

# **BGer 4A 290/2010 vom 10. Dezember 2010**

Bundesgericht, 2010-12-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_290\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_290_2010)

FR: TF 4A 290/2010 du 10 décembre 2010

IT: TF 4A 290/2010 del 10 dicembre 2010

## **Regeste**

Werklieferungsvertrag | Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Parteien gehen übereinstimmend mit der Vorinstanz davon aus, dass sich die behaupteten Ansprüche der Beschwerdeführerin gegenüber dem Beschwerdegegner wegen der Mängel am Segelschiff grundsätzlich nach den Bestimmungen des Werkvertragsrechts gemäss Art. 363 ff. OR beurteilen. Ebenso ist unbestritten, dass der Beschwerdegegner das Segelschiff der Beschwerdeführerin in mangelhaftem Zustand abgeliefert hat. Die Parteien gehen ferner mit der Vorinstanz davon aus, dass das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 24. August 2006 als Mahnung, mit welcher dem Beschwerdegegner sogleich eine Nachfrist von zwanzig Tagen angesetzt wurde, zu qualifizieren ist. Die Beschwerdeführerin stellt sich - entgegen der Auffassung der Vorinstanz und des Beschwerdegegners - auf den Standpunkt, sie sei nach Art. 107 Abs. 2 OR berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten, da der Beschwerdegegner bis zum Fristablauf die Mängel nicht beseitigt habe. Die Vorinstanz habe zu Unrecht dafürgehalten, dass ihr das Rücktrittsrecht nur in Gestalt und unter den Voraussetzungen des Wandelungsrechts im Sinne von Art. 368 Abs. 1 OR zustehe.

### **E. 1.1**

Art. 368 OR regelt die Rechte des Bestellers bei Mängeln. Leidet das Werk an so erheblichen Mängeln oder weicht es sonst so sehr vom Vertrag ab, dass es für den Besteller unbrauchbar ist oder dass ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann, so darf er diese verweigern und bei Verschulden des Unternehmers Schadenersatz fordern ( Art. 368 Abs. 1 OR ). Sind die Mängel oder die Abweichungen vom Vertrag minder erheblich, so kann der Besteller einen dem Minderwerte des Werkes entsprechenden Abzug am Lohne machen oder auch, sofern dieses dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht, die unentgeltliche Verbesserung des Werkes und bei Verschulden Schadenersatz verlangen ( Art. 368 Abs. 2 OR ). Da die Spezialbestimmungen des Werkvertragsrechts nicht regeln, wie vorzugehen ist, wenn sich der Unternehmer weigert, die Nachbesserungsarbeiten vorzunehmen, ist in einem solchen Fall auf die Bestimmungen des allgemeinen Teils des Obligationenrechts zurückzugreifen. Somit kommen Art. 102 ff. OR zur Anwendung ( BGE 136 III 273 E. 2.3). Befindet sich der Schuldner bei zweiseitigen Verträgen im Verzug, so ist der Gläubiger nach Art. 107 Abs. 1 OR berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen. Wird auch bis zum Ablauf dieser Frist nicht erfüllt, so kann der Gläubiger nach Art. 107 Abs. 2 OR immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen, statt dessen aber auch, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Vertrag zurücktreten.

Entscheidet sich der Besteller dafür, in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 OR vom Vertrag zurückzutreten, wird dadurch seine Ausübung des Gestaltungsrechts (d.h. die Wahl des Nachbesserungsrechts) rückwirkend aufgehoben und er ist wieder in derselben Situation wie vor der Ausübung des Gestaltungsrechts, so dass er erneut zwischen den Mängelrechten von Art. 368 OR wählen kann ( BGE 136 III 273 E. 2.4). Will er vom Vertrag zurücktreten, hat er die werkvertraglichen Besonderheiten zu berücksichtigen.

### **E. 1.2**

Demzufolge hat entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin die Vorinstanz zu Recht erwogen, dass der Beschwerdeführerin trotz Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 2 OR das Rücktrittsrecht nur in Gestalt und unter den Voraussetzungen des Wandelungsrechts im Sinne von Art. 368 Abs. 1 OR zustehe.

### **E. 2**

Um zu beurteilen, ob die Beschwerdeführerin vom Vertrag zurücktreten kann, prüfte die Vorinstanz zu Recht, ob das Segelschiff an so erheblichen Mängeln leidet oder sonst so sehr vom Vertrag abweicht, dass es für die Beschwerdeführerin unbrauchbar ist oder dass ihr die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann ( Art. 368 Abs. 1 OR ).

