

ZH_OBERGERICHT LB120053 vom 4. September 2012

ZH Obergericht, 2012-09-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB120053

FR: ZH_OBERGERICHT LB120053 du 4 septembre 2012

IT: ZH_OBERGERICHT LB120053 del 4 settembre 2012

Erwägungen

E. 1

Da das Verfahren vor Vorinstanz nach dem 1. Januar 2011 rechtshängig gemacht wurde, sind auf das Verfahren vor beiden Instanzen die Bestimmungen der Eidgenössischen Zivilprozessordnung anwendbar. Die Vorinstanz hat mit Verfügung vom 28. Juli 2011 einen zweiten Schriftenwechsel angeordnet (Urk. 14). Mit Erstattung der zweiten Rechtsschrift war das Novenrecht der Parteien erschöpft. Neue Tatsachen und Beweismittel konnten bzw. können die Parteien erst- wie zweitinstanzlich nur noch unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 lit. a und b ZPO vorbringen (Art. 229 Abs. 2 ZPO, Art. 317 ZPO). Die von den Klägern und Berufungsklägern (nachfolgend nur noch Kläger) erstmals im Berufungsverfahren neu eingereichten Urkunden 37/18, 37/19 und 37/21 sind daher nicht mehr beachtlich, zumal die Kläger nicht dartun, warum sie nicht früher in der Lage gewesen wären, diese aus den Jahren 2007 und 2008 datierenden Briefe der Vorinstanz einzureichen.

E. 1.1

Nach der Bestreitung noch vorhandener und/oder mit verhältnismässigem Aufwand behebbarer Mängel durch die Beklagte in der Klageantwort erliess die Vorinstanz eine Substanziierungsaufgabe an die Kläger. Sie forderte sie auf, in einer zweiten Rechtsschrift (Replik) u.a. konkret darzulegen, um welche Mängel es sich im einzelnen handle, welche gemäss der - nach Arbeitsgattungen gegliederten - Kostenschätzung der E._____ AG behoben werden sollen bzw. welcher Aufwand sich auf welchen Mangel im Einzelnen beziehe (inklusive Bezifferung) bzw. inwieweit im Kostenvoranschlag als allgemeine Kostenstellen aufgeführte Vorarbeiten, übergreifende Arbeiten und Arbeiten von Fremdhandwerkern sich auf welche der zu behebbenden Mängel im Einzelnen bezögen (Urk. 14). Mit der Replik (Urk. 19) reichten die Kläger zunächst eine von ihnen erstellte, durchnummerierte Mängel- und Entschädigungsliste mit 82 Positionen ein, welche von der Beklagten offenbar am 12. Juni 2009 je einzeln mit Kommentaren versehen worden war. In diesen Kommentaren bestritt die Beklagte alle aufgelisteten Mängelbehebungsansprüche, entweder unter Berufung auf fehlende rechtliche Ansprüche, oder unter Verneinung eines entsprechenden Schadens oder Mangels, bzw. unter Hinweis auf die bereits erfolgte Behebung des Mangels bzw. unter Anerkennung bloss eines konkret bezifferten Minderwertes (Urk. 20/10). Weiter reichten die Kläger mit der Replik eine Präzisierung des Kostenvoranschlags ("Referenzliste") der E._____ AG vom 19. April 2010 ein. In dieser Liste werden den im Kostenvoranschlag aufgelisteten Arbeitsgattungen "Demontagen/Spitzarbeiten", "Maurer-, Verputz- Gipsarbeiten" und "Plattenlegerarbeiten" ein Teil der Positionsnummern der Mängel gemäss Urk. 20/10 gruppenweise zugeordnet, was die Kläger auch auf Seite 4 der Replik wiederholen. Hinsichtlich der Kostenschätzung für die allgemeinen Arbeitsgattungen

"Baustelleneinrichtung", "Ab-deckarbeiten" und "Fremdhandwerker/Reserve" wird keine nähere Aufschlüsselung auf die einzelnen Schadenspositionen gemäss Urk. 20/10 vorgenommen. Schliesslich reichten die Kläger mit der Replik Schwarz-Weiss-Fotokopien von Mängelfotos ein (Urk. 20/12), auf denen die geltend gemachten Mängel jedoch kaum oder nur andeutungsweise erkennbar sind, deren Lokalisation objektiv - von wenigen Ausnahmen abgesehen - und deren Bezug zu den Mängelpositionen von

- 8 - Urk. 20/10 nicht klar ersichtlich ist. In ihrem Urteil erwog die Vorinstanz, zwischen der Kostenschätzung der E._____ AG und den von den Klägern aufgelisteten Mängeln sei kein Bezug herstellbar. Es sei nicht ersichtlich, die Behebung welches Mangels wie viel kosten solle. Die Kläger würden nur Gesamtbeträge für Mängelgruppen nennen. Die Beklagte sei damit nicht in der Lage, dazu Stellung zu nehmen. Der Klagesachverhalt habe daher mangels der erforderlichen Substanziierung ausser Acht zu bleiben (Urk. 35 S. 11ff). Die mangelnde Substanziierung der Mängel und Mängelbeseitigungskosten führte die Vorinstanz zur Abweisung der Klage.

E. 1.2

Weiter hatte die Vorinstanz mit ihrer Verfügung vom 28. Juli 2011 die Kläger aufgefordert, die Einhaltung der formellen Anforderungen an die Mängelrüge gemäss SIA Norm 118 sowie die Erfüllung der Voraussetzungen zur Ersatzvornahme nach eben diesen Bestimmungen besser zu substantzieren, insbesondere hinsichtlich des Datums der Mängelrüge, der dabei im Einzelnen gerügten Mängel und der Inverzugsetzung der Beklagten (Urk. 14). In der darauf erstatteten Replik verwiesen die Kläger betreffend die erfolgte Mängelrüge auf die Kenntnis der Beklagten von den Mängeln u.a. infolge der gemeinsam bearbeiteten Mängelliste Urk. 20/10 und bezüglich der Fristansetzungen auf eine schriftliche Aufforderung des klägerischen Vertreters an die Beklagte vom 8. Januar 2008, innert 10 Tagen entweder die noch bestehenden Mängel zu beheben oder ein Angebot zur Abgeltung dieser Mängel zu unterbreiten (Urk. 20/15), sowie auf ein weiteres Schreiben des klägerischen Vertreters vom 25. Februar 2010, worin er eine angebotene Abfindungszahlung als ungenügend zurückwies (Urk. 20/16). Weiter erklärten die Kläger in der Replik, bei der Wohnungsabnahme im Herbst 2006 sei ein gemeinsames Mängelprotokoll mit rund 130 Mängeln erstellt worden. Eine grosse Anzahl der Mängel sei in der Folge behoben worden, mehr als die Hälfte der Mängel sei aber bestehen geblieben und es seien durch die Mängelbehebung wiederum neue Mängel entstanden. Auch die von den Parteien gemeinsam beauftragte D._____ AG habe dies u.a. am 21. Juni 2007 festgehalten. Die nach wie vor existierenden Mängel seien der Beklagten daher seit

- 9 - Jahren detailliert bekannt, sei es aufgrund des ursprünglichen Mängelprotokolls, sei es aufgrund des Gutachtens der D._____ AG, sei es aufgrund der unzähligen Schreiben des klägerischen Vertreters und der gemeinsamen Sitzungen. Nachdem die Beklagte trotzdem immer noch behauptete, sie wisse nicht, um welche Mängel es gehe, hätten die Kläger nicht anders gekonnt als die E._____ AG mit einer Kostenschätzung zu beauftragen (Urk. 19 S. 5ff). Zu diesem Punkt erwog die Vorinstanz in ihrem Urteil, nach den einschlägigen Bestimmungen der SIA Norm 118 habe der Bauherr bei Vorliegen von Mängeln dem Unternehmer zunächst Frist zur Beseitigung der Mängel anzusetzen. Erfolge keine Verbesserung, so habe der Bauherr dem Unternehmer eine Nachfrist zur Verbesserung anzusetzen und (erst) im Säumnisfall nach dieser zweiten Frist das Recht auf Ersatzvornahme durch einen Dritten auf Kosten des Unternehmers. Die Kläger hätten dazu lediglich pauschal erklärt, sie hätten der Beklagten mehrmals und schriftlich eine

angemessene Frist für die Mängelbehebung angesetzt und man habe mehrfach gemeinsam versucht, eine Lösung zu finden. Mit diesen Ausführungen seien indessen die förmlichen Erfordernisse einer gehörigen Rüge bezüglich der einzelnen, prozessual geltend gemachten Mängel und die Ansetzung gehöriger Fristen zur Nachbesserung der prozessual geltend gemachten Mängel als Voraussetzung einer Ersatzvornahme nicht ausreichend dargelegt worden und gerichtlich nicht überprüfbar. Dies führe daher zur Abweisung der Klage (Urk. 35 S. 8ff). 2. Mit ihrer Berufung bringen die Kläger im wesentlichen vor, die geltend gemachten Mängel seien der Gegenpartei seit Jahren detailliert bekannt und die Kosten für ihre Behebung seien aktenkundig belegt. Eine detailliertere Darstellung der Mängel/Kosten sei im Rahmen eines Schriftenwechsels nicht möglich, sondern hätte zwingend den Beizug eines unabhängigen Experten und eine Parteibefragung durch das Gericht erfordert (Urk. 34 S. 3f, 10). Im Übrigen wiederholen die Kläger ihre vorinstanzliche Darstellung zum weiteren tatsächlichen Umfeld und den Abläufen im Zusammenhang mit den Mängeln und der Mängelbehebung und machen noch weitere, neue Mängel und Rügen/Fristansetzungen geltend (Urk. 34

- 10 - S. 9f). Mit den letztgenannten Ausführungen sind die Kläger im Berufungsverfahren indessen ausgeschlossen (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

E. 2

In der Berufungsbegründung sind die Anträge zu stellen und zu begründen. D.h. die Berufungskläger müssen in der Berufungsschrift klare und ausdrückliche Anträge zur Sache oder zum Verfahren formulieren. Es muss zum Ausdruck gebracht werden, wie genau die Berufungsinstanz entscheiden soll bzw. welche Änderungen im Dispositiv erfolgen sollen. Durch die Anträge werden Inhalt und Umfang der Überprüfung durch die Berufungsinstanz festgelegt. Die Berufung hat sich sodann inhaltlich mit den erstinstanzlichen Entscheidungsgründen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht auseinander zu setzen (Reetz/Theiler, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 N 34ff; Ivo Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311N 14ff). Die am Anfang der Berufungsbegründung der Kläger formulierten Berufungsanträge genügen den vorstehenden Erfordernissen zwar nicht, indem sie dort nur die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids verlangen. Auf Seite 4 der Berufungsbegründung konkretisieren die Kläger indessen ihre Rechtsbegehren klarer, indem sie die Guttheissung ihrer Klage im bezifferten Umfang von CHF 75'820.-

- 5 - zuzüglich Zinsen beantragen sowie in prozessualer Hinsicht die Beauftragung eines Sachverständigen (Urk. 34 S. 4 RZ 6). Die letztgenannten Anträge genügen den Anforderungen an Berufungsanträge, da sie ausreichend klar und deutlich sind und der erstgenannte Antrag in seiner Formulierung ohne weiteres in ein Urteilsdispositiv übernommen werden könnte. Auf die Berufung ist daher, entgegen dem Antrag der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend nur noch Beklagte), einzutreten (Urk. 43 S. 2f).

E. 3

Bereits die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid auf die prozessualen Obliegenheit der Kläger hingewiesen, das tatsächliche Fundament ihrer Klageforderung detailliert darzustellen. Es kann auch für das Berufungsverfahren darauf verwiesen werden (Urk. 35 S. 7f). Die Behauptungen haben dabei so detailliert und konkret zu sein, dass die Beklagte dazu eindeutig und differenziert Stellung nehmen kann und dass sie in der vorgetragenen

Form direkt zum Beweis verstellt werden können. Insbesondere bei einer Summe von mehreren Klagebeiträgen muss die Gegenpartei die Möglichkeit haben, zu jedem Klagebeitrag und dessen Begründung einzeln und unterschiedlich Stellung zu nehmen, ihn zu bestreiten, zu anerkennen oder eine Gegendarstellung dazu abzugeben (Daniel Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 55 N 22; Christian Leu, ebenda, Art. 150 N 64; Sutter-Somm/von Arx, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 55 N 23ff). Es ist nicht Aufgabe des Gerichtes, bei der Verhandlungsmaxime unterstehenden Klagen den Klagesachverhalt im Detail selber zu eruieren oder gar von einem Sachverständigen feststellen zu lassen. Die Erstellung einer gerichtlichen Expertise ist Teil des gerichtlichen Beweisverfahrens. Und ein Beweisverfahren ist erst dann durchzuführen, wenn das Klagefundament in tatsächlicher Hinsicht ausreichend behauptet und soweit es von der Gegenseite bestritten und nicht liquid ist (Art. 150 Abs. 1 ZPO; Christian Leu, a.a.O. Art. 150 N 67; Sutter-Somm/von Arx, a.a.O. Art. 55 N 29; BSK ZPO-M.A. Gehri, Art. 55 N 4). Auch ein noch nicht genau bezifferbarer Schaden muss im Klagefundament soweit möglich umschrieben, geschätzt und den konkreten Sachverhalts Umständen zugeordnet werden; eine gerichtliche Bezifferung der Schadenshöhe mittels Expertise ist nur erforderlich, soweit die Gegenpartei die einstweilen geschätzte Höhe bestreitet und eine Bezifferung bzw. ermessensweise Schätzung anhand der Akten oder wegen fehlender Sachkunde dem Gericht nicht selber möglich ist. Vorliegend wurden die Kläger mit Verfügung vom 28. Juli 2011 (Urk. 14) ausdrücklich auf die ungenügende Sachdarstellung der einzelnen Mängel sowie des

- 11 - Vorgehens bei der Mängelrüge aufmerksam gemacht, und es wurde ihnen Gelegenheit zur Nachbesserung in einer Replik gegeben (Art. 56 ZPO). Für die Auflistung von zahlreichen Baumängeln, des Aufwandes für ihre Behebung und der einstweiligen Schätzung der Kosten der Behebung bzw. eines allfälligen Minderwertes eignet sich vorzugsweise bzw. ausschliesslich das schriftliche Verfahren. In einer mündlichen Befragung können 82 - 130 Mängelpositionen nicht auf Anhieb im Detail geschildert und im Quantitativ begründet werden und insbesondere die Gegenpartei kann dazu nicht auf Anhieb im Detail Stellung nehmen. Dass das Einbringen der tatsächlichen Sachdarstellung in den Prozess anstelle der Kläger auch nicht Aufgabe eines Experten als gerichtliche "Hilfsperson" ist, wurde bereits ausgeführt. Es hätte hingegen den Klägern freigestanden, nach erfolgter Substanziierungsaufforderung selber einen Experten mit der genauen Auflistung und Schätzung aller heute noch bestehenden bzw. der noch geltend gemachten Mängel im Detail zu beauftragen und dessen Auflistungen im Prozess einzureichen. Die Berufungskritik der Kläger am vorinstanzlichen Verfahren ist unbehelflich und unbegründet. Der Berufungsantrag auf Bestellung eines gerichtlichen Sachverständigen (Urk. 34 S. 4 Rz 6 Ziff. 2) ist damit abzuweisen.

E. 4

Zumindest hinsichtlich der Umschreibung der heute noch bestehenden und im Prozess geltend gemachten Mängel und ihre Behebungskosten hat die Vorinstanz sodann die Klage zurecht als ungenügend substantiiert beurteilt. Da die Kläger eine Beurteilung der Mängel durch das Gericht fordern, sind die Mängel dem Gericht darzulegen. Die Kläger können sich - insbesondere bei einer bestrittenen Mängelklage - nicht auf die Behauptung beschränken, die Mängel seien der beklagten Partei bereits hinlänglich bekannt. Vorliegend kommt noch dazu, dass die bei der Wohnungsabnahme gemeinsam protokollierten Mängel (Urk. 20/13) auch nach der eigenen Darstellung der Kläger mindestens teilweise behoben

wurden, und die Beklagte laut der von ihr kommentierten Mängelliste Urk. 20/10 seit dem 12. Juni 2009 eine weitere Mängelverbesserungspflicht bestreitet. Die von der D. _____ AG in ihrem Bericht vom 21. Juni 2007 (Urk. 5/5)

- 12 - erwähnte weitere Mängelliste ist nicht aktenkundig. Unter diesen Umständen bleibt es für das Gericht unklar, weshalb die Kläger alle auf Seite 4f der Replik aufgeführten Positionen trotz behaupteter Mängelbehebung oder Bestreitung einer Mängelverbesserungspflicht durch die Beklagte in Urk. 20/10 geltend machen wollen. Zwar anerkennt die Beklagte gewisse Mängel (insbes. schräge Wände, welche die Toleranz überschreiten) und einen daraus resultierenden Minderwert (Urk. 20/10 S. 2). Nach den ausdrücklichen Ausführungen der Kläger ist die Behebung dieser anerkannten Mängel im Kostenvoranschlag der E. _____ AG aber noch gar nicht berücksichtigt (Urk. 2 S. 6, Urk. 34 S. 10). Sodann haben die Kläger die Mängelbehebungskosten nur pauschal und nach Arbeitsgattungen beziffert. Die angeführten Mauer-/Verputz- und Gipserkosten von Fr. 34'976.50 sollen sich beispielsweise auf die Instandstellung von 12 Mängelpositionen beziehen (Urk. 19 S. 2 i.V.m. Urk. 20/11). Da die Beklagte eine Mängelbehebungspflicht für diese 12 Positionen mit teilweise unterschiedlicher Begründung bestreitet, lassen sich für den Fall einer teilweisen Gutheissung der Mängelbeseitigungspflicht die behaupteten Behebungskosten für die ausgewiesenen Mängel nicht eruieren. Sodann wollen die Kläger noch allgemeine Bauvorbereitungs-, Abdeckungs- und Fremdhandwerkerkosten ersetzt haben, ohne diese auf die einzelnen Schadenspositionen umzulegen. Auch diesbezüglich lassen sich die Ersatzvornahmekosten für die einzelnen Mängel nicht quantifizieren. Ohne eine Zuordnung der Ersatzvornahmekosten zu den jeweils einzelnen Mängeln lassen sich die Forderungen der Kläger nicht näher beurteilen. Die Vorinstanz hat daher mit Fug entschieden, dass die Klage hinsichtlich der Ersatzvornahmekosten für die Mängelbehebung zu wenig substantiiert ist und die Klage aus diesem Grunde abzuweisen ist.

E. 5

Die Kläger werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'300.- zu bezahlen.

E. 6

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich (3. Abteilung), je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 7

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 75'800.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 4. September 2012 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: Dr. R. Klopfer lic. iur. S. Subotic versandt am: mc

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