

# GR\_GERICHTE ZK2 2014 7 vom 15. Juli 2014

GR Gerichte, 2014-07-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2\\_2014\\_7](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2014_7)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2014 7 du 15 juillet 2014

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2014 7 del 15 luglio 2014

## Regeste

Forderung | Berufung OR Werkvertrag/Verlagsvertrag

## Erwägungen

### E. 2

Die Kosten für das Schlichtungsverfahren sowie für das Verfahren vor dem Bezirksgericht Hinterrhein gehen zu Lasten der Beklagten.

### E. 3

(Rechtsmittelbelehrung)

Seite 4 — 36

### E. 4

a) Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag ist unbestrittenermassen als Werkvertrag im Sinne von Art. 363 ff. des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) zu qualifizieren. Bestandteil des Vertrages bilden "[die] allgemeinen Bedingungen der SIA Norm 118 und die für die einzelnen Arbeitsgattungen ent- sprechenden SIA Normen" (act. BG III.2.). Gleichzeitig werden die Bestimmungen des Werkvertragsrechts für anwendbar erklärt. Wie bei einem Konkurrenzverhält- nis der beiden Regelwerke vorzugehen ist, wird nicht explizit festgelegt. Der Ge- samtzusammenhang legt jedoch nahe, dass der SIA-Norm 118 der Vorrang zu- kommen soll, wo das Gesetz eine hiervon abweichende (dispositive) Regel vor- sieht; jedenfalls lassen die Vorbringen der Parteien auf Entsprechendes schlies-

Seite 16 — 36 sen, gehen sie doch selbst durchwegs - namentlich auch dort, wo Unterschiede zur gesetzlichen Ordnung bestehen - von der Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 aus. Die SIA-Norm 118 enthält in den Art. 157 ff. ein eigenes System der Mängel- rüge, welches gelegentlich von der werkvertraglichen Gesetzesordnung abweicht. Diese ist grundsätzlich dispositiver Natur, sodass eine vertragliche Abweichung hiervon unter dem Vorbehalt der Einhaltung zwingender gesetzlicher Bestimmun- gen zulässig ist (BGE 116 II 311; vgl. ferner Roger Brändli, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Zürich/St. Gallen 2007, Rz. 30 ff.; Theodor Bühler, in: Gauch/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2d: Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, 3. Auflage, Zürich 1998, N 8 zu Art. 368 OR; Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011, Rz. 2463 m.w.H. [zit. Gauch, Werkvertrag]; Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver, in: Honsell/ Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011, N 82 zu Art. 368 OR). b) Art. 165 Abs. 1 SIA-Norm 118 hält fest, dass der Unternehmer dafür haftet, dass sein Werk keine Mängel im Sinne von Art. 166 SIA-Norm 118 aufweist. Art. 166 SIA-Norm 118 legt

den Begriff des Mangels fest. Demnach gilt als Mangel (nur) eine Abweichung des Werkes vom Vertrag, sei es ein Mangel oder eine sonstige Abweichung vom Vertrag gemäss Art. 368 OR (Abs. 1). Ein Mangel besteht entweder darin, dass das Werk eine zugesicherte oder sonstwie vereinbarte Eigenschaft nicht aufweist, oder darin, dass ihm eine Eigenschaft fehlt, die der Bauherr auch ohne besondere Vereinbarung in guten Treuen erwarten durfte (Abs. 2). Kein Mangel ist nach Abs. 4 ein vertragswidriger Zustand des Werkes (oder Werkteils), den ausschliesslich der Bauherr oder eine Hilfsperson des Bauherrn verschuldet hat, insbesondere ein Zustand, der auf einen Fehler in den Ausführungsunterlagen zurückzuführen ist. Kein Selbstverschulden des Bauherrn liegt vor, wenn der Unternehmer seine Anzeige- oder Abmahnungspflicht verletzt hat. Der so verstandene Mangel erweist sich als relativer Tatbestand, d.h. er hängt vom konkreten Inhalt des jeweiligen Werkvertrages ab. Er ist ein vertragswidriger Zustand und besteht darin, dass dem Werk eine vertraglich geforderte Eigenschaft fehlt. Daraus ergibt sich zugleich, dass der Werkmangel - unter Vorbehalt von Art. 166 Abs. 4 SIA-Norm 118 - grundsätzlich kein technischer, sondern ein gesetzlicher Begriff ist. Insofern besteht vom Grundsatz her Deckungsgleichheit zwischen dem werkvertraglichen Mangelbegriff und demjenigen nach SIA-Norm 118 (vgl. dazu Peter Gauch, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157-190, Zürich 1991, N 4 zu Art. 166 [zit. Gauch, SIA-Norm]; Zindel/Pulver, a.a.O., N 11 zu Art. 368 OR). Nach Art. 167 SIA-Norm 118 haftet der Unternehmer auch für Mängel seines Wer-

Seite 17 — 36 kes, die verursacht sind durch von ihm vorgeschlagene Konstruktionen oder Ausführungsarten sowie durch seine statische Berechnung und konstruktive Bearbeitung. Dagegen haftet er nicht für die Richtigkeit der durch den Bauherrn bekanntgegebenen Anforderungen, Gegebenheiten und Annahmen. Führt letzteres zu einem "Mangel", so ist dieser vom Bauherrn selbstverschuldet und deshalb kein Mangel im Sinne der Norm (vgl. Art. 166 Abs. 4 SIA-Norm 118). Bei jedem Mangel im Sinne von Art. 166 SIA-Norm 118 hat der Bauherr zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innert angemessener Frist zu verlangen (Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118). Es besteht mithin - im Gegensatz zum gesetzlichen Mängelrecht - ein Vorrang des Nachbesserungsrechts (Bühler, a.a.O., N 158 zu Art. 368 OR; Gauch, SIA-Norm, N 7 zu Art. 169; ders., Werkvertrag, Rz. 2658; Alfred Koller, Die Mängelrechte und die Frage ihrer Abtretbarkeit, in: ders. [Hrsg.], SIA-Norm 118, St. Galler Baurechtstagung 2000, Tagungsbeiträge, S. 1 ff., S. 11 [zit. Koller, Mängelrechte]; Hans Rudolf Spiess/ Marie-Theres Huser, Norm SIA 118, Stämpfli Handkommentar, Bern 2014, N 2 zu Art. 169; Zindel/Pulver, a.a.O., N 88 zu Art. 368 OR; vgl. ferner auch ZF 06 31 E. 4). Soweit der Unternehmer Mängel innerhalb der vom Bauherrn angesetzten Frist nicht behebt, ist der Bauherr berechtigt, nach seiner Wahl entweder weiterhin auf der Nachbesserung zu beharren, jedenfalls soweit die Verbesserung im Verhältnis zu seinem Interesse an der Mängelbeseitigung nicht übermässige Kosten verursacht (Ziff. 1), oder einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug von der Vergütung zu machen (Minderung; Ziff. 2) oder aber vom Vertrag zurückzutreten, sofern die Entfernung des Werkes nicht mit unverhältnismässigen Nachteilen für den Unternehmer verbunden ist und die Annahme dem Bauherrn nicht zugemutet werden kann (Ziff. 3). Die Mängelrechte gemäss Ziff. 1-3 stehen dem Bauherrn schon vor Ablauf der Verbesserungsfrist zu, wenn sich der Unternehmer ausdrücklich weigert, eine Verbesserung vorzunehmen, oder er hierzu offensichtlich nicht imstande ist (Art. 169 Abs. 2 SIA-Norm 118). Die Geltendmachung eines Mangels erfolgt mittels einer Mängelrüge, welche sich an den Unternehmer zu richten hat (Gauch, SIA-Norm, N 5 zu

Art. 163). Die Anzeige der Mängel ist gemäss SIA-Norm 118 an keine besondere Form gebunden. In Ermangelung besonderer Regelungen gelten im Weiteren die allgemeinen Bestimmungen des Werkvertragsrechts (Gauch, SIA-Norm, N 5 zu Art. 163). Inhaltlich muss die Rüge demzufolge sachgerecht substantiiert sein, zumindest die Mängel genau angeben und zum Ausdruck bringen, dass der Besteller das Werk nicht als vertragsgemäss anerkennen und den Unternehmer haftbar machen will. Eine Mängelrüge muss in jedem Fall die Anzeige eines erkannten Mangels (vgl.

Seite 18 — 36 Art. 367 Abs. 1 OR) sowie die (ausdrückliche oder stillschweigende) Kundgabe des Willens enthalten, das Werk (oder den Werkteil) auf Grund des mitgeteilten Mangels nicht als vertragsgemäss anzuerkennen und den Unternehmer haftbar zu machen (vgl. BGE 107 II 175; 118 II 142; Gauch, SIA-Norm, N 5 zu Art. 163; Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druet, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000, N 47 zu § 47; Spiess/Huser, a.a.O., N 17 zu Art. 174; Zindel/Pulver, a.a.O., N 18 zu Art. 367 OR). Die Kosten einer Verbesserung des mangelhaften Werkes trägt sodann der Unternehmer. Art 170 Abs. 1 SIA-Norm 118 konkretisiert, was darunter fällt. Kosten, die dem Bauherrn auch bei ursprünglich mängelfreier Ausführung entstanden wären, trägt demgegenüber der Bauherr (Art. 170 Abs. 2 SIA-Norm 118; sogenannte "Sowieso-Kosten", vgl. Gauch, SIA-Norm, N 6 zu Art. 170). Hat der Bauherr (oder eine Hilfsperson des Bauherrn) einen Mangel mitverschuldet, so sind die Verbesserungskosten zwischen Unternehmer und Bauherrn angemessen zu verteilen (Art. 170 Abs. 3 SIA-Norm 118). Art. 171 SIA-Norm 118 regelt das Recht auf Ersatz des sogenannten Mangelfolgeschadens, für den der Unternehmer jedoch nur einstehen muss, wenn ihn ein Verschulden oder eine Hilfspersonenhaftung trifft (Abs. 1). Der Unternehmer ist von der Ersatzpflicht befreit, wenn er nachweist, dass ihn kein Verschulden trifft (Abs. 2). Art. 172 SIA-Norm 118 statuiert sodann eine Garantiefrist von zwei Jahren, Art. 173 SIA-Norm 118 das Recht, jederzeit während der Garantiefrist Mängel rügen zu können. Art. 174 Abs. 1 SIA-Norm 118 bestimmt schliesslich, dass der Unternehmer für alle Mängel haftet, die der Bauherr während der Garantiefrist rügt (Satz 1). Von der Haftung ausgenommen sind einzig Mängel, für die das Werk (oder der Werkteil) gemäss Art. 163 SIA-Norm 118 als genehmigt gilt (Satz 2). Der Bauherr hat dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Verbesserung eines gerügten Mangels anzusetzen (Art. 174 Abs. 2 SIA-Norm 118). c) Mit Schreiben vom 5. Juli 2010 (act. BG III.4.), titulierte als "Mängelrüge", zeigte der Berufungskläger als Bauherr der Berufungsbeklagten als Unternehmerin erstmals (schriftlich) an, dass "die Stützmauer an der Nordwestecke des Stalls [...] nach vorn gekippt und gerissen" sei. Der Berufungskläger gehe davon aus, dass bei den Aushubarbeiten nicht sorgfältig genug vorgegangen worden sei und beim Materialeinbau der verlangte Verdichtungswert nicht eingehalten sei, was die Mauer ca. ein halbes Jahr nach dem Hinterfüllen nach vorne habe kippen lassen. Die Berufungsbeklagte werde für die nicht vertragskonforme Ausführung des Bauteils haftbar gemacht. Es werde verlangt, dass die Mauer ersetzt werde. Die Berufungsbeklagte werde gebeten, bis am 14. Juli 2010 Kontakt mit ihm aufzunehmen.

Seite 19 — 36 Im Übrigen müsse die Mauer bis am 10. August 2010 ersetzt sein. Mit Antwort vom 14. Juli 2010 (act. BG III.5.) wies die Berufungsbeklagte die Anschuldigung des Berufungsklägers, wonach bei den Aushubarbeiten für die Fundation der Stützmauer nicht korrekt gearbeitet worden sei, zurück. Die Arbeiten seien ordnungsgemäss ausgeführt und vom Berufungskläger als Bauherr abgenommen worden. Die vom

Berufungskläger angeführten Gründe für das Kippen der Mauer seien nicht stichhaltig; vielmehr sei naheliegend, dass die Mängel der Stützmauer auf die planerischen Vorgaben des Bauherrn und Berufungsklägers zurückzuführen seien, weshalb dieser dafür verantwortlich sei. Der Ersatz der Stützmauer werde deshalb abgelehnt. Sollte der Berufungskläger an den Feststellungen der Berufungsbeklagten zweifeln, lasse diese eine Dimensionierung und Bemessung der Stützmauer durch ein externes, neutrales Ingenieurbüro überprüfen. In dem als "Abmahnung" bezeichneten Schreiben vom 26. Juli 2010 (act. BG III.6.) hielt der Berufungskläger daran fest, die Berufungsbeklagte für die nicht vertragskonforme Ausführung des Bauteils haftbar zu machen. Ebenso wurde die Forderung aufrechterhalten, dass die Mauer bis am 10. August 2010 zu ersetzen sei. Im Rahmen eines Vergleichs wurde der Berufungsbeklagten angeboten, 50% des Aufwandes zu übernehmen. Dieser Vergleich sei indes ein einmaliges Angebot ohne Schuldanerkennung und könne vor Gericht nicht angerufen werden. Falls die Berufungsbeklagte bis am 29. Juli 2010 den Vorschlag nicht annehmen sollte, sähe man sich gezwungen, eine Ersatzvornahme zu veranlassen und der Berufungsbeklagten sämtliche Kosten zu verrechnen. In ihrer Stellungnahme vom 28. Juli 2010 (act. BG III.7.) hielt die Berufungsbeklagte an ihren Ausführungen im Schreiben vom 14. Juli 2010 fest, wonach der an sie gerichtete Vorwurf der nicht vertragskonformen Ausführung nicht zu begründen sei. Für die statische Bemessung sei der Berufungskläger als Ingenieur verantwortlich. Die Ausführung der Arbeiten sei gemäss den Plänen des Berufungsklägers erfolgt und die Schäden folglich nicht auf allfällige Fehler der Berufungsbeklagten zurückzuführen. Aus diesem Grund sei man nicht bereit, dem Vergleichsangebot des Berufungsklägers und damit einer hälftigen Kostenübernahme zuzustimmen. An den Kosten einer allfälligen Ersatzvornahme werde man sich nicht beteiligen. Die vorgegebene Frist von 3 Tagen sei für weitere Abklärungen zu kurz, ebenso die Frist für den Ersatz der Mauer bis am 10. August 2010. Die Berufungsbeklagte schlug deshalb folgendes Vorgehen vor: Die Ursachen des Mangels seien durch ein externes, neutrales Ingenieurbüro in einer Expertise feststellen zu lassen; das Ingenieurbüro werde durch beide Parteien gemeinsam bestimmt. Das Ergebnis mit den daraus resultierenden Kostenfolgen (inkl. Aufwendungen für die Expertise) werde im Sinne eines Schiedsgerichtsentscheides abschliessend und endgültig von beiden Partnern

Seite 20 — 36 akzeptiert; der Bauherr akzeptiere auch andere Sanierungsvorschläge zur Sanierung des Risses als der von ihm geforderte Totalersatz (Verhältnismässigkeit). Mit Schreiben vom 28. August 2010 (act. BG III.8.) lud der Berufungskläger die Berufungsbeklagte zur Offertstellung bezüglich Abbruch und Neubau der Stützmauer auf. Die Berufungsbeklagte hielt mit Antwort vom 6. September 2010 (act. BG III.9.) an ihrem im Schreiben vom 28. Juli 2010 vorgeschlagenen Vorgehen fest und verzichtete auf die Unterbreitung einer Offerte. Der Berufungskläger hielt mit Schreiben vom 9. September 2010 (act. BG III.10.) an seiner Sichtweise fest und machte die Berufungsbeklagte nach wie vor für die Schäden an der Mauer verantwortlich. Im Weiteren verlangte er bis am 14. September 2010 eine schriftliche Zusicherung von der Berufungsbeklagten, dass sie die Mauer ersetzen werde. Als Nachbesserung werde nur der Ersatz der Stützmauer akzeptiert; alles andere sei "Flickwerk". Sollte die Berufungsbeklagte bis zum 14. September 2010 auf eine Nachbesserung verzichten, sehe man sich gezwungen, eine Ersatzvornahme durch einen Dritten vornehmen zu lassen und die Kosten der Berufungsbeklagten zu verrechnen. Selbstverständlich werde eine unabhängige Institution ein Gutachten erstellen. Der Experte begutachte die Berechnung, die Bodenverhältnisse und die Bauausführung. Die

Bodenverhältnisse und die Bauausführung könnten erst beim Mauerabbruch beurteilt werden. Mit Schreiben vom 10. September 2010 (act. BG IV.5.) wehrte sich die Berufungsbeklagte gegen den Vorwurf, sie habe die festgelegte Nachbesserungsfrist unbenutzt verstreichen lassen, und verwies auf den von ihr unterbreiteten Vorschlag bezüglich einer Expertise durch ein unabhängiges Ingenieurbüro. Mit Schreiben vom 13. Oktober 2010 (act. BG III.12.) teilte der Berufungskläger der Berufungsbeklagten mit, bei der (mittlerweile erfolgten) Ersatzvornahme der Stützmauer sei festgestellt worden, dass die gesamte Stützmauer nicht mit Aushubmaterial, sondern mit Humus hinterfüllt worden sei. Daselbe gelte für die Hinterfüllung der Heustallrückwand. Der Stützmauerfundamentrücksprung habe 55 bis 58 cm betragen, nach Plan hätten es 60 cm sein müssen. Schliesslich sei das Hangwasser beim Stützmauerende über dem Fundament gefasst worden; die Fassung müsse jedoch unter dem Fundament liegen. Am 12. November 2010 stellte der Berufungskläger der Berufungsbeklagten den Bericht vom Institut für Bau und Umwelt der Hochschule O.2 \_\_\_\_\_ zu (vgl. dazu nachfolgend Erwägung 6c). d) Der Berufungskläger macht zusammenfassend geltend, die Mängel der Stützmauer (Risse und Kippen) beruhten auf einer falschen, nicht vertragskonformen Ausführung bzw. Erstellung durch die Berufungsbeklagte, weshalb diese für die Kosten der Neuerstellung der Mauer einzustehen habe. Die Berufungsbeklagte

Seite 21 — 36 wiederum ist der Ansicht, die vom Berufungskläger genannten Mängel beruhten auf einem Planungsfehler seinerseits, welche folglich er zu verantworten habe.

## E. 5

a) Der Berufungskläger macht vorliegend sogenannte Folge- bzw. Sekundär- mängel (Mauerriss, Kippen der Mauer) geltend, die angeblich durch einen bzw. mehrere ursprüngliche Werkmängel (falsche Hinterfüllung der Stützmauer, zu kleiner Fundamentrücksprung, falsch positionierte Quell- bzw. Hangwasserfassung) verursacht worden seien. Der Primärmangel muss (natürlich) kausal sein für den Sekundärmangel (Gauch, Werkvertrag, Rz. 1470; Peter Reetz, Der Beweis im Bauprozess: Beweissicherung, Beweislast und Beweiswürdigung, BRT 2009, Rz. 38; Spiess/Huser, a.a.O., N 14 zu Art. 166). Ein solcher Folge- bzw. Sekundärmangel gilt ebenso als Werkmangel, für den der Unternehmer grundsätzlich nach den Regeln über die Mängelhaftung einzustehen hat (vgl. zum Ganzen Brändli, a.a.O., Rz. 83, 224 und 234 f.; Gauch, Werkvertrag, Rz. 1455 m.w.H.). b) Grundsätzlich hat der Besteller bzw. Bauherr den Beweis dafür zu erbringen, dass ein Mangel vorliegt (Brändli, a.a.O., Rz. 237; Bühler, a.a.O., N 41 zu Art. 368 OR; Gauch, SIA-Norm, N 8 zu Art. 174; ders., Werkvertrag, Rz. 1507; Zindel/Pulver, a.a.O., N 90 zu Art. 368 OR). In Abweichung von dieser, Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) entspringenden Beweislastregel liegt gemäss Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 die Beweislast beim Unternehmer, wenn streitig wird, ob ein behaupteter Mangel wirklich eine Vertragsabweichung darstellt und daher ein Mangel im Sinne dieser Norm ist. Diese Beweislastregel ist nach einhelliger Lehre restriktiv auszulegen. Der Bauherr trägt nach wie vor die Beweislast für den Zustand, von dem er behauptet, dass er ein (Werk-)Mangel sei. Bestreitet jedoch der Unternehmer, dass es sich bei diesem Zustand um eine Vertragsabweichung und damit um einen Mangel handelt, so obliegt ihm hierfür der Beweis (vgl. zum Ganzen Brändli, a.a.O., Rz. 239; Gauch, SIA-Norm, N 8 zu Art. 174; ders., Werkvertrag, Rz. 2696; Reetz, a.a.O., Rz. 60; Zindel/Pulver, a.a.O., N 92 zu Art. 368 OR; Johannes Zuppiger, Die Beweislastumkehr in Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118, Jusletter vom 13. Juni 2005, Rz. 6). c) Ein Beweis gilt in

der Regel als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (sog. Regelbeweismass; vgl. etwa BGE 130 III 321, 324 E.3.2; ferner Hans Schmid/Flavio Lardelli, in: Hon-

Seite 22 — 36 sell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 4. Auflage, Basel 2010, N 17 zu Art. 8 ZGB). Ausnahmen von diesem Regelbeweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. So genügt etwa hinsichtlich des Kausalverlaufs (s. dazu unten Erwägung 6d) eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, soweit sich ein direkter Beweis aufgrund der Natur der Sache nicht führen lässt (BGE 133 III 153, 162 E.3.3, mit weiteren Hinweisen auf die konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung; vgl. ferner Reetz, a.a.O., Rz. 47; Schmid/Lardelli, a.a.O., N 18 zu Art. 8 ZGB). Erforderlich ist mithin nicht ein strikter und absoluter Beweis. Vielmehr hat sich der Richter mit derjenigen Gewissheit zufrieden zu geben, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Lebenserfahrung verlangt werden kann (BGE 132 III 715, 720 f. E.3.2.1). Den Ausnahmen liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten (vgl. BGE 130 III 321, 324 E.3.2; 128 III 271, 275 E.2b/aa). Die Beweiserleichterung setzt demnach eine "Beweisnot" voraus. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, insbesondere wenn die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können. Eine Beweisnot liegt aber nicht schon darin begründet, dass eine Tatsache, die ihrer Natur nach ohne weiteres dem unmittelbaren Beweis zugänglich wäre, nicht bewiesen werden kann, weil der beweisbelasteten Partei die Beweismittel fehlen. Blosser Beweisschwierigkeiten im konkreten Einzelfall können nicht zu einer Beweiserleichterung führen (BGE 130 III 321, 324 E.3.2. m.w.H.; vgl. ferner Reetz, a.a.O., Rz. 49).

## **E. 6**

a) Der Bauherr hat dem Gesagten zufolge zunächst den Zustand zu beweisen, von dem er behauptet, dass er ein (Werk-)Mangel sei. Vorliegend hat der Berufungskläger folglich die von ihm geltend gemachten Risse und das Kippen der Mauer zu belegen. Es gilt das Regelbeweismass. Die von ihm ins Recht gelegten Fotobelege (act. BG III.24.) lassen entsprechende Schlüsse ohne weiteres zu. Sie zeigen die fragliche Mauer, versehen mit einem querverlaufenden Riss; ebenso ersichtlich aus den beigelegten Fotografien ist, dass die Stützmauer vornüber gekippt sein muss. Die Berufungsbeklagte zieht denn auch nicht diese Umstände in Zweifel, sondern bestreitet ihre diesbezügliche Verantwortlichkeit (vgl. dazu auch die Klageantwort [act. BG II.2.], S. 3, sowie den angefochtenen Entscheid, S. 11).

Seite 23 — 36 b) Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid festgehalten, dass es dem Kläger (bzw. Berufungskläger) obliege, in Bezug auf die von ihm gerügten Primärmängel zu beweisen, mit welchem Material die Stützmauer hinterfüllt und wie das Hang- bzw. Quellwasser gefasst worden sei. Weiter habe er den Beweis zu erbringen, dass der Fundamentrücksprung mit einer Breite von 55 bis 58 cm erstellt worden sei (vgl.

angefochtener Entscheid, S. 10 f.). Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, dass bezüglich des Fundamentrücksprungs auf Beweislosigkeit zu schliessen sei (vgl. angefochtener Entscheid, S. 11), der vom Kläger bzw. Berufungskläger behauptete Zustand der Hangwasserfassung als nicht erstellt zu qualifizieren sei (vgl. angefochtener Entscheid, S. 13) und sich die Frage, ob die Stützmauer mit Aushubmaterial oder mit Humus hinterfüllt worden sei, aufgrund der verschiedenen Zeugenaussagen und der sonstigen Beweise nicht schlüssig beantworten liesse (vgl. angefochtener Entscheid, S. 15). Damit sei dem Kläger der Beweis für den Zustand der von ihm gerügten Primärmängel nicht gelungen. Der Berufungskläger bringt diesbezüglich einerseits vor, die "von der Berufungsbeklagten vorgebrachte fehlende Verantwortung hätte dieselbe beweisen müssen" (vgl. Berufung, S. 5). Andererseits moniert er, dass es nicht angehen könne, allein den Besteller die Folgen einer in diesem Zusammenhang allenfalls entstehenden Beweisnot tragen zu lassen (vgl. Berufung, S. 6). Dabei verkennt er jedoch die korrekte Beweislastverteilung, wie sie vorgängig (vgl. vorstehend Erwägung 5b) dargelegt wurde und von der auch die Vorinstanz in zutreffender Weise ausgegangen ist. Demzufolge verfängt auch seine Rüge hinsichtlich der Beweislosigkeit nicht; diese ist folgerichtig für denjenigen nachteilig, dem die Beweislast zukommt. Die Rüge des Berufungsklägers erweist sich insofern als unbegründet. c) Im Weiteren macht der Berufungskläger geltend, die Vorinstanz habe bezüglich der geltend gemachten Primärmängel den Sachverhalt unrichtig festgestellt (vgl. Berufung, S. 7 ff.). aa) In Bezug auf die Hinterfüllung der Stützmauer hat die Berufungsbeklagte stets anerkannt, dass dafür Aushubmaterial vereinbart gewesen sei. Sie bestreitet jedoch, dass anschliessend die Stützmauer abredewidrig mit Humus statt mit Aushubmaterial hinterfüllt worden sei (vgl. angefochtener Entscheid, S. 13). Die Vorinstanz ist unter Würdigung verschiedener Zeugenaussagen zum Schluss gekommen, dass sich aufgrund deren unterschiedlichen Inhalts der Beweis dafür, dass die Stützmauer tatsächlich mit Humus hinterfüllt worden sei, nicht mit Sicherheit erbringen lasse (vgl. angefochtener Entscheid, S. 15). Der Berufungskläger wendet dagegen zunächst ein, sämtliche befragten Personen hätten ausgesagt,

Seite 24 — 36 dass die Mauer auf der ganzen Länge mit demselben Material hinterfüllt gewesen sei (vgl. Berufung, S. 7). Festzuhalten ist insofern was folgt: - Die nachgenannten Personen - D.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ - waren bzw. sind für die Firma H.\_\_\_\_\_AG tätig. Die Firma H.\_\_\_\_\_AG wurde vom Berufungskläger mit dem Abreissen der alten, beschädigten Stützmauer sowie mit dem Erstellen einer neuen Stützmauer beauftragt. Die drei vorgenannten Personen waren an den diesbezüglichen Arbeiten entsprechend ihrer Funktion beteiligt. Der Aushub der fraglichen Hinterfüllung der beschädigten Stützmauer wurde, wie nachfolgend deutlich wird, jedoch nicht von ihnen, sondern, wie anzunehmen ist, vom Berufungskläger vorgenommen. Die drei genannten Personen fanden somit, als sie beim Standort der beschädigten Mauer eintrafen, um diese abzureissen und neu zu erstellen, das hinterfüllte Material in bereits ausgehobenem Zustand vor. - D.\_\_\_\_\_, Bauführer bei der Firma H.\_\_\_\_\_AG, führte anlässlich seiner Befragung vom 14. Mai 2013 aus, dass die abgebrochene Mauer mit Kulturerde bzw. Oberboden (früher habe man "Humus" gesagt) hinterfüllt gewesen sei. Man unterscheide zwischen Oberboden (ca. 20 - 30 cm je nach Ort), Unterboden (ebenfalls verschieden stark) und Erdmaterial (act. BG V.II., Antwort auf Frage 9). Auf die Frage, ob die Stützmauer auf der ganzen Länge mit dem gleichen Material hinterfüllt gewesen sei, antwortete er mit folgenden Worten: "Was ich gesehen habe, ja, in der ganzen Höhe" (act. BG V.II., Antwort auf Frage 10). - F.\_\_\_\_\_, Maschinist bei der Firma H.\_\_\_\_\_AG, gab anlässlich seiner Befragung vom 20. August

2013 an, dass die Mauer auf der ganzen Länge mit dem gleichen Material hinterfüllt worden sei (act. BG V.4., Antwort auf Frage 6 der Ergänzungsfragen) und dass es sich dabei um ein tonartiges, weiches Material handelte (act. BG V.4., Antwort auf Frage 2). Er wisse nicht, woher dieses Material stamme. - G.\_\_\_\_\_, Vorarbeiter bei der Firma H.\_\_\_\_AG, bestätigte anlässlich der Befragung vom 20. August 2013, dass die Mauer auf der ganzen Länge mit dem gleichen Material hinterfüllt worden sei (act. BG V.5., Antwort auf Frage 5 der Ergänzungsfragen). Es habe sich dabei um ein erdiges, tonartiges Material, durch das das Wasser nicht gut hätte durchfliessen können, bzw. um dichteres, aber feineres Material, eher wie Ton, gehandelt (act. BG V.5., Antwort auf Frage 2). Er wisse nicht, woher dieses Material stamme. Als er

Seite 25 — 36 gekommen sei und die Mauer erstellt habe, sei das Material schon dort gewesen. Aus diesen Aussagen ergibt sich zunächst, dass sie insofern übereinstimmen, als dass jede der drei genannten Personen ausgesagt hat, die Mauer sei auf der ganzen Länge - also sowohl im Stallrückwand- als auch im Stützmauerbereich - mit demselben Material hinterfüllt worden. D.\_\_\_\_ spricht in seinen Ausführungen explizit von "Humus", die Beschreibungen von F.\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_ betreffend das hinterfüllte Material deuten jedenfalls stark darauf hin. E.\_\_\_\_, Bauführer bei der Berufungsbeklagten, gab anlässlich seiner Befragung vom 14. Mai 2013 zu Protokoll, dass sie gemäss seiner Erinnerung nicht genug Material für die Hinterfüllung gehabt hätten. Der Berufungskläger habe daraufhin zweimal Material von der Firma H.\_\_\_\_AG bestellt. Das erste Mal habe es sich um Material für die Füllung unter der Bodenplatte, das zweite Mal "um Material für die Hinterfüllung des Stalles und sodann in dessen Verlängerung der Stützmauer" gehandelt (act. BG V.I., Antwort auf Frage 3). Die Aussage von E.\_\_\_\_ stimmt mit den Aussagen von D.\_\_\_\_, F.\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_ darin überein, dass alle ausgesagt haben, die Mauer sei auf der ganzen Länge mit demselben Material hinterfüllt worden. Im Unterschied zu D.\_\_\_\_, F.\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_ bezeichnete E.\_\_\_\_ das hinterfüllte Material jedoch nicht als Humus, sondern als Aushubmaterial. Insofern ist dem Berufungskläger zwar Recht zu geben, dass sämtliche befragten Personen ausgesagt hätten, die Mauer sei auf der ganzen Länge mit demselben Material hinterfüllt gewesen. Es fragt sich allerdings, welche Erkenntnis diesbezüglich für die Frage nach dem im Bereich der Stützmauer hinterfüllten Material gewonnen ist, da diesbezüglich in den Aussagen der befragten Personen gerade nicht Übereinstimmung vorliegt. Der Berufungskläger hat den Aushub des hinterfüllten Materials fotografisch dokumentiert (vgl. act. BG III.20.-21.). Daraus sei ersichtlich, dass die Stützmauer mit Humus hinterfüllt gewesen sei. Diese Fotos sind jedoch nur beschränkt aussagekräftig: ihnen ist zwar zu entnehmen, dass die oberste Schicht der Stützmauerhinterfüllung aus Humus bestand, jedoch war eine Humusierung von 20 cm vereinbart gewesen (vgl. act. BG III.23.), sodass es sich dabei nicht um einen Mangel handeln kann. Bezüglich des Hinterfüllungsmaterials unterhalb dieser regulären Humusschicht lassen sich aufgrund der ins Recht gelegten Fotografien jedoch kaum verlässliche Aussagen treffen, zumal das ausgehobene Hinterfüllungsmate-

Seite 26 — 36 rial selbst nie eine fotografische Abbildung erfahren hat. Die Vorinstanz hat diesbezüglich festgehalten, dass auch C.\_\_\_\_ (Institut für Bau und Umwelt der Hochschule für Technik O.2\_\_\_\_) keine sachdienlichen Angaben zum hinterfüllten Material machen können, weil gemäss dessen Zeugenaussage das rückgefüllte Material direkt hinter der Stützmauer bei dessen Augenschein vor Ort (am 13. Oktober 2010) bereits abgeführt gewesen sei (vgl. angefochtener Entscheid, S. 14). Letztere Aussage ist

grundsätzlich richtig: So gab C.\_\_\_\_\_ in seiner schriftlichen Auskunft vom 18. Januar 2013 (act. BG V.6.) an, dass er das ursprünglich hinterfüllte Material direkt hinter der Stützmauer nicht begutachten können, da dieses im Zeitpunkt der Begehung bereits wieder ausgehoben und abgeführt gewesen sei. Diese Aussage bestätigte er auch anlässlich seiner Befragung vom 14. Mai 2013 (vgl. act. BG V.3., Antworten auf Frage 2 und 3.1.). Offenbar sieht sich C.\_\_\_\_\_ aufgrund der ihm vom Berufungskläger vorgelegten Fotos nicht in der Lage, eine Aussage über die Art des Hinterfüllungsmaterials im Bereich der Stützmauer zu machen (vgl. insbesondere act. BG V.3., Antwort auf Frage 4). Im Übrigen gibt auch das vom Berufungskläger bei C.\_\_\_\_\_ in Auftrag gegebene Gutachten keinen Aufschluss zur Frage, mit welchem Material die Stützmauer hinterfüllt gewesen war (vgl. act. BG III.22.). An dieser Stelle ist festzuhalten, dass es einigermaßen merkwürdig erscheint, dass der Berufungskläger das ausgehobene Material als solches nicht bzw. jedenfalls eindeutig ungenügend fotografisch dokumentiert hat. Umso mehr ist es vor diesem Hintergrund erstaunlich, dass er sodann das ausgehobene Material hat abtransportieren lassen, bevor C.\_\_\_\_\_ den Standort der Stützmauer samt dazugehöriger Umgebung inspizieren konnte. Dieser musste aufgrund von (wenig aussagekräftigen) Fotos entscheiden, ob es sich beim hinterfüllten Material um Humus oder Aushubmaterial gehandelt hatte. Warum der Berufungskläger hier dermaßen zentrales Beweismaterial ohne gehörige Beweissicherung bzw. vor der Begutachtung durch C.\_\_\_\_\_ beiseite schaffen liess, ist schlicht nicht nachvollziehbar. Demgegenüber ist aufgrund der vom Berufungskläger eingelegten Bilddokumente mit einer relativ hohen Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Stallrückwand mit Humus hinterfüllt wurde. Diese Einschätzung findet denn auch in den Aussagen von C.\_\_\_\_\_ ihre Stütze: Dieser führte im Rahmen seiner schriftlichen Auskunft vom 18. Januar 2013 (act. BG V.6.) aus, dass aufgrund von Fotos aus Händen des Berufungsklägers und des sichtbaren Aushubabschnittes zum Stall hin während der Begehung die Hinterfüllung als feinkörniges Material (siltig-toniger Sand) bezeichnet werden könne, wobei es sich vermutungsweise um ein humoses

Seite 27 — 36 Material handle (act. BG V.6.). Mit den Fotos, auf die sich C.\_\_\_\_\_ bezieht, dürften diejenigen gemäss act. BG III.20. und 21. gemeint sein. Anlässlich der Befragung vom 14. Mai 2013 bestätigte C.\_\_\_\_\_ seine Einschätzung, wonach es sich beim Material hinter dem Stall um feinkörniges Material gehandelt habe (vgl. act. BG V.3., Antwort auf Frage 2). Der Berufungskläger folgert daraus, dass auch die Stützmauer mit Humus hinterfüllt worden sei, weil gemäss übereinstimmenden Zeugenaussagen die Mauer auf der ganzen Länge - also sowohl im Stallrückwand- als auch im Stützmauerbereich - mit demselben Material hinterfüllt und hinter der Stallmauer erwiesenermassen Humus verwendet worden sei (vgl. Berufung, S. 7). Demgegenüber weist die Berufungsbeklagte auf die Aussage von E.\_\_\_\_\_ hin, wonach die Stützmauer mit Aushubmaterial hinterfüllt worden sei. Dieses Aushubmaterial sei am Tag vor der Hinterfüllung durch die Firma H.\_\_\_\_\_AG zugeführt worden (vgl. Berufungsantwort, S. 8). Die entsprechende Aussage wird durch den Tagesrapport Nr. 48 der Berufungsbeklagten belegt, wonach am 26. Juni 2008 132 m<sup>2</sup> Aushubmaterial von der Firma H.\_\_\_\_\_AG zugeführt worden sind (vgl. act. BG IV.7.). Der Berufungskläger bestreitet denn auch nicht, dass besagtes Aushubmaterial zugeführt worden sei bzw. dass es sich beim zugeführten Material um Aushubmaterial gehandelt habe, sondern (lediglich) dass dieses am Folgetag für die Hinterfüllung der Stützmauer verwendet worden sei. Allein aus dem Umstand, dass Aushubmaterial habe zugeführt werden müssen, liesse sich nämlich nicht schlussfolgern, eben dieses Material sei

dann auch effektiv zur Hinterfüllung der Mauer verwendet worden (vgl. Berufung, S. 8). Grundsätzlich ist dem Berufungskläger darin zuzustimmen, dass ein solcher Schluss in der Tat nicht zwingend ist, auch wenn die Hinterfüllung der Stützmauer erwiesener- und unbestrittenermassen am Folgetag der Zuführung des Aushubmaterials erfolgte. Nichtsdestotrotz entbehrt eine solche Schlussfolgerung nicht einer gewissen Plausibilität, zumal der Berufungskläger selbst ausführte, das zugeführte Aushubmaterial sei "immer sofort eingebaut" worden (vgl. Replik [act. BG II.3.], S. 8), und E. \_\_\_\_\_ angab, dass sie kein anderes als das zugeführte Aushubmaterial für die Hinterfüllung zur Verfügung gehabt hätten (was auch die nötig gewordene Zuführung von zusätzlichem Material erklären würde; vgl. act. BG V.1., Antwort auf Ergänzungsfrage 4). Im Weiteren ist festzuhalten, dass es der Berufungskläger - ungeachtet der Vorbringen der Berufungsbeklagten - unterlassen hat anzugeben, wofür das zugeführte Aushubmaterial sonst verwendet worden ist. Seine diesbezüglichen Äusserungen stellen somit kaum mehr als unbelegte Behauptungen dar. Schliesslich ist ein Weiteres zu beachten: Gemäss Tagesrapport Nr. 48 vom 26. Juni 2008 (vgl. act. BG IV.7.) wurden an jenem Tag die "Wände oben" hinterfüllt und verdichtet, am Tag darauf erfolgte sodann dasselbe mit der "Stützmauer

Seite 28 — 36 oben" (vgl. Tagesrapport Nr. 49 vom 27. Juni 2008 [act. BG IV.7.]).

Aufgrund einer Gegenüberstellung der Bezeichnungen ist davon auszugehen, dass es sich bei den "Wände[n] oben" um die Stallrückwand handelt. Insofern ist festzuhalten, dass Stallrückwand und Stützmauer - zumindest mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit - nicht an demselben Tag hinterfüllt wurden. Es erscheint somit zumindest möglich, dass das Hinterfüllungsmaterial bei der Stallrückwand nicht dasselbe war wie bei der Stützmauer, weil zwischen den beiden Hinterfüllungen neues Material zugeführt worden ist, welches alsdann (und nur) für den zweiten Abschnitt der Hinterfüllung im Bereich der Stützmauer verwendet worden sein könnte. Jedenfalls bleiben nach diesen Ausführungen nicht auszusräumende Zweifel darüber, dass die fragliche Stützmauer gemäss der Ansicht des Berufungsklägers mit Humus statt mit Aushubmaterial hinterfüllt war. Diese Zweifel und die daraus resultierende Beweislosigkeit gehen zu Lasten des (Berufungs-)Klägers (vgl. dazu bereits oben Erwägung 5b und 6b). bb) In Bezug auf den Fundamentrücksprung der Stützmauer machte der Berufungskläger geltend, dieser sei 55 bis 58 cm breit gewesen, wobei aber 60 cm vorgesehen bzw. vereinbart gewesen seien (vgl. Klageschrift [act. BG II.1.], S. 6). Die Vorinstanz schloss auch diesbezüglich auf Beweislosigkeit: Auf den vom Kläger ins Recht gelegten Fotos, welche den Fundamentrücksprung mit darauf gelegtem Meterstab zeigten, sei die effektive Breite nicht erkennbar. Solche Fotos seien ohnehin beweisuntauglich, da sie weder die genaue Örtlichkeit der Aufnahme noch die Genauigkeit des Meterstabes belegen könnten. Weitere Beweise fehlten, und auch die vom Gericht befragten Personen hätten keine Angaben zur Breite des Fundamentrücksprungs machen können (vgl. angefochtener Entscheid, S. 11). Der Berufungskläger ficht diese Sachverhaltsfeststellungen im Rahmen der Berufung nicht an, sodass sie folglich - mangels Bestreitung - als zutreffend anzusehen sind, zumal Gegenteiliges nicht ersichtlich ist. Der Berufungskläger anerkennt das vorinstanzliche Ergebnis der Beweislosigkeit sogar implizit, indem er geltend macht, der fehlende Nachweis bezüglich des Fundamentrücksprungs könne nicht zu seinem Nachteil gereichen (vgl. Berufung, S. 7). Der Berufungskläger bringt somit im Kern - auch hier - vor, die Beweislastverteilung sei falsch vorgenommen worden. Diese Vorbringen gehen hier ebenso fehl wie in Bezug auf die Hinterfüllung: Der (Berufungs-)Kläger trägt die Beweislast hinsichtlich der von ihm geltend gemachten Primärmängel (vgl. dazu Erwägung 5b), weshalb eine diesbezügliche

Beweislosigkeit - die er als solche nicht bestreitet - zu seinen Lasten geht.

Seite 29 — 36 cc) Was die Hang- bzw. Quellwasserfassung betrifft, machte der Berufungskläger bereits mittels Klage geltend, das Hangwasser sei fälschlicherweise nicht unter, sondern über dem Fundament gefasst worden (vgl. Klageschrift [act. BG II.1.], S. 6). Die Vorinstanz gelangte zum Ergebnis, dass der vom Kläger behauptete Zustand der Hangwasserfassung aufgrund divergierender Zeugenaussagen als nicht erstellt zu qualifizieren sei (vgl. angefochtener Entscheid, S. 13). Der Berufungskläger bringt dagegen vor, dass keiner der Zeugen der Auffassung gewesen sei, die Wasserfassung sei korrekt erfolgt (vgl. Berufung, S. 9). Dem kann nicht gefolgt werden. F.\_\_\_\_\_ gab anlässlich der Befragung vom 20. August 2013 an, die Hangwasserfassung habe sich "nicht ganz Fundamentoberkante, sondern ein bisschen tiefer [befunden]" (vgl. act. BG V.4., Antwort auf Frage 6). Diese Aussage lässt auf eine vertragskonforme Erstellung der Wasserfassung schliessen. Weil aber - wie die Vorinstanz erwogen hat und worauf sich auch der Berufungskläger beruft - die Angaben der übrigen befragten Personen (vgl. dazu Erwägung 6c/aa) auf eine unrichtige Erstellung der Wasserfassung hindeuten, ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass der vom Berufungskläger behauptete Zustand der Hang- bzw. Quellwasserfassung nicht bewiesen werden kann. Andere Gründe, die für den vom Berufungskläger behaupteten Zustand der Wasserfassung sprechen würden, werden sodann von diesem nicht vorgebracht und sind auch sonst nicht ersichtlich. Auch insofern ist deshalb auf Beweislosigkeit zu schliessen, welche entgegen der Auffassung des Berufungsklägers zu seinen Lasten geht. dd) Mit der Vorinstanz ist somit festzuhalten, dass dem Berufungskläger der Beweis nicht gelingt, dass die Stützmauer mit Humus statt mit Aushubmaterial hinterfüllt wurde, dass der Fundamentrücksprung lediglich 55 bis 58 cm statt der vorgesehenen und vereinbarten 60 cm erstellt und die Hang- bzw. Quellwasserfassung falsch platziert worden ist (zum Beweismass s. oben Erwägung 5c). d) Selbst wenn man insofern zu einem anderen Schluss gelangen würde, wären die Vorbringen des Berufungsklägers letztlich nicht stichhaltig, wie nachfolgend zu zeigen ist. Zwar braucht der Besteller die Gründe für die Entstehung des behaupteten Mangels nicht nachzuweisen, jedoch nur sofern der Nachweis des Mangels unabhängig von der Ursächlichkeit geführt werden kann (Gauch, Werkvertrag, Rz. 1508). Im Umkehrschluss ergibt sich demzufolge, dass der Besteller die Beweislast hinsichtlich der Ursächlichkeit eines ursprünglichen Mangels für einen Folge- bzw. Sekundärmangel trägt (vgl. dazu allgemein Reetz, a.a.O., Rz. 38; Rainer Schumacher, Beweisprobleme im Bauprozess, in: Festschrift für Dr. Kurt Eichenberger, Aarau 1990, S. 157 ff., S. 164 f.). Der Berufungskläger müsste demnach beweisen können, dass die geltend gemachten (und bewiese-

Seite 30 — 36 nen) Primärmängel (falsche Hinterfüllung der Stützmauer, zu kleiner Fundamentrücksprung, falsch positionierte Quell- bzw. Hangwasserfassung) ursächlich waren für die Sekundärmängel (Risse in der Mauer, Kippen der Mauer). Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 durchbricht diese Regel nicht; denn die Umkehr der Beweislast beschränkt sich nach dem klaren Wortlaut der Norm auf den Beweis hinsichtlich der (nicht bestehenden) Vertragsabweichung. Auch dieser Beweis gelingt dem Berufungskläger in Bezug auf die Hang- bzw. Quellwasserfassung sowie den Fundamentrücksprung nicht. Er führt zwar aus, "dass das falsch gefasste Wasser zusätzlichen - wenngleich für das Kippen und Reißen der Mauer nicht ausschlaggebenden - Druck auf die Mauer ausüben konnte" (Berufung, S. 9). Den Nachweis hierfür vermag er jedoch nicht zu erbringen. Seine Auffassung bleibt vielmehr in einer blossen Behauptung verhaften, die auch durch die

Ausführungen des Sachverständigen C.\_\_\_\_\_ keine zusätzliche Stütze erhalten. Im Gegenteil: C.\_\_\_\_\_ gab anlässlich seiner Befragung vom 14. Mai 2013 an, die Mauer sei aufgrund des hinterfüllten Materials zu Schaden gekommen (act. BG V.3., Antwort auf Frage 2). Über den Fundamentrücksprung und die Hang- bzw. Quellwasserfassung äusserte er sich im Hinblick auf deren Zusammenhang mit den an der Mauer entstandenen Schäden nicht (vgl. dazu auch den angefochtenen Entscheid, S. 17). Hinsichtlich des hinterfüllten Materials schliesslich legte C.\_\_\_\_\_ dar, sie hätten herausgefunden, dass die Mauer mit dem vom Berufungskläger angenommenen Phi-Winkel gehalten hätte, sie jedoch aufgrund des hinterfüllten Materials zu Schaden gekommen sei (vgl. act. BG V.3., Antwort auf Frage 2). Insofern übereinstimmend führte C.\_\_\_\_\_ in seinem Gutachten aus, dass die schadhafte Stützmauer mit einem Bodenmaterial hinterfüllt worden sei, das nicht den Baugrundwerten der Bemessung entspreche. Dies habe zu erheblich höheren Erddruckkräften und in der Folge zur Deformation und Rissbildung der Betonstützmauer geführt (act. BG III.22., S. 2). Man hätte jenes Bodenmaterial verwenden müssen, das der Bemessung vom Berufungskläger zugrunde gelegen habe. Nach Ansicht von C.\_\_\_\_\_ wäre dies ein Kies oder relativ sauberer Sand gewesen (act. BG V.3., Antwort auf Frage 3.1). Im Weiteren führte dieser aus, dass bei einer Hinterfüllung mit Aushubmaterial der Bemessung andere Baugrundwerte hätten zugrunde gelegt werden müssen bzw. dass die Mauer bei vorgesehener Hinterfüllung mit Aushubmaterial anders hätte konzipiert werden müssen (breiterer Fundamentfuss sowie höchstwahrscheinlich einen höheren Eisenarmierungsgehalt). Schliesslich gab C.\_\_\_\_\_ an, dass es höchstwahrscheinlich auch bei einer Hinterfüllung mit Aushubmaterial (Bündnerschiefer) zu Deformationen und Rissbildungen gekom-

Seite 31 — 36 men wäre (vgl. act. BG V.3., Antwort auf Frage 3.2). In Anbetracht dieser Aus sagen ist die Vorinstanz zum Schluss gelangt, dass die Stützmauer bei Hinterfüllung mit Aushubmaterial anders geplant bzw. bei der effektiv geplanten Stützmauer mit einem anderen Material hätte hinterfüllt werden müssen. Beides liege im Verantwortungsbereich des (Berufungs-)Klägers; die an der Mauer entstandenen Schäden seien deshalb auf einen Planungsfehler seinerseits zurückzuführen (vgl. angefochtener Entscheid, S. 16). Der Berufungskläger bringt dagegen vor, dass das hinterfüllte Humusmaterial gemäss dem Kurzbericht von C.\_\_\_\_\_ (act. BG III.22.) einen Reibungswinkel von gerade einmal 25-30° und damit ganze 8.3-13.3° weniger als das gemäss dessen Berechnungen notwendige Material mit einem Reibungswinkel von 38.3° gehabt habe (vgl. Berufung, S. 10). Hierzu ist jedoch zu bemerken, dass sich der Wert des Reibungswinkels von 25-30° auf das Deckschichtmaterial bezieht. Geht man - als Folge der Beweislosigkeit hinsichtlich der Frage, ob die Stützmauer mit Humus oder mit Aushubmaterial (Bündnerschiefer) hinterfüllt wurde (vgl. oben Erwägung 6c/aa) - davon aus, dass die Stützmauer vereinbarungsgemäss mit Aushubmaterial hinterfüllt wurde, so lässt sich auch die vom Berufungskläger aufgeworfene Frage beantworten, warum die Stützmauer "derart lange standfest blieb" (vgl. Berufung, S. 10): Weil das Aushubmaterial in Form des Bündnerschiefers gemäss Kurzbericht von C.\_\_\_\_\_ einen Reibungswinkel von 32-36° aufwies und damit nur leicht unter dem von ihm geforderten Reibungswinkel von 38.3° lag (vgl. Kurzbericht [act. BG III.22.], S. 2). Im Weiteren bemängelt der Berufungskläger die Methodik der Berechnung durch C.\_\_\_\_\_ : Dieser habe seine Berechnungen nach den SIA-Normen vorgenommen. Es würde sich dabei um theoretische Zahlen handeln, die über den tatsächlichen Kippnachweis nichts auszusagen vermöchten (vgl. Berufung, S. 10). Dem ist dreierlei entgegen zu halten: Zum einen widerspiegeln die entsprechenden SIA-Normen die Regeln der

Baukunde. Sich darauf abzustützen erscheint insofern zumindest nicht willkürlich oder in anderer Weise unangemessen. Zum anderen unterlässt es der Berufungskläger, eine andere - anerkannte - Berechnungsmethode darzulegen. Schliesslich verhält sich der Berufungskläger widersprüchlich, wenn er den Kurzbericht von C. \_\_\_\_\_ ins Recht legt und sich bei bestimmten Aspekten - etwa in Bezug auf das hinterfüllte Material (vgl. Berufung, S. 7 [insb. Ziff. 3.2. lit. c]) oder den von C. \_\_\_\_\_ geschätzten Reibungswinkeln der unterschiedlichen Materialien (vgl. Berufung, S. 10 [insb. Ziff. 5 lit. c]) - darauf beruft, gleichzeitig aber die Richtigkeit der Ergebnisse in Zweifel zieht, wenn sie in Abweichung zu seiner Auffassung stehen.

Seite 32 — 36 Damit vermag der Berufungskläger den Nachweis der Ursächlichkeit zwischen den Primär- und den Sekundärmängeln selbst dann nicht zu beweisen, wenn angenommen wird, dass die von ihm behaupteten Primärmängel tatsächlich vorgelegen haben. Daran ändert im Übrigen auch nichts, wenn man diesbezüglich von einer Beweiserleichterung in Bezug auf den Kausalzusammenhang ausgehen würde (vgl. dazu oben Erwägung 5b). Anhand der Angaben von C. \_\_\_\_\_ wird nämlich deutlich, dass die Mängel an der Stützmauer in Form der Risse und des Kippens auf einem Planungsfehler des Berufungsklägers beruhen. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz kann deshalb festgehalten werden, dass, in der Terminologie der SIA-Norm 118 ausgedrückt, kein Werkmangel zu erkennen ist, für den die Berufungsbeklagte gewährleistungspflichtig wäre. Die Klage ist folglich abzuweisen.

#### **E. 7**

Bei diesem Ergebnis erübrigen sich Ausführungen darüber, ob die Mängelrüge des Berufungsklägers den SIA-Normen entsprechend erhoben wurde, ob die Frist zur Nachbesserung bzw. Ersatzvornahme angemessen und ob der Totalersatz der Stützmauer notwendig war oder ob es auch Sanierungsmöglichkeiten für die bestehende Mauer gegeben hätte. Anzumerken sei abschliessend lediglich, dass der Vorschlag der Berufungsbeklagten bezüglich des weiteren Vorgehens nach erhobener Mängelrüge (Beizug eines neutralen Gutachters etc.) durchaus sinnvoll gewesen wäre (vgl. dazu oben Erwägung 4c). Auch für den Berufungskläger wäre dies von Vorteil gewesen, hätte er doch so die nun eingetretene und zu seinen Lasten fallende Beweislosigkeit verhindern können. Jedenfalls aber hätte der Berufungskläger geeignete Massnahmen zur Beweissicherung treffen sollen (vgl. dazu allgemein Reetz, a.a.O., Rz. 9 ff.). Hätte der Berufungskläger sodann mit dem Aushub und Abtransport des Hinterfüllungsmaterials zugewartet, bis C. \_\_\_\_\_ die Örtlichkeit inspiziert und entsprechende Bodenproben entnommen hätte, so wäre auch dessen Gutachten aussagekräftiger ausgefallen. Warum der Berufungskläger hier einen anderen Weg gewählt hat, ist nicht nachzuvollziehen.

#### **E. 8**

a) Der Berufungskläger rügt schliesslich die von der Vorinstanz zugesprochene aussergerichtliche Entschädigung des (berufungs-)beklagtischen Rechtsvertreters. Der geltend gemachte prozessuale Aufwand sei vollumfänglich und kostenlos zugesprochen worden. Gestützt auf die Honorarnote, welche der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung eingereicht habe, lasse sich jedoch in keiner Art und Weise verifizieren, wie sich die für die jeweilige Arbeit geltend gemachten Stunden zusammen setzen würden. Der geltend gemachte Aufwand erscheine denn auch als zu hoch, zumal das Dossier nicht umfangreich gewesen sei und in

Bezug auf die Beweisabnahmen ledig-

Seite 33 — 36 lich eine Expertise sowie fünf Zeugenaussagen auszuwerten gewesen seien. Im Übrigen habe der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten im vorinstanzlichen Verfahren keine Honorarvereinbarung hinterlegt (vgl. Berufung, S. 14 f.). b) Nach Art. 105 Abs. 1 ZPO werden die Gerichtskosten von Amtes wegen festgesetzt und verteilt. Die Parteien können jedoch eine Kostennote einreichen (Abs. 2). Die ZPO enthält keine explizite Bestimmung, wie eine solche Kostennote beschaffen bzw. in welchem Masse sie substantiiert und spezifiziert sein muss. Aus Art. 108 ZPO ergibt sich aber immerhin, dass unnötige Prozesskosten nach dem Verursacherprinzip derjenigen Person aufgebürdet werden, welche die Kosten verursacht hat. Daraus lässt sich ableiten, dass die Kostennote zumindest Aufschluss darüber geben muss, ob der getätigte Aufwand tatsächlich erforderlich war (vgl. Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO, wonach die Parteientschädigung u.a. aus dem Ersatz notwendiger Auslagen besteht, sowie auch Art. 2 Abs. 2 Ziff. 2 der bündnerischen Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte [HV; BR 310.250], wonach der geltend gemachte Aufwand angemessen und für die Prozessführung erforderlich sein muss). Hierfür ist nicht verlangt, dass in der Kostennote angegeben wird, an welchem Datum der entsprechende Aufwand entstanden ist, sofern erkennbar ist, dass der Aufwand im Zusammenhang mit dem fraglichen Verfahren steht (vgl. dazu etwa Art. 113 Abs. 1 ZPO, wonach für das Schlichtungsverfahren grundsätzlich keine Parteientschädigungen gesprochen werden). Der Berufungskläger bestreitet vorliegend nicht den Zusammenhang des geltend gemachten Aufwandes mit der vorliegenden Streitigkeit. Der Auflistung der fraglichen Kostennote wäre denn auch nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Die Kostennote bzw. ihre Substantiierung ist folglich nicht zu bemängeln, der geltend gemachte Aufwand hinreichend belegt. Demnach kann der Vorinstanz auch nicht vorgeworfen werden, die Zusprechung der Parteientschädigung anhand der eingereichten Kostennote sei unzulässig gewesen. c) Beim Vorliegen einer spezifizierten Kostennote muss der Entscheid betreffend die Parteientschädigung alsdann nur begründet werden, wenn er eine Kürzung des darin geltend gemachten Aufwandes enthält (vgl. BGE 111 Ia 1, E.2a; Viktor Rüegg, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013, N 2 zu Art. 105 ZPO; Martin H. Sterchi, in: Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012, N 9 zu Art. 105 ZPO; Adrian Urwyler, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, DIKE-Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, N 11 zu Art. 105 ZPO). Da die Vorinstanz im vorliegenden Fall eine Parteientschädigung entsprechend der eingereichten Kostennote

Seite 34 — 36 zusprach, bedurfte es - entgegen der berufungsklägerischen Auffassung - keiner Begründung hierfür. d) Ob das Dossier als solches umfangreich war oder nicht, ist - im Hinblick auf die Höhe der Parteientschädigung - letztlich nicht (allein-)entscheidend. Die Höhe der aussergerichtlichen Entschädigung ist vielmehr nach dem Umfang der notwendigen und tatsächlich geleisteten Arbeit sowie nach dem Mass der unumgänglichen Umtriebe und nach der objektiven Bedeutung der Streitsache zu bemessen (vgl. dazu etwa PKG 2005, Nr. 5). Von Bedeutung sind namentlich auch der Umfang und die Komplexität der sich dabei stellenden Sach- und Rechtsfragen sowie die eingereichten Rechtsschriften bzw. deren Umfang und Tiefe (vgl. dazu etwa auch ZK 2 13 15, E.8b). Insofern ist festzuhalten, dass es der Berufungskläger selbst war, der mittels Klage zahlreiche

Rechtsfragen aufgeworfen und etliche Aktenstücke ins Recht gelegt hat. So hat er denn im vorinstanzlichen Verfahren auch selbst umfangreiche Rechtsschriften eingereicht, und zwar eine Klageschrift von

#### **E. 10**

Seiten (act. BG II.1.) sowie eine Replik von immerhin 22 Seiten (act. BG II.3.). Dass die Entgegnungen der Berufungsbeklagten hierauf in Form von Klageantwort und Duplik ebenso eines gewissen Umfangs bedurften, was entsprechenden Aufwand nach sich zog, kann der Berufungsbeklagten bzw. ihrem Rechtsvertreter nicht vorgehalten werden. Im Übrigen erfolgten diverse Zeugenbefragungen, an denen der Rechtsvertreter jeweils teilnahm. Sein geltend gemachter Aufwand erscheint insofern nachvollziehbar und angemessen. e) Schliesslich trifft auch der Vorwurf der fehlenden Honorarvereinbarung nicht zu. Eine solche lag entgegen der berufungsklägerischen Ansicht vor, nämlich dergestalt, dass sie Bestandteil der von der Berufungsbeklagten gehörig eingereichten Anwaltsvollmacht (Vollmacht und Auftrag, datiert vom 12. März 2012) bildete. f) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Festsetzung der Parteientschädigung durch die Vorinstanz nicht zu beanstanden ist. Die Berufung ist demzufolge auch in diesem Punkt abzuweisen. 9. a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Kosten des Berufungsverfahrens zu Lasten des Berufungsklägers (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gestützt auf den geltenden Gebührenrahmen für Berufungsentscheide (Art. 9 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren [VGZ; BR 320.210]) erscheint eine Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 6'000.-- angemessen. Diese wird mit dem vom Berufungskläger geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 8'000.-- verrechnet.

Seite 35 — 36 Der Restbetrag des Kostenvorschusses von Fr. 2'000.-- wird dem Berufungskläger durch das Kantonsgericht erstattet. b) Der Berufungskläger hat überdies die anwaltlich vertretene Berufungsbeklagte ausseramtlich mit Fr. 3'000.-- (inkl. MwSt.) zu entschädigen. Die Entschädigung des Rechtsbeistands der Berufungsbeklagten ist nach richterlichem Ermessen festzulegen, nachdem deren Rechtsvertreter keine Honorarnote eingereicht hat (vgl. Art. 105 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

Seite 36 — 36 III.

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