

# ZH\_OBERGERICHT LB170030 vom 11. Dezember 2017

ZH Obergericht, 2017-12-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB170030](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB170030)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB170030 du 11 décembre 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT LB170030 del 11 dicembre 2017

## Erwägungen

### E. 1

1.1 A.\_\_\_\_\_ liess als Bauherr an der C.\_\_\_\_\_ -Strasse ... in D.\_\_\_\_\_ ein Haus mit zwei Wohnungen errichten. Architektin, aber nicht mit der Bauleitung beauftragt (vgl. auch act. 62 S. 1 und S. 8) war die E.\_\_\_\_\_ GmbH. Eine der Wohnungen verkaufte A.\_\_\_\_\_ noch während der Erstellung des Hauses an F.\_\_\_\_\_. A.\_\_\_\_\_ selbst ist Eigentümer der zweiten Wohnung. Eine der Unternehmungen, die zur Erstellung des Neubaus von A.\_\_\_\_\_ beigezogen worden waren, ist die B.\_\_\_\_\_ AG. Mit ihr schloss A.\_\_\_\_\_ zwei Verträge ab, den ersten, der die Erstellung der Sanitäreinrichtungen (BKP [Baukostenplan] Nummer 25) im Neubau zum Gegenstand hatte, im Juni 2009 (vgl. act. 4/2 bzw. act. 20/1), den zweiten, der die Erstellung der Heizungs-, Lüftungs- und Klimaanlage (BKP Nummer 24) des Neubaus umfasste, Ende November bzw. anfangs Dezember 2009 (vgl. act. 4/3 bzw. act. 20/2).

### E. 1.2

Die eben dargelegten Grundsätze gelten ebenfalls für die Prüfung und Beurteilung einer Anschlussberufung i.S. des Art. 313 ZPO. 2. - 2.1 Das Bezirksgericht hat – kurz zusammengefasst – die Vertragsbeziehung zwischen den Parteien als werkvertraglich i.S. der Art. 363 ff. OR qualifiziert, in deren Rahmen zudem als allgemeine Geschäftsbestimmungen die "Besonderen Bestimmungen zur Submission / Werkvertrag der G.\_\_\_\_\_ AG" (fortan: die Besonderen Bestimmungen) sowie die SIA-Norm 118 übernommen wurden, wobei erstere der SIA-Norm vorangingen. Und es merkte weiter an, individuelle Einzelabreden gingen diesen allgemeinen Geschäftsbedingungen vor; für das Bestehen individueller Abreden trage die Partei die Beweislast, die sich darauf berufe (vgl. act. 103 S. 6 - 8). Das Bezirksgericht prüfte danach die von der Klägerin geltend gemachte Forderung, namentlich soweit diese auf Beststellungsänderungen zurückgeführt wurde. Dabei hielt es fest, die Parteien hätten Art. 33 Abs. 2 der SIA-Norm 118, welcher der Bauleitung eine Vollmacht zur Vertretung des Bauherrn einräumt, ausdrücklich nicht übernommen (vgl. a.a.O., S. 10), und es seien für Zusatzarbeiten die Regelungen der "Besonderen Bestimmungen" massgeblich gewesen. Diese sähen vor, dass Zusatzarbeiten der Bauleitung schriftlich zu offerieren seien und erst ausgeführt werden dürften, wenn sie durch den Auftraggeber / Bauherr genehmigt worden seien. Weiter sehe Ziffer 3.1.1 der Besonderen Bestimmungen vor, dass allein die Bauleitung für das Erteilen von Anweisungen an die Unternehmer zuständig sei (a.a.O.). Im Ergebnis seiner weiteren Prüfung, namentlich auch von Zeugenaussagen, hielt es das Bezirksgericht für festgestellt, dass die Parteien diesen vorgesehenen Ablauf im gegenseitigen Einverständnis, also

- 11 - individuell abgeändert hatten, weshalb der Beklagte neben dem vertraglich vereinbarten Werklohn, soweit noch nicht bezahlt bzw. wegen nicht erbrachter Leistungen im Wert von Fr. 2'470.- nicht geschuldet (a.a.O., S. 9, mit Verweis auf act. 2 Rz. 16), auch den

durch Beststellungsänderungen verursachten Mehraufwand der Klägerin zu ersetzen habe (a.a.O., S. 14). Die Verpflichtung des Beklagten zur Leistung von Zins im beantragten Umfang sei erstellt (vgl. a.a.O., S. 17). Das Bezirksgericht setzte sich in der Folge mit diversen Einwendungen des Beklagten auseinander, die er gegen die Leistung des Werklohns vorgebracht hatte. Es verwarf den Einwand des Beklagten, es stünden ihm Garantierückbehalte zu, und zwar mangels entsprechender Vereinbarung (vgl. act. 103 S. 15 - 17). Unbestritten sei hingegen, dass die Klägerin eine Gardendusche im Wert von Fr. 6'700.- nicht montiert und dem Beklagten auch die Revisionspläne noch nicht geliefert habe, deren Wert der Beklagte auf Fr. 2'600.- beziffere. Die Klägerin habe indessen erklärt, sie werde diese Leistungen gegen Bezahlung des noch offenen Werklohns (Zug um Zug) erbringen, weshalb sie getreu dem Grundsatz pacta sunt servanda dazu verpflichtet sei und sich ein Abzug der zwei Posten vom Werklohn erübrige (vgl. a.a.O., S. 15). Schliesslich prüfte das Bezirksgericht die mit der Widerklage geltend gemachten Forderungen des Beklagten auf Bevorschussung von Mängelbehebungen. Unbestritten sei, hielt es dazu fest, dass innert der vertraglich festgesetzten Frist die Mängelrüge erfolgt sei (a.a.O., S. 19 [dort Erw. 1.2]). Der Beklagte mache allerdings auch geltend, die Klägerin habe die Mängel ohnehin anerkannt; dafür sei er beweisbelastet (vgl. a.a.O.). Und das Bezirksgericht prüfte die Korrespondenz zwischen den Parteien (vgl. a.a.O., S. 19 ff.), auf die sich der Beklagte zum Beweis berufen habe. Dabei gelangte es zum Ergebnis, die Klägerin habe die vom Beklagten geltend gemachten Mängel nur insoweit anerkennen und sich zu deren Behebung verpflichten wollen, als sie für diese aus werkvertraglicher Haftung verantwortlich sei. Der Beklagte habe im Verhalten der Klägerin keine über diese Verantwortlichkeit hinausgehende Anerkennung der Klägerin verstehen dürfen (a.a.O., S. 23 [dort Erw. 2.5.1]). Da die Klägerin die vom Beklagten geltend gemachten Mängel nicht anerkannt habe, sei noch deren Verantwortlich-

- 12 - keit dafür zu prüfen. Die Beweislast dafür trage aufgrund der übernommenen SIA-Norm 118 (Art. 174 Abs. 3) die Klägerin als Unternehmerin (a.a.O., S. 24). Bei zwei vom Beklagten gerügten Sachverhalten (tiefere Temperatur im Wohnzimmer in Fensternähe, schwarzer Fleck beim WC/Schlafzimmer) erkannte das Bezirksgericht keine Mängel (vgl. act. 103 S. 35 ff.). Das Bezirksgericht verneinte sodann eine Verantwortlichkeit der Klägerin hinsichtlich des aufgeheizten Weinkellers (vgl. a.a.O., S. 24 ff.). Für die Temperatur im Keller seien keine vertraglichen Vorgaben gemacht worden (vgl. a.a.O., S. 26). Der Weinkeller werde indirekt aufgeheizt; die vom Beklagten gewünschte Temperatur im Weinkeller hätte in jedem Fall eine andere Planung erfordert oder andere Massnahmen (Einbau aktiver Kühlung). Solche seien nie gewünscht worden. Bei den Mehraufwendungen des Beklagten zur Kühlung handle es sich um nicht ersatzfähige Ohnehinkosten (vgl. a.a.O., S. 28). Verneint wurde ebenfalls die Verantwortlichkeit der Klägerin für das nicht funktionstüchtige Dampfbad im Obergeschoss (vgl. a.a.O., S. 28 ff.). Der Beklagte habe das Dampfbad gewählt, die Klägerin habe sich lediglich zur Lieferung des entsprechenden Dampfbades verpflichtet und zum Erstellen von dafür nötigen Anschlussleitungen für den Generator inklusive der dafür nötigen Armaturen; hingegen habe sie sich nicht zur kompletten Planung, Lieferung und Montage des Dampfbades verpflichtet (a.a.O., S. 29). Eine Abmahnungspflicht habe die Klägerin nicht getroffen, namentlich nicht für die Montage des Temperaturfühlers (vgl. a.a.O., S. 31). Die Klägerin habe den Generator an dem ihr vorgegebenen Platz montiert; ein Standort des später vom Elektriker zu nahe beim Generator montierten Temperaturfühlers sei in den relevanten Plänen nicht bestimmt gewesen (a.a.O.). Als Mangel, für den die Verantwortlichkeit die

Klägerin treffe, erkannte das Bezirksgericht hingegen den Absturz der Heizleistung (vgl. a.a.O., S. 32 ff.). Die Temperaturabstürze seien korrekt gerügt worden und hätten durch den Einbau eines Entgasungsgerätes für Fr. 6'242.70 beseitigt werden können. Die vom Beklagten veranlasste Ersatzvornahme sei ausgewiesen und nachvollziehbar, zumal die Klägerin nicht zu behaupten vermocht habe, wie der Mangel auf andere Weise und mit allenfalls welcher tieferen Kostenfolge hätte behoben werden können.

- 13 - Und es verpflichtete die Klägerin zur entsprechenden Leistung (vgl. a.a.O., S. 34, S. 40). Bauleitungsmehrkosten seien dem Beklagten dafür keine angefallen (a.a.O., S. 40). Für nicht ausgewiesen hielt das Bezirksgericht auch sonstige vom Beklagten geltend gemachte zusätzliche Bauleitungskosten (vgl. a.a.O., S. 37 ff.).

### **E. 1.2.2**

Für die Erstellung der Sanitäranlagen (BKP 25) wurde ein Preis von Fr. 144'866.25 netto inklusive Mehrwertsteuer vereinbart, für die Erstellung der Heizungs-, Lüftungs- und Klimaanlage (BKP 24) gemäss Angebot der B.\_\_\_\_\_ AG vom 17. November 2009 ein Preis von pauschal Fr. 111'000.- netto inklusive Mehrwertsteuer (vgl. dazu act. 4/3, S. 1, plus Schreiben vom 17. November 2009 als Anhang dazu, ferner act. 20/2, dort S. 1 und S. 4 [= letztes Blatt von act. 20/2]). Der Preis (netto inklusive Mehrwertsteuer) für die Leistungen aus beiden Verträgen belief sich somit auf insgesamt Fr. 255'866.25.

### **E. 1.3**

Unbestrittenermassen (vgl. act. 2 S. 9 und act. 19 Rz. 18) vereinbarten die Parteien zum Vertrag für die Erstellung der Heizungs-, Lüftungs- und Klimaanlage (BKP 24) einen Nachtrag. Dieser bezog sich auf Zusatzleistungen gemäss "uns übermittelten Planunterlagen" (vgl. act. 4/9, Blatt 2) im Zusammenhang mit der Ausführung der Bodenheizung für einen (Pauschal)Preis von Fr. 1'100.- netto inklusive Mehrwertsteuer (vgl. act. 4/9). Für Leistungen der B.\_\_\_\_\_ AG unter BKP 24 resultierte daher ein Preis von total Fr. 112'100.-. Dieser Nachtrag war ebenfalls von H.\_\_\_\_\_ ausgefertigt worden, und zwar wie der Hauptvertrag (act. 4/3 bzw. 20/2) am 27. November 2009 (vgl. act. 4/9).

### **E. 1.4**

1.4.1 Unbestrittenermassen leistete A.\_\_\_\_\_ an den Preis für die Leistungen der B.\_\_\_\_\_ AG unter BKP 24 Abschlagszahlungen von insgesamt Fr. 87'156.- (vgl. act. 2 Rz. 20 und act. 19 Rz. 37). Die Schlussabrechnung der B.\_\_\_\_\_ AG

- 7 - datiert vom 2. Dezember 2010 und wurde an A.\_\_\_\_\_ gestellt. Gefordert wurde mit ihr die Zahlung des Restguthabens von Fr. 24'944.- (act. 4/10), das sich laut Klage unter Anrechnung von Fr. 2'400.- für die noch nicht erbrachte Leistung des Anschlusses der Schwimmbadumformer (vgl. act. 2 Rz. 21) noch auf Fr. 22'544.- beläuft. Unbestrittenermassen erfolgte keine entsprechende Zahlung des Beklagten.

### **E. 1.4.2**

Die Parteien streiten sich darüber, ob es auch zum Vertrag über die Sanitäranlagen (BKP 25) zu Nachträgen kam bzw. solche vereinbart wurden. Die Un- ternehmerin macht geltend, es sei zu Beststellungsänderungen gekommen, die zu Mehraufwendungen geführt hätten, und zwar im Umfang von Fr. 88'024.50 (inklusive Mehrwertsteuer) bei der Wohnung, die F.\_\_\_\_\_ gehört, sowie im Umfang von Fr. 61'070.65 (inklusive Mehrwertsteuer) bei der Wohnung von A.\_\_\_\_\_ (vgl. act. 2 Rz. 13 sowie dazu act. 4/6 und 4/7). Der für Leistungen unter BKP 25 angefallene Gesamtpreis beläuft sich in dieser Berechnung auf Fr.

293'961.40, an die unbestrittenermassen drei Abschlagszahlungen über total Fr. 213'137.55 erfolg- ten (vgl. act. 2 Rz. 14 - 16 und Rz. 22 sowie act. 19 Rz. 35). Unstrittig ist zudem, dass Leistungen im Umfang von Fr. 2'470.- nicht erbracht wurden (vgl. act. 2 Rz. 16 sowie 22 und act. 19 Rz. 35). Die B.\_\_\_\_\_ AG verlangte daher von A.\_\_\_\_\_ auch die Begleichung von Fr. 78'353.85.

### **E. 1.5**

A.\_\_\_\_\_ erachtet die Leistungen, die die B.\_\_\_\_\_ AG erbracht hat, teilweise als mangelhaft, was gerügt worden sei. Zur Behebung gewisser Mängel seien ihm bereits Kosten erwachsen, was zu verrechnen sei; die Kosten für die Behebung von drei weiteren Mängeln seien von der B.\_\_\_\_\_ AG zu bevorschussen. Diese habe zudem gewisse Leistungen nicht erbracht, und es stünden ihm überdies ver- traglich vereinbarte Garantierückbehalte zu, was zur entsprechenden Kürzung der geltend gemachten Forderung führe. In Berücksichtigung dessen stehe ihm ein Betrag von einstweilen Fr. 112'418.85 zu (vgl. act. 43, dort S. 2 sowie S. 13 unter Verweis auf act. 19, dort Rz. 111 ff.); diesen Betrag hat er widerklageweise gel- tend gemacht (act. 43 S. 2).

### **E. 2**

Die B.\_\_\_\_\_ AG (fortan: die Klägerin) gelangte gegen Ende Februar 2013 an das Friedensrichteramt ... und machte damit die Klage rechtshängig. Am

- 8 - 22. März 2013 wurde ihr die Klagebewilligung ausgestellt (vgl. act. 1). Diese reich- te sie mit einem Schriftsatz vom 5. Juli 2013 zusammen mit der schriftlichen Kla- gebegründung (act. 2) fristgerecht dem Bezirksgericht Horgen ein. A.\_\_\_\_\_ (fort- an: der Beklagte) erstatte seine schriftliche Klageantwort (act. 19) im Januar 2014, nachdem er zuvor erfolglos um Sistierung des Verfahrens ersucht hatte. Mit der Klageantwort erhob er auch Widerklage. Das Bezirksgericht führte die weite- ren Schriftenwechsel bis zu deren Abschluss im März 2015 durch. In Rahmen der Schriftenwechsel verkündeten sowohl die Klägerin als auch der Beklagte Dritten den Streit, ohne dass es jedoch zu Prozessbeitritten kam. Weiter ergingen Beweisverfügungen (u.a. wurde die Edition von Unterlagen durch den Beklagten angeordnet), fand am 27. Oktober 2015 eine Instruktions- verhandlung mit Zeugenbefragungen statt (vgl. Vi-Prot. S. 13 f. und act. 62 f.) und wurde die Hauptverhandlung am 4. April (vgl. Vi-Prot. S. 16 ff.) und am 19. Okto- ber 2016 durchgeführt (vgl. Vi-Prot. 28 ff.), in deren Rahmen weitere Zeugen be- fragt wurden und die Parteien die Schlussvorträge erstatten konnten. Am 6. März 2017 fällte das Bezirksgericht schliesslich sein Urteil (act. 103 [= act. 93 = act. 101]). Diesem können weitere Einzelheiten zum erstinstanzlichen Prozessverlauf entnommen werden (vgl. a.a.O., S. 4 - 6).

### **E. 2.2**

2.2.1 Der Beklagte äussert sich in seiner Berufungsschrift auf rund 60 Seiten (vgl. act. 100). Dabei rekapituliert er zunächst einerseits das bezirksgerichtliche Urteil sowie den Sachverhalt und die Parteistandpunkte, die im bezirksgerichtli- chen Verfahren vorgetragen worden seien, aus seiner Sicht (vgl. act. 100 S. 9 ff.). Andererseits rekapituliert er seine widerklageweise geltend gemachte Forderung auf Bevorschussung der Ersatzvornahme (vgl. a.a.O., S. 41 ff.), teilweise in wört- licher Wiederholung des schon dem Bezirksgericht Vorgetragenen (vgl. etwa act. 100 S. 42 und act. 19 S. 21, act. 100 S. 43 ff. und act. 43 S. 25 ff., act. 100 S. 46 ff. und act. 19 S. 23 f., act. 100 S. 51 ff. und dazu act. 19 S. 26 ff.). Mit dem angefochtenen Urteil setzt sich der Beklagte vor allem auf S. 15 - S. 40 der

Berufungsschrift näher auseinander, zunächst hinsichtlich der Klage, danach in Bezug auf die Widerklage (vgl. a.a.O., S. 27 ff.). Dabei erachtet er im Wesentlichen jeden Standpunkt, den das Bezirksgericht eingenommen hat und der nicht seinem entspricht, als unzutreffend.

### **E. 2.2.2**

Die Klägerin begründet ihre Anschlussberufung auf den S. 53 - 55 der Berufungsantwort (act. 109). Im Übrigen (a.a.O., S. 4 ff.) nimmt sie vor allem Stellung zu den Vorbringen des Beklagten in der Berufungsschrift und verwirft dessen Standpunkte.

### **E. 2.2.3**

Die Antwort des Beklagten auf die Anschlussberufung befindet sich in act. 114 auf den S. 12 - 15. Die S. 3 ff. von act. 114 widmet der Beklagte in Ausübung des sog. allgemeinen Replikrechts einer Stellungnahme zur Antwort auf seine Berufung, die von ihm – wie gesehen – nicht verlangt worden war.

### **E. 2.3**

Eine Zusammenfassung der Parteivorbringen im Berufungsverfahren, die mehr als 100 Seiten umfassen, würde den Rahmen dieses Urteils sprengen. Im Folgenden werden ihre Vorbringen in der Berufung und zur Anschlussberufung

- 14 - sowie in den Antworten auf die Berufung und Anschlussberufung indessen berücksichtigt, soweit sie massgeblich sind, und zwar auch dann und dort, wenn und wo das nicht ausdrücklich erwähnt wird. Zu den in Erw. II/2.2.1 erwähnten Rekapitulationen des Beklagten ist an dieser Stelle einzig noch grundsätzlich auf das in Erw. II/1.1.1 zur Begründungsbegründung Dargelegte hinzuweisen, namentlich auch auf das zu sog. allgemeiner Kritik und zu Wiederholungen Ausgeführte. 3. Die Klägerin verlangt mit ihrer Klage den noch nicht bezahlten Werklohn für von ihr erbrachte und abgenommene Leistungen gemäss Vertrag und Nachtrag unter BKP 24 im Umfang von Fr. 22'544.- (zur Berechnung vgl. act. 2 Rz. 20 f.) sowie für die Erstellung der Sanitäranlagen (BKP 25) im Umfang von Fr. 78'353.85 (zur Berechnung siehe act. 2 Rz. 16). Die letztgenannte Vergütung komme ihr aufgrund von zwei Nachträgen zum Werkvertrag (act. 4/6 - 7 sowie act. 30/32 und act. 30/23) für Mehraufwendungen zu, welche auf Beststellungsänderungen beruhen.

### **E. 3**

Mit Schriftsatz vom 5. Mai 2017 (vgl. act. 100) liess der Beklagte rechtzeitig gegen dieses Urteil die Berufung erheben. In der Folge wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen, ein Kostenvorschuss verlangt und geleistet sowie der Klägerin Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt. Die Berufungsantwort wurde am 22. Juni 2017 erstattet; mit ihr wurde zugleich Anschlussberufung erhoben (vgl. act. 109). Mit Verfügung vom 28. Juni 2017 wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um die Anschlussberufung zu beantworten (vgl. act. 110). Am 10. Juli 2017 reichte der Beklagte – ohne dass er dazu aufgefordert worden wäre (vgl. act. 110 und dazu act. 112 - 113) – eine Stellungnahme zur Berufungsantwort ein, die auch eine Antwort auf die Anschlussberufung enthielt (act. 114). Innert der bis zum 30. August 2017 laufenden Frist zur Beantwortung der Anschlussberufung ging keine weitere Schrift des Beklagten ein. Die gesetzlich vorgesehenen Schriftenwechsel waren damit abgeschlossen, was den Parteien angezeigt wurde, verbunden mit dem Hinweis, die Sache befin-

- 9 - de sich nun in Beratung (vgl. act. 115 f.). Die Parteien konnten diese Anzeige am

### E. 3.1

Die Berechnung der unter BKP 24 in Rechnung gestellten Leistungen der Klägerin hat der Beklagte im bezirksgerichtlichen Verfahren nicht näher bestritten (vgl. etwa act. 19 Rz. 136 - 138 sowie Rz. 139 f., act. 43 Rz. 27 ff.). Mit Nichtwissen hat er jedoch bestritten, dass die unter BKP 24 in Rechnung gestellten Leistungen tatsächlich erbracht wurden (vgl. insbes. act. 19 Rz. 136 - 138 und act. 43 Rz. 27 ff.). Dabei räumte er zugleich ein, es sei richtig, dass die Leistung "Anschluss Schwimmbadumformer" nicht erbracht worden sei (vgl. act. 19 Rz. 138). Das Bezirksgericht hielt in seinem Urteil fest, der Beklagte habe die Behauptung der Klägerin, sie habe die eingeklagten Leistungen erbracht, lediglich pauschal bestritten, wiewohl es ihm möglich gewesen sei, konkrete Leistungen zu bezeichnen, die die Klägerin nicht erbracht habe (vgl. act. 103 S. 14, dort Erw. 2.3). Das ist aufgrund der Bestreitungen des Beklagten im bezirksgerichtlichen Verfahren zutreffend. Denn wer (wie der Beklagte) anmerken kann, es sei richtig, dass eine Leistung nicht erbracht worden sei, zeigt damit zugleich unübersehbar an, in der Lage gewesen zu sein festzustellen, welche Leistungen nicht erbracht wurden. Letzteres liegt im Übrigen auf der Hand, weil der Beklagte eine Baulei-

- 15 - tung beauftragt hatte (vgl. vorn Erw. I/1.2) und es zu den üblichen Aufgaben einer Bauleitung gehört, die Arbeiten der Unternehmer vor Ort im Interesse des Bauherrn zu überwachen und am Ende abzunehmen. Dass es sich hier anders verhalten hätte, behauptete der Beklagte im bezirksgerichtlichen Verfahren nicht und auch nicht bei seinen Beanstandungen des bezirksgerichtlichen Urteils im hier interessierenden Zusammenhang (vgl. act. 100, dort S. 23 f. [Rz. 91 ff.] mit Verweisen auf act. 19 Rz. 25 f., act. 43 Rz. 29, 30 und 94 sowie auf Erw. 2.1.6 des angefochtenen Urteils). Nicht zu beanstanden ist daher ebenso, dass das Bezirksgericht die Bestreitungen des Beklagten lediglich als allgemein erachtete und mangels Substanziierung für unbeachtlich hielt (vgl. act. 103 S. 14, Erw. 2.3). Was der Beklagte dagegen in der Berufung vorträgt (vgl. act. 100 Rz. 91 ff.), namentlich er sei ohne Revisionspläne nicht in der Lage gewesen, "umfassend zu prüfen", ob die Klägerin ihre geschuldeten Leistungen erbracht habe, schlägt insoweit nicht durch. Denn selbst mit dieser Darstellung, die zudem auf seine Darstellung in act. 43 Rz. 30 Bezug nimmt, räumt der Beklagte ein, er sei in der Lage gewesen, die Leistungen zu überprüfen (z.B. auch bei Apparaten oder Armaturen; vgl. act. 43 Rz. 30), nur eben nicht "umfassend" in seiner Leseart, die Pläne voraussetzt. Und er macht auch heute nicht geltend, bei den ihm während der Bauzeit und bei der Abnahme zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Prüfung des Tatsächlichen namentlich durch die Bauleitung habe sich gezeigt, dass ausser der anerkanntermassen nicht erbrachten Leistung "Anschluss Schwimmbadumformer" ebenfalls andere Leistungen nicht erbracht worden seien (z.B. auch bei den Armaturen und Apparaten). Der Beklagte vermag mit anderen Worten keinen stichhaltigen Anhaltspunkt zu bezeichnen, der die Annahme zu begründen vermöchte, die Klägerin habe ihre in Rechnung gestellten Leistungen grundsätzlich nicht erbracht. Seine entsprechende Bestreitung, die sich – wie gesehen – u.a. auf Nichtwissen beruft, stützt sich folglich nicht auf sachlich Nachvollziehbares ab und erscheint insoweit als haltlos. Das Nichtwissen kontrastiert zudem mit Mängelrügen des Beklagten (vgl. etwa act. 20/5, Blatt 2). Die Ausführungen des Beklagten in act. 100 Rz. 91 ff. u.a. mit Verweis auf Rz. 30 von act. 43 befassen sich zudem auch nicht näher mit den Leistungen, die

- 16 - die Klägerin unter BKP 24 erbracht und – wie in Erw. I/1.3 und I/1.4.1 dargelegt – grundsätzlich zu dem Preis in Rechnung gestellt hat, der gemäss dem von H. \_\_\_\_\_ am 27.

November 2009 ausgefertigten Vertrag (act. 4/3 bzw. 20/2) und dem ebenfalls von H. \_\_\_\_\_ am selben Tag ausgefertigten Nachtrag dazu im Umfang von Fr. 1'100.- (act. 4/9) festgesetzt worden war. Sondern sie befassen sich im Wesentlichen mit Sanitärinstallationen (vgl. act. 43 Rz. 30) und dabei geltend gemachten Mehraufwendungen (vgl. act. 100 Rz. 93); das beschlägt indes die von der Klägerin unter BKP 25 in Rechnung gestellten Leistungen. Es bleibt somit insoweit beim bezirksgerichtlichen Ergebnis, der Werklohn sei geschuldet. Ob dem die weiteren Einwendungen des Beklagten entgegen stehen (im Wesentlichen nicht montierte Gardendusche, nicht gelieferte Revisionspläne und Garantierückbehalt), wird erst noch zu prüfen sein.

### **E. 3.2**

Um Mehraufwendungen im Zusammenhang mit Bestellungsänderungen geht es bei den Leistungen, die die Klägerin unter BKP 25 in Rechnung gestellt hat und klageweise geltend macht.

#### **E. 3.2.1**

Das Bezirksgericht hat in seinem Urteil richtig dargelegt, was die Parteien für Bestellungsänderungen vertraglich geregelt haben (vgl. act. 103 S. 10, Erw. 2.2.1). Der Beklagte stellt das nicht in Abrede, sondern verweist darauf (vgl. act. 100 Rz. 65). Demnach war die Bauleitung nicht zur Vertretung des Beklagten befugt, waren Zusatzarbeiten der Bauleitung vorab schriftlich zu offerieren und sollten erst nach der Genehmigung durch den Bauherrn ausgeführt werden dürfen. Der Beklagte stellte sich im bezirksgerichtlichen Verfahren und mit der Berufung auf den Standpunkt, das vertragliche Vorgehen, wonach er selbst sämtliche Bestellungsänderungen vorab hätte genehmigen müssen, sei bei den von der Klägerin behaupteten Bestellungsänderungen nicht eingehalten worden. Er habe die geltend gemachten Bestellungsänderungen nie unterzeichnet (vgl. act. 100 Rz. 69 f.). Die Klägerin hat vor Bezirksgericht indes – wie dieses zutreffend erwog (vgl. act. 103 S. 10 f.) – behauptet, die Parteien hätten sich bei den Bestellungsänderungen, die zum Mehraufwand ihrerseits geführt hätten, nicht strikt an das vertragliche Prozedere gehalten; Bestellungsänderungen bezüglich der Wohnung

- 17 - des Beklagten habe sie am 31. März 2010 offeriert sowie am 28. April 2010, was von der Bauleitung genehmigt worden sei; bezüglich der Wohnung F. \_\_\_\_\_ seien Bestellungsänderungen ebenfalls am 31. März 2010 offeriert und genehmigt worden. F. \_\_\_\_\_ habe unterzeichnet und der Beklagte, der davon Kenntnis gehabt habe, habe nicht interveniert. Auf Wunsch des Beklagten sei es auch nie zu einer direkten Kommunikation gekommen, sondern habe immer über die Bauleitung oder den Architekten verkehrt werden müssen. Das Bezirksgericht erhob dazu mit zutreffender Lastverteilung (vgl. dazu act. 100 S. 10, Erw. 2.1.7) Beweis. In Würdigung der Beweismittel, namentlich der Aussagen der Zeugen I. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ gelangte es zum Ergebnis, die Darstellung der Klägerin zum tatsächlichen Ablauf der Bestellungsänderungen sei nachvollziehbar und durch Zeugenaussagen belegt, und die Parteien seien vom vertraglich vorgesehenen Prozedere einvernehmlich abgewichen (vgl. a.a.O., S. 11 - 13).

#### **E. 3.2.2**

Der Beklagte hält das für falsch. Im Wesentlichen macht er geltend, die Zeugen hätten nicht bestätigen können, dass der Ablauf bei den von der Klägerin behaupteten Mehraufwendungen so gewesen sei, wie es das Bezirksgericht angenommen habe (vgl. act. 100 Rz. 56 ff.). Und er verweist auf seine Sachdarstellung in act. 43 Rz. 12 ff.,

wonach die Schreiben vom 31. März und 28. April 2010 erst nach der Ausführung der Arbeiten erstellt worden seien (vgl. a.a.O., Rz. 59 ff.), sowie auf seine fehlende Unterschrift auf den Beststellungsänderungen (a.a.O., Rz. 68 ff.). Zudem habe er am 2. Oktober 2010 gegen das Vorgehen der Klägerin protestiert (vgl. a.a.O., Rz. 71). Nicht von Belang sei, dass die Klägerin nur mit der Bauleitung oder dem Architekten kommuniziert habe, denn das sei selbstverständlich. Daraus könne aber nicht abgeleitet werden, dass diese für ihn bindende Vertragsnachträge abschliessen könnten (a.a.O., Rz. 75 mit Verweis auf act. 43 Rz. 22). Die Klägerin habe denn auch nicht dargelegt, geschweige denn ein Dokument dazu eingereicht, dass die Bauleitung oder der Architekt ein Akzept abgegeben hätten (vgl. a.a.O., Rz. 76). Bei Bestellungen von F.\_\_\_\_\_ habe die Klägerin nie annehmen dürfen, dieser sei stillschweigend von ihm dazu autorisiert worden. Der Zeuge H.\_\_\_\_\_ habe auch nicht bestätigen können, dass er Beststellungsänderungen von F.\_\_\_\_\_ zugestimmt habe (vgl. a.a.O., 80 f.). Allfälli-

- 18 - ge Ansprüche der Klägerin aus ungerechtfertigter Bereicherung für die Mehraufwendungen seien verjährt (vgl. a.a.O., Rz. 84). Zudem sei der Preis für die Mehraufwendungen nicht im Voraus bestimmt worden und es habe die Klägerin den effektiven Mehraufwand nicht wie gemäss Art. 374 OR vorausgesetzt substantiiert. Sie habe daher keinen Anspruch für ihre nachträglich aufgestellte Forderung (a.a.O., Rz. 85 f.).

### **E. 3.2.3**

Richtig ist, dass weder der Zeuge I.\_\_\_\_\_ (vgl. act. 62 S. 3 [oben], S. 5 [oben]) noch der Zeuge H.\_\_\_\_\_ (act. 63) direkt die Sachdarstellung der Klägerin zum Ablauf der Beststellungsänderungen bestätigt haben. Der Zeuge I.\_\_\_\_\_ hat immerhin erwähnt, wie es "normalerweise" ablief, nämlich dass die Offerte an die Bauleitung ging, welche sie weiterverarbeitet und dann an die Bauherrschaft weiter geleitet habe, sowie dass Beststellungsänderungen auch in einer Zusammenfassung aufgeführt worden seien (vgl. act. 62 S. 2 f.). Änderungswünsche habe die Bauherrschaft ihm in Besprechungen kommuniziert und er habe sie an H.\_\_\_\_\_ weiter geleitet, der dann die Kostenseite organisiert habe. Die Kommunikation sei über die Bauleitung bzw. das "Baumanagement" G.\_\_\_\_\_ AG erfolgt (vgl. act. 62 S. 3). Sämtliche Beststellungsänderungen seien an den Beklagten gegangen (a.a.O., unten); wenn sie F.\_\_\_\_\_ betroffen hätten, seien sie zur Unterschrift auch an diesen gegangen, weil dieser Verursacher von Mehrkosten gewesen sei, die nicht im Kaufpreis enthalten gewesen seien (a.a.O., S. 3 f.). H.\_\_\_\_\_ hat auf Vorhalt der act. 30/25 und 30/32 erklärt, diese Dokumente seien von der Bauleitung im Auftrag des Beklagten erstellt worden (vgl. act. 63 S. 2). Bei den beiden Dokumenten handelt es sich um die Beststellungsänderungen 14 und 27 auf Formularen der G.\_\_\_\_\_ AG, die als Änderungsname "Sanitär Stand März 10" ausweisen. Weiter erklärte der Zeuge, die Arbeiten, die in diesen zwei Dokumenten aufgeführt seien, müssten etwa zeitgleich mit der Erstellung der Papiere erfolgt sein, er wisse das nicht mehr genau (a.a.O., S. 7). Die Klägerin habe die genehmigten Offerten nie bekommen; normalerweise müsste ihr die Genehmigung von der Bauleitung mitgeteilt worden sein (vgl. a.a.O., S. 6). Ob die Klägerin direkt auch mit dem Beklagten kommuniziert habe, wusste H.\_\_\_\_\_ nicht (a.a.O., S. 7).

- 19 - Hingegen wies der Zeuge darauf hin, dass sich der Beklagte auch von einer "Firma J.\_\_\_\_\_ AG" vertreten liess, für die ein K.\_\_\_\_\_ tätig war (vgl. act. 63 S. 4 und 6). Dieser habe sich wegen Streitigkeiten zwischen dem Beklagten und F.\_\_\_\_\_ den Beststellungsänderungen angenommen (a.a.O., S. 4); der Beklagte habe selbst explizit verlangt, dass F.\_\_\_\_\_ persönlich unterschreibe (a.a.O.). Das sei etwa ab

Bestellungsänderung 10 der Fall gewesen (a.a.O., S. 5); bis Bestel- lungsänderung 31 liege das auch vor (a.a.O., S. 4). Act. 30/32, die Bestellungen- änderung 27, habe F.\_\_\_\_\_ denn auch unterzeichnet (a.a.O., S. 4). Über alle Be- stellungsänderungen von F.\_\_\_\_\_ sei der Beklagte informiert gewesen; informiert worden sei er von ihm und manchmal zusätzlich an Sitzungen, an denen auch die J.\_\_\_\_\_ AG teilgenommen habe (a.a.O., S. 5). Weiter wies der Zeuge bei der Be- stellungsänderung Nr. 14 (act. 30/25) darauf hin, dass es auch um die Bestellung von Armaturen bei der L.\_\_\_\_\_ ging. Seines Wissens sei die Zusammenstellung des dann von der Klägerin Bestellten nach der Auswahl durch die Bauherrschaft, die zusammen mit dem Architekten im L.\_\_\_\_\_ gewesen sei, durch die Partnerin des Beklagten, Frau M.\_\_\_\_\_, unterzeichnet worden. Wenn ein Sanitär bei einem Zulieferer etwas bestelle, müsse er ja die Unterschrift des Bauherren haben. Die- se Unterschrift sei damals vorgelegen (vgl. act. 63 S. 6; siehe auch S. 8: "Und die Unterschrift von Frau M.\_\_\_\_\_ war auf der Gesamtbestellung Sanitär drauf").

#### **E. 3.2.4**

Der Beklagte wirft dem Bezirksgericht mit der Berufung nicht vor, es habe fälschlicherweise auf die Aussagen der Zeugen I.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ abgestellt, weil diese Zeugen Unwahres geäußert hätten (letzteres hat er, käme es hier da- rauf an, auch im bezirksgerichtlichen Verfahren – wohl doch richtigerweise – nicht behauptet; vgl. act. 85D und Vi-Prot. S. 42 ff.). Sein Vorwurf an das Bezirksgericht geht wie gesehen im Wesentlichen dahin, es habe die Aussagen der zwei Zeugen nur unvollständig gewürdigt, und er stützt sich zum Beleg dafür auf einzelne Aus- sagen eben dieser Zeugen ab (vgl. act. 100 Rz. 58). Auch darin liegt keine voll- ständige Würdigung der Aussagen, und es ist diese hier nachzuholen. Beide Zeugen haben geschildert, wie bei Bestellungsänderungen normaler- weise vorgegangen wurde. Der Zeuge I.\_\_\_\_\_ hat sodann erwähnt, dass Ände- rungen zuweilen aber auch in einer Zusammenfassung aufgeführt worden seien. Die Bauherrschaft habe ihm Änderungswünsche in Besprechungen mitgeteilt und

- 20 - er habe sie dann an H.\_\_\_\_\_ weiter geleitet, der dann die Kostenseite organisiert habe. Das darf ohne Weiteres als erstellt gelten, macht der Beklagte doch mit der Berufung – wie gesehen – nicht geltend, die zwei Zeugen hätten Falsches zu Pro- tokoll gegeben. Erstellt ist demnach insbesondere, dass es auch zu Bestellungen- änderungen gekommen war, die dann später in einer Zusammenfassung aufge- führt wurden. Bestätigt wird das durch die act. 30/25 und 30/32, bei denen es sich um solche Zusammenstellungen handelt, was das Bezirksgericht übersehen zu haben scheint. Übersehen zu haben scheint das ebenso der Beklagte, wenn er etwa vorträgt, in den act. 30/25 und 30/32 gehe es um die nachträgliche Rech- nungsstellung bzw. Genehmigung für bzw. von Arbeiten, die die Klägerin jeweils ausgeführt habe, ohne dass ihr vorgängig ein Auftrag dazu erteilt worden sei, dem eine Beststellungsänderung zugrunde lag (vgl. etwa act. 100 Rz. 63). Sowohl H.\_\_\_\_\_ als auch I.\_\_\_\_\_ unterschieden sodann zwischen Bestel- lungsänderungen, die die Wohnung von F.\_\_\_\_\_ betrafen, und solchen, welche den Beklagten betrafen bzw. von diesem veranlasst wurden, z.B. in einer Bespre- chung. Bei F.\_\_\_\_\_ sei dessen Unterschrift verlangt worden, weil dieser Verursa- cher von Mehrkosten gewesen sei, die nicht im Kaufpreis enthalten gewesen sei- en. Aus den Aussagen des Zeugen H.\_\_\_\_\_ folgt überdies, dass sich der Beklag- te bei Besprechungen und im Zusammenhang mit Bestellungsänderungen durch die J.\_\_\_\_\_ AG vertreten liess und ebenso seine Partnerin Frau M.\_\_\_\_\_ mitwirk- te. Auch das darf wiederum ohne Weiteres aus den schon genannten Gründen als erstellt gelten. Act. 30/32 wurde übrigens von F.\_\_\_\_\_ am 4. Mai 2010 unter- zeichnet. Act. 30/25 ist von

niemandem unterzeichnet; auf S. 2 ist jedoch die Rubrik "genehmigt" vom Aussteller des Dokuments (G.\_\_\_\_\_ AG) angekreuzt worden.

### **E. 3.2.5**

Wer als Bauherrschaft Änderungen wünscht, gibt unmissverständlich zum Ausdruck, dass er bei der Ausführung des Werkes vom einst Bestellten abweichen will, und billigt das auch. Teilt er das in Besprechungen mit, billigt er diese Abweichung vom Bestellten als Bauherrschaft mündlich. Ziff. 1.1.9. der Besonderen Bestimmungen zu Submission / Wertvertrag der G.\_\_\_\_\_ AG schliesst das nicht aus, weil die Genehmigung einer Änderung da nicht an eine Form gebunden ist und zudem Parteien stets einmal getroffene Abreden formlos aufheben oder

- 21 - abändern können, weil der Aufhebungs- bzw. Änderungsvertrag keiner Formvorschrift untersteht (und daher selbst die Vereinbarung, es sei für Änderungen die Form der Schriftlichkeit vorgesehen, von den Parteien formlos aufgehoben werden kann). Act. 30/25 betrifft Bestellungsänderungen des Beklagten hinsichtlich der von der Klägerin bei "L.\_\_\_\_\_" bezogenen Apparate sowie in Bezug auf "N.\_\_\_\_\_"; bei letzterem handelt es sich um eine Dampfbadeinrichtung, die ausdrücklich vom Beklagten gewünscht worden war, wie der Zeuge I.\_\_\_\_\_ in anderem Zusammenhang ausdrücklich bestätigte (vgl. act. 62 S. 8) und was der Beklagte auch nicht in Abrede stellt (vgl. act. 100 Rz. 52 ff. und 156 ff.). I.\_\_\_\_\_ hat ebenfalls erklärt, sein Büro ("Wir") habe die Grundplanung erstellt sowie Unterlagen bzw. eine Offerte von der Lieferantin angefordert. "Wir haben die Informationen von N.\_\_\_\_\_ in den Plan eingefügt, soweit sie aus den Unterlagen der Lieferantin ersichtlich waren. Nachher ging es an die Bauleitung G.\_\_\_\_\_, dann an die Unternehmerin zur Ausführung" (vgl. act. 62 S. 7). H.\_\_\_\_\_ hat das als Zeuge bestätigt (vgl. act. 63 S. 9). Auch das darf als erstellt gelten. Erstellt ist damit insbesondere, dass die vom Beklagten gewollte Dampfbadeinrichtung Planänderungen und Änderungen in der Ausführung erforderte und der Beklagte sie insofern stellt hat. Dass er darüber nicht informiert worden sei, behauptet er mit der Berufung so nicht. Hat die G.\_\_\_\_\_ AG in act. 30/25 den Vermerk "genehmigt" angekreuzt, so ist das insoweit nicht falsch. Die Klägerin ging bei ihrer Offerte, die dann zum Vertragsinhalt genommen wurde (vgl. vorn Erw. I/1.2), bei den Apparaten von einer Lieferung durch die O.\_\_\_\_\_ AG aus (vgl. act. 20/1). Der auf dieser Offerte basierende Vertrag wurde am 17. Juni 2009 ausgefertigt (vgl. act. 20/1, 1. Blatt). Gegenstand von act. 30/25 war auch die "Aktualisierung des Auftrages Apparateliste L.\_\_\_\_\_", also eine von der Offerte abweichende Auswahl von Apparaten bzw. Garnituren. Die entsprechende Auswahl wurde von der L.\_\_\_\_\_ AG der Klägerin im Dezember 2009 und im Februar 2010 bestätigt (vgl. act. 30/25, 5. Blatt). Der Zeuge H.\_\_\_\_\_ hat der Sache nach darauf hingewiesen (vgl. act. 63 S. 6, 8) und erklärt, die Bestellung beim Lieferanten habe von der Bauherrschaft vorgängig unterzeichnet werden müssen. Unterzeichnet habe die Bestellung die Partnerin des Beklagten, Frau M.\_\_\_\_\_ (a.a.O., S. 6 und S. 8). Auch das darf aus den schon erwähnten Grün-

- 22 - den als erstellt gelten. Dass seine Partnerin ohne sein Wissen und gegen seinen Willen die Apparatewahl vorgenommen und die Bestellung unterschrieben hat, behauptet der Beklagte – doch wohl mit Fug – so nicht. Hat aber Frau M.\_\_\_\_\_ mit seinem Wissen und Willen die Wahl getroffen und die Bestellung unterzeichnet, hat sie als Stellvertreterin für ihn gehandelt und damit die Bestellungsänderung bewilligt. Auch insoweit erweist sich der Vermerk auf act. 30/25, die Änderungen seien bewilligt worden, als richtig. Die in act. 30/25 erwähnten Mehrleistungen sind – analog zum Werkvertrag – zu einem Festpreis

aufgeführt, was im Einklang mit Ziff. 1.1.9 der "Besonderen Bestimmungen zur Submission / Werkvertrag" steht. (Allgemein zum Begriff des Fest- bzw. Pauschalpreises vgl. übrigens z.B. GAUCH, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich 2011, Rz. 900 - 902; zur Selbstverständlichkeit des Ersatzes von Mehraufwand aufgrund von Bestellungenänderungen bei festen Preisen vgl. ebenfalls GAUCH, a.a.O., Rz. 905 oder KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich/St. Gallen 2015, Rz. 888.) Die Leistungen und Preise in act. 30/25 wurden schliesslich von H.\_\_\_\_\_ einer Prüfung unterzogen und, soweit notwendig, korrigiert. Das ergibt sich einerseits aus act. 30/25 selbst und wurde andererseits von H.\_\_\_\_\_ als Zeuge zusätzlich bestätigt (vgl. act. 63 S. 3). Es liegt zudem auf der Hand, dass eine solche Prüfung ohne entsprechende Unterlagen zur Bestellungenänderung (wie etwa Offerten, Apparatelisten usf.) nicht möglich ist. Der Beklagte macht mit der Berufung nicht geltend, H.\_\_\_\_\_ habe seine Prüfung ohne die entsprechenden Unterlagen vorgenommen. Ergo lagen sie vor. Das erhellt auch die Aussage des Zeugen H.\_\_\_\_\_, die Mitteilung, es sei eine Offerte genehmigt worden, laufe auf dem Bau häufig parallel (vgl. act. 63 S. 6). Und es deckt sich das mit den Aussagen des Zeugen I.\_\_\_\_\_, ausnahmsweise sei es auch zu Zusammenfassungen von Nachträgen gekommen. Denn mit der Zusammenfassung von Nachträgen wurde letztlich nur dokumentiert, was bereits früher vereinbart worden war.

### **E. 3.2.6**

Analog verhält es sich bei act. 30/32. Act. 30/32 wurde sodann, wie schon erwähnt, von F.\_\_\_\_\_ unterzeichnet. Das entsprach nach den Aussagen des Zeugen H.\_\_\_\_\_ (vgl. act. 63 S. 4, S. 5), auf die aus den schon genannten Gründen abgestellt werden kann, ausdrücklich dem Willen des Beklagten, weil es –

- 23 - wie der Zeuge I.\_\_\_\_\_ darlegte (act. 62 S. 4) – bei den Bestellungenänderungen um Mehrkosten ging, die F.\_\_\_\_\_ verursacht habe und die nicht im Kaufpreis enthalten gewesen seien. Anfangs Mai 2010 beliefen sich diese Mehrkosten auf wenigstens Fr. 400'000.-, was der Beklagte wusste (die Bereinigung der Mehrkosten wurde für ihn daher zur Voraussetzung für die Eigentumsübertragung an F.\_\_\_\_\_; vgl. act. 30/35). Der Beklagte liess sich bei der Umsetzung des Bauvorhabens als Bauherr zudem teilweise von der J.\_\_\_\_\_ AG vertreten, für die K.\_\_\_\_\_ handelte, insbesondere im Zusammenhang mit den Bestellungenänderungen von F.\_\_\_\_\_ bzw. Genehmigungen (vgl. act. 63 S. 4 und dazu auch act. 30/35). Wie vorhin gesehen (Erw. II/3.2.3), lief die Kommunikation von Bestellungenänderungen und deren Genehmigung sodann nicht zwischen dem Beklagten und der Klägerin, sondern ging sie vom Beklagten bzw. von der J.\_\_\_\_\_ AG oder F.\_\_\_\_\_ über den Architekten an die G.\_\_\_\_\_ AG sowie von dort zur Klägerin (und von dieser wieder auf dem gleichen Weg zurück; vgl. etwa act. 30/34). Laut dem Zeugen H.\_\_\_\_\_ wurde der Beklagte über die Bestellungenänderungen von F.\_\_\_\_\_ jeweils von ihm informiert, sei es per E-Mail (vgl. etwa act. 30/34) oder mündlich an Sitzungen, an denen z.T. die J.\_\_\_\_\_ AG als Vertreterin des Beklagten teilnahm. Und es gab hinsichtlich dieser Änderungen keine Beanstandungen (vgl. act. 63 S. 6). Das alles darf ebenfalls als erstellt gelten und wird u.a. etwa durch act. 30/35 belegt. Stichhaltige Anhaltspunkte dafür, es habe F.\_\_\_\_\_ mit seiner Unterschrift auf act. 30/32 die Verantwortlichkeit für die von ihm über den Architekten usw. jeweils veranlassten Änderungen nicht in der vom Beklagten ausdrücklich gewollten Weise übernommen, bestehen sodann keine. War der Beklagte aber jeweils über die Bestellungenänderungen, die F.\_\_\_\_\_ veranlasste, informiert, dann hat er sich die von F.\_\_\_\_\_ über den Architekten bzw. die J.\_\_\_\_\_ AG jeweils bestellten Än-

derungen als genehmigt anrechnen zu lassen, zumal F.\_\_\_\_\_ im Mai 2010 unterschrieben die von ihm veranlassten Bestellungsänderungen als zutreffend erklärt hat, in Beachtung der entsprechenden ausdrücklichen Weisung des Beklagten an die Architekten bzw. Bauleitung.

### **E. 3.2.7**

Der Beklagte hat zudem nie geltend gemacht, er habe in die Kommunikationsabläufe, die mit den – wie gesehen – ihm bekannten und gebilligten Bestel-

- 24 - lungenänderungen verbunden waren, aktiv eingegriffen, und/oder er habe namentlich diese Änderungen gegenüber den Architekten bzw. der Bauleitung oder gar der Klägerin widerrufen oder wenigstens als vom nachträglich Bestellten abweichend gerügt. Nach eigener Darstellung (vgl. act. 100 Rz. 71 mit Verweis auf act. 19 Rz. 39) hat er sich erst im Oktober 2010, als das Haus bereits bezogen war (vgl. etwa act. 63 S. 8), an die Klägerin gewandt und die mit den Bestellungsänderungen verbundenen sowie seit April 2010 bekannten Ansprüche der Klägerin dann als die "geltend gemachten Forderungen bestritten" (vgl. act. 19 Rz. 39). Gemäss eigener Darstellung hat er die Rechnung bzw. Forderungen zudem bis dahin der Klägerin gegenüber nicht "wiederholt zurückgewiesen", wie er in der Berufung nun vorträgt (vgl. act. 100 Rz. 71). Gemäss seiner eigenen Sachdarstellung in act. 19 Rz. 39, auf die er in der Berufung verweist, hat er sie einzig am 29. August 2010 gegenüber G.\_\_\_\_\_ beanstandet. Und es darf auch das alles als erstellt betrachtet werden.

### **E. 3.2.8**

Das Bezirksgericht kam zum Schluss, die Parteien hätten den vertraglich vorgesehenen Ablauf für Bestellungsänderungen bei den hier zur Debatte stehenden Bestellungsänderungen im gegenseitigen Einverständnis abgeändert. Das vorhin Dargelegte führt zu keinem anderen Ergebnis. Damit erübrigt es sich, auf die diversen Vorbringen des Beklagten dazu einzugehen, es hätten keine Duldungsvollmachten vorgelegen usf. (vgl. act. 100 S. 17 ff.). Denn darauf kommt es aufgrund des erstellten Sachverhaltes nicht an.

### **E. 3.2.9**

Das Bezirksgericht hielt in seinem Urteil fest, der Beklagte habe die Behauptungen der Klägerin, welche Mehrleistungen ihr durch die Bestellungsänderungen angefallen seien, nicht substantiiert bestritten, wiewohl in den act. 30/25 und act. 30/32 dargetan sei, welche Leistungen die Klägerin als Mehrleistungen geltend mache. Pauschal bestritten habe er zudem, dass die Klägerin die entsprechenden Leistungen erbracht habe, obwohl er in der Lage gewesen sei, konkrete Leistungen zu bezeichnen, die die Klägerin noch nicht erbracht habe (vgl. act. 103 S. 14, dort Erw. 2.2.10 und 2.3). Wie in Erw. II/3.1 im Zusammenhang mit den Forderungen der Klägerin unter BKP 24 schon dargelegt, ist das aufgrund der Bestreitungen des Beklagten im bezirksgerichtlichen Verfahren grundsätzlich zu-

- 25 - treffend. Die Bestellungsänderungen, um die es hier unter BKP 25 geht, sind zudem wie vorhin in den Erw. II/3.2.4 ff. gesehen, erstellt. Der vom Beklagten beauftragte Zeuge H.\_\_\_\_\_ hat schliesslich die dazugehörigen Rechnungen geprüft und – wie ebenfalls gesehen – soweit erforderlich korrigiert (vgl. auch act. 30/25 und 30/32 und dort nebst den handschriftlichen Korrekturen insbes. die Zusammenstellungen auf den jeweiligen S. 3). Der Beklagte macht auch sonst im Zusammenhang mit den Forderungen der Klägerin unter BKP 25 nichts wesentlich anderes geltend als zu den Forderungen, die die Klägerin unter

BKP 24 geltend gemacht (vgl. act. 100 Rz. 88 - 94). Auf diese Einwendungen wurde bereits unter Erw. II/3.1 eingegangen, weshalb zur Vermeidung von Wiederholungen darauf verwiesen werden kann. Es bleibt daher ebenfalls insoweit beim bezirksgerichtlichen Ergebnis, der in Rechnung gestellte Werklohn sei grundsätzlich geschuldet. 4. - 4.1 Der Beklagte hielt seiner Verpflichtung, den Werklohn vollumfänglich bezahlen zu müssen, im bezirksgerichtlichen Verfahren entgegen, er sei berechtigt, einen Teil des Lohnes zurückzubehalten; er stützte seinen Standpunkt im Wesentlichen erstens auf Art. 82 OR bzw. auf die Ziffer 12.2 der "Besonderen Bestimmungen zur Submission / Werkvertrag" sowie zweitens auf die Seite 18 dieser "Besonderen Bestimmungen". Das Bezirksgericht hat sich mit dem Einwand des Beklagten im angefochtenen Urteil auf den S. 15 ff. auseinandergesetzt und diesen verworfen. In der Berufung verweist der Beklagte darauf (vgl. act. 100 Rz. 95 ff.). Weder in Rz. 95 f. noch in Rz. 97 bringt er allerdings Beanstandungen an den bezirksgerichtlichen Erwägungen vor, soweit diese sich auf Art. 82 OR bzw. auf die Ziffer 12.2 der "Besonderen Bestimmungen" beziehen, weshalb sich hier insofern Ausführungen erübrigen (vgl. dazu vorn Erw. Erw. II/1.1.1). Beanstandet werden hingegen die übrigen Erwägungen (vgl. act. 100 Rz. 98 - 101). 4.2. - 4.2.1 Das Bezirksgericht hielt in diesen beanstandeten Erwägungen im Wesentlichen fest, aus den Art. 149 ff. der SIA-Norm 118 ergebe sich kein Anspruch auf einen Rückbehalt. Die Parteien hätten nämlich den Preis für die von der Klägerin zu erbringenden Leistungen im Voraus festgelegt. Art. 150 der SIA-Norm finde daher keine Anwendung. Ein Recht des Beklagten auf einen Rückbehalt - 26 - hätte deshalb gemäss Art. 151 der SIA-Norm besonders geregelt werden müssen. Fehle es daran, habe der Bauherr kein Recht auf einen Rückbehalt (vgl. act. 103 S. 17). Der Beklagte hält diese Überlegungen des Bezirksgerichtes aus zwei Gründen für unzutreffend. Erstens sei für die von der Klägerin behaupteten Mehraufwendungen nicht vorab ein Preis festgelegt worden, was er in Rz. 52 ff. seiner Berufung dargelegt habe. Entscheidend sei indes zweitens, dass die Parteien auf der Seite 18 der "Besonderen Bestimmungen" sehr wohl ein zusätzliches Recht auf Rückbehalt vereinbart hätten, das solange bestehe, wie nicht alle Bedingungen erfüllt seien, die auf S. 18 aufgeführt seien (vgl. act. 100 Rz. 99). 4.2.2 Das Bezirksgericht hat die Preisvereinbarung der Parteien in den Werkverträgen (act. 20/1 und act. 20/2) als Vereinbarung i.S. des Art. 151 der SIA-Norm 118 betrachtet. Der Beklagte beanstandet das in seiner Kritik am Bezirksgericht nicht (vgl. dazu auch vorn Erw. II/1.1., dort insbes. 1.1.1), schliesst sich dem also an und weist einzig darauf hin, bei den Mehrleistungen sei es anders gewesen (vgl. act. 100 Rz. 99). Wie vorhin gezeigt, trifft das indes nicht zu, sondern hat als erstellt zu gelten, dass die Preisvereinbarungen für die Mehrleistungen der Klägerin aufgrund der Beststellungsänderungen der Bauherrschaft derjenigen des Hauptvertrages folgten. Zu prüfen bleibt daher noch, ob das Bezirksgericht aufgrund dessen, was die Parteien auf S. 18 der "Besonderen Bestimmungen" vereinbarten, den Art. 151 der SIA-Norm zu Recht für anwendbar hielt. Wie in Erw. I/1.2.1 erwähnt, wurde die SIA-Norm 118, Ausgabe 1977/1991, von den Parteien nicht unverändert übernommen. In Ziffer 16 der "Besonderen Bestimmungen" haben sie den Umfang der Übernahme unter dem Titel "Ergänzung und Präzisierung zur SIA-Norm SIA 118" auf den Seiten 14 bis 19 festgelegt und dazu vorab vermerkt: "Die nachfolgenden Bestimmungen stellen Ergänzungen, Präzisierungen und Abweichungen ... der Norm SIA 118 dar und gehen dieser vor" (vgl. act. 20/1 und act. 20/2, je S. 14 der "Besonderen Bestimmungen"). Auf Seite 18 der "Besonderen Bestimmungen" haben die Parteien Ergänzungen bzw. Abweichungen von diversen Bestimmungen der SIA-Norm vereinbart, so zu Art. 138 Abs. 1 (Muster), zu Art. 148

(Fälligkeiten), zu Art. 149 (Rückbehalt; allfällige zusätzliche Sicherheiten bei Einheitspreisverträgen), zu Art. 152 Abs. 1 (Fälligkeit des Rückbehaltes und Zinspflicht), zu Art. 153 (Begriff und Gegenstand der Schlussrechnung), zu Art. 154 Abs. 2 (Einreichung und Prüfung), zu Art. 155 Abs. 1 (Fälligkeit der Abrechnungsforderung, Zahlungsfrist) und zum Art. 151 (Rückbehalt; allfällige zusätzliche Sicherheiten bei Gesamtpreisverträgen). Den Art. 151 der SIA-Norm, der verlangt, dass das Recht des Bauherrn auf Rückbehalte und auf allfällige Sicherheiten besonders zu regeln ist, haben sie dabei weder gestrichen (bzw. wegbedungen) noch ersetzt, sondern übernommen, und zwar ausdrücklich. Denn sie haben den Art. 151 der SIA-Norm noch um einen Absatz 2 ergänzt, und zwar des Inhalts, dass für

Vorauszahlungen vom Unternehmer eine Sicherheit in Form einer Bankgarantie zu leisten ist (vgl. act. 20/1 und 20/2, je S. 18 der "Besonderen Bestimmungen"). Um Sicherheiten für Vorauszahlungen geht es hier allerdings nicht, sondern um das Recht des Bauherrn auf Rückbehalt bei einer Preisvereinbarung i.S. des Art. 151 der SIA-Norm. Dieses Recht auf Rückbehalt war aufgrund dessen, was die Parteien in Ziffer 16 der "Besonderen Bestimmungen" vereinbart haben, demnach besonders zu regeln. Diese besondere Regelung war sowohl vom Wortlaut her als auch sachgemäss ausserhalb der übernommenen und leicht ergänzten bzw. abgeänderten Bestimmungen der SIA-Norm gemäss Ziffer 16 der "Besonderen Bestimmungen" zu treffen, z.B. in den Ziffern 1 - 15 der "besonderen Bestimmungen" oder in einem anderen individualisierten Vertragsteil. Das liegt auf der Hand, und zwar nur schon deshalb, weil sich ansonsten die ausdrückliche Übernahme des Art. 151 der SIA-Norm in die "Besonderen Bestimmungen" erübrigt hätte. Hinzu kommt, dass die Preisvereinbarung, die die Parteien getroffen haben, (wie gesehen) Gegenstand der Rückbehaltungsregelung des Art. 151 der SIA-Norm ist, den die Parteien übernommen haben. Und sie kann daher folgerichtig nicht Gegenstand anderer Regelungen zum Rückbehalt in den ebenfalls übernommenen und ergänzten Art. 149 oder Art. 152 der SIA-Norm sein, die sich entweder mit dem Rückbehalt bei einer anderen Art der Preisvereinbarung als der von den Parteien getroffenen befassen (wie Art. 149) oder an das Bestehen des Rechts zum Rückbehalt anknüpfen (wie Art. 152); letzteres setzt bei Preisvereinbarungen, die vom Art. 151 erfasst sind, gerade voraus, dass eine besondere Regelung des Rückbehaltrechts getroffen wurde.

- 28 - Der Beklagte macht mit der Berufung nicht geltend, die Parteien hätten sein Recht auf Rückbehalt ausserhalb von Ziffer 16 der "Besonderen Bestimmungen" geregelt (vgl. vorn Erw. II/4.1 und 4.2.1), wie es der ausdrücklich von den Parteien übernommene Art. 151 der SIA-Norm verlangt. In Ziffer 16 der "Besonderen Bestimmungen, nämlich auf deren S. 18, haben die Parteien sodann entgegen der Auffassung des Beklagten gerade kein Recht auf Rückbehalt i.S. des Art. 151 der SIA-Norm vereinbart. 4.3 Das Bezirksgericht hat ein Recht des Beklagten auf Rückbehalt verneint, was im Ergebnis nicht zu beanstanden ist. Es bleibt daher auch unter diesem Gesichtspunkt grundsätzlich bei der bezirksgerichtlichen Gutheissung der Klage, unter dem Vorbehalt des Ergebnisses der Prüfung der Gegenforderungen des Beklagten. Das Bezirksgericht hat Verzugszins auf den eingeklagten Forderungen im von der Klägerin beantragten Umfang zugesprochen (vgl. dazu act. 103 S. 17, dort Erw. 2.6). Der Beklagte beanstandet das weder hinsichtlich des Verzugsbeginns noch hinsichtlich der Verzugszinshöhe (vgl. act. 100 Rz. 102), weshalb sich dazu Weiteres erübrigt (vgl. vorn Erw. II/1.1, dort insbes. 1.1.1).

**E. 5**

Das Bezirksgericht hat die Klägerin verpflichtet, dem Beklagten Zug um Zug gegen die Bezahlung des gesamten Restwerklohns die Gardendusche zu übergeben und zu montieren sowie die Revisionspläne zu übergeben (vgl. act. 103 S. 15, dort Erw. 2.4, sowie S. 42 Dispositivziffer 2). Der Beklagte beantragt die Aufhebung des bezirksgerichtlichen Urteils, also auch dieses Punktes. In seinen Beanstandungen des bezirksgerichtlichen Urteils (vgl. act. 100, dort insbes. S. 15 - 40) befasst er sich mit diesem Punkt indessen nicht näher und kommt damit seiner Obliegenheit zur Begründung (vgl. dazu vorn Erw. II/1.1, dort insbes. 1.1.1) nicht hinreichend nach. Seine Berufung erweist sich insoweit als unbegründet. In der Anschlussberufung wird dieser Punkt ebenfalls nicht aufgegriffen, weshalb es dabei bleibt, soweit im Ergebnis der Prüfung der Gegenforderungen des Beklagten dieser zu verpflichten ist, der Klägerin einen Restwerklohn zu bezahlen.

- 29 -

## **E. 6**

Der Beklagte machte im bezirksgerichtlichen Verfahren geltend, die Klägerin habe den Werkvertrag mangelhaft erfüllt, er habe die Mängel innert Frist gerügt und vor allem habe die Klägerin alle von ihm geltend gemachten Mängel anerkannt, unabhängig davon, ob diese auf eine Vertragsabweichung bei den Arbeiten der Klägerin oder auf andere Gründe zurückzuführen seien (vgl. act. 43 Rz. 112). Und er machte weiter geltend, diese anerkannten Mängel seien von der Klägerin nicht behoben worden, weshalb er ihrer Forderung aus Werkvertrag eigene Forderungen entgegenstelle, die u.a. namentlich die Kosten der von ihm veranlasseten Mängelbehebung und Vorschüsse für die noch vorzunehmende Mängelbehebung umfassten. Einen Teil dieser Gegenforderungen machte er mit seiner Widerklage geltend, andere stellte er unter der Bedingung, dass der Klägerin noch ein Werklohn zustehe, im Umfang dieser Werklohnforderung zur Verrechnung. Eine Aufstellung dazu gab er in act. 19 unter Rz. 115 ab. An seinem Standpunkt hält der Beklagte mit der Berufung fest, verweist dabei auf seine Aufstellung in act. 19 (vgl. act. 100 Rz. 211, insbes. Rz. 213) und schickt dieser eine neue tabellarische Aufstellung/Übersicht nach (vgl. a.a.O., Rz. 214).

### **E. 6.1**

6.1.1 Das Bezirksgericht stellte im angefochtenen Urteil fest, es sei die Sachdarstellung des Beklagten strittig, die Klägerin habe alle von ihm geltend gemachten Mängel anerkannt, unabhängig davon, ob diese auf eine Vertragsabweichung bei den Arbeiten der Klägerin oder auf andere Gründe zurückzuführen seien. Das wird vom Beklagten mit der Berufung richtigerweise nicht beanstandet. Die Klägerin nahm im bezirksgerichtlichen Verfahren – worauf das Bezirksgericht zutreffend hinwies (vgl. act. 103 S. 18, dort Erw. 1.1) – den Standpunkt ein, sie habe die Arbeiten mängelfrei ausgeführt und sei zudem grundsätzlich bereit gewesen, von ihr zu verantwortende Mängel zu beheben; allfällige an der Liegenschaft bestehende Mängel würden jedoch nicht ihren vertraglichen Leistungsbe- reich betreffen oder keine Mängel im Rechtssinne darstellen. Auch das wird vom Beklagte mit der Berufung mit Fug nicht als falsch gerügt (vgl. auch act. 100 Rz. 111). Das Bezirksgericht erwo, der Beklagte trage für seine Behauptung die Beweislast (vgl. act. 103 S. 19). Die vom Beklagten behauptete Anerkennung der

- 30 - Klägerin für alle vom Beklagten geltend gemachten Mängel, unabhängig davon, auf welche Gründe diese Mängel zurückzuführen seien, qualifizierte es als Schuldanerkennung i.S. des Art. 17 OR, und es hielt zudem fest, divergiere der tatsächliche Wille des

Erklärenden vom Verständnis des Empfängers, so sei die Willenskundgabe nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Der Beklagte stütze sich zum Beweis seiner Sachdarstellung auf die im Recht liegende Korrespondenz zwischen den Parteien. Diese würdigte das Bezirksgericht in der Folge einlässlich (vgl. a.a.O., S. 20 ff.). Es kam dabei zum Schluss, aus der Korrespondenz bis zum 18. Mai 2011 lasse sich insgesamt keine über die vorbestehende werkvertragliche Verantwortlichkeit hinausgehende Schuldanererkennung der Klägerin erkennen, und daher auch nicht aus act. 20/13, eine Vereinbarung, die von diesem Tag datiert (vgl. a.a.O., S. 22). Zum gleichen Ergebnis kam es bei der Würdigung der Korrespondenz bis zum 26. Januar 2012 bzw. der Urkunde act. 20/18, die von diesem Tag datiert (vgl. a.a.O., S. 23).

### **E. 6.1.2**

Der Beklagte, der sich im bezirksgerichtlichen Verfahren zum Beleg seiner Darstellung im Wesentlichen auf den Inhalt von Vereinbarungen in act. 20/13 und 20/18 abstützte (vgl. act. 43 Rz. 109 und 111 [streitgegenständliche Vereinbarungen], ferner a.a.O., Rz. 43 - 45), erachtet die Erwägungen des Bezirksgerichtes als unzutreffend (vgl. act. 100 Rz. 113). Insbesondere macht er geltend, die Beweislast sei falsch verteilt worden (vgl. act. 100 Rz. 118, 131) und es seien die act. 20/13 und 20/18, die von der Klägerin unterzeichnet wurden, unzutreffend ausgelegt worden. Denn massgeblich bei der Auslegung sei primär nicht, was der Beklagte als Erklärung der Klägerin in den act. 20/13 und 20/18 habe verstehen müssen, sondern wie die Klägerin die unbestrittenermassen vom Beklagten verfassten Schreiben vom 16. Mai 2011 (act. 20/13) und vom 26. Januar 2012 (act. 20/18) habe verstehen dürfen und müssen (vgl. act. 100 Rz. 116, a.E.). Im Übrigen sei in erster Linie auf den Wortlaut eines Schreibens abzustellen, bei dem es dann sein Bewenden habe, wenn die übrigen Auslegungsmittel mit Sicherheit keinen anderen Schluss erlaubten (vgl. a.a.O. Rz. 130). Auch nach Auffassung des Bezirksgerichtes müsse act. 20/13 als umfassende Anerkennung der Haftung und Verpflichtung zur Mängelbehebung verstanden werden. Analoges gelte für die Vereinbarung gemäss act. 20/18 (a.a.O., Rz. 131). Die Beweislast für Abwe-

- 31 - chendes sowie für allfällige besondere Umstände trage daher die Klägerin (a.a.O.). Und der Beklagte legt dann dar, welche Umstände nach seiner Auffassung wie zu würdigen sind (vgl. a.a.O., S. 32 ff.).

### **E. 6.1.3**

Der Beklagte beruft sich in seiner Kritik am Bezirksgericht auf BGE 121 III 123 und rügt eine falsche Auslegung nach dem Vertrauensprinzip (vgl. a.a.O., Rz. 131). Da sich gemäss BGE 121 III 123 der Inhalt eines Vertrages in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen bestimmt, und nur dann, wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen sind (objektivierte bzw. normative Auslegung), stellt er sich unübersehbar auf den Standpunkt, eine tatsächliche Willensübereinstimmung sei anders als mit den bei den Akten liegenden Urkunden nicht beweisbar und es seien daher diese zur Ermittlung des (mutmasslichen) Parteiwillens nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Davon ging auch das Bezirksgericht aus und die Klägerin rügt das ihrerseits ebenfalls nicht (vgl. act. 109 S. 26 - 30). Zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten

(vgl. wiederum etwa BGE 121 III 123, ferner 132 III 632 oder 142 III 253). Gemeint ist damit ein Verständnis von Erklärungen aus der Sicht des jeweiligen Empfängers in guten Treuen, also eines verständig und red- lich Urteilenden bzw. als vernünftiger und korrekter Mensch (vgl., satt vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, Bd. I, 10. A., Zürich 2014, Rz. 209 und 316). Zu diesen gesamten Umständen, die zu berücksichtigen sind, gehören hier nebst der vom Beklagten hervorgehobenen Korrespondenz auch das unbestritten gebliebene übrige Verhalten der Parteien im Zusammenhang mit den Erklärun- gen, namentlich also, dass der Beklagte sich im Wesentlichen nicht selbst, son- dern über seinen Rechtsvertreter äusserte, letzterer die act. 20/13 und 20/18 for- mulierte, die Klägerin im Baugewerbe tätig ist und insofern in juristischer Hinsicht nicht versiert ist sowie zeitweilig nicht anwaltlich vertreten war, namentlich nicht

- 32 - im Januar 2012, als act. 20/18 unterzeichnet wurde, was der Vertreter des Be- klagten wusste (act. 20/18 hat er an die Klägerin adressiert). Die Behauptungs- und Beweislast für Bestand und Inhalt eines vom objekti- ven ("normativen") Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswil- lens trägt, worauf der Beklagte richtig verweist, stets jene Partei, welche aus die- sem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (vgl. BGE 121 III 123, 132 III 632 oder 142 III 253). Die Beweislast trifft daher den Beklagten dann, wenn er einen vom objektiven Auslegungsergebnis abweichenden Willen behauptet. Das ist nun zu prüfen.

