

# ZH\_OBERGERICHT LB140037 vom 29. Oktober 2014

ZH Obergericht, 2014-10-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB140037](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB140037)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB140037 du 29 octobre 2014

IT: ZH\_OBERGERICHT LB140037 del 29 ottobre 2014

## Erwägungen

### E. 1

Der Beklagte und Berufungskläger (nachfolgend Beklagter) ist Eigentümer des Einfamilienhauses am ... [Adresse]. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin), eine GmbH mit dem Zweck, Renovations- und Umbauarbeiten, insbesondere Maurer-, Gips- und Malerarbeiten durchzuführen, erbrachte im Jahr 2010 in der Liegenschaft des Beklagten Renovationsarbeiten und forderte daraus mit der vorliegenden Klage einen Restbetrag von CHF 47'562.55. Unbestritten ist, dass vom Beklagten bereits Akontozahlungen im Gesamtbetrag von CHF 110'000.00 – bezahlt worden sind.

#### E. 1.1

Der Beklagte bestreitet im Berufungsverfahren wie bereits vor Vorinstanz, dass der von ihm eingesetzte C.\_\_\_\_\_ bevollmächtigt war, ihn gegenüber der Klägerin zu vertreten, Zusatzaufträge zu erteilen oder die Schlussrechnung für den Beklagten verbindlich zu genehmigen. C.\_\_\_\_\_ sei von ihm ausdrücklich mit der "Planung und Führung aller baulichen Arbeiten und Belange" beauftragt gewesen, nie aber dazu, Verträge in seinem Namen und Auftrag abzuschliessen bzw. für finanzielle Belange (act. 49 S. 3 ff.; act. 11 Rz 9; act. 28).

- 5 - Im Einzelnen macht er geltend, es sei rechtlich unzutreffend, wenn die Vorinstanz aus dem Umstand, dass er, der Beklagte, auf der Baustelle nicht anwesend gewesen sei, eine (General-, Spezial-, Anscheins- oder Duldungs-?) Vollmacht ableite; auch der Beizug eines Architekten und Bauleiters bedeute noch keine Kundgabe einer Vollmacht betreffend dessen Vertretungsbefugnis. Für den Umfang der Vertretungsbefugnis bezieht sich der Beklagte wiederholt auf die Auftragsbestätigung (act. 4/3) und seine Vereinbarung mit C.\_\_\_\_\_ (act. 13/1), aber auch auf die Lehre, welche für Planer und Architekten explizite Sondervollmachten verlange u.a. für die Vergabe von Zusatzaufträgen. Selbst die (vorliegend nicht zur Anwendung gelangenden) SIA-Normen ermächtigten den Architekten nicht zur Vergabe von Bauleistungen (act. 49 S. 3 - 8). Die Auftragsbestätigung sei entgegen der Feststellung der Vorinstanz durch C.\_\_\_\_\_ nicht unterzeichnet; dieser habe nur als Bote des Beklagten fungiert und der Klägerin nach der Besprechung mit dem Beklagten die Auftragsbestätigung gebracht, in welcher er sich mit den Baumeisterarbeiten der Klägerin für maximal die im Kostenvoranschlag vom 28. April 2010 enthaltenen Summe einverstanden erklärt habe (act. 49 S. 8 - 11). Die Klägerin habe es überdies versäumt substantiiert darzulegen, inwiefern bzw. aufgrund welcher Umstände die behauptete vollumfängliche Vollmacht vorgelegen habe. Nicht massgeblich für die Begründung einer Anscheinsvollmacht sei das Verhalten von C.\_\_\_\_\_. Vielmehr müsse die objektive Mitteilung der Vollmacht vom Vertretenen ausgehen. Weil dieser sich auf der Baustelle nicht gezeigt habe, hätten gar keine Anscheinstatbestände entstehen können, welche denn auch nicht behauptet worden seien. Eine Duldungs- oder Anscheinsvoll-

macht dürfe auch nur zurückhaltend angenommen werden und jedenfalls dann nicht mehr, wenn der Dritte nicht mehr als gutgläubig zu betrachten sei, was bereits dann der Fall sei, wenn die geringsten Zweifel am Bestehen einer Vollmacht vorhanden seien (act. 49 S 12/13). Im Weiteren macht der Beklagte geltend, dass die Prüfung und Kontrolle von Schlussrechnung und Regierapporten ohne ausdrückliche und eindeutige Spezialvollmacht – welche vorliegend gar nicht behauptet sei – keine Vollmacht des Bauleiters C.\_\_\_\_\_ zu begründen vermöchten. Die Vorinstanz würdige die Schlussrechnung auch nicht korrekt, sei diese doch offensichtlich nur für den Bauherrn gedacht, welchem sie von C.\_\_\_\_\_ zu unterbreiten

- 6 - war (act. 49 S. 13 - 16). Des weiteren moniert er, die Vorinstanz habe ungeachtet seiner Bestreitung in ihrem Urteil auf die Behauptung der Klägerin abgestellt, dass nach dem 28. Juni 2010 noch Arbeiten ausgeführt worden seien, was eine Verletzung von Art. 8 ZGB darstelle. Unzulässigerweise leite die Vorinstanz aus der bestrittenen Behauptung, dass nach dem 28. Juni 2010 noch Arbeiten gemacht worden seien, ab, er, der Beklagte, habe sich nicht um den Baufortschritt gekümmert, weshalb eine vollumfängliche Vollmacht zugunsten von C.\_\_\_\_\_ anzunehmen sei. Ebenso differenziere die Vorinstanz nicht zwischen der Erteilung von Weisungen und Zusatzaufträgen; sie selbst gehe davon aus, dass bei neuen Umständen der Unternehmer mit dem Bauherrn Rücksprache nehme, was die Klägerin indes nicht getan habe. Schliesslich weist der Beklagte darauf hin, dass die Schlussrechnung nicht anerkannt worden sei und auch aus der Leistung von Akontozahlungen nicht auf eine Vollmacht geschlossen werden könne (act. 49 S. 18 - 22).

### **E. 1.2**

Die Klägerin verweist in ihrer Berufungsantwort für das Vertretungsverhältnis zwischen dem Beklagten und dem Bauleiter C.\_\_\_\_\_ auf ihre Vorbringen vor Vorinstanz und die dortigen Beilagen, u.a. auch die Auftragsbestätigung (act. 4/3). Sie bekräftigt ihren diesbezüglichen Standpunkt, der auch im angefochtenen Entscheid seinen Niederschlag fand. Sie hält fest, die Vorinstanz habe zu Recht auf eine Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht abgestellt und der Bauleiter C.\_\_\_\_\_ habe die faktischen Grundlagen für die umstrittene Forderung wie auch die Schlussrechnung der Klägerin mit Wirkung für den Bauherrn anerkannt (act. 58 S. 3 - 8). Die im Berufungsverfahren vom Beklagten vorgebrachten gegenteiligen Vorbringen würden bestritten.

