

## **SO\_GERICHTE ZKBER.2018.36 vom 7. Dezember 2018**

SO Obergericht, 2018-12-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_ZKBER.2018.36](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZKBER.2018.36)

FR: SO\_GERICHTE ZKBER.2018.36 du 7 décembre 2018

IT: SO\_GERICHTE ZKBER.2018.36 del 7 dicembre 2018

### **Erwägungen**

#### **E. 30**

Mai 2014 (Urkunde 10 der Kläger) wurde mittels einer Darstellung sämtlicher unmittelbaren Folgekosten sowie der Beilage der jeweiligen Offerten eine Kostenaufstellung vorgenommen, welche unter anderem die Kosten für das auswärtige Wohnen während den Umbauarbeiten, die Mietkosten für die Lagerung wertvoller Möbelstücke sowie die Kosten der Unterstellung des Porsches in einer Autoeinstellhalle enthielt. Zudem wiesen die Berufungskläger den Berufungsbeklagten darauf hin, dass ein Dritter mit den Plattenarbeiten beauftragt werde, falls der Berufungsbeklagte die Garantiarbeiten nicht selbst ausführen könnte. 1.3 Der Berufungsklage gestand die Pflicht zur Nachbesserung ein und unterbreitete den Berufungsklägern mit Schreiben vom 18. Juni 2014 (Urkunde 11 der Kläger) das Angebot, die Mängel zu beheben, sowie den Berufungsklägern ohne Anerkennung einer Rechtspflicht je einen Betrag von CHF 500.00 für entstandene Unannehmlichkeiten zu bezahlen. Bezugnehmend auf die einzelnen Positionen der Kostenaufstellung bemerkte er aber neben anderen Hinweisen, dass die geltend gemachten Begleitkosten des externen Wohnbedürfnisses und der externe Garagenplatz bestritten würden und «Platten, welche ästhetisch einwandfrei mit den existierenden Platten harmonieren», beschafft werden könnten. 1.4 Dem im Schreiben der Berufungskläger vom 24. Juni 2014 (Urkunde 12 der Kläger) zu entnehmenden Dissens betreffend die Einwände des Berufungsbeklagten folgte mit Schreiben vom 18. August 2014 (Urkunde 13 der Kläger) die Bestätigung des Berufungsbeklagten, dass er seiner Nachbesserungspflicht vollumfänglich nachkomme, indem er die Wände in den Nassbereichen der Badezimmer im Erd-, Ober- und Attikageschoss abdichte, darüber die vorgelegte Platte neu verlege und die entstehenden Begleitkosten trage. 1.5 Mit Schreiben vom 28. Oktober 2014 (Urkunde 14 der Kläger) stellten die Berufungskläger dem Berufungsbeklagten den Zustandsbericht der F.\_\_\_\_ GmbH vom 17. September 2014 (Urkunde 15 der Kläger) sowie die diesbezüglich nachgereichte Erläuterung vom 22. Oktober 2014 (Urkunde 16 der Kläger) zu, welchen im Wesentlichen zu entnehmen war, dass der gesamte Boden und die Wände gegen Feuchte und Spritzwasser abzudichten seien. 1.6 Am 12. November 2014 reichten die Berufungskläger dem Richteramt Solothurn-Lebern das Schlichtungsgesuch mit den folgenden Rechtsbegehren ein: 1. Der Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerschaft den vom einem Gutachter zu bestimmenden Betrag zu zahlen als Bevorschussung der Ersatzvornahme für die Behebung der nachfolgend aufgeführten, von dem Beklagten verursachten Baumängel, bzw. für die vom ihm zu tragenden Nachbesserungs- bzw. Mängelbeseitigungskosten. a. Behebung der bereits eingetretenen Wasserschäden infolge fehlender oder mangelnder Abdichtung in den Nasszellen im Neubau der Klägerschaft, namentlich Bautrocknung; b. Fachmännisches Abspitzen sämtlicher bestehenden Wand- und Bodenplatten in den drei Nassräumen sowie Lieferung und Einbau der Feuchtigkeitsabdichtungen nach Massgabe der einschlägigen

Vorgaben des Schweizerischen Plattenlegerverbandes (SPV) sowie Lieferung und Einbau von neuen, gleichwertigen Wand- und Bodenplatten; c. Fachmännische Abdichtung der Baustelle; d. Ausführung sämtlicher Instandstellungsarbeiten, die in unmittelbarem Zusammenhang mit den Nachbesserungsarbeiten stehen; e. Übernahme sämtlicher Begleitkosten der Nachbesserungsarbeiten. 2. Die Klägerschaft sei zu verpflichten, nach Durchführung der Mängelbehebung gemäss Ziffer 1 vorstehend über die Kosten und den von dem Beklagten erhaltenen Kostenvorschuss abzurechnen unter Nachschusspflicht des Beklagten, resp. Rückzahlung eines allfälligen Überschusses an den Beklagten. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten. Der Berufungsbeklagte beantragte die Abweisung der Klage, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. 1.7 An der Schlichtungsverhandlung vom 14. Januar 2015 konnte keine Einigung erzielt werden, so dass die Klagebewilligung ausgestellt wurde. 1.8 Mit Schreiben vom 12. Februar 2015 (Urkunde 17 der Kläger) teilte der Berufungsbeklagte den Berufungsklägern gestützt auf das anlässlich des Augenscheins vom 9. April 2014 mündlich erstellte Gutachten mit, es werde daran festgehalten, dass nur im unmittelbaren Nassbereich Feuchtigkeitsabdichtungen zu verlegen seien und das Schiedsgutachten gemäss Art. 189 ZPO bindend sei. Mittels beigelegten Berechnungen durch den Architekten und Bauleiter D. \_\_\_ sei «der kumulierte Betrag – aufgerundet um gut 10% für Unvorhergesehenes; insgesamt CHF 24'500.00» unbestritten geschuldet und stehe für die Überweisung an die Berufungskläger bereit. Er ersuche sie diesbezüglich, die entsprechenden Kontodaten zukommen zu lassen. 1.9 Mit Schreiben vom 25. März 2015 erhoben die Berufungskläger Klage und verlangten mit den im Schlichtungsbegehren kongruenten Rechtsbegehren die Bevorschussung der Ersatzvornahme für die Behebung der durch den Berufungsbeklagten verursachten Schäden und Baumängel, bzw. für die von ihm zu tragenden Nachbesserungs- bzw. Mängelbeseitigungskosten. Der Berufungsbeklagte beantragte am 17. August 2015 die Abweisung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. 1.10 Mit Schreiben vom 16. November 2017 stellte der Berufungsbeklagte die folgenden Rechtsbegehren: 1. Der Beklagte sei darauf zu behaften, den Klägern in Bevorschussung der Mangelbehebungs-, Mangelfolgeschadenbehebungs- und Begleitkosten gemäss Seite 2 f. des Gutachtens vom 1. November 2016 den Betrag von CHF 38'000.00 zu bezahlen; soweit übersteigend sei die Klage abzuweisen. 2. Der Beklagte sei darauf zu behaften, den Klägern die Ersatzplatten (Artikelnummer: 68SERENET90) während eines Jahres ab Rechtskraft des vorliegenden Entscheides zu den Selbstkosten von CHF 72.00 pro m<sup>2</sup> zu verkaufen. 3. Es seien die Kläger zu verpflichten, nach Durchführung der Mangel- und Mangelfolgeschadenbehebung gemäss Rechtsbegehren 1 über die Kosten und den vom Beklagten erhaltenen Kostenvorschuss abzurechnen und dem Beklagten einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten. Es seien die Kläger zu verpflichten, den gesamten Kostenvorschuss zurückzuerstatten, sofern die Mangel- und Mangelfolgeschadenbehebung oder die Abrechnung nicht innert eines Jahres nach Leistung des Vorschusses durchgeführt ist. 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Kläger. 2. Am 23. November 2017 fällte der Amtsgerichtspräsident des Richteramtes Solothurn-Lebern das folgende Urteil: 1. Der Beklagte hat den Klägern für die Behebung der durch das Gutachten von G. \_\_\_ vom 1. November 2016 inkl. Ergänzung vom 28. Februar 2017 festgestellten Mängel sowie für die Begleitkosten (Kosten Sanierungsmassnahmen gemäss Gutachten: CHF 38'000.00) den Betrag von CHF 38'000.00 zu bevorschussen. 2. Der Beklagte hat den Klägern die Ersatzplatten (Artikelnummer 68SERENET90) während zwei Jahren ab Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu den Selbstkosten von CHF 72.00 / m<sup>2</sup> zu verkaufen. 3. Die Kläger

sind verpflichtet, nach Durchführung der Mängelbehebung gemäss Ziffer 1 vorstehend über die Kosten und den vom Beklagten erhaltenen Kostenvorschuss abzurechnen und dem Beklagten einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten. Die Kläger sind verpflichtet, den gesamten Kostenvorschuss zurückzuerstatten, sofern die Mängelbehebung gemäss Ziffer 1 vorstehend und die Abrechnung nicht innert zwei Jahren nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils erfolgt sind. 4. Die Kläger haben dem Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 8'130.80 zu entrichten (3/4 der auf den Beklagten entfallenden Parteikosten von CHF 16'951.70 abzüglich 1/4 der auf die Kläger entfallenden Parteikosten von CHF 18'331.90). 5. Die Gerichtskosten von CHF 13'500.00 (inkl. Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 500.00 sowie Gutachterkosten von CHF 7'259.20) haben die Kläger im Umfang von 3/4, d.h. CHF 10'125.00, und der Beklagte im Umfang von 1/4, d.h. CHF 3'375.00, zu bezahlen. Die Gerichtskosten werden mit den von den Klägern bzw. vom Beklagten geleisteten Kostenvorschüssen von CHF 9'500.00 bzw. CHF 3'000.00 verrechnet. Nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils haben die Kläger CHF 625.00 und hat der Beklagte CHF 375.00 an die Gerichtskasse zu überweisen. 3. Gegen dieses Urteil erhoben die Berufungskläger frist- und formgerecht Berufung und stellten folgende Rechtsbegehren: 1. In Gutheissung der Berufung sei das Urteil des Richteramtes Solothurn-Lebern vom 23. November 2017 (Verfahrens-Nr. SLZAG.2015.4) aufzuheben und der Berufungsgegner sei zu verpflichten, den Berufungsführern 1 und 2 für die Behebung der durch das Gutachten von G. \_\_\_ vom 1. November 2016 inkl. Ergänzung vom 28. Februar 2017 festgestellten Mängel sowie für die Begleitkosten mittels Ersatzvornahme den Betrag von CHF 67'000.00 zu bevorschussen. 2. Die Berufungsführer 1 und 2 seien zu verpflichten, nach Durchführung der Mängelbehebung gemäss Ziffer 1 vorstehend, über die Kosten der Ersatzvornahme und den vom Berufungsgegner erhaltenen Kostenvorschuss abzurechnen; unter Nachschusspflicht des Berufungsgegners bei ausgewiesenen und berechtigten Mehrkosten bzw. Rückzahlungsverpflichtung der Berufungsführer 1 und 2 bei ausgewiesenen Minderkosten. 3. Die Berufungsführer 1 und 2 seien zu verpflichten, den Kostenvorschuss zurückzuerstatten, sofern die Mängelbeseitigung und die Abrechnung gemäss Ziffer 2 vorstehend, nicht innert zwei Jahren nach Rechtskraft des obergerichtlichen Urteils erfolgt. 4. Der Berufungsgegner sei zu verurteilen, den Berufungsführern 1 und 2 für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 18'331.90 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) sowie für das obergerichtliche Verfahren, eine Parteientschädigung nach Massgabe der einzureichenden Honorarnote zu bezahlen. 5. Der Berufungsgegner sei zu verurteilen, sämtliche Verfahrens- und Gerichtskosten vor erster und zweiter Instanz (inkl. Kosten Schlichtungsverfahren sowie Gutachterkosten) zu bezahlen. 4. Der Berufungsbeklagte reichte seine Berufungsantwort am 20. August 2018 ein und beantragte, die Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungskläger abzuweisen. 5. Die Berufung kann gemäss Art. 316 Abs. 1 Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) ohne Durchführung einer Verhandlung und ohne weitere Beweisabnahme aufgrund der Akten entschieden werden. Für die Standpunkte der Parteien kann auf ihre Rechtsschriften und die Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Urteil verwiesen werden. Falls nötig, ist im Folgenden näher darauf einzugehen. II. 1. Die Berufungskläger rügen zunächst eine falsche Sachverhaltsfeststellung, wonach die vorhandenen Ersatzplatten für eine Teilsanierung ausreichen würden. 1.1 Eingangs ist der tatsächliche Plattenbestand zu klären. Der Richtigstellung des Berufungsbeklagten, es würden von der Ersatzplatte mit der Tonalität A08/H 133 und nicht 136 Exemplare vorliegen (Berufungsantwort vom 20. August 2018, S.

6), ist zu entnehmen, dass die Vorinstanz fälschlicherweise wohl davon ausgegangen ist, dass die vom Berufungsbeklagten zum Augenschein mitgebrachten drei Platten zu den tatsächlich vorhandenen 133 Platten hinzuzurechnen seien. Mangels Bestreiten der Berufungskläger und infolge der Plausibilität des Vorbringens des Berufungsbeklagten ist vorliegend von 133 Ersatzplatten mit der Tonalität A08/H und 96 Ersatzplatten mit der Tonalität A03/H auszugehen. Dabei ist festzuhalten, dass sämtliche der insgesamt 229 Ersatzplatten mit den Tonalitäten A08/H und A03/H die Artikelnummer 68SERENET90, FSTZ strukturiert/rektifiziert aufweisen, während die divergierenden Bezeichnungen anzeigen, dass es sich um verschiedene Brände derselben Platte mit den damit einhergehenden feinsten Tonalitätsabweichungen handelt.

1.2.1 Betreffend den Plattenbedarf ging die Vorinstanz davon aus, dass 132 Platten inkl. Verschnitt und Verschleiss benötigt würden, um die Teilsanierung durchzuführen. Sie stützt ihre Auffassung darauf, dass dies durch den Sachverständigen G.\_\_\_\_ bestätigt und anlässlich des Augenscheins vom 23. November 2017 vor allen Beteiligten ausgezählt worden sei.

1.2.2 Gemäss dem Gerichtsgutachten der H.\_\_\_\_ AG vom 1. November 2016 seien bei einem Plattenformat von 45 x 90 cm und einem Zuschlag von 15 % für Verschnitt, für eine Teilsanierung ca. 165 Ersatzplatten und für die Neubelegung der Flächen der drei Räume ca. 310 Platten erforderlich. Im Ergänzungsgutachten vom 28. Februar 2017 sei die Ergänzungsfrage des Berufungsbeklagten dahingehend beantwortet worden, dass der effektive Plattenbedarf vor Ort abgezählt werden könne, dazu aber der Verschnitt und Reserveplatten berücksichtigt werden müssten. Gemäss Protokoll der Verhandlung vom 23. November 2017 zählte der Plattenleger zusammen mit dem Gutachter die Platten und eruierte einen Plattenbedarf von 114 Platten zuzüglich des praxisüblichen Zuschlages von 15 % für Verschnitt und Verschleiss, so dass gemäss besagtem Gutachten eine Stückzahl von ca. 132 Platten benötigt würde.

1.3 Die Berufungskläger führen bezüglich des Plattenbedarfes zusammengefasst aus, dass der Gerichtsgutachter G.\_\_\_\_ anlässlich seiner Befragung als Sachverständiger an der Hauptverhandlung vom 23. November 2017 Aussagen zu Protokoll gegeben habe, welche seinem eigenen Gutachten widersprechen würden. So seien gemäss dem besagten Gerichtsgutachten der H.\_\_\_\_ AG vom 1. November 2016 für die vom Gutachter als zwingend angesehene Teilsanierung bei einem Plattenformat von 45 x 90 cm und einem Zuschlag von 15 % für Verschnitt, ca. 165 Ersatzplatten notwendig. Demgegenüber habe der Sachverständige aber anlässlich der Befragung an der Hauptverhandlung zu Protokoll gegeben, dass die im Rahmen des Augenscheins für eine Teilsanierung abgezählten und benötigten 132 Platten inklusive Verschnitt und Verschleiss dennoch ausreichen würden. Gestützt auf die Aussagen des Sachverständigen anlässlich des Augenscheins der Hauptverhandlung, habe die Vorinstanz schliesslich eine Teilsanierung mit den noch vorhandenen 136 Ersatzplatten für möglich gehalten, andernfalls die Teilsanierung mangels genügender Ersatzplatten von vornherein ausser Betracht fallen würde. So habe sich die Vorinstanz betreffend den Plattenbedarf nicht auf das Gutachten vom 1. November 2016 beziehungsweise das Ergänzungsgutachten vom 28. Februar 2017 abgestützt, sondern alleine auf die Abzählung der benötigten Platten anlässlich des Augenscheins an der Verhandlung vom 23. November 2017. Die Berufungskläger machen diesbezüglich geltend, dass das Gerichtsgutachten vom 1. November 2016 nicht auf ungefähren Schätzungen basiere, sondern der Gutachter vielmehr auf seine im Vorfeld gemachten Messungen vor Ort anlässlich des Augenscheins mit den Parteien am 27. Juni 2016 sowie den massstabgetreuen Bauplänen Kalkulationen vorgenommen habe. So bestreiten die Berufungskläger, dass durch ein blosses Abzählen

anlässlich des Augenscheins an der Hauptverhandlung eine genauere Kalkulation der Anzahl Ersatzplatten vorgenommen werden könne als durch diejenige im Gerichtsgutachten, da ansonsten das Gerichtsgutachten der H.\_\_\_\_ AG nicht von Nöten gewesen wäre. Zudem habe der Gutachter an der Hauptverhandlung ausgesagt, dass sich bestimmt «jemand finden werde», der auch mit den noch vorhandenen 136 Platten die notwendige Teilsanierung ausführen könne. Diese Formulierung bekräftige, dass 136 Ersatzplatten gemäss der allgemeinen Erfahrung und den üblichen Schätzungen für die Teilsanierung nicht ausreichen würden.

1.4.1 Der Berufungsbeklagte führte betreffend den Plattenbedarf aus, dass die durch den Gutachter erfolgte Präzisierung betreffend die exakte Anzahl der Ersatzplatten für die Teilsanierung korrekt erfolgt sei, da im Gutachten vom 1. November 2016 wohl von einer zu grossen Fläche ausgegangen worden sei. Mit Eingabe vom 10. Februar 2017 habe der Berufungsbeklagte folglich die Ergänzungsfrage gestellt, ob sich der exakte Plattenbedarf durch Abzählen vor Ort feststellen liesse. Mit Ergänzungsgutachten vom 28. Februar 2017 habe der Gutachter die besagte Frage bejaht. Anlässlich des Augenscheins vom 23. November 2017 sei dieses Vorgehen umgesetzt und festgestellt worden, dass 114 Platten benötigt würden, wobei praxisgemäss 15% dazugerechnet würden, was eine Stückzahl von ca. 132 Platten ergebe. Durch die Berufungskläger sei weder eine falsche Abzählung, noch die Marge von 15% oder der Umstand, dass die Reserve nicht ausreichend sei, im erstinstanzlichen Verfahren oder in der Berufung geltend gemacht worden. Auch sei keine weitere Ergänzung oder Erläuterung der Ausführungen des Gutachters oder gar ein Obergutachten beantragt worden.

1.4.2 Der Berufungsbeklagte dementiert weiter explizit, dass der Gutachter erwähnt haben soll, dass sich «wohl kein Fachmann finden» lasse, der mit der vorliegenden Anzahl Ersatzplatten die Teilsanierung vornehmen könne. Aufgrund des Zuschlages von 15 % für Verschnitt und Verschleiss finde folglich keine unrechtmässige Risikoübertragung zulasten der Berufungskläger statt, da die Ersatzplatte der Tonalität A08/H in genügender Anzahl vorhanden sei und die Ersatzvornahme mit der gesetzlich gebotenen Sorgfalt ohne weiteres erfolgreich durchgeführt werden könne.

1.5 Gemäss übereinstimmender Darstellung beider Parteien ist dem Gutachten vom 1. November 2016 inklusiv einem Zuschlag von 15 % für Verschleiss und Verschnitt ein Bedarf von ca. 165 Ersatzplatten zu entnehmen, während die Vorinstanz gestützt auf die Abzählung des Plattenbedarfs anlässlich der Verhandlung vom 23. November 2017 inklusiv einem praxisgemässen Zuschlag von 15 % für Verschleiss und Verschnitt von einem Bedarf von 132 Ersatzplatten ausging.

1.5.1 Die Vorinstanz hat sich in der Erwägung 5.3 eingehend mit dem tatsächlichen Bedarf an Platten auseinandergesetzt und die Differenz der Anzahl Platten zwischen dem gerichtlich angeordneten Gutachten vom 1. November 2016 und der Zählung der tatsächlich benötigten Anzahl Platten anlässlich des Augenscheins festgestellt. An der Befragung des Sachverständigen gab dieser zu Protokoll, dass die vorliegende Toleranz der Stückzahl normal sei. Trotz der unbestrittenen Differenz zwischen dem im Gutachten vom 1. November 2016 und dem im Ergänzungsgutachten vom 28. Februar 2017 festgestellten Bedarf an Ersatzplatten ist zu erkennen, dass sich die Vorinstanz auf den anlässlich des Augenscheins vom 23. November 2017 durch den Sachverständigen vor allen Beteiligten ausgezählten Plattenbedarf festlegte. Die Vorinstanz stützt sich diesbezüglich folglich auf das Gerichtsgutachten der H.\_\_\_\_ AG vom 1. November 2016 beziehungsweise das Ergänzungsgutachten vom 28. Februar 2017 und ignoriert keineswegs die Divergenz der unterschiedlichen Bedarfsergebnisse an Ersatzplatten.

1.5.2 Weiter ist zu der festgestellten Divergenz des Bedarfes an Ersatzplatten entgegen den Ausführungen der Berufungskläger auszuführen, dass das

Ergänzungsgutachten vom 28. Februar 2017 seine Beendigung aufgrund des expliziten Vorbehaltes der Nachzählung des Plattenbedarfes vor Ort nicht im Schreiben vom 28. Februar 2017, sondern vielmehr erst im Abschluss der Expertise anlässlich des protokollierten Augenscheins vom 23. November 2017 findet. Dabei ist zu bemerken, dass die Berufungskläger gemäss dem Protokoll der Verhandlung vom 23. Februar 2017 der Vorgehensweise in Gestalt einer Abzählung des Plattenbedarfes mit der Bemerkung, es müssten «zwingend genügend Reserven einberechnet werden» zugestimmt haben (Verhandlungsprotokoll vom 23. Februar 2017, S. 2). Es ist demgemäss nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz gestützt auf die Kalkulierungen des Gutachters anlässlich des Augenscheins an der Verhandlung vom 23. November 2017 von einem tatsächlichen Bedarf von 132 Ersatzplatten inklusive einem Zuschlag von 15 % für Verschnitt und Verschleiss ausgeht.

1.5.3 Der Einwand der Berufungskläger, dass der Gutachter an der Hauptverhandlung erwähnt habe, «dass sich bestimmt jemand finden werde, der auch mit den noch vorhanden 136 Platten die notwendige Teilsanierung ausführen könne» ist nicht dem Protokoll der Befragung der sachverständigen Person zu entnehmen, sondern dem Urteil vom 23. November 2017. Aus dem Kontext der im Urteil vom 23. November 2017 wiedergegebenen Aussage des Sachverständigen, «es werde sich bestimmt jemand finden, der diese Teilsanierung mittels dieser 136 Platten vornehmen werde» erschliesst sich, dass der Sachverständige keineswegs darauf hindeutete, dass der Plattenbestand nicht ausreichen sollte. Vielmehr wies er im selben Satz darauf hin, dass das Risiko der Plattenverlegung klein sei und sich daher jemand finden werde, der die Teilsanierung mit der vorliegenden Anzahl Platten vornehmen könne. Dies stimmt auch mit der protokollierten Aussage anlässlich der Befragung der sachverständigen Person vom 23. November 2017 überein, dass die vorliegende Arbeit «keine grossen Risiken», eine Platte zu beschädigen, berge, da «bei Platten, bei denen man Ecken rausschneiden muss» die Gefahr der Beschädigung der Platte grösser sei, als bei einem geraden Schnitt. Mit der vorliegenden Anzahl an Platten, sei die Teilsanierung seiner Meinung nach kein Problem. Dabei ist zu bemerken, dass der Sachverständige diesbezüglich explizit von 130 Platten und nicht von den bestehenden 133 Ersatzplatten ausging. Zudem ist im Protokoll der Befragung der sachverständigen Person vom 23. November 2017 die Frage des Gerichtspräsidenten «Denken Sie, dass ein Unternehmer gefunden wird, der dies ausführt?» enthalten, welche durch den Sachverständigen ausdrücklich mit dem Wort «Ja» beantwortet wurde. Daraus lässt sich aber offensichtlich kein Indiz auf einen zu geringen Plattenbestand finden, sondern es bestätigt den ausreichenden Bestand explizit. Die Interpretation der Berufungskläger, dass die Aussage des Sachverständigen «es werde sich bestimmt jemand finden» lassen, in einem Umkehrschluss so zu deuten sei, dass «136 Platten gemäss der allgemeinen Lebenserfahrung und den üblichen Schätzungen (...) für die Teilsanierung nicht ausreichen» würden, ist in Anbetracht der Aktenlage als unsachgerecht zu qualifizieren.

1.6 Infolge genannter Ausführungen ist bezüglich des Plattenbedarfes zusammenfassend zu vermerken, dass dem Bedarf von 132 Ersatzplatten inklusive einem Zuschlag von 15 % für Verschnitt und Verschleiss ein tatsächlicher Bestand von 133 Ersatzplatten der Tonalität A08/H gegenübersteht. Die Vorinstanz hat den Sachverhalt betreffend die Frage, ob die vorhanden Ersatzplatten für eine Teilsanierung ausreichen, somit richtig festgestellt.

2. Die Berufungskläger machen des Weiteren geltend, dass der Sachverhalt, wonach nach Durchführung einer Teilsanierung keine ästhetischen Mängel bestehen würden, falsch festgestellt worden sei.

2.1 Einleitend ist festzuhalten, dass die Berufungskläger gemäss dem Urteil der Vorinstanz ausgesagt haben, «dass sie, da die Originalplatten nicht mehr

vorhanden seien, die Ersatzplatten akzeptieren würden, vorbehältlich, dass diese in genügender Anzahl geliefert und verlegt werden könnten». Dies wurde anlässlich des Schlussvortrages des Vertreters der Berufungskläger an der Verhandlung vom 23. November 2017 explizit mit der Formulierung bestätigt, «die Kläger wären bereit gewesen, die Ersatzplatten zu akzeptieren», sofern genügend Platten vorhanden gewesen wären. Demgegenüber verneinten die Berufungskläger, nachdem mittels Nachzählung der tatsächliche Plattenbedarf festgestellt worden war, die Frage anlässlich ihrer Parteibefragung vom 23. November 2017, ob sie mit der Situation leben könnten (gemeint ist der Einbau der Ersatzplatte der Tonalität A08/H). Der als Zeuge einvernommene D.\_\_\_\_ gab in diesem Zusammenhang anlässlich der Einvernahme vom 23. November 2017 prospektiv zu Protokoll, dass der Sachverständige den Berufungsklägern «wohl nicht das, was sie hören wollten» gesagt habe.

2.2 Die Berufungskläger führen in ihrer Berufung im Wesentlichen aus, dass gemäss dem Gerichtsgutachten der H.\_\_\_\_ AG vom 1. November 2016 beziehungsweise dem Ergänzungsgutachten vom 28. Februar 2017 rund 165 Ersatzplatten benötigt würden und über die 136 vorhandenen Ersatzplatten mit der Artikelnummer 68SERENET90, FSTZ strukturiert/rektifiziert, keine weiteren Exemplare auf dem Markt bestellt werden könnten. So hätten die Berufungskläger bei einer Teilsanierung neben dem Restposten an Ersatzplatten zusätzlich eine zweite Ersatzplatte zu verbauen. In der Folge wären in den Nasszellen der Berufungskläger bis zu drei unterschiedliche Platten zu verbauen. Die Berufungskläger hätten aber sowohl bei der Erstellung des Stilkonzeptes als auch anlässlich des Augenscheins wiederholt den Berufungsbeklagten und die Vorinstanz darauf hingewiesen, dass sie «Wert auf Design und Ästhetik» legen würden und sich kleine Nuancen hinsichtlich Farbe und Struktur störend auf den Gesamteindruck auswirken würden. Durch eine Teilsanierung würden demnach ästhetische Mängel verbleiben, so dass ein Nachbesserungsanspruch für die vollständige Neuverlegung aller Wand- und Bodenplatten in den drei Nasszellen bestehe.

2.3 Der Berufungsbeklagte führt demgegenüber aus, dass selbst wenn möglicherweise ein geübtes Auge einen minimalen Unterschied feststellen könnte, nicht von ästhetischen Mängel die Rede sei, da bereits die verlegte Platte jeweils geringfügig anders wirke, wenn sie horizontal oder vertikal verlegt würde. Dass der Berufungsbeklagte explizit oder konkludent die Zusicherung gegeben habe, erhöhte ästhetische Vorgaben zu erfüllen, werde bestritten.

2.4 Aufgrund der mehrfach erfolgten Bestätigung, dass die Ersatzplatten mit der Tonalität A08/H, den Ansprüchen der Berufungskläger genügen würden (vgl. Verhandlungsprotokoll, S. 8, letzter Abschnitt; Plädoyernotizen von Rechtsanwalt Fivaz, S. 11) und der tatsächliche Bestand von 133 Ersatzplatten der Tonalität A08/H dem tatsächlichen Bedarf von 132 Ersatzplatten inklusive einem Zuschlag von 15 % für Verschnitt und Verschleiss zu decken vermag, kann trotz eines durch die Berufungskläger wiederholt geltend gemachten Wertes auf Design und Ästhetik nach Durchführung einer Teilsanierung mittels der Ersatzplatte der Tonalität A08/H kein ästhetischer Mangel nachgewiesen werden. So ist auch dem Protokoll der Befragung des Sachverständigen vom 23. November 2017 zu entnehmen, dass bei einer Teilsanierung von CHF 38'000.00 «keine Mängel» und kein Minderwert bestehen würden. Aufgrund des ausreichenden Bestandes der Ersatzplatte mit der Tonalität A08/H erübrigen sich Fragen betreffend die Ästhetik der Ersatzplatte mit der Tonalität A03/H. Die Berufungskläger, welche sich bezüglich der ästhetischen Mängel auf Ausführungen über den Einbau der Ersatzplatte mit der Tonalität A03/H beschränken, vermögen somit die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nicht umzustossen. Die Feststellung der Vorinstanz, dass von einem ästhetischen Mangel nach

durchgeführter Teilsanierung nicht die Rede sein könne, ist demnach nicht zu beanstanden.

3. Als dritten Berufungsgrund machen die Berufungskläger die falsche beziehungsweise fehlende Feststellung, wonach die Sanierungskosten in jedem Falle verhältnismässig seien, geltend.

3.1. Die Berufungskläger stützen sich wiederum darauf, dass eine Teilsanierung mit den maximal vorhandenen 136 Ersatzplatten nicht möglich sei und eine solche Teilsanierung aus ästhetischen Gründen mangelhaft wäre. So bestehe gemäss den Berufungsklägern grundsätzlich Anspruch auf eine vollständige Neuverlegung der Wand- und Bodenplatten in allen drei Badzimmerräumen. Während das Gerichtsgutachten der H. \_\_\_ AG vom 1. November 2016 von Sanierungskosten im Betrag von CHF 67'000.00 ausgehen würde, gingen die Berufungskläger gestützt auf die eingereichten Offerten (Klagebeilage Nr. 18) von Sanierungskosten von rund CHF 81'100.00 aus. Die Berufungskläger machen bezüglich den durch sie geforderten Sanierungskosten geltend, dass die Vorinstanz sich fälschlicherweise zu der Frage, ob diese Sanierungskosten verhältnismässig seien, beziehungsweise übermässige Kosten im Sinne von Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 bzw. Art. 368 Abs. 2 OR darstellen, nicht geäussert habe. Fälschlicherweise sei die Vorinstanz davon ausgegangen, dass die vorhandenen 136 Ersatzplatten für eine Teilsanierung ausreichen würden und sich deshalb die Rechtsfrage der übermässigen Kosten bei einer vollständigen Sanierung nicht stellen würde.

3.2 Anlässlich des Augenscheins am 23. November 2017 kalkulierte der Sachverständigen den Bedarf auf 132 Ersatzplatten. Dadurch entzieht sich die Argumentation der Berufungskläger, dass die Teilsanierung mit den maximal vorhandenen 136 Ersatzplatten nicht möglich und infolgedessen eine vollständige Neuverlegung der Wand- und Bodenplatten notwendig sei, ihrer Grundlage. Aufgrund der erfolgten Feststellung, dass nach Durchführung der Teilsanierung infolge des ausreichenden Bestandes an Ersatzplatten der Tonalität A08/H keine Mängel bestehen bleiben, erübrigt sich, wie die Vorinstanz richtig erkannte, die Prüfung der Übermässigkeit der Kosten einer Totalsanierung. Die Feststellung der Vorinstanz, dass betreffend die Höhe der Sanierungskosten die Verhältnismässigkeit und Übermässigkeit nicht zu prüfen sei, ist daher nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz hat diesbezüglich das Recht richtig angewendet.

4.1 Die Berufungskläger machen des Weiteren eine Verletzung von Art. 2 ZGB bezüglich der Frage des Nachforderungsrechts geltend. Indem die Vorinstanz einseitig zu Lasten der Berufungskläger eine Rückerstattungspflicht für den Fall auferlegte, dass der zugesprochene Kostenvorschuss höher als die effektiven Sanierungskosten im Rahmen der Ersatzvornahme sei, aber den Berufungsklägern dennoch kein Nachforderungsrecht für die Fallkonstellation zugesprochen habe, dass diese Sanierungskosten höher als der erhaltene Kostenvorschuss seien, habe die Vorinstanz willkürlich geurteilt und damit Bundesrecht verletzt. Das Urteil sei entsprechend zu revidieren.

4.2 Der Anspruch auf Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR stellt eine Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs auf Leistung, beziehungsweise Nachbesserung durch den Unternehmer selber dar, so dass der daraus resultierende Anspruch des Bestellers auf Kostenersatz als Aufwendungs- und nicht Schadenersatz zu qualifizieren ist (BGE 126 III 230 E. 7a/aa S. 233; Urteil [des Bundesgerichts] 4A\_556/2011 vom 20. Januar 2012 E. 2.4). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellen Vorschüsse Akonto-Zahlungen dar, die definitionsgemäss unter dem Vorbehalt definitiver Kostenliquidierung geleistet werden, so dass das Kostenvorschussurteil im Abrechnungsprozess weder die Rückforderung eines zu hohen Kostenvorschusses durch den Unternehmer noch die Nachforderung der noch nicht gedeckten Kosten durch den Besteller ausschliesst (BGE 141 III 257 E. 3.3 S. 260; mit

Hinweisen). Da die Vorschussleistung des Unternehmers ein «vorweggenommener» Aufwandsersatz für die Eigenverbesserung des Werkes bezeichnet, hat der Besteller über den erhaltenen Vorschuss abzurechnen und einen allfälligen Überschuss dem Unternehmer zurückzuerstatten (Peter Gauch: Der Werkvertrag, Freiburg 2011, N 1818).

4.3 Aufgrund der Wesensart eines Kostenvorschusses, welche weder eine Nachforderung ungedeckter Kosten durch den Besteller ausschliesst noch gemäss gesetzlicher Konzeption eine Nachzahlungspflicht statuiert, vermögen die Berufungskläger die Verletzung von Treu und Glauben nach Art. 2 Abs. 1 ZGB nicht zu begründen. Überdies kann dadurch, dass sich die Berufungskläger in ihren Ausführungen wiederum auf die Ersatzvornahme bei vollständigem Ersatz aller Wand- und Bodenplatten in den Badezimmern berufen, für die Überprüfung eines Nachforderungsrechts nicht auf die eingereichten Offerten (vgl. Sammelbeilage Nr. 18) abgestellt werden, weil diese im Hinblick auf eine Totalsanierung und nicht eine Teilsanierung eingeholt wurden. Mit der Feststellung des Gutachters anlässlich des Augenscheins am 23. November 2017, dass die vorhandenen Plattenbestände mit der Tonalität A08/H ausreichen würden und dadurch nach der Teilsanierung keine Mängel beständen, kann in casu auch nicht von einer «Behelfslösung», beziehungsweise gemäss der Formulierung der Berufungskläger von einem «Flickwerk», welches sich der Besteller nicht gefallen lassen muss, ausgegangen werden (vgl. Gaudenz G. Zindel / Urs Pulver in: Heinrich Honsell et al. [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Basel 2011, Art. 368 N 56). Das Urteil der Vorinstanz ist folglich entgegen der Rüge der Berufungskläger, dass die Regelung hinsichtlich der Abrechnung über die Kosten der Ersatzvornahme Treu und Glauben widersprechen würden und qualifiziert falsch beziehungsweise willkürlich sei, nicht zu beanstanden. Es liegt somit keine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 ZGB bezüglich des Nachforderungsrechts vor.

5. Als fünften Berufsgrund machen die Berufungskläger die falsche Rechtsanwendung von Art. 104 ff. ZPO geltend.

5.1 Gemäss den Ausführungen der Vorinstanz seien den Berufungsklägern CHF 38'000.00 zugesprochen worden, also CHF 13'500.00 mehr als die bereits anerkannten CHF 24'500.00. Demnach hätten die Kläger mit den zugesprochenen CHF 13'500.00 in Bezug auf die eingeforderten CHF 81'100.00 (abzüglich der anerkannten CHF 24'500.00) im Umfang von rund 1/4 obsiegt (bezogen auf CHF 56'600.00). In der Folge seien die Kläger gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO im Umfang von 3/4 kostenpflichtig geworden und der Berufungsbeklagte im Umfang von 1/4, während die Gerichtskosten (inkl. Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 500.00 sowie Gutachterkosten) analog verteilt worden seien.

5.2 Die Berufungskläger führen im Wesentlichen aus, dass die Vorinstanz den Betrag in der Höhe von CHF 24'500.00 fälschlicherweise als vorprozessuale Anerkennung betrachtet habe, obwohl die Behauptung des Berufungsbeklagten, der Geldbetrag in der Höhe von CHF 24'500.00 habe angeblich bereitgestanden, weder durch die Berufungskläger anerkannt noch durch den Berufungsbeklagten ansatzweise bewiesen oder diesbezüglich im Rahmen des Hauptprozesses ein Beweis abgenommen worden sei. Hätte der Berufungsbeklagte die Bezahlung von CHF 24'500.00 nicht als «Persaldoerklärung» verstanden haben wollen, hätte er in der Klageantwort vom 17. August 2017 nicht die vollständige Abweisung der Klageforderung beantragt. Erst mit der Eingabe vom 16. November 2017 habe der Berufungsbeklagte die Klageforderung im Umfang von CHF 38'000.00 akzeptiert, so dass in diesem Betrag eine Klageanerkennung gemäss Art. 241 ZPO vorliege. Massgebend dürfe demnach nur sein, dass die Berufungskläger mit ihrem Hauptbegehren um umfassende Sanierung ihrer Nasszellen vollumfänglich obsiegt hätten und die gesamten Prozesskosten folglich dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen seien. Die

prozentuale Aufteilung der Prozesskosten durch die Vorinstanz sei folglich insofern fehlerhaft, als der Berufungsbeklagte nur im Umfang von CHF 13'500.00 anstatt CHF 38'000.00 beziehungsweise CHF 67'000.00 unterliege. 5.3 Der Berufungsbeklagte weist hingegen darauf hin, dass der Betrag in der Höhe von CHF 24'500.00 bereits vor Klageeinreichung mit Schreiben vom 12. Februar 2015 anerkannt und folglich korrekterweise nicht zum Streitwert gerechnet worden sei. Hinsichtlich der Kostenverlegung sei alleine entscheidend, dass der Betrag in der Höhe von CHF 24'500.00 im Zeitpunkt der Klageeinreichung nicht mehr strittig gewesen sei. Die Schuldanerkennung sei weder «unpräjudiziell noch an irgendwelche Bedingungen geknüpft – insbesondere nicht an eine Saldoklausel» gebunden gewesen. Sinn und Zweck der bedingungslosen Schuldanerkennung sei darin gelegen, das Prozessrisiko des Berufungsklägers zu mindern. Die Berufungskläger hätten den anerkannten Vorschussbetrag im Umfang von CHF 24'500.00 demnach entgegennehmen und den von ihnen behaupteten zusätzlich zu leistenden Vorschussbetrag einklagen können. Der Berufungsbeklagte habe folglich das Prozessrisiko im Umfang des von ihm bereits vor Klageeinreichung anerkannten Vorschussbetrages von CHF 24'500.00 nicht zu tragen. 5.4 Bei Leistungsklagen ergibt sich der Streitwert direkt aus dem Wert der geforderten Leistung, so zum Beispiel der Höhe der eingeklagten Geldsumme oder des Wertes des zu Eigentum beanspruchten Gegenstandes. Bei auf bezifferte Geldzahlungen lautenden Leistungsklagen ergibt sich der Streitwert ohne weiteres aus dem Klagebegehren (Heinz Hausheer / Hans Peter Walter [Hrsg.]: Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 91 ZPO N 6). Die Prozesskosten werden gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten und bei Klagerückzug gilt die klagende Partei, bei Anerkennung der Klage die beklagte Partei als unterliegend. Der Kläger obsiegt vollständig, wenn alle seine Rechtsbegehren gutgeheissen werden, während der Beklagte obsiegt, wenn die Klage abgewiesen wird (Alexander Brunner / Dominik Gasser / Ivo Schwander [Hrsg.]: Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich / St. Gallen 2016, Art. 106 ZPO N 2). Teilweises Obsiegen und Unterliegen ist gegeben, wenn auf einen Teil der Klage nicht eingetreten wird, die Klage teilweise anerkannt oder nur teilweise materiell gutgeheissen wird oder eine Kombination dieser Erledigungsarten vorliegt (Paul Oberhammer / Tanja Domej / Ulrich Haas [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2014, Art. 106 ZPO N. 2).

5.5 Das Schreiben von Rechtsanwalt Thomas Fürst vom 12. Februar 2015 an Rechtsanwalt Pierre Fivaz enthielt den Textausschnitt: «Der kumulierte Betrag – aufgerundet um gut 10 % für Unvorhergesehenes; insgesamt CHF 24'500.00 – ist unbestritten geschuldet und steht für die Überweisung an ihre Klientschaft bereit. Ich ersuche Sie höflich, mir diesbezüglich die entsprechenden Kontodaten zukommen zu lassen.» Der Zivilklage vom 25. März 2015 war zu entnehmen, dass die Kläger aufgrund des Angebotsschreibens vom 12. Februar 2015 davon ausgingen, die Gegenpartei rechne im Zusammenhang mit der Mängelbehebung alleine für die unbestrittenen Positionen mit Kosten von ca. CHF 24'500.00, während sich die effektiven Kosten gemäss Einschätzung der Offerenten auf weit über CHF 30'000.00 belaufen würden. Mit der erwähnten Formulierung, der Beklagte rechne «im Zusammenhang mit der Mängelbehebung alleine für die unbestrittenen Kostenpositionen mit Kosten von ca. CHF 24'500.00» wird erkenntlich, dass die Berufungskläger entgegen den Ausführungen in der Berufungsschrift in Tat und Wahrheit richtigerweise bereits am 25. März 2015 davon ausgegangen sind, dass es sich um einen «Akontobetrag und nicht eine vergleichsweise Per-Saldozahlung» gehandelt habe, da sich der Betrag in der Höhe von CHF 24'500.00 nur auf die unbestrittenen und nicht auf die bestrittenen Kostenpositionen

bezog. Der Berufungsbeklagte führt folglich stringent aus, dass der Betrag von CHF 24'500.00 bei Klageeinreichung nicht mehr strittig gewesen sei. Die Erwägung 5 der Vorinstanz qualifiziert das Zahlungsangebot vom 12. Februar 2015 somit zutreffend als Schuldanererkennung. Der Umstand, dass das Geld bereits für die Überweisung bereitstand und die Berufungskläger aufgrund der fehlenden Mitteilung der Kontodaten in der Verantwortung stehen, dass die Zahlung nicht getätigt werden konnte, stützt dieses Ergebnis zusätzlich. 5.6 Anlässlich des erstinstanzlichen Verfahrens forderten die Kläger mit Klage vom 12. November 2014 in ihrem Rechtsbegehren, der Beklagten habe den von einem Gutachter zu bestimmenden Betrag als Bevorschussung der Ersatzvorname zu bezahlen. Der Beklagte anerkannte in seinem Schreiben vom 16. November 2017 die Forderung von CHF 38'000.00 entsprechend dem Gutachten vom 1. November 2016 und dem Ergänzungsgutachten vom 28. Februar 2017. Aus dem Kontext lässt sich ermitteln, dass die Schuldanererkennung vom 12. Februar 2015 im Umfang von CHF 24'500.00 in der Anerkennung der Forderung von CHF 38'000.00 inkludiert ist. Im zweiten Parteivortrag forderten die Kläger, «der Beklagte sei zu verurteilen, den Klägern CHF 81'000.00 (...) zu bezahlen». In Bezug auf den im Zeitpunkt der Urteilsfindung umstrittenen Betrag von CHF 43'000.00 sind die Kläger somit vollumfänglich unterlegen. Nach dem Grundsatz, dass die Kosten nach Ausgang des Verfahrens verteilt werden, wird ersichtlich, dass die Vorinstanz die Prozesskosten zugunsten der Kläger auf die Parteien verteilt hat. 6. Die Berufung erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Die Berufungskläger werden damit gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO kostenpflichtig. Sie haben die Gerichtskosten zu bezahlen und der Gegenpartei die Parteikosten zu entschädigen. Der Berufungsbeklagte macht einen Aufwand von CHF 3'882.70 (15.45 Stunden à CHF 230.00 plus CHF 51.60 Auslagen plus Mehrwertsteuer) geltend. Dies ist angemessen. Die Gerichtskosten werden auf CHF 5'500.00 (inklusive Mehrwertsteuer und Auslagen) festgesetzt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

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