

C1 12 234

URTEIL VOM 2. MÄRZ 2015

**Kantonsgericht Wallis
I. Zivilrechtliche Abteilung**

Besetzung: Hermann Murmann, Präsident; Jérôme Emonet, Kantonsrichter und Uli Kalbermatter, Ersatzrichter; Dr. Rochus Jossen, Gerichtsschreiber

in Sachen

X_____, Kläger und Berufungskläger,
Y_____, Kläger und Berufungskläger,
beide vertreten durch Rechtsanwalt M_____

und

Z_____, Beklagter und Berufungsbeklagter, vertreten durch Rechtsanwalt
N_____

(Kauf- / Konsortialvertrag)

Berufung und Anschlussberufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts O_____ vom 15. Oktober 2012

Verfahren

A. X_____ und Y_____ reichten am 18. September 2009 beim Bezirksgericht O_____ gegen Z_____ eine Klage mit folgenden Rechtsbegehren ein:

1. Herr Z_____ zahlt den beiden Konsorten X_____ und Y_____ (aus welchem Rechtsgrund auch immer) den Betrag von Fr. 100'000.--.
2. Herr Z_____ zahlt den beiden Konsorten X_____ und Y_____ für zusätzliche Architekturleistungen des Konsortiums den Betrag von Fr. 16'010.90.
3. Herr Z_____ zahlt den beiden Konsorten X_____ und Y_____ Schadenersatz im Betrage von total Fr. 18'340.35.
4. Für neun Monate Miete der Grundparzelle (ehemalige Parkplätze), Jahr 2008, akzeptieren die Kläger eine Gegenforderung von Fr. 11'250.--.
5. Auf alle oben eingeklagten Beträge (abzüglich obiger Gegenforderung) ist ein Verzugszins von 5% geschuldet, auf dem obigen Differenzbetrag von Fr. 100'000.-- ab Datum des entsprechenden Betreibungsbegehrens, auf den restlichen Forderungen ab Datum der Ladung zum Vermittlungsgesuch.
6. Sämtliche Gerichts- und Anwaltskosten sind vom Beklagten zu übernehmen.

Die Kläger machten gegenüber dem Beklagten in erster Linie einen Anspruch aus Vertrag über Fr. 100'000.-- geltend und beriefen sich dabei auf eine Vereinbarung, welche sie als Beleg Nr. 1 hinterlegten und in der Klageschrift auf den 20. Oktober 2006 datierten. Überdies verlangten sie vom Beklagten für zusätzliche Architekturleistungen einen Betrag von Fr. 16'010.90 sowie Schadenersatz von Fr. 18'340.35, weil durch die Belastung der Bauparzelle mit Hypotheken die Überbauung erst mit dreimonatiger Verspätung habe begonnen werden können.

B. Der Beklagte antwortete am 30. November 2009 und beantragte die kostenpflichtige Abweisung sämtlicher klägerischer Rechtsbegehren soweit darauf eingetreten werden könne. Er beantragte zudem, die Kosten von Verfahren und Entscheid den Klägern unter solidarischer Haftung derselben aufzuerlegen und verlangte eine Parteientschädigung. Beide Parteien hielten im weiteren Schriftenwechsel und anlässlich der Vorverhandlungen vom 7. Juni 2010 an ihren jeweiligen Rechtsbegehren fest.

C. Nach der Beweisabnahme, insbesondere nach Durchführung einer Expertise, hinterlegten die Parteien am 16. April 2012 ihre Schlussdenkschriften und hielten darin an den mit Klage und Klageantwort hinterlegten Begehren fest.

D. Das Bezirksgericht O_____ erkannte mit Urteil vom 16. Oktober 2012 was folgt:

1. Der Beklagte bezahlt den Klägern Fr. 40'750.-- nebst Zins zu 5% seit 20. Januar 2009. Soweit weiter gehend, wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 10'500.-- werden zu 2/3, ausmachend Fr. 7'000.--, den Klägern und zu 1/3, ausmachend Fr. 3'500.--, dem Beklagten auferlegt. Nach Verrechnung mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen werden dem Beklagten Fr. 100.-- durch das Bezirksgericht zurückerstattet.
3. Die Kläger bezahlen dem Beklagten unter solidarischer Haftung
 - a) Fr. 750.-- für geleisteten Kostenvorschuss;
 - b) Fr. 9'000.-- als Parteientschädigung.
4. Der Beklagte bezahlt den Klägern eine Parteientschädigung von Fr. 4'500.--.

E. X_____ und Y_____ fochten das Urteil mit Berufung vom 16. November 2012 beim Kantonsgericht Wallis an und stellten die nachfolgenden Rechtsbegehren:

1. In Gutheissung der Berufung sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, den Berufungsklägern Fr. 88'750.-- nebst Zins zu 5% seit dem 20. Januar 2009 zu bezahlen.
2. Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, die Kosten von Verfahren und Entscheid des Bezirksgerichtes II des Bezirkes O_____ und des Kantonsgerichtes zu tragen.
3. Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, den Berufungsklägern für das erstinstanzliche Verfahren und das Verfahren vor Kantonsgericht eine Parteientschädigung gemäss GTar zu bezahlen.

Gleichzeitig ersuchten sie das Kantonsgericht, ihnen eine Frist zur Ergänzung der Berufung anzusetzen, da ihrem neuen Rechtsvertreter die Akten erst am 12. November 2012 zugegangen seien und diesem daher zu wenig Zeit geblieben sei, um eine Berufung mit der hiefür notwendigen Sorgfalt auszuarbeiten.

F. Nachdem die Berufungskläger den Kostenvorschuss von Fr. 3'100.-- geleistet hatten, räumte das Kantonsgericht der Gegenpartei mit Verfügung vom 4. Dezember 2012 eine Frist von 30 Tagen zur Einreichung einer Berufungsantwort und zur Erhebung einer Anschlussberufung ein; gleichzeitig wurde den Parteien angezeigt, dass das Kantonsgericht über die Berufung ohne Verhandlungen entscheiden werde.

G. Die mit Berufungsantwort und Anschlussberufung von Z_____ am 10. Januar 2013 eingereichten Rechtsbegehren lauteten wie folgt:

Primärbegehren

1. Auf die Berufung der Herren X_____ und Y_____ vom 16. November 2012 wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens gehen zu Lasten der Berufungskläger X_____ und Y_____.
3. Dem Berufungsbeklagten Z_____ wird zu Lasten der Berufungskläger X_____ und Y_____ eine Parteientschädigung zugesprochen, unter solidarischer Haftbarkeit der Berufungskläger.

Eventualbegehren

1. Die Berufung der Herren X_____ und Y_____ vom 16. November 2012 wird abgewiesen.
2. In Gutheissung der Anschlussberufung des Berufungsbeklagten Z_____ wird das angefochtene Urteil des Bezirksgerichtes O_____ teilweise aufgehoben, indem die Klage der Berufungskläger, soweit sie den Betrag von Fr. 14'742.85 überschreitet, abgewiesen wird.
3. Die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens werden entsprechend dem Unterliegen der Berufungskläger zu 9/10 den Berufungsklägern und zu 1/10 dem Berufungsbeklagten überbunden.
4. Die Berufungskläger haben von den vorinstanzlichen Gerichtskosten 9/10, also Fr. 9'450.--, und der Berufungsbeklagte 1/10, also Fr. 1'050.-- zu tragen, wobei die Berufungskläger nach Verrechnung dem Berufungsbeklagten Fr. 3'300.-- zurück zu bezahlen haben.
5. Die Berufungskläger haben dem Berufungsbeklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 12'150.-- zu bezahlen. Umgekehrt hat der Berufungsbeklagte den Berufungsklägern eine Parteientschädigung von Fr. 1'350.-- zu bezahlen.
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens gehen zu Lasten der Berufungskläger.
7. Dem Berufungsbeklagten wird zu Lasten der Berufungskläger unter solidarsicher Haftbarkeit eine Parteientschädigung für das Berufungsverfahren zugesprochen.

H. Die Berufungskläger stellten in ihrer Antwort vom 14. Februar 2013 auf die Anschlussberufung folgende abschliessenden Rechtsbegehren:

1. In Gutheissung der Berufung sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, den Berufungsklägern Fr. 88'750.-- nebst Zins zu 5% seit dem 20. Januar 2009 zu bezahlen.
2. Die Anschlussberufung von Herrn Z_____ wird vollumfänglich abgewiesen.
3. Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, die Kosten von Verfahren und Entscheid des Bezirksgerichtes II des Bezirkes O_____ und des Kantonsgerichtes zu tragen.

4. Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, den Berufungsklägern für das erstinstanzliche Verfahren und das Verfahren vor Kantonsgericht eine Parteientschädigung gemäss GTar zu bezahlen.

Gleichzeitig hinterlegten sie einen Internetausdruck und eine Kopie eines Inserates aus dem A_____, wonach der Berufungsbeklagte die Wohnung, die noch in seinem Besitz ist, zum Preise von Fr. 635'000.-- anbietet.

- I. Die Stellungnahme inklusive die neu hinterlegten Akten wurden dem Berufungsbeklagten am 15. Februar 2013 zugestellt, der sich nicht mehr vernehmen liess und am 7. März 2013 teilte das Kantonsgericht den Parteien mit, in welcher Besetzung es in dieser Angelegenheit entscheiden werde.

Sachverhalt und Erwägungen

1.

1.1 Vorliegend war das bisherige kantonale Verfahrensrecht erstinstanzlich anwendbar (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Für das Berufungsverfahren kommt nunmehr die Schweizerische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZPO sind erstinstanzliche Endentscheide mit Berufung anfechtbar, wenn der Streitwert in vermögensrechtlichen Angelegenheiten Fr. 10'000.-- beträgt. Massgebend sind die im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils noch streitigen Rechtsbegehren. Im zu beurteilenden Fall sind dies Fr. 123'101.25, womit das Urteil des Bezirksgerichts O_____ mit Berufung anfechtbar ist (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berufung wurde innert 30 Tagen frist- und formgerecht beim Kantonsgericht als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht (Art. 5 Abs. 1 lit. b EG ZPO; Art. 3, 4 ZPO). Der angefochtene Entscheid lag bei (Art. 311 ZPO), weshalb vorbehältlich einer gehörigen Begründung darauf einzutreten ist. Der Berufungsbeklagte reichte mit der Berufungsantwort ebenfalls fristgerecht eine Anschlussberufung ein (Art. 313 ZPO). Diese Anschlussberufung fällt dahin, wenn die Rechtsmittelinstanz nicht auf die Berufung eintritt oder die Berufung als offensichtlich unbegründet abgewiesen wird (Art. 313 Abs. 2 lit a und b ZPO).

1.2 Mit der Berufung kann die Verletzung des gesamten kantonalen und Bundesprivatrechts sowie öffentlichen kantonalen und Bundesrechts geltend gemacht werden. Die Rechtsmittelinstanz hat den angefochtenen Entscheid im Rahmen der vorgetragenen Berufungsgründe mit voller Kognition in allen Rechts- und Sachfragen neu zu beurteilen (Art. 310 ZPO). Nach Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO dürfen neue Tatsachen und

Beweismittel dann in den Prozess eingeführt werden, wenn sie kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Bei Gutheissung der Berufung steht es im Ermessen der Berufungsinstanz, ob sie selbst einen Entscheid fällt oder das angefochtene Urteil aufhebt und den Prozess ganz oder teilweise zur Ergänzung an die Vorinstanz zurückweist, wobei eine Rückweisung an die untere Instanz nur dann in Frage kommt, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Art. 318 ZPO).

1.3 Art. 311 Abs. 1 ZPO verlangt, dass der Berufungskläger der Rechtsmittelinstanz im Einzelnen darlegt, aus welchen Gründen der angefochtene vorinstanzliche Entscheid falsch ist und abgeändert werden soll (Begründungslast). Begründen in diesem Sinne bedeutet aufzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Dieser Anforderung genügt der Berufungskläger nicht, wenn er lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen verweist, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedengibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, um von der Rechtsmittelinstanz mühelos verstanden werden zu können. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht. In der Begründung ist nicht nur darzutun, weshalb das Verfahren so ausgehen sollte, wie der Berufungskläger dies will. Es ist auch aufzuzeigen, weshalb der vorinstanzliche Entscheid fehlerhaft ist. Die Berufungsinstanz muss nicht nach allen denkbaren möglichen Fehlern eigenständig forschen (vgl. Bundesgerichtsurteile 5A_209/2014 vom 2. September 2014 E. 4.2.1, 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013 E. 3, je mit Hinweisen; Hungerbühler, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, N. 27 ff. zu Art. 311 ZPO; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 36 zu Art. 311 ZPO).

Vorliegend erklärten die Berufungskläger in ihrer Berufungsschrift, dass die Vorinstanz fälschlicherweise die Vereinbarung (Beleg 1) nach der Unklarheitsregel ausgelegt habe. Da der gegenseitige Wille der Parteien klar und eindeutig gewesen sei, gebe es diesbezüglich keinen Interpretationsspielraum für den Richter. Der erklärte Wille entspreche dem wirklichen Willen der Vertragsparteien. Dies habe die Vorinstanz verkannt, wenn sie vom übereinstimmenden Willen der Parteien ausgegangen sei. Damit

haben die Berufungskläger ihre Berufung genügend begründet, so dass darauf einzutreten ist.

1.4 Die Berufung und allfällige Belege sind bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides in Papierform in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei einzureichen sind (Art. 131 i.V.m. 311 Abs. 1 ZPO).

Bei der 30 tägigen Rechtsmittelfrist handelt es sich um eine gesetzlich nicht erstreckbare Frist für Antrag und Begründung (Spühler, Basler Kommentar, 2. A., N. 2 zu Art. 311 ZPO). Eine „fristwahrende“ Berufung, die erst nach Ablauf der Berufungsfrist vervollständigt oder vollständig begründet wird, ist in der ZPO nicht vorgesehen. Vielmehr ist auch die „fristwahrend“ eingereichte Berufung eine ordentliche Berufung. Sie ist innert der gesetzlichen Berufungsfrist zu begründen und kann die Berufungsfrist nicht unterlaufen oder verlängern, die auch gerichtlich nicht erstreckt werden kann (Art. 144 Abs. 1 ZPO; Bundesgerichtsurteil 5A_82/2013 vom 18. März 2013 E. 3.3.2).

Für das Gericht besteht auch keine Pflicht zur Nachfristansetzung gemäss Art. 132 Abs. 1 ZPO). Diese setzt nämlich voraus, dass der Fehler bzw. Mangel verbesserlich ist, was nicht der Fall ist, wenn es sich um eine freiwillige - d.h. nicht versehentliche - Unterlassung handelt (Bundesgerichtsurteile 5A_461/2012 vom 1. Februar 2013 E.4.1 und 4D_2/2013 vom 1. Mai 2013 E. 3.1). Da auch die Voraussetzungen zur Nachfristansetzung vorliegend nicht gegeben sind, wird der Antrag zur Ergänzung der Berufungsschrift abgewiesen.

1.5 Nach Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch beschränkt berücksichtigt. 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 und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Dabei hat der Berufungskläger darzulegen, weshalb er diese erst jetzt und nicht schon früher ins Verfahren eingeführt hat.

Vorliegend werden ein Inserat aus dem A_____ aus dem Jahre 2012 und ein Internetinserat (B_____) erstmals mit der Antwort zur Anschlussberufung durch die Berufungskläger eingereicht. Bei all diesen Beweismitteln handelt es sich um Noven, die ohne Weiteres bereits früher, spätestens bei Einreichung der Berufung hätten vorgebracht werden können. Die Berufungskläger geben an, diese Eingabe geschehe, weil der Berufungsbeklagte in seiner Berufungsantwort resp. der Anschlussberufung erklärt habe, die Aussagen betreffend die festen Preise von Y_____ seien unglaubwürdig. Damit wollen die Berufungskläger wohl sagen, dass sie erst zum Zeitpunkt der Einreichung ihrer Stellungnahme zur Berufungsantwort resp. der Anschlussberufung Veranlassung hatten, diese Beweismittel zu hinterlegen. Dem ist aber nicht so. Der Berufungsbeklagte verweist diesbezüglich nämlich auf das erstinstanzliche Urteil, welches festhält: Die Aussage des Klägers Y_____ (...) seien unglaubwürdig. Mithin hätten die Berufungskläger spätestens mit Einreichung der Berufung diese neuen Beweismittel hinterlegen sollen. Dadurch, dass sich der Berufungsbeklagte ausdrücklich auf das Urteil berief und dieses zitierte, wird kein neues Element geschaffen, welches Anlass dafür bietet, um neue Beweismittel einzureichen. Demnach sind die eingereichten Inserate als Beweismittel im Berufungsverfahren nicht zu berücksichtigen.

1.6 Die Berufungskläger haben das erstinstanzliche Urteil - soweit es die geforderte Entschädigung für zusätzliche Architekturleistungen und den Schadenersatz betrifft - nicht angefochten und beantragen im vorliegenden Berufungsverfahren nur noch, Z_____ sei zu verpflichten, ihnen aufgrund der Vereinbarung vom April 2007 Fr. 88'750.-- nebst Zins zu 5% seit dem 20. Januar 2009 zu bezahlen (Fr. 100'000.-- minus Fr. 11'250.-- akzeptierte Miete).

Der Berufungsbeklagte beantragt seinerseits mit der Anschlussberufung, es sei der von der ersten Instanz zugesprochene Betrag von Fr. 40'750.-- um die von ihm in die Wohnung Nr. xxx1 getätigten Investitionen im Betrage von Fr. 26'007.30 zu reduzieren und er habe daher (nur) noch den Saldo von Fr. 14'742.70 (Fr. 40'750.-- minus Fr. 26'007.30) an die Berufungskläger zu bezahlen.

2.

2.1 Z_____ beabsichtigte schon seit längerem, seine Parzelle Nr. xxx2 in O_____ zu überbauen resp. für eine Überbauung zu verkaufen. Im Jahre 2007 wurden Z_____, Y_____ und X_____ diesbezüglich handelseinig. Y_____ und X_____ bauten daher in den Jahren 2007 und 2008 auf der Z_____ gehörenden Parzelle Nr. xxx2 das Mehrfamilienhaus 'C_____'. Ge-

mässig Vereinbarung vom 17. April 2007 bildeten Y_____ und X_____ hierzu eine einfache Gesellschaft (Konsortium Stadthaus C_____), welche nebst der Realisierung dieser Überbauung u.a. auch bezweckte, dass jeder von ihnen aus dieser Überbauung eine 5 ½ Zimmerwohnung nebst Garageneinstellplätzen zu Gestehungskosten erwerben konnte. Die Planung des Mehrfamilienhauses und die Bauleitung hatte die von Y_____ geführte D_____ AG inne (Beleg Nr. 2, S. 19).

Y_____ wurde am 18. April 2007 vom Bodeneigentümer Z_____ mittels Generalvollmacht ermächtigt, auf der Bauparzelle Nr. xxx2 Stockwerkeigentum zu begründen und die Stockwerkeigentumseinheiten mit Ausnahme von zwei 4 ½ Zimmerwohnungen im 1. und 2. Obergeschoss sowie die dazugehörigen Garageneinstellplätze zu verkaufen (Beleg Nr. 3). Der Stockwerkeigentumsbegründungsvertrag vom 23. April 2007 (Beleg Nr. 4) wurde zusammen mit einem am 26. Juni 2007 öffentlich beurkundeten Nachtrag betreffend Hypothekarbereinigung am 2. Juli 2007 im Grundbuch eingetragen (Beleg Nr. 7). Am 21. Juni 2007 war dem Konsortium Stadthaus C_____ die Baubewilligung erteilt worden (Beleg Nr. 6) und nachdem am 4. Juli 2007 die Attika-Maisonette Wohnung an die Ehegatten E_____ verkauft werden konnte, wurde mit dem Bau begonnen (unbestrittene TB 150). Y_____ und seine Gattin, sowie X_____ und dessen Gattin haben je mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 11. Juli 2007 eine 5 ½ Zimmerwohnung im 3. Obergeschoss bzw. 2. Obergeschoss, mit je zwei dazugehörigen Abstellplätzen zu den geschätzten Selbstkosten der Bauherrschaft von Fr. 600'000.-- erworben (Belege Nr. 123, 124).

Da nicht alle Wohnungen der Überbauung verkauft werden konnten, verblieben Z_____ eine 4 ½-Zimmerwohnung im 2. Obergeschoss und eine 4 ½-Zimmerwohnung im 1. Obergeschoss jeweils mit einem Garageneinstellplatz. Die Wohnung im 2. Obergeschoss (StWE-Anteil Nr. xxx3) samt Einstellplatz verkaufte Z_____ alsdann am 20. August 2008 zum Preis von Fr. 560'000.-- an F_____. Die 4 ½ Zimmerwohnung im 1. Obergeschoss (STWE-Anteil Nr. xxx1) sowie der dazugehörige Garageneinstellplatz sind noch im Eigentum von Z_____.

2.2 Im Hinblick auf die Überbauung der Z_____ gehörenden Parzelle Nr. xxx2 schlossen er und Y_____ und X_____ eine Vereinbarung ab (Beleg Nr. 1, S. 16 ff.). Diese Vereinbarung ist undatiert und in einfacher Schriftlichkeit abgefasst worden. Z_____ erteilt mit dieser Vereinbarung der einfachen Gesellschaft X_____ Y_____ die Zustimmung, seine Parzelle Nr. xxx2 zu überbauen, wobei sämtliche Kosten des Bauvorhabens (Baukosten, Baunebenkosten, Vertragskosten für die Begründung von Stockwerkeigentum, Kreditverträge usw.) von diesen zu

tragen seien und Z_____ nur formell als Verkäufer der einzelnen Stockwerkeigentumseinheiten auftreten werde. Die Kaufverträge seien durch die Herren Y_____ und X_____ mitzuunterzeichnen, da diese die Gewährleistung übernehmen würden (Ziffer 1 und 2).

Vorliegend relevant sind die Ziffern 3 und 4 der Vereinbarung, welche wie folgt lauten:

3. Sollten nicht alle Wohnungen an Dritte verkauft werden können, so übernimmt Z_____ zwei Wohneinheiten, nämlich

- STWE-Anteil Nr. xxx1 mit Sonderrecht an der 4 ½ Zimmerwohnung Nr. 28 im 1. Obergeschoss und Keller Nr. 6 im Untergeschoss

- STWE-Anteil Nr. xxx3 mit Sonderrecht an der 4 ½ Zimmerwohnung Nr. 30 im 2. Obergeschoss und Keller Nr. 4 im Untergeschoss sowie

- die Einstellplätze Nr. xxx4 und xxx5

Der Z_____ geschuldete Bodenpreis von Fr. 1'100'000.-- wird mit den Verkaufspreisen der Wohneinheiten verrechnet (4 ½ Zimmerwohnung im 1. OG Fr. 585'000.--, 4 ½ Zimmerwohnung im 2. OG Fr. 535'000.--, Einstellplätze je Fr. 40'000.--). Allfällige Differenzen sind gegenseitig auszugleichen.

4. Können alle 4 ½ Zimmerwohnungen im 1., 2 und 3. Obergeschoss an Dritte verkauft werden, so ist Herr Z_____ von seiner obligatorischen Verpflichtung der Wohnungskäufe entbunden. In diesem Falle ist nach dem Verkauf der dritten 4 ½ Zimmerwohnung die Hälfte des Bodenpreises, nämlich CHF 550'000.-, innert 30 Tagen nach Eintragung des dritten Kaufvertrages im Grundbuch Herrn Z_____ zu bezahlen. Die andere Hälfte des Bodenpreises, nämlich CHF 550'000.--, ist am 1. September 2008 fällig. Ab jeweiliger Fälligkeit ist ein Verzugszins von 5% p.a. geschuldet.

2.3 Da nicht alle Wohnungen verkauft werden konnten, behielt Z_____ die StWE-Anteile xxx1 und xxx3 samt dazugehörenden Garagenplätzen in der Überbauung. Mit Schreiben vom 27. Oktober 2008 forderte Y_____ Z_____ auf den Betrag von Fr. 100'000.-- zu überwiesen und zwar 'gemäss Vereinbarung' als Differenz, welche sich aus folgender Abrechnung ergebe (Beleg Nr. 82, S. 202):

4 ½ Zi-Whg im 1. OG	Fr. 585'000.--
4 ½ Zi-Whg im 2. OG	Fr. 535'000.--
Parkplatz Nr. xxx4	Fr. 40'000.--
Parkplatz Nr. xxx5	Fr. 40'000.--
Total	Fr.1'200'000.--
Bodenpreis	Fr.1'100'000.--
Differenz	Fr. 100'000.--

Auf den Z_____ am 19. Januar 2009 über diesen Betrag zugestellten Zahlungsbefehl erhob dieser Rechtsvorschlag (S. 209).

3. Die Berufungskläger machen gegenüber dem Berufungsbeklagten eine Forderung über Fr. 100'000.-- aus Vertrag geltend und zwar gestützt auf die als Beleg Nr. 1 mit der Klagedenkschrift hinterlegte und undatierte Vereinbarung (S. 16 ff.).

3.1 Dieser undatierten Vereinbarung war eine vom Treuhandbüro G_____ formulierte und von den Parteien am 20. Oktober 2006 unterzeichnete Abmachung vorausgegangen, welche in Ziffer 4 einen ähnlichen Passus enthielt, nämlich: „Sollten nicht alle Wohnungen an Dritte verkauft werden können, so übernimmt Herr Z_____ im schlechtesten Fall zwei Wohneinheiten, und zwar von den 4 ½-Zimmerwohnungen, welche sich gemäss den vorliegenden Planunterlagen im 1., 2. und 3. OG befinden. In diesem Falle wird der Bodenpreis mit den zu übernehmenden Wohneinheiten verrechnet, allfällige Differenzen sind gegenseitig auszugleichen“ (Beleg Nr. 131, S. 523). Dieser Vorentwurf diente gemäss Aussagen von Y_____ als Basis für die undatierte von den Parteien später unterzeichnete Vereinbarung (Beleg Nr. 1) und lässt die Höhe der verrechenbaren Gegenforderungen noch unbestimmt. Die undatierte Vereinbarung (Beleg 1) wurde von Notar Dr. H_____, gemäss seinen eigenen Angaben, vorbereitet und zwar sollen die Herren Z_____, Y_____ und X_____ diesbezüglich fast gleichzeitig auf ihn zugekommen sein. Er ist der Meinung, dass alle drei ihm das entsprechende Mandat erteilt haben (S. 603 f.). Wann die Vereinbarung unterzeichnet wurde, weiss er nicht. Auf die Frage, wer die Form der Vereinbarung laut Beleg 1 (S. 16 ff.) vorgeschlagen habe, antwortete Z_____: Herr H_____ war ja über Jahre der Anwalt meines Vertrauens. Er sagte, dass man dies in dieser Form machen könne und es auch „verheben“ würde. (S. 650) (...) Über die öffentliche Verurkundung hat man gesprochen; es hiess dann aber, dass man diesbezüglich Kosten sparen könne und sich mit der Schriftform begnügen könne (S. 651).

X_____ erklärte, dass man sicher darüber nachgedacht habe, ob die Grundvereinbarung notariell zu beurkunden sei. Er führte dann aus: Wir liessen uns diesbezüglich von Rechtsanwalt Dr. H_____ beraten und vertrauten diesem auch (S. 622).

Gemäss Aussagen von Y_____ wurde der undatierte Vertrag von Dr. H_____ redigiert und von ihm am 10. April 2007 unterzeichnet (S. 630), d.h. noch vor Beginn der Bauarbeiten im Juli/Juli 2007. Er selber will nie darüber nachgedacht haben, ob die Grundvereinbarung durch einen Notar zu beurkunden gewesen wäre. Diese Frage stellte sich für mich nie (S. 631). Bezüglich der Formbedürftigkeit des Vertrages will er sich auf die Kompetenz von Rechtsanwalt Dr. H_____ verlassen haben (S. 631).

Für das Kantonsgericht steht daher fest, dass Notar Dr. H_____ den Parteien erklärt hat, dass die von ihm vorbereitete und von den Parteien abgeschlossene Vereinbarung (Beleg 1) keiner öffentlichen Beurkundung bedürfe und alle Vertragsparteien auf diese Aussage von Dr. H_____ vertraut haben.

3.2 Mit der Vorinstanz geht das Kantonsgericht einig, dass die undatierte Vereinbarung im April 2007 von den Parteien unterzeichnet wurde.

4.

4.1 Die zwischen den Parteien abgeschlossene Vereinbarung beinhaltet insbesondere, dass X_____ und Y_____ auf dem Boden von Z_____ ein Mehrfamilienhaus auf ihre Kosten erstellen und die Wohnungen an Dritte verkaufen können. Die Vereinbarung sieht dann zwei Szenarien vor. Zum einen was geschehen sollte, wenn alle 4 ½-Zimmerwohnungen der Überbauung verkauft werden können und zum andern was geschehen sollte, wenn nicht alle Wohnungen verkauft werden konnten. Das erste Szenario sieht beim Verkauf von allen 4 ½-Zimmerwohnungen vor, dass dann X_____ und Y_____ dem Z_____ Fr. 1'100'000.-- für den zur Verfügung gestellten Boden schulden. Der Bodenpreis wäre in diesem Falle in zwei Tranchen zu je Fr. 550'000.-- zu bezahlen gewesen und zwar die erste Tranche innert 30 Tagen nach Eintrag des dritten Kaufvertrages im Grundbuch. Die zweite Tranche am 1. September 2008.

Beim zweiten Szenario, wenn also nicht alle Wohnungen an Dritte verkauft werden können, hatte Z_____ die StWE-Anteile xxx1 (4 ½-Zimmerwohnung im 1. OG) und xxx1 (4 ½-Zimmerwohnung im 1. OG) sowie die zwei Einstellplätze (xxx4 und xxx5) die Wohnung im 1 OG für Fr. 585'000.--, die Wohnung im 2. OG für Fr. 575'000.-- und die beiden Einstellplätze für je Fr. 40'000.-- zu übernehmen und der ihm geschuldete Bodenpreis von 1'100'000.-- war mit den obgenannten Kaufpreisen der Wohneinheiten zu verrechnen. Allfällige Differenzen waren gegenseitig auszugleichen.

Die Vereinbarung sah mithin verschiedene Rechtsfolgen vor, je nachdem, ob sämtliche Wohnungen an Dritte verkauft werden konnten oder nicht.

4.2 Es ist zwischen den Parteien nicht strittig, dass nicht alle Wohnungen an Dritte verkauft werden konnten. Mithin kommt Ziffer 4 der Vereinbarung nicht zum Tragen kommt, sondern Ziffer 3. Vorbehalten die Gültigkeit dieser Vereinbarung.

5.

5.1 Bei der Vertragsauslegung hat der Richter vorerst nach dem natürlich überein-

stimmenden Willen der Parteien zu forschen und auf den von den Parteien erzielten Konsens abzustellen (BGE 131 III 469) Ergibt sich dabei, dass ein solcher natürlicher Konsens in Wahrheit nicht bestand, so ist immer noch möglich, dass zwischen den Parteien ein sog. normativer (oder rechtlicher) Konsens zustande gekommen ist.

Ist der Konsens streitig, prüft der Richter vorab, ob sich die Parteien tatsächlich übereinstimmend geäußert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben. Falls dies zu bejahen ist, besteht ein tatsächlicher (natürlicher) Konsens. Waren sich die Parteien bezüglich des vereinbarten Vertragsinhalts tatsächlich einig, ist der Vertrag gemäss Art. 1 OR zustande gekommen. Haben sich die Parteien wohl übereinstimmend geäußert, aber abweichend verstanden, liegt ein versteckter Dissens vor, der (nur) zum Vertragsschluss führt, falls eine der Parteien nach dem Vertrauensgrundsatz in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäußerung zu schützen und damit die andere auf ihre Äusserung in deren objektiven Sinn zu behaften ist. Unter diesen Umständen ist von einem normativen Konsens auszugehen (Wiegand, Basler Kommentar, 5. A., N. 8 zu Art. 18 OR). Im Rahmen dieser objektivierten Auslegung ermittelt das Gericht den Vertragswillen, den die Vertragsparteien mutmasslich gehabt haben (BGE 122 III 109 E. 5a und 424 E. 3a). Die vertraglichen Vereinbarungen sind aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten erkennbaren Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden durften und mussten (BGE 132 III 24 E. 4, 130 III 417 E. 3.2, 122 III 420 E. 3a, je mit Hinweisen). Hierbei ist als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und redlich (korrekt) handelnde Parteien unter den konkreten Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich – im Sinne eines sachgerechten Resultats – gewollt haben würden (BGE 132 III 626 E. 3.1, 129 III 122). Primäres Auslegungsmittel ist der Wortlaut; ergänzend sind die Umstände des Vertragsabschlusses und die Verkehrsübung zu berücksichtigen. Die Auslegung hat ex tunc, nach Treu und Glauben, nicht formalistisch gemäss Buchstaben, ganzheitlich und gesetzeskonform zu erfolgen (zum Ganzen vgl. Gauch/Schluép/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 8. A., Zürich/Basel/Genf 2003, N. 1196 ff.).

5.2 Die Parteien sind sich einig, dass die Berufungskläger dem Berufungsbeklagten für die Bauparzelle Fr. 1'100'000.-- schulden (unbestrittene TB 4 und Antwort; Aussagen der Parteien, S. 621, 628 und 653).

Strittig ist die Frage, in welchem Umfang dieser Bodenpreis von 1'100'000.-- mit den von Z_____ zu übernehmenden Wohneinheiten verrechnet werden sollte. Entge-

gen der Meinung der Vorinstanz ist das Kantonsgericht der Ansicht, dass auch diesbezüglich zwischen den Parteien ein natürlicher Konsens bestand und zwar darin, dass die Berufungskläger Z_____, statt den Kaufpreis von Fr. 1'100'000.-- in Geld zu bezahlen, die StWE-Anteile xxx1 (4 ½-Zimmerwohnung im 1. OG) und xxx1 (4 ½-Zimmerwohnung im 1. OG) sowie die zwei Einstellplätze (24 und 19) zu „übertragen“ und dieser die StWE-Anteile zu „übernehmen“ hatte und zwar für Fr. 585'000.-- die Wohnung im 1 OG, für Fr. 575'000.-- die Wohnung im 2. OG und für je Fr. 40'000.-- die beiden Einstellplätze. Die Differenz sollte ausgeglichen werden.

Diese Preise für die Wohnungen waren fest vereinbart. Dessen waren sich die Parteien bei Abschluss der Vereinbarung einig. Die Parteien haben nämlich Rechtsanwalt und Notar Dr. H_____, über Jahre der Anwalt des Vertrauens von Z_____ (S. 650), mit der Ausarbeitung der Vereinbarung beauftragt. Der Auftrag erfolgte durch alle drei involvierten Personen. Sie haben ihm ihren Willen mitgeteilt und in ihrem Willen arbeitete er die Vereinbarung aus, in welcher die Preise für die von Z_____ zu übernehmenden Wohnung aufgeführt sind. Wären sich die Parteien über die Preise nicht handelseinig gewesen, hätte sie Rechtsanwalt und Notar Dr. H_____ sicher nicht in die Vereinbarung aufgenommen. Er führte denn auch als Zeuge aus: „So wie ich das sehe, waren die Preise fix“ (S. 605).

Die Berufungskläger sind der Ansicht, dass der Preis für die zu übernehmenden Wohneinheiten und Garagenabstellplätze fix auf Fr. 1.2 Mio vereinbart worden seien und zwar Fr. 585'000.-- für die 4 ½-Zimmerwohnung im 1. OG. Fr. 535'000.-- für die 4 ½-Zimmerwohnung im 2. OG und je Fr. 40'000.-- für die Einstellplätze. Dass Y_____ anlässlich seiner Einvernahme sagte, die Preise seine anhand der Baukostenabrechnung erstellt worden, was nachweislich nicht richtig ist, spielt vorliegend keine Rolle. Wichtig ist nicht, wie die Parteien die Preise berechneten, sondern, dass sie einen Konsens betreffend die Preise erzielten. Dies war vorliegend der Fall.

Der Berufungsbeklagte hielt denn auch in seinem Schreiben an die D_____ vom 11. November 2008 ausdrücklich fest, was Inhalt der Vereinbarung war (S. 205): „Ich habe den Boden nur zur Verfügung gestellt, damit das Mehrfamilienhaus gebaut werden kann, und ich als Entgelt die zwei 4 ½-Zimmerwohnungen mit Autoabstellplatz und Kellern erhalten habe. Bodenpreis wie vereinbart Fr. 1.100.000.00 mit einem Aufgeld in der Höhe von Fr. 100'000.00 also beträgt der Kaufpreis dieser beiden Wohnungen Fr. 1.200.00.00.“ Dies entspricht genau dem, was in der Vereinbarung steht und was die Berufungskläger behaupten. Der Berufungsbeklagte hatte also auch 19 Monate nach Abschluss der Vereinbarung immer noch dieselbe Meinung bezüglich der Preise,

die ihm für die beiden zu übernehmenden Wohneinheiten mit Garagenabstellplätzen angerechnet werden sollten und wie hoch das Aufgeld war. Auch seine Einvernahme vom 2. Mai 2011 bestätigt dies. Er führte aus: „Die fragliche Wohnung [Wohnung im 2. Obergeschoss, die er Frau F_____ verkauft hat, Anm. des Gerichts] musste ich für Fr. 575'000.-- übernehmen.“ Dies entspricht dem Preis in der Vereinbarung (Fr. 535'000.-- für die Wohnung und Fr. 40'000.-- für den Abstellplatz, was Fr. 575'000.-- ausmacht /S. 655). Weiter führt er aus, Beleg 1 enthalte wohl eine Preisangabe, darüber hinaus „nichts“ (S.651). Das ist richtig. Er bestätigt hiermit, dass die Vereinbarung eben doch die Preisangaben enthält. Dass der Ausbaustandart nicht erwähnt wird, trifft zu. Was es mit diesem Ausbaustandart auf sich hat, wird später zu behandeln sein.

Die Vertragsparteien haben zudem in der Vereinbarung für die beiden von Z_____ zu übernehmenden Wohnungen und die Abstellplätze den genauen Betrag festgelegt. Dies konnte nicht pauschal erfolgen, weil die Parteien eben nicht wussten, wie viele Wohnungen an Dritte verkauft würden. Wären nämlich alle Wohnungen bis an eine verkauft worden, hätte die Abrechnung anders ausgesehen, als wenn noch zwei übrig blieben. Zudem hätte es auch noch eine Rolle gespielt, welche der Wohnung, d.h. die im ersten OG oder die im zweiten OG übrig geblieben wäre (Fr. 625'000.-- oder Fr. 575'000.--). Je nach dem, was eingetroffen wäre, hätte es eine andere Abrechnung gegeben. Dementsprechend hätten die Differenzen gegenseitig ausgeglichen werden müssen. Was die Parteien ja auch abgemacht haben.

Z_____ hat zudem für seine beiden Wohnungen (4 ½-Zimmerwohnung im 1. OG und 4 ½-Zimmerwohnung im 2. OG, jeweils mit Garagenabstellplatz) keine Generalvollmacht an die Berufungskläger erteilt, so dass er immer seine Zustimmung zu einem Verkauf vom zu erzielenden Kaufpreis abhängig machen konnte. Er hätte so einen Verkauf zu einem ihm nicht genehmen Kaufpreis verhindern können.

5.3 Mithin steht für das Kantonsgericht fest, dass sich die Parteien nicht nur bezüglich des Bodenpreises einig waren, sondern auch bezüglich der Preise der Wohneinheiten samt Garagenabstellplätzen, die die Berufungskläger Z_____ übertragen konnten und die sich Z_____ anrechnen lassen musste. Grundsätzlich ist daher der Vertrag zustande gekommen.

6.

6.1 Der Bezirksrichter qualifizierte den Beleg 1 als einen Vorvertrag zu einem Grundstückkaufvertrag, der auch Elemente des Werkvertrags enthält. Er vertrat die Ansicht, dass die kaufrechtliche Komponente in Bezug auf den Berufungsbeklagten darin be-

stand, dass dieser den Berufungsklägern die Bauparzelle zur Verfügung stellte und er sich zudem verpflichtete, die noch zu erstellenden StWE-Anteile zu Gunsten der Berufungskläger an Dritte zu verkaufen. Dem ist jedoch nicht so.

Der Berufungsbeklagte hatte keine Verpflichtung, die StWE-Anteile zu Gunsten der Berufungskläger zu verkaufen. Er war lediglich in formeller Hinsicht dazu verpflichtet, die Kaufverträge zu unterzeichnen, da der Verkauf des Bodens von ihm an die Berufungskläger formell nicht erfolgte. (Ziffer 2 von Beleg Nr. 1).

Weiter vertritt der Bezirksrichter die Ansicht, dass die Absicht der Berufungskläger darin bestand, die Bauparzelle für 1.1 Mio zu erwerben. In werkvertraglicher Hinsicht wollten die Berufungskläger die Überbauung „C_____“ realisieren und dem Berufungsbeklagten zwei Stockwerkeigentumsanteile überlassen, falls nicht alle Stockwerkeinheiten verkauft würden.

6.2 Das Kantonsgericht sieht die Qualifizierung des Vertrages nicht gleich. Die Parteien waren sich einig, dass die Berufungskläger die Bauparzelle für Fr. 1'100'000.-- vom Berufungsbeklagten erwerben. Sie konnten darauf ein Mehrfamilienhaus auf ihre Kosten erstellen und die Wohnungen an Dritte verkaufen. Würden alle Wohnungen verkauft, so war der Kaufpreis von Fr. 1'100'000.-- in zwei Tranchen zahlbar. Würden hingegen nicht alle Wohnungen verkauft, willigte der Berufungsbeklagte ein, dass ihm die Berufungskläger zwei Wohnungen mit Garagenplätzen im Totalbetrag von Fr. 1'200'000.-- an Zahlungsstatt übertragen und er die Differenz von Fr. 100'000.-- an die Berufungskläger zu bezahlen hatte.

Die Parteien haben daher mit der Vereinbarung (Beleg 1) einen Grundstückkaufvertrag für den Kauf des Bodens von Fr. 1'100'000.-- abgeschlossen und Kaufpreiszahlungsmodalitäten vereinbart.

Allenfalls könnte die Verpflichtung des Berufungsbeklagten, zwei StWE-Anteile samt Garagenabstellplätzen für total Fr. 1.2 Mio zu übernehmen, noch als Vorvertrag zu einem Kaufvertrag angesehen werden.

6.3 Vorliegend haben die Parteien einen Kaufvertrag bezüglich der Bauparzelle Nr. xxx2, gelegen auf dem Gebiete der Gemeinde O_____, abgeschlossen. Dabei handelt es sich beim abgeschlossenen Vertrag um einen Vertrag, der ein Grundstück betrifft und somit zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedarf (Art. 216 Abs. 1 OR).

Nicht anders verhält es sich bei Vorverträgen, die ein Grundstück betreffen. Auch diese bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 2 OR).

Von diesem Formzwang werden alle objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte erfasst (BGE 135 III 295 E. 3.2).

6.4 Die undatierte Vereinbarung vom April 2007 (Beleg Nr. 1) ist in einfacher Schriftform abgefasst und daher – soweit sie einen Grundstückkaufvertrag bzw. einen Vorvertrag zu einem Grundstückkaufvertrag beinhaltet – an sich formungültig (Art. 216 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 20 Abs. 2 OR). Da die Formvorschrift eine Gültigkeitsvorschrift (Art. 11 Abs. 2 OR) ist und da der Vereinbarung vom April 2007 die gesetzlich vorgeschriebenen Form fehlt, erzeugt der Vertrag grundsätzlich keine rechtsgeschäftlichen Wirkungen und ist nichtig (BGE 137 III 243 E. 4.4.6, 116 II 700 E. 3b).

7.

7.1 Die Parteien haben die Vereinbarung vom April 2007 nicht öffentlich beurkunden lassen, weil sie allesamt auf die diesbezüglichen Ausführungen von Rechtsanwalt und Notar Dr. H_____ vertrauten, dass es vorliegend keiner öffentlichen Beurkundung bedürfe. Weder die Berufungskläger noch der Berufungsbeklagte hatten mithin Kenntnis des Formmangels bei Vereinbarungsabschluss.

7.2 Die Parteien haben im Übrigen der Vereinbarung vom April 2007, mit Ausnahme der Zahlung des Betrages von Fr. 100'000.-- durch den Berufungsbeklagten an die Berufungskläger, vollständig nachgelebt resp. diese erfüllt. Die Parzelle Nr. xxx2 wurde in Stockwerkeigentum übergeführt, überbaut und einzelne StWE-Anteile verkauft. Der Kaufpreis für den Boden von Fr. 1'100'000.-- wurde durch das Überlassen von zwei StWE-Anteilen samt Garagenabstellplätzen an den Berufungsbeklagten vollständig bezahlt. Auch die Entschädigung für die ehemaligen Parkplätze wurde von den Berufungsklägern anerkannt. Die Vereinbarung wurde demnach grossmehrheitlich erfüllt. Unerfüllt blieb die Restzahlung durch den Berufungsbeklagten.

8.

8.1 Der Berufungsbeklagte beruft sich nun auf den Formmangel. Er erklärt, er habe die Vereinbarung in Unkenntnis des Formmangels abgeschlossen und er handle demnach nicht rechtsmissbräuchlich, wenn er sich auf diesen Formmangel berufe. Vielmehr sei die Nichtigkeit von Amtes wegen zu beachten.

8.2 Das Bundesgericht hält die Formungültigkeit für unbeachtlich und die Berufung darauf für unstatthaft, wenn sie - etwa wegen widersprüchlichen Verhaltens - gegen

Treu und Glauben verstösst und damit einen offenbaren Rechtsmissbrauch gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verhält sich rechtsmissbräuchlich, wer einen Vertrag freiwillig, irrtumsfrei und mindestens zur Hauptsache erfüllt hat und hernach den Restanspruch der Gegenpartei unter Verweis auf den Formmangel verweigert (BGE 127 III 506 E. 4, 116 II 700 E. 3b, 112 II 330 E. 2, 112 II 107 E. 3c). „Irrtumsfrei“ bedeutet in diesem Fall in Kenntnis des Formmangels. Die Berufung auf den Formmangel kann grundsätzlich nur unstatthaft sein, wenn die Parteien bei Abschluss und Erfüllung des Vertrages wussten oder in zurechenbarer Weise wissen konnten, dass das durch sie getätigte Rechtsgeschäft der gesetzlichen Formpflicht widerspricht. Wer einen formnichtigen Vertrag freiwillig erfüllt, ohne den Mangel zu kennen, verhält sich nicht widersprüchlich und handelt folglich auch nicht missbräuchlich, wenn er sich nachträglich wegen des Mangels auf die Nichtigkeit beruft. Das gilt selbst dann, wenn angenommen wird, die beidseitige Erfüllung des Vertrages heile den Formmangel, mache also nicht nur dessen Anrufung missbräuchlich (BGE 112 II 330 E. 2b).

8.3 Da der Berufungsbeklagte wie auch die Berufungskläger auf die Ausführungen von Rechtsanwalt und Notar Dr. H._____ vertrauten, eine öffentliche Beurkundung sei vorliegend nicht von Nöten, hatte auch der Berufungsbeklagte keine Kenntnis des Formmangels die abgeschlossene Vereinbarung betreffend. Da er nicht „irrtumsfrei“ und freiwillig die Vereinbarung zur Hauptsache erfüllte, handelt er nicht rechtsmissbräuchlich, wenn er nun den Restanspruch der Berufungskläger unter Verweis auf den Formmangel verweigert (BGE 138 III 401 E. 2.3.1).

9.

9.1 Ein formungültiges Rechtsgeschäft kann im Einzelfall in ein anderes formfrei gültiges Rechtsgeschäft umgedeutet und dadurch erhalten werden. Das OR kennt zwar keine entsprechende Vorschrift, die Möglichkeit der Konversion ist jedoch in der Rechtsprechung und Lehre unumstritten. Sinn und Zweck der Konversion besteht darin, den von den Parteien erstrebten wirtschaftlichen Erfolg auch dann zu verwirklichen, wenn das rechtliche Mittel, das sie gewählt haben, unzulässig ist, jedoch ein anderer rechtlicher Weg zur Verfügung steht, der zum annähernd gleichen wirtschaftlichen Ergebnis führt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss das Ersatzgeschäft inhaltlich im formungültigen Geschäft enthalten sein. Es darf aber nicht weiter reichen, als das von den Parteien beabsichtigte, und weder der einen noch der anderen Partei strengere Verpflichtungen auferlegen (BGE 126 III 185 f., 89 II 441, 80 II 86). Es muss

einen ähnlichen Zweck und Erfolg anstreben wie das nichtige (Schwenzer, Basler Kommentar, 5. A., N. 25 f. zu Art. 11 OR).

9.2 Die einfache Gesellschaft ist die vertragliche Verbindung von mehreren Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks. Sie kann formfrei eingegangen werden. Gegenstand der Einigung ist ausschliesslich die gemeinsame Zweckverfolgung und die Tatsache der Beitragspflicht. Die Art und der Umfang der Beiträge muss nicht von der vertraglichen Einigung umfasst sein; es gilt in diesen Fällen die Regel von Art. 531 Abs. 2 OR. Eine bewusste Gesellschaftsbildung ist nicht erforderlich: Die einfache Gesellschaft kann also auch entstehen, ohne dass sich die Beteiligten bewusst mit dem Willen zusammenschliessen, eine einfache Gesellschaft zu bilden und sich daraus resultierenden Normen zu unterwerfen. In vielen Fällen nehmen die Beteiligten die Bildung der einfachen Gesellschaft nicht wahr (BGE 116 II 707 E. 2a, 124 III 363 E. II/2a; Handschin, Basler Kommentar, 5. A., N. 1 ff. zu Art. 530 OR). Jeder Gesellschafter hat einen Beitrag zu leisten, sei es in Geld, Sachen, Forderungen oder Arbeit. Ist nicht etwas anderes vereinbart, so haben die Gesellschafter gleiche Beiträge, und zwar in der Art und dem Umfang zu leisten, wie der vereinbarte Zweck es erheischt (Art. 531 Abs. 1 und 2 OR).

In Bezug auf die Tragung der Gefahr und die Gewährpflicht finden, sofern der einzelne Gesellschafter den Gebrauch einer Sache zu überlassen hat, die Grundsätze des Mietvertrages und, sofern er Eigentum zu übertragen hat, die Grundsätze des Kaufvertrages entsprechend Anwendung (Art. 531 Abs. 3 OR).

Auslagen und Verbindlichkeiten durch einen geschäftsführenden oder einen andern Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten liegen vor, wenn sie sich auf den Gesellschaftsvertrag abstützen können oder wenn die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen. Fehlt ein expliziter Gesellschaftsvertrag, so sind Auslagen und Verbindlichkeiten in Gesellschaftsangelegenheiten zu ersetzen, wenn sie Folge der gemeinsamen Zweckverfolgung sind, auch wenn die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht vorliegen. In allen übrigen Fällen beschränkt sich der Anspruch auf ungerechtfertigte Bereicherung. Liegt eine Geschäftsführung für die Gesellschaft vor, sind dem Geschäftsführer auch Verluste zu ersetzen, die dabei entstehen. Unter Verluste fallen alle Vermögensnachteile, die bei ihm durch seine Tätigkeit entstehen, soweit er sie nicht selber verschuldet hat. Die Ansprüche aus der Tätigkeit für die Gesellschaft begründen eine Forderung gegen die Gesellschafter insgesamt, die in einem ersten Schritt aus dem ausgeschiedenen Gesellschaftsvermögen zu tilgen ist. Erst in einem zweiten Schritt haften, sofern das Gesellschaftsvermögen nicht

ausreicht, die Gesellschafter persönlich nach Massgabe des Innenverhältnisses, ohne besondere Vereinbarung zu gleichen Teilen, aber nicht solidarisch (Handschin, a.a.O., N. 1 ff. zu Art. 537 OR). Solidarisch haftet jeder Gesellschafter lediglich im Aussenverhältnis für gemeinschaftlich eingegangene Verpflichtungen. Im Innenverhältnis hingegen besteht keine Solidarität (Pestalozzi/Wettenschwiler, Basler Kommentar, 5. A., N. 14 ff. zu Art. 544 OR).

Wer behauptet, Anspruch auf Auslagen und Verbindlichkeiten zu haben, hat dies nach der Beweislastregel (Art. 8 ZGB) zu beweisen. Die Regeln über die Beweislast nach Art. 8 ZGB bestimmen aber nur die Folgen der Beweislosigkeit. Falls über einen erheblichen Sachumstand im Beweisverfahren keine Gewissheit zu erlangen ist, weisen die Beweislastregeln den Richter an, „gegen die beweispflichtige Partei zu entscheiden, diese also die Folgen der Beweislosigkeit“ tragen zu lassen (BGE 107 II 275).

Die Gesellschaft wird aufgelöst, wenn der Zweck, zu welchem sie abgeschlossen wurde, erreicht oder wenn dessen Erreichung unmöglich geworden ist (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR).

9.2.1 Vorliegend bildeten die Parteien eine einfache Gesellschaft, deren Zweck es war die Parzelle Nr. xxx2 zu überbauen, diese in Stockwerkeigentum zu überführen, die Anteile zu verkaufen oder selber zu übernehmen. Die Art und der Umfang der Beiträge der einzelnen Gesellschafter wurde in der Vereinbarung (Belege 1, S. 16 ff.) festgehalten. Z_____ brachte den Boden ein. Y_____ und X_____ hatten die Parzelle zu überbauen, wobei sie hierfür zusammen noch ein Baukonsortium gründeten. Sie waren für die Planung und den Bau allein verantwortlich, trugen ausschliesslich das finanzielle Risiko der gesamten Überbauung, hatten die Gewährleistungsansprüche zu übernehmen und hafteten gegenüber Dritten allein.

Z_____ hatte die entsprechenden Kaufverträge zu unterzeichnen und brauchte sich um die Überbauung ansonsten nicht zu kümmern.

Sämtliche Kaufverträge, mit welchen StWE-Anteile der Überbauung C_____ verkauft wurden, wurden öffentlich beurkundet und die Käufer wurden somit rechtmässig Eigentümer der StWE-Einheiten. Zuletzt verblieben zwei StWE-Einheiten samt Garagenabstellplätzen im Eigentum von Z_____. Diese brauchten nicht öffentlich beurkundet zu werden, da der Boden nicht an die Mitkonsortanten verkauft worden war.

9.2.2 Das Gericht ist der Auffassung, dass vorliegend für das gesamte Rechtsgeschäft Konversion möglich ist. Die heutigen Eigentümer der StWE-Anteile der Überbauung

C_____ sind aufgrund der öffentlich beurkundeten Kaufverträge rechtmässige Eigentümer derselben. Da Z_____, nach Abschluss der Überbauung, Eigentümer der zwei obgenannten StWE-Einheiten samt Garagenabstellplätzen verblieb, hat er gemäss Vertrag die abgemachte Gegenleistung, nämlich die Bezahlung von Fr. 100'000.-- zu erbringen. Dies unabhängig davon, dass er einen StWE-Anteil samt Garagenabstellplatz zwischenzeitlich zum Preis von Fr. 560'000.-- verkauft hat.

9.3 Die Berufungskläger haben den Betrag von Fr. 11'250.-- anerkannt, den sie für die 9-monatige Miete der Grundparzelle schulden, so dass dieser Betrag von den Fr. 100'000.-- in Abzug gebracht werden kann. Mithin schuldet der Berufungsbeklagte den Berufungsklägern Fr. 88'750.--.

9.4 Z_____ wurde für den Betrag von Fr. 100'000.-- betrieben. Der Zahlungsbefehl ging bei ihm am 19. Januar 2009 ein, weshalb der Verzugszins von 5% ab dem 20. Januar 2009 (Art. 104 Abs. 1 OR) geschuldet ist.

10. Der Berufungsbeklagte macht auch im Berufungsverfahren geltend, die Forderung der Berufungskläger sei verjährt, da die Erfüllungszeit in der Vereinbarung vom April 2007 nicht geregelt sei und die Verjährung mithin mit Abschluss der Vereinbarung zu laufen begann. Dem ist nicht so.

Die Parteien vereinbarten nämlich, dass beim Verkauf aller Wohnungen die Hälfte des Bodenkaufpreises von Fr. 550'000.-- 30 Tage nach Eintrag des dritten Kaufvertrages im Grundbuch und die zweite Hälfte am 1. September 2008 zu bezahlen sei.

Falls nicht alle Wohnungen verkauft würden, behielt der Berufungskläger die nicht verkauften Wohnungen, maximal deren zwei mit den entsprechenden Garagenabstellplätzen und es war dann auszugleichen.

Mithin musste, bevor irgendwelche Zahlungen zwischen den Parteien zu erfolgen hatten, feststehen, ob alle Wohnungen verkauft waren oder nicht. Erst wenn dies feststand, griff das erste oder zweite Szenario und die entsprechenden Zahlungen hatten zu erfolgen. Entgegen der Meinung des Berufungsbeklagten war der Erfüllungszeitpunkt festgelegt, jedoch verschiedene je nachdem das erste oder zweite Szenario zur Anwendung kam. Da nicht alle Wohnungen verkauft wurden, hatte eine Abrechnung zwischen den Parteien zu erfolgen, nachdem der Nichtverkauf aller Wohnungen feststand. Erst ab diesem Zeitpunkt begann die 10-jährige Verjährungsfrist gemäss Art. 127 OR zu laufen. Der Berufungsbeklagte wurde am 19. Januar 2007 betrieben und die

Klage am 18. September 2009 eingeleitet. Die Verjährung ist mithin nicht eingetreten und der Betrag von Fr. 88'750.-- grundsätzlich geschuldet.

11. Die Parteien haben in der Vereinbarung von April 2007 wohl die Preise für die Wohnungen und Abstellplätze fest vereinbart, nicht hingegen den Ausbaustandart der Wohneinheiten. Der Berufungsbeklagte konnte jedoch zumindest von einem üblichen Ausbaustandart der Wohnungen ausgehen, die er allenfalls, bei Nichtverkauf, übernehmen musste. Er hat im Rahmen dieses Verfahrens geltend gemacht, - und die diesbezüglichen Positionen einzeln aufgeführt (TB 236) - dass er diverse Bauhandwerkerarbeiten und Einrichtungsgegenstände in seiner Wohnung im Betrag von Fr. 26'007.30 selber bezahlt hat (S. 456). Es kann nicht gesagt werden, dass es sich bei diesen Positionen um Arbeiten oder Einrichtungsgegenstände handelt, die den üblichen Ausbaustandart übersteigen. Da sämtliche Kosten des Bauvorhabens (Baukosten etc.) zu Lasten von Y_____ und X_____ gingen, hätten diese Kosten von diesen übernommen werden müssen. Y_____ hat die Höhe der Kosten, wie in TB 236 aufgeführt, anlässlich seiner Einvernahme als belegt und korrekt bezeichnet (S. 649). Demnach ist der Berufungsbeklagte seiner Beweispflicht nachgekommen und er kann vorliegend den Betrag von Fr. 26'007.80 mit dem den Berufungsklägern geschuldeten Betrag von Fr. 88'750.-- zur Verrechnung bringen.

12. In teilweiser Gutheissung der Berufung und in Abweisung der Anschlussberufung hat der Berufungsbeklagte den Berufungsklägern den Betrag von Fr. 62'742.85 nebst Zins zu 5% seit dem 20. Januar 2009 zu bezahlen.

13. Das Gericht entscheidet in der Regel im Endentscheid über die Prozesskosten, welche sowohl die Gerichtskosten als auch die Parteientschädigung umfassen (Art. 95, 104 f. ZPO). Die Höhe der Prozesskosten richtet sich dabei nach kantonalem Recht (Art. 96, 105 Abs. 2 Satz 1 ZPO); für den Kanton Wallis nach dem Gesetz betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigung 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 Kostennote einreichen (Art. 105 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

Die Berufungskläger sind im Berufungsverfahren mit ihrem Antrag, Z_____ sei zu verpflichten, ihnen Fr. 88'750.-- nebst Zins – zu bezahlen zu $\frac{3}{4}$ durchgedrungen, so-

dass die Kosten des Berufungsverfahrens zu $\frac{3}{4}$ dem Berufungsbeklagten und zu $\frac{1}{4}$ den Berufungsklägern solidarisch auferlegt werden. Von den in erster Instanz geforderten Fr.123'102.25 ist den Berufungsklägern schlussendlich die Hälfte zugesprochen worden, sodass die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens den Parteien je zur Hälfte, den Berufungsklägern solidarisch, auferlegt werden. Diese Aufteilungen gelten ebenfalls für die Parteientschädigungen.

13.1 Die Gerichtskosten setzen sich zusammen aus Pauschalen, insbesondere für den Entscheid (Entscheidunggebühr), 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 (Art. 13 Abs. 3 ZPO; Art. 14 Abs. 1 GTar).

13.1.1 Die Vorinstanz hat die Gerichtskosten auf Fr. 10'500.-- festgelegt. Sie wurden im Berufungsverfahren nicht bestritten und die Berufungsinstanz hat keine Veranlassung diese abzuändern, da sie im Rahmen des Gebührentarifs liegen. Mithin haben beiden Parteien je Fr. 5'250.--, die Berufungskläger solidarisch, an den erstinstanzlichen Gerichtskosten zu bezahlen.

13.1.2 Bei einer geldwerten Streitigkeit des Zivilrechts bewegt sie sich bei einem Streitwert von Fr. 74'007.15 (Fr. 88'750.-- ./ Fr. 14'742.85) in einem Rahmen von Fr. 2'700.-- bis Fr. 9'600.--. Für das Berufungsverfahren kann ein Reduktionskoeffizient von 60 % (Art. 19 GTar) berücksichtigt werden. Im Berufungsverfahren waren gegenüber dem erstinstanzlichen Verfahren die Schadenersatzansprüche und Architekturleistungen nicht mehr strittig. Ansonsten waren dieselben Rechtsfragen zu beurteilen. Das Berufungsverfahren bestand lediglich aus einem einfachen Schriftenwechsel ohne mündliches Verfahren. Das Dossier war relativ umfangreich. Deshalb ist in Berücksichtigung der vorstehend angeführten Kriterien eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'200.-- angemessen. Hievon haben die Berufungskläger solidarisch $\frac{1}{4}$ oder Fr. 800.-- und der Berufungsbeklagte $\frac{3}{4}$ oder Fr. 2'400.-- zu tragen.

Nach Verrechnung mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen über Fr. 13'600.-- (Kläger/Berufungskläger: Fr. 6'250.-- und Fr. 3'100.-- und Beklag-

ter/Berufungsbeklagter: Fr. 4'250.-- [Fr. 100.-- wurden ihm von der Vorinstanz am 23. November 2012 zurückerstattet]) hat der Beklagte/Berufungsbeklagte den Klägern/Berufungsklägern Fr. 3'300.-- für geleisteten Kostenvorschüsse und dem Kantonsgericht Fr. 100.-- zu bezahlen.

13.2 Die Parteientschädigung umfasst den Ersatz notwendiger Auslagen, die Kosten der berufsmässigen Vertretung und, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist, in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. a, b und c ZPO). Das Honorar des Rechtsbeistands richtet sich in der Regel nach dem Streitwert (Art. 27 Abs. 2 und 28 Abs. 1 GTar).

13.2.1 Der vorinstanzliche Richter hat die Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren auf Fr. 13'500.-- (Honorar und Auslagen) festgelegt. Auch hier hat das Kantonsgericht keine Veranlassung diese abzuändern, da sie im Rahmen des GTar festgelegt wurde und von den Parteien nicht angefochten wurde. Mithin schulden sich die Parteien gegenseitig eine Parteientschädigung von Fr. 6'750.--.

13.2.2 Bei einer noch strittigen Forderung von Fr. 74'007.15 (Fr. 88'750.-- ./ Fr. 14'742.85) vor der Berufungsinstanz beträgt der ordentliche Rahmen, Mehrwertsteuer inklusive (Art. 27 Abs. 5 GTar), Fr. 8'400.-- bis Fr. 11'300.-- (Art. 32 Abs. 1 GTar). Für das Berufungsverfahren vor Kantonsgericht ist ein Reduktions-Koeffizient von 60% zu berücksichtigen, womit das Honorar im Prinzip minimal Fr. 3'360.-- und maximal Fr. 4'520.-- beträgt (Art. 35 Abs. 1 lit. a GTar). Bei ausserordentlicher Arbeit darf ein höheres Honorar zugesprochen werden (Art. 29 Abs. 1 GTar). Besteht ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Streitwert und Prozessinteresse oder zwischen der Entschädigung gemäss Tarif und der effektiven Arbeit des Rechtsbeistands, darf das erwähnte Minimum des Honorars unterschritten werden (Art. 29 Abs. 2 GTar; vgl. auch Art. 29 Abs. 3 GTar). Innerhalb des vorgegebenen Rahmens bemisst das Gericht das Honorar mit Rücksicht auf die Natur und Bedeutung des Falles, dessen Schwierigkeit und Umfang sowie der vom Rechtsbeistand nützlich aufgewandten Zeit und der finanziellen Situation der Partei (Art. 27 Abs. 1 GTar). Im Berufungsverfahren wurde ein einfacher Schriftenwechsel durchgeführt. Eine mündliche Berufungsverhandlung fand nicht statt. In Anwendung der obgenannten Kriterien, insbesondere mit Rücksicht auf die Schwierigkeit des Falls und den Arbeitsumfang der Rechtsvertreter, ist es gerechtfertigt, das Honorar im vorgegeben Rahmen auf Fr. 4'000.-- (Auslagen inkl.) festzusetzen. Die Berufungskläger schulden dem Berufungsbeklagten somit solidarisch eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.-- (1/4) und der Berufungsbeklagte schuldet den Berufungsklägern eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (3/4).

das Kantonsgericht erkennt

- in teilweiser Gutheissung der Berufung und in Abweisung der Anschlussberufung -

1. Z_____ bezahlt X_____ und Y_____ den Betrag von Fr. 62'747.70 nebst Zins zu 5% seit dem 20. Januar 2009.
2. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens von Fr. 10'500.-- werden den Parteien je zur Hälfte, ausmachend je Fr. 5'250.--, auferlegt, wobei die Kläger für ihren Anteil solidarisch haften. Die Gerichtsgebühr von Fr. 3'200.-- des Berufungsverfahrens tragen die Berufungskläger solidarisch zu $\frac{1}{4}$ oder Fr. 800.-- und der Berufungsbeklagte zu $\frac{3}{4}$ oder Fr. 2'400.--. Nach Verrechnung mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen über Fr. 13'600.-- (Kläger/Berufungskläger: Fr. 6'250.-- und Fr. 3'100.-- und Beklagter/Berufungsbeklagter: Fr. 4'250.--) hat Z_____ Y_____ und X_____ Fr. 3'300.-- für geleisteten Kostenvorschüsse und dem Kantonsgericht Fr. 100.-- zu bezahlen.
3. Y_____ und X_____ bezahlen Z_____ solidarisch eine Parteientschädigung von Fr. 6'750.-- (inkl. Auslagen) für das erstinstanzliche Verfahren und Fr. 1'000.-- (inkl. Auslagen) für das Berufungsverfahren.
4. Z_____ bezahlt Y_____ und X_____ eine Parteientschädigung von Fr. 6'750.-- (inkl. Auslagen) für das erstinstanzliche Verfahren und Fr. 3'000.-- (inkl. Auslagen) für das Berufungsverfahren.

Sitten, 2. März 2015