

AG_HANDELSGERICHT HOR.2023.39 vom 26. März 2024

Ag Handelsgericht, 2024-03-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_handelsgericht_HOR.2023.39

FR: AG_HANDELSGERICHT HOR.2023.39 du 26 mars 2024

IT: AG_HANDELSGERICHT HOR.2023.39 del 26 marzo 2024

Erwägungen

E. 2

Kammer HOR.2023.39 / SB / mv Urteil vom 26. März 2024 Besetzung Oberrichter Vetter, Vizepräsident Ersatzrichter Steiner Handelsrichter Felber Handelsrichter Hauser Handelsrichter John Gerichtsschreiber Bisegger Klägerin A AG, _____ vertreten durch lic. iur. Rémy Ribbe, [...] Beklagte C._____ AG, _____ vertreten durch MLaw Carole Schenkel, Rechtsanwältin, [...] Gegenstand Ordentliches Verfahren betreffend Bauhandwerkerpfandrecht

- 2 - Das Handelsgericht entnimmt den Akten: 1. 1.1. Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Q._____ (LU). Sie bezweckt insbesondere [...] (Klage Rz. 10; Klagebeilage [KB] 3). 1.2. Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in U._____. Sie bezweckt im Wesentlichen [...] (Klage Rz. 8; KB 4). Die Beklagte ist Alleineigentümerin des Grdst.-Nr. [...] GB X._____ (E- GRID: [...]) (Klage Rz. 84; KB 2).

E. 2.1

Für die Errichtung einer Wohnüberbauung mit drei Mehrfamilienhäusern (bezeichnet als Haus 1, 3 und 5) auf dem Grdst.-Nr. [...] GB X._____ ("WÜB Y.") schloss die Beklagte mit der (damaligen) E._____ AG (nachfolgend: "Generalunternehmerin"; Klage Rz. 9; KB 5) am 13. November 2020 zwei Generalunternehmerverträge ab, einen für die ersten beiden Häuser und einen für das dritte Haus (Duplik Rz. 88; Duplikbeilage [DB] 6 und 7).

E. 2.2

Die Klägerin leistete für die WÜB Y. Arbeiten im Bereich "Innere Verputzarbeiten (BKP 271.0)" sowie "Verputzte Aussenwärmedämmung (BKP 226.2)".

E. 2.3

Mit Schreiben vom 20. Dezember 2022 hat die Generalunternehmerin das Werkvertragsverhältnis mit der Klägerin mit sofortiger Wirkung aufgelöst (Klage Rz. 18, Antwort Rz. 16; KB 13).

E. 2.4

Am 21. Juli 2023 (Publikation im SHAB) verlegte die Generalunternehmerin ihren Sitz nach Y._____ (ZG) und firmierte sich in F._____ AG um. Mit Entscheidung des Einzelrichters des Kantonsgerichts Zug vom 16. November 2023, 09.00 Uhr, wurde über die Generalunternehmerin der Konkurs eröffnet (Replik Rz. 9; KB 61).

E. 3

Auf Gesuch der Klägerin vom 5. April 2023 ordnete der Vizepräsident des Handelsgerichts des Kantons Aargau, in Bestätigung seiner superprovisorischen Anordnung gemäss Verfügung vom 11. April 2023, am 26. April 2023 zulasten der damaligen Gesuchsgegnerin

und heutigen Beklagten vorsorglich an (Verfahren HSU.2023.11; Klage Rz. 2; KB 1):

- 3 - " 1. In Gutheissung des Gesuchs vom 5. April 2023 wird die mit Verfügung vom 11. April 2023 zugunsten der Gesuchstellerin auf dem Grdst.-Nr. [...] GB X._____ der Gesuchsgegnerin (E-GRID: [...]) superprovisorisch für eine Pfandsumme von Fr. 274'309.00 zuzüglich Zins zu 5 % ab dem

E. 3.1

Behauptungslast Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Den Prozessparteien obliegt die Behauptungslast.³ Die Aufteilung der Behauptungslast zwischen den Parteien folgt der Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB.⁴ Somit trägt die Behauptungslast für rechtserzeugende Tatsachen, wer ein Recht oder Rechtsverhältnis behauptet; für rechtsaufhebende Tatsachen, wer die Aufhebung oder den Untergang 1 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2019, § 14 N. 25 mit Verweis auf BGer 4C.364/2002 vom 31. Januar 2003 E. 2. 2

STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 1), § 14 N. 25a m.w.N. 3 Vgl. BGer 5A_83/2019 vom 23. Juli 2019 E. 4, 4A_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2; SCHNEUWLY, Lange Rechtsschriften – Wieso? Und was tun?, Anwaltsrevue 2019, S. 444. 4 BGE 132 III 186 E. 4; BGer 5A_808/2018 vom 15. Juli 2019 E. 4.2.

- 11 - eines Rechts behauptet (z.B. Verwirkung, Erlass etc.) und für rechtshindernde Tatsachen, wer sich darauf beruft (z.B. Verjährung, Stundung etc.).⁵ Dementsprechend hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu behaupten, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt.⁶ Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten; es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden rechtlichen Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden.⁷ Was offensichtlich in anderen, ausdrücklich vorgebrachten Parteibehauptungen enthalten ist, muss nicht explizit behauptet werden (sog. implizite bzw. mitbehauptete Tatsachen).⁸ Blosser Mutmassungen stellen jedoch keine rechtsgenügenden Tatsachenbehauptungen dar.⁹ Ist ein Tatsachenvortrag im erwähnten Sinne vollständig, so wird er als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt.¹⁰ Tatsachenbehauptungen sind grundsätzlich in den Rechtsschriften aufzustellen (Art. 221 Abs. 1 lit. d und Art. 222 Abs. 2 Satz 1 ZPO).¹¹ Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht.¹² Zweck dieses Erfordernisses ist, dass einerseits das Gericht erkennen kann, auf welche Tatsachen sich der Kläger (bzw. der Beklagte hinsichtlich einer Gegenforderung) stützt und womit er diese beweisen will, und dass andererseits die Gegenpartei weiss, gegen welche konkreten Behauptungen sie sich verteidigen muss (Art. 222 ZPO).¹³ Durch einen Verweis auf Urkunden können Sachverhaltselemente jedoch ausnahmsweise als behauptet gelten, wenn es als blossen Leerlauf erscheinen würde, eine Übernahme des Urkundeninhalts in die Rechtsschrift zu verlangen.¹⁴ An einen rechtsgenügenden Verweis auf die Beilage werden im Wesentlichen drei Anforderungen gestellt: Erstens müssen in der Rechtsschrift die Tatsachen in ihren wesentlichen 5 SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 55 N. 18. 6 BGE 128 III 271 E. 2.a.aa; weitergehend ZK ZGB-JUNGO, 3. Aufl. 2018, Art. 8 N. 387. 7 BGE 136 III 322 E. 3.4.2; BGer 4A_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1. 8 BGE 144 III 519 E. 5.3; BGer 4A_243/2018 vom 17. Dezember 2018 E. 4.2.1 m.w.N.; JOSI, Behaupten,

Bestreiten und Beweisen – praktische Fragen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Markus/Eichel/Rodriguez (Hrsg.), Der handelsgerichtliche Prozess, Chancen und Gefahren – national und international, 2019, S. 80.

E. 3.2

Bestreitungslast Die Kehrseite der Behauptungslast ist die sog. Bestreitungslast: Bestreitet eine Partei eine Tatsachenbehauptung ihres Gegners nicht, gilt diese als unbestritten und die betreffende Tatsache kann dem Entscheid ohne weiteres zugrunde gelegt werden, da über nicht bestrittene Tatsachen kein Beweis geführt zu werden braucht (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).¹⁹ Art. 222 Abs. 2 ZPO verlangt von der beklagten Partei, darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden. Es ist deshalb empfehlenswert, die Tatsachenbehauptungen der Klägerin detailliert, d.h. Punkt für Punkt zu bestreiten.²⁰ Bestreitungen sind dabei so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so bestimmt sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss. Pauschale Bestreitungen reichen indessen selbst dann nicht aus, wenn sie explizit erfolgen. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer

E. 3.3

Substantiierungslast Bestreitet aber der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei in rechtsgenügender Weise, so greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann.²³ Das Beweisverfahren darf nicht dazu dienen, ein ungenügendes Parteivorbringen zu vervollständigen.²⁴ Der nicht oder nicht substantiiert vorgebrachte Sachverhalt ist im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime dem nicht bewiesenen Sachverhalt gleichzusetzen.²⁵

E. 3.4

Bezeichnung der Beweismittel Die Parteien haben im Rahmen der Verhandlungsmaxime die einzelnen Beweismittel zu bezeichnen (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO, wonach die Klage die Tatsachenbehauptungen sowie die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu enthalten hat). Dazu gehört auch, dass aus dem Zusammenhang klar wird, inwiefern die angerufenen Beweismittel den angestrebten Beweis erbringen sollen. Es genügt nicht, in der Klage Behauptungen aufzustellen und pauschal auf die Klagebeilagen zu verweisen.²⁶ Ein Beweismittel ist nur dann formgerecht angeboten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt.²⁷ Deshalb sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die entsprechenden Tatsachenbehauptungen aufzuführen, welche durch sie bewiesen werden sollen ("Prinzip der sog. Beweismittelverbindung").²⁸ Es ist hingegen unzureichend, einen ganzen Sachverhaltskomplex zu behaupten und lediglich pauschal auf eine Vielzahl von Urkunden oder eine Anzahl Zeugen zu

E. 5

Werkvertragsverhältnis Fehler! Textmarke nicht definiert.

E. 5.1

Die Gerichtskosten des Verfahrens HSU.2023.11 in Höhe von Fr. 4'000.00 werden der Klägerin auferlegt. Sie hat der Beklagten den Betrag von Fr. 4'000.00 zu ersetzen.

E. 5.1.1

Klägerin Die Klägerin behauptet, im vorliegend relevanten Zeitraum hätten I._____ und J._____ (Bauleiter des Projekts WÜB Y.) bei der Generalunternehmerin je Kollektivunterschrift zu zweien gehabt. K._____ habe über Einzelunterschrift verfügt (Klage Rz. 9; KB 5). L._____ sei Anfangs 2020 mit I._____ und deren Ehemann M._____ in Kontakt gekommen. Letztere hätten L._____ mitgeteilt, sie seien beide Mitinhaber und Geschäftsführer der Generalunternehmerin und würden über die Auftragsvergabe entscheiden (Klage Rz. 11). Da I._____ im Handelsregister eingetragen gewesen sei, habe die Klägerin darauf vertrauen dürfen, dass die Angaben von I._____ und M._____ den Tatsachen entsprechen (Replik Rz. 77). L._____ sei von den Beiden eingeladen worden, für die Inneren Gipsarbeiten (BKP 271.0) und die Verputzte Aussenwärmedämmung (BKP 226.2) der WÜB Y. eine Offerte einzureichen. Die Beiden hätten weiter mitgeteilt, der ebenfalls kollektivzeichnungsberechtigte J._____ müsse "der guten Form halber" mitunterzeichnen, habe aber faktisch "nichts zu sagen". Der einzelzeichnungsberechtigte K._____ scheine sich bereits damals aus dem operativen Geschäft zurückgezogen zu haben. Mit ihm habe die Klägerin bis heute nie Kontakt gehabt (Klage Rz. 11; Replik Rz. 5). Die Klägerin habe in der Folge auf Basis der von der Generalunternehmerin erstellten Leistungsverzeichnisse am 23. Februar 2022 eine Offerte für die Inneren Verputzarbeiten (BKP 271.0) in Höhe von Fr. 378'008.40 (inkl. MwSt.) und für die Verputzte Aussenwärmedämmung (BKP 226.2) in Höhe von Fr. 629'890.50 eingereicht. I._____ und M._____ hätten daraufhin von der Klägerin gefordert, eine zusammenfassende Gesamtofferte zu erstellen und einen Extra-Rabatt zu gewähren, sodass die Auftragssumme (inkl. MwSt.) genau Fr. 1 Mio. betrage. Mit E-Mail vom 11. März 2022 sei die Klägerin diesem Wunsch nachgekommen. Sie habe die entsprechende Offerte M._____ sowohl per E-Mail wie auch per WhatsApp zugestellt. Dieser habe sich gleichentags einverstanden erklärt und angekündigt, die Klägerin erhalte in der nächsten Woche einen schriftlichen Vertragsentwurf zur Prüfung (Klage Rz. 12; KB 7-10). Als sich die Klägerin auf Instruktion von M._____ am 29. März 2022 per E-Mail an J._____ gewandt habe, um einen Termin für die Vertragsunterzeichnung zu vereinbaren, habe dieser zum Erstaunen der Klägerin erklärt, der Auftrag sei noch nicht an sie vergeben. Offenbar habe J._____ doch etwas zu sagen gehabt. In der Folge hätten sich L._____ und J._____ getroffen. J._____ habe seine Zustimmung zur Offerte vom 11. März 2022 am 4. April 2022 erteilt (Klage Rz. 13; KB 11).

