rund 30 Mitarbeiter. Er stellte einerseits normierte Küchen, Badezimmer und Wandschränke her, verfertigte andererseits aber auch sogenannte Luxusküchen nach den Massen und Wünschen der Kundschaft. Die Normküchen wurden im Betrieb von ungelerntem Hilfspersonal maschinell vorgefertigt, teilweise bereits zusammengesetzt und ab Lager eingebaut. Die Küchenapparate wurden vom Beklagten eingekauft und ebenfalls ab Lager geliefert. Der Einbau erfolgte durch gelernte Handwerker, machte aber nur den kleineren Teil der Leistung aus; kalkulatorisch wurde mit

rund 8 bis 10 % des Gesamtbetrages ohne Apparate gerechnet.

Die Klägerin hat vor Obergericht behauptet, es habe sich bei den gelieferten Küchen und Badezimmern nicht um Norm-, sondern um Luxusanfertigungen gehandelt. Der Beklagte bestreitet dies. Der Rechnungsbetrag entspricht ziemlich genau dem vom Zeugen genannten Preis für zwei Normküchen. Luxusküchen wären demgegenüber sehr viel teurer zu stehen gekommen, wie der Zeuge glaubwürdig ausgeführt hat. Deshalb steht fest, dass die Beklagte der Klägerin Normküchen und -badezimmer lieferte.

b) Für die Abgrenzung zwischen schlichtem Werkvertrag, Werklieferungsvertrag, Kauf über eine künftige Sache und Kauf mit Montagepflicht gilt folgendes (Gauch, Der Werkvertrag, 3. Aufl., 1985, Rz 110-120): Bei einem schlichten Werkvertrag ist nur Arbeit geschuldet, wogegen beim Werklieferungsvertrag der Unternehmer das Werk aus selbst beschafftem Stoff herstellen muss. Beim Kauf über eine künftige Sache trifft den Verkäufer keine Herstellungspflicht, doch können auch vertretbare Gegenstände, beispielsweise serienmässig hergestellte Möbel, Gegenstand einer vertraglichen Herstellungspflicht sein. Die Montagepflicht kann als untergeordnete Nebenleistung zu einem Kaufvertrag hinzutreten; sie kann aber auch als praktisch gleichwertige Leistung zur Sachlieferung hinzutreten, so dass ein gemischter Vertrag vorliegt. Wenn die geschuldete Arbeit lediglich dazu dient, die gelieferte Sache endgültig gebrauchsfertig zu machen, überwiegt die Sachlieferung und ist auf Kauf mit Montagepflicht zu erkennen. Hingegen liegt ein Werklieferungsvertrag vor, wenn nach der Natur des Vertrages die Arbeit im Vordergrund steht, so dass die gelieferte Sache der Erreichung des geschuldeten Arbeitserfolges dient und im Ergebnis als Teil dieses Erfolges erscheint. Das trifft etwa bei der Errichtung einer Heizanlage mit eigenem Material oder dem Bau eines Hauses aus vorfabrizierten Elementen zu.

Im vorliegenden Fall handelt es sich entweder um Werklieferungsvertrag oder um einen Kaufvertrag mit Montagepflicht. Für einen Werklieferungsvertrag spricht, dass die gesamte Küchenkombination (respektive das Badezimmer) ein Werk bildet, die einzelnen Teile zusammenpassen müssen und wohl auch beide Parteien davon ausgegangen sind, dass die einzelnen Normteile von der Beklagten hergestellt werden. Für einen Kaufvertrag mit untergeordneter Montagepflicht spricht, dass die Beklagte die Normteile unabhängig von konkreten Bestellungen hergestellt und auf Lager gelegt hat. Der Montage der einzelnen genormten, in vielfältigen Variationen kombinierbaren Teile kommt bloss untergeordnete Bedeutung zu; einzig die seitlichen Randabschlüsse der Küchen mussten eigens angefertigt werden. Insbesondere ist ein Kauf bezüglich der von der Beklagten gelieferten Küchenapparate, die auf der Rechnung separat ausgewiesen werden, anzunehmen. Letztlich kann die Frage nach der Rechtsnatur des Vertrages aber offen bleiben, sofern bezüglich der Verjährung keine unterschiedlichen Rechtsfolgen bestehen.

4. Nach Art. 128 Ziff. 3 OR verjähren mit Ablauf von fünf Jahren unter anderem die Forderungen aus Handwerksarbeit und Kleinverkauf von Waren.

a) Der Gesetzgeber wollte einer kurzen Verjährung alle Forderungen aus synallagmatischen Verträgen unterwerfen, die nach der Verkehrssitte rasch abgewickelt zu werden pflegen und für welche im Allgemeinen weder schriftliche Verträge aufgesetzt noch Quittungen lange aufbewahrt werden. Aus dem langen Zuwarten des Gläubigers mit der Anrufung des Richters darf geschlossen werden, er sei der Verkehrssitte entsprechend befriedigt worden. Ausserdem wäre der Schuldner nach langer Zeit vielleicht nicht mehr in

der Lage, allfällige begründete Einreden zu beweisen (BGE 98 II 186 f.; BGE 109 II 112 = Pra 72, 1983 Nr. 202 E. 2a). Im Entscheid 98 II 187 erwoog das Bundesgericht, den Begriff der Handwerksarbeit so eng auszulegen, dass Art. 128 Ziff. 3 OR die Werklohnforderung des Unternehmers gegen den Besteller eines unbeweglichen Bauwerkes nie erfasst, sondern nur die Forderungen für die Herstellung beweglicher Sachen und für andere Verrichtungen, deren Ergebnis die Rechtsprechung nicht als unbewegliches Bauwerk im Sinne des Art. 371 Abs. 2 OR betrachtet. Bereits damals hielt das Bundesgericht fest, nicht jeder Unternehmer im Sinne der Art. 363 ff. verrichte Handwerksarbeit im Sinne von Art. 128 Ziff. 3 OR. Diese Ansicht bekräftigte es im Jahre 1983 und lehnte es ab, einen Hausbau einer Handwerksarbeit gleichzustellen (BGE 109 II 112 = Pra 72, 1983 Nr. 202 E. 2b und c).

In einem jüngsten Entscheid hat das Bundesgericht ausgeführt: Massgebliches Kriterium für die Anwendbarkeit der fünfjährigen Verjährungsfrist von Art. 128 Ziff. 3 OR ist einzig der Charakter der Arbeit, zu der sich der Unternehmer nach dem Inhalt des konkreten Werkvertrages verpflichtet hat, wobei es keine Rolle spielt, ob die Arbeit von einem Handwerker im herkömmlichen Sinn erbracht wird; unbeachtlich ist auch, ob der Unternehmer die Arbeit allein oder mit Hilfspersonen ausführt oder gar durch Subunternehmer ausführen lässt. Handwerksarbeit ist dadurch gekennzeichnet, dass die manuelle Tätigkeit die übrigen Leistungen, insbesondere die maschinellen und organisatorischen oder administrativen überwiegt oder zumindest aufwiegt. Das entspricht auch dem allgemeinen Sprachgebrauch, wonach unter Handwerk eine gewerbliche Tätigkeit zu verstehen ist, die im wesentlichen mit der Hand und unter Benutzung einfacher Werkzeuge und Geräte ausgeübt wird und die Bearbeitung und Verarbeitung von Stoffen bezweckt; der Verwendung von Maschinen sind dabei eher enge Grenzen gesetzt. Dass der Hände Arbeit durch Maschinen unterstützt wird, steht allerdings der Annahme von Handwerksarbeit nicht grundsätzlich entgegen; doch muss es nach der angewandten Arbeitsweise immer auch - und zwar in erheblichem Mass - auf das handwerkliche Können ankommen. Auch die Verwendung von normierten Materialien schliesst den handwerklichen Charakter nicht von vornherein aus; wer vorgefabrizierte Stäbe auf die erforderliche Länge zuschneidet und zu Bilderrahmen verarbeitet, leistet ebenso Handwerksarbeit wie der Schreiner, der aus Normbrettern individuelle Tablare schneidet und diese als Büchergestell an die Wand schlägt. Wenn sich hingegen die Tätigkeit eines Unternehmers darin erschöpft, dass er Normfenster, Normtüren oder sonstige Norm-Elemente liefert und an ihrem Bestimmungsort montiert, kann sie nicht mehr als handwerklich gelten, steht hier doch die Montage als blosser Nebenleistung zur Lieferung serienmässig hergestellter Fertigprodukte, steht mithin nicht die manuelle Arbeitsleistung, sondern der Verkauf von Produkten aus industrieller Fertigung im Vordergrund (BGE 116 II 428 mit zahlreichen Hinweisen).

b) In seiner Besprechung dieses Urteils (in BR 1991, 99) hält Gauch unter anderem fest, die ratio legis, auf der die gesetzliche Verkürzung der Verjährungsfrist beruht, sei überholt und gebe für die Auslegung des Begriffs der Handwerksarbeit nur noch wenig her; deshalb rechtfertige es sich, den Kreis der Handwerksarbeiten eng zu ziehen. Stehe der Verkauf der gelieferten Elemente im Vordergrund und trete deren Montage als blosser Nebenleistung hinzu, was aber nicht generell zu bejahen sei, handle es sich in Wirklichkeit um einen Kaufvertrag mit Montagepflicht. Dann aber stelle sich die Frage, ob Art. 128 Ziff. 3 OR nicht gleichwohl zur Anwendung komme, weil die auf fünf Jahre verkürzte Verjährungsfrist auch für Forderungen aus dem Kleinverkauf von Waren gelte.

