



<b>Fall-Nr.:</b>	BZ.2006.93
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	06.05.2008
<b>Entscheiddatum:</b>	06.05.2008

### Entscheid Kantonsgericht, 06.05.2008

**Art. 368 und Art. 370 Abs. 3 OR (SR 220). Tritt ein Unternehmer auf die Mängelrüge - auch wenn sie verspätet ist - ein, indem er mit der Mängelbeseitigung beginnt oder die Mängelbeseitigung verspricht, so hat er damit auf den Einwand, die Prüfung und Rüge seien verspätet erfolgt, konkludent verzichtet. Ferner ist der Unternehmer, der eine bestimmte Sanierungsvariante vorschlägt, für die Tauglichkeit der von ihm vorgeschlagenen Ausführung verantwortlich. Zur Tauglichkeit gehört auch, dass der vom Unternehmer gelieferte Werkstoff auf den vom Besteller zur Verfügung gestellten Untergrund überhaupt anwendbar ist. Und schliesslich steht dem Besteller auch bei einem Werk, das auf Grund und Boden des Bestellers errichtet wurde, ein Wandelungsanspruch zu, wenn das abgelieferte Werk definitiv unbrauchbar ist bzw. zum vorgesehenen Gebrauch überhaupt nicht taugt (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 6. Mai 2008, BZ.2006.93). Das Bundesgericht ist auf eine gegen diesen Entscheid gerichtete Beschwerde in Zivilsachen nicht eingetreten und hat eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde abgewiesen, soweit es darauf eintrat (Urteil 4A\_386/2008 neues Fenster vom 2. März 2009).**

#### Erwägungen

I.

1. Am 9. Oktober 1995 offerierte die Beklagte dem Kläger, im Berggasthaus "X", die Terrasse des Gartenrestaurants zum Preis von Fr. 73.50 / m<sup>2</sup> und den Badkeller zum Preis von Fr. 98.- / m<sup>2</sup> mit Glasfaserkunststoffmatten neu zu beschichten (kläg. act. 1). Die Auftragsbestätigung erfolgte am 11. Oktober 1995 (kläg. act. 3). Am 12.



Oktober 1995 führte die Beklagte die offerierten Arbeiten aus und stellte hierfür am 26. Oktober 1995 Fr. 25'369.35 in Rechnung (kläg. act. 4). Diese Rechnung wurde vom Kläger unbestrittenermassen bezahlt.

2. In der Folge wies die von der Beklagten ausgeführte Terrassenbeschichtung gewisse Schäden auf, die dazu führten, dass die Beklagte am 3. Juni bzw. 10. Juli 1997 den Kunststoffbelag auf einer Fläche von rund 12 m<sup>2</sup> entfernte und ihn mit einer neuen Glasfaserkunststoffbeschichtung analog der bestehenden Ausführung ersetzte. Weiter wurde auf einer Fläche von rund 22 m<sup>2</sup> die bestehende Beschichtung angeschliffen und zwecks Nivelierung neu ausgegossen. Hierfür stellte die Beklagte dem Kläger am 14. Juli 1997 im Betrag von Fr. 4'489.- resp. am 16. September 1997 im korrigierten Betrag von Fr. 4'477.25 Rechnung (kläg. act. 5 und 6). Diese Rechnungen wurden vom Kläger jedoch nicht bezahlt.

3. Im Frühjahr 1998 wurden von der Beklagten weitere Instandstellungsarbeiten ausgeführt. Hierfür verzichtete sie auf eine Vergütung der Leistungen, forderte den Kläger jedoch auf, die Rechnung für die im Sommer 1997 erfolgte Sanierung zu bezahlen. Da unmittelbar nach der erneuten Sanierung die Beschichtung wieder riss, beauftragte der Kläger das Ingenieurbüro E-GmbH mit der Abklärung der Ursachen und möglichen Sanierung der aufgetretenen Schäden. Mit Bericht vom 24. Februar 1999 hielt der Privatgutachter hierzu fest, dass die im Herbst 1995 eingebrachte Beschichtung nicht auf den Untergrund und die Anforderungen abgestimmt und daher wenig sinnvoll und nicht zweckmässig gewesen sei. Auf der einen Seite habe weder die Tragkonstruktion noch der alte Epoxidharz-Überzug die Eigenschaften aufgewiesen, die zu einer einwandfreien Haftung der Beschichtung notwendig gewesen wären, und auf der andern Seite sei vor dem Aufbringen der Beschichtung die bestehende Oberfläche nur mittels Besen gereinigt, statt speziell vorbehandelt worden (vgl. kläg. act. 7, S. 2). In seiner Zustandserfassung und Beurteilung hielt der Privatgutachter fest, dass eine baldige Sanierung dringend erforderlich sei, nachdem die neue Kunststoffbeschichtung massive Risse und diverse Hohlstellen aufweise, durch die Regenwasser in die darunter liegenden Kellerräume eindringe und bei Frost-Tau-Wechsel zu weiteren Schäden führen könne (vgl. kläg. act. 7, S. 4). Als Sanierung empfahl der Privatgutachter, die bestehende Beschichtung durch eine mehrschichtige Konstruktion zu ersetzen (vgl. kläg. act. 7, S. 2).



4. Mit Begehren vom 6. Juli 1999 beantragte der Kläger beim Bezirksgerichtspräsidium die Anordnung einer vorsorglichen Expertise. Mit Verfügung vom 30. Juli 1999 wurde diesem Begehren entsprochen und die Herren Fa, F-AG und Ha, H-AG, mit der Ausarbeitung der Expertise beauftragt (kläg. act. 9). Die Experten erstatteten mit Datum vom 10. Juli 2000 ihren Expertenbericht. Dabei stellten die Experten u.a. fest, dass der Belag z.T. abgelöst war, beim Abklopfen an mehreren Stellen grossflächig hohl tönte, diverse meist gradlinig verlaufende Risse aufwies und entlang der Wandanschlüsse wulst- und blasenartige Aufwölbungen zeigte (kläg. act. 10, S. 5). Als Ursache gaben die Experten an, dass der Untergrund, auf den die Terrassenbeschichtung aufzutragen gewesen sei, aus zu porösem Mörtel bestanden habe. Dies sei zwar rein visuell nicht feststellbar gewesen, hätte aber festgestellt werden müssen, wenn die auf jeden Fall erforderlichen Schlag- und Kratzprüfungen und die bei älteren Untergründen notwendigen Untersuchungen durch Öffnen des Mörtels durchgeführt worden wären (kläg. act. 10, S. 11). An der alten Beschichtung hätten keinerlei Spuren einer Vorbereitung der Oberfläche z.B. durch Schleifen festgestellt werden können. An einem aufgebrochenen Stück sei an der Trennfläche zwischen der grauen Beschichtung der dicken Polyesterschicht eine Einlagerung einer kaugummiartigen Masse festgestellt worden, was darauf hinweise, dass die bestehende Oberfläche nicht ausgiebig gereinigt worden sei. Das Aufbringen einer Kunstharzbeschichtung als Dichtbeschichtung auf einer schwimmenden Unterkonstruktion bestehend aus einem sehr porösen und wenig festen zementgebundenen Mörtel und einem darauf aufgebracht Epoxidharzmörtel mit pigmentierter Beschichtung sei aber ohnehin schon äusserst risikoreich, weshalb es im konkreten Fall wegen des zu hohen Schadenrisikos als nicht richtig eingestuft werden müsse (kläg. act. 10, S. 12).

5. Mit Schreiben vom 21. Juli 2000 wurde das Verfahren betreffend vorsorglicher Beweisabnahme vom Bezirksgerichtspräsidium abgeschlossen (kläg. act. 15.1). Mit Schreiben vom 3. August 2000 teilte der beklagte Rechtsvertreter dem Anwalt des Klägers mit, dass er von der erneut erhobenen Mängelrüge Kenntnis genommen habe sowie namens und im Auftrag seiner Mandantin auf die Einrede der Verjährung verzichte, sofern diese nicht bis und mit dem 10. August 2000 bereits eingetreten sein sollte (kläg. act. 12).



6. Mit Grundstückkaufvertrag vom 7. Dezember 2000 verkaufte der Kläger dem Pächter K die Liegenschaft "X" (kläg. act. 17).

7. Mit Eingabe vom 21. März 2005 reichte der Kläger beim Kreisgericht die Klage ein und verlangte einerseits die Rückerstattung des seinerzeit bezahlten Werklohnes sowie die Bezahlung der mit der vorsorglichen Beweisabnahme entstandenen Gerichts- und Parteikosten (inkl. Kosten der Gerichtsexpertise). Dabei machte der Kläger im Wesentlichen geltend, dass gemäss den eingeholten Gutachten die Beklagte ohne Überprüfung des Untergrundes eine offenbar nicht dafür geeignete Beschichtung aufgetragen und demzufolge eine Sorgfaltspflichtverletzung begangen habe, weshalb sie für die entstandenen Schäden aufkommen müsse. Zwar sei von der Beklagten zuerst Nachbesserung verlangt worden, jedoch habe sich nach vergeblichen Reparaturversuchen gezeigt, dass sich eine Behebung der Mängel durch Nachbesserung nicht mehr erreichen lasse, weshalb ohne vorherige Nachfristansetzung die Wandelung habe verlangt werden können.

