



Fall-Nr.:	BZ.2008.53
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	13.03.2009
Entscheiddatum:	13.03.2009

Entscheid Kantonsgericht, 13.03.2009

Art. 49 und Art. 50 GO (sGS 941.21); Art. 367 ff. OR (SR 220).

Aufbewahrungspflicht handschriftlicher Aufschriebe von Mitgliedern des Gerichts. Führen Richter oder Gerichtsschreiber anlässlich einer Verhandlung keine eigentlichen Protokolle, sondern handschriftliche Aufschriebe, so sind diese - im Gegensatz zu den handschriftlichen Aufzeichnungen von Beweisaufnahmen - nicht aufzubewahren. Das Verhandlungsprotokoll ist Bestandteil der Urteilsbegründung. Die Geltendmachung einer Verletzung von Protokollierungsvorschriften hat im Rechtsmittelverfahren zu erfolgen. Voraussetzungen der werkvertraglichen Mängelhaftung (Kantonsgericht St. Gallen, Präsident der III. Zivilkammer, 13. März 2009, BZ.2008.53).

Erwägungen

I.

1. Im Sommer/Herbst 2006 erteilte B [Beklagter] dem Gipsermeister A [Kläger] im Beisein des Architekten C den Auftrag, in seinem Haus Gipserarbeiten auszuführen; vereinbart wurde eine Entschädigung nach Aufwand (Regie) aufgrund vom Architekten kontrollierter Arbeitsrapporte (Klage, 3 Ziff. III/2; Klageantwort, 4 Ziff. III/1). Nach Abschluss der Arbeiten in den Wohn- und Büroräumen Ende November bezog B dieselben anfangs Dezember; die Arbeiten im Treppenhaus führte A im Dezember 2006 aus und beendete sie am 20. Dezember 2006 (Klage, Ziff. III/3; unbestritten).

Am 5. Dezember 2006 stellte A gestützt auf elf von C unterzeichnete Rapporte Fr. 24'819.70 bzw. Fr. 4'883.50 in Rechnung (kläg. act. 1 - 3). In der Folge leistete B zwei



Zahlungen von Fr. 14'819.70 bzw. Fr. 2'483.50; den Restbetrag von Fr. 12'400.- (29'703.20 [24'819.70 + 4'883.50] ./ 17'303.20 [14'819.70 + 2'483.50]) bezahlte er nicht; Ende März 2007 hinterlegte er indessen beim Kreisgericht - als Ersatz für ein inzwischen vorläufig eingetragenes Bauhandwerkerpfandrecht - eine Sicherheit von Fr. 15'500.-.

2. Nach erfolglosem Vermittlungsverfahren klagte A am 11. Oktober 2007 auf Zahlung von Fr. 12'400.- nebst Zins sowie auf Freigabe der Sicherheit. B trug mit Antwort vom 28. Januar 2008 auf Abweisung der Klage an und verlangte widerklageweise den ordentlichen Abschluss der Arbeiten bzw. Mängelbehebung, eventualiter die Ermächtigung, die Arbeiten/Mängelbehebungen zu Lasten des Klägers durch einen Dritten ausführen zu lassen. In seiner Antwort vom 11. Februar 2008 schloss der Kläger auf Abweisung der Widerklage. Der vom Kläger in den Streit gerufene C beteiligte sich nicht am Verfahren.

Nach durchgeführter Verhandlung fällte der Präsident des Kreisgerichts am 30. April 2008 folgenden Entscheid:

" 1. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 12'400.- nebst 5% Zins seit 17. Februar 2007 zu bezahlen

2. Die Widerklage wird abgewiesen.

3. Die Gerichtskosten von Fr. 1'800.- hat der Beklagte zu bezahlen, unter Gutschrift der vom Kläger bezahlten Einschreibgebühr von Fr. 500.-.

4. Der Beklagte hat den Kläger mit Fr. 5'446.60 (inkl. Pfandrechtsverfahren und Rückerstattung der Einschreibgebühr) zu entschädigen.

5. Der beim Kreisgericht hinterlegte Betrag von Fr. 15'500.- ist dem Kläger nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils, in Verrechnung mit der Forderung und den Parteikosten, unbeschwert herauszugeben."



3. Gegen dieses Urteil (versandt am 30.07.2008) erhob der Kläger mit Eingabe vom 14. September 2008 (Poststempel: 15.09.2008) Berufung beim Kantonsgericht mit dem Begehren, der Entscheid sei aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Beweisverfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Mit Antwort vom 20. Oktober 2008 stellte der Beklagte den Antrag auf Abweisung der Berufung. Am 26. Februar 2009 wurden zwei vom Beklagten angerufene Zeugen befragt, deren Aussagen von den Parteien in der Folge unmittelbar im Anschluss an die Beweisaufnahme gewürdigt wurden. Bei dieser Gelegenheit stellte der Beklagte auch einen Sistierungsantrag.

Auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil, das Ergebnis des Beweisverfahrens und die zur Begründung ihrer Standpunkte gemachten Ausführungen der Parteien wird, soweit notwendig, im Folgenden eingegangen.

II.

1. Zur Begründung seines Sistierungsantrags führte der Beklagte aus, dass gegen den Widerbeklagten ein Verfahren bei der Anklagekammer des Kantons St. Gallen hängig sei. Dabei handle es sich um eine Beschwerde seinerseits gegen eine Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit einer Urkundenfälschung des Widerbeklagten; es gelte, den Entscheid der Anklagekammer abzuwarten.

Art. 62 ZPO sieht vor, dass der Richter den Prozess sistiert, wenn das Gesetz es vorschreibt oder das Urteil von der Entscheidung in einem anderen Verfahren abhängt (Abs. 1). Ferner kann der Richter den Prozess sistieren, wenn beide Parteien es beantragen oder wenn es aus wichtigen Gründen geboten scheint (Abs. 2). Im vorliegenden Fall ist eine Abhängigkeit von einer Entscheidung im Verfahren vor der Anklagekammer resp. von einem - im Falle einer allfälligen Gutheissung der Beschwerde und Fortsetzung des Untersuchungsverfahrens ergehenden - Strafurteil nicht ersichtlich und wird denn auch nicht substantiiert dargetan. Ein zwingender Sistierungsgrund liegt nicht vor (Art. 62 Abs. 1 lit. b ZPO; vgl. Leuenberger/Uffer-



Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 3b zu Art. 62), ebensowenig ein gemeinsamer Antrag der Parteien. Eine richterliche Einstellung aus wichtigen Gründen schliesslich erscheint auch nicht als geboten (vgl. dazu Art. 53 OR).

Der Sistierungsantrag ist daher abzuweisen.

2. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Prozessvoraussetzungen (Art. 79 ZPO) ergibt, dass diese erfüllt sind (Art. 224 Abs. 1 lit. a, 225 und 229 ZPO; GVP 2007 Nr.63). Auf die Berufung ist einzutreten.

Der Beklagte und Widerkläger beschränkt sich in seinem Berufungsbegehren auf einen Rückweisungsantrag (wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs und Nichtzulassung zum Beweis). Sind diese Rügen begründet, so kann die Berufungsinstanz die Angelegenheit zurückweisen, muss aber nicht (Art. 227 Abs. 3 ZPO), denn bei der Berufung handelt es sich grundsätzlich um ein reformatorisches Rechtsmittel. Im Fall, dass dem Rückweisungsantrag nicht gefolgt wird, ist davon auszugehen, dass der Berufungskläger an seinen vor erster Instanz gestellten Rechtsbegehren festhält. Das entbindet ihn jedoch nicht davon, sich in der Berufungsschrift mit dem angefochtenen Urteil in allen Teilen auch in der Sache auseinanderzusetzen und allfällige Noven vorzubringen (Art. 227 Abs. 2 ZPO); eine weitere Eingabe, insbesondere das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel für den Fall, dass dem Rückweisungsantrag nicht stattgegeben wird, ist vorbehalten Art. 164 ZPO ausgeschlossen.

3. Der Kläger bringt vor, an der Verhandlung hätten "sowohl der Gerichtspräsident als auch der Gerichtsschreiber selbst je ein Protokoll geführt", und er hält sich darüber auf, dass ihm diese "Protokolle" trotz Verlangen nicht zur Verfügung gestellt worden seien; damit sei sein Akteneinsichtsrecht verletzt worden (Berufung, 3 Ziff. III/1).

a) Dem ist nicht so. Der Gerichtspräsident und der Gerichtsschreiber haben anlässlich der Verhandlung keine eigentlichen Protokolle geführt, sondern handschriftliche Aufschriebe gemacht; diese sind - im Gegensatz zu den handschriftlichen Aufzeichnungen von Beweisaufnahmen (Art. 49 Abs. 1 GO) - nicht aufzubewahren. Es kommt ihnen lediglich die Bedeutung von nicht als Gerichtsakten



anzulegenden aides-mémoires zu (vgl. Ziff. 1.2.1 Abs. 3 der Weisung des Kantonsgerichts betreffend Aktenführung und Aktenordnung vom 15.01.1996; GVP 1995 Nr. 51). Zu den Akten zu legen sind demgegenüber allfällige als Hilfsmittel für die Protokollierung entgegengenommene Plädoyernotizen (Art. 50 Abs. 3 GO). Das Verhandlungsprotokoll aber ist Bestandteil der Urteilsbegründung (Art. 50 Abs. 1 und 2 GO; vgl. auch Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N 1b und c zu Art. 171 ZPO).

b) Diese prozessökonomische kantonale Regelung der Protokollierungspflicht und deren Anwendung hält im vorliegenden Fall vor den Gesetzen des Bundes ohne weiteres Stand (vgl. Art. 112 Abs. 1 BGG; früher Art. 51 Abs. 1 lit. b altOG; BGE 124 V 389 ff.). Will eine Partei geltend machen, die Protokollierungsvorschriften seien verletzt worden, so hat sie dies nicht wie andernorts in einem vorgeschobenen Protokollberichtigungsverfahren (z.B. § 141 ff., 154 Abs. 2 GVG/ZH), sondern im Rechtsmittelverfahren vorzubringen.

4. Der Beklagte macht von dieser Möglichkeit denn auch Gebrauch, indem er rügt, es fehle an der Protokollierung eines vom Gerichtsschreiber im Anschluss an die Verhandlung vorgenommenen Augenscheins; dieser habe einen vergessenen, zerbrochenen Lampenschirm zurückgebracht und sich dabei ausdrücklich nach den vom Beklagten gerügten Mängeln (Löcher und Risse) erkundigt. Dazu fällt was folgt in Betracht

Der Beklagte hat weder in der Klageantwort vom 28. Januar 2008 einen Augenschein beantragt, noch behauptet er, an der Verhandlung vom 30. April 2008 einen solchen Beweisantrag gestellt zu haben. Dass der Gerichtspräsident gleichwohl - mithin vom Amtes wegen (vgl. Art. 93 ZPO) - einen Augenschein beschlossen und mit dessen Durchführung, ohne Orientierung der Parteien, den dazu nicht befugten Gerichtsschreiber betraut habe, kann im Ernst nicht angenommen werden. Wenn dieser sich also anlässlich seines Besuchs zwecks Rückgabe des Lampenschirms nach Löchern und Rissen erkundigt haben sollte - dass er solche auch gesehen habe, behauptet der Kläger im Übrigen nicht -, so handelte es sich dabei nicht um eine Beweisaufnahme. Deshalb kann auch nicht gesagt werden, es bestünden "mangels gehöriger Ankündigung dieses Augenscheins, nicht korrekter Besetzung bzw. Teilnahme des Gerichtes sowie nicht erfolgter Protokollierung ... elementarste



Verfahrensmängel, welche das rechtliche Gehör verletzen" (so Berufung, 3 Ziff. III/1). Beizufügen bleibt, dass den Handnotizen des Gerichtspräsidenten und des Gerichtsschreibers, welche - soweit (wie hier) noch vorhanden - praxisgemäss zur Abklärung der Begründetheit von konkret erhobenen Rügen betreffend das Urteilsbestandteil bildende Verhandlungsprotokoll beigezogen werden, keinerlei Hinweise darauf zu entnehmen sind.

III.

Die Parteien sind sich - zutreffend - einig, einen Werkvertrag (Art. 363 ff. OR) abgeschlossen zu haben. Umstritten sind der Werklohn des Klägers sowie Sachleistungs- und Schadenersatzansprüche des Beklagten.

A Klage

Gegenstand der Klage bildet die restliche Werklohnforderung von Fr. 12'400.-. Der Beklagte bestreitet diese Forderung in verschiedener Hinsicht und hält ihr einredeweise Schadenersatzforderungen zur Verrechnung entgegen.

1. Bei der Werklohnforderung streitig sind der Stundenansatz, der Zeitaufwand sowie eine Rabattvereinbarung.
 - a) Der Kläger behauptet, es sei ein Regiestundenansatz von Fr. 78.- für ihn selber und ein solcher von Fr. 68.- für seinen Angestellten abgemacht worden. Der Beklagte bestreitet diese Darstellung mit dem Einwand, "mit dem bzw. über den Architekten" sei ein Stundenansatz von Fr. 68.- vereinbart worden. Der gemäss Art. 8 ZGB



beweispflichtige Kläger offeriert die Zeugenaussage des Architekten, der Beklagte Parteibefragungen zum Beweis (Klage, 3 Ziff. III/2; Klageantwort, 4 Ziff. III/1).

