

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP130007-O/U

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

Urteil vom 10. Dezember 2013

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am
Bezirksgericht Meilen vom 28. Januar 2013 (FV110104-G)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 2 S. 2)

- "1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, dem Kläger **CHF 15'313.60** zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5% auf den Teilbetrag von CHF 12'860.40 seit dem 8. April 2011 sowie zuzüglich Zins von 5 % auf den Teilbetrag von CHF 2'453.20 seit dem 6. September 2011 und zuzüglich den Kosten des Schlichtungsverfahrens in der Höhe von CHF 525.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

**Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren
am Bezirksgericht Meilen:**

- "1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– zu bezahlen.
5. ... (Mitteilungssatz)
6. ... (Rechtsmittelbelehrung)"

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 42 S. 2):

- "1. Das angefochtene Urteil vom 28. Januar 2013 sei aufzuheben.
2. Die Klage vom 6. September 2011 sei gutzuheissen. Demgemäss sei der Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 15'313.60 zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5% auf den Teilbetrag von CHF 12'860.40 seit dem 8. April 2011 sowie zuzüglich Zins von 5 % auf den Teilbetrag von CHF 2'453.20 seit dem 6. September 2011 und zuzüglich den Kosten des Schlichtungsverfahrens in der Höhe von CHF 525.
3. Eventuell sei die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Dem Kläger sei mittels Substantiierungshinweisen Frist anzusetzen, um allfällige als ungenügend erachtete Behauptungen weiter zu substantieren.

5. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens seien dem Beklagten aufzuerlegen und es sei der Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 4'000 (zuzüglich 8% MWST) zu bezahlen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWST) zu Lasten des Beklagten."

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 51 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. 8% MwSt. auf der Prozessentschädigung, zu Lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Der Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Beklagter) ist deutscher Staatsangehöriger und zog im Jahre 2010 in die Schweiz. Für den Umbau des von ihm erworbenen Einfamilienhauses in C. _____ zog er den Kläger und Berufungskläger (nachfolgend: Kläger) als Architekten und Bauleiter bei. Die Parteien unterzeichneten am 5. Februar 2010 einen entsprechenden Vertrag (Urk. 4/1). Der Kostenvoranschlag des Klägers vom 28. April 2010 rechnete mit Gesamtkosten von Fr. 454'500.– (Urk. 4/5). Die provisorische Schlussabrechnung vom 23. Juni 2011 wies demgegenüber Kosten von Fr. 652'090.90 aus (Urk. 4/6). Der Streit dreht sich um offene Honorar- und Nebenkostenrechnungen des Klägers.

2. Mit Eingabe vom 19. Dezember 2011 (Urk. 2) sowie unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes C. _____ vom 29. September 2011 (Urk. 1) machte der Kläger bei der Vorinstanz die vorliegende Klage über Fr. 15'313.60 nebst Zinsen anhängig. Für den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Mit Urteil vom 28. Januar 2013 wies diese die Klage ab (Urk. 40 = Urk. 43).

3. Gegen den Entscheid der Vorinstanz erhob der Kläger am 4. März 2013 Berufung (Urk. 42). Er beantragte die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und wiederholte sein vor Vorinstanz gestelltes Rechtsbegehren. Der Eventualantrag lautete auf Rückweisung. Die Berufungsantwort datiert vom 7. Mai 2013 (Urk. 51) und wurde dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 52). Vergleichsbemühungen des Gerichtsschreibers scheiterten (Urk. 53).

II.

1. Nachdem der Beklagte die ersten vier Rechnungen des Klägers im Umfang von Fr. 37'933.05 bezahlt hatte, kam es zum Streit zwischen den Parteien. Der Beklagte machte den Kläger für die Überschreitung des Kostenvoranschlages verantwortlich und warf ihm im Zusammenhang mit der Erfüllung seines Auftrages diverse Pflichtverletzungen vor. Zuzufolge Schlechterfüllung seien Honorar und Auslagenersatz des Klägers herabzusetzen. Er schulde nichts mehr. Der Kläger war anderer Ansicht. Die Kostenüberschreitung sei auf vom Beklagten bzw. dessen Stellvertretern verlangte Änderungen zurückzuführen. Diese hätten einerseits teurere Materialien und Apparate ausgewählt, als dem Kostenvoranschlag zugrunde gelegen seien, andererseits hätten sie Mehrleistungen verlangt und Zusatzwünsche geäussert. Schliesslich seien einige Mehrleistungen durch zusätzlichen Sanierungsbedarf bedingt gewesen, der erst im Rahmen der Umbauarbeiten zutage getreten sei. Er habe seinen Auftrag pflichtgemäss erfüllt. Ihm stehe das volle (Rest-)Honorar von Fr. 15'313.60 zu.