#### **E. 2.1**

Ob dem Besteller die Annahme des abgelieferten Werks nicht zugemutet werden kann, beurteilt sich nach den gegenseitigen Interessen der Parteien, die nach den Grundsätzen der Billigkeit gegeneinander abzuwägen sind ( BGE 98 II 118 E. 3a S. 122). Bei der Beurteilung dieser Frage verfügt der Sachrichter über einen weiten Ermessensspielraum (Urteil 4C.301/2002 vom 22. Januar 2003 E. 3.4.1). Derartige Ermessensentscheide überprüft das Bundesgericht grundsätzlich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die zwingend hätten beachtet werden müssen. Es greift ausserdem in Ermessensentscheide ein, wenn sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen ( BGE 135 III 121 E. 2 S. 123 f.; 130 III 28 E. 4.1 S. 32, 213 E. 3.1 S. 220; 129 III 380 E. 2 S. 382; 125 III 226 E. 4b S. 230; je mit Hinweisen).

#### **E. 2.2**

Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdegegner habe rund die Hälfte der in der Liste vom 26. Juni 2006 aufgeführten ca. 20 Mängel behoben und die Beschwerdeführerin habe in der Liste vom 24. August 2006 rund 30 neue Mängel geltend gemacht und vom Beschwerdegegner die Beseitigung derselben innert 20 Tagen verlangt. Zu prüfen bleibe, welche dieser ca. 40 Mängel der Beschwerdegegner beseitigt habe und welche nicht. Sodann sei zu beurteilen, ob die vom gerichtlichen Gutachter E. \_\_\_\_\_ noch festgestellten Mängel in ihrer Gesamtheit eine Wandelung des Vertrags vom 24. Oktober 2005 seitens der Beschwerdeführerin rechtfertigten. Beim Segelboot handle es sich nicht um eine Massenware, sondern um eine Spezialanfertigung, hergestellt nach den Wünschen und Vorstellungen der Beschwerdeführerin. Ein Verkauf dieses Bootes an Dritte sei ohne erhebliche finanzielle Einbusse kaum möglich. Zusammenfassend führte die Vorinstanz aus, gestützt auf die Gutachten E. \_\_\_\_\_ vom 15. Januar 2007 und 3. April 2007 habe sich ergeben, dass der Beschwerdegegner die meisten der in den Listen vom 26. Juni 2006

und 24. August 2006 aufgeführten Mängel behoben habe. Jene Mängel, die von diesem nicht innert der ihm angesetzten Frist von 20 Tagen behoben worden sind, können mit einem Kostenaufwand von insgesamt ca. Fr. 1'000.-- behoben werden. Ferner könnten die Risse in den Teakleisten für ca. Fr. 400.-- bis Fr. 500.-- nachgebessert werden, ohne dass dadurch die Gebrauchstauglichkeit oder Werthaltigkeit des Segelschiffs beeinträchtigt werde. Überdies lasse die gewählte Konstruktion des Teakdecks zu, dass darauf etwas Wasser bleibe. Doch sei dieser Mangel vor allem ästhetischer Natur, da kaum eine Gefahr von Wasserschäden bestehe, wenn anlässlich der jährlichen Ein- und Auswinterungsarbeiten entsprechende, regelmässige Kontrollen durchgeführt würden. Im Weiteren fehle ein Elektro-Prüfbericht für die 220 V Anlage sowie eine Doppelverbindung der Treibstoffschläuche. Allerdings habe die Beschwerdeführerin diesbezüglich erstmals nach Vorliegen des Gutachtens E. \_\_\_\_\_ vom 15. Januar 2007 Mängel gerügt. Doch selbst wenn insoweit vom Beschwerdegegner zu verantwortende Mängel angenommen werden müssten, könnten diese von ihm behoben werden. Demzufolge seien alle am Segelboot noch bestehenden Mängel zu beheben. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdegegner zur Beseitigung der Mängel nicht fähig oder nicht willens wäre. In Anbetracht der Gesamtsumme der werkvertraglichen Neu- und Umbauarbeiten von Fr. 77'400.-- seien die Mängelbeseitigungsarbeiten von insgesamt nicht mehr als Fr. 2'000.-- als geringfügig zu betrachten. Es könne daher nicht geschlossen werden, dass der Beschwerdeführerin mit einer Nachbesserung und Minderung nicht auch gedient wäre. Das Segelboot stelle eine Einzelanfertigung dar. Der Beschwerdegegner habe ein ursprünglich in seinem Eigentum stehendes Segelboot nach den besonderen Wünschen der Beschwerdeführerin umgebaut und dabei auch viele Neubauarbeiten geleistet. Würde der Beschwerdeführerin ein Wandlungsrecht zugestanden, könnte der Beschwerdegegner dieses Segelboot nie zu dem von der Beschwerdeführerin insgesamt bezahlten Preis von Fr. 77'400.-- einem Dritten verkaufen. Dies liege aber im Wesentlichen nicht daran, dass das Boot noch über einige Mängel verfüge, sondern sei vielmehr darauf zurückzuführen, dass es aufgrund der besonderen Wünsche der Beschwerdeführerin speziell angefertigt wurde. Denn der von der Beschwerdeführerin bestellte Gutachter F. \_\_\_\_\_ schätze den Wert des Schiffes nach Behebung der Mängel auf nur ca. Fr. 25'000.-- bis Fr. 30'000.--. In die gleiche Richtung ziehe der Gerichtsexperte E. \_\_\_\_\_ habe er in seinem Gutachten vom 3. April 2007 doch ausgeführt, dass der Wert des über 35 Jahre alten Bootes nie die insgesamt veranschlagten Kosten erreichen könne. Insoweit würden die Nachteile der Wandelung für den Beschwerdegegner ungleich schwerer wiegen als die daraus entstehenden Vorteile für die Beschwerdeführerin. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände gelangte die Vorinstanz zum Schluss, dass gestützt auf die Gutachten E. \_\_\_\_\_ vom 15. Januar 2007 und 3. April 2007 eine Wandelung des Vertrags vom 24. Oktober 2005 im Sinne von Art. 368 Abs. 1 OR nicht gerechtfertigt sei.

