

**ZOR.2022.10 / rb**  
(OZ.2019.7)  
Art. 24

**Entscheid vom 22. September 2022**

Besetzung      Oberrichter Brunner, Präsident  
                     Oberrichterin Massari  
                     Ersatzrichter Schneuwly  
                     Gerichtsschreiber Tognella

Klägerin 1      **A.**\_\_\_\_\_,  
                     [...]

Klägerin 2      **B.**\_\_\_\_\_,  
                     [...]

                     beide vertreten durch lic. iur. Matthias Becker, Rechtsanwalt,  
                     [...]

Beklagter      **C.**\_\_\_\_\_,  
                     [...]  
                     vertreten durch Ursula McCreight, Rechtsanwältin,  
                     [...]

Gegenstand      Ordentliches Verfahren betreffend Restforderung aus Kaufvertrag / Wider-  
                     klage betreffend Nachbesserungsrecht aus Werkvertrag

---

## **Das Obergericht entnimmt den Akten:**

### **1.**

#### **1.1.**

Die beiden Klägerinnen erstellten in den Jahren 2013–2015 auf dem Grundstück [...] eine Terrassenüberbauung. Am Grundstück wurde noch im Projektstadium per 5. Oktober 2012 Stockwerkeigentum begründet. Die einzelnen Stockwerkeigentumseinheiten wurden teilweise "ab Plan", d.h. bereits im Projektstadium bzw. noch während des Baus, teilweise aber auch noch nach Abschluss der Bautätigkeit verkauft (Klage, act. 4; Klageantwort, act. 35 f.).

#### **1.2.**

Mit Kaufvertrag vom 11. Januar 2013 verkauften die Klägerinnen – als Miteigentümerinnen je zu einer Hälfte – dem Beklagten die Stockwerkeigentumseinheit [...] mit einer Wertquote von 104/1'000 und den Miteigentumsanteil [...] mit einer Wertquote 1/20 an der Stockwerkeigentumseinheit [...] mit einer Wertquote von 40/1'000 (Einstellhalle im Untergeschoss des Hauses B) zu einem Gesamtpreis von Fr. 1.4 Mio. (Klagebeilage 2 Ziff. I–III).

#### **1.3.**

Am 4. Juli 2013 und am 12. Dezember 2013 reichten die Klägerinnen je ein neues Baugesuch ein, womit das ursprünglich vorgesehene Bauprojekt abgeändert wurde. Beide Baugesuche wurden vom D. bewilligt (Baubewilligungen vom 11. September 2013 und 12. März 2014; Antwortbeilagen 12 und 14) und das Bauprojekt entsprechend geändert umgesetzt.

### **2.**

#### **2.1.**

Mit Klage vom 24. April 2019 stellten die Klägerinnen und Widerbeklagten (im Folgenden: Klägerinnen) vor dem Bezirksgericht Lenzburg, Zivilgericht, folgende Rechtsbegehren:

##### **" 1.**

Der Beklagte sei zu verpflichten, den Klägerinnen den Betrag von CHF 300'910.10 zuzüglich Verzugszins zu 5 % seit 21.01.2019 zu bezahlen, sowie Verzugszins:

- vom 18.08.2015-27.08.2015 auf CHF 1'089'294.40 = CHF 1'342.95
- vom 28.08.2015-27.06.2017 auf CHF 273'625.55 = CHF 25'076.10
- vom 28.06.2017-21.01.2019 auf CHF 248'625.55 = CHF 19'515.40

2.

In der Betreuung Nr. [...] des Betreibungsamtes Q. vom 28.01.2019 sei der Rechtsvorschlag vollumfänglich und definitiv zu beseitigen.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

## **2.2.**

Mit Klageantwort und Widerklage vom 31. Juli 2019 stellte der Beklagte und Widerkläger (im Folgenden: Beklagter) folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.

2.

Die Klägerinnen und Widerbeklagten seien gerichtlich zu verpflichten, auf ihre Kosten bis spätestens 31. Dezember 2022 oder innert einer vom Gericht zu bestimmenden angemessenen Frist die bauliche Situation auf [...] gemäss der Begründung von Stockwerkeigentum mit Aufteilungsplänen, beurkundet von Notar E., vom 5. Oktober 2012 und den dazugehörigen im Grundbuch angemerkten Reglementen und im Sinne von PA Art. [...] vom 10. August 2011 des D. für eine "Arealüberbauung mit drei terrassierten Mehrfamilienhäusern mit insgesamt 10 Wohnungen und den Abbruch eines Einfamilienhauses und der Garage [...]" sowie im Sinne von PA Art. [...] vom 16. November 2011 des D. für eine "Projektänderungsbewilligung für Änderungen in den Geschossen UG, EG und OG1 sowie Massnahmen und Änderungen gegenüber der im Grenzbau stehenden Nachbargarage Assek. Nr. [...]" herzustellen.

Es sei gerichtlich Vormerk zu nehmen, dass im Falle eines Widerspruches zwischen der Begründungserklärung vom 5. Oktober 2012, den Aufteilungsplänen und den dazugehörigen im Grundbuch angemerkten Reglementen einerseits und den Baubewilligungen PA Art. [...] vom 10. August 2011 des D. und von PA Art. [...] vom 16. November 2011 des D. andererseits, die Begründungserklärung vom 5. Oktober 2012 mit Aufteilungsplänen und die dazugehörigen im Grundbuch angemerkten Reglemente massgebend sind.

Es sei gerichtlich Vormerk zu nehmen, dass die gesamten Planungs- und Baukosten sowie alle mit dem Rückbau und den Anpassungsarbeiten in Zusammenhang stehenden Gebühren und Abgaben von den Widerbeklagten unter solidarischer Haftbarkeit zu tragen sind.

3.

Es sei den Klägerinnen unter solidarischer Haftbarkeit für jeden Tag der Nichterfüllung oder verspäteten Erfüllung ab dem 31. Dezember 2022 bzw. ab der vom Gericht zu bestimmenden Frist eine Ordnungsbusse (Tagesbusse) gemäss Art. 343 Abs. 1 Bst. c ZPO von CHF 1'000.00 für jeden Tag aufzuerlegen.

4.

Die Klägerinnen und Widerbeklagten seien gerichtlich zu verpflichten, dem Beklagten und Widerkläger den Betrag von CHF 13'121.30 zuzüglich Verzugszins von 5 % ab 1. Juni 2017 im Sinne einer Teilklage unter solidarischer Haftbarkeit zu bezahlen.

5.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer unter solidarischer Haftbarkeit zu Lasten der Klägerinnen."

### **2.3.**

Mit Replik und Widerklageantwort vom 11. Mai 2020 hielten die Klägerinnen an ihren Klagebegehren fest und beantragten, auf die Widerklage sei nicht einzutreten, eventualiter sei diese abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten.

### **2.4.**

Mit Duplik und Widerklagereplik vom 7. September 2020 ergänzte der Beklagte sein Widerklagebegehren Ziffer 2 um folgenden Absatz, der zwischen Abs. 2 und 3 eingefügt wurde:

" Sofern und soweit sich die baulichen Änderungen gegenüber der Begründungserklärung vom 5. Oktober 2012, den Aufteilungsplänen und den dazugehörigen im Grundbuch angemerkten Reglementen lediglich auf den Innenausbau der Stockwerkeinheiten [...] (wie z.B. Änderung der Raumaufteilung, Zimmerzahl usw.) beziehen, ist auf einen Rückbau zu verzichten."

Ferner beantragte er die Abweisung der klägerischen Rechtsbegehren (so weit damit anderes verlangt werde).

### **2.5.**

Mit Widerklageduplik vom 3. März 2021 hielten die Klägerinnen an ihrem Antrag, es sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten auf die Widerklage nicht einzutreten bzw. diese sei abzuweisen, fest.

### **2.6.**

Am 23. September 2021 fand vor dem Bezirksgericht Lenzburg die Hauptverhandlung statt, anlässlich derer zwei Zeugen (F. und G.) sowie die Parteien befragt wurden und die Klägerinnen das Widerklagebegehren Ziffer 4 über Fr. 13'121.30 anerkannten.

### **2.7.**

Nachdem ein den Parteien vom Gericht vorgeschlagener Vergleich nicht zustande gekommen war, reichten die Parteien mit Eingaben vom 2. November 2021 schriftliche Stellungnahmen zum Beweisergebnis ein. Die Klägerinnen replizierten zur beklagtischen Stellungnahme mit Eingabe vom 7. Dezember 2021.

### **2.8.**

Mit Eingabe vom 24. Dezember 2021 reichte der Beklagte Noven ein und stellte weitere Beweisanträge.

## **2.9.**

Mit Entscheid vom 13. Januar 2022 wies das Bezirksgericht Lenzburg die klägerische Eingabe vom 24. Dezember 2021 aus dem Recht und erkannte wie folgt:

" 1.

Der Beklagte und Widerkläger wird verpflichtet, den Klägerinnen und Widerbeklagten den Betrag von CHF 248'625.55 zuzüglich Verzugszins zu 5 % seit 21.01.2019 zu bezahlen, sowie Verzugszins:

vom 18.08.2015-27.08.2015 auf CHF 1'089'294.40 = CHF 1'342.95

vom 28.08.2015-27.06.2017 auf CHF 273'625.55 = CHF 25'076.10

vom 28.06.2017-21.01.2019 auf CHF 248'625.55 = CHF 19'515.40

2.

In der Betreuung Nr. [...] des Betreibungsamtes Q. vom 28.01.2019 wird der Rechtsvorschlag im Umfang von Ziffer 1 vorstehend beseitigt.

3.

Die Klägerinnen und Widerbeklagten werden verpflichtet, dem Beklagten und Widerkläger den Betrag von CHF 13'121.30 zuzüglich Verzugszins von 5 % ab 1. Juni 2017 im Sinne einer Teilklage unter solidarischer Haftbarkeit zu bezahlen.

4.

Im Übrigen werden die Rechtsbegehren abgewiesen, sofern darauf einzutreten ist.

5.

Die Gerichtskosten, bestehend aus einer Entscheidgebühr von CHF 23'800.00 werden dem Beklagten und Widerkläger auferlegt.

Sie werden mit seinem Vorschuss verrechnet.

Der von den Klägerinnen und Widerbeklagten bezahlte Vorschuss in Höhe von CHF 13'400.00 wird ihnen durch die Gerichtskasse zurückerstattet.

6.

Der Beklagte und Widerkläger wird verpflichtet, der Klägerinnen und Widerbeklagten eine Parteientschädigung von CHF 84'236.55 (inkl. 7.7 % MWSt von CHF 6'022.50) zu bezahlen."

## **3.**

### **3.1.**

Gegen diesen ihm am 19. Januar 2022 zugestellten Entscheid erhob der Beklagte am 17. Februar 2022 fristgerecht Berufung mit den folgenden Anträgen:

" 1.

In Gutheissung der Berufung seien Dispositiv-Ziff. 1, 2, 4, 5 und 6 des Entscheides des Bezirksgerichts Lenzburg vom 13. Januar 2022 aufzuheben und wie folgt abzuändern:

1.1.

In Aufhebung von Dispositiv-Ziff. 1 und 2 sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.

1.2.

In Aufhebung von Dispositiv-Ziff. 4 und Gutheissung der Widerklage seien die Klägerinnen und Widerbeklagten gerichtlich zu verpflichten, auf ihre Kosten bis spätestens 31. Dezember 2022 oder innert einer vom Gericht zu bestimmenden angemessenen Frist die bauliche Situation auf [...] gemäss der Begründung von Stockwerkeigentum mit Aufteilungsplänen, beurkundet von Notar E., vom 5. Oktober 2012 und den dazugehörigen im Grundbuch angemerkten Reglementen und im Sinne von PA Art. [...] vom 10. August 2011 des D. für eine "Arealüberbauung mit drei terrassierten Mehrfamilienhäusern mit insgesamt 10 Wohnungen und den Abbruch eines Einfamilienhauses und der Garage [...]" sowie im Sinne von PA Art. [...] vom 16. November 2011 des D. für eine "Projektänderungsbewilligung für Änderungen in den Geschossen UG, EG und OG1 sowie Massnahmen und Änderungen gegenüber der im Grenzbau stehenden Nachbargarage Assek. Nr. [...]" herzustellen.

Es sei gerichtlich Vormerk zu nehmen, dass im Falle eines Widerspruches zwischen der Begründungserklärung vom 5. Oktober 2012, den Aufteilungsplänen und den dazugehörigen im Grundbuch angemerkten Reglementen einerseits und den Baubewilligungen PA Art. [...] vom 10. August 2011 des D. und von PA Art. [...] vom 16. November 2011 des D. andererseits, die Begründungserklärung vom 5. Oktober 2012 mit Aufteilungsplänen und die dazugehörigen im Grundbuch angemerkten Reglemente massgebend sind.

Sofern und soweit sich die baulichen Änderungen gegenüber der Begründungserklärung vom 5. Oktober 2012, den Aufteilungsplänen und den dazugehörigen im Grundbuch angemerkten Reglementen lediglich auf den Innenausbau der Stockwerkeinheiten [...] (wie z.B. Änderung der Raumaufteilung, Zimmerzahl usw.) beziehen, ist auf einen Rückbau zu verzichten.

Es sei gerichtlich Vormerk zu nehmen, dass die gesamten Planungs- und Baukosten sowie alle mit dem Rückbau und den Anpassungsarbeiten in Zusammenhang stehenden Gebühren und Abgaben von den Widerbeklagten unter solidarischer Haftbarkeit zu tragen sind.

1.3

Es sei den Klägerinnen unter solidarischer Haftbarkeit für jeden Tag der Nichterfüllung oder verspäteter Erfüllung ab dem 31. Dezember 2022 bzw. ab der vom Gericht zu bestimmenden Frist eine Ordnungsbusse (Tagesbusse) gemäss Art. 343 Abs. 1 Bst. c ZPO von CHF 1'000.00 für jeden Tag aufzuerlegen.

2. Eventualantrag

*Eventualiter* seien in Gutheissung der Berufung Dispositiv-Ziff. 1, 2, 4, 5 und 6 des angefochtenen Entscheides des Bezirksgerichts Lenzburg vom 13. Januar 2022 aufzuheben und die Angelegenheit zur Durchführung eines Beweisverfahrens und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, wobei die Vorinstanz anzuweisen sei, die gestellten Beweisanträge des Berufungsklägers abzunehmen und die Noveneingabe des Berufungsklägers vom 24. Dezember 2021 in den Akten zu belassen.

3.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer unter solidarischer Haftbarkeit zu Lasten der Berufungsbeklagten/Klägerinnen, eventualiter der Vorinstanz, sowohl im Hauptverfahren als auch im Berufungsverfahren.

4. Prozessanträge

4.1

Es seien die vom Berufungskläger im Hauptverfahren offerierten Beweismittel abzunehmen.

4.2

Die Noveneingabe des Berufungsklägers vom 24. Dezember 2021 sei in den Akten zu belassen.

4.3

Es seien sämtliche Akten des vorinstanzlichen Verfahrens zu edieren und beizuziehen."

**3.2.**

Mit Berufungsantwort vom 31. März 2022 beantragten die Klägerinnen, die Berufung und die Prozessanträge des Beklagten seien kostenfällig vollumfänglich abzuweisen.

---

**Das Obergericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**1.1.**

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

**1.2.**

Soweit die Klage der Klägerinnen von der Vorinstanz im Umfang von Fr. 52'284.55 (Fr. 300'910.10 - Fr. 248'625.55 [Restkaufforderung]; entsprechend den Schadenersatzforderungen für die Aufwendungen der H. [Fr. 150.25], die Kosten für die Überprüfung des Schallgutachtens durch I. [Fr. 1'121.25], das Honorar von lic. iur. J. [Fr. 18'796.90], die Kosten des Betreibungsverfahrens und des Schlichtungsverfahrens [Fr. 900.00] sowie die vorprozessualen Anwaltskosten [Fr. 31'316.15]) abgewiesen (angefochtener Entscheid E. 9.2 und 9.3) und das Widerklagebegehren Ziffer 4 über Fr. 13'121.30 gutgeheissen (angefochtener Entscheid E. 6) wurden, blieb der vorinstanzliche Entscheid unangefochten und erwuchs insoweit in Rechtskraft (Art. 315 Abs. 1 ZPO).

Zu ergänzen ist in diesem Zusammenhang immerhin Folgendes: Das Widerklagebegehren Ziffer 3 (Forderung über Fr. 13'121.30) wurde von den Klägerinnen anlässlich der Hauptverhandlung in der Parteibefragung anerkannt (act. 278). Obwohl dies in E. 6 des angefochtenen Entscheids auch ausdrücklich so festgehalten wurde, wurde das Verfahren insoweit nicht im

Sinne von Art. 241 ZPO als zufolge Anerkennung der Forderung abgeschrieben, sondern erfolgte eine urteilsmässige Zusprache der Geldforderung an den Beklagten. Abgesehen davon, dass die Anerkennung eines Anspruchs vor Gericht in gleicher Weise einen Vollstreckungstitel schafft, wie wenn er gerichtlich rechtskräftig zugesprochen worden wäre (vgl. Art. 241 Abs. 2 ZPO und Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG), ist für die Art der Prozessbeendigung nicht die vom Gericht *offensichtlich irrtümlich* gewählte Formulierung im Dispositiv (vorliegend urteilsmässige Zusprechung eines Betrags über Fr. 13'121.30) ausschlaggebend, sondern die vom Gesetz an sich vorgesehene (hier Anerkennung der Forderung im Sinne von Art. 241 ZPO, die insoweit zur unmittelbaren Beendigung des Verfahrens [vgl. BGE 139 III 133] führte).

### 1.3.

#### 1.3.1.

Ein Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Klage – grundsätzlich "unverändert" (BGE 137 III 617 E. 4.3) – zum Urteil erhoben werden kann (BGE 142 III 102 E. 5.3.1, 5A\_223/2021 E. 5.2). Rechtsbegehren, die sich auf die Verurteilung zu einer Leistung richten, müssen Art und Umfang der Leistung bestimmt bezeichnen. Die Gegenpartei muss wissen, wogegen sie sich zu verteidigen hat sowie was sie bei einer allfälligen Niederlage zu tun hat, und für das Gericht muss klar sein, was aufgrund des Dispositionsgrundsatzes Streitgegenstand ist. Das zum Urteilsspruch erhobene Rechtsbegehren soll sodann eine Zwangsvollstreckung ermöglichen, ohne dass eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erforderlich wird. Die Rechtsbegehren sind deshalb so zu formulieren, dass der Vollzug durch das Vollstreckungsgericht oder die Sanktionierung durch die Strafbehörden ohne jedwede weitere materielle Prüfung möglich ist (BGE 142 III 587 E. 5.3, 5A\_223/2021 E. 5, 4A\_686/2014 E. 4.3.1; SOGO, Bestimmtheit von Rechtsbegehren, in: Haas/Marghitola [Hrsg.]. Fachhandbuch Zivilprozessrecht, 2020, N. 10.201).

Erweist sich ein *Begehren* bei der materiellen Beurteilung an sich als begründet, aber als *zu umfassend formuliert*, so ist es im Urteil auf das zulässige Mass einzuschränken (BGE 107 II 82 E. 2b, SOGO, a.a.O., N. 10.202). Stets muss aber feststehen, was von der Partei wirklich gewollt ist. *Unklare (formelle) Rechtsbegehren* sind dabei nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) insbesondere unter Heranziehung der dazu abgegebenen Begründung auszulegen (BGE 137 III 617 E. 6.2, 137 II 313 E. 1.3, 5A\_223/2021 E. 4.2 [beide betreffend Rechtsmittelanträge], 5A\_28/2021 E. 1.2, 5A\_753/2018 E. 3.1; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO-Kommentar], 3. Aufl. 2016, Art. 221 N. 38; SOGO, a.a.O., Rz. 10.202). Massgebend ist letztlich, ob sich aus dem Begehren in Verbindung mit der Begründung mit hinreichender Klarheit entnehmen lässt, was eigentlich gewollt ist



(BGE 5A\_753/2018 E. 3.1). Lässt sich ihm aber auch durch Auslegung kein klarer Inhalt zuordnen, tritt das Gericht mangels einer Prozessvoraussetzung nicht auf die Klage ein (BGE 4A\_462/2017 E. 3.1; LEUENBERGER, a.a.O., Art. 221 N. 40).

### **1.3.2.**

Im vorliegenden Berufungsverfahren hält der Beklagte an seinem Widerklagebegehren Ziffer 2, erster Absatz, fest, es seien die Klägerinnen zu verpflichten, die heutige bauliche Situation auf dem Grundstück-Nr. [...] wieder auf den Stand der Stockwerkeigentumsbegründung vom 5. Oktober 2012 und der Baubewilligungen vom 10. August 2011 und 16. November 2011 zu bringen (Berufungsantrag Ziffer 1.2, erster Absatz). Dieses Begehren ist zu unbestimmt, als dass es zum Dispositiv erhoben werden könnte. Denn die tatsächlich vorgenommen baulichen Änderungen, die mit den beiden Projektänderungen der Klägerinnen vom 4. Juli 2013 und vom 12. Dezember 2013 (Baubewilligungen vom 11. September 2013 und 12. März 2014; Antwortbeilagen 12 und 14) umgesetzt wurden, sind zu zahlreich, als dass die Klägerinnen wüssten, wogegen sie sich genau zur Wehr zu setzen hätten bzw. das Gericht wüsste, wozu es die Klägerinnen zu verpflichten hätte (vgl. nur Replik und Widerklageantwort, act. 123). Es wäre an sich zu erwarten gewesen, dass der Beklagte mit seinem (formellen) Rechtsbegehren genau zum Ausdruck bringt, welche baulichen Massnahmen die Klägerinnen rückgängig zu machen haben.

Werden indessen die Begründungen des Beklagten zur Auslegung seines Widerklagebegehrens Ziffer 2 Absatz 1 herangezogen, so wird schnell ersichtlich, dass er sich nicht ab allen baulichen Änderungen stört, sondern sein Begehren lediglich auf zwei bauliche Massnahmen bezieht: i) die Erweiterung des Baukörpers des Hauses B (betreffend die Wohneinheit B3 / B4), d.h. dessen nordseitige Verlängerung um 3.55 m auf einer Breite von 10.07 m in Richtung des Grundstück-Nr. [...], und ii) die nicht abgebrochene, vorbestehende Einzelgarage, mit neuem unterirdischem Zugang (vgl. bspw. Antwort und Widerklage, act. 24, 36 f., 45 und 57 Antwortbeilagen 12–14 und 20: vgl. nun auch Berufung Rz. 26 ff.). Dies ergibt sich auch aus dem dritten Absatz des Widerklagebegehrens Ziffer 2 (= Berufungsantrag 1.2, dritter Absatz), wonach auf einen Rückbau insoweit zu verzichten sei, als sich dieser lediglich auf den Innenausbau der Stockwerkeinheiten beziehe. Weiter ist zu beachten, dass der Beklagte ausdrücklich nur einen werkvertraglichen Nachbesserungsanspruch und weder andere Gewährleistungsrechte, Schadenersatzansprüche noch allfällige sachenrechtliche Ansprüche geltend macht (vgl. Berufung Rz. 18). Das Widerklagebegehren 2 Absatz 1 des Beklagten ist daher auf diesen Umfang beschränkt auszulegen.

In seinem Widerklagebegehren Ziffer 2, zweiter Absatz (aufrechterhalten mit Berufungsantrag Ziffer 1.2, zweiter Absatz), beantragt der Beklagte, es

sei gerichtlich Vormerk zu nehmen, dass im Falle eines Widerspruchs zwischen der Begründungserklärung vom 5. Oktober 2012 und den Baubewilligungen vom 10. August 2011 und 16. November 2011 die Begründungserklärung vom 5. Oktober 2012 massgebend sei. Die ZPO kennt das Instrument der Vormerkung nicht (BGE 141 III 489 E. 9.3); sie kann daher vom Gericht auch nicht angeordnet werden. Nach Treu und Glauben ausgelegt, geht es dem Beklagten mit dem zweiten Absatz aber lediglich darum, die Verpflichtung der Klägerinnen gemäss erstem Absatz im Falle eines Widerspruchs der Begründungserklärung mit den beiden Baubewilligungen zu regeln. In diesem Sinne ist die Auslegung des Widerklagebegehrens Ziffer 2, erster Absatz, zu ergänzen.

## **2.**

### **2.1.**

Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung zu begründen. In seinen Ausführungen hat sich der Berufungskläger mit der Begründung im erstinstanzlichen Entscheid im Einzelnen und sachbezogen auseinanderzusetzen (REETZ/THEILER, ZPO-Kommentar, a.a.O., Art. 311 N. 36). Es ist anzugeben, inwiefern der angefochtene Entscheid unzutreffend sein soll. Hierfür muss die Berufung hinreichend klar abgefasst sein, was insbesondere eine genaue Bezeichnung der beanstandeten Passagen sowie der Aktenstücke, auf welche sich die Kritik stützt, bedingt (BGE 141 III 569 E. 2.3.3, 138 III 374 E. 4.3.1). Die Rechtsmittelinstanz ist nicht gehalten, von sich aus alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen. Sie kann sich grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und der Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen beschränken (BGE 144 III 394 E. 4.1.4, 142 III 413 E. 2.2.4). Sie ist aber inhaltlich weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden; sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und verfügt über freie Kognition in Tatfragen (BGE 144 III 394 E. 4.1.4). Sie kann deshalb die Berufung auch mit einer anderen Begründung gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen (BGE 4A\_397/2016 E. 3.1).

Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO), wofür die Partei, die solche Neuerungen geltend macht, die Substantiierungs- und Beweislast trifft (BGE 5A\_266/2015 E. 3.2.2).

## **2.2.**

Das Obergericht kann ohne Verhandlung aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

## **3.**

### **3.1.**

#### **3.1.1.**

Die Vorinstanz liess in Bezug auf die Widerklage die Frage der Aktiv- und Passivlegitimation der Parteien ausdrücklich offen und wies die Widerklage aus anderem Grund ab (angefochtener Entscheid E. 7). Dabei ging sie davon aus, dass die Parteien mit dem geschlossenen Vertrag ("Kaufvertrag") (Klagebeilage 7) einen gemischten Vertrag, einen Grundstückkaufvertrag mit Bauleistungspflicht geschlossen haben, welche Qualifikation von keiner Partei gerügt wird. Auf den vom Beklagten geltend gemachten Nachbesserungsanspruch wendete sie sodann Werkvertragsrecht und, weil es die Parteien so vereinbart hätten, die SIA-Norm 118 an (angefochtener Entscheid E. 8.2).

Da die tatsächlich errichtete Baute von der vertraglich vereinbarten abweiche, – so die Vorinstanz weiter – sei ein Mangel des Werks zu bejahen (angefochtener Entscheid E. 8.3). Der Beklagte habe am 11. August 2015 einen Badge für den Zugang zum Haus und zur Wohnung erhalten. Ab dem 18. August 2015 sei die Wohnung bezugsbereit gewesen bzw. seien dem Beklagten die Schlüssel zugeschickt worden. Erst am 29. September 2015 habe eine gemeinsame Begehung stattgefunden. Da somit innert Monatsfrist seit Anzeige der Bezugsbereitschaft keine gemeinsame Begehung des Werks stattgefunden habe, gelte das Werk zwar als abgenommen. Die Abnahme habe jedoch keine Genehmigungswirkung gezeitigt. Die Abnahme habe lediglich die zweijährige Rügefrist ausgelöst. Diese sei mit der Mängelrüge vom 4. September 2015 respektive der Mängelliste vom 29. September 2015 gewahrt worden (angefochtener Entscheid E. 8.4). Da der Beklagte im Übrigen nicht verpflichtet gewesen sei, die vorliegend geltend gemachten Mängel bereits während der Bauphase zu rügen, verhalte er sich auch nicht rechtmisbräuchlich, wenn er die Mängel erst nach Bezug seiner Wohnung gerügt habe, zumal er bereits anlässlich der Stockwerkeigentümersversammlung vorgebracht habe, mit der Projektänderung nicht einverstanden zu sein (angefochtener Entscheid E. 8.5). Die fünfjährige Verjährungsfrist für den realiter zu erfüllenden Nachbesserungsanspruch des Beklagten sei noch nicht abgelaufen (angefochtener Entscheid E. 8.6).

Näher zu untersuchen sei jedoch, ob ein Nachbesserungsanspruch bestehe. Gemäss Art. 169 Abs. 1 Satz 1 SIA-Norm 118 habe der Bauherr zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer Nachbesserung innert angemessener Frist zu verlangen. Nach Ablauf dieser Frist könne der Bauherr auf der Nachbesserung beharren, wenn diese im Verhältnis zu seinem Interesse an der Mängelbeseitigung nicht übermässige Kosten verursache

(Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118). Habe sich der Unternehmer geweigert nachzubessern, so stünden dem Bauherren die Rechte nach Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1–3 schon vor Ablauf der Nachbesserungsfrist zu (Art. 169 Abs. 2 SIA-Norm 118) (angefochtener Entscheid E. 8.7.1). Übermässig seien die Kosten, wenn das Interesse des Bauherrn an der Mängelbeseitigung die Kosten der Nachbesserung nach Treu und Glauben nicht zu rechtfertigen vermöchten (angefochtener Entscheid E. 8.7.2). Bezüglich des Rückbaus der Garage habe der Beklagte ausgesagt, diese störe ihn nicht gleich stark wie der Sitzplatz, aber wenn er daran vorbeilaufe, sei es schöner mit Wiese und Blumen. Seine Privatsphäre sei dadurch aber nicht beeinträchtigt. Das Interesse des Beklagten an der entsprechenden Beseitigung vermöge somit ohne Zweifel die Kosten der Nachbesserung (Rückbau einer Garage und unterirdische Verbindung) nicht zu rechtfertigen (angefochtener Entscheid E. 8.7.2.1). Betreffend die Wohnungen B3 / B4 / Terrasse lehnte es die Vorinstanz aufgrund der diversen eingereichten Fotografien und Pläne ab, einen Augenschein durchzuführen. Die Klägerinnen hätten den Beklagten nach dem abgeschlossenen Kauf nicht genügend über die Planänderungen informiert und diesen mit dem abgeänderten Bau vor vollendete Tatsachen gestellt. An der Mängelbeseitigung habe der Beklagte ein wirtschaftliches Interesse, da der Wert seiner Wohnung durch die gewährte Aussicht, Privatsphäre und Ruhe beeinflusst werde. Weiter habe sich die Wertquote der Stockwerkeinheit des Beklagten um drei Promille reduziert. Die immateriellen Interessen (Privatsphäre, Ruhe, Aussicht) würden die materiellen jedoch klar überwiegen. Zwar seien diese immateriellen Interessen objektiv nachvollziehbar, nach dem Ermessen des Gerichts aber nicht in dem Masse berechtigt, in dem sich der Beklagte beeinträchtigt fühle. Die neue Terrasse befinde sich in einer Entfernung von 13 Metern. An dieser Häuserfront seien von Anfang an Fenster sowie ein Patio-Sitzplatz geplant gewesen. Auch wenn die Fenster schräg geplant gewesen seien, hätte man somit zumindest teilweise in das Schlafzimmer des Beklagten hineingesehen. Das Schlafzimmer bzw. sein Büroplatz wären daher auch bei der ursprünglichen Planung nicht vollumfänglich vor Blicken sowie Immissionen der Nachbarn geschützt gewesen. Dass die Klägerinnen die Terrasse im Spätherbst, Winter und Frühling täglich ab 16:00 Uhr zum Sonnen, Reden und Grillieren nutzten, erscheine eher fraglich, zumal der Beklagte bei der Wohnungsanzeige auf K. selber geschrieben habe, es handle sich bei seiner Wohnung um ein Objekt mit "penthouseartiger Privatsphäre mit panoramaartiger Aussicht ins Grüne an ruhiger, sonniger Lage". Die Terrasse befinde sich denn auch seitlich gegen hinten versetzt in 13 Metern Entfernung und die Hauptausrichtung der Wohnung des Beklagten sei gegen vorne. Das vom Beklagten vorgebrachte Interesse an der Mängelbeseitigung vermöge die vorgebrachten Kosten der Nachbesserung in der Höhe von Fr. 1 Mio. nach Treu und Glauben daher nicht zu rechtfertigen. Das Begehren des Beklagten auf Nachbesserung sei daher abzuweisen. Eine Wandelung oder Minderung mache

der Beklagte nicht geltend und seien daher auch nicht zu prüfen (angefochtener Entscheid E. 8.7.2.2).

In Bezug auf die Forderung der Klägerinnen führte die Vorinstanz aus, die Parteien seien sich einig, dass es sich um eine Restforderung des Kaufpreises und nicht um die Bezahlung von Sonderwünschen gehe. Zum vertraglich vereinbarten Rückhalterecht bezüglich Sonderwünsche erübrigten sich daher Ausführungen. Der Beklagte erhebe gegen die restliche Kaufpreisforderung die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach Art. 82 OR. Da ihm jedoch kein Nachbesserungsrecht zukomme, verfüge er auch über kein Rückhalterecht (angefochtener Entscheid E. 9.5).

### **3.1.2.**

Der Beklagte bringt gegen den Entscheid der Vorinstanz zusammengefasst vor, die Vorinstanz habe den Sachverhalt falsch festgestellt, das Recht unrichtig angewandt und einen unangemessenen Entscheid gefällt. Insbesondere habe sie übersehen, dass die umstrittenen Mängel die Eigentumsrechte des Beklagten verletzt hätten. Das vorsätzliche Bewirken des vertragswidrigen Zustands sowie das treuwidrige Verhalten der Klägerinnen sei von der Vorinstanz nicht berücksichtigt worden. Die Vorinstanz habe die Übermässigkeit der Nachbesserungskosten geprüft, ohne die Nachbesserungskosten konkret festgestellt zu haben, wobei weder die Höhe der Nachbesserungskosten noch deren Übermässigkeit von den beiden beweisbelasteten Klägerinnen behauptet und bewiesen worden seien. Den Sachverhalt habe die Vorinstanz auch hinsichtlich des Rückhalterechts der Restanz des Kaufpreises falsch festgestellt und das Recht falsch angewendet. Zudem habe die Vorinstanz ihr Ermessen falsch ausgeübt, indem sie die vorliegend massgebenden Kriterien nicht berücksichtigt habe. Mit ihrem Entscheid würde die Vorinstanz sodann einen grundbuchwidrigen und eigentumsverletzenden Zustand schützen, weshalb er unangemessen sei. Vor der Berufungsinstanz seien einerseits der Anspruch des Beklagten auf Nachbesserung und andererseits dessen Rückhalterecht für einen Teil des Kaufpreises umstritten (Berufung Rz. 5, 13 ff. und 117 ff.).

## **3.2.**

### **3.2.1.**

Stockwerkeigentum ist der Miteigentumsanteil an einem Grundstück, der dem Miteigentümer das Sonderrecht gibt, bestimmte Teile eines Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen (Art. 712a Abs. 1 ZGB). Gegenstand des Sonderrechts können einzelne Stockwerke oder Teile von Stockwerken sein, die als Wohnung oder als Einheiten von Räumen zu geschäftlichen oder anderen Zwecken mit eigenem Zugang in sich abgeschlossen sein müssen, aber getrennte Nebenräume umfassen können (Art. 712b Abs. 1 ZGB). Nicht zu Sonderrecht zugeschieden werden können: der Boden der Liegenschaft, die Bauteile, die für den Bestand, die

konstruktive Gliederung und Festigkeit des Gebäudes oder der Räume anderer Stockwerkeigentümer von Bedeutung sind oder die äussere Gestalt und das Aussehen des Gebäudes bestimmen sowie die Anlagen und Einrichtungen, die auch den anderen Stockwerkeigentümern für die Benutzung ihrer Räume dienen (Art. 712b Abs. 2 ZGB).

Begründet wird das Stockwerkeigentum durch seine Eintragung im Grundbuch (Art. 712d Abs. 1 ZGB). Im Begründungsakt sind die räumliche Auscheidung und der Anteil jedes Stockwerks am Wert der Liegenschaft in Bruchteilen mit einem gemeinsamen Nenner (Wertquote) anzugeben (Art. 712e Abs. 1 ZGB). Änderungen der Wertquoten bedürfen der Zustimmung aller unmittelbar Beteiligten und der Genehmigung der Versammlung der Stockwerkeigentümer; doch hat jeder Stockwerkeigentümer Anspruch auf Berichtigung, wenn seine Quote aus Irrtum unrichtig festgesetzt wurde oder infolge von baulichen Veränderungen des Gebäudes oder seiner Umgebung unrichtig geworden ist (Art. 712e Abs. 2 ZGB).

### **3.2.2.**

Der Stockwerkeigentümer ist in der Verwaltung, Benutzung und baulichen Ausgestaltung seiner eigenen Räume frei, darf jedoch keinem anderen Stockwerkeigentümer die Ausübung des gleichen Rechtes erschweren und die gemeinschaftlichen Bauteile, Anlagen und Einrichtungen in keiner Weise beschädigen oder in ihrer Funktion und äusseren Erscheinung beeinträchtigen (Art. 712a Abs. 2 ZGB). Für die Zuständigkeit zu Verwaltungshandlungen und baulichen Massnahmen gelten die Bestimmungen über das Miteigentum (Art. 712g Abs. 1 i.V.m. Art. 647 ff. ZGB). Soweit diese Bestimmungen es nicht selber ausschliessen, können sie durch eine andere Ordnung ersetzt werden (Reglement; Nutzungs- und Verwaltungsordnung), jedoch nur im Begründungsakt oder mit einstimmigem Beschluss aller Stockwerkeigentümer (Art. 712g Abs. 2 ZGB). Im Übrigen kann jeder Stockwerkeigentümer verlangen, dass ein im Begründungsvertrag aufgestelltes Reglement über die Verwaltung und Benutzung durch Beschluss mit der Mehrheit der Stockwerkeigentümer, die zugleich zu mehr als der Hälfte anteilsberechtigt ist, geändert wird (Art. 712g Abs. 3 ZGB). Soweit das Gesetz nicht besondere Bestimmungen enthält, finden auf die Versammlung der Stockwerkeigentümer die Vorschriften über die Organe des Vereins und über die Anfechtung von Vereinsbeschlüssen Anwendung (Art. 712m Abs. 2 ZGB).

Bei der Unterlassungspflicht nach Art. 712a Abs. 2 ZGB handelt es sich gemäss dem Bundesgericht um eine unmittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkung. Befugnisse des Stockwerkeigentümers zu eigenmächtigen Umbauarbeiten an gemeinschaftlichen Teilen gebe es auch dann nicht, wenn damit keine Beschädigung oder Beeinträchtigung verbunden wären. Dies wäre mit der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung in Bezug auf die ge-

meinschaftlichen Bauteile betreffenden Verwaltungshandlungen und baulichen Massnahmen nicht vereinbar. Denn diesbezüglich werde in Art. 712g Abs. 1 ZGB auf die Bestimmungen über das Miteigentum verwiesen, wonach notwendige bauliche Massnahmen der Zustimmung der Mehrheit aller Miteigentümer bedürften, soweit sie nicht als gewöhnliche Verwaltungshandlungen von jedem Einzelnen vorgenommen werden dürften (Art. 647c ZGB). Nützliche bauliche Massnahmen bedürften gar der Zustimmung der Mehrheit aller Miteigentümer, die zugleich den grösseren Teil der Sache vertrete (Art. 647d Abs. 1 ZGB), und der Verschönerung und Bequemlichkeit dienende Massnahmen bedürften der Zustimmung aller Miteigentümer (Art. 647e Abs. 1 ZGB). Ein Stockwerkeigentümer, der sich nicht an diese Ordnung halte und bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Bauteilen eigenmächtig verändern lasse, greife in dingliche Rechtspositionen der anderen Stockwerkeigentümer ein und mache sich damit nicht nur privatrechtlich, sondern unter Umständen auch strafrechtlich verantwortlich (BGE 135 III 212 E. 3.2; vgl. auch SCHWARZ, Aktuelle Rechtsprechung zum Stockwerkeigentum, in: Wermelinger [Hrsg.], Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2017, S. 77 ff.; WERMELINGER, Zürcher Kommentar zum Stockwerkeigentum, 2. Auf. 2019, Art. 712a N. 140).

Die rechtlichen Beziehungen zwischen den einzelnen Stockwerkeigentümern und der Gemeinschaft betreffend gemeinschaftliche Belange sind somit grundsätzlich via Beschlussfassung zu regeln. Dies gilt insbesondere für Verwaltungshandlungen und bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Bauteilen (Art. 647 ff. i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB; BGE 147 III 553 E. 5.1). Bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Bauteilen bedürfen unabhängig davon, ob sie notwendig, nützlich oder luxuriös sind, eines Beschlusses der Gemeinschaft; nur die gesetzlichen Beschlussfassungsquoten sind unterschiedlich (Art. 647c ff. i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB; BGE 147 III 553 E. 5.2). Davon ausgenommen sind gewöhnliche und dringliche Verwaltungshandlungen (Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 und Art. 647a i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB; BGE 147 III 553 E. 5.2).

#### **4.**

##### **4.1.**

Im vorliegenden Fall ist vorab zu prüfen, ob die Klägerinnen hinsichtlich der Widerklage passiv- und der Beklagte aktivlegitimiert sind. Denn wenn entweder die Passiv- oder die Aktivlegitimation zu verneinen ist, dann wäre die Widerklage bereits aus diesem Grund abzuweisen.

##### **4.1.1.**

Die Vorinstanz liess in Bezug auf die Widerklage die Frage der Aktiv- und Passivlegitimation der Parteien ausdrücklich offen. Sie führte aber im Rahmen eines obiter dictum aus, dass ein Stockwerkeigentümer seine vertraglichen Nachbesserungsansprüche gegenüber dem Unternehmer auch

dann ungeteilt ausüben könne, wenn diese Ansprüche gemeinsame Bauteile eines in Stockwerkeigentum aufgeteilten Werkes betreffen. Im vorliegenden Fall betreffe der Antrag auf Nachbesserung des Beklagten jedoch nicht nur gemeinsame Bauteile, sondern auch Teile in Sonderrecht. Weiter verfolge der Beklagte keine gemeinschaftlichen Interessen, sondern Eigeninteressen und die Klägerinnen träten in einer Zwitterfunktion als Unternehmerinnen und Stockwerkeigentümerinnen auf. Zudem hätten mehrere Stockwerkeigentümer ihre Einheit erst nach der Fertigstellung der Bauten erworben, wobei nach der Formulierung in den Kaufverträgen (Klagebeilage 2, Art. IV Ziff. 2) bereits bestehende bauliche Ausführung dem Baubeschrieb und allfälligen Plänen vorgehen würden. Diesbezüglich sei auf den Artikel von SCHWERY (Zur Vermeidung der Kollision von Gewährleistungsrechten im Stockwerkeigentum, BR 2018, S. 346 S. 353 ff.) hinzuweisen, der beim Nachbesserungsrecht fordere, dass Stockwerkeigentümer dieses nur kollektiv ausüben und durchsetzen könnten und in einer Stockwerkeigentümerversammlung einen Beschluss über die Ausübung des Nachbesserungsrechts zu fassen hätten (angefochtener Entscheid E. 7).

#### 4.1.2.

Der Beklagte bringt vor, die Aktiv- und Passivlegitimation seien im Hinblick auf BGE 145 III 8 (E. 3.5) zu bejahen. Für die Ausübung des Nachbesserungsrechts sei kein Beschluss der Stockwerkeigentümer erforderlich. Der Beklagte könne sein Nachbesserungsrecht gegen die Klägerinnen alleine geltend machen (Berufung Rz. 81 und 87).

#### 4.1.3.

Bereits in BGE 114 II 239 E. 5c/bb hielt das Bundesgericht fest, eine Besonderheit des werkvertraglichen Nachbesserungsanspruchs eines Stockwerkeigentümers für Mängel *an gemeinschaftlichen Anlagen* eines in Stockwerkeigentum aufgeteilten Gebäudes ergebe sich daraus, dass dieser unteilbar sei und grundsätzlich jeder Erwerber Anspruch auf Nachbesserung der gemeinschaftlichen Anlagen habe. Es präzisierte nach dieser Feststellung, dass der Nachbesserungsanspruch aber insofern quotenbezogen sei, als die eine Nachbesserung verlangenden Stockwerkeigentümer im externen Verhältnis die Kosten ausserhalb ihrer Quotenanteile zu übernehmen hätten und es eine Frage der internen Auseinandersetzung sei, ob sie diese Kosten auf die übrigen Miteigentümer überwälzen könnten (BGE 114 II 239 E. 5c/bb). In BGE 145 III 8 setzte sich das Bundesgericht mit dieser Präzisierung erneut auseinander und kam von derselben ab: Der Unternehmer, der vertraglich die Erstellung einer Stockwerkeinheit übernehme, verpflichte sich dem Besteller gegenüber zur Ablieferung des mängelfreien Werkes auch in Bezug auf Bauteile, die anderen Miteigentümern ebenfalls zur Nutzung zustünden. Der Nachbesserungsanspruch sei unteilbar und jeder einzelne Stockwerkeigentümer könne seine vertraglichen Nachbesserungsansprüche gegenüber dem Unternehmer auch dann un-



geteilt ausüben, wenn diese gemeinsamen Bauteile eines in Stockwerkeigentum aufgeteilten Werkes betreffen (BGE 145 III 8 E. 3.5). Demnach bleibt festzuhalten, dass der einzelne Stockwerkeigentümer, in seiner Funktion als Besteller, sowohl nach BGE 114 II 239 als auch nach BGE 145 III 8 (vgl. bspw. auch BGE 4A\_326/2009 E. 4) berechtigt ist, gegenüber dem Unternehmer allein den unteilbaren Nachbesserungsanspruch geltend zu machen. Die beiden Entscheide unterscheiden sich nur darin, dass der Stockwerkeigentümer neuerdings diejenigen Nachbesserungskosten, die seine Wertquote übersteigen, nicht mehr vorschüssen muss.

Dabei übersah das Bundesgericht in BGE 145 III 8 nach seinen eigenen Worten jene Schwierigkeiten nicht, die sich daraus ergeben können, dass die vertraglichen Gewährleistungsansprüche der einzelnen Stockwerkeigentümer nicht identisch sein müssen. Es könne sich dann unter Umständen die Frage stellen, ob ein einzelner Erwerber einer Stockwerkeinheit im Verhältnis zu seinen Miteigentümern seinen vertraglichen Anspruch auf Nachbesserung durchsetzen dürfe, wenn die Abweichung vom Vertrag ein gemeinschaftliches Bauteil betreffe. Insofern dürfte eine Koordination zwischen der Durchsetzung des werkvertraglichen Nachbesserungsanspruchs einzelner Erwerber von Stockwerkeigentum und den Regeln über die Beschlussfassung der Stockwerkeigentümergeinschaft erforderlich sein (BGE 145 III 8 E. 3.5). In diesem Sinne hatte das Bundesgericht schon in seinem Entscheid 4A\_306/2018 ausgeführt, der einzelne Stockwerkeigentümer könne seinen Erfüllungsanspruch "ohne Weiteres" geltend machen, auch wenn er gemeinsame Bauteile betreffe. Dies müsse konsequenterweise auch für den Nachbesserungsanspruch gelten, der lediglich ein modifizierter Erfüllungsanspruch sei. Soweit die Beschwerdeführerin [in jenem Verfahren] geltend mache, die Stockwerkeigentümer müssten betreffend die gemeinschaftlichen Bauteile auch gemeinsam handeln, andernfalls die Erfüllungsansprüche kollidieren könnten, womit der Verzicht des einen Stockwerkeigentümers den Erfüllungsanspruch des anderen verunmöglichen würde, vermenge sie die Fragen, wer ihr Vertragspartner und ihr gegenüber aktivlegitimiert sei mit der Frage, ob der eine Stockwerkeigentümer durch seine Handlungen die Position eines anderen in Bezug auf gemeinschaftliche Teile beeinträchtigen dürfe. Zwar könne eine Koordination zwischen der Durchsetzung der werkvertraglichen Ansprüche der einzelnen Erwerber von Stockwerkeigentum und den Regeln über die Beschlussfassung der Stockwerkeigentümergeinschaft erforderlich werden. Dies betreffe zunächst aber das Verhältnis der Stockwerkeigentümer untereinander (vgl. BGE 4A\_306/2018 E. 3.3).

Der Entscheid BGE 145 III 8 wurde in der Lehre insoweit begrüsst, als das Bundesgericht von seiner Rechtsprechung zur Quotenbezogenheit des Nachbesserungsanspruchs abrückte. Gleichzeitig wird dem Bundesgericht aber vorgeworfen, auf Feld 1 zurückzukehren, da es die Wirrungen um die

kollidierenden Gewährleistungsrechte im Stockwerkeigentum nicht entflochten habe (SCHWERY, Zur Vermeidung der Kollision von Gewährleistungsrechten im Stockwerkeigentum, BR 2018, S. 350 f. und 352; CARRON, Garantie pour les défauts affectant les parties communes d'une PPE, ZBGR 2020, S. 76, vgl. auch S. 95 ff., wo eine Übersicht über die Vielzahl der in der Lehre aufgezeigten Möglichkeiten gegeben wird, wie sich die konkurrierenden Gewährleistungsrechte der einzelnen Stockwerkeigentümer an gemeinschaftlichen Bauteilen koordinieren liessen). Solche Kritik vermag indes an der geltenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung nichts zu ändern, wonach – zumindest zurzeit – jeder Stockwerkeigentümer berechtigt, d.h. aktivlegitimiert, ist, von seinem Vertragspartner auch die Nachbesserung an gemeinschaftlichen Bauteilen zu verlangen und eine allfällige Koordination der Gewährleistungsrechte diverser Stockwerkeigentümer via das Stockwerkeigentumsrecht nur deren internes Verhältnis beschlägt.

#### **4.1.4.**

##### **4.1.4.1.**

Gestützt auf diese Ausführungen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss der Beklagte in Bezug auf seinen widerklageweise geltend gemachten, realiter zu erfüllenden Nachbesserungsanspruch als aktivlegitimiert betrachtet werden. Er war Käufer seines jetzigen Stockwerkeigentumsanteils und Besteller der Terrassenüberbauung. Verkäuferinnen und Unternehmerinnen waren die beiden Klägerinnen. Dementsprechend ging die Vorinstanz von einem Grundstückskaufvertrag mit Bauleistungspflicht aus. Der Beklagte als Besteller ist daher legitimiert, von den Klägerinnen als Unternehmerinnen die Nachbesserung an gemeinschaftlichen Bauteilen zu verlangen. Eines Beschlusses der Stockwerkeigentümer bedarf es hierzu nicht, wie der Beklagte richtig ausführt (Berufung Rz. 87).

Soweit die Vorinstanz diesbezüglich nebenbei ausführt, der Nachbesserungsanspruch des Beklagten betreffe nicht nur gemeinsame Bauteile, sondern auch Teile in Sonderrecht (angefochtener Entscheid E. 7), so ist dies nicht verständlich (zumal jedwede Ausführungen fehlen, welche Teile im Sonderrecht durch den beklagtischen Nachbesserungsanspruch betroffen sein sollen). Was die vom beklagtischen Nachbesserungsanspruch betroffenen baulichen Massnahmen der Klägerinnen anbelangt, so weichen diese vom ursprünglichen Bauprojekt und dem ursprünglichen Begründungsakt des Stockwerkeigentums (Antwortbeilage 5) ab und beziehen sich – unbestrittenermassen – auf Grundstücksteile, die – zumindest bisher – niemandem zu Sonderrecht zugeteilt wurden (für den Umfang der Sonderrechte sind nach wie vor der Begründungsakt des Stockwerkeigentums [Antwortbeilage 5] und das Benutzungs- und Verwaltungsreglement [Antwortbeilage 8] massgebend). Soweit die Klägerinnen in diesem Kontext in der Berufungsantwort (S. 23) vorbringen, sie hätten in ihrer Widerklagedup-

lik bereits ausführlich dargelegt, dass aufgrund der umstrittenen Projektänderungen auch vier weiteren Stockwerkeigentumseinheiten zulasten der Allgemeinfläche Mehrflächen zugewiesen worden seien ((a) die allgemeine Gangfläche im Keller unter Haus C sei um 4.8 m<sup>2</sup> reduziert und den Einheiten B1 und C1 als Sonderrecht zugewiesen worden; b) weitere rund 29 m<sup>2</sup> seien den Einheiten B0, C0 und C1 zugewiesen worden [Rasen, Rasen- / Kiesfläche und Patio]; c) die Rasen- / Kiesfläche habe bei der Einheit A0 um 12.7 m<sup>2</sup> reduziert werden und der allgemeinen Böschung zugewiesen werden müssen), gehen die Ausführungen von vornherein ins Leere, nachdem sich der eingeklagte Nachbesserungsanspruch nicht auf diese baulichen Massnahmen bezieht (vgl. vorne E. 1.3).

Was die weitere Erwägung der Vorinstanz anbelangt, wonach der Beklagte mit seinem Nachbesserungsanspruch keine gemeinschaftlichen Interessen, sondern Eigeninteressen verfolge (ebenfalls E. 7 des angefochtenen Entscheids), so steht diese in keinem erkennbaren Zusammenhang mit der Aktivlegitimation des Beklagten zur Geltendmachung eines Nachbesserungsanspruchs, zumal in einem Zivilprozess ein (Wider-) Kläger typischerweise eigene Interessen geltend macht und zur Bejahung eines Rechtsschutzinteresses (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO) grundsätzlich auch geltend machen muss (vgl. dazu immerhin auch unten E. 4.2).

Eine dritte von der Vorinstanz in E. 7 des angefochtenen Entscheids gemachte Bemerkung geht dahin, dass mehrere Stockwerkeigentümer ihre Einheit erst nach der Fertigstellung der Bauten erworben hätten, wobei nach der Formulierung in den Kaufverträgen bereits bestehende bauliche Ausführung dem Baubeschrieb und allfälligen Plänen vorgehe. Damit will die Vorinstanz wohl mit Bezug auf die im Nachgang zu BGE 145 III 8 ergangenen kritischen Lehrmeinungen ausdrücken, dass, was für den Beklagten einen Mangel darstelle, für die anderen Stockwerkeigentümer, soweit diese ihre Einheit erst nach der Fertigstellung der Bauten erworben haben, korrekte Vertragserfüllung sei, weshalb der Nachbesserungsanspruch des Beklagten mit dem Anspruch auf korrekte Vertragserfüllung dieser anderen Stockwerkeigentümer kollidiere. Das ändert jedoch nichts daran, dass das Bundesgericht die Koordinierung solcher kollidierender Ansprüche im Rahmen einer stockwerkeigentumsrechtlichen Beschlussfassung bisher lediglich als interne Angelegenheit betrachtet und die Aktivlegitimation des einzelnen Stockwerkeigentümers davon nicht abhängen lässt (vgl. oben E. 4.1.3 in fine).

Die Aktivlegitimation des Beklagten ist daher zu bejahen.

#### **4.1.4.2.**

Die Klägerinnen verneinen ihre Passivlegitimation und argumentieren, nicht sie, sondern alle übrigen Stockwerkeigentümer seien – wohl als notwendige Streitgenossenschaft – ins Recht zu fassen (Berufungsantwort

S. 23 f.). Dem kann – bezogen allein auf das Werkvertragsverhältnis zwischen den Parteien – nicht gefolgt werden, zumal der Beklagte mit seiner Widerklage bloss einen werkvertraglichen und damit einen obligatorischen und nicht sachenrechtlichen Nachbesserungsanspruch durchsetzen will. Vertragspartner des Beklagten und damit Unternehmerinnen waren aber bloss die beiden Klägerinnen, weshalb sie in Bezug auf den geltend gemachten Nachbesserungsanspruch passivlegitimiert sind.

Was die weiteren Ausführungen der Klägerinnen zu ihrer fehlenden Berechtigung, gemeinschaftliche Bauteile ohne Zustimmung der anderen Stockwerkeigentümer zu verändern, angeht (Berufungsantwort S. 24; vgl. schon Replik und Widerklageantwort, act. 144), so beschlagen diese – entgegen ihrer Auffassung – nicht die Frage der Passivlegitimation, sondern jene der Unmöglichkeit (vgl. unten E. 4.2.3).

## **4.2.**

### **4.2.1.**

Nachdem sowohl die Aktiv- als auch die Passivlegitimation zu bejahen sind, ist der vom Beklagten eingeklagte Nachbesserungsanspruch zu prüfen. Diesbezüglich machten und machen die Klägerinnen Unmöglichkeit geltend: Der Beklagte verlange von ihnen, an den heute bestehenden Gebäudeteilen und Umgebungsflächen bauliche Veränderungen vorzunehmen, die von den anderen Stockwerkeigentümern durch Übernahme ihrer Stockwerkeigentumseinheiten ohne Mängelrüge stillschweigend genehmigt worden seien und heute somit im Eigentum der Stockwerkeigentümergemeinschaft stünden bzw. an denen den Stockwerkeigentümern gemeinschaftliche Rechte zustünden. Es werde bestritten, dass die beiden Klägerinnen an solchen Teilen nach Erstellung der Bauten ohne Zustimmung aller Stockwerkeigentümer und ohne Zustimmung der Stockwerkeigentümergemeinschaft zu baulichen Veränderungen legitimiert seien. Es sei den Klägerinnen rechtlich unmöglich, diesen Nachbesserungsanspruch des Beklagten zu erfüllen. Eine Nachbesserung könne ohne entsprechende, mit-eigentumsrechtliche Berechtigung nicht durchgeführt werden und wäre rechtlich unmöglich. Die weiteren Stockwerkeigentümer hätten kein Interesse daran, den Forderungen des Beklagten zuzustimmen. Diese hätten den heutigen Zustand bereits akzeptiert. Sie würden einer Veränderung des heutigen baulichen Zustands nie zustimmen. Demnach verlange der Beklagte von den Klägerinnen etwas, das sie nicht erfüllen könnten (Replik und Widerklageantwort, act. 144 und 151, Widerklageduplik, act. 245; vgl. nun Berufungsantwort S. 9 und 24).

Die Vorinstanz hat die Frage der Unmöglichkeit der Erfüllung des vom Beklagten geltend gemachten Nachbesserungsanspruchs nicht behandelt, sondern einen entsprechenden Anspruch aus einem anderen Grund (Übermässigkeit der mit der Nachbesserung verbundenen Kosten für die Klägerinnen im Sinne von Art. 368 Abs. 2 OR in fine) abgewiesen.

#### **4.2.2.**

Bezüglich der Frage der Unmöglichkeit ist vorab festzuhalten, dass die Behauptungen der Klägerinnen, wonach i) die weiteren Stockwerkeigentümer kein Interesse daran hätten, den Forderungen des Beklagten zuzustimmen, ii) sie den heutigen Zustand bereits akzeptiert hätten und iii) sie einer Veränderung des heutigen baulichen Zustands nie zustimmen würden, vom Beklagten unbestritten blieben. Es ist demnach in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen, dass es den Klägerinnen tatsächlich nicht möglich ist, die Zustimmung der übrigen Stockwerkeigentümer für die Ausführung des eingeklagten Nachbesserungsanspruchs einzuholen.

#### **4.2.3.**

Zu prüfen ist, ob es den Klägerinnen möglich ist, die Nachbesserung gegen den Willen der anderen Stockwerkeigentümer bzw. deren Zustimmung dazu zu erzwingen.

##### **4.2.3.1.**

Für eine Erzwingung der verlangten baulichen Massnahmen wäre vorausgesetzt, dass sich die vom Beklagten beantragten Nachbesserungsarbeiten als für die Erhaltung des Werts und der Gebrauchsfähigkeit der Sache (hier: des in Stockwerkeigentumseinheiten aufgeteilten Grundstücks) notwendige Verwaltungshandlungen qualifizieren liessen (Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB, vgl. oben E. 3.2.2). Da es um den Wert bzw. die Gebrauchsfähigkeit der in (hier: qualifiziertem) Miteigentum stehenden Sache geht, muss die Massnahme – zumindest objektiv – im Interesse der Gemeinschaft liegen (denkbar ist, dass sich die Mehrheit der Stockwerkeigentümer weigert, einer Massnahme zuzustimmen, die für die Erhaltung des Werts und Gebrauchsfähigkeit der Sache notwendig ist, andernfalls Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB entbehrlich wäre).

Zweifellos hat der Beklagte ein Interesse am beantragten Rückbau der nordseitigen Vergrösserung des Hauses B, zumal er diesfalls die Aussicht aus der von ihm bewohnten Wohnung verbessern könnte und seine Privatsphäre nach seinen eigenen Angaben besser geschützt wäre (Protokoll der Hauptverhandlung vom 23. September 2021, act. 280). Es ist aber nicht erkennbar und auch nicht dargetan, weshalb der verlangte Rückbau notwendig sein sollte, um den Wert oder die Gebrauchsfähigkeit der (im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden) Sache zu erhalten. Die Vorinstanz hat denn auch in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, der Beklagte verfolge mit seinem Nachbesserungsanspruch bloss Eigeninteressen und keine gemeinschaftlichen Interessen, was der Beklagte nicht als falsch rügt. Gegenteil führte er in seiner Befragung aus, er sei der Einzige, der von der *Vergrösserung des Hauses B* an dessen Nordseite direkt betroffen sei (Protokoll der Hauptverhandlung vom 23. September 2021, act. 284). Anstelle der rückgebauten Nordseite des Hauses B wäre dort auch nur ein steiler Rasenhang (Böschung) zu finden (Berufung Rz. 57; Antwortbeilagen 25 und

48). Diesen gälte es zu unterhalten, ohne dass er genutzt werden könnte. Dass dies im Interesse der Stockwerkeigentümergeinschaft wäre, ist – zu Recht – nicht geltend gemacht. Was den beantragten *Rückbau der Garage inkl. unterirdischem Zugang* anbelangt, so führte der Beklagte in der Befragung aus, dass ihn diese nicht gleichermassen störe wie die Vergrößerung des Hauses B auf seiner Nordseite. Es wäre bloss schöner mit Wiese und Blumen, wenn er dort vorbeilaufe. Seine Privatsphäre sei durch diese aber nicht beeinträchtigt (angefochtener Entscheid E. 8.7.2.1; Protokoll der Hauptverhandlung vom 23. September 2021, act. 284). Solche rein ästhetischen Interessen – selbst wenn sie solche der Gemeinschaft wären – würden die Notwendigkeit der Verwaltungshandlung nicht begründen (vgl. BGE 141 III 357 E. 3.3). Demnach ist davon auszugehen, dass der nordseitige Rückbau des Hauses B ebenso wenig im Interesse der Gemeinschaft liegt.

Nach dem Gesagten können die vom Beklagten beantragten Nachbesserungsarbeiten in Bezug auf die Gemeinschaft gestützt auf den vorliegenden Tatsachenvortrag jedenfalls nicht als notwendige Verwaltungshandlungen i.S.v. Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB gelten. Die Klägerinnen könnten demnach auf dem gerichtlichen Weg keine Erlaubnis für die Ausführung der vom Beklagten beantragten Nachbesserungsarbeiten erwirken.

#### **4.2.3.2.**

##### **4.2.3.2.1.**

Der Beklagte argumentiert weiter, die Klägerinnen hätten auch einen vertraglichen Anspruch gegenüber den anderen Stockwerkeigentümern, alle notwendigen Schritte zu unternehmen, damit die abweichenden Bauten wieder mit dem Grundbucheintrag übereinstimmen würden. Denn alle Stockwerkeigentümer hätten in ihren jeweiligen Kaufverträgen erklärt, dass sie vom Inhalt und Umfang der Begründungserklärung und der im Grundbuch angemarkten Reglemente Kenntnis genommen hätten. Zusätzlich hätten sich alle Käufer verpflichtet, in sämtliche Rechte und Pflichten der Stockwerkeigentümergeinschaft einzutreten. Dies bedeute, dass die Käufer die Stockwerkeigentumsbegründung, wie sie im Grundbuch eingetragen sei, als verbindlich anerkannt hätten und verpflichtet werden könnten, die von den Eintragungen im Grundbuch abweichenden Bauten wieder in den Zustand zurückzuführen, damit die Bauten mit dem Grundbucheintrag übereinstimmten (Berufung Rz. 88).

Die Ziffer IV/10 des "Kaufvertrags" vom 11. Januar 2013 (Klagebeilage 2) enthält folgende Bestimmung:

" Der Käufer bestätigt mit seiner Vertragsunterschrift ausdrücklich, dass er vom Inhalt und Umfang der hienach aufgeführten Verträge Kenntnis genommen hat und in diese mit Rechten und Pflichten per Nutzen und Schadenbeginn eintritt:

10.1 Begründung von Stockwerkeigentum von LIG [...]

10.2 Benutzungs- und Verwaltungsreglement über LIG [...]

10.3 Nutzungs- und Verwaltungsordnung über die Tiefgarage LIG [...]

Die unter 10.1 bis 10.3 aufgeführten Unterlagen sind dem Käufer vor der Unterzeichnung dieser Urkunde bereits überreicht worden. Der Käufer erklärt, die gesetzlichen Bestimmungen über das Stockwerkeigentum, den Begründungsakt, die Aufteilungspläne, das Benutzungs- und Verwaltungsreglement der Stockwerkeigentümergeinschaft und die Nutzungs- und Verwaltungsordnung über die Autoeinstellhalle (Miteigentum Parzelle 1317-11) zu kennen und von den Verkäufern und der Urkundsperson alle von ihm gewünschten Auskünfte bezüglich des Inhaltes der genannten Schriftstücke erhalten zu haben.

Der Käufer hat davon Kenntnis, dass diese Reglemente für ihn in allen Teilen verbindlich sind (vgl. Art. 649a ZGB i.V.m. Art. 712g ZGB). Der Käufer unterzieht sich insbesondere der Gerichtsstand- und Domizilklausel von Art. 9.2 des Benutzungs- und Verwaltungsreglements der Stockwerkeigentümergeinschaft.

Der Käufer tritt hiermit in sämtliche Rechte und Pflichten der Stockwerkeigentümergeinschaft ein. Der Käufer verpflichtet sich mit seiner Vertragsunterschrift ausdrücklich, diese Rechte und Pflichten einem allfälligen Rechtsnachfolger zu überbinden, mit der entsprechenden Weiterbindungspflicht."

Inwiefern aus dieser Vertragsbestimmung, die über weite Strecken eine reine Wissens- und keine Willenserklärung darstellt, abgeleitet werden können soll, dass sich die anderen Stockwerkeigentümer gegenüber den Klägerinnen vertraglich verpflichtet hätten, alle Handlungen vorzunehmen, damit die von den Eintragungen im Grundbuch abweichenden Bauten wieder in den Zustand zurückgeführt werden könnten, in dem sie mit dem Grundbucheintrag übereinstimmten, ergibt sich dem Gericht nicht und wird vom Beklagten auch nicht näher begründet. Eine solche Pflicht lässt sich der zitierten Vertragsbestimmung gerade nicht entnehmen, ebenso wenig dem Begründungsakt (Antwortbeilage 5) oder den beiden Reglementen (Antwortbeilagen 8 f.). Vielmehr steht es jedem Stockwerkeigentümer frei, Änderungen am ursprünglichen Bauprojekt und dem Begründungsakt über das Stockwerkeigentum zu akzeptieren und darüber auch im Rahmen der stockwerkeigentumsrechtlichen Regeln Beschluss zu fassen. Träfe die Ansicht des Beklagten zu, wonach die beiden Klägerinnen gegenüber den anderen Stockwerkeigentümern einen vertraglichen Anspruch zur Mitwirkung beim Rückbau hätten, so stünde ihnen auch das Recht zu, Änderungen am Stockwerkeigentum einseitig gegenüber den anderen Stockwerkeigentümern und entgegen den Beschlussquoren des Stockwerkeigentumsrechts zu verbieten, denn – so die Argumentation des Beklagten – diese hätten den Begründungsakt ja als verbindlich anerkannt. Die Ansicht des Beklagten vermag bereits deshalb nicht zu überzeugen.

#### **4.2.3.2.2.**

Der Beklagte bringt schliesslich vor, die vertragliche Bestimmung in den Kaufverträgen, wonach die bereits bestehenden baulichen Ausführungen dem Baubeschrieb und allfälligen Plänen vorgingen, könne – entgegen der Vorinstanz (angefochtener Entscheid E. 7) – nicht so ausgelegt werden, dass diese eine Zustimmung zur Änderung der Stockwerkbegründung im Sinne einer Anpassung an die bauliche Realität beinhalte bzw. Art. 712e Abs. 2 ZGB und Art. 648 Abs. 2 ZGB vorgehe. Andernfalls wären diese zwingenden Bestimmungen verletzt, wonach eine Änderung der Wertquoten der Zustimmung aller unmittelbar Beteiligten und der Genehmigung der Stockwerkeigentümerversammlung und die Veränderung der Zweckbestimmung einer gemeinsamen Fläche der Zustimmung aller Miteigentümer bedürfe (Berufung Rz. 98 ff.). Auch dem kann nicht gefolgt werden:

Was die behauptete Zweckänderung anbelangt, so übersieht der Beklagte den Unterschied zwischen einer Zweckänderung, die nur einstimmig beschlossen werden kann, und einer blossen Änderung der Benutzungsart, für die das Quorum nach 647b Abs. 1 ZGB genügt. Der Zweck umschreibt die wirtschaftliche Gebrauchs- und Nutzungsweise (BGE 5A\_474/2017 E. 3.2.3 m.w.N.). Vorliegend besteht der Zweck des Stockwerkeigentums in der Wohnnutzung bzw. der Geschäftsnutzung ohne wesentlichen Störung sowie bezüglich der Tiefgarage im Einstellen von Autos und anderen Fahrzeugen (vgl. Antwortbeilage 5 Ziff. II/5). Eine Zweckänderung läge nur vor, wenn diese Zweckbestimmung in tiefgreifender, einschneidender Weise umgestaltet würde. Zwar kann dies auch bloss eine Stockwerkseinheit betreffen (vorliegend wird hingegen ein kleiner Teil der gemeinschaftlichen Fläche betroffen). Um in einem solchen Fall von einer Zweckänderung nach Art. 648 Abs. 2 ZGB auszugehen, müsste die Änderung aber einen erheblichen Einfluss auf den Gesamtcharakter der Liegenschaft aufweisen (BGE 5A\_474/2017 E. 3.2.3; vgl. zum Ganzen auch BGE 139 III 1 E. 4.3.3 und E. 4.4 sowie WERMELINGER, a.a.O., Art. 712a N. 174 ff.). Dies ist vorliegend nicht ersichtlich, kann mit Blick auf die folgenden Ausführungen aber offengelassen werden.

Die Vorinstanz hat an der beanstandeten Stelle (angefochtener Entscheid E. 7 in fine) zu Recht festgestellt, dass mehrere Stockwerkeigentümer ihre Einheit erst nach Fertigstellung der Bauten erworben hätten, wobei nach der Formulierung in den Kaufverträgen (Ziff. IV/2) bereits bestehende bauliche Ausführung dem Baubeschrieb und allfälligen Plänen vorgingen. Mit anderen Worten haben nachträglich dazu gestossenen Stockwerkeigentümer – trotz identischem Wortlaut – mit den Klägerinnen Werkverträge mit anderem Inhalt (gemäss effektiver Bauausführung anstatt gemäss Begründungsakt vom 5. Oktober 2012) abgeschlossen als der Beklagte, der bereits ab Plan kaufte. Daraus folgt, dass die beiden Klägerinnen gegenüber diesen Stockwerkeigentümern eine andere werkvertragliche Verpflichtung eingegangen sind als gegenüber dem Beklagten, nichts mehr und nichts



weniger. Dieses korrekte Vertragsverständnis der Vorinstanz hat nichts mit einer Zustimmung i.S.v. Art. 712e Abs. 2 ZGB und Art. 648 Abs. 2 ZGB zu tun. Und selbst wenn daraus eine implizite Zustimmung des jeweiligen Käufer-Bestellers abgeleitet würde, wäre damit noch keineswegs etwas über das Erreichen der notwendigen Beschlussquoren nach Art. 712e Abs. 2 bzw. Art. 648 Abs. 2 ZGB gesagt.

#### **4.2.4.**

Zusammenfassend ist den Klägerinnen beizupflichten, dass ihnen die vom Beklagten verlangte Nachbesserung – obwohl tatsächlich an sich durchaus möglich – jedenfalls im heutigen Zeitpunkt aus rechtlichen Gründen nicht (mehr) möglich ist. Denn ohne Zustimmung aller Stockwerkeigentümer (ausser den Klägerinnen selber) würde dies zu widerrechtlichen Eingriffen in deren Eigentumsrechte führen, nachdem unbestrittenermassen sie (die anderen Stockwerkeigentümer) zu dem vom Beklagten verlangten Rückbau nicht Hand bieten (oben E. 4.2.2) und die Klägerinnen über keine gesetzliche oder vertragliche Handhabe verfügen, den Rückbau bzw. die Zustimmung dazu zu erzwingen (oben E. 4.2.3).

#### **4.2.5.**

##### **4.2.5.1.**

Zu bestimmen sind die Auswirkungen der Unmöglichkeit auf das Nachbesserungsrecht, dies nicht zuletzt mit Blick auf das von den Klägerinnen gestellte Begehren auf Zahlung der Kaufpreis- bzw. Vergütungsrestanz (vgl. dazu nachfolgende E. 5).

Nach GAUCH (Der Werkvertrag, 6. Aufl., 2019, N. 1746) versteht sich von selbst und wird deshalb im Gesetz (Art. 368 OR) nicht eigens hervorgehoben, dass das Nachbesserungsrecht voraussetzt, dass die Mängelbeseitigung "objektiv (tatsächlich und rechtlich)" möglich ist. Dies hat zur Folge, dass einem Besteller bei entsprechender objektiver Unmöglichkeit der Nachbesserung als Mängelrechte von vornherein nur die Minderung und – wenn die dafür statuierten besonderen Voraussetzung (derart erheblicher Mangel oder qualifizierte Vertragsabweichung, dass das Werk für den Besteller unbrauchbar ist oder ihm die Annahme sonst billigerweise nicht zugemutet werden kann) gegeben sind (Art. 368 Abs. 1 OR) – die Wandelung sowie bei Verschulden des Unternehmers zusätzlich Schadenersatzansprüche zur Verfügung stehen.

Alternativ wäre nach den Regeln über die Unmöglichkeit vorzugehen (vgl. punktuell Art. 20 Abs. 1 OR und Art. 119 OR; umfassend zu den verschiedenen Formen der Unmöglichkeit [anfängliche vs. nachträgliche, objektive vs. subjektive, tatsächliche vs. rechtliche, verschuldete vs. unverschuldete, dauernde vs. vorübergehende] und deren Rechtsfolgen vgl. SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2020, § 63 und 64, N. 63.01 ff. und N. 64.01 ff.). Aus der Natur der Sache versteht sich

von selbst, dass eine tatsächlich unmögliche Leistung nicht erfüllt werden kann, aber auch bei rechtlicher Unmöglichkeit die *widerrechtliche* Leistung nicht erzwungen werden darf (BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1988, S. 247 "impossilium nulla obligatio"; SCHWENZER, a.a.O., N. 64.20 insbesondere für den Fall der vom Schuldner verschuldeten nachträglichen Unmöglichkeit).

Unter beiden rechtlichen Aspekten erscheint es ausgeschlossen, dass das Gericht die beiden Klägerinnen – unter Umständen mit den entsprechenden Vollstreckungskonsequenzen (der Beklagte beantragt eine Tagesbusse nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO) – zu einem Tun ermächtigt und verpflichtet, mit dem sie sich zivilrechtlich und strafrechtlich verantwortlich machen müssten. Ohnehin dürfte es sich dabei nicht um Alternativbegründungen handeln. Vielmehr lassen sich die Ausführungen von GAUCH als Rückgriff auf die Unmöglichkeitsregeln, wenn auch ohne nähere Begründung, verstehen. Denn – wie im vorstehenden Absatz ausgeführt – lässt eine (auch verschuldete) anfängliche oder nachträgliche *objektive* Unmöglichkeit einen Erfüllungsanspruch dahinfallen bzw. einen solchen (bzw. einen Vertrag, in dem eine objektiv unmögliche Leistung versprochen wird) gar nicht erst entstehen (Art. 20 Abs. 1 OR). Ob die Klägerinnen ein Verschulden an der objektiven Unmöglichkeit trifft, braucht nicht geprüft zu werden, weil der Beklagte daraus nur Schadenersatzansprüche ableiten könnte (Art. 97 Abs. 1 OR; SCHWENZER, a.a.O., N. 64.20), die vorliegend aber (auch) nicht (eventualiter) eingeklagt sind.

Am Rande sei erwähnt, dass selbst ein die Widerklage gutheissender Entscheid im vorliegenden Verfahren den Klägerinnen keinen Rechtfertigungsgrund zu verschaffen vermöchte, in das Miteigentum der anderen Stockwerkeigentümer einzugreifen. Denn abgesehen davon, dass das Gericht mit einer solchen Anordnung selber gegen die Rechtsordnung verstiesse, vermöchte ein solcher Entscheid das Verhältnis zwischen den beiden Klägerinnen und den restlichen Stockwerkeigentümern mangels deren Beteiligung am vorliegenden Prozess nicht zu regeln (COENDET, Subjektive Unmöglichkeit als regulatives Prinzip: Über die Funktion der subjektiven Leistungsunmöglichkeit als notwendiges systematisches Regulativ gegenüber dem Schuldnerverzug, recht 2009, S. 130 f.).

#### **4.2.5.2.**

Soweit der Beklagte schliesslich argumentiert, wenn seine Widerklage abgewiesen würde, stünde es den beiden Klägerinnen zu, quasi ohne Konsequenzen das ursprünglich vereinbarte Bauprojekt nach ihren eigenen Gutdünken und in Verletzung des beklagtischen Eigentumsrechts abzuändern (Berufung Rz. 136 ff.), ist im Folgenden zu entgegnen. Einerseits bleiben vertragswidrige Änderungen, auch wenn die nachträgliche Erfüllung tatsächlich oder rechtlich unmöglich ist, nicht folgenlos. Denn bei einer werk-

vertraglichen Schlechterfüllung steht dem Besteller – bei Unmöglichkeit einer Nachbesserung – das Minderungsrecht und gegebenenfalls das Wandlungsrecht zu; bei einer verschuldeten Vertragsverletzung tritt ein Schadenersatzanspruch hinzu (Art. 368 Abs. 2 OR). Solche Ansprüche bilden aber nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens (oben E. 4.2.5.1). Andererseits ist dem Beklagten entgegenzuhalten, dass er nicht Allein-, sondern nur Miteigentümer ist. Würde das Widerklagebegehren 2, erster Absatz, gutgeheissen, liefe dies darauf hinaus, dem Beklagten in Missachtung der stockwerkeigentümerrechtlichen und Beschlussregeln zu ermöglichen, seinen Willen – nicht nur im Verhältnis zu den Klägerinnen, sondern auch im Verhältnis zu den anderen Stockwerkeigentümern gegen deren Willen – durchzusetzen, weil die Schlechterfüllung eines Vertrages (als eines *obligatorischen*, d.h. nur die Vertragsparteien bindendes Verpflichtungsgeschäfts) durch die Klägerinnen gegenüber dem Beklagten vorliegt. Mit der Gutheissung des Widerklagebegehrens würde mit anderen Worten in die *sachenrechtliche* Stockwerkeigentümerordnung und damit in die Rechtspositionen der übrigen Stockwerkeigentümer eingegriffen, die unbestritten massen den status quo akzeptiert haben bzw. im Falle des Erwerbs der Stockwerkseinheiten nach Beendigung des Bauprojekts aufgrund ihrer mit den Klägerinnen geschlossenen Verträge akzeptieren müssen. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass – entgegen der offensichtlich vom Beklagten vertretenen Auffassung (vgl. insbesondere Berufung Rz. 136, wo er von der Aushöhlung seines [verfassungsmässig garantierten] Eigentumsrechts spricht) – ein Grundeigentümer (gleich ob Allein- oder nur Miteigentümer) das Eigentumsrecht an einer Baute und die damit verbundenen sachenrechtlichen, d.h. gegenüber jedermann wirksamen Abwehrrechte erst nach deren Erstellung erlangt (Art. 667 Abs. 2 ZGB). Mit anderen Worten erwirbt ein Besteller keine Eigentumsrechte an Bauprojekten, solange diese – auch wenn sie vertraglich geschuldet (gewesen) sein mögen – noch nicht realisiert sind bzw. wenn sie (vertragswidrig) nicht realisiert wurden. Zudem stehen einem Stockwerkeigentümer bei einer vertragswidrig erstellten Baute gegebenenfalls andere sachenrechtliche Rechtsbehelfe zur Verfügung, um gegen den Unternehmer – allenfalls unter Mitwirkung der anderen Stockwerkeigentümer – vorzugehen (vgl. bloss Art. 712a Abs. 2 ZGB, Art. 647c ff. i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB und Art. 641 ZGB, Art. 679 i.V.m. Art. 684 ZGB sowie Art. 928 ZGB). Solche sachenrechtliche Ansprüche des Beklagten sind vorliegend jedoch nicht zu prüfen, da sich dieser explizit auf seinen werkvertraglichen Nachbesserungsanspruch beschränkt (vgl. oben E. 1.3 und E. 4.2.5.1). Dass die anderen Stockwerkeigentümer – wie erwähnt – nicht bereit sind mitzuwirken, muss sich der Beklagte als blosser Mit- und nicht Alleineigentümer gefallen lassen, zumal aufgrund des vorgetragenen Sachverhalts im vorliegenden Verfahren keine notwendige Verwaltungshandlung umstritten ist, die der Beklagte auch im Alleingang gegen den Willen aller anderer Stockwerkeigentümer auf dem Gerichtsweg erwirken könnte (vgl. oben E. 4.2.3.1).

Letztlich ist auch zu berücksichtigen, dass gerade bei einem "Stockwerkeigentum ab Plan" bis zu einem gewissen Grade mit baulichen Änderungen gegenüber Plänen und Beschrieb zu rechnen ist (BGE 103 II 110 E. 3b, worin es um die Vergrösserung einer Wohnung von geplanten 107 m<sup>2</sup> auf 171 m<sup>2</sup> ging).

#### 4.3.

Zusammenfassend lässt sich demnach Folgendes festhalten: Die Klägerinnen lieferten dem Beklagten ein mangelhaftes Werk ab, indem sie nach der Veräusserung einer Einheit des in Stockwerkeigentumseinheiten aufgeteilten Grundstücks GB [...], (Antwortbeilage 5) am projektierten Bauprojekt gewisse bauliche Veränderungen vorgenommen haben, darunter i) die Erweiterung des Baukörpers des Hauses B (betreffend die Wohneinheit B3 / B4), d.h. dessen nordseitige Verlängerung um 3.55 m auf einer Breite von 10.07 m in Richtung des Grundstück-Nr. [...], und ii) die nicht abgebrochene, vorbestehende Einzelgarage, mit neuem unterirdischem Zugang. Auch wenn diese Mängel nicht ins Sonderrecht des Beklagten fallende Bestandteile betrafen, war der Beklagte grundsätzlich dazu berechtigt, von den Klägerinnen werkvertragliche Nachbesserung zu verlangen (oben E. 4.1). Ob alle Voraussetzungen eines Nachbesserungsanspruchs (insbesondere diejenige, dass die Nachbesserung den Klägerinnen keine übermässigen Kosten verursachen darf; vgl. Art. 368 Abs. 2 OR) bestanden, kann offengelassen werden. Denn der unter dem Gesichtspunkt des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrags (Klagebeilage 2) mangelhaft zu qualifizierende Bau steht im Miteigentum sämtlicher Stockwerkeigentümer. Da weder die Zustimmung aller Stockwerkeigentümer für die vom Beklagten im vorliegenden Prozess verlangten Nachbesserungsarbeiten vorliegt noch eine notwendige Verwaltungshandlung im Sinne von Art. 647 Abs. 2 ZGB zur Debatte steht oder die Zustimmung der übrigen Stockwerkeigentümer aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung erhältlich gemacht werden kann, könnten die Klägerinnen die angebotenen Nachbesserungsarbeiten nur unter Verletzung der Eigentumsrechte der anderen Stockwerkeigentümer in Auftrag geben. Dazu können die Klägerinnen vom zur Einhaltung der Rechtsordnung verpflichteten Gericht nicht ermächtigt bzw. verpflichtet werden (oben E. 4.2).

Nach dem Gesagten ist der vom Kläger widerklageweise eingeklagte Nachbesserungsanspruch, wenn er denn je entstanden wäre, nachträglich untergangen (oben E. 4.2.5.1). Ob dem Beklagten ein Anspruch auf ein anderes Gewährleistungsrecht (Minderung, Wandelung) und/oder Schadenersatz zusteht, braucht mangels entsprechender (Eventual-) Begehren des Beklagten (Art. 58 Abs. 1 ZPO) nicht behandelt zu werden. Auf die weiteren Rügen des Beklagten, die sich insbesondere auf die Voraussetzungen eines Nachbesserungsanspruchs beziehen, ist bei diesem Ergebnis ebenso

wenig einzugehen. Dementsprechend hat die Vorinstanz das Widerklagebegehren Ziffer 2 im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Die Berufung ist in diesem Punkt (Berufungsantrag Ziffer 1.2) abzuweisen.

## **5.**

### **5.1.**

Mit seinem Berufungsantrag Ziffer 1.1 hält der Beklagte daran fest, es sei die (von der Vorinstanz teilweise gutgeheissene) Klage vollständig, d.h. auch hinsichtlich der Forderung auf Zahlung der Kaufpreisrestanz abzuweisen. Er begründet dies einerseits mit dem Umstand, wonach er aufgrund seines Nachbesserungsanspruchs den letzten Teil des Kaufpreises in der Höhe von Fr. 248'625.55 nach Art. 82 OR zurückbehalten könne (Berufung Rz. 51, 67 und 211). Andererseits stehe ihm ein solches Rückhalterecht zu, weil die Klägerinnen den anderen Stockwerkeigentümern ebenfalls ein Rückhalterecht gewährt hätten (Berufung Rz. 68 ff.). In Bezug auf den Beklagten würden sich die Klägerinnen daher widersprüchlich verhalten (Berufung Rz. 71). Sie hätten keinen Anspruch auf vollständige Bezahlung des Kaufpreises, solange sie nicht das vereinbarte Werk geliefert hätten (Berufung Rz. 71). Weil dem Beklagten ein Rückhalterecht zustehe, sei auch kein Verzugszins geschuldet. Er befinde sich nicht seit dem 18. August 2015 in Verzug (Berufung Rz. 130, 212). Dementsprechend sei im Zeitpunkt der Betreibung Nr. [...] des Betreibungsamtes Q. der in Betreibung gesetzte Betrag noch gar nicht fällig gewesen, weshalb auch der Antrag auf Rechtsöffnung abzuweisen sei (Berufung Rz. 215).

## **5.2.**

### **5.2.1.**

Ist das Werk bei der Ablieferung mangelhaft, hat der Besteller, wenn er von seinem Recht auf Nachbesserung Gebrauch macht, das Recht, die Vergütungsleistung gestützt auf Art. 82 OR in gewissem Umfang zurückzubehalten (GAUCH, a.a.O., N. 2374), da das Nachbesserungsrecht den Erfüllungsanspruch des Bestellers bloss modifiziert und daher immer noch in einem Austauschverhältnis zum Werklohn steht (GAUCH, a.a.O., N. 2374, 2377 und 2380). Die Zurückhaltung des Werklohns ist daher ein zulässiges Mittel zur Durchsetzung des Nachbesserungsanspruchs, selbst wenn sich die Mängel auf untergeordnete Punkte beziehen und die Gebrauchsfähigkeit der Sache nicht ernsthaft beeinträchtigen (GAUCH, a.a.O., N. 2378).

Die Anwendung von Art. 82 OR setzt jedoch voraus, dass tatsächlich ein Nachbesserungsanspruch des Bestellers besteht (GAUCH, a.a.O., N. 2379). Zu beachten bleibt, dass der Rückbehalt nach Art. 82 OR weder den Eintritt bzw. die Fortdauer der Fälligkeit der Vergütungsschuld verhindert noch an sich etwas an der Vergütungsschuld ändert (GAUCH, a.a.O., N. 2381 und 2396).

### **5.2.2.**

Der Auffassung des Klägers, die Klage sei auch insoweit abzuweisen, als die Kaufpreisrestanz gefordert wird, weil er ein Rückhalterecht nach Art. 82 OR geltend machen könne, kann nicht gefolgt werden. Da eine Nachbesserung objektiv nicht (mehr) möglich ist, scheidet eine nachträgliche Erfüllung (im Rahmen einer Nachbesserung, vgl. oben E. 5.2.1) aus (vgl. oben E. 4.2.5.1), die dem Beklagten den Rekurs auf Art. 82 OR erst ermöglichte (vgl. oben E. 5.2.1 zweiter Absatz). Der Beklagte ist – wie erwähnt – auf die weiteren Mängelrechte (Minderung und gegebenenfalls Wandelung), bei Verschulden der Klägerinnen gepaart mit Schadenersatz, verwiesen, die vorliegend nicht eingeklagt wurden.

Selbst wenn es zuträfe, dass die Klägerinnen anderen Stockwerkeigentümern ein Rückhalterecht entgegen dem Wortlaut der mit diesen abgeschlossenen Kaufverträgen zugestehen würden, ist daraus aufgrund der Selbständigkeit der jeweiligen Kaufverträge kein widersprüchliches Verhalten abzuleiten, wenn sie ein Rückhalterecht des Beklagten ablehnen (vgl. nur Berufungsantwort S. 6). Aus dem Inhalt der anderen Kaufverträge kann der Beklagte offensichtlich nichts zu seinen Gunsten ableiten.

Andere Gründe, weshalb der Beklagte die Kaufpreisrestanz nicht schulde, bringt er nicht vor.

### **5.3.**

Nach dem Gesagten ist von der Fälligkeit der Kaufpreisforderung auszugehen (Art. 372 Abs. 1 OR), die für ihre gerichtliche Zusprechung ausreicht (vgl. Art. 75 Abs. 1 OR). Dies zumal sich der Beklagte eben nicht auf Art. 82 OR zu berufen vermag, der ein Leistungsverweigerungsrecht trotz Fälligkeit einräumt (vgl. oben E. 5.2.1, erster Absatz).

### **5.4.**

Soweit der Beklagte schliesslich die Verpflichtung zur Verzugszinszahlung (die einen von der blossen Fälligkeit zu unterscheidenden Verzug voraussetzt, vgl. Art. 102 OR) bestreitet, so begründet er dies ausschliesslich, aber zu Unrecht (vgl. vorstehende E. 5.3) mit dem Rückbehaltungsrecht gemäss Art. 82 OR. Damit erübrigt sich diesbezüglich eine weitergehende Auseinandersetzung mit der entsprechenden Begründung im angefochtenen Entscheid (dessen E. 9.6).

### **6.**

Zusammenfassend ist die Berufung abzuweisen, ohne dass zusätzliche vom Beklagten im Hauptverfahren offerierte Beweismittel abzunehmen wären oder seine Noveneingabe vom 24. Dezember 2021 in den Akten belassen werden müsste (vgl. prozessualer Berufungsantrag Ziffer 4).

## **7.**

### **7.1.**

#### **7.1.1.**

Mit Bezug auf die von der Vorinstanz getroffene Regelung der Prozesskosten rügt der Beklagte zunächst, die Vorinstanz habe den Streitwert nicht festgestellt (Berufung Rz. 76 f. und 229). Dies ist aber offensichtlich unzutreffend. Die Vorinstanz ging von einem Gebührenstreitwert von Fr. 1'013'121.30 aus, der sich offensichtlich aus den objektiv gehäuften Widerklagebegehren des Beklagten zusammensetzt, mit denen er einerseits die Verpflichtung der beiden Klägerinnen zur Bezahlung von Fr. 13'121.30 und andererseits die Verpflichtung der Klägerinnen zur Nachbesserung beantragte, wobei er den Streitwert für das letztere Rechtsbegehren selber auf Fr. 1 Mio. schätzte (Klageantwort und Widerklage, act. 30) bzw. bezifferte ("angesichts des Streitwerts von CHF 1'000'000.00"; Duplik und Widerklagereplik, act. 172) bzw. ausführte, der Streitwert belaufe sich insgesamt auf Fr. 1'013'121.30 (Klageantwort und Widerklage, act. 30).

#### **7.1.2.**

Der Beklagte macht geltend, die Vorinstanz hätte nicht auf seine Streitwertschätzung abstellen dürfen, sondern den Streitwert gutachterlich feststellen müssen.

Der Streitwert stellt ein prozessrechtliches Instrument dar und ist nicht Teil des zwischen den Parteien umstrittenen Tatsachenfundaments, auf das sie ihre Rechtsbegehren stützen und das im Bestreitungsfall zu beweisen wäre (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Art. 91 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass sich der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt. Gemäss Art. 91 Abs. 2 ZPO setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind.

Der Streitwert des (bezifferten) Widerklagerechtsbegehrens Ziffer 4 beträgt Fr. 13'121.30. Der Streitwert des Widerklagebegehrens 2 beläuft sich gemäss beklagtischer Schätzung auf Fr. 1 Mio. (vgl. oben E. 7.1.1). Diese Schätzung durften die Klägerinnen anerkennen, was sie in ihrem schriftlichen Schlussvortrag (act. 316) taten (vgl. Berufungsantwort S. 22). Demnach ging die Vorinstanz betreffend das Widerklagerechtsbegehren Ziffer 2 zu Recht von einer Einigung der Parteien über den Streitwert von Fr. 1 Mio. aus. Wieso die Vorinstanz nach Art. 91 Abs. 2 ZPO nicht auf die eigene, von den Klägerinnen anerkannte Schätzung des Widerklagebegehrens Ziffer 2 durch den Beklagten hätte abstellen dürfen, wird vom Beklagten nicht begründet und ist auch sonst nicht ersichtlich.

Schliesslich rechnete die Vorinstanz die einzelnen Streitwerte nach Art. 93 Abs. 1 ZPO richtigerweise zusammen und stellte gemäss Art. 94 Abs. 1 ZPO zutreffend nur auf den höheren Streitwert der Widerklage ab. Die vo-

rinstanzliche Feststellung, wonach der für die erstinstanzlichen Prozesskosten massgebende Streitwert Fr. 1'013'121.30 betrage, ist damit nicht zu beanstanden.

## **7.2.**

Betreffend die Verteilung der Prozesskosten sieht Art. 106 Abs. 2 ZPO vor, dass sich diese nach dem Verfahrensausgang richtet, wenn keine Partei vollständig obsiegt; Klageanerkennungen gelten dabei als Unterliegen. Im konkreten Fall obsiegt die Klägerinnen im vorinstanzlichen Verfahren im Umfang von Fr. 248'625.55 zufolge teilweiser Gutheissung ihrer Klage sowie im Umfang von Fr. 1 Mio. zufolge Abweisung des Widerklagerechtsbegehrens Ziffer 2. Demgegenüber unterlagen die Klägerinnen im Umfang von Fr. 52'284.55 zufolge teilweiser Abweisung ihrer Klage und im Umfang von Fr. 13'121.30 zufolge Anerkennung des Widerklagerechtsbegehrens Ziffer 4. Insgesamt stehen sich somit Obsiegensanteile in der Höhe von Fr. 1'248'625.55 und Unterliegensanteile von Fr. 65'405.85 gegenüber, was einem Obsiegensanteil der Klägerinnen von gut 95 % entspricht ( $\text{Fr. } 1'248'625.55 / [\text{Fr. } 1'248'625.55 + \text{Fr. } 65'405.85]$ ). Bei diesem Ergebnis ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz praxisgemäss sämtliche Prozesskosten dem Beklagten auferlegte (BGE 4A\_171/2021 E. 5.2).

## **7.3.**

Auch die Behauptung des Beklagten, dass die Vorinstanz die Höhe der Parteientschädigung nicht begründet habe (Berufung Rz. 228), ist offensichtlich unzutreffend. Die Vorinstanz, die sich diesbezüglich auf §§ 3 ff. AnwT berufen kann, führte in ihrer E. 12.2 aus, die Grundentschädigung betrage bei einem Streitwert von Fr. 1'013'121.30 Fr. 45'568.05, was korrekt ist. Weil die Grundentschädigung gemäss § 6 Abs. 1 AnwT nur die Instruktion, das Aktenstudium, rechtliche Abklärungen, die Korrespondenz und Telefongespräche sowie nur eine Rechtsschrift und die Teilnahme nur an einer behördlichen Verhandlung umfasst, gewährte die Vorinstanz für den zweiten Rechtsschriftenwechsel im Klageverfahren und jenen im Widerklageverfahren insgesamt einen Zuschlag von 55 % und für die Stellungnahme zum Beweisergebnis einen solchen von 15 %. Inklusive der Auslagen in der Höhe von Fr. 748.40 und der Mehrwertsteuer errechnete die Vorinstanz gestützt darauf korrekt eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 84'236.55 ( $= [\text{Fr. } 45'568.05 \times 1.7 + \text{Fr. } 748.40] \times 1.077$ ).

## **8.**

Nach dem Gesagten wird der Beklagte auch für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei einem zweitinstanzlichen Streitwert von noch Fr. 1 Mio. (Fr. 1'013'121.30 [erstinstanzlicher Streitwert gemäss vorstehender E. 7.1.2 in fine] ./. Fr. 13'121.30 [zweitinstanzlich nicht mehr streitiger Anspruch, vgl. oben E. 1.2]) sind die Gerichtskosten (Entscheidgebühr) auf Fr. 23'670.00 festzusetzen (§ 11 Abs. 1 VKD i.V.m. § 7



Abs. 1 VKD) und werden mit dem vom Beklagten in der Höhe von Fr. 23'800.00 geleisteten Kostenvorschuss verrechnet (Art. 111 ZPO).

Der Beklagte ist zudem zu verpflichten, den Klägerinnen eine Parteientschädigung für das Berufungsverfahren zu bezahlen. Die Grundentschädigung gemäss § 3 Abs. 1 lit. a AnwT beträgt beim oben erwähnten Streitwert Fr. 45'240.00. Ausgehend davon ist die den Klägerinnen zustehende zweitinstanzliche Parteientschädigung unter Berücksichtigung eines Abzugs von 20 % für die entfallene Verhandlung und eines Rechtsmittelabzugs von 25 % (§ 6 Abs. 2 und § 8 AnwT) einerseits und einer Auslagenpauschale von Fr. 150.00 und der Mehrwertsteuer andererseits auf gerundet Fr. 29'395.65 (= [Fr. 45'240.00 x 0.8 x 0.75 + Fr. 150.00] \* 1.077) festzusetzen.

---

### **Das Obergericht erkennt:**

#### **1.**

Die Berufung des Beklagten wird abgewiesen.

#### **2.**

Die obergerichtliche Entscheidgebühr von Fr. 23'670.00 wird dem Beklagten auferlegt. Sie wird mit dem von ihm in der Höhe von Fr. 23'800.00 geleisteten Vorschuss verrechnet.

#### **3.**

Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägerinnen eine zweitinstanzliche Parteientschädigung in der richterlich festgesetzten Höhe von Fr. 29'395.65 (inkl. Auslagen und MwSt.) zu bezahlen.

---

Zustellung an:

[...]

---

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

Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Der **Streitwert** des kantonalen Verfahrens beträgt **Fr. 1'000'000.00**.

---

Aarau, 22. September 2022

**Obergericht des Kantons Aargau**

Zivilgericht, 1. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Brunner

Tognella