

VS_GERICHTE C1 12 258 vom 6. September 2013

VS Kantonsgericht, 2013-09-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_C1 12 258](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_C1_12_258)

FR: VS_GERICHTE C1 12 258 du 6 septembre 2013

IT: VS_GERICHTE C1 12 258 del 6 settembre 2013

Regeste

C1 12 258 URTEIL VOM 6. SEPTEMBER 2013 Kantonsgericht Wallis I. Zivilrechtliche Abteilung Besetzung: Hermann Murmann, Präsident; Jérôme Emonet und Dr. Lionel Seeberger, Kantonsrichter; Dr. Rochus Jossen, Gerichtsschreiber in Sachen X_____, Klägerin und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt A_____ gegen Y_____, Beklagte und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt B_____

Erwägungen

E. 1

Das Betreibungsverfahren Nr. xxx i.S. Y_____ c/ X_____ bezüglich Konkursandrohung ist vorläufig einzustellen und auf ein allfälliges Konkursbegehren nicht einzutreten.

E. 2

Es wird festgestellt, dass der von der Beklagten behauptete Anspruch im Betrage von Fr. 39'328.15, nebst Zins zu 5 % seit dem 30.7.2011 nicht besteht bzw. nicht geschuldet ist.

E. 2.1

Das Bezirksgericht legte seiner rechtlichen Betrachtung folgenden Sachverhalt zugrunde, der insoweit von den Parteien nicht bestritten worden ist: Die Berufungsklägerin schloss als Unternehmerin mit der StWE-Gemeinschaft „E_____“ als Bauherin, vertreten durch D_____, einen Werkvertrag ab, welcher die Instandsetzung und den Bautenschutz des 2. Untergeschosses des Parkhauses „E_____“ in F_____ beinhaltet (S. 19 ff.). Im Rahmen ihrer Arbeitsausführung ging die Berufungsklägerin ihrerseits für hydrodynamische Abtragsarbeiten gemäss Offerte vom

E. 2.2

Gestützt auf diesen Sachverhalt bejahte der Bezirksrichter, dass die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten Fr. 6'207.79 gemäss deren Schlussrechnung Nr. xxx vom 30. Juni 2011 (S. 47) schulde. Die für die vorgenommenen Nachspitzarbeiten von der Berufungsklägerin widerklageweise geltend gemachten Fr. 2'857.85 sind nach Ansicht der Vorinstanz nicht berechtigt (angefochtenes Urteil E. 4, S. 195-197). Schliesslich erwog das Bezirksgericht, dass die Berufungsbeklagte am 30. Juni 2011 zu Recht Fr. 28'102.84 für die „Ausfallzeiten Wasserschaden“ (Nr. 611'052; S. 63) in Rechnung gestellt hat (angefochtenes Urteil E. 5, S. 197-200). Die Berufungsklägerin wendet sich gegen alle drei Punkte und fordert die Feststellung, dass keine Forderung mehr besteht. Demgegenüber hat die Berufungsbeklagte weder eigenständige Berufung noch Anschlussberufung erhoben, weshalb die vom Bezirksrichter vorgenommene Reduktion des noch offenen Vergütungsanspruchs von Fr. 11'225.30 auf Fr. 6'207.79 nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet. 3. Die negative

Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG bietet dem Betriebenen Gelegenheit, jederzeit vom Richter am Betreibungsort im ordentlichen Prozess bei voller Kognition feststellen zu lassen, dass die betriebene Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder dass sie gestundet ist. Sie weist eine Doppelnatur auf. Wie die Aberkennungsklage bezweckt sie einerseits als materiellrechtliche Klage die Feststellung der Nichtschuld bzw. der Stundung; andererseits hat sie aber auch betreibungsrechtliche Wirkung, indem der Richter mit ihrer Gutheissung die Betreibung aufhebt oder einstellt (BGE 132 III 89 E. 1.1, 125 III 149 E. 2c; vgl. zur Rechtsnatur der Aberkennungsklage: BGE 128 III 44 E. 4a und b; Brönnimann, Zur Klage nach Art. 85a SchKG, AJP 1996, S. 1396). Als Prozessvoraussetzung muss die Betreibung im Zeitpunkt des Urteils über die Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG noch hängig sein. Wird die Betreibung im Verlaufe des Verfahrens zurückgezogen, so fällt es dahin und es darf danach kein Urteil über das Feststellungsbegehren mehr ergehen. Die umgekehrten Parteirollen im negativen Feststellungsprozess nach Art. 85a SchKG ändern nichts an der im materiellen Recht begründeten Verteilung der Beweislast. Daher trägt der Gläubiger auch im negativen Feststellungsprozess die Beweislast für den Bestand seiner Forderung und daher führt Beweislosigkeit auch hier – als Folge der materiellen Rechtskraft des Feststellungsurteils – zu Anspruchsverlust (BGE 122 II 20 E. 3a, 95 II 617 E. 2 mit Hinweisen).

E. 2.3

Der Berufungsbeklagten wird eine angemessene durch das Gericht festzusetzende Parteientschädigung zugesprochen.

Sachverhalt und Erwägungen

1. Das Kantonsgericht beurteilt als Rechtsmittelinstanz Berufungen und Beschwerden, die im neunten Titel des zweiten Teils der ZPO vorgesehen sind (Art. 5 Abs. 1 lit. b EGZPO). Mit Berufung anfechtbar sind u.a. erstinstanzliche Endentscheide, worunter nebst Sach- auch Nichteintretensentscheide fallen (Art. 308 Abs. 1 lit. a, Art. 236 Abs. 1 ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.-- beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO), bei tieferen Streitwerten ist die Beschwerde gegeben (Art. 319 lit. a ZPO). Der Streitwert wird durch die Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien nicht darüber einigen oder ihre Angaben

- 4 - offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Massgeblich für die Streitwertbestimmung im Berufungsverfahren sind die zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren (Art. 308 Abs. 2 ZPO), also die Rechtsbegehren vor erster Instanz unter Berücksichtigung von Anerkennungen und Rückzügen einzelner Rechtsbegehren (Spühler, Basler Kommentar, N. 8 zu Art. 308 ZPO; Blickenstorfer, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, N. 24 zu Art. 308 ZGB; Mathys, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Bern 2010, N. 33 zu Art. 308 ZPO). Vorliegend verlangte die Berufungsklägerin in ihren Schlussbegehren vor erster Instanz nebst Einstellung des Betreibungsverfahrens im Sinne einer Klage gemäss Art. 85a SchKG die Feststellung, dass die Forderung der Beklagten gegen die Klägerin in der Höhe von Fr. 39'328.15, welche im Betreibungsverfahren Nr. xxx eingetrieben wurde, nicht besteht bzw. nicht geschuldet ist. Gleichzeitig anerkannte sie einen Betrag in der Höhe von Fr. 10'961.40, welchen sie mit Klageeinreichung an die

Berufungsbeklagte überwiesen hatte (anerkannte TB 26; Schreiben vom 5. Dezember 2011, S. 68). Mithin betrug der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren Fr. 28'366.75, womit die Berufung unter Berücksichtigung von Art. 308 Abs. 2 ZPO zulässig ist. Diese wurde zudem frist- und formgerecht (Art. 311 ZPO) erhoben, weshalb darauf einzutreten ist. 2.

E. 3

Der Klägerin ist eine angemessene Parteientschädigung gemäss GTar zuzusprechen.

E. 3.1

Vorliegend besteht der in Betreuung gesetzte Betrag vorab aus dem Vergütungsanspruch der Berufungsbeklagten. Mit Schlussrechnung Nr. xxx vom 30. Juni 2011 forderte die Berufungsbeklagte eine Gesamtentschädigung von Fr. 66'225.30 und abzüglich der geleisteten Akontozahlung von Fr. 55'000.-- eine Restanz von Fr. 11'225.30 (S. 47).

- 6 -

E. 3.1.1

Der Vergütungsanspruch der Berufungsbeklagten basiert auf einem Werkvertrag, mit dessen Abschluss sie sich als Unternehmerin zur Herstellung und Ablieferung des versprochenen (mängelfreien) Werks verpflichtet hat, und die Berufungsklägerin als Bestellerin zur Leistung der vereinbarten Vergütung (Art. 363 OR). Eine solche Vergütung kann sich nach Einheits-, Global- oder Pauschalpreis berechnen. Behauptet der Unternehmer, mit dem Bauherrn einen Werkvertrag abgeschlossen zu haben und fordert er aus dem Vertragsverhältnis den Werklohn, so hat er im Bestreitungsfall das Zustandekommen des Vertrags und die Höhe des geltend gemachten Werklohns zu behaupten und zu beweisen.

E. 3.1.2

Vorliegend ist unbestritten, dass der Betonabtrag, offeriert als Positionen 422- 429, nach Ausmass erfolgen sollte (S. 31 ff.; anerkannte TB 3), womit die Parteien einen Festpreis in Form des Einheitspreises vereinbarten. Dabei ergibt sich die geschuldete Vergütung aus der Menge der vom Unternehmer geleisteten Einheiten, multipliziert mit dem zugehörigen Einheitspreis (vgl. Gauch, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2011, N. 917). Ziffer 4.3 der allgemeinen Bestimmungen des Schweizerischen Fachverbands für Hydrodynamik am Bau (SFHB), welche Bestandteil der Offerte vom 8. Februar 2013 und mit der Annahme Vertragsinhalt waren, weist darauf hin, dass sich die Ermittlung der Menge nach dem tatsächlichen Ausmass richtet (vgl. Gauch, a.a.O., N. 920), da nach der genannten Vertragsbestimmung für das Ausmass der geleisteten Arbeit die Arbeits- und Stundenrapporte bzw. die gegenseitig anerkannten Arbeitsprotokolle massgebend sein sollten (S. 28). Umstritten ist dieses tatsächliche Ausmass, auf Grundlage dessen die geschuldete Vergütung errechnet werden soll. Zur Festlegung des tatsächlichen Ausmasses sind grundsätzlich die geleisteten Mengeneinheiten am Objekt festzustellen. Unternehmer und Besteller (oder deren Vertreter) pflegen das Ausmass gemeinsam zu ermitteln und dieses gegenseitig anzuerkennen (Gauch, a.a.O., N. 920). Diese gegenseitige Anerkennung ist für den späteren Nachweis der tatsächlich geleisteten Mengeneinheiten, für welche der Unternehmer beweispflichtig ist, von erheblicher Bedeutung, begründet sie doch eine tatsächliche Vermutung für die Richtigkeit des Ausmasses (ZWR 2000 S. 278 E. 6b/aa; Gauch, a.a.O., N. 921, je mit Hinweisen). Der Besteller kann diese tatsächliche

Vermutung jedoch durch blossen Gegenbeweis, insbesondere durch Aufnahme eines neuen Ausmasses entkräften oder widerlegen (ZWR 2000 S. 278 E. 6b/aa). Eine gleiche Vermutung spricht für die Richtigkeit eines nur vom Unternehmer ermittelten Ausmasses, falls der Besteller einer gemeinsamen Ermittlung trotz rechtzeitiger Aufforderung ferngeblieben und eine neue Ermittlung oder Überprüfung des einseitig genommenen Ausmasses auf Grund nachfolgender Arbeiten ausgeschlossen ist (Gauch, a.a.O., N. 921). Indem die allgemeinen Bestimmungen des SFHB Bestandteil der Offerte vom 8. Februar 2013 (S. 27) und durch die Annahme der Offerte auch des Werkvertrags waren und diese in Ziffer 1 subsidiär auf die SIA-Normen 118, 191 und 192 verwiesen (S. 28), haben die in Bausachen erfahrenen Vertragsparteien zudem ein baubegleitendes Leistungserfassungssystem im Sinne der Art. 141 ff. SIA-Norm 118 als Beweissicherungssystem vereinbart (Schumacher, Ausmasse und Regierapporte: ein effizientes Beweissicherungssystem, BR 2009, S. 29 mit Hinweis). Danach hatten Bauleitung und Unter-

- 7 - nehmer gemeinsam fortlaufend und zeitgerecht, möglichst innert Monatsfrist, die Ausmasse zu ermitteln und gegenseitig in den Massurkunden anzuerkennen (Art. 142 Abs. 1 SIA-Norm 118). Ausmasse, die nach dem Fortschreiten des Baues nicht mehr festgestellt werden konnten, waren sofort aufzunehmen (Art. 142 Abs. 2 Satz 1 SIA-Norm 118).

E. 3.1.3

Nach dem Gesagten war das tatsächliche Ausmass zwischen den Vertragsparteien, d.h. der Berufungsklägerin als Unternehmerin und der Berufungsbeklagten als deren Subunternehmerin, im Anschluss an das Ende der hydrodynamischen Abtragsarbeiten aufzunehmen, da unmittelbar in deren Anschluss mit den Reprofilierungsarbeiten begonnen werden sollte (Baustellenprotokoll vom 22. März 2011, S. 57) und diese Reprofilierungsarbeiten, mit welchen der Beton im abgetragenen Bereich erneuert wurde, eine spätere Aufnahme des Ausmasses erschwerten bzw. verunmöglichten (vgl. G_____, S. 177). Bereits am 25. März 2011 hat die Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin eine Akonto-Rechnung über Fr. 58'875.70 mit einer Aufstellung der effektiven Abtragungsflächen bzw. Abtragungstiefen in Form einer Excel-Tabelle übermittelt (anerkannte TB 46; S. 100 ff.; G_____, S. 176). In der Folge hat die Berufungsklägerin das Ausmass nicht beanstandet. Am 7. Juni 2011 hat die Berufungsbeklagte ihre Vertragspartnerin mit Telefaxmitteilung erneut um Mitteilung des Schlussausmasses ersucht (TB 50 sowie S. 103) und am 30. Juni 2011 machte sie schliesslich in der Schlussrechnung Nr. xxx eine Gesamtentschädigung von Fr. 66'225.30 geltend, unter Hinweis auf das beigelegte Ausmass (S. 47 ff.). Die Berufungsklägerin reagierte erst mit Schreiben vom 23. Juli 2011 und behielt sich Abänderungen beim vorgeschlagenen Ausmass vor (S. 50), womit sie auch erstmals die von der Berufungsbeklagten angegebenen effektiv abgetragenen Flächen beanstandete (G_____, S. 177). Am 13. September 2011, d.h. „sechs Monate nach Arbeitsende“ (G_____, S. 177), stellte sie der Berufungsbeklagten ihrerseits das Ausmass betreffend der Abtragsarbeiten zu (S. 51 ff.), welches H_____ mit der Bauleitung erarbeitet hatte (H_____, S. 173). Insgesamt erscheint es folglich glaubwürdig, wenn der Vertreter der Berufungsbeklagten angab, er habe vergeblich versucht, mit der Berufungsklägerin ein Ausmass zu erstellen (G_____, S. 177). H_____ gab als Vertreter der Berufungsklägerin anlässlich der Beweisaufnahmesitzung zwar an, er habe die Akonto-Rechnung vom 25. März 2011 nicht zur Gänze bezahlt und in seiner Schlussabrechnung begründet warum (H_____, S. 172; vgl. ferner Belastungsanzeige

vom 3. Mai 2011 über Fr. 55'000.-, S. 46). Wie jedoch die schlichte Bezahlung einer Rechnung nicht als deren Anerkennung verstanden werden kann (Schumacher, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Freiburg 1998, N. 265 mit Hinweisen), kann aus deren teilweisen Bezahlung allein nicht auf die Ablehnung des nicht bezahlten Teils der Rechnung geschlossen werden, zumal die eigene Schlussabrechnung erst mehrere Monate nach der Zahlung kommuniziert wurde. H_____ bestritt sodann, jemals die von der Berufungsbeklagten in Rechnung gestellte Abtragungsfläche ausgemessen zu haben (H_____, S. 171) und bestätigte mit dieser niemals eine Ausmassaufnahme aufgenommen zu haben (H_____, S. 172). Es sei vielmehr an ihm gewesen, mit der Bauleitung eine Ausmassaufnahme vorzunehmen und diese anschliessend mit der Berufungsbeklagten als

- 8 - seiner Subunternehmerin zu diskutieren. Er habe darauf hingewiesen, dass das Ausmass mit der Bauleitung noch nicht vorliege (H_____, S. 172). Mithin ist erstellt, dass die Berufungsklägerin entgegen ihrer Pflicht auf das erste mitgeteilte Ausmass nicht reagiert hat, auf die Aufforderung zur Ausmasserstellung nicht eingegangen ist und erst nach Zustellung eines zweiten Ausmasses im Juni 2011 ein entsprechender Vorbehalt dokumentiert ist. Der Hinweis, dass noch Probleme mit dem Erst-Besteller bestanden, vermag sie dabei nicht zu entlasten. Denn im Werkvertragsverhältnis zwischen den Prozessparteien war die Bauleitung des Hauptwerkvertrags nicht eingebunden und das Ausmass musste dementsprechend grundsätzlich unabhängig von deren Beteiligung aufgenommen werden. Vorliegend bestand einzig zwischen den Prozessparteien ein Werkvertragsverhältnis, nicht aber zwischen der Berufungsbeklagten als Subunternehmerin und der StWE-Gemeinschaft „E_____“ als Erst-Bestellerin bzw. deren Bauleitung. Daher war der Subunternehmervertrag vom Hauptvertrag unabhängig, was zur Folge hatte, dass die Berufungsklägerin als Unternehmerin das Risiko rechtlicher Nachteile aus einer mangelnden Koordination der beiden Verträge trug. Dieses Risiko schlossen die Prozessparteien nicht durch besondere Abreden im Subunternehmervertrag aus, mit welchen sie diesen mit dem Hauptvertrag verknüpften, namentlich wurde nicht vereinbart, dass das Werk des Subunternehmers nicht als abgenommen gilt, bevor der Unternehmer das von ihm geschuldete Werk dem Erst-Besteller abgeliefert hat (zum Verhältnis zwischen Subunternehmer, Unternehmer und Erst-Besteller vgl. Gauch, a.a.O., N. 143 ff., insb. 145b, 146, 151 mit zahlreichen Hinweisen). Mithin kann sich die Berufungsklägerin allein mit dem Hinweis auf eine noch erforderliche Mitwirkung der Bauleitung nicht entlasten. Aus dem Verhalten der Parteien und der Tatsache, dass das Ausmass im Zeitpunkt, in welchem die Berufungsklägerin ihre Mitwirkung anbot, nicht mehr aufgenommen werden konnte bzw. die Feststellungen der Bauleitung nicht mehr überprüft werden konnten, folgt, wie das Bezirksgericht richtig erkannt hat, eine tatsächliche Vermutung für die Richtigkeit des von der Berufungsbeklagten zugestellten und von der Berufungsklägerin nicht beanstandeten Ausmasses. Wäre die Berufungsklägerin als Bestellerin im Subunternehmervertrag mit dem ihr am 25. März 2011 zugesandten tatsächlichen Ausmass nicht einverstanden gewesen, so hätte sie dies gegenüber der Berufungsbeklagten unverzüglich rügen und auf Abhilfe drängen müssen. Trotzdem hat sie erstmals am 13. September 2011 und damit sechs Monate nach Abschluss der vereinbarten Werksvertragsarbeiten das ihr von der Berufungsbeklagten zugestellte Ausmass korrigiert. Mit ihrem Stillschweigen hat sie das Vertrauen der Berufungsbeklagten als Unternehmerin, welche als nachmalig beweisbelastete Partei angesichts des drohenden Beweisverlustes ein Interesse an der Festhaltung des

tatsächlichen Ausmasses hatte, in die Korrektheit der Erstellung der Beweisurkunden erweckt und in diesem Vertrauen ist die Berufungsklägerin grundsätzlich, d.h. soweit die Berufungsklägerin die Unrichtigkeit der damals erstellten Beweisurkunden nicht durch Gegenbeweis zu erschüttern vermag, zu schützen (vgl. Schumacher, Ausmasse und Regierapparte: ein effizientes Beweissicherungssystem, BR 2009, S. 32 ff. mit Hinweisen). Dabei hält das Bezirksgericht zutreffend fest, dass der Berufungsklägerin ein solcher Gegenbeweis mithilfe des Plans, welchen I_____ aufgrund der ausgeführten Arbeiten vor Ort erstellt hatte (vgl. S. 40 f.; I_____, S. 154) und welcher von ihr für die zwei erwähnten Abtragsflächen heran-

- 9 - gezogen worden ist (vgl. S. 40 sowie 51 f.; H_____, S. 169, 171), lediglich hinsichtlich zweier Abtragungsflächen, nämlich der „Pos. 422.512d mm 11 bis 20“ sowie der „Pos. 422.514 horizontal 31 bis 40mm“ gelang, nicht aber hinsichtlich der übrigen, von ihr angebrachten Korrekturen. Die Berufungsklägerin rügt hingegen zu Recht, das Bezirksgericht habe seinen Berechnungen fälschlicherweise einen Rabatt von 6 % statt 8 % zu Grunde gelegt (S. 195). Dieser Rabatt wurde, nachdem er in der Offerte vom 8. Februar 2011 noch offen gelassen worden war, im Rahmen der Vertragsverhandlungen auf 8 % fixiert (vgl. E-Mailnachricht vom 21. Februar 2011, S. 91). Dennoch hat die Berufungsbeklagte in ihrer Rechnung vom 30. Juni 2011, welche Basis der Urteilsabwägung bildet, lediglich einen Rabatt von 6 % berechnet und zusätzlich ein Skonto von 2 % bei einer Zahlung bis am 29. Juli 2011. Bei einer Vergütung gemäss korrigiertem Ausmass in der Höhe von Fr. 60'291.36 und Berücksichtigung des tatsächlich vereinbarten Rabatts von 8 % (= Fr. 4'823.31) verbleibt eine Gesamtverfügung von Fr. 55'438.05, womit zuzüglich

E. 3.2

Nebst der Restanz des Vergütungsanspruchs besteht der in Betreuung gesetzte Betrag aus einer Schadenersatzforderung in der Höhe von Fr. 28'102.84, welche die Berufungsbeklagte mit Rechnung Nr. 611'052 vom 30. Juni 2011 geltend machte (S. 63). Die Berufungsbeklagte beruft sich hierbei auf die verletzten Offertbedingungen. Unter „Bauseitige Vorbereitungsarbeiten“ wird in Ziffer 2 festgehalten, dass „rechtzeitig vor Beginn der Hydrodynamik-Arbeiten am Bau“ unter anderem „Lage, Richtung und Tiefe der zu bearbeitenden Stellen zu markieren“ sind (Ziffer 2.2.1) und abzuklären ist, dass sich im Bereich der Wasserstrahlung keine Einlagen, Leitungen, unterirdische Bauten usw. befinden, oder dass durch die durchzuführenden Spezialarbeiten an solchen Einrichtungen oder infolge Bestehens solcher Einrichtungen keine Schäden oder Beeinträchtigungen entstehen. Falls solche trotzdem auftreten, kann die Unternehmung nicht haftbar gemacht werden“ (Ziff. 2.2.2). Die Berufungsbeklagte macht mithin einen Schaden geltend, welcher ihr aus der Verletzung einer vertraglichen (Neben-)pflicht erwachsen ist.

E. 3.2.1

Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle (Art. 97 Abs. 1 OR). Die in dieser Bestimmung geregelte Schadenersatzpflicht erfasst alle Formen der Unmöglichkeit und der Schlechterfüllung eines Vertrages. Jeder Verstoss gegen eine vertragliche Verpflichtung bildet demnach eine nicht gehörige Erfüllung im Sinne dieser Bestimmung (Wiegand, Basler Kommentar, 5. A., N. 1 zu Einl. zu Art. 97-109 OR). Eine Form der nicht

gehörigen Erfüllung stellt insbesondere die Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten dar. Zu diesen gehören Verhaltenspflichten, die zum Zweck haben, die Hauptleistung zu ergänzen und deren ordnungsgemässe Erfüllung zu sichern bzw. den Vertragszweck zu erreichen, wie namentlich Schutz-, Obhuts-, Beratungs-, Unterlassungs-, Informations- und Aufklärungspflichten (Wiegand, a.a.O., N. 33 ff. zu

- 10 - Art. 97 OR). Der Rechtsgrund solcher Pflichten liegt im Vertragsschluss, wobei diese Pflichten auch ohne diesbezügliche Willensäusserung der Parteien aufgrund der sich aus Art. 2 ZGB ergebenden Pflicht zu einer umfassenden Rücksichtnahme auf die Interessen des Vertragspartners und zu loyalen Verhalten unmittelbar zum Vertragsinhalt werden (Wiegand, a.a.O., N. 34 f. zu Art. 97 OR). Die Nebenpflichten ergeben sich in diesem Fall aus einer Auslegung oder Ergänzung des Vertrages (BGE 114 II 57 E. 6d/aa), wobei sich der Richter am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie am Wesen und Zweck des Vertrages zu orientieren hat (BGE 115 II 484 E. 4b). Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass Nebenpflichten stets dem Leistungsinhalt zuzurechnen sind und die primäre Leistungspflicht nicht im Sinne einer Änderung des Schuldinhaltes erweitern, sondern nur das schuldnerische Handeln im Hinblick auf den Leistungszweck näher umschreiben können (BGE 114 II 57 E. 6d/bb; Bundesgerichtsurteil 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 6.1).

E. 3.2.2

Im laufenden Verfahren ist unbestritten, dass die Abtragsflächen von der Bauleitung vor Ort angezeichnet worden sind und die Berufungsbeklagte ihre Arbeiten „nach Angaben der Bauleitung vor Ort“ ausgeführt hat (TB 4 anerkannter Satz 1; vgl. I_____, S. 154 f. H_____, S. 169; J_____, S. 161). Weiter ist unstrittig, dass im Rahmen der Abtragsarbeiten am ersten Tag ein Lüftungsrohr des Schutzraumes beschädigt wurde, was zur Einstellung der Arbeiten führte (anerkannte TB 12). Nach der Zeugenaussage von J_____, welcher den Wasserschaden durch sein Handeln verursachte, kam es deshalb zur Beschädigung, weil es geheissen habe, bis an den Rand abzutragen, und niemand gewusst habe, dass sich dort Rohre befänden (J_____, S. 160; ferner G_____, S. 175). Ebenso gab H_____ dazu an, es habe keine Pläne gegeben, weshalb man nicht habe wissen können, dass sich dort Rohre befänden (H_____, S. 172). Die Berufungsbeklagte hatte gemäss Tagesrapporten der Bauleitung am 7. März vier und am 8. sowie am 9. März 2011 je drei Arbeiter vor Ort (S. 60 ff.; anerkannte TB 34 f.; ferner Baujournal, S. 35; J_____, S. 158; L_____, S. 162; M_____, S. 166; G_____, S. 174), welche am 8. und am 9. März bei den Aufräumarbeiten eingesetzt wurden (I_____, S. 154; H_____, S. 169). Im Anschluss reisten die Arbeiter ab (anerkannte TB 16). Aufgrund des Schadensfalles konnten die Höchstdruckanlagen (Handlanzenanlage und Roboteranlage) nicht eingesetzt werden und standen still. Sie blieben jedoch auf der Baustelle installiert (anerkannte TB 18, 36; ferner J_____, S. 160). Die Arbeiter J_____, L_____ und M_____ hatten am Donnerstag und Freitag, 10. und 11. März 2011, keine andere Arbeit (J_____, S. 160; L_____, S. 164; M_____, S. 168), da sich die Firma auf diese Arbeit in F_____ eingestellt (L_____, S. 164) bzw. zu dieser Zeit keine andere Baustelle hatte (M_____, S. 168). Gemäss G_____ war es in- nert der kurzen Zeit nicht möglich, eine hydrotechnische Arbeit einzubringen und konnten die Maschinen während der Ausfallzeit nirgendwo anders eingesetzt werden (G_____, S. 176). Bereits am 15. März 2011 übermittelte die Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin eine Zusammenstellung mit den

Ausfallzeiten (anerkannter erster Teilsatz der TB 40; E-Mailnachricht, S. 95 f.). Am 7. Juni 2011 forderte sie die Berufungsklägerin auf, einen

- 11 - Vorschlag zur Abrechnung der Wartezeiten/Ausfallzeiten zu unterbreiten (S. 103). Gleichentags übersandte sie nochmals die Zusammenstellung der Ausfallzeiten (S. 104 ff.). Am 30. Juni 2011 stellte die Berufungsbeklagte für die Ausfallzeiten Fr. 28'102.80 in Rechnung (anerkannte TB 19; S. 63 ff.). Mit Schreiben vom 23. Juli 2011 teilte die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten mit, dass die „Versicherung [...] bestimmen [werde], welche Wartezeiten bezahlt [würden]“ (S. 50), was sie mit Schreiben vom 13. September 2011 wiederholte (S. 51). Schliesslich teilte sie der Berufungsbeklagten am 5. Dezember 2011 mit, dass sie einen Betrag von Fr. 10'961.40 überwiesen habe (S. 68 f.). H_____ will die Ausfallzeiten nie anerkannt haben (H_____, S. 172). G_____ hingegen gab an, die Berufungsklägerin habe die Ausfallzeiten innert nützlicher Frist nicht bemängelt (G_____, S. 176).

E. 3.2.3

Die diversen Partei- und Zeugenaussagen belegen, dass die im Vorfeld der hydrodynamischen Arbeiten vorgenommenen Abklärungen, ob sich im Bereich der Wasserstrahlung Einlagen, Leitungen, unterirdische Bauten usw. befanden, nicht genügend waren, was zur Verletzung des Lüftungsrohrs und zum Arbeitsausfall im Verlauf der Woche vom 7. März 2011 führte. Mithin kam die Berufungsklägerin ihrer vertraglichen Nebenpflicht in Ziffer 2.2.2 der Offert- und Ausführungsbedingungen nicht nach. Die Verletzung dieser Pflicht führt in Anwendung von Art. 97 Abs. 1 OR zum Ersatz des der Berufungsbeklagten dadurch erwachsenen Schadens, sofern die Berufungsklägerin sich nicht exkulpieren kann. Trotz der sie hinsichtlich des Verschuldens treffenden Beweislast – und infolge dessen der diesbezüglichen Behauptungslast – führte die Berufungsklägerin im erstinstanzlichen Verfahren nicht eine einzige Tatsachenbehauptung in den Prozess ein, dass bzw. weshalb sie ihren Sorgfaltspflichten nachgekommen sein sollte, weshalb eine Exkulpation der Berufungsklägerin bereits aus formellen Gründen scheitert und ihre Schadenersatzpflicht zu bejahen ist. Wenn die Berufungsklägerin erstmals im Berufungsverfahren vorbrachte, dass mangels entsprechender Pläne niemand habe wissen können, dass an der fraglichen Stelle Rohre durchliefen (S. 208), stellt dies eine unechte neue Tatsachenbehauptung dar, welche bei Beachtung zumutbarer Sorgfalt bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätte vorgebracht werden können und daher nach Massgabe von Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO im Berufungsverfahren ausgeschlossen ist (vgl. Bundesgerichtsurteile 4A_662/2012 vom 7. Februar 2013 E. 3.3, 4A_643/2011 vom 24. Februar 2012 E. 3.2.2; Sterchi, Berner Kommentar, N. 4 ff. zu Art. 317 ZPO), zumal die Berufungsklägerin nicht darlegt, weshalb sie diese Tatsache nicht schon vor erster Instanz, sondern erst im Berufungsverfahren ins Verfahren eingeführt hat (Mathys, a.a.O., N. 8 zu Art. 317 ZPO; ferner Bundesgerichtsurteile 5A_58/2012 vom 15. Oktober 2012 E. 1.4, 5A_425/2011 vom 8. August 2011 E. 1.4; BGE 133 III 393 E. 3). Überdies bleibt festzuhalten, dass allein der pauschale Hinweis auf fehlende Pläne zum Nachweis der erforderlichen Sorgfalt nicht genügen würde, insbesondere da die fraglichen Handlungen im Rahmen einer entgeltlichen Geschäftstätigkeit erfolgt sind (zum anzuwendenden objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff vgl. BGE 115 II 62 E. 3; Wiegand, a.a.O., N. 43 zu Art. 97 OR, je mit Hinweisen). Soweit die Oberbauleitung die abzutragenden Flächen angezeichnet hat, handelte I_____ ausserdem für die Erfüllung der verletzten vertraglichen Nebenpflicht als Hilfsperson im Sinne von Art. 101 Abs. 1 OR, für deren

Fehler die Berufungsklägerin ebenfalls einzustehen hat.

- 12 - Mithin ist die Schadenersatzpflicht der Berufungsklägerin zu bejahen und es bleibt die Höhe der Schadenersatzforderung zu bestimmen (Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 42 ff. OR). Für die Bestimmung des Schadens haben die Parteien im Werkvertrag eine besondere Regelung getroffen (vgl. TB 41): In Ziffer 4 der Offert- und Ausführungsbedingungen wurde festgehalten, „von der Unternehmung nicht verschuldete Wartezeiten [würden] in Regie verrechnet“. Auf dieser Basis muss die Schadensberechnung erfolgen, wobei die Berufungsbeklagte eine Schadensminderungspflicht trifft. Die Berufungsbeklagte machte als Schaden Fr. 28'102.84 geltend (vgl. TB 14-19, 34- 37 und 41), was das Bezirksgericht als rechtens ansah (angefochtenes Urteil E. 5, S. 197-200). Dabei verrechnete sie auf S. 1 ihrer Zusammenstellung – gemäss der ver- traglichen Regelung – die Arbeits- und Wartezeiten ihrer Arbeiter sowie der installierten Maschinen während der Woche vom 7. bis am 11. März 2011 nach von der Berufungs- klägerin hinterlegten Regierapporten und den Regieansätzen des Schweizerischen Baumeisterverbandes (SBV), bzw. sie blieb bei den Maschinen unter den Regieansät- zen. Die Berufungsbeklagte hat geltend gemacht, dass während der Ausfallzeit nirgendwo anders Arbeiten ausgeführt werden konnten (TB 37), was anhand der diversen Aussa- gen und der Tatsache, dass die Maschinen in F_____ installiert blieben, deren Ab- und Wiederinstallation augenscheinlich einen nicht unerheblichen Aufwand mit sich gebracht hätte, und infolge dessen eine unplanmässige, für zwei, drei Tage aufzuneh- mende Arbeit kaum Sinn gemacht hätte, glaubhaft scheint. Indes ergab das Beweisver- fahren, dass die Arbeiter der Berufungsbeklagten am 10. und am 11. März 2011 Über- stunden kompensiert haben, wobei die Arbeiter im Monatslohn angestellt waren und auch für die entsprechende Zeit entschädigt wurden (J_____, S. 160 f.; L_____, S. 164 f.; M_____, S. 168). Nach Ansicht der Berufungsklägerin ist ihr insoweit kein Schaden erwachsen (S. 209). Indem die Berufungsbeklagte ihre drei Arbeiter, welche an sich auf der Baustelle in F_____ hätten eingesetzt werden sollen, Überstunden kompensieren liess, kam sie ihrer Schadensminderungspflicht für den 10. und 11. März 2011 nach. Der Schaden der Berufungsbeklagten für diese beiden Tage liegt in der Höhe der Differenz zwischen dem entgangenen Gewinn, welcher sich gemäss Vertrag nach Regieansätzen berech- net, und den Lohnkosten der drei Arbeiter als ihren Auslagen. Die Berufungsbeklagte hat jedoch weder die Höhe der Lohnkosten noch den daraus folgenden Schaden be- hauptet oder nachgewiesen, obwohl sie für den Schaden beweispflichtig gewesen wä- re. Mangels eines solchen Nachweises ist die Schadenersatzforderung im Umfang der Ausfallzeit der drei Arbeiter für den 10. und 11. März 2011 abzuweisen. Die auf S. 1 der Zusammenstellung verrechnete Ausfallzeit für ihre Arbeiter sowie die installierten Maschinen von insgesamt Fr. 18'082.35 ist daher um Fr. 4'651.20 (= 17 h x Fr. 84.-- + 34 x Fr. 94.80) zu kürzen, womit diesbezüglich ein Schaden von Fr. 13'431.15 ausge- wiesen ist. Sodann verrechnet die Berufungsbeklagte auf S. 2 ihrer Zusammenstellung für den 8. und 9. März 2011 zu Unrecht nochmals drei Mitarbeiter zu vollen Regieansätzen, da derart die anwesenden Arbeiter doppelt bezahlt würden. Dieser Umstand wird von der

- 13 - Berufungsklägerin gerügt, weshalb hier eine Korrektur vorzunehmen ist, zumal diese Rüge entgegen der Ansicht der Berufungsbeklagten kein unechtes Novum darstellt, da sie selbst für den Schaden beweispflichtig gewesen wäre und infolge dessen die Be- hauptungslast für die sechs Arbeiter getragen hätte. Mithin ist die geltend gemachte Entschädigung um die auf S. 2 der Zusammenstellung aufgeführten Fr. 4'035.60 zu kürzen.

Weiter ist der geltend gemachte Schaden um den Betrag zu mindern, welche die Berufungsbeklagte für die zusätzliche Hin- und Rückfahrt am 9. bzw. am 14. März in Rechnung stellte (Fr. 3'093.20), da ihre Arbeiter am Wochenende ohnehin nach Rorschach zurückgekehrt wären und die Transportkosten mithin keine ausfallbedingten Mehrkosten darstellen (vgl. Berufungserklärung, S. 209). Etwas anderes machte die Berufungsbeklagte entgegen ihrer Behauptungslast jedenfalls nicht geltend. Die zusätzlichen Übernachtungskosten schliesslich sind zwar für den 7./8. sowie den 8./9. März 2011 geschuldet, da die Arbeiter der Berufungsbeklagten am 8. und am 9. März 2011 bei den Aufräumarbeiten für die Berufungsklägerin mithalfen, nicht jedoch für den 9./10. März 2011, da die Arbeiter bereits am 9. März 2011 abgereist sind (vgl. anerkannte TB 16; Tagesrapport, S. 62). Für die drei Arbeiter sind demzufolge sechs zusätzliche Übernachtungen geschuldet, d.h. Fr. 540.--. Insgesamt beläuft sich der Schaden damit auf Fr. 15'088.85 (Fr. 13'431.15 + Fr. 540.-- zuzüglich 8 % MwSt.). Abzüglich des von der Berufungsklägerin anerkannten und überwiesenen Betrags von Fr. 10'961.40 verbleibt eine Restschuld von Fr. 4'127.45. An der Rechtmässigkeit dieser Forderung vermögen die weiteren Rügen der Berufungsklägerin nichts zu ändern. Wie bereits dargelegt geht es vorliegend um eine Schadenersatzpflicht infolge Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht und nicht um eine ausnahmsweise Mehrvergütung gemäss Art. 373 Abs. 2 OR und überdies vermag im externen Verhältnis zwischen den Prozessparteien die Versicherung der Berufungsklägerin nicht den Schadenersatz zu bestimmen (vgl. aber Berufungserklärung, S. 208).

E. 3.3

Schliesslich will die Berufungsklägerin einen Betrag von Fr. 2'857.85 als Entschädigung für Nachspitzarbeiten am 2., 4. und 5. April 2011, welche aufgrund ungenügend abgetragener Flächen notwendig geworden seien, mit der Forderung der Berufungsbeklagten in Verrechnung bringen. Die geltend gemachte Entschädigung gründet damit in einem Werkmangel.

E. 3.3.1

Ein Werk ist mangelhaft, wenn ihm vertraglich zugesicherte oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte Eigenschaften fehlen. Diese Abweichung von der vertraglich geforderten Beschaffenheit des Werks bildet das Begriffsmerkmal des Werkmangels (BGE 117 II 259, 114 II 244, 104 II 355; Gauch, a.a.O., N. 1356 f.; Zindel/Pulver, Basler Kommentar, 5. A., N. 9 zu Art. 368 OR). Der Unternehmer im Werkvertrag schuldet ein mängelfreies Werk und hat sich bei dessen Mangelhaftigkeit nach Wahl des Bestellers und unter den Voraussetzungen von Art. 368 OR die Wandelung des Vertrages oder die Herabsetzung des Werklohnes gefallen zu lassen oder kann zur Nachbesserung des Werkes verpflichtet werden; bei

- 14 - Verschulden haftet er überdies für den Mangelfolgeschaden (Art. 368 OR; BGE 136 III 273 E. 2.2, 126 III 388 E. 10a, 116 II 305 E. 2c). Verlangt der Besteller vom Unternehmer die Nachbesserung des Werkes, übt er damit in unwiderruflicher Weise ein Gestaltungsrecht aus (BGE 136 III 273 E. 2.2, 109 II 40 E. 6a, 107 III 106 E. 2). Weigert sich der Unternehmer in der Folge, die Nachbesserungsarbeiten vorzunehmen, kann der Besteller nach den Regeln über den Schuldnerverzug (Art. 102 ff. OR) vorgehen (BGE 136 III 273 E. 2.3; Bundesgerichtsurteil 4A_90/2013 vom 10. Juni 2013 E. 4). Befindet sich der Schuldner bei zweiseitigen Verträgen im Verzug, so ist der Gläubiger nach Art. 107 Abs. 1 OR

berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen. Wird auch bis zum Ablauf dieser Frist nicht erfüllt, so kann der Gläubiger nach Art. 107 Abs. 2 OR immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen, stattdessen aber auch, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Vertrag zurücktreten (vgl. dazu im Einzelnen: BGE 136 III 273 E. 2.3/2.4). Der Besteller, der aus der Mangelhaftigkeit des abgelieferten Werks Mängelrechte gegenüber dem Unternehmer ableitet, hat den Werkmangel, auf den er sich beruft, als rechtsbegründende Tatsache zu beweisen (Art. 8 ZGB). Die Mängelrüge hat sich an den Unternehmer (oder dessen Vertreter) zu richten, auch wenn die Arbeiten durch einen Subunternehmer ausgeführt wurden. Die Anzeige der Mängel ist zwar an keine besondere Form gebunden, inhaltlich muss sie jedoch sachgerecht substantiiert sein. Danach muss die Mängelrüge in jedem Fall die Anzeige des erkannten Mangels (Art. 367 Abs. 1 OR) sowie die (ausdrückliche oder stillschweigende) Kundgabe des Willens enthalten, das Werk (oder den Werkteil) auf Grund des mitgeteilten Mangels nicht als vertragsgemäss anzuerkennen und den Unternehmer haftbar zu machen (BGE 107 II 175; Gauch, a.a.O., N. 2133). Eine nur allgemeine Erklärung, „das Werk sei mangelhaft“ („es entspreche nicht dem Vertrag“; „es sei unbefriedigend“), genügt für die Mängelrüge nicht. Vielmehr ist der Mangel, der gerügt werden soll, genau anzugeben (BGE 107 II 175) und so zu bezeichnen, dass der Unternehmer erkennen kann, was an seinem Werk beanstandet wird. Es obliegt dem Besteller zu beweisen, dass und wann der Mangel von ihm gerügt wurde (Gauch, a.a.O., N. 2170). Da der Besteller für die Mängelrüge und deren Zeitpunkt die Beweislast trägt, wird ihm für diesen Sachumstand auch die Behauptungslast auferlegt. Die Behauptungslast dafür, dass keine rechtzeitige Mängelrüge erhoben wurde, liegt demgegenüber beim Unternehmer (BGE 118 II 147; Gauch, a.a.O., N. 2168 f. mit weiteren Hinweisen).

E. 3.3.2

Damit ist Voraussetzung zur Geltendmachung aller Mängelrechte, dass der Besteller den Werkmangel rechtzeitig und inhaltlich genügend gerügt hat, andernfalls das Werk in Bezug auf die nicht gerügten Mängel als genehmigt gilt (Art. 370 Abs. 2 ZGB; statt aller Brändli, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, Zürich/St. Gallen 2007, N. 242, 339 ff. mit zahlreichen Hinweisen). Die Berufungsklägerin hat jedoch im gesamten Verfahren nie vorgebracht, dass sie die ungenügenden Abtragsflächen, für welche sie nach Abzug der Baumaschinen durch die Berufungsbeklagte selbst nachspitzte, gegenüber der Berufungsbeklagten gerügt hat. Sie hat hierzu keine Tatsachenbehauptung gemacht, selbst

- 15 - dann nicht, als die Berufungsbeklagte geltend machte, dass die Berufungsklägerin ihre Arbeiten zu keiner Zeit bemängelt habe (vgl. TB 57). Ebenso wenig ist eine entsprechende Mängelrüge nachgewiesen. Im Baujournal vom 29. März 2011 wurde lediglich festgehalten, dass die Abtragstiefen „lokal“ nicht eingehalten seien und nachgespitzt werden müsste, nicht aber, dass die Berufungsbeklagte hiervon in Kenntnis gesetzt werde (S. 39). Schriftliche Beanstandungen gegenüber der Berufungsbeklagten wurden zwar per E-Mailnachricht vom 17. März 2011 erhoben (S. 98), welche Mängel indes von der Berufungsbeklagten behoben wurden (H_____, S. 172 f.; G_____, S. 176 f.; vgl. ferner J_____, S. 160; M_____, S. 168). H_____ als Vertreter der Berufungsklägerin selbst gab an, die Berufungsbeklagte nicht benachrichtigt und ihr keine Möglichkeit zur Nachbesserung eingeräumt zu haben, weil es sie „aufgrund der

Neuinstallation einiges mehr gekostet“ hätte (H_____, S. 170) und bestätigte gar ausdrücklich, dass er das Nachspitzen, welches sie sofort hätten machen müssen, „nicht als Mangel gemeldet“ habe (H_____, S. 173). Somit machte die Berufungsklägerin die Berufungsbeklagte erst mit Rechnung vom 13. September 2011 auf ihre Forderung infolge Nachspitzarbeiten aufmerksam (S. 51). Mithin fehlt es an einer entsprechenden zeitnahen Mängelrüge und die Geltendmachung einer Forderung aus Werkmangel scheidet bereits aus diesem Grund.

E. 3.3.3

Die Entstehung der Forderung der Berufungsklägerin, welche im Ersatz ihrer eigenen Aufwendungen für die Nachbesserung der geltend gemachten Mängel liegt, würde überdies, wie dies das Bezirksgericht richtig festgehalten hat, daran scheitern, dass die Berufungsklägerin ihrer Subunternehmerin die Möglichkeit zur Nachbesserung nicht eingeräumt, sondern den Mangel selbst behoben hat. Denn mit der Ausübung des Nachbesserungsrechts hat der Besteller zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen. Soweit der Unternehmer Mängel innerhalb der vom Bauherrn angesetzten Frist nicht behebt, gelangen die Regeln der Art. 102 ff. OR zur Anwendung (BGE 136 III 273 E. 2.3). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann der Besteller namentlich gemäss Art. 107 Abs. 2 Halbsatz 2 Variante 1 OR auf seinen Nachbesserungsanspruch verzichten und Schadenersatz in der Höhe des Gegenwerts der unentgeltlichen Leistung verlangen, die der Unternehmer zur Verbesserung des Werkes hätte erbringen müssen (BGE 136 III 273 E. 2.4 in fine). Der aus Nichterfüllung der Nachbesserung zu ersetzende Schaden entspricht mindestens dem Wert der ausgebliebenen Nachbesserung, welcher sich wiederum nach den Verbesserungskosten bemisst, die zur Beseitigung des Mangels voraussichtlich aufzuwenden wären oder vom Besteller (unter Vermeidung unnötigen Aufwandes) tatsächlich aufgewendet wurden, jeweils reduziert um einen allfälligen Kostenanteil, der bei einer Nachbesserung durch den Unternehmer auf den Besteller gefallen wäre (Bundesgerichtsurteil 4A_702/2011 vom 20. August 2012 E. 6.2). Geht aus dem Verhalten des Schuldners hervor, dass die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Nachbesserung im Sinne von Art. 107 Abs. 2 OR sich als unnütz erweisen würde, ist eine solche nicht erforderlich (Art. 108 Ziff. 1 OR; BGE 136 III 273 E. 2.3 in fine).

- 16 - Im laufenden Verfahren hat die Berufungsklägerin hinsichtlich der am 29. März 2011 entdeckten ungenügend abgetragenen Flächen nie behauptet, sie habe die Berufungsbeklagte zur Nachbesserung aufgefordert und diese sei der Aufforderung nicht nachgekommen, und ein solches Verhalten hat das Beweisergebnis auch nicht ergeben. Die Berufungsklägerin verzichtete vielmehr angesichts des von der Erstbestellerin ausgehenden Termindrucks darauf, die Berufungsbeklagte überhaupt zur Nachbesserung aufzufordern. Allein aus dem Umstand, dass die Berufungsbeklagte ihre Baustelleninstallation zu diesem Zeitpunkt bereits abgezogen hatte, lässt sich jedoch kein Fall von Art. 108 Ziff. 1 OR ableiten, was die Berufungsklägerin denn auch nicht behauptet hat. Daher kann die Berufungsklägerin ihren eigenen Aufwand nicht als aus der Nichterfüllung der Nachbesserung zu ersetzenden Schaden einsetzen. Mangels vertraglicher Überbindung dieses Risikos auf die Subunternehmerin ist es im Übrigen wiederum die Gefahr der Berufungsklägerin, wenn sie eine Subunternehmerin engagiert, welche anfallende Probleme nicht in der vom Besteller vorgegebenen Zeit zu lösen vermag. Dies allein ermächtigte die Berufungsklägerin jedoch nicht, die Rechte ihrer

Subunternehmerin zu beschneiden. Ebenso wenig war es an der Berufungs- klägerin zu entscheiden, ob die Berufungsbeklagte auf eine ihr zustehende Nachbes- serung aus Kostengründen verzichten möchte. Insgesamt ist die Berufung in diesem Punkt abzuweisen und das Urteil des Bezirksge- richts ist zu bestätigen. 4. Zusammenfassend schuldet die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten Fr. 4'873.10 als Restanz des Werklohnes sowie Fr. 4'127.45 als Restschuld aus der Schadenersatzpflicht wegen den Ausfallzeiten. Zudem ist ihre Forderung in der Höhe von Fr. 2'857.85 nicht berechtigt. Zum Schaden aufgrund der Ausfallzeiten gehört nach konstanter Rechtsprechung der Zins vom Zeitpunkt an, in welchem das schädigende Ereignis sich finanziell ausgewirkt hat. Er läuft bis zur Zahlung des Schadenersatzes und wird als Schadenszins bezeich- net. Er bezweckt, den Anspruchsberechtigten so zu stellen, wie wenn er für seine For- derung am Tage der Schädigung für deren wirtschaftlichen Auswirkungen befriedigt worden wäre. Geschuldet ist er sowohl bei deliktischer wie auch bei vertraglicher Haft- pflicht. Er beträgt in Anlehnung an Art. 73 Abs. 1 OR 5 %. Mithin wäre vorliegend ein Schadenszins ab dem Ausfall der Arbeiten im März 2011 geschuldet, allerdings wird er im Zahlungsbefehl, dessen zugrunde liegende Forderung im vorliegenden Verfahren überprüft wird, erstmals per 30. Juli 2011 verlangt und ist als solcher auch geschuldet. Mithin ist ein Schadenszins von 5 % auf Fr. 15'088.85 vom 30. Juli 2011 bis am 7. De- zember 2011 sowie ein solcher auf Fr. 4'127.45 ab dem 8. Dezember 2011 geschuldet. Mit dem Hinweis „Zahlbar innert 30 Tagen. Unberechtigte Abzüge werden nachbelas- tet“ auf beiden Rechnungen (S. 47, 63) enthielten die Rechnungen zudem eine vor- weggenommene Inverzugsetzung (vgl. Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988, S. 358 Fn. 115; Wiegand, Basler Kommentar, N. 9 zu Art. 102 OR mit Hinweisen; Spahr, L'intérêt moratoire, conséquence de la demeure, ZWR 1990, S. 357; ZWR 1992 S. 346; Furrer/Wey, in: Amstutz et. al. [Hrsg.], Hand- kommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, N. 30 zu Art. 102 OR mit Hinwei-

- 17 - sen), so dass mit Ablauf der 30-tägigen Frist, d.h. ab dem 30. Juli 2011, auf der restli- chen Entschädigung, d.h. Fr. 4'873.10, ein Verzugszins von 5 % (vgl. Art. 104 Abs. 1 OR) geschuldet ist. Für diese Beträge kann das Betreibungsverfahren Nr. xxx des Betreibungs- und Kon- kursamtes C_____ weitergeführt werden und es bleibt für weitergehende Forde- rungen definitiv eingestellt. 5. 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). Trifft die Rechtsmittelinstanz auf Berufung hin einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahren (Art. 318 Abs. 3 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 aufer- legt werden (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Während die Gerichtskosten von Amtes we- gen festgesetzt und verteilt werden (Art. 105 Abs. 1 ZPO), wird eine Parteientschädi- gung einer Partei nur auf Antrag hin zugesprochen; sie kann hierfür eine Kostenliste einreichen (Art. 105 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Die Berufungsklägerin beehrte, es sei festzustellen, dass der von der Berufungsbe- klagten behauptete Anspruch in der Höhe von Fr. 39'328.15, nebst Zins zu 5 % seit dem 30. Juli 2011, nicht geschuldet sei. Dabei machte sich widerklageweise einen Be- trag von Fr. 2'857.85 geltend. Nebst der nach Klageeinreichung geleisteten freiwilligen Zahlung von Fr. 10'961.40 ergab das

Berufungsverfahren, dass die Berufungsklägerin noch einen Betrag von Fr. 9'000.55 schuldet. Insgesamt erweisen sich damit Fr. 19'961.95 oder 51 % der im Bertreibungsverfahren geltend gemachten Forderung als berechtigt. Selbst wenn das Kantonsgericht zudem feststellte, dass die Gegenforderung der Berufungsklägerin in der Höhe von Fr. 2'857.85 nicht berechtigt ist, rechtfertigt es sich bei diesem Verfahrensausgang, die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens je zur Hälfte der Berufungsklägerin und der Berufungsbeklagten aufzuerlegen. Nachdem der Bezirksrichter erstinstanzlich das Bestehen einer Forderung im Umfang von Fr. 23'349.25, zuzüglich Zins, festgestellt hatte, beantragte die Berufungsklägerin im Berufungsverfahren, dass festgestellt wird, dass keine Schuld bestehe und machte wiederum Fr. 2'857.85 widerklageweise geltend. Das Kantonsgericht kommt im vorliegenden Urteil zum Schluss, dass die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten noch Fr. 9'000.55, zuzüglich Zins, schuldet und die Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin die im Gegenzug erneut geltend gemachte Forderung von Fr. 2'857.85 nicht schuldet. Bei diesem Verfahrensausgang rechtfertigt sich auch für das Berufungsverfahren eine hälftige Aufteilung der Prozesskosten.

- 18 -

E. 4

Der Berufungsklägerin ist eine angemessene Parteientschädigung gemäss GTar zuzusprechen.

E. 5

Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens sowie des Berufungsverfahrens sind von der Berufungsbeklagten zu tragen.

Die Y_____ erstattete ihre Berufungsantwort am 11. Februar 2013 und stellte nachfolgende Anträge (S. 240):

E. 5.1

Die Gerichtskosten setzen sich zusammen aus Pauschalen, insbesondere für den Entscheid (Entscheidunggebühren), sowie aus bestimmten bei Gericht angefallenen Kosten (Art. 95 Abs. 2 ZPO; ‚Auslagen‘ nach der Terminologie von Art. 7 ff. GTar). Die Gerichtsgebühren werden 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 Gebühren rechtfertigen (Art. 13 Abs. 3 ZPO; Art. 14 Abs. 1 GTar). Bei einer geldwerten Streitigkeit des Zivilrechts bewegt sie sich bei einem Streitwert von Fr. 41'186.-- (= Fr. 39'328.15 + Fr. 2'857.85, vgl. Art. 94 Abs. 2 ZPO) in einem Rahmen von Fr. 1'800.-- bis 5'000.-- für das Verfahren vor Bezirksgericht (Art. 16 Abs. 1 GTar). Für das Berufungsverfahren beträgt der Rahmen aufgrund des Reduktions-Koeffizienten von 60 % (Art. 19 GTar) Fr. 720.-- bis Fr. 2'000.--. Das Bezirksgericht hat Kosten von insgesamt Fr. 2'000.-- (Auslagen Fr. 615.--; Gebühr Fr. 1'385.--) erhoben. Das Kantonsgericht hat daher keinen Anlass, diese von keiner Partei beanstandeten Kosten anders zu bemessen. Aufgrund des Verfahrensausgangs entfallen hiervon Fr. 1'000.-- auf die Berufungsklägerin und Fr. 1'000.-- auf die Berufungsbeklagte. Nach Verrechnung mit den von den Parteien erstinstanzlich geleisteten Kostenvorschüssen

(Berufungsklägerin Fr. 2'600.--; Berufungsbeklagte Fr. 400.--) hat das Bezirksgericht der Berufungsklägerin Fr. 1'000.-- zurückzuerstatten. Die Berufungsbeklagte bezahlt der Berufungsklägerin Fr. 600.-- für geleistete Vorschüsse. Das Berufungsverfahren bestand lediglich aus einem einfachen Schriftenwechsel ohne mündliches Verfahren. Es waren eher einfache Tat- und Rechtsfragen zu behandeln. Das Dossier war nicht umfangreich. Deshalb ist in Berücksichtigung der vorstehend angeführten Kriterien eine Gerichtsgebühr von Fr. 1'200.-- angemessen. Hievon haben die Berufungsklägerin und die Berufungsbeklagte je Fr. 600.-- zu tragen. Nach Verrechnung mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss, hat die Berufungsbeklagte dieser Fr. 600.-- an Kostenvorschüssen zu erstatten.

E. 5.2

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). Bei einem Streitwert von Fr. 41'186.-- beträgt der ordentliche Rahmen, Mehrwertsteuer inklusive (Art. 27 Abs. 5 GTar), Fr. 5'800.-- bis Fr. 8'200.-- (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. 2'320.-- und maximal Fr. 3'280.-- 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 vorge-

- 19 - gebenen 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). Das Bezirksgericht hat die erstinstanzliche Parteientschädigung auf Fr. 5'200.-- festgesetzt. Deren Höhe haben die Parteien nicht beanstandet. Es besteht daher auch hier kein Grund für eine betragsmässige Korrektur. Ausgangsgemäss schuldet die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten unter diesem Titel Fr. 2'600.-- und die Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin ebenfalls Fr. 2'600.--. 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. 2'400.-- (Auslagen inkl.) festzusetzen. Die Berufungsklägerin schuldet der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.-- und Letztere zahlt der Berufungsklägerin eine solche von Fr. 1'200.--.

erkennt

1. Es wird festgestellt, dass die X_____ der Y_____ die folgenden Beträge schuldet:

- a) Fr. 4'873.10 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 30. Juli 2011;
- b) Fr. 4'127.45 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 8. Dezember 2011;

c) 5 % Zins auf Fr. 15'088.85 vom 30. Juli 2011 bis zum 7. Dezember 2011.

2. Für die in Ziffer 1 aufgeführten Beträge kann das Betreibungsverfahren Nr. xxx des Betreibungs- und Konkursamtes C_____ weitergeführt werden und es bleibt für weitergehende Forderungen definitiv eingestellt. 3. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens in der Höhe von Fr. 2'000.-- werden der X_____ und der Y_____ je zur Hälfte, d.h. je Fr. 1'000.--, auferlegt. Nach Verrechnung mit den geleisteten Vorschüssen ist der X_____ Fr. 1'000.-- durch das Bezirksgericht zurückzuerstatten. Die Y_____ bezahlt der X_____ Fr. 600.-- für geleistete Vorschüsse. 4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von Fr. 1'200.-- werden der X_____ sowie der Y_____ je zur Hälfte, d.h. je Fr. 600.--, auferlegt. Nach Verrechnung mit dem geleisteten Vorschuss von Fr. 1'200.-- ist der X_____ Fr. 600.-- durch die Y_____ zu erstatten.

- 20 - 5. Die X_____ bezahlt der Y_____ eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 3'800.-- und die Y_____ bezahlt ihrerseits der X_____ eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 3'800.--. Sitten, 6. September 2013

E. 8

% Mehrwertsteuer und nach Abzug der Akontozahlung von Fr. 55'000.-- noch Fr. 4'873.10 ausstehend sind. Die Berufung ist mithin in diesem Punkt teilweise gutzu- heissen.

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