

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB130065-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. H. Dubach

Beschluss vom 4. Juli 2014

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Kanton Zürich,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 5. November 2013 (CG110022-L)

Erwägungen:

A.

Mit Urteil vom 5. November 2013 wies die 7. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich die Klageforderung der Klägerin in der Hauptsache ab, mit welcher sie eine Restforderung von Fr. 162'842.50 zuzüglich Zins aus ausgeführten Bauarbeiten für den Beklagten geltend gemacht hatte. Nur die Verzugszinsforderung wurde im Umfang von Fr. 2'214.50 teilweise gutgeheissen. Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin am 11. Dezember 2013 rechtzeitig mit schriftlicher Begründung Berufung und leistete auch den ihr auferlegten Prozesskostenvorschuss von Fr. 11'300.- rechtzeitig (Urk. 62, Urk. 67). Die Berufungsantwortschrift des Beklagten erfolgte am 27. Februar 2014 und wurde der Klägerin am 16. Juni 2014 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 69, Urk. 71).

B.

1. Sachverhalt

Der Beklagte beauftragte die Klägerin mit Baumeisterarbeiten für die Aufstockung der Elektrozentrale der Autobahnüberdeckung Der Werkvertrag datiert vom 4./9. Dezember 2003, die Arbeiten wurden aber bereits vorher aufgenommen und am 14. Juli 2004 mit der offiziellen Bauabnahme beendet.

Der Werkvertrag wurde gestützt auf die Offerte der Klägerin vom 25. September 2003 abgeschlossen, welche u.a. anhand des vorgegebenen Leistungsverzeichnisses mit Vorausmass des Beklagten gestellt wurde. Es wurden darin grundsätzlich Einheitspreise, zum Teil als Pauschale und zum Teil nach Ausmass, für die einzelnen Arbeitsgattungen vereinbart. Das Total des offerierten und vereinbarten Werkpreises belief sich auf Fr. 307'604.05. Die Parteien sind sich sodann einig, dass zusätzliche, im Werkvertrag nicht inbegriffene Arbeiten erbracht wurden und zu entschädigen sind. Für diese Arbeiten wurde eine "Nachtragsofferte 01" erstellt; weiter erstellte die Klägerin dafür 10 Regierechnungen.

Entgegen den Vereinbarungen war es der Beklagte, welcher die Schlussrechnung

für die Arbeiten der Klägerin im Gesamtbetrag von insgesamt Fr. 369'141.25 bzw. - nach Abzug der Abschlagszahlungen - im Schlussbetrag von Fr. 101'141.25 erstellte und der Klägerin am 6. Januar 2005 zur Prüfung und Unterschrift zustellte. Am 9. März 2005 schickte die Klägerin dem Beklagten auf dessen ausdrückliches Verlangen den vertraglich vereinbarten und vom Beklagten vorformulierten Bürgschein für eine allfällige Mängelbehebung im Betrag von Fr. 37'000.-, entsprechend 10% des Gesamtrechnungsbetrages. Nach Mahnung durch den Beklagten bezüglich der noch ausstehenden Unterzeichnung der Schlussrechnung stellte die Klägerin dem Beklagten am 10. August 2005 ihrerseits ein "Bereinigtes Ausmass" zu und errechnete daraus eine Forderung von Fr. 450'080.50, zuzüglich Fr. 54'134.09 für Regiearbeiten und zuzüglich Mehrwertsteuer, und kam so auf eine Entschädigungsforderung von insgesamt Fr. 542'534.90 bzw. - nach Abzug der Abschlagszahlungen - von Fr. 268'000.00. Diese Forderung wurde vom Beklagten zurückgewiesen. Die Parteien tauschten in der Folge verschiedene Briefe zur Forderung der Klägerin und gegenseitige Ausmassberechnungen aus. Gemäss Akten lehnte der Beklagte am 22. Dezember 2005 letztmals nach einer internen Überprüfung die höhere Werkpreisforderung der Klägerin ab. Mit Brief vom 4. Dezember 2009 meldete sich der Rechtsvertreter der Klägerin beim Beklagten und wies auf den aus seiner Sicht noch geschuldeten Rechnungsbetrag von Fr. 337'497.30 (inkl. Zinsen) hin. Trotz Weigerung der Klägerin zur Unterzeichnung der Schlussrechnung vom Januar 2005 bezahlte der Beklagte am 13. April 2010 schliesslich den von ihm errechneten Saldo gemäss Schlussrechnung von Fr. 103'100.83. Am 17. September 2010 leitete die Klägerin beim zuständigen Friedensrichteramt die vorliegende Forderungsklage ein über einen Betrag von Fr. 161'042.- zuzüglich Zinsen für die Differenz zu ihrer eigenen Berechnung, welchen Betrag sie in der Klagebegründung noch auf Fr. 162'842.50 zuzüglich Zinsen erhöhte.

2. Das vorinstanzliche Urteil

Die Vorinstanz kam in ihrem Urteil zum Schluss, die Parteien hätten mit dem Werkvertrag gemäss übereinstimmenden Behauptungen Einheitspreise nach dem plangemässen theoretischen Ausmass vereinbart. Der Werkpreis sei bei dieser Methode anhand des in den ursprünglichen Plänen verzeichneten Ausmasses

und zu den vereinbarten Einheitspreisen zu berechnen. Da es sich dabei um eine Art von Pauschalvergütung handle, trage der Unternehmer das Risiko, falls das tatsächliche Ausmass grösser sei als in den Plänen verzeichnet. Nachträgliche Planänderungen seien nicht erfolgt und die Klägerin habe keine Fehler in den ursprünglichen Plänen oder im Leistungsverzeichnis substantiiert behauptet. Daher könne sie für Mehrmengen beim tatsächlichen Ausmass im Vergleich zum planmässigen Ausmass keine Zusatzvergütung fordern. Sodann seien (für nicht ausmassbestimmte Arbeiten) Einheitspreise vereinbart worden; darin seien auch alle Nebenleistungen wie Hilfsarbeiten, Transport, Aufbewahrung, Unterhalt und Bewachung eingeschlossen (Urk. 63 S. 5ff).

Eine Zusatzvergütung gegenüber dem Werkpreis könne die Klägerin nur für nachträgliche Bestellungenänderungen fordern. Solche Bestellungenänderungen seien mit der Nachtragsofferte 1 und den in Regie vergebenen zusätzlichen Arbeiten erfolgt. Die Nachtragsofferte 1 sei erst am 20. September 2004 und somit erst nach Fertigstellung und Abnahme der Baute erstellt und von der Klägerin ohne Vorbehalt der Unvollständigkeit unterzeichnet worden. Damit habe sie die entsprechend vereinbarte Entschädigung in voller Kenntnis der geleisteten Arbeiten akzeptiert und könne diese nicht mehr in Frage stellen. Die Regierapporte der Klägerin seien anlässlich der Bausitzung 04/04 vom 23. November 2004 - somit ebenfalls erst nach der Bauabnahme - gemeinsam abschliessend bereinigt worden, worauf die Klägerin am 8. Dezember 2004 die entsprechenden Regierechnungen erstellt habe, der Beklagte diese mit ein paar wenigen Korrekturen anerkannt und die Klägerin wiederum diese Korrekturen akzeptiert habe. Die im vorliegenden Prozess entgegen diesen Vereinbarungen geltend gemachten zusätzlichen Forderungen aus diesen Bestellungenänderungen seien daher nicht ausgewiesen (Urk. 63 S. 19ff).

Die Vorinstanz kam weiter zum Schluss, dass die vorliegenden Forderungen der Klägerin aufgrund der nachfolgenden Umstände auch als verwirkt betrachtet werden müssten: Die Klägerin habe sowohl die periodisch erstellten Ausmassurkunden des Beklagten zu den geleisteten Arbeiten gemäss Werkvertrag unterzeichnet als auch anlässlich der nach der Bauabnahme erfolgten letzten Bausitzung keine Vorbehalte zum Ausmass angebracht; sie habe die Nachtragsofferte 1 und

die Regierechnungen anerkannt; sie habe dem Beklagten kommentarlos den verlangten Bürgschein gestützt auf den von jenem errechneten Schlussrechnungsbeitrag aus- und zugestellt; schliesslich habe sie acht Monate lang nach Zustellung der Schlussrechnung des Beklagten geschwiegen. Dies habe der Beklagte nach Treu und Glauben als Anerkennung der Schlussrechnung verstehen dürfen. Die Ablehnung der Schlussrechnung durch die Klägerin sei auch missbräuchlich, nachdem sie treuwidrig die Mitwirkung bei der Ermittlung bzw. Überprüfung der relevanten Ausmasse verweigert habe, obschon sich der Beklagte darauf eingelassen habe. Stattdessen habe die Klägerin rund vier Jahre lang geschwiegen. Dies habe der Beklagte nach Treu und Glauben als Verzicht auf jegliche Zusatzforderungen bzw. als Einsicht in deren Unbegründetheit verstehen dürfen (Urk. 63 S. 13ff, 24).

3. Prüfungsumfang

Auf die Behauptungen der Parteien im Berufungsverfahren ist nachstehend nur, soweit relevant, näher einzugehen. Vorweg festzustellen ist, dass der Beklagte an der vor Vorinstanz vorgebrachten und von der Vorinstanz abgelehnten Einrede der Verjährung im Berufungsverfahren nicht mehr festhält (Urk. 69 S. 16f).

