

# LU\_GERICHTE 1B 19 40 vom 19. November 2020

LU Gerichte, 2020-11-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu\\_gerichte\\_1B\\_19\\_40](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu_gerichte_1B_19_40)

FR: LU\_GERICHTE 1B 19 40 du 19 novembre 2020

IT: LU\_GERICHTE 1B 19 40 del 19 novembre 2020

## Regeste

Eine sog. Bauablaufstörung liegt vor, wenn die Arbeiten über die geplante und entsprechend vereinbarte Gesamtbauzeit hinaus verlängert werden müssen und die Baustelle länger betrieben werden muss. Die Verlängerung der Arbeiten bringt regelmässig einen Mehraufwand für den Unternehmer mit sich, worunter etwa Mehrkosten infolge längerer Vorhaltung von Baustelleninstallationen und Arbeitskräften fallen können. Weder im Gesetz noch in der SIA-Norm 118 findet sich eine hinreichende Anspruchsgrundlage für eine Mehrvergütung des Unternehmers bei Bauablaufstörungen. Ein Anspruch (auch) des (Festpreis-) Unternehmers auf Mehrvergütung ist dann zu bejahen, wenn der Besteller seine Mitwirkungspflichten verletzt und dadurch in Annahmeverzug gerät. Die Behauptungs- und Beweislast für die Verletzung von Mitwirkungspflichten durch den Besteller, etwa in Form einer falschen, unzweckmässigen oder fehlenden Koordination von Nebenunternehmern, liegt beim Unternehmer. Voraussetzung für das Entstehen von Rechten aus der Verletzung von Mitwirkungspflichten und damit auch für das Entstehen eines Anspruchs auf Mehrvergütung ist in jedem Fall, dass der Unternehmer den Bauherrn über dessen Mitwirkungspflichtverletzung sofort informiert und dabei die Ursache und die mutmassliche Dauer der nunmehr beim Unternehmer eintretenden Verzögerung konkret umschreibt. Der Unternehmer muss in seiner Anzeige den Besteller zwar nicht bereits über seine konkreten Ansprüche informieren, sondern kann diese auch noch nach Bauende geltend machen. Im Hinblick auf einen allfälligen Prozess und dem ihm dort obliegenden Nachweis des Mehraufwands und des Kausalzusammenhangs zwischen der Mitwirkungspflichtverletzung bzw. dem Annahmeverzug und den unmittelbaren Folgen (Bauerschwerbis) und mittelbaren Folgen (Bauzeitverlängerung) ist der Unternehmer indes gut beraten, die Umstände nach Eintritt der Störung zeitnah zu dokumentieren, etwa mittels Tagesrapporten, Baujournalen oder einem tatsächlich ausgeführten Bauprogramm. Dies lässt sich im Prozess nicht durch das Beantragen einer Expertise ersetzen. | Art. 1 f. ZGB, Art. 8 ZGB; Art. 91 OR, Art. 365 OR; Art. 25 SIA-Norm 118, Art. 34 SIA-Norm 118, Art. 92 f. SIA-Norm 118, Art. 94 SIA-Norm 118, Art. 99 f. SIA-Norm 118 | OR (Obligationenrecht)

## Erwägungen

### E. 1

Abteilung Rechtsgebiet: OR (Obligationenrecht) Entscheiddatum: 19.11.2020 Fallnummer: 1B 19 40 LGVE: 2021 I Nr. 2 Gesetzesartikel: Art. 1 f. ZGB, Art. 8 ZGB; Art. 91 OR, Art. 365 OR; Art. 25 SIA-Norm 118, Art. 34 SIA-Norm 118, Art. 92 f. SIA-Norm 118, Art. 94 SIA-Norm 118, Art. 99 f. SIA-Norm 118 Leitsatz: Eine sog. Bauablaufstörung liegt vor, wenn die Arbeiten über die geplante und entsprechend vereinbarte Gesamtbauzeit hinaus verlängert werden müssen und die Baustelle länger betrieben werden muss. Die

Verlängerung der Arbeiten bringt regelmässig einen Mehraufwand für den Unternehmer mit sich, worunter etwa Mehrkosten infolge längerer Vorhaltung von Baustelleninstallationen und Arbeitskräften fallen können. Weder im Gesetz noch in der SIA-Norm 118 findet sich eine hinreichende Anspruchsgrundlage für eine Mehrvergütung des Unternehmers bei Bauablaufstörungen. Ein Anspruch (auch) des (Festpreis-) Unternehmers auf Mehrvergütung ist dann zu bejahen, wenn der Besteller seine Mitwirkungspflichten verletzt und dadurch in Annahmeverzug gerät. Die Behauptungs- und Beweislast für die Verletzung von Mitwirkungspflichten durch den Besteller, etwa in Form einer falschen, unzweckmässigen oder fehlenden Koordination von Nebenunternehmern, liegt beim Unternehmer. Voraussetzung für das Entstehen von Rechten aus der Verletzung von Mitwirkungspflichten und damit auch für das Entstehen eines Anspruchs auf Mehrvergütung ist in jedem Fall, dass der Unternehmer den Bauherrn über dessen Mitwirkungspflichtverletzung sofort informiert und dabei die Ursache und die mutmassliche Dauer der nunmehr beim Unternehmer eintretenden Verzögerung konkret umschreibt. Der Unternehmer muss in seiner Anzeige den Besteller zwar nicht bereits über seine konkreten Ansprüche informieren, sondern kann diese auch noch nach Bauende geltend machen. Im Hinblick auf einen allfälligen Prozess und dem ihm dort obliegenden Nachweis des Mehraufwands und des Kausalzusammenhangs zwischen der Mitwirkungspflichtverletzung bzw. dem Annahmeverzug und den unmittelbaren Folgen (Bauerschwernis) und mittelbaren Folgen (Bauzeitverlängerung) ist der Unternehmer indes gut beraten, die Umstände nach Eintritt der Störung zeitnah zu dokumentieren, etwa mittels Tagesrapporten, Baujournalen oder einem tatsächlich ausgeführten Bauprogramm. Dies lässt sich im Prozess nicht durch das Beantragen einer Expertise ersetzen. Rechtskraft: Dieser Entscheid ist rechtskräftig. Entscheid: A und B (Beklagte) liessen auf ihrem Grundstück in Z. ein Einfamilienhaus (EFH N1) erstellen. Auf dem Nachbargrundstück liess die C GmbH, an der A beteiligt war, ein Doppel Einfamilienhaus (DEFH N 2) erstellen. A figurierte bei beiden Projekten als Architekt und Bauleiter. Für die Baumeisterarbeiten wurde mit separat abgeschlossenen Werkverträgen die D AG (Klägerin) betraut. Vertragsbestandteil beider Werkverträge bildete die SIA-Norm 118. Bei der Abrechnung der werkvertraglichen Leistungen kam es zum Streit. Betreffend das EFH N1 forderte die Klägerin vor Bezirksgericht von den Beklagten Fr. 184'768.-- zuzüglich Zins. Das Bezirksgericht hiess die Klage teilweise gut und verpflichtete die Beklagten zur Zahlung von Fr. 43'697.55 zuzüglich Zins. Die Klägerin erhob Berufung beim Kantonsgericht und hielt an ihrer Forderung gemäss Klage fest. Im Berufungsverfahren waren – neben einzelnen Ausmass-Positionen und der Frage nach der Erhöhung der vereinbarten Installationspauschale aufgrund von Beststellungsänderungen – die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche von Fr. 44'200.-- für "Mehraufwand durch bauseitige Verzögerung / Mehrkosten Installation durch Behinderung" und von Fr. 75'324.50 für "Mehraufwand durch bauseitige Verzögerung / Mehrkosten Personal" strittig. Aus den Erwägungen:

## **E. 2**

Die Klägerin wirft der Vorinstanz generell vor, die für die Erstellung des Sachverhalts und die materielle Beurteilung erforderlichen, form- und fristgerecht unterbreiteten Beweise (Zeugenbeweise, Parteibefragungen, Editionen, Expertise) nicht abgenommen zu haben. Die Begründetheit dieser Rüge wird nachfolgend unter den jeweiligen Positionen geprüft. Vorab ist was folgt festzuhalten: Im vorinstanzlichen Verfahren rief die Klägerin ihren gemäss ihrer Darstellung damals für die besagte Baustelle zuständigen Bauführer K (mit Adresse c/o Klägerin) praktisch zu jeder ihrer Behauptungen als Zeuge an. In ihrem

Schlussvortrag machte sie geltend, an der Einvernahme dieses Zeugen führe kein Weg vorbei. Im Berufungsverfahren erneuerte sie diese Beweisofferte ebenfalls zu praktisch jeder ihrer Behauptungen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat eine AG das Recht, nicht nur ein Organ, sondern auch einen Handlungsbevollmächtigten (mit ausdrücklicher Prozessführungsbefugnis) zu bezeichnen, welcher mit dem Streitgegenstand persönlich vertraut ist, um die Gesellschaft im gerichtlichen Verfahren zu vertreten. Konsequenz einer solchen Vertretung ist, dass diese Person nicht als Zeuge einvernommen werden kann (Art. 159 i.V.m. Art. 163-164 und 191-192 ZPO; BGE 141 III 80 E. 1.3). Aus den Akten ist ersichtlich, dass K – Leiter Bauunternehmung der Klägerin – die Klägerin am 25. März 2014 an der Schlichtungsverhandlung im Verfahren gegen die C GmbH – bei der es um das DEFH N2 und eine Stützmauer auf der nämlichen Baustelle gemäss separatem Werkvertrag ging und die mit einem Vergleich endete – vertrat. Es ist davon auszugehen, dass er dies auch an der Schlichtungsverhandlung im Verfahren der Parteien tat, welche gleichentags stattfand. Eine solche Vertretung der Klägerin durch K schloss nach dem oben Gesagten dessen spätere Einvernahme als Zeuge aus.

## E. 5

(...) 5.4.1. Die Klägerin macht unter dem Titel "Mehraufwand durch bauseitige Verzögerung / Mehrkosten Installation durch Behinderung" Mehrkosten geltend, welche ihr dadurch entstanden seien, weil die Baumeisterarbeiten für das EFH N1 nicht wie vereinbart innert 3 1/2 Monaten hätten ausgeführt werden können, sondern sich aus von den Beklagten zu vertretenden Umständen über 6 1/2 Monate dahingezogen hätten. Sie macht damit einen Anspruch aus einer sog. "Bauablaufstörung" geltend. 5.4.2. Bauablaufstörungen werden weder im gesetzlichen Werkvertragsrecht noch in der SIA-Norm 118 erwähnt, geschweige denn definiert. Der Begriff der "Bauablaufstörung" entstammt der deutschen Lehre und Rechtsprechung, ist aber auch in der schweizerischen Baurechtspraxis zum Thema geworden. Eine Bauablaufstörung liegt vor, wenn die Arbeiten über die geplante und entsprechend vereinbarte Gesamtbauzeit hinaus verlängert werden müssen und die Baustelle länger betrieben werden muss, wie dies die Klägerin vorliegend geltend macht. Die Verlängerung der Arbeiten bringt regelmässig einen Mehraufwand für den Unternehmer mit sich, worunter etwa Mehrkosten infolge längerer Vorhaltung von Baustelleninstallationen und Arbeitskräften fallen können, wie sie die Klägerin vorliegend geltend macht. Die Frage ist, ob in solchen Fällen ein Anspruch auf Mehrvergütung besteht und wie dieser begründet werden kann (vgl. Gauch, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, Rz 1316 f.; Schumacher/König, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, 2. Aufl. 2017, Rz 594; ausführlich Hauck/Rebmann, Auswirkungen von Bauablaufstörungen auf den werkvertraglichen Vergütungsanspruch, in: AJP 4/2018 S. 424 ff., S. 425; Spiess, Bauablaufstörungen im schweizerischen Werkvertragsrecht, in: recht 4/2012 S. 116 ff., S. 117; Hürlimann, Ansprüche des Unternehmers aus Bauablaufstörungen des Bauherrn, in: Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch, Zürich 2004, S. 815 ff.). Weder im Gesetz (vgl. etwa Art. 97 Abs. 1, 107 Abs. 2, 373 Abs. 2 OR und Art. 374 OR) noch in der SIA-Norm 118 (vgl. etwa Art. 58 Abs. 2, 59, 84 ff., 94 und 97 der Norm) findet sich eine hinreichende Anspruchsgrundlage für eine Mehrvergütung des Unternehmers bei "Bauablaufstörungen" (ausführlich Hauck/Rebmann, a.a.O., S. 427-431). Die Lehre geht von einer Gesetzeslücke aus, die das Gericht zu füllen habe (Art. 1 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs [ZGB; SR 210]). Sie hält – etwa in "erweiternder Auslegung" von Art. 92 Abs. 1 OR oder unter Verweis auf § 642 Abs. 1 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB), wonach der Unternehmer eine angemessene Entschädigung verlangen kann, wenn bei der

Herstellung des Werks eine Handlung des Bestellers erforderlich ist und der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Annahmeverzug kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen kann – dafür, dass ein Anspruch (auch) des (Festpreis-) Unternehmers auf Mehrvergütung dann zu bejahen sei, wenn der Besteller seine Mitwirkungspflichten verletzt und dadurch in Annahmeverzug gerät (ausführlich Hauck/Rebmann, a.a.O., S. 433 f.; Gauch, a.a.O., Rz 1336 ff.; Schumacher/König, a.a.O., Rz 348 ff. und Rz 595b). Das Handelsgericht des Kantons Zürich hatte sich in seinem Urteil HG120098-0 vom 4. August 2015 – welches die Klägerin in ihrer Berufung zitiert – mit der Forderung eines Unternehmers auf eine zusätzliche Vergütung zu befassen, welche dieser mit Mehrkosten infolge einer durch den Bauherrn zu verantwortende Bauablaufstörung begründete. Das Handelsgericht ging von einer grundsätzlichen Entschädigungspflicht des Bauherrn aus, weil er sich (durch eine einseitig durchgesetzte Terminverschiebung) in Annahmeverzug befunden habe. Das Bundesgericht hielt dazu fest, das Handelsgericht habe den Anspruch des Unternehmers nicht mit einer "Bauablaufstörung" begründet, sondern mit einer "Verletzung von Mitwirkungspflichten durch den Bauherrn". Der Bauherr wende gegen die rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz, wonach eine solche Verletzung eine Pflicht zur Mehrvergütung nach sich ziehen könne, zu Recht nichts ein. Die Vorinstanz habe demnach kein Bundesrecht verletzt, indem sie einen Anspruch des Unternehmers auf Mehrvergütung bejaht habe (BGer-Urteil 4A\_507/2015 vom 19.2.2016 E. 3.4; zur ausführlichen Darstellung und Besprechung dieses Urteil sowie des ihm zugrundeliegenden Urteils des Handelsgerichts Zürich vgl. Hauck/Rebmann, a.a.O., S. 424 f. und S. 434; Rey/Stöckli, a.a.O., S. 332 ff.).

5.4.3. Vor diesem Hintergrund setzt die Gutheissung des von der Klägerin geltend gemachten Anspruchs grundlegend einen Annahmeverzug (Gläubigerverzug) der Beklagten voraus. Behauptungs- und beweispflichtig für das Vorliegen eines solchen ist die Klägerin (Art. 8 ZGB; vgl. Gauch, a.a.O., Rz 1339). Die Klägerin erwähnt in ihrer Berufung einen Annahmeverzug der Beklagten. Diese machen geltend, die Voraussetzungen dafür, dass sie sich in Annahmeverzug befunden hätten, seien nicht erfüllt bzw. von der Klägerin weder substantiiert behauptet noch nachgewiesen.

5.4.4. Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung oder die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen, ohne die der Schuldner zu erfüllen nicht imstande ist, ungerechtfertigterweise verweigert (Art. 91 OR). Nur wenn der Schuldner leistungsbereit ist, seinen Leistungswillen kundtut und den Gläubiger zur Annahme seiner Leistung auffordert, treffen den Gläubiger die nachteiligen Folgen des Verzugs. Das Angebot der Leistung muss "gehörig" sein. Ein bei Erfüllbarkeit, aber vor Fälligkeit gemachtes Angebot ist in aller Regel gehörig, falls dem Gläubiger eine angemessene Frist eingeräumt wird, um seine Dispositionen für die Annahme zu treffen. Das Angebot ist nur dann gehörig, wenn die Leistungsbereitschaft des Schuldners im Sinne einer rechtsgeschäftlichen empfangsbedürftigen Willenserklärung, als Aufforderung an den Gläubiger zur Annahme, formuliert ist. Ohne Angebot tritt der Gläubigerverzug in analoger Anwendung von Art. 102 Abs. 2 OR und Art. 108 OR dann ein, wenn ein bestimmter Erfüllungstermin feststeht (ausführlich Bernet, Basler Komm., 7. Aufl. 2020, Art. 91 OR N 2 ff.). Die Annahmeverweigerung führt nur dann zum Gläubigerverzug, wenn sie ungerechtfertigt ist, d.h. wenn dem Gläubiger keine objektiven Gründe zur Seite stehen. Ein Verschulden des Gläubigers ist nicht vorausgesetzt (Bernet, a.a.O., Art. 91 OR N 13). Unter den Tatbestand der Annahmeverweigerung fallen drei verschiedene Fallgruppen: die in Art. 91 OR ausdrücklich erwähnte Unterlassung von Vorbereitungshandlungen sowie die Unterlassung von Mitwirkungshandlungen bei der Erfüllung und von Begleithandlungen

(Bernet, a.a.O., Art. 91 OR N 9). 5.4.5. Als Mitwirkungshandlungen, die beim Werkvertrag einem Besteller obliegen können und bei deren Verletzung der Besteller bei gegebenen Voraussetzungen in Annahmeverzug geraten kann (Gauch, a.a.O., Rz 1325; Schumacher/König, a.a.O., Rz 348), gelten u.a. das Zur-Verfügung-Stellen eines für die Werkleistung aufnahmebereiten Baugrundes und Planlieferungen (vgl. Art. 94 Abs. 1 SIA-Norm 118), das Erteilen von Weisungen (vgl. Art. 99 f. SIA-Norm 118) und die Koordination der Nebenunternehmer-Arbeiten (vgl. Art. 34 Abs. 3 SIA-Norm 118). Versäumt es der Besteller, den Einsatz der jeweiligen Nebenunternehmer richtig, zweckmässig oder überhaupt zu koordinieren, und führt dies dazu, dass ein Unternehmer seine Arbeiten erst verspätet oder unter erschwerten Bedingungen in Angriff nehmen oder zum Abschluss bringen kann, so kann der Besteller in Annahmeverzug geraten (Hürlimann, in: Gauch/Stöckli [Hrsg.], Komm. zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2017, Art. 34 Rz 12.1 f.). Für Art und Umfang der Mitwirkungshandlungen, die einem konkreten Besteller obliegen, kommt es auf den Einzelfall an (ausführlich Gauch, a.a.O., Rz 1328 ff.; Reetz, in: Gauch/Stöckli [Hrsg.], Komm. zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2017, Art. 94 Rz 2.1 ff.). 5.4.6. Annahmeverzug setzt keine Mahnung voraus; es genügt, dass der Besteller ihm obliegende Mitwirkungshandlungen nicht rechtzeitig vornimmt. Voraussetzung für das Entstehen von Rechten aus der Verletzung von Mitwirkungspflichten – und damit auch für das Entstehen eines allfälligen Anspruchs auf Mehrvergütung – ist aber in jedem Fall, dass der Unternehmer den Bauherrn über dessen Mitwirkungspflichtverletzung sofort informiert und dabei die Ursache und die mutmassliche Dauer der nunmehr beim Unternehmer eintretenden Verzögerung konkret umschreibt. Dieser Inhalt der Informations- bzw. Anzeigepflicht ergibt sich aus deren Zweck, der darin besteht, dem Bauherrn gegebenenfalls zu ermöglichen, nachteilige Folgen seiner entsprechenden Mitwirkungspflichtverletzung zu vermeiden resp. zumindest zu mildern. Die Informations- bzw. Anzeigepflicht des Unternehmers ergibt sich aus Art. 365 Abs. 3 OR, im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 (und damit vorliegend) aus Art. 25 der Norm sowie allgemein aus Art. 2 Abs. 1 ZGB. Sie geht nicht so weit, dass der Unternehmer in seiner Anzeige den Bauherrn auch bereits sofort über die konkreten Ansprüche zu informieren oder diese gar bereits zu dokumentieren hat. Nach den allgemeinen Regeln besteht dann keine Informations- bzw. Anzeigepflicht, wenn sich der Bauherr der begangenen Mitwirkungspflichtverletzung sowie der beim Unternehmer nunmehr eintretenden Verzögerung bewusst ist (ausführlich Reetz, a.a.O., Art. 94 Rz 11.1 ff. sowie Art. 96 Rz 7 und 8.1; Schumacher/König, a.a.O., Rz 350 und 716 ff.; vgl. auch Hürlimann, a.a.O., S. 828). Der Unternehmer hat nicht nur die Verletzung von Mitwirkungshandlungen des Bestellers, sondern auch seine Anzeige zu beweisen (Spiess/Huser, a.a.O., Art. 94 N 20). 5.4.7. Die Klägerin beschränkte sich diesbezüglich in ihrer Klage auf die Behauptung, sie habe die Mehraufwendungen, welche ihr durch die von den Beklagten zu vertretenden Verzögerungen beim Rohbau entstanden seien "auch bereits im Vorfeld kommuniziert"; ein Beweisangebot erfolgte diesbezüglich nicht. Die Beklagten bestritten in ihrer Klageantwort, dass ihnen die angeblich durch sie zu vertretenden Verzögerungen "kommuniziert" worden seien und machten geltend, (auch) dass aufgrund der "Verzögerung" allfällige Mehrkosten auf sie zukommen sollten, sei ihnen nie kommuniziert worden. In ihrer Replik machte die Klägerin geltend, sie habe dem Beklagten 1 "mehrfach und frühzeitig mitgeteilt", dass die durch die Beklagten zu vertretenden Bauverzögerungen entstehenden erheblichen Mehrkosten zu ihren Lasten gehen würden. Sicher sei dies dem Beklagten 1 von K kommuniziert worden. Zudem dürfte dies auch von M mitgeteilt worden sein. Die

Beklagten hätten somit ganz genau gewusst, dass aufgrund der eingetretenen Bauablaufstörungen ganz erhebliche Mehrkosten auf sie zukommen würden; zum Beweis offerierte sie K und M als Zeugen. In ihrer Duplik machten die Beklagten geltend, die Klägerin habe sie nicht abgemahnt und nicht auf anfallende Mehrkosten aufmerksam gemacht; Mehrkosten aufgrund der angeblichen Bauverzögerung seien zwischen den Parteien nie ein Thema gewesen. Nach dem oben Gesagten hätte die Klägerin zu beweisen, dass sie die Beklagten sofort über die Mitwirkungspflichtverletzung informiert und dabei die Ursache der konkreten Verzögerung konkret umschrieben hat (oben E. 5.4.6). Dass sie die Ursachen für die Verzögerung, die sie nun im Prozess geltend macht (hauptsächlich massiver Verzug der H AG mit Aushub- und Kanalisationsarbeiten, welche u.a. zu einem verspäteten Start der Baumeisterarbeiten am 30.9.2011, zu einem Unterbruch der Arbeiten nach rund einer Woche und zum Umstellen des Baukrans erst am 31.1.2012 geführt hätten; daneben weitere Gründe wie das Umstellen des Baukrans und die damit verbundene zwangsweise Etappierung der Rohbauarbeiten, die Verlagerung der Bauphase in die Wintermonate und zudem "die rollende Planung und praktisch inexistenten Bauleitungsführung des Beklagten 1 sowie fehlende Planunterlagen"), damals überhaupt angezeigt bzw. konkret umschrieben hat, behauptet die Klägerin nicht. Dass sie die Beklagte über die mutmassliche Dauer der Verzögerung(en) informiert hat, behauptet sie ebenfalls nicht. Selbst wenn die bestrittene Behauptung, sie habe die Verzögerungen "bereits im Vorfeld" kommuniziert, bewiesen wäre, liesse sich damit der erforderliche Nachweis, dass die Klägerin die Beklagten damals jeweils sofort über die nun im Prozess geltend gemachten Mitwirkungspflichtverletzungen (sinngemäss geltend gemacht: fehlende Koordination des für Aushub und Kanalisationsarbeiten zuständigen Nebenunternehmers; ohnehin nur unsubstanziiert geltend gemacht: praktisch inexistenten "Bauleitungsführung", fehlende Planunterlagen) informiert hat, nicht erbringen. Fehlende oder unsubstanzierte Behauptungen können nicht durch Beweisansprüche ersetzt oder geheilt werden. Aus dem einzigen vorliegenden schriftlichen Dokument (vgl. dazu Art. 25 Abs. 2 SIA-Norm 118), der E-Mail der Klägerin an die Beklagte vom 6. September 2011, mit dem sie dieser das revidierte Bauprogramm zustellte, ergibt sich, dass sie zwar auf fehlende Pläne des Ingenieurs betreffend die (gemäss ihrem Vorschlag vorzuziehende) Erstellung von Treppenhaus und Lift hinwies und die Beklagte ersuchte, beim Ingenieur zu "stürmen"; dass die Pläne dann aber zu spät geliefert worden wären, ist nicht behauptet; dass die Klägerin die Beklagte auf eine Verletzung ihrer Mitwirkungspflichten bzw. auf eine irgendwie geartete Säumnis und deren Folgen hingewiesen hat, ergibt sich (auch) aus diesem Schreiben nicht. Der Klägerin gelingt somit der ihr obliegende Nachweis nicht, dass sie die Beklagten rechtzeitig und gehörig auf eine allfällige Säumnis aufmerksam gemacht bzw. ihr eine Mitwirkungspflichtverletzung angezeigt hat. Zu einer solchen Anzeige wäre sie nach dem oben Gesagten nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, damit es den Beklagten möglich gewesen wäre, nachteilige Folgen zu vermeiden oder zumindest zu mildern, etwa durch Einflussnahme beim Nebenunternehmer oder durch Anstrengungen in den Bereichen Bauleitung und/oder Planlieferungen. Dass sich die Beklagten ihrer (bestrittenen) Säumnis betreffend die besagten Mitwirkungshandlungen auch ohne Anzeige hätten bewusst sein müssen, ist weder substantiiert behauptet noch erstellt. 5.4.8. Nach dem Gesagten fehlt es vorliegend bereits an einer grundlegenden Voraussetzung für das Entstehen von Rechten aus einem mit der Verletzung von Mitwirkungspflichten begründeten Annahmeverzug und damit auch an einer grundlegenden Voraussetzung für das Entstehen eines allfälligen Anspruchs auf Mehrvergütung. 5.4.9. Ob den Beklagten

überhaupt eine Verletzung von Mitwirkungspflichten im oben dargelegten Sinne (E. 5.4.5) vorzuwerfen ist, kann vor diesem Hintergrund offenbleiben. Immerhin ist dazu festzuhalten, dass die auch diesbezüglich behauptungs- und beweispflichtige Klägerin sich im erstinstanzlichen Verfahren darauf beschränkte, darzustellen, weshalb die Bauzeit für den Rohbau länger dauerte als geplant (verzögerter Baubeginn, Umstellen des Baukrans und damit verbundene zwangsweise Etappierung der Rohbauarbeiten, Verzug beim Aushub und der weiteren Tiefbauarbeiten der H AG sowie die Verlagerung der Bauphase in die Wintermonate) und geltend zu machen, diese Umstände habe allesamt nicht sie, sondern hätten die Beklagten zu vertreten. Gleiches gilt für das Berufungsverfahren. Eine Verletzung von Mitwirkungspflichten, etwa in Form einer falschen, unzweckmässigen oder fehlenden Koordination von Nebenunternehmern (vgl. oben E. 5.4.5), hat die Klägerin in Bezug auf die für Aushub und Kanalisationsarbeiten zuständige H AG höchstens sinngemäss sowie etwa in Form von verspäteten Planlieferungen, praktisch inexistente Bauleitung etc. lediglich unsubstanziert behauptet. Im Gegensatz zum Sachverhalt, der dem oben erwähnten Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich zugrunde lag (Annahmeverzug des Bestellers infolge Verletzung der Mitwirkungspflicht durch eine einseitig durchgesetzte Terminverschiebung [Anweisung, die Erstellung von zwei von insgesamt zwölf MFH um ein halbes Jahr aufzuschieben; a.a.O., E. 3.1.4; vgl. auch Rey/Stöckli, a.a.O., S. 332 ff.]), ist damit vorliegend eine Verletzung von Mitwirkungspflichten durch die Beklagten nicht bewiesen. Auch diesbezüglich ist daran zu erinnern, dass fehlende oder unsubstanzierte Behauptungen nicht durch Beweisanträge ersetzt werden können. 5.4.10. Offenbleiben kann nach dem Gesagten auch die sowohl vorinstanzlich als auch im Berufungsverfahren ausführlich diskutierte Frage, ob die von der Klägerin geplante Bauzeit von 3 1/2 Monaten als vereinbart zu gelten hat oder nicht. Immerhin ist dazu in der gebotenen Kürze was folgt festzuhalten: Zum einen wurden (auch dies übrigens im Gegensatz zum Sachverhalt, der dem oben erwähnten Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich zugrunde lag) im Werkvertrag der Parteien keine Fristen bzw. kein Endtermin im Sinne von Art. 92 SIA-Norm 118 vereinbart, an dessen Einhaltung die Beklagten die Klägerin (unter der Voraussetzung derer Leistungsbereitschaft und deren Leistungsangebot) hätten hindern können. Dies wenden die Beklagten zu Recht ein. Von der Möglichkeit, im Vertrag einen Zeitrahmen anzugeben, wie viele Arbeitswochen/Arbeitstage sie mit wie viel Personal für die offerierten Arbeiten benötige, machte die Klägerin keinen Gebrauch. Zum anderen ist zwar unbestritten, dass die Klägerin für die Erstellung des Rohbaus für das EFH sowohl vor dem mit "Juli 2011" vereinbarten als auch vor dem tatsächlich im September 2011 erfolgten Baustart mit einer Bauzeit von 3 1/2 Monaten geplant und kalkuliert hat und dies den Beklagten in Form der Übermittlung ihrer ursprünglichen und revidierten Bauprogramme zur Kenntnis gebracht hat (vgl. Art. 93 Abs. 1 SIA-Norm 118). Das Bauprogramm des Unternehmers dient der Information der Bauleitung über den Arbeitsplan des Unternehmers. Es entbindet den Unternehmer nicht von der Einhaltung der vertraglichen Fristen. Aus seinen Angaben können Unternehmer und Bauherr nur insoweit Rechte ableiten, als dies die Vertragsurkunde vorsieht (Art. 93 Abs. 2 SIA-Norm 118). Die Klägerin begründet ihren Anspruch nicht mit der Verschiebung des Arbeitsbeginns "Juli 2011", der einzigen in der Vertragsurkunde erwähnten Zeitangabe, auf den September 2011 (dieser war massgebend mit der Erstellung der Stützmauer gemäss separatem Werkvertrag begründet, für die die Klägerin zusätzlich entschädigt wurde), sondern mit einer gegenüber der geplanten (3 1/2 Monate) um rund drei Monate verlängerten Bauzeit. Konkrete vertragliche Fristen oder Termine wurden, wie erwähnt und

wie dies die Vorinstanz zutreffend festhielt, keine vereinbart; der Vertrag enthält lediglich den Passus "Termine nach Absprache Bauleitung und Terminprogramm". Diejenige Partei, die aus dem Bauprogramm Rechte ableitet, hat die behauptete Verbindlichkeit einer Frist oder eines Termins zu beweisen (Spiess/Huser, a.a.O., Art. 93 N 17). Die Klägerin ist also beweispflichtig dafür, dass eine Bauzeit bzw. Ausführungsdauer von 3 1/2 Monaten nicht nur von ihr geplant, sondern mit der Beklagten (bei Vertragsabschluss) entsprechend verbindlich vereinbart wurde. Dass dem so wäre, wurde und wird von der Beklagten bestritten und ist nicht bewiesen. Mit K als Zeuge lässt sich (auch) dieser Beweis nicht führen (vgl. oben E. 2). Ob eine Bauzeit von 3 1/2 Monaten für ein Objekt wie das vorliegende erfahrungsgemäss üblich bzw. realistisch ist, ist zum einen bestritten und zum andern für die Frage nach einer verbindlichen Vereinbarung zwischen den Parteien nicht relevant, weshalb sich (auch) diesbezüglich eine Expertise erübrigt. Weiter wendet die Beklagte zu Recht ein, dass die Klägerin nicht substantiiert behauptet, dass und wie sie eine Bauzeit von 3 1/2 Monaten tatsächlich hätte einhalten können; sodann wiesen sie bereits vorinstanzlich darauf hin, dass sie gegenüber der Klägerin neben dem Erstellen der Stützmauer weitere Bestellungenänderungen im Umfang von rund 30 % der Werklohnsumme vorgenommen hätten, welche die Bauzeit ohnehin verlängert hätten und für die die Klägerin zusätzlich entschädigt worden sei. Die Klägerin beschränkte sich diesbezüglich sowohl vorinstanzlich als auch im Berufungsverfahren auf den Verweis auf ihr revidiertes Bauprogramm und auf die Behauptung, die Bestellungenänderungen der Beklagten hätten keinen Einfluss auf die verlängerte Rohbauzeit gehabt. Dies ist weder vor dem Hintergrund ihrer Substanziierungs- und Beweislast hinreichend noch vor dem Hintergrund der unbestrittenermassen erfolgten Bestellungenänderungen (Zusatzaufträge und Mehrarbeiten gemäss Ausmass gegenüber dem Werkvertrag; exklusive separat vereinbarte und mit Fr. 41'383.30 entschädigte Stützmauer), deren Ausführung der Klägerin unbestrittenermassen mit zusätzlich Fr. 56'391.05 und damit immerhin rund 30 % der Werklohnsumme vergütet wurde, überzeugend. 5.4.11. Nach dem bisher Gesagten erübrigen sich auch Ausführungen zum Bestand und gegebenenfalls zur Höhe der geltend gemachten Mehrvergütung. In der gebotenen Kürze ist dazu immerhin was folgt festzuhalten: Der Mehraufwand infolge einer Bauablaufstörung ist vom Unternehmer im Streitfall zu substantiieren und zu beweisen. Auch der Kausalzusammenhang zwischen der Mitwirkungspflichtverletzung bzw. dem Annahmeverzug und den unmittelbaren Folgen (Bauerschwerbis) und mittelbaren Folgen (Bauzeitverlängerung) ist vom Unternehmer zu beweisen. Der Unternehmer hat konkret nachzuweisen, durch welche Einzelbehinderung welche konkrete Verzögerung verursacht wurde und wie sich diese ausgewirkt hat. Um den Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen der Verletzung einer Mitwirkungsobliegenheit und dem daraus folgenden Mehraufwand zu erbringen, hat der Unternehmer nicht nur die Verletzung der Mitwirkungspflicht sofort anzuzeigen (ausführlich dazu oben E 5.4.6 f.), sondern er hat – zwar nicht zwingend bereits mit der Anzeige (vgl. oben E. 5.4.6), auf jeden Fall aber im Prozess – auch die Auswirkungen auf den Bauablauf nachprüfbar zu quantifizieren und zu dokumentieren. Im Rahmen des Möglichen und des Zumutbaren hat der Unternehmer den direkten Beweis zu erbringen. Auch eine allfällige Herabsetzung des Beweismasses (Art. 42 Abs. 2 OR) ändert nichts daran, dass der Unternehmer alle Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Kausalzusammenhangs sprechen, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen hat. Es ist Sache des Unternehmers, seine Tätigkeit zeitnah zu dokumentieren und zwar so, dass sich der Bauablauf nachträglich hinreichend genau rekonstruieren lässt. In

Bezug auf den Nachweis von Bauablaufstörungen ist dabei besonders auf die Wichtigkeit von Tagesrapporten und Baujournalen hinzuweisen, mit denen sich ein Mehraufwand zeitnah dokumentieren lässt, in Bezug auf den (Wahrscheinlichkeits-) Beweis der Kausalität auf die Wichtigkeit eines tatsächlich ausgeführten Bauprogramms, mit welchem sich die Auswirkungen einer Bauablaufstörung durch Vergleich mit dem bis vor dem Eintritt der Störung aktualisierten Bauprogramm zeitnah dokumentieren lassen (ausführlich Schumacher/König, a.a.O., Rz 595c und 624 ff.; Hürlimann, a.a.O., S. 827 ff. und 831 ff.; vgl. auch Urteil des Handelsgerichts Zürich, a.a.O., E. 3.5.2.2.2). Die Klägerin reichte weder Tagesrapporte oder Baujournale noch ein tatsächlich ausgeführtes Bauprogramm ein, mit welchem der geltend gemachte Mehraufwand und die Kausalität zwischen den geltend gemachten Mitwirkungsverletzungen und den Bauerschwernissen bzw. der geltend gemachten Bauzeitverlängerung hätten dokumentiert werden können (und die zudem allenfalls hätten Aufschluss darüber geben können, ob sie ohne die geltend gemachten Störungen sowie unter Berücksichtigung der ihr unbestrittenermassen mit rund 30 % der Werklohnsumme zusätzlich vergüteten Bestellungsänderungen eine Bauzeit von 3 1/2 Monaten tatsächlich hätte einhalten können, vgl. oben E. 5.4.10), sondern beschränkt sich auch diesbezüglich im Wesentlichen auf Behauptungen und den Verweis auf ihr - nota bene vor Eintritt der nun geltend gemachten Störungen erstelltes – revidiertes Bauprogramm. Das Fehlen von substantiierten Vorbringen – in Form etwa der erwähnten, nach Eintritt der behaupteten Störungen zeitnah erstellten Unterlagen – lässt sich nicht durch eine Expertise ersetzen (vgl. Spiess/Huser, a.a.O., Art. 58 N 30). 5.4.12. Da es nach dem Gesagten an grundlegenden Voraussetzungen für das Entstehen von Rechten aus einem mit der Verletzung von Mitwirkungspflichten begründeten Annahmeverzug und damit auch an einer grundlegenden Voraussetzung für das Entstehen eines allfälligen Anspruchs auf Mehrvergütung fehlt, braucht die Höhe der geltend gemachten Ansprüche (Fr. 15'000.-- für das geltend gemachte drei Monate längere Vorhalten der von der Installationspauschale erfassten Baustelleninstallationen; Fr. 12'145.-- für das geltend gemachte drei Monate längere Vorhalten der von der Installationspauschale nicht erfassten Installationen, Gerätschaften und Werkzeuge; Fr. 7'249.-- für das geltend gemachte drei Monate längere Vorhalten von Schalungen) nicht geprüft zu werden. Ob die Klägerin ihre diesbezüglichen Forderungen genügend substantiiert und nachgewiesen bzw. die Beklagten sie genügend substantiiert bestritten haben, kann offenbleiben.

### **E. 5.5**

Im Ergebnis hat die Vorinstanz die Forderung der Klägerin von Fr. 44'200.-- für "Mehraufwand durch bauseitige Verzögerung / Mehrkosten Installation durch Behinderung" zu Recht abgewiesen.

### **E. 6.1**

Die Klägerin fordert Fr. 75'324.50 für "Mehraufwand durch bauseitige Verzögerung / Mehrkosten Personal". Diesen Anspruch begründet die Klägerin gleich wie jenen betreffend "Mehrkosten Installation durch Behinderung", d.h. mit Mehrkosten, welche ihr dadurch entstanden seien, weil die Baumeisterarbeiten für das EFH N1 nicht wie vereinbart innert 3 1/2 Monaten hätten ausgeführt werden können, sondern sich aus von den Beklagten zu vertretenden Umständen über 6 1/2 Monate dahingezogen hätten. Entsprechend ist dieser Anspruch mit derselben Begründung, die nachstehend nochmals kurz zusammengefasst wird, abzuweisen: Eine Bauablaufstörung liegt vor, wenn die Arbeiten über die geplante und entsprechend vereinbarte Gesamtbauzeit hinaus verlängert werden müssen und die

Baustelle länger betrieben werden muss. Die Verlängerung der Arbeiten bringt regelmässig einen Mehraufwand für den Unternehmer mit sich, worunter etwa Mehrkosten infolge längerer Vorhaltung von Baustelleninstallationen und Arbeitskräften fallen können, wie sie die Klägerin vorliegend geltend macht. Weder im Gesetz noch in der SIA-Norm 118 findet sich eine hinreichende Anspruchsgrundlage für eine Mehrvergütung des Unternehmers bei Bauablaufstörungen. Nach Lehre und Rechtsprechung ist ein Anspruch (auch) des (Festpreis-) Unternehmers auf Mehrvergütung dann zu bejahen, wenn der Besteller seine Mitwirkungspflichten verletzt und dadurch in Annahmeverzug gerät. Dass eine Bauzeit von 3 1/2 Monaten nicht nur von ihr geplant und ihren Kalkulationen zugrunde gelegt wurde, sondern auch mit den Beklagten entsprechend verbindlich vereinbart wurde, vermochte die Klägerin nicht zu beweisen. Gleiches gilt für ihre Behauptung, dass sie ohne die geltend gemachten Störungen sowie unter Berücksichtigung der ihr unbestrittenermassen mit rund 30 % der Werklosumme zusätzlich vergüteten Bestellungenänderungen eine Bauzeit von 3 1/2 Monaten tatsächlich hätte einhalten können. Eine Verletzung von Mitwirkungspflichten, etwa in Form einer falschen, unzweckmässigen oder fehlenden Koordination von Nebenunternehmern, hat die Klägerin im vorliegenden Verfahren in Bezug auf die für Aushub und Kanalisationsarbeiten zuständige H AG höchstens sinngemäss sowie etwa in Form von verspäteten Planlieferungen, praktisch inexisterter Bauleitung etc. lediglich unsubstanziert behauptet und entsprechend nicht bewiesen. Voraussetzung für das Entstehen von Rechten aus der Verletzung von Mitwirkungspflichten – und damit auch für das Entstehen eines allfälligen Anspruchs auf Mehrvergütung – ist ohnehin in jedem Fall, dass der Unternehmer den Bauherrn über dessen Mitwirkungspflichtverletzung sofort informiert und dabei die Ursache und die mutmassliche Dauer der nunmehr beim Unternehmer eintretenden Verzögerung konkret umschreibt. Dass eine solche Anzeige vorliegend erfolgte, hat die Klägerin weder substantiiert behauptet noch belegt. Bereits deshalb ist (auch) der Anspruch auf Personalmehrkosten abzuweisen.

## **E. 6.2**

Wie bei den "Mehrkosten Installation" brauchen die Höhe des geltend gemachten Anspruchs für Personalmehrkosten und der Kausalzusammenhang zwischen den geltend gemachten Mitwirkungsverletzungen und den Bauerschwernissen bzw. der geltend gemachten Bauzeitverlängerung an sich nicht geprüft zu werden, da es an grundlegenden Voraussetzungen für das Entstehen von Rechten aus einem mit der Verletzung von Mitwirkungspflichten begründeten Annahmeverzug und damit auch an einer grundlegenden Voraussetzung für das Entstehen eines allfälligen Anspruchs auf Mehrvergütung fehlt. Dazu ist in der gebotenen Kürze immerhin was folgt festzuhalten: Die Klägerin machte vor Bezirksgericht geltend, die mehrmonatige Bauverzögerung habe ihr einen erheblichen Personalmehraufwand verursacht. Während der gesamten Bauphase sei eine minimale Baustellengrundbesetzung erforderlich gewesen, nämlich durch den Polier und den Kranführer, ohne die sich eine Baustelle nicht betreiben lasse. Gemäss ihren Arbeitszeitkalendern 2011 und 2012 betrage die durchschnittliche Arbeitszeit pro Monat und Arbeiter 176 Stunden, was bei zwei Arbeitern aufgerechnet auf die drei Bauverzögerungsmonate 1'056 Stunden entspreche. Der Stundenansatz für den Polier betrage Fr. 111.-- und für den Baumaschinenführer Fr. 85.--, was einen Durchschnitt von Fr. 98.-- ergebe und hochgerechnet auf die Bauverzögerungszeit von drei Monaten Fr. 103'488.-- ergeben würde. Sie sei aber bereit, nicht mit den vereinbarten Stundenansätzen für den Polier und den Kranführer, sondern mit dem betriebsinternen Mittellohn von Fr.

71.33 pro Stunde zu rechnen, was bei 1'076 Arbeitsstunden Fr. 75'324.50 ergebe. Die Beklagten machten u.a. geltend, es werde bestritten und von der Klägerin auch nicht substantiiert dargelegt, dass tatsächlich während 1'056 Mannstunden Arbeiter auf der Baustelle anwesend gewesen seien, ohne dass sie dabei ohnehin vergütete Arbeit verrichtet hätten. Wie dargelegt (oben E. 5.4.6 und 5.4.11), muss der Unternehmer in seiner Anzeige den Besteller zwar nicht bereits über seine konkreten Ansprüche informieren, sondern kann diese auch noch nach Bauende geltend machen, ohne dass (vorbehältlich einer anderen Abrede) von einem Verzicht auszugehen wäre. Im Hinblick auf einen allfälligen Prozess und dem ihm dort obliegenden Nachweis des Mehraufwands und des Kausalzusammenhangs zwischen der Mitwirkungspflichtverletzung bzw. dem Annahmeverzug und den unmittelbaren Folgen (Bauerschwernis) und mittelbaren Folgen (Bauzeitverlängerung) ist der Unternehmer indes gut beraten, die Umstände nach Eintritt der Störung zeitnah zu dokumentieren, etwa mittels Tagesrapporten, Baujournalen oder einem tatsächlich ausgeführten Bauprogramm. Dies lässt sich im Prozess nicht durch das Beantragen einer Expertise ersetzen. Gerade was den Einsatz von Personal betrifft, kann mittels entsprechender Rapportierung bzw. Buchführung dokumentiert und entsprechend Aufschluss darüber gegeben werden, wer wann was gemacht hat und insbesondere auch, dass und inwieweit es sich um aufgrund eines Annahmeverzugs bzw. einer Bauablaufverzögerung notwendig gewordene Tätigkeiten handelte und nicht etwa um Tätigkeiten zur Erfüllung des Vertrags inklusive Bestellungsänderungen. Die Klägerin, die im Zusammenhang mit dem Behaupten eines Mehraufwands sämtliche Umstände schlüssig zu behaupten hat, aus welchen sich der Mehraufwand ergibt, und die somit gehalten gewesen wäre, die geltend gemachten Mehraufwände nicht nur zu schätzen, sondern konkret zu erfassen und auszuweisen, was ihr mittels zeitnah erstellten Rapporten etc. problemlos möglich gewesen wäre, hat keine solchen Unterlagen eingereicht. Die Forderung auf Mehrvergütung wegen Personalmehraufwand wäre somit auch mangels genügender Substanziierung abzuweisen; einer Auseinandersetzung mit den geltend gemachten Soll-Arbeitszeiten und den Monatsansätzen der Mitarbeiter bedarf es nicht (vgl. zum Ganzen auch Urteil des Handelsgerichts Zürich, a.a.O., E. 3.5.2.2.2 und 3.5.3.1.2 ff.).

### **E. 6.3**

Im Ergebnis hat die Vorinstanz die Forderung der Klägerin von Fr. 75'324.50 für "Mehraufwand durch bauseitige Verzögerung / Mehrkosten Personal" zu Recht abgewiesen.

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