

# ZH\_OBERGERICHT NP170024 vom 21. Februar 2018

ZH Obergericht, 2018-02-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NP170024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NP170024)

FR: ZH\_OBERGERICHT NP170024 du 21 février 2018

IT: ZH\_OBERGERICHT NP170024 del 21 febbraio 2018

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt

#### E. 1.1

Die Beklagte ist eine in D.\_\_\_\_\_ (Kanton Appenzell Ausserrhoden) domizilierte Handelsgesellschaft mit heute einem Aktienkapital von Fr. 3 Mio. Seit dem Jahre 2013 bezweckt sie die Realisierung von Bauvorhaben; früher bezweckte sie Beratungs- und Vermittlungsdienstleistungen (vgl. Handelsregisterauszug, Urk. 51).

#### E. 1.2

Die Beklagte erstellte am C.\_\_\_\_\_ in E.\_\_\_\_\_ (Stadtgebiet von Winterthur) zwölf zusammengebaute Reiheneinfamilienhäuser und eine Tiefgarage. Bis auf die im vorinstanzlichen Rubrum aufgeführten Kläger 24 und 25 erwarben alle andern Kläger von der Beklagten neben den Miteigentumsanteilen an der Tiefgarage Kat.-Nr. ... Einfamilienhäuser, und zwar ab Plan. Die Verträge wurden vor oder während der Bauphase abgeschlossen. Einzig der Kläger 17 erwarb die Immobilien für sich allein. Alle andern Kläger sind Eheleute, welche die Immobilien gemeinsam erwarben. Bezüglich der Tiefgarage Kat.-Nr. ... wurde Miteigentum entsprechend der Anzahl der 27 Parkplätze begründet. Dem Kläger 17 kommt ein Miteigentumsanteil von  $\frac{4}{27}$ , den beiden Klägern 24 und 25 gemeinsam ein solcher von  $\frac{1}{27}$  und den übrigen elf Eheleuten (d.h. den Klägern 1-16 und 18-23) je  $\frac{2}{27}$  gemeinsam ein Miteigentumsanteil von  $\frac{2}{27}$  an der Tiefgarage zu (Urk. 1 Rz 12; 27 Urk. 17 S. 5). Für den Kläger 17 sowie für die meisten andern Kläger erfolgte die

- 5 - Eigentumsübertragung betreffend die erwähnten Miteigentumsanteile an der Tiefgarage am 29. September 2010 und für vier Eheleute (bzw. acht Kläger) am 28. Oktober 2010 (Urk. 22/43).

#### E. 1.3

Die Verträge über den Erwerb der Miteigentumsanteile an der Tiefgarage zwischen der Beklagten einerseits und den Erwerbern andererseits wurden im Zeitraum ab März 2009 öffentlich beurkundet. Ziff. 5 der "Weiteren Bestimmungen" der Verträge betreffend Mängel und Gewährleistungsrechte lautet für alle Erwerber gleich (Urk. 1 Rz 112, 114; Urk. 17 S. 15; vgl. z.B. Urk. 4/2/2), und zwar wie folgt: "[1] Die Vertragsparteien sind von der Urkundsperson auf die Art. 192 - 196 des Schweizerischen Obligationenrechtes (OR) über die Rechtsgewährleistung sowie die Art. 197 ff. und Art. 219 OR über die Sachgewährleistung (Mängelhaftung) aufmerksam gemacht worden. [2] Die erwerbende Partei übernimmt das Vertragsobjekt im Zustand bei der Eigentumsübertragung. Vorgängig zur Eigentumsübertragung findet zwischen der veräussernden Partei respektive

deren Vertreter sowie der erwerbenden Partei eine Vorabnahme des Vertragsobjektes statt. Die Parteien werden ein beidseitig zu unterzeichnendes Mängel- / Übergabeprotokoll über allfällige bei der Eigentumsübertragung vorhandene Mängel aufnehmen. Die veräussernde Partei sorgt dafür, dass die dabei festgestellten Mängel von den betroffenen Handwerkern umgehend behoben werden. [3] Allfällige Fertigstellungsmängel hindern den Vollzug dieses Vertrages nicht und entbinden die erwerbende Partei nicht von ihrer Zahlungspflicht. Jede Verrechnung ist ausgeschlossen. [4] Die veräussernde Partei leistet der erwerbenden Partei Gewähr für fachgemässe Konstruktion und Ausführung sowie für die Verwendung solider Materialien durch die am Bau beteiligten Unternehmer, Bauhandwerkern, Architekten, Ingenieure, Lieferanten etc. Sie leistet der erwerbenden Partei Baugarantie gemäss den SIA-Bestimmungen, und zwar für Dritteleistungen in dem Umfang, wie sie die am Bau beteiligten Unternehmer, Bauhandwerker, Architekten, Ingenieure, Lieferanten, etc. ihr gegenüber leisten. Die erwerbende Partei erhält bei der Eigentumsübertragung ein vollständiges Unternehmerverzeichnis. [5] Die Garantiefrist beträgt 2 Jahre für sichtbare Mängel ab Vollendung der einzelnen Arbeiten. Während der zweijährigen Garantiefrist ist die erwerbende Partei nicht berechtigt, Mängel jederzeit zu rügen, ausgenommen solcher, deren verspätete Behebung Schaden nach sich ziehen würde. Solche Mängel sind sofort zu rügen und von der veräussernden Partei raschmöglichst beheben zu lassen. Vor Ablauf dieser Garantiefrist nehmen die Vertragsparteien rechtzeitig allfällige Mängel gemeinsam schriftlich auf, und die veräussernde Partei sorgt im Rahmen ihrer Garantiepflicht dafür, dass die Mängel sachgemäss behoben werden. [6] Für Apparate bevollmächtigt die veräussernde Partei die erwerbende Partei zur direkten Geltendmachung der vorhandenen Garantien gegenüber den Lieferanten. Die Garantiefrist beträgt 1 Jahr ab Auslieferung.

- 6 - [7] Nach Ablauf der ordentlichen 2-jährigen Garantiefrist tritt die veräussernde Partei der erwerbenden Partei sämtliche Gewährleistungsansprüche gegenüber den Handwerkern und Unternehmern für verdeckte Mängel (5-jährige Garantiefrist) ab. Verdeckte Mängel, die nach der 2-jährigen Garantiefrist entdeckt werden, sind von der erwerbenden Partei im Namen der veräussernden Partei bei den garantiepflichtigen Unternehmern, Bauhandwerkern, Architekten, Ingenieuren, Lieferanten, etc. in jedem Fall sofort nach der Entdeckung zu rügen. Die veräussernde Partei wird die erwerbende Partei über den Inhalt der Verträge mit den Handwerkern und die Garantien rechtzeitig im Detail informieren. [8] Soweit diese Ansprüche nicht abtretbar sein sollten, ermächtigt die veräussernde Partei die erwerbende Partei zur Ausübung der Mängelrechte. Die entsprechenden Rechte müssen eventuell im Namen der veräussernden Partei, aber auf Kosten und Rechnung der erwerbenden Partei durchgesetzt werden. [9] Im Übrigen wird jede Gewährspflicht (Haftung) der veräussernden Partei für Rechts- und Sachmängel am Vertragsobjekt im Sinne des OR aufgehoben, soweit in diesem Vertrag nichts anderes vereinbart ist. Die veräussernde Partei hat auch ausserhalb dieses Vertrages keine Zusicherungen für das Vertragsobjekt abgegeben. Die Parteien sind von der Urkundsperson über die Bedeutung dieser Freizeichnungsklausel orientiert worden. Insbesondere darüber, dass diese Vereinbarung ungültig ist, wenn die veräussernde Partei der erwerbenden Partei die Gewährsmängel absichtlich oder grobfahrlässig bzw. arglistig verschwiegen hat (Art. 100 Abs. 1, 192 Abs. 3 und 199 OR)."

#### **E. 1.4**

Die in Ziff. 5 Abs. 2 der "Weiteren Bestimmungen" vorgesehene "Vorabnahme des Vertragsobjektes" mit "beidseitig zu unterzeichnendem Mängel- / Übergabeprotokoll" fand

nie statt.

### **E. 1.5**

Die 25 Miteigentümer kamen nach der Eigentumsübertragung zum Schluss, dass die Tiefgarage Konstruktionsfehler aufweise. Sie zogen daher die F.\_\_\_\_\_ GmbH bei, welche in ... ein Ingenieurbüro betreibt (vgl. Handelsregister- auszug, Urk. 52). In ihrem Bericht vom 24. August 2015 (Urk. 4/5) listete die F.\_\_\_\_\_ GmbH die von ihr festgestellten Mängel auf. Die Kosten der Mängelbe- hebung bezifferte sie auf insgesamt Fr. 77'553.65.

### **E. 2**

Prozessverlauf

#### **E. 2.1**

Bezüglich des erstinstanzlichen Verfahrens sei auf die Darstellung im an- gefochtenen Urteil verwiesen (Urk. 39 S. 6 f.).

#### **E. 2.2**

Das angefochtene Urteil wurde dem Anwalt der 25 Kläger am 15. Juni 2017 zugestellt (Urk. 36). In der Folge wurde das Urteil einzig vom Kläger 17 wei- tergezogen, und zwar mit rechtzeitig eingereichter Berufungsschrift vom 16. Au-

- 7 - gust 2017 (Urk. 38). Die Beklagte erstattete ihre Berufungsantwort in der Folge am 24. Oktober 2017 (Urk. 46). Alsdann liess der Kläger 17 der Berufungsinstanz unterm 13. November 2017 eine unerbetene weitere Rechtsschrift zukommen (Urk. 48). In der Folge äusserten sich die Parteien nicht mehr.

### **E. 3**

Prozessuales

#### **E. 3.1**

Den Klägern zugewiesene Ordnungsnummern. Die Vorinstanz hat den Klägern andere Ordnungsnummern zugewiesen, als die Kläger sich in der Klage- schrift (Urk. 1) gegeben haben. Auszugehen ist im Folgenden von der Ordnung der Vorinstanz, die jedem einzelnen Kläger eine Ordnungsnummer gegeben hat. Wie das die Vorinstanz getan hat, ist daher der Kläger A.\_\_\_\_\_ nicht wie in der Klageschrift mit "Kläger 9" zu bezeichnen, sondern mit "Kläger 17".

#### **E. 3.2**

Allgemeines zum Berufungsverfahren. Das Berufungsverfahren ist ein ei- genständiges Verfahren. Es dient nicht etwa der Vervollständigung des vorin- stanzlichen Verfahrens, sondern vielmehr der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheides im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Bean- standungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). In der Berufungsschrift sind die Behaup- tungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Be- gründung enthalten (ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 311 N 36). Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien innert der Berufungs- bzw. Beru- fungsantwortfrist vollständig vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 mit Hinwei- sen). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgeblichen Behaup- tungen, Erklärungen, Bestreitungen vorgetragen und auch Beweisanträge gestellt hat. Es ist nicht

Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts gel-

- 8 - tend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsergebnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A\_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5). Die Anforderungen an die Begründung einer Berufung gelten sinngemäss auch für die Begründung der Berufungsantwort (BGer 4A\_580/2015 vom 11. April 2016 E. 2.2. mit Hinweis auf den zur Beschwerdeantwort im bundesgerichtlichen Verfahren ergangenen BGE 140 III 115 E. 2). Ein Berufungsbeklagter, der die Ausführungen der Vorinstanz im angefochtenen Urteil nicht gelten lassen will, hat sich ebenso mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen, wie das ein Berufungskläger tun muss, der mit der Berufung ein erstinstanzliches Urteil anfecht.

### **E. 3.3**

Verweisungen; pauschale Bestreitungen. Die Beklagte verweist mit ihrer Berufungsantwort auf ihre Vorträge im erstinstanzlichen Verfahren (Urk. 46 S. 4 Ziff. 8). Solche Verweisungen sind nach dem Gesagten unzulässig und damit unbeachtlich. Gleiches gilt für die pauschale Bestreitung der klägerischen Behauptungen (Urk. 46 S. 2 Ziff. 3, S. 5 Ziff. 1).

### **E. 3.4**

Rechtsbegehren. Auch vor Obergericht beanstandet die Beklagte, dass das Rechtsbegehren der Klage mit demjenigen der Klagebewilligung nicht übereinstimme (Urk. 46 S. 2 Ziff. 4). Dazu hat ihr die Vorinstanz aber mit dem angefochtenen Urteil bereits die richtige Antwort gegeben (Urk. 39 S. 8-10). Und damit setzt sich die Beklagte mit der Berufungsantwort nicht auseinander.

- 9 -

### **E. 3.5**

Unbezifferte Forderungsklage. Mit zutreffender Begründung ist die Vorinstanz davon ausgegangen, dass die 25 Kläger des erstinstanzlichen Verfahrens mit ihren Hauptbegehren in zulässiger Weise im Sinne von Art. 85 ZPO eine unbezifferte Forderungsklage erhoben haben (Urk. 39 S. 11 f.). Gemäss Art. 85 Abs. 1 ZPO haben die Kläger mit ihren Hauptbegehren einen Mindeststreitwert angegeben. Bereits mit der Klage stellten sie den

prozessualen Antrag, es sei ein Gutachten einzuholen (Urk. 1 S. 6 prozessualer Antrag Ziff. 4). Begründet wurde der Antrag damit, dass ein "gerichtliches Gutachten ... im vorliegenden Prozess eine zentrale Rolle spielen" werde, "da nur damit die vorliegenden Mängel und somit die Kosten für deren Behebung, resp. der Minderwert, festgestellt werden kann" (Urk. 1 Rz 22). Dem ist bei der gegebenen Konstellation ohne weiteres zu folgen: Gerade in Bauprozessen können sich hochtechnische Fragen stellen, zur deren Beantwortung nur eine sachverständige Person berufen ist. Erst wenn deren Gutachten vorliegt, ist die abschliessende Substanziierung und Bezifferung der Klage zumutbar. Insoweit liegt hier ein geradezu klassisches Beispiel für eine unbezifferte Forderungsklage vor. Sowohl unzulänglich als auch unzumutbar wäre es, die Klagebegehren auf Grund von eingeholten Offerten zu beziffern, wie das die Beklagte mit ihrer Berufungsantwort vorschlägt (Urk. 46 S. 2 f. Ziff. 5). Dass die Kläger ihr unbeziffertes Hauptbegehren mit einem bezifferten Eventualbegehren ergänzt haben, ändert an dieser Ausgangslage nichts, schadet aber anderseits auch nicht.

### **E. 3.6**

Aktenschluss. Zu Recht hat die Vorinstanz im vorliegenden Prozess die Regeln des vereinfachten Verfahrens herangezogen (vgl. Urk. 39 S. 13). Auf diese Verfahrensart kommen aber gleichwohl die Regeln über das ordentliche Verfahren zur Anwendung, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 219 ZPO). Die folgenden Parteivorträge des vorinstanzlichen Verfahrens sind bezüglich der von den Parteien aufgestellten Behauptungen und der gestellten Beweisangebote (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. d und lit. e und Art. 222 Abs. 2 ZPO) von Belang: - Begründete Klage vom 11. April 2016 gemäss Art. 244 Abs. 2 ZPO (Urk. 1); - Schriftliche Stellungnahme der Beklagten gemäss Art. 245 Abs. 2 ZPO vom 29. August 2016 (Urk. 17);

- 10 - - Vorträge der Kläger anlässlich der Hauptverhandlung vom 6. Dezember 2016 (Prot. I S. 9 ff. und Urk. 21); - Vorträge der Beklagten anlässlich der Hauptverhandlung vom 6. Dezember 2016 (Prot. I S. 9 ff. und Urk. 23). Mit dem zweiten Vortrag tritt der Aktenschluss ein. Neue Tatsachen und neue Beweisangebote können nach diesem Zeitpunkt nur noch unter den Voraussetzungen des Art. 229 Abs. 1 ZPO bzw. des Art. 317 ZPO in den Prozess eingebracht werden (BGE 140 III 312), wobei einerseits solche Noven "ohne Verzug" in das Verfahren einzuführen sind und andererseits diejenige Partei, die sich auf Noven beruft, darzutun hat, dass die Voraussetzungen dazu gegeben sind. Wer sich auf sog. unechte Noven beruft (vgl. Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO und Art. 317 Abs. 1 ZPO), hat detailliert darzulegen, weshalb er die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vorher in den Prozess einbringen können (BGE 143 III 42 E. 4.1). Ob zulässige Noven vorgetragen werden, entscheidet das Gericht von Amtes wegen. Liegen zulässige Noven vor, so hat es daher ebenso von Amtes wegen der Gegenpartei durch entsprechende Fristansetzung Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen (BGE 142 III 48 E. 4.1.1. und 4.1.2.). Mit ihrer Berufungsantwort formuliert die Beklagte einen "Protest" "gegen alle nicht gemeinsamen Beweismittel und Beweisangebote" (Urk. 46 S. 2 Ziff. 3). Was sie damit erwirken will, ist nicht zu ergründen. Die Beklagte ist daran zu erinnern, dass gemäss Art. 150 Abs. 1 und Art. 152 Abs. 1 ZPO jede Partei Anspruch darauf hat, dass bei Vorliegen rechtserheblicher, streitiger Tatsachen die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abgenommen werden. Mit einem blossen "Protest" ist gegen das Recht der Gegenpartei auf Beweis jedenfalls nicht anzukommen.

### **E. 4**

Aktivlegitimation des Klägers 17 Die Beklagte trägt mit der Berufungsantwort vor, dass dem Kläger die Aktiv- legitimation für seine Klage abgehe, weil Wandelung, Minderung und Nachbesse- rung Gestaltungsrechte seien, die nur von allen Beteiligten gemeinsam ausgeübt werden könnten. Daher sei die Klage abzuweisen bzw. auf die Berufung sei nicht einzutreten (Urk. 46 S. 3 Ziff. 6). Das ist unrichtig: Der Kläger 17 hat mit der Be-

- 11 - klagten einen separaten Vertrag abgeschlossen, an dem die anderen Kläger nicht beteiligt waren. Er ist daher ohne weiteres befugt, seine Mängelrechte eigenstän- dig wahrzunehmen. Die von der Beklagten ins Feld geführten Literaturstellen ge- hen denn auch davon aus, dass mehrere Personen gemeinsam als Besteller ei- nen Werkvertrag abgeschlossen haben. Das trifft hier gerade nicht zu.

## **E. 5**

Unangefochten gebliebene Rahmenbedingungen des vorinstanzlichen Ur- teils

### **E. 5.1**

Die Vorinstanz hat mit dem angefochtenen Urteil die von der Beklagten er- hobene Verjährungseinrede verworfen (Urk. 39 S. 16-19). Mit diesen vorinstanzli- chen Ausführungen setzt sich die Berufungsantwort der Beklagten nicht ausei- nander. Damit haben die vorinstanzlichen Überlegungen Bestand.

### **E. 5.2**

Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass die Kläger im Zusammen- hang mit der Mängelbehebung an der fraglichen Tiefgarage davon hätten ausge- hen dürfen, dass die G.\_\_\_\_\_ AG bzw. deren Organ, H.\_\_\_\_\_, die Beklagte den Klägern gegenüber vertreten habe. Aus dem Schreiben der Beklagten vom 26. August 2010 (Urk. 4/9) könne nämlich nichts anderes abgeleitet werden, als dass H.\_\_\_\_\_ für die Abnahme des Werkes mandatiert gewesen sei (Urk. 39 S. 26-31). Mit diesen überzeugenden vorinstanzlichen Erwägungen, welche na- mentlich auch die Vertrauenshaftung thematisieren, setzt sich die Beklagte mit ih- rer Berufungsantwort nicht auseinander. Namentlich hilft ihr nicht, einfach die vor Vorinstanz aufgestellten Behauptungen mit der Berufungsantwort zu wiederholen bzw. der Vorinstanz einfach zu widersprechen (vgl. Urk. 46 S. 3 f. und S. 9 f.). Auch in dieser Hinsicht haben die vorinstanzlichen Überlegungen daher Bestand.

## **E. 6**

Vertragsauslegung

### **E. 6.1**

Über weite Strecken befasst sich das angefochtene Urteil mit der Ausle- gung des von den Parteien abgeschlossenen Vertrages und namentlich auch mit dem Verhältnis zwischen Vertrag und SIA-Norm 118 (Urk. 39 S. 13 ff.). Es kommt zusammenfassend zum Schluss, dass die unterlassene gemeinsame Mängelauf- nahme entgegen der These der Kläger nicht zu einer Verlängerung der Garantie- frist führe. Für den Kläger 17 sei daher die zweijährige Garantiefrist am 29. Sep-

- 12 - tember 2012 abgelaufen. Allerdings hätten die Mängel nicht sofort gerügt werden müssen (Urk. 39 S. 24 f.).

### **E. 6.2**

Die Berufung des Klägers 17 befasst sich in erster Linie mit der vorinstanzlichen Vertragsauslegung (Urk. 38 Rz 12-40). Besonderes Gewicht legt sie auf Ziff. 5 Abs. 5 der "Weiteren Bestimmungen" des Vertrages, wonach während der zweijährigen Garantiefrist "die erwerbende Partei nicht berechtigt" sei, Mängel jederzeit zu rügen. Aus den Vertragsbestimmungen schliesst der Kläger 17, dass eine gemeinsame Aufnahme der Mängel zwingend hätte stattfinden müssen und dass Mängelrügen erst anlässlich dieser Mängelaufnahme hätten erhoben werden müssen (Urk. 38 Rz 40). Demgegenüber hält die Beklagte mit der Berufungsantwort an der vorinstanzlichen Vertragsauslegung fest (Urk. 46 S. 5 ff.).

### **E. 6.3**

Die Frage der richtigen Vertragsauslegung kann offenbleiben, da, wie zu zeigen sein wird (unten E. 7), der Kläger 17 mit seiner Klage selbst dann scheitern würde, wenn der Vertrag so auszulegen wäre, wie er sich das vorstellt. Aus dem gleichen Grunde kann offenbleiben, ob die geltend gemachten Mängel vom Kläger 17 rechtzeitig gerügt wurden oder nicht.

### **E. 7**

Die geltend gemachten Mängel und ihr Nachweis; Verzicht der Kläger auf ein gerichtliches Gutachten

#### **E. 7.1**

Das angefochtene Urteil verweist auf die Klageschrift und hält fest, dass im Prozess die folgenden Mängel geltend gemacht wurden: - Durchfeuchtungen (Urk. 39 S. 47 ff. mit Hinweis auf Urk. 1 Rz 73-75); - Hohlstellen im Überbeton (Urk. 39 S. 49 ff. mit Hinweis auf Urk. 1 Rz 76-77); - Grundwassereintritt bei den Lichtschächten, bei der Fluchtröhre des Luftschutzraums und in diesem Zusammenhang Schäden beim Inventar (Urk. 39 S. 52 ff. mit Hinweis auf Urk. 1 Rz 78-84); - undichte Fugen und Treppen (Urk. 39 S. 55 f. mit Hinweis auf Urk. 1 Rz 85-88); - Fahrspuren in der Tiefgarage und Riss bei der Schwelle beim Tor (Urk. 39 S. 56 f. mit Hinweis auf Urk. 1 Rz 89-92); - fehlende Absturzsicherung (Urk. 39 S. 57 ff. mit Hinweis auf Urk. 1 Rz 93-94);

- 13 - - Mangelfolgeschäden: Rissbildungen und Abrisse (Urk. 39 S. 59 f. mit Hinweis auf Urk. 1 Rz 95-97); - Weitere Kosten und Gesamtkosten (Urk. 39 S. 62 f. mit Hinweis auf Urk. 1 Rz 98-100). Schliesslich machten die Kläger und damit auch der Kläger 17 unter dem Titel "Auftriebssicherheit" einen weiteren Schadensposten geltend (Urk. 39 S. 61 f. mit Hinweis auf Urk. 1 Rz 101). In diesem Zusammenhang beanstanden die Kläger einzig, dass sie "nicht im Besitz des Nachweises betr. Auftriebssicherheit der Einstellhalle" seien. Und weiter führen sie aus, dass ein grösserer Schaden entstehen könnte, wenn der Nachweis betreffend die Auftriebssicherheit nicht in Ordnung sein sollte (Urk. 1 Rz 101). Damit wird im Zusammenhang mit der sog. "Auftriebssicherheit" das Vorhandensein eines Schadens nicht einmal behauptet.

#### **E. 7.2**

Von Belang bleiben mithin die weiteren acht Schadensposten, die von den Klägern geltend gemacht wurden. Zu erinnern ist daran, dass die Kläger in ihrer Klageschrift in allgemeiner und grundsätzlicher Hinsicht ausgeführt haben, dass das von ihnen beantragte gerichtliche Gutachten eine zentrale Rolle spiele, "da nur damit die vorliegenden Mängel und somit die Kosten für deren Behebung, resp. der Minderwert, festgestellt werden kann". Daher sei "die

Erstellung des Gutachtens auch in die prozessualen Anträge aufgenommen" worden. "Die schlussendliche Höhe der Forderungen" werde "auf jeden Fall erst nach Vorliegen eines gerichtlichen Gutachtens bestimmt werden können" (Urk. 1 Rz 22). Wie bereits oben ausgeführt, ist dies eine klassische Ausgangslage, um, wie das die Kläger getan haben, im Sinne von Art. 85 ZPO eine unbezifferte Forderungsklage zu erheben, die erst nach durchgeführtem Beweisverfahren, hier nach Vorliegen des gerichtlichen Gutachtens, zu beziffern wäre.

### **E. 7.3**

Bezüglich jedes einzelnen geltend gemachten Mangels verlangten die Kläger in der Folge im Sinne des von ihnen eingangs Ausgeführten (vgl. Urk. 1 Rz 22 und oben E. 7.2.) mit ihrer Klageschrift – und damit vor Aktenschluss – die Einholung einer gerichtlichen Expertise (vgl. Urk. 1 Rz 75, 77, 81, 83, 84, 86, 88, 92, 94, 97 und 100). In allen Fällen hielten sie fest, dass die Mängel und Kosten für deren Behebung vom gerichtlichen Experten festzustellen seien. In den meisten Fällen

- 14 - führten sie aus, dass auch die – einstweilen unklaren – Ursachen für die Mängel vom Experten zu erheben seien, so namentlich für die im Zentrum des Interesses stehenden Feuchtigkeitsschäden, für die beanstandeten Hohlstellen, den Grundwassereintritt, die undichten Fugen und die Senkungen beim Einfahrtsbereich der Tiefgarage (Urk. 1 Rz 75, 77, 81, 88, 92). Zentrales Beweismittel war mithin nach der Konzeption der Klage ein gerichtliches Gutachten (vgl. dazu auch oben E. 7.2. bzw. Urk. 1 Rz 22). Das ist denn auch ohne weiteres nachzuvollziehen. Es geht um hochtechnische Fragestellungen, die von der Beklagten bestrittene Mängel betreffen (vgl. Urk. 17 S. 10-12). Die Ermittlung der Ursachen setzt komplizierte Abklärungen durch eine sachverständige Person voraus; Gleiches gilt für die Bestimmung der Kosten für die Schadensbehebung. Da dem Gericht der dafür erforderliche Sachverstand abgeht, ist die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens im Sinne der Art. 183 ff. ZPO unumgänglich. Im Sinne von Art. 186 ZPO müsste die sachverständige Person mit den erforderlichen Abklärungen betraut werden. Die Kläger haben sich in ihrer Klageschrift zu den einzelnen Schadensposten nicht nur auf ein gerichtliches Gutachten, sondern auch auf den von ihnen veranlassten und bei den Akten liegenden Schätzungsbericht der F. \_\_\_\_\_ GmbH vom 24. August 2015 (Urk. 4/5) berufen sowie auch auf das Zeugnis des Sachbearbeiters der F. \_\_\_\_\_ GmbH, I. \_\_\_\_\_. Mit diesen Beweismitteln sollte nach der Darstellung in der Klageschrift nachgewiesen werden, wie hoch der Schaden vorläufig zu schätzen ist. Das ist unter dem Gesichtspunkt von Art. 85 Abs. 1 Satz 2 ZPO nicht ohne Belang und kann namentlich die Verfahrensart beschlagen. Da die Beklagte den von den Klägern eingeholten Schätzungsbericht nicht anerkennt (vgl. Urk. 17 S. 3), ist weder dieser Bericht noch das Zeugnis ihres Autors dazu geeignet, die Ursache der Mängel bzw. die tatsächlichen Behebungskosten nachzuweisen. Mit ihrer Klageschrift stellen die Kläger denn auch klar, dass die Ermittlung der unklaren Ursachen der aufgetretenen Mängel Sache des gerichtlich zu bestellenden Gutachters sein soll (Urk. 1 Rz 75, 77, 81, 88, 92). Wie aus den beschriebenen Ausführungen in der Klageschrift klar hervorgeht, war es seinerzeit auch nicht die Meinung der Kläger, diesen Nachweis mit dem von ihnen eingeholten Schätzungsbericht oder mit dem Zeugnis von dessen Autor zu leisten.

- 15 -

### **E. 7.4**

Am 3. Februar 2017 wandten sich die Kläger durch ihren Anwalt an die Vorinstanz (Urk. 27). Sie wiesen darauf hin, dass am Schluss der Hauptverhandlung vom 6. Dezember 2016 die Frage des weiteren Vorgehens aufgeworfen worden sei. Aus Sicht der Kläger seien Gespräche über eine "einvernehmliche Lösung" erst sinnvoll, "wenn mindestens einer der Hauptzeugen für die Klägerseite, Herr H.\_\_\_\_, vorher als Zeuge ausgesagt hätte". Der Anwalt der Kläger fuhr dann wie folgt fort: "Bei der weiteren Prozessführung wird sich die Frage nach einem gerichtlichen Gutachten stellen. In diesem Zusammenhang beantrage ich namens der Kläger, auch wegen des geringen Streitwertes, auf ein gerichtliches Gutachten zu verzichten und den Gutachter der Kläger, I.\_\_\_\_ von der F.\_\_\_\_ AG [sic!], ... [Ort], als Zeugen vorzuladen. Ein solches Vorgehen scheint auch das Bundesgericht in entsprechenden Fällen als sinnvoll zu erachten, wie der Entscheid 4D\_71/2013 vom 26. Februar 2014 sehr schön aufzeigt. Da es ein französischer Entscheid ist, erlaube ich mir die Zusammenfassung dieses Entscheides aus den Unterlagen zur neuesten Baurechtstagung beizulegen (Hubert Stöckli, Thomas Siegenthaler, BRT 2017, S. 195)." Die Beklagte widersetzte sich in der Folge einem solchen Vorgehen. Die Vernehmung I.\_\_\_\_s als Zeuge komme nicht in Betracht, schon gar nicht zu Punkten, zu denen sein Zeugnis nicht rechtzeitig beantragt worden sei. Im Übrigen sei er durch die Kläger beauftragt und bezahlt worden. Die Kostenschätzung der F.\_\_\_\_ GmbH sei von der Beklagten bereits mit der Klageantwort "in jeder Hinsicht" bestritten worden (Urk. 33 S. 2 mit Hinweis auf Urk. 17 S. 3).

#### **E. 7.4.1**

Zu Recht sieht die Vorinstanz in der erwähnten Erklärung der Kläger ihren definitiven Verzicht auf das entscheidende Beweismittel, nämlich die gerichtliche Expertise (Urk. 39 S. 48 f.). In jenen Punkten, zu denen einzig ein gerichtliches Gutachten beantragt war (d.h. zu den Schadensursachen und den Behebungskosten), kann nach Aktenschluss ohnehin nicht der bisherige Beweisantrag durch einen neuen ersetzt werden. Im Schreiben vom 3. Februar 2017 bezeichneten die Kläger den Zeugen I.\_\_\_\_ sodann erstmals als "den Gutachter der Kläger". Für den Fall, dass der Kläger 17 den Schätzungsbericht I.\_\_\_\_s bzw. der F.\_\_\_\_ GmbH (Urk. 4/5) als eigentliches Gutachten betrachten sollte, hat die Vorinstanz mit zutreffender Begründung, auf die zu verweisen ist, ausgeführt, dass der erwähnte Schätzungsbericht weder als Fremd- noch als Privatgutachten tauglich ist (Urk. 39 S. 51 f.). Ergänzend ist überdies noch auf BGE 141 III 433 hinzuweisen,

- 16 - der festhält, dass Privatgutachten keine Beweismittel im Sinne des Gesetzes sind. Im Übrigen lässt sich ein notwendiger Gutachtensbeweis nicht einfach durch ein Zeugnis ersetzen. Der Kläger 17 ist daran zu erinnern, dass Zeugen gemäss Art. 169 Abs. 1 ZPO einzig über Tatsachen zu befragen sind, die sie selber unmittelbar wahrgenommen haben. In diesem Sinne macht ein Zeuge Aussagen über eigene in der Vergangenheit liegende Sinneswahrnehmungen. Demgegenüber gibt der Sachverständige gestützt auf seine Fachkenntnisse über allgemeine und jederzeit zugängliche Erfahrungstatsachen Auskunft. Im Gegensatz zum Zeugen ist der Sachverständige ersetzbar und auswechselbar. Demgegenüber hat er, wie ein Richter, unbefangen zu sein (vgl. Art. 183 Abs. 2 ZPO). Er wird daher vom Gericht ernannt. Im Gegensatz zum Sachverständigen wird der Zeuge von den Parteien bezeichnet und kann daher auch nicht ersetzt werden; er braucht aber – anders als ein gerichtlicher Experte – auch nicht unbefangen zu sein. Die Beweiskraft seiner Aussagen überprüft das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung. Ganz grundsätzlich kann es daher nicht infrage kommen, dass Privatgutachter ihre Fachmeinung, die sie in

einem Privatgutachten geäussert haben, als Zeugen bestätigen. Vorbehalten bleiben muss einzig, dass ein Privatgutachter zu einer unmittelbaren Wahrnehmung befragt wird, die er im Zusammenhang mit seiner Gutachtensarbeit gemacht hat, wenn das konkrete Wahrnehmungen sind, die ein später eingesetzter Experte nicht mehr machen kann. Zu Recht haben die Kläger daher mit ihrem Schreiben vom 3. Februar 2017 auch nicht die Befragung I. \_\_\_\_\_s als sachverständigen Zeugen im Sinne von Art. 175 ZPO verlangt. Soweit die Aussage eines sachverständigen Zeugen ein Gutachten ersetzen soll, ist das nur in ausgesprochenen Bagatellfällen denkbar (zu all dem: ZR 115/2016 Nr. 45 S. 194 f. E. 3.6.2 mit Hinweisen). Hier hätte indessen das einzuholende Gutachten eine zentrale und tragende Bedeutung. Der von den Klägern in ihrem Schreiben an die Vorinstanz vom 3. Februar 2017 erwähnte bundesgerichtliche Entscheid 4D\_71/2013 vom 26. Februar 2014 hilft dem Kläger 17 nichts: Dort hatte das Bundesgericht eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde zu beurteilen und sich daher darauf zu fokussieren, ob verfassungsmässige Rechte verletzt waren. Das Bundesgericht hatte sich dort nur mit beschränkter Kognition zur Beweiskraft einer als Beweisurkunde ins Recht gelegten privaten Bescheinigung zu äussern.

- 17 - Hier geht es aber um die Beweiskraft von Privatgutachten. Für die Beweiskraft solcher Gutachten hat sich die Rechtsprechung aber nach BGE 141 III 433 zu richten, der zudem später ergangen und damit aktueller ist.

#### **E. 7.4.2**

Mit der Berufung macht der Kläger 17 geltend, sein Anwalt habe mit der Eingabe vom 3. Februar 2017 (Urk. 27) der Vorinstanz zwar den Antrag gestellt, auf ein gerichtliches Gutachten zu verzichten, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass "stattdessen I. \_\_\_\_\_ als Gutachter zu bestellen" sei. Der Antrag sei so zu verstehen gewesen, dass auf ein gerichtliches Gutachten nur dann verzichtet werde, "sofern I. \_\_\_\_\_ gleichzeitig als Gutachter zugelassen würde". Andernfalls hätte "kein Antrag gestellt werden müssen, da ein Verzicht auf ein Gutachten ohne Antrag erfolgen kann". Soweit aber I. \_\_\_\_\_ nicht als Gutachter eingesetzt werde, sei "ein unabhängiges Gutachten zu bestellen" (Urk. 38 S. 16). Die Ausführungen des Klägers 17 sind klar aktenwidrig. Aus den Darlegungen des Anwaltes der Kläger vom 3. Februar 2017 (Urk. 27) ging nicht hervor, dass I. \_\_\_\_\_ zum Gutachter hätte bestellt werden sollen. Vielmehr wurde dort unter Hinweis auf den "geringen Streitwert" verlangt, dass kein Gutachten einzuholen sei, sondern I. \_\_\_\_\_ als Zeuge vorzuladen sei, was notabene im Zusammenhang mit den geltend gemachten Mängeln bereits vor Aktenschluss beantragt war. Mit seiner Stellungnahme hat der Anwalt der Kläger für seine Mandanten mit hin bedingungslos auf den Gutachtensbeweis verzichtet und am Antrag festgehalten, es sei I. \_\_\_\_\_ als Zeuge zu vernehmen. Damit lief der neue Antrag darauf hinaus, dass einerseits – aus Kostengründen – auf das gerichtliche Gutachten zu verzichten sei, und andererseits der Autor des Privatgutachtens der Kläger als Zeuge zu vernehmen sei. Wo ein gerichtliches Gutachten erforderlich ist, kann ein solches Vorgehen nach dem Gesagten aber nicht beweisbildend sein. Durch ihre Erklärung vom 3. Februar 2017 haben die Kläger ihren früheren Antrag auf Einholung eines gerichtlichen Gutachtens zurückgezogen. Ein solcher Rückzug ist endgültig. Der Beweisantrag kann deshalb auch nicht im Rahmen des Berufungsverfahrens erneuert werden (vgl. Urk. 38 S. 2).

#### **E. 7.5**

Durfte mithin die Vorinstanz im Schreiben der Kläger einen gültigen Verzicht auf den massgeblichen Gutachtensbeweis sehen, so muss dies zum Schei-

- 18 - tern der Klage führen, weil mit den von den Klägern – noch – offerierten Beweismitteln weder die behaupteten Mängel noch die Höhe der Mängelbehebungskosten nachgewiesen werden können. Damit hat die Vorinstanz die Klage zu Recht verworfen. Die Berufung ist daher abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil ist gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO zu bestätigen.

#### **E. 8**

**Kosten- und Entschädigungsfolgen** Bei diesem Prozessausgang sind auch die Kosten und Entschädigungsfolgen gemäss dem angefochtenen Urteil, soweit sie den Kläger 17 betreffen, zu bestätigen. Ferner wird der Kläger 17 für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Die Beklagte verlangt die Berücksichtigung der Mehrwertsteuer nicht (vgl. Urk. 46 S. 2). Es wird erkannt:

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