

# **AG\_ZIVILGERICHT ZOR.2024.28 vom 22. August 2024**

Ag Zivilgericht, 2024-08-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag\\_zivilgericht\\_ZOR.2024.28](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_zivilgericht_ZOR.2024.28)

FR: AG\_ZIVILGERICHT ZOR.2024.28 du 22 août 2024

IT: AG\_ZIVILGERICHT ZOR.2024.28 del 22 agosto 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

In teilweiser Gutheissung der Berufung des Beklagten wird der Entscheid des Bezirksgerichts Lenzburg, Zivilgericht, vom 2. März 2023 (OZ.2019.13) insoweit aufgehoben, als damit die Klage im Umfang von Fr. 650.00 (Bestellung und Installation eines Boiler-Provisoriums) gutgeheissen und das Grundbuchamt Wohlen diesbezüglich angewiesen wurde, ein entsprechendes Bauhandwerkerpfandrecht auf der Grundstück-Nr. aaa GB Q. \_\_\_\_\_ ([...]) definitiv einzutragen. Die Streitsache wird im Umfang von Fr. 650.00 (Bestellung und Installation eines Boiler-Provisoriums) im Sinne der Erwägungen zur Weiterführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.

### **E. 1.2**

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen. 2.

## **E. 2**

Das Grundbuchamt Wohlen wird angewiesen, die definitiven Eintragungen gemäss Dispositiv-Ziff. 1 vorzunehmen und die Pfandrechte im weiteren Umfange zu löschen.

### **E. 2.1**

Die obergerichtlichen Entscheidgebühren wird auf Fr. 3'290.00 festgesetzt.

#### **E. 2.1.1**

Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung zu begründen. Eine Nachreichung der Begründung nach Ablauf der Rechtsmittelfrist ist unzulässig. Selbst ein zweiter Schriftenwechsel, auf dessen Durchführung kein absoluter Anspruch besteht, gestattet nicht, die Berufungsschrift nachzubessern oder gar zu ergänzen. Dasselbe gilt erst recht für die Ausübung des sogenannten Replikrechts, bei welchem es von vornherein nur darum geht, zu in die Akten des Verfahrens aufgenommenen Eingaben Stellung nehmen zu können. Ein – sich im Rahmen des Streitgegenstands bewegendes – neues juristisches Argument kann gegebenenfalls vorgetragen werden, wenn der Prozessgegner zulässigerweise neue Tatsachen oder Beweismittel in das Berufungsverfahren eingebracht hat. Ansonsten kommt eine Nachbesserung nur bei behebbaren formalen Mängeln wie der fehlenden Unterschrift infrage (Art. 132 Abs. 1 ZPO). Sie erlaubt aber niemals die inhaltliche Ergänzung einer Eingabe (Urteil des Bundesgerichts 5A\_7/2021 vom 2. September 2021 E. 2.2). In seinen Ausführungen hat sich der Berufungskläger mit der Begründung im erstinstanzlichen Entscheid im Einzelnen und sachbezogen auseinandersetzen (REETZ/THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO-Kommentar], 3. Aufl. 2016, N. 36 zu Art. 311 ZPO). Begründen bedeutet aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Hierfür muss die Berufung hinreichend klar abgefasst sein, was

insbesondere eine genaue Bezeichnung der beanstandeten Passagen sowie der Aktenstücke,

- 6 - auf welche sich die Kritik stützt, bedingt (BGE 141 III 569 E. 2.3.3, 138 III 374 E. 4.3.1, Urteil des Bundesgerichts 5A\_466/2016 vom 12. April 2017 E. 2.3). Allgemeine Kritik am vorinstanzlichen Entscheid genügt nicht (BGE 141 III 569 E. 2.3.3, 138 III 374 E. 4.3.1, Urteile des Bundesgerichts 5A\_466/2016 vom 12. April 2017 E. 2.3 und 4A\_651/2012 vom 7. Februar 2013 E. 4.2; SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, N. 896; HURNI, Der Rechtsmittelprozess der ZPO, ZBJV 2020, S. 76). Auch mit blossen Wiederholungen der eigenen Vorbringen vor erster Instanz, die von dieser bereits abgehandelt wurden, wird dem Begründungserfordernis nicht Genüge getan (BGE 141 III 569 E. 2.3.3, 138 III 374 E. 4.3.1, Urteile des Bundesgerichts 5A\_466/2016 vom 12. April 2017 E. 2.3, 4A\_651/2012 vom 7. Februar 2013 E. 4.2; REETZ/THEILER, a.a.O., N. 36 zu Art. 311 ZPO; HUNGER-BÜHLER/BUCHER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 31 zu Art. 311 ZPO; SEILER, a.a.O., N. 896; HURNI, a.a.O., S. 75 f.). Der Berufungskläger hat dem angefochtenen Entscheid vielmehr eine Gegenargumentation entgegenzustellen (HURNI, a.a.O., S. 74 und 75 ff.). Die Begründungspflicht nach Art. 311 Abs. 1 ZPO ist vor dem Hintergrund zu verstehen, dass mit der Berufung ein eigenständiger Kontrollprozess in Gang gesetzt wird. Die Partei stellt die Behauptung auf, der angefochtene Entscheid leide an Mängeln, müsse auf diese hin kontrolliert und bei ausgewiesener Unrichtigkeit durch einen besseren Entscheid ersetzt werden. Diese Behauptung muss sie begründen, indem sie die Rügen im Einzelnen expliziert und auf genau bezeichnete Erwägungen im angefochtenen Entscheid bezieht. Beurteilungsgegenstand ist nicht mehr primär, ob die erstinstanzlich gestellten Begehren gestützt auf den angeführten Lebenssachverhalt begründet sind, sondern ob die gegen den angefochtenen Entscheid formulierten Beanstandungen zutreffen. Die Begründung der Berufung muss sich begriffsnotwendig auf den angefochtenen Entscheid beziehen. Sie muss hinreichend genau und eindeutig sein, damit die Berufungsinstanz sie mühelos verstehen kann. Dies setzt voraus, dass die Partei im Einzelnen die erstinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die sie anfechtet, und die Aktenstücke nennt, auf denen ihre Kritik beruht (Urteil des Bundesgerichts 4A\_390/2023 vom 22. November 2023 E. 4 m.w.N.). Zwar wendet die Rechtsmittelinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und verfügt über freie Kognition in Tatfragen (BGE 144 III 394 E. 4.1.4). Sofern die rechtlichen Mängel aber nicht geradezu offensichtlich sind, beurteilt die Rechtsmittelinstanz nur die vorgebrachten Rügen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_390/2023 vom 22. November 2023 E. 7 m.w.N.). Die Rechtsmittelinstanz ist daher nicht gehalten, von sich aus alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen (BGE 144 III 394 E. 4.1.4, 142 III 413 E. 2.2.4). Sie ist inhaltlich aber weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen

- 7 - vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden. Sie kann deshalb die Berufung auch mit einer anderen Begründung gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_397/2016 vom 30. November 2016 E. 3.1).

### **E. 2.1.2**

Soweit der Beklagte in seiner unaufgeforderten Stellungnahme zur Berufungsantwort der Klägerin vom 5. Juli 2024 neue Beanstandungen am angefochtenen Entscheid vorbringt, kann darauf mangels rechtzeitiger Rüge nicht weiter eingegangen werden. Vielmehr handelt

es sich dabei um eine nach Ablauf der Berufungsfrist – und damit verspätet – eingereichte Nachbesserung seiner Berufung, die unzulässig ist.

