

HOR.2024.17 / as / as

Urteil vom 11. Dezember 2024

Besetzung	Oberrichter Vetter, Oberrichter Ersatzrichterin Steiner Handelsrichter Felber Handelsrichterin Scheurer Handelsrichter Stierli Gerichtsschreiber Schneuwly Gerichtsschreiber-Stv. Wenzinger
Klägerin	A._____ AG vertreten durch lic. iur. Daniel Buchser, Rechtsanwalt, Sandgasse 1, Post- fach 207, 5734 Reinach AG
Beklagte	B._____ AG vertreten durch lic. iur. Christoph Waller, Rechtsanwalt, Alte Bahn- hofstrasse 1, 5610 Wohlen
beklagte Streitberufene	C._____ GmbH
Gegenstand	Ordentliches Verfahren betreffend Forderung und definitive Eintragung ei- nes Bauhandwerkerpfandrechts

Das Handelsgericht entnimmt den Akten:

1.

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in R._____. Sie bezweckt im Wesentlichen [...] (Klagebeilage [KB] 2).

2.

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in W._____. Sie bezweckt zur Hauptsache [...] (KB 5).

Die Beklagte ist Alleineigentümerin des Grdst.-Nr. 123 W._____ (E-GRID CH111222333; KB 3).

3.

Die beklagtische Streitberufene ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Sitz in S._____. Sie bezweckt vor allem [...] (Antwortbeilage [AB] 2).

Die beklagtische Streitberufene fungierte im vorliegenden Bauprojekt als Planerin und Bauleiterin (Klage Rz. 3, Antwort Rz. 11).

4.

4.1.

Am 1. Juni 2023 schlossen die Klägerin und die Beklagte einen Werkvertrag über die Erstellung des Untergeschosses (Baumeisterarbeiten) für einen Pauschalpreis von Fr. 118'000.00 (inkl. MwSt.). Dabei wurde die Geltung der SIA-Norm 118 (1977/1991) vereinbart (KB 7).

4.2.

Die klägerischen Arbeiten erfolgten vom Juli bis September 2023 (Klage Rz. 18), wobei die letzten Arbeiten am 25. und 28. September 2023 ausgeführt wurden (Klage Rz. 8).

4.3.

Während der Bauarbeiten haben die Klägerin und Beklagte mehrere kleinere Zusatzwerkverträge abgeschlossen, was zu Zusatzkosten geführt hat (Klage Rz. 6).

4.4.

Am 28. November 2023 erstellte die Klägerin eine korrigierte Schlussrechnung über insgesamt Fr. 32'870.25 (Fr. 132'870.25 abzüglich Akontozahlungen in der Höhe von Fr. 100'000.00) (KB 10), die bis heute unbezahlt blieb. Die korrigierte Schlussrechnung vom 28. November 2023 wurde am 29. November 2023 von der Bauleitung der Beklagten (beklagtische Streitberufene) geprüft und visiert (KB 17).

5.

5.1.

Mit Gesuch vom 19. Dezember 2023 ersuchte die Klägerin im Verfahren HSU.2023.53 um die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grdst.-Nr. 123 W._____ (E-GRID CH111222333) für eine Pfandsumme von Fr. 32'870.25 zuzüglich 5 % Zins seit dem 1. Dezember 2023.

5.2.

Am 4. Januar 2024 entschied der damalige Vizepräsident und heutige Präsident des Handelsgerichts wie folgt:

" 1.

In **teilweiser Gutheissung** des Gesuchs vom 19. Dezember 2023 wird der Gesuchstellerin die Vormerkung einer **vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts** gemäss Art. 837/839 i.V.m. Art. 961 ZGB auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin, Grdst.-Nr. 123 GB W._____ (E-GRID: CH111222333), **vorsorglich** für eine **Pfandsumme** von **Fr. 32'870.25** nebst Zins zuzüglich 5 % Zins ab dem 22. Dezember 2023 bewilligt.

2.

Das **Grundbuchamt E.**_____ wird angewiesen, die Vormerkung gemäss Dispositiv-Ziff. 1 **sofort** einzutragen.

3.

3.1.

Die **Gesuchstellerin** hat **bis zum 5. April 2024** beim zuständigen Gericht im ordentlichen Verfahren Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzuheben.

3.2.

Im **Säumnisfall** fällt die in der vorstehenden Dispositiv-Ziff. 1 angeordnete vorsorgliche Massnahme dahin, wobei die Vormerkung im Grundbuch nur auf entsprechendes Gesuch hin gelöscht wird.

3.3.

Es gilt **kein Stillstand der Fristen**.

4.

4.1.

Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 1'500.00 sind von der Gesuchsgegnerin zu tragen und werden mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 1'500.00 verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat die von ihr zu tragenden Gerichtskosten der Gesuchstellerin direkt zu ersetzen.

4.2.

Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin deren Parteikosten in richterlich festgesetzter Höhe von Fr. 1'350.00 (inkl. Auslagen) zu ersetzen.

4.3.

Eine abweichende Verlegung der Prozesskosten mittels separater Verfügung oder im ordentlichen Verfahren bleibt vorbehalten, falls dieses vor dem Handelsgericht stattfindet."

5.3.

Am 4. Januar 2024 merkte das Grundbuchamt E._____ auf dem Grdst.-Nr. 123 W._____ (E-GRID CH111222333) die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandsomme von Fr. 32'870.25 nebst Zins zu 5 % ab dem 22. Dezember 2023 (Tagebuchnummer 999._____) vor.

6.

Mit Klage vom 28. März 2024 (Postaufgabe: 28. März 2024) stellte die Klägerin folgende Rechtsbegehren:

- " 1.
Das Grundbuchamt E._____ sei richterlich anzuweisen, auf dem Grundstück der Beklagten, Grundstück-Nr. 123, Gemeinde W._____, E-GRID CH111222333, Plan-Nr. 987, I-Strasse, das gemäss Entscheid vom 04.01.2024 vorsorglich vorgemerkte Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsomme von Fr. 32'870.25 nebst 5 % Zins seit 22.12.2023 zugunsten der Klägerin definitiv einzutragen.
2.
Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 32'870.25 nebst 5 % Zins seit 22.12.2023 zu bezahlen.
3.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inklusive MwSt. zulasten der Beklagten."

Zur Begründung brachte die Klägerin hauptsächlich vor, sie habe sämtliche ihrer vertraglichen Pflichten erfüllt und fordere von der Beklagten noch die Restanz des vereinbarten Werklohns. Mängel am Bauwerk bestünden keine.

7.

7.1.

Mit Klageantwort vom 21. Mai 2024 stellte die Beklagte folgende Rechtsbegehren:

- " 1.
Die Klage sei abzuweisen.
2.
Das Grundbuchamt E. _____ sei anzuweisen, das auf dem Grundstück LIG W. _____ / 123 (E-GRID CH111222333) der Beklagten vorsorglich vorgemerkte Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsumme von CHF 32'870.25 nebst 5 % Zins seit dem 22. Dezember 2023 zugunsten der Klägerin zu löschen.
3.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin (zzgl. MWST)."

Gleichzeitig stellte sie folgende Verfahrensanhträge:

- " 1.
Die Beklagte verkündet der C. _____ GmbH[...] im Sinne von Art. 78 ff. ZPO den Streit und fordert diese auf, sie im vorliegenden Verfahren zu unterstützen.
2.
Die Streitberufene sei durch das Handelsgericht des Kantons Aargau über die Streitverkündung zu informieren und ihr sei Frist anzusetzen, um sich über den Prozesseintritt zu äussern."

Zur Begründung führte die Beklagte im Wesentlichen aus, das Werk habe Mängel und die Klägerin sei ihrer Nachbesserungspflicht nicht nachgekommen. Zudem sei der Werklohn zu mindern. Ihren Schadenersatzanspruch verrechne sie mit der noch offenen Werklohnforderung der Klägerin.

7.2.

Mit Verfügung vom 22. Mai 2024 wurde die beklagtische Streitberufene aufgefordert, zu erklären, ob sie zugunsten der Beklagten als Nebenintervenientin am Verfahren teilnehmen will, anstelle der Beklagten mit deren Einverständnis den Prozess führen will oder den Eintritt in das Verfahren ablehnt.

7.3.

Mit Verfügung vom 10. Juni 2024 lud der Vizepräsident und heutige Präsident auf den 20. Juni 2024 zu einer Instruktionsverhandlung mit informeller Parteibefragung und Vermittlungsgespräch vor und erliess die Beweisverfügung.

7.4.

Anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 20. Juni 2024 erklärte die beklagte Streitberufene, dass sie zugunsten der Beklagten als Nebenintervenientin am Verfahren teilnehmen werde.

7.5.

Die Klägerin und Beklagte schlossen anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 20. Juni 2024 einen Vergleich mit Widerrufsrecht, wovon die Beklagte mit Eingabe vom 16. Juli 2024 rechtzeitig Gebrauch machte.

8.

Mit Replik vom 13. September 2024 und Duplik vom 16. Oktober 2024 hielten die Parteien an ihren bisher gestellten Rechtsbegehren und Begründungen fest. Die beklagte Streitberufene liess sich nicht mehr vernehmen.

9.

Mit Eingabe vom 30. Oktober 2024 nahm die Klägerin Stellung zur beklagten Duplik vom 16. Oktober 2024.

10.

10.1.

Mit Verfügung vom 28. Oktober 2024 überwies der Präsident die Streitsache an das Handelsgericht, gab die Zusammensetzung des Gerichts bekannt und forderte die Parteien auf, dem Handelsgericht schriftlich mitzuteilen, ob sie auf eine Hauptverhandlung gänzlich (Art. 233 ZPO) bzw. alternativ auf die Durchführung dieser mündlichen Hauptverhandlung verzichten und dem Gericht beantragen, ihre Schlussvorträge schriftlich einzureichen (Art. 232 Abs. 2 ZPO).

10.2.

Mit Eingabe vom 5. November 2024 verzichtete die Klägerin auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung und beantragte, es seien die Schlussvorträge schriftlich zu erstatten.

10.3.

Mit Eingabe vom 8. November 2024 beantragte die Beklagte die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung.

10.4.

Mit Verfügung vom 14. November 2024 lud der Präsident die Parteien zur Hauptverhandlung vom 11. Dezember 2024, 14:00 Uhr, vor.

11.

Mit Eingabe vom 6. Dezember 2024 gab die Beklagte den Wechsel ihres Rechtsvertreters bekannt.

12.

12.1.

Am 11. Dezember 2024 fand die Hauptverhandlung statt, anlässlich derer die Parteien ihre Schlussvorträge halten konnten, wobei sie sich je zwei Mal äussern konnten.

12.2.

Daraufhin zog sich das Handelsgericht zur Beratung zurück und fällte das vorliegende Urteil.

Das Handelsgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Das Gericht prüft die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 60 ZPO). Darunter fallen insbesondere die örtliche und die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO).

1.1. Örtliche Zuständigkeit

Die Beklagte lässt sich auf den vorliegenden Prozess i.S.v. Art. 18 ZPO ein (vgl. Antwort Rz. 2), weshalb die Gerichte des Kantons Aargau örtlich zuständig sind.

1.2. Sachliche Zuständigkeit

Das Handelsgericht ist gestützt auf Art. 6 Abs. 2 ZPO sachlich zuständig, da die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien betroffen ist, der Streitwert über Fr. 30'000.00 liegt und beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind (vgl. KB 2 und 5).

1.3. Objektive Klagenhäufung

Die Klägerin beantragt einerseits die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts und andererseits die Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung eines Werklohns. Es liegt eine zulässige objektive Klagenhäufung nach Art. 90 ZPO vor. Die beiden geltend gemachten Ansprüche schliessen sich nicht gegenseitig aus, sodass deren Streitwerte zusammenzurechnen sind.¹ Dementsprechend ist von einem Streitwert in der Höhe von Fr. 65'740.50 auszugehen.

1.4. Prosequierungsfrist

Mit ihrer Klage vom 28. März 2024 hielt die Klägerin die ihr im Verfahren HSU.2023.53 mit Entscheid vom 4. Januar 2024 bis zum 5. April 2024 angesetzte Prosequierungsfrist ein.

¹ BGer 5A_86/2021 vom 2. November 2021 E. 5.3.

2. Verhandlungsmaxime

Vorliegend gilt die Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Auf die sich daraus ergebenden Obliegenheiten der Parteien ist vorab einzugehen:

2.1. Behauptungslast

Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Den Prozessparteien obliegt die Behauptungslast.² Die Aufteilung der Behauptungslast zwischen den Parteien folgt der Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB.³ Somit trägt die Behauptungslast für rechtserzeugende Tatsachen, wer ein Recht oder Rechtsverhältnis behauptet; für rechtsaufhebende Tatsachen, wer die Aufhebung oder den Untergang eines Rechts behauptet (z.B. Verwirkung, Erlass etc.) und für rechtshindernde Tatsachen, wer sich darauf beruft (z.B. Verjährung, Stundung etc.).⁴ Dementsprechend hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu behaupten, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt.⁵

Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten; es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden rechtlichen Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden.⁶ Was offensichtlich in anderen, ausdrücklich vorgebrachten Parteibehauptungen enthalten ist, muss nicht explizit behauptet werden (sog. implizite bzw. mitbehauptete Tatsachen).⁷ Blosser Mutmassungen stellen jedoch keine rechtsgenügenden Tatsachenbehauptungen dar.⁸ Ist ein Tatsachenvortrag im erwähnten Sinne vollständig, so wird er als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt.⁹

Tatsachenbehauptungen sind grundsätzlich in den Rechtsschriften aufzustellen (Art. 221 Abs. 1 lit. d und Art. 222 Abs. 2 Satz 1 ZPO).¹⁰ Der bloss

² Vgl. BGer 5A_83/2019 vom 23. Juli 2019 E. 4, 4A_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2; SCHNEUWLY, Lange Rechtsschriften – Wieso? Und was tun?, Anwaltsrevue 2019, S. 444.

³ BGE 132 III 186 E. 4; BGer 5A_808/2018 vom 15. Juli 2019 E. 4.2.

⁴ SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 55 N. 18.

⁵ BGE 128 III 271 E. 2.a.aa; weitergehend ZK ZGB-JUNGO, 3. Aufl. 2018, Art. 8 N. 387.

⁶ BGE 136 III 322 E. 3.4.2; BGer 4A_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1.

⁷ BGE 144 III 519 E. 5.3; BGer 4A_243/2018 vom 17. Dezember 2018 E. 4.2.1 m.w.N.; Josi, Behaupten, Bestreiten und Beweisen – praktische Fragen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Markus/Eichel/Rodriguez (Hrsg.), Der handelsgerichtliche Prozess, Chancen und Gefahren – national und international, 2019, S. 80.

⁸ BGer 4A_667/2014 vom 12. März 2015 E. 3.2.2.

⁹ BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.1 m.w.N., 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; SCHNEUWLY (Fn. 2), S. 445.

¹⁰ BGE 144 III 519 E. 5.2.1, 144 II 67 E. 2.1; BRUGGER, Der Verweis auf Beilagen in Rechtsschriften, SJZ 2019, S. 534; Josi (Fn. 7), S. 60.

pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht.¹¹ Zweck dieses Erfordernisses ist, dass einerseits das Gericht erkennen kann, auf welche Tatsachen sich der Kläger (bzw. der Beklagte hinsichtlich einer Gegenforderung) stützt und womit er diese beweisen will, und dass andererseits die Gegenpartei weiss, gegen welche konkreten Behauptungen sie sich verteidigen muss (Art. 222 ZPO).¹² Durch einen Verweis auf Urkunden können Sachverhaltselemente jedoch ausnahmsweise als behauptet gelten, wenn es als blossen Leerlauf erscheinen würde, eine Übernahme des Urkundeninhalts in die Rechtsschrift zu verlangen.¹³ An einen rechtsgenügenden Verweis auf die Beilage werden im Wesentlichen drei Anforderungen gestellt: Erstens müssen in der Rechtsschrift die Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet sein.¹⁴ Zweitens hat der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift spezifisch ein bestimmtes Aktenstück zu nennen und aus dem Verweis selbst muss klar werden, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen.¹⁵ Drittens muss die Beilage selbsterklärend sein. Sie hat genau die verlangten (beziehungsweise in der Rechtsschrift bezeichneten) Informationen zu enthalten und es darf kein Interpretationsspielraum bestehen. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, kann der Verweis nur genügen, wenn zusätzlich in der Rechtsschrift die Beilage derart konkretisiert und erläutert wird, dass die in der Beilage enthaltenen Informationen ohne weiteres zugänglich werden und nicht interpretiert und zusammengesucht werden müssen. Es genügt nicht, dass in den Beilagen die verlangten Informationen in irgendeiner Form vorhanden sind. Ein Verweis auf Akten darf nicht dazu führen, dass die Gegenpartei und das Gericht die relevanten Tatsachen aus der Beilage selbst zusammensuchen müssen.¹⁶ Die in der Praxis beliebten Pauschalverweise auf eingereichte Akten bzw. die allgemeine Erklärung, diese würden "integrierenden Bestandteil" der Rechtsschrift bilden, stellen deshalb keine hinreichenden Behauptungen dar bzw. können fehlende Behauptungen nicht ersetzen.¹⁷

2.2. Bestreitungslast

Die Kehrseite der Behauptungslast ist die sog. Bestreitungslast: Bestreitet eine Partei eine Tatsachenbehauptung ihres Gegners nicht, gilt diese als unbestritten und die betreffende Tatsache kann dem Entscheid ohne

¹¹ BGer 4A_496/2019 vom 1. Februar 2021 E. 4.3.1, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.1 m.w.N.; JOSI (Fn. 7), S. 61.

¹² BGer 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4.1 m.w.N.

¹³ BGer 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4.2.

¹⁴ BGer 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4.3, 4A_398/2018 vom 25. Februar 2019 E. 10.4.1, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; BRUGGER (Fn. 10), S. 535 f.

¹⁵ BGE 144 III 519 E. 5.2.1.2; 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4.3, 4A_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.2.1, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; eingehend BRUGGER (Fn. 10), S. 536 ff.

¹⁶ BGer 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4.3, 4A_496/2019 vom 1. Februar 2021 E. 4.3.1, 4A_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.4.2, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2, 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.2 f.; eingehend BRUGGER (Fn. 10), S. 538 ff.

¹⁷ BK ZPO I-HURNI, 2012, Art. 55 N. 21 m.w.N.; BRUGGER (Fn. 10), S. 540 Fn. 50 m.w.N.

weiteres zugrunde gelegt werden, da über nicht bestrittene Tatsachen kein Beweis geführt zu werden braucht (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).¹⁸ Art. 222 Abs. 2 ZPO verlangt von der beklagten Partei, darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden. Es ist deshalb empfehlenswert, die Tatsachenbehauptungen der Klägerin detailliert, d.h. Punkt für Punkt zu bestreiten.¹⁹ Bestreitungen sind dabei so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so bestimmt sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss. Pauschale Bestreitungen reichen indessen selbst dann nicht aus, wenn sie explizit erfolgen. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird.²⁰ Auch ein implizites Bestreiten genügt unter diesen Voraussetzungen den Anforderungen der rechtsgenügenden Bestreitung.²¹

2.3. Substantiierungslast

Bestreitet aber der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei in rechtsgenügender Weise, so greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann.²² Das Beweisverfahren darf nicht dazu dienen, ein ungenügendes Parteivorbringen zu vervollständigen.²³ Der nicht oder nicht substantiiert vorgebrachte Sachverhalt ist im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime dem nicht bewiesenen Sachverhalt gleichzusetzen.²⁴

2.4. Bezeichnung der Beweismittel

Die Parteien haben im Rahmen der Verhandlungsmaxime die einzelnen Beweismittel zu bezeichnen (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO, wonach die Klage die Tatsachenbehauptungen sowie die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu enthalten hat). Dazu gehört auch, dass aus dem Zusammenhang klar wird, inwiefern die angerufenen Beweismittel den angestrebten Beweis erbringen sollen. Es genügt nicht,

¹⁸ BK ZPO I-HURNI (Fn. 17), Art. 55 N. 37 mit Verweis auf Art. 150 Abs. 1 ZPO; JOSI (Fn. 7), S. 57.

¹⁹ Ähnlich DROESE, Bestreitungsbedürftige Beilagen – ein Hinweis zur bundesgerichtlichen Speisekarte, Note zu Urteil 4A_11/2018, SZPP 2019, S. 19.

²⁰ BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.3; SCHNEUWLY (Fn. 2), S. 445 f.

²¹ SCHMID/HOFER, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, ZZZ 2016, S. 285 m.w.N.

²² BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; BGer 4A_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1.

²³ DOLGE, Anforderungen an die Substanziierung, in: Dolge (Hrsg.), Substantiieren und Beweisen, 2013, S. 21; JOSI (Fn. 7), S. 86; vgl. auch BGE 108 II 337 E. 3.

²⁴ BGer 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, 3. Aufl. 2021, Art. 55 N. 12; ähnlich JOSI (Fn. 7), S. 62.

in der Klage Behauptungen aufzustellen und pauschal auf die Klagebeilagen zu verweisen.²⁵ Ein Beweismittel ist nur dann formgerecht angeboten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt.²⁶ Deshalb sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die entsprechenden Tatsachenbehauptungen aufzuführen, welche durch sie bewiesen werden sollen ("Prinzip der sog. Beweismittelverbindung").²⁷ Es ist hingegen unzureichend, einen ganzen Sachverhaltskomplex zu behaupten und lediglich pauschal auf eine Vielzahl von Urkunden oder eine Anzahl Zeugen zu verweisen.²⁸ Bei umfangreichen Urkunden ist zudem die für die Beweisführung erhebliche Stelle zu bezeichnen (Art. 180 Abs. 2 ZPO).²⁹

3. Werklohnforderung der Klägerin

3.1. Grundsatz

3.1.1. Parteibehauptungen

3.1.1.1. Klägerin

Die Klägerin behauptet, sie habe sämtliche ihrer vertraglichen Leistungen ausgeführt (Klage Rz. 6, 18 und 21). Nach Abschluss der Baumeisterarbeiten sei dies der Bauleitung (beklagtische Streitberufene) mitgeteilt worden, diese habe die Baumeisterarbeiten begutachtet und nichts beanstandet. Anschliessend habe sie die Schlussabrechnung verlangt (Replik Zu 15/d). Zunächst sei am 2. Oktober 2023 zwar eine falsche Schlussabrechnung ausgestellt worden (KB 9). Nach entsprechendem Hinweis der Bauleitung (beklagtische Streitberufene) auf die Fehler habe die Klägerin am 28. November 2023 die korrigierte Schlussabrechnung erstellt (Replik Zu 14; KB 10), die am 29. November 2023 von der Bauleitung (beklagtische Streitberufene) geprüft und visiert worden sei (Replik Zu 15/f; KB 17). Nachdem die Beklagte bisher nur Fr. 100'000.00 an Akontozahlungen geleistet habe, seien noch Fr. 32'870.25 als Werklohn geschuldet (Klage Rz. 9 f.). Die Abnahme und Schlussbesprechung habe am 29. November 2024 (recte: 29. November 2023) stattgefunden (Replik Zu 15/a). Selbst wenn jedoch keine Prüfung gemäss Art. 158 SIA-Norm 118 erfolgt wäre, so wäre infolge Weiterbaus durch die Beklagte die entsprechende Anzeige erfolgt. Ab August 2023 hätte die Beklagte nämlich auf dem Bau weitergearbeitet bzw. weiterarbeiten lassen und das Bauprojekt fertiggestellt. Damit läge zumindest eine Abnahme ohne Prüfung nach Art. 164 SIA-Norm 118 vor (Replik Zu 15/e). Obwohl die korrigierte Schlussrechnung vom 28. November 2023

²⁵ BGer 4A_195/2014 und 4A_197/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.3 m.w.N. (nicht publ. in BGE 140 III 602).

²⁶ BGer 4A_291/2018 vom 10. Januar 2019 E. 4.4.2, 4A_370/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 3.3 m.w.N.

²⁷ BK ZPO II-KILLIAS, 2012, Art. 221 N. 29; PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 221 N. 16 ff.; BRUGGER (Fn. 10), S. 537.

²⁸ BK ZPO II-KILLIAS (Fn. 27), Art. 221 N. 29; JOSI (Fn. 7), S. 86; ähnlich BGer 4A_360/2017 vom 30. November 2017 E. 4.

²⁹ BK ZPO II-RÜETSCHI, 2012, Art. 180 N. 17 ff.; WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 4), Art. 180 N. 10 ff., je m.w.N.

von der beklagtschen Streitberufenen am 29. November 2023 geprüft und genehmigt worden sei (KB 17) – und damit fällig geworden sei –, habe sich die Beklagte geweigert, die Fr. 32'870.25 zu bezahlen (Replik Zu 15/f). Ergänzend habe die Klägerin der Beklagten im August 2024 noch eine Nachfrist i.S.v. Art. 155 SIA-Norm 118 gesetzt, sodass die Werklohnforderung heute auf jeden Fall fällig sei (Replik Zu 15/g; KB 18 f.).

3.1.1.2. Beklagte

Die Beklagte behauptet demgegenüber, es habe bislang noch keine Abnahme stattgefunden (Antwort Rz. 15; Duplik Rz. 17). Die Klägerin habe auch vor Einleitung des vorliegenden Verfahrens noch nie die Vollendung ihres Werks angezeigt (Antwort Rz. 15). Eine Vollendungsanzeige i.S.v. Art. 158 SIA-Norm 118 sei erst am 13. August 2024 erfolgt (Duplik Rz. 21; Duplikbeilage [DB] 1). Eine gemeinsame, persönliche Prüfung des Werkes auf der Baustelle habe nie stattgefunden und sei auch nie geplant gewesen (Duplik Rz. 17 f.). Es gäbe keine Abnahmeprotokolle. Aus einer visierten Schlussrechnung könne nicht auf eine Abnahme des Werks geschlossen werden (Duplik Rz. 18). Einen Weiterbau habe es bisher nicht gegeben, die von der Klägerin zuletzt erstellte Treppe befinde sich noch immer im gleichen Zustand (Duplik Rz. 19 f.). Da bisher noch keine Abnahme stattgefunden habe, sei die geltend gemachte Werklohnsumme vorprozessual auch noch nicht fällig geworden (Duplik Rz. 21). Erst mit Ablauf der Monatsfrist gemäss Art. 155 Abs. 2 SIA-Norm 118 sei die Werklohnforderung fällig geworden (Duplik Rz. 22).

3.1.2. Rechtliches

3.1.2.1. Ablieferung / Abnahme

Bei der Ablieferung handelt es sich aus Sicht der Bestellerin um die Abnahme des Werks, weshalb die Abnahme mit der Ablieferung des Werks zusammenfällt.³⁰ Die Ablieferung besteht in der Übergabe des vollendeten Werks in der Absicht der Vertragserfüllung.³¹ Die Ablieferung und Abnahme eines Werkes setzen somit voraus, dass der Unternehmer das Werk, das er dem Besteller schuldet, vollendet hat, womit die Unternehmerin alle vereinbarten Arbeiten ausgeführt haben muss.³²

Auch nach Art. 157 SIA-Norm 118 ist Gegenstand der Abnahme das vollendete Werk. Dieses Erfordernis ist erfüllt, sobald der Unternehmer sämtliche vereinbarten Arbeiten ausgeführt hat, die er zur Herstellung seines Werkes schuldet, so dass es nach dem Inhalt des infrage stehenden

³⁰ BGE 115 II 456 E. 4; BGer 4A_298/2019 vom 31. März 2020 E. 6.1; GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N. 97 f.; SIEGENTHALER, Die Mängelhaftung bei der Lieferung von Maschinen, 2000, N. 82.

³¹ GAUCH (Fn. 30), N. 87.

³² BGE 115 II 456 E. 4, 113 II 264 E. 2b; BGer 4A_298/2019 vom 31. März 2020 E. 6.1; GAUCH (Fn. 30), N. 101 ff. und 2466; KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, 2015, N. 496.

Werkvertrages als fertig anzusehen ist.³³ Unvollendete Werke können nicht abgeliefert und abgenommen werden ("Vollendungsprinzip").³⁴ Vollendung nur in der Hauptsache genügt dabei nicht.³⁵

Von der Abnahme ist die Genehmigung zu unterscheiden, mit welcher der Besteller zum Ausdruck bringt, "das abgelieferte Werk als vertragsgemäss erstellt gelten zu lassen".³⁶ Die Vollendung ist somit zu unterscheiden von der Mangelhaftigkeit des Werkes. Ob das Werk bei der Abnahme mangelfrei ist, ist für die Abnahme indes ohne Relevanz.³⁷ Die Mängelfreiheit ist keine zu erfüllende Voraussetzung, damit ein Werk abgeliefert und abgenommen werden kann.³⁸ Demnach kann ein mangelhaftes Werk dennoch vollständig sein. Mit anderen Worten hindert die Mangelhaftigkeit des Werkes dessen Ablieferung und damit auch die grundsätzliche Fälligkeit des Vergütungsanspruchs nicht, gleichgültig welcher Art die Mängel sind.³⁹

Der Unternehmer leitet die Abnahme nach Art. 158 Abs. 1 SIA-Norm 118 dadurch ein, dass er der Bauleitung die Vollendung des Werkes anzeigt. Die Vollendungsanzeige kann mündlich oder schriftlich erfolgen. Die Übermittlung einer Schlussrechnung an den Bauherrn oder die Bauleitung kann eine konkludente Vollendungserklärung enthalten.⁴⁰ Der Vollendungsanzeige ist die eigenständige Ingebrauchnahme des vollendeten Werks durch den Bauherrn (bspw. zum Weiterbau) zum gleichgestellt (Art. 158 Abs. 1 SIA-Norm 118).

Nach der Vollendungsanzeige wird das Werk von der Bauleitung gemeinsam mit dem Unternehmer innert Monatsfrist geprüft (Art. 158 Abs. 2 SIA-Norm 118). Über das Ergebnis der Prüfung wird in der Regel ein Protokoll aufgenommen (Art. 158 Abs. 3 SIA-Norm 118). Als abgenommen gilt ein Werk dann, wenn das grundsätzlich mängelfreie Werk nach Vollendungsanzeige gemeinsam i.S.v. Art. 158 ff. SIA-Norm 118 geprüft wurde (Art. 159 SIA-Norm 118) und sich keine wesentlichen Mängel zeigen (vgl. Art. 161 Abs. 1 SIA-Norm 118) oder der Bauherr dem Unternehmer keine Frist zur Behebung der wesentlichen Mängel setzt (vgl. Art. 162 SIA-Norm 118).

Unterbleibt demgegenüber nach erfolgter Vollendungsanzeige die gemeinsame Prüfung innert Monatsfrist deswegen, weil entweder keine der Parteien die Prüfung verlangt oder seitens des Bauherrn die Mitwirkung

³³ GAUCH (Fn. 30), N. 101.

³⁴ GAUCH (Fn. 30), N. 103.

³⁵ GAUCH (Fn. 30), N. 101.

³⁶ BGE 115 II 456 E. 4; BGer 4A_298/2019 vom 31. März 2020 E. 6.1.

³⁷ BGE 115 II 456 E. 4, 113 II 264 E. 2b; BGer 4A_298/2019 vom 31. März 2020 E. 6.1.

³⁸ GAUCH (Fn. 30), N. 106; SIEGENTHALER (Fn. 30), N. 84.

³⁹ GAUCH (Fn. 30), N. 106.

⁴⁰ BGer 4C.301/2003 vom 4. Februar 2004 E. 4.1, 4C_34/2005 vom 18. August 2005, E. 5.1; HGer ZH 120015 vom 18. Juni 2013 E. 4.4.3; HÜRLIMANN, Werkabnahme gemäss SIA-Norm 118 und die Mängelhaftung, BRT 2007, S. 142.

unterlassen wird, so gilt das Werk mit Ablauf dieser Frist dennoch als abgenommen (Art. 164 Abs. 1 SIA-Norm 118). Keine Abnahme findet jedoch statt, solange die gemeinsame Prüfung deswegen unterbleibt, weil der Unternehmer die Mitwirkung unterlässt (Art. 164 Abs. 2 SIA-Norm 118).

Mit der Abnahme ist das Werk abgeliefert. Es geht in die Obhut des Bauherrn über. Dieser trägt fortan die Gefahr. Sowohl die Garantie- als auch die Verjährungsfrist für Mängelrechte des Bauherrn beginnen mit der Abnahme des Werks bzw. der Werkteile zu laufen (Art. 172 Abs. 2 und Art. 180 Abs. 1 SIA-Norm 118).

3.1.2.2. Fälligkeit der Werklohnforderung

Die Schlussabrechnung im Sinne von Art. 153 SIA-Norm 118 ist jene Abrechnung des Unternehmers, die den Teil der Vergütung feststellt, der sich nach den vereinbarten Einheits-, Global- und Pauschalpreisen bestimmt ("Schlussabrechnungssumme"). Wurden Abschlagszahlungen geleistet, so bestimmt die Schlussabrechnung ausserdem den zugehörigen Saldo. Der Schlussabrechnung hat der Unternehmer eine Zusammenstellung beizufügen, die einen Überblick gibt über sämtliche vom Unternehmer gestellten Rechnungen (einschliesslich der Schlussrechnung) sowie über die bis zum Tag der Schlussabrechnung erhaltenen und die noch ausstehenden Zahlungen des Bauherrn (Art. 153 Abs. 3 SIA 118).

Nach Art. 154 Abs. 1 SIA 118 reicht der Unternehmer die Schlussabrechnung spätestens zwei Monate nach der Abnahme der Bauleitung ein. Die Bauleitung prüft die Schlussabrechnung innert Monatsfrist und gibt dem Unternehmer unverzüglich über das Ergebnis Bescheid (Art. 154 Abs. 2 SIA 118). Ergeben sich bei der Prüfung keine Differenzen, so gilt die Schlussabrechnung mit dem Prüfungsbescheid der Bauleitung als beidseitig anerkannt. Differenzen teilt die Bauleitung dem Unternehmer unverzüglich nach ihrer Feststellung mit und begründet sie (Art. 154 Abs. 2 SIA 118).

Mit dem Prüfungsbescheid wird die durch die Schlussabrechnung ermittelte Forderung des Unternehmers fällig und ist innert 30 Tagen zu bezahlen (Art. 155 Abs. 1 SIA-Norm 118). Hält die Bauleitung die Prüfungsfrist nicht ein, so kann der Unternehmer eine Nachfrist von einem Monat ansetzen, mit deren Ablauf seine Forderung auch ohne Bescheid der Bauleitung fällig wird (Art. 155 Abs. 2 SIA-Norm 118).

3.1.3. Würdigung

3.1.3.1. Ablieferung / Abnahme

Wann genau das klägerische Werk als abgenommen gilt, ist im vorliegenden Verfahren irrelevant. Tatsache ist, dass zwar keine eigentliche schriftliche Vollendungsanzeige der Klägerin im Recht liegt. Indessen ist unbestritten, dass die Beklagte das Werk von sich aus in Gebrauch nahm, indem sie das geplante Haus nach Vollendung der Arbeiten der Klägerin

weiterbaute bzw. weiterbauen und fertigstellen liess. Irrelevant ist dabei, ob sich die vollendete Treppe nach wie vor im Rohbauzustand befindet. Ebenso ist in der Zustellung der Schlussrechnung durch die Klägerin an die Bauleiterin (beklagtische Nebenintervenientin) eine Vollendungsanzeige zu erblicken. Ob das Werk danach gemeinsam geprüft wurde – und damit als abgenommen gelten würde –, kann offengelassen werden. Selbst wenn dies nicht der Fall gewesen wäre, weil weder die Klägerin noch die Beklagte eine entsprechende Prüfung verlangt hätten, gälte das Werk spätestens mit Ablauf eines Monats i.S.v. Art. 164 Abs. 1 SIA-Norm 118 als abgenommen. Die Beklagte behauptet jedenfalls nicht, dass eine Abnahme deshalb unterblieben ist, weil die Klägerin ihre Mitwirkung verweigerte.

Ihre letzten Arbeiten hat die Klägerin am 28. September 2023 ausgeführt. Es ist allerdings unbestritten, dass die Beklagte das geplante Haus bereits ab dem August 2023 weiterbauen und fertigstellen liess (Replik Zu 15/e). Demnach gilt das Werk, wenn keine Prüfung stattgefunden haben sollte, spätestens Ende September 2023 als abgenommen. Das genaue Datum ist irrelevant, da die zweijährige Rügefrist nach Art. 172 SIA-Norm 118 noch nicht abgelaufen ist.

3.1.3.2. Fälligkeit der Werklohnforderung

Vorliegend erstellte die Klägerin am 2. Oktober 2023 eine erste Schlussabrechnung (KB 9). Eine korrigierte Schlussabrechnung erstellte die Klägerin am 28. November 2023 (KB 10). Diese weist einen Saldo zu Gunsten der Klägerin in der Höhe von Fr. 32'870.25 aus und ist zudem von der Bauleitung (beklagtische Streitberufene) am 29. November 2023 visiert worden (KB 17).

Die Klägerin reichte damit ihre Schlussabrechnung i.S.v. Art. 153 SIA-Norm 118 ein, welche anschliessend von der Bauleitung am 29. November 2023 geprüft wurde. Mit diesem Prüfungsbescheid der Bauleitung (beklagtische Streitberufene) wurde die klägerische Werklohnforderung gemäss Art. 155 Abs. 1 SIA-Norm 118 fällig und war innert 30 Tagen zu bezahlen. Die Einrede der Beklagten betreffend fehlende Fälligkeit der Werklohnforderung ist zu verwerfen.

3.1.4. Fazit

Die eingeklagte Werklohnforderung in der Höhe von Fr. 32'870.25 ist begründet und fällig.

3.2. Gewährleistungsrechte der Beklagten

3.2.1. Parteibehauptungen

3.2.1.1. Beklagte

In ihrer Antwort brachte die Beklagte diverse Werkmängel vor (vgl. Antwort Rz. 16 ff.). Daran hält sie in ihrer Duplik nicht mehr fest und macht ausschliesslich noch Mängel betreffend des ungenügenden Gefälles der

Schmutzwasserleitungen geltend (vgl. Duplik Rz. 6; vgl. auch Schlussvortragsnotizen der Beklagten, S. 2).

Die Beklagte behauptet diesbezüglich, die Klägerin habe die Schmutzwasserleitungen verlegt. Eine Prüfung der F. _____ AG am 17. Januar 2024 mit Nachprüfung durch die G. _____ AG (recte: H. _____ AG) vom 15. Oktober 2024 habe ergeben, dass die sich im Gebäudeinnern und von der Klägerin verlegten Schmutzwasserleitungen stehendes Wasser enthielten, was mutmasslich auf ein Kontergefälle $< 0\%$ zurückzuführen sei (Antwort Rz. 23; Duplik Rz. 27 und 30; AB 12; DB 2). Auf dem von der beklagtischen Streitberufenen erstellten Kanalisationsplan sei an besagter Stelle ein Gefälle der Schmutzwasserleitung von 3% vorgesehen gewesen (Duplik Rz. 29; DB 3). Demnach seien die Schmutzwasserleitungen nicht plangemäss verlegt worden (Duplik Rz. 30). Im Übrigen gelte gemäss der Richtlinie SN 592 000 ein durchgehendes Mindestgefälle von 1.5% (Duplik Rz. 52). Gemäss dem Gutachten der G. _____ AG (recte: H. _____ AG) vom 15. Oktober 2024 liege die Ursache dieses Kontergefälles an der ungenügenden Sicherung der Verrohrung vor dem Giessen der Bodenplatte mit Beton (Duplik Rz. 31 und 54; DB 2).

Da mit diesem Kontergefälle der normale Wasserfluss für eine kontinuierliche Spülung und damit Reinigung und Sauberhaltung der Schmutzwasserleitungen nicht gegeben sei, komme es zu Ablagerungen von Fäkalien, Papier, Fett und Kalk. Ein Rückstau bis in den Wohnbereich sei möglich, was zu grossen Folgekosten durch Entstopfen, Spülen, Reinigen und Ionisieren führe (Duplik Rz. 32; DB 2). Um solche Schäden zu verhindern, sei mit mehreren – ca. drei – periodischen Spülungen pro Jahr zu rechnen, wobei die Kosten pro Spülung Fr. 500.00 bis Fr. 1'500.00 betragen würden (Duplik Rz. 33; DB 2 und 4 f.).

Der Mangel sei am 14. Mai 2024 gerügt und der Klägerin eine angemessene Frist zur Nachbesserung bis Ende Mai 2024 angesetzt worden (Antwort Rz. 24; Duplik Rz. 54; AB 7). Da die Abwasserverrohrung nach dem Eingiessen in den Ortsbeton nicht mehr korrigiert werden könne, sei eine bauliche Sanierung nicht verhältnismässig (Duplik Rz. 60). Bei einem Haus mit funktionierender, ordnungsgemässer Schmutzwasserleitung werde im Abstand von drei bis fünf Jahren eine Wartungsspülung durchgeführt. Dies verursache Kosten im Umfang von rund Fr. 500.00 pro Wartungsspülvorgang. Die Kosten pro Hausspülung würden sich demgegenüber auf rund Fr. 1'500.00 belaufen. Bei korrekt verlegten Schmutzwasserleitungen ergebe das über einen geschätzten Lebenszyklus eines Hauses von 30 Jahren Kosten für Wartungsspülungen in der Höhe von Fr. 3'750.00 (30 Jahre $\times$ 0.25 Spülungen pro Jahr $\times$ Fr. 500.00). Aufgrund des Kontergefälles würden demgegenüber Kosten von Fr. 45'000.00 (30 Jahre $\times$ 3 Spülungen pro Jahr $\times$ Fr. 500.00) anfallen. Die Differenz von Fr. 41'250.00 stelle den Mangelfolgeschaden der Beklagten dar (Duplik Rz. 64 und 69). Der

Schadenersatzanspruch der Beklagten werde mit der Werklohnforderung der Klägerin verrechnet (Duplik Rz. 71; vgl. auch Schlussvortragsnotizen der Beklagten, S. 3 und 12). Im Übrigen werde in diesem Umfang auch eine Minderung geltend gemacht (Duplik Rz. 60; vgl. auch Schlussvortragsnotizen der Beklagten, S. 12).

3.2.1.2. Klägerin

Die Klägerin behauptet, es gebe keine Mängel. Sie habe alle Arbeiten immer korrekt entsprechend den Plänen ausgeführt (Klage Rz. 12, 19 und 20). Sie habe auch nicht alle Schmutzwasserleitungen verlegt, sondern nur jene, die direkt unter der Bodenplatte liegen würden (Replik Zu 23/a). Es treffe nicht zu, dass die von der Klägerin verlegten Schmutzwasserleitungen an irgendeiner Stelle ein ungenügendes Gefälle aufweisen würden; sie seien nicht mangelhaft (Replik Zu 23/b). Zwar werde im Bericht der F. _____ AG eine etwa ein Meter lange Stelle in der Schmutzwasserleitung bezeichnet, in der es stehendes Wasser geben soll. Dieser Bereich soll sich aber offenbar ausserhalb der Bodenplatte befinden, sodass die Klägerin hierfür nicht verantwortlich sei (Replik Zu 23/b). Ein solcher Abschnitt in der Schmutzwasserleitung könne auch nicht als Mangel gelten. Das Wasser würde ja immer noch problemlos abfliessen. Es gebe keinen Rückstau oder andere Probleme. Die nasse Stelle betreffe auch nur einen kleinen Bruchteil des Durchmessers der Leitung. Die Höhe des stehenden Wassers sei nicht ersichtlich und sei auch nicht gemessen worden. Es könne sich nur um Millimeter handeln. Das Wasser fliesse aber immer noch problemlos darüber hinweg (Replik Zu 23/c). Deshalb seien auch keine zusätzlichen Spülungen notwendig (Replik Zu 23/d). Richtig sei einzig, dass die entsprechende Mängelrüge der Beklagten vom 14. Mai 2024 datiere (Replik Zu 24). Im Übrigen würden die beiden Berichte der F. _____ AG (AB 12) und der H. _____ AG (DB 2) diverse Ungereimtheiten und Unstimmigkeiten enthalten (Eingabe der Klägerin vom 30. Oktober 2024 Rz. 2 f.). Falsch und durch die weiteren Duplikbeilagen selber widerlegt sei sodann die Kostenschätzung gemäss dem Bericht der H. _____ AG (DB 2) (Eingabe der Klägerin vom 30. Oktober 2024 Rz. 3g).

3.2.2. Rechtliches

3.2.2.1. Mangel

Als Mangel gilt eine Abweichung des Werks vom Vertrag (Art. 166 Abs. 1 SIA-Norm 118). Er besteht entweder darin, dass das Werk eine zugesicherte oder sonst wie vereinbarte Eigenschaft nicht aufweist, oder darin, dass ihm eine Eigenschaft fehlt, die der Bauherr auch ohne besondere Vereinbarung in guten Treuen erwarten durfte (z.B. Tauglichkeit des Werkes für den vertraglich vorausgesetzten oder üblichen Gebrauch; Art. 166 Abs. 2 SIA-Norm 118).⁴¹

⁴¹ BGer 4A_692/2015 vom 1. März 2017 E. 4.2 (nicht publ. in BGE 143 III 206) mit Verweis auf BGer 4A_428/2007 vom 2. Dezember 2008 E. 3.2.

Wird streitig, ob ein behaupteter Mangel wirklich eine Vertragsabweichung darstellt und daher ein Mangel im Sinne dieser Norm ist, so liegt die Beweislast beim Unternehmer (Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118). Diese Regelung ist so zu verstehen, dass der Bauherr die Beweislast für den Zustand des Werks trägt (Risse, Löcher, Wasserdurchlässigkeit etc.), der Unternehmer hingegen die Beweislast dafür, dass dieser Zustand vertragskonform ist.⁴² Demgegenüber liegt die Beweislast für das Vorliegen einer Vertragsabweichung bei einem versteckten Mangel gemäss Art. 179 Abs. 5 SIA-Norm 118 beim Bauherrn.

3.2.2.2. Mängelrüge

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

Zum Inhalt der Mängelrüge äussert sich die SIA-Norm 118 nicht, weshalb auf die werkvertragsrechtlichen Grundsätze zu Art. 367 OR zurückzugreifen ist.⁴³ Die Rüge ist zwar an keine besondere Form gebunden, muss jedoch zumindest die Anzeige des erkannten Mangels sowie die ausdrückliche oder stillschweigende Kundgabe des Willens enthalten, das Werk werde aufgrund dieses Mangels als nicht vertragsgemäss anerkannt und hierfür der Unternehmer haftbar gemacht. Letzteres wird bei einer blossen Mitteilung von Mängeln vermutet, wenn die Umstände des Einzelfalls nicht auf etwas anderes schliessen lassen.⁴⁴ Inhaltlich muss sie sachgerecht substantiiert sein, d.h. der Besteller hat jeden Mangel bzw. die Art der Vertragswidrigkeit hinreichend genau zu bezeichnen, sodass der Unternehmer erkennen kann, was an seinem Werk beanstandet wird.⁴⁵ Der Unternehmer hat sich mit aller Sorgfalt darum zu bemühen, die ihm übermittelte Mängelrüge zu verstehen. Bedarf er präzisierender Angaben, hat er sich durch entsprechende Rückfragen beim Besteller darum zu bemühen.⁴⁶ Die bloss allgemeine Erklärung, das Werk sei mangelhaft, entspreche dem Vertrag nicht oder sei unbefriedigend, genügt nicht. Einer technischen Sprache muss sich der rügende Bauherr indessen nicht bedienen; es genügt, wenn er den Mangel so beschreibt, wie er ihn selber sieht – allenfalls unter Angabe seiner Lage – und mit seinen Worten zu beschreiben vermag. Auch die Mängelursache muss der rügende Bauherr dem Unternehmer nicht

⁴² GAUCH/STÖCKLI, in: Gauch/Stöckli, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2017, Art. 174 N. 9.2.

⁴³ BGer 4A_511/2014 vom 4. März 2015 E. 4.3; GAUCH/STÖCKLI (Fn. 42), Art. 173 N. 5.

⁴⁴ GAUCH (Fn. 30), N. 2134 m.w.N.

⁴⁵ BGer 4A_251/2018 vom 11. September 2018 E. 3.2, 4A_53/2012 vom 31. Juli 2012 E. 6.2; BGE 130 III 258 E. 4; GAUCH (Fn. 30), N. 2130 und 2133; GAUCH/STÖCKLI (Fn. 42), Art. 173 N. 5 m.w.N.

⁴⁶ GAUCH (Fn. 30), N. 2132.

mitteilen, selbst ein fachkundiger Bauherr nicht.⁴⁷ Im Prozess treffen den Besteller die Beweis- und damit auch die Behauptungslast dafür, dass er dem Unternehmer Mängel rechtzeitig und rechtsgenügend angezeigt hat.⁴⁸

3.2.2.3. Mängelrechte

3.2.2.3.1. Grundlage

Gestützt auf Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 hat der Bauherr zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen (sog. Nachbesserungsrecht). Soweit der Unternehmer die Mängel innerhalb der vom Bauherr angesetzten Frist nicht beseitigt, ist der Bauherr berechtigt, nach seiner Wahl entweder weiterhin auf Verbesserung zu beharren, wenn die Verbesserung im Verhältnis zu seinem Interesse an der Mängelbeseitigung nicht übermässige Kosten verursacht, den Mangel selbst oder von einem Dritten beheben zu lassen (Ersatzvornahme), einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug von der Vergütung zu machen (Minderung) oder sofern die Entfernung des Werkes nicht mit unverhältnismässigen Nachteilen für den Unternehmer verbunden ist und die Annahme dem Bauherren nicht zugemutet werden kann, vom Verträge zurückzutreten (sog. Wandelung) (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1-3 SIA-Norm 118).

3.2.2.3.2. Nachbesserung

Der Nachbesserungsanspruch kann lediglich dann durchgesetzt werden, wenn die Nachbesserung im Verhältnis zu den Interessen des Bauherrn an der Mängelbeseitigung keine übermässigen Kosten verursacht. Bei der Beurteilung der Übermässigkeit der Nachbesserungskosten ist im Rahmen einer Kosten-Nutzen-Abwägung zu evaluieren, ob ein Missverhältnis zwischen den voraussichtlichen Nachbesserungskosten und dem Nutzen besteht, den die Mängelbeseitigung dem Besteller bringt.⁴⁹ Auf Seiten des Bestellers sind dabei sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Interessen zu berücksichtigen.⁵⁰ Demgegenüber ist das Verhältnis der Nachbesserungskosten zu den Baukosten bzw. zum Werklohn grundsätzlich nicht massgebend und kann höchstens ein Indiz übermässiger Nachbesserungskosten sein.⁵¹ Bei der Beantwortung der Frage, ob der Nutzen der Nachbesserung deren Kosten vernünftigerweise nicht mehr zu rechtfertigen vermag, handelt es sich um einen Ermessensentscheid (vgl. Art. 4 ZGB).⁵²

⁴⁷ BGer 4A_251/2018 vom 11. September 2018 E. 3.2 m.w.N.; GAUCH (Fn. 30), N. 2130 f.; GAUCH/STÖCKLI (Fn. 42), Art. 173 N. 5 m.w.N.

⁴⁸ BGer 4A_252/2010 vom 25. November 2010 E. 6.2; BGer 4A_51/2007 vom 11. September 2007 E. 4.5; BGE 118 II 142 E. 3a.

⁴⁹ BGer 4A_78/2020 vom 6. August 2020 E. 4.7; BGer 4A_307/2010 vom 14. Oktober 2010 E. 2; BGer 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007 E. 5.1; BGer 4C.258/2001 vom 5. September 2002 E. 4.1.3.

⁵⁰ BGer 4A_78/2020 vom 6. August 2020 E. 4.7, 4A_307/2010 vom 14. Oktober 2010 E. 2.

⁵¹ BGer 4A_78/2020 vom 6. August 2020 E. 4.8.1.

⁵² BGer 4A_78/2020 vom 6. August 2020 E. 4.7, 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007 E. 5.1.

3.2.2.3.3. Minderung

Mit der Minderungserklärung ändert der Besteller den Werkvertrag dergestalt, dass die geschuldete Vergütung entsprechend dem Minderwert des Werkes herabgesetzt wird.⁵³ Das Minderungsrecht wird durch einseitige Willenserklärung ausgeübt und kann unter Umständen, wie vorliegend, auch noch im Prozess ausgeübt werden (Minderungseinrede). Wenn der Besteller gegenüber dem klagenden Unternehmer einwendet, dass die eingeklagte Vergütung durch Minderung herabgesetzt sei, so beinhaltet diese Einwendung zugleich eine Minderungserklärung.⁵⁴

Das Minderungsrecht setzt voraus, dass das betreffende Werk infolge seiner Mangelhaftigkeit einen Minderwert hat. Zwischen dem mangelhaften Werk und dem mangelfrei gedachten Werk hat eine effektive Wertdifferenz zu bestehen, in welcher der Minderwert besteht. Massgeblich für die Bestimmung des Minderwerts ist der objektive Wert, den das Werk im mangelhaften und den es im mangelfrei gedachten Zustand hat.⁵⁵ Diese Werte sind durch Schätzung zu ermitteln.⁵⁶ Der Minderwert beschränkt sich stets auf die Wertdifferenz, die in der Mangelhaftigkeit des Werkes selbst begründet ist.⁵⁷

Gegenstand der Herabsetzung ist der Werklohn.⁵⁸ Zu berechnen ist der Umfang der Minderung gemäss Lehre und Rechtsprechung nach der relativen Methode, wie folgt: Die volle Vergütung (V) verhält sich zur herabgesetzten Vergütung (v) gleich wie der Wert des mangelfrei gedachten Werkes (W) zum Wert des mangelhaften Werkes (w). Daraus ergibt sich folgende Formel: $v = V / W * w$ ⁵⁹ bzw. bei $v = V - H$ (Herabsetzungsbetrag) und $w = W - M$ (Minderwert): $H = V / W * M$.⁶⁰ Der Minderwert des Werkes (M) ist daher streng zu unterscheiden vom Herabsetzungsbetrag (H), um den die volle Vergütung (V) gekürzt wird.⁶¹

Die Beweislast für die Höhe des Herabsetzungsbetrages und damit auch hinsichtlich des mangelbedingten Minderwerts des Werkes liegt beim Besteller. Da die Ermittlung des Minderwertes auf einer Schätzung beruht, ist er nicht mit letzter Exaktheit bezifferbar. Es obliegt dem Gericht, in sinngemässer Anwendung des Art. 42 Abs. 2 OR den Umfang des nicht ziffernmässig nachweisbaren Minderwertes nach seinem pflichtgemässen Ermessen zu bestimmen. Dennoch muss der Besteller im Rahmen des

⁵³ GAUCH (Fn. 30), N. 1688.

⁵⁴ GAUCH (Fn. 30), N. 1641 und 1645.

⁵⁵ GAUCH (Fn. 30), N. 1627 f.

⁵⁶ GAUCH (Fn. 30), N. 1652.

⁵⁷ GAUCH (Fn. 30), N. 1633.

⁵⁸ GAUCH (Fn. 30), N. 1648.

⁵⁹ GAUCH (Fn. 30), N. 1669 f.

⁶⁰ GAUCH (Fn. 30), N. 1673.

⁶¹ GAUCH (Fn. 30), N. 1660.

Möglichen und Zumutbaren alle Umstände vortragen und beweisen, aus denen sich der behauptete Minderwert ergibt.⁶²

3.2.2.3.4. Mangelfolgeschaden

Nach Art. 171 Abs. 1 SIA-Norm 118 hat der Bauherr neben den Rechten nach Art. 169 SIA-Norm 118 das Recht auf Schadenersatz nach Massgabe der Art. 368 OR und Art. 97 ff. OR, falls wegen eines Mangels ein Schaden entstanden ist. Gegenstand des Mangelfolgeschaden ist bloss das, was nicht bereits mit den drei Mängelrechten geltend gemacht werden kann.⁶³ Mit anderen Worten: Der Mangelfolgeschaden bezieht sich auf solche Schäden, die ihre Ursache zwar in einem Werkmangel haben, die aber nicht auf diese Mangelhaftigkeit selbst bezogen sind, sondern als weitere Folge des Werkmangels hinzutreten⁶⁴ respektive, die sich nicht durch die anderen drei Mängelrechte beseitigen lassen.⁶⁵ Mangelfolgeschäden sind also Schäden, die durch den Mangel verursacht werden und trotz Nachbesserung, Minderung oder Wandelung bestehen bleiben.⁶⁶ Der Bauherr kann nicht anstelle der Wandelung, Minderung oder Nachbesserung Schadenersatz fordern.⁶⁷

Es muss sich immer um einen Schaden im Rechtssinne handeln.⁶⁸ Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensminderung, die in der Verminderung der Aktiven, der Nicht-Vermehrung der Aktiven (auch: entgangener Gewinn), der Vermehrung der Passiven oder in der Nicht-Verminderung der Passiven bestehen kann.⁶⁹ Die unfreiwillige Vermögensminderung entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem hypothetischen Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (Differenztheorie).⁷⁰ Nicht der Eintritt des Schadens selbst, d.h. die Vermögenseinbusse, muss unfreiwillig eintreten, sondern das schädigende Ereignis bzw. die Schädigung an sich.⁷¹ Der geltend gemachte Schaden darf nicht bloss von hypothetischer Natur sein, d.h. nicht bloss im Bereich des Möglichen liegen, sondern muss als annähernd sicher

⁶² GAUCH (Fn. 30), N. 1667.

⁶³ BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, 7. Aufl. 2020, Art. 368 N. 68 m.w.N.; GAUCH (Fn. 30), N. 1864; vgl. auch BK OR-SCHWERY, 2024, Art. 368 N. 486 ff.

⁶⁴ BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (Fn. 63), Art. 368 N. 69 m.w.N.; ausführlich: GAUCH (Fn. 30), N. 1854 ff.; vgl. auch BK OR-SCHWERY (Fn. 63), Art. 368 N. 486 ff.

⁶⁵ BGer 4C.106/2005 vom 7. Oktober 2005 E. 3.1; GAUCH (Fn. 30), N. 1864; BK OR-SCHWERY (Fn. 63), Art. 368 N. 492.

⁶⁶ BGer 4C.126/2002 vom 19. August 2002 E. 3.1.

⁶⁷ GAUCH (Fn. 30), N. 1852; BK OR-SCHWERY (Fn. 63), Art. 368 N. 492 i.f..

⁶⁸ GAUCH (Fn. 30), N. 1866.

⁶⁹ BK OR-BREHM, 5. Aufl. 2021, Art. 41 N. 69.

⁷⁰ BGE 145 III 225 E. 4.1.1. Ausführlich BK OR-BREHM (Fn. 69), Art. 41 N. 70b ff.

⁷¹ BK OR-BREHM (Fn. 69), Art. 41 N. 70; PETITPIERRE, Réparation et dommage, in: Guillod/Müller (Hrsg.) Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner, S. 278. So wohl auch das Bundesgericht in BGE 132 III 359 E. 4.2.

erscheinen.⁷² Es ist ein konkreter Schadensnachweis erforderlich.⁷³ Die Ersatzpflicht eines erst künftigen Schadens wird bei Sach- und Vermögensschäden – anders als bei Personenschäden – verneint, weil dieser im Voraus nicht beweisbar ist.⁷⁴ Ein künftiger, hypothetischer Schaden ist nach der schweizerischen Rechtsordnung somit nicht ersatzfähig.⁷⁵

3.2.3. Würdigung

3.2.3.1. Minderung

Die Beklagte macht zunächst Minderung geltend. Sie äussert sich indessen nicht schlüssig zu den hierfür massgebenden Werten. Sie macht einzig geltend, der Minderwert könne nur über die Höhe des Mangelfolgeschadens festgelegt werden (Duplik Rz. 60) und es wird eine Minderung im Umfang des gemäss den Ausführungen zum Mangelfolgeschaden errechneten Betrags von Fr. 41'250.00 geltend gemacht (Duplik Rz. 61). Damit setzt sie aber den Minderwert (M) mit dem Herabsetzungswert (H) gleich (absolute Berechnungsmethode⁷⁶), was grundsätzlich unzulässig ist. $H = M$ gilt nur, wenn der Wert des mangelfrei gedachten Werkes (W) der vollen Vergütung (V) entspricht, was die Beklagte vorliegend nicht behauptet. Es sind auch keine Umstände behauptet worden, die auf eine entsprechende Vermutung schliessen liessen. Hinzu kommt, dass auch die Herleitung des Herabsetzungswerts durch die Beklagte nicht zu überzeugen vermag (vgl. unten E. 3.2.3.2). Weitere Angaben zu den relevanten Parametern fehlen, sodass es dem Gericht nicht möglich ist, den Herabsetzungsbetrag bzw. die herabgesetzte Vergütung nach der relativen Methode zu bestimmen. Ein schlüssiges Vorbringen hätte Angaben zur vollen Vergütung, zum Wert des mangelfrei gedachten Gesamtwerkes und zum Wert des mangelhaften Gesamtwerkes bzw. des Gewerkes 237D/22 "Kanalisation und Entwässerungen" in veranschlagter Höhe von insgesamt Fr. 2'929.00 (vgl. KB 37 S. 36) erfordert.⁷⁷ Solche Angaben fehlen genauso wie entsprechende Beweismittel. Eine Minderung des klägerischen Werklohnanspruchs ist daher nicht möglich.

3.2.3.2. Mangelfolgeschaden

Zudem macht die Beklagte einen Mangelfolgeschaden geltend. Sie berechnet diesen anhand der Differenz der Kosten für die mangelbedingt vermehrte Anzahl notwendiger Spülungen und der Kosten für die ordentlich anfallenden Spülungen der Schmutzwasserleitungen, hochgerechnet auf den Lebenszyklus des Hauses von 30 Jahren. Damit macht die Beklagte also einen erst zukünftig eintretenden Schaden geltend, der sich kaum

⁷² BGE 122 III 219 E. 3a i.f.; BGer 4A_166/2007 vom 23. August 2007 E. 3; BK OR-BREHM (Fn. 69), Art. 41 N. 70g und Art. 42 N. 52.

⁷³ BGer 4A_113/2017 vom 6. September 2017 E. 4.4.3.

⁷⁴ BK OR-BREHM (Fn. 69), Art. 41 N. 71.

⁷⁵ BGer 4A_34/2014 vom 19. Mai 2014 E. 5.2, 4C.114/2006 vom 30. August 2006 E. 5.1 und 5.3.2.

⁷⁶ Vgl. hierzu GAUCH (Fn. 30), N. 1674.

⁷⁷ Vgl. BGE 116 II 305 E. 4.

nachweisen lässt. Dazu ist der geltend gemachte Schaden bloss von hypothetischer Natur. Die Beklagte behauptet nämlich, sie müsse die Schmutzwasserleitungen mangelbedingt drei Mal jährlich anstatt alle vier Jahre spülen lassen. Dass dies aber nicht den tatsächlichen Verhältnissen entspricht – sondern eben nur hypothetische Überlegungen sind –, zeigt sich allein schon anhand des Umstands, wonach die Schmutzwasserleitungen seit der Fertigstellung des Hauses, d.h. seit bald einem Jahr, noch kein einziges Mal wegen des behaupteten Mangels zusätzlich gespült wurden. Jedenfalls behauptet die Beklagte solches nicht und reicht auch keine entsprechenden Beweismittel ein. Es liegt einzig eine Rechnung der J. _____ AG vom 3. Oktober 2024 über Fr. 368.55 im Recht (DB 4). Diese betrifft aber das Beheben von einer Verstopfung beim Waschküchenablauf. Es ist nicht ersichtlich und wird von der Beklagten auch nicht behauptet, inwiefern die Schmutzwasserleitungen in der Waschküche mit dem vorliegend beanstandeten Gefälle, das im Bereich Küche / Esszimmer vorhanden sein soll (vgl. Duplik Rz. 53), im Zusammenhang steht. Hinzu kommt, dass diese Rechnung an D. _____ persönlich und nicht an die Beklagte gestellt wurde. Ebenso richtet sich die Offerte der F. _____ AG vom 19. Juni 2024 für eine Hausspülung über Fr. 1'448.55 (DB 5) einzig an D. _____ persönlich und nicht an die Beklagte. Es ist daher auch nicht ersichtlich bzw. bewiesen, dass es die Beklagte – und nicht D. _____ persönlich – sein wird, die die Kosten für die behaupteten zusätzlichen Spülungen tragen wird. Eine interne Abrechnung zwischen D. _____ und der Beklagten wird jedenfalls nicht behauptet. Vor diesem Hintergrund erscheint die geltend gemachte Schadensposition keinesfalls als annähernd sicher.

Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass sich die von der Beklagten geltend gemachte Schadensposition (Mehrausgaben zufolge zusätzlicher Spülungen der Schmutzwasserleitungen) direkt auf die Mangelhaftigkeit an sich (ungenügendes Gefälle der Schmutzwasserleitungen) beziehen würde. Die Beklagte selbst macht geltend, die zusätzlichen Spülungen seien auf das ungenügende Gefälle der Schmutzwasserleitungen zurückzuführen (Duplik Rz. 66). Damit handelt es sich aber nicht um einen Mangelfolgeschaden, der bloss eine weitere Folge des Werkmangels ist und sich nicht direkt auf diesen selbst bezieht. Das folgt auch aus der Überlegung, wonach das ungenügende Gefälle der Schmutzwasserleitung – und damit der behauptete Werkmangel – durchaus nachgebessert werden könnte, womit die von der Beklagten geltend gemachte Schadensposition direkt entfallen würde. Das Recht des Bauherrn, sich Mangelfolgeschaden ersetzen zu lassen, gibt ihm aber gerade nicht das Recht, anstelle eines der drei Gewährleistungsrechte (Nachbesserung, Minderung, Wandelung) Schadenersatz zu verlangen. Auch aus diesem Grund ist die von der Beklagten erhobene Schadenersatzforderung zu verwerfen.

3.2.4. Fazit

Der Beklagten steht weder das Recht zur Minderung zu noch hat sie einen Anspruch auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens, den sie mit der klägerischen Werklohnforderung verrechnen könnte. Auf die Frage, ob die verbauten Schmutzwasserleitungen wegen ihres Gefälles überhaupt mangelhaft sind, braucht daher nicht näher eingegangen zu werden.

3.3. Verzugszinsen

Die Klägerin macht ab 22. Dezember 2023 5 % Verzugszinsen geltend, äussert sich hierzu aber nicht weiter.

Voraussetzung für den Anspruch auf Verzugszins ist, dass der Forderungsschuldner sich in Verzug befindet. Die Fälligkeit ist eine Voraussetzung für den Schuldnerverzug, mit diesem jedoch nicht gleichzusetzen.⁷⁸ Gemäss Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118 hat der Bauherr fällige Zahlungen innerhalb von dreissig Tagen zu leisten, sofern nicht vertraglich etwas anderes vereinbart ist. Nach Ablauf dieser Frist kann der Bauherr den Unternehmer durch Mahnung in Verzug setzen (Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118). Der Bauherr kann somit erst nach Ablauf der 30-tägigen Zahlungsfrist in Schuldnerverzug geraten.⁷⁹ Eine Mahnung vor Ablauf der Zahlungsfrist ist zulässig.⁸⁰

Die klägerische Werklohnforderung wurde am 29. November 2023 fällig (vgl. oben E. 3.1.3.2). Als Mahnung gilt vorliegend einzig die Einreichung (19. Dezember 2023) und Zustellung (21. Dezember 2023) des Gesuchs der Klägerin um Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Verfahren HSU.2023.53.⁸¹ Andere Mahnungen werden nicht behauptet, insbesondere trägt die klägerische Schlussrechnung nicht den Hinweis "zahlbar 30 Tage netto".⁸² Da die 30-tägige Zahlungsfrist nach Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118 zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen war, fiel die Beklagte erst am 30. Dezember 2023 in Verzug. Ab diesem Datum schuldet die Beklagte der Klägerin Verzugszinsen zu 5 %.

3.4. Fazit

Die Klägerin hat gegenüber der Beklagten einen Werklohnanspruch in der Höhe von Fr. 32'870.25 zzgl. Verzugszinsen zu 5 % seit dem 30. Dezember 2023.

⁷⁸ BK OR-WEBER/EMMENEGGER, 2020, Art. 102 N. 55; BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, 7. Aufl. 2020, Art. 102 N. 3 und 4 ff.

⁷⁹ GAUCH/STÖCKLI (Fn. 42), Art. 190 N. 14.1.

⁸⁰ GAUCH/STÖCKLI (Fn. 42), Art. 190 N. 14.2.

⁸¹ BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND (Fn. 78), Art. 102 N. 9.

⁸² Vgl. hierzu AGVE 2003, S. 38; VETTER/BUFF, Verzugszinsen bei «zahlbar innert 30 Tagen», SJZ 2019, S. 151 f. m.w.N.; BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND (Fn. 78), Art. 102 N. 9b; KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2017, N. 55.32.

Die von der Beklagten in ihrer Antwort noch erhobene Einrede nach Art. 82 OR (Antwort Rz. 33 f. und 48) steht dem klägerischen Anspruch nicht entgegen. Die Beklagte macht in ihrer Duplik ausschliesslich noch ein Minderungsrecht sowie einen Mangelfolgeschaden geltend, die beide im Gegensatz zum Nachbesserungsrecht nicht zur Einrede nach Art. 82 OR legitimieren⁸³.

4. Definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

4.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin macht geltend, da die Werklohnforderung geschuldet sei, sei die vorgemerkte vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nun definitiv einzutragen. Die viermonatige Eintragsfrist sei gewahrt worden (Klage Rz. 13 f.).

Die Beklagte wendet sich einzig gegen die Höhe der Werklohnforderung. Sie behauptet nicht, eine darüber hinausgehende Voraussetzung der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sei nicht erfüllt (vgl. bspw. Antwort Rz. 44).

4.2. Rechtliches

Gegenstand des Bauhandwerkerpfandrechts sind die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch ist nach Art. 794 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB eine bestimmte Pfandsomme anzugeben.⁸⁴ Befindet sich der Forderungsschuldner in Verzug, können auch Verzugszinsen eingetragen werden.⁸⁵ Die pfandberechtigte Forderung erhöht sich entsprechend um die Verzugszinsen ohne zeitliche Beschränkung.⁸⁶

Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts muss bis spätestens vier Monate nach der Arbeitsvollendung erfolgen, andernfalls verwirkt der Anspruch (Art. 839 Abs. 2 ZGB).⁸⁷ Zur Wahrung der Frist genügt es, wenn der Handwerker bzw. der Unternehmer innerhalb der Frist die vorläufige Eintragung in der Form einer Vormerkung im Grundbuch erwirkt.⁸⁸

Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB darf die Eintragung nur erfolgen, wenn die Pfandsomme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist und kann nicht verlangt werden, wenn der Grundstückeigentümer für die

⁸³ BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (Fn. 63), Art. 372 N. 12; GAUCH (Fn. 30), N. 2370 ff.

⁸⁴ SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2022, N. 390.

⁸⁵ SCHUMACHER/REY (Fn. 85), N. 523 ff. m.w.N.; vgl. auch BGE 121 III 445 E. 5a, 142 III 73 E. 4.4.2.

⁸⁶ SCHUMACHER/REY (Fn. 85), N. 526.

⁸⁷ BGE 126 III 462 E. 4c/aa; BSK ZGB II-THURNHERR, 7. Aufl. 2023, Art. 839/840 N. 29.

⁸⁸ SCHUMACHER/REY (Fn. 85), N. 1068.

Forderung hinreichende Sicherheit leistet. Liegt keine Anerkennung des Grundstückeigentümers vor, kann die Eintragung nur durch ein rechtskräftiges Gerichtsurteil angeordnet werden. Im ordentlichen Zivilprozess betreffend die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts hat der Unternehmer die seinem Anspruch sowie den Voraussetzungen für die Eintragung zugrunde liegenden Tatsachen nicht lediglich glaubhaft zu machen, wie im Verfahren betreffend vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts,⁸⁹ sondern strikt zu beweisen.⁹⁰ Nach dem dafür erforderlichen Regelbeweismass ist ein Beweis erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist.⁹¹

4.3. Würdigung

Die Parteien sind sich grundsätzlich einig, dass die Klägerin Anspruch auf die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts hat, wenn ihr noch eine offene Werklohnforderung zustehen sollte. Nachdem die Klägerin klassische bauhandwerkerpfandrechtsberechtigte Bauarbeiten geleistet hat und ihr daraus noch eine offene Werklohnforderung in der Höhe von Fr. 32'870.25 zzgl. Zins zu 5 % ab dem 30. Dezember 2023 zusteht und mit der grundbuchlichen Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vom 4. Januar 2024 auch die viermonatige Eintragsfrist gewahrt wurde, ist das Bauhandwerkerpfandrecht in diesem Umfang folglich definitiv einzutragen.

5. Prozesskosten

Abschliessend sind die Prozesskosten entsprechend dem Verfahrensausgang zu verlegen. Sie bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Kantone setzen die Tarife für die Prozesskosten fest (Art. 96 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 ZPO). Der Streitwert beträgt Fr. 65'740.50 (vgl. oben E. 1.3). Die Klägerin obsiegt betreffend ihre beiden Ansprüche mit Ausnahme des Beginns des Zinsenlaufs für die Verzugszinsen vollumfänglich, womit die gesamten Prozesskosten der Beklagten aufzuerlegen sind.

5.1. Gerichtskosten

Die Gerichtskosten bestehen vorliegend allein aus der Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO). Der Grundansatz für die Entscheidgebühr beträgt bei einem Streitwert von Fr. 65'740.50 gemäss § 7 Abs. 1 Zeile 5 VKD i.V.m. § 29 GebührD gerundet Fr. 5'371.85. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten

⁸⁹ BGE 137 III 563 E. 3.3, 86 I 265 E. 3; vgl. auch SCHUMACHER/REY (Fn. 85), N. 1529 ff.; BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 87), Art. 839/840 N. 37.

⁹⁰ SCHUMACHER/REY (Fn. 85), N. 1740; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 6. Aufl. 2022, N. 1775.

⁹¹ BGE 140 III 610 E. 4.1, 132 III 715 E. 3.1. Vgl. auch VETTER/CARBONARA, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2023, N. 140 m.w.N.

Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'371.85 verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Beklagte hat der Klägerin die Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 5'371.85 direkt zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

5.2. Parteientschädigung

Die Parteientschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO besteht aus den Kosten der berufsmässigen Vertretung. Die Parteientschädigung spricht das Gericht nach den Tarifen gemäss Art. 96 ZPO zu. Die Parteien können eine Kostennote einreichen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Die Klägerin reichte anlässlich der Hauptverhandlung eine Kostennote ein. Diese basiert grundsätzlich auf dem AnwT, weshalb die Parteientschädigung nach diesem zu berechnen ist.

In vermögensrechtlichen Streitsachen beträgt die Grundentschädigung bei einem Streitwert von Fr. 65'740.50 gemäss § 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 5 AnwT Fr. 9'986.65. Dadurch sind die Instruktion, das Aktenstudium, rechtliche Abklärungen, die Korrespondenz und Telefongespräche sowie eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (§ 6 Abs. 1 AnwT). Für den doppelten Schriftenwechsel und die zweite Verhandlung (Hauptverhandlung) erfolgt –entgegen der klägerischen Kostennote – je ein Zuschlag von praxisgemäss 20 % und für die Eingabe vom 30. Oktober 2024 ein Zuschlag von 10 %. Mit der Kleinkostenpauschale von praxisgemäss 3 % (vgl. § 13 Abs. 1 AnwT) – die in der klägerischen Kostennote geltend gemachten Spesen in der Höhe von Fr. 509.70 sind nicht ausgewiesen – resultiert damit eine Parteientschädigung von gerundet Fr. 15'429.35.

Dem Antrag der Klägerin auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzuschlags ist nicht zu entsprechen. Sie ist gemäss UID-Register⁹² selber mehrwertsteuerpflichtig. Sie kann die ihrem Anwalt bezahlte Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung in Abzug bringen (Art. 28 MWSTG).⁹³ Die Mehrwertsteuer stellt somit keinen zusätzlichen Kostenfaktor dar und ist bei der Bemessung der Parteientschädigung deshalb nicht zu berücksichtigen.

⁹² Vgl. <[https://www.uid.admin.ch/Detail.aspx?uid_id=\[...\]](https://www.uid.admin.ch/Detail.aspx?uid_id=[...])> (zuletzt besucht am 11. Dezember 2024).

⁹³ Vgl. Merkblatt zur Frage der Berücksichtigung der Mehrwertsteuer bei der Bemessung der Parteientschädigung der Gerichte des Kantons Aargau vom 11. Januar 2016: <<https://www.ag.ch/media/kanton-aargau/jb/dokumente/obergericht/handelsgericht/merkblatt-mwst.pdf>> (zuletzt besucht am 11. Dezember 2024).

Das Handelsgericht erkennt:

1.

1.1.

In **teilweiser Gutheissung** der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin **Fr. 32'870.25** zzgl. Zins zu 5 % seit 30. Dezember 2023 zu bezahlen.

1.2.

Das mit Entscheid vom 4. Januar 2024 zugunsten der Klägerin auf dem Grundstück der Beklagten, Grdst.-Nr. 123 GB W._____ (E-GRID: CH111222333) für eine Pfandsumme von Fr. 32'870.25 zzgl. Zins zu 5 % ab dem 22. Dezember 2023 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht ist im Umfang von **Fr. 32'870.25 zuzüglich Zins zu 5 % seit 30. Dezember 2023 definitiv einzutragen**. Im weitergehenden Umfang ist das vorläufig eingetragene Pfandrecht zu löschen.

2.

Das **Grundbuchamt E._____** wird angewiesen, die definitiven Eintragungen gemäss vorstehender Dispositivziffer 1.2 im Grundbuch vorzunehmen und das Pfandrecht im weitergehenden Umfang zu löschen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 5'371.85 werden der Beklagten auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'371.85 verrechnet. Die Beklagte hat der Klägerin den Betrag von Fr. 5'371.85 direkt zu ersetzen.

4.

Die Beklagte hat der Klägerin eine gerichtlich festgelegte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 15'429.35 zu bezahlen.

Zustellung an:

- die Klägerin (Vertreter; zweifach mit Protokoll der Hauptverhandlung vom 11. Dezember 2024)
- die Beklagte (Vertreter; zweifach mit Protokoll der Hauptverhandlung vom 11. Dezember 2024)
- die beklagtische Streitberufene (mit Protokoll der Hauptverhandlung vom 11. Dezember 2024)
- das Grundbuchamt E._____ (nach Ablauf der Rechtsmittelfrist)

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

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 11. Dezember 2024

Handelsgericht des Kantons Aargau

2. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Vetter

Schneuwly