### **E. 1.3**

Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, der Beklagte selber verweise auf das mit "Auftragsbestätigung BKP 211 Baumeisterarbeiten" überschriebene Schreiben von C.\_\_\_\_\_ an die Klägerin (act. 4/3), worin der "Auftrag gemäss Ihrer Offerte vom 23.04.2010" zu den hernach aufgeführten Bedingungen bestätigt werde. Er selbst leite daraus eine Fix-Preis-Vereinbarung ab. Sie verweist weiter darauf, dass der Beklagte selber ausgeführt habe, nie in direktem Kontakt mit der Klägerin gestanden und deren Geschäftsführer erstmals am

- 7 - 22. Dezember 2010 gesehen zu haben. Damit habe er die Führung der Umbauarbeiten vollumfänglich seinem Architekten und Bauleiter überlassen und der Klägerin gegenüber jedenfalls konkludent kundgetan, dass er sich durch diesen vertreten lasse, was sich auch darin zeige, dass die Auftragsbestätigung durch C.\_\_\_\_\_ unterzeichnet worden sei, ohne dass der Beklagte je einen schriftlichen Werkvertrag mit der Klägerin unterschrieben habe. Die Vorinstanz verweist überdies auf die durch C.\_\_\_\_\_ unterzeichneten Dokumente,

welche dem Beklagten nicht hätten entgehen können. Und wenn dem dennoch so gewesen sei, bekunde dies, dass er sich nicht um den Baufortschritt und damit zusammenhängende Belange gekümmert, sondern dies einem Dritten, nämlich C.\_\_\_\_\_ überlassen habe, der Ansprechpartner der Klägerin gewesen sei. Die Klägerin habe in guten Treuen darauf vertrauen dürfen, dass dessen Anweisungen von der Vollmacht des Beklagten umfasst seien. Es sei unvorstellbar, dass bei einem grösseren Umbau diese Arbeiten ohne Rücksprache mit dem Besteller ausgeführt werden könnten, zumal notorisch sei, dass sich bei einem Umbau immer wieder neue Umstände ergäben, welche Instruktionen notwendig machen. Die Vorinstanz legt unter Verweis auf die entsprechenden Rapporte endlich dar, dass der Verlauf der Arbeiten dem entspreche und auch der Beklagte nichts anderes behaupte. Seine Einwände gegen die Rapporte seien daher nicht stichhaltig. Die Klägerin habe insgesamt davon ausgehen dürfen, dass Architekt und Bauleiter C.\_\_\_\_\_ vom Beklagten vollumfänglich bevollmächtigt gewesen sei, weshalb er sich dessen Handlungen, die fraglos mit dessen Funktion und Kernaufgaben als Architekt und Bauleiter im Zusammenhang gestanden hätten, anrechnen lassen müsse (act. 52 S. 7 - 11).

#### **E. 1.4**

Der Architekt erlangt nur insoweit Vollmacht zur Vertretung des Bauherrn, als dieser ausdrücklich oder stillschweigend einen entsprechenden Willen aussert. Adressat dieser Willenserklärung ist dabei der Vertreter selbst. Für den Unternehmer stellt sich nach Abschluss des Vertrages insbesondere die Frage, inwieweit er sich auf Willenserklärungen des Architekten verlassen darf bzw. einlassen muss. Er ist in seinem guten Glauben geschützt, wenn der Bauherr eine entsprechende Vollmacht kundgegeben hat. Dass die Vertretungsvollmacht unter Vorbehalt anderslautender Gesetzesbestimmungen auch stillschweigend, namentlich durch konkludentes Verhalten erteilt werden kann, entspricht Lehre und

- 8 - Rechtsprechung. Der blosser Beizug eines Architekten oder die blosser Bezeichnung des Architekten als "Vertreter des Bauherrn" genügt allerdings nicht, um eine erteilte oder kundgegebene Vollmacht zum Vertragsabschluss annehmen zu können. Es ist dies auch noch keine Kundgabe einer Ermächtigung zu dessen Vertretung im Sinne von Art. 33 Abs. 3 OR. Es gibt im Unterschied zu anderen Vertretungsarten keine Gesetzesbestimmung, die den Umfang einer Architektenvollmacht umschreibt. Vielmehr hängt alles von der Auslegung ab. Der Umfang der Vollmacht des Architekten kann vom Bauherrn nach Belieben abgestuft werden. Er kann sich aus dem Grundverhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter ergeben oder aus dem Leistungsbeschrieb. Soweit dieser nicht klarstellt, inwieweit der Architekt für den Bauherrn Rechtshandlungen vorzunehmen hat, verbietet es Treu und Glauben, eine Vollmacht als Generalvollmacht auszulegen, die beispielsweise auch den Abschluss von Verträgen einschliessen würde. Es ist davon auszugehen, dass der Architekt normalerweise zugezogen wird als Fachmann für die Planung und Projektierung sowie für die Leitung und Überwachung der Bauausführung. Handlungen, welche direkte finanzielle Verpflichtungen begründen, werden im Normalfall vorbehalten. Lehre und Rechtsprechung, auf welche der Beklagte in der Berufungsschrift hinweist, nehmen an, dass sich aus dem Auftrag zur Erbringung von Architekturleistungen gemäss Art. 396 Abs. 2 OR keine Ermächtigung ableiten lasse für rechtsgeschäftliche Erklärungen im Namen des Bauherrn, welche für diesen erhebliche finanzielle Verpflichtungen begründen oder einen erheblichen Rechtsverlust zur Folge haben (Gauch, Werkvertrag,

#### **E. 1.5**

Die Parteien wie auch die Vorinstanz stützen sich für die Beurteilung des Umfangs der Vertretungsbefugnis des vom Beklagten beigezogenen Architekten und Bauleiters C. \_\_\_\_\_ auf die "Auftragsbestätigung - BKP 211 Baumeisterarbeiten" vom 4. Mai 2010 (act. 4/3), welche auf dem Briefpapier von C. \_\_\_\_\_ ergangen und mit dessen Namen maschinenschriftlich unterzeichnet ist. Der Einwand des Beklagten in der Berufungsbegründung, die Auftragsbestätigung sei von C. \_\_\_\_\_ nicht unterzeichnet (act. 49 S. 8 Rz 19), ist in diesem Sinn zu relativieren. Die Bestätigung nimmt Bezug auf die Offerte der Klägerin vom 23. April 2010 und hält ausdrücklich fest, dass der Auftrag im Namen und auf Rechnung des Beklagten (Ziff. 1), auf der Basis der Besichtigung vor Ort und der Offerte erfolge (Ziff. 2), dass sich der Preis gemäss Offerte und Telefon vom 23. April 2010, netto inkl. MWSt auf Fr. 65'636.00 belaufe (Ziff. 3) und Zusatzaufträge zu den gleichen Konditionen (Rabatt 3%, Skonto 2%) vergeben werden und preislich und terminlich bestätigt werden müssen (Ziff. 4). Schliesslich wird festgehalten, dass die Termine gemäss Bauprogramm "sofort bis Woche 27 (ca. 5. Juli 2010)" unbedingt einzuhalten seien (Ziff. 5). Zum Zeichen ihres Einverständnisses hat die Klägerin diese Auftragsbestätigung am 10. Mai 2010 unterzeichnet (act. 4/3 S. 2). Die Vorinstanz hält zu Recht fest, der Beklagte, der im Zusammenhang mit der Auftragserteilung mit der Klägerin unbestrittenermassen nicht in Kontakt stand und sich selbst auf die Verbindlichkeit der Auftragsbestätigung beruft, verhalte sich widersprüchlich, wenn er behaupte, C. \_\_\_\_\_ habe ihn nicht vertraglich verpflichten können und nur als Bote gehandelt. Soweit er sich selbst auf die Bestätigung beruft, hat er sich darauf behaften zu lassen. C. \_\_\_\_\_ hat im Rahmen der Auftragsbestätigung jedenfalls als bevollmächtigt zu gelten. Dadurch, dass der Beklagte die von C. \_\_\_\_\_ ausgestellte Bestätigung gegen sich gelten lässt und diese von der Klägerin akzeptiert wurde, ist diese Vollmacht gegenüber der Klägerin kundgetan und es kann nicht darauf ankommen, was zwischen dem Beklagten und C. \_\_\_\_\_ vereinbart wurde. Dadurch, dass er den Inhalt der Auftragsbestätigung gegen sich gelten lässt, wäre überdies von einer Genehmigung der entsprechenden Handlungen von C. \_\_\_\_\_ auszugehen.

### **E. 1.6**

Der weiteren Annahme der Vorinstanz, dass aufgrund des Umstandes, dass der Beklagte gemäss eigener Darstellung nicht in Erscheinung getreten war und die Zusammenarbeit betreffend Umbauarbeiten ausschliesslich zwischen der Klägerin und C. \_\_\_\_\_ erfolgte, auf eine umfassende Vollmacht, insbesondere auch hinsichtlich der Genehmigung der Regierapporte und der Schlussrechnung zu schliessen sei, kann demgegenüber nicht ohne weiteres gefolgt werden. Das Verhalten des Beklagten und das Gewähren lassen des Architekten – der Beklagte selbst geht davon aus, den Geschäftsführer der Klägerin erstmals am 22. Dezember 2010 gesehen zu haben (act. 11 Rz18) – kann zwar durchaus als Indiz hierfür gewertet werden, konkrete Hinweise auf den Umfang der dem Beklagten anrechenbare Vollmacht ergeben sich hieraus indes nicht. Der Klägerin bekannt und kundgetan war die Auftragsbestätigung, welche ihrerseits auf die Offerte der Klägerin Bezug nahm. In dieser Auftragsbestätigung war ausdrücklich festgehalten und damit auch der Klägerin anrechenbar bekannt, dass Zusatzaufträge preislich und terminlich bestätigt werden müssen (act. 4/3 Ziff. 4). Dass solches je und

- 11 - mit Bezug auf welche Zusatzaufträge erfolgt wäre, hat die Klägerin indes gar nicht behauptet, was denn auch vom Beklagten in der Klageantwort gerügt worden war (act. 11 S. 17/18 Rz 59) und auch im Berufungsverfahren wiederum geltend gemacht wird (act. 49 S.

5 Rz 9, S. 38 Rz 108 ff.). Die Klägerin hatte vor Vorinstanz geltend gemacht, der gegenüber der ursprünglichen Offerte geforderte Mehrbetrag sei auf nach der Auftragsbestätigung zusätzlich verlangte Arbeiten zurückzuführen und diese Arbeiten seien allesamt vom Bauleiter mit der Gegenzeichnung der Rapporte und der Kontrolle des bereinigten Baubeschriebs genehmigt worden (act. 2 Rz 13 und 14). Sie belegte dies mit den entsprechenden Dokumenten (act. 4/9 und 4/10), die indes vom November 2010 nach Abschluss der Arbeiten datieren. In der Replik liess sie wiederum umfangreiche Zusatzaufträge durch den Beklagten über dessen Beauftragten vor Ort an Bauleiter C.\_\_\_\_\_ behaupten und überdies, dass die Bauherrschaft davon im Voraus Kenntnis gehabt habe (act. 21 Rz 9.6). Des weiteren liess sie ausführen, es verstehe sich von selbst, dass Zusatzaufträge bestätigt werden müssten. In casu seien sie vom vertretenen Bauherrn beauftragt worden, so dass ihre Annahme durch die Klägerin keiner nochmaligen (weiteren) Bestätigung bedurft hätten. Soweit man dies indes annehme, weise die Klägerin auf die Genehmigung sämtlicher Zusatzarbeiten durch den Bauleiter hin (act. 21 Rz 59). Der Beklagte bestritt wiederum die Zusatzaufträge (act. 28 Rz 21/22 und Rz 121). Unabhängig davon, ob die behaupteten Zusatzaufträge ergingen (was der Beklagte wiederholt und auch im Berufungsverfahren mehrfach bestreitet), ergibt sich bei dieser Behauptungslage, dass jedenfalls eine vor Ausführung ergangene preisliche und terminliche Bestätigung (in welcher Form auch immer) nicht dargetan ist. In guten Treuen durfte sich die Klägerin daher ohne weitere Hinweise nicht darauf verlassen, dass die zusätzlich verlangten Arbeiten von der Vollmacht des Architekten und Bauleiters erfasst waren, zumal diese zusätzlichen Werklohn begründeten. Allgemein ist festzuhalten, dass die Vergebung von Zusatzarbeiten – und als solche sind die ursprünglich nicht vorgesehenen Regiearbeiten zu betrachten (Schwager/Monn, a.a.O. N 5.94) – nicht ohne weiteres unter die Ermächtigung des Architekten und Planers fällt, wenn damit neue Leistungspflichten begründet werden. Soweit die SIA-Ordnungen hievon abweichen, kann dies vorliegend keine Rolle spielen, weil diese im Werkvertrag, auf welchen sich beide Parteien stützen (act. 4/3), nicht vereinbart wurden. Im Vertrag wird nur mit Bezug auf die Zahlungsbedingungen auf die SIA-Norm verwiesen (vgl. dazu Schwager, a.a.O., Rz 842 ff.; Schwager/Monn, a.a.O. N 5.86 und N 5.94 ff.).

### **E. 1.7**

Die Kontrolle der Regierapporte wie auch der Schlussrechnung der Klägerin durch den Architekten C.\_\_\_\_\_ stellt sodann keine Kundgabe einer weitergehenden Vollmacht dar. Sie vermag den Umfang der Vollmacht, auf welche sich die Klägerin in guten Treuen verlassen durfte, nicht zu beeinflussen. Dies hat jedenfalls vorliegend, ausserhalb des Anwendungsbereichs der SIA-Ordnungen, zu gelten. Ohne weitergehende Hinweise, die vorliegend nicht behauptet sind, durfte die Klägerin daher nicht darauf vertrauen, dass die Kontrolle der Regierapporte und der Schlussrechnung durch C.\_\_\_\_\_ den Beklagten verpflichten konnte (Schwager/Monn, a.a.O., N 5.67 mit weiteren Hinweisen; N 5.111). Die Unterzeichnung der Regierapporte durch den Architekten wie auch der Schlussrechnung nach der Kontrolle gehört zu dessen Aufgabe, vermag indes keine Anerkennung der rapportierten Arbeiten oder der Rechnung zu bewirken. Der unterzeichnete Regierapport bildet allerdings immerhin ein (widerlegbares) Beweismittel dafür, dass der entsprechende Arbeitsaufwand geleistet wurde und erforderlich war (Schwager/Monn, a.a.O., N 5.109 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Praxis; Schwager, a.a.O. N 859 und 861).

## E. 1.8

Zusammenfassend kann mit Bezug auf das Vertretungsverhältnis zwischen dem Beklagten und C.\_\_\_\_\_ davon ausgegangen werden, dass C.\_\_\_\_\_ im in der Auftragsbestätigung erwähnten Umfang ermächtigt war bzw. von der Klägerin als in diesem Umfang ermächtigt betrachtet werden durfte. In diesem Umfang, nicht aber für Zusatzaufträge oder mit Mehrkosten verbundene Regiearbeiten, konnte der Beklagte durch das Handeln von C.\_\_\_\_\_ verpflichtet werden und es kam nicht darauf an, ob und allenfalls was der Beklagte mit dem Bauleiter intern vereinbart hatte. Der von der Klägerin zitierte BGE 140 III 86 (= Pra 2014 Nr. 79 E. 4.3; act. 58 S. 5/6) bestätigt letzteres, allerdings nur im Umfang des unbestrittenen Vertretungsverhältnisses. Offen bleiben kann bei dieser Sachlage, wie es sich mit einem allfälligen Vertretungsverhältnis zwischen dem

- 13 - Beklagten und D.\_\_\_\_\_ verhält, der ebenfalls mögliche Zusatzarbeiten verlangt haben soll (act. 21 Rz 9.3), was der Beklagte bestritten hatte (act. 28 Rz 12). Die Klägerin hat in ihrer Stellungnahme zu den Dupliknoten ausdrücklich erwähnt, dass sich D.\_\_\_\_\_ jeweils an den Bauleiter C.\_\_\_\_\_ und nicht an die Klägerin direkt gewandt habe (act. 37 Ziff. 1), weshalb sie aus der Rolle von D.\_\_\_\_\_ nichts für sich ableiten kann. 2. Vergütungsart / Pauschalpreisabrede

## E. 2

Mit Urteil vom 20. März 2014 hiess das Bezirksgericht Meilen die am 21. Juni 2011 rechtshängig gemachte Klage gut (act. 52). Für die Prozessgeschichte des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden (act. 52 S. 3/4). Am 12. Mai 2014 erhob der Beklagte Berufung. Er verlangt die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides und die Abweisung der Klage, ev. eine Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz (act. 49 S. 2). Der von ihm verlangte Prozesskostenvorschuss wurde am 28. Mai 2014 geleistet (act. 53 und 55). Am 2. September wurde der Klägerin Frist für die Erstattung der Berufungsantwort angesetzt, diese erging innert Frist am 26. September 2014 (act. 58). Die Berufungsantwort wurde dem Beklagten am 9. Oktober 2014 zugestellt (act. 60). Die zu respektierende Frist zur Wahrung des "Replikrechts" verstrich ungenutzt. Das Verfahren ist spruchreif.

- 4 - II. Formelles Der Beklagte rügt, die Vorinstanz habe sich zu Unterlagen, auf welche die Klägerin ihre Klage zu Unrecht stütze, trotz entsprechender Hinweise des Beklagten nicht geäußert und sei damit ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen (act. 49 S. 18). Sodann weist er auf allfällige Absprachen zwischen C.\_\_\_\_\_ und der Klägerin hinsichtlich der Prozesse gegen den Beklagten hin (act. 49 S. 17) und verweist auf Urteile betreffend die Parteien C.\_\_\_\_\_ und ihm (act. 49 S. 18). Die Klägerin wendet in der Berufungsantwort ein, die genannten Urteile seien vor Erlass des angefochtenen Entscheides ergangen und könnten im Berufungsverfahren, wenn sie denn beachtlich wären, als unzulässige Noven nicht berücksichtigt werden (act. 58 S. 3). Die vom Beklagten erwähnten Unterlagen dienten nicht der Begründung des angefochtenen Entscheides, weshalb sich eine fehlende Auseinandersetzung der Vorinstanz mit den Einwendungen des Beklagten nicht auszuwirken vermöchte. Es ist nicht ersichtlich, was der Beklagte daraus, aber auch aus den Prozessen zwischen ihm und C.\_\_\_\_\_, zu seinen Gunsten ableiten will. Weder auf die erwähnten Unterlagen noch auf die genannten Urteile wird es für die Entscheidung ankommen, weshalb sich Weiterungen erübrigen. III. Materielles 1. Umfang der Bevollmächtigung des Bauleiters / Architekten C.\_\_\_\_\_

### **E. 2.1**

Der Beklagte rügt im Berufungsverfahren, die Vorinstanz habe zu Unrecht angenommen, der Nachweis einer Pauschalpreisabrede sei als gescheitert zu beurteilen. Man habe sich (abschliessend) auf die Summe von CHF 65'636.00 netto inkl. MWSt geeinigt (act. 49 Rz 57 ff. mit Hinweisen auf act. 11 Rz 10 - 17; act. 28 Rz 18 ff und 36). Er wiederholt damit im Wesentlichen seine Vorbringen im erstinstanzlichen Verfahren, ohne sich mit der Argumentation im angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen. Die Klägerin verweist darauf, dass die Vorinstanz korrekt erkannt habe, der Beklagte habe für seine Behauptung eines Pauschalpreises keinen Beweis erbracht (act. 58 S. 9 Rz 8.2).

### **E. 2.2**

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist davon auszugehen, dass C.\_\_\_\_\_ ermächtigt war mit Wirkung für den Beklagten den Werkvertrag gemäss act. 4/3 abzuschliessen. Dieser Vertrag verweist ausdrücklich auf die Offerte vom 23. April 2010 (act. 4/4), was dem Beklagten unabhängig davon, ob er diese Offerte gesehen hat oder nicht, ebenfalls anzurechnen ist. Seine – eventualiter erfolgte – Berufung auf einen Erklärungsirrtum erweist sich als unbehelflich. Sodann ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz zum Schluss kommt, eine Pauschalabrede sei mit den vom Beklagten offerierten Beweismitteln nicht zu erbringen. Die Vorinstanz hat dargelegt, wie sich der Betrag von CHF 65'636.00 im Werkvertrag errechnet, was nicht beanstandet wurde. Der Betrag beruht auf den approximativen Zahlen der Offerte vom 23. April 2010. Auch der Kostenvorschlag (act. 13/2), auf den sich der Beklagte beruft, beziffert die Baumeisterarbeiten mit "ca. Fr. 67'000.00". Dass der Betrag im Werkvertrag, der diesen approxi-

- 14 - mativen Beträgen entspricht, nunmehr von beiden Parteien als Pauschalpreis gewollt und vereinbart war, könnte mit der vom Beklagten offerierten Befragung seiner selbst jedenfalls nicht nachgewiesen werden. Auch das Fehlen des "ca." im Wortlaut der Vereinbarung genügt hiefür entgegen der Auffassung des Beklagten nicht hinreichend. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz davon ausging, dass es dem Beklagten nicht gelingen könne, die behauptete Pauschalabrede nachzuweisen.

### **E. 3**

Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 5'300.00 festgesetzt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

#### **E. 3.1**

Fehlt es an einer Pauschalabrede, so bestimmt sich die Vergütung nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers (Art. 374 OR). Dabei kann der Besteller gestützt auf Art. 375 Abs. 2 OR bei unverhältnismässiger Überschreitung eines Kostenansatzes eine angemessene Herabsetzung verlangen. Dies macht der Beklagte in seinem Eventualstandpunkt – wie bereits vor Vorinstanz – geltend (act. 49 S. 41 Rz 115 ff).

#### **E. 3.2**

Die Vorinstanz erwog, die Berechnung des Beklagten, wonach der ungefähre Ansatz um 85% überschritten worden sei, treffe nicht zu, weil vom Betrag gemäss Schlussrechnung von CHF 154'411.35 der Betrag für die Plattenlieferung der Firma E.\_\_\_\_\_ AG in der Höhe von CHF 42'773.60 in Abzug gebracht werden müsse. Der so errechnete neue Schlussbetrag von CHF 111'637.75 werde von der Klägerin mit den visierten Regierapporten und Materiallisten begründet (act. 4/10 und 4/11). Diese schafften eine

tatsächliche Vermutung für die Richtigkeit und die Angemessenheit des rapportierten Aufwandes des Unternehmens, welche mit den vom Beklagten angebotenen Beweismitteln nicht entkräftet werden könnten (act. 52 S. 14/15).

### **E. 3.3**

Der Beklagte hält der Vorinstanz im Berufungsverfahren vorab eine Korrektur beim Rechnungsbetrag für die Platten der E.\_\_\_\_\_ AG entgegen sowie den Einwand, dass mit der Firma E.\_\_\_\_\_ AG ein Maximalbetrag von CHF 32'468.30 netto inkl MWST vereinbart worden sei. Werde dieser Betrag von der Schlussrechnung in Abzug gebracht, dann verblieben CHF 121'943.05, was eine Kostenüberschreitung um 85% darstelle. Er verweist auf seine bereits vor Vorinstanz vorgebrachten Rügen, dass die Klägerin ihn nie über die drohende Kostenüberschreitung informiert habe, dass keine Zusatzaufträge erteilt worden seien und die Klägerin solche vor Vorinstanz nicht hinreichend substantiiert habe (act. 49 Rz 92 ff.). Die in den Rapporten ausgewiesenen Arbeiten seien ebenso wie die Materialliste bestritten und letztere ohnehin im Pauschalpreis enthalten (act. 49 Rz 64 ff. und 80 ff.).

### **E. 3.4**

Waren die vertraglich vereinbarten Voraussetzungen für die Vergütungspflicht von Zusatzaufträgen nach den vorstehenden Erwägungen nicht erfüllt, dann kann offen bleiben, ob und welche erteilt wurden und ob sie von der Klägerin vor Vorinstanz hinreichend substantiiert behauptet wurden. Beides war vor Vorinstanz umstritten. Die Parteien haben sich in ihren Parteivorträgen ausführlich dazu geäußert, was im angefochtenen Entscheid keinen Niederschlag fand. Es braucht auch im Berufungsverfahren, wo die Parteien wiederum ausführlich auf ihre vorinstanzlichen Vorbringen hinweisen und diese teilweise wiederholen, nicht darauf eingegangen zu werden. Mit Bezug auf den Umfang der Substantiierungspflicht ist immerhin festzuhalten, dass pauschale Behauptungen nicht genügen. Tatsachenbehauptungen müssen so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist. Bestreitet der Prozessgegner den an sich schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast in dem Sinne, dass die Vorbringen in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen sind, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werde

- 16 - kann (BGE 127 III 368 E. 2b). Dabei sind die Tatsachen in der Rechtsschrift selbst darzulegen. Wenn sie sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtschrift ergeben, sind sie vom Gericht – soweit (wie hier) die Verhandlungsmaxime das Verfahren beherrscht – nicht zu beachten. Auch der allgemeine Verweis in der Rechtsschrift auf eine Beilage oder die allgemeine Erklärung, dass eingereichte Akten als "integrierender" Bestandteil der Rechtsschrift gelten, genügt nicht (ZR 97 Nr. 87; BSK ZPO-Willisegger, Art. 221 N 27; KUKO ZPO-Naegeli, Art. 221 N 27). Die Klägerin hatte in der Klagebegründung einzelne zusätzlich verlangte Arbeiten erwähnt und hinsichtlich der Einzelheiten auf die tabellarische Erfassung und den bereinigten Baubeschrieb verwiesen (act. 2 Rz 13 und act. 4/9 und 4/10), worauf der Beklagte in der Klageantwort eine ungenügende Substantiierung rügte. Er machte geltend, die Klägerin habe nicht dargelegt, wann und in welcher Form er zusätzliche Arbeiten in Auftrag gegeben habe und es sei auch nicht dargetan, inwiefern die zusätzlichen Arbeiten tatsächlich Mehrarbeiten im Vergleich zu den vertraglich ohnehin zu erbringenden vertraglichen Leistungen seien (act. 11 Rz 60 und 61). In der Replikchrift verwies die Klägerin auf die Gegenüberstellung (act. 22/2), welche vom Bauleiter erstellt

worden sei, und im Übrigen auf die Vorbringen in der Klageschrift; sie monierte zudem eine ungenügende Bestreitung (act. 21 Rz 9.6 und 60.2 und 61.2). Dies genüge nach dem Gesagten nicht als hinreichende Substantiierung.

### E. 3.5

Mit Bezug auf den Umfang der geleisteten Arbeiten rügt der Beklagte, die Vorinstanz sei in Verletzung von Art. 8 ZGB ungeachtet seiner Bestreitung davon ausgegangen, die Arbeiten seien im Umfang, wie sie durch die von C. \_\_\_\_\_ un- terzeichneten Regierapporte ausgewiesen sind, tatsächlich erbracht worden. Die Vorinstanz lasse zu Unrecht eine Plausibilität genügen, der Unternehmer müsse aber beweisen, dass er diese Arbeiten tatsächlich ausgeführt habe und diese an- gemessen und notwendig gewesen seien (act. 49 S. 19 Rz 47). Er, der Beklagte, habe bestritten, dass die behaupteten 344 Stunden nach dem 28. Juni 2010 (und nicht wie fälschlicherweise von der Vorinstanz angenommen nach dem 25. Juli 2010 [unbestrittenes Datum des Umzugs]) durchgeführt worden seien und sich

