

# **BGer 4C.79/2006 vom 22. Juni 2006**

Bundesgericht, 2006-06-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4C.79\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.79_2006)

FR: TF 4C.79/2006 du 22 juin 2006

IT: TF 4C.79/2006 del 22 giugno 2006

## **Regeste**

Werkvertrag / Kaufvertrag | Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Parteien sind darüber einig, dass ein gemischter Vertrag vorliegt und in Bezug auf die Pflicht zur Herstellung und Vollendung der Neubauten die werkvertraglichen Bestimmungen über die Mängelhaftung Anwendung finden unter Anwendbarkeit der SIA-Normen 181 und 118. Aus den Unterlagen für die Baubewilligung geht hervor, dass in Bezug auf die Luft- und Trittschallwerte die normalen Anforderungen laut SIA gewährleistet wurden und die behördlichen Auflagen eingehalten werden sollten. Zwischen den Parteien war streitig, ob dies bedeutet, dass in Bezug auf den Schallschutz nur die Mindestanforderungen gemäss SIA-Norm 181 Ziff. 2 21 zu beachten waren oder erhöhte Anforderungen, welche gemäss Ziff. 2 22 SIA-Norm 181 vertraglich vereinbart werden müssen. Die Vorinstanz ging davon aus, dass nur die Mindestanforderungen geschuldet seien. Soweit diese nicht erreicht wurden, verpflichtete sie den Beklagten zur Mängelbeseitigung. In Bezug auf den hinterlegten Betrag erkannte die Vorinstanz einerseits, der Beklagte könne bis zur Erfüllung der Nachbesserungsschuld keine Herausgabe verlangen, da die Kläger nach Art. 82 OR das Recht hätten, die Leistung zurückzuhalten. Zudem beständen Minderungsansprüche der Kläger und damit eine Verrechnungsforderung, welche die hinterlegte Summe übersteige.

### **E. 2**

Der Beklagte übernimmt in der Berufungsschrift zum Teil wörtlich die in der staatsrechtlichen Beschwerde erhobenen Rügen. In Bezug auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte bleibt indessen die staatsrechtliche Beschwerde vorbehalten ( Art. 43 Abs. 1 OG ). Entsprechende Vorbringen sind in der Berufung nicht zu hören ( BGE 130 III 102 E. 2.2 S. 106; 136 E. 1.4 S. 140; 127 III 543 E. 2c S. 547, je mit Hinweisen).

### **E. 3**

Der Beklagte ist der Auffassung, die Kläger hätten ihr Recht auf Beseitigung der Mängel verwirkt, indem sie sein Angebot zur Mängelbeseitigung ausgeschlagen hätten. Er erkennt, dass die Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht davon ausging, der Beklagte habe kein vorbehaltloses, konkretes Angebot zur Mängelbeseitigung unterbreitet, sondern eine vergleichsweise Gesamtlösung vorgeschlagen. Kritik an dieser Beweiswürdigung der Vorinstanz ist im Berufungsverfahren nicht zulässig ( BGE 127 III 73 E. 6a S. 81; 126 III 10 E. 2b S. 13; 119 II 84 E. 3 S. 85). Fehlt es an einem vorbehaltlosen Angebot zur Mängelbeseitigung, fällt eine Verwirkung der Mängelrechte ausser Betracht.

#### **E. 4**

Der Beklagte macht geltend, nur das erste Gutachten sei von den Parteien gemeinsam in Auftrag gegeben worden. Beim Folgegutachten handle es sich um einen Zusatzauftrag der Kläger und damit um ein Parteigutachten. Die Vorinstanz habe sich nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob es sich bei der Bestellung des Zusatzgutachtens um Ergänzungsfragen im Sinne der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung handle, oder um einen effektiven Zusatzauftrag. Damit rügt der Beklagte eine Verletzung seines verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör, was in der Berufung nicht zulässig ist. Sollte der Beklagte sinngemäss rügen wollen, nach Treu und Glauben sei das Folgegutachten nicht von der Vereinbarung über die Ergänzungsfragen gedeckt, da das Folgegutachten mit Zusatzmessungen verbunden war, ist seine Rüge unbegründet. Das Recht, Zusatzfragen zu stellen, bedingt nach Treu und Glauben auch die Möglichkeit, für die Beantwortung der Zusatzfragen notwendige zusätzliche Messungen vornehmen zu lassen. Die Berufung ist in diesem Punkt unbegründet, wobei überhaupt nur darauf einzutreten ist, soweit man zu Gunsten des Beklagten annimmt, das Obergericht habe diesbezüglich nicht verbindlich den tatsächlichen Willen der Parteien festgestellt, sondern eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vorgenommen (vgl. BGE 132 III 268 E. 2.3.2 S. 274; 131 III 606 E. 4.1 S. 611).

#### **E. 5**

In Bezug auf die hinterlegten Fr. 60'000.-- führt der Beklagte aus, da keine Pflicht zur Mangelbeseitigung bestehe, sei auch kein Rückbehaltungsrecht gegeben, weshalb die Widerklage jedenfalls im Umfang, in dem keine Verrechnungsforderungen der Kläger bestehen, gutzuheissen sei.

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

Die Frage, ob der Anspruch des Beklagten durch Verrechnung untergegangen ist, stellt sich unabhängig davon, ob sich die Kläger allenfalls auch auf ein Rückbehaltungsrecht berufen könnten. Ging der Anspruch des Beklagten durch Verrechnung unter, erübrigen sich weitere Erörterungen zum Rückbehaltungsrecht.

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

Der Beklagte führt aus, die Vorinstanz habe die von ihm angerufenen Beweismittel zur Frage, ob sein Angebot der Nachbesserung des Mauerwerks im Untergeschoss dem vertraglich Vereinbarten gleichwertig sei, überhaupt nicht, beziehungsweise nicht richtig gewürdigt. Sofern der Beklagte mit der Behauptung, die Vorinstanz habe die Beweismittel nicht gewürdigt, eine Verletzung seines Anspruches auf Beweisführung und damit von Art. 8 ZGB geltend machen will, ist darauf hinzuweisen, dass sich die Vorinstanz mit dem Gutachten, auf das sich der Beklagte beruft, auseinandersetzt und ausführt, der Beklagte hätte mit einer Zusatzfrage an den Experten ein taugliches Beweismittel schaffen müssen. Damit hat sie die vom Beklagten angeführten Beweise nicht missachtet, sondern für zu wenig beweiskräftig gehalten. Kritik an dieser Beweiswürdigung ist in der Berufung nicht zu hören ( BGE 127 III 73 E. 6a S. 81; 126 III 10 E. 2b S. 13; 119 II 84 E. 3 S. 85).

#### **E. 6**

Dem Beklagten gelingt es nicht, in Bezug auf die Verrechnungsforderungen der Kläger eine Bundesrechtsverletzung nachzuweisen. Damit hat die Vorinstanz auch die Begehren des Klägers im Zusammenhang mit der Herausgabe der hinterlegten Fr. 60'000.--

bundesrechtskonform abgewiesen. Die Berufung erweist sich insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Dem Prozessausgang entsprechend wird der Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und 159 Abs. 2 OG).

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