Mit Klageantwort vom 2. September 2005 beantragte die Beklagte Abweisung der Klage. Sie begründete ihren Antrag im Wesentlichen damit, dass infolge Verkaufs der Liegenschaft der Kläger nicht mehr aktivlegitimiert sei. Sodann seien die Ansprüche ohnehin nie gegeben gewesen, da der vom Kläger behauptete Mangel auf einen ungenügenden Baugrund zurückzuführen sei, wofür der Kläger verantwortlich sei. Weiter seien die Mängelrechte längst verwirkt, da es einerseits an einer rechtzeitigen und andererseits an einer substantiierten Mängelrüge mangle. Schliesslich stünde dem Kläger gar kein Wandelungs-, sondern lediglich ein Nachbesserungs- oder Minderungsrecht zu, wobei der Kläger sein Wahlrecht schon längst ausgeübt und unwiderruflich Nachbesserung verlangt hätte, so dass ihm auch aus diesem Grund kein Recht auf Wandelung mehr zustehen könne. Aufgrund der vereinbarten Lieferbedingungen, wonach weiterer Schadenersatz ausgeschlossen sei, könne der Kläger keinen Ersatz für die Gerichts- und Expertisekosten verlangen, wobei diese Ansprüche zudem bereits verjährt seien. In der Replik und Duplik hielten die Parteien an ihren Vorbringen fest.

8. Die Vorinstanz ordnete nach der Hauptverhandlung die Einvernahme des damaligen Pächters K als Zeugen an. Die Befragung fand am 17. August 2006 statt (vgl. act. 40 und 41).



Die mündliche Schlussverhandlung vor Vorinstanz erfolgte am 13. September 2006.

9. Mit Urteil vom 13. September 2006 schützte die Vorinstanz die Klage vollumfänglich. Sie hielt dabei fest, dass das von der Beklagten erstellte Werk habe von ihr zu vertretende Mängel aufgewiesen. Die Mängelrüge sei rechtzeitig und substantiiert erfolgt und die Mängel seien so erheblich gewesen, dass sie den Kläger zur Wandelung berechtigten. Infolgedessen habe die Beklagte die seinerzeit bezahlte Vergütung von Fr. 25'369.35 nebst 5% Zins seit 25. November 1994 zurückzuerstatten. Darüber hinaus habe sie dem Kläger als Mangelfolgeschaden die im Zusammenhang mit dem Verfahren betreffend vorsorgliche Expertise von ihm bezahlten Gerichts- und Anwaltskosten von Fr. 5'995.15 bzw. Fr. 2'105.85 je nebst 5% Zins seit seinerzeitiger Bezahlung zu ersetzen. Entsprechend verpflichtete die Vorinstanz die Beklagte, die Gerichtskosten zu bezahlen sowie dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 8'680.35 auszurichten.

10. Gegen den Entscheid der Vorinstanz reichte die Beklagte fristgerecht mit Datum vom 10. November 2006 Berufung ein (act. B/1). Auf Aufforderung des Kantonsgerichtes reichte die Beklagte am 21. November 2006 eine verbesserte Version der Berufung ein (vgl. act. B/7 sowie B/10). Die Berufungsantwort erfolgte ebenfalls fristgerecht am 4. Januar 2007 (act. B/14).

Mit Schreiben vom 17. März 2008 wurde den Parteien mitgeteilt, dass in dieser Angelegenheit keine mündliche Verhandlung durchgeführt werde. In der Folge verzichteten die Parteien auf einen zweiten Schriftenwechsel i.S.v. Art. 234 Abs. 2 ZPO.

II.

1. Vorbemerkungen

1.1. Die Parteien sind sich einig, dass der zwischen ihnen vereinbarte Vertrag als Werkvertrag zu qualifizieren ist. Die Beklagte hat sich gemäss Offerte und Auftragsbestätigung (vgl. kläg. act. 2 und 3) zur Herstellung eines Werkes (Vorbehandlung und Grundierung sowie Beschichtung mit zwei Matten aus



Glasfaserkunststoff sowie je einer besandeten und unbesandeten Deckschicht) und der Kläger zu Leistung eines Werklohnes verpflichtet.

1.2. Ebenfalls sind sich die Parteien einig, dass das Werk, das von der Beklagten im Oktober 1995 abgeliefert wurde, keine offenen Mängel aufwies. Der Kläger bezahlte demnach auch den vereinbarten Werklohn. Unbestritten geblieben ist auch, dass die im vorliegenden Fall zu beurteilenden Mängel sogenannte geheime Mängel sind, die bei der Abnahme und ordnungsgemässen Prüfung des Werkes nicht erkennbar waren.

1.3. Die Beklagte beruft sich mehrfach auf ihre Verkaufs- und Lieferbedingungen (bekl. act. 3). Die Vorinstanz liess die Frage offen, ob diese Verkaufs- und Lieferbedingungen der Beklagten im vorliegenden Fall durch die Parteien übernommen und dadurch Vertragsbestandteil geworden seien (vgl. vorinstanzliches Urteil, S. 20). Insoweit sich die Beklagte auf die Anwendbarkeit ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen beruft, so beispielsweise im Zusammenhang mit der Form der Mängelrüge (vgl. Ziff. 3.6. nachstehend), beim Recht auf Wandelung (vgl. Ziff. 5.4. nachstehend) sowie beim Mangelfolgeschaden (vgl. Ziff. 6.3. nachstehend) wird darauf zurückzukommen sein.

## 2. Aktivlegitimation

Die Beklagte bestreitet die Aktivlegitimation des Klägers im vorliegenden Fall. Sie begründet dies damit, dass der Werkvertrag zwischen dem Kläger und der Beklagten unzweifelhaft mit dem Grundstück "X" zusammenhänge und dieses Grundstück mit Kaufvertrag vom 7. Dezember 2000 an den Pächter K verkauft worden sei. Im Kaufvertrag finde sich unter Ziffer 1 (S. 4) die Regelung, dass die Liegenschaft in denjenigen Rechten, Nutzungen und Beschwerden erworben werde, wie anhin benutzt und besessen. Die Beklagte macht demnach geltend, dass mit dem Verkauf der Liegenschaft, und insbesondere unter Vereinbarung dieser Vertragsklausel, die Mängelrechte aus dem Werkvertrag an den Erwerber K abgetreten worden seien, weshalb der Kläger nicht aktivlegitimiert und die vorliegende Angelegenheit abzuweisen sei (vgl. act. B/10, S. 2 ff.).



Unter Hinweis auf die Erwägungen der Vorinstanz hält der Kläger diesbezüglich fest, dass das mangelhafte Werk im Auftrag und auf Rechnung von ihm erstellt worden sei. Die Abtretung der Mängelrechte sei von der Veräusserung des Werkes klar zu trennen. Trotz Eigentumsübertragung am Werk gingen die Mängelrechte nicht automatisch auf den Erwerber über, auch wenn dieser durch den Mangel des Werkes geschädigt worden sei (vgl. act. B/14, S. 3 ff.).

2.1. Aktiv- und Passivlegitimation sind materiellrechtliche Voraussetzungen des eingeklagten Anspruchs und gehören somit zur Begründetheit des Klagebegehrens. Ihr Fehlen führt zur Abweisung der Klage. Bejahung der Passivlegitimation bedeutet bloss, dass sich der vom Kläger behauptete Anspruch gegen die Beklagte richten kann und die Bejahung der Aktivlegitimation, dass der Kläger berechtigt ist, diesen Anspruch geltend zu machen. Mit der Bejahung von Aktiv- oder Passivlegitimation ist noch nicht entschieden, ob der Anspruch des Klägers überhaupt und im behaupteten Umfang besteht (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., N 65 f. zu § 27/28 ZPO [ZH]; BGE 114 II 385; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 2 zu Art. 79 ZPO).

2.2. Unbestritten ist, dass die Prozessparteien als Besteller (Kläger) und Unternehmer (Beklagte) Vertragsparteien des zwischen ihnen abgeschlossenen Werkvertrages sind (kläg. act. 2,3). Unbestritten ist auch, dass die Liegenschaft vom Kläger Ende 2000 an K veräussert wurde (kläg. act. 17).

Der Verkauf des Grundstückes und damit des Werkes bewirkt für sich allein weder eine Übernahme des Werkvertrages durch den Käufer noch eine automatische Abtretung der Mängelrechte aus dem Werkvertrag an den Käufer.

Eine Vertragsübernahme, wonach der Kläger als ursprünglicher Besteller aus dem Werkvertrag ausgeschieden und durch den Erwerber ersetzt worden wäre, fand nicht statt und wird auch von den Parteien nicht behauptet. Eine solche Vertragsübernahme, die auf einer Vereinbarung zwischen allen Beteiligten beruht, liegt somit nicht vor (vgl. Gauch, Der Werkvertrag, 4. A., N 1498).



Bleibt somit einzig zu prüfen, ob die Mängelrechte aus dem Werkvertrag vom Kläger auf den Erwerber K abgetreten worden seien. Eine ausdrückliche Abtretung dieser Mängelrechte ist dem Kaufvertrag nicht zu entnehmen (kläg. act. 17). Dies behauptet die Beklagte auch nicht. Vielmehr macht sie geltend, dass gemäss Ziffer 1 des Kaufvertrages die Liegenschaft in denjenigen Rechten, Nutzungen und Beschwerden erworben werde, wie bis anhin benutzt und besessen (kläg. act. 17, S. 4). Zudem lasse die Vertragsklausel gemäss Ziffer 4 des Kaufvertrages vermuten, dass es dem Willen der Parteien entsprach, "die bestehenden Rechte und Pflichten mit dem Grundstück zusammenhängender Verträge ebenfalls auf den Verkäufer" (wohl "Käufer" gemeint) zu übertragen (vgl. act. B/10, S. 3, letzter Abschnitt).