### **E. 2.2**

Die zweitinstanzliche Parteientschädigung der Klägerin wird auf Fr. 4'072.50 festgesetzt. 3. Über die Verlegung der obergerichtlichen Prozesskosten gemäss vorstehender Dispositivziffer 2 hat die Vorinstanz im neuen Entscheid zu befinden. Zustellung an: [...] Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG): Gegen selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide kann innert 30 Tagen, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen min-

- 22 - destens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 93, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG). Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG). Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG). Der Streitwert des kantonalen Verfahrens liegt über Fr. 30'000.00. Aarau, 22. August 2024 Obergericht des Kantons Aargau Zivilgericht, 1. Kammer Der Vizepräsident: Die Gerichtsschreiberin: Holliger Donau

### **E. 2.3**

Das Obergericht kann ohne Verhandlung aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO). 3. Vorab ist der Gegenstand des Berufungsverfahrens zu ermitteln. Die Parteien haben gestützt auf zwei klägerische Offerten (Klagebeilagen 5 f.) zwei Werkverträge HLKK-Anlagen (HLKK = Heizungs-, Lüftungs-, Klima- und Kältetechnik) und Sanitäranlagen (Klagebeilagen 7 f.; Duplikbeilagen 1 f.) geschlossen und darin jeweils unter Art. 2, Ziff. 2.7, die SIA-Norm 118 für anwendbar erklärt, die offenkundig i.S.v. Art. 151 ZPO ist (GRONER, Beweisrecht, Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, 2011, S. 19 f.; LEU, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 6 zu Art. 151 ZPO). Betreffend den Werkvertrag HLKK-Anlagen wurde der Klägerin im vorinstanzlichen Entscheid ein Pauschalpreis von Fr. 99'000.00 zugestanden, wovon der Beklagte bereits Fr. 94'000.00 bezahlt hat. Weiter wurden vom klägerischen Werklohnanspruch Fr. 3'870.00 wegen der

nicht ausgeführten Isolation der Leitungen und Fr. 3'116.00 wegen Mängeln am Werk abgezogen. Insoweit wurde der vorinstanzliche Entscheid nicht angefochten. Umstritten bzw. gerügt ist, ob zum klägerischen Werklohnanspruch Fr. 9'737.50 wegen Zusatzleistungen / Regiearbeiten hinzuzurechnen sind und ob Abzüge wegen weiterer Mängel vorzunehmen sind.

- 8 - Hinsichtlich des Werkvertrags Sanitäranlagen wurde der Klägerin im vorinstanzlichen Entscheid ein Pauschalpreis von Fr. 32'000.00 zugestanden, wovon der Beklagte bereits Fr. 6'000.00 bezahlt hat. Weiter wurden vom klägerischen Werklohn Fr. 1'938.00 wegen der nicht ausgeführten Isolation der Leitungen sowie Fr. 6'156.05 wegen Mängeln am Werk abgezogen. Insoweit wurde der vorinstanzliche Entscheid nicht angefochten. Umstritten bzw. gerügt ist, ob zum klägerischen Werklohnanspruch Fr. 7'674.75 wegen Zusatzleistungen / Regiearbeiten hinzuzurechnen sind und ob Abzüge wegen weiterer Mängel vorzunehmen sind. 4. [Mehraufwendungen]

#### **E. 2.4**

Mit Verfügung vom 5. Mai 2021 wurde bei C.\_\_\_\_\_, Haustechnikberater, ein Gutachten in Auftrag gegeben, das am 20. Dezember 2021 erstattet wurde.

- 3 -

#### **E. 2.5**

Mit Eingaben vom 14. Februar 2022 (Beklagter) und vom 7. März 2022 (Klägerin) nahmen die Parteien Stellung zum Gutachten.

#### **E. 2.6**

Am 21. März 2022 reichte der Beklagte eine weitere Stellungnahme ein.

#### **E. 2.7**

Am 2. März 2023 fand vor dem Bezirksgericht Lenzburg, Zivilgericht, die Hauptverhandlung statt, anlässlich derer die sachverständige Person (C.\_\_\_\_\_) und die Parteien befragt wurden. Zudem hielten die Parteien ihre Schlussvorträge.

#### **E. 2.8**

Mit Entscheid vom 2. März 2023 erkannte das Bezirksgericht Lenzburg, Zivilgericht, wie folgt: " 1.

#### **E. 3**

Im Übrigen werden die Anträge der Parteien abgewiesen.

#### **E. 3.1**

Gegen diesen ihm am 21. März 2024 zugestellten, vollständig begründeten Entscheid erhob der Beklagte am 6. Mai 2024 unter Berücksichtigung von Art. 145 Abs. 1 lit. a und Art. 142 Abs. 3 ZPO fristgerecht Berufung mit den Anträgen: " 1. Es sei der Entscheid des Bezirksgerichtes Lenzburg vom 2. März 2023 (OZ.2019.13) aufzuheben. 2. Es sei die Klage auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandes abzuweisen. Eventuell: Es sei der Entscheid des Bezirksgerichtes Lenzburg vom 2. März 2023 aufzuheben und es sei die Angelegenheit zur richtigen Feststellung des Sachverhaltes und zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Berufungsbeklagten."

### **E. 3.2**

Mit Berufungsantwort vom 24. Juni 2024 beantragte die Klägerin die kostenfällige Abweisung der Berufung, soweit auf diese eingetreten werden könne.

- 5 -

### **E. 3.3**

Am 5. Juli 2024 reichte der Beklagte eine (unaufgeforderte) Stellungnahme ein. Das Obergericht zieht in Erwägung: 1. Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um einen erstinstanzlichen Endentscheid (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Der Beklagte hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist dort teilweise unterlegen, sodass er durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist. Im Übrigen ist der für die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten erforderliche Mindeststreitwert von Fr. 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO) erreicht. Nachdem auch die Frist- und Formvorschriften von Art. 311 ZPO eingehalten sind und der Beklagte auch den Gerichtskostenvorschuss (Art. 98 ZPO) fristgerecht geleistet hat, steht einem Eintreten auf seine Berufung nichts entgegen. 2.

