

### **Sachverhalt Nr. 1**

Die Viktor AG verkauft am 20. August 2019 der Kurt AG einen Hubstapler zum Gebrauch im Warenlager zum Preis von Fr. 100'000, lieferbar am 31. August 2018, zahlbar innert 30 Tagen ab Lieferung. Sie vereinbaren einen Eigentumsvorbehalt im Sinne von Art. 715 ZGB, lassen diesen aber nicht im Eigentumsvorbehaltsregister eintragen. Am 31. August ist weit und breit kein Hubstapler in Sicht.

*Wie kann die Kurt AG vorgehen? Wie kann die Kurt AG vorgehen, wenn der Kauf des Hubstaplers zum erkennbaren Weiterverkauf erfolgt (Variante I)? Wie kann die Viktor AG vorgehen, wenn sie den Hubstapler liefert, die Kurt AG aber die Rechnung nicht wie vereinbart innert 30 Tagen nach Lieferung bezahlt (Variante II)?*

### **Lösungsvorschlag Nr. 1**

Der Verkauf an die Kurt AG erfolgt nicht zur Weiterveräußerung, sondern zur Verwendung im Warenlager. Somit ist das Vorliegen kaufmännischen Verkehrs im Sinne des Art. 190 Abs. 1 OR nicht einschlägig (strittig);<sup>1</sup> anwendbar sind die gewöhnlichen Verzugsregeln in Art. 102 ff. OR. Die Kurt AG befindet sich im Verzug, auch ohne Mahnung, weil ein Liefertermin besteht (Art. 102 Abs. 2 OR). Muss die Viktor AG eine Nachfrist setzen? Beim relativen Fixgeschäft ist dies nicht nötig (Art. 108 Ziff. 3 OR), doch sagt der Termin noch nichts über das Vorliegen eines Fixgeschäfts aus. Die Lieferung hätte exakt am 31. Mai 2018 erfolgen müssen. Es stellt sich die Frage, ob er dafür eine Nachfrist setzen muss. Der genaue Termin alleine macht das Geschäft noch nicht zum *relativen Fixgeschäft* gemäss Art. 108 Ziff. 3 OR. Nur wenn der Gläubiger zur Annahme der verspäteten Leistung nicht verpflichtet ist, liegt wirklich ein Anwendungsfall von Art. 108 Ziff. 3 OR vor.<sup>2</sup> Dass sich das hier so verhält, ist wenig wahrscheinlich: Es ist gut denkbar, dass die Kurt AG den Hubstapler auch dann will, wenn er ein bisschen später kommt. Die Kurt AG kann somit nach den Regeln des Art. 107 Abs. 1 OR eine Nachfrist setzen und die Rechte gemäss Art. 107 Abs. 2 OR wählen.

Die Kurt AG kann nach Setzung einer erfolglosen Nachfrist immer noch die Erfüllung verlangen oder auf die Leistung der Viktor AG verzichten (Art. 107 Abs. 2 OR). Dabei entsteht eine weitere Wahlmöglichkeit. Die Kurt AG kann bei Verzicht auf die Leistung der Viktor AG entweder den Vertrag beibehalten und das positive Interesse verlangen oder den Rücktritt kombiniert mit dem Schadenersatz im negativen Interesse wählen (Art. 107 Abs. 2 OR). Würde die Kurt AG den Verzicht auf die Leis-

---

<sup>1</sup> Huguenin, N 2382: «Unbestritten ist, dass kaufmännisch erworbene Gegenstände in der Regel weiterverkauft werden. Ein Teil der Lehre unterstellt indessen auch den Kauf von Gegenständen, die im Käuferunternehmen verwendet werden sollen, den kaufmännischen Sondernormen. Hier ist unserer Ansicht nach zu differenzieren: Kauft ein Unternehmen, welches Verpackungsmaschinen herstellt, eine Kaffeemaschine für sein Personal, liegt kein Handelskauf vor. Kauft es dagegen Bestandteile, die es zwar nicht *tel quel* weiterverkauft, aber in die Verpackungsmaschinen einbaut, so handelt es sich um einen Handelskauf. Ein Handelskauf ist auch zu bejahen, wenn ein Restaurant eine Kaffeemaschine für den entgeltlichen Ausschank an die Gäste kauft.»; a.M. BSK OR I-Koller, Art. 190 N 8: «Nicht Handelskauf ist daher der Kauf zum eigenen Bedarf. Nicht unter Art. 190 fällt somit der Verkauf an den Konsumenten (z.B. Kauf einer Kuh zur eigenen Nutzung, BK-Becker, N 3), ferner auch nicht der Verkauf an einen Gewerbetreibenden, der die Ware in seinem Betrieb verwenden will (vgl. BGE 90 II 285: Kauf einer Kaffeemaschine für den Betrieb eines Restaurants). Ein Kauf zum Weiterverkauf fällt hingegen auch dann unter Art. 190, wenn ein Privatmann Käufer ist (Einschränkung in N 14); das wurde v.a. für Börsentermingeschäfte anerkannt (BIHE 1889, 278; ZBJV 1895, 264 ff.; KUKO OR-Kikinis, N 2 m.w.Nw.)»

<sup>2</sup> Vgl. BSK-Wiegand, OR 108 N 6: „Art. 108 Ziff. 3 kommt jedoch nicht bei allen Fixgeschäften zur Anwendung, sondern nur bei den (v.a. in der deutschen Doktrin) sog. relativen Fixgeschäften. Damit bezeichnet man jene Geschäfte, bei denen der Gläubiger zur Annahme der verspäteten Leistung nicht verpflichtet ist bzw. bei denen mit dem Fristablauf auch die Erfüllbarkeit der Obligation entfällt (...).“; vgl. Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N 2747: „Ergibt sich aus der Parteiabrede, dass die Leistung nach einem genau bestimmten Zeitpunkt nicht mehr er folgen darf (Art. 108 Ziff. 3), so ist sie häufig für die Gläubigerin auch nutzlos geworden (Art. 108 Ziff. 2). Die beiden Normen behalten aber einen je eigenen Anwendungsbereich: Die «Nutzlosigkeit» nach Ziff. 3 wird allein durch die Fixabrede definiert; ob bei objektiver Betrachtung der Nutzen effektiv entfällt, spielt keine Rolle. Anders bei der Nutzlosigkeit nach Ziff. 2; hier wird effektive und erkennbare Nutzlosigkeit gefordert.“

tung kombiniert mit Schadenersatz auf das positive Interesse wählen, könnte sie dennoch die Schadensberechnung nach Art. 191 Abs. 2 (h.L.) und 3 (strittig) OR anwenden.<sup>3</sup>

Bei der Variante I mit dem Verkauf zum erkennbaren Weiterverkauf ist Art. 190 OR anwendbar, weil kaufmännischer Verkehr vorliegt. Art. 190 Abs. 1 OR enthält drei Vermutungen: «Art. 190 weicht – beim kaufmännischen Verkehr – von der Regelung des Art. 108 Ziff. 3 in dreierlei Hinsicht ab: a) Wird ein bestimmter Erfüllungszeitpunkt abgemacht, so knüpft sich hieran die widerlegbare Vermutung eines (relativen) Fixgeschäfts. Im Zweifel ist somit von einem Fixgeschäft auszugehen. Behauptet der Verkäufer, dass die Vereinbarung des bestimmten Erfüllungszeitpunktes nicht den Sinn gehabt habe, nachträgliche Erfüllung gegen den Willen des Käufers auszuschliessen, so trägt er insoweit die Beweislast. b) Es wird vermutet, der Käufer mache von seinem Recht, auf nachträgliche Erfüllung zu verzichten, Gebrauch. Will der Käufer auf der Leistung beharren, so hat er dies «unverzüglich» zu erklären. c) Beharrt der Käufer nicht auf der Leistung, so wird nach dem Gesetzeswortlaut vermutet, er verlange Ersatz des Nichterfüllungsschadens (positives Vertragsinteresse). Eine entsprechende Vermutung besteht beim normalen Fixgeschäft nicht: Es gilt Art. 107 Abs. 2, wonach die Erklärung des Gläubigers, auf die Leistung zu verzichten und Schadenersatz zu verlangen, nach den allgemeinen Grundsätzen daraufhin zu untersuchen ist, ob Ersatz des positiven oder negativen Vertragsinteresses verlangt wird. Ob diese Wahlmöglichkeit auch beim Tatbestand von Art. 190 besteht, ist umstritten (...).»<sup>4</sup> Eine Nachfristsetzung erübrigt sich folglich vermutungsweise. Wenn die Kurt AG nichts sagt, ist vermutungsweise von einem Verzicht mit positivem Interesse auszugehen. Will die Kurt AG die Lieferung dennoch, so muss sie dies unverzüglich mitteilen (Art. 190 Abs. 2 OR).

In der Variante II handelt es sich um einen Kreditkauf. Der Rücktritt steht der Viktor AG nur noch offen, wenn sich die Viktor AG dieses Recht ausbedungen hat (Art. 214 Abs. 3 OR). Als solcher Vorbehalt gilt auch ein Eigentumsvorbehalt im Sinne des Art. 715 ZGB, selbst wenn er nicht gültig eingetragen ist.<sup>5</sup> Die Viktor AG kann folglich alles – ohne Nachfrist auf die Leistung verzichten (mit pos. oder neg. Interesse) oder an der Leistung des Kaufpreises festhalten.

## Sachverhalt 2: Hauskauf mit Renovation

Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 2. Juli 2010 verkaufte die Viktoria AG der Kurt Immobilien AG ein Grundstück. Die Verkäuferin hat sich in diesem Kaufvertrag nebst der umfassenden und detailliert beschriebenen Renovation des bereits existierenden Mehrfamilienhauses auch dazu verpflichtet, bis zum 31. Oktober 2010 (Übergang Nutzen und Gefahr per 1. November 2010) neue Ablauflei-

<sup>3</sup> Vgl. BSK OR I-Koller, Art. 191 N 15: «Nach seinem Wortlaut betrifft Art. 191 Abs. 2 nur den kaufmännischen Verkehr, also den Fall, da der Käufer die Kaufsache zwecks Weiterverkaufs erwirbt. Diese Beschränkung ist indes unzutreffend (s. schon von Tuhr, SJZ 1921, 367; ferner Koller A., OR BT, § 4 N 33, 38 f. m.w.Nw.; ZR 1994, 64 Nr. 11; a.A. ZK-Oser/Schönenberger, N 6; BGE 123 III 16): Muss sich der Käufer, der die Ware für sich behalten will (z.B. zwecks Verwendung in seinem Gewerbebetrieb), teurer eindecken, so erleidet er einen Verlust, den er im Falle der Erfüllung nicht gehabt hätte. Diesen muss er auf den Verkäufer, falls dieser im Verschulden ist, abwälzen können, und zwar nach der Differenztheorie. Dafür braucht man allerdings nicht auf Abs. 2 zu greifen. Vielmehr ergibt sich die Haftung schon gestützt auf Abs. 1 bzw. aus allgemeinen Grundsätzen des Schadenersatzrechts (vgl. BGE 47 II 30, 34). An diesen will Abs. 2 nichts ändern. Seine Funktion besteht einfach darin, diese Grundsätze für einen praktisch bedeutsamen Fall, denjenigen des kaufmännischen Verkehrs, ausdrücklich festzuschreiben.» und 25: «Art. 191 Abs. 3 gilt nur für den kaufmännischen Verkehr. Für eine analoge Anwendung im nicht kaufmännischen Verkehr bleibt kein Raum. «Denn die der Bestimmung zugrunde liegende Vermutung, es sei ein Deckungskauf vorgenommen worden, um einen Weiterverkauf halten bzw. tätigen zu können [N 17], ist nur dort gerechtfertigt», wo der Käufer «typischerweise zum Weiterverkauf kauft» (Koller A., OR BT, § 4 N 33; a.A. ZK-Schönle, N 39; Honsell, OR BT, 60). Hingegen bleibt die Frage, ob nicht u.U. nach allgemeinem Schadenersatzrecht eine dem Art. 191 Abs. 3 entsprechende Schadensliquidation Platz greifen kann. Das ist weder generell zu bejahen (a.A. Schenker, zit. bei Art. 190, N 658; Lemp, 176) noch generell zu verneinen (a.A. wohl von Büren, BT, 14). Es kommt auf die Umstände an (vgl. BK-Giger, N 43).»

<sup>4</sup> BSK OR I-Koller, Art. 190 N 4.

<sup>5</sup> BSK OR I-Koller, Art. 214 N 22: «Hat der Verkäufer beim Kreditkauf die Sache vor Zahlung des Kaufpreises übergeben, kann er wegen Zahlungsverzugs des Käufers den Vertrag nur dann auflösen und die Kaufsache zurückfordern, wenn er sich dieses Recht «ausdrücklich» vorbehalten hat. Als ausdrücklicher Rücktrittsvorbehalt gilt nach herrschender Auffassung auch der Eigentumsvorbehalt, und dies unabhängig von seiner Eintragung im Eigentumsvorbehaltsregister (BGE 51 II 137, 139; 60 II 412, 413; 73 III 165, 168; 88 II 81, 85; 90 II 285, 292); ist eine Eintragung erfolgt, kommt Abs. 3 ohnehin nicht zur Geltung (N 20 a.E.).»

tungen bis zum Sammelschacht erstellen zu lassen und zu bezahlen. Die Ablaufleitungen sind nicht erneuert worden.

Als sich an Weihnachten 2013 Verstopfungen der Ablaufleitungen zeigten, liess die Kurt Immobilien die Ablaufleitungen untersuchen. So erfuhr sie am 10. Januar 2014, dass es noch die alten Leitungen waren und teilte dies der Viktoria AG am 21. Januar 2014 mit, zusammen mit der folgenlos gebliebenen Aufforderung, diese bis zum 21. März 2014 zu erneuern. Die Kurt Immobilien AG reicht am 15. Januar 2015 Klage gegen die Viktoria AG ein.

Was kann die Kurt Immobilien AG verlangen?

## **Lösung 2: Hauskauf mit Renovation**

Denkbar sind Lösungen gestützt auf die Sachgewähr oder den Verzug. Um festzustellen, worauf man sich stützen kann, muss man zuerst den Vertrag qualifizieren. Geht es um den Kauf einer künftigen Sache oder um einen gemischten Kauf-/Werkvertrag?

