

# ZH\_OBERGERICHT LB200019 vom 10. November 2020

ZH Obergericht, 2020-11-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB200019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB200019)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB200019 du 10 novembre 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT LB200019 del 10 novembre 2020

## Erwägungen

### E. 1

Die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan: Berufungsklägerin) ist Alleineigentümerin des Mehrfamilienhauses D.\_\_\_\_-strasse ... in Winterthur. Sie entschied sich im Jahre 2010, diese Liegenschaft umzubauen und zu sanieren. Im Oktober 2010 hat sie unstreitig mit der Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan: Berufungsbeklagte) einen mündlichen Werkvertrag über die Erbringung von Bau- meisterarbeiten betreffend die Liegenschaft D.\_\_\_\_-strasse ... abgeschlossen. Die Berufungsklägerin (Bauherrin) liess sich bei den Arbeiten nach der unangefochten gebliebenen Feststellung der Vorinstanz umfassend durch die Nebenintervenientin (Bauleiterin) vertreten. Über die Höhe des geschuldeten Werklohnes gingen die Meinungen auseinander. Die Vorinstanz hiess eine Klage der Berufungsbeklagten auf Zusprechung von Fr. 51'166.55 ausstehendem Werklohn vollumfänglich gut. Dagegen richtet sich die vorliegende Berufung.

### E. 2

Es kann mit Berufung sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel in Tat- und Rechtsfragen frei und uneingeschränkt prüfen (sog. volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen), vorausgesetzt, dass sich die Berufung erhebende Partei mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz auseinandersetzt und konkret aufzeigt, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch gewesen sein soll (vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80, BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4); blosser Verweis auf die Vorakten genügen nicht (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 36 f.). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 374 ff., E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Aus diesem Grund bleiben vorliegend die Ausführungen der Berufungsklägerin zu den (ihrer Meinung nach nicht erfüllten) Anforderungen an die Substantiierung der gegnerischen Vorbringen im vorinstanzlichen Verfahren (act. 273 S. 8 ff.) unbeachtlich, handelt es sich doch dabei grösstenteils um blosser Wiederholungen des in Klageschrift resp. Klageantwort Ausgeführten, ohne dass auf das angefochtene Urteil Bezug genommen würde. Die volle Kognition der Berufungsinstanz in Rechtsfragen bedeutet nicht, dass sie gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn der Berufungskläger diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt; vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff., E. 2.2.4; BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A\_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Insofern gibt die Berufungsschrift durch

die ausrei-

- 6 - chend begründet vorgetragenen Beanstandungen das Prüfprogramm vor, mit welchem sich die Berufungsinstanz zu befassen hat. Innerhalb dieser Beanstandungen ist sie indes weder an die Begründung des Berufungsklägers noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Deshalb kann die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutgeheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abgewiesen werden (vgl. BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A\_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1). Entsprechend muss ein Berufungskläger zwar darlegen, dass und inwiefern die Vorinstanz das Recht aus seiner Sicht unrichtig angewendet hat, zutreffen muss diese Begründung – um eine freie Überprüfung durch die Berufungsinstanz zu erwirken – aber nicht (vgl. zur ebenfalls vollen Kognition der Beschwerdeinstanz in Rechtsfragen OGer ZH PS180131 vom 3. September 2018, E. III./3). Mit anderen Worten muss die Rechtschrift eine minimale rechtliche Begründung enthalten, wenn eine unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht wird (vgl. etwa OGer ZH LB140047 vom

### **E. 2.1**

Die Berufungsklägerin thematisiert in ihrer Berufungsschrift unter dem Titel "Rechtliches" als Erstes die Anzeige des Überschreitens des Kostenansatzes. Sie bringt in diesem Zusammenhang vor, hinsichtlich der Fassade sei keine Auftragsänderung oder -erweiterung durch sie (die Berufungsklägerin) erfolgt. Der Werkvertrag an die Berufungsbeklagte habe unstrittig die Verputzsanierung der gesamten Fassade umfasst. Auch wenn die Vorinstanz die rechtliche Würdigung dieses Punktes offengelassen habe (act. 276 S. 47 oben), so habe offensichtlich hinsichtlich der Fassade keine Auftragsänderung stattgefunden. Vielmehr sei ausgeführt worden, was zum Richtpreis vereinbart worden war. Gegenteiliges habe die Berufungsbeklagte nicht belegt bzw. substantiiert ausgeführt (act. 273 S. 4 f.).

### **E. 2.2**

Mit diesen Ausführungen zeigt die Berufungsklägerin nicht ansatzweise auf, was am angefochtenen Urteil falsch sein soll. An der angeführten Stelle (act. 276 S. 46 f. E. 5.4.3.) führte die Vorinstanz aus, die Berufungsklägerin sei von der Bauleiterin, welche sie vertreten habe, der Berufungsbeklagten gegenüber verpflichtet worden. Dies gelte auch im Zusammenhang mit dem Mehraufwand, welcher angesichts des unvorhersehbaren Zustands der Fassade erforderlich gewesen sei. Unabhängig davon, ob man diesen Mehraufwand als Bestellungenänderung im Sinne von Art. 85 SIA-Norm 118, als Zusatzauftrag oder als Anpassung

- 8 - des ursprünglichen Werkvertrags qualifizieren wollte, so sei es die Nebenintervenientin gewesen, welche für die Berufungsklägerin entschieden habe, die erforderlichen Sanierungsmassnahmen der Fassade umzusetzen. Entsprechend habe die Berufungsbeklagte die Mehraufwendungen im Zusammenhang mit der Sanierung der Fassade nicht von sich aus getätigt, sondern auftrags der Berufungsklägerin, welche sich die Handlungen der Nebenintervenientin anrechnen lassen müsse. Mit diesen Ausführungen der Vorinstanz setzt sich die Berufungsklägerin nicht auseinander. Sie bringt insbesondere nicht vor, entgegen der Vorinstanz habe sich die Fassade gar nicht in einem unvorhersehbaren Zustand befunden, und sie macht auch nicht geltend, es sei dadurch kein Mehraufwand entstanden oder sie hätte sich die entsprechenden Handlungen der Bauleiterin nicht anrech-

nen zu lassen. Es hat damit sein Bewenden.

### E. 2.3

Weiter bringt die Berufungsklägerin vor, die Vorinstanz übersehe, dass gemäss Art. 56 Abs. 2 SIA-Norm 118 der Unternehmer bei Vorliegen eines Richtpreises unabhängig vom Ausmass der Kostenüberschreitung zur Anzeige an den Besteller verpflichtet sei, und dies habe die Berufungsbeklagte nicht wahrgenommen. Wegen der Verletzung der Anzeigepflicht sei der übermässige Werkpreis gemäss Art. 375 Abs. 2 OR herabzusetzen (act. 273 S. 5). Auch diese Rüge geht fehl: Mit einem Richtpreis im Sinne von Art. 56 SIA-Norm 118 ist ein ungefährender Ansatz im Sinne von Art. 375 OR gemeint (Art. 56 Abs. 1 SIA-Norm 118; vgl. GAUCH, Werkvertrag, 6. A. 2019, Rz 971). Die Rechtsbehelfe von Art. 375 OR setzen gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung voraus, dass ein ungefährender Ansatz ohne Zutun des Bestellers unverhältnismässig überschritten wird. Eine Überschreitung des ungefährenden Kostenansatzes liegt dann (und nur dann) vor, wenn der Preis für diejenigen Leistungen, auf die sich der Kostenansatz bezieht, höher ist als der Kostenansatz (BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, 7. A. 2020, Art. 375 N 8 m.w.H. [Hervorhebung im Original]), was vorliegend nicht der Fall ist, hat sich doch nach der unangefochten gebliebenen Feststellung der Vorinstanz infolge des unvorhersehbaren Zustands der Fassade im Nachhinein Mehraufwand ergeben. Dieser Mehraufwand wurde zudem (ebenso

- 9 - ten) durch die Bestellerin, vertreten durch die Bauleitung, in Auftrag gegeben. Entgegen der Berufungsklägerin kommt daher Art. 375 OR vorliegend nicht zum Tragen. Davon, dass die Vorinstanz es rechtswidrig unterlassen hätte, Art. 375 Abs. 2 OR überhaupt anzuwenden (so act. 273 S. 6), kann demnach keine Rede sein. 3. Sodann macht die Berufungsklägerin geltend, sie sei aufgrund der Ungewöhnlichkeitsregel nicht auf Art. 154 Abs. 3 SIA-Norm 118 zu behaften, wonach die Genehmigung der Schlussrechnung durch die Bauleitung eine gegen sie wirkende Schuldanerkennung darstelle. Diese Bestimmung sei ihr nicht bekannt gewesen und auf sie nicht anwendbar, da sie nicht als branchenerfahren gelten könne (act. 273 S. 6-8). Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil darauf hingewiesen, dass die von der Berufungsklägerin angesprochene Ungewöhnlichkeitsregel gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 154 SIA-Norm 118 (BGE 109 II 452 ff.) nur zum Tragen komme, wo es sich um einen branchenfremden und einmaligen Bauherren handle, was auf die Berufungsklägerin nicht zutreffe, die nicht einmalig als Bauherrin aufgetreten sei, sondern für verschiedene Liegenschaften Aufträge erteilt habe (act. 276 S. 60). Die Berufungsklägerin übt in der Berufungsschrift allgemeine Kritik an der diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (act. 273 S. 7 f.), was nicht zielführend ist, um die vorinstanzlichen Erwägungen als Rechtsverletzung darzustellen. Sie bringt sodann zwar vor, sie könne "auch unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung" nicht als branchenerfahren gelten, um dann jedoch sogleich selbst auszuführen, dass ihr im Raume Winterthur zwei Liegenschaften gehörten, welche sie nacheinander habe sanieren lassen. Sie macht demnach selbst nicht geltend, dass die Sanierung der streitgegenständlichen Liegenschaft ihr erstes Bauprojekt gewesen wäre, noch bringt sie vor, dass sie bei Abschluss des Werkvertrags über keine Erfahrungen in Bausachen verfügt habe (BGE 109 II 452 ff., 459 E. 5.c). Das vorinstanzliche Urteil ist demnach auch in diesem Punkt nicht zu beanstanden. 4. Die Berufung ist demnach vollumfänglich abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen.

- 10 - IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Prozesskosten sind dem Ausgang des Berufungsverfahrens entsprechend zu verlegen. Die Berufungsklägerin unterliegt mit der Berufung vollumfänglich. Das führt zur entsprechenden Kostenauflage (Art. 106 Abs. 1 ZPO). 2. Die bezirksgerichtliche Festsetzung von Gerichts- und Parteikosten im angefochtenen Urteil wurde im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt. Es ist deshalb das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 2-4) zu bestätigen. 3. Die Entscheidungsgebühr für das Berufungsverfahren ist – ausgehend vom Streitwert – gestützt auf § 12 Abs. 1-2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 5'600.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind für das Berufungsverfahren keine zuzusprechen: Der Berufungsklägerin nicht, weil sie unterliegt, der Berufungsbeklagten sowie der Nebenintervenientin nicht, weil ihnen im Rechtsmittelverfahren keine zu entschädigenden Aufwendungen entstanden sind. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 6. März 2020 wird vollumfänglich bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 5'600.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. 4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

- 11 -

#### **E. 5**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte sowie die Nebenintervenientin je unter Beilage eines Doppels von act. 273, und an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

#### **E. 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 Fr. 51'166.55. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: lic. iur. E. Lichti Aschwanden lic. iur. D. Siegwart versandt am:

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