Merz (ZbJV 128/1992, 212) bemerkt zu BGE 116 II 428, bei dieser Betrachtungsweise könne man sich fragen, ob nicht ein Kauf mit Montagepflicht vorliege, wobei die Montage als gleichwertige Leistung zur Sachlieferung des Verkäufers hinzutritt. In diesem gemischten Vertrag seien die passenden Regeln des Kauf- und Werkvertragsrechts sinngemäss anzuwenden, was wohl dazu führe, die Montage doch als Handwerksarbeit anzusehen. Für Gauch (Werkvertrag, S. 249 Rz 872 a.E.) geht es dagegen nicht an, für verschiedene Teile des Vergütungsanspruchs eine verschieden lange Verjährung laufen zu lassen. Nach Spiro (Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, 1975, Band I, § 279, S. 653) gilt die kurze Verjährung für die gesamte aus der Handwerksarbeit entstandene Rechnung, somit auch für den mitgelieferten Stoff und andere Auslagen. Für die meistens gemeinsam erfolgenden Teilleistungen zu unterscheiden, entspräche weder dem Grund der kurzen Verjährung noch dem Willen des Gesetzes, das auch den Verkauf von Waren an den Kunden erfasst, und wäre praktisch höchst untunlich. Escher dagegen will die ordentliche Verjährung gelten lassen, wenn der grössere Teil der zu leistenden Arbeit auf die fabrikmässige Herstellung des Materials entfällt (von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweiz. Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl. 1974, S. 215 Anm. 42).

c) Die Herstellung und Lieferung von Normküchen, Badezimmern und Wandschränken, wie sie im vorliegenden Fall erfolgt ist, stellt keine Handwerksarbeit dar. Im Vordergrund steht die maschinelle Herstellung der einzelnen normierten Teile, bei der das handwerkliche Können keine Rolle spielt; sie erfolgte denn auch durchwegs durch ungelerntes Personal. Der ganze Produktionsprozess erfordert zudem beachtliche organisatorische Leistungen. Die manuelle, handwerkliche Arbeit umfasst bloss den Einbau der Normteile und ist von untergeordneter Bedeutung. Da die Montage bloss von untergeordneter Bedeutung war und sich nur mit rund 10% des Gesamtpreises ohne Apparate auswirkte, kann nicht von einem gemischten Vertrag gesprochen werden. Es handelte sich um ein einheitliches Vertragsverhältnis, weshalb mit der Mehrheit der Lehre eine einheitliche Verjährungsfrist anzunehmen ist. Die Parteien haben einen gesamthaften Vergütungsanspruch für Lieferung und Montage vereinbart (einzig die Küchenapparate sind separat ausgewiesen). Diesen nachträglich auf Teilleistungen aufzuteilen, widerspricht dem Willen der Parteien und ist auch praktisch undurchführbar. Beruht die Leistung der Beklagten auf einem Werklieferungsvertrag, gilt für den Vergütungsanspruch somit die allgemeine zehnjährige Verjährungsfrist des Art. 127 OR.

d) Handelt es sich um einen Kaufvertrag mit Montagepflicht, kann sich einzig noch fragen, ob die fünfjährige Verjährungsfrist deshalb anwendbar ist, weil es sich um einen Kleinverkauf von Waren handelt. Dabei ist daran zu erinnern, dass einer kurzen Verjährung lediglich Forderungen unterworfen sein sollen, für welche im Allgemeinen weder schriftliche Verträge aufgesetzt noch Belege lange aufbewahrt zu werden pflegen. Zum Kleinverkauf von Waren zählt der gewerbsmässige Verkauf vertretbarer Gegenstände durch den Detaillisten an Konsumenten oder an kleine Gewerbetreibende, welche die Ware im eigenen Geschäft verbrauchen, nicht aber der Verkauf zum Weiterverkauf oder der gelegentliche, nicht gewerbsmässige Verkauf einer einzelnen Sache (Von Tuhr/Escher, S. 215 Anm. 43; Honsell, Kommentar OR, Art. 1-529, 1992, N 19 zu Art. 128; Spiro, §§ 285 und 286).

Ob ein Verkauf von Normküchen und -badezimmern an einen Endverbraucher überhaupt als Kleinverkauf von Waren gelten kann, erscheint fraglich, kann aber offen bleiben. Im vorliegenden Fall ist der Verkauf an einen anderen Gewerbetreibenden erfolgt, der die

gelieferte Sache nicht selber genutzt, sondern an einen Konsumenten abgegeben hat. Damit kann von vornherein nicht von einem Kleinverkauf von Waren gesprochen werden, so dass auch in diesem Falle für den Vergütungsanspruch des Beklagten die allgemeine zehnjährige Verjährungsfrist des Art. 127 OR gilt.

Obergericht Zivilkammer, Urteil vom 22. Februar 1994

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