

ZH_OBERGERICHT LB120011 vom 3. Dezember 2012

ZH Obergericht, 2012-12-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB120011

FR: ZH_OBERGERICHT LB120011 du 3 décembre 2012

IT: ZH_OBERGERICHT LB120011 del 3 dicembre 2012

Erwägungen

E. 1

Die gerichtliche Auseinandersetzung zwischen der Klägerin und dem Beklagten begann mit dem klägerischen Begehren um vorläufigen Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechts für Fr. 719'370.70 (zuzüglich Zins) auf dem Grundstück des Beklagten in H._____/F._____, welches der zuständige Einzelrichter am 9. April 1999 antragsgemäss anordnete (act. 2/3/1). Der Beklagte anerkannte

- 6 - den Eintrag unter dem Vorbehalt der Bestreitung im ordentlichen Verfahren, so dass er am 10. Mai 1999 als vorsorgliche Massnahme bestätigt wurde (act. 2/3/3). Da der Einzelrichter die Klagefrist auf zweimal drei Monate festgesetzt hatte, wurde ein Sühnverfahren durchgeführt (§§ 93 und 104 lit. c ZPO/ZH; act. 2/1). Das Verfahren des angerufenen Bezirksgerichts Hinwil wurde zunächst mit Rücksicht auf einen Prozess am Handelsgericht sistiert (Prot. BG Hinwil S. 2 bis S. 4). In jenem Verfahren, an welchem sich auch der Beklagte beteiligte, erzielten die Klägerin und der Baumeister einen Vergleich (act. 2/21). Gestützt darauf reduzierte die Klägerin ihre Forderung gegen den Beklagten um rund Fr. 265'000.00 auf neu Fr. 454'320.65 (act. 2/20). Am 25. April 2000 wurde Frist zur Beantwortung der reduzierten Klage angesetzt (Prot. BG Hinwil S. 5). Daraufhin bezeichnete der Beklagte das Bezirksgericht Hinwil als örtlich unzuständig (act. 2/26). Die Klägerin bestritt diese Einrede (act. 2/29); das Gericht schützte sie jedoch (act. 2/30). Auf Antrag der Klägerin wurde der Prozess daher am 31. Oktober 2000 im Sinne von § 112 Abs. 1 ZPO/ZH dem Bezirksgericht Zürich überwiesen (act. 1). Anschliessend an das Behauptungsverfahren (mit Klageantwort [act. 15], Replik [act. 33], Duplik [act. 39], Nachsubstantiierung Duplik [act. 143] und Stellungnahme zu Noven in Duplik [act. 155], zwei Referentenaudienzen am 3. Mai 2001 [Prot. VI S. 5] und 15. Dezember 2003 [Prot. VI S. 15], drei Augenscheinen am 24. April 2001 [Prot. VI S. 7], 14. August 2002 [Prot. VI S. 9] und 28. Oktober 2002 [Prot. VI S. 12] sowie der Erarbeitung von Sanierungskonzepten [Prot. VI S. 9 und S. 12]) hörte das Bezirksgericht Zürich zahlreiche Zeugen an (Prot. VI S. 87 bis S. 413) und gab den Parteien Gelegenheit, sich zum Ergebnis der bis Dezember 2010 erfolgten Beweisabnahmen zu äussern (act. 233; Prot. VI S. 414; Stellungnahmen in act. 242 und act. 243 sowie Stellungnahmen zu gegnerischen Vorbringen in act. 248 und act. 249). In diesem Zusammenhang reduzierte die Klägerin ihre Klage noch einmal geringfügig auf neu Fr. 452'226.99 nebst Zins (act. 242 S. 8). Am 5. Dezember 2011 hiess das Bezirksgericht Zürich die Klage für Fr. 56'276.30 zuzüglich Zins gut. In diesem reduzierten Umfang wurde die defini-

- 7 - tive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts angeordnet und die Klage im Übrigen abgewiesen (act. 250 S. 142 f. = act. 256/1 S. 142 f. = act. 257 S. 142 f.).

E. 2

Dagegen führte die Klägerin mit Eingabe vom 10. Februar 2012 fristgerecht Berufung (act. 255; vgl. auch act. 251). Am 17. Februar 2012 wurde ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 18'000.00 angesetzt und die Prozessleitung delegiert (act. 258). Der Kostenvorschuss wurde innert Frist einbezahlt (act. 260; vgl. auch act. 259). Die Berufungsantwort erfolgte ebenfalls innert mit Verfügung vom 27. Februar 2012 (act. 261) angesetzter Frist (act. 262) mit Eingabe vom 30. März 2012 (act. 263). Sie wurde der Klägerin am 3. April 2012 zugestellt (act. 265; vgl. auch act. 264). Mit Schreiben vom 20. April 2012 teilte der Referent den Parteivertretern mit, dass im grundbuchlichen Eintrag die Pfandsumme noch nicht reduziert worden sei und das belastete Grundstück zudem die Hand gewechselt habe (act. 266). Innert Frist nahmen die Parteien daraufhin aufforderungsgemäss mit Eingaben vom 24. April 2012 (act. 268) und 11. Mai 2012 (act. 269) dazu Stellung (act. 266 und act. 267/1+2). Nach gegenseitiger Zustellung der gegnerischen Eingaben (act. 272/1+2 und act. 272/1+2) erklärte der beklagte Rechtsvertreter mit Eingabe vom 31. Mai 2012 unter Hinweis auf sein Vertretungsverhältnis auch zu den Erwerbenden des belasteten Grundstücks (Kinder des Beklagten; act. 274/1-3) in deren Namen mit Bezug auf das Rechtsbegehren um definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts den Eintritt in den Prozess (act. 273). Auch diese Eingabe wurde der Klägerin zugestellt (act. 275 und act. 276). II. Formelles A. anwendbares Recht Am 1. Januar 2011 trat die schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 in Kraft. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für im Zeitpunkt des Inkrafttretens der ZPO rechtshängige Verfahren bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz das bisherige Verfahrensrecht. Das vorinstanzliche Verfahren

- 8 - wurde lange vor Inkrafttreten dieses Gesetzes anhängig gemacht. Es richtete sich demnach nach den Bestimmungen der zürcherischen ZPO (ZPO/ZH) sowie denjenigen des Gerichtsverfassungsgesetzes des Kantons Zürich (GVG) vom 13. Juni 1976. Für das gegen den vorinstanzlichen Entscheid vom 5. Dezember 2011 zur Verfügung stehende Rechtsmittel gilt dagegen das bei dessen Eröffnung in Kraft stehende Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO) und damit die schweizerische Zivilprozessordnung. Sobald die nationale Zivilprozessordnung anwendbar ist, gilt dies auch für deren kantonales Ausführungsgesetz (Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess [GOG] vom 10. Mai 2010, OS 211.1) und die Gebührenverordnungen vom 8. September 2010 (Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] LS 215.3 und Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] LS 211.11). Gleichviel welchen Regeln das Verfahren in der zweiten Instanz folgt, ist das Rechtsmittel jedoch daraufhin zu prüfen, ob die Vorinstanz die im Zeitpunkt der Entscheidung geltenden (allenfalls alten) Normen richtig angewandt. B. Beschwer Vor der inhaltlichen Beurteilung einer Klage oder eines Rechtsmittels prüft das angerufene Gericht von Amtes wegen die sogenannten Prozessvoraussetzungen (Art. 60 ZPO). Ohne deren Vorhandensein ist es dem Gericht nicht gestattet, auf den Rechtsbehelf einzutreten und ein Sachurteil zu fällen (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Zu diesen Eintretensvoraussetzungen gehört insbesondere ein schutzwürdiges Interesse der klagenden Partei (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Dieses Interesse kann tatsächlicher oder rechtlicher Natur sein; immer muss aber ein rechtlich geschütztes persönliches und aktuelles Interesse an der Beurteilung des Anspruchs bestehen, aus dem die klagende Partei einen Nutzen ziehen kann. Bei den Rechtsmitteln hat derjenige ein Rechtsschutzinteresse, der durch den angefochtenen Entscheid benachteiligt - d.h. beschwert - ist. Die Beschwer kann formeller oder materieller Natur sein. Formell beschwert ist eine Partei durch einen Entscheid, wenn sie mit ihren Anträgen nicht vollständig obsiegt hat, d.h. ihren Anträgen im Dispositiv nicht

vollumfänglich stattgegeben wird. Materielle Beschwerde liegt dagegen dann vor, wenn eine Partei anderweitig belastet wird, durch

- 9 - den angefochtenen Entscheid anderweitig in ihrer Rechtsstellung nachteilig betroffen ist und ein Interesse an dessen Abänderung hat (BGE 120 II 5; BORIS MÜLLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 59 N 55; LEUENBERGER/UFFER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, S. 135 ff. und S. 138). Die Klägerin beantragte in ihrer Berufung die überwiegende Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Verpflichtung des Beklagten zur Leistung von Fr. 287'272.35 inklusive der von der Vorinstanz zugesprochenen Fr. 56'276.30 zuzüglich Zins sowie die entsprechende Anweisung ans Grundbuchamt zur Eintragung des definitiven Bauhandwerkerpfandrechts (act. 255 S. 2). Die Vorinstanz hatte der Klägerin in ihrem Entscheid vom 5. Dezember 2011 Fr. 56'276.30 zuzüglich Zins von 5% seit 1. Mai 1999 zugesprochen (Ziffer 1), das Grundbuchamt G._____ entsprechend zur definitiven Eintragung des provisorisch eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts an- (Ziffer 2) und das klägerische Begehren im Übrigen abgewiesen (act. 250 S. 142 f. = act. 256/1 S. 142 f. = act. 257 S. 142 f.). Vor Vorinstanz hatte die Klägerin letztmals die Zusprechung von Fr. 452'226.99 nebst 6.5% Zins auf Fr. 150'996.40 seit 30. Juni 1998, 6.5% Zins auf Fr. 303'342.25 seit 29. April 1999 sowie 6.5% Zins auf Fr. 140'000.00 vom 29. April 1999 bis zum 4. April 2000 beantragt (act. 242 S. 8, sinngemäss). Da ihrem Antrag aufgrund der teilweisen Zusprechung des verlangten Betrags durch die Vorinstanz im Umfang von Fr. 56'276.30 zuzüglich Zins von 5% seit 1. Mai 1999 somit bereits nachgekommen wurde, fehlt es der Klägerin in diesem Bereich an der für den Eintretensentscheid notwendigen formellen Beschwerde (vgl. selbst die Klägerin in act. 255 S. 4). Eine anderweitige Beeinträchtigung der Klägerin durch den zusprechenden Teil des Entscheids ist nicht ersichtlich. Mit Bezug darauf ist daher auf das Rechtsmittel nicht einzutreten. C. Parteiwechsel Im vorinstanzlichen Verfahren standen sich die Klägerin und der Beklagte gegenüber. Mit diesen Parteien wurde das Berufungsverfahren am Obergericht denn auch angelegt. Am 19. Dezember 2011 - und damit nach Ausfällung des vorinstanzlichen Urteils, aber vor Zustellung desselben an die Parteien (act. 251) - übertrug der Beklagte die mit dem klägerischen Grundpfand belastete Liegen-

- 10 - schaft an der ...-Strasse .. in H._____ auf seine Kinder C._____, D._____ und E._____ (act. 268 S. 1 f.; act. 270 und act. 273). Mit Bezug auf das Rechtsbegehren auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts traten diese Ende Mai 2012 schliesslich in den obergerichtlichen Prozess ein (act. 273 S. 2). Entsprechend ist das Rubrum anzupassen und sind C._____, D._____ und E._____ als zusätzliche Berufungsbeklagte 2 bis 4 hinsichtlich des Verfahrens betreffend Bauhandwerkerpfandrecht aufzunehmen. D. Umfang der Berufung und Teilrechtskraft

E. 3

Nach Art. 315 ZPO hemmt die Berufung Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge. Die nicht angefochtenen Teile des Urteils werden von Bundesrechts wegen formell rechtskräftig und vollstreckbar. Die klägerischen Berufungsanträge umfassen die Aufhebung und Abänderung sämtlicher Ziffern des vorinstanzlichen Entscheids in der Sache, mit Ausnahme der Festsetzung der Gerichtskosten (act. 255 S. 2). Der Beklagte beantragte in der Berufungsantwort Abweisung der Berufung und Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids; Anschlussberufung erhob er nicht (act. 263 S. 2). Bezüglich Höhe der Gerichtskosten ist das Urteil vom 5. Dezember 2011 demnach bereits mit Eingang der Berufungsantwort am

2. April 2012 in Rechtskraft erwachsen (vgl. zum Zeitpunkt immer noch FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, § 260 N 2 und N 5). Dies ist vorzumerken.

E. 4

Die Klägerin erklärte in ihrer Berufung Verrechnung mit den weiteren, nicht ausdrücklich monierten Baukostenpositionen Nr. 214, Nr. 221, Nr. 222, Nr. 228, Nr. 230, Nr. 240, Nr. 250, Nr. 271, Nr. 281, Nr. 285, Nr. 286, Nr. 291, Nr. 297, Nr. 524, Nr. 273 und Nr. 225 für den Fall, dass der Beklagte das vorinstanzliche Urteil ebenfalls anfechte (act. 255 S. 13 Rz. 35 am Ende). Der Beklagte liess die Rechtsmittelfrist gegen das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom

E. 5

Für das Novenrecht in der Berufung gilt Art. 317 ZPO. Danach ist sowohl das Vorbringen von Tatsachenbehauptungen als auch das Nachreichen von Beweismitteln im Berufungsverfahren nur zulässig, wenn sie ohne Verzug und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Bereits während des erstinstanzlichen Verfahrens ist das Recht zum Vorbringen von Noven eingeschränkt (Art. 229 ZPO). Die Präsentation von vor dem erstinstanzlichen Endentscheid entstandenen Tatsachen in der Berufung (unechten Noven) ist nach dem Gesagten grundsätzlich ausgeschlossen. Dieser restriktiven Novenregelung liegt die Auffassung zugrunde, dass das Berufungsverfahren keinen Neuanfang des Prozesses bildet, sondern das erstinstanzliche Verfahren fortsetzt. Die Einschränkungen für das Vorbringen neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel werden deshalb im Berufungsverfahren konsequent weitergeführt. Das Berufungsverfahren soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber unbeschränkt sämtliche Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Zulässig ist die Einbringung von unechten Noven nach Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO nur, wenn neben der Einreichung ohne Verzug nachgewiesen wird, dass die Noven "trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten". Die zumutbare Sorgfalt nach objektiviertem Massstab verlangt, dass jede Partei bereits im erstinstanzlichen Verfahren bis zum Aktenschluss alle Tatsachen und

- 12 - Beweismittel aufführt. Die Parteien sind verpflichtet, den Sachverhalt so früh wie möglich, sorgfältig und vollständig aufzuarbeiten und alles vorzubringen, was sie als relevant erachten. Dies erfordert eine disziplinierte Prozessführung bereits in erster Instanz und dient der Verfahrensbeschleunigung. Eine Nachbesserung von Versäumtem ist nicht möglich. Die Parteien haben vielmehr alles, was sie als relevant erachten, in ihre Tatsachenbehauptungen und Beweisofferten des erstinstanzlichen Verfahrens einfließen zu lassen. Dies gilt auch für Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge betreffend allfällige Eventualstandpunkte (BGer 4A_228/2012 vom 28. August 2012 unter Hinweis unter anderem auf BSK ZPO-KARL SPÜHLER, Art. 317 N 1 ff. und N 3 ff.; KUKO ZPO-ALEXANDER BRUNNER, Art. 317 N 1, N 2 ff. und N 4; PETER VOLKART, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 3 f. und N 13 f. Ob diese strenge Auslegung auch auf die Bereiche der strengen Untersuchungsmaxime angewendet wird, muss sich weisen. Sie wird vom Bundesgericht am Beispiel eines Streites erläutert, welcher dem vereinfachten Verfahren und dem so genannten sozialen Untersuchungsgrundsatz unterstand. Jedenfalls gilt sie also für den heutigen Fall des ordentlichen Verfahrens). Dass

Tatsachenbehauptungen und Beweismittel im Zivilprozess nicht unbeschränkt vorgebracht bzw. vorgelegt werden können ist keine Neuerung der Schweizerischen Zivilprozessordnung. Bereits unter altem Recht waren Parteien mit Anträgen zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen grundsätzlich ausgeschlossen, die sie mit ihrem letzten Vortrag oder in ihrer letzten Rechtsschrift nicht vorgebracht hatten (§ 114 ZPO/ZH). Auch unter altem Recht konnten nach Schluss des Hauptverfahrens lediglich noch dann neue Sachverhalte und darauf beruhende Noven angeführt werden, wenn der Mangel nicht der Nachlässigkeit einer Partei in der Prozessführung zuzuschreiben war (§ 115 ZPO/ZH; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 115 N 1). Die gleiche Regelung galt für die Bezeichnung einzelner Beweismittel bzw. ihre Beibringung nach Ablauf der Beweisantwortfrist (§ 138 ZPO/ZH). Das Novenrecht vor Berufungsinstanz entsprach demjenigen in erster Instanz (§ 267 ZPO/ZH). Das Inkrafttreten des neuen Rechts bedeutet bezüglich des Novenrechts demnach kein eigentlicher Systemwechsel.

- 13 -

E. 6

a) In allgemeiner Hinsicht führte die Klägerin in ihrer Klage (act. 2/2) aus, die Parteien hätten am 25. Juli bzw. 8. August 1997 einen Totalunternehmervertrag abgeschlossen, mit welchem sie sich verpflichtet habe, das Bauvorhaben des Projekts I auszuführen. Nach Abschluss des erwähnten Werkvertrags habe der Beklagte der Klägerin mit dem Projekt II einen Projekterweiterungsauftrag erteilt. Im Laufe der Bauarbeiten für die Unterkellerung habe der Beklagte der Klägerin mündlich noch einen kleinen Zusatzauftrag betreffend Innenrenovation des Wohnhauses erteilt (act. 2/2 S. 6). Als Bestandteil des Totalunternehmervertrags hätten die Parteien auch einen Zahlungsplan vereinbart, welcher laufend dem Baufortschritt angepasst worden sei (act. 2/2 S. 9). Die Mehrkosten hätten sich aus der Projekterweiterung betreffend Projekt II, notwendigen Änderungen des Bauprojekts im Laufe der Bauarbeiten, laufenden Änderungswünschen bzw. Zusatzwünschen der Bauherrschaft und Nachtragsaufträgen seitens der Bauherrschaft ergeben. Es lägen daher keine Kostenüberschreitungen vor, für welche die Klägerin einzustehen habe (act. 2/2 S. 10). Die Mehrkosten seien vielmehr nicht vom Totalunternehmer zu tragen, da dieser gemäss Vertrag nicht zu Fixpreisen gebaut habe, sondern auf offener Abrechnungsbasis. Das Ausmass der Änderungswünsche, Zusatzwünsche und Nachtragsaufträge gehe bereits aus den bei den Baubeschrieben hervor, welche mehrmals im Sinne einer Nachführung hätten abgeändert werden müssen. Die Parteien hätten im Sommer 1997 einen Totalunternehmervertrag - d.h. einen Werkvertrag - abgeschlossen, auf den gemäss dessen Ziff. 2 Abs. 4 lit. a auch die SIA Norm 118 anwendbar sei (act. 2/2 S. 11). Die Besonderheit dieses Totalunternehmervertrags bestehe - im Gegensatz zum Generalunternehmervertrag - darin, dass der Werkpreis nicht vertraglich fixiert werde, sondern in offener Abrechnung erfolge. Der Werkpreis sei zwar im Vertrag mit einer Kostenschätzung in Höhe von Fr. 792'850.00 angegeben, stelle jedoch keinen garantierten Maximalbetrag dar. Der definitive Werkpreis werde vielmehr auf Grundlage der Rechnungen der einzelnen am Werk beteiligten Unternehmer in offener Abrechnung ermittelt. Ausserdem habe die erste Kostenschätzung vorliegend nur das Projekt I nicht auch das Projekt II umfasst. Dazu kämen Mehrkosten gemäss Ziff. 5.2 des Totalunternehmervertrags. Die Klägerin habe den Beklagten laufend über Abweichungen gegenüber der Kostenschätzung orientiert. Dieser

- 14 - habe die laufenden Informationen ohne Protest oder Einspruch entgegengenommen (act. 2/2 S. 12). In ihrer Replik (act. 33) ergänzte die Klägerin ihre Position in allgemeiner

Hinsicht. Sie legte dar, dass Grundlage der ausgeführten Arbeiten und damit der Schlussabrechnung die zuletzt gültigen Baubeschriebe für die beiden Projekte gebildet hätten. Dabei handle es sich nicht um diejenigen Baubeschriebe, welche den Parteien zu Beginn der Zusammenarbeit vorgelegen und Grundlage der ersten Kostenschätzungen dargestellt hätten. Diese seien vielmehr auf Wunsch des Beklagten mehrfach erweitert und ihm laufend zugestellt worden (act. 33 S. 7). Alle Baubeschriebe seien Bestandteil des Totalunternehmervertrags zwischen den Parteien. Der Beklagte sei aufgrund der laufend nachgeführten Baubeschriebe stets über die Projektänderungen und -erweiterungen im Bilde gewesen (act. 33 S. 8). Sämtliche Pläne, Planvarianten, Dokumente und Dokumentenvarianten seien dem Beklagten laufend zugestellt worden. Der Beklagte habe aber nicht nur laufend auf die Ergänzung bzw. Änderung des Baubeschriebs Einfluss genommen sondern darüber hinaus bei der Vergabe von Arbeiten an Subunternehmen mitgewirkt. In den Arbeitsgattungen Gärtner-, Schwimmteich- und Elektroarbeiten habe der Beklagte unter Umgehung der Klägerin Subunternehmer auch direkt angewiesen. Finanzielle Grundlage des bestellten Bauwerks bilde der Finanzierungsrapport Nr. 1 vom 6. Juli 1997. Mittels dieser Finanzierungsrapporte sei der Beklagte schon in der Planungs- aber auch während der Ausführungsphase in periodischen Abständen über die Entwicklung der Baukosten in Kenntnis gesetzt worden. Insgesamt seien ihm für das Projekt I 15 und für das Projekt II acht Finanzierungsrapporte zugestellt worden (act. 33 S. 9). In allen Finanzierungsrapporten werde zwischen ursprünglich vom Totalunternehmer kalkulierten Preisen (Kostenvoranschlag) und den Preisen gemäss Offerten der Subunternehmer (Endkostenprognose) unterschieden sowie die kalkulierten Mehr- und Minderkosten gemäss Nachtragswünschen des Bauherrn aufgeführt (begründete Mehr- und Minderkosten; act. 33 S. 11). Seit 31. Januar 1998 hätten den Finanzrapporten zusätzliche Mehr- bzw. Minderkostenkontrollen beigelegt, welche ergänzende Erläuterungen zu den Mehr- und Minderkosten enthalten hätten (act. 33 S. 12). Der Beklagte habe sich geweigert, Risikoposten, welche aufgrund der Erfahrung

