

GR_GERICHTE ZK2 2011 4 vom 16. August 2011

GR Gerichte, 2011-08-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2011_4

FR: GR_GERICHTE ZK2 2011 4 du 16 août 2011

IT: GR_GERICHTE ZK2 2011 4 del 16 agosto 2011

Regeste

Forderung | Berufung OR Werkvertrag/Verlagsvertrag

Erwägungen

E. 2

Der in der Betreuung Nr. 20906322 des Betreibungs- und Konkursamtes H. (Zahlungsbefehl vom 08. September 2009) erhobene Rechtsvor- schlag wird für den Betrag von CHF 8'376.80 nebst Zins zu 5% seit 20. Juli 2009 aufgehoben und der Klägerin in diesem Umfang die definitive Rechtsöffnung erteilt.

E. 3

Die Kosten des Kreisamtes G. von CHF 300.00 sowie diejenigen des Bezirksgerichts K., bestehend aus: – Gerichtsgebühr Fr. 5'000.00 – Schreibgebühr Fr. 540.00 – Barauslagen Fr. 0.00 total Fr. 5'540.00 gehen zu Lasten der Beklagten. Die Beklagte hat die Klägerin überdies ausseramtlich mit CHF 5'759.05 zu entschädigen.

E. 4

Die Kosten des Berufungsverfahrens seien der Klägerin aufzuerlegen, diese sei zudem zu verurteilen, der Beklagten eine angemessene Par- teikostenentschädigung für das Berufungsverfahren zu bezahlen.“ Innert erstreckter Frist liess die Berufungsklägerin dem Kantonsgericht mit Einga- be vom 14. März 2011 ihre schriftliche Berufungsbegründung mit unverändertem Rechtsbegehren zukommen. Es wurde ausgeführt, entgegen dem angefochtenen Urteil sei die eingeklagte Forderung einerseits der Höhe nach nicht ausgewiesen und andererseits nicht zur Zahlung fällig. Die Vorinstanz werfe der Berufungsklä- gerin zu Unrecht ein widersprüchliches Verhalten vor, weil diese von der Beru- fungsbeklagten die detaillierten Stundenrapporte herausverlangt habe. Die Vorin- stanz übersehe hier offensichtlich, dass gemäss Abrechnung seitens der Beru- fungsbeklagten Zusatzarbeiten in Rechnung gestellt worden seien. Weiter überse- he die Vorinstanz, dass gemäss Werkvertrag das Angebot vom 9. Oktober 2008 datiere und die Berufungsbeklagte kurz darauf, gemäss Werkvertrag ab Woche 43, d.h. in der Woche ab dem 20. Oktober 2008, mit den Arbeiten begonnen habe. Der Rohbau sei somit im Zeitpunkt der Erstellung der Offerte und des Werkvertra- ges zumindest grösstenteils fertig gestellt gewesen, sicher aber hätten die Detail- pläne vorgelegen. Die Berufungsklägerin sei deshalb der Ansicht, dass sie sich darauf habe verlassen können, dass die im Werkvertrag aufgeführten Mengen korrekt gewesen seien. Gemäss Art. 142 SIA-Norm 118 seien die Ausmasse durch die Bauleitung und den Unternehmer zu ermitteln und gegenseitig in den Messurkunden zu anerkennen, was vorliegend eindeutig nicht erfolgt sei. E. habe sich in seiner Zeugenaussage nicht klar festgelegt, ob er die Schlussrechnung überprüft und abgezeichnet habe. Diesen Beweis habe die Berufungsbeklagte nicht erbracht. Eine

schriftliche Zustimmung der Berufungsklägerin, wie sie für einen Abänderungsvertrag hinsichtlich der Zusatzarbeiten nötig gewesen wäre, liegt unbestritten nicht vor. Beim Formvorbehalt handle es sich um eine der Beru-

Seite 6 — 18 fungsbeklagten bekannte Einschränkung der Vollmachtserteilung an die Bauleitung. Soweit die Berufungsbeklagte zudem einen Arbeitsrapport vorlege, gelte nach wie vor, dass dieser Rapport von der Bauleitung nicht unterzeichnet und auch zu spät vorgelegt worden sei. Ausserdem seien offerierte Arbeiten in einem Betrag von insgesamt Fr. 934.-- nicht ausgeführt worden, womit sich der Werklohn auf Fr. 12'212.--, zuzüglich Mehrwertsteuer und abzüglich der bereits geleisteten Akontozahlung belaufen würde. Weshalb die Vorinstanz davon ausgehe, dass aufgrund des zeitlichen Ablaufs davon auszugehen sei, die Berufungsbeklagte habe der Berufungsklägerin den Garantieschein zugestellt, sei schleierhaft. Ebenfalls nicht nachvollziehbar sei, dass die Bestreitung des Erhalts des Garantiescheines rechtsmissbräuchlich sein solle. G. Ebenfalls innert erstreckter Frist beantragte die Berufungsbeklagte mit Berufungsantwort vom 11. Mai 2011 die kosten- und entschädigungspflichtige Abweisung der Berufung. Sie verwies auf die Argumente im angefochtenen Urteil und begründete darüber hinaus, der Inhalt der SIA-Normen sei eine Tatsachenhauptung, welche von der Berufungsklägerin bewiesen werden müsse. Vorliegend sei weder die Tatsache rechtzeitig behauptet noch der Beweis erbracht worden, weshalb der Hinweis der Berufungsklägerin auf die SIA-Norm 118 nicht weiter zu berücksichtigen sei. Ohnehin schliesse die Ermittlung des Ausmasses einer Arbeitsteilung zwischen Bauleitung und Unternehmer nicht aus. Massgebend sei, dass die Ausmasse pflichtgemäss und aufmerksam durch den Bauleiter kontrolliert würden. Vorliegend habe der Bauleiter die Kontrolle und Überprüfung der Ausmasse als Zeuge bestätigt. Zudem habe er die ihm schriftlich von der Berufungsbeklagten zusammen mit der Schlussrechnung vorgelegten Ausmasse unterzeichnet. Ziffer 2 Abs. 2 der Allgemeinen Bedingungen zum Werkvertrag besage, dass die Bauleitung für die Einhaltung der Werkverträge und der Bauausführung als Gesamtes verantwortlich sei und gegenüber den Unternehmern und allen Personen auf der Baustelle sowie für Dispositionen weisungspflichtig sei. Diese generelle Vollmachtserteilung entbehre jeglichen Sinnes, wenn nun gemäss Ziffer 19 sämtliche Arbeiten, welche auch nur in minimster Weise von der Offerte oder der im Werkvertrag erwähnten Aufgaben abwichen, wiederum eine schriftliche Erlaubnis der Bauherrschaft benötigen würden. Durch die Verhaltensweise der Parteien sei die vorbehaltene Formpflicht von Ziffer 10 Abs. 2 in Anwendung von Art. 16 OR formfrei oder konkludent wieder aufgehoben worden. Weshalb der Arbeitsrapport zu spät vorgelegt worden sein soll, werde nicht begründet. Auch würden keine Gründe für die Rüge der fehlenden Unterschrift aufgeführt. Hierzu sei zu bemerken, dass der Rapport von der Bauleitung nicht beanstandet und da-

Seite 7 — 18 mit ebenfalls genehmigt worden sei. Der Bauleiter habe die Schlussrechnung unterzeichnet, was eine Anerkennung der aufgeführten Leistungen und deren Umfangs darstelle. Er habe denn auch vor der Vorinstanz bezeugt, dass er die Schlussrechnung geprüft habe, dass die darin erfassten Leistungen erbracht worden seien und dass die Zusatzkosten auf mündlich vereinbarte Offertenänderung sowie auf Abweichungen in den tatsächlichen Ausmassen zurückzuführen seien. Damit sei bewiesen, dass die in Rechnung gestellten Arbeiten tatsächlich geleistet worden seien. Auf die weiteren Erwägungen im angefochtenen Urteil und auf die weiteren Ausführungen der Parteien in den Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, im Folgenden eingegangen. II. Erwägungen 1.

Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts K. erging am 24. August 2010 und wurde am 30. November 2010, somit vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (CH-ZPO; SR 272) am 1. Januar 2011, mitgeteilt. Anwendbar ist damit gemäss Art. 405 Abs. 1 der CH-ZPO noch die Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden (ZPO; BR 320.000). 2. Gegen Urteile der Bezirksgerichte über vermögensrechtliche Streitigkeiten im Betrag von über Fr. 8'000.-- kann Berufung an das Kantonsgericht ergriffen werden (Art. 218 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 ZPO). Die Berufung ist innert der peremptorischen Frist von 20 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des begründeten Urteils zu erklären und hat die formulierten Anträge auf Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und der Beurteile sowie Einreden, soweit solche noch zulässig sind, zu enthalten (Art. 219 Abs. 1 ZPO). Das Kantonsgericht ist in der Beweiswürdigung und in der rechtlichen Beurteilung frei (Art. 229 Abs. 1 ZPO). Gegenstand der vorliegenden Streitsache bildet zur Hauptsache eine Forderung aus Werkvertrag in Höhe von Fr. 8'578.75. Damit ist der Berufungswert erreicht und die Zuständigkeit des Kantonsgerichts von Graubünden zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache als Berufungsinstanz gegeben. Das angefochtene Urteil wurde den Parteien am 30. November 2010 mitgeteilt. Mit Eingabe der Berufungserklärung vom 17. Dezember 2010 wurde die Berufungsfrist von 20 Tagen gewahrt. Da die Berufung auch den übrigen Formerfordernissen entspricht, kann darauf eingetreten werden.

Seite 8 — 18 3.a) Unbestritten ist, dass die Parteien am 9. Oktober 2008 einen Werkvertrag im Sinne von Art. 363 ff. des Obligationenrechts (OR; SR 220) abgeschlossen haben. Ebenso steht fest, dass sich das Bestehen bzw. Nichtbestehen der eingeklagten Werklohnforderung nach Art. 373 OR („feste Übernahme“) bestimmt. Die Parteien sind sich jedoch nicht einig, ob im Werkvertrag vom 9. Oktober 2008 nebst Löhnen und Materialpreisen auch das Ausmass verbindlich vereinbart worden ist, mithin, ob sie einen Pauschal- oder einen Einheitspreis vereinbart haben. b) Wurde die Vergütung zum Voraus genau bestimmt, so ist der Unternehmer unter Vorbehalt von ausserordentlichen Umständen nach Art. 373 Abs. 2 OR verpflichtet, das Werk um diese Summe fertigzustellen, und darf keine Erhöhung fordern, selbst wenn er mehr Arbeit oder grössere Auslagen gehabt hat, als vorgesehen war (Art. 373 Abs. 1 OR). Als vorgängige genaue Bestimmung der Vergütung im Sinne von Art. 373 Abs. 1 OR kommt dabei neben dem Pauschalpreis auch der Einheitspreis in Betracht, da vorgängige Bestimmbarkeit genügt (Zindel/Pulver, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar OR I, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 373 N 5, mit weiteren Hinweisen). Ein Pauschalpreis liegt vor, wenn der Unternehmer das Werk zu einer im Voraus genau bestimmten Geldsumme herzustellen hat. Jener ist von den tatsächlichen Erstellungskosten unabhängig und - von ausserordentlichen Umständen abgesehen - unabänderlich. Der Einheitspreis hingegen wird pro Masseinheit der vom Unternehmer zu erbringenden Leistung festgelegt. Masseinheiten sind solche des Messens, Wägens oder Zählens, z.B. Laufmeter, Kubikmeter, Kilo/Tonne, Stückzahl. Die für die fragliche Leistung geschuldete Vergütung ergibt sich aus der Menge der vom Unternehmer geleisteten Einheiten, multipliziert mit dem zugehörigen Einheitspreis. Wie der Pauschalpreis hat auch der Einheitspreis Festpreischarakter (Zindel/Pulver, a.a.O., Art. 373 N 6 f.; Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, N 915 ff.). Der Unternehmer hat Anspruch auf Bezahlung des zum Voraus genau bestimmten Preises je geleisteter und erforderlicher Einheit, weshalb der vereinbarte Einheitspreis nichts anderes ist als eine pauschale Vergütung für eine bestimmte Einheit einer bestimmten Leistung (Gauch, Der Werkvertrag, N 929). c) Die Vorinstanz ist im angefochtenen Urteil (Erwägung 2.b) zu

Recht zum Schluss gekommen, der Berufungsklägerin sei der Nachweis der Vereinbarung eines Pauschalhonorars misslungen, weshalb sie von einem Einheitspreis ausgegangen ist. Im Werkvertrag vom 9. Oktober 2008 wurden durchwegs die einzelnen Leistungen der verputzten Aussenwärmedämmung aufgezählt, wobei die Einheitspreise (pro m oder m² etc.) der einzelnen Positionen mit ihren voraussichtlichen Mengeneinheiten multipliziert wurden. Die Addition der so errechneten Be-

Seite 9 — 18 träge ergab die Auftragssumme von brutto Fr. 13'146.--. Es könnte sich höchstens fragen, ob damit eine „Pauschalierung“ der Einheitspreise stattgefunden hat, wofür die sich darauf berufende Berufungsklägerin beweisbelastet wäre. Die konkrete Ausrechnung eines Offertbetrages aufgrund der voraussichtlichen Mengeneinheiten entspricht jedoch gängiger Praxis. Sie dient dem Besteller lediglich zum Vergleich verschiedener Konkurrenzofferten und hat rechtlich nicht einmal die Bedeutung eines ungefähren Kostenansatzes im Sinne von Art. 375 OR. Trotz Positionsbetrag und Gesamtsumme behalten die eingesetzten Einheitspreise ihren Charakter, weshalb sich insoweit die vom Besteller geschuldete Vergütung auf der Grundlage der geleisteten Einheiten und nicht nach Positionsbetrag oder Gesamtsumme bestimmt. Letztere stellt lediglich ein Indiz für die mögliche Höhe der vom Besteller für die Ausführung des Werkes zu leistenden Gesamtvergütung dar, kann im Einzelfall aber erheblich von dieser abweichen. Obwohl die Gesamtsumme des Leistungsverzeichnisses auch als Auftrags- oder Vertragssumme bezeichnet wird, ist sie selber kein Vertragspreis, sondern bleibt für die Parteien unverbindlich, auch wenn das Leistungsverzeichnis in den Einheitspreisvertrag übernommen wurde (zum Ganzen: Gauch, Der Werkvertrag, N 931 f.). Somit ist mangels Nachweis einer anderweitigen Abrede nicht von einer „Pauschalierung“ der Einheitspreise, sondern von einem Einheitspreisvertrag auszugehen.

d) Neben der umschriebenen Art der Preisfestlegung im Vertrag ist vorliegend für die Abgrenzung zwischen Pauschal- und Einheitspreisvertrag insbesondere Ziffer 16 der Allgemeinen Bedingungen zum Werkvertrag zu beachten, wonach das Ausmass aller Arbeiten fortlaufend mit der Bauleitung aufzunehmen ist, insbesondere der Arbeiten, die aufgrund des Baufortschrittes sonst nicht mehr aufgenommen werden können. Dies zeigt, dass die im Vertrag angegebenen Mengenangaben in Wahrheit lediglich die voraussichtlichen Ausmasse betreffen und entlarvt die Auffassung, wonach die Mengenangaben bereits zum Voraus verbindlich vereinbart worden sein sollen, als unzutreffend. Ziffer 8 der Allgemeinen Bedingungen, wonach die „eingereichte Offerte mit Löhnen und Materialpreisen“ für den Unternehmer für die Dauer des Bauens verbindlich ist, ist hingegen für die Beantwortung der sich hier stellenden Abgrenzungsfrage nicht einschlägig. Der offenbar von der Berufungsbeklagten daraus gezogene Umkehrschluss, die Offerte sei hinsichtlich der Löhne und Materialpreise, nicht aber bezüglich des Ausmasses verbindlich, ist abzulehnen. Nicht einmal der Wortlaut spricht für diese Auffassung. Dass die im Vertrag angegebenen Mengenangaben lediglich die voraussichtlichen Ausmasse betreffen, ergibt sich wie gesehen bereits aus Ziffer 16 der Allgemeinen Bedingungen. Ziffer 8 geht auch hiervon aus, beschränkt ihren Inhalt jedoch auf

Seite 10 — 18 die Verbindlichkeit der Offerte und grenzt diese somit von einer blossen Einladung zur Offertstellung („invitatio ad offerendum“) ab. e) Entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin ist der Stand der Planung zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung aufgrund der klaren vertraglichen Grundlagen irrelevant. Aus Letzteren ergibt sich, dass

das Ausmass der zu erbringenden Leistungen nicht bereits zum Vornherein fest vereinbart worden ist. Sodann ist aufgrund der Zeugenaussage des Bauleiters davon auszugehen, dass die Offertstellung auf Vorausmassen beruhte, die im Büro erstellt worden waren, und nicht auf Grundlage der definitiven Pläne erfolgte. Die Berufungsklägerin konnte auch aus diesem Grund nicht davon ausgehen, die im Werkvertrag aufgeführten Mengen seien unabänderlich. f) Ob der Berufungsklägerin, wie von der Vorinstanz getan, widersprüchliches Verhalten vorgeworfen werden kann, erscheint fraglich, kann aber aufgrund des bisher Ausgeführten dahingestellt bleiben. Immerhin weist die Berufungsklägerin zu Recht darauf hin, dass eine Position der Zusatzarbeiten in Regie ausgeführt wurde und hierfür ein Rapport besteht (KB 5). Ausserdem enthält die Schlussrechnung einen Vermerk „Geleistete Aussenwärmemedämmung/Ausmassblätter 1-2 inkl. Regierapporte 1“. Es kann daher nicht zum Vornherein von widersprüchlichem Verhalten gesprochen werden, wenn die Berufungsklägerin die Stundenrapporte herausverlangte (KB 6), im Übrigen aber auf einem Pauschalpreis beharrt. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass von einem Einheitspreisvertrag auszugehen ist. Die im abgeschlossenen Werkvertrag angegebenen Mengenangaben betreffen somit lediglich die voraussichtlichen Ausmasse und sind unverbindlich. 4.a) Zu prüfen ist weiter, ob der Nachweis der in der Schlussrechnung vom 24. April 2009 (KB 2 und 3) verrechneten Ausmasse erbracht worden ist. Entgegen der Berufungsbeklagten scheidet der Hinweis der Berufungsklägerin auf die SIA-Norm 118 nicht an der fehlenden rechtzeitigen Behauptung oder am fehlenden Beweis deren Inhalts durch die Berufungsklägerin. Die Berufungsbeklagte selbst hat den Werkvertrag vom 9. Oktober 2008 ins Recht gelegt und daraus Ansprüche abgeleitet. Der Werkvertrag erklärt nun in Ziffer 1 der Allgemeinen Bedingungen die Bestimmungen der SIA-Norm 118 ausdrücklich als anwendbar und verweist darüber hinaus auch andernorts mehrmals auf ebendieses Regelwerk. Dem erkennenden Gericht ist es damit im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen unbenommen, das gesamte Vertragswerk unter Einschluss der global über-

Seite 11 — 18 nommenen allgemeinen Geschäftsbedingungen, wozu auch die SIA-Norm 118 gehört, zu würdigen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4P.209/2001 vom 4. Dezember 2001 E. 2). Dabei braucht die SIA-Norm 118 nicht bei den Akten zu liegen. Im angeführten Bundesgerichtsentscheid (E. 3.a) wurde erwogen, die Auffassung des Kantonsgerichts von Graubünden, wonach die SIA-Norm notorisch sei, verletze das Willkürverbot keineswegs (vgl. hierzu auch Siegenthaler/Stöckli, „Ist die SIA-Norm 118 gerichtsnotorisch?“ - Eine Umfrage bei Zivilgerichten, in: BR 2008 S. 37 ff.). b) Der von der Berufungsklägerin als verletzt gerügte Art. 142 Abs. 1 SIA-Norm 118 lautet: „Bauleitung und Unternehmer ermitteln gemeinsam, fortlaufend und zeitgerecht, möglichst innert Monatsfrist, die Ausmasse und anerkennen sie gegenseitig in den Massurkunden“. Die Ermittlung und Anerkennung des Ausmasses muss aber nicht zwingend fortlaufend nach Arbeitsabschnitten, sondern kann auch erst am Ende erfolgen (Gauch, Der Werkvertrag, N 920; Schumacher, in: Gauch [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118 Art. 38-156, Zürich 1992, Art. 142 N 6). Inhalt und Form der gegenseitigen Anerkennungserklärungen werden von Art. 142 Abs. 1 SIA-Norm 118 offen gelassen. In der Praxis sind verschiedene Erscheinungsformen üblich, insbesondere die Unterzeichnung mit dem vollen Namenszug oder das Visum mit den blossen Initialen, aber auch blosses Abhaken durch eine Partei. Auch Sammelanerkennungen sind weit verbreitet, weil sehr praktisch, und erfüllen Art. 142 Abs. 1 SIA-Norm 118 ebenfalls (vgl. hierzu: Schumacher, Ausmasse und Regierapporte: ein effizientes Beweissicherungssystem, in: BR 2009, S. 30). c) Unter Bezugnahme auf die

zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz (E. 3.b [Art. 229 Abs. 3 ZPO]) ist festzuhalten, dass die Schlussrechnung vom 24. April 2009 ausdrücklich auf die “Ausmassblätter 1-2 inkl. Regierapporte 1“ Bezug nimmt und vom Bauleiter E. unterzeichnet wurde (KB 2 und 3). Ebenfalls im Recht liegt eine von Letzterem verfasste Zahlungsanweisung vom 26. April 2009 über den mit der Schlussrechnung geforderten Betrag von Fr. 8'203.75. Die Unterzeichnung der Schlussrechnung mit dem ausdrücklichen und abgehakten Verweis auf die Ausmassprotokolle entspricht zumindest einer Sammelanerkennung, mit welcher die integrierenden Bestandteil der Schlussrechnung bildenden Ausmassblätter anerkannt wurden. Es kann offen bleiben, ob damit auch eine Schuldanererkennung begründet wurde (contra: Gauch, Der Werkvertrag, N 921). Jedenfalls begründet die visitierte Schlussrechnung samt Verweis auf die Ausmassprotokolle eine tatsächliche Vermutung der Richtigkeit und Notwendigkeit des in den Ausmassprotokollen verkündeten Aufwands (Bühler, in: Koller [Hrsg.], Aktuelle Pro-

Seite 12 — 18 bleme des privaten und öffentlichen Baurechts, St. Gallen 1994, S. 298; Gauch, Der Werkvertrag, N 921 mit zahlreichen Hinweisen; Schumacher, Kommentar zur SIA-Norm 8, Art. 142 N 9). Aufgrund dieser tatsächlichen Vermutung wäre es an der Berufungsklägerin gelegen, den Gegenbeweis zu erbringen. Dabei vermag nicht jeder beliebige Einwand die Vermutung zu entkräften; die Einwendungen müssen sich vielmehr auf den konkreten Einzelfall beziehen, substantiiert sein und bewiesen werden (Schumacher, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 142 N 9). Da die Berufungsklägerin in Bezug auf die protokollierten Ausmasse nichts Substantiiertes vorzubringen vermag und sich im Wesentlichen auf die Rüge der Verletzung von Art. 142 SIA-Norm 118 beschränkt, scheidet sie mit dem ihr obliegenden Gegenbeweis zum Vornherein. Zu demselben Ergebnis führt die Würdigung der Zeugenaussage des vorinstanzlich einvernommenen Bauleiters E., wonach er seiner Auffassung nach die Schlussrechnung überprüft und abgezeichnet habe. Seine diesbezüglichen Unterlagen seien derzeit bei Rechtsanwalt M. in N. deponiert. Auch wenn von der Formulierung dieser Aussage her nicht von einer eindeutigen Festlegung ausgegangen werden kann, so stimmt sie doch mit dem übrigen Beweisergebnis überein und ergibt ein schlüssiges Gesamtbild. Es ist unwahrscheinlich, dass der Bauleiter als Fachperson die Schlussrechnung unterzeichnet und die einzelnen Beträge mit Hinweis auf die Ausmassblätter und Regierapporte abhakt, wenn er die Positionen nicht überprüft hätte und diese nicht tatsächlich korrekt wären. In Präzisierung der diesbezüglichen vorinstanzlichen Ausführungen ist festzustellen, dass die Anerkennung der Ausmasse durch den Bauleiter E. durch die diesem in den Allgemeinen Bedingungen zum Werkvertrag erteilte Vollmacht klar gedeckt ist (vgl. die Ziffern 2, 6 und 16). Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte, dass der Bauleiter die Berufungsklägerin insoweit nicht tatsächlich richtig verstanden haben könnte. Die Anerkennung der Ausmasse durch den Bauleiter wäre sodann auch von einer objektivierten Auslegung der Bevollmächtigung des Bauleiters erfasst (vgl. Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 9. Aufl., Zürich 2008, N 1345). Schliesslich griffe der von der Vorinstanz herbeigezogene Gutgläubensschutz aufgrund der im Werkvertrag gegenüber der Berufungsbeklagten kundgegebenen Vollmacht (vgl. hierzu auch Schumacher, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 142 N 9). Im Übrigen wird von der Berufungsbeklagten gar nicht geltend gemacht, die Anerkennung der Ausmasse sei durch die dem Bauleiter erteilte Vollmacht nicht gedeckt. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass der in den Ausmassblättern verkündete Aufwand als richtig und notwendig zu betrachten ist.

Seite 13 — 18 5.a) Die Berufungsklägerin macht geltend, die in der Schlussrechnung mit Fr. 2'090.85 belasteten Zusatzarbeiten seien mangels ihrer schriftlichen Zustimmung nicht vertragskonform in Auftrag gegeben worden. Gemäss Ziffer 10 Abs. 2 der Allgemeinen Bedingungen des Werkvertrages werden Rechnungsbeträge für Arbeiten ausserhalb der Offerte nur anerkannt, soweit vor deren Ausführung eine Offerte eingereicht und daraufhin eine schriftliche Bestellung der Bauleitung erfolgt. Diese Regel kann nach Ziffer 19 der Allgemeinen Bedingungen ohne schriftliche Zustimmung der Bauherrschaft weder ganz noch teilweise abgeändert oder aufgehoben werden. b) Ziffer 10 Abs. 2 der Allgemeinen Bedingungen statuiert für Bestellungen Änderungen einen Formvorbehalt im Sinne von Art. 16 OR, weshalb zu vermuten ist, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollten (Art. 16 Abs. 1 OR). Diese Vermutung kann jedoch u. a. durch den Nachweis widerlegt werden, dass der Vertrag zustande gekommen ist, indem die Parteien sich den übereinstimmenden Abschlusswillen zwar nicht in der vereinbarten Form, in Wirklichkeit aber doch erklärt haben - sei es ausdrücklich, sei es durch konkludentes Handeln (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, a.a.O., N 593). Die Parteien können sich also ohne weiteres formfrei über ihren vertraglichen Formvorbehalt hinwegsetzen und selbst eine Formabrede für die Aufhebung des Formvorbehaltes - wie sie in Ziffer 19 der Allgemeinen Bedingungen enthalten ist - kann formlos aufgehoben werden (Schumacher, Ausmasse und Regierapporte: ein effizientes Beweissicherungssystem, S. 36). c) Die Berufungsklägerin bestreitet zu Recht nicht, dass die Bestellungen Änderungen (Zusatzarbeiten im Umfang von Fr. 2'090.85) von ihrem Bauleiter in Auftrag gegeben wurden und von der Berufungsbeklagten dementsprechend ausgeführt worden sind. Die vertraglichen Formvorbehalte wurden, wie die Vorinstanz richtig erkannt hat (E. 3.c am Ende des angefochtenen Urteils), formfrei aufgehoben: Nach der Lebenserfahrung besprechen Unternehmer und Architekt die Ausführung der Arbeiten im einzelnen meist an Ort und Stelle, auf dem Bauplatz, wobei bei dieser Gelegenheit auf allfällige, im Lauf der Arbeit auftretende Schwierigkeiten hingewiesen wird, Mängel gerügt, Änderungen angeordnet werden usw. Die Zustellung einer - aus Gründen der (späteren) Beweisführung eingeschriebenen - schriftlichen Bestätigung über Punkte, die bei der mündlichen Besprechung geregelt worden sind, kann vom Empfänger mit einigem Recht als Misstrauenskundgebung empfunden werden und der gedeihlichen Zusammenarbeit zwischen Unternehmer und Bauleitung abträglich sein. Ebenso ist zu berücksichtigen, dass die Unternehmer, vor allem die Inhaber von kleinen und mittleren Betrieben, Hand-

Seite 14 — 18 werker sind, denen die Gewandtheit im schriftlichen Ausdruck häufig fehlt. Es wäre lebensfremd, das Zustandekommen der im Laufe der Arbeiten zwischen einem Unternehmer und dem Bauherrn oder seinem Vertreter getroffenen Abmachungen von Förmlichkeiten abhängig zu machen, die in der Praxis nur ausnahmsweise befolgt werden, weil ihre strikte Einhaltung ein reibungsloses Zusammenarbeiten gefährden würde (vgl. BGE 95 II 42 E. 2.b). d) Die Berufungsklägerin ist nicht zu hören, wenn sie einwendet, der Vorbehalt der Schriftform in Ziffer 19 der Allgemeinen Bedingungen (Vorbehalt der schriftlichen Zustimmung der Bauherrschaft zu Änderungen der Allgemeinen Bedingungen) bilde eine Einschränkung der an die Bauleitung erteilten Vollmacht. Mangels Nachweises, dass der Bauleiter die Berufungsklägerin insoweit tatsächlich richtig verstanden hat, ist das Vertrauensprinzip massgebend (vgl.

Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, a.a.O., N 1345). Zu Recht weist die Berufungsbeklagte auf Ziffer 2 Abs. 2 der Allgemeinen Bedingungen des Werkvertrages hin, wonach die Bauleitung für die Einhaltung der Werkverträge und der Bauausführung als

Gesamtes verantwortlich und gegenüber dem Unternehmer und allen Personen auf der Baustelle sowie für Dispositionen weisungspflichtig ist. Aufgrund dessen durfte und musste der Bauleiter nach Treu und Glauben klarerweise nicht davon ausgehen, seine formfreien, sich in sehr beschränktem Rahmen haltenden, Beststellungsänderungen stünden in dem Sinn unter dem Vorbehalt der schriftlichen Zustimmung der Bauherrschaft, dass sie von der ihm erteilten Bevollmächtigung nicht gedeckt seien. Dasselbe gilt schliesslich für den Gutgläubensschutz der Berufungsbeklagten: Auch diese musste angesichts der genannten vertraglichen Grundlagen nicht von einer Beschränkung der Vollmachtserteilung an die Bauleitung ausgehen. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich die Parteien einvernehmlich über ihre vertraglichen Formvorbehalte hinweggesetzt haben und den Zusatzarbeiten somit gültig zustande gekommene Änderungsverträge (Beststellungsänderungen) zugrunde liegen. 6.a) In ihrer Berufung bemängelt die Berufungsklägerin, der Arbeitsrapport vom 17. Dezember 2008 (KB 5) sei nicht von der Bauleitung unterzeichnet und zu spät vorgelegt worden. b) Gemäss den Akten wurde der fragliche Arbeitsrapport dem Bauleiter am 19. Dezember 2008 per Fax zugestellt. Gemäss Art. 47 Abs. 2 SIA-Norm 118 hatte die Bauleitung diesen Rapport unverzüglich zu prüfen und ihn der Berufungsbe-

Seite 15 — 18 klagten in der für sie bestimmten Anzahl Exemplare innert 7 Tagen unterzeichnet zurückzugeben. Auch nach Ziffer 13 der Allgemeinen Bedingungen zum Werkvertrag müssen Rapporte täglich bzw. bei jedem Besuch der Bauleitung zur Unterschrift vorgelegt werden, mangels dessen sie „nicht anerkannt“ werden. Der Arbeitsrapport vom 17. Dezember 2008 wurde jedoch nicht innert 7 Tagen vom Bauleiter unterschrieben und zurückgesendet. Es stellt sich somit die Frage, ob dennoch eine natürliche Vermutung dafür begründet wurde, dass sein Inhalt der Wahrheit entspricht und der ausgewiesene Aufwand nötig war, wie dies der Fall bei einem beidseitig unterzeichneten Rapport gewesen wäre (Gauch, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 47 N 15). In der Lehre wird die überzeugende Auffassung vertreten, diese tatsächliche Vermutung werde auch erzeugt, wenn die Bauleitung säumig sei, z. B. dem Ausmessen fernbleibe oder - wie vorliegend - Regierapporte verspätet oder überhaupt nicht gegengezeichnet zurückgebe (Schumacher, in: Gauch/Tercier, Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, N 512). Im Übrigen ist vorliegend jedenfalls aufgrund weiterer Tatsachen auf die erwähnte Vermutungsfolge (inhaltliche Richtigkeit und Notwendigkeit des im Rapport ausgewiesenen Aufwandes) zu schliessen. Hierbei fällt insbesondere ins Gewicht, dass im Faxschreiben dem Bauleiter eröffnet wurde, mangels Kontrolle und Unterzeichnung des Rapportes bis zum angegebenen Termin (26. Dezember 2008) gelte dieser als genehmigt, dass die Schlussrechnung, die ausdrücklich auf den Rapport verwies, vorbehaltlos unterschrieben wurde, sowie dass der Bauleiter - wenn er sich dabei auch nicht eindeutig festlegte (vorstehend E. 4.c) - als Zeuge aussagte, die Schlussrechnung überprüft und unterzeichnet zu haben. Daraus ist zu schliessen, dass der Inhalt des Rapportes der Wahrheit entspricht und der ausgewiesene Aufwand nötig war. c) Weshalb der Arbeitsrapport vom 17. Dezember 2008 „in den Augen der Berufungsklägerin auch zu spät vorgelegt“ worden sein soll, begründet diese mit keinem Wort und ist auch nicht ersichtlich. Der Einwand erweist sich als haltlos. Der Rapport betrifft am 17. sowie am 18. Dezember 2008 ausgeführte Arbeiten und am 19. Dezember 2008 wurde er gemäss den Akten an die Bauleitung gefaxt.

E. 7

Die Berufungsklägerin bestreitet sodann die Ausführung von offerierten Arbeiten im Umfang von Fr. 934.--. Zur Begründung verweist sie einzig auf ihre Ausführungen in ihrer Prozessantwort vor der Vorinstanz vom 23. April 2010. Mit den Erwägungen des vorinstanzlichen Urteils befasst sie sich diesbezüglich nicht. Auf die Rüge ist daher mangels einer hinreichend substantiierten Begründung im Sinne von Art. 227 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 223 und Art. 109 ZPO nicht

Seite 16 — 18 weiter einzugehen (vgl. PKG 2000 Nr. 7 E. 3 und 5; Urteile der Zivilkammer ZF 06 30 vom 27. Juni 2006 E. 1.c; ZF 05 66 vom 17. Januar 2006 E. 3). Auch in der Prozessantwort vom 23. April 2010 hat die Berufungsklägerin ihren Einwand übrigens nicht näher substantiiert und beschränkte sich auf einen Verweis auf Klagebeilage 4. Behauptungen gehören jedoch in die Rechtsschriften, blosser Verweise auf Beilagen genügen der Substantiierungsobliegenheit nicht. Mit ihrem Einwand, offerierte Arbeiten im Umfang von Fr. 934.-- seien nicht erbracht worden und deshalb vom Werklohn abzuziehen, begibt sie sich nebenbei in Widerspruch zu ihrer Behauptung, es sei ein Pauschalpreis vereinbart worden: Da sie sich mit diesem Einwand implizit auf den Standpunkt stellt, es komme auf die tatsächlich erbrachten Ausmasse an - denn nur in diesem Fall können geringere Ausmasse als vorgesehen berücksichtigt werden -, anerkennt sie die Vereinbarung eines Einheitspreises. Läge hingegen, wie dies die Berufungsklägerin zunächst behauptet hat, ein Pauschalpreis vor, so stünde dies der Berücksichtigung geringerer Ausmasse grundsätzlich entgegen (vgl. Gauch, Der Werkvertrag, N 902 ff.). Die Berufungsklägerin kann mit anderen Worten nicht ohne Widerspruch die Berücksichtigung geringerer Ausmasse als der Vorgesehenen zu ihren Gunsten verlangen und gleichzeitig ihre Vergütungspflicht für grössere Ausmasse mit dem Hinweis auf einen angeblich vereinbarten Pauschalpreis bestreiten. Endlich ist ihr entgegenzuhalten, dass klarerweise ein Einheitspreis vereinbart worden ist und die geringeren Ausmasse in der Schlussrechnung der Berufungsbeklagten bereits Eingang gefunden haben, weshalb sie selbstverständlich nicht nochmals in Abzug gebracht werden können.

E. 8

Schliesslich ist die Fälligkeit der eingeklagten Forderung zu prüfen. Gemäss Ziffer 10 Abs. 1 letzter Satz der Allgemeinen Bedingungen hat die Schlusszahlung nach Erhalt des Garantiescheines zu erfolgen. Die Berufungsklägerin bestreitet dessen Zustellung und bringt vor Kantonsgericht vor, ihre Berufung hierauf sei entgegen dem angefochtenen Urteil nicht rechtsmissbräuchlich. Ob der gemäss den Akten am 27. April 2009 ausgestellte Garantieschein (KB 9) zugestellt wurde, ist eine Frage der Beweiswürdigung, wozu auch das (vorprozessuale und prozessuale) Verhalten der Parteien zu würdigen ist. Dabei fällt vorab in Betracht, dass die Berufungsklägerin die fehlende Zustellung erst in der Klageantwort und insbesondere noch nicht im Schreiben vom 3. September 2009 (KB 6) geltend gemacht hat. Zudem hat die Vorinstanz zu Recht auf den zeitlichen Ablauf hingewiesen. Der Garantieschein wurde von der L. drei Tage nach Erstellung der Schlussrechnung und einen Tag nach Erstellung der Zahlungsanweisung des

Seite 17 — 18 Bauleiters ausgestellt. Aufgrund dieser Tatsachen ist für das erkennende Gericht erstellt, dass der Garantieschein in den Tagen nach seiner Ausstellung, welche als solche gar nicht bestritten wird, der Berufungsklägerin auch zugestellt worden ist. Der Vorinstanz kann schliesslich auch nicht vorgeworfen werden, sie habe die Tragweite des Rechtsmissbrauchsverbots verkannt. Hätte die Berufungsbeklagte den Garantieschein tatsächlich nicht erhalten und die Bezahlung von dessen Zustellung abhängig machen

wollen, hätte sie dies nach Treu und Glauben der Berufungsbeklagten bereits früher und nicht erst in der Klageantwort mitteilen müssen. Es kann nicht angehen, stillschweigend oder mit ausschliesslich anderen Gründen die Zahlung zu verweigern und nach Klageeinleitung plötzlich vorzubringen, die Forderung sei mangels Zustellung des Garantiescheins noch gar nicht fällig. Nach dem Gesagten steht fest, dass die eingeklagte Forderung infolge Zustellung des Garantiescheines fällig ist.

E. 9

Weiter beanstandet die Berufungsklägerin das angefochtene Urteil nicht. Insbesondere macht sie nicht geltend, die vorinstanzliche Berechnung des Datums der Inverzugsetzung oder der Kosten- und Entschädigungsentscheid seien rechtsfehlerhaft. Solche Mängel sind auch nicht ersichtlich, weshalb das angefochtene Urteil auch insoweit zu bestätigen ist. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die Berufung vollumfänglich abzuweisen ist.

E. 10

Gemäss Art. 122 Abs. 1 ZPO wird der unterliegende Teil in der Regel zur Übernahme sämtlicher Kosten des Verfahrens verpflichtet. Überdies wird die unterliegende Partei in der Regel verpflichtet, der obsiegenden alle ihr durch den Rechtsstreit verursachten, notwendigen Kosten zu ersetzen (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Nach diesen Grundsätzen sind auch die Kosten des vorliegenden Berufungsverfahrens zu verteilen (vgl. Art. 223 ZPO). Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 6'000.-- gehen somit vollumfänglich zu Lasten der unterliegenden Berufungsklägerin. Die Rechtsvertreterin der Berufungsbeklagten unterliess es, eine detaillierte Honorarnote einzureichen, weshalb die Höhe der Entschädigung der Berufungsbeklagten nach richterlichem Ermessen festzusetzen ist. Da angesichts der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen sowie der beschränkten Tragweite des vorliegenden Rechtsstreites der Aufwand gering gehalten werden konnte, erscheint eine aussergerichtliche Entschädigung von Fr. 2'500.-- (inkl. MWST) als angemessen.

Seite 18 — 18 III.

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