

ZH_OBERGERICHT LB200023 vom 9. Dezember 2020

ZH Obergericht, 2020-12-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB200023

FR: ZH_OBERGERICHT LB200023 du 9 décembre 2020

IT: ZH_OBERGERICHT LB200023 del 9 dicembre 2020

Erwägungen

E. 1

Die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan: Klägerin) ist eine juristische Person, die ein Gipsergeschäft betreibt. Sie wurde vom Beklagten und Berufungsklagen (fortan: Beklagter), dem Eigentümer der Liegenschaft an der E. _____ - Strasse ... in D. _____, beauftragt, verschiedene Gips- und Aussenwärmedämmungsarbeiten zu erbringen. Die Meinungen der Parteien, ob aus diesen Arbeiten an der Liegenschaft des Beklagten Werklohnforderungen ausstehen, gingen und gehen auseinander. Die Klägerin liess deshalb provisorisch ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen.

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), vor-

- 7 - ausgesetzt, 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. A. 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). Die volle Kognition der Berufungsinstanz in Rechtsfragen bedeutet aber 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 ausreichend 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 die-

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

- 8 - ZH LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1a; LB160044 vom 23. Dezember 2016, E. I./4).

E. 2.1

Die bezirksgerichtliche Festsetzung von Gerichts- und Parteikosten im angefochtenen Urteil wurde im Berufungsverfahren in Frage gestellt: Die Klägerin bringt vor, selbst falls sie mit der Berufung vollumfänglich unterliegen sollte, wären die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Entscheids neu zu berechnen (act. 178 Rz 82). Zur Begründung bringt die Klägerin vor, die Vorinstanz habe unter Berufung auf die Rechtsprechung der Kammer die Streitwerte von Fr. 81'560.50 für die Werklohnforderungen und Fr. 80'560.50 für die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zusammengezählt und ausgehend von diesem "doppelten" Streitwert die Verfahrenskosten und die Parteientschädigung unverhältnismässig hoch angesetzt. Die von der Vorinstanz zitierte Rechtsprechung sei weder

- 30 - zeitgemäss noch entspreche sie der aktuell herrschenden Lehre. Im Leitentscheid der Kammer vom 4. Juni 2013 (RB130014, Anm. hinzugefügt), mit welchem die fragliche Addierungspraxis der Zürcher Gerichte eingeläutet worden sei, habe sich das Obergericht vom Entscheid BGer 4D_30/2009 vom 1. Juli 2009 inspirieren lassen. Damals hätte das Bundesgericht unter Berufung auf R. Schumacher, Rz. 1521, ausgeführt, dass die Pfandsomme sowie die Forderungssumme zur Streitwertermittlung zu addieren seien, wenn der Grundeigentümer und der Werklohnschuldner identisch seien und im selben Verfahren die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts und die Werklohnforderung eingeklagt würden. Allerdings vertrete R. Schumacher diese Meinung zwischenzeitlich nicht mehr. Schumacher habe unterdessen seine bisherige Meinung ausdrücklich widerrufen und festgehalten, der Streitwert bemesse sich ausschliesslich nach der Höhe der Forderung, wenn eine Forderungsklage mit der Pfandklage verbunden werde; das Pfandrecht bestehe nur akzessorisch zur Hauptforderung und bleibe deshalb bei der Berechnung des Streitwerts ohne Bedeutung (act. 178 Rz 83 ff., Rz 86 unter Verweis auf SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. A. 2011 [Ergänzungsband, Anm. hinzugefügt], Rz 726).

E. 2.2

Anschliessend an ein längeres Zitat aus dem ebengenannten Werk von Schumacher befindet sich die Klägerin (act. 178 Rz 87): "Der zitierten Lehre ist nichts hinzuzufügen". Das stimmt nicht ganz, denn der zitierten Lehre ist hinzuzufügen, dass der genannte Autor seine dort vertretene Auffassung bereits 2014 – notabene bei der Besprechung des Entscheids RB130014 der Kammer vom 4. Juni 2013 – als im klaren Widerspruch zu Art. 93 ZPO stehend ausdrücklich widerrufen hat und sich der "heute wohl herrschenden Lehre" anschloss (SCHUMACHER, Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs – Bauhandwerkerpfandrecht, BR/DC 2014 160 ff., 163 Nr. 282). In der Tat wird auch in der Lehre die geltende Praxis des Obergerichts wie auch des Bundesgerichts weitgehend zustimmend kommentiert (BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 93 N 2;

DIKE-Komm-ZPO-DIGGELMANN, Art. 93 N 1; OFK ZPO, 2. A. 2015, MOHS, Art. 93 N 3; Commentaire Romand CPC, 2. A. 2019, TAPIS, Art. 93 N 3a [mit der Forderung, nach Möglichkeit sei da- bei gemäss kantonalem Gebührentarif die Gerichtsgebühr zu reduzieren]; a.M. ZK ZPO, 3. A. 2016, STEIN-WIGGER, Art. 93 N 10 [von welcher Kommentarstelle

- 31 - sich Schumacher gemäss seiner Darstellung in BR/DC 2014 163 hatte "verfüh- ren" lassen]; BK ZPO-STERCHI, Art. 93 N 6 [unter Hinweis auf den überholten BGE 55 II 39]). Die Praxis des Obergerichts wurde übrigens entgegen der Klägerin nicht erst mit dem Entscheid RB130014 vom 4. Juni 2013 eingeläutet (gleich schon LB090042 vom 19. Oktober 2009, S. 9; seither etwa HG160078/Z06 vom 15. Januar 2018; NP190009 vom 20. September 2019, E. 7.1). Sie zu ändern be- steht kein Anlass. Es ist demnach auch das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 3-5) zu bestätigen. 3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist, ausgehend vom Streit- wert von Fr. 162'121.–, gestützt auf § 12 Abs. 1-2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG festzusetzen und vorliegend gemäss § 4 Abs. 2 GebV OG zu reduzieren. Parteientschädigungen sind für das Berufungsverfahren keine zuzu- sprechen: Der Klägerin nicht, weil sie unterliegt, dem Beklagten nicht, weil ihm im Rechtsmittelverfahren keine zu entschädigenden Aufwendungen entstanden sind. Es wird beschlossen: 1. Auf den Antrag Ziffer 2.c wird nicht eingetreten. 2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit dem nachfolgenden Urteil. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 21. April 2020 wird vollumfänglich bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 10'000.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden der Beru- fungsklägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss

- 32 - bezogen. Im Mehrumfang wird der Kostenvorschuss zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruches. 4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 178, sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein, sowie 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 Bundesge- richt, 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. 161'121.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. E. Lichti Aschwanden MLaw R. Schneebeli versandt am:

E. 2.3

Die Vorinstanz ging demnach zutreffend davon aus, dass vorliegend sowohl objektiv wie auch subjektiv die Voraussetzungen zur Anwendbarkeit der Unge- wöhnlichkeitsregel in Bezug auf den in den AGB enthaltenen Art. 154 Abs. 3 SIA- Norm 118 gegeben waren. Der Bauleiter konnte damit entgegen der Klägerin die Schlussrechnung nicht für den Beklagten rechtsverbindlich genehmigen. Die Vor- instanz war damit entgegen dem Vortrag in der Berufungsschrift (act. 178 Rz 23) auch nicht gehalten, den weiteren diesbezüglichen

Einwendungen des Beklagten (insbesondere einem allfälligen Widerruf der Vollmacht) nachzugehen.

- 13 - Zu prüfen ist damit im Folgenden, wie es sich mit der Höhe der Forderungen aus den beiden Werkverträgen verhält. Die Klägerin folgt in der Berufungsschrift dem Aufbau des vorinstanzlichen Urteils und äussert sich zuerst zu den Forderungen aus dem Werkvertrag über innere Gipsarbeiten (act. 3/6; dazu nachfolgend Ziff. 3) und sodann zu den Forderungen aus dem Werkvertrag über verputzte Aussenwärmedämmung (act. 3/5; nachfolgend Ziff. 4).

E. 3

Die Klägerin machte vor Vorinstanz aus dem Werkvertrag für innere Gipsarbeiten Fr. 34'288.15 (zuzüglich Zins) geltend. Diese Forderung setzt sich zusammen aus den drei Positionen "tatsächliches Ausmass" Fr. 39'760.16, "Regiearbeiten" Fr. 15'659.98 sowie "Nachträge" Fr. 19'655.67, abzüglich Rabatt, Skonto und allg. Abzüge, zuzüglich MwSt und abzüglich geleistete Akontozahlungen (vgl. act. 181 S. 16 f.). Die Vorinstanz kam zum Schluss, die Werklohnforderung der Klägerin nach Ausmass betrage Fr. 35'290.16, aus Regiearbeiten Fr. 0.– und aus Nachträgen Fr. 7'009.58 (act. 181 S. 18 ff.). Die Klägerin rügt mit ihrer Berufung die von der Vorinstanz unter den Titeln Ausmass (dazu nachfolgend Ziff. 3.1) und Regiearbeiten (nachfolgend Ziff. 3.2) zugesprochenen Forderungsbeträge, während sie in der Berufung unter dem Titel Nachträge nur noch, wie von der Vorinstanz zugesprochen, Fr. 7'009.58 geltend macht (act. 178 Rz 40 ff., Rz 42).

E. 3.1

Im vorinstanzlichen Verfahren hatte der Beklagte geltend gemacht, von den geforderten Fr. 39'760.16 würden Fr. 4'470.– auf nicht zu vergütenden Mehrleistungen beruhen, womit Fr. 35'290.16 vom Beklagten anerkannt wurden (act. 181 S. 17, S. 19 f.). Die Vorinstanz erwog, die im Werkvertrag angegebenen Mengenangaben betreffen die voraussichtlichen Ausmasse und seien unverbindlich. Die tatsächliche Vergütung bemesse sich nach der tatsächlich geleisteten Menge durch den Unternehmer, wobei nur diejenigen Mengen vergütungspflichtig seien, die bei sorgfältigem Vorgehen genügten, um die geschuldete Leistung vertragsgemäss auszuführen (act. 181 S. 18 f., S. 21). Diese zutreffende Erwägung ist unangefochten geblieben, ebenso, dass die Beweislast hierfür beim Unternehmer liegt (vgl. Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. A. Zürich 2017, GAUCH/STÖCKLI, Art. 39 Rz 6.2 und 6.4). Weiter hielt die Vorinstanz zutreffend fest, die gegenseitige Anerkennung der Ausmasse in der Massurkunde begründe eine tatsächliche

- 14 - Vermutung dafür, dass die darin enthaltenen Angaben über den Aufwand des Unternehmers richtig und der ausgewiesene Aufwand notwendig gewesen sei. Denn wohl besteht und erschöpft sich die Beweisbedeutung des Ausmasses in der Massurkunde in dieser Beweiserleichterung und kehrt die Beweislast nicht um, aber sie hat eine ähnliche Wirkung: So hat jene Partei, welche das verkündete Ausmass nicht anerkennen will, durch substantiierte Bestreitung (und Gegenbeispiele) begründete Zweifel an der Richtigkeit zu wecken, damit die Vermutung entfällt. Wird die Vermutung der Richtigkeit der in der Massurkunde festgehaltenen Ausmasse entkräftet, so obliegt es dem Unternehmer, den von ihm behaupteten Leistungsumfang mit anderen Mitteln zu beweisen (Kommentar zur SIA-Norm 118-SCHUMACHER/MONN, Art. 142 Rz 9.4 ff. m.w.H.). Unbestritten geblieben ist ebenso die Geltung von Art. 142 Abs. 1 SIA-Norm 118,

wonach die Ausmasse fortlaufend und zeitgerecht zu ermitteln und gegenseitig in den Massurkunden an- zuerkennen sind.

E. 3.1.1

Die Klägerin bringt in der Berufung vor, die tatsächliche Vermutung dafür, dass die in der Massurkunde enthaltenen Angaben über den Aufwand des Unter- nehmers richtig und das ausgewiesene Ausmass notwendig gewesen seien, gelte unabhängig davon, ob das Ausmass effektiv vor Ort oder ab Plan erstellt worden sei. Deshalb hätte die Vorinstanz ihrer Meinung nach nicht von dieser Vermutung abweichen dürfen (act. 178 Rz 30). Dieser Einwand ist nicht stichhaltig: Wohl hat die Klägerin vor Vorinstanz vorgebracht, fortlaufend sowie zeitgerecht Massurkunden erstellt zu haben, in- dessen konnte sie trotz diesbezüglicher Bestreitung keine entsprechenden Mass- urkunden vorweisen und auch der als Zeuge befragte Bauleiter gab an, die Schlussrechnung sei die Massurkunde (act. 53 Rz 246, act. 60 Rz 217; Prot. Vi S. 25; act. 181 S. 23). Diese vorinstanzlichen Feststellungen sind unangefochten geblieben, womit feststeht, dass schon aus diesem Grund die Ausmasse nicht vertragskonform (fortlaufend und zeitgerecht) in Massurkunden ermittelt worden sind – unabhängig davon, ob effektiv vor Ort oder ab Plan erstellt. Damit ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz geschlossen hat, das von der Klägerin mit der Schlussrechnung eingereichte Detailmass sei (mangels vertragskonform er-
- 15 - stellter Massurkunden) nicht geeignet, die Richtigkeit der tatsächlich geleisteten Menge zu beweisen.

