

# **BGer 4A\_272/2011 vom 22. August 2011**

Bundesgericht, 2011-08-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_272\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_272_2011)

FR: TF 4A\_272/2011 du 22 août 2011

IT: TF 4A\_272/2011 del 22 agosto 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das obergerichtliche Urteil wurde dem Beschwerdeführer noch vor Inkrafttreten der Eidgenössischen Zivilprozessordnung (1. Januar 2011) eröffnet, weshalb diese für das Rechtsmittel gegen das Urteil des Obergerichts nicht anwendbar war ( Art. 405 Abs. 1 ZPO ). Die Frist zur Anrufung des Bundesgerichts begann nach aArt. 100 Abs. 6 BGG (AS 2006 1234) mit der Eröffnung des Kassationsgerichtsentscheides zu laufen (vgl. BGE 135 III 337 E. 1.3 S. 339 f.) und ist damit gewahrt.

### **E. 1.2**

Das Kassationsgericht bezifferte den Streitwert auf Fr. 30'102.45, womit die Beschwerde in Zivilsachen zulässig wäre ( Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ). Diese Angabe bindet das Bundesgericht indessen nicht. Vor der kantonal letzten Instanz, dem Kassationsgericht, verlangte der Beschwerdeführer in seinem materiellen Eventualbegehren weniger als Fr. 30'000.--. Ob dieser Tatsache für die Berechnung des Streitwerts und die Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen Bedeutung zukommt, braucht indessen nicht weiter behandelt zu werden. Selbst wenn man (auch mit Blick auf die primär beantragte Rückweisung an das Obergericht) die Beschwerde in Zivilsachen, mit welcher auch die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann, zulässt und auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht eintritt ( Art. 113 BGG ), nützt dies dem Beschwerdeführer, wie nachfolgend zu zeigen ist, im Ergebnis nichts.

### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer kritisiert in seiner Beschwerde über weite Strecken das obergerichtliche Urteil. Dieses ist indessen nur insofern der Beschwerde zugänglich, als es das Erfordernis der Letztinstanzlichkeit erfüllt, mithin für die dagegen erhobenen Rügen kein kantonales Rechtsmittel gegeben war ( Art. 75 Abs. 1 BGG ; BGE 134 III 524 E. 1.3 S. 527). Dem Beschwerdeführer stand gegen das Urteil des Obergerichts die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zürich nach § 281 der per 1. Januar 2011 aufgehobenen Zivilprozessordnung des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) zur Verfügung, das er denn auch ergriffen hat. Das Urteil des Obergerichts ist daher insoweit nicht kantonal letztinstanzlich und kein taugliches Anfechtungsobjekt, als die vor Bundesgericht zulässigen Rügen vom Kassationsgericht überprüft werden konnten.

#### **E. 1.3.1**

Nach § 281 ZPO /ZH konnte mit Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers auf einer Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (Ziff. 1), auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme (Ziff. 2) oder auf einer Verletzung klaren materiellen Rechts (Ziff. 3). Ausgeschlossen war die Nichtigkeitsbeschwerde, wenn das Bundesgericht

einen Mangel frei überprüfen konnte, wobei sie gemäss § 285 Abs. 2 ZPO /ZH grundsätzlich stets zulässig war, wenn eine Verletzung von Art. 8, 9, 29 oder 30 BV oder von Art. 6 EMRK geltend gemacht wurde.

### **E. 1.3.2**

Der angefochtene Beschluss des Obergerichts stellt demnach insoweit keinen kantonal letztinstanzlichen Entscheid dar, als geltend gemacht wird, das Obergericht habe seinen Entscheid auf aktenwidrige Feststellungen gestützt, gegen das Willkürverbot ( Art. 9 BV ) verstossen oder den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ) oder auf ein unbefangenes Gericht ( Art. 30 Abs. 1 BV ) verletzt. Entsprechende Rügen waren zwecks Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzugs vor dem Kassationsgericht geltend zu machen (vgl. BGE 133 III 638 E. 2 S. 640). Sollten solche Rügen vom Kassationsgericht in Verletzung verfassungsmässiger Rechte nicht bzw. nicht richtig beurteilt worden sein, hätte der Beschwerdeführer dies rügen und dabei im Einzelnen auf den Entscheid des Kassationsgerichts eingehen müssen ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Auf entsprechende Rügen gegen das Urteil des Obergerichts ohne Bezugnahme auf die Erwägungen des Kassationsgerichts kann nicht eingetreten werden.

