

ZVE.2022.13 / rb
(VZ.2019.9)
Art. 22

Entscheid vom 9. August 2022

Besetzung Oberrichter Brunner, Präsident
 Oberrichterin Massari
 Oberrichter Lindner
 Gerichtsschreiber Tognella

Kläger und Wi- **A.**_____,
derbeklagter [...]
 vertreten durch MLaw Hannes Streif, Rechtsanwalt,
 [...]

Beklagte und Wi- **B.**_____,
derklägerin [...]
 vertreten durch Dr. iur. Ernst Kistler, Rechtsanwalt,
 [...]

Gegenstand Vereinfachtes Verfahren betreffend Forderung

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

1.1.

Mit Klage vom 9. April 2019 stellte der Kläger beim Gerichtspräsidium Brugg folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger die Kosten der Ersatzvornahme zur Behebung der gerügten Mängel betreffend die Restaurationsarbeiten am Ford Mustang Mach 1, [...], zu bezahlen und hierfür einen Vorschuss in der Höhe der durch ein Gutachten festzustellenden mutmasslichen Kosten zu leisten, mindestens CHF 5'867.40.

2.

Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den durch ein Gutachten festzustellenden Minderwert des Ford Mustang Mach 1 zufolge der gerügten Werkmängel zu vergüten, mindestens CHF 5'867.40, zuzüglich Zins zu 5% seit 4. April 2018.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten (zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer)."

1.2.

Mit Klageantwort und Widerklage vom 19. Juni 2019 stellte die Beklagte folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Die Klage sei abzuweisen.

2.

Der Kläger sei Widerklageweise zu verpflichten, der Beklagten Fr. 15'246.85 zu bezahlen, nebst Verzugszins zu 5% seit heute.

Unter Kostenfolge."

1.3.

Mit Replik und Widerklageantwort vom 15. August 2019 stellte der Kläger folgende (materielle) Anträge:

" 1.

An den Anträgen der Klage wird vollumfänglich festgehalten.

2.

Die Anträge des Beklagten seien abzuweisen.

3.

Auf die Widerklage sei nicht einzutreten. Eventualiter seien die Anträge der Widerklage vollumfänglich abzuweisen.

4.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten (zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer)."

1.4.

Mit Duplik und Widerklagereplik vom 6. November 2019 hielt die Beklagte an ihren Rechtsbegehren fest.

1.5.

Mit Widerklageduplik vom 24. Januar 2020 hielt der Kläger an seinen Anträgen fest.

1.6.

1.6.1.

Mit Verfügung vom 8. Mai 2020 gab die Gerichtspräsidentin ein Gutachten in Auftrag.

1.6.2.

Mit Eingabe vom 11. Juni 2020 machte die Beklagte die Befangenheit des bestellten Experten geltend und forderte dessen Ersetzung. Diesen Antrag wies die Gerichtspräsidentin mit Verfügung vom 7. Juli 2020 ab.

1.6.3.

Am 23. Oktober 2020 ging das vom 19. Oktober 2020 datierte Gutachten beim Bezirksgerichtspräsidium Brugg ein.

1.6.4.

Mit Stellungnahme vom 9. November 2020 beantragte der Kläger Ergänzungsfragen, welche die Gerichtspräsidentin dem Experten mit Verfügung vom 30. November 2020 zur Beantwortung vorlegte und dieser mit ergänzendem Gutachten vom 21. Januar 2021 (Eingang bei Gericht 22. Januar 2021) beantwortete.

1.7.

Mit Eingabe vom 3. März 2021 bezifferte der Kläger den Streitwert auf Fr. 20'386.00.

1.8.

Am 12. August 2021 fand die Hauptverhandlung vor dem Gerichtspräsidium Brugg statt, anlässlich welcher die Zeugen C., D. und E. sowie die Parteien befragt wurden. Abschliessend erhielten die Parteianwälte Gelegenheit zu zweimaligen Schlussvorträgen, in denen sie an ihren Begehren festhielten.

1.9.

Am 21. September 2021 erging folgender Entscheid des Gerichtspräsidiums Brugg:

" 1.

Die Klage wird abgewiesen.

2.

Die Widerklage wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten im Betrag von total Fr. 7'378.00, bestehend aus der Entscheidgebühr im Betrag von Fr. 3'500.00, den Kosten für das Gutachten im Betrag von Fr. 3'791.05 und den Zeugenentschädigungen im Betrag von total Fr. 86.95, werden den Parteien je zur Hälfte im Betrag von Fr. 3'689.00 auferlegt und mit dem Kostenvorschuss der Parteien (Kläger Fr. 2'600.00; Beklagte Fr. 1'000.00) verrechnet, sodass der Kläger dem Gericht Fr. 1'089.00 und die Beklagte Fr. 2'689.00 nachzuzahlen haben.

4.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen."

2.

2.1.

Gegen dieses ihm am 22. Dezember 2021 in begründeter Ausfertigung zugestellten Entscheid erhob der Beklagte unter Berücksichtigung des Friststillstands gemäss Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO am 31. Januar 2022 fristgerecht Berufung mit den Anträgen:

" 1.

In Gutheissung der Berufung seien die Dispositivziffern 1, 3 und 4 des Entscheids des Gerichtspräsidiums Brugg vom 21. September 2021 (VZ.2019.9) aufzuheben und folgende Rechtsbegehren gutzuheissen:

1.1.

Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, dem Berufungskläger die Kosten der Ersatzvornahme zur Behebung der gerügten Mängel betreffend die Restaurationsarbeiten am Ford Mustang Mach 1 zu bezahlen und hierfür dem Berufungskläger einen Vorschuss von CHF 20'386.00 zu leisten.

1.2.

Eventualiter sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Berufungskläger den Minderwert des Ford Mustang Mach 1 zufolge gerügten Werkmängel im Betrag von Fr. 20'386.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 4. April 2018 zu vergüten.

1.3.

Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens seien vollständig der Berufungsbeklagten aufzuerlegen.

2.

Eventualiter sei der Entscheid des Gerichtspräsidiums Brugg vom 21. September 2021 (VZ.2019.9) aufzuheben und zur Neu beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten (zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer)."

Im Weiteren stellte der Kläger folgende Prozessanträge:

- " 1.
Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens vor dem Gerichtspräsidium Brugg (VZ.2019.9) seien beizuziehen.
2.
F., [...], Q., sei als Zeuge zu befragen.
3.
Experte G. sei in Ergänzung des Gutachtens vom 19. Oktober 2020 zum Minderwert des Mustang Mach 1 zu befragen."

2.2.

Mit Berufungsantwort und Anschlussberufung vom 16. März 2022 beantragte die Beklagte:

- " 1.
Die Berufung sei abzuweisen, evt. sei die Beklagte zu verpflichten, einen Betrag von höchstens Fr. 5'000.00 für Ersatzvornahmen zu leisten.
2.
In Gutheissung der Anschlussberufung sei der Kläger zu verpflichten, Fr. 9'017.25 nebst Verzugszins zu 5 % sei 19.6.2019 zu zahlen.

Unter Kostenfolge."

2.3.

Mit Anschlussberufungsantwort vom 25. April 2022 beantragte der Kläger sinngemäss die Abweisung der Anschlussberufung.

2.4.

Mit weiteren Eingaben vom 18. Mai 2022 (Beklagte), 27. Mai 2022 (Kläger), 7. Juni 2022 (Beklagte) und 15. Juni 2022 (Kläger) hielten die Parteien an ihren Anträgen fest.

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

Der angefochtene Entscheid betrifft eine vermögensrechtliche Streitigkeit mit einem Fr. 10'000.00 übersteigenden Streitwert. Damit ist als Rechtsmittel die Berufung gegeben (Art. 308 ZPO). Auf die frist- und formgerecht eingereichte (Art. 311 Abs. 1 ZPO) Berufung ist einzutreten, ebenso auf die ebenfalls frist- und formgerecht eingereichte (Art. 312 Abs. 2 und Art. 313 Abs. 1 ZPO) Anschlussberufung.

2.

2.1.

Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung zu begründen. In seinen Ausführungen hat sich der Berufungskläger mit der Begründung im erstinstanzlichen Entscheid im Einzelnen und sachbezogen auseinanderzusetzen (REETZ/THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO-Kommentar], 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 36 zu Art. 311 ZPO). Es ist anzugeben, inwiefern der angefochtene Entscheid unzutreffend sein soll. Hierfür muss die Berufung hinreichend klar abgefasst sein, was insbesondere eine genaue Bezeichnung der beanstandeten Passagen sowie der Aktenstücke, auf welche sich die Kritik stützt, bedingt (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; 4A_68/2016 E. 4.2). Das Obergericht ist als Rechtsmittelinstanz nicht gehalten, von sich aus alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen. Es kann sich grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und der Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen beschränken (BGE 144 III 394 E. 4.1.4; 142 III 413 E. 2.2.4). Es ist aber inhaltlich weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden. Es wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und verfügt über freie Kognition in Tatfragen (BGE 144 III 394 E. 4.1.4), weshalb es die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen kann (BGE 4A_397/2016 E. 3.1).

Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO), wofür die Partei, die solche Neuerungen geltend macht, die Substanziierungs- und Beweislast trifft (BGE 5A_266/2015 E. 3.2.2).

2.2.

Das Obergericht kann ohne Verhandlung aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

3.

3.1.

Mit der Klage macht der Kläger werkvertragliche Ansprüche auf Sachgewährleistung (Ersatzvornahme, eventualiter Minderung) geltend aufgrund einer angeblich mangelhaften Restaurierung seines Oldtimer-Fahrzeugs (Ford Mustang, Mach 1) durch die Beklagte. Die Vorinstanz hat die Klage mangels Beweises einer substantiierten Mängelrüge abgewiesen. In Bezug auf die behaupteten Mängel betreffend Auspuffrohr, Türscharnier, Verlauf der Seitenlinie, Rost sowie Seitenleuchten sei keine substantiierte Mängelrüge erfolgt, denn in den vom Kläger in seinen Rechtsschriften als Beweismittel angerufenen Urkunden, namentlich dem Whatsappverlauf und den Schreiben vom 9. und 24. April 2018 sowie vom 19. Juni 2018 sei eine Mängelrüge direkt nur hinsichtlich der "Lackierung" bzw. der "Lackoberfläche" erfolgt. In Bezug auf die "Lackierung" bzw. "Lackoberfläche" seien die Mängel nicht ausreichend substantiiert gerügt worden. Der Begriff "Lackierung" sei allgemein und ungenau. Darunter könne etwa die Farbe, deren Verlauf, der Glanz oder die Oberflächenstruktur verstanden werden. Zudem werde dem Unternehmer dadurch nicht mitgeteilt, wo sich die Mängel befänden. Der Kläger habe auch die "Lackoberfläche" bemängelt. Dies schränke den Oberbegriff "Lackierung" etwas ein und lasse Mängel in der physischen Struktur (Oberfläche) vermuten. Aber auch hier werde zu wenig präzise bemängelt, wo sich etwa diese Mängel befänden und es sei nicht ohne Weiteres klar, was mit der Lackoberfläche gemeint sei. Beide Begriffe seien allgemeine Erklärungen, dass das Fahrzeug mangelhaft sei, was nicht genüge. Auch der blosser Verweis im Rahmen der Parteibehauptung auf das Privatgutachten genüge nicht, denn den Rechtsschriften könne in keiner Art und Weise entnommen werden, inwiefern die Mängel in diesem Zusammenhang konkret beanstandet worden seien. Dies gelte umso mehr, als dieses als Beweismittel in Bezug auf die Behauptung der ausreichend substantiierten Mängelrüge in Rechtsschriften gar nicht aufgeführt worden sei (angefochtener Entscheid E. 3.2.2.3.).

3.2.

Mit seinen Ausführungen in der Berufung akzeptiert der Kläger sinngemäss, dass er die Mängel, welche nicht die Lackoberfläche betreffen, nicht rechtzeitig gerügt hat (dies könnte ihm tatsächlich entgegengehalten werden, weshalb darauf nicht weiter eingegangen werde; Berufung N. 17). Hingegen bestreitet er, dass die Rüge betreffend die Lackoberfläche nicht rechtzeitig erfolgt sei. Die Mängel an der Lackierung seien erstmals am 22. März 2018, im Laufe der Restaurationsarbeiten direkt und schriftlich gerügt worden, woraufhin, nach dem Besuch und Augenschein durch den Präsidenten des H., F., am 28. März 2018, die Beklagte bis zum 6. April

2018 (angeblich) Nachbesserungen durchgeführt habe. Da die Beklagte die Mängel nicht behoben habe, habe der Kläger umgehend am 9. April 2018 gerügt, nachdem er das Fahrzeug am 6. April 2018 übernommen gehabt habe. Der Kläger habe die Mängel gegenüber der Beklagten ein zweites Mal am 24. April 2018 und ein drittes Mal am 19. Juni 2018 gerügt, nachdem das Privatgutachten erstellt worden sei. Der Kläger habe die Mängel rechtzeitig gerügt und präzisiert, sobald ihm das Privatgutachten vorgelegen sei (Berufung N. 19).

Zur Substanziierung der Mängelrüge bringt der Kläger in der Berufung vor, er habe am 22. März 2018 erstmals die Beschaffenheit der Lackoberfläche gerügt. Indem die Beklagte auf diese erste Mängelrüge erwidert habe, dass die Arbeiten noch nicht fertiggestellt seien, habe sie um den Mangel bestehend im Strukturverlauf der Lackierung gewusst. Beim Mustang Mach 1 umschliesse die Lackoberfläche die ganze Aussenhaut des Motorfahrzeugs. Der Gerichtsgutachter habe Mängel an allen von der Vorinstanz erwähnten Teilaspekten der Lackierung, wie der Farbe, dem Farbverlauf, dem Glanz und der Struktur erwähnt. Die Beklagte als ein auf die Lackierung von Fahrzeugen und auf die Restauration von Oldtimern spezialisiertes und professionelles Unternehmen habe eine Rüge, welche explizit die Lackoberfläche resp. die Lackierung als Mangel nenne, schlichtweg nicht missverstehen können. Die fachkundige Beklagte habe erkennen müssen, dass die ganze Aussenhaut (Lackierung) des Fahrzeugs mit all ihren Teilaspekten bemängelt werde. Die Mängel seien denn auch von blossen Auge ersichtlich. Eine genauere Benennung der nicht vertragsgemäss lackierten Autobestandteile hätte ein gewisses, nicht vorhandenes Fachwissen beim Kläger vorausgesetzt. Der Kläger und F. seien am 28. März 2018 zur Beklagten gegangen und hätten das Fahrzeug begutachtet. F. habe den Mangel an der Lackierung des Fahrzeugs vor Ort festgestellt. Die Mängelrüge sei dadurch nur sechs Tage nach der ersten, per Whatsapp erfolgten Rüge am 28. März 2018 spezifiziert worden. Spätestens ab diesem Zeitpunkt habe die Beklagte eindeutig erkennen können, was am Werk bemängelt werde. Mit Schreiben vom 9. April 2018, drei Tage nach der Ablieferung des Werks, habe der Kläger die Qualität der Lackoberfläche erneut gerügt und habe der Beklagten angezeigt, dass er eine Fachexpertise erstellen werde. Dieses Privatgutachten, das der Beklagten mit Schreiben vom 19. Juni 2018 zugegangen und dem Gericht präsentiert worden sei, bezeichne und lokalisiere die Mängel unmissverständlich. Die Erwägungen der Vorinstanz erschienen realitätsfremd und formalistisch (Berufung N. 22 ff.).

In Bezug auf die Substanziierung der in den erstinstanzlichen Rechtsschriften enthaltenen Behauptungen zur Mängelrüge führt der Kläger in der Berufung aus, in der Klage habe er nicht bloss schlüssig behauptet, die Mängelrüge sei substantiiert erfolgt. Er habe zudem Urkunden ins Recht gelegt, über die Beweis abgenommen werden könne. Seine Behauptungen habe

die Beklagte bloss pauschal bestritten. Die pauschale Bestreitung der Beklagten genüge ihrer Substanziierungsobliegenheit nicht (Berufung N. 29).

3.3.

Die Beklagte brachte mit der Berufungsantwort zur Mängelrüge insbesondere vor, F. habe am 28. März 2018 die Arbeit nicht bemängelt, sondern gelobt. Abschliessende Arbeiten seien Finish-Arbeiten gewesen. Am 6. April 2018 hätten sich die Parteien bezüglich Kosten geeinigt, und der Kläger habe den Wagen übernommen. Spätestens ab dem 16. April 2018, eher schon aber Ende März, seien die Reklamationen verspätet gewesen. Es sei unklar gewesen, welche Mängel an der Lackoberfläche gerügt worden seien und an welchen Stellen der Lack dem Kläger nicht gefallen habe. Selbst nach der Inspektion durch F. am 28. März 2018 sei der Kläger nicht in der Lage gewesen, den Mangel zu beschreiben. Der Kläger hätte angeben müssen, was er wo warum beanstandete, was auch für einen Laien möglich sei (der Kläger sei jedoch kein Laie). Beim besten Willen und Nachfragen sei die Rüge für die Beklagte unklar geblieben. Eine konkrete Rüge habe die Beklagte erstmals am 20. Juni 2018 gesehen (Gutachten J. [Klagebeilage 3], zugestellt vom K. [Klagebeilage 28]), 2 ½ Monate nach der Übernahme (Anfang April 2018). Der Auftrag für die mit Brief vom 9. April 2018 (Klagebeilage 6) angekündigte "Fachexpertise" sei erst am 11. Mai 2018 erfolgt. Eine allgemeine Erklärung, die Lackoberfläche entspreche nicht dem Vertrag, genüge nicht (Berufungsantwort S. 5 ff.).

4.

4.1.

Es ist unumstritten, dass die Parteien einen Werkvertrag zur (Teil-) Restaurierung des Oldtimer-Fahrzeugs des Klägers abgeschlossen haben, welcher insbesondere die Vornahme von Lackierungsarbeiten beinhaltete. Nach Art. 363 OR verpflichtet sich im Rahmen eines Werkvertrags der Unternehmer zur Herstellung eines Werks (d.h. eines Arbeitserfolgs, vgl. dazu GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., 2019, N. 24 ff.) und der Besteller zur Leistung einer Vergütung.

Leidet das [vom Unternehmer dem Besteller abgelieferte] Werk an so erheblichen Mängeln oder weicht es sonst so sehr vom Verträge ab, dass es für den Besteller unbrauchbar ist oder dass ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann, so darf er diese verweigern und bei Verschulden des Unternehmers Schadenersatz fordern (Art. 368 Abs. 1 OR). Sind die Mängel oder die Abweichungen vom Verträge minder erheblich, so kann der Besteller einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug am Lohne machen oder auch, sofern dieses dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht, die unentgeltliche Verbesserung des Werkes und bei Verschulden Schadenersatz verlangen (Art. 368 Abs. 2 OR).

Wird das abgelieferte Werk vom Besteller ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt, so ist der Unternehmer von seiner Haftpflicht befreit, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der Abnahme und ordnungsgemässen Prüfung nicht erkennbar waren oder vom Unternehmer absichtlich verschwiegen wurden (Art. 370 Abs. 1 OR). Stillschweigende Genehmigung wird angenommen, wenn der Besteller die gesetzlich [Art. 367 Abs. 1 OR] vorgesehene Prüfung und Anzeige unterlässt (Art. 370 Abs. 2 OR). Gemäss Art. 367 Abs. 1 OR hat der Besteller, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, die Beschaffenheit des Werkes zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen. Treten [sogenannte verdeckte oder geheime] Mängel erst später zutage, so muss die Anzeige sofort nach der Entdeckung erfolgen, widrigenfalls das Werk auch rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt (Art. 370 Abs. 3 OR) (zur Unterscheidung von offenen [Art. 370 Abs. 1 und 2 OR] und geheimen bzw. verdeckten [Art. 370 Abs. 3 OR] Mängeln vgl. GAUCH, a.a.O., N. 2073 ff.).

4.2.

Zu beachten ist, dass eine rechtsgenügliche, d.h. eine ausreichend substantiierte und rechtzeitige (vgl. dazu nachfolgende E. 4.3) Mängelrüge keine Voraussetzung für die Entstehung der Mängelrechte ist; vielmehr entstehen diese von Gesetzes wegen mit der Ablieferung eines mangelhaften Werks. Die Genehmigung durch Verspätung der Mängelrüge setzt demgegenüber eine rechtsaufhebende Tatsache, die diese Haftpflicht beseitigt. Die rechtsgenügliche Mängelrüge stellt sich demgemäss als eine (lediglich) *rechtserhaltende* Tatsache dar, weil dadurch die Verwirkung der Mängelrechte durch Genehmigung verhindert wird (vgl. dazu ausführlich GAUCH, a.a.O., N. 2164 ff., insbesondere N. 2166). Folglich trifft den Unternehmer, der seine Haftung für einen bestimmten Werkmangel bestreitet, die *Behauptungslast* für das Fehlen einer rechtzeitigen Mängelrüge; die Genehmigung braucht er dagegen nicht eigens zu behaupten, weil sie bei nicht rechtzeitiger Mängelrüge fingiert wird (Art. 370 Abs. 2 und 3 OR); wird keine Verspätung behauptet, muss das Gericht zum Nachteil des Unternehmers von einer rechtzeitigen Mängelrüge ausgehen (GAUCH, a.a.O., N. 2168 mit Hinweisen; gleich das kaufvertragliche Mängelrecht vgl. HONSELL, Basler Kommentar, 7. Aufl., 2020, N. 11 zu Art. 201 OR).

Liegt eine entsprechende Behauptung des Unternehmers vor, trifft – nach weit überwiegender Rechtsprechung und Lehre (vgl. die Nachweise in GAUCH, a.a.O., Fn. 1234 zu N. 2169) – die *Beweislast* für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge den Besteller, womit es zu einer Umkehr der Beweislast sowie zu einer Ausnahme vom Grundsatz, dass sich Behauptungs- und Beweislast decken, kommt (vgl. demgegenüber die von GAUCH, a.a.O., N. 2169 persönlich vertretene Auffassung, wonach unter dem Gesichtspunkt, dass jede Beweislastverteilung eine angemessene Verteilung des Beweisrisikos anzustreben hat, eine Beweislast des Bestellers nur dafür,

dass und wann der Mangel von ihm gerügt wurde, als angezeigt erachtet, und den Beweis dafür, dass die insoweit nachgewiesene Rüge zu spät, d.h. erst nach Ablauf der Rügefrist erfolgt ist, dem Unternehmer auferlegen will).

4.3.

Eine Mängelrüge muss, um – vorbehältlich eines vom Unternehmer absichtlich verschwiegenen Werkmangels – die Verwirkung der Mängelrechte durch Genehmigung zu verhindern, substantiiert *und* rechtzeitig erfolgen und an den Unternehmer oder einen von diesem bevollmächtigten Vertreter gerichtet werden (vgl. dazu ausführlich GAUCH, a.a.O., N. 2126 ff. mit dem Hinweis auf die Unvollständigkeit des Wortlauts von Art. 367 Abs. 1 OR dahingehend, dass der Besteller dem Unternehmer neben dem/n – substantiiert geschilderten – Mangel/Mängeln auch seinen Willen bekunden muss, dass er gestützt auf diesen Mangel bzw. diese Mängel das Werk nicht als vertragsgemäss anerkennt und den Unternehmer für diese haftbar machen will; GAUCH, a.a.O., N. 2133).

4.3.1.

Die Mängel sind nach Möglichkeit einzeln anzugeben und hinsichtlich Art, Umfang und gegebenenfalls Ort möglichst genau zu bezeichnen, sodass der Unternehmer abschätzen kann, in welchem Umfang der Besteller das Werk bemängelt. Es genügt grundsätzlich nicht, allgemein zu erklären, das abgelieferte Werk sei mangelhaft, es entspreche nicht dem Vertrag oder man werde auf die Angelegenheit zurückkommen (ZINDEL/SCHOTT, Basler Kommentar, 7. Aufl., 2020, N. 18 zu Art. 376 OR; GAUCH, a.a.O., N. 2130; HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., 2019, N. 3161).

4.3.2.

Obwohl Art. 367 Abs. 1 OR es nicht ausdrücklich sagt, sind offene Mängel (analog zu Art. 201 Abs. 1 OR) sofort nach ihrer Entdeckung (vgl. dazu den nächsten Absatz) zu rügen (GAUCH a.a.O., N. 2141; ZINDEL/SCHOTT a.a.O., N. 20 zu Art. 367 OR). Bei der Beurteilung, ob eine Rüge rechtzeitig erfolgt ist, muss auf die konkreten Umstände des Einzelfalls, insbesondere auf die Art der Mängel abgestellt werden. Grundsätzlich ist die Rügefrist kurz zu bemessen, wenn es sich um einen Mangel handelt, bei dem die Gefahr besteht, dass ein Zuwarten zu einem grösseren Schaden führen kann. Ist dies nicht der Fall, hält das Bundesgericht eine siebentägige Rügefrist für angemessen (BGE 4A_82/2008 E. 7.1 mit Hinweisen; vgl. auch Berufung N. 18, wo der Kläger mit Verweis auf ZINDEL/SCHOTT [a.a.O., N. 20 zu Art. 367 OR] ausführt, eine Frist von sieben bis zehn Tagen dürfte in vielen Fällen angemessen sein).

Hinsichtlich des Entdeckungszeitpunkts ist bei den offenen Mängeln zwischen *offensichtlichen Mängeln* und den übrigen offenen Mängeln zu unterscheiden. Für die Rüge der ersteren darf der Besteller grundsätzlich

nicht bis zur Prüfung des Werks zuwarten, weil sich diesbezüglich eine Prüfung des Werks von vornherein erübrigt. Eine Ausnahme gilt dann, wenn die Prüfung unmittelbar bevorsteht und nur eine ganz kurze Zeit in Anspruch nimmt (GAUCH a.a.O., N. 2143; ZINDEL/SCHOTT a.a.O., N. 20 zu Art. 367 OR).

4.3.3.

Zu ergänzen bleibt, dass der Besteller nicht "quasi auf Vorrat" eine unter dem Gesichtspunkt der Rechtzeitigkeit unbedenkliche Mängelrüge erheben kann, um sie (irgendwann) später zu begründen. Vielmehr muss eine "Mängelrüge, die den gesetzlichen Anforderungen entspricht", rechtzeitig erhoben werden (vgl. dazu GAUCH, a.a.O., N. 2168). Andernfalls könnte die in Art. 367 Abs. 1 OR statuierte Obliegenheit des Bestellers zur Prüfung der Beschaffenheit des Werks auf offene Mängel, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, und sofortige In-Kennntnis-Setzung des Unternehmers über die dabei entdeckten Mängel umgangen werden. Allenfalls erscheint es denkbar, dass ein Besteller innerhalb einer insgesamt noch als dem Unverzögerlichkeitserfordernis Rechnung tragenden Frist zuerst eine unsubstanzierte Mängelrüge erhebt und (sogleich) die Begründung nachfolgen lässt (so wie während noch nicht abgelaufener Rechtsmittelfrist der einem Rechtsmittel anhaftende Mangel verbessert werden kann).

5.

5.1.

Die Beklagte hat in der Klageantwort (act. 46) ausgeführt, trotz angeblicher Mängel habe der Kläger das Auto ohne Vorbehalt entgegengenommen; folglich sei sein Rügerecht verwirkt. Damit stellt sie sich offensichtlich auf den Standpunkt, es sei eine stillschweigende Genehmigung eingetreten, die die Verwirkung der Mängelrechte bewirkt habe (vgl. ZINDEL/SCHOTT, a.a.O., N. 11 zu Art. 370 OR dazu, dass in der vorbehaltlosen Entgegennahme eines abgelieferten Werks eine stillschweigende Genehmigung nach Art. 370 Abs. 1 ZPO liegen kann; vgl. dazu insbesondere auch vorstehende E. 4.3.2 zweiter Absatz zu den offensichtlichen Mängeln). Mit diesem beklagtischen Einwand ist nach dem Grundsatz a maiore ad minus die Behauptung verbunden, es fehle an einer rechtzeitigen Mängelrüge nach der Ablieferung des Werks (dazu nachfolgende E. 5.2). Damit hat der Kläger den Beweis für die Rechtzeitigkeit seiner Mängelrüge zu führen (vgl. vorstehende E. 4.2). Demgemäss ist für die verschiedenen vom Kläger behaupteten Rügen vom 22. und 28. März, 9. und 24. April sowie 19. Juni 2018 (vgl. Klage, act. 14 N. 31 mit Hinweis auf die Klagebeilagen 5-7 sowie 28) zu prüfen, ob sie – für sich allein oder allenfalls kombiniert – rechtzeitig und ausreichend substantiiert erfolgt sind.

5.2.

Zunächst stellt sich mit Blick auf Art. 367 Abs. 1 OR die Frage, ob und wann die Ablieferung des Werks erfolgt ist. Am 6. April 2018 wurde das Fahrzeug

von der Beklagten in Absprache mit dem Kläger zu einem Sattlereibetrieb in R. zum Einbau eines Dachhimmels überführt; anschliessend wären durch die Beklagte noch (offenbar geringfügige) Arbeiten (Ersatz der Heckscheibe samt Zierleisten) vorzunehmen gewesen (Klage, act. 7 N. 17; Protokoll, act. 309, 311; Berufung N. 36). Die Parteien sind sich einig, dass die Ablieferung des Werkes am 6. April 2018 erfolgt ist (Berufung N. 19; Berufungsantwort S. 5 [wenn demgegenüber auf S. 8 der Berufungsantwort der 4. April 2018 als Übernahmedatum genannt wird, dürfte es sich um einen Verschrieb handeln]). Darauf ist abzustellen. Auch vom Kläger wurde nie geltend gemacht, er habe anlässlich der Ablieferung des Werks durch die Beklagte am 6. April 2018 den im vorliegenden Rechtsmittelverfahren allein noch interessierenden Mangel (Lackierung) gerügt.

5.3.

5.3.1.

Hat nach dem Gesagten Ablieferung des Werks am 6. April 2018 stattgefunden, sind die Rügen vom 22. und 28. März 2018 (für die erste Rüge vgl. Klagebeilage 5) grundsätzlich unbeachtlich. Ein Besteller kann zwar – mit Blick auf den in Art. 366 Abs. 2 OR vorgesehen Rechtsbehelf des Bestellers – schon vor der Ablieferung des Werkes Mängel anzeigen (ZINDEL/SCHOTT, a.a.O., N. 5 zu Art. 367 OR). Eine solche Anzeige kann auch dazu führen, dass die Berufung des Unternehmers auf eine verspätete Mängelrüge rechtsmissbräuchlich erscheint (BGE 4C.190/2003 E. 5.2). Führt aber eine solche "vorzeitige Mängelrüge" dazu, dass der Unternehmer noch vor der Werkablieferung weitere entsprechende Verbesserungsarbeiten vornimmt, ist selbstredend das Werk nach der Ablieferung erneut zu prüfen und sind die Mängel, wie sie nach der Überarbeitung im Ablieferungszeitpunkt bestehen, zu rügen. Die Beklagte hat insoweit in der Duplik (act. 91) grundsätzlich zu Recht eingewendet, dass "der Kläger beim Abholen des Wagens [hätte] rügen müssen, nicht vorher, als die Arbeit noch nicht vollendet war, so quasi auf Vorrat" (vgl. dazu immerhin nachfolgende E. 5.4.2).

5.3.2.

Mit Bezug auf die im Whatsapp-Verkehr vom 22. März 2018 gemäss Klagebeilage 5 enthaltene Beanstandung ist zu ergänzen, dass sie sich im Wesentlichen auf den Satz, "[l]eider entspricht die Lackoberfläche nicht der von Ihnen bei der Auftragserteilung zugesicherten Qualität", beschränkte. Dies stellt keine substantiierte Mängelrüge dar (vgl. dazu nachfolgende E. 5.4.1).

5.3.3.

Zwar macht der Kläger in seiner Berufung (N. 25) weiter geltend, er und der von ihm als Zeuge angerufene F. seien am 28. März 2018 zur Beklagten gegangen, bei welcher Gelegenheit nur sechs Tage nach der ersten, per Whatsapp erfolgten Rüge diese spezifiziert worden sei. Die Behauptung

tung einer an diesem Tag erfolgten Rüge im Berufungsverfahren erfolgt indes verspätet und kann deshalb nicht mehr berücksichtigt werden (vgl. oben E. 2.1), nachdem eine an diesem Tag erfolgte Rüge des Klägers gegenüber der Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren nicht (und schon gar nicht substantiiert) behauptet worden war. Im erstinstanzlichen Verfahren hatte der Kläger lediglich ausgeführt, F. hätte sich mit ihm und der Beklagten am 28. März 2018 zusammen das Auto angeschaut und befunden, dass die Oberfläche des Mustangs Mach 1 nicht sachgemäss lackiert worden sei (Klage, act. 6 und 14 N. 14 und 31). Es fehlte sowohl eine Behauptung des Klägers (über die allenfalls Beweis erhoben werden könnte), dass F. seine entsprechende Feststellung der Beklagten bzw. deren Vertreter gegenüber äusserte (vgl. vielmehr Klageantwort, act. 39, wonach F. bemerkt haben soll, der Wagen sehe gut aus), als auch eine Behauptung, dass diese Feststellung mit einer Willensbekundung des Klägers verbunden wurde, dass er gestützt auf diesen Mangel bzw. diese Mängel das Werk nicht als vertragsgemäss anerkenne und die Beklagte für diese haftbar machen wolle (vgl. dazu E. 4.3 in fine). Auch in der Parteibefragung vor Vorinstanz gab der Kläger lediglich an, er habe am 28. März 2018 das Fahrzeug sicher mit F. angeschaut, weil er eine Zweitmeinung gewollt habe, ob er so falsch liege mit seiner Beurteilung, und dieser habe ihm bestätigt, dass er dies richtig sehe; er vermochte allerdings nicht einmal mit Sicherheit zu sagen, ob sie bei der Fahrzeugbesichtigung zu dritt gewesen seien (act. 311). Damit ist nicht bewiesen, dass es am 28. März 2018 zu einer Mängelrüge (des Klägers gegenüber der Beklagten) kam.

5.3.4.

Aus dem Gesagten erhellt keine ausreichend substantiierte Mängelrüge des Klägers an die Beklagte vor der Ablieferung des Werks am 6. April 2018. Die mit der Berufung (N 31 ff.) gerügte unterbliebene Zeugenbefragung von F. ist unter diesen Umständen nicht zu beanstanden. Zwar könnte dieser aufgrund der klägerischen Behauptungen zum Zustand des Fahrzeugs befragt werden, doch vermöchte diese Zeugenaussage am Verfahrensausgang von vornherein nichts zu ändern (antizipierte Beweiswürdigung, vgl. dazu BGE 4A_438/2019 E. 4.2), zumal ohne rechtzeitige, d.h. im erstinstanzlichen Behauptungsverfahren aufgestellte klägerische Behauptung, dass anlässlich der Besichtigung vom 28. März 2018 eine Mängelrüge *gegenüber der Beklagten* ausgesprochen wurde, F. dazu nicht befragt werden darf.

5.4.

5.4.1.

Der Kläger macht sodann mit Verweis auf Klagebeilage 6 geltend, die Mängel am 9. April 2018 schriftlich gerügt zu haben (Klage, act. 14; N. 31 und Berufung N. 19). Der für die Mängelrüge relevante Teil dieses Schreibens lautet: " [...] Im weiteren akzeptiere ich auch die Lackoberfläche nicht, da diese nicht der zugesicherten Qualität entspricht. Nach der Begutachtung

vom Präsidenten des H. vom 28. März 2018 haben Sie dann den Lack noch einmal überarbeitet. Ich stelle fest, dass das Qualitätsproblem der Lackoberfläche nach wie vor vorhanden ist. Als nächsten Schritt werde ich eine Fachexpertise machen lassen und werde mich danach wieder bei Ihnen melden."

Nach dieser Sachdarstellung des Klägers hat somit die Beklagte zwischen dem 28. März 2018 und der Ablieferung des Werks am 6. April 2018 noch Nachbesserungsarbeiten vorgenommen. Unter diesen Umständen wäre der Kläger verpflichtet gewesen, das nunmehr am 6. April 2018 von der Beklagten abgelieferte, *nachgebesserte* Arbeitsergebnis erneut zu prüfen und zu rügen (vgl. vorstehende E. 5.3.1), d.h. unbesehen darum, ob vorher, d.h. am 22. und/oder 28. März 2018 Mängel gerügt worden waren oder nicht. Die Beanstandung der Lackoberfläche ohne Angaben dazu, weshalb und an welchen Stellen sie der vertraglich zugesicherten Qualität nicht entspreche, stellt indes wiederum keine ausreichend substantiierte Rüge dar. Entgegen der vom Kläger in seiner Berufung (N. 24) vertretenen Auffassung konnte er es nicht bei der oben (erster Absatz der vorliegenden E. 5.4.1) wiedergegebenen Rüge belassen mit der Begründung, weil beim Mustang Mach 1 die Lackoberfläche die ganze Aussenhaut Motorfahrzeugs umschliesse, habe die Beklagte die Rüge nicht missverstehen können, sondern hätte erkennen müssen, dass die ganze Aussenhaut mit all ihren Teilaspekten beanstandet sei. Zum einen betreffen drei der Mängel, die im vom Kläger eingeholten Privatgutachten (Klagebeilage 3) aufgelistet sind (1. nicht einwandfrei verarbeitete Lackstellen am Dachrahmen seitlich rechts, 2. unterschiedliche Farbtöne an der Seitenwand hinten rechts einerseits und am Heckdeckel und an der Seitenwand links andererseits; 3. Einriss der Farbe an der lackierten Stossstange links und rechts), nicht die ganze Aussenhaut, sondern sind punktuell; der Kläger hätte sie demgemäss einzeln rügen müssen. Zum andern ist mit Bezug auf die vom Kläger im vorliegenden Verfahren bemängelte Welligkeit (Orangenhaut) gemäss von der Vorinstanz eingeholtem Gutachten sowohl bei einer industriellen Werkslackierung als auch bei einer handwerklichen Fahrzeug- bzw. Reparaturlackierung eine spiegelglatte Oberfläche nicht zu erreichen; dies ist nur mittels kostenintensiver Schleif- und Polierprozesse sowie Mehrfachlackierungen möglich (act. 197). Unter diesen Umständen konnte der Kläger nicht einfach auf eine nicht näher definierte *zugesicherte Qualität* verweisen, die nicht eingehalten worden sei (in der letzten, vom 19. Juni 2018 datierten klägerischen Mängelrüge [Klagebeilage 28] ist demgegenüber davon die Rede, dass die Qualität der Lackierung nicht dem *üblichen Standard* entspreche). Dies gilt umso mehr, als gemäss Beurteilung des klägerischen Privatgutachters (Klagebeilage 3 S. 3 und 4) die Lackierung am Heckdeckel durchaus eine Qualität aufweist, die dem zu erwartenden Standard entspricht (Klagebeilage 3 S. 3 f.) bzw. nach der Einschätzung des Gerichtsgutachters "wie ein Spiegel wirkt" (act. 198) und damit (inso-

weit) vom Kläger wohl kaum beanstandet sein dürfte. Unter diesen Umständen hätte es in der Mängelrüge des Klägers vom 9. April 2018 (Klagebeilage 6), aber auch derjenigen vom 24. April 2018 (Klagebeilage 7) einer Klarstellung bedurft, ob die Lackierung nur stellenweise oder allenfalls mit Rücksicht auf von der Beklagten gemachte Zusicherungen insgesamt (inkl. Heckdeckel) als mangelhaft erachtet wurde. Mindestens hätte es aber eines Hinweises bedurft, dass die Lackierung wegen ihrer Unregelmässigkeit nicht akzeptiert werde. Im Übrigen stellt weder die blossе Tatsache einer sachverständigen Drittprüfung noch eine blossе Mitteilung des Bestellers an den Unternehmer, wonach eine solche Prüfung stattfinde oder stattfinden werde, eine Mängelrüge dar (GAUCH a.a.O., N. 2137; vgl. auch ZINDEL/SCHOTT a.a.O., N. 25 zu Art. 367 OR). Insoweit hat die Vorinstanz auch im Schreiben vom 9. April 2018 (Klagebeilage 6) zu Recht keine ausreichende Rüge erblickt.

5.4.2.

Nun kann aber nicht übersehen werden, dass unklar ist, ob nach dem 28. März 2018 überhaupt noch Nachbesserungsarbeiten der Beklagten stattgefunden haben. In der Klageantwort (act. 46) wurde nämlich *von dieser selber* ausgeführt, dass nach dem Besuch von F. keine Nachbesserung "fällig geworden", sondern nur noch ein "Finish" erfolgt sei (vgl. auch act. 311, wo der beklagte Organvertreter in der Parteibefragung nicht mehr anzugeben vermochte, welche Arbeiten nach dem 28. März 2018 noch vorgenommen wurden). Dennoch lässt sich daraus nichts zugunsten des Klägers ableiten:

Zwar kann sich die Berufung eines Bestellers auf eine verspätete Mängelrüge unter Umständen als rechtsmissbräuchlich erweisen, nämlich dann, wenn der Beklagte gestützt auf vom Kläger vor der Ablieferung abgegebene substantiierte Beanstandungen wusste oder hätte wissen müssen, welche Mängel gemeint waren (vgl. BGE 4C.190/2003 E. 5.2). Allerdings ist, wie bereits ausgeführt, für die Zeit vor der Ablieferung des Werks gerade keine inhaltlich genügende vorzeitige Mängelrüge des Klägers nachgewiesen (vgl. vorstehende E. 5.3), an der sich die Beklagte hätte orientieren können und müssen. Zugleich hätte der Kläger die von ihm geltend gemachten, "von blossem Auge ersichtlich[en]" (Berufung N. 24 in fine) Mängel schon bei der Ablieferung ohne Weiteres erkennen müssen, nachdem es sich – mangels Nachbesserungsarbeiten – um die gleichen gehandelt haben muss, die dem Kläger – worauf er zu behaften ist – schon aufgrund der Beurteilung von F. vom 28. März 2018 (vgl. vorstehende E. 5.3.3) bekannt waren, von ihm aber nicht nachweislich gerügt wurden. Mit anderen Worten hätte ein *offensichtlicher Mangel* vorgelegen, der den Kläger *ohne Prüfung* zur sofortigen Rüge verpflichtet hätte (vgl. vorstehende E. 4.3.2 zweiter Absatz). Die Beklagte beruft sich folglich insoweit zu Recht darauf, dass der Kläger dadurch, dass er bei der Ablieferung des restau-

rierten Autos (Werk) am 6. April 2018 durch die vorbehaltlose Entgegennahme des Werks trotz offensichtlicher Mängel das Werk genehmigte und die Mängelrechte verwirkte (vgl. vorstehende E. 4.2).

5.5.

5.5.1.

Nach dem Gesagten ist unerheblich, dass der Kläger in der Folge zuerst am 24. April 2018 und dann am 19. Juni 2018 durch die I. Mängelrügen erheben liess (Klagebeilagen 7 und 28). Während die Rüge vom 7. April 2018 (Klagebeilage 7: "... die Lackoberfläche des Fahrzeugs keineswegs der vereinbarten Qualität entspricht") wiederum als unsubstanziert taxiert werden muss (vgl. vorstehende E. 5.4.1), wurden in dem der Mängelrüge vom 19. Juni 2018 beigelegten Privatgutachten (Klagebeilage 3) die Mängel der Lackierung (erstmalig) substantiiert dargetan ("auch von blossen Auge gut feststellbar(e)" von hinten nach vorn zunehmende Welligkeit der Lackierung [mit Ausnahme des "absolut einwandfrei" lackierten Heckdeckels]; Farbunterschiede der weiss lackierten Stellen am Fahrzeugheck; Lackstellen am Dachrahmen seitlich rechts, am Frontscheibenrahmen sowie an der Kante der Motorhaube nicht einwandfrei verarbeitet; Farbeinriss der hinteren Stossstange links und rechts). Beide Rügen vermochten aber nicht, die bereits eingetretene Verwirkung der Mängelrechte (vgl. vorstehende E. 5.4.2) rückgängig zu machen.

5.5.2.

An dieser Stelle bleibt auf zwei Aussagen des Klägers einzugehen, denen nicht gefolgt werden kann:

5.5.2.1.

In der Klage (act. 14, N. 31) findet sich der folgende Satz: "Der Kläger rügte die Mängel also rechtzeitig und präziserte die Rügen, sobald ihm das Privatgutachten vorlag."

Ein Besteller kann Mängel dadurch rügen, dass er ein sachverständiges Gutachten dem Unternehmer übermittelt und dabei den Willen zum Ausdruck bringt, das Werk hinsichtlich bestimmter Defizite, die der Prüfungsbefund benennt, nicht als vertragsgemäss gelten zu lassen, sondern den Unternehmer hierfür haftbar zu machen (GAUCH a.a.O., N. 2139). Der freiwillige Beizug eines privaten Sachverständigen ändert aber nichts an der Dauer der Prüfungsfrist (GAUCH a.a.O., N. 2125). Der Besteller darf das Ergebnis der Expertise nicht *ohne vorgängige Mängelrüge* abwarten, wenn er bereits vorher über genügend Informationen zur Erhebung einer Mängelrüge verfügte (ZINDEL/SCHOTT a.a.O., N. 25 zu Art. 367 OR). Vorliegend hätte der Kläger eine substantiierte Mängelrüge schon bei der Ablieferung des Fahrzeuges erheben können und müssen (vgl. dazu vorstehende E. 5.4.2, aber auch nachfolgende E. 5.5.2.2 zum angeblich fehlenden Fachwissen des Klägers zur Formulierung einer ausreichenden Mängelrüge). Er

hat denn auch in seinem Schreiben vom 9. April 2018 die Einholung eines Gutachtens in Aussicht gestellt *und bereits (wenn auch unsubstanziert) Mängelrüge erhoben*. Selbst wenn – entgegen vorstehender E. 5.4.2 – keine stillschweigende Genehmigung der Mängel durch vorbehaltlose Entgegennahme des Werks trotz offensichtlicher Mängel stattgefunden hätte, müsste die am 19. Juni 2018 und damit erst nach *mehr als zehn Wochen* nach der Werkablieferung erfolgte substantiierte Rüge eines offenen Werkmangels (Klagebeilage 28) auf jeden Fall als verspätet gelten.

5.5.2.2.

Der Kläger stellt sich in seiner Berufung (N. 24) auf den Standpunkt, dass eine genaue Benennung der nicht vertragsgemäss lackierten Autobestandteile bereits ein gewisses – nicht vorhandenes – Fachwissen beim Kläger vorausgesetzt hätte. Dem ist entgegenzuhalten, dass für eine ausreichende Mängelrüge nicht erforderlich ist, dass sich der Besteller einer technischen Sprache bedient oder den Mangel fachlich richtig umschreibt; vielmehr genügt es, dass er den angeblichen Mangel, wie von ihm selber wahrgenommen, in Laiensprache beschreibt (GAUCH, a.a.O., N. 2131). Mit Bezug auf den vorliegenden konkreten Fall ist indes ohnehin nicht ersichtlich, dass der Kläger die im Gutachten ausgeführten Mängel der Lackierung (insbesondere die von blossem Auge gut erkennbare grossflächige bzw. uneinheitliche [vgl. vorstehende E. 5.4.1 in fine] Welligkeit der Lackierung, aber auch den Farbeinriss an der hinteren Stossstange links und rechts und der Farbunterschied der weiss lackierten Stellen am Fahrzeugheck) mit den vom Gutachter selber verwendeten Worten (Wörtern), die keine technischen sind, oder ähnlichen hätte umschreiben können.

5.6.

In Sinne der vorstehenden Ausführungen ist das angefochtene Urteil, soweit damit die Klage abgewiesen wurde, *nach Auffassung der Gerichtsmehrheit* (jedenfalls im Ergebnis) zu schützen.

Demgegenüber hätte eine *Minderheit* die Berufung im Sinne ihres Eventualantrags Ziff. 2 gutgeheissen, d.h. den angefochtenen Entscheid aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen: Der Kläger hat in der Klage substantiiert behauptet, rechtzeitig eine Mängelrüge erhoben zu haben (act. 14 N. 31, wonach erstmals am 22. März 2018 direkt und mündlich sowie via Whatsapp, am 9. April 2018 zum ersten Mal schriftlich, am 24. April 2018 zum zweiten Mal schriftlich und schliesslich am 19. Juni 2018 ein drittes Mal mit dem Privatgutachten gerügt worden sein soll). Die Beklagte entgegnete dem einzig, dass der Kläger das Auto trotz angeblicher Mängel ohne Vorbehalt entgegengenommen habe, womit sein Rügerecht verwirkt sei (Klageantwort, act. 46 "ad 4"). Abgesehen davon, dass diese Auffassung rechtlich falsch ist, lässt sich daraus nicht erkennen, was die Beklagte an der substantiiert erhobenen Behauptung des Klägers bestreitet, d.h. welche der behaupteten Mängelrügen sie aus welchen Gründen

als ungenügend erachtet. Rechtsgenügende Bestreitungen sind aber so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen des Klägers damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss. Der Grad der Substanziierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad einer Bestreitung (BGE 4A_640/2020 E. 3.1.2 mit Hinweis auf BGE 141 III 433 E. 2.6). Die vom Kläger in der Replik auf die (ungenügende) Bestreitung in der Klageantwort erfolgte Erwiderung (act. 70 f. N. 71, wonach detaillierte Rügen postwendend und sogar noch vor Abschluss aller Arbeiten erfolgt seien) wurden von der Beklagten einzig mit "Bestritten. Festhalten" kommentiert (Duplik, act. 91). Mangels ausreichender Bestreitung der vom Kläger substantiiert erhobenen Behauptungen, hat es daher als erstellt zu gelten, dass der Kläger rechtzeitig eine ausreichende Mängelrüge erhoben hat. Schliesslich rief der Kläger im Zusammenhang mit der erhobenen Mängelrüge bzw. mit den anlässlich der Besichtigung vom 28. März 2018 diskutierten Mängeln (act. 14 N. 31) ausdrücklich einen Zeugen an (F.). Nachdem die Vorinstanz die behauptete Mängelrüge als genügend bestritten erachtete, hätte sie diesen Zeugen anhören müssen. Indem sie dies nicht getan hat, hat sie den Gehörsanspruch des Klägers verletzt, was ebenfalls zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids geführt hätte.

6.

6.1.

Mit Widerklage hatte die Beklagte die Zahlung einer angeblich noch fälligen Restwerklohnforderung von Fr. 15'246.85 verlangt (vgl. act. 49 ff.).

6.2.

Die Vorinstanz wies die Widerklage im Wesentlichen mit der Begründung ab, strittig sei insbesondere, in welchem Umfang die erbrachten Leistungen von der ursprünglichen Offerte umfasst sowie ob und in welchem Umfang Zusatzaufträge vereinbart worden seien und wie sich diese allfälligen Zusatzaufträge in finanzieller Hinsicht auf die Höhe des Entgelts auswirkten. Aufgrund dieser Sachlage wäre die beweisbelastete Beklagte gehalten gewesen, ihre Ausführungen hinsichtlich des genauen Vertragsinhalts (Gegenstand der Offerte), des Bestands von Zusatzaufträgen sowie der Erfüllung des entstandenen Zeit- und Materialaufwands durch detaillierte, umfassende und plausible Tatsachenbehauptungen zu konkretisieren. Eine solche detaillierte Tatsachenbehauptung finde sich in den Rechtsschriften der Beklagten nicht, womit es dem Kläger nicht möglich sei, die Ausführungen substantiiert zu bestreiten, und dem Gericht sodann auch nicht möglich sei, darüber Beweis abzunehmen. Die seitens des Klägers bestrittene Forderung sei weder ausreichend substantiiert noch bewiesen worden (E. 4.2. des angefochtenen Entscheids).

6.3.

Mit Anschlussberufung fordert die Beklagte nunmehr noch einen Betrag von Fr. 9'017.25. Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen mit Verweis auf das vorinstanzliche Verhandlungsprotokoll vor, die Parteien hätten sich auf eine Schlussrechnung von Fr. 33'000.00 geeinigt, womit unter Berücksichtigung von bereits erfolgten Zahlungen von insgesamt Fr. 23'982.75 eine Restforderung im genannten Betrag resultiere (Anschlussberufung S. 14 f.).

6.4.

Der Kläger führt dazu mit Anschlussberufungsantwort (S. 3) aus, eine mögliche Einigung auf Fr. 33'000.00 wäre an die Bedingung geknüpft gewesen, dass die Lackierung in Bezug auf Ebenmässigkeit und Glanz sowie der Kofferraumdeckel noch in Ordnung gestellt werde, so dass ein einheitliches Gesamtbild bestehe. Dies sei nie geschehen, weshalb keine Einigung zwischen den Parteien zustande gekommen sei.

6.5.

Die Behauptung, die Parteien hätten sich auf einen Werkpreis von Fr. 33'000.00 geeinigt, bringt die Beklagte erstmals im Berufungsverfahren vor. Gründe dafür, dass sie diese nicht bereits im vorinstanzlichen Rechtschriftenwechsel hätte vorbringen können, nennt sie keine und sind auch keine ersichtlich. Damit handelt es sich um ein unzulässiges Novum, worauf von vorneherein nicht abgestellt werden kann (vgl. oben E. 2.1). Im Übrigen setzt sich die Beklagte mit den vorinstanzlichen Erwägungen nicht auseinander, wonach sie insbesondere Zusatzvereinbarungen, mit welchen sich die Parteien auf einen im Vergleich zur ursprünglichen Offerte erhöhten Werkpreis geeinigt hätten, nicht substantiiert behauptet habe. Das Gleiche gilt für die fehlenden substantiierten Behauptungen zu einem allfälligen Zusatzaufwand der Beklagten. Die Anschlussberufung ist damit abzuweisen.

7.

7.1.

Mit der Berufung rügt der Kläger auch die erstinstanzliche Kostenregelung. Dabei weist er zu Recht darauf hin, dass die Vorinstanz (wohl versehentlich) von einem falschen Streitwert von Fr. 36'632.85 ausgegangen ist (vgl. Berufung N. 53 und angefochtener Entscheid E. 5.2.). Der erstinstanzliche Streitwert ergibt sich aus der Summe der Streitwerte von Klage und Widerklage (Art. 94 Abs. 2 ZPO), wobei die Beklagte die Widerklageforderung auf Fr. 15'246.85 bezifferte und die Klägerin die Klageforderung auf Fr. 20'386.00 (und nicht auf Fr. 21'386.00, wie die Vorinstanz fälschlicherweise angenommen hat; vgl. Eingabe vom 3. März 2021 [act. 261] und Protokoll [act. 273]). Dies ergibt einen korrekten Streitwert von Fr. 35'632.85. Daraus resultiert ein Grundansatz für die Gerichtsgebühr von Fr. 3'427.95, woraus sich unter Berücksichtigung der Gutachtenskosten von Fr. 3'791.05

und der Zeugenentschädigung von Fr. 86.95 erstinstanzliche Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 7'305.95 ergeben, die gemäss der vorinstanzlichen hälftigen Kostenverteilung mit je Fr. 3'652.95 von den Parteien zu tragen sind. Insofern ist die Berufung gutzuheissen und der angefochtene Entscheid zu korrigieren.

7.2.

Im Weiteren rügt der Kläger mit der Berufung, die Kostenverlegung berücksichtige den zuungunsten der Beklagten ergangenen "Zwischenentscheid" vom 7. Juli 2020 nicht. Mit Verfügung vom 7. Juli 2020 (act. 177 ff.) wies die Gerichtspräsidentin ein Ausstandsbegehren der Beklagten gegen den gerichtlich beauftragten Sachverständigen ab.

Gemäss Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verlegt. Massgebend ist das Gesamtergebnis des Prozesses in der Hauptsache, während es nicht darauf ankommt, wie über einzelne Angriffs- oder Verteidigungsmittel entschieden wurde. Entsprechend hat für die Frage des Unterliegens bzw. des Verfahrensausgangs nach Art. 106 ZPO auch das Ergebnis blosser Zwischenverfahren ausser Betracht zu bleiben (zur Publikation vorgesehener BGE 4A_442/2021 E. 3.2 mit Hinweisen). Der Kläger begründet nicht und es ist auch nicht ersichtlich, weshalb vorliegend nach Art. 107 ZPO von der allgemeinen Regel der Kostenverteilung nach Verfahrensausgang abzuweichen wäre oder dass die Gegenpartei unnötige Prozesskosten nach Art. 108 ZPO verursacht hätte. Es ist somit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Verfügung vom 7. Juli 2020 bei der Kostenverteilung nicht berücksichtigt hat.

8.

Damit ist die Berufung nur marginal gutzuheissen (bezüglich der Höhe der erstinstanzlichen Verfahrenskosten) und die Anschlussberufung ist abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang sind (unter Berücksichtigung der Streitwerte von Berufung [Fr. 20'386.00] und Anschlussberufung [Fr. 9'017.25] von zusammen Fr. 29'403.25) die obergerichtlichen Verfahrenskosten von Fr. 3'054.20 gestützt auf Art. 106 Abs. 2 ZPO zu sieben Zehnteln dem Kläger und zu drei Zehnteln der Beklagten aufzuerlegen und der Kläger hat der Beklagten zwei Fünftel ihrer Parteikosten zu ersetzen. Diese sind ausgehend vom Streitwert von Fr. 29'403.25, der eine Grundentschädigung von Fr. 6'118.40 ergibt (§ 3 Abs. 1 lit. a AnwT), unter Berücksichtigung eines Abzugs von 20 % für die fehlende Verhandlung, dem Zuschläge von 20 % für die Eingabe vom 18. Mai 2022 sowie von 5 % für die Eingabe vom 7. Juni 2022 gegenüberstehen (§ 6 Abs. 2 und 3 AnwT), eines Rechtsmittelabzugs von 25 % (§ 8 AnwT) sowie einer Auslagenpauschale von Fr. 50.00 (§ 13 Abs. 1 AnwT) auf Fr. 4'868.25 (= Fr. 6'118.40 x 1.05 x 0.75 + Fr. 50.00) festzusetzen, so dass der Kläger der Beklagten eine Parteienschädigung von Fr. 1'947.30 zu bezahlen hat.

Das Obergericht erkennt:

1.

1.1.

In teilweiser Gutheissung der Berufung des Klägers wird Dispositiv-Ziffer 3 des Entscheids der Präsidentin des Bezirksgerichts Brugg vom 21. September 2021 aufgehoben und durch folgende Bestimmung ersetzt:

3.

Die Gerichtskosten im Betrag von total Fr. 7'305.95, bestehend aus der Entscheidgebühr im Betrag von Fr. 3'427.95, den Kosten für das Gutachten im Betrag von Fr. 3'791.05 und den Zeugenentschädigungen im Betrag von total Fr. 86.95, werden den Parteien je zur Hälfte im Betrag von Fr. 3'652.95 auferlegt und mit dem Kostenvorschuss der Parteien (Kläger Fr. 2'600.00; Beklagte Fr. 1'000.00) verrechnet, sodass der Kläger dem Gericht Fr. 1'052.95 und die Beklagte Fr. 2'652.95 nachzuzahlen haben.

1.2.

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen.

2.

Die Anschlussberufung der Beklagten wird abgewiesen.

3.

Die obergerichtliche Entscheidgebühr von Fr. 3'054.20 wird dem Kläger zu sieben Zehnteln mit Fr. 2'137.95 und der Beklagten zu drei Zehnteln mit Fr. 916.25 auferlegt. Der vom Kläger geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'500.00 wird mit der Entscheidgebühr verrechnet, so dass die Beklagte dem Kläger den Betrag von Fr. 362.05 direkt zu ersetzen und der Obergerichtskasse Fr. 554.20 zu bezahlen hat.

4.

Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten zwei Fünftel der zweitinstanzlichen Parteikosten in der richterlich festgesetzten Höhe von Fr. 4'868.25, somit Fr. 1'947.30, zu ersetzen.

Zustellung an:

[...]

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr.

30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Der **Streitwert** des kantonalen Verfahrens beträgt **Fr. 29'403.25**.

Rechtsmittelbelehrung für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG)

Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden, soweit keine Beschwerde nach den Artikeln 72 - 89 BGG zulässig ist (Art. 44 Abs. 1, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1, Art. 113, Art. 117 BGG).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid verfassungsmässige Rechte (Art. 116 BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG). Wird gegen einen Entscheid sowohl ordentliche Beschwerde als auch Verfassungsbeschwerde geführt, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

Aarau, 9. August 2022

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 1. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Brunner

Tognella