

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LB150021-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 8. Juni 2015

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ GmbH,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung / Rückweisung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 20. März 2014;
Proz. CG110031**

**Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom
29. Oktober 2014; Proz. LB140037**

Urteil Bundesgericht vom 17. März 2015; Proz. 4A_687/2014

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2)

- "1. Der Beklagte sei dazu zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von **CHF 47'562.55** zuzüglich 5% Zins seit dem 1. Januar 2011 und Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 525 zu bezahlen;
2. die vorstehende Verpflichtung sei durch das Gericht für unmittelbar vollstreckbar zu erklären (Art. 336 Abs. 2 ZPO);

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 20. März 2014:

(act. 52 S. 16 f.)

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 47'562.55 zuzüglich 5% Zins seit dem 21. Juni 2011 zu bezahlen.
2. Ziff. 2 des klägerischen Rechtsbegehrens wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 5'825.-- (einschliesslich der Weisungskosten) festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt, werden jedoch mit dem, von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die Gerichtskosten zu ersetzen.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 10'200.-- zu bezahlen.
- 6./7. Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (act. 49 S. 2):

- "1. Es seien die Ziffern 1 sowie 3-5 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 20. März 2014 (Geschäftsnummer der Vorinstanz: CG110031/U/St/ws-ke) aufzuheben und es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter seien die Ziffern 1 sowie 3-5 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 20. März 2014 (Geschäftsnummer der Vorinstanz: CG110031/U/St/ws-ke) aufzuheben und es sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. 8% MwSt. auf der Prozessentschädigung, für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren zu Lasten der Berufungsbeklagten."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (act. 58 S. 2):

"Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsklägers."

Urteil des Obergerichtes vom 29. Oktober 2014: (act. 72 S. 24 f.)

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung werden die Dispositiv-Ziffern 1, 4 und 5 des Urteils des Bezirksgerichtes Meilen vom 20. März 2014 aufgehoben.

Der Beklagte und Berufungskläger wird verpflichtet, der Klägerin und Berufungsbeklagten Fr. 23'362.40 zuzüglich 5% Zins seit dem 21. Juni 2011 zu bezahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr (Dispositiv-Ziffer 3) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 5'300.00 festgesetzt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Kosten für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Die Klägerin und Berufungsbeklagte wird verpflichtet dem Beklagten und Berufungskläger für das Berufungsverfahren Fr. 2'650.00 zu erstatten.
5. Für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen

6./7. Mitteilung / Rechtsmittel

Urteil des Bundesgerichtes vom 17. März 2015:
(act. 73 S. 9)

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. Oktober 2014 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Erwägungen:

I.

Der Beklagte und Berufungskläger (nachfolgend Beklagter) ist Eigentümer des Einfamilienhauses am ...weg ... in C._____. Er schloss mit der Klägerin und Berufungsbeklagten (nachfolgend Klägerin) einen Werkvertrag über die Ausführung von Renovationsarbeiten, welche im Jahre 2010 erbracht wurden. Der Beklagte leistete dafür unbestrittenermassen Akontozahlungen im Gesamtbetrag von CHF 110'000.00.

Mit der am 20. September 2011 beim Bezirksgericht Meilen erhobenen Klage forderte die Klägerin für die ausgeführten Arbeiten einen Restbetrag von CHF 47'562.55. Das Bezirksgericht Meilen hiess die Klage mit Urteil vom 20. März 2014 gut, die Kammer hob diesen Entscheid in teilweiser Gutheissung der Berufung mit Urteil vom 29. Oktober 2014 auf und verpflichtete den Beklagten zur Zahlung von CHF 23'362.40 zuzüglich 5% Zins. Im Mehrbetrag wies sie die Klage ab. Die gegen das Urteil erhobene Beschwerde des Beklagten hiess das

Bundesgericht mit Urteil vom 17. März 2015 seinerseits teilweise gut. Es hob das Urteil des Obergerichts auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung an dieses zurück (act. 73). Die Akten und der begründete bundesgerichtliche Entscheid gingen am 7. April 2015 hierorts ein.

