



Mitwirkend: Oberrichter Peter Helm, Präsident, und Ersatzoberrichterin
Dr. Claudia Bühler, die Handelsrichter Werner Furrer, Jakob Frei
und Werner Heim sowie der Gerichtsschreiber Zeno Schönmann

Beschluss und Urteil vom 16. April 2013

in Sachen

1. **A.** _____,

2. **B.** _____,

Kläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

C. _____,

Beklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Der Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern CHF 139'335.50
nebst Zins zu 5% ab Urteilstag (als Vorschuss für die Behebung

der noch bestehenden Mängel im Einfamilienhaus der Kläger) zu leisten.

2. Der Beklagte sei zusätzlich dazu zu verpflichten, den Klägern CHF 471'886.50 nebst 5% Zins seit 28. Dezember 2007 zu bezahlen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.6% auf der Prozessentschädigung, zu Lasten des Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Parteien und Sachverhalt

1.1. Parteien

Bei den Klägern handelt es sich um zwei natürliche Personen mit Wohnsitz in D._____. Auch der Beklagte ist eine natürliche Person. Er hat seinen Wohnsitz in E._____.

1.2. Sachverhalt

1.2.1. Werkvertrag vom 8./9. April 2002 und Werkausführung

Mit Werkvertrag vom 8./9. April 2002 wurden dem Beklagten die inneren Verputzarbeiten im Zusammenhang mit dem Neubau des Einfamilienhauses an der F._____-Strasse ... in D._____ übertragen (act. 4/3). Die Werkausführung erfolgte im Jahr 2002 (act. 1 S. 8; act. 9 S. 2).

1.2.2. Ursprünglich streitiger Sachverhalt

1.2.2.1. Vorbringen der Kläger

Die Kläger machen u.a. geltend, anlässlich einer Nachkontrolle vom 20. März 2004 seien diverse Mängel festgestellt worden, für die ihrer Natur nach nur der Beklagte hätte in Frage kommen können. Im Wesentlichen habe es sich dabei um Risse mittleren Ausmasses gehandelt, die an zahlreichen Stellen, primär an den Wänden der verschiedenen Innenräume im Einfamilienhaus der Kläger, sichtbar geworden seien. Erst nach mehrmaliger Aufforderung habe sich der Beklagte an die Arbeit gemacht und die festgestellten Risse nachgebessert. Die vom Beklagten gewählte Methode habe darin bestanden, dass er die oberflächlich sichtbar gewordenen Risse mit Lehmputz ausgespachtelt habe. Andere Nachbesserungsarbeiten habe er nach dem Wissen der Kläger zu jener Zeit (und auch später) nicht vorgenommen. Auf entsprechende Aufforderungen hin habe der Beklagte zwei weitere Nachbesserungen nach derselben Methode vorgenommen (act. 1 S. 8 ff.).

Im Rahmen von Umbauarbeiten in den Jahren 2006 und 2007 sei festgestellt worden, dass die Wände den verschiedenen (bauüblichen) Einwirkungen nicht ansatzweise standgehalten hätten und grossflächig abgebröckelt seien. Die Kläger beanstanden in diesem Zusammenhang die Qualität des durch den Beklagten applizierten Grundputzes (act. 1 S. 13 ff.) und stützen sich dabei insbesondere auf die durch G._____ erstellte "Bautechnische Beurteilung des Zustandes des Innengrundputzes in der Villa F._____-Strasse ..., in D._____" vom 30. Oktober 2006 (act. 4/10) sowie einen durch H._____ von der I._____ AG Zürich verfassten Untersuchungsbericht zum Objekt "F._____-Strasse ... D._____" betreffend das Bauteil "Innenputze auf Beton und Backstein" vom 13. Dezember 2007 (act. 4/17).

Zusammenfassend führen die Kläger aus, der vom Beklagten aufgetragene Grundputz unterschreite die von Fachverbänden, Gipsanbietern und Literatur statuierten Mindestnormen um ein Vielfaches. Er verfüge daher weder über eine

normale Gebrauchstauglichkeit noch über eine dem Üblichen entsprechende Dauerhaftigkeit. Im Gegenteil: Der Grundputz sei in hohem Masse minderwertig. Aufgrund der mangelnden Haftung und Tragfähigkeit, die zunächst zu (immer wieder) auftauchenden Rissen im ganzen Einfamilienhaus der Kläger und bei den Umbauarbeiten überall an den Wänden zu Abbröckelungen geführt hätten, hätten vorerst alle Schichten bis auf den Grundputz abgetragen werden müssen. Nach der wissenschaftlich erhärteten Erkenntnis, dass letzterer mangelhaft und nicht verbesserbar gewesen sei, habe schliesslich auch der gesamte Grundputz abgetragen und anschliessend ein Grundputz, ein neuer Weissputz und ein neuer Farbanstrich aufgetragen werden müssen. Dem Beklagten seien sowohl das Auftauchen der vielen Risse (welche ihre Entstehung im mangelhaften Grundputz gehabt hätten) als auch die erst später gewonnenen Erkenntnisse bezüglich des mangelhaften Grundputzes umgehend (und mehrfach) mitgeteilt worden. In diesem Zusammenhang sei der Beklagte auch aufgefordert worden, den Mangel im gesamten Haus zu beheben. Während er sich zunächst damit begnügt habe, die Risse abzuspachteln, ohne die genaue Ursache abzuklären, habe er sich im zweiten Fall geweigert, den nun genau spezifizierten Mangel zu beheben. Daher seien andere Unternehmungen mit der Behebung der Mängel beauftragt worden. Daraus seien den Klägern Kosten entstanden, deren Rückerstattung vom Beklagten verlangt würden (act. 1 S. 39).

1.2.2.2. Vorbringen des Beklagten

Der Beklagte führt dagegen u.a. aus, kurze Zeit nach der Fertigstellung des Hauses hätten sich wiederholt schwerwiegende Feuchtigkeitsschäden mit durchnässtem Mauerwerk manifestiert. Bereits im Jahr 2005 sei die Neugestaltung des Grossteils der Innenwände mit dem Auftragen eines Lehmputzes erfolgt, welcher jedoch schon im Folgejahr 2006 nach weiteren Wassereintrüben und im Rahmen einer umfassenden Neugestaltung von Innenräumen und Treppen von den Wänden wieder abgefräst worden sei. Seit dieser Totalrenovation sehe sich der Beklagte einem Kesseltreiben der Kläger ausgesetzt, welche von ihm eine finanzielle Beteiligung an den von ihm nicht zu vertretenden Renovationskosten verlangen würden (act. 9 S. 2 f.).

Zur Bestandesaufnahme vom 20. März (und 20. September) 2004 sei der Beklagte nicht eingeladen worden, und er habe das einseitig in seiner Abwesenheit und ohne seine Mitwirkung seitens der Bauherrschaft verfasste "Abnahmeprotokoll" weder erhalten noch unterzeichnet. Im Verlauf des Jahres 2004 sei er seitens der Bauleitung der Kläger gebeten worden, einzelne ihm in der klägerischen Liegenschaft gezeigte, von ihm nicht verursachte Unzulänglichkeiten zu beheben, und er habe kulant sowie ohne Anerkennung einer Verantwortung oder Rechtspflicht die gewünschten Verrichtungen vorgenommen. Die dem Beklagten gezeigten Risse hätten ausnahmslos im Haarriss-Bereich gelegen und hätten sich hauptsächlich an Decken-Elementen und an Wandverkleidungen, welche nicht mit Gips-Grundputz bearbeitet worden seien, befunden. Mithin könne vom Vorliegen zahlreicher Risse mittleren Ausmasses primär an den mit Gips-Grundputz behandelten Wänden keine Rede sein. Es sei kein einziger Riss mit Lehmputz gespachtelt worden. Vielmehr seien die durchwegs bagatellären Haarrisse entweder mit dem Kleber Uniflott oder mit dem Füllstoff Decofill definitiv behoben worden. An den Reparaturstellen seien später keine erneuten Rissbildungen entstanden (act. 9 S. 6 f.).

Für den von den Klägern bestellten und vom Beklagten erstellten Gips-Grundputz würden in Bezug auf die Druck- und Biegezugfestigkeit weder Mindestnormen bestehen noch liege eine verwertbare Erhebung von Festigkeitswerten vor. Die Gebrauchstauglichkeit und Dauerhaftigkeit des Putzaufbaus sei durch die jeweils fachkundig vorgenommenen Abklärungen und Werkprüfungen aus den Jahren 2006 und 2008 erstellt. Vereinzelte Rissbildungen würden in keinem Zusammenhang mit der Qualität des Gips-Grundputzes stehen und seien auch nicht wiederholt aufgetreten. Die Ablösung des Lehmputzes von der auf dem Weissputz aufgetragenen Farbbeschichtung würde in keinem Zusammenhang mit der Qualität des Gips-Grundputzes stehen. Die Schädigung des Gips-Grundputzes sei einerseits durch die nachträgliche Durchnässung des Mauerwerks und andererseits durch das unsachgemässe Abfräsen des Lehm- und Weissputzes bis und mit der Gips-Grundputz-Oberfläche verursacht worden. Mithin stehe der Aufwand für das Abtragen des beschädigten Gips-Grundputzes sowie die Erstellung eines neuen Putzaufbaus mit Farbanstrich in keinem Zusammenhang mit der Qualität des vom

Beklagten erstellten Gips-Grundputzes und es bestehe keine Leistungspflicht des Beklagten. Der Beklagte beruft sich zur Untermauerung seines Standpunktes in erster Linie auf J._____ und dessen "Fachtechnische Kurz-Beurteilung" vom 1. September 2008 (act. 4/21) bzw. Stellungnahme vom 12. August 2009 (act. 10/12). Weiter stützt er sich u.a. auf zwei Schreiben der K._____ AG betreffend die Lehmputzablösung auf Weissputz vom 22. September 2006 sowie 9. Oktober 2006 (act. 10/7-8).

1.3. Vergleich vom 16. Dezember 2009

Die Kläger erhoben mit Eingabe vom 22. April 2009 (Datum Poststempel) Klage am Handelsgericht des Kantons Zürich mit oben genanntem Rechtsbegehren (act. 1). Nach Eingang der Klageantwortschrift vom 1. September 2009 (act. 9) schlossen die Parteien anlässlich der Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung vom 16. Dezember 2009 folgende Vereinbarung (Prot. S. 4 ff. in Verfahren mit Prozess Nr. HG090090):

- "1. Die Parteien beantragen dem Gericht, es sei ein Gutachten einzuholen darüber, ob der Gips-Kalk-Grundputz an den Wänden in der Einlegerwohnung des Untergeschosses sowie an den Wänden in den Zimmern des Dachgeschosses in der klägerischen Liegenschaft an der F._____ -Strasse ... in D._____ den Regeln der Baukunde entspricht.
2. Die Parteien beantragen dem Gericht hiezu einen unabhängigen, gerichtlich bestellten Gutachter zu benennen und zu beauftragen.

Das Gericht teilt den Parteien den von ihm vorgeschlagenen Gutachter mit und räumt ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme ein.

Bei begründeten Einwänden schlägt das Gericht einen neuen Gutachter vor.

3. Der Gutachter wird darum ersucht, den Parteien den Termin des Augenscheins mitzuteilen.
4. Die Parteien ersuchen das Gericht darum, dem Gutachter die vollständigen Akten zur Einsicht zuzustellen.

5. Kommt der Gutachter zum Ergebnis, dass der Gips-Kalk-Grundputz an den Wänden in der Einlegerwohnung des Untergeschosses und / oder an den Wänden in den Zimmern des Dachgeschosses den Regeln der Baukunde nicht entspricht, so verpflichtet sich der Beklagte, den Klägern einen Betrag von CHF 350'000.- per saldo aller Ansprüche zu bezahlen, zahlbar innerhalb von 10 Tagen nach Rechtskraft des gerichtlichen Abschreibungsbeschlusses.
6. Kommt der Gutachter zum Ergebnis, dass der Gips-Kalk-Grundputz an den Wänden in der Einlegerwohnung des Untergeschosses und an den Wänden in den Zimmern des Dachgeschosses den Regeln der Baukunde entspricht, so verpflichten sich die Kläger, die Klage innerhalb von 10 Tagen ab Zustellung des Gutachtens zurückzuziehen.
7. Die Parteien verpflichten sich, die Kosten des Gutachtens je zur Hälfte zu bevorschussen und zu tragen.
8. Unabhängig vom Ergebnis des Gutachtens verpflichten sich die Parteien, die Kosten des vorliegenden Prozesses je zur Hälfte zu übernehmen und gegenseitig auf Prozessentschädigung zu verzichten.
9. Mit Vollzug dieser Vereinbarung sind die Parteien per saldo aller gegenseitigen Ansprüche auseinandergesetzt."

1.4. Gutachten vom 31. Mai 2010 und Eingabe der Kläger vom 18. Juni 2010

Der mit der Erstellung des Gutachtens beauftragte und von den Parteien anerkannte Sachverständige L._____ (Prot. S. 7 ff. in Verfahren mit Prozess Nr. HG090090; act. 15) kam in seinem Gutachten vom 31. Mai 2010 zum Schluss, dass der streitige Gips-Kalk-Grundputz den Regeln der Baukunde entspricht (act. 19 S. 24). Unter Hinweis auf Ziffer 6 des oben erwähnten Vergleichs wurde den Klägern daraufhin mit Verfügung vom 8. Juni 2010 (Prot. S. 12 in Verfahren mit Prozess Nr. HG090090) die Gelegenheit eingeräumt, die Klage zurückzuziehen.

Anstatt die Klage zurückzuziehen, reichten die Kläger am 18. Juni 2010 eine Eingabe mit folgenden Anträgen ein (act. 22):

- „1. Der Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern einen Betrag von CHF 350'000.-- per saldo aller Ansprüche zu bezahlen, zahlbar innerhalb von 10 Tagen nach Rechtskraft des gerichtlichen Abschreibungsbeschlusses.
2. Eventualiter sei ein neues Gutachten durch einen unabhängigen Experten anzuordnen und einzuholen über die Frage, ob der Gips-Kalk-Grundputz an den Wänden in der Einlegerwohnung des Untergeschosses sowie an den Wänden in den Zimmern des Dachgeschosses in der klägerischen Liegenschaft an der F.____-Strasse ... in D.____ den Regeln der Baukunde entspricht.
3. Subeventualiter sei den Klägern Frist anzusetzen zur Stellung von Ergänzungsfragen an den Gutachter L.____ mit Bezug auf dessen Gutachten vom 31. Mai 2010.
4. Sub-subeventualiter seien dem Gutachter L.____ die folgenden Fragen (Ergänzungsfragen) zu seinem Gutachten vom 31. Mai 2010 zu stellen:
 - Wurden im vorliegenden Fall (d.h. im Gutachten vom 31. Mai 2010) die Putzdickenmessungen **inkl. Weissputz** (d.h. Grundputz und Weissputz zusammen und nicht nur Grundputz allein ohne Weissputz) vorgenommen?
 - Sehen sowohl die Norm SIA V 242/1, Verputz und Gipserarbeiten - Aussenputze, Innenputze, Stukkaturen als auch das vom Gutachter auf Seite 26 seines Gutachtens vom 31. Mai 2010 zitierte Datenblatt K.____ vor, dass der **Grundputz alleine (d.h. ohne Weissputz) mindestens 10 mm dick sein muss?**
 - Sieht die Norm SIA V 242/1 explizit vor, dass der **Weissputz auf Grundputz mindestens 2 mm dick sein muss?**
 - Resultiert im vorliegenden Fall bei Abzug einer hypothetischen Mindestschichtdicke von 2 mm (für Weissputz gemäss Norm SIA V 242/1) von den 10 vorgenommenen Putzdickenmessungen (gemäss Gutachten vom 31. Mai 2010) ein Durchschnittswert von 8.1 mm?
 - Ergeben im vorliegenden Fall bei Abzug einer hypothetischen Mindestschichtdicke von 2 mm für Weissputz (gemäss Norm SIA V 242/1) 8 von 10 Messungen (welche gemäss Gutachten vom 31. Mai 2010 vorgenommen worden sind) einen

Wert unterhalb von 10 mm? Gibt es im vorliegenden Fall eine im Untergeschoss vorgenommene Messung (gemäss Gutachten vom 31. Mai 2010), gemäss welcher die Putzdicke (nur Grundputz) 10 mm oder mehr beträgt?

- Wurden im vorliegenden Fall im Untergeschoss auch Messungen an einer Betonwand vorgenommen?
 - Wie hoch ist aufgrund der vorgenommenen Messungen die durchschnittliche Dicke des Grundputzes (ohne Weissputz) im Untergeschoss?
5. Sub-Sub-subeventualiter sei das Gutachten von Herrn L._____ vom 31. Mai 2010 formell als unverbindlich zu erklären und es sei ein Gutachten gemäss Ziff. 2 vorstehend anzuordnen (Gutachten bezüglich der Frage, ob der Gips-Kalk-Grundputz an den Wänden in der Einlegerwohnung des Untergeschosses sowie an den Wänden in den Zimmern des Dachgeschosses in der klägerischen Liegenschaft an der F._____ - Strasse ... in D._____ den Regeln der Baukunde entspricht).
 6. Es sei das Honorar des Gutachters infolge unsorgfältiger Auftragserfüllung (Übernahmerverschulden) angemessen zu kürzen.
 7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuer, zu Lasten des Beklagten.“

In der Folge schrieb das Gericht das Verfahren mit Beschluss vom 7. Juli 2010 als durch Rückzug der Klage erledigt ab, wobei es die fehlende klägerische Willenserklärung betreffend den Klagerückzug durch einen richterlichen Entscheid ersetzte, da die Kläger auf die im Vergleich vom 16. Dezember 2009 eingegangene Verpflichtung zu behaften seien (Prot. S. 13 in Verfahren mit Prozess Nr. HG090090; act. 23 S. 10 ff.).

2. Prozessgeschichte

Mit Zirkulationsbeschluss vom 21. November 2011 (act. 28) hob das Kassationsgericht – in Gutheissung einer Beschwerde der Kläger – den Erledigungsbeschluss vom 7. Juli 2010 (act. 23) auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück. Mit Verfügung vom 14. Mai

2012 (Prot. S. 2) wurde den Parteien Frist angesetzt, um sich zu diesem Entscheid abschliessend zu äussern. In der entsprechenden Eingabe vom 21. August 2012 (act. 34) stellten die Kläger nochmals dieselben Anträge, die sie bereits mit der oben erwähnten Eingabe vom 18. Juni 2010 (act. 22) gestellt hatten, während der Beklagte mit Eingabe ebenfalls vom 21. August 2012 (act. 36) die Abweisung der Klage und im Eventualstandpunkt die Abschreibung des Prozesses zufolge Gegenstandslosigkeit beantragte. Die beiden Eingaben wurden der jeweiligen Gegenpartei mit Verfügung vom 24. August 2012 (Prot. S. 3) zugestellt.

Da sich das Verfahren als spruchreif erweist, ist im Folgenden darüber zu entscheiden (§ 188 Abs. 1 ZPO/ZH).

3. Formelles

3.1. Anwendbares Recht

Der eidgenössischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Datum des Inkrafttretens: 1. Januar 2011) ist nicht ausdrücklich zu entnehmen, welches Recht zur Anwendung kommt, wenn die Rechtsmittelinstanz den angefochtenen Entscheid aufhebt und zur Fortsetzung des Hauptverfahrens oder Durchführung eines Beweisverfahrens an die untere Instanz zurückweist. Die Rückweisung bewirkt, dass der Prozess in die Lage zurückversetzt wird, in der er sich vor Ausfällung des angefochtenen Entscheids befunden hat. Das Verfahren vor der unteren Instanz ist somit nicht zum Abschluss gekommen, so dass für die Fortsetzung des Verfahrens bisheriges Recht weitergilt (Art. 404 Abs. 1 ZPO). War der Rechtswechsel bei Eröffnung des angefochtenen Entscheids noch nicht eingetreten, brachte die obere Instanz mithin altes Verfahrensrecht zur Anwendung, gilt dieses Recht auch für die Rückweisung (vgl. Frei/Willisegger, in: BSK ZPO, Rz. 13 zu Art. 404).

Demgemäss bleibt für das (Rückweisungs-)Verfahren die "alte" zürcherische Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) anwendbar mit der Bemerkung,

dass die Anwendung neuen Rechts vorliegend zu keinem anderen Ergebnis führen würde.

Für die Rechtsmittel gilt hingegen das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 ZPO). Mithin ist für die Rechtsmittel das neue Prozessrecht massgebend.

3.2. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich ist gegeben und unbestritten (act. 1 S. 6; act. 9 S. 2).

4. Materielles

4.1. Prozessvergleich vom 16. Dezember 2009

4.1.1. Rechtsgrundlage

Gemäss § 62 ZPO/ZH kann das Gericht die Parteien jederzeit zu einer Vergleichsverhandlung vorladen, wobei diese in der Regel vor Anordnung des schriftlichen Verfahrens für Replik und Duplik durchgeführt werden soll.

4.1.2. Zustandekommen und Auslegung des Prozessvergleichs

Beim im Rahmen einer solchen Vergleichsverhandlung abgeschlossenen Prozessvergleich handelt es sich um einen zivilrechtlichen Vertrag, dessen Zustandekommen, Inhalt und Auslegung sich nach Art. 1 ff. OR richtet.

Das Zustandekommen des Prozessvergleichs ist unbestritten. Uneinigkeit besteht hinsichtlich der Auslegung des Vertrags bzw. der Frage, ob die Parteien die Einholung eines Schiedsgutachtens vereinbart haben. Während die Kläger diese Frage verneinen (act. 22 S. 22; act. 34 S. 7 ff.), wird sie vom Beklagten bejaht (act. 36 S. 4 ff.). Ebenfalls auslegungsbedürftig ist sodann, was unter der Formulierung "den Regeln der Baukunde (nicht) entsprechen" zu verstehen ist.

Ein behaupteter übereinstimmender innerer Wille der Parteien, welcher für die Auslegung des Prozessvergleichs primär massgebend wäre (Art. 18 OR), besteht

vorliegend weder hinsichtlich der Art des einzuholenden Gutachtens noch in Bezug auf die Formulierung "den Regeln der Baukunde (nicht) entsprechen". Demnach ist vom Vertrauensgrundsatz auszugehen, wonach Willenserklärungen so auszulegen sind, wie sie der jeweilige Empfänger nach den gesamten Umständen in guten Treuen verstehen durfte und musste. Das primäre Auslegungsmittel ist dabei der Wortlaut (u.a. Gauch, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 9. Aufl. 2008, Rz. 1212 ff.; vgl. auch BGE 131 III 606 E. 4.2 und BGE 133 III 406 E. 2.3). Massgeblich für die Bedeutung eines Wortes ist dabei weniger dessen unmittelbarer Wortsinn als seine Stellung im Kontext und wiederum dessen Stellung im Gesamtkonzept des Vertrages (Wiegand, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 24 zu Art. 18 OR). Ergänzend kommen Ort, Zeit und andere Begleitumstände des Vertragsschlusses, das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsabschluss, der Vertragszweck, die Interessenlage der Parteien bei Vertragsabschluss sowie die Verkehrsübung hinzu. Insgesamt ist ein Vertrag ex tunc (bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses), systematisch bzw. ganzheitlich sowie gesetzeskonform und nach Treu und Glauben auszulegen (u.a. Gauch, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 9. Aufl. 2008, Rz. 1212 ff.; Wiegand, a.a.O., Rz. 18 und Rz. 26 ff. zu Art. 18 OR).

4.1.3. Kein verfahrensabschliessender Prozessvergleich

Aus dem Umstand, dass sich die Kläger gemäss Ziffer 6 der Vereinbarung verpflichteten, die Klage innerhalb von 10 Tagen ab Zustellung des Gutachtens zurückzuziehen, falls der Gutachter zum Ergebnis kommen sollte, dass der streitige Grundputz den Regeln der Baukunde entspricht, ergibt sich, dass es sich nicht um einen verfahrensabschliessenden Vergleich handelt. Nach Vornahme der dem Gericht zugeordneten Handlungen (Mitteilung des vorgeschlagenen Gutachters an die Parteien mit der Möglichkeit zur Stellungnahme sowie Zustellung der vollständigen Akten zur Einsicht an den Gutachter) war das Verfahren deshalb nicht zufolge Zustandekommens eines Vergleichs als erledigt abzuschreiben.

4.1.4. Teilweiser Klagerückzug

Die Vereinbarung sieht vor, dass sich der Beklagte verpflichtet, den Klägern einen Betrag von CHF 350'000.– per saldo aller Ansprüche zu bezahlen, falls der Gutachter zum Ergebnis kommt, dass der streitige Gips-Kalk-Grundputz den Regeln der Baukunde nicht entspricht. Auch im für die Kläger vorteilhaften Fall würde sich ihr Anspruch somit auf maximal CHF 350'000.– belaufen, weshalb im Umfang der restlichen CHF 261'222.– der ursprünglich eingeklagten CHF 611'222.– von einem Klagerückzug auszugehen ist. Daran ändert nichts, dass keine dahingehende ausdrückliche Erklärung der Kläger vorliegt, denn die mit Zirkulationsbeschluss vom 21. November 2011 durch das Kassationsgericht geforderte Klarheit der Parteierklärung (act. 28 S. 7) ist nicht mit deren Ausdrücklichkeit gleichzusetzen. Eine eventuell vorher bestehende Schadenersatzforderung der Kläger wurde mit Abschluss des Vergleichs aufgehoben und durch die suspensiv bedingte, den Schaden pauschalisierende Forderung von CHF 350'000.– ersetzt. Indem im Vergleich geregelt wird, dass der Beklagte jedenfalls höchstens CHF 350'000.– an die Kläger zu leisten hat, ist klar, dass im eingeklagten Restumfang von einem Klagerückzug auszugehen ist.

4.1.5. Vereinbarung über die Einholung eines Schiedsgutachtens

Die Parteien sind gemäss § 258 ZPO/ZH berechtigt, rechtserhebliche Tatsachen im Rahmen eines Rechtsverhältnisses, über welches sie frei verfügen können, aufgrund einer entsprechenden Parteivereinbarung durch einen Schiedsgutachter verbindlich feststellen zu lassen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, N 2 zu § 258). Ein Schiedsgutachten liegt demnach vor, wenn die Parteien in einer Streitigkeit im Rahmen der Dispositionsmaxime eine Vereinbarung schliessen, wonach ein Sachverständiger auf dem fraglichen Gebiet Tatsachen (sowie allenfalls rechtliche Tatbestandselemente) feststellt, wobei die Feststellungen des Sachverständigen für den weiteren Verlauf der Streitbeilegung verbindlich sind. Letzteres wird häufig dadurch manifest, dass der Ausgang der Streitigkeit mit den Feststellungen des Dritten verbun-

den wird. Sinn und Zweck eines Schiedsgutachtens ist die Prozessverhütung oder -vereinfachung, indem ein Schiedsgutachten an die Stelle eines langwierigen und aufwändigen staatlichen Gerichts- bzw. Beweisverfahrens tritt.

Im an der Vergleichsverhandlung vom 16. Dezember 2009 geschlossenen Prozessvergleich haben die Parteien nach dem Gesagten ein Schiedsgutachten vereinbart. Nachdem beide Parteien ihren Standpunkt darlegen konnten und die entscheiderelevanten Argumente vorgebracht waren, beabsichtigten sie, das Verfahren abzukürzen und die Bestellung eines einzelnen Gutachters zu vereinbaren. Dementsprechend verzichteten die Parteien auf einen weiteren Schriftenwechsel und ein umfassendes Beweisverfahren. Stattdessen sollte ein Gutachter die vorliegend massgebliche Frage beantworten, ob der Gips-Kalk-Grundputz den Regeln der Baukunde entspricht. Das Gutachten sollte dabei einen verbindlichen Schlusspunkt setzen. Somit stellten die Parteien auch nicht auf eine freie Würdigung sämtlicher Beweismittel durch das Gericht ab, sondern knüpften an das Resultat dieses Gutachtens unmittelbar die Prozesserledigung an. Sie vereinbarten, dass entweder die Kläger die Klage zurückziehen würden oder der Beklagte einen festen Betrag zu bezahlen habe. Den Parteien war an der Abkürzung des Verfahrens gelegen und daran, dass der Gutachter – im Gegensatz zu den bisherigen Gutachten (act. 4/10, 4/16, 4/17, 4/21, 4/22, 10/7, 10/8, 10/10, 10/12) – ein von beiden Seiten als unabhängig anerkannter Fachmann sei, was aus der Formulierung in Ziffer 2 der Vereinbarung ersichtlich wird. Schliesslich trafen sie auch bereits eine Einigung über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Prozesses inkl. Gutachterkosten.

Der Einwand der Kläger, die Vereinbarung spreche nicht explizit von einem Schiedsgutachter oder Schiedsgutachten (act. 22 S. 22; act. 34 S. 8 f.), ist nicht ausschlaggebend. Ein solcher terminologischer Hinweis ist angesichts der erwähnten Umstände, welche den Parteiwillen offenbaren, entbehrlich. Die verwendeten und neutralen Begriffe „Gutachter“ und „Gutachten“ stehen auch nicht im Widerspruch zum Parteiwillen. Gemäss konstanter Rechtsprechung wären die von den Parteien verwendeten Bezeichnungen darüber hinaus ohnehin nicht entscheidend. Zudem trifft es zwar zu, dass der Prozessvergleich vom 16. Dezember

2009 die Verbindlichkeit des einzuholenden Gutachtens nicht explizit erwähnt. Dessen Verbindlichkeit ergibt sich indessen daraus, dass die Vereinbarung je nach Resultat des Gutachtens verschiedene Pflichten der Parteien entstehen lässt. Wäre das Gutachten nicht verbindlich, könnte auch keine Pflicht der Kläger zum Klagerückzug bzw. keine Pflicht des Beklagten zur Zahlung von CHF 350'000.– entstehen, womit die Ziffern 5 und 6 des Prozessvergleichs ihres Sinngehalts entleert würden.

Die Kläger führen weiter aus, allein aus den Begriffen "unmittelbare Prozess erledigung" und "Abkürzung" könne nicht gefolgert werden, wie das einzuholende Gutachten zu würdigen sei. Auch der Argumentation, der Wille zum Abschluss eines Schiedsgutachtens ergäbe sich aus dem Umstand, dass die Parteien ein Gutachten durch einen von beiden Seiten als unabhängig anerkannten Fachmann vereinbart hätten, könne nicht gefolgert werden, da alle Gutachten durch einen unabhängigen Gutachter zu erstatten seien. Schliesslich sage auch die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen in einem Prozessvergleich nichts über die rechtliche Qualifikation eines (in diesem vereinbarten) einzuholenden Gutachtens aus, da es auch bei der Vereinbarung, ein (frei überprüfbares) gerichtliches Gutachten einzuholen, Sinn mache, die Kosten- und Entschädigungsfolgen in einem Prozessvergleich zu regeln (act. 34 S. 10 f).

Es trifft zwar zu, dass das Motiv einer unmittelbaren Prozess erledigung, die Beauftragung eines unabhängigen Fachmanns und die Einigung über die Kosten- und Entschädigungsfolgen für sich genommen nicht ausreichen, um von einem Schiedsgutachten auszugehen. Massgebend erscheint indessen, dass die Parteien vereinbarten, je nach Resultat des Gutachtens die Klage zurückzuziehen bzw. einen festen Betrag zu bezahlen. Im Sinne der oben genannten Definition eines Schiedsgutachtens erscheinen die Feststellungen des Sachverständigen für den weiteren Verlauf der Streitbeilegung demnach als verbindlich. Da sich die Kläger gemäss Ziffer 6 der Vereinbarung verpflichteten, die Klage innerhalb von 10 Tagen ab Zustellung des Gutachtens zurückzuziehen, falls der Gutachter zum Ergebnis kommt, dass der streitige Gips-Kalk-Grundputz den Regeln der Baukunde entspricht, ergibt sich aus dem Wortlaut und Gesamtkontext der Vereinbarung

eindeutig, dass die Parteien zwecks Vereinfachung und Abkürzung des Verfahrens auf eine umfassende Würdigung des Gutachtens durch das Gericht verzichten wollten.

4.1.6. Auslegung der Wendung "den Regeln der Baukunde (nicht) entsprechen"

Gemäss Art. 229 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer u.a. bei der Ausführung eines Bauwerks die anerkannten Regeln der Baukunde ausser Acht lässt und dadurch wissentlich Leib und Leben von Mitmenschen gefährdet. Im Zivilrecht haben die anerkannten Regeln der Baukunde vor dem Hintergrund eines behaupteten Schadenersatzanspruchs eines Werkbestellers gegenüber einem Unternehmer eine die Sorgfaltspflicht des Unternehmers konkretisierende Funktion. Die vertragliche Sorgfalt, die der Unternehmer bei seiner Tätigkeit aufbringen muss, kann in diesem Sinne mitbestimmt werden durch die zur Zeit der Werkausführung "anerkannten Regeln der Technik", z.B. durch "anerkannte Regeln der Baukunde" (Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 842). Letztere regeln Sachverhalte der Planung und Erstellung, des Bestandes und des Abbruchs von Bauten und Anlagen, einschliesslich der dazu benötigten Hilfsbauwerke und der sie begleitenden weiteren baulichen Massnahmen (Tausky, Die allgemein anerkannten Regeln der Baukunde, in: Koller, Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, St. Gallen 1996, S. 190). Die anerkannten Regeln der Baukunde beeinflussen einerseits die Soll-Beschaffenheit des geschuldeten Werkes, spielen aber auch auf der Verhaltensebene eine Rolle, indem sie der Unternehmer während der gesamten Vertragsabwicklung beachten muss (Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 843). Vorliegend steht die Frage im Raum, ob der streitige Grundputz den Regeln der Baukunde entspricht. Es geht demnach primär um dessen Beschaffenheit und nicht um das Verhalten des Beklagten während der Werkausführung, wobei aber insofern ein Zusammenhang besteht, als dass das Verhalten des Unternehmers während der Werkausführung die Qualität des Grundputzes beeinflussen kann.

Die Vereinbarung der Parteien vom 16. Dezember 2009 spricht zwar lediglich von den "Regeln der Baukunde", ohne zu fordern, dass diese auch "anerkannt" sein müssten. Es dürfte indessen unbestritten sein, dass sich die Parteien auf aner-

kannte Regeln der Baukunde beziehen wollten, wobei die diesbezügliche Terminologie ohnehin keine einheitliche ist (Tausky, a.a.O., S. 182). Zu beachten ist erstens, dass zu den anerkannten Regeln der Technik bzw. der Baukunde immer nur Regeln gehören, die als "richtig" anerkannt sind. Faktische Gepflogenheiten genügen auch dann nicht, wenn sie weit verbreitet sind. Zweitens setzt die Anerkennung einer Regel eine praktische Bewährung voraus. Schliesslich ist drittens zu berücksichtigen, dass die Regeln, die für die Ausführung eines Werkes anerkannt sind, je nach den Umständen des Einzelfalles differieren können (Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 847 ff.).

Der Wortlaut des Vergleichs sieht eine Zahlungsverpflichtung des Beklagten dann vor, wenn der Gutachter zum Schluss kommt, dass der streitige Grundputz den Regeln der Baukunde nicht entspricht, und umgekehrt eine Pflicht der Kläger zum Klagerückzug, falls der Gutachter zum Schluss kommt, dass der streitige Grundputz den Regeln der Baukunde entspricht. Während sich die Kläger auf den Standpunkt stellen, dass damit jeder Verstoss gegen die Regeln der Baukunde eine Zahlungsverpflichtung des Beklagten im Umfang von CHF 350'000.– begründet (act. 34 S. 14), erklärt der Gutachter, dass die Qualitäten eines Grundputzes anhand verschiedener Eigenschaften beurteilt werden könnten (act. 19 S. 24), und geht somit von einer Gesamtwürdigung aus. Im Folgenden ist zu prüfen, welcher Interpretation der Vorzug zu geben ist.

Dem Wortlaut der Vereinbarung lässt sich nicht entnehmen, ob der streitige Grundputz den Regeln der Baukunde bereits dann nicht mehr entsprechen soll, wenn gegen eine Regel verstossen wird bzw. wenn nicht alle Regeln der Baukunde eingehalten wurden, oder ob es der Verletzung mehrerer Regeln bedarf, um zum Schluss zu gelangen, dass die Regeln insgesamt als nicht mehr eingehalten gelten müssen; eine entsprechende Präzisierung fehlt in der Vereinbarung.

Gegen die Auffassung, dass alle anerkannten Regeln der Baukunde eingehalten sein müssen, spricht das oben umschriebene Prinzip der Relativität, wonach die Regeln, die für die Ausführung eines Werkes anerkannt sind, je nach den Umständen des Einzelfalles differieren können. In diesem Sinne stehen gar nicht "alle" Regeln der Baukunde zum Voraus fest. Erst die nähere Betrachtung des Ein-

zelfalls ergibt, welche Regeln überhaupt und inwiefern allenfalls modifiziert anzuwenden sind. So kann die Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse erlauben, dass eine normalerweise zu befolgende Regel im Einzelfall nur teilweise oder nicht befolgt werden muss oder umgekehrt, dass aufgrund besonderer Risiken Vorsichtsmassnahmen getroffen werden müssen, die durch die normalen Regeln der Baukunde grundsätzlich nicht vorgesehen sind.

Für eine Gesamtwürdigung spricht auch, dass es wichtigere und unwichtigere Regeln gibt. Eine formale Betrachtungsweise, welche bei jeglichem Verstoss gegen eine Regel der Baukunde davon ausgeht, dass der streitige Grundputz den anerkannten Regeln der Baukunde insgesamt nicht mehr entspricht, erscheint vor diesem Hintergrund wenig differenziert. Wie erwähnt geht es um die Sollbeschaffenheit des Grundputzes (bzw. um die Frage, ob aufgrund dessen behaupteter schlechter Qualität Mängel und in der Folge Schäden entstanden sind) und nicht um das Verhalten des Beklagten bei der Ausführung des Werks per se. In diesem Zusammenhang ist auf den durch die Parteien verfolgten Vertragszweck hinzuweisen. Die durch den Beklagten bei Bedingungseintritt zu leistenden CHF 350'000.– stellen einen pauschalisierten Schadenersatz für allfällige (Folge-)Schäden dar, die durch den gegebenenfalls nicht den Regeln der Baukunde entsprechenden Grundputz entstanden sein sollen. In diesem Sinne kann davon ausgegangen werden, dass die Parteien bei der Formulierung des Vergleichs an Verstösse gegen die Regeln der Baukunde dachten, die überhaupt Schäden in dieser Grössenordnung verursachen konnten bzw. es rechtfertigten, die behauptete notwendige Ersatzvornahme anzuordnen und die weiteren geltend gemachten Ausgaben zu tätigen, deren Ersatz mit der Klageschrift vom Beklagten verlangt wurde. Vor dem Hintergrund, dass gemäss Vergleich nach dem Prinzip alles oder nichts CHF 350'000.– geschuldet oder eben nicht geschuldet sind, erscheint somit nach Treu und Glauben eine Gesamtabwägung nicht nur zulässig, sondern gerade notwendig.

Für diese Auffassung spricht auch der sehr allgemein gehaltene Auftrag an den Gutachter, welcher diesem ein grosses Ermessen hinsichtlich der Vorgehensweise, der zu prüfenden Fragen sowie der Würdigung seiner Resultate einräumt.

Hätten die Parteien dem Gutachter einzelne Regeln der Baukunde zur (Über)Prüfung oder konkrete Methoden betreffend das Vorgehen und die Würdigung auferlegen wollen, von welchen sie die Antwort auf die Frage hätten abhängig machen wollen, ob der streitige Grundputz den Regeln der Baukunde entspricht, wäre dies entsprechend zu formulieren gewesen. Die Parteien sahen in ihrer Vereinbarung indessen lediglich die Möglichkeit vor, gegen den durch das Gericht vorgeschlagenen Gutachter Einwände zu erheben. Es ist davon auszugehen, dass weitergehende Einflussmöglichkeiten wie zum Beispiel eine konkretere Formulierung des Auftrags an den Gutachter bzw. der zu prüfenden Fragen oder aber die Befugnis, Ergänzungsfragen zu stellen, ebenfalls explizit vereinbart worden wären, falls die Parteien solche gewollt hätten. Der Verzicht darauf verdeutlicht den grossen Handlungsspielraum des Gutachters.

4.2. Grundsätzliche Verbindlichkeit des Schiedsgutachtens

Die Bedingung, unter welcher sich der Beklagte verpflichtet hatte, den Klägern einen Betrag von CHF 350'000.– zu bezahlen, ist nicht eingetreten, da der Gutachter die Frage, ob der streitige Gips-Kalk-Grundputz den Regeln der Baukunde entspricht, in seinem Gutachten bejaht (act. 19 S. 24). Umgekehrt ist somit die Bedingung eingetreten, unter welcher sich die Kläger verpflichtet haben, die Klage zurückzuziehen.

Der Ausfall bzw. Eintritt der Bedingung ist definitiv, falls ausgeschlossen ist, dass der bisherige (oder ein anderer) Gutachter zum umgekehrten Ergebnis kommen könnte. Damit letzteres überhaupt ermöglicht würde, müsste ein neues bzw. ergänzendes Gutachten in Auftrag gegeben werden können. Nach dem Gesagten können Schiedsgutachten von den Gerichten jedoch nicht frei auf ihre inhaltliche Richtigkeit hin überprüft werden, sondern sind grundsätzlich auch für das Gericht verbindlich. Eine Anfechtung ist nur mit den Einwänden möglich, das Schiedsgutachten sei offensichtlich ungerecht, willkürlich, unsorgfältig, fehlerhaft oder in hohem Grade der Billigkeit widersprechend oder es beruhe auf einer falschen tatsächlichen Grundlage. Zulässig ist zudem die Berufung auf Willensmängel, eine nicht ordnungsgemässe Entstehung oder eine Verletzung der Ausstandsregeln bzw. der gebotenen Unabhängigkeit. Eine blosser Unrichtigkeit des Gutachtens

genügt daher nicht, um die Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens herbeizuführen. So ist die Anfechtung eines Schiedsgutachtens ausgeschlossen, wenn beim Gericht nur Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens hervorgerufen werden können, nicht aber die Überzeugung, dass ein offenkundiger grober Irrtum begangen worden ist (§ 258 Abs. 2 ZPO/ZH; BGE 129 III 535 Erw. 2.1; BGE 67 II 146 Erw. 3; BGE 71 II 294; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Rz. 6 zu § 258).

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die von den Klägern geltend gemachten Beanstandungen gegen das Schiedsgutachten vom 31. Mai 2010 (act. 19) qualifizierte Fehler im Sinne der vorstehenden Ausführungen darstellen. Nur bei Bejahung dieser Frage wäre das Schiedsgutachten für das Gericht unverbindlich, könnte somit ein neues Gutachten oder eine Gutachtensergänzung eingeholt werden und wäre der Ausfall der Bedingung, unter welcher der Beklagte zur Zahlung von CHF 350'000.– bzw. der Eintritt der Bedingung, unter welcher die Kläger zum Klagerückzug verpflichtet wären, nicht definitiv.

4.3. Prüfung von qualifizierten Fehlern des Schiedsgutachtens

4.3.1. Einleitende Bemerkung

Es wurde bereits festgehalten, dass der Gutachter aufgrund des sehr allgemein gehaltenen Auftrags an ihn bei der Auftragsausführung über einen grossen Ermessensspielraum verfügte. Je grösser dieser ist, desto weniger wird sich beim Gericht die feste Überzeugung eines offenkundigen Fehlers bilden können, da der Handlungsspielraum des Gutachters grösser ist und umgekehrt dessen Möglichkeiten, "falsch" vorzugehen, eingeschränkt werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass nach dem Gesagten blosser Zweifel an der Richtigkeit des Schiedsgutachtens nicht ausreichen, um dessen Unverbindlichkeit zu begründen.

4.3.2. Schiedsgutachten vom 31. Mai 2010 (act. 19)

4.3.2.1. Inhaltsübersicht

Im Schiedsgutachten wird unter Ziff. 1 der Auftrag an den Gutachter folgendermassen definiert: "Es ist die Frage zu klären, ob der Gips-Kalk-Grundputz an den

Wänden in der Einliegerwohnung des Untergeschosses sowie an den Wänden in den Zimmern des Dachgeschosses der Liegenschaft an der F. _____-Strasse ... in D. _____ den Regeln der Baukunde entspricht" (act. 19 S. 3). Unter Ziff. 2 werden die Unterlagen aufgelistet, auf welche sich der Gutachter bei der Erstellung des Gutachtens gestützt hat (act. 19 S. 4). Ziff. 3 enthält verschiedene Angaben, wobei sich diese auf Aussagen beschränken, die dem Verständnis dienen oder vom technischen Standpunkt aus dem Experten wichtig erscheinen (act. 19 S. 5). Unter Ziff. 4 ist ein Augenschein festgehalten, an welchem in Anwesenheit der Parteien, deren Rechtsvertreter sowie zwei Experten bzw. Berater Sondieröffnungen gemacht und Proben entnommen wurden (act. 19 S. 6). Ziff. 5 behandelt den Punkt "Feststellungen/Messungen". Unter Ziff. 5.1. werden "Allgemeine Feststellungen", unter Ziff. 5.2. die einzelnen Feststellungen und Messungen an den Sondierstellen und unter Ziff. 5.3. die Feststellungen im Labor abgehandelt (act. 19 S. 7 ff.). Unter Ziff. 6 mit dem Titel "Beurteilung und Beantwortung der Expertenfrage" wird ausgeführt, die Qualitäten eines Grundputzes könnten anhand verschiedener Eigenschaften beurteilt werden, welche in der Folge aufgezählt und für den vorliegenden Grundputz am Objekt bewertet würden. Als Vergleich würden teilweise die Laborproben dienen, welche unter kontrollierten Bedingungen nach den Regeln der Baukunde hergestellt worden seien. Als solche Eigenschaften werden sodann "Genügende Festigkeit", "Putzdicke", "Haftung des Grundputzes auf dem Untergrund", "Haftung der nachfolgenden Schichten auf dem Grundputz", "Führt der Grundputz zur Rissbildung" und "Bröckeln des Grundputzes bei der Probeentnahme mit dem Stechbeitel" aufgezählt und geprüft. Der Gutachter kommt zum Schluss, dass die Verputzproben des Grundputzes aus dem Objekt mit den Laborproben in grossem Masse übereinstimmen und der streitige Grundputz den Regeln der Baukunde entspricht (act. 19 S. 24 f.).

4.3.2.2 Vorläufige Würdigung

Eine summarische Prüfung des Schiedsgutachtens ergibt nicht, dass dieses offensichtlich ungerecht, willkürlich, unsorgfältig oder fehlerhaft wäre bzw. auf falschen tatsächlichen Grundlagen beruhen würde. Im Folgenden ist auf die klägerischen Einwände gegen das Schiedsgutachten einzugehen.

4.3.3. Einwände der Kläger gegen das Schiedsgutachten

4.3.3.1. Putzdicke

4.3.3.1.1. Ausführungen der Kläger

Die Kläger beanstanden, die (Mindest-)Putzdicke von 10 mm sei nicht eingehalten, weil der Gutachter nur deshalb auf eine durchschnittliche Putzdicke von 10.1 mm komme, weil er zur Grundputzdicke die Weissputzdicke hinzurechne. Dies sei klar normwidrig und nicht zulässig. Sowohl die Norm SIA V 242/1, Verputz und Gipserarbeiten – Aussenputze, Innenputze, Stukkaturen, als auch das Datenblatt K. _____ "Gips-Kalk ... Grundputz Innen" würden bestimmen, dass der Grundputz alleine mindestens 10 mm dick sein müsse. Acht von zehn Proben seien ohnehin dünner als die geforderten 10 mm. Selbst wenn man dem Gutachter folgen und eine mittlere Dicke ermitteln würde, was jedoch methodisch ohnehin nicht zulässig wäre, läge die mittlere Schichtdicke bei lediglich 8.1 mm, wenn man die Weissputzdicke berücksichtige bzw. abziehe. Die gemessenen örtlichen Unterschreitungen der Mindestdicke den Backsteinwänden zuzuschreiben, wie es der Gutachter tue, sei u.a. deshalb falsch, weil gewisse Wände auch aus Beton seien, wobei die tiefsten Werte gerade an Betonwänden zu finden gewesen seien. Zudem könne bei Backsteinwänden ohnehin nicht von den allseits anerkannten Normen abgewichen werden. Die vom Gutachter vorgenommene "Gesamtwürdigung" sei unzulässig; Verputz- und Gipserarbeiten könnten die Regeln der Baukunde selbstredend nur einhalten, wenn alle in der Norm aufgeführten technischen Eigenschaften gegeben seien. Mangle es nur an einer Eigenschaft, so seien für die gesamten Arbeiten die Regeln der Baukunde nicht eingehalten. Die Aussage des Gutachters, wonach die Unterschreitungen der Mindestdicke des Grundputzes toleriert werden könnten, sei unhaltbar und willkürlich. Normen seien dazu da, um eingehalten zu werden. Abgesehen von der Anrufung der Backsteinwände gebe der Gutachter auch keine Begründung dafür an, weshalb Unterschreitungen der Mindestdicke toleriert werden könnten. Selbst wenn diese Unterschreitungen tolerierbar wären, ändere das nichts daran, dass die Regeln der Baukunde nicht eingehalten worden seien. Dem Gutachten sei nicht zu entnehmen, weshalb eine Tolerierung (überhaupt und gerade hier) möglich sein solle.

Beim geforderten Sollmass von 10 mm handle es sich um ein Minimalmass, dessen Einhaltung für die Beurteilung der Einhaltung der Regeln der Baukunde absolut zwingend und verbindlich sei. Nur bei Einhaltung dieses Minimalmasses könnten Innenputze auf verschiedenen Untergründen die materialbedingte Festigkeit erreichen. Bei einer Unterschreitung werde diese materialbedingte Festigkeit nicht mehr erreicht, da der Abbindungsprozess, unabhängig vom Bindemittel, negativ beeinflusst werde. In der Folge resultiere eine geringere Festigkeit des Putzes, was je nach Grad der Unterschreitung der geforderten Mindestschichtdicke eine mehr oder weniger deutliche Qualitätseinbusse darstelle. Dem Umstand, dass 8 von 10 Proben die Mindestmasse nicht einhalten würden bzw. im Untergeschoss keine einzige Probe die Normen einhalten würde, könne auch nicht mit dem Einwand begegnet werden, dass nach der SIA Norm V 242/1 das Sollmass von 10 mm in örtlich begrenzten Zonen um max. 5 mm unterschritten werde könne; eine Unterschreitung sei nur in Ausnahmefällen möglich (act. 22 S. 11 f.; act. 34 S. 15 ff.).

Auch die Aussage des Gutachters, wonach die Unterschreitungen der Mindeststärke (also die Verletzung der Normen bzw. der Regeln der Baukunde) nicht Ausdruck von beabsichtigten Materialeinsparungen seien, sei unhaltbar bzw. willkürlich. Der Gutachter könne nicht wissen, warum der Beklagte zu wenig Grundputz aufgetragen habe. Zudem sei es irrelevant, ob eine Verletzung der Regeln der Baukunde absichtlich oder fahrlässig oder nur infolge Verantwortlichkeit für Hilfspersonen erfolgt sei (act. 22 S. 12).

Die Aussage des Gutachters, wonach die Unterschreitungen der Mindestdicke keinen Einfluss auf das Erscheinungsbild hätten, sei ebenfalls unhaltbar, da die Dicke eines Grundputzes von Auge nicht erkennbar sei und das optische Erscheinungsbild nichts über die Qualität eines Putzes aussage. Betreffend die Aussage des Gutachters, wonach die Mindestdicke des Putzes auf die "technischen Eigenschaften" keinen Einfluss habe, monieren die Kläger, dass der Gutachter nicht sage, auf welche (weiteren) technischen Eigenschaften die Unterschreitungen keinen Einfluss hätten. Zudem sei die Mindestdicke als solche bereits eine technische Eigenschaft, welche überdies noch in einer technischen

Norm (SIA Norm V242/1) explizit beschrieben sei (act. 22 S. 12 f.). Die Behauptung, wonach die örtlichen Unterschreitungen der Mindeststärke keinen Einfluss auf die technischen Eigenschaften des Grundputzes hätten, sei ohnehin falsch und willkürlich. Die zu dünnen Schichten des Grundputzes würden nämlich rascher austrocknen. Die Hydratisierung erfolge deshalb nur in ungenügender Masse, weshalb die Festigkeit zu schwach werde und der Grundputz bröckle (act. 22 S. 21).

Betreffend die vom Gutachter zitierte SIA Norm 414, Masstoleranzen im Bauwesen, Ausgabe 1980, machen die Kläger geltend, diese habe mit der vom Gutachter zu beantwortenden Fragestellung nichts zu tun, weshalb dessen Ausführungen auf eine falsche Vertragsgrundlage abstellen würden (act. 22 S. 21).

Die Kläger weisen ferner verschiedentlich darauf hin, dass die Parteien vereinbart hätten, der Beklagte müsse bereits dann eine Pauschale von CHF 350'000.– bezahlen, wenn die Wände alternativ in der Einlegerwohnung des Untergeschosses und/oder in den Zimmern des Dachgeschosses den Regeln der Baukunde nicht entsprechen würden. Es sei deshalb eine isolierte Betrachtung der Einlegerwohnung und des Dachgeschosses vorzunehmen, wobei im Untergeschoss keine einzige Probe die Normen einhalten würde (act. 22 S. 9 f.; act. 34 S. 21).

Schliesslich erklären die Kläger, das Bundesgericht habe in seiner jüngsten Rechtsprechung bei der inhaltlichen Prüfung so genannter Bewertungsgutachten einen besonderen Prüfungsmassstab angewandt. Danach würden Schiedsgutachten, welche eine Bewertung zum Gegenstand hätten, als offensichtlich unrichtig bzw. unbillig gelten, wenn sie um mehr als 25 % von dem auf objektiver Grundlage ermittelten Wert abweichen würden. Eine analoge Anwendung dieses Prüfungsmassstabes auf den vorliegenden Fall, in dem es um die Bewertung der Putzdicke gehe, zeige, wie weit sich die falschen Ergebnisse des Gutachtens vom objektiv ermittelten Sachverhalt entfernten hätten (act. 34 S. 22).

4.3.3.1.2. Würdigung der klägerischen Ausführungen betreffend die Putzdicke

Die Kläger und der Gutachter weisen darauf hin, dass der Hersteller des verwendeten Grundputzmaterials eine Mindestauftragsfläche von 10 mm an Wänden vorsieht (act. 19 S. 26). Auch der SIA Empfehlung V 242/1, Verputz- und Gipsarbeiten, Ausgabe 1994, lässt sich entnehmen, dass für mineralisch gebundene Mörtel an Wänden für Innengrundputze ein Sollmass von 10 mm gilt, wobei dieser Wert in örtlich begrenzten Zonen, z.B. bei Unebenheiten des Untergrundes, um maximal 5 mm unterschritten werden darf. Im Gutachten wird erklärt, dass sich die Grundputzdicke neben den Verarbeitungsvorschriften des Herstellers nach den Toleranzen des Untergrundes und der Vertikalität der Oberflächen richte. Damit spricht auch der Gutachter die soeben erwähnte, in begründeten Fällen zulässige Abweichung um maximal 5 mm an. Der Verweis des Gutachters auf die SIA Norm 414, Masstoleranzen im Bauwesen, Ausgabe 1980, betreffend die Toleranzen dürfte auf einem Versehen beruhen, sind doch letztere bezüglich Lot, Flucht und Ebenheit ebenfalls in der SIA Empfehlung V 242/1, Verputz- und Gipsarbeiten, Ausgabe 1994, geregelt. Die Norm 414 enthält hingegen Begriffsbestimmungen und allgemeine Grundsätze zur Regelung der geometrischen Genauigkeit von Bauteilen und Bauwerken. Sie erklärt Begriffe, Grundsätze und Anwendungsregeln, enthält aber keine quantitativen Toleranzangaben, sondern soll als Grundlage für die Toleranzfestlegungen in den einzelnen Fachnormen dienen. Als Sollmass wird nach dieser Norm ein theoretisches Mass verstanden, das eine Abmessung zur Kennzeichnung von Grösse, Gestalt oder Lage eines Körpers oder Raumes aufweisen soll und das in Zeichnungen eingetragen ist. Das Istmass stellt das tatsächliche, durch Messungen am konkreten Objekt ermittelte Mass dar, während das Grenzmass das grösste (Grösstmass) bzw. kleinste (Kleinstmass) zulässige Istmass darstellt. Diese Terminologie gilt auch für den vorliegenden Fall. Entgegen der Ansicht der Kläger handelt es sich beim Sollmass des Grundputzes von 10 mm somit nicht um ein Minimal- bzw. Kleinstmass, was schon daraus ersichtlich ist, dass in begründeten Fällen Abweichungen möglich sind (act. 38 S. 3 f.).

Vorliegend wurde dieses Sollmass bei acht von zehn Proben nicht eingehalten, weshalb nicht mehr von Unterschreitungen in örtlich begrenzten Zonen die Rede sein kann. Die Kläger führen zutreffend aus, dass Unterschreitungen der Solldicke nicht durch die Annahme eines Mittelwertes im Sinne einer Kompensation gerechtfertigt werden können. Von einer solchen Kompensation geht jedoch auch der Gutachter nicht aus, der zwar eine mittlere Dicke angibt, ohne aber daraus unmittelbare Schlüsse zu ziehen. So wird nicht etwa festgehalten, dass dank der über 10 mm betragenden mittleren Dicke des Grundputzes dieser den Regeln der Baukunde entsprechen würde, sondern der Gutachter erklärt, die Unterschreitungen könnten toleriert werden; sie seien nicht Ausdruck von beabsichtigten Materialeinsparungen und hätten auf das Erscheinungsbild und die technischen Eigenschaften keinen weiteren Einfluss. Eine mittlere Dicke von über 10 mm könnte immerhin zur Untermauerung der soeben erwähnten gutachterlichen Aussage betreffend Materialeinsparungen herangezogen werden, wobei aber mit den Klägern davon auszugehen ist, dass das fehlende Motiv einer Materialeinsparung nicht taugt, um Unterschreitungen der Solldicke zu rechtfertigen. Dasselbe gilt für die (vor dem Hintergrund, dass es auch bei Betonwänden zu Unterschreitungen kam) ohnehin zumindest undifferenzierte gutachterliche Aussage, wonach die Unterschreitungen den Unebenheiten der Backsteinwände zugeschrieben werden könnten. Selbst wenn dies der Grund für die Unterschreitungen gewesen wäre, würden letztere dadurch nicht gerechtfertigt. Die Aussage des Gutachters, wonach die Unterschreitungen der Mindestdicke keinen Einfluss auf das Erscheinungsbild hätten, vermag die Unterschreitungen zwar ebenfalls nicht zu rechtfertigen. Unhaltbar ist diese Aussage entgegen der klägerischen Ansicht indessen nicht, da es durchaus Sinn macht, festzuhalten, dass die Unterschreitungen des Sollmasses diesbezüglich nicht von Relevanz sind. Richtig ist der Einwand der Kläger, dass bei der Prüfung, ob das Sollmass eingehalten ist, der Weissputz zu berücksichtigen bzw. abzuziehen gewesen wäre. Mit dem Beklagten ist andererseits davon auszugehen, dass der Gutachter bei seiner Wertung nicht übersehen hat, dass die von ihm gemessenen Putzdicken den Weissputz mitumfassten, was aus den entsprechenden Formulierungen "inkl. Weissputz" hervorgeht.

Die Einwände der Kläger zeigen auf, dass das Gutachten nicht vollends zu überzeugen vermag. Eine qualifizierte Unrichtigkeit ist damit aber noch nicht gegeben. Genauerer Betrachtung bedarf in diesem Zusammenhang indessen die Schlussfolgerung des Gutachters, wonach die Unterschreitungen keinen weiteren Einfluss auf die technischen Eigenschaften hätten bzw. der streitige Grundputz trotz der Unterschreitungen den Regeln der Baukunde entspreche. In der Folge ist demnach zu prüfen, ob diese Annahme offensichtlich unrichtig ist.

Wie erwähnt ist die Solldicke des Grundputzes von 10 mm in der SIA Empfehlung V 242/1, Verputz- und Gipserarbeiten, Ausgabe 1994, statuiert. Mit dieser erfolgte eine Anpassung der technischen Bestimmungen der Norm SIA 242, Verputz- und Gipserarbeiten, Ausgabe 1978, an den damals aktuellen Stand der Bautechnik (mittlerweile wurde der technische Teil dieser Empfehlung durch die seit 1. Oktober 2012 geltende SIA Norm 242:2012, Verputz- und Trockenarbeiten, ersetzt, was indessen für den vorliegenden Fall nicht relevant ist). Zwar wurde die überarbeitete Norm SIA 242 lediglich als Empfehlung herausgegeben. Ausnahmen vom technischen Teil sollen indessen nur zulässig sein, wenn Entwicklungen oder aussergewöhnliche Verhältnisse dies rechtfertigen, wobei Ausnahmen durch Theorie oder Versuche ausreichend begründet sein müssen (act. 10/11 S. 2 und 4). Dass vorliegend keine solchen aussergewöhnlichen Verhältnisse vorgelegen haben, welche die Unterschreitungen der Solldicke gerechtfertigt hätten, kann zumindest nicht zum Vornherein ausgeschlossen werden. Zudem weist der Beklagte zutreffend darauf hin, dass sich die SIA-Normen und die Angaben in einem Produktemerkblatt nicht mit den anerkannten Regeln der Baukunde gleichsetzen lassen (Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 850), weshalb aus der Nichteinhaltung einzelner Normen und Angaben in privaten Regelwerken und Produktmerkblättern nicht zwangsläufig auf die Verletzung der Regeln der Baukunde zu schliessen ist (act. 36 S. 7).

Selbst eine solche Gleichsetzung würde indessen nicht zwingend zum Schluss führen, dass der streitige Grundputz den Regeln der Baukunde im Sinne der durch die Parteien geschlossenen Vereinbarung nicht entspricht. In diesem Zusammenhang ist an das oben ermittelte Auslegungsergebnis zu erinnern, wonach

die Regeln der Baukunde als insgesamt nicht mehr eingehalten qualifiziert werden müssten, um zur Annahme zu gelangen, dass der streitige Grundputz den Regeln der Baukunde nicht mehr entspreche. Dies impliziert eine Gesamtwürdigung aller Faktoren. Je nachdem kann dabei die Verletzung bloss einer einzelnen Regel zum Schluss führen, die Regeln der Baukunde seien auch insgesamt nicht mehr eingehalten. Zwingend ist dieser Schluss aber – wie erwähnt – nicht.

Der Gutachter erklärt in seiner Begründung, die Qualitäten eines Grundputzes könnten anhand verschiedener Eigenschaften beurteilt werden, wobei er diese in der Folge aufzählt. Entgegen der Ansicht der Kläger ist klar, dass diese Eigenschaften gemeint sind bei der gutachterlichen Aussage, wonach die Unterschreitungen keinen Einfluss auf die technischen Eigenschaften hätten (act. 19 S. 24 f.). Wie die Kläger selbst ausführen, kann eine zu geringe Putzdicke insbesondere zu einer ungenügenden Festigkeit des Putzes führen. Die Festigkeit des Grundputzes wurde indessen wie auch die anderen technischen Eigenschaften gesondert geprüft und nicht als ungenügend befunden (act. 19 S. S. 24 f.). Wenn die genügende Festigkeit des Grundputzes bzw. der primäre Zweck der vorgeschriebenen Solldicke somit erreicht ist, wiegt deren Unterschreitung entsprechend nicht mehr so schwer, als dass alleine gestützt darauf geschlossen werden müsste, der Grundputz entspreche insgesamt den Regeln der Baukunde nicht mehr.

Eine isolierte Betrachtung des Dachgeschosses und der Einlegerwohnung hätte sich aufgedrängt, wenn der Grundputz im Dachgeschoss den Regeln der Baukunde entsprochen hätte und jener in der Einlegerwohnung nicht. In diesem Fall wäre es nicht zulässig gewesen, die Defizite im Untergeschoss quasi zu kompensieren. Auch wenn im Gutachten eine mittlere Dicke angegeben wird, ist vorliegend nicht von einer solchen Kompensation auszugehen, wie oben bereits ausgeführt worden ist, da der Gutachter im Rahmen seiner Gesamtwürdigung zum Ergebnis kommt, dass der streitige Grundputz den Regeln der Baukunde trotz der Unterschreitungen der Solldicke entspricht.

Schliesslich bezieht sich die vom Bundesgericht mit Entscheid vom 16. Mai 2003 (BGE 129 III 535) zitierte Lehrmeinung bereits deshalb nicht auf den vorliegenden Fall, weil die Grundputzdicke nach dem Gesagten nicht das einzige Beurteilungs-

kriterium zur Beantwortung der Frage darstellt, ob der streitige Grundputz insgesamt den Regeln der Baukunde entspricht. Auch der klägerische Hinweis auf diesen Bundesgerichtsentscheid, welcher die genannte Lehrmeinung im Übrigen lediglich erwähnt, führt somit nicht zum Schluss, dass das Schiedsgutachten einen qualifizierten Fehler aufweisen würde.

4.3.3.2. Weitere Einwände der Kläger gegen das Schiedsgutachten

4.3.3.2.1. Prüfungsmethode

Die Kläger machen geltend, die Prüfungsmethode des Gutachters sei untauglich gewesen, da die mikroskopische Analyse keinen Hinweis auf die Festigkeit des Verputzes gebe und die unter Anwendung einer „vom Gutachter selbst erfundenen Prüfmethode“ gewonnene Schätzung der Widerstandsfähigkeit beim Zerreiben zwischen den Fingern jeder Grundlage entbehre und willkürlich sei. Daran ändere auch nichts, dass für die Haftzugprüfung, welche anzuwenden gewesen wäre, noch keine Werte in der aktuell gültigen SIA Norm V 242/1 vorliegen würden. Es wäre auf die europäische Norm 1015-12 abzustellen gewesen (act. 22 S 14 f.).

Hinsichtlich der vom Gutachter angewandten Prüfungsmethoden ist festzuhalten, dass ein von den Klägern in Auftrag gegebenes und von ihnen in der Klageschrift zitiertes Gutachten ebenfalls auf mikroskopische Untersuchungen und den aufzuwendenden Druck, um die Proben zwischen den Fingern zu zerreiben, abstellt (act. 1 S. 38; act. 4/22 S. 3 und 4). Darüber hinaus kann nicht von einem offensichtlichen Fehler gesprochen werden, solange keine Werte für Haftzugprüfungen von Gips-Kalk-Grundputzen in den einschlägigen SIA Normen festgeschrieben sind.

4.3.3.2.2. Vergleichsmuster

Die Kläger monieren, der Gutachter würde die vor Ort genommenen Objektproben mit den von ihm selbst hergestellten Laborproben vergleichen. Es könne jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass es sich um eine zuverlässige Vergleichsprobe mit exakt gleicher Zusammensetzung handeln würde. Die Laborpro-

ben seien nicht auf dieselbe Art und Weise an der Wand aufgetragen worden. Zudem würden jegliche Hinweise zu den Herstellungsbedingungen fehlen. Weiter hätte es auch einen Vergleich mit Grundputzen anderer Hersteller erfordert, um die Regeln der Baukunde darzustellen. Die Festigkeitswerte hätten erst nach 28 und nicht schon nach 10 Tagen nach der Herstellung geprüft werden sollen. Schliesslich mache der Gutachter weder eindeutige Angaben zum Saugverhalten des Untergrundes noch Angaben, unter welchen Bedingungen die Laborproben nach der Herstellung bis zur Prüfung gelagert worden seien (act. 22 S. 15 f.).

Die Kläger legen nicht substantiiert dar, weshalb es sich bei den Laborproben nicht um zuverlässige Vergleichsproben handeln sollte. Die unterschiedliche Auftragung an der Wand oder das Fehlen von Hinweisen zu den Herstellungsbedingungen macht das Gutachten jedenfalls nicht offensichtlich unrichtig. Weiter lag der Verzicht eines Vergleichs mit Grundputzen anderer Hersteller im Ermessen des Gutachters, welcher keine konkreten Vorgaben der Parteien hatte, wie er bei der Erfüllung des Gutachterauftrags vorzugehen hatte.

Auch die vorgebrachte Beanstandung der Trocknungszeit der Laborproben vermag nicht zu überzeugen. Weder das technische Merkblatt der K._____ AG zum verwendeten Gips-Kalk-Grundputz ... Innen (act. 4/6) noch das technische Merkblatt der M._____ AG zum Produkt M._____ ... Gips-Grundputz (act. 4/18) oder die SIA Norm V 242/1 enthalten Richtwerte für die Trocknungszeit. Letztere enthält indessen einen Hinweis, dass die Putzschicht während mindestens drei Tagen keinem Frost ausgesetzt sein darf (act. 10/11 S. 12). Das technische Merkblatt der N._____ KG für ihr Produkt N._____ Kalk-Gips Grundputz ... spricht von einer mittleren Austrocknungszeit von ca. 14 Tagen (act. 4/19) und dasjenige der M._____ AG für ihr Produkt M._____ ... Kalk-Zementgrundputz empfiehlt vor dem Auftragen einer zweiten Schicht eine Abtrocknungszeit von einigen Tagen einzuhalten (act. 10/16). Vor diesem Hintergrund erscheint eine Trocknungszeit von 10 Tagen unter kontrollierten Laborbedingungen nicht als offensichtlich fehlerhaft. Darüber hinaus ergibt sich aus dem technischen Merkblatt der N._____ KG und der M._____ AG zum Produkt M._____ ... Gips-Grundputz, dass der Trocknungsvorgang von den örtlichen und konkreten Gegebenheiten (Putzdicke,

Raumtemperatur, Belüftung, Untergrund etc.) abhängig ist (vgl. act. 4/19 S. 2 und act. 4/18 unter „Besondere Hinweise“), was auch als gerichtsnotorisch gelten dürfte.

4.3.3.2.3. Protokollierung

Die Kläger rügen sodann eine falsche Protokollierung anlässlich des Augenscheins vom 1. April 2010 (act. 22 S. 16), indem sie geltend machen, der vorgenommene Quadrätchentest habe Zonen mit ungenügender Haftung offenbart. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine falsche Protokollierung, sondern um eine abweichende Beurteilung der aus dem Test resultierenden Feststellungen. Der Gutachter ist zum Schluss gekommen, dass die Haftung bei sämtlichen Proben gut gewesen sei. Inwiefern diese Würdigung offensichtlich unrichtig sein soll, wird von den Klägern nicht substantiiert dargelegt.

Im selben Zusammenhang führen die Kläger an anderer Stelle (act. 21 S. 19) aus, unter "Feststellungen und Messungen an den Sondierstellen" bemerke der Gutachter, der Verputz sei in allen Fällen teilweise schon beim Anschneiden ausgebrochen, was nicht stimme, willkürlich und aktenwidrig sei sowie mit den eigenen Ausführungen des Gutachters im Widerspruch stehe. Im Vorplatz des Dachgeschosses (wo der Grundputz dicker gewesen sei) hätten alle am Augenschein vom 1. April 2010 Anwesenden die bessere Kompaktheit des Grundputzes (Sondierstelle Pd1) erkannt. Dazu habe der Gutachter bemerkt: "Ablösungen: grössere Stücke, Haftung gut bis sehr gut". Bei allen anderen Probestellen, ausser Pu3, Betonpfeiler, habe er jedoch festgehalten: "Kleine Stücke, bröseln zwischen den Fingern". Bei der offensichtlich schlechtesten Stelle Pd2, wo vom Grundputz nicht einmal kleinste Stücke hätten entnommen werden können, habe er nur festgestellt, dass Weissputz/Farbe abblättere. Bezüglich Grundputz habe er überhaupt nichts festgehalten, obwohl von diesem an dieser Stelle nicht einmal Proben entnehmbar gewesen seien, was für sich schon besage, dass der Grundputz den Regeln der Baukunde nicht habe entsprechen können (act. 22 S. 19).

Weshalb die Feststellung, wonach der Verputz in allen Fällen teilweise schon beim Anschneiden ausgebrochen sei, nicht stimmen bzw. willkürlich oder akten-

widrig sein sollte, wird durch die Kläger nicht näher dargetan. Der Hinweis auf die bessere Kompaktheit des Grundputzes an der Sondierstelle Pd1 genügt hierfür nicht. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die nachfolgenden Ausführungen im Widerspruch zu dieser Feststellung stehen sollten. Nicht nachvollziehbar ist ferner, worauf die Kläger ihre Behauptung stützen, dass bei der schlechtesten Stelle Pd2 nicht einmal kleinste Stücke hätten entnommen werden können. Aus der Feststellung betreffend die Ablösungen ("Weissputz/Farbe blättert beim Einschlagen des Stechbeitels ab") lässt sich dieser Schluss nicht ableiten. Zudem ist auf Bild 10 des Gutachtens ersichtlich, dass die Entnahme von Grundputz an besagter Stelle sehr wohl möglich war (act. 19 S. 12). Andernfalls wäre auch keine entsprechende Untersuchung im Labor möglich gewesen (act. 19 S. 18).

4.3.3.2.4. Hohlstellen und Risse

Die Kläger beanstanden, der Gutachter habe keine Hohlstellen festgestellt, weil er es schlicht unterlassen habe, die Wandflächen bezüglich vorliegender Hohlstellen zu prüfen. Die Behauptung des Gutachters, es seien keine Risse bemängelt oder festgestellt worden, sei schliesslich falsch, da die Klageschrift von Hinweisen auf Rissbildungen wimmle. Auch anlässlich des Augenscheins vom 1. April 2010 seien diverse Risse besichtigt und diskutiert worden. Zudem halte der Gutachter selber fest, dass Risse bestanden hätten (wenn auch – gemäss dem Gutachter – keine auffälligen), was ebenfalls eine Verletzung der Regeln der Baukunde bedeute. Vor diesem Hintergrund sei das Gutachten unvollständig und widersprüchlich (act. 22 S. 17; act. 34 S. 23).

Im Zusammenhang mit den Hohlstellen führt der Beklagte aus, bei keiner der 10 dokumentierten Sondier- und Messöffnungen hätten Anhaltspunkte für eine Hohlstelle bestanden, so dass kein Anlass für eine zusätzliche Prüfung bestanden habe. Weder vorprozessual noch in der Klagebegründung hätten die Kläger Hohlstellen geltend gemacht. Mangels eines Anhaltspunktes für Hohlstellen sei der Verzicht auf zusätzliche Abklärungen ausserhalb der Sondier- und Messöffnungen im Ermessen des Gutachters gelegen (act. 36 S. 8 f.).

Angesichts der erwähnten allgemein gehaltenen Auftragsbeschreibung und des daraus resultierenden grossen gutachterlichen Ermessens hinsichtlich der Auftragsausführung sind diese Aussagen als zutreffend zu qualifizieren.

Die Behauptung des Gutachters, es seien keine Risse bemängelt oder festgestellt worden (act. 19 S. 25), ist falsch. An anderer Stelle des Gutachtens kommt allerdings zum Ausdruck, dass eine visuelle Prüfung hinsichtlich Rissbildungen nichtsdestotrotz stattgefunden hat. So führt der Gutachter aus, die Wandbeschichtung an den beobachteten Stellen seien gestrichen, glatt und oberflächlich makellos gewesen. Sie hätten keine auffälligen Risse aufgewiesen und visuell in Ordnung geschienen (act. 19 S. 7). Der Widerspruch im Gutachten, welcher dadurch entstanden sein dürfte, dass vergessen wurde, konsequent die Formulierung "auffällige Risse" zu verwenden – stattdessen ist bei der zweiten Erwähnung (act. 19 S. 25) nur noch von "Rissen" die Rede – führt indessen nicht zu dessen qualifizierten Unrichtigkeit.

4.3.3.2.5. Internet als verwendete Grundlage

Weiter wenden die Kläger ein, der Gutachter führe unter den verwendeten Unterlagen das "Internet" auf, womit nicht ersichtlich sei, auf was er seine Schlussfolgerungen stütze. Es sei nicht auszuschliessen, dass der Gutachter Internetseiten konsultiert habe, welche unzutreffende Angaben über die Regeln der Baukunde enthalten würden (act. 22 S. 18).

Das Gericht müsste nach dem Gesagten zur Überzeugung gelangen, dass das Schiedsgutachten unrichtig ist. Zu diesem Schluss kann es nicht gelangen, solange nach der Terminologie der Kläger lediglich nicht ausgeschlossen ist, dass unrichtige Grundlagen verwendet worden sein könnten. Auch dieser Einwand führt demnach nicht zu einem qualifizierten Mangel, welcher zur Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens führen würde.

4.3.3.2.6. Unterlassungen

Die Kläger machen geltend, der Gutachter habe es unterlassen, zu überprüfen, warum der Ausbruch des Putzes bei der Sondierstelle Pd1 mit einer Grundputzdi-

cke von 18 mm und einer Haftung gut bis sehr gut sich derart stark vom Ausbruch der übrigen Sondierstellen unterschieden habe, bei denen viel geringere Grundputzdicken gemessen worden seien. Der offensichtlichen Korrelation zwischen Haftung und Dicke des Grundputzes sei der Gutachter nicht nachgegangen. Zudem sei das Gutachten offenkundig unvollständig, da es der Gutachter unterlassen habe, gewissen im Gutachten festgestellten Unterschieden nachzugehen (act. 22 S. 19 f.).

An dieser Stelle ist nochmals auf das beträchtliche Ermessen hinzuweisen, welches die Parteien dem Gutachter durch die allgemein gehaltene Auftragsbeschreibung in ihrer Vereinbarung eingeräumt haben. Die Vereinbarung sieht – wie erwähnt – auch keine Möglichkeit zur Einflussnahme der Parteien wie zum Beispiel das Stellen von Ergänzungsfragen vor (vorbehältlich der Möglichkeit, Einwände gegen den durch das Gericht vorgeschlagenen Gutachter zu erheben, wovon die Parteien indessen keinen Gebrauch gemacht haben). Dadurch haben sie in Kauf genommen, dass der Gutachter, welcher sich ohne konkrete Vorgaben der Parteien primär an den Gerichtsakten, dem Augenschein sowie den entnommenen Proben zu orientieren hatte, nach bestem Wissen und Gewissen selbst zu entscheiden hatte, welche Fragen in welcher Tiefe zu prüfen waren. Es ist nicht ersichtlich, dass er dabei offensichtlich falsch vorgegangen wäre bzw. zwingend zu prüfende Fragen nicht behandelt hätte.

4.3.3.2.7. Weitere Beanstandungen

Schliesslich monieren die Kläger, im Auftrag-Textteil habe der Gutachter unter "Bauteil" die Präzisierung "Wände" nicht gemacht und unter "Beanstandung" habe er sich auf die Prüfung der "Festigkeit" beschränkt, wobei der Gutachterauftrag indessen klarerweise die Prüfung umfasst habe, ob der streitige Grundputz den Regeln der Baukunde insgesamt entspreche. Unter dem Titel "Angaben zu den Beanstandungen" führe der Gutachter zudem keinerlei Beanstandungen auf, sondern suggeriere fälschlicherweise, die Beanstandungen bezüglich des Grundputzes hätten etwas mit Feuchteschäden zu tun, obwohl die Art der Beanstandungen in der Klageschrift im Detail beschrieben sei (act. 22 S. 18 f.).

Kaum erwähnenswert ist die Klarstellung, dass die Weglassung der Präzisierung "Wände" unter "Bauteil" auf einem Versehen beruht bzw. irrelevant ist. Die klägerische Aussage, wonach die Festigkeit nicht die einzige Beanstandung am streitigen Grundputz gewesen war, ist zutreffend. Dass der Gutachter seine Prüfung indessen nicht auf die Festigkeit beschränkte, zeigt bereits dessen Auftragsbeschreibung (die Kläger räumen selbst ein, dass der Gutachter die Aufgabe richtig formuliert habe; act. 22 S. 18), ist aber auch dem übrigen Inhalt des Gutachtens zu entnehmen. Mit den Klägern ist schliesslich zwar davon auszugehen, dass unter dem Titel "Angaben zu den Beanstandungen" keinerlei Beanstandungen aufgeführt sind, sondern der Auftritt von Feuchtigkeitsschäden an den Wänden, deren Neugestaltung durch das Auftragen eines Lehmputzes bzw. dessen Entfernung nach weiteren Feuchteschäden erwähnt wird. Unabhängig von der Frage, ob dadurch suggeriert wird, dass die Beanstandungen etwas mit Feuchteschäden zu tun haben könnten, machen diese Ausführungen das Schiedsgutachten nicht offensichtlich unrichtig.

4.3.4. Fazit

Die Beanstandungen der Kläger erwecken zwar gewisse Zweifel an der Qualität des Schiedsgutachtens. Betreffend die Feststellungen im Zusammenhang mit der Solldicke des Grundputzes bzw. den entsprechenden Unterschreitungen sowie den daraus gezogenen Schlüssen erweist sich das Schiedsgutachten nach dem Gesagten aber nicht als offensichtlich unrichtig, und auch die übrigen klägerischen Einwendungen führen nicht zum Schluss, dass das Schiedsgutachten einen qualifizierten Mangel aufweist, der zu dessen Unverbindlichkeit führen würde.

4.4. Folge der Verbindlichkeit des Schiedsgutachtens

Das Fehlen von qualifizierten Fehlern des Schiedsgutachtens hat gemäss § 258 Abs. 2 ZPO/ZH dessen Verbindlichkeit für das Gericht zur Folge. Mit anderen Worten kann kein weiteres Gutachten bzw. keine Ergänzung des bereits erstellten Gutachtens in Auftrag gegeben werden.

Die Bedingung, unter welcher sich die Kläger verpflichtet haben, die Klage zurückzuziehen, ist somit definitiv eingetreten. Die Kläger könnten demnach in einem neuen Prozess auf Abgabe der besagten Willenserklärung im vorliegenden Prozess verklagt und verurteilt werden, wobei diese Willenserklärung im Rahmen der Vollstreckung durch ein richterliches Urteil ersetzt werden könnte. Da indes umgekehrt die Bedingung, unter welcher die Verpflichtung des Beklagten zur Leistung von CHF 350'000.– an die Kläger entstanden wäre, definitiv nicht eingetreten ist, verfügen die Kläger gegenüber dem Beklagten über keinerlei Ansprüche in materieller Hinsicht. Die Verpflichtung der Kläger zum Klagerückzug erübrigt sich deshalb vor dem Hintergrund, dass die Klage mangels eines ausdrücklichen vollumfänglichen Klagerückzugs ohnehin abzuweisen ist, soweit das Verfahren nicht als durch Rückzug der Klage erledigt abzuschreiben ist.

5. Prozesskosten

5.1. Für die Berechnung der Gerichtsgebühr ist gemäss § 18 Abs. 1 ZPO/ZH von einem Streitwert von CHF 611'222.– auszugehen. Aufgrund der Verfahrensvereinfachung durch das Schiedsgutachten ist die reduzierte Gerichtsgebühr auf CHF 17'000.– festzusetzen (§ 4 Abs. 2 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007; GebV).

5.2. Bei diesem Verfahrensausgang würden grundsätzlich die Kläger (vollumfänglich) kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Die an der Vergleichsverhandlung vom 16. Dezember 2009 geschlossene Vereinbarung der Parteien sieht indessen eine hälftige Teilung der Gerichtskosten (vgl. § 65 Abs. 2 ZPO/ZH) sowie den gegenseitigen Verzicht auf eine Prozessentschädigung vor (vgl. § 68 Abs. 2 ZPO/ZH).

Zu Recht weist der Beklagte darauf hin, dass sich diese Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen im Prozessvergleich nicht auf die Weiterungen des Verfahrens erstreckt, welche aus der Verletzung der klägerischen Pflicht zum Klagerückzug entstanden sind (act. 36 S. 3). Im Vergleich zum aufgehobenen Beschluss vom 7. Juni 2010 (act. 23) resultiert im vorliegenden Verfahren eine um CHF 3'000.– höhere Gerichtsgebühr, da mangels eines vollumfänglichen Klage-

rückzugs eine materielle Anspruchsprüfung zu erfolgen hatte und sich deshalb ein Abzug gemäss § 10 Abs. 2 GebV nicht rechtfertigt. Diese Mehrkosten sind nach dem Gesagten den Klägern aufzuerlegen. Zudem sind die Kläger zu verpflichten, dem Beklagten in (sinngemässer) Anwendung von § 6 Abs. 1 lit. c der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 einen Zuschlag von CHF 4'000.– für die zusätzliche Rechtsschrift (act. 36) als Prozessentschädigung zu bezahlen.

5.3. Die weiteren Kosten (Gutachten) von CHF 14'125.75 sind den Parteien vereinbarungsgemäss je zur Hälfte aufzuerlegen und aus den geleisteten Barvorschüssen von je CHF 10'000.– zu beziehen (act. 14/1-2).

Das Gericht beschliesst:

1. Im Umfang von CHF 261'222.– wird das Verfahren als durch Rückzug der Klage erledigt abgeschlossen.
2. Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkennt sodann:

1. Die Klage wird im CHF 261'222.– übersteigenden Betrag abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 17'000.–.
3. Im Umfang von CHF 10'000.– wird die Gerichtsgebühr unter solidarischer Haftung den Klägern und im Umfang von CHF 7'000.– dem Beklagten auferlegt.
4. Die weiteren Kosten (Gutachten) betragen CHF 14'125.75.
5. Die weiteren Kosten werden den Parteien je zur Hälfte, den Klägern unter solidarischer Haftung, auferlegt und aus den geleisteten Barvorschüssen bezogen.

6. Die Kläger werden unter solidarischer Haftung dazu verpflichtet, dem Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 4'000.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
3. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 611'222.–.

Zürich, 16. April 2013

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Peter Helm

lic. iur. Zeno Schönmann