

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB200019-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Siegwart

Urteil vom 10. November 2020

in Sachen

A._____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

sowie

C._____ AG,

Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z._____,

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 6. März 2020; Proz. CG120021

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 51'166.55 nebst Zins zu 5% seit 28. Februar 2012 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, letztere zuzüglich die gesetzliche Mehrwertsteuer von 8%, zulasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes:

(act. 276)

1. In Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 51'166.55 zuzüglich Zins zu 5 % seit 28. Februar 2012 zu bezahlen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf

8'465.00	;	die Barauslagen betragen:
8'447.35		Kosten Gutachten
241.00		Auslagen Zeugen
<hr style="border: 0.5px solid black;"/>		
<u>17'153.35</u>		Total
3. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen der Klägerin verrechnet. Der Restbetrag wird der Klägerin unter dem Vorbehalt des Verrechnungsrechts des Staates zurückerstattet.

Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die von ihr geleisteten Vorschüsse im Umfang von Fr. 17'153.35 sowie die Kosten des Schlichtungsverfahrens in der Höhe von Fr. 500.– zu ersetzen.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 9'182.50 (inkl. MwSt.) zu bezahlen.
- 5./6. [Mitteilungen/Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

(act. 273)

"1. Es sei das vom Bezirksgericht Winterthur am 6. März 2020 unter der Geschäftsnummer GC120021 gefällte Urteil aufzuheben, und es sei die Klage über CHF 51'166.55 nebst Zins zu 5% seit 28. Februar 2012 vollumfänglich abzuweisen.

Eventualiter:

2. Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten (zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer auf der Prozessentschädigung)."

Erwägungen:

I. Parteien und Prozessverlauf

1. Die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan: Berufungsklägerin) ist Alleineigentümerin des Mehrfamilienhauses D.____-strasse ... in Winterthur. Sie entschied sich im Jahre 2010, diese Liegenschaft umzubauen und zu sanieren. Im Oktober 2010 hat sie unstreitig mit der Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan: Berufungsbeklagte) einen mündlichen Werkvertrag über die Erbringung von Baumeisterarbeiten betreffend die Liegenschaft D.____-strasse ... abgeschlossen. Die Berufungsklägerin (Bauherrin) liess sich bei den Arbeiten nach der unangefochten gebliebenen Feststellung der Vorinstanz umfassend durch die Nebenintervenientin (Bauleiterin) vertreten. Über die Höhe des geschuldeten Werklohnes gingen die Meinungen auseinander. Die Vorinstanz hiess eine Klage der Berufungsbeklagten auf Zusprechung von Fr. 51'166.55 ausstehendem Werklohn vollumfänglich gut. Dagegen richtet sich die vorliegende Berufung.

2. Am 27. August 2012 machte die Berufungsbeklagte die vorliegende Forderungsklage bei der Vorinstanz rechtshängig (act. 1 und 2). Nach Durchführung des ersten Schriftenwechsels wurden die Parteien auf den 22. Februar 2013 zur Instruktionsverhandlung vorgeladen (act. 25), doch liess sich die Vorinstanz von

diesem Vorhaben abbringen, nachdem die Berufungsklägerin mitteilen liess, dass ihrerseits keine Bereitschaft zu einem Vergleichsabschluss bestehe (act. 25 f.). Nach Eingang der Duplik vom 31. Juli 2013 (act. 50) liess sich die Berufungsbe-klagte mit Eingabe vom 30. September 2013 zur Duplik vernehmen (act. 63). Nach einem Wechsel des Referenten erging am 12. Dezember 2014 der Beweisbeschluss (act. 67), ohne dass der Versuch einer gütlichen Einigung unternommen worden wäre. Nachdem die Parteien zum Gutachtensauftrag begrüsst worden waren (act. 73 bis act. 86), wurde dieser am 23. Oktober 2015 erteilt (act. 87). Das Gutachten wurde am 18. Januar 2016 erstattet (act. 94). Ein Jahr darauf, am 16. Januar 2017, erfolgte eine Beweisverhandlung zur mündlichen Ergänzung des Gutachtens (Prot. S. 35 ff.), am 17. Mai 2017 wurden in einer Beweisverhandlung die Parteien und diverse Zeugen einvernommen (Prot. S. 59 ff.). Eine schriftliche Ergänzung des Gutachtens wurde von der Vorinstanz nach diversen Eingaben betreffend die Ergänzungsbedürftigkeit des Gutachtens und die Höhe des Honorars am 20. September 2017 in Auftrag gegeben (act. 177). Mit Beschluss vom 20. Dezember 2017 wurde der Ergänzungsauftrag widerrufen und der bisherige gerichtliche Gutachter abgesetzt (act. 193). Mit Verfügung vom 4. September 2018 wurde ein neuer gerichtlicher Gutachter mit der Ergänzung des Gutachtens vom 18. Januar 2016 beauftragt (act. 219). Das Ergänzungsgutachten wurde am 10. September 2018 erstattet (act. 222). Nachdem sich die Parteien zum Ergänzungsgutachten hatten vernehmen lassen, wurde ihnen mit Verfügung vom 21. November 2018 gleichzeitig Frist für die (ersten) schriftlichen Schlussvorträge angesetzt (act. 237). Die zweiten schriftlichen Schlussvorträge datierten vom 19. April 2019 (act. 257), vom 30. April 2019 (act. 258) und vom 10. Mai 2019 (act. 259). Am 6. März 2020 erging das Urteil der Vorinstanz (act. 269 = act. 275/2 = act. 276 [Aktenexemplar], nachfolgend zitiert als act. 276).