II.

1. Mit der Aufhebung des Urteils vom 29. Oktober 2014 und der Rückweisung des Verfahrens zu neuem Entscheid ist das Verfahren in den Stand versetzt wie es vor der Urteilsfällung war. Über die Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 4. Februar 2014 ist neu zu entscheiden. Dabei ist die Kammer an die rechtlichen Erwägungen im bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheid gebunden. Die Verbindlichkeit beschlägt sowohl Punkte, bezüglich deren keine Rückweisung erfolgt und die definitiv entschieden sind, wie auch diejenigen, welche den Rückweisungsauftrag umschreiben (MEYER/DORMANN, BSK BGG, 2. Auflage 2011, Art. 107 N 18). Soweit nicht durch das bundesgerichtliche Urteil ersetzt und unter Vorbehalt der nachstehenden Erwägungen wird – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – auf die Erwägungen im aufgehobenen Entscheid der Kammer vom 29. Oktober 2014 verwiesen.

2. Bereits im bundesgerichtlichen Verfahren nicht mehr umstritten war das Vertretungsverhältnis zwischen dem Beklagten und seinem Architekten. Der Architekt war im Rahmen der Auftragsbestätigung vom Beklagten bevollmächtigt; für Zusatzaufträge oder Regiearbeiten, welche mit Mehrkosten verbunden waren, konnte er den Beklagten demgegenüber nicht verpflichten (act. 73 S. 4 E. 2). Es bleibt damit bei den Erwägungen im obergerichtlichen Entscheid vom 29. Oktober 2014, soweit dies den Umfang der Bevollmächtigung des Bauleiters und Architekten D. _____ betrifft (act. 72 S. 4 - 13; Erw. III. 1).

3. Nach dem bundesgerichtlichen Verfahren ist im Weiteren davon auszugehen, dass die Parteien mit dem im Werkvertrag genannten Werkpreis in der Höhe von CHF 65'636.-- keinen Pauschalpreis vereinbart haben. Es kann auch hiefür auf die Erwägungen im obergerichtlichen Entscheid vom 29. Oktober 2014 verwiesen werden (act. 72 S. 13/14, Erw. III. 2). Die Vergütung bestimmt sich daher

nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers, wobei der Besteller Anspruch auf angemessene Herabsetzung des nach Art. 374 OR bestimmten Werklohnes hat, wenn der ungefähre Kostenansatz unverhältnismässig überschritten wird (Art. 375 Abs. 2 OR) (act. 73 E. 2.2).

4.1 Was die Vergütungshöhe betrifft, hielt das Bundesgericht fest, die Kammer habe im aufgehobenen Entscheid zwar festgehalten, dass keine Kosten für zusätzliche Arbeiten und zusätzliches Material geschuldet seien, in der Folge diese Kosten indes bei der Berechnung des Werklohnes entgegen diesen Feststellungen nicht ausgeschieden. Obwohl festgehalten werde, die Klägerin habe nicht verdeutlicht, welche Materialkosten mit dem ursprünglichen Projekt und welche mit den Zusatzarbeiten verbunden seien, werde dies im Ergebnis nicht berücksichtigt. Es werde vielmehr einzig der Betrag der zu viel bestellten Platten vom Gesamtbetrag der Materialkosten in der Schlussrechnung in Abzug gebracht.

Eine Vergütung sei einzig für den tatsächlich erteilten Auftrag – ohne Berücksichtigung der mit den Zusatzaufträgen verbundenen Arbeits- und Materialkosten – geschuldet. Stünden diese Kosten für das ursprüngliche Projekt nicht fest, könne auch nicht gesagt werden, inwiefern der approximative Kostenansatz im Werkvertrag überschritten worden sei, und ob sowie inwieweit dem Beklagten ein Herabsetzungsanspruch zustehe. Es sei damit zunächst abzuklären, ob tatsächlich ein grösserer Aufwand erforderlich gewesen sei, als in der Kostenschätzung angenommen, der jedoch nicht auf Zusatzarbeiten und Zusatzmaterial zurückzuführen sei. Der nachgewiesene tatsächliche notwendige Aufwand bilde die Grundlage, auf der die Frage nach einer allfälligen Herabsetzung zu beantworten sei. Sodann sei festzusetzen, welches die Toleranzgrenze der Überschreitung sei, die sich der Beklagte gefallen zu lassen habe. Verbleibe auch nach Zuschlag der Toleranzgrenze eine Differenz zur Kostenschätzung, sei diese wiederum mit Blick auf die gesamten Umstände nach billigem Ermessen zwischen den Parteien aufzuteilen, wobei ins Gewicht falle, inwieweit die Überschreitung auf eine von Anfang an fehlerhafte Einschätzung der Klägerin zurück zu führen sei (act. 73 S. 6/7 E. 2.5 und 2.6).

Entsprechend den Vorgaben des bundesgerichtlichen Entscheides ist nachfolgend zu verfahren.

4.2 Vorab ist festzuhalten, dass aufgrund des bundesgerichtlichen Verfahrens davon auszugehen ist, dass der für die Platten zu berücksichtigende Betrag demjenigen entspricht, welcher im ersten obergerichtlichen Verfahren festgelegt wurde, nämlich CHF 40'113.90. Der Beklagte ging in seiner Beschwerde an das Bundesgericht selbst davon aus (act. 67 S. 4 Rz 9), worauf das Bundesgericht in seinem Entscheid verweist (act. 73 S. 6 E. 2.4). Im ersten obergerichtlichen Verfahren hatte der Beklagte noch geltend gemacht, es seien für die Platten maximal CHF 32'468.30 zu bezahlen (act. 49 Rz 73 unter Hinweis auf act. 11 Rz 39), worauf im ersten Berufungsverfahren im Einzelnen eingegangen worden ist. Es kann auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden (act. 72 S. 18 - 20, Erw. 3.6.1 - 3.6.3).

4.3 Eine Vergütung ist nach den bundesgerichtlichen Vorgaben nur für den tatsächlich erteilten Auftrag geschuldet. Um in einem ersten Schritt abzuklären, ob tatsächlich ein grösserer Aufwand erforderlich gewesen ist als in der Kostenschätzung angenommen, der jedoch nicht auf Zusatzarbeiten und Zusatzmaterial zurückzuführen sei, ist gestützt auf die tatsächlichen Parteivorbringen der tatsächliche notwendige Aufwand festzustellen. Soweit die Tatsachenvorbringen hinreichend substantiiert, wesentlich und umstritten sind, wären sie in einem Beweisverfahren von der hauptbeweisbelasteten Partei nachzuweisen; hauptbeweisbelastet ist die Klägerin.

Zum erforderlichen Umfang der Substantiierung ist festzuhalten, dass Tatsachenbehauptungen so konkret formuliert sein müssen, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist. Bestreitet der Prozessgegner den an sich schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast in dem Sinne, dass die Vorbringen, in Einzel-tatsachen zergliedert, so umfassend und klar darzulegen sind, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 368. E. 2b). Eine Partei kann sich nicht mit allgemeinen Behauptungen begnügen, in der Meinung, die Begründung werde sich aus dem Beweisver-