E. 3.1.2

Wie gesehen kann der Unternehmer den von ihm behaupteten Leistungs- umfang auch mit anderen (Beweis-)Mitteln beweisen, wenn der Beweis mittels vertragskonform erstellter Massurkunden nicht gelingt (Kommentar zur SIA-Norm 118-SCHUMACHER/MONN, Art. 142 Rz 9.6 m.w.H.). Als solch weiteres (Haupt-)Beweismittel kommt insbesondere ein gerichtliches Gutachten in Betracht, wel- ches sich über die Notwendigkeit der vom Unternehmer erbrachten Leistungen resp. der in Rechnung gestellten Mengen äussert, wie das vorliegend der Fall ist (act. 154). Da die Klägerin den ihr obliegenden Hauptbeweis mittels Massurkun- den nicht erbracht hat, hätte es an ihr gelegen, diesen mittels anderer Beweismit- tel (nicht zuletzt mittels des gerichtlichen Gutachtens) zu erbringen. Wie die Klä- gerin in der Berufung zu Recht ausführt, kommt es nicht darauf an, dass das Gut- achten von der Gegenseite beantragt worden war: Sobald ein Beweismittel im Sinne von Art. 154 ZPO zugelassen wird, wird es ein gemeinschaftliches Be- weismittel, das heisst beide Parteien können sich auf das Beweismittel berufen (DIKE-Komm-ZPO, 2. A. 2016, MÜLLER, Art. 168 N 5; BSK ZPO, 3. A. 2017, HAF- TER, Art. 168 N 21). Letzteres ist der Vorinstanz keineswegs entgangen, spricht sie doch im an- gefochtenen Urteil ausdrücklich vom "gemeinschaftlich gewordenen Gutachten" (act. 181 S. 24). Sie hält indes ebenda fest, die Klägerin berufe sich (zum Nach- weis der tatsächlich geleisteten Mengeneinheiten und zu deren Notwendigkeit, [Anmerkung hinzugefügt]) nicht auf das vom Beklagten in den Prozess einge- brachte Gerichtsgutachten. Da sich die Klägerin weder im zweiten Schriftenwech- sel noch in der Stellungnahme zum Beweisergebnis/Schlussvorträge auf das ge- meinschaftlich gewordene Gutachten berufen habe, könne diesbezüglich nicht auf das Gutachten abgestellt werden. Das ist nicht zu beanstanden, denn die Ge- meinschaftlichkeit eines Beweismittels heisst (jedenfalls im Rahmen der hier gel- tenden Verhandlungsmaxime), dass sich eine Partei auch auf ein

Beweismittel der Gegenpartei berufen kann, wenn sie für sich etwas Positives daraus ableiten

- 16 - möchte. Tut sie dies nicht, so kann sie aus diesem Beweismittel auch nichts für sich ableiten. Mit der soeben wiedergegebenen vorinstanzlichen Erwägung setzt sich die Klägerin in der Berufung nicht auseinander, und sie bringt insbesondere nicht oder jedenfalls nicht in rechtsgenügender Art und Weise vor, sie habe sich entgegen dem angefochtenen Urteil vor Vorinstanz auf das Gutachten berufen. Wohl lässt sie in der Berufung ausführen, sie habe sich "nicht ausdrücklich (wohl aber zumindest implizit) darauf berufen" (act. 178 Rz 32), ohne indes auch nur andeutungsweise näher auszuführen, inwiefern sie sich entgegen dem angefochtenen Urteil "zumindest implizit" darauf berufen hätte. Es hat damit sein Bewenden, dass es die Klägerin unterliess, sich auf das Gutachten zum Beweis der tatsächlich geleisteten Mengeneinheiten und deren Notwendigkeit, d.h. zum ihr obliegenden Hauptbeweis, zu berufen. Entgegen der Klägerin liegt darin weder eine blosser Formalität und schon gar nicht ein Paradebeispiel für überspitzten Formalismus. Wenn sich die Klägerin nunmehr in der Berufung auf das Gutachten beruft (act. 178 Rz 29 ff.), so tut sie dies verspätet (Art. 317 Abs. 1 ZPO) und ist damit nicht mehr zu hören.

E. 3.1.3

Zusammenfassend vermag die Berufung bezüglich des Werkvertrags über innere Gipserarbeiten in der Position "Ausmass" nicht durchzudringen. Es bleibt somit dabei, dass die klägerische Forderung unter diesem Titel, wie von der Vorinstanz festgestellt, gemäss dem vom Beklagten anerkannten Betrag Fr. 35'290.16 beträgt, während die behaupteten Mehrleistungen im Umfang von Fr. 4'470.– nicht vergütungspflichtig sind.

E. 3.2

Hinsichtlich der Regiearbeiten aus dem Werkvertrag über innere Gipserarbeiten machte die Klägerin vorinstanzlich eine Forderung in der Höhe von Fr. 15'659.98 geltend. Bei Regiearbeiten, welche per definitionem nach Aufwand abgerechnet werden, hat der Unternehmer die Vereinbarung oder Anordnung der Regiearbeiten sowie den Aufwand und den vereinbarten oder üblichen Regietarif zu beweisen (SPIESS/HUSER, Norm SIA 118, Stämpfli Handkommentar, Bern 2014, Art. 44 N 26). Zur Führung dieses Beweises dienen Regierapporte. Gemäss Art. 47 Abs. 1 SIA-Norm 118 erstellt der Unternehmer täglich einen von ihm

- 17 - unterzeichneten Rapport, in welchem er Arbeiterzahl, Maschinenstunden, Arbeitsstunden, Materialverbrauch usw. sowie Angaben über die geleistete Arbeit aufführt. Wie die gegenseitig anerkannten Massurkunden schaffen vom Unternehmer und Bauleiter unterzeichnete Regierapporte eine tatsächliche Vermutung dafür, dass der Inhalt der Wahrheit entspricht und der rapportierte Aufwand notwendig war (SCHUMACHER, Ausmasse und Regierapporte: ein effizientes Beweissicherungssystem, BR/DC 2009 31; Kommentar zur SIA-Norm 118- GAUCH/STÖCKLI, Art. 47 N 15.1 ff.). Dies hat bereits die Vorinstanz festgehalten. Es ist mit gutem Grund nicht angefochten worden. Ebenso ist unangefochten geblieben, dass von den acht erstellten Regierapporten deren sieben mit der Unterschrift des Bauleiters versehen sind, während auf einem Rapport dessen Unterschrift fehlt (act. 181 S. 27). Für die vertragsgemäss erstellten, unterzeichneten Rapporte Nr. 17646, 7048, 10580, 10594, 10686, 10695 und 10769 greift damit die tatsächliche Vermutung, dass deren Inhalt der Wahrheit entspricht und der rapportierte Aufwand

notwendig war. Auch dies hat die Vorinstanz zutreffend und unangefochten festgehalten (act. 181 S. 27 f. mit Hinweis auf act. 3/7). Wie bei den Massurkunden wird durch diese Beweiserleichterung die Beweislast nicht umgekehrt, allerdings hat die Partei, welche den Inhalt der Rapporte nicht gelten lassen will, zwar nicht den Beweis des Gegenteils, aber doch den Gegenbeweis zu erbringen, also erhebliche Zweifel an der Richtigkeit oder der Erforderlichkeit des rapportierten Aufwands zu wecken.

E. 3.2.1

Zur Erbringung des Gegenbeweises wurde auf entsprechenden Antrag des Beklagten ein gerichtliches Gutachten in Auftrag gegeben. Die Vorinstanz kam im angefochtenen Urteil gestützt auf das Gutachten zum Schluss, aufgrund von Beanstandungen der Regierapporte durch den Gutachter sei die tatsächliche Vermutung von deren Richtigkeit entkräftet und der Gegenbeweis erbracht, so dass der Klägerin mangels rechtgenügendem Beweis keine Werklohnforderung aus Regiearbeiten zustehe (act. 181 S. 28 f.). Die Klägerin bringt in der Berufung vor, die Vorinstanz gebe im angefochtenen Urteil den Inhalt des Gutachtens unvollständig wieder und präsentiere die Kernaussagen desselbigen vollkommen falsch. Insbesondere komme der Gutachter zum Schluss, dass vom Regieaufwand bloss eine Kürzung von Fr. 4'606.70 und Fr. 251.00 [recte: Fr. 251.30] wegen zu hoher

- 18 - Stundenansätze gerechtfertigt sei, während er eine Regieforderung von brutto Fr. 10'802.25 als korrekt erachtet habe. Auf diese Forderung sei demnach mindestens abzustellen (act. 178 Rz 36 ff.). Anders als bei den Werklohnforderungen nach Ausmass (oben Ziff. 3.1) be ruft sich die Klägerin hier nicht auf den Inhalt des Gutachtens zwecks Erbringung des ihr obliegenden Hauptbeweises (was bei den Forderungen nach Ausmass erforderlich gewesen wäre, da die Massurkunden anders als die Regierapporte nicht vertragsgemäss erstellt worden waren), sondern sie bringt vor, entgegen der Vorinstanz sei durch den Inhalt des Gutachtens der Gegenbeweis nicht erbracht worden. Sie macht damit eine falsche Beweiswürdigung durch die Vorinstanz geltend. Im Einzelnen bringt sie vor, der Gutachter äussere zwar bezüglich der Regiestunden vereinzelt Bedenken, führe indes letztlich aus, dass die meisten Rapporte nachvollziehbar seien, und der Gutachter halte ausdrücklich fest, er gehe davon aus, dass die Regien ausgeführt worden seien (act. 178 Rz 36 unter Verweis auf act. 154 S. 11 ff., S. 21). Zwar habe der Gutachter befunden, dass der Materialaufwand ungenau und die Materialmengen wohl grosszügig aufgerundet worden seien, wobei "grosszügig aufgerundet" nicht bedeute, dass der (Material-) Aufwand inexistent oder gänzlich falsch sei. Was sodann die Tagesstunden angehe, welche gemäss Vorinstanz nicht in der Stundenkontrolle der Klägerin enthalten gewesen seien, so seien davon insgesamt 4 von 77.5 Stunden der in den Regierapporten enthaltenen Arbeitsstunden betroffen. Bei einer so kleinen Differenz könne nicht die Richtigkeit aller Regierapporte angezweifelt werden (act. 178 Rz 36 f. unter Verweis auf act. 154 S. 14).

E. 3.2.2

Die Rüge ist begründet. Der Gutachter hat sich mit sämtlichen acht Regierapporten (also auch dem nicht gegengezeichneten Rapport Nr. 10681) einlässlich auseinander gesetzt und kam bei sechs dieser Rapporte (Nr. 17646, Nr. 7048, Nr. 10580, Nr. 10681, Nr. 10686, Nr. 10769) zum Schluss, der entsprechende Rapport sei anhand der aufgelisteten Stunden- und Materialangaben nachvollziehbar. Bei zwei Rapporten (Nr. 10594, Nr. 10695) lautete das Fazit, anhand der aufgelisteten Stunden- und Materialangaben sei der Rapport zwar nachvollziehbar, es würden aber Informationen fehlen, um die Arbeiten zuzuordnen

- 19 - (act. 154 S. 10 ff.). Damit kam der Gutachter zum Schluss, die in Rechnung gestellten Regiearbeiten seien erbracht worden, wobei aus der nicht restlosen Zuordnung der Arbeiten keinerlei finanziellen Konsequenzen abgeleitet werden könnten (vgl. act. 154 S. 10 Ziff. 1.2.1, S. 21, Ziff. 1.2.1 bis 1.2.4). Zur Frage, ob die von der Klägerin effektiv erbrachten Regiearbeiten notwendig gewesen seien, schlussfolgerte der Gutachter, dass grundsätzlich alle in Rechnung gestellten und von der Bauleitung akzeptierten Regierapporte erbrachte Arbeiten bezeichneten, welche notwendig gewesen seien. Beim Material sei indes für die ausgeführten Anpassungs- und Zuputzarbeiten seiner Meinung nach ein Materialanteil von ca. 15% realistisch, während der in Rechnung gestellte und von der Bauleitung akzeptierte Materialaufwand einen Materialanteil von ca. 37% ausmache, was eine finanzielle Korrektur von Fr. 3'475.10 beim Materialanteil bedeuten würde (act. 154 S. 13 f., S. 22). Bezogen auf die Forderung von Fr. 15'659.98 für Regiearbeiten aus dem Werkvertrag über innere Gipsarbeiten ist diese von Gutachter angebrachte Korrektur keinesfalls unerheblich. Allerdings entfällt dadurch die durch die gegenseitige Unterzeichnung der Rapporte geschaffene tatsächliche Vermutung, wonach der Inhalt der Rapporte der Wahrheit entspricht und der rapportierte Aufwand notwendig war, nicht insgesamt. Dasselbe gilt in verstärktem Masse bezüglich der weiteren vom Gutachter vorgenommenen Korrekturen: Die Korrektur betreffend die Stundenangaben (fehlende Einträge in den internen Stundenkontrollen) beschlägt insgesamt 4 Stunden von 77 (oder von 88, soweit die Lehrlingsstunden mitgezählt würden), mithin maximal eine Differenz von 5.1% (bzw. Fr. 401.60, vgl. act. 154 S. 14, 22 und act. 3/7), wobei der Gutachter zu Recht von vereinzelt Abweichungen spricht. Aus einer solchen Differenz kann nicht die Richtigkeit aller Regierapporte in Zweifel gezogen werden, wie die Klägerin zu Recht geltend macht (act. 178 Rz 37). Analoges gilt für die beiden anderen kleineren Korrekturen gemäss Gutachter betreffend Transportkosten im Umfang von Fr. 730.– und die in Rechnung gestellten Stundenansätze mit einer Differenz von Fr. 251.30 (act. 154 S. 22 f.). Entgegen der Vorinstanz vermögen die Ausführungen des Gutachters nicht erhebliche Zweifel an der Richtigkeit oder der Erforderlichkeit des rapportierten Aufwands insgesamt zu wecken, sondern nur (aber immerhin) in Bezug auf die

- 20 - vom Gutachter monierten Punkte. Dass die Vorinstanz der Klägerin aus Regiearbeiten im Zusammenhang mit dem Werkvertrag über innere Gipsarbeiten mangels rechtsgenügendem Beweis keine Werklohnforderung zusprach, entsprang einer unzutreffenden Beweiswürdigung. Richtigerweise wäre die unter diesem Titel gestellte Werklohnforderung von Fr. 15'659.98 gemäss den nachvollziehbaren Ausführungen des Gutachters um insgesamt Fr. 4'858.– zu kürzen gewesen (Fr. 3'475.10, Fr. 401.60, Fr. 730.–, plus Fr. 251.30; act. 154 S. 22 f.), womit der Klägerin unter diesem Titel Fr. 10'801.98 zuzusprechen wären. Wie noch zu zeigen sein wird, führt dies indes nicht zu einer (teilweisen) Gutheissung der Berufung (unten, Ziff. 6).

E. 3.3

Wie bereits festgehalten (oben, S. 14 Ziff. 3) macht die Klägerin in ihrer Berufungsschrift unter dem Titel Nachträge nur noch, wie von der Vorinstanz zugesprochen, Fr. 7'009.58 geltend. Das vorinstanzliche Urteil ist also insofern unangetroffen geblieben.

E. 3.4

Zusammenfassend steht der Klägerin damit aus dem Werkvertrag für innere Gipsarbeiten Fr. 53'101.72 zu (Fr. 35'290.16 + Fr. 10'801.98 + Fr. 7'009.58). Unter Berücksichtigung der

unangefochten gebliebenen Abzüge von insgesamt 10.3% (act. 181 S. 31) und unter Einberechnung von 8% MwSt. ergibt dies Fr. 51'442.82. Davon sind die unbestrittenermassen geleisteten Akontozahlungen im Umfang von Fr. 38'649.20 abzuziehen, so dass die offene Forderung der Klägerin aus dem Werkvertrag für innere Gipsarbeiten noch Fr. 12'793.62 (inkl. MwSt.) beträgt. Ob die Klägerin mit der Berufung auf ihre Forderung weiterhin Verzugszinsen geltend machen möchte, ist nicht ganz klar, verweist sie doch lediglich auf ihre diesbezüglichen Ausführungen in der Klage, gegen welche nichts spreche, sowie darauf, dass sich die Vorinstanz damit nicht befasst habe (act. 178 Rz 45), doch sind diese immerhin im Rechtsbegehren nach wie vor erwähnt. Wie noch zu zeigen sein wird, hat die Vorinstanz die geltend gemachten Verzugszinsen zu Recht nicht geprüft (unten Ziff. 6).

E. 4

Die Klägerin machte vor Vorinstanz aus dem Werkvertrag über verputzte Aussenwärmedämmung (act. 3/5) Fr. 46'272.35 (zuzüglich Zins) geltend. Diese Forderung setzt sich wiederum zusammen aus den drei Positionen "Ausmass"

- 21 - Fr. 67'026.61, "Regiearbeiten" Fr. 9'001.20 sowie "Nachträge" Fr. 3'516.13, abzüglich Rabatt, Skonto und allg. Abzüge, zuzüglich MwSt. und abzüglich geleistete Akontozahlungen (vgl. act. 181 S. 32). Die Vorinstanz erkannte, die Werklohnforderung der Klägerin nach Ausmass betrage Fr. 41'795.40, aus Regiearbeit und aus Nachträgen Fr. 0.– (act. 181 S. 32 ff.). Wie bei den inneren Gipsarbeiten rügt die Klägerin mit ihrer Berufung auch hier die von der Vorinstanz unter den Titeln Ausmass (nachfolgend Ziff. 4.1) und Regiearbeiten (nachfolgend Ziff. 4.2) zugesprochenen Forderungsbeträge, während sie sich betreffend Nachträge nicht gegen die vorinstanzlichen Erwägungen (keine Forderung aus Nachträgen) wendet (act. 178 Rz 46 ff.).

E. 4.1

Zu den Werklohnforderungen nach Ausmass hatte der Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht, von den geforderten Fr. 67'026.61 würden Fr. 25'231.20 auf nicht zu vergütenden Mehrleistungen (unnötiges Überschreiten des Vorausmasses) beruhen, womit Fr. 41'795.40 vom Beklagten anerkannt wurden (act. 181 S. 33 f.). Die rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz sind (auch hier) unangefochten geblieben (vgl. oben, Ziff. 3.1). Wie bereits bei den inneren Gipsarbeiten behauptete die Klägerin auch hier, jeweils fortlaufend Massurkunden erstellt zu haben und legte hier wie dort keine entsprechenden Massurkunden ins Recht. Dem mit der Schlussrechnung eingereichten Detailmass kommt wiederum keine erhöhte Beweiskraft zu, wobei zur Vermeidung von Wiederholungen auf die obigen Ausführungen zu verweisen ist (Ziff. 3.1.1). Die Klägerin verweist sodann in der Berufungsbegründung vollumfänglich auf ihre Ausführungen betreffend Ausmass innere Gipsarbeiten (act. 178 Rz 48 mit Hinweis auf Rz 25 ff.) – auch hier sei von den Feststellungen der Expertise auszugehen. Die Konstellation ist in der Tat dieselbe wie bei den inneren Gipsarbeiten (oben Ziff. 3.1). Wie bereits ausgeführt, hat die Klägerin den Beweis mangels vertragskonform erstellter Massurkunden nicht durch dieselbigen erbringen können. Dass sie das von der Gegenseite beantragte Gutachten zwecks Erbringung des ihr obliegenden Hauptbeweises vor Vorinstanz je angerufen hätte, macht die Klägerin auch hier nicht geltend. Auch diesbezüglich bleibt es damit beim Schluss, der bereits bei den inneren Gipsarbeiten zu ziehen war: Es ist nicht zu bean-

- 22 - standen, dass die Vorinstanz bei diesem Sachverhalt feststellte, es sei der Klägerin nicht gelungen, den ihr obliegenden Hauptbeweis bezüglich Ausmass zu erbringen (vgl. im Einzelnen oben, Ziff. 3.1.2). Die Klägerin vermag daher mit ihrer Berufung in diesem Punkt nicht durchzudringen. Es bleibt bei der vorinstanzlichen Feststellung, dass die klägerische Forderung in der Position "Ausmass" gemäss dem vom Beklagten anerkannten Betrag Fr. 41'795.40 beträgt.

E. 4.2

Was die Regiearbeiten aus dem Werkvertrag über verputzte Aussenwärmedämmung betrifft, so hat die Vorinstanz festgehalten, dass sämtliche Regierapporte ordnungsgemäss vom Bauleiter gegengezeichnet worden seien. Allerdings kam die Vorinstanz im angefochtenen Urteil sodann wiederum zum Schluss, aufgrund von Beanstandungen der Regierapporte durch den Gutachter sei die tatsächliche Vermutung von deren Richtigkeit entkräftet und der Gegenbeweis erbracht, so dass der Klägerin mangels rechtgenügendem Beweis keine Werklohnforderung aus Regiearbeiten zustehe (act. 181 S. 37 f.). Auch hier rügt die Klägerin eine unrichtige Beweiswürdigung. Sie bringt vor, der Gutachter habe die Notwendigkeit der Regiearbeiten bejaht und er habe überdies sämtliche Regiearbeiten zuordnen können. Es könne vollumfänglich auf die Ausführungen auf S. 11 ff. des einschlägigen Gutachtens (i.e. act. 155) verwiesen werden. Der Gutachter habe bloss 8 Regiestunden bemängelt, da von der internen Stundenkontrolle nicht erfasst, ferner den seiner Einschätzung nach zu hohen Materialanteil von 35% sowie die in Rechnung gestellten Transportkosten, da diese gemäss Werkvertrag inbegriffen gewesen seien (act. 178 Rz 51). Die Rüge ist, wie schon bei den inneren Gipsarbeiten, begründet. Der Gutachter hat festgehalten, dass sämtliche Regierapporte anhand der aufgelisteten Stunden- und Materialangaben nachvollziehbar seien (act. 155 S. 11 f.). Damit kam der Gutachter zum Schluss, die in Rechnung gestellten Regiearbeiten seien erbracht worden (vgl. act. 155 S. 11 Ziff. 2.2.1, S. 17, Ziff. 2.2.1). Zur Frage, ob die von der Klägerin effektiv erbrachten Regiearbeiten notwendig gewesen seien, schlussfolgerte der Gutachter, dass grundsätzlich alle in Rechnung gestell-

- 23 - ten und von der Bauleitung akzeptierten Regierapporte erbrachte Arbeiten bezeichneten, welche notwendig gewesen seien. Beim Material sei indes für die ausgeführten Anpassungs- und Zuputzarbeiten seiner Meinung nach ein Materialanteil von ca. 20% realistisch, während der in Rechnung gestellte und von der Bauleitung akzeptierte Materialaufwand einen Materialanteil von ca. 35% ausmache, was eine finanzielle Korrektur von Fr. 1'345.05 beim Materialanteil bedeuten würde (act. 155 S. 12, S. 18). Bezogen auf die Forderung von Fr. 9'001.20 für Regiearbeiten aus dem Werkvertrag über Aussenwärmedämmung ist diese vom Gutachter angebrachte Korrektur wiederum nicht unerheblich, wenn auch etwas kleiner als beim Werkvertrag über innere Gipsarbeiten (vgl. oben, Ziff. 3.2.2). Indes entfällt durch diese Korrektur auch hier nicht insgesamt die durch die gegenseitige Unterzeichnung der Rapporte geschaffene tatsächliche Vermutung, wonach der Inhalt der Rapporte der Wahrheit entspricht und der rapportierte Aufwand notwendig war. Dasselbe gilt in verstärktem Masse bezüglich der weiteren, vom Gutachter vorgenommenen Korrekturen betreffend die Stundenangaben (fehlende Einträge in den internen Stundenkontrollen, 8 Stunden zu insgesamt Fr. 853.40), wo der Gutachter zu Recht von vereinzelt Abweichungen spricht (act. 155 S. 18). Analoges gilt für die beiden anderen kleineren Korrekturen gemäss Gutachter, betreffend Transportkosten im Umfang von Fr. 584.– und die in Rechnung gestellten Stundenansätze mit einer Differenz von Fr.

217.80 (act. 155 S. 18 f.). Entgegen der Vorinstanz vermögen die Ausführungen des Gutachters nicht erhebliche Zweifel an der Richtigkeit oder der Erforderlichkeit des rapportierten Aufwands insgesamt zu wecken, sondern nur (aber immerhin) in Bezug auf die vom Gutachter monierten Punkte. Dass die Vorinstanz der Klägerin aus Regiearbeiten im Zusammenhang mit dem Werkvertrag über Aussenwärmedämmung mangels rechtsgenügendem Beweis keine Werklohnforderung zusprach, entsprang einer unzutreffenden Beweiswürdigung. Richtigerweise wäre die unter diesem Titel gestellte Werklohnforderung von Fr. 9'001.20 gemäss den nachvollziehbaren Ausführungen des Gutachters um insgesamt Fr. 3'000.25 zu kürzen gewesen (act. 155 S. 18 f. [Fr. 1'345.05 + Fr. 853.40 + Fr. 584.– + Fr. 217.80]), womit der Klägerin unter diesem Titel Fr. 6'000.95 zuzusprechen wären. Wie wie-

- 24 - derum noch zu zeigen sein wird, führt dies indes nicht zu einer (teilweisen) Gutheissung der Berufung (unten, Ziff. 6).

E. 4.3

Zusammenfassend steht der Klägerin damit aus dem Werkvertrag für Aussenwärmedämmung Fr. 47'796.35 zu (Fr. 41'795.40 + Fr. 6'000.95 + Fr. 0.–). Unter Berücksichtigung der unangefochten gebliebenen Abzüge von insgesamt 10.3% (act. 181 S. 40) und unter Einberechnung von 8% MwSt. ergibt dies Fr. 46'303.19. Davon ist die unbestrittenermassen geleistete Akontozahlung im Umfang von Fr. 31'005.85 abzuziehen, so dass die offene Forderung der Klägerin aus dem Werkvertrag für Aussenwärmedämmung noch Fr. 15'297.34 (inkl. MwSt.) beträgt. Ob die Klägerin mit der Berufung auf ihre Forderung weiterhin Verzugszinsen geltend machen möchte, ist nicht restlos klar, verweist sie doch wiederum lediglich auf ihre diesbezüglichen Ausführungen in der Klage, gegen welche nichts spreche, sowie darauf, dass sich die Vorinstanz damit nicht befasst habe (act. 178 Rz 56), doch sind diese immerhin im Rechtsbegehren nach wie vor erwähnt. Wie noch zu zeigen sein wird, hat die Vorinstanz die geltend gemachten Verzugszinsen zu Recht nicht geprüft (unten Ziff. 6). 5.1 Der Beklagte hatte vor Vorinstanz geltend gemacht, die Gipserarbeiten der Klägerin seien mangelhaft ausgeführt worden: Es habe flächendeckend an der vereinbarten und geschuldeten Qualität "Q4" des Weissputzes gefehlt, weshalb er eine Ersatzvornahme habe vornehmen müssen, wobei immer noch ein Minderwert bestehe. Die Kosten der Ersatzvornahme, den verbleibenden Minderwert sowie die Mangelfolgeschäden (Kosten für Gutachten/Experten, vorprozessuale Anwaltskosten) bezifferte der Beklagte auf Fr. 59'305.80 und machte diese verrechnungsweise gegen die noch offene Werklohnforderung der Klägerin geltend (act. 9 Rz 186; act. 181 S. 43). 5.2 Die Vorinstanz bejahte die Berechtigung zur Ersatzvornahme (act. 181 S. 43 ff.) und eine Entschädigungspflicht der Klägerin für die Ersatzvornahme in der Höhe von Fr. 38'276.98, dies primär gestützt auf die Feststellungen des Gutachters (a.a.O., S. 58 ff., S. 60 ff.). Da die Verrechnungsforderung aus Ersatzvornahme damit die klägerische Werklohnforderung überstieg, hat die Vorinstanz die

- 25 - weiteren Verrechnungsforderungen aus Minderung und Mangelfolgeschäden nicht geprüft (a.a.O., S. 62 f.). 5.3 Die Klägerin bringt dagegen in der Berufung hauptsächlich vor, die Vorinstanz sei in eine willkürliche Beweiswürdigung verfallen, indem sie sich zur Frage der Mangelhaftigkeit der von ihr erbrachten Arbeiten auf das Gutachten gestützt habe, da dieses als Beweismittel vollkommen untauglich sei (act. 178 Rz 62 ff.; dazu nachfolgend Ziff. 5.3.1). Im Weiteren bringt sie vor, die geltend gemachten und von der Vorinstanz geschützten Ansprüche des Beklagten würden bereits an einer genügend

substantiierten Mängelrüge durch den Beklagten scheitern (act. 178 Rz 69; nachfolgend Ziff. 5.3.2) und macht sodann geltend, die Vorinstanz habe darüber hinaus das Selbstverschulden des Beklagten (nachträgliche Planänderung bezüglich Beleuchtung mit geänderten Lichtverhältnissen) willkürlich vollkommen ignoriert (act. 178 Rz 70; nachfolgend Ziff. 5.3.3). Soweit die Klägerin darüber hinaus vorbringt, es habe vorliegend eine Abnahme ihrer Gipsarbeiten stattgefunden und es hätten wenn schon nur unwesentliche Mängel vorgelegen, geht sie nicht ansatzweise auf die entgegengesetzten Ausführungen der Vorinstanz ein (act. 181 S. 50), welche ausgeführt hat, die mangelnde Qualität des Weissputzes sei zwar ein ästhetischer Mangel, doch sei vorliegend bewusst die höchste Qualitätsstufe von Weissputz (Q4) bestellt worden, welche über das technisch-funktional Ausreichende hinausgehe, sodass die Wesentlichkeit des (ästhetischen) Mangels zu bejahen sei. Nicht zu beanstanden ist die Erwägung der Vorinstanz, aufgrund dieser Mangelhaftigkeit des Werkes sei die Abnahme, für welche im Übrigen unstreitig kein Abnahmeprotokoll vorliegt, gemäss Art. 161 Abs. 1 SIA-Norm 118 automatisch zurückgestellt worden (act. 181 S. 50). Die Klägerin hat dies denn auch zu Recht nicht als unzutreffend gerügt. Ebenfalls nicht vertieft zu prüfen ist das in der Berufungsschrift vorgebrachte Argument, der Experte sei lediglich zu einem Minderwert von Fr. 5'359.90 (im Gutachten) resp. von Fr. 6'800.– (mündliche Verhandlung) gekommen, und bei solch niedrigem Minderwert könnten Ersatzvornahmekosten im höheren fünfstelligen Bereich nicht gerechtfertigt sein (act. 178 Rz 74), übersieht doch die Klä-

- 26 - gerin offensichtlich, dass es sich dabei um den verbleibenden (endgültigen) Minderwert nach erfolgter Ersatzvornahme handelt (act. 156 S. 25).

5.3.1 Die Klägerin möchte dem gerichtlichen Gutachten bezüglich der Frage, ob ihre Gipsarbeiten mangelhaft ausgeführt worden seien, die Beweistauglichkeit absprechen, habe sich doch der Gutachter diesbezüglich selbst widersprochen: Dieser habe im Gutachten zwar vertreten, der vereinbarte Q4-Standard sei nicht erreicht worden, in der mündlichen Verhandlung indes die Qualität der Arbeiten aufgrund des Augenscheins als knapp genügend bezeichnet – und "knapp genügend" heisse nicht mangelhaft, wenn auch nicht perfekt (act. 178 Rz 63 mit Verweis auf Prot. Vi S. 46 Frage 7.a). Dem ist nicht so. Der Gutachter hat in der mündlichen Verhandlung auf die Frage, ob die Arbeiten den vereinbarten Qualitätsstandard Q4 erreicht hätten, geantwortet, er komme aufgrund des Augenscheins wie auch der Akten der beiden Vorgutachter klar zur Erkenntnis, dass die Weissputzqualität der Klägerin nicht oder nur teilweise einem Weissputz der Qualität Q4 entspreche (Prot. Vi S. 46 Frage 7.b). Fehl geht die Klägerin auch, soweit sie das Gutachten hinsichtlich Mangelhaftigkeit der ausgeführten Arbeiten darum für beweisuntauglich hält, weil der Gutachter seine Erkenntnis anhand des Augenscheins und der Akten der Vorgutachter gebildet habe. Der Experte hat sich damit entgegen der Klägerin seine Meinung nicht einfach aufgrund der vorbestehenden Parteigutachten des Beklagten gebildet, ohne sich persönlich von der mangelhaften Qualität der Arbeiten zu überzeugen (act. 178 Rz 64 f.), vielmehr hat er nebst dem Augenschein auch die Akten der Vorgutachter beigezogen und dies überdies offengelegt, was nicht zu beanstanden ist. Die Klägerin bringt denn ja auch selbst in der Berufung zutreffend vor, der Experte habe nur – aber immerhin, wie hinzuzufügen wäre – die nicht durch die Drittfirma im Rahmen der Ersatzvornahme überarbeiteten Flächen der Klägerin persönlich begutachtet, wobei diese Flächen nach Ansicht des Experten den Standard Q4 nicht erreicht hätten. Die Klägerin bringt sodann vor, bloss weil die noch verbliebenen Flächen den vertraglich vereinbarten Standard nicht erreicht hätten, könne

nicht geschlossen werden, die im Rahmen der Ersatzvornahme überarbeiteten Flächen seien ebenfalls mangelhaft gewesen. Al-

- 27 - lein, diese Logik entfernt sich zu weit von der allgemeinen Lebenserfahrung, als dass ihr noch ein Rest von Überzeugungskraft innewohnen könnte. 5.3.2 Die Klägerin bringt im Weiteren vor, das Gutachten sei bezüglich Werkmängelhaftung nicht zu gebrauchen – will heissen als Beweismittel untauglich –, da im Gutachten nirgends eine Substantiierung der angeblichen Mängel zu finden sei. Damit sei der Beweis, welche Mängel bestanden hätten, als gescheitert zu betrachten (act. 178 Rz 67). Die Bezeichnung der geltend gemachten Mängel hat indes nicht im Gutachten zu erfolgen, sondern in den prozesskonform aufgestellten Parteibehauptungen über die vor der Ersatzvornahme erfolgte Mängelrüge des Werkbestellers. Das Gutachten hat den Beweis der Parteibehauptungen zu liefern, soweit diese prozesskonform bestritten wurden und dadurch beweisdürftig geworden sind. Zwar bringt die Klägerin in der Berufungsschrift vor, die Vorinstanz habe sich nicht dazu geäussert, ob der Beklagte die angeblichen Mängel substantiiert gerügt habe, ja sie habe dies nicht einmal überprüft (act. 178 Rz 69) – was möglicherweise heissen will, es sei zu Unrecht nicht darüber Beweis abgenommen worden, ob seinerzeit eine genügende Mängelrüge erfolgt sei. Die Klägerin macht in der Berufung indes nicht geltend, bereits vor Vorinstanz vorgebracht zu haben, dass die Mängelrüge nicht genügend detailliert erfolgt wäre. Dies wäre jedoch Voraussetzung, damit überhaupt näher zu prüfen wäre, ob die Vorinstanz allenfalls zu Unrecht über die Frage der genügend substantiierten Mängelrüge kein Beweisverfahren geführt hat. Es hat damit mit anderen Worten sein Bewenden. 5.3.3 Die Klägerin ist schliesslich der Meinung, die Vorinstanz habe das Selbstverschulden des Beklagten infolge Planänderungen (nachträgliche Lichtinstallation) willkürlich vollkommen ignoriert (act. 178 Rz 70). Die Vorinstanz hat die Frage des Selbstverschuldens des Beklagten aufgrund der verspäteten Lichtinstallation indes nicht übersehen, sondern im angefochtenen Urteil ausdrücklich offen gelassen. Konkret kommt sie zum Schluss, der Gutachter habe festgehalten, dass die Vorgehensweise der Klägerin überhaupt nicht geeignet gewesen sei, den Qualitätsstandard Q4 zu erzielen. Insofern könne auch die Frage eines allfälligen Selbstverschuldens offen gelassen werden

- 28 - (act. 181 S. 46). Die Klägerin hat die soeben wiedergegebene Tatsachenfeststellung der Vorinstanz nicht angefochten und thematisiert auch die daraus gezogene rechtliche Schlussfolgerung mit keinem Wort. Damit ist mangels Beanstandung durch die Klägerin die rechtliche Schlussfolgerung der Vorinstanz (angesichts der zur vertragsgemässen Erfüllung untauglichen Vorgehensweise der Klägerin könne die Frage eines allfälligen haftungsbegrenzenden Selbstverschuldens des Beklagten offen bleiben) nicht zu beurteilen (BGE 142 III 413 ff., E. 2.2.4; Näheres zur Kognition der Berufungsinstanz oben, Ziff. II.2.). 5.4 Die Klägerin vermag demnach mit ihrer Kritik nicht durchzudringen. Es bleibt mithin wie von der Vorinstanz festgestellt dabei, dass dem Beklagten aus Ersatzvornahme eine Forderung in der Höhe von Fr. 38'276.98 zusteht.

E. 6

Die Klägerin hat demnach gegenüber dem Beklagten aus den beiden Werkverträgen über innere Gipsarbeiten sowie über Aussenwärmedämmungen eine offene Werklohnforderung von Fr. 28'090.96 (Fr. 12'793.62 + Fr. 15'297.34; oben, Ziff. 3 f.). Dieser Forderung steht die verrechnungsweise geltend gemachte Gegenforderung des Beklagten aus Ersatzvornahme in der Höhe von Fr. 38'276.98 gegenüber. Die von der Klägerin geltend gemachte Hauptforderung ist damit gemäss Art. 124 Abs. 2 OR in dem

Zeitpunkt getilgt worden, in dem ihr die zur Verrechnung gebrachte Forderung aus Ersatzvornahme gegenüberstand. In jenem Zeitpunkt entfielen nachträglich auch die geltend gemachten Verzugszinsen (zu den rückwirkenden Folgen der Verrechnung vgl. BSK OR I, 7. A. 2019, MÜLLER, Art. 124 N 5 f.). Dies war gemäss dem bereits erwähnten Schreiben vom 12. September 2013 (act. 11/56) ab dem unstreitigen Erhalt dieses Schreibens der Fall. Die Vorinstanz durfte es damit ohne Rechtsverletzung unterlassen, die geltend gemachten Verzugszinsen näher zu prüfen. Im Ergebnis führt auch die teilweise erforderliche Korrektur des vorinstanzlichen Urteils (oben Ziff. 3.2 sowie Ziff. 4.2) zu keinem anderen Schluss, als dass die noch offenen Werklohnforderungen der Klägerin infolge Verrechnung mit der beklagischen Gegenforderung vollumfänglich getilgt worden sind.

- 29 -

E. 7

Die Vorinstanz hat betreffend die von der Klägerin beantragte definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ausgeführt, infolge der verrechnungsweisen Tilgung der klägerischen Werklohnforderungen bestehe keine Forderung, welche als Pfandrecht definitiv ins Grundbuch eingetragen werden könnte (act. 181 S. 63). Dies wird von der Klägerin in der Berufung zu Recht nicht in Frage gestellt. Es ist das vorinstanzliche Urteil demnach auch diesbezüglich zu bestätigen. Die von der Klägerin mit der Berufung angefochtene Eventualbegründung der Vorinstanz, wonach schon die provisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts verspätet erfolgt sei (act. 181 S. 63 f. und dazu act. 178 Rz 77 ff.), ist demnach nicht näher zu prüfen.

E. 8

Soweit auf die Berufung einzutreten ist, ist diese demnach vollumfänglich abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Prozesskosten sind dem Ausgang des Berufungsverfahrens entsprechend zu verlegen. Die Klägerin unterliegt mit der Berufung vollumfänglich, wie sie schon im bezirksgerichtlichen Verfahren vollständig unterlag. Das führt zur entsprechenden Kostenaufgabe an sie für beide Verfahren (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

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