C.

1. Werkvertragliche Vergütungsvereinbarung

1.1. Der Werkpreis für den Unternehmer kann nach Einheitspreisen festgelegt werden. Diese Preisfestsetzung besteht darin, dass je Einheit einer Leistung (z.B. Laufmeter, Kubikmeter) ein bestimmter Preis vereinbart wird und am Schluss die Anzahl Einheiten mit dem vereinbarten Einheitspreis multipliziert werden. Die Anzahl der verrechenbaren, geleisteten Leistungseinheiten wird grundsätzlich am Bauobjekt selber festgestellt, indem die Parteien bzw. ihre Vertreter fortlaufend oder nach bestimmten Perioden gemeinsam das tatsächliche Ausmass der erbrachten Leistungen feststellen und in einer Urkunde gegenseitig anerkennen. Die gegenseitige Anerkennung der Ausmassurkunden hat indessen nur die Bedeutung einer übereinstimmenden Vorstellungsäusserung der Parteien. Sie begründet eine tatsächliche Vermutung für die Richtigkeit des Ausmasses, kann

aber durch den Nachweis der Unrichtigkeit widerlegt werden, worauf den beweispflichtigen Unternehmer die Beweislast für das richtige Ausmass trifft. Insbesondere bedeutet die Anerkennung des Ausmasses keinen Verzicht des Unternehmers auf darin nicht aufgeführte Arbeiten. Vergütungsberechtigt sind die erbrachten Leistungen allerdings nur in dem Ausmass, das bei einem sorgfältigen Vorgehen zur vertragsgemässen Ausführung des Werkes genügen würde (P. Gauch, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich 2011, S. 377ff Nr. 916f, 920, 920f, 928; Gauch/Schumacher, Kommentar zur SIA-Norm 118 S. 529 Anm. 9 zu Art. 142). Einheitspreisverträge können indessen auch nach der Methode des plangemässen theoretischen Ausmasses vereinbart werden. In diesem Fall wird der entschädigungspflichtige Umfang der zu leistenden Einheiten im voraus durch die Massangaben in den Ausführungsplänen definiert, unabhängig vom später tatsächlich erbrachten Ausmass. Diesfalls liegt eine Form der Pauschalvergütung vor, bei welcher der Unternehmer das Risiko eines tatsächlichen Mehrmasses und der Besteller das Risiko eines tatsächlichen Mindermasses gegenüber den Bauplänen trägt. Vergütungsrelevante Abweichungen vom plangemässen theoretischen Ausmass müssen im Sinne einer nachträglichen Bestellsänderung beidseitig vereinbart werden. Die Erstellung von Ausmassurkunden während der Bauausführung dient bei Vergütungsabreden nach dem plangemässen theoretischen Ausmass nicht mehr der Ermittlung des entschädigungsberechtigten Ausmasses, sondern hat nur noch Bedeutung für die Fälligkeit allfälliger Abschlagszahlungen. Welche Methode - plangemässes oder tatsächliches Ausmass - im Einzelfall anzuwenden ist, bestimmt sich nach dem Inhalt des konkreten Vertrages. Im Zweifel ist jedoch von einer Vergütung nach dem tatsächlichen Ausmass als Regelfall auszugehen (Gauch/Schumacher, a.a.O. Anm. 9 zu Art. 141, Anm. 23 zu Art. 144, Anm. 12f zu Art. 145; P. Gauch, a.a.O. S. 380f Nr. 925ff). Entgegen der Vorinstanz ist für die Qualifikation der Vergütungsabrede nicht von Bedeutung, dass der Unternehmer sowohl eine Pauschalpreisofferte als auch eine Einheitspreisofferte mit annähernd gleichen Preisen gestellt hat. Zum einen haben die Parteien vorliegend klar nicht die Variante Pauschalpreis gewählt und vereinbart. Zum anderen gehen die Vertragspartner bei Vertragsabschluss grundsätzlich immer davon aus, einen alle Arbeiten abdeckenden Preis vereinbart zu ha-

ben, der daher für beide Vergütungsvarianten anfänglich gleich zu kalkulieren und damit gleich hoch ist.

1.2. Die Klägerin hat vor Vorinstanz zunächst vorgebracht, es sei ein Einheitspreisvertrag vereinbart worden (Urk. 2 S. 45 Rz 124; so zunächst auch noch der Beklagte in Urk. 24 S. 5 Rz 10). Der Fachausdruck des "plangemässen theoretischen Ausmasses" wurde erstmals vom Beklagten in der Klageantwort verwendet bei der Beschreibung des Vorgehens zur Ermittlung des massgeblichen Ausmasses. Danach wurde das Ausmass der Arbeiten der Klägerin periodisch ermittelt und in gegengezeichneten Ausmassblättern festgehalten. Die Ausmassblätter seien dabei im Baubüro des Beklagten vorbereitet worden anhand der Ausführungspläne, des Leistungsverzeichnisses sowie allfälliger *Änderungen, die sich in der konkreten Ausführung* ergeben hätten. Anschliessend habe man diese Ausmasse mit der Klägerin vor Ort besprochen und *wenn nötig angepasst*. Anhand dieser, anschliessend noch elektronisch erfassten Ausmassblätter habe er später die detaillierte Schlussrechnung erstellt, worin er ausdrücklich auch Mehr- und Minderleistungen gegenüber der Offerte bzw. dem vertraglichen Leistungsverzeichnis aufgelistet habe (Urk. 27/17). Gleichzeitig betonte der Beklagte auch, die Ausmassurkunden hätten der Feststellung des vergütungsberechtigten tatsächlichen Ausmasses gedient und nicht bloss Grundlage für die Abschlagszahlungen gebildet (Urk. 24 S. 7 Rz 13). Damit verstand aber der Beklagte den in der Klageantwort verwendeten Fachausdruck nicht im zutreffenden Rechtssinne, nämlich als vergütungspflichtiges, vom tatsächlichen Ausmass unabhängiges Pauschal- ausmass. Vielmehr vertrat auch der Beklagte hier die Meinung, es seien die effektiv erbrachten Masse zu vergüten, auch wenn sie aufgrund der Natur der Arbeiten von den Planmassen praktisch nicht weit abweichen konnten.

Zwar übernahm die Klägerin in der Replik den Fachausdruck des "plangemässen theoretischen Ausmasses" und behauptete eine entsprechende Vergütungsvereinbarung. Auf das plangemässe Ausmass berief sie sich allerdings nur im Zusammenhang mit der Bestreitung der Richtigkeit der erstellten Ausmassurkunden und leitete aus abweichenden Planmassen den Beweis für die Unrichtigkeit der tatsächlichen Ausmassfeststellungen bzw. der Massurkunden ab (Urk. 41 S. 13 Rz 31, S. 15 Rz 37, S. 48 Rz 136). Gleichzeitig ging sie aber davon aus, dass das

tatsächliche Ausmass zu vergüten und dieses durch Ausmessen zu ermitteln sei (Urk. 41 S. 20 Rz 58). Der ganze Prozessstandpunkt der Klägerin basiert denn auch auf der Behauptung vergütungspflichtiger Mehrleistungen im Vergleich zum vertraglich vereinbarten Leistungsumfang gemäss Leistungsverzeichnis mit Vorausmass (vgl. Erw. 2 nachstehend). Sie hat auch bereits in ihrer Beanstandung der Schlussrechnung bzw. in ihrer eigenen Aufstellung vom September 2005 selber Mehrausmass wie auch Minderleistungen bei einzelnen vertraglichen Leistungspositionen aufgelistet (Urk. 5/13, Urk. 27/22). Ein solcher Standpunkt lässt sich mit einem Pauschalpreisvertrag mit Einheitspreisen für ein plangemässes theoretisches Ausmass nicht vereinbaren, bei dem der Unternehmer das Risiko des Mehrausmasses trägt. Bei den von der Klägerin geltend gemachten Ausmasskorrekturen im Vergleich zum Leistungsverzeichnis des Werkvertrages handelt es sich auch nicht um nachträgliche Bestellungenänderungen. Solche werden vielmehr unter den Vertragsparteien ausdrücklich vereinbart, z.B. in Form von Planänderungen, und resultieren nicht einfach automatisch aus der nachträglichen Feststellung einer Ausmassabweichung. Die Klägerin macht aber nicht geltend, die massgeblichen Ausführungspläne seien nachträglich abgeändert worden. Damit geht die Klägerin in der Sache von einem normalen Einheitspreisvertrag und einer schlichten Mengenabweichung aus, wenngleich sie in der Berufungsbegründung nach wie vor Einheitspreis- und Pauschalpreisvertrag in Form der Vergütung des plangemässen theoretischen Ausmasses in schwer nachvollziehbarer Weise vermischt (Urk. 62 S. 3ff).

