

ZH_OBERGERICHT PP150037 vom 11. April 2016

ZH Obergericht, 2016-04-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PP150037

FR: ZH_OBERGERICHT PP150037 du 11 avril 2016

IT: ZH_OBERGERICHT PP150037 del 11 aprile 2016

Erwägungen

E. 1

Die Beklagte und Beschwerdeführerin (fortan Beklagte) bezweckt gemäss Eintrag im Handelsregister den Handel und die Produktion mitunter von Garagen- toren und Briefkastensystemen. Im Herbst 2011 bestellte der Kläger und Be- schwerdegegner (fortan Kläger) ein Deckensektionaltor mit Torantrieb und Zube- hör für seine Garage, das am 1. Dezember 2011 geliefert und montiert wurde. Auf diverse Rügen des Klägers hin erfolgten Nachbesserungen durch die Beklagte. Mit Schreiben vom 19. März 2012 erklärte der Kläger die Wandelung des Vertrags und forderte die Beklagte zum Ausbau des Tores auf (Urk. 4/6). Die Beklagte wi- dersetzte sich einer Wandelung und stellte sich im Wesentlichen auf den Stand- punkt, das Tor mängelfrei ausgeliefert und installiert zu haben (Urk. 87 S. 2 f.).

E. 1.1

Die Beschwerde hat konkrete Rechtsbegehren zu enthalten, aus denen her- vorgeht, in welchem Umfang der vorinstanzliche Entscheid angefochten wird. Der Beschwerdeantrag ist präzise formuliert und zielt auf die Widerklage, welche in Dispositiv-Ziffer 2 des erstinstanzlichen Urteils abgewiesen wurde. Zur Hauptkla- ge äussert sich die Beklagte nicht. Bei enger Auslegung ist Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils nicht angefochten und mit der Ausfällung des Entscheids in Rechtskraft erwachsen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist indessen zur Auslegung des Rechtsbegehrens die Beschwerdebeurteilung beizuziehen. Ergibt sich daraus ein materieller Antrag, ist das Rechtsbegehren in diesem Sinne zu interpretieren (BGE 137 II 313 E. 1.3, 137 III 617 E. 6.2). Aus der Begründung der Beschwerde

- 6 - erschliesst sich, dass die Beklagte auch die Wandelung (Dispositiv-Ziffer1) an- ficht. In diesem Sinne ist auch die Präsidialverfügung vom 3. November 2015 zu verstehen, denn nur für eine positive Anordnung kann ein Vollstreckungsaufschub Wirkung erzielen.

E. 1.2

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die beschwerdeführende Partei hat sich in ihrer schriftlichen Beschwerdebeurteilung (Art. 321 Abs. 1 ZPO) mit den vorinstanzlichen Ausführungen auseinander- zusetzen und hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Ent- scheid als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel lei- det. Dabei sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweis- mittel im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

E. 1.3

Auf die Parteivorbringen ist nur insoweit einzugehen, als sie für die Entscheidfindung erforderlich sind. 2. Sachverhalt

E. 2

Am 5. September 2012 machte der Kläger beim Bezirksgericht Winterthur die vorliegende Klage auf Wandelung anhängig (Urk. 1). Die Beklagte erhob mit Eingabe vom 7. Februar 2013 bzw. anlässlich der mündlichen Klageantwort die Unzuständigkeitseinrede, für den Eventualfall ersuchte sie um Abweisung der Klage und um widerklageweise Verpflichtung des Klägers zur Bezahlung von Fr. 5'457.60 zuzüglich Zinsen (Urk. 14 und Prot. I S. 5 f.). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 22. Februar 2013 erklärte sich die Vorinstanz für zuständig (Prot. I S. 6). Am 16. September 2013 erging die gerichtliche Beweisverfügung mit Blick auf die behaupteten Mängel des Deckensektionaltors (Urk. 26). Am 21. Januar 2014 wurde ein Gutachter bestellt und eine Verhandlung für einen Augenschein und Zeugenbefragungen auf den 13. Juni 2014 terminiert (Urk. 31). Eine Vorabbesprechung des Gerichts mit dem Gutachter unter Übergabe gewisser Ak-

- 5 - ten erfolgte am 3. Februar 2014 (Urk. 37). Am 13. Juni 2014 wurden der Experte instruiert, der Augenschein vorgenommen und zwei Mitarbeiter der Beratungsstelle für Unfallverhütung (bfu) als Zeugen einvernommen (Prot. I S. 32 ff.). Gleichtags geführte Vergleichsgespräche scheiterten (Prot. I S. 42). Am 29. Oktober 2014 erging der Gutachtensauftrag (Urk. 52). Das schriftliche Gutachten datiert vom 10. März 2015 mit einer Ergänzung vom 4. April 2015 (Urk. 62 f., 67). Am 1. Mai 2015 wurde das Verfahren gerichtsintern umgeteilt. Die in der Folge vom Gericht angeregten Vergleichsbemühungen wurden vom Kläger als nicht zielführend erachtet (Urk. 80). Am 31. August 2015 erging der eingangs wiedergegebene Entscheid (Urk. 87 S. 14 f.).

E. 2.1

Die Vorinstanz hielt zum Sachverhalt im Wesentlichen das Folgende fest: Die Parteien hätten im Herbst 2011 die Lieferung und Installation eines Deckensektionaltors mit Torantrieb und Zubehör zu einem Preis von Fr. 5'457.60 vereinbart, das am 1. Dezember 2011 geliefert und installiert worden sei. Unmittelbar danach habe der Kläger diverse Mängel wie Farbe, fehlendes Versteifungsprofil, Lärm beim Öffnen und Schliessen gerügt. Nachdem eine Montagegruppe der Beklagten die Paneele am 13. Dezember 2011 ersetzt habe, habe der Kläger erneut telefonisch diverse Mängel (u.a. Farbe, Montage der Paneele, Lärm) beanstandet. Die am 15. Dezember 2011 angesetzte erneute Nachbesserung habe in einer emotionalen Auseinandersetzung geendet; Ende Januar 2012 sei es zu einem dritten Nachbesserungsversuch gekommen. Bei der Nachkontrolle am selben Abend habe der Kläger bemerkt, dass die automatische Abschaltung des Tores unterschiedlich reagiere. Nachdem der Kläger einen Mitarbeiter der Beratungsstelle für Unfallverhütung (fortan bfu) konsultiert habe, habe er mit Schreiben vom 30. Januar 2012 Mängelrüge erhoben und beanstandet, dass die maximal zuläs-

- 7 - sigen Kräfte im Zusammenhang mit der automatischen Abschaltung des Tores überschritten würden. Die Beklagte habe darauf nicht reagiert, sondern die Werkpreisforderung abgemahnt und Betreuung eingeleitet. Mit Schreiben vom 19. März 2012 habe der Kläger die Wandelung des Vertrages erklärt und die Beklagte zum Ausbau des Tores bis Ende März 2012 aufgefordert, nachdem die bfu Messungen zu den Kraftwerten des Garagentores durchgeführt habe. Am 23. Oktober 2012 seien durch die bfu im Beisein der Parteien diverse Messungen zur Krafteinwirkung des Tors gemacht worden. Im Übrigen

seien die Ausführungen der Parteien anlässlich der Hauptverhandlung zur Entscheidungsfindung nicht wesentlich und/oder unzureichend behauptet. Die von den Parteien später noch vorgebrachten Tatsachenbehauptungen seien unzulässig, zumal es sich dabei um unzulässige Noven im Sinne von Art. 229 ZPO handle, weshalb die verspätete Darstellung keinen Eingang in die Urteilsfindung finde (Urk. 87 S. 5 ff.).

