

**ZVE.2021.41**  
(VZ.2019.23)  
Art. 2

**Entscheid vom 4. Januar 2022**

Besetzung      Oberrichter Marbet, Präsident  
                     Oberrichter Six  
                     Ersatzrichter Schneuwly  
                     Gerichtsschreiber Sulser

Klägerin            **A.**\_\_\_\_\_,  
                         [...]   
                         vertreten durch lic. iur. Rudolf Studer, Rechtsanwalt,  
                         Laurenzenvorstadt 19, Postfach, 5001 Aarau

Beklagter            **B.**\_\_\_\_\_,  
                         [...]   
                         vertreten durch Dr. iur. Hans Schibli, Rechtsanwalt,  
                         Bahnhofstrasse 57, Postfach, 5001 Aarau  
                         substituiert durch Daniela Bürgin,  
                         Bahnhofstrasse 57, Postfach, 5001 Aarau

Gegenstand        Definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

---

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

### **1.**

Mit Entscheid vom 28. Februar 2019 bestätigte das Bezirksgericht Lenzburg, Präsidium des Zivilgerichts, die von ihm zuvor am 12. November 2018 superprovisorisch angeordnete vorläufige Eintragung des von der Klägerin beantragten Bauhandwerkerpfandrechts im Umfang von Fr. 9'615.65 zzgl. Zins von 5 % seit 1. August 2018 (SZ.2018.79). Gleichzeitig setzte es der Klägerin eine Frist von vier Monaten ab Zustellung des Entscheids für die Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts an.

### **2.**

#### **2.1.**

Mit Klage vom 29. Mai 2019 stellte die Klägerin beim Bezirksgericht Lenzburg folgende Rechtsbegehren:

##### **1.**

Das Grundbuchamt Wohlen sei im Sinne von Art. 958 ZGB anzuweisen, auf der Liegenschaft X, im Eigentum von B., [...], die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für den Betrag von CHF 9'615.65 nebst Zins zu fünf Prozent seit dem 31. Juli 2018 zugunsten der Klägerin einzutragen.

##### **2.**

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

#### **2.2.**

Der Beklagte erstattete am 5. September 2019 die Klageantwort und beantragte, es sei die Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolgen abzuweisen und das Grundbuchamt Wohlen sei anzuweisen, die mit Entscheid des Gerichtspräsidiums Lenzburg vom 28. Februar 2019 angeordnete Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts über Fr. 9'615.65 zzgl. Zins von 5 % seit 1. August 2018 zu löschen.

#### **2.3.**

Mit Replik vom 30. Oktober 2019 bzw. Duplik vom 4. Dezember 2019 hielten die Parteien im Wesentlichen an ihren Anträgen fest.

#### **2.4.**

An der Hauptverhandlung vom 11. Juni 2020 wurde eine Parteibefragung durchgeführt. Für die Klägerin wurde C. befragt.

#### **2.5.**

Das Bezirksgericht Lenzburg, Präsidium des Zivilgerichts, fällte am 11. Juni 2020 folgenden Entscheid:

1.

In teilweiser Gutheissung der Klage wird das Grundbuchamt Wohlen angewiesen, auf dem Grundstück X, zugunsten der Klägerin ein Bauhandwerkerpfandrecht mit einer Pfandsumme von CHF 5'500.00 nebst Zins zu 5 % seit 1. August 2018 definitiv einzutragen.

2.

Die definitive Eintragung gemäss Ziff. 1 hiavor ersetzt die mit Entscheid vom 28. Februar 2019 (SZ.2018.79) gewährte provisorische Vormerkung des Bauhandwerkerpfandrechts.

3.

3.1.

Die Entscheidgebühr gemäss Entscheid des Gerichtspräsidiums Lenzburg vom 28. Februar 2019 (SZ.2018.79) in der Höhe von CHF 1'100.00 wird der Klägerin zu 43% mit CHF 473.00 und dem Beklagten zu 57% mit CHF 627.00 auferlegt. Die Entscheidgebühr wird mit dem Kostenvorschuss der Klägerin von CHF 850.00 verrechnet, so dass der Beklagte der Klägerin CHF 377.00 direkt zu ersetzen und der Gerichtskasse CHF 250.00 zu bezahlen hat.

3.2.

Die Entscheidgebühr für das vorliegende Verfahren in der Höhe von CHF 1'800.00 wird der Klägerin zu 43% mit CHF 774.00 und dem Beklagten zu 57% mit CHF 1'026.00 auferlegt. Die Entscheidgebühr wird mit dem Kostenvorschuss der Klägerin von CHF 1'800.00 verrechnet, so dass der Beklagte der Klägerin CHF 1'026.00 direkt zu ersetzen hat.

4.

Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung für das Summarverfahren (SZ.2018.79) sowie das vorliegende Verfahren von insgesamt CHF 2'950.50 zu bezahlen.

Im Übrigen haben die Parteien ihr Parteikosten selbst zu tragen.

**3.**

**3.1.**

Der Beklagte erhob gegen den ihm am 13. Juli 2021 zugestellten begründeten Entscheid am 13. September 2021 Beschwerde mit folgenden Anträgen:

1.

Es sei der Entscheid des Bezirksgerichts Zofingen vom 11. Juni 2020 vollumfänglich aufzuheben.

2.

Das Grundbuchamt Wohlen sei anzuweisen, die mit Entscheid des Gerichtspräsidiums Lenzburg vom 28. Februar 2019 angeordnete Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts über CHF 9'615.65 nebst Zins zu 5% seit 1. August 2018 zugunsten der Klägerin auf der Liegenschaft X, zu löschen.

3.

Unter o/e-Kostenfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

**3.2.**

Die Klägerin erstattete am 23. November 2021 Beschwerdeantwort und beantragte, auf die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen nicht einzutreten bzw. diese sei eventualiter abzuweisen.

---

## **Das Obergericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

#### **1.1.**

Der angefochtene Entscheid ist ein im vereinfachten Verfahren ergangener erstinstanzlicher Entscheid in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit. Da der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren unter Fr. 10'000.00 liegt, ist die Beschwerde das zulässige Rechtsmittel (Art. 319 lit. a ZPO i.V.m. Art. 308 Abs. 2 ZPO).

### **1.2.**

#### **1.2.1.**

Die Klägerin macht vorab geltend, es fehle an einer gehörigen Bevollmächtigung seitens des Beklagten. Mangels Substitutionsbewilligung der Aargauischen Anwaltskommission und Substitutionsvollmacht seitens Rechtsanwalt Hans R. Schibli für Daniela Bürgin sei auf die Beschwerde nicht einzutreten. Die die Beschwerde unterzeichnende Person (Daniela Bürgin) verfüge über keine Postulationsfähigkeit i.S.v. Art. 68 Abs. 2 ZPO. Folglich sei die Beschwerde auch nicht rechtsgültig i.S.v. Art. 221 Abs. 1 lit. f bzw. Art. 132 Abs. 1 ZPO unterzeichnet worden. Eine Nachfrist zur Verbesserung sei nur bei offensichtlichem Versehen zulässig, wovon hier keine Rede sein könne (Beschwerdeantwort, Rz. 3).

#### **1.2.2.**

Jede prozessfähige Partei kann sich im Prozess vertreten lassen (Art. 68 Abs. 1 ZPO). Zur berufsmässigen Vertretung zugelassen sind in allen Verfahren Anwältinnen und Anwälte, die nach dem Anwaltsgesetz (BGFA) berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichten zu vertreten (Art. 68 Abs. 1 lit. a ZPO). Der Vertreter der Partei hat sich durch eine Vollmacht auszuweisen (Art. 68 Abs. 3 ZPO). Dies ist durch die Gerichte von Amtes wegen zu prüfen, zumal es sich um eine Prozessvoraussetzung handelt (Art. 60 ZPO; TENCHIO, in: Basler Kommentar, Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 14 zu Art. 68 ZPO, m.H. auf Urteil des Bundesgerichts 5A\_15/2009 vom 2. Juni 2009 E. 4.1). Prozessvoraussetzungen müssen grundsätzlich im Zeitpunkt der Fällung des Sachurteils gegeben sein (BGE 140 III 159 E. 4.2.4). Mängel wie fehlende Unterschrift und fehlende Vollmacht sind innert einer gerichtlichen Nachfrist zu verbessern. Andernfalls gilt die Eingabe als nicht erfolgt (Art. 132 ZPO).

Den in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Anwälten kann die Bewilligung erteilt werden, eine Partei unter ihrer Verantwortung durch einen Anwaltskandidaten vertreten oder verbeiständen zu lassen (§ 3 EG BGFA [SAR 290.11]). Der Anwaltskandidat hat bei jedem Auftreten vor Ge-

richt eine Substitutionsvollmacht sowie die Substitutionsbewilligung vorzulegen. Das Gericht und die Gegenpartei sind rechtzeitig vor der Verhandlung über die Substituierung zu informieren (§ 13 AnwV [SAR.290.111]). Wird eine von einer unzulässigen Vertretung unterzeichnete Rechtsschrift eingereicht, weist das Gericht diese unter Ansetzung einer kurzen Frist zur Unterzeichnung durch die Partei selber oder eine zulässige Vertretung zurück mit der Androhung, dass andernfalls auf die Rechtsschrift nicht eingetreten werde (§ 4 Abs. 1 EG BGFA).

### **1.2.3.**

Entgegen den Vorbringen der Klägerin ist nicht ersichtlich, weshalb vorliegend die Ansetzung einer Nachfrist zur Verbesserung der Eingabe nicht hätte zulässig sein sollen. Das Vorliegen der Substitutionsvollmacht sowie der Substitutionsbewilligung ist unter Art. 132 Abs. 1 ZPO bzw. § 4 Abs. 1 EG BGFA zu subsumieren, womit dem Beklagten grundsätzlich eine Frist zur Nachbesserung zustünde. Anhaltspunkte, dass der Mangel nicht versehentlich, sondern absichtlich verursacht wurde, bestehen keine. Der Rechtsvertreter des Beklagten reichte nach Zustellung der Beschwerdeantwort denn auch von sich aus die Substitutionsbewilligung wie auch die Substitutionsvollmacht mit Eingabe vom 26. November 2021 unverzüglich nach. Aus dem Umstand, dass der Beklagte nicht ausdrücklich zur Nachreichung aufgefordert wurde, kann ihm kein Nachteil erwachsen. Die Vertretung des Beklagten bzw. die Einreichung der Beschwerdeschrift ist demnach nicht weiter zu beanstanden.

### **1.3.**

Weiter wendet die Klägerin in ihrer Beschwerdeantwort ein, in der Beschwerde werde beantragt, das Urteil des Bezirksgerichtes Zofingen vom 11. Juni 2020 sei aufzuheben. Ein solches Urteil gebe es im vorliegenden Verfahren nicht, weshalb es am genannten Anfechtungsobjekt fehle und auf die Beschwerde auch aus diesem Grund nicht einzutreten sei (Beschwerdeantwort, Rz. 4).

Zwar erwähnt der Beklagte in Ziffer 1 seiner Rechtsbegehren tatsächlich einen Entscheid des Bezirksgerichts *Zofingen* vom 11. Juni 2020. Aus der zweiten Ziffer der Rechtsbegehren, der zitierten Verfahrensnummer (VZ.2019.23) und der Begründung der Beschwerde ergibt sich aber ohne Weiteres, dass damit der Entscheid des Bezirksgerichts *Lenzburg* vom 11. Juni 2020 gemeint war, der der Beschwerde auch beiliegt (vgl. Art. 321 Abs. 3 ZPO) und auf den sich die Beschwerde wiederholt bezieht. Das beklagte Rechtsbegehren kann nach Treu und Glauben ausgelegt (Art. 52 ZPO) nur so verstanden werden, dass der Entscheid des Bezirksgerichts Lenzburg vom 11. Juni 2020 angefochten wird. Im Übrigen hat auch die Klägerin dies so verstanden, da sie sich im weiteren Teil ihrer Beschwerdeantwort auf diesen Entscheid bezieht.

**1.4.**

Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

**2.**

Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Obergericht kann aufgrund der Akten entscheiden (Art. 327 Abs. 2 ZPO).

**3.**

In teilweiser Gutheissung der Klage wurde das Grundbuchamt Wohlen durch die Vorinstanz angewiesen, zugunsten der Klägerin ein Bauhandwerkerpfandrecht mit einer Pfandsumme von Fr. 5'500.00 nebst Zins zu 5 % seit 1. August 2018 definitiv einzutragen. Die Vorinstanz erwog insbesondere, dass die Parteien für die Lieferung und Montage einer massgefertigten Küchenabdeckung auf dem im Alleineigentum des Beklagten stehenden Grundstück (X) einen Pauschalpreis von Fr. 9'500.00 (ohne Berücksichtigung eines Skontos) vereinbart hätten (angefochtener Entscheid E. 4 und 5.2). Nach Abzug der unbestrittenen Teilzahlung von Fr. 4'000.00 bestehe die Vergütungsforderung noch im Umfang von Fr. 5'500.00 (angefochtener Entscheid E. 6). Der Beklagte bringe vor, es lägen beim Werk der Klägerin wesentliche Mängel vor, sodass er aufgrund des Minderungsanspruchs einen Abzug am Werklohn von mehr als dem noch geschuldeten Betrag von Fr. 5'500.00 machen könne (angefochtener Entscheid E. 5.4.1). Dem Beklagten misslinge allerdings der Beweis, dass Mängel am Werk und damit verbunden ein Minderungsanspruch bestünden (angefochtener Entscheid E. 5.4.10).

Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB darf die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nur erfolgen, wenn die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist. Dass ein Pauschalpreis in der Höhe von Fr. 9'500 vereinbart wurde, ist vor Obergericht nicht mehr umstritten. Hingegen macht der Beklagte mit der vorliegenden Beschwerde geltend, der rechtlichen Würdigung der Vorinstanz betreffend die wesentlichen Mängel des Werkes könne nicht gefolgt werden. Gerügt werden Mängel im Zusammenhang mit i) der Verlegung der Wandplatten (Beschwerde, S. 5 f.), ii) der Aderung der Wandplatten beim Dampfabzug (Beschwerde, S. 6 f.), sowie iii) der beschädigten Hauptarbeitsplatte (Beschwerde, S. 7 f.). Aus der mangelhaften Zusammenführung der Ecken und Kanten leitet der Beklagte im Beschwerdeverfahren nichts mehr zu seinen Gunsten ab (Beschwerde, S. 9).

#### **4. [Verlegung der Wandplatten]**

##### **4.1.**

Hinsichtlich der Verlegung der Wandplatten erwog die Vorinstanz, der Beklagte mache eine Verletzung der anerkannten Regeln der Baukunde geltend. Er stütze sich hauptsächlich auf das von ihm eingereichte Parteigutachten. Die Klägerin bestreite die Behauptungen des Beklagten und mache geltend, die ausgeführte Arbeit entspreche den Regeln der Baukunde, wobei sie u.a. auf ein Schreiben der D. verweise. Das Bundesgericht habe immer wieder bestätigt, dass Parteigutachten keine Beweismittel, sondern blosser Parteibehauptungen seien. So verhalte es sich vorliegend auch mit dem vom Beklagten eingereichten Parteigutachten und dem von der Klägerin eingereichten Schreiben der D. Ein gerichtliches Gutachten sei seitens des beweisbelasteten Beklagten nicht beantragt worden. Die Folgen der Beweislosigkeit habe der beweisbelastete Beklagte zu tragen. Damit sei in Bezug auf die Verlegung der Wandplatten nicht von einem Mangel am Werk auszugehen (angefochtener Entscheid, E. 5.4.5).

##### **4.2.**

Der Beklagte bringt im Wesentlichen vor, er habe ein ausführliches Gutachten eines anerkannten Fachmanns des E.-verbandes erstellen lassen. Die Mängel seien mit dem Verweis auf die entsprechenden SIA Normen und/oder mit Fotos belegt sowie ausführlich umschrieben worden. Weil er der Ansicht gewesen sei, dieses Gutachten genüge und weil die Klägerin den Mangel nicht substantiiert bestritten habe, sei auf ein gerichtliches Gutachten verzichtet worden (Beschwerde, S. 4).

Die Vorinstanz gehe davon aus, dass der Mangel hinsichtlich der Verlegung der Wandplatten nicht genügend dargestellt worden sei, obwohl ein ausführliches und substantiiertes Gutachten vorliege. Das Gutachten sei gleich gewertet worden wie eine pauschale Aussage eines nicht näher bezeichneten Vertreters einer juristischen Person, welcher die in Frage gestellten Arbeiten nie besichtigt habe und daher betreffend die effektive Qualität der Arbeiten keine Aussagen habe treffen können. Demgegenüber habe das Gutachten explizit auf das Merkblatt des E.-verbandes ([...]) verwiesen und dargelegt, dass die Arbeiten nicht gemäss diesen Richtlinien erstellt worden seien und daher nicht den Regeln der Baukunde entsprächen (Beschwerde, S. 5 f.). Die Klägerin habe sich auf rein pauschale Bestreitungen gestützt, ohne anerkannte Regelwerke oder Normen beizuziehen. Sie sei ihrer Substantiierungspflicht nicht nachgekommen. Die vorinstanzliche Beweiswürdigung sei willkürlich und ein Mangel sei zu bestätigen (Beschwerde, S. 6).

##### **4.3.**

Die Gewährleistungsrechte des Bestellers (bspw. die Minderung) setzen voraus, dass ein Werk mangelhaft ist (Art. 368 OR). Mangelhaft ist der Leistungsgegenstand, wenn er vom Vertrag abweicht, wenn ihm eine zugesich-

cherte oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte und voraussetzbare Eigenschaft fehlt. Mithin beurteilt sich ausschliesslich nach Massgabe des konkreten Vertragsinhaltes, ob ein Mangel vorliegt oder nicht (Urteil des Bundesgerichts 4A\_173/2014 vom 10. Juni 2014 E. 5.2; vgl. ZINDEL/SCHOTT, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 7. Aufl. 2020, N. 9 zu Art. 368 OR). Der Unternehmer schuldet ein Werk, das eine normale Beschaffenheit aufweist. Es ist daher ein Werk in kunstgerechter Ausführung geschuldet, das den anerkannten Regeln der Technik (Baukunde) oder einem gleichwertigen Standard entspricht (GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2021, Rz. 1409 und 1411).

#### 4.4.

##### 4.4.1.

Soweit der Beklagte im Beschwerdeverfahren vorbringt, die Klägerin habe im vorinstanzlichen Verfahren ihre Ausführungen zur Verlegung der Wandplatten nicht substantiiert bestritten, kann ihm nicht gefolgt werden:

Der *Beklagte* brachte gestützt auf sein Parteigutachten im vorinstanzlichen Verfahren vor, die Wandplatten seien nicht nach den anerkannten Regeln der Baukunde verlegt worden. Insbesondere seien die Platten an der Wand nicht genügend am Untergrund angebracht worden. Es seien ausschliesslich Kleberpatschen verwendet worden unter Einhaltung eines Abstandes zum Untergrund von 6 Millimetern. Nach den Regeln der Baukunde wäre demgegenüber eine hohlraumarme und vollflächige Bettung auf dem Untergrund notwendig gewesen (Klageantwort, Rz. 11). Richtig ist zwar, dass die *Klägerin* nicht bestritt, die Platten mit Patschen befestigt zu haben (Replik, Rz. 7). Jedoch bestritt die Klägerin, dass ihre Arbeiten von den Regeln der Baukunde abweichen würden und diese zwingend eine hohlraumarme und vollflächige Bettung auf dem Untergrund verlangen würden (Replik, Rz. 7).

Gestützt auf die klägerischen Bestreitungen konnte der Beklagte ohne Weiteres erkennen, welche seiner Behauptungen – nämlich der Inhalt allfälliger Regeln der Baukunde – umstritten war, und für welche Behauptungen er als hinsichtlich des Vorliegens von Werkmängeln beweisbelastete Partei (Art. 8 ZGB; GAUCH, a.a.O., Rz. 1507) Beweis zu erbringen hatte (vgl. zur Bestreitungslast etwa BGE 141 III 433 E. 2.6). Die in Bezug auf das Vorliegen von Werkmängeln nicht beweisbelastete Klägerin war jedenfalls nicht gehalten, ihre Bestreitung zu begründen oder gar Gegenbehauptungen aufzustellen (BGE 144 III 519 E. 5.2.2.2; BAUMGARTNER, in: Kurzkommentar ZPO, 3. Aufl. 2021, N. 9 zu Art. 152 ZPO). Inwiefern die Klägerin ihrer Bestreitungslast also nicht nachgekommen sein soll, ist nicht ersichtlich und die entsprechende Rüge des Beklagten ist zu verwerfen.



#### **4.4.2.**

Ist somit in Bezug auf die Regeln der Baukunde von einer umstrittenen Tatsache auszugehen, so hätte der Beklagte diese im vorinstanzlichen Verfahren nachweisen müssen. In seiner Beschwerde führt der Beklagte nicht aus, dass er im vorinstanzlichen Verfahren in Bezug auf die Regeln der Baukunde ein Beweismittel angerufen habe. Seiner Ansicht, wonach sein Privatgutachten ein genügendes Beweismittel darstelle, kann mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung jedenfalls nicht gefolgt werden: Danach haben Parteigutachten im Zivilprozess keine Beweismittelqualität, sondern stellen blosser Parteibehauptungen dar. Wird somit eine Tatsachenbehauptung – i.c. der Inhalt der Regeln der Baukunde – von der Gegenpartei substantiiert bestritten, so vermögen Parteigutachten als reine Parteibehauptungen diese allein nicht zu beweisen. Als Parteibehauptungen mögen sie allenfalls zusammen mit – durch Beweismittel nachgewiesenen – Indizien den Beweis zu erbringen. Werden sie aber nicht durch Indizien gestützt, so dürfen sie als bestrittene Behauptungen nicht als erwiesen erachtet werden (zum Ganzen BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 437 f.).

Allein mit seinen Hinweisen auf das von ihm eingeholte Privatgutachten konnte der Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren daher den Inhalt der Regeln der Baukunde nicht nachweisen und infolgedessen in Bezug auf das Verlegen der Wandplatten auch keinen Werkmangel. Soweit der Beklagte in seiner Beschwerde diesbezüglich eine willkürliche Beweiswürdigung durch die Vorinstanz rügt (Beschwerde, Rz. 11), übersieht er, dass es mangels genügend der Beweismittelanträge gar nicht zu einer Beweisabnahme und daher auch nicht zu einer Beweiswürdigung kam. Demnach kann auch keine willkürliche Beweiswürdigung vorliegen.

#### **4.4.3.**

Richtig ist zwar, dass der Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren noch behauptete, der Deckputz sei weder abgestossen noch mechanisch aufgeraut worden (Klageantwort, Rz. 12), und dass diese Behauptung im vorinstanzlichen Verfahren unbestritten blieb. Indessen stellt die vom Beklagten gestützt darauf abgeleitete blosser Möglichkeit, dass sich der verwendete Kleber durch zu geringe Verkrallung auf der Deckputzoberfläche ablöse könnte – ohne dass es zu einer solchen gekommen ist und ohne dass eine entsprechende Regel der Baukunst nachgewiesen wäre –, noch keinen Werkmangel dar.

### **5. [Wandplatten beim Dampfabzug]**

#### **5.1.**

Betreffend die Aderung der Keramikplatten beim Dampfabzug erwog die Vorinstanz, dass sich der Beklagte selbst widerspreche. In seiner Mängelrüge vom 25. Juli 2018 bringe er vor, es seien entgegen der Abmachung zwei kleine anstatt eine grosse Keramikplatte verlegt worden. In der Klageantwort bringe er dies hingegen nicht mehr vor, sondern behaupte, bei

der Verlegung sei die Aderungen nicht berücksichtigt worden, weshalb die Platten beim Dampfabzug zu ersetzen seien. Die Nichtbeachtung der Maserung sei m.a.W. im Gegensatz zu den anderen behaupteten Mängeln nicht (rechtzeitig) gerügt worden, weshalb darauf nicht weiter einzugehen sei (angefochtener Entscheid, E. 5.4.6)

## **5.2.**

Der Beklagte bringt vor, die Abmachung, dass eine grosse Platte vereinbart worden sei, habe durch ihn nicht belegt werden können. Er hätte sich mit zwei kleinen Platten abfinden können, sofern diese fachmännisch und unter Berücksichtigung der Aderung verlegt worden wären, sodass dem ungeübten Auge die Tatsache, dass es sich um zwei Platten und nicht nur um eine handle, nicht sofort ins Auge spränge. Das Gutachten halte das fachmännische Vorgehen klar fest. Es müssten die Massaufnahmen für die keramischen Platten der Bauherrschaft vor Ausführung der Arbeiten zur Kontrolle und Unterzeichnung unterbreitet werden. Sei dies nicht möglich, sei der fachkundige Unternehmer dafür besorgt, seine Kunden nachweislich genügend aufzuklären. Die Vorinstanz hätte auf eine Preisminderung erkennen sollen, sofern sie den Mangel nicht anerkenne (Beschwerde, S. 7).

## **5.3.**

Nach der Ablieferung des Werkes hat der Besteller, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, dessen Beschaffenheit zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen (Art. 367 Abs. 1 OR). Eine Mängelrüge muss sachgerecht substantiiert werden. Der Besteller hat die Mängel nach ihrer Erscheinungsform und gegebenenfalls nach ihrer Lage so exakt zu bezeichnen, dass der Unternehmer erkennen kann, was an seinem Werk beanstandet wird (GAUCH, a.a.O., Rz. 2129 ff., m.w.H.).

## **5.4.**

Der Beklagte führte in seiner Mängelrüge vom 25. Juli 2018 aus, dass entgegen der Vereinbarung eine statt zwei Platten montiert worden seien. Dass eine Vereinbarung über die Verwendung einer einzigen Platte bestanden habe, wurde nicht nachgewiesen. Im Gegenteil: Der Beklagte führt selber aus, dass ihm ein entsprechender Nachweis nicht gelingen würde. In der Verwendung zweier anstatt bloss einer Platte ist demnach keine Vertragsabweichung und damit auch kein Mangel nachgewiesen. Dass die Aderung der zwei verwendeten Platten nicht korrekt berücksichtigt worden sei, rügte der Beklagte nie. Da die Klägerin – mangels gegenteiligem Nachweis – somit zu Recht davon ausging, zwei Platten verwendet haben zu dürfen, ergibt sich für sie aus dem Wortlaut der Mängelrüge vom 25. Juli 2018 nicht, dass sie die Aderungsverläufe nicht oder falsch berücksichtigt haben soll. Die Erwägung der Vorinstanz, wonach hinsichtlich der Musterrung der Platten keine rechtzeitige Mängelrüge vorliege, ist demnach nicht

zu beanstanden. Zudem wäre der Mangel nicht nachgewiesen (vgl. betreffend die fehlende Beweismittelqualität eines Parteigutachtens vorne E. 4.4.2).

## **6. [Beschädigte Hauptarbeitsplatte]**

### **6.1.**

Hinsichtlich der Hauptarbeitsplatte gehe der Beklagte – so die Vorinstanz – von einer Beschädigung aus, was im Gesamtbild ersichtlich sei. Die Platte müsse gemäss dem Beklagten ersetzt werden. Überdies habe die Klägerin keine erstklassige Ware, sondern B-Ware verbaut und ein Angestellter der Klägerin habe bei der Lieferung eine Platte fallen gelassen. Diese Platte habe nun einen Sprung. Die Klägerin bestreite die Ausführungen des Beklagten bzw. führe aus, es sei zwar eine Beschädigung an der Platte vorhanden gewesen, diese sei aber repariert worden. Auch hier unterliege der Beklagte einem Widerspruch: Einerseits führe er aus, die Klägerin habe B-Ware verbaut und mache damit sinngemäss minderwertige Ware geltend. Andererseits lasse er mit Hinweis auf das Parteigutachten ausführen, in Anbetracht des hohen Materialwertes müsse die Platte ersetzt werden. Hinzu komme, dass auf den vom Beklagten eingereichten Fotos infolge der schlechten Bildqualität die im Parteigutachten erwähnte optische Beeinträchtigung für das Gericht nicht erkennbar sei. Überdies halte das Privatgutachten, auf das sich der Beklagte stütze, gleichzeitig fest, die Platte sei professionell repariert worden und die Reparatur werde der üblichen Nutzung standhalten. Unter diesen Umständen gelinge es dem Beklagten nicht, in Bezug auf die Keramikplatte einen Mangel zu beweisen (angefochtener Entscheid, E. 5.4.8)

### **6.2.**

Der Beklagte bringt vor, er habe die Beschädigung der Platte durch die Klägerin gerügt («Kratzer») genauso wie den Umstand, dass es sich nicht um Keramikplatten handle, da die Platten Flüssigkeit aufsaugen würden, was bei Keramikplatten nicht vorkomme. Weiter behauptet der Beklagte, dass falls eine hochwertige Keramikplatte verbaut worden wäre, die Klägerin die Beschädigung unverzüglich ihrer Berufs-Haftpflichtversicherung hätte melden müssen. Wäre eine dem Beklagten zuzurechnende Hilfsperson für den Kratzer verantwortlich gewesen, hätte die Klägerin unverzüglich den Beklagten darauf hinweisen müssen, um den Fall seiner Haftpflichtversicherung zu melden. Die Platte sei aber trotz dem schweren Kratzer verbaut worden. Gemäss Gutachten sei das Gesamtbild ein wesentlicher Faktor und eine Reparatur müsse nicht toleriert werden. Der Verweis der Klägerin, dass ein Ersatz unverhältnismässig wäre, sei eine reine Schutzbehauptung. Der Mangel sei klar ersichtlich und bei einer Arbeitsplatte des täglichen Gebrauchs nicht zu übersehen. Soweit ein Ersatz nicht zumutbar sei, sei zumindest eine Preisminderung angebracht, was eine Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts über die beantragte Summe ausschliesse (Beschwerde S. 7 f.).

### **6.3.**

Werden vom Besteller Sachgewährleistungsansprüche geltend gemacht, so obliegt es dem Unternehmer zu behaupten, das Werk sei infolge verspäteter Mängelrüge genehmigt worden. Die Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge liegt jedoch nach der allgemeinen Regel beim Besteller. Die Verspätung der Rüge ist nicht eine rechtshindernde, sondern ihre Rechtzeitigkeit eine rechtsbegründende Tatsache. Die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge gehört zu den Anspruchsvoraussetzungen, die vom Besteller zu beweisen sind. Liegt die Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge beim Besteller, so gehört dazu auch der Nachweis, wann er den gerügten Mangel entdeckt hat (BGE 118 II 142 E. 3a; vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 4A\_252/2010 vom 25. November 2010 E. 6.2, 4A\_51/2007 vom 11. September 2007 E. 4.5).

### **6.4.**

#### **6.4.1.**

Zwar stellte die Vorinstanz entgegen den Behauptungen der Klägerin (vgl. etwa Replik, Rz. 21) fest, dass die Mängelrüge vom 25. Juli 2018 grundsätzlich rechtzeitig erfolgt sei (angefochtener Entscheid, E. 5.4.3). Mit der Minderwertigkeit der Ware («B-Ware») befasste sich die Mängelrüge vom 25. Juli 2018 allerdings nicht (Klageantwortbeilage 4). Der Beklagte belegte seine Behauptung, dass keine erstklassige, sondern B-Ware verbaut worden sei (Klageantwort, Rz. 25), vor der Vorinstanz u.a. mit einem Schreiben seines damaligen Rechtsvertreters vom 14. März 2019 (Klagebeilage 2). Die Abnahme des Werks erfolgte gemäss den vorinstanzlichen Erwägungen aber bereits am 19. Juli 2018 (angefochtener Entscheid, E. 5.4.3). Der Beklagte legte trotz der Bestreitung der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge durch die Klägerin nicht dar, inwiefern die angebliche Minderwertigkeit der Ware vor diesem Hintergrund noch rechtzeitig gerügt wurde, d.h. insbesondere, wann der Mangel entdeckt wurde. Selbst versteckte Mängel (was nicht geltend gemacht wird) wären sofort zu rügen (Art. 370 Abs. 3 OR). In Bezug auf die Qualität des Materials der Hauptarbeitsplatte wurde eine rechtzeitige Mängelrüge daher nicht nachgewiesen. Zudem würden die mit der Duplik eingereichten Fotos von nicht weiter spezifizierten Flecken und der Internetauszug von «mega-kuechen.ch», wonach bei Keramik «[k]eine Fleckenbildung durch Fett oder Säuren» auftreten würde (Duplikbeilagen 1 und 2; Duplik, Rz. 41 ff.) nicht ohne Weiteres belegen, dass es sich bei der eingebauten Platte um Ware minderer Qualität bzw. nicht um Keramik handelt.

#### **6.4.2.**

Was die geltend gemachte Beschädigung an der Hauptarbeitsplatte angeht ist unstrittig, dass diese repariert wurde. Dass nach wie vor ein zu behebender Mangel besteht, wurde seitens der Klägerin hingegen bestritten (Replik, Rz. 10). Wie bereits festgehalten, kann der beweisbelastete

Beklagte den Beweis für seine Behauptung mit dem Privatgutachten alleine grundsätzlich nicht erbringen (vgl. E. 4.4.2). Selbst wenn das Parteigutachten jedoch berücksichtigt würde, wäre die geltend gemachte Beschädigung der Platte aufgrund der schlechten Bildqualität nicht ersichtlich. Auf dem entsprechenden Bild Nr. 7 des Privatgutachtens (Klageantwortbeilage 2) ist zwar eine orange-bräunliche Verfärbung erkennbar. Dabei scheint es sich jedoch nicht um den fraglichen Mangel zu handeln, da dieser nie so beschrieben wurde. Vielmehr scheint sich die bemängelte Stelle entlang eines Lineals zu befinden. Aufgrund der sehr schlechten Bildqualität ist indessen nicht erkennbar, ob sich an dieser Stelle tatsächlich ein Kratzer bzw. eine sichtbare Reparaturstelle befindet und falls ja, wie stark dieser bzw. diese ausgeprägt ist. Bei dieser Ausgangslage kann – mangels anderer Beweismittel – nicht geprüft werden, ob der behauptete Kratzer tatsächlich wahrnehmbar ist und das Gesamtbild beeinträchtigt, womit der Werkmangel begründet wurde.

Dass der Mangel durch anderweitige Beweismittel erstellt wäre, bringt der Beklagte im Beschwerdeverfahren nicht vor. Selbst wenn demnach von einer rechtzeitigen Mängelrüge ausgegangen würde, gelänge es dem Beklagten im vorliegenden Verfahren in Bezug auf die Hauptarbeitsplatte nicht, einen Mangel nachzuweisen.

## **7.**

Nach dem Gesagten misslingt dem Beklagten der Beweis für die geltend gemachten Werkmängel, soweit diese überhaupt rechtzeitig gerügt wurden. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

Im Übrigen wäre die Beschwerde bereits deshalb abzuweisen, weil der Beklagte darin nicht vorbringt, im vorinstanzlichen Verfahren den Minderwert des Werks nachgewiesen bzw. entsprechend substantiierte Behauptungen und Beweismittel vorgebracht zu haben. Soweit der Beklagte in Rz. 22 seiner Beschwerde sodann eine Ersatzvornahme und damit verbunden eine Verrechnung der Kosten der Ersatzvornahme mit dem Werklohn andeuten will: «Die aufgeführten Mängel werden zu einer Korrektur durch eine Drittperson führen, was die Summe des einzutragenden Bauhandwerkerpfandes mit ca. CHF 15'000.00 aufwiegen wird.», so ist dieses Vorbringen nicht schlüssig, da eine entsprechende Verrechnung nicht behauptet wird, und wäre es zudem neu, da vor der Vorinstanz bloss Minderung und nicht Ersatzvornahme geltend gemacht wurde, und daher im Beschwerdeverfahren nicht zu berücksichtigen (vgl. vorne E. 2).

## **8.**

### **8.1.**

Die Beschwerde ist vollumfänglich abzuweisen. Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens beträgt

Fr. 5'500.00. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens betragen demnach Fr. 1'505.00 (§ 11 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 1 VKD) und sind mit dem vom Beklagten geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'350.00 zu verrechnen. Demnach ist der Beklagte zu verpflichten, der Obergerichtskasse den Differenzbetrag von Fr. 155.00 nachzubezahlen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

## **8.2.**

Der Beklagte ist sodann zu verpflichten, der Klägerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. Diese ist bei einem Streitwert von Fr. 5'500.00 und unter Berücksichtigung eines Abzugs von 20 % wegen der ausgefallenen Verhandlung und eines Rechtsmittelabzugs von 25 % sowie pauschaler Auslagen von 3 % auf gerundet Fr. 1'434.00 festzusetzen (§ 3 Abs. 1 lit. a, § 6 Abs. 2, § 8 und § 13 AnwT).

---

### **Das Obergericht erkennt:**

#### **1.**

Die Beschwerde des Beklagten wird abgewiesen.

#### **2.**

Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 1'505.00 werden dem Beklagten auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 1'350.00 verrechnet. Der Differenzbetrag von Fr. 155.00 ist vom Beklagten an die Obergerichtskasse zu bezahlen.

#### **3.**

Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'434.00 zu bezahlen.

---

Zustellung an:  
die Klägerin (Vertreter)  
den Beklagten (Vertreterin)  
die Vorinstanz

---

### **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 **weniger als Fr. 30'000.00**.

---

#### **Rechtsmittelbelehrung** für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG)

Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden, soweit keine Beschwerde nach den Artikeln 72 - 89 BGG zulässig ist (Art. 44 Abs. 1, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1, Art. 113, Art. 117 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 verfassungsmässige Rechte (Art. 116 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). Wird gegen einen Entscheid sowohl ordentliche Beschwerde als auch Verfassungsbeschwerde geführt, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

---

Aarau, 4. Januar 2022

**Obergericht des Kantons Aargau**

Zivilgericht, 2. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Marbet

Sulser