Von Parteibefragungen ist abzusehen; vom Kläger ist nicht zu erwarten, dass er eine von seiner Sachdarstellung abweichende Aussage machen würde, und der Beklagte war erklärermassen nicht dabei, als der Architekt als sein Stellvertreter die Abmachung getroffen hat. Auch auf die Zeugenaussage des Architekten kann verzichtet werden; nachdem dieser die, den Stundenansatz mit Fr. 68.- aufführenden Arbeitsrapporte unterzeichnet hat (kläg. act. 1), ist ohne weiteres anzunehmen, dass er die vom Kläger behauptete Vereinbarung bestätigen würde. Diese ist daher ohne Weiterungen als erwiesen anzunehmen. Vom Beklagten nicht als zu hoch beanstandet werden kann auch der vom Kläger verrechnete Ansatz von Fr. 50.- für Hilfsarbeiten, für welchen eine Vereinbarung nicht behauptet wird, weshalb er nach dem Wert der Arbeit zu bestimmen wäre und nach Durchführung eines Beweisverfahrens wohl eher höher ausfiele (Art. 374 OR; nach den Regieansätzen des Schweizerischen Maler- und Gipserunternehmerverbandes für das Jahr 2008 beträgt er Fr. 71.05 [kläg. act. 11]).

b) Der Kläger verweist zum in Rechnung gestellten Stundenaufwand auf die detaillierten elf Stundenrapporte (kläg. act. 1). Diese sind vom Architekten, der sie im Auftrag des Beklagten zu kontrollieren hatte (siehe oben Erw. I/1), unterzeichnet, als richtig befunden und damit auch im Namen des Beklagten anerkannt worden. Nachträglich in Frage stellen könnte dieser die ihm zuzurechnende Anerkennung (als rechtsgeschäftliche Willenserklärung) nur, wenn er bzw. der Architekt dabei einem Irrtum erlegen wäre, was indessen nicht behauptet wird. Eine Abnahme der vom Beklagten offerierten - zudem nicht genügend substantiierten - Gegenbeweise (Klageantwort, 4 ff. Ziff. III/3 - 5) erweist sich damit als entbehrlich.

c) Der Beklagte reklamiert, die Rechnung vom 8. Januar 2007 über Fr. 4'883.50 sei mangels Gewährung des vertraglich vereinbarten Rabatts von 5% überhöht (Klageantwort, 7 Ziff. III/6). Der Kläger hält dagegen, es sei bei der Vergabe der Arbeiten für das Treppenhaus kein Rabatt vereinbart worden (Plädoyernotizen, 3; vi-act. 18).



Beim Auftrag für das Treppenhaus handelte es sich - bei gebotener ganzheitlicher Betrachtung - nicht um einen separaten, sondern um einen erweiterten Auftrag ("vorerst war nur von einem Raum die Rede, doch wurde schliesslich das ganze Haus ausgehöhlt und der Kläger mit den Gipserarbeiten im ganzen Haus betraut"; so Klage, 3 Ziff. III/2). Unbestritten ist, dass anfänglich, d.h. für den grössten Teil der Arbeiten (fast 90% des Auftragsvolumens; vgl. die beiden Rechnungen [kläg. act. 2 und 3]) mündlich ein Rabatt von 5% vereinbart wurde. Wenn nun anlässlich der Erweiterung des Auftrags auf das Treppenhaus nichts anderweitiges abgemacht wurde - und davon ist auszugehen (der Kläger behauptet nämlich nicht, er habe dem Beklagten unmissverständlich zu verstehen gegeben, für den letzten Teil der Arbeiten keinen Rabatt mehr zu gewähren) - so durfte der Beklagte davon ausgehen, dass sich an den Konditionen nichts ändert, und der Kläger seinerseits musste mit einem entsprechenden Verständnis beim Beklagten rechnen. Damit ist von einer konkludent abgeschlossenen Weitergeltung der ursprünglichen Rabattvereinbarung auszugehen.

d) Nach dem Gesagten reduziert sich die klagegegenständliche restliche Werklohnforderung von Fr. 12'400.- um Fr. 244.20 (4'883.50 ./ 4'639.30 [4'538.55 ./ 5% Rabatt + 7,6% MwSt]; vgl. Rechnung vom 08.01.2007 [kläg. act. 3]) auf Fr. 12'155.80.

2. Der Beklagte hält der Werklohnforderung verrechnungsweise Schadenersatzansprüche über insgesamt Fr. 4'893.70 entgegen (Klageantwort, 6 f. Ziff. III/5), welche vom Kläger bestritten werden.

a) Für eine beschädigte Lampe im Treppenhaus verlangte der Beklagte einen Betrag von Fr. 200.-. Der Kläger räumt ein, die Lampe beschädigt zu haben, bestreitet indessen einen Schaden, weil ohnehin geplant gewesen sei, alle Lampen zu ersetzen (Widerklageantwort, 4 zu III/5). Die Vorinstanz folgte dieser Argumentation und sprach dem Beklagten keinen Ersatz zu, wogegen dieser in der Berufung vorbrachte, diese Mutmassung sei falsch, freilich ohne zu behaupten, den Einwand des Klägers vor erster Instanz bestritten zu haben (Berufung, 5 Ziff. III/5).