fahren ergeben. Tatsachen sind sodann in der Rechtsschrift selbst darzulegen. Wenn sie sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtsschrift ergeben, sind sie vom Gericht – soweit das Verfahren von der Verhandlungsmaxime beherrscht wird – nicht zu beachten. Auch der allgemeine Verweis in der Rechtsschrift auf eine Beilage oder die allgemeine Erklärung, dass eingereichte Akten als "integrierender" Bestandteil der Rechtsschrift gelten, genügt nicht. Werden Tatsachenbehauptungen trotz gerichtlicher Nachfrage oder Hinweis des Prozessgegners auf die ungenügende Substantiierung nicht genügend nachsubstantiiert, hat ein Sachentscheid ohne Beweisabnahme zu ergehen, weil die behauptete Tatsache von Anfang an so behandelt wird, wie wenn sie beweislos wäre (ZR 97 Nr. 87; WILLISEGGER, BSK ZPO, 2. Aufl., Art. 221 N 27 und N 30; NAEGELI/RICHERS, KUKO ZPO, Art. 221 N 20 ff.).

4.4.1 Mit Bezug auf den Umfang der geleisteten Arbeiten rügte der Beklagte im ersten Berufungsverfahren, die Vorinstanz sei in Verletzung von Art. 8 ZGB ungeachtet seiner Bestreitung davon ausgegangen, die Arbeiten seien im Umfang, wie sie durch die von D. _____ unterzeichneten Regierapporte ausgewiesen sind, tatsächlich erbracht worden. Die Vorinstanz lasse zu Unrecht eine Plausibilität genügen; der Unternehmer müsse aber beweisen, dass er diese Arbeiten tatsächlich ausgeführt habe und diese angemessen und notwendig gewesen seien (act. 49 S. 19 Rz 47). Er, der Beklagte, habe bestritten, dass die behaupteten 344 Stunden nach dem 28. Juni 2010 (und nicht, wie fälschlicherweise von der Vorinstanz angenommen, nach dem 25. Juli 2010 [unbestrittenes Datum des Umzugs]) durchgeführt worden seien und sich zum Nachweis nicht nur auf seine eigene Aussage, sondern auch auf diejenige von E. _____ und F. _____ berufen. Die Vorinstanz habe diesbezüglich den Sachverhalt aktenwidrig erfasst und dargestellt und gestützt darauf eine unzutreffende Schlussfolgerung gezogen. Diese Frage hätte jedenfalls nicht ohne Beweisverfahren entschieden werden dürfen (act. 49 S. 21 Rz 53 ff. und S. 30 Rz 82 ff.).

Die Klägerin hatte sich wie schon vor Vorinstanz auf den Standpunkt gestellt, dass die Rapporte vom Bauleiter akzeptiert und ausgewiesen seien. Sie hatte auch darauf hingewiesen, dass Zusatzaufträge lediglich im Umfang von

CHF 9'212.00 vorlägen und diese, wie auch die Schlussrechnung, anerkannt seien (act. 58 S. 8 ff.).

4.4.2 In der Klagebegründung hatte die Klägerin einzelne zusätzliche Arbeiten erwähnt und hinsichtlich der Einzelheiten auf die tabellarische Erfassung sämtlicher Regie-Arbeiten (undatiert) sowie auf den bereinigten Baubeschrieb verwiesen und geltend gemacht, sie habe mit den in Rechnung gestellten CHF 74'848.20 den offerierten Preis um CHF 7'848.-- überstiegen. Der Bauleiter habe alle diese (Mehr-)Aufwände der Klägerin mit seiner Gegenzeichnung von Beilage 9 für den Beklagten verbindlich akzeptiert (act. 2 Rz 13 und 14; act. 4/9 und 4/10). Der Beklagte hatte dem in der Klageantwort entgegnet, der vereinbarte Pauschalpreis sei für die Arbeiten um CHF 14'951.55 überschritten worden, die Klägerin habe weder substantiiert behauptet noch belegt, wann und in welcher Form die zusätzlichen Arbeiten in Auftrag gegeben worden seien; die Kosten seien nicht geschuldet (act. 11 S. Rz 35 - 38 und Rz 55 ff.). In der Replikschrift verwies die Klägerin für die Zusatzaufträge zunächst auf die vom Beklagten eingereichte Rechtsschrift im Prozess des Bauleiters gegen den Beklagten vom 19. Dezember 2011, wo eine grössere Anzahl an Arbeiten als Zusatzarbeiten aufgeführt worden waren (act. 13/3 Rz 18), und alsdann auf eine vom Bauleiter erstellte Zusammenstellung der Arbeiten, in welcher jeweils als Bemerkung auf zusätzliche Arbeiten verwiesen worden ist (act. 22/2), sowie auf die Vorbringen in der Klageschrift. Sie monierte zudem eine ungenügende Bestreitung durch den Beklagten (act. 21 Rz 9.6 und Rz 60.2 und 61.2). Der Beklagte erneuerte alsdann in der Duplik seinen Einwand der ungenügenden Substantiierung und wies darauf hin, dass die einzigen zwei in der Klage genannten Beispiele für angebliche Zusatzaufträge, nämlich das angebliche Verlangen eines Hohlraumes für einen Spot im Keller (act. 4/10 Position 5.12) und eines Zusatzraums für Mischbatterien in der Wand (act. 4/10 Position 2.3), in der Klageantwort substantiiert bestritten worden seien (act. 28 Rz 123 unter Hinweis auf act. 11 Rz 62).

4.4.3 Die klägerischen Vorbringen genügen den vorstehend dargelegten Anforderungen an eine hinreichende Substantiierung nicht. Da der Beklagte bereits in der Klageantwort die ungenügende Substantiierung monierte, erübrigte sich ein

gerichtlicher Hinweis. Welche Arbeiten (und Materialien) für die Erfüllung des ursprünglichen Auftrages tatsächlich notwendig waren, wann welche Arbeiten geleistet wurden und zu welchen Kosten dies geführt hat, wurde nicht konkret dargelegt. Es lässt sich dies auch nicht dadurch ermitteln, dass vom Total an Aufwand die Zusatzaufträge in Abzug gebracht werden, für welche wie gesehen eine Entschädigungspflicht nicht gegeben ist, sind doch auch die Zusatzaufträge nur vereinzelt in den Rechtsschriften selbst enthalten; sie ergeben sich im Übrigen nur aufgrund der Beilagen, was nicht genügt. Auch in diesen Beilagen sind sie so dann weder datiert noch quantifiziert, und es fehlen Ausführungen hinsichtlich der vom Beklagten ebenfalls bestrittenen Notwendigkeit. Insgesamt fehlt es an hinreichend konkreten, in der Rechtsschrift vorgebrachten Behauptungen der Klägerin, um zu ermitteln, ob tatsächlich ein grösserer Aufwand erforderlich gewesen war als in der Kostenschätzung angenommen, weshalb es bei Letzterer sein Bewenden haben muss.

4.5.1 Der Beklagte rügte im ersten Berufungsverfahren weiter, dass die Vorinstanz der Klägerin die Materialkosten in der Höhe von CHF 28'719.85 ohne nähere Begründung und einzig unter Hinweis auf die Visierung der Materiallisten durch den Bauleiter (act. 49 Rz 64 ff.) zugesprochen habe. Wie bereits vor Vorinstanz geltend gemacht, ging er davon aus, dass die Materialkosten bereits im vereinbarten Preis enthalten gewesen seien; eine anderweitige Verabredung oder Übung sei weder behauptet noch ersichtlich. Überdies habe er bestritten, dass das auf der Liste aufgeführte Material tatsächlich verwendet worden sei und entsprechend viel gekostet habe (act. 49 Rz 66 - 68 mit Hinweisen auf act. 11). Die Klägerin ging davon aus, die Materialkosten seien umfassend ausgewiesen und der Bauleiter habe sämtliche verarbeiteten Materialien und ihre Kosten zulasten des Bauherrn verbindlich bestätigt und anerkannt. Die dagegen erhobenen Einwände des Beklagten weist sie zurück (act. 58 S. 10-12).

4.5.2 In der Klagebegründung hatte die Klägerin festgehalten, dass sie das für die (Mehr-)Arbeiten verwendete Baumaterial minutiös erfasst und mit Beschrieb, der jeweiligen Stückzahl oder Menge sowie dem Preis dafür aufgelistet habe (act. 2 Rz 15 i.V.m. act. 4/11). Der Beklagte hielt dem bereits in der Klageantwort

entgegen, die Materialkosten seien nicht geschuldet, da im Pauschalpreis inbegriffen, der Beklagte habe nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr ohne weiteres davon ausgehen dürfen. Auch die Klägerin sei davon ausgegangen, hätte sie doch sonst – wie für die Platten – bei Vertragsschluss erwähnt, dass die notwendigen Materialkosten separat zu vergüten seien. Nicht einmal im Kostenvoranschlag seien diese Materialkosten indes erwähnt gewesen (act. 11 Rz 37 und 38). In der Replik verwies die Klägerin darauf, dass der Bauleiter die Materialkosten als geschuldet anerkannt habe. Im zur Offerte benutzten Baubeschrieb seien die bereits bekannten Baumaterialkosten mit enthalten gewesen (act. 21 Rz 37.2 i.V.m. act. 4/4), mit Blick auf den "approximativ" vereinbarten Preis sei es im Übrigen aber weder möglich noch geschuldet gewesen, die Kosten des Baumaterials im Kostenvoranschlag zu beziffern. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses habe man diese zum grössten Teil noch nicht gekannt, weil es erst im Zusammenhang mit den diversen Zusatzarbeiten der Klägerin benötigt worden sei. Die Klägerin schilderte dann verschiedene Beispiele für den zusätzlichen Materialbedarf. Der Bauleiter habe sich mit der Verwendung des Materials explizit einverstanden erklärt (act. 21 Rz 37 und 38). Der Beklagte bestritt in der Duplik erneut die Verwendung der Materialien und deren Kosten und wies darauf hin, dass die Materialliste undatiert (act. 4/11) und von der Klägerin nicht unterzeichnet sei, hielt an seiner Darstellung fest und machte geltend, es seien keine Zusatzaufträge erteilt worden. Er wies erneut darauf hin, dass D._____ keine Ermächtigung gehabt habe, namens und im Auftrag des Beklagten zu handeln (act. 28 Rz 78 - 99).

4.5.3 Vorab steht heute fest, dass die durch behauptete Zusatzarbeiten begründeten Materialkosten nicht geschuldet sind. Soweit die Materialkosten mit zusätzlichen Aufträgen begründet sind, mit welchen sich der Bauleiter zudem explizit einverstanden erklärt haben soll, entfällt eine Vergütungspflicht nach den vorstehenden Erwägungen ohne weiteres. Da die Klägerin überdies die mit dem ursprünglichen Auftrag verbundenen Materialkosten nicht ausscheidet, sondern einzig einige Beispiele für zusätzlich gebrauchtes Material aufgrund zusätzlich verlangter Arbeiten erwähnt (act. 21 Rz 37.5), könnte über den vereinbarten Betrag für das Material hinaus aber auch kein konkreter zusätzlicher Betrag zugesprochen werden. Es erübrigt sich daher, auf weitere vom Beklagten in diesem Zu-

sammenhang aufgeworfene Fragen einzugehen und insbesondere abschliessend zu beurteilen, ob Materialkosten, welche der Ausführung der Baumeisterarbeiten zwingend verbunden sind, ohne weiteres im offerierten Preis als miteingeschlossen zu gelten haben oder nicht.

4.6. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass ein grösserer notwendiger Aufwand an Arbeit und Material, als er in der Kostenschätzung enthalten war, nicht rechtsgenügend dargetan ist. Ein solcher ist deshalb zu verneinen, ohne dass darüber ein Beweisverfahren zu führen ist. Die Klägerin hat Anspruch auf Bezahlung des im Werkvertrag festgehaltenen approximativen Kostenansatzes in der Höhe von CHF 65'636.-- zuzüglich die Kosten für die Platten in der Höhe von CHF 40'113.90, total mithin CHF 105'749.90. Da unbestrittenermassen vom Beklagten bereits Akontozahlungen im Gesamtbetrag von CHF 110'000.-- bezahlt worden sind, steht der Klägerin keine weitere Zahlung zu. Die Klage ist demgemäss in Gutheissung der Berufung abzuweisen.

5. Auf das im Berufungsverfahren gestellte Eventualbegehren braucht nicht mehr eingegangen zu werden und der Beklagte ist insbesondere nicht darauf zu behaften, dass er in der Klageantwort (act. 11 Rz 79) sowie auch in der Berufungsbegründung (act. 49 Rz 122) den Toleranzwert von 10% anerkannt hat, da diese Anerkennung ausdrücklich im Rahmen des Eventualstandpunktes erfolgte. Ist ein grösserer notwendiger Aufwand an Arbeit und Material als in der Kostenschätzung indes zu verneinen, weil er nicht rechtsgenügend dargetan ist, dann entfällt auch die Möglichkeit eine vom Beklagten zu akzeptierende Toleranzgrenze festzusetzen und im Weiteren einen allfälligen Herabsetzungsanspruch im Sinne von Art. 375 Abs. 2 OR zu bestimmen.

III.

1. Die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO) sind nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Entsprechend sind die Gerichtskosten beider Instanzen der Klägerin aufzuerlegen, und es ist diese zu verpflichten, dem Beklagten für beide Instanzen eine Parteientschädigung zu bezahlen. .

2. Ausgehend von einem Streitwert von CHF 47'562.55 erweisen sich die von der Vorinstanz festgelegten Gerichtskosten als angemessen und sind zu bestätigen, diejenigen für die Berufungsverfahren sind auf CHF 6'300.00 festzusetzen und soweit möglich aus dem vom Beklagten geleisteten Vorschuss zu beziehen. Im Mehrbetrag sind sie der Klägerin aufzuerlegen. Die Klägerin ist zu verpflichten, dem Beklagten den Betrag von CHF 5'300.00 zu erstatten.

3. Die von der Vorinstanz festgelegte Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren ist ebenfalls zu bestätigen, und es ist die Klägerin entsprechend zu verpflichten, dem Beklagten CHF 10'200.00 zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen. Für die Berufungsverfahren ist die Parteientschädigung ausgehend vom oberwähnten Streitwert auf CHF 6'700.00 festzusetzen. Für das zweite Berufungsverfahren ist den Parteien kein Mehraufwand entstanden. Die Klägerin ist demnach zu verpflichten, dem Beklagten für die Berufungsverfahren diese Entschädigung zu bezahlen, wiederum zuzüglich der vom Beklagten verlangten Mehrwertsteuer.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung werden die Dispositiv-Ziffern 1, 4 und 5 des Urteils des Bezirksgerichtes Meilen vom 20. März 2014 aufgehoben und die Klage wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr (Dispositiv-Ziffer 3) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 6'300.00 festgesetzt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'300.00 teilweise verrechnet.
4. Die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren und die Berufungsverfahren werden der Klägerin und Berufungsbeklagten auferlegt. Die Klägerin und Berufungsbeklagte wird verpflichtet dem Beklagten und Berufungskläger den von ihm geleisteten Kostenvorschuss für das Berufungsverfahren von Fr. 5'300.00 zu erstatten.

5. Die Klägerin und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 10'200.-- zuzüglich Fr. 816.00 (8% Mehrwertsteuer) und für die Berufungsverfahren eine solche von Fr. 6'700.00 zuzüglich Fr. 536.00 (8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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. 47'562.55.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: