

# GR\_GERICHTE ZK2 2011 36 vom 9. November 2012

GR Gerichte, 2012-11-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2\\_2011\\_36](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2011_36)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2011 36 du 9 novembre 2012

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2011 36 del 9 novembre 2012

## Regeste

Ersatzvornahme | Berufung OR Werkvertrag/Verlagsvertrag

## Erwägungen

### E. 5

und 6 mangels Passivlegitimation abzuweisen sei (angefochtenes Urteil, S. 9). Dieser Auffassung ist zu folgen. Soweit die Berufungskläger in diesem Zusammenhang vorbringen, es ergebe sich weder aus den Verträgen noch aus den weiteren Verkaufsunterlagen die Absicht der Verkäuferin, dass den Architekten und Ingenieuren eine besondere Behandlung mit Blick auf die Gewährleistung eingeräumt werden sollte, ist ihnen der Wortlaut der betreffenden Vertragsbestimmung (Ziff. 3 Abs. 4) entgegenzuhalten. Gestützt auf die darin genannte Abtretung der Rechte aus den Garantieverpflichtungen gegenüber Unternehmern, Handwerkern und Lieferanten wird den Berufungsklägern das Recht eingeräumt, entsprechende Ansprüche gegen die Genannten direkt geltend zu machen. Damit erfolgt gegenüber den aufgezählten Berufsgruppen eine Besserstellung der Berufungskläger. Nicht Teil der vertraglichen Aufzählung bilden hingegen die Berufsgruppen der Architekten und Ingenieure, womit die Rechte der Verkäuferin aus den Garantieverpflichtungen gegenüber den Berufungsbeklagten 5 und 6 eben gerade nicht an die Berufungskläger abgetreten worden sind. Zu Recht hat die Vorinstanz diesbezüglich festgehalten, dass eine Aufzählung einzelner Personen nicht nötig gewesen wäre, wenn sämtliche, am Bau beteiligten Personen gemeint gewesen wären. Ebenfalls

Seite 20 — 31 unbehelflich ist der Einwand der Berufungskläger, die vorinstanzliche Auslegung des Vertrags habe zur Folge, dass die Verantwortlichkeit einer Berufsgruppe völlig unerwartet ausgeschlossen werde respektive in Bezug auf diese nur eine ausservertragliche Haftung vorliege. Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt (vgl. E. 5.a/bb), haftet die Verkäuferschaft im Falle, dass nur die Ansprüche gegen einen Teil der Baubeteiligten an die Käuferschaft abgetreten werden, für die Leistungsanteile der übrigen Baubeteiligten und kann sich diesfalls nicht auf ihren völligen Haftungsausschluss berufen. Es verhält sich demzufolge einzig derart, dass die Berufungskläger mangels entsprechender Abtretung der Gewährleistungsansprüche gegenüber den Beklagten 5 und 6 keine direkten Nachbesserungsansprüche geltend machen können. Indes haben sie die Möglichkeit, sich bei Vorliegen eines von der Bauleitung zu vertretenden Mangels gegenüber den Berufungsbeklagten 1 – 4, welche sich als Bauherrschaft das Verhalten ihrer Hilfspersonen als ihr eigenes anrechnen lassen muss, schadlos zu halten und den Nachbesserungsanspruch diesen gegenüber geltend zu machen. Die Vorinstanz hat die Klage mangels Passivlegitimation der Berufungsbeklagten 5 und 6 folglich zu Recht abgewiesen und die Berufung erweist sich in diesem Punkt als unbegründet. 6.a. In Bezug auf den geltend gemachten Werkmangel hat das Bezirksgericht Maloja in Erwägung

