

CISG-online 2013

Jurisdiction	Switzerland
Tribunal	Obergericht des Kantons Aargau (Court of Appeal Canton Aargau)
Date of the decision	03 March 2009
Case no./docket no.	ZOR.2008.16 / eb
Case name	<i>Prefabricated house case</i>

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

In einem vom 18. Mai 2004 datierten «Werklieferungsvertrag und Planungsauftrag» bestellten die Kläger bei der Beklagten zum Gesamtpreis von Fr. 370'000.-- brutto ein [Fertighaus], das die Beklagte gemäss detailliertem Leistungsbeschrieb bis zum 30. November 2004 auf dem Grundstück GB [...] der Kläger fertig stellen sollte (Klagebeilagen 3 und 9). Die Beklagte zog für die Vertragserfüllung diverse (schweizerische) Subunternehmer bei.

1

2.

2.1.

Mit Klage vom 20. Oktober 2006 stellten die Kläger beim Bezirksgericht Z. folgendes Rechtsbegehren:

2

«1.

Die Beklagte habe der Klägerin Fr. 186'122.60 plus 5% Verzugszins seit 2. Mai 2006 zu bezahlen.

2.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.»

2.2.

Mit Klageantwort vom 8. Januar 2007 beantragte die Beklagte sinngemäss die Abweisung der Klage.

3

2.3.

Mit Replik vom 5. Februar 2007 hielten die Kläger an der Klage vollumfänglich fest.

4

2.4.

Die Beklagte reichte keine Duplik ein.

5

2.5.

An der Hauptverhandlung vom 26. September 2007 vor Bezirksgericht Z., zu der die Klägerin 2 entschuldigt und die Beklagte unentschuldigt (ein am Vortag gestelltes Verschiebungsversuch der Beklagten war vom Gerichtspräsidenten abgewiesen worden) nicht erschienen, wurde der

6

Kläger 1 befragt. Im Anschluss an die Parteibefragung nahm der klägerische Rechtsvertreter zum Beweisergebnis Stellung. Gleichentags fällte das Bezirksgericht Z. das folgende Urteil:

«1.

Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern Fr. 171'321.26 nebst 5% Zins seit 2. Mai 2006 zu bezahlen.

2.

Die Gerichtskosten, bestehend aus der Gerichtsgebühr von Fr. 9'300.00 den Kanzleigebühren und Auslagen von Fr. 330.00, zusammen Fr. 9'630.00, werden der Beklagten auferlegt.

3.

Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern eine Parteienschädigung von Fr. 20'035.10 (inkl. 1'415.10 MwSt) zu bezahlen. Im Übrigen werden die Parteikosten wettgeschlagen.»

Das motivierte Urteil wurde der Beklagten am 19. Dezember 2007 zugestellt.

3.

3.1.

Mit Appellation vom 2. Januar 2008 stellte die Beklagte folgenden Antrag:

«Das Berufungsgericht wolle der Appellation der beklagten Partei Folge geben, das erstinstanzliche Urteil aufheben und der erstinstanzlichen Behörde die Verfahrensergänzung durch neuerliche Ladung des Geschäftsführers der beklagten Partei und dessen Vernehmung zum gesamten Prozessvorbringen, sowie eine neuerliche Entscheidung auftragen und aussprechen, dass die Kosten des Berufungsverfahrens von den klagenden Parteien der beklagten Partei zu ersetzen sind.»

3.2.

Mit Appellationsantwort vom 6. Februar 2008 stellten die Kläger folgende Anträge:

«1.

Die Appellation sei, soweit darauf einzutreten ist, vollumfänglich abzuweisen.

2.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen im Appellationsverfahren zu Lasten der Beklagten/Appellantin.»

3.3.

Nachdem eine auf den 4. November 2008 angesetzte Appellationsverhandlung verschoben (Präsidialverfügung vom 29. Oktober 2008) und ein Gesuch der Beklagten um Wiederherstellung des zweiten auf den 2. Dezember 2008 angesetzten, von der Beklagten nicht wahrgenommenen Verhandlungstermins gutgeheissen worden war (vgl. Beschluss vom 22. Dezember 2008), fand am 3. März 2009 die Appellationsverhandlung statt, an der die Parteivertreter Plädoyers hielten.

7

8

9

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

Der von den Klägern unterbreiteten Klage liegt ein internationaler Sachverhalt zugrunde, zu dessen Beurteilung sich die Vorinstanz als zuständig erachtet hat (vgl. dazu nachfolgende Erw. 3). Das mit einem internationalen Rechtsstreit befasste Gericht wendet in verfahrensrechtlicher Hinsicht grundsätzlich das eigene Recht (*lex fori*) an; dies gilt auch für das Beweisrecht mit Ausnahme der objektiven Beweislastverteilung, die vom zu beurteilenden Rechtsverhältnis beherrscht wird (*Walder*, Einführung in das Internationale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1989, § 3 Rz. 1 ff. und § 12 Rz. 13 ff.).

10

2.

In der Appellationsantwort wird eine von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Frage verlangt, ob die Appellation rechtzeitig eingereicht worden sei bzw. ob eine rechtsgültige Unterzeichnung vorliege.

11

Der Eingang der Appellation am 22. Januar 2008 erfolgte unabhängig von ihrer Datierung (2. Januar 2008) bzw. ihrer Postaufgabe (17. Januar 2008) auf jeden Fall fristgerecht. Nachdem die Zustellung des motivierten Urteils an die Beklagte am 19. Dezember 2007 erfolgt war, lief die Appellationsfrist unter Berücksichtigung der Gerichtsferien, die vom 20. Dezember 2007 bis 10. Januar 2008 dauerten (vgl. § 89 Abs. 1 lit. c ZPO), erst am 30. Januar 2008 ab.

12

Was die Unterzeichnung der Appellation anbelangt, fällt auf, dass diese nicht am Schluss der Eingabe, sondern auf der ersten Seite erfolgte: Dies ist nicht als Verstoss gegen Formvorschriften zu werten, nachdem die Unterzeichnung in einem Begleitbrief genügt (*Bühler/Edelmann/Killer*, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau/Frankfurt am Main 1998, N 11 zu § 323 ZPO), was offensichtlich auch von klägerischer Seite nicht in Abrede gestellt wird («Diese Unterschriftsdeponierung [auf der ersten Seite] dürfte wohl aus formellen Gründen noch als zulässig erachtet werden»). Allerdings stellen die Kläger in Frage, ob die Unterschrift tatsächlich von dem auf beklagtischer Seite als organschaftlichem Vertreter genannten TS stammt; oftmals habe bis anhin DP Dokumente der Beklagten unterzeichnet, obwohl dieser nicht zeichnungsberechtigt sei.

13

Die Kläger behaupten offenbar nicht eine Fälschung von TS Unterschrift durch eine Drittperson, sondern vielmehr, dass es sich bei der Unterschrift um die authentische Unterschrift einer Drittperson handle, die aber nicht zeichnungsberechtigt sei. Indessen fehlen ernst zu nehmende Indizien dafür, dass die fragliche Unterschrift nicht von TS stammt, der nach dem von den Klägern selber eingereichten Auszug aus dem österreichischen Handelsregister (Klagebeilage 2) einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer der Beklagten ist. Vielmehr deckt sie sich mit derjenigen, die auf vielen im Recht liegenden Schreiben angebracht ist (vgl. z.B. Klageantwortbeilagen 6, 7, 9, 12 und 16). Wenn dagegen DP oder andere Personen (CS oder MS) unterschrieben, taten sie dies ausdrücklich «i.A.» [vgl. Klagesammelbeilage 19] oder «pp» [vgl. insbesondere den Werklieferungsvertrag vom 18. Mai 2004, Klagebeilage 3]).

14

3.

15

Obwohl es sich bei der Beklagten um eine im Ausland domizilierte Gesellschaft (GmbH nach österreichischem Recht) handelt, wurde sie von den Klägern vor einem Schweizer Gericht ins Recht gefasst; zur Begründung wurde auf eine in den Werklieferungsvertrag vom 18. Mai 2004 (Klagebeilage 3) aufgenommene Gerichtsstandsklausel (Ziffer 13 des Vertrags: «Der Gerichtsstand ist das zuständige Gericht des Bauortes.») verwiesen.

In der Klageantwort «akzeptierte» die Beklagte die Gerichtsstandsvereinbarung – ohne Begründung – nicht und stellte sich auf den Standpunkt, der Gerichtsstand befinde sich an ihrem Sitz. Mit Eingabe vom 25. September 2007 reichte die Beklagte einen ebenfalls vom 18. Mai 2004 datierten, aber inhaltlich vom oberwähnten abweichenden Werklieferungsvertrag ins Recht, in dem als Gerichtsstand das Landesgericht K. bezeichnet wurde.

16

Die Vorinstanz bejahte im angefochtenen Urteil ihre (auch internationale) Zuständigkeit, dies unter Hinweis darauf, dass der von der Beklagten mit (Fax-)Eingabe vom 25. September 2007 präsentierte Vertragsentwurf mit Präsidialverfügung vom 25. September 2007 zufolge Verspätung aus dem Recht gewiesen worden sei (Erw. 1.2. des angefochtenen Urteils).