### **E. 2.3**

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 368 Abs. 1 OR. Sie macht insbesondere geltend, die Vorinstanz habe jeden Mangel betreffend seine Schwere und Nachbesserungsmöglichkeit isoliert beurteilt und keine Gesamtbetrachtung vorgenommen. Dies trifft jedoch nicht zu. Die Vorinstanz hat, nachdem sie sich zu jedem Mangel einzeln äusserte, sehr wohl die Mängel in ihrer Gesamtheit gewürdigt und ist dabei zum Schluss gekommen, dass die Gesamtheit der Mängel die Voraussetzungen der Wandelung nicht erfüllen würde. Ebenso geht der Vorwurf der Beschwerdeführerin fehl, wonach die Vorinstanz zu Unrecht erwogen habe, dass bei der Frage der Zumutbarkeit zu beachten sei,

ob dem Besteller weder mit einer Minderung noch mit einer Nachbesserung gedient wäre. Die Vorinstanz konnte ohne Bundesrecht zu verletzen prüfen, ob der Beschwerdeführerin mit einer Minderung oder Nachbesserung gedient wäre. Denn bei einer Verneinung dieser Frage wäre die Annahme des Segelbootes für die Beschwerdeführerin unter Umständen unzumutbar gewesen. Andererseits folgt aus der Tatsache, dass eine Nachbesserung oder Minderung möglich wäre, nicht zwingend, dass das Wandelungsrecht wegen fehlender Zumutbarkeit ausgeschlossen wäre. Die Vorinstanz hat - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - denn auch keine solche Folgerung vorgenommen, sondern den Umstand, dass eine Nachbesserung der Mängel möglich wäre, lediglich als ein Element in ihre Interessenabwägung miteinbezogen. Weiter erblickt die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 368 Abs. 1 OR darin, dass die Vorinstanz die Würdigung der von ihr festgestellten Mängel zu Unrecht davon abhängig gemacht habe, ob es dem Beschwerdegegner nach zugelassener Wandelung möglich wäre, das Schiff zu dem von der Beschwerdeführerin bezahlten Kaufpreis von Fr. 77'400.-- an einen Dritten weiter zu verkaufen. Auch mit diesem Vorbringen vermag sie nicht durchzudringen. Die Vorinstanz durfte bei der Abwägung, ob die Nachteile einer Wandelung für den Unternehmer ungleich schwerer wiegen als die daraus entstehenden Vorteile für den Besteller, die Tatsache berücksichtigen, dass der Beschwerdegegner das von der Beschwerdeführerin auf ihre Wünsche umgebaute Schiff nur mit einem beträchtlichen Verlust weiterverkaufen könnte. Darin ist keine Bundesrechtsverletzung zu erblicken.

#### **E. 2.4**

Inwiefern die Vorinstanz ihr Ermessen verletzt hätte, wenn sie aufgrund der von ihr vorgenommenen Abwägung der gegenseitigen Interessen das Recht auf Wandelung des Vertrags der Beschwerdeführerin nicht zugestand, ist nicht ersichtlich. Eine Verletzung von Art. 368 Abs. 1 OR liegt nicht vor.

#### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin macht weiter eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz geltend. Sie rügt eine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 8 ZGB sowie eine Verletzung des Willkürverbots ( Art. 9 BV ).

#### **E. 3.1**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 135 III 397 E. 1.5). Der Beschwerdeführer, der die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, kann sich nicht damit begnügen, den bestrittenen Feststellungen eigene tatsächliche Behauptungen gegenüberzustellen oder darzulegen, wie die Beweise seiner Ansicht nach zu würdigen gewesen wären. Vielmehr hat er klar und substantiiert aufzuzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen bzw. die Unterlassung von Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen. Soweit der Beschwerdeführer den Sachverhalt ergänzen will, hat er zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass er entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (Urteile 4A\_214/2008 vom 9. Juli 2008 E.

1.2, nicht publ. in: BGE 134 III 570 ; 4A\_470/2009 vom 18. Februar 2010 E. 1.2). Auf eine Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist nicht einzutreten ( BGE 133 II 249 E. 1.4.3).

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz insbesondere vor, einzig geprüft zu haben, ob auf das vom Gutachter E.\_\_\_\_\_ gestützt auf die Mängelliste vom 24. August 2006 erstellte Gutachten abgestellt werden könne. Die Vorinstanz habe sich einzig darauf konzentriert, ob im Zeitpunkt der Gutachtenerstattung noch Mängel gemäss Mängelliste vom 24. August 2006 vorhanden gewesen seien. Mit keinem Wort habe sie sich zur Mängelsituation vor dem 26. Mai 2006, zur Situation bei Erstellung der Mängelliste vom 26. Mai 2006, zur Situation vom 21. Juli 2006 und zu den Verhältnissen am 24. August 2006 geäussert. Da die Beschwerdeführerin die Wandelung gestützt auf die Mängelliste vom 24. August 2006 erklärte und die Wandelung des Vertrags damit begründete, dass die Mängel gemäss Liste vom 24. August 2006 nicht abgearbeitet worden sind, kann der Vorinstanz keine Gehörsverletzung vorgeworfen werden, wenn sie zu den Mängelsituationen vor diesem Zeitpunkt keine tatsächlichen Feststellungen getroffen hat. Inwiefern die Verhältnisse vor dem 24. August 2006 entscheidungswesentlich sein sollten, zeigt die Beschwerdeführerin zudem auch nicht auf. Sie wiederholt in ihrer Beschwerdeschrift bloss weitschweifig ihre Ausführungen in ihrer Klage und Replik zur Situation vor dem 26. Mai 2010 (recte 2006), zur Situation am 26. Mai 2006, zu derjenigen am 23. Juni 2006, am 21. Juli 2006 sowie am 24. August 2006 und gibt ihre im kantonalen Verfahren gestellten Beweisanträge wieder. Weiter wiederholt sie ihre in der Klage und Replik vorgebrachte Kritik zu den Gutachten von E.\_\_\_\_\_ vom 15. Januar 2007 und vom 3. April 2007 und ihre Vorbringen zur Mängelrüge vom 26. Mai 2006 und zur Mängelrüge vom 23. Juni 2006. Sie rügt anschliessend, die Vorinstanz habe sich zu ihren Darlegungen nicht geäussert, sondern sich einzig darauf konzentriert, ob im Zeitpunkt der Gutachtenerstattung (also im Zeitraum Dezember 2006 bis April 2007) noch Mängel gemäss Mängelliste vom 24. August 2006 vorhanden gewesen seien. Inwiefern die Situationen betreffend Mängel vor dem 24. August 2006 entscheidungswesentlich sein sollte und die Vorinstanz entsprechende Feststellungen willkürlich unterlassen hätte, geht aus ihren appellatorischen Ausführungen indessen nicht hervor.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Einvernahme der Zeugen D.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ wäre weit näher gelegen als die vom Gericht tatsächlich vorgenommenen Einvernahmen von H.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_. Sie macht zudem geltend, die befragten Zeugen seien dem Beschwerdegegner sehr wohlgesinnt. H.\_\_\_\_\_ habe selber ein Schiff beim Beschwerdegegner gekauft und I.\_\_\_\_\_ sei dem Beschwerdegegner freundschaftlich verbunden. Mit diesen Vorbringen vermag sie keine willkürliche Beweiswürdigung aufzuzeigen. Aus dem Umstand, wonach H.\_\_\_\_\_ beim Beschwerdegegner ein Schiff gekauft hat, folgt nicht zwingend, dass H.\_\_\_\_\_ dem Beschwerdegegner gutgesinnt sei. Vielmehr könnte gerade das Gegenteil der Fall sein, so wenn er beim Kauf beispielsweise schlechte Erfahrungen gemacht hätte. Dass der Zeuge I.\_\_\_\_\_ mit dem Beschwerdegegner befreundet sei, ist im vorinstanzlichen Urteil nicht festgestellt und hätte die Beschwerdeführerin bereits im kantonalen Verfahren geltend machen müssen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kann daraus, dass die Vorinstanz die Ablehnung der weiteren Zeugen D.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_

nicht explizit begründete, ebenfalls keine Willkür abgeleitet werden. Die Beschwerdeführerin bringt vor, mit den Zeugen hätte die Mängelsituation in den Zeitpunkten vor dem 24. August 2006 geklärt werden können. Wie es sich damals verhielt, war indessen gerade nicht entscheidrelevant. Dasselbe gilt für den von der Beschwerdeführerin beantragten Augenschein, mit dem sie die Verhältnisse vor dem 26. Mai 2006, am 26. Mai 2006, am 21. Juli 2006 und 24. August 2006 beweisen möchte. Sie erkennt zudem, dass sich mit der Anordnung eines Augenscheins zum heutigen Zeitpunkt die von ihr behaupteten Mängel am Segelboot zu den früheren Zeitpunkten gar nicht mehr beweisen lassen würden. Indem sie weiter lediglich pauschal anfügt, nur mit diesen Zeugeneinvernahmen und einem Augenschein sei es möglich, das gesamte, für die rechtliche Beurteilung massgebliche Unternehmerverhalten abzuschätzen, vermag sie den Begründungsanforderungen an eine Sachverhaltsrüge nicht zu genügen.

#### **E. 3.4**

Die Beschwerdeführerin wendet sich weiter gegen die Expertise des gerichtlichen Gutachters E. \_\_\_\_\_ vom 15. Januar 2007 und vom 3. April 2007. Indem sie vorbringt, der Beschwerdegegner würde den Gutachter E. \_\_\_\_\_ bestens kennen und habe diesen bei der Gutachtenerstellung begleitet sowie auf ihn eingewirkt, bringt sie Sachverhaltselemente vor, die im vorinstanzlichen Urteil nicht festgestellt sind. Sie erweitert damit den Sachverhalt in unzulässiger Weise, ohne rechtsgenügende Sachverhaltsrügen zu erheben. Damit ist sie nicht zu hören. Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, das Gutachten E. \_\_\_\_\_ vom 6. Dezember 2006 sei gestützt auf eine falsche Mängelliste erfolgt und der Gutachter E. \_\_\_\_\_ hätte in der Folge als befangen erklärt werden müssen. Da der Gutachter irrtümlicherweise von der Gerichtskanzlei zunächst eine falsche Mängelliste zur Bearbeitung erhalten hatte, arbeitete er am 15. Januar 2007 ein weiteres Gutachten gestützt auf die Mängelliste vom 24. August 2006 aus. Inwiefern der Gutachter bei der zweiten Gutachtenerstellung befangen gewesen wäre, zeigt die Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar auf. Das Versehen lag bei der Gerichtskanzlei und manifestiert keine Anhaltspunkte für eine Befangenheit des Gutachters. Die entsprechende Rüge erweist sich als unbegründet. Die von der Beschwerdeführerin gerügten Widersprüche zwischen den Gutachten vom 6. Dezember 2006 und 15. Januar 2007 lassen sich daraus erklären, dass die beiden Gutachten auf verschiedenen Mängellisten beruhen, was die Vorinstanz in ihrem Urteil berücksichtigt hat. Da dieser Widerspruch somit erklärbar ist, bildet er entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin gerade keinen Grund für die Einholung eines Obergutachtens und es ist keine Willkür darin zu erblicken, dass die Vorinstanz den Gutachten des Gerichtsexperten E. \_\_\_\_\_ vom 15. Januar 2007 und vom 3. April 2007 folgte. Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, das gerichtliche Gutachten sei sachlich ungenügend und weise grosse, unüberbrückbare Differenzen zu zwei von ihr bestellten Fachgutachten auf, übt sie weitgehend appellatorische Kritik am vorinstanzlichen Entscheid. Sie rügt, die Vorinstanz habe sich zwar vordergründig mit den Gutachten von D. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_ auseinandergesetzt. Ihre diesbezüglichen Erwägungen und Begründungen seien aber in vielerlei Hinsicht unlogisch, aktenwidrig und unvollständig. Die Vorinstanz hätte vom Gutachten E. \_\_\_\_\_ zugunsten der fundierten Auffassungen der Privatgutachter abweichen können. In jedem Fall aber hätte sie aufgrund der Vielzahl von Ungereimtheiten und Unklarheiten unüberbrückbare Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens E. \_\_\_\_\_ haben müssen, die durch Einholung eines neuen Gutachtens hätten ausgemerzt werden müssen. Diese Vorbringen vermögen den Anforderungen an eine Sachverhaltsrüge nicht zu genügen. Die Beschwerdeführerin

schildert mit ihren Ausführungen lediglich ihre eigene Sicht der Dinge, ohne darzutun, inwiefern der vorinstanzlich festgestellte Sachverhalt offensichtlich unrichtig wäre oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen würde. Auf die entsprechende appellatorische Kritik ist daher nicht einzutreten.

### **E. 3.5**

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vorinstanz gehe in ihrem Entscheid von einer Mängelliste vom 26. Juni 2006 aus. Da es offensichtlich sei, dass es sich nicht um die Mängelliste vom 26. Juni 2006, sondern um die Mängelliste vom 26. Mai 2006 handeln müsse, sei von einer offensichtlich unrichtigen Feststellung des Sachverhalts auszugehen. Der Auffassung der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden, da eine Mängelliste mit dem Datum vom 26. Juni 2006 als BB 5 im Recht liegt. Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung indessen darauf hinweist, sind die Listen vom 26. Mai 2006 und vom 26. Juni 2006 praktisch identisch. Inwieweit das Datum der Mängelliste entscheiderelevant wäre, vermag die Beschwerdeführerin mit ihren Ausführungen zudem nicht aufzuzeigen.

### **E. 3.6**

Die Beschwerdeführerin wendet sich schliesslich gegen die Feststellung der Vorinstanz, wonach sie nicht habe zu beweisen vermögen, dass dem Beschwerdegegner die Mängelrüge vom 23. Juni 2006 zugegangen sei. Indem der von ihr in diesem Zusammenhang angerufene Zeuge G.\_\_\_\_\_ nicht einvernommen worden sei, sei ihr das Recht auf Beweisführung in bundesrechtswidriger Art und Weise verweigert worden. Die Vorinstanz stellte in tatsächlicher Hinsicht fest, dass die Beschwerdeführerin mit Datum vom 23. Juni 2006 eine weitere Liste mit dem Titel "Dringende Arbeiten besprochen mit Segellehrer und C.\_\_\_\_\_ am 23. Juni 2006" verfasst habe. Wie sie in ihrer Vernehmlassung indessen zutreffend vorbringt, vermöchte die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten daraus abzuleiten, wenn davon ausgegangen würde, der Zeuge G.\_\_\_\_\_ könne bestätigen, dass die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner am 23. Juni 2006 eine handschriftliche Mängelliste ausgehändigt habe. Ein Vergleich der drei Mängellisten vom 26. Mai 2006, 23. Juni 2006 und 24. August 2006 zeige, dass fünf der sechs in der Liste vom 23. Juni 2006 aufgeführten Mängel in der Liste vom 26. Mai 2006 noch nicht erwähnt, sondern neu gerügt worden seien, und dass die meisten in der Liste vom 23. Juni 2006 genannten Mängel behoben worden seien, da sie in der Mängelliste vom 24. August 2006 nicht mehr aufgeführt wurden. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist deshalb nicht ersichtlich, dass die Zustellung der Mängelrüge vom 23. Juni 2006 bei der Beurteilung der Zumutbarkeit der Annahme des Segelboots im Sinne von Art. 368 Abs. 1 OR überhaupt entscheidewesentlich gewesen wäre.

### **E. 4**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz weder den Sachverhalt im Sinne von Art. 97 BGG unrichtig feststellte noch Art. 107 Abs. 2 oder Art. 368 Abs. 1 OR verletzte. Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG ).