

BGer 4A_365/2022 vom 16. Dezember 2022

Bundesgericht, 2022-12-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_365_2022

FR: TF 4A_365/2022 du 16 décembre 2022

IT: TF 4A_365/2022 del 16 dicembre 2022

Erwägungen

E. 1

Die Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt. Unter Vorbehalt einer rechtsgenügenden Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG) ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 1.1

Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten (BGE 140 III 115 E. 2; 134 II 244 E. 2.1). In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Unerlässlich ist, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (BGE 140 III 86 E. 2 S. 89, 115 E. 2).

E. 1.2

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 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 143 IV 241 E. 2.3.1; 140 III 115 E. 2 S. 117, 264 E. 2.3 S. 266). 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 die genannten 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). 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).

E. 2

Die Unternehmer fechten das Urteil der Vorinstanz nicht an, soweit es um Mängel am Dachwasserrohr (Fr. 8'136.80) und an den Fenstern (Fr. 1'600.--) geht. Hingegen wehren sie sich gegen die Verpflichtung zur Zahlung von Fr. 96'000.-- als Vorschuss für das Höherlegen des Dachs und Fr. 34'568.50 für Mängel an den Kalkmörtelböden.

E. 3.1

Was die Erneuerung des Dachs betrifft, hatte die Erstinstanz erwogen, die Besteller hätten nicht vorgetragen, was dazu vereinbart worden sei. Daher sei es unmöglich zu klären, ob die Unternehmer vom vertraglich Vereinbarten abgewichen seien. Diese Argumentation überzeugte die Vorinstanz nicht. Sie hielt fest, ursprünglich sei die Erneuerung des Dachs nicht vorgesehen gewesen. Die Parteien hätten sich erst im Lauf des Umbaus darauf verständigt. Zur Gestaltung des Dachs lägen keine Pläne vor. Doch hätten die Besteller bereits vor Erstinstanz vorgetragen, die Unternehmer hätten das Dach um rund 50 cm abgesenkt, um im Nachbarhaus grössere Fenster zu ermöglichen. Dadurch habe das Haus der Besteller eine Reduktion des nutzbaren Dachraums erfahren.

E. 3.2

Die Unternehmer rügen eine Verletzung der Dispositionsmaxime. Die Besteller hätten nie einen Vorschuss für das Höherlegen des Dachs verlangt. Die Vorinstanz verweise auf die Berufungsschrift und die Klagebeilage 51. Allerdings suche man in der Berufungsschrift vergeblich nach einem Antrag auf Bevorschussung. Bei der Klagebeilage 51 handle es sich um eine Schätzung der Besteller über die Kosten der Anhebung des Dachs. Im Übrigen machen die Unternehmer eine unzulässige Herabsetzung des Beweismasses, eine Verletzung der Beweisregeln (Art. 8 ZGB), des Verhandlungsgrundsatzes (Art. 55 Abs. 1 ZPO), ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) und eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend.

E. 3.3

Die Rügen sind unbegründet.

E. 3.3.1

Aus der Tieferlegung des Dachs resultierte ein Mangel. Die Vorinstanz verfiel nicht in Willkür, als sie feststellte, dass das Dach nicht ohne ausdrückliche Abrede tiefer gelegt werden durfte, weil dadurch der darunter liegende Raum vermindert wurde. Die Vorinstanz verwies auf eine E-Mail des Bestellers C. _____ an den Unternehmer B. _____ vom 31. Oktober 2009, worin sich der Besteller die "Begradigung" des Dachfirsts ausdrücklich verboten habe. Daraus schloss die Vorinstanz willkürfrei, dass das Dach ohne Zustimmung der Besteller abgesenkt worden sei. Gemäss Vorinstanz war die Neukonstruktion des Dachs zwar aufwändig, doch ändere dies nichts daran, dass die Unternehmer es tiefer gelegt hätten.

E. 3.3.2

Der Besteller, der berechtigt ist, einen Werkmangel auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten beheben zu lassen, hat Anspruch auf Bevorschussung der Kosten für die Ersatzvornahme. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sprechen verschiedene Gründe dafür, von einer Pflicht des Unternehmers auszugehen, die Kosten für die Ersatzvornahme vorzuschüssen. Erstens ist dies dem Unternehmer als vertragsuntreuer Partei nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zuzumuten. Zweitens kann durch die

Vorschusspflicht des Unternehmers, der seine Nachbesserungspflicht nicht selbst erfüllen will oder kann, erreicht werden, dass dieser nicht besser gestellt wird als der Unternehmer, der seine Nachbesserungspflicht sogleich selbst erfüllt. Und drittens hat der Besteller ein evidentes Interesse an der finanziellen Absicherung der Ersatzvornahme, während dem Unternehmer nur eine Pflicht auferlegt wird, die er später ohnehin erfüllen müsste (BGE 128 III 416 E. 4.2.2 mit zahlreichen Hinweisen). Das Urteil über den Kostenvorschuss schliesst im Abrechnungsprozess weder die Rückforderung eines zu hohen Kostenvorschusses noch die Nachforderung der noch nicht gedeckten Kosten aus (BGE 141 III 257 E. 3).

Die Vorinstanz erwog, die Besteller würden von den Unternehmern Fr. 118'789.-- als Vorschuss für die Ersatzvornahme verlangen. Dies sei im Grundsatz begründet. Die Vorinstanz hielt fest, dass die Unternehmer das Begehren der Besteller missverstehen würden, indem sie es als "Entschädigung" zurückwiesen. Es gehe nämlich um einen Vorschuss, der nur der Grössenordnung nach plausibel sein müsse, was die Unternehmer nicht in Frage stellten. Diese Feststellungen zum Prozesssachverhalt weisen die Unternehmer nicht als willkürlich aus. Vielmehr durfte die Vorinstanz die Anträge der Besteller in dieser Weise verstehen. Die Unternehmer führen selbst aus, dass die Besteller in der Klageschrift Fr. 400'719.55 nebst Zins verlangten und die definitive Bezifferung nach Abschluss des Beweisverfahrens vorbehielten. Die Besteller hätten damals von einer Schätzung gesprochen, um die Höhe der Klagesumme nach Abschluss des Beweisverfahrens noch definitiv zu beziffern. Damit anerkennen auch die Unternehmer implizit, dass es den Bestellern um die gesamten Kosten der Ersatzvornahme ging. Unter diesen Umständen durfte die Vorinstanz den Bestellern Fr. 96'000.-- als Vorschuss für das Höherlegen des Dachs zusprechen, ohne die Dispositionsmaxime zu verletzen.

E. 3.3.3

Die Unternehmer werfen der Vorinstanz vor, sie habe den Antrag auf Vorschuss für das Höherlegen des Dachs konstruiert, damit die Besteller die Folgen der Beweislosigkeit nicht hätten tragen müssen. Die Modalitäten einer Vorschusspflicht seien nie Prozessthema gewesen. Das Bundesgericht hielt im erwähnten Leiturteil zur Bevorschussung der Kosten für die Ersatzvornahme fest, dass den Interessen des Unternehmers angemessen Rechnung zu tragen ist, indem die Vorschusspflicht an bestimmte Modalitäten gebunden wird. Erstens ist festzuhalten, dass der Vorschuss ausschliesslich für die Finanzierung der Ersatzvornahme bestimmt ist. Zweitens ist der Besteller verpflichtet, nach Abschluss der "Ersatznachbesserung" über die Kosten abzurechnen und dem Unternehmer einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten. Eine allfällige Nachforderung ist ausgeschlossen, wenn über den Umfang der Nachbesserungsarbeiten im Detail bereits entschieden wurde und insofern eine "res iudicata" vorliegt (wobei nach BGE 141 III 257 E. 3.3 S. 261 lediglich auf die im Prozess über den Kostenvorschuss bereits rechtskräftig entschiedenen Streitpunkte nicht zurückgekommen werden kann; selbst eine auf detaillierten Abklärungen wie einem Gutachten beruhende Schätzung des Kostenvorschusses zieht für sich allein keine Bindungswirkung nach sich, sondern höchstens erhöhte Substanziierungsanforderungen hinsichtlich der Begründung einer Abweichung vom vorgeschossenen Betrag). Drittens hat der Besteller den gesamten Betrag zurückzuerstatten, wenn er die Nachbesserung nicht innert angemessener Frist vornehmen lässt (BGE 128 III 416 E. 4.2.2 mit zahlreichen Hinweisen). Die Vorinstanz stellte klar, dass die Besteller nach erfolgter Ersatzvornahme gegenüber den Unternehmern abrechnen müssten. Damit ist das

angefochtene Urteil mit Blick auf die Modalitäten der Bevorschussung nicht zu beanstanden.