Schon darum ist der Entscheid des Vorderrichters nicht zu beanstanden (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Abgesehen davon hätte diese Position auch mangels Vorliegens eines



tauglichen Beweisantrags abgewiesen werden müssen: Die vom Beklagten offerierten Partei- und Zeugenbefragungen (Klageantwort, 6 f. Ziff. III/5) sind nicht geeignet, den behaupteten Schaden quantitativ zu belegen.

b) Einen Schaden von Fr. 200.- machte der Beklagte sodann für gehabten Aufwand mit der Entfernung des vom Kläger im Treppenhaus zurückgelassenen Floorliners geltend (Klageantwort, 6 f. Ziff. III/5).

Der Kläger hielt dagegen, der Floorliner (Abdeckflies zum Schutz des darunterliegenden Bodens) absichtlich zurückgelassen zu haben, damit der Plattenleger nicht seinerseits erneut einen solchen verlegen müsse. Damit habe er zusätzliche unnötige Kosten verhindert; zudem bleibe der Beklagte den Nachweis schuldig, dass ihm hier Kosten entstanden sind (Widerklageantwort, 5 zu III/5).

Die Vorinstanz wies auch diese Position ab, was vom Beklagten offenbar akzeptiert wurde, in der Berufung jedenfalls nicht gerügt wird, weshalb sich weitere Erörterungen dazu erübrigen.

c) Einen Schaden von Fr. 350.- machte der Beklagte für das vom Kläger unterlassene Entfernen von hartnäckig haftenden Klebebändern geltend (Klageantwort, 6 f. Ziff. III/5). Der Kläger wendete ein, der Beklagte habe ausdrücklich nicht gewollt, dass er diese Arbeit ausführe, sondern beabsichtigt, den Gebäudereiniger D zu beauftragen, was dieser als Zeuge bestätigen könne (Widerklageantwort, 4 zu Ziff. III/5).

Die Vorinstanz wies auch diese Position ab, was vom Beklagten offenbar ebenfalls akzeptiert wurde, in der Berufung jedenfalls nicht mehr gerügt wird, weshalb sich weitere Erörterungen dazu ebenso erübrigen.

d) Eine Forderung von Fr. 411.- macht der Beklagte unter dem Titel Schadenersatz für eine neu montierte Scheibe zum Besprechungszimmer geltend (Klageantwort, 6 f. III/5). Der Kläger bestritt; er wisse nichts davon (Widerklageantwort, 4 zu Ziff. III/5).

Die Vorinstanz wies diese quantitativ mit einer Rechnung (bekl. act. 3) belegte, an sich nachvollziehbare Forderung mangels Nachweises einer durch den Kläger verursachten Schädigung ab, was vom Beklagten wiederum akzeptiert wurde, in der Berufung



jedenfalls nicht mehr gerügt wird, sodass sich auch hier weitere Erörterungen erübrigen.

e) Schadenersatz im Betrag von Fr. 3'732.70 verlangt der Beklagte schliesslich für die Installation einer neuen Schliessanlage, welche notwendig geworden sei, weil der Kläger anfangs November 2006 einen ihm anvertrauten Hausschlüssel verloren habe (Klageantwort, 6 f. Ziff. III/5). Der Kläger bestritt, dass der - während der Bauzeit mit Wissen und Willen des Beklagten wochenlang an einem allen Handwerkern bekannten Ort deponierte - Schlüssel verloren ging. Jedenfalls habe er mit einem allfälligen Verschwinden des Schlüssels nichts zu tun (Widerklageantwort, 4 zu Ziff. III/5). Die Vorinstanz wies auch diese Forderung ab, da jeder Hinweis darauf fehle, dass gerade der Kläger diesen Schlüssel verloren haben soll und weshalb die ganze Schliessanlage habe ausgewechselt werden müssen (Urteil, 6 Erw. III e/dd).

In der Berufung rügt der Beklagte, dass keine der von ihm in diesem Zusammenhang angerufenen Zeugen angehört wurden (Berufung, 5 Ziff. III/6). Der Kläger geht in seiner Antwort auf diese Rüge nicht ein, hält die vorinstanzliche Beweiswürdigung gleichwohl für zutreffend und verstellt überdies zum Beweis, dass - was vom Beklagten freilich nicht bestritten wurde - nur ein einziger Schlüssel für alle Handwerker vorhanden war (Berufungsantwort, 4 zu III/6). Dazu fällt was folgt in Betracht:

Es trifft zu, dass der Beklagte für seine Sachdarstellung eine Parteibefragung sowie die Befragung von drei Zeugen beantragte (Klageantwort, 6 III/5). Die Behauptung ("des Weiteren verlor er anfangs November 2006 einen ihm anvertrauten Hausschlüssel ...") ist vor dem Hintergrund der unbestrittenen Darstellung des Klägers, dass der Schlüssel mit Wissen und Willen des Beklagten allen Handwerkern zur Verfügung stand, indessen zuwenig substantiiert - es fehlen jegliche konkreten Angaben darüber, welcher Zeuge wann was gesehen oder gehört haben soll -, als dass darüber Beweis erhoben werden könnte. Eine Beweisabnahme ist aber auch deshalb entbehrlich, weil den Kläger am Verlust des ihm übergebenen Schlüssels ohnehin kein Verschulden trifft: Er kann sich mit dem Hinweis darauf, dass der Schlüssel mit Wissen und Willen allen Handwerkern zur Verfügung stand - was selbstverständlich im Interesse vor allem des Beklagten als Bauherrn so gehandhabt wurde -, ohne weiteres exkulpiert (Art. 97 OR). Der Kläger ist schon aus diesem Grund nicht haftbar.



f) Damit erweisen sich sämtliche vom Beklagten einredeweise geltend gemachten Verrechnungsforderungen von insgesamt Fr. 4'993.70 als unbegründet.

3. Nach dem Gesagten ist die Klage auf Zahlung des restlichen Werklohns im Betrag von Fr. 12'155.80 gutzuheissen. Dies gilt unabhängig von der Beurteilung der widerklageweise geltend gemachten Sachleistungsansprüche, denn der Beklagte hat es unterlassen, die Einrede des nichterfüllten Vertrags zu erheben (Art. 82 OR; BGE 111 II 463 ff., 466 Erw. 3).

B Widerklage

Gegenstand der Widerklage bilden wie erwähnt Sachleistungsansprüche (vgl. Ziff. 2 des Rechtsbegehrens des Beklagten vor erster Instanz), deren Qualifikation von Bedeutung für die Frage ist, ob und allenfalls wann das Werk als abgeliefert/abgenommen gelten kann. Und dies wiederum ist entscheidend für die anzuwendenden Rechtsnormen, denn mit der Ablieferung/Abnahme endet die Phase der Vertragserfüllung und richtet sich die weitere Beurteilung der Bauleistungen nach den Regeln der Gewährleistung (Art. 367 ff. OR).

1. Der Widerkläger verlangt, der Widerbeklagte sei zu verpflichten, "die vertraglich vereinbarten Gipserarbeiten (insbesondere 0,5 mm Abrieb) ordentlich abzuschliessen bzw. die vorhandenen Mängel (Risse, Löcher, Abschlüsse zum Fussboden etc.) zu beheben" (Ziff. 2 des erstinstanzlichen Rechtsbegehrens). Zur Begründung führt er aus, der Widerbeklagte sei "während der Ausführung mehrfach auf verschiedene Details und die Feinausführungen angesprochen" worden, "insbesondere [auf] die mehrfach sowohl falsch (zu hoch oder zu tief) als auch zu gross ausgeschnitten[en] Schalter, Steckdosen, Sockelabschlüsse und mangelnden Feinabriebe". Aus diesen "Unterlassungssünden" des Klägers hätten sich "mehrere Risse gebildet, welche umgehend ... bemängelt worden" seien (Widerklage, 7 Ziff. III/7 und 8 Ziff. III/8).

a) Aufgrund dieser Ausführungen des Widerklägers ist davon auszugehen, dass, selbst wenn bereits in der Ausführungsphase "verschiedene Details und die Feinausführungen angesprochen" worden sein mögen, kein Fall von Art. 366 Abs. 2 OR



St.Galler Gerichte

vorliegt, denn der Widerbeklagte hat sämtliche vertraglich vereinbarten Arbeiten ausgeführt, das Werk demnach abgeliefert; die Ablieferung setzt nicht die Übergabe eines mängelfreien Werks voraus.

b) Mit dem Bezug der Wohn- und Büroräume anfangs Dezember 2006 hat der Widerkläger das Werk sodann zwar nicht schon genehmigt, wie der Widerbeklagte meint (Widerklageantwort, 5 zu Ziff. III/7), aber abgenommen (Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Rz 97 ff.), woran auch der Umstand nichts ändert, dass der Widerbeklagte angeblich zu einer ursprünglich vereinbarten Werkabnahme "nicht erschienen" und eine auf den 1. Februar 2007 angesetzte "abgesagt" hat (Widerklage, 8 [oben] Ziff. III/7; nicht substantiiert bestritten [Widerklageantwort, 5 zu III/7]).

c) Es liegt demnach ein Gewährleistungsfall vor. Was der Widerkläger mithin verlangt, ist die unentgeltliche Verbesserung des Werks gemäss Art. 368 Abs. 2 OR.