- 17 - zum Nachweis nicht nur auf seine eigene Aussage, sondern auch auf diejenige von D. \_\_\_\_\_ und G. \_\_\_\_\_ berufen. Die Vorinstanz habe diesbezüglich den Sach- verhalt aktenwidrig erfasst und dargestellt und gestützt darauf eine unzutreffende Schlussfolgerung gezogen. Diese Frage hätte jedenfalls nicht ohne Beweisverfah- ren entschieden werden dürfen (act. 49 S. 21 Rz 53 ff. und S. 30 Rz 82 ff.). Die Klägerin steht – wie gesehen – auch im Berufungsverfahren auf dem Standpunkt, dass die Rapporte vom Bauleiter akzeptiert und ausgewiesen seien. Nach dem Gesagten vermögen die vom Bauleiter unterzeichneten Rapporte und die unterzeichnete Schlussrechnung den Beklagten nicht zu verpflichten und es fehlt, wie gesehen, an einer hinreichenden Substantiierung der Arbeiten, weshalb die Frage, ob die Vorinstanz zu Unrecht auf ein Beweisverfahren verzichtete, of- fen bleiben kann. Eine antizipierte Beweiswürdigung, wie sie die Vorinstanz vor- genommen hat, wäre nach der Rechtsprechung zulässig, wenn die Beweisprüf- ge offensichtlich untauglich sind oder wenn das Gericht aufgrund bereits abge- nommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweg- genommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (4D\_33/2010 vom 13. April 2010 E. 3.2. mit weiteren Hinweisen). Dies könnte aufgrund der Behauptungslage vor Vorinstanz hinsichtlich des Umfangs der geleisteten Arbeiten nicht angenommen werden. Der Beklagte weist zu Recht darauf hin, dass er bereits in der Klageant- wort neben seiner eigenen Aussage die Aussagen von Zeugen zum Beweis offe- riert hat, welche seine Behauptung bestätigen sollen, dass sämtliche Baumeister- arbeiten am 26. Juni 2010 bereits abgeschlossen waren. Dass – neben seiner ei- genen Befragung – auch diese Beweisofferten zum vornherein am Beweisergeb- nis nichts zu ändern vermöchten, könnte nicht ohne weiteres angenommen wer- den. 3.6.1. Der Beklagte stellt in seiner Berufung unter Hinweis auf seine Vorbringen vor Vorinstanz klar (act. 49 Rz 70 und 119), dass die Platten der Firma E. \_\_\_\_\_ AG separat zu vergüten sind. Ausgehend vom Kostenvoranschlag (act. 13/2), welcher hiefür einen Betrag von ca. CHF 35'500.00 vorsah sowie gestützt auf ei-

- 18 - ne Auskunft der Verkaufssachbearbeiterin der Firma E. \_\_\_\_\_ AG, wonach Privat- personen einen Rabatt von 15% erhielten, geht er davon aus, dass für die Platten maximal CHF 32'468.30 netto inkl. MWST zu bezahlen seien. Nur mit maximal diesem Preis habe er sich gegenüber der Klägerin einverstanden erklärt (act. 49 Rz 73 unter Hinweis auf act. 11 Rz 39). Er weist auch darauf hin, es hätten die Parteien vereinbart, dass der der Klägerin von der E. \_\_\_\_\_ AG gewährte höhere Rabatt dem Beklagten weitergegeben werde (act. 49

Rz 74 unter Hinweis auf act. 11 Rz 39 ff. und act. 28 Rz 70, 101 und 105-107), was die Klägerin indes nicht getan habe. Unter Verweis auf die Vorbringen vor Vorinstanz macht er so- dann geltend, dass er im Umfang von mindestens CHF 6'242.05, für welchen Be- trag zu viele Platten bestellt worden seien, nicht vergütungspflichtig sei (act. 49 Rz 70 - 80).

3.6.2. Kann nicht – wie die Vorinstanz dies getan hat – ohne weiteres auf die (vi- sierte) Schlussrechnung abgestellt werden, ist aufgrund der Parteivorbringen vor Vorinstanz zu ermitteln, ob die umstrittene Vergütungshöhe ohne weiteres erstellt werden kann oder ob es allenfalls der Weiterungen bedarf. Die Klägerin machte in der Klagebegründung für die Platten gestützt auf die Rechnung (act. 4/7) einen Betrag von CHF 48'606.35 abzüglich 2% Skonto und 12% Rabatt geltend, welch letzteren sie von der Firma E.\_\_\_\_\_ AG erhalte (act. 2 Rz 11). Der Beklagte ver- wies (wie nunmehr auch im Berufungsverfahren) auf den Kostenvoranschlag vom 28. April 2010 und die von der Verkaufssachbearbeiterin in Aussicht gestellten 15% Rabatt und machte geltend, er habe sich gegenüber der Klägerin nur mit dem Maximalbetrag von CHF 32'468.30 netto inkl. MWST einverstanden erklärt (act. 11 Rz 39 - 41). Bezüglich der Schlussrechnung über einen Betrag von CHF 52'300.45 machte er geltend, es sei "überschüssiges" Material im Betrag von CHF 6'242.05 bestellt worden, wofür er keine Vergütung schulde. Er verlangte überdies einen Beleg darüber, was die Klägerin bezahlt habe (act. 11 Rz 42 - 46). In der Replik liess die Klägerin ausführen, dass die Angaben im Kostenvoran- schlag lediglich nicht verbindliche ca.-Preise darstellten und dass mehr Platten als ursprünglich vorgesehen bestellt worden seien. Preis und Fläche/Menge seien für die Kosten der Platten massgebend. Sie bestritt, dass dem Beklagten verbindlich ein Rabatt in konkreter Prozentzahl in Aussicht gestellt oder vereinbart worden

- 19 - wäre. Den ihr, der Klägerin, von der Verkäuferin gewährten Rabatt von 22% habe sie dem Beklagten nicht weitergeben müssen. Sie bestritt den Vorwurf, über- schüssiges Material bestellt zu haben und machte geltend, es seien – wie dies auf dem Bau üblich sei und in Absprache mit dem Bauleiter – Reserveplatten be- stellt worden. Des weiteren verwies sie darauf, dass die Schlussrechnung ver- bindlich anerkannt worden sei (act. 21 S. 16 - 19, Rz 39.1 - 46.2). In der Duplik verwies der Beklagte auf seine Vorbringen in der Klageantwort, bestritt einen Mehrbedarf an Platten und beharrte darauf, dass ihm ein Rabatt von 15% zugesit- chert worden sei und er lediglich einen Preis von maximal CHF 32'468.30 akzep- tiert habe (act. 28 Rz 100 - 103). Er begründet seinen Anspruch auf Weiterver- rechnung des von der Klägerin bezahlten tieferen Preises damit, dass die Kläge- rin den Kauf der Platten durch sie mit dem Argument rechtfertigen wolle, dass sie vorteilhaftere Konditionen als Privatpersonen habe. Sodann hält er daran fest, dass im Betrag von CHF 6'242.05 zu viele Platten bestellt worden seien (act. 28 Rz 104 - 109).

3.6.3. Der Beklagte anerkennt gestützt auf seine Vorbringen die Zahlung von CHF 32'468.30 für die von der Klägerin bei der Firma E.\_\_\_\_\_ AG bestellten und bezahlten Platten. Was die Parteien diesbezüglich vereinbart haben, ergibt sich aus den Vorbringen nicht klar. Der Kostenvoranschlag des Bauleiters zuhanden des Beklagten, welcher überdies keinerlei Mengenangaben und nur ca.-Beträge nennt, kann für die Klägerin nicht verbindlich sein. Unbestrittenermassen bestellte die Klägerin die Platten bei der Firma E.\_\_\_\_\_ AG und es ist nicht in Frage ge- stellt, dass die Lieferung und Rechnung der Bestellung entsprochen haben (act. 4/7). Auszugehen ist von dieser Rechnung. Dass die Parteien vereinbart hätten, die Bestellung solle durch die Klägerin erfolgen, weil diese im Vergleich zum Be- klagten als Privatperson bessere Konditionen erhalte und diese dem Beklagten weiterzugeben wären, wurde so auch vom Beklagten nicht behauptet. Sodann hat dieser zwar dargelegt, es

sei von der Verkaufssachbearbeiterin der Firma E. \_\_\_\_\_ AG gesagt worden, dass Privatkunden 15% gewährt würde und Unternehmungen mehr, was die Klägerin nicht bestritt; dass dem Beklagten von der Firma E. \_\_\_\_\_ AG für die zu beurteilende konkrete Plattenbestellung ein konkreter Rabatt in Aussicht gestellt oder gar versprochen worden wäre, hat er ebenso

- 20 - wenig behauptet wie eine Vereinbarung eines festen Rabatt-Prozentsatzes bzw. die Weitergabe des der Klägerin gewährten Rabatts. Erst im Berufungsverfahren und damit verspätet, erging eine solche Behauptung. Vorinstanz machte der Beklagte einzig geltend, er sei davon ausgegangen, dass er mindestens 15% Rabatt erhalte und er sei nicht bereit gewesen, mehr als die CHF 32'468.30 zu bezahlen. Für einen Anspruch auf Weitergabe des von der Verkäuferin der Klägerin gewährten Rabattes fehlt es damit an einer hinreichenden Grundlage. Hingegen hat sich die Klägerin das Zugeständnis eines Rabatts von 12% entgegenhalten zu lassen. Von der Klägerin nicht bestritten wurde die Behauptung des Beklagten, dass im Umfang von CHF 6'242.05 zu viele Platten bestellt worden waren. Die Klägerin bestätigte im Gegenteil ein Zuviel an bestellten Platten mit der Begründung, dies sei üblich und vorliegend nach Rücksprache mit dem Bauleiter geschehen. Einen Vergütungsanspruch für diese für die Auftragsausführung nicht notwendigen Platten kann sie indes nicht beanspruchen. Aufgrund des Gesagten ergibt sich für die Klägerin folgender Vergütungsanspruch für die Platten der Firma E. \_\_\_\_\_ AG: CHF 42'364.30 (CHF 48'606.35 abzüglich CHF 6'242.05) abzüglich 12% (d.h. CHF 5'083.70), ergibt CHF 37'280.60, zuzüglich 7,6% MWST insgesamt CHF 40'113.90. 3.7.1. Der Beklagte rügt im Berufungsverfahren weiter, dass die Vorinstanz der Klägerin die Materialkosten in der Höhe von CHF 28'719.85 ohne nähere Begründung und einzig unter Hinweis auf die Visierung der Materiallisten durch den Bauleiter (act. 49 Rz 64 ff.) zugesprochen habe. Wie bereits vorinstanzlich geltend gemacht, geht er davon aus, dass die Materialkosten bereits im vereinbarten Preis enthalten gewesen seien; eine anderweitige Verabredung oder Übung sei weder behauptet noch ersichtlich. Überdies habe er bestritten, dass das auf der Liste aufgeführte Material tatsächlich verwendet worden sei und entsprechend viel gekostet habe (act. 49 Rz 66 - 68 mit Hinweisen auf act. 11). 3.7.2. Die Klägerin geht davon aus, die Materialkosten seien umfassend ausgewiesen und der Bauleiter habe sämtliche verarbeiteten Materialien und ihre Kosten zulasten des Bauherrn verbindlich bestätigt und anerkannt. Die dagegen erhobenen Einwände des Beklagten weist sie zurück (act. 58 S. 10-12).

- 21 - 3.7.3. In der Klagebegründung hatte die Klägerin festgehalten, dass sie das für die (Mehr-)Arbeiten verwendete Baumaterial minutiös erfasst und mit Beschrieb, der jeweiligen Stückzahl oder Menge sowie dem Preis dafür aufgelistet habe (act. 2 Rz 15 i.V.m. act. 4/11). Der Beklagte hielt dem bereits in der Klageantwort entgegen, die Materialkosten seien nicht geschuldet, da im Pauschalpreis inbegriffen, der Beklagte habe nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr ohne weiteres davon ausgehen dürfen. Auch die Klägerin sei davon ausgegangen, hätte sie doch sonst – wie für die Platten – bei Vertragsschluss erwähnt, dass die notwendigen Materialkosten separat zu vergüten seien. Nicht einmal im Kostenvoranschlag seien diese Materialkosten indes erwähnt gewesen (act. 11 Rz 37 und 38). In der Replik verwies die Klägerin darauf, dass der Bauleiter die Materialkosten als geschuldet anerkannt habe. Im zur Offerte benutzten Baubeschrieb seien die bereits bekannten Baumaterialkosten mit enthalten gewesen (act. 21 Rz 37.2 i.V.m. act. 4/4), mit Blick auf den "approximativ" vereinbarten Preis sei es im Übrigen

weder möglich noch geschuldet gewesen, die Kosten des Baumaterials im Kostenvoranschlag zu beziffern. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses habe man diese zum grössten Teil noch nicht gekannt, weil es erst im Zusammenhang mit den diversen Zusatzarbeiten der Klägerin benötigt worden sei. Die Klägerin schil- derte dann verschiedene Beispiele für den zusätzlichen Materialbedarf. Der Bau- leiter habe sich mit der Verwendung des Materials explizit einverstanden erklärt (act. 21 Rz 37 und 38). Der Beklagte bestritt in der Duplik erneut die Verwendung der Materialien und deren Kosten und wies darauf hin, dass die Materialliste un- datiert (act. 4/11) und von der Klägerin nicht unterzeichnet sei, hielt an seiner Darstellung fest und machte geltend, es seien keine Zusatzaufträge erteilt wor- den. Er wies erneut darauf hin, dass C.\_\_\_\_\_ keine Ermächtigung gehabt habe, namens und im Auftrag des Beklagten zu handeln (act. 28 Rz 78 - 99).

3.7.4. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ergibt sich ohne weiteres, dass die Materialkosten, die durch behauptete Zusatzarbeiten begründet sind, schon deshalb nicht ausgewiesen sein können, weil die Voraussetzungen, dass solche Zusatzarbeiten für den Beklagten verbindlich vergeben werden konnten, nicht er- füllt waren. Da die Klägerin mit dem ursprünglichen Auftrag verbundene Material- kosten nicht ausscheidet und verlangt, sondern einzig einige Beispiele für zusätz-

- 22 - lich gebrauchtes Material aufgrund zusätzlich verlangter Arbeiten erwähnt (act. 21 Rz 37.5), könnte über den vereinbarten Betrag für das Material auch nicht ohne weiteres ein zusätzlicher Betrag zugesprochen werden. Es erübrigt sich daher, auf weitere vom Beklagten in diesem Zusammenhang aufgeworfene Fragen ein- zugehen und insbesondere abschliessend zu beurteilen, ob Materialkosten, wel- che der Ausführung der Baumeisterarbeiten zwingend verbunden sind, ohne wei- teres im offerierten Preis als miteingeschlossen zu gelten haben oder nicht.

### **E. 3.8**

Von der Schlussrechnung gemäss act. 4/6 in der Höhe von CHF 154'411.35 sind nach den vorstehenden Ausführungen die ausgewiesenen Kosten für die Platten in der Höhe von CHF 40'113.90 in Abzug zu bringen. Es resultiert der Be- trag von CHF 114'297.45, der CHF 48'661.45 oder rund 74% über dem offerierten Betrag liegt. Darin liegt nach Lehre und Rechtsprechung eine unverhältnismässi- ge Überschreitung des Kostenansatzes im Sinne von Art. 375 Abs. 1 OR (Gauch, Werkvertrag, 5. Aufl., N 984). Der auch vom Beklagten anerkannte (act. 11 Rz 79 und 49 Rz 122) Toleranzwert von 10% führt dazu, dass sich der Beklagte Kosten der Klägerin im Umfang von CHF 72'199.60 ohne weiteres anrechnen lassen muss. Im Übrigen hat er einen Herabsetzungsanspruch, soweit die unverhältnis- mässige Überschreitung ohne sein Zutun erfolgte und der Herabsetzungsan- spruch nicht Treu und Glauben widerspricht (Gauch, a.a.O., 987 ff.). Die Summe, welche über der Toleranzgrenze liegt, beträgt CHF 42'097.85.

#### **E. 3.8.1**

Der Beklagte hat sich bereits in der Klageantwort in seinem Eventual- standpunkt auf sein Herabsetzungsrecht berufen (act. 11 Rz 71 ff.), die Klägerin vertrat in der Replik den Standpunkt, dass die Voraussetzungen dazu nicht gege- ben seien (act. 21 Rz 71 - 73 und 77). Sie hat eine Anzeigepflicht mit der Begrün- dung bestritten, dass es nichts anzuzeigen gegeben habe, womit sie sinngemäss auch eine Sorgfaltspflichtverletzung bestritt (act. 21 Rz 76 und 78). Im Berufungs- verfahren hält der Beklagte an seinen Vorbringen fest (act. 49 Rz 115 - 122). Die Klägerin hat im Berufungsverfahren den Herabsetzungsanspruch des

Beklagten pauschal bestritten (act. 58 S. 12).

### **E. 3.8.2**

Welcher Herabsetzungsbetrag angemessen ist, hat der Richter im Streitfall nach Ermessen zu entscheiden. Die Praxis geht davon aus, dass im Normal-

- 23 - fall eine Risikoteilung in dem Sinne erfolgen soll, dass der Werklohn herabgesetzt wird um die Hälfte der Summe, welche die Toleranzgrenze übersteigt (Gauch, a.a.O., N 979 mit Hinweisen, insbesondere BGE 115 II 462). Der Beklagte macht nunmehr wie gesehen geltend, es liege kein Normalfall vor, vielmehr habe die Klägerin das gesamte Risiko zu tragen, weil sie einerseits nicht auf die Kostenüberschreitung hingewiesen und andererseits unsorgfältig und schuldhaft den Werklohn zu tief angesetzt habe. Das schuldhafte Vorgehen sieht der Beklagte dabei darin begründet, dass ansonsten sich kaum eine Überschreitung von (seiner Berechnung zufolge) 85% ergeben hätte (act. 49 Rz 122). Diese Behauptung vermag ein Verschulden indes nicht zu begründen. Dass die Klägerin den Beklagten über die Kostenüberschreitung nicht informiert hat, hat diese zwar nicht bestritten. Es entsprach dies der Konsequenz ihres Prozessstandpunktes, dass keine Kostenüberschreitung vorliege. Diesem Standpunkt kann nach den vorstehenden Erwägungen zwar nicht gefolgt werden. Es kann sich dies aber nicht – quasi doppelt – zulasten der Klägerin auswirken, indem eben dies auch als Grund für die gänzliche Risikozuweisung an sie herangezogen wird. Vielmehr rechtfertigt es sich, die Risikoverteilung dem Normalfall entsprechend je hälftig, d.h. im Umfang von CHF 21'048.90 den Parteien zuzuweisen. Insgesamt hat der Beklagte damit zu bezahlen: CHF 40'113.90 (Platten E. \_\_\_\_\_ AG), CHF 72'199.60 (anrechenbarer Werklohn) und CHF 21'048.90 (hälftiger Risikoteil), mithin total CHF 133'362.40. Unbestrittenermassen bezahlt wurden bereits CHF 110'000.00, so dass ein zu zahlender Restbetrag von CHF 23'362.40 verbleibt.

### **E. 3.9**

Die Verzugszinsforderung wurde im Rechtsmittelverfahren nicht thematisiert und ist entsprechend dem vorinstanzlichen Urteil zuzusprechen. Dispositiv Ziff. 1 des vorinstanzlichen Urteils ist demgemäss in teilweiser Gutheissung der Berufung aufzuheben und der Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin CHF 23'362.40 zuzüglich 5% Zins seit dem 21. Juni 2011 zu bezahlen. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

- 24 - 1. Die Prozesskosten sind nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Ausgehend von einem Streitwert von CHF 47'562.55 erweisen sich die von der Vorinstanz festgelegten Gerichtskosten als angemessen und sind zu bestätigen, diejenigen für das Berufungsverfahren sind auf CHF 5'300.00 festzusetzen und mit dem vom Beklagten geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Die Klägerin ist zu verpflichten, dem Beklagten die Hälfte, mithin CHF 2'650.00 zu erstatten. 2. Beim vorgenannten Ausgang des Verfahrens hat der Beklagte der Klägerin in etwa die Hälfte des von ihr geforderten Betrages zu bezahlen. Es rechtfertigt sich, die Kosten beider Instanzen den Parteien je hälftig aufzuerlegen. Parteientschädigungen sind bei diesem Ausgang des Verfahrens keine zuzusprechen. Es wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung werden die Dispositiv-Ziffern 1, 4 und 5 des Urteils des Bezirksgerichtes Meilen vom 20. März 2014 aufgehoben. Der Beklagte und Berufungskläger wird verpflichtet, der Klägerin und Berufungsbeklagten Fr. 23'362.40 zuzüglich 5% Zins seit dem 21. Juni 2011 zu bezahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. 2. Die erstinstanzliche Entscheidungsgebühr

(Dispositiv-Ziffer 3) wird bestätigt.

#### **E. 4**

Die Kosten für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Die Klägerin und Berufungsbeklagte wird verpflichtet dem Beklagten und Berufungskläger für das Berufungsverfahren Fr. 2'650.00 zu erstatten.

- 25 -

#### **E. 5**

Für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Prozessent- schädigungen zugesprochen

#### **E. 6**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

#### **E. 7**

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Be- schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 47'562.55. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. A. Katzenstein lic. iur. K. Graf versandt am:

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