

# VS\_GERICHTE C1 18 86 vom 14. April 2019

VS Kantonsgericht, 2019-04-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs\\_gerichte\\_C1 18 86](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_C1_18_86)

FR: VS\_GERICHTE C1 18 86 du 14 avril 2019

IT: VS\_GERICHTE C1 18 86 del 14 aprile 2019

## Regeste

C1 18 86 URTEIL VOM 14. APRIL 2019 Kantonsgericht Wallis I. Zivilrechtliche Abteilung Besetzung: Dr. Thierry Schnyder. Präsident, Dr. Lionel Seeberger und Jérôme Emonet, Kantonsrichter; Dr. Milan Kryka, Gerichtsschreiber in Sachen V \_\_\_\_\_ und W \_\_\_\_\_, Kläger und Berufungskläger, vertreten durch Rechts- anwältin M \_\_\_\_\_ gegen X \_\_\_\_\_, Beklagte, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt N \_\_\_\_\_ und Y \_\_\_\_\_ AG und Z \_\_\_\_\_ AG, beide Beklagte, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerinnen, vertreten durch Rechtsanwalt O \_\_\_\_\_ (Werkvertrag) Berufung gegen den Entscheid vom 27. Februar 2018 des Bezirksgerichts A \_\_\_\_\_ (Z1 15 xxx)

## Erwägungen

### E. 3

Vertragssituation mit der Z \_\_\_\_\_ AG Die Vorinstanz hat festgestellt, die Z \_\_\_\_\_ AG habe weder mit der Bauherrschaft, dem Architekten noch der Y \_\_\_\_\_ AG einen Vertrag abgeschlossen (S. 459 E. 3). Das Bezirksgericht hat deswegen die Klage gegen die Z \_\_\_\_\_ AG abgewiesen. Die Berufungskläger stellen diese Beurteilung in Frage.

### E. 3.1

Das Zustandekommen eines Vertrags gilt als rechtserzeugende Tatsache. Sie ist von derjenigen Partei zu beweisen, die daraus ein Recht ableitet (primäre Beweislast des Angreifers; Leu, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, N. 99 zu Art. 154). Das Gericht tritt auf eine Klage ein und weist sie als unbegründet ab, wenn die Sachlegitimation fehlt (BGE 138 III 737 E. 2).

### E. 3.2

Die Rechtsschriften enthalten bestrittene Behauptungen, ob die Z \_\_\_\_\_ AG im vorliegenden Fall vertraglich involviert gewesen ist (S. 102 TB 50). Entsprechendes ist mithin hinreichend substantiiert behauptet worden.

### E. 3.3

Die anwaltlich vertretene Bauherrschaft bringt im Zusammenhang mit der Beanstandung, die Z \_\_\_\_\_ AG sei ebenso schadenersatzpflichtig, in der Berufung einzig vor, die natürliche Person Z \_\_\_\_\_ sei als Ingenieur tätig gewesen (S. 484). Ein Vertragsschluss zwischen der juristischen Person Z \_\_\_\_\_ AG und den sonstigen Beteiligten wird hingegen nicht ausdrücklich angeführt. Die natürliche Person Z \_\_\_\_\_

hat unbestrittenermassen für die Y \_\_\_\_\_ AG als Bauführer gearbeitet. Die juristische Person Z \_\_\_\_\_ AG wäre mithin nicht automatisch Vertragspartei, wenn der Ingenieur und Bauführer Z \_\_\_\_\_ im vorliegenden Fall auch Ingenieurleistungen übernommen hätte, sondern er könnte diese ebenso als einzelzeichnungsberechtigter Vertreter der Y \_\_\_\_\_ AG erbringen. Die Berufungsbegründung ist in diesem Zusammenhang nicht zielführend.

#### **E. 3.4.1**

Der Bauherr gibt vor Gericht an, er habe selbst keine Ingenieurarbeiten für das Schwimmbad und die Stützmauer in Auftrag gegeben. Weder X \_\_\_\_\_ noch Y \_\_\_\_\_ hätten ihn auf die Notwendigkeit einer solchen Beauftragung hingewiesen. Er schliesse aufgrund einer Expertise darauf, Z \_\_\_\_\_ habe Ingenieurarbeiten

- 14 - durchgeführt (S. 246 A. 6 vgl. S. 248 A. 8). Diese Aussage des Bauherrn vermag, selbst wenn sie zuträfe, noch keinen Vertrag mit der gleichnamigen juristischen Person zu belegen.

#### **E. 3.4.2**

Z \_\_\_\_\_ bestreitet als Geschäftsleiter der Z \_\_\_\_\_ AG, für diese Unternehmung einen Auftrag erhalten zu haben (S. 255 A. 1).

#### **E. 3.4.3**

Der Architekt, der z.B. den Werkvertrag mit der Y \_\_\_\_\_ AG als Vertreter der Bauherrschaft mitunterzeichnet hat (C2 13 xxx S. 83 ff.), will zum Zeitpunkt der Bauarbeiten noch nicht einmal die Existenz der Z \_\_\_\_\_ AG gekannt haben (S. 269 A. 6).

#### **E. 3.4.4**

Der Gutachter D \_\_\_\_\_ führt zu Recht an, es müsse zwischen Bauleitung (Vertretung des Architekten/Ingenieurs/Bauherrn) und Bauführer (Vertretung des Unternehmens) differenziert werden. Z \_\_\_\_\_ habe in der vorliegenden Angelegenheit als Bauführer der Y \_\_\_\_\_ gearbeitet. Die Z \_\_\_\_\_ AG habe keinen Auftrag für irgendwelche Leistungen erhalten (S. 333).

#### **E. 3.4.5**

Die Berufungsklägerschaft beanstandet im Rechtsmittel zur Frage, ob die Z \_\_\_\_\_ AG involviert gewesen sei, eine fehlerhafte Beweiswürdigung (S. 484). Sie verweist auf einen aktenkundigen Beleg, wonach die technische Beratung und die Bauführung der Y \_\_\_\_\_ AG durch Z \_\_\_\_\_ ausgeführt worden sei (S. 92). Daraus lässt sich für den konkreten Fall keine Vertragsbeziehung zur Z \_\_\_\_\_ AG ableiten, weder mit der Y \_\_\_\_\_ AG noch mit der Bauherrschaft. Die Besteller behaupten im Rechtsmittel weiter, «dass nur Z \_\_\_\_\_ als Ingenieur tätig war» (S. 484). Die Akten enthalten diesbezüglich eine Honorarofferte vom 9. September 2010 (S. 196 ff.), eine Auftragsbestätigung vom 1. Februar 2011 (S. 199 ff.) und eine Schlussrechnung (S. 201) der Firma F \_\_\_\_\_ AG in G \_\_\_\_\_. K \_\_\_\_\_ bestätigt, die statischen Berechnungen und Ausführungspläne für die Betonarbeiten übernommen zu haben. Er bestreitet jedoch, die Mauer mit dem System TerraMur2 der C \_\_\_\_\_ AG geplant oder berechnet zu haben (S. 270 A. 3 und 5). Die Vorinstanz hat mithin zu Recht festgestellt, die allgemeinen Ingenieurarbeiten beim Hausbau seien durch K \_\_\_\_\_ von der Firma F \_\_\_\_\_ AG in G \_\_\_\_\_ durchgeführt worden. Diese hätten die Schalungs- und

Armierungspläne für die Betonarbeiten am Gebäude sowie die ursprünglich vom Architekten geplanten kleineren Aussenmauern aus Beton übernommen (S. 458 E. 2.3). Es ist mithin beim vorliegenden Bau durchaus ein anderes Ingenieurunternehmen beauftragt gewesen, weshalb die Beauftragung des (damaligen) Ingenieurbüro Z \_\_\_\_\_ AG nicht erforderlich war.

- 15 - Auch der Architekt beanstandet im Rechtsmittel, er habe davon ausgehen können, Z \_\_\_\_\_ habe als Ingenieur Arbeiten vollzogen und diesfalls obliege es nicht ihm als Generalisten, spezialisierte Unternehmen abzumahnern (S. 525). Dem kann so nicht gefolgt werden, weil Z \_\_\_\_\_ beim vorliegenden Bau nicht die Funktion des «traditionellen» Ingenieurs (S. 338) wahrgenommen hat, dies ist Aufgabe der F \_\_\_\_\_ AG gewesen. Der Architekt hätte sich demnach bei entsprechenden Anfragen an diese richten müssen und sich nicht auf die Fachkunde von Z \_\_\_\_\_ verlassen dürfen, der als Bauführer für die Y \_\_\_\_\_ AG tätig gewesen ist. Die Berufungskläger zitieren (S. 458) ferner die Stellungnahme zu einem Protokoll vom 25. März 2013 des Architekten, wonach es sich «bei der Bauunternehmung [...] um die Y \_\_\_\_\_ AG, dipl. xxxstrasse in L \_\_\_\_\_ und um das Ingenieurbüro Z \_\_\_\_\_ AG, dipl. Bauingenieur FH und Baumeister in L \_\_\_\_\_ und nicht um die Privatperson» handelt. Diese Stellungnahme nimmt auf eine Interne Notiz des Architekten vom 18. Januar 2013 Bezug, in welcher auf der ersten Seite die Anwesenden eines Augenscheins vom 18. Januar 2013 genannt werden, u.a. Y \_\_\_\_\_ als «Bauunternehmer/Ingenieurbüro» (S. 139). Y \_\_\_\_\_ und Z \_\_\_\_\_ haben am 29. März 2013 zu dieser einleitenden Feststellung über die anwesenden Personen präzisiert, die Bauunternehmung und das Ingenieurbüro seien juristische Personen (S. 144). Diese Korrektur erlaubt nicht den Schluss, die Z \_\_\_\_\_ AG habe in der vorliegenden Angelegenheit in irgendeiner Form einen Vertrag mit der Bauherrschaft oder mit anderen Beteiligten abgeschlossen.

### **E. 3.4.6**

Das Kantonsgericht stellt aufgrund der oben erwähnten Beweismittel fest, dass die Z \_\_\_\_\_ AG nicht Vertragspartei gewesen ist. Eine ausservertragliche Haftung der juristischen Person steht vorliegend nicht zur Diskussion. Das Bezirksgericht hat demzufolge richtig erwogen (S. 459 E. 3), die Z \_\_\_\_\_ AG könne nicht belangt werden.

### **E. 4**

Werkvertrag zwischen Y \_\_\_\_\_ AG und den Bestellern Die Y \_\_\_\_\_ AG beanstandet, für den Bau der Bodenplatte im Schwimmbad sei kein Werkvertrag zustande gekommen. Der Bauunternehmer habe dafür einzig seine Mitarbeiter zur Verfügung gestellt (S. 537 ff.). Es ist mithin zu prüfen, ob zwischen Bauherren und Unternehmung ein Werkvertrag zur Erstellung der Bodenplatte für ein Schwimmbad vereinbart worden ist.

### **E. 4.1**

Werkverträge können in irgendeiner Form gültig abgeschlossen werden (Bundesgerichtsurteil 4C.55/2002 vom 30. Juli 2002 E. 2.2).

- 16 - Das Gericht hat verschiedenste Kriterien zu prüfen um festzustellen, ob im Einzelfall ein Personalverleih oder ein Werkvertrag vorliegt. Folgende Kriterien sprechen gegen das Vorliegen eines Personalleihverhältnisses (Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt ZB.2017.49 vom 23. Juli 2018 E. 2.1 mit Verweis auf das Bundesgerichtsurteil 2C\_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 3.5): a. der Einsatzbetrieb über keinerlei (d.h. auch

nicht über geteilte) Weisungsbefugnisse verfügt; b. sich der Arbeitnehmer keiner Werkzeuge, Utensilien oder weiterer Materialien im Einsatzbetrieb bedient; c. der Arbeitnehmer nicht ausschliesslich am Sitz und im Rahmen der Arbeitszeiten des Einsatzbetriebs arbeitet; d. der primäre Zweck des Vertragsverhältnisses nicht in einer Verrechnung von Einsatzstunden besteht, sondern in einer klar definierten Arbeitsleistung (bzw. eines Arbeitsziels) für eine bestimmte Vergütung e. der Unternehmer im Fall einer Nichterfüllung dem Einsatzbetrieb für Nachbesserung oder Preisminderung haftet.

#### **E. 4.2.1**

Ein schriftlicher Vertrag zwischen der Bauherrschaft und der Y \_\_\_\_\_ AG für Baumeisterarbeiten vom 14. Februar 2011 liegt vor (C2 13 xxx S. 85). Die Offerte des Unternehmens und das Pauschalangebot vom 20. Januar 2011 bilden Vertragsbestandteil (C2 13 xxx S. 83). Die Parteien haben sich auf einen Pauschalpreis von Fr. 185'000.-- für den Baugrubenaushub, Baumeisterarbeiten Gebäude, Umgebungsarbeiten, Stützmauer Süd mit System TerraMur2 geeinigt (C2 13 xxx S. 85). Dieser Vertrag datiert vom 14. Februar 2011 und ist vom Architekten, dem Bauherrn und dem Unternehmer signiert worden (C2 13 xxx S. 86). Der Bau der Stützmauer bildet unbestrittenen Teil dieses schriftlichen Werkvertrags, nicht aber der Bau der Bodenplatte für das Schwimmbad.

#### **E. 4.2.2**

Es bleibt zu prüfen, ob die Bauherrschaft mit der Y \_\_\_\_\_ AG auch für den Bau der Bodenplatte einen Werkvertrag abgeschlossen oder dazu nur Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt hat.

##### **E. 4.2.2.1**

Die Akten enthalten einen Plan, worauf die Lage des Schwimmbads (allerdings noch westlich des Gebäudes) eingezeichnet ist. Dieses Dokument enthält eine handschriftliche Notiz, das Unternehmen habe gestützt auf diesen Plan eine Richtofferte vom

##### **E. 4.2.2.2**

Die TerraMur2 ist vom 7. – 30. September 2011 errichtet worden (C2 13 xxx S. 487). Y \_\_\_\_\_ hat die Richtofferte kurz vor Arbeitsbeginn der Bauherrschaft übermittelt. Aktenkundige Fotos belegen, dass die Schwimmbadbodenplatte gleichzeitig mit der TerraMur2 errichtet worden ist (C2 13 xxx S. 359 ff.). Dies ergibt sich auch aus der Chronologie gemäss Gutachten (C2 13 xxx S. 487). Die Angestellten der Y \_\_\_\_\_ AG haben mithin beim Errichten der Bodenplatte gleichzeitig umfangreiche Arbeiten an der Stützmauer und Umgebung verrichtet, die erwiesenermassen zum schriftlichen Werkvertrag gehören. Die zeitlichen Umstände, wann die Angestellten die Bodenplatte errichtet haben, sprechen gegen einen Personalverleih.

##### **E. 4.2.2.3**

Die Arbeiter hantieren laut Fotos mit zwei verschiedenen grossen Baggern und einer Walze. Auch Instrumente wie Schaufeln oder Wasserwaagen sind auf den Fotos ersichtlich. Die Arbeiter des Unternehmens benutzen für die Erstellung der Bodenplatte demnach Maschinen und Werkzeuge der Y \_\_\_\_\_ AG (vgl. auch die Ausführungen zu den "Verdichtungsgeräten" C2 13 xxx S. 320). Auch die von den Angestellten verwendeten Hilfsmittel deuten auf das Vorliegen eines Werkvertrags.

##### **E. 4.2.2.4**

Der Beton für die Bodenplatte ist am 28. September 2011 an die Bauunternehmung geliefert worden, bevor sie diesen verwertet hat (S. 339 und C2 13 xxx S. 115). Das Unternehmen hat mithin auch das wichtigste Baumaterial für den Bau der Bodenplatte bestellt.

#### **E. 4.2.2.5**

Der Bauherr bestätigt vor Gericht, den Unternehmer um eine Offerte für den Bau einer Bodenplatte für das Schwimmbecken angefragt zu haben (S. 248 A. 4). Er habe den Unternehmer angewiesen, wo die Bodenplatte definitiv zu stehen komme (S. 248 - 18 - A. 6). Er ist zu diesem Zeitpunkt nicht von seiner Offerte zurückgetreten. Auch dies weist auf das Vorliegen eines Werkvertrags hin.

#### **E. 4.2.2.6**

Z \_\_\_\_\_ gibt an, er sei davon ausgegangen, das Schwimmbecken werde auf der Westseite des Hauses errichtet. Das Bauunternehmen habe für den tatsächlich ausgeführten Bau auf der Südseite einzig die Arbeiter zur Verfügung gestellt, um das Becken zu errichten. Dies ohne Aufsicht. Er gehe davon aus, seine Angestellten hätten vom Architekten oder Bauherrn den Auftrag erhalten, dort zu arbeiten. Die Anweisungen, die Bodenplatte nach Süden zu verlegen, sei vom Bauherrn oder dem Architekten an den Vorarbeiter gegangen (S. 254 A. 7, A. 9). Die Anweisungen seien an den Vorarbeiter Q \_\_\_\_\_ gegangen (S. 255 A. 10). Diese Aussage, wonach der Bauführer keine Anweisung an seinen Vorarbeiter erteilt habe, kann als Hinweis verstanden werden, es habe ein Personalverleih vorgelegen. Es ist allerdings fraglich, warum Z \_\_\_\_\_ seinem Untergebenen zusätzlich für Weisungen hätte erteilen sollen, zumal der Bau der Bodenplatte nicht kompliziert erscheint.

#### **E. 4.2.2.7**

Q \_\_\_\_\_ hat vor Gericht bestätigt, er habe Umgebungsarbeiten gemacht. Der Vater des Bauherrn habe ihm gesagt, was zu tun sei, wobei viel Unvorhergesehenes geschehen sei. Der Architekt sei auch teilweise auf Platz gewesen (S. 283 A. 4). Eine vermehrte Kommunikation zwischen Bauherrn und Unternehmer liegt bei der Realisierung von Umgebungsarbeiten auf der Hand, weil der Umschwung rudimentär geplant ist. Die Umgebungsarbeiten bilden trotzdem unbestrittenermassen Teil des schriftlichen Werkvertrags. Der Vorarbeiter habe zu Beginn der Arbeit den Originalplan des Architekten erhalten, auf welchem das Schwimmbad erwähnt, aber nicht eingezeichnet sei. Die Angestellten hätten dann entlang des Hauses im Süden die Abwasserleitungen erstellt. Er habe danach vom Schwimmbadbauer und von Y \_\_\_\_\_ je einen aktenkundigen Plan erhalten (S. 287 f.). Der Vorarbeiter wisse nicht, ob der zweite Plan vom Architekten gezeichnet worden sei, zumindest enthalte er aber handschriftliche Notizen von Y \_\_\_\_\_. Es habe dann geheissen, das Schwimmbad werde auf der Westseite des Hauses gebaut. Der Bauherr habe dieses auf die Südseite verlagern wollen, wovon ihm der Vorarbeiter jedoch abgeraten habe. Die Bauherrin könne das Schwimmbad von der Küche aus besser überwachen, wenn es sich dort befinde. Die geplante Grünfläche auf der Südseite eigne sich ausserdem besser zum Fussballspielen. Kein Bauingenieur habe gegen die Verlagerung auf die Südseite opponiert (S. 283 f. A. 5). Der Polier habe den Plan vom Schwimmbadbauer erhalten (S. 284 A. 8).

- 19 - Die vom Besteller gewünschte Verlagerung des Schwimmbads auf die Südseite ist unbestritten massen erfolgt. Weitere Weisungen, wie die Bodenplatte anzubringen sei, behauptet der Vorarbeiter nicht. Dies ist allerdings auch nicht erforderlich, zumal er vorgängig bereits Pläne erhalten hatte und er sich nach diesen gerichtet haben dürfte. Der Vorarbeiter bringt verschiedene Gründe vor, mit welchen er den Bauherrn dazu bringen wollte, das Schwimmbad an der bisherigen Stelle zu belassen. Der erfahrene Absolvent einer Vorarbeiterschule (S. 283) hat sich jedoch keine Gedanken darüber gemacht, ob die Betonplatte auf dem teilweise gewachsenen und partiell verbauten Boden stabil stehen werde.

#### **E. 4.2.2.8**

Es lässt sich aufgrund des vom Vorarbeiter vor Gericht deponierten handschriftlichen Grundrisses, der auch eigenhändige Angaben von Y \_\_\_\_\_ enthalten soll, nicht abschliessend feststellen, ob das Schwimmbad zu diesem Zeitpunkt nicht bereits auf der südlichen Seite des Hauses eingezeichnet ist (vgl. den Querschnitt des Hauses S. 288 mit handschriftlichen Ergänzungen von Y \_\_\_\_\_ mit dem Netzplan C2 13 xxx S. 164 und dem Situationsplan im Dossier S. 377).

#### **E. 4.2.2.9**

Y \_\_\_\_\_ gibt an, er habe sich «zurückgezogen», «sobald» das Schwimmbad von Westen nach Süden verlegt worden sei. Sie hätten der Bauherrschaft die Arbeiter ohne Aufsicht «aus freundschaftlichen Gründen» zur Verfügung gestellt, wobei eine Entschädigung nach Regie bezahlt worden sei (S. 257 f. A. 7 und S. 258 A. 1). Letzteres erscheint widersprüchlich. Der Unternehmer gibt ausserdem selbst zu, sich erst nach Offertstellung und endgültiger Beschlussfassung über den Standort der Bodenplatte «zurückgezogen» zu haben. Der Vertrag zur Erstellung der Bodenplatte südlich des Hauses ist mithin, wenn diese Aussage als wahr akzeptiert wird, abgeschlossen worden, bevor der Bauunternehmer, angeblich, nur noch seine Angestellten zur Verfügung gestellt haben will.

#### **E. 4.2.2.10**

Die wichtigsten Unterscheidungsmerkmale zur Differenzierung zwischen Personalverleih- und Werkvertrag weisen in casu auf das Vorliegen eines Werkvertrags. Die Aussage von Y \_\_\_\_\_ über den Zeitpunkt, da sich das Bauunternehmen «zurückgezogen» haben will, bestärkt diese Beurteilung. Das Kantonsgericht hält zusammenfassend fest, dass die Bauherrschaft und die Y \_\_\_\_\_ AG auch für den Bau der Bodenplatte einen Werkvertrag abgeschlossen haben.

### **E. 5**

Gesamtvertrag mit X \_\_\_\_\_. Das Gericht hat anschliessend zu prüfen, für welche Arbeiten der Architekt engagiert worden ist und ob Auftrags- oder Werkvertragsrecht anwendbar ist.

- 20 -

#### **E. 5.1**

Die Vorinstanz hat den Globalvertrag mit dem Architekten als Gesamtvertrag qualifiziert, was zu Recht (vgl. Bundesgerichtsurteil 4C.259/2006 vom 23. Oktober 2006 E. 2) unstrittig ist. Das Gericht hat beim Architektenvertrag darauf abzustellen, welche Leistungen die Par-

teien im konkreten Vertrag vereinbart haben. Das Bundesgericht qualifiziert den Gesamtvertrag des Architekten als gemischten Vertrag, der es erlaubt, je nach den konkreten Umständen eine sachgerechte Lösung nach Massgabe des Auftrags- oder Werkvertragsrechts zu finden. Die Projektierungsarbeiten, die in einem zu realisierenden Werk ihren Niederschlag finden bzw. das Erstellen von Plänen sind den Bestimmungen über den Werkvertrag zu unterstellen. Eine Spaltung der Rechtsfolgen ist laut Bundesgericht denkbar, indem sich etwa die Haftung für einen Planungsfehler nach werkvertraglichen Regeln, jene für unsorgfältige Bauleitung nach auftragsrechtlichen Regeln richten kann (BGE 134 III 361 E. 5.1; Bundesgerichtsurteil 4A\_90/2013 vom 10. Juni 2013 E. 3 mit Hinweisen; Férolles, Le dépassement du devis de l'architecte, Analyse de droit suisse de la responsabilité contractuelle, Diss., Neuenburg 2017, S. 76 mit Hinweisen).

### **E. 5.2**

Die Vorinstanz hat richtig erwogen, die Bauherrschaft habe mit dem Architekten X \_\_\_\_\_ einen Gesamtvertrag abgeschlossen. Dieser enthalte werk- und auftragsvertragliche Elemente. Vorliegend stehe eine unsorgfältige Bauaufsicht des Architekten beim Bau der Stützmauer TerraMur2 zur Diskussion. Allenfalls entstandene Mängel müssten nach Auftragsrecht beurteilt werden (S. 460 E. 4.2.1 f.).

### **E. 5.3**

Der Bauherr hat vor Gericht wiederholt bestätigt, am Bau der Bodenplatte für das Schwimmbad sei der Architekt nicht mitbeteiligt gewesen (S. 246 A. 2 S. 250 A. 4, anerkannte TB 32 im Dossier C2 13 xxx). Dies wird vom Architekten ebenso festgestellt (S. 266 A. 10). Die Vorinstanz hat mithin richtig festgehalten, der Architekt trage für Mängel an der Schwimmbadbodenplatte keine Verantwortung (S. 472 E. 5.3 in fine). Der Schaden am Schwimmbad ist allerdings, dies sei vorweg festgehalten, nicht nur wegen der fehlerhaft errichteten Bodenplatte, sondern auch wegen der instabilen TerraMur2 entstanden.

### **E. 6**

Mängelrüge Die Y \_\_\_\_\_ AG verneint das Vorliegen einer Mängelrüge. Die Frage, ob diese rechtzeitig erhoben worden ist, wird im Berufungsverfahren nicht gestellt (S. 536).

#### **E. 6.1**

Die Mängelrüge ist an keine Form gebunden. Sie muss inhaltlich sachgerecht substantiiert sein. Die Erklärung muss zum Ausdruck bringen, der Besteller anerkenne die

- 21 - Lieferung nicht als vertragsgemäss und mache den Unternehmer haftbar. Die blosser Mitteilung des Mangels ergibt regelmässig, der Besteller erachte den Unternehmer für verantwortlich. Die Umschreibung der Unzulänglichkeiten in der Anzeige hängt von den Umständen ab. Die Angabe der ungünstigen Wirkungen reicht, nicht erforderlich ist die Nennung der Ursachen der angezeigten Mängel (Bundesgerichtsurteil 4A\_82/2008 vom 29. April 2009 E. 6.1). Es genügt inhaltlich, wenn der Besteller die aus seiner subjektiven Sicht vorhandenen Unzulänglichkeit so beschreibt, wie er sie selbst sieht und beschreiben kann (Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen BZ\_2006\_93 vom 6. Mai 2008 mit Hinweisen).

#### **E. 6.2.1**

Der Gerichtsgutachter R \_\_\_\_\_ hält fest, die Deformationen an Mauer und Schwimmbad hätten wahrscheinlich unmittelbar nach dem Bau eingesetzt. Dies habe aber mangels vorheriger Bezugspunkte erst bei Inbetriebnahme des Schwimmbads und nach

Erstellung des Zauns auf der Mauer bemerkt werden können (C2 13 xxx S. 397, S. 402 und S. 410). Es liegen versteckte Mängel vor, welche erst nach und nach zum Vorschein gekommen sind.

### **E. 6.2.2**

Einseitige Setzungen am Schwimmbad sind, laut diesem Sachverständigem, am 24. April 2012 durch den Lieferanten festgestellt und behoben worden. Weitere Setzungen seien im Mai 2012 konstatiert worden, wobei diese nicht mehr repariert werden konnten (C2 13 xxx S. 398, S. 418 und S. 487). Mängel an der Stützmauer sind laut Bestätigung des Architekten erst im Juni 2012 bekannt geworden (S. 265 A 13). Y \_\_\_\_\_ hat eine Notiz verfasst, wonach er ca. 9 Monate nach Fertigstellung der Stützmauer am 23./24. Juni 2012 telefonisch von der Bauherrschaft avisiert worden sei. Der Unternehmer sei über «Schaden» in Kenntnis gesetzt worden und am 24. Juni 2012 habe der erste Augenschein stattgefunden. Die Beteiligten hätten damals unterhalb der Mauerkrone sehr feuchtes und wassergesättigtes Material festgestellt. Der Unternehmer habe dies mit Eindringen von Fremdwasser begründet. Eine weitere Ortsschau mit ihm hat am 27. Juni 2012 stattgefunden (C2 13 xxx S. 189). Die Akten enthalten eine Rechnung eines Kanalisationsunternehmens, wonach am 29. Juni 2012 mit einer Kamera Leitungen untersucht worden sind (S. 28).

- 22 - Die Beteiligten haben am 3. Augenschein vom 3. Juli 2012 festgestellt, die Stützmauer sei nach aussen gedrückt worden. Dies wird an der 4. Ortsschau vom 6. Juli 2012 weiterhin mit Eindringen von Fremdwasser begründet (C2 13 xxx S. 190). Z \_\_\_\_\_ hat den Geologen S \_\_\_\_\_ AG an der 5. Ortsschau vom 11. Juli 2012 einen schriftlichen Auftrag zur Abklärung der Schadensursache erteilt (C2 13 xxx S. 190). Die ursprünglich von Z \_\_\_\_\_ kontaktierte C \_\_\_\_\_ (S. 272 A. 1) behauptet am 13. Juli 2012 schriftlich, erdbautechnisch könne eine solche lokale Deformation unter Berücksichtigung der zeitlichen Historie nur durch Fremdeinwirkung entstehen. Es sollten mögliche Wassereintritte lokalisiert werden (S. 158). Der Architekt hat Y \_\_\_\_\_ am 25. Juli 2012 aufgefordert, Unterlagen an dessen Haftpflichtversicherung weiterzuleiten (S. 172). Die S \_\_\_\_\_ AG, beauftragt von Z \_\_\_\_\_, hat am 5. November 2012 eine Beurteilung verfasst, wonach ein ausserordentlicher, konzentrierter Wasserzutritt Hauptursache sei (C2 13 xxx S. 101). Verschiedene Personen, unter anderem der Besteller, der Unternehmer und der Architekt haben am 18. Januar 2013 gestützt auf einen Bericht von T \_\_\_\_\_, Architekt und langjähriger Berater der Bauherrschaft (S. 280), zusammengesessen und die Haftung diskutiert. Die Ursache ist zu jenem Zeitpunkt weiterhin strittig geblieben. Der Unternehmer hat nach wie vor behauptet, die Setzungen seien durch die nachträglich in Funktion genommene Berieselungsanlage erfolgt. Der Architekt hat hingegen geschlossen, das Schwimmbad sei das Kernproblem (C2 13 xxx S. 192 f.). Die Haftung ist mithin erneut zu einem Zeitpunkt diskutiert worden, an welchem die Beteiligten noch nicht einmal die Schadensursache gekannt und sich der Verantwortung entziehen wollten. Der Bauherr hat an der gleichen Sitzung beanstandet, die Diskussion sei nicht zielgerichtet, «wenn jeder dem anderen die Schuld zuweist». Der Architekt hat daraufhin geantwortet, dies sei «der normale Ablauf», die Versicherung werde dies im selben Rahmen durchführen (C2 13 xxx S. 194). Die Beteiligten haben demnach bereits Versicherungen erwähnt, was darauf schliessen lässt, dass sie eine Haftung für möglich hielten. Der Bauunternehmer hat am 29. März 2013 bestätigt, er werde vom Nachbesserungsrecht keinen Gebrauch machen (S. 142).

- 23 - Das Gesuch um vorsorgliche Beweisaufnahme ist am 4. April 2013 eingeleitet worden. Die tatsächlichen Ursachen für die Schäden sind erst im Verlauf dieses Prozesses zum Vorschein getreten.

### **E. 6.2.3**

Der Besteller ist bis zur Einleitung der vorsorglichen Beweisaufnahme wiederholt über die Ursache des fehlerhaften Stützmauerbaus falsch informiert worden und zwar auch von einem Geologen und der spezialisierten Firma C \_\_\_\_\_. Er hat den ernsthaften Charakter des Zustandes erst nach Erhalt des ersten Gerichtsgutachtens hinreichend sicher erkennen können. Die Beklagten sind zu diesem Zeitpunkt mit Hilfe der Gutachten detailliert über ihre Verantwortung orientiert worden. Der Baumeister und der Architekt haben jedoch frühzeitig ihre Versicherungen eingeschaltet. Die Berufungsklagen haben mithin damit gerechnet, wegen des Verschiebens der Mauer und der Beschädigung am Schwimmbad haftbar gemacht zu werden. Die Mängel sind in Anbetracht der Unklarheiten frühzeitig und hinreichend substantiiert erfolgt.

### **E. 7**

Nachbesserung Der Bauunternehmer beanstandet in der Anschlussberufung unter dem Titel «Fehlende Mängelrüge» nur, es sei ihm keine Nachbesserungsfrist angesetzt worden (S. 536).

### **E. 7.1**

Der Unternehmer schuldet ein mängelfreies Werk. Er hat sich bei dessen Mangelhaftigkeit nach Wahl des Bestellers und unter den Voraussetzungen von Art. 368 OR die Wandelung des Vertrages oder die Herabsetzung der Entschädigung gefallen zu lassen. Das Unternehmen kann ausserdem zur Nachbesserung des Werkes verpflichtet werden und haftet bei Verschulden überdies für den Mangelfolgeschaden. Verzichtet der Unternehmer auf sein Nachbesserungsrecht oder ist er dazu nicht fähig, braucht der Besteller ihn dazu nicht mehr aufzufordern (BGE 136 III 273 E. 2.4; Bundesgerichtsurteil 4A\_514/2016 vom 6. April 2017 E. 3.2.1).

### **E. 7.2**

Die Vorinstanz hat mit Verweis auf eine Mitteilung von Y \_\_\_\_\_ vom 29. März 2013 (vgl. S. 144) richtig festgestellt (E. 4.3.2), der Baumeister habe noch vor Einleitung des Verfahrens um vorsorgliche Beweisaufnahme vom 4. April 2013 (C2 13 xxx S. 1 ff.) auf sein Recht zur Nachbesserung verzichtet.

### **E. 8**

Haftung des Architekten Der Architekt beanstandet, er habe die «problematische Konstellation betreffend TERRAMUR2 und Schwimmbad» nicht sofort erkennen müssen (S. 524).

- 24 -

### **E. 8.1**

Der Beauftragte muss grundsätzlich nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit einstehen, vielmehr ist eine unsorgfältige oder treuwidrige und den Auftraggeber schädigende Ausführung des Auftrags haftungsbegründend. Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Diejenige Sorgfalt ist erforderlich, die ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden

pfllegt. Der Beauftragte, welcher seine Tätigkeit berufsmässig, gegen Entgelt ausübt, hat höhere Anforderungen zu erfüllen. Es ist dabei nach der Art des Auftrags zu differenzieren und auch den besonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen. Allgemein befolgte Verhaltensregeln und Usancen können zur Bestimmung des Sorgfaltsmassstabes herangezogen werden (Bundesgerichtsurteil 4C.158/2006 vom 10. November 2006 E. 2). Regeln der Baukunde gelten als anerkannt, wenn sie von der Wissenschaft für theoretisch richtig befunden wurden, wenn sie etabliert sind und sich gemäss der klaren Mehrheit der sie anwendenden Fachleute in der Praxis bewährt haben. Namentlich die technischen SIA-Normen kommen als anerkannte Regeln der Baukunde infrage (Bundesgerichtsurteil 4A\_428/2007 vom 2. Dezember 2008 E. 3.2; Hochstrasser/Denzler, Die Sorgfaltspflicht des Planers, in: HAVE 2016 S. 116).

### **E. 8.2.1**

Der Architekt stellt seine Haftpflicht in Bezug auf die Schäden am Schwimmbad in Abrede (S. 548). Die Vorinstanz hat bei der Verantwortlichkeit des Architekten einleitend zwischen Arbeiten für das Schwimmbad und für die Stützmauer differenziert (S. 460 E. 4.1). Sie betont (vgl. die Kursivschrift in S. 460 E. 4.2.1), bei der Stützmauer stehe eine ungenügende Bauaufsicht im Vordergrund (S. 470 Absatz 2). Der Architekt hat den Bau der Bodenplatte beim Schwimmbad hingegen zugegebenermassen nicht beaufsichtigen müssen.

### **E. 8.2.2**

Der Erstgutachter R \_\_\_\_\_ schliesst, die ungenügende Stabilität des Schwimmbads wie auch der Mauer seien auf eine gemeinsame Ursache zurückzuführen, nämlich die falsche Konstruktion von Mauer und Schwimmbad, verbunden mit der falschen Wahl des Auffüllmaterials und dessen schlechter Verdichtung (C2 13 xxx S. 402). Das Schwimmbad sei auch in gefülltem Zustand deutlich leichter als der entsprechende Erdaushub. Er sei aber wegen seines seitlichen Überlaufs sehr setzungsempfindlich. Dessen einseitigen Absenkungen seien auf die ungünstige talseitige Fundation der Bodenplatte zurückzuführen, welche im Gegensatz zur Bergseite nicht auf gewachsenem Boden, sondern auf der Mauerauffüllung der Mauer stehe. Der Fehler liege nicht bei der statischen Bemessung der Bodenplatte, sondern im Untergrund darunter, dem

- 25 - vorher eingebrachten Füllgut. Die einseitigen Setzungen wären wesentlich kleiner, wenn dieses richtig verdichtet gewesen wäre. Sie lägen aber auch diesfalls kaum im tolerierbaren Bereich (C2 13 xxx S. 402). Die Setzung des Schwimmbads sei Folge der Konstruktions- und Baufehler der Mauer und nicht umgekehrt (C2 13 xxx S. 403).

### **E. 8.2.3**

Der zweite Gerichtsgutachter U \_\_\_\_\_ beanstandet, es sei ein unsachgemäßer Einbau und ungenügendes Material in die TerraMur2 eingesetzt worden. Es fehlten ausserdem Einbaukontrollen (C2 13 xxx S. 495). Der Totalschaden des Schwimmbads sei durch die horizontalen Deformationen im oberen Bereich der Stützmauer und durch die vertikalen Setzungen der Bodenplatte unter dem Schwimmbad verursacht worden. Ein Schaden hätte sich auch bei fachgerechtem Bau der TerraMur2 eingestellt, allerdings hätte es sich nicht um einen Totalschaden gehandelt, die Verkippung der Bodenplatte hätte durch Nachschneiden der Schwimmbeckenränder korrigiert werden können (C2 13 xxx S. 500). Der Zweitgutachter vertritt im Ergänzungsverfahren den Standpunkt, die Angaben für die Ausführung der Bodenplatte seien durch die Bauunternehmerin erstellt worden,

weshalb die J \_\_\_\_\_ keine Verantwortung für die Ausführungspläne der Bodenplatte trage (C2 13 xxx S. 597 f.).

#### **E. 8.2.4**

Der Gutachter D \_\_\_\_\_ verweist, was die Stabilität der Stützkonstruktion betrifft, auf die Ausführungen der Vorgutachter. Die Stützmauer wäre durch einen sachgerechten Aufbau der Schwimmbadbodenplatte im konkreten Fall nicht entlastet worden, weil der Abstand zwischen Schwimmbecken und TerraMur2 nur 1.50 Meter beträgt (S. 348). Der Sachverständige bestätigt, bei heiklen Baugrundverhältnissen sei ein Spezialist vom Architekten beizuziehen, was nicht gemacht worden sei (S. 338). Der Architekt habe die Projektleitung für den Bau der TerraMur2 übernommen und hätte erkennen müssen, dass sich mit dem Stützsystem, der Aufschüttung, der Bodenplatte, der Kanalisation und dem Zaun Schwierigkeiten ergeben können und er hätte eine Fachperson beiziehen müssen (S. 339). Der Gerichtsgutachter nennt folgende Fehler des Architekten (S. 353): Der Architekt hätte erkennen müssen, dass ■ die Koordination in der Planung der verschiedenen Abhängigkeiten zwischen Pool / C \_\_\_\_\_ - TerraMur2 / Kanalisation / Zaun anspruchsvoll ist und erhöhte Präsenz auf der Baustelle erfordert. ■ der Alleingang der Bauherrschaft im Zusammenhang mit dem Pool zu Schwierigkeiten führen kann und hätte abmahnen müssen.

- 26 - ■ sich ein Bauteil Pool (hohe Genauigkeitsanforderungen) und ein Bauteil C \_\_\_\_\_ - TerraMur2 (systembedingte Setzungen im Bereich von mehreren cm) möglicherweise widersprechen und dass zur Verhinderung von Problemen Massnahmen zu treffen sind. - ein Geotechniker die Fundation des Pools hätte beurteilen müssen. ■ er der Bauherrschaft die Vor-/Nachteile der Stützkonstruktionen (Winkelmauer / C \_\_\_\_\_ - TerraMur2) hätte aufzeigen müssen. ■ ein Geotechniker die Beurteilung des Untergrundes der TerraMur2 hätte vornehmen müssen. ■ das Hinterfüllmaterial der TerraMur2 durch den Geotechniker hätte freigegeben werden müssen. ■ die Hinterfüllung einen ME-Wert von mind. 30 MN/m<sup>2</sup> erreichen muss und dies auch überprüft wird. ■ das Projekt C \_\_\_\_\_ TerraMur2 spätestens nach Eingang der Skizze (Pkt. 2.4.9, Seite 14) auf Stabilität hätte hinterfragen müssen (oberster Bereich bis UK Bodenplatte Pool).

#### **E. 8.2.5**

Der Architekt hätte den Aufbau der Stützmauer begleiten müssen. Die Bodenplatte für das Schwimmbad ist im gleichen Moment in unmittelbarer Nähe errichtet worden und der Architekt hat vom Bau des Schwimmbads gewusst (S. 266 A 10). Das Kantonsgericht schliesst sich auch deswegen, wie die Vorinstanz (S. 470 E. 5.3.1 zweitletzter Absatz), den Ausführungen des Gutachters D \_\_\_\_\_ an. Es geht ferner unter Beachtung der Äusserungen der Gutachter Rudolf R \_\_\_\_\_ und U \_\_\_\_\_ von einem Zusammenhang zwischen dem fehlerhaften Bau der Stützmauer und dem Schaden am Schwimmbad aus. Das Schwimmbad wäre nicht in der Masse beschädigt worden, wenn die TerraMur2 richtig aufgebaut worden wäre.

#### **E. 9**

Haftung der Y \_\_\_\_\_ AG Das Bauunternehmen bestreitet eine Prüfungs- sowie eine Anzeigepflicht, da der Schaden am Schwimmbad auf eine unfachmännische Projektierung der Bauleitung zurückzuführen sei (S. 538).

#### **E. 9.1**

Die gesetzliche Anzeigepflicht des Unternehmers nach Art. 365 Abs. 3 OR verpflichtet diesen, dem Besteller ohne Verzug von Verhältnissen, die eine gehörige Erfüllung des Werkes gefährden, anzuzeigen (Bundesgerichtsurteile 4A\_273/2017 vom 14. März 2018 E. 3.3.1; 4C.99/2004 vom 28. Juni 2004 E. 4.3). Die nachteiligen Folgen fallen ihm sonst selbst zur Last. Der Unternehmer haftet diesfalls auch für Mängel, obschon der Werkmangel durch die Mangelhaftigkeit des vom Besteller angewiesenen Baugrundes - 27 - verursacht ist. Er haftet ferner, obwohl dies Art. 365 Abs. 3 OR nicht ausdrücklich statuiert, für Schaden, wenn der Besteller durch die Verletzung der Anzeigepflicht geschädigt wird (ZWR 2004 S. 302; Gauch a.a.O., N 802). Der Unternehmer muss die problematischen Verhältnisse erkannt haben, wobei dazu keine Gewissheit erforderlich ist. Er muss sich auch die Kenntnisse anrechnen lassen, die seine zur Vertragsabwicklung eingesetzten Hilfspersonen (Art. 101 OR), u.a. ein Subunternehmer, in Ausübung seiner Verrichtungen erlangt haben (Gauch, a.a.O., N 831). Es gehört regelmässig zur Sorgfaltspflicht des Unternehmers, den Stoff oder Baugrund des Bestellers auf seine Eignung hin zu prüfen (Gauch, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2001, N 831). Die Anwendbarkeit der SIA-Norm spielt im vorliegenden Fall für diese Pflicht keine Rolle (ZWR 2004 S. 303). Der Einwand, das Unternehmen habe die anzuzeigenden Verhältnisse nicht frühzeitig erkannt, bleibt ferner immer dann verwehrt, wenn es sie (allenfalls früher) hätte erkennen müssen, weil sie bei einer vom Unternehmer vorzunehmenden Prüfung mit dem bei ihm vorhandenen oder nach den Umständen zu erwartenden Sachverstand erkennbar gewesen sind (Gauch, a.a.O., N 831; Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. A., Bern 2017, S. 310). Der Unternehmer muss eine anzeigepflichtige Gefährdung der vertragsgemässen Ausführung auch erkennen, wenn ein durchschnittlicher Unternehmer Nachforschungen durchgeführt hätte. Dies ist der Fall, wenn Verdachtsgründe auftauchen. Diese müssen Zweifel verursachen, z.B. ob der vom Besteller zur Verfügung gestellte Werkstoff tatsächlich werktauglich ist. Die Nachforschungen müssen ferner die tatsächliche Gefährdung erkennen lassen (Koller, in Berner Kommentar, N. 61 zu Art. 365 OR mit Hinweisen).

### **E. 9.2.1**

Es kann einleitend auf die entsprechenden Ausführungen in den Gutachten verwiesen werden, worin die Ursachen für die Mängel erwähnt sind (vgl. E. 8.2.2 ff.). Das Kantonsgericht geht ferner vom Zustandekommen eines Werkvertrags für die Bodenplatte aus (vgl. E. 4). Das Unternehmen behauptet, es hätte der C \_\_\_\_\_ AG obliegen, den Mauerbau zu beaufsichtigen (S. 107 TB 76).

### **E. 9.2.2**

Z \_\_\_\_\_ hat die Kontakte zum Ingenieur H \_\_\_\_\_ von der C \_\_\_\_\_ AG hergestellt (S. 255 A. 3). Er hat diesem Unternehmen den Auftrag für die Lieferung erteilt und, laut eigener Behauptung, mit ihr vereinbart, sie würden die Baubegleitung

- 28 - machen. H \_\_\_\_\_ sei sicher zwei Mal auf Platz gewesen, ausserdem habe ein weiterer Mitarbeiter die Baustelle gelegentlich besichtigt (S. 256 A. 4).

### **E. 9.2.3**

Y \_\_\_\_\_ bestätigt diesbezüglich die Aussage von Z \_\_\_\_\_ (S. 258 f. A. 17 f.; S. 260 A. 2 f.). Er behauptet selbst, bei der C \_\_\_\_\_ eine Offerte für sämtliche Materialien, die statische Bemessung sowie die Ausführungspläne bestellt und vom

Sachbearbeiter und Projektleiter eine Baubegleitung verlangt zu haben (S. 92). Dieser Behauptung folgend wäre es weiterhin nicht der Bauherrschaft oblegen, den Bau zu überwachen und die Baufirma würde für das Fehlverhalten des von ihr engagierten Subunternehmens haften.

#### **E. 9.2.4**

Auch der Vorarbeiter Q \_\_\_\_\_ hält fest, von H \_\_\_\_\_ Anweisungen für den Bau der TerraMur2 erhalten zu haben. Dieser sei am ersten Tag auf Platz erschienen und habe erklärt, wie die Stützmauer einzubauen sei. Später seien 1-2 Mal ein Mitarbeiter aus E \_\_\_\_\_ erschienen, um die Arbeiten zu kontrollieren. Er habe nie etwas bemängelt. Der Vorarbeiter weiss nicht, ob H \_\_\_\_\_ später ebenso auf Platz erschienen ist (S. 285 A. 18).

#### **E. 9.2.5**

H \_\_\_\_\_, Ingenieur der C \_\_\_\_\_ AG, bestätigt, er habe die nötigen Anweisungen und Instruktionen bei Beginn und während dem Aufbau der Stützmauer an den Vorarbeiter Q \_\_\_\_\_ weitergegeben. Der Mitarbeiter AA \_\_\_\_\_ habe sicher einmal einen Kontrollgang auf der Baustelle durchgeführt (S. 272 A. 4). Der Zeuge bestreitet aber, die Projekt- und Bauleitung inne gehabt zu haben (S. 274 A. 1). Z \_\_\_\_\_ sei aus seiner Sicht als Vertreter der Y \_\_\_\_\_ AG aufgetreten, er wisse aber nicht mehr, ob Z \_\_\_\_\_ oder Y \_\_\_\_\_ den Auftrag erteilt hätten (S. 274 A. 2). Die C \_\_\_\_\_ verlange üblicherweise die Kontrolle der Tragfähigkeit des Untergrunds durch einen ortskundigen Geologen und durch die Projektleitung (vgl. C2 13 xxx S. 369). Die geotechnischen Kennwerte hätten vorliegend gefehlt, weshalb die C \_\_\_\_\_ nichts berechnet habe. Dies sei nicht aussergewöhnlich, aus ihrer Sicht habe es sich um eine Routinekonstruktion gehandelt. Die Lieferantin habe jedoch einen Vorbehalt der Statik auf der Auftragsbestätigung angeführt (S. 272 f. A. 5).

#### **E. 9.2.6**

Der aktenkundige Liefervertrag der C \_\_\_\_\_, welcher am 14. September 2011 der Y \_\_\_\_\_ AG übermittelt worden ist, erwähnt verschiedene zu liefernde Positionen. Bauleitungsaufgaben sind darin nicht aufgeführt (S. 276 ff.). Das Dokument hält fest, es seien Einbauvorschriften mitgeliefert worden, diese sind von der Bauherrschaft - 29 - am 4. April 2013 vor Gericht deponiert worden (C2 13 xxx S. 39 f.). Es wird die Beurteilung des Untergrunds durch einen ortskundigen Geologen verlangt (C2 13 xxx S. 39), der Wassergehalt des Schüttmaterials wird konkretisiert, ebenso bestehen Vorgaben für das Verdichten (C2 13 xxx S. 40). Gerade diese Urkunde belegt, dass es nicht an der C \_\_\_\_\_ gelegen hat, den Bau zu leiten.

#### **E. 9.2.7**

Der Gutachter D \_\_\_\_\_ fasst in Bezug auf die TerraMur2 das Fehlverhalten des Unternehmers wie folgt zusammen: Die Bauunternehmung steht gegenüber der Bauherrschaft als Ausführer des Systemlieferanten grundsätzlich in der Verantwortung. Die Bauunternehmung hat die Einbauvorschriften des Systemlieferanten nicht eingehalten. So hat er nicht erkannt, dass: ■ ein Geotechniker die Beurteilung des Untergrundes der TerraMur2 hätte vornehmen müssen ■ das Hinterfüllmaterial der TerraMur2 durch den Geotechniker hätte freigegeben werden müssen. ■ die Hinterfüllung einen ME-Wert von mind. 30 MN/m<sup>2</sup> erreichen muss und dies auch überprüft wird. ■ das

Projekt C \_\_\_\_\_ TerraMur2 spätestens nach Eingang der Skizze (Pkt. 2.4.9, Seite 14) auf Stabilität hätte hinterfragen müssen (oberster Bereich bis UK Bodenplatte Pool). All diese Punkte hat er offenbar nicht erkannt, denn Hinweise auf entsprechende Massnahmen sind aus den Akten nicht erkennbar. Auch hat er zu keinem Zeitpunkt abgemahnt. Deshalb ist er stark verantwortlich für die entstandenen Schäden.

#### **E. 9.2.8**

Es kann in Bezug auf die Bodenplatte des Schwimmbads Folgendes zusammengefasst werden: Der Experte D \_\_\_\_\_ behauptet, die Beurteilung des Untergrunds falle in den Verantwortungsbereich des Bauherrn. Das beim Baumeister angemietete Personal zur Beihilfe bei der Ausführung der Montage sei keinesfalls Grund, den Baumeister für diese Arbeit haftbar zu machen (S. 337 und S. 389). Er verkennt dabei jedoch, dass keine Personalverleihe, sondern ein Werkvertrag zwischen Bauherrschaft und Unternehmer zustande gekommen ist (vgl. E. 4). Der Gutachter legt mithin dem Ergebnis eine falsche Annahme zugrunde. Das Gericht kann dieser Auffassung nicht folgen und verweist stattdessen auf die Ausführungen des Erstgutachters R \_\_\_\_\_, wonach Z \_\_\_\_\_ spätestens beim Bau

- 30 - der Bodenplatte hätte feststellen müssen, dass er diese nicht einseitig auf die Auffüllung, welche die Y \_\_\_\_\_ AG zeitgleich selbst erstellt hatte, fundieren dürfe (C2 13 xxx S. 404). Dem Bezirksgericht ist mithin zuzustimmen, wenn es den Bauunternehmer für den fehlerhaften Bau der Schwimmbadbodenplatte als teilverantwortlich erachtet (S. 465 f. E. 5.1.3). Die Berufungskläger, die den Architekten beim Bau der Bodenplatte nicht weiter mandatiert und kurzfristig den Standort des Schwimmbads geändert haben, haben nicht hinreichend begründet angefochten, warum sie in diesem Zusammenhang teilweise die Sanierungskosten zu tragen haben.

#### **E. 9.2.9**

Das Kantonsgericht stellt weiter aufgrund des Gutachtens D \_\_\_\_\_ fest, der Baumeister habe beim Bau der Stützmauer die Systeminformationen des Lieferanten nicht eingehalten. Die Vorinstanz hat die entsprechende Verantwortlichkeit der Bauunternehmung (S. 469 f. E. 5.3.1 in fine) richtig beurteilt.

#### **E. 10**

Sanierungskosten Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, die TerraMur2 sowie die Bodenplatte seien sanierungsbedürftig und am Schwimmbad bestehe Totalschaden (S. 466 E. 5.2). Die Bauherrschaft vertritt vor Kantonsgericht den Standpunkt, der Schadenersatz hätte unter Beachtung der verschiedenen Sanierungsvarianten in den Gutachten höher fixiert werden müssen (S. 484 f.).

#### **E. 10.1**

Es bleibt dem Unternehmer überlassen, auf welche Weise er bestehende Mängel beseitigt. Diese "Gestaltungsmöglichkeit" ist ihm jedoch entzogen, wenn keine Nachbesserung erfolgt. Diesfalls muss der Besteller die Art der Mängelbeseitigung bestimmen. Er braucht sich nicht mit einer Behelfslösung zufriedenzugeben, wie ja auch der Unternehmer keine behelfsmässige Nachbesserung vornehmen darf (BGE 116 II 312). Der Bauherr hat den bestehenden Ermessensspielraum nach Treu und Glauben auszufüllen (Koller, Berner Kommentar, 1998, N. 629 zu Art. 366 OR). Der Bauherr hat hinzunehmen, dass die vorgeschlagene Alternativlösung des Unternehmers im Rahmen der Frage berücksichtigt

wird, ob die Kosten der vertragsgemässen Nachbesserung noch in einem angemessenen Verhältnis zum Nutzen des Bauherrn sind. Die Schaffung eines vom Vertrag abweichenden Zustands ist dem Besteller zumutbar, wenn das Interesse des Bauherrn an der vertragsgemässen Mängelbeseitigung die Kostendifferenz zur Behelfslösung vernünftigerweise nicht zu rechtfertigen vermag und ein etwaig verbleibender Minderwert durch Reduktion der Vergütung ausgeglichen wird (BGE 105 II 99 E. 4b; Gauch/Stöckli, a.a.O., N. 14.3 zu Art. 169).

- 31 -

### **E. 10.2**

Die Parteien stellen die Berechnung der Kosten für die Mangelbehebung mittels Ausführung einer Alternativlösung nicht in Frage (S. 486; S. 526; S. 535). Drei verschiedene teure Varianten sind aktenkundig, deren Auswahl ist streitig. Die Vorinstanz hat die kostengünstigste gewählt. Die Berufungskläger kritisieren in diesem Zusammenhang die Beweiswürdigung der Vorinstanz. Sie beanstanden, das Gericht habe sich auf die persönliche Meinung eines Experten gestützt und die objektiven fachlichen Gutachten ausgeblendet. Es seien keine «triftigen Gründe» ausgeführt, warum die Vorinstanz von den beiden anderen Gutachten abweiche (S. 485). Das Bezirksgericht analysiert auf insgesamt 5 Seiten (S. 463 ff.) die drei aktenkundigen Gerichtsgutachten und begründet eingehend, warum es die dritte Lösung gewählt hat. Es liegt keine Verletzung der Begründungspflicht vor. Die Vorinstanz befasst sich auch mit der Frage, warum der Sachverständige D \_\_\_\_\_ wiederholt ausführt, er erlaube sich, eine persönliche unverbindliche Meinung abzugeben (S. 466 E. 5.1.2 in fine). Dieser hält nämlich fest, die Beantwortung von Rechtsfragen (Aufteilung der Verantwortlichkeit) lägen nicht in seiner Kompetenz, weshalb er die entsprechend gestellte Frage persönlich und unverbindlich macht (S. 354 A. 16). Der undifferenzierte Hinweis der Bauherrschaft im Rechtsmittel (S. 485) ist unbegründet.

### **E. 10.3.1**

Die Gutachten enthalten verschiedene Varianten, wie die Mängel behoben werden können: Das Schwimmbad hat laut dem Sachverständigen R \_\_\_\_\_ einen Totalschaden erlitten. Er empfiehlt den Abbau von bestehender Mauer und Schwimmbad. Die talseitige Abstützung der Bodenplatte mit Kleinpfehlern und den anschliessenden Aufbau einer neuen Mauer, am besten als Betonstützmauer oder mit Steinblöcken. Die Kosten dürften Fr. 375'000.-- betragen (C2 13 xxx S. 405 und 407).

### **E. 10.3.2**

Der Gutachter U \_\_\_\_\_ berücksichtigt die Ausführungen R \_\_\_\_\_ und reduziert die Kosten für vergleichbare Arbeiten auf Fr. 320'000.-- (C2 13 xxx S. 493). Er berücksichtigt ausserdem eine Sanierungsvariante des Unternehmers, wonach vertikale Betonriegel vor die bestehende TerraMur2 im Abstand von ca. 2.5 Meter erstellt und anschliessend mit permanenten Ankern, dem Rückbau des Schwimmbeckens und anderen Massnahmen verstärkt wird. Die Kosten betragen in dem Fall Fr. 280'000.-- (S. 493 f.). Er empfiehlt die Variante 1, da bei der zweiten Möglichkeit Restrisiken verbleiben.

- 32 - Die TerraMur2 bleibe ferner bei diesem Vorgehen ein Bauteil von verminderter Dauerhaftigkeit.

### **E. 10.3.3**

Der Gutachter D \_\_\_\_\_ schlägt eine weitere Variante vor, wonach die TerraMur2 möglichst so belassen wird. Eine Blockwurfmauer soll als Vormauer die bestehende Stützmauer statisch verstärken. Pool und Bodenplatte würden abgebrochen, das Fundationssystem mit Pfeilern und Betonriegeln erstellt. Die Betonplatte würde darüber erstellt und das Schwimmbad käme darauf versetzt (S. 344). Die Kosten dieser Variante kämen auf Fr. 211'000.-- zu liegen, was im Vergleich mit den beiden anderen Varianten deutlich günstiger wäre (S. 347).

#### **E. 10.3.4**

Die erste Variante (neue Winkelstützmauer) kostet laut Gutachter D \_\_\_\_\_ Fr. 323'000.-- und damit das Anderthalbfache des Drittvorschlags (Blockwurf; Fr. 211'000.--; vgl. S. 347). Die zweite Sanierungsmethode beinhaltet Restrisiken (S. 344) und kostet deutlich mehr als die dritte Version (Fr. 284'000.--). Die Bauherrschaft bringt im Rechtsmittel keine Begründung vor, warum die deutlich kostengünstigere Methode für sie nachteilig wäre. Das Bezirksgericht stellt fest, von drei unterschiedlichen Sanierungsmodellen werde die kostengünstigste Variante, Blockwurf, bevorzugt. Diese betrage nach Abzug von Ohne-hin-Kosten Fr. 103'000.-- für das Schwimmbad und Fr. 62'000.-- für die Mauer. Das Kantonsgericht hält dieses Vorgehen, unter Anbetracht der obigen Ausführungen, als gerechtfertigt.

#### **E. 11**

Mangelfolgeschäden Die Vorinstanz hat unter Mangelfolgeschaden die Kosten von privaten Sachverständigen akzeptiert (S. 473 E. 5.4.2 erster Absatz). Dies wird von den Parteien, zu Recht (vgl. ZBJV 147/2011 S. 626), nicht in Frage gestellt. Auch die Gerichtskosten für das vorsorgliche Beweisaufnahmeverfahren sind anteilmässig von den Beteiligten zu tragen (BGE 140 III 30 E. 3.2; Zürcher, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. A., N. 31 zu Art. 158; S. 473 E. 5.4.2 erster Absatz). Der Gutachter D \_\_\_\_\_ hält zu weiteren behaupteten Mangelfolgeschäden fest, er könne deren Plausibilität nicht überprüfen (S. 351). Das Bezirksgericht hat zu diesen übrigen Mangelfolgeschäden (Aussenbad, Gärtnerarbeiten, Umgebungsarbeiten, Schwimmbadabdeckung) geschlossen, diese seien grossmehrheitlich nicht nachgewiesen (S. 473 E. 5.4.2 Abs. 2). Eine hinreichende Begründung gegen diese vorinstanzlichen Feststellungen liegt nicht vor.

- 33 -

#### **E. 12**

Höhe und Quoten der Sanierungskosten Die Vorinstanz hat die Sanierungskosten unter Abzug der Soviesokosten berechnet (Bundesgerichtsurteil 4A\_514/2016 vom 6. April 2017 E. 3.2.1). Die Parteien haben weder die Höhe (insgesamt Fr. 165'000.--; Sanierung Schwimmbad Fr. 103'000.-- und Sanierung Mauer Fr. 62'000.-- [S. 4.6.7 E. 5.2.2]) noch die quotenmässige Aufteilung (für die Mauer  $\frac{3}{4}$  die Baumeisterin,  $\frac{1}{4}$  der Architekt [S. 470 E. 5.3.1 letzter Absatz], für die Bodenplatte je  $\frac{1}{2}$  Bauherrschaft und Baumeisterin [S. 472 E. 5.3.2 letzter Absatz] und für die Mangelfolgeschäden 25 % / 62.5 % / 12.5 % [S. 473 E. 5.4.1]) hinreichend beanstandet. Es kann mithin auf die vorinstanzlichen Ausführungen verwiesen werden.

#### **E. 13**

Erstinstanzliche Parteientschädigung Die Vorinstanz hat der Klägerpartei keine Parteientschädigung zugesprochen, weil diese nicht beantragt worden sei.

### E. 13.1

Ein Antrag für die Gerichtskosten ist nicht nötig, weil diese von Amtes wegen fest- gesetzt und verteilt werden (Art. 105 Abs. 1 ZPO). Es ist demnach gemäss Vertrauens- prinzip davon auszugehen, dass ein Begehren bezüglich der Kostentragung auch die Parteientschädigung einschliesst (Bundesgerichtsurteil 4A\_45/2013 vom 6. Juni 2013 E. 7).

### E. 13.2

Die Berufungsklägerschaft hat verlangt, die Kosten von Verfahren und Entscheid den Beklagten aufzuerlegen (S. 423). Die Anwältin hat ausserdem mit der Schlussdenk- schrift eine ausführliche Kostenliste deponiert (S. 424 ff.). Die Vorinstanz hat der Bau- herrschaft die Parteientschädigung mit dem Hinweis verweigert, Entsprechendes sei nicht beantragt worden. Dies widerspricht gemäss oben aufgeführtem Bundesgerichts- entscheid dem Vertrauensprinzip.

### E. 13.3

Die Vorinstanz hat für die Aufteilung der Gerichtskosten Quoten berechnet (2/5 [Bauherren], 1/2 [Baumeister], 1/10 [Architekt]; S. 474 E. 6), welche von den Parteien nicht substantiiert angefochten worden sind. Diese Quoten sind mithin anzuwenden, um die Parteientschädigungen zwischen Berufungsklägerschaft und Beklagtenparteien aufzu- teilen. Es ist weiter zu berücksichtigen, dass die Berufungsbeklagten (Z \_\_\_\_\_ AG; Y \_\_\_\_\_ AG und X \_\_\_\_\_) nur auf Klageabweisung schliessen und nicht ge- genseitig Leistungen einfordern. Die Parteientschädigungen sind mithin zwischen Klä- gerschaft und jeweiliger Beklagtenpartei individuell zu fixieren. Dies ergibt folgende Ver- teilung der Parteientschädigung:

- 34 -

Quote Parteientschädigung Bauher- ren/ Y \_\_\_\_\_ AG Parteientschädigung Bauher- ren: X \_\_\_\_\_ Bauherrschaft 2/5

Y \_\_\_\_\_ AG  $1/2 \cdot 2/5 = 1/5 = 2/10$

X \_\_\_\_\_

1/10

$2/5 \cdot 1/10 = 2/50 = 1/25 = 2/50$

Die Klägerschaft hat ferner, im einzigen bezifferten Begehren, eine Solidarhaftung zwi- schen den Beklagten für den gesamten Betrag von Fr. 444'922.70 eingefordert. Sämtli- che Beklagten hätten folglich zur Zahlung der gesamthaft eingeforderten Summe ver- pflichtet werden können. Die rechtliche Ausgangssituation der drei Beklagten zur Klä- gerpartei kann als höchst unterschiedlich bewertet werden. Das Kantonsgericht beachtet aus diesem Grunde den gesamten Streitwert bei der Fixierung jeder einzelnen Partei- entschädigung. Die Y \_\_\_\_\_ AG und die Z \_\_\_\_\_ AG sind durch den gleichen Anwalt vertreten worden, was nachfolgend berücksichtigt wird. Die Parteientschädigung zwischen Bauherrschaft und X \_\_\_\_\_ beträgt, laut Vo- rinstanz, bei vollständigem Obsiegen Fr. 26'500.--, diejenige i.S. Bauherrschaft gegen Y \_\_\_\_\_ AG und Z \_\_\_\_\_ AG Fr. 29'000.--. Diese Beträge entsprechen, unter Beachtung des Streitwerts (Fr. 444'922.70), den

Vorgaben des GTar. Sie werden, auch mangels begründeter Anfechtung, beibehalten. Die Bauherrschaft bezahlt dem Architekten Fr. 21'200.-- (Fr. 26'500/5\*4) und der Architekt der Bauherrschaft Fr. 5'300.-- (Fr. 26'500/5). Die Bauherrschaft bezahlt der Y \_\_\_\_\_ AG Fr. 12'888.90 (Fr. 29'000.--/9\*4) und die Y \_\_\_\_\_ AG der Bauherrschaft Fr. 16'xxx.10 (Fr. 29'000.--/9\*5). Die Vorinstanz hat der vollständig obsiegenden Z \_\_\_\_\_ AG eine Parteientschädigung von Fr. 14'500.-- zugesprochen, zumal diese vom gleichen Anwalt vertreten worden ist wie die Y \_\_\_\_\_ AG. Auch dieses, nicht hinreichend begründet angefochtene Vorgehen kann bestätigt werden.

## **E. 14**

Kosten

### **E. 14.1**

Das Gericht hat in seinem Urteil die Prozesskosten, welche sowohl die Gerichtskosten als auch die Parteientschädigung umfassen (Art. 95 ZPO), von Amtes wegen

- 35 - festzulegen (Art. 104 f. ZPO). Die Höhe der Prozesskosten richtet sich dabei nach kantonalem Recht (Art. 96 ZPO); für den Kanton Wallis nach dem Gesetz betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigung vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden (GTar) vom 11. Februar 2009. Dieses verweist, was die Festsetzung des Streitwerts betrifft, auf die ZPO (Art. 28 GTar und Art. 16 GTar). Die Gerichtsgebühr, die auch die Kanzleikosten pauschal abdecken soll (Art. 3 Abs. 3 GTar), wird aufgrund des Streitwerts, des Umfangs und der Schwierigkeit des Falls, der Art der Prozessführung der Parteien sowie ihrer finanziellen Situation festgesetzt. Der Streitwert bestimmt sich beim Vorliegen einer Widerklage nach dem höheren Rechtsbegehren (Art. 94 Abs. 1 ZPO). Die Streitwerte sind jedoch bei einer Widerklage zusammenzuzählen, wenn sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Klageansprüche schliessen sich nach materiellem Recht aus, wenn der Zuspruch des einen notwendig die Abweisung des andern zur Folge hat (Sterchi, in Berner Kommentar, N. 5a zu Art. 93 ZPO). Eine Herabsetzung des Streitwerts im laufenden Berufungsverfahren, z.B. durch teilweisen Berufungsrückzug, fällt ausser Betracht (Reetz/Theiler, a.a.O., N. 40 zu Art. 308 ZPO). Der zur Kostenfestlegung im Berufungsverfahren beachtliche Streitwert wird hingegen praxisgemäss aufgrund der noch strittigen Summen errechnet.

### **E. 14.2**

Die Entscheidgebühr bewegt sich bei einem Streitwert von mehr als Fr. 444'922.70 zwischen Fr. 9'000.-- und Fr. 42'000.-- (Art. 16 Abs. 1 GTar). Ein Reduktionskoeffizient von 60 % kann im Berufungsverfahren berücksichtigt werden (Art. 19 GTar).

#### **E. 14.3.1**

Die Vorinstanz hat die Gerichtskosten für das Hauptverfahren auf Fr. 61'000.-- (Gebühr Fr. 27'120.-- und Auslagen Fr. 33'880.--) fixiert (S. 474 E. 6.1). Die Höhe dieser Kosten ist nicht hinreichend begründet angefochten worden und die darin enthaltene Gebühr entspricht den Anforderungen gemäss GTar, weshalb die Summen bestätigt werden können.

#### **E. 14.3.2**

Das Verfahren vor Kantonsgericht betrifft letztlich eine Mehrzahl von Rügen, welche bereits im Erstprozess erhoben worden sind. Der Streitwert beträgt weiterhin Fr. 444'922.70. Klage und Widerklageanträge schliessen einander aus, was bei der Pro-

zesskostenfestsetzung zu beachten ist (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Die im Berufungsverfahren zu beurteilenden Rechts- und Sachverhaltsfragen sind, wie das gesamte Dossier, eher umfangreich. Es rechtfertigt sich, die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren auf insgesamt Fr. 26'000.-- zu fixieren.

- 36 -

#### **E. 14.4**

Die Verteilung der Prozesskosten richtet sich grundsätzlich nach dem Ausgang des Verfahrens, indem die Prozesskosten im Allgemeinen der unterliegenden Partei auferlegt werden (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Das Gericht kann davon abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn z.B. die Bezifferung des Anspruchs schwierig gewesen ist (Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO), wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst worden ist (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO) und in familienrechtlichen Verfahren (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO).

##### **E. 14.4.1**

Das Kantonsgericht hat die erstinstanzliche Kostenaufteilung bereits geprüft, weshalb darauf verwiesen werden kann (vgl. E. 13). Der erstinstanzliche Entscheid wird mehrheitlich bestätigt, weshalb der Verteilschlüssel 2/5 (W \_\_\_\_\_ und V \_\_\_\_\_), 1/2 (Y \_\_\_\_\_ AG) und 1/10 (X \_\_\_\_\_) bestätigt werden kann.

##### **E. 14.4.2**

Die Kosten der drei Schlichtungsverfahren von insgesamt Fr. 510.-- (abzüglich der Kosten von Fr. 170.-- i.S. Schlichtungsverfahren Z \_\_\_\_\_ AG) sind ebenso gemäss den Quoten 2/5 : 1/2 : 1/10 aufzuerlegen. Es kann auch diesbezüglich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (S. 475 E. 6.1 letzter Absatz).

##### **E. 14.4.3**

Die Anträge der Beteiligten zielen im zweitinstanzlichen Prozess auf das gleiche Ergebnis wie diejenigen vor Bezirksgericht. Das Kantonsgericht weist die Begehren mehrheitlich ab, soweit es überhaupt darauf eintritt. Das Bezirksgericht hat bei der Berechnung des Verteilschlüssels, wie die Kosten aufzuerlegen sind, zugunsten der Bauherrschafft auch die Schwierigkeit beachtet, die Höhe des Schadenersatzes festzulegen. Die Berechnung dieses Betrags ist im Berufungsverfahren einfacher, zumal dazu kein neuer Sachverhalt vorgebracht worden ist und sämtliche Expertisen von Beginn des Rechtsmittelverfahrens an aktenkundig sind. Dies würde im Berufungsverfahren eine Anpassung der Quoten zu Ungunsten der Berufungskläger rechtfertigen, da sich die Prozessführung für sie vor zweiter Instanz bei dieser Frage vereinfacht hat und sie trotzdem unterliegen. W \_\_\_\_\_ und V \_\_\_\_\_ obsiegen im Gegenzug in einem einzigen (Neben-)Punkt (Zusprechung einer Parteientschädigung vor Bezirksgericht). Die Anschlussberufungskläger verlieren vollumfänglich mit den Anschlussberufungsanträgen. Es rechtfertigt sich mithin, die erstinstanzlich fixierten Quoten, welche von den Parteien ohnehin nicht substantiiert hinterfragt worden sind, auch vor Kantonsgericht anzuwenden. Das Gericht teilt demnach die Gerichtskosten weiterhin mit den Quoten 2/5 für die W \_\_\_\_\_ und V \_\_\_\_\_, 1/2 für die Y \_\_\_\_\_ AG und zu 1/10 für X \_\_\_\_\_ auf. Dies ergibt, unter Beachtung der geleisteten Kostenvorschüsse, folgende Berechnung:

- 37 -

Quote Bezahlter Kostenvor- schuss Anspruch auf Rückerstat- tung: Kläger

$\frac{2}{5}$  von Fr. 26'000.-- = Fr. 10'400.--

Fr. 26'000.-- (S. 518) Fr. 26'000.-- - Fr. 10400.-- = Fr. 15'600.--; schießt aber noch Fr. 6'000.-- für die Y \_\_\_\_\_ AG vor. Die Bauherren erhalten also Fr. 9'600.-- vom Ge- richt zurück. X \_\_\_\_\_

$\frac{1}{10}$  von Fr. 26'000.-- = Fr. 2'600.-- Fr. 3'000.-- (S. 541) Fr. 3'000.-- - Fr. 2'600.-- = Fr. 400.-- Y \_\_\_\_\_ AG  $\frac{1}{2}$  von Fr. 26'000 = Fr. 13'000.-- Fr. 7'000.-- (S. 541) D.h. Fr. 6000.-- Saldo zu- lasten Anschlussberu- fungskläger. Wird von Be- rufungsklägern vorge- schossen.

X \_\_\_\_\_ erhält Fr. 400.-- zurückerstattet. Die Berufungskläger erhalten Fr. 9'600.-- zurückbezahlt. Die Y \_\_\_\_\_ AG schuldet ihnen für geleisteten Kostenvorschuss im Berufungsverfahren Fr. 6'000.--.

### **E. 14.5**

Die Parteientschädigung umfasst den Ersatz notwendiger Auslagen, die Kosten der berufsmässigen Vertretung und, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist, in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. a, b und c ZPO). Das Honorar des Rechtsbeistands richtet sich in der Regel nach dem Streit- wert (Art. 27 Abs. 2 und 28 Abs. 1 GTar). Die Natur und die Bedeutung des Falls, die Schwierigkeit, der Umfang, die vom Rechtsbeistand nützlich aufgewandte Zeit und die finanzielle Situation der Partei bilden weitere Kriterien (Art. 27 Abs. 1 GTar). Der ordent- liche Rahmen, Mehrwertsteuer inklusive (Art. 27 Abs. 5 GTar), liegt bei einem Streitwert von Fr. 444'923.-- zwischen Fr. 21'000.-- bis Fr. 28'300.--. Das Honorar wird im Beru- fungsverfahren entsprechend der für Fälle vor erster Instanz massgebenden Tabelle in Berücksichtigung eines Reduktions-Koeffizienten von 60 Prozent festgesetzt (Art. 35 Abs. 1 GTar).

#### **E. 14.5.1**

Die Parteientschädigungen für das erstinstanzliche Verfahren sind bereits geprüft und fixiert worden. Es kann auf die entsprechende Erwägung (vgl. E. 13) verwiesen wer- den.

- 38 -

#### **E. 14.5.2**

Das Kantonsgericht erachtet in Berücksichtigung der hiervor genannten Kriterien eine Parteientschädigung von Fr. 10'500.-- (inkl. Auslagen), die W \_\_\_\_\_ und V \_\_\_\_\_, X \_\_\_\_\_ oder der Y \_\_\_\_\_ AG bei vollständigem Obsiegen er- stattet worden wäre, für das Berufungsverfahren als angemessen. Die Aufteilung der Entschädigung erfolgt mit der gleichen Methode wie im erstinstanzlichen Prozess. Die Bauherrschaft bezahlt dem Architekten Fr. 8'400.-- ( $\text{Fr. } 10'500/5*4$ ) und der Architekt der Bauherrschaft Fr. 2'100.-- ( $\text{Fr. } 10'500/5$ ). Die Bauherrschaft bezahlt Y \_\_\_\_\_ AG Fr. 4'666.65 ( $\text{Fr. } 10'500.--/9*4$ ) und die Y \_\_\_\_\_ AG der Bauherrschaft Fr. 5'833.35 ( $\text{Fr. } 10'500.--/9*5$ ). Die Bauherrschaft bezahlt der Z \_\_\_\_\_ AG eine Parteientschädigung von Fr. 5'250.-- ( $\text{Fr. } 10'500.--/2$ ).

- 39 - Das Kantonsgericht erkennt:

1. Auf die Berufung von W \_\_\_\_\_ und V \_\_\_\_\_ wird nur eingetreten, soweit diese die erstinstanzlich verweigerte Parteientschädigung betrifft. Sie wird in diesem Punkte gutgeheissen. Die Anschlussberufungserklärungen werden abgewiesen. Das vorinstanzliche Urteil wird wie folgt bestätigt: I. Die Klage von W \_\_\_\_\_ und V \_\_\_\_\_ gegen die Z \_\_\_\_\_ AG wird abgewiesen. II. Die Y \_\_\_\_\_ AG bezahlt W \_\_\_\_\_ und V \_\_\_\_\_ Schadenersatz von Fr. 46'500.-- für den Schaden an der TerraMur2, Fr. 51'500.-- für den Schaden am Schwimmbad und Fr. 33'828.15 für weiteren Mangelfolgeschaden, total Fr. 131'828.15. III. X \_\_\_\_\_ bezahlt W \_\_\_\_\_ und V \_\_\_\_\_ Schadenersatz von Fr. 15'500.-- für den Schaden an der TerraMur2 und Fr. 10'524.15 für Mangelfolgeschaden, total Fr. 26'024.15. IV. Die von den Bauherren bezahlten Gerichtskosten der drei Schlichtungsverfahren in Höhe von Fr. 510.-- gehen im Umfang von Fr. 306.-- zu Lasten von W \_\_\_\_\_ und V \_\_\_\_\_, im Umfang von Fr. 170.-- zu Lasten der Y \_\_\_\_\_ AG und im Umfang von Fr. 34.-- zu Lasten von X \_\_\_\_\_. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens von Fr. 61'000.-- werden wie folgt aufgeteilt: a. W \_\_\_\_\_ und V \_\_\_\_\_: Fr. 24'200.-- b. X \_\_\_\_\_ Fr. 6'100.-- c. Y \_\_\_\_\_ AG: Fr. 30'500.-- Die erstinstanzlichen Gerichtskosten werden mit den von den Parteien geleisteten Vorschüssen (W \_\_\_\_\_ und V \_\_\_\_\_ Fr. 31'890.--, Y \_\_\_\_\_ AG Fr. 27'875.--, X \_\_\_\_\_ Fr. 70.--) verrechnet. X \_\_\_\_\_ bezahlt dem Bezirksgericht A \_\_\_\_\_ noch Fr. 1'165.--.

- 40 - 2. Die Gerichtskosten im Berufungsverfahren von Fr. 26'000.-- werden wie folgt aufgeteilt: d. W \_\_\_\_\_ und V \_\_\_\_\_: Fr. 10'400.-- e. X \_\_\_\_\_: Fr. 2'600.-- f. Y \_\_\_\_\_ AG: Fr. 13'000.-- g. Z \_\_\_\_\_ AG: Fr. 0.--

Die geleisteten Kostenvorschüsse von W \_\_\_\_\_ und V \_\_\_\_\_ (Fr. 26'000.--), X \_\_\_\_\_ (Fr. 3'000.--) und Y \_\_\_\_\_ AG (Fr. 7'000.--) werden mit den Gerichtskosten verrechnet. W \_\_\_\_\_ und V \_\_\_\_\_ erhalten vom Kantonsgericht Fr. 9'600.-- und X \_\_\_\_\_ Fr. 400.-- zurückerstattet.

3. W \_\_\_\_\_ und V \_\_\_\_\_ bezahlen X \_\_\_\_\_ folgende Entschädigungen: I. Parteientschädigung erstinstanzliches Verfahren: Fr. 21'200.-- II. Parteientschädigung Berufungsverfahren: Fr. 8'400.-- X \_\_\_\_\_ bezahlt W \_\_\_\_\_ und V \_\_\_\_\_ folgende Entschädigungen: I. Parteientschädigung erstinstanzliches Verfahren: Fr. 5'300.-- II. Parteientschädigung Berufungsverfahren: Fr. 2'100.-- III. Für geleisteten Kostenvorschuss im Schlichtungsverfahren: Fr. 34.-- IV. Für geleisteten Kostenvorschuss vor Bezirksgericht: Fr. 4'866.--

W \_\_\_\_\_ und V \_\_\_\_\_ bezahlen der Y \_\_\_\_\_ AG folgende Entschädigungen: I. Parteientschädigung erstinstanzliches Verfahren: Fr. 12'888.90 II. Parteientschädigung Berufungsverfahren: Fr. 4'666.65 Die Y \_\_\_\_\_ AG bezahlt W \_\_\_\_\_ und V \_\_\_\_\_ folgende Entschädigungen: I. Parteientschädigung erstinstanzliches Verfahren: Fr. 16'xxx.10 II. Parteientschädigung Berufungsverfahren: Fr. 5'833.35 III. für geleisteten Kostenvorschuss im Schlichtungsverfahren: Fr. 170.-- IV. für geleisteten Kostenvorschuss vor Bezirksgericht: Fr. 2'625.-- V. für geleisteten Kostenvorschuss vor Kantonsgericht: Fr. 6'000.--

- 41 - W \_\_\_\_\_ und V \_\_\_\_\_ bezahlen der Z \_\_\_\_\_ AG folgende Entschädigungen: I. Parteientschädigung erstinstanzliches Verfahren: Fr. 14'500.-- II. Parteientschädigung Berufungsverfahren: Fr. 5'250.--

Sitten, 14. April 2019

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