

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB220029-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. S. Janssen und Ersatzoberrichter lic. iur. Th. Engler sowie
Gerichtsschreiber Dr. Chr. Arnold

Beschluss und Urteil vom 8. März 2024

in Sachen

A._____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____,

gegen

B._____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen im ordentlichen Verfahren vom 31. Mai 2022 (CG180020-G)

Rechtsbegehren:

(Urk. 38 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 185'125.– zu bezahlen, nebst 5 % Zins seit 31. März 2017;
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Meilen-Herrliberg-Erlenbach (Zahlungsbefehl vom 2. Oktober 2017) sei im Betrag von Fr. 128'000.– nebst 5 % Zins seit 31. März 2017 aufzuheben;
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger folgende Werkzeuge/Maschinen umgehend herauszugeben, unter Androhung der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB:
 - Kärcher Hochdruckreiniger,
 - Spitz/Bohrhammer Hilti (registriert auf den Kläger);eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für die vorgenannten – noch nicht herausgegebenen beiden Werkzeuge/Maschinen Fr. 2'800.– zu bezahlen nebst Zins zu 5 % seit dem 31. März 2017;
im Übrigen seien die in Ziff. 3 der Klage vom 5. Juli 2018 gestellten Herausgabebegehren zufolge Anerkennung der Beklagten, eventualiter zufolge Gegenstandslosigkeit, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten als erledigt abzuschreiben;
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer) inkl. der Kosten des Friedensrichters von Fr. 950.– zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 31. Mai 2022:

(Urk. 147 S. 66 ff. = Urk. 150 S. 66 ff.)

1. Im Umfang der geltend gemachten Darlehensrückzahlung von CHF 10'000.– wird auf die Klage nicht eingetreten.
2. Die Beklagte wird unter Strafandrohung im Sinne von Art. 292 StGB verpflichtet, dem Kläger den Kärcher Hochdruckreiniger herauszugeben.
3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

4. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

CHF 16'450.00 ; die weiteren Kosten betragen:

CHF 950.00 Kosten des Schlichtungsverfahrens

CHF 260.00 Barauslagen/Zeugenentschädigungen

CHF 17'660.00 Kosten total.

5. Die Gerichtskosten gemäss Dispositivziffer 4 werden dem Kläger auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Kläger wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
6. Der von der Beklagten geleistete Vorschuss für die Kosten der Beweiserhebung von CHF 600.– wird dieser zurückerstattet. Die Bezirksgerichtskasse wird angewiesen, der Beklagten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils den erwähnten Betrag auszubezahlen.
7. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 7'300.– zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer auf diesem Betrag zu bezahlen.
8. Es wird davon Vormerk genommen, dass Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ für seine Bemühungen und die Auslagen als unentgeltlicher Rechtsbeistand der Beklagten für den Zeitraum vom 5. Juli 2018 bis zum 1. Juli 2019 bereits mit total CHF 23'900.– entschädigt wurde. Im Umfang dieser Zahlung geht die Entschädigungsforderung gegenüber dem Kläger auf den Staat über.
9. Es wird davon Vormerk genommen, dass Rechtsanwalt MLaw X._____ für seine Bemühungen und die Auslagen als unentgeltlicher Rechtsbeistand des Klägers bereits mit total CHF 33'602.40 entschädigt wurde.
10. [Schriftliche Mitteilung]
11. [Rechtsmittel: Berufung; Frist: 30 Tage]

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 149 S. 2 f.):

- "1. In Gutheissung der Berufung sei das Urteil der Vorinstanz vom 31. Mai 2022 vollumfänglich aufzuheben und die Sache sei zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (samt allfälligem ergänzenden Beweisverfahren);
2. Eventualiter sei in Gutheissung der Berufung die Dispositivziffer 2 und 3 des Urteils der Vorinstanz vom 31. Mai 2022 insoweit aufzuheben bzw. zu ergänzen als die Klage (d.h. die Rechtsbegehren Ziff. 1 und Ziff. 2 sowie Ziff. 3 des Berufungsklägers in act. 38 S. 2 der Vorinstanz) in Dispositivziffer 2 und 3 im Betrag von Fr. 100'000.00 zzgl. 5% Zins seit dem 31. März 2017 samt entsprechender Aufhebung des Rechtsvorschlages sowie Herausgabe des Spitz-/Bohrhammer Hilti nicht gutgeheissen wurden – d.h. Dispositivziffer 2 und 3 seien wie folgt neu zu fassen:
 - 2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den folgenden Betrag zu bezahlen: Fr. 100'000.00 zzgl. 5% Zins seit dem 31. März 2017;

Die Beklagte wird unter Strafandrohung im Sinne von Art. 292 StGB verpflichtet, dem Kläger den Kärcher Hochdruckreiniger und den Hilti Spitz-/Bohrhammer herauszugeben;
 - 3. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Meilen-Herrliberg-Erlenbach (Zahlungsbefehl vom 2. Oktober 2017) wird im Betrag von Fr. 100'000.– nebst 5% Zins seit 31. März 2017 aufgehoben.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Subeventualiter sei die Sache zur Durchführung eines ergänzenden Beweisverfahrens und zur Neuurteilung im Sinne von Ziff. 2 vorstehend an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Alles unter entsprechenden Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer) zulasten der Berufungsbeklagten bzw. Beklagten, sowohl für das erst- als auch für das zweitinstanzliche Verfahren (hinsichtlich des erstinstanzlichen Verfahrens inkl. der Kosten des Friedensrichters von Fr. 950.–) – weshalb entsprechend Ziffer 5-7 des Urteils vom 31.5.2022 aufzuheben seien;

[...]"

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 158 S. 2):

"Die Berufungsklage sei, soweit darauf einzutreten ist, vollumfänglich abzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zulasten des Klägers."

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Am 9. Juli 2018 (Datum Poststempel: 5. Juli 2018) gingen bei der Vorinstanz die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes C. _____ vom 28. März 2018 sowie die vom 5. Juli 2018 datierende Klageschrift des Klägers und Berufungsklägers (nachfolgend: Kläger) ein (Urk. 1 und 2). Der weitere Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 147 S. 4 ff. = Urk. 150 S. 4 ff.). Das das erstinstanzliche Verfahren abschliessende Urteil der Vorinstanz datiert vom 31. Mai 2022 (Urk. 150).

2. Mit Eingabe vom 7. Juli 2022 (eingegangen am 8. Juli 2022) erhob der Kläger fristgerecht Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil und stellte die eingangs aufgeführten Anträge (Urk. 148/2; Urk. 149). Der Kläger stellte zudem ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands (Urk. 149 S. 3). Mit Verfügung vom 2. November 2022 wurde der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Beklagte) Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten und die Vorinstanz zu einer Vernehmlassung eingeladen (Urk. 154). Am 9. November 2022 erstattete die Vorinstanz die Vernehmlassung (Urk. 156). Die Berufungsantwort der Beklagten datiert vom 30. November 2022 (Urk. 158). Mit Verfügung vom 1. Dezember 2022 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung zu nehmen. Zugleich wurde dem Kläger die Berufungsantwortsschrift zur Kenntnisnahme zugestellt und ihm Frist angesetzt um zu erklären, wer der beiden Rechtsvertreter, deren Einsetzung als unentgeltliche Rechtsbeistände er verlangt, einzusetzen wäre, wenn nur ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen wäre (Urk. 159). Die vom 16. De-

zember 2022 datierende Stellungnahme des Klägers (Urk. 160) ging fristgerecht ein; die Beklagte liess sich nicht vernehmen. Der Kläger nahm in seiner Stellungnahme zudem Stellung zur Berufungsantwortschrift der Beklagten. Es erfolgten keine weiteren Prozessschritte.

3. Das Verfahren ist spruchreif.

II. Prozessuales

1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Berufung des Klägers richtet sich gemäss seinem Berufungsantrag Ziffer 1 gegen das gesamte vorinstanzliche Urteil (Urk. 149 S. 2). Aus der Berufungsbegründung ergibt sich aber, dass der Kläger das Nichteintreten auf die Klage betreffend Darlehensrückzahlung gemäss Dispositivziffer 1 nicht anfechten will, äussert er sich doch dazu mit keinem Wort. Offensichtlich ebenso wenig richtet die Berufung sich gegen Dispositivziffer 2 des vorinstanzlichen Urteils, womit die Beklagte unter der Strafandrohung im Sinne von Art. 292 StGB verpflichtet wurde, dem Kläger den Kärcher Hochdruckreiniger herauszugeben (vgl. insb. Urk. 149 S. 5), gegen dessen Dispositivziffer 8, soweit damit von der Auszahlung der Entschädigung an den Rechtsvertreter der Beklagten im Betrag von Fr. 23'900.– Vormerk genommen wurde (vgl. Urk. 149 S. 4), sowie gegen dessen Dispositivziffer 9 (Vormerknahme Entschädigung unentgeltlicher Rechtsbeistand Kläger). Diese Dispositivziffern sind daher im umschriebenen Umfang in Rechtskraft erwachsen, wovon Vormerk zu nehmen ist.

2.1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis über die Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten

ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_164/2019 vom 20. Mai 2020, E. 5.2.3; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Dies setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, sich mit diesen argumentativ auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Der pauschale Verweis auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2). Das vorinstanzliche Verfahren wird nicht einfach fortgeführt oder gar wiederholt, sondern der Entscheid des Erstgerichts aufgrund von erhobenen Beanstandungen überprüft. Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz – zumindest, solange ein Mangel nicht geradezu offensichtlich ist – nicht zu überprüfen (BGE 144 III 394 E. 4.1.4). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). Dessen ungeachtet ist die Berufungsinstanz bei der Rechtsanwendung weder an die Argumente der Parteien noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden (sog. Motivsubstitution; BGE 144 III 394 E. 4.1.4 m.H.; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 1507). Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere Begründungen, die je für sich den Ausgang des Rechtsstreits besiegeln, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit sämtlichen den Entscheid selbstständig tragenden Begründungen auseinandersetzen und alle Begründungen argumentativ entkräften. Dasselbe gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung (BGer 4A_133/2017 vom 20. Juni 2017, E. 2.2 m.w.Hinw.; CPC-Jeandin, Art. 321 N 4 i.V.m. Art. 311 N 3d).

2.2. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel – resp. über den insoweit zu engen Wortlaut hinaus neue Tatsachenbehauptungen, neue Bestreitungen von Tatsachenbehauptungen, neue Einreden (rechtlicher Art) und

neue Beweismittel (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 31) – nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch zulässig resp. zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber für das Berufungsverfahren ein Novenrecht statuiert, das nur unter restriktiven Voraussetzungen ausnahmsweise Noven zulässt. Der ZPO liegt die Idee zugrunde, dass alle Tatsachen und Beweismittel in erster Instanz vorzubringen sind und der Prozess vor dem erstinstanzlichen Gericht grundsätzlich abschliessend zu führen ist. Das Berufungsverfahren dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.2 m.w.H.). Jede Partei, welche neue Tatsachen geltend macht oder neue Beweismittel benennt, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, trägt sie zudem die Beweislast für die Zulässigkeit der Noven. Sie muss zusätzlich Behauptungen aufstellen und Beweise benennen, aus denen sich ergibt, dass sie umsichtig und sorgfältig gehandelt hat, die neu vorgebrachten Tatsachen und Behauptungen oder Beweismittel aber dennoch nicht bereits früher vorbringen konnte. Der anderen Partei steht der Gegenbeweis offen (vgl. zum Ganzen auch BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1 m.H.). Eine Ausnahme von den dargelegten Grundsätzen besteht insoweit, als erst der Entscheid der Vorinstanz Anlass dazu gibt, Noven vorzubringen (BGE 139 III 466 E. 3.4). Werden Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge im Berufungsverfahren bloss erneuert, ist unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu.

2.3. Soweit der Kläger in seiner Berufungsschrift Ausführungen zum Sachverhalt macht, ohne dabei Bezug zu nehmen auf den vorinstanzlichen Entscheid resp. ohne Angaben dazu zu machen, dass bzw. wo vor Vorinstanz entsprechende Behauptungen aufgestellt wurden, und ohne die Zulässigkeit von Noven darzutun (vgl. z.B. Urk. 149 S. 29 Rz. 34, 1. Absatz), sind diese nach dem Dargelegten unbeachtlich. Unbeachtlich ist auch die Erklärung, womit er seine Rechtsschriften

resp. Ausführungen im erstinstanzlichen Verfahren zum integrierenden Bestandteil seiner Berufungsschrift erklärt (Urk. 149 S. 4 Rz. 5); dies erfüllt die unter E. II.2.1. dargelegten Anforderungen an die Berufungsschrift nicht. Gleiches gilt für die generelle Bestreitung der Ausführungen der Beklagten (Urk. 149 S. 4 Rz. 5). Die nicht beweisbelastete Partei hat darzutun, welche Tatsachen *im Einzelnen* anerkannt und welche bestritten werden (vgl. Art. 222 Abs. 2 ZPO). Je detaillierter ein Parteivortrag ist, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche Tatsachen sie bestreitet (BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018, E. 4.3).

Soweit die vom Kläger eingereichte Stellungnahme zur Berufungsantwortsschrift vom 16. Dezember 2022 (Urk. 160) neue Vorbringen zum Sachverhalt enthält, ohne dass die Zulässigkeit von Noven dargetan wird, ist darauf ebenfalls nicht einzugehen. Das Replikrecht gewährt lediglich das Recht auf Wahrung des rechtlichen Gehörs im Hinblick auf eine Stellungnahme der Gegenseite (BGE 138 I 484 E. 2). Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien innert der Berufungs- und Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen; ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des Replikrechts dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H.).

2.4.1. Der Kläger kritisiert verschiedentlich, dass sein rechtliches Gehör verletzt worden sei, weil verschiedene seiner Argumente von der Vorinstanz nicht berücksichtigt worden seien (vgl. insb. Urk. 149 S. 28 ff.).

2.4.2. Das Gericht muss die Vorbringen der Parteien tatsächlich hören, sorgfältig und ernsthaft prüfen und in ihrer Entscheidung entsprechend berücksichtigen. Tat- und Rechtsfragen, welche für die Entscheidungsfindung unerheblich sind, müssen von den Gerichten indessen nicht berücksichtigt werden (BSK ZPO-Gehri, Art. 53 N 25 m.w.H.); das Gericht darf sich auf die wesentlichen Gesichtspunkte und Leitlinien beschränken (Göksu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 53 N 28). So musste die Vorinstanz sich – entgegen der Ansicht des Klägers (Urk. 149 S. 29) – beispielsweise nicht zur klägerischen Behauptung der Beweislastumkehr bei Genehmigung von Rechnungen äussern, da sie davon ausging, dass die "Genehmigungen" lediglich

Prüfvermerke seien, welche sich im vorliegenden Verfahren nicht zu Gunsten des Klägers auswirkten (vgl. dazu Urk. 150 S. 44). Auch brauchte die Vorinstanz sich nicht mit klägerischen Behauptungen zum Schicksal von ursprünglich bei der D._____ AG befindlichen Beweisurkunden auseinanderzusetzen. In ihrem Urteil erklärte sie nämlich, dass auf deren Edition verzichtet werden könne, weil beweisrechtlich nichts vorzukehren sei (Urk. 149 S. 29 f.; Urk. 150 S. 44). Dass die Vorinstanz diese Beweisurkunden mit Beschluss vom 4. März 2021 von der D._____ AG eingefordert, jedoch nicht erhalten hatte (Urk. 149 S. 30; Urk. 127 und Urk. 128), ändert daran nichts. In diesem Zusammenhang gab es daher entgegen den Ausführungen des Klägers (Urk. 149 S. 30) auch nichts zu würdigen. Mit Bezug auf die weitere klägerische Rüge, die Vorinstanz habe die Editionen betreffend sein Baubüro nicht veranlasst (Urk. 149 S. 33 Rz. 36 a.E.), ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger diesen Beweis Antrag im Rahmen seiner Subeventualbeurteilung stellte (Urk. 38 S. 94 ff. insb. S. 95). Die Vorinstanz war der Ansicht, dass der Kläger keine ausreichend substantiierte Tatsachenbehauptung aufgestellt habe (Urk. 150 S. 57 f.). Diesfalls findet keine Beweisabnahme statt. Da der Kläger in der Berufungsschrift die Erwägungen der Vorinstanz zur Subeventualbeurteilung nicht in Frage stellt, hat es dabei zu bleiben.

