

ZH_OBERGERICHT PP230027 vom 14. Februar 2024

ZH Obergericht, 2024-02-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PP230027

FR: ZH_OBERGERICHT PP230027 du 14 février 2024

IT: ZH_OBERGERICHT PP230027 del 14 febbraio 2024

Erwägungen

E. 1.1

Der Beschwerdeführer macht zunächst eine Verletzung seines Anspruchs auf ein gesetzmässig besetztes Gericht (Art. 30 Abs. 1 BV) geltend. Die Zusammensetzung der Vorinstanz habe sich im Verlauf des Verfahrens wiederholt geändert, ohne dass die Wechsel im Vorfeld angekündigt und die Gründe dafür genannt worden seien. Es sei ihm deshalb nicht möglich gewesen, die Sachlichkeit der Gründe für die erfolgten Besetzungsänderungen zu überprüfen und gegebenenfalls substantiiert zu bestreiten. Aufgrund der formellen Natur des Anspruchs nach Art. 30 Abs. 1 BV müsse dieser Umstand ungeachtet der Begründetheit des Rechtsmittels zu einer Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führen (act. 40 N 16-21; act. 54 N 1-13).

E. 1.2

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann der Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht verletzt sein (Art. 30 Abs. 1 BV), wenn die Zusammensetzung des Spruchkörpers im Verlauf des Verfahrens ohne hinreichende sachliche Gründe geändert wird. Jede Besetzung, die sich nicht mit sachlichen Gründen rechtfertigen lässt, verletzt die Garantie des verfassungsmässigen Richters (BGE 137 I 340 E. 2.2.1; BGer 4A_462/2017 vom 12. März 2018 E. 2.3.2; BGer 4A_105/2017 vom 2. Juni 2017 E. 2.1; BGer 4A_271/2015 vom 29. September 2015 E. 6.2, nicht publ. in: BGE 142 I 93). Eine Veränderung der Besetzung ist einzelfallbezogen zulässig, beispielsweise wenn ein Mitglied des Gerichts aus Altersgründen ausscheidet oder wegen einer länger dauernden Krankheit oder Mutterschaftsurlaub das Amt nicht ausüben kann oder wenn eine Neukonstituierung des Gerichts die Auswechslung erfordert (BGer 4A_271/2015 vom 29. September 2015 E. 6.2, nicht publ. in: BGE 142 I 93). Es ist Aufgabe des Gerichts, die Parteien (vorgängig) über beabsichtigte Wechsel des Spruchkörpers und deren Gründe zu informieren. Erst wenn die Gründe für die Besetzungsänderung bekannt gegeben worden sind, kann von den Parteien erwartet werden, dass sie die Sachlichkeit substantiiert bestreiten (BGE 142 I 93 E. 2.4; BGer 4A_462/2017 vom 12. März 2018 E. 2.3.2; BGer 4A_105/2017 vom 2. Juni 2017 E. 2.2).

E. 1.3

Dem Beschwerdeführer ist beizupflichten, dass die Vorinstanz die Parteien über keinen der mehrfachen Wechsel im Spruchkörper informierte (vgl. E. I.2.). Soweit er allerdings annimmt, dies sei automatisch eine Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV und führe zu einer Aufhebung des angefochtenen Entscheids, täuscht er sich.

E. 1.3.1

Auch wenn das Gericht die Parteien von sich aus über (geplante) Besetzungsänderungen und deren Gründe zu informieren hat, ist von den Parteien gleichwohl zu verlangen, dass sie eine unterbliebene Mitteilung nicht scheinbar oppositionslos hinnehmen, sondern ihren Widerstand sofort zum Ausdruck bringen. Es verstösst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und das Rechtsmissbrauchsverbot, wenn sie den Ausgang des Verfahrens abwarten und die unterbliebene Mitteilung erst im Falle eines unwillkommenen Entscheids bemängeln (BGer 4A_462/2017 vom 12. März 2018 E. 2.2.1; BGer 6B_994/2019 vom 29. Januar 2020 E. 1.4; kritisch dazu: BRAND, Der Wechsel auf der Richterbank, Zur Möglichkeit der Verwirkung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter aus Art. 30 Abs. 1 BV, in: Jusletter vom 7. September 2020).

E. 1.3.2

Weiter lässt es das Bundesgericht zu, dass die Gründe für Wechsel im Spruchkörper des erstinstanzlichen Gerichts nötigenfalls noch im Rechtsmittelverfahren abgeklärt werden. Das Bundesgericht wies in mehreren Entscheiden auf die Möglichkeit hin, bei der Vorinstanz eine Vernehmlassung einzuholen und den Parteien anschliessend Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äussern (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGer 4A_462/2017 vom 12. März 2018 E. 2.3.2., wonach dies sogar die naheliegendste Möglichkeit sei). Eine Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV liegt nur vor, wenn auch die Rechtsmittelinstanz auf eine Prüfung der Gründe für den oder die Wechsel verzichtet oder wenn keine hinreichenden sachlichen Gründe für die Besetzungsänderung(en) vorlagen (BGer 4A_462/2017 vom 12. März 2018 E. 2.3.2.).