2.3. Die Abtretung von Mängelrechten bedarf wie jede Abtretung der schriftlichen Form gemäss Art. 165 Abs. 1 OR. Eine separate schriftliche Vereinbarung, wonach die Mängelrechte aus dem Werkvertrag zwischen den Prozessparteien an den Erwerber der Liegenschaft, K, abgetreten worden seien, liegt nicht vor und wird auch nicht behauptet. Die Beklagte stützt ihre Begründung auf den Grundstückskaufvertrag. Eine explizite Abtretung der Mängelrechte ist - wie bereits erwähnt - diesem Vertragswerk nicht zu entnehmen (kläg. act. 17). Demnach ist durch Auslegung zu ermitteln, ob überhaupt eine Abtretung und gegebenenfalls in welchem Umfang eine solche stattgefunden hat. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass eine solche Abtretung der Mängelrechte sich nicht aus der von der Beklagten angeführten Ziffer 1 der Kaufvertragsbestimmungen ableiten lässt. Diese Ziffer beinhaltet den Gegenstand der Handänderung. Darin aufgeführt sind die vom Kaufvertrag erfassten Grundstücke, die damit zusammenhängenden Rechte, Nutzungen und Beschwerden. Demnach ist die Auslegung, wie sie die Vorinstanz vorgenommen hat, nicht nur nachvollziehbar, sondern korrekt, nämlich dass mit den damit verbundenen Rechten, Nutzungen und Beschwerden ausschliesslich solche gemeint sein können, die sich aus dem Grundstück selbst ergeben. Nur solche Rechte und Pflichten, die sich aus dem Grundstück selbst ergeben, sind Gegenstand der Handänderung. Obligatorische Verpflichtungen, die zwar mit dem Grundstück zusammenhängen, sich jedoch nicht aus dem Grundbuch und damit aus diesem selbst ergeben, werden denn auch bei den übrigen Vertragsbestimmungen behandelt. Gerade der Umstand, dass in verschiedenen Ziffern des Kaufvertrages das Schicksal bestehender Rechte und Pflichten aus Verträgen im Zusammenhang mit dem Grundstück ausdrücklich geregelt



wird, lässt den Schluss zu, dass die Mängelrechte eben gerade nicht abgetreten wurden. Zudem ist zu beachten, dass der Erwerber um die Mangelhaftigkeit der Terrasse wusste und dieses im Zeitpunkt des Erwerbes nach wie vor mangelhafte Werk unter Ausschluss sämtlicher Gewährleistungspflichten des Klägers (und Veräusserers) übernommen hat. Wäre es tatsächlich der Wille der Kaufvertragsparteien gewesen, die Mängelrechte aus dem Werkvertrag abzutreten, wäre dies ausdrücklich geschehen, insbesondere im Rahmen mit der Freizeichnungsklausel des Klägers in Bezug auf die übertragenen Grundstücke. Auch das Verhalten des Klägers nach Abschluss des Kaufvertrages deutet auf einen anders lautenden Willen, als die Beklagte behauptet: Der Kläger machte die Beklagte ausdrücklich für einen allfälligen Minderwert des Grundstückes im Falle der Veräusserung haftbar (vgl. kläg. act. 22). Dem Grundstückkaufvertrag zwischen dem Kläger und K kann somit keine Abtretung von Rechten im Zusammenhang mit dem Werkvertrag zwischen den Prozessparteien entnommen werden. Die Frage, ob die Form einer solchen Abtretung eingehalten wäre, sowie die Frage, welche Mängelrechte denn überhaupt abgetreten worden wären, können somit offen bleiben. Das Gleiche gilt für die Frage, ob diese Mängelrechte überhaupt abtretbar wären.

2.4. Mangels Abtretung von Mängelrechten aus dem Vertragsverhältnis zwischen den Prozessparteien an den Erwerber K ist der Kläger in Bezug auf die von ihm behaupteten Ansprüche aktivlegitimiert.

### 3. Mängelrüge

Die Beklagte bestreitet, dass der Kläger rechtzeitig und in substantzierter Weise die Mängel gerügt habe. Diesbezüglich bringt sie vor, dass insbesondere mit der Aussage des von der Vorinstanz einvernommenen Zeugen K der Nachweis der rechtzeitigen und substantzierten Mängelrüge durch den Kläger nicht hätte erbracht werden können. Zum einen sei der Zeuge, der mit dem Kläger vertraglich und freundschaftlich verbunden sei, nicht als glaubwürdig einzustufen. Sodann seien seine Aussagen weder konkret noch widerspruchsfrei noch eindeutig in Bezug auf Ort, Zeit und Gegenstand der aufgetretenen Mängel und die darauf erhobene Mängelrüge. Sodann habe der Zeuge teilweise auch falsche Aussagen gemacht, weshalb die Vorinstanz zu Unrecht auf dessen Aussagen abgestellt habe. Darüber hinaus würden die Allgemeinen



Geschäftsbedingungen der Beklagten ausdrücklich vorsehen, dass allfällige Mängelrügen innert 8 Tagen und vor allem schriftlich zu erfolgen hätten. Eine schriftliche Rüge sei jedoch nachweislich nicht erfolgt, weshalb es an der notwendigen Form für eine Mängelrüge mangle und die Klage abzuweisen sei (act. B/10, S. 4 ff.).

Demgegenüber behauptet der Kläger, dass der von ihm gerufene Zeuge K nicht nur glaubwürdig sei, sondern insbesondere aufgrund dessen Aussagen der Nachweis erbracht worden sei, dass die Mängelrüge fristgerecht, mithin spätestens innerhalb einer Woche, erfolgte. Die Beweispflicht, dass die Rüge zu spät erfolgt sei, trage im Übrigen die Beklagte (act. B/14, S. 6 ff.).

Die Vorinstanz hat sich in ihren Erwägungen ausführlich mit der Zeugenaussage befasst und kam zum Schluss, dass die Mängelrüge rechtzeitig und substantiiert erfolgt sei (vgl. Urteil, Ziff. 2.1.2., S. 12 ff.).

3.1. Beide Parteien sind sich einig, dass es sich vorliegend um geheime Mängel handelt, die bei der Abnahme und ordnungsgemässen Prüfung des Werkes nicht erkennbar waren. Treten Mängel erst zu einem späteren Zeitpunkt auf, so kann der Besteller für diese nun erkannten Mängel seine Mängelrechte nach Art. 368 OR geltend machen. Verlangt ist wiederum eine rechtzeitige Mängelrüge. Der Besteller muss die Werkmängel sofort nach der Entdeckung anzeigen (Art. 370 Abs. 3 OR). Unterlässt der Besteller die sofortige Rüge eines geheimen, aber dann erkannten Mangels, so gilt das Werk nach Art. 370 Abs. 3 OR auch für diesen Mangel als genehmigt (Gauch, a.a.O., NN 2179 und 2185). Seiner Obliegenheit zur Mängelrüge kommt der Besteller dabei auf jeden Fall nach, wenn er innerhalb einer Frist von rund einer Woche dem Unternehmer mitteilt, dass und in welcher Hinsicht er das Werk als mangelhaft erachtet (Gauch, a.a.O., NN 2131, 2135). Die Behauptungslast für die Verspätung der Mängelrüge, die eine rechtsvernichtende Tatsache ist, liegt beim Unternehmer. Die Beweislast dagegen trifft den Besteller, der die Rechtzeitigkeit der Rüge zu beweisen hat (vgl. Gauch, a.a.O., N 2190, unter Hinweis auf BGE 118 II 147). Der Umstand, dass sich ein Negativum kaum beweisen lässt, rechtfertigt, die Beweislast teilweise umzukehren. Um den Unternehmer vor unlösbaren Beweisschwierigkeiten zu befreien, obliegt es dem Besteller zu beweisen, dass und wann er den fraglichen Mangel gerügt hat. Der



Unternehmer hingegen bleibt beweispflichtig dafür, dass die für den betreffenden Zeitpunkt nachgewiesene Mängelrüge zu spät erfolgt ist (Gauch, a.a.O., NN 2191 ff.).

Inhaltlich genügt es, wenn der Besteller den aus seiner subjektiven Sicht vorhandenen Mangel so beschreibt, wie er ihn selber sieht und beschreiben kann. Die Ursache des mitgeteilten Mangels braucht der Besteller nicht anzugeben, da sich seine gesetzliche Anzeigepflicht auf den Mangel selbst beschränkt (Gauch, a.a.O., NN 2130 und 2131).

3.2. In Bezug auf den Zeitpunkt der Mängelanzeige geht der Kläger davon aus, K habe im Frühjahr 1996 die Risse festgestellt und umgehend Mängelrüge erhoben. Die Beklagte hingegen behauptet, dass K die Mängel zwar im Frühjahr 1996 entdeckt habe, sie jedoch erst im Juli 1997 Reparaturarbeiten ausgeführt habe, weshalb davon auszugehen sei, dass eben gerade keine sofortige Mängelrüge nach Entdeckung der Risse erfolgt sei.