2. Unbestritten ist, dass die sich stellenden Fragen nach Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) zu behandeln sind. In Bezug auf den klägerischen Vergütungsanspruch bedeutet dies, dass ein solcher nur bei korrekter und sorgfaltsgemässer Auftragsausführung besteht. Eine relevante Unsorgfalt kann zur Herabsetzung der Vergütung als vertraglicher Gegenleistung im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR führen. Wenn das Ergebnis des unsorgfältigen Beauftragten für den Auftraggeber vollständig unbrauchbar ist, schuldet er diesem gar keine Vergütung (BGE 124 III 427 E. 4a; 108 II 198 E. 2a; BK-Fellmann, Art. 394 OR N 501, 528 ff., insbesonde-

re 540; BSK-Weber, Art. 394 N 43 OR). Einigkeit besteht auch in Bezug auf die Behauptungs- und Beweislast. Es ist grundsätzlich Sache des Klägers, als Beauftragter, der sein volles Honorar fordert, die richtige Erfüllung zu behaupten und zu beweisen, namentlich auch die Einhaltung aller relevanten Sorgfaltspflichten. Der Kläger bestreitet sodann nicht, dass er als Architekt zur genauen Kostenberechnung verpflichtet war und ihn auch eine Pflicht zur Kostenüberwachung im Verlaufe der Bauausführung traf. Im Übrigen weichen die Darstellungen der Parteien sowie ihre rechtlichen Einschätzungen stark voneinander ab. Umstritten ist vieles.

3. Die Vorinstanz begründete die Abweisung der Klage mit einer unzureichenden Substantiierung seitens des Klägers. Trotz expliziten Aufforderungen zur Substantiierung seitens des Beklagten habe es der Kläger unterlassen, detailliert darzulegen, welche Bauherrenentscheide, Zusatzwünsche, erforderlichen Sanierungsarbeiten etc. in welchem Umfang zur Kostenüberschreitung beigetragen hätten. Auch die Zusammenstellung der zusätzlichen Arbeiten in Urk. 30/56 enthalte lediglich eine Auflistung der behaupteten zusätzlichen Arbeiten, jedoch keinerlei Angaben dazu, welche Arbeiten in welchem Umfang zur Kostenüberschreitung geführt hätten. Der Kläger habe auch nicht konkret dargelegt, inwiefern er seinen Pflichten zur Kostenüberwachung nachgekommen sei sowie wann und wie er den Beklagten über Mehrkosten bzw. die zu erwartende massive Kostenüberschreitung informiert habe. Der Kläger habe damit keine genügend konkreten Behauptungen aufgestellt, wie sich die massive Kostenüberschreitung zusammensetze, inwiefern er seinen Pflichten zur Kostenüberwachung nachgekommen sei und wann und wie er den Beklagten über die Kostenentwicklung und insbesondere die – auch nach Angaben des Klägers absehbare – Kostenüberschreitung informiert habe, als dass seine Behauptungen zum Beweis verstellt und Beweise dazu abgenommen werden könnten (Urk. 43 E. IV/3.5-3.6).

4. a) Vorab ist auf den klägerischen Einwand einzugehen, der Beklagte habe mit der irrtumsfreien Bezahlung der ersten vier Honorarrechnungen den diesen zugrunde liegenden Aufwand vorbehaltlos akzeptiert. Nur in Bezug auf den noch nicht vergüteten Aufwand könnten heute noch allfällige Einreden erhoben werden (Urk. 42 Rz. 44 ff.). Der Kläger will die bereits bezahlten Rechnungen als definiti-

ve Teilrechnungen verstanden wissen. Der Beklagte geht demgegenüber davon aus, dass es sich um reine Akontozahlungen gehandelt habe. Die Vorinstanz hielt es für unerheblich, ob es sich bei den bereits geleisteten Zahlungen um Akontozahlungen gehandelt habe oder nicht, denn es sei unbestritten, dass es sich um einen einheitlichen Auftrag und nicht um mehrere Aufträge gehandelt habe (Urk. 43 E. IV.3.6). Diese Darstellung greift zu kurz.

b) Der Kläger liegt zunächst falsch, wenn er meint, der Beklagte habe die ersten Rechnungen durch deren Bezahlung anerkannt und könne diesbezüglich nichts mehr zurückfordern. Selbst wenn es sich um eigentliche Teilzahlungen gehandelt hätte, könnte der Beklagte auf der Grundlage des Bereicherungsrechts zurückfordern, was er in (vermeintlicher) Erfüllung des Vertrages leistete, obschon es nicht vertraglich geschuldet war (vgl. BGE 130 III 504 E. 6.2; 127 III 426 E. 3c/bb). Das Auftragsrecht kennt zudem keine Prüfungs- und Rügeobliegenheiten mit Verwirkungsfolge. Eine derartige Genehmigungsfiktion würde sich mit dem Auftragsrecht nicht vertragen (Denzler/Hochstrasser, Die Haftung für die Planung, in: Stöckli/Siegenthaler, Die Planerverträge, Zürich 2013, § 8, Nr. 8.208). Dass die Bezahlung irrtumsfrei erfolgt sei, ist sodann kaum anzunehmen; zumindest wurde dies nicht substantiiert dargelegt. Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass der Beklagte erst nach Bezahlung der ersten Rechnungen von der Kostenüberschreitung erfahren hat. Auch bezüglich der bereits bezahlten Honorarrechnungen ist somit eine Reduktion grundsätzlich zu prüfen.

c) Für die Verteilung der Beweislast spielt es nun aber durchaus eine Rolle, ob der Beauftragte einen positiven Saldo aus der Schlussabrechnung (Honorar abzüglich Akontozahlungen) geltend macht und der Auftraggeber einwendet, ein solcher bestehe nicht, weil das Gesamthonorar zu mindern sei, oder ob der Beauftragte sein letztes Teilhonorar fordert und der Auftraggeber dem verrechnungsweise eine Rückforderung entgegenstellen will mit der Begründung, die bereits bezahlten Vergütungen seien zu mindern. Letzterenfalls ist es am Auftraggeber darzutun und zu beweisen, dass der Beauftragte nicht oder nicht richtig erfüllt habe. Es ist daher entscheidend, wie die bereits geleisteten Zahlungen des Beklagten zu qualifizieren sind.

d) Das Gesetz enthält keine Bestimmung über die Fälligkeit des Honorars nach Auftragsrecht. Nach herrschender Auffassung tritt diese erst ein, wenn der Beauftragte die letzte unter einen bestimmten Auftrag fallende Leistung abgeschlossen hat. Dies gestützt darauf, dass der Beauftragte grundsätzlich vorleistungspflichtig ist. Die Parteien sind jedoch frei, die (teilweise) Fälligkeit der Vergütung vertraglich zu regeln. So ist es namentlich bei längerfristigen Auftragsverhältnissen, die die Arbeitskraft des Beauftragten weitgehend auslasten, üblich, Honorarvorschüsse oder Abschlags- bzw. Akontozahlungen zu vereinbaren (so auch nach SIA-Norm 102). Beides erfolgt unter dem Vorbehalt der Schlussabrechnung und einer allfälligen Rückforderung seitens des Auftraggebers. Wurden demgegenüber Teilzahlungen für im Vertrag konkret umschriebene Auftragsteile vereinbart, besteht die Besonderheit, dass die Teilzahlung endgültig und nicht unter dem Vorbehalt der Schlussabrechnung erfolgt (BK-Fellmann, Art. 394 OR N 469 ff.; Egli/Stöckli, Das Planerhonorar, in: Stöckli/Siegenthaler, a.a.O., § 7, Nr. 7.176 ff.).

e) Der schriftliche Vertrag der Parteien enthält keine Angaben zur Fälligkeit des Honorars oder zur Rechnungsstellung (Urk. 4/1). Eine vorgängige, ausdrückliche Vereinbarung wird denn auch von keiner Partei behauptet. Vielmehr scheinen beide davon auszugehen, dass durch die Art und Weise der Rechnungsstellung sowie die (zunächst) vorbehaltlose Bezahlung konkludent eine entsprechende Vereinbarung zustande gekommen sei. Der Kläger wies darauf hin, dass die Rechnungen keinerlei Hinweise darauf enthielten, dass es sich um Akontorechnungen handeln solle. Es sei jeweils periodisch der geleistete Aufwand definitiv und vorbehaltlos in Rechnung gestellt worden. Nichts deute auf einen bloss provisorischen Charakter der Rechnungen hin (Urk. 29 Rz. 79). Entscheidend ist nicht, wovon der Kläger ausging, sondern wie der Beklagte die fraglichen Rechnungen aufgrund des Vertrauensprinzips verstehen durfte und musste (vgl. BGE 132 III 27 f. E. 4; 131 III 611 E. 4.1). Zu berücksichtigen ist insbesondere der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (ZK-Jäggi/Gauch, Art. 18 OR N 370 ff., insbesondere N 384). Dabei fällt in Betracht, dass Teilzahlungen beim Architekten-

vertrag äusserst selten vorkommen (vgl. Egli/Stöckli, a.a.O., Fn. 174). Eine entsprechende Vereinbarung darf daher nicht leichthin angenommen werden. Mit anderen Worten musste der Beklagte ohne klare, anderslautende Hinweise – und solche sind weder dargetan noch ersichtlich (vgl. Urk. 4/10-13) – nicht vom Ungewöhnlichen ausgehen und die Rechnungen des Klägers als Teilrechnungen verstehen. Daran ändert auch die Art und Weise der Rechnungsstellung nichts. Dass die fraglichen Rechnungen sich nach dem Umfang der bereits erbrachten Leistungen richteten, hat nichts zu bedeuten, denn gleiches gilt für Aktontorechnungen (vgl. Egli/Stöckli, a.a.O., Nr. 7.185). Vor diesem Hintergrund durfte der Kläger ohne klare Rückmeldung seitens des Beklagten nicht davon ausgehen, dieser wolle seine Zahlungen "definitiv und vorbehaltlos" leisten. Falls die Abrechnungsweise für den Kläger eine notwendige Bedingung dargestellt hätte, wäre es ihm zuzumuten gewesen, sich diesbezüglich zu vergewissern bzw. seine Vorstellung klarer zum Ausdruck zu bringen. Nach dem Gesagten sind die fraglichen Zahlungen als Akontozahlungen unter dem Vorbehalt der Schlussabrechnung zu qualifizieren. Die Beweislast für die richtige Erfüllung des gesamten Auftrages liegt demzufolge beim Kläger.

5. a) Dieser macht berufsungsweise geltend, er habe die rechtserheblichen Tatsachen vor erster Instanz genügend substantiiert vorgebracht. Die Vorinstanz habe überzogene Anforderungen an die Substantiierung gestellt. Zudem habe sie ihre richterliche Fragepflicht verletzt. Auf die entsprechende Kritik des Klägers ist nachfolgend einzugehen.

b) In prozessualer Hinsicht ist dabei zu beachten, dass gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn sie (a.) ohne Verzug vorgebracht werden und (b.) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Praxisgemäss ist zwischen echten und unechten neuen Vorbringen (sogenannten Noven) zu unterscheiden. Echte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die (erst) nach dem Ende der Hauptverhandlung des erstinstanzlichen Verfahrens entstanden sind. Sie sind im Berufungsverfahren grundsätzlich immer zulässig, wenn sie ohne Verzug nach ihrer Entdeckung vorgebracht werden. Unechte

Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die bereits bei Ende der erstinstanzlichen Hauptverhandlung entstanden waren. Ihre Zulassung wird im Berufungsverfahren weitergehend insofern eingeschränkt, als sie ausgeschlossen sind, wenn sie bei Beachtung zumutbarer Sorgfalt bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht werden können (BGer 5A_621/2012 vom 20. März 2013 E. 5.1). Sämtliche neuen Vorbringen des Klägers sind als unechte Noven zu qualifizieren. Er versäumt es jedoch darzulegen, inwiefern diese trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können. Auf die Unzulässigkeit einzelner Vorbringen ist nachfolgend an geeigneter Stelle einzugehen.

6. Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen. Diese Tatsachenbehauptungen sind nach Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO, welche Bestimmung sinngemäss auch im vereinfachten Verfahren zu beachten ist (Art. 219 ZPO), in der Klage aufzuführen. Die klagende Partei trifft aber nicht nur diese Behauptungslast, sondern sie hat ihre Behauptungen auch zu substantiieren. Pauschale Behauptungen genügen nicht. Die jeweiligen Anforderungen an die Substantiierung ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Tatsachenbehauptungen müssen dabei so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 368 E. 2b). Die Tatsachen müssen grundsätzlich in der Rechtsschrift selbst dargelegt bzw. behauptet werden. Tatsachen, die sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtsschrift ergeben, sind vom Gericht – soweit wie hier die Verhandlungsmaxime das Verfahren beherrscht – nicht zu beachten. Selbst mit einem allgemeinen Verweis in der Rechtsschrift auf eine Beilage oder mit der allgemeinen Erklärung, dass eingereichte Akten als integrierender Bestandteil der Rechtsschrift gelten,

wird der Behauptungslast nicht genügend nachgekommen (ZR 97 Nr. 87; BSK-Willisegger, Art. 221 ZPO N 27; KUKO-Naegeli, Art. 221 ZPO N 27).

7. a) Der Kläger ist der Ansicht, dass es genügt habe, auf vom Beklagten im Nachhinein verlangte, zusätzliche Baumassnahmen, auf die bauverteuernden Bauherrenentscheide sowie den erst während der Umbauarbeiten sichtbar gewordenen Sanierungsbedarf hinzuweisen, um die vom Beklagten behauptete Sorgfaltspflichtverletzung wegen der "massiven Kostenüberschreitung" zu widerlegen. Es sei ausreichend gewesen, substantiiert darzulegen, dass die tatsächlichen Baukosten, soweit sie die ursprünglich gewünschten und demgemäss im Kostenvoranschlag verankerten Baumassnahmen betroffen hätten, kaum vom Voranschlag abgewichen seien. Sei aufgrund einer noch durchzuführenden Beweiserhebung erstellt, dass die Mehrkosten zum ganz überwiegenden Teil auf Zusatzwünsche des Beklagten zurückzuführen seien, brauche nicht im Einzelnen aufgeschlüsselt zu werden, welcher Bauherrenentscheid zu welchen Mehrkosten geführt habe und an welchem Tag dieser gefällt worden sei (Urk. 42 Rz. 15).

b) Dem ist entgegenzuhalten, dass eine Aufschlüsselung der Bauabrechnung in nach dem Kostenvoranschlag abgerechnete und zusätzliche Arbeiten erstmals im Berufungsverfahren und damit verspätet im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfolgte. Die entsprechende Aufstellung wurde überdies lediglich als Beilage (Urk. 45/4) eingereicht. Damit kann keine Rede davon sein, dass der Kläger (rechtzeitig) substantiiert dargelegt hätte, dass die tatsächlichen Baukosten, soweit sie die ursprünglich gewünschten Baumassnahmen betroffen hätten, kaum vom Kostenvoranschlag abgewichen seien.

c) Ohnehin hätte daraus nicht gefolgert werden können, dass der Kläger sämtliche relevanten Sorgfaltspflichten eingehalten habe. Der Beklagte bestritt nämlich nicht grundsätzlich, dass zusätzliche Arbeiten ausgeführt wurden. Er bestritt allerdings – mit einigen wenigen Ausnahmen –, dass er bzw. seine angeblichen Stellvertreter solche verlangt hätten. Er bestritt auch – mit Ausnahme des Tresors –, dass er bzw. seine angeblichen Stellvertreter teurere Materialien und Apparate ausgewählt hätten (Urk. 14 Rz. 27). Im Gegenzug behauptete er, der

Kläger habe mutmasslich diverse Zusatzarbeiten selbst in Auftrag gegeben, um den mit ihm befreundeten Unternehmern Aufträge zuzuhalten, obwohl er hierzu nicht ermächtigt gewesen sei (Urk. 14 Rz. 36, 42 und 59). Hinsichtlich der angeblichen zusätzlichen Sanierungsarbeiten bestritt der Beklagte, jemals solche in Auftrag gegeben oder genehmigt zu haben. Zudem machte er geltend, dass der Kläger solche Arbeiten im Kostenvoranschlag hätte berücksichtigen müssen. Habe er dies nicht getan, weil er die angeblichen Probleme nicht erkannt habe, obwohl sie erkennbar gewesen seien, so stelle dies eine weitere Pflichtverletzung des Architekten dar (Urk. 14 Rz. 30). Selbst wenn also der Kläger rechtzeitig dargelegt hätte, dass die tatsächlichen Baukosten, soweit sie die ursprünglich gewünschten Baumassnahmen betrafen, kaum vom Kostenvoranschlag abwichen, und dies auch beweismässig erstellt werden könnte, wäre damit noch lange nicht belegt, dass die Mehrkosten auf Zusatzwünsche des Beklagten bzw. notwendige Sanierungsarbeiten zurückzuführen sind. Es ist auch nicht Sache des Beklagten, dies zu widerlegen. Der Bauherr kennt ohnehin häufig nur das Ausmass der Kostenüberschreitung, aber nicht vollumfänglich deren Ursachen. Es obliegt daher dem Kläger als Architekten, die Kostenüberschreitung nachvollziehbar zu erklären, ansonsten davon ausgegangen werden muss, er habe seine Pflichten verletzt (vgl. BGer 4C.424/2004 vom 15. März 2005 E. 3.2.2.1.).

d) Die Klageschrift vom 19. Dezember 2011 listete einige Beispiele von im Vergleich zum Kostenvoranschlag zusätzlich ausgeführten Bauarbeiten auf (Urk. 2 Rz. 18). Wer wann welche Änderungen verlangt haben soll, blieb unklar. Anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung vom 19. Juli 2012 liess der Kläger eine Liste mit sämtlichen Zusatzarbeiten, die nicht vom Kostenvoranschlag erfasst seien, verlesen (Urk. 31 S. 1, Urk. 30/56). Der Beklagte wendete ein, diese Liste hätte in der Rechtsschrift selbst aufgeführt werden müssen, wollte der Kläger etwas daraus ableiten (Urk. 37 Rz. 46). Er verwies dazu auf die Praxis, wonach Substantiierungen in die Rechtsschriften gehören. Der Einwand des Beklagten verfängt nicht. Nachdem der Kläger die Liste im Rahmen seines mündlichen Parteivortrags verlesen hat, ist diese selbstverständlich zu berücksichtigen. Daran ändert nichts, dass der Kläger die Liste als Beilage bezeichnete und die Vorin-

stanz sie als solche zu den Akten nahm. Die erwähnte Liste enthält teilweise Bemerkungen dazu, mit wem und wann gewisse Dinge besprochen worden sein sollen. Oft heisst es aber auch schlicht "Entscheid Bauleitung". Der Kläger machte in diesem Zusammenhang geltend, er sei ermächtigt gewesen, im Namen des Beklagten Werkverträge mit den beteiligten Unternehmern abzuschliessen (Urk. 29 Rz. 33). Der Beklagte sieht dies erwartungsgemäss anders. Die Aufzählung zusätzlicher Baumeisterarbeiten war sodann erklärermassen nicht abschliessend zu verstehen, sondern endet mit dem Vermerk "usw.". Was vollständig fehlt, sind Angaben zu den Preisen der jeweiligen Zusatzarbeiten. Somit lässt sich nicht nachvollziehen, welche Entscheide von wem zu welchen Mehrkosten geführt haben sollen. Insbesondere lässt sich nicht nachvollziehen, ob mit den aufgelisteten Zusatzarbeiten die gesamte Kostenüberschreitung erklärt werden kann. Wie der Beklagte in der Berufungsantwort zu Recht ausführt, kann die Entstehung von Aufwand mannigfache Gründe haben, wie z.B. Unvermögen des Beauftragten, Korrektur von Fehlern oder Ineffizienz (Urk. 51 Rz. 26). Immerhin warf der Beklagte dem Kläger bereits vor Vorinstanz vor, er habe Regierapporte, Zwischen- und Schlussrechnungen der Unternehmer visiert und dabei nicht geprüft, ob diese auch Kosten enthalten hätten, zu deren Vergütung er gar nicht verpflichtet gewesen wäre, so beispielsweise die Schlussrechnung der D._____ GmbH vom 15. November 2010 über Fr. 154'411.35 (Urk. 14 Rz. 22). Es ist an dieser Stelle noch einmal daran zu erinnern, dass die Behauptung des Klägers, die tatsächlichen Baukosten, soweit sie die ursprünglich gewünschten Baumassnahmen betroffen hätten, seien kaum vom Kostenvoranschlag abgewichen, erstmals im Berufungsverfahren und damit verspätet im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO vorgebracht wurde.

e) Jedenfalls nachdem der Beklagte die klägerischen Erklärungsversuche hinsichtlich der Kostenüberschreitung in Zweifel gezogen hatte, wäre der Kläger gehalten gewesen, seine vorerst pauschalen Behauptungen in Einzeltatsachen zu zergliedern und darzulegen, welche konkreten Bauherrenentscheide zu welchen Mehrkosten geführt haben sollen und inwiefern erst während der Umbauarbeiten sichtbar gewordener Sanierungsbedarf zur Kostenüberschreitung beigetragen

haben soll. Diese Angaben waren nicht nur Voraussetzung, um zu überprüfen, ob der Kläger sämtliche relevanten Sorgfaltspflichten eingehalten habe, sondern bildeten auch unentbehrliche Grundlage für ein substantiiertes Bestreiten durch den Beklagten und die beweismässige Abklärung des Sachverhaltes (vgl. BGE 127 III 368 f. E. 2.c). Der Beklagte anerkannte Bestelländerungen im Umfang von total Fr. 27'882.25 (Urk. 14 Rz. 41). Damit verbleibt eine Kostenüberschreitung von Fr. 169'708.65 (Fr. 652'090.90 ./. Fr. 27'882.25. / Fr. 454'500.–) oder 37 Prozent gegenüber dem Kostenvoranschlag. Da es dem Kläger nicht gelang, diese massive Kostenüberschreitung umfassend und detailliert zu erklären, muss davon ausgegangen werden, er habe seine Pflichten als Architekt verletzt.

f) Nicht mehr berücksichtigt werden können die detaillierteren Ausführungen in der Berufungsschrift (vgl. Urk. 42 Rz. 55 ff.). Aufgrund des eingeschränkten Novenrechts (Art. 317 Abs. 1 ZPO) kann die Substantiierung nicht im Berufungsverfahren nachgeholt werden.

8. a) Hinzu kommt, dass der Architekt nicht nur zur laufenden Kostenkontrolle und insbesondere zur Beachtung einer vorgegebenen Kostenlimite verpflichtet ist, sondern dass ihn auch eine entsprechende Informationspflicht gegenüber seinem Auftraggeber trifft. Die laufenden Informationen sollen dem Bauherrn ermöglichen, die erforderlichen oder gewünschten Entscheide in voller Kenntnis der Sachlage zu treffen. Er soll "Herr des Bauens" sein und bleiben. Verteuernde Abänderungswünsche des Bauherrn entlasten den Architekten daher nur dann, wenn er den Bauherrn rechtzeitig und unmissverständlich über die Überschreitung aufklärt. Der Architekt darf nicht voraussetzen, dass der Bauherr von sich aus sich allfälliger Mehrkosten bewusst ist bzw. dass er weiss, ob der Vergabeentscheid im Rahmen der Kostenprognose liegt oder zu einer Kostenüberschreitung führt. Denn häufig ist der unerfahrene Bauherr im guten Glauben, seine Wünsche würden nur der Konkretisierung des Bauwerkes dienen, besonders wenn er ohne Hinweis auf Kostenfolgen um seine Wünsche bzw. Weisungen gebeten wird (Schumacher, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in: Gauch/Tercier, Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, Nr. 748 ff., insbesondere

753 f.; Siegenthaler, Die Kosteninformation, in: Stöckli/Siegenthaler, a.a.O., § 10, Nr. 10.11 f. und 10.35 ff.).

b) Der Kläger irrt zunächst, wenn er meint, es habe genügt, dem Beklagten jeweils die Auftragsbestätigungen mit den Werkpreisen zur Kenntnisnahme zuzustellen, sodass sich dieser ein Bild über die Kostenentwicklung machen können, indem er die Werkpreise mit den prognostizierten Beträgen des Kostenvoranschlages habe vergleichen können (Urk. 29 Rz. 26). Der Beklagte als Bauherr und Laie musste sich ohne grossen Aufwand ein zuverlässiges Bild über den jeweiligen Stand der gesamten Kosten machen können. Es war nicht seine Aufgabe, die ihm zugestellten Auftragsbestätigungen selbständig auf allfällige Mehrkosten hin zu überprüfen. Dazu hatte er den Kläger als Architekten und Fachmann beigezogen.

c) Dieser verwies darauf, dass im Werkvertragsrecht nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts zumindest dann keine Verpflichtung bestehe, den Bauherrn auf die Kostenfolgen einer Beststellungsänderung hinzuweisen, wenn der Bauherr über ein eigenes Know-how im Bauwesen verfüge (BGer 4C.16/2006 vom 17. November 2006; 4C.35/2001 vom 4. März 2002). Gleiches gelte mutatis mutandis auch hier. E._____, der Stellvertreter des Beklagten, sei eine bausachverständige Person. Er sei in der Lage gewesen, sich selbst ein Bild davon zu machen, dass die Ausweitung der Bauarbeiten und die getroffenen Bauherrenentscheide zu entsprechenden Mehrkosten führen würden (Urk. 29 Rz. 24). Der Beklagte bestritt, dass es sich bei E._____ um eine bausachverständige Person handle. Ohnehin sei dieser nicht vertretungsbefugt gewesen (Urk. 37 Rz. 40).

d) Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass den dem Werkvertragsrecht unterstehenden Unternehmer nicht dieselben Informationspflichten treffen wie den dem Auftragsrecht unterstehenden Architekten. Zudem handelte es sich bei E._____ – anders als im vom Bundesgericht im Verfahren 4C.16/2006 beurteilten Fall – anerkanntermassen nicht um einen erfahrenen Architekten. Der Kläger machte einzig geltend, E._____ habe schon verschiedene Umbauvorhaben begleitet (Urk. 2 Rz. 10). Selbst wenn dies zutreffen sollte, durfte der Kläger nicht einfach voraus-

setzen, dass sich der Beklagte bzw. E. _____ der durch allfällige Bestelländerungen verursachten Mehrkosten ohne Weiteres bewusst waren. Die vollständige Übersicht über die Kostenentwicklung konnte nur er selbst haben. Ein allenfalls vorhandenes Know-how auf Seiten des Beklagten vermochte den Kläger daher von seiner Pflicht zur Information und Beratung im Kostenbereich nicht gänzlich zu entlasten.

e) Es stellt sich somit die Frage, ob der Kläger seiner Kosteninformationspflicht genügend nachkam. Im Rahmen der Klagebegründung nannte er zunächst acht Daten, an welchen persönliche Besprechungen mit dem Beklagten stattgefunden hätten. Dabei sei dieser jeweils über den aktuellen Baufortschritt und die nächsten Schritte sowie über den Kostenstand informiert worden (Urk. 2 Rz. 11). Der Beklagte bestritt dies und behauptete, dass der Kläger ihm auf sein explizites Nachfragen, ob man sich im Rahmen des Kostenvoranschlages bewege, jeweils zugesichert habe, dass dies der Fall sei, obwohl dem nicht so gewesen sei (Urk. 14 Rz. 12). In seinem zweiten Vortrag erwähnte der Kläger fünf weitere Besprechungen, die entweder mit dem Beklagten, dessen Ehefrau oder E. _____ stattgefunden hätten. Dabei seien in der Regel die aktuellen Details der gerade anstehenden Arbeiten und Bauherrenentscheide besprochen und sei auch über die Kosten informiert worden (Urk. 29 Rz. 68). Zudem verwies er auf die wöchentlichen Telefonate mit E. _____ (Urk. 29 Rz. 25).

f) Wie gesehen war es Sache des Klägers, die Einhaltung seiner Sorgfaltspflichten darzutun. Hierzu genügte es in Bezug auf die Kosteninformationspflicht nicht, zu behaupten, dass er den Beklagten über die sich allgemein abzeichnende Kostenüberschreitung ins Bild gesetzt habe, sondern es oblag dem Kläger auch, im Einzelnen darzutun, inwiefern er den Beklagten auf die Kostenfolgen der einzelnen Bestelländerungen hingewiesen hatte. Denn nur bei genügender Aufklärung seitens des Architekten konnte der Beklagte als Bauherr sich bewusst dafür entscheiden, mit seinen Änderungswünschen Mehrkosten in Kauf zu nehmen. Die pauschale Behauptung, es sei jeweils auch über die Kosten informiert worden, genügte jedenfalls dann nicht mehr, als der Beklagte im Rahmen der Klageantwort jegliche (korrekte) Information bestritt. Der Kläger hätte seine Vorbringen

dannzumal substantiierten müssen. Bleibt aber offen, was anlässlich der genannten Besprechungen bzw. Telefonate genau thematisiert worden sein soll, muss mangels ausreichend substantiierter Behauptungen davon ausgegangen werden, dass der Kläger seiner Informationspflicht nicht vollumfänglich nachgekommen ist.

9. Der Kläger macht ferner geltend, die Vorinstanz habe ihre gerichtliche Fragepflicht verletzt, indem sie ihm keine Substantiierungshinweise erteilt habe. Die gerichtliche Fragepflicht ist eine Abschwächung der Verhandlungsmaxime. Sie ersetzt jedoch weder die zumutbare Mitwirkung der Parteien bei der Feststellung des Sachverhalts noch dient sie dazu, prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen (BGer 5A_115/2012 vom 20.4.2012 E. 4.5.2). Bei fehlender Substantiierung muss die Fragepflicht nur eingreifen, wenn die Partei nicht anwaltlich vertreten ist. Bei anwaltlicher Vertretung ist höchstens ein moderat angewendetes Fragerecht bei offensichtlichen Mängeln zu bejahen (ZK-Sutter-Somm/von Arx, Art. 56 ZPO N 28-31). Es hilft dem Kläger auch nicht, dass vorliegend die verstärkte richterliche Fragepflicht nach Art. 247 Abs. 1 ZPO zur Anwendung gelangt. Der Kläger verweist in diesem Zusammenhang auf eine Kommentarstelle, wonach das Gericht diesfalls auch bei anwaltlicher Vertretung zur Nachfrage verpflichtet sein soll, wenn der Prozessbevollmächtigte darauf vertraut habe, seine Tatsachenbehauptungen seien ausreichend bzw. ausreichend substantiiert (ZK-Hauck, Art. 247 ZPO N 17 in fine). Das durfte der klägerische Rechtsvertreter aber eben gerade nicht, denn der Beklagte hatte den Kläger mehrfach auf Mängel in der Substantiierung hingewiesen. Substantiierungshinweise der Gegenpartei sind – entgegen der Ansicht des Klägers – beachtlich (BGer 4A_169/2011 vom 19. Juli 2011 E. 5.4; ZR 84 Nr. 52; SHK-Affentranger, Art. 56 ZPO N 8; a.A. BK-Hurni, Art. 56 ZPO N 35). Unter diesen Umständen durfte der klägerische Rechtsvertreter nicht auf die Meinung des Gerichts warten, sondern er musste die Substantiierungshinweise der Gegenseite ernst nehmen. Die Vorinstanz hat ihre gerichtliche Fragepflicht nicht verletzt. Es besteht demzufolge auch keine Veranlassung, den Kläger den Sachverhalt im Berufungsverfahren ergänzen zu lassen. In Bezug auf das Novenrecht gilt das unter E. II/5.b Gesagte.

10. a) Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Kläger die Kostenüberschreitung von Fr. 169'708.65 oder 37 Prozent nicht umfassend und detailliert behauptete. Auch bezüglich der laufenden Kosteninformation blieb es seitens des Klägers bei reichlich pauschalen Behauptungen. Mangels ausreichender Substantiierung muss daher davon ausgegangen werden, dass die Mehrkosten auf vertragswidrig verursachte Zusatzkosten, auf Ungenauigkeiten des Voranschlages oder auf mangelnde Kostenüberwachung bzw. Kosteninformation zurückzuführen sind. Es ist dem Kläger mit anderen Worten nicht gelungen, die richtige Erfüllung – namentlich die Einhaltung aller relevanten Sorgfaltspflichten – genügend substantiiert darzutun. Ist aufgrund der Behauptungslage davon auszugehen, der Kläger habe seine Pflichten als Beauftragter verletzt, führt dies zu einer Herabsetzung des Honorars.

b) Die Reduktion hat dabei nach Massgabe des objektiven Minderwerts der Vertragsleistung zu erfolgen (BK-Fellmann, Art. 394 OR N 538; Schumacher, a.a.O., Nr. 606). Bei der Festsetzung des Minderungsbetrages ist zu beachten, dass sich der (objektive) Wert der Arbeitsleistung des Beauftragten oft nur schwer schätzen lässt. Im Auftragsrecht ist deshalb wesentlich auf die Brauchbarkeit der Gesamtleistung abzustellen. Inwieweit der Vergütungsanspruch herabzusetzen ist, hängt damit entscheidend davon ab, inwieweit das Leistungsverhalten des Beauftragten ein für den Auftraggeber in Anbetracht aller Umstände annehm- und brauchbares Resultat bewirkte (BK-Fellmann, Art. 394 OR N 540). Den Gerichten kommt naturgemäss ein grosses Ermessen zu (Schumacher, a.a.O., Nr. 604).

c) Die Schwierigkeit, die klägerischen Leistung zu beurteilen, zeigt sich vorliegend vor allem darin, dass sich aufgrund der Behauptungslage nicht sagen lässt, welcher Aufwand des Klägers brauchbar und welcher fehlerhaft war. Unter Umständen war bereits der Kostenvoranschlag ungenau. Möglicherweise passierten die entscheidenden Fehler aber auch erst später im Rahmen der Bauausführung. Denkbar ist schliesslich auch, dass ein Teil der Mehrkosten zwar auf Zusatzwünsche des Beklagten zurückzuführen ist, der Kläger aber seinen diesbezüglichen Informationspflichten nicht vollumfänglich nachkam. Fest steht (auf-

grund der Behauptungslage) einzig, dass Fehlleistungen des Klägers zu einer Kostenüberschreitung von Fr. 169'708.65 oder 37 Prozent führten.

d) Insgesamt stellte der Kläger einen Aufwand von 317.25 Stunden à Fr. 160.–, also total Fr. 50'760.–, sowie Auslagen in der Höhe von Fr. 2'486.65 in Rechnung. Die bisherigen Zahlungen des Beklagten beliefen sich auf insgesamt Fr. 37'933.05. Mit der vorliegenden Klage macht der Kläger den Restbetrag von Fr. 15'313.60 geltend. Die Vorinstanz hielt dafür, dass sich aufgrund des Ausmasses der Kostenüberschreitung eine Reduktion des klägerischen Honoraranspruchs in einer Höhe rechtfertige, welche mindestens dem eingeklagten Betrage entspreche. Damit stünden dem Kläger keine zusätzlichen Honoraransprüche zu, welche über das bereits Erhaltene hinausgingen (Urk. 43 E. IV.3.6). Klammert man die Auslagen aus, so führt dies im Ergebnis zu einer Reduktion des klägerischen Honorars um rund 30 Prozent. Dies ist nicht zu beanstanden. Das Umbauvorhaben konnte zwar wie vorgesehen abgeschlossen werden. Das Resultat war aufgrund der massiven Kostenüberschreitung für den Beklagten aber kaum annehmbar. Die Gesamtleistung des Klägers wies – davon ist bei der gegebenen Behauptungslage auszugehen – erhebliche Mängel auf. Mit der Vorinstanz ist die Honorarminderung daher auf rund 30 Prozent festzusetzen, was zur vollumfänglichen Klageabweisung führt.

e) Daran ändert auch der Einwand des Klägers nichts, dass eine Vergütung nach SIA-Tarif mehr als das Dreifache betragen hätte (Urk. 29 Rz. 74; Urk. 42 Rz. 66). Die Parteien haben die SIA-Norm 102 nicht übernommen, sondern ein Zeithonorar vereinbart. Damit brachten sie ihre subjektive Wertschätzung des Verhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung zum Ausdruck. Diese subjektive Äquivalenz muss auch bei der Frage nach dem Mass der Herabsetzung berücksichtigt werden. Die Herabsetzung erfolgt daher nach der im Werkvertragsrecht üblichen relativen Methode (vgl. BK-Fellmann, Art. 394 OR N 537). Schliesslich hilft es dem Kläger auch nicht, dass er seine Stunden angeblich sehr zurückhaltend aufgeschrieben und verrechnet habe (Urk. 29 Rz. 73; Urk. 42 Rz. 66). Unnötiger Aufwand ist nicht zu vergüten (Egli/Stöckli, a.a.O., Nr. 7.27; BK-Fellmann, Art. 394 OR N 532). Betrieb der Kläger Aufwand, den er nicht in

Rechnung stellte, brachte er damit selbst zum Ausdruck, dass es sich eben nicht um verrechenbaren Aufwand handelte.

III.

Ausgangsgemäss wird der Kläger kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'500.– festzusetzen. Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 2'100.– zu veranschlagen. Hinzu kommt antragsgemäss ein Mehrwertsteuerzuschlag von Fr. 168.–.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositivziffern 2 bis 4) wird bestätigt.
3. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'268.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht im vereinfachten Verfahren am 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. 15'313.60.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 10. Dezember 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. H. Dubach

versandt am:

mc