- 8 -

E. 1.4

Vorliegend fanden die meisten Wechsel bis zur Hauptverhandlung vom 30. März 2023 statt (vgl. E. 1.2.). Nach der Hauptverhandlung kam es insofern noch zu einem Wechsel, als im Entscheid vom 9. Mai 2023 MLaw K. Franz anstelle von MLaw V. Shehu als Gerichtsschreiberin mitwirkte. Erstere nahm an der Hauptverhandlung noch in der Funktion als Auditorin teil (vgl. Prot. VI. S. 7 und 30 sowie act. 43). Von diesem letzten Wechsel erfuhr der Beschwerdeführer erstmals mit Zustellung des unbegründeten Entscheids (vgl. act. 29 f.). Er konnte ihn daher frühestens im Beschwerdeverfahren beanstanden. Die anderen Wechsel hätte der Beschwerdeführer hingegen ohne Weiteres bereits im Verlaufe des erstinstanzlichen Verfahrens infrage stellen können. Dass er sich bei der Vorinstanz über die vielen Wechsel beklagt oder sich nach den Gründen dafür erkundigt hätte, behauptet er allerdings nicht und solches lässt sich den Akten auch nicht entnehmen. Er wartete vielmehr den Ausgang des Verfahrens ab und brachte seine Kritik erstmals im Rechtsmittelverfahren vor. Ein solches Verhalten verstösst nach dem Gesagten gegen Treu und Glauben und das Rechtsmissbrauchsverbot.

E. 1.5

Die Kammer holte bei der Vorinstanz sodann eine Vernehmlassung ein (vgl. act. 47-49) und gab den Parteien Gelegenheit sich dazu zu äussern (act. 50). Die Vorinstanz führte in ihrer Vernehmlassung eingehend aus, weshalb es zu den einzelnen Wechseln kam. Zusammengefasst sind die Wechsel auf Veränderungen in der Konstituierung des Gerichts (Austritte und Neueintritte) sowie auf Abwesenheiten infolge Mutterschaftsurlaub und Krankheit zurückzuführen. Dabei handelt es sich um hinreichende sachliche Gründe. Dies stellt auch der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme vom 18. September 2023 nicht

in Abrede. Er beschränkt sich vielmehr darauf, nochmals die fehlende Information seitens der Vorinstanz zu beanstanden und Kritik an der Vorbereitung und Verfahrensführung von Ersatzrichter MLaw L. Bügler zu üben. Damit aber vermag er keine Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV aufzuzeigen. Es ist zudem nicht ersichtlich, was der Beschwerdeführer aus seiner Behauptung, der zuständige Ersatzrichter sei sich der in der Eingabe vom 7. März 2023 geschilderten Problematik nicht bewusst gewesen (act. 54 S. 3), zu seinen Gunsten ableiten will. Der Beschwerdeführer hatte in der betreffenden Eingabe unter Hinweis auf die unterschiedlichen Parteibezeichnungen beantragt, auf die Klage sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie

- 9 - abzuweisen (act. 17). Das Gesetz sieht zwar vor, dass das Gericht das Verfahren zur Vereinfachung auf einzelne Fragen oder auf einzelne Rechtsbegehren beschränken kann (Art. 125 lit. a ZPO). Eine Verfahrensbeschränkung bildet mit Blick auf das Beschleunigungsgebot (Art. 124 Abs. 1 ZPO) jedoch die Ausnahme (CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, 2021, Art. 125 N 2 f.; KUKO ZPO-WEBER, 3. Aufl. 2021, Art. 125 N 3 ff.). Ob Ersatzrichter MLaw L. Bügler die Hauptverhandlung mangels Vorbereitung oder aus einem anderen Grund nicht thematisch beschränkte, spielt letztlich keine Rolle. Da er die Eintretensvoraussetzungen und die Aktivlegitimation des Beschwerdegegners nach Durchführung der Hauptverhandlung und Anhörung der Argumente beider Parteien bejahte, wäre durch eine Beschränkung keine Zeit- oder Kostenersparnis erreicht, sondern – im Gegenteil – zusätzlicher Aufwand generiert worden.
2.

E. 2.1

Der Beschwerdeführer hält weiter daran fest, dass keine gültige Klagebewilligung vorliege und damit eine Prozessvoraussetzung fehle. Vor Vorinstanz begründete er diesen Einwand damit, dass die Klagebewilligung vom 14. Juni 2022 (act. 2) auf den Beschwerdegegner persönlich laute, die Klage allerdings im Namen des Einzelunternehmens eingereicht worden sei (act. 26 N 5). Die Vorinstanz hielt dem entgegen, dass ein Einzelunternehmen über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfüge und untrennbar mit der natürlichen Person des Inhabers verknüpft sei. Beim Beschwerdegegner und dem Einzelunternehmen handle es sich juristisch betrachtet um ein und dieselbe Person. Die Bezeichnung in der Klage sei lediglich unklar gewesen und sei vom Beschwerdegegner auf gerichtliche Nachfrage hin in zulässiger Weise präzisiert worden (act. 43 E. II.2). Diese zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz ficht der Beschwerdeführer zu Recht nicht an. Er begründet die behauptete Ungültigkeit der Klagebewilligung im Beschwerdeverfahren nunmehr damit, dass die Klagebewilligung auf den Beschwerdegegner laute, diesem aber gar keine Forderung zustehe (act. 40 N 25-28).

E. 2.2

Was der Beschwerdeführer damit anspricht, betrifft indes nicht die Gültigkeit der Klagebewilligung, sondern die Aktivlegitimation. Die Klagebewilligung vom 14. Juni 2022 lautet unbestrittenermassen auf den Beschwerdegegner. Der Be-

- 10 -
schwerdegegner ist sodann auch diejenige Person, welche im vorliegenden Verfahren Ansprüche gegenüber dem Beschwerdeführer geltend macht. Damit aber liegt in personeller Hinsicht ohne Weiteres eine gültige Klagebewilligung vor und trat die Vorinstanz zu Recht auf die Klage ein. Sollten die Ansprüche in Tat und Wahrheit einer

anderen Person als dem Kläger zustehen, wäre die Klage mangels Aktivlegitimation abzuweisen.

E. 2.3

Mit Verfügung vom 2. November 2022 nahm die Vorinstanz in der gleichen Besetzung davon Vormerk, dass der Beschwerdegegner persönlich als Kläger auftrete, und passte das Rubrum entsprechend an (act. 10). Anschliessend lud Bezirksrichterin lic. iur. A. Schneeberger die Parteien zur Hauptverhandlung vor (act. 11). Im Vorfeld der Verhandlung reichte der Beschwerdeführer unaufgefor-

- 4 - dert eine Stellungnahme zur Klageberechtigung und Aktivlegitimation des Beschwerdegegners ein und ersuchte um Abnahme der Vorladung zur Hauptverhandlung (act. 17). Mit Verfügung vom 13. März 2023 wies die Vorinstanz in der Besetzung Bezirksrichterin lic. iur. A. Schneeberger und Gerichtsschreiberin MLaw V. Shehu das Gesuch des Beschwerdeführers um Abnahme der Ladung ab (act. 20). Am 30. März 2023 fand die Hauptverhandlung statt. Auf Seiten der Vorinstanz nahmen an der Hauptverhandlung Ersatzrichter MLaw L. Bügler, Gerichtsschreiberin MLaw V. Shehu sowie Auditorin MLaw K. Franz teil (Prot. Vi. S. 7-29).

E. 2.4

Mit Urteil vom 9. Mai 2023 verpflichtete die Vorinstanz in der Besetzung Ersatzrichter MLaw L. Bügler und Gerichtsschreiberin MLaw K. Franz den Beschwerdeführer, dem Beschwerdegegner Fr. 4'968.– (Fr. 5'000.– minus Fr. 400.– Rabatt; zzgl. 8% MWST.) nebst Zins zu 5% seit 1. Februar 2016 zu bezahlen; im Mehrbetrag (Regiearbeiten) wies sie die Klage ab. Die Gerichtskosten auferlegte die Vorinstanz zu 1/3 dem Beschwerdegegner und zu 2/3 dem Beschwerdeführer. Weiter verpflichtete sie den Beschwerdegegner, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 680.– (inkl. MWST.) zu bezahlen (act. 34 = act. 42/2 = act. 43 [Aktensexemplar]).

E. 3.1

Die Vorinstanz ging im angefochtenen Entscheid davon aus, es sei unbestritten, dass der Beschwerdeführer und der Beschwerdegegner einen Vertrag betreffend Malerarbeiten in der Wohnung in D._____ zu einem Pauschalpreis von Fr. 10'000.– zzgl. MwSt. abgeschlossen hätten (act. 43 E. III.1.2). Der Beschwerdeführer rügt diese Feststellung als offensichtlich unrichtig. Er habe die Aktivlegitimation des Beschwerdegegners stets bestritten (act. 40 N 30-33 mit Verweis auf act. 17 N 8 ff. und N 17 sowie act. 26 N 5-10). Strittig sei nicht der Abschluss des Vertrages, jedoch die Parteistellung des Beschwerdegegners. Aus den Ausführungen des Sohnes des Beschwerdegegners vor Schranken könne nicht geschlossen werden, dass der Sohn beim Abschluss des Vertrages für das Einzelunternehmen seines Vaters gehandelt habe (act. 40 N 34-37).

E. 3.2

Es ist zwar richtig, dass der Beschwerdeführer dem Beschwerdegegner bereits vor Vorinstanz die Aktivlegitimation absprach. Er begründete dies aber mit der vermeintlich unterschiedlichen Rechtspersönlichkeit des Einzelunternehmens und des Beschwerdegegners, der nachträglichen Löschung des Einzelunternehmens und der Behauptung, die Aktiven und Passiven des Einzelunternehmens seien von der inzwischen ebenfalls gelöschten Kommanditgesellschaft übernommen worden (vgl. act. 17 N 8-24; act. 26 N 5-10). Dass es sich bei den ursprünglichen Vertragsparteien um ihn und den

Beschwerdegegner handelte, stellte er an den von ihm angegebenen Aktenstellen hingegen nicht Abrede. Er nannte in seiner Eingabe vom 7. März 2023 – im Gegenteil – selbst noch Indizien, die für einen Vertragsschluss zwischen ihm und "dem Einzelunternehmen" sprechen (vgl. act. 17 N 19). Dabei übersah er jedoch, dass es sich beim Einzelunternehmen und dem Beschwerdegegner rechtlich betrachtet um dieselbe Person handelt.

- 11 -

E. 3.3

Auch in den weiteren Verfahrensakten findet sich keine eindeutige Bestreitung der vom Beschwerdegegner behaupteten ursprünglichen Vertragsparteien. Gewiss stellte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers vor Schranken die Frage in den Raum, weshalb der Sohn der Ansicht sei, sein Vater könne klagen, wenn er (der Sohn) doch selbst den Vertrag abgeschlossen und die Arbeiten ausgeführt haben wolle (vgl. Prot. Vi. S. 14). Nachdem der Sohn des Beschwerdegegners in der Folge aber auf Rückfragen der Vorinstanz hin erklärte, er habe den Vertrag für seinen Vater bzw. das Einzelunternehmen abgeschlossen, griff der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers die Frage der ursprünglichen Vertragsparteien nicht nochmals auf. Stattdessen verwies er zur Begründung der angeblich fehlenden Aktivlegitimation wiederum auf die oben genannten Argumente (vgl. Prot. Vi. S. 24). Aus diesem Verhalten durfte die Vorinstanz ohne in Willkür zu verfallen schliessen, dass der Vertragsschluss und die Vertragsparteien unbestritten seien. Wenn der Beschwerdeführer nun im Beschwerdeverfahren aus den Ausführungen des Sohnes des Beschwerdegegners etwas anderes ableiten will, ist er damit nicht mehr zu hören. Neue Tatsachenbehauptungen, wozu auch neue Bestreitungen zählen (vgl. BGer 4A_50/2021 vom 6.9.2021 E. 2.3.3.6; BGer 4A_498/2019 vom 3.2.2020 E. 1.5), sind im Beschwerdeverfahren nicht mehr zulässig (vgl. E. II.2).

E. 4.1

Wie bereits angesprochen machte der Beschwerdeführer im erstinstanzlichen Verfahren geltend, aus dem Löschungseintrag des Einzelunternehmens im Handelsregister gehe hervor, dass das Geschäft auf die Kommanditgesellschaft des Sohnes des Beschwerdegegners übergegangen sei (act. 19/8). Damit seien auch allfällige noch verbliebene Forderungen des Einzelunternehmens auf die Kommanditgesellschaft übergegangen. Dem Beschwerdegegner fehle es daher an der Aktivlegitimation (act. 17 N 20-22; act. 26 N 7 ff.). Die Vorinstanz erachtete diesen Einwand als nicht stichhaltig. Die Übernahme von Aktiven und Passiven einer Einzelfirma richte sich nach dem Fusionsgesetz (Art. 181 Abs. 4 OR). Der Beklagte mache nicht geltend, dass die Forderung mittels einer solchen Transaktion übertragen worden sei. Dem Handelsregisterauszug des gelöschten Einzelunternehmens lasse sich keine Übertragung von Aktiven und Passiven nach dem

- 12 - FusG entnehmen. Entsprechend sei weiterhin der Beschwerdegegner persönlich Träger der geltend gemachten Forderung (act. 43 E. III.1.5).

E. 4.2

Der Beschwerdeführer hält dem entgegen, wenn das Geschäft eines Einzelunternehmens auf eine Kommanditgesellschaft übergehe, wechsle die Gläubigerstellung der zum Geschäft gehörenden Forderungen vom Einzelunternehmen auf die Kommanditgesellschaft. Die im Handelsregister ausgewiesene Tatsache des Geschäftsübergangs gelte mit der

Eintragung in das Handelsregister als bekannt (positive Publizitätswirkung, Art. 936b Abs. 1 OR). Als durch ein öffentliches Register bezeugte Tatsache gelte sie bis zum Beweis des Gegenteils als richtig (Art. 9 Abs. 1 ZGB und Art. 179 ZPO). Entgegen der Auffassung der Vorinstanz obliege es deshalb nicht ihm, den Nachweis des Geschäftsübergangs zu erbringen, sondern hätte der Beschwerdegegner beweisen müssen, dass das Geschäft bzw. die betreffende Forderung trotz des Eintrags nicht übertragen worden sei. Diesen Beweis habe der Beschwerdegegner im erstinstanzlichen Verfahren nicht erbracht. Die Feststellung der Vorinstanz, der Beschwerdegegner persönlich sei Träger der geltend gemachten Forderung, sei deshalb unhaltbar. Es müsse stattdessen davon ausgegangen werden, dass sämtliche Forderungen des gelöschten Einzelunternehmens im Herbst 2017 auf die Kommanditgesellschaft übergegangen seien (act. 40 N 38-61).

E. 4.3

Es trifft zu, dass das Einzelunternehmen gemäss Handelsregistereintrag "infolge Geschäftsüberganges" gelöscht wurde (act. 19/8). Der Beschwerdeführer misst diesem Eintrag allerdings eine Bedeutung zu, die ihm so nicht zukommt. Die Eintragung "Löschung infolge Geschäftsüberganges" bedeutet für sich genommen nur, dass die Geschäftstätigkeit faktisch durch eine Drittperson fortgeführt wird (vgl. Art. 39 HRegV; MEISTERHANS/GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl. 2021, Art. 39 N 174). Sie gibt jedoch keine Auskunft darüber, ob auch eine Vermögensübertragung stattfand. Übernimmt die Drittperson neben der Geschäftstätigkeit auch die Aktiven und Passiven findet sich im Handelsregisterauszug des zu löschenden Einzelunternehmens eine entsprechende Eintragung (vgl. Art. 139 HRegV). Die Vermögensübertragung wird

- 13 - gemäss Art. 69 ff. FusG erst mit der Eintragung im Handelsregister wirksam (vgl. Art. 73 FusG).

