

ZH_OBERGERICHT NP200017 vom 12. März 2021

ZH Obergericht, 2021-03-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NP200017

FR: ZH_OBERGERICHT NP200017 du 12 mars 2021

IT: ZH_OBERGERICHT NP200017 del 12 marzo 2021

Erwägungen

E. 11

Mai 2017 vor Ort in seinem Einfamilienhaus mündlich mit E. _____ besprochen zu haben, zwei Reinigungsversuche zu machen. Auf die Frage, ob E. _____ ihm die Anweisung gegeben habe, den Plattenboden zweimal intensiv zu reinigen und hernach das Erscheinungsbild zu prüfen und Mitteilung zu machen, führt der Kläger an, er habe ihn nicht explizit angewiesen Mitteilung, zu machen, sondern nur, den Plattenboden zweimal zu reinigen und dass sie dann die Ergebnisse anschauen würden. Sie hätten keinen expliziten Zeitpunkt festgelegt. Er habe Zeit für die Reinigung gebraucht und habe ihm [E. _____] Gelegenheit geben müssen,

- 18 - den Boden ebenfalls zu reinigen. Sie hätten vereinbart, dass sie nach den zwei Reinigungsversuchen das Resultat betreffend Erscheinungsbild anschauen würden (Prot. Vi S. 23). Auf die Frage, wann E. _____ selbst den Reinigungsversuch unternommen habe, gibt der Kläger zu Protokoll, das sei nach seinem eigenen Reinigungsversuch gewesen und bevor sie schriftlich Mängelrüge erhoben hätten, d.h. etwa eine Woche nach seinem Versuch. Sie hätten schriftlich E-Mail Kontakt gehabt und E. _____ habe gemeint, dass er dies aus Kulanzgründen tun wolle. Sie hätten geantwortet, dass dies nichts mit Kulanz zu tun habe (Prot. Vi S. 24). Der Kläger ordnet den Reinigungsversuch der Beklagten zwischen dem 15. und 23. Mai 2017 ein (Prot. Vi S. 31). 5.4.1.2. Der Kläger hat im Kerngehalt ausgesagt, er habe am 11. Mai 2017 nach Abschluss der Verlegungsarbeiten mit E. _____, dem Geschäftsführer der Beklagten, vor Ort, d.h. bei seinem Einfamilienhaus, vereinbart, dass zwei Reinigungsversuche durchgeführt würden. Nicht klar geht aus den Aussagen hervor, ob vereinbart wurde, dass nur an einzelnen Stellen oder der ganze Sitzplatz gereinigt werden soll. Unbestimmt bleibt sodann, ob bereits zu Beginn vereinbart wurde, dass beide Reinigungsversuche durch den Kläger ausgeführt werden sollen oder einer durch den Kläger und einer durch die Beklagte. Bestimmt sagte der Kläger jedoch aus, dass er am 13. Mai 2017 zwei Platten an zwei verschiedenen Stellen gereinigt hat und E. _____ einen Reinigungsversuch an einer dritten Platte zwischen dem 15. und 23. Mai 2017 durchführte, wobei es in diesem Zusammenhang zuvor zu einem E-Mail Verkehr zwischen dem Rechtsvertreter des Klägers und E. _____ gekommen sei. E. _____ habe sich betreffend seines Reinigungsversuches auf den Standpunkt gestellt, diesen aus Kulanzgründen auszuführen. Am 23. Mai 2017 sei schriftlich Mängelrüge erhoben worden. 5.4.1.3. Die Aussagen des Klägers decken sich nicht mit den von ihm im vorliegenden Verfahren aufgestellten Behauptungen. So machte der Kläger in der Klagebegründung vorab im Rahmen der Schilderung des Sachverhalts geltend, die Mängel seien mit Schreiben vom 23. Mai 2017 umgehend und fristgerecht bei der Beklagten bzw. deren damaligem Rechtsvertreter gerügt worden; die Rügen seien umgehend nachdem die Eigenmassnahmen bzw. seine Reinigungsversu-

- 19 - che keinen Erfolg gezeigt hätten und für ihn endgültig festgestanden habe, dass die Farbunterschiede nicht durch mechanische Behandlung behoben werden könnten, erfolgt (Urk. 2 S. 5). Unter dem Titel "Wahrung der Mängelrechte" behauptete der Kläger, er habe die Mangelhaftigkeit der Bodenplatten umgehend nach deren Ablieferung am 11. Mai 2017 bzw. nach der Überprüfung von deren Beschaffenheit, nämlich mit Schreiben vom 23. Mai 2017 bei der Beklagten gerügt. Nach der Ablieferung hätten die neu verlegten Platten auf ausdrückliche Anweisung der Beklagten hin zuerst zweimal gewaschen werden müssen. Als zu 100 % Berufstätiger habe er den Plattenboden an den ihm seit der Ablieferung des Werkes zur Verfügung stehenden beiden Wochenenden (13. und 20. Mai 2017) gewaschen und "deren" Beschaffenheit geprüft. Eine schnellere Prüfung habe ihm entsprechend den gegebenen Umständen nicht zugemutet werden können. Nachdem das unbefriedigende Resultat für ihn endgültig festgestanden und er darüber Gewissheit erlangt habe, dass die Platten trotz deren zweimaliger Reinigung kein einheitliches Erscheinungsbild aufweisen würden, habe er den Mangel bei der Beklagten gerügt (Urk. 2 S. 11). In der Replik machte der Kläger geltend, es sei zwischen den Parteien vereinbart worden, dass er die Platten im Verlaufe der kommenden Wochen noch einmal reinigen, den Plattenbelag auf seine Konformität prüfen und der Beklagten in der Folge seinen Prüfungsbericht zukommen lasse (Urk. 25 S. 3). Weiter führt der Kläger im Rahmen der Frage der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge eine "Anweisung der Beklagten mit zwei Reinigungsversuchen des Plattenbelages" an (Urk. 25 S. 8). Der Kläger hat somit nie behauptet, es sei vereinbart worden, dass auch die Beklagte einen Reinigungsversuch durchführe bzw. dass diese vor seiner Mängelrüge einen Reinigungsversuch durchgeführt hätte. Vielmehr behauptete er, dass er selbst zwei Versuche durchzuführen hatte bzw. an den Wochenenden

E. 13

und 20. Mai 2017 auch effektiv durchgeführt hat. Den Reinigungsversuch der Beklagten, welchem die Korrespondenz zwischen seinem Anwalt und E._____ betreffend den Standpunkt der Kulanz voranging, siedelte er erst am 14. Juni 2017 an (vgl. Urk. 2 S. 6). Den Widerspruch in der Rechtschrift, wo behauptet wird, die Beklagte habe am 14. Juni 2017 einen Reinigungsversuch unternommen, und seiner Parteibefragung, wonach die Beklagte zwischen dem 11. und 23.

- 20 - Mai 2017 einen Reinigungsversuch ausgeführt hat, vermag der Kläger nicht plausibel zu erklären (vgl. Prot. VI S. 32). Erst nach dem zweiten Reinigungsversuch durch ihn selbst hat der Kläger nach seinen Behauptungen erstmals Kontakt mit seinem Anwalt aufgenommen und wurde sodann Mängelrüge erhoben. Zum Zeitpunkt, wann und wo die Absprache eines zweimaligen Reinigungsversuches getroffen wurde, stellte der Kläger keine konkreten Behauptungen auf. 5.4.2. Die vom Kläger in seiner Parteibefragung gemachten Aussagen finden sodann keine Stütze in den als Beweismittel abgenommenen Urkunden. So schrieb der Kläger am 23. Mai 2017 seinem Rechtsvertreter, inzwischen seien die restlichen Platten verlegt worden. Er habe "den gesamten Boden" zwei Mal mit einem Spezialmittel gereinigt. Beiliegend sende er ihm Fotos, wie sich der Boden nach erfolgter Reinigung präsentiere. Er werde ihn im Verlaufe des Morgens kontaktieren (vgl. Urk. 5/14). Gemäss eigener E-Mail hat der Kläger somit selbst zwei Mal den gesamten Boden gereinigt. Dass die Reinigungen auf Anweisung der Beklagten hin geschehen wären, erwähnt der Kläger in der E-Mail, mit welcher er sich nach der Verlegung der Platten am 11. Mai 2017 offensichtlich zum ersten Mal an seinen Rechtsvertreter wandte (vgl. Prot. VI S. 31 f.), ebenso wenig wie einen Reinigungsversuch durch die Beklagte. In der Folge

wurde mit Schreiben vom selben Tag Mängelrüge erhoben (Urk. 5/16). Darin führt der Anwalt des Klägers an, die Bauherrschaft habe den gesamten Plattenbelag "wie von ihrer Mandantin verlangt" nun zweimal - erstmals am 13. Mai und letztmals am 20. Mai 2017 - mit speziell für Granitstein geeignetem Mittel gereinigt (Urk. 5/16 S. 1 Ziffer 2). Auch hier wird die Reinigung des gesamten Bodens erwähnt und es finden sich keine Worte darüber, dass ein Reinigungsversuch durch E._____ stattgefunden hätte. Im Gegenteil werden die Daten der vom Kläger vorgenommenen Reinigungen explizit angeführt. Es darf davon ausgegangen werden, dass diese Daten dem Rechtsvertreter des Klägers von seinem Klienten anlässlich der am Morgen des 23. Mai 2017 stattgefundenen Besprechung mitgeteilt wurden. Der Kläger hat somit zeitnah an die Geschehnisse seinem Anwalt mitgeteilt, dass er selbst zwei Mal den gesamten Boden gereinigt hat. Eine Reinigung durch die Beklagte hat er offenbar damals nicht erwähnt. Der vom Kläger anlässlich seiner Parteibefragung geschilderte E-Mail Verkehr zwischen seinem Rechtsvertreter

- 21 - und E._____ betreffend die Reinigung der Platten fand denn offensichtlich auch nicht zwischen dem 11. und 23. Mai 2017, sondern erst anfangs Juni 2017 statt (vgl. Urk. 27/32, Schreiben vom 1. Juni 2017, und Urk. 27/33). 5.4.3.1. Nicht gestützt wird die Aussage des Klägers, er und E._____ hätten am 11. Mai 2017 nach Abschluss der Arbeiten vor Ort eine Absprache getroffen bzw. eine Vereinbarung geschlossen, durch die Aussagen des Geschäftsführers der Beklagten. E._____ gab anlässlich seiner Parteibefragung zu Protokoll, am 11. Mai 2017 nach Abschluss der Arbeiten die Restplatten zurück auf den Werkhof gebracht und so die Arbeiten abgeschlossen zu haben (Prot. Vi S. 36). E._____ verneint, im Nachgang zu den Arbeiten am 11. Mai 2017 Kontakt zum Kläger gehabt zu haben (Prot. Vi S. 36). Auf Vorhalt, es sei ausgeführt worden, dass er am 11. Mai 2017 auf dem Platz ein Gespräch über das Resultat des Gartensitzplatzes geführt habe, gibt er an, nach Abschluss der Arbeiten ganz sicher nicht. E._____ weiss nicht mehr, ob er am 11. Mai 2017 Kontakt mit dem Kläger hatte und wann ihn der Kläger betreffend das Resultat der neuen Verlegung orientierte (vgl. Prot. Vi S. 36). Die Frage, ob zwischen ihm und dem Kläger etwas betreffend die Reinigung des Plattenbodens besprochen worden sei, bejaht E._____. Dies sei im Dezember 2016 im Zusammenhang mit der ersten Verlegung betreffend Patina gewesen. Sie hätten die Arbeiten damals eingestellt und er habe drei Musterplatten, die zu viele Salzlöcher gehabt hätten, mit Reinigungsmittel gereinigt und wieder gebracht. Er habe dies gemacht, um zu zeigen, dass die Patina entfernbar sei und dies eine Unterhaltsarbeit darstelle. Auf die Frage, ob es richtig sei, dass die Platten allesamt am 11. Mai 2017 ersetzt worden seien, gibt er an, die gezeichneten Platten seien bis am 11. Mai 2017 ersetzt worden. E._____ verneint, ab dem 11. Mai 2017 dem Kläger Anweisungen gegeben zu haben, wie er mit dem neu verlegten Plattenboden umgehen solle. Er verneint sodann, dass er dem Kläger die Anweisung gegeben habe, er solle den Plattenboden zunächst zwei Mal reinigen und ihn hernach über das Erscheinungsbild des Plattenbodens orientieren. Auf die Frage, wie es komme, dass der Kläger heute ausführe, er habe ihm diese Anweisung gegeben, führt E._____ aus, er habe den Kläger im Dezember 2016 darauf hingewiesen, dass eine Patina mit Mitteln entfernbar sei und dies eine Unterhaltsarbeit sei. Er habe da bereits zwei bis

- 22 - drei Platten gereinigt und deponiert gehabt (vgl. Prot. Vi S. 37 f.). Der Grund für die Reinigung der drei Platten im Dezember 2016 sei gewesen, dem Kläger zu zeigen, dass es das gleiche Material und die gleiche Struktur sei (Prot. S. 38). Auf die Frage, ob es sich bei diesen drei Platten um solche gehandelt habe, die er hernach habe einsetzen wollen, gibt

E._____ an, nein, es seien bestehende Platten gewesen. Sie hätten den Belag in zwei Etappen ausgetauscht und von den zurückgenommenen Platten habe er zwei bis drei Stück gereinigt. E._____ bestätigt, dies getan zu haben, um zu zeigen, dass mit Reinigungsarbeiten eine Angleichung der alten Platten an die neu verlegten Platten erzielt werden könne (vgl. Prot. Vi S. 38). E._____ gibt an, "die Grundreinigung aus Kulanz" am 5. Dezember 2016 ausgeführt zu haben (Prot. Vi S. 38 f.). Weiter bestätigt er, mit dem Kläger im Juni 2017 eine Musterreinigung durchgeführt zu haben. Die Frage, ob er zwischen dem 11. und dem 23. Mai 2017 eine Reinigung der Platten auf dem Sitzplatz des Klägers vorgenommen habe, verneint E._____ (Prot. Vi S. 39). 5.4.3.2. Gemäss E._____ sprachen er und der Kläger somit im Dezember 2016 über die Reinigung der Platten. Am 11. Mai 2017 nach Abschluss der Verlegungsarbeiten fand zwischen E._____ und dem Kläger kein Gespräch vor Ort statt. Im Dezember 2016 reinigte E._____ drei Platten, um dem Kläger zu zeigen, dass es sich dabei um denselben Stein handle bzw. sich seines Erachtens die alten Platten nach einer Reinigung den neu verlegten angleichen würden. Aus den Aussagen von E._____ ergibt sich nicht, dass er am 11. Mai 2017 oder bereits im Dezember 2016 mit dem Kläger vereinbart bzw. diesen angewiesen hätte, nach Beendigung der Arbeiten den Boden oder einzelne Platten zuerst ein- oder zweimal zu reinigen und ihm hernach Bericht vom Ergebnis zu erstatten. 5.4.3.3. Die Aussagen von E._____ finden sodann eine Stütze in der von der Vorinstanz angeführten "Vorgeschichte" (Urk. 49 S. 29 f. E. 2.26.), welche unangetroffen blieb und somit Bestand hat. Die Vorinstanz erwog in diesem Zusammenhang, dass die Wahl der zu ersetzenden 78 Platten resp. dass diese mit den ursprünglich verlegten Platten ein einheitliches Erscheinungsbild abgeben würden, vor dem Ersetzen am 11. Mai 2017 der wesentliche Diskussionspunkt zwischen den Parteien gewesen sei. Die Beklagte habe im Dezember 2016 drei Platten

- 23 -
- 23 - ten mit zu vielen Salzlöchern und grosser Patina gereinigt. Bereits zuvor hatte die Vorinstanz erwogen, was ebenfalls unangetroffen blieb und somit Bestand hat, dass die Beklagte im Dezember 2016 drei Platten gereinigt habe, um dem Kläger die gereinigten Platten zur Ansicht vorzulegen. Anscheinend sei das Resultat damals befriedigend gewesen, wie aus der Parteibefragung von E._____ hervorgehe (vgl. Urk. 49 S. 27 f.). Offensichtlich standen die Parteien im Dezember 2016 in Kontakt betreffend den Ersatz der Bodenplatten. Es fanden dazumal Gespräche zwischen dem Kläger und E._____ darüber statt, ob die alten Platten durch eine Reinigung den neu bestellten und zu verlegenden Platten angeglichen werden könnten. E._____ war von diesem Vorhaben überzeugt und reinigte dazumal drei bereits ausgetauschte alte Platten. Er brachte die Platten wiederum dem Kläger zur Ansicht. Aus diesen Tatsachen lässt sich hingegen keine dahingehende Absprache herleiten, dass der Kläger nach Beendigung der Verlegung der Platten diese (oder den ganzen Plattenboden) zuerst (ein oder zweimal) reinigen und hernach der Beklagten Bericht über das Ergebnis erstatten sollte. 5.4.4. Aus dem Gesagten erhellt, dass der Kläger sich zwar recht detailliert zum Ablauf der Geschehnisse am 11. Mai 2017 geäussert und den Inhalt des Gesprächs mit E._____ relativ genau wiedergegeben und lebensnah geschildert hat, doch stimmen seine Äusserungen in nicht unerheblichen Punkten weder mit den von ihm aufgestellten Behauptungen überein noch finden sie eine Stütze in den abgenommenen Beweisurkunden. Dies trifft insbesondere mit Bezug auf die Behauptungen zu, dass das Gespräch über die Reinigungsarbeiten im Anschluss an die Verlegung der Platten am 11. Mai 2017 stattgefunden und E._____ selbst noch vor Erhebung der Mängelrüge eine Reinigung vorgenommen haben soll. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Kläger hier gewisse Tatsachen aufgrund von (allenfalls

auch durch den Zeitablauf hervorgerufenen Erinnerungslücken bzw. -fehlern) nicht wahrheitsgemäss schildert. Aussagen einer Partei zu eigenen Gunsten sind denn auch nur mit Zurückhaltung als Beweismittel zu beachten (vgl. Wullschleger, OFK-ZPO, ZPO 191 N 7 m.H. auf die einschlägige Rechtsprechung und Literatur). Aufgrund der (vorab erwähnten) sich im Dezember

- 24 - 2016 ereigneten Vorkommnisse überrascht es nicht, dass der Kläger im Mai 2017 zur Reinigung der Platten ein Spezialmittel verwendete (vgl. Urk. 49 S. 27). Daraus lässt sich nichts zur Untermauerung seiner Aussagen, dass man eine zweimalige Reinigung nach Fertigstellung der Verlegungsarbeiten vereinbart habe bzw. er dazu angewiesen worden sei, ableiten. Der Kläger kann das Mittel auch verwendet haben, weil es ihm aus den Gesprächen im Dezember 2016 bekannt war. Dass der Kläger in seiner E-Mail vom 23. Mai 2017 an seinen Rechtsvertreter eine Vereinbarung bzw. Anweisung betreffend die Reinigungsarbeiten nicht erwähnt, könnte auch daher rühren, dass eine solche Abmachung nicht bestand. Die Beklagte rügt diesbezüglich zu Recht, für diese Annahme spreche, dass in den (dem E-Mail nachfolgenden) Rechtsschriften des Klägers die angebliche Vereinbarung bzw. Anweisung kaum erwähnt und vor allem nicht substantiiert werde (vgl. Urk. 48 S. 9). Richtig ist, dass im Zeitpunkt der Abfassung der Mängelrüge der vorliegende Prozess noch kein Thema war (vgl. Urk. 49 S. 28), dennoch musste dem Vertreter des Klägers als Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht (vgl. Urk. 48 S. 5), als er das Schreiben am 23. Mai 2017 verfasste, die Problematik der Rügefrist bewusst sein. Es bestehen damit nicht unerhebliche Zweifel darüber, ob die Parteien, sei dies nun im Dezember 2016 oder am 11. Mai 2017, vereinbarten oder E. _____ den Kläger anwies, er solle nach der Verlegung der Bodenplatten diese zuerst zweimal reinigen, hernach prüfen, ob die Platten ein einheitliches Erscheinungsbild aufwiesen, und der Beklagten einen Prüfungsbericht zukommen lassen. Der Beweissatz 2 ist nicht erstellt. Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, ob die Behauptung des Klägers mangels genügender Substantiierung gar nicht zum Beweis hätte gestellt werden dürfen (vgl. Urk. 48 S. 5 ff.).

- 25 - 6. Verlängerung der Prüfungsfrist 6.1. Der Kläger beruft sich in der Berufungsantwort darauf, es habe unabhängig von der Vereinbarung der Parteien eine längere Prüfungszeit bestanden (vgl. Urk. 53 S. 7 Rz 15). 6.2. Wie die Vorinstanz festhielt und was vom Kläger nicht konkret angefochten wird (vgl. Urk. 53 S. 7), war es ihm ab dem 11. Mai 2017 objektiv möglich und zumutbar, das Erscheinungsbild des Plattenbodens zu prüfen (Urk. 49 S. 21 f., E. 2.10.). Eine Vereinbarung zwischen den Parteien bzw. eine Anweisung durch die Verantwortlichen der Beklagten, welche die gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ab diesem Zeitpunkt angemessene Prüfungsfrist von sieben Tagen (vgl. BGer 4A_53/2012 vom 31.07.2012, E. 6.2; BGer 4A_336/2007 vom 31.10.2007, E. 4.4) verlängern würde, kann - wie vorangehend dargelegt - nicht erstellt werden. Die Tatsache allein, dass sich der Beklagte im Dezember 2016 auf den Standpunkt stellte, dass sich die "Patina der Bodenplatten [...] nach einigen Reinigungsversuchen den alten Steinplatten angleichen" würde, lässt eine Verlängerung der Frist nicht zu. Sodann war, wie die Vorinstanz zu Recht festhielt und was vom Kläger nicht angefochten wird, das Erscheinungsbild des Bodens nach dem Ersatz der Platten der wesentliche Diskussionspunkt zwischen den Parteien (Urk. 49 S. 23). Weiter wurde offensichtlich über die Möglichkeit der Herstellung eines einheitlichen Erscheinungsbildes mittels Reinigung diskutiert. Der Sitzplatz weist nicht einen derart grossen Umfang aus, als dass er nicht (selbst wenn die Reinigung des gesamten Bodens notwendig wäre) innert sieben Tagen

nach Ablieferung des Werkes ein- oder zweimal hätte gereinigt werden können. Sodann wurde von der Vorinstanz erstellt, dass die Beklagte den Boden nach Be- endigung der Arbeiten bereits mit Wasser gereinigt hatte (vgl. Urk. 49 S. 22), was unangefochten blieb und somit Bestand hat. Die Verfügbarkeit des Klägers darf bei der Bemessung der Prüfungsfrist, wie dies die Vorinstanz korrekt festhielt (vgl. Urk. 49 S. 23 f.), nicht berücksichtigt werden, da es sich um eine in der Person des Klägers liegende Eigenschaft handelt. Es sind keine Gründe ersichtlich, welche es rechtfertigen würden, die Prüfungsfrist auf zwölf Tage zu verlängern.

- 26 - 7. Antizipiert erhobene Mängelrüge 7.1. Der Kläger macht weiter geltend, er hätte gar keine Mängelrüge mehr erheben müssen, nachdem er die Mängel bereits mehrfach und antizipiert vor der Ausführung sowie der Abnahme des Werkes bei der Beklagten gerügt habe. Wie anlässlich des Plädoyers vom 6. Juli 2018 ausgeführt (vgl. Urk. 2 S. 5 Ziff. 12), habe er die unsachgemässe Nachbesserung sowie die bereits voraussehbare Mangelhaftigkeit der Sanierungsarbeiten, welche mangels des kompletten Aus- tausches der Platten unausweichlich gewesen sei, bereits vor der Ausführung der Arbeiten antizipiert rügen lassen. Sein Rechtsvertreter habe im Schreiben vom 27. September 2016 in Ziffer 2 ausgeführt, dass, "um eine nochmalige Nachbes- serung, ein sogenanntes Flickwerk und einen möglichen zweiten Prozess zu ver- hindern", er der Beklagten dringend empfehle, "den gesamten Boden zu erset- zen". Damit habe er die Beklagte unmissverständlich darauf aufmerksam ge- macht, dass das von dieser geplante Flickwerk aus Bodenplatten, welche auf- grund des unterschiedlichen Alters und einer unterschiedlichen Maserung über eine abweichende Patina verfügen würden, als mangelhaft gelten und eine erneu- te Nachbesserung durch die Beklagte verlangt würde. Dasselbe sei nochmals im Schreiben vom 10. Oktober 2016 geäussert worden. Die Äusserungen seien als klare Vorbehalte anzusehen, welche ihn gemäss bundesgerichtlicher Rechtspre- chung (m.H. auf BGer 4C.190/2003) ohne die Gefahr der Verwirkung seiner Män- gelrechte von einer erneuten Mängelrüge befreien würden (Urk. 53 S. 4 f.). Auf- grund des Rechtsmissbrauchsverbots nach Art. 2 Abs. 2 ZGB sei die Einwendung der Beklagten, wonach seine zusätzlich erhobene Mängelrüge zu spät erfolgt sei, nicht zu hören (Urk. 53 S. 15). 7.2. Die Verwirkung der Mängelrechte bleibt unbeachtlich, wenn die Beru- fung des Unternehmers auf die Verspätung der Mängelrüge nach den konkreten Umständen des Einzelfalls einen offenbaren Rechtsmissbrauch im Sinne des Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellt. Das kann je nach den Umständen z.B. deswegen der Fall sein, weil der Besteller einen zu spät gerügten Mangel bereits vor der Abliefe- rung beanstandet hatte (vgl. Peter Gauch, Der Werkvertrag, 2019, S. 918).

- 27 - Nach Art. 2 ZGB hat jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln (Abs. 1). Der offen- bare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz (Abs. 2). Art. 2 Abs. 2 ZGB setzt nicht allgemein für bestimmte Arten von Fällen die Bestimmungen des Zivilrechts ausser Kraft, sondern weist das Gericht bloss an, besonderen Um- ständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen. Die Norm dient als korrigierender "Notbehelf" für die Fälle, in denen formales Recht zu materiell krassem Unrecht führen würde. Rechtsmissbrauch ist restriktiv anzunehmen (vgl. BGE 143 III 279 E. 3.1 m.H.). Die Partei, die der anderen Rechtsmissbrauch vorwirft, hat die besonderen Umstände nachzuweisen, auf Grund derer anzunehmen ist, dass Rechtsmiss- brauch vorliegt (vgl. BGE 133 III 61 E. 4.1 m.H. und BGE 138 III 425 E. 5.2). Mit- hin trägt vorliegend der Kläger die Behauptungs- und Beweislast. 7.3.1. Mit Schreiben

vom 27. September 2016 wandte sich der Rechtsvertreter des Klägers an den Vertreter der Beklagten und setzte dieser Frist zur Nachbesserung der mit Urteil der Vorinstanz vom 15. September 2016 erkannten Mängel an. Er hielt in diesem Zusammenhang fest, das Gericht lasse in der Erwägung 3.8.6. ausführen, "wonach es vorliegend nahelieg[e], dass aufgrund deren unterschiedlichen Masse und Maserungen sämtliche Bodenplatten ersetzt werden, zumal das Risiko der mangelhaften Nachbesserung" bei der Beklagten liege. Um eine nochmalige Nachbesserung, ein sogenanntes Flickwerk und einen möglichen zweiten Prozess zu verhindern, empfehle er (der Rechtsvertreter) der Beklagten daher dringend, den gesamten Boden zu ersetzen (Urk. 5/3 S. 1 Ziffer 2). Mit Schreiben vom 10. Oktober 2016 hielt der Rechtsvertreter des Klägers fest, dass es alleine an der Beklagten liege, für die mängelfreie Sanierung des bestandenen Plattenbelags zu sorgen, wobei er nochmals auf "die Risiken in Ziff. 3.8.6. des Urteils" verwies (vgl. Urk. 5/4). 7.3.2. Im Zeitpunkt der Abfassung beider Schreiben war mit den Nachbesserungsarbeiten noch nicht begonnen worden. Es war noch nicht bekannt, wie die Beklagte ihrer Verpflichtung nachkommen würde; durch das Ersetzen einzelner Platten oder des ganzen Bodens. Der Kläger legt nicht dar, welche Einwände er

- 28 - nach Beginn der Arbeiten und insbesondere nachdem die Verlegung der Platten offensichtlich im Dezember 2016 unterbrochen und drei Platten gereinigt wurden, wann und gegenüber wem hinsichtlich des sich seiner Ansicht nach offensichtlich abzeichnenden Mangels gemacht hat. Allein gestützt auf die vom Kläger im Schreiben vom 15. September 2016 abgegebene Empfehlung kann nicht darauf geschlossen werden, es führe zu materiell krassem Unrecht, wenn sich die Beklagte nunmehr darauf beruft, der Kläger habe nicht rechtzeitig eine Mängelrüge erhoben. Daran ändert auch der vom Kläger zitierte BGer 4C.190/2003 nichts (Urk. 53 S. 3 f.). Die in diesem Fall gemachten Vorbehalte bezogen sich auf bereits aufgetretene Mängel an einem sich noch im Bau befindlichen Gebäude. Die Verwirklichung des Mangels hatte sich somit bereits manifestiert. Sodann wurden die Vorbehalte bei jeder Gelegenheit geäußert (vgl. BGer 4C.190/2003 vom 28.11.2003, E. 5.2). Eine Verletzung des Rechtsmissbrauchsverbots ist nicht ersichtlich. 8.1. Nach dem Gesagten ist die vom Kläger am 23. Mai 2017 schriftlich erhobene Mängelrüge verspätet. Es kommt die gesetzliche Fiktion der stillschweigenden Genehmigung nach Art. 370 Abs. 2 OR zum Tragen. Die Mängelrechte des Klägers sind verwirkt; und zwar auch das Recht auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens (vgl. Gauch, a.a.O., S. 917 N 2160). Damit ist die Klage des Klägers abzuweisen (vgl. Urk. 2 S. 2, Rechtsbegehren 1 bis 4). 8.2. Die Beklagte hat mit der Klageantwort Widerklage über Fr. 4'666.55 nebst 5 % Zins seit 11. Mai 2017 für die noch ausstehende Werklohnforderung gemäss ihrer Rechnung vom 25. April 2014 erhoben (Urk. 18 S. 2, Antrag 2, und S. 11; Urk. 21/7). Der Kläger hat die in der Höhe unbestrittene Forderung zur Verrechnung gebracht (Urk. 2 S. 17; Urk. 25 S. 15). Da er keinen Anspruch auf Nachbesserung des Plattenbodens hat und ihm folglich auch kein Recht auf Ersatzvornahme oder auf die Geltendmachung eines Mangelfolgeschadens zusteht (vgl. Urk. 2 S. 17), ist eine Verrechnung nicht möglich (vgl. Art. 120 Abs. 1 OR). Entsprechend ist die Widerklage im Umfang von Fr. 4'666.55 gutzuheissen. Unbestritten blieb, dass die Beklagte den offenen Rechnungsbetrag nie abgemahnt hat (vgl. Art. 102

- 29 - Abs. 1 OR; Urk. 25 S. 15, Prot. VI S. 12). Entsprechend sind keine Zinsen zuzuerkennen. III. 1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Kläger sowohl für das erst- als auch das zweitinstanzliche Verfahren vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO und Art. 95 Abs. 1 lit b ZPO). 2.1. Der Streitwert beträgt

Fr. 22'865.– (vgl. Urk. 2 S. 3; Urk. 49 S. 3). Die erstinstanzliche Entscheidgebührr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG (Beweisverfahren mit Augenschein, Partei- und Zeugenbefragungen) auf Fr. 4'500.– festzusetzen. Die Kosten werden mit dem vom Kläger geleisteten Vor- schuss von Fr. 3'379.– verrechnet (vgl. Urk. 6; Urk. 9). Im Mehrbetrag wird dem Kläger Rechnung gestellt. 2.2. Die Grundgebührr für die Parteientschädigung beträgt (gerundet) Fr. 4'300.– (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Für die mündlich verfasste Duplik und Wider- klagereplik (Prot. Vi S. 6 ff.), die Teilnahme an der Beweisverhandlung vom 7. Dezember 2018 (Prot. Vi S. 18 ff.) und die Stellungnahme zum Beweisergebnis vom 4. März 2019 (Urk. 40) erscheint ein Zuschlag von 100 % als angemessen (§ 11 Abs. 1 bis 3 AnwGebV). Sodann ist ein Mehrwertsteuerzuschlag von 7.7 % auf Fr. 8'600.–, mithin (gerundet) Fr. 660.–, geschuldet, womit eine Entschädi- gung von Fr. 9'260.– resultiert. 3.1. Für das zweitinstanzliche Verfahren ist die Entscheidgebührr auf Fr. 3'380.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Die Kosten werden mit dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'380.– verrechnet. Der Klä- ger wird verpflichtet, der Beklagten den Vorschuss zu ersetzen. 3.2. Sodann hat der Kläger der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfah- ren in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV eine ange-

- 30 - messene Parteientschädigung von Fr. 2'200.– zuzüglich Fr. 169.40 (7.7 % Mehr- wertsteuer), damit (gerundet) Fr. 2'370.–, zu bezahlen. Es wird erkannt:

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