In seiner Befragung vom 17. August 2006 hat der Zeuge K ausgeführt, dass er seiner Erinnerung nach im Frühling 1996 die Risse entdeckt und nach Rücksprache mit dem Kläger innert rund einer Woche im Auftrage des Klägers die Beklagte angerufen und ihr mitgeteilt habe, dass die Beschichtung Risse aufweise. Im Verlaufe der Befragung, nachdem ihm die Reparaturrechnungen der Beklagten vom 14. Juli 1997 und 16. September 1997 unterbreitet wurden, erklärte der Zeuge, dass er die Risse auch erst im Frühling 1997 entdeckt und demzufolge auch erst im Frühling 1997 die Beklagte angerufen haben könnte (vgl. act. 41 S. 3 bzw. S. 4). Aufgrund der Rechnungen vom 14. Juli bzw. 16. September 1997 (kläg. act. 5 und 6) ist erstellt, dass die Beklagte erstmals am 3. Juni 1997, dann auch am 10. und 11. Juli 1997 sogenannte "Reparaturarbeiten" ausgeführt hat. Die Beklagte bringt allerdings vor, die Offerte vom 9. Juni 1997 und die Rechnungen vom 14. Juli bzw. 16. September 1997 widerlegten eindeutig, dass sie aufgrund einer rechtzeitig erhobenen Mängelrüge Nachbesserungsarbeiten ausgeführt habe, weil in der Offerte eindeutig zwischen Reparatur- und Garantiarbeiten unterschieden werde und in der Rechnung ausdrücklich nur Reparaturarbeiten in Rechnung gestellt worden seien (vgl. bekl. act. 2). Es trifft zu, dass die Beklagte dem Kläger am 9. Juni 1997 einen Vorschlag für verschiedene Reparaturarbeiten unter Angabe der dafür entstehenden Kosten unterbreitete. Lediglich die Arbeiten "Pfofen mit Silikon abdichten" und "eventuelle



Risse reparieren" wurden als "Reparaturarbeiten auf Garantie" bezeichnet und unentgeltlich angeboten (bekl. act. 2). Aus den von der Beklagten 1997 gegen Bezahlung offerierten und danach auch ausgeführten Arbeiten kann der Kläger daher nichts zu seinen Gunsten ableiten, namentlich kann er damit nicht beweisen, dass er in Bezug auf sämtliche von ihm behaupteten Mängel eine rechtsgenügende Mängelrüge erhoben hat.

In der Berufungsantwort bringt der Kläger jedoch vor, die Beklagte habe sich auch später veranlasst gesehen, ohne anschliessende Rechnungsstellung Garantiewerke durchzuführen. Unter Hinweis auf das Einvernahme-Protokoll von K macht er zudem geltend, es sei aufgrund der Zeugenaussagen bewiesen, dass die nach den Rissen auftretenden Mängel - wie Blasen und Abplatzungen - von K stets sofort und überdies mehrmals gerügt worden seien, solange bis niemand mehr gekommen sei, um entsprechende Nachbesserungsarbeiten vorzunehmen (Berufungsantwort, 11; vgl. auch Klage, 5, wo der Kläger geltend macht, im Frühjahr 1998 habe sich die Beklagte erneut entschlossen, verschiedene Nachbesserungsarbeiten durchzuführen und habe dafür nicht einmal mehr eine Rechnung gestellt, und kläg. act. 7 S. 1 [Privatgutachten], wo ebenfalls festgehalten ist, im Frühjahr 1998 seien Instandstellungsarbeiten ausgeführt worden). K sagte bei seiner Einvernahme aus, man habe mehrere Male geflickt, fast Jahr für Jahr. Er habe nicht bloss in einem Jahr reklamiert, er habe laufend wieder telefoniert. Und zuletzt sei dann auch niemand mehr gekommen. Die letzten Male. Dies sei vielleicht etwa im Jahr 2000 gewesen (bekl. act. 4, 2 f.). Die Beklagte bestreitet nicht, dass sie im Frühjahr 1998 weitere Instandstellungsarbeiten ausgeführt hat.

Es steht somit fest, dass die Beklagte (zumindest) 1998 Nachbesserungsarbeiten an der von ihr eingebrachten Beschichtung vorgenommen hat. Für diese Arbeiten hat sie dem Kläger keine Rechnung gestellt. Da die Bestimmungen über die Mängelhaftung, insbesondere auch diejenigen über die Prüfungs- und Rügepflicht, dispositiver Natur sind, kann auf sie durch Parteivereinbarung verzichtet werden. Der Unternehmer kann somit gültig darauf verzichten, seine Mängelhaftung mit der Verspätung der Mängelrüge zu bestreiten. Ein solcher Verzicht kann auch stillschweigend erklärt werden. Tritt ein Unternehmer auf die Mängelrüge - auch wenn sie verspätet ist - ein, indem er mit der Mängelbeseitigung beginnt oder die Mängelbeseitigung verspricht, so



hat er damit auf den Einwand, die Prüfung und Rüge seien verspätet erfolgt, konkludent verzichtet (gauch, a.a.O., N 2163; zindel/pulver, Basler Kommentar, N 20 zu Art. 367 OR; BGE 4C.149/2001 vom 19.12.2001, E. 5; ZR 74 [1975] Nr. 75 S. 232; BR 1981 Nr. 11 und 12 S. 14). Aufgrund der Tatsache, dass die Beklagte 1998 vorbehaltlos aufgrund der telefonischen Mitteilung des damaligen Pächters K Reparaturarbeiten an der von ihr erbrachten Werkleistung ausführte, hat sie auf den Einwand der verspäteten Mängelrüge wie auch auf den Einwand, die Rüge sei nicht genügend substantiiert, stillschweigend verzichtet. Es geht nicht an, Nachbesserungsarbeiten zu erbringen, um dann in einem nachfolgenden Prozess eine verspätete beziehungsweise ungenügende Mängelrüge zu behaupten.

3.3. Schliesslich bringt die Beklagte vor, gemäss ihren Allgemeinen Vertrags- und Lieferbedingungen hätte die Mängelrüge schriftlich erfolgen sollen.

Über die Form der Mängelrüge enthält das Gesetz keine Vorschrift. Die Rüge kann daher auch mündlich erfolgen, sogar stillschweigend. Haben die Parteien eine bestimmte Form wie etwa "Schriftlichkeit" vereinbart, so gilt die vereinbarte Form nicht als vermutetes Gültigkeitserfordernis. Art. 16 Abs. 1 OR kommt nicht zur Anwendung. Vielmehr wird vermutet, dass die Schriftform nur der Deutlichkeit und des Beweises Willen vereinbart wurde. Eine mündliche Mängelrüge kann daher trotz vereinbarter Schriftform wirksam sein (Gauch, a.a.O., NN 2146 und 1947, unter Hinweis auf BGE 95 II 47). Zudem gilt auch diesbezüglich, dass trotz der nur mündlichen Mängelrüge die Beklagte Garantearbeiten erbrachte, weshalb sie sich nun im Nachhinein nicht mehr auf ein vertraglich vereinbartes Formerfordernis berufen kann. Es kann somit in diesem Zusammenhang offen bleiben, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten überhaupt Vertragsbestandteil wurden und gegebenenfalls, ob Ziffer 9 dieser Verkaufs- und Lieferbedingungen der Beklagten auf den vorliegenden Fall überhaupt Anwendung findet (vgl. bekl. act. 3).

#### 4. Mangel

Unbestritten ist, dass das Werk letztlich erhebliche Mängel aufwies, die in erster Linie auf den schlechten Untergrund zurückzuführen waren, auf dem das Werk erstellt wurde. Die Beklagte argumentiert denn auch, dass die Mängel auf einen mangelhaften



Baugrund zurückzuführen seien. Als Unternehmerin träfe sie keine Pflicht zu einer komplizierten und kostspieligen Bodenuntersuchung. Für die Mangelhaftigkeit des Untergrundes sei der Kläger verantwortlich, insbesondere treffe ihn eine Aufklärungspflicht, weil er im Zeitpunkt der Vereinbarung des Werkvertrages mit der Beklagten die Mangelhaftigkeit des Untergrundes gekannt habe (vgl. act. B/10, S. 9 ff.). Demgegenüber hält der Kläger fest, dass es zu den Sorgfaltspflichten des Unternehmers, mithin der Beklagten, gehört hätte, den Untergrund mittels Schlag- und Kratzprüfungen zu untersuchen. Unter Hinweis auf das Privatgutachten der E-GmbH (kläg. act. 7) macht er geltend, bereits die erwähnten Schlag- und Kratzprüfungen hätten sofort gezeigt, dass eine oberflächliche Terrassensanierung nichts taue. Dies habe nichts mit einer aufwändigen Prüfung zu tun. Zumindest hätte die Beklagte als Unternehmerin ihn darauf hinweisen müssen, dass das von ihr vorgeschlagene Sanierungsprojekt nur dann ausgeführt werden könnte, wenn der Untergrund sehr hohen Anforderungen entspreche, was sie jedoch nicht getan habe (vgl. act. B/14, S. 12 ff.). Für die Vorinstanz stand fest, dass die Beklagte für die in der neuen Beschichtung aufgetretenen Werkmängel, auch wenn diese zur Hauptsache auf die Mangelhaftigkeit des vom Besteller gelieferten Stoffes bzw. des vom Besteller angewiesenen Baugrundes zurückzuführen seien, deshalb einzustehen habe, weil die Beklagte es pflichtwidrig unterlassen habe, den vom Besteller angewiesenen Baugrund auf die zur Ausführung der Beschichtungsarbeiten vorausgesetzte Tauglichkeit hin zu überprüfen (vgl. Urteil, S. 10 - 12).

4.1. Das Werk ist mangelhaft, wenn ihm vertraglich zugesicherte oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte Eigenschaften fehlen. Diese Abweichung von der vertraglich geforderten Beschaffenheit des Werkes, die Differenz zwischen der "Sollbeschaffenheit" und der tatsächlichen Beschaffenheit, bildet das Begriffsmerkmal des Werkmangels. Der Werkmangel kann körperlicher, ökonomischer, rechtlicher oder ästhetischer Art sein. Der Begriff des Werkmangels ist ein rechtlicher, kein technischer Begriff (Zindel/Pulver, a.a.O., N 9 zu Art. 368 OR, mit weiteren Hinweisen).

Aufgrund des vom Bezirksgericht angeordneten Gutachtens der Experten Fa und Ha ist im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass die von der Beklagten erstellte Terrassenbeschichtung die zum Gebrauch vorausgesetzten Eigenschaften nicht aufweist (vgl. kläg. act. 10). Die Beklagte bestreitet nicht, dass es in der neu



eingebrachten Beschichtung zu entsprechenden Mängeln kam, macht jedoch geltend, dass die letztlich eingetretenen Schäden allein auf den schlechten Untergrund zurückführen seien, für den aber nicht der Unternehmer, sondern der Bauherr einzustehen habe.

4.2. Werkmängel, die ihre Ursache darin haben, dass der vom Besteller gelieferte Werkstoff oder angewiesene Baugrund mangelhaft ist, sind grundsätzlich vom Besteller selbst verschuldet. Sie begründen demnach grundsätzlich keine Haftung des Unternehmers (Gauch, a.a.O., N 1979). Ausnahmsweise haftet der Unternehmer auch für solche Werkmängel, die ihre Ursache im mangelhaften Werkstoff oder Baugrund des Bestellers haben. Erkennt der Unternehmer die Mangelhaftigkeit des Werkstoffes oder Baugrundes, den der Besteller liefert oder angewiesen hat, so ist er nach Art. 365 Abs. 3 OR verpflichtet, dem Besteller ohne Verzug davon Anzeige zu machen (Gauch, a.a.O., N 1986). Dies wird der Beklagten nicht vorgeworfen. Vielmehr macht der Kläger geltend, die Beklagte hätte die Mangelhaftigkeit des Untergrundes nicht erkannt, obwohl sie diese hätte erkennen müssen (vgl. Gauch, a.a.O., N 1993). Es bleibt somit abzuklären, ob die Beklagte die Mangelhaftigkeit hätte erkennen müssen. Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden: Die Mangelhaftigkeit ist offensichtlich, d.h. sie ist für den Unternehmer mit dem von ihm zu erwartenden Sachverstand ohne weiteres, d.h. ohne besondere Prüfung des Werkstoffes oder Baugrundes, erkennbar. Diese Mangelhaftigkeit muss der Unternehmer erkennen. Oder die Mangelhaftigkeit ist nicht offensichtlich. Sie muss vom Unternehmer unter einer zweifachen Voraussetzung erkannt werden: Erstens wenn der Unternehmer verpflichtet ist, den Werkstoff oder Baugrund auf seine Eignung hin zu prüfen, und wenn zweitens der vom Unternehmer zu erwartende Sachverstand ausreicht, um die Mangelhaftigkeit des sorgfältig geprüften Werkstoffes oder Baugrundes zu erkennen (Gauch, a.a.O., NN 1995 - 1999).

Betreffend Prüfungspflicht des Unternehmers gilt als Grundsatz, dass er den vom Besteller gelieferten Werkstoff oder angewiesenen Baugrund auf seine Eignung hin zu untersuchen hat. Diese Prüfungspflicht fließt aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Unternehmers. Sie reicht ihrem Umfang nach nur soweit, als sie dem Unternehmer zumutbar ist. Unzumutbar sind dem Unternehmer z.B. komplizierte und kostspielige (etwa chemische oder mechanische) Bodenuntersuchungen, es sei denn, der Vertrag sehe etwas anderes vor.



4.3. Gemäss der Offerte vom 9. Oktober 1995 (kläg. act. 2) gehörte die Vorbehandlung des Untergrundes sowie dessen Grundierung zum Werkumfang. Dies wurde in der Auftragsbestätigung nochmals festgehalten (vgl. kläg. act. 3). Demnach war die Beklagte verpflichtet, den Untergrund derart "zu preparieren", dass er den Anforderungen für eine korrekte Beschichtung entsprach. Aufgrund der Gerichtsexpertise steht fest, dass an der alten Beschichtung keinerlei Spuren einer Vorbereitung der Oberfläche, wie z.B. durch Schleifen, festgestellt werden konnten. Die Feststellungen der Gutachter weisen sogar darauf hin, dass die bestehende Oberfläche nicht einmal ausgiebig gereinigt wurde (vgl. kläg. act. 10, S. 11/12). Es ist davon auszugehen, dass die Beklagte, wäre sie ihrer vertraglichen Verpflichtung zur Vorbehandlung der Oberfläche mittels Schleifen nachgekommen, die Mangelhaftigkeit des Untergrundes hätte erkennen können. Indem sie jedoch die Vorbereitung der Oberfläche gänzlich unterlassen hat, und damit ihrer vertraglichen Verpflichtung nicht nachgekommen ist, hat sie in pflichtwidriger Weise die Mangelhaftigkeit des Untergrundes nicht erkannt und kann sich bereits aus diesem Grunde nicht von ihrer Haftung für die aufgetretenen Mängel befreien.

Zudem ist zu beachten, dass der Unternehmer, der eine bestimmte Sanierungsvariante vorschlägt, für die Tauglichkeit der von ihm vorgeschlagenen Ausführung verantwortlich ist. Zur Tauglichkeit gehört auch, dass der vom Unternehmer gelieferte Werkstoff auf den vom Besteller zur Verfügung gestellten Untergrund überhaupt anwendbar ist. Der Unternehmer schuldet nicht nur eine Arbeitsleistung, sondern darüber hinaus einen Erfolg. Im Erfolg der Arbeit besteht das geschuldete Werk. Dieses hat der Unternehmer mit den vertraglich geforderten (vereinbarten und vorausgesetzten) Eigenschaften herzustellen und abzuliefern, wofür er nach den Bestimmungen über die Mängelhaftung einstehen muss (vgl. Gauch, a.a.O., NN 18, 19). Im vorliegenden Fall gehört zur Erfolgsbezogenheit der Leistung der Beklagten auch, dass die von ihr vorgeschlagene Applikation sich auf den bestehenden Untergrund anwenden lässt. Sie schuldet somit nicht bloss das Einbringen einer neuen Kunstharzbeschichtung, sondern gerade auch eine korrekte Verbindung mit dem Untergrund. Damit sie ihre vertraglich geschuldete Leistung erbringen konnte, musste die Beklagte demnach den Untergrund einer entsprechenden Prüfung unterziehen.



Entgegen der Ansicht der Beklagten war für die Beurteilung des Untergrundes keine aufwändige labortechnische Untersuchung, wie sie die Gutachter vorgenommen haben, notwendig. Auf die Frage, ob es vor der ersten Beschichtung im Herbst 1995 für einen ausstehenden Dritten möglich gewesen sei, die qualitativen Eigenschaften des zur Diskussion stehenden Untergrundes von aussen zu erkennen, erklärte der Experte Ha (kläg. act. 10 S. 11 Antwort zu Frage 3):

"Von "ausen" betrachtet, d.h. nur visuell konnten die qualitativen Eigenschaften des Untergrundes nicht beurteilt werden. Eine Beurteilung der Oberfläche darf auf keinen Fall nur visuell erfolgen. Zumindest sind Schlag- und Kratzprüfungen erforderlich. Bei älteren Untergründen müssen die Oberflächenschichten durch Öffnen des Mörtels begutachtet werden. Es ist die Pflicht des Unternehmers, den Untergrund auf seine Tauglichkeit zur Aufnahme von Folgeschichten zu prüfen."

Bei der Würdigung dieser Aussage des Experten ist zu beachten, dass die Beklagte gemäss ihrer Auftragsbestätigung drei Schichten aufzutragen hatte, und zwar eine Deckschicht besandet, eine Deckschicht unbesandet sowie eine Schicht aus Glasfaserkunststoff (kläg. act. 3). Diese Terrassenbeschichtung war auf den bestehenden Untergrund aus zementgebundenen Mörtel aufzutragen (kläg. act. 10 S. 10). Weiter ist zu berücksichtigen, dass das Restaurant eine alte (Ostseite) sowie eine neue Terrasse (Südseite) aufweist, welche sich in Bezug auf den Schichtenaufbau unterscheiden. So war bei der alten Terrasse, verglichen mit der neuen Terrasse, zusätzlich eine kunstharzgebundene Mörtelschicht von ca. 10 bis 15 mm Dicke vorhanden (kläg. act. 10 S. 6). Sowohl bei der neuen als auch bei der alten Terrasse war es für die Beklage zumutbar, den zementgebundenen Mörtel zu öffnen und den Untergrund zu begutachten; bei der alten Terrasse war für die Schlag- und Kratzprüfungen lediglich noch die erwähnte zusätzliche kunstharzgebundene Mörtelschicht von ca. 1 cm Dicke zu öffnen. Aus der Aussage des Experten ist zu schliessen, dass die Beklagte - Fachmann für Unterlagsböden -, hätte sie die vom Experten als erforderlich bezeichneten Prüfungen vorgenommen, die Untauglichkeit des Untergrundes hätte erkennen können. Gemäss dem Experten weist der Mörtel eine zu hohe Porosität auf, er ist zu wenig fest (kläg. act. 10 S. 10).



4.4. Demnach steht fest, dass die Beklagte für die bei der von ihr aufgetragenen Beschichtung eingetretenen Mängel einzustehen hat, weil sie es einerseits pflichtwidrig unterliess, den Untergrund auf die zur Ausführung der Beschichtungsarbeiten vorausgesetzte Tauglichkeit hin zu überprüfen, wobei bereits eine einfache Kratz- und Schlagprüfung ausgereicht hätte, die Mangelhaftigkeit zu erkennen. Andererseits ist sie diesbezüglich sogar ihren werkvertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen.

### 5. Wandelungsrecht

Die Vorinstanz bejahte das Wandelungsrecht des Klägers. Dem gegenüber stellt die Beklagte dieses Recht zur Wandelung in Abrede. Zunächst seien gar keine Nachbesserungsarbeiten erfolgt, womit die Beklagte sich diesbezüglich gar nie in Verzug habe befinden können. Sodann habe der Kläger nie die Wandelung erklärt. Weiter macht die Beklagte geltend, dass das Wandelungsrecht auch darum ausgeschlossen sei, weil der Kläger die Liegenschaft verkauft habe und dadurch ein allfälliges Wandelungsrecht verwirkt werde. Schliesslich habe der Kläger die Terrasse bis zu deren Sanierung im Jahre 2001 trotz der geltend gemachten Mängel während knapp fünf Jahren genutzt. Demnach sei der Entscheid der Vorinstanz, wonach das Werk zum Gebrauch überhaupt nicht taue, falsch und darüber hinaus durch nichts bewiesen. Sodann sei das Wandelungsrecht gestützt auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten ausgeschlossen worden (act. B/10, S. 12 ff.). Demgegenüber geht der Kläger von einem unbrauchbaren Werk aus, da alle Nachbesserungsversuche sich vorliegend als nutzlos erwiesen hätten. Damit sei er berechtigt gewesen, direkt Wandelung geltend zu machen. Unter Hinweis auf die Erwägungen der Vorinstanz hätten sich die Diskussionen betreffend rechtzeitiger Ausübung der Wandelung spätestens mit Einreichen des Vermittlungsbegehrens bzw. mit Klageausübung erübrigt (vgl. act. B/14, S. 16 ff.).

5.1. Art. 368 OR regelt die verschiedenen Rechte, die den Besteller zu Abwehr von Werkmängeln zukommen: Wandelung, Minderung, Nachbesserung und Schadenersatz. Bei den drei spezifischen Mängelrechten Wandelung, Minderung und Nachbesserung handelt es sich um Gestaltungsrechte. Die entsprechenden Erklärungen des Bestellers sind demzufolge unwiderruflich; sie dürfen keine Bedingungen enthalten, deren Eintritt der Unternehmer nicht selbst beeinflussen kann.



Die Erklärungen wirken unmittelbar, es bedarf keiner Vollstreckung. Als Gestaltungsrechte werden sie durch einseitige, empfangsbedürftige, ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärungen ausgeübt. Einverständnis des Unternehmers ist nicht erforderlich. Die Ausübung ist nicht formgebunden (Zindel/Pulver, a.a.O., N 1 und N 12 zu Art. 368 OR).

Wandelung setzt voraus, dass die Werkmängel so erheblich sind, dass das Werk für den Besteller unbrauchbar ist oder dass ihn die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann (Art. 368 Abs. 1 OR). Beim Kriterium der Unbrauchbarkeit als Voraussetzung für eine Wandelung ist nicht von einer absoluten Unbrauchbarkeit auszugehen, sondern es genügt auch eine "Untauglichkeit nur für den beabsichtigten oder vertraglich vorausgesetzten Gebrauch". Entscheidend ist daher die relative, am konkreten Vertragsinhalt orientierte Unbrauchbarkeit (Zindel/Pulver, a.a.O., NN 14 ff., insbesondere NN 16 und 17, zu Art. 368 OR). An der einmal getroffenen und dem Unternehmer mitgeteilten Wahl ist der Besteller gebunden. Allerdings lebt sein Wahlrecht wieder auf, wenn er sich für das Nachbesserungsrecht entschieden hat und vom Unternehmer ein verbessertes Werk abgeliefert erhält, das erneut Mängel aufweist (Gauch, a.a.O., N 1846). Dies setzt voraus, dass der Besteller das nachgebesserte Werk geprüft und die verbleibenden oder neuen Mängel rechtzeitig gerügt hat (Zindel/Pulver, a.a.O., N 64 zu Art. 368 OR). Das Gleiche gilt, wenn der Besteller Nachbesserung verlangt hat und der Unternehmer mit der Erfüllung seiner Nachbesserungsschuld in Verzug gerät (Gauch, a.a.O., N 1843).

5.2. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass der Kläger ursprünglich Nachbesserung verlangt hat und damit grundsätzlich an diese Wahl gebunden war. Die Behauptung der Beklagten, es hätte gar keine Nachbesserung stattgefunden, widerspricht den eigenen Unterlagen. Sie erbrachte nach eigenen Angaben im Sommer 1997 sowie im Frühjahr 1998 Garantieleistungen, die sie nicht in Rechnung stellte. Damit steht nicht nur aufgrund der Aussage des Zeugen K fest, dass trotz erfolgter Reparaturen immer wieder neue Mängel aufgetreten sind. Im Gutachten halten die Experten Fa und Ha darüber hinaus fest, dass sich die Mängelfreiheit des von der Beklagten erstellten Werkes durch blosser Nachbesserung gar nicht mehr erreichen lässt, vielmehr müsste die gesamte Terrasse bis und mit Abdichtung erneuert werden (kläg. act. 10 S. 13). Dies blieb von Seiten der Beklagten unbestritten. Für den Fall,



dass sich herausstellt, dass der Mangel sich nicht vollständig oder sonst nicht vertragsgemäss beheben lässt, so kann der Besteller erneut zwischen Wandelung, Minderung und Nachbesserung wählen, soweit die Voraussetzungen der einzelnen Mängelrechte gegeben sind (Gauch, a.a.O., N 1846, unter Hinweis auf BGE 109 II 42). Die Frage, ob die Beklagte sich mit ihrer Nachbesserungsschuld in Verzug befand, kann somit offen bleiben. Immerhin war es für den Kläger aufgrund der gerichtlich angeordneten Expertise ersichtlich, dass eine Nachbesserung nicht zum Ziel eines mängelfreien Werkes führen würde. Dies war eine neue Erkenntnis für den Kläger, ging er doch bis dahin von einem nachbesserungsfähigen Werk aus. Die Expertise wurde dem Rechtsvertreter des Klägers mit Schreiben vom 21. Juli 2000 zugestellt (vgl. kläg. act. 15.1). Mit Schreiben vom 27. Juli 2000 erhob der Kläger über seinen Rechtsvertreter gestützt auf die Expertise erneut Mängelrüge (kläg. act. 12). In Bezug auf diese Mängelrüge behauptet die Beklagte weder, sie sei verspätet erfolgt noch sie sei inhaltlich unzulänglich. Auch stellt die Beklagte diesbezüglich die Mangelhaftigkeit des Werkes nicht in Frage (betreffend Verantwortung vgl. Ziff. 4. vorstehend). Da der Besteller nicht verpflichtet ist, die Wahlerklärung betreffend Mängelrechte bereits mit der Mängelrüge auszuüben, sondern das Minderungs- oder Wandelungsrecht sogar erst im Prozess geltend gemacht werden kann (vgl. Gauch, a.a.O., NN 1580 und 1654), so ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass im vorliegenden Fall der Kläger die Wandelung spätestens mit dem Vermittlungsbegehren, wonach er den seinerzeit bezahlten Werklohn zurückforderte, geltend machte.

Zu prüfen bleibt indes, ob die weitere Voraussetzung für das Wandelungsrecht, nämlich die Unbrauchbarkeit des Werkes, gegeben ist. Vorliegend ist davon auszugehen, dass der Kläger seine Terrasse nicht einfach mit einer neuen Beschichtung versehen wollte, sondern es primär darum ging, die Terrasse gegen Wasserinfiltration abzudichten und die Terrasse auch weiterhin für die Bewirtung seiner Gäste nutzen zu können (vgl. act. 1 S. 9). Dies blieb von Seiten der Beklagten sowohl im erstinstanzlichen als auch im Berufungsverfahren unbestritten. Aufgrund der im Recht liegenden Gutachten (kläg. act. 7 und 10) erfüllt die von der Beklagten angebrachte Beschichtung die Erfordernisse einer Abdichtung in keiner Art und Weise. Auch durch eine Nachbesserung seitens der Beklagten könnte der Zweck der Beschichtung nicht erreicht werden (vgl. kläg. act. 10, S. 13). Damit erweist sich jedoch das von der Beklagten erbrachte Werk für den beabsichtigten Zweck einer Abdichtung



als vollständig unbrauchbar. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Kläger die Terrasse nach wie vor für seine Gäste nutzen konnte. Der vom Kläger verlangte Überzug musste neben den Abdichtungseigenschaften auch einer Belastung durch die Gäste des Restaurationsbetriebes standhalten können. Dies war jedoch nur eine zusätzliche Bedingung zum Hauptzweck der Beschichtung, nämlich der Abdichtung der Terrasse gegen Wasserinfiltrationen. Dem im Vertrag angestrebten Hauptzweck vermochte das von der Beklagte erbrachte Werk somit überhaupt nicht zu erfüllen, weshalb es als unbrauchbar zu bezeichnen ist.