E. 3.3.4

Auch von einer unzulässigen Herabsetzung des Beweismasses oder einer Verletzung des rechtlichen Gehörs oder Art. 8 ZGB kann keine Rede sein: Die Vorinstanz hat den Bestellern die Fr. 96'000.-- nicht vorbehaltlos zugesprochen, sondern als Kostenvorschuss unter Abrechnungspflicht. Folgerichtig brachte sie die Regeln für einen Vorschuss zur Anwendung. Soweit die Unternehmer behaupten, die erstinstanzlich von den Bestellern angebotenen Gutachter hätten am Dach keine Mängel feststellen können, und daraus auf Beweislosigkeit des Mangels schliessen, zeigen sie nicht rechtsgenügend auf, inwiefern die Annahme der Vorinstanz, sie hätten das Dach eigenmächtig abgesenkt, offensichtlich unhaltbar wäre oder sonst Recht verletzt. Aus dem angefochtenen Entscheid ergibt sich klar, dass die Vorinstanz darin den Mangel erblickte. Eine Verletzung von Art. 8 ZGB oder des rechtlichen Gehörs ist nicht ersichtlich.

E. 3.4

Nach dem Gesagten verpflichtete die Vorinstanz die Unternehmer zu Recht, den Bestellern als Vorschuss für das Höherlegen des Dachs Fr. 96'000.-- zu leisten.

E. 4.1

Was die Kalkmörtelböden betrifft, machen die Unternehmer geltend, die Vorinstanz habe gestützt auf die Aussagen des Zeugen E._____ die Mangelhaftigkeit der Kalkmörtelböden bejaht. E._____ habe ab Herbst 2016 im Auftrag der Besteller Arbeiten an den Kalkmörtelböden verrichtet. Er habe ausgesagt, die Kalkmörtelböden hätten Risse aufgewiesen. Weshalb dem so gewesen sei, habe E._____ nicht gewusst. Er habe bloss vermutet, das Material sei nicht richtig gemischt, die Isolation sei zu weich oder die Verarbeitung sei mangelhaft gewesen. Wie die Vorinstanz dazu komme, diese Aussagen als differenziert zu werten, sei schleierhaft. Die Unternehmer bemängeln, dass die Vorinstanz die Aussagen ihres Zeugen F._____ nicht berücksichtigt habe. F._____ habe ausgesagt, der Besteller C._____ habe Kalkmörtelböden auf einer Bodenheizung verlangt. F._____ habe darauf hingewiesen, dass dies nicht funktioniere. Der Besteller C._____ habe aber darauf bestanden und die Böden zudem selbst nachbearbeitet, wozu ihm F._____ die Ware habe liefern müssen.

E. 4.2

Die Rüge ist unbegründet.

Die anwaltlich vertretenen Unternehmer scheinen zu übersehen, dass das Bundesgericht keine Appellationsinstanz ist (vgl. Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4342 Ziff. 4.1.4.5 zu Art. 97 E-BGG), die eine freie Würdigung der Zeugenaussagen von E._____ und F._____ vornimmt. So bringen die Unternehmer beispielsweise vor, ihre Würdigung der Zeugenaussagen lege den Sachverhalt nahe, dass E._____ Schäden angetroffen habe, die von den Bestellern selbst zu verantworten gewesen seien. Damit übersehen die Unternehmer, dass die Beweiswürdigung nicht schon dann willkürlich ist, wenn sie mit ihrer Darstellung nicht übereinstimmt, sondern bloss, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist. Willkür liegt nach der Rechtsprechung nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre (BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1 ; 129 I 8 E.

2.1; je mit Hinweisen). Die Unternehmer legen nicht dar, dass die Vorinstanz Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hätte. Es kann auch nicht gesagt werden, dass die Vorinstanz die Zeugenaussage von F._____ ohne sachlichen Grund unberücksichtigt gelassen hätte. Vielmehr begründet die Vorinstanz, weshalb sie auf die Aussagen von E._____ abstellt. Die Unternehmer räumen ein, die Ansicht, der Zeuge F._____ könne nichts zu den Kalkböden sagen, weil die Arbeiten der Besteller nach dem Einbau stattgefunden hätten, sei logisch. Sie beanstanden den Schluss, der Zeuge E._____ habe dazu etwas sagen können. Es ist aber nachvollziehbar, dass der Zeuge E._____, der den Zustand nach der behaupteten Intervention durch die Beschwerdegegner vorgefunden hat, zu dieser eher Ausführungen machen kann, als der davor tätige Handwerker. Die Vorinstanz stellte auf die Einschätzung ab, die Böden seien schon

im Aufbau mangelhaft, weich und brüchig gewesen. Dies erklärt, warum sie allfälligen nach Abschluss der Arbeiten des Zeugen F._____ erfolgten Interventionen der Besteller (im Sinne einer Nachbearbeitung) keine entscheidende Bedeutung zumass.

E. 4.3

Nach dem Gesagten zeigen die Unternehmer nicht klar und detailliert auf, inwiefern die vorinstanzliche Beweiswürdigung zu den Kalkmörtelböden willkürlich sein sollte.

E. 5

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Unternehmer unter solidarischer Haftung kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und 5 und Art. 68 Abs. 2 und 4 BGG).

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