E. 4.4

Der Handelsregisterauszug des gelöschten Einzelunternehmens enthält keinen Hinweis darauf, dass eine Übertragung der Aktiven und Passiven auf die Kommanditgesellschaft stattgefunden hätte (vgl. 19/8 f.). Aus dem fehlenden Eintrag einer Vermögensübertragung im Handelsregister ist zu schliessen, dass die Kommanditgesellschaft die Aktiven und Passiven des Einzelunternehmens nicht übernahm (Art. 73 FusG i.V.m. Art. 181 Abs. 4 OR). Die Ausführungen des Beschwerdeführers zur beweisverstärkenden Wirkung des Handelsregistereintrags (Art. 9 Abs. 1 ZGB und Art. 179 ZPO) und zur Beweislastumkehr schlagen deshalb fehl. Da für eine Abtretung der geltend gemachten Forderung auf dem Weg der Singularsukzession keine Anhaltspunkte bestehen, bejahte die Vorinstanz die Aktivlegitimation des Beschwerdegegners zu Recht. Es ist daher ohne Belang, ob die geltend gemachte Forderung im Falle einer Abtretung verjährt wäre, wie der Beschwerdeführer weiter einwendet (act. 40 N 67).

E. 5

Die Gutheissung der Klage im Umfang von Fr. 4'968.– zuzüglich Zins begründete die Vorinstanz wie folgt:

E. 5.1

Die Parteien hätten einen Werkvertrag abgeschlossen. Eine Anwendung der SIA-Normen hätten sie nicht vereinbart, weshalb die Bestimmungen der Art. 363 ff. OR zur Anwendung

gelängen. Der Beschwerdegegner habe die vereinbarten Malerarbeiten unbestrittenermassen ausgeführt. Damit sei die vereinbarte Vergütung von pauschal Fr. 10'000.– grundsätzlich geschuldet. Nach Abzug der vom Beschwerdeführer geleisteten Akontozahlung von Fr. 4'000.–, des vom Beschwerdegegners nachträglich gewährten Rabatts von Fr. 400.– sowie unter Hinzurechnung der Mehrwertsteuer resultiere eine Forderung des Beschwerdegegners von Fr. 4'968.– (act. 43 E. III.3.1-3.3).

E. 5.2

Der Beschwerdeführer mache verrechnungsweise einen Minderungsanspruch von Fr. 7'400.– wegen mangelhafter Maler- und Gipserarbeiten geltend. Er trage die Behauptungs- und die Beweislast für die Voraussetzungen dieses Anspruchs. Der Beschwerdegegner habe bestritten, dass er sich dem Beschwerde-

- 14 - führer gegenüber zur Ausführung von Gipserarbeiten verpflichtet habe. Der Beschwerdeführer habe es unterlassen, seiner Substantiierungsobliegenheit nachzukommen und auszuführen, wann der Beschwerdegegner ihm gegenüber eine entsprechende Verpflichtung übernommen habe. Er habe auch keine Beweismittel für diese Behauptung vorgebracht. Dem Beschwerdeführer stünden daher keine Mängelrechte wegen Gipserarbeiten zu. Weil er sodann nicht ausgeführt habe, welcher Anteil des behaupteten Minderungsanspruches auf Malerarbeiten und welcher Anteil auf Gipserarbeiten entfalle, lasse sich ein allfälliger Minderungsanspruch wegen mangelhafter Malerarbeiten nicht beurteilen. Der Beschwerdeführer sei auch in dieser Hinsicht seiner Behauptungslast nicht nachgekommen. Ausserdem habe der Beschwerdeführer sein Wahlrecht im Sinne von Art. 368 OR bereits ausgeübt und vom Beschwerdegegner die Nachbesserung verlangt. Als Besteller sei der Beschwerdeführer grundsätzlich an ein einmal ausgeübtes Wahlrecht gebunden. Er habe nicht erläutert, weshalb er ausnahmsweise berechtigt gewesen sein soll, zur Minderung zurückzukehren. Die vom Beschwerdeführer vorgebrachte Minderung laufe auch in dieser Hinsicht ins Leere (act. 43 E. III.3.4-7).

E. 6.1

Der Beschwerdeführer wendet ein, die Vorinstanz sei fälschlicherweise davon ausgegangen, dass der Beschwerdegegner ihm gegenüber keine Gipserarbeiten übernommen habe und ihm deshalb keine Mängelrechte aus Gipserarbeiten gegenüber dem Beschwerdegegner zustünden. Die Vorinstanz schaffe eine künstlich anmutende, nicht auf die Parteibefragung abstützbare Differenzierung nach dem "Empfänger" der Gipserarbeiten. Es sei allen Beteiligten klar gewesen, dass die Gipserarbeiten vom ursprünglichen Gipser mangelhaft ausgeführt worden seien und ihm (dem Beschwerdeführer) ein Nachbesserungsanspruch zuständen habe. Der Beschwerdegegner habe sich bereit erklärt, die erforderlichen Ausbesserungen in Absprache mit dem Gipser selbst vorzunehmen. Die Ausführungen des Sohnes des Beschwerdegegners, wonach der Gipser nicht mehr habe vor Ort kommen wollen, würden bestätigen, dass der Beschwerdegegner die Verantwortung für die Nachbesserung der Gipserarbeiten habe übernehmen wollen. Jedenfalls habe er (der Beschwerdeführer) nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen. Die Annahme eines Antrags auf Schuldübernahme brauche gemäss