### **E. 4.1**

[Vorinstanz] Hinsichtlich der HLKK-Anlagen erwog die Vorinstanz, es sei zwischen den Parteien strittig, ob die Klägerin einen weiteren Vergütungsanspruch im Umfang von Fr. 9'737.50 zufolge Zusatzleistungen / Regiearbeiten betreffend die Erstellung der Gruppe Holzheizungen und Kugelhähnen am Solarspeicher habe. Zwar mache der Beklagte geltend, die Klägerin habe mit der Holzheizung nichts zu tun gehabt. Er führe in Widerspruch hierzu aber aus, die HLKK-Anlage bestehe aus einer Solaranlage und einer betriebsfertigen Öl-Brennwertzentrale sowie optional einer Holzofen-Heizung. Er führe auch aus, bereits für Solar- und Heizöl hätten zwei Kreisläufe für Wärmequellen eingebaut werden müssen. Damit habe der Beklagte bestätigt, dass die Holzheizungen zwischen den Parteien als Option diskutiert worden seien, ohne dass sie Bestandteil des Werkvertrags mit Pauschalpreis geworden wären. Es sei daher nachvollziehbar, dass die von der Klägerin behaupteten Arbeiten im Zusammenhang mit der Holzheizung in der Folge auf Bestellung des Beklagten zusätzlich erfolgt seien und damit auch zusätzlich als Regiearbeit zu entschädigen seien. Entsprechend der Parteibefragung der Klägerin sei es auch nachvollziehbar, dass für die Holzheizung mindestens ein weiterer Heizkreis eingebaut werden müssen. In Bezug auf die Kugelhähnen unterlasse es der Beklagte, die von der Klägerin eingereichten Arbeitsrapporte substantiiert zu bestreiten. Soweit sich der Beklagte darauf berufe, die Regiearbeiten seien infolge Nichteinhaltens der vertraglichen Formvorschriften nicht geschuldet, so sei dieser Einwand rechtsmissbräuchlich. Der Beklagte habe die Klägerin nämlich die entsprechenden Arbeiten auf seinem Grundstück ausführen lassen, die Leistungserfüllung der Klägerin mithin zugelassen. Die Klägerin habe daher Anspruch auf eine Zusatzvergütung in der Höhe von Fr. 9'737.50 zufolge Zusatzleistungen / Regiearbeiten HLKK (angefochtener Entscheid E. 5.2.2). Hinsichtlich der Sanitäreanlagen hätten die Parteien einen Pauschalpreis von Fr. 32'000.00 vereinbart, wovon die Klägerin betreffend die Leitungsisolierungen Fr. 1'938.00 abgezogen habe und der Beklagte Fr. 6'000.00 bereits bezahlt habe (angefochtener Entscheid E. 5.5.1). Umstritten sei, ob die Klägerin einen weiteren Vergütungsanspruch im Umfang von Fr. 7'674.75 zufolge Zusatzleistungen / Regiearbeiten betreffend Regen-

- 9 - wasserleitungen, Dusche / WC / Lavabo, PE-Leitungen sowie ein Boiler- Provisorium habe. Die Arbeiten der Klägerin bestreite der Beklagte nicht. Er habe nicht dargetan, dass diese Leistungen bereits im Pauschalpreis inbegriffen gewesen seien. Im Übrigen sei erstellt, dass der Beklagte eine rollende Planung gepflegt habe, bei der nach Abschluss des Werkvertrages Sanitäranlagen weitere Vorhaben, insb. betreffend das von den beiden Werkverträgen nicht erfasste Wohnhaus, hinzugekommen seien, die vom Beklagten selber geplant worden seien. Im Gutachten sei ausgeführt worden, dass im vorliegenden Projektplan keine Hinweise auf die Dusche, das WC und das Lavabo vorhanden seien. Es werde bezweifelt, dass ein vorhandener A3-Planausschnitt, auf dem ein solcher Nassraum zu erkennen sei, vom Fachplaner stamme. Sodann habe die Klägerin nachvollziehbar ausgeführt, dass das Boiler-Provisorium notwendig geworden sei, nachdem der Beklagte den Ölkessel demontiert habe, um Kanalisationsleitungen am Wohnhaus anzuschliessen, wobei an diesem Kessel das Warmwasser angeschlossen gewesen sei und es deswegen ohne Boiler-Provisorium kein Warmwasser im Wohnhaus gegeben hätte. Der Einwand des Beklagten hinsichtlich des Nichteinhaltens der vertraglichen Formvorschriften durch die Klägerin sei abermals rechtsmissbräuchlich. Die Klägerin habe daher Anspruch auf eine Zusatzvergütung in der Höhe von Fr. 7'674.75 zufolge Zusatzleistungen / Regiearbeiten Sanitäranlagen (an- gefochtener Entscheid E. 5.2.3).

## **E. 4.2**

[Rechtliches]

### **E. 4.2.1**

Die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts setzt im Wesentlichen die Forderung eines Bauhandwerkers oder Unternehmers für die Leistung von Arbeit und allenfalls von Material zugunsten des zu belastenden Grundstücks sowie die Wahrung der viermonatigen Eintragsfrist voraus (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und 839 Abs. 2 ZGB). Zur Wahrung der Frist genügt es, wenn der Handwerker bzw. der Unternehmer innerhalb der Frist die vorläufige Eintragung in Form einer Vormerkung im Grundbuch erwirkt (SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2022, N. 1068). Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB darf die Eintragung nur erfolgen, wenn die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist und kann nicht verlangt werden, wenn der Grundstückeigentümer für die Forderung hinreichende Sicherheit leistet. Liegt keine Anerkennung des Grundstückeigentümers vor, kann die Eintragung nur durch ein rechtskräftiges Gerichtsurteil angeordnet werden. Im ordentlichen Zivilprozess betreffend die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts hat der Unternehmer die seinem Anspruch sowie den Voraussetzungen für die Eintragung zugrunde liegenden Tatsachen nicht lediglich glaubhaft zu machen, wie im Verfahren betreffend vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (BGE 137 III 563 E. 3.3, 86 I 265 E. 3; vgl. auch

- 10 - SCHUMACHER/REY, a.a.O., N. 1529 ff.; BSK ZGB II-THURNHERR, 7. Aufl. 2023, N. 37 zu Art. 839/840 ZGB), sondern strikte zu beweisen (SCHUMACHER/REY, a.a.O., N. 1740; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht,

#### **E. 4.2.2.1**

Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (Art. 363 OR). Wurde die Vergütung zum Voraus genau bestimmt, so ist der Unternehmer verpflichtet, das Werk zu dieser Summe

fertigzustellen, und darf keine Erhöhung fordern, selbst wenn er mehr Arbeit oder grössere Auslagen gehabt hat, als vorgesehen war (Art. 373 Abs. 1 OR; Festpreis). Der Besteller hat auch dann den vollen Preis zu bezahlen, wenn die Fertigstellung des Werkes weniger Arbeit verursacht, als vorgesehen war (Art. 373 Abs. 3 OR). Bei der Festübernahme wird zwischen Pauschal-, Global- und Einheitspreis unterschieden (vgl. Art. 39 ff. SIA-Norm 118; GAUCH, Der Werkvertrag,

