

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB130018-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Urteil vom 17. Dezember 2013

in Sachen

A._____ GmbH,

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Beklagter, Widerkläger, Berufungsbeklagter und Anschlussberufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 25. Februar 2013 (CG090159-L)

Rechtsbegehren:

(act. 12 S. 2)

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 123'228.92 zu bezahlen nebst Zins zu 5% seit 22. Mai 2008, zuzüglich Weisungskosten von CHF 386.–.
2. Es sei der in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C. _____ erhobene Rechtsvorschlag des Beklagten im Umfang von Fr 123'228.92 aufzuheben.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Rechtsbegehren Widerklage :

(act. 22 S. 2)

"Die Klägerin/Widerbeklagte sei zu verpflichten, dem Beklagten/Widerkläger CHF 150'000.- zuzüglich Zins zu 5% ab heutigem Datum zu bezahlen,

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin/Widerbeklagten"

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich (4. Abteilung) vom 25. Februar 2013:

1. Die Klägerin und Widerbeklagte wird verpflichtet, dem Beklagten und Widerkläger Fr. 85'230.90 zuzüglich 5% Zins seit 15. Januar 2010 zu bezahlen. Im Übrigen werden die Klage und die Widerklage abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

Fr. 21'000.00	die Barauslagen betragen:
Fr. 10'749.25	Gutachten
Fr. 0.00	Zeugen

Allfällige weitere Kosten werden vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden zu 7/10 der Klägerin und Widerbeklagten und zu 3/10 dem Beklagten und Widerkläger auferlegt.
4. Die Klägerin und Widerbeklagte wird verpflichtet, dem Beklagten und Widerkläger eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 14'770.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

....

Berufungsanträge:

Hauptberufung

der Klägerin und Hauptberufungsklägerin (Urk. 111):

1. In teilweiser Aufhebung von Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abt., vom 25. Februar 2013 sei die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten (lediglich) Fr. 48'330.90 zu bezahlen.
2. Ziffer 3 und 4 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich betreffend die Kosten- und Entschädigungsfolgen seien dementsprechend abzuändern.

Unter Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

des Beklagten und Hauptberufungsbeklagten (Urk. 118):

Die Berufung sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin (zuzüglich Mehrwertsteuer).

Anschlussberufung

des Beklagten und Anschlussberufungsklägers (Urk. 118):

- 1.a Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. Februar 2013 sei aufzuheben und es sei die Klägerin und Widerbeklagte zu verpflichten, dem Beklagten und Widerkläger CHF 101'330.90 zuzüglich 5% Zins seit 15. Januar 2010 zu bezahlen;
- 1.b eventualiter sei das angefochtene Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. Februar 2013 aufzuheben und das Verfahren zur Ergänzung des Beweisverfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück zu weisen.
2. Die Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigungen) für das erstinstanzliche Verfahren seien entsprechend dem Ausgang des Verfahrens (vor Zweitinstanz) neu zu verlegen, wobei dem Beklagten/Widerkläger und Anschlussberufungskläger eine angemessene Prozessentschädigung (zuzüglich Mehrwertsteuer) zuzusprechen ist.
3. Es seien die Gerichtskosten für das Anschlussberufungsverfahren der Klägerin/Widerbeklagten und Anschlussberufungsbeklagten aufzuerlegen und es sei dem Beklagten für das Anschlussberufungsverfahren eine angemessene Prozessentschädigung (zuzüglich Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

der Klägerin und Anschlussberufungsbeklagten (Urk. 122)

Die Anschlussberufung sei vollumfänglich abzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten.

Erwägungen:

A

1. Am 8. September 2009 machte die Klägerin das vorliegende Verfahren mit der Weisung beim Bezirksgericht Zürich rechtshängig. Das Verfahren wurde in der Folge im schriftlichen Verfahren durchgeführt. Mit der Klageantwort erhob der Beklagte Widerklage. Im Anschluss an den Schriftenwechsel führte die Vorinstanz ein Beweisverfahren durch, welches mit der letzten Stellungnahme zum Beweisergebnis am 19. Dezember 2012 abgeschlossen wurde. Am 25. Februar 2013 erliess das Bezirksgericht das Urteil, mit welchem es die Haupt- und Widerklage je teilweise guthiess.

Am 15. April 2013 erhob die Klägerin mit schriftlicher Begründung rechtzeitig Berufung und leistete innert Nachfrist am 23. Mai 2013 den ihr auferlegten Prozesskostenvorschuss von Fr. 4'500.- (Urk. 111, 115, 116). Mit der Berufungsantwort vom 3. Juli 2013 erhob der Beklagte Anschlussberufung (Urk. 118) und leistete seinen Prozesskostenvorschuss dafür von Fr. 2'600.- rechtzeitig am 10. Juli 2013 (Urk. 119, 120). Die der Hauptberufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten darauf angesetzte Frist zur schriftlichen Beantwortung der Anschlussberufung wurde mit der am 17. September 2013 bei der erkennenden Instanz eingegangenen Rechtsschrift gewahrt. Diese Rechtsschrift wurde am 19. September 2013 der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 123). Damit erweist sich das Berufungsverfahren als spruchreif.

2. Das erstinstanzliche Urteil erging nach dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011. Das Berufungsverfahren als solches richtet sich nach diesem Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH), während das vorinstanzliche Verfahren noch anhand der Zürcher Zivilprozessordnung überprüft wird.

B

1. Die Parteien schlossen im Juni 2005 einen "Totalunternehmer-Werkvertrag mit Kostendach". Danach verpflichtete sich die Klägerin und Hauptberufungsklägerin (nachfolgend nur noch Klägerin) zur Planung und Ausführung von Umbau- und Renovationsarbeiten an der Liegenschaft des Beklagten, Hauptberufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägers (nachfolgend nur noch Beklagter) in Zürich zu einem Kostendach-Werkpreis von Fr. 1'000'000.--. Dem Werkvertrag lag ein Baubeschrieb zugrunde sowie ein Möblierungsplan, welcher Bestandteil des Werkvertrages bildete. Der Beklagte bezahlte bis August 2007 den Werkpreis von 1 Mio. Franken und überwies der Subunternehmerin D. _____ AG direkt noch einen weiteren Betrag von Fr. 150'000.-. Mit der Hauptklage forderte die Klägerin vor Vorinstanz weitere Fr. 123'228.92 als Vergütung für zusätzliche, im Totalunternehmer-Werkvertrag nicht enthaltene Arbeiten. Der Beklagte wiederum machte widerklageweise geltend, die Klägerin habe nicht alle Arbeiten gemäss Baubeschrieb ausgeführt, weshalb ihm wegen dieser Minderleistungen ein Anspruch auf Reduktion des Werkpreises zustehe.