- 16 - Unstimmigkeiten habe es in den Verhandlungen nur noch betreffend die nicht in den Leistungsverzeichnissen enthaltene Isolierung und betreffend die Verputzarbeiten in den Treppenhäusern, wofür die Klägerin Kosten von Fr. 67'898.77 kalkuliert habe, gegeben (Replik Rz. 80). L._____ habe seine Kostenkalkulation (KB 28) offengelegt und angekündigt, diese Arbeiten ergänzend zu offerieren. Die im Vergleich zur ursprünglichen Offerte für BKP 271.0 (KB 8) um Fr. 45'140.45 erhöhte Offerte vom 13. April 2022 sowie die diesbezügliche E-Mail (AB 2 und 3) habe die Beklagte eingereicht (Replik Rz. 81; KB 8 und 28). Nach längerer Funkstille habe J._____ sich mit E-Mail vom 12. Mai 2022 (AB 4) erkundigt, ob der Pauschalpreis auch für den "überarbeiteten Leistungsbeschrieb" gelte, womit die zusätzlichen Nachtragsarbeiten im Treppenhaus gemeint gewesen seien. Er

habe also angefragt, ob diese Zusatz- arbeiten, deren eigentliche Kosten L._____ auf Fr. 67'898.77 kalkuliert habe (KB 28) und die er zum extrem günstigen Preis von Fr. 45'140.45 offeriert habe, gar kostenlos zusätzlich zu den vereinbarten Leistungen erledigt würden. L._____ sei über die dreiste Frage irritiert gewesen und habe bei I._____ und M._____ nachgefragt, da natürlich niemand solch umfang- reiche Arbeiten gratis erledige. Auf die Frage von I._____, ob er den Preis noch etwas senken könne, habe L._____ gesagt, so Fr. 40'000 bis Fr. 50'000.00 müsse er für diese Zusatzarbeiten haben, wobei er auf den offerierten Preis von Fr. 45'140.45 (Differenzbetrag der beiden Offerten für die Inneren Verputzarbeiten) Bezug genommen habe. In der Folge habe I._____ und M._____ ihm mitgeteilt, man wolle wegen Uneinigkeit betref- fend diesen Nachtrag nun nicht den ganzen Vertragsschluss gefährden, weshalb er diesen offerierten Nachtrag separat vergütet erhalte. M._____ habe L._____ die Antwort an J._____ vorgeschrieben, damit die Diskussion mit J._____ betreffend diese Zusatzarbeiten hätten beendet werden kön- nen. Der vorgeschriebene Text befinde sich 1:1 in der E-Mail von L._____ an J._____ vom 13. Mai 2022 (AB 4; KB 77-79). Diese internen Meinungs- verschiedenheiten seien L._____ zwar merkwürdig vorgekommen, letztlich habe er sich aber auf die Zusage der kollektivzeichnungsberechtigten I._____ verlassen. Die zusätzliche Vergütung sei später von der Beklagten (gemeint wohl: Generalunternehmerin) auch nicht in Frage gestellt, sondern explizit genehmigt worden (WhatsApp von I._____ vom 7. September 2022; KB 45). Ebenso habe M._____ dies bestätigt (KB 80). Entgegen den Vorbringen der Beklagten richteten sich die gemäss den Werkverträgen zu leistenden Arbeiten und deren Vergütung also sehr wohl nach der Offerte vom 23. Februar 2022 (KB 7 und 8). Lediglich die Arbeiten für die Isolierung und Verputzarbeiten in den Treppenhäusern seien darüber hinaus noch zu- sätzlich und separat als Nachtrag vereinbart worden (Replik Rz. 82-85). Die Generalunternehmerin habe zugesichert, für die Detailregelungen noch einen schriftlichen Werkvertrag auszuarbeiten. Entgegen dieser Ankündi- gung sei ein solcher jedoch nie ausgestellt worden, obwohl die Klägerin

- 17 - unzählige Male nachgefragt habe. Demzufolge sei vorliegend auf den mündlichen Vertrag abzustellen (Klage Rz. 14, Replik Rz. 6; KB 7-9 und 12). Die Klägerin sei somit in der unangenehmen Lage gewesen, mit der Auf- tragsausführung beginnen zu müssen, obwohl die detaillierten Bedingun- gen dieser Auftragsausführung (noch) nicht schriftlich geregelt gewesen seien. Dies sei anfangs noch unproblematisch gewesen, weil man sich be- treffend die Formalitäten der Auftragsausführung (insbesondere Rech- nungsstellung und Erteilung/Abwicklung von Nachtragsarbeiten einig ge- wesen sei). Als die Generalunternehmerin jedoch infolge finanzieller Schwierigkeiten ihren Zahlungspflichten nicht mehr habe nachkommen können, habe sie plötzlich einen Kurswechsel vorgenommen, indem sie versucht habe, sich die fehlende Schriftlichkeit der vereinbarten Vertrags- bedingungen zunutze zu machen, um berechnete Forderungen zurückzu- weisen, wobei sie einen neuen, J._____ ersetzenden Bauleiter, N._____, als Auftragnehmer eingesetzt und entsprechend instruiert habe. Der ver- einbarte Leistungsumfang sowie der dafür geschuldete Werklohn ergebe sich aus den beiden Einzelofferten (KB 7 und 8) sowie der zusammenfas- senden Gesamtofferte (KB 9). Die Detailregelungen ergäben sich aus den ad hoc getroffenen Abmachungen im Einzelfall sowie dem bis dahin von der Generalunternehmerin und der Klägerin einvernehmlich gelebten Ver- tragsverhältnis (Klage Rz. 14, Replik Rz. 7). Da die Generalunternehmerin den versprochenen schriftlichen Vertrag schuldig geblieben sei und folglich auch kein schriftlicher Zahlungsplan ver- einbart worden sei, hätten sich die Klägerin und die Generalunternehmerin darauf geeinigt,

dass die Klägerin entsprechend dem Arbeitsfortschritt Teilrechnungen für Akontozahlungen stelle (Klage Rz. 51). Die Klägerin habe in der Folge für die Verputzte Aussenwärmedämmung (BKP 226.2) fünf Teilrechnungen (26. Juli 2022 Fr. 100'000.00, 23. August 2022 Fr. 40'000.00, 30. August Fr. 100'000.00, 8. September 2022 Fr. 70'000.00, 29. September 2022 Fr. 70'000.00; jeweils inkl. MwSt.; Totalbetrag Fr. 380'000.00) und für die Inneren Verputzarbeiten (BKP 271.0) vier Teilrechnungen (26. Juli 2022 Fr. 70'000.00, 23. August 2022 Fr. 30'000.00, 30. August 2022 Fr. 40'000.00, 12. Oktober 2022 Fr. 57'000.00; jeweils inkl. MwSt.; Totalbetrag Fr. 197'000.00) gestellt. Total seien für die gemäss Leistungsverzeichnis des Werkvertrages erbrachten Leistungen Rechnungen im Gesamtbetrag von Fr. 577'000.00 gestellt worden (Klage Rz. 53 ff.; KB 35 und 36). Für ausserhalb der werkvertraglichen Leistungsverzeichnisse ausgeführte Nachtragsarbeiten habe die Klägerin für "innen" drei (12. August 2022 Fr. 1'781.40, 16. September 2022 Fr. 19'947.65, 11. Oktober 2022 Fr. 15'389.25 jeweils inkl. MwSt.; Totalbetrag Fr. 37'118.30) und für die Arbeiten "ausen" sechs Rechnungen (26. August 2022 Fr. 6'019.00, 7. September 2022 Fr. 25'632.65, 7. September 2022 Fr. 6'470.00, 7. September 2022 Fr. 9'692.70, 7. September

- 18 - 2022 Fr. 9'100.90, 2. November 2022 Fr. 35'270.65 jeweils inkl. MwSt.; Totalbetrag Fr. 92'186.60) gestellt (Klage Rz. 57 f.; KB 37 und 38). Insgesamt habe die Klägerin Fr. 706'304.90 (inkl. MwSt.) in Rechnung gestellt (Klage Rz. 60). Bedauerlicherweise seien die Rechnungen der Klägerin grösstenteils nicht bezahlt worden. Insgesamt habe die Generalunternehmerin nur die ersten beiden Teilrechnungen der jeweiligen Arbeitsgattungen bezahlt (ausen: 27. September 2022 Fr. 100'000.00, innen: 17. Oktober 2022 Fr. 70'000.00) (Klage Rz. 61; KB 39). Zudem habe die Generalunternehmerin im Dezember 2022 nach mehrmaligem Nachfragen noch einmal pauschal Fr. 200'000.00 bezahlt. Angesichts der Tatsache, dass die Klägerin bis heute Arbeiten im Umfang von Fr. 644'309.00 erbracht habe, seien bis heute Rechnungen im Gesamtbetrag von Fr. 274'309.00 unbezahlt geblieben (Klage Rz. 62 f.; KB 40).

E. 5.1.2

Beklagte Die Behauptungen der Klägerin werden von der Beklagten im Wesentlichen in ihrer Gesamtheit jeweils einzeln bestritten. Die Beklagte macht zudem geltend, dass I._____ keine Kollektivzeichnungsberechtigung, sondern bloss eine Kollektivprokura gehabt habe. Diese sei somit nicht Organ der Gesellschaft gewesen (Hinweis auf BGer 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019 E.5.2; Duplik Rz. 103). Im Weiteren sei M._____ gemäss Handelsregister keinerlei Funktion oder Unterschriftsberechtigung bei der Generalunternehmerin zugekommen. Diesem habe daher jegliche Berechtigung gefehlt, über die Auftragsvergabe zu entscheiden. M._____ sei vielmehr ein Freund von L._____ und habe diesem unzulässigerweise die Offerten von Konkurrenten (etwa jene der S) offengelegt. Die S habe Fr. 379'016.00 offeriert, worauf die Klägerin Fr. 378'008.40 offeriert habe. Die Klägerin habe gewusst, dass M._____ nichts zu sagen habe (Duplik Rz. 103; KB 7-9 sowie 54-58, 78 und 80; AB 1 und 2; DB 5 und 9). Sie habe ihre Offerten denn auch stets an J._____ gerichtet (Antwort Rz. 7; KB 5 und 7-9; AB 1 und 2). Die Klägerin habe genau gewusst, dass J._____ zuständig sei. Auch wenn die Klägerin versucht habe, die Generalunternehmerin vor vollendete Tatsachen zu stellen, habe diese klargelegt, dass kein Auftrag vergeben worden sei und die Offerte zu finanzieren sei. Offensichtlich sei die Generalunternehmerin mit der Offerte in der Art, wie sie vorlag, am 29. März 2022 nicht einverstanden gewesen und habe eine Nachbearbeitung gewünscht. Es werde daher

bestritten, dass J._____ am 4. April 2022 seine Zustimmung zur Offerte vom 11. März 2022 erteilt habe. Der E-Mailverkehr lege vielmehr nahe, dass die Offerte der Klägerin eben nicht vollständig gewesen sei und belege, dass der Leistungsbeschrieb für Gips- und Aussendämmungsarbeiten noch erweitert worden sei. Anders lasse sich nicht erklären, dass die Klägerin am 13. April 2022 noch eine weitere, überarbeitete Offerte über Fr. 423'148.85 eingereicht habe. Diese Offerte betreffend Innere Verputzarbeiten enthalte zusätzliche Leistungen. Anders lasse sich zudem auch nicht erklären, dass in

- 19 - der Angebotsrunde höhere Beträge eingesetzt worden seien. Gemäss E-Mail vom 13. April 2022 sei das entsprechende Angebot denn auch inklusive Treppenhaus und Isolation im Treppenhaus getätigt worden. Die von der Klägerin offerierte Pauschale von Fr. 1 Mio. habe daher nachträglich noch besprochene und vereinbarte zusätzliche Leistungen für die beiden unterschiedlichen Arbeitsgattungen umfasst. Am 12. Mai 2023 habe sich J._____ denn auch wie folgt erkundigt: "Gilt das Pauschalangebot auch für den überarbeiteten Leistungsbeschrieb für Gips- und Aussendämmungsarbeiten?" Dies sei tags darauf von der Klägerin bestätigt worden. Die Klägerin sei somit verpflichtet gewesen, für den Pauschalpreis von Fr. 1 Mio. sämtliche Arbeiten betreffend Verputzte Aussendämmungsarbeiten und Innere Verputzarbeiten auszuführen. Dass auch die Klägerin dieser Auffassung gewesen sei, ergebe sich auch aus der Leistungsaufstellung der Klägerin zu den Akontorechnungen vom 2. November 2022, wonach die Gesamtvertragssumme für Innere Verputzarbeiten Fr. 436'615.00 und für die Verputzte Aussenwärmedämmung Fr. 557'902.00 betrage (wobei 3% Rabatt, 2% Skonto, 1.6% Abzüge und 7.7% MwSt. zu berücksichtigen seien, womit man auf rund Fr. 1 Mio. komme) (Antwort Rz. 9, Duplik Rz. 108; KB 7-9 und 11; AB 2-5, 28, 55 und 78-79). Es werde bestritten, dass I._____ oder M._____ angekündigt hätten, J._____ wolle den Werkvertrag nicht absegnen. Es werde bestritten, dass die Leistungsverzeichnisse und der offerierte Pauschalpreis von Fr. 1 Mio. unstrittig gewesen seien oder nur Unstimmigkeiten betreffend Isolierung und Verputzarbeiten im Treppenhaus bestanden hätten. Es werde bestritten, dass die Klägerin dafür Kosten von Fr. 67'898.77 kalkuliert habe und dies nicht in den Leistungsverzeichnissen bzw. der Pauschale enthalten gewesen sei (Duplik Rz. 106). Es werde bestritten, dass I._____ zugesagt habe, die angeblichen Zusatzarbeiten würden durch einen separaten Nachtrag vergütet (Duplik Rz. 109; KB 45-46). Es werde auch bestritten, dass die Klägerin mit der Auftragsausführung habe beginnen müssen. Korrekt sei, dass die Bedingungen der Auftragsausführung bis heute nicht klar seien und von der Klägerin weder schlüssig behauptet noch bewiesen würden. Es werde auch bestritten und sei unsubstantiiert, dass man sich anfangs betreffend die Formalitäten der Auftragsausführung einig gewesen sei. Auch werde ein Kurswechsel der Generalunternehmerin bestritten. Es werde bestritten, dass sich die geltenden vertraglichen Bedingungen aus Absprachen im Einzelfall sowie dem bis dahin (wann?) von der Generalunternehmerin einvernehmlich gelebten Vertragsverhältnis ergeben habe (Duplik Rz. 10). Es habe auch keine Vereinbarung gegeben, dass Rechnungen entsprechend dem Arbeitsfortschritt gestellt werden dürften. Die Zahlungen der Generalunternehmerin stellten daher bloss aus Kulanz erfolgte Akontozahlungen dar (Antwort Rz. 51; AB 13). Die inhaltliche Korrektheit und Vollständigkeit der gestellten Rechnungen werde bestritten, insbesondere fehle der Nachweis hinsichtlich der bis zur

- 20 - Rechnungsstellung angeblich geleisteten Arbeiten (Antwort Rz. 52). Es werde zudem bestritten, dass die Klägerin ausserhalb der werkvertraglichen Leistungsverzeichnisse

Nachtragsarbeiten ausgeführt habe (Antwort Rz. 55). Wie sich im Nachhinein nach Prüfung des behaupteten Ausmasses herausgestellt habe, habe die Generalunternehmerin der Klägerin insgesamt mindestens Fr. 48'944.15 zu viel bezahlt (Antwort Rz. 59; KB 13; AB 6).

E. 5.2

Die Klägerin hat der Beklagten die der Klägerin für das Verfahren HSU.2023.11 zugesprochene Parteientschädigung in Höhe von Fr. 4'600.00 zurückzuerstatten.

E. 5.2.1

Konsensstreit Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich (Art. 1 Abs. 1 OR). Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein (Art. 1 Abs. 2 OR). Im schweizerischen Vertragsrecht gilt bei Fragen des Konsenses der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Im Konsensstreit hat das Sachgericht daher vorab zu prüfen, ob die Parteien sich tatsächlich übereinstimmend geäussert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben. Ist dies für den Vertragsschluss als solchen zu bejahen, liegt ein tatsächlicher Konsens vor. Haben die Parteien sich in den Vertragsverhandlungen zwar übereinstimmend verstanden, aber nicht geeinigt, besteht ein offener Dissens und damit kein Vertragsschluss. Haben sie sich übereinstimmend geäussert, aber abweichend verstanden, liegt ein versteckter Dissens vor, welcher zum Vertragsschluss führt, wenn eine der Parteien nach dem Vertrauensgrundsatz in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäusserung zu schützen und damit die andere auf ihrer Äusserung in deren objektivem Sinn zu behaften ist. Diesfalls liegt ein normativer Konsens vor.³⁷ Über welche Vertragspunkte sich die Parteien geeinigt haben müssen, damit es zu einem Vertragsabschluss kommt, regelt Art. 2 Abs. 1 OR: Haben sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt, so wird vermutet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle. Als sog. objektiv wesentliche Punkte gelten die "essentialia negotii", d.h. die den jeweiligen Vertragstyp bestimmenden, bei den Nominatverträgen die im Gesetz geregelten begriffsnotwendigen Elemente und bei Innominatkontrakten diejenigen Punkte, die für die hinreichende Bestimmbarkeit des Zwecks der Vereinbarung und der zu erbringenden Leistungen notwendig sind. Der Konsens muss zudem auch die sog. subjektiv wesentlichen Punkte umfassen. Bei diesen handelt es sich um Nebenpunkte i.S.v. Art. 2 Abs. 1 OR (sog. "accidentalia negotii"), welche aber zumindest für eine der Parteien dennoch so wesentlich sind, dass sie den Vertrag nicht ohne Vereinbarung dieser Punkte oder nicht so

E. 5.2.2

Auslegungsstreit Sind sich die Parteien zwar einig, dass ein Vertrag zustande gekommen ist, mithin, dass übereinstimmende gegenseitige Willensäusserungen vorliegen, ist aber dessen Inhalt unter den Parteien umstritten, so liegt kein Konsensstreit (Streit über den Vertragsabschluss),⁴² sondern ein Auslegungsstreit (Streit über den Vertragsinhalt) vor.⁴³ Diesen löst das Gericht, indem es den Vertrag auslegt und den vereinbarten Inhalt des Vertrags ermittelt.⁴⁴ Ist in einer vertraglichen Auseinandersetzung etwa das Zustandekommen eines Werkvertrages nicht bestritten, obwohl die Höhe der Vergütung nach richtiger Auffassung an sich ein subjektiv wesentlicher Vertragspunkt gewesen wäre und über diesen ein Konsens nicht erreicht wurde, so darf das Gericht den Bestand des Vertrages nicht von sich aus verneinen und muss von einem zustande gekommenen Vertrag

ausgehen.⁴⁵ Der Streit über die Höhe der Vergütung stellt in diesem Fall folglich nicht einen Konsens-, sondern bloss einen Auslegungsstreit dar.

E. 5.2.2.1

Subjektive Vertragsauslegung Das Ziel der gerichtlichen Vertragsauslegung besteht in der Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens, den die Parteien erklärt haben (subjektive Auslegung, vgl. Art. 18 Abs. 1 OR).⁴⁶ Dabei ist nicht allein der Wortlaut massgebend, vielmehr indizieren die gesamten Umstände, unter denen die Willenserklärungen abgegeben wurden, den inneren Willen der erklärenden Partei.⁴⁷ Namentlich kann auch aus dem nachträglichen Verhalten einer Partei darauf geschlossen werden, was diese mit ihrer Erklärung tatsächlich wollte.⁴⁸ Die subjektive Vertragsauslegung basiert auf einer Beweiswürdigung.⁴⁹ Für die einer tatsächlichen Willensübereinstimmung im von ihr behaupteten Sinn zugrunde liegenden Tatsachen ist diejenige Partei beweisbelastet, die sich darauf beruft.⁵⁰

E. 5.2.2.2

Objektivierte Vertragsauslegung Kann der tatsächliche Wille der erklärenden Partei nicht in einer dem anwendbaren Beweismass genügenden Art festgestellt werden, sind die Erklärungen der Parteien zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens anhand des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (objektivierte Auslegung).⁵¹ Dabei hat das Gericht von vernünftig und redlich handelnden Parteien auszugehen⁵² und darauf abzustellen, was sachgerecht ist, da nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben.⁵³ Die objektivierte Vertragsauslegung stellt eine Rechtsfrage dar.⁵⁴ Primäres Auslegungsmittel ist der Wortlaut. Der klare Wortlaut hat den Vorrang vor weiteren Auslegungsmitteln, es sei denn, er erweise sich aufgrund anderer Vertragsbedingungen, dem von den Parteien verfolgten Zweck oder weiterer Umstände als nur scheinbar klar.⁵⁵ Mangels anderer Anhaltspunkte ist anzunehmen, dass die Parteien die Worte gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch verwendet haben. Hat ein Wort in bestimmten Verkehrskreisen indessen einen besonderen Sinn, so ist zu vermuten, dass die Parteien dieses Wort entsprechend seinem besonderen Sinn

E. 5.3

Die Klägerin hat der Beklagten für das Verfahren HSU.2023.11 eine gerichtlich festgesetzte Parteientschädigung in Höhe von Fr. 4'600.00 zu bezahlen.

- 41 - Zustellung an: ■ die Klägerin (Vertreter; zweifach mit Abrechnung) ■ die Beklagte (Vertreter; zweifach) ■ das Grundbuchamt Z._____ (nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist) 1. Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG) Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den

Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG). Aarau, 26. März 2024 Handelsgericht des Kantons Aargau 2. Kammer Der Vizepräsident: Der Gerichtsschreiber: Vetter Bisegger

E. 5.3.1

Vorbemerkung: Zeichnungsberechtigung und offenbare interne Konflikte bei der Generalunternehmerin Vorliegend ist unbestritten, dass im Zusammenhang mit dem behaupteten Vertragsabschluss auf Seiten der Klägerin L. _____ gehandelt hat und die- ser aufgrund seiner Einzelzeichnungsberechtigung für die Klägerin hierzu auch ohne Weiteres berechtigt war. Hinsichtlich der Zeichnungsberechtigungen auf Seiten der Generalunternehmerin weist die Beklagte grundsätzlich zu Recht darauf hin, dass I. _____ und J. _____ im relevanten Zeitraum jeweils lediglich über eine Kollektivprokura zu zweien (und nicht eine Einzelunterschrift) bei der Generalunternehmerin verfügten. Entscheidend (und unstrittig) ist aber vor allem, dass diese beiden die Generalunternehmerin jeweils nur gemeinsam rechtlich verpflichten konnten. Ebenfalls unstrittig ist, dass I. _____ L. _____ von der Klägerin ausdrücklich auf diesen Umstand aufmerksam gemacht hat. Auch macht die Klägerin nicht geltend, sie habe je annehmen können (der nicht im Handelsregister eingetragene) M. _____ verfüge bei der Generalunternehmerin über eine Zeichnungsberechtigung. Von der Klägerin wird indessen behauptet, I. _____ und M. _____ hätten behauptet, die Unterschrift von J. _____ müsse nur der Form halber eingeholt werden, der (unternehmensinterne) Entscheid über die Auftragsvergabe liege bei ihnen beiden. Ob diese (bestrittene) Behauptung zutrifft, 56 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 42), N. 1206 ff., 1220 und 1228; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, 4. Aufl. 2015, Art. 18 N. 374 ff. 57 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 42), N. 1212 ff.; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (Fn. 56), Art. 18 N. 385 ff. 58 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 42), N. 1223. 59 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 42), N. 1223.

- 24 - kann offen bleiben. Die Klägerin führt selbst aus, dass sie bereits bei der ersten Kontaktaufnahme mit J. _____ am 29. März 2022 (Klage Rz. 13; KB 11) gemerkt habe, dass J. _____ sehr wohl auch in der Sache mitzureden habe. Entsprechend musste der Klägerin klar sein, dass für einen Vertragsschluss mit der Generalunternehmerin notwendig ist, dass sowohl die Zustimmung von I. _____ als auch von J. _____ eingeholt werden muss. Ebenfalls im Rahmen der ersten Kontaktaufnahme vom 29. März 2022 wurde zudem für L. _____ offenbar, dass es innerhalb der Generalunternehmerin zwischen I. _____ (bzw. deren Ehemann M. _____) einerseits und J. _____ andererseits Meinungsverschiedenheiten gab und man sich nicht darauf verlassen konnte, dass eine von I. _____ (oder M. _____) erteilte Zusage auch von J. _____ gemacht würde und umgekehrt. Dass es solche internen Meinungsverschiedenheiten gab, wurde zudem im weiteren Verlauf der Verhandlungen weiter bestätigt, wobei die Klägerin diesen Umstand ausdrücklich anerkennt und ausführt, diese internen Konflikte habe L. _____ als merkwürdig empfunden (Klage Rz. 13; Replik Rz. 83). Vor diesem Hintergrund ist daher der Frage nachzugehen, ob und wenn ja, wann und mit welchem Inhalt, es zu einem Vertragsschluss zwischen der Generalunternehmerin und der Klägerin gekommen ist.

E. 5.3.2

Vertragsverhandlungen Die Klägerin beruft sich zunächst darauf, am 23. Februar 2022 eine Offerte für die Inneren Verputzarbeiten (BKP 271.0) in Höhe von Fr. 378'008.40 (inkl.

MwSt.) und andererseits für die Verputzte Aussenwärmedämmung (BKP 226.2) in Höhe von Fr. 629'890.50 eingereicht zu haben. Unstrittig ist, dass I._____ und M._____ daraufhin von der Klägerin gefordert haben, eine zusammenfassende Gesamtofferte zu erstellen und einen Extra-Rabatt zu gewähren, sodass die Auftragssumme (inkl. MwSt.) genau Fr. 1 Mio. betrage (Klage Rz. 12). Mit E-Mail vom 11. März 2022 (KB 9 und 11) habe die Klägerin die gewünschte Offerte über den Betrag von Fr. 1 Mio. M._____ unterbreitet. Nach Darstellung der Klägerin habe dieser die Offerte angenommen (Klage Rz. 12). Indessen ist dies nicht entscheidend, da M._____ – wie der Klägerin bekannt war – nicht berechtigt war, die Generalunternehmerin gegen aussen zu vertreten. Die Klägerin führt zudem selbst aus, dass J._____ im Rahmen seiner ersten E-Mailkonversation mit L._____ klargestellt habe, dass man der Klägerin die Arbeiten noch nicht vergeben habe (Klage Rz. 13). Die Klägerin behauptet indessen, dass sich L._____ in der Folge am 4. April 2022 mit J._____ getroffen habe und dieser anlässlich dieses Treffens die Offerte vom 11. März 2022 (KB 9) angenommen habe (Klage Rz. 13). Aus der bei den Akten liegenden Korrespondenz (KB 11) ergibt sich lediglich, dass L._____ und J._____ sich für den 4. April 2022 zur Besprechung der Offerten verabredet hatten. Von einem Akzept seitens

- 25 - J._____ ist nirgends die Rede. Demgegenüber stellt die Beklagte zu Recht in Abrede, dass J._____ die Offerte anlässlich dieses Treffens angenommen hat. Aus den weiteren bei den Akten liegenden Unterlagen ergibt sich nämlich klar, dass es sich nicht so verhalten haben kann, dass J._____ die Offerte vom 11. März 2022 am 4. April 2022 annahm, weshalb sich weitere Beweisabnahmen in diesem Zusammenhang, insbesondere Partei- oder Zeugenbefragungen erübrigen: Am 13. April 2022 reichte die Klägerin nämlich ein neues Angebot für die Inneren Verputzarbeiten (BKP 271.0) über Fr. 423'148.85 ein (Replik Rz. 81, Antwort Rz. 9; AB 2 und 3). Wäre die Klägerin der Meinung gewesen, J._____ habe am 4. April 2022 das Pauschalangebot vom 11. März 2022 mit einem Werkpreis von Fr. 1 Mio. angenommen (welches die BKP 271.0 mitumfasste [vgl. KB 9]), hätte sie nicht am 13. April 2022 ein weiteres Angebot für die BKP 271.0 eingereicht. J._____ fragte zudem auch mit E-Mail vom gleichen Tag bei der Klägerin nach, ob die Offerte für die AWD (gemeint offensichtlich: Aussenwärmedämmung) "wie gehabt" bleibe (AB 3). Auch aus dieser Reaktion von J._____ wird somit offensichtlich, dass nach wie vor Offerten diskutiert wurden und noch kein Vertrag geschlossen wurde. Dies zeigt im Weiteren auch die E-Mail vom P._____ von der Klägerin an J._____ vom 4. Mai 2022, in welcher P._____ nachfragte, wie es nun aussehe mit dem Angebot und ob er sagen könne, wie der nächste Schritt sei (AB 3). Solche Fragen werden im Rahmen von Vertragsverhandlungen, nicht aber nach Abschluss eines Vertrages gestellt. Auch im weiteren Verlauf der Vertragsverhandlungen schlossen die Parteien keinen Vertrag: Mit E-Mail vom 12. Mai 2022 fragte J._____ bei L._____ vielmehr nach, ob das Pauschalangebot auch für den überarbeiteten Leistungsbeschrieb für Gipser- und Aussendämmungsarbeiten gelte (Antwort Rz. 9; AB 4). Auch diese E-Mail macht nur Sinn, wenn damals noch kein Vertrag geschlossen worden war. In diesem Zusammenhang wandte sich L._____ zudem per WhatsApp (je separat) an I._____ sowie an M._____ und führte aus, dass die gemäss überarbeitetem Leistungsbeschrieb geforderten Arbeiten einen Umfang von knapp Fr. 70'000.00 ausmachen würden und natürlich nicht "gratis" ausgeführt würden. I._____ stellte L._____ in Aussicht, die Angelegenheit mit J._____ zu besprechen und fügte an, dass J._____ es ihm (d.h. L._____) echt schwer mache. L._____ führte dann aus, dass er für diese zusätzlichen Arbeiten schon zwischen "40 und 50ig" brauche. Schliesslich stellte L._____ in Aussicht, er könne der Klägerin entgegenkommen und man solle doch noch

einmal in dieser Sache telefonieren (Replik Rz. 82, Duplik Rz. 108; KB 78). M. _____ reagierte auf die Mitteilung von L. _____ damit, dass er J. _____ als "wexer" bezeichnete. Im Weiteren entwarf er für L. _____ eine E-Mail an J. _____ (KB 79). Dieser E-Mailentwurf versandte L. _____ am 13. Mai 2022 unverändert an J. _____ [Replik Rz. 82; AB 4]). L. _____ beantwortete damit die von J. _____ gestellte Frage nicht. Vielmehr wurde in dieser E-Mail

- 26 - ausgeführt, das Pauschalangebot sei gemäss Offerte ermittelt worden. Das Pauschalangebot und die Offerte sind allerdings dasselbe. Das eine kann demnach nicht entsprechend dem anderen ermittelt worden sein. Weiter wurde ausgeführt, dass wenn neue Aufwände dazukämen, diese separat und ausserhalb des Pauschalbetrages verrechnet würden. Die Frage von J. _____ zielte aber offenkundig nicht auf später hinzukommende Arbeiten ab, sondern er fragte, ob die Arbeiten des überarbeiteten Leistungsbeschlusses (von denen ja bereits bekannt war, dass sie ausgeführt werden müssen) Teil des Pauschalangebots seien. Auch diese Konversation zeigt klar, dass die Parteien noch keinen Vertrag abgeschlossen hatten, sondern im Wesentlichen diskutiert wurde, welche Arbeiten alles im Rahmen der Pauschalpreisofferte von Fr. 1 Mio. enthalten sein sollen. Am 18. Mai 2022 nahm L. _____ erneut mit I. _____ Kontakt auf. Diese teilte ihm lediglich mit, dass sie J. _____ gesagt habe, er solle einen Werkvertrag ausstellen, worauf sich L. _____ erfreut zeigte (KB 78). Dies ist ein weiteres Indiz, das aufzeigt, dass sämtliche Parteien auch damals nicht davon ausgingen, es sei bereits ein Vertrag geschlossen worden. Auch in der Folge wurde der Klägerin zwar mehrmals die Ausstellung eines schriftlichen Vertragsentwurfs in Aussicht gestellt. Indessen geschah dies unbestritten aber nie. Es wäre auch unklar gewesen, welchen Inhalt dieser Werkvertragsentwurf hätte haben sollen, waren die Parteien doch nach wie vor uneinig, welche Leistungen für den offerierten Pauschalbetrag von Fr. 1 Mio. erbracht werden sollten. Die Tatsache, dass die Parteien die Frage der Höhe der Vergütung diskutierten, zeigt deutlich, dass dieser Punkt für die Parteien offenkundig (subjektiv) wesentlich war und sie ohne deren Einwilligung nicht vertraglich gebunden sein wollten. Dies überrascht denn auch nicht: Auch wenn nach Gesetz die Höhe des Werklohns kein objektiver wesentlicher Punkt ist, so stellt dieser doch im Regelfall dennoch einen für die Parteien subjektiv wesentlichen Punkt dar, will eine Partei doch gewöhnlich vor Abschluss des Vertrages wissen, wie viel sie für eine Leistung bezahlen muss bzw. vergütet erhält. Zusammenfassend lag folglich ein offener Dissens zwischen J. _____ von der Generalunternehmerin und L. _____ von der Klägerin hinsichtlich der Frage vor, welche Leistungen für die Pauschale von Fr. 1 Mio. von der Klägerin auszuführen waren und für welche sie eine zusätzliche Vergütung verlangen konnte. Unzutreffend ist schliesslich auch die Behauptung der Klägerin, später sei nicht mehr infrage gestellt worden, dass die zusätzlichen Arbeiten nicht separat vergütet werden sollten (Replik Rz. 83 f.). Vielmehr ergibt sich aus der WhatsApp-Konversation zwischen M. _____ und L. _____ vom 1. November 2022, dass sich L. _____ darüber beschwerte, dass I. _____ sich auf den Standpunkt gestellt habe, es gehe lediglich um einen Auftrag für Fr. 1 Mio. und nicht anerkannt habe, dass der Klägerin für einen Nachtrag

- 27 - eine zusätzliche Vergütung von Fr. 70'000.00 bis Fr. 72'000.00 zustehe (KB 80). Zwar antwortete M. _____ auf diese Nachricht damit, man habe abgemacht, die Klägerin solle für diese Arbeiten Fr. 40'000.00 bis Fr. 50'000.00 erhalten. Damit anerkannte M. _____ immerhin, dass im Grundsatz eine zusätzliche Vergütung zu bezahlen sei. Indessen war M. _____ – was L. _____ wusste – für die Generalunternehmerin nicht zeichnungsberechtigt.

Es kam daher vielmehr auf die Zustimmung von I. _____ und von J. _____ an. Eine solche lag nicht vor.

E. 5.3.3

Beginn der Arbeitsausführung durch die Klägerin und teilweise Leistung von Vergütungen durch die Generalunternehmerin Unbekümmert um den offenen Dissens begann die Klägerin in der Folge aber unbestrittenermassen mit der Ausführung von Arbeiten. Wenn die Klägerin ausführt, sie sei in der unangenehmen Lage gewesen, dass sie mit der Auftragsausführung habe beginnen müssen, obwohl die detaillierten Bedingungen der Auftragsausführung noch nicht schriftlich geregelt gewesen seien, so ist dies nur halbbrichtig: Hinsichtlich eines wesentlichen Vertragspunkts – welche Arbeiten sollten für den Pauschalpreis von Fr. 1 Mio. erbracht werden – lag nicht nur keine schriftliche, sondern überhaupt keine Einigung vor. Angesichts der Tatsache, dass die Klägerin mit der Arbeitsausführung begann, dies von der Generalunternehmerin nicht nur geduldet, sondern auch gewünscht war und diese immerhin teilweise von der Klägerin gestellte Rechnungen bezahlte und schliesslich mit Schreiben vom 20. Dezember 2022 (KB13) ausführte, der Klägerin sei am 23. Februar 2022 mündlich die Ausführung der Aussenwärmedämmung und am 13. April 2022 die Inneren Verputzarbeiten übertragen worden und es würden diese beiden Verträge mit sofortiger Wirkung gekündigt, stellte auch die Generalunternehmerin – trotz dem offenen Dissens – später nicht infrage, dass sie in einem Vertragsverhältnis mit der Klägerin stand. Ein nicht bestehender Vertrag kann auch nicht gekündigt werden. Auch die Beklagte stellt nicht grundsätzlich infrage, dass zwischen der Generalunternehmerin und der Klägerin ein Vertragsverhältnis bestand (vgl. bspw. Duplik Rz. 20). Insofern ist trotz des an sich fehlenden Konsenses bzw. Vorliegens eines offenen Dissenses vom Bestehen eines Vertragsverhältnisses zwischen der Klägerin und der Generalunternehmerin betreffend die Verputzte Aussenwärmedämmung sowie die Inneren Verputzarbeiten auszugehen. Fraglich ist der Inhalt dieses Vertragsverhältnisses. Der Rechtsstreit verlagert sich insoweit von einem Konsens- zu einem Auslegungsstreit. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, der Inhalt des Werkvertrages ergebe sich aus den Offerten vom 23. Februar 2022 für die Verputzte Aussenwärmedämmung (KB 7) und der Inneren Verputzarbeiten (KB 8) sowie der Gesamtofferte (für beide Leistungen) vom 11. März 2022 (KB 9). Die

- 28 - Generalunternehmerin vertritt in ihrem Kündigungsschreiben (KB 13) hingegen die Auffassung, für die Verputzte Aussenwärmedämmung gelte die Offerte vom 23. Februar 2022 (KB 7), für die Inneren Verputzarbeiten jedoch jene vom 13. April 2022 (AB 2). Entsprechend sind sich die Klägerin und die Generalunternehmerin einig, dass für die Verputzte Aussenwärmedämmung die Offerte vom 23. Februar 2022 (KB 7) massgeblich ist. Uneinigkeit besteht hingegen betreffend die Offerte für die Inneren Verputzarbeiten. Allerdings musste die Generalunternehmerin nach dem Vertrauensprinzip nicht davon ausgehen, dass eine überholte Offerte massgeblich sein soll. Entsprechend ist davon auszugehen, dass für die Inneren Verputzarbeiten die spätere Offerte vom 13. April 2022 massgeblich ist. Unklar ist allerdings, welches Preismodell gilt, d.h. ob die Parteien Einheits- oder Pauschalpreise vereinbart haben oder ob letztlich (infolge offenem Dissens) von gar keiner Preisvereinbarung auszugehen ist und der Werklohn daher nach Art. 374 OR zu bestimmen ist. Die Offerte vom 23. Februar 2022 für die Verputzte Aussenwärmedämmung (KB 7) – wie im Übrigen auch die ursprüngliche Offerte vom 23. Februar 2022 für die Inneren Verputzarbeiten (KB 8) – wurde offensichtlich auf der

Grundlage von Einheitspreisen erstellt. In der Folge strebten die Parteien aber stets eine Einigung über einen Pauschalpreis sowohl für die Verputzte Aussenwärmedämmung wie auch die Inneren Verputzarbeiten von insgesamt Fr. 1 Mio. an. Dabei stritten sie darüber, welche Arbeiten Teil dieses Pauschalpreises sein sollten und welche Arbeiten zusätzlich zu vergüten seien. Die spätere Offerte für die Inneren Verputzarbeiten vom 13. April 2022 (AB 2) enthält denn auch kein plangemässes Ausmass, sondern bloss eine Kostenaufstellung. Dies deutet darauf hin, dass später die Vereinbarung eines Einheitspreises kein Thema mehr war und stets die Einigung über einen Pauschalpreis angestrebt wurde. Wie dargelegt, konnten sich die Parteien über diesen Punkt gerade nicht einigen. Auch ergeben die in der Offerte vom 13. April 2022 für die Inneren Verputzarbeiten (AB 2) sowie vom 23. Februar 2022 für die Verputzte Aussenwärmedämmung (KB 7) genannten Beiträge zusammengerechnet deutlich mehr als Fr. 1 Mio. und der "Extra-Rabatt" wurde von der Klägerin nur auf Basis der ersten (tieferen) Offerte für die Inneren Verputzarbeiten angeboten. Dass die Klägerin auch für die Offerte vom 13. April 2022 (AB 2), welche aufgrund zusätzlicher Arbeiten im Treppenhaus höher ausfiel, einen "Extra-Rabatt" gewähren wollte, ergibt sich nirgends aus den Akten. Soweit die Parteien keine Vereinbarung über sog. feste Preise (Einheits-, Global- oder Pauschalpreise) getroffen haben, gilt nach Art. 374 OR, dass der Unternehmer nach Massgabe des Wertes der Arbeit und seiner Aufwendungen zu entschädigen ist. Dies gilt an sich auch wenn die Parteien nie eine Entschädigung nach dem Wert der Arbeit gemäss Art. 374 OR in

- 29 - Erwägung gezogen haben und die Lösung daher an sich nicht als passend erscheint. 60
6. Pfandberechtigte Forderung aus Grundvertrag

E. 6

Pfandberechtigte Forderung aus Grundvertrag 29

E. 6.1

Parteibehauptungen

E. 6.1.1

Klägerin Die Klägerin behauptet, gemäss den Leistungsverzeichnissen habe sie für die drei Mehrfamilienhäuser bei BKP 226.2 (Verputzte Aussenwärmedämmung) folgende Arbeiten erbringen müssen: (1) Putzabschlussprofile an den Fenstern, (2) Abdeckerarbeiten, (3) Sockeldämmplatten montieren, (4) Dämmplatten kleben, (5) Kantenschutz bei Fenstern, (6) Sturzelemente montieren, (7) Fensterbänke montieren, (8) Dämmplatten mechanisch befestigen, (9) Netzeinbettung, (10) Abriebarbeiten (Deckputz) und (11) Anstrich (Klage Rz. 31; KB 7). Bis zum 5. Oktober 2021 [recte: 2022] habe sie sowohl bei Haus 1 als auch bei Haus 5 die obenstehenden Arbeitsschritte 1-8 (mit Ausnahme von Fensterbänken und Kantenschutz, die bei Haus 5 erst teilweise erledigt worden seien) bis und mit mechanischer Befestigung der Dämmplatten erledigt. Dies habe sie mit Zwischenbericht vom 21. Oktober 2021 (nach gesundheitlichem Ausfall von J._____) dem neuen Bauleiter N._____ auch so rapportiert. Bei Haus 3 habe die Klägerin mit den Arbeiten aussen nicht beginnen können, weil die Fassade infolge eines Sturms nassgeworden sei (Klage Rz. 32; KB 22). Der Leistungsstand sei auch auf verschiedenen Fotos ersichtlich (Klage Rz. 33; KB 23). Somit entspreche der Leistungsstand vom 5. Oktober 2022 dem Leistungsstand zum Zeitpunkt der vorzeitigen Auflösung des Vertrages am 20. Dezember 2022. Dies sei auch vom von ihr beauftragten Bauexperten AA._____ in seiner Bestandaufnahme vom 17. Januar 2023 dokumentiert worden (Klage Rz. 34 und 64 ff., Replik Rz. 16 ff.; KB 41

und 43). Auch habe die Klägerin selbst eine Aufstellung der von ihr erbachten Leistungen gemacht und diese AB._____, dem von der Generalunternehmerin beauftragten "unabhängigen" Bauexperten, zugestellt (Klage Rz. 65; KB 42). Bei BKP 271.0 (Innere Verputzarbeiten) habe die Klägerin folgende Arbeiten erbringen müssen: (1) Abdeckerarbeiten, (2) Kantenschutz bei Fenstern, (3) Haftbrücke, (4) Deckenaufleger überbrücken mit Gipskartonplatten, (5) Grundputz Wände auftragen, (6) Weissputz Decke auftragen und (7) Abrieb an Wänden (Klage Rz. 35; KB 8). Betreffend die Inneren Verputzarbeiten sei die Arbeitsausführung ähnlich wie bei der Verputzten Aussenwärmedämmung verlaufen: Im Zwischenbereich zum Start des neuen Bauleiters N._____ sei festgehalten worden, dass im Haus 1 sämtliche Arbeitsschritte 1-6 mit Ausnahme des Abriebs 60 Vgl. BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, 7. Aufl. 2020, Art. 374 N. 15; GAUCH (Fn. 40), N. 537.

- 30 - und im Haus 5 sämtliche Arbeitsschritte 1-5 mit Ausnahme des Weissputzes und des Abriebs erledigt worden seien. Im Haus 3 habe nicht begonnen werden können, weil diverse bauseitige Vorarbeiten gefehlt hätten. Jedoch habe die Klägerin dort in der Attikawohnung bereits die Kantenschutzprofile montiert (Klage Rz. 36; KB 22). Aus einer Korrespondenz zwischen L._____ und AC._____ vom 14. November 2022 gehe hervor, dass in diesem Zeitpunkt sämtliche Wohnungen in den Häusern 1 und 5 (inkl. Weissputz) fixfertig und besenrein gewesen seien. Nur der Abrieb hätte gemäss Bauplan in einem späteren Arbeitsschritt erfolgen sollen (Klage Rz. 37; KB 24). Damit entspreche der Leistungsstand innen vom 14. November 2022 dem Leistungsstand zum Zeitpunkt der vorzeitigen Auflösung des Werkvertrages am 20. Dezember 2022. Dies sei auch von ihrem Bauexperten AA._____ so dokumentiert worden (Klage Rz. 38 und 64 ff. Replik Rz. 16 ff.; KB 41 und 44.). Die Klägerin habe zudem selbst eine Aufstellung der von ihr erbachten Leistungen gemacht und diese AB._____, dem von der Generalunternehmerin beauftragten "unabhängigen" Bauexperten, zugestellt (Klage Rz. 65; KB 42).

E. 6.1.2

Beklagte Die Beklagte bestreitet im Einzelnen, dass die Klägerin gemäss Werkvertrag nur die von ihr aufgezählten Arbeiten habe ausführen müssen und die Klägerin die von ihr behaupteten Leistungen erbracht habe (Antwort Rz. 26 ff., Duplik Rz. 20 ff.).

E. 6.2

Rechtliches Solange das Werk unvollendet ist, kann der Besteller gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurücktreten (Art. 377 OR). Die Höhe der bei einem Rücktritt geschuldeten Teilvergütung bemisst sich nach der vertraglichen Preisabrede oder sie wird – soweit Art. 374 OR nach den darin umschriebenen Voraussetzungen eingreift – "nach Massgabe des Wertes der Arbeit und Aufwendungen des Unternehmers" festgesetzt. Der Rückgriff auf die vertragliche Preisabrede der Parteien rechtfertigt sich deshalb, weil diese Art der Berechnung, die auf die vertragliche Preisgrundlage abstellt, durch den Vertragswillen der Parteien legitimiert wird. Allerdings ist es im Einzelfall nicht immer leicht, die von den Parteien getroffene Preisabrede auf die blosser Teilvergütung umzusetzen.⁶¹ Bei Pauschalpreisen kann der jeweilige Pauschalpreis für die Herstellung des ganzen Werkes oder nur für die Ausführung eines Werkteils oder für eine bestimmte Einzelleistung des Unternehmers vereinbart sein. Hat der Unternehmer bei der vorzeitigen Auflösung des Werkvertrages eine ⁶¹ GAUCH (Fn. 40), N. 537.

- 31 - Leistung zu einem Pauschalpreis vollständig erbracht, so schuldet der Besteller vom vereinbarten Pauschalpreis einen Teilbetrag, der zum Pauschalpreis im gleichen Verhältnis steht wie der Wert der erbrachten Teilleistung zum Wert der gesamten Leistung. Bei Vereinbarung von Einheitspreisen sind die Leistungen dagegen nach den vereinbarten Einheitspreisen abzurechnen, indem die geleisteten Mengen mit dem jeweils zugehörigen Einheitspreis multipliziert werden. Führt jedoch die vorzeitige Vertragsauflösung zu einer Leistungskürzung mit Mindermengen, die das vereinbarte Leistungs-Vergütungs-Verhältnis durch reduktionsbedingte Mehr- oder Minderkosten pro geleistete Einheit beeinträchtigt, so ist der entsprechende Einheitspreis anzupassen.⁶² Ist der Werklohn gemäss Art. 374 OR zu bestimmen, sind dem Unternehmer die Selbstkosten unter Hinzurechnung eines angemessenen Zuschlags für Risiko und Gewinn (sog. cost plus fee) sowie (soweit geschuldet) der Mehrwertsteuer zu vergüten. Die Selbstkosten berechnen sich unter adäquatem Einbezug allgemeiner Geschäftskosten. Selbstkosten von Arbeitsleistungen, die ein Unternehmer persönlich erbringt, bemessen sich auf der Basis entsprechender Lohnkostenansätze, die sinngemäss zu übertragen sind.⁶³

E. 6.3

Würdigung

E. 6.3.1

Bei Einheitspreisen Sofern die Klägerin nach Einheitspreisen zu vergüten wäre, hätte diese im Einzelnen darzulegen gehabt, welche (in Einheiten zu messende) Leistungen sie im Einzelnen gemäss Werkvertrag zu erbringen gehabt hätte und welche Einheiten davon sie bis zum Zeitpunkt des Rücktritts vom Werkvertrag durch die Generalunternehmerin per 20. Dezember 2022 schon erbracht hat. Dies hat die Klägerin jedoch gänzlich unterlassen.

E. 6.3.1.1

Verputzte Aussenwärmedämmung Mit Bezug auf die Verputzte Aussenwärmedämmung (BKP 226.2), für welche die Offerte vom 23. Februar 2022 (KB 7) massgebend ist, zählt die Klägerin elf Arbeitsschritte auf und verweist ansonsten im Wesentlichen bloss auf eigene Aufstellungen über die von ihr erbrachten Leistungen (KB 42) sowie diejenigen ihres Bauexperten AD. _____ (KB 41 und 43), aus der sie insbesondere in der Replik auch ausführlich zitiert. Aus diesen von der Beklagten in der Replik bestritten Angaben geht aber nirgends in genügend substantiiert Form (vgl. oben E. 3.3) hervor, welche Arbeiten die Klägerin gemäss Werkvertrag hätte erbringen müssen und welche sie tatsächlich erbracht hat, sodass darüber Beweis abgenommen werden könnte. Was zunächst die gemäss Werkvertrag angeblich geschuldeten Arbeiten angeht, so genügt es nicht, einfach mit elf Stichworten zu umschreiben, welche Arbeiten genau auszuführen gewesen wären. Zwar liegt der Offerte 62 GAUCH (Fn. 40), N. 538. 63 GAUCH (Fn. 40), N. 948.

- 32 - vom 23. Februar 2022 (KB 7) auch ein sog. plangemässes Ausmass bei und es ist nicht generell ausgeschlossen, dass Behauptungen (bzw. insbesondere die Substantiierung derselben) nicht in den Rechtsschriften, sondern mittels eingereichter Beilagen erfolgen, sofern die Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen in der Rechtsschrift selbst enthalten sind. Allerdings setzte dies einen spezifischen Verweis auf eine selbsterklärende Beilage voraus (vgl. oben E. 3.1). Vorliegend ist aber – wie die Beklagte zu Recht beanstandet (Duplik Rz. 22) – schon nicht klar, wie sich die elf behaupteten Arbeitsschritte im plangemässen Ausmass widerspiegeln. Die im plangemässen Ausmass aufgezählten Arbeiten können nicht den im plangemässen Ausmass aufgeführten Leistungen zugeordnet werden,

jedenfalls legt die Klägerin nicht dar, wie die Zuordnung zu erfolgen hätte. Im Weiteren ist aber auch die Darstellung der geschuldeten Leistungen im plangemässen Ausmass nicht genügend. Aus dem plangemässen Ausmass ergibt sich nicht, welche Arbeiten wo hätten ausgeführt werden müssen. Beispielsweise geht aus dem plangemässen Ausmass nicht hervor, wie sich die umschriebenen Leistungen auf die drei Mehrfamilienhäuser aufteilen. Selbiges gilt entsprechend auch für die Darstellung der angeblich bis zur Kündigung ausgeführten Arbeiten. Diesbezüglich verweist die Klägerin zwar nebst eigenen Ausmassberechnungen (KB 42) auf ein von ihrem Bauexperten AA. _____ aufgenommenes Ausmass (KB 43) sowie eine von diesem erstellte Bestandesaufnahme mit Fotos (KB 41). Genauso wie das plangemässe Ausmass nicht selbsterklärend ist, sind aber auch die eigenen Ausmassberechnungen sowie das vom Bauexperten AA. _____ aufgenommene Ausmass nicht selbsterklärend. Bis zu einem gewissen Grad mögen die Bestandesaufnahme und die darin enthaltenen Fotos zwar zum besseren Verständnis des von AA. _____ aufgenommenen Ausmasses beitragen. Indessen führt auch dies nicht dazu, dass die von der Klägerin angeblich ausgeführten Arbeiten genügend behauptet, geschweige denn substantiiert wären, sodass darüber Beweis abgenommen werden könnte. Hinzu kommt, dass die eigenen Ausmassberechnungen und jene des Bauexperten AA. _____ nicht übereinstimmen. Es besteht folglich ein Widerspruch zwischen diesen Berechnungen, welchen die Klägerin nirgends erklärt. Auch dies schliesst eine Beweisabnahme von vornherein aus. Bei dieser Sachlage sind auch die von der Klägerin gestellten Anträge betreffend vorsorgliche Beweisabnahme (vgl. Art. 158 ZPO) abzuweisen. Eine Beweisabnahme über die von der Klägerin ausgeführten Arbeiten macht schon deshalb keinen Sinn, weil die Vergleichsgrösse – d.h. die von der Klägerin geschuldeten Arbeiten – nicht feststeht. Im Weiteren dient eine Beweisabnahme – auch eine vorsorgliche – nicht dazu, der beweisbelasteten Partei Gelegenheit einzuräumen, unterlassene Behauptungen nachzuholen.

- 33 -

E. 6.3.1.2

Innere Verputzarbeiten Betreffend die Inneren Verputzarbeiten gilt das oben Gesagte entsprechend. Hier kommt allerdings hinzu, dass entgegen der Klägerin nicht die Offerte vom 23. Februar 2022 (KB 8) massgebend ist, sondern diejenige vom 13. April 2022 (AB 2). Bei dieser fehlt allerdings ein plangemässes Ausmass. Entsprechend kann bei den Inneren Verputzarbeiten von vornherein nicht festgestellt werden, zu welchen Leistungen die Klägerin sich verpflichtet hat.

E. 6.3.2

Bei Pauschalpreisen Sollte – wie insbesondere die Beklagte geltend macht – vorliegend ein Pauschalpreis vereinbart worden sein, so wäre nicht ein plangemässes mit einem tatsächlichen Ausmass zu vergleichen, sondern vielmehr festzustellen, wie viel Prozent der Arbeiten die Klägerin im Verhältnis zu den insgesamt gemäss Vertrag zu erbringenden Leistungen bis zur Kündigung erbracht hat. Im Umfang dieses Prozentsatzes des Pauschalpreises wären die Arbeiten der Klägerin zu entschädigen. Dieser Prozentsatz stimmt nicht mit einem allfällig aufgenommenen Ausmass überein. Bei einer prozentualen Feststellung der geleisteten Arbeiten ist nicht von von der Klägerin vorgegeben Einheitspreisen auszugehen. Vielmehr wären bei einer prozentualen Festlegung der Wert der Arbeiten unabhängig von irgendwelchen Einheitspreisen in Abhängigkeit des

Fertigstellungsgrads der Arbeiten zu bestimmen. Die Klägerin unterlässt es vorliegend allerdings, Angaben dazu zu machen, in welchem prozentualen Umfang sie die Arbeiten fertiggestellt hat und entsprechende Beweise zu nennen. Insbesondere die von ihr verlangten vorsorglichen Beweisabnahmen zielen auf eine ausmassorientierte Ermittlung der geschuldeten Werkvertragssumme, nicht jedoch auf eine Feststellung des prozentualen Fertigstellungsgrades. Auch hinsichtlich der Feststellung des geschuldeten Teilpauschalpreises ist eine Beweisabnahme daher mangels genügender Behauptungen von vornherein ausgeschlossen.

E. 6.3.3

Bei Festsetzung nach dem Wert der Arbeit wäre der Werklohn nach dem Wert der Arbeit gemäss Art. 374 OR festzulegen, so hätte die Klägerin ihre Selbstkosten sowie die Höhe des Zuschlags für Risiko und Gewinn darzulegen gehabt. Dies hat die Klägerin jedoch gänzlich unterlassen. Entsprechend lässt sich der Wert der Arbeit nicht feststellen.

E. 6.4

Zwischenfazit Mangels substantiiertter Behauptungen der Klägerin kann ihr aus dem Werkvertragsverhältnis mit der Generalunternehmerin weder bei Einheits- noch bei Pauschalpreisen, geschweige denn bei Festlegung des Werklohns eine pfandberechtigte Forderung zugesprochen werden.

- 34 - 7. Nachträge

E. 7

Nachträge 34

E. 7.1

Parteibehauptungen

E. 7.1.1

Klägerin Die Klägerin behauptet, ihr seien auch nachfolgende Nachtragsarbeiten im Aussenbereich übertragen worden (Klage Rz. 41 ff. und 57, Replik Rz. 42 ff.): ■ Behebung eines Wasserschadens (zwei Mitarbeiter à je sechs Stunden hätten Isolation und Kleber entfernt sowie neu isoliert. Die Offerte sei J._____ am 11. August 2022 zugestellt worden. J._____ habe dann bemerkt, er fände zwei Mal vier Stunden fair (also Fr. 1'187.60). Im Nachgang hätten sich L._____, P._____ und J._____ noch einmal mündlich ausgetauscht und J._____ habe sich mit dem Regierapport mit Fr. 1'781.40 einverstanden erklärt (KB 25, 64 und 65). Es seien daher Fr. 1'781.40 inkl. MwSt. in Rechnung gestellt worden (KB 37/1). ■ Diverse Vorarbeiten bei Haus 1 (KB 26 sowie 66-68): L._____ habe J._____ den Abnahmerapport am 12. Juli 2022 zugestellt. J._____ habe mit E-Mail vom 12. Juli 2022 L._____ um eine Offerte gebeten. Diese Offerte sei J._____ zugestellt worden und dieser habe sich mündlich mit der Ausführung einverstanden erklärt. Es seien Fr. 19'947.65 inkl. MwSt. in Rechnung gestellt worden (KB 37/2). ■ Diverse Vorarbeiten bei Haus 5 (KB 27 und 69): AE._____ (Mitarbeiter der Klägerin) habe J._____ das Protokoll der Abnahme des Hauses aussen (Haus 5) vom 8. September 2022 mit E-Mail vom 16. September 2022 zugestellt. Danach seien J._____ auch der Nachtrag zu den diversen Vorarbeiten beim Haus 5 aussen zugestellt worden und dieser habe sich damit mündlich einverstanden erklärt. Es seien daher Fr. 15'389.25 inkl. MwSt. in Rechnung gestellt worden (KB 37/3 und 66). Weiter seien der Klägerin folgende Nachtragsarbeiten im Innenbereich übertragen worden

(Klage Rz. 44 ff. und 58, Replik Rz. 45 ff. und 81): ■ Die Isolierung und die Verputzarbeiten in den Treppenhäusern seien nicht in den Leistungsverzeichnissen enthalten gewesen, weshalb die Klägerin diesbezüglich eine Kostenaufstellung erstellt (KB 28) und der Generalunternehmerin zugestellt habe. Weil sich L. _____ und J. _____ diesbezüglich nicht einig geworden seien, habe I. _____ mit L. _____ die Ausführung und Bezahlung dieses Nachtrags separat vereinbart, um den sonstigen Vertragsschluss nicht zu gefährden. Der Nachtrag sei dann nicht in Rechnung gestellt worden, aber von L. _____ in die Kostenaufstellung vom 5. Dezember 2022 eingefügt, jedoch zu einem überhöhten Betrag, wie er nachträglich festgestellt habe. Es seien nur 2/3 der Arbeiten ausgeführt worden, weshalb nur 2/3 der vereinbarten in Höhe von Fr. 45'140.45 geschuldet seien (Fr. 30'093.60). Die Ausführung des

- 35 - Nachtrags sei vom Bauexperten AA. _____ begutachtet und bestätigt worden (KB 28 und 69; AB 2 und 3). ■ Das Deckenlager im Haus 1 habe mit GKP-Platten überbrückt werden müssen: Der Nachtrag sei J. _____ am 11. Juli 2022 zugestellt worden. J. _____ habe sich mündlich einverstanden erklärt. Der Nachtrag sei ausgeführt und der Generalunternehmerin Fr. 6'019.00 inkl. MwSt. in Rechnung gestellt worden (KB 29, 38/1 und 67). ■ Mit E-Mail vom 18. Juli 2022 habe J. _____ darum gebeten, die Putzabschlussprofile innen zu offerieren. L. _____ habe J. _____ die Nachtragsofferte gleichentags zugestellt und J. _____ habe den unterzeichneten Nachtrag am 19. Juli 2022 retourniert. Der Nachtrag sei in den Häusern 1 und 5, nicht aber in Haus 3 ausgeführt worden, weshalb nur 2/3 der Nachtragsofferte in Rechnung gestellt worden sei (KB 30). Es seien Fr. 25'632.65 inkl. MwSt. in Rechnung gestellt worden (KB 30, 38/2 und 70 f.). ■ Der Nachtrag für die Erstellung der Putzabschlussprofile an der Decke sei J. _____ am 23. August 2022 zugestellt worden. J. _____ habe sich mündlich damit einverstanden erklärt. Der Nachtrag sei in den Häusern 1 und 5, nicht aber in Haus 3 ausgeführt worden, weshalb nur 2/3 der Nachtragsofferte in Rechnung gestellt worden sei (KB 31). Es seien Fr. 6'470 inkl. MwSt. in Rechnung gestellt worden (KB 38/3, 8, 31 und 72). ■ Diverse Vorarbeiten bei Haus 1 (KB 32): Der Nachtrag sei J. _____ am 16. September 2022 zugestellt worden. J. _____ habe sich mündlich einverstanden erklärt. Der Nachtrag sei ausgeführt worden und die Rechnung im Betrag von Fr. 9'692.70 inkl. MwSt. der Generalunternehmerin zugestellt worden (KB 32, 38/4 und 73). ■ Im Haus 1 im Treppenhaus, beim Lift sowie den Oblichtern seien diverse zusätzliche Gipserarbeiten ausgeführt worden (KB 33): Der Nachtrag sei von J. _____ unterzeichnet und L. _____ am 16. September 2022 zugestellt worden. Der Nachtrag sei ausgeführt worden, was der Bauexperte AA. _____ begutachtet und bestätigt habe. Es seien Fr. 9'100.90 inkl. MwSt. in Rechnung gestellt worden (KB 33, 38/5 und 74). ■ J. _____ habe mit E-Mail vom 15. Oktober 2022 darum gebeten, das Deckenlager im Haus 1 mit Netz zu überbrücken. Weil diese Nachtragsarbeit zur Vermeidung von Bauverzögerungen erledigt werden musste, habe die Klägerin gemäss Instruktion von J. _____ die Nachtragsarbeiten ausgeführt, danach die ausgeführten Laufmeter ausgemessen und den entsprechenden Nachtrag dem Nachfolger von J. _____, N. _____, mit E-Mail vom 1. November 2022 zugestellt. Letzterer habe dem nicht widersprochen. Es seien

- 36 - Fr. 35'270.05 inkl. MwSt. in Rechnung gestellt worden (KB 34, 38/6, 75 und 76).

E. 7.1.2

Beklagte Die Beklagte bestreitet die Ausführungen der Klägerin im Einzelnen. Zudem weist sie darauf hin, dass die Offerten und Rechnungen zeitlich teilweise so nahe

beieinander lägen, dass es gar nicht möglich sei, dass eine vorgängige Vereinbarung über diese stattgefunden habe. Im Weiteren wird von der Beklagten in Abrede gestellt, dass eine blosser Einigung mit J._____ genügend gewesen sei (Antwort Rz. 55, Duplik Rz. 51 ff.).

E. 7.2

Würdigung

E. 7.2.1

Aussenbereich

E. 7.2.1.1

Wasserschaden Die klägerischen Vorbringen zu den angeblichen Regierarbeiten sind widersprüchlich. Einerseits liegt ein Regierapparat Nr. 22494001 vom 11. August 2022 für zwei Mitarbeiter à je acht Stunden bei Kosten von Fr. 2'170.40 inkl. MwSt. (KB 64) und andererseits ein Regierapparat mit gleicher Nummer und gleichem Datum für zwei Mitarbeiter à je sechs Stunden bei Kosten von Fr. 1'781.40 inkl. MwSt. (KB 25) vor. Die Klägerin beruft sich nun auf den Regierapparat mit dem geringeren Betrag (KB 25). Es wäre allerdings an der Klägerin gewesen, die offensichtliche Widersprüchlichkeit aufzuklären. Un- terzeichnet ist keiner dieser beiden Regierapparate. Vielmehr weist die Klä- gerin selbst darauf hin, dass J. _____ erklärte, "2 x 4 Stunde wäre fair". Dieser lehnte damit die Offerte der Klägerin (KB 25 und 64) offensichtlich ab und unterbreitete eine Gegenofferte, welche die Klägerin nicht annahm. Entgegen den klägerischen Ausführungen gab es folglich keine Einigung betreffend dieses Nachtrags. Unabhängig davon war J. _____ selbst nur kollektivzeichnungsberechtigt. Entsprechend hätte auch die Zustimmung von I. _____ eingeholt müssen, dies umso mehr, als die Klägerin wusste, dass J. _____ lediglich kollektivzeichnungsberechtigt war und aus früheren Verhandlungen deutlich wurde, dass J. _____ und I. _____ keineswegs im- mer einer Meinung sind. Im Weiteren lässt sich auch nicht feststellen, was die Klägerin gemäss diesem Nachtrag genau hätte machen sollen bzw. an- geblich gemacht hat. Die Klägerin unterlässt es, in ihren Rechtsschriften den genauen Inhalt und Umfang der angeblichen Arbeiten hinreichend sub- stantiiert zu behaupten, sodass darüber Beweis abgenommen werden könnte. Mit dem Hinweis "Isolation entfernen, Kleber entfernen, neu isolie- ren", wird nicht klar, wo und was die Klägerin genau wann gemacht hat.

E. 7.2.1.2

Diverse Vorarbeiten Haus 1 Die Klägerin behauptet, sie sei beauftragt worden, diverse Vorarbeiten in Haus 1 vorzunehmen. Sie legt jedoch nirgends dar, was sie konkret hätte machen sollen bzw. gemacht hat. Bereits dies schliesst eine Beweisab- nahme aus. Im Weiteren behauptet die Klägerin lediglich, J. _____ habe

- 37 - zugestimmt. Wie bereits ausgeführt, hätte aber zusätzlich die Zustimmung von I. _____ eingeholt werden müssen.

E. 7.2.1.3

Diverse Vorarbeiten bei Haus 5 Das zu den Vorarbeiten Haus 1 Gesagte (vgl. oben E. 7.2.1.3) gilt bei Haus 5 entsprechend.

E. 7.2.2

Innenbereich

E. 7.2.2.1

Treppenhäuser Auch hier unterliess es die Klägerin, substantiiert zu behaupten, zu welchen Arbeiten sie sich genau verpflichtete und inwiefern sie diese ausgeführt hat. Im Weiteren wurde bereits ausgeführt, dass letztlich die Offerte vom 13. April 2022 massgebend ist (AB 2). Diese enthielt die Arbeiten im Treppenhäuser (AB 3). Es wäre daher an der Klägerin gewesen, substantiiert darzulegen, weshalb sie diese Kosten zusätzlich verrechnen darf. Schliesslich behauptet die Klägerin lediglich, dass I._____ diesen Arbeiten zugestimmt habe. Für den Abschluss eines Vertrages wäre indessen auch die Zustimmung von J._____ notwendig gewesen.

E. 7.2.2.2

Überbrückung Deckenlager im Haus 1 mit GKP-Platten Die Klägerin unterlässt es, im Einzelnen darzulegen, zu welchen Arbeiten sie sich verpflichtet bzw. welche davon sie ausgeführt habe. Im Weiteren wird auch hier nicht behauptet, I._____ habe diesen Arbeiten neben J._____ zugestimmt.

E. 7.2.2.3

Putzabschlussprofile innen Die Klägerin legt für die Arbeiten eine von J._____ unterzeichnete Offerte vor (KB 71). Indessen fehlt die Unterschrift von I._____. Die Offerte wurde daher von der Generalunternehmerin nicht rechtsgültig angenommen. Im Weiteren behauptet die Klägerin nirgends substantiiert, welche Arbeiten sie gemäss diesem Nachtrag hätte ausführen sollen und welche Arbeiten sie effektiv ausgeführt hat.

E. 7.2.2.4

Putzabschlussprofile an der Decke Die Klägerin unterlässt es, im Einzelnen darzulegen, zu welchen Arbeiten sie sich verpflichtet bzw. welche davon sie ausgeführt habe. Im Weiteren wird auch hier nicht behauptet, I._____ habe diesen Arbeiten neben J._____ zugestimmt.

E. 7.2.2.5

Diverse Vorarbeiten bei Haus 1 Die Klägerin unterlässt es, im Einzelnen darzulegen, zu welchen Arbeiten sie sich verpflichtet bzw. welche davon sie ausgeführt habe. Im Weiteren wird auch hier nicht behauptet, I._____ habe diesen Arbeiten neben J._____ zugestimmt.

- 38 -

E. 7.2.2.6

Zusätzliche Gipsarbeiten im Haus 1 (Treppenhäuser, Lift und Oblichter) Die Klägerin unterlässt es, im Einzelnen darzulegen, zu welchen Arbeiten sie sich verpflichtet bzw. welche davon sie ausgeführt habe. Im Weiteren wird auch hier nicht behauptet, I._____ habe diesen Arbeiten neben J._____ zugestimmt.

E. 7.2.2.7

Deckenlager im Haus 1 mit Netz überbrücken Die Klägerin unterlässt es, im Einzelnen darzulegen, zu welchen Arbeiten sie sich verpflichtet bzw. welche davon sie ausgeführt habe. Im Weiteren wird auch hier nicht behauptet, I._____ habe diesen Arbeiten neben J._____ zugestimmt.

E. 7.3

Zwischenfazit Der Klägerin gelingt es damit nicht, eine pfandberechtigte Forderung für die behaupteten Nachträge zu beweisen. 8. Fazit Der Klägerin gelingt es nicht pfandberechtigte

Forderungen für ihre Arbeit auf dem Grdst.-Nr. [...] GB X._____ der Beklagten zu beweisen. Entsprechend ist die Klage abzuweisen und das Grundbuchamt Z._____ anzuweisen, die eingetragene Vormerkung zu löschen. 9. Prozesskosten Abschliessend sind die Prozesskosten zu verlegen.

E. 8

Fazit 38

E. 9

BGer 4A_667/2014 vom 12. März 2015 E. 3.2.2.

E. 9.1

Verlegung Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Vorliegend unterliegt die Klägerin vollumfänglich, sodass ihr die Prozesskosten entsprechend aufzuerlegen sind.

E. 9.2

Streitwert Bei der Festsetzung der Prozesskosten ist vom eingeklagten Streitwert auszugehen. Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Dem Feststellungsbegehren von Rechtsbegehren Ziff. 2 kommt keine selbständige Bedeutung zu (vgl. oben E. 2), so dass es nicht zum Streitwert hinzuzurechnen ist.⁶⁴ Zinsen werden nicht zum Streitwert gerechnet. Somit ist von einem Streitwert von Fr. 274'309.00 auszugehen. ⁶⁴ Vgl. KUKO ZPO-KÖLZ, 3. Aufl. 2021, Art. 93 N. 4.

- 39 -

E. 9.3

Gerichtskosten Die Gerichtskosten bestehen vorliegend allein aus der Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO). Der Grundansatz für die Entscheidgebühr beträgt bei einem Gesamtstreitwert von Fr. 274'309.00 gemäss § 7 Abs. 1 Zeile 7 VKD Fr. 12'904.80, welche von der Klägerin zu tragen sind. Sie werden mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

E. 9.4

Parteientschädigung Die Parteientschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO besteht aus den Kosten der berufsmässigen Vertretung. Die Grundentschädigung beträgt bei einem Gesamtstreitwert von Fr. 274'309.00 gemäss § 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 7 AnwT Fr. 22'299.60. Dadurch sind Instruktion, Aktenstudium, rechtliche Abklärungen, Korrespondenz und Telefongespräche sowie eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (§ 6 Abs. 1 AnwT). Der doppelte Schriftenwechsel wird durch den Verzicht auf die behördliche Verhandlung kompensiert. Mit der Kleinkostenpauschale von praxisgemäss rund 3 % (vgl. § 13 Abs. 1 AnwT) resultiert damit eine Parteientschädigung von gerundet Fr. 22'970.00. Dem beklagten Antrag auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzuschlags ist demgegenüber nicht zu entsprechen. Die Beklagte ist gemäss UID-Register⁶⁵ selber mehrwertsteuerpflichtig. Sie kann die ihrer Rechtsanwältin bezahlte Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung in Abzug bringen (Art. 28 MWSTG).⁶⁶ Die Mehrwertsteuer stellt somit keinen zusätzlichen Kostenfaktor dar und ist bei der Bemessung der Parteientschädigung deshalb nicht zu berücksichtigen.

E. 9.5

Neuverlegung der Prozesskosten des Summarverfahrens Schliesslich sind die Prozesskosten des Summarverfahrens HSU.2023.11 (vorsorgliche Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts) dem Verfahrensausgang entsprechend neu zu verlegen. Demzufolge sind die Prozesskosten von der Klägerin zu tragen. Entsprechend hat die Klägerin der Beklagten die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 4'000.00 und die Parteientschädigung in Höhe von Fr. 4'600.00 zurückzuerstatten und die Klägerin hat der Beklagten ihrerseits eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 4'600.00 zu bezahlen. 65 Vgl. <<https://www.uid.admin.ch/>[...]> (zuletzt besucht am 27. März 2024). 66 Vgl. Merkblatt zur Frage der Berücksichtigung der Mehrwertsteuer bei der Bemessung der Parteientschädigung der Gerichte des Kantons Aargau vom 11. Januar 2016: <<https://www.ag.ch/media/kanton-aargau/jb/dokumente/obergericht/handelsgericht/merkblatt-mwst.pdf>> (zuletzt besucht am 27. März 2024).

- 40 - Das Handelsgericht erkennt: 1. Die mit der Replik vom 29. November 2023 gestellten Anträge auf vorsorgliche Beweisführung werden abgewiesen. 2. Die Klage vom 27. Juli 2023 wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. 3. Das Grundbuchamt Z._____ wird angewiesen, die gemäss Verfügung des Vizepräsidenten vom 26. April 2023 zugunsten der Klägerin provisorisch angeordnete Vormerkung für das Grundstück Grdst.-Nr. [...] GB X._____ (E-GRID: [...]) für eine Pfandsumme von Fr. 274'309.00 zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 5. Dezember 2022 zu löschen. 4. 4.1. Die Gerichtskosten des vorliegenden Verfahrens in Höhe von Fr. 12'904.80 werden der Klägerin auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet. 4.2. Die Klägerin hat der Beklagten für das vorliegende Verfahren eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 22'970.00 zu bezahlen. 5.

E. 10

BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.1 m.w.N., 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; SCHNEUWLY (Fn. 3), S. 445.

E. 11

BGE 144 III 519 E. 5.2.1, 144 II 67 E. 2.1; BRUGGER, Der Verweis auf Beilagen in Rechtsschriften, SJZ 2019, S. 534; JOSI (Fn. 8), S. 60.

E. 12

BGer 4A_496/2019 vom 1. Februar 2021 E. 4.3.1, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.1 m.w.N.; JOSI (Fn. 8), S. 61.

E. 13

BGer 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4.1 m.w.N.

E. 14

BGer 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4.2.

- 12 - Zügen oder Umrissen behauptet sein.¹⁵ Zweitens hat der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift spezifisch ein bestimmtes Aktenstück zu nennen und aus dem Verweis selbst muss klar werden, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen.¹⁶ Drittens muss die Beilage selbsterklärend sein. Sie hat genau die verlangten (beziehungsweise in der Rechtsschrift bezeichneten) Informationen zu enthalten und es darf

kein Interpretationsspielraum bestehen. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, kann der Verweis nur genügen, wenn zusätzlich in der Rechtschrift die Beilage derart konkretisiert und erläutert wird, dass die in der Beilage enthaltenen Informationen ohne weiteres zugänglich werden und nicht interpretiert und zusammengesucht werden müssen. Es genügt nicht, dass in den Beilagen die verlangten Informationen in irgendeiner Form vorhanden sind. Ein Verweis auf Akten darf nicht dazu führen, dass die Gegenpartei und das Gericht die relevanten Tatsachen aus der Beilage selbst zusammensuchen müssen.¹⁷ Die in der Praxis beliebten Pauschalverweise auf eingereichte Akten bzw. die allgemeine Erklärung, diese würden "integrierenden Bestandteil" der Rechtschrift bilden, stellen deshalb keine hinreichenden Behauptungen dar bzw. können fehlende Behauptungen nicht ersetzen.¹⁸

E. 15

BGer 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4.3, 4A_398/2018 vom 25. Februar 2019 E. 10.4.1, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; BRUGGER (Fn. 11), S. 535 f.

E. 16

BGE 144 III 519 E. 5.2.1.2; 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4.3, 4A_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.2.1, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; eingehend BRUGGER (Fn. 11), S. 536 ff.

E. 17

BGer 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4.3, 4A_496/2019 vom 1. Februar 2021 E. 4.3.1, 4A_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.4.2, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2, 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.2 f.; eingehend BRUGGER (Fn. 11), S. 538 ff.

E. 18

BK ZPO I-HURNI, 2012, Art. 55 N. 21 m.w.N.; BRUGGER (Fn. 11), S. 540 Fn. 50 m.w.N.

E. 19

BK ZPO I-HURNI (Fn. 18), Art. 55 N. 37 mit Verweis auf Art. 150 Abs. 1 ZPO; JOSI (Fn. 8), S. 57.

E. 20

Ähnlich DROESE, Bestreitungsbedürftige Beilagen – ein Hinweis zur bundesgerichtlichen Speisekarte, Note zu Urteil 4A_11/2018, SZZP 2019, S. 19.

- 13 - bestimmten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird.²¹ Auch ein implizites Bestreiten genügt unter diesen Voraussetzungen den Anforderungen der rechtsgenügenden Bestreitung.²²

E. 21

BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.3; SCHNEUWLY (Fn. 3), S. 445 f.

E. 22

SCHMID/HOFER, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, ZZZ 2016, S. 285 m.w.N.

E. 23

BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; BGer 4A_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1.

E. 24

DOLGE, Anforderungen an die Substanziierung, in: Dolge (Hrsg.), Substantiieren und Beweisen, 2013, S. 21; JOSI (Fn. 8), S. 86; vgl. auch BGE 108 II 337 E. 3.

E. 25

BGer 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, 3. Aufl. 2021, Art. 55 N. 12; ähnlich JOSI (Fn. 8), S. 62.

E. 26

BGer 4A_195/2014 und 4A_197/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.3 m.w.N. (nicht publ. in BGE 140 III 602).

E. 27

BGer 4A_291/2018 vom 10. Januar 2019 E. 4.4.2, 4A_370/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 3.3 m.w.N.

E. 28

BK ZPO II-KILLIAS, 2012, Art. 221 N. 29; PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 221 N. 16 ff.; BRUGGER (Fn. 11), S. 537.

- 14 - verweisen.²⁹ Bei umfangreichen Urkunden ist zudem die für die Beweisführung erhebliche Stelle zu bezeichnen (Art. 180 Abs. 2 ZPO).³⁰ 4. Verfahren auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts Gegenstand des Bauhandwerkerpfandrechts sind die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Zur Wahrung der Frist genügt es, wenn der Handwerker bzw. der Unternehmer innerhalb der Frist die vorläufige Eintragung in Form einer Vormerkung im Grundbuch erwirkt.³¹ Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB darf die Eintragung nur erfolgen, wenn die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist und kann nicht verlangt werden, wenn der Grundstückseigentümer für die Forderung hinreichende Sicherheit leistet. Liegt keine Anerkennung des Grundstückseigentümers vor, kann die Eintragung nur durch ein rechtskräftiges Gerichtsurteil angeordnet werden. Im ordentlichen Zivilprozess betreffend die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts hat der Unternehmer die seinem Anspruch sowie den Voraussetzungen für die Eintragung zugrunde liegenden Tatsachen nicht lediglich glaubhaft zu machen, wie im Verfahren betreffend vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts,³² sondern strikte zu beweisen.³³ Nach dem dafür erforderlichen Regelbeweismass ist ein Beweis erbracht, "wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist".³⁴ Numerisch wird von einer Wahrscheinlichkeit von mindestens 90%^(cid:3031) ausgegangen.³⁵ Die Klägerin hat folglich ihren Anspruch um gerichtliche Anordnung der definitiven Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts "so intensiv nachzuweisen, wie es [ihr] nur möglich ist".³⁶

E. 29

BK ZPO II-KILLIAS (Fn. 28), Art. 221 N. 29; JOSI (Fn. 8), S. 86; ähnlich BGer 4A_360/2017 vom

E. 30

BK ZPO II-RÜETSCHI, 2012, Art. 180 N. 17 ff.; WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 5), Art. 180 N. 10 ff., je m.w.N.

E. 31

SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2022, N. 1068.

E. 32

BGE 137 III 563 E. 3.3, 86 I 265 E. 3; vgl. auch SCHUMACHER/REY (Fn. 30), N. 1529 ff.; BSK ZGB II-THURNHERR, 7. Aufl. 2023, Art. 839/840 N. 37.

E. 33

SCHUMACHER/REY (Fn. 30), N. 1740; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 6. Aufl. 2022, N. 1775.

E. 34

BGE 140 III 610 E. 4.1, 132 III 715 E. 3.1. Vgl. auch VETTER/CARBONARA, Das Bauhandwerker- pfandrecht, 2023, N. 140 m. w. N.

E. 35

VETTER/CARBONARA (Fn. 34), N. 140 m. w. N.

E. 36

SCHUMACHER/REY (Fn. 30), N. 1740.

- 15 - 5. H. _____

E. 37

BGE 123 III 35 E. 2b, 110 II 287 E. 2b; HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl. 2019, § 2 N. 260; .

- 21 - geschlossen hätte. Die betreffende Partei hat allerdings deutlich zu erkennen zu geben, dass ein Punkt für sie subjektiv wesentlich ist, ansonsten die Vermutung der subjektiven Unwesentlichkeit bzw. des Vorliegens eines blossen Nebenpunktes greift.³⁸ Nach Lehre und Rechtsprechung setzt ein gültiger Vertragsschluss voraus, dass alle geschuldeten und wesentlichen Leistungen der Parteien bestimmt oder bestimmbar sind. Um dem Begriff der Bestimmbarkeit zu entsprechen, ist nicht notwendig, dass die Leistungen schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestimmt werden können. Vielmehr genügt, wenn im Zeitpunkt der Erfüllung eindeutig feststeht, was zu leisten ist.³⁹ Beim Werkvertrag nach Art. 363 ff. OR stellen die Einigung über das her- zustellende Werk sowie die Entgeltlichkeit des Vertrages die objektiv wesentlichen Punkte dar.⁴⁰ Nicht objektiv wesentlich ist dagegen die Höhe der Vergütung, da Art. 374 OR bestimmt, dass wenn der Preis zum Voraus entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt worden ist, er nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt wird. Indessen kann die Höhe der Vergütung für eine oder beide Parteien subjektiv wesentlich sein.⁴¹

E. 38

KUKO OR-WIEGAND/HURNI, 2014, Art. 1 N. 21

E. 39

BGer 4A_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 2.5.1; BGE 84 II 266 E. 2.

E. 40

GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N. 381.

E. 41

GAUCH (Rz. 40), N. 383 f.

E. 42

Vgl. zum Konsensstreit GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2020, N. 309 ff.

E. 43

Vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 42), N. 1197 f.

E. 44

GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 42), N. 1196.

E. 45

GAUCH (Fn. 40), N. 384.

- 22 -

E. 46

BGer 4A_112/2020 vom 1. Juli 2020 E. 3.2.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 42), N. 1200.

E. 47

BGE 143 III 157 E. 1.2.2.

E. 48

BGE 144 III 93 E. 5.2.3, 143 III 157 E. 1.2.2; BGer 4A_291/2018 vom 10. Januar 2019 E. 3.4.1.

E. 49

BGE 121 III 118 E. 4b/aa; BGer 4A_291/2018 vom 10. Januar 2019 E. 3.4.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 42), N. 1200.

E. 50

BGE 121 III 118 E. 4b/aa; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 42), N. 1201a. 51 BGE 143 III 157 E. 1.2.2 m.w.N., 121 III 118 E. 4b/aa; BGer 4A_112/2020 vom 1. Juli 2020 E. 3.2.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 42), N. 1201; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2020, N. 33.01 ff. 52 BGE 143 III 558 E. 4.1.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 42), N. 1201. 53 BGE 122 III 420 E. 3a m.w.N.; BGer 4A_539/2016 vom 6. März 2017 E. 8.3.2 m.w.N.; BSK OR I-WIEGAND, 7. Aufl. 2020, Art. 18 N. 13; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 42), N. 1201. 54 BGer 4A_291/2018 vom 10. Januar 2019 E. 3.4.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 42), N. 1201. 55 BGE 133 III 61 E. 2.2.1; BGer 4A_370/2010 vom 31. Mai 2011 E. 5.3, vgl. ausführlich zu den einzelnen Auslegungsmitteln: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn.

42), N. 1205 ff.

- 23 - verstanden haben. Weiter ist die Vertragssystematik zu berücksichtigen, indem der Wortlaut stets im Zusammenhang, in dem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen ist.⁵⁶ Neben dem Wortlaut sind als ergänzende Auslegungsmittel im Rahmen einer ganzheitlichen Auslegung die Begleitumstände des Vertragsschlusses, die Entstehungsgeschichte des Vertrags (bspw. die Vertragsverhandlungen, Materialien wie Vertragsentwürfe, Prospekte oder ähnliches), die Interessenlage der Parteien bei Vertragsabschluss (bspw. die Beweggründe und Erwartungen der Parteien), die allgemeinen persönlichen und Lebensverhältnisse sowie der Zweck der Vereinbarung zu berücksichtigen.⁵⁷ Die Vertragsauslegung hat grundsätzlich "ex tunc" zu erfolgen, mithin auf den Zeitpunkt der Vertragsauslegung.⁵⁸ Die Geschehnisse nach Vertragsabschluss sind dabei insofern von Bedeutung, als sie Rückschlüsse auf den Willen zur Zeit des Vertragsabschlusses zulassen.⁵⁹

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