



<b>Fall-Nr.:</b>	BZ.2007.72
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	07.02.2008
<b>Entscheiddatum:</b>	07.02.2008

### **Entscheid Kantonsgericht, 07.02.2008**

**Art. 363 ff.; 367 Abs. 1, 370 Abs. 3 OR. Werkvertrag. Rechtzeitigkeit der Mängelrüge. Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz zur Neubeurteilung nach Einholung einer Expertise zu den umstrittenen Mängeln und den Nachbesserungskosten (Kantonsgericht St. Gallen, Präsident der III. Zivilkammer, 7. Februar 2008, BZ.2007.72).**

#### Erwägungen

I.

1. Die Parteien (Kläger 1 und 2: A / Beklagter: B) schlossen am 12. Juli 2004 einen Vertrag über Aushub- und Umgebungsarbeiten auf einem Grundstück der Kläger in X zu einem Pauschalpreis von Fr. 13'000.- (kläg. act. 4). Im Einzelnen wurden folgende Leistungen vereinbart: Humusabtrag und Deponie; Aushub, Hinterfüllung und Rohplanie, inklusive allfälligem Materialtransport und Deponiegebühr; auf der ganzen Parzelle: Rohplanie, Feinplanie und Rasen ansäen; Geröllaufschüttung entlang der Fassaden; Wiederherstellen eines Sitzplatzes mit bereits vorhandenen Verbundsteinen; Böschung Nord etwas abziehen (vgl. kläg. act. 4, Klage, 3 und kläg. act. 5). Am 12. Oktober 2004 vereinbarten die Parteien, dass der Beklagte zusätzlich zum Preis von Fr. 4'900.- die nördliche Böschung mit bereits vorhandenen Böschungspflanzsteinen verbaue (kläg. act. 5). Die Parteien sind sich sodann einig, dass auch das Erstellen einer Sichtschutzwand im Bereich des Sitzplatzes Vertragsbestandteil war (vgl. Klage, 14 und Klageantwort, 7).



## St.Galler Gerichte

Mit der Ausführung der Umgebungsarbeiten wurde offenbar noch im Sommer 2004, mit dem Böschungsverbau kurz nach Zustandekommen der Zusatzvereinbarung begonnen (vgl. kläg. act. 33 und Klage, 4). Am 18. Oktober 2004 monierten die Kläger, der Beklagte habe die Böschungspflanzsteine zu steil und nicht mit der Rundung nach vorne versetzt, worauf dieser die Verbauung gemäss ihren Wünschen korrigierte (Klage, 4; kläg. act. 6 und 7). Wenige Tage später beanstandeten die Kläger, der Sitzplatz sei viel zu tief verlegt (Klage, 4 f.; kläg. act. 8); dieser wurde in der Folge um 6 cm angehoben (Klageantwort, 3). Am 22. November 2004 stellte der Beklagte den Klägern Fr. 9'900.- in Rechnung, was dem vereinbarten Preis von Fr. 17'900.- (Fr. 13'000.- + Fr. 4'900.-) abzüglich einer Akontozahlung von Fr. 8'000.- entsprach (kläg. act. 10). Die Kläger wiesen diese Rechnung mit Schreiben vom 29. November 2004 zurück. Sie vertraten den Standpunkt, die Rechnungstellung sei verfrüht, da die Arbeiten noch nicht beendet seien, erklärten sich aber zu einer weiteren Teilzahlung von Fr. 6'000.- bereit, die sie auch erbrachten (Klage, 5; kläg. act. 11).

Am 14. April 2005 wurden die Schlussarbeiten in Angriff genommen, wozu namentlich die Rasenplanie und -ansaat gehörten (Klage, 6; Klageantwort, 4; kläg. act. 12). Mit E-Mail an den Beklagten vom 17. April 2005 (kläg. act. 13) rügten die Kläger, es seien unter anderem folgende Arbeiten nicht erledigt: Seitenabschluss der Böschungsverbauung; Geradestellen der Steinfassade; entlang der Strasse: Erde entfernen und mit Kies/Steinen ersetzen; Gesamtumgebung: säubern, planieren, fräsen, ansäen und verdichten. Zugleich forderten sie den Beklagten auf, diese Pendenzen bis zum 22. April 2005 zu erledigen. Mit Einschreibebrief an den Beklagten vom 30. April 2005 beschwerten sich die Kläger, die monierten Arbeiten seien noch immer unerledigt; zugleich kündigten sie sinngemäss eine Ersatzvornahme an (kläg. act. 15). Am 3. Mai 2005 sandte der Beklagte den Klägern eine Rechnung über Fr. 3'900.-, was dem vereinbarten Gesamtpreis von Fr. 17'900.- abzüglich der beiden Akontozahlungen von Fr. 8'000.- und Fr. 6'000.- entsprach (kläg. act. 16). Ebenfalls am 3. Mai 2005 teilte er ihnen brieflich mit, es werde gleichentags noch ein Kiesbankett entlang der Strasse erstellt sowie die seitliche Böschung zum Nachbarn mit Humus überdeckt, und er betrachte die Arbeiten damit als abgeschlossen (bekl. act. 4). Einen Tag später stellte der Beklagte den Klägern mit dem Hinweis "Zusatzarbeiten" die Korrektur der Böschungsverbauung, einen seitlichen Hangverbau sowie ein Kiesbankett entlang der Strasse mit weiteren Fr. 11'211.50 in Rechnung (kläg. act. 18).



## St.Galler Gerichte

Die Kläger bezahlten beide Rechnungen nicht. Sie machten geltend, der Beklagte habe die vereinbarten Leistungen teilweise mangelhaft oder überhaupt nicht erbracht. Zudem bestritten sie die Vereinbarung von Zusatzarbeiten und brachten insbesondere vor, die Korrektur der Böschungsverbauung sei nur notwendig geworden, weil die erste Ausführung nicht den Abmachungen entsprochen habe. Für den Fall, dass der Beklagte die Pendenzen nicht erledige und die Mängel nicht behebe, drohten sie erneut eine Ersatzvornahme an (Klage, 8 und 11 ff.; kläg. act. 17 sowie 21, 23, 26 und 29).

In der Folge entbrannte zwischen den Parteien ein Streit darüber, ob der Beklagte die vereinbarten Leistungen vollständig und mängelfrei erbracht habe und ob die Zusatzrechnung berechtigt sei (vgl. kläg. act. 27 ff.). Im Juni 2005 beauftragten die Kläger H, Geschäftsführer der H-AG, mit einer Bestandesaufnahme. Dieser erstellte am 30. Juni 2005 ein Protokoll, in dem er unter anderem folgendes festhielt: Die Bruchsteinmauer aus Alpenkalk (gemeint ist damit offenbar die oben erwähnte Steinfassade) sei zum Teil leicht überhängend und erreiche das obere Terrain um ca. 20 cm nicht. Der Verbundsteinsitzplatz auf der Ostseite sei 7 cm über dem Haussockel in den Deckverputz gezogen; zudem weise er Unebenheiten von bis zu 2 cm auf, was mangelnde Stabilität der Verbundsteine zur Folge habe. An verschiedenen Stellen, vor allem nord- und ostseitig, liege stehendes Wasser in der humusierten Rasentragschicht; diese weise auch grössere Steinansammlungen auf der Reinplanie sowie Unebenheiten von bis zu 5 cm auf. Die Humusierung sei generell zirka 5 cm über dem alten Terrain angelegt worden. Alle humusierten Anschlussflächen würden ein Kontergefälle von bis zu 8 cm zum Haus aufweisen und seien trotz einigen Tagen Sonnenschein stark durchnässt. Die verlegte Sickerleitung scheine ihren Zweck nicht zu erfüllen und es stelle sich die Frage, wo sie überhaupt angeschlossen sei; sie verlaufe entlang der am höchsten humusierten Punkte, was einen Abzug des Wassers von der Rasenfläche verunmögliche. Die Hangsicherung mittels Böschungselementen sei seitlich nicht abgeschlossen, sodass das Erdreich nachrutsche und ein sauberer Abschluss zur Nachbarsparzelle fehle. Die Granitmauer auf der Ostseite sei vom Nachbar zu nah an die Grenze gesetzt worden; ihre Sohle liege ca. 5 cm über dem Niveau der Rasentragschicht mit Kontergefälle, und nach einer allfälligen Gefällskorrektur werde der Höhenunterschied noch grösser sein. Die Fundamente der Sichtschutzwand würden einen Durchmesser von 80 cm und mehr aufweisen und das



Geröllband unter der Sichtschutzwand sei nicht fertiggestellt. Zudem würden "laut Vertrag und Aussage von Fam. A" nebst anderem die Geröllsteine entlang der Strasse fehlen (kläg. act. 31). Der Anwalt der Kläger stellte dieses Protokoll am 11. Juli 2005 dem Anwalt des Beklagten zu mit dem Hinweis, die darin festgestellten Mängel würden "der guten Ordnung halber ... noch einmal in aller Form gerügt" (kläg. act. 30). Mit Schreiben vom 25. August 2005 setzte der Anwalt der Kläger dem Beklagten eine letzte Frist von 10 Tagen zur Mängelbehebung an mit dem Hinweis, nach ergebnislosem Ablauf der Frist werde auf Nachbesserung verzichtet und würden die Kosten der Ersatzvornahme sowie der weitere Schaden geltend gemacht (kläg. act. 32).

2. Eine aussergerichtliche Einigung kam nicht zustande, worauf die Kläger nach erfolglosem Vermittlungsverfahren am 14. Dezember 2005 beim Kreisgerichtspräsidium Klage erhoben (vi-act. 1 und 3). Sie hielten weitgehend an den vorprozessual gerügten Pendenzen und Mängeln fest und ersuchten im Wesentlichen um Zusprechung der mutmasslichen Kosten für deren Erledigung/Behebung, wobei der genaue Betrag nach Durchführung des Beweisverfahrens noch beziffert werde (insbes. Klage, 1, 13 und 17). In formeller Hinsicht stellten sie unter anderem den Antrag, zu den strittigen Pendenzen und Mängeln wie auch zur Höhe der Ersatzvornahmekosten sei eine Expertise einzuholen (Klage, 17). Zudem rügten die Kläger in der Klageschrift neu, die überhängende Steinmauer sei nunmehr auch instabil geworden (Klage, 13 f.). Der Beklagte stellte in seiner Klageantwort den Antrag, die Klage sei abzuweisen; allfälligen Ansprüchen der Kläger setzte er verrechnungsweise seine Forderungen aus den offenen Rechnungen entgegen (insbes. Klageantwort, 2). Die Vorinstanz - die im Frühjahr 2006 einen ersten und, nach gescheiterten Vergleichsbemühungen, im Mai 2007 einen zweiten Augenschein vornahm (vgl. Urteil, 3) - kam in ihrem Entscheid vom 31. Mai 2007 zum Schluss, der Rasen, die Steinfassade, die Fundamente der Sichtschutzwand und die Seitenabschlüsse der Böschungsverbauung seien mangelhaft, wobei die Kläger diese Mängel auch rechtzeitig gerügt hätten. Bezüglich der übrigen angeblichen Pendenzen und Mängel ging sie davon aus, diese seien zu spät gerügt worden (Sitzplatz; Sickerleitung), würden gar keine vertraglich vereinbarte Leistung betreffen (Geröllband entlang der Strasse; Granitblöcke) oder gingen in der Behebung anderer Mängel auf (Kontergefälle). Die Kosten für die Behebung der rechtzeitig gerügten Mängel setzte sie ohne Einholung eines Gutachtens



ermessensweise auf Fr. 3'900.- fest, wobei sie diesen Betrag mit dem ausstehenden Rechnungsbetrag von Fr. 3'900.- verrechnete, was faktisch (das Dispositiv ist in dieser Hinsicht missverständlich) zur Abweisung der Klage führte. Die Gerichtskosten auferlegte sie zu drei Vierteln den Klägern und zu einem Viertel dem Beklagten. Zudem verpflichtete sie die Kläger, den Beklagten für seine Parteikosten mit Fr. 3'968.30 zu entschädigen (vi-act. 33).

3. Gegen diesen Entscheid erhoben die Kläger am 4. Oktober 2007 fristgerecht Berufung mit dem Hauptantrag, er sei aufzuheben und die Streitssache sei zur Ergänzung des Beweisverfahrens und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (B/1). Zur Begründung brachten sie unter anderem vor, da die Vorinstanz die beantragte Expertise nicht eingeholt habe sei ihr Recht auf Beweisabnahme verletzt (Berufung, 5 ff.). In seiner Berufungsantwort vom 14. November 2007 liess der Beklagte sinngemäss beantragen, die Berufung sei abzuweisen. Zugleich erhob er Anschlussberufung mit dem Begehren, die Kosten für die Mängelbehebung seien auf maximal Fr. 1'000.- festzulegen und demgemäss seien ihm die Gerichts- und Parteikosten höchstens im Umfang von 10% zu überbinden (B/9). Die Kläger reichten am 26. November 2007 eine nachträgliche Eingabe ein (B/13); am 17. Dezember 2007 liessen sie beantragen, die Anschlussberufung sei abzuweisen (B/15).

II.

1. Die Berufung an das Kantonsgericht ist ausgeschlossen, wenn der Streitwert weniger als Fr. 8'000.- beträgt (Art. 225 ZPO).

Der Streitwert richtet sich in erster Linie nach der übereinstimmenden Wertung der Parteien. Stimmt diese nicht überein oder ist sie offensichtlich falsch, wird der Streitwert vom Richter festgesetzt (Art. 75 ZPO). Hier haben die Kläger erstinstanzlich einen nach Durchführung des Beweisverfahrens zu beziffernden Betrag eingeklagt, wobei sie davon ausgingen, der Streitwert betrage weniger als Fr. 20'000.- (Klage, 2 f.). In ihren zweitinstanzlichen Rechtsschriften äussern sich zwar weder die Kläger noch



der Beklagte explizit zur Frage, ob die Streitwertgrenze für die Berufung erreicht sei; offensichtlich gehen aber beide Seiten davon aus, dass dies der Fall ist. Das deckt sich auch mit der Auffassung der Vorinstanz, die in der Rechtsmittelbelehrung auf die Zulässigkeit der Berufung hingewiesen hat. Ebenso mit dem Umstand, dass der Anwalt der Kläger seiner erstinstanzlichen Honorarnote einen Streitwert von Fr. 17'900.- zugrunde legte und der Beklagte diese Berechnung soweit ersichtlich nie beanstandet hat (vi-act. 29). Da die Annahme, der Streitwert betrage mindestens Fr. 8'000.-, auch nicht als offensichtlich falsch erscheint, ist unter diesen Umständen mit den Parteien und der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Streitwertgrenze von Art. 225 ZPO erreicht ist. Auf die Berufung ist somit einzutreten. Werden Entscheide des Kreisgerichtspräsidenten mit Berufung angefochten, so entscheidet der Präsident der zuständigen Kammer des Kantonsgerichts (Art. 20 Abs. 2 ZPO).

2. Die Ausführungen in der nachträgliche Eingabe vom 26. November 2007 (B/13) sind für den Ausgang des Berufungsverfahrens nicht relevant, womit sich Erörterungen zu ihrer Zulässigkeit erübrigen (vgl. Art. 164 Abs. 1 ZPO).

### III.

1. Die Parteien gehen übereinstimmend und zutreffend davon aus, dass das umstrittene Vertragsverhältnis den gesetzlichen Bestimmungen über den Werkvertrag untersteht (Art. 363 ff. OR).

2. In der Berufungsschrift halten die Kläger an folgenden angeblichen Pendenzen und Mängeln fest (S. 10-22):

- *Steinmauer*: überhängend und instabil
- *Geröllsteine entlang der Strasse*: fehlen
- *Fundamente Sichtschutzwand*: zu breit gegossen und zu hoch gesetzt
- *Sitzplatz*: zu hoch verlegt, daher die Gefahr, dass Wasser in den Verputz gezogen wird; uneben, mangelnde Stabilität der Verbundsteine



## St.Galler Gerichte

- *Rasen*: fehlende Feinplanie, mit Steinen durchsetzt, Kontergefälle
- *Granitblöcke auf Nachbarsgrundstück*: müssen tiefer gelegt oder stabilisiert werden
- *Seitenabschluss Hangverbauung*: fachgerechte Ausführung fehlt
- *Sickerleitung im Bereich der Hangverbauung*: ist, sofern erstellt, nicht funktionstüchtig

Anders als noch im erstinstanzlichen Verfahren rügen die Kläger im Berufungsverfahren nicht mehr, dass die Steinmauer zu wenig hoch und das Geröllband unter der Sichtschutzwand unvollständig seien (vgl. Klage, 13 f., Berufung, 10 f. und 11 f., Anschlussberufungsantwort, 8). Dabei sind sie zu behaften.

Die *Granitblöcke* wurden vom Beklagten offenbar im Auftrag des Nachbarn auf dessen Parzelle gesetzt. Die Kläger behaupten, sie lägen schon jetzt 5 cm über Niveau und würden erst Recht nach einer Gefällskorrektur viel zu hoch liegen. Sie verlangen unter dem Titel Mangelfolgeschaden, dass ihnen der Beklagte die mutmasslichen Kosten einer Senkung oder Stabilisierung der Steine bezahlt (Klage, 16 und Berufung, 18-20). Dem ist entgegenzuhalten, dass die Kläger mit dem Nachbarn derzeit im Streit stehen, ob dieser die Granitblöcke wegen Verletzung des Grenzabstands zu entfernen hat. Das Departement für Bau und Umwelt hat das Begehren der Kläger am 27. April 2007 geschützt (kläg. act. 35), wogegen derzeit beim Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau eine Beschwerde hängig ist (Berufung, 19). Ob den Klägern in diesem Zusammenhang überhaupt je ein Schaden entstehen wird, ist damit völlig offen. Es fehlt daher an einer Haftungsvoraussetzung, was zur Abweisung des Begehrens führt.

Soweit das *Geröllsteinband entlang der Strasse* betroffen ist, geht die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass dieses - entgegen der klägerischen Darstellung - nicht Vertragsbestandteil war: Im Werkvertrag vom 12. Juli 2004 wurde nur eine Geröllaufschüttung entlang der Fassade vereinbart; von einer solchen entlang der Strasse ist hingegen keine Rede, obwohl es angesichts der expliziten Nennung des Fassadenbereichs naheliegend gewesen wäre, eine Aufschüttung entlang der Strasse -



wäre sie tatsächlich vereinbart worden - ebenfalls zu erwähnen. Soweit die Kläger sinngemäss behaupten, das Einbringen von Geröll entlang der Strasse hätte ohnehin usanzgemäss zu den vereinbarten Leistungen gehört und eine ausdrückliche Vereinbarung sei nicht notwendig gewesen (vgl. vi-act. 15, 8), versäumen sie es, diese Behauptung näher zu begründen und taugliche Beweismittel zu nennen, weshalb auf diesen Einwand nicht weiter einzugehen ist. Im Übrigen fällt in Betracht, dass die Kläger in ihrem E-Mail vom 17. April 2005 - mit dem sie erstmals angebliche Pendenzen und Mängel rügten - für den Bereich entlang der Strasse nicht etwa ein fehlendes Geröllsteinband monierten, sondern nur unbestimmt das Einbringen von "Kies/Steinen" verlangten (worauf ersteres offenbar erfolgte, vgl. dazu kläg. act. 18 und 33 sowie bekl. act. 5); auch dies spricht klar dafür, dass das heute verlangte Geröllsteinband nicht Vertragsbestandteil war. Offenbleiben kann, ob der Beklagte - was dieser allerdings vehement bestreitet (Berufungsantwort/Anschlussberufung, 6) - während der Arbeitsausführung eine solche Pendezen einmal eingeräumt hat, wie die Kläger behaupten (vi-act. 15, 8; Berufung, 11); denn eine solche Äusserung könnte auch einen - entschädigungspflichtigen - Zusatzwunsch betroffen haben und liesse im Lichte des Gesagten den Schluss auf eine ursprüngliche Abrede nicht zu.

Auf die verbleibenden angeblichen Pendenzen und Mängel ist im Folgenden näher einzugehen.

3. Nach erfolgter Ablieferung hat der Besteller das Werk zu prüfen, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, und allfällige Mängel gegenüber dem Unternehmer unverzüglich zu rügen (Art. 367 Abs. 1 OR; Zindel/Pulver, Basler Kommentar, N 3 ff., N 17 ff. Art. 367 OR). Ablieferung ist die in der Absicht der Vertragserfüllung vorgenommene Übergabe des beendeten - wenn auch allenfalls mangelhaften - Werkes an den Besteller. Sie setzt im Allgemeinen voraus, dass alle vereinbarten Arbeiten ausgeführt sind, das Werk also fertig gestellt ist. Doch kann im Einzelfall trotz mangelnder Fertigstellung eine Ablieferung vorliegen, wenn nur eine geringfügige Leistung fehlt, die im Vergleich zum Gesamtwerk von untergeordneter Bedeutung ist (Zindel/Pulver, a.a.O., N 3 zu Art. 367 OR; Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., N 86 ff., insbes. N 104). Bei Bauarbeiten auf Grund und Boden des Bestellers wird die körperliche Übertragung durch die Mitteilung des Unternehmers ersetzt, dass er das Werk als vollendet betrachte, was auch konkludent durch



Zusendung der Schlussrechnung erfolgen kann (Zindel/Pulver, a.a.O., N 4 zu Art. 367 OR; Gauch, a.a.O, N 92). Die Mängelrüge ist sofort nach der Prüfung zu erheben, wobei in der Regel eine Erklärungsfrist von sieben bis zehn Tagen einzuhalten ist (Zindel/Pulver, a.a.O., N 20 zu Art. 367 OR, mit Hinweisen). Verdeckte Mängel, die erst später zu Tage treten, sind sofort nach ihrer Entdeckung zu rügen. Treten die Mängel allmählich auf, so muss der Besteller rügen, sobald er ihre Bedeutung und Tragweite erfassen kann (Art. 370 Abs. 3 OR; Zindel/Pulver, a.a.O., N 20 zu Art. 367 OR und N 7 sowie 17 zu Art. 370 OR). Die Behauptungslast dafür, dass Mängel nicht rechtzeitig gerügt worden seien, trifft den Unternehmer. Hingegen liegt die Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge beim Besteller (Gauch, a.a.O., N 2169).

a) Hier hat der Beklagte den Hauptteil der vereinbarten Leistungen im Sommer/Herbst 2004 erbracht. Die erste Rechnung des Beklagten von Ende November 2004 (kläg. act. 10) haben die Kläger als verfrüht zurückgewiesen mit dem sinngemässen Hinweis, es seien noch nicht alle Leistungen erbracht (kläg. act. 11). Der Beklagte hat diesen Standpunkt offenbar akzeptiert; jedenfalls hat er keine Anstalten getroffen, den in Rechnung gestellten Restbetrag einzutreiben, sondern sich einstweilen mit einer weiteren Akontozahlung begnügt. Nachdem am 14. April 2005 weitere Arbeiten erfolgt waren, stellte der Beklagte den Klägern die Rechnungen vom 3. und 4. Mai 2005 zu (kläg. act. 16 und 18). Zugleich teilte er ihnen mit Schreiben vom 3. Mai 2005 mit, er betrachte die Arbeiten als abgeschlossen (bekl. act. 4). Dem Beklagten ist zuzugestehen, dass er damit das - wenn auch allenfalls mangelhafte Werk - abgeliefert hat. Daran vermag auch der Einwand der Kläger nichts zu ändern, das Werk sei zu diesem Zeitpunkt nicht vollendet gewesen (und sei es im übrigen noch heute nicht), da die Feinplanie des Rasens und der seitliche Abschluss der Böschungsverbauung fehlten (Berufung, 23). Zunächst fällt in diesem Zusammenhang in Betracht, dass ein Rasen erstellt wurde, insofern ein Arbeitserfolg eintrat und im Grunde nur umstritten ist, ob seine Qualität ungenügend - und er daher mangelhaft - sei, weil ein einzelner Arbeitsschritt, nämlich die Feinplanie, nicht oder nicht fachgerecht erfolgte. Auf S. 17 der Berufungsschrift gehen die Kläger denn auch offensichtlich selbst davon aus, dass der Rasen - bloss - mangelhaft sei, unterscheiden sie doch zwischen dem Kontergefälle einerseits und "den anderen Mängeln des Rasens" andererseits und machen geltend, die "diesbezüglichen Mängelrügen" seien "korrekt erfolgt". Nicht stichhaltig ist auch der Hinweis auf den fehlenden Abschluss der



Böschungsverbauung. Im Zusatzvertrag wurde vereinbart, dass die Verbauung mit vorhandenen Böschungspflanzsteinen erfolge (vgl. kläg. act. 5). Unbestrittenermassen wollte der Beklagte den Seitenabschluss zunächst nach Vorgabe der Verlegeanleitung des Herstellers mit den bauseits zur Verfügung gestellten Böschungselementen vornehmen, was einer dem Vertrauensprinzip entsprechenden, sachgerechten und vernünftigen Auslegung der getroffenen Vereinbarung entsprochen hätte und auch ohne Zweifel fachgerecht gewesen wäre (Berufungsantwort/Anschlussberufung, 2 f. und Anschlussberufungsantwort, 3). Nach der eigenen Darstellung der Kläger hat der Beklagte den Seitenabschluss sogar teilweise so ausgeführt, musste ihn aber auf ihren Wunsch hin wieder entfernen, ohne dass sie ihm mitgeteilt hätten, wie der Abschluss stattdessen zu gestalten sei (Anschlussberufungsantwort, 3-5). Offensichtlich unzutreffend ist - entgegen den Ausführungen in der Berufungsantwort/Anschlussberufung (Seiten 2 und 5) - dass der Beklagte in der Folge überhaupt keinen Seitenabschluss erstellte: Am 5. Mai 2005 teilte er den Klägern nämlich mit, er habe gegenüber dem Nachbarsgrundstück einen Böschungsverbau erstellt (kläg. act. 20). Dabei ergibt sich aus dem klägerischen Fotodossier, dass im betroffenen Bereich Holzbretter angebracht wurden (kläg. act. 33: Foto "seitlicher 'Abschluss' 2. Pflanzböschung"), was sich auch mit dem Rapport vom 3. Mai 2005 und der Rechnung vom 4. Mai 2005 deckt (bekl. act. 5; kläg. act. 18). Die Kläger gehen im Berufungsverfahren selbst davon aus, dass dieser Verbau vom Beklagten als Seitenabschluss angebracht wurde, wenn sie auch den Standpunkt vertreten, die Ausführung sei nicht fachgerecht und damit mangelhaft (Berufung, 20 und Anschlussberufungsantwort, 4; vgl. auch vi-act. 15, 9 f.). Auch insoweit ist es daher nicht gerechtfertigt, von einer fehlenden Vollendung des Werks auszugehen; es liegt höchstens eine nicht fachgerechte Ausführung vor. Den folgenden Erwägungen ist daher zugrunde zu legen, dass am 3. Mai 2005 die Ablieferung erfolgte.

b) Die *Rasenqualität*, die überhängende *Steinmauer* und den *Seitenabschluss der Böschungsverbauung* haben die Kläger mit ihrem E-Mail vom 17. April 2005 (kläg. act. 13) noch vor der Ablieferung - und damit in jedem Fall rechtzeitig - gerügt.

Vom Beklagten wurde anerkannt, dass die *Fundamente der Sichtschutzwand* zu gross sind und er für die Behebung dieses Mangels einzustehen hat (Berufungsantwort/



Anschlussberufung, 3 f.). Ausführungen zur Rechtzeitigkeit der Mängelrüge erübrigen sich damit.

Die unzureichend oder nicht funktionierende *Sickerleitung* sowie das *Kontergefälle* auf den humusierten Anschlussflächen wurden erstmals mit Zustellung der Bestandesaufnahme H am 11. Juli 2005 gerügt (kläg. act. 30 und 31). Den Klägern ist zuzugestehen, dass das Erkennen dieser angeblichen Mängel Fachkunde erforderte, womit diese Rügen rechtzeitig erfolgten.

Dass die behaupteten Mängel am *Sitzplatz* rechtzeitig gerügt wurden, wird vom Beklagten bestritten (Klageantwort, 7 f., Berufungsantwort/Anschlussberufung, 6 f. i.V.m. Urteil, 7 f.). Nicht dargetan ist, dass die Kläger die *angeblich zu hohe Verlegung* des Sitzplatzes rechtzeitig rügten: Soweit das E-Mail vom 20. Oktober 2004 betroffen ist, wo sich der Passus findet "Meine Frau hat die Sitzplatzarbeit beanstandet" (kläg. act. 8), ergibt sich ohne jeden Zweifel aus den eigenen Ausführungen der Kläger in der Klageschrift (Seite 4 unten mit nachfolgendem Beweisantrag), dass diese Beanstandung die erste, angeblich zu tiefe Verlegung betraf. Soweit die Kläger aus den Vorbringen der Gegenseite auf Seite 3 f. der Klageantwort nunmehr herleiten wollen, diese Rüge habe die zweite Variante betroffen (Berufung, 12 f.; vgl. auch vi-act. 15, 3), betreiben sie Wortklauberei und setzen sie sich vor allem in Widerspruch zu ihren eigenen früheren Vorbringen. Der von den Klägern angerufene Passus aus der Klageantwort ("... versuchte man der Bauherrschaft zu erklären, dass der Sitzplatz in der ersten Version fachtechnisch richtig verlegt war ...") ist denn im Sachzusammenhang auch offensichtlich dahingehend zu verstehen, dass die Arbeiter des Beklagten der Klägerin 1 nach Beanstandung der *ersten*, angeblich zu tiefen Sitzplatzvariante erklärten, diese sei fachtechnisch durchaus korrekt. Widersprüchlich sind die Vorbringen der Kläger auch insoweit, als sie einerseits den (wenn auch unbewiesenen) Standpunkt vertreten, sie hätten die zu hohe Verlegung des Sitzplatzes noch im Herbst 2004 und damit rechtzeitig gerügt, zugleich aber für den Fall, dass ihnen dieser Beweis nicht gelingen sollte, geltend machen, sie hätten den Mangel überhaupt erst mit der Bestandesaufnahme H erkannt: Wer behauptet, einen Mangel bereits im Herbst 2004 gerügt zu haben, gesteht damit ohne wenn und aber ein, dass er ihn schon damals kannte. Demnach ist davon auszugehen, dass die angeblich zu hohe Verlegung des Sitzplatzes, obschon bereits im Herbst 2004 erkannt, erstmals mit



Zustellung der Bestandesaufnahme H am 11. Juli 2005, also rund sechs Wochen nach der Ablieferung, gerügt wurde, was offensichtlich verspätet war. Bei dieser Sachlage kann an sich offen bleiben, ob auf Seiten des Beklagten im Hinblick auf die gewünschte Höherlegung des Sitzplatzes eine Abmahnungspflicht bestand. Immerhin sei aber angemerkt, dass man sich fragen kann, ob die Kläger dem Beklagten heute nicht ohnehin treuwidrig eine fehlende Abmahnung vorhalten, nachdem sie sich in ihrem E-Mail vom 20. Oktober 2004 Belehrungen zur korrekten Sitzplatzhöhe ausdrücklich verbat (kläg. act. 8). Nicht dargetan ist im weiteren auch, dass die Kläger die *fehlende Stabilität und die Unebenheit der Verbundsteine des Sitzplatzes* rechtzeitig rügten: Auch diese angeblichen Mängel wurden soweit ersichtlich erstmals mit Zusendung der Bestandesaufnahme H, also rund sechs Wochen nach der Ablieferung gerügt. Es wäre an den Klägern gewesen, darzulegen, dass und gegebenenfalls aus welchen Gründen ihnen eine frühere Rüge nicht möglich war. Dies haben sie unterlassen; insbesondere behaupten sie nicht, diese konkreten Mängel seien nur für einen Fachmann erkennbar oder erst bei der Bestandesaufnahme ersichtlich beziehungsweise in ihrer Tragweite erfassbar gewesen. Auch insoweit ist daher davon auszugehen, dass keine rechtzeitige Mängelrüge erfolgte.

c) Zusammenfassend wurden damit die angeblichen Mängel an folgenden Werkteilen rechtzeitig gerügt: Steinmauer, Seitenabschluss Böschungsverbauung, Rasen, Kontergefälle und Sickerleitung. Zudem anerkennt der Beklagte, dass er für die mangelhaften Fundamente der Sichtschutzwand einzustehen hat.

4. Dass die überhängende Steinmauer zu korrigieren ist, wird vom Beklagten anerkannt (Berufungsantwort/Anschlussberufung, 3 unten). Ebenso, dass die Fundamente der Sichtschutzwand anzuspitzen sind (a.a.O.).

Umstritten ist, ob der Seitenabschluss der Böschungsverbauung und der Rasen fachlich richtig angelegt sind, ein zu korrigierendes Kontergefälle besteht und die Sickerleitung, sofern überhaupt angebracht, ihre Funktion erfüllt (vgl. Klageantwort, 8 f.; Berufungsantwort/Anschlussberufung, 2 f. und 7). Den Klägern ist beizupflichten, dass diese Fragen nur ein Fachmann zuverlässig beurteilen kann (Berufung, 5 ff., 17 und 21 f.). Dazu ist daher eine *Expertise* einzuholen.



5. Liegen bei Werken, die auf dem Grund und Boden des Bestellers errichtet sind, Mängel oder Abweichungen vom Vertrag vor, kann der Besteller gemäss Art. 368 Abs. 2 und 3 OR einen dem Minderwert des Werks entsprechenden Abzug vom Werklohn machen oder auch, sofern dies dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht, die unentgeltliche Verbesserung des Werks und bei Verschulden Schadenersatz verlangen. Ebenfalls zulässig - obwohl in Art. 368 OR nicht erwähnt - ist nach einem Teil der Lehre und nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Ersatzvornahme. Danach kann der Besteller analog zu Art. 366 Abs. 2 OR vorgehen, also dem Unternehmer zusammen mit der Ansetzung einer angemessenen Frist zur Mängelbeseitigung die Ersatzvornahme androhen und nach erfolglosem Ablauf der Frist die Nachbesserung einem Dritten übertragen (Alfred Koller, Berner Kommentar, N 509 und 621 ff. zu Art. 366 OR; Martha Niquille-Eberle, Probleme rund um die Ersatzvornahme, insbesondere die Bevorschussung der Kosten, in: Neue und alte Fragen zu privaten Baurecht, Hrsg. Alfred Koller, 63 ff., insbes. N. 3-7; Alfred Koller, Mängelbeseitigung durch Ersatzvornahme, in: Haftung für Werkmängel, Hrsg. Alfred Koller, 1 ff.; vgl. auch BGE 107 II 50 ff.; a.M.: Gauch, a.a.O., N 1805 ff, N 1819 ff. und Zindel/ Pulver, a.a.O., N 59 zu Art. 368 OR, die eine Ersatzvornahme ohne richterliche Ermächtigung nur bei besonderer Dringlichkeit befürworten). Dabei trifft den Unternehmer eine Vorschusspflicht in der Höhe der mutmasslichen Nachbesserungskosten (BGE 128 III 416). In jedem Fall kann der Besteller aber dann, wenn der Unternehmer mit der Ablieferung des nachgebesserten Werks in Verzug gerät, nach Art. 107 Abs. 2 OR vorgehen, also nach ergebnislosem Ablauf einer angemessenen Nachfrist auf die Nachbesserung verzichten und Ersatz des aus der Nichterfüllung der Nachbesserungsschuld entstandenen Schadens verlangen, wozu auch die (konkret oder abstrakt bemessenen) Kosten einer Ersatzvornahme gehören (Koller, Mängelbeseitigung durch Ersatzvornahme, a.a.O., 5 f.; Gauch, a.a.O. N 1831 f.; Rolf H. Weber, Berner Kommentar, N 172 ff. zu Art. 107 OR).

Hier haben die Kläger dem Beklagten in ihrem E-Mail vom 17. April 2005 - mit dem sie einen Teil der umstrittenen Mängel rügten - eine Nachbesserungsfrist bis zum 22. April 2005 angesetzt, ohne eine Ersatzvornahme anzudrohen (kläg. act. 13). Die sinngemässe Androhung einer Ersatzvornahme erfolgte für diese Mängel erstmals mit den Schreiben vom 30. April und 4. Mai 2005, freilich diesmal ohne zugleich eine klare Nachfrist anzusetzen (kläg. act. 15 und 17). Für die erstmals mit Zusendung der



Bestandesaufnahme H gerügten Mängel wurde zunächst keine Frist zur Nachbesserung angesetzt und auch keine Ersatzvornahme angedroht (vgl. kläg. act. 30). Allerdings hat dann aber der klägerische Rechtsvertreter dem Beklagten mit Schreiben vom 25. August 2005 eine letzte Frist zur - generellen - Mängelbehebung von zehn Tagen angesetzt mit dem klaren Hinweis, nach ergebnislosem Ablauf der Frist werde man die Kosten der Ersatzvornahme geltend machen (kläg. act. 32). Folgt man der oben erwähnten Lehrmeinung und der Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach Art. 366 Abs. 2 OR analog zur Anwendung kommt, sind aufgrund dieses Schreibens für alle rechtzeitig gerügten Mängel die Voraussetzungen zur Geltendmachung der Kosten einer Ersatzvornahme erfüllt. Der Vollständigkeit halber sei aber immerhin angemerkt, dass es im vorliegenden Fall ohnehin naheliegend und sachgerecht wäre, (auch) einen allfälligen Minderwert anhand der mutmasslichen Nachbesserungskosten zu bemessen (vgl. dazu Zindel/ Pulver, a.a.O., N 44 zu Art. 368 OR und Gauch, a.a.O., N 1680 ff., je mit Hinweisen). Davon geht denn offensichtlich auch der Beklagte aus, wenn er in der Berufungsantwort/Anschlussberufung den Minderwert wegen der fehlerhaften Fundamente der Sichtschutzwand genau nach dieser Methode bemisst (S. 3 f.).

Soweit rechtzeitig gerügte Mängel anerkannt sind oder sich aufgrund des einzuholenden Gutachtens noch bestätigen sollten, sind die *mutmasslichen Nachbesserungskosten* - da dies Fachkunde erfordert - ebenfalls durch den *Gutachter* zu ermitteln. Eine bloss ermessensweise Schätzung, wie sie die Vorinstanz vorgenommen hat, kann zwar ausnahmsweise zulässig sein, wenn in Bagatellfällen die Expertisekosten zum umstrittenen Betrag in einem groben Missverhältnis stünden (vgl. Roland Brehm, Berner Kommentar, N 47 zu Art. 42 OR). Ein solches Missverhältnis liegt hier indes nicht vor, wenn auch aus prozessökonomischer Sicht einzuräumen ist, dass die Kosten einer Expertise und die damit verbundenen zusätzlichen Gerichts- und Parteikosten gemessen am geringen Streitwert eher hoch ausfallen werden.

Beizufügen bleibt, dass die Steinmauer und nach dem Gesagten auch der Abschluss des Böschungsverbaus gemäss vertraglicher Abmachung mit bauseits gelieferten Steinen bzw. Bauelementen zu erstellen waren (Berufungsantwort/Anschlussberufung 3 f. und Anschlussberufungsantwort, 8; oben Erw. 3.a). Dies ist bei der Experteninstruktion zu berücksichtigen. Insbesondere wäre es im Lichte des in Erw. 3.a



Gesagten nicht gerechtfertigt, den Klägern für den Seitenabschluss des Böschungsverbaus mehr zuzusprechen als jene Kosten, die dem Beklagten bei der von ihm beabsichtigten, vertragsgemässen Erstellung entstanden wären. Dies deckt sich auch mit dem Umstand, dass Mehrkosten aus einer Beststellungsänderung - und eine solche lag hier vor - im Pauschalpreis nicht enthalten und daher vom Besteller zusätzlich zu tragen sind (Gauch, a.a.O., N 905).

6. Die Kläger anerkennen, dass das Restguthaben aus der Rechnung vom 3. Mai 2005 von Fr. 3'900.- von ihren allfälligen Ansprüchen in Abzug zu bringen ist (Klage, 18). Über die Berechtigung der Zusatzrechnung vom 4. Mai 2005 wird je nach Ausgang des Beweisverfahrens gegebenenfalls noch zu befinden sein.

7. Hat die Vorinstanz eine Partei zum Beweis einer Tatsache zu Unrecht nicht zugelassen, kann die Berufungsinstanz die Streitsache gemäss Art. 227 Abs. 3 ZPO auf Antrag zur Neuurteilung zurückweisen. Dies rechtfertigt sich insbesondere dann, wenn die Parteien andernfalls einen Nachteil erleiden, da nur eine Instanz über wichtige Sach- und Rechtsfragen entschieden hat (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 3a zu Art. 227 ZPO). Mit dieser Begründung beantragen denn auch hier die Kläger im Hauptstandpunkt eine Rückweisung an die Vorinstanz (Berufung, 8). Diesem Begehren ist stattzugeben, womit der Entscheid des Kreisgerichtspräsidenten von 31. Mai 2007 aufzuheben und die Streitsache im Sinne der Erwägungen zur Ergänzung des Beweisverfahrens und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

Die Anschlussberufung wird damit gegenstandslos.

-----