gezogen, dass die Kläger in den jeweiligen Verträgen anerkannt hätten, vom Inhalt der Erklärung auf Begründung von Stockwerkeigentum samt all- fälligen Nachträgen, vom Reglement der StWEG und von den Aufteilungsplänen Kenntnis zu haben sowie im Besitz des Baubeschriebs zu sein. Aufgrund der ihnen zur Verfügung stehenden Unterlagen und Informationen hätten die Kläger gewusst bzw. hätten wissen können, dass eine Zentralheizung im Haus Nr. 4 für alle anderen Häuser vorgesehen gewesen sei, dass es sich dabei um eine Ölheizung handeln würde, dass der Kamin und das Abluftrohr auf der hinteren Seite des Hauses Nr. 4, etwa in der Mitte des Gebäudes und rechts vom Lichtschacht zu stehen kommen sollte sowie dass der Kamin über Dach geführt und bis etwa zur Firsthöhe ragen würde. Demzufolge hätten die Kläger gewusst bzw. hätten sie davon ausgehen müssen, dass der auf Höhe der Parterrewohnungen des Hauses Nr. 2 austretende Rauch, je nach Windverhältnissen, gegen die eigenen Wohnungen getragen werden könnte. Des Weiteren stehe fest, dass die Heizung inklusive Kamin und Abluftrohr vertragsgemäss, d.h. am vereinbarten Ort und in der vereinbarten Weise, ausgeführt worden seien; zumindest hätten die Kläger nichts Gegenteiliges behauptet. Zudem sei den Klägern auch nicht vertraglich zugesichert worden, dass die Heizung keinen Rauch bzw. Dampf entwickeln würde. Ebenfalls gelte es festzuhalten, dass nie behauptet worden sei, die Heizung bzw. der Kamin würden die feuerpolizeilichen

Seite 21 — 31 Normen nicht einhalten. Mitunter vermöchten auch die eingereichten Aufnahmen nicht zu beweisen, dass der Wind den aus dem Kamin austretenden Rauch permanent in Richtung des Hauses Nr. 4 (recte Nr. 2) blase. Schliesslich habe auch anlässlich des Augenscheins vom 9. Februar 2011 festgestellt werden können, dass der Rauch nicht andauernd aus dem Kamin heraustrete und dass er bei windstillen Verhältnissen gerade in den Himmel gestiegen sei. Aus dem Gesagten ergebe sich, dass ein Mangel an der Heizungsanlage bzw. am Kamin nicht ausgewiesen sei, infolgedessen auf die Einholung der von den Klägern beantragten Expertise verzichtet werden könne. Zudem erübrige es sich, auf die Voraussetzungen der Bevorschussung für die Ersatzvornahme sowie auf die Frage der Verjährung bzw. der Verwirkung des Anspruchs auf Ersatzvornahme einzugehen (angefochtenes Urteil, S. 13 f.). b. Die Berufungskläger halten die vorinstanzliche Begründung für widersprüchlich. So werde im Wesentlichen auf ein Kriterium abgestellt, das für das Vorliegen eines Werkmangels nicht erfüllt sein müsse. Denn es sei nicht erforderlich, dass die Abgase permanent gegen das Haus Nr. 2 geweht würden. Vielmehr genüge schon der begründete Verdacht, dass es sich um einen gesundheitsgefährdenden Werkmangel handle. Weiter genüge es, wenn der Gebrauchszweck auch nur teilweise eingeschränkt werde. Darüber hinaus sei die Begründung auch deshalb unhaltbar, weil die Vorinstanz verkannt habe, dass der eigentliche Mangel in den Unterlagen des Kaufvertrags und im Baubeschrieb nirgends Erwähnung finde. Wohl sei es nachweislich so gewesen, dass die Berufungsbeklagten ihrerseits sehr wohl die Gefahr des Mangels vorgängig erkannt hätten. Sie hätten es aber unterlassen, auf das konkrete Problem hinzuweisen. Vielmehr hätten sie einzig die Position der Heizung im Haus Nr. 4 angegeben. Über die Problematik der Windverhältnisse und insbesondere die sachverhätlich festgestellten Verwirbelungen der Luftbewegungen zwischen dem Haus Nr. 4 und dem Haus Nr. 2 suche man indessen vergeblich Hinweise in den Kaufunterlagen. Mithin hätten die Berufungsbeklagten den eventuell auftretenden Mangel absichtlich verschwiegen, seien die Erkenntnisse aus den Vorabklärungen doch bewusst in keiner Weise erwähnt worden. Den Berufungsklägern im Nachhinein vorzuhalten, sie hätten einen absichtlich verschwiegenen, potentiell zukünftig auftretenden Mangel aufgrund der Kaufverträge und der