17

Anzumerken ist diesbezüglich, dass mangels einer Einlassung der Beklagten die Zuständigkeit als eine Prozessvoraussetzung von der Vorinstanz von Amtes wegen in jedem Prozessstadium zu prüfen war (*Bühler/Edelmann/Killer*, a.a.O., N 3 zu § 173 ZPO) und sie deshalb nicht mit dem Novenverbot argumentieren durfte. Allerdings ist festzuhalten, dass das von der Beklagten mit Eingabe vom 25. September 2007 eingereichte Vertragspapier von den Klägern gar nicht unterzeichnet ist, dies im Gegensatz zu dem von den Klägern *und der Beklagten* als Klagebeilage 3 bzw. Klageantwortbeilage 17 unterzeichneten schriftlichen Vertragswerk. Nach Art. 17 Abs. 1 lit. a des im vorliegenden Verfahren anwendbaren LugÜ bedarf es aber zur Gültigkeit einer Gerichtsstandsklausel der Schriftlichkeit bzw. bei mündlicher Vereinbarung einer nachträglichen schriftlichen Bestätigung (die in lit. b und c der besagten Bestimmung genannten Fälle sind nicht gegeben). Unter diesen Umständen ist es im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass sich die Vorinstanz für die Behandlung der ihr unterbreiteten Klage als international zuständig erachtet hat.

18

In der Appellation wurde die internationale Zuständigkeit der Schweizer Gerichte zwar nicht mehr in Frage gestellt. Anlässlich der Appellationsverhandlung wurde dann aber geltend gemacht, der von den Klägern als Klagebeilage 3 eingereichte Werklieferungsvertrag vom 18. Mai 2004 sei auf Seiten der Beklagten nicht vom allein zeichnungsberechtigten Geschäftsführer TS, sondern von seinem nicht zeichnungsberechtigten Bruder MS firmiert worden; im Übrigen sei in Ziffer 13 Abs. 2 des Vertrages festgehalten, dass der Vertrag erst mit der schriftlichen Bestätigung der Beklagten für diese verbindlich werde. Es fragt sich, ob damit die internationale Zuständigkeit der Schweizer Gericht weiterhin bestritten ist. Dagegen spricht der Umstand, dass auch an der Appellationsverhandlung kein Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils und Nichteintreten auf die Klage, sondern die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur ergänzenden Beweisabnahme und anschliessender Urteilsfällung verlangt wurde.

19

Auch wenn man aber in diesen neuen Ausführungen ein Festhalten an der Unzuständigkeitsrede erblicken wollte und diese Ausführungen, weil eine Prozessvoraussetzung betreffend, die von Amtes wegen zu prüfen ist, nicht als unzulässiges Novum behandeln könnte, ist zum einen zu bemerken, dass MS «pp» unterschrieben hat und dieser gemäss dem als Klagebeilage 2 verkündeten Handelsregisterauszug vom 18. Oktober 2006 seit 4. Februar 2000 eingetragener Prokurist der Beklagten ist. Nach Art. 126 Abs. 2 IPRG in Verbindung mit § 49 des österreichischen Handelsgesetzbuches ermächtigt aber die Prokura zu allen Arten von gerichtlichen und aussergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen (ausser der Veräusserung und Belastung von Grundstücken), die der Betrieb eines Unternehmens mit sich bringt, ohne dass es einer besonderen Vollmacht nach § 1008 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) bedarf. Damit kann keine Rede von einer fehlenden Zeichnungsberechtigung von MS bezüglich des vorliegend abgeschlossenen Werklieferungsvertrags sein. Selbst wenn zum andern Ziffer 13 Abs. 2 des Werklieferungsvertrags so zu verstehen wäre, dass für die Verbindlichkeit des Vertrages zusätzlich zur Unterschrift eines zeichnungsberechtigten Prokuristen noch eine Bestätigung der Beklagten (bzw. des Geschäftsführers) erforderlich gewesen wäre, ist der Beklagten entgegenzuhalten, dass sie eine solche Bestätigung am 24. Mai 2004 abgegeben hat (Klagebeilage 10). Und selbst wenn die dort angebrachte Unterschrift nicht vom Geschäftsführer TS stammen sollte, müsste sich die Beklagte im vorliegenden Fall eine rechtsmissbräuchliche Berufung auf diese Klausel vorwerfen lassen, nachdem sie den Vertrag grundsätzlich erfüllt und ihn damit – so wie vom Prokuristen geschlossen, d.h. inkl. der Gerichtsstandsklausel – genehmigt hat.

20

4.

Mit Bezug auf das von der Vorinstanz durchgeführte Verfahren, auf das – wie in Erw. 1 erwähnt – die *lex fori* Anwendung findet, wurde in der Appellation eine Mangelhaftigkeit darin erblickt, dass dem begründeten Antrag der Beklagten auf Verschiebung der Verhandlung vom 26. September 2007 nicht stattgegeben und ihr damit keine Möglichkeit zu ihrer Vernehmung eingeräumt worden sei; nur ihr Geschäftsführer wäre in der Lage gewesen, die unrichtigen Behauptungen der Kläger zu widerlegen. Die Rüge, das beklagte Verschiebungsgesuch sei zu Unrecht abgelehnt worden, wurde anlässlich der Appellationsverhandlung ausdrücklich zurückgenommen. Dennoch, d.h. trotz Säumnis der Beklagten bei der Hauptverhandlung, – so die Beklagte an der Appellationsverhandlung weiter – hätte die Vorinstanz nochmals zur Verhandlung laden müssen, dies gestützt auf § 265 Abs. 2 ZPO.

21

Dieser Einwand erweist sich als haltlos. Nach § 265 Abs. 2 ZPO lädt der Richter für den Fall, dass er die Einvernahme einer Partei für unerlässlich hält, diese bei Säumnis bei der Tagfahrt erneut vor. Auch wenn diese Bestimmung in erster Linie in Verfahren, die dem Untersuchungsgrundsatz unterliegen, zur Anwendung gelangt, ist zwar nicht ausgeschlossen, dass ein Gericht von dieser Befugnis auch in einem der Verhandlungsmaxime unterstehenden Verfahren Gebrauch macht. Indessen bezweckt § 265 Abs. 2 ZPO nicht, einer Partei, die ihrer Substanziierungspflicht nicht im Behauptungsverfahren und damit rechtzeitig nachgekommen ist (vgl. § 183 f. ZPO), dieses Versäumnis nachzuholen (vgl. *Bühler/Edelmann/Killer*, a.a.O., N 5 zu § 265 ZPO; zur fehlenden Substanziierung durch die Beklagte vgl. vor allem nachfolgende Erw. 6.4.1. und 6.4.4.2.).

22

5.

5.1.

Die Vorinstanz hat – der klägerischen Auffassung folgend (vgl. Replik S. 2) – Schweizer Recht als auf den vorliegenden Rechtsstreit anwendbar erachtet, dies mit der Begründung, dass mangels einer ausdrücklichen Rechtswahl durch die Parteien nach Art. 117 IPRG der von ihnen geschlossene Vertrag dem Recht desjenigen Staates unterstehe, mit dem er in Abwägung aller Umstände am ehesten zusammenhänge, im vorliegenden Fall das Recht der Schweiz (Erw. 1.3 des angefochtenen Urteils). Dagegen wurde (erstmals) anlässlich der Appellationsverhandlung geltend gemacht, diese Bestimmung des anwendbaren Rechts durch die Vorinstanz sei offensichtlich unzutreffend. Art. 117 Abs. 2 und 3 IPRG führten zur Anwendung österreichischen Rechts. Allein schon wegen der falschen Rechtswahl sei der angefochtene Entscheid aufzuheben.

23

5.2.

5.2.1.

Der von den Parteien geschlossene Vertrag ist mit «Werklieferungsvertrag» übertitelt. Gemäss Darstellung in der Klage (S. 2) war Gegenstand des Vertrages die Lieferung und Erstellung eines Fertigeinfamilienhauses.

24

Ein Werklieferungsvertrag unterscheidet sich vom schlichten Werkvertrag dadurch, dass der Unternehmer nicht nur einen Arbeitserfolg schuldet, sondern auch verpflichtet ist, das für die Erstellung des Werks notwendige Material zu liefern (*Gauch*, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Rz. 121 ff.). Nach Schweizerischem Obligationenrecht ist der Werklieferungsvertrag stets ein Werkvertrag im Sinne von Art. 363 ff. OR (*Gauch*, a.a.O., Rz. 123). Bei einem internationalen Werklieferungsvertrag bestimmt sich nun aber das anwendbare Recht nicht zwingend über die Kollisionsnormen des IPRG; vielmehr ist die Anwendbarkeit des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (Convention on Contracts for the International Sale of Goods = CISG = Wiener Kaufrecht) zu prüfen (vgl. *Keller/Kren Kostkiewicz*, Zürcher Kommentar, 2. Aufl., 2004, N 132 zu Art. 117 IPRG), bei dem es sich um internationales Sachrecht, d.h. ein auf internationale Sachverhalte anwendbares materielles Kaufrecht handelt (*Keller/Siehr*, Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995, S. 156). Wenn – wie im vorliegenden Fall – die Parteien ihre Niederlassungen in Vertragsstaaten haben, kommt es zur sogenannten autonomen Anwendung des CISG (vgl. *Keller/Kren Kostkiewicz*, a.a.O., N 9 zu Art. 118 IPRG; vgl. dazu aber auch *Amstutz/Vogt/Wang*, Basler Kommentar, 2. Aufl., 2007, N 4 zu Art. 118 IPRG).

25

Nicht unter den Begriff der Ware gemäss CISG fallen zwar Grundstücke, sehr wohl aber Bestandteile, die erst noch mit einem Grundstück verbunden werden sollen; denn die Ware muss nur im Zeitpunkt der Lieferung eine bewegliche körperliche Sache sein (*Ferrari*, in *Schlechtriem/Schwenzer*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG, 5. Aufl., München/Basel 2008, N 34 f. zu Art. 1 CISG mit zahlreichen Hinweisen; evtl. a.M. *Keller/Siehr*, a.a.O., S. 165). Gemäss Art. 3 Abs. 1 CISG stehen sodann den Kaufverträgen Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Ware gleich, es sei denn, der Besteller habe einen wesentlichen Teil der für die Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffe selber zu liefern. Es gibt im vorliegenden Fall keine Hinweise für das Vorliegen dieses

26

Ausnahmetatbestandes. Gemäss Art. 3 Abs. 2 CISG ist das Übereinkommen auf Verträge ferner nicht anzuwenden, bei denen der überwiegende Teil der Pflichten der Partei, welche die Ware liefert, in der Ausführung von Arbeiten oder anderen Dienstleistungen besteht. Die Bestimmung des Überwiegens des kaufvertraglichen Teils erfolgt vor allem, aber nicht ausschliesslich nach der Relation des Wertes der beiden Leistungsteile zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (*Ferrari*, a.a.O., N 13 f. zu Art. 3 CISG). Vor allem bezüglich Anliefer(ungs)verträgen wird in der Lehre darauf hingewiesen, dass diese nicht vom CISG erfasst würden (*Ferrari*, a.a.O., N 18 zu Art. 3 CISG; *Piltz*, Internationales Kaufrecht, München 1993, § 2 Rz. 38; *Keller/Siehr*, a.a.O., S. 165; *Gauch*, a.a.O., Rz. 372). Nicht vom CISG erfasst werden schliesslich (abgesehen von hier von vornherein nicht interessierenden Ausnahmen) Käufe von Waren für den persönlichen Gebrauch oder den Gebrauch in der Familie oder im Haushalt, es sei denn, dass der Verkäufer vor oder bei Vertragsabschluss weder wusste oder wissen musste, dass die Ware für einen solchen Gebrauch gekauft wurde (Art. 2 lit. a CISG).

Die Vertragsparteien können die Anwendung des Wiener Kaufrechts ausschliessen (Art. 6 CISG); immerhin ist zu beachten, dass für den Fall, dass die Parteien das Recht eines Vertragsstaates des Übereinkommens gewählt haben, dies ebenfalls zur Anwendung des CISG als Teil des materiellen Rechts des Vertragsstaates führt; nur durch eine deutliche Bezugnahme in der Rechtswahlerklärung auf das *autonome* Recht eines Vertragsstaates wird das CISG verdrängt (vgl. *Ferrari*, a.a.O., N 21 f. zu Art. 6 CISG; *Keller/Siehr*, a.a.O., S. 158). Der Ausschluss kann auch stillschweigend sein (*Ferrari*, a.a.O., N 1 zu Art. 6 CISG).

27

5.2.2.

Auch wenn gesetzlich nicht ausdrücklich statuiert, sind die Verweisungsnormen des IPRG, das bei internationalen Sachverhalten zur Anwendung gelangt, von Amtes wegen anzuwenden (*Mächler-Erne/Wolf-Mettier*, Basler Kommentar, 2. Aufl., 2007, N 3 zu Art. 13 IPRG). Art. 16 IPRG auferlegt sodann dem Richter die Pflicht, den Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts von Amtes wegen festzustellen, wobei er die Mitwirkung der Parteien verlangen kann; bei vermögensrechtlichen Ansprüchen (wie den vorliegenden), kann er sogar den Nachweis ausländischen Rechts den Parteien überbinden. Ist der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts nicht nachweisbar, so gelangt schweizerisches Ersatzrecht zur Anwendung (Art. 16 Abs. 2 IPRG).

28

Ein Vertrag untersteht in erster Linie dem von den Parteien gewählten Recht, wobei die Rechtswahl entweder ausdrücklich sein kann oder sich eindeutig aus den Umständen ergeben muss (Art. 116 Abs. 1 und 2 IPRG). Für den Fall, dass keine Rechtswahl getroffen wurde, legt Art. 117 Abs. 1 IPRG fest, dass der Vertrag dem Recht des Staates untersteht, mit dem er am engsten zusammenhängt (Abs. 1). Dabei wird vermutet, dass der engste Zusammenhang mit dem Staat besteht, in dem die Partei, welche die charakteristische Vertragsleistung erbringt, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat oder, wenn sie den Vertrag aufgrund einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit geschlossen hat, in dem sich ihre Niederlassung befindet (Art. 117 Abs. 2 IPRG). Bei Auftrag, Werkvertrag und ähnlichen Dienstleistungsverträgen gilt die Dienstleistung als charakteristische Leistung (Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG).

29

Bei der Vermutung nach Art. 117 Abs. 2 IPRG handelt es sich nicht um eine widerlegbare Vermutung im rechtstechnischen Sinn, weil eben die Ermittlung des anwendbaren Rechts dem

30

Richter von Amtes wegen obliegt (*Amstutz/Vogt/Wang*, a.a.O., N 10 zu Art. 117 IPRG). Diese Vermutung bestimmt vielmehr im Sinne einer methodischen Vorgabe die Reihenfolge des richterlichen Vorgehens: Der Richter hat primär die Anknüpfung nach Massgabe der charakteristischen Leistung zu ermitteln und alsdann nach alternativen Kriterien Ausschau zu halten, welche die Bejahung eines noch engeren Zusammenhangs erlauben (*Amstutz/Vogt/Wang*, a.a.O., N 11 f. zu Art. 117 IPRG). Ein Abweichen von der Vermutung ist zum einen dann möglich, wenn einerseits aus sämtlichen Umständen des Einzelfalls hervorgeht, dass die Parteien nicht mit der Anwendung des objektiv berufenen Rechts rechneten und ferner feststeht, dass den Parteien eine andere Rechtsordnung viel näher steht (subjektiver Ausnahmefall), zum anderen, wenn die Regelanknüpfung zwar formal denkbar ist, jedoch die innere Übereinstimmung und damit auch die Rechtfertigung der normalen Anknüpfungsregel fehlt, weil in concreto ein Tatbestandselement nicht vorhanden ist, das von der Kollisionsregel stillschweigend als wesentlich vorausgesetzt wird und das eine Grundlage für die regelmässige Anknüpfung unter dem Gesichtspunkt der funktionellen Verknüpfung darstellt (objektiver Ausnahmefall) (vgl. dazu *Amstutz/Vogt/Wang*, a.a.O., N 15 zu Art. 117 IPRG mit Beispiel für den objektiven Ausnahmefall).

Hinsichtlich grundstückbezogener Werkverträge wird von einem Teil der Lehre die Anwendbarkeit der *lex rei sitae* postuliert (*Schönenberger/Jäggi*, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., 1973, N 288 der Allgemeinen Einleitung; Gautschi, Berner Kommentar, N 38 der Vorbemerkungen zu Art. 363–379 OR; *Gauch*, a.a.O., Rz. 362, der allerdings eine Ausnahme zulassen will für den Fall, dass der Unternehmer den wertmässig überwiegenden Teil der zur Vertragserfüllung erforderlichen Arbeit ausserhalb des Grundstückstaates verrichtet). Ein anderer Teil der Lehre vertritt demgegenüber die Auffassung, dass – im Sinne der Grundanknüpfung von Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG – das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt bzw. der Niederlassung des Unternehmers zur Anwendung gelangen soll (*Amstutz/Vogt/Wang*, a.a.O., N 43 f. zu Art. 117 IPRG sowie *Keller/Kren Kostkiewicz*, a.a.O., N 128 zu Art. 117 IPRG, letztere lassen immerhin eine Ausnahme für den Fall zu, dass der Unternehmer sämtliche Dienstleistungen mit Arbeitskräften am Ort der gelegenen Sache erbringt und dort als Generalunternehmer auftritt). Indessen darf nicht verkannt werden, dass sich diese Lehrmeinungen nur auf Werkverträge beziehen können, die als schlichte Bauwerkverträge (d.h. das benötigte Material wird vom Unternehmer selber besorgt, vgl. dazu *Gauch*, a.a.O., Rz. 121 f.) zu qualifizieren sind oder bei denen das für das Werk benötigte Material nicht aus dem Ausland herangeschafft wird.

Wo dagegen wie im vorliegenden Fall die für die Errichtung des Werks auf einem Grundstück notwendigen Materialien (im Wesentlichen) aus dem Ausland angeliefert werden, bestimmt sich das anwendbare Recht – vorbehältlich der Anwendung des CISG – nach dem Haager Übereinkommen betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche Sachen anwendbare Recht vom 15. Juni 1955 (SR 0.221.211.4; im Folgenden Haager Übereinkommen genannt), einem *erga omnes* wirkenden multilateralen Staatsvertrag, auf den das IPRG in Art. 118 verweist (vgl. *Amstutz/Vogt/Wang*, a.a.O., N 1 und 3 zu Art. 118 IPRG, wonach es sich bei Art. 118 IPRG nicht um eine Verweisung im technischen Sinne handelt). Auch dieses Haager Übereinkommen sieht indessen – wie Art. 117 IPRG – vor, dass mangels einer vorgehenden Rechtswahl (Art. 2 des Haager Übereinkommens) der Kaufvertrag (inkl. Werklieferungsvertrag) dem innerstaatlichen Recht des Landes, in dem der Verkäufer (= Unternehmer bei

31

32

einem Werklieferungsvertrag) zu dem Zeitpunkt, wo er die Bestellung empfängt, seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat; wird die Bestellung von einer Geschäftsniederlassung des Verkäufers entgegengenommen, so untersteht der Kaufvertrag dem innerstaatlichen Recht des Landes, in dem sich diese Geschäftsniederlassung befindet; der Kaufvertrag untersteht jedoch dem innerstaatlichen Recht des Landes, in dem der Käufer (= Besteller bei einem Werklieferungsvertrag) seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder die Geschäftsniederlassung besitzt, die die Bestellung aufgegeben hat, sofern die Bestellung in diesem Land vom Verkäufer oder seinem Vertreter entgegengenommen wurde (Art. 3 Abs. 1 und 2 des Haager Übereinkommens). Der Verkäufer soll das Rechtsanwendungsrisiko tragen, wenn er sich für den Abschluss des Vertrags in das Land des Käufers begibt (*Amstutz/Vogt/Wang*, a.a.O., N 11 zu Art. 118 IPRG).

5.3.

5.3.1.

Nicht ersichtlich und auch nicht behauptet ist, dass die Parteien – bei Vertragsabschluss oder danach – eine explizite Rechtswahl für autonomes schweizerisches Recht getroffen haben.

33

5.3.2.

Fragen kann man sich im vorliegenden Fall, ob sich die Parteien – beim Vertragsabschluss bzw. später – über das anzuwendende Recht geeinigt haben, weil sie eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen haben und/ oder die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren der klägerischen Rechtsbehauptung, es finde autonomes Schweizer Recht Anwendung (indirekt in der Klage [vgl. S. 18], explizit in der Replik [S. 2]), keinerlei Widerspruch erhoben hat.

34

Eine Gerichtsstandsklausel ist nur ein Indiz für eine konkludente Rechtswahl (*Amstutz/Vogt/Wang*, a.a.O., N 40 zu Art. 116 IPRG sowie *Keller/Kren Kostkiewicz*, a.a.O., N 55 ff. zu Art. 116 IPRG, je mit Hinweis auf eine mit BGE 110 II 37 überwundene ältere Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche nach dem Grundsatz «qui eligit iudicem, eligit ius» operierte). Als solches zusätzliches Indiz wird das Zusammenfallen des vereinbarten Forums mit dem Abschluss- oder Erfüllungsort genannt, ferner das Prozessverhalten (*Keller/Kren Kostkiewicz*, a.a.O., N 56 zu Art. 116 IPRG).

35

Auch wenn diesen Kriterien je für sich allein genommen nur Indiziencharakter zukommt (*Amstutz/Vogt/Wang*, a.a.O., N 39 ff. zu Art. 116 IPRG und *Keller/Kren Kostkiewicz*, a.a.O., N 54 ff. zu Art. 116 IPRG), erscheint wegen der Kombination der Umstände (Gerichtsstandsvereinbarung, Abschluss des Vertrags am Schweizer Erfüllungsort [dazu Art. 3 Abs. 2 des oberwähnten Haager Übereinkommens; der Vertrag wurde nach unbestritten gebliebener Darstellung der Kläger in der Schweiz unterzeichnet, Replik S. 2] sowie Prozessverhalten der Beklagten, die mit dem Einwand, es finde kein Schweizer Recht Anwendung, bis zur Appellationsverhandlung zugewartet hat) die Bejahung einer stillschweigenden Rechtswahl zugunsten des autonomen Schweizer Rechts auf den ersten Blick naheliegend. Dennoch verbietet sie sich dieser Schluss nach dem Vertrauensprinzip, nachdem die Beklagte eben vor Vorinstanz die Unzuständigkeitseinrede erhoben hatte und damit einer stillschweigenden Rechtswahl das Fundament entzogen ist. Daran ändert der Umstand nichts, dass die Unzuständigkeitseinrede zu Unrecht erhoben wurde.

36

5.3.3.

Immerhin gelangt man aber auch über die objektive Anknüpfung nach Art. 3 Abs. 2 des Haager Übereinkommens zur Anwendung schweizerischen Rechts (Abschluss des Vertrags erfolgte in der Schweiz), dies jedenfalls dann, wenn der Werklieferungsvertrag nicht unter das CISG fällt.

37

In diesem Zusammenhang fragt sich im Lichte der Ausführungen in vorstehender Erw. 5.2.2. vorab, ob ein Werklieferungsvertrag über ein Fertighaus (bei dem die vorgefertigten Elemente als bewegliche Teile geliefert werden), das als Familienwohnung dienen soll, unter den Ausnahmetatbestand gemäss Art. 2 lit. a CISG (Konsumentenvertrag), der durch das Übereinkommen eben nicht erfasst wird, bzw. ähnlich einem Anlageliefer(ungs)vertrag nach Art. 3 Abs. 2 CISG quasi von vornherein nicht unter das CISG fällt. Verneint man diese Fragen, stellt sich die Anschlussfrage, von wem die von der Beklagten verwendeten vorgefertigten Hausteile hergestellt wurden, d.h. von der Beklagten selber oder von Dritten.

38

Ersterenfalls stellte sich schliesslich die Frage, auf welcher Seite bei der Bestimmung des Verhältnisses zwischen geliefertem Material einerseits und der Arbeit bzw. weiteren Dienstleistungen andererseits (vgl. Art. 3 Abs. 2 CISG) die Herstellung der Fertigteile zu veranschlagen ist. Wie es sich diesbezüglich genau verhält, kann nun aber offen bleiben. Denn mit einer Ausnahme (vgl. dazu nachfolgenden Erw. 5.4) machen die Kläger im vorliegenden Verfahren Ansprüche aus Vertragsverletzungen geltend.

39

Bei den vor Vorinstanz eingeklagten *Teilbeträgen von Fr. 120'506.65 und Fr. 25'412.15* (vgl. dazu nachstehende Erw. 6.1) handelt es sich um einen Schaden (im Sinne von Rechtsverfolgungskosten, vgl. dazu *Schwenzer*, in *Schlechtriem/Schwenzer*, a.a.O., N 33 zu Art. 74 CISG), der den Klägern dadurch entstanden ist, dass die von der Beklagten zugezogenen schweizerischen Subunternehmer Bauhandwerkerpfandrechte nach Art. 839 ff. ZGB eintragen liessen (die Begründung dieser Bauhandwerkerpfandrechte erfolge nach Schweizer Recht; vgl. *Schumacher*, *Das Bauhandwerkerpfandrecht*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 38 ff. und insbesondere 42; *Zindel/Pulver*, *Basler Kommentar*, 4. Aufl., 2007, N 34 der Vorbemerkungen zu Art. 363–379), nachdem sie gemäss klägerischer Darstellung von der Beklagten nicht bezahlt worden waren. Die Nichtbezahlung der Subunternehmer durch den Hauptunternehmer ist aber nach Schweizer Recht als positive Vertragsverletzung (Schlechterfüllung) zu qualifizieren (vgl. dazu *Schwenzer*, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Bern 2006, Rz. 67.01 ff.; vgl. dazu auch noch folgende Erw. 6.2.); nach dem CISG kann dieses Verhalten (Unterlassung) der Beklagten zwanglos als Verstoss gegen die in Art. 41 CISG statuierte Verpflichtung des Verkäufers (hier Unternehmer), dem Käufer (hier Besteller) eine Ware zu liefern, die frei von Rechten und Ansprüchen Dritter ist, aufgefasst werden. Vertragsverletzungen führen sodann sowohl nach Schweizer Recht (Art. 97 OR) als auch nach dem CISG (Art. 74 Abs. 1) ohne Weiteres zur Schadenersatzpflicht des Verkäufers. Am Rande sei erwähnt, dass auch das österreichische Recht die Rechtsfigur der positiven Vertragsverletzung kennt, die zu Schadenersatz nach § 1295 ABGB führt (*Koziol/Welser*, *Bürgerliches Recht*, Band II, 12. Aufl., Wien 2001, S. 84).

40

Der weiter eingeklagte *Betrag in der Höhe von Fr. 24'412.-- (= € 16'274.60)* entspricht den von den Klägern geltend gemachten Kosten für eine Ersatzvornahme durch die Firma E, die not-

41

wendig geworden sei, nachdem die Beklagte nach der von den Klägern zweimal erfolglos angesetzten Frist zur Fertigstellung und Mängelbehebung aufgefordert worden sei, das zweite Mal mit der Androhung, dass bei unbenutztem Ablauf der Frist die Fertigstellung und Mängelbehebung auf Kosten der Beklagten durch einen Dritten vorgenommen würden. Mit Bezug auf Mängel der gelieferten Sache räumen wiederum sowohl das Schweizer Recht als auch das CISG dem Käufer (Besteller) das Recht ein, vom Verkäufer Nachbesserung zu verlangen (Art. 368 Abs. 2 OR bzw. Art. 46 Abs. 3 CISG; [ebenso im Übrigen das österreichische Recht, vgl. § 1167 in Verbindung mit §§ 923 ff. ABGB]), wobei beide Rechtsordnungen eine rechtzeitige Mängelrüge (sobald nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist [so OR] bzw. innert angemessener Frist [CISG]) voraussetzen (Art. 367 Abs. 1 OR bzw. Art. 46 Abs. 3 CISG [ebenso im Übrigen § 932 Abs. 3 ABGB]). Wie in nachfolgender Erw. 6.4.2 aufzuzeigen sein wird, ist die Klage in diesem Punkt zufolge gescheiterten Beweises abzuweisen.

5.4.

Was schliesslich den letzten von den Klägern eingeklagten *Teilbetrag von Fr. 15'791.80* anbelangt, handelt es sich um einen von einem Subunternehmer (EB AG) der Beklagten an die Kläger abgetretenen Anspruch gegenüber der Beklagten. Da im Verhältnis zwischen der EB AG und der Beklagten jene die charakteristische Vertragsleistung erbrachte, fand auf deren Vertragsverhältnis (Art. 117 Abs. 2 und 3 IPRG) Schweizer Recht Anwendung, zumal keine Hinweise dafür bestehen, dass die Beklagte der EB AG Material aus dem Ausland zur Verfügung gestellt hat (vgl. vorstehende Erw. 5.2.2.). Demgemäss ist auch die Zession nach Schweizer Recht zu beurteilen (Art. 145 Abs. 1 IPRG), das unter anderem für die Gültigkeit die – vorliegend eingehaltene (vgl. Klagebeilage 59) – Form der einfachen Schriftlichkeit (Art. 12 f. OR) vorschreibt (Art. 165 Abs. 1 OR). Hinsichtlich dieser abgetretenen Forderung hat die Beklagte während des erstinstanzlichen Beweisverfahrens, in dem die Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzubringen sind (vgl. § 183 f. ZPO, zum Umstand, dass das internationale zuständige Gericht grundsätzlich sein eigenes Verfahrensrecht zur Anwendung bringt, vgl. vorstehende Erw. 1), nur gerade geltend gemacht, dass «diese Leistungen [gemeint offensichtlich die von der EB AG erbrachten] ... nicht im Leistungsumfang/Auftrag [gemeint offensichtlich der Werklieferungsvertrag vom 18. Mai 2004] enthalten» gewesen seien (vgl. S. 4 der Klageantwort). Damit wurde aber weder bestritten, dass die EB AG die Arbeiten für die Beklagte erbracht hat, noch geltend gemacht, dass die wegen dieser Arbeiten in Rechnung gestellte und zederte Forderung der Höhe nach übersetzt gewesen ist.

6.

6.1.

In der Klage wurde ausgeführt, die Beklagte habe zur Erfüllung des von den Parteien geschlossenen Werklieferungsvertrags verschiedene Subunternehmer in der Schweiz und Österreich beauftragt, die dann von der Beklagten teilweise nicht bezahlt worden seien. Zur Abwendung der definitiven Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten hätten die Kläger, die in den jeweiligen Verfahren der Beklagten den Streit verkündet hätten, die allerdings nicht reagiert habe, mehrere Handwerker direkt bezahlen müssen.

Dafür habe sie insgesamt Fr. 120'506.65 inkl. von den Klägern zu bezahlende Gerichtskosten und zu tragende Parteientschädigungen aufgewendet (W Bedachung AG: Fr. 24'338.75; EH AG: Fr. 13'000.--; S & Co: Fr. 27'370.--; SS AG: Fr. 11'880.--; M Hoch- und Tiefbau AG:

42

43

44

Fr. 40'223.95; KK AG: Fr. 3'693.95), welcher Betrag als Schadenersatz verlangt werde. Ferner würden Fr. 25'412.15 für die in diesen Verfahren bei ihr selber angefallenen Rechtsvertretungskosten geltend gemacht (Honorarnoten des früheren Rechtsvertreters Z vom 26. Oktober 2005, 21. Dezember 2005 und 8. März 2006 über Fr. 20'032.15 zuzüglich Fr. 5'380.-- für Bemühungen des aktuellen Rechtsvertreters der Kläger) sowie ein Betrag von Fr. 24'412.-- (= € 16'274.60), den die Kläger für eine Ersatzvornahme durch die Firma E hätten bezahlen müssen, nachdem die Beklagte eine von den Klägern zur Behebung von Werkmängeln nach Art. 366 Abs. 2 OR gesetzte und mit der Androhung der Ersatzvornahme im Unterlassungsfalle versehene Frist ungenutzt habe verstreichen lassen. Schliesslich habe die Beklagte einen Betrag von Fr. 15'791.80 zu bezahlen.

Eine gegenüber der Beklagten in dieser Höhe bestehende Forderung sei den Klägern von der EB AG abgetreten worden, die im Auftrag der Beklagten Unterlagsböden und Zementüberzüge auf dem Grundstück der Kläger sowie des Nachbargrundstücks [...] erstellt habe, deren für diese Arbeiten gestellten Rechnungen über Fr. 13'310.80 und Fr. 2'481.-- aber von der Beklagten nie bezahlt worden seien; die Abtretung sei der Beklagten notifiziert worden.

45

6.2.

Im angefochtenen Urteil wurde dafürgehalten, die Parteien hätten einen Generalunternehmer- bzw. Werklieferungsvertrag gemäss Art. 365 in Verbindung mit Art. 363 OR geschlossen. Bei einem Generalunternehmervertrag sei es vermutungsweise zulässig, das Werk durch Dritte ausführen zu lassen. Die Leistungspflicht des Generalunternehmers bleibe von der Weitervergebung von Arbeiten an Subunternehmer unberührt. Diese seien Erfüllungsgehilfen des Generalunternehmers. Zwischen dem Subunternehmer und dem Erstbesteller bestehe zwar kein Werkvertragsverhältnis; ihnen stehe aber ein Bauhandwerkerpfandrecht am Grundstück des Erstbestellers zu, soweit die Voraussetzungen von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB erfüllt seien. Der Grund für diese Sonderbehandlung von Bauhandwerkern sei die von diesen auf dem Grundstück des Erstbestellers bewirkte Wertvermehrung. Ein Bauhandwerkerpfandrecht bestehe selbst dann, wenn der Erstbesteller bzw. Bauherr den Generalunternehmer ganz oder teilweise befriedigt habe. Aus dieser Rechtslage ergebe sich für den Bauherrn, der die Vergütung an den Generalunternehmer leiste, ein Doppelzahlungsrisiko. Er laufe nämlich Gefahr, zur Abwendung einer Zwangsvollstreckung in sein Grundstück dem Subunternehmer die geleistete Summe ganz oder teilweise nochmals zahlen zu müssen. Der Generalunternehmer, der ein mit Bauhandwerkerpfandrechten der Subunternehmer belastetes Werk abgeliefere, müsse sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Schlechterfüllung gemäss Art. 97 OR vorwerfen lassen. Diese berechtige den Bauherrn, einen den Forderungen der Subunternehmer entsprechenden Abzug am Werklohn des Generalunternehmers vorzunehmen oder nach erfolgter Befriedigung der Pfandgläubiger die durch Subrogation (Art. 110 Ziff. 1 OR; Art. 827 Abs. 2 ZGB) auf ihn übergegangenen Forderungen der Subunternehmer mit der Werklohnforderung des Generalunternehmers zu verrechnen. Weiter sei dem Bauherrn zuzugestehen, bereits unmittelbar drohenden Anmeldungen von Bauhandwerkerpfandrechten durch Befriedigung zuvorzukommen; er müsse die definitive Eintragung nicht abwarten. Sei die definitive Eintragung bereits erfolgt, könne er durch Befriedigung der Forderung eine Löschungsbewilligung erwirken. In diesen Fällen könne der Bauherr die dem Subunternehmer bezahlte Ablösungssumme auf dem Regressweg klageweise gegen den Generalunternehmer

46

geltend machen. Der Erstbesteller könne gegenüber seinem direkten Vertragspartner, dem Generalunternehmer, auch den Ersatz der Gerichts- und Anwaltskosten geltend machen.

Gestützt auf diese Rechtslage sprach die Vorinstanz den Klägern die geltend gemachten Auslagen im Zusammenhang mit der Befriedigung der von den Subunternehmern gestellten Forderungen inkl. Kosten der eigenen Rechtsvertretung (Fr. 120'506.65 bzw. Fr. 25'412.15) grundsätzlich zu, nahm aber zwei Kürzungen vor: Die Beklagte habe den Klägern lediglich die Werklohnforderung der W B AG von Fr. 19'933.55 zuzüglich Gerichtskosten des erstinstanzlichen summarischen Gerichtsverfahrens von Fr. 693.00, total Fr. 20'626.55, zu erstatten, nicht aber die im obergerichtlichen Verfahren entstandenen Gerichts- und Parteikosten, weil die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes nur verweigert werden könne, wenn der Bestand des Pfandrechtes als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheine und das Beschwerdeverfahren in Anbetracht der von der W B AG im erstinstanzlichen summarischen Verfahren eingereichten Unterlagen aussichtslos und damit unnötig gewesen sei. Die eigenen Anwaltskosten der Kläger im Gesamtbetrag von Fr. 25'412.15 seien grundsätzlich ebenfalls ausgewiesen; doch seien die im obergerichtlichen Verfahren betreffend das Bauhandwerkerpfandrecht der W B AG angefallenen Anwaltskosten in Abzug zu bringen. Nachdem sich den Kostennoten von Rechtsanwalt Z, welcher die Kläger in jenem obergerichtlichen Verfahren vertreten habe, nicht entnehmen lasse, welche Honorarpositionen dem obergerichtlichen Verfahren zuzuordnen seien, sei davon auszugehen, dass das Honorar von Rechtsanwalt Z ungefähr jenem von Fürsprecher ER, der die W B AG im obergerichtlichen Verfahren vertreten habe, entsprochen habe. Das Obergericht habe der W B AG im Urteil vom 14. Februar 2006 eine Parteientschädigung von Fr. 2'157.20 zugesprochen.

47

Es rechtfertige sich daher, bei den klägerischen Anwaltskosten in diesem Verfahren vom selben Honorar auszugehen und dieses vom Gesamtbetrag der vorgebrachten Anwaltskosten in Abzug zu bringen, so dass die Beklagte den Klägern unter diesem Titel noch Fr. 23'254.95 zu ersetzen habe.

48

Den geltend gemachten Betrag von Fr. 24'412.--, den die Kläger als Vergütung für die Ersatzvornahme durch die Firma E verlangten, erachtete die Vorinstanz im Grundsatz ebenfalls als ausgewiesen. Sie verrechnete mit diesem Betrag allerdings eine Gegenforderung der Beklagten im Umfang Fr. 8'931.94, welche die Kläger der Beklagten noch aus dem Vertrag schuldeten (vereinbarter Kaufpreis von Fr. 370'000.-- abzüglich der von den Klägern geleisteten Teilzahlungen im Umfang von total Fr. 361'068.06).

49

Vollumfänglich sprach die Vorinstanz schliesslich den geltend gemachten Betrag von Fr. 15'791.80 zu. Entgegen der Auffassung der Beklagten habe der Leistungsbeschrieb die von der EB AG erbrachten Arbeiten umfasst. Indem die Beklagte die EB AG mit Schreiben vom 1. April 2005 um einen Zahlungsaufschub gebeten habe und ihr mit Schreiben vom 28. April 2005 die Begleichung der Ausstände angekündigt habe, habe sie die Forderung der EB AG anerkannt. Am 18. Oktober 2006 habe diese ihre Forderung rechtsgültig den Klägern abgetreten und dies der Beklagten mit Schreiben vom 19. Oktober 2006 bekanntgegeben. Gemäss Art. 167 OR könne die Beklagte die Forderung nach der erfolgten Abtretung und Notifikation nur noch an die Kläger gültig erfüllen.

50

6.3.

51

Während die Kläger keine Anschlussappellation erhoben haben und auch in der Begründung die von der Vorinstanz vorgenommenen Korrekturen nicht rügen, hält die Beklagte an ihrer Auffassung fest, den Klägern nichts zu schulden. Insgesamt sei eine Gesamtauftragssumme von Fr. 438'702.17 (Fr. 370'000.-- [ursprünglicher Baupreis] + Fr. 7'336.17 + Fr. 37'000.-- + Fr. 24'366.--) rechtsverbindlich vereinbart worden; auf diese Forderung seien Fr. 356'780.50 bezahlt worden, so dass eine offene Forderung der Beklagten von Fr. 81'921.67 zuzüglich Zins von Fr. 4'287.56 (total Fr. 86'209.23) resultiere. Mängelrügen hinsichtlich der von der beklagten Partei erbrachten Leistungen lägen nicht vor und es seien auch keine Fristen zur Behebung von Mängeln eingeräumt worden.

Des Weiteren seien fällige Zahlungen seitens der klagenden Partei an die beklagte Partei nicht getätigt worden, so dass diese berechtigterweise die Arbeiten eingestellt habe. Damit im Zusammenhang stehende Forderungen der Kläger seien somit ungerechtfertigt. Auf die offene Forderung von Fr. 86'209.23 seien eine Zahlung der Beklagten gegenüber der EH AG (Fr. 13'978.53), Barzahlungen gegenüber der S + Co (Fr. 14'040.--), der SS AG (Fr. 12'168.10), der M Hoch- und Tiefbau AG (Fr. 10'000.--) und die von der Beklagten vorgenommenen Abtretungen von Forderungen gegenüber den Klägern an die W Bedachung AG (Fr. 17'730.30), die S & Co (Fr. 7'325.27), die SS AG (Fr. 5'817.05), die M Hoch- und Tiefbau AG (Fr. 1'615.64) sowie die EB AG (Fr. 6'177.27), total Fr. 88'852.16, anzurechnen. Damit schulde die Beklagte den Klägern nichts.

52

6.4.

6.4.1.

53

Die Beklagte macht eine Erhöhung der «Gesamtauftragssumme», d.h. der Vergütung geltend. Während die Gesamtauftragssumme in der Klageantwort mit € (gemeint offensichtlich Fr., vgl. Klageantwortbeilage 18) 414'336.17 angegeben wurde, wird in der Appellation neu eine solche von Fr. 438'702.17 genannt. Im Falle einer Erhöhung des Werkpreises erhöhte sich auch die von den Klägern geschuldete – und mit deren Ansprüchen verrechenbare – restliche Vergütung, welche die Vorinstanz bei einer (ursprünglich vereinbarten) Vergütung von Fr. 370'000.-- einerseits und den von den Klägern behaupteten Teilzahlungen von Fr. 361'086.06 andererseits (gemäss Beklagter belaufen sich die Teilzahlungen der Kläger auf lediglich Fr. 356'780.50, Klageantwort S. 2; Appellation S. 3) auf Fr. 8'931.94 berechnet hat (angefochtenes Urteil Erw. 5.2).

Die Bejahung einer verrechenbaren Gegenforderung der Beklagten, die über die Differenz zwischen der vereinbarten Gesamtauftragssumme und den von den Klägern erbrachten Zahlungen (vgl. dazu nachfolgende Erw. 6.4.2) hinausgeht, scheidet nun aber schon von vornherein an einer mangelnden Substanziierung: Die – bezüglich des Preises beweibelastete (Art. 8 ZGB bzw. zum CISG vgl. *Hager/Maultzsch*, in *Schlechtriem/Schwenzer*, a.a.O., N 11 zu Art. 67 CISG) – Beklagte hat zwar *im erstinstanzlichen Behauptungsverfahren* (§ 183 f. ZPO) – sinngemäss behauptet, es sei nach dem Vertragsabschluss noch zu einer Erweiterung des Vertragsinhalts gekommen, indem die Forderung der Beklagten auf € (recte Fr.) 414'336.17 und nicht bloss Fr. 370'000.-- (so der im Werklieferungsvertrag vom 18. Mai 2004 [Klagebeilage 3] ursprünglich vorgesehene Preis) beziffert wurde.

54

Von einer ausreichenden Substanziierung, d.h. einer Aufgliederung des Sachverhalts in Einzel-tatsachen, die eine Beweisabnahme ermöglicht (*Bühler/Edelmann/Killer*, a.a.O., N 7 zu § 75 ZPO), kann dagegen keine Rede sein. Die – im vorliegenden Verfahren zur Anwendung gelangende – Verhandlungsmaxime verbietet es dem Richter auch, anhand der von einer Partei allenfalls eingereichten Beilagen zu deren Gunsten rechtserhebliches tatsächliches Material zusammenzusuchen (vgl. *Bühler/Edelmann/Killer*, a.a.O., N 15 zu § 75 ZPO). Soweit in der Appellation Ansätze einer Substanziierung der generellen Behauptung, es sei nachträglich zu einer Erweiterung des Vertragsinhalts (Vergrößerung des Hauses, Installation von Rollläden) gekommen, erkannt werden können, ist die Beklagte darauf hinzuweisen, dass diese Substanziierung schon im vorinstanzlichen Verfahren möglich gewesen wäre und deshalb im Rechtsmittelverfahren als unzulässige verspätete Neuerung unbeachtlich ist (§ 321 ZPO).

55

6.4.2.

Damit ist davon auszugehen, dass die Kläger der Beklagten aus der (vollständigen) Erfüllung des Werklieferungsvertrags einen Werkpreis von Fr. 370'000.-- schuldeten. Hievon haben die Kläger in fünf Tranchen unbestrittenermassen (vgl. Klageantwortbeilage 18) insgesamt Fr. 361'068.06 bezahlt (Fr. 34'390.-- + Fr. 51'579.92 + Fr. 108'598.14 + Fr. 111'000.-- + Fr. 55'500.--; vgl. Klagebeilagen 11–15; vgl. dazu auch nachfolgende Erw. 6.4.3). Die sechste gemäss dem Vertrag nach Fertigstellung und Übergabe des Werks fällige Rate behielten sie (offenbar wegen Unvollständigkeit des abgelieferten Werks, Aussage des Klägers 1 in der Parteibefragung, vgl. Protokoll der Verhandlung vom 26. September 2007 S. 3) zurück. Sodann haben die Kläger zugestandermassen von einem Vertrauenskonto einen Betrag von Fr. 4'287.56 zurückverlangt (Klageantwort S. 2 mit Klageantwortbeilage 19, Replik S. 4), so dass von einer Vergütungsrestanz von nicht bloss Fr. 8'931.94 (so Vorinstanz), sondern Fr. 13'219.50 auszugehen ist.

56

Zur Fertigstellung des Werks bzw. zur Behebung der Mängel wollen die Kläger die in Dresden domizilierte Firma E beauftragt haben, welche die Arbeiten für € 16'274.60 bzw. Fr. 24'412.-- ausgeführt habe, nachdem die Beklagte zweimal erfolglos zur Fertigstellung und Mängelbehebung aufgefordert worden sei, das zweite Mal mit der Androhung, dass bei unbenutztem Ablauf der Frist die Fertigstellung und Mängelbehebung auf Kosten der Beklagten durch einen Dritten vorgenommen würden (zu den rechtlichen Grundlagen des geltend gemachten Anspruchs, vgl. vorstehende Erw. 5.3.3. Absatz 3). Zum Beweis ihrer Sachdarstellung, die von der Beklagten ausdrücklich bestritten wurde und wird, verweisen die Kläger auf das Werkabnahmeprotokoll vom 30. März 2005, ein vom 13. Mai 2005 datiertes Schreiben von Rechtsanwalt Z sowie eine vom 30. Mai 2005 datierte Offerte der Firma E über € 16'274.80 (Klagebeilagen 16–18).

57

Auch wenn diese Sachdarstellung nicht a priori unglaubwürdig ist, kann der von den Klägern zu führende Beweis nicht als erbracht gelten (vgl. *Schmid*, Basler Kommentar, 3. Aufl., 2006, N 17 zu Art. 8 ZGB zum Regelbeweismass im Zivilprozess, wonach der Beweis erbracht ist, wenn der Richter aufgrund objektiver Gesichtspunkte von der Verwirklichung der streitigen Tatsache überzeugt ist und allfällig vorhandene Zweifel nicht erheblich erscheinen, was deutlich mehr sein muss als eine bloss überwiegende Wahrscheinlichkeit). Vorab fragt sich, wieso die Kläger hinsichtlich der behaupteten Ersatzvornahme lediglich eine Offerte und nicht (auch) die Rechnung bzw. einen Zahlungsbeleg eingereicht haben.

58

Aber selbst wenn man durch die Offerte die Kosten für eine Mängelbehebung bzw. die Fertigstellung als ausgewiesen betrachten wollte, haben sich die Kläger auch nach Erhalt der Klageantwort, in der – wie auch wieder in der Appellation – eine (rechtzeitige) Mängelrüge bzw. Androhung der Ersatzvornahme in Abrede gestellt worden waren, nicht über eine Zustellung des Abnahmeprotokolls vom 30. März 2005, das keine Unterschrift der Beklagten enthält (Klagebeilage 16), bzw. des Schreibens von Rechtsanwalt Z vom 13. Mai 2005 (Klagebeilage 17) ausgewiesen. Unter diesen Umständen kann die eingeklagte Forderung über Fr. 24'412.-- nicht anerkannt werden. Nach dem Gesagten ist die im angefochtenen Urteil statuierte Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung eines Betrags von Fr. 171'321.26 um die beiden Positionen von Fr. 4'287.56 (von Vertrauenskonto zurückverlangter Betrag) sowie Fr. 24'412.-- (Kosten für Verbesserung der Werkmängel bzw. Fertigstellung des Werks) auf Fr. 142'621.70 zu korrigieren.

59

6.4.3.

Nicht klar ist, was die Beklagte meint, wenn sie ausführt, die Kläger hätten fällige Zahlungen nicht getätigt, so dass die Beklagte ihre Arbeiten berechtigterweise eingestellt habe und die damit im Zusammenhang stehenden Forderungen der Kläger somit ungerechtfertigt seien. Aus den von den Klägern verkündeten Klagebeilagen 11–15 (Rechnungen und Belastungsanzeigen der CS) ergibt sich, dass die Beklagte den Klägern im Wesentlichen in Übereinstimmung mit dem im Werklieferungsvertrag vorgesehenen Zahlungsplan (Ziffer 4) am 19. August 2004 zwei Rechnungen über Fr. 37'000.-- bzw. Fr. 55'500.-- (= 10% bzw. 15% der Vergütung), am 13. Oktober 2004 eine Rechnung über Fr. 108'598.14 (mehr als die vorgesehenen 27% der Vergütung = Fr. 99'900.--) und am 18. November 2004 eine Rechnung über Fr. 111'000.-- (= 30% der Vergütung) gestellt hat. Die Kläger beglichen diese Rechnungen mit Zahlungsaufträgen vom 4. Juni 2004 über Fr. 34'390.--, vom 9. August 2004 über Fr. 51'579.92, vom 25. Oktober 2004 über Fr. 108'598.14 sowie vom 2. Dezember 2004 über Fr. 111'000.--. Mit Zahlungsauftrag vom 1. Februar 2005 veranlassten sie schliesslich die fünfte im Vertrag vorgesehene Teilzahlung über 15% der Vergütung bzw. Fr. 55'500.--. Abgesehen davon, dass die Kläger die *letzte, nach Fertigstellung und Übergabe fällige Teilzahlung* (3% der Vergütung = Fr. 11'100.--) nicht geleistet haben, ist die einzige Abweichung vom vorgesehenen Zahlungsplan darin zu erblicken, dass die Kläger die beiden ersten in Rechnung gestellten Raten um die Höhe der Mehrwertsteuer (Fr. 2'610.-- bzw. Fr. 3'920.08) kürzten; immerhin wurden diese Kürzungen mit der dritten Teilzahlung über Fr. 108'598.14 (statt Fr. 99'900.--) mehr als kompensiert. Die beklagte Behauptung, die Kläger hätten fällige Zahlungen nicht geleistet, steht auch in Widerspruch zu dem vom 28. Januar 2005 datierten Schreiben der Beklagten an WK (der zusammen mit den Klägern von der Beklagten ein Fertighaus erstellten liess, vgl. Klagebeilage 9), worin davon die Rede ist, dass der Kläger 1 (im Gegensatz zu WK) seinen Zahlungsverpflichtungen immer nachgekommen sei (klägerische Beilage 62).

60

6.4.4.

6.4.4.1.

Mit Bezug auf die Forderungen der sechs Subunternehmer (W B AG, EH AG, S & Co, SS AG, M Hoch- und Tiefbau AG, KK AG), welche die Kläger zur Abwendung der definitiven Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten beglichen haben, wurde von der Beklagten in der Klageant-

61

wort ausdrücklich zugestanden, dass sie diesen Firmen Aufträge erteilt hat. Soweit in der Klageantwort und erneut in der Appellation behauptet wird, diese Handwerkerforderungen seien durch (Bar-) Zahlungen und Abtretungen von Forderungen der Beklagten gegenüber den Klägern beglichen worden, ist vorab darauf hinzuweisen, dass die Beklagte im ganzen Verfahren weder Beweismittel für die Zahlungen (Quittungen, Zeugenaussagen) oder erfolgte Zessionen offeriert hat. Nur am Rande sei erwähnt, dass zumindest bei den Subunternehmern S & Co sowie SS AG die behaupteten Barzahlungen und abgetretenen Guthaben unter den von der Beklagten selber erwähnten Vergütungsbeträgen lagen. Jedenfalls eine rechtzeitige, d.h. vor Einleitung der Verfahren auf Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte erfolgte Befriedigung der Forderungen der Subunternehmer durch die Beklagte ist auch wenig glaubwürdig, weil kaum denkbar ist, dass sechs Subunternehmer, deren Forderungen vom Generalunternehmer bezahlt sind, für die erbrachten Leistungen noch Bauhandwerkerpfandrechte zu erwirken versuchen. Träfe die Sachdarstellung der Beklagten zu, stellte sich auch die Frage, weshalb sie auf die Streitverkündungen, welche die Kläger in den von den Subunternehmern angestregten Verfahren betreffend Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten vornahmen, nicht reagiert und in jenen Verfahren die Erfüllung der Forderung durch Bezahlung bzw. Abtretung von Guthaben (an Zahlung statt) mitgeteilt hat (vgl. dazu *Bühler/Edelmann/Killer*, a.a.O., N 1 zu § 299 ZPO zur Zulässigkeit der Streitverkündung im summarischen Verfahren sowie N 2 zu § 61 ZPO hinsichtlich der Rechtsfolgen der Streitverkündung). Was die Qualifikation der beklagtischen Unterlassung, die Subunternehmer zu bezahlen, als (positive) Vertragsverletzung sowie deren rechtlichen Folgen (Schadenersatzanspruch, wenn der Bauherr eine Doppelzahlung leisten musste) betrifft, kann auf vorstehende Erw. 5.3.3. verwiesen werden.

6.4.4.2.

Nicht mit der Appellation, sondern erst anlässlich der Appellationsverhandlung wurde der Vorinstanz von der Beklagten vorgeworfen, jene habe sich bezüglich der Rechnung der Firma M Hoch- und Tiefbau AG vom 31. Januar 2006 (über Fr. 32'927.75, vgl. Klagebeilage 38) mit dem von der Beklagten erhobenen Einwand, das Bauhandwerkerpfandrecht auf der Liegenschaft der Kläger habe auch Arbeiten umfasst, welche sich auf das angrenzende Grundstück K, das mit demjenigen der Kläger von der Beklagten überbaut worden sei, nicht spezifisch auseinandergesetzt, dies obwohl aus der Rechnung ersichtlich sei, dass es (gemeint wohl die Rechnung) beide Einfamilienhäuser betroffen habe. Auch hinsichtlich der Rechnung der EH AG hätte die Vorinstanz abklären müssen, auf welches Bauobjekt sich die von diesem Subunternehmer erbrachten Leistungen bezogen und ob diese Leistungen tatsächlich zum Leistungsumfang der Beklagten gemäss dem Werklieferungsvertrag gehört hätten. Hinsichtlich der Rechnung der KK AG werde im angefochtenen Urteil ausgeführt, dass die Beklagte in der Klageantwort zwar vorgetragen habe, sie habe einen Überweisungsauftrag in der Höhe von Fr. 2'596.40 erteilt, der dann aber von den Klägern nicht freigegeben worden sei; da die Beklagte aber die Vereinbarung, auf die sie sich berufe, nicht zu den Akten gegeben habe, sei sie den Beweis für diese Behauptung schuldig geblieben; dazu sei aber festzuhalten, dass die Beklagte dies im Rahmen der Streitverkündung in ihrer Stellungnahme vom 7. Dezember 2005 beim Gerichtspräsidium Z in der Streitsache betreffend Bauhandwerkerpfandrecht eingereicht habe; die Beklagte habe davon ausgehen dürfen, dass [dies] dem gleichen Gerichtspräsidenten bekannt, prozedürlich gewesen sei und somit auch im vorliegenden Verfahren beigezogen würde.

Diese Einwendungen erweisen sich allesamt als unbegründet. Hinsichtlich der Behauptung, es sei nachträglich der Inhalt des Werkvertrags erweitert worden, kann auf das in vorstehender Erw. 6.4.1. Ausgeführte verwiesen werden. Es trifft zwar zu, dass die Beklagte in der Klageantwort festhielt, dass einige Subfirmen Grundpfandrechte hätten eintragen lassen, ohne die entsprechende Bauleistung beim Bauvorhaben St. erbracht zu haben; vielmehr seien von diesen die Bauleistung auch oder nur beim angrenzenden Bauvorhaben [K] erbracht worden; teilweise seien Forderungen aus Bauleistungen für beide Bauvorhaben in Summe auch zweimal, beim Bauvorhaben St. und beim Nachbar K eingetragen worden.

63

Indessen ist in dieser (wiederum) äusserst allgemein gehaltenen Behauptung eine ungenügende Bestreitung zu erblicken; denn jedenfalls bei (vorliegend gegebenen) komplizierten Abrechnungsverhältnissen ist im Hinblick auf die Beweisführung nach Treu und Glauben eine substantiierte Bestreitung erforderlich (BGE 105 II 146; vgl. *Bühler/Edelmann/Killer*, a.a.O., N 10 zu § 75 ZPO). Auch wenn eine Substanziierung der Behauptung, das Grundstück der Kläger sei von Subunternehmern für im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben K stehende Forderungen belastet worden, rechtzeitig erfolgt wäre, ist der Beklagten jedenfalls mit Bezug auf die Forderung der M Hoch- und Tiefbau AG Folgendes entgegenzuhalten. Zwar trifft es zu, dass die Rechnung Nr. 26.77.729 der besagten Firma über Fr. 32'927.75 (Klagebeilage 38) im Zusammenhang mit dem Neubau [auf den Grundstücken [...] / [...]] gestellt wurde, doch lässt sich dieser Rechnung – entgegen dem, was an der Appellationsverhandlung suggeriert wurde – nicht entnehmen, dass die in Rechnung gestellten Arbeiten beide Grundstücke betrafen; vielmehr wurden darin nur die «Baumeisterarbeiten an Liegenschaft [...]», d.h. dem Grundstück der Kläger, in Rechnung gestellt. Ohnehin wäre aus naheliegenden Gründen nicht leicht hin anzunehmen, dass ein Unternehmer seine Arbeiten an einem Bauwerk dem Nichteigentümer in Rechnung stellte bzw. für diese Arbeiten das Grundstück eines Dritten mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet. Was ferner das Argument der Beklagten anbelangt, sie habe mit Bezug auf die Forderung der KK AG davon ausgehen dürfen, dass die Vorinstanz die von der Beklagten in einem anderen, dem Gerichtspräsidenten bekannten Verfahren eingereichten Unterlagen beiziehen werde, verkennt sie, dass in einem der Verhandlungsmaxime unterliegenden Verfahren wie dem vorliegenden grundsätzlich keine nicht angerufenen Beweismittel erhoben bzw. beigezogen werden. Das von einer Partei in einem anderen Verfahren vor dem gleichen Gericht bzw. vor dessen Präsidenten produzierte Beweismaterial wird nicht zu einer gerichtsnotorischen *Tatsache*, die zumindest nach einer Lehrmeinung nicht besonders behauptet werden muss (so *Guldener*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 161 sowie *Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi*, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl., Bern 2000, N 1a zu Art. 218 ZPO); vielmehr bleibt es ein Beweismittel in jenem Verfahren, das nur auf entsprechenden Beweisantrag hin in einem Drittverfahren beigezogen werden kann.

64

6.5.

Zusammenfassend ist in teilweiser Gutheissung der Appellation die Beklagte zu verpflichten, den Klägern einen Betrag von Fr. 142'621.70 inkl. 5% Zins seit 2. Mai 2006 (vgl. dazu Erw. 6. des angefochtenen Urteils) zu bezahlen.

65

7.

7.1.

Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kostenregelung dahingehend zu ändern, dass die Verfahrenskosten zu einem Viertel den Klägern (unter solidarischer Haftbarkeit) und zu drei Vierteln der Beklagten aufzuerlegen sind; entsprechend ist die Beklagte zu verpflichten, den Klägern die Hälfte der vor Vorinstanz angefallenen Parteikosten zu ersetzen (§ 112 Abs. 1 ZPO).

66

7.2.

Ebenfalls ausgangsgemäss haben die Kläger (unter solidarischer Haftbarkeit) die zweitinstanzlichen Verfahrenskosten zu einem Sechstel und die Beklagte zu fünf Sechsteln zu tragen; demgemäss hat die Beklagte den Klägern zwei Drittel der im Appellationsverfahren angefallenen Parteikosten zu ersetzen (§ 334 in Verbindung mit § 112 Abs. 2 ZPO).

67

Das Obergericht erkennt:

1.

1.1.

In teilweiser Gutheissung der Appellation wird das Urteil des Bezirksgerichts Z vom 26. September 2007 vollständig aufgehoben und neu wie folgt erkannt:

68

1.

1.1.

In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, den Klägern Fr. 142'621.70 nebst 5% Zins seit 2. Mai 2006 zu bezahlen.

1.2.

Soweit mit der Klage mehr oder anderes verlangt wird, wird sie abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten, bestehend aus der Gerichtsgebühr von Fr. 9'300.-- den Kanzleigebühren und Auslagen von Fr. 330.--, zusammen Fr. 9'630.--, werden zu einem Viertel bzw. Fr. 2'407.50 den Klägern unter solidarischer Haftbarkeit und zu drei Vierteln bzw. Fr. 7'222.50 der Beklagten auferlegt.

3.

Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern die Hälfte der Parteikosten in der richterlich genehmigten Höhe von Fr. 20'035.10 (inkl. 1'415.10 MWSt), somit Fr. 10'017.55 (inkl. MWSt. von Fr. 707.55) zu bezahlen.

1.2.

Soweit mit der Appellation mehr oder anderes verlangt wird, wird sie abgewiesen.

2.

Die obergerichtlichen Verfahrenskosten, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von Fr. 9'300.--, der Kanzleigebühr und den Auslagen von Fr. 456.--, zusammen Fr. 9'756.--, werden zu einem Sechstel bzw. Fr. 1'626.-- den Klägern unter solidarischer Haftbarkeit und zu fünf Sechsteln bzw. Fr. 8'130.-- der Beklagten auferlegt.

3.

Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern zwei Drittel der zweitinstanzlichen Parteikosten in der richterlich genehmigten Höhe von Fr. 13'031.85 (inkl. MWSt von Fr. 920.45), somit Fr. 8'687.90 (inkl. MWSt von Fr. 613.65) zu ersetzen.

Zustellung an [...].