

BGer 4A 102/2017 vom 3. Juli 2017

Bundesgericht, 2017-07-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_102_2017

FR: TF 4A 102/2017 du 3 juillet 2017

IT: TF 4A 102/2017 del 3 luglio 2017

Regeste

Werkvertrag; Mängel | Vertragsrecht

Erwägungen

E. 1

Da die Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde in Zivilsachen unter Vorbehalt einer rechtsgenügenden Begründung (Art. 42 Abs. 2 BGG) einzutreten.

E. 2.1

Die Vorinstanz beurteilte das Vertragsverhältnis anhand von deutschem Recht. Die Anwendbarkeit deutschen Rechts wird von der Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde ausdrücklich als unstreitig bezeichnet. Ob ausländisches Recht richtig angewandt und ausgelegt wurde, kann das Bundesgericht nicht überprüfen, sofern der Entscheid wie vorliegend eine vermögensrechtliche Sache betrifft (Art. 96 lit. b BGG e contrario). Eine Prüfung ist nur, aber immerhin, in beschränktem Masse möglich, nämlich insoweit, als dass geltend gemacht wird, die vorinstanzliche Anwendung des deutschen Rechts verletze verfassungsmässige Rechte, namentlich das Willkürverbot (Art. 95 lit. a BGG). Eine Verletzung von Grundrechten prüft das Bundesgericht allerdings einzig, wenn eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist; es gilt mithin das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG .

E. 2.2

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den Streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 17 f. mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei willkürlich (BGE 140 III 115 E. 2 S. 117; 135 III 397 E. 1.5 S. 401). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG). Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90 mit

Hinweisen). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18). Soweit die Beschwerdeführerin in der Beschwerde den Sachverhalt und die vorinstanzlichen Verfahren aus ihrer Sicht schildert, ohne dabei diese Vorgaben zu beachten, sind ihre Ausführungen nicht zu berücksichtigen. Das betrifft insbesondere ihre Darlegungen unter dem Titel "Sachverhalt und Zusammenfassung der vorinstanzlichen Urteile".

E. 2.3

Macht eine Partei geltend, das Willkürverbot sei verletzt, genügt es nicht, wenn sie bloss ihre eigene Darstellung derjenigen der Vorinstanz gegenüberstellt und behauptet, der angefochtene Entscheid sei willkürlich (BGE 134 II 349 E. 3 S. 352 mit Hinweisen). Sie hat vielmehr im Einzelnen anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darzulegen, inwiefern dieser an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet (BGE 137 V 57 E. 1.3 S. 60; 135 III 232 E. 1.2 S. 234; je mit Hinweisen). Willkür liegt dabei nicht schon vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Der angefochtene Entscheid ist dabei nur aufzuheben, wenn er auch im Ergebnis und nicht nur in der Begründung verfassungswidrig ist (BGE 140 III 16 E. 2.1 S. 18 f.; 139 III 334 E. 3.2.5 S. 339; je mit Hinweisen). Die Beweiswürdigung erweist sich als willkürlich, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen hat oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (BGE 137 III 226 E. 4.2 S. 234 mit Hinweisen). Allein dass die vom Gericht gezogenen Schlüsse nicht mit der Darstellung der beschwerdeführenden Partei übereinstimmen, belegt noch keine Willkür (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Entsprechend genügt es nicht, lediglich einzelne Beweise anzuführen, die anders als im angefochtenen Entscheid gewichtet werden sollen, und dem Bundesgericht in appellatorischer Kritik die eigene Auffassung zu unterbreiten, als ob diesem eine freie Sachverhaltsprüfung zukäme (vgl. nur etwa Urteil 4A_606/2015 vom 19. April 2016 E. 2.1).

E. 3.1

Die Vorinstanz stellte fest, die Beschwerdeführerin habe im Juli 2010 u.a. gegenüber der Beschwerdegegnerin gerügt, die Innenwände im Untergeschoss seien mit Wasser vollgesogen, die Farbe blättere ab und die Möbel seien schimmelig. Sie habe Frist zur Mängelbeseitigung bis 10. August 2010 gesetzt und sich vorbehalten, andernfalls die Mängel kostenfällig beseitigen zu lassen. Die Beschwerdegegnerin habe in ihrer Antwort die Verantwortung für den Schaden bestritten und die Mängelrüge zurückgewiesen. Später führte sie aus, gewährleistungspflichtig sei ihres Erachtens, wenn schon, die C._____ GmbH. Nach weiterer Korrespondenz zwischen den Parteien habe die Beschwerdeführerin eine Nachfrist zur Mängelbeseitigung bis 20. September 2010 gesetzt und sich eine Ersatzvornahme, eine gutachterliche Mängelfeststellung sowie Schadenersatzforderungen vorbehalten. Die Beschwerdegegnerin habe geantwortet, sie habe die Mängelrüge bereits abgelehnt, weshalb sie die Nachfrist als gegenstandslos erachte. Daraufhin habe ihr die Beschwerdeführerin eine letzte Nachfrist bis 8. Oktober 2010 gestellt und sich

Weiterungen, die gutachterliche Feststellung der Mängel sowie Schadenersatzforderungen vorbehalten. Aufgrund dessen habe die Beschwerdeführerin spätestens ab 9. Oktober 2010 von einer ernsthaften Verweigerung jeglicher Nacherfüllung durch die Beschwerdegegnerin ausgehen dürfen. Die Beschwerdeführerin sei allerdings (noch) nicht dazu übergegangen, von der Beschwerdegegnerin konkret Ersatz der Kosten der Ersatzvornahme resp. Schadenersatz zu verlangen, sondern habe sich dies bislang erst vorbehalten.

E. 3.2

Am 9. Dezember 2010 habe die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin sodann aktuelle Bilder von der Feuchtigkeitssituation geschickt und gefragt, ob sie immer noch an "Schwitzwasser" glaube. Diese Bilder hätten bei der Beschwerdegegnerin offenbar zu einem Sinneswandel geführt, habe diese doch am selben Tag per E-Mail geantwortet, an "Schwitzwasser" glaube sie nicht - entweder sei der Keller tatsächlich undicht oder eine Wasserleitung sei schadhaft. Weiter habe die Beschwerdegegnerin festgehalten, die C._____ GmbH werde sich dieser Angelegenheit annehmen. Gleichentags habe sie die C._____ GmbH zur Abdichtung des Kellers und zur Mängelbeseitigung aufgefordert. Am 15. Dezember 2010 hätten Vertreter der C._____ GmbH, der D._____ GmbH und der Beschwerdegegnerin sowie der damalige Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin einen Augenschein des undichten Kellers vorgenommen. Der diesbezügliche Rapport von C._____ vom 16. Dezember 2010 halte fest, vierzehn Rohrdurchführungen in der Bodenplatte seien nicht mit den dafür vorgesehenen Dichtmanschetten versehen gewesen, das Fugenband sei erst (zu) spät in den frischen Beton eingetaucht worden und weder der Übergang zur Weissen Wanne noch der Wand-/Sohlenanschluss noch die Fensterelemente seien fachgerecht abgedichtet worden. Die C._____ GmbH habe für all dies nicht verantwortlich sein wollen. Zum weiteren Vorgehen heisse es im Rapport: "Es wurde vereinbart, dass sich die [Beschwerdegegnerin] um die Beseitigung der Undichtigkeiten kümmert. Witterungsbedingt ist zu erwarten, dass diese Arbeiten jedoch erst im Frühjahr 2011 ausgeführt werden können." Die Beschwerdegegnerin habe sich am 16. Dezember 2010 an die E._____ AG, welche die Bodenplatte erstellt habe, gewandt und die fehlenden Abdichtungen der Rohre und Bodendurchführungen bemängelt. Weiter habe sie festgehalten "Die Arbeiten sollen im März [2011] beginnen, wir melden aber schon heute Kosten an. [...] Wir werden uns zu gegebener Zeit wieder bei Ihnen melden." Eine Kopie dieser E-Mail habe sie der Beschwerdeführerin und deren damaligem Rechtsvertreter zukommen lassen. Per E-Mail vom 20. Januar 2011, 8.51 Uhr, habe die Beschwerdegegnerin die D._____ GmbH daran erinnert, dass diese ihr ein Angebot für die Abdichtungsarbeiten im Bereich der Vollwände habe zukommen lassen wollen, und habe sie erneut darum gebeten. Eine Kopie dieser E-Mail habe sie auch an den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin gesandt. Am 28. Januar 2011 habe sie sodann bei der D._____ GmbH nachgehakt. Diese habe geantwortet, die Beschwerdeführerin habe ihr bereits am 20. Januar 2011, 13.22 Uhr, eine E-Mail geschrieben und darin festgehalten, "Ich habe Kenntnis von dem Mail der [Beschwerdegegnerin] an Sie von heute Morgen via Anwalt (08:51 Uhr). Die [Beschwerdegegnerin] ist draussen, Sie müssen da keine Offerte zusenden. Gestern ging das Schreiben an die [Beschwerdegegnerin] raus - Wir sind federführend und nicht mehr [die Beschwerdegegnerin]". Daraufhin habe die Beschwerdegegnerin gegenüber der D._____ GmbH ungehalten reagiert: "Ich weiss nicht, was [die Beschwerdeführerin] glaubt, aber [S]ie kann sicherlich nicht die Sanierungsarbeiten nach ihren Vorstellungen durchführen lassen und uns die Rechnungen zusenden. So wird das sicherlich nicht laufen. Wir hatten vereinbart, mit den

Sanierungsarbeiten bis März [2011] zu warten". Am 14. Februar 2011 habe die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin alsdann mit deren E-Mail vom 20. Januar 2011 an die D. _____ GmbH konfrontiert und ihr mitgeteilt, damit habe sie, die Beschwerdeführerin, erklärt, dass eine bisher als geschuldet behauptete Nachbesserung durch die Beschwerdegegnerin nicht mehr gewünscht werde. Die Beschwerdeführerin habe sich anschliessend an dieses Schreiben nicht etwa von ihrer E-Mail distanziert, sondern sie habe sich nicht mehr dazu vernehmen lassen. In ihrem in der E-Mail erwähnten Schreiben vom 19. Januar 2011, das von ihrem damaligen Rechtsvertreter verfasst worden sei, habe sie zwar bloss "offeriert", anstelle der Nacherfüllung die Arbeiten durch Drittunternehmen auf Kosten der Beschwerdegegnerin ausführen zu lassen. Doch habe sie sich in diesem Zeitpunkt längst entschieden gehabt, ohne die Antwort der Beschwerdegegnerin abzuwarten, wie ihre E-Mail vom 20. Januar 2011 zeige.

E. 3.3

In rechtlicher Hinsicht erwog die Vorinstanz, gemäss § 633 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) habe der Unternehmer dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Dass ein Haus, in das Wasser eindringe, ein mangelhaftes Werk sei, sei unbestritten. Die Frage sei hier jedoch, ob die Beschwerdeführerin zu der von ihr getätigten Ersatzvornahme berechtigt gewesen sei. Liege ein mangelhaftes Werk vor, könne der Besteller u.a. Nacherfüllung verlangen. Habe er eine solche verlangt, könne er nach Ablauf einer dafür bestimmten, angemessenen Frist den Mangel selber beseitigen und Ersatz der Aufwendungen verlangen, es sei denn, der Unternehmer habe die Nacherfüllung zu Recht verweigert. Einer Fristsetzung zur Nacherfüllung bedürfe es unter bestimmten Voraussetzungen allerdings nicht, etwa wenn der Unternehmer die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert habe. Diesfalls könne sich der Besteller sogleich für eine Ersatzvornahme entscheiden, deren Kosten ihm vom Unternehmer zu ersetzen seien. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wirke sich eine vom Unternehmer ursprünglich erklärte Ablehnung der Nacherfüllung nicht weiter aus, wenn er sich entgegen seiner anfänglichen Haltung ernsthaft zur Nachbesserung entschliesse, diese Bereitschaft dem Besteller erkläre und ihm die Nachbesserung anbiete. Nicht die Ablehnung der Nacherfüllung durch den Unternehmer, sondern erst die dem Unternehmer bekanntgegebene Entscheidung des Bestellers, statt Nacherfüllung nunmehr Schadenersatz zu fordern, führe den Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs herbei. Solange der Besteller seine Entscheidung noch nicht getroffen habe, bleibe das Schuldverhältnis mit der Pflicht des Unternehmers zur mängelfreien Leistung bestehen. Folge der Obliegenheitsverletzung des Bestellers durch Missachtung des Nacherfüllungsrechts des Unternehmers sei der vollständige Ausschluss jeglicher Ansprüche auf Schadenersatz oder auf Erstattung der Kosten der (unberechtigten) Ersatzvornahme. Dies müsse auch gelten, wenn der Unternehmer erst "in einem zweiten Umgang Hand zur Mängelbeseitigung" biete und der Besteller sich darauf einlasse, indem er ihm nochmals Gelegenheit zur Nachbesserung gebe, in der Folge aber diese Nachbesserung plötzlich nicht mehr zulasse. Genau dies sei vorliegend der Fall. Die Beschwerdeführerin wäre zwar ab dem 9. Oktober 2010 berechtigt gewesen, den Mangel selber zu beseitigen und von der Beschwerdegegnerin Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen. Sie habe sich damals jedoch nicht für eine solche Ersatzvornahme entschieden. Die Beschwerdegegnerin sei alsdann im Dezember 2010 auf ihre ursprüngliche Verweigerungshaltung zurückgekommen und sei nunmehr zu einer Nacherfüllung bereit gewesen. Das sei zulässig gewesen, da die Beschwerdeführerin noch keine Entscheidung getroffen habe. Die Parteien

hätten alsdann eine Nacherfüllung bis März 2011 vereinbart. Entsprechend habe die Beschwerdeführerin die von der Beschwerdegegnerin ernsthaft angebotene Nacherfüllung bis März 2011 abwarten müssen. Stattdessen habe sie dieser jedoch im Januar 2011 das Recht auf Nacherfüllung eigenmächtig von einem Tag auf den anderen entzogen und Ersatz der Kosten der Ersatzvornahme verlangt. Durch dieses widersprüchliche Verhalten habe sie sich um ihre Gewährleistungsansprüche gebracht.

E. 4

Die Beschwerdeführerin erachtet die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung in mehrfacher Hinsicht als willkürlich. Sie ist zudem der Ansicht, die Vorinstanz habe das deutsche Recht willkürlich angewandt.

E. 4.1

Willkürlich sei zunächst die Feststellung, wonach die Nacherfüllungsbereitschaft der Beschwerdegegnerin für sie erkennbar und sie damit einverstanden gewesen sein soll. Die Vorinstanz stütze sich für diesen Befund auf Korrespondenz zwischen der Beschwerdegegnerin und der C._____ GmbH. Dabei verkenne die Vorinstanz aber offensichtlich, dass sie von diesen Schreiben keine Kenntnis gehabt habe. Sodann stütze sich die Vorinstanz hierfür auf die Stellungnahme der C._____ GmbH zum Augenschein vom 15. Dezember 2010. Sie verkenne dabei aber, dass diese Stellungnahme keine Vereinbarung sei, aus der die Beschwerdegegnerin hätte verpflichtet werden können oder aus der die Beschwerdeführerin Rechte hätte ableiten können. So gehe daraus etwa nicht hervor, zwischen wem etwas vereinbart worden sei; jedenfalls gehe die Vorinstanz "sachverhaltswidrig" davon aus, die Beschwerdeführerin habe der Beschwerdegegnerin jedenfalls bis März 2011 Zeit zur Nachbesserung eingeräumt. Die Beschwerdegegnerin habe sich gegenüber der Beschwerdeführerin nie bereit erklärt, die geltend gemachten Mängel zu beseitigen resp. eine Zusicherung in irgendeiner Form diesbezüglich abgegeben. Entgegen der Beschwerdeführerin ging die Vorinstanz nicht davon aus, die Korrespondenz zwischen der Beschwerdegegnerin und der C._____ GmbH sei der Beschwerdeführerin bekannt gewesen - jedenfalls enthält das vorinstanzliche Urteil keine dahingehende Feststellung. Wie dem auch sei, entscheidend ist dies nicht. Denn dass die Beschwerdeführerin um die Nacherfüllungsbereitschaft der Beschwerdegegnerin wusste und damit einverstanden war, leitete die Vorinstanz primär aus der E-Mail der Beschwerdegegnerin an die Beschwerdeführerin vom 9. Dezember 2010, dem von C._____ erstellten Augenscheins-Rapport vom 16. Dezember 2010 sowie dem der Beschwerdeführerin in Kopie zugestellten E-Mail der Beschwerdegegnerin an die E._____ AG vom selben Tag ab (vgl. E. 3.2 hiervor). Mit dieser Beweiswürdigung setzt sich die Beschwerdeführerin nicht, jedenfalls nicht genügend, auseinander, weshalb ihrer Willkür bereits aus diesem Grund kein Erfolg beschieden sein kann. Eine willkürliche Beweiswürdigung ist aber ohnehin nicht auszumachen.

E. 4.2

Willkürlich sei sodann die vorinstanzliche Feststellung, wonach die Beschwerdegegnerin zur Nacherfüllung bereit gewesen sei. Es habe nämlich bloss eine Bereitschaft zur teilweisen Nacherfüllung bestanden, nicht aber zu einer vollumfänglichen, wie dies vorausgesetzt werde. Diese eingeschränkte Nacherfüllungsbereitschaft leitet die Beschwerdeführerin daraus ab, dass die Beschwerdegegnerin in deren E-Mail an die D._____ GmbH vom 20. Januar 2011 einzig nach einem Angebot für

"Abdichtungsarbeiten im Bereich der Vollwände" gefragt habe. Zudem habe die Beschwerdegegnerin in ihrem Schreiben vom 14. Februar 2011 an die Beschwerdeführerin ebenfalls bloss einschränkend festgehalten, sie habe sich bemüht, "für die äussere Boden-Wandfugenabdichtung im Bereich der Leichtbetonholwände" eine Lösung zu finden. Gemäss Augenscheins-Rapport seien jedoch erstens der Übergang der weissen Wanne, zweitens der Wand-/Sohlenanschluss und drittens die Fensterelemente nicht fachgerecht abgedichtet gewesen. Zudem seien viertens Rohrdurchführungen nicht mit den vorgesehenen Dichtmanschetten versehen gewesen und fünftens sei das Fugenband zu spät in den frischen Beton eingetaucht worden. Wie die erwähnten Schreiben zeigen würden, sei die Beschwerdegegnerin jedoch lediglich hinsichtlich des zweiten Punktes zur Nacherfüllung bereit gewesen. Diese Argumentation überzeugt nicht, jedenfalls lässt sie die vorinstanzliche Beweiswürdigung nicht als willkürlich erscheinen. Die Beschwerdeführerin blendet nämlich aus, dass im Rapport des Augenscheins, der die von ihr erwähnten fünf Punkte auflistet, anschliessend ohne Einschränkung festgehalten ist, die Beschwerdegegnerin kümmere sich um die Beseitigung der Undichtigkeiten. Weiter übergeht sie, dass sich die Beschwerdegegnerin bezüglich Abdichtung der Rohre und Bodendurchführungen bereits am 16. Dezember 2010 an die E. _____ AG gewandt hat. Dass sie für diese Arbeiten nicht auch von der D. _____ GmbH eine Offerte einholte, belegt daher entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin noch nicht eine fehlende Bereitschaft zur umfassenden Nacherfüllung.

E. 4.3

Die Vorinstanz habe weiter willkürlich festgestellt, dass sie die Nacherfüllung durch die Beschwerdegegnerin verweigert habe. Zunächst sei ihre E-Mail vom 20. Januar 2011 gar nicht an die Beschwerdegegnerin gerichtet gewesen, sondern an die D. _____ GmbH - eine rechtsgültige Verweigerung hätte jedoch gegenüber der Beschwerdegegnerin erklärt werden müssen. Sodann habe sie nie, weder schriftlich noch mündlich, erklärt, dass sie eine Mängelbeseitigung ablehne. Eine klare und unmissverständliche Weigerung, wie sie erforderlich wäre, lasse sich dem Wortlaut der E-Mail nicht entnehmen. Weiter werde in dieser E-Mail Bezug auf ein Schreiben von ihr vom 19. Januar 2011 genommen. In diesem habe sie der Beschwerdegegnerin jedoch bloss offeriert, anstelle der Nacherfüllung eine Ersatzvornahme unter Kostentragung durch die Beschwerdegegnerin durchzuführen. Dieses Angebot sei offensichtlich keine Verweigerung der Nacherfüllung. Dass sie sich nach der E-Mail vom 20. Januar 2011 nicht mehr habe vernehmen lassen, sei aktenwidrig, habe sie doch am 3. Februar 2011 ihr Angebot gemäss Schreiben vom 19. Januar 2011 nochmals wiederholt. Eine Verweigerung sei in diesem Schreiben mit keinem Wort kommuniziert worden. Angesichts dieser wiederholten Angebote in den Schreiben ihres Rechtsvertreters vom 19. Januar und 3. Februar 2011 habe die Beschwerdegegnerin nicht davon ausgehen dürfen, sie verweigere die Nacherfüllung. Es sei zudem widersprüchlich und inkonsequent, wenn die Vorinstanz etwas daraus ableiten wolle, dass sie sich als Reaktion auf das Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 14. Februar 2011 nicht von ihrer E-Mail vom 20. Januar 2011 distanziert habe. Denn hätte sie mit dieser E-Mail tatsächlich die Nacherfüllung verweigert, hätte sie sich von dieser Erklärung nicht im Nachhinein wirksam distanzieren können. Ausserdem werde ausser acht gelassen, dass sie die Sanierung erst im Mai 2013 durchgeführt habe, also zwei Jahre nach der angeblichen Verweigerung der Nachbesserung. Indem diese zeitliche Komponente unberücksichtigt bleibe, werde der Sachverhalt nicht vollständig gewürdigt. Die Beschwerdeführerin erachtet es weiter als willkürlich, wenn die Vorinstanz festhielt, sie müsse sich nach Treu und Glauben

entgegenhalten lassen, dass sie mit der Nacherfüllung "im zweiten Anlauf" einverstanden gewesen sei. Zuvor habe die Beschwerdegegnerin die Mängelbeseitigung nämlich beharrlich verweigert und im Verfahren um vorsorgliche Beweisabnahme habe sie ihre Verantwortung für die Undichtigkeit wieder bestritten. Es sei daher willkürlich, die Beschwerdeführerin auf ihrer E-Mail vom 20. Januar 2011 zu behaften und daraus abzuleiten, sie sei ihrer Gewährleistungsrechte verlustig gegangen. Zutreffend ist zwar, dass die Beschwerdeführerin ihre E-Mail vom 20. Januar 2011 nicht an die Beschwerdegegnerin richtete. Sie sandte die E-Mail aber an eine Geschäftspartnerin der Beschwerdegegnerin, nachdem bzw. weil die Beschwerdegegnerin bei dieser eine Offerte zur Durchführung von Arbeiten im Rahmen der Nacherfüllung einholte, und forderte diese auf, keine Offerte zu erstellen. Sie versuchte somit, die Nacherfüllung durch die Beschwerdegegnerin zu verhindern. Wenn die Vorinstanz dies einer Verweigerung gleichsetzte und festhielt, die Beschwerdeführerin habe sich zu diesem Zeitpunkt bereits entschieden gehabt, ohne die Antwort der Beschwerdegegnerin auf ihr Schreiben vom 19. Januar 2011 abzuwarten, erscheint dies nicht willkürlich. Dass das anwaltlich verfasste Schreiben vom 19. Januar 2011 ebenso wie dasjenige vom 3. Februar 2011 als Angebot und nicht als Verweigerung formuliert ist, vermag die vorinstanzliche Beweiswürdigung nicht als willkürlich erscheinen zu lassen, zumal die Beschwerdeführerin nicht auf das Schreiben der Gegenseite vom 14. Februar 2011 reagierte. Entgegen ihrer Darstellung stellte die Vorinstanz sodann nicht darauf ab, dass sie sich nach ihrer E-Mail vom 20. Januar 2011 nicht mehr habe vernehmen lassen, sondern dass sie sich nicht von ihrer E-Mail distanzierte, als die Beschwerdegegnerin sie damit mit Schreiben vom 14. Februar 2011 konfrontierte. Wesentlich war also, dass sie sich zu diesem Schreiben nicht mehr vernehmen liess, was die Beschwerdeführerin nicht in Abrede stellt. Sie macht insofern bloss geltend, sie hätte gar nicht mehr auf ihre Verweigerungserklärung zurückkommen können, hätte sie in ihrer E-Mail vom 20. Januar 2011 tatsächlich eine solche abgegeben. Damit wirft sie die rechtliche Frage auf, ob es ihr überhaupt möglich gewesen wäre, auf eine erklärte Verweigerung zurückzukommen. Sie behauptet jedoch nicht, sie habe gerade deshalb nicht (mehr) auf das Schreiben der Beschwerdegegnerin reagiert, weil sie die Rechtslage so einschätzte und es für eine Distanzierung von ihrer E-Mail daher so oder so zu spät gewesen wäre. Wenn die Vorinstanz bei der Beweiswürdigung zu Lasten der Beschwerdeführerin berücksichtigte, dass diese die Bedeutung der fraglichen E-Mail im Nachgang zum Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 14. Februar 2011 nicht berichtigte, ist dies nicht zu beanstanden. Inwiefern die Beweiswürdigung willkürlich sein soll, weil nicht beachtet worden sei, dass die Beschwerdeführerin die Sanierung erst rund zwei Jahre später habe durchführen lassen, wird von der Beschwerdeführerin nicht erläutert und liegt auch nicht auf der Hand. Weshalb Willkür vorliegen soll, wenn die Beschwerdeführerin auf ihrer Verweigerung der "im zweiten Anlauf" vereinbarten Nacherfüllung behaftet wird, obwohl die Beschwerdegegnerin früher eine Nachbesserung ablehnte und in späteren Gerichtsverfahren ihre Verantwortung wiederum bestritt, ist nicht ersichtlich, zumal die Nacherfüllungsbereitschaft der Beschwerdegegnerin zum relevanten Zeitpunkt willkürfrei festgestellt worden ist (E. 4.2 hiervor). Abschliessend sei daran erinnert, dass selbst wenn eine andere Beweiswürdigung ebenfalls möglich oder gar vorzugswürdig erscheint, dies nicht heisst, dass die erfolgte Beweiswürdigung willkürlich wäre. Nach dem Gesagten ist es nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz zum Schluss kam, die Beschwerdeführerin habe die Nacherfüllung durch die Beschwerdegegnerin während noch laufender Frist zur Nacherfüllung verweigert.

E. 4.4

Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe das deutsche Recht willkürlich angewandt.

E. 4.4.1

Im angefochtenen Urteil werde davon ausgegangen, durch die verunmöglichte Nacherfüllung habe sie ihr Recht auf Ersatzvornahme verloren und sei zudem von jeglichen Schadenersatzforderungen und Mangelfolgeansprüchen ausgeschlossen. Die Vorinstanz berufe sich zur Begründung dieser Rechtsauffassung auf ein Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf. Jedoch habe sich die Vorinstanz offensichtlich nur mit einem Leitsatz dieses Urteils befasst und wende diesen gleich einer Gesetzesnorm an, ohne zu reflektieren, dass es sich dabei bloss um eine redaktionelle Zusammenfassung des eigentlichen Gerichtsentscheidendes handle. Den Inhalt des massgeblichen Urteils habe die Vorinstanz aber nicht beigezogen. Da die Folgen der vertretenen Rechtsauffassung für die Beschwerdeführerin derart gravierend seien, könne erwartet werden, dass sich die Vorinstanz intensiv damit auseinandersetze. Da dies nicht geschehen sei, liege eine willkürliche Rechtsanwendung vor. Damit macht die Beschwerdeführerin geltend, die Art und Weise, wie die Vorinstanz angeblich - nach Darstellung der Beschwerdeführerin - das deutsche Recht ermittelt haben soll, sei willkürlich. Dass und inwiefern die Vorinstanz deshalb deutsches Recht auch inhaltlich willkürlich oder auch nur unrichtig angewandt hätte, erörtert sie allerdings nicht. Insbesondere trägt sie nicht vor, welches Ergebnis eine behauptetermassen richtige resp. willkürfreie Rechtsanwendung gezeitigt hätte - ihre Ausführungen gehen daher an der Sache vorbei.

E. 4.4.2

Anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung habe sie sodann darauf hingewiesen, dass "die Beschwerdegegnerin in Annahmeverzug begründender Weise ihre angebliche Bereitschaft zur Mängelbeseitigung hätte erklären müssen". Dazu äussere sich die Vorinstanz mit keiner Silbe, wodurch sie das deutsche Recht willkürlich angewendet habe. Dies habe massgeblichen Einfluss auf das Ergebnis des angefochtenen Entscheids gehabt. Dass diese Rechtsfrage massgeblichen Einfluss auf das Ergebnis haben soll, behauptet die Beschwerdeführerin zwar, sie erläutert dies aber nicht. Die Vorinstanz stellte fest, die Parteien hätten für die Nacherfüllung "im zweiten Anlauf" eine Frist bis März 2011 vereinbart. Im Zeitpunkt als die Beschwerdeführerin die Nacherfüllung verweigerte, befand sich die Beschwerdegegnerin noch nicht in Verzug damit (vgl. E. 3.2). Die Frage, ob ein Schuldnerverzug durch ein den Annahmeverzug begründendes Angebot des Schuldners beendet worden ist, stellte sich daher nicht. Es ist dementsprechend auch nicht ersichtlich, weshalb die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage für das Ergebnis des angefochtenen Urteils massgeblich sein könnte - dies darzutun wäre jedoch an der Beschwerdeführerin gelegen. Dass die Vorinstanz diese Frage nicht behandelte, ist daher nicht zu beanstanden; von willkürlicher Rechtsanwendung kann jedenfalls nicht die Rede sein.

E. 4.4.3

Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, das Ergebnis des angefochtenen Entscheids laufe in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwider, da sie gegenüber der Beschwerdegegnerin nie eine klare und unmissverständliche Erklärung abgegeben habe, wonach sie die Nacherfüllung verweigere. Dass sie wegen ihrer E-Mail an

die D._____ GmbH ihre Gewährleistungsrechte endgültig verlieren soll, sei in höchstem Masse stossend. Damit wendet sich die Beschwerdeführerin letztlich erneut - einfach unter anderem Titel - gegen die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung, welche sich aber als willkürfrei erwiesen hat. Das vorinstanzliche Urteil mag für die Beschwerdeführerin zwar hart sein, ausgehend von den für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen läuft es aber dem Gerechtigkeitsgedanken nicht in stossender Weise zuwider.

E. 5

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Da keine Vernehmlassung eingeholt wurde, schuldet sie keine Parteientschädigung.

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