

# Ein bestrittenes Ausmass und eine Bauablaufstörung

*Der Besteller sollte auf die Aufforderung des Unternehmers zur gemeinsamen Ausmassermittlung eingehen. Tut er es nicht, kann letztlich ein Ausmass gelten, welches der Unternehmer allein erstellt hat. Im vorliegenden Entscheid des Kantonsgerichtes Wallis geht es zudem um eine Bauablaufstörung und ihre rechtlichen Konsequenzen.*

*Lorsque l'entrepreneur le requiert, le maître de l'ouvrage doit prendre part au métrage contradictoire. S'il ne le fait pas, un métré peut être considéré comme valable, quand bien même l'entrepreneur l'a établi seul. En outre, la présente décision du Tribunal cantonal du Valais examine les conséquences juridiques qui découlent d'une perturbation dans le déroulement des travaux.*

Urteil des Kantonsgerichtes Wallis vom 6. September 2013 (C1 12 258)

**Thomas Siegenthaler**, Dr. iur., Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Rechtsanwalt, Winterthur

## Der Fall

(241) Bezüglich der Vertragsposition «Betonabtrag» hatten eine Unternehmerin und ihre Subunternehmerin einen Festpreis in der Form eines Einheitspreises vereinbart. Beim Einheitspreis gilt bekanntlich, dass sich die geschuldete Vergütung aus der Menge der vom Unternehmer geleisteten Einheiten, multipliziert mit dem zugehörigen Einheitspreis, ergibt (vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N 917). Ferner war vereinbart, dass sich die Ermittlung der Menge nach dem tatsächlichen Ausmass richtet. Das tatsächliche Ausmass war dann allerdings umstritten.

Im Streit lagen die Parteien auch wegen einer Bauablaufstörung, welche die Unternehmerin zu vertreten hatte: Die Subunternehmerin hatte während einigen Tagen ihre Maschinen und das Personal nicht produktiv einsetzen können und forderte dafür Schadenersatz.

## Der Entscheid

Betreffend das strittige Ausmass hielt das Kantonsgericht fest, dass im konkreten Vertrag subsidiär auf die SIA-Norm 118 verwiesen worden sei. Die in Bausachen erfahrenen Vertragsparteien hätten damit ein baubegleitendes Leistungserfassungssystem im Sinne der Art. 141 ff. SIA-Norm 118 als Beweissicherungssystem vereinbart (SCHUMACHER, Ausmass und Regierapporte: Ein effizientes Beweissicherungssystem, BR 2009, S. 29). Demnach hatten Bauleitung und Unternehmer gemeinsam fortlaufend, zeitgerecht und 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 Baus nicht mehr festgestellt werden konnten, waren sofort aufzunehmen (Art. 142 Abs. 2 Satz 1 SIA-Norm 118) (E. 3.1.2). Im vor-

liegenden Fall galt es als erstellt, dass die Unternehmerin auf das erste von der Subunternehmerin mitgeteilte Ausmass nicht reagiert hatte und auf die Aufforderung zur Ausmasserstellung nicht eingegangen war. Erst nach Zustellung des zweiten Ausmasses war ein entsprechender Vorbehalt dokumentiert.

Das Kantonsgericht befand, dass sich die Unternehmerin nicht darauf berufen könne, dass es noch Probleme mit dem Erst-Besteller gab: Der Subunternehmervertrag sei vom Hauptvertrag unabhängig, was zur Folge habe, dass die Unternehmerin rechtliche Nachteile aus einer mangelnden Koordination des Hauptvertrages mit dem Subunternehmervertrag zu tragen habe. Somit konnte sich die Unternehmerin allein mit dem Hinweis auf die noch erforderliche Mitwirkung der Bauleitung des Erst-Bestellers nicht entlasten. Das Kantonsgericht hielt fest: «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 anerkannt hat, eine tatsächliche Vermutung für die Richtigkeit des von der Berufungsbeklagten zugestellten und von der Berufungsklägerin nicht beanstandeten Ausmasses» (E. 3.1.3).

Die Subunternehmerin machte zudem eine Schadenersatzforderung geltend, da die Unternehmerin in Verletzung der Offertbedingungen bauseitige Vorbereitungsarbeiten nicht erbracht hatte. Sie hatte namentlich nicht hinreichend geklärt, dass sich im zu bearbeitenden Bereich keine Einlagen, Leitungen, unterirdische Bauten, usw. befinden. Das Kantonsgericht qualifizierte diese Pflicht als Nebenpflicht (E. 3.2.1).

Am ersten Tag der Arbeiten wurde ein Lüftungsrohr beschädigt, was zur Einstellung der Arbeiten führte. Dies musste sich die Unternehmerin im Verhältnis zur Subunternehmerin anrechnen lassen. Der Subunternehmerin gelang der Beweis, dass sie als Folge davon ihre Maschinen in den Ausfallzeiten nirgendwo anders einsetzen konnte. Ferner hatte die Subunternehmerin für drei ihrer Arbeitnehmer während zwei Tagen keine andere Arbeit.

Die Subunternehmerin machte die Arbeits- und Wartezeit dieser Arbeiter als Schaden geltend. Die Arbeiter konnten jedoch an diesen zwei Tagen Überstunden kompensieren. Das Kantonsgericht hielt dazu Folgendes fest: «Der Schaden, der der Berufungsbeklagten für diese beiden Tage entstand, liegt in der Höhe der Differenz zwischen dem entgangenen Gewinn, welcher sich gemäss Vertrag nach Regieansätzen berechnet und den Lohnkosten der drei Arbeiter als ihren Auslagen». Die Subunternehmerin hatte jedoch weder die Höhe der Lohnkosten noch den daraus folgenden Schaden behauptet oder nachgewiesen, obschon sie für den Schaden beweispflichtig gewesen wäre. Mangels eines Nachweises wurde die Schadenersatzforderung für die Ausfallzeit der drei Arbeiter während dieser zwei Tage abgewiesen (E. 3.2.3).

### Anmerkungen

1. Das System der SIA-Norm 118 (Art. 141 f.) beruht auf dem Konzept, dass die Vertragsparteien das tatsächliche Ausmass gemeinsam aufnehmen. Soweit sich die Parteien nicht einigen können, wirkt sich dies a priori zulasten des Unternehmers aus, denn der Unternehmer ist für die tatsächlich geleisteten Mengeneinheiten beweispflichtig. Nur die gegenseitige Anerkennung begründet eine tatsächliche Vermutung für die Richtigkeit des Ausmasses. Wie der vorliegende Entscheid des Kantonsgerichts Wallis zeigt, darf sich der Besteller der Aufforderung des Unternehmers zur gemeinsamen Ermittlung des Ausmasses aber nicht entziehen, da ansonsten eine tatsächliche Vermutung für die Richtigkeit des vom Unternehmer ermittelten Ausmasses bestehen kann. 2. Bemerkenswert ist der

Entscheid auch hinsichtlich des zweiten Aspektes: Es ging um eine Bauablaufstörung, welche der Besteller zu vertreten hatte und die dazu führte, dass das Personal des Subunternehmers nicht produktiv eingesetzt werden konnte. Im vorliegenden Fall ging das Kantonsgericht davon aus, dass der Besteller eine Nebenpflicht verletzt hatte. Folgerichtig nahm es einen Schadenersatzanspruch der Subunternehmerin an. Nach herrschender Lehre wäre indessen von der Nichteinhaltung einer Mitwirkungsobliegenheit auszugehen gewesen, was nicht zu einem Schadenersatzanspruch, sondern zu einem Anspruch auf Ersatz des Mehraufwandes geführt hätte (vgl. GAUCH, Der Werkvertrag Nr. 1335–1341; HÜRLIMANN, Ansprüche des Unternehmers aus Bauablaufstörungen des Bauherrn in: Tercier et al [Hrsg.]; Gauchs Welt Zürich 2004, S. 819; a.M. SPIESS, Bauablaufstörungen im schweizerischen Werkvertragsrecht, recht 2012, S. 116). 3. Wenn man dennoch mit dem Kantonsgericht einen Anspruch auf Schadenersatz bejaht, können die gerichtlichen Ausführungen zur Schadenhöhe nicht überzeugen: Die Arbeitnehmer haben während zwei Tagen Überstunden kompensiert. Das Kantonsgericht ging offenbar davon aus, dass an den beiden Kompensationstagen Regieeinnahmen aus dem Vertrag mit der Unternehmerin erzielt worden wären. Nicht ersichtlich ist, woraus das Gericht einen solchen Anspruch auf Zahlung einer Regievergütung für Untätigkeit ableitet. Die Subunternehmerin musste ihren Arbeitnehmern nichts bezahlen, was sie nicht ohnehin hätte bezahlen müssen (nämlich den Lohn während der Überstundenkompensation). Es ist ihr auch keine konkrete Einnahme entgangen. Ein Schaden im Sinne der Differenztheorie lag somit während dieser zwei Kompensationstage nicht vor.