Das Bundesgericht sah diesen Vertrag als Kauf einer künftigen Sache: *«Das Bundesgericht hat sich vor allem im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Grundstückes mit einer Neubaute zur Abgrenzung zwischen einem reinen Kaufvertrag (Grundstückkaufvertrag über eine künftige Sache) und einem gemischten Grundstückkauf-/Werkvertrag (Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht) geäussert. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist das entscheidende Abgrenzungskriterium die Herstellungspflicht. Während der Verkäufer nur zur Übereignung der künftigen Sache verpflichtet ist, ist der Unternehmer zur Herstellung einer künftigen Baute verpflichtet. Ein Kauf über eine künftige Sache ist etwa dann anzunehmen, wenn der Erwerber keinen Einfluss auf den Herstellungsprozess ausübt, d.h. der Neubau nicht eigens für ihn hergestellt wird. Demgegenüber ist von einem gemischten Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht auszugehen, wenn dem Erwerber ein Einfluss auf den Arbeitsprozess eingeräumt wird, und zwar auch bei einer bloss teilweisen Herstellung eines Neubaus nach den individuellen Wünschen des Erwerbers (...). Auch vorliegend ist entscheidend, ob die Beschwerdeführerin als Käuferin des Grundstückes wie eine Bestellerin Einfluss auf die Renovationsarbeiten nehmen konnte. Die Vorinstanz verwies diesbezüglich auf die Erwägungen der Erstinstanz (...). Die Erstinstanz stellte an der angegebenen Stelle fest, die im Vertrag aufgelisteten Renovationsarbeiten seien zwar keine geringfügigen Änderungen, allerdings überwiege das kaufrechtliche Element deutlich. Die Parteien würden auch nicht behaupten, die Beschwerdeführerin hätte Einfluss auf die Renovationsarbeiten nehmen oder Handwerker auswählen können. Aus dem Vertrag ergebe sich, dass die Renovationsarbeiten bis zum 31. Oktober 2010 und damit vor Übergang von Nutzen und Schaden am 1. November 2010 hätten ausgeführt und bezahlt sein sollen. Schliesslich hätten die Parteien für das renovierte Haus einen pauschalen Kaufpreis bezahlt, ohne dass die Renovationsarbeiten gesondert ausgeführt worden wären. Die Vorinstanz stellte fest, diese erstinstanzlichen Ausführungen seien von der Beschwerdeführerin nicht beanstandet worden. Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, dass diese Feststellung zum prozessualen Sachverhalt willkürlich wäre. Es ist somit mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die erstinstanzlichen Ausführungen unbeanstandet blieben (...). Um der in Art. 311 Abs. 1 ZPO verankerten Pflicht zur Begründung der Berufung Genüge zu tun, muss eine Berufungsklägerin aufzeigen, inwiefern sie den angefochtenen Entscheid als fehlerhaft erachtet (...). Diese Begründungsanforderungen gelten sinngemäss auch für die Berufungsantwort (...). Lag somit nach den Feststellungen der Vorinstanz keine genügende Rüge vor, musste sie nicht weiter darauf eingehen und ist auch hier nicht weiter darauf einzugehen. Im Übrigen macht die Beschwerdeführerin auch im Beschwerdeverfahren nur geltend, vorhandene Offerten, Auftragsbestätigungen usw. seien dem Vertrag beigelegt und von beiden Parteien ebenfalls unterzeichnet worden (...); dies deute auf einen Werkvertrag hin (...). Es trifft zu, dass unter Ziffer IV.3 des Kaufvertrages die verschiedenen Renovationsarbeiten aufgeführt waren, zu deren Erbringung sich die Beschwerdeführerin verpflichtet hatte, gefolgt von einem Detailbeschrieb für einzelne (grössere) Arbeiten (Küche, Sanitär, Boden, Elektrische Installationen, Dacharbeiten Holz, Ziegeleindeckung und Isolation sowie Gipserarbeiten aussen, Maler- und Gipserarbeiten innen, Umgebungsarbeiten) und dem Hinweis, die dazugehörigen Beilagen (zwei Offerten, eine Auftragsbestätigung) bildeten Vertragsbestandteil und würden von den Parteien unterzeichnet werden. Daraus ergibt sich aber gerade nicht, dass die Beschwerdeführerin jenen Einfluss*

*auf den Arbeitsprozess gehabt hätte, der für einen Werkvertrag sprechen würde. Vielmehr wurden damit im Kaufvertrag im Voraus die Eigenschaften des Kaufobjekts (nach der Renovation) definiert.»<sup>6</sup>*

Wenn es um einen reinen Kaufvertrag geht, fällt die ausgebliebene Renovation der Ablaufleitungen unter die Sachgewährleistung. Angesichts der bisherigen Rechtsprechung wäre die Rüge nach elf Tagen als verspätet anzusehen (vgl. Art. 201 Abs. 3 OR). Das Bundesgericht begründete im vorliegenden Fall eine Ausnahme: *«In der Tat erachtet insbesondere die neuere Lehre die bundesgerichtliche Rechtsprechung als streng (bzw. als zu streng) und betont zu Recht, dass es keine ratio legis gibt, welche zum Schutz des Verkäufers oder Unternehmers eine starre Beschränkung auf eine Woche rechtfertigt (...). Vorliegend kann berücksichtigt werden, dass zwischen dem 10. Januar 2014 und dem 21. Januar 2014 zwei Wochenenden lagen und somit letztlich nur sechs Arbeitstage (bzw. acht, falls man den ersten und den letzten Tag mitzählt) zur Verfügung standen. Die alten Leitungen waren zudem schon über drei Jahre im Gebrauch. Vor allem aber spricht die Interessenlage vorliegend gegen eine allzu grosse Strenge. Zwar stellte die fehlende Renovation - wie dargelegt - einen Mangel der verkauften Liegenschaft dar und beinhaltete nicht eine vom Verkauf unabhängige selbstständige Leistungspflicht, deren Nichterfüllung gestützt auf die Verzugsregeln zu beurteilen wäre. Doch kann berücksichtigt werden, dass der Mangel nicht entstand, weil die Renovation der Leitungen schlecht ausgeführt wurde, sondern weil die Beschwerdegegnerin eine im Kaufvertrag klar zugesicherte Verpflichtung schlicht ignorierte. Insgesamt erscheint daher die Rügefrist als noch eingehalten.»<sup>7</sup>*

Hat die Kurt Immobilien AG die Rügeobliegenheit eingehalten, so würde die Sachgewährleistung während fünf Jahren ab Eintragung im Grundbuch offenstehen (Art. 219 Abs. 3 OR; vorliegend bis zum 1. November 2015, durch Klageeinreichung am 15. Januar 2015 ist die Frist gewahrt). Verweigert die Viktoria AG die Sachgewährleistung – hier wohl die Nachbesserung (sofern abgemacht, da dies beim Kauf gesetzlich nicht vorgesehen ist) – dann kann die Kurt Immobilien die Nachbesserung gerichtlich einfordern (Erfüllungsklage). Will sie die Nachbesserung durch eine andere Person auf Kosten der Viktoria AG durchführen lassen, muss sie eine Nachfrist setzen, was sie gemäss Sachverhalt getan hat. Nach fruchtloser Nachfrist kann sie auf die Leistung verzichten und Schadenersatz im positiven Interesse verlangen (Art. 107 Abs. 2 OR). Der positive Schadenersatz stellt sie so, wie wenn die Nachbesserung geleistet worden wäre. Das sind die Kosten der Nachbesserung durch den Dritten. Auch denkbar wäre, ab initio nicht die Nachbesserung, sondern die Minderung zu wählen (Art. 205 OR). Eine Minderung des Kaufpreises im Umfang der Ersetzungskosten der Ablaufröhren wäre auch denkbar. Dass die Reparaturkosten dem Minderwert entsprechen, wird vermutet.<sup>8</sup>

Lässt sich das Vorliegen eines gemischten Kauf-/Werkvertrags bejahen? Dies ist sehr wohl denkbar, denn der Sachverhalt hält fest, dass der Vertrag zwischen den Parteien eine detaillierte Auflistung der auszuführenden Renovationsarbeiten festhält. In solchen Fällen ist meines Erachtens erfahrungsgemäss anzunehmen, dass diese Renovationen auf Wunsch des Bestellers und aufgrund seines Einflusses auf den Bauprozess erfolgen.<sup>9</sup> In diesem Fall lässt sich das Problem als Anwendungsfall des Verzugs erfassen.

<sup>6</sup> BGer, 4A\_399/2018, 8.2.2019, E. 2.2.

<sup>7</sup> BGer, 4A\_399/2018, 8.2.2019, E. 3.2.

<sup>8</sup> BGE 116 II 305 E. 4a.

<sup>9</sup> Arnold F. Rusch, BGer 4A\_399/2018: Ist eine kaufrechtliche Mängelrüge innert elf Tagen «sofort» erfolgt? AJP 2019, 742: *«Die Gerichte haben sich bei der Qualifikation des Vertrags durchaus an die relevanten Quellen gehalten, doch überzeugt das Resultat nicht. Das einschlägige Urteil zur Abgrenzung des Kaufs einer künftigen Sache und eines gemischten Kauf-/Werkvertrags aus dem Jahre 2003 hält dazu fest: «Ein Kauf über eine künftige Sache ist etwa dann anzunehmen, wenn der Erwerber keinen Einfluss auf den Herstellungsprozess ausübt, d. h. der Neubau nicht eigens für ihn hergestellt wird. Demgegenüber ist von einem gemischten Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht auszugehen, wenn dem Erwerber ein Einfluss auf den Arbeitsprozess eingeräumt wird, und zwar auch bei einer bloss teilweisen Herstellung eines Neubaus nach den individuellen Wünschen des Erwerbers [...]» Im vorliegenden Urteil lässt sich klar nachlesen, dass die Renovation des Hauses gemäss detaillierten Vorgaben zu erfolgen hatte. Es ist kaum vorstellbar, dass diese Vorgaben nicht den Wünschen der Käuferin entsprachen. Das Bundesgericht hat dieses Argument weggewischt: Damit sei der Einfluss nicht belegt. Es gehe nur um einen Beschrieb, wie das fertige Haus bei der Übergabe auszusehen habe (E. 2.2).»*

Mit einem *verdeckten Teilverzug trotz Ablieferung* lässt sich der vorliegende Fall besser beschreiben. Das Werk ist nicht vollendet und deshalb nicht abnahmefähig.<sup>10</sup> Die Abnahme fand zwar statt, aber ohne Wissen um die nicht erfolgte Erneuerung der Ablaufleitungen. Diese hat somit nur die Bedeutung einer Teilabnahme. Eine solche Konstellation gab es schon mal: Der Besteller wollte eine Renovation mit zweifacher Streichung, was der Unternehmer auch so verrechnete, aber dennoch nur einmal ausführte. Wie im vorliegenden Fall bemerkte der Besteller die fehlende zweifache Streichung erst nach über drei Jahren. Das Ober- und das Kassationsgericht Zürich ordneten dies dem Verzugs- und nicht dem Gewährleistungsrecht zu.<sup>11</sup> Zu demselben Ergebnis gelangt man, wenn man wie die Käuferin von einer selbständig einklagbaren Nebenleistungspflicht ausgeht (BGer, 4A\_399/2018, E. 2.3, vom Bundesgericht abgelehnt). Auch denkbar wäre die Annahme einer quasi-Minderung im Sinne des BGE 94 II 161 E. 2 bei Nichtvollendung des Werks.<sup>12</sup>

Den vorliegenden Fall könnte man vielleicht sogar mittels Annahme eines *aliud* statt eines *peius* überzeugend lösen. Das *aliud* führt ebenfalls zur Anwendung des Verzugsrechts. Der dazu einschlägige Hubstapler-Fall<sup>13</sup> bezieht sich zwar gerade und ausschliesslich auf Gattungskäufe, was auf den vorliegenden Grundstückskauf nicht passt. Die Bejahung des *aliud* lässt sich indes auch auf den werkvertraglichen Teil des Vertrags gut begründen: Die Ablaufleitungen als Teil des Renovations-Werks müssen neu sein. Sind sie es nicht, liegt ein *aliud* vor. Das ist allerdings nicht herrschende Lehre, denn diese bejaht ein werkvertragliches *aliud* erst bei einer qualifizierten Abweichung. Als realitätsfremde Beispiele müssen die Lieferung einer Zementpresse statt einer Hobelbank, eine Turnhalle statt einer Kirche und eines Kittels statt einer Hose herhalten.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Vgl. dazu GAUCH, Der Werkvertrag, 6. A., Zürich 2019, N 1447.

<sup>11</sup> KassGer ZH, 5.9.1977, in: ZR 1977, Nr. 105, E. 4b: «Das kann bei komplexen, zusammengesetzten Werken (mit speziell vereinbarten Teilleistungen) zu Problemen der Abgrenzung zwischen Leistungsfehlern, welche die Werkvollendung betreffen, und Leistungsfehlern, welche einen Werkmangel darstellen, führen. Erscheint ein Werk im Lichte der vertraglichen Abreden als unvollendet, gelangen nicht die Gewährleistungsregeln, sondern die Bestimmungen über den Schuldnerverzug zur Anwendung (...). Das Prinzip der Spezialität der Mängelhaftung (...) steht dem – weil einen Mangel voraussetzend – nicht entgegen.»; a.M. ALFRED KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich 2015, N 497.

<sup>12</sup> Dazu GAUCH (FN 10), N 1447; diesen Entscheid kritisiert ALFRED KOLLER, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. A., Zürich 1995, N 35, weil er die Quasi-Minderung nicht von der Einhaltung der schuldnerverzugsrechtlichen Spezifika abhängig macht.

<sup>13</sup> BGE 121 III 453 E. 4b.

<sup>14</sup> GAUCH (FN 10), N 1443.