C1 20 95

URTEIL VOM 22. OKTOBER 2021

Kantonsgericht Wallis
I. Zivilrechtliche Abteilung

Besetzung: Dr. Lionel Seeberger, Präsident; Jérôme Emonet und Dr. Thierry Schnyder, X _____richter; Dr. Milan Kryka, Gerichtsschreiber

in Sachen

X _____, Y _____, Beklagter und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt Christian Perrig, 3900 Brig-Glis

gegen

Z _____ AG, Klägerin und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Patrick Ruppen, 3900 Brig-Glis

(Gesetzliche Bürgschaft [Art. 839 Abs. 4 ZGB])

Berufung gegen den Entscheid des Bezirksgerichts Visp vom 25. Februar 2020
[VIS Z1 17 25]

Verfahren

A. In dem von der Z _____ AG beim Bezirksgericht in Visp mit Klage vom 1. März 2017 gegen X _____ eingeleiteten Verfahren stellten die Prozessparteien nach Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels sowie des Beweisverfahrens und der Hauptverhandlung in ihren schriftlichen Parteivorträgen nachfolgende Schlussbegehren:

Klägerin am 31. Mai 2019 (S. 440):

1. Es sei festzustellen, dass sich der Haftungsbetrag, bestehend aus den nicht bezahlten Werklohnforderungen der Z _____ AG gegenüber der A _____, auf mindestens CHF 221'006.40 nebst laufender Zinsen von 8% seit dem 3. Januar 2012 beläuft.
2. X _____ sei zu verpflichten, der Klägerin aus einfacher Bürgschaft CHF 221'006.40 nebst laufender Zinsen von 8% seit dem 3. Januar 2012 im Rahmen der B _____ gemäss Art. 839 Abs. 4 ZGB i.V.m. Art. 492 ff. OR zu bezahlen.
3. Die Kosten von Verfahren und Entscheid seien X _____ aufzuerlegen.
4. Der X _____ sei zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung gemäss GTar zu entrichten.

Beklagter am 29. Mai 2019 (S. 420):

1. Die klägerischen Rechtsbegehren werden abgewiesen.
2. Die Kosten von Verfahren und Entscheid gehen zu Lasten der Klägerin.
3. Die Klägerin bezahlt dem Beklagten eine Parteientschädigung gemäss GTar.

B. Das Bezirksgericht fällte am 25. Februar 2020 folgenden Entscheid (S. 476):

1. Auf Ziffer 1 der klägerischen Rechtsbegehren wird nicht eingetreten.
2. X _____ hat der Z _____ AG aus gesetzlicher einfacher Bürgschaft einen Betrag von Fr. 211'366.35 nebst Zinsen zu 8 Prozent ab 3. Januar 2012 zu bezahlen. Soweit weitergehend ist Ziff. 2 der klägerischen Rechtsbegehren abzuweisen.
3. Die Gerichtskosten des Verfahrens vor Bezirksgericht von Fr. 20'000.-- werden dem X _____ auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen verrechnet. Der Klägerin wird durch die Gerichtskasse Fr. 5'600.-- zurückerstattet und der Beklagte hat der Klägerin Fr. 19'900.-- für geleistete Vorschüsse zu erstatten.
4. Die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 250.-- werden X _____ auferlegt.
5. X _____ schuldet der Z _____ AG eine Parteientschädigung von Fr. 18'000.--.

C. Gegen dieses am 27. Februar 2020 versandte und von beiden Parteien tags darauf in Empfang genommene Urteil erklärte X _____ am 22. April 2020 beim Kantonsgericht Berufung mit den Begehren (S. 505):

1. Die Berufung gegen den Entscheid vom 25.02.2020 im Verfahren Z1 17 25 ist gutzuheissen.
2. Der Entscheid vom 25.02.2020 im Verfahren Z1 17 25 wird aufgehoben und die Klage vollumfänglich abgewiesen.
3. Die Berufungsbeklagte bezahlt die Kosten von Verfahren und Entscheid.
4. Die Berufungsbeklagte bezahlt dem Berufungskläger eine angemessene Parteientschädigung.

Die Berufungsbeklagte erstattete ihre Berufungsantwort am 25. Juni 2020. Sie stellte folgende Anträge (S. 561):

1. Die Berufung vom 22. April 2020 ist vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Das Urteil des Bezirksgerichtes Visp vom 25. Februar 2020 (Verfahren Z1 17 25), daselbst namentlich Judikatum Ziffern 1 bis und mit 5, ist vollumfänglich zu bestätigen.
3. Der Berufungsbeklagten ist zu Lasten des Berufungsklägers eine angemessene Parteientschädigung gemäss GTar zuzusprechen.
4. Die Kosten dieses Verfahrens und Entscheides gehen zu Lasten des Berufungsklägers.

D. Am 16. Dezember 2020 führten die Parteien unter der Leitung des Präsidenten des urteilenden Gerichts Vergleichsverhandlungen durch. Dabei einigten sich die Vertreter der Parteien, unter Mitwirkung des Y _____ sowie eines Juristen der C _____, auf einen Vergleich, welcher auf Wunsch des erwähnten Chefbeamten als Vorschlag des Kantonsgerichts formuliert wurde, weil für dessen Abschluss noch die Zustimmung des D _____ eingeholt werden müsse. Während die Berufungsbeklagte sich am 24. Dezember 2020 mit dem besprochenen und zu Papier gebrachten Vergleichsvorschlag einverstanden erklärte (S. 565), teilte die Berufungsklägerin dem Kantonsgericht am 3. Februar 2021 unter Beilage des Entscheids des D _____ vom 27. Januar 2021 mit, dass auf eine vergleichsweise Erledigung verzichtet werde; der D _____ stützte sich bei seinem Entscheid auf den gemeinsamen Bericht der Y _____ vom 20. Januar 2021, welcher nicht aktenkundig ist (S. 567 ff.). Mit Verfügung vom 19. Februar 2021 gewährte das Kanntonsgericht den Parteien das rechtliche Gehör zur Frage, ob X _____ bei seiner Mitwirkung bei den Vergleichsverhandlungen das Gebot des Handelns von Treu und Glauben beachtet habe und inwieweit sein Handeln gegebenenfalls bei der Kostenauflage zu berücksichtigen sei (S. 570 f.). Die Parteien nahmen dazu in der Folge wiederholt Stellung (S. 572 ff., 577 f., 585 ff. und 589 f.). Das

Kantonsgericht sah sich in diesem Zusammenhang am 17. März 2021 aufgrund der Darlegungen des Berufungsklägers zu einer Richtigstellung veranlasst (S. 583 f.).

Sachverhalt und Erwägungen

1.

1.1 Das Kantonsgericht beurteilt als Rechtsmittelinstanz Beschwerden und Berufungen, die im neunten Titel des zweiten Teils der Schweizerischen Zivilprozessordnung vorgesehen sind (Art. 308 ff. ZPO; Art. 5 Abs. 1 lit. b EGZPO). Gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZPO sind erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide mit Berufung anfechtbar, in vermögensrechtlichen Angelegenheiten indes nur wenn der Streitwert entsprechend den zuletzt aufrechterhalten Rechtsbegehren (vgl. Art. 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO) über Fr. 10‘000.-- liegt. Für die Anschlussberufung gilt keine Streitwertgrenze (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2016, N. 32 zu Art. 313 ZPO).

Das angefochtene Urteil bringt das Verfahren vor Bezirksgericht zu Ende, weshalb es sich hierbei um einen Endentscheid handelt. Die vorliegend strittige gesetzliche Bürgschaft aufgrund einer Werklohnforderung ist vermögensrechtlicher Natur und beläuft sich auf Fr. 221'006.40. Die Streitwertgrenze für die Berufung ist damit überschritten. Für die Bemessung der Kosten des Berufungsverfahrens stellt das Kantonsgericht praxisgemäss auf den effektiv noch strittigen tieferen Betrag von hier Fr. 211'366.35 ab.

Die Berufungsfrist beträgt 30 Tage (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Der Berufungskläger hat das Urteil des Bezirksgerichtes am 28. Februar 2020 in Empfang genommen. Am 21. März 2020, mithin nachdem die Berufungsfrist einundzwanzig Tage gelaufen war, trat die Verordnung über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zur Aufrechterhaltung der Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) (AS 2020 849) in Kraft, wodurch der Ablauf der Berufungsfrist bis zum 19. April 2020 gehemmt wurde. Diese begann mit dem ersten Tag nach Ende des Stillstands – also am 20. April 2020 – wiederum zu laufen (vgl. BGE 138 III 610 E. 2.8 zur Urteilseröffnung während der Sommergerichtsferien) und endete somit erst am 28. April 2020. Folglich ist die Berufungsfrist mit der Eingabe vom 22. April 2020 gewahrt.

1.2 Gemäss Art. 311 ZPO ist die Berufung schriftlich und begründet einzureichen. Zwar nennt dieser Artikel einzig die Begründung der Berufung, die aber auch der Erläuterung

der Begehren dient und solche damit voraussetzt. Aus einer Rechtsschrift muss hervorgehen, dass und weshalb der Rechtsuchende einen Entscheid anficht und inwieweit dieser abgeändert oder aufgehoben werden soll (BGE 137 III 617 E. 4.2.2 und 134 II 244 E. 2.4.2). In der Berufungseingabe sind somit Rechtsbegehren zu stellen, welchem letzteren Erfordernis die Berufungsschrift genügt.

1.2.1 Die Begründungspflicht in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (Art. 311 Abs. 1 ZPO in fine i.V.m. Art. 310 ZPO) verlangt vom Berufungskläger, dass er jeweils in den Schranken von Art. 317 ZPO der Rechtsmittelinstanz im Einzelnen darlegt, aus welchen Gründen der angefochtene vorinstanzliche Entscheid falsch ist und abgeändert werden soll (Begründungslast). Dieser Anforderung genügt ein Berufungskläger nicht, wenn er in seiner Berufungsschrift lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen verweist oder diese wiederholt, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufrieden gibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, um von der Berufungsinstanz mühelos verstanden werden zu können. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anficht und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht (BGE 141 III 569 E. 2.3.3, 138 III 374 E. 4.3.1; Bundesgerichtsurteile 5D_148/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.2.1 und 5A_438/2012 vom 27. August 2012 E. 2.2, in: SZZP 2013 S. 29 f.; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2016, N. 36 zu Art. 311 ZPO).

So ist in der Begründung nicht nur darzutun, weshalb das Verfahren so ausgehen sollte, wie der Rechtsmittelkläger dies will. Es ist auch aufzuzeigen, weshalb der Entscheid fehlerhaft ist bzw. weshalb Noven oder neue Beweismittel zulässig sind (vgl. dazu nachstehende E. 1.2.2) und einen anderen Schluss aufdrängen. Die Rechtsmittelinstanz muss nicht nach allen denkbaren, möglichen Fehlern eigenständig forschen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., N. 36 zu Art. 311 ZPO; Hungerbühler/Bucher, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, 2. A., 2016, N. 30 ff. zu Art. 311 ZPO). Vielmehr hat der Berufungskläger diese aufzuzeigen, indem er sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandersetzt. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in seiner Berufungsschrift mit jeder einzelnen von ihnen auseinandersetzen; ansonsten hat der angefochtene Entscheid aufgrund der nicht beanstandeten Begründung Bestand (Bundesgerichtsurteil 4A_525/2014 vom 5. Mai 2015 E. 3; Hungerbühler/Bucher, a.a.O., N. 42 f. zu Art. 311 ZPO). Vermag die Berufung den Anforderungen

an die Begründung nicht zu genügen, ist auf die Berufung nicht einzutreten (Bundesgerichtsurteile 4A_290/2014 vom 1. September 2014 E. 3.1 und 4A_97/2014 vom 26. Juni 2014 E. 3.3; vgl. auch BGE 138 III 374 E. 4.3.2). Ob die Berufungsschrift den gesetzlichen Vorgaben genügt, ist nachfolgend bei deren Behandlung zu prüfen.

1.2.2 Neue Tatsachen und Beweismittel können nach Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren nur noch beschränkt berücksichtigt werden. Echte Noven sind Tatsachen oder Beweismittel, welche (erst) nach dem Zeitpunkt entstanden sind, in welchem die jeweilige Partei sich vor der Urteilsfällung letztmals äussern konnte. Sie sind im Berufungsverfahren zulässig, wenn sie ohne Verzug nach ihrer Entdeckung vorgebracht werden. Demgegenüber sind unechte Noven Tatsachen und Beweismittel, welche bereits im Zeitpunkt der letztmaligen Äusserungsmöglichkeit bestanden, die jedoch aus irgendwelchen Gründen damals nicht geltend gemacht worden sind. Die Zulassung unechter Noven wird im Berufungsverfahren beschränkt. Sie sind ausgeschlossen, wenn sie nicht ohne Verzug vorgebracht werden oder bei zumutbarer Sorgfalt schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Dabei hat der Berufungskläger und gegebenenfalls der Anschlussberufungskläger darzulegen, weshalb er diese erst jetzt und nicht schon früher im Verfahren vorbringt.

1.2.3 Laut Art. 310 ZPO können mit der Berufung die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) geltend gemacht werden. Die Berufungsinstanz verfügt mithin über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache ("plein pouvoir d'examen de la cause") und kann das erstinstanzliche Urteil sowohl auf rechtliche wie tatsächliche Mängel hin überprüfen (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Sie hat denn auch als Vorinstanz des Bundesgerichts gemäss Art. 112 Abs. 1 BGG den Lebenssachverhalt, welcher der Streitigkeit zugrunde liegt, sowie den Prozesssachverhalt des kantonalen Verfahrens so vollständig und verständlich darzustellen, dass den Parteien eine sachbezogene Anfechtung und dem Bundesgericht eine Überprüfung im Lichte der nach Art. 95 ff. BGG zulässigen Rügen möglich ist (vgl. dazu Art. 105 BGG; BGE 140 III 16 E. 1.3.1). Dies bedeutet aber nicht, dass die Berufungsinstanz gehalten ist, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen. Sie darf sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Begründung (Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen beschränken (vgl. auch Bundesgerichtsurteile 4A_290/2014 vom 1. September 2014 E. 5 sowie 4A_651/2012 vom 7. Februar 2013 E. 4.2, wonach das

Berufungsgericht nicht von Grund auf eine eigene Prüfung sich stellender Rechts- und Tatfragen vornimmt, sondern den erstinstanzlichen Entscheid aufgrund von erhobenen Beanstandungen überprüft; zum Ganzen BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

Inhaltlich ist das Berufungsgericht hingegen weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden; es wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und verfügt über freie Kognition in Tatfragen, weshalb es die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen kann (Bundesgerichtsurteile 4A_397/2016 vom 30. November 2016 E. 3.1 und 4A_376/2016 vom 2. Dezember 2016 E. 3.2.1 und 3.2.2).

1.2.4 Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO).

2.

2.1 Mit Werkvertrag vom 9. Oktober 2009 übertrugen X _____ sowie die E _____ als Bauherren der F _____ AG als Unternehmerin am Projekt G _____ die Arbeiten «E _____» als Gesamtprojekt (S. 189 ff.; Deckblatt und Art. 1). In Art. 2 des Werkvertrages wurde das Gesamttotal der Vergütung inkl. MWST gestützt auf ein Leistungsverzeichnis vom 9. Juli 2009 auf Fr. 3'258'033.60 beziffert, welche «Baukosten H _____» von Fr. 2'976'470.40 sowie «E _____» von Fr. 281'563.20 umfasste. In Art. 3 wurden die Bestandteile des Vertrages aufgezählt, welche indes nicht aktenkundig sind. Art. 7 sah als Rechnungsadresse sowohl jene der E _____ als auch jene X _____ vor. Die betreffenden Grundstücke Nr. xx1 (E _____) stehen im Eigentum X _____ bzw. der E _____ AG (S. 199).

Mittels Subunternehmervertrag, welcher bereits vom 17. August 2009 datiert, zog die Unternehmerin die Z _____ AG als Subunternehmerin für das Bauobjekt G _____» bei. Als Bauherrschaft wurde X _____ und als Vertragsgegenstand «NPK: 164 Verankerungen und Nagelwände», laut Devis für Leistungen im Gesamttotal von Fr. 591'401.-- exkl. MWST, genannt. Devis bzw. Offerte sowie die im Subunternehmervertrag angeführten Vertragsbestandteile befinden sich nicht in den Akten (S. 19 ff.; zur [vorliegend nicht strittigen] Person der Subunternehmerin [Z _____ AG und nicht Einzelfirma I _____] s. Replik, TB 76 auf S. 213, anerkannt in Duplik ad 76 auf S. 238; vgl. auch S. 20 Ziff. 4/3 Allgemeine Bohr- und Verlegebedingungen Z _____ AG sowie S. 23 Ziff. 17 Unterzeichnen des Vertrages durch

J _____ für die Z _____ AG). Mit Zahlungsbefehl vom 25. April 2012, zugestellt am 26. Mai 2012, betrieb die Subunternehmerin die Unternehmerin über Fr. 221'006.40 plus 8% Zins seit dem 2. Januar 2012 gestützt auf die Rechnung Nr. 184 vom 2. Dezember 2012 (S. 27).

Per Schreiben vom 25. Oktober 2012 wandte sich die Subunternehmerin mit Hinweis auf die Zahlungsschwierigkeiten der Unternehmerin an X _____ als Grundeigentümer und machte diesem gegenüber gestützt auf Art. 839 Abs. 4 ZGB eine B _____ Bürgschaftshaftung im genannten Betrag zuzüglich 8% Zinsen seit dem 3. Januar 2012 geltend (S. 39 ff.). Am 6. Mai 2013 wurde über die Unternehmerin der Konkurs eröffnet (S. 42).

2.2 Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB in der seit dem 1. Januar 2012 gültigen Fassung haben Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts an diesem Grundstück für ihre Forderungen, sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechtigte Person zum Schuldner haben. Zu den anderen Werken zählen Strassen und Brücken (Schumacher, in: Breitschmid/Jungo [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Sachenrecht, 3. A., 2016 [zit. Handkommentar], N. 13 zu Art. 837 ZGB). Die Baugrubensicherung umfasst alle hierfür zum Einsatz kommenden Techniken, so etwa die Spriessung von Schächten und Gräben (Schumacher, Handkommentar, N. 10e zu Art. 837 ZGB; ders., Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. A., 2011 [zit. Ergänzungsband], N. 156) oder das Setzen von Ankern, Magerbeton- und Plastikabdeckungen sowie Spundwände. Selbst wenn sie nicht Teil der zu erstellenden Baute werden, bilden sie notwendige Leistungen, damit diese überhaupt erstellt werden kann, womit sie durch das Bauhandwerkerpfandrecht privilegiert sind (Matthias Streiff, Handwerkerpfandrecht: Neuerungen aus der Gesetzesrevision, Weka - Wissen.Weiterbildung.Lösungen, 29. Juli 2014, www.weka.ch/themen/bau-immobilien/grund-und-wohneigentum/grundpfandrecht/article/handwerkerpfandrecht-neuerungen-aus-der-gesetzesrevision/, besucht am 1. September 2021). Das Bauhandwerkerpfandrecht setzt nicht voraus, dass auf dem belasteten Grundstück ein Mehrwert geschaffen wurde. Es genügt, dass für das Bauvorhaben notwendige Arbeiten erbracht wurden, wie das Beispiel der Baugrubensicherung aufzeigt (Thurnherr, Basler Kommentar, 6. A., 2019, N. 12 zu Art. 839/840 ZGB; Valentin

Spahr, Die prozessualen Aspekte der definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts, 2017, N. 50; Schumacher, Ergänzungsband, N. 14a; Matthias Streiff, Das neue Bauhandwerkerpfandrecht, 2011, S. 64 f.). Zu belasten ist jenes Grundstück, zu dessen Nutzen eine notwendige Arbeit geleistet wurde bzw. zu dessen Gunsten die konkreten Bauarbeiten nachhaltig wirksam geworden sind; so profitiert bei einer Baugrubensicherung durch Ankersetzung im Erdreich der Nachbarsparzelle das Baugrundstück, weshalb dieses durch das Bauhandwerkerpfandrecht zu belasten ist und nicht die angrenzende Parzelle, selbst wenn die Anker dort zu liegen kommen (s. Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. A., 2008, N. 604, 726, 828 f. und 830 im Zusammenhang mit Grunddienstbarkeiten bzw. Überbau- [z.B. auch Keller] und unselbständigen Baurechten im Bereich von Nachbarparzellen; Britschgi, Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht, 2008, S. 131 ff.; Thurnherr, a.a.O., N. 21 zu Art. 839/840 ZGB).

Art. 839 ZGB enthält Bestimmungen zur Eintragung dieses sogenannten Bauhandwerkerpfandrechts. Die hier interessierenden Absätze 4-6 sind am 1. Januar 2012 in Kraft getreten. Sie betreffen das Vorgehen bei Grundstücken im Verwaltungsvermögen, die nach der Rechtsprechung nicht gepfändet oder verpfändet und daher auch nicht mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet werden können (BGE 95 I 97 E. 4a, 124 III 337). Laut den neuen Absätzen von Art. 839 ZGB gilt was folgt: Handelt es sich beim Grundstück unbestrittenermassen um Verwaltungsvermögen und ergibt sich die Schuldpflicht des Eigentümers nicht aus vertraglichen Verpflichtungen, so haftet er den Handwerkern oder Unternehmern für die anerkannten oder gerichtlich festgestellten Forderungen nach den Bestimmungen über die einfache Bürgschaft, sofern die Forderung ihm gegenüber spätestens vier Monate nach Vollendung der Arbeit schriftlich unter Hinweis auf die gesetzliche Bürgschaft geltend gemacht worden war (Abs. 4). Ist strittig, ob es sich um ein Grundstück im Verwaltungsvermögen handelt, so kann der Handwerker oder Unternehmer bis spätestens vier Monate nach der Vollendung seiner Arbeit eine vorläufige Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch verlangen (Abs. 5). Steht aufgrund eines Urteils fest, dass das Grundstück zum Verwaltungsvermögen gehört, so ist die vorläufige Eintragung des Pfandrechts zu löschen. An seine Stelle tritt die gesetzliche Bürgschaft, sofern die Voraussetzungen nach Absatz 4 erfüllt sind. Die Frist gilt mit der vorläufigen Eintragung des Pfandrechts als gewahrt (Abs. 6) (vgl. zum Ganzen Bundesgerichtsurteil 4A_283/2018 vom 9. Juli 2019 E. 3 mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung).

Die per 1. Januar 2012 in Kraft getretenen gesetzlichen Neuerungen sind vorliegend anwendbar, da die Beendigung der Arbeiten laut Klägerin im Sommer 2012 erfolgt sein

soll und sie ihre Haftungsansprüche gegenüber dem X _____ am 25. Oktober 2012 geltend gemacht hat (vgl. Schumacher, Ergänzungsband, N. 497).

2.3 Die Vorinstanz hat in E. 3 und 5 des angefochtenen Urteils die Rechtsgrundlage und die gesetzlichen Voraussetzungen für die gesetzliche Bürgschaft gemäss Art. 839 Abs. 4 ZGB korrekt dargelegt. In E. 4 gelangte sie zum Schluss, dass es sich bei der Strassenparzelle Nr. xx1, im Eigentum X _____, unbestrittenermassen um Verwaltungsvermögen im Sinne der genannten Bestimmung handelt, womit sich ein Vorgehen nach den Abs. 5 und 6 der nämlichen Gesetzesvorschrift erübrige. In E. 5.1 sowie 5.2 erkannte sie, dass die Subunternehmerin, welche in einem Werkvertragsverhältnis zur Unternehmerin, nicht aber X _____ als Eigentümer des streitbetroffenen Grundstücks Nr. xx1 gestanden habe, grundsätzlich pfandberechtigte Bauarbeiten geleistet habe. In E. 5.2.1 führte sie aus, welches Grundstück nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB als Pfandobjekt gilt und wie die Pfandbelastung bei werkvertraglichen Leistungen für mehrere benachbarte Grundstücke zu verteilen ist. In E. 5.2.2 klärte sie ab, welche Arbeiten die Subunternehmerin auf der Baustelle «G _____» ausgeführt hatte, mit dem Ergebnis, es bestünden keine ernsthaften Zweifel daran, dass die Klägerin einerseits auf der ganzen Länge des Lehnenviadukts Litzenanker und links von der Wasserüberführung ab der Position 246.910 und auf der rechten Seite ein Teilstück an der Unterfangung der E _____ Stabanker gesetzt habe. Es sei davon auszugehen, dass die Klägerin die Ankerarbeiten an der E _____ wie von ihr behauptet auf dem Abschnitt 246.910 bis 203.985 ausgeführt und die Unternehmung K _____ auf dem übrigen Streckenanteil die Anker gesetzt habe, wobei Letztere ihre Arbeiten am 16. Juli 2012 aufgenommen habe (E. 5.2.2.4).

In E. 5.2.3 prüfte die Vorinstanz, welches Grundstück bzw. welche Grundstücke von dem durch die Arbeiten der Klägerin erschaffenen Mehrwert profitiert hat bzw. haben. Dabei auferlegte die Vorinstanz der Subunternehmerin als Klägerin den Beweis dafür, dass anderweitige durch ihre Bauarbeiten Begünstigte fehlten. Die Beweislastverteilung werde bei negativen Tatsachen nicht umgekehrt. Die Klägerin müsse jedoch nicht den strikten Beweis erbringen. Es genüge, wenn der Richter die Überzeugung gewinne, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine bestimmte Tatsache spreche, d.h. wenn für eine Behauptung eine höhere Wahrscheinlichkeit als 51 Prozent existiere (mit Verweis auf Groner, Beweisrecht, 2011, S. 184 und 192). Ausgehend davon, dass die am Lehnenviadukt versetzten Anker Bestandteil des im Eigentum des Beklagten stehenden Grundstückes Nr. xx1 bilden, während die an der Unterfangung der E _____ versetzten Anker Bestandteil des Grundstücks Nr. xx2 sind, das im Eigentum der

L _____ AG steht (E. 5.2.3.1), gelangte das Bezirksgericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung zum Ergebnis, dass sich bei diesem Gesamtprojekt die einzelnen Leistungen nicht einem konkreten Grundstück zuordnen liessen, da die Arbeiten am Lehnenviadukt und an der Unterfangung der E _____ jeweils sowohl dem Grundstück Nr. xx2 als auch dem Grundstück der Beklagten dienten, weshalb es sich rechtfertige, die Leistungen der Klägerin nach prozentualer Beteiligung an den Gesamtbaukosten aufzuteilen. Der Beklagte habe die «Baukosten Lehnenviadukt» im Umfang von Fr. 2'976'470.40 und die E _____ die «E _____» im Umfang von Fr. 281'563.20 übernommen, was einer Beteiligung der Beklagten an den Gesamterstellungskosten von 91,36 Prozent entspreche (E. 5.2.3.3 in fine mit Hinweis auf Beleg 27/Werkvertrag zwischen X _____ sowie E _____ mit der F _____ AG, S. 190). In E. 5.3 stellte die Vorinstanz für die Berechnung der Bürgschaftssumme auf die vom Bezirksgericht im Kollokationsprozess erkannten Fr. 253'251.75 ab, abzüglich der darin enthaltenen Verzugszinsen von Fr. 21'896.30, wodurch sie eine Werklohnforderung von Fr. 231'355.45 und nach Abzug von 8,64 Prozent einen Haftungsbetrag von Fr. 211'366.35 ermittelte (Beleg 17, S. 45 ff.).

In E. 5.4 erachtete die Vorinstanz den Beweis als erbracht, dass die Klägerin einerseits auf der ganzen Länge des Lehnenviadukts Litzenanker und anderseits bei der Unterfangung der E _____ auf dem Abschnitt 246.910 bis 203.985 Stabanker gesetzt habe, wobei sie im letztgenannten Bereich am 21. August 2012 die Ankerarbeiten fertiggestellt habe, indem sie namentlich die Anker abgehängt, diese gegen Rost behandelt und die Ankerkappe montiert habe. Damit sei mit der klägerischen Anzeige vom 25. Oktober 2012 an den Beklagten die Viermonatsfrist zur Geltendmachung der gesetzlichen Bürgschaft gewahrt worden. Ausserdem laufe bei einer vorzeitigen Auflösung des Werkvertrages, weil der Besteller dem Unternehmer die Arbeiten entziehe oder Letzterer die Weiterarbeit verweigere, die Viermonatsfrist erst ab diesem Zeitpunkt zu laufen. Im vorliegenden Fall hätte die Klägerin die Arbeiten bei der E _____ fortsetzen sollen und sei hierzu von der Unternehmerin durch deren Bauführer Anfang Juli 2012 noch aufgefordert worden; da die Subunternehmerin zum geforderten Zeitpunkt nicht erschienen sei, habe die Unternehmerin der Klägerin diese weiteren Aufgaben entzogen und hierfür die Einzelunternehmung K _____ beauftragt. Mithin habe der Vertrag im Juli 2012 noch bestanden, weshalb die Viermonatsfrist auch deshalb gewahrt worden sei.

In E. 6 hielt das Bezirksgericht einleitend fest, dass der Subunternehmer zunächst seinen Vertragspartner, also den Total- bzw. Generalunternehmer, ins Recht fassen müsse

und erst danach bei einem erfolglosen Vorgehen nach den Regeln der einfachen Bürgschaft (Art. 495 Abs. 1 OR) auf den Grundeigentümer greifen dürfe. Mit Verweis auf die Eingabe der Klägerin im Konkurs der F _____ AG und der von ihr erhobenen Kollokationsklage, welche zur Kollokation der klägerischen Werklohnforderung in der Höhe von Fr. 253'251.75 in der 3. Klasse führte sowie gestützt auf die Mitteilung des Konkursamtes vom 1. Dezember 2016, dass die Gläubiger der 3. Klasse vollumfänglich zu Verlust kommen würden, erachtete es diese Voraussetzung als gegeben.

Zusammenfassend hielt das Bezirksgericht in E. 7 fest, dass auf das erste Klagebegehren mangels Feststellungsinteresses nicht einzutreten sei, während in Bezug auf einen Teil der Werklohnforderung sämtliche Voraussetzungen von Art. 839 Abs. 4 ZGB erfüllt seien, weshalb es die Klage gegen den Beklagten aus gesetzlicher Bürgschaft im Teilbetrage von Fr. 211'366.35 nebst Zinsen zu 8% ab 3. Januar 2012 guthiess.

3. In seiner Berufung bringt der erstinstanzlich Beklagte formelle Rügen vor, beanstandet Beweiswürdigung und Sachverhaltsfeststellung und bemängelt die Rechtsanwendung durch das Bezirksgericht. Weiter verlangt er, dass die von der Berufungsbeklagten im Nachgang zu den Vergleichsverhandlungen zu den Akten gegebenen Unterlagen – Auszug aus dem Kollokationsplan im Konkurs der Unternehmerin vom 14. Januar 2021 sowie diesbezügliche Verrechnungsverfügung vom 19. Januar 2021 – aus den Akten gewiesen werden.

3.1 Vorab sind die vom Berufungskläger aufgeworfenen Fragen formeller Natur zu beantworten. Zusätzlich hat das Kantonsgericht die erstinstanzliche Beweislastverteilung zu prüfen.

3.1.1 In ihrer Replik und Triplik kommentierte die erstinstanzliche Klägerin eine Reihe von Tatsachenbehauptungen des Beklagten mit «unbekannt», was Letzterer als Bestreitung nicht genügen lassen will. Unter der Geltung der schweizerischen ZPO reichen pauschale Bestreitungen nicht aus. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird (BGE 144 III 519 E. 5.2.2, 141 III 433 E. 2.6; Bundesgerichtsurteil 4A_261/2017 vom 30. Oktober 2017 E. 4.3). Dafür genügt das Bestreiten einer konkreten Tatsachenbehauptung mit Nichtwissen bzw. mit Unkenntnis (vgl. Bundesgerichtsurteil 4A_261/2017 vom 30. Oktober 2017 E. 4.4), wie dies der Beklagte selbst so gehandhabt hat. Aber auch mit dem blossen Vermerk «unbekannt» stellt eine Partei die Richtigkeit der gegnerischen Behauptung zweifellos infrage, weil sie diese damit gerade nicht an-

erkennt. Dies muss vorliegend umso mehr gelten, als dass die Klägerin in ihrer Entgegnung auf die vom Beklagten aufgestellten Tatsachenbehauptungen in offensichtlicher Anlehnung an dessen Rechtsschriften mit «anerkannt», «bestritten» und «unbekannt» geantwortet hat, also letztlich die gleiche dreifache Unterscheidung wie der Beklagte vornimmt und damit wie dieser im Ergebnis klar zum Ausdruck bringt, welche Tatsachen sie als gegeben zugesteht, welche sie als falsch erachtet und welche sie nicht kennt, weshalb diese im Beweisverfahren noch zu klären sind. Mithin erweist sich dieser formelle Einwand des Berufungsklägers als nicht stichhaltig. Zudem konnte die Subunternehmerin etwa vom Inhalt des Werkvertrages zwischen den beiden Bauherren und dem Hauptunternehmer sowie insbesondere auch vom Innenverhältnis sowie von den konkreten Abmachungen zwischen den beiden Bauherren keine Kenntnis haben. Soweit diese Punkte für den Verfahrensausgang von Bedeutung sein sollten, kann deshalb aus dem Einwand «unbekannt» nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO), gerade auch mit Blick auf den von der Klägerin im Schriftenwechsel vertretenen Rechtsstandpunkt, nicht auf eine Anerkennung der entsprechenden Tatsachenbehauptungen geschlossen werden. Ohne diesbezüglich substantiierte Behauptungen des Beklagten war die Klägerin ausserdem nicht gehalten, ihrerseits dazu Behauptungen aufzustellen. Schliesslich wurde der vom Beklagten für seine eigene Sachdarstellung primär angerufene M _____ einvernommen und zu all diesen Punkten – insbesondere auch anhand der vom Beklagten dazu verfassten Fragen – einlässlich befragt, was bei einer Tatsachenanerkennung nicht notwendig gewesen wäre. Mithin ist entgegen der Berufung nicht unbesehen auf die Behauptungen des Berufungsklägers bzw. Beklagten im erstinstanzlichen Schriftenwechsel, namentlich der Klageantwort, abzustellen. Vielmehr ist durch das Kantonsgericht eine eigene Beweiswürdigung vorzunehmen bzw. jene der Vorinstanz zu überprüfen, da der Berufungskläger diejenige des Bezirksgerichts beanstandet.

3.1.2 In E. 5.2.2.2 ihres Urteils (dort S. 13 f.) führte die Vorinstanz aus, dass X _____ im Falle einer Haftung gestützt auf Art. 839 Abs. 4 ZGB gegenüber der Unternehmerin ein Rückgriffsrecht habe (Art. 507 OR). Unter Bezugnahme auf das Schreiben des Konkursamtes vom 1. Dezember 2016 (S. 56 f.; vgl. auch jenes vom 16. März 2018 an das Bezirksgericht, S. 269) bezeichnete sie es als bekannt, dass der Beklagte seinen eventuellen Regressanspruch mit einer Forderung der Konkursmasse ihm gegenüber verrechnen wolle. Im Nachgang zu den Vergleichsverhandlungen teilte die Berufungsbeklagte dem Kantonsgericht am 4. März 2021 mit, dass diese Verrechnung mittlerweile geschehen sei. Dazu hinterlegte sie einen Auszug aus dem Kollokationsplan im Konkurs der Unternehmerin vom 14. Januar 2021 sowie die Verrechnungsverfügung vom 19. Januar 2021 mit dem Hinweis, ihr seien diese Belege nie formell

zugestellt worden, weshalb sie dieselben habe einfordern müssen und nicht früher habe beibringen können. X _____ unterstellte sie ein unredliches Verhalten, indem er in unglaublicher Weise Forderungen, deren Begleichung er sich bisher widersetzt habe, verrechne und dabei weiterhin die Erfüllung verweigere, womit er sich letzten Endes zu Lasten der Klägerin bereichere (S. 577 ff.).

Entgegen dem Berufungskläger wurde die Verrechnung des Regressanspruches aus der eventuellen Bezahlung nach den Bestimmungen über die einfache Bürgschaft gemäss Art. 839 Abs. 4 ZGB i.V.m. Art. 507 OR im angefochtenen Urteil thematisiert. Es stand der Berufungsbeklagten damit ohne weiteres offen, in diesem Zusammenhang neue Tatsachenbehauptungen aufzustellen – im Konkursverfahren inzwischen erfolgte Verrechnung – und die dazu erforderlichen neuen Belege einzureichen (s. vorne E. 1.2.2). Mit seinem Antrag vom 9. April 2021, das hinterlegten Schreiben sei aus den Akten zu weisen, weil es für den zu beurteilenden Sachverhalt irrelevant sei und der Bezug zu einer im Verfahren vorgebrachten Sachverhaltstatsachenbehauptung fehle (S. 587), stellt der Berufungskläger weder die neu vorgebrachten Tatsachenbehauptungen noch die Rechtzeitigkeit deren Vorbringens bzw. der Einreichung der neuen Belege in Frage. Diese verbleiben demzufolge allesamt in den Akten. Ob sich X _____ mit dem von ihm gewählten Vorgehen auf Kosten der Berufungsbeklagten bereichert, wird zu prüfen sein, sofern dies für den Ausgang des Berufungsverfahrens von Bedeutung ist.

3.1.3 Nach Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Aus dieser objektiven Beweislast ergibt sich die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweisführungslast im Zivilprozess (Verhandlungsgrundsatz nach Art. 55 Abs. 1 ZPO; vgl. Grolimund, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund [Hrsg.], Zivilprozessrecht, 3. A., 2019, § 18 N. 45). Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet (BGE 141 III 241 E. 3.1). Die Problematik der Anwendung dieser Regel auf die rechtshindernden Sätze liegt in der Abgrenzung, ob ein Sachumstand rechtserzeugend oder sein Gegenteil rechtshindernd ist (Jungo, Zürcher Kommentar, 3. A., 2018, N. 196 zu Art. 8 ZGB). Dabei gilt der Grundsatz, wonach Negativa nicht zu beweisen sind (negativa non sunt probanda), in dieser absoluten Form heute als überholt (Jungo, a.a.O., N. 303 zu Art. 8 ZGB; anders Bundesgerichtsurteil 8C_794/2016 vom 28. April

2017 E. 4.3.2). Nicht anders sieht es der von der Vorinstanz zitierte Autor (Groner, a.a.O., S. 74 und 81), der auf der vom Bezirksgericht angeführten S. 192 nicht allgemein von negativen, sondern vielmehr von *anspruchsbegründenden* negativen Tatsachen spricht.

Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sowie in der Folge gegebenenfalls zu beweisen sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und anderseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 127 III 368 E. 2b; Bundesgerichtsurteil 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2; je mit Hinweisen). Primär bestimmt also das materielle Recht, ob eine Tatsache, sei es eine positive oder eine negative, rechtsbegründend ist. Die aktuelle Lehre propagiert eine vertrauensbasierte Beweislastverteilung, wonach im Fall der Beweislosigkeit entscheidend sein soll, was Vertrauen verdient, also das Erwartungsgemässe, Redliche, Korrekte und Vernünftige, bzw. das Schützenswertere (Jungo, a.a.O., N. 213 und 253 ff. zu Art. 8 ZGB). Keinen Einfluss auf die Beweislastverteilung hat hingegen die Beweisnot. Sie führt zu keiner Beweislastumkehr; sie ist vielmehr durch die allgemeine Mitwirkungspflicht der Gegenpartei zu verhindern oder zu mildern (Jungo, a.a.O., N. 295 ff. zu Art. 8 ZGB). Immerhin darf für die Beweislastverteilung laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf das Kriterium der Beweisnähe abgestellt werden (Jungo, a.a.O., N. 210 zu Art. 8 ZGB mit Hinweis auf BGE 130 III 258 E. 5.3).

Die anspruchsbegründenden Tatsachen für die Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts bzw. für die Beanspruchung des Gemeinwesens bei Material und Arbeit oder Arbeit allein an einem Grundstück im Verwaltungsvermögen werden in Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 sowie Art. 839 Abs. 4 ZGB umschrieben. Weder im Gesetzeswortlaut noch in E. 3 des angefochtenen Urteils, in welcher die Vorinstanz die rechtlichen Voraussetzungen an sich treffend wiedergibt, findet sich eine Grundlage dafür, um dem Handwerker den negativen Beweis dafür aufzuerlegen, dass seine grundpfandberechtigten Leistungen ausser dem von ihm belangten Grundeigentümer keinem Dritten zugutegekommen sind. Soweit die Vorinstanz der Subunternehmerin den Beweis für das Fehlen anderweitiger durch die klägerischen Bauarbeiten Begünstigter auferlegt, verletzt sie demnach die Beweislastregeln in offensichtlicher Weise. Die Klägerin hatte behauptet, sie habe aufgrund des Vertrages mit der Unternehmerin Bohr- und Betonarbeiten am Bauprojekt G _____ mit X _____ als Bauherrin ausgeführt, namentlich im Rahmen der Vergrösserung der Strasse nach N _____ die S _____ nach Abtragung der Böschung mit Ankern gesichert (s. v.a. S. 2 f. TB 1, 2 und 5). Der Beklagte hatte dies

bestritten, TB 1 mit dem Zusatz, dass die Arbeiten Verankerungen und Nagelwände beträfen, TB 2 und 5 mit Verweis auf die eigene Sachverhaltsdarstellung in TB 46-48 bzw. 39-45. Darin wird indes an keiner Stelle behauptet, dass die Sicherung der E _____- mittels Anker, welche nach klägerischer Darstellung Folge der zum Strassenausbau erfolgten Böschungsabtragung war, im Zusammenhang mit dem Projekt der E _____ gestanden hätte. In TB 44-48 (S. 178 f.) legt der Beklagte lediglich dar, dass die E _____ parallel zu diesem Strassenausbau den «Lückenschluss O_____» projektiert habe, dass die Strasse durch den Bau dieser S _____ ca. 1,5 m ihrer ursprünglichen Breite von ca. 4 m verliere, so dass die Strassenachse gegen die P _____ habe verschoben werden müssen und dass die E _____ in Bezug auf ihr eigenes Projekt Bauherrin und Vertragspartei des Werksvertrages mit der Unternehmerin gewesen sei. Mithin hat der Beklagte nie behauptet, jedenfalls nicht im ordentlichen Schriftenwechsel, dass die Klägerin Ankerarbeiten für die E _____ bzw. deren Projekt geleistet habe. Ohne entsprechende Tatsachenbehauptung ist denn auch nicht davon auszugehen. Die TB 72-73 (S. 184) der Beklagtenseite, dass die Arbeiten an der Unterfangung der E _____ auf Grundeigentum der E _____ und nicht auf einem Grundstück X _____ ausgeführt worden seien, beinhalten keine solche Behauptung, zumal bei Beanspruchung einer Nachbarsliegenschaft zur Realisierung eines Bauprojekts regelmässig die eigentliche Bauparzelle zu belasten ist (s. vorne E. 2.2).

3.2 Im Wesentlichen macht der Berufungskläger geltend, dass es sich beim Lehnenviadukt und der E _____ um zwei separate Bauwerke handle mit sowohl unterschiedlicher Bauherrschaft als auch verschiedenen Eigentümern der jeweiligen Parzelle, nämlich X _____ auf der einen und der E _____ auf der anderen Seite, weshalb er für Arbeiten der Berufungsbeklagten an der Unterfangung der E _____ nicht als Bürge belangt werden könne; ausserdem bringt er vor, dass die Berufungsbeklagte nach Ende 2011 auf der Baustelle G _____ nicht mehr gearbeitet habe, zumindest nicht mehr am Lehnenviadukt, so dass sie die Viermonatsfrist in jedem Falle nicht gewahrt habe.

3.2.1 Im Werkvertrag vom 9. Oktober 2009 traten X _____ sowie die E _____ gegenüber der Unternehmerin als Bauherren auf und übertrugen ihr Arbeiten am Lehnenviadukt und der E _____. Dieses gemeinschaftliche Auftreten, die Arbeitsvergabe betreffend Lehnenviadukt und E _____ ohne Differenzierung des jeweiligen Bauherrn und die Bezeichnung der zur Ausführung gelangenden Arbeiten als Gesamtprojekt sprechen für eine gemeinsame Bauherrschaft, die Aufgliederung der

Baukosten in solche betreffend E _____ bzw. H _____ mit separaten Zahlungsadressen dagegen. In beiden Fällen ergibt sich aus dem Werkvertrag nicht, wie die Vertragsparteien die Kostenverteilung konkret vorgenommen haben bzw. welche konkreten Arbeiten in welchem Betrag enthalten sind.

3.2.2 In seiner Klageantwort (TB 39 ff.) führte der Berufungskläger dazu im Wesentlichen aus, der Ausbau des fraglichen, im Laufe der Zeit in seiner Stützkonstruktion relativ stark beeinträchtigten Strassenteilstücks mittels des Lehnenviadukts mit Erweiterung von bisher einer auf zwei Fahrspuren habe den Aspekten der Verkehrsbeanspruchung, der Sicherheit vor Lawinenniedergängen, dem Hochwasserschutz sowie dem Schutz gegen Murgang gedient. Parallel dazu habe die E _____ den «Lückenschluss O_____» (E _____) projektiert, durch deren Bau die Strasse ca. 1,5 m ihrer ursprünglichen Breite von ca. 4 m verliere, so dass die Strassenachse gegen die P _____ habe verschoben werden müssen. Aufgrund der Topographie habe zuerst (im Vergleich zur bisherigen Strassenführung auf einem tieferen Niveau) das Lehnenviadukt gebaut werden müssen, damit darauf eine weitere Fahrbahn habe erstellt werden können, auf welche talseitige Spur der Verkehr danach verlegt worden sei. Alsdann sei die Absenkung des bisherigen Strassenniveaus auf das Niveau des Lehnenviadukts mit Ausbildung der bergseitigen Spur in Angriff genommen worden. Anschliessend seien die Unterfangung der E _____ bzw. die Arbeiten an der E _____ erfolgt. Das Lehnenviadukt befinde sich auf der Parzelle Nr. xx1 im Eigentum des X _____, die E _____ auf der Parzelle Nr. xx2 im Eigentum der L _____ AG. Die von der Subunternehmerin ausgeführten Verankerungen an den Scheiben des Lehnenviadukts seien 2011 beendet gewesen. Die von dieser behaupteten weiteren Arbeiten beträfen die Unterfangung der E _____ und damit nicht ein Grundstück im Eigentum X _____.

Der Berufungskläger untermauerte seine Darlegungen mit einer Fotodokumentation, Katasterauszügen, einem Orthofoto sowie einem Situationsplan und benannte als Zeugen den vormaligen M _____. Dieser bestätigte, dass die Stützkonstruktion des Strassenabschnitts in einem sehr schlechten baufälligen Zustand war. Weiter erklärte er, der E _____ habe noch ein Teilstück der S _____ gefehlt, für dessen Realisierung die Strasse Richtung P_____ habe verschoben werden müssen. Aus diesem Grund sei die E _____ auch Bauherrin. Es sei eine Gemeinschaftsbauherrschaft gewesen, wobei jeder seinen Anteil gemacht habe. Lehnenviadukt sei Sache X _____ und E _____ Sache der E _____ gewesen. Ausgeführt habe es dieselbe Unternehmung, weil eine Trennung der Arbeiten unmöglich gewesen wäre (S. 383 F/A 17, S. 386

F/A 36). Das Projekt habe der Verbreiterung der Strasse auf zwei Spuren, der Absenkung der Strasse für den Hochwasserschutz und der Schaffung des Platzes für den Bau einer S _____ gedient (S. 385 F/A 34). Der M _____ bejahte die Frage, ob es unterschiedliche Beendigungstermine in den Bereichen E _____ und Lehnenviadukt gegeben habe. Aufgrund der Platzverhältnisse und aus Platzgründen habe zuerst das Lehnenviadukt fertiggestellt werden müssen, damit der Verkehr auf die neue Strecke habe verlegt werden können. Erst dann habe man mit den Arbeiten an der Unterfangung der E _____ anfangen können (S. 382 F/A 11, S. 386 F/A 42). Ohne Sicherungsarbeiten an der Unterfangung E _____ hätte man die Absenkung der Strasse nicht machen können. Beide hätten profitiert. Durch das Bauprojekt seien die Voraussetzungen geschaffen worden, dass die E _____ später ihre S _____ erstellen könne und der Kanton habe den Hochwasserschutz und die Strassenverbreiterung machen können (S. 385 F/A 31). Beim Lehnenviadukt seien alles Litzenanker und bei der E _____ alles Stabanker. Beim Lehnenviadukt seien stärkere Anker verwendet worden, damit später die Möglichkeit bestehe, darauf eine Galerie zu erstellen. Bei der Unterfangung sei es nur darum gegangen, diese zu sichern (S. 382 F/A 13). M_____ verneinte die Frage, ob es eine Vereinbarung zwischen dem Kanton und der E _____ betreffend Anker- und Sicherungsarbeiten gegeben habe. Man habe eine gemeinsame Offerte mit einem Teil E _____ und einem Teil X _____ gemacht. Man habe die Arbeiten separat ausgemessen und abgerechnet. Es habe untereinander keine Querzahlungen gegeben. Es hätten auch beide den Werkvertrag unterzeichnet (S. 385 F/A 29). Die Unternehmerin habe die Arbeiten an der Unterfangung der S _____ fortgesetzt, ohne die Verankerungen zu machen. Dann habe die Bauleitung die Unternehmerin mehrmals aufgefordert, die Verankerungen zu machen, «da diese unsere Vertragspartnerin war und wir den Unterakkordanten nichts sagen konnten». Denn wenn diese Verankerungen nicht vorgenommen worden wären, hätte man die Baustelle einstellen müssen (S. 384 F/A 26). Das sei ein normaler Arbeitsablauf, dass die Subunternehmerin immer mehrere Einsätze auf der Baustelle habe. So würden zuerst Ankerarbeiten vorgenommen, dann mache wieder der Hauptunternehmer einen Teil und dann fielen wieder Ankerarbeiten an usw. Es hänge vom jeweiligen Projekt ab, wie die Einsätze koordiniert würden (S. 385 F/A 28). Der ebenfalls vom Beklagten als Zeuge angerufene Q _____, heute Strassenmeister und vormals Bauleiter bei Y _____, ergänzte, dass die Strasse wegen des Hochwasserschutzes um 4 Meter abgesenkt worden sei. Dadurch habe es die Sicherungsarbeiten an der Unterfangung gebraucht (S. 375 F/A 35 und S. 378 F/A 61).

3.2.3 Gemäss den vorstehenden Aussagen des damaligen verantwortlichen M_____, auf welchen sich der Berufungskläger beruft, verfolgten X _____ mit dem Neubau der Strasse (Ersatz der sicherheitsmässig nicht mehr genügenden Strasse, Erweiterung auf zwei Spuren durch ein Viadukt und Herabsetzung der Strasse auf ein tieferes Niveau zwecks Hochwasserschutzes) und die E _____ (Vorbereitung für die spätere Verlängerung der S _____) zwar unterschiedliche Ziele, schlossen sich dafür aber gezwungenermassen zusammen, weil eine Trennung der Arbeiten nicht möglich gewesen wäre. Insbesondere bestätigte der Zeuge, dass eine Absenkung der Strasse ohne Hangsicherung nicht möglich gewesen wäre. Mithin waren die Hangsicherungsarbeiten und damit auch das Setzen der Stabanker beim E _____ durch die Absenkung der Strasse bedingt. Ohne regelmässige Sicherung des Hanges, über welchem die E _____ – teils noch im offenen Gelände und teils bereits in einer S _____ – durchführen, hätten die Arbeiten an R _____ – Absenkung und Ausbau der bergseitigen Spur – eingestellt werden müssen. Die Hangsicherung mittels Ankersetzung in der E _____ diente damit dem Strassenausbau. Weder ergibt sich aus den Akten noch wurde seitens des Berufungsklägers behauptet, dass das Setzen dieser Anker auch ohne Strassenabsenkung infolge des S _____ der E _____ notwendig gewesen wäre. Bei dieser Beweislage geschah das Setzen der Anker zum Nutzen des Strassenprojekts und bildete somit Teil desselben, weshalb bauhandwerker- und demzufolge ebenfalls haftungsrechtlich (vgl. Art. 839 Abs. 4 ZGB) die Strassenparzelle bzw. deren Eigentümer in der Pflicht steht. Dies gilt in besonderem Masse für die Teilstrecke im Bereich der vorbestehenden O _____, welcher durch das E _____ der Lückenschliessung der S _____ nicht betroffen war und auch nicht sein konnte, weil in diesem Abschnitt die S _____ bereits zu einem früheren Zeitpunkt erstellt worden und bei Ausführung des kantonalen Strassenprojekts schon in Betrieb war (s. Beleg 31, S. 199: Orthofoto der Situation; Beleg 32, S. 200: «Situationsplan der Parzellen Nr. xx1 und Nr. xx2 mit Projekteinzeichnung»); hier erschöpften sich die Arbeiten der Unternehmerin auf die Absenkung der Strasse auf das tiefere Niveau, wozu der Hang mit Land sowie Fels abgetragen und mitsamt der bereits bestehenden S _____ mittels Ankern gesichert werden musste. Diese Sicherungsarbeiten waren unbestreitbar ausschliesslich durch den Strassenneubau bedingt, wurden also im alleinigen Interesse X _____ bzw. zum Nutzen der R _____ vorgenommen. Dass die Anker – hier und im Bereich des offenen T _____ – im Erdreich der Nachbarparzelle im Eigentum der E _____ angebracht werden mussten, ändert daran nichts (vgl. vorne E. 2.2).

Schon aus diesen Gründen war das Strassenprojekt X _____ mit der Erstellung und Inbetriebnahme des Lehnenviadukts mit bloss einer Fahrspur, an welchem die Subunternehmerin Litzenanker gesetzt hatte, keineswegs beendet. Vielmehr musste noch die zweite Fahrspur gebaut werden, was die Absenkung der bisherigen Strassenfahrbahn sowie die regelmässige Sicherung des Hanges mit E _____ bzw. S _____ und U _____ erforderte. Der Bau des Lehnenviadukts als Brückenkonstruktion und die anschliessende Erstellung der zweiten Fahrspur mit Geländeabsenkung sowie Hangsicherung stellen ganz offensichtlich nicht zwei verschiedene Bauten oder Projekte dar. Die für den Strassenbau erforderliche Hangsicherung lässt sich auch nicht einzig aufgrund der Anbringung der Anker im Erdreich der Nachbarparzelle dem S _____projekt der E _____ zuweisen. Deshalb und weil die Subunternehmerin laut einlässlicher Darstellung des Zeugen und ehemaligen M _____ für die Verankerung des Lehnenviadukts sowie der E _____ in Abhängigkeit zum Arbeitsfortschritt des Unternehmers immer wieder auf der Baustelle zum Einsatz kam, ist bei der Prüfung der Einhaltung der Viermonatsfrist nach Art. 839 Abs. 4 ZGB nicht zwischen Viadukt und zweiter Fahrbahn zu unterschieden. Ankerarbeiten an der E _____- wahren demzufolge diese Frist auch in Bezug auf die Litzenanker am Viadukt. Laut Akten war das eigentliche Lehnenviadukt Ende 2011 grundsätzlich fertig und befahrbar. Nach dem Gesagten kann indes dem Berufungskläger nicht gefolgt werden, dass mit der Fertigstellung dieser Teilbaute des Strassenprojekts die viermonatige Gesetzesfrist zu laufen begonnen hätte.

3.2.4 Aktenkundig ist, dass die Berufungsbeklagte auf der Baustelle bis gegen Ende 2011 zuerst Litzenanker am Lehnenviadukt und danach einen Teil der Stabanker an der E _____ setzte. Erwiesen ist ebenfalls, dass sie mit der Ankersetzung an der E _____ Mitte 2012 hätte fortfahren sollen, dass es zwischen Sub- und Hauptunternehmerin wegen der Nichtbezahlung der 2. Akontozahlung im Juli 2012 zu Diskussionen kam, dass die Berufungsbeklagte die Fortführung der Arbeiten von der Begleichung dieses Ausstandes abhängig machte und dass die Unternehmerin die weiteren Ankerarbeiten unter dem E _____ schliesslich ab Mitte Juli 2012 durch die Firma K _____ ausführen liess. Sachverhaltsmässig strittig ist, ob die Berufungsbeklagte im Juli/August 2012 auf der Baustelle noch Arbeiten ausführte oder lediglich noch die auf der Baustelle deponierte Gerätschaft abtransportiere.

Die Vorinstanz hat die Beweise dazu in ihrer E. 5.4.2.3 ausführlich dargetan und gewürdigt. Sie gelangte in E. 5.4.2.4 zusammenfassend zum Schluss, dass Angestellte der Berufungsbeklagten am 21. August 2012 die Ankerarbeiten an der E _____ auf

dem Abschnitt S13 bis 246.910 fertigstellten, indem sie namentlich die Anker abhängten, diese gegen Rost behandelten und die Ankerkappen montierten, ohne jedoch wegen der finanziellen Differenzen mit der Unternehmerin mit den Bohrungen fortzufahren. Diese Aufgabe habe ab dem 16. Juli 2012 schliesslich die Unternehmung K _____ fortgeführt. Die Vorinstanz verkannte dabei nicht, dass sich die Beweise teils widersprechen. So bestätigten die Mitarbeiter der Berufungsbeklagten und deren einziger Verwaltungsrat bei ihren Befragungen übereistimmend, im Juli/August 2012 auf der Baustelle noch Arbeiten verrichtet zu haben, während der vorgenannte damalige M_____ sowie Q _____ das Ende der Arbeiten durch die Berufungsbeklagte auf Ende November 2011 terminierten. Weiter fällt auf, dass die Berufungsbeklagte die Weiterführung der Arbeiten im Juli 2012 schriftlich sowie mündlich von der Begleichung ihrer Rechnung abhängig machte und dass die Protokolle der Subunternehmerin nicht durchgehend unterzeichnet sind, vorab nicht durch die Bauherrschaft, und dass darin der 21. August 2012 als einziger Arbeitstag 2012 am besagten Strassenbauprojekt genannt wird. Auch sah V _____ von der gleichnamigen Firma während der Ausführungen ihrer Verankerungsarbeiten an der E _____ keine anderen Bohrfirmen vor Ort, ohne aber deren gleichzeitige Tätigkeit ausschliessen zu können. All dies mag Zweifel wecken an der Behauptung der Berufungsbeklagten, dass sie im Juli/August 2012 an der E _____ tatsächlich noch Arbeiten ausgeführt habe. Diese Darstellung wird indes durch den Zeugen W _____, der für die Unternehmerin auf der Baustelle «G _____» für die praktische Ausführung verantwortlich war und teilweise die Bauführung übernommen hatte, mehrfach bestätigt.

W _____ gab zu Protokoll, dass die Subunternehmerin im Jahr 2012 wieder da gewesen sei (S. 353 F/A 9 und 10). Sie habe ihre Arbeiten Mitte 2012, um die Bauferien, fertiggestellt, soweit er sich erinnere (S. 354 F/A 20). Das Spannen der Anker mit anschliessenden Feinarbeiten wie Deckel montieren, Schrauben setzen und Putzarbeiten sei der letzte Arbeitsschritt (S. 355 F/A 22). Die Subunternehmerin müsse die letzten Anker wohl 2012, zuletzt, um die Zeit der Baumeisterferien gespannt und die daran folgenden Abschlussarbeiten ausgeführt haben (S. 355 F/A 23 und 24). Dazu sind Arbeitsrapporte der Berufungsbeklagten für die Zeit vom 20. bis 24. August 2012 aktenkundig, welche W _____, wie er bei seiner Befragung ausdrücklich bestätigte, mitunterzeichnet hat und welche für den 20. den Transport der Gerätschaft auf die Baustelle G _____, für den 21. Arbeiten an Ankern und Ankerkopf an der an der E _____ (Wegnahme provisorische Ankerkappen, Nachschneiden, Verzinken, Schweissen und Wiedermontage) und für den 22. sowie 23. Diskussionen mit der Unternehmerin mit Abbruch der Arbeiten durch die Subunternehmerin belegen. Diese Arbeitsrapporte decken

sich inhaltlich mit der Darstellung sämtlicher Beteiligter, wonach die Subunternehmerin zur Fortführung der Arbeiten aufgefordert worden sei und diese schliesslich nach Diskussionen um die Begleichung der Ausstände nicht fortgeführt habe. Weiter weisen sie für den 21. August 2012 Beendigungsarbeiten an zu einem früheren Zeitpunkt vorgenommenen Verankerungen aus. Solche Beendigungsarbeiten werden vom Zeugen W _____ ausdrücklich bestätigt, einerseits mit seiner Unterschrift auf dem Arbeitsrapport und anderseits anlässlich seiner Befragung. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass ein persönliches Interesse des Zeugen am Ausgang des Verfahrens nicht ersichtlich ist und dass seine Aussagen ingesamt glaubwürdig erscheinen, auch wenn er hinsichtlich des Lehnenviadukts etwas unpräzise angab, dass die Berufungsbeklagte in diesem Bereich 2012 noch Fixationen weggenommen und noch irgendwelche Arbeiten am Ankerknopf gemacht habe, Genaueres wisse er nicht, Kosmetikarbeit auf jeden Fall (zu den Belegstellen im Dossier vgl. E. 5.4.2.3 des angefochtenen Urteils). Wie die Vorinstanz (in ihrer E. 5.4.2.3, S. 27 ihres Urteils bzw. S. 470 der Akten) treffend würdigt, waren die Aussagen dieses Zeugen konstant, räumte er durchaus Erinnerungslücken ein, sagte er nicht einseitig zugunsten der Berufungsbeklagten aus und ist ein Motiv für eine Falschaussage nicht erkennbar, weshalb sie als glaubhaft und beweiskräftig einzustufen sind. Überdies führt ebenso der vom Bezirksgericht skizzierte zeitliche Ablauf der Arbeiten (vgl. dessen E. 5.4.2.3, S. 27 dessen Urteils bzw. S. 470 f. der Akten) das Kantonsgericht zur Überzeugung, dass die Abschlussarbeiten an den durch die Berufungsbeklagte gegen Ende 2011 im Bereich der E _____ gesetzten Anker in jenem Jahr nicht mehr durchgeführt werden konnten, auf 2012 verschoben werden mussten und auf den Zeitpunkt der Wiederaufnahme der Arbeiten im Folgejahr geplant waren. Nun wurde von keiner Seite behauptet und auch von V _____ in seiner Einvernahme nicht ausgesagt, dass er von der Berufungsbeklagten begonnene Arbeiten hätte zu Ende führen müssen. Demzufolge erachtet es das Kantonsgericht als bewiesen, dass die Berufungsbeklagte am besagten 21. August 2012 noch für das Bauwerk wichtige Endarbeiten (wie Setzen der Ankerplatte, Verzinkung gegen Rost und Montage von Ankerkappen) ausgeführt hat.

Letztlich entscheidend und beweismässig genügend bleibt indes die Aussage des Zeugen W _____, auf welche sich die Vorinstanz letztlich abgestützt hat, im Zusammenspiel mit dem von ihm unterzeichneten Arbeitsrapport für den 21. August 2021. Mit dieser zentralen Zeugenaussage setzt sich der Berufungskläger nicht weiter auseinander, wenn er ihr einfach die Aussage des Zeugen AA _____, Bauführer der Unternehmerin, gegenüberstellt. Deshalb erscheint es fraglich, ob die Berufung insoweit überhaupt gehörig begründet ist (s. dazu E. 1.2.1). Der Berufungskläger zitiert

AA _____, wonach die Subunternehmerin an der Brückenplatte des Lehnenviadukts die Anker versetzt, oben bei der Unterfangung aber keine Anker gesetzt habe (S. 346 F/A 13), im letzteren Bereich ausschliesslich die Unternehmung K _____ tätig gewesen (S. 346 F/A 16). Dies zeichnete er entsprechend auf dem Auszug von Beleg 32 (Situationsplan der Parzellen Nr. xx1 und Nr. xx2 mit Projekteinzeichnung) ein (S. 350). Diese Darstellung ist indessen nachweislich falsch. So haben sämtliche übrigen befragten Personen übereinstimmend ausgesagt, dass die Subunternehmerin einen Teilbereich der E _____ verankert hat (so die drei vor Ort eingesetzten Mitarbeiter der Berufungsbeklagten M. [S. 318 F/A 18 und S. 323 Situationsplan], K. [S. S. 334 F/A 17 und S. 337 Situationsplan], E. [S. 339 F/A 17 und S. 344 Situationsplan] sowie deren geschäftsführender Verwaltungsrat [S. 326 F/A 14 und S. 331 Situationsplan; W _____, S. 353 F/A 8 und 11 und S. 359 Situationsplan; V _____, S. 368 F/A 8 und S. 370 Situationsplan; die beiden Angestellten der Berufungsklägerin Bauleiter A. [S. 372 F/A 13 und S. 380 Situationsplan] und M_____ [S. 382 F/A 10 und S. 390 Situationsplan]). Soweit man dem Zeugen AA _____ nicht eine bewusste Falschaussage unterstellen will, wozu das Kantonsgericht insgesamt keinen genügenden Anlass sieht, so muss festgehalten werden, dass er sich insoweit offensichtlich nicht mehr an die damaligen Gegebenheiten zu erinnern vermochte, weshalb seine Aussage insoweit nicht beweiskräftig ist. Die von der Berufungsklägerin in ihrer Berufung in diesem Zusammenhang formulierte Kritik an den Erwägungen der Vorinstanz geht damit fehl. Konsultiert man die vorstehend genannten Situationspläne, auf welchen die verschiedenen Personen die von der Subunternehmerin ausgeführten Ankerarbeiten an der E _____ eingezeichnet haben, so stellt man unschwer fest, dass diese allesamt im Bereich der vorbestehenden S _____ ausgeführt worden sind. Hier waren Sicherungsarbeiten alleine wegen der Absenkung der Strasse auf ein tieferes Niveau mit Abtragung des Hanges erforderlich (s. vorne E. 3.2.3).

Selbst geringfügige Arbeiten gelten nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Vollendungsarbeiten, wenn sie unerlässlich und damit funktionell notwendig sind (Schumacher, Ergänzungsband, N. 236). Das Bezirksgericht hat in seiner E. 5.4.2.4 die vorgenannten Arbeiten vom 21. August 2012 zu Recht als zur Werksvollendung notwendige Arbeitsschritte qualifiziert. Dies wurde in der Berufung denn auch nicht beanstandet. Damit ist die Viermonatsfrist eingehalten. Wird der Werkvertrag durch den Besteller oder den Unternehmer aufgelöst, so läuft die viermonatige Frist grundsätzlich ab dem Zeitpunkt der formellen oder faktischen Vertragsauflösung (Bundesgerichtsurteil 5D_116/2014 vom 13. Oktober 2014 E. 5.2.2; BGE 120 II 389 E. 1a und 1c). Vorliegend

wurde der Subunternehmervertrag im Sommer 2012 aufgelöst, sei es durch die Weigerung der Berufungsbeklagten, ohne Zahlung als Subunternehmerin mit den weiteren Verankerungsarbeiten fortzufahren, sei es durch die Beauftragung einer Drittunternehmung durch die Unternehmung zwecks Fortsetzung bzw. Beendigung der entsprechenden Arbeitenden. Bis dahin hatte die Berufungsbeklagte die ihr mittels Subunternehmervertrag übertragenen Arbeiten noch nicht beendet; diese waren noch in Ausführung begriffen, auch wenn die Berufungsbeklagte über die Wintermonate saisonbedingt pausiert und danach erst in Abhängigkeit des Arbeitsfortschritts des Unternehmers im Juli 2012 wieder auf Platz zu kommen hatte. Die oben zitierte Rechtsprechung zur Auflösung des Werkvertrages zwischen Besteller und Unternehmer, welche Letzteren schützt, ist aufgrund des Schutzgedankens sinngemäss bei einem Subunternehmerverhältnis gemäss Art. 839 Abs. 4 ZGB anzuwenden, jedenfalls dann, wenn wie hier, der Beizug von Unterakkordanten werkvertraglich zulässig war und der Bauherr darum wusste. Die gesetzliche Viermonatsfrist ist somit auch aus diesem zweiten Grunde gewahrt.

3.2.5 Zusammengefasst hat der Beklagte nie gehörig behauptet, dass die von der Klägerin ausgeführten Ankerarbeiten für das Projekt der E _____ notwendig gewesen wären. Stellt man auf die eigenen Tatsachenbehauptungen des Beklagten sowie auf die Aussage dessen damaligen M_____ ab, so ist sodann erwiesen, dass im Rahmen des X _____ Strassenprojekts, womit die alte, sicherheitsmässig nicht mehr genügenden Strasse ersetzt, eine zweite Fahrspur erstellt und Massnahmen gegen Naturgefahren umgesetzt werden sollten, auf einem rund 4 mOrthofoto tieferen Niveau ein durch Anker gesichertes Viadukt mit einer zusätzlichen Spur gebaut und anschliessend das bisherige höher gelegene Strassentrassee für die zweite Fahrspur entsprechend abgesenkt werden musste, wozu der Hang abgetragen wurde, zu dessen Sicherung Ankerarbeiten zwingend erforderlich waren. Sämtliche Ankerarbeiten, welche durch die Klägerin als Subunternehmerin erbracht wurden, bildeten damit ausschliesslich Teil des Strassenprojekts, wie dies die Klägerin behauptet hatte. Ein Zusammenhang mit dem Projekt der E _____ zur Verlängerung der S _____ war offensichtlich insgesamt nicht gegeben. Was die von der Subunternehmerin oberhalb R _____ zur Hangsicherung ausgeführten Ankerarbeiten betrifft, so hat sie diese ohnehin einzig im Bereich bzw. unterhalb der vorbestehenden S _____ «O _____» verrichtet. Das E _____-Projekt betraf nun aber gerade nicht dieses Teilstück, sondern dessen Fortsetzung. Das Strassenprojekt umfasste sodann nicht nur den Bau des Viadukts im engeren Sinne mit der talseitigen, sondern auch die Erstellung der bergseitigen Spur auf tieferem Niveau. Folglich war das Bauwerk, was für den Fristenlauf bedeutsam ist, mit der einspurigen Inbetriebnahme des Lehnenviadukts noch keineswegs beendet. Dies

ergibt sich so auch klar aus dem vom Beklagten eingereichten Beleg 32 (S. 200) «Situationsplan der Parzellen Nr. xx1 und Nr. xx2 mit Projekteinzeichnung», worin das fragliche Strassenteilstück G _____ sowie «Lehnenviadukt G _____» als ausgeführtes Bauwerk genannt und die Verankerungen eingezeichnet sind. Da sämtliche Arbeiten der Berufungsbeklagten zum Nutzen der Strassenparzelle erbracht worden sind, entfällt eine Aufteilung zwischen den Parzellen Nr. xx1 im Eigentum X _____ und Nr. xx2 im Eigentum der E _____. Somit erübrigt es sich, auf die in der Berufung erhobene Kritik an der von der Vorinstanz durchgeführten Aufteilung des Werklohnes einzugehen. Aus dem gleichen Grunde gereicht es der Berufungsbeklagten nicht zum Nachteil, dass sie die von ihr am Lehnenviadukt bzw. an der Unterfangung der bestehenden E _____ ausgeführten Arbeiten nicht separat beziffert hat. In betragsmässiger Hinsicht wurde der Werklohn in der Berufung nicht beanstandet. Weil aber die Berufungsbeklagte das erstinstanzliche Urteil ihrerseits nicht angefochten hat, bleibt es beim erstinstanzlich zuerkannten Betrag von Fr. 211'366.35.

Das Bezirksgericht hat der Berufungsbeklagten auf diesem Betrag wie eingeklagt einen Zins von 8% zugesprochen. Die Rechtsgrundlage für einen derart hohen Zinssatz wurde weder seitens der Klägerin in ihren Rechtsschriften noch von der Vorinstanz im angefochtenen Urteil genannt. Klägerische Behauptungen dazu fehlen. Aus dem Antrag des Beklagten auf Klageabweisung kann auch nicht auf die Anerkennung eines 8%igen Zinssatzes geschlossen werden. Vielmehr gelangt der gesetzliche Verzugszinssatz von 5% zur Anwendung (Art. 104 Abs. 1 und 2 [e contrario] OR; vgl. Jungo, a.a.O., N. 433 und 435 zu Art. 8 ZGB). In diesem Punkt ist die Berufung gutzuheissen.

4. Das Gericht entscheidet in der Regel im Endentscheid über die Prozesskosten, die einerseits die Gerichtskosten, welche mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet werden (Art. 98 und Art. 111 ZPO), und anderseits die Parteientschädigung umfassen (Art. 104 Abs. 1, 105 Abs. 1 und 95 ZPO). Die Höhe der Prozesskosten bestimmt sich nach kantonalen Tarifen (Art. 96 und 105 Abs. 2 Satz 1 ZPO), im Kanton Wallis nach dem Gesetz betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden (GTar) vom 11. Februar 2009. 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). Während die Gerichtskosten von Amtes wegen festgesetzt und verteilt werden (Art. 105 Abs. 1 ZPO), wird eine Parteientschädigung einer Partei nur auf Antrag hin zugesprochen; sie kann hierfür eine Kostenliste einreichen (Art. 105 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

4.1 Ziff. 1 des erstinstanzlichen Urteils, womit das Bezirksgericht auf Ziff. 1 des klägerischen Rechtsbegehrens nicht eintrat, wurde nicht angefochten. In Bezug auf die Ziff. 2 wird der Zinssatz von 8% auf 5% herabgesetzt, der zuerkannte Betrag indes bestätigt. Der Berufungskläger obsiegt damit an sich bloss in einem Nebenpunkt, wobei eine Zinsdifferenz von 3% mit Rücksicht auf die Höhe der Haftungssumme und die Dauer der Zinszahlung betragsmässig doch beachtlich ausfällt, selbst wenn Zinsen gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO nicht zum Streitwert hinzugerechnet werden.

Erstinstanzlich obsiegt der Kläger hinsichtlich seiner Forderungsklage zu 95,6%. Das Feststellungsbegehren betraf die nämliche Haftungssumme, hatte insoweit also keine eigenständige Berechtigung, weshalb darauf auch nicht eingetreten wurde. Dessen Behandlung war für das Bezirksgericht mit einem minimalen Aufwand verbunden. Infolge des Nichteintretens gilt der Kläger insoweit dennoch als unterliegend (Art. 106 Abs.
1 ZPO). Ebenso unterliegt der Kläger bei der Höhe des von ihm beanspruchten Zinses. Mit Rücksicht auf diesen Ausgang, hat der Kläger 90% und der Beklagte 10% der erstinstanzlichen Kosten zu tragen. Im Berufungsverfahren erreicht der Berufungskläger einzig eine Reduktion des Zinssatzes und eine Korrektur der erstinstanzlichen Kostenauflage, während er die von ihm angefochtene Haftungssumme wie erstinstanzlich festgelegt zu bezahlen hat. Es erscheint deshalb angemessen, der Berufungsklägerin 95% und dem Berufungsbeklagten 5% der Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen.

4.2 Die Gerichtskosten setzen sich zusammen aus Pauschalen, insbesondere für den Entscheid (Entscheidgebühr), sowie aus bestimmten bei Gericht angefallenen Kosten (Art. 95 Abs. 2 ZPO; ‚Auslagen' nach der Terminologie von Art. 7 ff. GTar). Die Gerichtsgebühr wird aufgrund des Streitwerts, des Umfangs und der Schwierigkeit des Falls, der Art der Prozessführung der Parteien sowie ihrer finanziellen Situation festgesetzt (Art. 13 Abs. 1 GTar). Sie bewegt sich zwischen einem Minimum und einem Maximum und wird unter Berücksichtigung des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips festgesetzt (Art. 13 Abs. 2 GTar); besondere Umstände können eine Verdoppelung der Ansätze oder eine verhältnismässige Kürzung der Gebühr rechtfertigen, Letzteres namentlich wenn bloss eine Teilfrage entschieden wird (Art. 13 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 1 GTar).

Das Bezirksgericht hat in korrekter Anwendung der gesetzlichen Vorgaben und unter Beachtung des Tarifrahmens die Gerichtsgebühr für sein Urteil auf Fr. 20'000.-- festgesetzt. Dieser Betrag sowie dessen Bemessung wurden in der Berufung denn auch nicht beanstandet. Ausgangsgemäss tragen die Klägerin Fr. 2'000.-- und der Beklagte

Fr. 18'000.-- hiervon. Nach Verrechnung mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen (Klägerin Fr. 25'500.--; Beklagter Fr. 100.--), hat der Beklagte der Klägerin Fr. 17'900.-- zu erstatten. Der Saldo von Fr. 5'600.-- steht der Klägerin zu. Hinzu kommen die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 250.--, welche nach dem gleichen Verteilschlüssel mit Fr. 25.-- die Klägerin und mit Fr. 225.-- den Beklagten treffen; der Beklagte hat der Klägerin Fr. 225.-- zu erstatten.

Für die Bemessung der Prozesskosten im Berufungsverfahren ist von einem Streitwert von Fr. 211'366.35 auszugehen (s. E. 1.1). Bei einem solchen bewegt sich die Gerichtsgebühr in einem ordentlichen Rahmen von Fr. 9’000.-- bis Fr. 42’000.-- (Art. 16 Abs. 1 GTar). Für das Berufungsverfahren kann ein Reduktions-Koeffizient von bis zu 60% berücksichtigt werden (Art. 19 GTar). Im Berufungsverfahren waren Fragen prozessualer, sachverhaltsmässiger wie auch materiell-rechtlicher Natur mit einem erhöhten Schwierigkeitsgrad zu prüfen. Es wurde ein einfacher Schriftenwechsel durchgeführt, gefolgt von einer Vergleichsverhandlung sowie mehreren Eingaben der Parteien im Zusammenhang mit derselben. Die Behandlung der Berufung war für die Rechtsmittelinstanz mit etlichem Aufwand verbunden. Eine mündliche Berufungsverhandlung wurde jedoch nicht durchgeführt. Deshalb ist unter Berücksichtigung der vorstehend angeführten Kriterien vor Kantonsgericht eine Gerichtsgebühr von Fr. 17’000.-- angemessen, für welche der Berufungskläger zu 95% mit Fr. 16'150.-- und die Berufungsbeklagte zu 5% mit Fr. 850.-- aufzukommen haben. Nach Verrechnung mit dem vom Berufungskläger geleisteten Kostenvorschuss in Höhe der Gerichtsgebühr hat die Berufungsbeklagte diesem hierfür Fr. 850.-- zu vergüten.

4.3 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 Anwaltshonorar bemisst sich im gesetzlich vorgegebenen Rahmentarif nach der Natur und Bedeutung des Falls, der Schwierigkeit, dem Umfang, der vom Rechtsbeistand nützlich aufgewandten Zeit und der finanziellen Situation der Partei (Art. 27 Abs. 1 und 3 GTar).

Das Bezirksgericht hat die (volle) Parteientschädigung in korrekter Anwendung des GTar auf Fr. 18'000.-- festgelegt, was seitens der Parteien nicht beanstandet wurde. Aufgrund des Prozessausgangs schuldet die Klägerin dem Beklagten somit eine Parteientschädigung von Fr. 1'800.-- und der Beklagte der Klägerin eine solche von Fr. 16'200.--.

Für das Berufungsverfahren vor Kantonsgericht ist ein Reduktions-Koeffizient von 60% zu berücksichtigen (Art. 35 Abs. 1 lit. a GTar), womit sich das Honorar ausgehend von einem ordentlichen Rahmen von Fr. 14'400.-- bis Fr. 19'700.-- zwischen Fr. 5'764.40 und Fr. 7'880.-- bewegt, welcher Höchstansatz bei einem ausserordentlich hohen Aufwand überschritten werden darf, wobei sich die Entschädigung nach der effektiven Arbeit der Rechtsbeistände bemisst (Art. 27 Abs. 1 und 3 sowie Art. 29 Abs. 1 und 2 GTar). Unter Berücksichtigung der hiervor genannten Kriterien, namentlich des mit der Vertretung im Berufungsverfahren verbundenen Aufwands mit einfachem Schriftenwechsel und Vergleichsverhandlung, in welchem die Parteien ihre Standpunkte umfassend darlegten, wobei weitestgehend bereits erstinstanzlich strittige Punkten Thema bildeten, erachtet das Kantonsgericht eine volle Parteientschädigung von Fr. 8'500.--, Auslagen und MWST inklusive, für die berufsmässige Vertretung der Berufungsparteien als angemessen. Gemäss Verfahrensausgang schulden der Berufungskläger der Berufungsbeklagten demnach eine solche in der Höhe von Fr. 8'075.-- und umgekehrt Letztere dem Ersten eine solche von Fr. 425.--.

4.4 Die Kosten der Vergleichsverhandlung vom 16. Dezember 2020 sind in der Gerichtsgebühr und den Parteientschädigungen inbegriffen. Mit Rücksicht auf den Ausgang des Berufungsverfahrens braucht darüber nicht separat befunden zu werden. Mit Verweis auf die Stellungnahmen des Kantonsgerichts vom 19. Februar 2021 sowie 17. März 2019 bleibt dennoch festzuhalten, dass das Verhalten X _____ bei den Vergleichsverhandlungen befremdet und dem Gebot des Handelns von Art. 52 ZPO widerspricht. X _____ erklärte vorbehaltlos seine Bereitschaft zu Vergleichsgesprächen. An denselben hat sich dessen Rechtsvertreter wie auch Y _____, begleitet vom zuständigen BB _____, beteiligt und bei der Ausarbeitung eines Vergleiches aktiv mitgewirkt. Nach Vorliegen des Vergleichstextes war Letzterer zu dessen Unterzeichnung, selbst unter Zustimmungs- bzw. Widerrufsvorbehalt, nicht bereit, weil es dazu eines CC _____ bedürfe, er von diesem kein Verhandlungsmandat erhalten habe, er diesem den Vergleich zur Genehmigung vorlegen müsse und er dessen Zustimmung nicht garantieren könne. Aus dem entsprechenden CC _____ vom 27. Januar 2021 ergibt sich nun aber, dass der D _____ gestützt auf einen von ihm gleichzeitig genehmigten Bericht u.a. des Y _____, welcher von dem an den Vergleichsgesprächen mitwirkenden M _____ geleitet wird, auf die vergleichsweise Erledigung des Rechtsstreites verzichtete. Im gleichen Sinne führte der D _____ am 3. März 2021 aus, X _____ habe seine Bereitschaft zur Teilnahme an den Vergleichsverhandlungen erklärt, um allenfalls aufgrund neuer Erkenntnisse aus den Ausführungen des Referen-

ten des Kantonsgerichts eine vergleichsweise Erledigung erst beurteilen und ermöglichen zu können. Grundsätzlich ist natürlich keine Partei verpflichtet, einen Vergleich abzuschliessen. Die zitierten Unterlagen belegen nun aber, dass es X _____ bei der Teilnahme an den Vergleichsgesprächen einzig darum ging, die Prozesschancen abzuwägen. Die Bereitschaft, zu einem Vergleich Hand zu bieten, war nicht wirklich vorhanden. Entgegen ihren Äusserungen vor dem Präsidenten der I. Zivilabteilung hing die Zustimmung dazu gerade nicht vom Willen des D _____ ab, sondern von ihrer eigenen Einschätzung. Wer nun aber ohne entsprechenden Vorbehalt und mit blossem Hinweis auf die formelle Billigung eines übergeordneten Organs, mit Blick auf einen Vergleich Diskussionen führt, Vorschläge formuliert und ablehnt, am Vergleichstext (mit)feilt, mit der Gegenseite um konkrete Beträge ringt und derart bei einer grundsätzlichen Einigung mitwirkt, der übergeordnete Stelle alsdann im Widerspruch dazu die Ablehnung des gemeinsam ausgearbeiteten Vergleichs beantragt, der handelt wider Treu und Glauben, selbst wenn er nicht Rechtsanwalt ist. Die Kosten der Vergleichsverhandlung waren letztlich auch unnötig (Art. 108 ZPO).

* * * * *

Das Kantonsgericht beschliesst

Die von den Berufungsbeklagten im Nachgang zu den Vergleichsverhandlungen vom 16. Dezember 2020 hinterlegten Dokumente verbleiben in den Akten.

Das Kantonsgericht erkennt

Die Berufung des Beklagten wird, soweit auf diese eingetreten wird, grossmehrheitlich, d.h. mit Ausnahme der Höhe des Zinssatzes und der Kostenregelung, abgewiesen, womit folgendes

Urteil

ergeht, dessen Ziffer 1 unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist und nachstehend lediglich pro memoria nochmals erwähnt wird:

1. Auf Ziffer 1 der klägerischen Rechtsbegehren wird nicht eingetreten.

2. X _____ hat der Z _____ AG aus gesetzlicher einfacher Bürgschaft einen Betrag von Fr. 211'366.35 nebst Zinsen zu 5 Prozent ab 3. Januar 2012 zu bezahlen. Soweit weitergehend ist Ziff. 2 der klägerischen Rechtsbegehren abzuweisen.

3. Die Gerichtskosten des Verfahrens vor Bezirksgericht von Fr. 20'000.-- werden zu 90% mit Fr. 18'000.-- X _____ und zu 10% mit Fr. 2'000.-- er Z _____ AG auferlegt. Nach Verrechnung mit den geleisteten Vorschüssen erstattet der Beklagte der Klägerin Fr. 17'900.-- zurück; der Saldo von Fr. 5'600.-- steht der Klägerin zu.

4. Die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 250.-- werden mit Fr. 225.-- X _____ und mit Fr. 25.-- der Z _____ AG auferlegt. Soweit durch die Klägerin vorgeschossen, hat ihr der Beklagte Fr. 225.-- zu erstatten.

5. Für das erstinstanzliche Verfahren schuldet X _____ der Z _____ AG eine Parteientschädigung von Fr. 16'200.-- und die Z _____ AG X _____ eine solche von Fr. 1’800.--.

6. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 17'000.-- werden X _____ zu 95%, ausmachend Fr. 16'150.--, und der Z _____ AG zu 5%, ausmachend Fr. 850.--, auferlegt.

7. Nach Verrechnung der Gerichtskosten mit den vom Berufungskläger im Rechtsmittelverfahren geleisteten Kostenvorschuss, hat diesem die Berufungsbeklagte hierfür Fr. 850.-- zu vergüten.

8. Für das Berufungsverfahren bezahlen der Berufungskläger der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 8'075.--- und der Berufungsbeklagte dem Berufungskläger eine solche von Fr. 425.--.

Sitten, 22. Oktober 2021