E. 2.2

Die Beklagte beanstandet eingangs eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts. Sie weist darauf hin, dass die Vorinstanz die Beweisverfügung vom 16. September 2013 in Wiedererwägung gezogen habe. Somit könne der Entscheid ausschliesslich aufgrund der im Zeitpunkt nach durchgeführter Hauptverhandlung vorliegenden Beweise beurteilt werden (Urk. 86 S. 3). Konkret beanstandet die Beklagte, die Vorinstanz nehme Bezug auf die Urkunde 22/13, obwohl sie dieses actorum gemäss den Erwägungen ihres Entscheids aus dem Recht gewiesen habe. Bei Urk. 22/13 handle es sich um einen Expertenbericht, den sie, die Beklagte, nach Durchführung der Hauptverhandlung zugunsten des Gutachters eingereicht habe. Die Vorinstanz habe gleichwohl auf die Urkunde Bezug genommen, obwohl sie sie als verspätet erachtet habe, was nicht zulässig sei (Urk. 86 S. 3). Die Vorinstanz hat keine Akten "aus dem Recht gewiesen". Ein "Aus-dem-Recht-Weisen" gibt es nicht (OGer ZH RB150044 vom 10.02.2016, In-gress). Die besagte Urkunde 22/13 beschlägt das Protokoll der bfu über die am 16. März 2012 und am 23. Oktober 2012 durchgeführten Messungen (vgl. nachstehend Ziff. 3.2). Diese Messungen erwähnte der Kläger bereits in seiner Klagebegründung an der Hauptverhandlung vom 22. Februar 2013 und beantragte die Edition der Prüfungsberichte der bfu vom 16. März 2012 und vom 23. Oktober

- 8 - 2012 (Urk. 18 S. 11 f.). Die Beklagte selbst bezog sich in der Klageantwort auf diese Messwerte, brachte jedoch vor, dass der Wert von 600 N (Newton) auf 460 N habe reduziert werden können bzw. dass bei einem Wert 464 N kein Verfahren eingeleitet werde (Prot. I S. 9). Damit aber durfte die Vorinstanz auf diese Messwerte der bfu abstellen, da die entsprechenden Tatsachenbehauptungen bereits an der Hauptverhandlung vorgetragen und von der Beklagten im Grundsatz nicht bestritten worden waren. Das nachträgliche Einreichen des Berichts untermauert lediglich die bereits gemachten Angaben der Beklagten. Zudem moniert die Beklagte, die Vorinstanz unterstelle ihr, dass sie selbst von einer Wiederverkäuflichkeit des Tores ausgehe (vgl. nachstehend Ziff. 3.3). Das sei eine reine Parteibehauptung, die das Gericht als erwiesen erachte. Eine Wiederverkäuflichkeit sei damit offensichtlich nicht gegeben, nachdem das Tor seit fast vier Jahren in Gebrauch stehe (Urk. 86 S. 3). Diese Bestreitung erfolgt erstmals im Beschwerdeverfahren und ist daher prozessual verspätet (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Jedenfalls zeigt die Beklagte nicht auf, wo vor Vorinstanz sie die konkrete Bestreitung vorgenommen hat. Die fehlende Wiederverkäuflichkeit ist auch nicht gerichtsnotorisch (vgl. Urk. 86 S. 3).

E. 3

Sachgewährleistung

E. 3.1

Wandelung Die Vorinstanz stellte in Übereinstimmung mit den Parteien auf das Werkvertragsrecht ab. Sie hielt dafür, die mit Schreiben vom 30. Januar 2012 erfolgte Mängelrüge sei rechtzeitig erfolgt und sachgerecht substantiiert. Der Kläger behauptete insbesondere, die Annahme des Werks sei wegen Sicherheitsmängeln unzumutbar, da die

maximal zulässigen Kräfte von 400 N überschritten würden (Urk. 87 S. 7 f.). Die Vorinstanz prüfte im Folgenden die Voraussetzungen der in Art. 368 Abs. 1 OR geregelten Wandelung und schloss, es handle sich beim geltend gemachten Werkmangel um einen voll erheblichen Werkmangel, weshalb der Kläger berechtigt sei, das Wandelungsrecht auszuüben. Auch habe der Kläger das Recht trotz Verwendung des Garagentors nicht verwirkt (Urk. 87 S. 8 ff.).

- 9 - In der Beschwerde wird eine unrichtige Rechtsanwendung im Sinne von Art. 320 lit. a ZPO geltend gemacht und es werden die folgenden Punkte gerügt (Urk. 86 S. 4 ff.): - Dem Urteil würden keine Beweise für einen Mangel zugrunde liegen; - Selbst wenn ein Mangel zu bejahen wäre, fehle die Erheblichkeit; - Das Wandelungsrecht sei zu Unrecht als nicht verwirkt erachtet worden.

E. 3.2

Werkmangel Leidet das Werk an so erheblichen Mängeln oder weicht es sonst so sehr vom Verträge ab, dass es für den Besteller unbrauchbar ist oder dass ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann, so darf er diese verweigern und bei Verschulden des Unternehmers Schadenersatz fordern (Art. 368 Abs. 1 OR). Die Vorinstanz erwog, mangelhaft sei ein Leistungsgegenstand, wenn er vom Vertrag abweiche, wenn ihm eine zugesicherte oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte und voraussetzbare Eigenschaft fehle. Mithin beurteile sich ausschliesslich nach Massgabe des konkreten Vertragsinhaltes, ob ein Mangel vorliege oder nicht. Der Sorgfaltsmassstab für einen Werkunternehmer ergebe sich insbesondere auch aus den zur Zeit der Vertragserfüllung anerkannten Regeln der Technik. Bei technischen Regelwerken privater Organisationen gelte die Vermutung, dass die technische Norm anerkannte Regel der Technik sei (mit Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung; Urk. 87 S. 10). Es stehe fest, so die Vorinstanz weiter, dass eine technische Norm bestehe, die als Sicherheitsmassnahme die erzeugte Kraft bei einem Stoss eines Garagentors auf maximal 400 N limitiere. Sodann gelte gemäss einer Broschüre der bfu: "Der von der Türe ausgehende Kraftstoss sollte 400 Newton während 0.75 Sekunden nicht überschreiten." Vorliegend sei dieser Wert gemäss anerkannten Messungen zunächst um rund 50 % (200 N) und auch nach Anpassungen noch um 16 % (64 N) überschritten worden. Der von der Beklagten dagegen erhobene Einwand, der Wert sei nur unter Laborbedingungen einhaltbar, überzeuge nicht, und die von ihr erwähnte Verbandsrichtlinie des "Industrieverbands Tor Türen Zargen" sei im relevanten Zeitraum ohnehin noch nicht publiziert gewesen. Auch das Argument,

- 10 - bei Erstinstallationen würden keine Messungen gemacht, weil nur ganz wenige Messgeräte zur Verfügung stünden, sei nicht stichhaltig. Die Vermutung, dass die technische Norm als anerkannte Regel der Technik gelte, werde nicht widerlegt. Diese Regel zur Gewährleistung der Sicherheit beim Betrieb eines kraftbetätigten Tors sei im Umfang von zumindest 16 % überschritten worden, weshalb ein Mangel vorliege (Urk. 87 S. 10 f.). Die Beklagte macht geltend, der Kläger habe lediglich in allgemeiner Weise vorgebracht, die Kraftwerte des Garagentores seien zu hoch. Die Vorinstanz argumentiere mit einer "Norm" und behaupte, es werde vermutet, diese "technische Norm" bilde den Stand der Technik. Um welche Norm es sich handle, werde nicht ausgeführt. Die Beweislast für das Vorliegen und die Anwendbarkeit einer technischen Norm und der Nachweis von deren Verletzung obliege dem Kläger (Urk. 86 S. 4 f.). Weiter habe die Beklagte die Messungen nie anerkannt (Urk. 86 S. 5). Produkte dürfen gemäss Art. 3 des Produktesicherheitsgesetzes (PrSG; SR 930.11) nur in Verkehr gebracht werden, wenn sie

bei normaler oder vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung die Sicherheit und Gesundheit der Verwenderinnen und Verwender und Dritter nicht gefährden (Abs. 1). Sie müssen den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen nach Art. 4 PrSG entsprechen oder, wenn keine solchen Anforderungen festgelegt worden sind, dem Stand des Wissens und der Technik (Abs. 2). Der Bundesrat legt die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen fest; er berücksichtigt dabei das entsprechende internationale Recht (Art. 4 Abs. 1 und 2 PrSG). Die Kontrolle über die Einhaltung der Vorschriften über das Inverkehrbringen von Produkten obliegt neben anderen der Schweizerischen Beratungsstelle für Unfallverhütung (bfu; Art. 20 Abs. 1 Bst. b der Verordnung über die Produktesicherheit [PrSV; SR 930.111]). Die bfu hält unter dem Titel Schutzmassnahmen und Gefahrenstellen "Kraft- und Energiebegrenzung" fest, dass der von der Tür ausgehende Kraftstoss 400 N während 0,75 Sekunden nicht überschreiten sollte (Urk. 20/10). Es war die Beklagte selbst, welche die einschlägige Broschüre an der Hauptverhandlung ins Recht reichte und auf die diesbezüglichen Normen verwies (Prot. I S. 5 ff.). Der Wert von 400 N entspricht denn auch der EG-Richtlinie EN 12453 für

- 11 - kraftbetätigte Tore (Urk. 20/6, Urk. 20/7c). "Nach Ziff. 5.1.1 SN EN 12453:2000 sind Gefahren an Quetsch-, Scher- und Einzugsstellen insbesondere zu vermeiden durch Einhalten von Sicherheitsabständen und durch Begrenzung der Kräfte, die durch den Torflügel ausgeübt werden, wenn er auf eine Person oder einen Gegenstand auftritt. Kräfte sind dabei als sicher anzusehen, wenn die im Anhang A festgelegten Werte nicht überschritten werden (Ziff. 5.1.1.5 SN EN 12453:2000). Gemäss Anhang A.2 belaufen sich die zulässigen Maximalkräfte bei Öffnungsweiten zwischen Schliess- und Gegenschliesskanten auf 400 N (Newton)." (Urteil des BVGer C-4660/2013 vom 28. Mai 2015 E. 4.4.4). Daher ist die Erwägung, wonach die Vermutung nicht widerlegt worden sei, dass die technische Norm als anerkannte Regel der Technik gelte, nicht zu beanstanden. Nicht richtig ist die weitere Behauptung, die Beklagte habe die Kraftwerte stets bestritten (Urk. 86 S. 5). Die Beklagte räumte die Messwerte von 600 N und 464 N anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung ein, sie bestritt allerdings, dass diese Werte nicht gesetzeskonform sein sollen. Sie stellte sich auf den Standpunkt, dass der Wert von 400 N nur unter Laborbedingungen und nicht im Praxiseinsatz eingehalten werden müsste (Prot. I S. 9 f.). Das Produktesicherheitsgesetz schreibt in Art. 3 Abs. 3 Bst. d vor, für die Gewährleistung der Sicherheit und der Gesundheit der Verwenderinnen und Verwender und Dritter sei insbesondere der Umstand zu berücksichtigen, dass das Produkt von Personengruppen verwendet werden könne, die dabei einer grösseren Gefahr ausgesetzt seien als andere (z.B. Kinder, Menschen mit Behinderungen oder ältere Menschen). Das Gesetz bezieht sich somit auf die konkrete Verwendung des Produkts, weshalb das Vorbringen, die Werte müssten nur unter Laborbedingungen eingehalten werden, unbehelflich ist. Die Vorinstanz hat aufgrund der erwähnten Sicherheitsanforderungen gefolgert, dass nicht nur die Überschreitung des Grenzwertes um 50 %, sondern auch diejenige um 16 % einen Mangel bewirke. Dieser Auffassung ist zu folgen. Eine unrichtige Rechtsanwendung liegt nicht vor.

E. 3.3

Erheblichkeit Die Vorinstanz erwog, der Werkmangel beschlage die Sicherheit des Garagentors. Bei einem Unfall hätte der Kläger wegen der in Art. 58 OR statuierten Werk-eigentümerhaftung mit gegen ihn gerichteten Haftpflichtansprüchen zu rechnen. Das Gericht habe keine Kenntnis darüber, inwiefern die erhöhte Krafteinwirkung des Tors

- 12 -

gegenüber den zulässigen Werten zu einer Schaffung/Erhöhung einer Unfallgefahr beitrage. Selbst wenn dieser Wert sehr gering sein dürfte, blieben die Konsequenzen sehr weitreichend. Die Kraftwerte seien anlässlich der diversen Messungen der bfu nicht auf ein zulässiges Mass gesenkt worden und die Beklagte selbst sei nicht gewillt, den Mangel im Rahmen einer Nachbesserung zu beheben. Auch sei mit dem Kläger von einer Wiederverkäuflichkeit des Tors auszugehen. Daher sei in einer Gesamtwürdigung von einer derartigen Erheblichkeit auszugehen, dass dem Kläger die Annahme des Tors billigerweise nicht zugemutet werden könne. Er habe die Wandelung gültig erklärt (Urk. 87 S. 11 f.). Die Beklagte rügt, gemäss Art. 368 OR müsse ein Werk an so erheblichen Mängeln leiden oder sonst so sehr vom Vertrag abweichen, dass es für den Besteller unbrauchbar sei. Die Vorinstanz gehe von einem Werkmangel aus, der die Sicherheit beschlage. Sie stelle eine Überschreitung eines Kraftwertes von 64 N fest und erkläre diesen angeblichen Mangel als wesentlich. Die Einschätzung basiere weder auf einem Gesetz noch auf einer Norm, es handle sich um einen reinen Ermessensentscheid. Sodann müsse das Werk definitiv gänzlich unbrauchbar sein, d.h. der betreffende Werkmangel dürfe sich nicht beheben lassen. Sie, die Beklagte, habe den Mangel von allem Anfang an bestritten, weshalb sie auch nicht bereit gewesen sei, den angeblichen Mangel zu beheben. Ein entsprechender Beweis, dass der behauptete Werkmangel sich nicht beheben lasse, sei nicht erbracht. Somit habe der Kläger den Nachweis, dass die in Art. 368 Abs. 1 OR geforderten Voraussetzungen erfüllt seien, nicht erbracht. Die Vorinstanz habe die Unbrauchbarkeit des Werkes i.S. der vorgenannten Voraussetzungen ungeprüft angenommen. Damit liege Willkür in Form eines Subsumtionsfehlers vor (Urk. 86 S. 7). Bei den drei spezifischen Mängelrechten Wandelung, Minderung und Nachbesserung gemäss Art. 368 OR handelt es sich um Gestaltungsrechte. Die entsprechenden Erklärungen des Bestellers sind demzufolge unwiderruflich; sie dürfen keine Bedingungen enthalten, deren Eintritt der Unternehmer nicht selbst beein-

- 13 - flussen kann. Die Erklärungen wirken unmittelbar, es bedarf keiner Vollstreckung. Als Gestaltungsrechte werden sie durch einseitige, empfangsbedürftige, ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärungen ausgeübt. Einverständnis des Unternehmers ist nicht erforderlich. Die Ausübung ist nicht formgebunden (Zindel/Pulver, BSK OR-I, Art. 368 N 1, 12). Das Wandelungsrecht steht dem Besteller, obwohl das Gesetz dies nicht ausdrücklich sagt, wahlweise neben dem Minderungs- und Nachbesserungsrecht zu (Gauch, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011, N 1488). Wandelung setzt voraus, dass die Werkmängel so erheblich sind, dass das Werk für den Besteller unbrauchbar ist oder dass ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann. Bei der Frage der "Unzumutbarkeit der Annahme" geht es um die Ermessensfrage, ob es dem Besteller nach "Recht und Billigkeit" (Art. 4 ZGB) zumutbar ist oder nicht, das abgelieferte Werk zu behalten und in diesem Sinne endgültig anzunehmen. Die Interessenabwägung verlangt nach einer umfassenden Würdigung des Einzelfalls (Gauch, a.a.O., N 1558 f.). Zu den erheblichen Umständen, die zu berücksichtigen sind, gehören nicht nur solche, die im Werkmangel selber liegen. In Anschlag zu bringen und zu gewichten sind vielmehr sämtliche Umstände, die bei gegebenem Werkmangel für oder gegen die Zumutbarkeit der Annahme sprechen. Zulässig ist sogar, das nachträgliche Unternehmerverhalten in die Würdigung einzubeziehen, namentlich dann, wenn der Unternehmer eine Nachbesserung, zu der er mit seinem Betrieb allein imstande ist, zu Unrecht verweigert, verzögert oder unvollständig ausführt (Gauch, a.a.O., N 1561). Die Gesetzesnorm verweist das Gericht auf sein Ermessen. Die Vorinstanz hat unter Verweis auf die (verbindlichen) bfu-Richtlinien

erwogen, dass der anerkannte Wert zur Gewährleistung der Sicherheit beim Betrieb eines kraftbetätigten Tors im Umfang von 16 % überschritten werde, und damit ihr Ermessen pflichtgemäss ausgeübt, sollten doch die zulässigen Maximalkräfte 400 N nicht überschreiten. Weiter hat die Vorinstanz eine Interessenabwägung vorgenommen, indem sie unter Verweis auf die Werkeigentümerhaftung von Art. 58 OR festhielt, dass der Kläger - im Falle eines Schadens durch das mangelhafte Tor - zur Verantwortung

- 14 - gezogen werden könnte, und deshalb den Mangel als erheblich eingestuft. Mit den letztgenannten Erwägungen setzt sich die Beklagte indessen nicht auseinander, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist. Hat die Vorinstanz zu Recht auf einen erheblichen Mangel erkannt, braucht nicht geprüft zu werden, ob der Mangel behoben werden kann. Im Übrigen hat der Kläger mit Schreiben vom 30. Januar 2012 der Beklagten eine Frist bis 15. Februar 2012 gesetzt, um die Mängel zu beheben (Urk. 4/4). Die Beklagte hat auf die Aufforderung zur Nachbesserung mit der Zahlungsaufforderung reagiert (vgl. Urk. 4/6). Damit hat sie klar zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht willens war, die Nachbesserung vorzunehmen.

E. 3.4

Verwirkung Die Vorinstanz prüfte schliesslich, ob der Kläger das Wandelungsrecht durch die Weiterverwendung verwirkt habe, und verneinte dies. Sie führte aus, der vorliegende Fall sei nicht mit dem von der Beklagten zitierten BGE 105 II 90 vergleichbar. Der Kläger behaupte, die Abnahme des Werks sei ihm wegen Sicherheitsmängeln unzumutbar. Wenn der Kläger während des Verfahrens trotz Weiterverwendung des Tors haftpflichtig würde, so könnte er die Beklagte mit einer Regressklage gestützt auf Art. 368 OR ins Recht fassen; nach einer Abnahme des Garagentors, in Kenntnis des Mangels, wäre dies wohl nicht mehr möglich. Zudem widersetze sich die Beklagte der Wandelung und der Kläger sei bei Verwendung des Fahrzeugs auf die Benutzung des Garagentors angewiesen (Urk. 87 S. 12). Die Beklagte macht geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht ihren Verweis auf BGE 105 II 90 abgetan, in welchem das Bundesgericht die Wandelung abgelehnt habe, als ein Käufer eines Porsches nach Ausübung des Wandelungsrechts noch weitere 3000 km gefahren sei. Dieser Fall sei identisch mit der vorliegenden Streitigkeit. Die Frage, ob Sicherheitsmängel oder andere Mängel im Raum stünden, könne hinsichtlich der Frage, ob eine Verwirkung vorliege, keine Rolle spielen (Urk. 86 S. 8). Die das Wandelungsrecht ausübende Person könne nicht gleichzeitig geltend machen, ein Werk sei unbrauchbar (im Sinne von gefährlich), es

- 15 - aber während mittlerweile vier Jahren weiterhin tagtäglich gebrauchen. Das Argument, der Kläger sei auf das Garagentor angewiesen, entbehre jeder Logik. Der Kläger könne erstens sein Fahrzeug vor der Garage parkieren und zweitens könne er das Garagentor auch ohne Antrieb benützen, indem er es von Hand öffne und schliesse. Auch das Argument mit der Regressklage gehe an der Sache vorbei (Urk. 86 S. 8 ff.).

Grundsätzlich verwirkt der Besteller sein Wandelungsrecht, wenn er das Werk trotz Kenntnis der Mangelhaftigkeit gebraucht (BGer 4C.126/2002 vom 19. August 2002 E. 2). Das Garagentor war durch den Einbau Bestandteil des Grundstückes geworden und der bestimmungsgemässe Gebrauch der Garage erfordert auch das Tor. Das Argument, der Kläger könne sein Fahrzeug vor der Garage parkieren und er könne das Garagentor auch ohne Antrieb benützen, ist novenrechtlich verspätet (Art. 326 ZPO). Die Beklagte zeigt jedenfalls nicht auf, wo vor Vorinstanz sie die konkrete Behauptung aufgestellt hat. Wie unter Ziff. 3.3 ausgeführt, hängt die Frage, ob das Werk für den Besteller unzumutbar ist,

von den gegenseitigen Interessen der Parteien ab; die Interessenabwägung verlangt nach einer umfassenden Würdigung des Einzelfalls. Die Mitberücksichtigung des Umstands, dass der Kläger, falls er wegen der Sicherheitsmängel persönlich belangt werden sollte, die Beklagte mit einer allfälligen Regressklage ins Recht fassen könnte, was nach erfolgter Abnahme des Werkes nicht mehr möglich wäre, ist sachlich vertretbar. Es sind denn auch keine Interessen der Beklagten ersichtlich, die gegen eine Rückabwicklung des Vertrages sprechen. Dass nicht der Kläger die lange Verfahrensdauer zu vertreten hat, wurde von der Vorinstanz bereits angeführt (Urk. 87 S. 12). Demzufolge ist mit der Vorinstanz zu folgern, dass der Kläger das Wandelungsrecht nicht verwirkt hat (vgl. BK-Gautschi, N 14c zu Art. 368 OR).

E. 3.5

Nach dem Gesagten erweisen sich die Vorbringen im Zusammenhang mit der Wandelung als unbegründet.

E. 4

Widerklage Hat der Kläger das Wandelungsrecht zu Recht ausgeübt, hat die Beklagte keinen

- 16 - Anspruch auf die geltend gemachte Werklohnforderung. Die Widerklage, zu der sich die Beklagte in der Beschwerde mit keinem Wort äussert, ist abzuweisen.

E. 5

Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

E. 6

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

- 17 - Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit. Der Streitwert beträgt Fr. 5'457.60. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 11. April 2016 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer
Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. S. Notz
versandt am: se

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