

VS_GERICHTE Z1 15 104 vom 4. Dezember 2019

VS Kantonsgericht, 2019-12-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_Z1 15 104](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_Z1_15_104)

FR: VS_GERICHTE Z1 15 104 du 4 décembre 2019

IT: VS_GERICHTE Z1 15 104 del 4 dicembre 2019

Regeste

Z1 15 104 URTEIL VOM 4. DEZEMBER 2019 Bezirksgericht Visp Dr. Adrian Walpen, Einzelrichter in Sachen X _____ AG, Klägerin, vertreten durch Rechtsanwalt M _____ gegen Y _____, Beklagter, vertreten durch Rechtsanwalt N _____ (Werkvertrag)

Erwägungen

E. 1.1

Das Bezirksgericht Visp ist sowohl sachlich (Art. 4 Abs. 1 EGZPO i.V.m. Art. 4 Abs. 1 ZPO) als auch örtlich (Art. 10 Abs. 1 lit. b sowie Art. 31 ZPO) zur Beurteilung vorliegender Streitigkeit zuständig.

E. 1.2

Aufgrund des Streitwerts von Fr. 10'895.-- ist das vereinfachte Verfahren anwendbar (Art. 243 Abs. 1 ZPO).

E. 1.3

Die von der Klägerin hinterlegte Klagebewilligung datiert vom 24. Juli 2015. Die unbegründete Klage wurde am 22. Oktober 2015 innert der Frist von drei Monaten (Art. 209 Abs. 3 OR) eingereicht. Ebenfalls fristgerecht wurde am 30. August 2016 die begründete Klage eingereicht.

E. 1.5

mm) und 13 (Acrylfugen) nicht mehr enthalten, Position 11 (Voranstrich) ist mit der Bemerkung „evtl. vom Bauherr ausgeführt“ versehen (S. 125).

Am 23. Juli 2009 stellte die Klägerin dem Beklagten für die inneren Verputz- und Malerarbeiten den ausstehenden Betrag von Fr. 34'893.80 (Rechnung Nr. 3029, S. 83 f.) und für die äusseren Verputzarbeiten den Betrag von Fr. 17'079.-- (Rechnung Nr. 3030, S. 85 f.) in Rechnung. Diese Beträge bezahlte der Beklagte mit Zahlungsauftrag vom 12. August 2009 (anerkannte TB 7). Insgesamt bezahlte der Beklagte für die Maler- und Gipserarbeiten in A _____ Fr. 80'565.30 (anerkannte TB 7 f.).

Strittig blieben eine auf den Regierapporten Nr. 2212, 2213, 2215 und 2216 beruhende Regierechnung in der Höhe von Fr. 8'429.-- (Rechnung Nr. 3024, Beleg 26, S. 72) und eine gestützt auf den Regierapport Nr. 2214 gestellte Regierechnung in der Höhe von Fr. 2'466.40 (Rechnung Nr. 3025, Beleg 27, S. 78). Diese Rechnungen wurden bis heute trotz mehrmaliger Mahnung (anerkannte TB 22) und Betreibung (anerkannte TB 23) nicht bezahlt. Der Beklagte macht geltend, diese Beträge seien nicht geschuldet. Zudem basiere die von ihm bezahlte Schlussrechnung nicht auf dem vereinbarten Ausmass und enthalte

überdies auch Arbeiten, die von ihm nicht in Auftrag gegeben worden seien.

E. 2

Die Klägerin stützt ihren Anspruch auf ein Werkvertragsverhältnis mit dem Beklagten, woraus sie eine ausstehende Vergütung von Fr. 10'895.-- (Beleg 26, 27) plus Zins zu 5% seit dem 28. April 2010 fordert.

E. 2.1

Die Klägerin bezweckt die Ausführung von Gipsarbeiten und die Erstellung von Unterlagsböden, Aussenisolationen, Natursteinverkleidungen sowie alle damit verbundenen Arbeiten (S. 5 f.). Am 26. Januar 2009 unterbreitete die Klägerin dem Beklagten eine Offerte für äussere und innere Verputzarbeiten (Maler- und Gipsarbeiten) für den Bau eines Einfamilienhauses in A _____ (Beleg 34, S. 124 ff). In der Offerte werden die SIA-Normen 118, 242/1, 243, 257 und 242/2 als vereinbart genannt. Gestützt auf

- 4 - diese Offerte schlossen die Parteien einen mündlichen Werkvertrag ab (Zeugenaussage B _____, S. 245, F8; Parteiaussage X _____, S. 261, F3; Parteiaussage Y _____, S. 268, F8). Grundlage dieser Offerte war das Vorausmass (Wand- und Deckenfläche), das der vom Beklagten mit der Bauleitung und Architekturarbeiten beauftragte C _____ erstellte (s. S. 180, Aussage C _____, S. 254 F4-7; Aussage B _____, S. 246 F12; Aussage X _____, S. 263 F14). Gegenüber einer ersten Offerte (Beleg 35, S. 128 ff.) sind in der definitiven Offerte die Positionen 12 (Deckputz

E. 2.2

Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch basiert auf einem Werkvertrag, mit dessen Abschluss sich die Klägerin als Unternehmerin zur Herstellung und Ablieferung des versprochenen (mängelfreien) Werks verpflichtet hat, und der Beklagte als Besteller zur Leistung der vereinbarten Vergütung (Art. 363 OR). Behauptet die Unternehmerin, mit dem Bauherrn einen Werkvertrag abgeschlossen zu haben und fordert sie aus dem Vertragsverhältnis den Werklohn, so hat sie im Bestreitungsfall insbesondere die Höhe des geltend gemachten Werklohns zu behaupten und zu beweisen. Was die Bemessung der dem Unternehmer geschuldeten Vergütung betrifft, gibt es mehrere Möglichkeiten. Der Tatbestand der „festen Übernahme“ (Randtitel zu Art. 373

- 5 - OR) umfasst den Pauschalpreis, den Globalpreis und den Einheitspreis (Gauch, Werkvertrag, 6. Aufl., N. 895 ff.). Beim Einheitspreis ergibt sich die geschuldete Vergütung aus der Menge der vom Unternehmer geleisteten Einheiten, multipliziert mit dem zugehörigen Einheitspreis. Die massgebliche Menge wird entweder nach dem tatsächlichen Ausmass ermittelt (durch Messen, Wägen oder Zählen) oder nach dem plangemässen theoretischen Ausmass (vgl. Art. 38 f., 141 SIA-Norm 118; Gauch, a.a.O., N. 917). Die Vertragssumme hat bei Einheitspreisverträgen lediglich eine indikative Bedeutung. Dass die schliesslich für das Werk geschuldete Gesamtvergütung von dieser indikativen Hauptsumme des Leistungsverzeichnisses zum Teil erheblich abweichen kann, ist schon im Verzeichnis selber vorprogrammiert, da die darin enthaltenen Positionsbeträge für Einheitspreisleistungen auf nur hypothetischen Leistungsmengen abstellen (Gauch, a.a.O., N. 931a). In der Verhandlungspraxis kommt es vor, dass der Unternehmer für die Ausführung des Werks zunächst Einheitspreise offeriert, der Vertrag dann aber doch zu einem Pauschalpreis abgeschlossen wird. Entsteht zwischen den Parteien ein Streit darüber, ob eine solche Pauschalierung der Einheitspreis-Offerte stattgefunden hat, obliegt die

Beweislast derjenigen Partei, die sich auf die schliesslich getroffene Vereinbarung des Pauschalpreises beruft (Gauch, a.a.O., N. 932). Bei der Offerte vom 26. Januar 2009 (Beleg 34, S. 124 ff.), die dem mündlichen Werkvertrag zugrunde liegt, handelt es sich um eine Einheitspreis-Offerte. Es ist nirgends von Pauschal- oder Globalpreis die Rede. Dass die Parteien beim Abschluss des mündlichen Werkvertrags einen Pauschalpreis vereinbart hätten, hat der Beklagte nicht geltend gemacht. Es kann somit festgehalten werden, dass die Parteien einen mündlichen Werkvertrag mit einer festen Vergütung, nämlich einem Einheitspreis, abgeschlossen haben. Dieser Werkvertrag basiert, was unbestritten ist, auf der Offerte, wie sie von der Klägerin als Beleg Nr. 34 hinterlegt wurde. Die Einheitspreise gelten für die in der Offerte genannten Leistungen. Für nicht in der Offerte genannte Leistungen ist demgegenüber Folgendes zu beachten: Mit der Übernahme des Werks ohne feste (Pauschal- oder Einheitspreis-) Vergütung befasst sich die Bestimmung des Art. 374 OR. Demnach wird der Preis nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt, wenn er zum Voraus entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt worden ist. In der Fachsprache, namentlich des Baugewerbes, sind Vertragsarbeiten, die nach Aufwand vergütet werden, „Regiearbeiten“, „Arbeiten in Regie“ oder „Arbeiten auf Regiebasis“ (Gauch, a.a.O., N. 948; s. auch Art. 44 ff. SIA-Norm 118). Regiearbeiten sind somit Arbeiten, die nach Aufwand vergütet werden und von einem Pauschalpreis oder einer Vergütung nach

- 6 - Ausmass und Einheitspreisen nicht erfasst werden (Bundesgerichtsurteil 4C.227/2002 vom 24. Januar 2003 E. 4 mit Hinweisen). Die Unterscheidung zwischen den Leistungen zu Festpreisen und den Regiearbeiten wirkt sich auch auf die Beweisthema aus. Bei Leistungen zu Festpreisen hat der Unternehmer die vereinbarte Leistung, den zugehörigen vereinbarten Preis und die Menge der Leistungseinheiten zu beweisen. Bei Regiearbeiten muss vom Unternehmer die Vereinbarung oder die Anordnung der Regiearbeiten, die Leistung, die Regieansätze und der Aufwand bewiesen werden. Von der Bauleitung unterzeichnete Regierapporte haben dabei die Vermutung der Richtigkeit des Aufwandes für sich. Der Bauherr muss, wenn er die Vergütungsforderung bestreiten will, den Gegenbeweis erbringen, dass der im Regierapport ausgewiesene Aufwand falsch ist oder dass der Unternehmer unsorgfältig gearbeitet hat, indem er zu viel Aufwand an Arbeit, Material und Maschinenstunden benötigte (Spiess/Huser, Der Bau-Werkvertrag in der Praxis, 2016, N. 374 f.). Die Klägerin fordert eine Vergütung von Regiearbeiten und stützt sich dabei auf die vom Beklagten unterzeichneten Regierapporte. Der Beklagte macht einerseits geltend, er habe keine Regiearbeiten in Auftrag gegeben und bei den unterzeichneten Rapporten handle es sich um Stundenrapporte. Zudem würden die Schlussrechnungen auf einem falschen Ausmass basieren und auch Arbeiten enthalten, die er selber habe ausführen wollen und deshalb nicht Gegenstand des Werkvertrags gewesen seien. Nachfolgend ist unter E. 3 auf die Regierechnungen einzugehen und unter E. 4 auf die Schlussrechnungen.

E. 3

Die Klägerin stützt ihre Forderung auf die Regierapporte Nrn. 2212, 2213, 2215, 2216 und 2214, die vom Beklagten unbestrittenermassen unterzeichnet wurden. Der Beklagte macht geltend, die Klägerin habe keine Arbeiten ausführen müssen, die nicht von Beginn an vereinbart gewesen seien. Er habe der Klägerin keine Aufträge erteilt, die nicht schon von Beginn an erteilt gewesen seien und er habe gedacht, es handle sich bei den unterzeichneten Rapporten um Stundenrapporte.

E. 3.1

Der Beklagte hat sämtliche Regierapporte unterzeichnet. Wenn er im Verfahren geltend macht, er habe gedacht, dass es sich dabei um Stundenrapporte gehandelt habe bzw. dass er diesbezüglich allenfalls getäuscht worden sei, ist dies aufgrund seiner beruflichen Erfahrung nicht glaubwürdig. Er gab an, als Erstberuf Maurer gelernt und in den Jahren 1988 - 2000 auf diesem Beruf gearbeitet zu haben (S. 268 f. F5 und F22). Dem Beklagten, mit mehrjähriger Arbeitserfahrung im Baubereich, musste bewusst sein, dass

- 7 - er Regierapporte unterzeichnete, zumal die Unterzeichnung von Stundenrapporten keinen Sinn ergeben hätte, da die Parteien im auf der Offerte vom 26. Januar 2009 basierenden Werkvertrag nicht eine Abrechnung nach Zeitaufwand vereinbart hatten.

E. 3.2

Die Regierechnungen wurden im Rahmen der Expertise geprüft. Der Gutachter hält zunächst fest, dass der in den Regierechnungen eingesetzte Einheitspreis von Fr. 76.90 ungefähr dem üblichen Stundenlohn eines Gipsers im Jahre 2009 entsprochen habe. In der vom Walliser Maler- und Gipsermeisterverband herausgegebenen Berechnung des Regielohnansatzes (2009) sei der Stundenansatz eines Gipsers mit Fr. 77.94 definiert. Der in den Regierrechnungen geltend gemachte Stundenansatz entsprach somit dem Üblichen und ist nicht zu beanstanden. In Bezug auf die Einheitspreise für die Materialien hält der Gutachter fest, diese würden ungefähr den Regiearbeiten im Gipsergewerbe entsprechen, die durch den SMGV (Schweizerischer Maler- und Gipserunternehmer- Verband) herausgegeben worden seien. Auch wenn gemäss Gutachter mangels näherer Beschreibung der Materialien eine genauere Differenzierung nicht möglich ist, kann doch festgehalten werden, dass die Einheitspreise für die Materialien den üblichen Preisen in der Branche entsprechen.

E. 3.3

Die in den Regierapporten genannten Arbeiten waren sodann mehrheitlich in der Offerte und damit im darauf basierenden mündlichen Werkvertrag nicht enthalten. Darauf ist nachfolgend im Einzelnen einzugehen.

E. 3.3.1

Die Regierechnung Nr. 3024 basiert auf den Regierapporten Nr. 2212, 2213, 2215 und 2216.

Regierapport Nr. 2212 betrifft die Lieferung von Material (Kantenprofil Alu fein, Weissputz, Spachtelmasse LGS, Fugen/Variospachtel, Klebeband, Abdeckpapier, Fugennetz) im Betrag von Fr. 263.10 und 16 Stunden Gipserarbeiten à Fr. 76.10. Dabei wurden gemäss Rapport folgende Arbeiten erbracht:

OG Wohnzimmer, Fenster Ost und West Leibungen mit Gips 140 gemacht, weil Fenster gewechselt hat; Und Korridor eine Schlitz von Heizung geflickt in Wand. Und Türen Leibung im Korridor Richtung Garage geflickt, weil kaputt gemacht mit 140 LLV. EG Eingang Türe bei Sturz Styrofoamisolation montiert mit Storit im Leibung und feine Alukanten. Bei Küche rundum Alukanten montiert und Fugen gemacht. Bei Schlafzimmer kleine Raum Türen Rahmen auch mit Alukanten montiert. WC Kasten Alukanten montiert, Fugen gemacht und glätten mit LGS 400. Alles im OG.

- 8 - Der Gutachter hält fest, aufgrund der Besichtigung vor Ort und aus seiner Erfahrung entspreche der Arbeitsaufwand ungefähr den im Rapport aufgeführten Arbeiten (Gutachten Antwort zu Frage 3). Diese Arbeiten seien in der ursprünglichen Offerte bzw. im Werkvertrag nicht enthalten gewesen (Gutachten Antwort zu Frage 4).

Der Regierapport Nr. 2213 betrifft 9 Stunden Gipsarbeiten à Fr. 76.10 und die Lieferung von Isolationsdübel, Spachtelmasse LGS, Storit und Netz, Material im Betrag von insgesamt Fr. 111.10. Dabei wurden folgende Arbeiten erbracht:

UG Innen ganze Türenstürze montiert. Styrofoam blaue Teil zu hoch gewesen. Montiert mit Storit Kleber und mit Dübel befestigen und mit LGS und Netz montiert und fertig glätten.

Der Gutachter hält fest, aufgrund der Besichtigung vor Ort und aus seiner Erfahrung entspreche der Arbeitsaufwand ungefähr den im Rapport aufgeführten Arbeiten (Gutachten Antwort zu Frage 3). Diese Arbeiten seien in der ursprünglichen Offerte bzw. im Werkvertrag nicht enthalten gewesen (Gutachten Antwort zu Frage 4).

Der Regierapport Nr. 2215 betrifft die Lieferung von Material (Kraftkleber, Styrofoam 140, Storit Flex, Isolationsdübel) im Betrag von Fr. 1'957.75 und 42 Gipsstunden à Fr. 76.10. Es ging um folgende Arbeiten:

Fassaden fertig geschliffen, Leibungen fertig isoliert, montiert mit Sturzen mit Montage Kleber und Storit bei Sturzen mit Dübel befestigt, ganze Fernstersimse montiert mit Isolations Styrofoam und zusätzlich mit Storit Flex und Montagekleber, vorbereiten für Granitbänke.

Gemäss Gutachter betreffen die in Regierapport Nr. 2215 genannten Arbeiten A) Leibungen aufdoppeln (gem. Offerte Pos. 25) im Umfang von Fr. 681.95; B) Auflagenwinkel mit Gefälle im Umfang von Fr. 1'620.-- und C) Fassade schleifen im Umfang von Fr. 2'886.40 (Differenz zwischen Total des Rapports abzüglich Bst. A und B, d.h. Fr. 5'188.35 ./ Fr. 681.95 ./ Fr. 1'620.-- = Fr. 2'886.40). Letzterer Betrag bleibe für das Schleifen der Fläche (ca. 214m²) und der Leibungen (ca. 130m). In Bezug auf diese Schleifarbeiten berechnet der Gutachter einen Aufwand von Fr. 1'758.-- und kommt zum Schluss, dass die in Rechnung gestellten Fr. 2'886.40 damit Fr. 1'128.40 darüber liegen und die Rechnung für diese Arbeiten damit eher hoch sei (Gutachten Antwort zu Frage 3). Im Regierapport Nr. 2215 sind gemäss Gutachter teilweise Arbeiten inkl. Material aufgeführt, welche der Position 25 der Offerte entsprechen (Gutachten Antwort zu Frage 4). Die Position 25 ist in der Schlussrechnung nicht mehr aufgeführt, womit diese Arbeiten nicht doppelt in Rechnung gestellt worden sind. Indessen ist der Forderungsbetrag

- 9 - für diese Arbeiten aufgrund der Kostenschätzung des Gutachters und entsprechend dem Eventualbegehren der Klägerin um Fr. 1'128.40 zu kürzen.

Der Regierapport Nr. 2216 betrifft eine reine Materiallieferung (Storit Flex, Folien, Klebeband) im Betrag von Fr. 591.--. Gemäss Gutachter entsprechen die Einheitspreise für die Materialien ungefähr den Regiearbeiten im Gipsergewerbe, die durch den SMGV (Schweizerischer Maler- und Gipserunternehmer-Verband) herausgegeben worden seien. Diese Materialien waren in der Schlussrechnung nicht enthalten (Ergänzungsgutachten Antwort auf Frage 4) und wurden somit ebenfalls nicht doppelt in Rechnung gestellt.

E. 3.3.2

Die Regierechnung Nr. 3024 basiert auf dem Regierapport Nr. 2214. Dieser Rap- port betrifft Arbeiten an der Fassade (Leibungen mit Isolation Stiroform montiert, mit Montagekleber und Storit und Fassade geschliffen). Es handelt sich gemäss Gutachter um Arbeiten, die vollständig unter den oben genannten Arbeitsbereich A) Leibungen auf- doppeln (gem. Offerte Pos. 25) fallen. Dieser Arbeitsaufwand (Fr. 2'466.40) entspreche anteilmässig der Pos. 25 der Offerte (Fr. 3'045.--). Die restlichen Arbeiten - gemeint sind jene gem. Position 25 der Offerte - seien unter Rapport Nr. 2215 aufgeführt (s. dazu vorherige Erwägung und die dortige Berücksichtigung von Fr. 681.95 als zum Arbeitsbe- reich A gehörend). Im Regierapport Nr. 2214 sind gemäss Gutachter somit Arbeiten und Material aufgeführt, welche der Position 25 der Offerte entsprechen (Gutachten Antwort zu Frage 4). Die Position 25 ist in der Schlussrechnung nicht mehr aufgeführt, womit diese Arbeiten nicht doppelt in Rechnung gestellt worden sind.

E. 3.4

Der Gutachter kommt insgesamt zum Schluss, dass die Regierechnungen Nr. 3024 und Nr. 3025 korrekt sind und den diesen zugrundeliegenden, unterschriebenen Regie- rapporten entsprechen. Lediglich die Aufwendungen für die Schleifarbeiten seien zu hoch (Ergänzungsgutachten Antwort auf Frage 5), was das Gericht entsprechend be- rücksichtigt. Schliesslich hält der Gutachter fest, dass - abgesehen von den Schleifar- beiten - kein Betrag zu viel in Rechnung gestellt worden sei (Ergänzungsgutachten Ant- wort auf Frage 9). Die betreffenden Arbeiten und das betreffende Material waren mit anderen Worten in den Schlussrechnungen nicht enthalten. Der Beklagte hat somit die Arbeiten und Materiallieferungen, wie sie in den von ihm unterzeichneten Regierappor- ten aufgeführt sind, nach Abzug der vom Gutachter genannten Fr. 1'128.40, zu bezah- len. Zu prüfen bleibt, ob ihm aufgrund einer überhöhten Schlussrechnung allenfalls eine Verrechnungsforderung zusteht.

- 10 -

E. 4

Der Beklagte bringt vor, die Klägerin habe die zwei Schlussrechnungen vom 23. Juli 2009 nicht auf Basis des vereinbarten Ausmasses abgerechnet, dies obwohl sämtliche Werte (u.a. Gebäudehöhen) von Beginn an bekannt gewesen seien. Die von der Kläge- rin erhobenen Zuschläge seien von der Bauleitung nie genehmigt worden, da diese nicht berechtigt seien. Zudem seien Streicharbeiten, die er aus Kostengründen selber habe ausführen wollen, von der Klägerin ohne Auftrag ausgeführt worden.

E. 4.1

Die Schlussabrechnung im Sinne der SIA-Norm 118 ist jene Abrechnung des Unter- nehmers, die den Teil der Vergütung feststellt, der sich nach den vereinbarten Einheits- , Global- und Pauschalpreisen bestimmt. Bei Leistungen zu Einheitspreisen erfolgt die Feststellung auf Grund der endgültigen Ausmasse (Art. 153 SIA-Norm 118).

Das den Schlussrechnungen zugrundeliegende Ausmass (Länge x Höhe x Anzahl) stimmt mit jenem der Offerte nicht überein. In der Offerte wurde das von C _____ erstellte Vorausmass übernommen, die Schlussrechnung basiert gemäss Klägerin hin- gegen auf dem Ausmass nach SIA. Gemäss Gutachter resultiert die Differenz der Aus- masse X _____ - C _____ aus den Zuschlägen. Der Gutachter führt dazu aus, gemäss der anwendbaren SIA-Empfehlung V242/1 (Ausgabe 10/1996), Verputz- und Gipsarbeiten,

würden Korrekturfaktoren und Zuschläge zum Ausmass dann zur Anwendung kommen, wenn die entsprechende Leistung nicht im Positionstext beschrieben sei. Die Korrekturfaktoren wie auch die Masszuschläge, die in den Belegen Nr. 19 („Ausmass Innere Verputz- und Malerarbeiten“) und 20 („Ausmass Äussere Verputzarbeiten“) angewendet worden seien, seien in der SIA-Empfehlung V242/1 aufgeführt. Die Schlussrechnung und das zugrundeliegende Ausmass entsprechen gemäss Gutachten der damals gültigen SIA-Empfehlung V242/1.

Es ist somit festzuhalten, dass die unterschiedlichen Ausmasse auf der Berücksichtigung von Korrekturfaktoren beruhen und nicht auf unterschiedlichen Flächenannahmen. Es ist deshalb unbehelflich, wenn der Beklagte geltend macht, sämtliche Flächenangaben in der Offerte würden den realen Gegebenheiten entsprechen. Die Klägerin hat sich bei der Offerte auf das Vorausmass von C _____ gestützt, was Letzterer auch bestätigt hat. Dabei war lediglich die tatsächliche Fläche enthalten, ohne Mehrhöhen (C _____, S. 255 F13). Letztere führen dann durch die Anwendung von Korrekturfaktoren zu höheren Masszahlen.

Es stellt sich die Frage, ob die Klägerin das Ausmass von C _____ hätte überprüfen müssen, d.h. ob sie hätte feststellen müssen, dass im Ausmass von C _____ die

- 11 - entsprechenden Korrekturzuschläge fehlten. Art. 25 SIA-Norm 118 regelt die Abmahnungspflichten des Unternehmers, wobei die Unterscheidung zwischen „Anzeige“ und „Abmahnung“ mehr von theoretischer als von praktischer Bedeutung ist. Die Anzeige erfolgt auf Initiative des erklärenden Unternehmers, während die Abmahnung eine Reaktion auf eine Vorgabe des Bestellers darstellt (Spiess/Huser, Handkommentar zur Norm SIA 118, Bern 2014, N. 6 zu Art. 25 SIA-Norm 118; Hürlimann, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2017, N. 9 zu Art. 25 SIA-Norm 118). Dabei bestimmt Art. 25 Abs. 1 SIA-Norm 118, dass die Aufsicht, die der Bauherr durch die Bauleitung ausüben lässt, den Unternehmer nicht von seiner Verpflichtung enthebt, Verhältnisse, welche einen Mangel an einem Werk verursachen oder die Lieferung verspäten könnten, anzuzeigen. Art. 25 SIA-Norm 118 begründet dabei keine über Art. 365 OR hinausgehende generelle Anzeigepflicht. Die Pflicht zur Anzeige beschränkt sich auf diejenigen Tatsachen, die er erkannt hat, wobei die sichere Kenntnis nicht erforderlich ist. Der Einwand, er habe die anzuzeigenden Verhältnisse nicht erkannt, ist immer dann untauglich, wenn er sie allenfalls früher hätte erkennen müssen, weil sie offensichtlich oder bei einer vom Unternehmer vorzunehmenden Prüfung mit dem von ihm zu erwartenden Sachverstand erkennbar waren (Henninger, Anzeige- und Abmahnungspflichten des Unternehmers, BRT 2009 S. 68 f.). Gemäss Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118 hat der Unternehmer die ihm übergebenen Pläne nur dann zu überprüfen, wenn der Bauherr weder durch eine Bauleitung vertreten noch selbst sachverständig, noch durch einen beigezogenen Sachverständigen vertreten ist. Unter Plänen sind die Submissionspläne, Vertragspläne und Ausführungspläne zu verstehen. Letztlich beurteilt sich indessen die Frage, ob und in welchen Fällen der Unternehmer Unstimmigkeiten anzuzeigen bzw. abzumahn hat, bei sämtlichen sachverständigen Angaben nach Massgabe von Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118 (Hürlimann, a.a.O., N. 12 zu Art. 25 SIA-Norm 118). Der Unternehmer darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass die vom sachverständigen oder sachverständig beratenen oder vertretenen Bauherrn zur Verfügung gestellten Ausführungsunterlagen richtig, vollständig und widerspruchsfrei sind und er ist nicht verpflichtet, Untersuchungen vorzunehmen, selbst wenn diese nur einen geringen Aufwand bedingen würden (Hürlimann, a.a.O., N.

15.2 zu Art. 25 SIA-Norm 118 m.w.H.). Auch wenn keine Prüfungspflicht besteht, zeigt der Unternehmer Unstimmigkeiten oder andere Mängel, die er bei der Ausführung seiner Arbeit erkennt, unverzüglich gemäss Abs. 1 und 2 an und macht die Bauleitung auf nachteilige Folgen aufmerksam (Abmahnung). Unter Unstimmigkeiten sind dabei insbesondere Fehler, Widersprüche oder Lücken in (bzw. zwischen) Plänen zu verstehen (Hürlimann, a.a.O., N. 19 zu Art. 25 SIA-Norm 118). Dabei hat das Bundesgericht in seinem Urteil 4A_213/2015 vom 31. August 2015 in E. 4.4.2 festgehalten, das Vertrauen auf die erhaltenen Unterlagen habe nach Treu und Glauben

- 12 - dort seine Grenze, wo eine offensichtliche Unrichtigkeit bestehe. Offensichtlich sei ein Fehler, wenn er in die Augen springe, d.h. ohne weiteres auch ohne besondere Prüfung erkennbar sei.

Da im Rahmen von Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118 nicht nur Pläne, sondern sämtliche sachverständige Angaben erfasst werden, gilt diese Bestimmung auch für das von der Bauherrschaft abgegebene Ausmass (vgl. Hürlimann, a.a.O., N. 12 zu Art. 25 SIA-Norm 118). Somit darf der Unternehmer grundsätzlich darauf vertrauen, dass die vom sachverständigen oder sachverständig beratenen oder vertretenen Bauherrn zur Verfügung gestellten Ausführungsunterlagen richtig sind. In casu wurde der Beklagte durch C _____, den er mit der Planung und Bauleitung beauftragt hatte, sachverständig vertreten und beraten. Der Bauleiter hat das Vorausmass genommen und die entsprechenden Angaben der Klägerin weitergeleitet, welche gestützt darauf die Offerte (Beleg 34, S. 124 ff.) erstellt hat und darauf vertrauen durfte, dass das Ausmass korrekt berechnet wurde. In diesem Sinne wurde in der Offerte denn auch festgehalten, dass diese im Einverständnis des Bauherrn oder Architekten aufgrund deren Angaben erstellt worden sei. Erstellte Massauszüge seien vom Auftraggeber zu überprüfen und würden auf dessen Verantwortung erfolgen.

Nach dem Gesagten kann der Beklagte der Klägerin nicht vorwerfen, das Ausmass, wie es der Offerte zugrunde lag, stimme mit jenem der Schlussrechnung gemäss SIA-Norm nicht überein.

E. 4.2

Der Zeuge C _____ sagte aus, die Klägerin habe alles gemäss Vereinbarung ausgeführt, bis auf die Malerarbeiten. Bei diesen habe sie alles ohne Einwilligung gemacht. Als er und der Beklagte auf die Baustelle gekommen seien, seien die Malerarbeiten praktisch schon gemacht gewesen (S. 255 F10).

Gemäss dem Zeugen B _____ betreffen die Positionen 11, 12 und 13 Arbeiten, die der Bauherr ursprünglich selbst hätte ausführen wollen (S. 245 F8). Dieser habe aber keine Zeit gehabt, so dass die Klägerin diese Arbeiten dann gemacht habe (S. 246 F 15 ff.). Der Beklagte habe dem Vorarbeiter auf der Baustelle den Auftrag für diese Arbeiten erteilt (S. 246 F18). Die Frage, ob er selbst mit dem Beklagten persönlich ebenfalls über das Ausführen dieser Arbeiten gesprochen habe, bejahte B _____. Der Deckputz sei nicht so ausgeführt worden, wie in der Offerte vorgesehen. Man habe die Sachen immer mit dem Beklagten diskutiert und dies sei von diesem auch so freigegeben worden. Man habe von 1.5 mm Deckputz auf 0.5 mm gewechselt, weil dies dem Beklagten

- 13 - besser gefallen habe. Er habe dies mit dem Beklagten besprochen und habe ihm auch Muster gezeigt, worauf sich der Beklagte für den 0.5 mm Deckputz entschieden habe (S. 246 F20; S. 247 F24 f.).

Es ist unbestritten, dass nicht der in der Offerte genannte Deckputz von 1.5 mm, sondern ein feinerer von 0.5 mm angebracht wurde. Dies weist darauf hin, dass der Beklagte dies mit den Angestellten der Klägerin besprochen und sich dann für einen solchen von 0.5 mm entschieden hat. Eine Mitteilung dieser Wahl gegenüber der Klägerin macht aber nur Sinn, wenn diese Arbeiten auch durch die Letztere auszuführen waren. Dementsprechend führt der Beklagte aus, er habe eine gewisse Anzahl Muster gesehen und dann den Deckputz 0.5 mm ausgewählt (S. 270 F25). Schliesslich führt der Beklagte dann sogar aus, er habe nur die Malerarbeiten machen wollen, das Anbringen des Deckputzes sei keine Malerarbeit, dieser werde überstrichen (S. 270 F28). Somit geht selbst der Beklagte davon aus, dass die Klägerin die Deckputzarbeiten machen sollte, obwohl diese Arbeiten als Position 12 aus der ursprünglichen Offerte gestrichen wurden (s. S. 125 und S. 129).

Der Bauleiter C _____, der nach eigenen Angaben einmal täglich auf der Baustelle war (S. 258 F32), hätte die Malerarbeiten im Gebäudeinnern stoppen können, wenn die Klägerin diese Arbeiten nicht hätte ausführen sollen. Dies war nicht der Fall. Auch der Beklagte selbst hat die Malerarbeiten nicht gestoppt, nachdem er gemäss eigenen Angaben von den noch nicht abgeschlossenen Malerarbeiten durch die Klägerin Kenntnis genommen hatte (S. 268 F12). Er habe dem Arbeiter der Klägerin gesagt, dass es sich nicht mehr lohne, dass er (der Beklagte) den Rest mache. Er habe diese Arbeiten dann aber auch bezahlt (S. 270 F27). Auf die Frage, ob er der Klägerin für die Malerarbeiten vorgängig einen Auftrag erteilt habe, antwortete der Beklagte, „vorgängig nicht“ (S. 279 F30), woraus zu schliessen ist, dass er zumindest im Nachhinein damit einverstanden war. Dementsprechend hat er diese Arbeiten, wie er auch betont, bezahlt.

Das Gericht geht somit davon aus, dass die Klägerin die Positionen 11, 12 und 13 im Wissen und im Einverständnis des Beklagten ausführte, dieser jedenfalls vor Abschluss der Malerarbeiten Kenntnis davon hatte. Trotzdem stoppte der Beklagte die Klägerin nicht und liess diese die Malerarbeiten zu Ende führen. In Bezug auf den Deckputz brachte er gar Änderungswünsche gegenüber der ersten Offerte an. Damit erteilt der Beklagte zumindest konkludent sein Einverständnis für die Ausführung der Malerarbeiten durch die Klägerin. Dass diese Positionen in die Schlussrechnung einflüssen, ist deshalb nicht zu beanstanden und der Beklagte hat diese Rechnung denn auch bezahlt.

- 14 -

E. 4.3

Position 25 „Leibungen mit Isolation aufdoppeln“ war in der Offerte mit Fr. 3'045.-- enthalten, in der Schlussrechnung indessen nicht mehr aufgeführt. Diese Arbeiten wurden in Regie in Rechnung gestellt. Gemäss B _____ habe man diese Position nach Zeitaufwand in Rechnung gestellt, da dies für den Bauherrn günstiger gewesen sei. Wäre dies teurer gewesen, hätte man nach Ausmass verrechnet (S. 245 F11). Der Gutachter nimmt als Arbeitsaufwand für den obgenannten Arbeitsbereich A), d.h. für Leibungen aufdoppeln gem. Pos. 25 der Offerte, den offerierten Betrag von Fr. 3'045.-- an und teilte diesen auf die Regierrechnungen auf, nämlich Fr. 2'363.05 (Betrag gemäss Regierapport 2214 ohne MWSt und Rabatt und Skonto) und Fr. 681.95 (enthalten im Regierapport 2215). Diese Arbeiten wurden somit gemäss Gutachter korrekt in Rechnung gestellt und der offerierte Betrag wurde nicht überschritten.

E. 4.4

Soweit der Zeuge C _____ vorbrachte, gemäss SIA-Norm 118 seien Regierechnungen nach erfolgter Schlussrechnung nicht mehr möglich, ist festzuhalten, dass dies nur der Fall ist, wenn der Schlussrechnung eine Zusammenstellung gemäss Art. 153 Abs. 3 SIA-Norm 118 beigelegt ist und der Unternehmer keinen schriftlichen Vorbehalt anbringt (Art. 156 SIA-Norm 118). Diesfalls ist von einem Verzicht auf weitere Vergütungsansprüche auszugehen. Die in der Bestimmung erwähnte Zusammenstellung gibt „einen Überblick [...] über sämtliche vom Unternehmer gestellten Rechnungen (einschliesslich der Schlussabrechnung) sowie über die bis zum Tag der Schlussabrechnung erhaltenen und die noch ausstehenden Zahlungen des Bauherrn“ (Art. 153 Abs. 3). Die Schlussrechnungen vom 23. Juli 2009 enthalten keine entsprechende Zusammenstellung. So werden nicht beide Schlussrechnungen aufgelistet, eben so wenig die der A-Konto-Zahlung vom 7. Mai 2009 zugrunde liegende Rechnung oder die Regierechnung Nr. 2996 vom 16. April 2009 (Beleg 21, S. 65 f.). Deshalb kann nicht von einem Verzicht im Sinne von Art. 156 SIA-Norm 118 ausgegangen werden. Ohnehin begründet Art. 156 SIA-Norm lediglich eine Auslegungsregel und nicht eine unwiderlegbare Fiktion, die dem Unternehmer keinen Ausweg mehr lässt. Insbesondere ist es dem Bauherrn deshalb verwehrt, sich hinsichtlich solcher Ansprüche auf die Bestimmung zu berufen, von denen er schon Kenntnis hatte und hinsichtlich derer ihm klar ist oder nach Treu und Glauben klar sein müsste, dass der Unternehmer auf sie nicht verzichten will (Stöckli, Zur SIA-118: Merk-Würdiges und Merkwürdiges, in: BRT 2017 S. 14). Der Beklagte hat in seinen Tatsachenbehauptungen nicht geltend gemacht, er sei aufgrund der Schlussrechnungen davon ausgegangen, dass keine zusätzlichen Rechnungen gestellt würden.

- 15 - Somit besteht seitens des Beklagten kein auf den Schlussrechnungen basierendes Vertrauen, dass vorliegend geschützt werden müsste und er kann auch aus diesem Grund nichts aus Art. 156 SIA-Norm 118 zu seinen Gunsten ableiten.

E. 5

Die Rechnungen 3024 und 3025 enthalten die Bemerkung, die Rechnungen seien innert dreissig Tagen zu bezahlen, der Verzugszins betrage 9 %. Der Kläger hat die Rechnungen spätestens am 11. Juni 2011 gemahnt (so anerkannte TB 22; S. 16 ff.). Ein Zahlungsbefehl für die beiden Forderungen ist am 15. Januar 2013 übermittelt worden (so anerkannte TB 23; S. 19 f.). Der Beklagte hat dagegen Rechtsvorschlag erhoben (anerkannte TB 24).

Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner – falls kein Verfalltag gemäss Art. 102 Abs. 2 OR vorliegt – durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Die Mahnung ist eine empfangsbedürftige, rechtsgeschäftsähnliche Willensäusserung, die ihre Wirkung erst entfaltet, wenn sie dem Schuldner so zugegangen ist, dass deren Kenntnisnahme nur noch von seinem Verhalten abhängt. Die Erklärung «zahlbar innert 30 Tagen» wird in der der Gerichtspraxis teilweise uneinheitlich ausgelegt. Nach der Lehre und neueren Rechtsprechung, gerät der Schuldner im Falle der Nichtbezahlung mit Ablauf des letzten Tages der Frist von 30 Tagen ohne Weiteres in Verzug (vgl. die Hinweise Vetter/Buf, Verzugszinsen bei «zahlbar innert 30 Tagen», in: SJZ 2019 S. 151). Vorliegend haben die Parteien indessen die Anwendung der SIA-Norm 118 vereinbart. Gemäss deren Regelung in Art. 190 Abs. 1 erfolgt eine Inverzugsetzung durch Mahnung, selbst wenn eine entsprechende Zahlungsfrist geregelt worden ist. Dass die Parteien eine davon abweichende Regelung getroffen hätten, ist nicht ersichtlich. Angesichts dessen kann nicht gefolgert werden, durch das Anbringen der Zusätze "Zahlbar innert (...) 30 Tagen Netto" auf den Rechnungen sei die unmissverständliche Aufforderung erfolgt, die

geschuldete Leistung ohne weitere Säumnis zu erbringen (s. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG140037 vom 6. Oktober 2017 E. 5.14.3). Die Klägerin musste den Beklagten folglich noch mahnen, was sie erst- mals am 11. Juni 2011 getan hat (S. 16). Diese Mahnung hat der Beklagte frühestens am 13. Juni 2011 erhalten. Beim Mahngeschäft gerät der Schuldner erst nach Ablauf einer angemessenen Reaktionszeit in Verzug, weshalb die Zinspflicht auch erst nach Ablauf dieser Frist beginnt. Bei Geldforderungen besteht die angemessene Reaktions- zeit in der Barzahlung oder die Veranlassung eines Zahlungsauftrags am nächsten Werktag (Gauch/Schluep, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II,

E. 10

A., Rz. 2687). Somit ist ab dem 15. Juni 2011 Verzugszins zu bezahlen.

- 16 - 7. Es bleibt über die Prozesskosten des Verfahrens zu befinden. 7.1 Die Prozesskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt und nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt, wenn keine Partei vollständig obsiegt hat (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Massstab der Verteilung bildet danach grundsätzlich der Umfang des Obsiegens und Unterliegens, wobei das Gericht bei der Kostenverteilung unter- schiedliche Kriterien berücksichtigen kann, ohne dass eine einzige Lösung allein bun- desrechtskonform sein müsste. Insbesondere Rechnung getragen werden kann nebst dem Streitwert etwa dem Gewicht der einzelnen Rechtsbegehren innerhalb eines Rechtsstreits oder dem Aufwand bei deren Behandlung wie auch dem Umstand, dass eine Partei in einer grundsätzlichen Frage obsiegt hat (Bundesgerichtsurteile 4A_511/2015 vom 9. Dezember 2015 E. 2.2, 4A_207/2015 vom 2. September 2015 E. 3.1, 4A_523/2013 vom 31. März 2014 E. 8.2; 4A_80/2013 vom 30. Juli 2013 E. 6.4). In der Praxis wird ein geringfügiges Unterliegen im Umfang von einigen Prozenten in der Regel nicht berücksichtigt (Bundesgerichtsurteil 4A_207/2015 vom 2. September 2015 E. 3.1, ferner 4A_538/2015 vom 15. Januar 2016 E. 6.2). Vorliegend verlangte die Klägerin zunächst Fr. 10'895.--. Nach Vorliegen der Expertise machte sie im Schlussvortrag eventualiter Fr. 9'709.40 geltend. In letzterem Umfang dringt die Kläger durch, was in etwa 90% entspricht. Es rechtfertigt sich keine Kosten- aufteilung zwischen den Parteien. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Prozesskos- ten vollumfänglich dem Beklagten aufzuerlegen. 7.2 Die Gerichtskosten setzen sich aus den Auslagen und der Entscheidgebühr zusam- men. Dem Bezirksgericht sind Auslagen in der Höhe von Fr. 6'719.25 erwachsen (Zeugenent- schädigungen von Fr. 360.40; Expertisekosten von Fr. 6'358.85). Die Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO) wird aufgrund des Streitwerts, des Um- fangs und der Schwierigkeit des Falls, der Art der Prozessführung der Parteien sowie ihrer finanziellen Situation und nach dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip fest- gesetzt (Art. 13 Abs. 1 und 2 GTar). Sie bewegt sich im vereinfachten Verfahren bei einem Streitwert von Fr. 10'895.-- zwischen Fr. 900.-- und Fr. 3'600.-- (Art. 16 Abs. 1 GTar). Die Gerichtsgebühr wird, da die Akten einen gewissen Umfang aufwiesen und verschie- dene tatsächliche und rechtliche Fragen zu behandeln waren, auf Fr. 3'280.75 festge-

- 17 - setzt. Folglich betragen die Gerichtskosten insgesamt Fr. 10'000.--, welche dem Beklag- ten auferlegt werden. Sie werden mit den von den Parteien geleisteten Vorschüssen von Fr. 8'900.-- (Klägerin: Fr. 7'800.--; Beklagter: Fr. 1'100.--) verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Dem Beklagten werden zusätzlich Fr. 1'100.-- in Rechnung gestellt. Er schuldet der Klägerin zudem Fr. 7'800.-- für geleisteten Kostenvorschuss. Die Kosten des Schlichtungsverfahrens sind zur Hauptsache zu schlagen (Art. 207 Abs. 2 ZPO) und

ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen. Dieser hat der Klägerin da- für Fr. 170.-- zu bezahlen.

7.3 Die Parteientschädigung umfasst den Ersatz notwendiger Auslagen und die Kosten einer berufsmässigen Vertretung sowie in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist (Art. 95 Abs. 3 ZPO). Das Honorar des Rechtsbeistands richtet sich in der Regel nach dem Streitwert (Art. 27 Abs. 2 und 28 Abs. 1 GTar). Das Anwaltshonorar bemisst sich sodann im gesetzlich vorgegebenen Rahmentarif nach der Natur und Bedeutung des Falls, der Schwierigkeit, dem Umfang, der vom Rechtsbeistand nützlich aufgewandten Zeit und der finanziellen Situation der Partei (Art. 27 Abs. 1 und 3 GTar). Bei einem Streitwert von Fr. 10'895.-- wird das Anwaltshonorar zwischen Fr. 2'300.-- und Fr. 3'300.-- festgesetzt (Art. 32 Abs. 1 GTar). Der vorgegebene Tarif darf bei aussergewöhnlicher Arbeit über- und bei ausserordentlich wenig Aufwand unterschritten werden (Art. 29 Abs. 1 und 2 GTar). Die wesentlichen Verfahrensvorkehren der Parteivertreter lagen in der Abfassung des zweifachen schriftlichen Parteivortrags sowie des Schlussvortrags, der Teilnahme an der Hauptverhandlung und der Begleitung des Expertiseverfahrens. Unter Berücksichtigung des angeführten Rahmentarifs und der hievor genannten Kriterien, sowie des mit der Vertretung verbundenen Aufwands, der für ein vereinfachtes Verfahren mit Streitwert um die Fr. 10'000.-- überdurchschnittlich war, erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.--, Auslagen und MwSt. inklusive (vgl. Art. 27 Abs. 5 GTar), für die berufsmässige Vertretung als angemessen. Der Beklagte schuldet daher der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.--.

- 18 - Das Bezirksgericht erkennt

1. Y _____ bezahlt der X _____ AG Fr. 9'709.40 plus Zins zu 5% seit dem

E. 15

Juni 2011. 2. Die Gerichtskosten von Fr. 10'000.-- (Gebühr Fr. 3'280.75; Auslagen Fr. 6'719.25) werden Y _____ auferlegt. Nach Verrechnung mit den geleisteten Kostenvorschüssen werden diesem noch Fr. 1'100.-- in Rechnung gestellt. Y _____ bezahlt der X _____ AG Fr. 7'800.-- für geleistete Vorschüsse. 3. Y _____ bezahlt der X _____ AG für die Kosten des Schlichtungsverfahrens Fr. 170.--. 4. Y _____ bezahlt der X _____ AG eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.--.

Visp, 4. Dezember 2019

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