Weiter setzt die Wandelung voraus, dass das abgelieferte Werk definitiv unbrauchbar ist, weil sich der Werkmangel nicht beheben lässt, was vorliegend zutrifft (vgl. Gauch, a.a.O., N 1568).

Da sich vorliegend das Wandelungsrecht nicht aus einem Verzug der Beklagten betreffend Nachbesserungsarbeiten ergibt, sondern aufgrund der Unmöglichkeit der Nachbesserung, bedarf es keiner Nachfristansetzung i.S.v. Art. 107 OR (vgl. Zindel/Pulver, a.a.O., N 20 zu Art. 368 OR).

5.3. Weiter macht die Beklagte geltend, dass ein Recht auf Wandelung nicht entstehen könne, weil es sich um ein Werk handle, das auf dem Grund und Boden des Bestellers errichtet worden sei. Gemäss Art. 368 Abs. 3 OR sei in solchen Fällen die Wandelung ausgeschlossen, wenn sich das Werk seiner Natur nach nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernen lasse. Unter Verweis auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz sind aber die mit der Entfernung eines Werkes verbundenen Nachteile jedenfalls dann nicht unverhältnismässig, wenn es sich um ein Werk handelt, das zum vorgesehenen Gebrauch überhaupt nicht taugt (vgl. Urteil, S. 19, mit weiteren Hinweisen). Wie bereits vorstehend ausgeführt, ist das von der Beklagten erstellte Werk für den vorgesehenen Zweck überhaupt nicht tauglich. Die Beschichtung wies trotz mehrerer Nachbesserungsarbeiten an verschiedenen Orten wieder Risse auf, es bildeten sich Blasen oder die Beschichtung löste sich teils vollflächig ab und bildete für die darunterliegenden Kellerräumlichkeiten keinen Nässeschutz mehr (vgl. kläg. act. 10, S. 5). Eine Nachbesserung ist nicht möglich, weshalb Art. 368 Abs. 3 OR dem geltend gemachten Wandlungsrecht nicht entgegengehalten werden kann (Gauch, a.a.O., N 1575).



5.4. Sodann wendet die Beklagte ein, ein Wandelungsrecht sei gemäss ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgeschlossen. Zunächst stellt sich die Frage, ob die Verkaufs- und Lieferbedingungen der Beklagten (vgl. bekl. act. 3) durch Übernahme Vertragsbestandteil geworden sind. Mit der Vorinstanz kann indes davon ausgegangen werden, dass diese Frage letztlich offen gelassen werden kann. Dies aus folgenden Gründen: Die ausdrücklich als "Verkaufs- und Lieferbedingungen" bezeichneten Allgemeinen Vertragsbestimmungen regeln die Lieferung von Waren, welche die Beklagte offenbar herstellt oder vertreibt. Die Verkaufs- und Lieferbedingungen sind auf Kaufverträge zugeschnitten. Es ist denn darin auch von "Käufer" und "Empfängern" die Rede. Auch die in Ziffer 9 der Verkaufs- und Lieferbedingungen geregelten sogenannten "Beanstandungen", gemeint Gewährleistungsansprüche, sind auf den Warenkauf zugeschnitten, wird doch bei Beanstandungen Ersatz, sei es durch Austausch, Ausbesserung oder Zurücknahme, angeboten. Mit der Vorinstanz ist deshalb davon auszugehen, dass diese Bedingungen höchstens auf die in Art. 365 Abs. 1 OR geregelte Gewährleistung für die von der Beklagten im Rahmen des Werkvertrages gelieferten Materialien Anwendung finden, nicht auch auf die in Art. 368 OR geregelte werkvertragliche Haftung. Der Kläger durfte und musste nach Treu und Glauben diese Bedingungen nicht anders verstehen. Deshalb können die "Verkaufs- und Lieferbedingungen" der Beklagten - wie die Vorinstanz zu Recht festhält - bestenfalls für die Gewährleistung nach Art. 365 Abs. 1 OR als vereinbart betrachtet werden, weshalb sie dem vom Kläger geltend gemachten Wandelungsanspruch nach Art. 368 Abs. 1 OR nicht entgegenstehen können (vgl. Urteil, S. 20).

5.5. Ferner behauptet die Beklagte, das Wandelungsrecht des Klägers sei verwirkt, indem er das Werk gebraucht habe, spätestens aber mit dem Verkauf der Liegenschaft.

Der Besteller verwirkt ein allfälliges Wandelungsrecht dadurch, dass er das Werk gebraucht, obwohl er um dessen Mangelhaftigkeit weiss. Die Verwirkungsfolge trifft deshalb ein, weil davon ausgegangen wird, dass eine spätere Wandelungserklärung im Widerspruch zum tatsächlichen Verhalten des Bestellers steht und deshalb treuwidrig sei (Gauch, a.a.O., N 1606). Vorliegend steht indes fest, dass der Gebrauch des Werkes durch den Kläger durchaus auch im Interesse der Beklagten war. Andernfalls hätte er die Terrasse für seinen Restaurationsbetrieb während mehreren Jahren nicht



benutzen können. Geht man sodann nach der allgemeinen Lebenserfahrung davon aus, dass ein Bergrestaurant vor allem bei schönem Wetter aufgesucht wird, so hätte das Nichtbenutzen der Terrasse wohl einen erheblichen Betriebsausfall zur Folge gehabt. Durch den Gebrauch verhinderte der Kläger weiteren Schaden (vgl. Gauch, a.a.O., N 1607). Sodann ist - wie die Vorinstanz zu Recht ausführt - nicht von einem treuwidrigen Verhalten des Klägers auszugehen, weil er die Terrasse nutzte, in der Meinung, die Beklagte werde durch Nachbesserung ihren vertraglichen Verpflichtungen doch noch nachkommen. Erst als sich herausstellte, dass eine Nachbesserung gar nicht möglich war, machte der Kläger Wandelung geltend. Demnach ist der der Wandelung vorausgehende Gebrauch des Werkes nicht als widersprüchliches und daher treuwidriges bzw. rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers zu betrachten. Der Gebrauch der Sache kann deshalb dem später geltend gemachten Anspruch auf Wandelung nicht entgegengehalten werden. Zudem schliesst der Gebrauch der Terrasse für die Gäste die Untauglichkeit des Werkes im vorliegenden Fall nicht aus: Das Werk war und blieb undicht.

5.6. Grundsätzlich trifft es zwar zu, dass bei Veräusserung oder Umgestaltung des Werkes durch den Besteller das Wandelungsrecht verwirkt. Diese Rechtsfolge ergibt sich nicht aus dem Werkvertragsrecht, sondern aus einer sinngemässen Anwendung von Art. 207 Abs. 3 OR, also einer für den Kaufvertrag aufgestellten Regelung. Der Grund für die sinngemässe Anwendung dieser Bestimmung liegt im Unvermögen des Bestellers, das "veräusserte" Werk an den Unternehmer zurückzugeben (Gauch, a.a.O., N 1600). Zutreffend hält demnach die Vorinstanz fest, dass Art. 207 Abs. 3 OR dann nicht sinngemäss Anwendung findet, wenn das Werk infolge seiner Mängel bereits untergegangen ist. Diesfalls bleibt der Wandelungsanspruch bestehen, weil das Werk nicht mehr zurückgegeben werden kann (vgl. Urteil, S. 22, unter Hinweis auf Gautschi, Berner Kommentar, N 13e zu Art. 368 OR). Die vor der Wandelung entstandene, vom Unternehmer zu verantwortende Unmöglichkeit für den Besteller, die Rückgabepflicht zu erfüllen, lässt das Recht auf Wandelung bestehen. Im vorliegenden Fall steht fest, dass das von der Beklagten erstellte Werk zum Gebrauch untauglich war. Gemäss dem Gutachten der Experten Fa und Ha (kläg. act. 10) liesse sich eine Instandstellung nur erreichen, wenn die von der Beklagten erstellte Beschichtung vollumfänglich entfernt und durch eine neue Beschichtung ersetzt würde. Im Zeitpunkt des Verkaufes der Liegenschaft ist deshalb das von der Beklagten erstellte Werk infolge der Werkmängel



als untergegangen zu betrachten. Es trifft auch zu, dass der Kläger der Beklagten mit der wieder entfernten Beschichtung nur noch Müll hätte zurückgeben können, den die Beklagte hätte entsorgen müssen. Es kann vollumfänglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz (vgl. Urteil, S. 22) verwiesen werden. Eine Verwirkung des Wandelungsanspruches bei Veräusserung des Werkes wird nur deshalb - unter sinngemässer Anwendung einer werkvertragsfremden Bestimmung - angenommen, weil diesfalls die vorgesehene Rechtsfolge der Wandelung, nämlich Rückabwicklung der bereits erfolgten Leistungen, unmöglich geworden ist. Steht im Zeitpunkt der Veräusserung fest, dass das Werk infolge vom Unternehmer zu verantwortenden Untergangs gar nicht mehr zurückgegeben werden kann, kann die Veräusserung keinen Einfluss auf den Wandelungsanspruch haben. Dies gilt umso mehr, wenn wie im vorliegenden Fall das mitveräusserte Werk lediglich ein (untergeordneter) Werkteil einer Liegenschaft ist, mithin nicht ein separat übertragbares Werk darstellt. Unter diesen Umständen rechtfertigt sich die Verwirkungsfolge durch Veräusserung nicht.