- 15 - Art. 176 Abs. 3 OR nicht ausdrücklich zu erfolgen. Der Beschwerdegegner habe deshalb auch für die Gipserarbeiten vollumfänglich einzustehen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz brauchten die angefallenen Nachbesserungskosten nicht auf die Maler- und

Gipserarbeiten aufgeschlüsselt zu werden (act. 40 N 68- 84).

E. 6.2

Unzutreffend sei weiter auch die Eventualbegründung der Vorinstanz. Die Vorinstanz übersehe, dass das Wahlrecht des Bestellers wieder auflebe, wenn der Unternehmer wie vorliegend die Nachbesserung verweigere. Aus diesem Grund habe er erneut zwischen der Wandelung, der Minderung und der Nachbesserung wählen dürfen. Wegen der verweigerten Nachbesserung sei er nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zudem in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR berechtigt gewesen, die Gipserarbeiten durch einen Dritten nachbessern zu lassen und vom Beschwerdegegner den Ersatz der Kosten zu verlangen (BGE 136 III 273 E. 2.4). Die geltend gemachte Verrechnungsforderung von Fr. 7'400.– sei daher erstellt, und zwar unbesehen darum, wie man sie rechtlich qualifiziere. Mit Hinweis auf den Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen hält der Beschwerdeführer dafür, dass die exakte rechtliche Qualifikation Aufgabe der Vorinstanz gewesen wäre (act. 40 N 85-96).

E. 7.1

In der Baupraxis kommt es nicht selten vor, dass mehrere Personen in unterschiedlichen Rollen an der Herstellung eines (Gesamt-)Werks beteiligt sind, sei es als Haupt- und Subunternehmer oder als Nebenunternehmer. Die Rechtsbeihilfe gemäss Art. 366 OR sowie die Mängelrechten gemäss Art. 368 OR stehen dem Besteller grundsätzlich nur gegenüber seinem eigenen Vertragspartner zu, was je nach Rolle des Bestellers der Haupt- oder ein Subunternehmer sein kann (vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019 N 137 ff., 866 ff. und 1491 ff.). Entsprechend ist es durchaus wichtig, zwischen den Vertragsparteien auf der einen Seite und dem Leistungsempfänger bzw. -erbringer auf der anderen Seite zu unterscheiden.

- 16 -

E. 7.2

Auch vorliegend waren mehrere Personen an der Herstellung des Gesamtwerks beteiligt: der Beschwerdeführer bestellte Gipserarbeiten bei E._____ (Gipser) und Malerarbeiten beim Beschwerdegegner. Aus den Akten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer mit den Arbeiten des Gipsers nicht zufrieden war und von diesem die Nachbesserung verlangte. Am 10. Oktober 2015 besprachen u.a. der Beschwerdeführer, der Sohn des Beschwerdegegners und der Gipser die vom Gipser konkret vorzunehmenden Nachbesserungsarbeiten sowie die dadurch notwendig werdenden zusätzlichen Malerarbeiten des Beschwerdegegners. Hinsichtlich der Kosten ist in der Aktennotiz zur betreffenden Besprechung vermerkt, der Gipser übernehme seine Aufwendungen und vergüte dem Beschwerdegegner Fr. 5'000.– an alle seine Zusatzleistungen (vgl. act. 4/8/5 f.). Der Beschwerdeführer macht geltend, der Beschwerdegegner habe später in Absprache mit dem Gipser auch dessen Arbeiten übernommen. Er beruft sich dabei auf Art. 176 Abs. 3 OR und macht damit eine sog. externe Schuldübernahme geltend.

E. 7.3

Eine externe Schuldübernahme ist ein Vertrag zwischen dem Schuldübernehmer und dem Gläubiger. Er kommt durch den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen zustande und bewirkt anders als eine interne Schuldübernahme (vgl. Art. 175 OR) einen Schuldnerwechsel. Gemäss Art. 176 Abs. 3 OR wird die Annahme eines Antrags auf

Schuldübernahme unter bestimmten Umständen auch dann vermutet, wenn sie vom Gläubiger nicht ausdrücklich erklärt wird (vgl. zum Ganzen: BGE 121 III 256 E. 3; BGer 4A_390/2020 vom 9. Februar 2021 E. 4.2 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, 11. Aufl. 2020, N 3567-3591).

E. 7.4

Eine Schuldübernahme bezieht sich allerdings stets nur auf einzelne Schulden. Trotz der Schuldübernahme bleibt das Vertragsverhältnis zwischen den bisherigen Parteien bestehen (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, 11. Aufl. 2020, N 3566; BGE 122 V 142 E. 6a; BSK OR I-TSCHÄNI/GABERTHÜEL, 7. Aufl. 2020, Art. 176 N 3). Damit der Beschwerdeführer bei Leistungsstörungen in Zusammenhang mit der Nachbesserung der Gipsarbeiten gegenüber dem Beschwerdegegner nicht bloss die Rechtsbehelfe des allgemeinen Teils (Art. 97 ff. OR [kein Minderungsrecht und Ersatzvornahme auf Kosten des Schuldners nur bei gerichtlicher Ermächtigung]), sondern auch die werkvertragsspezifischen Rechtsbehelfe

- 17 - (z.B. Art. 366 oder Art. 368 OR) geltend machen könnte, müsste der Beschwerdegegner entweder im Rahmen der behaupteten Schuldübernahme mit dem Beschwerdeführer einen neuen Werkvertrag abgeschlossen haben oder aber anstelle des Gipsers in den bisherigen Vertrag eingetreten sein (sog. Vertragsübernahme). Die Annahme der Begründung eines neuen Werkvertrages scheidet hier bereits deshalb aus, weil nicht behauptet ist, dass der Beschwerdeführer dem Beschwerdegegner für die angebliche Übernahme der Gipsarbeiten eine Vergütung versprach (zur Entgeltlichkeit als notwendige Voraussetzung für den Abschluss eines Werkvertrages vgl. Art. 363 OR; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, 7. Aufl. 2020, Art. 363 N 4). Eine Vertragsübernahme setzt eine Einigung aller beteiligten Parteien voraus (BGer 4A_143/2017 vom 15. Mai 2017 E. 5.3; BGer 4A_650/2014 vom 5. Juni 2015 E. 6.1; BGer 4A_75/2012 vom 16. Juli 2012 E. 2.3). Wie andere Verträge kommt sie zustande, wenn die Parteien sich übereinstimmend geäußert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben (tatsächlicher Konsens) oder wenn die Parteien die übereinstimmenden Äusserungen zwar unterschiedlich verstanden haben, eine Partei jedoch in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäußerungen zu schützen ist (normativer Konsens; BGE 140 III 134 E. 3.2; BGE 135 III 410 E. 3.2).

E. 7.5

Der Sohn des Beschwerdegegners führte vor Schranken aus, der Beschwerdeführer sei mit der Arbeit des Gipsers nicht zufrieden gewesen. Offenbar habe die Arbeit des Gipsers nicht diejenige Qualität erreicht, die sie miteinander vereinbart hätten. Aufgrund dessen habe der Gipsler die Arbeiten mehrmals erfolglos nachbessern müssen. Irgendwann habe der Gipsler "die Nase voll" gehabt, immer wieder vorbeizukommen oder Leute vorbeizuschicken und ihn gebeten, ob er ausbessern könne, wo es nötig erscheine. Er habe das getan und der Gipsler habe ihn dafür bezahlt. Dies sei aber keine "Übernahme" bzw. "Gesamtübernahme" der Arbeit des Gipsers gewesen (Prot. VI. S. 9 f., 16 f. und 25).

E. 7.6

Daraus ist entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers zu schliessen, dass der Stellvertreter des Beschwerdegegners keinen Willen hatte, eine Verpflichtung gegenüber dem Beschwerdeführer einzugehen, geschweige denn den Vertrag zwischen dem Gipsler und dem Beschwerdeführer zu übernehmen. Wie

- 18 - die Vorinstanz zutreffend feststellte, unterliess es der Beschwerdeführer, substantiiert zu behaupten, inwiefern, wann und wo der Beschwerdegegner (bzw. dessen Sohn als Vertreter) ihm gegenüber eine anderslautende Willenserklärung abgegeben hätte. Damit durfte die Vorinstanz auf eine Einvernahme der vom Beschwerdeführer offerierten Zeugen verzichten (vgl. Prot. Vi. S. 25; BGE 144 III 67 E. 2.1, wonach eine Beweisabnahme substantiierte Tatsachenbehauptungen voraussetzt). Ohne eine Willenserklärung des Beschwerdegegners gegenüber dem Beschwerdeführer kommt nach dem Gesagten von vornherein weder eine externe Schuldübernahme noch eine Vertragsübernahme in Frage. Die Vorinstanz ging daher zu Recht davon aus, dass der Beschwerdegegner sich jedenfalls gegenüber dem Beschwerdeführer nicht verpflichtete, irgendwelche Gipsarbeiten auszuführen. Für allfällige Minderungs- oder Aufwendungsersatzansprüche wegen mangelhaft ausgeführter Gipsarbeiten hätte sich der Beschwerdeführer an den Gipser wenden müssen (was er, wie die Ausführungen des Sohnes des Beschwerdegegners nahelegen, möglicherweise auch tat; vgl. Prot. Vi. S. 17).

E. 7.7

Die Feststellung der Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe die Zusammensetzung der behaupteten Verrechnungsforderung nicht nach Maler- und Gipsarbeiten aufgeschlüsselt, blieb im Beschwerdeverfahren zu Recht unangefochten. Vor Vorinstanz berief sich der Beschwerdeführer stets nur auf die für beide Arbeitsgattungen insgesamt angefallenen Nachbesserungskosten (vgl. act. 26 Rz. 55-57) und verwies pauschal auf eine entsprechende Rechnung der F. _____ vom 10. Dezember 2015 (act. 27/32). Die einzelnen Positionen dieser Rechnung lassen sich ebenfalls nicht eindeutig den unterschiedlichen Arbeitsgattungen zuordnen. Einzig die Position "Granitplatten hochglanz geschliffen alle Kanten gefast." hätte man bei sehr grosszügiger Betrachtung und mit viel gutem Willen allenfalls auf die Malerarbeiten zurückführen können (vgl. act. 25 N 53; Prot. Vi. S. 26 f.). Allerdings behauptete der Beschwerdegegner, der Beschwerdeführer habe ihn erst nach Abschluss der Ersatzvornahme über die vermeintlichen Farbrückstände auf den Granitplatten und den Fugen informiert (act. 1 S. 3; Prot. Vi. S. 13). In der Tat werden solche Farbrückstände in der Mängelrüge vom 16. November 2015 nicht erwähnt (vgl. act. 27/12). Der Beschwerdeführer gab dem Beschwerdegegner mithin vorgängig keine Gelegenheit, den vermeintlichen Mangel

- 19 - zu überprüfen und selbst zu beseitigen. Damit aber ist der Beschwerdeführer sowieso nicht berechtigt, diesbezüglich eine Erstattung der Kosten für die Ersatzvornahme oder eine Herabsetzung des Werklohns zu verlangen (vgl. Art. 367 OR; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, 7. Aufl. 2020, Art. 368 N 2 und 59; GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N 2081 ff. und 2179 ff.).

E. 7.8

Zusammenfassend ist eine Verrechnungsforderung des Beschwerdeführers nicht rechtsgenügend substantiiert. Selbst wenn man über die unzureichende Substantiierung hinwegsähe, wären die geltend gemachten Gegenansprüche des Beschwerdeführers, soweit beurteilbar, jedenfalls unberechtigt. Demzufolge hat es bei der vorinstanzlichen Gutheissung der Klage im Umfang von Fr. 4'968.– zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Februar 2016 sein Bewenden.

E. 8.1

Für den nunmehr eingetretenen Fall, dass es in der Sache beim angefochtenen Entscheid bleibt, macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz sei bei der Festsetzung und Verteilung der Prozesskosten von einem unzutreffenden Streitwert ausgegangen. Der Streitwert werde gemäss Art. 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO durch das Rechtsbegehren bestimmt. Das erstinstanzliche Rechtsbegehren des Beschwerdegegners laute auf Zahlung von Fr. 10'604.– zuzüglich der Kosten für die Klagebewilligung vom 23. April 2021 und zuzüglich Zinsen. Die Vorinstanz habe dieses Rechtsbegehren zu Unrecht in ein solches auf Zahlung von insgesamt lediglich Fr. 7'822.25 zuzüglich Zinsen umgewandelt und ausgehend davon ein Obsiegen des Beschwerdegegners im Umfang von rund 2/3 errechnet. Unter Berücksichtigung des richtigen Streitwerts von Fr. 10'604.– hätten er und der Beschwerdegegner rund zur Hälfte obsiegt. Entsprechend seien die Gerichtskosten von total Fr. 1'745.– den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und sei die ihm zugesprochene reduzierte Parteientschädigung von Fr. 680.– auf mindestens Fr. 1'020.– zu erhöhen (act. 40 N 102-109).

E. 8.2

Gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO wird der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt. Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens werden nicht hinzurechnet. Es ist zwar richtig, dass das Rechtsbegehren des Beschwerdegegners

- 20 - vorliegend auf Zahlung von Fr. 10'604.– zuzüglich Zins ab 14. September 2022 lautet. Im Forderungsbetrag von Fr. 10'604.– enthalten sind allerdings auch die Prozesskosten des zweiten, zum laufenden Verfahren gehörenden Schlichtungsverfahrens von total Fr. 480.– sowie aufgelaufene Verzugszinsen in Höhe von insgesamt Fr. 2'301.75. Lässt man diese beiden Positionen in Einklang mit Art. 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO bei der Streitwertberechnung unberücksichtigt, so gelangt man wie die Vorinstanz zu einem Streitwert von Fr. 7'822.25 (Fr. 10'604.– - Fr. 480.– - Fr. 2'301.75). Bei einem Streitwert von Fr. 7'822.25 obsiegt der Beschwerdegegner zu rund zwei Dritteln. Die Kritik des Beschwerdeführers an der erstinstanzlichen Prozesskostenregelung erweist sich als unbegründet. Lediglich der Vollständigkeit halber ist auf die ständige Praxis des Obergerichts hinzuweisen, wonach die Bruchteile des Unterliegens bzw. Obsiegens bei der Zusprechung einer Parteientschädigung vorab zu verrechnen sind (ZR 72 [1973] Nr. 18). Entsprechend hätte der mehrheitlich obsiegende Beschwerdegegner, der keine Parteientschädigung erhielt, weil er nicht anwaltlich vertreten war und keine Umtriebe ersichtlich waren (act. 43 S. 13), nicht zur Leistung einer reduzierten Parteientschädigung verpflichtet werden dürfen. Aufgrund des Verschlechterungsverbots (sog. *reformatio in peius*) kann dies im vorliegenden Beschwerdeverfahren aber nicht korrigiert werden.

E. 9

Zusammenfassend ist die Beschwerde in allen Punkten abzuweisen.

- 21 - IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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