Am 7. Mai 2020 erhob die Berufungsklägerin rechtzeitig (act. 270 i.V.m. act. 273) Berufung mit den oben wiedergegebenen Anträgen. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-271). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Formelles

1. Die nach Eingang der Berufung zu prüfenden Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben und mit Anträgen und Begründung versehen. Der mit Verfügung vom 20. Mai 2020 auferlegte Kostenvorschuss (act. 277) wurde geleistet. Dem Eintreten steht nichts entgegen.
2. Es kann mit Berufung sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel in Tat- und Rechtsfragen frei und uneingeschränkt prüfen (sog. volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen), vorausgesetzt, dass sich die Berufung erhebende Partei mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz auseinandersetzt und konkret aufzeigt, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch gewesen sein soll (vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80, BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4); blosser Verweis auf die Vorakten genügen nicht (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 36 f.). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 374 ff., E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Aus diesem Grund bleiben vorliegend die Ausführungen der Berufungsklägerin zu den (ihrer Meinung nach nicht erfüllten) Anforderungen an die Substantiierung der gegnerischen Vorbringen im vorinstanzlichen Verfahren (act. 273 S. 8 ff.) unbeachtlich, handelt es sich doch dabei grösstenteils um blosser Wiederholungen des in Klageschrift resp. Klageantwort Ausgeführten, ohne dass auf das angefochtene Urteil Bezug genommen würde.

Die volle Kognition der Berufungsinstanz in Rechtsfragen bedeutet nicht, dass sie gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn der Berufungskläger diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt; vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff., E. 2.2.4; BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Insofern gibt die Berufungsschrift durch die ausrei-

chend begründet vorgetragenen Beanstandungen das Prüfprogramm vor, mit welchem sich die Berufungsinstanz zu befassen hat. Innerhalb dieser Beanstandungen ist sie indes weder an die Begründung des Berufungsklägers noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Deshalb kann die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutgeheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abgewiesen werden (vgl. BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1). Entsprechend muss ein Berufungskläger zwar darlegen, *dass* und *inwiefern* die Vorinstanz das Recht aus seiner Sicht unrichtig angewendet hat, *zutreffen* muss diese Begründung – um eine freie Überprüfung durch die Berufungsinstanz zu erwirken – aber nicht (vgl. zur ebenfalls vollen Kognition der Beschwerdeinstanz in Rechtsfragen OGer ZH PS180131 vom 3. September 2018, E. III./3). Mit anderen Worten muss die Rechtsschrift eine minimale rechtliche Begründung enthalten, wenn eine unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht wird (vgl. etwa OGer ZH LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1a; LB160044 vom 23. Dezember 2016, E. I./4).

3. Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diejenige Partei, welche vor der Berufungsinstanz das Novenrecht beanspruchen will, hat darzutun und zu beweisen, dass diese Voraussetzungen vorliegen. Im Falle unechter Noven hat sie namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (vgl. BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; OGer ZH LB170050 vom 22. September 2017, E. II./3; LB170028 vom 30. November 2017, E. II./1.2; LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1b; LB130063 vom 17. September 2014, E. II./2; LB140014 vom 3. Juni 2014, E. III./2).

III. Materielles

1. Die von der Unternehmerin (Berufungsbeklagten) ausgeführten Renovationsarbeiten beruhten unstreitig auf einem mündlich abgeschlossenen Werkver-

trag, der von der Bauleiterin (Nebenintervenientin) im Namen der Bauherrin (Berufungsklägerin) mit der Berufungsbeklagten abgeschlossen worden war. Bereits vor Vorinstanz war nicht strittig, dass der zwischen den Parteien abgeschlossene Werkvertrag der SIA-Norm 118 unterstellt wurde (act. 276 S. 18). Während hingegen vor Vorinstanz noch strittig war, wie weit die Vertretungsbefugnis der Bauleiterin ging, so ist mit der Berufung nicht angefochten worden, dass die Vertretungsbefugnis umfassend war. Die Berufungsklägerin erklärt sich sodann mit der Qualifikation der Vorinstanz einverstanden, wonach die ihr vorgängig am 13. September 2010 (act. 4/6) abgegebene Kostenschätzung ein ungefährender Ansatz im Sinne von Art. 375 Abs. 1 OR darstellte (act. 273 Ziff. II.2.3 sowie act. 276 S. 21 ff.). Ebenfalls nicht angefochten wurde die Feststellung der Vorinstanz, wonach die Unternehmerin bei der Aufwandabschätzung keine Sorgfaltspflichtverletzung begangen habe (act. 273 Ziff. II.2.4, act. 276 S. 33 ff.).

2.1 Die Berufungsklägerin thematisiert in ihrer Berufungsschrift unter dem Titel "Rechtliches" als Erstes die Anzeige des Überschreitens des Kostenansatzes. Sie bringt in diesem Zusammenhang vor, hinsichtlich der Fassade sei keine Auftragsänderung oder -erweiterung durch sie (die Berufungsklägerin) erfolgt. Der Werkvertrag an die Berufungsbeklagte habe unstrittig die Verputzsanierung der gesamten Fassade umfasst. Auch wenn die Vorinstanz die rechtliche Würdigung dieses Punktes offengelassen habe (act. 276 S. 47 oben), so habe offensichtlich hinsichtlich der Fassade keine Auftragsänderung stattgefunden. Vielmehr sei ausgeführt worden, was zum Richtpreis vereinbart worden war. Gegenteiliges habe die Berufungsbeklagte nicht belegt bzw. substantiiert ausgeführt (act. 273 S. 4 f.).

2.2 Mit diesen Ausführungen zeigt die Berufungsklägerin nicht ansatzweise auf, was am angefochtenen Urteil falsch sein soll. An der angeführten Stelle (act. 276 S. 46 f. E. 5.4.3.) führte die Vorinstanz aus, die Berufungsklägerin sei von der Bauleiterin, welche sie vertreten habe, der Berufungsbeklagten gegenüber verpflichtet worden. Dies gelte auch im Zusammenhang mit dem Mehraufwand, welcher angesichts des unvorhersehbaren Zustands der Fassade erforderlich gewesen sei. Unabhängig davon, ob man diesen Mehraufwand als Bestellsänderung im Sinne von Art. 85 SIA-Norm 118, als Zusatzauftrag oder als Anpassung

des ursprünglichen Werkvertrags qualifizieren wollte, so sei es die Nebenintervenientin gewesen, welche für die Berufungsklägerin entschieden habe, die erforderlichen Sanierungsmassnahmen der Fassade umzusetzen. Entsprechend habe die Berufungsbeklagte die Mehraufwendungen im Zusammenhang mit der Sanierung der Fassade nicht von sich aus getätigt, sondern auftrags der Berufungsklägerin, welche sich die Handlungen der Nebenintervenientin anrechnen lassen müsse.

Mit diesen Ausführungen der Vorinstanz setzt sich die Berufungsklägerin nicht auseinander. Sie bringt insbesondere nicht vor, entgegen der Vorinstanz habe sich die Fassade gar nicht in einem unvorhersehbaren Zustand befunden, und sie macht auch nicht geltend, es sei dadurch kein Mehraufwand entstanden oder sie hätte sich die entsprechenden Handlungen der Bauleiterin nicht anrechnen zu lassen. Es hat damit sein Bewenden.

2.3 Weiter bringt die Berufungsklägerin vor, die Vorinstanz übersehe, dass gemäss Art. 56 Abs. 2 SIA-Norm 118 der Unternehmer bei Vorliegen eines Richtpreises unabhängig vom Ausmass der Kostenüberschreitung zur Anzeige an den Besteller verpflichtet sei, und dies habe die Berufungsbeklagte nicht wahrgenommen. Wegen der Verletzung der Anzeigepflicht sei der übermässige Werkpreis gemäss Art. 375 Abs. 2 OR herabzusetzen (act. 273 S. 5).

Auch diese Rüge geht fehl: Mit einem Richtpreis im Sinne von Art. 56 SIA-Norm 118 ist ein ungefährender Ansatz im Sinne von Art. 375 OR gemeint (Art. 56 Abs. 1 SIA-Norm 118; vgl. GAUCH, Werkvertrag, 6. A. 2019, Rz 971). Die Rechtsbehelfe von Art. 375 OR setzen gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung voraus, dass ein ungefährender Ansatz ohne Zutun des Bestellers unverhältnismässig überschritten wird. Eine Überschreitung des ungefährenden Kostenansatzes liegt dann (und nur dann) vor, wenn der Preis *für diejenigen Leistungen, auf die sich der Kostenansatz bezieht*, höher ist als der Kostenansatz (BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, 7. A. 2020, Art. 375 N 8 m.w.H. [Hervorhebung im Original]), was vorliegend nicht der Fall ist, hat sich doch nach der unangefochten gebliebenen Feststellung der Vorinstanz infolge des unvorhersehbaren Zustands der Fassade im Nachhinein Mehraufwand ergeben. Dieser Mehraufwand wurde zudem (ebenso unangefoch-

ten) durch die Bestellerin, vertreten durch die Bauleitung, in Auftrag gegeben. Entgegen der Berufungsklägerin kommt daher Art. 375 OR vorliegend nicht zum Tragen. Davon, dass die Vorinstanz es rechtswidrig unterlassen hätte, Art. 375 Abs. 2 OR überhaupt anzuwenden (so act. 273 S. 6), kann demnach keine Rede sein.

3. Sodann macht die Berufungsklägerin geltend, sie sei aufgrund der Ungewöhnlichkeitsregel nicht auf Art. 154 Abs. 3 SIA -Norm 118 zu behaften, wonach die Genehmigung der Schlussrechnung durch die Bauleitung eine gegen sie wirkende Schuldanererkennung darstelle. Diese Bestimmung sei ihr nicht bekannt gewesen und auf sie nicht anwendbar, da sie nicht als branchenerfahren gelten könne (act. 273 S. 6-8).

Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil darauf hingewiesen, dass die von der Berufungsklägerin angesprochene Ungewöhnlichkeitsregel gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 154 SIA-Norm 118 (BGE 109 II 452 ff.) nur zum Tragen komme, wo es sich um einen branchenfremden und einmaligen Bauherren handle, was auf die Berufungsklägerin nicht zutrefte, die nicht einmalig als Bauherrin aufgetreten sei, sondern für verschiedene Liegenschaften Aufträge erteilt habe (act. 276 S. 60). Die Berufungsklägerin übt in der Berufungsschrift allgemeine Kritik an der diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (act. 273 S. 7 f.), was nicht zielführend ist, um die vorinstanzlichen Erwägungen als Rechtsverletzung darzustellen. Sie bringt sodann zwar vor, sie könne "auch unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung" nicht als branchenerfahren gelten, um dann jedoch sogleich selbst auszuführen, dass ihr im Raume Winterthur zwei Liegenschaften gehörten, welche sie nacheinander habe sanieren lassen. Sie macht demnach selbst nicht geltend, dass die Sanierung der streitgegenständlichen Liegenschaft ihr erstes Bauprojekt gewesen wäre, noch bringt sie vor, dass sie bei Abschluss des Werkvertrags über keine Erfahrungen in Bausachen verfügt habe (BGE 109 II 452 ff., 459 E. 5.c). Das vorinstanzliche Urteil ist demnach auch in diesem Punkt nicht zu beanstanden.

4. Die Berufung ist demnach vollumfänglich abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Prozesskosten sind dem Ausgang des Berufungsverfahrens entsprechend zu verlegen. Die Berufungsklägerin unterliegt mit der Berufung vollumfänglich. Das führt zur entsprechenden Kostenaufgabe (Art. 106 Abs. 1 ZPO).
2. Die bezirksgerichtliche Festsetzung von Gerichts- und Parteikosten im angefochtenen Urteil wurde im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt. Es ist deshalb das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 2-4) zu bestätigen.
3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist – ausgehend vom Streitwert – gestützt auf § 12 Abs. 1-2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 5'600.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind für das Berufungsverfahren keine zuzusprechen: Der Berufungsklägerin nicht, weil sie unterliegt, der Berufungsbeklagten sowie der Nebenintervenientin nicht, weil ihnen im Rechtsmittelverfahren keine zu entschädigenden Aufwendungen entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 6. März 2020 wird vollumfänglich bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'600.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte sowie die Nebenintervenientin je unter Beilage eines Doppels von act. 273, und an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 51'166.55.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

lic. iur. D. Siegwart

versandt am: