

## **BGer 4A\_377/2021 vom 29. Juni 2022**

Bundesgericht, 2022-06-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_377\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_377_2021)

FR: TF 4A\_377/2021 du 29 juin 2022

IT: TF 4A\_377/2021 del 29 giugno 2022

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Die Beschwerde betrifft eine Zivilsache ( Art. 72 BGG ), sie richtet sich gegen den Endentscheid ( Art. 90 BGG ) eines oberen kantonalen Gerichts, das als Fachgericht in handelsrechtlichen Streitigkeiten entschieden hat ( Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG ). Es besteht kein Streitwerterfordernis ( Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG ). Die Beschwerdefrist ist gewahrt ( Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. c BGG ). Die übrigen Eintretensvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist - unter Vorbehalt der genügenden Begründung - einzutreten.

#### **E. 2.1**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Mit Blick auf die allgemeinen Begründungsanforderungen ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist jedenfalls nicht gehalten, wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden ( BGE 140 III 86 E. 2 mit Hinweisen).

#### **E. 2.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den Streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vorinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 140 III 115 E. 2, 264 E. 2.3). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Das Bundesgericht hebt einen Entscheid zudem nur auf, wenn er nicht bloss in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist ( BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1, 167 E. 2.1; 139 III 334 E. 3.2.5; je mit Hinweisen).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG ( BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die genannten Voraussetzungen erfüllt sein sollen ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat ( BGE 140 III 86 E. 2). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit

Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1).

### **E. 3**

Unter den Parteien ist zunächst der Vergütungsanspruch des Beschwerdegegners für die vereinbarten Einheitspreise streitig. Der Streitpunkt umfasste vorinstanzlich zwei Themenbereiche; die Diskrepanz zwischen dem vereinbarten und dem tatsächlich höheren Ausmass (E. 4) sowie die Vergütungspflicht für Bestellungenänderungen durch die Beschwerdeführerin. Auf Letzteres ist nicht einzugehen, da die Vorinstanz sämtliche Forderungen des Beschwerdegegners aus Bestellungenänderungen abgelehnt hat.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung der Verhandlungsmaxime sowie ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör, indem die Vorinstanz auf die unsubstanzierten Behauptungen des Beschwerdegegners abgestellt und ihre Bestreitungen ignoriert habe. Zudem habe die Vorinstanz gegen Treu und Glauben und das Recht auf Gleichbehandlung verstossen, da sie dem Beschwerdegegner gestattet habe, zur Substanziierung auf Beilagen zu verweisen, der Beschwerdeführerin aber nicht. Ferner habe sie die Beweislast falsch verteilt.

#### **E. 3.1**

Nach Art. 55 Abs. 1 ZPO haben unter der Geltung des Verhandlungsgrundsatzes die Parteien dem Gericht die Tatsachen darzulegen, auf die sie ihre Begehren stützen, und die Beweismittel anzugeben. Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten. Es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden ( BGE 136 III 322 E. 3.4.2). Ein solchermaßen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt ( BGE 127 III 365 E. 2b).

Die Behauptungs- und Substanziierungslast zwingt die damit belastete Partei nicht, sämtliche möglichen Einwände der Gegenpartei vorweg zu entkräften. Nur soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast. 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 ( BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; 127 III 365 E. 2b mit Hinweisen). Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen des Klägers damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss (vgl. Art. 222 Abs. 2 ZPO ). Der Grad der Substanziierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substanziierung einer Bestreitung; je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet. Je detaillierter mithin ein Parteivortrag ist, desto höher sind die Anforderungen an eine substanzierte Bestreitung. Diese sind zwar tiefer als die Anforderungen an die Substanziierung einer Behauptung; pauschale Bestreitungen reichen indessen nicht aus. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird ( BGE 141

III 433 E. 2.6 mit Hinweisen). Eine hinreichende Bestreitung lässt die behauptungsbelastete Partei erkennen, welche ihrer Behauptungen sie weiter zu substantizieren und welche Behauptungen sie schliesslich zu beweisen hat. Dagegen ist die beweisbefreite Partei grundsätzlich nicht gehalten, darzutun, weshalb eine bestrittene Behauptung unrichtig sei ( BGE 144 III 519 E. 5.2.2.2; 117 II 113 E. 2; zum Ganzen: Urteil 4A\_542/2020 vom 3. März 2021 E. 4.3 mit Hinweisen).

### **E. 3.2**

Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO muss die Klage die Tatsachenbehauptungen und die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen enthalten. 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 ; BGE 144 III 54 E. 4.1.3.3; Urteile 4A\_19/2021 vom 6. April 2021 E. 5.1; 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2; 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5).

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangt, dass der Behauptungs- und Substanziierungslast grundsätzlich in den Rechtsschriften nachzukommen ist. Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt in der Regel nicht ( BGE 147 III 440 E. 5.3). Es ist weder am Gericht noch an der Gegenpartei, die Sachdarstellung aus den Beilagen zusammenzusuchen und danach zu forschen, ob sich aus den Beilagen etwas zu Gunsten der behauptungsbelasteten Partei ableiten lässt. Das bedeutet aber nicht, dass es nicht ausnahmsweise zulässig sein kann, seinen Substanziierungsobliegenheiten durch Verweis auf eine Beilage nachzukommen, namentlich etwa für Abrechnungen oder Kontoaufstellungen. Das Bundesgericht hat in seiner gefestigten Rechtsprechung klargestellt, dass ein solcher Verweis unter gewissen Bedingungen ausnahmsweise genügen kann:

Werden Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen in einer Rechtsschrift behauptet und wird für Einzelheiten auf eine Beilage verwiesen, ist zu prüfen, ob die Gegenpartei und das Gericht damit die notwendigen Informationen in einer Art erhalten, die eine Übernahme in die Rechtsschrift als blossen Leerlauf erscheinen lässt, oder ob der Verweis ungenügend ist, weil die nötigen Informationen in den Beilagen nicht eindeutig und vollständig enthalten sind oder aber daraus zusammengesucht werden müssten. Es genügt nicht, dass in den Beilagen die verlangten Informationen in irgendeiner Form vorhanden sind. Es muss auch ein problemloser Zugriff ("l'accès aisé") darauf gewährleistet sein, und es darf kein Interpretationsspielraum bestehen. Der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift muss spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennen und aus dem Verweis muss selbst klar werden, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen. Ein problemloser Zugriff ist gewährleistet, wenn eine Beilage selbsterklärend ist ("la pièce en question est explicite") und genau die verlangten (beziehungsweise in der Rechtsschrift bezeichneten) Informationen enthält. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, kann ein Verweis nur genügen, wenn die Beilage in der Rechtsschrift derart konkretisiert und erläutert wird, dass die Informationen ohne weiteres zugänglich werden ("les informations deviennent compréhensibles sans difficulté") und nicht interpretiert und zusammengesucht werden müssen ( BGE 144 III 519 E. 5.2.1.2; vgl. zum Ganzen: Urteil 4A\_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4 mit Hinweisen).

## **E. 4**

Vor Vorinstanz war unbestritten, dass die Parteien für einen Teil der Leistungen eine Entschädigung nach Ausmass vereinbart hatten. Streitig war aber die Richtigkeit der vom Beschwerdegegner alleine ermittelten und in zehn Ausmassurkunden festgehaltenen Ausmasse.