#### **E. 4.2.2.2**

Der Festpreis ist zwar an sich unabänderlich. Dennoch definiert er aber die geschuldete Vergütung nicht absolut: Ein Recht des Unternehmers auf Mehrvergütung kann sich etwa daraus herleiten, dass entstandene Mehrkosten auf einer nachträglichen Beststellungsänderung (vgl. auch Art. 84 ff. SIA-Norm 118) oder einem Annahmeverzug des Bestellers durch unzureichende Mitwirkung beruhen (GAUCH, a.a.O., N. 904 bzw. 930; HÜRLI-MANN, Nachtragsmanagement für Unternehmer und Bauherren, in: Schweizerische Baurechtstagung 2003, 2003, S. 84). Der wohl häufigste Grund, der zur Begründung von Mehrvergütungsansprüchen herangezogen wird, ist jener der Beststellungsänderung. Von einer Beststellungsänderung ist die Rede, wenn der vertragliche Leistungsinhalt des Werkvertrags geändert wird. Die vereinbarte Herstellungspflicht wird dabei beispielsweise in der Weise abgeändert, dass der Unternehmer zusätzliche oder zum Teil andere Arbeiten zu leisten, bestimmte Arbeiten wegzulassen oder das Werk anders als vereinbart auszuführen hat. Unterschieden werden die vereinbarte und die einseitigen Beststellungsänderung (GAUCH, a.a.O., N. 768 f.; PEER, Das Leistungsverzeichnis bei Bauwerkverträgen, 2018, N. 783 ff.). Hat eine Beststellungsänderung zur Folge, dass sich der Leistungsinhalt des Werkvertrags ändert, so fällt ein hieraus entstehender Mehraufwand aus dem Deckungsbereich des Vertrages (GAUCH, a.a.O., N. 905a). Für den entstehenden Mehraufwand, der durch die vereinbarte Pauschalvergütung nicht mehr abgegolten wird, hat der Unternehmer grundsätzlich Anspruch auf eine Mehrvergütung, die sich unter Vorbehalt einer anderen Abrede nach Art. 374 OR bemisst (nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers bzw. nach der cost plus fee-Methode [Selbstkosten zzgl. eines Zuschlags für Risiko und Gewinn]; vgl. GAUCH, a.a.O., N. 949). Dieser Anspruch besteht auch bei nur geringfügigen Beststellungsänderungen und ohne Rücksicht auf das Verhältnis zwischen Mehraufwand und vereinbartem Pauschalpreis und auch unabhängig davon, ob der Unternehmer ohnehin nach Aufwand vergütet wird oder ob der Werkvertrag mit festen Preisen abgeschlossen wurde (GAUCH, a.a.O., N. 785 und 905a; PEER, a.a.O., N. 823 f.). Anders sieht es in Fällen aus, in denen die Parteien die SIA-Norm 118 für anwendbar erklärten. Soweit sich die Parteien nicht über die Nachtragspreise einigen (Art. 89 Abs. 1

- 12 - SIA-Norm 118), ist auf die Kostengrundlage im Zeitpunkt der Beststellungsänderung abzustellen (Art. 62 SIA-Norm 118). Diese Kostengrundlage ist objektiver Natur, und es sind die allgemeinen Marktpreise zu diesem Zeitpunkt massgebend. Dabei kommt dem Gericht Ermessen zu (BGE 143 III 545 E. 4.4). Ist der Anspruch auf Mehrvergütung streitig, so liegt die Beweislast für die Anspruchsgrundlage beim Unternehmer, der die Forderung geltend macht. Insbesondere hat der Unternehmer die erfolgte Beststellungsänderung und den daraus entstandenen Mehraufwand bzw. die Kostengrundlage nachzuweisen (GAUCH, a.a.O., N. 786).

#### **E. 4.3**

[Würdigung]

### **E. 4.3.1**

[HLKK-Anlage]

#### **E. 4.3.1.1**

Der Beklagte rügt, die beiden Werkverträge hätten den Einbau, die Kombination und die Inbetriebnahme von zwei Wärmeerzeugern bzw. Wärmequellen (Solar und Heizöl) für einen Heizkreislauf (Fussbodenheizung) enthalten, wobei der bisherige Wärmeerzeuger bzw. die bisherige Heizung durch eine kombinierte Öl-Solar-Heizung ersetzt werden sollen (Berufung Rz. 4). Die "Holzofen-Heizung bzw. Holzofen-Wärmeerzeuger" sowie der entsprechende Anschluss habe lediglich eine Option dargestellt und sei nicht Bestandteil der zwei abgeschlossenen Werkverträge und auch kein Thema zwischen den Parteien gewesen. Die Klägerin habe keinen Nachweis erbracht, wonach sie damit beauftragt worden sei, Anschlüsse für die Holzofen-Heizung bzw. den Holzofen-Wärmeerzeuger vorzubereiten. Allein die Behauptung der Klägerin stelle keinen Beweis dar (Berufung Rz. 5 und 7). Die Zusatzleistungen / Regiearbeiten HLKK-Anlagen seien weder im ursprünglichen Werkvertrag noch als Zusatzleistungen vereinbart worden noch Ergebnis einseitiger Bestellungsänderungen bzw. Ausübung einer Option. Sie seien auch nicht als notwendige Bauarbeiten erforderlich geworden. Der Beklagte habe sich nicht widersprüchlich geäußert. In Bezug auf den Pauschalpreis habe er von einem Heizkreislauf gesprochen. Dass die Holzofen-Heizung bzw. Holzofen-Wärmeerzeuger einen weiteren Heizkreislauf erfordere, sei irrelevant, da diese nicht Gegenstand des Werkvertrags gewesen sei. Die Klägerin habe also falsche Installationen (zweiter Heizkreislauf) vorgenommen, was sie selber zu verantworten habe. Im Übrigen habe die Klägerin diese Installationen, ausser den Vorlauf- und Rücklaufrohren, nach einer Reklamation des Beklagten wieder zurückgebaut. Diese Rohre habe die Klägerin an den Heizwasser-Speicher angeschlossen und dies als Holzofen-Heizung bezeichnet. Das stimme indessen nicht, da gerade keine Holzofen-Heizung vorhanden sei. Aus dem Werkvertrag gehe eindeutig hervor, dass im Werkvertrag nur ein Heizkreislauf vorgesehen gewesen sei (Berufung Rz. 11). Grundlage der HLKK-Anlage sei das Heizkreis-Schema der D.\_\_\_\_\_ AG vom 4. Februar 2016 gewesen. Ein zweiter Heizkreislauf stehe hierzu im Widerspruch. Es

- 13 - liege ein Fehler der Klägerin vor (Berufung Rz. 12). Im Übrigen hätte die Klägerin gemäss Art. 13 des Werkvertrags den Architekten als Bauleiter über Regiearbeiten informieren müssen und die Regierapporte unmittelbar nach den Arbeiten vorlegen und visieren lassen müssen, was nicht der Fall gewesen sei. Da die Klägerin dies unterlassen habe, könne sie aus ihren zusätzlichen Arbeiten keine Vergütungsforderung ableiten (Berufung Rz. 13 und 15). Es lägen auch keine E-Mails vor, woraus sich ergebe, dass der Beklagte die Klägerin nachträglich mit dem Einbau eines zweiten Heizkreislaufes beauftragt habe. Allein daraus, dass über eine Holzofen-Heizung bzw. den Holzofen-Wärmeerzeuger gesprochen worden sei, lasse sich noch keine Vereinbarung über den Einbau eines zweiten Heizkreislaufes herleiten. Es stünde Wort gegen Wort (Berufung Rz. 14).

#### **E. 4.3.1.2**

In Bezug auf die HLKK-Anlage macht die Klägerin eine Mehrvergütung gestützt auf Zusatzleistungen bzw. Regiearbeiten geltend. Die Vorinstanz erkannte zu Recht, dass sich

die Parteien hinsichtlich der Zusatzarbeiten / Regiearbeiten HLKK-Anlagen uneinig sind und umstrittene Tatsachen vorliegen, die es zu beweisen gilt. Im vorinstanzlichen Verfahren behauptete die Klägerin zusammengefasst, es sei am 15. Januar 2019 sowie am 5. und 6. Februar 2019 eine zusätzliche Heizleitung für zwei Holzöfen erstellt worden (act. 5 und 7). Der Beklagte habe die Klägerin ursprünglich zwar nur betreffend den Neu- und Umbau der Autogarage beauftragt. Parallel dazu habe er aber auch mit dem Umbau des angebauten Wohnhauses angefangen. Nachträglich habe der Beklagte bei der Klägerin daher die Erstellung eines zweiten Heizkreises für zwei bis drei Holzöfen für das bestehende Wohnhaus in Auftrag gegeben. Die Klägerin sei nicht von einem falschen Plan ausgegangen (act. 87, 93, 110 und 112 f.). Der Beklagte führte im vorinstanzlichen Verfahren demgegenüber aus, die Klägerin habe in Abweichung von der ursprünglichen Planung einen zweiten Heizkreislauf verlegt, obwohl stets nur von einem Heizkreislauf die Rede gewesen sei. Die Klägerin sei wohl von einem falschen Installationsplan ausgegangen. Seitens des Beklagten sei nie von einem zweiten Heizkreislauf die Rede gewesen. Der Beklagte habe die Klägerin ca. Mitte November 2018 auf diesen Fehler hingewiesen. Er habe indessen keinen gänzlichen Rückbau verlangt. In Absprache mit einem Fachmann sei eine Lösung gefunden worden, bei der der Kreislauf der Holzöfen, die nicht Vertragsbestandteil gewesen seien, angepasst worden seien. Es verstehe sich allerdings, dass die entsprechenden Mehrkosten dem Beklagten nicht in Rechnung gestellt werden dürften (act. 43 f., 53, 55, 161 ff., 169 f., 186 und 189). Richtig ist zwar, wenn der Beklagte ausführt, aus der blossen Besprechung einer Holzofen-Heizung lasse sich noch keine Vereinbarung über den Einbau eines zweiten Heizkreislaufes herleiten. Entgegen den Ausführungen des Beklagten in seiner Berufung stellte die Vorinstanz bei der diesbe-

- 14 - züglichen Begründung des angefochtenen Entscheids aber nicht bloss auf die Parteibehauptungen der Klägerin ab. Vielmehr führte die Vorinstanz ein Beweisverfahren durch, indem sie die beiden Parteien befragte bzw. deren Rechtsvertreter Ergänzungsfragen stellen konnten (vgl. zum Beweismittel der Parteibefragung Art. 168 Abs. 1 lit. f und Art. 191 ff. ZPO; Urteile des Bundesgerichts 5A\_550/2019 vom 1. September 2020 E. 9.1.3.1 und 4A\_498/2014 vom 3. Februar 2015 E. 3.3). Auf diese Befragung hin führte der Beklagte einzig aus, er habe keine Regiearbeiten in Auftrag gegeben (act. 348). Für die Klägerin führte E. \_\_\_\_\_ demgegenüber aus, es habe am Ende zwei Heizgruppen gegeben, eine Bodenheizung und Radiatoren (act. 345). Die Bodenheizung sei für die oben gebaute Wohnung im neuen Teil gewesen, die Radiatoren seien im alten Wohnhaus nebenan gewesen. Dieses alte Wohnhaus nebenan habe man auch noch angeschlossen (act. 346). Der Beklagte habe diesen Altbau zusätzlich umbauen wollen. Man habe dann entschieden, einen zweiten Heizkreis in diesen Altbau zu verlegen, damit dieser auch von dort aus geheizt werden könne (act. 350). Der Plan habe sich aufgrund der rollenden Planung geändert. Es habe sich immer wieder etwas geändert. Den zweiten Kreislauf habe die Klägerin nicht aus Freude gemacht, um diesen dem Beklagten zu schenken (act. 346). Gestützt auf dieses Beweisergebnis hat die Vorinstanz im Ergebnis zu Recht den Schluss gezogen, dass der Beklagte eine Beststellungsänderung vorgenommen hat, indem er die Klägerin zusätzlich damit beauftragte, einen zweiten Heizkreislauf in den Altbau zu ziehen. Es erscheint als lebensfremd bzw. ausgeschlossen, dass die Klägerin einen solchen zweiten Heizkreislauf in ein angrenzendes Haus verlegt hätte, ohne damit beauftragt worden zu sein. Dies auch vor dem Hintergrund, dass die vom Beklagten beauftragte Fachplanerin (D. \_\_\_\_\_ AG) sowohl Pläne mit einem Heizkreislauf als auch mit zwei Heizkreisläufen verfasste

(Duplikbeilagen 5 und 6). Diese Pläne mit unterschiedlichem Inhalt aber jeweils gleichem Datum (4. Februar 2016) zeigen auf, dass das Verlegen eines zweiten Heizkreis- laufs bereits in der Planungsphase mit der Fachplanerin Thema gewesen sein muss, was wiederum dafür spricht, dass die Klägerin im Sinne ihrer Parteiaussage mit dem Verlegen eines solchen beauftragt wurde. Weil nach Gesagtem damit ein Beweisergebnis vorliegt, kommt es entgegen der Ansicht des Beklagten (Berufung S. 17 unten) auch nicht auf die Beweis- lastverteilung nach Art. 8 ZGB an (BGE 138 III 193 E. 6.1). Dass die entsprechenden Arbeiten vorgenommen wurden, bestreitet der Beklagte nicht. Das Argument des Beklagten, wonach die Klägerin nach einem falschen Plan (vgl. Duplikbeilage 5) gebaut habe, zielt ins Leere: Selbst wenn dies zutreffen würde, so würde der falsche Plan immer noch von einer vom Beklagten beauftragten Fachplanerin (D. \_\_\_\_\_ AG) stam- men, sodass die Klägerin nicht gehalten war, diesen inhaltlich zu prüfen (Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118; vgl. auch Art. 166 Abs. 4 SIA-Norm 118).

- 15 - Der Beklagte behauptet jedenfalls nicht, dass allfällige Planfehler offen- sichtlich gewesen wären bzw. von der Klägerin tatsächlich erkannt worden waren. Auch die Behauptung des Beklagten, er habe diesen "Mangel" ca. Mitte November 2018 gegenüber der Klägerin gerügt, überzeugt nicht. So wurden die entsprechenden Arbeiten erst im Januar und Februar 2019 aus- geführt (Klagebeilage 22), sodass zuvor noch gar kein "vertragswidriger" Zustand gerügt werden konnte. Auch was der Beklagte in seiner Berufung im Hinblick auf Art. 13 des Werk- vertrags (Nichtentschädigung von Regiearbeiten ohne unterzeichnetem Ar- beitsrapport) vorträgt, verfängt nicht, da solche Abreden gemäss der bun- desgerichtlichen Rechtsprechung sittenwidrig und damit nichtig sind (Urteil des Bundesgerichts 4C.227/2002 vom 24. Januar 2003 E. 4; vgl. auch Ur- teile des Bundesgerichts 4D\_44/2017 vom 30. Oktober 2017 E. 3.4 und 4A\_300/2019 vom 17. April 2020 E. 4.2.1; GAUCH, a.a.O., N. 1028). Was die Regiearbeiten hinsichtlich der zwei Kugelhahnen anbelangt, so rügt der Beklagte den vorinstanzlichen Entscheid diesbezüglich nicht, weshalb von Vornherein nicht weiter darauf einzugehen ist (vgl. E. 2.1.1 hiervor). Nach Gesagtem ist die Vorinstanz im Ergebnis zu Recht davon ausgegan- gen, dass eine Beststellungsänderung hinsichtlich des Einbaus eines zwei- ten Heizkreises nachgewiesen ist. Eine solche Beststellungsänderung ist vergütungspflichtig. Gegen die Höhe der von der Klägerin geltend gemach- ten Vergütung von Fr. 9'737.50 bringt der Beklagte nichts vor. Demnach ist die Vorinstanz im Umfang der Regiearbeiten für die HLKK- Anlage zu Recht von einem zusätzlichen Vergütungsanspruch der Klägerin von Fr. 9'737.50 und dementsprechend auch von einer zusätzlichen Pfand- summe von Fr. 9'737.50 ausgegangen.

## **E. 4.3.2**

[Sanitäranlagen]

### **E. 4.3.2.1**

Hinsichtlich der Zusatzleistungen / Regiearbeiten Sanitäranlagen rügt der Beklagte erneut, dass die entsprechenden Arbeiten der Klägerin nicht dem Architekten vorgelegt worden seien und daher nicht zu berücksichtigen seien (Berufung Rz. 16). Rechtsmissbrauch seitens des Beklagten liege nicht vor (Berufung Rz. 21). Die Vorinstanz unterstelle dem Beklagten auch fälschlicherweise eine "rollende Planung". Es treffe aber nicht zu, dass der Beklagte betreffend die Sanitärarbeiten nachträglich weitere Vorhaben habe ausführen lassen bzw. bestellt habe. Solches sei auch durch nichts belegt worden. Geplant worden seien die vorliegenden Arbeiten nicht vom Beklagten selber, sondern vom Architekten und dem

Ingenieur. Der Beklagte sei bloss für die elektrische Umsetzung verantwortlich gewesen (Berufung Rz. 17). Die Teile WC / Dusche seien von Anfang an geplant und im Pauschalpreis enthalten gewesen. Dies ergebe sich aus der Offerte der Klägerin. Die Vorinstanz stütze sich fälschlicherweise auf das Gutachten,

- 16 - wonach im vorliegenden Projektplan keine Hinweise auf ein Badezimmer enthalten gewesen seien. Dies sei jedoch falsch. Es liege ein A3-Planausschnitt vor, auf dem ein Nassraum zu erkennen sei. Dieser Plan stamme vom Architekten (Berufung Rz. 19). Betreffend das Boiler-Provisorium verhalte es sich so, dass die Vorinstanz einzig auf die unbewiesenen Behauptungen der Klägerin abgestellt habe. Am 1. Oktober 2018 habe die F.\_\_\_\_\_ den Heizkessel vor Ort abgeliefert. Gemäss vertraglicher Vereinbarung hätte die HLKK-Anlage innerhalb von zehneinhalb Tagen installiert werden müssen. Die Inbetriebnahme sei für den 5. Dezember 2018 geplant gewesen. Da die Klägerin ihre Arbeiten jedoch noch nicht beendet habe, habe sie am 28. November 2018 ein Boiler-Provisorium installiert. Technisch sei es gar nicht möglich gewesen, zwei Heizölwärmeerzeuger gleichzeitig laufen zu lassen. Die Heizölzufuhr sei deshalb am 28. November 2018 vom alten Heizölwärmeerzeuger abgetrennt und am neuen Heizölwärmeerzeuger angeschlossen worden. Es sei also falsch, dass das Boiler-Provisorium wegen des Beklagten erforderlich geworden wäre. Es sei falsch, dass die Abtrennung erfolgt sei, um die Kanalisationsleitung am Wohnhaus anzuschliessen. Hierfür gebe es keine Beweise. Die Vorinstanz habe bloss Parteibehauptungen übernommen (Berufung Rz. 21).

#### **E. 4.3.2.2**

Auch bezüglich der Sanitär-Arbeiten macht die Klägerin eine Mehrvergütung gestützt auf Zusatzleistungen bzw. Regiearbeiten geltend. Hinsichtlich des WC / Dusche / Lavabo rügt der Beklagte in seiner Berufung nur, dass die entsprechenden Arbeiten der Klägerin – die damit unumstritten sind –, im Pauschalpreis des ursprünglichen Werkvertrags enthalten gewesen seien. Es sei nämlich von Beginn weg in der Garage ein WC / Dusche / Lavabo geplant gewesen, was aus einem A3-Planausschnitt des Architekten hervorgehe (Berufung Rz. 19). Damit argumentiert der Beklagte indessen am angefochtenen Entscheid vorbei. Die von der Klägerin geltend gemachte Mehrvergütung bezieht sich gerade nicht auf Sanitärarbeiten im Bereich der Garage, die bereits im Werkvertrag vom 6. März 2018 enthalten waren (vgl. auch das Bauprojekt gemäss Werkvertrag: "Parkieranlage B.\_\_\_\_\_"), sondern auf Sanitärarbeiten im Bereich des angrenzenden Wohnhauses, die gerade nicht Bestandteil des ursprünglichen Werkvertrags waren (vgl. act. 6 und 101 sowie Berufungsantwort Rz. 29). Die Vorinstanz hat diese Behauptungen unter anderem gestützt auf die Parteibefragung der Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung als erwiesen erachtet (angefochtener Entscheid E. 5.2.3). Hierzu äussert sich der Beklagte in seiner Berufung nicht, weshalb auf seine Rüge nicht weiter einzugehen ist. Es trifft jedenfalls nicht zu, dass sich die Vorinstanz nur auf klägerische Behauptungen abstützte; sie stützte sich unter anderem auf das Beweismittel der Parteibefragung (vgl. Art. 168 Abs. 1 lit. f und Art. 191 ff. ZPO). Irrelevant, weil nicht tatbestandsrelevant, ist sodann das Argument des Beklagten, wonach nicht er das WC / Dusche / Lavabo in der Garage geplant

- 17 - habe, sondern sein Architekt (Berufung Rz. 17). Abermals verfängt zudem die Rüge der Verletzung von Art. 13 des Werkvertrags (Nichtentschädigung von Regiearbeiten ohne unterzeichnetem Arbeitsrapport) (vgl. Berufung Rz. 16) nicht, da solche Abreden, gemäss

der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sittenwidrig und damit nichtig sind (Urteil des Bundesgerichts 4C.227/2002 vom 24. Januar 2003 E. 4; GAUCH, a.a.O., N. 1028). Hinsichtlich des Boiler-Provisoriums rügt der Beklagte indessen zu Recht (Berufung Rz. 20), die Vorinstanz habe sich nur auf die Tatsachenbehauptungen der Klägerin gestützt. Tatsächlich führte die Vorinstanz diesbezüglich einzig aus, die Klägerin habe "nachvollziehbar ausgeführt, dass das Boiler Provisorium notwendig wurde, nachdem der Beklagte den Ölkessel demontiert hat, um Kanalisationsleitungen am Wohnhaus anzuschliessen, wobei an diesem Kessel das Warmwasser angeschlossen gewesen sei und es deshalb ohne Boiler Provisorium im Wohnhaus kein Warmwasser gegeben hätte" und verweist hierfür einzig auf Replik Rz. 29 (gemeint wohl: Replik Rz. 36, act. 110), d.h. auf Tatsachenbehauptungen der Klägerin. Diese Tatsachenbehauptungen wurden vom Beklagten indessen bereits im vorinstanzlichen Verfahren bestritten (act. 185). Eine Beweisabnahme fand nicht statt, obwohl die Klägerin entsprechende Beweismittel offerierte, insbesondere die Parteibefragung und die Befragung der Zeugen G. \_\_\_\_\_ (Sanitärinstallateur) und H. \_\_\_\_\_ (Planer des Beklagten). Diesbezüglich ist der Sachverhalt von der Vorinstanz daher noch zu vervollständigen (vgl. Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Demnach ist die Vorinstanz im Umfang der Regiearbeiten für die Sanitäreinrichtungen in der Höhe von Fr. 7'024.75 (Regenwasserleitung, WC / Dusche / Lavabo und PE-Leitungen; vgl. act. 8 und Klagebeilage 27) im Ergebnis zu Recht von einer Beststellungsänderung und gestützt darauf von einem zusätzlichen Vergütungsanspruch der Klägerin und dementsprechend von einer zusätzlichen Pfandsumme in der Höhe von Fr. 7'024.75 ausgegangen. Hinsichtlich der Bestellung und der Installation des Boiler-Provisoriums im Umfang von Fr. 650.00 ist die Angelegenheit zur Vervollständigung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurückzuweisen. 5. [Minderungsansprüche]

### **E. 5.1**

Hinsichtlich der vom Beklagten geltend gemachten Minderungsansprüche, die die Werklohnforderung der Klägerin und damit auch die Pfandsumme verringern würden, erwog die Vorinstanz, die Klägerin habe dem Beklagten die Ablieferung des Werks spätestens am 21. März 2023 (recte: wohl 2019) signalisiert. Bei der E-Mail des Beklagten vom 31. März 2019 (Klageantwortbeilage 24) handle es sich um eine rechtzeitige Mängelrüge (angefochtener Entscheid E. 5.3.3).

- 18 -

### **E. 5.2**

Auch im Berufungsverfahren macht der Beklagte am Werk der Klägerin zahlreiche Mängel geltend, die zu einer Minderung der klägerischen Werklohnforderung führen sollen (Berufung Rz. 9 und 22 ff.). Als einzige Mängelrüge wird indessen auch hier die E-Mail vom 31. März 2019 (Klageantwortbeilage 24) genannt. Die Klägerin macht geltend, bei besagter E-Mail vom 31. März 2019 (Klageantwortbeilage 24) handle es sich nicht um eine Mängelrüge (Berufungsantwort Rz. 35).

### **E. 5.3**

Nach Art. 173 Abs. 1 SIA-Norm 118 kann der Bauherr während der Rügefrist in Abweichung vom Gesetz (vgl. Art. 367 und Art. 370 OR) jederzeit Mängel aller Art rügen. Nach Art. 172 SIA-Norm 118 beginnt die Rügefrist mit dem Tag der Abnahme des Werks und beträgt, vorbehaltlich vertraglicher Abweichungen, zwei Jahre. Mit Ablauf der Rügefrist erlischt gemäss Art. 178 Abs. 1 SIA-Norm 118 das Recht des Bauherrn, vorher

entdeckte Mängel zu rügen. Mängel, die schon während der Rügefrist offensichtlich waren, gelten nach Art. 178 Abs. 2 SIA-Norm 118 unwiderlegbar als vor deren Ablauf entdeckt, weshalb sie nach Ablauf der Rügefrist nicht mehr gerügt werden können. Verdeckte Mängel können vom Bauherrn demgegenüber auch nach Ablauf der Rügefrist noch gerügt werden, sofern dies sofort erfolgt (Art. 179 Abs. 2 SIA-Norm 118). Die Beweislast für die rechtzeitige Mängelrüge obliegt dem Bauherrn. Dazu gehört auch der Nachweis, wann er den gerügten Mangel entdeckt hat (BGE 118 II 142 E. 3a, 107 II 172 E. 1a). Behauptet der Unternehmer, der Bauherr habe die gerügten Mängel bereits vor dem von diesem behaupteten Zeitpunkt entdeckt, hat der Unternehmer seinerseits seine Behauptung zu beweisen (BGE 118 II 142 E. 3a; SPIESS/HUSER, Stämpflis Handkommentar SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2023, N. 10 zu Art. 179). Zum Inhalt der Mängelrüge äussert sich die SIA-Norm 118 nicht, weshalb auf die werkvertragsrechtlichen Grundsätze zu Art. 367 OR zurückgegriffen werden kann (Urteil des Bundesgerichts 4A\_511/2014 vom 4. März 2015 E. 4.3; GAUCH/STÖCKLI, in: Gauch/Stöckli, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2017, Art. 173 N. 5). Die Rüge ist zwar an keine besondere Form gebunden, muss jedoch zumindest die Anzeige des erkannten Mangels sowie die ausdrückliche oder stillschweigende Kundgabe des Willens enthalten, das Werk werde aufgrund dieses Mangels als nicht vertragsgemäss anerkannt und hierfür der Unternehmer haftbar gemacht. Letzteres wird bei einer blossen Mitteilung von Mängeln vermutet, wenn die Umstände des Einzelfalls nicht auf etwas anderes schliessen lassen (GAUCH, a.a.O., N. 2134 m.w.N.). Inhaltlich muss die Mängelrüge sachgerecht substantiiert sein, d.h. der Besteller hat jeden Mangel bzw. die Art der Vertragswidrigkeit hinreichend genau zu bezeichnen, sodass der Unternehmer erkennen

- 19 - kann, was an seinem Werk beanstandet wird (BGE 130 III 258 E. 4; Urteile des Bundesgerichts 4A\_251/2018 vom 11. September 2018 E. 3.2 und 4A\_53/2012 vom 31. Juli 2012 E. 6.2; GAUCH, a.a.O., N. 2130 und 2133; GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 173 N. 5 m.w.N.). Die bloss allgemeine Erklärung, das Werk sei mangelhaft, entspreche dem Vertrag nicht oder sei unbefriedigend, genügt nicht. Einer technischen Sprache muss sich der rügende Bauherr indessen nicht bedienen; es genügt, wenn er den Mangel so beschreibt, wie er ihn selber sieht – allenfalls unter Angabe seiner Lage – und mit seinen Worten zu beschreiben vermag. Auch die Mängelursache muss der rügende Bauherr dem Unternehmer nicht mitteilen, selbst ein fachkundiger Bauherr nicht (Urteil des Bundesgerichts 4A\_251/2018 vom

#### **E. 5.4**

Eine genaue Betrachtung der E-Mail des Beklagten an die Klägerin vom 31. März 2019 (Klageantwortbeilage 24) zeigt, dass diese keine Mängelrüge enthält. Bereits als Betreff enthält die E-Mail die Formulierung "Aufforderung zur Fertigstellung" und nicht etwa Mängelrüge, Aufforderung zur Nachbesserung oder zur Mängelbehebung. Auch inhaltlich bezieht sich die E-Mail nicht darauf, Mängel am Werk zu rügen. Vielmehr wird ausgeführt, dass weitere Akontozahlungen gestoppt würden, weil die Klägerin ihren "vertraglichen Verpflichtungen nicht hinreichend nachgekommen" sei. Weiter geht es um Regiearbeiten der Klägerin, um die Stilllegung der Arbeiten, um die beantragte Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (alles 1. Absatz der E-Mail), um eine Konventionalstrafe (2. Absatz der E-Mail), um eine Fristansetzung zur Vollendung der Arbeiten (3. Absatz der E-Mail), um möglichen Schaden (Mehrkosten) zufolge Verzugs der Klägerin (4. Absatz der E-Mail), um die Androhung, weitere rechtliche Schritte einzuleiten, sollte die Klägerin

auch die Nachfrist bis zum 31. Mai 2019 zur Vollendung des Werks nicht einhalten (5. Absatz der E-Mail), um die Vorleistungspflicht der Klägerin als Unternehmerin (6. Absatz der E-Mail), um die separate Betrachtung der beiden Werkverträge HLKK-Anlagen und Sanitäranlagen (7. Absatz der E-Mail), um die Bitte, mitzuteilen, wann die Handwerker der Klägerin auf die Baustelle kämen und welche Arbeiten ausgeführt würden und um den Hinweis, dass die Klägerin "durch Ihre Fehler in der Vergangenheit mittlerweile gelernt haben [sollte], dass ein Arbeiten ohne vorherige Absprache mit der Bauleitung nur zu Fehlern und damit verbundenen Mehrkosten führt." (8. Absatz der E-Mail).

- 20 - Dementsprechend handelt die E-Mail vom 31. März 2019 (Klageantwortbeilage 24) von der Geltendmachung eines Schuldnerverzugs und der Ansetzung einer Nachfrist. Mängel am bereits erstellten Werk werden genauso wenig aufgeführt wie jene Teile der Arbeit, welche die Klägerin zur Vollendung ihres Werks noch nicht ausgeführt haben soll. Aus der E-Mail vom 31. März 2019 wird in keiner Weise ersichtlich, was am bereits erstellten Werk mangelhaft sein oder fehlen soll. Entgegen den Ausführungen des Beklagten (Eingabe vom 5. Juli 2024 Zu Rz. 23 [zu Rz. 35]) enthält die E-Mail auch keinen generischen Hinweis darauf, dass die HLKK-Anlage nicht funktioniere, was für sich allein schon keine genügende Mängelmitteilung darstellen würde. Die E-Mail enthält bloss den Hinweis, dass die Heizung noch nicht fertiggestellt bzw. noch nicht in Betrieb genommen worden sei, was aus inhaltlicher Sicht nicht für eine Mängelrüge genügt. Auch von einem Laien kann erwartet werden, dass er die noch nicht vollendeten Arbeiten konkret beschreibt, wobei er sich keiner technischen Sprache zu bedienen braucht. Demnach handelt es sich bei der E-Mail des Beklagten an die Klägerin vom 31. März 2019 (Klageantwortbeilage 24) nicht um eine Mängelrüge, sondern um die Ansetzung einer Nachfrist zur Fertigstellung der Arbeiten. Weitere Mängelrügen behauptet der Beklagte nicht. Demnach stehen dem Beklagten auch keine Gewährleistungsrechte und insbesondere auch keine Minderungsrechte zu, die über die von der Vorinstanz bereits rechtskräftig beurteilten Mängelrechte hinausgehen. Die entsprechenden Rügen des Beklagten erweisen sich insoweit bereits aus diesem Grund als unbegründet. 6. Der Kostenstreitwert im Berufungsverfahren beläuft sich auf Fr. 33'332.20. Gestützt darauf sind die Gerichtskosten (Entscheidgebür) für das Rechtsmittelverfahren auf gerundet Fr. 3'290.00 festzusetzen (§ 11 Abs. 1 VKD i.V.m. § 7 Abs. 1 VKD) und mit dem Kostenvorschuss des Beklagten in derselben Höhe zu verrechnen (Art. 111 ZPO). Zudem ist die Höhe der zweitinstanzlichen Parteientschädigung der überwiegend obsiegenden Klägerin zu bestimmen. Die Grundentschädigung gemäss § 3 Abs. 1 lit. a AnwT beträgt Fr. 6'589.85. Ausgehend davon ist die zweitinstanzliche Parteientschädigung unter Berücksichtigung eines Abzugs von 20 % für die entfallene Verhandlung und eines Rechtsmittelabzugs von 25 % (§ 6 Abs. 2 und § 8 AnwT) einerseits und einer Auslagenpauschale von 3 % auf gerundet Fr. 4'072.50 (= Fr. 6'589.85 x 0.8 x 0.75 x 1.03) festzusetzen. Über die Verlegung der obergerichtlichen Prozesskosten wird die Vorinstanz im erneuten Entscheid zu befinden haben (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

- 21 - Das Obergericht erkennt: 1.

## **E. 6**

Aufl. 2019, N. 900, 910 und 915; SCHUMACHER/KÖNIG, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, 2. Aufl. 2017, N. 157 ff.). Der Pauschalpreis (Art. 41 SIA-Norm 118) ist ein Festpreis, d.h. er ist grundsätzlich unabänderlich. Um einen Pauschalpreis handelt es sich, wenn die Parteien sich darauf geeinigt haben, dass der Unternehmer das von ihm

geschuldete Werk als Ganzes zu einer bestimmten, vorgängig im Vertrag fixierten Geldsumme herzustellen und abzuliefern hat (GAUCH, a.a.O., N. 900). Der festgelegte Betrag ist Höchst- und Mindestpreis zugleich. Der Unternehmer ist verpflichtet, das vereinbarte Werk für die vereinbarte Summe herzustellen und abzuliefern. Der Pauschalpreis ist unabhängig vom Aufwand des Unternehmers sowie von den ausgeführten Leistungsmengen. Letzteres schliesst jedoch nicht aus, dass die zu einem Pauschalpreis geschuldete Werkleistung im konkreten Fall durch mengenmässige Kriterien mitbestimmt ist, welche die pauschal zu vergütende Leistung detailliert umschreiben (GAUCH, a.a.O., N. 901 f.).

- 11 - Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und überwiegender Lehre hat diejenige Partei, welche eine Festpreisabrede behauptet, diese im Bestreitungsfall zu beweisen. Gelingt dieser Beweis nicht, ist der Werkpreis nach Massgabe von Art. 374 OR zu bestimmen (Urteile des Bundesgerichts 4A\_704/2016 vom 11. April 2017 E. 3.2 und 4A\_458/2016 vom 29. März 2017 E. 6.1; ZINDEL/SCHOTT, Basler Kommentar Obligationenrecht I [BSK OR I], 7. Aufl. 2019, N. 37 zu Art. 373 OR; GAUCH, a.a.O., N. 1014 ff.).

### **E. 11**

September 2018 E. 3.2 m.w.N.; GAUCH, a.a.O., N. 2130 f.; GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 173 N. 5 m.w.N.). Im Prozess treffen den Besteller die Beweis- und damit auch die Behauptungslast dafür, dass er dem Unternehmer die Mängel rechtzeitig und rechtsgenügend angezeigt hat (BGE 118 II 142 E. 3a; Urteile des Bundesgerichts 4A\_252/2010 vom 25. November 2010 E. 6.2 und 4A\_51/2007 vom 11. September 2007 E. 4.5).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.