- 15 - der Klägerin bestanden hätten und ihm auch prognostiziert worden seien, sich aber erst im Laufe des Baus konkret abzuzeichnen begonnen hätten, in den Finanzierungsrapport aufzunehmen. Dies habe neben der Erweiterung des Baubeschriebs und der direkten Einflussnahme des Beklagten bei den Subunternehmern dazu geführt, dass die Endkostenprognose ab Frühjahr 1998 stetig angehoben werden müssen (act. 33 S. 13). Der Beklagte habe gewünscht, dass die Spalte 14, die normalerweise mit "noch zu leisten" überschrieben sei mit "noch zu leisten nach worst case" überschrieben werde (act. 33 S. 14). Aus dieser Umbenennung wolle er die Vereinbarung eines Kostendachs herauslesen, was völlig falsch sei. Bei einem Totalunternehmervertrag auf offener Abrechnung trage der Bauherr das Risiko für nicht vorhersehbare Arbeiten, die zur Gebrauchstauglichkeit des Gesamtwerks notwendig seien. Dagegen trage bei einem Totalunternehmervertrag mit Kostendach der Unternehmer dieses Risiko, weshalb das Kostendach oder der Pauschalpreis höher zu veranschlagen gewesen wäre als dies beim vorliegenden Totalunternehmervertrag der Fall gewesen sei. Hätte daher tatsächlich ein Wechsel von offener Abrechnung auf Kostendach stattgefunden, hätte notwendigerweise auch der Werkpreis neu, d.h. höher, festgelegt werden müssen. Alles andere sei weltfremd. Da der Beklagte einen Vergleich zwischen beiden Vertragstypen gewünscht habe, habe ihm die Klägerin am 25. Juni 1997 beide Vertragstypen zugestellt (act. 33 S. 15). Da sich der Beklagte für die Variante offene Abrechnung entschieden habe, habe ihm die Klägerin am 25. Juli 1997 einen Werkvertrag mit Werkpreis auf Abrechnung zwecks

Unterzeichnung zugestellt. Es sei falsch, dass der schriftliche Vertrag (und damit auch die SIA-Norm 118) lediglich für das Projekt I gelte. In einem Begleitschreiben vom 9. Dezember 1997 habe der mit den Baugesuchen betraute Architekt als Hilfsperson des Beklagten die Gemeinde F._____ um Behandlung und Genehmigung des Projekts II im Sinne einer Abänderung der bereits vorliegenden Baubewilligung ersucht (act. 33 S. 16 f.). Das Projekt II sei daher nur eine Ergänzung bzw. Erweiterung des Projekts I gewesen. Es handle sich beim Projekt II um Zusatzleistungen unter

- 16 - dem bestehenden Vertrag. Dieser Meinung sei auch der Beklagte noch im Januar 1999 gewesen, was aus einem Schreiben vom 21. Januar 1999 hervorgehe. Der Beklagte habe bereits bei Vertragsabschluss gewusst, dass die effektiven Kosten wesentlich höher sein würden als im Totalunternehmervertrag aufgeführt. Sowohl Kostenvoranschlag als auch Endkostenprognose seien bei einem Totalunternehmervertrag auf offene Abrechnung lediglich unverbindliche Kostenschätzungen (act. 33 S. 54). Es sei nie ein Kostendach vereinbart worden (act. 33 S. 55). Die Fertigstellung des Werks sei v.a. durch die Praktiken des Bauherrn behindert worden. So habe er Projektänderungen veranlasst und teilweise die Mehrkostenmeldungen nicht unterzeichnet, aber dennoch auf Termineinhaltung gepocht. Seine eigenen Entscheidungstermine habe er dagegen nicht eingehalten. Statt Entscheide zu liefern, habe er Fragen gestellt, die bei der Klägerin unnötigen und zusätzlichen Abklärungsaufwand verursacht hätten. Zusätzlich erschwerend und terminverzögernd habe sich das Verhalten des Beklagten bei der Mängelbehebung ausgewirkt. Neben emotionalen und unsachlichen Mängelrügen seien vom Beklagten immer wieder bereits erledigte Mängel gerügt und unaktualisierte Mängelrügen erhoben worden. Die Klägerin habe dann die Mängelrügen erneut behandeln und Überholtes von Neuem trennen müssen (act. 33 S. 56). Es sei unbestritten, dass bezüglich Projekt I zwischen den Parteien im Sommer 1997 ein Totalunternehmervertrag abgeschlossen worden sei. Es handle sich um einen Werkvertrag auf offene Abrechnung. Was dies bedeute, werde in Ziff. 4.1 der von beiden Parteien unterzeichneten Allgemeinen Vertragsbedingungen gesagt. Der im Werkvertrag aufgeführte Preis sei lediglich eine Kostenschätzung. Der Beklagte könne daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Nicht in der unverbindlichen Kostenschätzung enthalten und vom Bauherrn separat zu vergütet seien gemäss Ziff. 5.2 Abs. 1 TUV Mehrkosten infolge notwendiger Änderungen, Mehrkosten infolge vom Bauherrn gewünschter Änderungen und Mehrkosten infolge Verzögerungen, die nicht vom Totalunternehmer verschuldet seien. Die Bestimmung des Werkpreises erfolge beim Totalunternehmervertrag auf offene Abrechnung aufgrund der Schlussabrechnung (act. 33 S. 71). Bezüglich Projekt II liege eine durch den Beklagten gewünschte Vertragsänderung bzw. Vertragser-

- 17 - weiterung vor, wozu der im Sommer 1997 schriftlich abgeschlossene Vertrag die notwendigen Grundlagen vorsehe (act. 33 S. 72). Dass auch der Beklagte bis zur Redaktion der Klageantwort davon ausgegangen sei, beide Projekte seien ein und demselben Vertrag unterworfen, zeige seine Eingabe vom 25. August 2000, worin für beide Projekte die Zuständigkeit des Bezirksgerichts Hinwil bestritten werde (act. 33 S. 74). In Ihrer Eingabe vom 7. November 2005 betreffend Stellungnahme zu Noven in der (vervollständigten) Duplik hielt die Klägerin daran fest, dass die Parteien keinen Vertrag mit einem Pauschalpreis oder einem Kostendach abgeschlossen hätten, sondern einen solchen auf offene Abrechnung (act. 155 S. 6). Unter jeweiligem Hinweis auf die entsprechenden Stellen der Duplik des Beklagten vom 12. November 2001 (act. 39) zur Äusserung darüber

angehalten, wonach der Beklagte mit Herrn I. _____ von der Klägerin ausführlich besprochen und vereinbart haben wolle, dass die Kosten allerhöchstens den in Kolonne 14 (der bereinigten) Finanzrapporte von März 1998 festgehaltenen Betrag ausmachen dürften, weshalb die Klägerin den Ausdruck "worst case Szenario" im Sinne eines verbindlichen Kostendachs in den Finanzrapport Nr. 1 aufgenommen habe, und dazu, dass zudem vereinbart worden sei, es werde nichts mehr gebaut, was nicht zuvor (durch Zusatzbudget bzw. durch unterschriebene Mehrkostenmeldungen) bewilligt worden sei, erklärte die Klägerin, der Begriff "worst case Szenario" sei auf ausdrücklichen Wunsch des Beklagten verwendet worden. Die Klägerin benutze diesen Begriff sonst nicht. Ein Kostendach sei zwischen den Parteien nie vereinbart worden. Wäre dies der Fall gewesen, hätte es eine grundlegende Änderung des Totalunternehmervertrags bedeutet, was mit Sicherheit durch einen schriftlichen Vertragszusatz dokumentiert worden wäre. Nach März 1998 sei das Projekt noch wesentlich geändert worden im Sinne von Erweiterungen (Entwicklung, Konkretisierung). Im Falle eines vereinbarten Kostendachs wäre dies aber ohne Neufestlegung des Kostendachs nicht mehr möglich gewesen. Im März 1998 seien die Kosten von Garten und Schwimmteich noch nicht abschliessend bekannt gewesen. Auch das Projekt II sei noch in der Schlussphase der Konkretisierung gewesen. Ein Kostendach hätte auch aus diesen Gründen gar nicht festgelegt werden können (act. 155 S. 9 f.).

- 18 - Unter Hinweis auf bereits in der Replik genannte Beispiele bezeichnete die Klägerin das Verhalten des Beklagten als Bauherr als widersprüchlich. Er habe auf der einen Seite Termine angesetzt, auf der anderen Seite seine Entscheide für die termingerechte Ausführung nicht oder nicht rechtzeitig mitgeteilt. Es sei daher mehr als einmal vorgekommen, dass einzelne Arbeiten mit Rücksicht auf den Baufortschritt trotz fehlender Entscheide der Bauherrschaft hätten ausgeführt werden müssen (act. 155 S. 21). Die Mehrkosten seien in jedem Finanzrapport in die Endkostenprognose einbezogen worden. Die Klägerin habe davon ausgehen dürfen, dass der Beklagte als erfahrener Kaufmann die jeweiligen Prognosen zur Kenntnis genommen habe und damit einverstanden gewesen sei, weil nicht umgehend reklamiert worden sei. Der Anspruch des Unternehmers auf Mehrvergütung für eine Vertragserweiterung setze nach dem BGer 4C.35/2001 vom 4. März 2002 weder eine besondere Abrede noch eine Ankündigung der Mehrforderung durch den Unternehmer voraus. Es verstosse zudem gegen Treu und Glauben, Bauleistungen und Arbeiten eines Unternehmers entgegenzunehmen oder gar zu verlangen, nachträglich aber die Vergütung zu verweigern mit der Begründung, die Mehrkosten seien vorgängig nicht gemeldet bzw. nicht genehmigt worden (act. 155 S. 22). In ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis vom 15. April 2011 wiederholte die Klägerin unter dem Titel "Zusammenfassung der Rechtspositionen der Klägerin" einmal mehr, dass die Parteien einen Totalunternehmervertrag auf offener Abrechnung abgeschlossen hätten. Die Mehrkosten würden entweder auf zusätzlichen Bestellungen des Beklagten basieren oder seien von ihm genehmigt worden. Bei Annahme von unbewilligten Mehrkosten seien die geschaffenen Mehrwerte gemäss Praxis des Bundesgerichts vom Beklagten abzugelten. Die Klägerin habe das Recht und die Pflicht zur Mängelbeseitigung des sogenannten Felsenkellers auf ihre Kosten. Weitere Mängel habe sie nicht zu vertreten (act. 242 S. 2). Daran hielt die Klägerin in ihrer Stellungnahmen zu den Vorbringen des Beklagten zum Beweisergebnis vom 30. August 2011 vollumfänglich fest (act. 248 S. 2) und führte erneut aus, dass die Parteien einen Totalunternehmervertrag auf offene Abrechnung abgeschlossen hätten (act. 248 S. 3).

- 19 - In ihrer Berufung stellte sich die Klägerin dagegen auf den Standpunkt, die von der Vorinstanz angenommene Vertragsänderung des Totalunternehmervertrags mit offener Abrechnung vom 25. Juli/8. August 1997 von Mitte März 1998 (mit dem Inhalt, dass ab diesem Zeitpunkt zusätzliche Kosten nur mit unterschriebener Genehmigung des Beklagten generiert werden durften) habe nur für kurze Zeit gegolten, längstens bis zu den Mehrkostenmeldungen der Klägerin vom

E. 7

Juli 1998 (act. 255 S. 7 N 20). Es sei davon auszugehen, dass der Beklagte mit der Klägerin Mitte März 1998 eine Vereinbarung über eine Kostenbremse abgeschlossen, kurze Zeit danach diese Vereinbarung jedoch unterlaufen habe, indem er die Klägerin laufend mit mündlichen Bestellungsänderungen (Projekterweiterungen), Zusatzaufträgen, Änderungs- und Nachtragswünschen eingedeckt und jeweils deren unverzügliche Umsetzung verlangt habe. Dabei habe der Beklagte bewusst den Umstand ausgenützt, dass es für die Klägerin in zeitlicher Hinsicht unmöglich gewesen sei, vor Beginn der Arbeiten aufgrund der einzuholenden Unternehmerofferten dem Beklagten die Mehrleistungen und Mehrkosten bekannt zu geben und auf dessen unterschriebene Genehmigung zu warten, bevor sie mit der Ausführung habe beginnen müssen. Mit Schreiben vom 27. August und 9. September 1998 habe der Beklagte die Prüfung und Genehmigung der Mehrkostenmeldungen der Klägerin vom 7. Juli 1998 und später ein weiteres Mal auf die Zeit nach Abschluss der Arbeiten verschoben. Somit habe er bezüglich der Mehrkostenmeldungen auf die Vereinbarung über eine Kostenbremse von Mitte März 1998 verzichtet. Der Beklagte habe Umstände geschaffen, die es ihm erlaubt hätten, quasi vom Balkon seines Hauses aus zuzuschauen, wie die Klägerin auf eigene Kosten Material und Arbeit im Betrag von Fr. 452'226.99 auf seinem Grundstück verbaut habe, um nach getaner Arbeit scheinheilig festzustellen, seine schriftliche Zustimmung zu den behaupteten Mehrleistungen mit den damit verbundenen Mehrkosten liege nicht vor. Und dies, obwohl er dank der Finanzrapporte der Klägerin über die Kostenentwicklung informiert gewesen sei und er selber die Prüfung und Genehmigung der Mehrkostenmeldungen der Klägerin auf den Zeitpunkt nach Abschluss der Arbeiten verschoben habe (act. 255 S. 10 f. N 27 bis N 29).

- 20 - Im Detail machte die Klägerin im Rechtsmittel zu den allgemeinen Grundlagen geltend, der vorliegende Fall zeige, wie in der Praxis eine auch noch so klar formulierte Vereinbarung über eine Kostenbremse unterlaufen werden könne, wenn sich der Besteller widersprüchlich und somit rechtsmissbräuchlich verhalte bzw. erkläre, er wolle sich nicht mehr daran halten. Dies treffe für den Beklagten aus den nachfolgenden Gründen zu: (1) Mitte März 1998 hätten sich die Parteien auf Betreiben des Beklagten auf die Vereinbarung über eine Kostenbremse geeinigt. (2) Der Beklagte wäre als Werber nicht derart erfolgreich, wenn er nicht so kreativ wäre. Seinem kreativen und chaotischen Wesen entsprechend habe er auch nach Mitte März 1998 (obwohl ihm angeblich das Geld auszugehen gedroht habe) immer mehr und immer wieder etwas anderes zum gleichen Preis verlangt. Um dieses Ziel zu erreichen, habe er der Klägerin laufend mündlich Bestellungsänderungen (Projekterweiterungen) und Zusatzaufträge erteilt und mündlich Änderungs- und Nachtragswünsche geäußert. Damit habe er die Klägerin in administrativer Hinsicht überfordert, sie zur Umsetzung seiner Aufträge gedrängt und mit Schadenersatz bei Verzögerung gedroht. Er habe der Klägerin in zeitlicher Hinsicht keine Möglichkeit gelassen, die Unternehmerofferten für die Mehrkosten einzuholen und diese nach Eintreffen unterschrieblich genehmigen zu lassen, bevor sie gemäss seinen Anweisungen mit der

Umsetzung der Aufträge habe be- ginnen müssen. Als sie während der Umsetzung der Zusatzaufträge vom Beklag- ten die unterschriftliche Zustimmung zu den in den Finanzrapporten ausgewiese- nen Mehrkosten verlangt habe, sei er unverbindlich geworden. (3) Die beklagti- schen Schreiben an die Klägerin vom 27. August und 9. September 1998, welche inhaltlich identisch seien, würden beweisen, dass der Beklagte spätestens seit den Mehrkostenmeldungen der Klägerin vom 7. Juli 1998 von der Vereinbarung mit der Klägerin von Mitte März 1998 abgewichen sei, wonach nur noch solche Mehrkosten vergütet würden, die von ihm vorgängig unterschriftlich genehmigt worden seien. Er habe der Klägerin in beiden Schreiben ein "weiteres Mal" zuge- sichert, "die Mehrkostenmeldungen nach Abschluss der Arbeiten, wenn wir den Gesamtüberblick haben, sorgfältig und wenn nötig mit Ihnen zusammen zu prüfen und zu verabschieden". Bei diesem Sachverhalt handle es sich um ein unechtes Novum, dessen Geltendmachung durch die von den Parteien nicht erwartete Be-

- 21 - gründung der Vorinstanz veranlasst worden sei. Die von der Vorinstanz ange- nommene Vereinbarung über eine Kostenbremse von Mitte März 1998 sei nicht behauptet gewesen. Die Klägerin habe die beiden Dokumente im Rahmen der Berufung ohne Verzug eingereicht, weshalb die Noven zulässig seien. (4) Der Beklagte habe mit seiner Familie während der Bauzeit das Bauobjekt bewohnt und darin seine Werbeagentur betrieben. Er sei auf der Baustelle omnipräsent gewesen und es sei vorgekommen, dass er auf dem Dach seines Hauses oder auf dem Balkon gestanden sei und den Bauarbeitern Anweisungen erteilt habe. (5) Sämtliche 16 Finanzrapporte des Projekts I und sämtliche neun Finanzrappor- te des Projekts II seien dem Beklagten von der Klägerin im Rahmen der Abwick- lung des TU-Vertrags zugestellt worden. (6) Mitte März 1998 seien die Parteien von projektierten Gesamtkosten für beide Projekte von Fr. 1'206'403.00 im Sinne eines unverbindlichen Kostenvoranschlags ausgegangen. Die vorläufige Schluss- rechnung der Klägerin von Ende März 1999 habe sich auf Fr. 1'722'268.24 belau- fen. Davon seien Fr. 125'050.05 aus Klagereduktion der J._____ AG abzuziehen, was einen definitiven Schlussabrechnungsbetrag von Fr. 1'597'218.19 ergebe. Nach Abzug der beklagtischen Akontozahlungen von Fr. 1'004'991.20 resultiere der von der Klägerin endgültig bezifferte Klagebetrag von Fr. 452'226.99. (7) Die Richtigkeit der Schlussabrechnung sei vom Beklagten nie substantiiert bestritten worden, sondern lediglich generell. Er habe nicht vorgebracht, es seien darin nicht entstandene Kosten aufgeführt worden, sondern die Klägerin sei ihrer Aufklä- rungspflicht im Zusammenhang mit der Kostenentwicklung nicht nachgekommen. Daher sei es ihm nicht möglich gewesen, die geltend gemachten Mehrkosten zu verifizieren. Dies sei wiederum von der Klägerin bestritten worden, weil er jeder- zeit in der Lage gewesen sei, die Umsetzung seiner Zusatzaufträge auf der Bau- stelle zu verfolgen und die damit verbundene Kostenentwicklung anhand der Fi- nanzrapporte der Klägerin nachzuvollziehen. Davon habe er auch Gebrauch ge- macht (act. 255 S. 8 bis S. 10 N 26 bis N 27). Aus diesen Gründen treffe die Be- weislastverteilung der Vorinstanz nicht zu, wonach die Klägerin die durch den Be- klagten verlangte Mehrleistung und vorgängige unterschriftliche Genehmigung der dadurch entstandenen Mehrkosten vor der Ausführung zu beweisen habe. Richtig sei lediglich, dass von der Endkostenprognose per Mitte März 1998 auszugehen

- 22 - sei. Insbesondere - aber nicht nur - bei den grossen Baukostenpositionen wie Ter- raingestaltung (Fr. 174'376.35) und Baumeisterarbeiten (Fr. 498'073.00) sei da- von auszugehen, dass sich der Beklagte im Sinne der obenstehenden Ausfüh- rungen

rechtsmissbräuchlich verhalten habe, weil diesbezüglich die Bauleistungen in Form von Material und Arbeit für ihn im Alltag augenfällig gewesen seien, und er dank der Finanzrapporte der Klägerin über die Kostenentwicklung informiert gewesen sei. Wer jemanden derart ins offene Messer laufen lasse, verdiene keinen Rechtsschutz. Daraus folge, dass der Beklagte die in Rechnung gestellten Mehrkosten stillschweigend genehmigt habe. Dazu komme die Aufhebung der Vereinbarung über die Kostenbremse durch den Beklagten mit seinen Schreiben vom 27. August und 9. September 1998. Die Klägerin sei mit dem Vorschlag des Beklagten, mit der Prüfung und Genehmigung der Mehrkostenmeldungen bis nach dem Abschluss der Arbeiten zuzuwarten, stillschweigend einverstanden gewesen, weil dadurch die Abwicklung seiner Zusatzaufträge praktikabel geworden sei (act. 255 S. 11 f. N 30 bis N 31). b) Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Klägerin hinsichtlich der vertraglichen Grundlagen der von ihr behaupteten Werklohnforderung vor Vorinstanz noch für die gesamte Zeit vom Vertrag vom Sommer 1997 als einem Werkvertrag mit offener Abrechnung ausging. Die Vereinbarung eines Pauschalpreises oder Kostendachs zu irgendeinem Zeitpunkt bestritt sie im erstinstanzlichen Verfahren mehrfach ausdrücklich. An dieser Darstellung hielt die Klägerin sogar dann noch fest, als sie mit Referentenverfügung vom 27. Juli 2005 zur Stellungnahme zu den beklagten Behauptungen aufgefordert wurde, wonach der Beklagte mit Herrn I. _____ von der Klägerin ausführlich besprochen und vereinbart habe, dass die Kosten allerhöchstens den in Kolonne 14 (der bereinigten) Finanzrapporte von März 1998 festgehaltenen Betrag ausmachen dürften, weshalb die Klägerin den Ausdruck "worst case Szenario" im Sinne eines verbindlichen Kostendachs in den Finanzrapport Nr. 1 aufgenommen habe, und wonach zudem vereinbart worden sei, es werde nichts mehr gebaut, was nicht zuvor (durch Zusatzbudget oder unterschriebene Mehrkostenmeldungen) bewilligt worden sei (act. 146 Ziff. 1.7.) (act. 155 S. 9 f.).

- 23 - Die Sachverhaltsversion, wonach die Vertragsänderung des ursprünglichen Totalunternehmervertrags mit offener Abrechnung vom 8. August 1997 von Mitte März 1998 (mit dem Inhalt, dass ab diesem Zeitpunkt zusätzliche Kosten nur mit unterschriebener Genehmigung des Beklagten generiert werden dürfen) nur für kurze Zeit - längstens bis zu den Mehrkostenmeldungen der Klägerin vom 7. Juli 1998 bzw. den Schreiben des Beklagten vom 27. August und 9. September 1998 gegolten habe, wurde demnach in der Berufung erstmals vorgebracht. Ebenso reichte die Klägerin die Schreiben vom 27. August und 9. September 1998 (act. 256/2+3) erst im Rechtsmittelprozess ein (vgl. act. 255 S. 9). c) Zur Zulässigkeit dieser neuen Vorbringen führte die Klägerin aus, die inhaltlich identischen beklagten Schreiben an die Klägerin vom 27. August und

E. 9

September 1998 würden beweisen, dass der Beklagte spätestens seit den Mehrkostenmeldungen vom 7. Juli 1998 von der Vereinbarung mit der Klägerin von Mitte März 1998 abgewichen sei. Er habe der Klägerin in beiden Schreiben ein "weiteres Mal" zugesichert, "die Mehrkostenmeldungen nach Abschluss der Arbeiten, wenn wir den Gesamtüberblick haben, sorgfältig und wenn nötig mit Ihnen zusammen zu prüfen und zu verabschieden". Die Geltendmachung dieses unechten Novums sei durch die von den Parteien nicht erwartete Begründung der Vorinstanz veranlasst worden. Die von der Vorinstanz angenommene Vereinbarung über eine Kostenbremse von Mitte März 1998 sei nicht behauptet gewesen. Die Klägerin habe die beiden Dokumente im Rahmen der Berufung ohne Verzug eingereicht, weshalb die Noven zulässig seien (act. 255 S. 9) Das

erstmalige Vorbringen von unerwartet Massgeblichem, d.h. die Nennung von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln, die neue Aspekte des Falls betreffen, für welche bis dahin weder Behauptungen noch die Benennung von Beweismitteln notwendig waren, könnte grundsätzlich nach Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO zulässig sein (vgl. z.B. PETER VOLKART, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 22). Vorliegend ist dazu jedoch zu berücksichtigen, dass die (vertraglichen) Beziehungen der Parteien zentrales Verfahrensthema waren bzw. sind. Zudem wurde die Klägerin durch die Vorinstanz ausdrücklich aufgefordert, sich dazu zu äussern, dass der Beklagte mit Herrn I. _____ von der Klägerin im Sinne eines

- 24 - verbindlichen Kostendachs vereinbart habe, die Kosten dürften allerhöchstens den in Kolonne 14 (der bereinigten) Finanzrapporte von März 1998 festgehaltenen Betrag ausmachen ("worst case Szenario") und nichts mehr gebaut werde, was nicht zuvor (durch Zusatzbudget oder unterschriebene Mehrkostenmeldungen) bewilligt worden sei (act. 146 Ziff. 1.7.). Auch in ihrer Stellungnahme vom 7. November 2005 hielt die Klägerin an ihrer bisherigen Darstellung fest und führte zum erwähnten Vorhalt explizit aus, zwischen den Parteien sei nie ein Kostendach vereinbart worden. Weiter führte sie aus, die Einführung eines Kostendachs hätte eine grundlegende Änderung des Totalunternehmervertrags bedeutet, was mit Sicherheit durch einen schriftlichen Vertragszusatz dokumentiert worden wäre. Nach März 1998 sei das Projekt noch wesentlich geändert worden und die Kosten von Garten und Schwimmteich seien noch gar nicht abschliessend bekannt gewesen. Daher hätte ein Kostendach gar nicht festgelegt werden können (act. 155 S. 9 f.). Entgegen der Vorbringen der Klägerin in der Berufung (act. 255 S. 9) stützte sich der fragliche Vorhalt (in Ziffer 1.7. der Referentenverfügung vom 27. Juli 2005) sehr wohl auf Behauptungen des Beklagten zur Vereinbarung einer Kostenbremse Mitte März 1998. Bereits in der Klageantwort vom 5. Februar 2001 führte der Beklagte aus, dass er der Klägerin mit Fax vom 9. März 1998 deutlich habe sagen müssen, dass es nun darum gehe, die Kosten sofort in den Griff zu bekommen und folglich im abzuliefernden Finanzrapport alle Mehrkosten aufzulisten und zu begründen seien. In ihrem Antwortschreiben per Fax vom 10. März 1998 habe die Klägerin daraufhin zu den übergebenen (bereinigten) Finanzrapporten (vom März 1998) ausgeführt, dass diese alle bereits vorhandenen und zu erwartenden Kosten beziffern würden (act. 15 S. 19 Ziffer 20). In seiner Duplik vom 12. November 2001 ergänzte der Beklagte, dass er habe wissen müssen, wie teuer ihn das gesamte Projekt im schlimmsten Fall zu stehen kommen würde. Deshalb habe er bei Herrn I. _____ insistiert, dass im Finanzrapport Nr. 1 auch Zahlenangaben für das worst case Szenario im Sinne eines verbindlichen Kostendachs gemacht würden. Im März 1998 seien daher der Finanzrapport Nr. 9 für das Projekt I und Nr. 2 für das Projekt II bereinigt worden (act. 39 S. 11). Damit behauptete der Beklagte den von der Vorinstanz als Kostenbremse vom März 1998 angenommenen Sachverhalt ausreichend. Auch wenn die Klägerin mit Ein-

- 25 - gabe vom 16. Juli 2001 zu Ziffer 20 der Klageantwort nicht ausdrücklich replizierte (act. 33 S. 57 f.), erkannte sie dennoch, dass der Beklagte aus der Umbenennung von Spalte 14 die Vereinbarung eines Kostendachs herauslas und wehrte sich gegen diese Ansicht (act. 33 S. 15). Angesichts der erwähnten Vorbringen des Beklagten, die Entgegnung durch die Klägerin und den Vorhalten zur Stellungnahme mit Referentenverfügung vom 27. Juli 2005 kann von einer unerwarteten Begründung der Vorinstanz keine Rede sein. In einer derartigen Situation kann nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe neue Aspekte des Falls berücksichtigt, für welche bis dahin weder Behauptungen noch die Benennung von

Beweismitteln notwendig gewesen waren. Vielmehr gehört zur (im alten Recht in § 114 ZPO/ZH festgehaltenen) Eventualmaxime, dass zu bestrittenen Tatsachen auch eventualiter - d.h. für den Fall der Erfolglosigkeit des Hauptstandpunkts - Stellung zu nehmen ist und zwar gleichzeitig mit dem Hauptstandpunkt. Eventualbegehren waren (und sind) damit zusammen mit den Hauptrechtsbegehren vorzutragen und Eventualstandpunkte mit den dazugehörenden Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln grundsätzlich nach § 113 ZPO/ZH (bzw. vor Aktenschluss) in den Prozess einzuführen. Der spätere Vortrag zu Eventualstandpunkten war und ist ausgeschlossen (vgl. zum diesbezüglich unveränderten neuen Recht LEUENBERGER/UFFER, a.a.O., S. 122). Nach dem Gesagten hätte die Klägerin demnach die erst vor Obergericht vorgebrachte Sachverhaltsvariante bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor Vorinstanz ins Verfahren einbringen müssen, allenfalls als Eventualvariante. Was jedoch aufgrund der Eventualmaxime hätte behauptet werden müssen, kann nicht durch das Urteil verursacht sein. Unabhängig davon, ob mit den im Berufungsverfahren neu eingereichten Schreiben vom 27. August 1998 (act. 256/2) und 9. September 1998 (act. 256/3) die klägerische Darstellung auch tatsächlich belegt werden könnte oder nicht, existiert die Ausnahme der sofortigen Beweisbarkeit des Novums durch neu eingereichte Urkunden gemäss § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH nach neuer Zivilprozessordnung nicht mehr. Auch wenn dies möglicherweise als einschneidender Punkt der Änderungen des Rechtsmittelverfahrens empfunden wird, ändert es an der Geltung der neuen Zivilprozessordnung für den vorliegenden Berufungsprozess nichts. Es gibt keinen Anspruch auf Anwendung von altem Zivilprozessrecht aus

- 26 - einem wie auch immer gearteten "Vertrauensschutz" in dessen Weiterbestand. Vielmehr gelten die bereits angeführten Übergangsbestimmungen, wonach für Rechtsmittel das bei der Eröffnung des angefochtenen Entscheids in Kraft stehende Recht anzuwenden ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Dies beispielsweise im ausdrücklichen Unterschied zur Übergangsbestimmung der ZPO/ZH vom 24. September 1995 (OS 53, 271), wo das Novenrecht für alle bei Inkrafttreten der Änderung bereits hängigen Verfahren ausdrücklich von der Anwendbarkeit des neuen Rechts ausgenommen wurde (§ 2 der Übergangsbestimmung). Der in der aktuellen Übergangsbestimmung zum Ausdruck kommende gegenteilige Wille des Gesetzgebers ist hinzunehmen. Nach dem Gesagten können die von der Klägerin in ihrer Berufung vom

E. 10

a) Unter dem Titel Baumeisterarbeiten (BKP 211) führte die Vorinstanz vorab aus, dass die Klägerin für Rohbauarbeiten (Unterfangung, Aushub, Kanalisation, Beton- und Maurerarbeiten) den Betrag von gerundet Fr. 498'073.00 fordere. Die Endkostenprognose habe per Ende Februar 1998 einen Betrag von gerundet Fr. 416'600.00 vorgesehen. Erläuternd sei anzuführen, dass ursprünglich über einen Schlussbetrag von gerundet Fr. 623'123.00 netto abgerechnet worden sei. Die J. _____ AG habe im Zusammenhang mit der vorliegenden Baute gegen die Klägerin vor Handelsgericht Zürich einen Prozess auf Bezahlung ihrer Rest-

- 35 - werklohnforderung im Betrag von Fr. 265'050.00 geführt. Mit Verfügung des Handelsgerichts vom 11. April 2000 sei von der Forderungsreduktion der J. _____ AG auf Fr. 140'000.00 netto Vormerk genommen worden. Werde gemäss Rechnung der Klägerin die Forderungsreduktion von Fr. 125'000.00 vom ursprünglich geltend gemachten Schlussbetrag abgezogen, ergäben sich die von der Klägerin geforderten Fr. 498'073.00. Die Klägerin mache somit unter dieser Position effektiv Fr. 71'473.03 Mehrkosten geltend

(act. 250 S. 82 f. = act. 256/1 S. 82 f. = act. 257 S. 82 f.). Dagegen brachte die Klägerin in ihrer Berufung vor, dass aufgrund der Forderungsreduktion der J._____ AG vom ursprünglich geltend gemachten Schlussbetrag von Fr. 623'123.00 Fr. 125'000.00 in Abzug zu bringen seien, sodass unter dem Titel Baumeisterarbeiten eine Forderung der Klägerin gegenüber dem Beklagten von Fr. 498'123.00 resultiere. Gegenüber der Endkostenprognose per Ende Februar 1998 von Fr. 416'600.00 ergebe dies Mehrkosten von Fr. 81'523.00 und nicht Fr. 71'473.03 wie die Vorinstanz irrtümlich angenommen habe (act. 255 S. 15). Nach dem Gesagten ist unbestritten, dass die Forderungsreduktion der J._____ AG vom ursprünglich geltend gemachten Schlussbetrag von Fr. 623'123.00 abzuziehen ist. Die J._____ AG reduzierte ihre Forderung von Fr. 265'050.05 (zuzüglich Zins) auf Fr. 140'000.00 (act. 2/21) und damit um Fr. 125'050.05. Daraus resultieren unter dem Titel Baumeisterarbeiten eine geltend gemachte Forderung der Klägerin gegenüber dem Beklagten von Fr. 498'072.95 (Fr. 623'123.00 - Fr. 125'050.05) und entsprechende Mehrkosten von Fr. 81'472.95 (Fr. 498'072.95 - Fr. 416'600.00). b) Weiter zog die Vorinstanz unter dem Titel Baumeisterarbeiten in Betracht, dass die Klägerin ihre Mehrkosten mit "Arbeiten nach Aufwand" (Elektrozuleitung, Deponiegebühren, Aufwand für schwer abbaubaren Felsen etc.) und weiterem Mehraufwand, etwa (erneut) mit schwer abbaubarem Fels im Betrag von Fr. 48'000.00 begründe. Im Detail, würden sich gemäss Klägerin die Mehrkosten aus den Posten Nichtzuschüttung der vom Baumeister eigenmächtig ausgehobenen Baugrube mit nachträglicher Genehmigung der Kosten für den Aushub in un-

- 36 - bekannter Höhe (Projektänderung auf Wunsch des Bauherrn), Türe zur Kellertreppe im Betrag von Fr. 1'250.00 (Mehraufwand Projekt I), schwer abbaubarer Fels für Fr. 48'000.00 (Mehraufwand Projekt I), Durchbrüche für Klimagerät im Betrag von Fr. 1'000.00 (Mehraufwand Projekt I), sockelfreie Schiebewand im Betrag von Fr. 2'500.00 (Mehraufwand Projekt II), Abschneiden Fundament im Betrag von Fr. 1'300.00 (Mehraufwand Projekt II), Verputz / Isolation Brüstung Wintergarten im Betrag von Fr. 3'500.00 (Mehraufwand Projekt II), Abbruch bzw. Anpassung P2 an P1 im Betrag von Fr. 5'455.00 (Mehraufwand Projekt II) und zusätzlicher Felsaushub für Breite Schwimmteich im Betrag von Fr. 4'500.00 (Mehraufwand Projekt II) zusammensetzen. Der Beklagte habe die von der Klägerin geltend gemachten Mehrkosten als weder notwendig noch ausgewiesen bestritten. Zudem seien nach seiner Darstellung die Mehrkosten von Fr. 48'000.00 für schwer abbaubaren Fels im Betrag von Fr. 70'000.00, welcher für "Arbeit/Kosten nach Aufwand, Unvorhergesehenes" budgetiert gewesen seien, enthalten. So dann sei mit der J._____ AG lediglich für Projekt I ein Werkvertrag abgeschlossen worden. Da betreffend Projekt II zwischen der J._____ AG und der Klägerin kein Werkvertrag abgeschlossen worden sei, bestehe auch der vertragliche Anspruch von Fr. 98'226.85 brutto nicht. Diese Darstellung sei von der Klägerin trotz Aufforderung zu entsprechender Stellungnahme mit Verfügung vom 27. Juli 2005 nicht substantiiert bestritten worden. Insbesondere sei nicht in Abrede gestellt worden, dass die geltend gemachten Mehrkosten von Fr. 48'000.00 für schwer abbaubaren Fels im Betrag von Fr. 70'000.00 enthalten gewesen seien. Was die weiteren von der Klägerin geltend gemachten "Mehrkosten" anbelange, habe die Klägerin einmal mehr nicht behauptet, sie seien vom Beklagten je genehmigt oder angeordnet, geschweige denn schriftlich bestätigt worden. Es sei auch nicht dargetan worden, dass der Beklagte die oben umschriebenen Leistungen bestellt oder angeordnet habe bzw. dass es sich bei diesen Positionen um notwendige Kosten im Sinne von Art. 5 Abs. 1 AVB handle. Da der Beklagte davon habe ausgehen dür-

fen, dass im Rapport 2 des Projektes II alle zu erwartenden Kosten erfasst seien, könne sich die Klägerin auch nicht darauf berufen, durch die Nichtzuschüttung der vom Baumeister eigenmächtig ausgehobenen Baugrube sei infolge nachträglicher Genehmigung eine Kostenübernahmepflicht des Beklagten entstanden. Auch hier

- 37 - habe der Beklagte davon ausgehen dürfen, dass im Finanzrapport vom 16. März 1998 sämtliche Kosten des Projekts erfasst seien und Mehrkosten - unter Vorbehalt von Art. 5 Abs. 1 AVB - seiner schriftlichen Einwilligung bedürfen (act. 250 S. 83 bis S. 86 = act. 256/1 S. 83 bis S. 86 = act. 257 S. 83 bis S. 86). Neben dem bereits behandelten und zurückgewiesenen Argument des Rechtsmissbrauchs führte die Klägerin in ihrer Berufung unter dem Titel Baumeisterarbeiten an, sie habe in ihrer Stellungnahme zu den in der vervollständigten Duplik des Beklagten vorgebrachten neuen Behauptungen gemäss Referentenverfügung vom 27. Juli 2005 erklärt, weder Duplik noch Stellungnahme des Beklagten vom 24. März 2005 enthielten neue Behauptungen, zu denen die Klägerin Stellung nehmen müsse. Die Klägerin habe sich bereits auf Seite 47 der Replik vom 16. Juli 2001 zur Frage geäußert, was in der Arbeitsgattung Baumeister "Fr. 70'000.00, geschätzt, Arbeiten nach Aufwand" enthalten gewesen sei. Der geschätzte Betrag von Fr. 70'000.00 sei für die folgenden Positionen vorgesehen gewesen: Elektrozuleitung, Deponiegebühren, Anpassung der Bauplatzinstallation, Massnahmen zur Wasserhaltung, Aufwand für schwer abbaubaren Fels und 5% Regieaufwand. Die Klägerin habe den Aufwand für schwer abbaubaren Fels auf 100m³ à Fr. 85.00, d.h. Fr. 8'500.00, geschätzt. Die Schätzung des Aufwands für schwer abbaubaren Fels sei willkürlich gewesen, weil vor dem Aushub niemand die Verhältnisse im Untergrund gekannt habe. Gegenüber der J. _____ AG habe die Klägerin nach getaner Arbeit schliesslich 880.550m³ schwer abbaubaren Fels akzeptieren müssen, der nicht mit einem Kompressorspaten sondern mit einem Roboter abgebaut werden müssen, was die Klägerin Fr. 85.00 pro m³, d.h. insgesamt Fr. 74'846.75, gekostet habe. Demzufolge sei die Forderung der Klägerin für die geltend gemachten Mehrkosten von Fr. 48'000.00 für schwer abbaubaren Fels entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht im Betrag von Fr. 70'000.00 enthalten gewesen und deshalb ausgewiesen (act. 255 S. 15 f. N 47 bis N 50). Auch in der Berufung behauptete die Klägerin nicht, sie habe der Aufforderung der Vorinstanz gemäss Verfügung vom 27. Juli 2005 Folge geleistet, sich zur beklaglichen Sachverhaltsdarstellung zu äussern, wonach die geltend gemach-

- 38 - ten Mehrkosten von Fr. 48'000.00 für schwer abbaubaren Fels im Posten "Arbeit/Kosten nach Aufwand, Unvorhergesehenes" gemäss Finanzierungsrapport Nr. 9 des Projekts I vom 28. Februar 1998 im Betrag von Fr. 70'000.00 enthalten gewesen sei. Vielmehr stellte sie sich auf den Standpunkt, dass eine Stellungnahme ihrerseits mangels neuer Vorbringen der Gegenseite bzw. bereits vorgängiger Äusserung ihrerseits nicht notwendig gewesen sei. Bereits in ihrer Replik habe sie nämlich angeführt, dass im Betrag von Fr. 70'000.00 gemäss Finanzierungsrapport Nr. 9 des Projekts I vom 28. Februar 1998 für "Arbeit/Kosten nach Aufwand, Unvorhergesehenes" Aufwand für schwer abbaubaren Fels enthalten gewesen sei. Die Auflistung der Positionen unter dem Titel Arbeiten nach Aufwand des Baumeisters im Betrag von Fr. 70'000.00 mit dem Punkt "Aufwände für schwer abbaubaren Felsen" findet sich in der Tat bereits in der Replik der Klägerin vom 16. Juli 2001 (act. 33 S. 47). Der strittige Betrag von Fr. 48'000.00 wird nach der Auflistung der Positionen des Titels "Arbeiten nach Aufwand" (d.h. "Arbeit/Kosten nach Aufwand, Unvorhergesehenes") als zu den Positionen Elektrozuleitung, Deponiegebühren,

