

GR_GERICHTE ZK2 2013 51 vom 2. November 2015

GR Gerichte, 2015-11-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2013_51

FR: GR_GERICHTE ZK2 2013 51 du 2 novembre 2015

IT: GR_GERICHTE ZK2 2013 51 del 2 novembre 2015

Regeste

Forderung | Berufung OR Werkvertrag/Verlagsvertrag

Erwägungen

E. 3

Unter voller vermittleramtlicher, gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten 1 und 2 unter deren solidarischen Haftbarkeit.“ C._____ und X._____ beantragten die kosten- und entschädigungspflichtige Abweisung der Klage.

Seite 3 — 31 C. Mit Klage vom 7. Juni 2011 prosequierte die Baugesellschaft „Y._____“ die Streitsache an das Bezirksgericht Plessur, wobei sie an ihren anlässlich der Schlichtungsverhandlung formulierten Rechtsbegehren festhielt. Ebenso hielten C._____ und X._____ in der Klageantwort vom 29. September 2011 an ihren vor dem Vermittleramt Plessur gestellten Rechtsbegehren fest. Im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels bestätigten die Parteien ihre Positionen. D. Nach Durchführung des Beweisverfahrens erkannte das Bezirksgericht Plessur mit Entscheid vom 28. Mai 2013, mitgeteilt am 27. September 2013, wie folgt: „1. Die Klage wird gutgeheissen [recte: teilweise gutgeheissen] und C._____ [recte: C._____] und X._____ werden solidarisch verpflichtet, der Baugesellschaft Y._____, _____strasse, O.2_____, CHF 59'784.10 zuzüglich 5 % Zins seit dem 6. Januar 2011 zu bezahlen. 2.a) Der Baugesellschaft Y._____ wird in der Betreuung Nr. _____ des Betreibungsamtes Oberentfelden vom 20. Dezember 2010 gegen C._____ [recte: C._____] zum Betrag von Fr. 59'784.10 nebst Zins zu

E. 5

[Mitteilung]“ E. Dagegen erhoben C._____ und X._____ am 17. Oktober 2013 Berufung beim Kantonsgericht von Graubünden und stellten folgende Anträge: „1. Es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Durchführung eines ergänzenden Beweisverfahrens und neuen Entscheidung zurückzuweisen. 2. Eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Klage abzuweisen.“

Seite 4 — 31 Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuern (bei neuer Entscheidung für beide Instanzen) zulasten der Klägerin. F. In ihrer Berufungsantwort vom 20. November 2013 begehrte die Baugesellschaft „Y._____“ was folgt: „A. Antrag auf Berichtigung der Parteibezeichnung Die Dispositiv-Ziffern 1 und 3b des angefochtenen Entscheids des Bezirksgerichtes Plessur vom 28.05./27.09.2013 (Prozedur Nr.: 115-2011-78) seien wie folgt zu berichtigen: 1. Dispositiv-Ziffer 1 Die Klage wird gutgeheissen und C._____ [recte: C._____] und X._____ werden solidarisch verpflichtet, den Klägern A._____ Generalunternehmung AG und B._____ den Betrag von Fr. 59'784.10 zuzüglich 5 % Zins seit dem 06.1.2011 zu bezahlen. 2. Dispositiv-Ziffer

3b C. _____ [recte: C. _____] und X. _____ haben die Kläger A. _____ Generalunternehmung AG und B. _____ mit Fr. 23'267.50 inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer aussergerichtlich zu entschädigen und ihnen den geleisteten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 13'050.00 zu ersetzen. B. Materielle Anträge 1. Die Berufung sei abzuweisen. 2. Unter voller Kosten- und Entschädigungsfolge für das Berufungsverfahren zu Lasten und unter solidarischer Haftbarkeit der Beklagten und Berufungskläger.“ G. Am 4. Dezember 2013 reichten C. _____ und X. _____ eine Replik ein, wobei sie an ihren in der Berufung gestellten Rechtsbegehren festhielten. Zum Begehren der Baugesellschaft „Y. _____“ um Berichtigung der Parteibezeichnung enthielten sie sich ausdrücklich eines Antrages. Die Baugesellschaft „Y. _____“ duplizierte am 23. Januar 2014. H. Am 3. Januar 2015 verstarb C. _____. Gemäss Erbbescheinigung vom 12. Februar 2015 hinterliess er seine Ehefrau X. _____ als einzige Erbin. Mit Schreiben vom 13. Mai 2015 teilte der Rechtsvertreter von X. _____ dem Kantonsgericht mit, dass diese die Erbschaft angenommen habe. Damit tritt sie als Alleinerbin im vorliegenden Verfahren auch an die Stelle ihres verstorbenen Ehemannes (Art. 560 ZGB und Art. 83 Abs. 4 Satz 2 ZPO). I. Auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid und auf die Ausführungen der Parteien in ihren Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, im Folgenden eingegangen.

Seite 5 — 31 II. Erwägungen 1.a) Gemäss Art. 308 Abs. 1 ZPO sind mit der Berufung erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide sowie erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen anfechtbar. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.-- beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berufung ist unter Beilage des angefochtenen Entscheids innert 30 Tagen seit der Zustellung desselben beim Kantonsgericht von Graubünden schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 ZPO und Art. 7 Abs. 1 des kantonalen Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [EGzZPO; BR 320.100]). b) Der vorliegend angefochtene Entscheid des Bezirksgerichts Plessur stellt einen erstinstanzlichen Endentscheid dar, denn damit wurde das vorinstanzliche Verfahren durch Sachentscheid (teilweise Gutheissung der Klage) beendet (vgl. Art. 236 Abs. 1 ZPO; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2013, Art. 308 N 14). Zudem übersteigt der Streitwert Fr. 10'000.--. Die Berufung vom 17. Oktober 2013 gegen das am 27. September 2013 mitgeteilte Urteil ist auch zeitig. Sie ist ferner formgerecht, das heisst die Anträge auf Abänderung des erstinstanzlichen Entscheids sowie eine schriftliche Begründung enthaltend, weshalb einem Eintreten auf die Berufung grundsätzlich nichts entgegen steht. 2.a) In ihrer Berufungsantwort beantragen die Berufungsbeklagten eine Berichtigung der Parteibezeichnung in den Ziffern 1 und 3.b des Dispositivs des angefochtenen Entscheids. Im angefochtenen Entscheid werde als klagende Partei explizit die einfache Gesellschaft Baugesellschaft „Y. _____“ aufgeführt und in den beanstandeten Ziffern des Dispositivs würden die Beklagten zur Zahlung von Geldbeträgen explizit an die Baugesellschaft „Y. _____“ verpflichtet. Allerdings sei eine einfache Gesellschaft gar nicht parteifähig. Da die Identität der klagenden Parteien hier nicht zweifelhaft sein könne, sei diese Parteibezeichnung zu berichtigen. Diese Berichtigung sei auch notwendig, weil der angefochtene Entscheid insoweit sonst nicht vollstreckt werden könne (Berufungsantwort S. 4 f.). Die Berufungskläger enthalten sich ausdrücklich eines Antrages zur von der Gegenseite angebehrten Berichtigung der Parteibezeichnung und wollen die Entscheidung der II. Zivilkammer überlassen (Replik S. 2). b) Die von den Berufungsbeklagten noch in

ihrer Berufungsantwort dargeleg- ten Grundsätze zur Berichtigung der Parteibezeichnung (vgl. dazu statt vieler Do-

Seite 6 — 31 mej, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014 mit Hinweisen; vgl. auch die noch unter der alten Bündnerischen Zivilprozessordnung ergangene Verfügung des Einzelrichters in Zivilsachen ERZ 10 178 vom 12. Oktober 2010 E. 4.a mit Hinweisen) erweisen sich im gegenständlichen Fall nicht als einschlägig, geht es hier doch nicht um die Abgrenzung zwischen einem Parteiwechsel und einer Berichtigung der in den Rechtsschriften erfolgten Parteibezeichnung. Vielmehr verlangen die Berufungsbeklagten eine Berichtigung des angefochtenen Entscheids. Entsprechend stützen sie sich duplicando aussch- liesslich auf Art. 334 ZPO, wonach das Gericht auf Gesuch einer Partei oder von Amtes wegen eine Berichtigung des Entscheids vornimmt, wenn das Dispositiv unklar, widersprüchlich oder unvollständig ist oder mit der Begründung im Wider- spruch steht (Art. 334 Abs. 1 Satz 1 ZPO). c) Die Berichtigung nach Art. 334 ZPO ist kein eigentliches Rechtsmittel, son- dern ein blosser Rechtsbehelf, der nicht auf eine inhaltliche Änderung des vom Gericht gewollten Entscheides, sondern nur auf dessen Klarstellung hinzielt. Be- richtigung liegt vor, wenn der Wortlaut des Entscheides wegen Rechnungsfehlern oder sinnentstellender Schreibfehler (sogenannte Kanzleifehler) sowie wegen of- fensichtlicher Unvollständigkeit gegenüber dem Ergebnis der Beratungen (es fehlt zum Beispiel der Kostenentscheid) korrigiert oder ergänzt werden muss. Berichti- gung ist somit erforderlich, wenn das schriftlich eröffnete Urteil klarerweise vom Ergebnis der Beratungen abweicht. Unerlässliche Voraussetzung ist dabei, dass die Unrichtigkeit des Urteils klar durch Fehler im Ausdruck, nicht durch Fehler in der Bildung des Willens des Gerichts entstanden ist. Diesem Erfordernis genügt nur ein Erklärungsirrtum. Kommt das Gericht hingegen nach der Eröffnung des Urteils zur Erkenntnis, dass der Entscheid aufgrund einer falschen Rechtsanwen- dung oder Tatsachenbeurteilung unrichtig ist, entfällt die Möglich- keit der Berichti- gung (zum Ganzen Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Unter Ein- bezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zürich 2013, § 26 N 67 f.). d) Die die Klage schützende Vorinstanz anerkannte in ihrem Dispositiv und den Erwägungen als obsiegende Partei einzig die einfache Gesellschaft „Y.____“ als solche. Zwar ist es durchaus üblich, gemeinsam klagende oder beklagte einfa- che Gesellschafter unter ihrer Gesellschaftsbezeichnung zusammenzufassen, obwohl einfache Gesellschaften als solche nicht parteifähig sind und diese Eigen- schaft einzig den einzelnen Gesellschaftern zukommt (vgl. dazu statt aller Walder- Richli, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, 4. Aufl., Zürich 1996, § 8

Seite 7 — 31 N 5). Diesfalls hat aber - nicht zuletzt im Hinblick auf eine allfällige Vollstreckung des Entscheids - zumindest das für das Verständnis des Dispositivs oftmals un- verzichtbare Rubrum über die (vollständige) Zusammensetzung der einfachen Gesellschaft Aufschluss zu geben. Gemäss dem Rubrum des angefochtenen Ent- scheids soll die Baugesellschaft „Y.____“ nun indes alleine aus B.____ beste- hen, was offensichtlich unrichtig ist. Zunächst darf im Prinzip vorausgesetzt wer- den, dass ein Bezirksgericht über die fehlende Parteifähigkeit einer einfachen Ge- sellschaft als solcher sowie über die Notwendigkeit einer Mehrzahl von Gesell- schaftern zur Bildung einer einfachen Gesellschaft Bescheid weiss. Aus den Akten geht sodann erschöpfend und eindeutig hervor, dass die Baugesellschaft „Y.____“ nicht alleine aus B.____, sondern

ausserdem aus der A. _____ Generalunternehmung AG besteht. Diese Tatsache ist auch von beiden Parteien anerkannt und selbst das Bezirksgericht Plessur ging in seiner Beweisverfügung vom 17. April 2012 noch davon aus, die Baugesellschaft „Y. _____“ bestehe aus B. _____ und der A. _____ Generalunternehmung AG. Unter diesen Umständen spricht viel dafür, von einem sich auf das Dispositiv des angefochtenen Entscheids auswirkenden blossen Erklärungsirrtum des Bezirksgerichts Plessur auszugehen, womit die beschriebenen materiellen Voraussetzungen für eine Berichtigung erfüllt wären. Wie es sich damit letztlich verhält, kann in Anbetracht der nachfolgenden Ausführungen indessen offen bleiben. e) Die Berufungskläger vermissen zu Recht eine zivilprozessuale Norm, welche die kantonsgerichtliche Zuständigkeit zur Berichtigung eines bezirksgerichtlichen Entscheids begründet. Nach Art. 334 Abs. 1 ZPO nimmt „das Gericht“ eine Berichtigung „des Entscheids“ vor. Dabei kann es sich nur um das Gericht handeln, das den Entscheid (selbst) gefällt hat (Stahelin/Stahelin/Grolimund, a.a.O., § 26 N 73; Sterchi, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, Art. 334 N 3; Carcagni Roesler, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, Art. 334 N 11; Brunner, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 334 N 5). Daran ändert entgegen der von den Berufungsbeklagten geäusserten Auffassung grundsätzlich nichts, dass es im Einzelfall prozessökonomischer sein könnte, wenn eine Berichtigung von der Rechtsmittelinstanz vorgenommen würde. Sowohl vor als auch nach Einlegung eines Hauptrechtsmittels (Berufung oder Beschwerde) bleibt die Zuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichts zur Berichtigung seines Entscheids erhalten (vgl. dazu Sterchi, a.a.O., Art. 334 N 14). Eine andere Frage ist, ob eine berichtigungsfähige mangelhafte Willensäusserung auch mittels Erhebung einer Berufung gerügt werden kann. Dies ist zu bejahen, denn bei sol-

Seite 8 — 31 chen Rügen hat der Beschwerter, auch wenn ein Berichtigungsbegehren beim entscheidenden Gericht genügt, die Wahl zwischen Berufung und Berichtigung (Schüpbach, Les voies de recours „extra ordinem judiciarum privatorum“ de l’avant-projet de code de procédure civile suisse [Juin 2003], in: SZPP 3/2005, S. 348; teilweise a.M. für die Erläuterung Hagger, Die Erläuterung im schweizerischen Zivilprozessrecht unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich, Diss. Zürich 1982, S. 32 f., wonach diese Möglichkeit auf entsprechende Rügen im Rahmen anderer Berufungsanträge beschränkt sein soll, im Übrigen jedoch die Erläuterung vorgehe). f) Aufgrund des Dargelegten ist die II. Zivilkammer nicht zuständig zur Durchführung eines Berichtigungsverfahrens zwecks Richtigstellung der durch das Bezirksgericht Plessur vorgenommenen unvollständigen Parteibezeichnung. Im Gegensatz zum von den Berufungsbeklagten angerufenen Urteil der II. Zivilkammer vom 19. Februar 2013 ZK2 11 52 E. 5.c/aa, wo die von Amtes wegen vorgenommene Ergänzung des angefochtenen Urteils innerhalb der Berufungsanträge blieb, indem anstelle der berufungshalber verlangten Abweisung einer Forderungsklage der vorinstanzlich für eine Ersatzvornahme zugesprochene Betrag namentlich unter den Vorbehalt der endgültigen Abrechnung gestellt wurde, sprengen die vorliegenden Berichtigungsbegehren ausserdem den Rahmen der durch die Berufungskläger gestellten Rechtsmittelanträge und die Berufungsbeklagten selbst haben in den zu berichtigenden Punkten keine selbständige Berufung erhoben. Dies schadet ihnen jedoch nicht, denn ihre Berichtigungsbegehren können ohne weiteres als frist- und formgerechte Anschlussberufung (vgl. Art. 312 Abs. 2 und Art. 313 Abs. 1 ZPO) entgegen genommen werden. Dass dadurch die Rechte der Berufungskläger beeinträchtigt würden, ist nicht

ersichtlich und wird von diesen auch nicht behauptet (allgemein zur sogenannten Konversion: Reetz, in: Sutter- Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivil- prozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2013, Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 N 50 f. mit Hinweisen). Dies drängt sich vorliegend umso mehr auf, als die Beru- fungsbeklagten mit ihren Ausführungen zur Prozessökonomie (Duplik S. 3 f.) klar zu erkennen geben, dass sie die Beurteilung ihrer Berichtigungsbegehren durch die II. Zivilkammer einer (erneuten) Beurteilung durch das Bezirksgericht Plessur vorziehen. Sollte sich demzufolge die Berufung als unbegründet erweisen, so wird das offensichtlich und unbestrittenermassen unvollständige Dispositiv des ange- fochtenen Entscheids in Gutheissung der Anschlussberufung zu korrigieren sein. Damit kann letztlich offen bleiben, ob dem bezirksgerichtlichen Versäumnis ein blosser Erklärungsirrtum oder aber eine falsche Rechtsanwendung zugrunde liegt.

Seite 9 — 31 3.a) Die Vorinstanz schützte die sich auf umstrittene Mehrkosten bei dem Brüs- tungsgeländer, dem Parkettboden, den Gipsarbeiten und den Elektroinstallatio- nen, strittige Minderkosten bei den Sanitärapparaten sowie verschiedene weitere, von beiden Parteien grundsätzlich anerkannte Mehr- und Minderkosten stützende eingeklagte Forderung von Fr. 59'784.10. Die Berufungskläger würden grundsätz- lich anerkennen, dass bei den strittigen Positionen im Verhältnis zu den ursprüng- lichen Plänen Änderungen umgesetzt worden, und dass die von den Berufungs- beklagten behaupteten Arbeiten somit tatsächlich geleistet worden seien. Die Be- rufungskläger stellten sich lediglich auf den Standpunkt, die Änderungen seien von ihnen nicht schriftlich gewünscht und nicht schriftlich bestätigt worden. Die Beru- fungsbeklagten hätten in ihrer Klageschrift zu den 16 Mehrkostenpositionen detail- liert behauptet und durch eingereichte Beweismittel und Zeugenaussagen bewie- sen, dass die Berufungskläger ihre Beststellungsänderungen jeweils mündlich ab- gegeben hätten. Selbst wenn man aus der relevanten Bestimmung des Grund- stückkaufvertrags vom 11. September 2008 eine obligatorische Schriftform für Abänderungsverträge herauslesen würde, wäre im Verhalten der Parteien eindeu- tig eine konkludente Vereinbarung betreffend Aufhebung des Schriftformvorbe- halts und ein Verzicht darauf zu erblicken. Die Parteien hätten vorliegend keine einzige Änderung gegenüber dem Grundstückkaufvertrag vorgängig schriftlich festgehalten. Dennoch hätten die Berufungsbeklagten die Arbeiten entsprechend ausgeführt und die Berufungskläger die von ihnen gewünschten Änderungen ent- gegengenommen. Im Übrigen hätten sich die Parteien anlässlich der Besprechung im August 2010 gemäss den Aussagen der Zeugen D._____ und E._____ mit Ausnahme der Elektroinstallationen über die Mehrkosten gemäss Aufstellung der Berufungsbeklagten geeinigt. Die Berufungskläger profitierten heute von den of- fensichtlich von ihnen gewünschten Sonderanfertigungen beziehungsweise Ab- weichungen vom Kaufvertrag. Sie würden die Ausführung genau so wollen, wie sie heute erfüllt sei, jedoch würden sie diese Zusatzaufwendungen nicht bezahlen wollen. Dass die Berufungskläger hätten glauben sollen, ihre Sonderwünsche sei- en vom Grundkaufpreis mit umfasst, sei absolut auszuschliessen. Sie hätten die Mehrkosten gekannt und wissen müssen, dass das Ausgeführte auch von ihnen zu bezahlen sei, sofern es die Ausstattung gemäss Baubeschrieb überschritten habe (angefochtener Entscheid S. 12 ff.). b) Die Berufungskläger wenden ein, angesichts der in den besonderen Be- stimmungen des Grundstückkaufvertrags enthaltenen umfassenden Regelung zur Problematik der Sonderwünsche sei die vorinstanzliche Würdigung, die Schrift- form gelte nur beschränkt, unhaltbar. Aufgrund des Vertragswortlauts werde ein

Seite 10 — 31 juristisch nicht geschulter Bauherr nicht auf die Idee kommen, dass die Schriftlichkeit an Bedingungen geknüpft sei. Zudem gelte der Grundsatz „in dubio contra stipulatorem“, da der Wortlaut des Vertrags von den Berufungsbeklagten stamme. Die Vorinstanz habe es unterlassen, bei jeder Abrechnungsposition abzuklären, ob zwischen den Parteien ein entsprechender Abänderungsvertrag zustande gekommen sei (Berufung S. 3). Bei der Würdigung der Aussage des Zeugen D._____ habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt, dass die Berufungsbeklagten ihm noch Geld schulden würden und er sich vor der Zeugeneinvernahme einen ganzen Tag mit den Prozessakten beschäftigt habe. Von einem Beweis, dass die Berufungskläger ihre Bestellungen jeweils mündlich abgegeben hätten, könne keine Rede sein. Die Vorinstanz sage nicht, wie sie sich vorstelle, dass die Berufungskläger die Sonderwünsche entgegen genommen haben sollen, zumal sie im Kanton Aargau wohnen würden. Eine Orientierung darüber, dass Sonderwünsche ausgeführt würden und Zusatzkosten zu bezahlen seien, habe nicht stattgefunden (Berufung S. 6 f.). Replicando machten die Berufungskläger unter anderem geltend, gemäss den Vertragsbestimmungen hätten sie nicht auch dann für einen Sonderwunsch zu zahlen, wenn sie gar keinen Sonderausbauwunsch geäussert hätten. Sie würden nicht geltend machen, dass bei Nichtbeachtung des Schriftformvorbehalts keine Mehrvergütungen verlangt werden könnten, sondern nur, dass die Berufungsbeklagten keinen Anspruch auf Vertragserfüllung hätten (Replik S. 2 f.). c/aa) Bestellungen stellen eine rechtsgeschäftliche Änderung des Vertragsinhaltes dar. Sie können ihren Ursprung in einer Vereinbarung der Parteien haben oder unter Umständen auch einseitig veranlasst werden. Letzteres können die Parteien im Werkvertrag durch eine sogenannte Vereinbarungsklausel ausschliessen, indem sie vorsehen, dass ohne Vereinbarung überhaupt keine Bestellungen zustande kommt. Haben die Parteien für die konsensuale Bestellungen vertraglich eine besondere Form vorbehalten, so wird nach Massgabe von Art. 16 Abs. 1 OR (widerlegbar) vermutet, dass die Parteien bei Nichterfüllung der Form keine Änderung vereinbaren wollten. Häufig ist auch eine Vereinbarungsklausel in der Weise qualifiziert, dass sie für die vorausgesetzte Vereinbarung eine besondere Form vorbehält oder für deren Wirksamkeit verlangt, dass darin zugleich auch die finanziellen und/oder terminlichen Folgen der Bestellungen geregelt werden. Unter Vorbehalt einer sich aus der Formabrede ergebenden gegenteiligen Vermutung kann die Bestellungen grundsätzlich auch stillschweigend vereinbart werden, indem der Besteller zum Beispiel in Kenntnis der Situation eine zusätzliche oder veränderte Leistung des Unterneh-

Seite 11 — 31 mers anstandslos geschehen lässt. Dies ist jedoch nur mit Zurückhaltung anzunehmen (Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011., N 768 ff. und N 789c, mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4C.385/2005 vom 31. Januar 2006 E. 9.). Um keine Bestellungen handelt es sich dagegen bei nachträglichen Konkretisierungen der vom Unternehmer geschuldeten, im Werkvertrag aber nicht bis in alle Details differenziert umschriebenen Leistung. Die Herstellungspflicht des Unternehmers wird lediglich näher bestimmt, jedoch nicht verändert (Gauch, a.a.O., N 810b). c/bb) Für den Mehraufwand, der durch eine vereinbarte oder einseitige Bestellungen erforderlich wird, hat der Unternehmer grundsätzlich Anspruch auf eine Mehrvergütung, und zwar gleichgültig, ob die Bestellungen auf einer Eigeninitiative des Bestellers beruht, auf eine Anregung des Unternehmers zurückgeht oder von dritter Seite veranlasst wurde. Da die Bestellungen nur den Inhalt der vom Unternehmer geschuldeten Werkleistung verändert, ergibt sich der besagte Mehranspruch

schon aus der vereinbarten Entgeltlichkeit des Vertrages. Dementsprechend setzt er weder eine besondere Vereinbarung oder eine Anerkennung durch den Besteller voraus, noch setzt er voraus, dass der Unternehmer die Geltendmachung einer Mehrforderung angekündigt oder dass der Besteller mit einer Mehrforderung überhaupt gerechnet hat (vgl. Gauch, a.a.O., N 785). d/aa) Die Parteien haben in Ziffer 4 der besonderen Bestimmungen des Grundstückkaufvertrags vom 11. September 2008 im Hinblick auf allfällige Sonderwünsche folgende Regelung getroffen: „Die vorgenannten Kaufobjekte werden schlüsselfertig verkauft. Alle bis zur Bauvollendung auflaufenden Aufwendungen (...) gehen zulasten der Verkäuferschaft. (...) Von dieser Regelung ausgenommen sind die beiden nachfolgenden Absätze 2. und 3. betreffend allfälliger Sonderwünsche der Käuferschaft. Die Käuferschaft verzichtet darauf, mit den am Bau beteiligten Personen direkt zu verkehren. Anliegen und Sonderwünsche sind der Verkäuferschaft schriftlich zu unterbreiten und von dieser bestätigen zu lassen. (...) Allfällige Mehrkosten wegen des Nichtbeachtens der Bestimmung in Absatz 2 vorstehend sowie die Mehr- und Minderkosten für allfällige Sonderausbauwünsche der Käuferschaft werden auf die Eigentumsübertragung hin abgerechnet. Sie sind, inkl. 12 % Honorar und 3 % Vergütung für erhöhte Anschlussgebühren, von der Käuferschaft mit dem Restkaufpreis zu bezahlen. (...)

Seite 12 — 31 Die Verkäuferschaft ist ermächtigt, Sonderwünsche abzulehnen, sofern sich solche mit dem Bauprogramm nicht mehr vereinbaren lassen. (...)“ d/bb) Mit den dargelegten Regelungen haben die Parteien vereinbart, dass für Beststellungsänderungen ein Änderungsvertrag abzuschliessen war, welcher zumindest teilweise schriftlich zu sein hatte („schriftlich zu unterbreiten“). Ob den strittigen Mehr- und Minderkostenpositionen konsensuale Beststellungsänderungen zugrunde liegen, wird noch im entsprechenden Sachzusammenhang zu prüfen sein. Zum (teilweisen) Schriftformvorbehalt drängen sich demgegenüber bereits an dieser Stelle einige allgemeine Erwägungen auf. d/cc) Zunächst ist unklar, ob sich die Berufungskläger vor der II. Zivilkammer überhaupt noch auf den Schriftformvorbehalt berufen oder ob sie sich mit der vorinstanzlichen Erkenntnis, der Einwand der fehlenden Schriftform könne jedenfalls nicht gehört werden (angefochtener Entscheid S. 13), abfinden. In ihrer Berufungsbegründung weisen sie verschiedentlich auf das Fehlen schriftlicher Sonderwünsche hin. Derweil verzichten sie in ihrer Replik (S. 3 oben) ausdrücklich auf den Einwand, dass bei „Nichtbeachtung des Schriftformvorbehalts keine Mehrvergütungen verlangt werden können“, bestreiten dann aber wiederum eine Aufhebung des Schriftformvorbehalts. Auch wenn die Einhaltung einer vertraglich vorbehaltenen Abschlussform (vgl. zur Abgrenzung zwischen Abschluss- und Beweisform nachfolgend E. 3.d/dd) letztlich das Zustandekommen eines Vertrags beschlägt, wäre es an den Berufungsklägern gelegen, in ihren Rechtsschriften den Streitgegenstand des Berufungsverfahrens beziehungsweise den Umfang der verlangten Überprüfung des angefochtenen Entscheids klar zu vermitteln und sich festzulegen, ob die Sonderausbauten ohne ihren Willen erfolgt sein sollen oder ob die Vorinstanz darüber hinaus nach ihrer Vorstellung den Schriftformvorbehalt zu Unrecht als aufgehoben betrachtet hat. Die aus ihren widersprüchlichen Angaben resultierende Unklarheit haben die Berufungskläger selbst zu tragen. Mithin muss es bereits aus formellen Gründen mit dem vorinstanzlichen Schluss, wonach der Einwand der fehlenden Schriftform nicht gehört werden kann, sein Bewenden haben. d/dd) In materieller Hinsicht stellt sich mit Blick auf die vertragliche Regelung der Sonderwünsche die Frage nach der von den Parteien dem (teilweisen) Schriftformvorbehalt beigemessenen Bedeutung. Insbesondere fragt sich, ob die Parteien im Sinne einer (nach Massgabe von Art. 16 Abs. 1 OR vermuteten) Abschlussform

vereinbaren wollten, dass bei Nichterfüllung der Form keine Beststellungsänderung zustande kommen sollte oder ob sie von einer blossen Beweisform aus-

Seite 13 — 31 gingen, deren Einhaltung für das Zustandekommen einer Beststellungsänderung nicht entscheidend war (vgl. dazu Gauch/Schluemp/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich 2014, N 590 ff.). Gemäss dem Grundstückkaufvertrag waren Sonderwünsche der Käufer schriftlich den Verkäufern zu unterbreiten und von diesen bestätigen zu lassen (Ziff. 4 Abs. 2 der besonderen Bestimmungen). Die Parteien vereinbarten jedoch auch, dass allfällige „Mehrkosten wegen des Nichtbeachtens der Bestimmung in Absatz 2“ auf die Eigentumsübertragung hin abzurechnen seien (Ziff. 4 Abs. 3 der besonderen Bestimmungen). Dies kann nur so verstanden werden, dass infolge der Realisierung von Sonderwünschen entstandene Mehrkosten auch dann geschuldet sein sollten, wenn das für Sonderwünsche in Ziffer 4 Absatz 2 der besonderen Vertragsbestimmungen vorgesehene Prozedere nicht eingehalten wurde, beispielsweise weil die Sonderwünsche nicht in Schriftform geäussert wurden. Damit konnten die Käufer nicht grundsätzlich darauf vertrauen, im Falle von gewünschten Leistungen entstünden mangels Einhaltung der Schriftform beziehungsweise mangels deren Anrufung durch die Verkäufer oder deren Vertreter auf der Baustelle keine Mehrkosten. Angesichts des Vertragswortlauts mussten die Käufer nach Treu und Glauben über diesen für sie nur beschränkten Schutzmechanismus des (teilweisen) Formvorbehalts Bescheid wissen. Da Mehrkosten nach dem erläuterten Vertragsinhalt auch bei formfrei geäusserten Sonderwünschen geschuldet waren, wäre diesbezüglich somit nicht von einer Abschlussform, sondern von einer blossen Beweisform auszugehen (wohl anders, indes wenig überzeugend BGE 105 II 75 E. 1, wo pauschal erwogen wird, eine Beweisform setze voraus, dass die entsprechende Form erst nach der Einigung über den Inhalt des Vertrages verabredet worden sei). d/ee) Der berufungsklägerische Einwand der fehlenden Schriftform wäre schliesslich auch zufolge Rechtsmissbräuchlichkeit nicht zu hören. Die Berufungsbeklagten haben dargelegt, dass die zwischen den Parteien gelebte Vertragswirklichkeit massgeblich von der vertraglichen Regelung der Sonderwünsche abwich. Im Zuge der Bauausführung äusserten die Berufungskläger abgesehen von den hier umstrittenen Positionen mündlich verschiedene Sonderwünsche und mit Schreiben vom 29. Oktober 2010 (Vorinstanz act. III./48) erklärten sie sich ausdrücklich mit 11 daraus resultierenden Mehr- und Minderkostenpositionen (davon zwei Unterpositionen Malerarbeiten) einverstanden. Die diesbezüglichen detaillierten Ausführungen in der Klageschrift vom 7. Juni 2011 (S. 13 ff.) bestritt die heutige Berufungsklägerin nicht im Einzelnen, sondern wendete von allem Anfang an nur ein, dadurch würde der Prozessstoff unnötig aufgebläht (Klageantwort vom 29. Sep-

Seite 14 — 31 tember 2011 S. 2). Unter diesen Umständen durfte die Vorinstanz ohne weiteres von der Richtigkeit der diesbezüglichen Ausführungen der Berufungsbeklagten ausgehen. Das vorgebrachte Argument der Berufungskläger, die (seit jeher) unstrittigen Mehr- und Minderkostenpositionen gehörten nicht zum Prozessstoff (Replik S. 2), geht bereits deshalb an der Sache vorbei, weil sich die eingeklagte Forderung auch auf die unstrittigen Kostenpositionen stützt. Ausserdem betreffen die entsprechenden Sachdarstellungen der Berufungsbeklagten die zwischen den Parteien gelebte Vertragswirklichkeit und lassen deshalb auch gewisse Rückschlüsse auf die vorliegend umstrittenen Sonderwünsche zu. Vor diesem Hintergrund hat die Vorinstanz mit Fug die

Frage aufgeworfen, weshalb alleine den heute strittigen Positionen, nicht aber den übrigen Mehr- und Minderkosten schriftliche Sonderwünsche zugrunde liegen sollten (angefochtener Entscheid S. 13 unten). Da die Berufungskläger darauf beharren, die gelebte Vertragswirklichkeit und insbesondere die von ihnen vorprozessual anerkannten und auch im vorliegenden Verfahren unstrittigen Mehr- und Minderkostenpositionen auszublenden, erscheint ihre Berufung auf den Schriftformvorbehalt, die sich einzig auf die ihnen nunmehr unliebsamen Positionen bezieht, zunächst tatsächlich widersprüchlich. Über die im Prozess unstrittigen Positionen hinausgehend fällt sodann auf, dass die Berufungskläger vor der Vorinstanz im Zusammenhang mit denjenigen mündlichen Bestellungen, welche die Sanitärapparate betreffen, den Abzug von Minderkosten verlangten (angefochtenes Urteil S. 9; Klageantwort vom 29. September 2011 S. 4; vgl. auch nachfolgend E. 3.f). Dem Verkäufer bei formlosen Bestellungen nur den Minderpreis zu belasten, ihm dagegen den Vergütungsanspruch für Mehrleistungen unter Berufung auf den Formvorbehalt zu verweigern, wäre aber ein rechtsmissbräuchliches und deshalb nicht zu schützendes Verhalten. d/ff) Aufgrund des Gesagten kann an sich offen bleiben, ob sich die Parteien mit ihrem Verhalten - wie die Vorinstanz erwogen hat - ausserdem über eine allfällige Abschlussform für Bestellungen hinweggesetzt haben. Immerhin kann festgehalten werden, dass an einen solchen Nachweis hohe Anforderungen zu stellen sind, wobei aber die Vornahme von Erfüllungshandlungen ein starkes Indiz für den vollzogenen Vertragsabschluss bildet (BGE 125 III 263 E. 4.c; 105 II 75 E. 1; Urteil der II. Zivilkammer ZK2 11 4 vom 16. August 2011 E. 5, mit Hinweis auf BGE 95 II 43 E. 2.b; Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., N 593). Wie noch zu zeigen sein wird, stützen sich die behaupteten, nachfolgend zu prüfenden konsensualen Bestellungen hinsichtlich der umstrittenen Sonderwünsche wesentlich auf die Leistung und Entgegennahme von Erfüllungshandlungen, sodass vor-

Seite 15 — 31 liegend jedenfalls von einem Verzicht auf eine allfällige Abschlussform auszugehen wäre. e/aa) Die Vorinstanz hielt fest, auf den Plänen zum Kaufvertrag sei klarerweise ein betoniertes Brüstungsgeländer und nicht ein solches aus Glas eingetragen, was auch der Zeuge D._____ bestätigt habe. Die Mehrkosten in Höhe von Fr. 14'211.-- für die Glasgeländer seien durch die Rechnung der F._____AG ausgewiesen. Abzüglich des Minderaufwandes betreffend die im Baubeschrieb vorgesehenen Kosten für den Grundausbau ergäben sich Mehrkosten in Höhe von Fr. 12'021.--. Ein grösserer Minderaufwand liege entgegen den Berufungsklägern nicht vor (angefochtenes Urteil S. 8 f.). e/bb) Die Berufungskläger bringen vor, es liege kein schriftliches Begehren im Sinne von Ziffer 4 Absatz 2 der besonderen Vertragsbestimmungen vor und auch ein mündlicher Abschluss eines Abänderungsvertrages sei nicht nachgewiesen (Berufung S. 4). Replicando rügen sie ausserdem, die Vorinstanz habe einfach auf die von den Berufungsbeklagten vorgelegten Pläne abgestellt und sich nicht mit ihren Vorbringen in der Duplik vom 19. Januar 2012 (S. 4) auseinandergesetzt, wo sie sich auch auf einen Plan abgestützt hätten. Obwohl die entscheidende Frage darin gelegen hätte, welcher Plan nun Vertragsgrundlage sei, sei der Bauleiter D._____ im Beweisverfahren nur allgemein gefragt worden, ob „der“ Vertragsplan ein Brüstungsgeländer aus Glas vorgesehen habe. Bei der Zeugeneinvernahme sei dem Zeugen kein Plan vorgelegt worden (Replik S. 3 f.). e/cc) Soweit die Berufungskläger ihre Rügen erst in der Replik erheben, sind diese verspätet (Reetz, a.a.O., Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 N 39 und Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 12). Inwiefern die von ihnen selbst eingereichten Pläne (Vorinstanz act. IV./2) von den von der Vorinstanz berücksichtigten Plänen (Anhang zum Kaufvertrag, Vorinstanz act. III./5)

abweichen sollen, ist überdies weder dargetan noch sonst ersichtlich. Schliesslich stimmt auch nicht, dass dem Zeugen D._____ anlässlich dessen Einvernahme kein Plan vorgelegt worden sein soll. Gemäss dem Einvernahmeprotokoll, welches im Übrigen auch die Anwesenheit des Berufungsklägers sowie dessen Rechtsvertreters an der Einvernahme festhält, erfolgten die Zeugenaussagen nach Vorlage des im Anhang des Kaufvertrags befindlichen Planes (Vorinstanz act. VI./1 S. 11). e/dd) Die Berufungskläger sind nicht zu hören, wenn sie den Abschluss eines Abänderungsvertrags in Abrede stellen. Im Schreiben vom 29. Oktober 2010 (Vorinstanz act. III./48) haben sie sich unter Bezugnahme auf das ihnen mit Schreiben

Seite 16 — 31 vom 20. Oktober 2010 zugesendete Mehrkostenprotokoll Nr. 1 (Vorinstanz act. III./47) ausdrücklich mit Mehrkosten von Fr. 12'021.-- für das Brüstungsgeländer einverstanden erklärt. Dieses Protokoll berechnet die diesbezüglichen Mehrkosten aus der Differenz zwischen der Betonbrüstung gemäss Baubeschrieb und dem Glasgeländer mit Klemmprofil aus Metall. Die Vorinstanz durfte sich überdies ohne weiteres mitunter auf die Aussage des Bauleiters D._____ (vgl. zur Würdigung dessen Aussagen im Übrigen nachfolgend E. 3.h/ff) stützen, im Vertragsplan sei die Umlaufbrüstung der Treppe gemauert vorgesehen gewesen (Vorinstanz act. VI./1. S.12), denn damit wurde nur bestätigt, was ohnehin aus den Akten hervorgeht. Die im gegenseitigen Einverständnis der Parteien vorgenommenen Erfüllungshandlungen (Einbau eines Glasgeländers) lassen ohne weiteres auf einen tatsächlich zustande gekommenen Abänderungsvertrag schliessen. Wenn die Berufungskläger unter Hinweis auf ihren Wohnsitz in Kanton Aargau in Frage stellen, dass sie das abgeänderte Brüstungsgeländer entgegengenommen haben, vermögen sie nicht durchzudringen. Dessen Entgegennahme erfolgte spätestens mit Schreiben vom 29. Oktober 2010, welches sie ohne weiteres auch im Kanton Aargau aufsetzen konnten. Damit steht fest, dass die Vorinstanz hinsichtlich dem Brüstungsgeländer zu Recht von einer konsensualen Beststellungsänderung ausgegangen ist. Im Übrigen wäre - wie bereits die Vorinstanz festgehalten hat - mit der erbrachten und entgegengenommenen Beststellungsänderung auch auf eine allfällige Abschlussform verzichtet worden. Da die Berufungskläger schliesslich auf die entstandenen Mehrkosten nicht im Einzelnen eingehen, erübrigen sich zu deren Berechnung weitere Ausführungen. Die Berufung ist somit in Bezug auf die Mehrkostenforderung für das Brüstungsgeländer in Bestätigung des angefochtenen Entscheids abzuweisen. f/aa) Die Vorinstanz erwog, der Einwand der Berufungskläger bezüglich der Duschwände und dem entsprechend behaupteten Anspruch auf Abzug eines Minderaufwandes in Höhe von Fr. 5'000.-- müsse nach Einsicht in die Pläne des Baubeschriebs abgewiesen werden. Die Trennwände zwischen Dusche und Bad seien gemauert eingezeichnet. Diese Trennmauer sei schlussendlich ganz anders ausgeführt worden. Die Mauer reiche heute offensichtlich nur bis zwei Meter Höhe und das darüber liegende Stück sei in Glas ausgeführt worden. Auf den Plänen seien zudem noch zwei separate Nasszellen eingezeichnet worden, was insofern geändert worden sei, als zur direkten Verbindung zwischen den beiden Nasszellen eine Glastüre eingebaut worden sei. Die entstandenen Kosten seien durch die Rechnungen der Firmen E._____ und F._____AG ausgewiesen. Abzüglich des Basispreises gemäss Baubeschrieb ergebe sich unter der Position Sanitäranlagen

Seite 17 — 31 ein Minderaufwand von Fr. 3'018.70. Ein von den Berufungsklägern geltend gemachter grösserer Minderaufwand sei nicht ersichtlich (angefochtener Entscheid S. 9). f/bb) Den Berufungsklägern zufolge wurde der Sachverhalt durch die vorinstanzliche

Feststellung, dass die Trennwände ganz anders ausgeführt worden seien als im Bauplan, „noch“ komplexer. Dass die Vorinstanz den Minder- und Mehraufwand nicht wie beantragt durch eine Expertise beweismässig ermittelt habe, stelle eine unrichtige Rechtsanwendung dar. Die Vorinstanz übersehe, dass sie kein Fachgericht sei und es ihr für die Ermittlung des Minder- und Mehraufwandes an fachlichen Kenntnissen mangle (Berufung S. 4). In ihrer Replik rügen die Berufungskläger ausserdem, es stelle eine unrichtige Rechtsanwendung dar, dass die Vorinstanz ohne Prüfung, ob ein zusätzlich zu entschädigender Sonderwunsch vorhanden gewesen sei, die klägerische Forderung geschützt habe. Die Berufungskläger hätten den geltend gemachten Mehr- und Minderaufwand bestritten und sich dafür auf eine Expertise berufen (Replik S. 4). f/cc) Mit Schreiben vom 29. Oktober 2010 (Vorinstanz act. III./48) bezogen sich die Berufungskläger auf die ihnen am 20. Oktober 2010 zugesendeten Mehrkostenprotokolle (Vorinstanz act. III./47) und erklärten sich ausdrücklich mit Minderkosten von Fr. 3'018.70 für Änderungen bei den Sanitärapparaten einverstanden. Im Mehrkostenprotokoll Nr. 1 wurden dabei unter anderem die Kosten für ein Glasoblicht, eine Glastüre zwischen Bad/WC und Dusche/WC sowie die Duschtrennwände beziffert. Weshalb die Berufungskläger, nachdem sie sich mit den Berufungsbeklagten über diese daraus gemäss Protokoll resultierenden Minderkosten tatsächlich geeinigt haben, unter anderem mit dem Hinweis auf die Komplexität des Sachverhalts nunmehr auf ihren Entscheid zurückkommen wollen, ist unklar. Insbesondere machen sie nicht geltend, sie seien bei ihrer Einverständniserklärung diesbezüglich einem Grundlagenirrtum unterlegen. Die Voraussetzungen eines solchen wären ohnehin nicht erfüllt. Damit sind die Berufungskläger auf ihrer entsprechenden Erklärung zu behaften und ist ohne weitere Beweisaufnahmen von den beidseits anerkannten Minderkosten auszugehen. f/dd) Zudem übersehen die Berufungskläger, dass ein Gutachten nicht voraussetzungslos einzuholen ist, sondern nur, wenn für die Beweiserhebung besondere Kenntnisse erforderlich sind (Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 320). Ausserhalb der Fälle, in denen das erkennende Gericht von Amtes wegen einen Gutachter beizieht, liegt es damit an der den entsprechenden Beweisantrag stellenden Partei, darzulegen, weshalb aus ihrer Sicht im betreffenden Fall

Seite 18 — 31 solche besonderen Kenntnisse für die Beweiserhebung erforderlich sind. Dazu hätte vorliegend auch gehört, dass sich die Berufungskläger damit auseinandergesetzt hätten, weshalb das vorhandene Beweismaterial, insbesondere die die Kosten für die umstrittenen Duschtrennwände ausweisende Offerte der F._____AG vom 2. September 2009 (Vorinstanz act. III./9) sowie die entsprechende Rechnung vom 24. Februar 2010 (Vorinstanz act. III./11), nicht zuverlässig über die Kostenveränderungen Aufschluss geben sollten. Dies haben sie jedoch weder dargelegt noch ist dies sonst ersichtlich. Den unsubstantiierten Antrag um Einholung eines Gutachtens hat die Vorinstanz somit ohne Rechtsverletzung stillschweigend abgelehnt. f/ee) Aufgrund des Gesagten steht fest, dass die Vorinstanz zu Recht ohne Einholung eines Gutachtens davon abgesehen hat, den Berufungsklägern im Zusammenhang mit den Sanitärapparaten Minderkosten in einem grösseren als dem von den Berufungsbeklagten anerkannten Umfang zuzusprechen. Der angefochtene Entscheid ist deshalb insoweit zu bestätigen und die Berufung ist entsprechend abzuweisen. g/aa) Die Vorinstanz führte aus, im Baubeschrieb des Kaufvertrages sei für die Wände der Wohnung ein Grund- und Deckputz mineralisch vorgesehen gewesen. Ausgeführt worden sei ein Weissputz, wie es von den Berufungsklägern auch anerkannt werde. Die von diesen im Schreiben vom 29. Oktober 2010 erhobene Mängelrüge habe bezüglich der Anerkennung der Beststellungsänderung und der sich daraus ergebenden

Mehrkosten keinen Einfluss. Der geschuldete Mehrbetrag in Höhe von Fr. 9'241.50 ergebe sich aus den Werkverträgen der Firmen G._____ und Maler H._____ abzüglich der Kosten gemäss Baubeschrieb. Der Einwand der Berufungskläger bezüglich der Mehrkostenposition Gipserarbeiten sei somit nicht gerechtfertigt (angefochtener Entscheid S. 9 f.). g/bb) Die Berufungskläger wenden dagegen ein, auch bei dieser Position prüfe die Vorinstanz nicht, ob die für die Zusprechung der Forderung notwendige vertragliche Grundlage vorhanden sei. Der Sonderwunsch Weissputz gestrichen hätte nach den Aussagen des Zeugen D._____ bei E._____ angebracht werden müssen. Die Aussage von D._____ zeige aber auch, dass den Berufungsklägern die Änderungsunterlagen nicht vorgelegt worden seien. Angesichts dieser Feststellungen sei die Würdigung des Bestehens eines Abänderungsvertrages nicht haltbar. Die Berufungsbeklagten hätten vor der Vorinstanz die Einrede der Schlechterfüllung erhoben, weil die Gipserarbeiten bis heute erhebliche Mängel wie gewellte Wände und Risse an Wänden und Decken aufweisen würden (Berufung S. 4 f.).

Seite 19 — 31 g/cc) Gemäss dem Mehrkostenprotokoll Nr. 1 (Vorinstanz act. III./47) ergaben sich die Mehrkosten bei den Gipserarbeiten (Innenputz) in Höhe von Fr. 9'241.50 aus der Differenz zwischen den Kosten für Weissputz gestrichen an den Wandflächen und dem Fertigputz gemäss Baubeschrieb. Darauf Bezug nehmend, teilten die Berufungskläger den Berufungsbeklagten mit Schreiben vom 29. Oktober 2010 (Vorinstanz act. III./48) mit, sie seien mit der Ausführung der Wände an den verschiedensten Stellen nicht einverstanden. D._____ habe nach einer gemeinsamen Besichtigung bemerkt, dass er dem Gipser die Mehrkosten für den Weissputz in Abzug bringen werde. Im Gegenzug würden die Berufungskläger auf eine Behebung des Mangels verzichten. Daraus geht hinreichend deutlich hervor, dass die Parteien tatsächlich darüber einig waren, anstelle des geplanten Grund- und Deckputzes mineralisch einen Weissputz gestrichen anzubringen. Ohne Zweifel betrafen die im Schreiben vom 29. Oktober 2010 geäusserten Einwände nicht den schliesslich angebrachten Innenputz als solchen, sondern vielmehr die noch im Berufungsverfahren gerügten angeblichen Mängel („an den verschiedensten Stellen“). Das Bestehen einer diesbezüglichen konsensualen Beststellungsänderung kann damit nicht in Frage gestellt werden. Dies würde selbst bei Annahme einer vereinbarten Abschlussform für Beststellungsänderungen gelten, denn die entsprechende Leistung (Weissputz gestrichen) wurde erbracht und von den Berufungsklägern spätestens mit Schreiben vom 29. Oktober 2010 entgegengenommen. Überdies ist weder behauptet noch ersichtlich, dass es sich beim Weissputz gestrichen um eine blosser Konkretisierung der von den Berufungsbeklagten ohnehin geschuldeten Werkleistung handeln könnte oder dass dieser sonstwie bereits von der Pauschalvergütung erfasst sein könnte. g/dd) Unwesentlich ist, dass die Berufungskläger jedenfalls nicht im Einzelnen zum Voraus über die entstehenden Kosten für den Weissputz gestrichen informiert wurden oder nicht informiert werden konnten. Den aus dem Weissputz gestrichen resultierenden Mehraufwand schulden die Berufungskläger selbst dann, wenn - wie sie behaupten - keine entsprechende Mehrforderung angekündigt worden und die Initiative zu dieser Beststellungsänderung vom betroffenen Unternehmer ausgegangen sein sollte (vgl. dazu vorstehend E. c/bb). Dementsprechend durfte die Vorinstanz auf die Einvernahme der Nachbarin Dr. I._____, bei welcher der Gipser „den gleichen Trick“ (Replik S. 5) angewendet haben soll, verzichten. Ohnehin hätte diese beantragte Zeugin nur über ihre eigene Wohnung Auskunft geben können und es ist nicht ersichtlich, inwieweit ihre Aussagen Rückschlüsse auf die Situation in der Wohnung der Berufungskläger zugelassen hätten. Ohne Bedeutung für das Bestehen einer Beststellungsänderung ist schliesslich auch, ob die ent-

Seite 20 — 31 sprechende Leistung einwandfrei oder mangelhaft erfolgte. Diese Meinung vertra- ten selbst die Berufungskläger noch vor der Vorinstanz (Klageantwort vom 29. September 2011 S. 6), auch wenn sie die dementsprechende Feststellung der Vorinstanz (angefochtener Entscheid S. 9) vor der II. Zivilkammer als „lapidar“ be- zeichnen (Berufung S. 5). Es ist nicht ohne weiteres ersichtlich, inwieweit die Ein- rede der Schlechterfüllung einen Einfluss auf die für die Gipsarbeiten geschulde- ten Mehrkosten haben könnte. Immerhin kann festgehalten werden, dass von den Berufungsbeklagten zu vertretende Werkmängel im Bereich der Gipsarbeiten beweislos geblieben sind. Ausserdem könnten die Berufungskläger nach richtiger Auffassung die Bezahlung der Mehrkosten für die Gipsarbeiten ohnehin nur dann verweigern, wenn sie sich für die Nachbesserung entschieden hätten (vgl. Gauch, a.a.O., N 2372 ff.). Dafür, dass dies vorliegend der Fall gewesen sein könnte, fehlen indessen sowohl entsprechende Behauptungen als auch Beweise. g/ee) Die Berufungskläger beanstanden die Zusammensetzung der die Gipsarar- beiten betreffenden Mehrkosten, wie sie dem angefochtenen Entscheid zugrunde liegen, nicht im Einzelnen. Demzufolge ist darauf nicht weiter einzugehen und die Berufung in diesbezüglicher Bestätigung des angefochtenen Entscheids abzuwei- sen. h/aa) Die Vorinstanz führte aus, im Baubeschrieb sei ein Parkettboden Variopack Esche oder kanadischer Ahorn zu einem Budgetpreis von Fr. 140.-- pro Quadrat- meter vorgesehen. Die Berufungsbeklagten hätten dargetan und die Gegenseite habe auch anerkannt, dass die Berufungskläger bei J._____ eigenständig eine Offerte für einen Parkettboden in Eiche eingeholt hätten. Der Standpunkt der Be- rufungsbeklagten, dass in dieser ursprünglichen Offerte nicht alle von den Beru- fungsklägern (zum Teil nach Einholen der Offerte) gewünschten Leistungen, wie insbesondere der Einbau der Treppentritte längslaufend, das Glasprofil beim Treppenabgang, das saubere Anschneiden und Ausfälen sowie das Anbringen von Aussparungen für Bodensteckdosen enthalten waren und hierfür bei J._____ eine zusätzliche Auftragsbestätigung eingeholt werden musste, werde durch die Aussagen der Zeugen J._____ und D._____ klar bestätigt. Die von D._____ in der Folge bei J._____ eingeholte Auftragsbestätigung sei den Berufungsklägern of- fensichtlich zur Kenntnis gebracht und von diesen mindestens stillschweigend ak- zeptiert worden. Die tatsächlichen Mehrkosten in Höhe von Fr. 46'690.60 ergäben sich sodann aus der Rechnung des Bodenlegers J._____ abzüglich des Basis- preises gemäss Baubeschrieb sowie der vorgesehenen Kosten für die Ausführung der internen Wohnungstreppen sowie des Balkonbodens in Naturstein (angefoch- tener Entscheid S. 10).

Seite 21 — 31 h/bb) Die Berufungskläger rügen, es fehle für den Parkettboden ihr schriftliches Änderungsbegehren und eine schriftliche Bestätigung durch die Berufungsbeklag- ten. Dies wäre auch nach der vorinstanzlichen Auslegung von Ziffer 4 Absatz 2 der besonderen Bestimmungen des Kaufvertrags erforderlich gewesen, da der Handwerker J._____ vom Berufungskläger beigezogen worden sei. Es fehle aber auch am Nachweis einer mündlichen Einigung. Es sei nicht erwiesen, ob die Beru- fungskläger überhaupt Kenntnis von den zusätzlichen Kosten erhalten hätten. Die Würdigung als Abänderungsvereinbarung durch die Vorinstanz sei unhaltbar. Es fehle der Nachweis des für die Zusprechung der Mehrforderung der Berufungsbe- klagten unabdingbaren Abänderungsvertrages (Berufung S. 5 f.). Die vom Beru- fungskläger eingeholte Pauschalofferte sei irrelevant. Es werde bestritten, dass die von den Berufungsbeklagten behaupteten Zusatzleistungen in dieser Pauscha- llofferte nicht enthalten seien. Die zweite Offerte sei nicht von den Berufungsklä- gern, sondern vom Bauleiter D._____ eingeholt

und den Berufungsklägern nicht vorgelegt worden. Die Annahme der Vorinstanz, dass die Berufungskläger für die- se Offerte einen Sonderwunsch gehabt hätten, sei unhaltbar. Die Berufungskläger hätten sich auch nie mit den geforderten Mehrkosten einverstanden erklärt (Replik S. 5). h/cc) Fest steht, dass die Berufungskläger anstelle der im Kaufvertrag vom 11. September 2008 vorgesehenen Bodenbeläge einen Parkettboden sowie einen Terrassenboden in Eiche wünschten, weshalb sie bei J._____ am 7. September 2009 eine Offerte über pauschal Fr. 80'000.-- einholten (Vorinstanz act. III./18). Fest steht auch, dass die Böden schliesslich entsprechend den Wünschen der Berufungskläger ausgeführt wurden. Insbesondere waren diejenigen Leistungen von den Wünschen der Berufungskläger erfasst, welche die Berufungsbeklagten bereits in den erstinstanzlichen Rechtsschriften im Einzelnen dargelegt haben (Klage vom 7. Juni 2011 S. 17 f.; Replik vom 28. November 2011 S. 12 ff.), weil sie nach ihrer Auffassung von der Offerte vom 7. September 2009 nicht gedeckt sind und deshalb als Grundlage für Mehrkosten gegenüber der genannten Offerte dienen sollen. Dies folgt bereits daraus, dass die Berufungskläger vor der Vorin- stanz nicht bestritten haben, dass einzelne oder alle dieser angeblichen „zusätzli- chen Sonderwünsche“ (Replik vom 28. November 2011 S. 13) Tatsache waren. Vielmehr stellten sie sich auf den Standpunkt, die entsprechenden Leistungen sei- en bereits in der Offerte vom 7. September 2009 enthalten gewesen und aner- kannten damit deren wunschgemässe Ausführung (Klageantwort vom 29. Sep- tember 2011 S. 5). Am Schluss, dass sich die Parteien über die Ausführung des Parkett- und des Terrassenbodens in der letztendlich realisierten Form tatsächlich

Seite 22 — 31 einig waren, führt unter diesen Umständen kein Weg vorbei. Ebenso ist die Vorin- stanz diesbezüglich zu Recht unter Hinweis auf die Ausführung und Entgegen- nahme der entsprechenden Leistungen davon ausgegangen, die Parteien hätten sich über einen allfälligen Formvorbehalt hinweggesetzt. h/dd) Mit einem Pauschalpreis, wie er dem Berufungskläger am 7. September 2009 von J._____ offeriert worden war (Vorinstanz act. III./18), wird zwar die Ver- gütung pauschaliert; was aber der Unternehmer zum vereinbarten Pauschalpreis im Einzelnen leisten muss, ergibt sich aus dem konkreten Werkvertrag. Hat die Bestellsänderung zur Folge, dass sich dieser Leistungsinhalt ändert, indem der Unternehmer zum Beispiel zu zusätzlichen oder veränderten Leistungen ver- pflichtet wird, so fällt ein hieraus entstehender Mehraufwand aus dem Deckungs- bereich des Pauschalpreises. Für den betreffenden Mehraufwand, der durch die vereinbarte Pauschalvergütung nicht mehr abgegolten ist, hat der Unternehmer grundsätzlich Anspruch auf eine Mehrvergütung, die sich mangels anderer Abrede nach Art. 374 OR bemisst. Häufig ist streitig, ob eine behauptete Bestellsände- rung in Wirklichkeit vorliegt oder ob eine bestimmte Einzelleistung, die der Bestel- ler nach Vertragsabschluss angeordnet hat, noch zum ursprünglich vereinbarten, vom Pauschalpreis abgedeckten Leistungsinhalt gehört. Diesfalls liegt die Beweis- last beim Unternehmer, der das Letztere bestreitet (zum Ganzen Gauch, a.a.O., N 905 ff.). h/ee) Ob und inwieweit den Berufungsbeklagten der Beweis gelungen ist, dass die Ausführung des Parkettbodens in der letztlich realisierten Art und Weise nicht von der Offerte vom 7. September 2009 gedeckt ist, erscheint fraglich. Wie die von D._____ am 14. November 2009 eingeholten Auftragsbestätigungen (Vorinstanz act. III./65) und die Abrechnung von J._____ vom 30. Dezember 2010 belegen (Vorinstanz act. III./21), ging diese Offerte jedenfalls von einer zu kleinen Boden- fläche aus. Über die dementsprechenden - immerhin den grössten Teil des im Zu- sammenhang mit dem Parkettboden geltend gemachten Mehraufwandes ausma- chenden - Mehrkosten hinaus ist aber weitgehend unklar, weshalb die Berufungs- kläger nicht darauf hätten vertrauen

dürfen, die am 7. September 2009 eingeholte Offerte decke sämtliche anfallenden und ausgeführten Arbeiten. Daran vermögen auch die Zeugenaussagen von J._____ und D._____, welche die Meinung geäußert haben, die Offerte vom 7. September 2009 beinhalte keine Zu- und Nebenarbeiten für die Verlegung des Parketts (Vorinstanz act. VI./1 S. 5; Vorinstanz act. VI./2 S. 3), grundsätzlich nichts zu ändern. Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, kann die Frage indessen offen gelassen werden.

Seite 23 — 31 h/ff) D._____ sagte unter Hinweis auf die Strafandrohung eines falschen Zeugnisses aus, die Berufungskläger seien bereits sehr früh auf die durch den Parkettboden entstandenen Mehrkosten aufmerksam gemacht worden. Es habe immer wieder Einigungen zwischen Herrn C._____ und ihm gegeben. Jener habe Kenntnis von der Auftragsbestätigung vom 14. November 2009 gehabt (Vorinstanz act. VI./1 S. 6). Die II. Zivilkammer sieht keinen Grund, weshalb diese Sachdarstellung nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechen sollte. Entgegen der Auffassung der Berufungskläger gibt es keinerlei Hinweise, dass sich D._____ im Vorfeld seiner Zeugeneinvernahme mit den Prozessakten beschäftigt haben könnte (Berufung S. 6). D._____ sagte lediglich aus, er habe vor der Befragung seine Akten studiert (Vorinstanz act. VI./1 S. 13) - mögen sich diese auch teilweise mit den Prozessakten decken. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass D._____ irgendwelche Rechtsschriften des vorinstanzlichen Verfahrens konsultiert haben könnte. Zwar wurde D._____ bei der vorliegend strittigen Überbauung von den Berufungsbeklagten als Bauleiter eingesetzt und hat er die Abschlussrechnung an diese noch nicht gestellt (Vorinstanz act. VI./1 S. 13). Indessen geht es nicht an, hieraus geradezu eine Abhängigkeit zu den Berufungsbeklagten konstruieren zu wollen (in diesem Sinne aber die Berufungskläger in ihrer Berufung S. 6). Vielmehr arbeitete der Zeuge bei der strittigen Überbauung erstmals mit dem Berufungsbeklagten B._____ zusammen (Vorinstanz act. VI./1 S. 13) und erweisen sich seine Zeugenaussagen durchgehend als detailgetreu, schlüssig sowie frei von Widersprüchen. Ausserdem lassen sie sich weitestgehend auf das übrige vorhandene Aktenmaterial stützen (so auch die Berufungskläger in ihrer Replik S. 6). Nach dem Gesagten ist die II. Zivilkammer der Überzeugung, dass sich die Parteien bezüglich des Einbaus eines Parkettbodens und eines Terrassenbodens in Eiche auf die Auftragsbestätigungen vom 14. November 2009 (Vorinstanz act. III./65) geeinigt haben, womit die frühere Offerte vom 7. September 2009 ihre Bedeutung verloren hat. Die entsprechenden Leistungen wurden mithin auf Grundlage der Auftragsbestätigungen von den Berufungsbeklagten ausgeführt beziehungsweise von den Berufungsklägern akzeptiert. Daran ändert nichts, dass der Berufungskläger C._____ nach der Zeugenaussage von D._____ „später“ dann ablehnte, Fr. 80'000.-- übersteigende Kosten zu bezahlen (Vorinstanz act. VI./1 S. 6) und sich auch im vorliegenden Prozess dagegen wehrt. Schliesslich ist festzuhalten, dass die Auftragsbestätigungen die verschiedenen Einzelpositionen für den Parkett- und den Terrassenboden so wiedergeben, wie sie letztendlich in Rechnung gestellt wurden (Vorinstanz act. III./21). Dass das weitere Vorgehen der Vorinstanz, vom Rechnungsbetrag die entsprechenden Kosten gemäss Baubeschrieb abzuziehen, unzutreffend sein könnte, machen die Berufungskläger weder geltend noch ist

Seite 24 — 31 dies sonst ersichtlich. Der Entscheid der Vorinstanz, es seien für den Parkett- und Terrassenboden Mehrkosten von Fr. 46'690.60 angefallen, ist damit zu bestätigen und die Berufung auch in diesem Punkt abzuweisen. i/aa) Die eingeklagten Mehrkosten für Elektroinstallationen hiess die Vorinstanz gestützt auf die Zeugenaussagen von D._____

und E._____ gut. Die Mehrkosten in Höhe von Fr. 22'127.60 ergäben sich aus der Rechnung der K._____AG für die Nachträge betreffend Wohnung der Berufungskläger (angefochtener Entscheid S. 11). i/bb) Die Berufungskläger beanstanden, die Zeugenaussage von D._____ sei viel zu wenig detailliert, als dass darauf abgestellt werden könne. Die Würdigung der Aussagen dieses Zeugen mache vielmehr deutlich, dass bezüglich dieser Mehrkosten nichts Schriftliches vorgelegen sei und darüber auch kein Konsens habe entstehen können. Fakt sei, dass die Berufungsbeklagten den Beweis nicht erbracht hätten, dass sie von den Berufungsklägern einen entsprechenden schriftlichen oder mündlichen Sonderwunsch erhalten hätten und diesen auch nie schriftlich oder mündlich bestätigt hätten. Es sei unbewiesen, dass die Berufungskläger überhaupt über den Umfang der geltend gemachten Mehrkosten informiert worden seien (Berufung S. 6). Replicando stellten die Berufungskläger zusätzlich noch die Glaubwürdigkeit von D._____ in Abrede (Replik S. 5 f.). i/cc) Unbestritten ist, dass die K._____AG in der Wohnung der Berufungskläger Elektroinstallationen im Wert von Fr. 22'127.50 (inkl. 7.6% MWSt.) ausführte, welche sie als „Nachträge“ den Berufungsbeklagten in Rechnung stellte (Vorinstanz act. III./41). Dass die Berufungskläger bei den Elektroinstallationen keine Sonderwünsche gehabt haben wollen, wird durch die Zeugenaussage von D._____ widerlegt. Auf die Frage, mit welchen Bestellungsänderungen er von Seiten der Berufungskläger konfrontiert worden sei, sagte er aus, anlässlich mehrerer Besprechungen seien Installationen erweitert und mehrfach an die neue Situation angepasst worden. Er habe mehr als fünf Fassungen von Plänen; für ihn sei die Elektroplanung ein Horrorszenario gewesen. Die Treppenbeleuchtung sei nachträglich wieder versetzt worden oder habe versetzt werden müssen. Beidseitig der Liftanlagen seien Steigzonen eingebaut gewesen; diese seien auch verschoben worden. Diverse zusätzliche Beleuchtungs- und Stromanschlüsse seien notwendig geworden. Dazu sei ein grosser Aufwand für die Multimediainstallation gekommen und zuletzt hätten auf den fertig verputzten und gestrichenen Wänden Zuleitungen für die Weinschränke installiert werden müssen (Vorinstanz act. VI./1 S. 8). In Anbetracht dieser Darstellung hat die Vorinstanz kein Recht verletzt, wenn sie die

Seite 25 — 31 von den Berufungsbeklagten im Einzelnen behaupteten (Klage vom 7. Juni 2011 S. 36) und den geltend gemachten Mehrkosten zugrunde liegenden Änderungswünsche als erstellt erachtet hat. Die Schilderungen von D._____ sind frei von Widersprüchen und entgegen den Berufungsklägern keineswegs allgemein gehalten, sondern hinreichend detailliert. Überdies stimmen sie mit dem übrigen Aktenmaterial überein. Insbesondere vermögen die Zeugenaussagen von D._____ zu erklären, weshalb die K._____AG „Nachträge“ offeriert und auch in Rechnung gestellt hat. Sodann hat auch E._____ bezeugt, dass es Zusatzwünsche bezüglich der Elektroinstallationen gab (Vorinstanz act. VI./3 S. 6). Schliesslich passt auch das im Prozess gezeigte Verhalten der Berufungskläger zum von D._____ Ausgesagten, dass er nämlich vom Elektroinstallateur gehört habe, der Berufungskläger sei sich der diesbezüglichen Mehrkosten bewusst gewesen, jedoch die Meinung vertreten habe, er habe mit dem Grundpreis für die Wohnung bereits genug bezahlt (Vorinstanz act. VI./1 S. 9). Demzufolge ist die Vorinstanz zu Recht in Bezug auf die Elektroinstallationen von einer konsensualen Bestellungsänderung ausgegangen. Daran vermag nichts zu ändern, dass die Berufungskläger offenbar bereits gegenüber dem Elektroinstallateur zum Ausdruck gebracht haben, sie würden die Bezahlung von Mehrkosten verweigern, denn dass der Elektroinstallateur rechtsgenügend für die Berufungsbeklagten Erklärungen hätte entgegennehmen können, ist weder behauptet

noch sonst ersichtlich. Vielmehr spricht dieses Verhalten dafür, dass die Berufungskläger zumindest mit der Möglichkeit rechneten, dass durch ihre Sonderwünsche Mehrkosten entstehen konnten. Nachdem die entsprechenden Leistungen ausgeführt und von den Berufungsklägern - spätestens mit Besitzeserwerb (vgl. nachfolgend E. 4.a, wonach dieser nach Meinung der Berufungskläger per 1. April 2010 erfolgt sein soll) - auch entgegen genommen wurden, hätten die Parteien selbst auf einen Formvorbehalt verzichtet. i/dd) Im Gegensatz zum vorinstanzlichen Verfahren, wo die Berufungskläger noch einwendeten, die - einen Teil der geltend gemachten Mehrkosten für die Elektroinstallationen verursachende - Beleuchtung sowie die Steckdosen befänden sich im üblichen Rahmen und seien deshalb bereits durch den Baubeschrieb abgedeckt (Duplik vom 19. Januar 2012 S. 6), fehlen im Berufungsverfahren entsprechende Rügen. Insbesondere bringen die Berufungskläger nicht vor, mangels Einreichung der Elektro-Projektpläne (vgl. den entsprechenden Verweis im Baubeschrieb S. 7, Vorinstanz act. III./5) durch die Berufungsbeklagten sei beweislos geblieben, dass die entsprechenden Leistungen nicht bereits von der Pauschalvergütung erfasst würden. Obwohl die II. Zivilkammer das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat, ist darauf mangels diesbezüglicher Vorbringen im Berufungsverfahren nicht weiter einzugehen (vgl. dazu Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 36). Nach dem Ausgeführten hat die Vorinstanz den Berufungsbeklagten zu Recht Fr. 22'127.50 als Mehrkosten für Elektroinstallationen zugesprochen. Die Berufung ist deshalb insoweit in Bestätigung des angefochtenen Entscheids abzuweisen. k)

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Vorinstanz die sich auf umstrittene Mehrkosten bei dem Brüstungsgeländer, dem Parkettboden, den Gipserarbeiten und den Elektroinstallationen, strittige Minderkosten bei den Sanitärapparaten sowie verschiedene weitere, von beiden Parteien grundsätzlich anerkannte Mehr- und Minderkosten stützende eingeklagte Forderung der Berufungsbeklagten von Fr. 59'784.10 zu Recht geschützt hat. 4.a) Neben den von den Berufungsklägern verrechnungsweise geltend gemachten Grundbuchkosten, welche nicht Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bilden, wies die Vorinstanz auch ihre Verrechnungsforderung wegen verspäteter Bezugsbereitschaft ab. Die ursprünglich per Spätherbst 2009 vereinbarte Bezugsbereitschaft sei durch nachträgliche Abrede auf Ende Januar 2010 verschoben worden. Die Behauptung der Berufungskläger, sie hätten ihre Wohnung erst am 1. April 2010 beziehen können, widerspreche ihrem eigenen Verhalten, denn die gemäss Kaufvertrag mit Bezugsbereitschaft fällig werdende Kaufpreispauschale hätten sie bereits am 28. Januar 2010 überwiesen. Ausserdem seien die nach dem Spätherbst 2009 erfolgten Arbeiten an der Wohnung aufgrund von Beststellungsänderungen und teils „von direkt von den Käufern beauftragten Fremdunternehmern verursachten Verzögerungen notwendig“ geworden. Schliesslich sei den Berufungsklägern gar kein Schaden erwachsen, denn sie hätten offensichtlich nie in einem Hotel in O.1_____ residiert, andernfalls sie entsprechende Belege eingereicht hätten (angefochtener Entscheid S. 15 ff.). b) Die Berufungskläger wenden ein, die Vorinstanz habe sich geweigert, die als Zeugen angerufenen L._____ und M._____ sowie N._____ einzuvernehmen. Ohne diese Beweisabnahmen versuche sie aufgrund von zwei Indizien den Schluss zu ziehen, dass die Wohnung bereits Ende Januar 2010 bezugsbereit gewesen sei. Die Berufungskläger hätten Anspruch, dass dieser Sachverhalt richtig festgestellt werde. „Geradezu unhaltbar“ sei die vorinstanzliche Annahme, dass kein Verspätungsschaden entstanden sei, weil die Berufungskläger in dieser Zeit nicht in einem Hotel in O.1_____ Ferien gemacht hätten (Berufung S. 8).

Seite 27 — 31 c) Stützt sich ein angefochtener Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, so kann die dagegen erhobene Berufung nur dann Erfolg haben, wenn damit sämtliche den Entscheid tragenden Begründungen zu Fall gebracht werden (Reetz, a.a.O., Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 N 43). Die Berufung hat sich mit anderen Worten gegen jedes dieser Entscheidungsmotive zu richten, wobei die Berufungsbegründung in Bezug auf jedes (separate) Entscheidungsmotiv den gesetzlichen Anforderungen genügen muss. Diesen Grundsätzen haben die Berufungskläger nicht nachgelebt. Das vorinstanzliche Argument, es sei den Berufungsklägern mangels Aufenthalts in einem Hotel gar kein Schaden zufolge angeblich verspäteter Bezugsbereitschaft erwachsen, bezeichnen die Berufungskläger als geradezu unhaltbar, ohne sich damit näher auseinanderzusetzen. Mit dieser unsubstantiierten Kritik genügen sie den an eine Berufungsbegründung gestellten Anforderungen offensichtlich nicht, weshalb auf die sich gegen die vorinstanzliche Abweisung der Verrechnungsforderung richtenden Ausführungen der Berufungskläger nicht weiter einzugehen ist. Immerhin kann festgehalten werden, dass die Ablehnung eines Verspätungsschadens auch in materieller Hinsicht zu bestätigen wäre. Der von den Berufungsklägern mit Hinweis auf einen hypothetischen Aufenthalt in einem Hotel in O.1 _____ geltend gemachte Kommerzialisierungsschaden ist nach schweizerischem Recht nicht ersatzfähig, weil damit nicht das Vermögen geschmälert wird, sondern bloss gewisse Erwartungen enttäuscht werden (vgl. Gauch/Schluep/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl., Zürich 2014, N 2856 ff. mit weiteren Hinweisen). Somit ist die Abweisung der Verrechnungsforderung für Verspätungsschaden zu bestätigen und die Berufung auch diesbezüglich abzuweisen. 5.a) Weiter beanstanden die Berufungskläger den angefochtenen Entscheid nicht. Einer amtswegigen Überprüfung ist indessen die zweifache Erteilung der definitiven Rechtsöffnung zu unterziehen. Die Vorinstanz erteilte in Ziff. 2 des angefochtenen Entscheiddispositivs für den zugesprochenen Betrag die definitive Rechtsöffnung in den Betreibungen Nrn. _____ und _____ des Betreibungsamtes Oberentfelden vom 20. Dezember 2010. Prozessvoraussetzung für die Erteilung der Rechtsöffnung ist das Vorliegen einer gültigen Betreibung. In einer nichtigen Betreibung kann auf ein Rechtsöffnungsgesuch nicht eingetreten werden, da es hierfür an einem Rechtsschutzinteresse ermangelt. Über die Frage der Nichtigkeit hat der Rechtsöffnungsrichter vorfrageweise von Amtes wegen zu entscheiden (Daniel Staehelin, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Auflage, Basel 2010, N 12 zu Art. 84 SchKG m.w.Hinw.). Nichtigkeit ist u.a. gegeben bei einer im Namen einer einfachen Ge-

Seite 28 — 31 sellschaft angehobenen Betreibung (PKG 1990 Nr. 28; Verfügung des Kantonsgerichts Graubünden vom 8./11. Juni 2012, Ref.: KSK 12 27). Vorliegend wurde gemäss den im Recht liegenden Zahlungsbefehlen (Vorinstanz act. III./53 und 54) die Betreibung im Namen der einfachen Gesellschaft Baugesellschaft "Y. _____", O.1 _____ c/o B. _____, dipl. Ing. ETH/SIA angehoben und durchgeführt ohne anzugeben, wer Mitglied dieser Gesellschaft ist. Aufgrund des soeben Ausgeführten erweist sich die angehobene Betreibung als nichtig. Dies wurde von den Berufungsbeklagten in der Berufungsantwort auf S. 5 Ziff. 3.5, zweiter Absatz anerkannt. Damit fehlte es für die Erteilung der Rechtsöffnung an einer Prozessvoraussetzung, was von der Vorinstanz von Amtes wegen zu berücksichtigen gewesen wäre. Demzufolge erweist sich Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids als rechtsfehlerhaft. Dieser offensichtliche Fehler ist im Berufungsverfahren zu korrigieren, zumal Nichtigkeit jederzeit von Amtes wegen zu berücksichtigen ist und im

Berufungsverfahren das Rügeprinzip keine Anwendung findet. Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids ist demnach in teilweiser Gutheissung der Berufung aufzuheben und auf die Gesuche um Erteilung der definitiven Rechtsöffnungen ist nicht einzutreten. b) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Berufung teilweise und die Anschlussberufung vollständig gutzuheissen sind. Da die teilweise Gutheissung der Berufung einzig den Nebenpunkt der Rechtsöffnung betrifft, der weder für die Vorinstanz (vgl. vorinstanzlicher Entscheid E. 7) noch für die Berufungsinstanz einen nennenswerten Aufwand verursachte, die Berufungskläger selbst den Mangel nicht bemerkten und keine Ausführungen dazu machten, hingegen die Berufungsbeklagten selbst auf die Nichtigkeit hinwiesen, hat dieser Umstand keine Auswirkungen auf den Kostenentscheid. Die Kosten des vorliegenden Berufungsverfahrens, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO), gehen demzufolge wie bereits die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens zu Lasten der Berufungsklägerin (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten werden auf Fr. 8'000.-- festgesetzt (vgl. Art. 9 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren [VGZ; BR 320.210]). Rechtsanwalt Caviezel hat mit Honorarnote vom 28. Januar 2014 einen Honoraranspruch von Fr. 12'093.30 (inkl. Spesen und MWSt.) geltend gemacht, welchem ein Aufwand von 43.83 Stunden zugrunde liegt. Dem beiliegenden Aufwandblatt lassen sich zwar einzelne Leistungspositionen mit dazugehörigem Datum, an welchem die entsprechenden Leistungen erbracht worden sein sollen, entnehmen. Jedoch geht daraus der jeweilige Aufwand für die einzelnen Leistungen nicht hervor, so dass die ins Recht gelegte Honorarnote den Anforderungen an eine detaillierte

Seite 29 — 31 Kostennote nicht genügt. Aus diesem Grund erfolgt die Festsetzung der Parteientschädigung nach richterlichem Ermessen, zumal sich der verrechnete Aufwand ohnehin als überhöht erweist (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte [Honorarverordnung, HV; BR 310.250]). Ausserdem fehlt eine Honorarvereinbarung für den verrechneten Stundenansatz von Fr. 250.--, so dass praxisgemäss von einem solchen von Fr. 240.-- auszugehen ist. Die vor Vorinstanz eingereichte Anwaltsvollmacht weist zwar auf eine angeblich auf deren Rückseite abgedruckte Honorarvereinbarung. Auf der Rückseite fehlt indessen ein entsprechender Aufdruck. Angesichts der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen sowie des Umfangs der eingereichten Rechtsschriften erscheint eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 8'000.-- (inkl. Spesen und MWSt.) als angemessen, was auch in etwa dem von den Berufungsklägern für das Berufungsverfahren geltend gemachten Aufwand entspricht.

Seite 30 — 31 III.

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