

# NW\_GERICHTE 24262 vom 17. November 2020

NW Gerichte, 2020-11-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw\\_gerichte\\_24262](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw_gerichte_24262)

FR: NW\_GERICHTE 24262 du 17 novembre 2020

IT: NW\_GERICHTE 24262 del 17 novembre 2020

## Regeste

Forderung (ZA 20 4)

## Erwägungen

### E. 1

Formelles

#### E. 1.1

Eintretensvoraussetzungen Angefochten ist das Urteil ZK 13 25 des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Kollegial- gericht, vom 6. Dezember 2018 betreffend Forderung. Gegen erstinstanzliche Endentscheide ist das Rechtsmittel der Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO [SR 272]; Art. 309 und 319 ZPO e contrario), sofern der Streitwert über Fr. 10'000.– liegt (Art. 308 Abs. 2 ZPO; AN- NETTE DOLGE, in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO-Komm., 2. A. 2016, N 11 zu Art. 283 ZPO). Der von der Vorinstanz zugesprochene und vom Berufungskläger angefochtene Betrag von Fr. 60'754.95 übersteigt die Streitwertgrenze. Das Rechtsmittel der Berufung ist somit zulässig. Berufungsinstanz gegen Urteile des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Kollegial- gericht ist das Obergericht Nidwalden, Zivilabteilung (Art. 27 GerG [NG 261.1]), das in Fünfer- besetzung entscheidet (Art. 22 Ziff. 3 GerG). Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Obergerichts ist somit gegeben. Zur Berufung ist berechtigt, wer als Haupt- oder Nebenpartei am Verfahren beteiligt war, das zum angefochtenen Entscheid geführt hat (formelle Beschwer), und überdies durch den ange- fochtenen Entscheid unmittelbar betroffen ist und ein Rechtsschutzinteresse an dessen Auf- hebung oder Abänderung hat (materielle Beschwer; vgl. PETER REETZ, in: Sutter-Somm/ Ha- senböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. A. 2016, N 30 ff. zu den Vorbem. zu Art. 308–318 ZPO). Der Berufungskläger nahm am vorinstanzlichen Verfahren teil und ist durch das ange- fochtene Urteil hinlänglich berührt. Er ist somit zur Berufung berechtigt. Die Berufung ist innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids bzw. seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidbegründung schriftlich und begründet einzureichen

#### E. 1.2

Kognition und Rügegründe Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Der Begriff der Rechtsanwendung (lit. a) ist aufgrund der freien und nicht an eine Rügepflicht des Berufungsklägers anknüpfen- den Kognition der Rechtsmittelinstanz als umfassend zu verstehen und beinhaltet sämtliche generell-abstrakten, staatlichen Normen. Die Ermessenskontrolle bezieht sich auf die Frage nach der korrekten Handhabung von Art. 4 ZGB (SR 210) und wird gelegentlich auch als Rechtsfolgeermessen bezeichnet (im Unterschied zum Tatbestandsermessen, das zur Fest- stellung des Sachverhalts gehört).

Diese Überprüfung erfolgt zwar grundsätzlich frei. Indes bedeutet die Einschränkung der Kognition auf unrichtige Rechtsanwendung, dass die Rechts- mittelinstanz nicht einfach ihr eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen der Vorinstanz set- zen kann. Eine Berufung ist nicht die Fortsetzung des Sachprozesses in einer anderen Instanz (ausführlich MARTIN H. STERCHI, in: Berner Kommentar ZPO, 2012, N 6 und 8 f. zu Art. 310 ZPO; KURT BLICKENSTORFER, in: Brunner/Gasser/Schwander, a.a.O., N 8 ff. zu Art. 310 ZPO; vgl. auch OG ZH LC190022-O/U vom 13. Juli 2020 E. 1.2).

### **E. 1.3**

Begründungspflichten

#### **E. 1.3.1**

Des Rechtsmittelklägers Grundsätzlich ist in der Berufungsschrift detailliert vorzutragen, aus welchen Gründen der an- gefochtene Entscheid in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht (Art. 310 lit. a und b ZPO) falsch sei und deshalb geändert werden müsse (Begründungslast). Die Berufungsschrift muss sich somit möglichst genau mit den Entscheidungsgründen, d.h. der Begründung des angefochte- nen Entscheids, auseinandersetzen. Die Anforderungen an die Begründung hängen von den konkreten Rügen ab. Ein blosser Hinweis auf die Vorakten bzw. Beilagen genügt ebenso we- nig wie das Üben von pauschaler Kritik am vorinstanzlichen Entscheid oder das blosses Wie- derholen desjenigen, was bereits vor der Vorinstanz vorgebracht wurde. Vielmehr hat ein Be- rufungskläger die kritisierten Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen zu bezeichnen, sich sachbezogen damit auseinandersetzen und aufzuzeigen, inwiefern und weshalb diese Er-

#### **E. 1.3.2**

Der Rechtsmittelinstanz Die Rechtsmittelinstanz kann den angefochtenen Entscheid bestätigen, neu entscheiden oder die Sache an die erste Instanz zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht be- urteilt wurde oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Art. 318

### **E. 1.4**

Rügen an der vorinstanzlichen Verfahrensleitung Der Berufungskläger rügt, das vorinstanzliche Verfahren habe «nachweislich viel zu lange ge- dauert und damit auch die Beweisführung für die Parteien bzw. insbesondere für den Beru- fungskläger erheblich erschwert» (mit Hinweis auf Art. 29 Abs. 1 BV). Soweit der Berufungs- kläger damit Rechtsverzögerung geltend machen will, hätte er dies rechtzeitig mittels Be-

### **E. 1.5**

Noven Der Berufungskläger reichte zusammen mit seiner Berufung und seiner Replik gut anderthalb Dutzend Noven aus den Jahren 2011 bis 2020 ein (bk-Bel. 5–23). Er bringt sinngemäss vor, es handle sich um echte, d.h. vor dem Hintergrund von Art. 317 ZPO zulässige Noven. Die Berufungsbeklagte bestreitet zusammengefasst sowohl die Relevanz als auch die Zulässigkeit besagter Noven. Die Frage nach Zulässigkeit und Relevanz der bk-Bel. 5–23 kann vorläufig und unter Verweis auf unten, E. 3 f. und E. 7.3, offengelassen werden.

2. Grundlegendes 2.1 Übersicht Die Parteien schlossen einen «WERKVERTRAG [BKP] 211 Baumeisterarbeiten» vom 4./18. April 2011 (nachfolgend: «Werkvertrag BKP 211»), verschiedene «Werkvertragsnach- träge» sowie einen «WERKVERTRAG [BKP] 226.2

Verputzte Aussenwärmedämmung» vom 18. Juli 2011 (nachfolgend «Werkvertrag BKP 226.2»). Strittig ist das Verhältnis zwischen diesen Verträgen und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen. Die Vorinstanz ist der Auffassung, dass es sich bei den Werkverträgen BKP 211 und BKP 226.2 um zwei voneinander unabhängige Verträge bzw. Vertragskomplexe handelte. Die Berufungsbeklagte habe nur die Werklohnforderung aus dem Werkvertrag BKP 211 eingeklagt; die Ausführungen des Berufungsklägers zum Werkvertrag BKP 226.2 seien folglich bedeutungslos. Die Vorinstanz hiess die von der Berufungsbeklagten eingereichte Klage über Fr. 68'457.50 (nebst Zins von 5 % seit 16. Oktober 2012) im Umfang von Fr. 60'754.95 (zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 28. Juni 2013) gut. Der Berufungskläger rügt am angefochtenen Entscheid zunächst, die Vorinstanz habe zu Unrecht die vertragliche bzw. rechtliche Einheit (nachfolgend E. 3) und die funktionale bzw. tatsächliche Einheit zwischen diesen Verträgen verneint (E. 4). Sodann habe die Berufungsbeklagte zwei Leistungen aus dem Werkvertrag BKP 211 nicht erbracht, wofür die Vorinstanz weitere Fr. 5'000.– in Abzug hätte bringen müssen (E. 5). Weiter hätte die Vorinstanz die Forderung im Umfang von Fr. 10'000.– abweisen müssen bzw. in diesem Umfang nicht auf die Klage eintreten dürfen, weil dem Berufungskläger hierfür ein Wahlrecht hinsichtlich der Zahlung in WIR-Geld (CHW) statt in Bargeld (CHF) zukäme (E. 6). Ferner habe die Vorinstanz

## **E. 6**

### **■ 56**

(Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Berufung vom 11. März 2020 wurde fristgerecht eingereicht (Versand der Entscheidungsbegründung am 7. Februar 2020, Empfang desselben am 10. Februar 2020) und entspricht den Formanforderungen. Auf die Berufung ist demnach einzutreten.

## **E. 7**

### **■ 56**

wägungen unrichtig sein sollen. Er hat sich folglich mit dem angefochtenen Urteil so auseinandersetzen, dass ohne Mühe klar wird, was er aus welchem Grund kritisiert. Ebenfalls sind die Aktenstücke genau zu bezeichnen, auf denen die Kritik beruht. Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Berufungsinstanz nicht überprüft zu werden. Diese hat sich, abgesehen von offensichtlichen Mängeln, grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden. Die Berufungsinstanz ist somit nicht von sich aus verpflichtet, den angefochtenen Entscheid auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, wenn diese von keiner Partei (rechtsgenügend) gerügt werden. Eine in der Substanz mangelhafte – obschon nicht geradezu ungenügende, d.h. mit wenigstens ansatzweise vorhandener – Begründung kann sich folglich zwar nicht in der Eintretensfrage, jedoch in der materiellen Beurteilung des Rechtsmittels zum Nachteil eines Berufungsklägers auswirken (DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, ZPO-Kurzkommentar, 2. A. 2014, N 5 zu Art. 311 ZPO; PETER REETZ/STEFANIE THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 36 zu Art. 311 ZPO; je mit Hinweisen; vgl. auch OG ZH LC190022-O/U vom 13. Juli 2020 E. 1.2; LE200006-O/U vom 5. Juni 2020 E. 3; NP200004-O/U vom 5. Juni 2020 E. 3). Die Berufung ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsschrift muss somit, wie

grundsätzlich alle Parteieingaben, leserlich, gebühlich sowie verständlich und darf nicht weitschweifig sein (Art. 132 Abs. 2 ZPO). Der Berufungskläger macht in seinen Rechtsschriften gut zweidutzendmal weitergehende Ausführungen in Form von Fussnoten. Fussnoten dienen indes in erster Linie dazu, die in der Arbeit bzw. Rechtsschrift verwendeten Quellen zu belegen. Der Fussnotenapparat ist nicht als Paralleltext gedacht, um den im Haupttext nicht integrierten Ausführungen und Erläuterungen zusätzlichen Platz zu bieten. Vielmehr gehören materielle Vorbringen in den Textteil einer Rechtsschrift und nicht in die Fussnoten (Urteil des Bundesgerichts 4A\_589/2019 vom 11. Mai 2020 E. 1.3.1). Entsprechend dem hiesigen Gerichtsgebrauch ist folglich davon auszugehen, dass die Fussnoten in den berufungsklägerischen Eingaben nicht zum eigentlichen Klagefundament gehören und damit – vorbehaltlich offensichtlicher Rechtserheblichkeit – unbeachtlich sind.

### **E. 7.1**

Übersicht Der Berufungskläger macht geltend, er könne sich auf einen Nachbesserungsanspruch und das Rückbehaltungsrecht nach Art. 82 OR berufen. Die Berufungsbeklagte beruft sich auf

### **E. 7.2**

Rechts- und vertragliche Grundlagen Wer bei einem zweiseitigen Verträge den andern zur Erfüllung anhalten will, muss entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat (Art. 82 OR). Damit muss bei synallagmatischen Verträgen die eine Partei eine an sich fällige Leistung nicht erbringen, solange nicht auch die andere Partei ihre fällige Leistung gehörig erfüllt oder anbietet; die beidseitigen Leistungen sind somit grundsätzlich Zug um Zug auszutauschen (Ausnahme: Vorleistungspflicht). Hat der fordernde Gläubiger seine Gegenleistung nicht, nicht gehörig oder nicht vollständig – mithin mangelhaft – erbracht bzw. angeboten, gibt Art. 82 OR dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht, die durch die Einrede des nicht (oder nicht gehörig) erfüllten Vertrags auszuüben hat (ULRICH G. SCHROETER, a.a.O., N 1, 37–44 zu Art. 82 OR). Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass neben den Bestimmungen des OR auch die SIA-Norm 118 anwendbar ist (vgl. Berufung, Ziff. 34 lit. a S. 30: «Als Vorbemerkung ist darauf hinzuweisen, dass zwischen den Parteien unbestrittenermassen gemeinsam die Anwendung der SIA-Norm 118 [...] vereinbart wurde.»). Gemäss Art. 149 Abs. 1 SIA-Norm 118 dient der Rückbehalt, der nach Art. 145 Abs. 1 SIA-Norm 118 zum Abzug gelangt, dem Bauherrn als Sicherheit für die Erfüllung der Verpflichtungen des Unternehmers bis zur Abnahme des Werkes oder eines Werkteils (Art. 157–164 SIA-Norm 118). Der rückbehaltene Betrag wird gemäss Art. 152 Abs. 1 SIA-Norm 118 zur Zahlung fällig, wenn die drei folgenden Voraussetzungen (kumulativ) erfüllt sind: Erstens Abnahme des Werkes (Art. 157–164 SIA-Norm 118), zweitens Übergabe der Schlussabrechnung (Art. 154 Abs. 1 SIA-Norm 118) und Ablauf der Prüfungsfrist nach Art. 154 Abs. 2 bzw. Art. 155 Abs. 2 SIA-Norm 118, sowie drittens Leistung der Sicherheit gemäss Art. 181 SIA-Norm 118.

### **E. 7.3**

Verfahrensgegenstand Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Werkvertrag BKP 211 mitsamt seinen sog. Werkvertragsnachträgen 1–2 und 4–8, nicht jedoch der Werkvertrag BKP 226.2 (ausführlich oben, E. 3 und 4). Der Berufungskläger rügt, dass dem vorinstanzlichen Entscheid keine Ausführungen zu Art. 82 OR im Zusammenhang mit

der verputzten Aussenwärmedämmung (BKP 226.2) zu entnehmen sei (Berufung, Ziff. 34 S. 30). Dies trifft zu, ist der Vorinstanz aber nicht vorzuwerfen, denn

#### **E. 7.4**

SIA-Norm 118

##### **E. 7.4.1**

Übersicht Bevor auf Art. 82 OR einzugehen ist (unten, E. 7.5), fragt sich, ob der rückbehaltene Betrag gemäss Art. 152 Abs. 1 SIA-Norm 118 zur Zahlung fällig geworden ist, weil die Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind.

##### **E. 7.4.2**

Abnahme des Werks (Art. 152 Abs. 1, erster Spiegelstrich)

###### **E. 7.4.2.1**

Der rückbehaltene Betrag wird zur Zahlung fällig, wenn als erste Voraussetzung das Werk abgenommen ist (Art. 152 Abs. 1, erster Spiegelstrich SIA-Norm 118).

###### **E. 7.4.2.2**

Unter vi-KB 5 befindet sich ein Protokoll betreffend «Abnahme des Werks gemäss Art. 157 ff. SIA-Norm 118». Der «Bauherr», d.h. der Berufungskläger, wurde durch B.A.\_\_ und N.\_\_, die «Bauleitung» durch O.\_\_ namens der F.\_\_ Architekten AG und der «Unternehmer», die Berufungsbeklagte, durch P.\_\_ vertreten. Gegenstand dieser Abnahme waren der «Werkvertrag vom 04.04.2012 [und] Nachträge Nr. 1–7 [recte: Nachträge 1–2 und 4–8, denn einen Nachtrag Nr. 3 gab es nicht] betr. folgende Arbeiten: BKP 211 Baumeisterarbeiten». Unter der Rubrik

###### **E. 7.4.2.3**

Unter vi-KB 6 befindet sich eine E-Mail vom 16. April 2012, 14.59 Uhr – d.i. ein Tag nach Fristablauf zur Mängelbehebung gemäss Abnahmeprotokoll (vi-KB 5) –, verfasst von P.\_\_ namens der Berufungsbeklagten, gerichtet an D.C.\_\_, mit Kopie an B.A.\_\_, N.\_\_ und O.\_\_. Gemäss dieser E-Mail seien die Mängel gemäss Abnahmeprotokoll «wie aus den beiliegenden Fotos ersichtlich ist[,] am Freitag 13.04.2012 behoben» worden. «Ich bitte Sie diese zu prüfen. Die erledigten Arbeiten, bitte ich Sie im Abnahmeprotokoll zu bestätigen und uns eine Kopie zu senden, damit umgehend die Schlussrechnung gestellt werden» könne. Unter vi-KB 7 befindet sich ein E-Mail-Wechsel zwischen P.\_\_ namens der der Berufungsbeklagten und B.A.\_\_ namens des Berufungsklägers. Am Montag, 16. April 2012, 14.39 Uhr, schrieb P.\_\_ an B.A.\_\_, dass, wie aus den beiliegenden Fotos zu entnehmen sei, die ausstehenden Mängel gemäss Abnahmeprotokoll behoben worden seien: «Loch in Rampe», «Fleck an Sichtmauerwerk», «Halterung im Treppenhaus Ost». Die Baumeisterarbeiten seien nun abgeschlossen und er (P.\_\_) bitte sie (B.A.\_\_), «betreffend der [sic] Schlussabrechnung mit mir Kontakt aufzunehmen, damit diese so rasch als möglich beglichen werden kann.» Mit E-Mail vom 17. April 2012, 17.21 Uhr, antwortete B.A.\_\_ ihm, dass sie diese Woche ferienhalber abwesend sei. «Ich schlage vor, dass wir nächste Woche die Schlussrechnung telefonisch vorbesprechen. Ich bin jeweils am Morgen zwischen 08.30 – 11.30 Uhr telefonisch gut erreichbar. Bitte melden Sie sich bei mir.»

###### **E. 7.4.2.4**

Der Berufungskläger rügt, er habe in seiner vorinstanzlichen Klageantwort darauf hingewiesen, dass eine Wand im Untergeschoss wackle, wenn die Lagertüre geschlossen werde; dies habe er mit Schreiben an die Berufungsbeklagte vom 3. Oktober 2013 gerügt (mit Hinweis auf vi-BB 10). Eine eingeholte Expertise habe bestätigt, dass die entsprechende Wand instabil sei. Sie sei als technisch mangelhaft zu beurteilen und sie weise Risse auf. Für die Stabilisierung der Wand habe der Experte eine grobe Kostenschätzung im Umfang von Fr. 4'000.– erhoben. Diese Position sei von der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid schlicht vergessen gegangen. Replicando ergänzt der Berufungskläger, dass die Instabilität der Wand im Rahmen der Abnahme nicht festgestellt werden können. Es handle sich um einen verdeckten Mangel. Das Werk gemäss Werkvertrag BKP 211 einschliesslich sog. Werkvertragsnachträgen wurde am 4. April 2012 abgenommen (vi-KB 5), die darin aufgeführten Mängel bis 15. April 2012 behoben (vi-KB 6 f.). Der Berufungskläger rügte erstmals im September/Oktober 2013 (vi-BB 10), mithin anderthalb Jahre nach der Werkabnahme (vi-KB 5), eine Wand sei derart instabil, sodass sie «wackelt» (sic; vgl. vi-BB 10 und Berufung, Ziff. 25 S. 24), wenn eine Lagertüre «geschlossen» (ebd.) – und nicht etwa zugeschlagen – werde. Demgegenüber wurde anlässlich der Abnahme im April 2012 von den beiden Vertretern des Berufungsklägers eine Wand, die bereits beim blossen Schliessen einer Türe «wackelt», weder bemängelt noch erwähnt (vi-KB 5). Eine Wand, die bereits beim Türeschliessen «wackelt», muss als hochgradig instabil bezeichnet werden. Rührte diese Instabilität von den Arbeiten der Berufungsbeklagten zwischen April

#### **E. 7.4.2.5**

Soweit der Berufungskläger behauptet, die Nichtentfernung der Natursteinriemchen sei eine Vertragsverletzung, die Schäden verursacht habe, ist er auf oben, E. 4.4, und auf Ziff. 6.1.2 S. 43 des vorinstanzlichen Gerichtsgutachtens zu verweisen («Kann die Nicht-Entfernung der Natursteine eine Mitursache für den behaupteten Fassadenschaden sein? Antwort [des Gutachters]: Nein, ein Zusammenhang zwischen der «Nicht-Entfernung» der ursprünglichen Natursteinverkleidung der bestehenden Aussenwände und den Fassadenschäden ist nicht erkennbar.»).

#### **E. 7.4.2.6**

Die erste Voraussetzung von Art. 152 Abs. 1 SIA-Norm 118 ist erfüllt. Das Werk ist abgenommen.

#### **E. 7.4.3**

Übergabe Schlussrechnung, Ablauf Prüfungsfrist (Art. 152 Abs. 1, zweiter Spiegelstrich) Der rückbehaltene Betrag wird zur Zahlung fällig, wenn als zweite, kumulativ zu erfüllende Voraussetzung die Schlussrechnung im Sinne von Art. 154 Abs. 1 SIA-Norm 118 übergeben worden und die Prüfungsfrist nach Art. 154 Abs. 2 bzw. Art. 155 Abs. 2 SIA-Norm 118 abgelaufen ist (Art. 152 Abs. 1, zweiter Spiegelstrich SIA-Norm 118). Mit Schreiben vom 4. Juni 2012 übergab die Berufungsbeklagte ihre «Schlussrechnung Nr. 107005 / 124118» (vi-KB 18) im Sinne von Art. 154 Abs. 1 SIA-Norm 118. Mit Schreiben vom 7. Juli 2012 und der dazugehörigen Unternehmerschlussabrechnung (vi-KB 19) schickte

#### **E. 7.4.4**

Leistung einer Sicherheit (Art. 152 Abs. 1, dritter Spiegelstrich) Der rückbehaltene Betrag wird zur Zahlung fällig, wenn als dritte, kumulativ zu erfüllende Vo-

Sicherheit gemäss Art. 181 SIA-Norm 118 geleistet ist (Art. 152 Abs. 1, dritter Spiegelstrich SIA-Norm 118). Gemäss Art. 181 Abs. 1 SIA-Norm 118 leistet der Unternehmer vor Auszahlung des Rückbehaltes Sicherheit für seine Haftung wegen Mängeln, die bei der gemeinsamen Prüfung oder während der Rügefrist gerügt werden. Die Sicherheit besteht in der Solidarbürgschaft einer namhaften Bank, Versicherungsgesellschaft oder mit Zustimmung des Bauherrn auch einer gewerblichen Organisation. In den Akten befindet sich der Garantieschein Nr. T841295531 der Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft AG vom 27. Mai 2013, worin sie sich als Solidarbürgin verpflichtete, mit Gültigkeit der Garantie vom 4. April 2012 bis 3. April 2014 (vi-KB 23). Die Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft AG ist eine namhafte Versicherungsgesellschaft im Sinne von Art. 181 Abs. 1, zweiter Satz SIA-Norm 118, und der Berufungskläger bestreitet weder, dass es diesen Garantieschein gibt, noch, dass er ihn kennt. Der Berufungskläger scheint in diesem Zusammenhang (vgl. Replik, Ziff. 32 unnumerierter Abs. 8 S. 45) vorzubringen, dass er den Garantieschein der E. S.p.A. noch nicht erhalten habe. Dem ist zu entgegnen einerseits, dass diese Art von Garantieschein keine Sicherheit im Sinne von Art. 152 Abs. 1, dritter Spiegelstrich, in Verbindung mit Art. 181 SIA-Norm 118 darstellt, und andererseits, dass besagte Systemgarantie Bestandteil des Werkvertrags

#### **E. 7.4.5**

Zwischenfazit Die Voraussetzungen im Sinne von Art. 152 Abs. 1 SIA-Norm 118 sind kumulativ erfüllt. Der Berufungskläger hat kein Rückbehaltungsrecht mehr; vielmehr ist der rückbehaltene Betrag zur Zahlung fällig. Die Berufung ist in diesem Punkt unbegründet.

#### **E. 7.5**

Nachbesserungsanspruch bzw. Rückbehaltungsrecht gemäss Art. 82 OR Man könnte sich nun fragen, ob zu einem anderen Ergebnis zu kommen wäre, wenn nicht Art. 152 Abs. 1 SIA-Norm 118, sondern Art. 82 OR zur Anwendung gelangt. Danach muss bei synallagmatischen Verträgen die eine Partei eine an sich fällige Leistung nicht erbringen, solange nicht auch die andere Partei ihre fällige Leistung gehörig erfüllt oder anbietet. Der Schuldner hat im Rahmen eines synallagmatischen Vertrags somit ein Leistungsverweigerungsrecht für den Fall, dass der fordernde Gläubiger seine Gegenleistung nicht, nicht gehörig oder nicht vollständig erbracht bzw. angeboten hat (oben, E. 7.2). Der Werkvertrag BKP 211 und die sog. Werkvertragsnachträge sind ohne Weiteres synallagmatisch. Damit der Berufungskläger als Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht geltend machen kann, muss er jedoch aufzeigen, dass die Berufungsbeklagte als fordernde Gläubigerin ihre Gegenleistungen im Rahmen des Werkvertrags BKP 211 mitsamt Nachträgen nicht, nicht gehörig oder nicht vollständig – mithin mangelhaft – erbracht bzw. angeboten hat; Rügen im Zusammenhang mit dem Werkvertrag BKP 226.2 sind im vorliegenden Verfahren bedeutungslos. Wie aus sämtlichen vorstehenden Ausführungen ersichtlich ist, sind die Rügen im Zusammenhang mit dem Werkvertrag BKP 211 mitsamt Nachträgen substanzlos. Das Werk Baumeistertätigkeiten wurde vom Berufungskläger abgenommen und gilt als mängelfrei. Mangels Mängeln kann der Berufungskläger kein Nachbesserungsrecht geltendmachen. In dem die Berufungsbeklagte ihre Gegenleistung vollständig und gehörig erbracht hat, kann der Berufungskläger sich nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 OR berufen.

#### **E. 7.6**

Fazit Der Berufungskläger kann weder einen Nachbesserungsanspruch noch ein Rückbehaltungs- bzw. Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 OR (oder Art. 152 Abs. 1 SIA-Norm 118) geltend machen. Die Berufung ist in diesem Punkt unbegründet und damit abzuweisen.

## 8. Vorinstanzliche Prozesskosten

### E. 8

#### ■ 56

Abs. 1 ZPO). Das Obergericht als Rechtsmittelinstanz eröffnet seinen Entscheid mit einer schriftlichen Begründung (Art. 318 Abs. 2 ZPO). Wird der angefochtene Entscheid lediglich bestätigt, kann die Begründung sehr knapp ausfallen. Nach Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG (SR 173.110) müssen Entscheide, die – wie der vorliegende – der Beschwerde an das Bundesgericht unterliegen, die massgebenden Gründe tatsächlicher und rechtlicher Art, insbesondere die Angabe der angewendeten Gesetzesbestimmungen, enthalten. Aus dem Entscheid muss klar hervorgehen, von welchem festgestellten Sachverhalt die Vorinstanz ausgegangen ist und welche rechtlichen Überlegungen sie angestellt hat. Das Bundesgericht hatte aber bereits zu Art. 51 OG (aSR 173.110; in Kraft bis 31. Dezember 2006), dem Art. 112 BGG nachempfunden ist, erkannt, es sei zulässig, ohne neue Motive auf die schriftliche Begründung des erstinstanzlichen Entscheides zu verweisen, sofern vor der zweiten Instanz keine beachtlichen Gründe vorgebracht werden, zu denen die erste Instanz noch nicht Stellung bezogen hat. Der Verweis führt dazu, dass das Bundesgericht die Rechtsanwendung im Lichte der erstinstanzlichen Erwägungen überprüft. Für das heute geltende BGG hat das Bundesgericht diese Praxis bestätigt. Keine weitergehenden Rechte ergeben sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV [SR 101]; Art. 53 Abs. 1 ZPO). Die daraus ableitbare Pflicht, Urteile zu begründen, schliesst nicht aus, dass die zweite Instanz, soweit sie das angefochtene Urteil bestätigt und auch mit der Begründung einiggeht, auf die Begründung der ersten Instanz verweist. Denn in diesem Fall wissen die Betroffenen, aus welchen Gründen die zweite Instanz ihrem Antrag nicht gefolgt ist. Sie können die Gründe im erstinstanzlichen Urteil nachlesen. Anders ist es nur, wenn die Betroffenen vor der zweiten Instanz beachtliche Gründe vorbringen, zu denen die erste Instanz noch nicht Stellung bezogen hat, sei es, dass diese Gründe vor erster Instanz noch nicht vorgebracht wurden, aber trotzdem vor zweiter Instanz neu vorgebracht werden dürfen, oder sei es, dass sie vor erster Instanz schon vorgetragen wurden, diese aber dazu in der Entscheidungsbegründung nicht Stellung bezogen hat (Urteile des Bundesgerichts 4A\_144/2019 vom 27. Mai 2019 E. 3.3; 4A\_419/2017 vom 10. November 2017 E. 4.2.2; 5A\_369/2016 vom 27. Januar 2017 E. 3.1 je mit Hinweisen).

### E. 8.1

Übersicht Der Berufungskläger rügt an der vorinstanzlichen Kostenverlegung dreierlei: Erstens habe die Vorinstanz zu Unrecht ihm die Mehrkosten für die begründete Ausfertigung des angefochtenen Entscheides auferlegt (sogleich, E. 8.2), zweitens habe sie die Kosten- und Entschädigungsfolgen unrichtig verlegt (E. 8.3), drittens habe sie ihm zu Unrecht die Kosten für das Gutachten auferlegt (E. 8.4).

### E. 8.2

Mehrkosten für die begründete Ausfertigung des angefochtenen Entscheids

#### E. 8.2.1

Angefochtener Entscheid und Parteivorbringen Die Vorinstanz verschickte das Entscheiddispositiv am 14. Dezember 2018 mit dem Hinweis, dass derjenige, der die vollständige, d.h. begründete Ausfertigung des Entscheids verlange, die Mehrkosten von Fr. 1'500.– zu tragen habe (Dispositiv-Ziff. 3 Abs. 6). Mit Schreiben vom 19. Dezember 2018 teilte der Berufungskläger unter Hinweis auf Art. 239 Abs. 2 ZPO mit, er beantrage die vollständige Ausfertigung des Entscheids. Die Vorinstanz versandte diese am 7. Februar 2020 und auferlegte dem Berufungskläger ankündigungsgemäss die Mehrkosten für die vollständige Ausfertigung (Dispositiv-Ziff. 3 Abs. 1, zweiter Satz). Der Berufungskläger rügt, die Vorinstanz habe die Mehrkosten unter Anwendung von Art. 4 Abs. 3, dritter Satz PKoG (NG 261.2) ausschliesslich ihm auferlegt. Die einseitige Kostenauf-erlegung sei unzulässig und Art. 4 Abs. 3, dritter Satz PKoG offensichtlich bundesrechtswidrig. Die kantonale Tarifhoheit ändere nichts daran, dass die Prozesskosten ausschliesslich nach bundesrechtlichen Vorgaben gemäss Art. 106 ZPO entsprechend dem Verfahrensausgang zu verteilen sei. Dies gelte unabhängig, ob die obsiegende oder die unterliegende Partei eine schriftliche Begründung des Entscheids verlange (mit Hinweis auf LGVE 2018 II Nr. 5).

### **E. 8.2.2**

Rechtsgrundlagen Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1, erster Satz ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Abs. 2). Das Gericht kann von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 Ingress ZPO), wenn die Klage zwar grundsätzlich, aber nicht in der Höhe der Forderung gutgeheissen wurde und diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängig oder die Bezifferung des Anspruchs schwierig war (lit. a) oder wenn andere besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (lit. f). Selbst wenn die Höhe einer Klageforderung weder von richterlichen Ermessen abhängt noch schwierig zu beziffern ist, kann das Obsiegen im Grundsatz, trotz quantitativen Überklagens, als besonderer Umstand nach Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO für eine ermessensweise sprechen, etwa dann, wenn die Grundsatzfrage im Prozess verglichen mit dem Quantitativen einen erheblichen Aufwand verursacht hat oder wenn das quantitative Überklagen im Vergleich zum Obsiegen im Grundsatz von untergeordneter Bedeutung ist (VIKTOR RÜEGG/MICHAEL RÜEGG, in: Basler Kommentar ZPO, 3. A. 2017, N 4 zu Art. 107 ZPO). Das (erstinstanzliche) Gericht kann seinen Entscheid ohne schriftliche Begründung durch Zustimmung des Dispositivs an die Parteien eröffnen (Art. 239 Abs. 1 lit. b ZPO). Eine schriftliche Begründung ist nachzuliefern, wenn eine Partei dies innert zehn Tagen seit der Eröffnung des Entscheides verlangt; wird keine Begründung verlangt, so gilt dies als Verzicht auf die Anfechtung des Entscheides mit Berufung oder Beschwerde (Abs. 2). Die Kantone setzen die Tarife für die Prozesskosten fest (Art. 96 ZPO). Die erstinstanzlichen Entscheidgebühren in zivilrechtlichen Verfahren mit einem Streitwert über Fr. 60'000.– bis Fr. 150'000.– betragen zwischen Fr. 2'500.– und Fr. 6'000.– (Art. 7 Abs. 1 PKoG). Bei Entscheiden, die gemäss Art. 239 Abs. 1 ZPO ohne schriftliche Begründung eröffnet werden, ist die Gebühr nach Ermessen, mindestens jedoch um 20 %, herabzusetzen (Art. 4 Abs. 3, erster Satz PKoG). Im Dispositiv sind die ordentlichen und die herabgesetzten Gebühren festzusetzen (dortiger zweiter Satz). Verlangt eine Partei die vollständige Ausfertigung des Entscheids, hat sie die Differenz zwischen der ordentlichen und der herabgesetzten Gebühr zu bezahlen (dritter Satz). Bei Entscheiden im summarischen Verfahren kann auf die Herabsetzung der Gebühr verzichtet werden (vierter Satz).

### **E. 8.2.3**

Abwägung Zunächst ist festzuhalten, dass die vorinstanzlichen Entscheidgebühren sich im Rahmen von Art. 96 ZPO in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 PKoG bewegen. Die Mehrkosten von Fr. 1'500.– betragen ein Viertel der Kosten der begründeten Ausfertigung (Fr. 6'000.–) bzw. einen Drittel der unbegründeten Ausfertigung (Fr. 4'500.–). Angesichts des Aufwandes für die begründete Ausfertigung – der angefochtene Entscheid umfasst insgesamt 46 Seiten – erscheint der Betrag von Fr. 1'500.– weder als schlechthin unhaltbar und damit willkürlich (Art. 9 BV) noch als unverhältnismässig (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 BV). Weiter wirkt die Höhe der Mehrkosten von Fr. 1'500.– nicht prohibitiv, sodass sie weder den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzen noch die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) vereiteln. Indem die Vorinstanz die Höhe der Mehrkosten bereits im Entscheiddispositiv angekündigt hatte, liegt ebenso wenig eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben vor (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV). Der berufungsklägerische Verweis auf LGVE 2018 II Nr. 5 geht fehl, denn jener Fall ist mit dem vorliegenden nicht vergleichbar. Im dortigen Fall ging es um ein Ehescheidungsverfahren, im vorliegenden um eine Forderung aus Werkvertrag. In familienrechtlichen Verfahren kommen regelmässig nicht die Verteilungsgrundsätze gemäss Art. 106 ZPO zum Tragen, sondern es wird im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO von diesen abgewichen, indem die Gerichtskosten hälftig den Parteien auferlegt und allfällige Parteikosten wettgeschlagen werden. Im dortigen Fall wurden die Gerichtskosten denn auch je hälftig den Parteien auferlegt. Im vorliegenden Fall unterlag der Berufungskläger vor Vorinstanz nicht hälftig, sondern zu 88.75 %, d.h. zu knapp neun Zehnteln. Die Berufungsbeklagte überklagte somit quantitativ zu 11.25 % bzw. einem guten Zehntel. Im vorliegenden Fall zeigt sich, dass die Grundfrage im vorinstanzlichen Verfahren – ob es sich bei den Werkverträgen BKP 211 (einschliesslich sog. Werkvertragsnachträgen) und BKP 226.2 um ein rechtlich und funktional einheitliches Verhältnis handelt oder nicht, mit dementsprechenden Folgen –, verglichen mit dem Quantitativen, den erheblichen Aufwand verursacht hat. Im Vergleich zum Obsiegen im Grundsatz kommt dem quantitativen Überklagen somit nur eine vernachlässigbare Bedeutung zu. Unter dem Gesichtswinkel von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO ist es im vorliegenden Fall nicht zu beanstanden, wenn der lediglich zu gut einem Zehntel obsiegende Berufungskläger die Mehrkosten für die begründete Ausfertigung des angefochtenen Entscheids allein zu tragen hat. Der vorinstanzliche Verweis auf Art. 4 Abs. 3, dritter Satz PKoG ändert hieran nichts.

### **E. 8.2.4**

Fazit Es ist nicht zu bemängeln, dass der Berufungskläger allein die Mehrkosten für die begründete Ausfertigung des angefochtenen Entscheids zu tragen hat. Die Berufung ist in diesem Punkt unbegründet und damit abzuweisen.

### **E. 8.3**

Vorinstanzliche Verlegung der Entscheidgebühren und Entschädigungen Der Berufungskläger rügt, die Vorinstanz habe für die Verlegung der Entscheidgebühren und Entschädigungen ausschliesslich auf den prozentualen Erfolg der Klage (88.75 % zu 11.25 %) abgestellt. Dabei habe sie schlicht unbeachtet gelassen, dass die Berufungsbeklagte betreffend den Verzugszins und dem Rechtsbegehren Ziff. 2 gemäss Klage vom 27. Juni 2013 (beantragte Beseitigung des Rechtsvorschlages bzw. beantragte definitive Rechtsöffnung) nicht durchgedrungen sei. Das entsprechende Unterliegen hätte im Sinne

von Art. 106 Abs. 1 (recte: Abs. 2) ZPO berücksichtigt werden müssen, was offensichtlich nicht geschehen sei. Die Kantone setzen die Tarife für die Prozesskosten fest (Art. 96 ZPO). Die Entscheidungsgebühr des Kantonsgerichts bemisst sich in Zivilverfahren mit einem bestimmtem Streitwert nach Art. 7 Abs. 1 PKoG, in Zivilverfahren ohne bestimmtem Streitwert oder in nicht vermögens- rechtlichen Verfahren nach Art. 7 Abs. 2 und 3 PKoG. Sinn (ratio legis) dieser Regelung ist die Nachvollziehbarkeit und fallübergreifende Gleichbehandlung der Kostenhöhe, abhängig davon, ob ein Streitwert bezifferbar ist oder nicht. Der diesbezügliche Streitwert berechnet sich nach Art. 91–94 ZPO (Art. 5 Abs. 1 PKoG). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt; nicht hinzugerechnet werden namentlich Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Hauptfrage des vorliegenden wie des vorinstanzlichen Verfahrens ist, ob die Berufungsklage eine Forderung aus Werkvertrag geltend machen kann oder nicht. Nebensächlich und gegenüber der Hauptfrage von vernachlässigbarer Bedeutung waren vor der Vorinstanz der Verzugszins (eingeklagt ab dem 16. Oktober 2012, zugesprochen ab dem 28. Juni 2013; hierzu angefochtener Entscheid, E. 9 S. 38 f.) und eine allfällige Rechtsöffnung (hierum er- sucht, jedoch von der Vorinstanz verweigert; dortige E. 10 S. 39 f.). Vorinstanzlich betrug der Streitwert gemäss Klage vom 27. Juni 2013 Fr. 68'457.50 (Art. 5 Abs. 1 PKoG in Verbindung mit Art. 91 Abs. 1 ZPO). Anhand dieses Streitwerts ermittelte die Vorinstanz präzise das Ob- siegen bzw. Unterliegen der Parteien und verteilte demgemäss die Entscheidungsgebühren und Entschädigungen auf nachvollziehbare Weise gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO.

#### **E. 8.4**

Kosten des Gerichtsgutachtens und der Schliessung des Sondierlochs

##### **E. 8.4.1**

Angefochtener Entscheid und Parteivorbringen Die Vorinstanz auferlegte die Auslagen für das Gerichtsgutachten über Fr. 27'130.20 und für die Schliessung des Sondierlochs über Fr. 11'156.60 im Umfang von 11.25 % bzw. Fr. 3'558.40 der Berufungsbeklagten und im Umfang von 88.75 % bzw. Fr. 28'071.80 dem Be- rufungskläger. Der Berufungskläger rügt, das Gutachten habe sehr viel Zeit und massive Kosten verursacht. Mit dem Gutachten habe die Vorinstanz den sachlichen Zusammenhang der beiden Werkver- träge anerkannt. Aus nicht nachvollziehbaren Gründen habe sie letztlich jedoch einfach den Zusammenhang beider Verträge verneint. Damit habe sie gleichzeitig kundgetan, dass das Gutachten, ausser Bezug auf ganz wenige Fragen, schlicht unnötig gewesen sei. Dieses pro- zessuale Vorgehen sei für beide Vertragsparteien in zeitlicher Hinsicht fatal gewesen. Hätte die Vorinstanz effektiv Zweifel an der Verbindung beider Werkverträge gehabt, hätte sie die Frage im Sinne von Art. 125 lit. a ZPO klären müssen. Die Kosten seien somit unnötig im Sinne von Art. 108 ZPO. Sollte das Obergericht die Kosten nicht gestützt auf Art. 108 ZPO der Vo- rinstanz auferlegen, müsste dies gemäss Art. 107 Abs. 2 ZPO vorgenommen werden, wonach ein Gericht die Kosten aus Billigkeitsgründen dem Kanton auferlegen könne.

51 ■ 56

##### **E. 8.4.2**

Rechtsgrundlagen Das Gericht kann Gerichtskosten – worunter namentlich Kosten für Gutachten fallen (vgl. Art. 95 Abs. 2 lit. c ZPO) –, die weder eine Partei noch Dritte

veranlasst haben, aus Billigkeits- gründen dem Kanton auferlegen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Die Gerichtskosten sind dem Kanton dann zu überbinden, wenn sie ausschliesslich durch klar fehlerhafte und kostenwirksame Handlungen oder Entscheidungen von Angestellten oder Mitgliedern richterlicher Behörden verursacht worden sind. Hierunter fallen namentlich unzutreffende Rechtsmittelbelehrungen gegenüber rechtsunkundigen Parteien, irrtümliche Zeugenvorladungen oder Rechtsmittelver- fahren gegen Entscheide, die allein durch fehlerhaftes Vorgehen der unteren Instanz verur- sacht worden sind. Hierbei muss eine regelrechte «Justizpanne» (Urteil des Bundesgerichts 5A\_104/2012 vom 11. Mai 2012 E. 4.4) bzw. «une erreur procédurale particulièrement grave» (Urteil des Bundesgerichts 5A\_278/2019 vom 23. Mai 2019 E. 4) vorliegen (RÜEGG/RÜEGG, a.a.O., N 11 zu Art. 107 ZPO). Unnötige Prozesskosten hat zu bezahlen, wer sie verursacht hat (Art. 108 ZPO). Die Kosten müssen hierbei durch schuldhaftes oder wenigstens ordnungswidriges Verhalten, unter Miss- achtung der zumutbaren Sorgfalt, entstanden sein (ebd., N 1 zu Art. 108 ZPO).

### **E. 8.4.3**

Vorinstanzliche Verfahrensakten In ihrer vorinstanzlichen Klage vom 27. Juni 2013 offerierte die Berufungsbeklagte Urkunden- und Zeugenbeweise, beantragte jedoch kein gerichtliches Gutachten (Expertise). Mit vo- rinstanzlicher Klageantwort vom 25. November 2013 beantragte der Berufungskläger wieder- holt verschiedene Expertisen («Expertise betreffend Mängel» [Ziff. 6.1 und 6.2 je S. 4, Ziff. 6.3 S. 5, Ziff. 6.4 und 6.5 je S. 6, «Zu II.» «Zu 1» je S. 11 und S. 12, «Zu 4» S. 17]; «Expertise in Bezug auf die Höhe der Nachbesserungskosten» [«Zu II.» «Zu 1» S. 13]; «Expertise über die korrekte Festsetzung des Entlöhnungsanspruches nach Art. 89 SIA-Norm 118» [«Zu 2» S. 16, «Zu 10.2» S. 20]; «Expertise betreffend den Umfang der eingesparten Arbeiten» [zweimal «Zu 2» S. 16]). Mit vorinstanzlicher Replik vom 5. Juni 2014 beantragte die Berufungsbeklagte nur ein einziges Mal eine Expertise («betreffend die Montage von Fensterbankanschlüssen» [«Ad Ziff. 6» S. 6]), und offerierte ansonsten ausschliesslich Urkunden- und Zeugenbeweise. Mit vorinstanzlicher Duplik vom 30. September 2014 beantragte der Berufungskläger abermals dutzendfach die Erstellung einer Expertise («Expertise betreffend Mängel» [Ziff. 10 S. 5, Ziff. 11 je S. 7 und S. 9, Ziff. 13 S. 11, Ziff. 29 S. 24, Ziff. 31 je S. 26, S. 27, S. 28 und S. 29, Ziff. 32 zweimal S. 30, zweimal S. 31, zweimal S. 32, Ziff. 33 S. 34, Ziff. 35 S. 37, Ziff. 45 S. 44]; «Expertise in Bezug auf die Höhe der Nachbesserungskosten» [Ziff. 10 S. 5, Ziff. 11

52 ■ 56

S. 7 und S. 9, Ziff. 29 S. 24, Ziff. 31 je S. 28 und S. 29, Ziff. 32 zweimal S. 30, zweimal S. 31, zweimal S. 32, Ziff. 33 S. 34, Ziff. 35 S. 37, Ziff. 45 S. 44]). Im vorinstanzlichen Expertiseauftrag vom 27. August 2015 wurden dem Gutachter vonseiten der Berufungsbeklagten vier Expertenfragen ohne Unterfragen und vonseiten des Berufungs- klägers 23 Expertenfragen mit knapp 50 Unterfragen gestellt. Von den 23 vom Berufungs- kläger gestellten Expertenfragen betrafen deren drei den vorliegend streitbefangenen Werk- vertrag BKP 211 (Wand Untergeschoss [Frage Nr. 20], Abweichungen vom Werkvertrag BKP 211 [Nrn. 21 f.]) und deren 20 den Werkvertrag BKP 226.2 (Fassade [Fragen Nrn. 1–10], Brüstung Attikageschoss [Nrn. 11–14], Chromstahlabschlüsse und Notüberläufe Attikage- schoss [Nrn. 15–19], Sanierungsmassnahmen [Nr. 23]).

#### **E. 8.4.4**

Abwägung Aus den vorinstanzlichen Verfahrensakten ergibt sich somit, dass es der Berufungskläger und nicht die Berufungsbeklagte war, der die Erstellung einer gerichtlichen Expertise vehement forderte. Aus dem vorinstanzlichen Expertiseauftrag und den zeitlich vorgelagerten Parteiein- gaben ergibt sich ebenfalls, dass der Berufungskläger und nicht die Berufungsbeklagte den Gegenstand des Gutachtens mittels Fragen zum (nicht streitgegenständlichen) Werkvertrag BKP 226.2 auf Irrelevantes ausweitete. Wenn der Berufungskläger das von ihm vehement beantragte Gutachten einschliesslich der von ihm gestellten und im Gutachten beantworteten Fragen als «schlicht unnötig» und die Erstellung des Gutachtens als «für beide Vertragsparteien in zeitlicher Hinsicht fatal» bezeichnet (Berufung, Ziff. 40 S. 45), fragt sich, warum er dieses Gutachten dann überhaupt beantragte. Damit griffe Art. 108 ZPO, wonach derjenige unnötige Prozesskosten zu bezahlen hat, der sie verursacht, wodurch der Berufungskläger die Kosten sowohl für das Gerichtsgutachten als auch für die Schliessung des Sondierlochs gänzlich – und nicht bloss zu 88.75 % – zu tragen hätte. Mangels Anschlussberufung der Berufungsbeklagten (Art. 313 ZPO) und aufgrund des Verbots der reformatio in peius (vgl. Art. 58 Abs. 1 ZPO) erübrigen sich indes dies- bezügliche Weiterungen. Zumindest leuchtet nicht ein und wird vom Berufungskläger auch nicht dargetan, aus welchen Billigkeitsgründen bzw. aufgrund welcher vorinstanzlichen «Jus- tizpanne» bzw. «erreur procédurale particulièrement grave» der Kanton gleichwohl die Kosten für das Gutachten im Sinne von Art. 107 Abs. 2 ZPO zu übernehmen haben soll. Soweit der Berufungskläger rügt, die Vorinstanz hätte das Verfahren im Sinne von Art. 125 lit. a ZPO vorerst auf die Frage beschränken müssen, ob die Werkverträge BKP 211 und BKP 226.2 eine rechtliche und/oder vertragliche Einheit bilden, fragt sich, warum er dies nicht

53 ■ 56

mittels prozessualementem Rechtsbegehren beizeiten beantragte, wenn er bereits vorinstanzlich dieser Auffassung gewesen wäre. Im Rahmen des Berufungsverfahrens erfolgt die Rüge zu- mindest zu spät. Soweit der Berufungskläger ein vorinstanzliches venire contra factum proprium rügt, weil die Vorinstanz zum damaligen Zeitpunkt (anno 2015) die Vorbringen und Standpunkte beider Parteien unpräjudiziell als grundsätzlich möglich ansah, ist auf die ein- gangs gemachten Ausführungen zu verweisen (oben, E. 1.4). Der Vorinstanz ist ihre Unvor- eingekommenheit zumindest nicht vorzuwerfen.

#### **E. 8.4.5**

Fazit An der vorinstanzlichen Kostenverteilung hinsichtlich des Gerichtsgutachtens der Schliessung des Sondierlochs ist nichts auszusetzen. Die Berufung ist in diesem Punkt unbegründet und damit abzuweisen.

9. Zusammenfassung Zusammenfassend ergibt sich, dass die Berufung gänzlich unbegründet ist. Soweit überhaupt auf sie eingetreten werden kann, ist sie vollumfänglich abzuweisen.

10. Kosten- und Entschädigungsfolgen

#### **E. 9**

■ 56

schwerde tun müssen (Art. 319 lit. c ZPO). Indem er dies unterliess und kein Rechtsschutzin- teresse (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO) an diesbezüglichen Weiterungen

ersichtlich ist, ist auf diese Rüge nicht einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Folglich erübrigt sich, auf die diversen Frister- streckungsgesuche des Berufungsklägers zur Einreichung der Klageantwort (datierend vom 7. August, 23. September, 10. Oktober und 4. November 2013) sowie das vom Berufungsklä- ger selbst vorinstanzlich gestellte Sistierungsgesuch (Art. 126 ZPO) – dessen Bewilligung eine weitere Verzögerung bewirkt hätte – weiter einzugehen (hierzu vi-Klageantwort vom 25. No- vember 2013 Ziff. I/5 S. 3). Der Berufungskläger wirft der Vorinstanz sodann vor, bei ihr scheine «eine gewisse Überfor- derung mit dem vorliegenden Fall bestanden zu haben», und bemängelt pauschal ihre Verfah- rensleitung. Untergriffe und appellatorische Kritik stellen keine rechtsgenügli- che Begründung dar (Art. 310 ZPO) und ihnen kommt kein Rechtsschutzinteresse zu (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Hierauf ist nicht einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Der Berufungskläger rügt weiter, die Vorinstanz habe mit der Beweisverfügung und der Gut- achtensanordnung vom 6. Mai 2015 entschieden, sämtliche vom Berufungskläger vorgebrach- ten Mängel im Zusammenhang mit dem Bauobjekt zu überprüfen. Dabei habe die Vorinstanz das Werk (korrekterweise) systematisch als Ganzes betrachtet und nicht zwischen den beiden Vertragstypen unterschieden (Baumeistervertrag und/oder Vertrag Aussenfassade). Im ange- fochtenen Entscheid habe die Vorinstanz dann «plötzlich (entgegen von früheren Beweisan- ordnungen und der damit nach aussen getragenen eigenen Haltung)» einen systematischen Zusammenhang der beiden Verträge verneint. Der Berufungskläger bringt somit sinngemäss vor, durch die Anordnung eines Gutachtens habe die Vorinstanz ihren Entscheid dahingehend präjudiziert, dass beide Verträge eine einzige, rechtliche und funktionale Einheit darstellten. Indem die Vorinstanz dann die Klage der damaligen Klägerin und jetzigen Berufungsbeklagten grundsätzlich gutgeheissen habe, habe sich die Vorinstanz folglich widersprüchlich verhalten (venire contra factum proprium) und den Vertrauensschutz verletzt. Der Berufungskläger ist jedoch daran zu erinnern, dass er vorbrachte (und vorbringt), die Verträge bildeten eine einzige Einheit, während die Berufungsbeklagte zwei Verträge sah (und sieht). Der Vorinstanz ist schwerlich vorzuwerfen, wenn sie die Parteivorbringen in diesem Verfahrensstadium (anno 2015), weit vor der Entscheidfällung (6. Dezember 2018), unvoreingenommen würdigte und beide Standpunkte unpräjudiziell als grundsätzlich möglich ansah. Die Vorinstanz schuf beim Berufungskläger somit keinen Vertrauenstatbestand, auf den er gutgläubig hätte vertrauen dürfen. Vielmehr wäre es der Vorinstanz vorzuwerfen gewesen, wenn sie bereits im Vorfeld der Gutachtenerstellung unmissverständlich zu verstehen gegeben hätte, dass sie von der

## **E. 10**

### **■ 56**

unverrückbaren Überzeugung sei, beide Verträge stellten eine bzw. keine Einheit dar. Die diesbezüglichen Vorbringen des Berufungsklägers stossen folglich ins Leere; Weiterungen er- übrigen sich.

### **E. 10.1**

Grundsatz Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO) und werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1, erster Satz ZPO). Der Streitwert des vorliegenden Verfahrens beträgt Fr. 60'754.95 (Art. 5 Abs. 2 PKoG).

### **E. 10.2**

Gerichtskosten Die Entscheidgebür vor Obergericht als Berufungsinstanz richtet sich nach dem, im Verfahren vor dem Kantonsgericht als erster Instanz massgebenden Tarif, wird um einen Drittel reduziert, beträgt jedoch mindestens Fr. 500.– (Art. 8 Abs. 1 Ziff. 2 PKoG). Der von der Vorinstanz zugesprochene und vom Berufungskläger angefochtene Streitwert beträgt Fr. 60'754.95. Im Verfahren vor Kantonsgericht beträgt die Entscheidgebür bei einem Streitwert über Fr. 60'000.– bis Fr. 300'000.– zwischen Fr. 2'500.– und Fr. 6'000.– (Art. 7 Abs. 1 PKoG). Damit beträgt der ordentliche Gebührenrahmen vor Obergericht Fr. 500.– bis Fr. 4'000.–. Die Gebühren sind grundsätzlich innerhalb des vorgegebenen Rahmens festzusetzen und bemessen sich nach der persönlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der Sache

54 ■ 56

für die Partei, der Schwierigkeit der Sache, dem Umfang der Prozesshandlungen und nach dem Zeitaufwand für die Verfahrenserledigung (Art. 2 Abs. 1 PKoG). Die Gerichtskosten werden auf Fr. 4'000.■ festgesetzt und ausgangsgemäss dem Berufungskläger auferlegt (Art. 106 Abs. 1, erster Satz ZPO) und mit seinem Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– verrechnet. Der Berufungskläger wird verpflichtet, der Gerichtskasse den Fehlbetrag von Fr. 1'000.– mittels beiliegendem Einzahlungsschein zu bezahlen.

### **E. 10.3**

Parteientschädigung Die Anwaltskosten umfassen das Honorar (ordentliches Honorar und Zuschläge), die notwendigen Auslagen und die Mehrwertsteuer (Art. 31 Abs. 1 PKoG). Das ordentliche Honorar eines Rechtsbeistands beträgt im Berufungsverfahren 20 bis 60 Prozent des für das Verfahren vor erster Instanz zulässigen Honorars, bemessen nach dem noch strittigen Wert, mindestens jedoch Fr. 500.– (Art. 43 PKoG). Bei einem Streitwert zwischen Fr. 40'000.– und Fr. 100'000.– betrug der Rahmen des ordentlichen Honorars vor der Vorinstanz Fr. 4'000.– bis Fr. 13'000.– (Art. 42 Abs. 1 PKoG), womit der Rahmen vor Obergericht zwischen Fr. 500.– und Fr. 7'800.– beträgt. Das ordentliche Honorar wird um 10–30 % erhöht, wenn das Sammeln oder Zusammenstellen der Akten und Beweismittel oder besonders verwickelte tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse einen aussergewöhnlichen Zeitaufwand erfordern (Art. 50 Abs. 1 Ziff. 4 PKoG). Der Rechtsbeistand der Berufungsbeklagten legte eine Honorarnote über Fr. 24'268.60 ins Recht (Fr. 22'187.50 [ordentliches Honorar, 88.75 Industriestunden à Fr. 250.–] + Fr. 346.– [Auslagen] + Fr. 1735.10 [MWSt 7.7 %]). Das ordentliche Honorar beträgt gemäss gesetzlichem Rahmen Fr. 7'800.– (Art. 43 in Verbindung mit Art. 42 Abs. 1 PKoG). Besteht zwischen dem Arbeitsaufwand und dem vorgegebenen Rahmen ein Missverhältnis, ist das Honorar nach dem tatsächlichen Zeitaufwand zu berechnen (Art. 34 Abs. 1 PKoG); das Honorar beträgt je Stunde zwischen Fr. 220.– und Fr. 250.– (Abs. 2). Die Berufungsbeklagte belegt den behaupteten Zeitaufwand von 88.75 Industriestunden nicht rechtsgenügend; der Rechtsbeistand des Berufungsklägers setzt einen Zeitaufwand von 36.58 Industriestunden an. Ermessensweise ist der Berufungsbeklagten der Zeitaufwand von 40 Industriestunden anzurechnen, mit einem geltend gemachten und zu bewilligenden Stundenansatz von Fr. 250.–. Damit beträgt das ordentliche Honorar Fr. 10'000.– (40 Stunden à Fr. 250.–). Zuzüglich Auslagen (Fr. 346.–) und MWSt (Fr. 796.65 [7.7 % x Fr. 10'346.–]) ergibt dies eine Parteientschädigung von Fr. 11'142.65, die ausgangsgemäss dem Berufungskläger aufzuerlegen ist (Art. 106 Abs. 1, erster Satz ZPO).

55 ■ 56

Der Berufungskläger wird verpflichtet, die Berufungsbeklagte intern und direkt mit Fr. 11'142.65 zu entschädigen (inkl. Auslagen und MWSt).

56 ■ 56

Demnach erkennt das Obergericht:

#### **E. 11**

■ 56

verkannt, dass sich der Berufungskläger auf einen Nachbesserungsanspruch und das Rückbehaltungsrecht nach Art. 82 OR (SR 220) berufen dürfe (E. 7). Schliesslich habe die Vorinstanz die Prozesskosten verschiedentlich unrichtig verlegt (E. 8).

**2.2 Baukostenplan (BKP)** Der Baukostenplan (BKP) strukturiert die Planung und die Organisation eines Bauprojekts und dient der Kommunikation zwischen Baubeteiligten. Bautätigkeiten werden unter einer BKP-Zahl aufgeführt, deren erste Ziffer das BKP-Hauptkapitel bezeichnet (BKP 0 betrifft das nackte Grundstück, BKP 1 die Vorbereitungsarbeiten, BKP 2 das Gebäude, BKP 3 Betriebseinrichtungen, BKP 4 die Umgebung etc.). Die steigende Anzahl Ziffern in der jeweiligen BKP-Zahl beschreibt die konkrete Bautätigkeit umso genauer. Die Nummerierung der jeweiligen BKP-Zahlen entspricht ungefähr dem Bauablauf. Das Hauptkapitel BKP 2 betrifft die Gebäudekosten, mithin die Bautätigkeiten unmittelbar in Zusammenhang mit einem Gebäude, von der Baugrube (BKP 20) über Rohbau 1 (BKP 21) und Rohbau 2 (BKP 22), Elektroanlagen (BKP 23), Heizungs-, Lüftungs- und Klimaanlage (BKP 24), Sanitär- (BKP 25) und Transportanlagen (BKP 26) hin zu Ausbau 1 (BKP 27) und Ausbau 2 (BKP 28), und behandelt überdies die Honorare (BKP 29). Die Bautätigkeiten in der Phase «Rohbau 1» (BKP 21) umfassen die Arbeitsgattungen Bau- meisterarbeiten (BKP 211), verschiedene Montagebautätigkeiten (in Beton und vorgefertigtem Mauerwerk: BKP 212; in Stahl: BKP 213; in Holz: BKP 214; als Leichtkonstruktionen: BKP 215), Natur- und Kunststeinarbeiten (BKP 216) und Schutzraumabschlüsse (BKP 217). Die Bautätigkeiten in der Phase «Rohbau 2» (BKP 22) umfassen die Arbeitsgattungen Fenster, Aussentüren, Tore (BKP 221), Spenglerarbeiten (BKP 222), Blitzschutz (BKP 223), Bedachungsarbeiten (BKP 224), spezielle Dichtungen und Dämmungen (BKP 225), Fassadenputze (BKP 226), äussere Oberflächenbehandlungen, Malerarbeiten (BKP 227) und äussere Abschlüsse, Sonnenschutz (BKP 228). Die Fassadenputze (BKP 226) in der Phase «Rohbau 2» (BKP 22) lassen sich unterteilen in Verputzarbeiten aussen (BKP 226.1) und verputzte Aussenwärmedämmungen (BKP 226.2).

#### **E. 12**

■ 56

**3. Vertragliche (rechtliche) Einheit**  
**3.1 Vorinstanz und Parteivorbringen** Die Vorinstanz bejaht die vertragliche Einheit zwischen dem Werkvertrag BKP 211 einerseits und den Werkvertragsnachträgen 1–2 und 4–8 andererseits (einen Werkvertragsnachtrag mit der Nr. 3 gab es nicht), sie verneint jedoch eine vertragliche Einheit zwischen besagtem Werkvertrag BKP 211 und dem Werkvertrag BKP 226.2. Der Berufungskläger rügt, die Vorinstanz stütze diese Behauptung allein auf die Bezeichnung «Nachtrag» sowie mit Hinweis auf die Bezugnahmen der BKP-Position 211. Die Vorinstanz habe Art. 18 OR verletzt, indem sie schlicht verkannt habe, dass eine tatsächliche Willensübereinstimmung in Bezug auf die gemeinsame Gesamtbetrachtung der bestehenden Vertragsverhältnisse

vorliege. Mithin seien sämtliche Verträge als eine einzige vertragliche Einheit bzw. als ein einheitliches Rechtsverhältnis zu betrachten. Die Berufungsbeklagte bestreitet (zusammengefasst) die vom Berufungskläger vertretene Auffassung. Es handle sich um zwei eigenständige Werkverträge.

3.2 Rechtliches Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen (Art. 18 Abs. 1 OR). Bei der Vertragsauslegung ist somit zunächst auf den Willen der Parteien abzustellen und nicht auf die irrtümlich (*falsa demonstratio*) oder absichtlich (*simulatio*) verwendete falsche Bezeichnung oder Ausdrucksweise. Demnach ist zuerst im Rahmen einer subjektiven Auslegung der Parteiwillen zu rekonstruieren. Indem es sich hierbei um innere Tatsachen handelt, die kaum direkt bewiesen werden können, ist der Wille mittels Indizien zu ergründen. Hierzu werden sämtliche Umstände des Vertragsschlusses herangezogen, die ermöglichen, den tatsächlichen Parteiwillen zu ermitteln. Hierzu zählt insbesondere der Wortlaut, daneben aber auch Begleitumstände, Beweggründe, die Erklärungen der Parteien vor Vertragsabschluss, allfällige Vertragsentwürfe und Korrespondenzen sowie das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsschluss. Bei der Feststellung des Parteiwillens handelt es sich um eine Tatfrage. Insofern der wirkliche Parteiwille nicht empirisch eruiert werden kann oder gar kein innerer übereinstimmender Wille vorlag, muss sodann im Rahmen einer objektivierten (normativen) Auslegung der mutmassliche Parteiwille konstruiert werden. Das Gericht hat in objektivierter

## E. 13

### ■ 56

Weise darauf abzustellen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) unter den gegebenen Umständen gewollt und ausgedrückt hätten bzw. wie eine Partei eine Willensäußerung oder Verhaltensweise unter Beachtung sämtlicher Umstände nach Treu und Glauben verstehen konnte und musste. Die Konstruktion des Parteiwillens erfolgte demnach nach Massgabe des Vertrauensprinzips und stellte eine Rechtsfrage dar. Führt weder die subjektive noch die objektiviertete Auslegung zu einem Ergebnis, liegt gegebenenfalls eine ergänzungsbedürftige Lücke vor (CLAIRE HUGUENIN †, Obligationenrecht AT und BT, 3. A. 2019, Rz. 273–285).

3.3 Formale bzw. formalistische Betrachtung Es ist unbestritten, dass bei rein formaler bzw. formalistischer Betrachtung mehrere Verträge vorliegen (Werkvertrag BKP 211, verschiedene sog. Werkvertragsnachträge und Werkvertrag BKP 226.2), die zu unterschiedlichen Zeitpunkten abgeschlossen wurden und, dass die jeweiligen Leistungen in verschiedenen Vertragsurkunden festgehalten sind. Die Vorinstanz erwog jedoch zutreffend, dass Bauarbeiten, die in mehreren Rechtsgeschäften vereinbart worden sind, gleichwohl ein einziges, einheitliches Rechtsverhältnis bilden können, insofern sie gestützt auf eine werkvertragliche Einheit oder gestützt auf mehrere, funktionell verbundene Werkverträge ausgeführt werden (zur funktionellen Einheit unten, E. 4). Eine werkvertragliche Einheit wird, wie die Vorinstanz zurecht erwog, etwa bei Bestellungenänderungen oder Nachtragsarbeiten angenommen. Aus der rein formalen bzw. formalistischen Betrachtung lassen sich somit keine Rückschlüsse auf die Frage ziehen, ob es sich um ein einziges, einheitliches Vertragsverhältnis handelt, wie der Berufungskläger

meint, oder um zwei verschiedene, wie Vorinstanz und Berufungsbe- klagte meinen.

3.4 Nachträge 1–2 und 4–8 Der Berufungskläger weist vorab darauf hin, dass es sich bei dem Nachträgen 1–2 und 4–8 nicht um Beststellungsänderungen handle. Die entsprechenden Nachträge hätten nachweislich den von den Parteien fortbestehenden Werkvertrag weder verändert noch ergänzt. Vielmehr seien von den Parteien Anschlussverträge unterzeichnet worden, welche jedoch als separate Werkverträge zum ursprünglichen Werkvertrag hinzutreten. Die Bezeichnung «Nachtrag» sei allein deshalb erfolgt, weil sämtliche Verträge Leistungen unter der BKP-Position 211 abge- handelt hätten.

## **E. 14**

■ 56

Ein Berufungskläger hat sich mit dem angefochtenen Entscheid so auseinanderzusetzen, dass ohne Mühe klar wird, was er aus welchem Grund kritisiert. Er hat aufzuzeigen, inwiefern und weshalb die vorinstanzlichen Erwägungen unrichtig sein sollen und welche Folgen dies zeitigt (oben, E. 1.3.1). Aus den berufungsklägerischen Ausführungen erhellt sich indes nicht, inwie- fern oder weswegen diese filigranen Distinktionen in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht für die vorliegend zu prüfende Frage massgebend sein könnten, ob die Werkverträge BKP 211 und BKP 226.2 einschliesslich der Werkvertragsnachträge 1–2 und 4–8 ein einziges, einheit- liches Vertragsverhältnis darstell(t)en, wie der Berufungskläger meint, oder nicht, wie die Vo- rinstanz und Berufungsbeklagte meinen. Der Berufungskläger verletzt seine Begründungspflicht (Art. 310 ZPO). Hierauf ist nicht weiter einzugehen.

3.5 (Damaliger) Wille des Berufungsklägers 3.5.1 Übersicht Der Berufungskläger rügt, es sei offensichtlich, dass sein damaliger Wille auf eine vertragliche (rechtliche) Einheit gerichtet gewesen sei.

3.5.2 Bündelung der Bautätigkeiten in einer Hand Der Berufungskläger führt aus, dass der zeitlich nachgehende Werkvertrag BKP 226.2 letztlich mit der Berufungsbeklagten geschlossen worden sei, weil bereits der Werkvertrag BKP 211 mit ihr abgeschlossen gewesen sei. Die Renovation der Liegenschaft (Abbrucharbeiten und Instandsetzungsarbeiten) sollte durch eine einzige Unternehmung ausgeführt werden, was viele Vorteile hinsichtlich effizienter Arbeitsausführung, technischem Zusammenhang der Ar- beiten, Kommunikation, Bauabnahme, einheitlicher Garantiepartner etc. habe. Für den Beru- fungskläger hätten beide Verträge eine gewünschte und sinnvolle Einheit dargestellt. Die allgemein gehaltenen Ausführungen hinsichtlich der Vorteile, die sich aus dem Umstand ergeben, wenn verschiedene Arbeiten durch eine einzige Unternehmung durchgeführt wer- den, mögen zwar an sich zutreffen. Jedoch ist dann zu fragen, weshalb der Berufungskläger nicht einfach von Anfang an eine (einzige) Generalunternehmung hinsichtlich sämtlicher Arbeiten in Zusammenhang mit dem Umbau des Gebäudes X.\_\_strasse xx in Y.\_\_ beauftragt hat. Der Berufungskläger bestreitet nicht, dass er neben der Berufungsbeklagten auch ver- schiedene andere Unternehmungen mit Arbeiten betraute, mithin keine systematische Bündelung sämtlicher Renovationsarbeiten anstrebte. Ob die Werkverträge BKP 211 und BKP 226.2

## **E. 15**

■ 56

für den Berufungskläger bereits in den Vertragszeitpunkten tatsächlich eine gewünschte und sinnvolle Einheit darstellten, lässt sich hieraus zumindest nicht ableiten.

3.5.3 Ausschreibungsverfahren Der Berufungskläger bringt vor, die doppelte Ausschreibung und die Trennung der Leistungs- beschreibungen in zwei verschiedenen Dokumenten sei im Hinblick auf den Ablauf der Ver- tragsverhandlungen, die Ausschreibungspraxis zur Preiskontrolle und im Hinblick auf das Bau- programm erfolgt. Die vorinstanzliche Auffassung sei unzutreffend, wonach die Berufungsbe- klagte nicht habe sicher sein können, dass sie sämtliche Aufträge erhalte. Wenn der Berufungskläger vorbringt, es habe eine doppelte Ausschreibung gegeben, räumt er ein, dass es zwei separate Ausschreibungsverfahren gab, eines hinsichtlich des Werkver- trags BKP 211 und eines hinsichtlich des Werkvertrags BKP 226.2. Implizit ergibt sich aus diesen Ausführungen, dass der Berufungskläger für die Arbeiten gemäss der Werkvertrags- nachträge 1–2 und 4–8 keine separaten Ausschreibungsverfahren durchführte. Wenn der Be- rufungskläger im Weiteren die vorinstanzliche Auffassung – wonach die Berufungsbeklagte nicht habe sicher sein können, dass sie sämtliche Aufträge erhalte – als irrig rügt, behauptet er implizit und e contrario, dass die Berufungsbeklagte sich sicher sein konnte, auch den Zu- schlag im Ausschreibungsverfahren hinsichtlich des Werkvertrags BKP 226.2 zu erhalten – ansonsten widerspräche er seinem Vorbringen, wonach beide Verträge ein einziges Vertrags- verhältnis bilde(te)n. Sinn eines Ausschreibungsverfahrens ist u.a., Angebote von Drittanbietern einzuholen und unter diesen dann die wirtschaftlich günstigste Lösung auszuwählen. Es erscheint widersinnig, ein eigenes, mit Aufwänden verbundenes Ausschreibungsverfahren hinsichtlich des Werkver- trags BKP 226.2 durchzuführen, wenn, wie der Berufungskläger sinngemäss behauptet, es für ihn von Anfang an klar gewesen sei, dass die Berufungsbeklagte den Zuschlag erhalte, weil der Werkvertrag BKP 211 und der Werkvertrag BKP 226.2 schliesslich eine einzige vertragli- che Einheit bildeten. Ein solchermassen unnützes und selbst dem Berufungskläger unnötige Kosten verursachendes Vorgehen wäre zudem gegenüber Drittanbietern treuwidrig, weil ihnen durch die Ausschreibung eine nicht vorhandene Verhandlungs- und Vertragsbereitschaft vor- getäuscht würde, und folglich geeignet, ihnen gegenüber eine Haftung aus culpa in contra- hendo auszulösen. Die Vorbringen des Berufungsklägers erscheinen somit lebensfremd und leuchten nicht ein. Zwar bringt der Berufungskläger vor, der Abschluss der Verträge sei allein deshalb nicht zeit- gleich erfolgt, weil der Aufbau der verputzten Aussenwärmedämmung (Werkvertrag

## E. 16

■ 56

BKP 226.2) im Zeitpunkt des Abschlusses des Werkvertrages über die Baumeisterarbeiten (Werkvertrag BKP 211) noch in Planung gewesen sei. Die Abbrucharbeiten (Werkvertrag BKP 211) seien schneller zu definieren gewesen und hätten vom Bauablauf her früher durch- geführt werden können bzw. müssen. Aber auch diese Ausführungen erscheinen unplausibel bzw. lebensfremd. Hätte es sich für den Berufungskläger bei den beiden Werkverträgen BKP 211 und BKP 226.2 um ein einziges Vertragsverhältnis gehandelt, hätte sich auch hier eine separate Ausschreibung für den Werkvertrag BKP 226.2 erübrigt, denn Sinn eines Aus- schreibungsverfahrens ist stets, von mehreren Anbietern Angebote einholen zu können. Wenn aber mehrere Anbieter an einem Ausschreibungsverfahren teilnehmen dürfen, kann ein An- bieter, der bereits schon einen Vertrag mit dem Ausschreiber geschlossen hat, sich nicht si- cher sein, dass er auch den zweiten, neu

ausgeschriebenen Vertrag mit dem Ausschreiber abschliessen kann. Dies spricht ebenfalls gegen eine Einheit zwischen dem ersten, abgeschlossenen Vertrag und dem zweiten, zur Ausschreibung gelangenden Vertrag. Hätte es sich folglich beim Werkvertrag BKP 211 und beim Werkvertrag BKP 226.2 um eine einzige vertragliche Einheit gehandelt, hätte der geschäfts- und im Bauwesen erfahrene Berufungskläger vielmehr im Rahmen des ersten Vertragsabschlusses (Werkvertrag BKP 211) mit der Berufungsbeklagten einen Vorvertrag hinsichtlich des zweiten Werkvertrags (BKP 226.2) geschlossen mit dem Hinweis, dass die genaueren Spezifikationen in einer zweiten Phase genauer vereinbart würden. Dies tat der Berufungskläger indessen nicht. Daran ändert im Übrigen nichts, wenn die «Ausschreibung» nicht submissionsrechtlich verstanden wird (analog BÖB [SR 172.056.1]), sondern als Einladung zur Offertstellung (vgl. Art. 7 OR; Art. 3 Abs. 2, Art. 4 Abs. 1 SIA-Norm 118; ANTON EGLI, in: Gauch/Stöckli [Hgg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. A. 2017, Anm. 2–4 zu Art. 4 SIA-Norm 118). Auch hier konnte sich die Berufungsbeklagte nicht sicher sein, dass der Berufungskläger ihre Offerte(n) annimmt und nicht diejenige(n) eines beliebigen Drittanbieters.

#### 3.5.4 E. 3.5.4.1

Der Berufungskläger bringt vor, allein ein Blick auf die von der Berufungsbeklagten vertraglich geschuldete Systemgarantie der E. S.p.A. belege den entsprechenden Zusammenhang zwischen den Werkverträgen BKP 211 und BKP 226.2 (mit Hinweis auf vi-BB 12). Die E. S.p.A., eine Subunternehmerin bzw. Hilfsperson der Berufungsbeklagten, sei im Rahmen der Erledigung der Baumeisterarbeiten beigezogen worden (mit Hinweis auf vi-KB 27 und vi-

### **E. 17**

#### **■ 56**

BB 37), nachdem die Natursteinriemchen entgegen der vertraglichen Vereinbarung nicht entfernt worden seien. Der Systemaufbau der Fassade sei somit nachweislich sowohl von den Baumeisterarbeiten als auch vom Werkvertrag der verputzten Aussenwärmedämmung abhängig. Die E. S.p.A. könne nie eine Systemgarantie ausstellen, wenn eben nicht das ganze System, d.h. der gesamte Aufbau, aufeinander abgestimmt wäre.

#### 3.5.4.2

Der Berufungskläger bezeichnet die E. S.p.A. in seinen Rechtsschriften wiederholt als «Subunternehmerin» oder «Hilfsperson» der Berufungsbeklagten. Der Umstand, dass die E. S.p.A. Subunternehmerin bzw. Hilfsperson der Berufungsbeklagten gewesen sei, belegt für den Berufungskläger die rechtliche Einheit der Werkverträge BKP 211 und BKP 226.2. Mit anderen Worten vertritt der Berufungskläger die Auffassung, dass zwischen der E. S.p.A. und der Berufungsbeklagten ein Unterordnungsverhältnis (Subordinationsverhältnis) bestand. Der Berufungskläger verweist hierfür zunächst auf eine E-Mail der E. S.p.A. vom 8. September 2011 an einen Angestellten der Berufungsbeklagten (vi-KB 27). Im «Infobrief», der besagter E-Mail angehängt ist, tritt der Vertreter der E. S.p.A. gegenüber der Berufungsbeklagten durchaus selbstbewusst bis befehlend auf («Vor jedem neuen Arbeitsschritt sind wir telefonisch anzuvisieren um den Untergrund abzunehmen. Mindestens 24 Std im Voraus.»). Ein solch autoritatives Auftreten eines Subordinierten (Hilfsperson bzw. Subunternehmer) gegenüber dem Supraordinierten (Unternehmer) ist zumindest ungewöhnlich. Die besagte E-Mail vom 8. September 2011 (vi-KB 27) ist somit nicht geeignet, um die Behauptung des Be-

rufungsklägers zu belegen, sondern steht zu diesen vielmehr in Widerspruch. Daneben beruft sich der Berufungskläger auf eine Aktennotiz der F. \_\_ Architekten AG vom 9. September 2011 (vi-BB 37). Besprechungsthema der Sitzung war der «Fassadenaufbau auf bestehende Natursteinriemchen» (zu diesen nachfolgend E. 4.4). In der Aktennotiz steht u.a.: «Die Firma C. \_\_ AG hat mit der Firma E. \_\_ AG den geplanten und ausgeschriebenen Fassadenaufbau geändert, ohne die Bauherrschaft [das ist der Berufungskläger] zu informieren. Die Unternehmer und die Bauleitung entschuldigen sich gegenüber der Bauherrschaft für die ungenügende Kommunikation und bedauern die daraus entstandene Situation.» Aus diesem Absatz geht hervor, dass die Berufungsbeklagte «mit» der E. \_\_ S.p.A. – und nicht «durch» sie – den Fassadenaufbau geändert hat. Die Präposition «mit» «drückt eine Gemeinsamkeit, das Zusammensein, Zusammenwirken mit einem oder mehreren anderen bei einer Tätigkeit o.Ä. aus» (Duden, Bedeutungswörterbuch, 4. A. 2010, Lemma «mit» Ziff. 1 lit. a

## E. 18

### ■ 56

S. 649); die Präposition «durch» hingegen «kennzeichnet die vermittelnde, bewirkende Person, das Mittel, die Ursache» (ebd., Lemma «durch» Ziff. 2 S. 285). Der im Protokoll verwendete Begriff «mit» zeigt somit, dass beiden Unternehmen je eine eigene Entscheidungskompetenz zukam, was auf Gleichrangigkeit hindeutet und einem Subordinationsverhältnis entgegensteht. Weiter steht im nämlichen Absatz, dass «[d]ie Unternehmer und die Bauleitung» sich hierfür entschuldigt hätten. Demnach entschuldigten sich sowohl die Berufungsbeklagte als auch die E. \_\_ S.p.A. Der Umstand, dass sich beide Unternehmer bzw. Unternehmen je einzeln und durch die Gleichzeitigkeit gemeinsam entschuldigten, deutet ebenfalls auf Gleichrangigkeit hin. Wäre die E. \_\_ S.p.A. tatsächlich nur Hilfsperson oder Subunternehmerin der Berufungsbeklagten gewesen, hätte sie sich nicht eigens entschuldigen müssen, sondern nur die Berufungsbeklagte, weil diesfalls nur sie die Verantwortung getragen hätte (vgl. Art. 101 OR). Ferner steht in der besagten Aktennotiz: «Herr K. \_\_ [Vertreter der Berufungsbeklagten] und Herr G. \_\_ [Vertreter der E. \_\_ S.p.A.] sind jedoch überzeugt, dass der von Ihnen [sic] gefällte Entscheid, auf die bestehenden Quarzitplatten zu Montieren [sic], qualitativ die bessere Lösung ist. Die geringeren Kosten sowie die schnellere Ausführung sprechen grundsätzlich für diese Konstruktion.» Wenn steht, dass je ein Vertreter der Berufungsbeklagten und der E. \_\_ S.p.A. einen Entscheid gemeinsam fällten («der von Ihnen [sic] gefällte Entscheid») und diesen gemeinsam, mit einer Stimme, gegenüber dem Vertreter des Berufungsklägers erklärten («sind jedoch überzeugt»), dann spricht auch dies für eine Gleichrangigkeit und gegen ein Subordinationsverhältnis, denn hätte ein Subordinationsverhältnis bestanden, hätte nur der Vertreter der Berufungsbeklagten gesprochen, nicht zusätzlich noch eine subordinierte Hilfsperson, der aufgrund des Subordinationsverhältnisses, keinerlei Entscheidungskompetenz zukommt. Schliesslich steht in besagter Aktennotiz: «An der heutigen Sitzung wurden folgende Details zu der Konstruktion von den Unternehmern erläutert: [Es folgen bautechnische Ausführungen, die an dieser Stelle noch nicht interessieren]». Hier zeigt sich abermals, dass die Unternehmer (Plural) bzw. ihre Vertreter gemeinsam, einstimmig, Details zur Konstruktion erläuterten. Wäre die E. \_\_ S.p.A. tatsächlich nur Hilfsperson oder Subunternehmerin der Berufungsbeklagten gewesen, mithin aufgrund des Subordinationsverhältnisses ohne eigene Entscheidungskompetenz, hätte ihr Vertreter nicht gemeinsam mit dem Vertreter der Berufungsbeklagten etwas erläutern

müssen («von den Unternehmern erläutert»), sondern sie hätte höchstens «im Namen» oder «im Auftrag» der Berufungsbeklagten erläutert bzw. die Berufungsbeklagte hätte durch die E. \_\_ S.p.A. «erläutern lassen». Aus dem angeführten Beleg geht somit nicht hervor, dass die E. \_\_ S.p.A. sich in einem Subordinationsverhältnis zur Berufungsbeklagten befunden hatte, sondern vielmehr, dass beide gleichberechtigt bzw. gleichrangig waren. Diese Gleichrangigkeit widerspricht der berufungsklägerischen Subordinationstheorie.

## **E. 19**

■ 56

### 3.5.4.3

Der Berufungskläger schreibt (Berufung, Ziff. IV.A.2 lit. b, erster Spiegelstrich dortiger Abs. 2, S. 12), die H. \_\_ AG habe ebenfalls den Kleber liefern wollen, jedoch wäre die Ausführungsart dadurch zu teuer geworden, weswegen man dann (zusammengefasst) die E. \_\_ S.p.A. genommen habe. Wenn die E. \_\_ S.p.A. tatsächlich Subunternehmerin oder Hilfsperson der Berufungsbeklagten gewesen wäre, hätte der Preis den Berufungskläger nicht zu kümmern gehabt, denn das Kostenrisiko wäre einzig bei der Berufungsbeklagten verblieben. Damit hätte auch die H. \_\_ AG genommen werden können. Indem jedoch nicht die H. \_\_ AG zum Zuge kam bzw. kommen durfte, sondern aus Kostengründen die E. \_\_ S.p.A., wird deutlich, dass einzig das Kosteninteresse des Berufungsklägers im Vordergrund stand. Damit ist der Einbezug der kostengünstigeren E. \_\_ S.p.A. schwerlich der Berufungsbeklagten zuzurechnen, denn der Berufungskläger bestimmte den Vertragspartner eigenmächtig, nicht die Berufungsbeklagte. In der berufungsbeklagten Offerte vom 1. Juli 2011 zum Werkvertrag BKP 226.2 steht (vi- BB 12, S. 5): «Systemhalter E. \_\_ (Wunsch Bauherr)». Indem der «Systemhalter E. \_\_» ein «Wunsch Bauherr» war und damit deren Einbezug nicht der Berufungsbeklagten zuzurechnen ist, kann die E. \_\_ S.p.A. nicht als ihre Hilfsperson oder Subunternehmerin bezeichnet werden. Ob besagte E. \_\_ S.p.A. eine Subunternehmerin bzw. Hilfsperson des Berufungsklägers war oder selbständige Unternehmerin im Rahmen eines eigenständigen, vom Berufungskläger geschlossenen Werkvertrags, ist für das vorliegende Verfahren bedeutungslos und demnach nicht weiter zu vertiefen. Ob die Bautätigkeiten der E. \_\_ S.p.A. tatsächlich, wie der Berufungskläger stillschweigend meint, unter die BKP-Zahlen 211 und 226.2 einzuordnen sind, oder nicht eher unter BKP 216.0 (Arbeitsgattung Natursteinarbeiten während Bauphase «Rohbau 1»), ist mangels Erheblichkeit für das vorliegende Verfahren nicht weiter zu vertiefen.

### 3.5.4.4

Der Berufungskläger bringt zusammengefasst vor, die Systemgarantie der E. \_\_ S.p.A. sei geeignet, die vertragliche (rechtliche) Einheit zwischen den Werkverträgen BKP 211 und BKP 226.2 zu belegen. Besagte Systemgarantie ist ausschliesslich Bestandteil des Werkvertrags BKP 226.2 (vgl. vi- BB 12, unpaginierte S. 1: «Besondere Vereinbarung: Systemgarantie auf E. \_\_ 10 Jahre») und

## **E. 20**

■ 56

weder Bestandteil des Werkvertrags BKP 211 noch der verschiedenen sog. Werkvertragsnachträge. Demnach sind die Ausführungen des Berufungsklägers zur Systemgarantie nicht geeignet, eine vertragliche (rechtliche) Einheit zu belegen. Ob sie geeignet sind, eine

funktio- nale (tatsächliche) Einheit zu belegen, wird unten zu vertiefen sein (E. 4.5.3).

3.5.5 Zwischenfazit Entgegen den Ausführungen des Berufungsklägers ist es nicht offensichtlich, dass sein damaliger Wille auf eine vertragliche (rechtliche) Einheit gerichtet war. Vielmehr entsteht aus den Akten der Eindruck, als habe er selbst ursprünglich keine vertragliche (rechtliche) Einheit gewollt.

3.6 (Damaliger) Wille der Berufungsbeklagten 3.6.1 Übersicht Der Berufungskläger rügt, es sei offensichtlich, dass der damalige Wille der Berufungsbeklagten auf eine vertragliche (rechtliche) Einheit gerichtet gewesen sei. Mithin sei die Berufungsbeklagte subjektiv (auch) von einem einheitlichen Vertragsverhältnis ausgegangen.

3.6.2 Buchhaltung Bei den Akten befindet sich ein Debitorenauszug mit Buchungen zwischen dem 29. Juni 2011 und dem 30. Mai 2012 (vi-KB 8). Unter der «Debitorennr.: 12610» wird als «Debitorname: A.A.\_\_\_\_» aufgeführt. Daneben legt der Berufungskläger ein Schreiben der Berufungsbeklagten vom 3. März 2020 ins Recht (bk-Bel. 13), aus dessen Beilage «Offene Posten Debitoren per 12/2019 (31.12.2019), nur Debitor 10028» hervorgeht, dass der «D[ebitor] 10028 A.A.\_\_\_\_, ...» per 31. Dezember 2019 einen offenen Saldo von Fr. 184'339.75 aufweise. Der Berufungskläger bringt vor, dass die Berufungsbeklagte die angeblich offenen Posten unter «einem Debitor» führe. Es würden buchhalterisch nicht separate Debitoren geführt. Dies sei ein klarer Beleg hierfür, dass die Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien einheitlich geführt und betrachtet worden seien. Die Berufungsbeklagte propagiere die klare Abtrennung der beiden Verträge, welche nichts miteinander zu tun haben sollten; buchhalterisch finde eine solche Abtrennung jedoch nachweislich ebenso wenig (wie anderswo) statt. Die Berufungsbeklagte sei offensichtlich darauf zu behaften, dass sie selbst die beiden Verträge als systematisches Ganzes betrachte.

## E. 21

### ■ 56

Der Begriff «Debitor» bedeutet «Schuldner» (Creifelds, Rechtswörterbuch, 20. A. 2011, Lemma «Debitor» S. 269). Ein «Schuldner ist derjenige, gegen den einem anderen, dem Gläubiger, ein Anspruch zusteht (Schuldverhältnis)» (ebd., Lemma «Schuldner» S. 1057) bzw., im landläufigen Sinn, «jmd., der einem anderen etwas, besonders Geld, schuldet» (Duden, Universalwörterbuch, 8. A. 2015, Lemma «Schuldner» S. 1569). Vom «debitor», «Schuldner», ist das «debitum», «Schuld(en); Verpflichtung», zu unterscheiden (Langenscheidt Taschenwörterbuch Latein, 2012, Lemmata «debitor» und «debitum» S. 158). Der Begriff «Debitor» fragt somit nicht nach dem Rechtsgrund einer Schuld bzw. Forderung (causa debiti) oder nach der Schuld an sich (debitum), sondern nach der Person des Schuldners (persona debitoris). Deswegen ist es ohne Weiteres möglich, dass ein einziger Debitor (Schuldner) aus mehreren, unterschiedlichen Rechtsgeschäften (Verträgen, causae) mehrere Schulden (debita) bei einem einzigen Gläubiger hat (creditor; ille cui debet; vgl. hierzu Langenscheidt, a.a.O., Lemma «Gläubiger» S. 763). Die Berufungsbeklagte ist der Auffassung, dass sie die Gläubigerin sei und der Berufungskläger ihr Schuldner bzw. Debitor, und zwar aus zwei Rechtsgründen bzw. Vertragsverhältnissen. Folglich führt sie ihn als einen einzigen «Debitor» – da eine einzige natürliche Person im Sinne von Art. 11 ff. ZGB darstellend – auf. Aus dem Debitorenauszug (vi-KB 8) und dem Schreiben der Berufungsbeklagten vom 3. März 2020 (BK-13) kann der Berufungskläger folglich nichts zu seinen Gunsten ableiten.

3.6.3 Interne Organisation Der Berufungskläger rügt auf nicht immer leichtverständlicher Weise (vgl. jedoch Art. 132 Abs. 2 ZPO), die Berufungsbeklagte sei in ihrer internen Organisation von einem einheitlichen Rechtsverhältnis ausgegangen, indem sie die identischen Personen mit den Bautätigkeiten betraut habe, und verweist hierfür auf E-Mails und ein Schreiben von J. \_\_ (vi-BB 32–34). Damit sei (zusammengefasst) erstellt, dass die Berufungsbeklagte die Werkverträge BKP 221 und BKP 226.2 personell und sachlich nicht voneinander abgegrenzt habe. Betrachtet man die Vertragsabschlüsse im Unterzeichnungszeitpunkt, so ist im Werkvertrag BKP 221 als Kontakt bzw. «Sachbearbeiter Herr J. \_\_» (vi-KB 4 S. 1), im Werkvertrag BKP 226.2 «Sachbearbeiter Herr K. \_\_» angegeben (vi-BB 12 S. 1). Diese Aufteilung widerspricht den Ausführungen des Berufungsklägers, wonach von Beginn an die identischen Personen für die Verträge zuständig gewesen seien. Da es auf den subjektiven Willen im Unterzeichnungszeitpunkt ankommt (Vertragsabschlüsse am 4./18. April 2011 [BKP 211] und 18. Juli 2011 [BKP 226.2]), sind E-Mails von J. \_\_ vom Juli 2012 wenig aussagekräftig.

## E. 22

### ■ 56

Zudem hat jedes Unternehmen bestimmte, aber begrenzte Ressourcen, mit denen es handeln kann bzw. muss; dies gilt auch hinsichtlich der personellen Ressourcen. Bisweilen lassen sich, selbst mit grössten Anstrengungen, personelle Überschneidungen nicht verhindern; zudem bedarf es regelmässig eines Stellvertreters im Falle von Abwesenheiten. Selbst wenn für sämtliche Verträge und insbesondere in sämtlichen Bautätigkeiten im Zusammenhang mit den Werkverträgen BKP 211 und BKP 226.2 stets die identischen Personen involviert gewesen wären, kann daraus nicht geschlossen werden, dass es sich bei den Verträgen um eine vertragliche (rechtliche) Einheit gehandelt hatte bzw. der Wille der Berufungsbeklagten auf ein einheitliches Rechtsverhältnis gerichtet war.

3.6.4 Kommunikation Der Berufungskläger macht geltend, die Kommunikation zwischen den Parteien belege eine einheitliche Betrachtungsweise. So habe Herr J. \_\_ in seinem E-Mail-Betreff gerade immer die Bezeichnung «Umbau X. \_\_strasse xx, Y. \_\_» genannt. Die identische Bezeichnung sei auch von anderen Mitarbeitern der Berufungsbeklagten verwendet worden (mit Hinweis auf vi-KB 6). Eine Unterscheidung bzw. Bezugnahme auf ein Vertragsverhältnis sei regelmässig unterblieben. Die «3. Mahnung» vom 9. Oktober 2012 (vi-KB 22) nehme nicht einmal Bezug auf eine Arbeitsgattung. Es sei damit offensichtlich erstellt, dass die Berufungsbeklagte den entsprechenden Umbau an der X. \_\_strasse xx selbst (intern) als einheitliche Baustelle bzw. als einheitliches rechtliches Gesamtverhältnis betrachtet habe, was auch dem wirklichen Willen der Parteien entsprochen habe. Es ist zwischen den Parteien unbestritten, dass sich sämtliche streitbefangenen Bautätigkeiten bzw. Verträge (Werkvertrag BKP 211, verschiedene sog. Werkvertragsnachträge und Werkvertrag BKP 226.2) allesamt auf das eine Gebäude X. \_\_strasse xx in Y. \_\_ bezogen. Dieses Gebäude wurde umgebaut bzw., wie der Berufungskläger nicht bestreitet, totalsaniert. Indem sämtliche fraglichen Bautätigkeiten den «Umbau» eines einzigen Gebäudes, der «X. \_\_strasse xx, Y. \_\_», betrafen, bot es sich folglich an, als E-Mail-Betreff schlicht «Umbau X. \_\_strasse xx, Y. \_\_» anzugeben. Auch die strittigen Werkverträge BKP 211 und BKP 226.2 sind, in ihrer physischen Form, mit dieser Bezeichnung übertitelt. Hieraus kann der Berufungskläger nichts zu seinen Gunsten ableiten. So gibt er auch nicht an, welche sinnvollen Alternativbezeichnungen die Berufungsbeklagte bzw. ihre Angestellten hätten verwenden sollen. Abbruch- und

Baumeisterarbeiten (Werkvertrag BKP 211) stellen eine Arbeitsgattung während der Phase «Rohbau 1» (BKP 21) dar, Arbeiten am Fassadenverputz in Form von verputzten Aussenwärmedämmungen (Werkvertrag BKP 226.2) hingegen sind als Arbeitsgattung in der

## **E. 23**

■ 56

Phase «Rohbau 2» (BKP 22) durchzuführen. Arbeiten der Phase «Rohbau 2» (BKP 22) können gewöhnlich erst dann angegangen werden, wenn vorgängig die Arbeiten der Phase «Rohbau 1» (BKP 21) grundsätzlich fertiggestellt sind, so, wie die Phasen «Ausbau 1» (BKP 27) und «Ausbau 2» (BKP 28) erst dann angegangen werden können, sobald der Rohbau abgeschlossen ist und verschiedenste Anlagentypen (BKP 23–26) verbaut worden sind. Den in Bau-sachen erfahrenen Parteien und ihren im Bauwesen berufstätigen Angestellten bzw. Vertre-tern musste somit bewusst gewesen sein, in welcher Bauphase man sich zu einem bestimm-ten Zeitpunkt jeweils befand («Rohbau 1», BKP 21, oder «Rohbau 2», BKP 22). Indem Ab-bruch- und Baumeisterarbeiten (Werkvertrag BKP 211) in der Phase «Rohbau 1» (BKP 21), Arbeiten am Fassadenverputz (Werkvertrag BKP 226.2) hingegen in der Phase «Rohbau 2» (BKP 22) stattfinden, erübrigten sich im damaligen E-Mail-Verkehr folglich umständliche oder weitschweifige Verweise auf die jeweilige Bauphase, Arbeitsgattung oder BKP-Zahl. Bei der vom Berufungskläger ins Feld geführten Mahnung der Berufungsbeklagten vom 9. Ok-tober 2012 (vi-KB 22) handelt sich um die «3. Mahnung». Aus dem «Mahnbetrag» (Fr. 68'457.50), dem «Belegdatum» der Rechnung (04.06.2012), der Belegnummer (107005) und dem Ursprungsbetrag (Fr. 343'906.15) wird klar, dass die Berufungsbeklagte auf die «Schlussrechnung Nr. 107005 / 124118» vom 4. Juni 2012 verwies (vi-KB 18). Diese betraf das «Bauobjekt: Umbau X.\_\_strasse xx, Y.\_\_» und die «Arbeitsgattung: Baumeisterarbeiten», mithin den Werkvertrag BKP 211. Ebendiesen Betrag wollte die Berufungsbeklagte mittels Zwangsvollstreckungsmassnahmen und gerichtlichen Verfahren eintreiben (vgl. oben, Sach-verhalt lit. B–D) und bildet somit Grundlage des vorliegenden Verfahrens ZA 20 4, wenn auch nicht mehr in voller Höhe, sondern im Umfang von Fr. 60'754.95. Indem der Berufungskläger von Anfang an Partei war, muss er von diesen Umständen wissen; die diesbezüglichen Aus-führungen des Berufungsklägers muten spitzfindig an.

3.6.5 Leistungsverweigerung Mit Hinweis auf Art. 82 OR rügt der Berufungskläger, die Berufungsbeklagte habe die Arbeiten bzw. die geschuldete Nachbesserung im Zusammenhang mit dem Werkvertrag BKP 226.2 mit der Begründung einstellt, Zahlungen im Zusammenhang mit dem Werkvertrag BKP 211 seien offen und geschuldet. Sie könne offensichtlich nicht ohne in Widerspruch zu geraten im Ge-genzug geltend machen, die beiden Verträge hätten nichts miteinander zu tun. Die Berufungs-beklagte habe sich nachweislich in Bezug auf das Gesamtvertragsverhältnis auf Art. 82 OR berufen. Hätten die Verträge effektiv nichts miteinander zu tun, dann wäre die Berufungsbe-klagte schlicht verpflichtet gewesen, den Werkvertrag BKP 226.2 anstandslos zu erfüllen. Dies

## **E. 24**

■ 56

habe sie bis heute aufgrund der ausstehenden Zahlung in Bezug auf die Baumeisterarbeiten nicht gemacht. Das Verhalten der Berufungsbeklagten sei «höchst widersprüchlich und gleich-zeitig grob rechtsmissbräuchlich». Die über verschiedene Stellen der

berufungsklägerischen Rechtsschriften verstreuten Ausführungen zu Art. 82 OR werden gebündelt in der nachfolgenden E. 7 behandelt. Massgebend ist der subjektive Willen im Unterzeichnungszeitpunkt (Vertragsabschlüsse am 4./18. April 2011 [BKP 211] und 18. Juli 2011 [BKP 226.2]). Die ein Jahr später erfolgte Leistungsverweigerung kann demnach nur ein Indiz dafür sein, dass die Berufungsbeklagte den Werkvertrag BKP 211, verschiedene sog. Werkvertragsnachträge und den Werkvertrag BKP 226.2 als einheitliches Vertragsverhältnis ansah. Gleichzeitig bestätigt der Berufungskläger ausdrücklich als «zutreffend», dass er der Berufungsbeklagten noch Werklohn in Zusammenhang mit dem Werkvertrag BKP 226.2 schuldet (Replik, «Zu Ad. Ziff. 2», dortiges «Zu Ad. b»), «Zu Ad. Unterabsatz 5», dortiger Abs. 6, S. 33: «Nunmehr versucht die Berufungsbeklagte neu geltend zu machen, es hätten auch Ausstände in Bezug auf den Werkvertrag verputzte Aussenwärmedämmung bestanden. Dies ist zwar zutreffend, jedoch hat die Berufungsbeklagte zu keinem Zeitpunkt die Arbeiten deswegen eingestellt, was diese im Übrigen auch nicht geltend macht bzw. je geltend gemacht hätte.»). Selbst wenn die vom Berufungskläger geltend gemachte Leistungsverweigerung hinsichtlich Werkvertrag BKP 226.2 mit ausstehenden Forderungen aus dem Werkvertrag BKP 211 begründet worden sein sollte, steht dieses Indiz im Vergleich zu den übrigen bereits ausgeführten Indizien (oben, E. 3.5.2–3.6.4) verhältnismässig isoliert da und erscheint, weil nachrangig und zeitlich nachgelagert, als wenig gewichtig. Ein Austauschverhältnis ist nicht erkennbar. Zumindest ist dieses einzelne Indiz nicht geeignet, die zahlreichen übrigen Indizien umzustossen. Es kann demnach offengelassen werden, ob sich die Berufungsbeklagte möglicherweise zu Unrecht auf Art. 82 OR berief. 3.6.6 Zwischenfazit Entgegen den Ausführungen des Berufungsklägers ist es nicht offensichtlich, dass der damalige Wille der Berufungsbeklagten auf eine vertragliche (rechtliche) Einheit gerichtet gewesen sei. Vielmehr entsteht aus den Akten der Eindruck, als habe die Berufungsbeklagte ursprünglich keine vertragliche (rechtliche) Einheit gewollt; daran ändern die Ausführungen des Berufungsklägers zu Art. 82 OR nichts.

## **E. 25**

### **■ 56**

3.7 Fazit Zusammenfassend finden sich keine nennenswerten Hinweise darauf, dass die Parteien bei den Werkverträgen BKP 211 und BKP 226.2 einschliesslich der Werkvertragsnachträge 1–2 und 4–8 von einem einzigen, einheitlichen Vertragsverhältnis bzw. von einer vertraglichen (rechtlichen) Einheit ausgegangen wären. An den vorinstanzlichen Ausführungen ist nichts auszusetzen; es kann im Übrigen auf sie verwiesen werden (angefochtener Entscheid, E. 4.2 S. 12–16; Urteile des Bundesgerichts 5A\_369/2016 vom 27. Januar 2017 E. 3.1; 4A\_434/2013 vom 19. Dezember 2013 E. 1.2; je mit Hinweisen; oben, E. 1.3.2). Die Berufung ist in diesem Punkt unbegründet und damit abzuweisen.

4. Funktionelle (tatsächliche) Einheit 4.1 Übersicht Der Berufungskläger macht geltend, die Werkverträge BKP 211 und BKP 226.2 stellten eine funktionelle (tatsächliche) Einheit dar.

4.2 Rüge des vorinstanzlichen Formalismus Der Berufungskläger rügt, die Vorinstanz habe die funktionale Betrachtung faktisch allein mit unterschiedlichen BKP-Zahlen begründet. Diese «rein formaljuristische Betrachtungsweise» sei «offensichtlich unhaltbar». Bei der Prüfung, ob eine funktionale Einheit aufgrund von Arbeitsvorgängen basierend auf mehreren Werkverträgen bestehe, werde nicht auf die unterschiedliche «BKP»-Nummer

abgestellt, da dies immer der Fall sei. Die funktionale Vernetzung könne zur funktionalen und deshalb auch objektspezifischen Einheit bei der Bauausführung mehrerer Werkverträge führen. Gerade der funktionale Zusammenhang und nicht die rechtliche Trennung durch mehrere Werkverträge sei massgebend, was die Vorinstanz offensichtlich übersehen habe. Entgegen den sinngemässen Vorbringen des Berufungsklägers handelt es sich bei den BKP-Zahlen nicht um ein akademisch verkopftes Glasperlenspiel. Vielmehr strukturiert der Baukostenplan (BKP) die Planung und Organisation eines Bauprojekts und dient der Kommunikation zwischen Baubeteiligten (vorstehende E. 2.2). Dadurch sind die BKP-Zahlen nicht derart belanglos, wie der Berufungskläger geltend macht. Die Nummerierung der jeweiligen BKP-Zahlen entspricht ungefähr dem Bauablauf. Aus den BKP-Zahlen ergibt sich, dass der Werkvertrag BKP 211 Bautätigkeiten am Anfang der Bauphase «Rohbau 1» (BKP 21) betraf, der Werkvertrag BKP 226.2 solche, die tendenziell gegen

## **E. 26**

### **■ 56**

Ende der Bauphase «Rohbau 2» (BKP 22) erfolgen (vorstehende E. 2.2). Indem die Werkverträge BKP 211 und BKP 226.2 Bautätigkeiten verschiedener Bauphasen und unterschiedlicher Stadien der jeweiligen Bauphase betrafen, hat der Berufungskläger umso präziser zu begründen bzw. zu rügen (vgl. Art. 310 ZPO und vorstehende E. 1.3.1), inwiefern diese Verträge funktional gleichwohl zusammenhängen könnten.

4.3 Ausschreibungsverfahren Der Berufungskläger führt aus, Arbeitsvorgänge bildeten eine funktionelle Einheit aufgrund von mehreren Werkverträgen, sofern ihre Arbeitsergebnisse eine spezifische Arbeit bildeten. Eine spezifische Bauarbeit könne gleichzeitig oder in Etappen Leistungspflichten aus mehreren Werkverträgen einheitlich erfüllen, weil die betreffenden Arbeiten ungeachtet ihrer rechtlichen Trennung eine technische und damit funktionale einheitliche Bauarbeit bildeten. Die funktionale Vernetzung könne zur funktionalen und deshalb auch objektspezifischen Einheit bei der Bauausführung mehrerer Werkverträge führen. Der Berufungskläger führte für den Werkvertrag BKP 211 und den Werkvertrag BKP 226.2 je eine eigene Ausschreibung durch bzw. lud je unabhängig zur Offertstellung ein. Die Berufungsbeklagte konnte sich nicht sicher sein, ob sie auch Vertragspartnerin des Werkvertrag BKP 226.2 würde oder aber ein beliebiger Drittanbieter (vorstehende E. 3.5.3). Demnach war es letztlich beliebig und nicht notwendig, dass gerade die Berufungsbeklagte nach dem Werkvertrag BKP 211 auch den Zuschlag für den Werkvertrag BKP 226.2 erhielt. Indem auch ein Drittanbieter die Bautätigkeiten gemäss Werkvertrag BKP 226.2 hätte durchführen können, spricht dies gegen eine technische und damit funktional einheitliche Bauarbeit. Zwar behauptet der Berufungskläger jetzt, dass eine funktionale Einheit sämtlicher Bautätigkeiten bestanden habe. Wäre er indes zum Zeitpunkt der Ausschreibung des Werkvertrag BKP 226.2 von einer solchen Einheit ausgegangen, wäre eine künstliche Aufspaltung einer einzigen funktionalen Einheit in verschiedene Ausschreibungen bzw. Offerteinladungen widersinnig und selbst für Berufungskläger umständlich gewesen. Wäre der geschäfts- und im Bauwesen erfahrenen Berufungskläger folglich von Beginn an von einer funktionalen Einheit ausgegangen, wäre von ihm zu erwarten gewesen, im Rahmen des ersten Vertragsabschlusses (Werkvertrag BKP 211) mit der Berufungsbeklagten wenigstens einen Vorvertrag hinsichtlich des zweiten Werkvertrags (BKP 226.2) abzuschliessen oder auf andere Weise beide Verträge bzw. Komplexe miteinander zu verknüpfen. Dies tat der Berufungskläger

indes nicht. Dies wiederum bestätigt die vorinstanzliche Auffassung, wonach auch in funktionaler Hinsicht zwar eine Einheit zwischen dem Werkvertrag BKP 211 und den Werkvertragsnachträgen 1–2 und

## **E. 27**

■ 56

4–8 bestand, nicht jedoch zwischen besagtem Werkvertrag BKP 211 und dem Werkvertrag BKP 226.2.

4.4 Natursteinriemchen 4.4.1 Parteivorbringen Der Berufungskläger bringt sinngemäss vor, er sei über das Bestehenlassen der Natursteinriemchen nicht informiert worden. Diese Information wäre jedoch für den Entscheid über den Fassadenaufbau von Bedeutung gewesen. Das (Nicht-) Entfernen der Natursteinriemchen stehe offensichtlich in direktem Zusammenhang mit der neu anzubringenden verputzten Aussenwärmedämmung. Der Quarzit-Untergrund der belassenen Natursteinriemchen stelle für den mineralischen Klebemörtel einen nichtsaugenden Untergrund dar. Diese Situation sei für eine optimale Haftung der Wärmedämmung nicht ideal.

4.4.2 Offerte und Schlussabrechnungen In der Offerte vom 7. März 2011, die in den Werkvertrag BKP 211 vom 4./18. April 2011 mündete, steht unter Position 411, «Aussenwandbekleidung abrechnen», unter Subposition .002 (vi-KB 4, Offerte, S. 15): «Der bestehende Natursteinbelag mit ca. 375 m<sup>2</sup> wird ab dem bauseitigen Gerüst entfernt. LE = pauschal gem. Besichtigung vor Ort.» Als Preis für diese Arbeit wurde Fr. 750.– angegeben. In der bereits zitierten «Schlussrechnung Nr. 107005 / 124118» vom 4. Juni 2012 betreffend «geleistete Arbeiten vom Mai 2011 bis Februar 2012», «Arbeitsgattung: Baumeisterarbeiten», machte die Berufungsbeklagte gegenüber dem Berufungskläger nach Abzug erfolgter Anzahlungen und nach Verrechnung diverser Gutschriften einen «Saldo zu unseren Gunsten» von Fr. 68'457.50 geltend (vi-KB 18; vgl. oben, Sachverhalt lit. A, und E. 3.6.4). Dort zog die Berufungsbeklagte vom «Total brutto» vier Positionen ab, neben «Rodung», «Eingangsbereich» und «L.\_\_\_\_» ebenfalls die Position «Natursteinbelag Fassade» über Fr. 750.–. Die auf der Folgeseite angefügte «Gesamtabrechnung C.\_\_\_\_», die allesamt ausschliesslich die Arbeitsgattung BKP 211 betrafen, ist ebenfalls die Position «Natursteinbelag Fassade» über Fr. 750.– abgezogen. Mit als «Schlussabrechnung» betitelmtem Schreiben der A.\_\_\_\_ Generalunternehmung AG, Y.\_\_\_\_, vom 7. Juli 2012 stellte die Verwaltungsratspräsidentin B.A.\_\_\_\_ der Berufungsbeklagten «[a]ls Beilage [...] nun die von uns erstellte Schlussabrechnung in 2-facher Ausführung» zu. Die A.\_\_\_\_

## **E. 28**

■ 56

Generalunternehmung AG bat die Berufungsbeklagte, ein Exemplar zu unterzeichnen und an sie zurückzuschicken. Besagtes Schreiben betraf das «Projekt: Umbau X.\_\_\_\_strasse xx, yyyy Y.\_\_\_\_» und den «Werkvertrag BKP 211 Baumeisterarbeiten». Die diesem Schreiben beigefügten «Unternehmerschlussabrechnung per 7. Juli 2012» betraf ausschliesslich die Arbeitsgattung BKP 211. Dort steht unter der Zwischenüberschrift «03.04.2012 Nichtgeleistete Arbeiten» neben «neues Eingangsvordach (WV)», «Fällen der Bäume und Eiche (WV)» und «Bestehen der Zugang rückbauen (WV-Auftrag an M.\_\_\_\_)» ebenfalls die Position «Nicht ausgeführter Natursteinbelag (WV)» über Fr. 750.– (vi-KB 19). Weder in der «Schlussrechnung Nr. 107005 / 124118» der Berufungsbeklagten vom 4. Juni 2012

(vi-KB 18) noch im Schreiben des Berufungsklägers vom 7. Juli 2012 und der dazugehörigen Unternehmerschlussabrechnung (vi-KB 19) wird der Werkvertrag BKP 226.2 oder die E. \_\_ S.p.A. erwähnt, sondern ausschliesslich der Werkvertrag bzw. die Arbeitsgattung BKP 211. Dies erstaunt angesichts des Umstands, dass der Berufungskläger die Werkverträge BKP 211 und BKP 226.2 als (funktional) zusammengehörig behauptet. Zudem scheint der Berufungskläger in den besagten Schriftstücken zu diesem Zeitpunkt weder die Nichtentfernung der Natursteinriemchen noch den dadurch eingesparten Betrag und dessen Höhe von Fr. 750.– anstössig gefunden zu haben.

4.4.3 Untergrund Aus rein mechanischer bzw. mechanistischer Sicht trifft es zwar zu, dass jede Oberfläche eines Untergrundes bedarf, und so muss auch ein Fassadenputz (BKP 226) in Form einer verputzten Aussenwärmedämmung (BKP 226.2) auf irgendeinen Untergrund aufgebracht werden. Alleine daraus lässt sich indes noch keine zwingende funktionale Einheit ableiten. Zudem stand es im Belieben des Berufungsklägers nicht nur den Werkvertrag BKP 211 mit dem Berufungsbeklagten abzuschliessen, sondern auch den Werkvertrag BKP 226.2. Genauso denkbar wäre auch gewesen, dass der Berufungskläger einen beliebigen Drittanbieter mit den Bautätigkeiten BKP 226.2 betraut hätte (oben, E. 3.5.3 und 4.3).

4.4.4 Kenntnisnahme von der Nichtentfernung Dem Berufungskläger war spätestens seit dem E-Mail seines Vertreters N. \_\_ vom 7. September 2011, 18.11 Uhr (vi-BB 35), und der Sitzung vom 9. September 2011 bekannt, dass die von ihm gewünschte (oben, E. 3.5.4.3, und unten, E. 4.5.1) und von ihm ins Bauprojekt eingebundene E. \_\_ S.p.A. zusammen mit der Berufungsbeklagten beliebt machten, die Natursteinriemchen zu belassen (oben, E. 3.5.4.2). Die E. \_\_ S.p.A. begründete dies gemeinsam mit der

## **E. 29**

### **■ 56**

Berufungsbeklagten namentlich damit (vi-BB 37, S. 2), dass «[e]in Abspitzen der Platten [...] zur Folge [hätte], dass entweder die Quarzitplatten abplatzen und Plattenrückstände auf dem Grundputz kleben bleiben oder das gesamte Brocken [sic] mit dem Grundputz samt Teile der Backsteine Abbrechen [sic] würde. (siehe Bild im Anhang [Anm.: Besagtes Bild legte der Berufungskläger nicht ins Recht]). Daraus würde eine Unebene [sic] und nicht Tragfähige [sic] Oberfläche entstehen. Durch die Erschütterungen könnten auch unsichtbare innere Schäden an den Backsteinen entstehen welche die Tragfähigkeit der Dübel stark beeinträchtigen würde.» Die Aktennotiz fährt fort, dass «[a]lle Besprechungsteilnehmer [...] sich einig [sind], dass das Abbrechen der bestehenden Quarzitriemchen keine Verbesserung der Fassadenqualität mit sich bringen würde.» Zu diesen «Alle[n] Besprechungsteilnehmer[n]» gehörten namentlich «Herr O. \_\_ Architekt» und «Herr N. \_\_ Bauherrenvertretung» (ebd., S. 1). Weder sagte «Bauherrenvertretung» noch der Architekt opponierten dagegen, dass «[d]ie Wärmedämmplatten (200mm) [...] mit 13 statt 6 Dübeln pro M2 auf die bestehenden Mauern aus Beton oder Backstein mechanisch befestigt [werden]. Es werden extra lange Schraubdübel statt Schlagdübel verwendet. Dies soll verhindern, dass durch Vibrationen, Schäden oder Abplatzungen zwischen Riemchen und Mauerwerk entstehen. Das Fassadengewicht wird somit durch die Dübel getragen. Unterstützend werden die Dämmplatten Luftdicht [sic] auf die Platten verklebt.» (Ebd.) Im Rahmen der Bautätigkeiten des Werkvertrags BKP 226.2 stellte der Berufungskläger, handelnd durch seinen Vertreter («Bauherrenvertretung»), somit nachträglich fest und

zeigte sich damit einverstanden, dass es nicht sämtlicher Bautätigkeiten des Werkvertrags BKP 211 bedurfte. Daran hätte nichts geändert, wenn nicht die Berufungsbeklagte, sondern ein beliebiger Drittanbieter mit den Bautätigkeiten des Werkvertrags BKP 226.2 betraut worden wäre. Die nachträgliche Abänderung belegt mithin keine vorgängige, zwingende funktionale Einheit zwischen den Werkverträgen BKP 211 und BKP 226.2. Auch in den Schlussabrechnungen betreffend den Werkvertrag BKP 211 wurde die Nichtentfernung der Natursteinriemchen zwar erwähnt, nicht jedoch bemängelt (soeben, E. 4.4.2). Auf die Abnahmeprotokolle wird unten einzugehen sein (E. 7.3 und 7.4.2).

## **E. 30**

### **■ 56**

4.5 E.\_\_ S.p.A. 4.5.1 Ausführungen des Berufungsklägers Der Berufungskläger schreibt (Berufung, Ziff. IV.A.2 lit. b, erster Spiegelstrich dortiger Abs. 2, S. 12; Hervorhebung wie im Original): «Mit der Firma E.\_\_ S.p.A. (= Subunternehmerin der Berufungsbeklagten) fand die Berufungsbeklagte eine Herstellerin von Klebstoffen, die den gewünschten Aufbau erbringen konnte und zusätzlich noch eine Systemgarantie für die gesamte Fassade versprach.» Diese Behauptung ist aktenwidrig, denn nicht die Berufungsbeklagte suchte eine «Herstellerin von Klebstoffen» und fand sie in der E.\_\_ S.p.A., sondern die E.\_\_ S.p.A. wurde ausschliesslich auf ausdrücklichen Wunsch des Berufungsklägers eingebunden (vgl. die in den Werkvertrag BKP 226.2 mündende Offerte vom 1. Juli 2011, S. 5, in: vi-BB 12: «Systemhalter E.\_\_ (Wunsch Bauherr)»). Auch funktional war die E.\_\_ S.p.A. entgegen den Ausführungen des Berufungsklägers schwerlich Subunternehmerin oder Hilfsperson der Berufungsbeklagten, sondern sie trat selbständig und gleichberechtigt neben der Berufungsbeklagten auf (ausführlich oben, E. 3.5.4). Hierauf ist nicht weiter einzugehen.

4.5.2 Kleber Der Berufungskläger bringt sinngemäss vor, der auf den Natursteinriemchen aufgebrachte Kleber der E.\_\_ S.p.A. beweihe, dass die Werkverträge BKP 211 und BKP 226.2 eine funktionale Einheit bildeten. Dieses Argument scheint indes gesucht zu sein. Der Kleber der E.\_\_ S.p.A. mag in mechanischer bzw. mechanistischer Sichtweise den Übergang von den Natursteinriemchen zum Fassadenputz (BKP 226) in Form einer verputzten Aussenwärmedämmung (BKP 226.2) darstellen bzw. dargestellt haben (vgl. E. 4.4.3). Indes war zufällig und nicht notwendig, dass die Berufungsbeklagte und nicht irgendein beliebiger Drittanbieter (auch) die Bautätigkeiten des Werkvertrags BKP 226.2 ausführte; andernfalls hätte sich eine eigenständige Ausschreibung erübrigt (hierzu oben, E. 3.5.3 und 4.3). Der Berufungskläger selbst schreibt, dass die Einbindung der E.\_\_ S.p.A. zufällig war bzw. aus Gründen der Sparsamkeit erfolgte (Berufung, Ziff. IV.A.2 lit. b, erster Spiegelstrich dortiger Abs. 2, S. 12: «Demgegenüber war der Fassadenaufbau davon abhängig, dass ein Kleber für die Montage der Natursteine gefunden werden konnte. Die Firma H.\_\_ [d.i. die H.\_\_ AG] wollte ebenfalls den Kleber liefern, jedoch wäre die Ausführungsart dadurch zu teuer geworden.» Vgl. hierzu auch oben, E. 3.5.4.3). Mit dem Verweis auf den Kleber vermag der Berufungskläger keine funktionelle (tatsächliche) Einheit zwischen den Werkverträgen BKP 211 und BKP 226.2 darzulegen.

## **E. 31**

### **■ 56**

4.5.3 Systemgarantie 4.5.3.1

Der Berufungskläger rügt, die Berufungsbeklagte schulde die Systemgarantie der E. \_\_ S.p.A. Jedoch wurde diese Systemgarantie weder im Werkvertrag BKP 211 noch in den sog. Werk- vertragsnachträgen 1–2 und 4–8, sondern ausschliesslich im Werkvertrag BKP 226.2 verein- bart (oben, E. 3.5.4.4). Streitgegenständlich ist vorliegend indes der Werkvertrag BKP 211, nicht der Werkvertrag BKP 226.2. Dies spricht gegen eine funktionale Einheit zwischen den Werkverträgen.

4.5.3.2 Der Berufungskläger bringt vor, die E. \_\_ S.p.A. habe noch keine Systemgarantie abgegeben. Die Berufungsbeklagte erklärt dies damit, dass die E. \_\_ S.p.A. die Systemgarantie für die aus- geführten Fassadenarbeiten abgegeben hätte, wenn der Berufungskläger ebenfalls seine Pflichten erfüllt hätte, indem er nach der protokollierten, mängelfreien Abnahme der Fassaden einen Schlusszahlungsbeleg für die Zahlung des vollständigen Werklohns aufgelegt hätte. So- lange jedoch der Unternehmer, so die Berufungsbeklagte, nach der mängelfreien Werkab- nahme kein Geld erhalte, werde kein entsprechender Garantieschein ausgestellt. Diese Praxis gelte bei den meisten Systemhaltern zwecks Sicherung der Bezahlung ihrer Materiallieferun- gen durch den Unternehmer; im Übrigen sei, so die Berufungsbeklagte, die Einholung der Systemgarantie gemäss Anhang zum Werkvertrag als Holschuld des Berufungsklägers zu qualifizieren. Das vorliegende Verfahren betrifft eine Forderung aus dem Werkvertrag BKP 211. Die den Werkvertrag BKP 226.2 betreffenden Ausführungen sind vorliegend nicht streitgegenständ- lich, sondern gegebenenfalls in einem anderen Zivilverfahren zu erörtern. Aus der Systemga- rantie hinsichtlich der verputzten Aussenwärmedämmung (BKP 226.2) kann der Berufungs- kläger zumindest keine funktionale (tatsächliche) Einheit mit den vorliegend streitbefangenen Baumeisterarbeiten (BKP 211) ableiten.

4.5.4 Zwischenfazit Entgegen den Ausführungen des Berufungsklägers vermag die Einbindung der E. \_\_ S.p.A. keine funktionale (tatsächliche) Einheit zwischen den Werkverträgen BKP 211 und BKP 226.2 zu belegen.

## **E. 32**

### **■ 56**

4.6 Fazit Zusammenfassend finden sich keine Hinweise darauf, dass die Werkverträge BKP 211 und BKP 226.2 einschliesslich der Werkvertragsnachträge 1–2 und 4–8 eine einzige, funktionale (tatsächliche) Einheit gebildet hätten. Vielmehr waren die Arbeiten der Berufungsbeklagten nicht nur rechtlich getrennt, sondern auch technisch bzw. funktional, womit sie keine funktio- nale einheitliche Bauarbeit bildeten. An den vorinstanzlichen Ausführungen ist nichts auszu- setzen; es kann im Übrigen auf sie verwiesen werden (angefochtener Entscheid, E. 4.3 S. 16– 18; Urteil des Bundesgerichts 5A\_369/2016 vom 27. Januar 2017 E. 3.1; 4A\_434/2013 vom 19. Dezember 2013 E. 1.2; je mit Hinweisen). Die Berufung ist in diesem Punkt unbegründet und damit abzuweisen.

5. Forderung auf Werklohn 5.1 Unbestrittenes Der Berufungskläger schreibt, dass die Vorinstanz unter dem Titel «Die klägerische Forderung auf Werklohn» (E. 7 S. 22–31) festhalte, beide Parteien hätten sich auf einen Werklohn von Fr. 574'557.05 geeinigt. Ebenfalls habe Einigkeit darüber bestanden, dass Leistungen im Um- fang von Fr. 499'988.05 erfolgt seien. Differenzen im Sinne der SIA-Norm 118 bestünden ein- zig darin, dass zwei Rechnungspositionen («fällen der Bäume und Eiche bzw. Rodungen» sowie «betreffend Regierapport Nr. A31506») vom Berufungskläger nicht akzeptiert worden seien. Weitere Vorbehalte habe der Berufungskläger nicht angebracht. Zu diesen zwei

Rechnungspositionen mache die Vorinstanz anschliessend Ausführungen, welche im Rahmen der vorliegenden Berufung nicht weiter thematisiert und in Frage gestellt würden. Damit sind diese vorinstanzlichen Ausführungen nicht angefochten. Es erübrigen sich Weiterungen.

5.2 Bestrittenes 5.2.1 Parteivorbringen Der Berufungskläger rügt, die Berufungsbeklagte habe zwei Leistungen aus dem Werkvertrag BKP 211 nicht erbracht, Pos. 321.002 Rückbau einer Wand, inkl. einer Türe, im 2. OG, und Pos. 321.007 Rückbau einer Wand, inkl. einer Türe, im UG. Diese Leistungen habe die Berufungsbeklagte schlicht nicht erbringen müssen, weshalb der eingesparte Leistungsumfang von Fr. 2'000.– und von Fr. 3'000.–, gesamthaft Fr. 5'000.–, hätten in Abzug gebracht werden müssen. Indem es sich um einen Leistungsverzicht und kein Mangel handle, seien diese Leistungen schlicht nicht geschuldet, was die Vorinstanz «leider gänzlich verkannt» habe.

## E. 33

### ■ 56

5.2.2 Abnahmeprotokoll vom 4. April 2012 Im Abnahmeprotokoll vom 4. April 2012 betreffend «BKP 211 Baumeisterarbeiten» stellten die Vertreter des Berufungsklägers als Bauherrn, die Bauleitung und die Berufungsbeklagte fest, dass die Prüfung gemäss Art. 158 Abs. 2 SIA-Norm 118 nur «unwesentliche Mängel» ergeben hätten. «Das Werk gilt als abgenommen (Art. 159, 160 [SIA-Norm 118])» (vi-KB 5; ausführlich unten, E. 7.4.2). Weder Pos. 321.002 Rückbau einer Wand, inkl. einer Türe, im 2. OG, noch Pos. 321.007 Rückbau einer Wand, inkl. einer Türe, im UG, wurden dabei erwähnt oder bemängelt. Stillschweigender Verzicht wird vermutet für erkannte Mängel, die ein allfälliges Prüfungsprotokoll im Sinne von Art. 158 Abs. 3 SIA-Norm 118 nicht aufführt; ferner für Mängel, die bei der gemeinsamen Prüfung offensichtlich waren, jedoch nicht geltend gemacht wurden. Im zweiten Fall ist die Vermutung unwiderleglich (Art. 163 Abs. 2, erster und zweiter Satz SIA-Norm 118). Die Pos. 321.002 Rückbau einer Wand, inkl. einer Türe, im 2. OG, und Pos. 321.007 Rückbau einer Wand, inkl. einer Türe, im UG, wären auf Anhieb leichthin erkennbar und somit offensichtliche Mängel gewesen. Die Vermutung ist unwiderleglich im Sinne von Art. 158 Abs. 3 SIA-Norm 118, dass der Berufungskläger auf eine diesbezügliche Mängelrüge verzichtete.

### 5.2.3 Schlussabrechnung 5.2.3.1

Das als «Schlussabrechnung» betitelte Schreiben der A. \_\_ Generalunternehmung AG, Y. \_\_, vom 7. Juli 2012 betraf den «Werkvertrag BKP 211 Baumeisterarbeiten». In besagtem Schreiben bat die A. \_\_ Generalunternehmung AG die Berufungsbeklagte, ein Exemplar zu unterzeichnen und an sie zurückzuschicken. Diesem Schreiben war eine «Unternehmerschlussabrechnung per 7. Juli 2012» beigelegt. Eine Position des Saldos war, mit Rechnungsdatum 4. April 2011, «Pauschaler WV, inkl. MwSt. SFr. 203'487.85». Vom Saldo abgezogen wurden unter der Zwischenüberschrift «03.04.2012 Nichtgeleistete Arbeiten»: «[N]eues Eingangsvordach (WV)» (Fr. 3'500.–), «Fällen der Bäume und Eiche (WV)» (Fr. 2'000.–), «Nicht ausgeführter Natursteinbelag (WV)» (Fr. 750.–) und «Bestehender Zugang rückbauen (WV-Auftrag an M. \_\_)» (Fr. 0.–). Unter der Zwischenüberschrift «03.04.2012 Nicht anerkannte Regierapporte» brachte der Berufungskläger bzw. seine Generalunternehmung den «Rapport Nr. 31506, Überbeton, inkl. MwSt» über Fr. 8'155.25 und unter «03.04.2012 Rechnungen Dritunternehmer» die «Rg. L. \_\_ i.S. falsch gebohrter Ablauf, inkl. MwSt» über Fr. 408.80 in Abzug. Das

## E. 34

### ■ 56

«Total Abzüge» betrug Fr. 14'814.05, ergebend eine «Schlusszahlung, inkl. MwSt geschuldet Fr. 59'754.95» (vi-KB 19, S. 2). Weder Pos. 321.002 noch Pos. 321.007 wurden erwähnt. In der E-Mail vom 24. Juli 2012, verfasst von J.\_\_\_\_ namens der Berufungsbeklagten, an B.A.\_\_\_\_, Verwaltungsratspräsidentin der A.\_\_\_\_ Generalunternehmung AG, wurde unter der Zwischen- überschrift «Baumeisterarbeiten» nur um die Abzüge für das «Roden von Sträuchern und klei- nen Bäumen» und den «Abbruch vom Überbeton» behandelt (vi-KB 20). Weder Pos. 321.002 noch Pos. 321.007 wurden erwähnt. Mit Schreiben vom 25. Oktober 2012 schrieb der Berufungskläger der Berufungsbeklagten (vi- BB 22, Ziff. 1): «Die Schlussabrechnung für Baumeisterarbeiten, ausgestellt von der A.\_\_\_\_ Ge- neralunternehmung AG, ist korrekt und ist durch Sie zu unterzeichnen. Der Regie-Rapport Nr. 31506 anerkenne ich nicht, weil diese Arbeit bereits im pauschalen Werkvertrag enthalten ist.» Weder Pos. 321.002 noch Pos. 321.007 wurden erwähnt.

#### 5.2.3.2

Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Rechtsmissbrauch infolge widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) setzt voraus, dass sich der Rechtsuchende zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzt (BGE 128 III 375 E. 4.5 S. 380 mit Hinweis; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_196/2019 vom 10. Juli 2019 E. 3.2).

#### 5.2.3.3

Die Pos. 321.002 Rückbau einer Wand, inkl. einer Türe, im 2. OG, und Pos. 321.007 Rückbau einer Wand, inkl. einer Türe, im UG, waren 2012 kein Thema, nicht einmal bei der Werkab- nahme bzw. im Prüfprotokoll vom 4. April 2012. Es ist unwiderleglich von einem Verzicht auf Mängelrüge auszugehen (Art. 158 Abs. 3 SIA-Norm 118; soeben, E. 5.2.2). Der Berufungsklä- ger selbst betonte seinerzeit, dass seine «Schlussabrechnung für Baumeisterarbeiten» – die weder Pos. 321.002 noch Pos. 321.007 thematisierte – «korrekt» gewesen sei. Damit aner- kannte der Berufungskläger 2012 die Kosten für die Pos. 321.002 und Pos. 321.007 als «kor- rekt», womit diese folglich auch geschuldet waren (und sind). Obschon diese Positionen bzw. die dazugehörigen Kosten vorher zu keinerlei Diskussion An- lass gaben, behauptet der Berufungskläger nun im Berufungsverfahren, sie seien nie geschul-

## E. 35

### ■ 56

det gewesen seien. Damit setzt sich der Berufungskläger zu seinem eigenen Verhalten in Wi- derspruch und verhält sich rechtsmissbräuchlich. Rechtsmissbrauch genießt keinen Rechts- schutz; hierauf ist nicht weiter einzugehen.

5.2.4 Bestellungsänderung Der Berufungskläger bringt vor, es liege hinsichtlich Pos. 321.002 Rückbau einer Wand, inkl. einer Türe, im 2. OG, und Pos. 321.007 Rückbau einer Wand, inkl. einer Türe, im UG, kein Mangel vor, sondern eine Bestellungsänderung im Sinne von Art. 84 SIA-Norm 118. Aufgrund seines Leistungsverzichts habe die Berufungsbeklagte keinen Anspruch auf Schadloshaltung. Die Berufungsbeklagte bestreitet dies zusammengefasst. Wo das Gesetz es – wie im vorliegenden Fall – nicht anders

bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Die Parteien haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Verhandlungsmaxime; Art. 55 Abs. 1 ZPO). Ein Berufungskläger hat sich mit dem angefochtenen Urteil so auseinanderzusetzen, dass ohne Mühe klar wird, was er aus welchem Grund kritisiert; ebenfalls hat er die Aktenstücke genau zu bezeichnen, auf denen seine Kritik beruht (oben, E. 1.3.1). Der Berufungskläger behauptet nur pauschal, er habe seine Bestellung geändert, ohne in seinen Rechtsschriften darzulegen oder präzise anzugeben, welche Aktenstücke oder Beweise seine Behauptungen untermauern könnten. Er kommt somit nicht über das Behauptungsstadium hinaus. Unter Berücksichtigung des Vorstehenden (E. 5.2.2 f.) erscheint die behauptete Bestellungsänderung als nachträglich konstruiert. Weiterungen erübrigen sich.

5.3 Fazit Der Berufungskläger kann aus Pos. 321.002 Rückbau einer Wand, inkl. einer Türe, im 2. OG, und Pos. 321.007 Rückbau einer Wand, inkl. einer Türe, im UG, nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die Berufung ist in diesem Punkt unbegründet und damit abzuweisen.

6. WIR-Geld Die Vorinstanz verpflichtete den Berufungskläger, der Berufungsbeklagten Fr. 60'754.95 (Werklohnforderung aus Baumeisterarbeiten BKP 211) zuzüglich Zins zu 5% seit dem 28. Juni 2013 zu bezahlen (Dispositiv-Ziff. 1).

## **E. 36**

### **■ 56**

Der Berufungskläger rügt, im Werkvertrag BKP 211 sei vereinbart worden, dass er den Betrag von Fr. 50'000.– als WIR-Zahlung begleichen könne, d.h. in CHW statt CHF. Unbestritten sei, dass der Berufungskläger bis heute jedoch nur Fr. 40'000.– in CHW beglichen habe. Es handle sich um eine Wahlobligation (mit Hinweis auf Art. 72 OR) mit Wahlrecht des Schuldners. Damit habe der Berufungskläger weiterhin das Recht (keine Pflicht), Fr. 10'000.– in CHW zu leisten. Auf dieses Recht habe er bis heute nicht verzichtet. Die Berufungsbeklagte hätte somit in dieser Konstellation eine Alternativklage erheben müssen, auf Zahlung von Fr. 10'000.– in Geld oder in WIR. Dies habe sie offensichtlich nicht getan. Hätte die Berufungsbeklagte alternativ geklagt, hätte die Vorinstanz auch ihr Urteil alternativ aussprechen müssen. Die Vorinstanz hätte folglich die Forderung im Umfang von Fr. 10'000.– abweisen bzw. in diesem Umfang nicht auf die Klage eintreten dürfen. Ist die Schuldpflicht in der Weise auf mehrere Leistungen gerichtet, dass nur die eine oder die andere erfolgen soll, so steht die Wahl dem Schuldner zu, insofern sich aus dem Rechtsverhältnis nicht etwas anderes ergibt (Wahlobligation; Art. 72 OR). Damit gilt der Grundsatz, dass ein Schuldner bei Nichtausübung seines Wahlrechts in Schuldnerverzug gerät und der Gläubiger alternativ klagen muss (ULRICH G. SCHROETER, in: Basler Kommentar OR, 7. A. 2020, N 18 zu Art. 72 OR). Indes ist aufgrund des Vorbehalts in Art. 72, letzter Teilsatz OR von diesem Grundsatz abzuweichen, insofern sich aus dem Rechtsverhältnis etwas anderes ergibt, wie namentlich bei Forderungen im Rahmen des WIR-Verrechnungssystem aufgrund der dortigen Geschäftsbedingungen. Zum Zeitpunkt der Vertragsabschlüsse galten die «Geschäftsbedingungen für Teilnehmer am WIR-Verrechnungssystem» vom April 2011. Die dortige Ziff. 2.9 («Fälligkeit und Konversion von WIR- in CHF-Forderungen») sah vor, dass Forderungen in WIR, vorbehaltlich anderslautender Vereinbarungen zwischen

WIR-Teilnehmern, innert 30 Tagen seit Rechnungsstellung in WIR fällig sind. Erfolgt die WIR-Zahlung nicht innert Frist, hat der rechnungsstellende WIR-Teilnehmer seinem Vertragspartner schriftlich eine Nachfrist von sieben Tagen für die Zahlung der WIR-Schuld zu setzen. Erfolgt nach dieser Mahnung keine Zahlung in WIR, so wird die WIR-Forderung ganz in CHF fällig. Zur Berechnung der CHF-Forderung entspricht ein CHW einem CHF. Diese Regelung gilt auch heute noch (vgl. Ziff. C.9 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der WIR Bank Genossenschaft vom 1. November 2020, Kapitel «Bedingungen der Teilnahme am WIR-Netzwerk»). Der Berufungskläger behauptet nicht (zur Begründungslast oben, E. 1.3.1), dass die Parteien mittels anderslautender Vereinbarung von den damaligen Geschäftsbedingungen für Teilnehmer am WIR-Verrechnungssystem abgewichen seien. Damit galt bzw. gilt die dortige Ziff. 2.9 betreffend «Fälligkeit und Konversion von WIR- in CHF-Forderungen». Es ist unbestritten,

### **E. 37**

#### **■ 56**

dass der Berufungskläger die Forderung im Umfang von Fr. 10'000.– nicht binnen 30 Tagen überwiesen hatte, weder in CHW noch in CHF. Ebenfalls unbestritten ist, dass die Berufungsbeklagte den Berufungskläger nicht nur einmal, sondern mehrmals schriftlich gemahnt hatte (vgl. vi-KB 22, «3. Mahnung» vom 9. Oktober 2012), und der Berufungskläger gleichwohl keine (weiteren) Zahlungen in WIR veranlasste. Damit wurde die WIR-Forderung im Umfang von Fr. 10'000.– gänzlich in CHF fällig, mit dem Umrechnungskurs 1 CHW = 1 CHF. Bis zur Konversion der Forderung über Fr. 10'000.– von CHW in CHF gemäss Ziff. 2.9 der Geschäftsbedingungen konnte der Berufungskläger somit sein Wahlrecht im Sinne von Art. 72 OR ausüben, weil ihm die Möglichkeit offenstand, entweder in CHW oder in CHF zu erfüllen. Nach der (zwangsweisen) Konversion steht ihm ausschliesslich noch die Möglichkeit offen, in CHF zu erfüllen; der Berufungskläger verwirkte somit sein Wahlrecht infolge Untergangs der Möglichkeit, in CHW zu leisten. Indem das Wahlrecht des Berufungsklägers verwirkt ist, muss die Berufungsbeklagte nicht (mehr) alternativ klagen – sie kann es infolge Untergangs der berufungsklägerischen Möglichkeit, in CHW zu leisten, auch nicht mehr. Daran ändert im Übrigen nichts, wenn die Formulierung im Werkvertrag BKP 211, «Es werden für Fr. 50'000.00 WIR an Zahlung genommen» (vi-KB 4, S. 1), bzw. in der Schlussabrechnung der Berufungsbeklagten vom 4. Juni 2012, «Es werden 10'000.00 Fr. in WIR genommen» (vi-KB 18, S. 1), dahingehend ausgelegt würde, dass die Geschäftsbedingungen für Teilnehmer am WIR-Verrechnungssystem teilweise derogiert würden. In diesem Fall verhielte sich der Berufungskläger widersprüchlich und damit rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB), wenn er einerseits beharrlich die Begleichung offener Forderungen verweigert, um andererseits Jahre später bei deren gerichtlichen Einforderung ein Wahlrecht geltendzumachen. Vielmehr geht bereits aus der Formulierung «an Zahlung genommen» hervor, dass dieses Angebot nicht unbegrenzt gilt, insbesondere nach mehrfachen, erfolglosen Mahnungen nicht. Am vorinstanzlichen Entscheid ist diesbezüglich zumindest nichts auszusetzen; es kann auf sie verwiesen werden (angefochtener Entscheid, E. 7.5 S. 31–33; BGer 5A\_369/2016 vom 27. Januar 2017 E. 3.1; 4A\_434/2013 vom 19. Dezember 2013 E. 1.2; je mit Hinweisen; vgl. oben, E. 1.3.2). Die Berufung ist in diesem Punkt unbegründet und damit abzuweisen.

7. Nachbesserungsanspruch und Rückbehaltungsrecht nach Art. 82 OR

## **E. 38**

■ 56

Art. 152 SIA-Norm 118 und bringt vor, der rückbehaltene Betrag sei zur Zahlung fällig geworden.

## **E. 39**

■ 56

der Werkvertrag BKP 226.2 ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, sondern wird gegebenenfalls in einem neuen, separaten Verfahren zu behandeln sein. Die diesbezüglichen Ausführungen des Berufungsklägers (vgl. Berufung, Ziff. 34 f. S. 30–43; Replik, Ziff. 34 f. S. 49–57) zu behaupteten Mängeln und Mangelfolgeschäden, die die Berufungsbeklagte ihm, seiner Auffassung nach, durch den Werkvertrag BKP 226.2 verursacht habe (Brüstung, Sockelbereich Attikaterrassen, verputzte Aussenwärmedämmung, Kittfugen, Fenster etc.), ist demnach, mangels Streitgegenständlichkeit und folglich Relevanz für das vorliegende Verfahren, nicht weiter zu vertiefen. Indem der Werkvertrag BKP 226.2 nicht Verfahrensgegenstand ist, sind die diesbezüglichen Beweismittel des vorinstanzlichen Verfahrens – wie namentlich die Protokolle betreffend «Vor-Abnahme des Werkes» vom 4. April 2012 (vi-BB 13) und «Werkabnahme» (vi-BB 14) – vorliegend belanglos. Ähnliches gilt für die gut anderthalb Dutzend Noven, die der Berufungskläger im vorliegenden Berufungsverfahren ins Recht legte. Sie betreffen vornehmlich den hier nicht in Frage stehenden Werkvertrag BKP 226.2. Mangels Relevanz kann demzufolge offenbleiben, ob besagte Noven überhaupt zulässig sind (vgl. oben, E. 1.5).

## **E. 40**

■ 56

«Prüfungs-Protokoll» ist als «Zutreffendes» angekreuzt: «Die Prüfung gemäss ■ Art. 158 Abs. 2 [...] ergab: [...] ■ unwesentliche Mängel [...], mit der handschriftlichen Ergänzung «Fleck an Sichtmauerwerk prüfen, reinigen». Als «Frist zur Behebung der Mängel» wurde handschriftlich der 15. April 2012 eingetragen. Unter «Bemerkung» befinden sich darunter drei handschriftliche Angaben: «Lü-Loch unter Rampe ■ ausgiessen», «Eingangsvordach Pos 15 Vh [?] pro wurde nicht ausgeführt ./ CHF 3500.–» und «Halterungen im Treppenhaus Ost abtrennen». Als Fazit wurde angekreuzt: «■ Das Werk gilt als abgenommen (Art. 159, 160).» Nicht angekreuzt ist somit: «■ Die Abnahme wird zurückgestellt (Art. 161).» Die eingangs aufgeführten Personen (B.A. \_\_, N. \_\_, O. \_\_, P. \_\_) unterschrieben besagtes Protokoll am 4. April 2012 eigenhändig («Ort, Datum: > \_\_, 04.04.12»). Mit Unterzeichnung des Abnahmeprotokolls durch die Vertreter des Berufungsklägers galten die Baumeisterarbeiten (BKP 211) als abgenommen im Sinne von Art. 159 f. SIA-Norm 118. So bezeichnete der Berufungskläger es bereits vorinstanzlich als «[z]utreffend [...], dass eine Abnahme stattgefunden hat» (vi-Klageantwort, «Zu 3» S. 17).

## **E. 41**

■ 56

Der Berufungskläger bestreitet nicht bzw. zumindest nicht substantiiert, dass die Mängel gemäss Abnahmeprotokoll – «Fleck an Sichtmauerwerk prüfen, reinigen», «Lü-Loch unter Rampe ■ ausgiessen» und «Halterungen im Treppenhaus Ost abtrennen» –

fristgerecht behoben worden waren. Aus dem vorinstanzlichen Gerichtsgutachten geht ebenfalls hervor, dass besagte Mängel anlässlich des Augenscheins bereits behoben waren (dortige Ziff. 6.1.4 S. 44: «Wurden die im Prüfungs-Protokoll vom 04. April 2012 aufgeführten Mängel in der Zwischenzeit behoben? Antwort [des Gutachters]: Ja, anlässlich des Augenscheins vom 10.05.2016 wurden die auf dem oben erwähnten Protokoll genannten Mängel mit den beteiligten Parteien vor Ort überprüft. Es konnten keine Pendenzen festgestellt werden.»). Indem die Mängel fristgerecht behoben worden waren, war bzw. gilt das Werk «Baumeisterarbeiten» gemäss Werkvertrag BKP 211 einschliesslich sog. Werkvertragsnachträgen per 15. April 2012 als mängelfrei.

#### **E. 42**

##### **■ 56**

2011 (Abschluss Werkvertrag BKP 211) und April 2012 (Abnahme Werk BKP 211) her, hätte dies bereits im April 2012 auffallen müssen, nicht erst einem Mieter im Herbst 2013, anderthalb Jahre nach Werkabnahme. Dieser Zeitunterschied lässt es als wenig plausibel erscheinen, dass die Berufungsbeklagte die Instabilität verursachte; vielmehr ist davon auszugehen, dass von der Berufungsbeklagten nicht zu verantwortende Ursachen dazwischentrat, namentlich in sämtlichen auf BKP 211 folgenden Bauphasen. Ebenfalls unplausibel erscheint die Behauptung des Berufungsklägers, es handle sich um einen von der Berufungsbeklagten verursachten, aber verdeckten Mangel; hierfür wäre der Mangel zu auffällig gewesen. Ginge man demgegenüber davon aus, dass die Berufungsbeklagte die Instabilität der Wand verursacht hätte, wäre dies, aufgrund der Beschaffenheit dieses Mangels (Wackeln beim Schliessen einer Türe), bereits anlässlich der Werkabnahme am 4. April 2012 derart leicht erkennbar gewesen, sodass der Mangel als offensichtlich zu bezeichnen ist. Stillschweigender Verzicht wird vermutet für erkannte Mängel, die ein allfälliges Prüfungsprotokoll im Sinne von Art. 158 Abs. 3 SIA-Norm 118 nicht aufführt; ferner für Mängel, die bei der gemeinsamen Prüfung offensichtlich waren, jedoch nicht geltend gemacht wurden. Im zweiten Fall ist die Vermutung unwiderleglich (Art. 163 Abs. 2, erster und zweiter Satz SIA-Norm 118). Das Abnahmeprotokoll vom 4. April 2012 enthält ein Prüfungsprotokoll im Sinne von Art. 158 Abs. 3 SIA-Norm 118, der Mangel war – insofern die Wand tatsächlich aufgrund von der Berufungsbeklagten anzulastender Fehler mangelhaft gewesen wäre – offensichtlich, sodass der Berufungskläger bzw. seine Vertreter stillschweigend auf eine Geltendmachung des Mangels verzichteten (Art. 163 Abs. 2, erster Satz SIA-Norm 118). Die Vermutung, dass der Berufungskläger mittels seiner Vertreter auf eine Geltendmachung verzichtet hat, ist unwiderleglich (zweiter Satz SIA-Norm 118). Der Berufungskläger kann somit nichts zu seinen Gunsten ableiten.

#### **E. 43**

##### **■ 56**

Zwar liess der Berufungskläger anfänglich durch einen seiner Vertreter mit E-Mail vom 7. September 2011 (vi-BB 35) seinen Unmut über die Nichtentfernung der Natursteinriemchen äussern. Zwei Tage später indes, anlässlich der Sitzung vom 9. September 2011 betreffend «Fassadenaufbau auf bestehende Natursteinriemchen» (vi-BB 37), zeigten sich die Vertreter des Berufungsklägers mit der Nichtentfernung einverstanden und stimmten dem von der E. S.p.A. und der Berufungsbeklagten vorgeschlagenen Vorgehen zu. Die Nichtentfernung wurde denn auch weder anlässlich der Werkabnahme BKP 211 (vi-KB 5), den Fassadenabnahmen BKP 226.2 (vi-KB 28 f.) noch anlässlich der

(Vor-) Werkabnahme BKP 226.2 (vi-BB 13 f.) be- mängelt oder gerügt. Selbst in seiner Schlussabrechnung vom 7. Juli 2012 (vi-KB 19) zog der Berufungskläger ohne weiteres Aufhebens den Fehlbetrag für die Nichtentfernung ab (vgl. oben, E. 4.4.2). Selbst wenn man die Nichtentfernung als Vertragsverletzung oder Mangel ansehen wollte, war dieser ein offensichtlicher und allseits bestens bekannter; es gilt die unwiderlegliche Vermu- tung, dass der Berufungskläger auf eine Geltendmachung dieses Mangels verzichtet (Art. 163 Abs. 2 SIA-Norm 118). Eine Mängelrüge ist somit nicht mehr möglich. Es kann demnach auch offengelassen werden, ob die vom Berufungsbeklagten behaupteten Fassadenschäden davon herrühren, dass er sich entgegen des Rats der E.\_\_\_ S.p.A. mit «Billig-Steinen» (Duplik, «Ad lit. a» S. 12) aus der Volksrepublik China zufriedengab (vgl. Berufungsantwort, «Ad Ziff. 33» S. 51; vi-KB 20 = vi-BB 32 [E-Mail von J.\_\_\_ namens der Berufungsbeklagten an B.A.\_\_\_ na- mens des Berufungsklägers vom 24. Juli 2012]).

#### **E. 44**

##### **■ 56**

die Vertreterin des Berufungsklägers die überprüfte Schlussabrechnung im Sinne von Art. 154 Abs. 2, erster Satz SIA-Norm 118 zurück, mit einer Abweichung im Saldo. Mit E-Mail vom 24. Juli 2012 zeigte sich die Berufungsbeklagte mit dieser Abweichung nicht einverstanden (vi-KB 20). Mit Schreiben vom 25. Oktober 2012 an die Berufungsbeklagte bezeichnete der Berufungskläger besagte «Schlussabrechnung für Baumeisterarbeiten, ausgestellt von der A.\_\_\_ Generalunternehmung AG, [als] korrekt und ist durch Sie zu unterzeichnen» (vi-BB 22, Ziff. 1; vgl. auch oben, E. 4.4.2). Die Abweichung im Saldo hatte keine Folgen für die Fälligkeit (Art. 155 Abs. 1, erster Satz SIA-Norm 118) und wurde eingehend von der Vorinstanz geprüft; hierauf kann verwiesen werden (angefochtener Entscheid, E. 7.1–7.4 S. 22–31; Urteil des Bundesgerichts 5A\_369/2016 vom 27. Januar 2017 E. 3.1; 4A\_434/2013 vom 19. Dezember 2013 E. 1.2; je mit Hinweisen; vgl. oben, E. 1.3.2). Weiterungen erübrigen sich. Die zweite Voraussetzung von Art. 152 Abs. 1 SIA-Norm 118 ist erfüllt. Die Schlussabrech- nung ist übergeben und die Prüfungsfrist abgelaufen.

#### **E. 45**

##### **■ 56**

BKP 226.2 bildet (vgl. vi-BB 12, unpaginierte S. 1; oben, E. 3.5.4.4), der aber nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, sondern eines allenfalls noch anzustrengenden ist (statt vieler soeben, E. 7.3). Die diesbezüglichen Vorbringen des Berufungsklägers stossen somit ins Leere. Die dritte Voraussetzung von Art. 152 Abs. 1 SIA-Norm 118 ist erfüllt. Die Sicherheit wurde geleistet.

#### **E. 46**

##### **■ 56**

Indem die Berufungsbeklagte ihre Gegenleistung erbrachte, muss der Berufungskläger die seinige erbringen.

#### **E. 47**

##### **■ 56**

#### **E. 48**

##### **■ 56**

**E. 49**

■ 56

**E. 50**

■ 56

Die vom Berufungskläger aufgeführten Nebensächlichkeiten (Verzugszins, Rechtsöffnung) wirkten sich nicht nennenswert auf das Verfahren und dessen Erledigung aus. Eine prozentuale Anrechnung der Nebenpunkte hätte vielmehr willkürlich angemutet, indem diese, im Vergleich zum Streitwert, kaum sinnvoll beziffer- oder anrechenbar sind. So erstaunt es nicht, dass der Berufungskläger nur pauschal die vorinstanzliche Verteilung der Entscheidungsgebühren und Entschädigungen im Verhältnis von 88.75 % zu 11.25 % rügt, ohne aufzuzeigen, wie die Verteilung seiner Meinung nach auszusehen gehabt hätte oder zu welchem Prozentsatz die Entscheidungsgebühren und Entschädigungen wem weshalb anzurechnen gewesen wären. Der Berufungskläger kommt somit auch hier seiner Begründungspflicht nicht nach (oben, E. 1.3.1). Hierauf ist nicht weiter einzugehen. Die vorinstanzliche Verteilung der Prozesskosten erfolgte somit zutreffend und gesetzmässig. Die Berufung ist in diesem Punkt unbegründet und damit abzuweisen.

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