Anpassung der Bauplatzinstallation, Massnahmen zur Wasserhaltung, Aufwand für schwer abbaubaren Fels und Regieaufwand "da- zukommender Mehraufwand" bezeichnet (act. 33 S. 47). Dazu entgegnete der Beklagte in seiner Duplik vom 12. November 2001: "Es ist zutreffend, dass beim oben genannten Betrag für Projekt I Fr. 70'000.00 vorgesehen waren für <Arbeit/ Kosten nach Aufwand, Unvorhergesehenes>. Dieser Betrag war, wie die Klägerin auf S. 47 ihrer Replik richtig ausführt, u.a. für <Aufwände für schwer abbaubaren Felsen> vorgesehen. Falsch ist jedoch die nachfolgende Behauptung der Klä- gerin, dass zu diesen Fr. 70'000.00 <noch weitere Mehraufwände> dazukamen, da- runter Fr. 48'000.00 für schwer abbaubaren Fels. Diese Fr. 48'000.00 waren in den Fr. 70'000.00 enthalten, wie sich aus dem von der Klägerin eingereichten Fi- nanzrapport Nr. 9 und dem dazugehörigen Memorandum wie auch aus den nach- folgenden Finanzrapporten für Projekt I ergibt" (act. 39 S. 54). Entgegen der klä- gerischen Einschätzung in der entsprechenden Stellungnahme vom 7. November 2005 brachte der Beklagte in seiner Duplik somit durchaus Neuerungen vor. Zu Recht wurde sie daher durch die Vorinstanz zur Stellungnahme zu eben dieser Behauptung aufgefordert (vgl. act. 146 S. 9 Ziff. 1.25.). Wie bereits erwähnt, kam

- 39 - die Klägerin diesem Ersuchen in der Folge nicht nach (vgl. act. 155 S. 11 bis S. 13). Die vorinstanzliche Einschätzung, wonach die beklagte Behauptung, die Fr. 48'000.00 seien in den Fr. 70'000.00 für "Arbeit/Kosten nach Aufwand, Un- vorhergesehenes" gemäss Finanzierungsrapport Nr. 9 des Projekts I vom 28. Februar 1998 enthalten gewesen, durch die Klägerin nicht substantiiert bestrit- ten worden sei, ist bei der erwähnten Sachlage somit nicht zu beanstanden. Die Beteuerung, dass im genannten Betrag lediglich geschätzte Fr. 8'500.00 für schwer abbaubaren Fels inbegriffen gewesen seien, wurde in der Berufung erst- mals erhoben. In der Stellungnahme zu den Noven in der Duplik wurde lediglich erwähnt, dass die Klägerin im Vertrag mit dem Baumeister vorsorglich eine Preis- position für allenfalls notwendig werdenden Abbau von schwerabbaubarem Fels vorgesehen habe (act. 155 S. 6). Daneben widerspricht das Vorbringen, wonach geschätzte Fr. 8'500.00 für schwer abbaubaren Fels in der Position "Arbeit/Kosten nach Aufwand, Unvorhergesehenes" inbegriffen gewesen sei, auch dem dem Fi- nanzrapport Nr. 9 angehängten Memorandum vom 20. März 1998. Dieses Memo- randum schlüsselt den im Rapport genannten Betrag von Fr. 70'000.00 unter der BKP 211 in Fr. 48'000.00 für Aushubarbeiten an schwer abbaubarem Fels und Fr. 22'000.00 für Regiearbeiten betreffend Räumungen, Anpassarbeiten, Durch- brüche, Bohrungen und Projektänderungen auf (act. 35/33 in Verbindung mit dem erwähnten Memorandum im Anhang). Die Zurückweisung der geltend gemachten Mehrkosten von Fr. 48'000.00 für schwer abbaubaren Fels, da bereits im Betrag von Fr. 70'000.00 für "Arbeit/Kosten nach Aufwand, Unvorhergesehenes" budge- tiert, durch die Vorinstanz ist somit nicht zu beanstanden. Zu allfälligen weiteren Mehrkosten liess sich die Klägerin auch in ihrer Berufung nicht vernehmen. Ins- besondere setzte sie sich nicht mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinander, wonach sie nie behauptet habe, die angeführten Mehransprüche seien vom Be- klagten je genehmigt oder angeordnet, geschweige denn schriftlich bestätigt, worden bzw. es handle sich dabei um notwendige Kosten im Sinne von Art. 5 Abs. 1 AVB. Eine weitere Überprüfung in dieser Hinsicht muss somit unterbleiben. Auch unter dem Titel Baumeisterarbeiten bleibt es nach dem Gesagten so- mit bei dem von der Vorinstanz zugesprochenen Betrag.

- 40 -

E. 11

a) Unter dem Titel Teich und Bachablauf erwog die Vorinstanz, dass der Beklagte mit Verfügung vom 7. Januar 2005 auch zur Darlegung aufgefordert worden sei, inwiefern die Biotop-Anlage unsicher und fehler- oder mangelhaft sei bzw. wie anders die Biotop-Anlage vor welchen Gefahren hätte gesichert werden müssen (unter genauer Darlegung der Abweichung vom jeweils vereinbarten [hinreichend konkretisierten] Vertragsinhalt). Dazu habe er ausgeführt, im Zusammenhang mit Teich und Bachablauf habe die Klägerin fundamentale Fehler begangen. Für die gesamte Wasseranlage sei nie ein Plan oder Sicherheitskonzept erstellt worden. Ausser dem Baubeschrieb seien von der Klägerin keinerlei Unterlagen zur Verfügung gestellt worden. In einem Expertenbericht habe das Ingenieurbüro M._____ AG festgehalten, dass Überwachungs- und Alarmanrichtungen sowie ein Überlaufsystem gefehlt hätten, dass die Anlage nicht betriebssicher sei und ein grosses Schadenspotential aufweise (act. 143 S. 18-19). In der Folge habe der Beklagte die Klägerin wiederholt auf ihre Fehler und Unterlassungen beim Biotopbau hingewiesen. Obwohl der Klägerin die Situation bekannt gewesen sei, habe sie diese bis zum Schluss nicht bereinigt, so dass der Beklagte die Anlage auf eigene Initiative habe Instandstellen müssen. Bei den Fertigstellungsarbeiten am Biotop habe der Beklagte eine böse Überraschung erlebt. Da die Klägerin keine Pläne erstellt habe, habe während den Sanierungsarbeiten im Garten nach Leitungen und einem Lüftungskanal gesucht werden müssen. Während der Instandstellungsarbeiten sei ein grosser Teil des Gartens verwüstet worden. Durch die Wiederinstandstellung von Garten und Biotop seien Kosten in der Höhe von Fr. 57'186.50 entstanden, welche der Beklagte verrechnungsweise geltend mache. Diese Sachverhaltsdarstellung sei von der Klägerin bestritten und geltend gemacht worden, die Pläne seien sehr wohl vorhanden gewesen, der Beklagte hätte nur den Architekten N._____ fragen müssen. Auch die Höhe der angefallenen Kosten sei bestritten worden. Mit Beweisaufgabebeschluss vom 24. August 2006 sei der Beklagte dafür beweispflichtig erklärt worden, (1) dass weder Plan noch Sicherheitskonzept oder Überlaufsystem bestanden habe, weshalb die Anlage nicht betriebssicher gewesen sei und ein grosses Schadenspotential bestanden habe, (2) die Klägerin nicht im Stande gewesen sei, die Funktionstauglichkeit des Biotops herzustellen, (3) die Klägerin für Biotop und Garten keine Pläne er-

- 41 - stellt habe, weshalb während und für die Sanierungsarbeiten im Garten nach den Leitungen und dem Lüftungskanal habe gesucht werden müssen, (4) bei dieser Suche ein kleiner Kran habe eingesetzt werden müssen, der Garten verwüstet und ein Grossteil des Biotops abgebrochen worden sei und (5) die Wiederinstandstellung von Garten und Biotop Fr. 57'186.50 gekostet habe. Gleichzeitig sei der Klägerin der Gegenbeweis auferlegt worden (act. 250 S. 119 bis S. 121 = act. 256/1 S. 119 bis S. 121 = act. 257 S. 119 bis S. 121). Das Beweisverfahren habe im Zusammenhang mit den behaupteten Planungsfehlern der Klägerin (Fehlen eines Plans, nicht betriebssichere Anlage) zu folgendem Ergebnis geführt: Gemäss Baubeschrieb sei die Einrichtung eines zwei Meter tiefen, total 100m² fassenden Schwimmteichs vorgesehen gewesen. Mit Kalksteinquadern hätte die Ufergestaltung des als Biotop geplanten Gewässers vorgenommen werden sollen. Mit Schreiben vom 17. Juni 1998 habe der Beklagte erstmals auf das Fehlen eines Plans hingewiesen. Insbesondere habe er bemängelt, dass der Baumeister keinen Plan habe, sondern einzig aufgrund der Instruktionen von Herrn O._____ baue. Bereits am 22. Juli 1998 hätten die Parteien im Bauprotokoll festgehalten, dass "die Sicherheit der Schwimmteichanlage bei Stromausfall oder bei Ausfall einer Pumpe" nicht gegeben sei. Das Problem müsse mit Magnetventilen oder einer Notstrompumpe gelöst werden. Mit

Schreiben vom 23. Juli 1998 habe die Klägerin die Subunternehmerin P._____ abgemahnt. In jenem Schreiben werde ausdrücklich festgehalten, dass bei Stromausfall oder Defekt der Pumpe keine Sicherheitsmassnahmen gegen das Überlaufen des Lichthofs vorhanden seien. Unter diesen Umständen könne der Wasserstand im Lichthof den Brunnenrand übersteigen und das Wasser den Lichthof und die unteren Räume überfluten. Gleiches könne bei längeren Regenperioden geschehen, wenn der Meteorwasserzufluss die natürliche Verdunstungsmenge überschreite. Im Bauprotokoll vom 27. Juli 1998 sei in Anwesenheit der Parteien vorgemerkt worden, dass die Subunternehmerin P._____ den Schwimmteich nicht "gebrauchstauglich" geplant habe, da sie fälschlicherweise von einem Schwimmteich "in einem ebenen Gelände" ausgegangen sei. Da der vorliegende Schwimmteich an unterirdische Räume angrenze, lägen "veränderte Rahmenbedingungen" vor, welche "bei der Planung nicht beachtet worden" seien. Deshalb sei es notwendig,

- 42 - beim Wasserfall eine Stauklappe zu installieren. Zudem müsse das Dachwasser vom Schwimmteich ferngehalten werden, indem es in die bestehende Sickergrube geleitet werde. Gemäss Bauprotokoll vom 11. August 1998 - wiederum seien beide Parteien anwesend gewesen - hätte die verbesserte Version des Teichs Mehrkosten in der Höhe von mindestens Fr. 8'000.00 verursachen sollen. Weiter sei festgehalten worden, dass die "Sicherheit des Teiches auf einer pendenden Offerte mit einer möglichen Lösung von P._____ basiere, der Entscheid aber noch ausstehe". Im Bauprotokoll vom 2. Oktober 1998 sei - auch hier in Anwesenheit der Parteien - festgehalten worden, dass die Kosten für die Sicherheit des Teichs in den Offerten nicht enthalten seien und deshalb nachofferiert werden müsse. Es müsse mit Kosten von ca. Fr. 6'350.00 gerechnet werden, wobei die Firma P._____ 1/3 der Kosten übernehmen werde. Nachdem der Teich im Sommer 1998 zusammengebrochen sei, habe der Beklagte im Zusammenhang mit dem beauftragten Subunternehmer P._____ Bedenken geäussert, worauf die Klägerin erklärt habe, die Subunternehmerin könne den Teich gebrauchstauglich fertigstellen. Mit E-Mail vom 30. Oktober 1998 habe die Klägerin bestätigt, dass kein exakt vermasseter Plan des Teichs existiere, allerdings eine "Grundlage" vorhanden sei, nach der gebaut werden könne. Darauf habe der Beklagte die Klägerin gleichentags per E-Mail aufgefordert, "einen Plan zu erstellen, der sowohl die Lage des Felsens als auch die Holzwände für den wieder zu erstellenden Schwimmteich" enthalte. Im Beschlussrapport der Besprechung vom 9. November 1998 habe der Beklagte festgehalten, die Parteien seien sich einig, dass "das Biotop momentan nicht funktionsfähig" sei. Am 3. September 2001 habe das Ingenieurbüro M._____ AG für den Beklagten ein Privatgutachten im Zusammenhang mit der Biotop-Anlage erstellt. Zu Beginn des Gutachtens finde sich zunächst eine detaillierte Beschreibung des Teichs und der anschliessenden Räume sowie der installierten Anlagen (Überlaufpumpe, Lüftungskanal, Umwälzpumpe). Dann werde festgehalten, dass keinerlei Überwachungssysteme und Alarmanrichtungen installiert worden seien. Bei Stromausfall, Starkniederschlag oder Verstopfung werde das Wasser nicht am tiefsten Ort gesammelt und vom Gebäude weggeführt. Die installierte Anlage sei nicht betriebssicher, und es bestehe eine grosse Wahrscheinlichkeit, dass bei einem Störfall im Fitnessraum als tiefst gelegenen Raum

- 43 - des gesamten Gebäudes ein Wasserschaden eintreten würde. Das Wasser würde dort zusammenfliessen, weil unter dem Lichthof kein Grundablass vorhanden sei. Das Problem könne durch die Schaffung einer frei abfliessenden Entwässerung des Lüftungskanals gelöst werden (act. 250 S. 121 bis S. 123 = act. 256/1 S. 121 bis S. 123 = act. 257 S. 121 bis

S. 123). I._____ habe als Zeuge erklärt, dass eine Biotop-Anlage mit Regenerier- und Schwimmbereich sowie Bachlauf geplant gewesen sei. Das Wasser hätte über einen Wasserfall in den Schacht gelangen sollen. Von dort hätte eine Pumpe das Wasser aus dem Schacht auf den Grottenhügel gepumpt. Vom Grottenhügel wäre das Wasser über den Bachlauf in den Regenerierbereich (Teil des Schwimmteichs) geflossen und dort biologisch aufgearbeitet worden. Weiter wäre das Wasser in den Schwimmteich gelangt und dann via Wasserfall wieder in den Schacht geführt worden. So sei der Kreislauf geplant gewesen. Die unterste Niveauebene habe aus einer Schwimmbirne bestanden. Diese habe bei genügend Wasser ein Signal an die Pumpe gesendet, damit diese sich einschalte und das Wasser wieder auf den Grottenhügel pumpe. Wenn die Pumpe arbeite, sinke das Wasser. Sobald das Wasser herausgepumpt sei, sinke die Birne und die Pumpe klinge sich aus. Bei einem bestimmten Wasserstand (Niveau 3) befinde sich ein Anschluss an die Hauskanalisation. Bei Versagen der Schwimmersteuerung (Birne) sei es theoretisch möglich, dass sich der Schacht mit Wasser fülle. Praktisch sei dies aber kaum möglich. Denn wenn die Pumpe nicht arbeite, fliesse auch kein Wasser über den Wasserfall. Einzig ein Platzregen könne den Schacht füllen. Wenn das Wasser auf Niveau 3 steige, würde das Wasser automatisch zur Fäkalienpumpe gelangen und von dort in die Kanalisation gepumpt. Bei der Fäkalienpumpe sei zudem ein Alarmhorn installiert. Bei Niveau 4, dem letzten Punkt vor der Überflutung des Schachts, habe sich zudem eine Leitung befunden, die in den Lüftungskanal (römische Lüftung) geführt habe. Wenn die Fäkalienpumpe versagt hätte, wäre das Wasser eventuell weiter als Niveau 3 gestiegen und hätte sich bei Erreichen von Niveau 4 in den Lüftungskanal ergossen, wo es eine theoretische Reserve von 17 Kubikmeter gegeben habe. So sei die Anlage geplant gewesen. Der Beklagte habe dann die Frage aufgeworfen, was geschehe, wenn er nicht zu Hause sei und der Strom ausfalle. In diesem Fall würden die Pumpen

- 44 - nicht arbeiten und das Wasser überlaufen. Er habe als Vertreter der Klägerin mit dem Beklagten über die Installation einer Notstromanlage diskutiert. Damit sei der Beklagte aber nicht einverstanden gewesen. Schliesslich habe man auf Niveau 2 im Schacht einen Schwimmer mit einem Gestänge installiert. Dies habe wie folgt funktioniert: Wenn das Wasser Niveau 2 erreicht habe, habe sich die Klappe gesenkt und 95% des Durchflusses (Wasserfall) unterbunden. Hinzu komme, dass es weit hinten am Schwimmteich, neben dem Liegeplatz, südlich neben den Bullaugen, einen Überlauf gebe. Wenn das Wasser ein bestimmtes Niveau erreicht habe, fliesse es in den Überlauf und entwässere in Richtung ...-Weg. Wo genau der Überlauf im Humusbereich zu liegen gekommen sei, wisse er heute nicht mehr. Jedenfalls sei die Klappe installiert worden. Er sei auch heute noch überzeugt, dass das System richtig funktioniert habe. Es sei aber richtig, dass dem Biotop immer wieder Frischwasser zugeführt werden müssen und der Beklagte sich beschwert habe, dass der Wasserfall zwischendurch abgestellt werden müssen. Irgendwann habe er sich mit dem Beklagten so zerstritten, dass über die Sache nicht mehr verhandelt worden sei. Es sei richtig, dass es von der Gartenanlage mitsamt Biotop - mit Ausnahme der Baueingabepläne - keinen genauen Plan, sondern bloss eine Skizze gegeben habe. Herr Q._____ von der P._____ habe selbst einen Plan machen müssen. Aufgrund einer Skizze von Q._____ habe der Architekt N._____ dann einen Plan erstellt. Ob dieser dem Beklagten zugestellt worden sei, könne er nicht mehr sagen. Skizzen würden genügen, wenn die Masse richtig eingezeichnet seien (act. 250 S. S. 123 ff. = act. 256/1 S. 123 ff. = act. 257 S. 123 ff.). Diese Angaben des Zeugen I._____ habe der Beklagte in seiner Befragung als nur teilweise zutreffend bezeichnet. Zunächst sei der Schwimmteich ohne Steuerung

geplant und gebaut worden. Es habe bloss einen Ein- und einen Aus- fluss gegeben. Er habe dann die Frage der Sicherheit aufgeworfen. Selbst er als Laie habe feststellen können, dass der vorhandene Schacht einen grossen Was- serzufluss nicht hätte aufnehmen können. Auf mehrfaches Nachhaken und Insis- tieren hin habe Q. _____ von der P. _____ ein Gestänge montiert, das aber nicht richtig funktioniert habe. Die Abflussmöglichkeit habe nicht korreliert mit der mög- lichen Wassermenge im Biotop. Die drei Elemente Klappe, Pumpe und Frisch-

- 45 - wasserzufuhr hätten nicht in ein bleibendes Gleichgewicht gebracht werden kön- nen. Vom Sicherheitsaspekt sei das ganze Konzept mehr als problematisch ge- wesen. Er habe erlebt, wie viel Wasser bei einem heftigen Gewitterregen in das Haus eindringen könne. Für das Biotop habe einzig eine Handskizze von P. _____ existiert. Insbesondere habe es keinen Plan des Lüftungskanals über den Rand des Biotops hinaus gegeben (act. 250 S. 125 f. = act. 256/1 S. 125 f. = act. 257 S. 125 f.). Q. _____ von der Firma P. _____ habe als Zeuge ausgesagt, seines Wissens sei beim Teich keine Alarmeinrichtung eingebaut worden. Man habe auf der Seite des Felsenkellers ein Überlaufrohr mit einem Ventil und eine Sicherheitsschleuse eingebaut. Dabei handle es sich um eine Stauklappe, welche sich öffne und schliesse. Sie sei mit einem Gestänge mit einem Schwimmer verbunden. Wäh- rend der Abnahme im Oktober 1998 habe das System funktioniert. Wegen der unbefriedigenden Situation habe der Beklagte ihn nach der Abnahme kontaktiert. Nach zwei bis drei Besprechungen habe sich eine Lösung abgezeichnet, welche die Sicherheit erhöht hätte. Der Beklagte habe aber wegen der Finanzen noch mit seinem Anwalt sprechen wollen, und dann sei die Sache eingeschlafen (act. 250 S. 126 = act. 256/1 S. 126 = act. 257 S. 126). D. _____ habe während seiner Zeugeneinvernahme erklärt, das Biotop sei von einem Bachlauf mit einem Wasserfall gespiesen worden, welcher in den Lichthof geflossen sei. Eine Pumpe habe das Wasser wieder hoch gepumpt, da- mit es einen Kreislauf gegeben habe. Weil die Nivellierung des Teichs nicht ge- stimmt habe, sei viel Wasser verlorengegangen. Der Kreislauf habe nicht funktio- niert und man habe Frischwasser dazugeben müssen. Ein grosses Problem sei der Überlauf gewesen. Man habe nicht gewusst, was passiere, wenn zu viel Was- ser in den Lichtschacht fliesse. Zudem sei die Klappe nicht ganz dicht gewesen. Als Notsystem habe es eine Fäkalienpumpe gegeben. Wenn diese nicht funktio- niert habe, sei ein Alarm losgegangen. Bei einem Gewitter mit Platzregen und Stromausfall hätte diese Fäkalienpumpe aber nicht mehr funktioniert. Es sei rich- tig, dass er einmal ein Sicherheitskonzept der Klägerin gesehen habe. Vom Schwimmteich habe es Skizzen gegeben, aber die Grösse des Schwimmteichs

- 46 - sei erst während des Baus definiert worden. Er wisse noch, dass der Beklagte er- zürnt gewesen sei, weil keine Baupläne vorhanden gewesen seien (act. 250 S. 126 = act. 256/1 S. 126 = act. 257 S. 126). Der Architekt N. _____ habe als Zeuge zu Protokoll gegeben, er sei am An- fang bei der Planung des Teichs involviert gewesen. Es sei alles mit der Firma U. _____ AG aufgegleist worden. Er wisse aber nicht, ob der Teich so wie geplant auch gebaut worden sei. Er könne sich nur noch schemenhaft erinnern. Bestimmt gebe es einen Plan "Lüftungskanal", wo Lage und Höhe des Kanals eingezeich- net seien. Zumindest gehe der Planausschnitt aus dem Haus heraus, dieser um- fasse aber nicht den Garten. Der Lüftungskanal sei geplant und gebaut worden. Die Schnittstelle Lüftungskanal-Teich, also der Bereich, wo der Lüftungskanal un- ter den Teich eintrete, sei noch auf dem Plan ersichtlich. Es fehle aber der Be- reich, wo der Lüftungskanal unter dem Teich verlaufe. Wo der Kanal aus dem Haus herausführe und wo er aus dem Boden wieder heraustrete, sei auf

dem Plan ersichtlich. Es sei also keine Hexerei herauszufinden, wie der Kanal unter dem Teich verlaufe. Ob der Kanal aber gerade verlegt worden sei, wisse er nicht. Mehr könne er nicht sagen (act. 250 S. 127 = act. 256/1 S. 127 = act. 257 S. 127). Der Zeuge Q._____ von der P._____ habe erklärt, er wisse nicht mehr, ob es beim Biotop Überwachungselemente und eine Alarmeinrichtung gegeben habe. Man habe das Problem erst spät erkannt und gemerkt, dass kein Überlaufsystem vorhanden gewesen sei. In Form einer Stauklappe sei dann später eine Lösung installiert worden. Mit Herrn I._____ habe er sich Gedanken gemacht, ob es mechanische oder andere Möglichkeiten zur Lösung des Problems gebe. Es sei dann eine Stauklappe eingebaut worden. Nach dem Herbst 1998 habe sich herausgestellt, dass es im Teich zu wenig Wasser habe. Deshalb habe man Frischwasser zuführen müssen. Das System habe besser funktioniert, wenn man den Wasserfall ausgeschaltet habe. Das grosse Problem habe darin bestanden, dass der Teich auf Nagelfluh gebaut worden sei. Nagelfluh sei zwar wasserdurchlässig, doch funktioniere das sehr langsam. Sie hätten sich dann für ein Chromstahlschleusensystem mit Schwimmer entschieden. P._____ habe den Auftrag erteilt, gebaut worden sei die Schleuse vom Metallbauer R._____ GmbH. Detaillierte

- 47 - Pläne habe es keine gegeben. Einmal seien zwei orange Rohre verlegt worden, die nicht vorgesehen gewesen seien. Herr O._____ habe einmal gesagt, er habe die Situation den Schacht betreffend "sur place" entschieden, damit man weiterbauen könne (act. 250 S. 127 = act. 256/1 S. 127 = act. 257 S. 127). Der Zeuge K._____, welcher im September 2001 das Gutachten für den Beklagten erstellte, habe folgende Aussagen gemacht: Als Steuersystem des Teichs sei gegen den Lichthof hin ein Überlauf installiert gewesen, welcher mit einer Kippschütze gesteuert worden sei. Das Niveau des Pumpschachts sei von der Kippschütze gelenkt worden. Das System habe funktioniert, wobei er den Teich bei Extremsituationen nie gesehen habe. Er sei aber überzeugt, dass das System bei einem starken Wasseranfall nicht richtig funktioniert hätte. Der Abfluss über den Bodenablauf mit einem rückwärtigen kleinkalibrigen Anschluss sei untauglich für den Abfluss von grösseren Mengen Wasser. Er habe selber Pläne erstellt, also die Konstruktion aufgenommen und die Wasservolumina durchgerechnet, welche aus dem Lüftungsbetonkanal, dem Pumpschacht und dem Abwassersystem inklusive Fäkalpumpschacht maximal weggeführt werden könnten. Diese Volumina habe er dem Wasseranfall bei starkem Regen gegenübergestellt. Es habe eindeutig ein Wasserüberschuss resultiert, der zu einer Überschwemmung geführt hätte (act. 250 S. 128 = act. 256/1 S. 128 = act. 257 S. 128). Schliesslich habe L._____ als Zeuge ausgesagt, für das Biotop sei weder ein Überlauf- noch ein Notsystem geplant worden. Er könne als Fachmann für Biotopbau sagen, dass der Schwimmteich des Beklagten mangelhaft geplant und gebaut worden sei. Der Flüssigkeitsverlust des ganzen Systems sei viel zu hoch gewesen. Detaillierte Angaben könne er nicht machen, da er erst später vom Beklagten beigezogen worden sei. Mit der Klägerin habe er nie Kontakt gehabt (act. 250 S. 128 = act. 256/1 S. 128 = act. 257 S. 128). Aus diesen übereinstimmenden Zeugenaussagen folgerte die Vorinstanz, dass für die gesamte Teichanlage kein Plan erstellt worden sei. Sie erwog, selbst der Vertreter der Klägerin, der Zeuge I._____, habe eingeräumt, dass lediglich Skizzen vorgelegen hätten. Unbestritten sei geblieben, dass der Beklagte mehrfach mündlich und schriftlich die Herausgabe eines Plans der Teichanlage ver-

- 48 - langt habe. Damit sei dem Beklagten der Beweis gelungen, dass er für die spätere Instandstellung der Teichanlage über keine genügenden Planungsgrundlagen verfügt habe

(act. 250 S. 128 = act. 256/1 S. 128 = act. 257 S. 128). Aus den Zeugenaussagen der Fachspezialisten K. _____ und L. _____ erge- be sich weiter, dass der Schwimmteich mangelhaft geplant und gebaut worden sei. An der Glaubhaftigkeit der Zeugenaussagen sei nicht zu zweifeln, nachdem kein persönliches Interesse der beiden vorgenannten Zeugen zur Falschbelas- tung der Klägerin erkennbar sei. Weil sich die Baute direkt auf Fels befunden ha- be, sei aus Kostengründen auf den Einbau eines Bodenablaufs mit Anschluss an die Kanalisation am tiefsten Punkt verzichtet worden. Vielmehr hätte sämtliches Wasser mit Pumpen aus dem Schacht weggeführt werden sollen. Dieses Problem sei von der Klägerin offensichtlich nicht erkannt und/oder unterschätzt worden. Sie spreche denn auch selbst davon, die Probleme seien vor allem entstanden, weil die Subunternehmerin P. _____ fälschlicherweise das gesamte Biotop für ein ebenes Gelände geplant und gebaut habe. Sämtliche Zeugen hätten überein- stimmend ausgesagt, dass das Biotop nur mit grossen Schwierigkeiten gebaut und lediglich teilweise in Betrieb habe genommen werden können. Aus den schriftlichen Unterlagen gehe hervor, dass die Beteiligten während Monaten ver- geblich versucht hätten, eine befriedigende Lösung herbeizuführen. Selbst die Klägerin habe mehrfach schriftlich festgehalten, dass die Sicherheit der Anlage nicht gewährleistet sei. Auch am 9. November 1998 sei "das Biotop momentan nicht funktionsfähig" gewesen. Somit stehe fest, dass die Klägerin bis zur Über- gabe des Werks und auch später nicht zur Herstellung der Funktionsfähigkeit des Biotops im Stande gewesen sei (act. 250 S. 129 = act. 256/1 S. 129 = act. 257 S. 129). Der Beweis der Ablieferung eines mangelhaften Werks durch die Klägerin sei somit gelungen. Es stehe aufgrund der Zeugenaussagen und Dokumente zweifelsfrei fest, dass die von der Klägerin gebaute Anlage auch nach November 1998 nicht betriebssicher gewesen sei und nicht wie geplant funktioniert habe. Der Wasserfall habe nicht dauernd in Betrieb genommen werden können, es ha- be immer wieder Frischwasser nachgefüllt werden müssen und die von der Kläge-

- 49 - rin nachträglich installierte Stauklappe habe nicht für die notwendige Betriebs- sicherheit gesorgt, so dass auch nach November 1998 ein grosses Schadenspo- tential bestanden habe (act. 250 S. 129 f. = act. 256/1 S. 129 f. = act. 257 S. 129 f.). Im Zusammenhang mit dem Umfang der Sanierungsarbeiten am Biotop (Suche nach Leitungen, Notwendigkeit des Einsatzes von schwerem Räumgerät) sowie den entstandenen Kosten habe das Beweisverfahren zu folgendem Ergeb- nis geführt: Aus der Rechnung der L. _____ AG vom 30. November 2004 gehe hervor, dass für die Sanierung des Teich- und Bachablaufs insgesamt Fr. 16'743.90 in Rechnung gestellt worden seien. Die Zusammensetzung der ein- zeln Arbeiten sei detailliert aufgeführt worden. Für Arbeiten "Schadensfall Um- gebung" seien Fr. 40'442.60 in Rechnung gestellt worden. Eine detaillierte Ab- rechnung dieser Positionen finde sich in der Abrechnung vom 28. November 2004. Gemäss den vorliegenden Abrechnungen seien für die Sanierung des Gar- tens im Jahr 2004 Gesamtkosten in der Höhe von Fr. 57'186.50 angefallen. Der Zeuge L. _____ habe erklärt, er habe mit seiner Arbeitgeberin (der L. _____ AG) im Jahr 2004 die Sanierung von Teich und Garten auf der beklaglichen Liegen- schaft ausgeführt. Er habe mit seiner Firma bisher über hundert Schwimmteiche gebaut. Was die Firma P. _____ im Garten des Beklagten gebaut habe, sei ein Gebastel gewesen. Zuerst habe er nach dem Grund für den Wasserverlust ge- sucht. Man habe schliesslich eine nicht richtig befestigte Folie gefunden und so das Problem beheben können. Die Firma M. _____ AG habe ihm einen Plan zur Verfügung gestellt. Er wisse nicht mehr, ob man nach Lüftungskanälen habe su- chen müssen. Im Jahr 2004 sei der Teich sehr grün und algenüberwachsen ge- wesen. Er habe sich den Teich angeschaut und Vorschläge zu Änderungen ge- macht, damit das

System funktioniere. Zuerst hätten sie Details im Bachverlauf geändert. Die Folie sei nicht fachmännisch befestigt gewesen, weshalb er das habe nachholen müssen. Ein fester Stellstreifen, also dickes festes Material, sei angeliefert und die Folie wieder darüber gezogen worden. So sei ein begehbare Randbereich des Teichs geschaffen worden. Es sei aber nicht alles ab- und wieder aufgebaut worden; es habe bloss eine Sanierung gegeben. Weiter sei eine funktionierende Wasserzirkulation geschaffen und der Pflanzanteil unter Wasser

- 50 - vermehrt worden. Für die Teich- und Bachablaufarbeiten seien insgesamt rund Fr. 16'000.00 in Rechnung gestellt worden. Bei den weiteren rund Fr. 40'000.00 handle es sich um Umgebungsarbeiten, namentlich Grabarbeiten. Möglicherweise seien auch Leitungen gelegt worden. Vor den Grabarbeiten habe der Humus weggetragen werden müssen. Anschliessend sei der ganze Garten kaputt gewesen und man habe wieder humusieren, ansäen und pflanzen müssen. Alle auf den Rechnungen enthaltenen Positionen seien Kosten, welche im Zusammenhang mit den Sanierungsarbeiten angefallen seien. Auf der Rechnung befänden sich keine Extras. Er könne sich aber noch an Zusatzarbeiten erinnern, die nicht aufgeführt seien. Auf entsprechende Frage habe der Zeuge ausdrücklich bestätigt, dass die Wiederinstandstellungsarbeiten Fr. 57'000.00 gekostet hätten (act. 250 S. 130 f. = act. 256/1 S. 130 f. = act. 257 S. 130 f.). Die Zeugin S._____ habe zu Protokoll gegeben, sie sei im Februar 2004 erstmals im Garten der beklaglichen Liegenschaft gewesen. Damals sei sie bei der T._____ AG in ... angestellt gewesen. Sie habe sich an den Sanierungsarbeiten beteiligt. Ihre Aufgabe sei es gewesen, einen Lüftungskanal abzubauen. Ihnen hätten Pläne des Büros M._____ AG zur Verfügung gestanden. Der Ausgang der Leitung aus dem Haus sei bekannt gewesen. Bei demjenigen Teil, welcher sich unter dem Teich befunden habe, habe man den Verlauf nicht gekannt. Dieses Teilstück vom Teich bis zum Süden der Liegenschaft habe man sondieren, sprich von Hand ausgraben und abbrechen müssen. Die Leitung sei nicht gerade geführt gewesen, sondern habe mindestens einen 90 Grad Knick enthalten. Dann hätten sie einen Blindschacht erstellt und das Wasser in den neu erstellten Schacht abgeführt. Die Leitung des Lüftungskanals sei komplett neu erstellt worden. Wegen der Freilegungsarbeiten sei der Garten kaputtgegangen. Das Biotop habe abgebrochen werden müssen. Man habe das Wasser abgepumpt, die Leitungen sondiert und dann mit einem Bagger freigelegt. Sie hätten einen tiefen Graben erstellt, weil sie den neu gebauten Schacht an die Kanalisation hätten anschliessen müssen (act. 250 S. 131 f. = act. 256/1 S. 131 f. = act. 257 S. 131 f.). K._____ habe als Zeuge erklärt, im Jahr 2004 habe man im Rahmen der Sanierung einen Bagger mit einer Verlängerung des Tieflöffels einsetzen müssen.

- 51 - Für das Auffinden der Leitung habe man das Biotop entleeren, den Steinsatz gegen Süden entfernen und die Folie zurückschlagen müssen. Partiiell habe man das Biotop abbrechen müssen, die Folie sei aber nicht verletzt worden. Es sei richtig, dass der Garten zerstört worden sei, denn sie seien mit dem Bagger mit Kranfunktion in Mitten der Gartenanlage gestanden. Die erste Teilrechnung von rund Fr. 16'000.00 sei seiner Meinung nach ausgewiesen. Auch die zweite Teilrechnung in der Höhe von Fr. 40'000.00 gehe in die richtige Grössenordnung, wenn man sich vorstelle, was alles zerstört worden sei. Er könne aus den vorgelegten Rechnungen erkennen, dass Instandstellungsarbeiten in diesem Bereich verrechnet worden seien, in welchem er gearbeitet habe. Vielleicht sei etwas über dem ursprünglichen Standard eingebaut worden, am ehesten beim Einlegen und Liefern eines Fokiwegs, der Bepflanzung des Nebenbiotops und der biologischen Aufbereitung des

Wassers. Er könne dies aber nicht genau sagen (act. 250 S. 132 = act. 256/1 S. 132 = act. 257 S. 132). Der Beklagte habe in diesem Zusammenhang während der persönlichen Befragung zu Protokoll gegeben, er habe alle Sanierer beauftragt, ihm zwei Rechnungen zuzustellen. Natürlich habe er auch die Gelegenheit genutzt, um Mehrwerte zu generieren. Die Rechnungen für die Zusatzleistungen würden sich bei ihm in der Buchhaltung befinden und seien im Prozess nicht geltend gemacht worden. Es handle sich um Mehrwerte, welche für mehrere zehntausend Franken in Rechnung gestellt worden seien. Bei den Fr. 57'186.50 handle es sich um diejenigen Aufwendungen, welche für die anständige Instandstellung effektiv benötigt worden seien. Die Rechnungen für die Mehrwerte seien mehrere zehntausend Franken hoch gewesen (act. 250 S. 132 = act. 256/1 S. 132 = act. 257 S. 132). Der Zeuge I._____ habe erklärt, dass er zur Rechnung von Fr. 57'000.00 als solches nichts sagen könne. Wenn man eine Entwässerung baue, würden im Garten Instandstellungskosten anfallen. Wenn man nach dem Kanal suche, so wie es gemacht worden sei, würden auch in diesem Bereich Instandstellungskosten anfallen (act. 250 S. 133 = act. 256/1 S. 133 = act. 257 S. 133). Gemäss Einschätzung der Vorinstanz belegen die erwähnten Dokumente und Zeugenaussagen, dass der mangelhaft funktionierende Teich mit grossem

- 52 - Aufwand saniert werden müssen. Der Beklagte habe sich bei der Sanierung auf den überzeugenden Bericht des Ingenieurbüros M._____ AG abgestützt. Das Biotop habe entleert werden müssen. Da die Lage der Lüftungskanäle in keinem Plan festgehalten worden sei, hätten die ungerade verlegten Leitungen in mühsamer Handarbeit gesucht und ausgegraben werden müssen. Für den Anschluss an die Kanalisation habe ein tiefer Graben ausgehoben werden müssen. Mehrere Zeugen hätten glaubhaft berichtet, nach den Sanierungsarbeiten am Teich sei der Garten kaputt bzw. zerstört gewesen. Die detailliert aufgeführten Kostenpositionen in den vom Beklagten eingereichten Rechnungen seien von der Klägerin nicht substantiiert in Zweifel gezogen worden. Auch sie habe vielmehr anerkannt, dass bei einem solchen Vorgehen Instandstellungskosten anfallen würden. Sowohl der Zeuge L._____ als auch der Beklagte hätten glaubhaft ausgesagt, dass es sich bei den Kosten in der Höhe von Fr. 57'186.50 um reine Instandstellungskosten handle. Die Höhe der geltend gemachten Kosten scheine angesichts des Ausmasses der durch die Sanierung angerichteten Zerstörung denn auch plausibel und nachvollziehbar. Somit sei der Beweis gelungen, dass im Zusammenhang mit den Sanierungs- und Mängelbehebungsarbeiten am Biotop Wiederherstellungskosten in der Höhe von Fr. 57'186.50 angefallen seien. Nachdem dem Beklagten der Beweis gelungen sei, dass die Klägerin das Biotop mangelhaft erstellt habe und die Sanierungskosten insgesamt Fr. 57'186.50 betragen hätten, sei der diesbezügliche Verrechnungsanspruch des Beklagten ausgewiesen. Auf die von der Klägerin vorgebrachten Gegenbeweise brauche unter diesen Umständen nicht mehr eingegangen zu werden. Auch die unsubstantiierten Einwendungen der Klägerin könnten am klaren Beweisergebnis nichts ändern (act. 250 S. 133 = act. 256/1 S. 133 = act. 257 S. 133). b) Neben den bereits behandelten Vorbringen gegen die Angaben von L._____ (vorstehend S. 28) wehrte sich die Klägerin unter dem Titel Teich und Bachablauf in ihrer Berufung gegen die Berücksichtigung der Aussagen von K._____ sowie das Abstellen auf den Bericht der M._____ AG. Auf die Aussagen von K._____ als Zeuge und den von ihm verfassten Bericht seiner Arbeitgeberin M._____ AG könne nicht abgestellt werden, weil K._____ bautechnischer Berater, Bauleiter und Interessenvertreter des Beklagten gewesen sei. Daneben habe der

- 53 - Zeuge seine Aufgabe im Prozess dazu missbraucht, Bauarbeiten in sein Sanierungskonzept einzubeziehen, welche mit dem vorliegenden Prozess nichts zu tun gehabt hätten. Aufgrund seiner Zeugenaussage könne deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass der Überlaufschutz gemäss dem vom Beklagten genehmigten Sicherheitskonzept vom 21. September 1998 bei starkem Regen mit entsprechendem Wasseranfall zu einer Überschwemmung geführt hätte. Würden seine Aussagen zutreffen, wonach er selber Pläne erstellt und die Wasservolumina durchgerechnet habe, welche aus dem Lüftungsbetonkanal, dem Pumpenschacht und dem Abwassersystem inklusive Fäkalpumpenschacht maximal weggeführt werden könnten, wären diese vom Beklagten in den Prozess eingeführt oder vom Zeugen anlässlich seiner Befragung zu den Akten gegeben worden. Da dies nicht erfolgt sei, sei eine Überprüfung seiner Behauptungen nicht möglich, weshalb diese nicht beweisbildend seien. Hinzu komme, dass er schon vor Prozessbeginn für den Beklagten als Berater und Bauleiter tätig gewesen sei (act. 255 S. 16 N 52 bis S. 18 N 55). Es treffe zu, dass die Klägerin keinen Plan für die gesamte Teichanlage erstellt habe. Allerdings habe die U._____ AG einen Plan erstellt und Q._____ von der P._____ eine vermasste Skizze, welche Grundlage für den vom Architekten N._____ erstellten Plan gewesen sei. Beachtlich sei in diesem Zusammenhang, dass die Grösse des Schwimmteichs erst während des Baus definiert worden sei. Im Übrigen würden Skizzen genügen, wenn sie richtig vermasst seien. Es könne daher nicht gefolgert werden, dass der Beklagte für die spätere Instandstellung der Teichanlage über keine genügenden Planungsgrundlagen verfügt habe (act. 255 S. 19 N 58). Weiter sei der Schwimmteich auch nicht mangelhaft geplant und gebaut worden. Eine Beweissicherung sei nicht erfolgt und ein Gutachten darüber und über das Quantitativ fehle. Die beauftragten Unternehmer hätten zwar Schwierigkeiten beim Bau gehabt, was jedoch unerheblich sei, weil der Zustand des von den Parteien am 14. Dezember 1998 abgenommenen Werks nicht bekannt sei. Es sei nicht nachgewiesen, dass der Wasserfall damals nicht dauernd in Betrieb habe genommen werden können und immer wieder Frischwasser habe nachge-

- 54 - füllt werden müssen. Der Beklagte habe keine Mängelrügen erhoben, geschweige denn Planungs- und Ausführungsmängel nachgewiesen. Der Schwimmteich sei abgenommen worden, und der Beklagte habe dem Sicherheitskonzept der Klägerin ausdrücklich zugestimmt. Die Zeugen Q._____, V._____ und W._____ hätten bestätigt, dass die Teichanlage funktioniert habe. In der Zeitspanne zwischen Abnahme des Schwimmteichs und Sanierung habe ihn der Beklagte nicht gemäss der ihm ausgehändigten Betriebsanleitung betrieben und unter der Bauleitung von K._____ Sanierungen ausführen lassen, die zu einer Veränderung der abgenommenen Werke der Klägerin geführt hätten, weshalb der Beweis misslungen sei (act. 255 S. 19 N 60 f.). Bei den Gesamtkosten der L._____ AG von Fr. 57'186.50 handle es sich um Kosten für die Gartenumgestaltung des Beklagten und nicht um Mängelbehebungskosten im Zusammenhang mit dem von der Klägerin erstellten Schwimmteich. Darauf würden auch die Aussagen des Beklagten hinweisen, sofern diese beweisbildend seien. L._____ habe einfach sein System implementiert und keine Mängelbehebung anstelle der Klägerin vorgenommen (act. 255 S. 18 N 57). Der Lüftungskanal habe nicht sondiert werden müssen, weil der Architekt N._____ am 10. November 1997 und 2. Februar 1998 einen Plan über den Verlauf des Betonkanals für die Lüftung erstellt habe. Niemand habe sich geweigert, dem Beklagten diesen Plan herauszugeben. Der Zeuge N._____ habe zutreffend ausgesagt, dass die Schnittstelle Lüftungskanal/Teich ersichtlich sei und auch der Ort, wo der Lüftungskanal aus dem Boden heraustrete. Es sei somit keine Hexerei zu rekonstruieren, wie der

Lüftungskanal verlaufe. Dies ergebe sich sogar für einen bautechnischen Laien aus dem erwähnten Plan. Der Betonkanal habe 36 x 56cm gemessen und ein Element sei 100cm lang gewesen. Im Boden des Licht- hofs habe sich eine Kontrollöffnung befunden, welche 100 x 100 aufgewiesen ha- be und als Ausgangspunkt für die Vermessung hätte dienen können. Nach dem Schwimmteich habe sich die Austrittsöffnung, d.h. der zweite Messpunkt befunden. Am Südrand des Grundstücks habe sich der dritte Messpunkt befunden. Zwischen dem zweiten und dritten Messpunkt hätten wegen des winkligen Ver- laufs kleine Sondierlöcher gebohrt werden müssen und schon wäre der genaue

- 55 - Verlauf des Lüftungskanals festgestanden. Mit den gängigen technischen Hilfsmitteln (Kanalfernsehen, Lasermessungen, Sondierbohrungen) wäre es ein Leichtes gewesen, den genauen Verlauf des Lüftungskanals aus Beton festzustellen. Ab- bruch des Teichs und Zerstörung des Gartens seien nicht erforderlich gewesen. Hinzu komme, dass das Quantitativ mangels Gerichtsgutachten nicht nachgewie- sen sei. Der Verrechnungsanspruch sei somit entgegen der Vorinstanz nicht aus- gewiesen (act. 255 S. 20 f. N 62 bis N 68). c) Das Gericht bildet sich seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise (Art. 157 ZPO). Nach dem Regelbeweismass ist der Beweis erbracht, wenn das Gericht vernünftigerweise und nach objektiven Gesichtspunkten von der Wahrheit der rechtserheblichen Tatsachenbehauptung d.h. von der Verwirkli- chung der umstrittenen Tatsache überzeugt ist. Die zu beweisende Tatsache muss somit nicht mit Sicherheit feststehen. Die Verwirklichung der streitigen Tat- sache hat jedoch derart nahe zu liegen, dass sie als annähernd sicher erscheint. Es genügt, wenn allfällige Zweifel als nicht erheblich erscheinen. Welches Mass an Zweifel der Beweis verträgt, kann nicht auf Prozente genau bestimmt werden, sondern nur allgemein. Solange die Zweifel mit überzeugenden Argumenten als unerheblich angesehen werden können, ist der Beweis erbracht. Die tolerierbare Unsicherheit hängt von den Beweis- und Beweissicherungsmöglichkeiten ab, wie sie nach der Natur der Tatsache im Allgemeinen bestehen. Verbleibende Zweifel sind zulässig, wenn sie gesamthaft betrachtet nicht ins Gewicht fallen und keinen ernst zu nehmenden Vorbehalt bezüglich der beabsichtigten Beweisentscheidung begründen (CHRISTIAN LEU, DIKE-Komm-ZPO, Art. 157 N 61 ff.). Die gerichtliche Überzeugung wird anhand sämtlicher sich aus dem gesam- ten Verfahren ergebenden Umstände gewonnen. Bei der Würdigung von Aussa- gen kommt es dabei vorwiegend auf den inneren Gehalt der Aussagen an, ver- bunden mit der Art und Weise, wie die Angaben erfolgen (CHRISTIAN LEU, DIKE- Komm-ZPO, Art. 157 N 41). Es darf nicht einfach auf die Persönlichkeit oder all- gemeine Glaubwürdigkeit von Aussagenden abgestellt werden. Allerdings können örtliche, fachliche und/oder persönliche Nähe bzw. Entfernung eines Zeugen zum Beweisthema durchaus von Belang sein (PETER HIGI, Die richterliche Zeugenbe-

- 56 - fraging im Zivilprozess - Technik und Praxis, AJP 9/2006 S. 1105). Massgebend ist jedoch die Glaubhaftigkeit der konkreten, im Prozess relevanten Aussagen. Diese sind einer kritischen Würdigung zu unterziehen, wobei auf das Vorhanden- sein von sogenannten Realitätskriterien grosses Gewicht zu legen ist (BENDER, Die häufigsten Fehler bei der Beurteilung von Zeugenaussagen, SJZ 81 [1985] S. 53 ff.; DITTMANN, Zur Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen, Plädoyer 2/97 S. 28 ff., 33 ff.; BENDER/NACK/TREUER, Tatsachenfeststellungen vor Gericht, 3. Auflage, München 2007, S. 68 ff., 72 ff.). Die wichtigsten Realitätskriterien sind dabei die Stimmigkeit der Aussagen, deren Logik im Zusammenhang mit unbe- stritten gebliebenen Tatsachen und

anderen Beweismitteln (wie Urkunden oder das Ergebnis eines Augenscheins), die inhaltliche Übereinstimmung bzw. Widersprüchlichkeit mit bzw. zu unbestrittenen und notorischen Tatsachen, die inhaltliche Übereinstimmung bzw. Widersprüchlichkeit mit anderen Zeugenaussagen und das im Protokoll erfasste Aussageverhalten des Zeugen (PETER HIGI, Die richterliche Zeugenbefragung im Zivilprozess - Technik und Praxis, AJP 9/2006 S. 1104). Zentral sind somit die innere Geschlossenheit und Folgerichtigkeit in der Darstellung des Geschehnisablaufs, die konkrete und anschauliche Wiedergabe des Erlebnisses und die Schilderung des Vorfalls in charakteristischer Weise (HAUSER, Der Zeugenbeweis im Strafprozessrecht mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zürich 1974, S. 316). Andererseits sind auch allfällige Phantasie- oder Lügensignale zu berücksichtigen. Als Indizien für falsche Angaben gelten Unstimmigkeiten oder grobe Widersprüche, die Zurücknahme oder erhebliche Abschwächungen von ursprünglich Gesagtem, Übersteigerungen und unklare, verschwommene oder ausweichende Antworten sowie gleichförmig, eingeübt und stereotyp wirkende Aussagen. Das Fehlen von Realitätskriterien oder das Vorliegen von Phantasie- oder Lügensignalen gilt als Indiz für fehlerhafte bzw. unzuverlässige Angaben (BENDER, Die häufigsten Fehler bei der Beurteilung von Zeugenaussagen, SJZ 81 [1985] S. 53 ff.). d) Bei seiner Einvernahme als Zeuge führte K._____ am 1. Februar 2008 zu seiner Beziehung zu den Prozessparteien aus, er habe den Vertreter der Klägerin anlässlich eines Augenscheins bereits einmal gesehen und zu ihm kein oder ein ungetrübtes Verhältnis (Prot. VI S. 353 f.). Er kenne den Beklagten seit etwa 2001

- 57 - und habe ihn im Zusammenhang mit dem aktuellen Fall kennengelernt. Er sei beauftragt worden, einen Bericht oder ein Gutachten über die Zustände rund um das Biotop und die Wasserschäden zu erstellen (act. 40/2). Er sei immer noch auf diesem Bau beschäftigt. Sie hätten verschiedene Sanierungsarbeiten gemacht. Er sei Geschäftsführer/Mithaber des Büros M._____ AG. Wann die Sanierungsarbeiten abgeschlossen sein werden, sei schwierig zu sagen. Sie gingen Schritt für Schritt vor und er denke, es werde bei optimalem Lauf noch ein bis zwei Jahre dauern (Prot. VI S. 354). Er sei etwa 2001 zum ersten Mal mit der Sache befasst gewesen, etwa ein halbes Jahr vor Verfassen des Berichts (vom 3. September 2001). Er sei von der Familie des Beklagten kontaktiert worden, wobei der Kontakt durch Vermittlung des örtlichen Brunnenmeisters der Wasserversorgung F._____ zustande gekommen sei. Der Kontakt habe sich ergeben, weil die Gemeinde F._____ von seiner Firma in Wasserversorgungsfragen betreut werde (Prot. VI S. 355). Er habe vor der Verhandlung keinen Kontakt zu den Parteien gehabt und traue sich eine neutrale Aussage zu (Prot. VI S. 354). Nach Ansicht der Klägerin führen die erwähnten Verbindungen zur Unwertbarkeit der Depositionen des Zeugen K._____ und des von ihm verfassten Berichts der M._____ AG. Der Zeuge K._____ (bzw. seine Firma M._____ AG) stand in vertraglichen Beziehungen zum Beklagten und war für seine Arbeit vom Beklagten als seinem Vertragspartner zu entschädigen. Ein direktes finanzielles Interesse am Prozessausgang - wie beispielsweise aus Schadenersatz- oder Genugtung - ist jedoch nicht ersichtlich; die Entschädigung des Zeugen war vom Prozessausgang unabhängig. Der Kontakt zum Beklagten und seiner Familie wurde aus Anlass der vorliegenden Streitsache im Frühling 2001 - und damit (entgegen der [neuen] klägerischen Vorbringen im Rechtsmittelverfahren; act. 255 S. 18 N 55) erst während des laufenden Prozesses - über den Brunnenmeister der Gemeinde hergestellt. Weder aus den Angaben des Zeugen zu seiner Beziehung zu den Prozessparteien noch aus den Behauptungen der Klägerin dazu resultiert damit eine derart enge Bindung zum Beklagten, als dass dessen

Aussagen und Angaben von vornherein als unzuverlässig verworfen werden müssten. Der Bericht mit dem Sanierungsvorschlag von K._____ bzw. der M._____ AG vom 3. September 2001 (act. 40/2) beruht auf einer entsprechenden Vereinba-

- 58 - rung der Prozessparteien (Prot. VI S. 7 und S. 9 sowie S. 12). Die Klägerin war sowohl mit dessen Erstellung als auch dem Experten einverstanden. Was die Klägerin mit dem Argument sagen will, der Zeuge K._____ habe seine Aufgabe im Prozess zum Einbezug von Bauarbeiten in sein Sanierungskonzept missbraucht, welche mit dem vorliegenden Prozess nichts zu tun gehabt hätten, ist nicht ersichtlich. Ein schwerer charakterlicher Mangel mit allfälligen Auswirkungen auf die Zuverlässigkeit seiner Angaben wäre darin jedenfalls nicht zu sehen. Dass durch die Vorinstanz nicht zum Prozess- oder Beweisthema gehörende Feststellungen des Zeugen aus seinem Bericht im Entscheid berücksichtigt worden seien, wurde nicht geltend gemacht. Die allgemeine Glaubwürdigkeit einer Aussageperson spielt für die Beurteilung der konkreten Aussage im Prozess jedoch ohnehin eine untergeordnete Rolle. Das wirtschaftliche Interesse am Prozessausgang oder die persönliche Bindung zu einer Prozesspartei sind allein noch kein Grund einer Aussage zu misstrauen. Erst das Hinzutreten weiterer - in dieselbe Richtung weisender - Indizien gibt Anlass, solche Aussagen als unzuverlässig zu verwerfen. Bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Aussagen ist deshalb zu prüfen, ob diese in den wesentlichen Punkten Widersprüche enthalten oder in ihrem Kerngehalt stimmig, von Realitätskriterien geprägt und frei von Fantasie- oder Lügensignalen sind (BENDER, Die häufigsten Fehler bei der Beurteilung von Zeugenaussagen, SJZ 81 [1985] S. 55 f.). Der Zeuge K._____ schilderte vor Vorinstanz detailliert und lebensnah, welche Planungsgrundlagen er vorfand (keine Ausführungspläne, Prot. VI S. 363; keine Pläne, Prot. VI S. 367), welche Sanierungsarbeiten wie vorgenommen wurden (Bagger mit Verlängerung des Tieflöffels, Teilentleerung des Biotops, partieller Abbruch des Biotops, Prot. VI S. 367) und dass dies zur Zerstörung des Gartens führte (Prot. VI S. 367). Er bestätigte das Antreffen der vom Zeugen I._____ geschilderten Biotop-Anlage und bezeichnete diese ausdrücklich als (bei starkem Wasseranfall) nicht betriebssicher und nicht ausreichend (Prot. VI S. 364 f.). Weiter konnte er sich auch vorstellen, dass sich der Betrag der Wiederherstellungskosten in der geltend gemachten Höhe bewegte (Prot. VI S. 367 f.). Seine Angaben sind (auch für gartenbauerische Laien) nachvollziehbar und ohne unauflösbare Widersprüche. Er unterschied deutlich zwischen eigenen Wahrnehmungen

- 59 - bzw. Einschätzungen und solchen von weiteren Beteiligten. So antwortete er beispielsweise auf die Frage, ob er beurteilen könne, dass die Klägerin als Totalunternehmerin mit der Realisierung der Biotop-Anlage überfordert gewesen sei: "Ich kann es nicht beurteilen. Ich weiss auch nicht, nach welchen Angaben das ausgeführt wurde. Ich weiss auch nicht, wer das effektiv gebaut hat. Ich fragte dann L._____, den Biotopbauer schon, weshalb er den Kreislauf abändert. Dieser sagte mir, dass man so ein Biotop nicht permanent mit Sickerwasser nachfüllen könne, weil man das Biotop aus dem Gleichgewicht bringt. Ich vermute das Bauen eines Biotops gehört nicht zum Kerngeschäft der Klägerin" (Prot. VI S. 366). Zudem untermauerte der Zeuge seine Schilderungen durch gemachte Beobachtungen (beispielsweise dass der Teich vor der Sanierung durch L._____ zur Verschlammung geneigt habe, Prot. VI S. 366). Die Erklärungen des Zeugen blieben sowohl unter inhaltlichen als auch sprachlichen Gesichtspunkten gleich und fügen sich zu einem stimmigen Ganzen. Phantasie- oder Lügensignale fehlen. Für die Plausibilität seiner Angaben spricht in hohem Masse sein zurückhaltendes und vorsichtiges

Aussageverhalten. Er versuchte offenbar nicht, seinen Schilderungen durch Beharren auf Details oder übertriebenen Belastungen zu vermehrter Glaubhaftigkeit zu verhelfen, sondern scheint erinnerungsgemäss ausgesagt zu haben. So beantwortete er etwa die Frage ob es einsehbar gewesen sei, dass das Wasser auf dem Fels wandere: "Ob das offensichtlich war... Ein Fachmann sollte sich die Frage stellen, was ist wenn wir in den Fels bauen. Ob es in der Ausführungszeit derart offensichtlich war, dass man noch einmal hätte eingreifen sollen, kann ich nicht beurteilen. Es gibt Anhaltspunkte für Existenz von Wasser hinter der nördlichen Mauer (Unterfangung). Das war in Architektenplänen von N._____ so vermerkt und es waren sogenannte Quellabflüsse eingezeichnet. Ich habe einen solchen Plan. Und ich kann noch vom hören sagen, man habe bei der Ausführung Probleme mit Wasser gehabt." (Prot. VI S. 359). Weiter unterstellte er der Klägerin auch nicht, dass sie als Totalunternehmerin mit der Realisierung der Biotopanlage überfordert gewesen sei, sondern begnügte sich mit der bereits zitierten zurückhaltenden Aussage. Auch hielt er den Wunsch nach einem Wasserfall angesichts der konkreten Begebenheiten nicht generell als nicht umsetzbar. Vielmehr wies er in diesem Zusammenhang lediglich darauf hin, dass bei einem derartigen

- 60 - Vorhaben die nötigen Massnahmen zu treffen seien, um allen Eventualitäten Rechnung zu tragen (Prot. VI S. 364). Daneben decken sich die Schilderungen des Zeugen K._____ insbesondere auch mit den Angaben der mit der Erstellung des Biotopsystems betrauten W._____ und Q._____ sowie denjenigen des die Sanierung übernehmenden Zeugen L._____. So sprach auch der Zeuge L._____ davon, dass er etwa 2004/2005 (zwei bis drei Jahre vor seiner Einvernahme als Zeuge im Januar 2008) von den Eheleuten B._____ zitiert worden sei, um sich den Teich anzuschauen, weil er nicht funktioniert habe. Der Teich sei sehr grün gewesen, stark mit Algen überwachsen. "Ich habe dann den Teich angeschaut und meine Vorschläge gemacht, was ich mit dem System ändern musste, damit er in die Nähe meiner Teichsysteme kommt, damit er funktioniert." (Prot. VI S. 161). "Wurde ein Überlaufsystem - oder ein anders Notfallsystem - geplant?" "Nein." "Hat das System (Wasser in Lichtschacht) einmal funktioniert?" "Ich weiss nur, dass unser Vorschlag eine Abänderung dieses Systems (Wasserfall in Lichtschacht) vorsah, weil das bedingte, dass die Wassermenge immer die Höhe hat, das es überläuft als Wasserfall. Wenn nun die Sonne scheint und es zu einer Verdunstung kommt, braucht es Wasserzufuhr, damit es überhaupt funktioniert." "Was schlugen Sie vor?" "In einem Schwimmteich variiert der Wasserstand. Im jetzigen System kann der Wasserstand variieren und trotzdem kommt es zum Überlauf Wasserfall. Wie wir das genau gelöst haben, weiss ich nicht mehr. Da müsste ich Unterlagen konsultieren." "Haben Sie Unterlagen da?" "Nein. Soviel ich weiss, haben wir es unabhängig vom Teich gemacht. Unten im Lichtschacht hat es ein Wasserreservoir. Wir haben dort eine separate Pumpe installiert. Vorher war es derselbe Kreislauf zusammen mit dem ganzen Teichsystem. Der Wasserlauf wurde so entkoppelt vom Teich." "Wieso liess man es nicht zusammen?" "Das ist für mich ein Irrsinn, denn ein Naturteich, wo Wasser verdunstet, muss nachgefüllt werden mit Hahnenwasser, damit der Wasserüberlauf im Lichtschacht funktioniert." "Sie sagten, Sie hätten es so geändert, dass der Überlauf in den Lichtschacht funktioniere, unabhängig vom Wasserstand im Teich. Heisst das, dass vor Ihrer Arbeit dieser Überlauf nicht so funktioniert hat, dass er auch funktioniert, wenn der Wasserstand zu tief ist?" "Er musste immer einen Wasserstand haben, damit der Über-

- 61 - lauf gewährt ist. Unser Wasserstand kann heute bis zu 20-25 cm schwanken und er funktioniert trotzdem." "Damit es vor Ihrer Arbeit funktionierte, musste Herr B. _____ jeweils Hahnenwasser hinzufliessen lassen, damit der Überlauf über- haupt funktioniert?" "Ja, aber das ist Gift für einen Naturteich. Das darf man nur in Ausnahmefällen machen. Naturteich ist Wasser, das sich mal eingestellt hat und zwar über Jahre." "Ist dieser Zustand, wie Sie ihn vorgefunden hatten, in dem Fall mangelhaft gewesen?" "Ja, aus meiner Sicht sehr, nach unserem System." "Sie sagten, es sei mangelhaft gewesen. Aber ein Mangel kann nie beurteilt werden aus Sicht eines anderen Systems. Sie haben aber eine Systemänderung vorge- nommen:" "Das muss man in zwei Teilen beantworten. Eines ist Stand der Tech- nik Schwimmteichbauen und andererseits aus Stand der Ausführung. Stand Sys- tem ist eines und Stand der Ausführung ist das andere. So wie es gemacht war mit den Folien, kenne ich nicht. Das ist meines Wissens nicht der Stand der Technik. Es ist klar, dass ich nachher mein System und mein Wissen einfliessen liess, damit es nun funktioniert." "Als sie dieses Werk, also den Teichbau ange- troffen haben, was haben Sie gedacht?" "Das war ein Bastler." (Prot. VI S. 162 bis S. 165). Zu den bei der Teichsanierung vorgenommenen Arbeiten habe die Neu- erstellung sämtlicher Ränder, die Erstellung einer funktionierenden Wasserzirkulation und die Vermehrung des Pflanzanteils unter Wasser (weil es zur Reinigung des Naturteichs zu wenig Pflanzen gehabt habe), die Sanierung des Bachlaufs und die Erstellung von Pflanzenfilter (Schilfbeet zur Reinigung des Wassers) ge- hört (Prot. VI S. 166). Diese Arbeiten seien in die Rechnung vom 30. November 2004 über Fr. 57'186.50 eingeflossen (unter dem Titel Schadenfall Teich und Bachlauf; act. 145/26; Prot. VI S. 166). Zu den Umgebungsarbeiten (Schadenfall Umgebung) gehöre act. 176/3. Alles, was in der Zusammenstellung Umgebungs- arbeiten/Schadenfall vom 28. November 2004 (act. 176/3) aufgeführt sei, sei im Zusammenhang mit den Sanierungsarbeiten angefallen. Es seien in diesen Rechnungen keine Extras verrechnet worden. Obwohl er sich an die einzelnen Arbeiten nicht mehr im Detail erinnern könne, seien dies die Arbeiten, die sich aufgedrängt hätten. Es habe noch Zusatzarbeiten (beispielsweise einen Trog, ei- ne Art Natursteinbrunnen) gegeben, die jedoch nicht in den erwähnten Rechnun- gen aufgeführt seien. Er könne den Betrag von rund Fr. 57'000.00 für Wiederin-

- 62 - standstellungsarbeiten bezeugen (Prot. VI S. 167). Zur Plansituation gab der Zeuge an, er habe nur die Pläne der M. _____ AG gehabt und seinen eigenen Plan zur Sanierung des Teichs (Prot. VI S. 165). Auch der Zeuge Q. _____ bestä- tigte, dass er zwar einen groben Plan, eine Skizze, erhalten habe, es jedoch keine Detailpläne gegeben habe (Prot. VI S. 91). Er habe keine Pläne im eigentlichen Sinn gehabt, lediglich einen Gesamtplan mit der Gartenanlage, gezeichnet von der Firma U. _____ (Prot. VI S. 95). Zur Funktionsfähigkeit seines Systems depo- nierte Q. _____, das Problem sei gewesen, dass der Teich 100% Wasser habe führen müssen, damit der Überlauf für den Wasserlauf in den Lichthof funktioniert habe und der Kreislauf geschlossen sei (Prot. VI S. 92). Es sei zu wenig Wasser im Schacht gewesen. Nach einem Gutachten beim hydrologischen Institut über die Wasserverdunstung hätten sie ausrechnen können, wie viel Frischwasser sie hätten hinzugeben müssen, was sie dann auch gemacht hätten (Prot. VI S. 93). Ob das Notfallsystem mit der Stauklappe tauglich gewesen sei, könne er nicht beurteilen (Prot. VI S. 93). Der Zeuge W. _____ sprach zwar davon, dass das Sys- tem der Biotop-Anlage bei der Abnahme funktioniert habe, musste jedoch eben- falls eingestehen, dass er danach vom Beklagten kontaktiert worden sei, weil sich unter dem Wasserfall zu viel Wasser angesammelt habe. "Es hat einen Schacht gehabt. Der schluckt das Wasser nicht. Es gab auch einen Lüftungskanal in das Haus des Beklagten und der Beklagte hatte Angst, dass so

Wasser ins Haus kommen kann. Ich hatte zwei bis drei Besprechungen mit dem Beklagten. Wir diskutierten Lösungen. Es zeichnete sich etwas ab, dass es eine Lösung gibt, dass die Sicherheit gewährleistet ist. Der Beklagte wollte das dann noch mit seinem Anwalt besprechen, weil die Lösung auch finanzielle Konsequenzen hatte. Dann war die Sache für uns eingeschlafen." Auf die Frage, ob diese von ihm vorgeschlagene Lösung der Erhöhung der Sicherheit gedient hätte, antwortete er, dass es eine Option gewesen sei (Prot. VI S. 153 f.). Selbst I._____, Mehrheitsaktionär und von deren Gründung bis Anfang 2007 Präsident und CEO sowie danach Präsident und Abteilungs- bzw. Projektleiter der Klägerin, musste in seiner Zeugeneinvernahme vom 25. Januar 2008 eingestehen, dass dem ursprünglichen System Wasser zugeführt werden müssen und dieses Problem nie endgültig gelöst worden sei. Wörtlich sagte er auf die

- 63 - Frage, ob das von ihm vorgängig beschriebene System der Biotop- bzw. Schwimmteichanlage/Steuerung einmal funktioniert habe: "... Der Schwimmteich funktioniert heute, aber ohne Wasserfall. Unser Schwimmteich hat auch funktioniert, aber nicht immer, nämlich dann nicht, wenn es zu wenig Wasser hatte." "Haben Sie das Problem der Verdunstung bedacht?" "Ich bin nicht mehr ganz sicher, aber ich denke wir haben im Schacht einen Wasserzufluss, wo man Wasser ergänzen kann. Ich weiss nicht mehr, ob wir das über das Niveau (wenn das Wasser unter bestimmtes Niveau fällt, wird automatisch der Wasserhahn aufgemacht) oder manuell einstellbar gemacht haben, also dass man den Wasserhahn aufdrehen muss und von Hand Wasser zutun muss. Ob wir das gemacht haben, Wasserzufluss automatisch, weiss ich nicht mehr. Ich müsste in den Schacht schauen. Der Bauherr wollte einen Wasserfall, aber es" ist "richtig, unser Wasserfall hat immer wieder einen Unterbruch gehabt. Der Beklagte hat bis heute das Verständnis nicht aufgebracht, dass wir, damit wir den Betrieb Wasserfall aufrechterhalten wollen, Wasser zuführen müssen. Diese Wasserzufuhr unten im Schacht hat ihm nicht gepasst." "Was haben Sie gemacht?" "Dieser Fall wurde nie endgültig gelöst, darum sind wir unter anderem hier. Irgendwann hörte die Diskussion auf." Auf Wiederholung der Frage: "Ich habe Abmahnungen verschickt." (Prot. VI S. 339 f.). Auf Ergänzungsfragen von RA Y._____, ob er richtig verstehe, dass der Bach nur bei genügend Wasser geflossen sei: "Ja." "Das heisst, wenn der Wasserfall oder die Pumpe nicht läuft, dann steht das System still?" "Ja, bis es wieder genügend Wasser hat. Deshalb wurde auch die Wasserzufuhr gebaut." "Und Sie sagen das System hat funktioniert?" "Ja." (Prot. VI S. 342). Auch zu den Planungsgrundlagen bestätigte I._____ im Grundsatz, dass die Klägerin keinen detaillierten Plan betreffend die Biotop-Anlage erstellte (Prot. VI S. 340 f.: Ich habe bereits erklärt, dass man für den Gartenbau keinen zentimetergenauen Plan machen kann." "Und Plan in Bezug auf das Biotop?" "Architekt N._____ hat mit 35/167 eine erste Vorgabe gemacht. Dann hat er mit den Teichbauern Q._____/W._____, U._____, V._____ Diskussionen geführt, und daraus ist eine vermasste Skizze entstanden. Ob diese Skizze bei den Akten ist weiss ich nicht. Aufgrund dieser Planskizze hat dann V._____ eine Offerte gemacht, die zwischen Fr. 80'000.00 und Fr. 90'000.00 für das Biotop betrug." "Q._____ sagte

- 64 - als Zeuge, er habe keinen Plan gehabt:" "Er musste für seine Arbeit selber einen Plan machen. Für uns (Klägerin und N._____) war es das erste Mal, dass wir einen Schwimmteich gemacht haben. Wir mussten daher jemanden engagieren, der Erfahrung hat im Schwimmteichbau, das war zuerst U._____, als das dann zu teuer war, suchten wir einen anderen und fanden Q._____/W._____, über Beziehung N._____/O._____. Q._____/W._____ hat das Ganze für Fr. 45'000.00 offeriert." "Wir haben einen Plan

gemacht, die Skizze von Q._____/W._____. Wenn das Mass stimmt, genügt es. Es war eine A3-Skizze, die Angaben von Q._____/W._____ wurden dort von N._____ skizziert und vermasst." ... "Haben Sie Pläne für das Biotop/Schwimmteich und den Gartenbau gemacht?" "Nein. Ich habe nur Handskizzen gemacht. Wir haben keine Pläne gemacht, aber die Unter- nehmen haben Skizzen gemacht. Diese genügen, wenn die Masse drin sind." (Prot. VI S. 345). Auf Ergänzungsfrage von Rechtsanwalt Y._____, ob er richtig verstanden habe, dass es ausser dem Plan von N._____ für die Baueingabe kei- ne Pläne gegeben habe, sondern nur Skizzen: "Ja." "Was ist der Unterschied zwi- schen einem echten Plan und einer Skizze, welche Massangaben drin hat?" "Ein echter Plan ist nach heutigem Verständnis mit Massstab, CAD oder Computer gezeichnet. Wenn etwas von Hand gezeichnet ist, mehr oder weniger massstab- getreu, mehr oder weniger vermasst, ist es eine Skizze." (Prot. VI S. 346). Obwohl er angab, er verstehe nicht, weshalb nach dem Kanal gesucht worden sei, ge- stand er doch ein, dass "wenn man nach dem Kanal sucht, so wie es gemacht wurde" "auch Instandstellungskosten" anfallen (Prot. VI S. 349). Die pauschalen Vorwürfe an die Adresse des Zeugen K._____, wonach er interessengesteuert im Sinne des Beklagten ausgesagt haben soll, sind somit nicht geeignet, dessen glaubhafte, durch mehrere weitere Zeugen gestützte Dar- stellung ernsthaft in Frage zu stellen. Bei diesem Ergebnis schadet die von der Klägerin in der Berufung monierte fehlende Einreichung der von ihm verfassten Pläne durch den Beklagten oder den Zeugen K._____ (act. 255 S. 18) der Zuver- lässigkeit seiner Angaben nicht. Die Berücksichtigung des Berichts der M._____ AG vom 3. September 2001 und der Angaben des Zeugen K._____ durch die Vo- rinstanz zum Beweis fehlender Planungsgrundlagen (dass für die gesamte Teich- anlage kein Plan erstellt worden sei und der Beklagte mehrfach einen Plan ver-

- 65 - langt habe), mangelhafter Planung und ebensolchem Bau sowie des Umfangs der Sanierungsarbeiten (Leitungssuche, schweres Räumgerät) ist somit nicht zu be- anstanden. Bereits aufgrund der vorstehend zitierten Zeugenaussagen ist ohne vernünf- tige Zweifel erstellt, dass nach Vollendung des Teichs (Abgabe gemäss Klägerin am 14. Dezember 1998; act. 255 S. 18 N 57) kein detaillierter, korrekt vermasster Plan der effektiv gebauten Biotop-Anlage inklusive deren unter- und oberirdi- schem Wasserkreislauf vorhanden war. Die Klägerin behauptet auch in der Beru- fung nicht, dass ein derartiger Plan der gesamten Schwimmteichanlage vorhan- den gewesen sei, stellt sich jedoch auf den Standpunkt, es seien dennoch ausrei- chend Planungsgrundlagen für die Sanierung vorhanden gewesen (act. 255 S. 18 f. N 58). Dazu verweist sie einerseits auf den Plan der U._____ AG vom 4. April 1998 (act. 35/167; act. 255 S. 18 f. N 58). Die U._____ AG war jedoch le- diglich bezüglich der Umgebung mit Planungs- und Organisationsarbeiten betraut und nicht mit dem eigentlichen Bau der Biotop-Anlage (V._____ in Prot. VI S. 99: "Ich war der zuständige Bauführer, verantwortlich für Organisation, Projekt, Arbeit, Bestellung von Material, Einsatz Arbeiter und Ausführung." und in Prot. VI S. 100: "Einmal ist dem Teichbauer das Material zusammengebrochen. Das war nicht un- sere Aufgabe. Das war die Aufgabe des Teichbauers."; vgl. auch Prot. VI S. 101). Da die Grösse des Schwimmteichs selbst gemäss Klägerin erst während des Baus definiert wurde (act. 255 S. 18 f. N 58), müsste ein ausreichender Plan wei- ter zu einem Zeitpunkt während des Baus oder danach erstellt worden sein. Be- reits aus diesem Grund kann der Plan der U._____ AG vom 4. April 1998 dem- nach nicht genügen. Daneben handelt es sich beim Dokument in act. 35/167 um einen Gartenplan, wie er wohl für die Bepflanzung, die Anlage von Wegen und dergleichen ausreicht. Für den Bau einer Schwimmteichanlage wie die beim Be- klagten erstellte mit Bachlauf, Teich mit Regenerierungs- und Schwimmzone und Wasserfall (nota

bene gegen ein Wohn- und Geschäftsgebäude) mit den zum Betrieb erforderlichen Pumpen und anderen technischen Einrichtungen gilt das jedoch nicht. Auf dem Plan sind denn auch keinerlei unterirdischen Leitungen oder Gebäudeteile eingezeichnet, insbesondere auch nicht der fragliche Lüftungskanal unter dem Teich, welcher im Rahmen der Sanierung von der T._____ AG hatte

- 66 - gesucht werden müssen. Andererseits stützt sich die Klägerin auf einen Plan des Architekten N._____ vom 9. Februar 1998 (ursprünglich vom 10. November 1997; act. 157/6; act. 255 S. 18 f. N 58). Auch dieser Plan muss aufgrund seiner Datierung (Revisionsdatum) vor dem Bau des Schwimmteichs erstellt worden sein. Gemäss eigenen Angaben des Zeugen N._____ hatte er mit der Firma P._____, die den Teich schliesslich erstellte, denn auch nie etwas zu tun (Prot. VI S. 261). Auch hier kann demnach der Teich nicht in seiner effektiven Grösse eingezeichnet sein. Entsprechend sprach auch der Zeuge N._____ in seiner Einvernahme vom 17. Januar 2008, davon im von ihm gezeichneten Plan sei der Schwimmteich als Entwurf eingetragen gewesen (Prot. VI S. 260). Dann ergänzte der Zeuge, es gebe einen Plan, wo Lage und Höhe des Lüftungskanals vermessen sei. Der Planausschnitt gehe mindestens über das Haus hinaus, allerdings umfasse er nicht den Garten. Die Schnittstelle Lüftungskanal/Teich, also der Bereich, wo der Lüftungskanal unter den Teich eintrete, sei noch auf dem Plan vermerkt, aber nicht mehr, wie der Lüftungskanal unter dem Teich verlaufe. Allerdings habe man zwei Punkte, denjenigen an dem der Kanal aus dem Haus herauskomme und denjenigen, wo er wieder aus dem Boden heraustrete. Diese Punkte seien auf dem Plan ersichtlich. Die Konstruktion des Kanalverlaufs sei daher "keine Hexerei" (Prot. VI S. 261). Auf Vorhalt von act. 157/6 bestätigte der Zeuge N._____, dass dies sein Plan und der Kanal gerade eingezeichnet sei. Ob er auch gerade gebaut worden sei, wisse er nicht. Im Bereich des Hauses sei er jedenfalls gerade gewesen. Für den Bereich Schwimmteich könne er dies nicht sagen (Prot. VI S. 262). Auf dem Dokument in act. 157/6 ist zwar der fragliche Lüftungskanal eingezeichnet, allerdings umfasst der Planausschnitt lediglich den Bereich des Austritts des Kanals aus dem Haus, den Teil des Lichthofs und den Schwimmbereich des Teichs. Es kann somit keine Rede von einer ausreichenden planmässigen Erfassung des Lüftungskanals sein. Die planmässige Erfassung endet vielmehr hinter dem Schwimmbereich des Teichs und zwar in der einmal entworfenen, nicht der effektiv gebauten Grösse. Abgesehen davon, dass der Teich selbst nach Darstellung der Klägerin in anderer als ursprünglich gedachter Grösse erstellt wurde, ist bereits der Bereich des Teichs ausserhalb des Schwimmteils vom Plan nicht mehr erfasst. Auch eine allfällige vermasste Skizze von Q._____ (P._____) als

- 67 - Grundlage für den Plan des Architekten könnte daran nichts ändern. Da kein Plan über den Verlauf des Lüftungsschachts nach Ende des Schwimmbereichs bestand, war demnach die Suche nach der Leitung (auf welche Art und mit welchen technischen Hilfsmitteln auch immer) notwendig. Dies wird selbst von der Klägerin nicht in Abrede gestellt (act. 255 S. 20 N 66). Die Folgerung der Vorinstanz, dass der Beklagte für die spätere Instandstellung der Teichanlage über keine genügenden Planungsgrundlagen verfügt habe (act. 250 S. 129 = act. 256/1 S. 129 = act. 257 S. 129), ist somit nicht zu beanstanden. Entgegen der Ansicht der Klägerin erfolgte die Zerstörung des Gartens dann nicht durch die Eruierung des Kanalverlaufs, sondern durch dessen Ausgrabung. Es leuchtet ein, dass die Freilegung eines Betonkanals vom Umfang von 36 x 56 cm (vgl. selbst klägerische Darstellung in act. 255 S. 20 N 66) in einem Privatgarten - zumal bei

beengten Verhältnissen (vgl. S. _____ in Prot. VI S. 136) - zu erheblichem Wiederherstellungsaufwand führt. Aufgrund der Ausmasse des Kanals handelte sich nämlich nicht einfach nur um ein auszuschaufelndes Rohr. Die Umnutzung des Lüftungskanals auch zur Entwässerung führte gemäss Angaben der Zeugin S. _____ zudem dazu, dass er zum Anschluss an die Kanalisation tiefer verlegt werden musste (Prot. VI S. 138). Dazu bestätigte auch die Zeugin S. _____, welche bei der T. _____ AG die Arbeiten im Zusammenhang mit dem Lüftungskanal ausführte (bzw. ausführen liess), in ihrer Einvernahme vom 12. Oktober 2007, dass man zwar den Teil des Kanals unter dem Teich, jedoch nicht das Teilstück vom Teich bis zum Austritt gekannt habe. Daher hätten die Leitungen "sondiert" (= mit einer Sonde untersucht) und von Hand ausgegraben werden müssen. Die ursprüngliche Leitungsführung habe am Ende des Teichs abgebrochen werden müssen. Sie hätten einen Blindschacht gemacht und dann das so zusammengenommene Wasser in den neu erstellten Schacht abgeführt. Die Leitung des Lüftungskanals sei komplett neu erstellt worden. Es habe die Arbeit erschwert, dass man für das Teilstück keinen Plan gehabt habe. Die Platzverhältnisse seien relativ eng gewesen (Prot. VI S. 136). Auf Ergänzungsfrage von Rechtsanwalt Z. _____, ob es nicht naheliegend sei, dass man die Lüftung in einer Geraden zwischen Ende der Leitung beim Teich und deren Austritt aus dem Boden baue, ergänzte die Zeugin

- 68 - S. _____: "Logisch wäre es, aber es war nicht so ausgeführt." "Wie war es ausgeführt?" "Der Kanal hatte mindestens zwei Bögen drin einer war ein 90 Grad Winkel und der andere weiss ich nicht mehr." (Prot. VI S. 138). Dann führte die Zeugin aus, dass sie die Leitungen hätten sondieren und danach freilegen müssen. Sie hätten einen kleinen Bagger einsetzen müssen. Darum sei der Garten kaputt gegangen. Die Leitungen seien frisch verlegt und die Leitungsführung anders gemacht worden. Die Bögen seien nun nicht mehr drin. Das Biotop habe zum Teil abgebrochen werden müssen. Zuerst hätten sie das Wasser abgepumpt und dann südseitig von der Wand mit den Luken fünf Meter Richtung Westen abgebaut. Auf Nachfrage von Rechtsanwalt Z. _____, wie und warum die Leitungen neu und anders verlegt worden seien, ergänzte sie: "Weil mir das so beauftragt wurde." "Wie anders?" "In eine andere Richtung (begradigt) und in eine andere Höhe. Wir machten einen tiefen Graben, weil wir auch den neu gebauten Schacht an die Kanalisation anschliessen mussten. In diesem Graben sind wir dann weitergefahren." (Prot. VI S. 138). Auch die mangelhafte Planung und der ebensolche Bau des Schwimmteichs geht bereits deutlich aus den vorstehend zitierten Zeugenaussagen von K. _____, L. _____, Q. _____/W. _____, S. _____ sowie I. _____ hervor. Daneben gestand selbst I. _____ noch am 23. Juli 1998 ein, dass "die Sicherheit der Schwimmteichanlage bei Stromausfall oder bei Ausfall einer Pumpe" nicht gegeben sei (act. 178/60 S. 3). In der Abmahnung an die Firma P. _____ formulierte er: "Sie haben eine Teichanlage aufgebaut, welche die Sicherheitsbedürfnisse des Bauherrn, die er billiger "[richtig wohl: billigerweise]" erwarten darf, in folgenden Punkten nicht gewährleistet." ... "Bei Stromausfall oder Defekt der Pumpe sind keine Sicherheitsmassnahmen gegen das Überlaufen im Lichthof vorhanden. Mögliche Folgen: Bei längerer Abwesenheit des Eigentümers (z.B. ferienhalber) und starkem Regenfall wird der Wasserstand im Lichthof den Brunnenrand übersteigen, das Wasser in den Lichthof und die unteren Räume der Wohnanlage infiltrieren." ... "Wenn durch Regenwasser die Gesamtmenge des sich im Umlauf befindenden Wassers um mehr als die Verdunstungsrate steigt, ist keine Sicherheit gegen Überlaufen im Lichthof vorhanden. Mögliche Folgen: Der Meteorwasserzufluss steigert das Wasservolumen, der Anteil, welcher durch die Pumpe weggepumpt

- 69 - wird, kommt in der gleichen Menge durch den "Grotten-Bach" wieder in den Teich zurück. Sobald bei längeren Regenperioden der Meteorwasserzufluss grösser ist, als die Verdunstungsmenge, steigt das Wasserniveau willkürlich an bis zur Höhe des Überlaufens im Brunnentrog im Lichthof. Aufgrund Ihrer Offerte, erstellen Sie eine Teichanlage. Wir gehen davon aus, dass diese Teichanlage komplett und betriebsbereit erstellt wird. Aufgrund der Sachlage erachten wir als gegeben, dass mit dieser Formulierung die Anschlüsse Ihrer Anlage an benachbarte Bauteile sowie die Sicherheit der Betrieb der Anlage mit Ihrem Umfang abgedeckt wird." (act. 178/61). Am 9. November 1999 wurde gemäss Protokoll von beiden Parteien auf dem beklagtes Grundstück unter dem Titel "Biotop (Sicherheit, Funktion, Bepflanzung)" festgestellt, dass "das Biotop momentan nicht funktionsfähig" sei (act. 145/24 S. 1). Von der Klägerin sollte zudem getestet werden, ob das Wasser vom Pumpenschacht tatsächlich via Überlauf in den Fäkalienschacht geraten könne und für den Entscheid, ob die Sicherheitseinrichtungen ausreichend seien überprüfen wie hoch die Staubilanz der vorhandenen Anlage sei (act. 145/24 S. 1). Aus den erwähnten Dokumenten erhellt zudem, dass die Biotop-Anlage von Mitte Juli 1998 bis Mitte November 1999 und damit auch Mitte Dezember 1998 (durch Klägerin behaupteter Abnahmetermin) nicht funktionsfähig war. I._____ musste in seiner Zeugeneinvernahme vom 25. Januar 2008 eingestehen, dass dem ursprünglichen System Wasser habe zugeführt werden müssen und dieses Problem nie endgültig gelöst worden sei (Prot. VI S. 339 f.). Eine Beweissicherung oder ein Gutachten war bei dieser Sachlage nicht notwendig. Am hinreichenden Beweisergebnis ändert auch nichts, dass der für die Umgebungsarbeiten zuständige V._____ der U._____ AG in seiner Zeugenaussage vom 8. Oktober 2007 ausführte, die Teichanlage habe funktioniert, als er die Baustelle verliess (Prot. VI S. 101 f.). Auch der Zeuge V._____ selber erklärte, er sei nicht für den Teichbau zuständig gewesen und er kenne dessen System- und Technikablauf nicht (Prot. VI S. 100 ff. und S. 110). Die alleinige Bemerkung von V._____, wonach die Anlage im Zeitpunkt seines Verlassens der Baustelle funktioniert habe, vermag die glaubhaften, untereinander abgestützten Aussagen der mit dem Teich unmittelbar befassten Personen nicht umzustürzen. Dies umso mehr, als er als für

- 70 - den Teichbau nicht direkt zuständige Person bei (allenfalls späteren) Funktionsausfällen des Biotopsystems auch nicht kontaktiert worden wäre. Entgegen der Vorbringen der Klägerin in der Berufung (act. 255 S. 19 N 60) hat der Beklagte auch bezüglich Teich und Bachlauf Mängelrüge erhoben. Es kann hierzu auf das vorinstanzliche Urteil verwiesen werden (act. 250 S. 92), zumal auch die Klägerin in der Berufung nicht dartut, weshalb diese Erwägungen unzutreffend sein sollten. Ebenso wenig wurde geltend gemacht, dass die Mängelrüge nicht innert der Frist gemäss Art. 8.4. Abs. 1 AVB erfolgt sei. Dies zu Recht, weil die Rüge sowohl ab Mitte Dezember 1998 als auch einer vermuteten Ingebrauchnahme frühestens im Frühling 1999 fristgerecht vorgenommen worden wäre. Dies ungeachtet davon, dass vor Vorinstanz letztlich beide Parteien darin übereinstimmten, dass nie eine Abnahme des Werks im Sinne von Art. 159 SIA-Norm 118 stattgefunden habe (act. 15 S. 14 f.; act. 155 S. 14; act. 39 S. 59 ff.; auch wenn die Klägerin in der Replik noch [Teil]abnahmen des Projekts I am 31. Dezember 1997, des Projekts II am 6. bzw. 11. Juli 1998, der Gartenarbeiten am 27. November 1998 sowie des Schwimmteichs am 14. Dezember 1998 geltend gemacht hatte [act. 33 S. 76 f.]). Zum Beweis, dass es sich beim vom Beklagten geltend gemachten Verrechnungsanspruch von Fr. 57'186.50 um reine Wiederherstellungskosten und nicht um solche betreffend Gartenumgestaltung gehandelt hatte, stützte sich die Vorinstanz auf die Angaben des Teichsanierers L._____ und

diejenigen des Be- klagten. Entgegen der Vorbringen der Klägerin (act. 255 S. 20 N 62) sagten beide übereinstimmend aus, es seien zwar auch Zusatzarbeiten ausgeführt worden, die jedoch separat in Rechnung gestellt worden und im fraglichen Betrag nicht inbe- griffen seien (L._____ Prot. VI S. 166 ff. und Beklagter Prot. VI S. 397). Die Einho- lung eines Gutachtens (act. 255 S. 20 f. N 66) als Darstellung von Schlussfolge- rungen aus Erfahrungssätzen für die tatsächliche Beurteilung eines Geschehens oder Zustands durch einen oder mehrere Sachverständige, war bei diesem Er- gebnis weder notwendig noch tauglich. Angesichts der von L._____ ausgeführten Arbeiten kann ferner auch nicht gesagt werden, dieser habe keinerlei Mängel beseitigt, sondern lediglich das von

- 71 - ihm verkaufte System implementiert (wohl gemeint installiert; act. 255 S. 18 N 57). Dass beispielsweise Teichfolie auf irgendeine Weise fixiert werden muss, leuchtet auch einem Laien ein (vgl. dazu Prot. VI S. 162). Dass L._____ für die Behebung dieses Mangels und die Befestigung auf sein System zurückgriff, ist nicht zu be- anstanden. Die Implementation seines Systems im eigentlichen Wortsinn, d.h. das Einbauen einzelner seiner Elemente in ein bestehendes System zur Erstel- lung einer funktionsfähigen Anlage liegt durchaus im Sinne einer effektiven und kostengünstigen Mängelbeseitigung. Nach dem Gesagten ist das Ergebnis der Vorinstanz, wonach dem Beklag- ten die Beweise der mangelhaften Erstellung des Biotops durch die Klägerin so- wie der Sanierungskosten von insgesamt Fr. 57'186.50 gelungen und der diesbe- zügliche Verrechnungsanspruch des Beklagten somit ausgewiesen sei (act. 250 S. 133 = act. 256/1 S. 133 = act. 257 S. 133), nicht zu beanstanden.

E. 12

Aus den angeführten Gründen erweist sich die Berufung im restlichen Umfang des Titels Werklohnforderung als unbegründet. An der Werklohnforde- rung hat sich durch die Handänderung nichts geändert. Die Forderung richtet sich nach wie vor gegen den Beklagten als Vertragsschuldner. IV. Bauhandwerkerpfandrecht

E. 13

Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB gibt dem Handwerker zur Sicherung seiner Werklohnforderung ein gesetzliches Pfandrecht am Grundstück, auf dem er gear- beitet hat (Bauhandwerkerpfandrecht). Beklagte Partei ist die Grundeigentümerin. Keine Rolle spielt, wer dem Handwerker den Auftrag erteilt hat (beispielsweise auch ein Architekt oder Generalunternehmer). Dies gilt auch für den Fall, dass ein Grundstück nach Arbeitsende den Eigentümer wechselt. Da sich der Anspruch des Handwerkers auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts stets gegen den jeweiligen Grundeigentümer richtet, besteht der Eintragungsanspruch dies- falls gegen den neuen Eigentümer. Dies hat zur Folge, dass auch ein Grundei-

- 72 - gentümer, der nicht Besteller der jeweiligen Arbeit war, mit dem Bauhandwerker- pfandrecht konfrontiert werden kann. Der Beklagte übertrug die belastete Liegenschaft an der ...-Strasse .. in H._____ am 19. Dezember 2011 (nach Ausfällung des vorinstanzlichen Urteils, aber vor Zustellung desselben an die Parteien) auf seine Kinder C._____, D._____ und E._____ (act. 268 S. 1 f.; act. 270 und act. 273). Letztere traten mit Bezug auf das Rechtsbegehren auf definitive Eintragung des Bauhandwerker- pfandrechts Ende Mai 2012 in den obergerichtlichen Prozess ein (act. 273 S. 2). Nach dem Gesagten steht die Veräusserung des belasteten Grundstücks der de- finitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts allerdings nicht entgegen.

E. 14

Voraussetzung für das - hier: altrechtliche - Pfandrecht ist neben einer Arbeitsleistung (mit oder ohne Materiallieferung), dass zwischen dem Abschluss der Hauptarbeiten (sogenannter "letzter Hammerschlag") und Anmeldung beim Grundbuchamt nicht mehr als drei Monate verstrichen sind (vgl. Art. 839 Abs. 2 aZGB). Die Erfüllung der weiteren Voraussetzungen für die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ist unbestritten (act. 273 S. 3). Die entsprechende Anweisung der Vorinstanz an das Grundbuchamt G. _____ um definitive Eintragung im Grundbuch ist somit ebenfalls nicht zu beanstanden.

E. 15

Zusammenfassend ist somit die Berufung im Restumfang abzuweisen und das Urteil der 1. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 5. Dezember 2011 zu bestätigen. V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 16

Die Festsetzung der Höhe der vorinstanzlichen Gerichtskosten wurde nicht angefochten.

E. 17

a) Die Vorinstanz erwog zur Verlegung ihrer Kosten, der Streitwert habe gemäss angepasstem klägerischem Rechtsbegehren rund Fr. 452'000.00 be-
- 73 - tragen. Nachdem die Klägerin nur im Umfang von rund Fr. 56'000.00 obsiege, wären die Kosten ihres Verfahrens zu 7/8 der Klägerin und zu 1/8 dem Beklagten aufzuerlegen. Da der Beklagte indessen mit seinen verrechnungsweise gegen-
übergestellten Forderungen überwiegend unterliege, rechtfertige es sich, ihm die Kosten zu 1/3 aufzuerlegen, dem Kläger zu 2/3. In gleichem Ausmass seien die Kosten des Verfahrens ES990011 des Bezirkgerichts Hinwil (Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkgerichts Hinwil vom 10. Mai 1999) unter den Parteien aufzuteilen (act. 250 S. 141 f. = act. 256/1 S. 141 f. = act. 257 S. 141 f.). Entsprechend schulde die Klägerin dem Beklagten gemäss § 68 Abs. 1 ZPO/ZH eine auf einen Drittel reduzierte Prozessentschädigung. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) sei die Grundgebühr auf Fr. 22'400.00 festzusetzen und sie in Anwendung von § 11 Abs. 1 und 3 AnwGebV unter Berücksichtigung des aufwändigen Prozesses zu verdoppeln. Unter diesen Umständen sei die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten eine reduzierte Entschädigung in der Höhe von Fr. 16'000.00 inklusive Mehrwertsteuer zu bezahlen (act. 250 S. 142 = act. 256/1 S. 142 = act. 257 S. 142). b) Dagegen machte die Klägerin in ihrer Berufung geltend, der Streitwert des vorinstanzlichen Verfahrens habe ca. Fr. 452'000.00 betragen. Da sie im Umfang von insgesamt Fr. 287'272.35 obsiege, wären die Kosten der drei Verfahren zu 3/5 dem Beklagten und zu 2/5 der Klägerin aufzuerlegen. Der Beklagte unterliege jedoch mit seinen verrechnungsweise geltend gemachten Forderungen von Fr. 470'000.00, Fr. 14'000.00, Fr. 5'000.00, Fr. 29'500.00, Fr. 62'085.00, Fr. 13'730.00 und Fr. 57'186.50 vollständig, weshalb es sich rechtfertige, dem Beklagten die Kosten der drei Verfahren zu 3/4 und der Klägerin zu 1/4 aufzuerlegen. Der Beklagte schulde der Klägerin für die drei Verfahren eine auf 3/4 reduzierte Prozessentschädigung (act. 255 S. 21 f.). c) Der Streitwert vor Vorinstanz betrug unbestrittenermassen Fr. 452'000.00. Die von der Vorinstanz zu Recht als offen festgestellte Werklohnforderung der Klägerin betrug Fr. 113'462.80. Unter Berücksichtigung der ausgewiesenen, zur

- 74 - Verrechnung gestellten Sanierungskosten des Beklagten betreffend mangelhaft erstelltes Biotop von Fr. 57'186.50, resultiert gemäss mit vorliegendem Entscheid bestätigter Ansicht der ersten Instanz ein Anspruch der Klägerin auf Werklohn von Fr. 56'276.30 (zuzüglich Zins von 5% seit 1. Mai 1999). Damit unterlag sie im vorinstanzlichen Verfahren zu 7/8, und die Kosten wären in diesem Verhältnis zu verlegen gewesen. Ein Abweichen von der Regel nach § 64 Abs. 2 ZPO/ZH aufgrund der ungeschützten Verrechnungsforderungen des Beklagten rechtfertigte sich nicht. Berechtigte Verrechnungsforderungen der Gegenpartei sind vielmehr bei der Bestimmung des Klageumfangs durch den Kläger zu berücksichtigen und vom ursprünglich als begründet angesehenen Anspruch in Abzug zu bringen, unter entsprechenden Kosten- und Entschädigungsfolgen bei Unterlassung. Allerdings ist die Rechtsmittelinstanz bei Geltung des Dispositionsgrundsatzes an die Rechtsmittelbegehren gebunden. Sie darf dem Rechtsmittelkläger nicht weniger zusprechen, als dies die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid getan hat, ausser die Gegenpartei habe selber ein Rechtsmittel ergriffen (CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER, a.a.O., S. 109 f.). Aufgrund dieses sogenannten Verbots der reformatio in peius bleibt es vorliegend bei der Verlegung der Kosten durch die Vorinstanz.

E. 18

a) Grundlage der Gebührenfestsetzung für das Rechtsmittelverfahren bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV vom 8. September 2010). Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt rund Fr. 231'000.00 (vgl. auch act. 255 S. 5 und act. 263 S. 3). Daraus ergibt sich eine (ordentliche) Grundgebühr von rund Fr. 14'000.00 (§ 4 Abs. 1 GebV in Verbindung mit § 12 GebV). Diese Gebühr ist zufolge Klagenhäufung von Werklohnforderung und Pfandrecht nach § 4 Abs. 2 GebV angemessen auf Fr. 19'000.00 zu erhöhen. Im Rahmen dieser Erhöhung der Grundgebühr ist zu berücksichtigen, dass im Berufungsverfahren vor dem Endentscheid zwar lediglich zwei alltägliche Zwischenentscheide (betreffend Kostenvorschuss und Berufungsantwort) erforderlich waren und ein kurzes Schreiben des Referenten betreffend Handänderung notwendig wurde.

- 75 - Allerdings erwies sich der Rechtsmittelprozess nicht zuletzt auch aufgrund des Aktenumfangs als überdurchschnittlich anspruchsvoll. Kosten im Sinne von Art. 95 Abs. 2 ZPO sind im vorliegenden Verfahren nicht entstanden. b) Ausgangsgemäss wird grundsätzlich die Klägerin für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). In ihrer Stellungnahme vom 24. April 2012 zum Schreiben des Referenten vom 20. April 2012 beantragte die Klägerin für den Fall, dass die Gesamteigentümer ihre Zustimmung zum Parteiwechsel bezüglich Bauhandwerkerpfandrecht erteilen sollten, die Kosten für diesen Mehraufwand im Berufungsverfahren unabhängig vom Ausgang des Berufungsverfahrens den Beklagten aufzuerlegen und die Klägerin dafür angemessen zu entschädigen. Da der Beklagte es versäumt habe, Gericht und Gegenpartei über die Veräusserung des Streitgegenstands zu informieren, werde er unabhängig vom Ausgang des Berufungsverfahrens kosten- und entschädigungspflichtig (act. 268 S. 3 f.). Diese Forderung der Klägerin lehnte die Gegenseite mit Eingabe vom 31. Mai 2012 ab. Mit dem Prozesseintritt von C._____, D._____ und E._____ als Gesamteigentümer infolge einfacher Gesellschaft entstehe der Klägerin kein Mehraufwand. Gegenteils bleibe es ihr nach ihrer Darstellung erspart, gegen die drei Gesamteigentümer einen zweiten Prozess auf definitive

Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts einzuleiten. Die Klägerin habe denn auch nicht dargelegt, welcher Mehraufwand ihr durch den Prozesseintritt der drei Gesamteigentümer entstehen könne. Zudem gehe es im vorliegenden Prozess und Berufungsverfahren in erster Linie um die Höhe der Werklohnsumme, welche die Klägerin vom Beklagten fordere. Diese Frage sei unabhängig vom Prozessbeitritt der neuen Grundstückseigentümer zu entscheiden. Der Entscheid bezüglich des definitiven Grundbucheintrags des Bauhandwerkerpfandrechts sei vom Entscheid bezüglich der Forderungsklage abhängig. Im Berufungsverfahren sei unbestritten geblieben, dass die Voraussetzungen für die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts erfüllt seien. Dass der Beklagte Gericht und Gegenpartei nicht über die

- 76 - Handänderung informiert habe, bilde keinen Rechtsgrund für eine separate Kostenaufgabe und Entschädigung unabhängig vom Ausgang des Berufungsverfahrens. Dazu komme, dass sich die Rechtslage nicht geändert hätte, wenn der Beklagte sofort nach Handänderung informiert gehabt hätte. Dies mit Ausnahme des prozessrechtlich irrelevanten Unterschieds, dass sich die drei neuen Grundeigentümer eventuell schon früher über einen Prozessbeitritt hätten Gedanken machen müssen (act. 273 S. 2 f.). Die ZPO stellt bei der Kostenverteilung auf den Grundsatz des Verursacherprinzips ab. Die im Rahmen des ordnungsgemässen Prozessablaufs anfallenden Kosten werden dabei der unterliegenden Partei als (letztlicher) Verursacherin auferlegt bzw. nach Massgabe von Obsiegen und Unterliegen verteilt (Art. 106 ZPO). Aus dem Rahmen des ordnungsgemässen Prozessablaufs fallende, daher an sich vermeidbare und insoweit unnötige Kosten hat nach dem gleichen Prinzip die sie veranlassende Person zu tragen (Art. 108 ZPO). Dies ohne Rücksicht auf den Prozessausgang und die Tatsache, ob es sich bei ihr um eine Partei oder einen Dritten handelt (vgl. etwa ADRIAN URWYLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 108 N 1, FISCHER, Handkommentar ZPO, Art. 108 N 3). Auch ein Verschulden an der Entstehung dieser Kosten spielt keine Rolle (statt vieler GASSER/RICKLI, Schweizerische ZPO, Art. 108 N 2). Wer eine Handänderung des streitgegenständlichen Grundstücks bei Einleitung des Rechtsmittelverfahrens nicht umgehend meldet, bewegt sich in Bezug auf diejenigen Kosten, die im Zusammenhang mit nachträglichen Stellungnahmen ausserhalb der ordentlichen Vorträge anfallen, ausserhalb des ordnungsgemässen Gangs. Insoweit verursacht er unnötige, an sich vermeidbare Kosten im Sinne von Art. 108 ZPO. Es muss somit eine Kostenausscheidung vorgenommen werden, wobei die mit den nachträglichen Stellungnahmen ausserhalb der ordentlichen Vorträge verbundenen Bemühungen des Gerichts mit Fr. 1'000.00 zu veranschlagen sind (Schreiben des Referenten, Verarbeitung von drei zusätzlichen Rechtsschriften von allerdings bescheidenem Umfang). Die Ursache dafür liegt im Verhalten des Beklagten. Die Kosten sind ihm daher als Verursacher gestützt auf Art. 108 ZPO aufzuerlegen.

- 77 - Bezüglich der restlichen Gerichtskosten (pauschale Gerichtsgebühr) im Umfang von Fr. 18'000.00 bleibt es dagegen bei der Kostenaufgabe zu Lasten der Klägerin. In diesem Umfang werden die Gerichtskosten mit dem von der ihr geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet (Art. 111 ZPO; vgl. auch act. 260). c) Die Prozesskosten umfassen nach Art. 95 Abs. 1 ZPO neben den Gerichtskosten (Entscheidgebühr und Kosten) auch die Parteientschädigung an die Gegenpartei. Als Parteientschädigung gelten bei berufsmässiger Vertretung neben dem Ersatz notwendiger Auslagen deren Kosten (Art. 95 Abs. 3 ZPO). Die von den Justizbehörden festzusetzenden Vergütungen für die

Parteiver- tretung durch Anwälte vor den Zivilgerichten werden durch die Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) vom 8. September 2010 geregelt. Die Vergü- tung setzt sich aus Gebühr und notwendigen Auslagen zusammen (§ 1 Anw- GebV). Grundlage für die Festsetzung der Gebühr im Zivilprozess bilden der Streit- bzw. Interesbewert, die Verantwortung des Anwalts, dessen notwendiger Zeitaufwand und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 AnwGebV). Beim vorliegenden Streitwert des Berufungsverfahrens von rund Fr. 231'000.00 ergibt sich eine ordentliche Gebühr von rund Fr. 17'000.00 (§ 4 Abs. 1 AnwGebV in Verbindung mit § 12 AnwGebV). Die Erhöhung der Grundge- bühr aufgrund der Berücksichtigung von Zeitaufwand und Schwierigkeit des Ver- fahrens nach § 4 Abs. 2 AnwGebV wird durch die Reduktion nach § 13 Abs. 2 AnwGebV egalisiert. Die Mehrarbeit aufgrund der Vertretung mehrerer Klienten im gleichen Verfahren seit Eintritt der Berufungsbeklagten 2 bis 4 rechtfertigt lediglich eine leichte Erhöhung der Grundgebühr (§ 8 AnwGebV). Unter Berücksichtigung von notwendigen Auslagen im Umfang von wenigen hundert Franken und 8% Mehrwertsteuer (vgl. dazu act. 263 S. 2) ergibt sich eine Vergütung von rund Fr. 18'000.00. Analog der obigen Kostenverteilung hat die Klägerin die Gegenseite für den ausserhalb des ordnungsgemässen Gangs liegenden und insoweit unnötigen, an sich vermeidbaren Aufwand im Sinne von Art. 108 ZPO zu entschädigen. Der

- 78 - entsprechende Aufwand ist auf Fr. 1'500.00 festzusetzen (Kenntnisnahme vom Schreiben des Referenten, Orientierung der Klientschaft, Abklärungen bei Klient- schaft und Grundbuchamt, Abklärungen bei Erwerbern inklusive Einholung von Vollmachten, Erarbeitung von zwei Rechtsschriften in bescheidenem Umfang). Entsprechend ist die Klägerin zu verpflichten, den Berufungsbeklagten eine Pro- zessentschädigung von Fr. 16'500.00 zu bezahlen. Es wird beschlossen:

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