

# GR\_GERICHTE ZK2 2023 1 vom 10. Oktober 2023

GR Gerichte, 2023-10-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2 2023 1](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2023_1)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2023 1 du 10 octobre 2023

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2023 1 del 10 ottobre 2023

## Regeste

Forderung | Berufung OR Werkvertrag/Verlagsvertrag

## Erwägungen

### E. 21

/ 28 klagten versprechen lassen, dass dieser auf der Parzelle Nr. G.\_\_\_\_\_ eine Erschliessungsstrasse erstelle, und zwar bis zum 31. Juli 2011. Der Berufungsbe- klagte hatte gemäss Vertrag bereits Stall und Jauchegrube entfernen lassen. Das Grundstück wurde offenkundig zum Zweck der Überbauung verkauft resp. erwor- ben. Die Berufungsklägerin bestreitet auch gar nicht die Feststellung im angefoch- tenen Urteil, dass sie mit dieser Überbauung schon im Lauf des Jahres 2012 be- schäftigt war. Der Einwand der Berufungsklägerin, die Strasse habe nicht auf dem zu bebauenden Grundstück erstellt werden müssen, ist nicht verständlich: wie im Sachverhalt vorstehend erläutert, kaufte die Berufungsklägerin die Parzelle Nr. E.\_\_\_\_\_ und liess sich vom Berufungsbeklagten versprechen, dass er die Er- schliessung durch eine auf Parzelle Nr. G. \_\_\_\_\_ zu bauende Strasse sicherstelle. Wenn die Berufungsbeklagte mit der Bebauung des gekauften Grundstücks be- ginnen konnte, nutzte sie also notgedrungen die beim Kauf noch nicht vorhandene und vom Verkäufer herzustellende Zufahrt. Dass eine solche gar nicht bestehe, machte sie vor dem heutigen Prozess soweit bekannt nie geltend und sie behaup- tet das auch nicht. Daraus ist zu schliessen, dass die (mangelhafte) Strasse da- mals erstellt war. Denkbar wäre an sich, dass der Berufungsbeklagte erst eine provisorische Zufahrt hatte erstellen lassen, wie das die Berufungsklägerin nun im Prozess geltend macht (act. A.1, S. 15 oben: es habe sich um eine "gewöhnliche Baustellenerschliessung" gehandelt; was das ist, spezifiziert sie nicht, und sie er- läutert auch nicht, wo sie das vor erster Instanz vorgetragen habe. Die Behaup- tung ist daher neu und nach Art. 317 ZPO unbeachtlich, abgesehen davon, dass es an der erforderlichen "leichten Verständlichkeit" dieses Argumentes gemäss E. 1.2 vorstehend mangelt). Einen solchen Vorbehalt hatte sie aber nie zum Aus- druck gebracht, und nach Treu und Glauben wäre das zu erwarten gewesen, wenn es damals ihre Auffassung gewesen wäre. Durch die vorbehaltlose Nut- zung für ihre Bautätigkeit nahm die Berufungsklägerin das Werk stillschweigend in Gebrauch und kann heute nicht mehr darauf zurückkommen. Richtig ist zwar, dass sie keine rechtliche Pflicht hatte, den Berufungsbeklagten zu mahnen, wenn er nach ihrer Auffassung mit dem Erstellen der Strasse in Verzug war. Das ändert aber nichts daran, dass ihr Verhalten im soeben dargestellten Sinn schlüssig war. Damit stimmt überein, auch wenn es darauf nicht mehr ankommt, dass die Beru- fungsklägerin am 6. Mai 2013 aufgrund des Wortlautes dieses Schreibens eine klare Mängelrüge erhob. Sie beanstandete "Aufblähungen (Frostschäden)", dass kein frostsicherer Unterbau mit mindestens 60 cm Koffermaterial erstellt worden sei, dass der erforderliche Schwarzbelaag von mindestens 8 cm fehle, es

keine Randabschlüsse und keine Entwässerung habe, und dass der Kanalisations-schachtdeckel zu schwach dimensioniert und bereits gebrochen sei (RG Dossier 115-2014-30 act. II/9). Es bleibt daher dabei, dass die Berufungsklägerin die

## **E. 22**

/ 28 Strasse weit vor Mai 2013 in Gebrauch nahm. In diesem nicht näher bekannten Zeitpunkt hatte sie die Strasse zu prüfen und damals erkennbare Mängel zu rü- gen. Fehlende Randabschlüsse und eine fehlende Entwässerung waren offene Mängel, welche sofort zu erkennen waren und daher auch sofort zu rügen gewesen wären. Zu Recht macht die Berufungsklägerin sie nicht zum Thema der heute zu beurtei- lenden Klage. Dass ein Schachtdeckel brach, kann auf seine ungenügende Stärke zurückgehen; auch das war aber ebenfalls spätestens mit dem Bruch erkennbar – wann das war und ob sie es dann rügte, führt die Berufungsklägerin nicht aus, und auch das kann daher nicht mehr Gegenstand von Mängelrechten sein. Wie vorstehend erwogen, war die Strasse allerdings "schwarz" im Sinne der ver- traglichen Spezifikation. Die im Prozess von den Experten festgestellte Mangelhaf- tigkeit war daher jedenfalls auf den ersten Blick und bei einer der Berufungskläge- rin zumutbaren Sorgfalt der Prüfung nicht erkennbar. Es kommt also darauf an, wann die Berufungsklägerin die entsprechenden Mängel entdeckte. Sie behauptet, das sei "anfangs Mai" (2013) gewesen. Wenn das zutrifft, war die Rüge vom 6. Mai rechtzeitig. Der Berufungsbeklagte hatte es allerdings bestritten (RG Dossier 115-2014-30 act. I/5, S. 6 unten). Für ihre Behauptung hatte die Berufungsklägerin eine Expertise offeriert – das war für den Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels offenkundig untauglich, und zu Recht ging das Regionalgericht darauf nicht ein (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Die Parteibefragung von K.\_\_\_\_\_ als Organ der Käuferin hätte an sich Aufschluss geben können. Das Regionalgericht erachtete sie aber offenbar als entbehrlich, und die Berufungsklägerin weist zwar in der Berufung auf diesen Punkt hin, verlangt aber nicht, dass die Einvernahme nachzuholen sei (act. A.1, S. 18 Rz. 38). Das Regionalgericht verweist auf die Fotografien RG Dossier 115-2014-30 act. II/20 und schliesst daraus, die Berufungsklägerin habe die Mängel an der Strasse schon deutlich vor dem 6. Mai 2013 entdeckt. Das beanstandet die Berufungsklä- gerin mit Recht. Es kann offenbleiben, ob sie als Beleg für eine frühere Entde- ckung der Mängel als anfangs Mai 2013 verwendet werden durften, was der Beru- fungsbeklagte behauptet hatte. Er hat sich offenbar dafür nicht ausdrücklich auf die Fotos berufen, aber die Berufungsklägerin hatte sie selber in den Prozess ein- geführt, sodass es sich gewiss vertreten liesse, sie zu berücksichtigen. Die Fotos sind aber nicht schlüssig. Sie zeigen Schnee. Dass anfangs Mai 2013 die Strasse von C.\_\_\_\_\_ nach J.\_\_\_\_\_ (1'230 m.ü.M) schneebedeckt gewesen sein soll, wie die Berufungsbeklagte neu geltend macht, mag sein, sagt aber über die Verhält- nisse in D.\_\_\_\_\_ auf knapp 700 m.ü.M. nichts aus. Es ist aber allgemein bekannt,

## **E. 23**

/ 28 dass es auch in tiefen Lagen der Alpennordseite in jedem Monat des Jahres, da- mit insbesondere auch im Sommer, schneien kann, und der Mai gehört ja noch nicht zum Sommer. Auch wenn wirklich schwerer Schneefall kaum vorkommt, ist es denkbar und jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass der Schnee weggeräumt werden musste und davon die sichtbaren Schneehaufen am Strassenrand herrührten. Auf die Fotos kann demnach nicht abgestellt werden. Allerdings hat die Berufungsklägerin selber in ihrem mehrfach zitierten Brief vom 6. Mai 2013 geschrieben, sie habe die gerügten Mängel "über Winter" festgestellt. Mai ist noch nicht Sommer, aber auch keinesfalls mehr Winter. Das Kantonsge-

richt pflichtet daher der Erwägung im angefochtenen Urteil bei, dass die Mängel- rüge verspätet war. Daran ändert der Hinweis der Berufungsklägerin nichts, dass es mitunter sinnvoll sein kann, den Unterbau/die Kofferung einer Strasse vor Fer- tigstellung des Belags sich setzen zu lassen. So war es hier offenkundig nicht ge- meint. Die Berufungsklägerin hatte sich die Strasse ohne einen solchen Vorbehalt auf spätestens 31. Juli 2011 versprechen lassen. Der Berufungsbeklagte hatte sie mit einem Schwarzbelag versehen. Die Berufungsklägerin beanstandete denn auch nicht etwa Setzungsrisse im Belag, sondern eine ungenügende Kofferung und eine zu schwache Dimensionierung des Belages, was zu Frostschäden ge- führt habe. Die entsprechenden Mängel rügte die Berufungsklägerin mit dem aus- drücklichen Hinweis, sie hätten sich "über Winter" gezeigt. Dass sie das vorerst nicht rügte, weil sie eine Fertigstellung der Strasse erwartet hätte, ist angesichts ihres eigenen Verhaltens ungläubhaft und erscheint vielmehr als nachgeschobe- ner Standpunkt, um die zunächst eindeutige Verspätung der Rüge zu umgehen. Die Berufungsbeklagte sagt denn auch in der Berufung nicht, welche Beweismittel sie zu dieser Behauptung angeboten habe, die vom Regionalgericht zu Unrecht nicht abgenommen worden seien. Es ist ferner richtig, dass sich Mängel "fortent- wickeln", also mit der Zeit gravierender werden können (so die Berufungsklägerin in act. A.1, S. 20 Rz. 45); erste schwache und noch unspezifische Anzeichen sol- cher Schäden lösen die Rügeobliegenheit nicht aus (so auch das vorstehend refe- rierte Urteil des Kantonsgerichts). Die Berufungsklägerin hat aber im mehrfach zitierten Brief ausdrücklich festgehalten, sie habe die Frostschäden, welche sie als Mängel rügte, im Laufe des Winters festgestellt. Es mag sein, dass sich die Schä- den dann mit der Zeit noch verstärkten. Wenn die Berufungsklägerin sie aber er- kannte, entstand damit ihre Obliegenheit zur unverzüglichen Rüge. Diese bleibt verspätet. 5.3. Damit entfällt das der Klage zugrunde liegende Mängelrecht auf Nachbes- serung des mangelhaftes Werkes. Die Berufung ist im Resultat nicht begründet.

#### **E. 24**

/ 28 Das Regionalgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen, und sein Urteil ist daher in der Sache zu bestätigen. 6. Die Berufungsklägerin stellt den Antrag, die Kosten- und Entschädigungs- folgen seien zu Lasten des Berufungsbeklagten zu regeln. Das ist verständlich im Zusammenhang mit ihrem Hauptantrag in der Sache, es sei ihre Klage gutzuheis- sen. Weshalb der Berufungsbeklagte auch dann die Kostenfolgen sollte tragen müssen, wenn die Berufung abgewiesen würde, begründet die Berufungsklägerin nicht (act. A.1, S. 23 Rz. 52 ff.). Darauf ist nicht weiter einzugehen. Die Berufungsklägerin kritisiert an der angegebenen Stelle die Festsetzung der Kosten durch das Regionalgericht. Dazu stellt sie im Rahmen der Berufungs- begehren (act. A.1, S. 2) keinen ausdrücklichen Antrag. Aus der Begründung wird aber hinreichend klar, was sie will: auf jeden Fall eine Reduktion der Entscheide- bühr, und eine nur teilweise Weiterverrechnung der ihrer Auffassung nach zu ho- hen Kosten für das Gutachten (act. A.1, S. 23 ff. Rz. 53 ff.). Nach Treu und Glau- ben ist das ausreichend. Das Regionalgericht hat die Entscheidgebühr und die Gutachter-Kosten nicht aus- einandergehalten, wie das üblich ist und von Art. 95 Abs. 2 ZPO nahegelegt wird (vgl. auch Art. 1 Abs. 2 VGZ [BR 320.210]). Aus seiner Anordnung ist aber ausrei- chend deutlich abzuleiten, dass es Gerichtskosten von CHF 18'261.30 festsetzte. Offenbar wollte es einen Betrag erreichen, der ohne Mühe teilbar war – weil es die gesamten Kosten zu einem resp. zu drei Vierteln den Parteien auferlegte. Das ist jedenfalls nicht unzulässig. Da das Regionalgericht keine andere Kosten-Art er- wähnt, müssen die CHF 18'261.30 als Entscheidgebühr verstanden werden. Diese Entscheidgebühr

hatte sich nach Art. 3 VGZ zunächst an einen Rahmen von CHF 3'000.00 bis CHF 30'000.00 zu halten, konnte aber bei einem besonders grossen Aufwand bis auf CHF 100'000.00 erhöht werden. Richtig ist zwar, dass besonders hohe Gebühren mit Vorteil kurz begründet werden. Dafür genügt aber nach der Praxis durchaus die Floskel, das Verfahren habe einen grossen Aufwand verursacht. Das war in diesem Fall so, und es lag für die Parteien erkennbar auf der Hand. Eine Erweiterung des Rahmens für die Entscheidgebür auf bis zu CHF 100'000.00 dürfte zwar noch nicht angezeigt gewesen sein. Die festgesetzte Entscheidgebür von gut CHF 18'000.00 liegt aber jedenfalls im weiten Ermessen des Regionalgerichts. Die Berufungsklägerin kritisiert zudem die Höhe der Kosten für das resp. für die Gutachten. Sie habe schon im Vorfeld der Begutachtung darauf hingewiesen, dass die Kostenschätzung der Experten viel zu hoch liege. Das trifft zu (vgl. statt

#### **E. 25**

/ 28 vieler RG Dossier 115-2021-1 act. III/15). In der Folge gab das Regionalgericht die Expertisen in Auftrag. Nach Vorliegen der beiden Gutachten stellte sie das Gericht den Parteien zu und liess Ergänzungsfragen stellen, welche es dann aber ablehnte (RG Dossier 115-2021-1 act. III/32-42). Die Rechnungen der Experten wurden bezahlt, ohne dass den Parteien Gelegenheit gegeben wurde, sich dazu zu äussern. Das Letztere war höchst unvorsichtig und könnte schlimmstenfalls zu einer Haftung der Verantwortlichen führen (Art. 11 Abs. 1 SHG [BR 170.050]). Wenn die Gutachter Rechnung stellen und das Gericht ihnen das Geforderte bezahlt, ist das als Anerkennung der Rechnung zu betrachten, und eine Rückforderung dürfte in aller Regel nicht in Frage kommen (Art. 63 Abs. 1 OR). Wenn dann die Parteien berechnete Kritik an dem Honorar üben und dieses ihnen nur zum Teil überwält werden kann, entsteht dem Staat ein Schaden. Es ist also unbedingt darauf zu achten, dass die Parteien zur Rechnung eines Gutachters begrüsst und allfällige Einwendungen vor der Auszahlung des Honorars in einer für sie und den Experten mit Beschwerde anfechtbaren Verfügung (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO) beurteilt werden. Im vorliegenden Fall sind die Einwendungen der Berufungsklägerin freilich im Ergebnis nicht begründet: • Dass die beigezogenen Experten für ihre Aufgabe nicht geeignet gewesen wären, macht sie nicht geltend. Den Ausstand des einen begründete sie im erstinstanzlichen Verfahren nicht mit fachlicher Inkompetenz, sondern mit dem etwas merkwürdigen Argument, er werde wohl gegen eine Partei eingestellt sein, welche sein Honorar als zu hoch bezeichne (nach dem angefochtenen Urteil S. 5 Abschnitt N). Dass die Gutachten fachlich ungenügend seien, macht die Berufungsklägerin ebenfalls nicht geltend. • Die Berufungsklägerin hat die ihr auferlegten, sehr hohen Vorschüsse von insgesamt CHF 45'660.00 (act. B.1, S. 28 Dispositiv Ziff. 3a) im Wissen darum bezahlt, dass damit insbesondere die Gutachten zu finanzieren waren. Dagegen hätte ihr die Beschwerde offen gestanden (Art. 103 in Verbindung mit Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO). Was mit Beschwerde im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO gerügt werden konnte und was mit einer Beschwerde im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO tatsächlich überprüft wurde, kann nicht mehr mit dem Endentscheid in Frage gestellt werden (OGer ZH PP120005 v. 14.3.2012; OGer ZH LC130031 v. 24.7.2013). Zwar werden Vorschüsse mit besonderer Zurückhaltung überprüft, weil sie in der

#### **E. 26**

/ 28 Regel nur auf einer Schätzung beruhen und es sich oft erst im Nachhinein zeigt, was die effektiven Aufwendungen sind. Das gilt aber vor allem bei den Kosten für den Aufwand des Gerichts. Hier lagen Offerten der Experten vor, die Berufungsklägerin hatte sie kritisiert,

und es war zu erwarten, dass die Rechnungen nach den Offerten gestellt würden. Unter diesen Umständen ist es fraglich, ob die Berufungsklägerin die Höhe der Gutachtenskosten noch in Frage stellen kann. • Die Berufungsklägerin macht nicht geltend, dass bestimmte und welche Positionen in den detaillierten Rechnungen der Experten (RG Dossier 115- 2020-1 act. III/32 und III/33) falsch oder zu hoch seien, weshalb die Honorare vom Gericht entsprechend hätten gekürzt werden müssen. • Die Berufungsklägerin wendet ein, es sei "unerfindlich", weshalb die Experten nach der Zusammensetzung des Materials gefragt worden seien (act. A.1, S.25 Rz. 59). Der Einwand ist nicht verständlich. Es war zu prüfen, ob der Berufungsbeklagte eine Erschliessungsstrasse nach den vertraglichen Spezifikationen erstellt habe, welche "zum vorausgesetzten Gebrauche" (Art. 197 OR) tauglich sei. Die Experten erachten als wesentlich nicht nur wie der Strassenbelag dimensioniert ist, sondern aus welchem Material er besteht (im Einzelnen vorstehend Erwägung 3.1). Dem Laien scheint es unter diesen Umständen klar, dass das zu klären war, und die Berufung gibt keine Begründung für das Gegenteil. • Richtig ist, dass die Kosten des ganzen Verfahrens und insbesondere der Gutachten im Verhältnis zum Streitwert sehr hoch sind. Das Gericht kann aber seine Aufwendungen nicht unter Hinweis auf eine Unverhältnismässigkeit der von den Parteien verlangten Beweiserhebungen beschränken, eine nur oberflächliche Abklärungen des Sachverhaltes würde den Anspruch der Parteien auf ein faires und insbesondere sorgfältiges Verfahren und ihr rechtliches Gehör verletzen (Art. 52 und 152 ZPO). Im vorliegenden Fall, wo beide Seiten fanden, die vom Gericht vorgeschlagenen Experten seien zu teuer, hätten sie es in der Hand gehabt, sich auf ein Schiedsgutachten zu einigen (Art. 189 ZPO). Diesem Experten hätten sie ein Kostendach vorgeben können. Das haben sie allerdings nicht getan, und die Berufungsklägerin sagt auch nicht, sie habe so etwas dem Berufungsbeklagten erfolglos vorgeschlagen – möglicherweise war es eben doch nicht ganz so einfach, einen günstigeren geeigneten Experten zu finden. Selbstredend soll das Gericht das Verfahren kostenbewusst leiten. Überzeugende und kompetente Experten sind aber oftmals nur schwer zu finden – das ist ge-

## **E. 27**

/ 28 richtige Erfahrung und notorisch. Überhaupt nicht notorisch ist die ohne weitere Beweisofferten in den Raum gestellte Behauptung der Berufungsklägerin, die im vorliegenden Fall zu klärenden Fragen hätten von einem geeigneten Experten für nicht mehr als CHF 10'000.00 beantwortet werden können, und das Regionalgericht hätte so einen Experten gefunden, wenn es weitere Offerten eingeholt hätte (act. A.1, S. 25 f. Rz. 60). Damit bleibt es beim durchaus unerfreulichen Ergebnis, dass der Prozess über einen Streitwert von geschätzten CHF 45'000.00 (act. B.1, S. 26) allein in erster Instanz Gerichtskosten von CHF 52'000.00 verursachte. Das lässt sich aber wie gesehen im Urteil der zweiten Instanz und nach den Vorbringen der Berufungsklägerin nicht ändern. Alles in allem ist der Berufung somit auch insoweit kein Erfolg beschieden, als sie sich gegen die Höhe der Kosten des Regionalgerichts wendet. 7.1. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens sind die Kosten der Berufungsklägerin aufzuerlegen. Im Rahmen des von der VGZ gesteckten weiten Rahmens von CHF 1'000.00 bis CHF 30'000.00 ist eine Entscheidungsgebühr von CHF 10'000.00 festzusetzen. Weitere Kosten fielen nicht an. Die der Berufungsbeklagten aufzuerlegenden Kosten sind mit ihrem Vorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen. 7.2. Die dem Berufungsbeklagten zuzusprechende Parteientschädigung bemisst sich danach, was er für seine Rechtsvertretung aufzuwenden hatte, unter dem Vorbehalt der Schranken von Art. 2 der Honorarverordnung (HV; BR 310.250). Der

Berufungsbeklagte legt für das Berufungsverfahren keine Honorarnote vor, sodass die Entschädigung nach Ermessen festzusetzen ist. Die Berufungsantwort setzte zwar ein genaues Studium der Berufungsschrift voraus, dürfte aber keinen allzu grossen Aufwand erfordert haben. Angemessen scheint eine Entschädigung von CHF 3'500.00 (inkl. Spesen und MWSt.).

**E. 28**

/ 28

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