2. Der Besteller, der wie hier der Widerkläger die Sachgewährleistung des Unternehmers in Anspruch nehmen will, hat allfällige Mängel - falls nicht eine andere Vereinbarung getroffen oder vom Unternehmer einseitig eine längere Frist eingeräumt wurde - sofort nach der Entdeckung zu rügen, ansonst seine Mängelrechte verwirken, es sei denn, die Mängel wären vom Unternehmer absichtlich verschwiegen worden (Art. 370 OR).

a) Letzteres wird vom Widerkläger so wenig behauptet wie dass die Parteien mit der Vereinbarung einer Werkabnahme die gesetzliche Rügefrist hätten abändern wollen oder dass jedenfalls er dies so verstanden habe. Die Abnahme der offerierten Beweise für eine solche Vereinbarung ist daher entbehrlich. Offenbleiben kann auch, wie eine solche Vereinbarung authentisch oder allenfalls normativ auszulegen wäre.

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die geltend gemachten Mängel vom Widerkläger rechtzeitig gerügt wurden. Dabei obliegt es dem Besteller zu behaupten und zu beweisen, dass und wann er die Mängel gerügt hat; der Unternehmer ist dagegen beweispflichtig dafür, dass die für den betreffenden Zeitpunkt nachgewiesene Rüge zu spät erfolgte (Gauch, a.a.O., Rz 2191).



b) Klarzustellen ist zunächst, dass das vom Widerkläger behauptete, bereits während der Bauausführung erfolgte sogenannte "Ansprechen" des Widerbeklagten (Widerklage, 7 Ziff. III/7) lediglich eine Aufforderung zur mängelfreien Ablieferung, jedoch keine Mängelrüge darstellt, welche begrifflich erst nach Ablieferung/Annahme des Werks erhoben werden kann und welche, gerade wenn (wie angeblich hier) - trotz einschlägiger Aufforderungen noch während der Bauzeit - nicht mängelfrei abgeliefert wurde, auch erhoben werden muss, sollen die Mängelrechte nicht verwirken.

c) Eine eigentliche Mängelrüge hat der Widerkläger nun aber nach eigener Darstellung erst mit Schreiben (Fax) vom 2. Februar 2007 erhoben, und zwar angeblich "umgehend", nachdem sich wegen der erwähnten "Unterlassungssünden ... im Januar und Februar 2007 im Gebäude des Beklagten mehrere Risse gebildet" hätten (Widerklage, 8 Ziff. III/8). Weitere Mängel wurden also nicht gerügt, so dass das Werk - ausgenommen bezüglich der Risse - als stillschweigend genehmigt gilt (Art. 370 Abs. 2 OR). Die Vorinstanz erachtete freilich auch diese, die Risse betreffende Rüge als verspätet (Urteil, 4 f. Erw. 3d), worauf der Widerkläger im Berufungsverfahren präziserte, die Risse hätten sich "erst Ende Januar 2007 bzw. Anfang Februar 2007" gebildet, weshalb die Mängelrüge diesbezüglich in keinem Fall verspätet erfolgt sein könne (Berufung, 4 Ziff. III/3). Der Widerbeklagte hält dagegen, der Widerkläger habe es unterlassen, die behaupteten Mängel nach ihrer Lage - z.B. nach Räumen und Himmelsrichtungen der betroffenen Wände - exakt zu bezeichnen, so dass man erkennen könne, was beanstandet werde. Auch unterlasse er es wie schon in der Widerklage, irgendwelche Beweise für die behaupteten Risse anzugeben (Berufungsantwort, 3 zu Ziff. III/3).

Der Einwand der zu wenig substantiierten Rüge ist nicht zu hören, nachdem der Widerbeklagte den zuvor vereinbarten Termin vom 1. Februar 2007 für eine Abnahme, an welcher die Risse hätten lokalisiert werden können, einfach abgesagt hat (sh. oben Erw. III/B1/b). Es trifft auch nicht zu, dass der Widerkläger keine Beweisanträge gestellt hätte. Er berief sich zum Beweis der behaupteten Risse zwar nicht - was eigentlich nahe gelegen hätte - auf einen Augenschein, aber immerhin auf Parteibefragung und Befragung zweier Zeugen; ferner verwies er zum Beweis dafür, dass die Gipserarbeiten "teilweise fachunkundig" ausgeführt wurden, auf ein Parteigutachten, in welchem von Rissen (infolge mangelnder Trennschnitte) im "Sekretariat" und im "Empfang" die Rede



ist (Widerklage, 8 Ziff. III/8; bekl.act. 5). Damit kann aber auch nicht gesagt werden, die Mängel seien zu ungenau substantiiert: Wohl ist in der Rechtsschrift (a.a.O.) lediglich von Rissen "im Gebäude" die Rede und vermögen nach der Praxis sich aus Beweismitteln ergebende Hinweise fehlende Tatsachenbehauptungen in den Rechtsschriften in der Regel nicht zu ersetzen (GVP 2001 Nr. 66), doch erschiene die strenge Durchsetzung dieser Regel in casu - liest man die gesamten Ausführungen in der Widerklage (a.a.O.) dazu im Kontext - als allzu formalistisch.

Die beantragten Beweise waren daher abzunehmen; zur Frage ob und allenfalls wann sich im Sekretariat und/oder im Empfang Risse gebildet haben, wurden demnach E und G als Zeugen befragt.

d) Zeuge E führte aus, dass bereits im Zeitpunkt des Einzuges Ende 2006 in die neuen Geschäftsräumlichkeiten, kurz nach Fertigstellung der Renovationsarbeiten, in den dortigen Bereichen des Sekretariats und des Empfanges Haarrisse sichtbar gewesen seien. Auf die Frage, ob die Risse schon vor dem Einzug vorhanden gewesen sein könnten, entgegnete der Zeuge, dass dies gut sein könne. E konnte sich aber nicht erinnern, wann genau er die Risse gesehen hatte.

Die Zeugin G, zugleich (nach wie vor beim Widerkläger beschäftigte) Arbeitnehmerin als auch Lebensgefährtin des Widerklägers, sagte ihrerseits aus, dass sie "extrem viele" Risse gesehen habe, wobei man diese "sehr gut" sehe. Die von ihr beobachteten Risse seien "bald einmal" aufgetreten. Auf Nachfrage, wie lange es nach dem Einzug ging, bis sie die ersten Risse gesehen habe, sprach die Zeugin G von ungefähr "einem halben Jahr".

In Würdigung dieser Zeugenaussagen fällt in Betracht, was folgt: Für die Beurteilung der widerklägerischen Rechtsbegehren ist wesentlich, ob und allenfalls wann sich Risse gebildet haben und damit auch, ob die Mängelrüge vom 2. Februar 2007 (sh. oben Erw. III/B2/c) rechtzeitig erfolgt ist. Bei den Rissen in den Wänden, von deren Bestehen aufgrund der Aussagen auszugehen ist, handelt es sich um Werkmängel, da den durch die Gipsarbeiten behandelten Wänden eine nicht vereinbarte aber dennoch vorausgesetzte Eigenschaft abgeht. In Anbetracht der Zeitspanne, in welcher der Widerbeklagte die Gipsarbeiten im Auftrage des Widerklägers ausgeführt hat



(Oktober bis Dezember 2006; kläg. act. 1) ist auch davon auszugehen, dass die Risse auf das streitgegenständliche werkvertragliche Tun des Widerbeklagten zurückzuführen sind; eine andere Ursache ist auszuschliessen und wird auch nicht behauptet. Die Meinungen der Parteien gehen allerdings auseinander bei der Frage, wann die betreffenden Risse entstanden sind.

Gemäss Zeuge E wiesen die Wände im Empfang und im Sekretariat bereits bei Einzug des Widerklägers in die Büroräumlichkeiten Ende 2006 Risse auf. Diese Aussage ist grundsätzlich glaubhaft, wohingegen diejenige von Zeugin G (die wie erwähnt in einem besonderen Näheverhältnis zum Widerkläger steht), die Risse hätten sich rund ein "halbes Jahr später" gebildet, nicht nur deswegen nicht zutreffen kann, weil sie in zeitlicher Hinsicht erheblich von derjenigen von Zeuge E abweicht, sondern auch weil der Zeitpunkt der Rüge des Widerklägers im Widerspruch dazu steht. So hätten sich Zeugin G zufolge die Risse erst etwa sechs Monate nach Einzug in die Räumlichkeiten, somit ungefähr Mitte des Jahres 2007, gebildet; der Widerkläger aber hat bereits Anfang Februar 2007 Mängelrüge erhoben. Die Aussage des Zeugen E erscheint angesichts dieser Umstände wesentlich zuverlässiger. Somit ist davon auszugehen, dass die Risse in den Wänden bereits Ende Dezember 2006 bestanden haben. Damit ist zugleich gesagt, dass der Widerkläger bereits bei Abnahme der Wohn- und Büroräume anfangs Dezember 2006 bzw. beim Einzug in die Räumlichkeiten diese hätte erkennen können und Mängelrüge i.S.v. Art. 367 Abs. 1 OR hätte erheben müssen. Die am 2. Februar 2007 erhobene Rüge kann nicht mehr als rechtzeitig gelten.

Unterbleibt aber eine rechtzeitige Rüge offenkundiger Mängel, so gilt das Werk als (stillschweigend) genehmigt und der Unternehmer ist von seiner Haftpflicht befreit (Art. 370 Abs. 1 OR). Der Widerkläger hat somit allfällige Ansprüche aus Sachgewährleistung verwirkt. Die Widerklage ist von der Vorinstanz infolge dessen zu Recht abgewiesen worden. Die dagegen erhobene Berufung ist als unbegründet abzuweisen.