2.4.3. Der Kritik des Klägers betreffend Eingaben nach Aktenschluss (Urk. 149 S. 28) ist entgegen zu halten, dass er die Vorinstanz unvollständig zitiert und damit deren Erwägungen verzerrt: Die Vorinstanz hielt nach längeren generellen Ausführungen zu den Voraussetzungen für die Zulässigkeit von echten und unechten Noven bei der Entgegnung auf Dupliknoten fest, dass nach Durchführung des zweiten Schriftenwechsels der Aktenschluss eingetreten sei und demzufolge sämtliche Tatsachenbehauptungen und Beweismittelbezeichnungen, welche die Parteien nach Erstattung der Replik bzw. Duplik vorgenommen hätten, ohne vom Gericht hierzu aufgefordert worden zu sein, unbeachtlich seien, *sofern sie nicht die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllten* (Urk. 150 S. 10). Dies ergibt sich auch ohne Weiteres aus Art. 229 ZPO und ist nicht zu beanstanden. Sodann ist es entgegen der Behauptung des Klägers (Urk. 149 S. 28 Rz. 33, 2. Absatz) nicht so, dass dessen Stellungnahme zur Duplik vom 3. September 2019 (Urk. 67) keine Beachtung fand. Die Vorinstanz erwähnte sie in ihrem Urteil (Urk.

150 S. 5 und S. 27), ging jedoch davon aus, dass es sich bei der von ihr in ihren Erwägungen angeführten Behauptung des Klägers um ein unzulässiges Novum handle, welches nicht zu berücksichtigen sei (Urk. 150 S. 27), was vom Kläger im Übrigen nicht in Frage gestellt wird. Damit ist zugleich die Behauptung des Klägers, die Vorinstanz habe sich nicht an die Ankündigung gemäss E. II.C.2. a.E. (Urk. 150 S. 10) gehalten (vgl. Urk. 149 S. 28 Rz. 33, 2. Absatz), widerlegt.

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-148). Auf die Parteivorbringen ist nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist.

III. Prozessuale Rügen

1.1. Der Kläger rügt, zwischen der letzten Verhandlung am 4. Oktober 2021, anlässlich welcher der Vorsitzende die Spruchreife des Verfahrens angekündigt habe, und der Urteilsfällung am 31. Mai 2022 sei übermässig viel Zeit verstrichen, und macht in diesem Zusammenhang eine mutmassliche "Unpräzision" im Protokoll der Vorinstanz geltend: Am Ende der Verhandlung vom 4. Oktober 2021 habe der Vorsitzende erklärt, dass nun zur Urteilsberatung und -fällung geschritten werde, so dass das Urteil bis Weihnachten 2021 zugestellt werden könne. Er (der Kläger) sei der Meinung, dass das (im Protokoll enthaltene) Wort "voraussichtlich" nicht so erwähnt worden sei. Der genaue Wortlaut könne der Tonaufnahme vom 4. Oktober 2021 entnommen werden, auf welche verwiesen werde (Urk. 149 S. 7 ff., insb. S. 9; Urk. 160 S. 2).

1.2. Dem ordnungsgemäss erstellten Protokoll als öffentlicher Urkunde kommt positive und negative Beweiskraft in dem Sinne zu, dass die darin beurkundeten Äusserungen und Vorgänge als in der wiedergegebenen Weise geschehen, die nicht beurkundeten dagegen als unterlassen gelten (Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 235 N 4). Den Parteien steht das Recht zu, Fehler im Protokoll mit einem Protokollberichtigungsbegehren zu rügen. Das Gesetz sieht keine Frist vor, innert welcher das Protokollberichtigungsbegehren zu stellen ist. Nach Treu und Glauben muss das Begehren aber unverzüglich nach Kenntnisnahme des angeblichen

Fehlers gestellt werden (Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 235 N 24, KUKO ZPO-Richers/Naegeli, Art. 235 N 14; BSK ZPO-Willisegger, Art. 235 N 45). Zuständig ist diejenige Instanz, unter deren Aufsicht resp. über deren Verhandlung das Protokoll geführt wurde (Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 235 N 25; BK ZPO I-Killias, Art. 235 N 20; BSK ZPO-Willisegger, Art. 235 N 41; KUKO ZPO-Richers/Naegeli, Art. 235 N 16). Sofern die Einvernahme zusätzlich mit technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet wurde, sind diese Aufnahmen sodann im Rahmen des Protokollberichtigungsverfahrens den Parteien auf entsprechenden Antrag zur Verfügung zu stellen (KUKO ZPO-Richers/Naegeli, Art. 235 N 15; KUKO ZPO-Schmid/Baumgartner, Art. 176 N 7; ZK ZPO-Leuenberger, Art. 235 N 19; Reinert, Stämpfli Handkommentar, Art. 176 ZPO N 4; Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 176 N 20; vgl. auch die Botschaft zur ZPO vom 28. Juni 2006, BBI 2006 S. 7322 und S. 7343). Eine unrichtige Protokollierung wäre demnach unverzüglich nach Kenntnisnahme des behaupteten Fehlers mit einem Protokollberichtigungsgesuch vor Vorinstanz geltend zu machen gewesen (vgl. BGer 4A_160/2013 vom 21. August 2013, E. 3.4). Im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens gegen den Sachentscheid kann eine behauptete fehlerhafte Protokollierung dagegen nicht überprüft werden. Da der Kläger keine Protokollberichtigung bewirkt hat, gilt das Protokoll so, wie es bei den Akten liegt, weshalb darauf abzustellen ist. Der offerierte Beizug der Audio-Datei der Verhandlung vom 4. Oktober 2021 kann dementsprechend unterbleiben.

1.3. Selbst wenn der vorinstanzliche Vorsitzende den Ausdruck "voraussichtlich" nicht verwendet hätte und das Protokoll entsprechend angepasst worden wäre, könnte der Kläger daraus aber ohnehin nichts zu seinen Gunsten ableiten. Es versteht sich von selbst, dass eine Angabe, wie sie der Kläger behauptet, für das Gericht nicht bindend, sondern als Absichtserklärung zu verstehen wäre. Eine Beratung, die Redaktion eines Gerichtsentscheids oder dessen Zirkulation (dazu nachfolgend unter E. III.4.) kann aus diversen Gründen mehr Zeit in Anspruch nehmen als erwartet; zudem kann ein vorgesehener Zeitplan durch dringendere Fälle, längere Bearbeitungszeiten in anderen Fällen, unvorhergesehene Abwesenheiten und dergleichen durcheinandergeraten. Sollte ein ausstehender Entscheid überlang auf sich warten lassen, steht als Rechtsbehelf die Rechtsverzögerungsbe-

schwerde im Sinne von Art. 319 lit. c ZPO zur Verfügung. Eine solche wurde im vorliegenden Verfahren nicht erhoben.

1.4. Aus dem Zeitablauf zwischen der Verhandlung vom 4. Oktober 2021 und dem Erlass des erstinstanzlichen Urteils am 31. Mai 2022 lässt sich daher nichts zugunsten des Klägers ableiten.

2.1. Der Kläger macht geltend, dass die Vorinstanz aufgrund des mehrfachen Wechsels in der Gerichtsbesetzung seinen Anspruch auf ein gesetzmässig besetztes Gericht sowie das rechtliche Gehör verletzt habe (Urk. 149 S. 5 ff.). Die Auswechslung der Gerichtsbesetzung habe nicht auf sachlichen Gründen beruht, sondern auf einer Untätigkeit der Vorinstanz, indem sie trotz Spruchreife die Beratung nicht im Anschluss an die Schlussvorträge durchgeführt habe. Zudem habe sie die Auswechslung den Parteien nicht vor der Urteilsfällung mitgeteilt (Urk. 149 S. 5).

2.2. Der beanstandete Zeitablauf zwischen der Verhandlung vom 4. Oktober 2021 und dem Erlass des erstinstanzlichen Urteils am 31. Mai 2022 wurde bereits vorstehend unter E. III.1.1. ff. abgehandelt; es kann darauf verwiesen werden.

2.3. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann der Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes Gericht (Art. 30 Abs. 1 BV) verletzt sein, wenn die Zusammensetzung des Spruchkörpers im Verlauf des Verfahrens ohne hinreichende sachliche Gründe geändert wird. Jede Besetzung, die sich nicht mit sachlichen Gründen rechtfertigen lässt, verletzt die Garantie des verfassungsmässigen Gerichts. Eine Veränderung der Besetzung ist einzelfallbezogen zulässig, beispielsweise wenn ein Mitglied des Gerichts aus Altersgründen ausscheidet, wegen einer länger dauernden Krankheit oder wegen eines Mutterschaftsurlaubs das Amt nicht ausüben kann oder wenn eine Neukonstituierung des Gerichts die Auswechslung erfordert (BGer 4A_271/2015 vom 29. September 2015, E. 6.2. m.w.H. [nicht publ. in BGE 142 I 93]).

2.4. Soweit der Kläger sich auf den Standpunkt stellt, der vorinstanzliche Entscheid müsse aufgehoben werden, weil die Vorinstanz die Auswechslung von Be-

zirksrichterin lic. iur. S. Leuthold und Gerichtsschreiber M.A. HSG M. Lüchinger den Parteien nicht vor der Urteilsfällung und hinsichtlich des Gerichtsschreibers auch nicht im Urteil selbst mitteilte (Urk. 149 S. 5 und S. 9), kann ihm nicht gefolgt werden. Zwar ist zutreffend, dass das Bundesgericht verlangt, dass eine Instanz die Parteien von sich aus (vorgängig) über geplante Wechsel im Spruchkörper und die Gründe darüber informiert (BGE 142 I 93 E. 8.2 = der vom Kläger zitierte BGer 4A_271/2015 vom 29. September 2015, E. 8.2.). Folge einer unterbliebenen Mitteilung über einen Wechsel und dessen Gründe ist aber nicht, dass automatisch ein Verstoss gegen Art. 30 Abs. 1 BV vorliegen würde, wie der Kläger meint, sondern dass trotz pauschaler Beanstandung des Wechsels durch eine Partei eine Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV zu prüfen ist. Ob Art. 30 Abs. 1 BV verletzt ist, entscheidet sich auch in diesem Fall einzig danach, ob hinreichende sachliche Gründe für den Wechsel bestanden oder nicht (BGer 4A_462/2017 vom 12. März 2018, E. 2.3.2. mit Verweis auf BGE 142 I 93 E. 8.2; *OGer ZH RV190001 vom 29. März 2019, E. D.3.*). Vorliegend wurde im Rahmen des Berufungsverfahrens bei der Vorinstanz eine Vernehmlassung zu den Gründen für die Wechsel eingeholt (Urk. 154; vgl. BGE 142 I 93 E. 8.2 a.E.). Dass es ihm nach Kenntnisnahme vom Inhalt der Vernehmlassung der Vorinstanz vom 9. November 2022 (Urk. 156), zu der er Stellung nehmen konnte und auch nahm (Urk. 160 S. 2 f.), nicht möglich war, die Wechsel konkret zu beanstanden, macht der Kläger nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Der Grund für die Auswechslung von Bezirksrichterin lic. iur. S. Leuthold war ihm zudem bereits aus dem angefochtenen Urteil bekannt (Urk. 150 S. 11). Insoweit ist daher auch der klägerischen Rüge der Gehörsverletzung (Urk. 149 S. 10) die Grundlage entzogen.

2.5. Für formelle Rügen gilt der Grundsatz, dass sie in einem späteren Prozessstadium nicht mehr vorgebracht werden können, soweit sie früher hätten geltend gemacht werden können. Typischerweise sind – jeweils mit Verwirkungsfolge – Ausstandsgründe unverzüglich nach Kenntnis des Ausstandsgrundes vorzubringen und gerichtsorganisatorische Fragen frühestmöglich zu bereinigen. Es wäre mit dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Rechtsmissbrauchsverbot nicht vereinbar, Ablehnungs- und Ausstandsgründe, die in einem früheren Prozessstadium hätten geltend gemacht werden können, bei ungünstigem Ausgang

später vorzubringen; ein echter oder vermeintlicher Organmangel ist vielmehr so früh wie möglich, d.h. nach dessen Kenntnis bei erster Gelegenheit geltend zu machen. Dieser Grundsatz der Verwirkung bei nicht umgehender Geltendmachung gilt generell für formelle Rügen bzw. Verfahrensmängel (BGer 4A_462/2017 vom 12. März 2018, E. 2.2.1. m.w.H.).

2.6. Der erste vom Kläger angesprochene Wechsel in der Gerichtsbesetzung betrifft die Auswechslung von Gerichtsschreiber MLaw B. Althaus, der anlässlich der Hauptverhandlung vom 14. Dezember 2020 mitgewirkt hatte, durch den anlässlich der Beweisverhandlung vom 30. Juni 2021 sowie der Fortsetzung der Beweisverhandlung und Schlussvorträge vom 4. Oktober 2021 mitwirkenden Gerichtsschreiber M.A. HSG M. Lüchinger (Urk. 149 S. 8). Obwohl dieser Wechsel jedenfalls aus dem Protokoll ersichtlich war (Prot. I S. 25 und S. 53), das Verfahren anschliessend seinen weiteren Gang nahm und insbesondere auch weitere Verfahrensschritte erfolgten, wird dieser Wechsel erstmals im Berufungsverfahren angesprochen. Dass der Kläger den Wechsel erst nach Erlass des vorinstanzlichen Urteils resp. unmittelbar vor Einleitung des Berufungsverfahrens zur Kenntnis genommen hätte, behauptet er nicht. Soweit der Kläger (auch) diesen Wechsel rügen will, ist er damit vor dem aufgezeigten Hintergrund klar verspätet, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

Doch selbst wenn ein allfälliger Einwand nicht verspätet erfolgt wäre, wäre er nicht stichhaltig. Die Vorinstanz begründete diesen Wechsel in ihrer Vernehmlassung vom 9. November 2022 damit, dass MLaw B. Althaus – abgesehen von dreitägweisen Einsätzen im April und Mai 2021 für Spezialaufträge – lediglich bis zum 31. März 2021 als Gerichtsschreiber tätig war (Urk. 156 S. 1). Dies wird vom Kläger nicht in Frage gestellt (Urk. 160). Damit lag für die Auswechslung von Gerichtsschreiber MLaw B. Althaus durch Gerichtsschreiber M.A. HSG M. Lüchinger ein sachlicher Grund vor. Dieser Wechsel war demzufolge ohne Weiteres zulässig.

Von der zeitlichen Komponente her anders verhält es sich mit der Auswechslung von Bezirksrichterin lic. iur. S. Leuthold durch Ersatzrichter lic. iur. R. Bretscher und mit der Auswechslung von Gerichtsschreiber M.A. HSG M. Lüchinger durch

Gerichtsschreiber Dr. F. Fleischmann. Diese beiden Wechsel waren für den Kläger erst mit Erhalt des Urteils am 7. Juni 2022 (vgl. Urk. 148/2) ersichtlich, weshalb deren Beanstandung erst im Berufungsverfahren erfolgen konnte.

2.7. Im angefochtenen Urteil erklärte die Vorinstanz zur vom Kläger kritisierten Auswechslung einer Richterperson, dass zufolge Mutterschaftsurlaubs der ursprünglich am Verfahren beteiligten Bezirksrichterin lic. iur. S. Leuthold ein Wechsel in der Gerichtsbesetzung notwendig sei und an ihrer Stelle neu Ersatzrichter lic. iur. R. Bretscher amte (Urk. 150 S. 11).

Wie sich aus diversen neueren höchstrichterlichen Entscheiden ergibt, wird ein Mutterschaftsurlaub vom Bundesgericht durchwegs als sachlicher Grund für einen Wechsel in der Gerichtsbesetzung anerkannt (BGer 6B_1190/2019 vom 11. Februar 2020, E. 4.3.; BGer 6B_1391/2017 vom 17. Januar 2019, E. 1.4.2.; BGer 4A_462/2017 vom 12. März 2018, E. 2.3.2.; BGer 4A_105/2017 vom 2. Juni 2017, E. 2.1.; BGer 4A_726/2016 vom 12. Mai 2017, E. 3.1.2.; BGer 4A_474/2015 vom 19. April 2016, E. 2.2.1.; BGer 4A_271/2015 vom 29. September 2015, E. 6.2. m.w.H. [nicht publ. in BGE 142 I 93]; BGer 5A_429/2011 vom 9. August 2011, E. 3.4). Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang mehrfach verdeutlicht, dass das Gericht die Beendigung des Mutterschaftsurlaubs – entgegen der Ansicht des Klägers (Urk. 149 S. 8, S. 10 und S. 12) – nicht abwarten muss (BGer 6B_1391/2017 vom 17. Januar 2019, E. 1.4.2.; BGer 5A_429/2011 vom 9. August 2011, E. 3.4.2), die Parteien es mithin hinzunehmen haben, dass in einem solchen Fall ein Wechsel in der Gerichtsbesetzung stattfindet. Aus dem letztzitierten Bundesgerichtsentscheid ergibt sich auch, dass die bisherige Dauer des Verfahrens dabei irrelevant ist (BGer 5A_429/2011 vom 9. August 2011, a.a.O.), weshalb auf die diesbezügliche Argumentation des Klägers (Urk. 149 S. 7 ff.) nicht weiter einzugehen ist. Im Übrigen ist der Vernehmlassung der Vorinstanz zu entnehmen, dass der Mutterschaftsurlaub von Bezirksrichterin lic. iur. S. Leuthold bis 31. Dezember 2022 andauerte, was vom Kläger in seiner Stellungnahme vom 16. Dezember 2022 nicht in Frage gestellt wurde (Urk. 156; Urk. 160). Dass unter den gegebenen Umständen mit der Urteilsfällung nicht bis zur Rückkehr der Richterperson gewartet wurde, ist ohne Weiteres sachgerecht, denn das Gericht hat

auch für eine beförderliche Prozesserledigung zu sorgen (vgl. auch dazu BGer 5A_429/2011 vom 9. August 2011, a.a.O.).

2.8. In ihrer Stellungnahme vom 9. November 2022 begründete die Vorinstanz die Auswechslung des Gerichtsschreibers M.A. HSG M. Lüchinger durch Dr. F. Fleischmann damit, dass Ersterer lediglich bis 31. März 2022 als Gerichtsschreiber bei ihr angestellt war (Urk. 156), was der Kläger in seiner Stellungnahme ebenfalls nicht in Frage stellt. Demnach erfolgte auch dieser Wechsel aus einem sachlichen Grund.

2.9. Der Kläger erklärt ferner, er sei der Ansicht, dass durch gezielte Auswahl der mitwirkenden Gerichtsbesetzung (Richter und Gerichtsschreiber) auf die Rechtsprechung im Urteil vom 31. Mai 2022 unzulässig Einfluss genommen worden sei, zumal der Vorsitzende scheinbar selbst über den neu einzusetzenden Richter entschieden habe (Urk. 149 S. 9 f.). Er führt indes keinerlei Anhaltspunkte für diese Behauptung an, sondern belässt es bei blossen Mutmassungen, und es sind auch keine Anzeichen ersichtlich, welche für die Behauptungen des Klägers sprechen würden. Insbesondere ist klarzustellen, dass der Präsident des Bezirksgerichts Meilen in seiner Stellungnahme vom 9. November 2022 entgegen der Darstellung des Klägers mitnichten ausführte, dass genau für den vorliegenden Fall per 15. Februar 2022 der Gerichtsschreiber Dr. F. Fleischmann "beigezogen" worden sei (so der Kläger in Urk. 160 S. 4). Vielmehr hielt dieser wörtlich Folgendes fest: "Ab 1. April 2022 bis und mit Fällung des Urteils wirkte Dr. iur. F. Fleischmann, der bereits vom 1. November 2019 bis 31. Oktober 2020 als Gerichtsschreiber am BG Meilen war und für den Zeitraum vom 14. Februar 2022 bis am 30. Juni 2022 in dieser Funktion an das BG Meilen zurückkehrte, als Gerichtsschreiber im Verfahren CG180020 mit" (Urk. 156 S. 1 f.). Daraus lässt sich nicht ableiten, dass Gerichtsschreiber Dr. F. Fleischmann genau für den vorliegenden Fall beigezogen wurde, sondern dass er ab 14. Februar 2022 als Gerichtsschreiber am Bezirksgericht Meilen tätig war und im Rahmen dieser Anstellung vom 1. April 2022 bis zum Erlass des vorinstanzlichen Urteils im vorinstanzlichen Verfahren mitwirkte. Festzustellen ist ferner, dass der Kläger hinsichtlich keines Mitglieds des vorinstanzli-

chen Spruchkörpers ein Ausstandsgesuch stellte. Daher ist auf seine Vorwürfe nicht weiter einzugehen.

2.10. Vor dem aufgezeigten Hintergrund lagen hinreichende Gründe für die Auswechslung von Bezirksrichterin lic. iur. S. Leuthold durch Ersatzrichter lic. iur. R. Bretscher und für die Auswechslung von Gerichtsschreiber M.A. HSG M. Lüchinger durch Gerichtsschreiber Dr. F. Fleischmann vor. Im Übrigen verhält es sich entgegen der Behauptung des Klägers (Urk. 149 S. 9) nicht so, dass Gerichtsschreiber Dr. F. Fleischmann bis zur Urteilsfällung nicht am Verfahren teilgenommen hätte. Vielmehr hatte er im Verfahren u.a. bereits anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 6. Oktober 2020, an der beide Parteien mit ihren Rechtsvertretern teilnahmen, als Gerichtsschreiber mitgewirkt (Prot. I S. 23). Die Rüge der Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV erweist sich daher als offensichtlich unbegründet.

3.1. Der Kläger leitet aus den bereits abgehandelten Rügen eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs ab. Es sei keine Verfahrenshandlung wiederholt worden, obwohl das vorinstanzliche Verfahren rund 3,5 Jahre gedauert habe und insbesondere die Anwesenheit des neuen Richters an der Parteibefragung sowie an den Schlussvorträgen von grosser Wichtigkeit gewesen wäre, da dieser sich so einen persönlichen Eindruck von den Parteien und Zeugen hätte machen können. Daneben seien zahlreiche Verfügungen ergangen, an welchen der neue Ersatzrichter und der neue Gerichtsschreiber nicht hätten mitwirken können (Urk. 149 S. 10). Der neue Ersatzrichter habe keine der Parteien oder Zeugen je zu Gesicht bekommen. Für die Beweiswürdigung sei auch das Unmittelbarkeitsprinzip wichtig, insbesondere betreffend das Aussagen und der Erscheinung der Parteien. Mithin habe der Ersatzrichter sich im vorliegenden Fall nicht alle relevanten Akten (gemeint wohl: Fakten) und Eindrücke für die Urteilsfällung durch blosses Aktstudium zugänglich machen können, weshalb insoweit ebenfalls eine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 30 Abs. 1 BV vorliege (Urk. 149 S. 12).

3.2. Die Argumentation des Klägers betreffend Beweiswürdigung durch einen Richter, der nicht an der Beweisverhandlung teilgenommen habe, geht schon deshalb ins Leere, weil die Beweisabnahme vorliegend durch eine Gerichtsdele-

gation, bestehend aus dem Vorsitzenden und dem Gerichtsschreiber – mithin *mittelbar* und nicht unmittelbar – erfolgte. Die ausgewechselte Bezirksrichterin lic. iur. S. Leuthold nahm an der Beweisverhandlung vom 30. Juni 2021 gar nicht teil (Prot. I S. 53) und trat der Verhandlung vom 4. Oktober 2021, wie auch der Kläger in seiner Berufungsschrift festhielt (Urk. 149 S. 8 f.), erst für die Schlussvorträge bei (Prot. I S. 123 und S. 144), an denen die Parteien nicht zu Wort kamen (Prot. I S. 144 ff.). Auch sie hätte daher ihre diesbezüglichen Kenntnisse aus dem Protokoll schöpfen müssen (dazu BSK ZPO-Guyan, Art. 155 N 3). In Dispositivziffer 10 des vorinstanzlichen Beschlusses vom 4. März 2021 war nämlich – in Anwendung von Art. 155 Abs. 1 und 2 ZPO – beschlossen worden, dass die Beweisabnahme durch den Vorsitzenden erfolgt, sofern nicht eine Partei innert angesetzter Frist schriftlich unter Angabe der Gründe die Beweisabnahme durch das Kollegialgericht verlange (Urk. 127 S. 14, Dispositivziffer 10). Ein Begehren um unmittelbare Abnahme wurde in der Folge offensichtlich nicht gestellt, auch nicht vom Kläger. An Verfügungen wirkten der mit der Prozessleitung befasste Vorsitzende und der Gerichtsschreiber resp. die Gerichtsschreiberin mit (Prot. I S. 3 ff.); auch insoweit erfolgte keine Beteiligung von Bezirksrichterin lic. iur. S. Leuthold. Ganz generell wird aber nicht vorausgesetzt, dass ein an einem Endentscheid beteiligter Richter schon vorher am Verfahren beteiligt war. Insbesondere kennen die Eidgenössische Zivilprozessordnung und das zürcherische Gerichtsorganisationsgesetz keine Vorschrift, nach der das Gericht bei der Fällung des Endentscheids mit den Richtern zu besetzen wäre, die an der Hauptverhandlung, der Beweisabnahme oder den Schlussvorträgen teilgenommen haben. Vielmehr verdeutlichen gerade die vom Bundesgericht mehrfach bestätigten Wechsel im Spruchkörper bei Vorliegen eines sachlichen Grundes auch erst vor Erlass des Endentscheides, dass dies in einem solchen Fall in Kauf zu nehmen und insbesondere die Teilnahme an der Hauptverhandlung oder an den Schlussvorträgen keine Voraussetzung dafür ist. Eine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 und Art. 30 Abs. 1 BV ist unter den gegebenen Umständen nicht ersichtlich.

4. Der Kläger moniert, dass dem Protokoll der Vorinstanz nicht entnommen werden könne, wann die Beratung stattgefunden habe (Urk. 149 S. 10), leitet daraus indessen nichts ab, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist. Im Sinne ei-

ner Klarstellung ist darauf hinzuweisen, dass eine mündliche Beratung nur in den in § 134 Abs. 2 GOG genannten Fällen stattfindet und das Gericht in allen anderen Fällen gemäss § 134 Abs. 3 GOG auf dem Zirkularweg entscheidet.

5. Sodann erblickt der Kläger eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs darin, dass die Vorinstanz im Urteil nicht darlegte, weshalb sie nicht unmittelbar nach den Schlussvorträgen vom 4. Oktober 2021 entschied (Urk. 149 S. 10), und sinn- gemäss auch darin, dass das Urteil keine Angaben dazu enthält, von wann bis wann der Mutterschaftsurlaub von Bezirksrichterin lic. iur. S. Leuthold dauerte (Urk. 149 S. 10 f.). Es ist – was die Dauer des Mutterschaftsurlaubes angeht auch vor dem Hintergrund der vorstehenden E. III.2.7. ff. – nicht ersichtlich, aus welchem Grund die Vorinstanz gehalten gewesen wäre, im Urteil zu diesen beiden Themen Angaben zu machen, und dies wird vom Kläger auch nicht dargelegt. Das rechtliche Gehör bezweckt grundsätzlich nicht, die Parteien über gerichtsin- terne organisatorische Gegebenheiten zu informieren.

6.1. Ferner sieht der Kläger sein rechtliches Gehör darin verletzt, dass er von der Vorinstanz nicht zur Beweisaussage zugelassen wurde resp. dass die Parteien nicht zur Beweisaussage angehalten worden seien resp. zumindest darin, dass im angefochtenen Urteil nicht begründet worden sei, weshalb eine Beweisaussage nicht abgenommen worden sei, obwohl zahlreiche divergierende Aussagen der Parteien und verschiedene Anhaltspunkte hinsichtlich unzutreffenden Aussagen insbesondere der Beklagten vorgelegen hätten (Urk. 149 S. 6). Konkret rügt er dies in folgenden Zusammenhängen:

a) Im Zusammenhang mit der Frage, ob Architekt E. _____ eine ausdrückliche umfassende Befugnis zur Vertretung der Beklagten hatte. Der Kläger argu- mentiert, die Vorinstanz habe festgehalten, dass die Parteibefragung (dies- bezüglich) keine weiteren Informationen gebracht habe. Es wäre – so der Kläger – zwingend eine Beweisaussage der Parteien – zumindest des Klä- gers – anzuordnen gewesen, wenn ihm nicht Recht gegeben werde (Urk. 149 S. 17 f. mit Verweis auf Urk. 150 S. 34 E. 3.7.3.).

- b) Im Zusammenhang mit der Frage, ob die von den Parteien am 14. April 2016 unterschriebene Kostenübersicht/Auftragsbestätigung vom 23. Februar 2016 den Vorbehalt "zusätzliche Information zur Kostenübersicht" enthielt oder nicht. Der Kläger macht geltend, die Vorinstanz hätte festhalten müssen (oder zumindest ihn zur Beweisaussage zulassen müssen), dass Urk. 4/2 den angebrachten Vorbehalt enthalten habe, wie dies auch er und selbst die Beklagte bestätigt hätten (Urk. 149 S. 31 mit Verweis auf Urk. 150 S. 21 E. 2.7.1., Prot. I S. 71 ff. und Prot. I S. 87).
- c) Im Zusammenhang mit seiner Rüge, die Vorinstanz hätte auch aufgrund einer Gesamtwürdigung der Aussagen der Beklagten zum Schluss kommen müssen, dass diese sich an unliebsame Sachverhalte nicht erinnern wolle und auch klar Aussagen gemacht habe, welche unzutreffend seien, da zumindest genau ein Zeuge genau das Gegenteil ausgesagt habe. Mithin hätte – so der Kläger – nicht auf die Parteibefragung der Beklagten abgestellt werden dürfen, eventualiter wäre eine Beweisaussage zu tätigen gewesen, u.a. betreffend den unter lit. b oben angeführten Vorbehalt (Urk. 149 S. 33 mit Verweis auf Urk. 150 S. 19 f. E. 2.6. und S. 21 E. 2.7.1.) sowie der von ihm behaupteten – von der Beklagten bestrittenen – Anerkennung der Werklohnforderung durch die Beklagte aufgrund der am 14. Februar 2017 an die D. _____ AG gesandten E-Mail (Urk. 149 S. 33 mit Verweis auf Urk. 150 S. 45 Ziffer 6.4.). Der Kläger schliesst seine diesbezüglichen Verweise mit einem "usw." (Urk. 149 S. 33), was indessen unbeachtlich ist: Da im Berufungsverfahren das Rügeprinzip gilt (dazu vorne unter E. II.2.1.), hat das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil nicht von sich aus nach allenfalls unterlassenen Anordnungen von Beweisaussagen zu durchforschen.

6.2. Gemäss Art. 192 Abs. 1 ZPO kann das Gericht eine oder beide Parteien von Amtes wegen zur Beweisaussage unter Strafandrohung verpflichtet. Die Beweisaussage ist eine qualifizierte Form der Parteibefragung; auf die Parteibefragung kann, muss aber nicht die Beweisaussage folgen (BSK ZPO-Hafter, Art. 192 N 2 m.w.H.). Sie kann, wie sich direkt aus dem Gesetzestext ergibt, nur von Amtes wegen angeordnet werden. Es besteht kein Anspruch der Parteien auf Anordnung

einer Beweisaussage, und die Parteien können eine solche nicht beantragen (Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 192 N 1 und N 5). Wird ein entsprechender Antrag dennoch gestellt, ist er für das Gericht unverbindlich. Wo bereits die Parteibefragung zu einer richterlichen Überzeugung führt, erübrigt sich eine Beweisaussage (BSK ZPO-Hafter, a.a.O., N 3).

6.3.1. Zum Sachverhalt unter E. III.6.1.a ist der Ansicht des Klägers, dass die Vorinstanz zwingend Beweisaussagen resp. zumindest diejenige des Klägers anzuordnen gehabt hätte, zu widersprechen. Wie unter E. III.6.2. dargelegt wurde, haben die Parteien keinen Anspruch darauf. Zwar begründete die Vorinstanz nicht ausdrücklich, weshalb sie im vorliegenden Zusammenhang auf die Anordnung verzichtete. Aus dem Kontext lässt sich aber ableiten, dass sie dies tat, weil gemäss ihren Erwägungen aufgrund der durchgeführten Parteibefragungen kein zusätzlicher Erkenntnisgewinn habe erreicht werden können – was der Kläger im Übrigen nicht bestreitet –, und sie davon ausging, dass die Parteien im Rahmen von Beweisaussagen ihre Parteiaussagen bestätigen würden, mithin wiederum Aussage gegen Aussage stehen würde. Aus welchem Grund die Vorinstanz unter den gegebenen Umständen nicht auf die Anordnung von Beweisaussagen der Parteien verzichten durfte, wird vom Kläger nicht weiter dargelegt und ist auch nicht ersichtlich. Der Kläger macht aber auch nicht geltend, dass mit anderslautenden Aussagen der Parteien die Beweiswürdigung anders ausgefallen wäre. Davon kann nicht ohne Weiteres ausgegangen werden, nachdem die Vorinstanz diesbezüglich auf die Aussage des Zeugen E. _____ abstellte, aus der ihren Erwägungen zufolge erhelle, dass dieser nicht mit Anerkennungskompetenz für die Beklagte ausgestattet, sondern lediglich zur Rechnungskontrolle und -weiterleitung befugt gewesen sei (Urk. 150 S. 34 E. 3.7.4.). Ein fehlerhaftes Vorgehen der Vorinstanz ist mithin nicht ersichtlich.

6.3.2. Zum Sachverhalt unter E. III.6.1.b, auf den der Kläger auch im Zusammenhang mit dem Sachverhalt unter E. III.6.1.c nochmals zu sprechen kommt, ist vorweg festzuhalten, dass seine Behauptung, die Beklagte habe bestätigt, dass Urk. 4/2 den fraglichen Vorbehalt enthalten habe, wie nachfolgend unter E. IV.2.2.1. dargelegt wird, nicht zutrifft. Die Vorinstanz hielt in der vom Kläger an-

gesprochenen, den dem Kläger auferlegten Gegenbeweis betreffenden E. IV.B.2.7.1. fest, dass die Parteien jeweils im Sinne ihres im vorliegenden Verfahren vertretenen Standpunktes ausgesagt hätten. Auch in diesem Zusammenhang begründete die Vorinstanz nicht ausdrücklich, weshalb sie im vorliegenden Zusammenhang auf die Anordnung der Beweisaussage verzichtete. Auch hier lässt sich aber aus dem Kontext ableiten, dass sie dies tat, weil sie davon ausging, dass die Parteien im Rahmen von Beweisaussagen ihre Parteiaussagen bestätigen würden, mithin wiederum Aussage gegen Aussage stehen würde. Aus welchem Grund die Vorinstanz unter den gegebenen Umständen nicht auf die Anordnung von Beweisaussagen der Parteien verzichten durfte, wird vom Kläger wiederum nicht weiter dargelegt und ist auch nicht ersichtlich. Zudem hatte die Vorinstanz bereits im Rahmen des Hauptbeweises die Urk. 4/2 geprüft und war mit Bezug auf den vom Kläger behaupteten und eingereichten schriftlichen Vorbehalt aufgrund der Titelsetzung, des Schriftbilds, des Inhalts und der Seitenanordnung zum Schluss gekommen, dass es höchst unwahrscheinlich sei, dass der vom Kläger zunächst als zweitletzte Seite und hernach als angeblich letzte Seite eingereichte Vorbehalt effektiv Bestandteil der am 14. April 2016 von beiden Parteien unterzeichneten Kostenübersicht vom 23. Februar 2016 gewesen sei (Urk. 150 S. 19 f. E. IV.B.2.6.). Dies wird vom Kläger in der Berufungsschrift nicht in Frage gestellt. Auch diese Rüge des Klägers geht daher ins Leere.

6.3.3. Was schliesslich den weiteren Sachverhalt unter E. III.6.1.c angeht, ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz zur – von der Beklagten bestrittenen – Behauptung des Klägers, die E-Mail vom 14. Februar 2017 an die D. _____ AG enthalte eine Anerkennung der Werklohnforderung, zu Recht zum Schluss kam, dass beweisrechtlich nichts anzuordnen sei (dazu nachfolgend unter E. IV.2.2.3.). Damit stand die Anordnung einer Beweisaussage zu diesem Thema von vornherein nicht zur Debatte; das Vorgehen der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden.

6.4. Der Kläger rügt ferner auch mit Bezug auf weitere von ihm offerierte Beweismittel, dass diese im vorinstanzlichen Verfahren nicht abgenommen worden seien. Damit sei sein Recht auf Beweisabnahme verletzt und entsprechend eine falsche Beweiswürdigung vorgenommen worden (Urk. 149 S. 6).

Die Parteien sind grundsätzlich gehalten, erstinstanzlich gestellte Beweisanträge, denen nicht entsprochen wurde, vor der zweiten Instanz zu wiederholen. Es kann aus praktischen Gründen nicht vom Berufungsgericht verlangt werden, dass es die – oft umfangreichen – erstinstanzlichen Akten nach erstinstanzlich erhobenen, vor zweiter Instanz jedoch nicht erneuerten Beweisanträgen durchforscht. Zudem entspräche dies nicht der Natur des Berufungsverfahrens als eigenständiges Verfahren (BGE 144 III 394 E. 4.2 S. 398 f. m.w.H.). Ferner haben die Parteien darzulegen, welche entscheidenderheblichen Tatsachen mit den fraglichen Beweismitteln hätten bewiesen werden sollen (BGer 4A_23/2022 vom 18. Februar 2022, E. 3.).

Soweit die obigen Vorgaben vom Kläger nicht eingehalten wurden (so insbesondere in Urk. 149 S. 4 Rz. 5, S. 6 Rz. 7, S. 18 Rz. 19, 2. Absatz, S. 33 Rz. 36 a.E.), ist auf seine Rüge nicht weiter einzugehen, soweit dies der Fall ist, ist sie im Rahmen der materiell-rechtlichen Erwägungen zu behandeln.

6.5. Der Kläger rügt sodann, dass die Vorinstanz seinem Antrag, die Beklagte habe das Original von Urk. 22/1 einzureichen, nicht nachgekommen sei (Urk. 149 S. 18 Rz. 19 a.E. und S. 31 Rz. 36; vgl. auch Urk. 149 S. 29 Rz. 33). Er leitet daraus eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, von Art. 8 ZGB und seines Anspruchs auf Beweisführung, aber nichts Konkretes ab. Die Vorinstanz stellte in ihrem Urteil gar nicht auf Urk. 22/1 ab, was der Kläger denn auch nicht geltend macht. Zudem ruft er Urk. 22/1 in seiner Berufungsschrift nicht als Beweismittel an. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund die Einreichung des Originals von Urk. 22/1 erforderlich gewesen wäre, und ist es auch für die Behandlung der im Rahmen der Berufungsschrift vorgebrachten Beanstandungen des Klägers am vorinstanzlichen Urteil nicht notwendig. Auf diese Rüge ist daher nicht weiter einzugehen.

IV. Materielles

1. Übersicht

1.1. Gemäss insoweit unbestritten gebliebener Sachverhaltsübersicht im vorinstanzlichen Urteil (Urk. 150 S. 3) präsentiert sich die Ausgangslage wie folgt:

1.2. Die Beklagte ist Eigentümerin der Liegenschaft Kat.-Nr. ..., Grundbuch C._____, ... [Adresse]. Im Herbst 2015 kam sie mit dem Kläger, welcher seinerzeit in F._____ ein Bauunternehmen zwecks Ausführung von kreativem Bauhandwerk betrieb, in Kontakt bezüglich einer Sanierung des auf ihrem Grundstück stehenden Mehrfamilienhauses, wobei diese Arbeiten für das Unter- und das Obergeschoss (samt einem Balkon) angedacht waren. In der Folge führte der Kläger ab Juni 2016 diverse Sanierungs- und Umbauarbeiten an der Liegenschaft der Beklagten aus. Hierfür stellte er insgesamt zwölf Rechnungen über einen Gesamtbetrag von CHF 375'325.– und macht Aufwendungen für noch nicht abgerechnete Leistungen im Umfang von CHF 17'000.– geltend. Die Beklagte hat unbestrittenermassen bisher den Betrag von CHF 217'200.– (vor Abzug eines nicht Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bildenden Darlehens in der Höhe von CHF 10'000.–) bezahlt (Urk. 150 S. 3).

1.3. Ab Juli 2016 wurde das Bauvorhaben von E._____ als Architekt begleitet. Über den Hintergrund seiner Involvierung sowie seine genaue Rolle sind sich die Parteien nicht einig. Das Bauvorhaben wurde Ende März 2017 vor der Vollendung gestoppt, wobei auch der Hintergrund dieses Baustopps umstritten ist (Urk. 150 S. 3).

1.4. Der Kläger forderte vor Vorinstanz den (gemäss seiner Darstellung) ausstehenden Werklohn von Fr. 175'125.– (Fr. 375'325.– zzgl. CHF 17'000.– abzgl. CHF 217'200.–). Zudem verlangte er die Rückzahlung eines (gemäss seiner Darstellung) von ihm gegenüber der Beklagten gewährten Darlehens im Betrag von CHF 10'000.–, das heisst total CHF 185'125.–, sowie (zuletzt noch) die Herausgabe eines Kärcher Hochdruckreinigers und eines Spitz-/Bohrhammers der Marke Hilti (Urk. 150 S. 3).

1.5. Die Vorinstanz trat auf die Klage betreffend Darlehensrückzahlung nicht ein, verpflichtete die Beklagte unter der Strafandrohung im Sinne von Art. 292 StGB

zur Herausgabe des – nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens bildenden – Kärcher Hochdruckreinigers und wies die Klage im Übrigen ab (Urk. 150 S. 66).

2. Werklohnforderung

2.1.1. Gestützt auf insoweit übereinstimmende Parteivorbringen ging die Vorinstanz davon aus, dass der Kläger im Rahmen eines Werkvertrags für die Beklagte tätig wurde (Urk. 150 S. 14). Da die Parteien sich über die Frage, wann und mit welchem Inhalt dieser Werkvertrag zustande gekommen sei, uneinig waren, ging die Vorinstanz dem nach (Urk. 150 S. 15 ff.). Sie kam zum Schluss, dass die Parteien in der von ihnen am 14. April 2016 unterzeichneten Kostenübersicht/Auftragsbestätigung vom 23. Februar 2016 eine Pauschalpreisabrede getroffen hätten, indem die Parteien damit einen Werkvertrag zur Ausführung der in der Kostenübersicht aufgeführten Bauarbeiten zu einem Pauschalpreis von Fr. 450'500.– abgeschlossen hätten (Urk. 150 S. 15 ff., insbesondere S. 22). Zuvor war sie davon ausgegangen, dass dem Kläger der (Gegen-)Nachweis für seine Behauptung, dass er die Beklagte mündlich und/oder schriftlich auf den Vorbehalt der Unverbindlichkeit der Kostenübersicht hingewiesen habe, misslungen sei (Urk. 150 S. 19 ff., insb. S. 22).

2.1.2. Die – von der Beklagten bestrittene – Darstellung des Klägers, der von den Parteien am 14. April 2016 geschlossene Werkvertrag sei in der weiteren Folge aufgehoben geworden, weil er und die Beklagte, letztere vertreten durch den Architekten E._____, nach dem 14. April 2016 mündlich einen Werkvertrag abgeschlossen hätten, womit er zur Ausführung von Bauarbeiten an der beklagten Liegenschaft nach Aufwand und Baufortschritt beauftragt worden sei, verwarf die Vorinstanz.

Die Vorinstanz erwog, den klägerischen Parteivorträgen sei nicht zu entnehmen, dass die Parteien sich ausdrücklich auf eine Aufhebung ihres Vertragsverhältnisses geeinigt hätten. Daher müsse davon ausgegangen werden, dass der Kläger sich auf einen konkludenten Abschluss eines Aufhebungsvertrages berufe. Er leite dies daraus ab, dass – nach seiner Darstellung – nach der Übergabe der Ge-

samtleitung an den Architekten E. _____ ein ganz neues Umbauprojekt entwickelt worden sei, für welches die Beklagte von der D. _____ AG einen Kredit gesprochen erhalten habe und welches schliesslich im Kostenvoranschlag vom 27. Oktober 2016 abgebildet worden sei. Architekt E. _____ habe – so der Kläger – in seiner Funktion als Gesamtleiter die Bauarbeiten des neuen Projektes an die Unternehmer vergeben und in diesem Rahmen mit ihm Werkverträge mit einer Vergütung nach Aufwand geschlossen. Damit sei – so der Kläger weiter – das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis, welches die Sanierung der Liegenschaft gemäss Auftragsbestätigung vom 14. April 2016 zum Inhalt gehabt habe, aufgehoben worden (Urk. 150 S. 22 ff.). Die Vorinstanz hielt fest, die Projektierung und Umsetzung eines gänzlich neuen Umbauvorhabens könne geeignet sein, eine konkludente Aufhebung des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien anzunehmen. Wenn die Beklagte den Architekten E. _____ in der Tat mit der Umsetzung eines komplett neuen Umbauprojekts beauftragt habe, könnte daraus auf ihren Willen geschlossen werden, das ursprüngliche Vertragsverhältnis mit dem Kläger aufzuheben (Urk. 150 S. 25). Der Kläger als diesbezüglich behauptungs- und beweisbelastete Partei habe indessen in weiten Teilen ungenügend substantiiert, inwieweit sich das angebliche neue Projekt des Architekten E. _____ von seinem eigenen Projekt gemäss Kostenübersicht/Auftragsbestätigung vom 14. April 2016 unterscheide. Auf ein gänzlich neues Bauprojekt könne gestützt auf die sehr rudimentären Behauptungen des Klägers nicht geschlossen werden. Die vom Kläger implizit geltend gemachte konkludente Vertragsaufhebung zufolge Entwicklung und Umsetzung eines neuen Bauprojektes scheitere daher bereits aus diesem Grund. Vor diesem Hintergrund sei nicht von Belang, ob die D. _____ AG den Kredit für das Umbauprojekt gemäss Kostenübersicht/Auftragsbestätigung vom 14. April 2016 erteilt habe oder ob bereits das ergänzte bzw. abgeänderte Projekt mit der Umgestaltung des Dachstocks in eine separate Wohnung samt Balkon Grundlage der Kreditvergabe gewesen sei. Auch Letzteres wäre nicht geeignet, das vom Kläger offerierte Sanierungsprojekt als hinfällig erscheinen zu lassen und gestützt darauf auf eine konkludent erklärte Vertragsaufhebung durch die Parteien zu schliessen (Urk. 150 S. 25 ff.).

In diesem Zusammenhang prüfte die Vorinstanz im Weiteren, ob die Vertragsbeziehung der Parteien vom 14. April 2016 durch den Abschluss eines neuen Werkvertrages mit anderem Inhalt aufgelöst worden sei. Diesbezüglich sei vom Kläger geltend gemacht worden, Architekt E. _____ habe mit ihm im Namen der Beklagten mündlich einen neuen Werkvertrag geschlossen und ihn mit der Ausführung der von ihm offerierten Sanierungsarbeiten in Regie beauftragt. Dafür sei der Kläger beweispflichtig. Nach Würdigung verschiedener vom Kläger offerierter Beweismittel ging die Vorinstanz davon aus, dass dem Kläger der Beweis eines neuen Vertragsabschlusses nicht gelinge (Urk. 150 S. 29 ff., insb. S. 32). Im Weiteren erwog die Vorinstanz, dass selbst bei Annahme eines gelungenen Beweises nicht erstellt sei, inwiefern Architekt E. _____ überhaupt berechtigt gewesen wäre, im Namen der Beklagten einen Vertrag wie den vom Kläger behaupteten abzuschliessen: Von einer ausdrücklichen Ermächtigung zur umfassenden Bauherrenvertretung durch die Beklagte könne (namentlich) aufgrund der Zeugenaussage des Architekten E. _____ nicht ausgegangen werden, und das vom Kläger in der Replik behauptete Vorliegen einer Anscheins- resp. Duldungsvollmacht sei ungenügend behauptet worden (Urk. 150 S. 32 ff., insb. S. 34 f.).

2.1.3. In der Folge ging die Vorinstanz davon aus, dass die am 14. April 2016 unterzeichnete Auftragsbestätigung vom 23. Februar 2016 die vertragliche Zusammenarbeit der Parteien regle und diese als Pauschalpreisvereinbarung über den Betrag von Fr. 450'500.– zu werten sei (Urk. 150 S. 35). Die Parteien seien sich darüber einig, dass das Bauvorhaben im Frühjahr 2017 vor dessen Vollendung gestoppt worden sei. Die vom Kläger behauptete Erklärung per WhatsApp vom 31. März 2017, womit die Beklagte erklärt habe, dass er keine Arbeiten mehr ausführen solle und er nur noch sein Werkzeug abzuholen habe, habe diese unbestritten gelassen. Damit liege eine Rücktrittserklärung im Sinne des Gesetzes vor. Mangels anderweitiger Behauptungen der Beklagten sei von einem Rücktritt nach Art. 377 OR auszugehen, wie dies der Unternehmer bei Anwendung des Vertrauensprinzips annehmen dürfe, wenn der Besteller in seiner Erklärung, den Werkvertrag aufzulösen, nicht deutlich etwas anderes zum Ausdruck bringe. Der Rücktritt im Sinne von Art. 377 OR bewirke die fristlose Beendigung des Werkvertrages, wirke aber entgegen dem Wortlaut als Kündigung ex nunc. Mit der Kündi-

gung des Werkvertrages nach Art. 377 OR verliere der Unternehmer (wenigstens teilweise) seinen Anspruch auf den (vollen) Werklohn, der insofern (wenigstens teilweise) in einen Schadenersatzanspruch auf das positive Vertragsinteresse umgewandelt werde, der insbesondere auch den entgangenen Gewinn umfasse. Der Unternehmer solle so gestellt werden, wie wenn der Vertrag erfüllt worden wäre. Als Gegenleistung für die Vergütung der erbrachten Aufwendungen des Unternehmers habe der Besteller einen Anspruch auf Übergabe des erstellten Werkteiles. Für die konkrete Berechnung des Schadenersatzes würden zwei Methoden vertreten: Nach der positiven Berechnungsmethode (Additionsmethode) werde die geschuldete Vergütung für die bereits ausgeführten Arbeiten einschliesslich Auslagen ermittelt und sodann der Bruttogewinn hinzugerechnet, den der Unternehmer bei Fertigstellung des Werkes erzielt hätte. Gemäss der alternativen Abzugsmethode werde dagegen der vereinbarte Werklohn um die infolge der Nichtvollendung des Werkes bewirkten Einsparungen (an Arbeit und Material) reduziert. Nach beiden Methoden habe der Unternehmer sich anrechnen zu lassen, was er infolge der Befreiung von seiner Leistungspflicht anderweitig erworben oder zu erwerben treuwidrig unterlassen habe. Welche der beiden Methoden unter dem Regime von Art. 377 OR zur Anwendung komme, sei umstritten. Das Bundesgericht habe diese Frage in BGE 96 II 192 offen gelassen bzw. beide Methoden angewendet und festgehalten, dass beide Methoden zum gleichen Ergebnis führten. Jedenfalls stehe fest, dass die Wahl der Berechnungsmethode keinen Einfluss auf die Beweislast haben könne. In jedem Fall liege es am Unternehmer, den konkreten Schaden nachzuweisen bzw. darzulegen, dass er in concreto nichts erspart habe. Der Unternehmer trage insbesondere die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast für die Aufwendungen und Auslagen (Arbeit und Material) der bisher erbrachten Leistungen, für den entgangenen Gewinn sowie – im Rahmen der Abzugsmethode – für den Gesamtumfang des vereinbarten Werklohnes und die infolge der Nichtbeendigung eingetretenen Einsparungen. Der Kläger habe sich die Geltendmachung des Erfüllungsinteresses in der Klagebegründung einstweilen vorbehalten, ohne in der Folge nochmals darauf zurückzukommen, und mache damit im Rahmen der vorliegenden Klage ausschliesslich die Entschädigung für die bereits geleistete Arbeit inklusive Auslagen geltend.

Wie dargelegt sei vorliegend von einer Pauschalpreisabrede der Parteien auszugehen. Habe der Unternehmer eine Leistung, für die eine Pauschale vereinbart worden sei, nur zum Teil ausgeführt, so schulde der Besteller vom vereinbarten Pauschalpreis einen Teilbetrag, der zum Pauschalpreis im gleichen Verhältnis stehe wie der Wert der erbrachten Teilleistung zum Wert der gesamten Leistung. Der Kläger habe daher zu behaupten und zu beweisen, welche konkreten Leistungen er zur Erfüllung der vollen Pauschale habe erbringen müssen und welche Leistungen er bis zum Baustopp erfüllt habe. Dieser Behauptungslast sei der Kläger in keiner Weise nachgekommen. Bis zuletzt sei unklar geblieben, welche Arbeiten der Kläger hätte ausführen sollen. Da damit im Dunkeln bleibe, welche Leistungen der Kläger für die Erfüllung der vollen Pauschale hätte erbringen müssen, könnten die erbrachten Leistungen, die darüber hinaus nicht substantiiert behauptet worden seien, nicht ins Verhältnis zum Wert der Gesamtleistung gesetzt werden. Da es an der ausreichenden Substantiierung der vertraglich vereinbarten Leistungen sowie der bis zum Baustopp im März 2017 erbrachten Leistungen fehle, könne dem Kläger gestützt auf den Werkvertrag der Parteien kein Werklohn zugesprochen werden (Urk. 150 S. 36 ff., insb. S. 42). Der Vollständigkeit halber sei zu erwähnen, dass man zum gleichen Schluss gelange, wenn die Kostenübersicht/Auftragsbestätigung vom 23. Februar 2016 nicht als Pauschalpreisabrede qualifiziert würde. Werde von einer Vergütung nach Aufwand ausgegangen, hätte der Kläger ebenfalls den von ihm getätigten Aufwand behaupten und beweisen müssen. Wie erwähnt fehle es aber diesbezüglich an einem substantiierten Vortrag des Klägers (Urk. 150 S. 42).

2.1.4. Der Kläger machte vor Vorinstanz ferner geltend, die Beklagte habe elf von ihm gestellte Rechnungen mittels Unterschrift anerkannt, indem sie und Architekt E._____ diese unter dem Textabschnitt "*Rechnung/Akontogesuch kontrolliert und zur Zahlung weitergeleitet (mit Originalrechnung mit Einzahlungsschein).*" unterzeichnet hätten; er habe jeweils dem Arbeitsfortschritt entsprechend Rechnung gestellt, worauf die Beklagte die in den Rechnungen aufgeführten Arbeiten geprüft und abgenommen sowie in der Folge den von ihm verlangten Betrag anerkannt und zur Zahlung freigegeben habe. Die Vorinstanz verwarf diese – von der Beklagten bestrittene – Argumentation des Klägers indes, indem sie davon ausging,

dass es sich um blosser Prüfvermerke handle. Ein Prüfvermerk, mit dem ein Vertreter – etwa ein Architekt des Bestellers – die eingegangene Rechnung im internen Verhältnis zur Bezahlung freigebe, stelle keine Anerkennung der geprüften Rechnung dar. Auch ein Prüfvermerk des Bestellers selbst habe für sich allein genommen keinen Erklärungswert gegenüber dem Unternehmer, sondern manifestiere lediglich, dass der in Rechnung gestellte Betrag intern zur Zahlung freigegeben sei. Dabei bleibe es sogar dann, wenn der Besteller oder dessen Vertreter die mit dem Prüfvermerk versehene Rechnung dem Unternehmer übergebe, obwohl der Unternehmer damit Kenntnis über das Ergebnis des internen Prüfungsvorgangs erlange. Anders verhalte es sich nur, wenn zwischen den Parteien konkret vereinbart worden sei, dass die Mitteilung eines positiven Prüfungsbescheids den Sinn einer Anerkennung haben solle. Solches werde vom Kläger aber nicht geltend gemacht. Die vom Kläger geschilderten Umstände könnten damit von vornherein keine Anerkennung der Schuld darstellen, weshalb beweisrechtlich nichts vorzukehren sei. Insbesondere könne auf die Edition der von der Beklagten unterzeichneten Rechnungen und Zahlungsanweisungen bei der Beklagten und der D._____ AG verzichtet werden (Urk. 150 S. 42-44).

2.1.5. Schliesslich berief der Kläger sich vor der Vorinstanz auf eine Anerkennung der Werklohnforderung durch die Beklagte aufgrund einer am 14. Februar 2017 an die D._____ AG gesandten E-Mail. Darin habe die Beklagte G._____ von der D._____ AG ersucht, dem Kläger den Betrag von CHF 100'000.– auszubahlen. Damit habe die Beklagte sämtliche bis zum 14. Februar 2017 an sie gestellten Rechnungen anerkannt und ihren bedingungslosen Zahlungswillen bezüglich der der E-Mail angehängten Rechnungen vom 15. November 2016, 23. November 2016, 6. Dezember 2016 sowie 18. Dezember 2016 kundgetan (Urk. 150 S. 45 mit Verweis auf Urk. 2 S. 16 und Urk. 38 S. 64). Auch diese, von der Beklagten ebenfalls bestrittene Argumentation des Klägers verwarf die Vorinstanz. Sie erwog, eine Anerkennung der Rechnung könne immer nur gegenüber dem Unternehmer, der die Forderung in Rechnung gestellt habe, erfolgen. Eine Zahlungsfreigabe an die das Bauvorhaben finanzierende Bank bewirke keine Schuldanerkennung, sogar dann nicht, wenn der Unternehmer von dieser Zahlungsfreigabe Kenntnis erhalte. Um von einer Schuldanerkennung ausgehen zu können,

habe der Besteller gegenüber dem Unternehmer unmissverständlich zum Ausdruck zu bringen, dass er den in Rechnung gestellten Betrag schulde. Die Mitteilung an die finanzierende Bank, dem Unternehmer einen Akontobetrag auszubezahlen, könne damit von vornherein keine Schuldanererkennung gegenüber dem Unternehmer bewirken. Selbst der Umstand, dass die Beklagte ausführe, der Kläger habe sämtliche in den Rechnungen auftauchenden Arbeiten ausgeführt, ändere daran nichts, da damit nicht zum Ausdruck gebracht werde, den in Rechnung gestellten Forderungsbetrag – welcher überdies nicht mit dem angewiesenen Zahlungsbetrag übereinstimme – zu schulden. Aus der E-Mail der Beklagten an die D._____ AG vom 14. Februar 2017 könne damit nicht auf eine Anerkennung der klägerischen Werklohnforderung geschlossen werden. Beweisrechtlich sei nichts vorzukehren (Urk. 150 S. 45 f.).

2.1.6. Im Sinne einer Eventualbegründung machte der Kläger vor Vorinstanz geltend, die Parteien und Architekt E._____ hätten sich am 31. Januar 2017 zu einer Besprechung getroffen, anlässlich welcher der Kläger eine Kostenübersicht der per 30. Januar 2017 ausgeführten Arbeiten (ohne Materialkosten) vorgelegt habe. Daraus hätten Gesamtkosten von CHF 343'000.– resultiert – Fr. 325'600.– Kosten für bereits ausgeführte Arbeiten gemäss der Übersicht zuzüglich Fr. 17'400.– für Arbeiten in der Gartenwohnung, die versehentlich nicht eingerechnet gewesen seien, was die Parteien anlässlich der Besprechung korrigiert hätten. Die Beklagte und Architekt E._____ hätten die Übersicht kontrolliert und genehmigt. Man habe sich in der Folge darauf geeinigt, dass unter Beachtung der von der Beklagten bereits bezahlten CHF 204'000.– und eines Rabatts von CHF 9'000.– noch ein Betrag von CHF 130'000.– ausstehend sei und eine Akontozahlung von CHF 100'000.– sofort und unverzüglich ausgelöst werde. Architekt E._____ und die Beklagte hätten daraufhin mittels Unterschrift und unter Beilage der vier Rechnungen vom 15. November 2016, 23. November 2016, 6. Dezember 2016 sowie 18. Dezember 2016 die Akontozahlung von CHF 100'000.– bei der D._____ AG in Auftrag gegeben. Damit habe die Beklagte explizit diese vier Rechnungen sowie die Zwischenabrechnung vom 30. Januar 2017 im Betrag von CHF 343'000.– anerkannt. Die Beklagte selber habe in der Folge gar nochmals per E-Mail an die D._____ AG erklärt, dass die vom Architekten E._____ und ihr bereits geneh-

migte Akontozahlung von CHF 100'000.– umgehend zu bezahlen sei und der Kläger alle auf der Rechnung aufgeführten Arbeiten bereits ausgeführt und geleistet habe. Damit habe die Beklagte am 14. Februar 2017 die Zwischenabrechnung vom 30. Januar 2017 und insbesondere den geschuldeten Betrag von CHF 130'000.– nochmals anerkannt. Hinzu komme der nun nicht mehr zu gewährende Rabatt. Ausgehend von den anerkannten Fr. 343'000.– und unter Berücksichtigung der bis heute bezahlten Fr. 217'200.– liege eine offene, bereits anerkannte Schuld in der Höhe von Fr. 125'800.– vor. Hinzu kämen die offene Darlehensforderung von Fr. 10'000.–, Materialkosten gemäss Rechnung vom 31. Oktober 2016 im Betrag von Fr. 29'700.– und zusätzliche Arbeiten gemäss Rechnung vom 20. März 2017 im Betrag von Fr. 4'450.–. Damit sei im Rahmen der Eventualbegründung ein Betrag von Fr. 169'950.– ohne Weiteres ausgewiesen. Unter Einschluss eines Betrags für die Mehrwertsteuer machte der Kläger im Rahmen der Eventualbegründung ebenfalls eine Forderung von Fr. 185'125.– geltend, die er, falls seiner Darstellung nicht (vollumfänglich) gefolgt werde, auch mit einer Forderung von mindestens Fr. 41'735.– für weitere von ihm und seinen Hilfspersonen ausgeführte Arbeiten ab dem 1. Februar 2017 begründete (Urk. 150 S. 46 ff.). Auch diese Darstellung bestritt die Beklagte (Urk. 150 S. 48 f.). Die Vorinstanz folgte auch der eventualiter vorgebrachten Begründung des Klägers nicht. Sie erwog, der Kläger erachte es zunächst als ausgewiesen, dass sich die Parteien im Sinne einer Abrechnungsvereinbarung pauschal auf eine von der Beklagten anerkannte ausstehende Werklohnforderung von Fr. 130'000.– geeinigt hätten, er davon aber in der Folge wieder abweiche und von einer Anerkennung einer Werklohnforderung für geleistete Arbeit von Fr. 343'000.– ausgehe, woraus unter Abzug der unbestrittenermassen bezahlten Fr. 217'200.– eine anerkannte Schuld von Fr. 125'800.– resultiere. Hierzu addiere er die Darlehensforderung von Fr. 10'000.–, womit (seines Erachtens) eine Schuldanerkennung über Fr. 135'800.– vorliege. Bezüglich der weiteren Forderungen (Fr. 29'700.– für Material, mindestens Fr. 46'185.– [Fr. 41'735.– zuzüglich Fr. 4'450.–] für nach dem 31. Januar 2017 ausgeführte Arbeiten, mindestens Fr. 30'172.– für Mehrwertsteuern) scheinere der Kläger nicht von einer Anerkennung auszugehen. Der Kläger weiche, indem er davon ausgehe, dass der Beklagten unter den vorliegenden Umständen kein

Rabatt mehr gewährt werden könne, selber von der (von ihm behaupteten) Abrechnungsvereinbarung ab. Es könne daher nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger eine Werklohnforderung von Fr. 130'000.– zufolge Anerkennung im Rahmen einer Abrechnungsvereinbarung geltend machen wolle. Er scheine von einer Anerkennung einer Werklohnforderung für bis zum 30. Januar 2017 ausgeführte Arbeiten von Fr. 343'000.– auszugehen. Diese leite er daraus ab, dass die Beklagte und Architekt E. _____ die Zwischenabrechnung vom 30. Januar 2017 am 31. Januar bzw. 3. Februar 2017 kontrolliert und genehmigt und im Anschluss daran eine Akontozahlung von Fr. 100'000.– an die D. _____ AG in Auftrag gegeben hätten. In der Folge habe (gemäss Darstellung des Klägers) die Beklagte die Zwischenabrechnung mit E-Mail vom 14. Februar 2017 an die D. _____ AG, worin sie um Ausführung der Akontozahlung von Fr. 100'000.– er- sucht habe, nochmals anerkannt. In der Folge erwog die Vorinstanz, dass keine Anzeichen für das Vorliegen einer Vollmacht des Architekten E. _____ zur Aner- kennung im obgenannten Sinne vorlägen, weshalb von einer Anerkennung der Unternehmerzwischenabrechnung durch ihn von vornherein nicht ausgegangen werden könne (Urk. 150 S. 51 ff.). Ferner gelinge dem Kläger der Nachweis der Anerkennung einer Werklohnforderung für bis zum 30. Januar 2017 geleistete Ar- beiten im Betrag von Fr. 343'000.– durch die Beklagte nicht (Urk. 150 S. 53 ff.). Sodann sei aufgrund dessen, dass davon auszugehen sei, dass die Parteien mit Auftragsbestätigung vom 14. April 2016 eine Pauschalpreisabrede getroffen hät- ten, die vom Kläger geltend gemachte Entschädigung für Materialkosten im Be- trag von Fr. 9'700.– (recte: Fr. 29'700.–) nicht ausgewiesen (Urk. 150 S. 55 f.). Gleiches gelte mit Bezug auf die Forderungen von Fr. 4'450.– und Fr. 41'735.– (Urk. 150 S. 56). Die eventualiter geforderte Mehrwertsteuer sei aufgrund der Pauschalpreisabrede ebenfalls nicht ausgewiesen (Urk. 150 S. 56 f.), und eine all- fällige Anerkennung einer Darlehensforderung sei nicht im vorliegenden Verfah- ren zu beurteilen (Urk. 150 S. 55).

2.1.7. Subeventualiter verlangte der Kläger erstinstanzlich eine Expertise zur Werklohnforderung aufgrund der von ihm und seinen Hilfspersonen bzw. Subun- ternehmern geleisteten Stunden samt dem verbauten Material (Urk. 150 S. 57 mit Verweis auf Urk. 38 S. 94-110), was die Beklagte ablehnte (Urk. 150 S. 57 f.). Die

Vorinstanz verwarf auch die Subeventualbegründung des Klägers und erwog, diese scheitere bereits daran, dass der effektive Wert der Arbeit des Klägers angesichts der Pauschalpreisabrede nicht von Belang sei. Der effektive Wert der ausgeführten Arbeit sei nur dann relevant, wenn eine Vergütung nach Aufwand vereinbart worden sei. Bei einer Pauschalpreisabrede sei demgegenüber entscheidend, welche Leistungen gemäss Werkvertrag geschuldet gewesen und in welchem Umfang diese Leistungen erfüllt worden seien. Dazu habe der Kläger keine substantiierten Behauptungen aufgestellt. Die Abnahme eines Beweises würde indes eine ausreichend substantiierte Tatsachenbehauptung voraussetzen (Urk. 150 S. 58).

2.2.1. Der Kläger macht geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht festgehalten, dass die Parteien sich einig seien, dass die Beklagte ihn mit der von den Parteien am 14. April 2016 unterzeichneten Kostenübersicht/Auftragsbestätigung vom 23. Februar 2016 zur Ausführung von Bauarbeiten beauftragt habe (Urk. 149 S. 31 mit Verweis auf Urk. 150 S. 15 Rz. 36). Dabei bezog die Vorinstanz sich auf Urk. 4/2 (vgl. Urk. 150 S. 15, 1. Absatz). Der Kläger ist demgegenüber der Ansicht, dass die Beklagte sich auf Urk. 22/1 als Vertragsgrundlage berufen habe (Urk. 149 a.a.O.). Die vom Kläger vorgebrachte Kritik zur Frage, was gemäss der Beklagten die vertragliche Grundlage war, erweist sich ohne Weiteres als unrechtmässig. An der vom Kläger angeführten Stelle in der Klageantwortschrift (Urk. 21 S. 4 Rz. 8) offerierte die Beklagte nicht Urk. 22/1, sondern das vom Kläger als Urk. 4/2 eingereichte Dokument zum Beweis ("kl. Beilage 2"). Dass Urk. 4/2 von der Beklagten grundsätzlich als vertragliche Grundlage betrachtet wird, ergibt sich im Übrigen auch aus ihrer persönlichen Befragung (Prot. I S. 92). Allerdings machte die Beklagte geltend, der Vorbehalt gemäss zweitletzter Seite des vom Kläger eingereichten Dokuments sei in der von ihr unterzeichneten Urkunde nicht enthalten gewesen (Urk. 21 S. 4 ff.). Auf die divergierenden Parteidarstellungen bezüglich dieses Vorbehalts wies die Vorinstanz in der vom Kläger beanstandeten Erwägung hin, und zwar einerseits im letzten Satz von Urk. 150 S. 15 E. 2.1. und andererseits namentlich auch durch den darin enthaltenen Verweis auf Urk. 2 S. 7 und Urk. 38 S. 12 ff. und S. 33 ff.. Sie hatte die diesbezügliche Diskrepanz in den Parteidarstellungen aber auch schon in Urk. 150 S. 11 ff. dargelegt. Zudem wird

im vorinstanzlichen Urteil eingehend auf die Frage eingegangen, ob der Vorbehalt Vertragsbestandteil wurde oder nicht (Urk. 150 S. 16 ff.).

Die vom Kläger in der Berufungsschrift angeführten Aussagen der Beklagten im Zusammenhang mit dem erwähnten Vorbehalt anlässlich der Beweisverhandlung vom 30. Juni 2021 (vgl. Urk. 149 S. 31 Rz. 36, 2. und 3. Absatz, und S. 32, 6. Absatz) sind ohne Weiteres dahingehend zu verstehen, dass die Beklagte – ihrer Position im Verfahren entsprechend – das am 14. April 2016 unterschriebene Dokument *ohne Vorbehalt* meinte. Dass sie erst bemerkte, dass die ihr vom Vorsitzenden vorgehaltene Urk. 4/2 den umstrittenen Vorbehalt enthielt, nachdem sie von diesem darauf angesprochen worden war, und daraufhin ihre Aussage modifizierte (Prot. I S. 92 f.), ändert daran nichts; offensichtlich hatte die Beklagte nicht realisiert, dass die ihr vorgehaltene Urk. 4/2 den Vorbehalt enthielt. Angesichts dessen, dass das fragliche Dokument 23 Seiten umfasst und die Beklagte es zwar vorgehalten bekam, sich aus dem Vorhalt des Vorsitzenden betreffend zweitletzte Seite aber ergibt, dass sie diese Seite nicht angeschaut hatte, ist dies nicht weiter auffällig. Die Vorinstanz hat vor dem aufgezeigten Hintergrund entgegen den Ausführungen des Klägers (Urk. 149 S. 31) zutreffend festgehalten, dass die Beklagte im Sinne ihres Standpunktes aussagte (vgl. Urk. 21 S. 4 ff. und Urk. 57 S. 7 f.). Ferner ist festzuhalten, dass die Frage, ob die Beklagte anerkannte, dass *Urk. 4/2 den Vorbehalt enthält* (vgl. dazu den Kläger in Urk. 160 S. 8) – was angesichts der vorletzten Seite dieses Dokuments nicht ernsthaft in Frage gestellt werden kann –, irrelevant ist. Relevant ist in diesem Zusammenhang, ob das von der Beklagten am 14. April 2016 unterschriebene Dokument diesen enthielt, was sie bestreitet, und dies hat die Vorinstanz nach Würdigung der Parteibehauptungen und weiterer Beweismittel zu Recht verneint (Urk. 150 S. 20-22).

In diesem Zusammenhang moniert der Kläger, dass seine Lebenspartnerin, H._____, nicht zum Vorbehalt einvernommen worden und von der Vorinstanz nicht begründet worden sei, weshalb auf die Einvernahme verzichtet worden sei (Urk. 149 S. 31). Er macht indessen namentlich nicht geltend, dass H._____ an der Besprechung ca. am 14. April 2016 im Volkshaus, als er gemäss seiner Dar-

stellung den Vorbehalt mündlich mit der Beklagten besprochen und ihn ihr in schriftlicher Form übergeben habe (Urk. 150 S. 20), zugegen gewesen sei, und davon ist auch nicht auszugehen. H._____ könnte somit insoweit ohnehin höchstens vom Hörensagen berichten, indem sie wiedergeben würde, was der Kläger ihr zu diesem Thema vermittelt hätte. Dies taugt nicht als selbständiger Beweis (BGer 4A_279/2020 vom 23. Februar 2021, E. 6.8.) und könnte auch nicht beweisbildend sein, weil der Kläger zum Thema persönlich befragt wurde. Dass H._____ aussagen könnte, sie habe den schriftlichen Vorbehalt, wie er in Urk. 4/2 enthalten ist, vor dem 14. April 2016 mit dem Computer erstellt (vgl. dazu die Benennung von H._____ als Zeugin in Urk. 38 S. 17 Rz. 21), wäre für das Verfahren unerheblich, denn damit wäre nicht nachgewiesen, dass er der Beklagten vor dem oder am 14. April 2016 zur Kenntnis gelangte. Die Vorinstanz hat daher zu Recht auf die Einvernahme von H._____ verzichtet, wenngleich es angezeigt gewesen wäre, den Grund dafür anzugeben. Daraus kann der Kläger allerdings nichts zu seinen Gunsten ableiten. Zwar ist der Anspruch auf rechtliches Gehör eine formelle Verfassungsgarantie, deren Verletzung grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung führt, und zwar unabhängig von den Erfolgsaussichten des Rechtsmittels. Ihm kommt jedoch kein Selbstzweck zu. Vielmehr stellt er ein Mittel dar um zu verhindern, dass ein Gerichtsverfahren zu einem fehlerhaften Urteil führt, weil das Recht der Parteien auf Teilnahme am Verfahren, insbesondere an der Beweisaufnahme, verletzt wird. Wenn nicht ersichtlich ist, welchen Einfluss die Verletzung des rechtlichen Gehörs auf das Verfahren hatte, besteht kein Anlass, den angefochtenen Entscheidung aufzuheben (BGE 143 IV 380 E. 1.4.1 m.w.H.; BGer 5A_120/2019 vom 21. August 2019, E. 2.3 m.w.H.). Letzteres ist vorliegend der Fall.

Der Kläger ist ferner der Ansicht, die von ihm in der Berufungsschrift angeführte Aussage des Architekten E._____, dessen erste Aufgabe sei die Erstellung einer Kostenübersicht über die zu erledigenden Arbeiten gewesen, wobei klarerweise auch über die Vergütung gesprochen worden sei und es geheissen habe, diesbezüglich bestünden keine Probleme, die Parteien würden dies zusammen regeln, würde auf den genannten Vorbehalt hindeuten (Urk. 149 S. 32 mit Verweis auf Prot. I S. 129). Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Nur schon vor

dem Hintergrund, dass der Kläger selber behauptete, es sei zu Projektänderungen resp. zu zahlreichen Sonder- und Zusatzwünschen der Beklagten gekommen, die zu Mehrkosten geführt hätten (vgl. dazu Urk. 150 S. 26 ff.), ist nicht ersichtlich, was die Aussage E.____s, die Parteien würden die Vergütung zusammen regeln, mit dem vom Kläger geltend gemachten Vorbehalt zu tun hat. Abgesehen davon macht der Kläger nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich, dass er den Architekten E.____ zu diesem Thema als Zeugen offeriert hätte.

Unter diesen Umständen bleibt es dabei, dass die Parteien mit der Auftragsbestätigung vom 14. April 2016 einen Werkvertrag zur Ausführung der in der Kostenübersicht aufgeführten Bauarbeiten zu einem Pauschalpreis von Fr. 450'500.– schlossen (vgl. Urk. 150 S. 22 und vorne unter E. IV.2.1.1. ff.).

2.2.2. Ferner moniert der Kläger, dass die einzelnen, über die vereinbarte Pauschale hinausgehenden Arbeiten von ihm dargelegt worden seien, was die Vorinstanz nur rudimentär und unzutreffend gewürdigt habe (Urk. 149 S. 29). Aus seiner Bezugnahme auf Ziffer IV.B.3.5.2. f. des vorinstanzlichen Urteils ergibt sich, dass er sich dabei auf die Erwägung der Vorinstanz bezieht, dass der Kläger nicht dargelegt habe, inwiefern sich die vorgenommene Renovation der Garten- und der Obergeschosswohnung von seinem Projekt der sanften Renovation unterscheide und er ebenso wenig erläutere habe, inwiefern die Erstellung einer eigenständigen Wohnung im Dachgeschoss mit der von ihm offerierten Renovation desselben in Konkurrenz stehe (Urk. 150 S. 27). Damit und mit den weiteren Erwägungen der Vorinstanz zu diesem Thema setzt er sich indes nicht auseinander. Insbesondere legt er nicht dar, weshalb die Vorinstanz aus der Auflistung von Arbeiten, die in seinem alten Projekt nicht enthalten gewesen seien, sondern nur im neuen (Urk. 149 S. 29 mit Verweis auf Urk. 38 S. 18 ff. Rz. 23), hätte schliessen müssen, dass es sich nunmehr um ein grundlegend neues Projekt des Architekten E.____ gehandelt habe, welches mit der von ihm offerierten Renovation in Konkurrenz gestanden sei. Der Kläger genügt daher insoweit seinen Rügeobligationen nicht (dazu vorne unter E. II.2.1.), weshalb auf seine diesbezügliche Kritik nicht weiter einzugehen ist.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Klage betreffend Werklohn gestützt auf eine vertragliche Vereinbarung gemäss den Erwägungen der Vorinstanz abzuweisen war, da es an der ausreichenden Substantiierung der vertraglich vereinbarten Leistungen sowie der bis zum Baustopp im März 2017 erbrachten Leistungen fehle und sie auch abzuweisen gewesen wäre, wenn nicht von einer Pauschalpreisabrede auszugehen wäre, und zwar weil es hinsichtlich des getätigten Aufwands des Klägers an einem substantiierten Parteivortrag seinerseits mangle (Urk. 150 S. 42 und S. 58 f.). Damit setzt der Kläger sich in der Berufungsschrift nicht auseinander. Unter den gegebenen Umständen kann der Berufung mit Bezug auf eine sich auf vertragliche Vereinbarungen stützende Werklohnforderung kein Erfolg beschieden sein.

2.2.3. Mit Bezug auf die Erwägungen der Vorinstanz zur Frage der Anerkennung der Werklohnforderung durch die Beklagte mit Mailnachricht vom 14. Februar 2017 macht der Kläger geltend, dass die Vorinstanz dies zu Unrecht verneint habe. In diesem Zusammenhang beruft er sich auf BGer 4C.422/1999 vom 17. Oktober 2000, E. 4b, wo das Bundesgericht die Formulierung "Nach Abzug Ihrer Rechnung 40002092 in Höhe von SFR 93.045,00 verbleibt ein Zahlbetrag in Höhe von Sfr. 56.995,00" als Schuldanererkennung qualifiziert habe (Urk. 149 S. 13), BGer 4A_8/2020 vom 9. April 2020 und BGE 136 III 627 E. 2.

Mit seinen Ausführungen stellt der Kläger indes lediglich seine eigene Sicht der Dinge dar, ohne auf die diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz einzugehen. Insbesondere erklärt er nicht, aus welchem Grund die Vorinstanz (seines Erachtens) zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass die Erklärung der Beklagten nicht ihn als Adressaten hatte, sondern die finanzierende Bank, und überdies (lediglich) eine Mitteilung an diese darstelle, dem Kläger einen Akontobetrag auszuzahlen, womit von vornherein keine Schuldanererkennung gegenüber dem Unternehmer bewirkt werden könne (Urk. 150 S. 45 f.). Vielmehr erklärt er in diesem Zusammenhang einzig, es sei nicht ersichtlich, weshalb die Beklagte die Mail-Nachricht vom 14. Februar 2017 ihm hätte zustellen sollen, wenn sie nicht mit dieser Mitteilung eine abstrakte Schuldanererkennung hätte abgeben wollen; mithin habe die Beklagte vorliegend den Anerkennungswillen durch die Zustellung an ihn gehabt

(Urk. 149 S. 15). Das stellt keine rechtsgenügende Auseinandersetzung mit den Erwägungen der Vorinstanz dar. Eine solche hätte sich im vorliegenden Fall noch umso mehr aufgedrängt, weil bei allen drei vom Kläger zitierten Bundesgerichtsentscheiden die Erklärung des (behaupteten) Schuldners gegenüber dem (behaupteten) Gläubiger erfolgte, während vorliegend die Erklärung der Beklagten nach Ansicht der Vorinstanz gerade nicht gegenüber dem Kläger kundgetan wurde, sondern gegenüber der finanzierenden Bank resp. der D. _____ AG; daraus zog die Vorinstanz den Schluss, dass a priori keine Schuldanerkennung vorliege, selbst wenn der Unternehmer – vorliegend der Kläger – von der Zahlungsfreigabe Kenntnis erhalte (Urk. 150 S. 45 f.). Im Übrigen ist die Sichtweise der Vorinstanz auch nicht zu beanstanden. Dass nicht der Kläger Adressat des Inhalts der ersten der beiden von der Beklagten versandten E-Mails vom 14. Februar 2017 war, sondern G. _____ von der D. _____ AG, wird vom Kläger – zu Recht – nicht in Abrede gestellt. Ebenso wenig stellt er in Frage, dass mit dem Inhalt dieser E-Mail an G. _____ von der D. _____ AG vom 14. Februar 2017 eine Akontozahlung ausgelöst werden sollte – soweit er dies in seiner Stellungnahme zur Berufungsantwort noch tun möchte, ist er damit verspätet und nicht zu hören (vgl. Urk. 160 S. 5 Rz. 13 und vorne unter E. II.2.3.). Er möchte aber daraus, dass er die E-Mail an G. _____ von der D. _____ AG – "fast gleiche Zeit" – von der Beklagten mit einer zweiten E-Mail (kommentarlos) weitergeleitet erhielt, eine Erklärung an ihn im Sinne einer Schuldanerkennung ableiten (Urk. 149 S. 19 und S. 23; vgl. dazu auch Urk. 149 S. 21). Diese Argumentation geht fehl, denn die Weiterleitung ändert nichts daran, dass G. _____ von der D. _____ AG Adressat des Mail-Inhalts war. Daran ändert sich auch unter Anwendung des Vertrauensprinzips, das vom Kläger in seiner Stellungnahme zur Berufungsantwort angesprochen wird (Urk. 160 S. 5 Rz. 12), nichts, denn nach dem Wortlaut und Zusammenhang und den gesamten Umständen durfte und musste der Kläger die Weiterleitung einzig im Sinne einer Orientierung über die E-Mail an G. _____ von der D. _____ AG verstehen. Damit ist auch der Argumentation des Klägers in der Klageschrift, die Beklagte habe ihm gegenüber mit der E-Mail hinsichtlich der Rechnungen vom 15. und 23. November 2016, 6. Dezember 2016 und 18. Dezember 2017 im Gesamtbetrag von Fr. 122'475.– ausdrücklich bestätigt, dass alle

aufgeführten Arbeiten mängelfrei ausgeführt worden seien, auf die er sich in der Berufungsschrift beruft (Urk. 149 S. 22 mit Verweis auf Urk. 2 S. 17 Rz. 20), die Grundlage entzogen, weshalb Weiterungen dazu unterbleiben können. Da die Vorinstanz im Zusammenhang mit der Prüfung der Frage, ob die E-Mail vom 14. Februar 2017 eine Schuldanerkennung beinhalte, vor dem vorstehend aufgezeigten Hintergrund zu Recht festhielt, es sei beweisrechtlich nichts vorzukehren (Urk. 150 S. 46), gehen ferner die Ausführungen des Klägers zur Umkehr der Beweislast (Urk. 149 S. 14), zur Beweisofferte der Beklagten zur behaupteten Schuldanerkennung (Urk. 149 S. 16) und zu übersetzten Anforderungen an das Beweismass in diesem Zusammenhang (insb. Urk. 149 S. 23) fehl. Vor dem aufgezeigten Hintergrund ist zudem darauf hinzuweisen, dass die vom Kläger angesprochene Aussage von Architekt E. _____ (Urk. 149 S. 16 Rz. 18, letzter Absatz, mit Verweis auf Urk. 150 S. 46) von der Vorinstanz lediglich im Sinne eines "obiter dictum" erwähnt wurde. Weiter kann unter den gegebenen Umständen eine Auseinandersetzung mit den klägerischen Ausführungen zur abstrakten und kausalen Natur von Schuldanerkennungen (Urk. 149 S. 13 ff.) unterbleiben. Damit bleibt es dabei, dass die E-Mail vom 14. Februar 2017 *nicht* als Schuldanerkennung zu qualifizieren ist und der Kläger daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten kann.

2.2.4. Der Kläger rügt sodann, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass Architekt E. _____ nicht mit Anerkennungskompetenz für die Beklagte ausgestattet, sondern lediglich zur Rechnungskontrolle und -weiterleitung befugt gewesen sei (Urk. 149 S. 16 mit Verweis auf Urk. 150 S. 34; Urk. 149 S. 22). Vielmehr habe Architekt E. _____ anlässlich seiner Zeugeneinvernahme seiner (des Klägers) Ansicht nach auch geäußert, dass er befugt gewesen sei, Rechnungen zu genehmigen (Urk. 149 S. 16). Diese Ausführungen beziehen sich auf die vom Kläger vor Vorinstanz aufgestellte Behauptung, die Beklagte und Architekt E. _____ hätten elf von ihm gestellte Rechnungen unterschriftlich anerkannt (vgl. dazu Urk. 150 S. 42 ff.).

Die Vorinstanz machte die Ausführungen, auf die der Kläger sich bezieht, im Zusammenhang mit den Erwägungen zur Frage, ob Architekt E. _____ im Namen der Beklagten mit dem Kläger einen Werkvertrag abgeschlossen habe (Urk. 150

S. 32 ff.). Die klägerische Argumentation zielt darauf ab, dass Architekt E. _____ befugt gewesen sein soll, die Rechnungen und Arbeiten des Klägers zu genehmigen, zu anerkennen und sodann die Zahlung in Auftrag zu geben (Urk. 149 S. 17 und S. 19). Wie es sich damit verhält, kann – wie dies auch die Vorinstanz im vorliegenden Zusammenhang getan hat (Urk. 150 S. 44) – offengelassen werden. Die Vorinstanz stellte nämlich im vorliegenden Zusammenhang darauf ab, dass es sich beim Vermerk "Rechnung/Akontogesuch kontrolliert und zur Zahlung weitergeleitet [...]", der auf den fraglichen Rechnungen des Klägers angebracht ist und unter dem Architekt E. _____ sowie die Beklagte jeweils ihre Unterschrift anbrachten, um einen *Prüfvermerk* handelt, mit dem die Rechnungen im internen Verhältnis zur Zahlung freigegeben wurden. Nach Ansicht der Vorinstanz hat ein solcher Prüfvermerk keinen Erklärungswert gegenüber dem Unternehmer und stellt er keine Anerkennung der geprüften Rechnung dar, und zwar selbst dann nicht, wenn der Besteller oder dessen Vertreter die mit dem Prüfvermerk versehene Rechnung dem Unternehmer übergibt. Anders verhalte es sich nur, wenn zwischen den Parteien konkret vereinbart worden sei, dass die Mitteilung eines positiven Prüfbescheids den Sinn einer Anerkennung habe solle, was vom Kläger aber nicht geltend gemacht werde (Urk. 150 S. 44 unter Verweis auf Gauch, *Der Werkvertrag*, 6. Auflage, 2019, Rz. 1266). Der Kläger führt in der Berufungsschrift aus, der entsprechenden Erwägung der Vorinstanz könne nicht gefolgt werden resp. diese sei falsch; es hätte das Gegenteil festgehalten werden müssen – er habe unzählige Male angeführt, dass die Genehmigung der Rechnungen gerade den Sinn einer Anerkennung gehabt habe und die Prüfbescheide seitens der Beklagten sowie seitens des Architekten E. _____ je separat diesen Sinn gehabt hätten (Urk. 149 S. 21). Er legt aber nicht dar, dass und wo er entgegen den Erwägungen der Vorinstanz im erstinstanzlichen Verfahren dargetan habe, *zwischen den Parteien sei vereinbart worden*, dass die Mitteilung eines positiven Prüfbescheids den Sinn einer Anerkennung habe. Behauptungen zu einer entsprechenden Vereinbarung der Parteien sind ferner auch den vom Kläger im vorliegenden Zusammenhang in der Berufungsschrift angeführten Stellen in seiner Klagebegründung (Urk. 2 S. 27 Rz. 35, S. 28 Rz. 36, S. 37 Rz. 43 und S. 38 Rz. 44; vgl. Urk. 149 S. 20 f. Rz. 24) nicht zu entnehmen. Damit hat es dabei zu

bleiben, dass es sich um Prüfvermerke im internen Verhältnis ohne Erklärungswert gegenüber dem Kläger handelt und ist insoweit unerheblich, ob Architekt E._____ die Befugnis hatte, Rechnungen zu genehmigen. Vor diesem Hintergrund kann ferner die vom Kläger beantragte nochmalige Befragung des Architekten E._____ (Urk. 149 S. 19) unterbleiben. Ebenfalls nicht weiter einzugehen ist unter den gegebenen Umständen auf die Frage, ob die Aussagen von Architekt E._____ im Rahmen seiner Zeugenaussage vor Vorinstanz korrekt protokolliert wurden (Urk. 149 S. 16; zur Protokollberichtigung vgl. im Übrigen die Ausführungen unter E. III.1.1. f.).

2.2.5. Mit Bezug auf seine erstinstanzlich vorgebrachte Eventualbegründung macht der Kläger in der Berufungsschrift geltend, dass die Vorinstanz gestützt auf die Mail-Nachricht vom 14. Februar 2017 zufolge Anerkennung einer Werklohnforderung zumindest hätte festhalten müssen, dass ein Anspruch von mindestens Fr. 100'000.– bestehe (Urk. 149 S. 24 i.V.m. S. 23) resp. dass die Parteien sich auf eine Pauschalzahlung von mindestens Fr. 100'000.– geeinigt hätten (Urk. 149 S. 24). Die Eventualbegründung des Klägers basiert indes nach dessen Argumentation in der Berufungsbegründung auf der genannten E-Mail resp. darauf, dass die Beklagte damit eine Schuld anerkannt habe (Urk. 149 S. 24: "... da der Kläger ebenfalls im Eventualstandpunkt [...] angeführt hatte, dass aufgrund der Zwischenabrechnung des Architekten E._____s eine Pauschalzahlung von mindestens Fr. 130'000.00 durch die E-Mailnachricht vom 14. Februar 2017 gegenüber der D._____ AG bzw. gegenüber dem Kläger anerkannt worden ist..."). Dass mit der Mail-Nachricht vom 14. Februar 2017 eine Schuldanerkennung gegenüber dem Kläger erfolgt wäre, wurde unter E. IV.2.2.3. widerlegt. Auch die vom Kläger in diesem Zusammenhang vorgebrachten Ergänzungen, zudem habe der Architekt auch diese Zahlung in Auftrag gegeben (Urk. 149 S. 24 a.E.), verfängt nicht, denn Zahlungsanweisungen an die finanzierende Bank – resp. hier an die D._____ AG – stellen nach dem unter E. IV.2.3.3. Dargelegten keine Schuldanerkennung gegenüber dem Kläger dar (so ebenso die Vorinstanz in Urk. 150 S. 53). Damit ist auch der Argumentation des Klägers betreffend Zahlungskontrolle mit der Zahlungsliste Nr. 14 des Architekten E._____ (Urk. 149 S. 26 Rz. 30) die Grundlage entzogen. Was die klägerische Argumentation angeht, die Vorinstanz hätte im

Rahmen einer zutreffenden Beweiswürdigung ohne Weiteres festhalten müssen, dass die vorliegenden Unterlagen in Zusammenhang mit den Aussagen des Parteien einzig den logischen Schluss zuliesse, dass die Beklagte anfangs noch nicht mit der Abrechnung und einer Vereinbarung über eine Pauschalzahlung von Fr. 130'000.– scheinbar einverstanden gewesen sei, sie sich in der Folge aber mit einer Vereinbarung zu einem Pauschalbetrag bzw. einer Pauschalzahlung im Rahmen einer Schuldanererkennung über den Betrag von Fr. 100'000.– habe einverstanden erklären können (Urk. 149 S. 25), legt der Kläger nicht dar, dass resp. wo Entsprechendes bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorgebracht worden wäre. Mit einem pauschalen Verweis auf Urk. 125 wird den Rügeobliegenheiten nicht Genüge getan, und der konkrete Verweis auf Urk. 125 S. 2 führt nicht weiter, weil auf der entsprechenden Seite, soweit im vorliegenden Zusammenhang relevant, lediglich der Hinweis auf die "... beiden schriftlich vorhandenen Schuldanererkennungen der Beklagten über einen Betrag von mindestens Fr. 100'000.– ..." sowie die "...Einigung der Parteien über einen Betrag von Fr. 130'000.– von Ende Januar 2017..." erfolgte (Urk. 125 S. 2 Rz. 5 a.E.). Ebenso wenig wird dargetan, dass es sich um ein zulässiges Novum handle. Damit kann die Frage, inwieweit diese Ausführungen des Klägers anlässlich der Hauptverhandlung vom 14. Dezember 2020 angesichts des grundsätzlich nach zweifachem Schriftenwechsel eingetretenen Aktenschlusses (vgl. dazu die Vorinstanz in Urk. 150 S. 10) beachtlich sind, offenbleiben. Was schliesslich die in diesem Zusammenhang vorgebrachte Rüge angeht, die Schlussfolgerungen der Vorinstanz in Urk. 150 S. 51 Ziff. IV.C.5.2.1. seien falsch (Urk. 149 S. 25 Rz. 29 a.E.), fehlt es an einer rechtsgenügenden Auseinandersetzung mit den Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 150 S. 50-55) resp. genügt der Kläger seinen Rügeobliegenheiten (dazu vorne unter E. II.2.1.) nicht. Im Ergebnis lässt sich auch aus diesen Argumenten nichts zugunsten des Klägers ableiten.

3. Herausgabebegehren Spitz-/Bohrhammer

3.1. Der Kläger verlangte zudem vor Vorinstanz von der Beklagten die Herausgabe eines Spitz-/Bohrhammers der Marke Hilti im Wert von Fr. 2'000.–, der sich

jedenfalls am 31. März 2017, als die Beklagte ihm keinen Zutritt mehr zur Liegenschaft gewährt habe, dort befunden habe. Die Beklagte bestritt, dass sich diese Maschine in ihrem Besitz befinde (Urk. 150 S. 60). Die Vorinstanz wies die Klage in diesem Punkt ab, weil der Kläger nicht den Nachweis erbracht habe, dass der Spitz-/Bohrhammer sich im Besitz der Beklagten befinde (Urk. 150 S. 61 f.).

3.2. Der Kläger ist zusammengefasst der Ansicht, dass die Vorinstanz aufgrund der übereinstimmenden Aussagen der Zeugen I. _____ und J. _____, aufgrund seiner eigenen Aussagen sowie aufgrund des unbestrittenen Eigentums des Klägers (zumindest) Besitz der Beklagten am Spitz-/Bohrhammer hätte annehmen und dessen Herausgabe an ihn hätte anordnen müssen (Urk. 149 S. 28). Soweit der Kläger davon ausgeht, dass die Vorinstanz angenommen habe, dass die Beklagte sein Eigentum am fraglichen Gerät bestreite (Urk. 149 S. 27 Rz. 32, 2. Absatz), unterliegt er offensichtlich einem Irrtum. Die Vorinstanz hielt fest, es scheine unbestritten zu sein, dass dieses in seinem Eigentum stehe. Allerdings stelle die Beklagte in Abrede, dass es sich in ihrem Besitz befinde (Urk. 150 S. 60 f.).

3.3. Für eine Gutheissung des diesbezüglichen klägerischen Begehrens müsste der Spitz-/Bohrhammer der Marke Hilti nach wie vor im Besitz der Beklagten sein. Mit der vom Kläger in der Berufungsschrift angeführten Zeugenaussage I. _____ ist dies, wie die Vorinstanz zutreffend erwog, nicht erstellt. Gemäss dessen Aussagen war der Spitz-/Bohrhammer bei der Liegenschaft der Beklagten im Einsatz und sah er die fragliche Maschine ein paar Wochen nach dem Baustopp bei der Beklagten, als er Gegenstände habe abholen wollen. Diese habe die fragliche Maschine und andere Gegenstände wieder in ihr Haus genommen und abgeschlossen (Prot. I S. 110 f.). Diese Aussage steht in Einklang mit der Aussage des Klägers (Prot. I S. 70). Der Baustopp erfolgte im März 2017. Somit ist die Aussage des Zeugen I. _____ so zu verstehen, dass der Spitz-/Bohrhammer sich ein paar Wochen nach März 2017 noch bei der Beklagten befunden habe. Was anschliessend mit der Maschine geschah, ist auch mit der Aussage des Zeugen I. _____ und ebenso mit der Aussage des Zeugen J. _____ (Prot. I S. 117 ff., insb. S. 120) sowie mit den Aussagen der Parteien (Prot. I S. 70 f.; Prot. I S. 91 f.) offen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Beklagte auf die

Frage, ob sie der Meinung sei, dass kein Spitz-/Bohrhammer der Marke Hilti mehr in ihrem Besitz sei, entgegen der Behauptung des Klägers nicht anführte, sie *könnte* etwas übersehen haben (so der Kläger in Urk. 149 S. 28), sondern sie *müsste* etwas übersehen haben. Diese beiden Wendungen können im Kontext der gesamten Aussagen der Beklagten zu diesem Thema nicht gleichgesetzt werden, zumal diese ferner erklärte, sie habe ihr Haus wirklich "durchpflügt" und drei Geräte – einen Betonmischer, einen Kärcher und eine Kiste, welche mit 'Milwaukee' angeschrieben sei – in ihrem Besitz; andere Geräte habe sie nicht. Zudem führte sie aus, dass zwischenzeitlich jemand vorbeigekommen sei und Sachen aus der Liegenschaft abgeholt habe, wobei sie nicht wisse, was damals mitgenommen worden sei, weil sie zu diesem Zeitpunkt nicht zuhause gewesen sei (Prot. I S. 91 f.). Dass in einem späteren Zeitpunkt Gegenstände abgeholt wurden, sagte auch der Kläger aus (Prot. I S. 70).

3.4. Für die Gutheissung des Herausgabebegehrens genügt aber nach dem Dargelegten ohnehin selbst eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass der Spitz-/Bohrhammer sich nach wie vor im Besitz der Beklagten befindet, nicht; dies müsste, da die Beklagte den Besitz des fraglichen Geräts bestritt, entgegen der Ansicht des Klägers (Urk. 149 S. 28) erstellt sein. Die Vorinstanz ist vor dem aufgezeigten Hintergrund zutreffend davon ausgegangen, dass dies nicht der Fall ist. Demzufolge hat die Vorinstanz das Herausgabebegehren betreffend den Spitz-/Bohrhammer der Marke Hilti zu Recht abgewiesen.

4. Fazit

Sowohl hinsichtlich der Anträge zur Werklohnforderung als auch hinsichtlich der Anträge zur Herausgabe des Spitz-/Bohrhammers ist die Berufung abzuweisen. Entsprechend ist Dispositivziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen, Abteilung, vom 31. Mai 2022 zu bestätigen.

V. Unentgeltliche Rechtspflege

1. Der Kläger beantragt für das Berufungsverfahren die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Bestellung von Rechtsanwalt MLaw X. _____ als unentgeltlichen Rechtsbeistand (Urk. 149 S. 3 und S. 34 ff.; Urk. 160 S. 3). Die Beklagte beantragt in der Berufungsantwortschrift die Abweisung des klägerischen Antrags (Urk. 158 S. 2 und S. 13 f.).

2. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Sofern es zur Wahrung der Rechte notwendig ist, umfasst die unentgeltliche Rechtspflege auch die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Als bedürftig gilt eine Person, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind. Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation der gesuchstellenden Partei im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs (BGE 141 III 369 E. 4.1; BGE 135 I 221 E. 5.1; BGE 128 I 225 E. 2.5.1). Dazu gehören nicht nur die Einkommens-, sondern auch die Vermögensverhältnisse (BGE 124 I 97 E. 3b m.w.H.; vgl. auch Art. 119 Abs. 2 ZPO). Aussichtslosigkeit eines Begehrens liegt vor, wenn dessen Gewinnaussichten beträchtlich geringer erscheinen als die Verlustgefahren und dieses deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden kann. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese (BGE 125 II 265 E. 4.b). Massgebend ist, ob eine nicht bedürftige Partei sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund der Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs (BGE 138 III 217 E. 2.2.4 m.w.H.).

3. Wie vorstehende Erwägungen aufzeigen, waren die Berufungsanträge des Klägers von Anfang an aussichtslos. Dies gilt einerseits für die umfangreichen prozessualen Rügen des Klägers. Soweit sie nicht in Widerspruch zu den gesetzlichen Grundlagen resp. zur gefestigten Praxis des Bundesgerichts stehen, erwei-

sen sie sich als ungenügend begründet. Dasselbe gilt für dessen materiellrechtliche Kritik am vorinstanzlichen Entscheid. Der Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung von Rechtsanwalt MLaw X. _____ als unentgeltlichen Rechtsbeistand ist daher abzuweisen. Die Frage, ob der Kläger prozessual bedürftig ist, kann unter diesen Umständen offenbleiben.

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Höhe der von der Vorinstanz veranschlagten Gerichtskosten (Dispositivziffer 4) sowie der von ihr festgelegten Parteientschädigung (Dispositivziffer 7) wird vom Kläger nicht gerügt, weshalb es damit sein Bewenden hat. Dass die Vorinstanz das (kaum ins Gewicht fallende) Obsiegen des Klägers hinsichtlich Herausgabe des Kärcher Hochdruckreinigers bei der Kostenverteilung vernachlässigte (Urk. 150 S. 64), ist – entgegen dem Kläger (Urk. 149 S. 3 f.) – nicht zu beanstanden. Da der Kläger mit seiner Berufung vollumfänglich unterliegt, sind der vorinstanzliche Entscheid über die Verteilung der Prozesskosten (Dispositivziffern 5, 7 und 8, soweit die Vorinstanz mit letztgenannter Dispositivziffer entschied, dass die Entschädigungsforderung gegenüber dem Kläger im Umfang von Fr. 23'900.– auf den Staat übergeht [2. Satz]) sowie derjenige über die Rückerstattung des Vorschusses für die Kosten der Beweiserhebung an die Beklagte (Dispositivziffer 6) zu bestätigen.

2.1. Da der Kläger gemäss seinem Hauptantrag die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung verlangt (Urk. 149 S. 2, Berufungsantrag Ziff. 1), die Auseinandersetzung über die Darlehensforderung mit einem Streitwert von Fr. 10'000.– sowie den Kärcher Hochdruckreiniger im Wert von Fr. 800.– indes auszuklammern ist (dazu vorne unter E. II.1.; zum Streitwert der Darlehensforderung vgl. Urk. 150 S. 3, zum Wert des Kärcher Hochdruckreinigers vgl. Urk. 150 S. 60), ist im Berufungsverfahren von einem Streitwert von Fr. 177'125.– (Fr. 175'125.– zuzüglich Fr. 2'000.– für den Spitz-/Bohrhammer [Urk. 150 S. 60]) auszugehen. Die Entscheidegebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG

auf Fr. 11'800.– festzusetzen und dem vollumfänglich unterliegenden Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2.2. Da der Kläger mit seiner Berufung vollumfänglich unterliegt, ist er ferner in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV zu verpflichten, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 6'500.– exklusive Mehrwertsteuer resp. Fr. 7'000.50 inklusive Mehrwertsteuer von 7,7 % (die Leistungen wurden vor dem 1. Januar 2024 erbracht) zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Dispositivziffern 1, 2, 8, soweit damit von der Auszahlung der Entschädigung an den Rechtsvertreter der Beklagten im Betrag von Fr. 23'900.– Vormerk genommen wurde [1. Satz], und 9 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen, Abteilung, vom 31. Mai 2022 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung von Rechtsanwalt MLaw X._____ als unentgeltlichen Rechtsbeistand des Klägers wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.
4. Eine **Beschwerde** gegen Dispositivziffer 2 dieses Entscheids 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).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichts Meilen, Abteilung, vom 31. Mai 2022 wird, soweit es nicht bereits in Rechtskraft erwachsen ist, bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 11'800.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 7'000.50 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von Urk. 160, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 177'125.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 8. März 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Huizinga

Dr. Chr. Arnold

versandt am:
st