

# GR\_GERICHTE ZK2 2015 14 vom 24. April 2017

GR Gerichte, 2017-04-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2\\_2015\\_14](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2015_14)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2015 14 du 24 avril 2017

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2015 14 del 24 aprile 2017

## Regeste

Forderung | Berufung OR Werkvertrag/Verlagsvertrag

## Erwägungen

### E. 2

In den Betreibungen Nrn. \_\_\_\_\_ und \_\_\_\_\_ gegen den Beklagten 1 resp. die Beklagte 2 seien die Rechtsvorschläge vollständig zu beseiti- gen.

#### E. 2.1

Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Surselva sei aufzuheben, so- weit die Beklagten verpflichtet werden, einen CHF 5'058.60 überstei- genden Betrag zu bezahlen.

##### E. 2.1.1

Die Berufungsbeklagten seien unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, der Klägerin CHF 43'447.46 zuzüglich 5 % Zins seit 7. Mai 2012 zu bezahlen.

##### E. 2.1.2

In den Betreibungen Nrn. \_\_\_\_\_ und \_\_\_\_\_ gegen den Beru- fungsbeklagten 1 resp. die Berufungsbeklagte 2 seien die

Seite 6 — 48 Rechtsvorschläge im Umfang von CHF 43'447.46 zu beseiti- gen.

##### E. 2.1.3

Unter voller Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten beider Berufungsbeklagten, unter deren solidarischer Haftbarkeit.

### E. 2.2

Die Ziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Surselva sei aufzuheben.

#### E. 2.2.1

Die Widerklage sei vollständig abzuweisen, soweit darauf ein- zutreten ist.

#### E. 2.2.2

Unter voller Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten beider Berufungsbeklagten bzw. Widerkläger, unter deren solidari- scher Haftbarkeit. 3. Eventualantrag: Die Sache sei zur Neubeurteilung unter Durchführung der not- wendigen weiteren Beweiserhebungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. 4. Unter voller Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten beider Berufungsbeklagten bzw. Widerkläger, unter deren solidari- scher Haftbarkeit.“ Des Weiteren beantragt die X. \_\_\_\_\_ in der Begründung der Berufung die Einver- nahme von A. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ als Zeugen. K. Am 23. April 2015 reichten Y. \_\_\_\_\_ und Z. \_\_\_\_\_ ihre Berufungsantwort und Anschlussberufung ein. Darin stellen sie folgende

Rechtsbegehren: „1. Zur Berufung 1.1 Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen. 1.2 Unter gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Klägerin. 2. Zur Anschlussberufung

### **E. 2.3**

Ziffer 4a des Urteils des Bezirksgerichts Surselva sei aufzuheben und die Gerichtskosten zu 9/10 der Klägerin und zu 1/10 den Beklagten aufzuerlegen. Das Gericht hat den Beklagten den Betrag von CHF 1'000.00 zurückzuerstatten.

### **E. 2.4**

Ziffer 4b des Urteils des Bezirksgerichts Surselva sei aufzuheben und die Klägerin zu verpflichten, die Beklagten mit CHF 26'298.90 aussergerichtlich zu entschädigen.

### **E. 2.5**

Unter gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Klägerin.“

Seite 7 — 48 Mit Anschlussberufungsantwort vom 28. Mai 2015 verlangt die X. \_\_\_\_\_ die kostenfällige Abweisung der Anschlussberufung. L. Auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid und die Ausführungen in den Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, im Folgenden eingegangen. II. Erwägungen 1. a) Beim angefochtenen Entscheid, welcher eine vermögensrechtliche Angelegenheit mit einem Streitwert von mehr als Fr. 10'000.-- zum Gegenstand hat, handelt es sich um einen erstinstanzlichen Entscheid, welcher mit Berufung angefochten werden kann (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Zuständigkeit des Kantonsgerichts von Graubünden ergibt sich aus Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung (EGzZPO; BR 320.100). Gemäss Art. 311 ZPO ist die Berufung unter Beilage des angefochtenen Entscheids innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich und begründet einzureichen. Der angefochtene Entscheid des Bezirksgerichts Surselva vom 4. November 2014 wurde den Parteien am 29. Januar 2015 begründet mitgeteilt und ging dem Rechtsvertreter der Berufungsklägerin am 3. Februar 2015 zu (act. B.2). Die Berufung der Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten (im Folgenden: Berufungsklägerin) erfolgte mit Eingabe vom 5. März 2015 demnach fristgerecht. Da die Rechtsschrift zudem den übrigen Formerfordernissen entspricht, ist auf die Berufung einzutreten. b) Die Gegenpartei kann in der Berufungsantwort Anschlussberufung erheben (Art. 313 Abs. 1 ZPO). Dies haben die Berufungsbeklagten und Anschlussberufungskläger (im Folgenden: Berufungsbeklagte) getan. Ihre Anschlussberufung erfüllt die formellen Voraussetzungen, weshalb auf sie eingetreten werden kann. 2. Die Berufungsklägerin moniert in ihrer Berufung, die Vorinstanz habe die Widerklage unzulässigerweise im ordentlichen Verfahren beurteilt. Die Vorinstanz räume zwar ein, dass gemäss dem gesetzlichen Wortlaut von Art. 224 Abs. 1 ZPO für die Widerklage die gleiche Verfahrensart gelten müsse wie für die Hauptklage, um im selben Verfahren behandelt werden zu können. Trotzdem gehe das Gericht in mehreren formellen Aspekten fehl in der Beurteilung und sehe sich als zuständig an. Zum einen behaupte das Gericht, die Widerklage und die Klage stünden in einem sachlichen und rechtlichen Zusammenhang, was bestritten werde. Zum

Seite 8 — 48 ändern werde die (vermeintliche) Prozessökonomie dazu benutzt, um eine Zuständigkeitsvorschrift und damit das gesetzlich anwendbare Verfahren zu umgehen.

Erwägungen, ob das allenfalls besser oder sachgerechter wäre, hätten aber nichts verloren, wenn der Gesetzeswortlaut klar sei. Mangels Zuständigkeit im ordentlichen Verfahren sei auf die Widerklage nicht einzutreten. Gemäss Wortlaut von Art. 224 Abs. 1 ZPO ist Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Widerklage, dass der mit ihr geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist. Daraus ergibt sich, dass eine dem ordentlichen Verfahren unterliegende Widerklage unzulässig ist, wenn die Hauptklage dem vereinfachten Verfahren untersteht (vgl. Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006 7339). Diesem Schluss liegt die Überlegung zu Grunde, dass zum einen in ein und demselben Prozess nicht zwei verschiedene Verfahrensarten angewendet werden können, zum andern aber die Widerklage aufgrund der gesetzlichen Ordnung nicht im vereinfachten Verfahren beurteilt werden könnte. Deshalb müsste die Hauptklage ins ordentliche Verfahren übernommen werden, so dass dem Kläger ein umfangreicheres und teureres Verfahren aufgezwungen würde. Mit Art. 224 Abs. 1 ZPO hat der Gesetzgeber entschieden, dass der klagenden Partei bei dieser Konstellation zu ihrem Schutze die (einfachere und billigere) Verfahrensart erhalten bleiben soll (vgl. Dominik Gasser/Brigitte Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kurzkomentar, 2. Auflage, Zürich 2014, N 3 zu Art. 224 ZPO; Georg Naegele/Roman Richers, in: Oberhammer/Domej/Hasas, Kurzkomentar ZPO, Basel 2014, N 2 zu Art. 224 ZPO; Christoph Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, N 14 zu Art. 224 ZPO). Fraglich ist indessen, was gilt, wenn für die Hauptklage das ordentliche Verfahren, für die Widerklage hingegen das vereinfachte Verfahren anwendbar ist, weil ihr Streitwert wie vorliegend unter Fr. 30'000.-- liegt (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Gemäss dem Wortlaut von Art. 224 Abs. 1 ZPO wäre eine Widerklage auch in diesem Fall unzulässig. Es stellt sich jedoch die Frage, ob es mit dem Wortlaut sein Bewenden hat. Der Berufungsklägerin ist insofern zuzustimmen, als eine Gesetzesbestimmung in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen ist. Selbst vom klaren, das heisst eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf aber abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass er nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben (vgl. BGE 140 V 449 E. 4.2; BGE 138 V 445 E. 5.1; Urteil des Bundesgerichts

Seite 9 — 48 2C\_1189/2013 vom 25. September 2014 E. 5.1; siehe auch BGE 140 I 305 E. 6). Für die Beantwortung der Frage, ob vom Wortlaut von Art. 224 Abs. 1 ZPO in der vorliegenden Konstellation, wo eine im ordentlichen Verfahren zu behandelnde Hauptklage mit einer Widerklage konfrontiert wird, die allein aufgrund der Streitwertgrenze ins vereinfachte Verfahren fallen würde, abgewichen werden darf, sind zwei Aspekte entscheidend. Zum einen dient die Widerklage gemäss dem Willen des Gesetzgebers der Prozessökonomie (Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7339). Und gerade aus prozessökonomischer Sicht ist die Anforderung der gleichen Verfahrensart dort problematisch, wo die Widerklage alleine aufgrund ihrer wirtschaftlichen Tragweite in den Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens fallen würde (Klagen nach Art. 243 Abs. 1 ZPO; wie es sich verhält, wenn die Widerklage aufgrund ihrer Natur [soziales Privatrecht] im vereinfachten Verfahren zu führen wäre, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden). Zum andern verzichtet der Widerkläger freiwillig auf die einfachere Verfahrensart und wird dem Kläger durch die Behandlung der Widerklage keine aufwändigere und teurere Verfahrensart aufgezwungen, befindet er sich doch bereits im ordentlichen Verfahren. Die klägerische Partei erscheint unter diesen Umständen nicht

besonders schutzbedürftig und die beklagte Partei verzichtet mit der Widerklage bewusst auf den Schutz des einfacheren und billigeren Verfahrens. Der in der Situation, wo eine im ordentlichen Verfahren zu führende Widerklage einer dem vereinfachten Verfahren unterstehenden Hauptklage entgegengestellt wird, massgebende Gedanke, dass der Kläger nicht in ein aufwändigeres und teureres Verfahren gezwungen werden soll, spielt daher in der vorliegenden Konstellation keine Rolle. In dieser Situation aber, wo der Kläger der Hauptklage des Schutzes, den Art. 224 Abs. 1 ZPO bietet, nicht bedarf, überwiegt der Zweck der Widerklage, nämlich die Prozessökonomie, den Schutzgedanken von Art. 224 Abs. 1 ZPO. Ist einzig die wirtschaftliche Tragweite entscheidend für die Anwendung des vereinfachten Verfahrens, widerspricht es daher der ratio legis von Art. 224 Abs. 1 ZPO, die Widerklage nicht zuzulassen, wenn die Hauptklage im ordentlichen Verfahren geführt wird. Unter diesen Umständen ist die Zulassung einer Widerklage mit einem Streitwert unterhalb von Fr. 30'000.--, die nicht aufgrund ihrer Natur (soziales Privatrecht) in den Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens fällt, im ordentlichen Prozess angezeigt (vgl. auch Dominik Gasser/Brigitte Rickli, a.a.O., N 3 zu Art. 224 ZPO; Laurent Killias, Berner Kommentar, N 25 zu Art. 224 ZPO; Thomas Engler, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach, ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2015, N 10 zu Art. 224 ZPO; Matthias Lerch, in: Myriam A. Gehri/Michael Kramer, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2010, N 10 zu Art. 224 ZPO; Christoph Leuenberger, a.a.O., N 14 zu Art. 224 ZPO; a.M. Eric Pahud, in: Brunner/Gasser/Schwander,

Seite 10 — 48 Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Auflage, Zürich 2016, N 15 zu Art. 224 ZPO; Daniel Willisegger, Basler Kommentar, N 43 zu Art. 224 ZPO). Ein sachlicher Zusammenhang zwischen Haupt- und Widerklage ist im Weiteren nur erforderlich, wenn für die Widerklage am Gerichtsstand der Hauptklage ausser dem besonderen Gerichtsstand der Widerklage gemäss Art. 14 Abs. 1 ZPO kein Gerichtsstand besteht (Georg Naegeli/Roman Richers, a.a.O., N 4 zu Art. 224 ZPO; Dominik Gasser/Brigitte Rickli, a.a.O., N 4 zu Art. 224 ZPO; Thomas Engler, a.a.O., N 12 zu Art. 224 ZPO; Eric Pahud, a.a.O., N 18 zu Art. 224 ZPO). Ein sachlicher Zusammenhang zwischen Hauptklage und Widerklage ist gegeben, wenn sie sich beide auf dasselbe Rechtsgeschäft stützen oder ihnen derselbe Lebenssachverhalt zugrunde liegt (Georg Naegeli/Roman Richers, a.a.O., N 5 zu Art. 224 ZPO; Laurent Killias, a.a.O., N 28 zu Art. 224 ZPO). Nachdem es bei der Widerklage um die Frage geht, ob und wenn ja wie die Kosten der Umgebungsgestaltung, die auf die Stockwerkeinheit der Berufungsbeklagten entfallen, zwischen Verkäuferin und Käufern aufzuteilen sind (vgl. Erwägung 14), stützt sich die Widerklage offensichtlich auf den Kaufvertrag, womit die Vereinbarung des Gerichtsstandes O.2\_\_\_\_\_ auch für die Widerklage Gültigkeit hatte. Ein sachlicher Zusammenhang war damit nicht erforderlich. Selbst wenn er aber zur Erhebung der Widerklage notwendig wäre, so wäre er offensichtlich gegeben, stützen sich doch Hauptklage und Widerklage augenscheinlich auf dasselbe Rechtsgeschäft und denselben Lebenssachverhalt. Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin hat die Vorinstanz die Widerklage mithin zu Recht zugelassen und im ordentlichen Verfahren beurteilt. Die Widerklage wird auch im vorliegenden Verfahren zu prüfen sein, da die Berufungsklägerin in der Berufung Rügen im Zusammenhang mit der Widerklage erhebt. Die Berufung ist mit Bezug auf die Zulassung der Widerklage folglich nicht begründet, der vorinstanzliche Entscheid ist insoweit zu bestätigen. 3. Die Berufungsklägerin hat in ihren Rechtsschriften im vorinstanzlichen Verfahren unter anderem E.\_\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_\_ als Zeugen benannt. Die Vorinstanz hat keinen der beiden einvernommen. In der Berufung moniert die Berufungsklägerin, die Vorinstanz habe

damit ihren Anspruch auf rechtliches Gehör sowie ihr Recht auf den Beweis verletzt. Es ist mithin im Folgenden zu prüfen, ob die Vorinstanz E.\_\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_\_ hätte einvernehmen müssen. a) Der aus Art. 29 Abs. 2 BV fliessende Anspruch auf rechtliches Gehör verleiht der betroffenen Partei das Recht, in einem Verfahren, welches in ihre Rechtsstellung eingreift, mit rechtzeitig und formgültig angebotenen Beweisanträgen gehört zu werden, soweit diese erhebliche Tatsachen betreffen und nicht offensichtlich beweisuntauglich sind. Auch Art. 8 ZGB gibt der beweispflichtigen Par-

Seite 11 — 48 tei in allen bundesrechtlichen Zivilstreitigkeiten bloss dann einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, wenn ihr Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des anwendbaren Prozessrechts entspricht. Gemäss den einschlägigen Bestimmungen in der Zivilprozessordnung ist ein Beweismittel nur dann formgerecht angeboten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen. Dies ergibt sich ohne weiteres aus dem Wortlaut von Art. 152 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO (Recht auf Abnahme von Beweismitteln bei „Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen“). Das Gericht ist nicht gehalten, zur Klärung einer Frage Beweismittel abzunehmen, die nicht in diesem Zusammenhang angeboten worden sind (vgl. zum Ganzen das Urteil des Bundesgerichts 4A\_574/2015 vom 11. April 2016 E. 6.6.4 mit Hinweisen). Der Beweisgegenstand ist sodann hinreichend zu substantiieren. Dies bedeutet, dass die wesentlichen Tatsachen(-behauptungen) so umfassend und klar dargelegt werden müssen, dass darüber die erforderlichen Beweise abgenommen werden können. Mit dem Erfordernis der hinreichenden Substantiierung des Beweisgegenstandes soll zum einen der Gegenpartei Gelegenheit geboten werden, zu den von der beweisführenden Partei vorgebrachten Tatsachenbehauptungen Stellung zu nehmen, sie gegebenenfalls zu bestreiten und den Gegenbeweis anzutreten. Sodann will das Substantiierungsgebot die Beweisausforschung verhindern. Eine Partei soll nicht mit bloss vage umschriebenen Beweisthemen an Informationen gelangen, die sie schlicht behauptet oder nur vermutet, ohne sie substantiieren zu können (vgl. zum Ganzen Franz Hasenböhler, in:

Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, N 26 ff. zu Art. 152 ZPO m.w.H.). Die Nichtabnahme von Beweisen, die nicht rechtzeitig beantragt und zu denen nicht substantiiert ausgeführt wird, welche Tatsachen damit bewiesen werden sollen, verstösst nicht gegen das Recht auf Beweis (Urteil des Bundesgerichts 4A\_262/2016 vom 10. Oktober 2016 E. 4.1). Eine Partei hat somit nicht Anspruch auf die Abnahme aller von ihr angebotenen Beweismittel. b) Die X.\_\_\_\_\_ macht mit der Berufung geltend, den Grundbuchbeamten E.\_\_\_\_\_ vor Vorinstanz als Zeugen angeboten zu haben, um zu beweisen, welche mündlichen Einigungen und Vereinbarungen anlässlich der Beurkundung des Kaufvertrags vom 21. Dezember 2009 vor der Urkundsperson getroffen worden seien, die nicht im schriftlichen Vertrag niedergeschrieben worden seien. In der

Seite 12 — 48 Klage hat die Berufungsklägerin tatsächlich beantragt, den Grundbuchbeamten E.\_\_\_\_\_ als Zeugen einzuvernehmen. An der entsprechenden Stelle in der Klage macht sie indessen nur allgemeine Ausführungen dazu, was anlässlich der Beurkundung des Kaufvertrages besprochen und erläutert worden sein soll (vgl. Klage, Akten der Vorinstanz, act. I/2, S. 4 f., Ziff. 3). Sie führt aus, dass der Vertrag im Detail besprochen

worden sei, dass die finanziellen und weiteren Konsequenzen von Sonderwünschen der Berufungsbeklagten im Detail erläutert worden seien, und dass im Detail beschrieben worden sei, welche Leistungen im Architekturhonorar enthalten seien. E.\_\_\_\_\_ könne diese ausführliche Belehrung und Erläuterung bestätigen. Welche Sonderwünsche konkret angesprochen worden sein sollen sowie, dass und in welchen Punkten es zu mündlichen Vereinbarungen zwischen den Parteien gekommen sein soll, bleibt unerwähnt. Die Behauptung, dass jemand „belehrt“ worden sei oder etwas „besprochen“, „erläutert“ oder „beschrieben“ worden sei, enthält keineswegs auch die Behauptung, es seien Vereinbarungen getroffen worden. Die Abnahme eines Beweises bedingt jedoch eine entsprechende konkrete Behauptung, die bewiesen werden soll. Eine solche findet sich mit Bezug auf den Abschluss von mündlichen Vereinbarungen anlässlich der Beurkundung des Kaufvertrages an der Stelle in der Klage, an der die Berufungsklägerin den Zeugen E.\_\_\_\_\_ benennt, nicht. Des Weiteren fehlen an derselben Stelle auch jedwelche Informationen darüber, was denn tatsächlich als zum Architekturhonorar gehörig genannt worden sein soll. Aus den allgemeinen Ausführungen der Berufungsklägerin ergibt sich somit nicht, zu welchen konkreten, rechtserheblichen Punkten E.\_\_\_\_\_ einvernommen werden sollte. Bei den detaillierteren Ausführungen wiederum, die vereinzelt in der Klage, vor allem aber in der Replik und Widerklageantwort zu finden sind, fehlt jeder Hinweis auf den Zeugen E.\_\_\_\_\_. Damit aber hat die Berufungsklägerin den Zeugen E.\_\_\_\_\_ nicht in rechtsgültiger Weise den Tatsachenbehauptungen zugeordnet, die durch seine Einvernahme bewiesen werden sollen. Dieser Obliegenheit ist die Berufungsklägerin auch nicht nachgekommen, nachdem der Bezirksgerichtspräsident Surselva sie am 19. März 2013 aufgefordert hatte, zu den in der Klage angebotenen Zeugen Zeugenfragethemen mit den konkreten, ausformulierten Fragen einzureichen (Akten der Vorinstanz, Pli „Korrespondenz“). Am 15. April 2013 reichte die Berufungsklägerin zwar Fragethemen ein, wobei sie sich mit Bezug auf E.\_\_\_\_\_ aber nur auf die drei folgenden, allgemein gehaltenen Fragen beschränkte: „wie lange dauert eine Beurkundung eines Kaufvertrages wie des hier vorliegenden in der Regel?“; „Wie lange hat sie in diesem Fall gedauert, und was war der Grund dafür?“; „Wurden die Beklagten umfassend über die Abrechnungsart und den Ablauf des Ausbaus der Wohnung aufgeklärt?“ (act. C.2, S. 3, und Akten der Vorinstanz, Pli „Kor-

Seite 13 — 48  
respondenz“). Die Berufungsklägerin hat es mithin auch hier unterlassen, substantiierte Ausführungen dazu zu machen, zu welchen behaupteten, rechtserheblichen Tatsachen E.\_\_\_\_\_ sich äussern sollte. Namentlich ist auch hier keine Rede von mündlichen Vereinbarungen, die die Parteien anlässlich der Beurkundung getroffen haben sollen, ohne diese in den beurkundeten Vertrag aufzunehmen. Die berufungsklägerische Argumentation, sie habe den Rahmen der Fragen [im Zeugenfragethema] bewusst breit angelegt, um den Zeugen mit den Fragen möglichst nicht zu beeinflussen, vermag nicht zu überzeugen. Die Themen, zu denen der Zeuge befragt werden soll, sind konkret und substantiiert zu bezeichnen, was ohne Weiteres geschehen kann, ohne dass Suggestivfragen in den Raum gestellt werden. Soweit die Berufungsklägerin anlässlich der Hauptverhandlung vor der Vorinstanz erstmals detailliertere Fragen an den Zeugen E.\_\_\_\_\_ genannt hat, war ihr Vorbringen verspätet, nachdem vor der Vorinstanz ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt wurde (Art. 229 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 229 Abs. 2 ZPO e contrario). Zusammenfassend hat somit die Berufungsklägerin den Zeugen E.\_\_\_\_\_ nicht formgültig angeboten. Daran vermag entgegen den Ausführungen in der Berufung nichts zu ändern, dass den Parteien anlässlich der Einvernahme eines Zeugen

das Recht zusteht, Ergänzungsfragen zu stellen (Art. 173 ZPO). Mit dieser Möglichkeit soll den Parteien nicht Gelegenheit geboten werden, in den Rechtsschriften Versäumtes nachzuholen. Insbesondere haben sich Ergänzungsfragen auf die Themen zu beschränken, für die der Zeuge gemäss Rechtsschriften angeboten worden ist. Eine Ausdehnung der Befragung auf weitere Themen durch das Stellen entsprechender Ergänzungsfragen ist nicht statthaft. Zudem betreffen die Voraussetzung der Formgültigkeit eines Beweisangebots und das Recht, Ergänzungsfragen zu stellen, zwei völlig unterschiedliche Phasen der Beweisabnahme. Während die Voraussetzung, dass ein Beweis formgültig beantragt werden muss, im Zusammenhang mit der Frage steht, ob der beantragte Beweis überhaupt abgenommen werden kann, kommt das Recht, Ergänzungsfragen zu stellen, erst zum Tragen, wenn die Antwort auf die erste Frage positiv ausfällt und der Beweis tatsächlich abgenommen, das heisst, der Zeuge einvernommen wird. Erst wenn ein Zeuge formgültig angeboten worden ist, kann daher das Recht, im Rahmen der Einvernahme des Zeugen Ergänzungsfragen zu stellen, wirksam werden. Es vermag daher ein mangelhaftes Beweisangebot weder zu ersetzen, noch zu heilen. Aus dem Gesagten erhellt, dass die Berufungsklägerin den Zeugen E.\_\_\_\_\_ im vorinstanzlichen Verfahren nicht formgültig angeboten hat. Die Vorinstanz hat den Zeugen folglich zu Recht nicht einvernommen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Berufungsklägerin oder ihres Rechts auf den Beweis liegt nicht vor.

Seite 14 — 48 Soweit die Berufungsklägerin auch an verschiedenen Stellen in der Berufung die Einvernahme von E.\_\_\_\_\_ als Zeugen beantragt und ihn zu detaillierten Themenbereichen befragen will, sei lediglich der Vollständigkeit halber darauf hingewiesen, dass ein solcher Antrag, nachdem er im vorinstanzlichen Verfahren nicht formgültig gestellt wurde, nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO (neue Beweismittel) gehört werden könnte. Dies würde voraussetzen, dass er ohne Verzug vorgebracht wird und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätte vorgebracht werden können. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen wird von der Berufungsklägerin weder dargelegt, noch liegt die zweitgenannte Voraussetzung tatsächlich vor. Die Berufungsklägerin will mit der Einvernahme von E.\_\_\_\_\_ Behauptungen unter Beweis stellen, die gemäss ihrer Sachverhaltsdarstellung zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Verfahrens bereits bekannt waren. Es wäre somit bei zumutbarer Sorgfalt zweifellos schon im Verfahren vor Vorinstanz möglich gewesen, E.\_\_\_\_\_ formgültig als Zeugen für diese Behauptungen anzubieten. Die zweite Voraussetzung von Art. 317 Abs. 1 ZPO ist damit offensichtlich nicht erfüllt, weshalb der Antrag der Berufungsklägerin auf Einvernahme von E.\_\_\_\_\_ auch unter diesem Gesichtspunkt abzuweisen ist. c) Weiter rügt die Berufungsklägerin, die Vorinstanz habe den von ihr angebotenen Zeugen A.\_\_\_\_\_ in der Beweisverfügung ohne Angabe von Gründen nicht berücksichtigt und sich auch im angefochtenen Entscheid nicht dazu geäußert. Gleichzeitig wiederholt sie den Antrag auf dessen Einvernahme im Berufungsverfahren. Nachdem es sich bei der Beweisverfügung um eine prozessleitende Verfügung handelt, musste sie die Vorinstanz entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin nicht begründen, zumal Beweisverfügungen nicht bindend und jederzeit abänderbar sind (Art. 154 ZPO; Botschaft zur ZPO, BBl 2006, S. 7341). Anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz wiederholte die Berufungsklägerin ihren Antrag nicht, so dass auch im Urteil nicht weiter darauf eingegangen werden musste und die Vorinstanz keine Veranlassung hatte, in diesem Punkt auf die Beweisverfügung zurückzukommen. Somit kann der Vorinstanz der Verzicht auf eine Begründung entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin nicht vorgeworfen werden. Beweisverfügungen sind grundsätzlich,

d.h. unter Vorbehalt eines drohenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, nur zusammen mit dem Endentscheid anfechtbar. Wegen des im Zivilprozessrecht geltenden Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) kann es allerdings die Berufungsinstanz ablehnen, einen von einer Partei vor erster Instanz regulär offerierten Beweis zuzulassen, auf dessen Abnahme diese in der Folge verzichtete, indem sie sich namentlich nicht ge-

Seite 15 — 48 gen den Abschluss des Beweisverfahrens wehrte (BGE138 III 374 E. 4.3.2). Vorliegend hat die Berufungsklägerin ihren Antrag auf Einvernahme von A.\_\_\_\_\_ anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz nicht wiederholt, obwohl diesem mit der Beweisverfügung nicht stattgegeben worden war. Damit hat sie aufgrund der gegebenen Umstände implizite auf dessen Einvernahme verzichtet. Sofern die Berufungsklägerin an ihrem Antrag hätte festhalten wollen, wäre sie nach Treu und Glauben gehalten gewesen, diesen anlässlich der Hauptverhandlung zu wiederholen, wie sie es auch im Zusammenhang mit der beantragten Einvernahme von E.\_\_\_\_\_ gemacht hat. Es kann nicht angehen, zunächst den Endentscheid des Gerichts abzuwarten und bei negativem Ausgang erst vor der Rechtsmittelinstanz auf einen früheren Beweis Antrag zurückzukommen. Dies gilt vorliegend umso mehr, als die Beweisverfügung vom Instruktionsrichter einzelrichterlich erlassen wurde und anlässlich der Hauptverhandlung das Kollegialgericht nach Vorliegen des übrigen Beweisergebnisses über den Beweis Antrag zu entscheiden gehabt hätte. Aufgrund dessen konnte die Berufungsklägerin nicht davon ausgehen, es sei nach der erstmaligen Nichtberücksichtigung des Beweis Antrags durch den Instruktionsrichter obsolet, denselben Antrag vor Bezirksgericht zu wiederholen. Bereits aus diesem Grund ist die im Berufungsverfahren beantragte Einvernahme abzulehnen. Die Vorinstanz hat dem Antrag auf Einvernahme von A.\_\_\_\_\_ als Zeugen aber auch von der Sache her zu Recht nicht stattgegeben. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass A.\_\_\_\_\_ Verwaltungsratspräsident der Berufungsklägerin ist (vgl. den Handelsregisterauszug, Akten der Vorinstanz, act. II/1, Beilage zur Anwaltsvollmacht). Organe von juristischen Personen können nicht als Zeugen einvernommen werden (Art. 169 ZPO in Verbindung mit Art. 159 ZPO). Es stellt sich allerdings die Frage, ob der Antrag der Berufungsklägerin auf Einvernahme von A.\_\_\_\_\_ als Antrag auf Parteibefragung (Art. 191 ZPO) oder auf Zulassung zur Beweisaussage (Art. 192 ZPO) hätte entgegengenommen werden müssen. Im Zusammenhang mit einer Parteibefragung oder Zulassung zu einer Beweisaussage ist von Bedeutung, dass im vorinstanzlichen Verfahren ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt wurde, in welchem die Berufungsklägerin ihre Standpunkte umfassend und ohne Einschränkung darlegen konnte. Die Berufungsschrift, die teilweise wörtliche Übernahmen aus den Rechtsschriften des vorinstanzlichen Verfahrens enthält, zeigt klar auf, dass die Berufungsklägerin ihre Standpunkte nicht geändert hat. Es ist unter diesen Umständen davon auszugehen, dass A.\_\_\_\_\_ in einer Befragung lediglich die bereits ausführlich dargelegten Standpunkte bekräftigen würde. Angesichts der Bestreitungen der Berufungsbeklagten

Seite 16 — 48 würde sich bei einer Befragung A.\_\_\_\_\_s in Nachachtung des Prinzips der Waffengleichheit (Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK) aufdrängen, auch deren Aussagen in Form einer Parteibefragung oder Beweisaussage abzunehmen, zumal von diesen eine Parteibefragung ausdrücklich beantragt wurde. Damit würde aber erneut Aussage gegen Aussage stehen. Es ist zudem zu berücksichtigen, dass es sich bei der Parteibefragung und der Beweisaussage letztlich immer noch nur um eine Parteiaussage handelt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_423/2014 vom 5. November 2014 E. 3.4).

Aussagen einer Partei zu eigenen Gunsten können zwar grundsätzlich berücksichtigt werden. Es ist jedoch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Parteien naturgemäss befangen sind. Bei der Parteibefragung handelt es sich vor diesem Hintergrund um ein Beweismittel mit bloss geringem Beweiswert, welches daher mit einem zusätzlichen Beweismittel zu unterlegen ist (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006, S. 7326). Eine erfahrene Partei ist denn auch gehalten, um klare Verhältnisse zu schaffen, Verträge schriftlich zu fixieren und kann sich im Prozessfall nicht einfach auf die Parteibefragung oder Beweisaussage verlassen, um ihren Beweisschwierigkeiten zu entgehen (Roger Groner, Beweisrecht, Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern 2011, S. 327 m.w.H.). Dies hat vorliegend umso mehr zu gelten, als in Ziff. 10 der weiteren Vertragsbestimmungen zum Kaufvertrag vom 21. Dezember 2009 vereinbart wurde, dass von der Käuferschaft gewünschte Bestellungen Änderungen von der Verkäuferschaft nur aufgrund einer schriftlichen Vereinbarung zwischen den Parteien über Inhalt der Änderung und deren Kostenfolgen berücksichtigt werden. Angesichts des übrigen Beweisergebnisses, namentlich der vorliegenden Expertise, die zu allen strittigen Positionen Stellung bezieht, und der substantiierten Bestreitungen der Berufungsbeklagten könnte eine Aussage von A. \_\_\_\_\_ im Rahmen einer Parteibefragung oder Beweisaussage jedenfalls am Beweisergebnis nichts ändern. Dem Experten lagen sämtliche Prozessakten vor, insbesondere auch die Bestandteil des Kaufvertrags bildenden Pläne sowie die geänderten Pläne Stand nach Bemusterung. Ausserdem holte der Experte weitere Akten und Auskünfte von den Parteien ein. Die Expertise stellt mithin eine ausreichende Grundlage für die Beurteilung der zwischen den Parteien strittigen Positionen dar, welche die von den Parteien vorgebrachten Sachdarstellungen umfassend mitberücksichtigt. Insgesamt gesehen sind somit von einer Parteibefragung oder Beweisaussage von A. \_\_\_\_\_ keine neuen, entscheiderelevanten Aufschlüsse zu erwarten. Auch aus diesem Grund ist darauf zu verzichten. In diesem Zusammenhang ist der Klarheit halber festzuhalten, dass entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin eine antizipierte Beweiswürdigung auch unter der Ägide der Schweizerischen Zivilprozessordnung statthaft ist

Seite 17 — 48 (vgl. statt vieler die Urteile des Bundesgerichts 4A\_308/2016 vom 28. Oktober 2016 E. 4.1 und 4A\_286/2016 vom 29. August 2016 E. 4.2.2). Die Berufungsklägerin unterlässt es schliesslich auch, in der Berufung konkret darzulegen, weshalb die Vorinstanz eine Parteibefragung von A. \_\_\_\_\_ hätte durchführen oder ihn zur Beweisaussage hätte zulassen müssen. Sie begnügt sich damit allgemein zu rügen, das Bezirksgericht habe es unverständlicherweise unterlassen, die angebotene Befragung durchzuführen, da diese für die Beurteilung der offenen Fragen insbesondere im technischen Bereich hätte Unklarheiten beseitigen können (Berufung S. 8 oben). Damit kommt sie ihrer Substantiierungsobligation nicht nach. Vielmehr hätte sie konkret aufzeigen müssen, welche offenen und entscheiderelevanten Fragen durch eine Befragung von A. \_\_\_\_\_ hätten geklärt werden können. Es kann nicht Sache des Berufungsgerichts sein, hierzu die Akten zu durchforsten (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 4A\_574/2015 vom

### **E. 3**

Die in den Betreibungen Nr. \_\_\_\_\_ (Y. \_\_\_\_\_) und Nr. \_\_\_\_\_ (Z. \_\_\_\_\_) des Betreibungsamtes O.1 \_\_\_\_\_ (Zahlungsbefehle vom 11. Juni 2012) erhobenen Rechtsvorschlüsse werden für den Betrag von CHF 4'652.10 zuzüglich Zins zu 5% auf CHF

12'188.35 seit dem 7. Mai 2012 und abzüglich Zins zu 5% auf CHF 7'536.25 seit dem 12. Mai 2013 aufgehoben und der Klägerin wird in diesem Umfang die definiti- ve Rechtsöffnung erteilt. 4.a) Die Gerichtskosten in Höhe von CHF 20'000.00 (Entscheidgebühr CHF 14'958.25, Kosten der Beweisführung CHF 5'041.75) gehen zu 4/5 Lasten der Klägerin und Widerbeklagten (CHF 16'000.00) und zu 1/5 zu Lasten der Beklagten und Widerkläger (CHF 4'000.00) und werden aus den von der Klägerin (CHF 17'000.00) und von den Be- klagten (CHF 3'000.00) geleisteten Kostenvorschüssen bezogen. Die Beklagten sind verpflichtet, der Klägerin den Betrag von CHF 1'000.00 zu ersetzen. b) Die Klägerin und Widerbeklagte hat die Beklagten und Widerkläger mit CHF 19'724.20 (inkl. Barauslagen, Streitwertzuschlag und MwSt.) aussergerichtlich zu entschädigen. 5.a) (Rechtsmittelbelehrung.) b) (Rechtsmittelbelehrung Kostenentscheid.)

## **E. 6**

(Mitteilung.)“ Im Rahmen der Begründung wies das Bezirksgericht des Weiteren sowohl den Antrag auf Einvernahme von E.\_\_\_\_\_ als auch den Antrag auf Ergänzung der Ex- pertise ab. J. Gegen diesen Entscheid führt die X.\_\_\_\_\_ mit Eingabe vom 5. März 2015 Berufung beim Kantonsgericht von Graubünden. Sie beantragt: „1. Das angefochtene Urteil sei vollständig aufzuheben. 2. Hauptantrag zur Klage und Widerklage:

## **E. 11**

a) Unter BKP 512 Anschlussgebühren auf Zusatzkosten macht die Beru- fungsklägerin in ihrer Schlussabrechnung/Mehrkostenabrechnung vom 17. April 2012 zwei Beträge in Höhe von Fr. 6'983.37 und Fr. 386.16 geltend, insgesamt somit Fr. 7'369.53 (Akten der Vorinstanz, act. II/6, S. 3 der Schlussabrechnung/ Mehrkostenabrechnung). Die Vorinstanz hat ihr in diesem Punkt insgesamt Fr. 7'129.73 zugesprochen. Die Berufungsklägerin führt nun in der Berufung aus, die Vorinstanz habe richtig erkannt, dass die Anschlussgebühren auf den Mehrkosten, die der Berufungsklägerin zugesprochen würden, geschuldet und den Berufungs- beklagten zu belasten seien. Da im Rahmen der Berufung der Berufungsklägerin mehr Forderungen zugesprochen werden müssten, ändere sich die Berechnung des unter diesem Titel geschuldeten Betrages. Es hat sich nun aber gezeigt, dass entgegen ihrer Auffassung der Berufungsklägerin nicht mehr Forderungen zuge- sprochen werden können, als es die Vorinstanz bereits getan hat. Die Höhe der für die Berechnung der Anschlussgebühren auf den Mehrkosten massgebenden reinen Mehrkosten erhöht sich damit im Vergleich zum angefochtenen Entscheid nicht, weshalb auch keine höheren Anschlussgebühren zugesprochen werden können, nachdem die Berufungsklägerin die Berechnungsweise der Vorinstanz nicht rügt. Die Berufung ist in diesem Punkt somit abzuweisen. b) Mit BKP 512 Anschlussgebühren auf Zusatzkosten befasst sich auch die Anschlussberufung der Berufungsbeklagten. Sie machen geltend, sie hätten stets anerkannt, dass sie Anschlussgebühren auf den Mehrkosten schulden würden. Sie hätten aber auf einer korrekten Schlussabrechnung ihrer Sonderwünsche und auf einer Vorlage der Rechnung der Gemeinde bestanden. Gemäss Art. 10 Abs. 2

Seite 33 — 48 des Kaufvertrages gingen allfällige Anschlussgebühren aus Sonderwünschen be- ziehungsweise Bestellungenänderungen zulasten der Käuferschaft. Der Kaufvertrag sehe keine Zahlungsfrist vor. Die Berufungsklägerin sei den Beweis der Fälligkeit schuldig geblieben. Sie habe die Gebührenrechnung der Gemeinde O.3\_\_\_\_\_ bis heute nicht ins Recht gelegt. Deshalb habe im Zeitpunkt der Urteilsfällung durch die Vorinstanz die Rechnung der Gemeinde O.3\_\_\_\_\_ für die Anschlussgebühren aus ausgewiesenen

Sonderwünschen der Berufungsbeklagten nicht vorgelegen. Der Anspruch der Berufungsklägerin sei demnach noch gar nicht fällig. Das Gegenteil habe die Berufungsklägerin nicht bewiesen. Folglich habe die Berufungsklägerin das Leistungsbegehren noch gar nicht stellen und die Vorinstanz dieses noch nicht gutheissen können. Es trifft zu, dass sich in den Akten keine definitive Rechnung der Gemeinde O.3\_\_\_\_\_ bezüglich der Anschlussgebühren auf den durch die Sonderwünsche und Bestellungenänderungen der Berufungsbeklagten verursachten Mehrkosten findet. Entgegen der Auffassung der Berufungsbeklagten ist dies jedoch auch nicht nötig. Die Berufungsbeklagten verkennen mit ihrer Argumentation, dass es bezüglich der Anschlussgebühren im vorliegenden Verfahren allein um das Verhältnis zwischen den Berufungsbeklagten und der Berufungsklägerin geht und nicht um dasjenige zwischen der Gemeinde O.3\_\_\_\_\_ und der Berufungsklägerin. Die Berufungsbeklagten haben richtig festgestellt, dass die Parteien im Kaufvertrag vereinbart haben, dass Anschlussgebühren, die aus Sonderwünschen beziehungsweise Bestellungenänderungen resultieren, zu Lasten der Käuferschaft und damit der Berufungsbeklagten gehen (vgl. Kaufvertrag, Akten der Vorinstanz, act. II/2, S. 6 Ziff. 10 Absatz 2 in fine). Ebenso haben die Berufungsbeklagten zu Recht erkannt, dass im Kaufvertrag keine Zahlungsfrist festgelegt wurde. Die Berufungsbeklagten machen nicht geltend, sie würden die Anschlussgebühren nicht der Berufungsklägerin, sondern direkt der Gemeinde O.3\_\_\_\_\_ schulden. Wenn sie die Anschlussgebühren aber der Berufungsklägerin gestützt auf das zwischen ihnen bestehende Vertragsverhältnis schulden, ist dieser Vertrag für die Zeit der Erfüllung massgebend. Sofern zwischen den Parteien die Zeit der Erfüllung weder durch Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmt ist, so kann die Erfüllung sogleich gefordert werden (vgl. Art. 75 OR). Wie bereits erwähnt, wurde im zwischen den Parteien abgeschlossenen "Kaufvertrag" kein Fälligkeitsdatum und auch keine Zahlungsfrist festgesetzt. Das Rechtsverhältnis zwischen den Berufungsbeklagten und der Berufungsklägerin ist unbestrittenermassen als gemischter Vertrag mit kauf- und werkvertraglichen Elementen zu qualifizieren. Der Kaufvertrag bedingt keine Erfüllungszeit aus sich selbst, vielmehr hätten die

Seite 34 — 48 Parteien eine solche vereinbaren müssen. Da sie dies nicht getan haben, durfte die Berufungsklägerin folglich - soweit kaufvertragliche Regeln zur Anwendung gelangen - die Anschlussgebühren von den Berufungsbeklagten sogleich fordern, auch wenn die entsprechende Forderung der Gemeinde O.3\_\_\_\_\_ gegenüber der Berufungsklägerin noch nicht fällig gewesen sein sollte. Zu demselben Resultat gelangt man bei Anwendung von werkvertraglichen Regeln und zwar unabhängig davon, ob die SIA-Normen zur Anwendung gelangen (was nicht behauptet wurde) oder nicht. Gemäss Art. 372 OR hat der Besteller die Vergütung bei der Ablieferung des Werkes zu bezahlen. Nach Art. 155 der SIA-Norm 118 wird die durch die Schlussrechnung ermittelte Forderung des Unternehmers mit dem Prüfbescheid der Bauleitung fällig und zwar auch solche Beträge, die noch bestritten sind, sofern sie sich nachträglich als geschuldet erweisen sollten. Da vorliegend die Bauleitung bei der Generalunternehmerin lag, wurde der in Rechnung gestellte Betrag spätestens mit der Zustellung der korrigierten Schlussrechnung zur Zahlung fällig. Somit konnte die Vorinstanz die Anschlussgebühren ohne weiteres zusprechen. Gegen die Art der Berechnung der Anschlussgebühren durch die Vorinstanz erheben die Berufungsbeklagten keine Rügen. Die Anschlussberufung ist unter diesen Umständen abzuweisen.

## E. 12

Bezüglich BKP 591 Architekturhonorar auf Zusatzkosten führt die Berufungsklägerin in der Berufung aus, die Vorinstanz habe zu Recht erkannt, dass auf den Zusatzkosten das geltend gemachte Honorar von 12 % geschuldet sei. Die korrekte Berechnungsmethode der Vorinstanz sei nun auf den [durch die im Berufungsverfahren zusätzlich zuzusprechenden Teilbeträge] erhöhten Wert anzuwenden. Davon abzuziehen sei die von den Berufungsbeklagten unter diesem Punkt bereits geleistete Zahlung. Nachdem sich vorliegend erwiesen hat, dass der Berufungsklägerin keine weiteren Teilforderungen zugesprochen werden können, erhöht sich der Wert der Zusatzkosten gegenüber dem angefochtenen Entscheid nicht. Die Berechnungsmethode der Vorinstanz hat die Berufungsklägerin ausdrücklich als korrekt anerkannt. Damit aber resultiert kein höheres Architekturhonorar auf den Zusatzkosten, als es die Vorinstanz bereits zugesprochen hat. Die Berufung ist daher mit Bezug auf BKP 591 Architekturhonorar auf Zusatzkosten abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid ist in diesem Punkt zu bestätigen.

## E. 13

Mit der Berufung wendet sich die Berufungsklägerin schliesslich dagegen, dass die Vorinstanz ihr von den unter BKP 133 Zusatzaufwände Bauleitung verrechneten Beträgen im Umfang von Fr. 15'825.-- nichts zugesprochen habe. Sie macht geltend, die von ihr ins Recht gelegte Abrechnung sei detailliert, sogar selten präzise. Es könne daher nicht bestritten sein, dass sie diese Aufwendungen

Seite 35 — 48 tatsächlich getätigt und dafür den vollen Beweis geliefert habe. Auch der Experte stelle nicht in Frage, dass hier Aufwand entstanden sei, er bezeichne diesen Aufwand einfach als nicht mehrkostenfähig. Nach Meinung des Experten sei es üblich, dass Objekte wie das hier verkaufte einen gewissen höheren Aufwand in der Bauleitung verursachen würden. Er stelle auch fest, dass kein Auftrag über den Mehraufwand vorliege. Es sei aufgrund des Ablaufs aber klar, warum es zu keiner schriftlichen Vereinbarung gekommen sei. Zur Verrechnung dieser Position sei es erst gekommen, nachdem die Berufungsbeklagten die Bezahlung der ersten Variante der Schlussrechnung nicht hätten voll leisten wollen und sich auch jedem Gespräch über diese Schlussrechnung systematisch und hartnäckig verweigert hätten. Die Berufungsklägerin sei unter der Bedingung, dass die Berufungsbeklagten ansonsten wenigstens bezahlen würden, was sie schuldeten, bereit gewesen, auf die Verrechnung der Zusatzaufwände der Bauleitung zu verzichten. Dieses Angebot hätten die Berufungsbeklagten ausgeschlagen. Vorprozessual hätten die Berufungsbeklagten auch nie, zumindest nicht in substantiiertem Form, bestritten, dass dieser Aufwand ausgewiesen sei. Aufgrund der – von ihnen selbst behaupteten – Sachkunde der Berufungsbeklagten im Immobilienbau und –handel hätten diese wissen müssen, dass sie mit den auf ihren Wunsch hin immer wieder erfolgten Umstellungen von bereits geplanten Dingen einen unüblichen Zusatzaufwand in der Bauleitung/Architektur verursachen würden. Dass dieser Aufwand im Architekturhonorar von 12 % enthalten sei, hätten sie nicht ernsthaft annehmen können, denn das Pauschalhonorar decke nur die von den Parteien in guten Treuen zu erwartenden Aufwendungen, auf deren Basis es geschätzt und vereinbart werde. Nicht absehbar sei für die Berufungsklägerin gewesen, dass die Berufungsbeklagten in derart unüblich hoher Frequenz Dinge, die bereits vereinbart gewesen seien, verändern würden, was zu erheblichen Mehraufwänden bei der Bauleitung geführt habe. Transparenz über diese Aufwendungen hätten die Berufungsbeklagten jederzeit gehabt, hätten sie doch x-mal Termine mit A.\_\_\_\_\_ und den Unternehmern

gehabt, um wieder zu bemustern etc.. Die Vorinstanz habe sich nicht die Mühe gemacht, durch eine Parteibefragung oder Zeugenbefragung von A. \_\_\_\_\_ die Umstände zu prüfen, sondern habe dies trotz des Beweises durch die eingelegte Rechnung der Berufungsklägerin unterlassen. Die Vorinstanz könne sich auch nicht auf die Feststellungen des Experten stützen, da dieser sich über rechtliche Fragen nicht auslassen dürfe. Die Berufungsklägerin hat zum Nachweis der unter BKP 133 Zusatzaufwände Bauleitung geltend gemachten Kosten einzig eine von ihr selbst erstellte Aufstellung eingelegt (Akten der Vorinstanz, act. II/37). Weitere Belege wie von den Beru-

Seite 36 — 48 fungsbeklagten unterzeichnete Rapporte oder Ähnliches finden sich in den Akten nicht. Es handelt sich bei der Aufstellung folglich um eine reine Parteibehauptung der Berufungsklägerin. Die Berufungsbeklagten haben die Kosten sowohl in der Klageantwort im vorinstanzlichen Verfahren (Akten der Vorinstanz, act. I/3, S. 12 Ziff. 7.14) als auch in der Berufungsantwort bestritten (act. A.2, S. 11 f. Ziff. 1.12). Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin sind die von ihr geltend gemachten Zusatzkosten damit nicht nachgewiesen, so dass sie auch nicht zugesprochen werden können. Selbst wenn die Kosten aber ausgewiesen wären, könnten sie der Berufungsklägerin nicht zugesprochen werden. Dies aus folgenden Gründen: Der Experte hat zu Recht festgestellt, dass sich in den Akten kein Auftrag [beziehungsweise keine Aufträge] für die in der Aufstellung vom 22. März 2012 über die geltend gemachten Mehraufwendungen der Bauleitung aufgeführten Arbeiten findet (vgl. Akten der Vorinstanz, act. II/37). Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin hilft ihr ihre Begründung für das Fehlen der Aufträge oder eines alles erfassenden Auftrages, nämlich dass sie die entsprechenden Leistungen zunächst nicht in Rechnung habe stellen wollen, nicht weiter. Wenn sie darauf verzichtet hat, die notwendigen Aufträge beziehungsweise einen alle aufgeführten Leistungen abdeckenden Auftrag zu erstellen und unterzeichnen zu lassen, so hat sie die Konsequenzen, die sich bezüglich des Beweises daraus ergeben, zu tragen. Sie hätte folglich eine Vereinbarung zwischen ihr und den Berufungsbeklagten über die Tragung dieser geltend gemachten Zusatzaufwände der Bauleitung anderweitig beweisen müssen. Nachdem im Kaufvertrag einzig davon die Rede ist, dass für die zusätzlichen Aufwendungen durch Bestellungenänderungen ein Honorar von 12 % der Mehrkosten verrechnet werde (vgl. Akten der Vorinstanz, act. II/2, S. 6, Ziff. 10 Absatz 2), und sich im ganzen Kaufvertrag kein Hinweis findet, dass diese 12 % nur einen gewissen Mehraufwand der Bauleitung abdecken sollten, wohingegen alles, was darüber hinaus gehen würde, zusätzlich verrechnet werden sollte, genügt es nicht, wenn die Berufungsklägerin einfach geltend macht, den Berufungsbeklagten hätte als im Immobilienbau und -handel versierter Partei klar sein müssen, dass der von ihnen verursachte, unüblich hohe Mehraufwand durch die 12 % nicht vollständig gedeckt sei. Diese Argumentation geht zudem von zwei Annahmen aus, die nicht belegt sind und sich auch nicht aus der allgemeinen Lebenserfahrung ergeben. Zum einen behauptet die Berufungsklägerin ohne irgendeinen Nachweis, der Mehraufwand sei unüblich hoch gewesen. Etwas Entsprechendes wird vom Experten nicht festgestellt. Vielmehr hält er fest, dass eine grosszügige Dachwohnung wie die der Berufungsbeklagten, die im oberen Preissegment für O.3 \_\_\_\_\_ liege, zwar einen höheren Bauleitungsaufwand verursache

Seite 37 — 48 als eine Standardwohnung, dass dieser jedoch bereits im Kaufpreis berücksichtigt beziehungsweise zu berücksichtigen sei (Akten der Vorinstanz, act. VI/1, S. 14). Dass der Bauleitungsaufwand, den die Berufungsbeklagten verursacht haben, über

diesen vom Experten erwähnten, mit dem Kaufpreis beziehungsweise dem Bauleitungshonorar auf den Mehrkosten abgegoltenen höheren Bauleitungsaufwand hinausgegangen ist, belegt die Berufungsklägerin nicht. Es genügt nicht, wenn sie einfach geltend macht, allein die Häufigkeit und Intensität der Aufwendungen würden belegen, dass das übliche Mass überschritten worden sei. Dass die Kosten der Bauleitung, die durch die Sonderwünsche und Bestellungen der Berufungsbeklagten verursacht worden sind, unüblich hoch waren, ist folglich nicht nachgewiesen und es kann daher vorliegend nicht davon ausgegangen werden. Zum andern nimmt die Berufungsklägerin an, den Berufungsbeklagten hätte aufgrund ihrer Sachkunde bewusst sein müssen, dass die Aufwendungen, die durch ihre wiederholten Umentscheidungen entstanden seien, über das, was von den 12 % abgedeckt werden sollte, hinausgegangen seien. Die Berufungsklägerin hat zwar behauptet, dass anlässlich der Beurkundung des Kaufvertrages den Berufungsbeklagten genau erklärt worden sei, was in den 12 % enthalten sei und was nicht. Die Berufungsbeklagten haben diese Darstellung indessen immer bestritten. Die Berufungsklägerin hat ihre Behauptung nicht bewiesen. Der den Vertrag beurkundende Grundbuchverwalter E.\_\_\_\_\_ wurde aus den bereits mehrfach erwähnten Gründen zu Recht nicht einvernommen, zumal dessen Einvernahme auch zu diesem Beweisthema nicht rechtskonform beantragt wurde. Die Aktennotiz von A.\_\_\_\_\_ vom 23. Dezember 2009 vermag als Parteibehauptung eine bestrittene Tatsache allein nicht zu beweisen. Auch dessen Befragung vermöchte angesichts des übrigen dargelegten Beweisergebnisses und der Bestreitung durch die Gegenpartei nichts zu ändern. Kommt hinzu, dass am Antrag auf Befragung von A.\_\_\_\_\_ anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung nicht festgehalten wurde, so dass dies auch im Berufungsverfahren nicht nachzuholen ist (vgl. zum Ganzen oben E. 3.c). Somit kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Berufungsbeklagten gewusst haben, welche Mehrkosten der Bauleitung nach Auffassung der Berufungsklägerin durch die 12 % abgedeckt sein sollten und welche nicht. Ebenso ist eine Einigung zwischen den Parteien über die im vereinbarten Honorar von 12 % der Mehrkosten enthaltenen Leistungen nicht belegt. Wenn aber nicht klar war, welche Aufwendungen der Bauleitung durch die 12 % abgedeckt waren, so wäre es für die Berufungsbeklagten ausserordentlich schwierig gewesen, die Leistungen zu erkennen, die nicht mehr enthalten waren. Dies auch unter Berücksichtigung, dass sowohl die Höhe des Prozentsatzes als auch die abgegoltenen Leistungen durch die Parteien frei vereinbart werden konnten.

Seite 38 — 48 Schliesslich ist auch zu berücksichtigen, dass die Parteien für eigene zusätzliche Aufwendungen der Bauleitung, die durch Bestellungenänderungen notwendig wurden, ausdrücklich ein Honorar von „pauschal 12 % der Mehrkosten“ vereinbart haben (vgl. den Kaufvertrag, Akten der Vorinstanz, act. II/2, S. 6, Ziff. 10 Absatz 2). Pauschal bedeutet gerade unabhängig von den tatsächlichen Aufwendungen. Auch dies spricht klar dagegen, dass die Berufungsbeklagten davon ausgehen mussten, dass nicht alle Mehrleistungen der Bauleitung mit den 12 % abgegolten sein könnten. Der Annahme der Berufungsklägerin, die Berufungsbeklagten hätten erkennen müssen, dass die von ihnen gewünschten Bestellungenänderungen und Sonderwünsche bei der Bauleitung einen Mehraufwand verursachen würden, der durch das vereinbarte Pauschalhonorar von 12 % der Mehrkosten nicht mehr gänzlich gedeckt und daher im ungedeckten Betrag zusätzlich zu bezahlen wäre, kann nicht gefolgt werden. Eine Einigung der Parteien darüber, dass die Berufungsbeklagten neben den vereinbarten 12 % der Mehrkosten noch weitere Kosten zu übernehmen hätten, die bei der Bauleitung durch Bestellungenänderungen und

Sonderwünsche der Berufungsbeklagten hervorgerufen würden, ist damit nicht nachgewiesen. Bei dieser Sachlage konnte die Vorinstanz die von der Berufungsklägerin unter BKP 133 geltend gemachten Zusatzaufwände der Bauleitung nicht zusprechen. Die Berufung ist in diesem Punkt folglich unbegründet und der angefochtene Entscheid zu bestätigen.

#### **E. 14**

Die Berufungsklägerin wendet sich mit der Berufung auch dagegen, dass die Vorinstanz die Widerklage der Berufungsbeklagten teilweise gutgeheissen hat. Neben dem bereits mit einlässlicher Begründung abgelehnten Argument, dass die Widerklage nicht im selben Verfahren beurteilt werden könne wie die Hauptklage, bringt die Berufungsklägerin zusammengefasst vor, es stünden die falschen Parteien vor Gericht, da die Berufungsbeklagten den Betrag, den sie mit der Widerklage von ihr zurückverlangten, der Stockwerkeigentümergeinschaft als Beitrag an die Erstellungskosten der Umgebung bezahlt hätten. Im Weiteren hätten die Berufungsbeklagten gegenüber der Stockwerkeigentümergeinschaft ihre Beitragspflicht anerkannt, indem sie deren Beschluss vom 26. November 2011 nicht angefochten hätten. Schlicht unhaltbar sei im Weiteren, dass die Vorinstanz den Kaufvertrag mit Bezug auf die Tragung der Kosten der Feinplanung und Erstbepflanzung als unklar und strittig und damit auslegungsbedürftig erklärt habe. Die Parteien hätten im Kaufvertrag eine klare Regelung getroffen, wer welche Kosten zu tragen habe. Diese Regelung finde sich in den Ziffern 7 und 23 der weiteren Vertragsbestimmungen. Kosten, welche sich aus dem laufenden Betrieb und Unterhalt der Liegenschaft ergeben würden, seien gemäss Ziffer 7 mit Stichtag Besit-

Seite 39 — 48 zesantritt abzurechnen gewesen. Bei der Feinplanung und Erstbepflanzung handle es sich entgegen dem angefochtenen Entscheid nicht um Betriebs- und Unterhaltskosten. In für die Liegenschaft als Ganzes abgeschlossene Verträge trete die Käuferschaft, eben die Berufungsbeklagten, gemäss Ziffer 23 anteilmässig unter Entlastung der Verkäuferschaft, eben der Berufungsklägerin, ein. Darunter würden auch die Verpflichtungen aus der Gartengestaltung fallen. Es sei weiter falsch, dass die in Ziffer 23 verwendete Formulierung „anteilmässig“ nicht mit dem Begriff „wertquotenmässig“ gleichzusetzen sei. Es gebe bei der vorliegenden Angelegenheit keine anderen „Anteile“ als die Wertquoten der Stockwerkeigentümer. Bei der Einrichtung der Wellness-Fazilitäten, wo es ebenfalls um die Erstellung eines Teils der Infrastruktur der StWEG-Liegenschaft gegangen sei, seien die Kosten ebenfalls so abgerechnet worden, wie dies die Berufungsklägerin verlange. Die Berufungsbeklagten hätten dabei ihren Anteil an die StWEG anstandslos bezahlt. Zu Recht habe die Vorinstanz weiter festgestellt, dass die Gartengestaltung von den Baukosten ausgenommen worden sei. Deshalb sei sie im Kaufpreis nicht abgebildet. Es könne nun aber nicht sein, dass ein Käufer gratis von einem durch ihn nicht bezahlten Teil der Liegenschaft profitieren könne. Die Erstellungskosten der Umgebungsgestaltung würden nur einmal auftreten und müssten auf die Mitglieder der Stockwerkeigentümergeinschaft überwältzt werden können. Dass die Berufungsklägerin im Zeitpunkt der Ausführung der Arbeiten Eigentümerin der Stockwerkeinheit der Berufungsbeklagten gewesen sei, könne daran nichts ändern, denn die Erstellungskosten hätten nichts mit einer Zeitperiode zu tun. Schliesslich habe die Vorinstanz mehrere von der Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren eingebrachte Argumente und Beweismittel nicht beziehungsweise falsch gewürdigt. Die Berufungsbeklagten machen geltend, es gehe um die Abgrenzung der Kosten für die Gartengestaltung zwischen

Verkäuferin und Käufer, weshalb die Berufungsklägerin passivlegitimiert sei. Des Weiteren seien die Berufungsbeklagten von der Verwalterin der Stockwerkeigentümergeinschaft praktisch genötigt worden, den vollen Betrag zu bezahlen. Sie hätten jedoch mehrfach klare Vorbehalte angebracht. Von einer Anerkennung könne daher keine Rede sein. Schliesslich seien die Verträge bezüglich der Umgebungsarbeiten lange vor der Eigentumsübertragung und dem Besitzesantritt abgeschlossen worden. Für die entsprechenden Kosten habe daher die Berufungsklägerin aufzukommen. Die Berufungsklägerin halte in der Berufung fest, es gehe bei Ziffer 23 Absatz 1 der weiteren Vertragsbestimmungen um Kosten, die zwischen den Parteien zu teilen seien. Anteilsmässig könne sicher nicht bedeuten, dass die Berufungsbeklagten rückwir-

Seite 40 — 48 kend für längst vor Abschluss des Kaufvertrages entstandene Kosten anstelle der Verkäuferin haften müssten. Und schliesslich bringe die Berufungsklägerin mit einem Argument bezüglich Wellness-Fazilitäten eine neue Tatsachenbehauptung und ein neues Beweismittel ein, die die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllten. a) Die Vorinstanz hat die Widerklage nur teilweise gutgeheissen und im Umfang von Fr. 140.15 abgewiesen. Die Berufungsbeklagten haben sich in der Anschlussberufung zum abgewiesenen Teil ihrer Widerklage nicht geäussert und die teilweise Abweisung nicht gerügt. Auch in der Berufungsantwort beanstanden sie dies nicht. Damit aber ist der angefochtene Entscheid insoweit in Rechtskraft erwachsen. Strittig ist vorliegend mithin noch ein Betrag von Fr. 7'536.25, der auf Arbeiten beruht, die allesamt vor dem 21. Dezember 2009, dem Tag des Verkaufs der Stockwerkeinheit Nr. 5 an die Berufungsbeklagten, vergeben und ausgeführt worden sind (vgl. Akten der Vorinstanz, act. II/38, act. III/43, act. III/44 und act. III/46). b) Die von der Berufungsklägerin in der Berufung vorgebrachten Behauptungen bezüglich der Kosten für den Wellnessbereich in der Casa K.\_\_\_\_\_ finden sich in den vorinstanzlichen Rechtsschriften der Berufungsklägerin tatsächlich nirgends. Sie hätten aber zweifellos bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor der Vorinstanz vorgebracht werden können, weshalb sie im Berufungsverfahren nicht zu hören sind (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Was hingegen das mit der Berufung eingereichte Schreiben von A.\_\_\_\_\_ vom 29. September 2010 anbelangt (act. B.7), so findet sich dieses auch in den Akten der Vorinstanz (act. III/61), weshalb es kein neues Beweismittel darstellt. c) Entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin stehen bezüglich der Widerklage nicht die falschen Parteien vor Gericht. Es trifft zwar zu, dass die Berufungsbeklagten den Betrag, den sie mit der Widerklage von der Berufungsklägerin verlangen, der Stockwerkeigentümergeinschaft bezahlt haben (Akten der Vorinstanz, act. III/41) – es handelt sich um den wertquotenmässigen Beitrag der Berufungsbeklagten an die Kosten der Feinplanung und Erstbepflanzung, deren Vergabe gemäss Kaufvertrag „der Stockwerkeigentümergeinschaft zu deren Lasten“ oblag (vgl. den Kaufvertrag, Akten der Vorinstanz, act. II/2, S. 4 „Umgebung“). In der Widerklage geht es jedoch nicht um die Frage, ob die Berufungsbeklagten diesen Betrag an die Stockwerkeigentümergeinschaft bezahlen mussten oder nicht. Die Widerklage befasst sich nicht mit dem Verhältnis zwischen den Berufungsbeklagten und der Stockwerkeigentümergeinschaft. Es geht vielmehr um

Seite 41 — 48 die Frage, ob und wenn ja wie die Parteien die Tragung dieser Kosten im Verhältnis Verkäuferin der Stockwerkeinheit Nr. 5 (Berufungsklägerin) und Käufer derselben (Berufungsbeklagte) geregelt haben. Zu entscheiden ist mithin eine Frage aus

dem Rechtsverhältnis zwischen der Berufungsklägerin und den Berufungsbeklagten, weshalb die richtigen Parteien vor Gericht stehen. d) Wie die Vorinstanz richtig festgestellt hat, enthält der Kaufvertrag keine konkreten Anweisungen darüber, welche der Parteien wie viele der auf die Stockwerkeinheit der Berufungsbeklagten entfallenden Kosten für Feinplanung und Erstbepflanzung zu tragen hat. Die Parteien wiederum vertreten voneinander abweichende Standpunkte und stützen sich dabei beide auf den Kaufvertrag, den sie unterschiedlich interpretieren. Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin erweist sich der Kaufvertrag mit Blick auf die Tragung des Kostenanteils für die Umgebungsarbeiten nicht als klar. Nachdem die unterschiedlichen Argumentationen beider Parteien nicht von vornherein als abwegig beurteilt werden können, ist die Vorinstanz zu Recht zum Schluss gelangt, dass der Kaufvertrag auslegungsbedürftig sei, zumal der Nachweis eines übereinstimmenden Willens der Parteien – auch mit den übrigen Akten – in diesem Punkt nicht erbracht worden sei. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang ein weiteres Mal darauf hinzuweisen, dass die von A. \_\_\_\_\_ erstellte Aktennotiz vom 23. Dezember 2009 aus den bereits mehrfach genannten Gründen für sich allein keinen Beweis für eine Vereinbarung zwischen den Parteien darstellt. Des Weiteren ist die Tatsache, dass die Berufungsbeklagten den Betrag der Stockwerkeigentümergeinschaft überwiesen haben, entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin nicht als Anerkennung einer Kostentragungspflicht durch die Berufungsbeklagten im Verhältnis zur Berufungsklägerin zu verstehen. Das Rechtsverhältnis zwischen den Berufungsbeklagten und der Stockwerkeigentümergeinschaft, auf dessen Grundlage die Zahlung erfolgte, ist vom Rechtsverhältnis zwischen den Berufungsbeklagten als Käufer und der Berufungsklägerin als Verkäuferin zu unterscheiden und klar zu trennen. Die Bezahlung des Betrages auf der Grundlage des einen Rechtsverhältnisses hat ohne weitere Indizien keine Anerkennung einer Zahlungspflicht im anderen Rechtsverhältnis zur Folge. Dass die Berufungsbeklagten den Betrag an die Stockwerkeigentümergeinschaft bezahlt haben – nach Aktenlage im Übrigen, um einer möglichen gerichtlichen Auseinandersetzung und weiteren Irritationen im Verhältnis zu den anderen Stockwerkeigentümern zuvorzukommen (vgl. Akten der Vorinstanz, act. II/27, S. 3 f. Ziff. 7, und act. III/42) –, kann daher nicht als Anerkennung einer Kostentragungspflicht gegenüber der Berufungsklägerin interpretiert werden. Da somit ein übereinstimmender Wille der Parteien mit Bezug auf die

Seite 42 — 48 Tragung des vorliegend strittigen Kostenanteils der Feinplanung und Erstbepflanzung nicht nachgewiesen ist, ist der Kaufvertrag im Folgenden auszulegen. e) aa) Mit Bezug auf die vorliegend strittigen Kosten der Feinplanung und Erstbepflanzung ist vorneweg festzustellen, dass Vergabe und Ausführung der Arbeiten stattgefunden haben, bevor die Berufungsbeklagten ihre Stockwerkeinheit am 21. Dezember 2009 erworben haben. Dies geht aus den Rechnungen der Firma P. \_\_\_\_\_ Gartengestaltung und der L. \_\_\_\_\_ hervor, die jeweils mehrere Wochen vor dem 21. Dezember 2009 ausgestellt worden sind (vgl. Akten der Vorinstanz, act. III/43, 44 und 46). Die Berufungsklägerin, an die diese Rechnungen gegangen sind, hat der Stockwerkeigentümergeinschaft diese Kosten jedoch erst am 26. August 2010 und damit einige Zeit nach Eigentumserwerb und Besitzesantritt durch die Berufungsbeklagten weitergegeben beziehungsweise ihrerseits in Rechnung gestellt (Akten der Vorinstanz, act. II/38 und act. III/35). Damit war die Berufungsklägerin Eigentümerin der Stockwerkeinheit Nr. 5, als die Umgebungsarbeiten geplant, vergeben und ausgeführt wurden, während die Berufungsbeklagten Eigentümer dieser Stockwerkeinheit waren, als die Arbeiten gegenüber der

Stockwerkeigentümergeinschaft in Rechnung gestellt worden sind. Unbestritten geblieben ist im Weiteren die zutreffende Feststellung der Vorinstanz, dass die Kosten der Feinplanie und Erstbepflanzung nicht im Kaufpreis enthalten sind (vgl. dazu Akten der Vorinstanz, act. II/2, Kaufvertrag, S. 5 Ziffer 7 Absatz 1 der weiteren Vertragsbestimmungen, in Verbindung mit dem globalen Baubeschrieb, S. 4 „Umgebung“). bb) Gemäss Ziffer 1 der weiteren Vertragsbestimmungen erfolgt der Besitzes- antritt mit Übergang von Rechten und Pflichten, Nutzen und Gefahr auf die Käuferschaft bei Bezugsbereitschaft (Akten der Vorinstanz, act. II/2, S. 4). In seinem Urteil BGE 121 III 256 E. 4a hat das Bundesgericht festgestellt, dass mit dem Übergang des Nutzens grundsätzlich auch die Lasten übergehen, selbst wenn dies nicht ausdrücklich festgehalten ist. In Ziffer 7 Absatz 3 der weiteren Vertrags- bestimmungen haben die Parteien vereinbart, dass sie „über die mit dem Kaufob- jekt verbundenen Auslagen und Gebühren wie öffentlich-rechtliche Abgaben, Ver- sicherungsprämien, Betriebs- und Unterhaltskosten etc. separat – Wert Besitzes- antritt – [abrechnen]“ (Akten der Vorinstanz, act. II/2, S. 5). Ziffer 23 Absatz 1 der weiteren Vertragsbestimmungen hält fest, dass die Käuferschaft „anteilmässig in die von der StWE-Gemeinschaft für die Liegenschaft als Ganzes abgeschlosse- nen Versicherungs- und anderen Verträge (Verwaltungsverträge, Serviceverträge usw.) mit allen Rechten und Pflichten [eintritt] unter gleichzeitiger Entlastung der

Seite 43 — 48 Verkäuferschaft“ (Akten der Vorinstanz, act. II/2, S. 8). Zu Recht hat die Beru- fungsklägerin geltend gemacht, es handle sich um ein System. Die einzelnen Zif- fern der weiteren Vertragsbestimmungen dürfen denn auch nicht jede für sich al- lein interpretiert werden, sondern sie sind in ihrem Kontext und Zusammenhang zu beurteilen. Sowohl mit Bezug auf Ziffer 7 Absatz 3 als auch bezüglich Ziffer 23 Absatz 1 ist zu berücksichtigen, dass sie offen formuliert sind („Auslagen und Ge- bühren wie“, „etc.“, „andere Verträge“, „usw.“). Beide lassen damit Raum, um ne- ben den ausdrücklich erwähnten noch weitere Sachverhalte darunter zu subsu- mieren. Gemäss Ziffer 7 Absatz 3 der weiteren Vertragsbestimmungen sind die Kosten der in Ziffer 23 Absatz 1 explizit erwähnten Versicherungs-, Verwaltungs- und Serviceverträge (es handelt sich dabei offensichtlich um Versicherungsprämi- en sowie Betriebs- und Unterhaltskosten) mit Stichdatum Besitzesantritt zwischen den Parteien aufzuteilen. Aus Ziffer 7 Absatz 3 und Ziffer 23 Absatz 1 geht nicht hervor, dass die finanziellen Folgen der in Ziffer 23 erwähnten „anderen Verträge“ anders gehandhabt werden sollten. Es trifft zwar zu, dass es sich bei Versiche- rungsprämien um periodische und bei den Verwaltungskosten sowie den Kosten aus den Serviceverträgen um wiederkehrende Aufwendungen handelt, während die Kosten für Feinplanie und Erstbepflanzung nur einmal anfallen. Jedoch können zweifellos auch Betriebs- und Unterhaltskosten einmalig sein. Zudem umfasst der in Ziffer 7 Absatz 3 erwähnte Begriff „Auslagen“, der ausdrücklich nicht auf Versi- cherungsprämien sowie Betriebs- und Unterhaltskosten beschränkt ist, ohne Wei- teres auch einmalige Aufwendungen. Schliesslich ist noch auf Ziffer 1 der weiteren Vertragsbestimmungen hinzuweisen, der den Übergang von Rechten und Pflich- ten, Nutzen (gemäss Bundesgericht gleichzeitig auch Lasten) und Gefahr auf den Besitzesantritt hin stipuliert. Das von den Parteien vereinbarte System spricht da- mit klarerweise dafür, dass die auf die Stockwerkeinheit der Berufungsbeklagten entfallenden Kosten für die Umgebungsgestaltung zwischen der Verkäuferin und den Käufern mit Stichtag Besitzesantritt aufzuteilen sind. Dass anlässlich der Be- urkundung zwischen den Parteien mündlich eine andere Vereinbarung getroffen worden wäre, wie es die Berufungsklägerin

geltend macht, ist nicht nachgewiesen. In diesem Zusammenhang ist ein weiteres Mal festzustellen, dass der beantragte Zeuge E.\_\_\_\_\_, der als Grundbuchverwalter die Beurkundung vorgenommen hat und zu den Vorgängen allenfalls hätte Angaben machen können, wie auch A.\_\_\_\_\_ zu Recht nicht einvernommen wurden und dass die Aktennotiz A.\_\_\_\_\_ vom 23. Dezember 2009 allein keinen Beweis zu erbringen vermag. Gegen eine Aufteilung der Kosten der Umgebungsgestaltung unter den Parteien mit Stichtag Besitzeserwerb spricht auch nicht die Tatsache, dass die Berufungsbeklagten in diesem Fall von einem Teil der Liegenschaft profitieren können, für den sie kaum

Seite 44 — 48 etwas bezahlt haben. Die Berufungsklägerin wusste, dass die Kosten der Umgebungsgestaltung nicht im Kaufpreis enthalten waren. Es wäre in ihrer Hand gelegen, im Kaufvertrag unmissverständlich eine Übernahme sämtlicher auf die Stockwerkeinheit entfallender Kosten der Umgebungsgestaltung durch die Berufungsbeklagten zu vereinbaren. Ebenso hätte sie eine mögliche Einigung ausserhalb des Kaufvertrages schriftlich festhalten und durch die Berufungsbeklagten unterzeichnen lassen können. Schliesslich hätte sie auch die Einvernahme von E.\_\_\_\_\_ formgültig beantragen können. Dies alles hat sie jedoch nicht getan, weshalb ihr Argument, es könne nicht sein, dass die Berufungsbeklagten von einem Teil der Liegenschaft gewissermassen gratis profitieren könnten, nicht überzeugt. Eine Auslegung des Kaufvertrages führt mithin zum Schluss, dass die auf die Stockwerkeinheit der Berufungsbeklagten fallenden Kosten der Umgebungsgestaltung zwischen den Parteien mit Wert Besitzeserwerb aufzuteilen sind. Die Berufungsklägerin hat damit die Kosten der Arbeiten zu tragen, die vor dem Besitzeserwerb ausgeführt worden sind, die Berufungsbeklagten müssen jene Kosten übernehmen, die für Arbeiten nach dem Besitzeserwerb angefallen sind. Genau in diesem Sinne hat die Vorinstanz die Kosten der Umgebungsgestaltung, die der Stockwerkeinheit Nr. 5 zufallen, zwischen den Parteien aufgeteilt. Der vorinstanzliche Entscheid erweist sich damit auch mit Bezug auf die Widerklage als rechtens und ist in diesem Punkt zu bestätigen. Die Berufung ist insoweit unbegründet und daher abzuweisen.

## **E. 15**

Gemäss Hauptantrag im Rechtsbegehren der Berufung ficht die Berufungsklägerin den gesamten vorinstanzlichen Entscheid an. Damit verlangt sie auch die Aufhebung des Entscheids soweit die Vorinstanz der Berufungsklägerin und den Berufungsbeklagten Zinsen zugesprochen hat. Ebenso ist die Aufhebung der Rechtsvorschläge in den Betreibungen Nr. \_\_\_\_\_ und Nr. \_\_\_\_\_ des Betreibungsamtes O.1 \_\_\_\_\_ sowie die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung im Umfang von Fr. 4'652.10 und bereinigtem Zins angefochten. In der Begründung der Berufung äussert sich die Berufungsklägerin aber weder zu den Zinsen noch zu der Aufhebung der Rechtsvorschläge und der Erteilung der definitiven Rechtsöffnung. Vor allem erhebt sie keine Rügen. Nach Art. 311 Abs. 1 ZPO muss die Berufung eine Begründung enthalten. Begründen im Sinne der genannten Vorschrift bedeutet aufzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich mit diesen argumentativ auseinandersetzt und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht (Urteil des Bundesgerichts 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015 E. 2.4.1 mit Hinweisen). Die Begrün-

Seite 45 — 48 dung ist eine gesetzliche, von Amtes wegen zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung. Fehlt sie, so tritt das obere kantonale Gericht nicht auf die Berufung ein (Urteil des Bundesgerichts 5A\_438/2012 vom 27. August 2012

E. 2.2). Da es die Berufungsklägerin unterlässt, sich in der Begründung der Berufung mit den Zinsen, der Aufhebung der Rechtsvorschläge und der Erteilung der definitiven Rechtsöffnung auseinanderzusetzen, mangelt es der Berufung in diesen Punkten an der notwendigen Begründung. Nachdem vorliegend der angefochtene Entscheid zudem in allen beanstandeten Punkten bestätigt wird, ergeben sich auch keine Abweichungen bezüglich des Betrages, für den definitive Rechtsöffnung gewährt werden kann. Die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts hat sich folglich nicht weiter mit den Zinsen, der Aufhebung der Rechtsvorschläge und der Erteilung der definitiven Rechtsöffnung zu befassen und es bleibt diesbezüglich bei der vorinstanzlichen Entscheidung.

#### **E. 16**

Gemäss Hauptbegehren der Berufung ficht die Berufungsklägerin auch den Kostenspruch im angefochtenen Entscheid an. In der Begründung der Berufung finden sich jedoch zu diesem Punkt keine Ausführungen. Insbesondere hat die Berufungsklägerin auf jedwelche Ausführungen für den Fall verzichtet, dass das vorinstanzliche Urteil entgegen dem Antrag in der Berufung in den angefochtenen Punkten geschützt wird. Es fehlt an konkreten und substantiierten Rügen mit Bezug auf den vorinstanzlichen Kostenentscheid für den Fall der Bestätigung des Sachentscheides der Vorinstanz. Da letzteres gemäss den vorstehenden Erwägungen der Fall ist, bleibt es auch beim vorinstanzlichen Kostenentscheid. Selbst wenn aber die Höhe der Prozesskosten im vorinstanzlichen Verfahren und deren Verteilung zu überprüfen wären, so würden sich keine Änderungen aufdrängen, da die Vorinstanz bei ihrem Entscheid im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben (Art. 106 Abs. 1 ZPO; Art. 2 und 3 der Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Honorarverordnung, HV; BR 310.250) geblieben ist.

#### **E. 17**

Abschliessend sind die Prozesskosten des Berufungsverfahrens (Gerichtskosten und Parteienschädigung; Art. 95 Abs. 1 ZPO) zu verlegen. Es hat sich vorliegend gezeigt, dass sowohl die Berufung als auch die Anschlussberufung abgewiesen werden müssen. Damit aber hat keine Partei vollständig obsiegt, weshalb die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen sind (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsklägerin verlangt mit ihrer Berufung die Zusprechung von insgesamt Fr. 43'447.46 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 7. Mai 2012. Dieser Betrag enthält auch die bereits von der Vorinstanz zugesprochenen Fr. 12'188.35 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 7. Mai 2012. Mit der Berufung verlangt die Beru-

Seite 46 — 48 fungsklägerin mithin, dass ihr zusätzlich zum vorinstanzlichen Entscheid ein Betrag in Höhe von Fr. 31'259.11 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 7. Mai 2012 zugesprochen wird. Des Weiteren beantragt sie die Abweisung der Widerklage, soweit diese von der Vorinstanz gutgeheissen worden ist. Im Rahmen der Widerklage hat die Vorinstanz den Berufungsbeklagten einen Betrag von Fr. 7'536.25 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 12. Mai 2013 zugesprochen. Die Berufungsbeklagten wiederum beantragen die vollumfängliche Abweisung der Berufung. Damit ist mit Bezug auf die Berufung ein Betrag von Fr. 38'795.36 zuzüglich Zins zu 5% auf Fr. 31'259.11 seit dem 7. Mai 2012 und Zins zu 5% auf Fr. 7'536.25 seit dem 12. Mai 2013 strittig. Mit der Anschlussberufung verlangen die Berufungsbeklagten die Aufhebung des angefochtenen Entscheids bezüglich der von der Vorinstanz zugesprochenen Anschlussgebühren auf Zusatzkosten in Höhe von Fr. 7'129.75 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 7. Mai 2012. Die Berufungsklägerin wiederum

hat die Abweisung der Anschlussberufung beantragt. Der wirtschaftliche Wert der Anschlussberufung entspricht mithin Fr. 7'129.75 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 7. Mai 2012. Insgesamt liegen im Berufungs- und Anschlussberufungsverfahren so- mit Fr. 45'925.11 zuzüglich Zins zu 5% auf Fr. 38'388.86 seit dem 7. Mai 2012 und Zins zu 5% auf Fr. 7'536.25 seit dem 12. Mai 2013 im Streite. Die Berufungskläge- rin unterliegt gänzlich, was ihre Berufung betrifft, obsiegt jedoch mit Bezug auf die Anschlussberufung. Damit obsiegt sie insgesamt in etwa zu 1/6. Es rechtfertigt sich daher, ihr die Prozesskosten im Umfang von 5/6 aufzuerlegen, während die Berufungsbeklagten 1/6 der Prozesskosten zu tragen haben. Die Berufungskläge- rin hat folglich die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren, die gestützt auf Art. 9 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren (VGZ; BR 320.210) auf Fr. 9'000.-- festgesetzt werden, im Umfang von Fr. 7'500.-- zu tragen. Die rest- lichen Fr. 1'500.-- gehen zu Lasten der Berufungsbeklagten. Die Gerichtskosten werden mit den von der Berufungsklägerin und den Berufungsbeklagten geleiste- ten Kostenvorschüssen in Höhe von Fr. 10'000.-- respektive Fr. 2'000.-- verrech- net (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die jeweiligen Restbeträge der Kostenvorschüsse von Fr. 2'500.-- (Berufungsklägerin) respektive Fr. 500.-- (Berufungsbeklagte) werden den Parteien durch das Kantonsgericht zurückerstattet. Da die gesamten Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens zu verlegen sind, sind die ausseramtlichen Kosten der Parteien gemäss demselben Verteil- schlüssel wie die Gerichtskosten zu verlegen. Die Berufungsklägerin hat mithin 5/6 der notwendigen Auslagen der Berufungsbeklagten zu tragen, während diese ihr 1/6 ihrer notwendigen Auslagen zu ersetzen haben. Nach Verrechnung der ge- genseitigen Ansprüche hat die Berufungsklägerin mithin 2/3 der erforderlichen

Seite 47 — 48 Aufwendungen der Berufungsbeklagten zu übernehmen. Nachdem die Beru- fungsbeklagten für das Berufungsverfahren keine Honorarnote eingereicht haben, hat die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts die ausseramtliche Entschädigung nach pflichtgemäßem Ermessen festzusetzen. Angesichts der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen sowie unter Berücksichtigung der von den Berufungsbe- klagten eingereichten Rechtsschrift erscheint der II. Zivilkammer des Kantonsge- richts ein gesamthafter Aufwand von pauschal Fr. 4'500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) angemessen. Die Berufungsklägerin wird daher verpflichtet, die Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren mit Fr. 3'000.-- (2/3 von Fr. 4'500.--) ausseramtlich zu entschädigen.

Seite 48 — 48 III.

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