5.7. Schliesslich behauptet die Beklagte, dass die Mängelrechte bzw. die sich daraus ergebenden Forderungen mit dem Verkauf der Liegenschaft an den Käufer abgetreten worden seien und der Kläger deshalb zur Geltendmachung von Mängelrechten nicht mehr aktiv legitimiert sein könne. Diesbezüglich kann auf die Erwägungen unter Ziffer 2 vorstehend verwiesen werden, wonach keine Abtretung dieser Rechte vorliegt.

5.8. Demnach steht zusammengefasst fest, dass der Wandelungsanspruch des Klägers zu Recht besteht.

## 6. Folgen der Wandelung

6.1. Die Vertragsaufhebung durch Wandelung bewirkt einerseits das Erlöschen der noch bestehenden gegenseitigen Forderungen der Vertragsparteien und andererseits das Entstehen von gegenseitigen Rückleistungspflichten im Rahmen der bereits vorgenommenen Leistungen. Der Unternehmer hat eine allenfalls bereits erhaltene Vergütung samt Zinsen und der Besteller das empfangene Werk samt inzwischen bezogenen Nutzen (abzüglich die für das Werk getätigten Verwendungen) zurückzuerstatten (Zindel/Pulver, a.a.O., N 25 zu Art. 368 OR).



6.2. Unbestrittenermassen hat der Kläger für die Werkleistungen der Beklagten Fr. 25'369.35 per 25. November 1995 bezahlt. Betreffend Zinsen wendet die Beklagte ein, dass - sofern der Wandelungsanspruch bejaht werden sollte, was vorliegend der Fall ist - die Zinsen erst mit der Erklärung der Wandelung geschuldet seien, da die Forderung erst in diesem Zeitpunkt fällig geworden sei (act. B/10, S. 13/14). Durch die Wandelung wird der Werkvertrag "ex tunc" aufgelöst. Durch die Rückabwicklung soll der vorvertragliche Zustand hergestellt werden (vgl. Gauch, a.a.O., NN 1531 ff., insbesondere N 1535). Der Besteller ist demnach so zu stellen, wie wenn er den Werklohn nie bezahlt hätte, d.h. der Unternehmer hat den gezahlten Werkpreis samt Zinsen zurückzuerstatten (vgl. Art. 208 Abs. 2 OR). Die Wandelungsforderung ist daher ab 25. November 1995 zu verzinsen. Die Zinshöhe von 5% ist unbestritten.

Wie vorstehend unter Ziffer 5.6. erwähnt, ist das Werk durch die Mängel als untergegangen zu betrachten, wobei die Beklagte für diesen Untergang einzustehen hat. Deshalb bestehen gegenüber der Beklagten keine Rückleistungspflichten des Klägers mehr.

6.3. Weiter macht der Kläger als Mangelfolgeschaden die Kosten im Zusammenhang mit der vorsorglichen Beweisaufnahme durch das Bezirksgericht geltend (Klage S. 2 und 10; kläg. act. 13 bis 16). Diesbezüglich wendet die Beklagte ein, diese Forderungen seien durch Ablauf der einjährigen Frist verjährt. Darüber hinaus sei in ihren Allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen der Ersatz eines Mangelfolgeschadens ("jeder weitere Schadenersatzanspruch ..."; vgl. bekl. act. 3) ausgeschlossen. In quantitativer Hinsicht blieben die Forderungen des Klägers indes unbestritten.

Den Antrag des Klägers auf Anordnung einer vorsorglichen Expertise hiess der Präsident des Bezirksgerichts mit Verfügung vom 30. Juli 1999 gut (kläg. act. 9). Nachdem die Experten am 10. Juli 2000 ihren Bericht erstattet hatten (kläg. act. 10), wurde das Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisabnahme am 21. Juli 2000 als abgeschlossen erklärt (kläg. act. 15.1). Die Gerichts- und Expertisekosten beliefen sich auf Fr. 5'995.15 (Klage S. 10; kläg. act. 13 bis 15). Am 10. Juli 2003 stellte Rechtsanwalt Aa dem Kläger ferner die Kostennote über Fr. 2'105.85 für seine bisherigen Bemühungen zu (kläg. act. 16). Da der Kläger am 28. Dezember 2004 an



das Vermittleramt gelangte (kläg. act. 1) und am 21. März 2005 die Klage bei der Vorinstanz einreichte, handelt es sich bei den erwähnten Gerichts-, Expertise- und Anwaltskosten um ausserprozessuale oder vorprozessuale Kosten. Vorprozessuale Kosten weisen Prozesscharakter auf. Sie sind in Bezug auf die Vorbereitung oder auch die versuchte Verhinderung des Prozesses notwendig oder doch nützlich und angemessen und stellen eine adäquat kausale Folge des schliesslich zum Prozess führenden Ereignisses dar (werner c. weber, Die Prozessentschädigung mit besonderem Bezug auf ihre Ausgestaltung im zürcherischen Zivilprozess, S. 115; leuenberger/uffer-tobler, a.a.O., N 2d zu Art. 263 ZPO). Die strittigen Vertretungskosten sind in diesem Sinne als vorprozessuale Anwaltskosten und die erwähnten Gerichts- und Expertisekosten als Barauslagen zu qualifizieren. Vorprozessuale Auslagen und Bemühungen sind gemäss st. gallischem Prozessrecht nach den allgemeinen zivilprozessrechtlichen Entschädigungsregeln zu ersetzen (jakob ryner, Die Kostenregelung nach st. gallischem Zivilprozessrecht, S. 28; vgl. auch GVP 1988 Nr. 64 S. 131; roland hürlimann, Der Architekt als Experte, in: Gauch/Tercier [Hrsg.], Das Architektenrecht, N 1526). Da nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vorprozessuale Kosten nur als Schadensposition geltend gemacht werden können, soweit sie von der zuständigen Zivilprozessordnung nicht erfasst werden (BGE 4C. 195/2001 vom 12. März 2002 E.2 b bb; BGE 117 II 101 E. 5 = Praxis 1991 Nr. 163 E. 5), kann der Kläger diese Kosten nicht als Mangelfolgeschaden geltend machen. Diese Kosten sind damit bei der Parteientschädigung zu behandeln.

6.4. Schliesslich bringt die Beklagte vor, sie könne die Kosten für die Reparaturarbeiten gemäss Rechnungen vom 14. Juli 1997 und 16. September 1997 (kläg. act. 5 und 6) zur Verrechnung bringen. Bei diesen Reparaturarbeiten handle es sich nicht um unentgeltliche Nachbesserungs- bzw. Garantiewerkeleistungen, sondern um zusätzlich offerierte Werkleistungen (vgl. bekl. act. 2). Die Vorinstanz habe es unterlassen, die erwähnten Rechnungen entsprechend zu berücksichtigen (vgl. act. B/10, S. 16). Der Kläger wendet diesbezüglich ein, es handle sich hierbei nicht um zusätzliche Werkleistungen, sondern auch bei den Reparaturarbeiten um eigentliche Garantiewerkeleistungen, die nicht zu entschädigen seien (act. B/14, S. 22).

Zu den von der Beklagten geltend gemachten Rechnungsforderungen ist zunächst zu bemerken, dass die Beklagte es betreffend Substanziierung der behaupteten



Gegenforderungen beim Hinweis auf die beiden erwähnten Rechnungen sowie Offerte bewenden lässt. Die Frage, ob die Beklagte damit ihrer Substanziierungspflicht nachgekommen ist, kann jedoch offen gelassen werden. Weder Offerte noch Rechnungen taugen als Beweis für die behaupteten Verrechnungsforderungen. Weder aus der Offerte noch den beiden Rechnungen (wobei diejenige vom 16. September 1997 diejenige vom 14. Juli 1997 ersetzt) ist ersichtlich, ob die als sogenannte "Reparaturarbeiten" geltend gemachten Positionen nicht als Garantieleistungen, die unentgeltlich zu erbringen wären, zu qualifizieren sind. Dies jedenfalls behauptet der Kläger. Weitere Beweisanträge zu den Verrechnungsforderungen bringt die Beklagte keine vor. Die Tatsache, dass diese sogenannten Reparaturarbeiten vorgängig offeriert wurden, vermag daran nichts zu ändern. In jenem Zeitpunkt war die Beklagte offenbar der Ansicht, nur für einen Teil der Mängel verantwortlich zu sein, was sich in der Folge jedoch als unzutreffend erwies. Der Kläger, der stets davon ausging, die Beklagte sei für sämtliche aufgetretenen Mängel verantwortlich, bezahlte die Rechnungen denn auch nicht.

Mangels rechtsgenügendem Nachweis stehen der Beklagten demnach keine Forderungen, die sie zur Verrechnung bringen könnte, zu.

6.5. Im Ergebnis ist die Berufung somit abzuweisen, und die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger Fr. 25'369.35 nebst Zins zu 5% seit 25. November 1995 zu bezahlen. Da die Kosten im Zusammenhang mit der vorsorglichen Beweisaufnahme (Fr. 8'101.-) nicht als separate Klagepositionen zu behandeln, sondern bei der Parteientschädigung zu berücksichtigen sind, ergibt sich ein kleinerer Streitwert als von der Vorinstanz angenommen (Fr. 25'369.35 statt Fr. 33'470.35). Dies hat zur Folge, dass die Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren neu zu berechnen, und daher das erstinstanzliche Urteil aufzuheben ist.

-----