2. Die Vorinstanz prüfte zunächst die Forderung der Klägerin für die geltend gemachten Zusatzaufträge für im ursprünglichen Baubeschrieb noch nicht enthaltene Arbeiten. Sie sprach der Klägerin dafür insgesamt Fr. 133'808.30 zu, zusätzlich zum Pauschalhonorar von 1 Mio. Franken (Urk. 112 S. 61). Dies blieb im vorliegenden Berufungsverfahren unbestritten.

Weiter prüfte die Vorinstanz die vom Unternehmerlohn von 1 Mio. Franken abzuziehende Entschädigung für Minderleistungen gegenüber dem Baubeschrieb. Die Vorinstanz stellte dazu vorweg fest, dass die Klägerin Minderleistungen im Wert von Fr. 27'497.- im Verlauf des Verfahrens anerkannt hat. Nach Prüfung der umstrittenen weiteren Minderleistungen sowie deren Wertes bezifferte die Vorinstanz den berechtigten Abzug vom Unternehmerlohn für Minderleistungen auf insgesamt Fr. 69'039.20 (Urk. 112 S. 43, 60).

Die Direktzahlung des Beklagten von Fr. 150'000.- an die Subunternehmerin D. _____ AG rechnete die Vorinstanz schliesslich vollumfänglich auf den geschuldeten Werklohn für die Klägerin an. Sie kam damit zum Schluss, dass per Saldo die Klägerin dem Beklagten noch Fr. 85'230.90 schulde und hiess in diesem Sinne und Umfang die Widerklage des Beklagten gut (Urk. 112 S. 61).

3. Die Klägerin ficht das erstinstanzliche Urteil nur insoweit an, als das Verlegen von Granitplatten im Bereich Boden und Aussentreppe zum Garten als im Baubeschrieb enthaltene, aber nicht ausgeführte Arbeiten beurteilt wurde und deswegen ein Abzug von Fr. 3'900.- vom Werklohn zugelassen wurde. Sodann wehrt sie sich gegen die vollumfängliche Anrechnung der Direktzahlung des Beklagten von Fr. 150'000.- an die Firma D._____ AG an die Werklohnschuld. Dieser Subunternehmerin seien grundsätzlich nur Fr. 117'240.- aus den Werkvertragsarbeiten geschuldet gewesen und daher nur diese Fr. 117'240.- in der Abrechnung zu berücksichtigen.

Der Beklagte stellt in seiner Anschlussberufung lediglich die Bezifferung des Minderwertes für zwei Leistungspositionen in Frage. Der Minderwert für die nicht ausgeführten Einbauschränke im Untergeschoss sei auf Fr. 16'000.- statt gemäss Vorinstanz auf bloss Fr. 8'800.- zu beziffern. Der Minderwert für die beiden nicht ausgeführten Lichtschächte mit Gitterrost sei auf Fr. 15'000.- statt wie gemäss Vorinstanz auf nur Fr. 6'100.- festzusetzen.

C

1. Minderwert nicht verlegte Granitplatten

1.1. Der Beklagte hat vor Vorinstanz geltend gemacht, gemäss Baubeschrieb hätte die Klägerin beim Hauseingang und den Treppenstufen zum Garten neue Granit-Platten verlegen sollen, was nicht geschehen sei. Den Minderwert dafür bezifferte er auf Fr. 4'500.-. Die Klägerin wandte dagegen ein, es habe dort bereits Granitplatten gehabt, sie habe diese nur reinigen müssen (Urk. 35 S. 20, Urk. 52 S. 2). Die Vorinstanz kam zum Schluss, der Baubeschrieb sei so zu verstehen, dass hier neue Granitplatten hätten verlegt werden müssen. Mit dem Gutachter schätzte sie den Wert dieser nicht ausgeführten Arbeiten auf Fr. 3'900.- (Urk. 112 S. 46).

1.2. Wenn die Klägerin im Berufungsverfahren geltend macht, sie habe die bestehenden Granitplatten auch *saniert* und die Treppe sei dadurch in einen tadellosen Zustand versetzt worden und eine *Verlegung neuer Platten nicht nötig*

gewesen (Urk. 111 S. 5), so stellt sie damit im Berufungsverfahren neue tatsächliche Behauptungen auf, die nicht mehr zulässig sind (Art. 317 ZPO). Aus der Foto Nr. 20 der Expertise (Urk. 79) lässt sich diesbezüglich nichts ableiten, ist doch dort die Treppe nur in einer Seitenansicht abgebildet und liegt erst noch Schnee auf den Stufen. Der Zustand der Granitplatten lässt sich darauf nicht erkennen. Abgesehen davon liegt es im Belieben des Bauherrn, ob er noch gut erhaltene Granitplatten trotzdem ersetzen lassen will, z.B. zu Gunsten eines neuen äusseren Erscheinungsbildes.

1.3. Mit der Vorinstanz ist daher einzig massgeblich, ob im Baubeschrieb das Ersetzen der bestehenden Granitabdeckung bzw. das Verlegen neuer Granitplatten vertraglich vereinbart und im Gesamtpreis inbegriffen war. Die Vorinstanz hat dazu auf die Formulierung des Baubeschriebs verwiesen "Böden/Aussen-Treppe zum Garten mit Granit" (Urk. 15/2 S. 2). Wo andernorts gemäss Baubeschrieb Bestehendes nur ausgebessert oder gereinigt werden musste, sei dies jeweils ausdrücklich so festgehalten worden, ebenso wenn gewisse Elemente neu verlegt oder eingebaut werden mussten. Insgesamt enthalte der Baubeschrieb aber nur effektiv auszuführende Arbeiten; ein blosser Hinweis auf eine bereits bestehende Aussentreppe aus Granit ohne daran auszuführende Arbeiten ergebe keinen Sinn. Der Baubeschrieb sei daher dahin zu verstehen, dass hier neue Granitplatten verlegt werden mussten (Urk. 112 S. 46).

Eine Differenzierung zwischen Ausbesserungsarbeiten und Neuerstellungen ist im Baubeschrieb nur an wenigen Stellen auszumachen (Balkongeländer, Estrichboden), weshalb diesem Argument der Vorinstanz keine überragende Bedeutung zukommt. Anders jedoch dem zweiten Argument. Es ist tatsächlich nicht einzusehen, warum zwischen der Auflistung aller vorzunehmenden Arbeiten bzw. der Ausführungsqualität plötzlich ein bloss feststellender Hinweis auf eine bereits bestehende - und so stehen zu lassende - Granitplattenabdeckung der Aussentreppe in einen Baubeschrieb aufgenommen werden sollte. Kommt dazu, dass einleitend festgehalten wird, dass alle Granitarbeiten in Onsernone-Granit auszuführen sind, woraus sich ableiten lässt, dass die Granittreppe ebenfalls diese Qualität aufweisen soll, die bestehenden Granitplatten somit allenfalls durch

diese Qualität ersetzt werden sollen. Dass ein Baumeister eine Treppe bloss reinigen soll und diese Kleinarbeit noch ausdrücklich in einen Baubeschrieb zwischen vielen weiteren, aufwendigen eigentlichen Bauarbeiten aufgenommen wird, ist nicht nachvollziehbar. Die Interpretation der fraglichen Leistungsposition durch die Vorinstanz als Verlegung neuer Granitplatten ist daher nicht zu bestanden. Es liegt keine unrichtige Sachverhaltsfeststellung vor (Art. 310 ZPO). Wenn die Klägerin mit ihrer Berufung geltend macht, der Baubeschrieb sei in diesem Punkt unklar und zulasten des Beklagten als Vertragsredaktor auszulegen (Urk. 111 S. 6; vom Beklagten in Urk. 118 S. 6 bestritten), so beruft sich die Klägerin damit erneut auf ein unzulässiges Novum. Vor Vorinstanz hat sie nie geltend gemacht, die Parteien hätten sich hinsichtlich der auszuführenden Treppenarbeiten falsch verstanden, oder Ausführungen über eine Auslegung des Baubeschriebs nach dem übereinstimmenden subjektiven Willen gemacht, welcher von der objektivierten Auslegung abweiche. Vielmehr hat sie ohne weitere Begründung oder Berufung auf den Text des Beschriebs und des Konsenses nur festgestellt, die Treppe sei gereinigt worden bzw. sie sei aus Granit bzw. es sei unerfindlich, was der Beklagte hier vermisste (Urk. 35 S. 20, Urk. 52 S. 2).

Im Berufungsverfahren unbestritten blieb die Bewertung der nicht ausgeführten Plattenarbeiten gemäss Gutachten mit Fr. 3'900.-. Der Beklagte kann daher diesen Betrag als Minderwert für eine geschuldete, aber nicht ausgeführte Arbeit vom Gesamtpreis für die Arbeiten der Klägerin abziehen.

2. Minderwert Einbauschränke Untergeschoss

2.1. Unbestrittenermassen sollte die Klägerin im Untergeschoss der Liegenschaft vier Doppelschränke als Einbauschränke in massiver Holz Ausführung mit Kassetteneinlage einbauen, was nicht erfolgt ist. Der Beklagte hat vor Vorinstanz deswegen einen Minderwert bzw. Rechnungsabzug von Fr. 16'000.- geltend gemacht, die Klägerin hatte Fr. 4'000.- Minderleistungen dafür anerkannt. Die Vorinstanz liess den Wert der nicht ausgeführten vier Doppelschränke durch einen Experten schätzen. Dieser kam auf einen Wert von Fr. 8'800.-, welchen

Wert die Vorinstanz als Minderwert in ihr Urteil übernommen und von der Forderung der Klägerin in Abzug gebracht hat. Die Vorinstanz erwog dabei, der Gerichtsexperte habe den Minderwert nach drei verschiedenen Berechnungsmethoden erhoben und auf den Durchschnitt der drei Berechnungsmethoden abgestellt, die Vergleichsofferte der E. _____ AG z.B. sei nur eine von drei Berechnungsgrundlagen gewesen. Die vom Beklagten eingeholte und als Beweismittel angerufene Offerte der Firma F. _____ habe im Vergleich zum Gerichtsgutachten lediglich die Bedeutung einer Parteibehauptung und es könne nicht auf deren Zahlen abgestellt werden. Der Beklagte habe im Hauptverfahren auch nicht behauptet, vertraglich seien hohe Qualitätsanforderungen vereinbart worden (Urk. 112 S. 48f).

Mit seiner Anschlussberufung wiederholt der Beklagte seine Behauptung, es seien besonders hohe Qualitätsanforderungen sowie massgeschneiderte Einbauschränke vertraglich vereinbart gewesen. Der Kostenvergleich des Experten mit Normschränken der Firma E. _____ AG sei daher nicht tauglich. Sodann falle auf, dass der Gerichtsexperte in seiner eigenen Schätzung die gleichen Schränke im 2. OG mit Fr. 7'200.- und damit tiefer bewertet habe als jene im UG mit Fr. 8'300.-, obschon die Schränke im 2. OG sogar noch breiter seien; die E. _____ AG berechne hier für die grösseren Schränke im 2. OG zu recht einen höheren Preis. In gleicher Weise berechne der Experte für die Einbauschränke im Schlafzimmer des 1. OG Minderkosten von Fr. 8'300.-, obschon diese nur 3,1 m breit seien und es nur 3 und nicht 4 Schränke seien. Aufgrund dieser Ungereimtheiten könne nicht auf die Werte der Gerichtsexpertise abgestellt werden (Urk. 118 S. 10f). Die Klägerin verweist in ihrer Anschlussberufungsantwort auf den Widerspruch in der gegnerischen Argumentation, wonach diese die Vergleichsofferte der Firma E. _____ AG als nicht repräsentativ bezeichne, obschon diese Vergleichsofferte den Mittelwert der drei Berechnungsmethoden nach oben drücke und der Beklagte sie auch massgeblich für den Vergleich mit den Kosten der Schränke in den anderen Geschossen wieder heranziehe. Sodann verweist sie auf Ziffer 5.1 des Totalunternehmervertrages, wonach die Klägerin die Bauarbeiten so günstig wie

möglich habe ausführen müssen, was der angeblichen Vereinbarung einer besonders hohen Qualität der Arbeiten widerspreche (Urk. 122 S. 4f).

2.2. Soweit der Beklagte im Berufungsverfahren wiederholt, es seien vertraglich besonders hohe Qualitätsanforderungen vereinbart worden, so ist er damit auch im Berufungsverfahren nicht zu hören. Weder tut er dar, wann und wo diese Vereinbarung getroffen worden sein soll, noch tut er dar, dass er dies im Hauptverfahren rechtzeitig so behauptet hat (vgl. dazu Urk. 24/29 und Urk. 44 S. 25). Die Vorinstanz hat hier zurecht darauf verwiesen, dass diese erst in der Stellungnahme zum Beweisergebnis vorgebrachte Behauptung verspätet erfolgte. Im Baubeschrieb werden die Schränke nur als "integrierte Einbaukasten, Türen der Einbaukasten mit Kassetteneinlagen" beschrieben bzw. die Holzarbeiten als generell in Eiche oder Buche auszuführen festgelegt (Urk. 15/2 S. 2). Die Ausführungen zur Verspätung gelten auch für die Behauptung der Klägerin in der Anschlussberufungsantwort, man habe eine möglichst günstige Ausführungsqualität vereinbart; so etwas ist im Übrigen Ziffer 5.1 des Totalunternehmervertrages ohnehin nicht zu entnehmen (Urk. 112 S. 4, Urk. 15/1). Mangels einer näheren Präzisierung der Ausführungsqualität im Baubeschrieb ist von einer durchschnittlichen Qualität auszugehen. Andererseits ist die Ausführungsqualität gemäss der zum Beweis angerufenen Offerte F._____/Schreinerei G._____ für die Schränke nicht feststellbar und daher mit der geschuldeten durchschnittlichen Ausführungsqualität und deren Kosten nicht vergleichbar (Urk. 68/1/2 und 68/4). Weiter ist im Baubeschrieb stets nur von Einbauschränken die Rede. Dies bedeutet aber lediglich, dass die Schrankfront an das Mass der betreffenden Zimmerwand anzupassen ist, bedeutet aber nicht, dass jeder Schrank individuell nach einem bestimmten Mass anzufertigen ist. Eine Einpassung in vorgegebene Zimmermasse kann auch durch Verwendung von normierten Schränken mit geeigneten Massen und durch Ausgleichung kleiner Restmassunterschiede durch das Anbringen von Blenden erreicht werden.

2.3. Der Beklagte beanstandet im Berufungsverfahren erstmals die unterschiedlichen Minderkostenberechnungen für die je 4 Schränke im UG und im 2. OG durch den Gerichtsexperten und lehnt wegen dieses Widerspruchs die

Schlüssigkeit der Expertise ab.

Diese Gutachtskritik hätte der Beklagte indessen bereits vor Vorinstanz in seiner Stellungnahme zum Beweisergebnis vorbringen können und müssen. Die Folge einer Gutachtskritik wäre allenfalls die Anordnung einer Erläuterung oder Ergänzung der Expertise, äusserstenfalls die Einholung eines neuen Gerichtsgutachtens gewesen (§§ 180f ZPO/ZH). Vor Vorinstanz hat der Beklagte indessen lediglich beanstandet, der Gutachter sei von falschen Qualitätsanforderungen ausgegangen (Urk. 105 S. 4). Wie vorstehend ausgeführt (Erw. 2.2), erwies sich diese Kritik sofort als unberechtigt. Die Vorinstanz hat daher zurecht die Kritik zurückgewiesen, die Schlüssigkeit des Gutachtens bejaht und keine gutachterlichen Weiterungen veranlasst, zumal der Beklagte sogar ausdrücklich auf Weiterungen verzichtet hatte (Urk. 85). Mit neuen Einwänden gegen das Gutachten ist der Beklagte im Berufungsverfahren ausgeschlossen (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

Abgesehen davon hätten Vorbehalte gegen das gerichtliche Gutachten im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung nicht automatisch zur Folge, dass das Gutachten unbeachtlich wäre und ohne weiteres auf die Wertangaben der vom Beklagten als weiteres Beweismittel eingereichten Offerte F._____/G.____ abgestellt werden könnte. Die Schlussfolgerungen des Gutachtens wären vielmehr durch den Richter nötigenfalls nach richterlichem Ermessen zu modifizieren. Wie bereits ausgeführt, ist die angerufene Offerte F._____/G.____ nicht beweisbildend, da sich daraus nicht ergibt, welcher Qualitätsstandard damit offeriert wurde. Bereits die Vorinstanz hat sodann zurecht bemerkt, dass die Berechnungsmethode und die verwendeten Einheitspreise daraus nicht ersichtlich und nicht überprüfbar sind. Selbst nach den Aussagen des Zeugen F.____ kann diese Offerte nicht als objektive Schätzung der Kosten gelten, wie sie bei einer spezialisierten Firma anfallen würde (Urk. 98 S. 6). Als Konsequenz aus der fehlenden Beweiskraft der Offerte und der gleichzeitigen Ablehnung des Gutachtens durch den Beklagten müsste daher seine Behauptung eines Minderwertes der Schränke im UG von Fr. 16'511.- als beweislos geblieben betrachtet werden und es wäre auf die von der Klägerin im Berufungsverfahren anerkannten Fr. 8'800.- abzustellen.

2.4. Selbst wenn man die Kritik des Beklagten an der Expertise im Rahmen der zweitinstanzlichen Beweiswürdigung noch zulassen würde, ergäbe sich Folgendes:

Der Beklagte verweist auf die unterschiedlichen Kostenberechnungen für die nicht ausgeführten je 4 Schränke im UG und im 2. OG durch den Gerichtsexperten. Dabei stützt er sich indessen lediglich auf eine der drei vom Experten angewandten Berechnungsvarianten (Berechnung nach Elementkosten). Der Gerichtsexperte hat für beide Positionen indessen je 3 unterschiedliche Berechnungen vorgenommen (Berechnung nach Elementkosten, Berechnung nach Aufwand und Ausmass, Berechnung anhand der Standardmodelle der Firma E. _____ ... AG), anschliessend den Durchschnitt berechnet und als massgeblich angenommen. Im Ergebnis beträgt die Abweichung für die Durchschnittskosten zwischen UG und 2. OG daher nur Fr. 100.- und nicht Fr. 1'100.--. Die Differenz in den Berechnungen rührt im wesentlichen sodann daher, dass im UG 4 Doppelschränke auf einer verfügbaren Breite von 3,96 Metern einzubauen waren, pro Schrank brutto somit nur 0,99 Meter zur Verfügung standen; im 2. OG waren hingegen 4 Einbauschränke auf einer verfügbaren Breite von 4,2 Metern einzubauen, was pro Schrank brutto 1,05 Meter verfügbare Breite ergibt; auch vermerkte der Gutachter hier besondere Höhenverhältnisse (Urk. 79 S. 28 und 34). Dass der Gerichtsexperte hier wegen der unterschiedlichen Massverhältnisse unterschiedliche Grundmodelle mit unterschiedlichen Einstandspreisen für seine Berechnungsmethode nach Elementkosten einsetzte (Fr. 700.- bzw. Fr. 1'000.-), ist daher nachvollziehbar. Bei den Schränken für das 2. OG handelt es sich möglicherweise um handelsüblichere und damit günstigere Normmasse oder um Elemente eines günstigeren Anbieters, die nur in den Massen für das 2. OG verfügbar sind. In der Berechnungsmethode nach den Kosten der E. _____ ... AG widerspiegelt sich der Kostenunterschied hingegen umgekehrt, da es sich hier definitionsgemäss um Elemente jeweils desselben Anbieters handelt und hier daher einzig das Mass ausschlaggebend ist (Fr. 10'442.- für die kleinere Schrankwand im UG, Fr. 11'690.- für die grössere Schrankwand im 2. OG). Sodann hat der Experte unterschiedliche Materialkosten berechnet wegen den

unterschiedlichen Breiten, was ebenfalls nachvollziehbar und sachgerecht ist (z.B. längerer oder kürzerer Blendenabschluss zur Decke, breitere oder schmalere Beistossabschlüsse zur Wand etc.). Wenn der Experte am Schluss einen Durchschnitt der verschiedenen Berechnungsmethoden berechnet, so glättet er damit die sich aufgrund der einzelnen Berechnungsmethoden ergebenden Unterschiede, was zu einem angemessenen Endresultat führt.

Ähnliches gilt für den vom Beklagten in der Anschlussberufung angestellten Vergleich der Schrankkosten für das UG mit jenen für das 1. OG. Im 1. OG standen offenbar 3,1 Meter Breite für 3 Schränke zur Verfügung (Urk. 79 S. 32). Zwar berechnet der Experte hier irrtümlich ebenfalls vier Schränke. Es liegen hier in jedem Fall aber insofern spezielle Verhältnisse vor, als nicht eine Kastenfront in eine ganze Zimmerwandlänge einzupassen war, sondern die Kastenfront nur bis zur Tür reichen durfte (Urk. 79 S. 32). Dies machte einerseits einen zusätzlichen seitlichen Kastenwandabschluss in Holz samt Deckenblende bei der Türe nötig. Andererseits stand mit 3,1 Metern Platz bzw. brutto 1,03 Metern pro Kasten weniger Raum zur Verfügung als im 2. OG. Wenn der Experte daher in die Elementkostenberechnung den höheren Elementpreis bzw. denselben Elementpreis wie im UG für die kleineren Schränke einsetzte, so ist dies erklärbar. Die Berechnungsmethode nach Materialaufwand widerspiegelt sodann die besonderen Verhältnisse im 1. OG mit der auszuführenden seitlichen Abschlusswand und ist ebenfalls nachvollziehbar. Auch aus der Kostenschätzung für die Schränke im 1. OG könnte der Beklagte daher keine stichhaltigen Zweifel an der Richtigkeit der Expertenschätzung zum Preis für die Schränke im UG wecken.

Damit ist auch im Berufungsverfahren von einem Minderwert für die nicht ausgeführten Einbauschränke im UG von Fr. 8'800.- gemäss Gerichtsexpertise auszugehen.

3. Minderwert Lichtschächte mit Gitterrost

3.1. Nach dem Baubeschrieb hatte die Klägerin im Untergeschoss in zwei Zimmern die Fenster zu erneuern und zu verbreitern sowie zusätzliche

Lichtschächte für einen besseren Lichteinfall zu erstellen. Die Lichtschächte waren zu betonieren und mit einem Gitterrost abzudecken (Urk. 15/2 S. 2). Vor Vorinstanz machte der Beklagte geltend, die zusätzlichen Lichtschächte hätten nicht realisiert werden müssen, was unbestritten blieb. Den Rechnungsabzug für die nicht ausgeführten Lichtschächte veranschlagte er auf Fr. 15'000.- (Urk. 22 S. 33 i.V.m. Urk. 24/29, Urk. 44 S. 25). Demgegenüber führte die Klägerin aus, auf Wunsch des Bauherrn sei der bestehende Schacht vergrössert und mit Stellriemen instand gestellt worden; Minderkosten von Fr. 15'000.- entbehrten jeder Grundlage (Urk. 35 S. 20 Urk. 52 S. 3). Die Vorinstanz erachtete es als unbestritten, dass der vorbestehende Schacht (wegen der breiteren Fenster) vergrössert und mit Stellriemen instand gesetzt wurde. Der Gerichtsgutachter bezifferte die wegen der Nichtausführung der zusätzlichen Lichtschächte eingesparten Kosten nur auf Fr. 4'600.- ohne Berücksichtigung von Abbrucharbeiten, da wegen der Vergrösserung der Fenster diese Kosten ohnehin anfielen (Urk. 79 S. 38). Die Vorinstanz hat entgegen dem Experten einen Teil der Abbruchkosten als auch für die Erstellung der zusätzlichen Lichtschächte nötig betrachtet und dafür den gutachterlichen Minderwert wegen Nichtausführung der Lichtschächte um einen Drittel auf Fr. 6'100.- erhöht (Urk. 112 S. 52). Mit seiner Anschlussberufung wiederholt der Beklagte, dass die "Ohnehinkosten" entgegen dem Experten bei der Minderwertbestimmung zu berücksichtigen seien, da es um die Bewertung nicht ausgeführter Arbeiten und nicht um Schadenersatz gehe. Die Erhöhung des gutachterlichen Betrages durch die Vorinstanz auf Fr. 6'100.- sei sodann willkürlich und nicht sachgerecht. Die Vorinstanz habe die von ihm dazu als weiteres Beweismittel eingereichte Offerte der Firma H. _____ nicht berücksichtigt. Der Minderwert sei gemäss dieser Offerte insgesamt auf Fr. 15'000.- statt Fr. 6'100.- zu beziffern (Urk. 118 S. 11f). Die Klägerin verweist in der Anschlussberufungsantwort auf ihre Kritik an der Offerte der Firma H. _____ im vorinstanzlichen Verfahren als dreifach übersetzte Offerte (Urk. 122 S. 5 i.V.m. Urk. 106 S. 10).

3.2. Der Gerichtsexperte hat die Schätzung des Minderaufwandes für die nicht erstellten Lichtschächte nach einer Differenzmethode bestimmt. Er hat zunächst die Kosten der Erstellung eigentlicher Lichtschächte bestimmt, dann diejenigen

der effektiv erfolgten Anpassung lediglich der Schacht- und Belagsanschlüsse an die Verbreiterung der ebenerdig verlaufenden Fenster des UG, und schliesslich die Kostendifferenz errechnet. Dabei hat er indessen nur jene Arbeiten aufgeführt und geschätzt, die sich bei den beiden Varianten - nur Anpassung des Schachts an die verbreiterten Fenster oder Erstellung grösserer Lichtschächte - voneinander unterscheiden. Grundkosten für die Vergrösserung der Fenster, wie z.B. Abbrucharbeiten, hat er als sogenannte "Ohnehinkosten" nicht berechnet und nicht berücksichtigt. Diese Methode ist logisch richtig und die Kritik des Beklagten an dieser Berechnungsmethode sowohl vor Vorinstanz als auch im Berufungsverfahren unbegründet (Urk. 105 S. 6, Urk. 118 S. 11f). Bei beiden Varianten fielen rund um den eigentlichen Fensterschacht dieselben Grundkosten im selben Betrag an und wirkten sich daher nicht auf die Berechnung der Differenz zwischen den beiden Varianten als Ersparnis aus. Massgeblich für die Differenz war einzig das unterschiedliche Kubikmass beim Aushub und dessen Wegführung, das Einsetzen und Sichern der grossen Lichtschächte samt Gitterrosten sowie das unterschiedliche Ausmass bei den Belagsarbeiten (Urk. 79 S. 20f, 38). Wenn die Vorinstanz hier dem Beklagten noch einen Zuschlag von Fr. 1'500.- auf die Schätzung des Gutachters von Fr. 4'600.- zugebilligt hat, so erfolgte dies aufgrund eines Missverständnisses der vom Gerichtsexperten angewandten Differenzmethode. Damit ist gleichzeitig auch die Kritik des Beklagten wegen eines ungenügend hohen Zuschlags gegenstandslos (Urk. 118 S. 12). Nachdem die Klägerin diesen Zuschlag im Berufungsverfahren nicht angefochten hat und gegen sich gelten lässt, ist gestützt auf die Dispositionsmaxime trotzdem von einem Rechnungsabzug für die nicht ausgeführten Lichtschächte von Fr. 6'100.- auszugehen.

3.3. Der Beklagte verweist auch im Berufungsverfahren auf den von ihm eingeholten privaten Kostenvoranschlag der H. _____ AG, welcher einen Abzug von Fr. 17'277.- für die Nichterstellung der Lichtschächte beweise (Urk. 68/5). Im Verhältnis zur Gerichtsexpertise kommt dieser Kostenschätzung nur der Beweiswert einer Parteibehauptung zu. Sie vermag, wie vorstehend dargelegt (Erw. 3.2.), keine ernsthaften Zweifel an der Schlüssigkeit der Expertise des gerichtlich beauftragten Gutachters zu wecken. Der Kostenvoranschlag überzeugt

auch für sich allein nicht als schlüssiges Beweismittel. Er basiert auf einer isolierten Neuausführung der Lichtschächte nach Abschluss der ganzen Umbauarbeiten und er verrechnet daher Installations-, Transport-, Abdeck- und Schutzmassnahmen, die für die ursprünglichen Bauarbeiten am Fensterschacht im Rahmen eines Totalumbaus und der Auswechslung/Verbreiterung der Fenster nicht speziell zu erbringen waren. Die dafür veranlagten Kosten von Fr. 1'500.- und Fr. 1'240.- entfallen zum vorneherein. Weiter veranschlagt die Kostenschätzung eine vollumfängliche Neuerstellung von Lichtschächten, statt die Differenz zwischen den tatsächlich erstellten Schächten für die Verbreiterung der Fenster und der Erstellung eigentlicher Lichtschächte zu berechnen. Der Abbruch des bestehenden Brüstungsmauerwerks war als "Ohnehinkosten" bei beiden Ausführungsvarianten vorzunehmen; die dafür veranschlagten Kosten von Fr. 3'031.- sind daher nicht in die Differenzberechnung der beiden Varianten einzubeziehen. Weiter berücksichtigt der private Kostenvoranschlag noch Arbeiten für eine Briefkastennische, welche nichts mit der vorliegend umstrittenen Aufwandsparnis bei den Fensterschächten zu tun hat. Der private Kostenvoranschlag beruht sodann auf Regietarifen und einer sehr pauschalen und z.T. mehr als grosszügigen Stundenaufwandschätzung (z.B. 60 Arbeitsstunden für abschliessende Anpassungsarbeiten), während der Gerichtsexperte mit dem tatsächlichen Ausmass gerechnet hat, insbesondere bei den Aushub- und Belagsarbeiten. Insofern ist die Gerichtsexpertise wesentlich genauer und konkreter und verdient daher den Vorzug. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Vornahme der hier umstrittenen Arbeiten im Rahmen eines Gesamtumbaus wesentlich kosteneffizienter hätten ausgeführt werden können, insbesondere was die Entsorgung anbelangt oder die Belagsinstandsetzung. Für die Berechnung des Rechnungsabzugs für die nicht ausgeführten Arbeiten ist aber auf deren Wert im Gesamtzusammenhang abzustellen und nicht darauf, was eine nachträgliche, separate Vornahme dieser Arbeiten kosten würde. Ein solcher "Effizienzgewinn" ist von Anfang an im Gesamtpreis für das ganze Bauvorhaben einkalkuliert und die Aufwandsparnis ist auf dieser Kalkulationsbasis zu berechnen. Davon geht - zu Recht - auch der Beklagte aus, wenn er ausführt, es sei der Wert der nicht ausgeführten Arbeiten festzustellen und nicht ein Schaden

zu berechnen (Urk. 118 S. 11). Er war ja mit der Nichtausführung der Lichtschächte als Aufwandminderung einverstanden und es geht mitnichten um die nachträgliche, separate Behebung eines ihm beim Umbau entstandenen "Schadens".

Es bleibt daher auch im Berufungsverfahren beim vorinstanzlich festgelegten Rechnungsabzug von Fr. 6'100.- für die nicht ausgeführten Lichtschächte.

4. Anrechnung der Direktzahlung an D. _____ AG

4.1. Die Subunternehmerin D. _____ AG hat für das Bauprojekt des Beklagten Leistungen im Betrag von Fr. 187'240.- erbracht. Der Beklagte hat im November 2005 Fr. 150'000.- im Sinne einer Vorschussleistung an diese Subunternehmerin direkt bezahlt. Umstritten ist, ob sich der Beklagte in der Schlussabrechnung mit der Klägerin die volle Zahlung von Fr. 150'000.- an diese Subunternehmerin oder nur Fr. 117'240.- (Fr. 187'240.- ./ . eigene Akontozahlung der Klägerin von Fr. 70'000.-) anrechnen lassen kann.

Vor Vorinstanz hat die Klägerin dazu geltend gemacht, die Direktzahlung des Beklagten sei im Zusammenhang mit Zusatzaufträgen an die D. _____ AG erfolgt bzw. der Grund der Direktzahlung entziehe sich ihrer Kenntnis. Jedenfalls müsse sich die Klägerin diese Zahlung nur im Umfang der Differenz zwischen ihrer eigenen Akontozahlung und dem Rechnungsbetrag der Subunternehmerin für deren Grundleistungen anrechnen lassen (Urk. 12 S. 5, 9, Urk. 35 S. 19). Der Beklagte liess vor Vorinstanz ausführen, die Klägerin sei über die Zahlung des Beklagten von Fr. 150'000.- informiert gewesen und habe diese stets in ihrer Bauabrechnung berücksichtigt. Bzw. die Fr. 150'000.- seien nach Absprache zwischen ihm und der Klägerin als Akontozahlung für künftige Leistungen der Firma D. _____ AG geleistet worden; der Einfachheit halber habe er diese Zahlung statt über die Klägerin direkt an diese Firma geleistet und die Klägerin sei damit ausdrücklich einverstanden gewesen. Die Leistung einer Akontozahlung von Fr. 70'000.- durch die Klägerin bestritt er mit Nichtwissen; sollte eine solche erfolgt sein, dann jedenfalls nach seiner eigenen Zahlung von Fr. 150'000.-. Den Rechnungsbetrag der Firma D. _____ AG von Fr. 187'240.- für sämtliche von

dieser erbrachten Grundleistungen anerkannte er grundsätzlich (Urk. 22 S. 13, 32; Urk. 44 S. 7, 23).

Die Vorinstanz hat die Zahlung des Beklagten von Fr. 150'000.- im vollen Betrag bei der Schlussabrechnung berücksichtigt, da diese Zahlung in Anrechnung an den Werkpreis erfolgt sei (Urk. 112 S. 61).

4.2. Wenn der Beklagte im Berufungsverfahren eine Akontozahlung der Klägerin von Fr. 70'000.- an die D. _____ AG als im vorinstanzlichen Verfahren von ihm bestritten bezeichnet (Urk. 118 S. 7), so ist er damit nicht mehr zu hören (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die Bestreitung einer solchen Zahlung vor Vorinstanz mit Nichtwissen war keine ausreichend substantiierte Bestreitung; zudem hat der Beklagte gleichzeitig erklärt, die Zahlung von Fr. 70'000.- sei erst nach seiner eigenen Zahlung von Fr. 150'000.- erfolgt, was ein unauflösbarer Widerspruch zur Bestreitung einer solchen Zahlung ist. Für das Berufungsverfahren ist daher von einer tatsächlichen Akontozahlung der Klägerin über Fr. 70'000.- auszugehen. Es ist weiter davon auszugehen, dass diese Akontozahlung von Fr. 70'000.- nach der Zahlung der Fr. 150'000.- durch den Beklagten erfolgt ist. Die Klägerin hat bereits in ihrer Klagebegründung ausgeführt, wegen der Zahlung der Fr. 150'000.- habe sie selber lediglich nur noch ein Akonto von Fr. 70'000.- geleistet ("aufgrund der direkten Überweisung des Beklagten von Fr. 150'000.-.... lediglich eine Akontoleistung von Fr. 70'000.- geleistet hat"), womit sie ebenfalls von dieser zeitlichen Reihenfolge ausgegangen ist (Urk. 12 S. 19 Rz 32). Die vermeintlich gegenteiligen Ausführungen in Rz 11 derselben Urkunde 12 beziehen sich nicht auf die Reihenfolge der Zahlungen sondern darauf, dass die Zahlung der Fr. 150'000.- nach Auffassung der Klägerin als Entschädigung für Zusatzaufträge gedacht war, die indessen nicht erteilt wurden. Ging die Klägerin irrtümlich davon aus, dass der Beklagte Zusatzaufträge an die Firma D. _____ AG erteilte und dafür Fr. 150'000.- bezahlte, so war die nachfolgende Leistung einer Akontozahlung der Klägerin an diese Firma für die vertraglichen Grundleistungen aus ihrer Sicht denn auch nicht sinn- und grundlos. Der Beklagte ist in der Duplik nochmals ausdrücklich auf die Reihenfolge der Zahlungen eingegangen (Urk. 44 S. 23), ohne dass die Klägerin in ihrer nachfolgenden Rechtsschrift im Rahmen des rechtlichen Gehörs dazu nochmals Stellung genommen hätte (Urk. 52).

Ob der Beklagte ein Guthaben der Firma D._____ AG von Fr. 187'240.- anerkannt hat, oder ob er sie nicht bestritten hat unter der Voraussetzung, dass darin keine Zusatzkosten enthalten sind, ist vorliegend irrelevante Wortklauberei (Urk. 118 S. 7). Nach durchgeführtem vorinstanzlichem Beweisverfahren über allfällige Zusatzkosten ist im Berufungsverfahren von einer grundsätzlichen Forderung der Subunternehmerin in diesem Betrag und von keinen Zusatzleistungen auszugehen.

4.3. Erfüllt ein Dritter in eigenem Namen, d.h. ohne Wissen und Willen des Schuldners dessen Schuld, so berührt diese Leistung den Schuldner nicht und der Dritte ist dazu berechtigt. Tritt aufgrund dieser Drittleistung eine ungerechtfertigte Bereicherung beim Gläubiger ein, hat der Richter im Einzelfall nach freiem Ermessen zu entscheiden, wer rückforderungsberechtigt ist (ZK-Schraner, OR Art. 68 N 57f m.w.H.).

4.3.1. Liegt hier eine solche Intervention eines Dritten vor und hat der Gläubiger diese akzeptiert, so ist die Zahlung des Dritten in jedem Fall beachtlich. Es kann daher offen bleiben, ob die Klägerin von der Zahlung von Fr. 150'000.- durch den Beklagten als Dritten im Verhältnis zur Gläubigerin D._____ AG lediglich gewusst hat oder ob diesbezüglich eine Vereinbarung der Parteien bestand. Immerhin hat die Klägerin diese Zahlung in ihren Abrechnungen bereits ab November 2007 jeweils aufgeführt und damit zum Ausdruck gebracht, dass sie sich diese Zahlung an die Rechnung der Firma D._____ AG vollumfänglich anrechnen lässt (Urk. 24/11, 24/16-19).

4.3.2. Ist u.a. aufgrund der Zahlung des Beklagten eine Bereicherung bei der Firma D._____ AG eingetreten, ist nach Ermessen über die Rückforderungsberechtigung zu entscheiden.

Beide Zahlungen der Parteien an diese Firma waren Vorschussleistungen, die in Unkenntnis der erst später zu erbringenden und zu verrechnenden Leistungen erfolgten. Der Voranschlag für die Arbeiten dieser Firma belief sich nach den Schätzungen der Klägerin auf Fr. 200'000.- (Urk. 24/16-17). Wenn die Klägerin daher eine Akontozahlung von Fr. 70'000.- erbrachte im Wissen um die bereits anderweitig bezahlten Fr. 150'000.-, so ging sie bewusst das Risiko ein, dass hier

allenfalls eine zu hohe Zahlung erfolgen könnte. Direkt vom Beklagten an diese Firma in Auftrag gegebene Zusatzleistungen waren der Klägerin konkret nicht bekannt, sie konnte nicht sicher von solchen ausgehen und dass die Schlussrechnung dadurch Fr. 220'000.- erreichen oder übersteigen könnte. Hat die Klägerin somit in Kenntnis einer Kostenschätzung von Fr. 200'000.- in Kauf genommen, dass mit ihrer weiteren Akontozahlung von Fr. 70'000.- der nachmalige Rechnungsbetrag allenfalls überschritten wird, so hat sie dieses Risiko zu tragen bzw. die daraus entstandene Rückerstattungsforderung gegen die Firma D. _____ AG zu übernehmen. Wie ausgeführt spielt es für die Anrechnung der Zahlung des Beklagten keine Rolle, ob sie "eigenmächtig" erfolgte bzw. der Klägerin nicht klar war, weshalb diese Zahlung erfolgte (Urk. 111 S. 7). Entscheidend ist, dass ihr diese Zahlung bekannt war, als sie ihrerseits eine Akontozahlung leistete, dass diese Zahlung für die Leistungen der Firma D. _____ AG am Bauobjekt des Beklagten bestimmt war und von der Klägerin in ihren Bauabrechnungen stets entsprechend angerechnet wurde. Damit ist die Zahlung des Beklagten im vollen Betrag von Fr. 150'000.- bei der Schlussabrechnung der Klägerin zu berücksichtigen.

5. Nach den vorstehenden Erwägungen ergibt sich im Berufungsverfahren folgende Schlussabrechnung zwischen den Parteien :

Fr.	1'000'000.00	Werklohnforderungen für Grundleistungen
<u>Fr.</u>	<u>133'808.35</u>	nicht mehr bestrittene Zusatzleistungen insgesamt
Fr.	1'133'808.30	Werklohnforderung insgesamt
Fr.	- 50'239.20	nicht mehr bestrittene Minderkosten
Fr.	- 3'900.00	Minderkosten Granitplatten
Fr.	- 8'800.00	Minderkosten Einbauschränke Untergeschoss
<u>Fr.</u>	<u>- 6'100.00</u>	Minderkosten Lichtschächte mit Gitterrost
Fr.	1'064'769.10	vom Beklagten geschuldeter Werklohn
<u>Fr.</u>	<u>- 1'150'000.00</u>	vom Beklagten bezahlter Werklohn
Fr.	85'230.90	Saldo zugunsten des Beklagten

Der dem Beklagten von der Vorinstanz auf dem zu viel bezahlten Werklohn zugesprochene Zins von 5% ab 15. Januar 2010 blieb im Berufungsverfahren unangefochten.

D

Für die Bemessung der Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren ist von einem Streitwert von Fr. 53'000.- auszugehen (Streitwert gemäss Hauptberufungsbegehren [Urk. 111 S. 2] Fr. 36'900.-, Streitwert gemäss Anschlussberufungsbegehren Fr. 16'100.-) und einer Entscheidegebühr von Fr. 5'800.- (§ 4 GebV OG). Die Klägerin obsiegt mit Fr. 16'100.- bzw. 30%, weshalb sie die Gerichtskosten zu sieben Zehnteln zu übernehmen und dem Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von vier Zehnteln zu bezahlen hat. Ausgangspunkt bildet eine Parteientschädigung von Fr. 3'600.- (§ 4 und 13 Abs. 2 AnwGebV) zuzüglich Mehrwertsteuer.

Nach dem Ausgang des Berufungsverfahrens sind auch die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens zu verlegen, wobei die Höhe der Gerichtskosten (Fr. 31'749.25) unangefochten geblieben ist. Bei einem Streitwert von insgesamt Fr. 273'228.90 von Haupt- und Widerklage hat die Vorinstanz dem Beklagten Fr. 85'230.90 zugesprochen. Nach dem Ausgang des Berufungsverfahrens bleibt es bei diesem Ergebnis. Die erstinstanzlichen Kosten sind daher mit der Vorinstanz der Klägerin zu sieben Zehnteln und dem Beklagten zu drei Zehnteln aufzuerlegen. Die reduzierte Parteientschädigung für den Beklagten ist analog auf vier Zehntel festzulegen. Die Vorinstanz hat diese Prozessentschädigung in Anwendung von § 3 und 6 aAnwGebV auf Fr. 14'770.- einschliesslich Mehrwertsteuer bemessen, was betragsmässig unangefochten geblieben und zu übernehmen ist.

Es wird erkannt:

1. Die Klägerin/Widerbeklagte/Hauptberufungsklägerin wird verpflichtet, dem Beklagten/Widerkläger/Anschlussberufungskläger Fr. 85'230.90 zuzüglich 5% Zins seit 15. Januar 2010 zu bezahlen. Im Mehrbetrag werden Haupt- und Widerklage abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren von Fr. 21'000.00 Gerichtsgebühr, zuzüglich

Fr. 10'749.25 Gutachten

werden bestätigt.

3. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden der Klägerin/Widerbeklagten/Hauptberufungsklägerin zu 7/10 auferlegt. Die weiteren 3/10 der erstinstanzlichen Gerichtskosten werden dem Beklagten/Widerkläger/Anschlussberufungskläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Beweiskostenvorschuss für das erstinstanzliche Verfahren von Fr. 10'600.- verrechnet.
4. Die Klägerin/Widerbeklagte/Hauptberufungsklägerin wird verpflichtet, dem Beklagten/Widerkläger/Anschlussberufungskläger für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 14'770.- (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'800.- festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin/Widerbeklagten/Hauptberufungsklägerin zu 7/10 auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss für die Hauptberufung von Fr. 4'500.--verrechnet. Die weiteren 3/10 der Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten/Widerkläger/Anschlussberufungskläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss für die Anschlussberufung von Fr. 2'600.- verrechnet.
7. Die Klägerin/Widerbeklagte/Hauptberufungsklägerin wird verpflichtet, dem Beklagten/Widerkläger/Anschlussberufungskläger für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'555.- (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

9. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 53'000- .

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 17. Dezember 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. S. Notz

versandt am:

mc