Dokumentation ohne jegliche Hinweise auf die einschlägige Problematik erkennen müssen, sei geradezu absurd. Dass die Berufungsbeklagten ihrerseits Fachleute mit der Abklärung einer möglichen Problematik beauftragt hätten, belege zudem, dass die Frage der Einwirkung der Abgase nicht offensichtlich und somit nicht aus den Plänen erkennbar gewesen sei. Die Schlussfolgerungen der Vorinstanz liessen einzig erkennen,

Seite 22 — 31 dass sie trotz des treuwidrigen Verhaltens der Berufungsbeklagten diesen im Rahmen der Urteilsfällung ein ungewöhnlich grosses Wohlwollen habe zuteil kommen lassen. Da sich aus dem Kaufvertrag und der Verkaufsdokumentation nicht ergebe, dass aufgrund der besonderen Wetterverhältnisse mit Rauchimmissionen zu rechnen sein werde und weil im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnungen diese Frage mangels Fertigstellung des Werks nicht überprüfbar gewesen sei, könne der Anspruch nicht wegen Erkennbarkeit des Mangels abgewiesen werden. Vielmehr sei es so, dass jeder vernünftige Käufer einer Stockwerkeigentumswohnung davon ausgehen dürfe, dass eine derartig grundlegende Einschränkung respektive ein derart gesundheitsgefährdender Mangel nicht einfach nachträglich als bekannt und genehmigt qualifiziert werde, nachdem die Verkäufer absichtlich die vorhandenen Zweifel verschwiegen hätten (vgl. Berufung RA Lardi, act. 01, S. 14 f.). c. Wird ein Grundstück verkauft, auf dem ein Gebäude erstellt werden soll oder sich bereits im Bau befindet, so können die Parteien einen (reinen) Kaufvertrag, einen gemischten Grundstückkauf-/Werkvertrag oder zusammengesetzte Verträge abschliessen (Schumacher/Rüegg, a.a.O., N 140 ff. S. 225 f.). Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass im vorliegenden Fall von einem gemischten Vertrag auszugehen ist, da die Entschädigung für den Boden und für die Erstellung des Bauwerks nicht aufgeteilt, sondern in einem Gesamtpreis zusammengefasst worden ist (vgl. Kaufverträge KB 4A – D; BGE 118 II 142 E. 1.a S. 144). Beim gemischten Kauf-/Werkvertrag ist die Mängelhaftung für das Gebäude insgesamt dem Werkvertragsrecht zu unterstellen (Schumacher/Rüegg, a.a.O., N 147 S. 227; BGE 118 II 142 E. 1.a S. 144). Der Werkmangel, der die Mängelhaftung des Unternehmers begründet, besteht in einer Abweichung des Werks vom Vertrag (Art. 368 OR). Der Werkmangel ist somit ein vertragswidriger Zustand des Werks, der darin besteht, dass dem Werk eine vertraglich geforderte Eigenschaft fehlt (Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, N 1355 f.). Innerhalb dieser Definition wird zwischen dem Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft und dem Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft differenziert. Danach darf der Besteller in guten Treuen erwarten, dass das Werk bei seiner Ablieferung nicht nur die vereinbarten Werkeigenschaften, sondern auch jene Eigenschaften aufweist, die ohne dahingehende Vereinbarung vorausgesetzt sind (Gauch, Werkvertrag, N 1361 und 1406). Die meisten Werkverträge enthalten ausdrückliche oder stillschweigende Eigenschaftsvereinbarungen. Das sind Vertragsabreden, in denen die Parteien vereinbaren, dass das geschuldete Werk bestimmte, durch die Abrede festgelegte Eigenschaften aufzuweisen hat. Bei den Ei-

Seite 23 — 31 genschaften des Werks, die Gegenstand einer solchen Abrede bilden, handelt es sich um «vereinbarte» Eigenschaften (Gauch, Werkvertrag, N 1362). Demgegenüber bestehen die «vorausgesetzten» Eigenschaften mit Bezug auf die Normalbeschaffenheit sowie hinsichtlich der Gebrauchstauglichkeit des Werks. Soweit die Eigenschaften, die das Werk bei seiner Ablieferung aufweisen muss, nicht durch Parteivereinbarung bestimmt sind, greift die Regel ein, wonach der Besteller Anspruch auf ein Werk hat, das «normal» beschaffen und gebrauchstauglich ist. Diese Regel, die den Inhalt des Werkvertrags sinnvoll ergänzt, hat zwar keinen Niederschlag in einer dispositiven

Gesetzesbestimmung gefunden, entspricht aber der Verkehrs- übung und – was die Gebrauchstauglichkeit betrifft – dem Zweck der vom Unter- nehmer geschuldeten Leistung. Mithin schuldet der Unternehmer auch ohne dahin- gehende Vereinbarung ein Werk, das eine normale Beschaffenheit aufweist. Des- halb darf der Besteller mangels anderer Abrede ein Werk in dieser Beschaffenheit erwarten und jede negative Abweichung des Werks von der normalen Beschaffen- heit stellt einen Werkmangel dar. Die normale Beschaffenheit des Werks bestimmt sich nach dem, was für ein Werk der betreffenden Art und Gebrauchsbestimmung gebräuchlich ist. Massgebend sind diesbezüglich die Grundsätze, welche die Ver- kehrsanschauung als objektiv vernünftig und richtig anzusehen pflegt (vgl. Gauch, Werkvertrag, N 1406 ff.). Unter dem Gesichtspunkt der vorausgesetzten Eigen- schaften schuldet der Unternehmer des Weiteren ein Werk, das zum Gebrauch tauglich ist (Gauch, Werkvertrag, N 1413). Mangels anderer Abrede kommt es dar- auf an, was der Besteller unter den gegebenen Umständen, unter Einbezug öffent- lichrechtlicher Bestimmungen und einer einschlägigen Verkehrsanschauung, von einem solchen Werk vernünftigerweise erwarten darf (Gauch, Werkvertrag, N 1427 und 1432). d. Im Baubeschrieb (Überbauung „F.“, Z. [1. Etappe Häuser 1 – 4]; BB 4 [der Berufungsbeklagten 5 – 6]) wird unter „BKP 240 Heizungsanlagen“ festgehalten, dass die Heizzentrale im Untergeschoss des Hauses Nr. 4 mit einer Fernversorgung zu den anderen Häusern eingeplant und mit einer Ölheizung gemäss Normen und Vorschriften der Luftreinhalteverordnung betrieben werde. Der Kamin werde in Chromnickelstahl mit Steinwollisolation in einem Installationsschacht bis über das Dach geführt (S. 5). Aus den eingereichten Plänen geht ebenfalls hervor, dass der Heizungsraum im Untergeschoss des Hauses Nr. 4 geplant war (vgl. Plan „Einstell- halle 1:250, KB 9). Des Weiteren kann dem Plan „Haus 4, 1:200, Fassaden, Schnitt“ (KB 9) entnommen werden, dass auf der Rückseite des Hauses Nr. 4 – und zwar etwa in der Mitte des Gebäudes – zwei Kamine eingezeichnet sind. Und die Skizze auf dem Titelblatt der Verkaufsdokumentation (KB 9, S. 1) macht deutlich, dass die

Seite 24 — 31 Parterrewohnungen des Hauses Nr. 2 etwa auf der Firsthöhe des Hauses Nr. 4 geplant waren. Die Berufungskläger haben in den entsprechenden Kaufverträgen ausdrücklich bestätigt, von allen Eintragungen auf dem Blatt der Liegenschaft als Ganzes sowie vom Inhalt der Erklärung auf Begründung von Stockwerkeigentum samt allfälligen Nachträgen, vom Reglement der Stockwerkeigentümergein- schaft und von den Aufteilungsplänen Kenntnis zu haben sowie den Inhalt des Bau- beschriebs anzuerkennen (vgl. KB 4A-D, Weitere Vertragsbestimmungen, Ziffern 8 und 9 der deutschen Fassung bzw. Ziffern 9 und 10 der italienischen Fassungen). Besagte Bestimmungen regeln mithin Beschaffenheit, Platzierung und Anforderun- gen an die Heizanlage und an den dazugehörenden Kamin. Ebenso geht daraus hervor, welchen Vorgaben sowohl technischer als auch baulicher Art der Kamin zu genügen hat. e. Den im Recht liegenden Unterlagen und Dokumentationen ist zu entnehmen, dass das Werk einerseits den baulichen und vertraglichen Vorgaben entspricht und andererseits jene Eigenschaften aufweist, welche versprochen und vereinbart wor- den sind und welche auch den Berufungsklägern im Zeitpunkt der Vertragsab- schlüsse bekannt waren. Insoweit liegt keine Abweichung vom Vertrag und demzu- folge auch kein Werkmangel vor. Das Werk ist denn auch baupolizeilich abgenom- men worden. Des Weiteren belegen die entsprechenden Rapporte der amtlichen Feuerungskontrollen (Heizperioden 2004/2005, 2006/2007 und 2009/2010; vgl. Dossier Editionen), dass die Heizungsanlage/Kamin den gesetzlichen bzw. feuer- polizeilichen Anforderungen entspricht und die dem Kamin entsteigenden Abgase die

massgeblichen Grenzwerte der Luftreinhalte-Verordnung (LRV; SR 814.318.142.1), deren Zweck darin besteht, Menschen vor schädlichen und lästigen Luftverunreinigungen zu schützen (vgl. Art. 1 Abs. 1 LRV), nicht überschreiten. So werden in Ziffer 411 des Anhangs 3 zur LRV die zulässigen Emissionsgrenzwerte für Feuerungen, welche mit Heizöl «Extra leicht» betrieben werden, festgesetzt (Russzahl: 1; Kohlenmonoxid [CO]: 80 mg/m<sup>3</sup>; Stickoxide [Nox], angegeben als Stickstoffdioxid: 120 mg/m<sup>3</sup>). Diese Emissionsgrenzwerte werden vorliegendenfalls eingehalten bzw. unterschritten (vgl. Rapporte der amtl. Feuerungskontrolle [Dossier Editionen]). Indessen fällt auf, dass die Berufungsbeklagten 5 und 6 bei der Berechnung der Einhaltung der Mindestabstände zwischen den Häusern Nr. 2 und Nr. 4 entgegen den Angaben in den vorgenannten Rapporten der amtlichen Feuerungskontrollen jeweils von einer zu niedrigen Wärmeleistung der betreffenden Heizungsanlage ausgegangen sind. Während sie in ihrem Schreiben an Herrn O. vom 1. Oktober 2002 (KB 14) von einer Wärmeleistung von 200 kW ausgingen und basierend auf den Empfehlungen des BUWAL zur Ermittlung des minimalen Abstands

Seite 25 — 31 von Kaminaustritten zu Nachbarbauten folglich einen Mindestabstand von 10.70 m ( $[200 \text{ kW} : 35] + 5$ ) errechnet haben, wurde der Berechnung des Mindestabstands in KB 15 gar eine Wärmeleistung von lediglich 150 kW zugrunde gelegt, woraus ein Mindestgebäudeabstand von 9.3 m ( $[150 \text{ kW} : 35] + 5$ ) resultierte. Den Rapporten der amtlichen Feuerungskontrollen dagegen ist zu entnehmen, dass die betreffende Heizung über eine Wärmeleistung von 285 kW verfügt. Unter Berücksichtigung dieser Wärmeleistung ergibt sich in Anwendung der Formel des BUWAL ein erforderlicher Mindestgebäudeabstand von nunmehr 13.10 m ( $[285 \text{ kW} : 35] + 5$ ). Damit wird nun aber der vorliegend tatsächlich bestehende Abstand zwischen den Häusern Nr. 2 und Nr. 4 von 12.80 m (KB 14 und 15) überschritten und das in diesem Zusammenhang von den Berufungsbeklagten 1 – 4 vorgebrachte Argument, wonach der Kamin den behördlich vorgeschriebenen Abstand zum Haus Nr. 2 deutlich einhalte, zielt insoweit ins Leere. Daraus können die Berufungsbeklagten 1 – 4 folglich nichts zu ihren Gunsten herleiten, namentlich kann aus diesem Umstand entgegen deren Auffassung gerade nicht auf das Nichtvorhandensein eines Mangels geschlossen werden. Unter diesen Umständen ist denn auch fraglich, ob es sachgerecht ist, einzig auf die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Grenzwerte der LRV abzustellen, zumal die Berufungskläger als direkt Betroffene zweifellos stärker von den konkreten Rauch- und Geruchsimmissionen, deren Vorhandensein nicht einmal von der Gegenseite in Abrede gestellt wird, eingeschränkt werden und in höherem Masse davon tangiert sind, als die damit nicht in unmittelbarem Kontakt tretende Allgemeinheit. In diesem Zusammenhang kann alsdann auch die aktenkundige Empfehlung der Schweizerischen Kamin- und Abgasanlagenvereinigung (SKAV; KB 15) nicht unberücksichtigt bleiben. Aus dieser geht nämlich nicht nur hervor, dass die Heizungsanlage aufgrund der vorliegenden topographischen Situation (Hanglage) sowie der Anordnung der Häuser Nr. 2 und Nr. 4 unbedingt in das höchst gelegene Haus gehört; darüber hinaus wird die konkrete Projektierung gar als Extrembeispiel bezeichnet, welches in der Praxis nicht angewandt werden sollte. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die Bauleitung bereits im Vorfeld gewisse Zweifel in Bezug auf die geplante Positionierung der Heizungsanlage sowie damit allenfalls einhergehenden Rauchimmissionen hegte, sich jedoch ungeachtet der von dieser Variante abratenden Empfehlung des SKAV dafür entschieden hat, an der geplanten Projektierung festzuhalten. f. Aufgrund der vorliegenden Akten kann ein Mangel demzufolge nicht ausgeschlossen

werden, sodass es angezeigt erscheint, die Sache – wie von den Berufungsklägern bereits im vorinstanzlichen Verfahren beantragt – zwecks Einholung einer Expertise an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das entsprechende Gutachten

Seite 26 — 31 wird sich insbesondere mit der Dauer, der Häufigkeit und der Intensität des Heizungsbetriebs sowie den damit in Zusammenhang stehenden Rauch- und Geruchsimmissionen auseinandersetzen haben. Des Weiteren werden darin die Unklarheiten in Bezug auf die konkreten Windverhältnisse und die entsprechenden Windverwirbelungen zu klären sein. Ebenfalls von Bedeutung wird die Frage sein, ob die austretenden Abgase zu einer Schädigung der Gesundheit der betroffenen Stockwerkeigentümer führen können oder diese vielmehr unbedenklich sind. Vor der Einholung einer dementsprechenden Expertise hat die Vorinstanz aber ohnehin die Parteien anzuhören und diesen die Gelegenheit einzuräumen, sich zur Fragestellung zu äussern sowie Änderungs- oder Ergänzungsanträge zu stellen (Art. 183 Abs. 1 und Art. 185 Abs. 2 ZPO). Angesichts der vorgenannten Umstände ist nicht nachvollziehbar, aus welchem Grund die Vorinstanz von der Einholung einer Expertise abgesehen hat und einzig aufgrund der Akten sowie aus den Erkenntnissen anlässlich des Augenscheins zum Schluss gelangt ist, es liege kein Mangel vor. So vermag denn auch die Begründung der Vorinstanz nicht zu überzeugen. Zum einen ist für die Frage, ob ein Mangel vorliegt, nicht von Relevanz, ob der den Mangel begründende Rauch permanent in Richtung des Hauses Nr. 4 bläst oder dieser andauernd aus dem Kamin austritt. Vielmehr darf unter dem Gesichtspunkt der gewöhnlichen Gebrauchstauglichkeit erwartet werden, dass die Wohnräume in einem neu erstellten Gebäude durch das Öffnen der Fenster mit Frischluft versorgt werden können, ohne dass – unabhängig von der zeitlichen Komponente – zugleich störende und unter Umständen gesundheitsgefährdende Abgase der nahegelegenen Heizungsanlage hereinströmen (vgl. hierzu auch die beispielhafte Aufzählung bei Gauch, Werkvertrag, N 1422). Die Vorinstanz hat diesbezüglich mithin auf ein unzulässiges Kriterium abgestellt. Zum anderen erscheinen aber auch die weiteren Ausführungen widersprüchlich. So wird zwar festgehalten, dass sich das von den Berufungsklägern behauptete Phänomen einzig in einer sehr beschränkten Jahres- und Tageszeit manifestiere, während gleichzeitig konstatiert wird, dass es zu diesen Zeiten auch nicht üblich sei, die Fenster über längere Zeit offen zu lassen, so dass es überhaupt fraglich sei, ob Rauch in die Wohnungen der Berufungskläger in dem von ihnen geltend gemachten Ausmass eindringe (vgl. angefochtenes Urteil, S. 14). Dieser Begründung ist zu entnehmen, dass selbst die Vorinstanz aufgrund der Aktenlage sowie den Erkenntnissen anlässlich des Augenscheins davon auszugehen scheint, dass zu gewissen Zeiten tatsächlich Rauch in die Wohnungen des Hauses Nr. 4 gelangt, sie diesem Umstand aber damit begegnen will, die Fenster zu verschliessen, da es ihrer Meinung nach ohnehin nicht üblich sei, diese während der betreffenden Zeit offen zu

Seite 27 — 31 lassen. Diese Auffassung ist nicht haltbar. Wie bereits erwähnt, darf ein Besteller bzw. Käufer einer neu zu erstellenden Stockwerkeigentumseinheit in guten Treuen sehr wohl erwarten, dass es ihm möglich sein wird, seine Wohnräume bei offenen Fenstern zu lüften, ohne dass gleichzeitig vom tiefer gelegenen Heizungsraum bzw. dessen Kamin austretende Abgase in dessen Wohnräume eindringen. Es kann mithin auch nicht angehen, den betroffenen Stockwerkeigentümern gewissermassen vorzuschreiben, zu welchen Tages- und Nachtzeiten es der allgemeinen Usanz entspricht, die Fenster zu öffnen und die Wohnung zu lüften; dies sollte wohl doch jedem einzelnen selbst überlassen sein. g. Nach dem Gesagten ist die Sache demzufolge im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz

zurückzuweisen, da der Sachverhalt in wesentlichen Teilen – nämlich zwecks Einholung einer Expertise – zu vervollständigen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 ZPO) und die bei den Akten liegenden Dokumente keine genügende Grundlage für die Beurteilung der Frage nach dem Vorliegen eines Mangels bilden. So ist es grundsätzlich nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen oder vor erster Instanz nicht abgenommene Beweismittel zu erheben (vgl. Peter Reetz/Sarah Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich 2010, N 35 f. zu Art. 318 ZPO). Die Vorinstanz wird sich vorweg sinnvollerweise mit der Frage der rechtzeitigen Mängelrüge bzw. der von den Berufungsbeklagten 1 – 4 geltend gemachten Einrede der Verwirkung resp. der Verjährung des Nachbesserungsanspruchs zu befassen haben, zumal sich die Anordnung der entsprechenden Expertise für den Fall, dass die Mängelrüge tatsächlich verspätet erfolgt sein sollte, erübrigt. Die ratio legis der Rückweisung besteht darin, dass den Parteien keine Nachteile entstehen sollen, weil nur die Berufungsinstanz (und nicht auch die erste Instanz) über wichtige Tat- und Rechtsfragen entschieden hat. Würde das Kantonsgericht seinerseits den Sachverhalt in wesentlichen Teilen ergänzen und die Einholung einer Expertise anordnen sowie die Frage der Verjährung bzw. der Verwirkung beurteilen, würde es darüber als einzige Instanz mit voller Kognition befinden (vgl. Reetz/Hilber, a.a.O., N 29 zu Art. 318 ZPO; Peter Volkart, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], DIKE-Kommentar ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, N 5 zu Art. 318 ZPO; Alexander Brunner, in: Paul Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, Basel 2010, N 3 zu Art. 318 ZPO). Dies würde dem Prinzip der doppelten Instanz auf kantonaler Ebene zuwiderlaufen (vgl. Peter Reetz, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich 2010, N 8 ff. zu den Vorbemerkungen zu den Art. 308 – 318 ZPO). Das Bezirksgericht Maloja wird dabei auch über die Kosten des

Seite 28 — 31 erstinstanzlichen Verfahrens neu zu entscheiden haben, welcher Entscheid nicht vom Kantonsgericht vorwegzunehmen ist.

## **E. 7**

Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten – bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO) – der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). a. Mit Bezug auf die Berufungsbeklagten 5 und 6 wurde die Berufung abgewiesen. Diese vermochten mit ihren Anträgen auf Abweisung der Berufung mithin durchzudringen, weshalb sie als obsiegend zu betrachten sind und ihnen folglich keine Gerichtskosten auferlegt werden dürfen. In diesem Umfang gehen die Gerichtskosten entsprechend zu Lasten der Berufungskläger. Hinsichtlich der Berufungsbeklagten 1 – 4 wurde die Berufung dahingehend entschieden, als das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen wird. Die Rückweisung der Sache zu erneuter Abklärung (mit noch offenem Ausgang) gilt gemäss bundesgerichtlicher Praxis für die Frage der Auferlegung der Gerichtskosten wie auch der Parteientschädigung als volles Obsiegen, unabhängig davon, ob sie überhaupt beantragt oder ob das Begehren im Haupt- oder im Eventualantrag gestellt wird (vgl. statt vieler die Urteile des Bundesgerichts 8C\_418/2012 vom 29. Oktober 2012, E. 4.4.1; 8C\_269/2012 vom 12. Oktober 2012, E. 7, je mit weiteren Hinweisen). Dementsprechend sind die Gerichtskosten diesbezüglich den Berufungsbeklagten 1 – 4 aufzuerlegen. Angesichts dessen, dass in Bezug auf die

Berufungsbeklagten 5 und 6 einzig die Frage der Passivlegitimation zu beurteilen war, sowie unter Berücksichtigung der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen und des daraus resultierenden Aufwands im Zusammenhang mit den Berufungsbeklagten 1 – 4 erscheint eine Verteilung der Gerichtskosten im Verhältnis von 1/5 zu 4/5 als den Umständen angemessen. Folglich gehen die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 6'000.-- im Umfang von 1/5 zu Lasten der Berufungskläger und im Umfang von 4/5 zu Lasten der Berufungsbeklagten 1 – 4. b. Nach den gleichen Grundsätzen wie die gerichtlichen sind die aussergerichtlichen Kosten zu verteilen. Da die Rechtsvertreter es unterlassen haben, eine detaillierte Honorarnote vorzulegen, ist die Höhe der Parteienschädigungen nach richterlichem Ermessen festzusetzen. Angesichts des Obsiegens bzw. Unterliegens sowie des jeweiligen Aufwands der Rechtsvertreter erscheint eine aussergerichtliche Entschädigung zugunsten der Berufungsbeklagten 5 und 6 von Fr. 2'000.-- (inkl.

Seite 29 — 31 MWSt) einerseits und eine solche von Fr. 4'000.-- (inkl. MWSt) zugunsten der Berufungskläger andererseits als angemessen.

Seite 30 — 31 III.

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