#### **E. 6.1.4**

Der Beklagte geht davon aus, die objektive Auslegung von act. 20/13 erge- be eine umfassende Anerkennung der Klägerin für alle vom Beklagten geltend gemachten Mängel, unabhängig davon, auf welche Gründe diese Mängel zurück- zuführen seien. Auch das Bezirksgericht sei in der Erwägung 2.3.4 auf S. 22 des angefochtenen Urteils zu diesem Ergebnis gekommen (vgl. act. 100 Rz. 130). Die Klägerin ist anderer Auffassung. Selbst bei einer vom Bezirksgericht erwähnten "losgelösten" Betrachtung von act. 20/13 liege keine Anerkennung der streitge- genständlichen Mängel vor (vgl. act. 109 Rz. 86 f.). Laut dem Beklagten folgt aus dem Wortlaut von act. 20/13, den sein Rechts- vertreter am 16. Mai 2011 verfasst und an den damaligen Rechtsvertreter der Klägerin adressiert hat, wie gesehen (vgl. vorn Erw. II/6.1.1, a.A.) eine umfassen- de Anerkennung der Klägerin für alle von ihm geltend gemachten Mängel, unab- hängig davon, auf welche Gründe diese Mängel zurückzuführen sind. Mängel werden im Text von act. 20/13 allerdings nicht namentlich genannt; es wird ledig- lich in Klammern auf ein früheres Schreiben des Beklagten bzw. dessen Vertre- ters vom 19. April 2011 verwiesen. Erwähnt wird hingegen "unsere heutige telefo- nische Unterredung", ohne dass deren Inhalt näher wiedergeben wird, ausser dass eine Nachfrist zur Mängelbehebung bis zum 31. Mai 2011 vereinbart worden sei. Verwiesen wird überdies auf Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Frist, ohne dass diese bezeichnet werden, und es wird endlich um eine kurze Rückbestäti- gung durch Unterzeichnung an der vorgesehenen Stelle unter Retournerung ei- nes Doppels gebeten. Für den vernünftigen und korrekten Leser bleibt daher un- klar, um welche Mängel usw. es namentlich geht. Hingegen versteht er, dass es

- 33 - um die Bestätigung der fernmündlich getroffenen Vereinbarung geht, deren Inhalt so weit unbekannt bleibt, als es um anderes als die Vereinbarung zur Nachfrist geht, die der Beklagte sich noch rückbestätigen lassen wollte. Der Text von act. 20/13 ergibt ohne Rückgriff auf das Schreiben des Beklag- ten bzw. dessen Rechtsvertreters vom 19. April

2011 nicht den vom Beklagten behaupteten Sinn. Soweit der Beklagte geltend macht, es habe beim Wortlaut der Vereinbarung dann sein Bewenden, wenn die übrigen Auslegungsmittel nicht mit Sicherheit einen anderen Schluss erlaubten (vgl. act. 100 Rz. 130), bleibt folglich zu konstatieren, dass der Wortlaut von act. 20/13 seinen Standpunkt nicht stützt. Beizuziehen ist zum Verständnis des Textes von act. 20/13 stets das Schreiben vom 19. April 2011, aber ebenso ist das zu beachten, was die Parteien sonst noch in der Zeit zwischen dem 19. April 2011 und dem 18. Mai 2011, dem Tag, an dem die Klägerin act. 20/13 zur "Rückbestätigung" unterzeichnete und retournierte, als ihren Standpunkt äusserten. Darauf hat das Bezirksgericht in seinem Urteil zu Recht verwiesen (vgl. act. 103 S. 22, dort Erw. 2.3.5) und daher namentlich das Schreiben des Anwaltes der Klägerin vom 3. Mai 2011 (act. 20/11) berücksichtigt, das in Beantwortung des Schreibens des Beklagten vom 19. April 2011 an dessen Rechtsvertreter gerichtet war. Darin wird in einem Punkt die Lieferung und Montage fehlender Artikel, die zwischenzeitlich eingetroffen seien, nach der Zahlung der offenen Rechnungen durch den Beklagten in Aussicht gestellt (vgl. a.a.O., Punkt 1). Ansonsten wird die Verantwortung der Klägerin für diverse Mängel zurückgewiesen (vgl. a.a.O., etwa Punkte 6, 7, 9, 10), und es wird bei mehreren Mängeln geltend gemacht, ohne genauere Angaben könne man darauf nicht eingehen (vgl. a.a.O., z.B. Punkte 2, 3, und 4). Das Schreiben schliesst mit dem Hinweis, die Klägerin sei gewillt, Mängel zu beheben, sofern diese durch sie verursacht und zu verantworten seien; es sei sinnvoll, einen gemeinsamen Augenschein vorzunehmen, und die Klägerin erwarte Terminvorschläge. Aufgrund dieses Schreibens, aufgrund von act. 20/9, einer E-Mail, mit der die Klägerin bereits am 9. Dezember 2010 den Standpunkt vertrat, es treffe sie namentlich hinsichtlich des Dampfbades keine Verantwortung, und mangels anderslautender Willenserklärungen der Klägerin nach dem 3. Mai bis zum 18. Mai 2011 zog das Bezirksgericht den Schluss, es habe der Beklagte aus der Rückbe-

- 34 - stätigung in act. 20/13 nicht annehmen können und dürfen, die Klägerin habe ihren bisherigen Standpunkt aufgegeben und anerkenne nun Mängel auch ausserhalb ihrer vertraglichen Verantwortlichkeit (vgl. act. 103 S. 22). Das ist zutreffend. Der Beklagte macht mit der Berufung ja nicht geltend, das Bezirksgericht habe bei seinem Schluss übersehen, dass die Klägerin nach dem 3. Mai 2011, namentlich beim von ihr angeregten gemeinsamen Augenschein und/oder bei der in act. 20/13 erwähnten telefonischen Unterredung die Verantwortung für am 19. April 2011 gerügten Mängel übernommen habe (vgl. act. 100 Rz. 114 ff., Rz. 120 - 140), und es darf daher als erstellt gelten, dass es eine entsprechende Erklärung der Klägerin nicht gab, insbesondere nicht in der telefonischen Unterredung am 16. Mai 2011. Vor diesem Hintergrund aber hat ein redlicher und verständiger Empfänger der Rückbestätigung in act. 20/13 keinen irgendwie begründeten Anlass für die Annahme, die Klägerin habe damit ihren bisherigen Standpunkt ohne erkennbaren Grund kommentarlos aufgegeben, und es fehlt daher an einer sachlichen Grundlage für ein entsprechendes Text- bzw. Erklärungsverständnis. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Rückbestätigung in act. 20/13 durch einen Anwalt erfolgte. Denn im Verkehr unter Anwälten gilt der Grundsatz des Verhaltens nach Treu und Glauben ebenfalls. Keinen erkennbaren Grund für eine begründete Annahme, die Klägerin habe ihren bisherigen klar zum Ausdruck gebrachten Standpunkt aufgegeben, und damit ebenfalls keinen sachlichen Anlass für ein entsprechendes Text- bzw. Erklärungsverständnis bietet daher – um selbst das noch zu erwähnen – die Tatsache, dass in dem vom Rechtsvertreter des Beklagten formulierten Text nur Bezug auf dessen Schreiben vom 19. April 2011 genommen wird und das Antwortschreiben der Klägerin

vom 3. Mai 2011 im Text unerwähnt blieb, obwohl dieses dem Rechtsvertreter des Beklagten ebenso bekannt war wie der unveränderte Standpunkt der Klägerin. Warum der Rechtsvertreter des Beklagten das Schreiben der Klägerin vom 3. Mai 2011 in act. 20/13 unerwähnt liess, kann deshalb offen bleiben. Von daher ist es fast müssig anzumerken, dass in act. 20/13 auch kein Bezug auf das Schreiben des Rechtsvertreters des Beklagten an den Rechtsvertreter der Klägerin vom 12. Mai 2011 genommen wird (act. 20/12), in dem vorab erklärt wird, die in Aussicht ge-

- 35 - stellte Zahlung sei ausgelöst worden, und der Beklagten ansonsten im Wesentlichen an seinem bisherigen Standpunkt festhält. Auch sonst sind keine Umstände bzw. Auslegungsmittel ersichtlich, welche die Behauptung des Beklagten zu stützen vermöchten, mit act. 20/13 habe die Klägerin alle vom Beklagten ihr gegenüber geltend gemachten Mängel, unabhängig davon, auf welche Gründe diese zurückzuführen seien, anerkannt. Im Ergebnis erweist es sich daher richtig, dass das Bezirksgericht dem Beklagten die Beweislast für diese Behauptung auferlegt hat. Dieser Beweis ist dem Beklagten aufgrund der von ihm im bezirksgerichtlichen Verfahren angerufenen Beweismittel (vgl. act. 19 Rz. 54 - 56 mit Verweis auf act. 20/6, 20/11, 20/12-13, und act. 43 Rz. 43 mit Verweis auf act. 20/6, 20/12 und 20/13) im Zusammenhang mit act. 20/13 sodann nicht gelungen; vielmehr ist – wie gezeigt – im Ergebnis das Gegenteil bewiesen, nämlich dass die Klägerin in einer dem Beklagten unschwer erkennbaren Weise an ihrem bisherigen, dem Beklagten bekannten Standpunkt festhielt.

#### **E. 6.1.5**

Eine umfassende Anerkennung der Klägerin aller vom Beklagten ihr gegenüber geltend gemachten Mängel, unabhängig davon, auf welche Gründe diese Mängel zurückzuführen seien (vgl. act. 43 Rz. 112), erblickt der Beklagte ebenfalls in act. 20/18, einem Schreiben seines Rechtsvertreters an die Klägerin vom 26. Januar 2012 (vgl. act. 100 Rz. 126: durfte und musste das Akzept der Klägerin in act. 20/13 und 20/18 dahingehend verstehen, dass sich die Klägerin verpflichtet, die streitgegenständlichen Mängel zu beheben und dass sie eine Verantwortung und Haftung dafür anerkannte). Das Bezirksgericht hat sich mit diesem Schreiben einlässlich befasst (vgl. act. 103 S. 22 f.) und dabei zu Recht ein ähnliches Vorgehen des Rechtsvertreters des Beklagten wie bei act. 20/13 festgestellt. Es wies sodann auf den Standpunkt der Klägerin, sie habe mit der Unterzeichnung einzig eine Rückbestätigung der angesetzten Frist zum Ausdruck gebracht. Und es kam im Wesentlichen zum Ergebnis, unter Berücksichtigung der Begleitumstände, insbesondere der vorgängigen Korrespondenz zwischen den Parteien werde ersichtlich, dass die Klägerin die Verantwortlichkeit für die vom Beklagten behaupteten Mängel bestritten habe (vgl. a.a.O., S. 23). Das heisst nichts anderes als, dass die Auslegung von

- 36 - act. 20/18 nach dem Vertrauensprinzip nach Auffassung des Bezirksgerichtes keine umfassende Anerkennung der Mängel durch die Klägerin im vom Beklagten behaupteten Sinn ergibt. Der Beklagte hält das im Wesentlichen mit der gleichen Argumentation, die er bereits zu act. 20/13 vorgebracht hat, für unzutreffend (vgl. act. 100 S. 28 - 34, dort insbes. auch Rz. 122 - 124, Rz. 134 - 139). Wie im Zusammenhang mit act. 20/13 beruft er sich dabei ausschliesslich auf Korrespondenz zwischen den Parteien und legt diese aus seiner Sicht aus, wobei er act. 20/13 die Bedeutung einer Anerkennung zumisst. Wie gesehen, ist das falsch, und es lässt sich daher aus act. 20/13 gerade nichts in diesem Sinne herleiten, sondern vielmehr, dass die Klägerin in einer dem Beklagten unschwer erkennbaren Weise an ihrem bisherigen, dem Beklagten bekannten Standpunkt festhielt. Auf andere

Erklärungen der Klägerin nach dem 18. Mai 2011 bis zum 26. Januar 2012 stützt der Beklagte seinen Standpunkt in der Berufung sodann nicht ab. Namentlich macht er nicht geltend, ausserhalb der von ihm zur Stützung seines Standpunkts im bezirksgerichtlichen Verfahren angerufenen Korrespondenz (es sind das die act. 20/14 - 17 [vgl. act. 19 Rz. 58 - 61, ferner act. 43 Rz. 43 - 45, 108 ff.]) habe die Klägerin eine Erklärung abgegeben bzw. ein Erklärungsverhalten gezeigt, das eine Abkehr der Klägerin von dem ihm bekannten Standpunkt beinhalte, sie stehe nur für Mängel ein, die durch sie verursacht und zu verantworten seien, und sie anerkenne nunmehr alle vom Beklagten ihr gegenüber gerügten Mängel, unabhängig davon, auf welche Gründe diese Mängel zurückzuführen seien. Und er macht mit der Berufung ebenfalls nicht geltend, das Bezirksgericht habe eine solche Erklärung bzw. ein solches Erklärungsverhalten der Klägerin übersehen, weshalb als erstellt gelten darf, dass die Klägerin nach dem 18. Mai bis zum 26. Januar 2012 ausserhalb der vom Beklagten zur Stützung seines Standpunktes angerufenen Korrespondenz keine solche Erklärung abgegeben bzw. kein solches Erklärungsverhalten gezeigt hat. Eine Sichtung dieser Korrespondenz (act. 20/14 - 20/17) zeigt ebenfalls keine solche Erklärung der Klägerin an. Die Korrespondenz umfasst ausschliesslich Schreiben des Rechtsvertreters des Beklagten, die dessen Standpunkt wiedergeben bzw. Mängelrügen enthalten (vgl. act. 20/15 und 20/16) oder die Mitteilung,

- 37 - der Beklagte mache von seinem Recht Gebrauch, die genannten Mängel durch einen Dritten beheben zu lassen (vgl. act. 20/17). Bleibt noch das Schreiben vom 26. Januar 2012. Hier wird durch den Rechtsvertreter der Beklagten wie in act. 20/13 um eine Rückbestätigung durch Unterzeichnung ersucht, diesmal durch die vorübergehend nicht mehr anwaltlich vertretene Klägerin selbst. Wie in act. 20/13 wird wiederum unter Bezug auf ein früheres Schreiben des Rechtsvertreters des Beklagten auf im Text selbst nicht namentlich genannte Mängel verwiesen, und zwar auf das Schreiben vom 22. Dezember 2011 (act. 20/16). Zusätzlich wird in act. 20/18, also am 26. Januar 2012, auf ein Schreiben des Rechtsvertreters des Beklagten vom 24. Januar 2012 hingewiesen, in dem angekündigt worden sei, der Beklagte werde zur Ersatzvornahme schreiten. Weiter wird ausgeführt, es könne nun aber der Klägerin mitgeteilt werden, dass der Beklagte bereit sei, eine zusätzliche Frist zur Behebung der Mängel einzuräumen. Diese Frist ende am 10. Februar 2012. Sollten die Mängel bis dann nicht behoben sein, sei der Beklagte zur Ersatzvornahme auf Kosten der Klägerin berechtigt; Kosten, die dem Beklagten angefallen seien oder noch anfallen, würden von der Klägerin übernommen (vgl. act. 20/18). Es folgt dann das Ersuchen um Rückbestätigung "bis heute 16.00 Uhr", dem folgt: "Der guten Ordnung halber sei festgehalten, dass dieses Schreiben ohne fristgerechte Gegenzeichnung ... unpräjudiziell ist, keine Wirkungen entfaltet und nicht für den gerichtlichen Gebrauch bestimmt ist. Besten Dank für eine fristgerechte Rückmeldung". Dem Wortlaut dieses Schreibens entnimmt ein vernünftig und redlich urteilender Empfänger, dass der Rechtsvertreter des Beklagten seinen in zwei früheren Schreiben eingenommenen Standpunkt wiederholt und der Beklagte ohne Grundangabe bereit ist, zwei Tage nach einer Erklärung eine zusätzliche Frist einzuräumen. Weiter entnimmt der vernünftig und redlich urteilende Empfänger dem Schreiben, dass der Beklagte der Meinung ist, er sei zur Ersatzvornahme auf Kosten der Klägerin berechtigt und werde diese auch vornehmen, wenn die Frist unbenutzt verstreiche. Und er bezieht die gewünschte Rückbestätigung bis 16.00 Uhr darauf, selbst wenn er nicht versteht, was das am Ende erwähnte Unpräjudizielle, keine Wirkung Entfaltende des Schreibens überhaupt bedeuten soll, weil

- 38 - das ja doch recht unklar ist. Wenn er das Unpräjudizielle, keine Wirkung Entfallende gleichwohl versteht, dann wohl bloss so, dass es ohne Rückbestätigung beim bislang Gehabten bleibt. Ausserhalb des Textverständnisses eines verständigen und redlichen Empfängers bleibt hingegen, dass mit der Rückbestätigung die Standpunkt des Beklagten bzw. dessen Rechtsvertreters übernommen werden, insbesondere ein Recht des Beklagten auf Ersatzvornahme bestätigt und erklärt wird, die Kosten dafür würden von ihm – dem Empfänger – übernommen. Ein vernünftig und redlich urteilender Empfänger hat wiederum keinen Anlass, den Text von act. 20/18 auf Inhalte zu beziehen, die ausserhalb seines Textverständnisses liegen. Und es hat deshalb auch der Verfasser dieses Textes als redlich und verständig urteilender Empfänger der Rückbestätigung keinen begründeten Anlass zur Annahme des Gegenteils. Behauptet der Beklagte, er habe die Rückbestätigung der Klägerin nach dem Vertrauensprinzip als Anerkennung aller von ihm geltend gemachten Mängel und die Zustimmung der Klägerin zur Übernahme der Kosten der Ersatzvornahme verstehen dürfen, so geht das fehl; es widerspiegelt dieses Verständnis hingegen allenfalls die Intentionen des Verfassers beim Formulieren des Textes und erinnert insoweit an einen Versuch, eine selbsterfüllende Prophezeiung zu etablieren. In diesem Zusammenhang kann überdies auf den Grundsatz in dubio contra stipulatorem verwiesen werden. Das eben Erwogene gilt erst recht, wenn man zusätzlich zum Text von act. 20/18 die vorhin dargelegten weiteren Umstände einbezieht, wie es das Vertrauensprinzip gebietet, also zunächst einmal, dass der um Rückbestätigung gebetene Empfänger von act. 20/18 zwar geschäftserfahren ist, sich aber ausserhalb der juristischen Gefilde mit deren Sprachblüten bewegt. Weiter zu berücksichtigen ist die vom Beklagten zur Stützung seines Verständnisses der Rückbestätigung nach Vertrauensprinzip angerufene Korrespondenz, die keine Erklärungen der Klägerin enthält, sondern nur solche des Beklagten bzw. seines Rechtsvertreters. Und einzubeziehen ist schliesslich die erstellte Tatsache, dass die Klägerin – wie vorhin dargetan – weder mit act. 20/13 noch danach dem Beklagten gegenüber je Erklärung abgab oder wenigstens ein Erklärungsverhalten gezeigt hat, das eine Abkehr von ihrem Standpunkt beinhaltet, sie stehe nur für Mängel ein, die durch sie verursacht und zu verantworten seien, und sie anerken-

- 39 - ne nunmehr alle vom Beklagten ihr gegenüber gerügten Mängel, unabhängig davon, auf welche Gründe diese Mängel zurückzuführen seien, und sie übernehme daher auch die Kosten der Mängelbehebung auf dem Weg der Ersatzvornahme durch den Beklagten (vgl. aber act. 100 Rz. 124, 126). Dass der Beklagte eben diese Tatsache nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr nicht nur erkennen musste (was er gegen sich gelten zu lassen hat, wie wenn er es erkannt hätte), sondern tatsächlich kannte, liegt auf der Hand und bedarf daher keiner weiteren Erläuterung. Auch sonst sind wiederum (vgl. vorn Erw. II/6.1.4) keine Umstände bzw. Auslegungsmittel ersichtlich, welche die Behauptung des Beklagten zu stützen vermöchte, mit act. 20/18 habe die Klägerin alle vom Beklagten ihr gegenüber geltend gemachten Mängel, unabhängig davon, auf welche Gründe diese zurückzuführen seien, anerkannt. Wiederum richtig ist deshalb, dass das Bezirksgericht dem Beklagten die Beweislast für diese Behauptung auferlegt hat. Der entsprechende Beweis ist dem Beklagten aufgrund der von ihm im bezirksgerichtlichen Verfahren angerufenen Beweismittel ebenfalls im Zusammenhang mit act. 20/18 nicht gelungen; im Ergebnis ist vielmehr das Gegenteil bewiesen, nämlich dass die Klägerin an ihrem dem Beklagten bekannten Standpunkt weiterhin festhielt.

#### **E. 6.1.6**

Das Bezirksgericht gelangte zum Fazit, die gesamte Korrespondenz wieder- spiegle, dass die Klägerin die vom Beklagten geltend gemachten Mängel nur in- sofern anerkenne und sich zur Behebung verpflichten wollte, als sie für diese aus werkvertraglicher Haftung verantwortlich sei (vgl. act. 103 S. 23). Das ist nach dem Gesagten zutreffend, wie es auch zutreffend ist, dass das Bezirksgericht hernach prüfte, ob die Klägerin für die Mängel, an denen der Beklagte heute noch festhält, verantwortlich ist und die Kosten zur Behebung zu tragen bzw. zu bevor- schussen hat, wie es der Beklagte verlangt. Es sind das ein schwarzer Fleck beim WC/Schlafzimmer, tiefere Temperatur im Wohnzimmer in Fensternähe, grund- sätzlich inkonstante Heiztemperatur infolge Absturz der Heizleistung, ein nicht funktionstüchtiges Dampfbad im Obergeschoss sowie der aufgeheizte Weinkeller im Untergeschoss.

- 40 -

### **E. 6.2**

Der Beklagte macht Kosten im Umfang von Fr. 333.70 für die Beseitigung des schwarzen Flecks geltend. Dieser Fleck sei, so trägt er in der Berufung vor, "im Rahmen des beklagtischen Ersatzvornaheanspruches bereits" (act. 100 Rz. 203) beseitigt worden; die Kosten seien durch die Rechnung des beauftragten Unter- nehmer ausgewiesen (vgl. a.a.O., Rz. 202). Das Bezirksgericht kam zum Ergebnis, der Beklagte habe den Mangel nicht hinreichend behauptet. Vor allem aber könne er weder das Vorliegen dieses an- geblichen Mangels noch dessen Ursachen nachweisen. Seine Forderung sei da- her abzuweisen (vgl. act. 103 S. 37). Wie die Klägerin richtig ausführt, geht der Beklagte in seiner Berufung auf diese Erwägungen des Bezirksgerichts sowie die Erwägungen, die das Bezirksgericht zu seinem Ergebnis führten (vgl. a.a.O., S. 36 f.), gar nicht ein, zeigt also nicht auf, was an den Feststellungen des Be- zirksgerichts falsch sein soll und kommt damit seiner Begründungsobliegenheit (vgl. dazu Erw. II/1.1.1) nicht nach. Seine Berufung bleibt deshalb unbegründet und unbegründet ist damit ein Anspruch auf Zahlung von Fr. 333.70 durch die Klägerin.

### **E. 6.3**

Das Bezirksgericht hat sich mit der vom Beklagten als Mangel geltend ge- machten tieferen Temperatur im Wohnzimmer in Fensternähe auf den S. 35 f. (dort Erw. 3.6) befasst.

#### **E. 6.3.1**

Seinen Erwägungen zum geltend gemachten Mangel hat das Bezirksgericht auf S. 24 seines Urteils im Wesentlichen vorausgeschickt, dass die Parteien die SIA-Norm 118 übernommen hätten, die in Art. 162 Abs. 2 definiere, was ein Man- gel sei. Das ist zutreffend und wird im Berufungsverfahren denn auch von keiner Partei als unrichtig beanstandet. Es kann daher auf diese bezirksgerichtlichen Erwägungen verwiesen werden; verdeutlichend bleibt hier lediglich noch Folgen- des festzuhalten: Ein Mangel besteht nach der von den Parteien für ihre Ver- tragsbeziehung übernommenen Definition im Wesentlichen entweder darin, dass das Werk eine zugesicherte oder sonst wie vereinbarte Eigenschaft nicht auf- weist, oder darin, dass ihm eine Eigenschaft fehlt, die der Bauherr auch ohne be- sondere Vereinbarung in guten Treuen hat erwarten dürfen; letzteres bezieht sich

- 41 - vor allem auf die Tauglichkeit des Werkes für dessen vertraglich vorgesehenen oder üblichen Gebrauch. Ebenso hat das Bezirksgericht auf die von den Parteien vereinbarte Beweis- lastumkehr hingewiesen, gemäss welcher der Unternehmer das Beweisrisiko für

das Nichtvorliegen eines Mangels trägt, sofern der Bauherr innert Rügefrist substantiiert – in einer für den Unternehmer nachvollziehbaren Art – geltend gemacht hat, das Werk entspreche nicht den vereinbarten Eigenschaften (vgl. a.a.O.). Ebenso diese Erwägungen erweisen sich als zutreffend und werden insbesondere vom Beklagten in der Berufung daher mit Fug nicht beanstandet.

### **E. 6.3.2**

Zum vom Beklagten geltend gemachten Mangel selbst erwog das Bezirksgericht im Wesentlichen zunächst, unbestritten sei die Tatsache, dass die Temperatur in den Räumen nicht konstant sei, sondern in Fensternähe abweiche und tiefer sei. Der Beklagte mache geltend, die Klägerin sei für die Ausführungsplanung verantwortlich gewesen, habe eine durchgehende Raumtemperatur zugesichert und diese Verpflichtung nicht eingehalten. Eine Berufung auf die SIA-Norm 384/2 helfe ihr nichts, weil diese Norm nicht als Vertragsbestandteil übernommen worden sei. Das Bezirksgericht hielt weiter fest, die Klägerin bestreite das Vorliegen eines Mangels; sie mache geltend, sich vertraglich zu einer nach den Regeln der Baukunde realisierten Raumtemperatur von 20°C verpflichtet und dies erfüllt zu haben. Planung und Ausführung würden dem Vertrag und der SIA-Norm 384/2 entsprechen, gemäss der die geschuldete Temperatur max. 2.50 Meter vom Fenster gemessen werden dürfe (vgl. act. 103 S. 35). Das Bezirksgericht kam hernach zum Schluss, die Klägerin habe dem Beklagten vertraglich keine ausdrücklich Zusicherung abgegeben, sie stelle mit ihrer Installation durchgehend eine Raumtemperatur von 20°C sicher. Verpflichtet habe sie sich gemäss Werkvertrag (act. 20/2) bzw. den darin enthaltenen Projektunterlagen hinsichtlich der Raumtemperatur zu Folgendem: "gemäss Angaben Architekt wie folgt: - Wohnräume wie Wohnen, Küche, Zimmer, Gang, etc. 20°C". Richtig sei, dass die Parteien die SIA-Norm 384/2 nicht als Vertragsbestandteil vereinbart hätten, weshalb sich die Klägerin zur Feststellung ihrer vertraglichen Leistungspflicht nicht auf diese Norm berufen könne (vgl. a.a.O.). Es sei daher auszulegen, worin der Leistungsumfang gemäss der werkvertraglichen Klausel bestehe.

- 42 - Die SIA-Norm 384/2 könne immerhin zur Auslegung der geschuldeten Sorgfalt des Unternehmers herbeigezogen werden. Denn diese könne auch mitbestimmt sein durch die zur Zeit der Werkausführung anerkannten Regeln der Technik; das Bundesgericht vertrete denn auch die Auffassung, für eine SIA-Norm gelte die natürliche Vermutung, in ihrem Anwendungsbereich anerkannte Regeln der Technik zu sein. Lege man die Klausel dementsprechend aus, so sei keine durchgehend konstante Raumtemperatur von 20°C geschuldet, sondern es genüge, wenn eine Heizanlage installiert worden sei, mit der im Obergeschoss eine Raumtemperatur von 20°C erreicht werde. Ein Mangel liege daher nicht vor (vgl. a.a.O., S. 36).

### **E. 6.3.3**

Der Beklagte wendet in der Berufung (act. 100, Rz. 163 ff.) dagegen im Wesentlichen ein, er habe vor Vorinstanz aufzeigen können, dass die SIA-Norm 384/2 im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mehr gegolten und daher nicht mehr den massgeblichen Regeln der Baukunde entsprochen habe (vgl. a.a.O., Rz. 168). Die objektivierte Vertragsauslegung des Bezirksgerichtes treffe deshalb nicht zu (vgl. a.a.O., Rz. 167, 169). Somit sei nicht erstellt, dass die Klägerin die im Wohnzimmer geschuldete Temperaturverteilung gemäss den Regeln der Baukunde erbracht habe (vgl. a.a.O., Rz. 169). Zudem sei ebenfalls nicht erstellt, dass mit der SIA-Norm 384/2 Temperaturunterschiede innerhalb von Räumen be-

urteilt werden könnten (vgl. a.a.O., Rz. 168). Gestützt auf die im Recht liegenden Behauptungen und Beweise könne daher nicht davon ausgegangen werden, die Temperaturunterschiede im Wohnzimmer stellten keinen Mangel dar (vgl. a.a.O., Rz. 171). Die Klägerin hält dem im Wesentlichen entgegen, ein gewisser Temperaturabfall gegen eine Fensterfront sei vollkommen normal und stelle keinen Mangel dar. Sie habe Messungen nach den Regeln der Baukunde im Januar 2012 (recte: 2011; vgl. act. 20/11) durchgeführt und dabei sei die geforderte Temperatur bei weitem erreicht worden (vgl. act. 109 Rz. 126 f.). Der Beklagte habe nie bestritten (recte wohl: geltend gemacht), dass diese Messungen vertragswidrig gewesen seien bzw. nicht den – auch aktuellen – Regeln der Baukunde entsprochen hätten, weshalb das Bezirksgericht davon habe ausgehen dürfen, dass die Klägerin die geforderten Temperaturen entsprechend den Regeln der Baukunde gewährleisten können (vgl. a.a.O., Rz. 128 f.).

- 43 -

#### **E. 6.3.4**

Der Beklagte beanstandet mit der Berufung die bezirksgerichtliche Feststellung nicht näher, die Klägerin habe ihm keine ausdrückliche vertragliche Zusicherung abgegeben, sie stelle mit ihrer Installation eine durchgehende Raumtemperatur von 20°C sicher. Einig sind sich die Parteien sodann, dass sie die SIA-Norm 384/2 nicht übernommen haben. Richtig ist zudem der Einwand des Beklagten, die SIA-Norm 384/2 habe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mehr gegolten. Diese Norm wurde – soweit ersichtlich (vgl. <http://www.webnorm.ch/europ%C3%A4ische%20normen/architekt/sia%20384.201/d/D/Product>) – per Ende Februar 2005 durch die europäische Norm SN EN 12831 zusammen mit einem nationalen Anhang ersetzt (vgl. a.a.O.). Weder der Beklagte noch die Klägerin behauptet indes, diese Norm sei vertraglich übernommen worden. Übernommen haben die Parteien hingegen die Mangeldefinition gemäss SIA-Norm 118 (vgl. vorn Erw. II/6.3.1). Gemäss dieser liegt, wenn es – wie hier – an einer Zusicherung einer Eigenschaft fehlt, ein Mangel entweder dann vor, wenn das Werk eine sonst wie vereinbarte Eigenschaft aufweist, oder dann, wenn dem Werk eine Eigenschaft fehlt, die der Bauherr auch ohne besondere Vereinbarung in guten Treuen hat erwarten dürfen. Die zweite Variante fällt hier weg, weil die Parteien im Werkvertrag eine Bestimmung zur Raumtemperatur getroffen haben, was das Bezirksgericht zutreffend erkannt hat und der Beklagte insoweit auch nicht beanstandet. Er rügt in diesem Zusammenhang lediglich, dass das Bezirksgericht bei der Auslegung dessen, was die Parteien vereinbart haben, hilfsweise auf die veraltete SIA-Norm abgestellt hat (vgl. act. 100 Rz. 168 f.). Diese Rüge trifft zu, weil das Bezirksgericht im Rahmen seines ansonsten zutreffenden Vorgehens bei der Auslegung (vgl. act. 103 S. 36, Erw. 3.6.6) richtigerweise auf die neue Norm hätte abstellen müssen. Ähnlich wie die SIA-Norm 384/2 gestattet diese neue Norm, worauf der Beklagte der Sache nach zutreffend verweist (vgl. act. 100 Rz. 168), die Beurteilung von Temperaturunterschieden in einem Raum nicht. Sie gibt "lediglich" vor, wie bei einem konkreten Projekt die Heizlastberechnung zu ermitteln ist, welche die Auslegung der Beheizungsanlage bestimmt, damit eine bestimmte Norm-Innentemperatur erreicht wird. Und damit bestimmt sich das Mass der Sorgfalt, welches die Klägerin zu beachten hatte. Dass mit der geschuldeten Norm-

- 44 - Innentemperatur ein Wert bezeichnet wird, der Temperaturunterschiede innerhalb eines Raums ausschliesst, behauptet der Beklagte so nicht, und doch wohl mit Fug: Denn ein Normwert ist ein abstrakter Wert, und insoweit kein konkreter. Es ist daher fast müssig

darauf hinzuweisen, dass Temperaturunterschiede in einem Raum, namentlich tiefere Temperaturen bei Fensterfronten und höhere Temperaturen in der Raummitte, ein allgemein bekanntes physikalisches Phänomen sind, das war auch dem Beklagten, der beim Vertragsabschluss fachkundig beraten und vertreten wurde (vgl. vorn Erw. I/1.2.1), bekannt, stellt er sich doch – wie gesehen – letztlich auf den Standpunkt, die Klägerin habe ihm eine Beheizungsanlage zugesichert, mit der im Wohnraum eine durchgehende, keine Unterschiede aufweisende Temperatur erreicht wird; eine solche Zusicherung ist allerdings nicht erfolgt, und wäre übrigens dann offensichtlich überflüssig gewesen, wenn die geschuldete Norm-Innentemperatur einer durchgehenden Raumtemperatur im Verständnis des Beklagten entsprechen würde. Es war also eine Beheizungsanlage vereinbart, die eine Norm-Innentemperatur von 20°C im Wohnzimmer erbringt und bei der Temperaturunterschiede im Raum zulässig sind. Es begründet daher allein die Tatsache, dass im Wohnzimmer Temperaturunterschiede festgestellt wurden, nämlich eine geringere Temperatur in Fensternähe (vgl. act. act. 19 Rz. 91 und act. 43 Rz. 161) als im übrigen Raum, noch kein Mangel. Dass die Raumtemperatur bei einer von der Klägerin vorgenommenen Messungen in der Raummitte über 20°C lag, nämlich bei 23.5° bis 24°C, hielt der Beklagte im bezirksgerichtlichen Verfahren fest (vgl. act. 43 Rz. 160), und er verweist ebenso in der Berufung darauf (vgl. act. 100 Rz. 163). Dabei rügte er im bezirksgerichtlichen Verfahren aber nicht, diese Werte seien zu hoch, weshalb diese Werte auch nach seiner Darstellung per se noch keinen Mangel begründen, sondern die tieferen Temperaturen an den Raumrändern (vgl. a.a.O.), nämlich "in Fensternähe" (vgl. act. 19 Rz. 91). Was er mit "in Fensternähe" genau meint und wie diese Fenster beschaffen sind (nach Klägerin: eine Fensterfront; vgl. act. 109 Rz. 126), ist indes nicht ersichtlich. In der Berufung verweist der Beklagte denn auch einzig auf "die im Recht liegenden Behauptungen und Beweise", aus denen sich ergebe, dass die Temperaturunterschiede einen Mangel darstellten (vgl. act. 100 Rz. 171), ohne aber – wie sonst anderswo

- 45 - (vgl. beispielhaft etwa act. 100 Rz. 163, 166, 168, ferner Rz. 59, 62, 63, 71 oder 120, 122, 124 f.) – fassbar anzugeben, welche Behauptungen und Beweismittel er genau meint, die das Bezirksgericht nach seiner Auffassung nicht oder nicht richtig berücksichtigt bzw. gewürdigt hat und die daher von der Kammer im Berufungsverfahren ersatzweise zu berücksichtigen bzw. zu würdigen wären (vgl. a.a.O., insbes. Rz. 168 - 172). Insoweit hält er lediglich in allgemeiner Art an seinem Prozessstandpunkt fest und kommt damit der ihm obliegenden Begründungsobliegenheit (vgl. vorn Erw. II/1.1.1) nicht nach. Weiteres erübrigt sich deshalb und es bleibt festzuhalten, dass der Berufung im Ergebnis ebenfalls in diesem Punkt kein Erfolg beschieden ist.

#### **E. 6.4**

Der Beklagte machte im Zusammenhang mit der von der Klägerin erstellten Beheizungsanlage einen weiteren Mangel geltend, nämlich eine generell unkonsistente Heiztemperatur; es sammle sich im Heizsystem Gas an, was regelmässig und mehrfach pro Saison in den oberen Geschossen des Hauses, also in seiner Wohnung, zu einem Absturz der Heizleistung führe. Den Mangel habe er erstmals bereits mit E-Mail vom 9. Dezember 2010 angezeigt (vgl. act. 19 Rz. 87 - 89). Das Bezirksgericht hat sich mit diesem Mangel auf den S. 32 - 34 seines Urteils eingehend befasst und die Widerklage, mit der der Beklagte den Ersatz der Kosten verlangt, die ihm durch die Ersatzvornahme entstanden sind, insoweit gutgeheissen (vgl. dazu auch act. 103 S. 42, Dispositivziffer 3). Der Beklagte verzichtet in der Berufung auf Ausführungen zu diesem Punkt (vgl. act. 100 Rz. 201). Die

Klägerin ficht das Urteil in diesem Punkt mit der Anschlussberufung an (vgl. act. 109 Rz. 165 und 189 ff.).

#### **E. 6.4.1**

Das Bezirksgericht erwog zunächst, der Beklagte habe den Mangel in einer E-Mail vom 9. Dezember 2010 (act. 20/9) und in einem Schreiben vom 22. Dezember 2011 (act. 20/16, dort S. 1) gerügt und im zweiten Schreiben auch die Ersatzvornahme in Aussicht gestellt, wenn der Mangel von der Klägerin nicht behoben werde, was dann unbestrittenermassen der Fall gewesen sei (vgl. act. 103 S. 32 f.). Die vom Beklagten erhobenen Rügen hätte die Erscheinungsform des Mangels hinreichend exakt bezeichnet. Die Bezeichnung der Ursache des Man-

- 46 - gels habe er nicht angeben müssen (vgl. a.a.O., S. 33). Letzteres trifft zu und wird von der Klägerin daher zu Recht nicht beanstandet. Die Klägerin wirft dem Bezirksgericht vor, es habe übersehen, dass sich die gerügten Temperaturschwankungen auf den Temperaturabfall in Fensternähe bezogen habe. Ein Absturz der Heizleistung infolge Gasansammlung, wie das Bezirksgericht schreibe, sei nie gerügt worden. Und dieser Wortlaut finde sich auch in keinem der erwähnten Schreiben. Es sei keine hinreichende Mängelrüge erfolgt, weshalb eine Haftung entfalle (vgl. act. 109 Rz. 191). Richtig ist, dass weder in act. 20/9 noch in act. 20/16 von einem Absturz der Heizleistung die Rede ist. Das Bezirksgericht hat allerdings auch keine solche Feststellung getroffen, als es die Mängelrüge für hinreichend hielt, sondern es hat auf act. 20/9 hingewiesen. Dort werde dargetan, dass die Heizung im Haus (Hervorhbg. durch das Gericht) zufällig und stark unterschiedlich funktioniere, auch bei gleicher Einstellung komme es zu Temperaturschwankungen (vgl. act. 103 S. 32, Erw. 3.5.3). Diese Feststellung des Bezirksgerichtes trifft ebenso zu (vgl. act. 20/9) wie seine anschliessende Feststellung, in act. 20/16 (dort S. 1) sei das erneut gerügt worden. Denn in act. 20/16 S.1 steht (Hervorhbg. durch das Gericht): "Unkonstante Heiztemperatur: Unser Klient stellt fest, dass die Heiztemperatur im Haus erheblich schwankt und dadurch unkonstant geheizt wird". Der Beklagte bezog sich demnach zweimal auf im Haus generell unkonstante Heiztemperaturen, damit in für Laien erkennbarer Art auf eine unkonstante Heizleistung im Haus und folglich ebenso in seiner Wohnung. Für eine Rüge genügt das, wie das Bezirksgericht zutreffend erkannte. Ein irgendwie gearteter Bezug zum Temperaturabfall in Fensternähe im Wohnzimmer des Beklagten ist der Rüge hingegen nicht zu entnehmen und wurde daher vom Bezirksgericht auch nicht übersehen. Weiteres von Belang bringt die Klägerin in diesem Zusammenhang mit der Berufung nicht vor, insbesondere nicht mit ihrem Verweis auf act. 29 Rz. 86 (vgl. act. 109 Rz. 191). Im Berufungsverfahren behauptet sie zudem mit Fug nicht, um auch das noch anzumerken, sie habe auf die Rüge des Beklagten hin bzw. nach dessen Schreiben und Fristansetzungen Ende 2011 und im Januar 2012 etwas unternommen. Richtig hat das Bezirksgericht daher im Ergebnis seiner Überle-

- 47 - gungen erkannt, dass dann, wenn der behauptete Mangel bestanden hat, der Beklagte grundsätzlich zur Ersatzvornahme berechtigt war.

#### **E. 6.4.2**

Das Bezirksgericht bejahte das Vorliegen eines Mangels. Es erwog im Wesentlichen, der Beklagte habe zur Vermeidung der Gasansammlung ein Gerät installieren lassen; damit sei das Problem der Temperaturschwankungen bzw. -abstürze nicht mehr aufgetreten. Das habe die Klägerin nicht substantiiert bestritten. Die Entlüftung der Leitungen, auf die die

Klägerin verweise, gehöre zum Un-terhalt. Dass der Einbau eines Entgasungsgerätes nicht mehr zum ordentlichen Unterhalt zähle, liege jedoch auf der Hand und zeige, dass ein Mangel vorgelegen habe (vgl. act. 103 S. 33 f.). Der Beklagte sei zur Ersatzvornahme berechtigt ge-wesen; die Kosten des Einbaus des Entgasungsgerätes seien ausgewiesen. Die Klägerin habe diese Kosten nicht substantiiert bestritten, sondern geltend ge-macht, der Beklagte habe sich das Entgasungsgerät, das als solches nicht erfor-derlich gewesen sei, aufschwätzen lassen (vgl. a.a.O., S. 34). Die Klägerin bringt in der Anschlussberufung der Sache nach vor, das Be-zirksgericht habe fälschlicherweise festgestellt, der behauptete Mangel (Tempera-turabsturz) sei von ihr nicht substantiiert bestritten worden, und sie verweist zu-dem auf ihre Sachdarstellung im bezirksgerichtlichen Verfahren (vgl. act. 109 Rz. 192 mit Verweis auf act. 29 Rz. 86 und act. 52 Rz. 65). Mit ihrer Kritik zeigt sie allerdings nicht auf, inwieweit die Feststellung des Bezirksgerichtes, nach dem Einbau des Entgasungsgerätes sei es nicht mehr zu den Temperaturschwankun-gen usf. gekommen, falsch sein soll; sie geht darauf gar nicht ein, weshalb die bezirksgerichtliche Feststellung als erstellt gelten darf. Ebenso wenig legt die Klä-gerin dar, inwieweit die weitere Überlegung des Bezirksgerichtes falsch sein soll, dass dann, wenn der Einbau eines zusätzlichen Gerätes erforderlich sei, ein Mangel vorliege (der Beklagte verweist in seiner Antwort auf die Anschlussberu-fung richtigerweise darauf; vgl. act. 114 Rz. 63). Das liegt denn auch auf der Hand; weitere Erörterungen erübrigen sich insoweit. Lediglich der Vollständigkeit halber kann noch angemerkt werden, dass sich die Klägerin auf den Standpunkt stellt, bei der von ihr eingebauten Heizungsanlage wäre ein solches Gerät für den ordentlichen Unterhalt nicht nötig gewesen (vgl. act. 109 Rz. 192). Denn damit zeigt sie letztlich selbst auf, dass das vom Beklagten eingebaute Entgasungsgerät

- 48 - nicht dem blossen Unterhalt diene, weil dessen Einbau ja die zuvor aufgetrete-nen Temperaturschwankungen verhinderte. Was die Klägerin sonst noch vor-bringt (vgl. a.a.O., 193 ff.), schlägt daher nicht durch. Richtig ist schliesslich, dass die Klägerin die Kosten der vom Beklagten vor-genommenen Ersatzvornahme, die durch eine Rechnung ausgewiesen sind, im bezirksgerichtlichen Verfahren nicht substantiiert bestritten hat und auch nicht be-hauptete, dem Beklagten seien diese Kosten nicht angefallen. Mit ihren Verwei-sen auf act. 29 Rz. 86 und act. 52 Rz. 65 (vgl. act. 109 Rz. 191 - 195) zeigt sie nichts anderes auf, sondern wiederholt sie nur schon dem Bezirksgericht Vorge-tragenes. Damit kommt sie ihrer Begründungsobliegenheit nicht nach (vgl. dazu vorn Erw. II/1.1.1) und es erweist sich insofern die Anschlussberufung als unbe-gründet.

### **E. 6.4.3**

Weiteres, das hier noch näher zu berücksichtigen wäre, weil es zu einem von der bezirksgerichtlichen Beurteilung abweichenden Ergebnis führen könnte oder gar müsste, ist nicht ersichtlich. Das bezirksgerichtliche Urteil erweist sich somit ebenfalls in diesem Punkt als zutreffend und es ist die Anschlussberufung daher abzuweisen.

### **E. 6.5**

Der Beklagte macht als Mangel, den die Klägerin zu verantworten hat, die Aufheizung des Weinkeller im Untergeschoss geltend. Zur Behebung des Man-gels entstünden ihr geschätzte Kosten von rund Fr. 18'150.- (vgl. act. 19 S. 23).

#### **E. 6.5.1**

Unstrittig ist, dass der als Weinkeller vorgesehene Raum im Untergeschoss nicht direkt beheizt wird, sondern passiv bzw. indirekt aufgeheizt bzw. gewärmt wird (vgl. act. 19 Rz.

46: "keine Heizleitungen verlegt worden"; vgl. dazu auch act. 2 Rz. 38 und act. 29 Rz. 68). Der Beklagte verweist in der Berufung darauf (act. 100 Rz. 146). In der Klageantwort und Begründung seiner Widerklage hielt der Beklagte sodann fest, der "Weinkeller kann daher nicht als solcher verwendet werden" (vgl. act. 19 Rz. 46). In seinem Urteil stellte das Bezirksgericht fest, es sei unbestritten geblieben, dass der als Weinkeller bezeichnete Raum im Untergeschoss – in unverändertem Zustand, ist zu verdeutlichen – nicht als Weinkeller genutzt werden könne. Die Parteien seien sich folglich einig, dass die Tauglichkeit des betreffenden Raums

- 49 - zum beabsichtigten Zweck eingeschränkt sei (vgl. act. 103 S. 24, unten). Strittig sei, ob die Klägerin für diese Gebrauchseinschränkung verantwortlich sei (vgl. a.a.O., S. 25). Auch das beanstandet der Beklagte mit Fug nicht.

### **E. 6.5.2**

Er rügt hingegen, dass das Bezirksgericht in der Folge geprüft habe, ob die Temperatur des als Weinkeller bezeichneten Raums Gegenstand einer Eigenschaftsvereinbarung gewesen sei oder ob er – der Beklagte – in guten Treuen habe erwarten dürfen, dass der Weinkeller eine der geplanten Nutzung entsprechende Temperatur aufweise. Denn um die Frage, ob die konkrete Temperatur des Weinkellers Gegenstand einer Vereinbarung gewesen sei, sei es nicht gegangen (vgl. act. 100 Rz. 145 f.), sondern darum, ob die Klägerin dafür verantwortlich sei, dass "der Weinkeller aufgeheizt wird ... obwohl dieser unbeheizt bleiben sollte" (a.a.O., Rz. 146). Was der Beklagte damit als falsch beanstanden will, bleibt unklar. Wie in Erw. II/6.5.1 gesehen, ist es unstrittig – und steht daher fest –, dass der als Weinkeller vorgesehene Raum im Untergeschoss unbeheizt ist. Die Aufwärmung des Raums ist sodann unbestrittenermassen passiv (indirekt), also Folge der Temperatur in den umliegenden Räumen und damit zugleich der Raumanordnung im Untergeschoss als solcher. Das Bezirksgericht hat überdies selbst gemäss der knappen und unvollständigen Zusammenfassung seiner Erwägungen in der Sichtweise des Beklagten (vgl. act. 100 Rz. 145) keine "konkrete Temperatur" (so aber a.a.O., Rz. 146) als Gegenstand einer Vereinbarung bezeichnet. Die Kritik des Beklagten am bezirksgerichtlichen Urteil erweist sich insoweit als unbegründet. Der Beklagte macht weiter geltend, ob für den Weinkeller eine konkrete Temperaturvorgabe existiert habe oder nicht, wie es das Bezirksgericht auf S. 26 seines Urteils in Erw. 3.3.6 geprüft habe, sei nicht von Belang. Entscheidend sei einzig, dass die Klägerin, welche mit der Ausführungsplanung und dem Einbau der Heizungsinstallation betraut gewesen sei, die Vorgabe, wonach der Weinkeller nicht beheizt werden dürfe, nicht erfüllt habe. Es liege demnach offensichtlich ein Mangel vor (vgl. act. 100 Rz. 147). Damit wiederholt der Beklagte im Wesentlichen nur nochmals seine schon geprüfte Kritik und übergeht dabei, dass die Vorgabe, der Weinkeller dürfe nicht beheizt werden, auch nach seiner Dar-

- 50 - stellung im bezirksgerichtlichen Verfahren (vgl. vorn Erw. 6.5.1 bzw. act. 19 Rz. 46: "keine Heizleitungen verlegt worden") sehr wohl eingehalten wurde. Das Bezirksgericht erwog auf den S. 24 f. seines Urteils im Übrigen, ausgehend von den Parteivorbringen und in Wertung der Beweismittel, die Klägerin sei vertraglich zur Ausführungsplanung während der Ausführungsphase verpflichtet gewesen, und es seien ihr in den Projektgrundlagen vom Architekten Raumtemperaturen vorgegeben worden. Hinsichtlich des Raums, der als Weinkeller bezeichnet wurde, seien keine Vorgaben gemacht worden (vgl. act. 103 S. 26 Erw. 3.3.6). Der Architekt I.\_\_\_\_\_ habe das als Zeuge bestätigt (vgl. dazu act. 62 S. 5 - 7). Es sei lediglich vorgegeben worden, dass der Raum weder geheizt noch gekühlt werden

solle (vgl. act. 103, Erw. 3.3.5). Aus dem Projektplan "Heizung Keller" (act. 30/39) gehe hervor, dass für die den als Weinkeller bezeichneten Raum umgebenden Räume eine Temperatur von 20°C vorgegeben worden sei (was, wie das Bezirksgericht auch vermerkte, den Vorgaben für Wohnräume wie Wohnen, Küche, Zimmer, Gang etc. entspricht; vgl. a.a.O., Erw. 3.3.6). Für den als Weinkeller bezeichneten Raum sowie für Gang, Keller und Schutzraum sei keine Temperaturangabe vermerkt. Diese Erwägungen und die darin enthaltenen Feststellungen beanstandet der Beklagte mit seiner Berufung nicht als falsch (vgl. act. 100 Rz. 145 - 147). Sie ergeben, dass der Klägerin für den als Weinkeller bezeichneten Raum folgende Vorgaben gemacht wurden: Keine bestimmte Temperatur, keine Beheizung, keine Kühlung, und es darf das als erstellt gelten. Eine Beheizung wurde – wie gesehen – nicht installiert und ebenso wenig wurde, was unstrittig ist, eine Kühlung eingebaut. Schloss das Bezirksgericht daraus, die Klägerin sei vertraglich nicht verpflichtet gewesen, im Weinkeller eine bestimmte Temperatur sicher zu stellen, dazu wäre in jedem Fall eine andere Planung oder wenigstens eine zusätzliche Massnahme nötig gewesen (vgl. act. 103 Erw. 3.3.13), so ist das nicht zu beanstanden. Und es bleibt dem noch beizufügen, dass sich im Ergebnis der Beweiserhebungen auch keine Verpflichtung der Klägerin ergab, wenigstens eine einigermaßen konstante Temperatur in einer bestimmten Bandbreite (nicht über einer bestimmten Temperatur und ebenso wenig unter einer bestimmten Temperatur) sicherzustellen; denn eine solche Vorgabe gab es auch nicht (vgl. act. 62

- 51 - S. 6: es wurden keine Temperaturvorgaben gemacht). Der Beklagte behauptet dergleichen mit der Berufung daher richtigerweise nicht (vgl. a.a.O., S. 35 - 37).

### **E. 6.5.3**

Das Bezirksgericht erwog weiter, es bleibe an sich noch die Frage zu klären, ob für die Klägerin eine Abmahnungspflicht bestanden habe. Es liess die Frage aber unbeantwortet, weil das Sicherstellen einer bestimmten Temperatur in dem vom Beklagten als Weinkeller gewünschten Raum in Würdigung der Beweismittel, insbesondere der Aussagen des Zeugen I.\_\_\_\_\_, in jedem Fall entweder eine andere Planung oder eine andere zusätzliche Massnahme erfordert hätte, wie beispielsweise die vom Beklagten nun vorgesehene (Einbau Kühlgerät). Bei den vom Beklagten geltend gemachten Mehraufwendungen handle es sich daher um sog. Ohnehinkosten, die nicht ersatzfähig seien (vgl. act. 103 S. 26 - 28). Der Beklagte hält das für falsch und wirft dem Bezirksgericht im Wesentlichen vor (vgl. act. 100 Rz. 148 ff.), es habe sich vor allem auf die Aussage des Zeugen I.\_\_\_\_\_ abgestützt und daraus geschlossen, die für einen Weinkeller angeblich erforderliche Temperatur von 13°C könne nur mit einer aktiven Kühlung erreicht werden. Er habe aber nie behauptet, dass nur in Räumen mit einer Temperatur von 13°C Wein gelagert werden könne; bei abgestellter Heizung sei auch schon eine Temperatur von 12°C gemessen worden. Indem das Bezirksgericht davon ausgegangen sei, ein Weinkeller könne nur bei 13°C betrieben werden, habe es eine willkürliche tatsächliche Annahme getroffen. Die von der Klägerin selbst vorgeschlagene Lösung sei nur die einfachste, um das unnötige Aufheizen rückgängig zu machen. Der Beklagte macht mit der Berufung nicht geltend, eine Temperatur von 12°C bei abgestellter Heizung sei zu tief. Er stösst sich an höheren Werten bei eingestellter Heizung; in seinem Schlussvortrag im bezirksgerichtlichen Verfahren hat er denn auch eine "normale" Kellertemperatur von 18°C erwähnt (vgl. auch act. 85D S. 6). Wie in Erw. II/6.5.2 (a.E.) gesehen, haben die Beweiserhebungen allerdings ergeben, dass die Klägerin nicht verpflichtet war, für den vom Beklagten als Weinkeller gewünschten

Raum eine Temperaturvorgabe zu beachten. Zu beachten waren andere Vorgaben, die die Klägerin alle erfüllt hat: Keine Beheizung und keine Kühlung. Das Vermeiden bzw. Unterbinden einer indirekten Beheizung wurde von ihr auch nicht verlangt, wie I. \_\_\_\_\_ als Zeuge erklärt hatte

- 52 - (vgl. act. 62 S. 6). Die vom Architekten planerisch vorgegebene Raumtemperatur entsprach somit einer, die durch die Lage des Raumes und dessen Umgebung bestimmt wird, also dem insoweit Üblichen. Naturgemäss führt eine solche Planung – was allgemein bekannt ist – zu Schwankungen der Temperatur, namentlich wenn es sich um einen gefangenen Raum handelt wie hier beim Weinkeller, dessen Umgebung in den Heizperioden beheizt wird. Vermeiden lassen sich solche Schwankungen, worauf der Zeuge I. \_\_\_\_\_ hingewiesen hat und was jedermann sogleich einleuchtet, nur durch zusätzliche Massnahmen wie z.B. Kühlung. Dass I. \_\_\_\_\_ das dann an der für einen Weinkeller üblichen (konstanten) Temperatur von 13°C erläuterte (vgl. act. 62 S. 6), die aber vom Beklagten nicht verlangt worden war (vgl. a.a.O.), verdeutlicht das lediglich und zeigt überdies nachvollziehbar auf, dass zur Vermeidung von höheren Temperaturen in Zeiten, in denen die Heizung eingestellt ist, entweder eine andere Planung oder aber zusätzliche Massnahmen erforderlich gewesen wären; und es darf das aufgrund der vom Bezirksgericht gewürdigten Beweismittel als erstellt gelten. Insofern ist es nicht zu beanstanden, wenn das Bezirksgericht von nicht ersatzfähigen Ohnehinkosten ausging und die Widerklage in diesem Punkt abwies.

#### **E. 6.5.4**

Bei diesem Ergebnis ist es fast müssig darauf hinzuweisen, dass das Bezirksgericht in seinen Erwägungen – entgegen der Behauptung des Beklagten – nicht davon ausging, die Temperatur im Weinkeller hätte nur 13°C betragen sollen. Und es erübrigt sich ebenso zu erörtern, was der Beklagte mit dem Hinweis auf unnötiges Aufheizen des Raumes dartun will. Der Vollständigkeit bleibt hierzu immerhin noch anzumerken, dass in einem der beheizten Räume, die neben dem als Weinkeller bezeichneten Raum liegen, eine Waschküche geplant war, dann aber ein Badezimmer (WC mit Dusche) ausgeführt wurde, mit einer vorgegebenen Raumtemperatur von 22°C. Das ergibt sich ebenfalls aus der Befragung des Zeugen I. \_\_\_\_\_; dieser Zeuge erwähnte zudem, dadurch sei es zu einem Temperaturwechsel gekommen (vgl. act. 62 S. 7 und dazu auch act. 20/22 [Planausschnitt]). I. \_\_\_\_\_ hat überdies als Zeuge ausgesagt, der Ausführungsplan zur neuen, einst nicht geplanten Nasszelle sei von der Klägerin erstellt worden und es seien ihm solche Pläne in der Regel vor der Ausführung vorgelegt worden; in der Regel

- 53 - habe er diese Pläne mit der Bauherrschaft besprochen und genehmigt (vgl. act. 62 S. 6). Dass bei der Änderung von der Waschküche zur beheizten Nasszelle neben dem Weinkeller diese Regel unbeachtet blieb, hat der Zeuge jedoch nicht gesagt (und es liegen dafür auch keine stichhaltigen Anhaltspunkte vor; vgl. auch vom Erw. II/3.2.4). Ebenso wenig folgt aus der Aussage des Zeugen, die Genehmigung der Änderung sei im Unwissen über den dadurch verbundenen Temperaturwechsel erfolgt. Es darf das daher als erstellt gelten. Als erstellt gelten darf dann aber folgerichtig ebenso, dass die Genehmigung der Änderung des Geplanten in Kenntnis um den Temperaturwechsel erteilt wurde, also im Wissen um Auswirkungen auf die Temperatur im als Weinkeller bezeichneten Raum daneben. Insofern bestand dann aber – soweit es hier noch darauf ankommen könnte (vgl. von Erw. II/6.5.3) – mit Blick auf das von der Klägerin vertraglich Verlangte (keine Temperaturvorgabe, keine Beheizung, keine Kühlung, kein Unterbinden

in- direkter Beheizung) folgerichtig keine Abmahnungspflicht, zumal bei den Temperaturvorstellungen, die der Beklagte etwa im bezirksgerichtlichen Verfahren vor- trug (18°C), auch nicht mit Grund gesagt werden kann, beim als Weinkeller be- zeichneten Raum handle es sich um einen Raum, der nach üblichen Massstäben aufgrund der vertraglichen Vorgaben des für den Beklagten tätigen Architekten zu diesem Gebrauch geeignet gewesen wäre. Der Zeuge I.\_\_\_\_\_ verwies der Sache nach genau darauf. Alsdann fehlt dem als Weinkeller bezeichneten Raum aber ebenso keine Eigenschaft, die der Beklagte in guten Treuen erwarten durfte. Die vom Bezirksgericht aus anderen Überlegungen bereits abgewiesene Widerklage erweise sich daher ebenfalls aus diesen Gründen als unbegründet.

#### **E. 6.5.5**

Weiteres von Bedeutung, das hier noch zu berücksichtigen wäre, ist nicht ersichtlich. Das bezirksgerichtliche Urteil erweist sich somit ebenfalls in diesem Punkt als zutreffend, was zur entsprechenden Abweisung der Berufung führt.

#### **E. 6.6**

Als Mangel, den die Klägerin zu verantworten hat, macht der Beklagte schliesslich noch ein nicht funktionstüchtiges Dampfbad im Obergeschoss gel- tend. Unstrittig ist in diesem Zusammenhang, worauf das Bezirksgericht richtig hinwies, dass bei der Dampferzeugung nicht die notwendige Temperatur von rund 50°C erreicht wird und eine der Ursachen dafür darin liegt, dass der Temperatur-

- 54 - fühler zu nahe am Dampfgenerator installiert ist (vgl. act. 103 S. 28; siehe dazu auch act. 100 Rz. 156). Der Beklagte schätzte die Kosten für die Behebung die- ses Mangels im bezirksgerichtlichen Verfahren auf rund Fr. 52'000.- (vgl. act. 19 Rz. 75).

#### **E. 6.6.1**

Das Bezirksgericht hielt in seinem Urteil sodann fest, was den Leistungsum- fang der Klägerin betreffe, beriefen sich beide Parteien auf eine Offerte der Klä- gerin gemäss act. 4/7 (vgl. act. 103 S. 29). Deren Wortlaut ist – das ist hier nach- zutragen – unbestritten geblieben. Ebenso ist zu ergänzen, dass der Beklagte die Offerte angenommen hatte und diese auch als act. 20/24 vollständig bei den Ak- ten liegt. Anzumerken ist überdies, dass es bei dieser Offerte um einen Teil der nachträglichen Beststellungsänderung unter BKP 25 handelt, auf die bereits in den Erw. II/3.2 eingegangen wurde und die ihren Niederschlag in act. 30/25 gefunden hat. In der Offerte übernahm die Klägerin neben der Lieferung eines "Dampfba- des Kompl. N.\_\_\_\_\_" unter Punkt "254." die Pflicht, die "Anschlussleitungen für den Dampfgenerator, inkl. den dafür notwendigen Armaturen" zu erstellen. Weite- res sei hingegen, so das Bezirksgericht, ausdrücklich ausgeschlossen worden. Die vollständige Montage des Dampfbades und dessen Inbetriebnahme sei auf- grund der Offerte ebenso wenig vom Leistungsumfang der Klägerin erfasst gewe- sen wie die Planung des Dampfbades (vgl. act. 103 S. 29). Gestützt auf die ihm anbotenen und abgenommenen Beweismittel (darunter Aussagen von vier Zeu- gen, namentlich von I.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_) gelangte das Bezirksgericht schliess- lich zum Ergebnis, die Klägerin habe nur die Pflicht gehabt, das Dampfbad zu lie- fern und die Anschlussleitungen zu erstellen. Mit der Planung des Dampfbades sei sie nicht betraut und vertraut gewesen. Die Position des Dampfgenerators sei ihr vorgegeben worden und dessen Montage sei vor derjenigen des Temperatur- fühlens erfolgt. Ein Standort des Temperaturfühlers sei auf den relevanten Plänen nicht bestimmt worden. Eine Verantwortlichkeit der Klägerin für die fehlende

Funktionstüchtigkeit des Dampfbades sei daher zu verneinen (vgl. a.a.O., S. 31).

### **E. 6.6.2**

Der Beklagte sieht das anders (vgl. act. 100 Rz. 162) und macht in seiner Berufung im Wesentlichen unter Verweis auf seine Ausführungen im bezirksge-

- 55 - richtlichen Verfahren (dort act. 19 Rz. 73 f., act. 43 Rz. 122 und 124) geltend, die Klägerin hätte vor der Montage abklären müssen, wo der Temperaturfühler montiert sei oder hätte montiert werden müssen, das umso mehr, als ihr der Standort des Dampferzeugers vorgegeben worden sei. Das habe sie unterlassen, und so den Baumangel nicht verhindert (vgl. act. 100 Rz. 158 - 161). Zudem sei sie aufgrund des Vertrages und von Gesetzes wegen verpflichtet gewesen, so der Beklagte unter Verweis auf seine Widerklagebegründung (act. 19 Rz. 73 f.), Fehler und Mängel an anderen Arbeiten anzuzeigen und abzumahnen, welche mit ihren Arbeiten zusammen hingen (vgl. act. 100 Rz. 160). Unbewiesen geblieben sei zudem, so der Beklagte, dass der Temperaturfühler erst nach der Installation der Leitung des Dampferzeugers und der Zuleitungen installiert worden sei. Den Zeugenaussagen lasse sich jedenfalls dergleichen nicht entnehmen (vgl. a.a.O., Rz. 161). Damit beanstandet er die entsprechende Sachverhaltsfeststellung des Bezirksgerichts als unrichtig.

### **E. 6.6.3**

Soweit der Beklagte mit seinen Beanstandungen die Standpunkte wiederholt, die er bereits im bezirksgerichtlichen Verfahren vorgetragen hat, kommt er seiner Begründungspflicht nicht nach (vgl. dazu Erw. II/1.1.1). Seine Berufung bleibt deshalb insoweit unbegründet. Zu prüfen bleiben hingegen der Vorwurf falscher Sachverhaltsfeststellung sowie der sich daraus allenfalls ergebenden Weiterungen. Es geht aus der Sicht des Beklagten letztlich um die Frage der Beweislastverteilung bzw. die Frage, wer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Die Frage kann dann unbeantwortet bleiben, wenn im Ergebnis eines Beweisverfahrens eine Tatsache als bewiesen gilt. Unstrittig ist im hier interessierenden Sachzusammenhang, dass die Installation des Temperaturfühlers Aufgabe des Elektrikers war und nicht Gegenstand der vertraglichen Verpflichtungen der Klägerin. Das hat übrigens P. \_\_\_\_\_, der vom Beklagten mit den Elektroinstallationen beauftragt war, als Zeuge bestätigt (vgl. act. 85B S. 4). Das Bezirksgericht schloss aus den Aussagen von P. \_\_\_\_\_, der im Rahmen eines Zusatzauftrages den Dampfgenerator (Dampferzeuger) und den Temperaturfühler anschloss (vgl. act. 85B S. 4, S. 5), die Installation des letzteren sei erst erfolgt, nachdem der Dampferzeuger von der Klägerin montiert wor-

- 56 - den sei. Das ist nicht zu beanstanden, weil P. \_\_\_\_\_ den Dampferzeuger ja nicht anschliessen konnte, bevor er von der Klägerin montiert worden war. Dass P. \_\_\_\_\_ den Temperaturfühler, immerhin lediglich ein Anlagenteil, trotzdem vorher montiert hat, erscheint von daher sachlich unergründlich und auch sonst reichlich lebensfremd. Dass der Temperaturfühler als Anlagenteil separat und vor dem Dampferzeuger auf die Baustelle verbracht wurde, hat zudem keine der Parteien so behauptet, und es macht das der Beklagte mit der Berufung daher richtigerweise nicht geltend. Bereits insoweit erscheint es äusserst lebensfremd und entsprechend unwahrscheinlich, dass der Temperaturfühler vor dem Dampferzeuger montiert worden ist. Die Frage der Positionierung des Temperaturfühlers war zudem nicht Gegenstand von Datenblättern, die den Architekten als Planungsgrundlagen geliefert wurden; vielmehr war diese Frage nach Darstellung des Beklagten im

bezirksgerichtlichen Verfahren, auf die er auch heute verweist (vgl. act. 100 Rz. 158), aufgrund der Bedienungsanleitung zu beantworten (vgl. act. 43 Rz. 122 und 124). Da P.\_\_\_\_\_ als Zeuge erklärt hatte, er habe mit der Bauleitung besprochen, wo der Temperaturfühler hinkomme (vgl. act. 85B S. 5), bestehen keine vernünftigen Zweifel daran, dass dies erst nach der Montage des Dampferzeugers im Zuge der technischen Inbetriebnahme des Dampfbades durch P.\_\_\_\_\_ erfolgte. Der Beklagte vermag mit der Berufung denn auch nichts vorzubringen, was begründete Zweifel an diesem Ergebnis zu erwecken vermöchte. Namentlich bringt er nichts vor, was begründeten Anlass dazu geben könnte, an den Aussagen von P.\_\_\_\_\_ als Zeuge zu zweifeln, weshalb auf diese abgestellt werden kann. Bei diesem Ergebnis ist es nicht zu beanstanden, dass das Bezirksgericht eine Verantwortlichkeit der Klägerin für die mangelnde Funktionstüchtigkeit des Dampfbades verneinte. Denn zu den Pflichten der Klägerin zählte – wie gesehen – die Inbetriebnahme des Dampfbades gerade nicht und daher ebenso wenig die Positionierung des Temperaturfühlers, von der die Klägerin bei der Montage des Dampferzeugers keine Kenntnis haben konnte. Demgemäss bestand für sie auch kein sachlich begründeter Anlass, sich nach der späteren Positionierung des Temperaturfühlers zu erkundigen. Denn aufgrund der Beweiserhebungen als erstellt zu gelten hat ebenfalls, dass die Planung des Dampfbades, wozu auch die

- 57 - Ausführungsplanung gehört, keine vertragliche Aufgabe der Klägerin war, und ihr der Standort des Dampferzeugers vom dafür verantwortlichen Architekten vorgegeben wurde, was dieser als Zeuge ebenso bestätigt hat wie, dass auf den Plänen kein Standort für den Temperaturfühler vorgegeben war (vgl. act. 62 S. 9). Die Klägerin konnte daher auch keinen Planungsfehler hinsichtlich des ihr vorgegebenen Standorts für den Dampferzeuger erkennen. Der Beklagte behauptet schliesslich selbst nicht, und das doch mit Fug, es habe zu den vertraglichen Aufgaben der Klägerin gehört, die Arbeiten der an der Erstellung des Dampfbades beteiligten übrigen Unternehmer zu koordinieren und zu beaufsichtigen bzw. zu überprüfen. Das war Aufgabe der vom Beklagten mit der Bauleitung betrauten G.\_\_\_\_\_ AG, für die H.\_\_\_\_\_ handelte. H.\_\_\_\_\_ hat als Zeuge denn auch bestätigt, sie hätten die Pläne gesehen und ausgeführt (vgl. act. 63 S. 9).

#### **E. 6.6.4**

Weiteres von Belang, das hier noch zu berücksichtigen wäre, ist nicht ersichtlich. Das bezirksgerichtliche Urteil erweist sich folglich auch in diesem Punkt als zutreffend, was zur entsprechenden Abweisung der Berufung führt.

#### **E. 7**

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich folgendes Gesamtergebnis. Die Berufung des Beklagten ist abzuweisen und abzuweisen ist ebenso die Anschlussberufung der Klägerin. Das führt zur Bestätigung des angefochtenen Urteils in der Sache (act. 103 S. 42, Dispositivziffern 1 - 3). III. (Kosten- und Entschädigungsfolgen) 1. Die Prozesskosten sind dem Ausgang des Berufungsverfahrens entsprechend zu verlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). 2. Wie in Erw. II/7 dargetan, bleibt es beim bezirksgerichtlichen Urteil zur Sache. Damit bleibt es grundsätzlich auch bei der bezirksgerichtlichen Prozesskostenverlegung. Die Kostenfestsetzungen des Bezirksgerichts, die von einem Streitwert von Fr. 222'490.- ausgingen (vgl. act. 103 S. 40/41) blieben im Berufungsverfahren ebenso unbeanstandet wie die Streitwertberechnung als solche (vgl. act. 100, dort insbes. S. 2 f., S. 61, sowie act. 109, dort insbes. S. 2 und S. 56). Es bleibt

- 58 - auch insoweit beim angefochtenen Urteil, das somit vollumfänglich zu bestätigen ist. 3. Im Berufungsverfahren dringen beide Parteien mit ihrem Anliegen nicht durch. Die Klägerin unterliegt im Quantitativ mit Fr. 6'242.70, was knapp 2.8 % des gesamten Streitwerts entspricht, der Beklagte im Übrigen. Mit Blick auf den Zusatz- aufwand, der mit der Anschlussberufung für Gericht und Gegenpartei (vgl. act. 114 S. 12, ab Rz. 54, bis S. 15) verbunden war, rechtfertigt es sich, von einem gesamthaften Unterliegen des Beklagten und einem entsprechendem Obsiegen der Klägerin zu 95 % und einem gesamthaften Unterliegen der Klägerin und einem entsprechenden Obsiegen des Beklagten zu 5 % auszugehen. Die Entscheidungsgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 - 2 GebV OG i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 13'000.- festzusetzen und im eben dargelegten Umfang zu verlegen, in Beachtung der Liquidationsregeln von Art. 111 Abs. 1 - 2 ZPO (vgl. dazu auch act. 104 bzw. act. 106). Der Klägerin ist eine auf 90 % reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen. Deren Grundsatz ist – analog zur Entscheidungsgebühr – gestützt auf § 13 Abs. 1 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV zu berechnen und beläuft sich auf rund Fr. 15'000.-. Gestützt auf § 13 Abs. 2 AnwGebV ist der Grundsatz sodann um 1/3 herabzusetzen. Damit wird einerseits dem Grundgedanken des § 13 Abs. 2 AnwGebV hinreichend Rechnung getragen, dass eine erst- und zweitinstanzlich durch den gleichen Anwalt vertretene Partei mit der Streitsache bereits vertraut ist, was ihren Aufwand im Vergleich zum Rechtsmittelgericht, das sich erstmals mit der Sache zu befassen hat, vermindert. Andererseits wird der tatsächliche Aufwand angemessen berücksichtigt. Mehrwertsteuerersatz wurde nicht verlangt (vgl. act. 109 S. 2, S. 56) und ist daher auch nicht zuzusprechen. Es wird erkannt: 1. Die Berufung sowie die Abschlussberufung werden abgewiesen, und es wird das Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, III. Abteilung, vom 6. März 2017 bestätigt.

- 59 - 2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 13'000.- festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Beklagten und Berufungskläger zu 95/100 sowie der Klägerin und Berufungsbeklagten zu 5/100 auferlegt und mit dem vom Beklagten geleisteten Vor- schuss verrechnet. Die Klägerin und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Beklagten und Berufungskläger den Betrag von Fr. 650.- zu ersetzen. 4. Der Beklagte und Berufungskläger wird verpflichtet, der Klägerin und Berufungsbeklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 10'000.- zu bezahlen. 5. Schriftliche Mitteilung je gegen Empfangsschein an die Parteien, an das Bezirksgericht Horgen, III. Abteilung, und an die Obergerichtskasse. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 6. 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 Beschwerde 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 rund Fr. 222'000.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

- 60 - Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Der Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. P. Diggelmann lic. iur. S. Bohli Roth versandt am:

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