

# **BGer 4A 444/2017 vom 12. April 2018**

Bundesgericht, 2018-04-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_444\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_444_2017)

FR: TF 4A 444/2017 du 12 avril 2018

IT: TF 4A 444/2017 del 12 aprile 2018

## **Regeste**

Kaufvertrag | Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Wenn - wie hier - an den Verfahren im Wesentlichen dieselben Parteien beteiligt sind und den Beschwerden der gleiche Sachverhalt zugrunde liegt, behandelt das Bundesgericht die verschiedenen Beschwerden in der Regel in einem einzigen Urteil. Die beiden Beschwerdeverfahren 4A\_444/2017 und 4A\_448/2017 werden deshalb vereinigt.

### **E. 2.1**

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; 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 ).

### **E. 2.2**

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). Es gilt diesbezüglich das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG . 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 ; 129 I 8 E. 2.1 S. 9; je mit Hinweisen).

### **E. 2.3**

Die dargelegten Begründungsanforderungen gelten nicht nur für die Beschwerde selbst, sondern auch für die Beschwerdeantwort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im kantonalen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können ( BGE 140 III 115 E. 2 S. 116; Urteil des Bundesgerichts 4A\_438/2010 vom 15. November 2010 E. 1.2 in fine, nicht publ. in: BGE 136 III 545 ; Urteil 4A\_347/2009 vom 16. November 2009 E. 4.1 in fine, nicht publ. in: BGE 136 III 96 ). Soweit die Parteien sich auf Umstände berufen, die von der Vorinstanz nicht festgestellt wurden, ohne eine substantiierte Sachverhaltsrüge zu erheben, sind sie damit und mit ihrer darauf gestützten Argumentation nicht zu hören. 4A\_448/2017

### **E. 3**

Die Beklagte 2 bestreitet nicht mehr, dass ein Mangel vorliegt und dass von einem versteckten Mangel auszugehen ist.

### **E. 4**

Beide Parteien rügen in verschiedener Hinsicht eine offensichtlich unrichtige bzw. willkürliche Sachverhaltsfeststellung.

#### **E. 4.1**

Willkürlich ist nach Auffassung der Beklagten 2 die Feststellung der Vorinstanz zum Zeitpunkt der Mängelrüge. Der Willkürvorwurf bezieht sich auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid, die Kläger hätten in der Replik behauptet, der Mangel der Fundation sei erst durch die allmählichen Setzungen in der aufgeschütteten Böschung im Juni 2012 zu sehen gewesen und sie hätten diesen im Juni 2012 der Verkäuferin gemeldet; dies sei in der Duplik nicht substantiiert bestritten worden. Willkürlich seien diese Feststellungen, denn es habe schon an einer substantiierten Behauptung der Kläger gefehlt, die für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge die Behauptungs- und Beweislast trügen. Diese hätten zwar die von der Vorinstanz wiedergegebenen Ausführungen gemacht. Gleichzeitig hätten sie aber in der Replik neu behauptet, der Mangel sei erst ab September 2012 erkennbar gewesen. Darauf muss nicht weiter eingegangen werden. Die bemängelten Ausführungen der Vorinstanz zur fehlenden genügenden Bestreitung erfolgten nämlich nur als Eventualbegründung ( "Im Übrigen..." ). Im Hauptstandpunkt führte die Vorinstanz aus, der Mangel habe letztlich erst durch den Gerichtsgutachter bezeichnet werden können. Aus diesem Grund sei auch der von der Erstinstanz nicht geprüfte Einwand der verspäteten Mängelrüge zu Unrecht erhoben worden. Die Mängelrügefrist beginne nämlich erst mit der Entdeckung des Mangels. Auf diese Hauptbegründung geht die Beklagte 2 nicht ein. Soweit ein Entscheid auf mehreren selbständigen alternativen Begründungen beruht, ist jedoch für jede einzelne darzutun, weshalb sie Recht verletzt; denn soweit nicht beanstandete Begründungen das angefochtene Urteil selbständig stützen, fehlt das Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung der gehörig begründeten Rügen ( BGE 133 IV 119 E. 6.3 S. 120 f.; vgl. BGE 132 III 555 E. 3.2 S. 560; je mit Hinweisen).

#### **E. 4.2**

Die weiteren Rügen beziehen sich auf das Verschulden bzw. die Kenntnisse betreffend den Mangel, den sich die Beklagte 2 entgehen lassen muss.

