

# GR\_GERICHTE ZK2 2020 39 vom 15. März 2022

GR Gerichte, 2022-03-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2 2020 39](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2020_39)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2020 39 du 15 mars 2022

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2020 39 del 15 marzo 2022

## Regeste

Forderung aus Architekturvertrag | Berufung OR Auftrag/Geschäftsführung o. Auftrag/Bürgschaft etc.

## Erwägungen

### E. 1

Prozessuales

#### E. 1.1

Anfechtungsobjekt im vorliegenden Berufungsverfahren bildet der Entscheid des Regionalgerichts Surselva vom 19. Mai 2020, mit welchem es die Klage des Berufungsbeklagten gegen die Berufungsklägerin in Höhe von CHF 288'522.60, zuzüglich 5 % Zins auf CHF 280'000.00 seit dem 11. Juni 2018 und 5 % Zins auf CHF 8'522.60 seit Klageeinreichung teilweise guthiess. Dagegen erhob die Berufungsklägerin Berufung und verlangte die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides sowie die Abweisung der gegnerischen Klage. Angesichts der im Streit liegenden Forderungssumme ist sowohl die für die Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden (nachfolgend Kantonsgericht) erforderliche Streitwertgrenze von CHF 10'000.00 (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO und Art. 308 Abs. 2 ZPO) als auch jene der zivilrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht von CHF 30'000.00 erfüllt (vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. b des Bundesgerichtsgesetzes [BGG; SR 173.110]; vgl. auch Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG, wonach die Rechtsmittelbelehrung die Angabe des Streitwertes zu enthalten hat). Zuständig zur Beurteilung der vorliegenden Berufung ist die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts (Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [EGzZPO; BR 320.100] in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die Organisation des Kantonsgerichts [KGV; BR 173.100]).

#### E. 1.2

Die Berufung vom 17. September 2020 gegen den der Berufungsklägerin am 18. August 2020 (vgl. act. B.2) zugegangenen Entscheid erfolgte innerhalb der 30-tägigen Berufungsfrist (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO) und damit fristgerecht.

#### E. 1.3

In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) hat sich der Berufungskläger im Sinne einer Eintretensvoraussetzung mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheides im Einzelnen auseinanderzusetzen und hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der behaupteten Mängel leidet (vgl. dazu BGE 138 III 374 E. 4.3.1). A maiore ad minus ist möglich, nur auf einzelne Vorbringen bzw. Rügen nicht einzutreten, währenddem

auf die Berufung als solche eingetreten wird (Peter Reetz/Stefanie Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger

### **E. 1.3.1**

SIA Norm 102 2003). Auch darin liegt eine Verweisung auf die anerkannten Regeln der Baukunde, insoweit sie für das jeweilige Fachgebiet relevant sind (vgl. Hubert Stöckli, Vom Recht der technischen Normen, in: Stöckli [Hrsg.], Schweizerische Baurechtstagung 2019, Freiburg 2019, S. 25). Fehlt es an einer expliziten Verweisung im Vertrag, sind technische Normen zwar nicht direkt anwendbar, eignen sich aber dennoch sozusagen als "Inspirationsquelle", indem sie den Weg zur anerkannten Regel der Baukunde weisen, anhand der sich der Fall entscheiden lässt (vgl. Stöckli, a.a.O., S. 27 m.w.H.). Das Gericht kann daher bei der Beurteilung, ob die Regeln der Baukunde eingehalten worden sind, auf technische Nor-

### **E. 6**

/ 39 [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 38 zu Art. 311 ZPO). Wie aus den nachfolgenden Erwägungen ersichtlich wird, ist auf einzelne Vorbringen der Berufungsklägerin mangels rechtsgenügender Begründung nicht einzutreten, während auf die Berufung als solche eingetreten werden kann. Ein Nichteintreten auf einzelne Rügen wird nachstehend im jeweiligen Sachzusammenhang geprüft. 2. Noven Die Berufungsklägerin macht zunächst geltend, das bereits vor Vorinstanz eingereichte E-Mail vom 19. (recte: 15.) Mai 2020 (RG act. III.20) sei zu berücksichtigen, da es sich entgegen der vorinstanzlichen Erwägung um ein echtes Novum gemäss Art. 229 ZPO handle. Wie die Vorinstanz selber festgestellt habe, sei das Beweismittel erst unmittelbar vor der Hauptverhandlung entstanden, weshalb die Begründung, wonach die Auskunft mit der nötigen Sorgfalt bereits vorher hätte vorgebracht werden können, nicht überzeuge. Die Begründung, dass der Experte auch als Zeuge hätte einvernommen werden können, verfange nicht. Entsprechend handle es sich beim E-Mail vom 15. Mai 2020 um ein echtes Novum, welches ohne weitere Voraussetzung zulässig sei (act. A.1 S. 3 f.). 2.1. Gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO werden in der Hauptverhandlung neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden oder gefunden worden sind (echte Noven) oder bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven). Die Novenregelung unterscheidet danach, ob das Novum erst nach der letzten prozessualen Äusserungsmöglichkeit entstanden ist (echte Noven) oder damals bereits vorhanden war (unechte Noven). Über die Qualifikation der Noven als echte oder unechte entscheidet mithin deren Entstehungsdatum. Bei allen Beweismitteln, die durch den Unmittelbarkeitsgrundsatz volle Beweiskraft erzeugen, da der Inhalt des Beweismittels fremde Wahrnehmung (Zeugnis), fremdes Sachwissen (Gutachten; schriftliche Auskunft) oder gerichtliche Anschauung (Augenschein) bildet, kommt es dabei auf die tatsächliche Möglichkeit an, den Beweisantrag zu stellen. Nach dem Grundsatz des sachnächsten Beweismittels kann eine Partei daher keine schriftliche Aussage eines Dritten nachträglich als "Urkunde" einreichen, wenn es ihr möglich gewesen wäre, die Drittperson rechtzeitig als Zeugen anzurufen (vgl. Daniel Williseg-

### **E. 6.1**

Ermittlung des Streitwerts Nachdem das Kantonsgericht einen neuen Entscheid trifft, hat es auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Proz. Nr. 115-2019-6) zu entscheiden (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Vor Vorinstanz verlangte der Berufungsbeklagte in seiner Replik die Zusprechung von CHF 288'522.60 zuzüglich 5 % Zins auf CHF 280'000.00 seit dem 11. Juni 2018 und 5% Zins auf CHF 8'522.60 seit Klageeinreichung. Nebst den Sanie- rungskosten für die Dacheinschnitte und das Dach enthält seine Forderung auch die Rückforderung der Prozesskosten der vorsorglichen Beweisführung (Proz. Nr. 135-2017-263) von insgesamt CHF 27'990.00. Die Vorinstanz behandelte diese

### **E. 6.1.1**

Was die amtlichen Kosten für die vorsorgliche Beweisführung – d.h. einer- seits die Entscheidgebühr, andererseits die Kosten der Expertise – betrifft, so wurde im Entscheid vom 21. Juli 2017 festgehalten, dass diese Kosten vom Beru- fungsbeklagten vorzuschüssen seien, die endgültige Kostentragung jedoch einem allfälligen Hauptverfahren vorbehalten bleibe. Diese Vorgehensweise ist korrekt (vgl. BGE 140 III 30). Das Bundesgericht hat hierzu festgehalten, dass die die vor- sorgliche Beweisführung begehrende Partei die Möglichkeit habe, den Hauptpro- zess anzustrengen und bei Obsiegen in der Sache auch die Kosten des vorsorgli- chen Beweisverfahrens auf die in der Sache unterliegende Partei abzuwälzen (BGE 130 III 30 E. 3.5). Das Prozessrecht sieht demnach vorliegend eine Abgel- tung für gewissermassen vorgeschossene amtliche Kosten vor (vgl. auch Walter Fellmann, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 41 zu Art. 158 ZPO m.H.a. Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler, ZPO SG, Kommen- tar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N 7b zu Art. 199 ZPO; Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozess- recht, 2. Aufl., Bern 2016, N 9.55; i.E. auch OGer BE HG 14 42 v. 14.11.2018 E. 45). Für einen selbständigen materiell-rechtlichen Schadenersatzanspruch, wie ihn der Berufungsbeklagte im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht und die Vorinstanz ihn bejaht hat, besteht demnach im vorliegenden Fall kein Raum (i.E. auch Peter Reetz, Der Bauprozess: er steht und fällt mit dem Beweis, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht [Hrsg.], Schweizerische Bau- rechtstagung 2009, Freiburg 2009, S. 128). Die amtlichen Kosten der vorsorgli- chen Beweisführung sind vielmehr aus dem Streitgegenstand auszuklammern, was bedeutet, dass sie auch nicht für den Umfang des Obsiegens bzw. Unterlie- gens berücksichtigt werden können. Im Gegenteil: Die Berufungsklägerin wird hin-

### **E. 6.1.2**

Im Grundsatz nichts anderes gilt auch hinsichtlich der Parteientschädigung, zu dessen Zahlung der Berufungsbeklagte gegenüber der Berufungsklägerin im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung verpflichtet wurde. Solche Kosten sind als Auslagen im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO zu betrachten, sodass – auch hier – kein Raum für einen selbständigen materiell-rechtlichen Schadenersatzan- spruch besteht. Die genannten Auslagen werden dem Berufungsbeklagten nach Massgabe seines Obsiegens durch die Berufungsklägerin entschädigt (vgl. Art. 106 ZPO). Was die eigenen anwaltlichen Kosten des Berufungsbeklagten für das Verfahren um vorsorgliche Beweisführung betrifft, so ist zu beachten, dass die vor Vorinstanz eingereichte Honorarnote auch Aufwendungen vor dem 14. März 2019 (Datum Instanzierung der Klage) enthält. Damit besteht zumindest implizit ein Antrag um Entschädigung der im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung

angefallenen Anwaltskosten. Auch diese Aufwendungen sind somit für die Festsetzung der Par- teientschädigung zu berücksichtigen (Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO; Benedikt A. Sutter/Christina von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 31 zu Art. 95 ZPO; i.E. auch OGer BE HG 14 42 v. 14.11.2018 E. 46.4; vgl. fer- ner Peter Reetz, a.a.O., S. 128).

### **E. 6.1.3**

Zusammenfassend gilt festzuhalten, dass die Prozesskosten des vorsorgli- chen Beweisverfahrens nicht Teil der Schadenersatzforderung des Berufungsbe- klagten bilden und daher für die Frage des Obsiegens bzw. Unterliegens auszu- klammern sind.

### **E. 6.2**

Grundsätze der Kostenverteilung Bei der Kostenverteilung zu berücksichtigen sind die folgenden Grundsätze: Hat keine Partei vollständig obsiegt, sind die Prozesskosten (Gerichtskosten und Par- teientschädigung; Art. 95 Abs. 1 ZPO) grundsätzlich nach dem Ausgang des Ver- fahrens zu verteilen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). In vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist die Differenz zwischen dem eingeklagten und dem zugesprochenen Forde- rungsbetrag für die Verteilung der Kosten und die Festsetzung der Prozessent- schädigung als Grundsatz und Ausgangspunkt von Bedeutung. Wie sich gezeigt hat, ist die Klage des Berufungsbeklagten in einem geringeren Umfang gutzuheissen, als dies die Vorinstanz gemacht hat. Im erstinstanzlichen

### **E. 7**

/ 39 ger, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsgl.], Basler Kommentar, Schweizerische Zi- vilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 24 zu Art. 229 ZPO). 2.2. Aus diesen Ausführungen erhellt, dass für den Zeitpunkt der Entstehung des Beweismittels vorliegend nicht darauf abzustellen ist, wann das E-Mail ent- standen ist, sondern bis wann die Berufungsklägerin als Prozesspartei bei sorgfäl- tiger Prozessführung den Beweisantrag (Zeugnis oder Urkunde) hätte stellen müssen bzw. wann die Berufungsklägerin die im E-Mail vom 15. Mai 2020 ge- machten Äusserungen von H.\_\_\_\_\_ als Beweis hätte offerieren können. Insofern ist nicht von Bedeutung, dass das E-Mail erst unmittelbar vor der erstinstanzlichen Hauptverhandlung entstanden ist. Die Berufungsklägerin hätte bereits im vorinstanzlichen Verfahren darlegen müs- sen, weshalb die Voraussetzungen von Art. 229 ZPO erfüllt sind. Dies hat sie nicht getan. Im Berufungsverfahren kann sie daher lediglich eine Verletzung von Art. 229 ZPO durch die Vorinstanz geltend machen und begründen. Mit ihren Aus- führungen legt die Berufungsklägerin indessen nicht dar, inwiefern sie die von H.\_\_\_\_\_ im besagten E-Mail getätigten Äusserungen nicht bereits früher hätte in den Prozess einbringen können. Sie begnügt sich vielmehr mit dem Hinweis, die Begründung der Vorinstanz, wonach der Experte auch als Zeuge hätte einver- nommen werden können, überzeuge nicht. Warum eine Befragung von H.\_\_\_\_\_ nicht hätte möglich sein sollen, legt sie jedoch nicht weiter dar, sodass sie der in Art. 311 Abs. 1 ZPO statuierten Begründungspflicht nicht nachkommt. Auf ihre Rüge kann daher nicht eingetreten werden und das E-Mail vom 15. Mai 2020 ist auch im Berufungsverfahren nicht zuzulassen. 3. Gegenstand des Berufungsverfahrens 3.1. In der vorliegenden Streitsache ist zu beurteilen, ob die Berufungsklägerin für die vom Berufungsbeklagten geltend gemachten Schäden haftbar zu machen ist. Der Berufungsbeklagte macht Schäden an zwei verschiedenen Orten am Haus geltend, nämlich einerseits am Dach und andererseits bei den

Dacheinschnitten und den Balkonen (nachfolgend Dacheinschnitte). Anders als im angefochtenen Entscheid und den Rechtsschriften des Berufungsverfahrens werden der besseren Übersicht halber zunächst die Rügen der Berufungsklägerin betreffend die Dacheinschnitte und alsdann jene betreffend das Dach abgehandelt. 3.2. Vor Kantonsgericht zu thematisieren ist die Frage der Verjährung sowie das Vorliegen der Schadenersatzvoraussetzungen (Schaden, Vertragsverletzung, Kausalzusammenhang und Verschulden). Die Berufungsklägerin moniert, dass

## **E. 7.1**

Gerichtskosten

### **E. 7.1.1**

Vorsorgliche Beweisführung Die Kosten des Verfahrens für die vorsorgliche Beweisführung belaufen sich auf insgesamt CHF 24'990.00 (Entscheidungsbühe CHF 2'000.00, Kosten der Beweisführung/Begutachtung CHF 22'990.00). Diese Kosten wurden dem Berufungsbe- klagten auferlegt, unter Vorbehalt eines abweichenden Entscheids des Gerichts über die endgültige Kostentragung im Hauptverfahren (vgl. Proz. Nr. 135-2017-263, Entscheid des Regionalgerichts Surselva vom 8. Juni 2018 E. 3.1). Infolge

### **E. 7.1.2**

Hauptverfahren Die Kosten des vorinstanzlichen Hauptverfahrens belaufen sich auf insgesamt CHF 18'350.00 (CHF 18'000.00 Gerichtskosten sowie CHF 350.00 Pauschale für das Schlichtungsverfahren). Sie werden mit den vom Berufungsbe- klagten geleis- teten Kostenvorschüssen in derselben Höhe verrechnet (Kostenvorschuss in Höhe von CHF 350.00 an das Vermittleramt Surselva [RG act. II.2 E. 3] und in Höhe von CHF 18'000.00 an das Regionalgericht Surselva [act. B.1 E. 7.1]). In Anwendung des obgenannten Verteilschlüssels werden sie zu 75 %, d.h. CHF 13'762.50, der Berufungsklägerin und zu 25 %, d.h. CHF 4'587.50, dem Berufungsbe- klagten auf- erlegt. Die Berufungsklägerin ist verpflichtet, dem Berufungsbe- klagten den Betrag von CHF 13'762.50 direkt zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

## **E. 7.2**

Parteientschädigung Das gleiche Verhältnis ist mit Bezug auf die Parteientschädigung anzuwenden. In Anwendung der Bruchteilverrechnungsmethode hat der mehrheitlich obsiegende Berufungsbe- klagte Anspruch auf 50 % (75 % - 25 %) seiner Aufwendungen. Anlässlich der Hauptverhandlung des Hauptverfahrens vom 19. Mai 2020 reichte der Berufungsbe- klagte für das vorsorgliche Beweisverfahren und das Hauptver- fahren eine Honorarnote in Höhe von insgesamt CHF 26'474.05 ein (RG act. II.32). Diese umfasst ein Zeithonorar in Höhe von CHF 14'175.00 (56.70 Stunden x CHF 250.00/h), Barauslagen von CHF 1'456.30, einen Streitwertzuschlag von CHF 8'950.00 sowie 7.7 % MwSt. in Höhe von CHF 1'892.75. Die Vorinstanz er- achtete das geltend gemachte Honorar als angemessen und sprach dem Beru- fungsbe- klagten eine Parteientschädigung in beantragter Höhe zu. Die Höhe des geltend gemachten Honorars wird von der Berufungsklägerin im Berufungsverfah- ren nicht gerügt und erscheint im Übrigen angesichts der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen auch als angemessen. Entsprechend des Verfahrensausgangs hat die Berufungsklägerin den Berufungsbe- klagten für das vorinstanzliche Verfah-

## **E. 8**

/ 39 allfällige Forderungen verjährt bzw. die Haftungsvoraussetzungen nicht gegeben seien.  
4. Dacheinschnitte 4.1. Verjährung 4.1.1. Was die von der Berufungsklägerin geltend gemachte Verjährungseinrede betreffend Dacheinschnitte betrifft, erwog die Vorinstanz, dass die Berufungsklägerin am 11. April 2017 eine Verjährungsverzichtserklärung – gültig bis zum 31. Dezember 2018 – unterzeichnet habe. Der Berufungsbeklagte habe am

### **E. 8.1**

**Gerichtskosten** Die Gerichtskosten werden gestützt auf Art. 9 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren (VGZ; BR 320.210) auf CHF 9'000.00 festgesetzt. Nach dem oben genannten Verteilschlüssel sind der Berufungsklägerin 75 % der Gerichtskosten aufzuerlegen, d.h. CHF 6'750.00, und dem Berufungsbeklagten Gerichtskosten in Höhe von CHF 2'250.00. Die Gerichtskosten in Höhe von CHF 9'000.00 werden mit dem von der Berufungsklägerin in derselben Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin den Betrag von CHF 2'250.00 direkt zu ersetzen.

### **E. 8.2**

**Parteientschädigung** Das gleiche Verhältnis ist mit Bezug auf die Parteientschädigung anzuwenden. Bei einem Obsiegen des Berufungsbeklagten im Umfang von 75 % und in Anwendung der Bruchteilverrechnungsmethode ist die Berufungsklägerin zu verpflichten, dem

### **E. 12**

/ 39 4.2. Schaden 4.2.1. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass durch nicht sachgemässe Ausführung der Dacheinschnitte ein Schaden am Wohnhaus entstanden sei. Sie stütze dies auf die ihrer Ansicht nach vollumfänglich überzeugenden Ausführungen des Gutachters, welcher festhielt, dass die minimale Anschlusshöhe und das Minimalgefälle von 1.5 % nicht eingehalten und zudem keine Notüberläufe vorhanden seien. Die Mangelhaftigkeit der Ausführung des Bauwerks an sich stelle grundsätzlich einen Schaden i.S. von Art. 97 bzw. Art. 368 Abs. 1 und 2 OR dar. Die Berufungsklägerin äussere sich bezeichnenderweise nur begrenzt dazu, weshalb es im Bereich der Dacheinschnitte zu Schäden habe kommen können, obwohl die getätigten Ausführungen ihrer Meinung nach nicht zu bemängeln seien, und es sei nicht nachvollziehbar, wie die Berufungsklägerin darauf komme, dass bisher noch keine Probleme mit dem Wasserabfluss bestanden hätten, obwohl im Gutachten klar festgehalten werde, dass das Holz im Anschlussbereich bei den Türen und Fenstern verrottet sei (act. B.1 E. 5.1.2). 4.2.2. Die Berufungsklägerin wirft der Vorinstanz zunächst vor, sie sei auf die am Gutachten geäusserte Kritik gar nicht eingegangen und habe sich dazu gar nicht geäussert (act. A.1 S. 14). Dies trifft nicht zu, zumal die Vorinstanz festhielt, dass sich die Berufungsklägerin in weiten Teilen darauf beschränkt habe, das Gutachten bzw. die Arbeit des Experten zu kritisieren, ohne konkret und vertieft auf die festgestellten Mängel einzugehen (act. B.1 E. 5.1.2). Dies trifft denn auch zu. In ihrer Beschwerdeantwort (recte Klageantwort) vom 15. August 2019 brachte die Berufungsklägerin vor, es seien "einige Fehler und Widersprüche in der Beurteilung auszumachen" und die Schlussfolgerungen des Gutachters seien nicht nachvollziehbar oder nachweisbar. Folglich sei "die Aussagekraft des ganzen Gutachters in Frage zu stellen" (RG act. I.4 Rz. 37). Eine solch pauschale Kritik genügt indessen nicht. Die Berufungsklägerin hat es im vorinstanzlichen Verfahren unterlassen, mit Verweis auf spezifische Passagen im Gutachten aufzuzeigen, inwiefern der Ansicht des Gutachters

nicht gefolgt werden kann. Die von der Berufungsklägerin wörtlich zitierten Passagen (RG act. I.4 Rz. 42) ändern daran nichts, zumal die Berufungsklägerin damit die Voreingenommenheit des Gutachters aufzeigen wollte, diese aber nicht alleine dadurch begründet wird, dass der Gutachter "Annahmen" trifft. Es kann der Vorinstanz daher nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie sich mit der von der Berufungsklägerin geäußerten Kritik am Gutachten nicht weiter auseinandersetze. 4.2.3. Auch in der Berufung kritisiert die Berufungsklägerin das Gutachten in allgemeiner Weise. Insbesondere moniert sie, der Gutachter habe sich in seinem

### **E. 13**

/ 39 Gutachten auf Rechtsfragen konzentriert, anstatt sich mit den Tatfragen auseinanderzusetzen (act. A.1 S. 14 f.). Weiter macht die Berufungsklägerin geltend, das Gutachten enthalte Fehler, Widersprüche und beruhe vielfach auf Annahmen, ohne dass diese mittels Messungen oder Vorschriften nachgewiesen seien (act. A.1 S. 14). An welcher Stelle dies der Fall ist, führt die Berufungsklägerin nicht weiter aus, weshalb bereits aus diesem Grund nicht weiter auf die beiden Rügen eingegangen werden kann. 4.2.4. Im Weiteren – so die Berufungsklägerin – wende der Gutachter private Normenkataloge an, die zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung noch nicht in Kraft gewesen seien und entsprechend nicht für die Expertise herangezogen werden könnten. Ohnehin seien die vom Gutachter herangezogenen Normen nicht Vertragsbestandteil und zudem sei für den Gutachter klar, dass jede Abweichung von den allgemein gehaltenen Regelwerken einen Mangel darstelle. Es wäre nach Ansicht der Berufungsklägerin jedoch nötig gewesen, dass sich der Gutachter mit diesen mutmasslichen Mängeln auseinandersetze und aufzeige, weshalb diese den vereinbarten Zweck nicht erfüllten (vgl. act. A.1 S. 14 ff.). Diese Ausführungen der Berufungsklägerin wurden unter dem Titel "Zu Erwägung 5.1 Schaden" gemacht, betreffen indessen die Frage, ob auch andere als im Gutachten als notwendig definierte Massnahmen möglich gewesen wären, um die anerkannten Regeln der Baukunde einzuhalten. Diese Frage betrifft jedoch die Vertragsverletzung und ist sogleich zu behandeln (vgl. nachstehend E. 4.3.1). 4.2.5. Die Behauptung der Berufungsklägerin, dass die von der Vorinstanz angeführten Schäden an den Türen nicht durch das mutmasslich fehlende Gefälle, sondern auf Niederschlag resp. am Holz liegendenbleibenden Schnee und dem im Gutachten nachweislich dokumentierten fehlenden Unterhalt zurückzuführen sei (act. A.1 S. 19), betrifft unter anderem den Kausalzusammenhang und ist dort zu behandeln (vgl. nachstehend E. 4.4). 4.2.6. Die Rügen der Berufungsklägerin sind nach Gesagtem unbehelflich. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist die Voraussetzung des Schadens zu bejahen. 4.3. Vertragsverletzung 4.3.1. Der Berufungsbeklagte sieht eine Vertragsverletzung zunächst in einer mangelhaften Planung, was die Vorinstanz gestützt auf die Gutachten bestätigte. Insbesondere halte der Gutachter fest, dass ein ausreichendes Gefälle und Notüberläufe fehlten (act. B.1 E. 5.2.1). Dem hält die Berufungsklägerin entgegen,

### **E. 14**

/ 39 dass die Terrassen über das notwendige Gefälle verfügten, was der Ingenieur O. \_\_\_\_\_ überprüft und bestätigt habe. Notüberläufe seien zum einen im Zeitpunkt der Planung kein zwingendes Erfordernis gewesen. Zum anderen seien sie aufgrund der wasserdicht ausgeführten Terrassen – bei welchen ausnahmsweise auf Notüberläufe verzichtet werden könne – nicht erforderlich gewesen (act. A.1 S. 19 f.). Gegen die vorinstanzliche Feststellung, dass das notwendige Gefälle nicht eingehalten sei, bringt die

Berufungsklägerin einzig vor, dass der Ingenieur O.\_\_\_\_\_ überprüft und bestätigt habe, dass dieses vorhanden sei. Diese Behauptung vermag an der vorinstanzlichen Feststellung indessen nichts zu ändern, da die Aussage des Ingenieurs einerseits nicht bewiesen ist, andererseits das Gutachten klar durch Messungen festhält, dass das geforderte Gefälle von 1.5 % auf keiner Ebene (Dacheinschnitte, Plattenbeläge, Abdichtungsebene, Beton) vorhanden ist (RG act. II.8). Dass Notüberläufe entgegen den Feststellungen des Gutachters und der vorinstanzlichen Erwägung kein zwingendes Erfordernis seien, stützt die Berufungsklägerin zunächst auf das Argument, dass die vom Gutachter angeführte Norm SN 592 000 von den Parteien nicht vertraglich vereinbart worden sei und somit keine direkte Anwendbarkeit fände. Ohnehin werde in diesen Normen nur festgehalten, dass Flachdächer "in der Regel mit Notüberläufen auszurüsten" seien, wobei vorliegend ein Ausnahmefall gegeben sei, da die Terrassen wasserdicht ausgeführt worden seien und es in einem solchen Fall keiner Notüberläufe bedürfe (act. A.1 S. 20). Dass die Parteien im Vertrag nicht ausdrücklich auf die Norm SN 592 000 Bezug genommen haben, steht einer Hinzuziehung dieser Norm entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin nicht entgegen. Wie bereits die Vorinstanz festhielt (act. B.1 E. 5.2.1), verpflichtete sich die Berufungsklägerin infolge Anwendbarkeit der SIA Normen 102 2003, "die vertraglich vereinbarten Leistungen unter Beachtung der allgemein anerkannten Regeln [ihres] Fachgebietes" zu erfüllen (Ziffer

## **E. 15**

/ 39 men – wie etwa die Norm SN 592 000 – zurückgreifen. Zieht der Gutachter, wie im vorliegenden Fall, die technischen Normen als Grundlage für die anerkannten Regeln der Baukunde hinzu, ist zu beachten, dass die Anwendbarkeit technischer Normen unter dem Vorbehalt steht, dass ein alternatives Verhalten aus technischer Sicht nicht ebenso vertretbar ist wie das Verhalten, für das sich die technischen Normen entschieden haben (vgl. Stöckli, a.a.O., S. 27 f. m.w.H.). Die Gerichtspraxis operiert mit der tatsächlichen Vermutung, dass technische Normen die anerkannten Regeln der Baukunde wiedergeben. Dabei handelt es sich um eine tatsächliche Vermutung, die lediglich auf die Beweiswürdigung einwirkt, nicht aber die Verteilung der Beweislast verändert. Die tatsächliche Vermutung, dass die technischen Normen die anerkannten Regeln der Baukunde abbilden, kann widerlegt werden. Ausreichend ist der blosse Gegenbeweis, der darauf abzielt, Zweifel an der Richtigkeit der Annahme zu streuen, die in der Vermutung zum Ausdruck kommt (vgl. Stöckli, a.a.O., S. 28; ferner auch Andreas Brunner, Technische Normen in Rechtsetzung und Rechtsanwendung, in: Spiro et al. [Hrsg.], Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Bd. 3, Basel 1991, S. 161 ff.). Soweit die Berufungsklägerin im konkreten Fall geltend macht, dass "viele Wege nach Rom" führen (act. A.1 S. 16), trifft dies zwar insoweit zu, als dass die anerkannten Regeln der Baukunde auch mit anderen als in den technischen Normen beschriebenen Massnahmen gewahrt werden können. Indessen hat sie, wenn sie einen solchen Fall behauptet, den Gegenbeweis zu erbringen, welcher Zweifel an der Richtigkeit der in der technischen Norm aufgestellten Vermutung streut. Die pauschale Behauptung, dass auch andere Massnahmen vertretbar sind, reicht dazu nicht aus. Was die Notüberläufe im Konkreten anbelangt, kam der Gutachter im vorliegenden Fall in Anwendung der Norm SN 592 000 zum Schluss, dass "Notüberläufe bei Flachdächern ohne freien Überlauf am Dachrand – unabhängig der Dachgrösse – zwingend" seien (RG act. II.8 S. 17). Ziffer 6.3 der Norm SN 592 000 lautet wie folgt: 6.3.1.Grundsatz Flachdächer sind in der Regel mit Notüberläufen auszurüsten. Bei mehreren Regenwassereinläufen mit der Möglichkeit des Überfließens von Einlauf zu

Einlauf und einer Stauhöhe gemäss SIA 271 (120 mm über der Schutz- und Nutzschicht) genügen Signalüberläufe. 6.3.2. Auslegung und Anordnung Notüberläufe sind so auszulegen, dass das gesamte berechnete Regenwasser, welches auf das Teil- oder Gesamtdach auftrifft, abgeleitet werden kann. Das abzuführende Regenwasser (Regenwasserabfluss) ist möglichst auf mehrere Notüberläufe aufzuteilen. Die Notüberläufe sind so zu platzieren, dass das ausfliessende Wasser nicht auf Verkehrsflächen niedergeht.

#### **E. 16**

/ 39 Da der vorliegende Fall nicht unter Ziffer 6.3.1 der Norm SN 592 000 zweiter Satz fällt, gilt in Anwendung der technischen Norm SN 592 000 zumindest die Vermutung, dass Notüberläufe auch im vorliegenden Fall die Regel sind. Es steht der Berufungsklägerin aber wie aufgezeigt frei, darzulegen, dass auch ein alternatives Verhalten (keine Notüberläufe) den anerkannten Regeln der Baukunde entspricht. Dass die wasserdicht ausgeführten Terrassen eine berechnete Ausnahme darstellen, bei welchen auf Notüberläufe verzichtet werden könne, behauptet die Berufungsklägerin lediglich (act. A.1 S. 20), ohne indessen Beweise dafür aufzuführen. Die Vermutung, dass in der Regel – und so auch im vorliegenden Fall – Notüberläufe einzubauen sind, hat die Berufungsklägerin damit nicht widerlegt. Fehlt es an Notüberläufen, ist deshalb in Übereinstimmung mit dem Gutachten und der Vorinstanz davon auszugehen, dass die anerkannten Regeln der Baukunde nicht eingehalten worden sind. Aus den genannten Gründen besteht für das Kantonsgericht kein Anlass, von den vorinstanzlichen Feststellungen, dass die Flachdächer in den Dacheinschnitten wesentliche Mängel aufweisen und die Regeln der Baukunde verletzt worden sind, abzuweichen. 4.3.2. Im Weiteren liegt eine Vertragsverletzung nach Ansicht des Berufungsbeklagten in einer unsorgfältigen Bauaufsicht. Die Vorinstanz hielt zunächst fest, dass sich die Berufungsklägerin im Architektenvertrag zur (Ober-)Bauleitung verpflichtet habe (Ziffer 2.1 Architektenvertrag). Selbst wenn sie die Bauleitung nicht selbst wahrgenommen, sondern an die C.\_\_\_\_\_ delegiert hätte, könne sie für eine mangelhafte Bauleitung infolge Hilfspersonenhaftung (Art. 101 OR) haftbar gemacht werden. Ein Bauleitungsvertrag zwischen dem Berufungsbeklagten und der C.\_\_\_\_\_ sei nicht zustande gekommen (act. B.1 E. 5.2.1). Die Berufungsklägerin stellt sich auch im Berufungsverfahren auf den Standpunkt, dass nicht sie, sondern die C.\_\_\_\_\_, die Bauleitung übernommen habe. Es handle sich dabei um keine Hilfspersonenhaftung, sondern um eine befugte und vertraglich vereinbarte Substitution gemäss Art. 399 Abs. 2 OR, für welche die Berufungsklägerin nur für die gehörige Sorgfalt und Instruktion hafte (act. A. 1 S. 20). Dem kann nicht gefolgt werden, da nicht ersichtlich ist, dass ein allfälliger Beizug der C.\_\_\_\_\_ im Interesse des Berufungsbeklagten erfolgte, wie die Berufungsklägerin argumentiert (act. A.1 S. 20). Vielmehr ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass ein allfälliger Beizug der C.\_\_\_\_\_ zur Unterstützung der Berufungsklägerin erfolgte, zumal deren Leistungen für Planung und Bauleitung im Honorar, welches der Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin schuldete, bereits enthalten war (Ziffer 3 Architektenvertrag). Was die behauptete

#### **E. 17**

/ 39 unsorgfältige Bauleitung betrifft – von einer solchen ist die Vorinstanz unter Berufung auf die Gutachten ebenfalls ausgegangen –, bringt die Berufungsklägerin dagegen einzig vor, die C.\_\_\_\_\_ habe auf Anfrage bestätigt, dass die Arbeiten allesamt korrekt und

die Terrassen mit dem nötigen Gefälle ausgeführt worden seien. Diese Behauptung ist weder bewiesen noch vermag sie im Übrigen an der Ansicht des Gerichts etwas zu ändern, zumal eine gegenteilige Aussage nicht im Interesse der C.\_\_\_\_\_ wäre, muss sie doch unter Umständen mit einem Regress der Berufungsklägerin rechnen. Weitere Argumente, welche die Fehlerhaftigkeit der vorinstanzlichen Würdigung begründen, führt die Berufungsklägerin nicht ins Feld. 4.3.3. Eine Vertragsverletzung betreffend die Dacheinschnitte ist nach Gesagtem gegeben. 4.4. Kausalzusammenhang Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die Berufungsklägerin die fehlerhafte Ausführung der Dacheinschnitte ohne weiteres bemerkt hätte bzw. hätte bemerken müssen, wenn sie die Pläne sachgemäss ausgeführt bzw. anschliessend die Erarbeitung des Bauwerks in einer ihr zumutbaren Weise sorgfältig beaufsichtigt hätte. Sie bejahte daher einen Kausalzusammenhang (act. B.1 E. 5.3.1). Dagegen bringt die Berufungsklägerin vor, der Schaden an den Türen sei nicht aufgrund der behaupteten fehlerhaften Entwässerung entstanden, sondern aufgrund unzureichenden Unterhalts. Für die Baukontrolle habe nicht die Berufungsklägerin einzustehen, weshalb sich daraus kein Kausalzusammenhang ergebe (act. A.1 S. 22). Dass ein unzureichender Unterhalt für den Schaden verantwortlich wäre, ergibt sich nicht aus den Akten. Auch wurde bereits dargelegt (vgl. vorstehend E. 4.3.2), dass die Berufungsklägerin für die Bauleitung verantwortlich war. Dies schliesst insbesondere die allgemeine Leitung und Überwachung der Arbeiten auf der Baustelle ein (vgl. Art. 4.52 SIA Norm 102 [2003]). Weiteres bringt die Berufungsklägerin nicht vor. Ein Kausalzusammenhang ist daher in Übereinstimmung mit der Vorinstanz zu bejahen. 4.5. Verschulden Nach Ansicht der Vorinstanz ist der Berufungsklägerin vorzuwerfen, dass ein Schaden bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit sowohl im Hinblick auf die Dacheinschnitte als auch auf das Steildach voraussehbar war und er damit vermeidbar gewesen wäre. Das Verschulden sei daher gegeben (act. B.1 E. 5.4). Die Berufungsklägerin moniert, dass die Schlussfolgerung der Vorinstanz nicht nachvoll-

## **E. 18**

/ 39 ziehbar sei. Die Voraussetzungen einer Schadenersatzklage seien nicht gegeben. Insbesondere habe die gewählte Ausführung dem damaligen Stand der Technik entsprochen, was per se ein Verschulden ausschliesse. Dass, nach Ansicht der Berufungsklägerin, kein Schaden und keine Vertragsverletzung gegeben seien, ist wie vorstehend ausgeführt nicht der Fall und ändert damit nichts an der Verschuldensfrage. Das Verschulden der Berufungsklägerin ist daher ebenfalls gegeben. 4.6. Höhe des Schadens 4.6.1. Die Vorinstanz spricht dem Berufungsbeklagten für Schäden an den Dacheinschnitten CHF 105'867.25 zu (Sanierungskosten der Dacheinschnitte). Die Berufungsklägerin moniert, dass der Berufungsbeklagte eine Luxussanierung vorgenommen habe. Es sei bekannt, dass für die ursprüngliche Sanierung rund CHF 20'000.00 veranschlagt worden seien, die Sanierung der Dacheinschnitte dann aber über CHF 100'000.00 gekostet habe. Dies zeige, dass der Berufungsbeklagte unverhältnismässig teuer saniert habe und die Kosten der Berufungsklägerin überwälzen wolle (act. A.1 S. 18). Die Vorinstanz stützte sich für die Frage des Schadenersatzes auf das Gutachten, welches von einer Kostenschätzung von CHF 100'000.00 (+/- 20 %) ausging (RG act. II.8 S. 16). Da die vom Berufungsbeklagten belegten Kosten für die Sanierung sich etwa in diesem Rahmen bewegten, könne auch nicht von einer Luxussanierung gesprochen werden. Die Kritik der Berufungsklägerin an den Sanierungskosten bzw. an den gewählten Methoden sei rein appellatorisch. Es werde nämlich nicht aufgezeigt, welche Kosten nicht notwendig gewesen seien und es werde auch nicht substantiiert vorgebracht,

welche Kosten nach Meinung der Berufungsklägerin angemessen gewesen wären bzw. welche Arbeiten anders hätten ausgeführt werden müssen (act. B.1 E. 5.1.3). 4.6.2. Die Berufungsklägerin moniert, das Gutachten gehe von einer notwendigen Totalsanierung aus, ohne aufzuzeigen, weshalb diese nötig sein soll oder ob eine kostengünstigere Teilsanierung ebenfalls das gewünschte Ergebnis bringe. Die pauschale Kostenschätzung des Experten, ohne auf die einzelnen von ihm vorgeschlagenen Sanierungsarbeiten einzugehen, mache mehr als deutlich, dass der Experte sich nur für die Interessen des Bauherrn einsetze. Es sei weder ausgewiesen, weshalb eine Komplettsanierung nötig gewesen sei – der gewünschte Nutzen wäre sicherlich auch mit weniger Aufwand zu erreichen gewesen – noch sei klar, weshalb die Berufungsklägerin für eine solche kostspielige Sanierung einstehen solle. Sodann sei bekannt, dass für die ursprüngliche Sanierung der Terrassen rund CHF 20'000.00 veranschlagt worden seien, die Sanierung der Terrassen aber letztlich bei rund CHF 100'000.00 gelegen habe. Diese riesige Differenz lasse sich nur damit erklären, dass der Berufungsbeklagte unverhältnismässig

#### **E. 19**

/ 39 teuer saniert habe und die Kosten der Berufungsklägerin überwälzen wolle. Für Fachleute sei klar, dass bei einer wasserdichten Terrasse mit Foamglasausführung keine Komplettsanierung nötig gewesen sei, weshalb sich die Kostenschätzung von O.\_\_\_\_\_ auf CHF 18'000.00 belaufe (RG act. III.18; act. A. 1 S. 18). 4.6.3. Aus diesen Ausführungen erhellt, dass in erster Linie strittig ist, ob eine Totalsanierung notwendig gewesen ist. Der Berufungsbeklagte hat, Art. 8 ZGB folgend, als Anspruchsteller die rechtsbegründende Tatsache des Schadens sowie die Höhe des Schadens zu beweisen. Der Berufungsklägerin steht es indessen offen, den Gegenbeweis zu erbringen, um den Hauptbeweis misslingen zu lassen. Während der Berufungsbeklagte die behaupteten Sanierungskosten (Totalsanierung) mit Dokumenten belegt und auch das Gutachten von geschätzten Totalsanierungskosten in diesem Rahmen ausgeht, behauptet die Berufungsklägerin, der Berufungsbeklagte habe bei der C.\_\_\_\_\_ einen Kostenvoranschlag für die Sanierung des Daches sowie der Dacheinschnitte eingeholt. Gemäss Kostenvoranschlag hätten sich die Kosten für die Sanierung der Terrassen auf CHF 18'000.00 belaufen (RG act. I.4 Rz. 60 ff.). Die Berufungsklägerin reichte einen Kostenvorschlag der C.\_\_\_\_\_ vom 11. August 2016 betreffend "Sanierung Dach" ins Recht, worin der Posten "Flachdächer und Terrassen" mit Kosten von CHF 18'000.00 veranschlagt wird (RG act. III.18). Der Gutachter geht indessen davon aus, dass in keinem Dacheinschnitt die geltenden Flachdachnormen eingehalten worden seien. Es hätten ein Rückbau bis auf die Betondecke, ein Neuaufbau mit Gefälls-Wärmedämmung, der Einbau von Notüberläufen sowie neue Anschlüsse an die bestehenden Fensterrahmen und die dazu erforderlichen Spengler- und Nebenarbeiten zu erfolgen. Er geht in seiner Kostenschätzung von CHF 100'000.00 +/- 20 % aus (RG act. II.8 Ziff. 2.7.2). Nachdem feststeht, dass das erforderliche Gefälle nicht eingehalten wurde und Notüberläufe fehlen (vgl. vorstehend E. 4.3.1), sind die vom Gutachter genannten Sanierungsmassnahmen sowie die Höhe der effektiv angefallenen Kosten überzeugend. Die Berufungsklägerin hätte, um die gutachterlichen Feststellungen in Zweifel zu ziehen, substantiiert darlegen müssen, warum eine Teilsanierung genügt hätte. Hierzu reicht nicht aus, wenn sie dem Gutachter vorwirft, dieser habe nicht ausgeführt, weshalb eine Teilsanierung nicht genüge. Der Gutachter hat (nachvollziehbar) dargelegt, warum er eine Totalsanierung als notwendig erachtet; eine Alternative muss nicht noch explizit verworfen werden. Unter diesen Umständen hätte es an der Berufungsklägerin gelegen aufzuzeigen, warum eine Teilsanierung ausreichend sei. Dem kommt die Berufungsklägerin nicht

hinreichend

## **E. 20**

/ 39 nach. Die von der Berufungsklägerin vorgebrachte Kostenschätzung der C.\_\_\_\_\_ vermag den Gegenbeweis tieferer Sanierungskosten nicht zu erbringen, da nicht klar ist, welche Arbeiten unter den Posten "Flachdächer Terrassen" fallen und somit auch offenbleibt, ob damit die vom Gutachter genannten und vom Gericht als notwendig erachteten Massnahmen allesamt eingeschlossen sind. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass die C.\_\_\_\_\_ als Hilfsperson der Berufungsklägerin in einem augenfälligen "Näheverhältnis" zu dieser steht und wohl auch ein (mittelbares) Interesse an der Abweisung der Klage hat. Ihrem Kostenvoranschlag kommt unter diesen Umständen von vornherein nur eine beschränkte Aussagekraft zu. Es bleibt daher dabei, dem Berufungsbeklagten CHF 105'867.25 zuzusprechen. 4.7. Fazit Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass die Forderung des Berufungsbeklagten für die Sanierungskosten an den Dacheinschnitten in Höhe von CHF 105'867.25 ausgewiesen ist. Ihm ist zudem antragsgemäss ein Zins von 5 % seit dem 11. Juni 2018 zuzusprechen, zumal dieser Punkt in der Berufung nicht gerügt wurde (vgl. hierzu auch KGer GR ZK2 15 28 v. 26.10.2020 E. 18). 5. Dach 5.1. Ausgangslage 5.1.1. Parteistandpunkte Die Vorinstanz sprach dem Berufungsbeklagten sodann einen Betrag von CHF 154'665.35 (zuzüglich 5 % Zins seit dem 11. Juni 2018) für die Sanierung des Daches zu. Der Argumentation des Berufungsbeklagten folgend erwog sie, dass ein im März 2013 zwischen den Parteien mündlich zustande gekommener Vertrag die Anspruchsgrundlage für die Schäden beim Dach infolge der undichten J.\_\_\_\_\_ -Folie bilde. Sie stützt dies insbesondere auf ein Treffen zwischen der Berufungsklägerin und der Frau des Berufungsbeklagten im März 2013 und ein weiteres Treffen mit denselben Personen sowie dem Dachdecker I.\_\_\_\_\_ im April 2013. Weil die Frau des Berufungsbeklagten die Berufungsklägerin und den Dachdecker für eine Besichtigung aufgeboten habe, müsse davon ausgegangen werden, dass Schäden bereits zu diesem Zeitpunkt erkennbar gewesen seien. Aufgrund des Verhaltens der Berufungsklägerin – sie habe mit dem Dachdecker einen zweiten Besichtigungstermin vereinbart und habe sich erst mit E-Mail vom 7. April 2016 implizit für das "J.\_\_\_\_\_ Problem" für unzuständig erklärt – sei ebenfalls davon auszugehen, dass die Berufungsklägerin es für (zumindest) einigermaßen wahrscheinlich gehalten habe, dass Mängel bzw. Schäden an der Dach-

## **E. 21**

/ 39 konstruktion vorhanden seien. Auch habe der Berufungsbeklagte aufgrund des vereinbarten zweiten Besichtigungstermins mit dem Dachdecker ohne weiteres davon ausgehen können, dass sich die Berufungsklägerin dem Problem annehmen würde und dass der mögliche Mangel sorgfältig abgeklärt werden würde (act. B.1 E. 4.2). Die Berufungsklägerin bringt vor, die beiden Treffen mit der Frau des Berufungsbeklagten und dem Dachdecker im Frühling 2013 hätten nur aus Gefälligkeit stattgefunden. Die Vorinstanz habe zu Unrecht einen mündlichen Vertrag angenommen. Dem hält der Berufungsbeklagte unter anderem entgegen, dass er aufgrund des Verhaltens der Berufungsklägerin in guten Treuen davon ausgehen dürfe, dass sich die Berufungsklägerin der Sache annehme. Andernfalls hätte die Berufungsklägerin Abklärungen in diesem Zusammenhang von Anfang an ablehnen müssen und dies dem Berufungsbeklagten klar kundtun müssen (act. A.2 Rz. 12.3). 5.1.2. Streitgegenstand Die Berufungsklägerin bringt insbesondere vor, dass im Frühling 2013 noch keine

Wasserschäden in dem vom Berufungsbeklagten behaupteten Ausmass vorhanden gewesen seien (RG act. I.4 Rz. 13 ff.) und keine rechtsgenügende Mängelrüge vorliege (RG act. I.4 Rz. 21 ff.). Wie bereits aufgezeigt und auch vom Berufungsbeklagten zutreffend ausgeführt, geht es bei den fraglichen Ansprüchen nicht um solche aus dem ursprünglichen Werkvertrag, sondern – sofern das Vorliegen eines Vertrages betreffend die Schadensbehebung am Dach bejaht wird – um die Frage, ob die Berufungsklägerin ihren daraus resultierenden Pflichten (insbesondere ihrer aus Auftrag resultierenden Sorgfaltspflicht) genügend nachkam. Insofern ist die Frage, ob eine rechtsgenügende Mängelrüge durch den Berufungsbeklagten vorliegt oder nicht, für die Haftungsfrage der Berufungsklägerin nicht relevant. Zu klären wird sein, ob infolge der bereits im Frühling 2013 ersichtlichen Wasserflecken ein Tätigwerden der Berufungsklägerin angezeigt war (vgl. nachstehend E. 5.5).

5.2. Vertrag 5.2.1. Die Berufungsklägerin moniert, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass sich die Berufungsklägerin bis zu ihrer E-Mail vom 7. April 2016 (RG act. II.10) für zuständig erachtet habe. Diese E-Mail sei eine Antwort auf eine Frage des Berufungsbeklagten gewesen (RG act. II.10). Vor diesem Hintergrund könne, wenn sich jemand für eine Sache unzuständig erkläre, daraus nicht der Um-

## **E. 22**

/ 39 kehrschluss gezogen werden, diese Person sei vorher zuständig gewesen (act. A.1 S. 12). Der Berufungsklägerin ist beizupflichten. Die genannten E-Mails, welche rund drei Jahre nach den beiden Treffen vom Frühling 2013 geschrieben wurden, sind kein Indiz für das Vorliegen eines Vertrages betreffend die Schadensbehebung. Gleiches gilt für die E-Mail vom 3. April 2017, in welcher die Berufungsklägerin bzw. A.\_\_\_\_\_ schrieb, dass ihn "die Angelegenheit 'J.\_\_\_\_\_' im letzten Jahr tief belastet" habe (RG act. II.12). Der Frage des Berufungsbeklagten, weshalb eine Angelegenheit jemanden dermassen belasten solle, wenn er angeblich in keiner Weise verantwortlich sei (RG act. I.5 Rz. 10), ist entgegenzuhalten, dass dies sehr wohl möglich ist. Wird jemand beispielsweise eines strafrechtlich relevanten Verhaltens bezichtigt, so kann ihn diese Angelegenheit auch dann belasten, wenn er weiss, dass er die ihm vorgeworfene Tat nicht begangen hat. Belastend ist nämlich der Vorwurf an und für sich. Eine Haftung aus Vertrag ist indessen aus den folgenden Gründen zu bejahen: 5.2.2. Zwar ist mit der Berufungsklägerin festzuhalten, dass die Parteien freundschaftlich verbunden waren. Entgegen der Berufungsklägerin kann daraus aber nicht abgeleitet werden, der Besuch bei der Frau des Berufungsbeklagten sei eine freundschaftliche Gefälligkeitshandlung ohne Rechtsfolgen gewesen (act. A.1 S. 12). Die Berufungsklägerin wurde vom Berufungsbeklagten mit der Planung und Bauleitung seines Einfamilienhauses beauftragt und die Parteien waren daher zweifelsohne auch geschäftlich verbunden. Wird ein Architekt (Berufungsklägerin) nach Fertigstellung des Werkes vom Bauherrn (Berufungsbeklagter) kontaktiert, da Schäden daran ersichtlich werden, so wendet sich der Bauherr an den Architekten als Fachperson, spricht, um seinen fachlichen Rat einzuholen. Dass die Parteien freundschaftlich verbunden waren, spielt vor diesem Hintergrund nur eine untergeordnete Rolle. Dass das Treffen stattgefunden habe, um ein anderes Projekt zu besprechen und nicht, um die Wasserflecken zu begutachten, ist irrelevant, zumal die Berufungsklägerin sodann selber festhält, dass sich die Begutachtung der Wasserflecken rein zufällig ergeben habe (act. A.1 S. 12). Dass die Wasserflecken begutachtet wurden, wird damit nicht bestritten und steht fest. Die Abgrenzung zwischen rechtlich nicht bindender Gefälligkeit und Auftrag erfolgt danach, ob es zwischen den Parteien zu einem natürlichen oder normativen Konsens über eine vertragliche Bindung

gekommen ist (vgl. Jürg Fisch, Eigentums- garantie und Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden, Zürich 2020, Rz. 393 m.H. auf Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2019, § 21 Rz. 1663; vgl. auch Walter Fellmann, in: Hausheer [Hrsg.], Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Bd.VI/2/4, Art. 394-406 OR,

### **E. 23**

/ 39 Bern 1992, N 201 ff. zu Art. 394 OR). Wie sogleich aufgezeigt werden wird (vgl. nachstehend E. 5.2.3), lässt sich ein solcher Konsens nachweisen, sodass ein Auftrag und nicht eine blossе Gefälligkeit vorliegt. 5.2.3. Die Berufungsklägerin bringt vor, dass die beiden Treffen im Jahr 2013 nicht dazu geführt hätten, dass ein neuer mündlicher Vertrag zustande gekommen sei. Der Architekturvertrag schliesse mit Verweis auf die SIA Norm 102 2003 nur Leistungen bis zum Ablauf der zweijährigen Garantiefrist ein. Danach sei eine besondere Vereinbarung notwendig, welche insbesondere den Leistungsumfang und die Entschädigung der Mehrleistungen definiere. Vorliegend fehle es aber an diesen wesentlichen Vertragsbestandteilen, weshalb auch nicht von einer zusätzlichen Vereinbarung gesprochen werden könne. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass, sobald der Bauherr an den Architekten gelange und die Behebung von Mängeln verlange, ein neuer Vertrag zustande komme, sei falsch. Bei der Anzeige von Mängeln handle es sich wohl kaum um einen Antrag nach Art. 3 ff. OR. Ohnehin könne das Verhalten des Berufungsbeklagten nicht als Mängelrüge qualifiziert werden (act. A.1 S. 10 ff.). Auf den letzten Einwand der Berufungsklägerin ist, wie bereits ausgeführt (vgl. vorstehend E. 5.1.2), nicht weiter einzugehen. Auch die übrigen Rügen der Berufungsklägerin erweisen sich als nicht stichhaltig: Soweit die Berufungsklägerin geltend macht, die Vorinstanz habe "ohne irgendwelche Vereinbarung ein neues Vertragsverhältnis" zwischen den Parteien angenommen (act. A.1 S. 11), kann ihr nicht gefolgt werden. Lässt sich wie in casu ein natürlicher Konsens nicht nachweisen, ist mittels des Vertrauensprinzips zu ermitteln, ob zwischen den Parteien ein normativer Konsens zustande gekommen ist. Dazu sind die Willenserklärungen der Parteien zunächst auf ihren objektiven Sinn hin auszulegen. Diese gelten so, wie sie die jeweils andere Partei nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste. Anschliessend sind die ausgelegten Willenserklärungen auf Übereinstimmung hinsichtlich der objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragsbestandteile zu prüfen. Besteht hinsichtlich dieser Vertragsbestandteile Übereinstimmung, liegt ein normativer Konsens vor (Fisch, a.a.O., Rz. 393; vgl. auch Christoph Müller, in: Aebi-Müller/Müller [Hrsg.], Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018, N 205 ff. zu Art. 1 OR). Zu beachten gilt, dass ein Vertrag nicht nur durch die ausdrücklichen Willensäusserungen der Parteien, sondern auch durch konkludente Handlungen zustande kommt (vgl. Art. 1 Abs. 2 OR: "Sie [die Willensäusserung] kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein." Mit "stillschweigend" ist genau genommen "konkludent" gemeint. Die Äusserung durch blosses passives Stillschweigen

### **E. 24**

/ 39 ist nämlich nur ein Unterfall der konkludenten Willensäusserung [vgl. Müller, a.a.O., N 40 zu Art. 1 OR]). Eine konkludente Willenserklärung setzt kein Erklärungsbewusstsein des scheinbar Erklärenden voraus. Massgeblich ist, wie der Offerent das Verhalten des Offertenempfängers nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste (Fisch, a.a.O., Rz. 393; Huguenin, a.a.O., § 2 Rz. 172 ff.). Zu prüfen bleibt, ob zwischen den Parteien – mittels

ausdrücklicher oder konkludenter Willensäußerungen – ein normativer Konsens zustande gekommen ist. Bei der ausdrücklichen Willensäußerung bringt die Erklärende ihren Willen durch ein Kommunikationsmittel zum Ausdruck, wobei es sich in der Regel um mündliche oder schriftliche Erklärungen handelt. In Frage kommen aber auch Kopfnicken, Kopfschütteln oder Handaufheben während einer Versteigerung (vgl. Müller, a.a.O., N 33 ff. zu Art. 1 OR m.w.H.). Demgegenüber kommt bei der konkludenten Willensäußerung der Wille des Erklärenden nicht unmittelbar in der Erklärung zum Ausdruck, sondern ergibt sich lediglich mittelbar aus dem Verhalten des Erklärenden oder anderen Umständen. Damit eine konkludente Willensäußerung angenommen werden kann, müssen hinreichend schlüssige, tatsächliche Anhaltspunkte vorhanden sein, die nach Treu und Glauben keine andere Schlussfolgerung zulassen. Dieses Erfordernis gründet auf dem Vertrauensprinzip. Der Empfänger der Äusserung wird nur dann in seinem Vertrauen auf einen bestimmten Rechtsfolgewillen der Erklärenden geschützt, wenn deren Verhalten bzw. andere Umstände nach Treu und Glauben nur den Schluss auf diesen Rechtsfolgewillen zulassen (vgl. Müller, a.a.O., N 38 f. zu Art. 1 OR m.w.H.). Bei der Willensbetätigung als Unterkategorie der konkludenten Willensäußerung setzt die Erklärende den durch ihr Verhalten konkludent zum Ausdruck gebrachten Willen gleichzeitig, d.h. gerade durch dieses Verhalten, in die Tat um. Die praktisch wichtigsten Fälle sind die Realofferte und das Realakzept (vgl. Müller, a.a.O., N 47 ff. zu Art. 1 OR m.w.H.). Bei Letzterem kann die Annahme des Antrags durch konkludentes Verhalten erfolgt. So kann der Beauftragte, der einen Auftrag erhalten hat, diesen (ohne weitere Worte zu verlieren) unverzüglich in Angriff nehmen und dadurch zum Ausdruck bringen, dass er die Offerte annimmt (vgl. Fellmann, a.a.O., N 42 zu Art. 395 OR). Wendet sich ein Laie an einen Fachmann, um Wasserflecken begutachten zu lassen, und gibt Letzterer Ersterem eine Empfehlung ab – im konkreten Fall, die Wasserflecken weiter zu beobachten – so darf der Laie nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass sich der Fachmann als zuständige Anlaufstelle erachtet. So gab denn auch die Frau des Berufungsbeklagten anlässlich ihrer Zeugeneinvernahme vor der Vorinstanz am 6. Februar 2020 explizit an, dass sie, nachdem

## **E. 25**

/ 39 auch der Dachdecker da gewesen sei, davon ausgegangen sei, dass etwas gemacht werde. Auf die Frage, weshalb sie A.\_\_\_\_\_ beigezogen habe, gab sie zu Protokoll, dass dies für sie "der logische Weg" gewesen sei. Für Garantiesachen sei für sie immer A.\_\_\_\_\_ zuständig gewesen. Sie habe gedacht, dass er sich dem nun annehmen werde (RG act. IV.4 S. 3). Die Zeugeneinvernahme legt den Schluss nahe, dass die Frau des Berufungsbeklagten ohne Weiteres davon ausging, dass sich A.\_\_\_\_\_ als ihre erste Anlaufstelle der Sache annehme. Die Annahme des Antrages liegt darin, dass die Berufungsklägerin eine Empfehlung (Wasserflecken seien weiterhin zu beobachten) abgab (Willensbetätigung). Die Berufungsklägerin brachte durch ihr Handeln zum Ausdruck, dass sie die Offerte annimmt. Bereits aus diesen Gründen ist von einem Vertragsverhältnis zwischen den Parteien auszugehen. Ein Vertragsverhältnis ist zudem auch vor dem Hintergrund von Art. 395 OR zu bejahen: Lehnt der Architekt – welcher zu den gewerbsmässigen Berufsbeauftragten im Sinne von Art. 395 OR gehört (vgl. David Oser/Rolf H. Weber, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, N 4 zu Art. 395 OR) – den Auftrag nicht sofort ab, gilt er als angenommen (Art. 395 OR). Insbesondere auch aufgrund der vorbestehenden Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien durfte der Berufungsbeklagte, als er sich an die Berufungsklägerin wandte und diese die Wasserflecken begutachtete, davon ausgehen, dass sich die Berufungsklägerin des

Problems (Wasserschaden) annimmt, ansonsten sie den Antrag unverzüglich hätte ablehnen müssen. Da Art. 395 OR zu einer Umkehr der Beweislast führt, hat nicht der Berufungsbeklagte (Auftraggeber) zu beweisen, dass die Berufungsklägerin (Beauftragte) den Auftrag angenommen hat; vielmehr trifft die Berufungsklägerin die Beweislast dafür, dass ihr Schweigen nicht als Annahme der Offerte gewertet werden darf, weil der Berufungsbeklagte ihren wirklichen Willen (den Auftrag nicht anzunehmen) erkannt hat (vgl. Fellmann, a.a.O., N 81 f zu Art. 395 OR). Dass die Berufungsklägerin den Antrag des Berufungsbeklagten abgelehnt hätte, ergibt sich nicht aus den Akten. Vielmehr ist aktenkundig, dass die Berufungsklägerin nach dem ersten Treffen mit der Frau des Berufungsbeklagten im Frühling 2013 den Dachdecker aufgeboten hat (vgl. RG act. I.5 Rz. 10). Hätte die Berufungsklägerin den Antrag abgelehnt, wäre es in diesem Fall gar nicht zu einem Beizug einer weiteren Fachperson gekommen. 5.2.4. Im Übrigen ist eine vertragliche Haftung der Berufungsklägerin auch aus den folgenden Gründen anzunehmen: Mit der Berufungsklägerin ist festzuhalten, dass sich der Architekt nach Ablauf der zweijährigen Rügefrist ohne besondere Vereinbarung zu diesem Zeitpunkt nicht mehr mit Mängelrügen des Bauherrn zu

## **E. 26**

/ 39 befassen hat (vgl. SIA Norm 102 [2003] Ziff. 4.5.3, Peter Gauch/Pierre Tercier, Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, Rz. 522). Aus dem Umstand, dass Leistungen nach Ablauf der zweijährigen Rügefrist besonders zu vereinbarende Leistungen sind, kann geschlossen werden, dass die entsprechenden Leistungen der Bauleitung ohne Zusatzvereinbarung nur während zweier Jahre ab Abnahme zu erbringen sind (Christoph Locher, in: Stöckli/Siegenthaler [Hrsg.], Planerverträge, 2. Aufl., Zürich 2019, § 10 Rz. 10.119). In diesen Fällen obliegt es aber der Bauleitung, den Bauherrn nach Ablauf der zwei Jahre darauf hinzuweisen, dass er ohne Zusatzvereinbarung fortan die Leitung der Garantearbeiten und somit auch die Überwachung der Fristen selber übernehmen muss. Zudem muss die Bauleitung den Bauherrn darauf hinweisen, dass er fortan Mängel sofort rügen muss, ansonsten er seine Mängelrechte verwirkt, und dass er die fünfjährige Verjährungsfrist zu wahren hat (Locher, a.a.O., § 10 Rz. 10.119). Unbestritten ist vorliegend, dass die fünfjährige Verjährungsfrist für Mängel am Bauwerk erst im Herbst 2013 ablief. Gegenüber dem Unternehmer I.\_\_\_\_\_ hätten die Mängelrechte im Frühling 2013 somit noch mit Aussicht auf Erfolg geltend gemacht werden können (Art. 179 SIA Norm 118, Art. 135 Ziff. 2 OR). Die Berufungsklägerin war nach Gesagtem im Frühling 2013 auch gestützt auf den Architektenvertrag zur Interessenwahrung des Berufungsbeklagten verpflichtet. Sie hätte den Berufungsbeklagten darauf aufmerksam machen müssen, dass er die Mängel direkt gegenüber dem Unternehmer rügt und allenfalls auch verjährungsunterbrechende Massnahmen ergreift. Stattdessen hat sie den Eindruck erweckt, sich selber darum zu kümmern. Indem sie in der Folge untätig blieb, enttäuschte sie die berechtigten Erwartungen des Berufungsbeklagten an die Bauleitung. Auch aus diesem Grund ist die Haftung zu bejahen. 5.3. Verjährung Die Vorinstanz hielt fest, dass Ansprüche des Berufungsbeklagten gegen die Berufungsklägerin in Bezug auf die Mängelbeseitigung am Dach gemäss der allgemeinen auftragsrechtlichen Frist nach 10 Jahre verjährten (Art. 127 OR). Vertragsverletzung stelle nämlich die Verletzung der auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht dar und nicht die Werkmängelhaftung nach Werkvertragsrecht, für welche die fünfjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 371 Abs. 2 OR bzw. SIA Norm 102 (2003) Ziff. 1.11 gelte. Der Vollständigkeit halber sei darauf hinzuweisen, dass die Verjährungsverzichtserklärung auch im Hinblick auf die Problematik des

Daches abgegeben worden sei, womit die Verjährung auch aus diesem Grund nicht eingetreten sei (act. B.1 E. 4.2). Diese Erwägungen sind zutreffend und die

### **E. 27**

/ 39 Berufungsklägerin bringt in ihrer Berufung (vgl. act. A.1 S. 10 ff.) denn auch nichts dagegen vor. Allfällige Ansprüche des Berufungsbeklagten gegen die Berufungsklägerin betreffend das Dach sind damit nicht verjährt. 5.4. Schaden Die Vorinstanz erwog mit Hinweis auf die Ausführungen des Gutachters, dass durch die Verwendung einer mangelhaften Unterdachfolie bzw. durch einen mangelhaften Anschluss der innenliegenden Dachrinne ein Schaden am Wohnhaus des Berufungsbeklagten entstanden sei (act. B.1 E. 5.1.1.). Dass ein Schaden vorliegt, bestreitet die Berufungsklägerin zu Recht weder im vorinstanzlichen Verfahren, noch macht sie diesbezüglich im Berufungsverfahren eine unrichtige Sach- oder Rechtsanwendung durch die Vorinstanz geltend. Sofern sie mit ihren Ausführungen in der Berufung (act. A.1 S. 14 ff.) Kritik am Gutachten übt, kann dazu auf vorstehend E. 4.2 (Schaden betreffend Dacheinschnitte) verwiesen werden. 5.5. Vertragsverletzung Die Vorinstanz hielt fest, dass die Berufungsklägerin eine grundsätzliche Beratungspflicht treffe. Der Architekt habe dem Bauherrn bei der Wahl der geeigneten Massnahme behilflich zu sein. Sei wie vorliegend die SIA Norm 102 (2003) übernommen worden, so habe sich der Architekt mit allen bei der Abnahme und während der Garantiezeit entdeckten Mängeln zu befassen. Gegebenenfalls habe er dem Bauherrn den Beizug von spezialisierten Experten zu empfehlen (act. B.1 E. 4.2). Nach Ansicht der Berufungsklägerin ist die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass sie zum Zeitpunkt der beiden Treffen im Frühling 2013 aufgrund des bereits eingemessenen nennenswerten Wasserschadens die Schäden an der Dachkonstruktion hätte erkennen müssen, falsch. Es habe im Jahr 2013 noch kein nennenswerter Schaden bestanden. Vielmehr sei im Frühling 2013 noch kein Mangel ersichtlich bzw. einzig zwei partiell minime, etwa tropfengrosse Wasserflecken am Vordach Süd vorhanden gewesen seien (act. A.1 S. 21). Nicht weiter einzugehen braucht auf die zwischen den Parteien umstrittene Frage, wie gross die Wasserflecken bzw. der sichtbare Wasserschaden tatsächlich waren, oder ob die "J.\_\_\_\_-Problematik" bereits im Jahr 2013 bekannt war oder nicht. Eine Vertragsverletzung ist auch im Falle kleiner Wasserflecken und im Falle, dass das Problem mit der J.\_\_\_\_-Folie im 2013 noch nicht erkennbar war, zu

### **E. 28**

/ 39 bejahen: Tatsache ist, dass die Berufungsklägerin und der Dachdecker Wasserflecken feststellten, welche die Berufungsklägerin – nur, aber immerhin – veranlassten, eine weitere "Beobachtung" der Flecken durch den Berufungsbeklagten anzuordnen (vgl. act. A.1 S. 21). Sofern die Berufungsklägerin mit ihren Ausführungen geltend macht, der Schaden sei so klein gewesen, dass die Empfehlung des reinen Beobachtens ausreichend bzw. keine Vertragsverletzung darstelle, kann ihr nicht gefolgt werden. Wie die Vorinstanz zu Recht festhielt, trifft den Bauleiter eine grundsätzliche Beratungspflicht. Er hat dem Bauherrn damit alle geeigneten Massnahmen zu empfehlen, welche seine Rechte wahren. Im Hinblick auf die bevorstehende Verjährungsfrist (Herbst 2013) hätte die Berufungsklägerin 6 Monate vor deren Ablauf (Frühling 2013) den Berufungsbeklagten über die Möglichkeiten der verjährungsunterbrechenden Handlungen informieren bzw. diese selber vornehmen müssen. Angesichts der unmittelbar bevorstehenden drohenden Verjährung ist die Empfehlung, den Wasserschaden zu beobachten, ungenügend. Auch unter Geltung des bestehenden Architektenvertrags wäre die Berufungsklägerin wie

ausgeführt (vgl. vorstehend E. 5.2.4) verpflichtet gewesen, den Berufungsbeklagten darauf aufmerksam zu machen, dass er die Mängel direkt gegenüber dem Unternehmer rügt und allenfalls auch verjährungsunterbrechende Massnahmen ergreift, anstatt den Eindruck zu erwecken, sich selber darum zu kümmern. Eine Vertragsverletzung durch die Berufungsklägerin ist nach Gesagtem zu bejahen. Daran ändert auch nichts, dass der Berufungsbeklagte Rechtsanwalt ist, zumal ein allfälliges Verschulden des Berufungsbeklagten nicht so schwer wiegt, als dass es die Haftung der Berufungsklägerin entfallen liesse. Dem Selbstverschulden des Berufungsbeklagten ist, wie nachfolgend aufgezeigt werden wird (vgl. E. 5.9), bei der Schadenersatzbemessung Rechnung zu tragen.

5.6. Kausalzusammenhang Die Vorinstanz bejahte den Kausalzusammenhang. Sie erwog, die Berufungsklägerin habe eine Sorgfaltspflichtverletzung begangen, indem sie den Kläger weder anlässlich der Besichtigungen im Frühjahr 2013 noch im Nachgang an diese über die ihm möglichen Handlungsalternativen und die damit verbundenen Vor- und Nachteile aufgeklärt habe. Insbesondere sei es ihr anzulasten, dass sie den Berufungsbeklagten nicht auf die bald ablaufende Verjährungsfrist gegenüber dem

## E. 29

/ 39 verantwortlichen Unternehmer hingewiesen habe. Hätte der Berufungsbeklagte gewusst, dass ihm zustehende Schadenersatzforderungen gegen den Unternehmer in kurzer Zeit verjährten, so hätte er zweifellos verjährungsunterbrechende Handlungen unternommen, womit eine entsprechende Mängelbehebung gegenüber dem Unternehmer hätte durchgesetzt werden können (act. B.1 E. 5.3.2). Die Vorbringen der Berufungsklägerin in der Berufung zielen an der Sache vorbei. Ihr wird nicht vorgeworfen, für den Schaden am Dach verantwortlich zu sein. Es mag zutreffen, dass der Schaden am Dach auf die J.\_\_\_\_-Folie zurückzuführen ist. Der Vorwurf an die Berufungsklägerin besteht darin, ihre Sorgfaltspflichten als Bauleiterin verletzt zu haben, indem sie den Berufungsbeklagten im Hinblick auf die drohende Verjährung ungenügend beraten hat. Gegen die Erwägungen der Vorinstanz bringt die Berufungsklägerin nichts weiter vor. Es kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. B.1 E. 5.3.2). Folge der Vertragsverletzung der Berufungsklägerin war, dass der Berufungsbeklagte die Wahrung der Mängelrechte gegenüber dem Unternehmer verpasste. Ein Kausalzusammenhang ist zu bejahen.

5.7. Verschulden Wie bereits ausgeführt (vgl. vorstehend E. 4.5), erachtete die Vorinstanz das Verschulden der Berufungsklägerin als gegeben (act. B.1 E. 5.4). Dagegen bringt die Berufungsklägerin vor, es sei erst im Jahr 2016 bekannt geworden, dass die J.\_\_\_\_-Folie mangelhaft sei. Entsprechend sei es ihr trotz pflichtgemässer Aufmerksamkeit nicht möglich gewesen, den Schaden bereits im Frühling 2013 zu erkennen (act. A.1 S. 23). Wie bereits mehrfach ausgeführt, wird der Berufungsklägerin vorgeworfen, angesichts der sichtbaren Wasserflecken im Frühling 2013 keine verjährungsunterbrechenden Handlungen vorgenommen zu haben bzw. den Berufungsbeklagten nicht darauf hingewiesen zu haben, dass er mit Ablauf der zweijährigen Rügefrist (Herbst 2010) selber die verjährungsunterbrechenden Schritte einleiten muss. Wann die Mangelhaftigkeit der J.\_\_\_\_-Folie bekannt wurde, ist damit irrelevant. Das Verschulden der Berufungsklägerin ist zu bejahen.

5.8. Schadensberechnung Die Vorinstanz bezifferte die Höhe des Schadens auf CHF 154'665.35. Der Berufungsbeklagte habe dies durch die Einlage von diversen Unterlagen bewiesen und die Forderung entspreche zudem auch der Schätzung des Gutachters, welcher von CHF 180'000.00 (+/- 20 %) ausgegangen sei (act. B.1 E. 5.1.3). Die Berufungsklägerin beschränkt sich in der Berufung darauf, das Gutachten zu kritisieren

### **E. 30**

/ 39 (vgl. ihre Ausführungen unter dem Titel "Zu Erwägung 5.1 Schaden" [act. A.1 S. 14 ff.]). Zur Schadensberechnung lässt sie sich nicht vernehmen und führt entsprechend auch nicht aus, inwiefern ein Schaden in Höhe von CHF 154'665.35 unzutreffend sein soll. Entsprechend erübrigen sich Weiterungen hierzu. 5.9. Schadenersatzbemessung Von Amtes wegen zu prüfen bleibt, ob eine Reduktion des Schadenersatzes im Sinne von Art. 44 OR angezeigt ist, zumal im berufungsklägerischen Antrag auf Abweisung der Klageforderung sinngemäss auch jener auf Herabsetzung enthalten ist (Art. 99 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 44 OR; BGE 111 II 156 E. 4). Nach Art. 44 Abs. 1 OR kann der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden, wenn der Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt hat, oder Umstände, für die er einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt oder die Stellung des Ersatzpflichtigen sonst erschweren haben. In Frage kommt insbesondere eine Herabsetzung des Schadenersatzes infolge Selbstverschuldens des Geschädigten (Roland Brehm, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 5. Aufl., Bern 2021, N 5 zu Art. 44 OR). Wie das Verschulden des Schädigers beurteilt sich das Selbstverschulden des Geschädigten nach einer objektiven und einer subjektiven Komponente. Auch muss zwischen dem Verhalten des Geschädigten und dem Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Bei der Bemessung der beiden Verschuldensanteile fällt das Gericht ein Werturteil. Mathematisch gesehen sollte die Reduktion wegen Mitverschuldens aufgrund von Art. 44 OR zwischen 0 % (kein Selbstverschulden) und 100 % (alleiniges Selbstverschulden, d.h. die Haftung des Schädigers entfällt) schwanken. Bei gleichwertigem Verschulden dürfte der Geschädigte etwa die Hälfte seines Schadens ersetzt erhalten (vgl. Brehm, a.a.O., N 18 ff. zu Art. 44 OR). Das Bundesgericht hatte in seinem Urteil 4C.193/2001 eine Schadenersatzklage des Klägers infolge schlechter Beratung durch den Versicherungsmakler zu beurteilen. Es erachtete eine Kürzung des Schadenersatzes um 20 % gerechtfertigt, da der Kläger als erfahrener Kaufmann selbst ebenfalls auf die Lücke in der Versicherungsdeckung hätte aufmerksam werden sollen (BGer 4C.193/2001 v. 14.5.2002 E. 2.5). Eine ähnliche Fahrlässigkeit ist dem Berufungsbeklagten im vorliegenden Fall vorzuwerfen. Ihm ist ebenfalls anzulasten, dass er aufgrund seiner Erfahrung den Eintritt des Schadens – nämlich den Eintritt der Verjährung – hätte verhindern können. Da er als erfahrener Rechtsanwalt zweifelsohne die Folgen einer Ver-

### **E. 31**

/ 39 jähigung kennt und damit insbesondere auch weiss, dass er mit deren Eintritt eine Vermögenseinbusse erleidet, wiegt sein Verschulden indessen nicht nur leicht. Angesichts der bald eintretenden Verjährung im Herbst 2013 hätte – als im Frühling 2013 die ersten Wasserflecken ersichtlich wurden – nicht nur von der Berufungsklägerin, sondern auch vom Berufungsbeklagten erwartet werden können, vorsorglich verjährungsunterbrechende Handlungen (namentlich das Anheben einer Betreibung, Einreichen eines Schlichtungsgesuchs oder das Erwirken einer Verjährungsverzichtserklärung bei den fraglichen Unternehmen) vorzunehmen. Es ist daher nicht nur ein leichtes Verschulden von 20 %, sondern ein mittleres Selbstverschulden im Bereich von 33-50 % anzunehmen. Das Verschulden des Berufungsbeklagten wirkt geringfügig leichter als jenes der Berufungsklägerin, zumal der Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin als Fachperson kontaktierte und auch aufgrund deren Verhaltens darauf vertrauen durfte, dass sie die zur

Wahrung seiner Rechte erforderlichen Schritte einleitet. Nach Gesagtem und in Anwendung des dem Gerichts zustehenden Ermessens erscheint ein mittleres Selbstverschulden des Berufungsbeklagten in Höhe von 40 % als gerechtfertigt. 5.10. Fazit Der vom Berufungsbeklagten geltend gemachte Schadenersatz in Höhe von CHF 154'665.35 ist nach Gesagtem um 40 %, d.h. um CHF 61'866.15, zu kürzen. Die Berufungsklägerin ist daher zu verpflichten, dem Berufungsbeklagten für den entstandenen Schaden am Dach CHF 92'799.20 zu bezahlen. Ihm ist zudem an- tragsgemäss ein Zins von 5 % seit dem 11. Juni 2018 zuzusprechen, zumal dieser Punkt in der Berufung nicht gerügt wurde (vgl. hierzu auch KGer GR ZK2 15 28 v. 26.10.2020 E. 18). 6. Kostenverteilung

### **E. 32**

/ 39 Kosten als sog. Rechtsverfolgungskosten und sprach sie dem Berufungsbeklagten als Teil seiner Schadenersatzklage zu. Richtig ist, dass Rechtsverfolgungskosten Teil des Verspätungsschadens bilden. Sie gehören zum Verzugsschaden und ha- ben akzessorischen Charakter. Indessen können solche Kosten nur dann selbständig geltend gemacht und bei der Streitwertbestimmung berücksichtigt werden, wenn sie nicht durch das Prozessrecht abgegolten werden können, mithin Raum für einen materiell-rechtlichen Schadenersatzanspruch bleibt. Ansonsten fallen sie bei der Streitwertberechnung ausser Betracht (vgl. BGer 4C.11/2003 v. 19.5.2003 E. 5.1 f. m.w.H.; BGer 4A\_386/2008 v. 2.3.2009 E. 1.2.2 m.w.H.; ferner BGer 4A\_264/2015 v. 10.8.2015 E. 3 [mit Bezug auf vorprozessuale Anwaltskos- ten]). Diese Frage gilt es im Folgenden zu prüfen:

### **E. 33**

/ 39 sichtlich dieser Kosten nur in dem Umfang rückerstattungspflichtig, als sie (mit Bezug auf die eingeklagte materiell-rechtliche Forderung) unterliegt.

### **E. 34**

/ 39 Verfahren verlangte der Berufungsbeklagte mit seiner Klage vom 14. März 2019 die Zusprechung von CHF 290'505.35 zuzüglich 5 % Zins auf CHF 280'000.00 seit dem 11. Juni 2018 und 5% Zins auf CHF 10'505.35 seit Klageeinreichung. In sei- ner Replik reduzierte er seine Forderung geringfügig und verlangte die Zuspre- chung von CHF 288'522.60 zuzüglich 5 % Zins auf CHF 280'000.00 seit dem 11. Juni 2018 und 5% Zins auf CHF 8'522.60 seit Klageeinreichung. Eine solche quantitative Reduktion des Rechtsbegehrens kommt einer Klagebeschränkung gleich, ist (jederzeit) zulässig und hat im konkreten Fall infolge nur geringfügiger Reduktion ausnahmsweise keine Auswirkungen auf die Kostenverteilung (vgl. da- zu Laurent Killias, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar zur Schweizeri- schen Zivilprozessordnung, Bd. II, Bern 2012, N 43 zu Art. 227 ZPO). Die Klage des Berufungsbeklagten umfasst nebst den Sanierungskosten für das Dach und die Dacheinschnitte auch die Prozesskosten der vorsorglichen Beweisabnahme in Höhe von CHF 27'990.00. Diese sind, wie soeben ausgeführt, nicht Teil der Scha- denersatzforderung und daher für die Frage des Obsiegens bzw. Unterliegens auszuklammern. Der Streitwert beläuft sich daher auf CHF 260'532.60. Die Beru- fungsklägerin verlangte die vollumfängliche Abweisung der Klage. Die Forderung des Berufungsbeklagten betreffend die Sanierungskosten an den Dacheinschnitten wird vollumfänglich, d.h. in Höhe von CHF 105'867.25, gutge- heissen, jene betreffend das Dach – nach Abzug einer Selbstverschuldensquote von 40 % – in Höhe von CHF 92'799.20. Insgesamt dringt der Berufungsbeklagte mit seiner Forderung daher im Verhältnis von CHF 198'666.45 (CHF 105'867.25 + CHF 92'799.20) zu CHF 260'532.60 durch. Er obsiegt vor

der Vorinstanz mithin zu rund 75 %. Entsprechend sind sowohl die Prozesskosten des vorsorglichen Beweisverfahrens (Proz. Nr. 135-2017-263) als auch jene des vorinstanzlichen Hauptverfahrens (Proz. Nr. 115-2019-6) zu verteilen. 7. Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens

#### **E. 35**

/ 39 des teilweisen Obsiegens des Berufungsbeklagten rechtfertigt sich eine abweichende Kostenverteilung. Wie ausgeführt, obsiegt der Berufungsbeklagte zu 75 %. Ihm sind daher 25 % der Kosten, d.h. CHF 6'247.50, und der Berufungsklägerin 75 %, d.h. CHF 18'742.50, aufzuerlegen, zumal davon ausgegangen werden kann, dass die Kosten für die vorsorgliche Beweisführung zu gleichen Teilen auf die beiden Schadensposten (Dacheinschnitte und Dach) entfallen. Da der Berufungsbeklagte die gesamten Kosten bereits bezahlt hat, hat ihm die Berufungsklägerin den Betrag von CHF 18'742.50 direkt zu ersetzen.

#### **E. 36**

/ 39 ren (vorsorgliche Beweisverfahren und Hauptverfahren) ausseramtlich mit CHF 13'237.00 (inkl. Barauslagen und MwSt.) zu entschädigen (50 % von CHF 26'474.05). Da der Berufungsbeklagte vor Vorinstanz mehrheitlich obsiegt, hat die Berufungsklägerin weder im vorsorglichen Beweisverfahren (Proz. Nr. 135-2017-263) noch im Hauptverfahren (Proz. Nr. 115-2019-6) Anspruch auf eine Parteientschädigung. Die Berufungsklägerin hat dem Berufungsbeklagten daher den Betrag von CHF 3'000.00, welcher ihr im vorsorglichen Beweisverfahren unter dem Vorbehalt eines abweichenden Entscheides des Gerichts über die endgültige Kostentragung im Hauptverfahren zugesprochen wurde (vgl. Proz. Nr. 135-2017-263, Entscheid des Regionalgerichts Surselva vom 8. Juni 2018 E. 3.2) zurückzuerstatten. 8. Prozesskosten des Berufungsverfahrens Zu regeln verbleiben die Prozesskosten des Berufungsverfahrens. Die Berufungsklägerin beantragt im Berufungsverfahren die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides und die vollumfängliche Abweisung der berufungsbeklagten Schadenersatzforderung, während der Berufungsbeklagte die Abweisung der Berufung verlangt. Damit ist vor der II. Zivilkammer des Kantonsgerichts, wie bereits vor Vorinstanz, eine Forderung von CHF 260'532.60 strittig und der Berufungsbeklagte obsiegt auch vor Berufungsinstanz zu 75 %. Der Berufungsklägerin sind daher 75 % und dem Berufungsbeklagten 25 % der Prozesskosten aufzuerlegen.

#### **E. 37**

/ 39 Berufungsbeklagten seine ausseramtlichen Aufwendungen zur Hälfte (75 % - 25 %) zu entschädigen. Die Entschädigung des Rechtsvertreters des Berufungsbeklagten ist nach richterlichem Ermessen festzulegen, nachdem dieser keine Honorarnote eingereicht hat (vgl. Art. 105 Abs. 2 Satz 2 ZPO), und richtet sich nach dem angemessenen Aufwand (vgl. Art. 2 Abs. 2 Ziff. 2 HV). Im Berufungsverfahren stellten sich keine neuen Fragen und es blieb bei einem einfachen Schriftenwechsel. Angesichts der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen rechtfertigt sich daher, den angemessenen Aufwand auf pauschal CHF 4'000.00 (inkl. Barauslagen und MwSt.) festzusetzen. Die Berufungsklägerin hat den Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren daher mit pauschal CHF 2'000.00 (inkl. Barauslagen und MwSt.) ausseramtlich zu entschädigen (50 % von CHF 4'000.00).

#### **E. 38**

/ 39

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