### **E. 4.1**

Die Vorinstanz erwog, zwar komme den vom Beschwerdegegner zum Nachweis seiner insgesamt 66 Forderungen erstellten Ausmassurkunden bloss der Beweiswert von Parteibehauptungen zu, da die Ausmassurkunden abweichend von Art. 142 Abs. 1 SIA-Norm 118 ohne Mitwirkung der Beschwerdeführerin erstellt worden seien. Hingegen genüge der Beschwerdegegner seiner Substanziierungslast, indem er zum Nachweis der Forderungen unter anderem auf die Ausmassurkunden und die Grundrisspläne der verschiedenen Geschosse verwiesen und deren Inhalt zum integrierenden Bestandteil seiner Replik erklärt habe.

Dieses Vorgehen sei entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht zu beanstanden, zumal für sie gestützt auf die Verweise ohne Weiteres nachvollziehbar gewesen sei, was als Parteibehauptung gelten soll. Der Verweis des Beschwerdegegners auf Beilagen zur Rechtsschrift sei daher zulässig und zugunsten der Lesbarkeit der Replik gar sinnvoll. Das in der Rechtsschrift behauptete Gesamtausmass pro Stockwerk und im ganzen Haus könne durch Addition der in den Ausmassurkunden aufgelisteten Teilausmasse errechnet werden, sodass deren Übernahme in die Rechtsschrift als blosser Leerlauf erscheinen würde. Da der Beschwerdegegner daher seiner Substanziierungslast hinreichend nachgekommen sei, treffe die Beschwerdeführerin eine entsprechende Bestreitungslast.

### **E. 4.2**

In der Folge prüfte die Vorinstanz die Ansprüche des Beschwerdegegners im Einzelnen, wobei sie zunächst auf die Forderungspositionen einging, welche die Beschwerdeführerin lediglich pauschal bestritten habe (sogleich E. 4.2.1). Alsdann prüfte sie diejenigen Positionen, zu welchen die Beschwerdeführerin in der Klageantwort explizit Einwendungen vortrug (unten E. 4.2.2).

#### **E. 4.2.1**

Als von der Beschwerdeführerin bloss pauschal bestritten beurteilte die Vorinstanz 50 Forderungspositionen. Sie erwog, der Beschwerdegegner habe die anspruchsbegründenden Tatsachen jeder geltend gemachten Forderungsposition schlüssig dargetan. Indem die Beschwerdeführerin die detaillierten Forderungen lediglich pauschal bestreite ohne zu begründen, welche Forderungen weshalb unrichtig sein sollen, genüge sie ihrer Bestreitungslast nicht. Sie begründe auch nicht, weshalb ihr eine Prüfung der Forderungspositionen trotz den detaillierten Angaben des Beschwerdegegners nicht möglich gewesen sein soll. Auch mit dem Verweis auf die von ihr erstellte Schlussabrechnung vom 27. Oktober 2014 und die im Eventualstandpunkt anerkannten Leistungen genüge die Beschwerdeführerin ihrer Bestreitungslast nicht. Demnach anerkenne sie einen Werklohn von Fr. 550'000.--, differenziere aber nicht hinsichtlich der einzelnen - anerkannten oder nicht anerkannten - Positionen. Die Beschwerdeführerin unterlasse es darzulegen, welchen Teil der schlüssig begründeten Forderung sie nun anerkenne und welchen Teil sie bestreite. Mangels genügender Bestreitungen seitens der Beschwerdeführerin müssten die Tatsachenbehauptungen des Beschwerdegegners als

unbestritten gelten, sodass auf eine Beweisabnahme insoweit zu verzichten sei. Dies gelte auch, soweit die Beschwerdeführerin eine Forderungsposition (Forderungsposition 2; "Haftbrücke") zwar in der Klageantwort beanstandet, sich in ihrer Duplik aber nicht mehr zu den vom Beschwerdegegner replicando vorgetragenen Argumenten geäußert habe.

#### **E. 4.2.2**

Die Vorinstanz führte sodann jede von der Beschwerdeführerin bestrittene Forderungsposition einzeln auf und setzte sich mit den Parteivorbringen auseinander. Hinsichtlich der Forderungsposition 13 ("Grundputz Decken EG und 1. OG) erwog sie, der Beschwerdegegner habe die Diskrepanz zwischen dem im Werkvertrag geschätzten und dem effektiven, höheren Ausmass detailliert begründet. Er habe aufgezeigt, wieviele Einheiten welcher Leistungsposition er wo, warum, zu welchem Einheitspreis erbracht habe. Er habe erklärt, dass die Abweichung des geschätzten vom effektiven Ausmass auf eine Vierfachausführung der Decke über dem Vorplatz des OG zurückzuführen sei. Die Beschwerdeführerin habe sich zu den umfassenden Darlegungen des Beschwerdegegners nicht mehr konkret geäußert und damit ihrer Bestreitungslast nicht genügt, sodass ebenfalls von unbestrittenen Tatsachenbehauptungen auszugehen sei.

Mit analoger Begründung sprach die Vorinstanz dem Beschwerdegegner unter Forderungsposition 18 (UA-Verstärkungen EG-1.OG) die geforderte Vergütung zu. Die Beschwerdeführerin habe in ihrer Duplik sämtliche Ausführungen zu den Erklärungen des Beschwerdegegners vermissen lassen und lediglich auf die Klageantwort verwiesen, womit sie ihrer Bestreitungslast nicht genüge.

Hinsichtlich der Forderungsposition 51 (Abgehängte spezielle Akustikdecken) kam die Vorinstanz ebenfalls zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin die detaillierten Ausführungen des Beschwerdegegners in dessen Replik nur ungenügend bestritten habe. Er habe dargelegt, aus welchen Decken welcher Zimmer auf welchem Geschoss sich das geltend gemachte (höhere) Ausmass (und das errechnete Teilhonorar) ergeben würde. Entgegen der Beschwerdeführerin würden seine Vorbringen durch die eingereichten Beweismittel, insbesondere die Grundrisspläne EG und 1. UG, untermauert, indem darin in den erwähnten Zimmern die besagte Akustikdecke ausdrücklich vermerkt werde. Unter den gegebenen Umständen hätte die Beschwerdeführerin zumindest in den Grundzügen darlegen müssen, warum die Vorbringen des Beschwerdegegners unrichtig sein sollen und wie es sich in Wahrheit verhalte oder welche Informationen ihr allenfalls für eine solche Prüfung fehlten. Auch hinsichtlich der Forderungsposition 51 führte die Vorinstanz mangels genügender Bestreitung kein Beweisverfahren durch und sprach dem Beschwerdegegner die beantragte Vergütung zu.

Mit Bezug auf die Forderungsposition 54.1 (Verkleidung von drei Stahlträgern Vorplatz und Esszimmer EG und Schwimmbad 1. UG) habe die Beschwerdeführerin eine ungenügende Substanziierung gerügt und die Diskrepanz zwischen dem geschätzten und dem gemessenen (höheren) Ausmass beanstandet. Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdegegner habe den Ort der Leistungserbringung spezifiziert. Die Position des Leistungsverzeichnisses und der vereinbarte Einheitspreis seien durch den Werkvertrag ausgewiesen und die Forderung damit genügend substanziiert. Die Beschwerdeführerin beschränke sich wiederum darauf, auf ihre Ausführungen in der Klageantwort zu verweisen, was nicht genüge.

#### **E. 4.3**

Die vorstehenden Ausführungen sind überzeugend.

#### **E. 4.3.1**

Zunächst verletzt die Vorinstanz kein Bundesrecht, wenn sie zum Schluss gelangte, der Verweis des Beschwerdegegners auf die zum integrierenden Bestandteil seiner Rechtsschrift erklärten Ausmassurkunden und Pläne sei zulässig und er habe seiner Substanziierungslast genügt. Wie sie überzeugend darlegt, war für sie - und folglich auch für die Beschwerdeführerin - ohne Weiteres nachvollziehbar, was als Parteibehauptung gelten und wie die Forderungen zustande gekommen sein sollen und was genau von der Gegenpartei bestritten werden musste. Die Vorinstanz legte dar, dass der Beschwerdegegner in seinen Rechtsschriften die wesentlichen Tatsachen behauptete und mit den Verweisen auf die Beilagen spezifische Aktenstücke benannte. Ebenso führte sie aus, dass die selbsterklärenden Beilagen die in den Rechtsschriften bezeichneten Informationen in einer Weise enthielten, dass kein Interpretationsspielraum bestand und auch nichts mühsam aus den Beilagen zusammengesucht werden musste. Es kann auf die schlüssigen Erwägungen verwiesen werden. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, überzeugt nicht.

#### **E. 4.3.2**

Die Beschwerdeführerin begründet in keiner Weise, weshalb die Vorinstanz konkret Bundesrecht verletzt haben soll. Entgegen der von der Beschwerdeführerin anscheinend vertretenen Auffassung kann angesichts der präzisen und detaillierten Angaben zu den einzelnen Forderungspositionen von einem bloss pauschalen Verweis auf Beilagen keine Rede sein. Der Beschwerdeführerin kann auch nicht gefolgt werden, wenn sie vorträgt, die Verweise auf die Aktenstücke seien nicht selbsterklärend. Der Beschwerdegegner hat in den einzelnen Forderungspositionen dargelegt, welche Leistungen er wo im Haus in welchem Umfang erbracht hat. Es ist unerfindlich und die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, wie der Beschwerdegegner seiner Substanziierungspflicht anders in besserer Weise hätte nachkommen können. Dies nicht zuletzt angesichts der Komplexität der Streitsache und der Vielzahl von Leistungen, sodass der Verweis auf Beilagen im Interesse der Lesbarkeit der Rechtsschriften gar sinnvoll erscheint. Darauf wies die Vorinstanz zutreffend hin. Wie aus ihren Erwägungen zudem deutlich hervorgeht, war es für sie ohne Weiteres, namentlich ohne grosses Nachforschen und Zusammensuchen von Informationen, möglich, die einzelnen Forderungspositionen den Parteibehauptungen des Beschwerdegegners zuzuordnen und nachzuvollziehen. Es leuchtet nicht ein, weshalb dies nicht auch für die Beschwerdeführerin gelten und es ihr nur mit unzumutbarem Aufwand möglich gewesen sein soll, ihrer Bestreitungslast nachzukommen, wie sie rügt.

Daran ändert nichts, dass der Beschwerdegegner allenfalls nicht immer angab, in welcher Etage und in welchem Zimmer er die strittigen Leistungen erbrachte. Augenscheinlich war die Überprüfung der Forderungen für die Vorinstanz dennoch ohne Weiteres möglich und nachvollziehbar. Dies muss, wie gesagt, auch für die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin gelten. Deren Einwendungen zum Trotz ging die Vorinstanz ferner überzeugend davon aus, dass der Beschwerdegegner auch die rechtserheblichen Teilausmasse nannte und den werkvertraglichen Arbeiten zuordnete. Diese konnten durch Addition der in den Ausmassurkunden aufgelisteten Teilausmasse errechnet werden, sodass deren Übernahme in die Rechtsschrift als blosser Leerlauf erscheinen würde (oben E. 4.1).

#### **E. 4.3.3**

Sodann ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz hinsichtlich der von der Beschwerdeführerin nur pauschal bestrittenen Forderungen von einem erstellten Sachverhalt ausging und keine Beweise abnahm. Ihr ist zuzustimmen, dass die Beschwerdeführerin wenigstens hätte darlegen müssen, welche der vom Beschwerdegegner behaupteten Forderungen sie weshalb bestreitet. Indem sie dies nicht getan hat, ist sie ihrer Bestreitungslast nicht hinreichend nachgekommen. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, genügt es hierfür angesichts der Tatsache, dass der Beschwerdegegner seine Forderungen detailliert substantiierte, wovon die Vorinstanz schlüssig ausging, nicht, schlicht sämtliche Forderungspositionen ohne weitere Begründung zu bestreiten. Die Beschwerdeführerin zeigt auch nicht auf und es ist nicht nachvollziehbar, weshalb es ihr nicht möglich gewesen sein soll, die von der Vorinstanz verlangten Anforderungen an eine genügende Bestreitung zu erfüllen. Die Vorinstanz verletzt weder die Verhandlungsmaxime noch den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör, indem sie unter den gegebenen Umständen auf ein Beweisverfahren verzichtet.

Im Übrigen kommt die Beschwerdeführerin, soweit es um die "angeblich unbestrittenen Forderungspositionen" gemäss angefochtenem Urteil (S. 33 ff.) geht, ihrer Bestreitungslast resp. den Anforderungen an eine genügende Beschwerde (oben E. 2) auch im vorliegenden Verfahren nicht nach, was nicht nachvollziehbar ist. So kritisiert sie etwa neuerlich, aufgrund der Angaben des Beschwerdegegners bleibe unklar, ob das Dachgeschoss fünf oder sieben Zimmer aufweise, ob der Beschwerdegegner in allen Zimmern Grundputz angebracht habe, welches Zimmer welche Flächenmasse aufweise u.s.w.. Die Beschwerdeführerin unterlässt es aber weiterhin, irgendwelche Vorbringen des Beschwerdegegners konkret zu bestreiten oder ihre eigene Sachverhaltsdarstellung auch nur anzubieten. Sie belässt es neuerlich dabei, die Vorbringen des Beschwerdegegners als ungenügend zu rügen.

#### **E. 4.3.4**

Die Vorinstanz begründet auch die Nachvollziehbarkeit der einzelnen Forderungen des Beschwerdegegners schlüssig, soweit die Beschwerdeführerin in der Klageantwort konkrete Einwendungen dagegen vorgebracht hat. Darauf sowie auf die vorstehende Erwägung 4.2.2 kann verwiesen werden. Wenn die Beschwerdeführerin erneut pauschal eine ungenügende Substanziierung durch den Beschwerdegegner rügt und vorträgt, die Berechnungen der Forderungen seien nicht nachvollziehbar, ist auf das bereits Gesagte zu verweisen: Konnte die Vorinstanz den Berechnungen ohne Weiteres folgen, so muss dies auch für die Beschwerdeführerin gelten. Unter diesen Umständen hätte sie, wie die Vorinstanz schlüssig begründet, die detaillierten Vorbringen des Beschwerdegegners in dessen Replik duplicando konkret bestreiten müssen. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin sei mit ihrem blossen Verweis auf die Klageantwort ihrer Bestreitungslast nicht genügend nachgekommen.

Soweit sich die Beschwerdeführerin in der Beschwerde überhaupt zu einzelnen Forderungspositionen äussert (Forderungspositionen 51 und 54.1), vermag sie die schlüssigen Erwägungen der Vorinstanz ebenfalls nicht als bundesrechtswidrig - oder willkürlich - auszuweisen. Wenn sie wiederum die mangelnde Substanziierung in den Rechtsschriften des Beschwerdegegners rügt, begründet sie dies nicht. Sie genügt daher den Begründungsanforderungen an die Beschwerde (oben E. 2) nicht und ist nicht zu hören. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist es sodann nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz erwog, die ausgeführten Arbeiten würden

insbesondere durch die Grundrisspläne untermauert. Weshalb dies nicht genügen soll, damit die Beschwerdeführerin die Forderung konkret hätte bestreiten können, begründet sie ebenfalls nicht. Zum Umstand, dass der Beschwerdegegner die Ausmasse alleine ermittelte sowie zur Konsequenz daraus hat sich die Vorinstanz zudem ebenfalls geäußert (oben E. 4.1). Die Beschwerdeführerin begründet im Übrigen nicht, was sie aus diesem Umstand für sich ableiten will.

Entgegen ihrer neuerlich vorgetragenen Auffassung genügt es sodann mit Blick auf die Bestreitungslast gerade nicht, sämtliche Leistungen des Beschwerdegegners zu bestreiten, ohne aufzuzeigen, weshalb diese unbegründet sind und wie es sich stattdessen verhalten soll. Es kann auch nicht gesagt werden, dass die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin den Nachweis darüber verlangt hätte, aus welchen Tatsachen der Beschwerdegegner seinen Anspruch

nicht ableitet. Ebenso wenig hatte die Beschwerdeführerin zu erklären, in welchen Zimmern eine Akustikdecke

nicht verbaut wurde. Indes hätte sie den Behauptungen des Beschwerdegegners ihre eigene Sachverhaltsdarstellung entgegen stellen können und müssen, um die Bestreitungslast zu erfüllen. Die Vorinstanz begründet auch schlüssig, weshalb sie die Schlussabrechnung der Beschwerdeführerin vom 27. Oktober 2014 hierzu nicht genügen lässt. Dies, entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin, nicht wegen des Verweises an sich, sondern aufgrund der ungenügenden Differenzierung der bestrittenen und unbestrittenen Forderungspositionen (vgl. auszugsweise auch oben E. 4.2.1). Darauf kann verwiesen werden. Eine rechtsungleiche Behandlung ist nicht ersichtlich.

Mit Bezug auf die Forderungsposition 54.1 (Verkleidung von drei Stahlträgern Vorplatz und Esszimmer EG und Schwimmbad 1. UG) trägt die Beschwerdeführerin neuerlich dieselben Argumente vor, womit sich die Vorinstanz schlüssig auseinandergesetzt hat. So rügt sie wiederum die ungenügende Substanziierung durch den Beschwerdegegner und die genügende Bestreitung ihrerseits. Darauf ist nicht erneut einzugehen. Es kann auf die Erwägungen der Vorinstanz (E. 4.2.2) und ergänzend auf das vorstehend Gesagte verwiesen werden.

## **E. 5**

Sodann ist die Entlöhnung des Beschwerdegegners nach Regie streitig. Neben der Festlegung der Stundenansätze für Vorarbeiter, Gipser und Bauarbeiter wurde im Werkvertrag unter dem Titel "Allgemeine Vertragsbedingungen, "Abweichungen zur SIA-Norm 118", unter der Marginalie "Regiearbeiten" eine Vereinbarung getroffen (dazu unten E. 6.1).

Die Beschwerdeführerin rügt auch hier teilweise eine ungenügende Substanziierung der Forderungen durch den Beschwerdegegner und macht geltend, sie habe die Forderungen - entgegen der Vorinstanz - genügend bestritten. Zudem habe für die Regiearbeiten ein Formvorbehalt bestanden.

### **E. 5.1**

Regiearbeiten sind nach der Fachsprache der Berufsleute Arbeiten, die nach Aufwand vergütet werden und von einem Pauschalpreis oder einer Vergütung nach Ausmass und Einheitspreisen nicht erfasst werden (vgl. Art. 44 SIA-Norm 118 [Ausgabe 1977/1991]; Gauch, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich 2019, Rz. 948). Dessen ungeachtet sind sie Teil



des Werkvertrags und damit von der grundsätzlichen Vergütungspflicht erfasst ( Art. 363 OR ).

Nach den Branchenusanzen erstellt der Unternehmer für die einzelnen Regiearbeiten Zeitrapporte, welche er der Bauherrschaft zur Gegenzeichnung vorlegt, und die mit der Gegenzeichnung eine tatsächliche Vermutung für den darin ausgewiesenen Aufwand begründen (Gauch, a.a.O., Rz. 1020 und 1028; Zindel/Schott, Basler Kommentar, Obligationenrecht, 7. Aufl. 2019, N. 18 zu Art. 374 OR ). Der nicht unterzeichnete Regierapport lässt daher nach diesen Usanzen nicht die Vergütungspflicht des Bestellers entfallen, sondern beschlägt ausschliesslich die Beweisführungslast des Unternehmers. Andernfalls würde die Vergütungspflicht für Regiearbeiten als solche in die Willkür der Bestellerin gestellt, je nachdem ob sie bereit ist, die Rapporte zu unterzeichnen oder nicht. In diesem Verständnis aber wäre die Klausel als Knebelungsvertrag oder "contrat léonin" sittenwidrig und damit nichtig (KRAMER, Berner Kommentar, N. 225 f. zu Art. 19-20 OR ). Der Unternehmer hat bei fehlender Gegenzeichnung der Regierapporte seinen Aufwand noch im Nachhinein zu beweisen und kann sich nicht auf die beweis erleichternde Unterschrift der Bestellerin als Anerkennung des unternehmerischen Aufwandes berufen (Urteile 4D\_44/2017 vom 30. Oktober 2017 E. 3.4; 4C\_227/2002 vom 24. Januar 2003 E. 4).

### **E. 5.2**

Für das Zustandekommen und die Auslegung einer Vereinbarung ist zunächst massgebend, was die Parteien tatsächlich übereinstimmend gewollt haben. Die empirische oder subjektive hat gegenüber der normativen oder objektivierten Vertragsauslegung den Vorrang ( BGE 138 III 659 E. 4.2.1; 137 III 145 E. 3.2.1; 130 III 554 E. 3.1). Erst wenn der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien unbewiesen bleibt, sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind ( BGE 138 III 659 E. 4.2.1; 123 III 165 E. 3a). Ein objektivierter und damit rechtlicher Konsens bedeutet nicht zwingend, dass die sich äussernde Partei tatsächlich den inneren Willen hatte, sich zu binden; es reicht, wenn die andere Partei aufgrund des objektiv verstandenen Sinns der Erklärung oder des Verhaltens nach Treu und Glauben annehmen konnte, die sich äussernde Partei habe einen Rechtsbindungswillen ( BGE 144 III 93 E. 5.2.3; 143 III 157 E. 1.2.2).

Das Bundesgericht überprüft die objektivierete Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Gerichts über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist ( Art. 105 Abs. 1 BGG ; BGE 144 III 93 E. 5.2.3; Urteil 4A\_279/2020 vom 23. Februar 2021 E. 6.2; je mit Hinweisen).

### **E. 5.3**

Ist für einen Vertrag, der vom Gesetz an keine Form gebunden ist, die Anwendung einer solchen vorbehalten worden, so wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen ( Art. 16 Abs. 1 OR ).

Der vertragliche Formvorbehalt kann jederzeit formfrei aufgehoben werden. Die Aufhebung ist auch stillschweigend oder durch konkludentes Handeln möglich, wie insbesondere dann, wenn die Parteien sich über die vereinbarte Form hinwegsetzen oder

den Vertrag vorbehaltlos erfüllen (vgl. BGE 125 III 263 E. 4c S. 268; Urteil 4A\_41/2009 vom 1. April 2009 E. 4.1; je mit Hinweisen).

## **E. 6**

Es ist unbestritten, dass die Parteien teilweise Regiearbeiten vereinbart haben. Der Beschwerdegegner machte auf Anweisung der Bauleitung erbrachte Leistungen geltend. Die Beschwerdeführerin bestritt demgegenüber beinahe für sämtliche Arbeiten deren vertragliche Grundlagen, die Richtigkeit der Rapporte hinsichtlich Ausführung und Umfang der Arbeiten, die Notwendigkeit der Leistungen sowie die Vergütung.

### **E. 6.1**

Die Vorinstanz gab zunächst die einschlägige Vereinbarung im Werkvertrag unter der Marginalie "Nachtragsarbeiten" wieder, welche wie folgt lautet:

"Regiearbeiten dürfen nur mit schriftlichem Auftrag der Bauleitung ausgeführt werden. Der Regierapport muss zur Gegenzeichnung am nachfolgenden Arbeitstag persönlich übergeben werden. Verspätete oder nicht unterzeichnete Regierapporte werden nicht akzeptiert."

### **E. 6.2**

Alsdann gliederte die Vorinstanz die 109 Regierapporte in solche, die von der Bauleitung vorbehaltlos unterzeichnet wurden (sogleich), und solche, die von ihr nur unter Vorbehalt oder gar nicht unterzeichnet wurden (E. 6.3).

#### **E. 6.2.1**

Die Vorinstanz erwog, zwar hätten die Parteien für die Ausführung von Regiearbeiten einen Schriftformvorbehalt vereinbart. Diesem sei jedoch nicht nachgelebt worden. Es gebe keine einzige schriftliche Bestellung für Regiearbeiten. Der Schriftformvorbehalt sei der fachkundigen Bauleitung zudem bekannt gewesen. Hätte die Beschwerdeführerin resp. ihre Vertretung die Regiearbeiten infolge Missachtung des Schriftformvorbehalts nicht genehmigen und akzeptieren wollen, so hätte sie die entsprechenden Rapporte nicht bzw. zumindest nicht ohne Hinweis auf die fehlende schriftliche Beauftragung und die ihrer Ansicht nach fehlende Vergütungspflicht unterzeichnen dürfen. Ein solcher Hinweis finde sich indessen auf keinem der Rapporte.

Der Umstand, dass für keine Regiearbeit eine schriftliche Bestellung vorliege, d.h. dem Schrifterfordernis nicht nachgelebt worden sei, und die Beschwerdeführerin resp. ihre Vertretung die Rapporte dennoch beinahe lückenlos und ohne diesbezüglichen Vorbehalt unterzeichnet habe, indiziere, dass die Beschwerdeführerin konkludent auf die Einhaltung der Schriftform verzichtet habe. Dies gelte umso mehr, als jegliche Anhaltspunkte für ein Festhaltenwollen am Schriftlichkeitsvorbehalt seitens der Beschwerdeführerin fehlten. Solches ergebe sich weder aus den von ihr eingereichten Unterlagen noch den angebotenen Zeugenbefragungen. Deren Aussagen käme angesichts ihrer Nähe zur Streitsache keine erhöhte Glaubhaftigkeit zu, zumal die Bautätigkeit mehr als sieben Jahre zurückliege.

Die Vorinstanz schloss, unter den gegebenen Umständen habe der Beschwerdegegner nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, dass die Parteien infolge übereinstimmenden Abschlusswillens trotz Nichteinhaltung der Form auf die vorbehaltene Schriftform verzichtet hätten. Er müsse daher keine schriftlichen Aufträge für Regiearbeiten beweisen.

#### **E. 6.2.2**

Soweit die Bauleitung einen explizit als solchen bezeichneten Regierapport vorbehaltlos unterzeichnet habe, habe der Beschwerdegegner zudem in guten Treuen davon ausgehen dürfen und sei dieses Verhalten so zu verstehen, dass die Bauleitung die in den Rapporten aufgeführten Leistungen als Regiearbeiten nachträglich genehmigt habe und dass die Leistungen nach Regie, d.h. nach Aufwand vergütet würden. Hierfür spreche auch die Betrachtung aller unterzeichneten Regierapporte in diesem Zeitraum. Die Bauleitung habe unbestrittenermassen auch Rapporte unter Anbringung einer Anmerkung unterzeichnet. Dies lasse einzig den Schluss zu, dass sich die Bauleitung der Bedeutung von vorbehaltlos unterzeichneten Regierapporten bewusst gewesen sei. Andernfalls hätte sie einen entsprechenden Vorbehalt anbringen oder die Unterzeichnung verweigern müssen. Der Beschwerdegegner sei im Vertrauen zu schützen, dass vorbehaltlos unterzeichnete Regierapporte nicht nachträglich in Frage gestellt würden, und er habe auf die Beschaffung weiterer Beweismittel verzichten dürfen.

Die Annahme, wonach bestimmte Regiearbeiten mündlich in Auftrag gegeben und nachträglich genehmigt worden sein müssten, werde schliesslich durch den Umstand untermauert, dass auf den Rapporten als Auftraggeber dieselbe Person vermerkt sei, die die Rapporte unterzeichnet habe. Im Übrigen habe die Beschwerdeführerin die Beauftragung vorprozessual nie bestritten und die zu beurteilenden Regiearbeiten grösstenteils in ihrer eigenen Schlussabrechnung - wenn auch zu tieferen Ansätzen - aufgeführt und bezahlt. Hinsichtlich mehrerer Regierapporte habe die Beschwerdeführerin in ihrer Abrechnung gar explizit festgehalten, deren zugrunde liegende Regiearbeiten als vertragskonform anzuerkennen.

### **E. 6.2.3**

Die Vorinstanz hält zusammenfassend fest, da die Beschwerdeführerin die inhaltliche Richtigkeit der Rapporte bei deren Unterzeichnung hätte überprüfen müssen, und sie diese mit der vorbehaltlosen Unterschrift bestätigt sowie die Arbeiten genehmigt habe, bestehe eine natürliche Vermutung für die inhaltliche Richtigkeit der Rapporte. Dies gelte umso mehr, als der Beschwerdegegner in seinen Rechtsschriften die den Rapporten zugrunde liegenden Leistungen im Einzelnen genannt und unter Darlegung der jeweiligen Umstände festgehalten habe, dass diese ausserhalb des Leistungsverzeichnisses liegen würden.

Unter diesen Umständen dürfe sich die Beschwerdeführerin nicht damit begnügen, pauschal zu behaupten, sie könne die Richtigkeit der Rapporte mangels genügender Substanziierung nicht überprüfen. Ebenfalls unzureichend sei in dieser Situation der Einwand, wonach der Beschwerdegegner keine konkreten Behauptungen zu Beststellungsänderungen aufgestellt habe, womit offen bleibe, ob eine Konkretisierung der vertraglichen Leistung oder ein Nachtrag zur Diskussion stehe. Der Beschwerdegegner habe die Regiearbeiten und deren Hintergründe in den Grundzügen dargelegt. Dies genüge. Die Beschwerdeführerin hätte durch substanziierte Bestreitungen und Gegenbeweise begründete Zweifel an der Richtigkeit der Angaben des Beschwerdegegners wecken müssen, was sie unterlassen habe. Sie hätte zumindest darlegen müssen, weshalb sie die Rapporte fälschlicherweise vorbehaltlos unterzeichnet und die Positionen teilweise in ihrer eigenen Schlussabrechnung aufgeführt habe. Erst nach Entkräftung der Vermutung für die Richtigkeit der Rapporte durch die Beschwerdeführerin wäre es wiederum am Beschwerdegegner gewesen, seinen Standpunkt weiter zu untermauern.

Soweit die Beschwerdeführerin resp. die Bauleitung die Regierapporte vorbehaltlos unterzeichnet habe, sei - entgegen ihrer Auffassung - unerheblich, ob der Beschwerdegegner die Leistungen weiter substantiiert und hierfür teilweise auf Pläne verwiesen habe. Angesichts der natürlichen Vermutung für die Richtigkeit der Rapporte habe der Beschwerdegegner die Leistungen vorderhand nicht weiter substantizieren müssen. Die Einwände der Beschwerdeführerin seien unbegründet. Auch genüge es nicht, bloss zu behaupten, die Leistungen des Beschwerdegegners könnten nicht überprüft werden. Die Beschwerdeführerin hätte zumindest dartun müssen, welche Behauptungen weshalb ungenügend substantiiert seien und weshalb sie sich deshalb ausserstande sehe, die Arbeiten auf ihre vertragliche Grundlage zu untersuchen und die Richtigkeit des Rapports zu prüfen, sowie inwiefern die fehlende Information Zweifel an der Richtigkeit des Rapports erwecken könnte und sie die Rapporte dennoch vorbehaltlos unterzeichnet habe. Der Beschwerdegegner habe angesichts der vorbehaltlos unterzeichneten Rapporte von einem nachträglichen Einverständnis zur Vergütungsart "Regie" ausgehen und - mangels genügender Bestreitung durch die Beschwerdeführerin - auf weitere Beweismittel verzichten dürfen.

#### **E. 6.2.4**

Auch soweit die Beschwerdeführerin vortrage, der Einsatz eines Poliers sowie eines Stuckateurs sei nicht vereinbart worden, könne ihr nicht gefolgt werden, so die Vorinstanz weiter. Von den vorbehaltlos unterzeichneten Regierapporten würden 34 Arbeiten eines Poliers und einer Arbeiten eines Stuckateurs enthalten. Es wäre der Bauleitung daher vor Unterzeichnung der Rapporte ohne Weiteres möglich gewesen, die Notwendigkeit der beigezogenen Fachpersonen zu beanstanden. Auch insoweit genüge pauschales Bestreiten der Leistungen nicht. Namentlich begründe die Beschwerdeführerin nicht, welche Arbeiten weshalb auch von einem Gipser hätten ausgeführt werden können. Ferner sei aufgrund ihrer Angaben unklar, ob die Beschwerdeführerin die Leistungen an sich oder nur den höheren Stundenansatz bestreite. Da die Beschwerdeführerin ihrer Bestreitungslast nicht genüge, könne auf ein Gutachten zur Notwendigkeit eines Poliers verzichtet werden.

Hinsichtlich des ebenfalls strittigen Stundenansatzes für den Polier und den Stuckateur sowie für das verwendete Material erwo die Vorinstanz, es sei dem Beschwerdegegner nicht gelungen, die behaupteten Ansätze sowie die Zustimmung der Beschwerdeführerin hierzu hinreichend zu beweisen. Daher gelange Art. 49 der SIA-Norm 118 zur Anwendung, wonach fehlende Ansätze anhand der im Werkvertrag vereinbarten Ansätze, d.h. vorliegend derjenigen für Gipser, Vor- und Bauarbeiter, sinngemäss zu ergänzen seien. Demgegenüber fehle im Werkvertrag eine Vereinbarung über die Ansätze zum Materialverbrauch, sodass insoweit auf die Regieansätze der Berufsverbände am Ort der Arbeitsausführung abzustellen sei.

#### **E. 6.2.5**

Soweit die Beschwerdeführerin die Regierapporte unterzeichnet habe, sei schliesslich ihre Rüge unbegründet, wonach der Beschwerdegegner die Rapporte zu spät eingereicht habe. Zwar berechtige die einschlägige Vertragsklausel (vgl. oben E. 6.1) dazu, verspätete Rapporte nicht zu akzeptieren und die Unterzeichnung zu verweigern. Mit der vorbehaltlosen Unterzeichnung werde deren Richtigkeit aber dennoch vermutet. Auch insoweit sei der Beschwerdegegner in seinem Vertrauen zu schützen.

#### **E. 6.3**

Mit Bezug auf die von der Beschwerdeführerin resp. der Bauleitung nicht oder mit Vorbehalt unterzeichneten Rapporte nahm die Vorinstanz eine weitere Differenzierung vor. Von Bedeutung sind hier zum einen die Rapporte, die die Beschwerdeführerin in ihrer Schlussabrechnung vom 27. Oktober 2014 aufführte und bezahlte und solche, die sie im Eventualstandpunkt anerkannt habe (sogleich E. 6.3.1). Zum andern die Regierapporte, deren darauf angebrachten Vorbehalte die Beschwerdeführerin nicht konkret erläutert habe (E. 6.3.2).

### **E. 6.3.1**

Zunächst führte die Vorinstanz aus, die Nichtunterzeichnung der Rapporte (resp. die Unterzeichnung mit Vermerk) lasse die Vergütungspflicht der Beschwerdeführerin nicht entfallen. Entgegen ihrer Auffassung habe der Beschwerdegegner die den jeweiligen Rapporten zugrundeliegenden Leistungen in den Grundzügen dargelegt. Da der Bauleitung bei der Unterzeichnung der Rapporte, welche einen Vermerk enthalten hätten, bewusst gewesen sei, welche Leistungen als Regieleistungen verrichtet worden seien und sie diese zu prüfen habe, habe sie diesen mit der Unterzeichnung grundsätzlich zugestimmt.

Sodann gelte die aus der Unterzeichnung der Rapporte fliessende Vermutung für deren Richtigkeit nur insoweit nicht, als es den korrigierten oder vorbehaltenen Teil der Leistung betreffe, wobei die Beschwerdeführerin diesen zu erläutern habe. Indes habe sie die fraglichen Regierapporte allesamt in ihrer eigenen Schlussabrechnung aufgeführt und bezahlt und damit nachträglich als Regiearbeiten anerkannt. Dies gelte auch hinsichtlich des nicht unterzeichneten Rapports Nr. 6400, welcher ebenfalls Gegenstand der Schlussabrechnung bilde. Vor diesem Hintergrund könne sie sich nicht mit der pauschalen Behauptung begnügen, sie erkenne nicht, worum es sich bei den geltend gemachten Regiearbeiten handle. Vielmehr hätte sie nebst der konkreten Bedeutung der Vermerke darlegen müssen, weshalb sie die den Rapporten zugrundeliegenden Arbeiten fälschlicherweise selbst als Regiearbeiten abgerechnet und bezahlt habe. Solche Ausführungen würden sich in den Rechtsschriften der Beschwerdeführerin nicht finden. Wenn sie hinsichtlich einzelner Rapporte erkläre, dass es sich um nachträgliche Konkretisierungen der werkvertraglichen Leistungen handle, begründe dies keine Zweifel an der Abrechnung nach Regie oder der inhaltlichen Richtigkeit der Rapporte. Der Beschwerdegegner habe replicando die den Rapporten zugrundeliegenden Tätigkeiten ausführlich dargelegt, und die Beschwerdeführerin habe die Arbeiten selbst als Regiearbeiten abgerechnet.

Hinsichtlich der weiteren Einwände der Beschwerdeführerin - der Beschwerdegegner habe zur Substanziierung unzulässigerweise auf die Pläne verwiesen, es fehle eine Vereinbarung für Arbeiten eines Poliers sowie ein schriftlicher Auftrag - verwies die Vorinstanz auf ihre früheren Erwägungen (oben E. 6.2). Gleiches galt mit Bezug auf die Regiepreise und das verwendete Material, zumal sich die Vermerke auf den Rapporten nicht auf diese Kritikpunkte bezogen hätten.

Die "im Eventualstandpunkt anerkannten" Rapporte habe die Beschwerdeführerin oder die Bauleitung ebenfalls unterzeichnet und die Bedeutung der angebrachten Vermerke nicht näher dargelegt, so die Vorinstanz. Daher sei auch die Vermutung für den Bestand der Forderungen des Beschwerdegegners nicht widerlegt.

### **E. 6.3.2**

Mit Bezug auf die Regierapporte, deren darauf angebrachten Vorbehalte die Beschwerdeführerin nicht konkret erläuterte, erwog die Vorinstanz, der Beschwerdegegner habe die zugrunde liegenden Arbeiten für Beststellungsänderungen in den Regierapporten genügend konkret genannt, sodass die Beschwerdeführerin sie substantiiert hätte bestreiten können. Dies habe sie nicht getan, sondern bloss pauschal vorgebracht, die Rapporte würden aufgrund der Vermerke nicht akzeptiert. Damit genüge die Beschwerdeführerin ihrer Bestreitungslast nicht, zumal sie auch diese Rapporte unterzeichnet und damit den darin ausgewiesenen Arbeiten zugestimmt sowie deren Ausführung bestätigt habe. Vor diesem Hintergrund wären namentlich Ausführungen zu den Vermerken zu verlangen, was die Beschwerdeführerin aber unterlasse. Zwar habe sie im Rahmen der Erläuterung ihrer Schlussabrechnung nebenbei ausgeführt, dass sie die Erstellung der Fensterkanäle anhand der werkvertraglichen Einheitspreise berechnet und die Ausmasse aufgenommen habe, was an sich eine nachvollziehbare Erklärung für die auf den Rapporten angebrachten Vermerke darstelle. Die Beschwerdeführerin begründe jedoch nicht, unter welche Ausmasspositionen die besagten Leistungen zu subsumieren wären, und dies ergebe sich aus den hierfür angerufenen Beweismitteln nicht. Es sei weder die Aufgabe des Beschwerdegegners, die Bedeutung der Vermerke zu antizipieren und zu erklären noch jede einzelne Ausmassposition inhaltlich zu beschreiben und darzulegen, weshalb die im Rapport zugrunde liegenden Arbeiten nicht darunter zu subsumieren seien.

Soweit die Beschwerdeführerin wiederum rüge, es habe vereinbarungswidrig keine schriftliche Beauftragung vorgelegen, sowie hinsichtlich der Festlegung der Preise für die Regiearbeiten, verwies die Vorinstanz auf ihre früheren, analogen Erwägungen (oben E. 6.2). Demgegenüber mache die Beschwerdeführerin nicht geltend, dass sich der angebrachte Vorbehalt auch auf den Arbeitsaufwand und/oder den Umfang des Materials beziehe. Es sei daher aufgrund der unterzeichneten Regierapporte von deren Richtigkeit auszugehen.

#### **E. 6.4**

Die vorstehend zusammengefassten Erwägungen der Vorinstanz sind schlüssig. Es ist nicht ersichtlich, dass sie in Willkür verfallen wäre oder sonstwie Bundesrecht verletzt hätte.

Die Vorinstanz begründet überzeugend, weshalb sie davon ausging, dass die Parteien, obwohl sie für die Ausführung von Regiearbeiten einen Schriftformvorbehalt vereinbart hatten, diesem in der Praxis nicht nachlebten, sodass der Formvorbehalt stillschweigend oder konkludent aufgehoben wurde (oben E. 5.3). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist in diesem Zusammenhang ohne Belang, ob und in welcher Form der Beschwerdegegner diesen Einwand erhoben hat. Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an. Es genügt, dass er gestützt auf die Rapporte die entsprechenden Regiearbeiten behauptete und darlegte.

Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, die wiederkehrenden Ermahnungen des Bauleiters und ihrerseits belegten, dass keine Aufhebung der Formvorschriften erfolgt sei, kritisiert sie die vorinstanzliche Beweiswürdigung, ohne Willkür darzutun. Gleiches gilt, indem die Beschwerdeführerin rügt, angesichts der zahlreichen nur unter Vorbehalt unterzeichneten Regierapporte sei insofern von keiner Zustimmung auszugehen. Die Vorinstanz begründet schlüssig, dass die auf den Rapporten angebrachten Vorbehalte mangels weiterer Erläuterungen der Beschwerdeführerin nicht genügten, um die Vermutung der Richtigkeit der Rapporte zu widerlegen. Wenn die Beschwerdeführerin behauptet, die

Vorinstanz heble den vereinbarten Schutzmechanismus des Formvorbehalts zu ihren Lasten aus, so verhält sie sich zudem widersprüchlich angesichts der Tatsache, dass gemäss willkürfreier Feststellung der Vorinstanz keine einzige schriftliche Beauftragung vorliegt und die Bauleitung die Regierapporte dennoch - grösstenteils vorbehaltlos - genehmigt hat.

Im Übrigen bestehen, wie die Vorinstanz ebenfalls zutreffend erwägt, zwar nicht für die Beauftragung, wohl aber für die Bestätigung der Ausführung der Regiearbeiten schriftliche Dokumente, indem die Bauleitung den Grossteil der Regierapporte unterzeichnete. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass die Beschwerdeführerin damit die Ausführung der Regieleistungen insoweit grundsätzlich anerkannt hat.

## **E. 7**

Unter den Parteien ist schliesslich die Fälligkeit der Werklohnrestanz streitig. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe auf nicht behauptete Tatsachen abgestellt und die Beweislast falsch verteilt. Der Beschwerdegegner habe die Fälligkeit der Restforderung nie behauptet oder bewiesen. Ausserdem habe die Vorinstanz den Mechanismus der werkvertraglichen Fälligkeitsklausel verkannt und die Klausel zu Unrecht nicht angewandt.

### **E. 7.1.1**

Die Vorinstanz erwog, die Parteien hätten unbestrittenermassen die Anwendung der SIA-Norm 118 vereinbart und damit auch deren Art. 155. Demnach werde die durch Schlussabrechnung ermittelte Forderung des Unternehmers mit dem Prüfungsbescheid der Bauleitung fällig und sei innert 30 Tagen zu bezahlen. Fällig würden auch Beträge, die nach dem Prüfungsbescheid noch bestritten seien.

Der Beschwerdegegner habe seine Schlussabrechnung für die Leistungen nach Einheitspreisen und Regie eingereicht und unter Bezugnahme auf Art. 102 Abs. 2 OR die Fälligkeit der Restforderung behauptet. Die Beschwerdeführerin habe ihrerseits eine Schlussabrechnung erstellt. Diese stelle einen Prüfungsbescheid im Sinne von Art. 155 SIA-Norm 118 dar, sodass die Werklohnforderung fällig sei. Da die Beschwerdeführerin die Anwendung einer vom Gesetz abweichenden Fälligkeitsabrede geltend mache, habe sie diese zu behaupten und zu beweisen. Indes habe sie keine näheren Behauptungen zu einem Konsens aufgestellt, womit die Parteien die gesetzliche Ordnung oder die Bestimmungen der SIA-Norm 118 hätten wegbedingen wollen. Es bleibe daher bei der Anwendung von Art. 155 SIA-Norm 118, womit die Forderung fällig sei.

### **E. 7.1.2**

Selbst wenn aber davon auszugehen wäre, dass die Parteien in der von der Beschwerdeführerin angerufenen Klausel die Fälligkeit der Forderung regeln und von verschiedenen Voraussetzungen hätten abhängig machen wollen, wären diese erfüllt, so die Vorinstanz weiter.

Die strittige Klausel lautet wie folgt:

"Der Bauherr leistet folgende Zahlung auf schriftliches Gesuch mit prüffähigem Nachweis: 90% laufend gemäss Ausführungsstand sofern der geforderte Betrag mehr als Fr. 5'000.-- beträgt. Die Restzahlung erfolgt nach: Abnahme des Werkes

Unterzeichnung der Schlussabrechnung

Erhalt der Bank- resp. Versicherungsgarantie

Erhalt von allfälligen Revisionsplänen und Dokumentationen."

### **E. 7.1.3**

Die Vorinstanz erwog, zunächst sei die Abnahme des Werks - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - erfolgt.

Wie der Beschwerdegegner zu Recht ausführe, habe die Beschwerdeführerin am 30. Juli 2014 per sofort auf seine Arbeiten verzichtet, womit diese per se als vollendet gelten würden. Die Mitteilung, dass sie einen Drittunternehmer mit den Arbeiten beauftragt habe, sei zudem als Ingebrauchnahme im Sinne von Art. 158 Abs. 1 Satz 3 SIA-Norm 118 zu werten, zumal die Arbeiten des Beschwerdegegners als Grundlage weiterer Arbeiten durch andere Unternehmer gedient hätten. In der Konsequenz sei die Vollendungsanzeige auf diesen Zeitpunkt hin zu fingieren, womit die einmonatige Frist zur gemeinsamen Prüfung gemäss Art. 158 Abs. 2 SIA-Norm 118 ausgelöst worden sei. Da bis Ende August keine Partei die gemeinsame Prüfung verlangt habe, gelte das Werk zufolge Art. 164 Abs. 1 SIA-Norm 118 als genehmigt.

Die Beschwerdeführerin vermöge Gegenteiliges nicht substantiiert darzutun. Sie belege nicht, wann und wie sie den Beschwerdegegner zur Werkabnahme eingeladen und dass er seine Mitwirkung verweigert hätte. Gemäss einem E-Mail vom 24. September 2014 habe die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner zwar einen Abnahmetermin mitgeteilt, dies jedoch erst am 11. September 2014 und damit verspätet. Selbst wenn der Beschwerdegegner seine Mitwirkung an der Abnahme verweigert hätte, stünde dies der Fälligkeit aber nicht entgegen. Vor dem Hintergrund, dass die Arbeiten im Urteilszeitpunkt beinahe sieben Jahre zurückgelegen hätten, und die Beschwerdeführerin in dieser Zeit offensichtlich keine Mängel gerügt, eine Werkabnahme nicht mehr zur Diskussion gestellt habe und die Liegenschaft gemäss ihrem Zweck benutzt worden sei, würde es gegen Treu und Glauben verstossen, sich plötzlich darauf zu berufen, die Forderungen seien mangels formell korrekter Abnahme des Werks nicht fällig geworden.

Auch, dass die Beschwerdeführerin die Schlussabrechnung nicht unterzeichnet habe, hindere die Fälligkeit nicht, so die Vorinstanz. Wäre hierzu eine unterschriftliche Zustimmung erforderlich, so könnte der Bauherr die Fälligkeit aller Forderungen stets davon abhängig machen und deren Durchsetzbarkeit verhindern. Vielmehr werde die fehlende Unterzeichnung durch das angefochtene Urteil ersetzt, sodass die Voraussetzung als erfüllt gelte.

Sodann bestehe, sofern nichts anderes vereinbart worden sei, eine Garantie- und Rügefrist von zwei Jahren. Diese beginne mit der Abnahme des Werks zu laufen und sei somit längst verstrichen. Die Beschwerdeführerin könne sich daher nicht mehr auf die fehlende Bank- resp. Versicherungsgarantie berufen, zumal sie keine längere Garantiefrist behauptet habe. Auch dass die Bauleitung, wie unter der Marginalie "Garantiefrist" vermerkt, den Fristbeginn zu einem Zeitpunkt nach der Werkabnahme festgelegt hätte, habe die Beschwerdeführerin nicht behauptet. Ebenso wenig habe sie dargetan, dass und wann sie vom Beschwerdegegner überhaupt eine Garantie verlangt hätte. Die genannte Voraussetzung stehe der Fälligkeit unter den gegebenen Umständen ebenfalls nicht entgegen.

Schliesslich habe die Beschwerdeführerin nicht behauptet, dass sie vom Beschwerdegegner Revisionspläne oder Dokumentationen verlangt und er die Herausgabe verweigert hätte. Ein Beweisverfahren darüber, welche "allfälligen" Unterlagen der Beschwerdegegner hätte



herausgeben sollen, sei nicht durchzuführen. Im Übrigen, so die Vorinstanz, beziehe sich die von der Beschwerdeführerin angerufene Klausel lediglich auf Leistungen zu Einheitspreisen. Die Fälligkeit von Regiearbeiten würde sich ohnehin nach Art. 55 SIA-Norm 118 richten, wonach derlei Forderungen grundsätzlich bei Rechnungsstellung fällig würden.

#### **E. 7.2.1**

Die Vorinstanz begründet überzeugend, weshalb sie, selbst unter der Annahme, die von der Beschwerdeführerin angerufene Klausel käme zur Anwendung, die strittigen Forderungen als fällig beurteilt. Es ist nicht ersichtlich, dass sie Bundesrecht verletzt hätte.

Zunächst stellt die Vorinstanz fest, dass der Beschwerdegegner die Fälligkeit der Restforderung geltend gemacht und damit hinreichend behauptet hat. Dies gilt, entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin, auch mit Bezug auf die Abnahme des Werks infolge Einreichung der Schlussabrechnung. Soweit die Beschwerdeführerin anderes vorbringt, belegt sie keine Willkür. Ihr Einwand der ungenügenden Substanziierung durch den Beschwerdegegner ist mithin unbegründet. Es kann daher nicht gesagt werden, die Vorinstanz hätte die Dispositionsmaxime verletzt. Ob die gesetzliche Verjährungsregelung zur Anwendung gelangt oder die von der Beschwerdeführerin angerufene Vertragsklausel ist im Übrigen eine Frage der Rechtsanwendung, welche von Amtes wegen zu erfolgen hat. Sodann ist es angesichts der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin gemäss willkürfreien Feststellungen der Vorinstanz Arbeiten des Beschwerdegegners von Dritten hat ausführen resp. beenden lassen, sowie namentlich des Umstands, dass die Liegenschaft seit Jahren ihrem Zweck gemäss bewohnt wird, nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von der Abnahme des Werks ausging. Dies gilt ebenso für den postulierten Ablauf der Garantiefrist sowie den augenscheinlichen Verzicht der Beschwerdeführerin auf Revisionspläne und Dokumentationen. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass sich die Beschwerdeführerin unter diesen Umständen nicht mehr auf die fehlende Bank- oder Versicherungsgarantie berufen kann resp. dass die genannten Voraussetzungen die Fälligkeit der Restforderung nicht hindern können. Als ebenso zutreffend erweist sich die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Fälligkeit nicht von der unterschriftlichen Zustimmung des Bestellers zur Werkabnahme abhängen kann, andernfalls dieser sie stets hindern könnte.

#### **E. 7.2.2**

Die Rügen der Beschwerdeführerin mit Bezug auf die Fälligkeit erweisen sich somit als unbegründet. Es kann grundsätzlich offen bleiben, ob die Vorinstanz der von der Beschwerdeführerin angerufenen Klausel im Werkvertrag zu Recht die Anwendung versagt hat. Im Übrigen hat sie auch dies schlüssig begründet (oben E. 7.1.1).

#### **E. 8**

Die Beschwerde ist abzuweisen. Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten zu tragen und den Beschwerdegegner angemessen zu entschädigen (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

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