

# GR\_GERICHTE ZK2 2019 48 vom 15. Juni 2020

GR Gerichte, 2020-06-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2\\_2019\\_48](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2019_48)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2019 48 du 15 juin 2020

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2019 48 del 15 giugno 2020

## Regeste

vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO - Kostenentscheid | Berufung Prozessrecht (308 Abs. 1 ZPO, ohne die Endentscheide)

## Erwägungen

### E. 3

/ 35 Mängel, die von ihr verursacht worden seien, selbstverständlich auf ihre Kosten beheben werde. C.6. Am 5. Dezember 2017 fand eine weitere Besprechung zwischen den Parteien statt. Mit E-Mail vom 23. Dezember 2017 teilte die B.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_ daraufhin mit, dass der Parteigutachter das Konzept mit Drainageschlitten unterstütze. Sie schlage vor, bis Anfang Februar 2018 eine Planskizze zu erstellen, wo die Drainageschlitte zu liegen kämen, und diese Skizze A.\_\_\_\_\_ zuzusenden. Nach dessen Rückbestätigung könne dann bei geeigneter Witterung die Arbeit in Angriff genommen werden. Auf diesen Vorschlag erwiderte A.\_\_\_\_\_ in seiner E-Mail vom 29. Dezember 2017, dass er keine Kenntnisse darüber habe, wie die Mängelfreiheit des Werkes erreicht werden könne, weshalb er es ablehne zu erklären, er sei mit der einen oder der anderen Art der Mängelbehebung einverstanden. Weiter bestritt er, dass der Parteigutachter die Drainageschlitte als genügend erachtet habe. Schliesslich hielt er fest, er habe nicht zu bestimmen, wie die Mängelbehebung vorgenommen werden müsse. C.7. Am 6. Februar 2018 bestritt die B.\_\_\_\_\_ gegenüber A.\_\_\_\_\_ das Vorliegen von rechtsrelevanten Mängeln; insbesondere bestritt sie die Schlussfolgerungen des Privatgutachters. Im Sinne einer gütlichen Erledigung der Angelegenheit und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht offerierte sie das Einbringen einer zusätzlichen Drainage. A.\_\_\_\_\_ wies mit Schreiben vom 16. Februar 2018 sämtliche Behauptungen zurück. Weiter setzte er der B.\_\_\_\_\_ Frist zur Behebung der Mängel. Diese Frist verstrich unbenutzt. D. Mit Eingabe vom 9. April 2018 betreffend Werksprüfung (Art. 367 Abs. 2 OR) und vorsorgliche Massnahme (Art. 158 ZPO) wandte sich A.\_\_\_\_\_ an das Regionalgericht Plessur. Er beantragte: 1. Es sei durch das Gericht gestützt auf Art. 183 ff. ZPO und Art. 367 Abs. 2 OR ein Sachverständiger zu bestellen und mit der Prüfung des Werkes und der Beurkundung des Befundes zu beauftragen bezüglich der von der Gesuchsgegnerin im Auftrag des Gesuchstellers auf Parzelle Nr. Z.1\_\_\_\_\_, O.1\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_, gemäss Werkvertrag vom 17.06.2013 ausgeführten Gartenarbeiten gem. BKP 711 ff. Hierbei sei zu prüfen, ob • der vorhandene Oberboden als Rasentragschicht geeignet ist und der Norm entspricht, • sich ausreichend Luft/Sauerstoff im Boden befindet, so dass das Begrünungsziel erreicht werden kann, • im Boden eine ausreichende Nährstoffversorgung für ein Pflanzenwachstum gegeben ist,

### E. 3.1

Im Verfahren vor den kantonalen Instanzen (Art. 1 ZPO) gewährleistet Art. 53 ZPO den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör, wie ihn Art. 29 Abs. 2 BV umschreibt (BGE 142 III 48 E. 4.1.1). Danach verlangt das rechtliche Gehör, dass das Gericht die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung des Gerichts, seinen Entscheid zu begründen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sich das Gericht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann es sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis

### **E. 3.2**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, womit seine Verletzung grundsätzlich ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (BGE 135 I 187 E. 2.2 mit Hinweisen). Jedoch kann nach der Rechtsprechung eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 127 V 431 E. 3d/aa). Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinn einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (Urteil des Bundesgerichts 5A\_801/2018 vom 30. April 2019 E. 3.3; BGE 137 I 195 E. 2.3.2; 142 III 218 E. 2.8.1; vgl. auch BGE 144 III 394 E. 4).

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid bezüglich des Antrags, ein Obergutachten einzuholen, wörtlich ausgeführt: „Soweit die gesuchstellende Partei um Einholung eines Obergutachtens ersucht, wird der Antrag abgewiesen. Die gesuchstellende Partei ist augenscheinlich mit den Befunden des Gutachters nicht einverstanden. Es besteht indes kein Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung, wenn es der gesuchstellenden Partei lediglich darum geht, ein bereits

### **E. 3.4**

Aus dem Gesagten erhellt, dass keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegt und dass eine Rückweisung an die Vorinstanz selbst dann nicht erfolgen würde, wenn eine Verletzung des rechtlichen Gehörs bejaht werden müsste, weil eine Rückweisung nur zu einem formalistischen Leerlauf führen würde. 4. Der Berufungskläger hält dafür, die von der Vorinstanz in ihrer Begründung angeführten bundesgerichtlichen Urteile seien nicht einschlägig. Das Bundesgericht habe in jenen Urteilen festgestellt, es liege kein schutzwürdiges Interesse an einem weiteren Gutachten vor, wenn bereits ein taugliches Gutachten vorhanden sei. Das von der Vorinstanz eingeholte Gutachten erweise sich aber als untauglich, was er vor Vorinstanz in seinen Stellungnahmen aufgezeigt habe. Mit dieser Argumentation setzt der Berufungskläger der Feststellung der Vorinstanz, das Gutachten sei durchaus tauglich, einfach seine eigene Meinung, wonach dem Gutachten die

Tauglichkeit abgehe, entgegen und folgert daraus, dass die von der Vorinstanz angeführten Bundesgerichtsurteile nicht einschlägig seien. Das über- zeugt nicht. Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, ist das Gutachten sehr wohl tauglich und die Entscheidung der Vorinstanz korrekt.

#### **E. 4**

Kostenfolge zulasten des Gesuchstellers. Am 18. Juni 2018 reichte A.\_\_\_\_\_ seine Stellungnahme zur Stellungnahme der B.\_\_\_\_\_ vom 24. Mai 2018 ein. Er hielt an seinen Rechtsbegehren fest. F. Nachdem die B.\_\_\_\_\_ bereits in ihrer Stellungnahme vom 9. April 2018 ei- nen Experten vorgeschlagen hatte, benannte A.\_\_\_\_\_ am 26. April 2018 zwei Ex- perten. In der Folge einigten sich die Parteien jedoch auf den vom Gericht vorge- schlagenen Experten. G. Mit Entscheid vom 6. September 2018 ernannte der Einzelrichter in Zivilsa- chen am Regionalgericht Plessur Dr. sc. agr. D.\_\_\_\_\_ zum Experten und legte

##### **E. 4.1**

Bezüglich der an den Experten gestellten Frage 1 ist festzuhalten, dass die Parteien im Werkvertrag eine Vegetationstragschicht und keine Rasentragschicht vereinbart haben (Akten der Vorinstanz, act. II/3, S. 23, BKP 711). Die Frage 1, ob der vorhandene Oberboden als Rasentragschicht geeignet sei und der Norm ent- spreche, erweist sich damit als irrelevant, da das von der Berufungsbeklagten ab- zuliefernde Werk nicht die Anforderungen für eine Rasentragschicht erfüllen muss- te. Wenn der gerichtliche Gutachter sich bei der Beantwortung dieser Frage in seinem Gutachten nicht so sehr mit einer Rasentragschicht beschäftigt hat, son- dern vielmehr von einer Vegetationstragschicht ausgegangen ist, so ist dies ent- gegen der Auffassung des Berufungsklägers nicht ein Zeichen dafür, dass der

##### **E. 4.2**

Bezüglich der Frage 2, ob sich genügend Luft/Sauerstoff im Boden befinde, so dass das Begrünungsziel erreicht werden könne, moniert der Berufungskläger, der Gutachter beantworte diese gar nicht. Das trifft nicht zu. Aus der vom Beru- fungskläger in seiner Berufung zitierten Stelle aus dem Gutachten ergibt sich klar, dass bei trockenen Bedingungen bis zu einer Tiefe von 10 bis 15 cm genügend Sauerstoff vorhanden ist, auch wenn sich Störzonen finden lassen, die die Luft-

##### **E. 4.3**

Die Antwort des Gutachters auf die Frage 3, ob eine ausreichende Nähr- stoffversorgung für das Pflanzenwachstum gegeben sei, bemängelt der Beru- fungskläger als nicht nachvollziehbar und widersprüchlich. Einerseits führe der Sachverständige im Gutachten aus, dass in der aufgelagerten Schicht, die wohl dem Substrat des ehemaligen Fertigrasens entspreche und damit eine Mächtigkeit von 4 cm aufweise, ausreichend Nährstoffe vorhanden seien. Andererseits komme er für den darunter liegenden Oberboden zum Ergebnis, dass die Nährstoffversor- gung eher knapp sei. Weiter habe der Gutachter festgestellt, dass der Hauptwur- zelhorizont bis in eine Tiefe von 14 cm reiche. Das heisse, dass die Wurzeln sich ab einer Tiefe von 4 cm in einem Bereich mit knapper Nährstoffversorgung befän- den. Trotzdem folgere der Sachverständige, dass die Verhältnisse unproblema- tisch seien, da die Nährstoffversorgung erst in einem Bereich knapp werde, der deutlich unter dem Hauptwurzelhorizont liege. Das sei nicht nachvollziehbar und widersprüchlich. Es trifft zu, dass aus dem Gutachten nicht ohne Weiteres klar wird, was mit der vom Gutachter erwähnten „aufgelagerten Schicht“ gemeint

ist. In der Stellungnahme vom 12. Februar 2019 äussert sich der Gutachter aber deutlich zum Nährstoffgehalt im Boden. Er führt aus, bei der bisherigen Rasenpflege sei bezüglich Düngung aufgrund des Geländebefundes von einer „ordentlichen“ und nicht von einer überdurchschnittlich aufwändigen Rasenpflege auszugehen. Bei einer sehr hohen Düngung wären vermehrt Nährstoffe in tiefere Schichten verlagert worden, was sich in den Untersuchungsergebnissen widergespiegelt hätte. Dennoch sei auch in diesem untergelagerten Bereich für die Gräser ein ausreichend hoher Nährstoffgehalt gegeben, so dass intensives Wurzelwachstum in der Regel bis in 10 bis 14 cm Tiefe reiche (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 9, Ergänzungsf. 23). Im Lichte dieser Ausführungen wird die Antwort im Gutachten durchaus nachvollziehbar und klar. Offensichtlich finden sich im Boden bis zur Tiefe des Hauptwurzelschichtes genügend Nährstoffe für einen dichten, gesunden Rasen. Im darunter liegenden Boden können die Nährstoffe als eher knapp bezeichnet werden. Dies erweist sich aber als unproblematisch, weil der Hauptwurzelschicht nicht so tief reicht. Ein Widerspruch ist damit nicht auszumachen. Im Übrigen ist zweifellos davon auszugehen, dass der Übergang von genügend Nährstoffen zu eher knappen Verhältnissen fließend ist, so dass von vornherein keine klare Grenze bei 4 cm gezogen werden könnte. Schon das spricht gegen eine Auslegung, wie sie der Berufungskläger macht. Der Berufungskläger beanstandet weiter, dass der Gutachter das Werk lediglich hinsichtlich der Rasenfläche beurteilt habe, nicht aber hinsichtlich der Pflanzen in den Beeten. Der Gutachter könne insoweit die Frage nach einer ausreichenden Nährstoffversorgung hinsichtlich der übrigen Pflanzen (ohne Rasenfläche) nicht

#### **E. 4.4**

Mit der Frage 4 verlangt der Berufungskläger Aufklärung darüber, ob der vorhandene Schichtaufbau des Untergrundes, des Unterbodens und des Oberbo-

#### **E. 4.5**

Auch bezüglich der Entwässerungsschicht beanstandet der Berufungskläger, dass der Gutachter die Frage nicht beantworte. Der Gutachter habe lediglich festgestellt, dass er eine Entwässerungsschicht nicht als sinnvoll erachte. Es sei jedoch gefragt worden, ob eine Entwässerungsschicht notwendig sei. Das sei eine andere Frage. Diese habe der Gutachter nicht beantwortet. Diese Argumentation ist nicht nachvollziehbar. Zu Recht weist die Berufungsbeklagte darauf hin, dass eine Entwässerungsschicht, die nicht sinnvoll sei, gar nicht notwendig sein könne. Mit seiner Einschätzung, dass eine Entwässerungsschicht beim gegebenen Bo-

#### **E. 4.6**

Bezüglich der Frage 6, ob die Bodenoberfläche an allen Stellen des Gartens ein ausreichendes Gefälle aufweise, bemängelt der Berufungskläger, der Gutachter könne diese aufgrund seiner getroffenen Feststellungen nicht beantworten. Der Berufungskläger nimmt damit Bezug auf die Tatsache, dass der Gutachter einzig den Rasen und nicht den ganzen Garten untersucht hat. Wie bereits einlässlich dargestellt, erstreckte sich der Auftrag an den Gutachter nur auf die Rasenfläche. Dass der Gutachter keine Aussagen zum übrigen Teil des Gartens gemacht hat, ist daher nicht zu beanstanden. Weiter führt der Berufungskläger aus, auch im Zusammenhang mit der Rasenfläche beantworte der Gutachter die Frage nach dem ausreichenden Gefälle nicht. Er stelle lediglich fest, dass das in SIA Norm 318 geforderte Gefälle nach Praxiserfahrung nicht ausreiche, um den Oberflächenabfluss von Überschusswasser zu gewährleisten, und dass im Werkvertrag

keine höheren Anforderungen formuliert seien. Wenn aber feststehe, dass höhere Anforderungen im Werkvertrag nicht definiert worden seien, dann hätte der Gutachter zum Ergebnis kommen müssen, dass ein Projektierungsfehler vorliege und er hätte diesen bei den Ursachen des festgestellten Zustandes des Werkes aufführen müssen. – Aus dem Werkvertrag ergibt sich, dass die Parteien die Anwendbarkeit der SIA Norm 318 vereinbart haben (Akten der Vorinstanz, act. II/3, S. 3). Die SIA Norm 318 gibt in ihrer Ziffer 2.3.2.2 für Rasenflächen ein Minimalgefälle von 0.5 % vor (vgl. Akten der Vorinstanz, act. II/27, S. 9, Ziff. 2.3.2.2, Tabelle 1, letzte Zeile). Indem die Parteien die Anwendbarkeit der SIA Norm 318 vereinbart haben, haben sie die darin enthaltenen Vorgaben als verbindlich erklärt. Bezüglich des Gefälles der Rasenfläche haben die Parteien daher ein solches von mindestens 0.5 % vereinbart. Zu Recht weist der Berufungskläger darauf hin, dass der Gutachter festgestellt hat, es seien im Werkvertrag keine höheren Anforderungen an das Gefälle formuliert worden (Akten der Vorinstanz, act. IX/2.1, S. 14). Es erstaunt unter diesen Umständen nicht, dass der Gutachter die bestehenden Verhältnisse an den vereinbarten Vorgaben gemessen hat, auch wenn die Frage lediglich von einem ausreichenden Gefälle spricht und die SIA Norm 318 nicht erwähnt. Der Gutachter hat weiter festgestellt, dass das nach SIA Norm 318 vorgegebene Gefälle die gegebene Situation nicht entschärfen könne (Akten der Vorinstanz, act. IX/2.1, S. 14) beziehungsweise, es sei für die Feuchtigkeit der Rasenfläche nicht von Bedeutung, ob

#### **E. 4.7**

Mit Bezug auf die Aufgabe 7, wonach der Sachverständige seine Feststellungen hinsichtlich der festgestellten Schäden/des Zustandes des Werkes zu dokumentieren habe, bringt der Berufungskläger vor, der Gutachter sei dieser Aufgabe nicht hinreichend nachgekommen. Er führt zwei Beispiele an, die seiner Meinung nach eine fehlende Dokumentation belegen sollen, unterlässt es aber, seine Behauptung weiter zu substantiieren. Die zwei angeführten Beispiele vermögen im Übrigen nicht zu überzeugen. Es ist bereits festgestellt worden, dass die Aussage des Gutachters, er sei aufgrund der erhobenen Bodenprofile und seiner Erfahrung und seines Fachwissens in der Lage, Aussagen über Wasserab-

#### **E. 4.8**

Weiter moniert der Berufungskläger, der Gutachter habe Aufgabe 8 – die Ursache des festgestellten Zustands des Werkes zu eruieren – nicht erfüllt. Es mag zutreffen, dass der Gutachter in seinem Gutachten unter der Überschrift Ursachen des festgestellten Zustands des Werkes nicht sämtliche Ursachen (erneut) aufführt, die im Gutachten und der Stellungnahme vom 12. Februar 2019 Erwähnung finden. Das mindert den Wert des Gutachtens aber in keiner Weise, ist zur Klärung der Frage nach der Ursache des Zustands des Werks doch klarerweise das gesamte Gutachten mitsamt der ergänzenden Stellungnahme vom 12. Februar 2019 heranzuziehen und zu berücksichtigen. Es muss für die Erfüllung der Aufgabe 8 genügen, wenn sich die Ursachen aus dem Gutachten und der Stellungnahme vom 12. Februar 2019 ergeben, selbst wenn sie nicht alle unter dem Titel Ursachen des festgestellten Zustands des Werkes aufscheinen sollten. Im Übrigen hat der Gutachter entgegen der Auffassung des Berufungsklägers sehr wohl festgestellt, ob die verwendeten Böden den Anforderungen der SIA Norm 318 entsprechen. In seiner Stellungnahme vom 12. Februar 2019 hat der Gutachter dazu ausgeführt, die eingesetzten Böden, der Schichtaufbau und die Oberflächengestaltung ermöglichten im Sinne der SIA Norm 318 und der anerkannten fachlichen Praxis (in Ermangelung weiterreichender

Regelungen durch die SIA Norm 318) die ordnungsgemässe Erstellung von Gebrauchsrasenflächen und entsprechen somit den Anforderungen nach SIA Norm 318 (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 19, Ergänzungsfrage 2). Deutlicher hätte er es nicht sagen können. Mit Bezug auf die vom Berufungskläger ebenso erwähnten Prüfungen und Prüfungsschritte hat der Gutachter festgehalten, seines Kenntnisstandes nach sei es bei der Projektierung zu deutlichen Abweichungen von der SIA Norm 318 gekommen. Gerade vor dieser Feststellung hat der Gutachter aber auch erklärt, dass ihm bezüglich dieser Prüfungen und Prüfungsschritte keine Informationen vorliegen würden und im Werkvertrag zu diesen Punkten keine Angaben vorhanden seien (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 20, Ergänzungsfrage 2). Daraus muss geschlossen werden, dass der Gutachter nicht über genügend Informationen verfügte, um eine

#### **E. 4.9**

Der Berufungskläger beanstandet, der Gutachter habe entgegen Aufgabe 9 nur Sanierungsvorschläge gemacht, aber nicht ausgeführt, welche Sanierungsmöglichkeiten überhaupt bestünden. Es trifft zu, dass der Gutachter den Auftrag erhalten hat, die Sanierungsmöglichkeiten und konkrete Sanierungsvorschläge für die festgestellten Mängel detailliert festzustellen. Dabei aber kann es von vornherein nicht darum gegangen sein, jede auch nur entfernt mögliche Sanierungsmassnahme aufzulisten. Ziel einer Sanierung muss eine dauerhafte Verbesserung beziehungsweise der vertragsgemässe Zustand des Werks sein. Eine Auflistung von Sanierungsmöglichkeiten, die den Rasen diesem Ziel nicht oder kaum näherbringen würden, wäre weder hilfreich noch angezeigt. Der Berufungskläger hat nur Anspruch auf die Abnahme von tauglichen Beweisen (vgl. PKG 2015 Nr. 5). Der Gutachter durfte diese Aufgabe daher so interpretieren, dass er Sanierungsmöglichkeiten nennen sollte, die zielführend waren und nach seiner Einschätzung eine dauerhafte Verbesserung bringen beziehungsweise den vertragsgemässen Zustand des Werkes herstellen würden. Genau dies hat der Gutachter getan. Allein, dass der Berufungskläger gerne eine grössere Auswahl gehabt hätte, spricht nicht gegen das Gutachten.

#### **E. 4.10**

Der Berufungskläger wendet ein, der Gutachter habe nur einmalige Kosten aufgeführt, obwohl auch in Zukunft infolge der von ihm vorgesehenen Sanierung erhöhte Kosten anfallen würden. Der Gutachter habe folglich Aufgabe 10, die Kosten der vorgeschlagenen Sanierung zu beziffern, nicht erfüllt. Der Berufungskläger unterlässt es aber aufzuzeigen, dass nach der vorgeschlagenen Sanierung tatsächlich ein Mehraufwand verbleiben wird. Der Gutachter hat bezüglich der Rasenfläche im Westen ausgeführt, dass für die nach der Sanierung notwendige Pflege eine fachgerechte Rasenpflege und die üblichen Regenerationsarbeiten genügen (vgl. Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 18). Beides ist sowieso erforderlich, Mehrkosten fallen hier also nicht an. Für die Rasenflächen im Süden und Südwesten hat der Gutachter einen vollständig neuen Aufbau vorgeschlagen. Seine geschätzten Kosten umfassen auch die Erstellungspflege. Warum anschliessend noch Mehrkosten im Vergleich zu einer ohnehin notwendigen fachgerechten

#### **E. 4.11**

Aus dem Dargelegten erhellt, dass der Gutachter entgegen der Darstellung des Berufungsklägers die ihm gestellten Fragen vollständig und nachvollziehbar beantwortet hat. Ebenso hat er die ihm gestellten Aufgaben bezüglich Dokumentations des

festgestellten Zustands des Werks sowie bezüglich Sanierungsmassnahmen und deren Kosten korrekt und angemessen erfüllt. Das Gutachten ist nicht zu beanstanden. 5. Der Berufungskläger kritisiert in der Berufung, es lägen weitere Widersprüche im Gutachten beziehungsweise in der Stellungnahme vom 12. Februar 2019 vor.

## **E. 5**

/ 35 ihm die von A.\_\_\_\_\_ beantragten Fragen weitgehend unverändert vor; er nahm einzig davon Abstand, dem Experten das Parteigutachten zur Beurteilung vorzulegen. Weiter setzte er für die Parteien bereits eine Frist von zehn Tagen nach erfolgter Zustellung des Gutachtens an für allfällige Bemerkungen oder Ergänzungsfragen gemäss Art. 187 Abs. 1 ZPO. Dieselbe Frist galt, um eine Würdigung der Feststellungen des Privatgutachters durch die sachverständige Person zu beantragen. H. Das Gutachten datiert vom 15./20. November 2018. Es ging dem Regionalgericht Plessur sowie den Parteien am 22. November 2018 zu. Am 23. November 2018 setzte der Einzelrichter in Zivilsachen am Regionalgericht Plessur A.\_\_\_\_\_ Frist an zur Stellungnahme bezüglich der Rechnung des Experten für die Expertise. I. Nachdem die bereits im Entscheid über die Anordnung einer Expertise angesetzte Frist verlängert worden war, reichte die B.\_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 11. Dezember 2018 mehrere Ergänzungsfragen ein. A.\_\_\_\_\_ beantragte mit Stellungnahme vom 13. Dezember 2018 was folgt: 1. Es seien dem Gutachter die im Text unter Ziffer II./B der nachfolgenden Stellungnahme fettgedruckt aufgeführten Fragen zur Beantwortung zu unterbreiten. 2. Der Gutachter sei ferner damit zu beauftragen, sich auch detailliert zur Beurteilung der Ursachen des Zustands des Werkes durch den Experten der F.\_\_\_\_\_ zu äussern. Trifft der Inhalt des Experten des Gutachters der F.\_\_\_\_\_ zu? 3. Eventualiter sei ein Obergutachter einzusetzen und mit der Beantwortung der Fragen gemäss Gesuch vom 09.04.2018 zu beauftragen. 4. Unter voller Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchsgegnerin. Die Stellungnahme von A.\_\_\_\_\_ zu den Ergänzungsfragen der B.\_\_\_\_\_ datiert vom 14. Januar 2019; A.\_\_\_\_\_ beantragte, die Ergänzungsfragen der B.\_\_\_\_\_ nicht zuzulassen. In ihrer Stellungnahme vom 24. Januar 2019 zur Stellungnahme von A.\_\_\_\_\_ vom 13. Dezember 2018 beantragte die B.\_\_\_\_\_ was folgt: 1. Es sei festzustellen, dass das gerichtliche Gutachten von Dr. sc. agr. D.\_\_\_\_\_ vollständig ist und dass der Experte das zugrunde liegende Thema umfassend beantwortet hat. 2. Auf den Beizug des Privatgutachtens des Gesuchstellers des F.\_\_\_\_\_ sei zu verzichten. 3. Auf eine Oberexpertise sei zu verzichten.

### **E. 5.1**

Der Berufungskläger wirft dem Gutachter vor, dass dieser seine vorgeschlagenen Sanierungsmassnahmen als Mängelbehebungsmassnahmen einschätze, gleichzeitig aber zum Ergebnis gelange, das Werk stehe sowohl mit dem Werkvertrag als auch mit den Regelungen der SIA Norm 318 im Einklang und es liege somit kein Mangel vor. Das stelle einen Widerspruch dar. Dem kann nicht zugestimmt werden. Der Gutachter stellt in der Stellungnahme vom 12. Februar 2019 bezüglich der Rasenfläche im Westen fest, da der verwendete Boden nach anerkannter fachlicher Praxis bei grundsätzlicher Eignung dennoch keine optimale Qualität und Schwächen im Gefüge und im Wasser- und Lufthaushalt aufweise, handle es sich aus Sicht des Gutachters um eine Mängelbehebung (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 20, Ergänzungsfrage 3). Der Gutachter stellt mithin auch hier fest, dass der Boden grundsätzlich geeignet ist. Da die SIA Norm 318 gemäss Gutachten keine weiterreichenden Anforderungen an die Böden stellt (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 19, Ergänzungsfrage 2), ist diese Norm ohne Weiteres erfüllt. Der Gutachter

leitet seine Einschätzung, dass die Sanierung einer Mängel- behebung entspreche, denn auch allein aus seinen Feststellungen ab, dass der Boden keine optimale Qualität aufweise und Schwächen habe. Offenbar liegt der Mangel nach Ansicht des Gutachters darin, dass mit entsprechenden Massnah- men eine bessere Qualität des Bodens von Anfang an hätte erreicht werden kön- nen, diese Massnahmen aber nicht ergriffen worden sind. Zur Qualität der Böden trifft die SIA Norm 318 keine Regelung (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 7,

### **E. 5.2**

Der Berufungskläger hält weiter fest, die Berufungsbeklagte sei für die Pro- jektierung verantwortlich gewesen, denn gemäss Art. 369 OR setze eine Befreiung des Unternehmers von der Haftung voraus, dass der Unternehmer den Besteller vor Ausführung des Werkes ausdrücklich abmahne. Der Besteller müsse darauf- hin an der erteilten Weisung trotz Abmahnung festhalten. Andernfalls werde der Unternehmer von der Haftung nicht befreit. Eine solche Abmahnung sei von der Berufungsbeklagten weder vorgetragen noch behauptet worden. Der Sachver- ständige habe daher für das Gutachten von der Verantwortlichkeit der Berufungs- beklagten für die Projektierung ausgehen müssen. Hier vermischt der Berufungs- kläger zwei unterschiedliche Sachverhalte: Zum einen die Projektierungsverant- wortung und zum andern die Haftung des Unternehmers. Ein Unternehmer kann auch nach Art. 369 OR haftbar werden, wenn die Planung nicht bei ihm gelegen hat. Dies nämlich dann, wenn er – ohne Planer zu sein – im Rahmen der Aus- führung erkennt, dass die vorgesehene Ausführung zu einem Mangel führen wird, und er dies nicht abmahnt. Insoweit gibt Art. 369 OR keine Antwort auf die Frage nach der Planungsverantwortung. Was der Berufungskläger zu Art. 369 OR aus- führt, bringt ihn daher nicht weiter. Bezüglich Planungsverantwortung wiederum gibt der Werkvertrag deutliche Hinweise darauf, dass die Projektierung nicht in den Händen der Berufungsbeklagten lag (Akten der Vorinstanz, act. II/3, S. 1: Der

### **E. 5.3**

Der Berufungskläger bemängelt weiter, der Gutachter führe hinsichtlich der Projektierung auf der einen Seite aus, insoweit seien die Anforderungen der SIA Norm 318 eingehalten, am Ende derselben Frage aber halte er fest, es sei zu deutlichen Abweichungen von der SIA Norm 318 gekommen. Hier übernimmt der Berufungskläger die Aussagen im Gutachten ungenau. An der in der Berufungs- schrift verwiesenen Stelle der Stellungnahme vom 12. Februar 2019 hat der Gut- achter das Werk in seiner Gesamtheit überwiegend den Anforderungen der SIA Norm 318 entsprechend eingestuft, soweit diese überprüfbar seien (Akten der Vor- instanz, act. IX/3.4, S. 19, Frage 2, Anfang). „Überwiegend“ weist von Anfang an auf gewisse Abweichungen hin. Bei der Kommentierung der Projektierung hat der Gutachter dann schon im zweiten Satz festgestellt, es ergäben sich mehrere Ab- weichungen (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 19, Frage 2, unten). Gegen En- de der Antwort auf die Frage 2 hat der Gutachter dann tatsächlich festgehalten, dass es im Bereich der Projektierung seines Kenntnisstandes nach zu deutlichen Abweichungen von der SIA Norm 318 gekommen sei, indem verschiedene Prü- fungen und daraus folgende Prüfungsschritte unterblieben seien (Akten der Vor- instanz, act. IX/3.4, S. 20, Frage 2). Es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass dem Gutachter nach seinen eigenen Feststellungen keine Unterlagen oder Auskünfte zu den Prüfungen vorlagen (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 19, Frage 2, Anfang). Der Gutachter verfügte damit nicht über die notwendigen Infor- mationen, um eine definitive Beurteilung vorzunehmen. Darauf hat er hingewie- sen, indem er von seinem Kenntnisstand sprach. Es geht hier also nicht um

Fachwissen des Experten, mit dem er in der Lage ist, aus Daten gewisse Rückschlüsse zu ziehen, vielmehr liegen keine oder nicht genügend Daten vor. Es ist daher eine andere Situation als bei der Beurteilung des Wasserabflusses im Unterboden und Untergrund, wo der Gutachter aufgrund vorhandener Daten mit sei-

#### **E. 5.4**

Schliesslich moniert der Berufungskläger, der Gutachter beantworte die Frage, ob dem Gärtner bei der Errichtung des Gartens bezüglich der süd-/süd-westlichen Rasenfläche ein Projektierungsfehler unterlaufen sei, widersprüchlich beziehungsweise gar nicht. Seine Begründung stützt der Berufungskläger anschliessend darauf, dass die Berufungsbeklagte für die Projektierung des Gartens verantwortlich gewesen sei. Er nimmt mithin einfach seine Auffassung, dass die Projektierung Aufgabe der Berufungsbeklagten gewesen sei, als richtig an. Nachdem die Berufungsbeklagte bestreitet, für die Projektierung des Gartens zuständig gewesen zu sein, geht dies nicht an. Wie bereits festgestellt, wird es Aufgabe des Gerichts in einem allfälligen Hauptsacheverfahren sein, über die Frage der Projektierungsverantwortung zu entscheiden. Denn im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung ist weder eine Beweismwürdigung vorzunehmen, noch über Rechtsfragen definitiv zu entscheiden, noch ein materieller Anspruch zu prüfen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_307/2017 vom 20. Juli 2017 E. 2.4). Wenn aber nicht von einer Projektierungsverantwortung der Berufungsbeklagten ausgegangen werden darf, fällt die Argumentation des Berufungsklägers in sich zusammen. Mit Bezug auf die gemäss Gutachter im Rahmen der Projektierung fehlende Bearbeitung der Problematik der Beschattung kritisiert der Berufungskläger, dass der Gutachter zwar zum Ergebnis gelangt sei, es liege ein Projektierungsfehler vor, dass er aber keinen Mangel festgestellt habe. Der Berufungskläger sieht wohl auch darin einen Widerspruch. Dem ist aber nicht so. Es genügt, dass der Gutachter die tatsächlichen Gegebenheiten feststellt und beurteilt, inwieweit diese den fachlichen Anforderungen genügen. Ob Abweichungen von fachlichen Vorgaben als Mängel im rechtlichen Sinne zu verstehen sind, darüber hat das Gericht zu entscheiden. Allein, dass ein Gutachter nicht explizit von einem Mangel spricht, hindert nicht, dass das Gericht in der Beurteilung zum Ergebnis kommen kann, es liege ein Mangel im Rechtssinne vor. Ein Widerspruch ist mithin nicht auszuma-

#### **E. 5.5**

Die vom Berufungskläger beanstandeten Widersprüche in Gutachten und Stellungnahme vom 12. Februar 2019 erweisen sich allesamt als nicht gegeben.

#### **E. 6**

/ 35 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Gesuchstellers. J. Mit Schreiben vom 1. Februar 2019 leitete der Einzelrichter in Zivilsachen am Regionalgericht Plessur die jeweiligen Ergänzungsfragen der Parteien unverändert an den Experten weiter. Gleichzeitig liess er dem Experten auch das Parteigutachten der F.\_\_\_\_\_ zukommen. Er setzte für die Beantwortung der Ergänzungsfragen Frist bis zum 25. Februar 2019. Die Beurteilung des Parteigutachtens und die Beantwortung der Ergänzungsfragen der Parteien durch den Gerichtsexperten datiert vom 12. Februar 2019. K. Am 25. Februar 2019 reichte A.\_\_\_\_\_ beim Regionalgericht Plessur einen Antrag auf Einholung eines Obergutachtens ein. Er machte geltend, das gerichtliche Gutachten sei unvollständig, unklar, nicht gehörig begründet und in sich widersprüchlich. Das Gutachten samt Ergänzungen sei daher unbrauchbar. Weil sich der Gutachter immer wieder in

Widersprüche verstricke und sich sogar weigere, die ihm gestellten Fragen zu beantworten, mache es keinen Sinn, ihn sein Gutachten ergänzen zu lassen. In ihrer Stellungnahme vom 19. März 2019 zum Gesuch um Einholung eines Obergutachtens beantragte die B.\_\_\_\_\_, das Gesuch sei abzuweisen. Der Experte äusserte sich in seiner Stellungnahme vom 28. März 2019 zum von A.\_\_\_\_\_ geäusserten Verdacht, der Experte sei möglicherweise von der gesuchs- gegnerischen Partei beeinflusst worden. In seiner Stellungnahme vom 3. April 2019 zur Stellungnahme der B.\_\_\_\_\_ vom 19. März 2019 hielt A.\_\_\_\_\_ an seinem Rechtsbegehren fest. L. Mit Entscheid vom 13. Juni 2019 erkannte der Einzelrichter in Zivilsachen am Regionalgericht Plessur was folgt: 1. Der Antrag von A.\_\_\_\_\_ um Einholung eines Obergutachtens wird ab- gewiesen. 2. a) Die Gerichtskosten von insgesamt CHF 12'882.80 gehen unter Vorbehalt einer anderslautenden Kostenverteilung in einem allfäl- ligen Hauptprozess zu Lasten von A.\_\_\_\_\_ und werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 8'200.00. verrechnet. Den Fehlbetrag von CHF 4'682.80 hat A.\_\_\_\_\_ dem Kanton Graubün- den nachzuzahlen. b) A.\_\_\_\_\_ hat der B.\_\_\_\_\_ unter Vorbehalt einer Rückerstattung entsprechend dem Ausgang des allfälligen Hauptprozesses eine Parteientschädigung von CHF 11'980.55 (inkl. Barauslagen und MwSt.) zu bezahlen. 3. a) (Rechtsmittelbelehrung.)

#### **E. 7**

/ 35 b) (Rechtsmittelbelehrung Kostenentscheid.) c) Im vorliegend anwendbaren summarischen Verfahren erfolgt kein Fristenstillstand durch Gerichtsferien (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO). 4. (Mitteilung.) M. Gegen diesen Entscheid des Einzelrichters in Zivilsachen am Regionalge- richt Plessur führt A.\_\_\_\_\_ mit Eingabe vom 1. Juli 2019 Berufung beim Kantons- gericht von Graubünden. Er beantragt: 1. Es seien die Dispositivziffern • 1. • 2. a), soweit es um die Kosten der vorsorglichen Beweisführung in Höhe von CHF 11'382.80 geht des angefochtenen Entscheids des Einzelrichters am Regionalgericht Plessur (Proz. Nr. Z.2\_\_\_\_\_) zu kassieren und durch folgende Neure- gelung zu ersetzen: • „1. Es wird ein Obergutachter eingesetzt und damit beauftragt, die im Gesuch vom 09.04.2018 beauftragte Werksprüfung vorzuneh- men und die dort gestellten Fragen zu beantworten. • 2. a) Die Kosten für das Gutachten des Sachverständigen D.\_\_\_\_\_ in Höhe von CHF 11'382.80 werden mangels korrekter Auftrags- ausführung nicht an den Gutachter erstattet.“ 2. Unter voller Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Ge- suchsgegnerin und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren vor dem Kantonsgericht Graubünden. Mit Berufungsantwort vom 11. Juli 2019 beantragt die B.\_\_\_\_\_ die kostenfällige Abweisung der Berufung. Die Replik von A.\_\_\_\_\_ datiert vom 29. Juli 2019, die Duplik der B.\_\_\_\_\_ vom 13. August 2019. Beide Parteien halten in ihrer Rechtsschrift an ihren Rechtsbegeh- ren unverändert fest. N. Auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid und die Ausführungen in den Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, im Folgenden eingegangen. II. Erwägungen 1.1. Der angefochtene Entscheid des Einzelrichters am Bezirksgericht Plessur vom 13. Juni 2019 betreffend vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO ist wie ein Entscheid über eine vorsorgliche Massnahme nach Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO grundsätzlich mit Berufung anfechtbar (vgl. Art. 158 Abs. 2 ZPO). Offensicht- lich ist der vorinstanzliche Entscheid in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit ergangen, beabsichtigt doch der Berufungskläger, mittels der beantragten vorsorg-

#### **E. 8**

/ 35 lichen Beweisabnahme allfällige Ansprüche aus Mängelhaftung gegenüber der Berufungsbeklagten zu sichern. Demnach ist die Berufung nur unter der Voraus- setzung

der Erfüllung des Streitwertfordernisses nach Art. 308 Abs. 2 ZPO zulässig, wobei zur Bemessung des Streitwertes für die Berufungsinstanz einzig die bei Erlass des erstinstanzlichen Entscheids noch aufrechterhaltenen Rechts- begehren massgebend sind (vgl. die Urteile des Bundesgerichts 5D\_13/2017 vom 4. Dezember 2017 E. 5.2 und 5A\_261/2013 vom 19. September 2013 E. 3.3). Weiter ist zur Bestimmung des für die Berufung erforderlichen Streitwerts auf den mit der beantragten vorsorglichen Beweisführung zu beweisenden Hauptanspruch (Anspruch aus Mängelhaftung) abzustellen (vgl. Mark Schweizer, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, ZZZ 2010, S. 26; Walter Fellmann, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozess- ordnung [ZPO], 3. Auflage, Zürich 2016, N 26b zu Art. 158 ZPO; Urteil der II. Zivil- kammer ZK2 12 10 vom 3. Mai 2012 E. 2.b). Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze und der im Gutachten geschätzten Kosten für eine Sanierung des Ra- sens (Akten der Vorinstanz, act. IX/2.1, S. 15, „Sanierungsmassnahmen“) gelangt die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts zum Schluss, dass vorliegend der für die Berufung erforderliche Streitwert erreicht ist. Davon gehen offenbar übereinstim- mend auch die Parteien aus, zumal sie in ihren Rechtsschriften mit keinem Wort auf die Problematik des Streitwerts eingehen und eine – ausdrücklich als solche bezeichnete – „Berufung“ sowie eine „Berufungsantwort“ eingereicht haben. Da die Berufung vom 1. Juli 2019 überdies zeitig ist und auch alle übrigen Sachur- teilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist darauf einzutreten. Im Sinne von Art. 112 Abs. 1 lit. d des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) ist weiter festzustellen, dass die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts die für die zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht erforderliche Streitwert- grenze von CHF 30'000.00 (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) angesichts der im Gutachten genannten Sanierungskosten als nicht erreicht erachtet. 2. Der Berufungskläger hat in der Berufung eine „Bekräftigungsklausel“ ange- bracht, gemäss der er an allen seinen Darlegungen in seinen Eingaben vor der Vorinstanz festhält und auf seine diesbezüglichen Rechtsschriften verweist. Eine solche „Bekräftigungsklausel“ erfüllt die Anforderungen an die Begründung einer Berufung jedoch nicht. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung schriftlich und begründet einzurei- chen. Das Bundesgericht hat in konstanter Rechtsprechung erklärt, begründen im Sinne von Art. 311 Abs. 1 ZPO bedeute aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene

## **E. 9**

/ 35 Entscheid als fehlerhaft erachtet werde. Dieser Anforderung genüge der Beru- fungskläger nicht, wenn er lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vor- bringen verweise, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufrieden gebe oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiere (vgl. zum Ganzen statt vieler die Urteile des Bundesgerichts 5A\_801/2018 vom 30. April 2019 E. 4.4 und 5A\_466/2016 vom 12. April 2017 E. 2.3 sowie BGE 141 III 569 E. 2.3.3 und 138 III 374 E. 4.3.1). Weiter muss die Begründung hinreichend genau und eindeutig sein, um von der Berufungsinstanz mühelos verstanden werden zu können. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanz- lichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, und die Aktenstücke nennt, auf de- nen seine Kritik beruht (vgl. BGE 141 III 569 E. 2.3.3). Das erwähnte Verwei- sungsverbot ist keine Schikane, sondern verfolgt den doppelten Zweck, einerseits der Berufungsinstanz die Arbeit zu erleichtern und andererseits den Berufungsklä- ger dazu zu zwingen, sich mit dem angefochtenen Entscheid auseinanderzuset- zen, was zwangsläufig nicht geschehen kann, wenn lediglich auf frühere

und damit vor Erlass des angefochtenen Entscheids erstellte Eingaben verwiesen und in erster Instanz Vorgebrachtes praktisch wörtlich wiederholt wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_801/2018 vom 30. April 2019 E. 4.4). Damit steht fest, dass der Berufungskläger mittels der „Bekräftigungsklausel“ keine Argumente aus dem erstinstanzlichen Verfahren ins Berufungsverfahren einführen konnte. Die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts hat sich nur mit jenen Argumenten und Darlegungen zu beschäftigen, die der Berufungskläger in den Rechtsschriften des Berufungsverfahrens vorgebracht hat. 3. Der Berufungskläger moniert, die Vorinstanz habe seinen Antrag auf Einholung eines Obergutachtens ohne weitere Begründung abgelehnt und damit seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

#### **E. 10**

/ 35 der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (Urteil des Bundesgerichts 5A\_801/2018 vom 30. April 2019 E. 3.3; BGE 134 I 83 E. 4.1; 143 III 65 E. 5.2). Zu begründen ist das Ergebnis des Entscheides, das im Urteilsspruch zum Ausdruck kommt und das allein die Rechtsstellung der betroffenen Person berührt. Die Begründung ist also nicht an sich selbst, sondern am Rechtsspruch zu messen (BGE 145 III 324 E. 6.1 mit Hinweis). Diese verfassungsrechtlichen Minimalanforderungen an die Begründung gelten auch für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen. Daran ändert nichts, dass diese regelmässig aufgrund einer summarischen Beurteilung der Anspruchsgrundlage erfolgen und ihrem Zweck nach rasch erlassen werden müssen und dass damit nicht endgültig über materielle Gebrauchsrechte oder Unterlassungsansprüche der Parteien entschieden wird (BGE 134 I 83 E. 4.1).

#### **E. 11**

/ 35 vorliegendes Gutachten mit einem weiteren Gutachten in Frage zu stellen (BGE 140 III 16 E. 2.2.2; BGE 140 III 24 E. 3.3.1.1 ff.; Urteil Obergericht Zürich vom 3. März 2015, 11382.82, E. 3.8.2)“ (angefochtener Entscheid, act. B.1, S. 2 Ziff. 3). Aus dieser Erwägung geht deutlich hervor, dass die Vorinstanz den Antrag auf Einholung eines Obergutachtens abgelehnt hat, weil der Berufungskläger nach ihrer Auffassung mit seinem Antrag einzig bezweckte beziehungsweise erhoffte, das bereits eingeholte Gutachten mittels eines weiteren Gutachtens in Frage stellen zu können. Das wiederum bedeutet, dass der Berufungskläger gemäss Beurteilung der Vorinstanz keine überzeugenden Argumente gegen das eingeholte Gutachten vorbringen konnte, sondern solche Argumente erst durch ein weiteres Gutachten zu finden hoffte. Dazu aber ist ein Obergutachten – wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat – nicht da. Die Vorinstanz hat mithin die Argumente des Berufungsklägers als nicht überzeugend beurteilt. Die weitere Feststellung der Vorinstanz, der Berufungskläger sei augenscheinlich mit dem Gutachten nicht einverstanden, weist darauf hin, dass der Berufungskläger gemäss Würdigung der Vorinstanz dem bereits eingeholten Gutachten einzig seine eigene Meinung entgegengehalten hat, also keine objektiv begründeten Unzulänglichkeiten des Gutachtens aufzeigt, sondern allein subjektiv empfundene Fehlleistung nennt. Allein dass ein Gutachten nicht der Auffassung einer Partei entspricht, macht das Gutachten aber nicht mangelhaft. Als Meinungsäusserung des Berufungsklägers war im Übrigen auch das Privatgutachten zu werten, denn es durfte von der Vorinstanz nicht als Beweismittel, sondern nur als Parteibehauptung berücksichtigt werden (vgl. BGE 140 III 16 E. 2.5). Die

Vorinstanz hat mithin das gerichtliche Gutachten durch die Argumente des Berufungsklägers nicht erschüttert gesehen. Daneben finden sich auch in den Erwägungen zur Verlegung der Gerichtskosten Ausführungen dazu, weshalb die Vorinstanz den Antrag auf Einholung eines Obergutachtens abgelehnt hat. So hat die Vorinstanz festgestellt: „Dass der Experte am Schluss seines Gutachtens eine zusammenfassende Bewertung vorgenommen hat, ist nicht zu beanstanden. Der Experte hat die nötigen Messungen vorgenommen und die ihm gestellten Fragen beantwortet“ (angefochtener Entscheid, act. B.1, S. 3 Ziff. 4). Die Vorinstanz hat sich offensichtlich mit den Rügen des Berufungsklägers, es sei nicht Aufgabe des Experten gewesen, eine zusammenfassende Bewertung abzugeben, der Experte habe nicht genügend Messungen vorgenommen und er habe die an ihn gestellten Fragen nicht beantwortet, auseinandergesetzt und sie hat diese verworfen. Insgesamt ergibt sich, dass aus den Erwägungen der Vorinstanz die Gründe, die zur Ablehnung des Antrags auf Einholung einer Oberexpertise geführt haben, durchaus zu erkennen sind. Die Begründung ist zwar sehr knapp ausgefallen, sie vermag den an sie zu stellenden Anforderungen aber zu genügen.

#### **E. 12**

/ 35 Selbst wenn die Begründung als ungenügend erachtet werden müsste, wäre im Übrigen trotzdem keine Rückweisung an die Vorinstanz angebracht. Zum einen prüft die Rechtsmittelinstanz im Berufungsverfahren sowohl Sachverhalt als auch Rechtslage frei (vgl. Art. 310 ZPO), so dass eine Heilung im Berufungsverfahren möglich ist. Zum andern würde eine Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf führen. Der anwaltlich vertretene Berufungskläger war offensichtlich ohne Weiteres in der Lage, die Tragweite des vorinstanzlichen Entscheids zu erkennen und diesen sachgerecht anzufechten. Beides lässt sich aus der ausführlichen Berufungsschrift ableiten. Eine eingehendere Begründung der Vorinstanz würde daran nichts ändern. Eine Rückweisung an die Vorinstanz würde daher einzig zu einem Leerlauf führen und Zeit kosten. Sie ist folglich nicht angezeigt.

#### **E. 13**

/ 35 Gutachter die Frage nicht beantwortet hat. Vielmehr zeigt es die genaue Arbeitsweise des Gutachters. Der Berufungskläger moniert weiter, der gerichtliche Gutachter stelle einerseits fest, die Vegetationstragschicht entspreche den Anforderungen der SIA Norm 318, andererseits führe er aber aus, die Bodenschicht weise Schwächen bei der Belastbarkeit in nassem Zustand auf. Ein der Norm entsprechender Oberboden dürfe aber nach allgemeinem Verständnis keine Schwächen aufweisen, da er andernfalls nicht der Norm entspreche. Dem ist entgegen zu halten, dass der Gutachter in seiner Stellungnahme vom 12. Februar 2019 deutlich ausgeführt hat, dass in der SIA Norm 318 keine Anforderungen bezüglich der Qualität einer Vegetationstragschicht gemacht werden (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 7, Ergänzungsfrage 4). Die Vegetationstragschicht konnte daher durchaus der SIA Norm 318 entsprechen, indem sie nämlich tatsächlich eine Vegetationstragschicht war, und trotzdem gewisse Schwächen für den konkreten Standort aufweisen. Der gerichtliche Experte hat in seiner Stellungnahme vom 12. Februar 2019 denn auch klar ausgeführt, die Vegetationstragschicht müsse den örtlichen Gegebenheiten angepasst werden, was eine planerische Aufgabe sei beziehungsweise es müssten im Rahmen der Ausschreibung oder des Werkvertrages erweiterte, das heisst über die normale Rasennutzung hinausgehende Ansprüche formuliert werden, wenn solche bestünden (vgl. Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 7 Ziff. 4). Aus den Feststellungen des Experten ergibt sich damit, dass in der SIA Norm 318 nur gewissermassen die Grundform der

Vegetationstragschicht erwähnt ist, die jedoch auf den konkreten Standort noch angepasst werden muss. Vorliegend hat der Gutachter die Vegetationstragschicht als der in der SIA Norm 318 enthaltenen Grundform entsprechend erachtet; gleichzeitig hat er jedoch erkannt, dass für den konkreten Standort Anpassungen notwendig gewesen wären. Der vom Berufungskläger monierte Widerspruch in den Ausführungen des Experten besteht folglich nicht. Dasselbe ist mit Bezug auf das Argument des Berufungsklägers zu sagen, der gerichtliche Gutachter erkläre einerseits, eine Vegetationstragschicht sei für eine normale Rasennutzung geeignet, andererseits aber führe er aus, im vorliegend zu beurteilenden Fall sei eine normale Nutzung der Rasenfläche im nassen Zustand nur eingeschränkt möglich. Auch hier geht es darum, dass eine Vegetationstragschicht grundsätzlich für eine normale Rasennutzung geeignet ist, dass aber bei besonderen Gegebenheiten – wie zum Beispiel bei einer übermässig nassen Stelle – Anpassungen vorgenommen werden müssen, da die Anforderungen dort wegen der veränderten Verhältnisse über eine normale Rasennutzung hinausgehen. Auch hier ist mithin kein Widerspruch in den Ausführungen des gerichtlichen Gutachters erkennbar. Im Übrigen scheint der Berufungskläger davon auszugehen, dass ein Rasen im nassen Zustand gleich wie im trockenen Zustand genutzt werden können muss. Das trifft nicht zu. Der

#### **E. 14**

/ 35 Gutachter hat in seiner Stellungnahme vom 12. Februar 2019 klar festgehalten, dass alle Rasenflächen bei Nässe geschont werden müssen (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 18, Ergänzungsfrage 59). Der Berufungskläger geht daher von einer falschen Vorstellung aus, welchen Anforderungen ein Rasen zu genügen hat, wenn er meint, jede Nutzung, die bei einem trockenen Rasen möglich sei, müsse auch bei einem nassen Rasen möglich sein. Der Berufungskläger moniert weiter, der Gutachter habe die sich aus seinen eigenen Ausführungen ergebenden Schlussfolgerungen nicht gezogen. Damit will er geltend machen, obwohl sich aus den Ausführungen des Gutachters das Vorliegen von Mängeln ergebe, habe der Gutachter keine solchen festgestellt. Dies war jedoch auch nicht die Aufgabe des Gutachters. Ob ein Mangel im rechtlichen Sinne vorliegt, ist nämlich eine Rechtsfrage. Rechtsfragen aber sind vom Gericht zu beantworten und nicht vom Gutachter. Dass der Gutachter die aus seinen Ausführungen fliessenden Schlussfolgerungen nicht gezogen beziehungsweise festgestellte Mängel nicht als solche benannt haben soll, ist daher kein Argument gegen die Tauglichkeit des Gutachtens. Die vom Berufungskläger genannten Hinweise auf angeblich fehlende Schlussfolgerungen überzeugen im Weiteren nicht. Wie bereits erwähnt, verkennt der Sachverständige entgegen der Auffassung des Berufungsklägers nicht, dass an einer besonders nassen Stelle eine normale Rasennutzung nur eingeschränkt möglich ist. Er stellt aber auch fest, dass im Werkvertrag keine weiteren Anforderungen an den Rasen formuliert worden sind, denen das Werk der Berufungsbeklagten hätte genügen müssen. Gemäss Gutachter liegt das Problem damit nicht in der Ausführung, sondern in der Planung. Das ergibt sich deutlich aus den Feststellungen des Gutachters, auch wenn er es in dieser Klarheit unter dem Titel „Ursachen des festgestellten Zustands des Werks“ nicht ausgeführt haben mag. Das genügt. Wie der Berufungskläger zu Recht feststellt, ist es im Übrigen Aufgabe des Gerichts und nicht des Gutachters, darüber zu entscheiden, wem die Planung obliegen hat. Die weiteren Ausführungen des Berufungsklägers, die sich mit der Rasentragschicht befassen, sind vorliegend irrelevant, da die Parteien im Werkvertrag wie gesehen keine Rasentragschicht vereinbart haben.

## **E. 15**

/ 35 und Wasserbewegung im Boden einschränken (vgl. Gutachten, Akten der Vorinstanz, act. IX/2.1, S. 13). Aus dieser Aussage muss zweifellos geschlossen werden, dass bei nassen Verhältnissen eine weitergehende Einschränkung möglich ist. Dies ergibt sich auch aus der Stellungnahme des Gutachters vom 12. Februar 2019, wo dieser ausführt, dass auch ein optimal drainender Boden bei starken Niederschlägen oder im Winterhalbjahr oder bei andauernder starker Beschattung vorübergehend Luftmangel aufweisen kann (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 9 oben). Eine vorübergehende Unterversorgung mit Sauerstoff kann folglich auch bei einem optimalen Boden aufgrund der äusseren Bedingungen eintreten. Augenscheinlich gibt es auf die Frage des Berufungsklägers nach dem ausreichenden Sauerstoff im Boden nicht eine einfache ja/nein Antwort, da nicht jederzeit die gleichen Verhältnisse herrschen. Aus diesem Grund hat der Gutachter nähere Ausführungen gemacht. Klar wird aus den Feststellungen des Gutachters, dass andauernde Nässe und starke Beschattung ein Problem darstellen, weil dann keine oder nur selten trockene Bedingungen eintreten. Wichtig ist zudem die Aussage des Gutachters in seiner Stellungnahme vom 12. Februar 2019, dass in einer Tiefe von 10 bis 15 cm immer wieder mit Sauerstoffmangel zu rechnen sei. Dies sei aber für einen Rasen nicht problematisch, wenn diese Grenze nicht höher steigt. Aufgrund der bei der Beweisaufnahme gefundenen Durchwurzelung schloss der Gutachter, dass im für das Wurzelwachstum relevanten Bereich kein Sauerstoffmangel herrsche und es auch aus dem Boden unterhalb dieses Bereiches nicht wiederholt zu einem längerdauernden Wasserstau gekommen sei. Weiter zeigten die abgestorbenen Wurzeln auch in grösserer Tiefe, wie sie auf den Bildern der Bodenprofile zu sehen seien, dass es sich nicht um eine Momentaufnahme handle (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 9, Ergänzungsfrage 11). Der Gutachter hat mithin den Luft-/Sauerstoffgehalt im Boden als grundsätzlich für einen Rasen genügend beurteilt. Das ergibt sich ebenso aus weiteren Ausführungen in der Stellungnahme vom 12. Februar 2019. Der Gutachter hat dort erklärt, dass aktive Wurzeln und Rostflecken im Boden unterhalb einer Tiefe von 10 cm zeigten, dass auch hier – zumindest zeitweise – Sauerstoffeinfluss herrsche (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 9, Ergänzungsfrage 12; vgl. auch S. 15, Ergänzungsfrage 44 und 45). Weiter führt er in seiner Stellungnahme aus, die gefundenen Verhältnisse könnten dazu führen, dass bei nassen Verhältnissen (andauernder Wasserüberschuss während einer bestimmten Periode) Wurzeln im Boden ab einer bestimmten Tiefe für eine gewisse Zeit keinen Sauerstoff für ihre Atmung zur Verfügung hätten und diese daraufhin ihr Wachstum einstellen oder später auch „verfaulen“ könnten. Dies sei aber nicht dauerhaft der Fall. Für den Rasen seien die Verhältnisse im Bodenraum bis 10 cm Tiefe von elementarer Bedeutung, nicht aber der Bodenraum darunter, wenn von diesem keine anhaltend negativen Aus-

## **E. 16**

/ 35 wirkungen auf die darüber liegende Schicht ausgingen (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 9, Ergänzungsfrage 13). Schliesslich hat der Gutachter in seiner Stellungnahme vom 12. Februar 2019 im Rahmen der Beurteilung des Privatgutachtens erklärt, da bei allen untersuchten Bodenproben eine als mittel eingestufte Luftkapazität gefunden worden sei, könne nicht davon gesprochen werden, dass eine ausreichende Luftzufuhr nicht gegeben sei (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 2, „ausreichende Luftzufuhr nicht gegeben“). Aus dem Gutachten und der Stellungnahme vom 12. Februar 2019 lässt sich ohne Weiteres die Frage beantworten, ob der Boden ausreichend mit Luft/Sauerstoff

versorgt ist. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Frage einzig den Rasen betrifft (vgl. Erwägung 4.3). Ob für andere Pflanzen genügend Sauerstoff im Boden vorhanden wäre, hatte der Gutachter mithin nicht zu untersuchen. Mit Bezug auf das Begrünungsziel hält der Gutachter in seinem Gutachten ausdrücklich fest, wenn der Boden von oben immer wieder abtrocknen könne, sei das Begrünungsziel erreichbar; sei der Boden aber andauernd feucht bis nass und kämen noch eine Beschattung und kalte Bodentemperaturen dazu, sei das Begrünungsziel nur teilweise bis nicht erreichbar (vgl. Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 13 Mitte). Damit aber stellt der Gutachter fest, dass bei Verhältnissen, wie sie im Westen des Gartens gegeben sind, das Begrünungsziel erreicht werden kann, bei Verhältnissen, wie sie im Süden/Südwesten des Gartens vorliegen, das Begrünungsziel aber nur teilweise bis gar nicht erreicht wird. In seiner Stellungnahme vom 12. Februar 2019 führt der Gutachter zum Begrünungsziel auf der Süd-/Südwestseite des Gartens weiter aus, das Erreichen des Begrünungsziels könne nicht direkt aus dem vorhandenen oder nicht vorhandenen Sauerstoff im Boden abgeleitet werden. Hauptproblem für die Gräser in diesem Bereich sei die Unterversorgung mit dem Wachstumsfaktor Licht und weitere Schattenwirkungen wie weniger Wärme, langsames Abtrocknen der Blattoberflächen und so weiter. Weitere Grössen wie der degradierte Zustand des Bodens, besonders im Bereich der Problemfläche im Südwesten, träten erschwerend hinzu. Wäre dieser Boden jedoch normal besonnt und nicht degradiert, wäre das Begrünungsziel im Süden und Südwesten erreichbar (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 9, Ergänzungsfrage 16). Der Gutachter lastet den Umstand, dass das Begrünungsziel im Süden und Südwesten nicht gänzlich oder gar nicht erreicht wird, somit nicht fehlendem Sauerstoff im Boden an, sondern anderen Faktoren. Offensichtlich hat der Gutachter die Frage nach dem Begrünungsziel, die klarerweise in Verbindung mit dem Sauerstoffgehalt des Bodens gestellt worden ist, sehr wohl beantwortet.

#### **E. 17**

/ 35

#### **E. 18**

/ 35 beantworten. Jedenfalls hätte er eine Einschränkung im Gutachten machen müssen, was er aber nicht getan habe. Dem ist entgegen zu halten, dass der Gutachter gemäss seinem Kostenvoranschlag vom 13. August 2018 ausdrücklich nur die Untersuchung der betroffenen Rasenflächen angeboten hat (Akten der Vorinstanz, act. IX/1.3). Dass die Vorinstanz den Gutachter darauf hingewiesen hätte, dass weitere Untersuchungen notwendig würden und die Feststellungen zu sämtlichen Böden und Pflanzungen zu treffen seien, ergibt sich weder aus den Akten noch aus der Ernennung des Gutachters (Akten der Vorinstanz, act. IV/7). Die erste vom Gesuchsteller formulierte Frage an den Gutachter bezieht sich im Weiteren klar auf die Rasenfläche; in den weiteren Fragen wird – auch wenn sie soweit offen formuliert sind – kein Bezug auf andere Bepflanzungen genommen (vgl. Gesuch, Akten der Vorinstanz, act. I/1, S. 2 f., Rechtsbegehren). Vor allem aber wird in der Begründung des Gesuchs nur über die Probleme mit dem Rasen gesprochen, auch wenn im Kontext darauf hingewiesen wird, dass bezüglich der Gärtnerarbeiten bei der Abnahme verschiedene Mängel festgestellt worden seien. Es bleibt bezüglich weiterer Mängel lediglich bei solchen Kontextinformationen, während im Zusammenhang mit den behaupteten Problemen des Rasens der ganze Sachverhalt, die ganze Entwicklung zwischen den Parteien minutiös dargestellt wird (Gesuch, Akten der Vorinstanz, act. I/1). Aus dem Gesuch kann nur geschlossen werden, dass es dem Berufungskläger um eine

Begutachtung des Rasens geht. Daran ändert nichts, dass der Besteller gemäss Art. 367 Abs. 2 OR die Möglichkeit hat, das Werk durch einen Sachverständigen prüfen zu lassen. Der Besteller kann diese Prüfung selbstredend auch auf einen Teil des Werkes beschränken. Dasselbe ist mit Bezug auf die vorsorgliche Beweisführung zu sagen; auch hier kann der Gesuchsteller die Beweisführung auf bestimmte Punkte beschränken. Schliesslich ist noch in die Überlegungen miteinzubeziehen, dass sich die Untersuchungen vor Ort, an welchen zumindest der Rechtsvertreter des Berufungsklägers anwesend war, allein auf den Rasen bezogen haben (vgl. Gutachten, Akten der Vorinstanz, act. IX/2.1). Dass sich der Berufungskläger oder sein Rechtsvertreter dagegen verwahrt hätten beziehungsweise dem Gutachter oder dem Gericht gegenüber eine weitergehende Untersuchung verlangt hätten, ergibt sich weder aus den Akten noch aus dem Gutachten und wird vom Berufungskläger auch nicht geltend gemacht. Insgesamt zeigt sich damit, dass lediglich eine Begutachtung des Rasens verlangt und mit dem Gutachter vereinbart war. Dass sich der Gutachter nicht zu Themen geäussert hat, die mit dem Rasen in keinem Zusammenhang standen, ist bei dieser Ausgangslage nicht zu beanstanden.

## **E. 19**

/ 35 dens einen Wasserabfluss und Luftaustausch zulasse. Er moniert in der Berufung, der Gutachter habe diese Frage nicht beantwortet. Die Antwort des Gutachters sei unklar und es ergebe sich nicht, ob respektive an welchen Stellen des Gartens der vorhandene Schichtaufbau einen Wasserabfluss und Luftaustausch zulasse und an welchen nicht. Der Gutachter hat bei seinen Ausführungen über den Wasserabfluss und den Luftaustausch festgestellt, dies sei teilweise der Fall. Von derzeit grösserer Relevanz sei der Befund einer teilweise ungenügenden Wasserdurchlässigkeit des Oberbodens. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn dieser verdichtet sei oder in seinem Gefüge gestört (diese Beschreibung passt gemäss Gutachten auf die Beprobungsfläche 2; vgl. Gutachten, Akten der Vorinstanz, act. IX/2.1, S. 3, „Verdichtungssituation“; S. 5, Abb. 5, und S. 6, Abb. 8; S. 8, „Aufnahmefläche 2“). Aufgrund dann fehlender Versickerung werde auch kein Wasser nachgezogen. Da aber überall Rostflecken festzustellen seien, sei ein solcher Luftaustausch wohl doch immer wieder gegeben (Akten der Vorinstanz, act. IX/2.1, S. 13 unten; vgl. auch Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 15, Ergänzungsfrage 44 und 45). Nachdem die Frage einzig dahin geht, ob der Schichtaufbau des Untergrundes, des Unterbodens und des Oberbodens Wasserabfluss und Luftaustausch zulassen, und nicht nach der Häufigkeit von Abfluss und Austausch gefragt wird oder ob diese ausreichend vorhanden seien, hat der Gutachter die Frage eindeutig und klar beantwortet: Ein Wasserabfluss und Luftaustausch muss aufgrund der gefundenen Rostflecken immer wieder gegeben sein und zwar im ganzen Rasenbereich. Mit seinem Hinweis darauf, welche Böden derzeit über eine teilweise ungenügende Wasserdurchlässigkeit des Oberbodens verfügten, gestattet es das Gutachten aufgrund des festgehaltenen allgemeinen Beschriebs der Bodenproben auch, diese Böden im Rasenbereich zu lokalisieren. Dass der Gutachter genau(er) hätte aufzeigen müssen, an welchen Stellen des Gartens Wasserabfluss und Luftaustausch möglich oder nur beschränkt möglich seien, ergibt sich aus der Fragestellung nicht. Daneben übersieht der Berufungskläger auch, dass der Gutachter in seiner Stellungnahme vom 12. Februar 2019 explizit die Luftkapazität als mittel eingestuft und festgestellt hat, es könne nicht davon gesprochen werden, dass eine ausreichende Luftzufuhr nicht gegeben sei (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 2, „ausreichende Luftzufuhr nicht gegeben“). Daraus muss gefolgert werden, dass eine ausreichende Luftzufuhr grundsätzlich gegeben ist. Das wiederum heisst, dass ein Wasserabfluss und Luftaustausch stattfindet, unbesehen

des Schichtaufbaus des Untergrundes, des Unterbodens und des Oberbodens. Auch die Messungen des Gutachters zur Infiltration, die im Gutachten dokumentiert sind (Akten der Vorinstanz, act. IX/2.1, S. 9, Tab. 2), zeigen auf, dass grundsätzlich Wasser abfließt. Abfließendes Wasser aber zieht entweder weiteres Wasser, wenn vorhanden, oder Luft nach (vgl. Akten der Vorinstanz, act.

#### **E. 20**

/ 35 IX/3.4, S. 16, Ergänzungsfrage 47). Auch die Infiltrationsversuche belegen mithin, dass ein Wasserabfluss und Luftaustausch stattfindet, wenn auch in der Beprobungsfläche 2 offensichtlich nicht optimal. Wobei die allenfalls schwierigeren Verhältnisse bei der Beprobungsfläche 2 gemäss Gutachter nicht mehr dem Zustand im Zeitpunkt der Abnahme des Werkes entsprechen (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 12, Ergänzungsfrage 27; S. 15, Ergänzungsfrage 42; S. 17, Ergänzungsfrage 53). Der Gutachter hat die Frage 4 sehr wohl klar beantwortet. Im Übrigen hat der Gutachter entgegen der Behauptung des Berufungsklägers nicht festgestellt, dass das Wasser bei dem vorhandenen Boden mit der gegebenen Qualität nahezu nicht abflüsse. Er hat an der vom Berufungskläger verwiesenen Stelle des Gutachtens lediglich festgestellt, dass eine Entwässerungsschicht nur eingeschränkte Wirksamkeit hätte, weil das Wasser nur sehr langsam dort hineingelangen würde (Akten der Vorinstanz, act. IX/2.1, S. 14 oben). Sehr langsam ist nicht dasselbe wie nahezu nicht. Im Bereich bis zu 10 cm, der für den Rasen wichtig ist, zeigt der Wurzelwuchs gemäss Gutachter denn auch, dass Wasserabfluss und Luftaustausch durchaus gegeben sind (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 9, Ergänzungsfrage 11). Der Berufungskläger beanstandet weiter einen Widerspruch bezüglich des Schichtaufbaus. Im Gutachten stelle der Gutachter fest, dass ein eigentlicher Schichtaufbau so nicht ausgeprägt sei. In der Stellungnahme vom 12. Februar 2019 führe er dann aber aus, er habe feststellen können, dass flächig Oberboden mit einer Mächtigkeit von 20 bis 25 cm eingebaut gewesen sei sowie dass sich darunter eine mindestens 10 cm mächtige Unterbodenschicht befunden habe. Im Gutachten erkläre der Gutachter aber wieder, dass der Oberboden mit teilweise beträchtlichen Schwankungen und Vermischungen mit Baugrund und Unterboden eingebaut worden sei. Gutachten und Stellungnahme würden sich daher widersprechen. Dem kann nicht zugestimmt werden. Die Feststellung, dass ein Schichtaufbau nicht ausgeprägt sei, ist nicht zwingend so zu verstehen, dass keiner vorhanden wäre, sondern es kann auch heissen, dass dieser nicht ausgeprägt, also nicht stark ausgebildet ist. Genau das hat der Gutachter in seiner Stellungnahme vom 12. Februar 2019 denn auch im Zusammenhang mit der Beurteilung des Parteigutachtens festgestellt, als er ausführte, die Differenz zwischen Unter- und Oberboden sei nach seinem Befund zwar nicht sehr ausgeprägt, jedoch durchaus vorhanden (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.1, S. 1, zu Punkt 8 des Parteigutachtens). Ein Schichtaufbau war folglich gegeben, wenn auch nicht stark ausgebildet. Daran ändert nichts, dass der Oberboden gemäss Gutachten mit beträchtlichen Schwankungen und Vermischungen eingebaut worden ist; dies bestätigt einzig, dass der Schichtaufbau nicht ausgeprägt, aber doch erkennbar

#### **E. 21**

/ 35 war, ansonsten weder die Schwankungen noch die Vermischungen hätten festgestellt werden können. Ein Widerspruch zwischen Gutachten und Stellungnahme vom 12. Februar 2019 ist daher nicht gegeben. Weiter moniert der Berufungskläger, der Gutachter habe nur bis zu einer Tiefe von 35 cm Feststellungen getroffen. Das genüge aber nicht, um verlässliche Ausführungen zu Wasserabfluss und Luftaustausch in Untergrund,

Unterboden und Oberboden zu machen. Dem ist zum einen entgegen zu halten, dass der Gutachter allein bezüglich des Rasens Feststellungen treffen musste und der Hauptwurzelhorizont des Rasens 10 cm beträgt (Gutachten, Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 9, Ergänzungsfrage 11). Die Schicht bis 10 cm konnte der Gutachter aufgrund der Bodenproben ohne Weiteres beurteilen. Zum andern hat der Gutachter festgestellt, aufgrund des Wurzelwuchses müsse davon ausgegangen werden, dass kein länger dauernder Wasserrückstau aus dem Boden unterhalb 10 cm erfolge (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 9, Ergänzungsfrage 11). Und schliesslich hat der Gutachter in seiner Stellungnahme vom 12. Februar 2019 auf die Frage des Berufungsklägers, wie der Gutachter den Wasserabfluss in einer Tiefe von mehr als 8 cm beurteilen könne, wenn er diesen nicht gemessen habe, geantwortet, dass ihm seine Erfahrung und sein Fachwissen erlaubten, aus den Bodenprofilen Rückschlüsse auf den Bodenwasserhaushalt zu ziehen. Ebenso erlaube die Ableitung der Infiltrationsrate aus der Bodenart Rückschlüsse auf tiefere Schichten (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 13, Ergänzungsfrage 31 und 32). Diese Argumentation überzeugt. Da der Gutachter zudem nur bezüglich des Rasens Untersuchungen machen und Feststellungen treffen musste, interessieren die Verhältnisse unterhalb von 35 cm nur insoweit, als sie einen Einfluss auf den Rasen haben könnten. Dass dies bezüglich Wasserabfluss und Lufthaushalt nicht der Fall ist, ergibt sich deutlich aus der Tatsache, dass keine Anzeichen für einen länger dauernden Wasserrückstau in den Hauptwurzelhorizont des Rasens vorhanden waren. Die vom Gutachter vorgenommene Prüfung des Rasens war vollkommen ausreichend, um die gestellten Fragen bezüglich des Rasens zu beantworten.

#### **E. 22**

/ 35 denmaterial nicht sinnvoll sei, hat der Gutachter die Notwendigkeit einer solchen Entwässerungsschicht klarerweise verneint. Ob eine Entwässerungsschicht vom Werkvertrag vorgesehen wäre, ist eine Rechtsfrage und vom Gutachter nicht zu beantworten. Zudem erstreckt sich die Fragestellung nicht auf den Werkvertrag.

#### **E. 23**

/ 35 dieses Gefälle ausgebildet sei oder nicht (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 3, Punkt 3 zu Frage 2). Da das von der SIA Norm 318 vorgegebene Gefälle keinen Einfluss auf die Verhältnisse im Garten des Berufungsklägers hat, hat der Gutachter ohne Weiteres darauf verzichten können, die Einhaltung dieser Vorgabe zu überprüfen. Weiter ergibt sich aus dem Gutachten, dass für den Rasen im westlichen Teil des Gartens grundsätzlich gute Verhältnisse herrschen, insbesondere ein genügender Wasserabfluss gegeben ist, und das Begrünungsziel zu 99 % erreicht wird (Akten der Vorinstanz, act. IX/2.1, S. 7, Tab. 1; S. 11, Zusammensetzung des Rasens; S. 14, Ursachen des festgestellten Zustands des Werkes; act. IX/3.4, S. 13, Ergänzungsfrage 30; S. 15, Ergänzungsfrage 42; S. 16, Ergänzungsfragen 49 und 50; S. 17, Ergänzungsfragen 57 und 58; vgl. auch S. 2, „Wasserabfluss nicht möglich aufgrund Bodenart“). Daraus kann nur geschlossen werden, dass das Gefälle in diesem Teil des Gartens ausreichend ist. Was nun den südlichen und südwestlichen Teil der Rasenfläche betrifft, so hat der Gutachter deren Problem klar in der Beschattung und den damit zusammenhängenden Schattenwirkungen sowie in der Degradierung des Bodens erkannt. Insbesondere hat er ausdrücklich ausgeführt, dass das Problem nicht im Wasserabfluss liege (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 3, Frage 1 in fine; S. 8, Ergänzungsfrage 9; S. 10, Ergänzungsfrage 16; S. 11, Ergänzungsfrage 21; S. 12, Ergänzungsfrage 27; S. 13 Ergänzungsfrage 28 in fine und Ergänzungsfrage 29; S. 21,

Ergänzungs- frage 6). Insoweit erscheint das tatsächliche Gefälle auch mit Bezug auf die Teilflächen des Rasens im Süden und Südwesten als irrelevant beziehungsweise ausreichend. Auch wenn der Gutachter nicht explizit davon spricht, dass das Gefälle der Rasenfläche ausreichend sei, so ergibt sich dies doch aus dem Gutachten und der Stellungnahme vom 12. Februar 2019 insgesamt. Die Frage nach dem Oberflächengefälle findet daher in diesen Dokumenten eine genügende Antwort. Da der Gutachter das Gefälle offensichtlich als ausreichend eingestuft hat, musste er bei der Darstellung der Ursachen des Zustands des Werks nicht darauf Bezug nehmen.

#### **E. 24**

/ 35 fluss und Luftaustausch im Unterboden und Untergrund zu treffen, auch wenn er Infiltrationsversuche nur bis zu einer Tiefe von 8 cm gemacht habe, überzeugt. Zudem hat der Gutachter durchaus nachvollziehbar erklärt, welche Gegebenheiten in den Bodenprofilen ihn aus welchen Gründen zu seinen Schlüssen bezüglich Wasserabfluss und Luftaustausch geführt haben. Eine fehlende Dokumentation ist nicht gegeben. Bezüglich des Oberflächengefälles ist schon dargelegt worden, weshalb der Gutachter darauf verzichten durfte, dieses konkret zu messen. Auch hier ist eine fehlende Dokumentation nicht ersichtlich. Die Argumentation des Berufungsklägers überzeugt nicht.

#### **E. 25**

/ 35 abschliessende, definitive Beurteilung vorzunehmen. Aus diesem Grund wies er ja auch darauf hin, dass er die Aussage basierend auf seinem damaligen Kenntnissstand traf. Und dieser Kenntnisstand war, weil jegliche Informationen fehlten, für eine verlässliche Beurteilung nicht umfassend genug. Zudem nennt der Gutachter zu jeder Prüfung die Fundstelle in der SIA Norm 318, so dass ohne Weiteres klar ist, von welchen Prüfungen und Prüfungsschritten der Gutachter spricht. Die Argumentation des Berufungsklägers überzeugt nicht.

#### **E. 26**

/ 35 Rasenpflege und den üblichen Regenerationsarbeiten anfallen sollten, ist nicht einsichtig. Der Gutachter hat mit Bezug auf die Sanierung des Rasens im Süden und Südwesten schliesslich noch festgehalten, welche Kosten in seiner Schätzung nicht enthalten sind. Diese nicht enthaltenen Kosten fallen jedoch nur einmal im Zusammenhang mit der Sanierung an. Damit aber ist in keiner Weise dargetan, dass aufgrund der Sanierung in Zukunft überhaupt Mehrkosten anfallen werden. Die Rüge des Berufungsklägers ist zu wenig substantiiert und überzeugt nicht.

#### **E. 27**

/ 35 Ergänzungsfrage 4). Auch der Werkvertrag stellt bezüglich der Böden keine von der SIA Norm 318 abweichenden Anforderungen auf (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 7, Ergänzungsfrage 4 in fine). Damit kann der Gutachter sehr wohl eine Übereinstimmung mit der SIA Norm 318 und dem Werkvertrag und gleichzeitig die Notwendigkeit einer Mängelbehebungsmassnahme feststellen, ohne in einen Widerspruch zu verfallen. Ob aus rechtlicher Sicht ein Mangel vorliegt, wird im Übrigen durch das Gericht in einem allfälligen Hauptsacheverfahren zu entscheiden sein. Was nun die Rasenfläche im Süden und Südwesten betrifft, so führt der Gutachter in seiner Stellungnahme ausdrücklich aus, die Sanierung sei seiner Meinung nach nur eine Mängelbehebungsmassnahme, wenn der Gärtner für die Projektierung verantwortlich gewesen sei (Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 20, Ergänzungsfrage 4). Über die Projektierungsverantwortung trifft der

Gutachter jedoch zu Recht keine Feststellungen. Wem die Projektierung obliegen hat, ist eine Rechtsfrage, die nicht vom Gutachter zu entscheiden war. Auch darüber wird in einem allfälligen Hauptsacheverfahren das Gericht zu entscheiden haben. Da aber die Verantwortlichkeit für die Projektierung vom Gutachter weder zu untersuchen noch darüber zu entscheiden war, konnte der Gutachter ohne Weiteres keinen Mangel feststellen und trotzdem von einer Mangelbehebungsmassnahme für den Fall dass sprechen. Ein Widerspruch ist nicht erkennbar.

#### **E. 28**

/ 35 Werkvertrag wurde nicht von der Berufungsbeklagten erstellt und sie ist einzig als Unternehmerin aufgeführt; S. 5: Die Berufungsbeklagte erscheint nicht unter den Planern). Die Berufungsbeklagte hat im gesamten Verfahren bestritten, Planerin gewesen zu sein. Der Gutachter konnte in dieser Situation nicht einfach von der Berufungsbeklagten als Verantwortliche für die Projektierung ausgehen. Dies insbesondere auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Frage, wer für die Projektierung des Gartens zuständig war, eine Rechtsfrage ist, die vorliegend unter den Parteien umstritten ist. Rechtsfragen sind nicht vom Gutachter, sondern allein vom Gericht zu beantworten. Der Gutachter durfte daher entgegen der Auffassung des Berufungsklägers nicht einfach die Berufungsbeklagte als Planerin annehmen. Zu Recht hat der Gutachter auf Planungsfehler hingewiesen, wo er solche gefunden hat, ohne sie jedoch der Berufungsbeklagten anzulasten.

#### **E. 29**

/ 35 nem Fachwissen und seinen Kenntnissen fundierte Rückschlüsse ziehen konnte. Damit steht fest, dass der Gutachter zum einen das gesamte Werk als überwiegend mit der SIA Norm 318 eingestuft hat, was Abweichungen zulässt, und dass zum andern die vom Berufungskläger monierten Abweichungen vom Gutachter nicht verbindlich festgestellt worden sind. Ein Widerspruch ist damit nicht gegeben.

#### **E. 30**

/ 35 6. Schliesslich gilt es, noch kurz auf die Replik einzugehen. Unter der Überschrift „Sachverhalt“ wendet sich der Berufungskläger zunächst der Projektierung zu. Er behauptet, diese habe der Berufungsbeklagten obliegen. Das will er aus Ziffer R.290 des Werkvertrages ableiten. Die Berufungsbeklagte habe sich in dieser Ziffer verpflichtet, Spezialpläne, Studien und Werkzeichnungen für den Garten zu liefern. Hieraus ergebe sich, dass die Berufungsbeklagte sehr wohl die Projektierung des Gartens übernommen habe. Bei der vom Berufungskläger angesprochenen Ziffer des Werkvertrages handelt es sich um Ziff. R 791.290 (Akten der Vorinstanz, act. II/3, S. 11). Um diese Ziffer richtig einordnen zu können, ist der gesamte Kontext zu sehen, in welchem sie steht. Ziffer R 790 zeigt an, dass es nachfolgend um Änderungen und Ergänzungen von Normen geht. Ziffer R 791 weist darauf hin, dass die anschliessenden Ziffern Änderungen der SIA Norm 118 enthalten. Ziffer R 791.200 legt fest, dass Änderungen mit Bezug auf einzelne Artikel erfolgen. Ab Ziffer R 790.210 werden diese Änderungen aufgeführt, jeweils mit Hinweis auf den Artikel der SIA Norm 118, auf den die Änderung sich bezieht. Ziff. R 791.290 ändert offenbar Art. 101 Abs. 1 der SIA Norm 118; die Parteien haben vereinbart, dass der Unternehmer abweichend von der SIA Norm 118 Spezialpläne, Studien und Werkzeichnungen unentgeltlich liefert. Dass die Berufungsbeklagte solche Pläne, Studien und Werkzeichnungen tatsächlich zu erstellen hatte, ergibt sich aus dem Werkvertrag und

insbesondere aus Ziff. R 791.290 nicht, denn die Regelung kann ohne Weiteres auch einzig aufgestellt worden sein, um für alle Eventualitäten abgesichert zu sein. Dass die im Werkvertrag aufgeführten Abänderungen der SIA Norm 118 auch Situationen betreffen, die sich vorliegend nicht oder kaum ergeben würden, lässt sich auch aus Ziff. R 791.260 und R 791.300 schliessen; aus den Akten ergibt sich nicht, dass die Berufungsbeklagte überhaupt plante, eine Subunternehmerin beizuziehen, und dass für den Garten, so wie er vorgesehen war, Muster angefertigt und angebracht werden würden, war sehr unwahrscheinlich. Die im Werkvertrag aufgeführten Änderungen der SIA Norm 118 sind daher als allgemein und nicht auf den vorliegenden konkreten Fall zugeschnitten zu betrachten. Zu Recht weist die Berufungsbeklagte in ihrer Duplik im Weiteren darauf hin, dass zum einen der Werkvertrag von der Bauleitung und nicht von der Berufungsbeklagten erstellt worden ist und dass sich Ziff. R 791.290 zum andern unter den allgemeinen Bedingungen des Werkvertrags befindet. Wie bereits ausgeführt, finden sich im Werkvertrag sehr starke Hinweise dafür, dass die Berufungsbeklagte nicht Planerin war. Formulierungen in allgemeinen Bedingungen, die nicht auf den konkreten Fall zugeschnitten worden sind, vermögen das nicht abzuändern. Aus Ziff. R 791.290 lässt sich daher nicht ableiten, dass der Berufungsbeklagten die Planung des Gartens oblegen hätte. Der weitere Hinweis des Berufungsklägers auf die Verpflichtung des Unternehmers, den Bauherrn über

### **E. 31**

/ 35 eine Unmöglichkeit der Umsetzung eines Wunsches in Kenntnis zu setzen oder eben abzumahnern, hilft dem Berufungskläger nicht weiter. Wie bereits dargestellt, betrifft dies nicht die Projektierung, sondern es ist eine Frage der Haftung des Unternehmers. Darüber ist im vorliegenden Verfahren der vorsorglichen Beweisführung nicht zu entscheiden. Was das Begrünungsziel betrifft, so kommt es für die Beurteilung, ob das Gutachten genügt, nicht darauf an, wie die Berufungsbeklagte das Gutachten auslegt. Der Berufungskläger zeigt nicht auf, dass der Gutachter festgestellt hätte, im süd-/südwestlichen Teil des Gartens sei das Begrünungsziel erreicht worden. Der Gutachter hat vielmehr festgestellt, dass das Begrünungsziel auf der Westseite des Rasens erreicht ist (Akten der Vorinstanz, act. IX&2.1, S. 7, Tab. 1; S. 11, „Zusammensetzung des Rasens“), während es auf der Süd- und der Südwestseite teilweise bis gar nicht eingehalten ist (Akten der Vorinstanz, act. IX/2.1, S. 11, „Zusammensetzung des Rasens“; S. 16 Mitte). Es mag sein, dass der Parteigutachter zu einem anderen Ergebnis gelangt ist. Das Parteigutachten ist jedoch als Parteibehauptung zu werten. Insoweit vermag es die Aussagen des gerichtlichen Gutachtens nicht zu entkräften, ohne dass weitere, plausible Umstände gegeben sind. Das ist vorliegend nicht der Fall, das Gerichtsgutachten überzeugt. Zudem hat der gerichtliche Experte in seiner Stellungnahme vom 12. Februar 2019 ausführlich und vor allem überzeugend begründet, weshalb er zu anderen Ergebnissen gelangt ist als das Parteigutachten. Die Argumentation des Berufungsklägers zielt ins Leere. Bezüglich Wasserabfluss hat der Gutachter Infiltrationsversuche vorgenommen und deren Resultate dokumentiert (Akten der Vorinstanz, act. IX/2.1, S. 9, Tab. 2). Aus diesen Versuchen ergibt sich klar, dass ein Wasserabfluss gegeben ist und zwar auch an der Problemstelle im Südwesten des Gartens. Daran ändert nichts, dass gemäss Parteigutachten kein Wasserabfluss festgestellt worden sein soll. Der gerichtliche Gutachter hat in seiner Stellungnahme vom 12. Februar 2019 in Kenntnis des Parteigutachtens an seinem Gutachten festgehalten. Er hat zudem erklärt, es sei bei den Versuchen des Privatgutachters vielleicht zu einer Verschlammung durch die offenen Profilwände gekommen oder die Bodenporen seien durch die Grabung verschlossen worden (Akten der Vorinstanz, act.

IX/3.4, S. 2 oben). Nachdem das Parteigutachten als Parteibeauptung gewertet werden muss, vermag es das gerichtliche Gutachten nicht in Zweifel zu ziehen, nur weil es zu einem anderen Ergebnis gelangt ist. Bezüglich des Arguments, dass der gerichtliche Sachverständige auf der Südseite des Gartens keinen feuchten und teilweise nassen Boden festgestellt hätte, wenn ein Wasserabfluss gegeben wäre, ist

### **E. 32**

/ 35 zu sagen, dass der Berufungskläger offenbar einem Denkfehler unterliegt. Er geht augenscheinlich davon aus, dass ein gegebener Wasserabfluss zwingend zu trockenen Verhältnissen führen muss. Dass dem nicht so ist, zeigt der vorliegende Fall in optima forma. Sieht man die Resultate der Infiltrationsversuche des gerichtlichen Gutachters durch, so zeigt sich, dass durchwegs Werte über dem Optimalbereich gefunden wurden, ausser an der einen Stelle im Südwesten des Rasens (vgl. Akten der Vorinstanz, act. IX/2.1, S. 9, Tab. 2, in Verbindung mit act. IX/3.4, S. 7, Ergänzungsfrage 5). Trotzdem hat der Gutachter anlässlich des Augenscheins den Boden im Westen des Gartens als trocken beschrieben, jenen im Süden jedoch als feucht (Akten der Vorinstanz, act. IX/2.1, S. 2, „Allgemeiner Eindruck“). Allein aus der Feststellung, dass ein Boden feucht oder trocken ist, kann daher nicht geschlossen werden, ob ein Wasserabfluss gegeben ist oder nicht, denn das Abtrocknen des Bodens wird durch weitere äussere Bedingungen beeinflusst (vgl. Akten der Vorinstanz, act. IX/3.4, S. 8 f., Ergänzungsfrage 10). Der Berufungskläger vermag mit seiner Argumentation das gerichtliche Gutachten nicht in Zweifel zu ziehen. 7. Damit aber ergibt sich, dass die vom Berufungskläger gegen das von der Vorinstanz eingeholte gerichtliche Gutachten vorgebrachten Argumente nicht überzeugen. Das Gutachten ist vollständig, schlüssig und nachvollziehbar. Die vom Berufungskläger behaupteten Widersprüche haben sich allesamt als nicht vorhanden erwiesen. Entgegen der Auffassung des Berufungsklägers ist das Gutachten keineswegs mangelhaft. Da es dem Berufungskläger nicht gelingt, in wesentlichen Punkten Zweifel an der Einschätzung des Gutachters zu wecken, konnte die Vorinstanz auf die Anordnung eines Obergutachtens verzichten; der Berufungskläger hat keinen Anspruch auf ein Obergutachten. Damit aber ist der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen und die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen. 8. Schliesslich wendet sich der Berufungskläger gegen die Kostenverteilung der Vorinstanz. Er macht geltend, der Sachverständige habe für ein unbrauchbares Gutachten keinen Anspruch auf Entschädigung. Die Vorinstanz habe daher das Recht falsch angewandt, als sie dem Berufungskläger die Kosten des Gutachtens auferlegt habe. Wie sich gezeigt hat, überzeugen die vom Berufungskläger gegen das Gutachten vorgebrachten Argumente nicht; das Gutachten ist keineswegs unbrauchbar, im Gegenteil. Damit aber ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Kosten nicht vom Berufungskläger, dem Gesuchsteller, zu tragen wären (vgl. zur Kostentragung durch den Gesuchsteller: BGE 140 III 30 E. 3.2; 139 III 33 E. 4; PKG 2015 Nr. 13; siehe auch Art. 367 Abs. 2 OR). Zu Recht hat die Vorinstanz

### **E. 33**

/ 35 weiter festgestellt, dass diese Kostentragung unter dem Vorbehalt einer anderen Kostenverteilung in einem allfälligen Hauptsachenprozess stehe. Die von der Vorinstanz bezüglich der Kosten des Gutachtens vorgenommene Kostenaufgabe an den Berufungskläger erweist sich mithin als rechens. Die Berufung ist auch in diesem Punkt abzuweisen. Dass die Vorinstanz neben den Gutachterkosten auch die Entscheidgebühren dem Berufungskläger auferlegt sowie der Berufungsbeklagten zu Lasten des Berufungsklägers

eine Parteientschädigung zugesprochen hat, beides unter Vorbehalt einer anderslautenden Kostenverteilung in einem allfälligen Hauptsachenprozess, beanstandet der Berufungskläger im Berufungsverfahren nicht. Es bleibt diesbezüglich folglich beim vorinstanzlichen Entscheid. 9. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Berufung bezüglich des Antrags, ein Obergutachten einzuholen, abzuweisen ist. Ebenso hat sich die Kritik des Berufungsklägers an der Kostenverteilung durch die Vorinstanz als nicht stichhaltig erwiesen. Die Berufung ist damit gänzlich abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid ist im Ergebnis zu bestätigen. 10. Abschliessend sind die Prozesskosten des Berufungsverfahrens (Gerichtskosten und Parteientschädigung; Art. 95 Abs. 1 ZPO) zu verlegen. Anders als im (eigenständigen) erstinstanzlichen Verfahren um vorsorgliche Beweisführung, bei welchem das Unterliegerprinzip nicht gilt und die Prozesskosten grundsätzlich zu Lasten des Gesuchstellers gehen (BGE 140 III 30 E. 3.2), sind für das Rechtsmittelverfahren die Verteilungsgrundsätze gemäss Art. 106 ZPO massgebend (vgl. Urteil der II. Zivilkammer des Kantonsgerichts ZK2 16 53 vom 4. Januar 2017 E. 5a mit Hinweisen, siehe auch Walter Fellmann, a.a.O., N 44c zu Art. 158 ZPO). Entsprechend des Ausgangs des Verfahrens wird der Berufungskläger somit vollumfänglich kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gestützt auf den geltenden Gebührenrahmen für Berufungsentscheide (Art. 9 der Verordnung über die Gerichtskosten in Zivilverfahren [VGZ; BR 320.210]) erscheint eine Gerichtsgebühr in der Höhe von CHF 6'000.00 angemessen. Diese wird mit dem vom Berufungskläger geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 4'000.00 verrechnet. Der Fehlbetrag von CHF 2'000.00 wird A.\_\_\_\_\_ durch das Kantonsgericht separat in Rechnung gestellt. b) Der Berufungskläger hat überdies die anwaltlich vertretene Berufungsbeklagte aussergerichtlich zu entschädigen. Da der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren keine Kostennote eingereicht hat, ist die beantragte Parteientschädigung nach Ermessen festzusetzen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Angesichts der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen sowie unter Berücksichtigung der eingereichten Rechtsschriften erscheint der II. Zivilkammer des Kan-

#### **E. 34**

/ 35 Kantonsgerichts eine Entschädigung von pauschal CHF 5'000.00 (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) angemessen.

#### **E. 35**

/ 35 III.

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