

## II. Zivilprozessrecht

### A. Zivilprozessordnung

#### 4 § 184 f. ZPO; Art. 368 OR

**Beim während eines hängigen Prozesses erklärten Wechsel von einem Mängelrecht aus Werkvertrag zu einem andern handelt es sich um die Ausübung eines Angriffs- bzw. Verteidigungsmittels im Sinne des Novenrechts. Demgemäss ist der nach Abschluss des Behauptungsverfahrens erfolgte Wechsel einer auf Nachbesserung von Werkmängeln gerichteten Klage zur Minderungsklage grundsätzlich ausgeschlossen.**

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 1. Zivilkammer, vom 20. Oktober 2009 i.S. B. und U. L. gegen W.B. und O. AG.

#### *Sachverhalt*

Die Kläger verlangten mit Klage die Nachbesserung diverser Mängel durch die Beklagte, eventualiter Minderung. In einer Stellungnahme zu einem vom Gericht eingeholten Gutachten und damit nach Abschluss des Behauptungsverfahrens verlangten sie neu zur Hauptsache Minderung und eventualiter Nachbesserung.

#### *Aus den Erwägungen*

##### 3.3.2.

Die Erklärung, mit welcher der Besteller Nachbesserung verlangt, stellt die Ausübung eines Gestaltungsrechts dar und ist deshalb grundsätzlich unwiderruflich (Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Rz. 1835). Durch die Geltendmachung des Nachbesserungsrechts erlischt ein allfälliges Wandelungs- und Minderungsrecht, weil die Mängelrechte, unter denen der Besteller auswählen kann, zueinander in elektiver Konkurrenz stehen (Gauch, a.a.O.,

Rz. 1835 und 1489). Dieser Grundsatz erleidet folgende Relativierungen:

(1) So kann das ursprüngliche Wahlrecht des Bestellers wieder aufleben, wenn der Unternehmer mit der Erfüllung seiner Nachbesserungsschuld in Verzug gerät oder die verlangte Mängelbeseitigung objektiv unmöglich wird (Gauch, a.a.O., Rz. 1843). Nach Art. 107 Abs. 1 OR ist der Gläubiger bei Verzug des Schuldners berechtigt, diesem eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen zu lassen (Art. 107 Abs. 1 OR); wird auch bis zum Abschluss der Frist nicht erfüllt, so kann der Gläubiger immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen, statt dessen aber auch, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen (z.B. die Schadenersatz im Umfang der Kosten der Ersatzvornahme durch einen Dritten) oder vom Vertrag zurücktreten (Art. 107 Abs. 2 OR); die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung ist unter anderem dann nicht erforderlich, wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde (Art. 108 Ziff. 1 OR). Die Ausübung der durch Art. 107 OR zur Verfügung gestellten Wahlrechte stellt die Wahrnehmung von Gestaltungsrechten dar (Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006, Rz. 3.06). Die Ausübung von Gestaltungsrechten zählt ihrerseits zu den Angriffs- bzw. Verteidigungsmitteln, die in einem Prozess, der wie der vorliegende der Verhandlungsmaxime untersteht, nach Massgabe der Eventualmaxime rechtzeitig, d.h. grundsätzlich im Behauptungsverfahren, das mit der Duplik seinen Abschluss findet (§§ 183 f. ZPO), in den Prozess einzuführen, d.h. auszuüben, sind (Bühler, Das Novenrecht im neuen Aargauischen Zivilprozessrecht, Zürich 1986, S. 18 und 84).

(2) Ferner hat sich der Unternehmer, der das Nachbesserungsrecht des Bestellers oder dessen wirksame Ausübung aus irgendeinem Grund bestreitet, bei dieser Bestreitung behaften zu lassen, d.h. er kann dem Besteller, der auf die Bestreitung hin das Wandlungs- oder Minderungsrecht ausübt, nicht entgegenhalten, dieses Recht sei durch die frühere Ausübung des Nachbesserungsrechts erloschen;

dies gilt auch dann, wenn der Grund der Bestreitung darin liegt, dass der Unternehmer eine Mängelhaftung überhaupt ablehnt; ob und wie lange der Besteller nach erfolgter Klageerhebung noch befugt ist, die Nachbesserungserklärung durch eine Wandelungs- oder Minderungserklärung zu ersetzen, beurteilt sich nach dem anwendbaren Prozessrecht (Gauch, a.a.O., Rz. 1845). Denn auch bei der Geltendmachung von Mängelrechten handelt es sich um die Ausübung von Gestaltungsrechten und - sofern im Prozess erfolgend - um die Ausübung von der Novenordnung unterstehenden Angriffs- bzw. Verteidigungsmitteln (Bühler, a.a.O., S. 18 und 83).

#### 5 Art. 68 SchKG, § 125 ZPO

**Im erstinstanzlichen Rechtsöffnungsverfahren ist die Gerichtsgebühr dem in der unentgeltlichen Rechtspflege prozessierenden Beklagten nicht vorzumerken, sondern mit dem Kostenvorschuss des Klägers zu verrechnen und diesem vom Beklagten zu ersetzen bzw. vom Kläger von den Zahlungen des Beklagten vorab zu erheben.**

Entscheid des Obergerichts, 4. Zivilkammer, vom 16. Dezember 2008 i.S. S.B. GmbH gegen F.S.

#### *Aus den Erwägungen*

##### 3.2.

Die Vorinstanz bewilligte dem Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege. Gestützt darauf merkte sie ihm im Kostenspruch die Verfahrenskosten vor, verpflichtete ihn aber gleichzeitig, der Klägerin die von ihr vorgeschossene Gerichtsgebühr von Fr. 500.-- zu ersetzen, was sich widerspricht. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr ist dem Beklagten nicht vorzumerken, sondern mit dem Kostenvorschuss der Klägerin zu verrechnen und dieser vom Beklagten zu ersetzen bzw. von dieser von den Zahlungen des Beklagten vorab zu erheben. Das ist die Konsequenz von Art. 68 SchKG, wonach der Gläubiger das Risiko, dass die Betreuungskosten vom Schuldner nicht ersetzt werden, trägt (Emmel, Kommentar zum Bundesgesetz