##### **E. 4.2.1**

Wie erwähnt verneinte die Vorinstanz, dass auf Seiten der Verkäuferschaft Mängel arglistig verschwiegen worden seien. Die Kläger rügen dies als willkürlich. Angesichts der

Aktennotiz zur Baubegehung vom 6. Juli 2006 und der dazu vom Experten abgegebenen Einschätzung folge unmissverständlich, dass die Beklagte 2 um das fehlende Fundament gewusst habe und das Risiko in Kauf genommen habe. Sie habe die Käufer arglistig getäuscht. Die Vorinstanz hat sich einlässlich mit dem Vorwurf der arglistigen Täuschung auseinandergesetzt und im Zusammenhang damit mit der Frage, was die Beklagte 2 gewusst hat und was nicht. Insbesondere hat sie die Aktennotiz über die Baustellenbegehung vom 6. Juli 2006 und die Stellungnahme des Gutachters dazu gewürdigt. Die Kläger wiederholen das bereits vor Vorinstanz Vorgebrachte, ohne sich mit diesen Ausführungen rechtsgenügend (vgl. E. 2. hiervor) auseinanderzusetzen. Darauf ist daher nicht einzutreten. Im Übrigen hat die Vorinstanz zutreffend erläutert, dass es für Arglist Wissen um einen Mangel (im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses) braucht, und blosses Wissenmüssen nicht genügt, die Kläger mit ihrer Argumentation aber letztlich der Beklagten 2 Wissenmüssen vorwerfen.

#### **E. 4.2.2**

Die Beklagte 2 rügt eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung, indem sie entgegen der Vorinstanz nicht Architektin, sondern Bauherrin und Verkäuferin, gewesen und dies rechtlich von Bedeutung sei. Als Bauherrin habe sie Verträge mit der Architektin (B2. \_\_\_\_\_AG, Beklagte 1) und den Bauingenieuren abgeschlossen. Sie habe in der Berufungsantwort dargelegt, dass sie weder die Planung, noch die Bauleitung innegehabt habe. Eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung ist zu verneinen. Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung ausführt und sich auch aus den Ausführungen im angefochtenen Urteil betreffend die Passivlegitimation der Beklagten 1 ergibt, wurde gemäss den Handelsregisterauszügen die heutige Beklagte 1 erst im April 2010 unter ihrer damaligen Firma "C1. \_\_\_\_\_AG" ins Handelsregister eingetragen, also nach dem Verkauf der streitgegenständlichen Liegenschaft. Bis zu diesem Zeitpunkt existierte nur die Beklagte 2, die bis zur wechselseitigen Umfirmierung beider Gesellschaften im Juni 2011 die Firma B1. \_\_\_\_\_AG getragen und unter dieser ihrer ursprünglichen Firma den Kaufvertrag abgeschlossen hatte. Gesellschaftszweck dieser Firma war "Betrieb eines Architektur- und Bauleitungsbüros". Die Vorinstanz konnte daher willkürfrei davon ausgehen, dass die Beklagte 2 als Architektin und Bauleiterin tätig war und ihr die Kenntnisse einer Architektin anrechnen.

#### **E. 4.2.3**

Im Zusammenhang mit den beiden vorstehenden Willkürwürgen steht der weitere Vorwurf der Beklagten 2, die Vorinstanz habe wiederholt im Rahmen ihrer Ausführungen zur Gültigkeit der Freizeichnungsklausel willkürlich festgestellt, die Beklagte 2 als Architektin habe den Mangel grobfahrlässig herbeigeführt. Die offensichtlich falsche Sachverhaltsfeststellung sei rechtlich erheblich, denn die Vorinstanz leite aus der Grobfahrlässigkeit ab, die Freizeichnungsklausel verstosse gegen Art. 100 Abs. 1 OR. Anlässlich der bereits erwähnten Baustellenbegehung hätten neben einem Vertreter der Beklagten 2 drei Bauingenieure von der Firma E. \_\_\_\_\_AG, Baden, bzw. der F. \_\_\_\_\_Bauingenieure AG teilgenommen. Die Bauausführung sei anschliessend nach der von diesen Fachleuten aufgezeigten Lösung erfolgt (Ersetzen der künstlichen Auffüllung im Bereich der bachseitigen Böschung Haus B durch Kiessand). Die Bestimmung des Verschuldensgrades ist nicht eine Tatfrage, sondern eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht frei prüfen kann ( BGE 115 II 283 E. 1a S. 285 f.; BERNARD CORBOZ, in: Commentaire de la LTF, 2. Aufl. 2014, N. 42 zu Art. 105 BGG, S. 1224).

Dies ist allerdings nur notwendig, sofern ihr für die Tragweite und Zulässigkeit der strittigen Freizeichnungsklausel Bedeutung zukommen sollte. Beide Aspekte sind zu unterscheiden. Es geht einerseits darum, welche gesetzlichen Grenzen gegenüber einer Freizeichnung bestehen und andererseits darum, welcher Umfang der Klausel zugemessen wird, also welche Mängel sie erfasst. Diese Frage ist vorab zu klären, denn nur soweit die aufgetretenen Mängel überhaupt von der Freizeichnungsklausel erfasst werden, stellt sich die Frage, inwieweit die Haftung dafür gültig wegbedungen werden konnte.

## **E. 5**

Ziff. IV.2 des Kaufvertrages enthält in Abs. 1 eine ausdrückliche Wegbedingung "jeglicher Währschaft". In Abs. 2 überträgt die Verkäuferschaft zur Geltendmachung der heute noch bestehenden Mängelrechte alle damit verbundenen Garantien der an der Überbauung beteiligten Planer und Unternehmer. Zudem verpflichtet sie sich, die Käufer bei einer allfälligen Geltendmachung ihrer Mängelrechte zu unterstützen.

### **E. 5.1**

Die Tragweite von Freizeichnungsklauseln bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln zur Vertragsauslegung (vgl. BGE 132 III 626 E. 3.1 S. 632) in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien ( BGE 107 II 161 E. 6b S. 163; 130 III 686 E. 4.3.1 S. 689). Lässt sich kein solcher nachweisen, ist die vereinbarte Klausel nach dem Vertrauensgrundsatz so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durfte und musste ( BGE 130 III 686 E. 4.3.1 S. 689 mit Hinweisen). Wegen der Besonderheiten des Grundstückskaufs nehmen Lehre und Rechtsprechung bei der Auslegung von Ausschlussklauseln eine gewisse Einschränkung hinsichtlich der Natur der Mängel vor ( BGE 107 II 161 E. 6c S. 163 f. mit Hinweisen). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung fällt ein Mangel bei Grundstückskaufverträgen im Rahmen der objektivierten Auslegung nicht unter den Gewährleistungsausschluss, wenn er gänzlich ausserhalb dessen lag, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste. Dabei hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, womit ein Käufer zu rechnen hat ( BGE 130 III 686 E. 4.3.1 S. 689; 107 II 161 E. 6c S. 164; je mit Hinweisen). Es kommt für die Auslegung wesentlich darauf an, zu welchem erkennbaren Zweck jemand einen Gegenstand gekauft hat. Insofern sind Mängel, die eine Sache weitgehend für den vorgesehenen Gebrauch untauglich machen, anders zu werten als solche, die diesen zwar erschweren, aber dennoch zulassen. Für die Beurteilung der Frage, ob ein bestimmter Mangel unter den Gewährleistungsausschluss fällt oder nicht, ist deshalb auf den wirtschaftlichen Zweck des Kaufvertrages abzustellen ( BGE 130 III 686 E. 4.3.1 S. 690 mit Hinweisen).

### **E. 5.2**

Die Vorinstanz hat hinsichtlich der Tragweite der Freizeichnungsklausel keinen übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festgestellt, sondern die Klausel nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt. Die Beklagte 2 rügt die Erwägung der Vorinstanz, wonach bezüglich der Bedeutung der Freizeichnungsklausel kein tatsächlich übereinstimmender Wille erstellt sei, einerseits als unverständlich und andererseits als offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts. Die Vorinstanz behaupte nicht einmal, die Freizeichnungsklausel sei unklar formuliert gewesen.

#### **E. 5.2.1**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. E. 5.1 hiavor) bedeutet ein allgemeiner Ausschluss der Währschaft, wie er hier zu beurteilen ist, bei einem Grundstückkaufvertrag nach Treu und Glauben gerade nicht, dass davon auch Mängel erfasst werden, die vollkommen ausserhalb dessen liegen, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen muss. Der Einwand, der Wortlaut sei klar, ist insoweit nicht stichhaltig. Die Beklagte 2 müsste vielmehr aufzeigen, dass Umstände bestehen, die zwingend darauf schliessen lassen, beide Parteien hätten über einen allgemeinen Ausschluss der Währschaft die Haftung auch für Mängel, mit denen ein Käufer vernünftigerweise nicht rechnen musste, ausschliessen wollen.

#### **E. 5.2.2**

Derartige Umstände zeigt die Beklagte 2 nicht rechtsgenügend auf. Die blossе Behauptung, die Parteien hätten der Käuferschaft die Rechtsposition der Verkäuferin einräumen wollen, reicht dazu nicht aus. Die Beklagte 2 stützt ihre Behauptung auf die Übertragung der Garantien im Zusammenhang mit allenfalls noch bestehenden Mängelrechten. Daraus folgt aber nicht zwingend, dass die Kläger der vorgesehenen Abtretung tatsächlich die von der Beklagten 2 behauptete Bedeutung beigemessen haben, zumal der Verkäuferin nicht nur allfällige Garantien zustanden, sondern beispielsweise auch Ansprüche auf Schadenersatz für allfällige Mangelfolgeschäden, die von den Mängelrechten zu unterscheiden sind und die vom Wortlaut der Vereinbarung nicht explizit erfasst werden. Willkür in der Sachverhaltsfeststellung ist nicht dargetan. Damit ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vorgenommen hat.

#### **E. 5.3**

Der Kaufvertrag enthält in Ziff. IV.2 Abs. 1 eine umfassende Freizeichnungsklausel. Ein Hinweis darauf, dass dieser Klausel eine weitergehende Wirkung zukommen soll als nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, findet sich in Abs. 1 nicht. Auch aus der in Abs. 2 vereinbarten Abtretung kann dies nicht abgeleitet werden. Die Beklagte 2 erkennt selbst, dass darin eine Kompensation für die Freizeichnungsklausel zu sehen ist, also eine Verbesserung der Stellung der Käuferschaft. Diese musste nach Treu und Glauben nicht auf eine Ausdehnung der Freizeichnungsklausel schliessen. Zu prüfen bleibt, ob der Mangel gänzlich ausserhalb dessen lag, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste.

#### **E. 5.4**

Die Vorinstanz erwog, die angefallenen Sanierungskosten von ca. Fr. 141'000.- würden zwar relativ gesehen nur knapp 5 % des Kaufpreises ausmachen, seien jedoch absolut betrachtet als erheblich zu bezeichnen. Zudem müsse das beträchtliche Schadenpotential mitberücksichtigen werden, hätte doch ein Abrutschen der aufgeschütteten Böschung zu einer Instabilität des Gebäudes führen können. Mit dem Mangel hätte umso weniger gerechnet werden müssen, als die Liegenschaft erst zwei Jahre vor dem Verkauf fertiggestellt worden sei. Bei der Beklagten 2 habe es sich nicht um die Eigentümerin einer Altliegenschaft gehandelt wie in BGE 130 III 686 ff., sondern um ein Architekturbüro, das das Gebäude erst kurz zuvor selber errichtet habe. Unter diesem Gesichtspunkt dürfe eine Freizeichnungsklausel des "Hersteller-Verkäufers" nach Treu und Glauben jedenfalls nicht leichthin in dem Sinn interpretiert werden, dass der Käufer damit sein Einverständnis zu einer Befreiung des Verkäufers von einer Haftung für erhebliche, nicht erkennbare Mängel gebe, die der Verkäufer oder seine Hilfspersonen im Sinn von Art. 101 OR bei der Herstellung der Kaufsache grobfahrlässig herbeigeführt hätten. Das ergebe sich - indirekt -

aus Art. 100 Abs. 1 OR, wonach der vorgängige Ausschluss der Haftung für Absicht oder grobe Fahrlässigkeit nichtig sei. Treu und Glauben würden erfordern, dass ein Verkäufer, der gleichzeitig Hersteller der Kaufsache ist, dem Käufer klar zu erkennen gebe, wenn er sich mit einer Freizeichnungsklausel auch von einer Haftung für Mängel befreien will, die bei der Herstellung der Sache durch ihn selber grobfahrlässig herbeigeführt worden seien. Da das gewählte Vorgehen - Verzicht auf eine Berechnung der Hangstabilität bzw. allenfalls eine Berechnung unter Einsetzung zu optimistischen Werten - als grober Fehler zu qualifizieren sei, könne sich die Beklagte 2 auch nicht darauf berufen, externe Dritte (F. \_\_\_\_\_ Bauingenieure) beigezogen zu haben, die zu eben diesem Vorgehen geraten hätten. Denn grundsätzlich habe der Bauunternehmer/Architekt selber über die Kenntnisse zu verfügen, die ihm die Erstellung von Bauten nach den Regeln der Baukunst ermöglichten. Tue er dies nicht, liege grundsätzlich ein Übernahmeverschulden vor. Daran ändere auch Ziff. IV.2 Abs. 2 des Kaufvertrages nichts. Denn diesbezüglich sei zu beachten, dass ein Bauunternehmer/Architekt nur Mängelrechte hätte gegenüber Dritten, die auf werkvertraglicher Basis beigezogen worden seien, jedoch nicht gegenüber beigezogenen Beauftragten, wie hier den beigezogenen Bauingenieuren. Diese könnten dem Bauunternehmer aus Auftrag ( Art. 398 OR ) haftpflichtig werden; solche Schadenersatzansprüche seien vorliegend aber im Kaufvertrag nicht an die Kläger abgetreten worden.

#### **E. 5.5**

Die Tatsache, dass das Haus unter der Bauherrschaft der Beklagten 2 erstellt wurde und sie als Architektin gewirkt hat, ändert nichts daran, dass sie den Klägern gegenüber als Verkäuferin aufgetreten ist und aus dem Kaufvertrag belangt werden soll. Die Haftung - ebenso wie die Zulässigkeit der Wegbedingung - beurteilt sich demnach nach den Regeln des Kaufvertrages. Diesem Aspekt trägt die Vorinstanz (insbesondere bei ihren Ausführungen zur Haftung für Hilfspersonen) nicht hinreichend Rechnung. Dies wirkt sich allerdings im Ergebnis nicht aus: Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz haben die Kläger nicht eine Altbaute, sondern eine unter der Bauherrschaft der Beklagten 2 neu erstellte Liegenschaft erworben. Es verletzt kein Bundesrecht, wenn die Vorinstanz davon ausgeht, unter diesen Umständen liege eine ungenügende Fundation des Wohnhauses im Sinne einer teilweise fehlenden Verankerung im gewachsenen Boden gänzlich ausserhalb dessen, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen muss. Bei dem Ausschluss geht es um Mängel, die bei jedem Neubau auftreten können, nicht darum, dass dieser instabil fundiert und damit im Wesentlichen unbrauchbar werden könnte. Aus der Tatsache, dass die Mangelbehebung nur knapp 5 % des Kaufpreises ausmachte, kann die Beklagte 2 nichts zu ihren Gunsten ableiten. Denn dies deutet nicht darauf hin, dass es sich um einen Mangel handelte, mit dem ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste, sondern ist eine Folge davon, dass der Mangel entdeckt wurde, bevor er infolge Instabilität des Gebäudes zu grösseren Schäden und Sanierungskosten führen konnte. Insoweit ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Schadenspotential berücksichtigte. Denn die Tragweite des vereinbarten Haftungsausschlusses kann nicht vom Zeitpunkt abhängen, in dem der Mangel entdeckt wird.

#### **E. 5.6**

Da der Mangel gänzlich ausserhalb dessen lag, womit die Kläger vernünftigerweise rechnen mussten, wird er im Rahmen der Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip von der Freizeichnungsklausel nicht erfasst. Ob ihn die Beklagte 2 zu verantworten hat, welches

Verschulden sie trifft und ob eine Wegbedingung der Haftung vor diesem Hintergrund zulässig wäre, braucht damit nicht weiter erörtert zu werden. Die Vorinstanz ging im Ergebnis zu Recht davon aus, die Beklagte 2 könne aus der Freizeichnungsklausel in Bezug auf den strittigen Mangel keine Haftungsbefreiung ableiten. Damit erweist sich die Beschwerde der Beklagten 2 als unbegründet. Sie ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. 4A\_444/2017

## **E. 6**

Da sich die Beschwerde der Beklagten 2 als unbegründet erwiesen hat und es beim vorinstanzlichen Ausgang des Verfahrens bleibt, ist nunmehr die im Verfahren 4A\_444/2017 gegen die vorinstanzliche Kostenregelung gerichtete Beschwerde der Kläger zu behandeln.

### **E. 6.1**

Art. 106 Abs. 1 ZPO stellt den Grundsatz auf, dass die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt werden. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt ( Art. 106 Abs. 2 ZPO ). Sind am Prozess mehrere Personen als Haupt- oder Nebenparteien beteiligt, so bestimmt das Gericht ihren Anteil an den Prozesskosten. Es kann auf solidarische Haftung erkennen ( Art. 106 Abs. 3 ZPO ). Das Gericht kann von diesen Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, beispielsweise wenn eine Klage zwar grundsätzlich, nicht aber in der Höhe der Forderung gutgeheissen wurde ( Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO ) oder wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war ( Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO ). Eine Prozessführung in guten Treuen kann etwa angenommen werden, wenn die obsiegende Partei durch ihr vorprozessuales Verhalten die Einleitung eines Verfahrens mitveranlasst hat, das hätte vermieden werden können (Urteil 4A\_17/2017 vom 7. September 2017 E. 4.1 mit Hinweisen). Eine nach Ermessen von den Verteilungsgrundsätzen abweichende Verteilung ist sodann generell zulässig, wenn andere besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen ( Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO ). Unnötige Prozesskosten hat zu bezahlen, wer sie verursacht hat ( Art. 108 ZPO ). Ermessensentscheide prüft das Bundesgericht mit Zurückhaltung. Es schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn Tatsachen berücksichtigt wurden, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn umgekehrt Umstände ausser Betracht geblieben sind, die zwingend hätten beachtet werden müssen. In derartige Ermessensentscheide wird ferner eingegriffen, wenn sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen ( BGE 141 III 97 E. 11.2 S. 98; 138 III 443 E. 2.1.3., 669 E. 3.1 S. 671, je mit Hinweisen).

### **E. 6.2**

Die Vorinstanz hielt fest, die Kläger würden zu zwei Dritteln unterliegen. Dementsprechend auferlegte sie ihnen zwei Drittel der Gerichtskosten. Ferner hätten sie den Beklagten 1 und 3 eine Parteientschädigung zu entrichten, die einem Drittel der vollen entspreche. Die Kläger rügen eine Verletzung ihres Gehörsanspruchs, da die Vorinstanz den Kostenentscheid nicht begründet habe. Die Kläger haben die Verpflichtung aller Beklagten in solidarischer Haftbarkeit verlangt, sind mit ihrer Klage aber nur in Bezug auf die Beklagte 2 durchgedrungen. Sie erkennen selbst, dass die von der Vorinstanz vorgenommene Kostenverteilung mit Blick darauf erfolgte. Im Zusammenhang erlaubt die

Begründung der Vorinstanz ohne Weiteres eine sachgerechte Anfechtung. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (vgl. hierzu BGE 142 III 433 E. 4.3.2 S. 436; 141 III 28 E. 3. 2.4 S. 41) ist nicht dargetan.

### **E. 6.3**

Die Kläger machen geltend, Art. 106 Abs. 1 ZPO stelle nach dem "Unterliegungsprinzip" darauf ab, in welchem Umfang die eingeklagte Summe zugesprochen worden sei. Hier seien Fr. 140'969.25 eingeklagt und genau dieser Betrag zugesprochen worden. Die einzige Abweichung bestehe darin, dass nur die Beklagte 2 für haftbar erklärt worden sei. Die Kläger hätten die Beklagten auch einzeln einklagen können. Es handelt sich insoweit um eine einfache Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 71 ZPO. Die subjektiv gehäuften Klagen bleiben dabei rechtlich selbständig, auch wenn sie in einem einheitlichen Urteil erledigt werden ( Art. 71 Abs. 3 ZPO ). Entsprechend sind die Kostenschlüsse selbständig zu gestalten (ALEXANDER FISCHER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Baker & McKenzie [Hrsg.], 2010, N. 9 zu Art. 106 ZPO ; vgl. auch BGE 113 Ia 104 E. 2c S. 106; FRANÇOIS BOHNET, CPC annoté, 2016, N. 11 zu Art. 106 ZPO ). Bei einfachen Streitgenossen bestimmt sich der Anteil an den Prozesskosten im Verhältnis zu ihren individuellen Rechtsbehörden (HANS SCHMID, in: Kurzkomentar ZPO, Paul Oberhammer und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 5 zu Art. 106 ZPO ). Ergehen gegen verschiedene Streitgenossen unterschiedliche Urteile, können die Streitgenossen nicht einfach solidarisch zur Kostenübernahme verpflichtet werden (M ARTIN H. STERCHI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, 2012, N. 12 zu Art. 106 ZPO ). Die Klage wurde gegenüber den Beklagten 1 und 3 abgewiesen. Die Beklagten 1 und 3 haben damit im Ergebnis obsiegt, und die Kläger sind ihnen gegenüber im gesamten Umfang unterlegen. Aus Art. 106 Abs. 1 ZPO können die Kläger mithin nichts für sich ableiten.

### **E. 6.4**

Die Kläger hatten vor der Vorinstanz geltend gemacht, formeller Vertragspartner sei die Beklagte 2 gewesen, faktischer Vertragspartner jedoch die Beklagte 1. Alle Fäden seien beim Beklagten 3 zusammengelaufen und der Tausch der Firmen habe die Gläubiger in die Irre führen sollen. Daraus haben die Kläger im Kantonalen Verfahren die Solidarhaftung abgeleitet und darauf berufen sie sich erneut im Rahmen der Kostenbeschwerde. Die Vorinstanz hat sich mit diesen Vorbringen auseinandergesetzt und ist den Klägern nicht gefolgt. In diesem Punkt blieb der Entscheid unangefochten. Damit steht fest, dass die Kläger den Beklagten 3 und die Beklagte 1 zu Unrecht eingeklagt haben und insoweit unterlegen sind. Darauf kann nicht im Rahmen der Kostenverteilung zurückgekommen werden. Die Kläger können keine vom Entscheid in der Hauptsache abweichende Kostenverteilung verlangen. Insoweit hätten sie vielmehr den vorinstanzlichen Entscheid in Bezug auf die Klageabweisung gegenüber den Beklagten 1 und 3 anfechten müssen.

### **E. 6.5**

In ihrer Beschwerdereplik machen die Kläger allerdings geltend, die Beklagte 2, die ihnen unstrittig die Liegenschaft verkauft habe, habe im Jahr 2010 ihren Namen mit der neugegründeten Beklagten 1 getauscht. Im Juni 2011 habe sie zusätzlich einen Vermögensübertragungsvertrag vom 14. Juni 2011 mit der Beklagten 1 geschlossen und ihr nicht näher bestimmte Aktiven ohne Gegenleistung übertragen. Den Vermögensübertragungsvertrag habe sie erst auf Beweisverfügung des Bezirksgerichts vom

16. Dezember 2014 zu den Akten gegeben. Aus den Handelsregistereinträgen werde nicht klar, welche Aktiven und welche Vertragsverhältnisse auf die neue (mit dem alten Namen) ausgestattete Beklagte 1 übertragen worden seien. Das werde übrigens auch aus dem Übernahmevertrag nicht deutlich. In dieser äusserst unklaren Situation sei es notwendig gewesen, alle drei als Verkäufer in Frage kommenden Personen einzuklagen. Auch die solidarische Haftung liege bei dieser Sachlage auf der Hand (Verwirrspiel Missbrauch des Instituts der AG). Unter diesem Gesichtspunkt könnte man sich allenfalls fragen, ob sich die Kläger in guten Treuen zur Prozessführung auch gegen die Beklagten 1 und 3 veranlasst sehen konnten. Die Kläger zeigen aber nicht auf, dass sie sich vorprozessual um die Klärung allfälliger Zweifel bemüht, und die Beklagten dazu nicht Hand geboten hätten (vgl. zit. Urteil 4A\_17/2017 E. 4.2). Nach den Feststellungen der Vorinstanz, welche die Kläger nicht als offensichtlich unzutreffend ausgehen, haben sie sich vielmehr darauf berufen, mit der Vermögensübertragung sei die formelle Vertragspartnerin der Kläger ihrer Substanz entleert worden. Diese Ausführungen unterstreichen, dass den Klägern wohl bewusst war, wer ihre Vertragspartnerin war, und es ihnen um eine Solidarhaftung der Nichtvertragspartner ging. Kommt hinzu, dass die entsprechenden Ausführungen einerseits über die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid hinausgehen, ohne dass eine zulässige Sachverhaltsrüge ( Art. 97 Abs. 1 BGG ) erhoben wird, und zudem zu entsprechenden Vorbringen bereits der angefochtene Entscheid Anlass gegeben hätte, so dass die Vorbringen in der Beschwerdereplik nicht als rechtzeitig angesehen werden können (vgl. BGE 135 I 19 E. 2.2 S. 21 ; 132 I 42 E. 3.3.4 S. 47; Urteile 4A\_279/2013 vom 12. November 2013 E. 2; 4A\_146/2012 vom 10. Januar 2013 E. 2.7). Daher sind die Kläger mit ihren Vorbringen insoweit ohnehin nicht zu hören. Bereits in ihrer Beschwerde haben sie sich allerdings darauf berufen, nach den Ausführungen der Vorinstanz selbst erscheine das Verhalten der Beklagten aussergewöhnlich und möge auf den ersten Blick den Verdacht auf eine Absicht, am Markt Verwirrung zu schaffen, wecken. Damit gestehe auch die Vorinstanz zu, dass verwirrende Manöver der Beklagtenparteien vorgelegen hätten, welche die Passivlegitimation aller drei Beklagten unsicher erscheinen liessen. Diesen Schluss hat die Vorinstanz aber nicht gezogen. Entscheidend ist einerseits, dass sich nach Ansicht der Vorinstanz ein allfälliger Verdacht nicht erhärten liess, und dass andererseits nicht festgestellt ist, die Kläger hätten sich um eine Klärung der Situation bemüht (vgl. zit. Urteil 4A\_17/2017 E. 4.2). Daher können die Kläger aus der Umfirmierung nichts zu ihren Gunsten ableiten, auch nicht mit Blick auf das Verursacherprinzip ( Art. 108 ZPO ).

