

Z1 13 39

**URTEIL VOM 9. OKTOBER 2014**

**Bezirksgericht von Brig**

Bezirksrichter Michael Steiner

**in Sachen**

**X**\_\_\_\_\_ und **Y**\_\_\_\_\_, Kläger, vertreten durch Rechtsanwalt A\_\_\_\_\_

**und**

**Z**\_\_\_\_\_ **AG**, Beklagte, vertreten durch Rechtsanwalt B\_\_\_\_\_

Werkvertrag

## Verfahren

**A.** X\_\_\_\_\_ und Y\_\_\_\_\_ (die Kläger) reichten am 14. Mai 2013 beim Bezirksgericht C\_\_\_\_\_ gegen die Z\_\_\_\_\_ AG (die Beklagte) eine Klage mit folgenden Rechtsbegehren ein:

1. Die Z\_\_\_\_\_ AG wird verpflichtet, den Klägern den Betrag von Fr. 130'565.35 nebst 5% Zins ab Fälligkeit zu bezahlen.
2. Die Z\_\_\_\_\_ AG wird verpflichtet, den Klägern die bezahlten Gerichtskosten des vorsorglichen Beweisaufnahmeverfahrens Z2 10 114 von Fr. 4'800.-- nebst 5% Zins ab Fälligkeit zu bezahlen.
3. Die Z\_\_\_\_\_ AG trägt die Kosten von Verfahren und Entscheid.
4. Die Z\_\_\_\_\_ AG bezahlt den Klägern für das vorliegende Verfahren sowie ebenso für das vorsorgliche Beweisaufnahmeverfahren Z2 10 114 eine angemessene Parteientschädigung nach Gebührentarif (GTar).

Die Kläger machten im Wesentlichen geltend, der von der Beklagten gebaute Wintergarten sei undicht gewesen, sodass dieser schliesslich durch eine Drittfirma habe abgerissen und durch einen Neubau ersetzt werden müssen.

**B.** Die Beklagte reichte am 8. Juli 2013 ihre Klageantwort ein und beantragte die Abweisung der Klage. Sie stellte sich hauptsächlich auf den Standpunkt, die Forderungen der Kläger seien verjährt; abgesehen davon seien diese nicht zur Ersatzvornahme berechtigt gewesen.

**C.** Die Beklagte hatte in ihrer Klageantwort zudem der D\_\_\_\_\_ AG, E\_\_\_\_\_ [fortan: D\_\_\_\_\_ AG], den Streit verkündet. Am 14. August 2013 lehnte die D\_\_\_\_\_ AG einen Prozesseintritt ab.

**D.** Die Kläger reichten am 10. September 2013 (Postaufgabedatum) ihre Replik ein. Am 28. November 2013 fand die Instruktionsverhandlung statt.

**E.** Die Beweisabnahmesitzung mit Befragung von Zeugen und der Parteien wurde am 10. März 2014 durchgeführt. Mit Verfügung vom 15. April 2014 wurde die Beweisabnahme abgeschlossen.

**F.** In der Folge verzichteten die Parteien auf mündliche Schlussvorträge und reichten stattdessen am 27. Mai (Kläger) bzw. am 18. August 2014 (Beklagte) ihre schriftlichen Parteivorträge ein. Während die Beklagte „wegen formeller Vertrags- und Gesetzesverletzung“ die kosten- und entschädigungspflichtige Abweisung der Klage beantragte, stellten die Kläger folgende Schlussbegehren:

1. Die Z\_\_\_\_\_ AG wird verpflichtet, den Klägern den Betrag von Fr. 130'565.35 nebst 5% Zins ab dem 14. März 2013 zu bezahlen.
2. Die Z\_\_\_\_\_ AG wird verpflichtet, den Klägern die bezahlten Gerichtskosten des vorsorglichen Beweisaufnahmeverfahrens Z2 10 114 von Fr. 4'800.-- nebst 5% Zins ab 20. Mai 2013 zu bezahlen.
3. Die Z\_\_\_\_\_ AG trägt die Kosten von Verfahren und Entscheid.
4. Die Z\_\_\_\_\_ AG bezahlt den Klägern für das vorliegende Verfahren sowie ebenso für das vorsorgliche Beweisaufnahmeverfahren Z2 10 114 eine angemessene Parteientschädigung nach Gebührentarif (GTar).

### **Erwägungen**

**1. a)** Am 14. September/2. Oktober 2001 schlossen die Parteien einen - der SIA-Norm 118 unterstehenden - Werkvertrag ab. Darin verpflichtete sich die Beklagte, einen Wintergarten in Holz-Metall mit Wärme- und Sonnenschutzverglasung an die Erdgeschosswohnung der Kläger und den darüber befindlichen Balkon im Mehrfamilienhaus in C\_\_\_\_\_ zu bauen. Der Vertrag umfasste ebenfalls die Installation eines Lüftungssystems sowie Wand- und Deckenverkleidungen in Holz (vgl. Werkvertrag vom 14. September/2. Oktober 2001, act. 155 ff.; vgl. auch Projektplan, act. 30). Der Werklohn wurde - unter Vorbehalt von Preisänderungen - auf Fr. 52'814.40 netto festgesetzt. Die Arbeiten wurden im Dezember 2001 abgeschlossen.

**b)** Kurz nach Fertigstellung des Wintergartens traten Dichtigkeitsprobleme auf, worauf die Beklagte in den Jahren 2001 bis 2007 diverse Nachbesserungsarbeiten ausführte oder ausführen liess („Nach Abschluss unserer Arbeiten meldete die Kundschaft Wassereintritte, worauf wir sämtliche Silikonfugen im Dachbereich heraus schnitten und diese neu silikonierten“, F\_\_\_\_\_, act. 252; „(..) [U]ndichtigkeiten an den beiden [B]alkontüren und an der [B]lechfuge sind behoben worden. [D]iverse [S]ilikonfugen und [V]erschraubungen wurden kontrolliert und nachgebessert (..), vgl. Abnahmeprotokoll vom 23. Mai 2003, act. 76; Rechnung der D\_\_\_\_\_ AG vom 11. September

2006 betreffend „Mith[i]lfe Sanierung Wintergarten“, act. 160; „Nachdem Sie im Herbst 2007 sowohl am Dach wie auch an der Front des Wintergartens Abdichtungsarbeiten ausgeführt haben, welche offenbar nicht den gewünschten Erfolg zeigen (..)“, Schreiben der Kläger vom 18. November 2007, act. 42).

Im Jahre 2008 beauftragte die Beklagte [zudem] den Bauexperten G\_\_\_\_\_, Büro für Holztechnik, H\_\_\_\_\_, mit der Erstellung eines Privatgutachtens zu den „verschiedenen Wassereinbrüche[n] im Dachbereich des Wintergartens“. G\_\_\_\_\_ stellte „etliche kritische Punkte“ fest und hielt das gewählte System (Unitherm-Holz) für nicht geeignet (vgl. Privatgutachten Malz vom 11. Juli 2008, act. 55 ff.).

**c)** Am 10. September 2010 reichten die Kläger beim Bezirksgericht I\_\_\_\_\_ gegen die Beklagte ein Gesuch um vorsorgliche Beweisaufnahme ein und verlangten eine Begutachtung des Wintergartens durch J\_\_\_\_\_, Wintergarten-Fachforum, K\_\_\_\_\_ (Akten Z2 2010 114). Dieser erstattete sein Gutachten am 29. April 2001 und ergänzte es auf Antrag der Parteien am 29. Juli 2011. Mit Entscheid vom 19. September 2011 wurde das vorsorgliche Beweisverfahren als erledigt abgeschrieben.

**d)** Im Herbst 2012 - und ohne dass die Beklagte vorgängig darüber informiert worden war - wurde der Wintergarten durch Mitarbeiter der L\_\_\_\_\_ GmbH, M\_\_\_\_\_, abgerissen und durch einen Neubau ersetzt.

**2.** Das Bezirksgericht C\_\_\_\_\_ ist örtlich und sachlich zur Beurteilung der Falles zuständig, zumal die charakteristische Leistung (Bau des Wintergartens) in C\_\_\_\_\_ zu erbringen war (Art. 31 ZPO; Art. 4 Abs. 1 EGZPO).

**3. a)** Die Beklagte wendet vorab ein, die klägerischen Mängelrechte seien verjährt. Sie behauptet, die Bauabnahme habe (spätestens) am 29. Mai 2002 stattgefunden, sodass die Verjährungsfrist am 29. Mai 2007 abgelaufen sei (vgl. Schlussdenkschrift, act. 306). Ihr Verjährungsverzicht vom 27. November 2008 sei nur bis Ende Juni 2010 gültig gewesen und die Verjährung vorgängig nicht rechtsgültig unterbrochen worden.

**b)** Für die Beurteilung der Verjährungsfrage ist zunächst festzuhalten, dass die Parteien ihren Werkvertrag der SIA-Norm 118 unterstellt haben. Demnach verjähren die Mängelrechte des Bauherrn fünf Jahre nach Abnahme des Werkes (Art. 180 Abs. 1 SIA-Norm 118). Für die Unterbrechung der Verjährung der Mängelrechte gelten die allgemeinen Regeln von Art. 135 ff. OR (Gauch, SIA-Norm 118, N. 6 zu Art. 180). Als Unterbrechungsgründe sieht das Gesetz einerseits Anerkennungshandlungen von Seiten des Unternehmers vor (Art. 135 Ziff. 1 OR). Dazu zählen Nachbesserungsarbeiten in-

nerhalb der Verjährungsfrist, welche die Verjährung unterbrechen und eine neue Frist gleicher Dauer auslösen (Art. 137 Abs. 1 OR; BGE 121 III 270 E. 3c, mit weiteren Hinweisen). Andererseits kann die Verjährung durch qualifizierte Rechtsverfolgung von Seiten des Bestellers unterbrochen werden (Art. 135 Ziff. 2 OR). Unterbrochen wird die Verjährung nur insoweit, als die Verjährungsfrist im Zeitpunkt der Anerkennungshandlung schon läuft, aber noch nicht abgelaufen ist (Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, Nr. 2268).

**c) aa)** Das Gericht geht unter Hinweis auf das Privatgutachten Malz davon aus, dass die Abnahme des Wintergartens im Sinne von Art. 160 SIA-Norm 118 vorliegend [bereits] am 3. Dezember 2001 stattgefunden hat („3.12.2001 erfolgte die erste Bauabnahme des Wintergartens“). Die Verjährungsfrist begann demnach am 4. Dezember 2001 zu laufen (Art. 180 Abs. 1 SIA-Norm 118; Art. 132 Abs. 1 OR). Daran ändert der Umstand nichts, dass offenbar noch [unwesentliche] Mängel („Bauabnahme mit Mängeln“) bestanden und Nachbesserungsarbeiten zu deren Beseitigung anstanden, denn die Abnahme bzw. Vollendung des Werks bedeutet nicht, dass dieses auch mängelfrei sein muss (BGE 113 II 264; vgl. auch Gauch, a.a.O., Nr. 2598).

**bb)** Aktenmässig ist sodann erstellt, dass die Beklagte am 23. Mai 2003 Nachbesserungsarbeiten ausführte (Schrägdach „z.t. neu silikoniert“, Fensterfronten „neu eingestellt“, Balkontüren „abgedichtet“, Blechfuge „neu gelötet“, vgl. Bauabnahmeprotokoll vom 23. Mai 2003, act. 76). Damit wurden innerhalb der bis 3. Dezember 2006 laufenden [ersten] Verjährungsfrist Anerkennungshandlungen seitens der Beklagten ausgeführt, welche die Verjährung im Sinne von Art. 135 Ziff. 1 OR unterbrachen (vgl. Gauch, a.a.O., Nr. 2266) und eine neue Frist gleicher Dauer auslösten (Art. 137 Abs. 1 OR).

**cc)** Die bis 23. Mai 2008 laufende [zweite] Verjährungsfrist wiederum wurde mit Schreiben der Beklagten vom 15. Oktober 2007 unterbrochen. Darin räumte diese nämlich ein, dass „weitere Massnahmen an der bestehenden Konstruktion die Dichtigkeit (..) nicht mit Gewissheit gewährleisten“ und sie sich „deshalb entschieden [habe], die Konstruktion des Wintergartens nochmals von Grund auf neu zu planen und [im Frühjahr 2008] aufzubauen“ (act. 36). Mit diesen Äusserungen hat die Beklagte hinreichend klar zum Ausdruck gebracht, dass sie die Beseitigung des Mangels vornehmen werde bzw. sie für die auftretenden Dichtigkeitsprobleme haftbar sei.

**dd)** Nachdem die Kläger am 30. Juni 2008 einen Terminplan verlangt hatten, entschuldigte sich die Beklagte mit Brief vom 5. August 2008 für den „schleppenden Fort-

gang der Sanierungsarbeiten“ und teilte mit, dass das beim Aufbau des Wintergartens verwendete Silikon ungenügend sei und die Abdichtungen (bis spätestens 30. Oktober 2008) durch ein anderes Produkt (Polyurethan-Elastomer) ersetzt würden (unbestrittene TB 18 f., act. 6). Am 2. Oktober 2008 versicherte die Beklagte, dass sie den Wintergarten in Ordnung bringen werde (unbestrittene TB 20 und 21, act. 6 f.). Mit diesen Äusserungen hat die Beklagte - vor Ablauf der bis 15. Oktober 2012 laufenden [dritten] Verjährungsfrist - erneut und hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie die von ihr verlangte Beseitigung des Mangels vornehmen werde. Ist dem aber so, wurde die Verjährung durch die Äusserungen der Beklagten wiederum unterbrochen. Ob man diesbezüglich auf das Schreiben vom 5. August oder jenes vom 2. Oktober 2008 abstellt, ist nicht massgeblich, da die bis 5. August bzw. bis 2. Oktober 2013 laufende [vierte bzw. fünfte] Verjährungsfrist in jedem Fall sowohl durch das am 8. Februar 2013 eingereichte Schlichtungsgesuch (act. 185) wie auch durch die am 14. Mai 2013 eingereichte Klage (act. 1) unterbrochen wurde (Art. 135 Ziff. 2 OR; vgl. auch Art. 138 Abs. 1 OR). Allfällige Ansprüche der Kläger sind somit nicht verjährt und die Verjährungseinrede ist abzulehnen.

**ee)** Zu keinem anderen Ergebnis führte ein Abstellen auf die Verjährungsverzichtserklärung vom 27. November 2008 bzw. die darin ausdrücklich vorbehaltene gesetzliche Verjährungsfrist („Vorbehalten bleiben die gesetzlich laufenden Verjährungsfristen“, act. 45). Letztere beträgt für ein unbewegliches Bauwerk nämlich ebenfalls fünf Jahre (Art. 371 Abs. 2 OR), womit sich an den vorstehenden Ausführungen nichts ändert. Die (Verjährungsverzichts-)Erklärung als solche wiederum stellt lediglich ein prozessuales Verteidigungsmittel (der Kläger) dar, dass (seitens der Beklagten „mindestens für die Dauer bis Ende Juni 2010“) auf die Verjährungseinrede verzichtet werde. Gestützt auf den Wortlaut sowie die gesamten Umstände kann die fragliche Erklärung nicht als abweichende Vereinbarung einer kürzeren Verjährungsfrist [von rund 19 Monaten] angesehen werden, was von der Beklagten denn auch nicht behauptet wird. Deren Verjährungseinrede wäre daher auch aus diesen Gründen zu verwerfen.

**4. a)** Die Mängelrechte des Bestellers haben zur Grundvoraussetzung, dass das abgelieferte Werk mangelhaft ist (Art. 166 Abs. 1 SIA-Norm 118). Der Mangel besteht dabei entweder darin, dass das Werk eine zugesicherte oder sonstwie vereinbarte Eigenschaft nicht aufweist, oder darin, dass ihm eine Eigenschaft fehlt, die der Bauherr auch ohne besondere Vereinbarung in guten Treuen erwarten durfte (Art. 166 Abs. 2 SIA-Norm 118).

**b)** Der Gerichtsexperte Knobel hielt in seinem Gutachten einleitend fest, dass bei der Konzeption bzw. Planung des fraglichen Wintergartens als wesentliche Faktoren [1.] der Klimaaustausch zwischen Küche/Wohnraum und Wintergarten sowie [2.] die Wasserdichtigkeit und die Wärmebrücken der kalten [über dem Wintergarten liegenden] Balkonteile (Boden und Brüstung) hätten einbezogen werden müssen. Insbesondere wegen der heiklen klimatischen Verhältnisse im Wintergarten sei mit der Aluminiumkonstruktion für die Dachverglasung eine falsche Systemwahl getroffen worden. Die Glasabdeckungsprofile und deren Befestigungsart würden sich unter thermischer Belastung derart verformen, dass die Abdichtungen nicht funktionierten und Wasser eindringe. Die Abdeckleisten der Dachverglasung seien teilweise verschraubt (und nicht geklemmt) worden, was ungeeignet sei. Insbesondere die First- und Sturzprofile seien extrem stark durch Wasserinfiltration gefährdet. Über die undichten Fugen im Dachbereich dringe Wasser in den Wintergarten ein. Einen nachhaltigen Mangel erblickte der Gerichtsexperte dabei im (Spengler-)Anschluss beim Übergang des Wintergartens an die obere Balkonbrüstung, da das Winkelblech nicht über das Glas-Abdeckprofil gezogen worden sei. Weiter seien die Fugen und Übergänge des Wintergartens nicht fachmännisch verarbeitet worden. Bedingt durch die falsche Systemwahl (Alukonstruktion) sei stark „gebastelt“ worden. Unpräzise Schnitte, falsche Details und fehlerhafte Verarbeitung hätten zu unkontrollierten Wassereintritten geführt. Solche seien auch über die undichten Fugen der Glasabdeckungsprofile und des Frontabdeckprofils aufgetreten. Die Dachverglasung entspreche nicht dem Standard, da diesbezüglich im Traufbereich üblicherweise Stufengläser zum Einsatz kämen. Der Gerichtsgutachter stellte fest, dass die Brüstung und die Decke des Balkons ungenügend gedämmt worden seien - namentlich fehle eine Dämmung des an der Balkonbrüstung verlegten (PE-)Rohres, mit welchem das Oberflächenwasser des Balkons ins Freie geführt werde. Dies habe zur Folge, dass sich Kondensat niederschlage und die erhöhte Feuchtigkeit die Holztaferung verbogen habe. Ein weiteres Kondensatproblem erblickte er beim Übergang der Wintergartenfront an die Balkonbrüstung, indem der Wetterschenkel auf das Schwellenprofil und nicht hinter dem Abdeckprofil befestigt worden sei. Der Gerichtsexperte schlussfolgerte, dass die Holzstruktur des Wintergartens belassen werden könne, auf dem ganzen Dach das System „Unitherm“ mit Abdeckprofil aber konsequent montiert werden müsse. Für noch besser erachtete er allerdings ein System mit Nassverglasung, d.h. mit Silikonfugen entlang der Abdeckprofile, sowie den Einsatz von Stufengläsern im Dachbereich (Akten Z2 2010 114, act. 70 ff.).

**c)** Das Gericht hat vorliegend keine Veranlassung, von den Ergebnissen der Gerichtsexpertise Knobel abzuweichen, zumal die festgestellten Mängel eingehend erläutert

und auch fotodokumentiert sind. Die gutachterlichen Feststellungen werden denn auch von keiner Partei in Abrede gestellt. Abgesehen davon ergibt sich die fehlende Dichtigkeit des Wintergartens auch aus anderen Aktenbelegen, so namentlich dem Privatgutachten Malz (act. 55 ff.) und den Schadenbildern, welche anlässlich der Abrissarbeiten Ende September 2012 gemacht wurden (vgl. act. 94 ff.). Die Beklagte selber räumte in ihrem Parteiverhör ausdrücklich ein, dass der Wintergarten später nicht undurchlässig gewesen sei („In einer späteren Phase (...) traten Wassereintritte auf“, N\_\_\_\_\_, act. 246). Es ist deshalb erwiesen, dass der von der Beklagten erstellte Wintergarten im Sinne der gerichtsgutachterlichen Feststellungen fehlerhaft und insbesondere nicht dicht war. Da die Undurchlässigkeit eines Wintergartens unter dem Gesichtspunkt der (gewöhnlichen) Gebrauchstauglichkeit in guten Treuen erwartet werden darf, liegt diesbezüglich ein [primärer] Werkmangel vor.

**5. a) aa)** Für die Mängel seines Werkes haftet der Unternehmer nach Art. 165 Abs. 2 SIA-Norm 118 - wie im Übrigen auch nach Gesetz - ohne Rücksicht auf die Ursache des Mangels (z.B. unsorgfältige Arbeit, Verwendung untauglichen Materials) und unabhängig vom Verschulden. Diese verschuldensunabhängige (kausale) Haftung besteht auch für Arbeiten, die durch Subunternehmer ausgeführt wurden (Art. 168 SIA-Norm 118). Gemäss Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 hat der Bauherr (abgesehen vom Schadenersatzrecht nach Art. 171) bei jedem Mangel zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen. Wenn der Unternehmer Mängel innerhalb der vom Bauherrn angesetzten (angesetzten) Frist nicht behebt, ist der Bauherr [u.a.] berechtigt, weiterhin auf der Verbesserung zu beharren. Der Nachbesserungsanspruch kann aber nur durchgesetzt werden, wenn die Verbesserung im Verhältnis zu den Interessen des Bauherrn an der Mängelbeseitigung nicht übermässige Kosten verursacht (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118). Von übermässigen Kosten ist zu sprechen, wenn ein Missverhältnis zwischen den voraussichtlichen Nachbesserungskosten und dem Nutzen besteht, den die Mängelbeseitigung dem Besteller bringt. Das Verhältnis der Nachbesserungskosten zu den Baukosten bzw. zum Werklohn ist nicht massgebend (BGE 111 II 173 f.; Gauch, a.a.O., Nr. 1750 ff.).

**bb)** Im vorliegenden Fall liegt auf der Hand, dass die Kläger ein erhebliches Interesse daran haben, dass ihr Wintergarten dicht ist, zumal dieser hauptsächlich Wohnzwecken dient und entsprechend möbliert ist („dieser Wintergarten [stellt] eigentlich eine Erweiterung des Wohnraumes [dar]“, vgl. Privatgutachten Malz, act. 57). Aufgrund der festgestellten Durchlässigkeit ist der Nachbesserungsanspruch ausgewiesen. Allein

der Umstand, dass die vom Gerichtsexperten Knobel auf insgesamt maximal Fr. 57'500.-- geschätzten Nachbesserungskosten (vgl. Akten Z2 2010 114) den Werklohn gemäss Schlussrechnung vom 19. Mai 2003 von Fr. 54'018.35 (vgl. act. 75) überstiegen hätten, lässt, wie erwähnt, nicht auf übermässige Kosten schliessen. Vielmehr sind die Interessen der Kläger an einem abgedichteten Wintergarten zu berücksichtigen, die, wie erwähnt, als erheblich einzustufen sind.

**b) aa)** Verursacht die Verbesserung keine übermässigen Kosten, so ist der Bauherr (ausserdem) berechtigt, die Verbesserung statt durch den Unternehmer auch durch einen Dritten ausführen zu lassen oder sie selbst vorzunehmen, beides auf Kosten des Unternehmers (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118). Somit hat der Bauherr ein Recht auf Ersatzvornahme, ohne dass dazu eine richterliche Ermächtigung (im Sinne von Art. 98 OR) nötig wäre oder er gehalten wäre, die Ersatzvornahme zunächst anzudrohen.

**bb)** Vorliegend ist erstellt, dass die Kläger die Beklagte wiederholt zur Nachbesserung aufgefordert haben; konkret gehen entsprechende Aufforderungen aus Einschreibebriefen vom 29. Mai und 20. November 2002, 30. Juni und 18. November 2008 sowie 22. Juli und 19. August 2009 hervor („Wir geben Euch hiermit eine letzte Frist bis zum 21. Juni 2002, um Euren Verpflichtungen nachzukommen“, Schreiben vom 29. Mai 2002, act. 32 f.; „Wir bitten Sie deshalb, bei der Arbeitsplanung für den Frühling (..) folgende Arbeiten vorzusehen: Die Dachelemente und im Innern ein Teil des Täfers (..) wegnehmen, um die Lecke zu lokalisieren und das Ganze erneut abzudichten“. Schreiben vom 20. November 2002, act. 34; „Wollen wir von Ihnen eine detaillierte schriftliche Terminplanung mit dem Endziel, unseren Wintergarten bis Ende September 2008 vollständig dicht und zu unserer vollen Zufriedenheit instand zu setzen“, Schreiben vom 30. Juni 2008, act. 39; „Meine Mandanten setzen Ihnen hiermit eine letzte und einzige Frist bis Ende Juni 2009, um die Mängel am Wintergarten (..) zu beheben“, Schreiben vom 18. November 2008, act. 42; „Da Sie (..) bis (..) Ende Juni 2009 in Bezug auf die Nachbesserung bzw. Mängelbehebung im Wintergarten (..) nichts unternommen haben, setze ich Ihnen hiermit eine letzte Frist bis zum 31. August 2009“, Schreiben vom 22. Juli 2009, act. 49; „In diesem Sinne gilt die Ihnen mit Schreiben vom 22. Juli 2009 gesetzte Frist bis 31. August 2009 nach wie vor“, Schreiben vom 19. August 2009, act. 50 f.). Berücksichtigt man die Umstände des vorliegenden Falles und die Tatsache, dass die eigentliche Bauzeit für den Wintergarten rund sechs Wochen betrug (22. Oktober bis 3. Dezember 2001), erscheinen die von den Klägern angesetzten Verbesserungsfristen (von mindestens rund drei Wochen) als angemessen.

Namentlich die mit Schreiben vom 18. November 2008 angesetzte Verbesserungsfrist (bis Ende Juni 2009) von über sieben Monaten ist aufgrund der gesamten Umstände sogar als sehr grosszügig bemessen anzusehen. Die Ansetzung der mit Schreiben vom 22. Juli 2009 eingeräumten letzten Frist bis 31. August 2009 wäre demnach gar nicht mehr erforderlich gewesen, zumal die Beklagte bereits die bis Ende Juni 2009 angesetzte Verbesserungsfrist unbenutzt verstreichen liess. Nach dem Gesagten ist jedenfalls dargetan, dass der Beklagten eine letzte (und angemessene) Verbesserungsfrist bis 31. August 2009 angesetzt worden war.

**cc)** Nachdem die Beklagte anfänglich Nachbesserungsarbeiten ausgeführt oder zumindest veranlasst und einmal sogar die Neuherstellung des Wintergartens angekündigt hatte (vgl. E. 3c/cc), stellte sie sich mit Brief vom 8. April 2009 auf den Standpunkt, (auch) der Balkon über dem Wintergarten müsse abgedichtet werden (act. 46). Diese Sichtweise bekräftigte sie mit Schreiben vom 26. August 2009. Zudem lehnte sie darin [nunmehr] eine Neuherstellung des Wintergartens ab („Ein Abriss und Neuaufbau des Wintergartens steht nicht zur Diskussion (..)“, act. 179). Am 24. November 2009 - und damit nach Ablauf der bis 31. August 2009 laufenden letzten Verbesserungsfrist - kündigte die Beklagte Nachbesserungsarbeiten auf ihre Kosten für März/April 2010 an („(..) wird das in den Glasfugen eingebrachte Silikon durch ein neuwertiges und den hohen Ansprüchen entsprechendes Material ersetzt. Das durch den Wassereintritt beschädigte Material (Fenster, Fenstersims, Täferbereich usw.) des Wintergartens wird ersetzt. Diese Arbeiten gehen auf Kosten der Firma Z\_\_\_\_\_ AG. (..)“, act. 52).

**dd)** Damit ist dargetan, dass die Beklagte die bis 31. August 2009 laufende (letzte) Verbesserungsfrist bewusst unbenutzt verstreichen liess. Dass die Parteien eine längere Frist zur Nachbesserung vereinbart hätten, wurde nicht behauptet und ergibt sich auch nicht aus den Akten, insbesondere nicht aus dem Schreiben der Kläger vom 5. Januar 2010, mit welchem diese die geforderte Kostenbeteiligung an der Abdichtung des Balkons [zu Recht] abgelehnt hatten. Mithin stand den Klägern ab dem 1. September 2009 grundsätzlich das Recht auf Ersatzvornahme im Sinne von Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 zu. Damit kann offen bleiben, ob die Kläger aufgrund des [passiven] Verhaltens der Beklagten nicht bereits vor Ablauf der Verbesserungsfrist zur Ersatzvornahme im Sinne von Art. 169 Abs. 2 SIA-Norm 118 berechtigt gewesen wären.

**6.** Im Folgenden ist zu prüfen, ob dieses Recht auf Ersatzvornahme das Recht auf Neuherstellung des Wintergartens umfasste.

**a)** Grundsätzlich hat der Besteller kein Recht auf Neuherstellung des mangelhaften Werkes. Ausgenommen hiervon bleibt der Fall, da die Beseitigung eines vorhandenen Mangels aus technischen oder anderen sachlichen Gründen objektiv ausgeschlossen ist. Diesfalls hat der Besteller das Recht, vom Unternehmer die (mögliche) Neuherstellung anstatt der (unmöglichen) Nachbesserung zu verlangen. Wenn das Ziel eines mangelfreien Werkes nur durch Neuherstellung erreicht werden kann, ist diese geschuldet (Gauch, a.a.O., Nr. 1779 f.).

**b) aa)** Der Gerichtsgutachter Knobel legte im vorsorglichen Beweisverfahren dar, wie die bestehenden Mängel beseitigt werden könnten - („Die Mängelbeseitigung (..) gliedert sich in verschiedene Arbeitsabläufe. 1. Ersatz der Alukonstruktion und des Dachglases inkl. der Spengleranschlüsse, Spenglerabdeckungen am oberen Balkon. 2. Demontage und Wiedermontage der Frontverglasung, Abdeckungsprofile und fachgerechter Anschluss auf die Betonbrüstung. 3. Kontrolle aller Dichtungen und [J]ustieren aller Fenster und Türen. (..) 4. (..) Demontage der Brüstungs- und Deckenschalung, geeignete effiziente allumfassende Dämmung. (..) 5. Malerarbeiten am Holzwerk (..)“) - und hielt ausdrücklich fest, dass der Wintergarten nach der Sanierung „nicht zu einem Flickwerk“ verkommen, sondern „neuwertig“ sein werde (Akten Z2 2010 114, act. 80 f.). Bereits der Privatgutachter Malz hatte die Lösung „nicht in einem völlig neuen Aufbau“, sondern darin gesehen, die gesamte Dachoberfläche - ausgenommen die Glasscheiben - mit einer Flüssigfolie zu überziehen (act. 59). Mithin vertraten zwei ausgewiesene Fachleute unabhängig voneinander die Ansicht, dass die fehlende Undurchlässigkeit des Wintergartens technisch behoben werden könne. Ist dem aber so, war eine Beseitigung der bestehenden Mängel (fehlende Dichtigkeit und Folgeschäden) objektiv nicht unmöglich.

**bb)** Hinzu kommt, dass dem Besteller bei Bauten auf Grund und Boden kaum je ein Recht auf Neuherstellung zukommt (vgl. Gauch, a.a.O., Nr. 1779 f.). Davon ist auch in casu auszugehen. Nicht zu folgen ist denn auch den Partei- und Zeugenaussagen, welche eine Sanierungsmöglichkeit verneinten. Dies gilt in erster Linie für die Aussage des Sachverständigen J\_\_\_\_\_, der in diesem Verfahren eine Mängelbeseitigung [plötzlich] für nicht [mehr] möglich hielt („Wenn ich die Bilder nun sehe, halte ich eine Sanierung für nicht möglich. (..)“, act. 268). Das Gericht erachtet diese Sichtweise als zu wenig fundiert und nicht überzeugend, zumal sie ausschliesslich auf der Betrachtung von Fotos, welche anlässlich der Abbrucharbeiten vom Kläger gemacht worden waren, und nicht auf eingehenden, erneuten Abklärungen des Experten beruhte. Zudem wusste dieser um den Umstand, dass der Wintergarten - entgegen seiner Emp-

fehlung im vorsorglichen Beweisverfahren - abgerissen und durch einen Neubau ersetzt worden war. Der Zeuge O \_\_\_\_\_ wiederum hatte eine Sanierung aus hier nicht relevanten Gründen abgelehnt („Ich habe eine Sanierung abgelehnt, weil ich als Metallbauer keine Gewähr für [die vorbestehende Holzkonstruktion] übernehmen konnte“, act. 243). Und was die Aussagen von P \_\_\_\_\_ (act. 264) und Q \_\_\_\_\_ (act. 266) betrifft, sind diese aufgrund des Umstandes, dass die L \_\_\_\_\_ GmbH einen neuen Wintergarten aufgebaut hat, mit Vorsicht zu geniessen. Ihr Aussageverhalten dürfte denn auch namentlich durch die von ihnen vorgeschlagene Vorgehensweise (eben ein Neuaufbau) und die gegenüber ihren Vertragspartnern (den Klägern) bestehende Wohlgesinnung motiviert sein. Abgesehen davon lassen die Aussagen von P \_\_\_\_\_ und Q \_\_\_\_\_ nicht eindeutig den Schluss zu, dass die Mängelbehebung objektiv unmöglich war („Eine Sanierung des vorbestehenden Wintergartens war aus meiner Sicht nicht möglich. Die Probleme begannen ja schon bei der Statik (..). Sodann war das Holz verfault und auch die Abdichtungsarbeiten entsprachen nicht dem Stand der heutigen Technik“, P \_\_\_\_\_, act. 264. „Der vorbestehende Wintergarten konnte ohne grösseren Aufwand abgerissen werden. Die Konstruktion war teilweise verfault“, Q \_\_\_\_\_, act. 266). In der Zusammenstellung der L \_\_\_\_\_ GmbH vom 15. März 2012, mit welchem diese begründete, warum der Wintergarten nicht sanierbar sei, finden sich - ganz im Gegenteil - denn auch Bemerkungen, die für eine mögliche Mängelbehebung sprechen („Die Statik des Fronträgers ist zu schwach[;] Hilfsstützen einbauen ist ästhetisch nicht zumutbar (..). Wenn der Fronträger verstärkt wird passen die unteren Fenster nicht mehr. (..) Fenster könnten neu gestrichen und gerichtet werden. (..) Fensterrahmen könnten neu gestrichen und gerichtet werden. (..)“, act. 91 f.).

**cc)** Nach dem Gesagten ist ein klägerischer Anspruch auf Neuherstellung des Wintergartens zu verneinen. An dieser Sichtweise ändert das Schreiben der Beklagten vom 15. Oktober 2007 nichts. Darin stellte die Beklagte zwar einen Neubau des Wintergartens in Aussicht (vgl. E. 3c/cc hiervor) - womit die gegenteilige Aussage der Beklagten („Ein Neuaufbau war nie Thema“, N \_\_\_\_\_, act. 246) an sich unzutreffend ist. Wie der Unternehmer die Pflicht zur Verbesserung erfüllt, ist aber grundsätzlich seine Sache, da er ja auch das Risiko einer missglückten Mangelbeseitigung trägt (Gauch, a.a.O., Nr. 1715). Da eine vertragliche Verpflichtung (zur Neuherstellung) aus dem fraglichen Schreiben [noch] nicht abgeleitet werden kann und von den Klägern auch nicht behauptet wird, konnte die Beklagte darauf zurückkommen, auf welche Weise sie die Dichtigkeitsmängel beheben wollte.

**7. a)** Der aus der Nichterfüllung der Nachbesserung zu ersetzende Schaden entspricht mindestens dem Wert der ausgebliebenen Nachbesserung, welcher sich wiederum nach den Verbesserungskosten bemisst, die zur Beseitigung des Mangels voraussichtlich aufzuwenden wären oder vom Besteller tatsächlich aufgewendet wurden, jeweils reduziert um einen allfälligen Kostenanteil, der bei einer Nachbesserung durch den Unternehmer auf den Besteller gefallen wäre (vgl. Bundesgerichtsurteil 4A\_702/2011 vom 20. August 2010, E. 6.2).

**b)** In der Gerichtsexpertise Knobel wurden die Kosten für die Beseitigung der festgestellten Mängel (vgl. E. 6b/aa hiervor) auf insgesamt maximal Fr. 57'500.-- geschätzt (Akten Z2 2010 114, act. 77 ff.). Darauf ist abzustellen, zumal die Kosten der Mängelbeseitigung in Anbetracht der doch gravierenden Mängel angemessen erscheinen, im Rahmen dieses Verfahrens von keiner Partei beanstandet wurden und die Schätzungen des Experten nicht offensichtlich unrichtig sind.

**c)** Die Kläger machen geltend, die wassergeschädigten Möbel (Tische und Stühle) hätten ersetzt werden müssen, wofür Fr. 1'546.70 bezahlt worden seien. Mit Blick auf die eingereichten Fotos (vgl. act. 104) sowie die gesamten Umstände kann grundsätzlich als erstellt angesehen werden, dass die im Wintergarten befindlichen Möbel durch die Wassereintritte beschädigt wurden. Mithin liegt ein von der Beklagten verschuldeter und damit zu ersetzender Mangelfolgeschaden vor (Art. 171 SIA-Norm 118). Die klägerseits ins Recht gelegte Rechnung der R\_\_\_\_\_ GmbH für einen Tisch mit Zusatzplatte, sechs Stühlen und Stuhlkissen erscheint zudem angemessen (act. 128). Die Kläger haben sich indessen die Neuwertigkeit der gekauften Möbel als Vorteil anrechnen zu lassen, wofür ein Abzug von 25% vorgenommen wird. Unter Hinzurechnung eines Zuschlags für die gebührenpflichtige Entsorgung der beschädigten Möbel, welcher auf Fr. 40.-- geschätzt wird, sind den Klägern anstatt der effektiven Kosten von Fr. 1'546.70 somit lediglich (aber immerhin) Fr. 1'200.-- anzurechnen.

**d)** Die weiteren Kosten, die von den Klägern geltend gemacht werden (L\_\_\_\_\_ GmbH, S\_\_\_\_\_ GmbH, T\_\_\_\_\_, U\_\_\_\_\_, V\_\_\_\_\_, Entsorgungskosten, Baustrom und Baubewilligung), stehen demgegenüber in Zusammenhang mit der realisierten Neuherstellung des Wintergartens. Hierzu waren die Kläger - unter dem Blickwinkel der ihnen nach der SIA-Norm 118 zustehenden Mängelrechte - nicht berechtigt. Mithin können diese weiteren Kosten nicht berücksichtigt werden. Die Beklagte hat demnach den Klägern insgesamt Fr. 58'700.-- (Fr. 57'500.-- [Sanierungskosten] + Fr. 1'200.-- [Möbelersatz]) zu bezahlen. Dieser Betrag ist, wie von den Klägern beantragt, zum gesetzlichen Verzugszins von 5% (Art. 104 Abs. 1 OR) ab dem Datum der

Schlichtungssitzung (14. März 2013) zu verzinsen, zumal die Beklagte mit dem Schlichtungsgesuch vom 8. Februar 2013 im Sinne von Art. 102 Abs. 1 OR in Verzug gesetzt wurde.

**8. a)** Die Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigung) werden gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Hat jedoch keine Partei vollständig obsiegt, so werden sie nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

Vorliegend verlangten die Kläger in ihrer Klage die Bezahlung von Fr. 130'565.35. Zugespochen werden ihnen nun Fr. 58'700.--, womit sie zu rund 45% mit ihrer Forderung durchdringen. Sie mussten indessen klagen, um ihre Ansprüche gegen die Beklagte durchzusetzen. Mithin unterliegen bzw. obsiegen die Parteien in etwa im gleichen Umfang, womit es sich rechtfertigt, die Gerichtskosten hälftig zu teilen und die Parteikosten wettzuschlagen.

**b)** Die Kosten umfassen nach Art. 3 Abs. 1 GTar die Auslagen der Behörde und die Gerichtsgebühr. Dem Bezirksgericht sind Auslagen (Art. 3 Abs. 2 GTar) in Höhe von Fr. 1'080.-- (Zeugengelder) entstanden. Die Gerichtsgebühr, die auch die Kanzleikosten pauschal abdecken soll (Art. 3 Abs. 3 GTar), wird aufgrund des Streitwerts, des Umfangs und der Schwierigkeit des Falls, der Art der Prozessführung der Parteien sowie ihrer finanziellen Situation festgesetzt (Art. 13 Abs. 1 GTar). Der Streitwert für die Berechnung der Prozesskosten beträgt in vorliegend Fr. 130'565.35, womit die Gebühr in der Regel nach Art. 16 Abs. 1 GTar wenigstens Fr. 4'500.-- und höchstens Fr. 15'000.-- beträgt. Unter Berücksichtigung, dass es sich in rechtlicher Hinsicht um einen leicht schwierigeren Fall mit durchschnittlichem Aktenumfang handelt, wird die Gerichtsgebühr auf Fr. 8'920.-- festgesetzt. Die Gerichtskosten betragen somit gesamthaft Fr. 10'000.-- (Fr. 1'080.-- Auslagen; Fr. 8'920.-- Gerichtsgebühr. Davon haben die Parteien je Fr. 5'000.-- zu bezahlen. Nach Verrechnung mit den von den Klägern geleisteten Kostenvorschüssen (von Fr. 11'500.--) werden den Klägern Fr. 1'500.-- durch das Bezirksgericht zurückerstattet. Die Beklagte hat den Klägern Fr. 5'000.-- für geleistete Kostenvorschüsse zu bezahlen.

**c)** Die unter lit. a) hiavor dargelegte Kostenverteilung gilt auch für die (Gerichts-)Kosten des vorsorglichen Beweisverfahrens (Z2 2010 114), da diese auf den Haupthandel genommen wurden. Die fraglichen Kosten in Höhe von Fr. 5'200.-- sind demnach hälftig von den Parteien zu tragen, womit die Beklagte den Klägern für (im vorsorglichen Beweisverfahren) geleisteten Kostenvorschuss Fr. 2'200.-- zu bezahlen hat

(Fr. 2'600.-- [1/2 der Gerichtskosten] ./ Fr. 400.-- [bereits verrechneter Kostenanteil der Beklagten]).

**Demnach wird erkannt:**

1. Die Beklagte bezahlt den Klägern Fr. 58'700.-- nebst Zins zu 5% seit dem 14. März 2013. Soweit weiter gehend, wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten dieses Verfahrens von Fr. 10'000.-- sowie jene des vorsorglichen Beweisverfahrens (Bezirksgericht I \_\_\_\_\_, Z2 2010 114) von Fr. 5'200.-- werden den Parteien hälftig auferlegt. Nach Verrechnung mit den geleisteten Kostenvorschüssen werden den Klägern Fr. 1'500.-- durch das Bezirksgericht zurückerstattet.
3. Die Parteikosten dieses Verfahrens sowie jene des vorsorglichen Beweisverfahrens werden wettgeschlagen.
4. Die Beklagte bezahlt den Klägern Fr. 7'200.-- für in diesem Verfahren und im vorsorglichen Beweisverfahren geleistete Kostenvorschüsse.

Brig-Dis, 9. Oktober 2014