

# ZH\_HANDELSGERICHT HG210132 vom 4. Oktober 2024

Zh Handelsgericht, 2024-10-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG210132](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG210132)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG210132 du 4 octobre 2024

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG210132 del 4 ottobre 2024

## Erwägungen

### E. 1

Formelles: Zuständigkeit Die örtliche und sachliche Zuständigkeit für die Beurteilung der vorliegenden Klage ist gegeben und zu Recht unbestritten geblieben (Art. 10 lit. b ZPO; Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG; act. 1 Rz. 2 ff.; act. 13 Rz. 4).

### E. 2

Rodungen, Wurzelstöcke ausgraben, Materialauflad + Abfuhr, Entsorgung (ca. Annahme CHF 3'800.–)

#### E. 2.1

Die ursprüngliche – im Jahr 2001 errichtete – nordseitige Granitsteinmauer auf dem Grundstück der Kläger hatte in der dritten Reihe von fünf eine Ausbuchtung und die oberen beiden Steinreihen wiesen leichte Senkungen nach hinten auf (act. 1 Rz. 9 f.; act. 13 S. 3; act. 35 Rz. 3; act. 39 S. 3). Die Kläger suchten im Juni 2016 des Gespräch mit G.\_\_\_\_\_ von der Beklagten und holten zuerst eine mündliche Offerte ein (act. 1 Rz. 15; act. 13 S. 5). Die Beklagte erstellte eine handschrift-

- 6 - liche Offerte, datierend vom 10. November 2016, für insgesamt CHF 27'120.–. Die Offerte umfasste folgende 9 Positionen (act. 1 Rz. 18; act. 13 S. 5; act. 3/6): 1. Installation der Baustelle, Maschinentransporte (CHF 1'800.–)

#### E. 2.2

Die Offerte und die von den Parteien vereinbarte Arbeit an der nordseitigen Mauer sahen kein Fundament vor (act. 1 Rz. 48; act. 3/6-7). Gestützt auf die Offerte vereinbarten die Parteien die Sanierung der nordseitig bestehenden Trockenmauer, den Neubau von zwei Ecken im Nordwesten und -osten sowie einer kleinen Findlingsmauer (act. 1 Rz. 8; act. 13 S. 3 f.). Die Anwendung der SIA-Norm wurde nicht vereinbart (act. 1 Rz. 47 und 64; act. 13 S. 18).

#### E. 2.3

Die Beklagte sanierte bzw. erstellte die Mauern vom 21. bis am 30. November 2016 (act. 1 Rz. 20; act. 13 S. 8; act. 3/8). Bei der nordseitigen Mauer erstellte sie eine Hinterfüllung aus Geröll-/Sickerbeton und Kies bis und mit zweitoberste Steinreihe (act. 1 Rz. 89, 91 und 95; act. 13 S. 32-3; act. 3/38/18, 21). Im Frühling 2017 wies die neue nordseitige Mauer erneut eine Ausbuchtung in der middle-

- 7 - ren/dritten Steinreihe und Senkungen der oberen beiden Steinreihen auf (act. 1 Rz. 34 und 39; act. 13 S. 14, 15 f. und 35 nicht bestritten).

#### E. 2.4

Da sich die Parteien über die Nachbesserung der Mauern nicht einig wurden, verzichteten die Kläger im April 2018 schliesslich darauf (vgl. auch hinten E. 7.1). In der Folge liessen die Kläger eine amtliche Befundaufnahme über die von der Beklagten erstellten Mauern durchführen (vgl. hinten E. 8.4.2; act. 3/38) und beauftragten ein Drittunternehmen mit deren Nachbesserung bzw. Neuerstellung (vgl. hinten E. 8.2). 3. Nordseitige Mauer

### **E. 3**

Bestehende Betonsteine, Betonplatten, Auflad und Abfuhr, Dep. ... (ca. CHF 1'700.–)

#### **E. 3.1**

Werkmängel

##### **E. 3.1.1**

Parteivorbringen

###### **E. 3.1.1.1**

Die Kläger bringen vor, dass bei der nordseitigen Granitsteinmauer gemäss der Beklagten das Risiko eines Mauerkollapses bestanden habe (act. 1 Rz. 9). Ursprünglich hätten sie den Wunsch gehabt, die Absenkung beim alten Sitzplatz ausbessern zu lassen. Sie hätten sich auf Ratschlag der Beklagten hin im Juni 2016 entschlossen, die Gartenmauer zu sanieren. Da für die Sanierungsarbeiten sowieso die ganze Mauer abgebrochen werden müssen, hätten sich weitere Arbeiten im Garten ergeben (act. 1 Rz. 11). Zum Zeitpunkt der Offerte der Beklagten seien die Kläger fachliche Laien gewesen und hätten nicht gewusst, wie eine Natursteinmauer saniert bzw. gebaut werden müsse (act. 1 Rz. 15). Die von den Klägern kommunizierten Anforderungen an die Arbeiten der Beklagten seien entsprechend einfach gehalten gewesen, nämlich dass die Natursteinmauern im Trockenbau verlegt und so saniert bzw. erstellt würden, dass sie die nächsten hundert Jahre hielten. Über das "wie" sei mit der Beklagten nicht diskutiert worden. Die Kläger hätten von der Beklagten fachgerecht sanierte bzw. erstellte Mauern zu einem angemessenen Preis verlangt (act. 1 Rz. 17). Sie hätten jedoch nicht nur eine Teilsanierung zu einem tieferen Preis verlangt (act. 35 Rz. 14).

###### **E. 3.1.1.2**

Die von der Beklagten offerierte Arbeit habe den Schwerpunkt bei der Hinterfüllung und Entwässerung der nordseitigen Mauer gesetzt. Zusammengefasst

- 8 - hätten gemäss Offerte und Rechnung der Beklagten die Bepflanzung und die Granitsteine der grossen Mauer entfernt, dahinter bis auf das Niveau der untersten Steinreihe herunter gegraben, mit einer guten Hinterfüllung eine saubere Entwässerung gewährleistet und die Granitsteine neu geradlinig versetzt werden müssen (act. 1 Rz. 51; act. 3/6). Die Mauer sei zusätzlich zu den Ausbuchtungen bzw. Senkungen mangelhaft, weil die Linienführung, Aneinanderreihung und Schichtung der Steine unsorgfältig und die Folge eine unzumutbare Gesamterscheinung sei (act. 1 Rz. 92; act. 35 Rz. 105; act. 3/38/6).

###### **E. 3.1.1.3**

Das Hinterfüllungsmaterial sei nicht wie vereinbart und den Regeln der Technik entsprechend bis hinunter zu Unterkant fünfte Steinreihe verbaut worden. Das Erdreich hinter der Mauer sei nur mangelhaft verdichtet worden, was für sich allein bereits zu Senkungen des Erdreiches geführt habe. Die Mauer habe aus diesen Gründen nicht der vorausgesetzten Normalbeschaffenheit entsprochen (act. 1 Rz. 95). Die mangelhafte

Hinterfüllung und Auffüllung der Mauer und die mangelhafte Verdichtung des Erdreichs dahinter zusammen hätten eine ungenügende und damit mangelhafte Entwässerung/Drainage der Mauer bewirkt. Dies habe wiederum dazu geführt, dass Staunässe und/oder Hangdruck die beiden mittleren Steinreihen nach vorne geschoben und eine Ausbuchtung verursacht habe. Deswegen seien in der Folge die oberen beiden Steinreihen weiter nach hinten und/oder zur Seite gesunken/gekippt. Die mangelhaft entwässerte, "bauchige Mauer" sei dadurch instabil geworden, es habe die Gefahr eines Mauerkollapses bestanden. Die Kläger hätten eine noch schlechtere Ausgangslage wie vor der Sanierung gehabt, da der Bauch noch ausgeprägter und die Senkungen noch stärker gewesen seien. Die Mauer sei aus diesem Grund auch nicht gebrauchstauglich gewesen (act. 1 Rz. 97).

#### **E. 3.1.1.4**

Gemäss der Beklagten sei den Klägern in der mündlichen Offerte aufgezeigt worden, mit welchen Kosten für den Abbruch und die Neuerstellung der nördlichen Granitsteinmauer zu rechnen sei. Aus Kostengründen hätten die Kläger auf diese Erneuerung verzichtet und lediglich gewünscht, die Ausbuchtung in der dritten Reihe zu entfernen und die beiden oberen Steinreihen neu zu richten (act. 13 S. 3 und 5; act. 39 S. 18, 27 und 30). Es sei nie Thema gewesen, sämtliche Gra-

- 9 - nitsteine bis auf die unterste Steinreihe zu entfernen (act. 13 S. 22; act. 39 S. 8). Eine Hinterfüllung mit Geröllbeton und Kies sei nur bezüglich den obersten beiden Steinreihen vereinbart worden, bezüglich der dritten ein Richten aufgrund der vorhandenen Ausbuchtung. Es sei nicht Vertragsbestandteil gewesen, eine genügende Entwässerung/Drainage der gesamten Mauer zu erstellen (act. 13 S. 34).

#### **E. 3.1.1.5**

Die Beklagte bestreitet, dass das Erdreich hinter der Mauer nur mangelhaft verdichtet worden sei und dass die geltend gemachten Senkungen im Zusammenhang mit ihrer Werkvertragsausführung stünden. Im Bereich der obersten beiden Reihen sei eine korrekte Hinterfüllung und ein Vlies angebracht worden (act. 13 S. 3). Die Beklagte bestreitet weiter, dass die geltend gemachte mangelhafte Hinter- und Auffüllung der Mauer und mangelhafte Verdichtung des Erdreichs adäquat kausal für die festgestellten Ausbuchtungen seien. Die Ausbuchtung in der mittleren Reihe sei von geringer Auswirkung gewesen, zu keiner Zeit habe eine Instabilität der Mauer und somit die Gefahr eines Mauerkollapses bestanden. Die Mauer sei gebrauchstauglich gewesen (act. 13 S. 35).

#### **E. 3.1.1.6**

Die Beklagte bestreitet ferner, dass sich wegen der ungenügenden Entwässerung Staunässe und/oder Hangdruck die mittleren Steinreihen nach vorne geschoben hätten und Ausbuchtungen verursacht worden seien. Die geltend gemachte Senkung/Kippung der oberen beiden Steinreihen sei nicht auf eine mangelhafte Werkausführung der Beklagten zurückzuführen (act. 13 S. 35; act. 39 S. 37). Die Ausbuchtung sei nicht grösser als die ursprünglich vorhandene vom November 2016 gewesen (act. 13 S. 15 und 35; act. 39 S. 37). Die Ausbuchtung habe wohl ihre Ursache in einer nicht voraussehbaren Unterspülung mit Wasser, aufgrund der sehr starken Regenfälle im Winter 2016/17 oder aufgrund eines nicht voraussehbaren Hangdruckes (act. 13 S. 16).

### **E. 3.1.2**

#### Rechtliches

#### **E. 3.1.2.1**

Ein Werk ist mangelhaft, wenn ihm zugesicherte, vertraglich vereinbarte oder wegen Gebrauchstauglichkeit und Verkehrsanschauung nach Treu und Glauben ohne Vereinbarung vorausgesetzte Eigenschaften fehlen. Die Differenz zwischen "Sollbeschaffenheit" und der tatsächlichen Beschaffenheit bildet das Begriffsmerkmal des Werkmangels (BSK OR-ZINDEL/SCHOTT, Art. 368 N 9; BGer 4A\_231/2016 vom 12. Juli 2016, E. 2.2 und 4A\_428/2007 vom 2. Dezember 2008, E. 3.1). Ob und welche Werkeigenschaften durch eine entsprechende Abrede vereinbart sind, ist im Einzelfall durch Vertragsauslegung zu ermitteln, die auch stillschweigend vereinbarte Willensinhalte festzustellen hat (GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019., Rz. 1366; BGer 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007, E. 3.1).

#### **E. 3.1.2.2**

Soweit die Eigenschaften, die das Werk bei seiner Ablieferung aufweisen muss, nicht durch Parteivereinbarung bestimmt sind, hat der Besteller Anspruch auf ein Werk, das "normal" beschaffen und gebrauchstauglich ist (GAUCH, a.a.O., Rz. 1407; BGer 4C.149/2001 vom 19. Dezember 2001, E. 3). Für eine normale Beschaffenheit muss das Werk mindestens den für ein solches "anerkannten Regeln der Technik" oder einem gleichwertigen Standard zur Zeit der Ausführung entsprechen (GAUCH, a.a.O., Rz. 1411; BGer 4A\_428/2007 vom 2. Dezember 2008, E. 3.1). Für die geschuldete Gebrauchstauglichkeit ist der Gebrauchszweck, dem das Werk dienen soll, massgebend. Soweit vertraglich kein besonderer Gebrauchszweck festgelegt ist, hat das Werk für den gewöhnlichen Gebrauch zu taugen (GAUCH, a.a.O., Rz. 1419; BGer 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007, E. 3.1). Ob sich das Werk für den gewöhnlichen Gebrauch eignet, beurteilt sich nach objektiven Kriterien. Die berechtigten Erwartungen des Bestellers können auch durch das Verhältnis zwischen Werkleistung und Werklohn mitbestimmt sein (GAUCH, a.a.O., Rz. 1427 f.).

#### **E. 3.1.2.3**

Der sachkundige Unternehmer hat gegenüber dem nicht oder weniger sachkundigen Besteller eine vertragliche Pflicht zur Abmahnung für den Fall un- zweckmässiger Anordnungen (Art. 369 OR; BGer 4A\_525/2015 vom 2. Februar 2016, E. 2.3.2; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. 369 N 8). Mit der Abmahnung muss der Unternehmer gegenüber dem Besteller unmissverständlich zum Ausdruck brin-

- 11 - gen, dass die erteilte Weisung seines Erachtens zu einem Werkmangel führen könnte und dass er deshalb die Verantwortung für die entsprechende Werkausführung ablehne (BGer 4C.217/2005 vom 20. Februar 2006, E. 3.2.1; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. 369 N 9).

#### **E. 3.1.2.4**

Nach der Rechtsprechung ist zwischen Primär- und Sekundärmängeln zu unterscheiden. Der Primärmangel besteht bereits im Zeitpunkt der Ablieferung des Werkes und bildet die Ursache des Sekundärmangels, der erst danach entsteht. Für eine nach Ablieferung entstandene Verschlechterung des Werks haftet der Unternehmer nur, wenn diese kausal auf einen bereits in diesem Zeitpunkt bestehenden Sachmangel zurückgeht (BGer 4A\_303/2017 vom 13. Dezember 2017, E. 3.4; 4A\_109/2014 vom 21. Mai 2014, E. 3.3.1;

4C.321/2006 vom 1. Mai 2007, E. 4.3.1; GAUCH, a.a.O., Rz. 1455 und 1470 f.).

### **E. 3.1.2.5**

Der Besteller hat das Vorliegen eines Werkmangels zu beweisen (BSK OR-ZINDEL/SCHOTT, Art. 368 N 90). Die sachverständige Person soll dem Gericht durch ihre besonderen fachlichen Kenntnisse die zur Entscheidung notwendige Erfahrung beziehungsweise das notwendige Fachwissen vermitteln. Der gerichtliche Experte teilt dem Gericht auf Grund seiner Sachkunde entweder Erfahrungs- oder Wissenssätze seiner Disziplin mit, erforscht für das Gericht erhebliche Tatsachen oder zieht sachliche Schlussfolgerungen aus bereits bestehenden Tatsachen (BGer 4A\_66/2018 vom 15. Mai 2019, E. 2.2; 4A\_85/2017 vom 4. September 2017, E. 2.2.1; 4P.248/2006 vom 8. Januar 2007, E. 2.6). In Fachfragen darf das Gericht nur aus triftigen Gründen von einem Gerichtsgutachten abweichen (BGE 138 III 193 E. 4.3.1).

### **E. 3.1.3**

Würdigung

#### **E. 3.1.3.1**

Die Parteien schlossen gestützt auf die handschriftliche Offerte der Beklagten vom 10. November 2016 (act. 3/6) einen Werkvertrag über die Sanierung der nordseitigen Mauer sowie den Neubau von zwei Mauerecken und einer kleinen Mauer. Die Kläger wollten die nordseitige Mauer unter anderem deshalb sanieren lassen, weil diese eine Ausbuchtung aufwies. So führt auch die Beklagte aus, die Kläger hätten gewünscht, dass die Ausbuchtung entfernt werde; gestützt darauf sei

- 12 - die Offerte erstellt worden (act. 13 S. 3). Die Entfernung der Ausbuchtung wurde folglich vertraglich vereinbart, auch wenn dies nicht ausdrücklich Eingang in die Offerte gefunden hatte. Die Kläger durften erwarten, dass die Beklagte die Mauer so saniert, dass das zu behebende Problem nicht bereits einige Monate später erneut auftritt. Die unbestrittenermassen erneut entstandene Ausbuchtung stellt als Abweichung vom vertraglich Vereinbarten einen Mangel dar, unabhängig von allfälligen Auswirkungen der Ausbuchtung wie einer Instabilität der Mauer. Da die Ausbuchtung im Zeitpunkt der Ablieferung der Mauer anfangs Dezember 2016 noch nicht bestand, handelt es sich um einen Sekundärmangel. Damit die Beklagte für diesen haftet, muss die Ausbuchtung kausal auf einen bei der Ablieferung bestehenden Primärmangel zurückzuführen sein. Gemäss den Klägern besteht der Primärmangel in der mangelhaften Hinterfüllung bzw. Verdichtung des Erdreichs hinter der Mauer.

#### **E. 3.1.3.2**

In der Offerte (act. 3/6) wird nicht präzisiert, bis wo – zuunterst oder bis und mit zweitoberste Reihe – eine Hinterfüllung der nordseitigen Mauer vereinbart war. Auch eine Drainage bzw. Entwässerung der Mauer wird nicht explizit erwähnt. Wie gesehen (vgl. oben E. 3.1.1.4) behauptet die Beklagte, eine Hinterfüllung mit Geröllbeton und Kies sei aus Kostengründen nur bezüglich den obersten beiden Steinreihen vereinbart worden, bezüglich der dritten ein Richten aufgrund der vorhandenen Ausbuchtung, was von den Klägern in Abrede gestellt wird. Die Erstellung dieser bestrittenen Behauptung kann unterbleiben, da die Kläger ohnehin Anspruch auf eine fachgerechte Sanierung hatten, das heisst auf ein Werk, das "normal" beschaffen und gebrauchstauglich ist. Für die Normalbeschaffenheit muss die Mauer den "anerkannten Regeln der Technik" entsprechen.

Bei der Frage, wie die Hinterfüllung einer Trockenmauer nach den anerkannten Regeln der Technik erstellt werden muss, handelt es sich um Fachwissen.

### **E. 3.1.3.3**

Zum Hauptbeweis der Kläger, dass die Sanierung der nordseitigen Mauer durch die Beklagte mit einer Hinter- und Auffüllung bei den obersten beiden Steinreihen nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprach (act. 63, Beweissatz 1a), wurden verschiedene Urkunden (Fotos; act. 3/38/21; 3/38/17-18) abgenommen und ein Gutachten eingeholt. Der Gutachter, der die Begutachtung anhand der

- 13 - von den Parteien eingereichten Fotos vornehmen musste, nachdem die von der Beklagten erstellten bzw. sanierten Mauern nicht mehr existieren, verneinte die Befolgung der anerkannten Regeln der Technik: Statt nur in einem Teilbereich der oberen zwei bzw. drei Steinreihen hätte eine Gesamtsanierung durchgeführt werden müssen (act. 77 S. 29 F/A 1.1). Dazu hätte der Untergrund – auch der unterliegende Baugrund (vgl. act. 77 S. 23 Ziff. 2.2.2.1) – untersucht werden und eine Planung mit einem statischen Nachweis erfolgen müssen (act. 77 S. 24 Ziff. 5.6.4.2; S. 29 F/A 1.1). Nach den anerkannten Regeln der Technik hätte die Hinterfüllung mit Geröllbeton und Kies bis zur untersten Steinreihe erstellt werden müssen. Gemäss den Vorgaben der Norm müssten Blockmauern durch das Einbringen einer rückseitigen Sickerschicht (lose oder gebunden) entwässert werden (act. 77 S. 29 F/A 1.2; S. 24 Ziff. 5.6.4.3; Konstruktionsskizze S. 33). Bei den Sanierungsarbeiten sei die Entwässerung des unteren Bereiches nicht berücksichtigt worden, was eine schwere Abweichung von den Regeln der Baukunst darstelle (act. 77 S. 23 Ziff. 5.5.3.1). Die von den Klägern aufgeworfene Frage nach der genügenden Verdichtung des Erdreichs hinter der Mauer konnte der Gutachter mangels Angaben zu den Verdichtungsarbeiten bzw. -werten nicht beantworten (act. 77 S. 29 F/A 1.3).

### **E. 3.1.3.4**

Das von beiden Parteien beantragte Gutachten bestätigt mithin klar, dass die von der Beklagten erstellte Hinterfüllung der nordseitigen Mauer nicht der "normalen" Beschaffenheit entsprach und somit mangelhaft war. Nach den anerkannten Regeln der Technik hätte eine Hinterfüllung und Entwässerung der Mauer bis zur untersten Steinreihe erstellt werden müssen. Dies ist unabhängig von der Frage der genügenden Verdichtung der Fall. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich die Abnahme der zu diesem Beweissatz vorbehaltenen Beweismittel. Für die Parteibefragung der Kläger gilt dies, weil ihnen der Hauptbeweis bereits gelungen ist. Der von der Beklagten zum Gegenbeweis offerierte Zeuge G.\_\_\_\_\_, welcher die Mauer sanierte, vermöchte das Ergebnis des gerichtlichen Gutachtens nicht in Frage zu stellen, zumal er als ehemaliger Verwaltungsrat der Beklagten zumindest anfangs in die Auseinandersetzung der Parteien involviert war und Gegenstand seines Zeugnisses nicht das hier notwendige Fachwissen sondern eigene Wahrnehmungen wären.

- 14 -

### **E. 3.1.3.5**

Unterbleiben kann schliesslich auch die Beweisabnahme zum von der Beklagten behaupteten mündlichen Vertragsinhalt. Ein Verzicht der Kläger auf eine vollständige Erneuerung der Mauer hätte die Beklagte nicht von ihrer Pflicht befreit, die Mauer nach den anerkannten Regeln der Technik zu sanieren. Gemäss Gutachten war eine fachgerechte

Sanierung der Mauer nur möglich, wenn die Hinterfüllung bis zuunterst neu gemacht worden wäre (act. 77 S. 29 F/A 1.1-1.2; vgl. zuvor). Hätten die Kläger, wie von der Beklagten behauptet (s. vorne E. 3.1.1.4), tatsächlich nur die Erneuerung der oberen beiden Reihen verlangt, hätte die Beklagte als Fachperson sie entsprechend abmahnen müssen. Die Beklagte machte nicht geltend, die Kläger entsprechend aufgeklärt oder abgemahnt zu haben. Vielmehr scheint sie ja selbst der Ansicht zu sein, dass eine Sanierung nur der oberen beiden Reihen den anerkannten Regeln der Technik entspreche (vgl. act. 13 S. 23 und act. 39 S. 57).

#### **E. 3.1.3.6**

Uneinig sind die Parteien auch hinsichtlich der Kausalität des Primärmangels für den Sekundärmangel. Zum Hauptbeweis der Kläger, dass die mangelhafte Hinter- und Auffüllung der Mauer und die mangelhafte Verdichtung des Erdreichs die Ursachen für die festgestellte Ausbuchtung der Mauer sind (act. 63, Beweissatz 1b) wurden wiederum verschiedene Urkunden (Fotos; act. 3/38/6; 3/38/11; 3/38/16) abgenommen und ein von beiden Parteien beantragtes Gutachten eingeholt. Zu den Behauptungen der Beklagten, dass die Ausbuchtung "wohl" aufgrund einer nicht voraussehbaren Unterspülung mit Wasser, der sehr starken Regenfälle im Winter 2016/17 oder eines nicht voraussehbaren Hangdruckes entstanden sei, konnte mangels genügender Substantiierung kein Beweis abgenommen werden. Anzuführen bleibt, dass ein allfälliger Hangdruck durchaus voraussehbar gewesen wäre, wenn bereits die ursprüngliche Mauer eine Ausbuchtung aufwies.

#### **E. 3.1.3.7**

Der Gutachter sah von einer Beantwortung der ihm gestellten Frage ab, da diese eine Beurteilung beinhalte (act. 77 S. 30 F/A 1.5). Er stellte jedoch allgemein fest, dass eine Senkung nach hinten und eine Ausbuchtung entstehen könnten, wenn die Stabilität der Mauer nicht den Vorgaben und Anforderungen gemäss den anerkannten Regeln der Baukunst entspreche (act. 77 S. 29 F/A 1.4). Als Abweichungen von den Regeln der Baukunst hielt er unter anderem fest: Der Baugrund

- 15 - sei nicht untersucht worden, es sei mit grosser Wahrscheinlichkeit kein Nachweis der Tragsicherheit durch eine Fachperson erstellt, die Mauer sei nicht entwässert, es sei kein Geotextil zur Verhinderung von Ausschwemmungen eingebaut, die Hinterfüllung sei mit kompaktem lehmigen statt mit durchlässigem Material erstellt und in den Lagefugen seien zahlreiche Zwickelsteine verwendet worden, was die Stabilität der Mauer gefährden könne (act. 77 S. 28). Diese Feststellungen in Verbindung mit den Fotos (v.a. act. 77 S. 17 ff.), anhand welcher die Abweichungen deutlich ersichtlich sind, lassen den Schluss zu, dass keine erneute Ausbuchtung entstanden wäre, wenn eine den anerkannten Regeln der Technik entsprechende Sanierung erfolgt wäre. Bei diesem Beweisergebnis kann auch in diesem Zusammenhang von der Abnahme der vorbehaltenen Beweismittel abgesehen werden (vgl. dazu oben Ziff. 3.1.3.4).

#### **E. 3.1.3.8**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Sanierung der nordseitigen Mauer nicht nach den anerkannten Regeln der Baukunst erfolgte. Einerseits entsprach die von der Beklagten erstellte Hinterfüllung der nordseitigen Mauer nicht der "normalen" Beschaffenheit und war somit mangelhaft. Andererseits stellt auch die unbestrittenermassen erneut entstandene Ausbuchtung einen Mangel dar. Dieser ist kausal auf den bei der Ablieferung

bestehenden Primärmangel zurückzuführen.

## **E. 3.2**

Mängelrüge

### **E. 3.2.1**

Unstrittiger Sachverhalt Unstrittig ist, dass die Kläger am Freitag, 31. März 2017, G. \_\_\_\_\_ per SMS mitteil- ten, die Mauer habe über den Winter einen Bauch bekommen. Sie seien gleich weit wie vor den Arbeiten der Beklagten. Geröllbeton sei nicht über die ganze Länge bis nach unten bzw. im mittleren Bereich nicht bis unten verlegt worden. Zudem schick- ten sie zwei Fotos zum Vergleich. Die Steine seien nach hinten gekippt und gewisse Steine lose (act. 1 Rz. 35; act. 13 S. 15; act. 3/14). Am Dienstag, 4. April 2017, machten sie gegenüber G. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ vor Ort ebenfalls geltend, dass sie die von der Beklagten sanierte nordseitige Mauer bemängeln und die Beklagte da- für verantwortlich machten (act. 1 Rz. 35; act. 13 S. 15). Zudem wurde der Mangel mit eingeschriebener Mängelrüge der Rechtsschutzversicherung der Kläger vom

- 16 - 5. April 2017 schriftlich gerügt. Dabei wurde darauf hingewiesen, dass die Mauer im Mittelteil nicht mehr gerade sei, sondern einen Bauch aufweise. Es sei kein Trennvlies hinter dem Geröllbeton verwendet worden, weshalb die Drainage nicht gewährleistet sei. Letztlich sei der Boden im Garten wieder abgesunken. Die Kläger seien nicht bereit, die Mauer so zu akzeptieren (act. 1 Rz. 36-38; act. 13 S. 15; act. 3/15).

### **E. 3.2.2**

Parteivorbringen Die Kläger bringen zudem vor, am 31. März 2017 von einem anderen Gartenbauer, K. \_\_\_\_\_, auf die Mängel der nordseitigen Mauer aufmerksam gemacht worden zu sein (act. 1 Rz. 34; act. 35 Rz. 45). Die Beklagte ist hingegen der Meinung, dass K. \_\_\_\_\_ die Kläger schon früher informiert habe. Die erwähnten Ausbuchtungen und Senkungen seien bereits im Februar 2017 vorhanden und erkennbar gewesen, weshalb sie seitens der Kläger bereits früher hätten festgestellt werden können. Die Rüge am 31. März 2017 sei verspätet gewesen. Die fehlende Hinterfüllung sei nicht gerügt worden (act. 13 S. 14 f.; act. 39 S. 20 f.).

### **E. 3.2.3**

Rechtliches

#### **E. 3.2.3.1**

Den Besteller trifft eine Untersuchungs- und Rügeobliegenheit hinsichtlich Mängeln des Werks innerhalb angemessener Frist (Art. 367 Abs. 1 OR). Unter- lässt er dies, vermutet das Gesetz unwiderlegbar die stillschweigende Genehmi- gung des Werks (Art. 370 Abs. 2 OR). Offene Mängel sind solche, die bei der ord- nungsgemässen Prüfung des Werkes entdeckt werden oder entdeckt werden könn- ten. Versteckte Mängel sind solche, die sich erst später zeigen. Diese muss der Besteller sofort nach deren Entdeckung rügen (Art. 370 Abs. 3 OR; BGer 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007, E. 4.1)

#### **E. 3.2.3.2**

Bei sogenannten offenen, d.h. bei der Abnahme erkennbaren Mängeln wird der Unternehmer bei Genehmigung des Werkes durch den Besteller von der Män- gelhaftung befreit (Art. 370 Abs. 1 OR). Die Genehmigung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, wobei eine stillschweigende Genehmigung namentlich vorliegt, wenn der

Besteller das Werk vorbehaltlos bezahlt (BSK OR-ZIN-

- 17 - DEL/SCHOTT, Art. 370 N 10 f.; BGer 4C. 231/2004 vom 8. Oktober 2004, E. 2.2). Die Genehmigung führt gemäss unwiderlegbarer gesetzlicher Vermutung zur Verwirkung der Mängelrechte (Art. 370 Abs. 1 OR; BSK OR-ZINDEL/SCHOTT, Art. 370 N 21).

### **E. 3.2.3.3**

Bei der Beurteilung, ob eine Mängelrüge rechtzeitig erfolgt ist, muss auf die konkreten Umstände des Einzelfalls, insbesondere auf die Art der Mängel abgestellt werden. Grundsätzlich ist die Rügefrist kurz zu bemessen, wenn es sich um einen Mangel handelt, bei dem die Gefahr besteht, dass ein Zuwarten zu einem grösseren Schaden führen kann (BGE 118 II 142 E. 3b). Ansonsten hält das Bundesgericht eine siebentägige Rügefrist für angemessen (vgl. BGer 4A\_82/2008 vom 29. April 2009, E. 7.1; 4C.82/2004 vom 3. Mai 2004, E. 2.3). Der Zweck der kurzen Rügefrist nach Art. 370 Abs. 3 OR, d.h. das Bestreben nach rascher Schaffung von Rechtssicherheit, gebietet es, dass der Besteller, wenn er den Mangel einmal zuverlässig festgestellt hat, rasch zur Anzeige an den Unternehmer schreitet (BGer 4C.159/1999 vom 28. Juli 2000, E. 1b/bb). Die Rügefrist beginnt mit der Entdeckung des Mangels. Nach der Rechtsprechung gilt ein Mangel erst als entdeckt, wenn der Besteller davon solches Kenntnis erlangt hat, dass er eine genügend substantiierte Rüge erheben kann. Bei Mängeln, die nach und nach zum Vorschein kommen, weil sie in ihrer Ausdehnung oder Intensität wachsen, genügen dafür noch nicht die ersten Anzeichen. Bei solchen Mängeln darf deshalb eine Entdeckung erst angenommen werden, wenn der ernsthafte Charakter des Zustandes deutlich wird und der Besteller die Bedeutung und Tragweite der Mängel erfassen kann (BGE 131 III 145 E. 7.2; 118 II 142 E. 3b; zum Ganzen BGer 4A\_55/2012 vom 31. Juli 2012, E. 7.2).

### **E. 3.2.3.4**

Die Mängelrüge ist nicht an eine bestimmte Form gebunden. Sie muss inhaltlich sachgerecht substantiiert sein und zum Ausdruck bringen, dass der Besteller die Lieferung nicht als vertragsgemäss anerkennt und den Unternehmer haftbar macht. In der Regel ergibt sich bereits aus der blossen Mitteilung der Mängel, dass der Besteller den Unternehmer für verantwortlich erachtet (BGer 4A\_82/2008 vom 29. April 2009, E. 6.1; 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007, E. 4.2; BGE 107 II 175).

- 18 -

### **E. 3.2.3.5**

Die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge ist vom Besteller zu beweisen (BGer 4A\_231/2016 vom 12. Juli 2016, E. 2.4.3). Der Unternehmer trägt hingegen die Behauptungslast dafür, dass keine rechtzeitige, den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Mängelrüge erhoben worden ist (BSK OR-ZINDEL/SCHOTT, Art. 367 N 33).

## **E. 3.2.4**

Würdigung

### **E. 3.2.4.1**

Die SMS-Nachrichten der Kläger vom 31. März 2017 (act. 3/14) stellen eine gültige Mängelrüge dar, da diese an keine Form gebunden ist. Mit dieser wurden die Ausbuchtung der Mauer (Sekundärmangel) und das Fehlen von Geröllbeton bis nach unten (Primärmangel) klar gerügt. Die Rüge erfolgte rechtzeitig: Bei der Ausbuchtung der

Mauer und der mangelhaften Hinterfüllung handelt es sich um versteckte Mängel, die bei deren Fertigstellung Ende November 2016 noch nicht ersichtlich waren. Bei Mängeln, die erst nach und nach zum Vorschein kommen, genügen für die Entdeckung des Mangels noch nicht die ersten Anzeichen. Die Beklagte konkretisiert nicht, inwiefern bereits im Februar 2017 erste Anzeichen einer Ausbuchtung bestanden hätten. Die Beklagte vermag auch nicht darzutun, dass K.\_\_\_\_\_ die Kläger bereits vor dem 31. März 2017 informiert hätte. Die Mängelrüge erfolgte am Tag der Entdeckung des Mangels und war somit rechtzeitig. Mit Schreiben vom 5. April 2017 (act. 3/15) wurden die Primärmängel spezifiziert und zusätzlich die Drainage bemängelt.

#### **E. 3.2.4.2**

Als weiteren Mangel nennen die Kläger eine unzumutbare Gesamterscheinung (act. 1 Rz. 92; act. 35 Rz. 105). Bei der Gesamterscheinung handelt es sich jedoch um einen offenen Mangel, der sofort nach Abnahme der Mauer zu rügen gewesen wäre. Entsprechende Mängelrechte sind verwirkt.

#### **E. 3.3**

Zwischenfazit Die von den Beklagten vorgenommene Sanierung, insbesondere die Hinterfüllung, der nordseitigen Mauer entsprach nicht den anerkannten Regeln der Baukunde. Die neu erstellte Mauer war folglich nicht normal beschaffen und somit mangelhaft.

- 19 - Auch bei der erneuten Ausbuchtung handelt es sich um einen Mangel. Die entsprechende Mängelrüge erfolgte korrekt und rechtzeitig. 4. Mauerecken Nord-West und Nord-Ost

#### **E. 4**

Bestehende Granitsteine freilegen, teilweise versetzen, richten (ca. CHF 4'500.-)

#### **E. 4.1**

Ausgestaltung Mauerecke Nord-West

##### **E. 4.1.1**

Unstrittig ist, dass die Kläger am 25. Juli 2016 beim Bauamt E.\_\_\_\_\_ ein Baugesuch u.a. für die Erweiterung der bestehenden nordseitigen Natursteinmauer entlang der Ost- und Westseite einreichten. Die Baukommission verlangte anstelle der geplanten rechtwinkligen Mauerecke im Nord-Westen eine abgerundete Ecke, so dass davor noch Platz für eine Begrünung bleibe (act. 1 Rz. 14; act. 13 S. 4). Die Kläger informierten die Beklagte über den negativen Entscheid der Baubehörde wonach die Grundstücksecken nicht verbaut, sondern begrünt werden sollten (act. 1 Rz. 16; act. 13 S. 5). Die Beklagte erstellte eine rechtwinklige Mauerecke (act. 1 Rz. 23; act. 13 S. 11 f.; act. 3/9).

##### **E. 4.1.2**

Gemäss Klägern hätten sie die Beklagte am Abend des 23. November 2016, d.h. nach Vollendung der Mauerecke Nord-West, sofort darauf hingewiesen, dass diese nicht wie vereinbart und mangelhaft sei. Der Kläger 1 habe von der Beklagten verlangt, diesen Teil der Mauer zurückzubauen. Die Beklagte sei der Meinung gewesen, dass dies nicht gehe. Es habe eine längere Diskussion gefolgt (act. 1 Rz. 24). Die Kläger hätten damals auf die umgehende Forderung des Rückbaus bzw. die Nachbesserung verzichtet, weil ihnen von Seiten der Beklagten versichert worden sei, dass sich die Mauer nicht einfach so rückbauen

lasse, eine Begründung noch möglich sei und die Stadt E. \_\_\_\_\_ dann schon einlenke. Die Kläger hätten die Beklagte diesbezüglich jedoch nicht aus der Haftung entlassen (act. 35 Rz. 34).

#### **E. 4.1.3**

Gemäss der Beklagten sei die Mauerecke Nord-West in gegenseitiger Absprache rechtwinklig erstellt worden. Die Kläger hätten die rechtwinklige der runden Variante vorgezogen, damit sie in diesem Bereich keine Gartenfläche verlören. Auch bei dieser Variante wäre eine Begründung möglich gewesen (act. 13 S. 11 f.). Es sei keine Mängelrüge erfolgt, vielmehr sei der Werklohn am 9. Dezember 2016 ohne jeglichen Vorbehalt bezahlt worden (act. 39 S. 17).

- 20 -

#### **E. 4.1.4**

Vorliegend obliegt den Klägern sowohl der Beweis, dass sie mit der Beklagten den Bau einer runden Ecke vereinbart haben als auch, dass sie diesen offenen Mangel am 23. November 2016 mündlich gerügt haben. Vorliegend kann offen bleiben, ob ihnen diese Beweise gelingen würden, da sie die rechtwinklige Mauerecke Nord-West genehmigten: So verzichteten sie gemäss eigenen Angaben nach Entdeckung des "Mangels" am 23. November 2016 auf den Rückbau durch die Beklagte, obwohl sie wussten, dass die Gemeinde eine abgerundete Ecke verlangte. In der Folge bezahlten sie am 9. Dezember 2016 den vereinbarten Werkpreis vorbehaltlos (act. 1 Rz. 30 f.; act. 3/7). Betreffend Ausgestaltung der Mauerecke Nord-West haben die Kläger ihre Mängelrechte folglich verwirkt.

#### **E. 4.2**

Hinterfüllung Mauerecke Nord-West

##### **E. 4.2.1**

Bezüglich der Mauerecke Nord-West bemängeln die Kläger zudem die Hinterfüllung (act. 1 Rz. 102 ff.). Sie bringen jedoch nicht vor, diesen allfälligen versteckten Mangel (samt fehlendem Humus) im Nachhinein gerügt zu haben. Die Beklagte behauptet, eine rechtzeitige und korrekte Mängelrüge sei nicht erfolgt (act. 13 S. 37). Mangels Behauptung und Beweises einer Mängelrüge betreffend Hinterfüllung der Mauerecke Nord-West ist von deren Unterlassen auszugehen. Entsprechend haben die Kläger ihre Mängelrechte für die Hinterfüllung der Ecke Nord-West verwirkt.

##### **E. 4.2.2**

Die Mangelhaftigkeit wäre jedoch ohnehin zu verneinen. So bringen die Kläger vor, die Beklagte habe das Hinterfüllungsmaterial nicht bis Unterkant fünfte Steinreihe verbaut (act. 1 Rz. 102 ff.; act. 3/38/19). Die Beklagte bestreitet dies: Die Mauer West sei korrekt mit Geröllbeton und Kies hinterfüllt worden, auch auf Höhe der dritten bis fünften Steinreihe, zusätzlich sei ein Vlies angebracht und mit Humus ausgefüllt worden (act. 13 S. 37).

##### **E. 4.2.3**

Die Kläger tragen die Beweislast für die Mangelhaftigkeit der Hinterfüllung. Da der Mangel in der Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit liegt, muss zunächst die Ist-Beschaffenheit feststehen. Als Beweismittel für die behauptete, nur bis und mit zweite Steinreihe bestehende Hinterfüllung reichen die Kläger drei Fotos (act. 3/38/19) ins Recht.

Auf diesen Fotos ist jedoch entgegen ihren Behaup-

- 21 - tungen ersichtlich, dass zumindest teilweise eine Hinterfüllung auch unterhalb der zweiten Steinreihe besteht. So ist auf dem Foto F49 insbesondere auf der linken Seite, wo sich die Ecke befindet, Kies bis weit unten zu sehen. Die Kläger vermögen somit nicht zu beweisen, dass der Ist-Zustand (vor Neuerstellung durch ein Drittun- ternehmen) nur aus einer Hinterfüllung der obersten beiden Steinreihen bestand. Mangels Beweises des Ist-Zustands kann keine Abweichung zum Soll-Zustand be- wiesen werden. Entsprechend erübrigt sich eine Beweisabnahme zur Soll-Beschaf- fenheit der Hinterfüllung. Die Hinterfüllung der Mauerecke Nord-West stellt folglich keinen Werkmangel dar.

#### **E. 4.2.4**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sämtliche Mängelrechte betreffend Mauerecke Nord-West verwirkt sind.

#### **E. 4.3**

Ecke Nord-Ost

##### **E. 4.3.1**

Wie bei der nordseitigen Mauer und der Mauerecke Nord-West bemängeln die Kläger auch bei der Ecke Nord-Ost die Hinterfüllung (act. 1 Rz. 105 ff.; act. 3/38/20). Die Beklagte bestreitet deren Mangelhaftigkeit, wie bei der Mauer- ecke Nord-West, da die Hinterfüllung bis zur untersten Reihe erfolgt sei (act. 13 S. 38 f.). Folglich haben die Kläger zu beweisen, dass die Hinterfüllung, wie be- hauptet (act. 1 Rz. 107 f.), nur bis und mit zweite Reihe erfolgte. Auf dem ins Recht gelegten Foto F51 (act. 3/38/20) ist entgegen ihren Behauptungen jedoch auch auf Höhe der unteren Reihen Geröllbeton ersichtlich. Da es die von der Beklagten er- stellte Mauer nicht mehr gibt, sind ausser den Fotos (act. 3/38/20, F50-51) keine weiteren Beweismittel vorhanden. Die Kläger vermögen mit den Fotos nicht zu be- weisen, dass die Hinterfüllung nur bis und mit zweite Reihe erfolgte. Mangels Be- weis des behaupteten Ist-Zustands erübrigt sich eine Beweisabnahme zur Soll-Be- schaffenheit der Hinterfüllung. Deren Mangelhaftigkeit ist zu verneinen.

##### **E. 4.3.2**

Gemäss den Klägern wurden die Mängel der Mauerecke Nord-Ost mit Män- gelrüge vom 5. April 2017 (act. 3/15) gerügt, da zum damaligen Zeitpunkt die ge- samte neue Mauer als ein Ganzes behandelt worden sei (act. 35 Rz. 128). Die Beklagte bestreitet dies (act. 39 S. 41). Da die Mangelhaftigkeit der Hinterfüllung

- 22 - nicht dargetan ist, kann offen bleiben, ob die Kläger diesen Mangel mit Schreiben vom 5. April 2017 (act. 3/15) formgerecht gerügt haben.

#### **E. 4.4**

Zwischenfazit Betreffend Mauerecke Nord-West haben die Kläger ihre Mängelrechte verwirkt. Den Klägern gelingt es nicht, die Mangelhaftigkeit der Hinterfüllung der Mauerecke Nord-Ost zu beweisen. Da zur Nachbesserung der nordseitigen Mauer ohnehin die gesamte Mauer – inklusive Ecken – rückgebaut werden musste (s. hinten E. 8.2.3.2), ist das Fehlen eines Werkmangels jedoch nicht weiter relevant. 5. Kleine Mauer

#### **E. 5**

Findlinge liefern, abladen und versetzen (ca. CHF 2'800.–)

## **E. 5.1**

Parteivorbringen zu Werkmängeln

### **E. 5.1.1**

Unstrittig ist, dass die kleine Mauer beim Hauseingang ursprünglich als Findlingsmauer geplant war (vgl. auch act. 3/6 Ziff. 5). Die Kläger rügten die Nichtlieferung der Findlinge durch die Beklagte nicht, da sie deren Vorschlag akzeptierten, stattdessen Granitsteine zu liefern (act. 13 S. 41 f.; act. 35 Rz. 140).

### **E. 5.1.2**

Gemäss den Klägern sei die kleine Mauer nicht wie vertraglich vereinbart und entgegen den anerkannten Regeln der Technik erstellt worden. Geschuldet seien laut Offerte und bezahlt worden seien gemäss Rechnung unter anderem "Hinterfüllungen und Auffüllungen erstellen, mit Geröllbeton und Kies" (act. 1 Rz. 110; act. 3/6-7). Unmittelbar hinter den Granitblöcken befinde sich nur Aushub, eine Hinterfüllung mit Kies sei nicht erkennbar. Eine solche hätte jedoch ohnehin nicht genügt. Auf dem Foto des amtlichen Befunds sei eine leichte Senkung nach hinten der oberen Steinreihe bereits erkennbar und Ausbuchtungen hätten auch hier gedroht. Generell liege keine schöne Linienführung, Aneinanderreihung und Schichtung der Steine und als Folge davon eine unzumutbare und inakzeptable Gesamterscheinung der Granitsteinmauer vor. Das kurze Mauerstück habe entfernt werden müssen, da es nicht gehalten habe und ein ästhetisches Übel gewesen sei (act. 1 Rz. 111 ff.; act. 35 Rz. 131 ff.; act. 3/6-7; act. 3/38/1).

- 23 -

### **E. 5.1.3**

Gemäss der Beklagten sei eine Hinter- und Auffüllung dieses kleinen Mauerstückes mit Geröllbeton und Kies nicht vereinbart gewesen. Es handle sich um ein zweireihiges, 80 cm hohes Mauerchen mit lediglich sechs Granitsteinen. Es sei weder eine Unterfangung, noch eine Hinterfüllung mit Sickerbeton noch das Anbringen eines Vlies vorgesehen und notwendig gewesen. Hinter den sechs Steinen sei mit Kies hinterfüllt worden. Aufgrund der Geringfügigkeit dieses Mauerchens habe keine Gefahr von Staunässe oder Hangdruck bestanden. Die Beklagte bestreitet die leichte Senkung der oberen Steinreihe nach hinten und dass die Mauer nicht gehalten habe (act. 13 S. 39 f.; act. 39 S. 42 f.).

## **E. 5.2**

Parteivorbringen zur Mängelrüge

### **E. 5.2.1**

Die Kläger zeigten der Beklagten die geltend gemachten Mängel an der kleinen Mauer unbestrittenermassen mit schriftlicher Mängelrüge vom 8. Mai 2017 an. Gerügt wurde das Fehlen einer Drainage, Geröllbeton und Vlies sowie eine bereits vorhandene kleine Absenkung (act. 1 Rz. 42 f.; act. 13 S. 17; act. 3/18).

### **E. 5.2.2**

Gemäss den Klägern liessen sie die Gartenmauern am 4. Mai 2017 von einem weiteren Gärtner, L.\_\_\_\_\_, anschauen. Dieser habe sie informiert, dass sie bei der kleinen Mauer mit der Zeit dieselben Probleme wie bei der nordseitigen Mauer haben würden (act. 1 Rz. 40 f.). Die Beklagte bestreitet die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge, da die Beurteilung durch Herrn L.\_\_\_\_\_ bereits früher erfolgt sein müsse und die "kleine Absenkung" den Klägern bereits

früher hätte auffallen müssen, da sie sich beim täglich benutzten Hauseingang befunden habe (act. 13 S. 16).

### **E. 5.3**

Würdigung

#### **E. 5.3.1**

Den Klägern obliegt der Beweis der Mangelhaftigkeit der kleinen Mauer. Auf den Fotos der amtlichen Befundaufnahme (act. 3/38/F1-4) ist lediglich beim mittleren Stein der oberen Reihe eine leichte Senkung nach hinten ersichtlich. Bei der Linienführung, Aneinanderreihung und Schichtung der Steine handelt es sich um offene Mängel, deren Geltendmachung die Kläger mangels Rüge anlässlich der Abnahme verwirkt haben.

- 24 -

#### **E. 5.3.2**

Die Kläger haben keine Fotos von der Hinterfüllung der kleinen Mauer eingereicht. Mangels Beweises durch die Kläger ist von der beklagtenseits behaupteten Hinterfüllung mit Kies auszugehen. Diese könnte nur einen Mangel darstellen, wenn auch die Hinterfüllung einer lediglich zweistöckigen Mauer weitere Komponenten benötigen würde. Zum Beweis der Kläger, dass die Hinterfüllung der kleinen Mauer nur mit Kies nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprach, wurde der beauftragte Gutachter ebenfalls befragt (vgl. act. 63, Beweissatz 1c; act. 77 S. 31 Fragen 2.1-2.3).

#### **E. 5.3.3**

Das Gutachten hält fest, dass auch für die kleine Mauer ein Aufbau nach den Regeln der Baukunst hätte erfolgen müssen. Die statischen Anforderungen und der Aufbau würden von einer grösseren Mauer abweichen und könnten angepasst werden (act. 77 S. 31 F/A 2.1). Der Aufbau der kleinen Mauer habe nicht den Regeln der Baukunst entsprochen, da mindestens ein Stein verrutscht gewesen sei (act. 77 S. 31 F/A 2.2; S. 8 f. Fotos F1-3). Gemäss Foto F3 neige der "links obere Stein (...) gegenüber dem angrenzenden Stein nach unten" und die Fuge zwischen diesen beiden Steinen öffne sich gegen oben (act. 77 S. 8 Foto F3). Das Fundament wie auch die Hinterfüllung hätten nach den Regeln der Baukunst ausgeführt werden müssen (act. 77 S. 31 F/A 2.3). Die Beklagte beantragte in diesem Zusammenhang die Erläuterung des Gutachtens (act. 82), insbesondere die Klärung, aus welchem Dokument die "Regel der Baukunst" hergeleitet werde sowie was danach bezüglich Fundament und Hinterfüllung konkret hätte ausgeführt werden müssen. Das Gutachten erweist sich jedoch entgegen der Meinung der Beklagten als vollständig und klar. Es wird darin auf die Basis für die Beurteilung verwiesen (act. 77 S. 22 ff.) und ausführlich dargelegt, welchen Anforderungen ein Mauerwerk nach den einschlägigen Normen und Merkblättern genügen muss. Gestützt darauf erfolgte die Beantwortung der gestellten Fragen. Den Klägern gelingt damit der Beweis, dass die von der Beklagten erstellte Hinterfüllung der kleinen Mauer nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprach und diese folglich nicht normal beschaffen war.

#### **E. 5.3.4**

Der von den Beklagten neben dem Gutachten zum Gegenbeweis offerierte Zeuge G.\_\_\_\_\_, welcher die Mauer sanierte, sowie die Parteibefragung von

- 25 - H.\_\_\_\_\_ vermöchten das Ergebnis des gerichtlichen Gutachtens nicht in Frage zu stellen (vgl. vorne E. 3.1.3.4), weshalb auf die Abnahme verzichtet werden kann.

### **E. 5.3.5**

Die Mängelrüge erfolgte rechtzeitig. So war die Absenkung im Zeitpunkt der Rüge erst im Ansatz ersichtlich und die Beklagte legt in keiner Weise näher dar, woraus sich eine frühere Entdeckung des Mangels ergeben sollte. 6. Zwischenfazit Werkmängel

### **E. 6**

Hinterfüllungen und Auffüllungen erstellen, mit Geröllbeton und Kies (ca. CHF 6'000.–)

#### **E. 6.1**

Die Sanierung der nordseitigen Mauer durch die Beklagte mit einer neuen Hinterfüllung nur der oberen Steinreihen entsprach nicht den anerkannten Regeln der Technik. Die Hinterfüllung und Entwässerung hätte bis zur untersten Steinreihe erstellt werden müssen. Auch die Hinterfüllung der kleinen Mauer entsprach nicht den anerkannten Regeln der Technik. Beide Mauern waren somit nicht normal beschaffen und folglich mangelhaft.

#### **E. 6.2**

Betreffend Mauerecke Nord-West haben die Kläger ihre Mängelrechte verwirklicht und bezüglich Mauerecke Nord-Ost gelingt den Klägern der Beweis der Mangelhaftigkeit nicht. 7. Nachbesserung

### **E. 7**

Granitsteine 50/50cm liefern und entlang Treppe versetzen (ca. 12, d.h. CHF 4'320.–)

#### **E. 7.1**

Unstrittiger Sachverhalt

##### **E. 7.1.1**

Die Kläger setzten der Beklagten mit schriftlicher Mängelrüge vom 5. April 2017 (act. 3/15) bzw. vom 8. Mai 2017 betreffend kleine Mauer (act. 3/18) Frist zur unentgeltlichen Behebung der genannten Mängel bis zum 18. Mai 2017 an (act. 1 Rz. 36, 38, 42 f.; act. 13 S. 15 und 17). Nachdem sich die Parteien über die Art und Weise sowie die Kostentragung der Nachbesserung nicht einigen konnten, wurde eine Fachperson zugezogen, mit welcher am 12. Juni 2017 eine Besprechung stattfand (act. 1 Rz. 57; act. 13 24 ff.; act. 3/24). Mit E-Mails vom 12./14. Juli 2017 (act. 3/27) bzw. vom 28. August 2017 (act. 15/3) forderten die Kläger die Beklagte zur Nachbesserung nach Plan ihres Architekten auf (act. 1 Rz. 62; act. 13 S. 18; act. 15/4). Die Beklagte machte daraufhin eine Offerte, in welcher sie sich bereit erklärte, CHF 12'500.– der total anfallenden Kosten von CHF 54'820.80 zu übernehmen (act. 1 Rz. 70; act. 13 S. 28; act. 3/33). Mit E-Mail vom 4. September 2017 (act. 15/5) setzten die Kläger den Beklagten eine Nachfrist bis Ende September 2017, um die Mauer "fachgerecht (=gemäss SIA)" nachzubessern. Mit E-Mail vom 12. September 2017 (act. 15/8) drohten die Kläger die Ersatzvornahme an, wenn die Mauer bis am 30. September 2017 nicht fachgerecht nachgebessert werde (act. 13 S. 19; act. 35 Rz. 58).

##### **E. 7.1.2**

Nach Scheitern von Vergleichsgesprächen setzten die Kläger der Beklagten mit Schreiben vom 19. Januar 2018 erneut eine Frist von 30 Tagen zur Nachbesserung an (act. 1 Rz. 76; act. 13 S. 29; act. 3/35). Mit Schreiben vom 23. Februar 2018 setzten die Kläger der Beklagten eine Nachfrist i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR von 30 Tagen an (act. 1 Rz. 77 f.; act. 13 S. 29; act. 3/36). Mit Schreiben vom 4. April 2018 erklärten die Kläger schliesslich, auf die geschuldete Nachbesserung zu verzichten und stattdessen Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens zu verlangen (act. 1 Rz. 79; act. 13 S. 29; act. 3/37).

## **E. 7.2**

Rechtliches

### **E. 7.2.1**

Im Falle der Lieferung eines mangelhaften Werkes hat der Besteller gemäss Art. 368 OR grundsätzlich die Wahl, entweder die Nachbesserung des Werkes, die Wandlung des Vertrages oder die Minderung des Preises zu verlangen. Bei Werken, die auf dem Grund und Boden des Bestellers errichtet sind und ihrer Natur nach nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden können bzw. im Falle minder erheblicher Mängel, stehen dem Besteller nur die Wahlrechte der Minderung und Nachbesserung zu (Art. 368 Abs. 2 und 3 OR). Der Besteller ist durch seine Wahl, durch die er ein Gestaltungsrecht ausübt, gebunden (BGE 136 III 273, E. 2.2.; 109 II 40 E. 6a; BGer 4A\_78/2020 vom 6. August 2020, E. 4.1).

### **E. 7.2.2**

Der Inhalt der Nachbesserungsschuld besteht in der unentgeltlichen Beseitigung des Mangels, das heisst in der unentgeltlichen Herbeiführung eines mangelfreien Zustandes (BGer 4C.106/2005 vom 7. Oktober 2005, E. 3.3). Unter Vorbehalt einer anderen Abrede kann der Besteller dem Unternehmer nicht vorschreiben, auf welche Weise er den Mangel zu beseitigen habe. Durch untaugliche Vorschläge des Bestellers wird der Unternehmer jedoch auch nicht von seiner Verbesserungs-

- 27 - pflicht befreit. Der Unternehmer ist verpflichtet, den Besteller im Rahmen der Mangelbeseitigung so zu stellen, wie dieser stünde, wenn er ein mangelfreies Werk abgeliefert hätte (GAUCH, a.a.O., Rz. 1715, 1717; BGer 4a\_251/2018 vom 11. September 2018, E. 7). Zu den Verbesserungskosten, welche den Unternehmer belasten, zählen nicht nur die Arbeitskosten, sondern auch die Kosten des Materials, der Vorbereitungs- und Wiederherstellungsarbeiten und des Transports. Erfordert die Mangelbeseitigung auf Seiten des Bestellers den Einsatz eines Fachkundigen, sind die Mehrkosten ebenfalls Begleitkosten, welche den Unternehmer belasten (GAUCH, a.a.O., Rz. 1718 f.; BGer 4C.149/2001 vom 19. Dezember 2001). Auch bei einem Werk niederer Preisklasse muss der Besteller sich weder mit "provisorischen" Massnahmen noch mit einem "Flickwerk" begnügen (BGE 116 II 305 E. 3c). Der Besteller soll durch Nachbesserung aber auch nicht besser gestellt werden, als wenn er ein mangelfreies Werk erhalten hätte. Allfällige "Sowieso- bzw. Ohnehin-kosten", d.h. Kosten der Nachbesserung, die auch bei ursprünglich mangelfreier Ausführung entstanden und dann zu Lasten des Bestellers gegangen wären, gehen zu dessen Lasten (GAUCH, a.a.O., Rz. 1724, 1727 f.).

### **E. 7.2.3**

Die Nachbesserung kann nur verlangt werden, wenn sie dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht (Art. 368 Abs. 2 OR). Kosten sind übermässig, wenn sie in einem Missverhältnis zum Nutzen, den die Mangelbeseitigung für den Besteller hat, stehen (BGer

4A\_78/2020 vom 6. August 2020, E. 4.7; 4C.258/2001 vom 5. September 2002, E. 4.1.3). Dabei kann das Verhältnis zwischen Werklohn und Nachbesserungskosten ein Indiz für deren Übermässigkeit sein (BGer 4A\_78/2020 vom 6. August 2020, E. 4.8.3). Grundsätzlich hat der Besteller kein Recht auf Neuherstellung des mangelhaften Werkes. Wenn das Ziel eines mangel- freien Werkes jedoch nur durch Neuherstellung erreicht werden kann, ist diese ge- schuldet (BGer 4A\_151/2016 vom 21. Juni 2016 , E. 3.4.1).

#### **E. 7.2.4**

Der Unternehmer hat die verlangte Nachbesserung innerhalb einer ange- messenen Verbesserungsfrist vorzunehmen (GAUCH, a.a.O., Rz. 1783). Läuft die Verbesserungsfrist ab, ohne dass der Unternehmer den Werkmangel beseitigt hat, kann der Besteller nach den Regeln über den Schuldnerverzug vorgehen. Befindet sich der Schuldner bei zweiseitigen Verträgen im Verzug, so ist der Gläubiger nach

- 28 - Art. 107 Abs. 1 OR berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen. Wird auch bis zum Ablauf dieser Frist nicht erfüllt, so kann der Gläubiger nach Art. 107 Abs. 2 OR immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen, statt dessen aber auch, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nicht- erfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Vertrag zurücktreten (BGE 136 III 273 E. 2.3 f.; 4A\_90/2013 vom 10. Juni 2013, E. 4). Die Schadenersatzpflicht des Unternehmers setzt voraus, dass er den Verzug durch eigenes Verschulden zu verantworten hat (Art. 97 Abs. 1 OR). Dabei obliegt dem Unternehmer der Be- weis, dass ihn am Verzug kein Verschulden treffe (GAUCH, a.a.O., Rz. 1796 und 662a). Fehlt es an einem vorbehaltlosen Angebot zur Mangelbehebung, fällt eine Verwirkung der Mängelrechte ausser Betracht (BGer 4C.79/2006 vom 22. Juni 2006, E. 3).

#### **E. 7.3**

Würdigung

##### **E. 7.3.1**

Die Kläger haben aufgrund der Mangelhaftigkeit die Nachbesserung der nordseitigen und der kleinen Mauer verlangt. Dabei wollten sie der Beklagten zu- nächst vorschreiben, wie sie die Mängel der nordseitigen Mauer zu beseitigen habe. So sollte dies nach Plan ihres Architekten bzw. nach SIA-Normen erfolgen. Auch wenn die Beklagte diese Anweisungen nicht befolgen musste (vgl. vorne E. 7.2.2), war sie dadurch nicht von ihrer Nachbesserungspflicht befreit.

##### **E. 7.3.2**

Die Kläger setzten der Beklagten mehrmals Frist zur Nachbesserung an: erstmals bis am 18. Mai 2017, dann bis am 30. September 2017 und zuletzt bis am 22. Februar 2018. Ab dem 22. Februar 2018 befand sich die Beklagte mit der Nach- besserung im Verzug. Die Beklagte vermag nicht zu beweisen, dass sie am Verzug im Februar 2018 kein Verschulden treffe. So stellten die Kläger es ihr mit Schreiben vom 19. Januar 2018 schliesslich frei "zu entscheiden, wie nachgebessert werden muss" (act. 3/35). Dies ist entgegen der Ansicht der Beklagten nicht so zu verste- hen, als dass die Kläger an ihren früher gestellten Anforderungen an die Nachbes- serung festhielten (vgl. act. 13 S. 29).

### **E. 7.3.3**

Da die Beklagte nie ein vorbehaltloses Angebot zur Mangelbehebung unterbreitet hat, fällt die von ihr geltend gemachte Verwirkung der Mängelrechte (vgl. act. 13 S. 18, 21 und 26) ausser Betracht. Nach korrekter Ansetzung einer Nachfrist i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR waren die Kläger folglich befugt, auf die Nachbesserung zu verzichten und den Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens zu verlangen. 8. Schadenersatz aus Nichterfüllung

### **E. 8**

Entlang Weg Granitsteine ausputzen, Schotter und Vlies liefern + einbauen (ca. CHF 2'200.–)

### **E. 8.1**

Rechtliche Vorbemerkungen

#### **E. 8.1.1**

Der aus der Nichterfüllung der Nachbesserungsschuld zu ersetzende Schaden entspricht zumindest dem Wert der ausgebliebenen Nachbesserung. Dieser wiederum bemisst sich nach den Verbesserungskosten, die zur Beseitigung des Mangels voraussichtlich aufzuwenden wären (fiktive Verbesserungskosten) oder die vom Besteller (unter Vermeidung unnötigen Aufwandes) tatsächlich aufgewendet wurden, jeweils reduziert um einen allfälligen Kostenanteil, der bei einer Nachbesserung durch den Unternehmer auf den Besteller gefallen wäre (BGE 135 III 276, E. 2.4; BGer 4A\_514/2016, E. 3.2.1; GAUCH, a.a.O., Rz. 1797).

#### **E. 8.1.2**

Der Mangelfolgeschaden nach Art. 368 OR ist dadurch charakterisiert, dass er nicht im Mangel selbst begründet, sondern die Folge des Mangels ist (BGer 4A\_90/2013 vom 10. Juni 2013, E. 4.2). Wäre der gleiche Schaden auch ohne den betreffenden Mangel eingetreten, so fehlt es am vorausgesetzten Kausalzusammenhang (BGer 4C.106/2005 vom 7. Oktober 2015, E. 5.3). Der Ersatz des Mangelfolgeschadens setzt ein Verschulden des Unternehmers voraus, wobei dieser zu beweisen hat, dass ihm keines zur Last fällt (Art. 97 Abs. 1 OR; BGer 4C.267/2003 vom 20. Februar 2004, E. 2.2.2).

- 30 -

### **E. 8.2**

Verbesserungskosten

#### **E. 8.2.1**

Unstrittiger Sachverhalt Die Kosten, die das beauftragte Drittunternehmen den Klägern in Rechnung stellte, belaufen sich auf CHF 30'215.25 (CHF 28'055.– zzgl. 7.7% MwSt.). Sie setzen sich zusammen aus (act. 1 Rz. 119 f.; act. 13 S. 41; act. 3/41): •

Baustelleninstallation CHF 1'500.– • Ausmessen Gelände CHF 700.– • bestehende Mauer entfernen und neu errichten CHF 9'750.– • zusätzliche Findlinge liefern und setzen CHF 1'375.– • Foundation und Hinterfüllung mit Sickerbeton CHF 6'720.– • Anpassungen und Instandstellung Garten CHF 1'200.– • Mauersteine in Zwischendepot transportieren CHF 1'850.– • Aushub entsorgen CHF 3'040.– • LKW mit Kran CHF 1'920.–

#### **E. 8.2.2**

Parteivorbringen

#### **E. 8.2.2.1**

Gemäss den Klägern war die Arbeit der Beklagten von derart mangelhafter Qualität, dass zwecks Beseitigung der Mängel die nordseitige Granitsteinmauer, die beiden Ecken Nord-West und Nord-Ost sowie die kleine Mauer beim Hauseingang komplett rückgebaut und neu aufgebaut werden mussten (act. 1 Rz. 115). Der Aufwand des Drittunternehmens für die fachgerechte Sanierung der Granitsteinmauer inkl. deren Ecken sei notwendig gewesen und ausgewiesen. Es sei kein unnötiger Aufwand betrieben worden (act. 1 Rz. 119). Vom Total der Rechnung abzuziehen sei der Aufwand für die Fundation im Betrag von CHF 2'250.– (act. 1 Rz. 121; act. 35 Rz. 14). Zudem könnten die Kosten für die Findlingsmauer nicht der Beklagten auferlegt werden. Anstelle der in der Rechnung enthaltenen CHF 1'375.– sei für den Schaden aus der Nichterfüllung ein Betrag von CHF 750.– angemessen, was einem Tag Arbeit eines Gärtners entspreche (act. 35 Rz. 140).

- 31 - Die Mauer weise inkl. Ecken 60 Granitblöcke auf. Deren Entfernen und das Neuerrichten der Mauer habe der Drittunternehmer mit total 75 Tonnen bzw. CHF 9'750.– verrechnet (act. 35 Rz. 142). Die Aufwendungen für "Anpassung und Instandstellung Garten" hätten u.a. das Verdichten und Ausbessern der von den Baggerarbeiten verursachten Bodenunebenheiten beinhaltet (act. 35 Rz. 145).

#### **E. 8.2.2.2**

Die Beklagte bestreitet, dass zwecks Beseitigung der Mängel die nordseitige Mauer, die beiden Ecken sowie die kleine Mauer beim Hauseingang komplett zurückgebaut und neu aufgebaut hätten werden müssen. Die Kläger hätten eine Luxusausführung gewählt, die nicht mit einer allfällig der Beklagten anzulastenden Nachbesserungspflicht zu vergleichen sei (act. 13 S. 41). Die Beklagte bestreitet weiter, dass 75 Tonnen Granitsteine verbaut worden und eine solche Menge notwendig gewesen sei, da die von ihr gelieferten Steine vollumfänglich hätten verwendet werden können (act. 13 S. 42). Durch die neuen Steine erhielten die Kläger eine Wertvermehrung, mit der Beklagten sei lediglich eine Instand- und nicht eine Neuerstellung vereinbart worden (act. 39 S. 46).

#### **E. 8.2.2.3**

Für die Fundation macht die Beklagte einen Abzug von CHF 5'000.– geltend (act. 13 S. 42 f.; act. 39 S. 47). Die Beklagte bestreitet den geltend gemachten Schaden von CHF 750.– für die Findlingsmauer und, dass ein Gärtner für diese einen Tag gearbeitet haben soll (act. 39 S. 45). Die Aufwendungen für "Anpassung und Instandstellung Garten" von CHF 1'200.– (Ziff. 3.1) könnten ihr ebenfalls nicht in Rechnung gestellt werden, da es sich um einen Zusatzauftrag handle (act. 13 S. 43; act. 39 S. 47 f.). Auch bei den unter Ziff. 4 Transport/Entsorgung aufgeführten Positionen handle es sich einerseits um Zusatzaufträge und andererseits um Ohnehin-Kosten (act. 39 S. 46 f.).

### **E. 8.2.3**

Würdigung

#### **E. 8.2.3.1**

Ein Schadenersatzanspruch besteht für die zur Beseitigung der festgestellten Mängel notwendigen Kosten. Die Kläger haben somit Anspruch auf die Kosten, die für die Nachbesserung der nordseitigen Mauer nach den Regeln der Baukunst, insbesondere der Erstellung einer fachgerechten Hinterfüllung und Entwässerung, notwendig gewesen wären. Da den Klägern betreffend Mauerecken kein Mängel-

- 32 - rechte zustehen, bedarf es Fachwissen, ob für die Nachbesserung der nordseitigen Mauer der Rückbau der gesamten Mauer notwendig war.

#### **E. 8.2.3.2**

Den Klägern wurde abgesehen von den Fotos (act. 3/38/1-21) der Beweis in Form eines Gutachtens abgenommen, dass für die Nachbesserung die gesamte Mauer – inklusive Ecken – komplett rückgebaut und neu aufgebaut werden musste (act. 63 Beweissatz 1d). Der Gutachter hielt fest, dass für die Nachbesserung, um eine Sanierung nach den anerkannten Regeln der Technik zu erreichen, die gesamte Mauer inkl. der Eckbereiche hätte zurückgebaut werden müssen (act. 77 S. 30, F/A 1.6-1.7). Somit gelingt den Klägern dieser Beweis.

#### **E. 8.2.3.3**

Die Kläger dürfen sich zum Nachweis ihres Schadens auf die effektiven Verbesserungskosten stützen. Zwischen den Parteien ist umstritten, welche Positionen der eingereichten Rechnung (act. 3/41) in welchem Umfang für die Beseitigung der Mängel tatsächlich notwendig waren. Zur Notwendigkeit der effektiven Verbesserungskosten wurde ebenfalls Beweis abgenommen (act. 63 Beweissatz 1e). Der Gutachter berechnete selbst Sanierungskosten von ungefähr CHF 37'695.– für die nordseitige Mauer (inkl. MwSt., act. 77 S. 27 und S. 30 F/A 1.8). Zudem bejahte er die Notwendigkeit der effektiven Verbesserungskosten von CHF 26'590.25 (effektive Verbesserungskosten abzüglich Foundation und Findlingsmauer). Die beschriebenen Arbeiten, die Mengen wie auch die Preisgestaltung könnten anhand der Ausmassabschätzungen als plausibel und korrekt eingestuft werden. Planungsarbeiten wie auch eine statische Berechnung seien darin nicht inkludiert (act. 77 S. 30 F/A 1.9). Unter Berücksichtigung der Mehrwertsteuer betragen die effektiven Verbesserungskosten korrekterweise CHF 26'311.10 (CHF 28'055 - CHF 2'250 Foundation - CHF 1'375 Findlinge = 24'430 plus MwSt. von 7.7 %). Den Klägern gelingt somit der Beweis, dass für die Nachbesserung der nordseitigen Mauer Kosten von CHF 26'311.10 notwendig waren.

#### **E. 8.2.3.4**

Betreffend die kleine Mauer haben die Kläger ebenfalls einen Schadenersatzanspruch. Zum Beweis der Kläger, dass für die Nachbesserung der kleinen Mauer Verbesserungskosten von CHF 750.– (entsprechend einem Tag Arbeit eines Gärtners) notwendig gewesen wären, wurde der Gutachter auch befragt (act. 62, Beweissatz 1f). Der Gutachter bestätigte dies und bezeichnete den ge-

- 33 - nannten Betrag von CHF 750.– als plausibel und realistisch (act. 77 S. 31 F/A 2.4 und 2.5).

#### **E. 8.2.3.5**

Die Kläger haben somit einen Schadenersatzanspruch aus Nichterfüllung von total CHF 27'061.10. Die Verzugszinsen sind, wie gefordert, ab dem 22. Februar 2018 geschuldet, da sich die Beklagte ab diesem Zeitpunkt mit der Nachbesserung in Verzug befand.

### **E. 8.3**

"Begleitkosten" der Nachbesserung

#### **E. 8.3.1**

Die Kläger machen als Schadenersatz weiter verschiedene "Begleitkosten" der Nachbesserung geltend (act. 1 Rz. 130 ff.; vgl. auch vorne E. 7.2.2). Dazu ist zunächst festzuhalten, dass effektiv keine Nachbesserung durch die Beklagte erfolgte. Die Begleitkosten betreffen somit die Nachbesserung durch das Drittunternehmen. Dessen Begleitkosten sind jedoch bereits in der zuvor erwähnten Rechnung enthalten (vgl. E. 8.2.1).

### **E. 8.3.2**

Die von den Klägern geltend gemachten Transportkosten im Zusammenhang mit der Verlagerung von Natursteinplatten vom Lager M.\_\_\_\_\_ [Baumarkt] (act. 1 Rz. 131) sowie von Sicht- und Windschutzen vom Bauhaus zum Lager der Beklagten (act. 1 Rz. 131) betreffen nicht die Nachbesserung der Mauer. Es handelt sich um den Transport von Materialien, welche nach deren Fertigstellung im Garten der Kläger hätten verbaut werden sollen. Wie die Beklagte korrekt vorbringt (vgl. act.

### **E. 8.3.3**

Weiter machen die Kläger geltend, am 22. Dezember 2018 [recte: 2017] Materialien vom Lager der Beklagten zum Lager der N.\_\_\_\_\_ AG [Transportunternehmen] transportiert haben zu müssen, da die Beklagte eine längere Zwischenlagerung bei sich verboten habe (act. 1 Rz. 134; act. 35 Rz. 158 f.; act. 36/61). Die Beklagte bestreitet dies (act. 13 S. 45; act. 39 S. 52). Mit der eingereichten E-Mail (act. 36/61) und der offerierten Parteibefragung des Klägers 1 vermögen die Kläger nicht nachzuweisen, dass die Beklagte zur weiteren Zwischenlagerung verpflichtet

- 34 - bzw. eine solche nicht zugelassen hätte. Somit gelingt es den Klägern nicht, die Kausalität der Werkmängel für diese Transportkosten von CHF 547.55 nachzuweisen.

### **E. 8.3.4**

Schliesslich machen die Kläger Lagerungskosten vom 21. Dezember 2017 bis Ende Juli 2018, d.h. bis zur Beendigung der Nachbesserung, von CHF 896.- geltend (act. 1 Rz. 135; act. 35 Rz. 160 f.; act. 3/45; act. 36/62). Die eingereichte Rechnung (act. 3/45) belegt nur die Kosten für den Mai 2018, die Kosten für die restlichen Monate sind nicht nachgewiesen. Da zudem bereits die Kosten für den Transport in das Drittlager nicht kausal auf die Werkmängel zurückzuführen sind, sind es auch jene für die weitere Lagerung nicht.

### **E. 8.3.5**

Die Rechnungen der O.\_\_\_\_\_ [Architekten] (act. 1 Rz. 136; act. 3/46) betreffen die Mauerecke Nord-West, für welche keine Nachbesserung geschuldet war (s. vorne E. 4.2.4). Entsprechend können für die Nachbesserung dieser Ecke auch keine Begleitkosten bzw. Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden.

## **E. 8.4**

Mangelfolgeschaden

### **E. 8.4.1**

Ausserprozessuale Anwaltskosten

#### **E. 8.4.1.1**

Die Kläger machen als Mangelfolgeschaden ausserprozessuale Anwaltskosten von September 2017 bis Juli 2018 in Höhe von CHF 14'509.75 geltend (act. 1 Rz. 142; act. 35

Rz. 165; act. 3/47), welche von der Beklagten bestritten werden (act. 13 S. 47 f.; act. 39 S. 54).

#### **E. 8.4.1.2**

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung können ausserprozessuale Parteikosten als Schaden zugesprochen werden, sofern der geltend gemachte Aufwand zur Durchsetzung der Forderung gerechtfertigt, notwendig und angemessen war. Ersatzfähig ist nur der ausserprozessuale, nicht der vorprozessuale Aufwand (BGer 5A\_458/2019, vom 30. Januar 2020, E. 5.3; 4A\_629/2015 vom 1. März 2017, E. 6.1.2).

#### **E. 8.4.1.3**

Die Kläger unterlassen es – trotz in Aussichtsstellen von Arbeitsrapporten im Bestreitungsfall (vgl. act. 1 Rz. 142) – die konkreten Aufwendungen ihrer Anwälte zu behaupten und zu substantiieren. Mangels Substantiierung kann nicht beurteilt werden, ob es sich um ausserprozessualen Aufwand handelt, der zur Durchsetzung ihrer Forderung notwendig und angemessen war. Entsprechend besteht kein Schadenersatzanspruch.

#### **E. 8.4.2**

Amtliche Befundaufnahme Weiter machen die Kläger die Kosten für die amtliche Befundaufnahme als Mangelgeschaden geltend (act. 1 Rz. 143; act. 35 Rz. 166; act. 3/48; act. 36/6). Die amtliche Befundaufnahme war notwendig, um den Zustand der Mauern, so wie sie von der Beklagten erstellt worden waren, vor der Nachbesserung durch das Drittunternehmen zu Beweissicherungszwecken festzuhalten. Die Kosten wurden natürlich und adäquat kausal durch die Mangelhaftigkeit der Mauer verursacht. Dabei spielt weder eine Rolle, ob die Beklagte an der Befundaufnahme teilnahm oder ob ihr die Beweislast für die Mangelhaftigkeit obliegt (vgl. act. 13 S. 48 f.). Der Schadenersatzanspruch in Höhe von CHF 724.30 ist zu bejahen. Der Verzugszins ist ab Vergütung des Betrags durch die Kläger am 16. August 2018 (vgl. act. 36/62) geschuldet.

#### **E. 8.5**

Sonstige Schadenersatzforderungen

##### **E. 8.5.1**

Ersatz der Bodenplatten

##### **E. 8.5.1.1**

Gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR verlangen die Kläger weiter Schadenersatz für die Kosten des Ersatzes der Bodenplatten beim Eingang und entlang der Hausfassade Ost, welche nach Fertigstellung der Arbeiten von der Beklagten wieder hätten verlegt werden sollen. Die Beklagte habe diese Betonplatten in Verletzung ihrer Sorgfaltspflicht entsorgt (act. 1 Rz. 146; act. 35 Rz. 168; act. 3/49; act. 3/38/1, 3 und 16).

##### **E. 8.5.1.2**

Gemäss der Beklagten sei vereinbart worden, dass die Betonplatten entfernt und entsorgt würden. Sie sei nie aufgefordert worden, diese Betonplatten wieder beizubringen. Die Beklagte bestreitet auch den geltend gemachten Betrag von CHF 487.60 (act. 13 S. 49 f.; act. 39 S. 54 f.).

### **E. 8.5.1.3**

Die Kläger müssten für einen Schadenersatzanspruch nach Art. 97 Abs. 1 OR zunächst eine Vertragsverletzung durch die Beklagte nachweisen. In der Offerte steht betreffend Betonplatten "Auflad und Abfuhr" "Dep. ..." (act. 3/6, Pos. 3). Laut Kläger handelt es sich bei den Bodenplatten beim Eingang und entlang der Hausfassade Ost um andere Betonplatten, als die in der Offerte erwähnten (act. 35 Rz. 168). Die Kläger offerieren keine Beweismittel zu einer allfälligen Vereinbarung, dass die Beklagte diese Betonplatten erneut hätte verlegen müssen. Mangels Nachweis einer vertraglichen Verpflichtung, kann die Beklagte eine solche nicht verletzt haben. Entsprechend ist für die Betonplatten kein Schadenersatz geschuldet.

### **E. 8.5.2**

Bepflanzung

#### **E. 8.5.2.1**

Gemäss den Klägern hätten die Parteien mündlich vereinbart, dass diejenigen Pflanzen, welche noch in einem guten Zustand seien, verschont und wieder eingepflanzt würden (act. 35 Rz. 15 f.). Die Kläger hätten für die Zwischenlagerung CHF 700.– bezahlt (act. 35 Rz. 172; act. 3/7). Die Bepflanzung bei der Eingangsseite aussen sowie innen hätte bei vertragsgemässer, sorgfältiger Arbeit der Beklagten verschont werden können, dort sei ein Entfernen gar nicht zwingend gewesen (act. 35 Rz. 173). Die Kläger verlangen als Schadenersatz CHF 3'030.– für die in der Tabelle aufgeführten Pflanzen (act. 35 Rz. 175).

#### **E. 8.5.2.2**

Laut der Beklagten sei zwischen den Parteien nie vereinbart worden, dass die bestehende Bepflanzung wieder eingesetzt werden solle. Bezüglich neuer Bepflanzung sei vereinbart worden, dass diese nach Absprache erfolge. Von den Klägern sei eine vollständig neue Bepflanzung vorgesehen gewesen (act. 13 S. 5; act. 3/6 Pos. 2 und 9; act. 15/6). Der Kläger 1 habe zusammen mit G. \_\_\_\_\_ die bestehende Bepflanzung entsorgt (act. 13 S. 6). Es sei zwischen den Parteien nie ein Thema gewesen, dass Sträucher bei der Baumschule zwischengelagert werden sollen. Neben dem Buchs seien keine weiteren Sträucher gesund gewesen. Das Entfernen der Bepflanzung bei der Eingangsseite sei zwingend notwendig gewesen, um die von den Klägern gewünschten Instandstellungsarbeiten bei den Mauern auszuführen (act. 39 S. 55 f.).

- 37 -

#### **E. 8.5.2.3**

In der Offerte vom 10. November 2016 (act. 3/6) ist unter Position 2 aufgeführt "Rodungen, Wurzelstöcke ausgraben, Materialauflad + Abfuhr, Entsorgung" (so auch die Beklagte in act. 13 S. 5). Von einer Zwischenlagerung von ausgegrabenen Pflanzen ist nicht die Rede. Eine solche wird erst in der Rechnung vom 7./9. Dezember 2016 (act. 3/7) als zweite Position 4 erwähnt. Die Rechnung wurde jedoch erst nach Vollendung der Arbeiten erstellt, weshalb sich daraus nichts zur vorgängigen Vereinbarung ableiten lässt.

#### **E. 8.5.2.4**

In der Replik verlangen die Kläger nur noch Schadenersatz für die Bepflanzung bei der Eingangsseite, welche nicht hätte entfernt werden müssen (act. 35 Rz. 173). Sie machen jedoch nicht geltend, dass mündlich vereinbart worden wäre, die Bepflanzung bei der

Eingangseite zu belassen, sondern, dass die Beklagte die gesunden Sträucher entlang der Mauern schone, bei der Baumschule zwischenla- gere und am Schluss wieder einpflanze (act. 35 Rz. 172). Somit fehlt ein schlüssi- ger Parteivortrag und bleibt unklar, was überhaupt vereinbart worden sein soll. Die beantragte Partei-/Zeugenbefragung kann nicht der Sachverhaltsergänzung die- nen und hat deshalb zu unterbleiben. Mangels Nachweises einer entsprechenden Vereinbarung können die Kläger auch keinen Schadenersatz aus deren Verletzung verlangen.

### **E. 8.6**

Zwischenfazit Die Kläger haben folgende Schadenersatzansprüche: CHF 26'311.10 für die Neu- erstellung der nordseitigen Mauer, CHF 750.– für die Neuerstellung der kleinen Mauer und CHF 724.30 für die amtliche Befundaufnahme. Die restlichen Schaden- ersatzforderungen sind abzuweisen.

- 38 - 9. Verrechnungsforderungen Beklagte

### **E. 9**

Einfassungen, Zäune, Türe, Beläge, Bepflanzungen Elektroleitungen, etc. nach Absprache (kein Preis)

#### **E. 9.1**

Differenzbetrag Rechnung vom Dezember 2016

##### **E. 9.1.1**

Die Beklagte macht geltend, am 9. Dezember 2016 nur CHF 24'000.– an- stelle der auf der Rechnung aufgeführten CHF 28'156.– erhalten zu haben. Es sei ein Abzug von CHF 700.– vereinbart worden, da die erste Position 4 "Pflanzen aus- graben und zur Wiederverwendung im Baumschule setzen" nicht vereinbart gewe- sen sei. Ein weiterer Abzug sei vorgenommen worden, weil die Granitsteine noch nicht mit Hochdruckreiniger gewaschen und das Unkraut zwischen den Steinen noch nicht entfernt worden sei. Die Beklagte habe noch ein Restguthaben von CHF 3'456.– (act. 13 S. 6 f.; act. 29 S. 8).

##### **E. 9.1.2**

Die Kläger bestreiten dies. Sie hätten G.\_\_\_\_\_ den Betrag von CHF 28'156.– am 9. Dezember 2016, wie von ihm gewünscht, bar bezahlt. G.\_\_\_\_\_ habe den Erhalt unterschriftlich auf der Rechnung quittiert (act. 1 Rz. 31; act. 13 Rz. 20, 22; act. 3/7).

##### **E. 9.1.3**

Eine Quittung ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Bewei- surkunde und schafft die Vermutung, dass die in der Quittung genannte Schuld erfüllt wurde (BGer 5A\_316/2009 vom 2. Juli 2009, E. 4.1). Das Bundesgericht lässt in seiner neueren Rechtsprechung offen, welche Beweiskraft der Quittung zu- kommt, d.h. ob der Gegenbeweis genügt oder der Beweis des Gegenteils notwen- dig ist, um sie zu entkräften (BGer 4A\_426/2013 vom 27. Januar 2014, E. 3.5.2).

##### **E. 9.1.4**

Vorliegend obliegt der Beklagten der Beweis, dass die Kläger ihr aus der Rechnung vom 9. Dezember 2016 noch CHF 3'456.– schulden. Die Beklagte un- terlässt es auszuführen, weshalb der geltend gemachte Abzug für die Hochdruck- reinigung sowie Unkrautentfernung genau CHF 3'456.– betragen hätte, weshalb ein Abzug vorgenommen

worden sei, wenn die Arbeiten später ohnehin noch aus- geführt werden sollten und weshalb der Erhalt des gesamten Rechnungsbetrags quittiert worden wäre, wenn der erhaltene Betrag effektiv tiefer gewesen wäre. Die Beklagte macht zudem nicht geltend, den ausstehenden Betrag zeitnah von den Klägern nachgefordert zu haben. Ihren unsubstantiierten Behauptungen steht zu- dem die aus der quittierten Rechnung (act. 3/7) fliessende Vermutung entgegen,

- 39 - dass die gesamte Forderung vollständig erfüllt wurde. Diese vermöchte sie mittels den Aussagen ihres früheren Verwaltungsrates G.\_\_\_\_\_ ohnehin nicht umzustos- sen. Somit vermag die Beklagte keine Verrechnungsforderung von CHF 3'456.– nachzuweisen.

## **E. 9.2**

Entschädigung für weitere Arbeiten

### **E. 9.2.1**

Die Beklagte macht verrechnungsweise weiter einen Betrag von CHF 19'452.20 für Arbeiten gestützt auf eine Rechnung vom 21. September 2017 geltend (act. 13 S. 8; act. 3/34). In der Offerte vom 10. November 2016 sei eine Position 9 aufgeführt worden, wonach weitere Arbeiten nach Absprache erfolgen werden (nicht strittig). Hierfür sei eine mündliche Auftragserteilung anlässlich der zwischen den Parteien geführten Gespräche vom 14. bis 18. November 2016 er- folgt (act. 39 S. 9). Zusätzlich sei unter anderem die Hecke West gerodet, für die Erstellung des Gerätehauses der bestehende Humus weggenommen und Wand- kies geliefert, für die Sitzplatzerweiterung sowie entlang der Fassade Wandkies eingebaut, Humus verlegt und der Eingangsbereich ausgeebnet worden (act. 13 S. 8 f.; act. 15/1-2). In der Duplik spezifiziert die Beklagte die zusätzlichen Arbeiten anhand von Regierapporten (act. 39 S. 10 ff.; act. 40/15-17, 20).

### **E. 9.2.2**

Die Kläger bestreiten, dass die Beklagte noch weitere Arbeiten, die zusätzlich zu entgelten wären, ausgeführt habe. Weiter bestreiten sie diesbezüglich den Ab- schluss eines mündlichen Werkvertrags. Die Rechnung (act. 3/34) sei erst 10 Mo- nate nach Abschluss der Mauerarbeiten erstellt und den Klägern zugestellt worden, zu einem Zeitpunkt, als sich die Parteien schon stark zerstritten hätten (act. 35 Rz. 28 ff.). Den Klägern seien von G.\_\_\_\_\_ zwei Regierapporte (act. 3/8) vorgelegt wor- den. Sie könnten nicht nachvollziehen, weshalb daneben vier weitere Regierap- porte existierten und wie sie in Relation stünden (act. 58 S. 3).

### **E. 9.2.3**

Unstrittig fasste die Beklagte anfangs Dezember 2016 die von ihr verbauten Materialien und Transporte in einer handschriftlichen und von G.\_\_\_\_\_ parafierten Liste zusammen und bezifferte die Kosten mit CHF 10'000.– (act. 1 Rz. 27; act. 13 S. 12; act. 3/11). Weiter erstellte sie eine handschriftliche Rechnung gestützt auf die beiden Rapporte über CHF 13'186.– und CHF 7'714.– (act. 3/8) und die Kosten

- 40 - für Materialien und Transporte für einen Gesamtbetrag von CHF 30'000.– (act. 1 Rz. 28; act. 13 S. 12 nicht bestritten; act. 3/12). Die Kläger waren bereit, CHF 28'300.– brutto bzw. netto inkl. Mehrwertsteuer CHF 28'156.–, wie in der Rechnung vom 7. bzw. 9. Dezember 2016 (act. 3/7) festgehalten, zu bezahlen (vgl. act. 1 Rz. 29 f.; act. 13 S. 13). Dies wurde von der Beklagten akzeptiert, indem sie handschriftlich festhielt "9.12.16 Betrag erhalten" und mit "G.\_\_\_\_\_" unterschrieb (vgl. vorne E. 9.1).

#### **E. 9.2.4**

Die Beklagte behauptet einen mündlichen Vertragsschluss betreffend zusätzliche Arbeiten anlässlich ihrer Gespräche vom 14. bis 18. November 2016, also vor Beginn der Hauptarbeiten betreffend die Mauern. Die Kläger stellen sich hingegen auf den Standpunkt, dass zusätzliche Arbeiten erst im Frühling 2017, also nach Fertigstellung der Mauern und nach dem Winter, hätten vereinbart werden sollen (act. 1 Rz. 22). Die Beklagte substantiiert den Vertragsschluss betreffend zusätzliche Arbeiten nicht genauer. Die als Beweismittel offerierten Befragungen von G. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ können nicht der Sachverhaltsergänzung dienen. Weshalb zusätzlich Arbeiten vor Beginn der Mauerarbeiten, aber erst nach Vertragsschluss betreffend eben diese hätten vereinbart werden sollen, leuchtet ebenfalls nicht ein.

#### **E. 9.2.5**

Die Beklagte machte erstmals mit E-Mail ihres Anwalts vom 22. September 2017 (act. 15/9) – d.h. mehr als 9 Monate nach Vollendung des Werkes und auch fast ein halbes Jahr nach Rüge der Mängel – geltend, dass von der Rechnung vom 7. Dezember 2016 (act. 3/7) noch ein Betrag (CHF 4'146.–) offen und Kosten für zusätzliche Arbeiten gemäss mündlicher Mandatserteilung (CHF 12'000.–) ausstehend seien (vgl. act. 13 S. 19; act. 35 Rz. 59 f.). Wären nach Vollendung der Arbeiten im Dezember 2016 tatsächlich noch Aufwendungen der Beklagten offen gewesen, ist anzunehmen, dass die Beklagte diese den Klägern zeitnah in Rechnung gestellt hätte.

#### **E. 9.2.6**

Die ursprünglichen Arbeitsrapporte (act. 3/8), auf welche sich auch die handschriftliche Rechnung der Beklagten (act. 3/12) stützt, enthalten Leistungen der Beklagten von Montag 21. bis Samstag 26. November 2016 sowie Dienstag 29. und Mittwoch 30. November 2016. Die mit der Duplik eingereichten zusätzlichen Rap-  
- 41 -

porte (act. 40/15-17, 20) enthalten Leistungen am 21. und 22., 24. und 25., 29. und 30. November 2016 sowie am 1. und 2. Dezember 2016. Sie betreffen folglich, abgesehen vom 1. und 2. Dezember 2016, genau die gleichen Tage wie die ursprünglichen Rapporte (act. 3/8). Es handelt sich um von den Klägern nicht unterzeichnete Dokumente, denen mithin keine über die blosser Parteibehauptung hinausgehende Bedeutung zukommt. Falls an diesen Tagen tatsächlich zusätzliche Arbeiten ausgeführt worden wären, ist nicht einzusehen, weshalb diese nicht bereits in den ursprünglichen Rapporten an den entsprechenden Tagen festgehalten worden wären.

#### **E. 9.2.7**

Die Beklagte substantiiert in ihrer Duplik (vgl. act. 39 S. 10 ff.) zwar die ausgeführten Arbeiten gemäss "neuen" Rapporten (act. 40/15-17, 20). Dabei unterlässt sie es jedoch auszuführen, inwiefern diese Arbeiten nicht bereits in den ursprünglichen Rapporten (act. 3/8) enthalten waren bzw. was für Arbeiten die ursprünglichen Rapporte genau betrafen. Auch betreffend Materialien unterlässt sie es darzulegen, inwiefern diese nicht bereits mit den in der Aufstellung von Anfang Dezember 2016 enthaltenen (act. 3/11, s. vorne E. 9.2.3) abgegolten wurden. So macht sie beispielsweise Kosten für 25m<sup>3</sup> Wandkies geltend (act. 39 S. 13; act 3/23 und act. 40/15), in der ursprünglichen Aufstellung (act. 3/11) ist jedoch bereits Wandkies von 38m<sup>2</sup> (Position 2) enthalten. Mangels Ausführungen zum Verhältnis zu den bereits bezahlten Leistungen bzw. deren Substantiierung erübrigen sich Beweisabnahmen zu den behaupteten zusätzlichen Leistungen.

### **E. 9.2.8**

Schliesslich betreffen die erstmals im September 2017 geltend gemachten zusätzlichen Arbeiten allesamt Aufwendungen vor dem 7. bzw. 9. Dezember 2016, das heisst vor der Rechnungsstellung und Bezahlung des Werkpreises von CHF 28'156.– (s. vorne E. 9.1.4). Unstrittig ist, dass die Parteien am 9. Dezember 2016 zusammen kamen, um diese Werkpreiszahlung vorzunehmen. Es erschliesst sich nicht und die Beklagte legt auch nicht dar, weshalb die zusätzlichen Arbeiten dann nicht auch gerade hätten entschädigt werden sollen.

### **E. 9.2.9**

Der Beklagten gelingt es folglich nicht, ihre verrechnungsweise Forderung von CHF 19'452.20 nachvollziehbar darzulegen und zu beweisen. Somit hat die Beklagte keine Verrechnungsforderung gegenüber den Klägern.

- 42 - 10. Fazit 10.1. Die von den Beklagten vorgenommene Sanierung der nordseitigen Mauer entsprach nicht den anerkannten Regeln der Baukunde. Die neue Hinterfüllung und Entwässerung hätte bis zuunterst erstellt werden müssen. Auch die Hinterfüllung der kleinen Mauer entsprach nicht den anerkannten Regeln der Baukunde. Die Mauern waren deshalb nicht normal beschaffen und folglich mangelhaft. Die ent- sprechenden Mängelrügen erfolgten korrekt und rechtzeitig. Betreffend Mauer- ecken Nord-West und Nord-Ost haben die Kläger keine Mängelrechte. 10.2. Die Kläger hatten Anspruch auf Nachbesserung der nordseitigen und der kleinen Mauer durch die Beklagte. Aufgrund des Verzugs der Beklagten waren die Kläger befugt, auf die Nachbesserung zu verzichten und den Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens zu verlangen. 10.3. Die Kläger haben einen Schadenersatzanspruch aus Nichterfüllung in Höhe von CHF 26'311.10 für die nordseitige Mauer und von CHF 750.– für die kleine Mauer, das heisst total CHF 27'061.10 (zzgl. Zins zu 5% ab 22.02.2018). Die Kos- ten der amtlichen Befundaufnahme von CHF 724.30 (zzgl. Zins zu 5% ab 16.08.2018) sind den Klägern als Mangelfolgeschaden ebenfalls zu ersetzen. Die Verrechnungsforderungen der Beklagten sind nicht gegeben. 10.4. Insgesamt ist die Klage folglich im Umfang von CHF 27'785.40 nebst Zins gutzuheissen und im Mehrumfang abzuweisen. 11. Kosten- und Entschädigungsfolgen 11.1. Gerichtskosten Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO) und richtet sich nach den Verhältnissen zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit (ZK ZPO- STEIN-WIGGER, Art 91 N 12). Entsprechend beträgt der Streitwert vorliegend CHF 59'665.15. In Anbetracht des Zeitaufwands der Gerichts- und der Notwendig-

- 43 - keit der Durchführung eines Beweisverfahrens rechtfertigt es sich, die Gerichtsge- bühr auf CHF 10'000.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2 GebV OG). Die Kosten des Gutachtens betragen CHF 5'875.50 (Art. 95 Abs. 2 lit. c ZPO). Vorliegend obsiegen die Kläger rund zur Hälfte, wobei der teilweise Klagerückzug als Unterliegen gilt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten (Gerichtsgebühr und Kosten des Gutachtens) sind den Parteien folglich je zur Hälfte, den Klägern unter solidarischer Haftung, aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). 11.2. Parteientschädigung Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Parteientschädigungen wettzuschla- gen (Art. 95 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 106 Abs. 2 ZPO). Das Handelsgericht erkennt:

**E. 13**

S. 44 f.), handelt es sich um Ohnehin-Kosten: Die Materialien hätten ohnehin von den entsprechenden Geschäften nach E.\_\_\_\_\_, zu den Klägern oder eben zum Lager der Beklagten, transportiert werden müssen.

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