#### **E. 6.6**

Die Kläger machen sodann geltend, die drei Beklagten bestünden physisch nur aus einer Person, nämlich dem Beklagten 3, der Alleinaktionär und einziger Verwaltungsrat der anderen Beklagten sei. Die Tatsache, dass drei - nur rechtlich, nicht aber faktisch - verschiedene Parteien ins Recht gefasst worden seien, habe sich weder bei den Gerichtskosten noch bei den Anwaltskosten ausgewirkt. Erst recht seien die Expertisekosten davon nicht beeinflusst worden. Es sei offensichtlich ungerecht und geradezu willkürlich und völlig unverständlich, bei dieser Sachlage die mit dem ganzen Forderungsbetrag durchgedrungene Klagpartei überhaupt mit Kosten zu belasten. Die blosser Behauptung genügt nicht um aufzuzeigen, dass die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen überschritten hätte, zumal die Beklagten 1 und 3 mit ihrem Antrag auf Abweisung der Klage im Gegensatz zu den Klägern vollumfänglich durchgedrungen sind. Dies blenden die Kläger in ihrer Argumentation aus. Vielleicht wäre auch denkbar gewesen, die Kosten nicht einfach gleichmässig zu verteilen, sondern zu berücksichtigen, dass für die

prozessentscheidende Frage der Passivlegitimation der Beklagten 1 und 3 gar kein Gutachten notwendig gewesen wäre, dieses im Verfahren gegen die Beklagte 2 dagegen ohnehin hätte eingeholt werden müssen. Mit ihrer undifferenzierten Rüge zeigen die Kläger aber nicht auf, dass die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen überschritten hat, wenn sie diesen Umstand nicht berücksichtigte, zumal die erste Instanz die Frage der Passivlegitimation offengelassen hatte. Die Tatsache, dass sämtliche Kosten nur einmal entstanden, hat die Vorinstanz nicht übersehen, sondern trug ihr durch eine anteilmässige Aufteilung Rechnung.

#### **E. 6.7**

Unklar bleibt, was die Kläger aus BGE 122 III 324 ableiten wollen, auf den sie sich berufen. In dieser Entscheidung ging es um eine aktienrechtliche Spezialbestimmung ( Art. 759 Abs. 2 OR ) im Rahmen der differenzierten Solidarität. Selbst wenn sich aber ein Analogieschluss aufdrängen sollte, wie die Kläger in der Beschwerdereplik behaupten, wofür sie aber, ausser der Behauptung, der Fall sei dem in Art. 759 Abs. 2 OR geregelten sehr ähnlich, keine Begründung liefern, wären die Voraussetzungen für eine derartige Analogie hier offensichtlich nicht gegeben, da es bereits an einer Ersatzpflicht mehrerer Personen fehlt.

#### **E. 6.8**

Damit erweist sich die Beschwerde der Kläger insgesamt als unbegründet. Sie ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

#### **E. 7**

Dem Ausgang der Verfahren entsprechend wird jede Partei für das von ihr angestrebte Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Für das Verfahren 4A\_448/2017 war objektiv kein besonderer Aufwand notwendig. Unter diesen Umständen ist die Parteientschädigung auf den vom Bundesgericht in derartigen Fällen praxisgemäss nach Streitwert berechneten Betrag festzulegen. Die von den Klägern beantragte Solidarhaftung der Beklagten 1 und 3 fällt nicht in Betracht, da diese im Verfahren 4A\_448/2017 nicht Partei waren.

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