Der abgeschlossene Werkvertrag enthält keinerlei Hinweise auf ausschliesslich massgebliche theoretische Planmasse. Bestandteil des Werkvertrages ist ein ausführliches Leistungsverzeichnis, u.a. mit vom Beklagten erstellten Vorausmassen. Diese nehmen aber keinerlei Bezug auf Ausführungspläne und dortige Massangaben. Der Werkvertrag selber und die weiteren Bestandteile des Vertrages (Urk. 27/2) enthalten ebenfalls keinen Hinweis auf eine absolute, vergütungsrelevante Verbindlichkeit von Planmassen. Position 371 der "Informationen und besondere Bestimmungen nach NPK 102" vom September 2003 bezieht sich auf den Ausschluss von nachträglichen Preisänderungen (Änderung der Einheitspreise) bei veränderten Mengen in Abänderung von Art. 86 der SIA-Norm 118, bein-

haltet aber keinen Ausschluss der Geltendmachung abweichender Mengen und Leistungen als solcher. Position 812.100 derselben Urkunde schliesst die Vergütung von Mehrleistungen und Mehrmassen ebenfalls nicht aus (Urk. 27/2 Beilage B). Gemäss den Protokollen der Bausitzungen 01/03 und 02/03 war die Klägerin noch am 2. Dezember 2003 nicht im Besitz aller Ausführungspläne (Urk. 27/7+8). Ihre Vertragsofferte vom 25. September 2003 und das am 14. Juli 2003 erstellte Leistungsverzeichnis mit Vorausmass des Beklagten, welche anfangs Dezember 2003 zum Werkvertragsabschluss führten, konnten die genauen Planmasse somit noch gar nicht enthalten. Die für die Offertstellung abgegebenen Submissionspläne enthalten noch keine ausreichend genauen Details und Massangaben (Urk. 27/2 Beilage F). Die Abrede einer Vergütung nach dem plangemässen theoretischen Ausmass findet in den Vertragsgrundlagen somit ebenfalls keine Stütze. Entgegen dem Beklagten ist eine vom schriftlichen Werkvertrag abweichende stillschweigende Vergütungsabrede im Sinne einer Pauschalvergütungsvereinbarung nach plangemässigem theoretischem Ausmass durch das nachträgliche Verhalten einer Partei oder entsprechende Prozessvorbringen nicht möglich (Urk. 24 S. 55 Rz 116, Urk. 50 S. 3 Rz 3, S. 10 Rz 34). Das konkrete Verhalten der Parteien spräche ohnehin gegen eine solche nachträgliche Preisänderung. Als die Klägerin den in der Schlussrechnung vom Beklagten aufgelisteten Leistungsumfang bestritt, indem sie dem Beklagten eine eigene, detaillierte und begründete Aufstellung ihres Leistungsumfanges zustellte (Urk. 27/21+22), überprüfte dieser seine eigene Ausmassberechnung nochmals, indem er die Ausmasse nochmals neu ermitteln liess (Urk. 5/14). Mit diesem Verhalten tat der Beklagte erneut seine Meinung kund, dass auch aus seiner Sicht das tatsächliche Ausmass und nicht das in Ausführungsplänen allenfalls eingetragene theoretische Mass massgeblich sein sollte; auf solche theoretischen Masse hat er sich vorprozessual nie konkret berufen. Wäre der Beklagte im Jahr 2004/2005 der Meinung gewesen, es seien ausschliesslich die theoretischen Planmasse massgeblich, hätte er sich als versierter und fachkundiger Bauherr nicht auf Diskussionen über das tatsächliche Ausmass eingelassen und in der Korrespondenz mit der Klägerin klar darauf hingewiesen.

Damit ist nachfolgend von einem Werkvertrag mit normaler Einheitspreisvergütung auszugehen, welche sich nach den tatsächlich erbrachten Leistungsmengen

richtet. Dass die Parteivertreter dafür vor Vorinstanz den falsch verstandenen Begriff der Vergütung nach dem plangemässen theoretischen Ausmass verwendet haben, schadet ihnen nicht, nachdem sie sich bei Vertragsabschluss und Vertragsabwicklung über die effektiv gewollte Vergütungsmethode offenkundig einig waren.

Die von der Klägerin erhobene Berufungsrüge der falschen Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz trifft in diesem Punkt wenigstens im Ergebnis zu (Urk. 62 S. 3).

1.3. Liegt ein Werkvertrag mit ordentlicher Einheitspreisvergütung vor, kommt es für die Forderung der Klägerin wesentlich darauf an, ob die effektiv erbrachten Leistungseinheiten und Mengen von den vertraglich vereinbarten Leistungen und Mengen des Leistungsverzeichnisses bzw. den ausgemessenen und vergüteten Mengen und Einheiten abweichen, nachträglich vereinbarte Änderungen vorbehalten. Behauptungs- und beweispflichtig dafür ist die Klägerin. Sie hat - nach ergangener Substantiierungsaufforderung - vor Vorinstanz ihre Forderung in der Replik in vier Kategorien unterteilt und begründet, welcher Kategorisierung nachfolgend gefolgt wird (Urk. 41 S. 3) :

- werkvertragliche Leistungspositionen, für welche die Klägerin Leistungen in einem grösseren Ausmass erbracht haben will, als der Beklagte in seiner Schlussrechnung errechnet und vergütet hat;
- werkvertragliche Leistungspositionen, für welche sich die Klägerin ein geringeres Ausmass anrechnen lässt, als der Beklagte in seiner Schlussrechnung errechnet und vergütet hat, wobei diese von Anfang an bereits von der Klageforderung abgezogen worden sein sollen;
- erbrachte Leistungen, für welche das werkvertragliche Leistungsverzeichnis keine Positionen enthält (sog. Nachtragspositionen);
- nach Aufwand zu vergütende Leistungen (Regie).

2. Forderung aus Leistungen gemäss Leistungsverzeichnis des Werkvertrages

2.1. Die Klägerin hat die geltend gemachten Abweichungen in den Ausmassen von Leistungen, soweit im Leistungsverzeichnis enthalten, gemäss Seite 3 i.V.m. S. 28ff Rz 74 - 87 und S. 54ff Rz 165 - 271 der Replik (Urk. 41) bzw. S. 10ff Rz 27

- 51 der Klagebegründung (Urk. 2) unter Bezugnahme auf die jeweiligen Positionsnummern des Normpositionenkatalogs - auf den auch Leistungsverzeichnis bzw. Schlussabrechnung des Beklagten Bezug nehmen (Urk. 27/2, Urk. 5/10 bzw. Urk. 27/16) - einzeln aufgelistet und die Abweichungen des tatsächlichen Ausmasses von der Auflistung der Masse in den Ausmassblättern bzw. in der Schlussrechnung des Beklagten u.a. anhand der Ausführungspläne errechnet. Aufgrund dieser Ausführungen sind diese Klageforderungen der Klägerin ausreichend bestimmt und begründet. Der Beklagte war auch in der Lage, dazu detailliert Stellung zu nehmen (Urk. 24 S. 29ff, Urk. 50 S. 54ff), so dass darüber, soweit bestritten oder aus rechtlichen Gründen nicht sofort liquid, ein Beweisverfahren durchgeführt werden kann. Entgegen dem Beklagten müssen bei normalen Einheitspreisverträgen keine Planänderungen oder Plandifferenzen substantiiert werden (Urk. 69 S. 3 Rz 5).

2.2. Zu prüfen ist vorweg, ob die Forderung der Klägerin aus Ausmassdifferenzen allenfalls verwirkt ist. Für eine Verwirkung von Forderungen genügt eine blosser Untätigkeit oder Schweigen des Gläubigers allerdings nicht; zur Klärung der Forderungen und Schulden dient in solchen Situationen die Verjährung. Eine Verwirkung ist nur anzunehmen, wenn dem Schweigen oder der Untätigkeit aufgrund besonderer Umstände nach Treu und Glauben die Wirkung einer positiven Willenserklärung im Sinne eines Verzichts auf eine bestimmte Forderung zukommt bzw. die konkreten Umstände keine ausdrückliche Stellungnahme oder Bestreitung einer Willenskundgebung der anderen Vertragspartei erfordern. Blosses Stillschweigen des Adressaten einer Rechnung gilt in diesem Sinne nicht als Anerkennung der fakturierten Rechnung (BSK OR I - E. Bucher, Art. 6 N 9a).

