

Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}  
4C.126/2002 /zga

Urteil vom 19. August 2002  
I. Zivilabteilung

Bundesrichterinnen und Bundesrichter Walter, Präsident,  
Klett, Rottenberg Liatowitsch, Nyffeler, Favre  
Gerichtsschreiberin Boutellier.

X. \_\_\_\_\_ AG,  
Beklagte und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Hans Henzen, Eisenbahnstrasse  
41, Postfach 228,  
9401 Rorschach,

gegen

Y. \_\_\_\_\_,  
Kläger und Berufungsbeklagten, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Thomas Anthamatten,  
Bahnhofstrasse 4, 3930 Visp.

Werkvertrag,

Berufung gegen das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Wallis, Zivilgerichtshof I, vom 14.  
Februar 2002.

Sachverhalt:

A.

A.a Y. \_\_\_\_\_ (Besteller und Kläger) ist Inhaber der Einzelfirma "Y \_\_\_\_\_" mit Sitz in  
L. \_\_\_\_\_, welche Holztransporte durchführt. Z. \_\_\_\_\_ ist Lastwagenmechaniker und einziger  
Verwaltungsrat der Lastwagengarage X. \_\_\_\_\_ AG (Unternehmerin und Beklagte). Im Frühjahr  
1999 kaufte der Kläger bei der Garage A. \_\_\_\_\_ AG einen neuen Lastwagen der Marke Mercedes  
und bei der Firma B. \_\_\_\_\_ AG in T. \_\_\_\_\_ einen neuen Holzladekran. Der Kläger liess den  
Kran von der Beklagten auf seinen neuen Lastwagen montieren. Für die Montagearbeiten leistete der  
Kläger vorerst eine Anzahlung von Fr. 10'750.--. Die weiteren Rechnungen der Beklagten vom 23.  
Juni 1999 über Fr. 6'407.65 und Fr. 6'854.20 bezahlte er nicht. Nach Abschluss der Montagearbeiten  
übernahm die Garage A. \_\_\_\_\_ AG den Mercedes-Lastwagen für die Vorführung bei der  
Automobilkontrolle, welche den Lastwagen, nicht aber den Aufbau, kontrollierte. Der Inhaber und der  
Werkstattchef der Garage A. \_\_\_\_\_ AG stellten fest, dass die Montage des Ladekrans nicht nach  
den Aufbauvorschriften des Herstellers ausgeführt worden sei, und teilten dies der Beklagten auch  
mit.

A.b Schon bald nach der Übergabe an den Kläger traten Mängel am Aufbau des Krans zutage. Der  
Kran funktionierte nicht einwandfrei und die Bedienung war erschwert. Da der Aufbau zu schwach war,  
verdrehte sich der Camion beim Aufladen des Holzes, wobei das Chassis des Lastwagens verkrümmt  
wurde. Der Kläger und sein Chauffeur suchten mehrmals die Beklagte auf, um die festgestellten  
Mängel zu melden. Die Beklagte nahm kleinere Verbesserungen vor, konnte die Mängel jedoch nicht  
beheben.

A.c Am 11. September 1999 suchte der Kläger mit dem Camion die B. \_\_\_\_\_ AG auf, bei welcher  
er den Kran gekauft hatte, und liess die Probleme mit dem Kranaufbau prüfen. In einem Bericht an  
den Anwalt des Klägers stellte die B. \_\_\_\_\_ AG fest, dass der Hilfsrahmen, der zur  
Chassisverstärkung im Kraneinsatz erforderlich ist, nicht nach den Aufbauvorschriften von Mercedes  
ausgeführt worden war und erhebliche Mängel aufwies. Das Chassis des Lastwagens war aufgrund  
des schwachen Hilfsrahmens verdreht und geknickt. Zur Mängelbehebung mussten der Kran und  
weitere Teile demontiert, das Fahrzeugchassis durch eine spezialisierte Firma gerichtet und der  
Hilfsrahmen ersetzt sowie weitere Reparaturen ausgeführt werden. Die B. \_\_\_\_\_ AG stellte so  
viele und gravierende Mängel fest, dass deren Behebung ohne komplette Demontage des Aufbaus  
nicht möglich war.

A.d Am 13. September 1999 betraute der Kläger die B. \_\_\_\_\_ AG mit der Mängelbehebung. Die  
B. \_\_\_\_\_ AG schätzte die Gesamtkosten auf ca. Fr. 17'810.--. Der Kläger informierte alsdann die

Beklagte über den Umfang der Mängel und den Aufwand für deren Behebung. Die Beklagte offerierte, die Kosten für die Mängelbehebung zu übernehmen, sofern der Kläger die Abänderungskosten für den Kühler und den Hydrauliktank übernehme. Nach der Demontage entdeckte die B. \_\_\_\_\_ AG weitere, durch die Montage verursachte Mängel, und behob auch diese. Die B. \_\_\_\_\_ AG stellte für die am 13. September 1999 offerierte Behebung der damals sichtbaren Mängel Rechnung im Betrag von Fr. 19'145.75. Für die später entdeckten Mängel belief sich die Rechnung auf Fr. 20'733.15. Nach Abschluss dieser Reparaturen konnte der Lastwagen mit dem aufgebauten Kran bestimmungsgemäss für Holztransporte eingesetzt werden.

B.

Der Kläger stellte am 4. April 2000 beim Bezirksgericht Westlich-Raron folgendes Begehren:

1. Der Aufbauvertrag zwischen der X. \_\_\_\_\_ AG und Y. \_\_\_\_\_ wird gewandelt, wobei die X. \_\_\_\_\_ AG an Y. \_\_\_\_\_ die bereits bezahlten Fr. 10'750.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 23.6.1999 zurückvergütet.

2. Die X. \_\_\_\_\_ AG hält Y. \_\_\_\_\_ schadlos und bezahlt für Mangelfolgeschäden den Betrag von Fr. 52'638.05 nebst Zins zu 5 % seit dem 11.10.1999.

.. ..

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage und erhob Widerklage mit dem Begehren, der Kläger sei zur Zahlung von Fr. 24'666.90 zu verpflichten. In der Replik hielt der Kläger an seinen Anträgen fest und anerkannte die Widerklage im Umfang von Fr. 9'772.10.

Mit Urteil vom 14. Februar 2002 hiess das Kantonsgericht Wallis, Zivilgerichtshof I, die Klage im Umfang von Fr. 39'130.55 und Fr. 977.90 zuzüglich Zins gut und wies die Widerklage, soweit nicht anerkannt, ab.

C.

Am 5. April 2002 erhob die Beklagte gegen das Urteil des Kantonsgerichts Wallis Berufung und beantragte, das Urteil sei aufzuheben, die Klage vollumfänglich abzuweisen und die Widerklage im anerkannten Umfang von Fr. 9'772.10 gutzuheissen. Mit Berufungsantwort schloss der Kläger auf Nichteintreten, eventualiter auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Die Vorinstanz hat erwogen, die Parteien hätten einen Werkvertrag geschlossen, der von der Beklagten mangelhaft erfüllt worden sei. Die Beklagte habe die Mängel trotz mehreren Nachbesserungsversuchen nicht vollständig behoben. Daher habe der Kläger einen Dritten mit der Reparatur beauftragt. In ihren Erwägungen ist die Vorinstanz zum Schluss gekommen, der Kläger habe Wandelung erklärt und die Beklagte müsse daher den empfangenen Werklohn zurückerstatten, zudem wurde die Beklagte verpflichtet, dem Kläger die Reparaturkosten der B. \_\_\_\_\_ AG als Mangelfolgeschaden zu ersetzen.

Die Beklagte bestreitet in der Berufung nicht, dass sie den Werkvertrag mangelhaft erfüllt hat. Sie rügt jedoch, die Vorinstanz habe Bundesrecht (Art. 368 Abs. 1, Art. 207 Abs. 3 und Art. 208 OR) verletzt, indem sie den Werkvertrag gewandelt und die Beklagte zur Rückerstattung des empfangenen Werklohnes und zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet habe. Sie macht insbesondere geltend, der Kläger habe das Wandelungsrecht verwirkt, indem er Nachbesserung durch einen Dritten gewählt habe. Zudem sei die Wandelung auch nicht möglich, da der Kläger den Werkgegenstand gebraucht und später veräussert habe, der Werkgegenstand sei weder unbrauchbar, noch sei seine Annahme unzumutbar gewesen, auch habe der Besteller den Stoff geliefert. Die Beklagte führt ergänzend an, die Vorinstanz habe die Regeln über die Durchführung der Wandelung verkannt, indem sie nur die Unternehmerin zur Rückgabe des Werklohnes verpflichtet habe. Die Vorinstanz habe missachtet, dass bei Wandelung auch der Besteller zur Rückgabe des Werkes verpflichtet wäre.

1.1 Ist das Werk mangelhaft, hat der Besteller je nach Erheblichkeit der Mängel die Wahl zwischen Wandelung, Minderung oder Nachbesserung; bei Verschulden haftet der Unternehmer zudem für die Mangelfolgeschäden (Art. 368 Abs. 2 und 3 OR; BGE 116 II 305 E. 2c S. 307).

Durch Wahl der Wandelung, Minderung oder Nachbesserung übt der Besteller ein Gestaltungsrecht aus, welches grundsätzlich unwiderruflich ist. Verlangt der Besteller Nachbesserung und ist das Werk nach der Reparatur durch den Unternehmer nach wie vor mangelhaft, hat der Besteller erneut ein Wahlrecht. Auch wenn der Besteller Nachbesserung verlangt und sich der Unternehmer weigert oder unfähig ist diese auszuführen, kann der Besteller die Reparatur durch einen Dritten veranlassen und zwar auf Kosten des Unternehmers (BGE 109 II 40 E. 6a mit Hinweisen). Der Besteller ist frei, Nachbesserung, Wandelung oder Minderung zu fordern, auch wenn er das Werk selbst repariert oder

durch einen Dritten verbessern lässt; er ist jedoch an die einmal von ihm getroffene Wahl gebunden. Zum Wandlungs-, Minderungs- oder Nachbesserungsrecht tritt bei Verschulden des Unternehmers kumulativ das Schadenersatzrecht des Bestellers hinzu (Art. 368 Abs. 1 und 2 OR; BGE 116 II 454 E. 2a; 126 III 388 E. 10a mit Hinweisen)

1.2 Die Vorinstanz hat festgestellt, der Kläger habe die B. \_\_\_\_\_ AG mit der Nachbesserung beauftragt, und die Beklagte habe sich bereit erklärt, die Kosten für diese Nachbesserung vereinbarungsgemäss zu übernehmen. Aus dem Verhalten des Klägers könnte geschlossen werden, dass er die Nachbesserung durch einen Dritten mit Kostenübernahme durch die Unternehmerin gewählt hat. Eine Ausübung des Wahlrechts zu diesem Zeitpunkt ist jedoch aus den Feststellungen der Vorinstanz nicht ersichtlich. Die Beklagte macht mit Berufung auch nicht geltend, dass sie im kantonalen Verfahren rechtzeitig diesbezügliche Behauptungen eingebracht und entsprechende Beweisanträge gestellt habe, welche die Vorinstanz nicht beachtet habe. Das Bundesgericht ist somit an die Feststellungen der Vorinstanz gebunden, wonach der Kläger sein Wahlrecht bei Klageeinreichung ausgeübt und Wandelung des Werkvertrages gewählt hat.

2.

2.1 Leidet das Werk an so erheblichen Mängeln oder weicht es sonst so sehr vom Vertrag ab, dass es für den Besteller unbrauchbar ist, oder dass ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann, so darf er diese verweigern (Art. 368 Abs. 1 OR). Unbrauchbarkeit des Werkes führt dazu, dass dem Besteller die Annahme nicht zugemutet werden kann; sie ist nur gegeben, wenn das Werk gänzlich unbrauchbar ist und sich der Mangel auch nicht beheben lässt (Gauch, Der Werkvertrag, 4. Auflage, N. 1567; Zindel/Pulver, Basler Kommentar, N. 19 zu Art. 368 OR; BGE 98 II 118 E. 3a, S. 122 mit Hinweisen). Grundsätzlich verwirkt der Besteller sein Wandlungsrecht, wenn er das Werk trotz Kenntnis der Mangelhaftigkeit gebraucht (BGE 105 II 90 mit Hinweisen). Wandelung bedeutet Aufhebung des Vertrages ex tunc, die gegenseitigen Forderungen erlöschen und die bereits erbrachten Leistungen müssen zurückerstattet werden.