### **E. 1.3.3**

Die dargelegten Grundsätze verkennt der Beschwerdeführer durchwegs, indem er Sachverhaltskritik am angefochtenen Urteil des Obergerichts übt, die er mit Willkürbeschwerde dem Kassationsgericht unterbreiten konnte. Ebenfalls nicht einzutreten ist auf die Beschwerde, soweit er geltend macht, das Obergericht hätte das gesamte Bezirksgericht Hinwil als befangen ansehen müssen, da auch diese Rüge Art. 29 und Art. 30 BV beschlägt und dem Kassationsgericht unterbreitet werden konnte. Auf die Ausführungen in der Beschwerdebegründung kann mithin nur eingetreten werden, soweit sie entweder den Entscheid des Kassationsgerichts betreffen oder Rügen bezüglich des Urteils des Obergerichts, die der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde nicht zugänglich waren.

### **E. 1.4**

Vor Kassationsgericht rügte der Beschwerdeführer die obergerichtliche Erwägung, es spiele keine Rolle, dass andere Gerichtspersonen am Beweisverfahren teilgenommen haben als diejenigen, die schliesslich das Urteil fällten.

#### **E. 1.4.1**

Das Obergericht hielt fest, der Beweisverfahrensreferent habe sämtliche Erkenntnisse zu protokollieren, damit sich auch später hinzustossende Richter ein vollständiges Bild machen könnten. Das Kassationsgericht erwog, der Beschwerdeführer mache nicht geltend, er habe dem Bezirksgericht ein Gesuch um Protokollberichtigung gestellt oder geltend gemacht, das Protokoll und die Akten seien unvollständig und ergäben ein falsches Bild. Die am Urteil vom 9. April 2009 beteiligten Bezirksrichter und die später mit dem Berufungsverfahren befassten Oberrichter hätten daher von einer zutreffenden und vollständigen Protokollierung und Aktenführung ausgehen können. Die Weitergabe des im Beweisverfahren gewonnenen Wissens durch den zur Verfahrensleitung delegierten Referenten an die urteilenden Richter sei daher als erfolgt zu betrachten. Es bestehe kein Anspruch darauf, dass der die Beweise abnehmende Richter auch am nachfolgenden Urteil mitwirke. Die daraus abgeleitete Rüge der Rechtsverweigerung sei daher unbegründet.

#### **E. 1.4.2**

Vor Bundesgericht macht der Beschwerdeführer sinngemäss geltend, sein Ausstandsbegehren gegenüber dem Bezirksgericht Hinwil habe auch die Rüge des unvollständigen Protokolls beinhaltet. Neue Vorbringen sind vor Bundesgericht indessen nur zulässig, soweit erst der angefochtene Entscheid dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ; BGE 136 III 123 E. 4.4.3 S. 129 mit Hinweisen), was näher darzulegen ist ( BGE 133 III 393 E. 3 S. 395). Da der Beschwerdeführer nicht aufzeigt, weshalb erst der Entscheid des Kassationsgericht zu entsprechenden Vorbringen Anlass gegeben haben sollte, erweist sich sein Einwand in tatsächlicher Hinsicht als neu und daher unzulässig. Er wäre im Übrigen auch nicht begründet, nimmt doch das Verfahren nach abgewiesener Ablehnung von Gerichtsmitgliedern seinen Fortgang und haben Protokollberichtigungsbegehren die Protokollstellen, an denen unrichtig protokolliert worden sein soll bzw. die Verfahrensvorgänge, welche fälschlicherweise nicht protokolliert wurden, genau zu bezeichnen. Dass der Beschwerdeführer derartige Rügen erhoben hätte, legt er nicht dar. Nicht einzutreten ist auf die Beschwerde, soweit der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang das Urteil des Obergerichts kritisiert, welches in diesem Punkte nicht letztinstanzlich entschieden hat ( Art. 75 Abs. 1 BGG ).

#### **E. 1.5**

Die Rüge der sachverhaltswidrigen Tatsachenfeststellung konnte dem Kassationsgericht unterbreitet werden, gleich wie jene der Verletzung der richterlichen Fragepflicht im Sinne der Verletzung einer wesentlichen Verfahrensnorm (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N. 36 zu § 281 aZPO/ZH). Soweit der Beschwerdeführer die Aufhebung des Urteils des Obergerichts verlangt, weil dieses Gericht den Verstoß gegen die richterliche Fragepflicht nicht geheilt hat, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

#### **E. 1.6**

Der Beschwerdeführer macht sinngemäss geltend, wenn er infolge Befangenheit des Bezirksgerichts Hinwil die Überführung des Verfahrens an das Bezirksgericht Uster verlangt habe, beinhalte dies gegenüber dem Entscheid des Bezirksgerichts nicht nur die Rüge eines unvollständigen Protokolls, sondern auch der Verweigerung des rechtlichen Gehörs bei der Zeugenbefragung und der Vervollständigung der Beweisaufgaben, denn all diese Verfahrensfehler wären bei einer Überweisung an das Bezirksgericht Uster geheilt worden. Diese Argumentation verkennt, dass die Garantie des verfassungsmässigen Richters bereits verletzt wird, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen ( BGE 136 I 207 E. 3.1 S. 210 mit Hinweisen). Dass es zu konkreten Verfahrensfehlern gekommen ist, wird gerade nicht vorausgesetzt. Daher kann die Rüge konkreter Verfahrensfehler nicht als in der Rüge der Befangenheit enthalten angesehen werden.

#### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, es sei willkürlich ausser Acht gelassen worden, dass vorrangig zum Gewährleistungsausschluss es der übereinstimmende Parteiwille gewesen sei, einen ganz gewöhnlichen Standard-Vertrag zu wählen, dass der Haftungsausschluss also nicht aufgrund von speziellen Parteiüberlegungen gewählt worden sei, sondern weil entgegen der gesetzlichen Regelung dieser Standard in 100 % der

Liegenschafts Kaufverträge zuvor schon gewählt worden sei, was einen wesentlichen Unterschied in Ermessens- und Würdigungsfragen mache. Die Tatsache, dass in der Praxis die gesetzliche Gewährleistungsregel unterlaufen wird, spreche dafür, dass der Gesetzgeber ungeachtet der dispositiven Regelung dies nicht gewollt habe, weshalb eine Lücke vorliege. Diese sei in dem Sinne zu füllen, dass nicht mitgeteilte Mängel zu entschädigen seien.

### **E. 2.2**

Die gesetzliche Gewährleistungsordnung ist abgesehen von Art. 199 OR dispositiver Natur. Dem Beschwerdeführer hätte freigestanden, bei Vertragsschluss seine Zustimmung zur Freizeichnungsklausel zu verweigern, wenn ihm daran lag, die Haftung für sämtliche Mängel auf den Verkäufer abwälzen zu können. Wenn regelmässig von einer dispositiven gesetzlichen Normierung abweichende Vereinbarungen getroffen werden, lässt dies nicht auf eine Lücke im Gesetz schliessen, sondern bedeutet dies nur, dass von einem gesetzlich belassenen Gestaltungsspielraum oft in bestimmter Weise Gebrauch gemacht wird. Mit der dispositiven Bestimmung wird einzig festgelegt, was gilt, wenn keine andere Parteiabrede getroffen wird. Eine von der dispositiven Regelung abweichende Freizeichnungsklausel bleibt zulässig, selbst wenn sie standardmässig verwendet werden sollte. Dass das Obergericht den Vertrag mit Blick auf die darin enthaltene Freizeichnungsklausel nach dem Vertrauensprinzip unrichtig ausgelegt hätte, legt der Beschwerdeführer nicht dar und ist nicht ersichtlich.

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer macht geltend, ein Rechtsmangel, nämlich die fehlende Abnahme der Kanalisation, könne durch einen Gewährleistungsausschluss nicht geheilt werden. Dass bezüglich der Kanalisation keine Abnahme erfolgt sei, ist aber nicht festgestellt.

#### **E. 3.1**

Nach dem Urteil des Obergerichts haben sowohl die Z. \_\_\_\_\_ AG als auch der Baukontrolleur N. \_\_\_\_\_ nachgewiesenermassen die ihnen obliegenden Kontrollen durchgeführt. Sollten sich dabei aber allenfalls Zuständigkeitslücken hinsichtlich der Kontrolle der Kanalisation ergeben haben, fehle es an konkreten Behauptungen dazu, welcher Teil der Kanalisation nicht kontrolliert worden sei und dass diese Kontrolllücke dem Beschwerdegegner bekannt gewesen sei. Dieser habe das Ingenieurbüro Z. \_\_\_\_\_ immerhin dreimal zur Kanalisationskontrolle aufgeboten. Damit sei der Beweis für die Behauptung des Beschwerdeführers gescheitert, die Kanalisation sei von der Gemeinde nicht abgenommen worden bzw. es sei keine Schlussabnahme erfolgt und der Beschwerdegegner habe dies gewusst. Vor diesem Hintergrund stellt sich die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Frage nicht.

#### **E. 3.2**

Damit ist nicht zu beanstanden, dass das Obergericht auch die Forderung des Beschwerdeführers im Betrage von Fr. 2'000.-- für die Durchführung einer nachträglichen Kontrolle abgewiesen hat. Es erwog, es habe sich ergeben, dass eine behördliche Kontrolle stattgefunden habe bzw. dass nicht nachgewiesen sei, es habe keine Kontrolle stattgefunden. Für deren Wiederholung bestehe kein Anlass. Zumindest habe der Beschwerdegegner von einer ordnungsgemässen Kontrolle ausgehen dürfen, sodass auch unter diesem Aspekt keine Haftung für etwaige Kontrollkosten bestehe. Soweit der Beschwerdeführer auch diesbezüglich behauptet, er habe bewiesen, dass die Kanalisation nicht abgenommen worden sei und dass dies dem Beschwerdegegner bekannt gewesen sei,

übt er erneut unzulässige Sachverhaltskritik am Urteil des Obergerichts, auf welche aus den bereits erwähnten Gründen nicht einzutreten ist.

#### **E. 4**

Wie bereits vor Kassationsgericht nimmt der Beschwerdeführer auch vor Bundesgericht den Standpunkt ein, der Beschwerdegegner habe ihm für die Arbeiten im Zusammenhang mit der Hauskanalisation mehr als die ihm vom Obergericht zugesprochenen Fr. 406.80 zu bezahlen. Auf die diesbezüglich erhobene appellatorische Kritik am Urteil des Obergerichts, mit welcher er dem Bundesgericht im Wesentlichen seine eigene Sicht mit Bezug auf den Sachverhalt schildert, ist nicht einzutreten, zumal er Rügen willkürlicher Sachverhaltsdarstellung dem Kassationsgericht unterbreiten konnte (E. 1.3 hiervor). Dasselbe gilt für die Vorbringen des Beschwerdeführers unter dem Titel "Sanierung der Meteorwasserleitungen (Meteor- und Sickerleitungen)", welche im Wesentlichen in die Behauptung münden, der Beschwerdegegner habe um die Verstopfung der Sickerleitungen gewusst, mit welcher der Beschwerdeführer seine Forderung von Fr. 19'870.-- begründet. Auch insoweit übt der Beschwerdeführer Sachverhaltskritik am Urteil des Obergerichts, worauf mangels Letztinstanzlichkeit nicht einzutreten ist.

#### **E. 5**

Was die Qualität der Fenster anbelangt, stellte das Obergericht fest, der Beschwerdegegner habe diesbezüglich keine ausdrücklichen Zusicherungen gegeben. Die Fenster seien nur mittelmässig statt überdurchschnittlich gut gewesen. Dies stelle für sich allein aber noch keinen Mangel dar. Das Obergericht schloss aus der Zeugenaussage O. \_\_\_\_\_, dass sich Fensterrahmen im Verlaufe der Zeit unter Witterungseinflüssen oder wegen Untergrundverschiebungen etwas verziehen können und allenfalls Zugluft durchlassen, was entweder durch ein Abdichten oder auch nur durch Höherschrauben der Fensterscharniere behoben werden könne. Damit sei bei einer elfjährigen Liegenschaft zu rechnen. Es liege kein wesentlicher Mangel vor, der völlig ausserhalb dessen liege, mit dem normalerweise zu rechnen sei, oder hinsichtlich dessen eine Aufklärungspflicht bestünde.

##### **E. 5.1**

Der Beschwerdeführer hält dem entgegen, die Feststellung, der Beschwerdegegner habe hinsichtlich der Fenster keine ausdrückliche Zusicherungen abgegeben, sei offensichtlich falsch und Sachverhaltswidrig. Mit Kritik an den tatsächlichen Feststellungen des Obergerichts ist der Beschwerdeführer indessen wie dargelegt nicht zu hören.

##### **E. 5.2**

Das Obergericht erklärte den Beschwerdegegner für den Minderwert des erwiesenermassen undichten grossen Wohnzimmerfensters für ersatzpflichtig, hielt aber fest, dass der Beschwerdeführer weitere wasserdurchlässige Fenster in seiner Mängelrüge weder erwähnt noch bewiesen habe. Eine nachträgliche Ausdehnung der Rüge der Undichtigkeit auf sämtliche Fenster sei unter dem Aspekt der fehlenden Mängelrüge unzulässig. Darin erblickt der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 199 OR . Auf die Rüge kann jedoch mangels Rechtserheblichkeit nicht eingetreten werden. Das Obergericht hat aus der zum eigenen Nachteil erfolgten Aussage von B. X. \_\_\_\_\_ in der persönlichen Befragung geschlossen, es sei nachgewiesen, dass ausser dem langen Fenster im Wohnzimmer keine weiteren Fenster betroffen gewesen seien. Diese Beweiswürdigung hätte der Beschwerdeführer vor Kassationsgericht als willkürlich ausgeben und sich in seiner Beschwerde in Zivilsachen mit dessen Entscheid auseinandersetzen müssen. Soweit er vor

Bundesgericht die obergerichtliche Feststellung kritisiert, ist auf die Rüge nicht einzutreten. Da somit anzunehmen ist, die weiteren Fenster seien mängelfrei gewesen, kann offen bleiben, ob eine Mängelrüge bezüglich der weiteren Fenster nötig gewesen wäre oder nicht. Da das Obergericht dem Beschwerdeführer für den erwiesenen Mangel Ersatz zugesprochen hat, fällt seine Rüge der Verletzung von Art. 203 OR ins Leere.

#### **E. 6**

Der Beschwerdeführer hat in seiner Nichtigkeitsbeschwerde erklärt, er verzichte auf die Weiterverfolgung der Geltendmachung des Schadens aus der Wegnahme der Waschmaschine und des Tumblers durch den Beschwerdegegner, und er hat die Geltendmachung des defekten Backofens fallen gelassen. Darauf kann er im Verfahren vor Bundesgericht nicht zurückkommen, da nach Art. 99 Abs. 2 BGG neue Begehren unzulässig sind und als neu Begehren gelten, die vor Vorinstanz nicht gestellt oder nicht mehr aufrecht erhalten wurden.

#### **E. 7**

Das Obergericht hat die Forderung für den Ersatz des defekten Mikrowellengeräts abgewiesen. Es ging davon aus, der Beschwerdeführer hätte die Funktionstüchtigkeit der Mikrowelle durch einfache Inbetriebsetzung auch ohne Betriebsanleitung, die ihm nicht übergeben worden sei, überprüfen können. Er sei denn auch in der Lage gewesen, den Defekt des Geräts durch eine Inbetriebnahme ohne Bedienungsanleitung kurz nach dem Einzug festzustellen und noch am 24. März 2005 zu rügen. Damit hat das Obergericht nicht ausschliesslich auf die allgemeine Lebenserfahrung abgestellt, sondern zusätzlich die konkreten Umstände des Einzelfalles gewürdigt. Die daraus folgende Sachverhaltsfeststellung widerspricht der Darstellung des Beschwerdeführers, das Fehlen der Gebrauchsanweisung sei geeignet gewesen, ihn von einer Kontrolle des Geräts abzuhalten und belege ein aktives Vorenthalten des Mangels, das zur Entschädigung von Fr. 717.50 führen müsse. Dass der Beschwerdegegner den Beschwerdeführer an der Kontrolle des Mikrowellengeräts gehindert hat, ist gerade nicht erstellt. Kritik an den tatsächlichen Feststellungen des Obergerichts, die auf der Würdigung des konkreten Einzelfalles beruhen, ist mit Blick auf die Ausschöpfung des Instanzenzuges nicht zu hören.

#### **E. 8**

Aus den dargelegten Gründen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren kostenpflichtig.

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