Aus einem achtmonatigen Zuwarten mit einer Stellungnahme zu einer komplexen Rechnung kann nach dem Vorgesagten keine Anerkennung des Rechnungsbetrages und als Folge davon eine Verwirkung einer allfälligen Mehrforderung abgeleitet werden. Wie bereits vorstehend (Erw. 1.1.) ebenfalls ausgeführt, kann die Klägerin trotz der von ihr unterzeichneten Ausmassurkunden den Beweis für die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit dieser Urkunden bzw. über das richtige Ausmass und die effektiv geleisteten Arbeiten führen. Durch die allenfalls ungeprüfte Unterzeichnung dieser Urkunden im Vertrauen auf die später noch bestehende

Nachprüfungsmöglichkeit (Urk. 41 S. 43 Rz 115) hat die Klägerin - entgegen der Vorinstanz - Ansprüche aus Massabweichungen nicht verwirkt bzw. ist die Bestreitung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Ausmassblätter im Rahmen der Schlussabrechnung nicht missbräuchlich. Dass die Klägerin sich geweigert hätte, bei der Feststellung des Ausmasses mitzuwirken, wie die Vorinstanz ausführt (Urk. 63 S. 24), ist nicht nachvollziehbar; der Beklagte leitet diesen Vorwurf denn auch einzig aus der langen Reaktionszeit auf die Zustellung der Schlussrechnung ab (Urk. 24 S. 15Rz 22). Während der Bauausführung wurden vielmehr laufend und zeitnah Ausmassblätter erstellt und von der Klägerin und dem Bauleiter des Beklagten unterzeichnet (Urk. 27/3/56-58). Die Klägerin hat sodann am 19. September 2005 ihre Massabweichungen gegenüber der Schlussabrechnung des Beklagten detailliert aufgelistet (Urk. 27/22); der Beklagte hat das neue Ausmass der Klägerin seinerseits drei Monate lang überprüft und der Klägerin am 22. Dezember 2005 die Ablehnung mitgeteilt (Urk. 5/14). Weitere Absprachen oder Offerten zur Bereinigung des Ausmasses erfolgten nach der Parteidarstellung nicht mehr, bis der spätere Rechtsvertreter der Klägerin am 4. Dezember 2009 dem Beklagten die Überprüfung des Ausmasses durch eine neutrale Drittperson vorschlug (Urk. 5/15). Auch hinsichtlich dieser nachträglichen Differenzbereinigungsversuche zum Ausmass kann der Klägerin keine missbräuchliche Mitwirkungsverweigerung angelastet werden, die allenfalls eine Verwirkung dieser Ansprüche zur Folge haben könnte.

Anlässlich der letzten Bausitzung vom 23. November 2004 waren das Ausmass bzw. allfällige Ausmassabweichungen und deren Bereinigung kein Thema. Es wurde vielmehr unter Traktandum C vereinbart, dass der Beklagte noch das Restausmass erstellen lasse und anschliessend die Schlussrechnung - mit den letztlich massgeblichen Ausmassen - erstelle (Urk. 27/10). Waren somit das definitive Ausmass oder Ausmassdifferenzen nicht konkret Thema der Besprechung bzw. diese z.T. noch offen, kann entgegen der Vorinstanz der Klägerin nicht vorgeworfen werden, sie habe keine Vorbehalte betreffend das abschliessende Ausmass vorgebracht und dieses damit stillschweigend anerkannt und zusätzliche Ansprüche verwirkt.

Die Parteien haben weiter vereinbart, dass jede Partei innert 12 Monaten nach

der Zahlung der Schlussrechnung gemäss Art. 155 SIA-Norm 118 eine Überprüfung und Nachkontrolle vornehmen kann und anschliessend bei festgestellten Differenzen nach Art. 154 Abs. 3 SIA-Norm 118 vorzugehen ist. Die Schlussabrechnung gilt erst dann beidseits als anerkannt, wenn keine Partei innert diesen 12 Monaten ab Zahlung die Rechnung bestreitet (Urk. 27/2 Blatt 4 Art. 10.5). Da der Beklagte die Schlussrechnung erst am 13. April 2010 bezahlt hat, erfolgten die Bestreitungen der Schlussrechnung durch die Klägerin im August/September 2005 jedenfalls fristgerecht. Haben die Parteien ausdrücklich eine Verwirkungsfrist vereinbart, kann - e contrario - nicht von einer stillschweigenden Verwirkung durch Zuwarten bereits vor Ablauf dieser Frist ausgegangen werden.

Eine Verwirkung durch Schweigen bzw. Zuwarten könnte im Übrigen auch nicht gestützt auf die SIA-Norm 118 angenommen werden, welche Bestandteil des Werkvertrages geworden ist. Art. 154 der zit. Norm gesteht der Bauleitung - im Falle der Rechnungstellung durch den Unternehmer - eine Prüfungsfrist von einem Monat zu. Erfolgt innert Frist kein Prüfungsbescheid, ist eine Nachfrist von einem Monat anzusetzen (Art. 155 Abs. 2 zit. Norm). Unter einem Prüfungsbescheid ist die Meinungskundgabe zur Richtigkeit der Schlussrechnung und zur Mitteilung von Differenzen zu verstehen. Differenzen sind der Gegenpartei unverzüglich nach ihrer Feststellung mitzuteilen, zu begründen und anschliessend möglichst rasch zu bereinigen. Als anerkannt gilt die Schlussrechnung erst bei einem vorbehaltlosen Prüfungsbescheid bzw. als teilweise anerkannt bei einem Prüfungsbescheid unter dem Vorbehalt noch offener, unbereinigter Differenzen (Gauch/Schumacher, a.a.O. Art. 154 Anm. 18, 24f). Wendet man diese Regeln zum Erfordernis eines Prüfungsbescheides analog auf den vorliegenden Fall der Rechnungserstellung durch den Bauherrn bzw. die Bauleitung an, so könnte von einer vollständigen oder teilweisen Anerkennung der Schlussrechnung nur bei einem ausdrücklichen Prüfungsbescheid der Klägerin ausgegangen werden. Einen solchen hat der Beklagte mit der Aufforderung zur Unterzeichnung der Schlussrechnung am 6. Januar 2005 verlangt und am 22. August 2005 nochmals gemahnt (Urk.5/10+11), ähnlich wie bei einer Nachfristansetzung, allerdings ohne verbindliche Frist. Die Klägerin hat am 10. August/19. September 2005 ihre Vorbehalte zum Ausmass angebracht und begründet (Urk. 5/12+13, Urk. 27/21+22).

Es kann damit nicht bereits vor der Mahnung der Klägerin an den Prüfungsbescheid von einer vorbehaltlosen Anerkennung der Schlussrechnung ausgegangen werden. Und selbst wenn man von einem nicht fristgerechten Prüfungsbescheid der Klägerin ausgehen würde, hätte dies lediglich Bedeutung für die *Fälligkeit* ihrer Forderung, nicht aber für den Bestand der Forderung als solchen. Denn nur die Fälligkeit der Forderung des Unternehmers tritt mit dem ungenutzten Ablauf der Prüfungsfrist oder mit dem Prüfungsbescheid ein, unabhängig davon, ob die Abrechnungsforderung beidseitig anerkannt ist oder ob Beträge noch bestritten sind (Art. 155 zit. Norm; Gauch/Schumacher, a.a.O. Art. 155 Anm. 5, 7). Eine Anerkennung der Forderung und als Folge davon eine Verwirkung weitergehender Ansprüche ist damit nicht verbunden.

Die Klägerin hat dem Beklagten am 9. März 2005 auf dessen Aufforderung hin einen Bürgschein im Betrag von Fr. 37'000.- bzw. 10% des Schlussrechnungsbeitrages des Beklagten vom Januar 2005 zugestellt (Urk. 27/18-20). Dieser diente als Sicherheit für allfällige Garantiewerke und war Voraussetzung dafür, dass der Klägerin der gesamte Werklohn ohne Rückbehalte ausbezahlt werden konnte (Art. 181 SIA-Norm 118). Zwar soll sich der Bürgschaftsbetrag nach der Totalsumme der vom Bauherrn für das gesamte Werk zu leistenden Vergütungen bemessen. Da die Bürgschaft aber ausschliesslich im Interesse des Bauherrn liegt und dessen Mängelforderungen absichert, schadet es dem Unternehmer nicht, wenn sich der Bauherr mit einem tieferen Betrag zufrieden gibt bzw. eine tiefere als die effektiv geschuldete Gesamtvergütung der Berechnung des Bürgschaftsbetrages zugrunde legt. Wenn die Klägerin vorliegend daher für den Bauherrn eine Bürgschaft für einen von diesem verlangten tieferen Betrag als ihrer Meinung nach geschuldet ausgestellt hat, hat sie damit nicht auf eine allfällige höhere Vergütung des Werkes verzichtet.

2.3. Die Klägerin hat vor Vorinstanz ihre Forderungen aus Ausmassdifferenzen ausreichend anhand des Normpositionenkatalogs identifiziert und die behaupteten Massabweichungen ausreichend quantifiziert; der Beklagte hat sie entweder bestritten oder als in der Schlussrechnung vollumfänglich enthalten bezeichnet. Die Klägerin kann allfällige Differenzen trotz Unterzeichnung der Ausmassblätter geltend machen und beweisen. Sie hat eine allfällige Mehrforderung auch nicht

anderweitig verwirkt. Indem die Vorinstanz sich nicht zur Berechtigung dieser Mehrforderungen im Einzelnen aufgrund der vertraglich vereinbarten Leistungen geäussert und keinen Beweis für die Mehrforderungen der Klägerin aus den behaupteten Ausmassdifferenzen zwischen Ausmassurkunden und tatsächlichem Ausmass und die dafür allenfalls geschuldete Zusatzvergütung abgenommen hat, hat sie ihr das rechtliche Gehör verweigert und den Sachverhalt nicht korrekt festgestellt. Die Berufungsrügen der diesbezüglichen falschen Rechtsanwendung und Sachverhaltsfeststellung sind wenigstens im Ergebnis begründet (Urk. 62 S.9 Rz 48, S 11ff Rz 56ff).

Würde die Berufungsinstanz selber das Beweisverfahren durchführen, würde die Klägerin für die Würdigung der Beweise und für die Beurteilung der vertraglichen Berechtigung des Mehrausmasses und dessen Abgrenzung von den weiter geltend gemachten Nachtragspositionen und Regieleistungen eine Beurteilung durch zwei Instanzen mit voller Kognition verlieren. Das Verfahren ist daher zur Durchführung des Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 lit. c ZPO).

Thema des Beweisverfahrens sind vorweg die Feststellung allfälliger Mehrausmasse im Vergleich zu den in der Schlussrechnung enthaltenen und vergüteten Massen. Die ebenfalls angeführten Minderausmasse, auf denen der Beklagte die Klägerin behaftet (Urk. 50 S. 19), will die Klägerin vom Klagebetrag im Umfang von Fr. 9'799.40 bereits abgezogen haben (Urk. 41 S. 28ff Rz 74ff i.V.m. Urk. 2 S. 44). Ergibt das Beweisverfahren einen Zusatzanspruch der Klägerin aus Mehrmassen im Vergleich zur Schlussrechnung, ist gegebenenfalls eine Saldoberechnung aus Mehr- und Mindermassen vorzunehmen.

3. Nachtragspositionen zum Werkvertrag

3.1. Die Klägerin macht weiter Nachtragspositionen geltend. Darunter versteht sie gemäss Replik erbrachte Arbeiten, welche nicht im Leistungsverzeichnis enthalten, für dessen Erfüllung aber nötig gewesen seien, und welche weder von Regieaufträgen noch von der Nachtragsofferte 01 erfasst worden seien. Diese Mehrleistungen resultierten im Wesentlichen aus einem unvollständigen Leistungsverzeichnis, welches durch Weisungen der Bauleitung und Planänderungen im Sinne von Bestellungenänderungen ergänzt worden sei (Urk. 41 S. 3 i.V.m. S. 20 Rz 59,

S. 40 Rz 101, S. 50 Rz 148, S.76ff Rz 272ff). Der Beklagte hat eine einzige Nachtragsofferte 01 zum Werkvertrag im Betrag von Fr. 339.30 (Urk. 27/25) anerkannt. Weitere Mehrleistungen, sofern tatsächlich erbracht und nicht bereits im Leistungsverzeichnis enthalten, seien mittels Regieaufträgen geregelt und abgegolten worden. Die Klägerin habe nie Fehler im Leistungsverzeichnis geltend gemacht und damit ihre Abmahnungspflicht verletzt. Viele Forderungen unter diesem Titel beträfen sodann Nebenleistungen, die in den einzelnen Leistungspositionen des vertraglichen Leistungsverzeichnisses inbegriffen seien (Urk. 24 S. 41ff, Urk. 50 S. 13 Rz 40, S. 48ff Rz 142ff).

Die Vorinstanz hat die Forderungen der Klägerin wegen dieser Nachtragspositionen abgewiesen. Bei der Vergütungsabrede nach dem plangemässen theoretischen Ausmass trage der Unternehmer das Risiko von Mehrleistungen. Andererseits habe die Klägerin weder bei der erst am 20. September 2004 nach der Bauabnahme erfolgten rückwirkenden Unterzeichnung der Nachtragsofferte 01 noch an der abschliessenden Bausitzung vom 23. November 2004, an welcher der Beklagte die Bereinigung aller offenen Fragen angestrebt habe, einen Vorbehalt bezüglich weiterer Zusatzleistungen angebracht und damit auf solche verzichtet.

3.2. Erstellt ein sachkundiger Bauherr das Leistungsverzeichnis, so darf sich der Unternehmer auf dessen Richtigkeit und Vollständigkeit verlassen. Erkennt er später Lücken, so trifft ihn nach Art. 8 der SIA-Norm 118 keine Anzeigepflicht, zumindest dann nicht, wenn dadurch die rechtzeitige und gehörige Ausführung des Werkes nicht gefährdet wird (R. Hürlimann, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 1 - 37, Zürich 2009, Anm. 7 zu Art. 8 sowie Anm. 2 zu Art. 25). Die von der SIA-Norm 118 abweichende Regelung im Werkvertrag bezieht sich nur auf erkannte Mängel hinsichtlich der örtlichen Gegebenheiten und des Baugrundes gemäss Art. 5 zit. Norm, nicht aber auf Mängel des Leistungsverzeichnisses (Urk. 25/2 Beilage B S. 25 Pos. 812.100). Anlässlich der Bausitzung 1 wurde zwar vereinbart, dass erkannte grössere Abweichungen von den Vorausmassen anlässlich der Bausitzungen zu erwähnen seien (Urk. 27/7 Traktandum F). Aus dieser Formulierung allein kann aber nicht eine lückenlose Anzeigepflicht aller Abweichungen vom Leistungsverzeichnis mit Verwirkungsfolge abgeleitet werden. Es kann hier insbesondere auf die anerkannte Nachtragsofferte 01 verwiesen werden, mit

dem der Beklagte nachträglich Zusatzleistungen anerkannt hat, die zuvor nicht an Bausitzungen thematisiert worden waren (Urk. 27/25). Die vereinbarte Schriftlichkeit von Zusatzaufträgen bezog sich sodann ausdrücklich nur auf in Regie zu verrechnende Arbeiten (Urk. 27/7 Traktandum F). Entgegen dem Beklagten und der Vorinstanz kann der Klägerin daher im Zusammenhang mit geltend gemachten, für die fachgerechte Erbringung der werkvertraglichen Leistungen nötigen und im Leistungsverzeichnis nicht enthaltenen Arbeiten keine Verletzung einer grundsätzlichen Anzeigepflicht entgegengehalten werden. Insoweit erscheint die Berufungsrüge der falschen Rechtsanwendung begründet (Urk. 62 S. 8 Rz 40ff).

3.3. Wie bereits vorstehend ausgeführt (Erw. 1) liegt ein Werkvertrag mit Einheitspreisvergütung vor. Insofern kann nicht gesagt werden, dass die Klägerin unbesehen das Risiko von Mehrleistungen gegenüber dem Leistungsverzeichnis zu tragen hätte. Wie ebenfalls bereits ausgeführt (Erw. 2.2.) können die Mehrforderungen der Klägerin auch nicht als durch Zuwarten verwirkt gelten.

Anlässlich der Bausitzung vom 23. November 2004 (Urk. 27/10) wurden gewisse Zusatzarbeiten der Klägerin vom Beklagten anerkannt und nachträglich dafür eine Nachtragsofferte 01 (Urk. 27/25) und Regieaufträge erteilt (vgl. Erw. 4 nachstehend). Ausdrücklich als nicht vergütungsberechtigt abgelehnt wurden dabei Zusatzforderungen für Baustelleninstallationen, soweit sie die in der Regierechnung 5 einschliesslich einer zusätzlichen Kieslieferung verzeichneten Leistungen übersteigen (vgl. Urk. 27/11/5), sowie Zusatzforderungen für Wintermassnahmen. Die Klägerin hat gegen dieses Protokoll und die darin getroffenen Feststellungen nicht remonstriert und damit dessen Richtigkeit stillschweigend anerkannt. Dies ergibt sich u.a. auch daraus, dass die Klägerin im Anschluss an die Sitzung ihre dort diskutierten Regierechnungen so wie vereinbart angepasst hat (vgl. Erw. 4 nachstehend). Soweit die Klägerin für die an der Sitzung ausdrücklich als nicht vergütungsberechtigt bezeichneten Positionen erneut eine Vergütung beansprucht (Urk. 41 S. 77 Ziff. 8.2.1 und 8.2.2, Rz 276 -282; S. 80f Ziff. 8.2.8, Rz 295-299), muss sie sich auf ihrem **Verzicht** vom 23. November 2004 behaften lassen und sind diese Forderungen vorweg abzuweisen.

Umgekehrt hat der Beklagte an dieser Bausitzung nachträglich einen Regieauftrag Nr. 6 für die Erstellung eines **Bautores zu einem Preis von Fr. 3'500.-** erteilt

(Urk. 27/10). In der Auflistung der berechtigten und zu vergütenden Regieleistungen (Urk. 27/11/1 ff) ist keine Rechnung dafür enthalten. Hingegen macht die Klägerin diese Arbeit im genannten Betrag als Nachtragsposition geltend (Urk. 41 S. 78 Ziff. 8.2.3). Dieser Betrag ist der Klägerin daher ohne weiteres als **anerkannt** zuzubilligen.

Die übrigen von der Klägerin geltend gemachten Nachtragspositionen waren nicht ausdrücklich Thema der Bausitzung vom 23. November 2004. Weder das Protokoll noch die damals erstellte Nachtragsofferte 01 enthalten einen Ausschlussvermerk in dem Sinne, dass die Klägerin danach mit jeden weiteren Forderungen ausgeschlossen sein sollte. Die schwer nachvollziehbaren Ausführungen in der Berufungsbegründung zur Nachtragsofferte 1 (Urk. 62 S. 7f Rz 35ff) sind wenigstens in diesem Sinne zutreffend. Die angestrebte Bereinigung "der noch offenen Punkte" erfolgte ausdrücklich im Hinblick auf die Erstellung der Schlussrechnung durch den Beklagten (Urk. 27/10 Traktandum A). Gegen diese Schlussrechnung stand der Klägerin anschliessend aber noch ein Prüfungs- und Bestreitungsrecht zu. In Unkenntnis der in der Schlussrechnung enthaltenen und zu vergütenden Arbeiten und Ausmasse konnte sie Einwendungen und Zusatzansprüche nicht im voraus verwirken durch die Nichtthematisierung an der Bausitzung.

Sind die übrigen Nachtragspositionen somit nicht verwirkt, ist darüber urteilsmässig unter Berücksichtigung der Einwendungen des Beklagten zu entscheiden.

3.4. Die Klägerin hat in der Klagebegründung (Urk. 2 S. 26ff) bzw. Replik (Urk. 41 S. 76ff) ihre Zusatzforderungen einlässlich begründet. Sie hat klar umschrieben und beziffert, welche Zusatzleistungen im Einzelnen (unter Bezugnahme auf den allgemeinen Normpositionenkatalog) sie hier in welchem Umfang geltend macht, und in nachvollziehbarer Weise Einheitspreise z.T. in Analogie zu den werkvertraglichen Einheitspreisen in Anschlag gebracht. Der Beklagte hat dazu in der Klageantwort und in der Duplik eingehend Stellung genommen bzw. nehmen können und die Zurechenbarkeit der Zusatzleistungen zu den Positionen des Normpositionenkatalogs bestätigt (Urk. 24 S. 41S. 6 Rz 16, S. 48ff). Die entsprechenden Forderungen der Klägerin erweisen sich damit als grundsätzlich ausreichend substantiiert (auf Ausnahmen wird nachstehend eingegangen). Zu prüfen sind daher die folgenden Nachtragspositionen (gemäss Systematik in der Replik

Urk. 41 S. 78ff) :

- Ziff. 8.2.4. Schutz Fussgänger-Passarelle

Umstritten ist, ob diese zur Bauinstallationspauschale gehört, über welche sich die Parteien anlässlich der Bausitzung vom 23. November 2004 geeinigt haben. Die Klägerin behauptet überdies einen stillschweigend erteilten Zusatzauftrag. Darüber wird die Vorinstanz in ihrem neuen Urteil zu befinden und allenfalls Beweis abzunehmen haben.

- Ziff. 8.2.5. Schutz Geröllschicht

Die Klägerin behauptet hier eine von der Bauleitung genehmigte Zusatzarbeit; der Beklagte erachtet diese als im Hydrojetting inbegriffene Nebenleistung und bestreitet deren Vornahme. Darüber wird die Vorinstanz in ihrem neuen Urteil zu befinden und allenfalls Beweis abzunehmen haben.

- Ziff. 8.2.6. Schutzfolie entfernen

Die Klägerin behauptet hier eine Zusatzarbeit, die der Bauleiter des Beklagten genehmigt habe; der Beklagte erachtet diese als im Leistungsverzeichnis inbegriffene Nebenleistung und bestreitet den Betrag. Darüber wird die Vorinstanz in ihrem neuen Urteil zu befinden und allenfalls Beweis abzunehmen haben.

- Ziff. 8.2.7. Probewürfel erstellen

Die Klägerin behauptet hier eine Zusatzarbeit; der Beklagte erachtet diese als im Leistungsverzeichnis inbegriffene Nebenleistung und bestreitet den Betrag. Darüber wird die Vorinstanz in ihrem neuen Urteil zu befinden und allenfalls Beweis abzunehmen haben.

- Ziff. 8.2.8. Kosten infolge Terminverschiebung und Wintermassnahmen

Die Klägerin macht hier zunächst Fr. 5'000.- Schadenersatz wegen eines verzögerten Baubeginns geltend (Umtriebe und Arbeitsbeschaffung mit Verlust); der Beklagte bestreitet vorweg die ausreichende Substantiierung der Schadenersatzforderung. Darin ist ihm beizupflichten. Die Klägerin macht keinerlei näheren Angaben, wofür ihr im Einzelnen 60 Arbeitsstunden entgangen sind, ob es sich z.B. um eigene Arbeitsbeschaffungsbemühungen handelt, um Lohnkosten für unbe-

schäftigte Mitarbeiter etc. Diese Forderung ist nicht ausgewiesen.

Weiter macht die Klägerin einen Leistungsabfall des Baustellenpersonals wegen des kalten Winterwetters von 36.4 Stunden bzw. Fr. 3'000.- geltend. Auch hier bemängelt der Beklagte zurecht die fehlende Substantiierung, z.B. an welchen Tagen in welchem Ausmass Eis entfernt werden musste. Diese Forderung ist nicht ausgewiesen, zumal die Arbeiten von Anfang an auf die Wintermonate festgelegt worden waren und mit Kälteeinflüssen zu rechnen war. Gemäss Pos. 113.012.900 des Leistungsverzeichnisses mussten Winterdienstarbeiten in die Einheitspreise eingerechnet werden. Diese Forderung ist nicht ausgewiesen. Schliesslich fordert die Klägerin für die kältebedingte Mehrmiete von Frostschutzmatten Fr. 3'500.--. Der Beklagte bestreitet einen Zusammenhang zwischen dem Einsatz solcher Matten und der kalten Witterung; Thermomatten müssten generell eingesetzt werden und seien im Leistungsverzeichnis auch ausgeschrieben worden. Diese Behauptungen wird die Vorinstanz zu prüfen und allenfalls Beweis darüber abzunehmen haben.

- Ziff. 8.3.1. Umstellen der Bohreinrichtung

Die Klägerin fordert Fr. 160.- zusätzlich für das Verschieben der Bohreinrichtung vom EG ins 1. OG und anschliessend weiter ins 2. OG. Zur Substantiierung verweist sie auf die Rechnung der Subunternehmerin C._____. Nach dem Beklagten ist diese Arbeit bereits im Leistungsverzeichnis und den späteren Ausmassblättern enthalten und nicht zusätzlich zu entschädigen. Diese Behauptungen wird die Vorinstanz zu prüfen haben.

- Ziff. 8.3.2. Schneidearbeiten

Die Klägerin macht hier Mehrausmasse des Deckenausbruchs im 2. OG geltend; nach dem Beklagten ist das tatsächliche Mass in den Ausmassblättern bereits erfasst und vergütet worden. Hier hat die Klägerin zu beweisen, dass die Ausmassblätter nicht das richtige Ausmass wiedergeben, bzw. das richtige Ausmass zu beweisen. Es handelt sich im Grunde genommen um eine Forderung aus Ausmassdifferenzen und nicht um eine Nachtragsposition aus zusätzlichen, nicht vorgesehenen Arbeiten.

Die Klägerin verlangt weiter eine Zusatzentschädigung für eine stärkere Beweh-

zung von 9'440 mm² /m¹ statt der geschuldeten 9'000 mm²/m¹. Der Beklagte verweist auf den vereinbarten, durchschnittlichen Ca.-Bewehrungsgehalt gemäss Leistungsverzeichnis, welcher eine Toleranz von 5% beinhalte und welche nach den Behauptungen der Klägerin eingehalten sei. Darüber wird die Vorinstanz zu befinden haben.

- Ziff. 8.3.3. Ausbau Deckendurchbrüche

Hier macht die Klägerin Mehraufwand wegen erschwerter Verhältnisse geltend, da die Deckendurchbrüche und der Abtransport des Materials erst nach der Betonierung der Decke des 2. OG hätten erfolgen können und nicht bereits nach der Erstellung der Aussenwände des 2. OG. Der Beklagte bestreitet diesen Mehraufwand im Grundsatz, da gemäss Leistungsverzeichnis kein bestimmter Zeitpunkt für den Ausbau und den Abtransport des Materials festgelegt gewesen seien, was die Klägerin wiederum bestreitet. Darüber wird die Vorinstanz zu befinden haben.

- Ziff. 8.3.4. Transport und Lagerung

Hier fordert die Klägerin eine Zusatzvergütung für das Mehrmaterial, das durch die grösseren Deckendurchbrüche (Ziff. 8.3.2.) abtransportiert und gelagert werden musste. Nach Auffassung des Beklagten handelt es sich um eine in der Hauptleistungsposition inbegriffene Nebenleistung. Darüber wird die Vorinstanz im Grundsatz zu befinden haben; allenfalls ist Beweis über das behauptete Mehrausmass abzunehmen.

- Ziff. 8.3.5. Nebenarbeiten

Die Klägerin fordert Fr. 200.- für das Sichern und Spriessen von herabfallenden Bohrkernen; der Beklagte betrachtet dies als inbegriffene Nebenleistung. Darüber hat die Vorinstanz zu befinden.

- Ziff. 8.4. Wasserhaltung

Die Klägerin verlangt eine Mehrvergütung für das Erstellen von Pumpensäumpfen für die Hydrojettingarbeiten sowie den Abtransport und die Entsorgung des abgepumpten Wassers. Der Bauleiter des Beklagten habe diese Arbeit genehmigt. Der Einwand der ungenügenden Substantiierung ist hinsichtlich des Abtransports und der Entsorgung (Fr. 1'000.-) berechtigt; aus der Rechnung des Subunter-

nehmers ergibt sich dafür nichts. Hingegen ist die Berechnung der Forderung hinsichtlich der Lieferung einer Auffangwanne (Fr. 2'250.-) betraglich nachvollziehbar und damit substantiiert. Die Vorinstanz wird daher den Einwand des Beklagten zu prüfen haben, dass es sich hier um eine inbegriffene Nebenleistung handelt, und allenfalls Beweis abzunehmen haben über die Genehmigung durch die Bauleitung.

- Ziff. 8.5.1. Ortbetonbauten, Vorarbeiten

Die Klägerin verlangt eine Zusatzvergütung für das Aufrauhen bestehender Betonflächen für die Anschlüsse der neuen Betonflächen. Gemäss Beklagtem ist diese Arbeit in den vertraglichen Leistungspositionen bereits enthalten und mit den handschriftlichen Massurkunden bereits erfasst worden. Darüber wird die Vorinstanz zu befinden haben.

- Ziff. 8.5.2. Beton

Die Klägerin fordert hier einerseits eine Zusatzvergütung für das Betonieren von zwei "Sockeli" für die Abdeckplatte bei der Lüftung (Fr. 100.-), wogegen der Beklagte einwendet, diese Arbeiten seien bereits mit den handschriftlichen Ausmassurkunden berücksichtigt und abgegolten worden. Darüber wird die Vorinstanz Beweis abzunehmen haben.

Andererseits fordert die Klägerin Fr. 691.- für Erschwernisse bei den Betonierarbeiten, da nur etappenweise habe vorgegangen werden können. Der Beklagte hat dazu nicht konkret Stellung genommen, sondern die gesamte Position "Beton" pauschal bestritten. Da es sich indessen um zwei unterschiedliche Forderungen handelt, genügt eine pauschale Bestreitung des Gesamttotals nicht. Die ungenügende Bestreitung dieser Position wird die Vorinstanz zu berücksichtigen haben.

- Ziff. 8.5.3. Nebenarbeiten zu Betonarbeiten

Die Klägerin fordert hier zunächst Fr. 11'714.30 für das Verlegen/Entfernen von Frostschutzmatten zufolge der kalten Witterung; diese Arbeit ist von der blossen Miete solcher Matten zu unterscheiden (vgl. dazu Ziff. 8.2.8.). Weiter fordert sie Fr. 5'234.40 für Entfeuchtungsmassnahmen und Fr. 550.40 für das Taloschieren der Treppentritte. Die Beklagte betrachtet diese Massnahmen als in den Haupt-

positionen des Leistungsverzeichnisses bereits enthalten bzw. als nicht extra vergütungspflichtige Nebenarbeiten. Darüber wird die Vorinstanz zu befinden haben.

- Ziff. 8.5.4. Betonzusatzmittel und -körnungen

Die Klägerin hatte den Beton grundsätzlich ab dem Werk D._____ des Beklagten zu beziehen, wobei die dafür zu bezahlenden Preise im Leistungsverzeichnis vorgegeben waren. Unbestrittenermassen war das Werk D._____ vom 19.12.2003 bis 12.1.2004 geschlossen, weshalb die Klägerin in dieser Zeit den Beton anderweitig beziehen musste. Sie macht - gemäss Präzisierung in der Replik - geltend, damals Beton zwei Mal vom Werk des Beklagten in F._____ sowie von der Firma E._____ bezogen und dafür einen höheren Preis bezahlt zu haben.

Soweit der Beklagte diese Mehrkosten als bereits mit der Nachtragsofferte Nr. 01 (Urk. 27/25) geregelt und bezahlt betrachtet, kann ihm nicht gefolgt werden. In jener Vereinbarung wurden nur die Betonkäufe der Klägerin ab dem Werk D._____ abgerechnet bzw. verrechnet. Die (Mehr-)Kosten anderweitiger Betonbezüge während der Schliessung des Werks D._____ sind damit nicht abgegolten.

Soweit die Klägerin eine Preisdifferenz von Fr. 1'768.80 zwischen dem Beton aus dem Werk D._____ und Beton aus F._____ errechnet, ist ihre Forderung durch einen Preis-Mengenvergleich der beiden Werke ausgewiesen (Urk. 27/25, Urk. 5/30; nach Betonsorten differenziert recte sogar Fr. 2'506.05 zzgl. Endzuschlag). Bestritten und durch die Vorinstanz beweismässig abzuklären ist, ob die Klägerin tatsächlich zwei Mal Beton in F._____ bezogen hat bzw. ob sie dort tatsächlich 38m³ Beton zufolge Schliessung des Werks D._____ beziehen musste. Weiter sind Betonbezüge von der Firma E._____ und die dafür bezahlten Preise durch deren Rechnungen belegt (Urk. 5/31). Aus den Rechnungen ist das Bezugsdatum nicht ersichtlich, weshalb auch hier beweismässig abzuklären ist, ob und in welchem Umfang diese Bezüge während der Schliessung des Werks D._____ erfolgten bzw. ob die Klägerin deswegen Fr. 3'368.65 zusätzlich (Fr. 5'137.45 ./ Fr. 1'768.80) bezahlen musste.

- Ziff. 8.5.5. Schalung

Die Klägerin macht hier zunächst eine abweichende Arbeitsausführung mit Mehrkosten geltend, indem bei der Falleitung Abwasser eine einhäuptige statt einer

doppelhäuptigen Schalung nötig gewesen sei. Der Beklagte bestritt dies unter Verweis auf die Pos. 241.321.331 der Ausmassblätter (Urk. 27/3/7, 27/3/10-11, 27/3/18, 27/3/50). Anhand dieser Ausmassblätter ist nicht nachvollziehbar, ob an der fraglichen Stelle eine einhäuptige oder eine doppelhäuptige Schalung ausgemessen wurde; gewisse Ausmassblätter erwähnen ausdrücklich nur doppelhäuptige Schalungen. Hier muss der Klägerin der Beweis für die Notwendigkeit der Abweichungen ermöglicht werden, ebenso wie für die geltend gemachte Abänderung der Schalung infolge der angetroffenen Bewehrungssituation.

Ob die Klägerin für die Etappierung der Wandschalung und die erst nachträglich mögliche Treppenschalung grundsätzlich eine Zusatzvergütung geltend machen kann, hat die Vorinstanz zu beurteilen. Die Bestreitungen der konkret geltend gemachten Beträge durch den Beklagten sind allerdings nicht ausreichend substantiiert.

- Ziff. 8.5.6. Bewehrung

Die Klägerin macht unter diesem Titel Kleinmengenzuschläge für Bewehrungsmaterialien sowie das Liefern und Verlegen von entsprechenden Matten geltend. Der Beklagte verweist auf die Bereinigung dieser Position in der Massurkunde Urk. 27/3/43 unter Pos. 301 und bestreitet im Übrigen das Liefern von Matten. In der genannten Urkunde ist indessen nur von einer "Zusammenst. Juni 04" die Rede; ob diese die vorgenannten Bewehrungskleinmaterialien umfasste, ist offen. Hier hat die Vorinstanz dem Beklagten den Beweis zu ermöglichen, dass Urk. 27/3/43 diese Kleinmaterialien umfasste; andernfalls ist von einer nicht ausreichenden Bestreitung dieser Position auszugehen. Sodann hat die Klägerin das Liefern der Matten zu beweisen.

- Ziff. 8.5.7. Aussparungen

Hier verrechnet die Klägerin zusätzlich das Erstellen von Mauerdurchführungen mit Verschlussdeckel im Bereich der Antenne, was im Leistungsverzeichnis nicht vorgesehen gewesen und von der Bauleitung angeordnet worden sei. Der Beklagte verweist demgegenüber auf die Ausmassblätter Urk. 27/3/21+34, mit welchen sowohl das Aussparen als auch das Zubetonieren dieser Mauerdurchführung verzeichnet und später vergütet worden sei. Dies trifft offensichtlich zu und die ent-

sprechende Arbeitsstundenforderung der Klägerin ist nicht berechtigt. Umgekehrt hat der Beklagte die durch Urk. 5/52 ausgewiesenen Materialkosten von Fr. 184.90 für die Lieferung der Kabelschutzendkappe und -muffen nicht bestritten; in diesem Umfang ist die Forderung der Klägerin daher zuzugestehen.

- Ziff. 8.5.8 verschiedene Arbeiten

Die Klägerin macht vier weitere Leistungspositionen geltend, welche ein Drittunternehmer für sie erbracht hat (Farbanstrich 1. OG entfernen, Gerüstung für Hydrojetting, Mehraufwand Hydrojetting wegen enger Armierungsverhältnisse, vorbereitende Betontrennarbeiten für das Hydrojetting). Nach Auffassung des Beklagten sind diese Arbeiten als Nebenarbeiten in den entsprechenden Leistungspositionen des Leistungsverzeichnisses inbegriffen. Darüber hat die Vorinstanz zu urteilen.

- Ziff. 8.7. Polymerbitumen-Dichtungsbahnen

Die Klägerin macht in der Replik unter diesem Titel noch sieben Mehrleistungen für Abdichtungsarbeiten geltend (ohne Notdach). Der Beklagte betrachtet diese als in den jeweiligen Hauptleistungspositionen inbegriffene und abgegoltene Nebenleistungen. Hingegen bestreitet er die im Einzelnen geltend gemachten und ausreichend nachvollziehbaren Beträge nicht genügend substantiiert. Die Vorinstanz hat daher nur noch über die Berechtigung dieser Zusatzforderungen im Grundsatz zu urteilen.

Im Sinne der vorstehenden Erwägungen ist die Sache daher an die Vorinstanz zur Abnahme der nötigen Beweise und zur Beurteilung der einzelnen Positionen zurückzuweisen. Die Berufungsrüge der ungenügenden Sachverhaltsfeststellung (Urk. 62 S. 10 Rz 49) ist in diesem Punkt begründet.

4. Regiearbeiten

4.1. Gemäss Werkvertrag waren Ergänzungen oder Änderungen des Werkvertrages schriftlich festzulegen bzw. durften zusätzliche Bestellungen nur mit schriftlicher Genehmigung der Projektleitung im Regieauftrag erfolgen (Urk. 27/2 S. 4

Art. 10.3 und 10.4 i.V.m. Art. 27 Abs. 2 und Art. 33 Abs. 2 der SIA-Norm 118). Der Beklagte anerkennt, dass solche Zusatzaufträge erteilt wurden, die - ausserhalb des vertraglichen Leistungsverzeichnisses und der Einheitspreisvereinbarung - in Regie auszuführen und zu vergüten waren. Der Beklagte hat bis zum 31. August 2004 vier solche Regieaufträge für Zusatzarbeiten erteilt (Urk. 44/64+67+69+71) und an der Bausitzung vom 23. November 2004 rückwirkend nochmals sechs Regieaufträge genehmigt (einschliesslich desjenigen für ein zusätzliches Bautor für pauschal Fr. 3'500.-); eine zusätzliche Vergütung für Wintermassnahmen wurde seitens des Beklagten als im Werkvertrag bereits inbegriffen abgelehnt (Urk. 27/10). Die Klägerin hatte bereits vor dieser Sitzung für diese Arbeiten Regierapporte erstellt, die vom Beklagten aber teilweise bestritten und mit Abzügen versehen worden waren, insbesondere hinsichtlich der geltend gemachten Arbeitsstunden (Urk. 44/65+68+70+72+74-77). Anlässlich der genannten Bausitzung kamen die Parteien überein, dass die Klägerin für die Regieaufträge anhand der korrigierten Regierapporte Rechnung stellen solle, was die Klägerin am 8. Dezember 2004 auch tat, mit Ausnahme der Leistungen für den Regieauftrag Nr. 6 für das Bautor (Urk. 27/11/1-12). Der Beklagte brachte anschliessend von diesen Rechnungen noch den werkvertraglich vereinbarten Rabatt von 5% und den Skonto von 2% in Abzug; umgekehrt erhöhte er die Rechnung Nr. ... für den Regierapport Nr. 5 zugunsten der Klägerin noch um Fr. 1'185.75 brutto für Kieslieferungen und kam so auf einen Nettobetrag für diese Rechnung von Fr. 4'953.40 statt wie die Klägerin auf Fr. 4'951.35 brutto. Damit ergab sich aus diesen Rechnungen der Klägerin ein Total von Fr. 54'760.30 netto für die Regieleistungen (ohne Bautor), welchen Betrag der Beklagte auch in seine Schlussrechnung übernommen hat (Urk. 27/17).

In der Klagereplik hat die Klägerin ihre Forderung auch als aus diesen Regierechnungen resultierend bezeichnet. Dabei machte sie grundsätzlich die Differenz zwischen ihren ursprünglichen Regierapporten und -abrechnungen und den von ihr bereinigten Rechnungsbeträgen vom 8. Dezember 2004 geltend. Die Abzüge des Beklagten seien ohne jede Begründung erfolgt (Urk. 41 S. 34ff RZ 88ff). Die Vorinstanz kam zum Schluss, die Parteien hätten an der Bausitzung vom 23. November 2004 die Regieleistungen der Klägerin gemeinsam bereinigt und

rückwirkend eine Vergebungsgrundlage für die Regieaufträge 1 -10 erstellt. Die Klägerin habe darauf korrigierte Regierapporte erstellt, welche der Beklagte mit Ausnahme des Regierapportes Nr. 12 und unter Vorbehalt des vereinbarten Rabattes von 5% anerkannt habe. Die Klägerin habe damit die Korrekturen des Beklagten einschliesslich der Ablehnung der Schneeräumungsarbeiten akzeptiert, was sich aus ihrer Zusammenstellung der Regierechnungen (Urk. 22/11/1) ergebe. Auf dieser Anerkennung müsse sich die Klägerin behaften lassen, weshalb ihre Zusatzforderung von Fr. 34'345.40 aus Regieleistungen gegenüber dem vom Beklagten anerkannten und bezahlten Betrag abzuweisen sei (Urk. 63 S. 20ff).

4.2. In der Berufung macht die Klägerin geltend, indem sie die Regierechnungen an die vom Beklagten korrigierten Regierapporte angepasst habe, habe sie dessen Abzüge und Streichungen nicht anerkannt. Sie sei davon ausgegangen, dass sie die weiteren Leistungen im Rahmen des Ausmasses abrechnen könne; mit dem Erstellen der Regierechnungen sei keinerlei impliziter oder expliziter Verzicht auf weitere Forderungen verbunden gewesen (Urk. 62 S. 10).

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Anlässlich der Bausitzung vom 23. November 2004 wurden alle in Regie verrechenbaren Zusatzleistungen der Klägerin einzeln besprochen, dafür Ca.-Beträge festgelegt und die Klägerin beauftragt, die Regierechnungen anhand der korrigierten Regierapporte zu erstellen (Urk. 27/10). Auf dieser Vereinbarung muss sich die Klägerin behaften lassen. Sie hat gegen das entsprechende Protokoll nie remonstriert. Sie hat die getroffenen Vereinbarungen am 8. Dezember 2004 auch ordnungsgemäss mit den neuen Rechnungen erfüllt, wobei ihre Rechnungen in kleinen Beträgen sogar noch von den vom Beklagten korrigierten Rapporten abweichen (z.B. für den Regierapport Nr. 2 : Urk. 44/68 im Vergleich zu Urk. 27/11/3), was auf eine nochmalige Prüfung hinweist. Vorbehalte bei dieser neuen Rechnungstellung hat die Klägerin nicht angebracht; insbesondere hat sie die vorangegangenen Abstriche des Beklagten an ihrem Zeitaufwand in keiner Weise bestritten. Die nachfolgend vom Beklagten noch gemachten Abzüge (Rabatt und Skonto) beruhen auf einer vertraglichen Grundlage und sind nicht anfechtbar (Urk. 27/2 Beilage B S. 13 Pos. 374.921). Dass für die fraglichen Arbeiten nachträglich Regierapporte und schriftliche Regieaufträge erstellt und eine abweichende Vergütungsvereinbarung gegenüber dem Werkver-

trag zum Tragen kam, belegt, dass diese Zusatzaufträge nichts mit den ursprünglich vereinbarten werkvertraglichen Leistungen und dem Ausmass zu tun hatten. Die Klägerin hat weder vor Vorinstanz noch im Berufungsverfahren einen Willensmangel hinsichtlich der Vereinbarung vom 23. November 2004 zu den Regierechnungen namhaft gemacht. Als erfahrene Bauunternehmung konnte sie nicht ernsthaft der Meinung sein, die nachträglich vereinbarten Regiearbeiten mit den Ausmassen des ursprünglichen Einheitspreisvertrages für andere Arbeiten vermischen und verrechnen zu können.

Damit hat die Vorinstanz die Forderungen der Klägerin aus Abrechnungsdifferenzen bei den Regierechnungen zurecht abgewiesen. Die diesbezüglichen Berufungsrügen der Klägerin (Urk. 62 S. 10f Rz 51ff) sind unberechtigt.

5. Teuerung und Verzugszinsen

Die Klägerin verlangt auf ihrer Mehrforderung, die den Schlussrechnungsbetrag des Beklagten übersteigt, einen Teuerungszuschlag von 1,76% (Urk. 2 S. 44 Rz 120). Nach dem Beklagten müsste ein Teuerungszuschlag zeitlich differenziert beurteilt werden (Urk. 24 S. 54 Rz 111). Sollte sich eine Mehrforderung der Klägerin ergeben, hat sich die Vorinstanz auch über einen allfälligen Teuerungszuschlag auszusprechen.

Die Vorinstanz hat der Klägerin sodann ab dem 5. Dezember 2009 (Mahnung für den ausstehenden Schlussrechnungsbetrag) 6% Verzugszins zugesprochen. Dieser Zinsenlauf blieb im Berufungsverfahren unbestritten. Sollte sich nach Ergänzung des vorinstanzlichen Verfahrens noch eine Zusatzforderung der Klägerin ergeben, so wäre diese Zusatzforderung mit 6% ab dem 5. Dezember 2009 zu verzinsen, zusätzlich zu dem von der Vorinstanz abschliessend berechneten Zinsbetreffnis auf dem vom Beklagten anerkannten Schlussrechnungssaldo bis zu dessen Bezahlung am 13. April 2010 (Fr. 2'214.50).

D.

Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren ist praxismässig dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten. Festzusetzen ist einzig die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren. Diese ist bei einem Streitwert von Fr. 162'842.- gestützt auf § 4 GebV OG auf Fr. 11'300.- festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich (7. Abteilung) vom 5. November 2013 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 11'300.- festgesetzt.
3. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
4. Es wird vorgemerkt, dass die Klägerin einen Kostenvorschuss von Fr. 11'300.- geleistet hat.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich (7. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

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

6. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 162'842.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 4. Juli 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. H. Dubach

versandt am:
mc