

# **BL\_GERICHTE 400 21 95 vom 9. November 2021**

BL Gerichte, 2021-11-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl\\_gerichte\\_400\\_21\\_95](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_400_21_95)

FR: BL\_GERICHTE 400 21 95 du 9 novembre 2021

IT: BL\_GERICHTE 400 21 95 del 9 novembre 2021

## **Regeste**

Forderung

## **Erwägungen**

### **E. 5**

Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass über die Planung und den Aufbau der Stahlhalle an der X.\_\_\_\_strasse 00 in Y.\_\_\_\_ kein schriftlicher Werkvertrag abgeschlossen worden, ein solcher jedoch mündlich zustande gekommen ist. Zudem liegt keine schriftliche Offerte oder sonstige Abrede über den Werkpreis oder dessen Bemessungsgrundlagen vor. Weiter ist unbestritten, dass die Berufungsklägerin Pläne erstellt und die Stahlhalle aufgebaut hat und ihr somit ein Werklohnanspruch zukommt. Ebenfalls nicht mehr substantiiert gerügt wird die Anzahl der von der Berufungsklägerin in Rechnung gestellten Stunden, welche die Vorinstanz als korrekt und angemessen qualifiziert hat (vgl. Entscheid des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft West vom 12. November 2020 E. 19). Strittig ist hingegen die Höhe des geschuldeten Werklohns insbesondere die Höhe der Stundenansätze. Weiter umstritten ist zudem die Vollendung des Werks bzw. das Vorliegen von Mängeln und dabei wiederum die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge sowie die Verantwortlichkeit der Berufungsklägerin.

### **E. 6**

Zu prüfen ist zunächst, ob der Berufungsbeklagte die von der Berufungsklägerin verrechneten Stundenansätze durch seine getätigten (Teil-)Zahlungen sowie die Erstellung der Aufstellung vom Oktober 2016 konkludent akzeptiert hat. Ausser Frage steht, dass diesbezüglich keine tatsächliche Willensübereinstimmung (sog. natürlicher Konsens) vorliegt. Im Sinne einer objektiven Auslegung bleibt deshalb zu prüfen, ob die Berufungsklägerin das Verhalten des Berufungsbeklagten nach Treu und Glauben als konkludente Zustimmung zu den von ihr in Rechnung gestellten Stundenansätzen verstehen durfte (sog. normativer Konsens). Dabei sind nebst der Interessenlage der Parteien auch stets die konkreten Umstände zu berücksichtigen (BGE 131 III 377 E. 4.2.1). Es handelt sich dabei um eine Rechtsfrage, die das Gericht von Amtes wegen prüft (BGE 132 III 268 E. 2.3.2). Das Vorliegen eines normativen Konsenses ist vorliegend zu verneinen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass der Berufungsbeklagte tatsächliche Kenntnis der von der Berufungsklägerin verrechneten Stundenansätze erlangt, geschweige denn diese akzeptiert hat. So sind in der Aufstellung des Berufungsbeklagten vom Oktober 2016 die Stundenansätze denn auch nicht aufgeführt. Vielmehr hat der Berufungsbeklagte darin eine grobe Rechnung mit diversen (grösstenteils pauschalen) Abzügen vorgenommen. Entsprechend durfte die Berufungsklägerin die Aufstellung vom Oktober 2016 sowie die (Teil-)Zahlungen des Berufungsbeklagten nicht als stillschweigende oder konkludente Zustimmung zu den geltend gemachten Stundenansätzen verstehen. Auch aus der Tatsache,

dass das Richteramt Dorneck-Thierstein mit Urteil vom 8. September 2016 die vorläufige Vormerkung des Bauhandwerkerpfandrechts für die von ihr geltend gemachte Forderung bewilligt hat, vermag die Berufungsklägerin nichts für sich abzuleiten. Einerseits ist die berufungsklägerische Behauptung, wonach der Berufungsbeklagte im Rahmen dieses Verfahrens effektive Kenntnis von den Stundenansätzen der Berufungsklägerin erhalten haben soll, nicht substantiiert und wird im vorliegenden Verfahren von diesem bestritten. Andererseits gilt im Verfahren auf vorläufige Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechts das beträchtlich reduzierte Beweismass der Glaubhaftmachung, sodass die Vormerkung gemäss dem Bundesgericht nur dann verweigert oder reduziert werden darf, wenn der Bestand resp. die Höhe des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint (BGer 5A\_688/2019 vom 6. November 2019 E. 4.2). Schliesslich äussert sich das Urteil des Richteramts Dorneck-Thierstein auch nicht dahingehend, dass der Berufungsbeklagte die Stundenansätze in irgendeiner Weise anerkannt hätte. Im Gegenteil, hält es doch explizit fest, dass diese Frage in einem ordentlichen Verfahren zu klären sei (siehe Urteil des Richteramtes Dorneck-Thierstein vom 8. September 2016 E. 4). Die vom Berufungsbeklagten getätigten (Teil-)Zahlungen sowie die Erstellung der Aufstellung vom Oktober 2016 durften von der Berufungsklägerin im Sinne einer objektiven Auslegung somit nicht als Zustimmung zu den von ihr verrechneten Stundenansätzen verstanden werden. Daraus folgt, dass zwischen den Parteien kein Konsens über den Werkpreis zustande gekommen ist. 7.1 Ist der Werkpreis zum Voraus entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt worden, so wird er gemäss Art. 374 OR nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt. Bei der Bestimmung des Preises gemäss Art. 374 OR steht dem Richter wie bei der Festsetzung der Erhöhung des Werkpreises gemäss Art. 373 Abs. 2 OR ein Ermessensspielraum zu (BGE 113 II 513 E. 5b). Dabei ist zu beachten, dass im Rahmen von Art. 374 OR der Besteller das Preisrisiko trägt (BSK OR- Zindel/Schott , Art. 374 N 2). Der Preis richtet sich nach dem Aufwand des Unternehmers und nicht etwa nach dem Wert des Werks ( Peter Gauch , Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, Rz. 947 ; Zindel/Schott , a.a.O., Art. 374 N 11). Die Berechnungsbasis für den Aufwand des Unternehmers sind - sofern keine anderslautende vertragliche Vereinbarung besteht - die Selbstkosten des Unternehmers zuzüglich eines Zuschlags für Risiko und Gewinn, erhöht um die Mehrwertsteuer (statt vieler siehe Gauch , a.a.O. Rz. 984). Wie die Vorinstanz richtigerweise ausführt, ist der Unternehmer für den Nachweis seiner Selbstkosten insbesondere des Stundenaufwands beweisbelastet. Liegen vorbehaltlos gegengezeichnete Regierapporte vor, so schafft dies eine Vermutung für die Richtigkeit und Angemessenheit des Aufwands des Unternehmers (BGer 4A\_15/2011 vom 3. Mai 2011 E. 3.3; Gauch , a.a.O., Rz. 1020). 7.2.1 Die von der Berufungsklägerin eingereichten Regierapporte sowie Rapportzusammenzüge sind vom Berufungsbeklagten nicht unterzeichnet worden, weshalb sie nicht zum Beweis der Richtigkeit und Angemessenheit des von der Berufungsklägerin geltend gemachten Aufwands geeignet sind. Die Berufungsklägerin stützt ihre Forderung sodann darauf, dass das Gutachten den von ihr geforderten Werkpreis von CHF 589'839.30 - trotz als zu hoch monierten Stundenansätzen - als angemessen, wenn nicht gar günstig bezeichne (Gutachten vom 4. September 2019, Antwort auf Frage 7, S. 8; Ergänzungsgutachten vom 8. Juni 2020, Ziff. 4.1, S. 4) und ihr in Anwendung von Art. 374 OR deshalb dieser Betrag zustünde. Dabei verkennt die Berufungsklägerin die Tatsache, dass die Experten D.\_\_\_\_ und U.\_\_\_\_ anlässlich der Hauptverhandlung vom 12. November 2020 klar zum Ausdruck gebracht haben, dass sich die Angemessenheit des Werkpreises

auf den hypothetischen Fall eines sorgfältig erstellten und gänzlich mängelfreien Werks bezieht (siehe Protokoll der Gerichtsverhandlung vom 12. November 2020, S. 10). Dies ist vorliegend gemäss dem Gutachten jedoch gerade nicht der Fall. Soweit die Berufungsklägerin nun rügt, dass die Vorinstanz zu Unrecht nicht auf den Werkpreis von CHF 589'839.30 abstelle und damit in unzulässiger Weise allfällige Mängel bereits im Rahmen von Art. 374 OR berücksichtige, kann ihr nicht gefolgt werden. Wie der Experte D.\_\_\_\_ ausführt, ist der Berufungsklägerin aufgrund unsorgfältiger Arbeitsweise ein tieferer Stundenaufwand entstanden, wie wenn das Werk sorgfältig erstellt worden wäre (Protokoll der Gerichtsverhandlung vom 12. November 2020, S. 10). Folglich kann denn auch das Verhältnis zwischen der Anzahl effektiv aufgewendeter Arbeitsstunden und der geltend gemachten Forderung über CHF 589'839.30 nicht mehr als angemessen bezeichnet werden. Die Vorinstanz hat durch diese Sicht nicht in unzulässiger Weise Mängel (im Sinne einer Minderung) berücksichtigt, sondern lediglich den Werkpreis von CHF 589'839.30 für das im Streit liegende Werk - zumindest implizit - als unangemessen qualifiziert und deshalb zu Recht nicht auf diesen abgestellt.

7.2.2 Weiter rügt die Berufungsklägerin, dass die Vorinstanz zu Unrecht die vom Gutachten genannten kalkulatorischen Stundenansätze als Berechnungsgrundlage herangezogen habe, anstatt auf Regieansätze abzustellen. Indes verkennt die Berufungsklägerin auch hier, dass das Gutachten zur Frage, ob die von der Berufungsklägerin in Rechnung gestellten Stundenansätze branchenüblich seien, explizit festhält, dass Regieansätze nur für Regiearbeiten anwendbar seien, die mit vom Auftraggeber unterschriebenen Regierapporten belegt sind (Gutachten vom 4. September 2019, Antwort auf Frage 5, S. 6). Ebenso bezeichnet das Gutachten die von der Berufungsklägerin verrechneten Stundenansätze als "eher hoch" (Gutachten vom 4. September 2019, Antwort auf Frage 1, S. 4) oder "zu hoch" bemessen (Gutachten vom 4. September 2019, Antwort auf Frage 5, S. 6). Wie bereits in der vorstehenden E. 7.2.1 ausgeführt worden ist, liegen im vorliegenden Fall keinerlei vom Berufungsbeklagten unterzeichnete Regierapporte vor. Die Vorinstanz ist deshalb richtigerweise davon ausgegangen, dass keine Regieansätze zur Anwendung gelangen. Sodann hält das Gutachten auf die Frage, ob es sich bei den von der Berufungsbeklagten verrechneten Stundenansätzen um übliche Preissätze im Industriebau handle, fest, dass die folgenden kalkulatorischen Marktpreise auf dem Markt im Jahr 2015/2016 verrechnet worden seien (Gutachten vom 4. September 2019, Antwort auf Frage 1, S. 5): - Metallbauplaner (Ausführungsplanung) CHF 95.00-100.00/Stunde - Metallbauer, Monteure, Schweisser CHF 85.00-95.00/Stunde - Angelernte CHF 65.00-75.00/Stunde Diese Stundenansätze finden in der Antwort auf die Frage 5 des Gutachtens, die sich nach der Branchenüblichkeit der Stundenansätze erkundigt, erneut Erwähnung. Es ist deshalb der Vorinstanz kein Vorwurf zu machen, dass sie die eben genannten Stundenansätze als Berechnungsgrundlage gemäss Art. 374 OR verwendet hat, zumal in diesen nebst den allgemeinen Lohnkosten auch ein Zuschlag für allgemeine Geschäftskosten sowie für Gewinn und Risiko enthalten ist (vgl. Gutachten vom 4. September 2019, Antwort auf Frage 6, S. 7). Der Beweis Antrag der Berufungsklägerin auf erneute Befragung des Experten D.\_\_\_\_ ist überdies abzuweisen, da allfällige Ergänzungsfragen bereits der Vorinstanz hätten beantragt werden müssen und die Berufungsklägerin nicht darlegt, inwiefern das vorinstanzliche Beweisverfahren - notabene unter der Geltung der Verhandlungsmaxime - fehlerhaft gewesen sein soll. Nicht eingetreten werden kann auf das eventualiter vorgebrachte Begehren der Berufungsklägerin, wonach auf den jeweils höchsten Ansatz der jeweiligen Kategorie abzustellen sei. Dabei handelt es sich um ein neues Vorbringen, welches bereits der

Vorinstanz hätte unterbreitet werden müssen (vgl. Art. 317 ZPO) und die Berufungsklägerin nicht darlegt, weshalb dieses im Rechtsmittelverfahren zulässig sein soll. Das Nämliche gilt auch für das ebenfalls eventualiter vorgebrachte Begehren, den Stundenansatz von F.\_\_\_\_ um CHF 10.00 und derjenige der Mitarbeiter der Berufungsklägerin, von M.\_\_\_\_ und der übrigen Unterakkordanten um jeweils CHF 20.00 zu erhöhen. 7.3 Hinsichtlich des mit Rechnung Nr. 01695-6 vom 24. Oktober 2016 fakturierten Maschinen- und Werkzeugaufwands stellt sich die Berufungsklägerin auf den Standpunkt, dass der Aufwand für Handmaschinen und Werkzeuge zusätzlich zu vergüten sei, da vorliegend Regieansätze zur Anwendung gelangen würden. Zudem sei die Vorinstanz aktenwidrig davon ausgegangen, dass dieser Aufwand auch in den kalkulatorischen Stundenansätzen bereits inkludiert und deshalb nicht noch zusätzlich geschuldet sei. Was die Regieansätze betrifft ist bereits in E. 7.2.2 hievord festgehalten worden, dass diese nicht anwendbar sind. Darauf kann vollumfänglich verwiesen werden. Ebenso hat die Vorinstanz festgehalten, dass - von der fehlenden Dokumentation in den Arbeitsrapporten einmal abgesehen - der Aufwand für Werkzeuge und Handmaschinen nicht separat zu vergüten, sondern dieser bereits unerwähnt im Angebot mitenthalten sei. Dies deckt sich denn auch mit den Ausführungen des Gutachters (siehe Gutachten vom 4. September 2019, Antwort auf Frage 3, S. 6). Mangels einer Vereinbarung der Parteien zur separaten Vergütung dieses Aufwands, kann von einer aktenwidrigen Feststellung durch die Vorinstanz folglich keine Rede sein. Hinsichtlich des hierfür gestellten Beweisantrags auf nochmalige Befragung des Experten D.\_\_\_\_, kann zudem auf die Ausführungen in E. 7.2.2 hievord verwiesen werden. 8.1 Ferner ist zwischen den Parteien im Zusammenhang mit der Anschlussberufung umstritten, ob das Werk überhaupt schon vollendet bzw. abgenommen worden ist und demnach, ob die Rügefrist gemäss Art. 367 Abs. 1 OR bereits zu laufen begonnen hat. Gegenteilig zur Ansicht der Berufungsklägerin hat der Berufungsbeklagte den Einwand des unvollendeten Werks bzw. der noch nicht begonnenen Rügefrist nicht erst im Berufungsverfahren, sondern bereits vor der Vorinstanz geltend gemacht (siehe Entscheidung des Zivilkreisgerichts vom 12. November 2020 E. 71). Es handelt sich dabei folglich nicht um ein Novum i.S.v. Art. 317 Abs. 1 ZPO. Damit bleibt zu prüfen, ob das Werk vollendet ist bzw. ob die Rügefrist gemäss Art. 367 Abs. 1 OR bereits zu laufen begonnen hat. Das Werk ist vollendet, wenn der Unternehmer alle vereinbarten Arbeiten ausgeführt hat, das Werk also fertiggestellt ist. Sind noch geringfügige Arbeiten, die im Verhältnis zum ganzen Werk nebensächlich sind, zur Erledigung offen, steht dies der Vollendung des Werks nicht entgegen. Ob es mängelfrei ist, spielt dagegen keine Rolle. Abgeliefert wird es durch die Übergabe oder durch die ausdrückliche oder stillschweigende Mitteilung des Unternehmers, es sei vollendet. Der Ablieferung entspricht, vom Besteller aus gesehen, die Abnahme des Werkes. Ein besonderer Abnahmewille des Bestellers oder seines Vertreters ist deshalb nicht erforderlich. Klar zu unterscheiden ist die Abnahme jedoch von der Genehmigung, mit welcher der Besteller gegenüber dem Unternehmer seinen Willen äussert, das abgelieferte Werk als vertragsgemäss erstellt gelten zu lassen (BGE 129 III 738 E. 7.2; 118 II 142 E. 4 in fine; 111 II 170 E. 2; BGer 4A\_298/2019 vom 31. März 2020 E. 6.1; 4A\_319/2017 vom 23. November 2017 E. 2.3.1; 4A\_625/2015 vom 29. Juni 2016 E. 4.2, nicht publ. in: BGE 142 III 581; 4A\_252/2010 vom 25. November 2010 E. 5.3 und 4C.469/2004 vom 17. März 2005 E. 2.2; je mit Hinweisen; Gauch, a.a.O., Rz. 104 ff.). Ein vor Vollendung aller Arbeiten erfolgter Einzug begründet noch keine Ablieferung des Werks i.S.v. Art. 367 Abs. 1 OR (BGE 94 II 161 E. 2c). Nimmt der Besteller indes das vollendete Werk zweckgemäss in Gebrauch, ohne die

Vollendungserklärung des Unternehmers abzuwarten, gilt das Werk als abgeliefert und damit auch als stillschweigend abgenommen (BGE 115 II 456 E. 4; BGer 4A\_625/2015 vom 29. Juni 2016 E. 4.2, nicht publ. in: BGE 142 III 581). Ein unvollendetes Werk, welches trotz dessen Unvollendung als abgeliefert gilt, ist als mangelhaftes Werk i.S.v. Art. 367 ff. OR zu behandeln ( Gauch , a.a.O., Rz. 105). 8.2 Unbestrittenermassen ist im vorliegenden Fall die Stahlhalle montiert und aufgestellt worden, jedoch scheint diese nicht ausreichend dicht zu sein. Der Berufungsbeklagte vertritt dabei die Auffassung, dass zahlreiche Arbeitsschritte (hauptsächlich die Dichtigkeit betreffend) nicht ausgeführt worden seien, folglich das Werk noch nicht vollendet sei und die Rügefrist nach Art. 367 Abs. 1 OR noch nicht zu laufen begonnen habe. Da die unterlassenen Arbeiten kausal und wesentlich für die Undichtheit des Werks seien, könne es sich denn auch nicht um untergeordnete Arbeiten handeln, welche einer allfälligen Vollendung des Werks nicht im Wege stünden. Wie bereits erwähnt, ist das Werk vollendet, wenn alle vereinbarten Arbeiten vorgenommen worden sind. In Ermangelung eines schriftlichen Werkvertrags oder Leistungsverzeichnisses, entzieht es sich der gerichtlichen Beurteilung, ob dies vorliegend der Fall ist. Indes sind gemäss der Feststellung der Vorinstanz die letzten Arbeiten in der Kalenderwoche 19 des Jahres 2016 vorgenommen worden. Dies wird vom Berufungsbeklagten im Rechtsmittelverfahren nicht bestritten. Demzufolge hat die Berufungsklägerin das Werk zu diesem Zeitpunkt - zumindest stillschweigend - als vollendet und abgeliefert qualifiziert. Ein besonderer Abnahmewille des Berufungsbeklagten ist - wie bereits erwähnt - nicht erforderlich. Eine allfällige Aufforderung zur Fertigstellung der Arbeit legt der Berufungsbeklagte nicht ins Recht. Dass der Berufungskläger die Stahlhalle anschliessend in Gebrauch genommen hat, begründet per se zwar noch keine Ablieferung bzw. Annahme, ist jedoch als zusätzliches Indiz dafür zu werten. Ob das Werk auch mängelfrei gewesen ist, spielt indes keine Rolle. Soweit der Berufungsbeklagte in Rz. 28 seiner Berufungsantwort und Anschlussberufung vom 11. Juni 2021 geltend macht, die Unterlassungen der Berufungsklägerin hätten ein unvollendetes Werk zur Folge, verkennt er den Begriff der Vollendung. So ist mit der Berufungsklägerin zwar einig zu gehen, dass nicht ausgeführte Arbeiten einer Vollendung grundsätzlich im Wege stehen. Eine Unterlassung begründet jedoch per se noch kein unvollendetes Werk, sondern kann auch zu einem mangelhaft errichteten Werk führen, da auch dem Mangel eine Unterlassung - diejenige der gebotenen Sorgfalt - inhärent ist. Im vorliegenden Fall moniert der Berufungsbeklagte die fehlende Dichtigkeit der Halle. Das Gutachten führt diese hauptsächlich auf eine unsorgfältige Arbeitsausführung zurück (siehe Gutachten vom 4. September 2019, Antwort auf Frage 19, S. 12 ff.), weshalb schon deshalb von einem vollendetem, jedoch mangelhaftem Werk auszugehen ist. Sodann hält das Gutachten fest, dass gewisse notwendige Arbeitsschritte (Einbauen von Kalotten bei den Befestigungen der Dachpaneelen, Anreifen der Bleche der Dachpaneelen etc.) nicht ausgeführt worden sind (a.a.O., S. 12 f.). Allerdings stehen diese Versäumnisse - entgegen der Ansicht des Berufungsbeklagten - einer Vollendung nicht im Weg. Die Ausführung dieser Arbeiten ist zwar notwendig, um die Halle sorgfältig abzudichten, funktional, d. h. mit Blick auf den Zweck der Halle an sich, jedoch von untergeordneter Bedeutung. Die Unterlassung dieser Arbeiten beschlägt folglich nicht die Fertigstellung des Gesamtwerks, sondern verletzt die gebotene Sorgfalt, was Wesensmerkmal des Mangels ist. Dies hat überdies auch der Experte D. \_\_\_\_ anlässlich der Hauptverhandlung vom 12. November 2020 ausgesagt, indem er festgehalten hat, dass Arbeiten die nicht mehr nachgeholt werden können, technische Mängel darstellten (Protokoll der Gerichtsverhandlung vom 12.

November 2020, S. 10). Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin sind die Feststellungen der Vorinstanz dadurch mit den Aussagen des Gutachters kongruent und folglich nicht zu beanstanden. Die Undichtigkeit der Stahlhalle hat somit nicht die fehlende Vollendung, sondern die Mangelhaftigkeit derselben zur Folge. Die Vorinstanz ist deshalb zu Recht davon ausgegangen, dass die Rügefrist gemäss Art. 367 Abs. 1 OR ab der Kalenderwoche 19 des Jahres 2016 zu laufen begonnen hat.

#### **E. 9**

Der Berufungsbeklagte stellt sich in seiner Berufungsantwort und Anschlussberufung vom 11. Juni 2021 lediglich auf den Standpunkt, dass die Rügefrist i.S.v. Art. 367 Abs. 1 OR zufolge fehlender Vollendung des Werks noch nicht zu laufen begonnen habe. Wie der vorstehenden E. 8.2 zu entnehmen ist, kann dieser Ansicht jedoch nicht gefolgt werden. Inwiefern die vorinstanzlichen Erwägungen zur verspäteten Mängelrüge fehlerhaft wären, legt der Berufungsbeklagte mit keinem Wort dar. Der Verrechnungseinrede des Berufungsbeklagten ist deshalb von Anfang an kein Erfolg beschieden. Auch die übrigen vor der Vorinstanz geltend gemachten Verrechnungspositionen (CHF 20'000.00 für das Sandstrahlen und Beschichten von letztendlich nicht benötigtem Stahl durch die S.\_\_\_\_ AG sowie der Bestellung von 34 nicht benötigten und letztlich teilweise beschädigten Paneelen) finden in der Berufungsantwort und Anschlussberufung vom 11. Juni 2021 keine Erwähnung, weshalb weitere Ausführungen dazu entbehrlich sind und die Anschlussberufung vollumfänglich abzuweisen ist.

#### **E. 10**

Die Berufung richtet sich schliesslich gegen die erstinstanzliche Verteilung der Expertisekosten von CHF 41'345.55. Die Berufungsklägerin moniert, die Expertisekosten seien zum überwiegenden Teil auf die vom Berufungsbeklagten erhobene Mängelrüge zurückzuführen. Jedoch sei der Berufungsbeklagte in diesem Punkt vor der Vorinstanz vollständig unterlegen. Es sei deshalb unbillig, die ganzen (recte: sieben Achtel) Expertisekosten der Klägerin aufzuerlegen und vielmehr angezeigt, dem Berufungsbeklagten drei Viertel der Expertisekosten aufzuerlegen. Der Berufungsbeklagte bringt demgegenüber vor, besondere Umstände i.S.v. Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO, welche eine Abweichung von den Verteilungsgrundsätzen rechtfertigen würden, lägen keine vor. Es sei nicht nachvollziehbar, wie die Berufungsklägerin die Meinung vertreten könne, die Mängel seien zum allergrössten Teil nicht auf sie zurückzuführen. Die Verteilung der Vorinstanz sei demzufolge nicht zu beanstanden. Grundsätzlich sind die Prozesskosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) resp. nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen, wenn keine Partei vollständig obsiegt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Gemäss Art. 107 Abs. 1 ZPO kann das Gericht in gewissen Fällen von diesen Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen. Mit der Berufungsklägerin einig zu gehen ist, dass der Berufungsbeklagte mit seiner Verrechnungseinrede weder im vorinstanzlichen Verfahren noch im Berufungsverfahren durchgedrungen ist. Eine Verteilung der Expertisekosten wie sie die Vorinstanz vorgenommen hat (sieben Achtel zu Lasten der Berufungsklägerin und ein Achtel zu Lasten des Berufungsbeklagten), erscheint angesichts der vorliegenden Umstände in der Tat unbillig. So äussert sich das Gutachten vom 4. September 2019 in weiten Teilen, das Ergänzungsschreiben vom 17. September 2019 ausschliesslich und das Ergänzungsgutachten vom 8. Juni 2020 beinahe ausschliesslich zu den vom Berufungsbeklagten geltend gemachten Mängeln. Zudem beinhaltet sowohl das Gutachten

vom 4. September 2020 als auch das Ergänzungsgutachten vom 8. Juni 2020 eine aufwändige Fotodokumentation der Mängel oder gar technische Zeichnungen. Indes halten sich die Anzahl Fragen zum Aufwand der Berufungsklägerin und zu den vom Berufungsbeklagten geltend gemachten Mängeln ungefähr die Waage, weshalb es in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO angemessen erscheint, der Berufungsklägerin ein Drittel und dem Berufungsbeklagten zwei Drittel der vorinstanzlichen Expertisekosten aufzuerlegen.

#### **E. 11**

Abschliessend bleibt über die Verteilung und Liquidation der Prozesskosten des Berufungsverfahrens, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO), zu entscheiden. Gemäss Art. 106 Abs. 1 werden diese der unterliegenden Partei auferlegt. Gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung sind sie nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen, wenn keine Partei vollständig obsiegt hat. Vorliegend ist die Berufungsklägerin mit ihrer Berufung nur marginal und der Berufungsbeklagte mit seiner Anschlussberufung überhaupt nicht durchgedrungen. Bei diesem Verfahrensausgang rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten, welche in Anwendung von § 9 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 lit. f Ziff. 4 der Verordnung über die Gebühren der Gerichte (GebT, SGS 170.31) auf CHF 15'000.00 festgesetzt werden, den Parteien je hälftig aufzuerlegen. Analoges gilt auch für die Parteientschädigung, sodass jede Partei ihre eigenen Kosten selbst zu tragen hat.

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