2.2 In casu bestand das Werk aus den Montagearbeiten der Unternehmerin, die vom Kläger damit betraut worden war, den neuen Ladekran auf den Lastwagen zu montieren. Diese Arbeit wurde nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil so mangelhaft ausgeführt, dass die B. \_\_\_\_\_ AG den ganzen Aufbau demontieren und neu montieren musste. Dieses Werk war daher für den Kläger unbrauchbar und es konnte ihm die Annahme nicht zugemutet werden. Er hatte somit das Recht, die Wandelung zu wählen. Dies bedeutet, dass die Unternehmerin den Werklohn zurückerstatten muss. Da der Besteller nur die Anzahlung von Fr. 10'750.-- geleistet hat, ist ihm diese von der Beklagten zurückzuerstatten. Im Gegenzug muss der Besteller der Unternehmerin das Werk zurückgeben. Da dieses jedoch aus den Montagearbeiten bestand, ist eine Rückgabe nicht möglich. Die Unternehmerin kann verlangen, dass ihr der Stoff, den sie bei der Montage eingebaut hat und der nicht vom Besteller stammte, zurückerstattet wird. Aus den Feststellungen der Vorinstanz ist jedoch nicht ersichtlich, ob solche Montageteile eingebaut und später demontiert wurden, und die Beklagte deren Rückgabe verlangt hat. Die Streitsache ist somit zur Ergänzung des Sachverhaltes an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3.

3.1 Neben dem Recht auf Wandelung, Minderung oder Nachbesserung hat der Besteller bei Verschulden des Unternehmers einen Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens (Art. 368 Abs. 1 und 2 OR), dieser tritt gerade nicht an die Stelle der Mängelrechte. Mangelfolgeschäden sind Schäden, die durch den Mangel verursacht werden und trotz Wandelung, Minderung oder Nachbesserung bestehen bleiben. Der Mangelfolgeschaden hat seine Ursache in einem Werkmangel, ist jedoch nicht im Mangel selbst begründet (BGE 116 II 305 E. 4a mit Hinweisen; siehe auch Gauch, a.a.O., N. 1855, N. 1864; Koller, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, N. 7f.).

3.2 Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid den Begriff des Mangelfolgeschadens verkannt. Indem sie auch Schäden, die im Mangel selbst begründet waren, als Mangelfolgeschaden zugelassen und die Beklagte verpflichtet hat, dem Kläger sämtliche Reparaturkosten der B. \_\_\_\_\_ AG zu erstatten, hat die Vorinstanz Bundesrecht verletzt. Die Kosten, die durch die Demontage und erneute Montage des Ladekrans verursacht wurden, können nicht als Mangelfolgeschaden geltend gemacht werden, da sie in der Mangelhaftigkeit des Werkes selbst liegen. Hingegen sind die Kosten für die Behebung der Schäden am Lastfahrzeug sowie diejenigen für die Beseitigung der Verunreinigung durch Späne am Hydrauliksystem und allenfalls weitere durch das mangelhafte Werk verursachte Kosten Mangelfolgeschaden, welcher durch die Unternehmerin zu ersetzen ist.

Aufgrund der Feststellungen der Vorinstanz kann nicht genügend genau abgegrenzt werden, welche vom Kläger geltend gemachten Kosten durch den Mangel selbst begründet, und welche eine Folge der mangelhaften Werkausführung sind. Die Streitsache ist daher auch diesbezüglich zur Ergänzung des Sachverhaltes an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4.

Das Urteil der Vorinstanz ist aufzuheben. Die Feststellungen der Vorinstanz reichen nicht aus, um einen Entscheid in der Sache zu fällen. Daher wird die Streitsache zur Neuentscheidung im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen. Die Vorinstanz hat festzustellen, ob die Beklagte als Unternehmerin einen Rückgabeanspruch hat. Zudem hat die Vorinstanz den Umfang des Mangelfolgeschadens zu ermitteln. Die materiellen Fragen sind noch offen, es rechtfertigt sich daher, die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 3 OG) und die Parteikosten wettzuschlagen (Art. 159 Abs. 3 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Wallis, Zivilgerichtshof I, vom 14. Februar 2002 wird aufgehoben und die Streitsache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'500.-- wird den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

3.

Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht des Kantons Wallis, Zivilgerichtshof I, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 19. August 2002

Im Namen der I. Zivilabteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin