

ZH_HANDELSGERICHT HG180169 vom 6. Januar 2021

Zh Handelsgericht, 2021-01-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG180169

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG180169 du 6 janvier 2021

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG180169 del 6 gennaio 2021

Erwägungen

E. 1

Zuständigkeit Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist unbestritten und gegeben (Art. 33 ZPO, Art. 17 ZPO, Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ZH).

E. 2

Ausgangslage und strittige Punkte

E. 2.1

Die von der Beklagten als Generalunternehmerin erstellte Überbauung "E._____" in F.____ BE besteht aus den Häusern am E.____-Weg ...-... (ohne Nr. ..., ..., ..., ..., ..., ... und ...; vgl. act. 3/19, act. 27 N 4), wobei sich diese im Eigentum dreier verschiedener Bauherren (Personalvorsorgestiftung G.____ ["G.____"], H.____ AG ["H.____"] und I.____ ["I.____"]) befinden (vgl. act. 3/1). Die Beklagte schloss mit der Klägerin den Werkvertrag Nr. 93 (act. 3/1; im Folgenden: "Werkvertrag"), mit welchem sich diese zur Lieferung und Montage von Türen verpflichtete. Die Parteien unterscheiden bei der Erbringung der ver- tragsgegenständlichen Arbeiten zwischen einer ersten Bauetappe im Jahr 2016, welche die Häuser Nr. ...-..., ...-... und ...-... umfasste, und einer zweiten Baue- tappe im Jahr 2017, welche die übrigen Häuser zum Gegenstand hatte (vgl. act. 3/19).

E. 2.2

Die Klägerin macht gegenüber der Beklagten im Zusammenhang mit dem genannten Bauprojekt eine (Rest-) Forderung von CHF 179'878.15 geltend, wel- che sich aus folgenden Teilbeträgen zusammensetzt (act. 1 N 64 f., N 68; act. 21 N 19; act. 22/123): - CHF 97'114.40 für Wohnungs- und Lifttüren, 2. Bauetappe, "H.____", Häu- ser Nr. ...-...; in Rechnung gestellt mit den Akontorechnungen Nr. 4001256

- 6 - (act. 3/83), 4001265 (act. 3/84), 4001284 (act. 3/85), 4001290 (act. 3/86) und der (Schluss-) Rechnung Nr. 1012145 (3/87); - CHF 75'806.- für Wohnungs- und Lifttüren, 2. Bauetappe, "I.____", Häuser Nr. ...-..., ..., ... und ...; in Rechnung gestellt mit den Akontorechnungen Nr. 4001257 (act. 3/90), 4001263 (act. 3/91) und der (Schluss-) Rechnung Nr. 1012146 (3/92); - CHF 6'957.75 für Regiearbeiten; in Rechnung gestellt mit den Rechnungen Nr. 1012187 (act. 3/93) und 1012188 (act. 3/94).

E. 2.3

Unbestritten ist, dass sämtliche genannten Rechnungen von der Beklagten bisher nicht bezahlt worden sind (vgl. act. 14 N 47). Die Klägerin brachte in der Replik vor, die Beklagte habe in der ersten Bauetappe CHF 0.65 zu viel bezahlt, weshalb sich die Klägerin um diesen Betrag überklagt habe, wobei das "allerdings nicht relevant sein" sollte, ihr sei

mindestens der Betrag von CHF 179'877.50 zuzüglich Zins zuzusprechen (act. 21 N 29). Nachdem die Klägerin keine formelle Klageänderung vornahm und keinen Teilrückzug der Klage erklärte, aber nach eigener Darstellung CHF 0.65 zu viel eingeklagt hat, ist die Klage im Umfang von CHF 0.65 abzuweisen.

E. 2.4

Die Beklagte anerkennt, der Klägerin aus dem eingeklagten Sachverhalt CHF 56'465.20 zu schulden (act. 14 N 16 f.; act. 27 N 59), beantragt aber dennoch, die Klage sei vollumfänglich abzuweisen. Nachdem die Beklagte nicht bestreitet, der Klägerin den genannten Betrag zu schulden, ist die Klage im Umfang von CHF 56'465.20 bereits aus diesem Grund gutzuheissen.

E. 2.5

Der von der Beklagten nicht bestrittene geschuldete Betrag bezieht sich nicht auf konkrete Forderungspositionen der Klägerin. Die Beklagte berechnet den ihrer Ansicht nach offenen bzw. von ihr geschuldeten Betrag vielmehr als Differenz zwischen dem behaupteten Total aller Verträge und den von ihr bereits geleisteten Zahlungen (act. 14 N 16). Demnach sind im Folgenden trotz betragsmässiger Teilanerkennung der Forderung alle Streitpunkte im Einzelnen zu prüfen. Die strittige Frage, wann der Werkvertrag zustande gekommen ist, ist vorab zu entscheiden (Erw. 3). Dieser Zeitpunkt ist deshalb relevant, weil der Werkvertrag zusammen mit allfälligen Abänderungsvereinbarungen die Grundlage der klägerischen Forderung darstellt und weil die Beklagte geltend macht, der klägerische Vergütungsanspruch sei durch den Nachtrag Nr. 1 neu festgelegt worden. Dies wäre grundsätzlich ausgeschlossen, wenn der Werkvertrag erst nach dem Nachtrag Nr. 1 zustande gekommen wäre. Wie aufzuzeigen ist, ist der Werkvertrag vor den streitgegenständlichen Nachträgen bzw. Bestellungsänderungen zustande gekommen. Im Anschluss ist deshalb im Einzelnen zu klären, inwiefern die Parteien den Werkvertrag insbesondere hinsichtlich des klägerischen Vergütungsanspruchs mittels Nachträgen bzw. Bestellungsänderungen abgeändert haben (Erw. 4). Zu prüfen ist schliesslich die strittige Leistung von Regiearbeiten durch die Klägerin bzw. ihr diesbezüglicher Vergütungsanspruch (Erw. 5).

E. 2.6

m.H.). Erst eine hinreichende Bestreitung lässt die behauptungsbelastete Partei erkennen, welche ihrer Behauptungen sie weiter zu substantiieren und welche Behauptungen sie schliesslich zu beweisen hat (BGer-Urteil 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.3).

E. 3

Abschluss des Werkvertrags

E. 3.1

Unbestrittener Sachverhalt Die Klägerin unterbreitete der Beklagten – basierend auf deren Ausschreibungstext, Mengendefinitionen und Planunterlagen – am 17. Juli 2015 eine erste Offerte für die Lieferung und Installation aller Wohnungs-, Lift-, Untergeschoss- und Zimmertüren zu einem Gesamtpreis von CHF 2'513'912.60 (inkl. MWST; act. 3/7) (act. 1 N 8; act. 14 N 22). Im Rahmen der darauf folgenden Vertragsverhandlungen wurde diese Offerte überarbeitet. Die Klägerin stellte der Beklagten am 15. Februar 2016 die neu berechnete Offerte für die Lieferung und Installation aller genannten Türen zu einem Preis

von CHF 1'946'935.– (inkl. MWST; act. 3/12) zu. Im Anschluss kam es gestützt auf diese Offerte zwischen den Parteien zu weiteren Verhandlungen (act. 1 N 9 ff.; act. 14 N 22).

E. 3.2

Streitpunkte

E. 3.2.1

Klägerin Die Klägerin macht geltend, der Werkvertrag (act. 3/1) sei von ihr erst am 14. Juli 2016 unterzeichnet worden und damit erst nach dem Nachtrag Nr. 1 vom 9. bzw. 12. Juli 2016 zustande gekommen (act. 1 N 16, N 34 ff.; act. 21 N 1, N 33). Bis dahin habe die Klägerin bereits Leistungen erbracht, obwohl die schriftliche Ver-

- 8 - tragsgrundlage aufgrund von dauernden Plananpassungen und Bestellungenänderungen der Beklagten noch gefehlt habe (act. 1 N 21; vgl. auch N 17). Die Klägerin habe vor dem 14. Juli 2016 und insbesondere im Zusammenhang mit der Neuregelung der Untergeschoss-Türen (im Folgenden: "UG-Türen") im Nachtrag Nr. 1 von der Beklagten wiederholt eine entsprechende Anpassung des von der Klägerin bis dahin noch nicht unterzeichneten Werkvertrags verlangt (act. 1 N 23 f.; act. 1 N 28 f.; vgl. auch Erw. 4.1). Nachdem ihr die Beklagte mitgeteilt habe, dass eine Anpassung des Werkvertrags für sie nicht in Frage komme, habe die Klägerin sich schliesslich damit einverstanden erklärt, den sowohl betreffend Werkleistung als auch Werklohn nicht mehr aktuellen Werkvertrag zu unterzeichnen und auf einen Nachtrag zur Regelung der Mehrkosten für die Wohnungs- und Lifttüren zu verzichten, da die Beklagte die entsprechende, aktuelle "Auftragsbestätigung Wohnungstüren" über netto CHF 713'473.– (act. 3/39, im Folgenden: "Auftragsbestätigung") unterzeichnet habe und dieser Betrag von der Werkvertragssumme noch abgedeckt gewesen sei (act. 1 N 29). Am 14. Juli 2016 habe die Klägerin entsprechend den Werkvertrag mit dem Gesamtbetrag von CHF 765'900.– inkl. MWST unterzeichnet (act. 1 N 28, N 34).

E. 3.2.2

Beklagte Nach Auffassung der Beklagten ist der Werkvertrag bereits kurz nach dem 13. Mai 2016 und vor dem Nachtrag Nr. 1 vom 9. bzw. 12. Juli 2016 zustande gekommen. Sie führt aus, dass gemäss Ziffer 1 des Verhandlungsprotokolls vom 19. Februar 2016, welches Bestandteil des Werkvertrags sei, die Klägerin der Beklagten – im Rahmen der an die Offerte vom 15. Februar 2016 anschliessenden Verhandlungen – eine verbindliche, neue Offerte gemacht habe. In Ziffer 12 des Verhandlungsprotokolls sei ausdrücklich festgehalten, dass sich die Klägerin durch ihre Unterschrift mit der Verhandlung und Offertstellung vorbehaltlos einverstanden erkläre (act. 27 N 13). Der Werkvertrag sei von der Beklagten am 13. April 2016 ausgedruckt und zwischen diesem Datum und dem 13. Mai 2016 von ihr unterzeichnet worden. Am 13. Mai 2016 sei der Werkvertrag an die Klägerin versandt worden, wobei sich der Inhalt gegenüber der klägerischen Offerte vom 19. Februar 2016 nicht verändert habe. Die abgegebene Offerte sei von der Be-

- 9 - klagten deshalb am 13. Mai 2016 angenommen worden, wodurch der Werkvertrag spätestens nach Erhalt durch die Klägerin gültig zustande gekommen sei (act. 27 N 14 ff.). Im Übrigen ergebe sich auch aus der E-Mail-Korrespondenz vom 5. Juli 2016 (act. 3/37), dass sich der Werkvertrag bereits vor dem Zustandekommen des Nachtrags Nr. 1 am 9. Juli 2016 im Empfangsbereich der Klägerin befunden habe und sie über die Annahme ihrer Offerte im Bild gewesen sei (act. 27 N 19).

E. 3.3

Rechtliches Zum Abschluss eines Vertrags ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich (Art. 1 Abs. 1 OR). Entsprechend der idealtypischen zeitlichen Abfolge (HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2019, N 202) wird die erste Willensäusserung als Antrag (auch Offerte oder Angebot), die zweite als Annahme bezeichnet (vgl. Art. 3 ff. OR; MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar, Art. 1- 18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bern 2018, Art. 3 N 8). Der Antrag muss sämtliche Punkte, welche Gegenstand der vertraglichen Einigung werden sollen, bereits festlegen, damit die Empfängerin des Antrags den Vertrag grundsätzlich durch blosser Zustimmung zustande kommen lassen kann (HUGUENIN, a.a.O, N 206 f.; MÜLLER, a.a.O., N 21 f.). Ein vereinbarter Formvorbehalt begründet die widerlegbare Vermutung, dass die Parteien vor Erfüllung dieser Form nicht gebunden sein wollen (Art. 16 Abs. 1 OR). Unter Schriftlichkeit ist mangels anders lautender Abrede die einfache Schriftlichkeit im Sinne der Art. 13-15 OR zu verstehen (Art. 16 Abs. 2 OR).

E. 3.4

Würdigung

E. 3.4.1

Beide Parteien gehen im Ergebnis übereinstimmend davon aus, dass für das Zustandekommen des Werkvertrags die mündlich (vgl. act. 1 N 11; act. 14 N 23; act. 27 N 15) bzw. per E-Mail (act. 27 N 20; act. 3/21) erfolgte Zusage der Beklagten nicht ausreicht, mithin mit Ziffer 2.6 der Allgemeinen Vertragsbedingungen der Beklagten (im Folgenden: "AVB"; act. 27 N 16) ein (einfacher) Schriftlichkeits-

- 10 - vorbehalt vereinbart wurde. Die Klägerin hat der Beklagten nach unbestritten gebliebener und durch den Werkvertrag (act. 3/1, "Verhandlungsprotokoll Unternehmer") belegter Darstellung der Beklagten im Rahmen der Besprechung vom 19. Februar 2016 eine bereinigte schriftliche Offerte unterbreitet. Unbestritten blieb seitens der Klägerin sodann, dass sie an diese Offerte während vier Monaten gebunden war (act. 27 N 14 ff.). Die Klägerin hat sodann nicht bestritten, dass ihre Offerte vom 19. Februar 2016 und der von der Beklagten aufgesetzte, am 13. April 2016 ausgedruckte und bis am 13. Mai 2016 unterzeichnete Werkvertrag inhaltlich übereinstimmen. Die Klägerin bringt trotzdem vor, der Werkvertrag sei erst mit ihrer Unterzeichnung am 14. Juli 2016 und faktisch mit einem anderen als dem darin wiedergegebenen Inhalt zustande gekommen, ohne allerdings geltend zu machen, die genannte Offerte vom 19. Februar 2016 habe nicht ihrem tatsächlichen Willen entsprochen. Sie scheint vielmehr von einem Erfordernis der Urkundeneinheit auszugehen.

E. 3.4.2

Da die Urkundeneinheit grundsätzlich keine Voraussetzung für die Einhaltung der Schriftform gemäss Art. 13 OR darstellt (vgl. dazu MÜLLER, a.a.O., Art. 13 N 79 ff.), müsste eine entsprechende Parteiabrede vorliegen, wonach der Werkvertrag erst zustande kommt, wenn er im selben Dokument von beiden Vertragsparteien unterzeichnet ist. Eine solche Parteiabrede behauptet die Klägerin nicht, insbesondere auch nicht mit der Schilderung (act. 1 N 26 ff.) der Parteikorrespondenz im Juli 2016 (act. 3/37). Die Klägerin scheint aus dieser auch zu Recht nicht abzuleiten, dass die Beklagte nicht bereits

durch ihre Unterzeichnung des Werkvertrags an diesen gebunden sein wollte. Dies würde in der genannten Korrespondenz auch keine Stütze finden. Entsprechend stellt die Unterzeichnung des Werkvertrags durch die Beklagte die Annahme der klägerischen Offerte im Sinne von Ziffer 2.6 AVB bzw. Art. 3 ff. OR dar. Der Werkvertrag ist mithin mit dem Zugang des von der Beklagten unterzeichneten und am 13. Mai 2016 verschickten Exemplars bei der Klägerin, mit dem tatsächlich darin wiedergegebenen Inhalt und damit vor dem Nachtrag Nr. 1 vom 9. bzw. 12. Juli 2016 zustande gekommen. Unklar, aber letztlich auch nicht entscheidend ist, wann genau dies der Fall war, nachdem der Werkvertrag am 13. Mai 2016 von der Beklagten an die Klägerin versandt worden war. Nicht bestritten wurde seitens der Klägerin, dass

- 11 - sie bereits seit geraumer Zeit über den Werkvertrag verfügt hatte, als sie ihn am 14. Juli 2016 unterzeichnete. So macht die Klägerin ja auch geltend, sie habe während einiger Zeit aufgrund der Beststellungsänderungen durch die Beklagte eine Anpassung des Werkvertrags verlangt, damit sie diesen "endlich hätte unterschreiben können" (act. 1 N 23). Abgesehen davon setzt eine Beststellungsänderung grundsätzlich voraus, dass bereits eine "Bestellung" erfolgte bzw. ein Werkvertrag abgeschlossen wurde.

E. 3.4.3

Daraus ergibt sich, dass der Werkvertrag nicht erst nach dem Nachtrag Nr. 1 zustande gekommen ist. Entsprechend ist auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass letzterer den klägerischen Vergütungsanspruch neu festgelegt bzw. gesenkt hat. Im Folgenden ist vor diesem Hintergrund die konkrete Forderung der Klägerin in der Höhe von CHF 172'920.40 für Wohnungs- und Lifttüren und in diesem Zusammenhang insbesondere der Inhalt des Werkvertrags und dessen allfällige Abänderung durch spätere Parteivereinbarungen zu prüfen.

E. 4

August 2015, E. 3.1.3.1, mit Hinweis auf GAUCH, a.a.O., N 768). Der Umstand, dass die Auftragsbestätigung nicht wie die Nachträge Nr. 1-3 als "Nachtrag" bezeichnet wurde bzw. die Auftragsbestätigung nicht wie bei den (später abgeschlossenen) Nachträgen Nr. 1-3 in einem "Nachtrag" umgesetzt wurde, schliesst deshalb eine Beststellungsänderung nicht von vornherein aus. Aus den Ausführungen der Beklagten ergibt sich denn auch, dass die angeführten AVB-Bestimmungen den vorstehend besprochenen konkreten Anliegen der Beklagten, namentlich ihrem Schutz vor unberechtigten Vergütungsforderungen für nicht bestellte Leistungen eines Unternehmers, Rechnung tragen sollen und einen "Nach-

- 27 - trag" nicht der blossen Terminologie wegen verlangen. Bezeichnen die Parteien ein Dokument wie vorliegend und im Gegensatz zu den übrigen (späteren) Beststellungsänderungen nicht als "Nachtrag" bzw. setzen sie es nicht noch in einem "Nachtrag" um, könnte dies demnach einzig ein Indiz dafür sein, dass die Parteien der Auftragsbestätigung inhaltlich nicht die Bedeutung einer Beststellungsänderung beigemessen haben, den Werkvertragsinhalt durch die Auftragsbestätigung mit anderen Worten nicht modifizieren wollten (vgl. dazu Erw. 4.4.3.3). Soweit die Beklagte bemängelt, dass die Auftragsbestätigung den formellen Voraussetzungen der AVB nicht genügt, ist sie aber nicht zu hören. Ein qualitativer und nicht bloss begrifflicher Unterschied zum in den AVB verwendeten Begriff des "Nachtrags" und dem für die Nachträge Nr. 1-3 gewählten Vorgehen ist von der Beklagten nicht dargetan. Ein solcher wäre aber auch nicht ersichtlich. Die Nachträge Nr. 1-3 bestehen nach eigener Darstellung der Beklagten aus den

jeweiligen, von der Klägerin erstellten und von beiden Parteien unterzeichneten Auftragsbestätigungen sowie aus einem doppelseitigen zusätzlichen "Nachtragsblatt" ("Deck- und Schlussblatt"), welches die Kostenzusammenstellung und die nochmalige Unterschrift beider Parteien enthält (act. 27 N 21, N 36). Der Leistungsumfang wird demnach jeweils bereits durch die Auftragsbestätigung der Klägerin definiert, der von der Beklagten erstellte Nachtrag gibt in diesem Sinne eine blosser Zusammenfassung wieder. Darüber hinaus scheinen auch beide Dokumente die Abzüge gemäss Werkvertrag vorzunehmen, insbesondere den Rabatt von 7%. Wenn die Nachträge entsprechend keinen eigenständigen bzw. neuen materiellen Gehalt aufweisen und bloss eine Zusammenfassung der Auftragsbestätigung wiedergeben, bleibt unklar, weshalb die vertragliche Bindungswirkung erst bei (nochmaliger) Unterzeichnung des "Nachtrags" eintreten sollte.

4.4.3.2.4. Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass die von der Beklagten behaupteten formellen Mängel nicht stichhaltig sind und die Verbindlichkeit der Auftragsbestätigung nicht von vornherein hindern.

E. 4.1

Unbestrittener Sachverhalt Gemäss Wortlaut des Werkvertrags (act. 3/1 Ziffer 1) verpflichtete sich die Klägerin zur Lieferung und Installation von "sämtlichen Wohnungseingangs- und Untergeschosstüren" zu einem Preis von pauschal CHF 765'900.– (netto nach Abzügen, inkl. MWST) (act. 1 N 28, N 35). Es ist unstrittig, dass von Ziffer 1 des Werkvertrags auch die Lifttüren umfasst sind. Bestandteil des Werkvertrags war ein der Offerte der Klägerin entsprechendes Leistungsverzeichnis, welches 127 UG-Türen (Typen Nr. 8, 9, 15 und 16), 320 Wohnungstüren (Typen Nr. 1, 2, 3) und zwölf Lifttüren (Typen Nr. 14 und 20), total somit 459 Türen, mit dem jeweiligen Stückpreis, den Abmessungen und der Ausführung aufführt (act. 1 N 13, N 18; act. 27 N 5). Für die in der Offerte der Klägerin ebenfalls enthaltenen Zimmertüren (Typen Nr. 4-7 und 10-13) hatte die Klägerin den Zuschlag hingegen nicht erhalten, weshalb diese Türen nicht Bestandteil des Werkvertrags bilden (act. 1 N 34; act. 27 N 6).

- 12 - Nach Abschluss des Werkvertrags (vgl. Erw. 3) stellte sich heraus, dass wesentlich mehr UG-Türen als im Leistungsverzeichnis des Werkvertrags aufgeführt und auch eine andere Ausführung erforderlich waren. Die Klägerin unterbreitete der Beklagten auf deren Aufforderung hin deshalb am 17. Mai 2016 eine neue Offerte für die UG-Türen (act. 3/22) (act. 1 N 13 ff.; act. 14 N 25). Die Klägerin teilte der Beklagten sodann am 10. Juni 2016 einen um CHF 385.– höheren Preis pro Wohnungseingangstür (vorerst nur betreffend die erste Bauetappe) für eine aufwändigere Lackierung sowie Montage und eine neue Gesamtsumme von CHF 713'473.75 (netto nach Abzügen und inkl. MWST) für die Wohnungseingangs- und Lifttüren mit (act. 1 N 18; unbestritten in act. 14 N 27). Am 23. Juni 2016 liess die Klägerin der Beklagten die entsprechenden Auftragsbestätigungen sowohl für die UG-Türen (Gesamtbetrag CHF 542'499.65 inkl. MWST für die erste Bauetappe) als auch für die Wohnungs- und Lifttüren (Gesamtbetrag von CHF 713'473.75 inkl. MWST) zukommen. Gleichzeitig bat die Klägerin die Beklagte erneut um Erstellung eines entsprechenden Nachtrags für die UG-Türen (act. 1 N 23 f.; act. 14 N 32 f.). Am 4. Juli 2016 ersuchte die Klägerin die Beklagte nochmals darum, den Werkvertrag an die veränderte Situation anzupassen und für die UG-Türen einen Nachtrag zu erstellen. Am 5. Juli 2016 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass eine Anpassung des Werkvertrags nicht möglich sei und die Klägerin diesen ohne Aktualisierung unterzeichnen solle; für die Mehrkosten würden entsprechende Nachträge erstellt (act. 1 N 28 f.). Am 9. Juli 2016

übermittelte die Beklagte der Klägerin die genannte, gleichentags gegengezeichnete Auftragsbestätigung (act. 3/39; act. 1 N 29; act. 14 N 35). Ebenfalls am 9. Juli 2016 liess die Beklagte den von ihr erstellten und unterzeichneten Nachtrag Nr. 1 (act. 3/40) für die UG-Türen der ersten Bauetappe mit einem Werkpreis von CHF 544'355.20 inkl. MWST der Klägerin zukommen. Die Klägerin unterzeichnete diesen am 12. Juli 2016 (act. 1 N 33). Der Nachtrag Nr. 1 wurde auf Grundlage der von der Beklagten am 4. Juli 2016 unterzeichneten Auftragsbestätigung vom 23. Juni 2016 für die UG-Türen (act. 3/32) abgeschlossen (act. 1 N 33; act. 14 N 4). Mit dem Nachtrag Nr. 1 verpflichtete sich die Klägerin zur Lieferung und Montage von 408 UG-Türen und zur entsprechenden Türfachplanung zu einem Preis von CHF 544'355.20 (inkl. MWST) (act. 1 N 16, N 33; act. 14 N 4, N 25). Auf dem Nachtrag Nr. 1 wird ein

- 13 - "Total Verträge, inkl. diesem Nachtrag" von CHF 1'180'873.75 aufgeführt. Der Nachtrag Nr. 1 enthält zu diesem Betrag keine weiteren Erläuterungen oder Berechnungsgrundlagen (act. 1 N 37, N 69; act. 14 N 3 f., N 9 ff., act. 21 N 3). Mit dem Nachtrag Nr. 2 vom 22. August 2016 (act. 3/55), von der Klägerin gegengezeichnet am 26. August 2016, verpflichtete sich die Klägerin sodann zur Lieferung und Montage von 93 provisorischen Wohnungstüren zu einem Preis von CHF 43'107.55 (inkl. MWST). Auf dem Nachtrag Nr. 2 wird ein "Total Verträge, inkl. diesem Nachtrag" von CHF 1'223'981.30 aufgeführt. Der Nachtrag Nr. 2 enthält zu diesem Betrag ebenfalls keine weiteren Erläuterungen oder Berechnungsgrundlagen (act. 1 N 49; act. 14 N 5; act. 21 N 4). Die Klägerin erstellte am 27. September 2016 gestützt auf die genannte Auftragsbestätigung für die Wohnungs- und Lifttüren (Gesamtbetrag von CHF 713'473.75 inkl. MWST) die Rechnungen für die Wohnungs- und Lifttüren der ersten Bauetappe, jeweils getrennt für die Häuser Nr. ...-... (H.____), Nr. ...-... (G.____) und Nr. ...-... (I.____) und unter Berücksichtigung der von der Beklagten geleisteten Akontozahlungen (act. 3/75, act. 3/78 und act. 3/82). Diese Rechnungen wurden von der Beklagten ohne Vor- und Rückbehalt bezahlt (act. 1 N 61 ff.; act. 14 N 46). Im Mai 2017 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sie den Auftrag für die UG-Türen der zweiten Bauetappe anderweitig vergeben habe und die Wohnungstüren doch nicht zweifarbig lackiert, sondern wieder in der Standardausführung gemäss Werkvertrag wünsche (act. 1 N 50 ff.; act. 14 N 44 f.). Die Beklagte stellte daraufhin am 17. Mai 2017 den Nachtrag Nr. 3 aus, welcher von der Klägerin am 31. Mai 2020 gegengezeichnet wurde (act. 3/69). Die Klägerin verpflichtete sich damit zur Lieferung und Montage von Tür-/Wandpuffern für die zweite Bauetappe zu einem Preis von CHF 2'400.30 (act. 1 N 57; act. 14 N 6, N 44 f.; act. 21 N 5). Auf dem Nachtrag Nr. 3 wird ein "Total Verträge, inkl. diesem Nachtrag" von CHF 1'226'381.60 aufgeführt (act. 27 N 53, N 58 f.). Der Nachtrag Nr. 3 enthält zu diesem Betrag wiederum keine weiteren Erläuterungen oder Berechnungsgrundlagen.

- 14 - Die Parteien haben im Werkvertrag subsidiär zur vertraglichen Regelung die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 (1977/1991) (im Folgenden: "SIA-Norm 118") vereinbart (act. 1 N 28; act. 27 N 41).

E. 4.2

Streitpunkte

E. 4.2.1

Klägerin Nach Darstellung der Klägerin hat ihr die Beklagte hinsichtlich der Wohnungs- und Lifttüren ein neues Farbkonzept bekannt gegeben, welches eine andere Ausführung

verlangt und zur genannten Preiserhöhung von CHF 385.– pro Wohnungs- bzw. Lifttür und dem neuen Gesamtpreis für Wohnungs- und Lifttüren von CHF 713'473.75 geführt habe (act. 1 N 18 f.). Mit Unterzeichnung der von der Klägerin erstellten entsprechenden Auftragsbestätigung (act. 3/31) am 9. Juli 2016 (act. 3/39) habe die Beklagte eine entsprechende Bestellung getätigt (act. 1 N 25, N 29). Der neue Gesamtbetrag für die Wohnungs- und Lifttüren sollte buchhalterisch über die Werkvertragssumme abgerechnet werden. Die Differenz von CHF 52'426.25 (inkl. MWST) zwischen Werkvertrag und der Auftragsbestätigung sollte als "Guthaben" für die nächsten Nachträge oder für Regiearbeiten stehen gelassen werden (act. 1 N 26 ff.). Somit resultiere – vor Berücksichtigung der Nachträge Nr. 2 und 3 – ein von der Beklagten anerkannter Gesamtbetrag von CHF 1'310'255.20 inkl. MWST, bestehend aus dem Gesamtbetrag des Werkvertrags von netto CHF 765'900.00 (inkl. MWST) (Auftragsbestätigung und "Guthaben"), und der Vergütung gemäss Nachtrag Nr. 1 von CHF 544'355.20 (act. 1 N 36). Die Klägerin bringt weiter vor, das von der Beklagten auf dem Nachtrag Nr. 1 vermerkte "Total Verträge" von CHF 1'180'873.75 entspreche nicht den getroffenen und schriftlich festgehaltenen Abreden zwischen den Parteien. Die Beklagte habe eigenmächtig und treuwidrig einen Abzug in der Höhe von CHF 129'381.45 vorgenommen, ohne die Klägerin darauf hinzuweisen (act. 1 N 70, N 73; act. 21 N 12). Der Klägerin sei dieser Abzug weder bei Unterzeichnung des Nachtrags Nr. 1 (act. 1 N 37) noch bei der Unterzeichnung der Nachträge Nr. 2 und 3 (act. 1 N 47 ff., N 57), sondern erst bei der Zusammenstellung der Schlussabrechnung

- 15 - im Jahr 2018 aufgefallen (act. 1 N 70, N 74). Ein Konsens über den von der Beklagten vorgenommenen Abzug habe nie bestanden, widerspreche er doch allen zuvor getroffenen Abmachungen, insbesondere der gleichentags von der Beklagten bzw. deren Projektleiter handschriftlich bestätigten Werkvertragssumme von CHF 765'900.– (act. 21 N 3 ff.). Es seien auch nie Verhandlungen über einen solchen Abzug geführt worden (act. 21 N 15).

E. 4.2.2

Beklagte Die Beklagte anerkannte in der Klageantwort, dass die Entschädigung für die Wohnungs- und Lifttüren auf CHF 713'473.75 (inkl. MWST) festgesetzt und der Klägerin ein "Guthaben" von netto CHF 52'426.25 (inkl. MWST) stehen gelassen worden war (act. 14 N 3, N 35). An anderer Stelle brachte die Beklagte vor, die von der Auftragsbestätigung erfassten (Mehr-) Leistungen seien bereits von der ursprünglichen Werkvertragspauschale erfasst (act. 14 N 27). Der Betrag von CHF 713'473.75 sei aber ohnehin nachträglich durch den Nachtrag Nr. 1 auf CHF 636'518.55 gesenkt und durch die Nachträge Nr. 2 und 3 bestätigt worden (act. 14 N 3, N 9, N 35). Es liege im Verantwortungsbereich der Klägerin, die jeweiligen Gesamtsummen im Vertrag zu prüfen und im Falle einer Uneinigkeit zu rügen. Hinzuweisen sei schliesslich auch auf das Schreiben der Klägerin vom 12. Dezember 2016 (act. 3/57), wo diese die gesenkte Gesamtsumme bestätige (act. 14 N 45). In der Duplik stellte sich die Beklagte neu auf den Standpunkt, dass die Klägerin abgesehen von der genannten Abänderung durch den Nachtrag Nr. 1 aus der Auftragsbestätigung deshalb nichts zu ihren Gunsten ableiten könne, weil der vertraglich vereinbarte Schriftlichkeitsvorbehalt nicht erfüllt und über die Summe von CHF 713'473.75 kein Nachtrag abgeschlossen worden sei (act. 27 N 35 ff.). Die Beklagte machte schliesslich erneut geltend, es sei ein Pauschalpreis vereinbart worden, weshalb alle Behauptungen, wonach der Klägerin irgendwelche Mehrkosten oder Mehrleistungen im Zusammenhang

mit der Ausführung zu entschädigen seien, bestritten würden (act. 27 N 7). Die Parteien hätten zudem einen Rückbehalt von mindestens 10% des Leistungswertes festgelegt; entsprechend sei die klägerische Forderung selbst unter Würdigung des von

- 16 - der Klägerin geltend gemachten Sachverhalts auf CHF 130'343.68 beschränkt (act. 14 N 20)

E. 4.3

Rechtliches

E. 4.3.1

Grundsätzliches zum Vertragsschluss Zum Abschluss eines Vertrags ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich (Art. 1 Abs. 1 OR). Streiten sich die Parteien darüber, ob zwischen ihnen in diesem Sinne ein Konsens besteht bzw. bestand, sind die entsprechenden Willenserklärungen auszulegen, wobei die aus Art. 18 OR hergeleiteten Auslegungsmethoden analog anzuwenden sind (BGE 127 III 444 ff. E. 1b; BGE 121 III 6 ff. E. 3c; BGE 115 II 323 ff. E. 2b; BGer-Urteile 4A_627/2012 und 4A_629/2012 vom 9. April 2013, E. 8.5). Das Gericht hat nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Rahmen der Auslegung von Willenserklärungen zunächst den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (sog. subjektive oder empirische Auslegung; BGE 143 III 157 ff. E. 1.2.2; BGE 142 III 239 ff. E. 5.2.1; BGE 140 III 86 ff. E. 4.1; BGE 132 III 268 ff. E. 2.3.2). Lässt sich ein solcher nicht feststellen bzw. beweisen, so sind die Willenserklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (sog. objektivierende oder normative Auslegung). Bei der Prüfung nach dem Vertrauensgrundsatz hat das Gericht durch eine objektivierende Auslegung den Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben, wobei es als Vertragswillen anzusehen hat, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen, auch persönlichen Umständen durch die Verwendung der auslegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden, und wie sie vom Empfänger in guten Treuen nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 143 III 157 ff. E. 1.2.2 m.w.H.; BGE 142 III 239 ff. E. 5.2.1; BGE 138 III 659 ff. E. 4.2.1). Das Gericht hat nach einem sachgerechten Resultat zu suchen, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 142 V 466 ff. E. 6.1 m.w.H.; BGE 142 V 129 ff. E. 5.2.2; BGE 140 V 50 ff. E.2.2).

- 17 - Der Wortlaut des Vertragstexts ist bei der subjektiven Auslegung Ausgangspunkt der Auslegung. Er ist ein Auslegungsmittel, mit welchem der tatsächliche, subjektive Wille der Parteien ermittelt werden soll. Bei der Auslegung von Worten und Texten ist zunächst auf den allgemeinen Sprachgebrauch abzustellen (WOLFGANG WIEGAND, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, Art. 18 N 19 m.H.). Allerdings ist der Wortlaut nicht das einzig entscheidende Auslegungsmittel. Heranzuziehen ist vielmehr alles, was geeignet ist, zur Feststellung des wirklichen Parteiwillens bei Vertragsschluss beizutragen (WIEGAND, a.a.O., Art. 18 N 25). So kann sich auch bei einem zunächst klar und eindeutig erscheinenden Wortlaut bei Berücksichtigung der weiteren Umstände ergeben, dass er den tatsächlichen Parteiwillen nicht genau wiedergibt (BGE 131 III 280 ff. E. 3.1; BGE 129 III 118 ff. E. 2.5; BGE 128 III 212 ff. E. 2b/bb; BGE 127 III 444 ff. E. 1b). Dies gilt selbst bei Verwendung juristischer Begriffe, wo das Bundesgericht nur zurückhaltend auf eine Bindung an den objektiven juristischen Sinn schliesst (BGE 129 III

702 ff. E. 2.4.1). Weiter zu berücksichtigen ist im Rahmen der subjektiven Auslegung das nachvertragliche Parteiverhalten, sofern es Rückschlüsse auf den tatsächlichen Parteiwillen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zulässt (BGE 143 III 157 ff. E. 1.2.2 m.w.H.).

E. 4.3.2

Pauschalpreis und Beststellungsänderung Die Unternehmerin kann die Ausführung des ganzen geschuldeten Werks zu einem bestimmten Pauschalpreis übernehmen. Die zwischen den Parteien getroffene pauschale Preisabrede ist diesfalls verbindlich und unabhängig von den ausgeführten Leistungsmengen und vom Aufwand der Unternehmerin (vgl. Art. 41 i.V.m. Art. 40 Abs. 1 SIA-Norm 118). Der Preis ist mithin auch dann unabänderlich, wenn die Erstellungskosten (Arbeits-, Material- und andere Kosten) höher oder geringer sind, als bei Vertragsabschluss vorgesehen war (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4C.203/2005 vom 9. Januar 2006, E. 4.1, 4P.99/2005 vom 18. August 2005, E. 3.2, und 4C.23/2004 vom 14. Dezember 2004, E. 3.1). Dabei macht es keinen Unterschied, ob die ursprüngliche Kostenvorstellung der Unternehmerin auf grober Schätzung beruht oder auf genauer Kostenanalyse, und ob die Bauherrin bzw. Bestellerin die Kalkulation kannte, sie teilte oder nicht (GAUCH

- 18 - PETER, Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, N 902a). Entsprechend kann sich weder die Unternehmerin noch die Bestellerin auf die Angaben der vorraussichtlichen Mengen in einem allfälligen Leistungsverzeichnis berufen, falls es zum Streit über den Umfang der zu erbringenden Leistung kommt (vgl. GAUCH, a.a.O., N 927a). Dies schliesst freilich nicht aus, dass die zu einem Pauschalpreis geschuldete, konkrete Werkleistung durch mengenmässige Kriterien mitbestimmt ist, welche die pauschal zu vergütende Leistung detaillierter umschreiben (GAUCH, a.a.O., N 902). Die Bindung an einen vereinbarten Pauschalpreis ist darüber hinaus nicht absolut. Aufgrund von gesetzlichen Bestimmungen oder vertraglichen Abreden kann die Bindung durchbrochen werden. Ursachen, welche die Unternehmerin zu einer Mehrvergütung berechtigen, können namentlich Beststellungsänderungen, mangelhafte Mitwirkungshandlungen der Bauherrin bzw. Bestellerin sowie mangelhafte Angaben der Bauherrin bzw. Bestellerin über kostenbildende Faktoren sein (vgl. zum Ganzen ausführlich Urteil HG120098 vom 4. August 2015, E. 3.1.3.1). Eine Beststellungsänderung verändert die vereinbarte Herstellungspflicht (Art. 363 OR, Art. 2 SIA-Norm 118) in der Weise, dass die Unternehmerin beispielsweise zusätzliche oder zum Teil andere Arbeiten zu leisten, bestimmte Arbeiten wegzulassen oder das Werk anders als vereinbart auszuführen hat (GAUCH, a.a.O., N 768). Der dritte Abschnitt der SIA-Norm 118 befasst sich ausdrücklich mit (einseitigen) Beststellungsänderungen (vgl. Art. 84-91 SIA-Norm 118). Die Beststellungsänderung kann darüber hinaus auch durch Parteiabrede vereinbart werden. Ein vereinbarter Formvorbehalt begründet dabei die widerlegbare Vermutung, dass die Parteien vor Erfüllung dieser Form nicht gebunden sein wollen (Art. 16 Abs. 1 OR). Um keine Beststellungsänderungen handelt es sich bei nachträglichen Konkretisierungen der vom Unternehmer geschuldeten, im Werkvertrag aber nicht bis in alle Details differenziert umschriebenen Leistungen. Die Herstellungspflicht des Unternehmers wird lediglich näher bestimmt, jedoch nicht verändert (GAUCH, a.a.O., N 810b). Unter Schriftlichkeit ist mangels anders lautender Abrede die einfache Schriftlichkeit im Sinne der Art. 13-15 OR zu verstehen (Art. 16 Abs. 2 OR). Im Streitfall ist zu prüfen, ob eine Beststellungsänderung vorliegt oder ob die strittige Leistung noch in den Geltungsbereich des ursprünglichen Vertrags fällt. Soweit

- 19 - die Unternehmerin eine zusätzliche Vergütung fordert, trägt sie die Beweislast für das Vorliegen einer Beststellungsänderung (Urteile des Bundesgerichts 4A_156/2018 vom 24. April 2019, E. 4.2.3, und 4A_465/2017 vom 2. Mai 2018, E. 2 m.w.H.).

E. 4.3.3

Grundsätzliches zur Behauptungs- und Beweislast Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 127 III 365 ff. E. 2b; BGer-Urteile 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2 und 4A_57/2014 vom 8. Mai 2014 E. 1.3.3). Der Behauptungslast ist durch das Aufstellen eines schlüssigen Tatsachenvortrags Genüge getan. Das heisst, dass eine Partei diejenigen Tatsachen widerspruchsfrei und vollständig angeben muss, auf die sie ihr Begehren stützt, so dass der Tatsachenvortrag bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Es genügt, wenn diese Tatsachen in ihren Grundzügen behauptet werden (BGE 136 III 322 ff. E. 3.4.2; BGer-Urteile 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2 m.H., 4A_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 2.1 und 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; SUTTER-SOMM THOMAS / SCHRANK CLAUDE, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 55 N 21 m.H.). Eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast greift nur, soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag bestreitet. Diesfalls sind die Vorbringen in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass substantiiertes Bestreiten möglich ist bzw. dagegen der Gegenbeweis angetreten und darüber Beweis abgenommen werden könnte (BGer-Urteil 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; BGE 136 III 322 ff. E. 3.4.2; BGE 127 III 365 ff. E. 2b m.H.). Als Gegenstück zur Behauptungslast trifft die nicht beweisbelastete Partei die Bestreitungslast. Sie hat im Einzelnen darzutun, welche Tatsachen anerkannt und welche bestritten werden (vgl. Art. 222 Abs. 2 ZPO). Je detaillierter die Behauptungen sind, desto höher sind die Anforderungen an die Bestreitungen. Pauschales Bestreiten genügt also nicht, um eine Tatsache als strittig im Sinne von Art. 150 ZPO qualifizieren zu können. Erforderlich ist

- 20 - vielmehr eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird (BGE 141 III 433 ff. E.

E. 4.4

Würdigung

E. 4.4.1

Überblick

E. 4.4.1.1

Wie bereits ausgeführt (vgl. Erw. 2.2) handelt es sich bei der Forderung von CHF 172'920.40 um den nach Ansicht der Klägerin noch offenen Werklohn für die Lieferung und Montage von Wohnungs- und Lifttüren (einschliesslich Wandpuffern) in der zweiten Bauetappe. Die Wandpuffer bilden Gegenstand des Nachtrags Nr. 3, dessen Zustandekommen, Verbindlichkeit und Umfang (CHF 2'400.30 netto inkl. MWST) von der Beklagten nicht bestritten sind. Hinsichtlich der genannten Wohnungs- und Lifttüren (der zweiten Bauetappe) selbst ist sodann unbestritten, dass sie in der ("Standard-") Ausführung geliefert und montiert wurden, wie dies bereits im Werkvertrag vereinbart worden war.

Entsprechend stellte die Klägerin der Beklagten keine (zusätzlichen) Kosten für eine teurere Oberflächenbehandlung und Montage in Rechnung (vgl. act. 3/87 und act. 3/92). Sodann verzichtete die Klägerin bewusst auf die Verrechnung der zusätzlichen Kosten für Türfachplanung, obwohl letztere in der Auftragsbestätigung auch für die zweite Bauetappe aufgeführt wird (vgl. act. 3/39 Ziffern 3.3 und 5.5) und von der Klägerin auch erbracht worden sei (act. 21 N 25). In den entsprechenden Rechnungen (vgl. act. 3/87 und act. 3/92) sind die jeweiligen Positionen mit CHF 0.– aufgelistet.

E. 4.4.1.2

Die Beklagte bestreitet die Leistungserbringung durch die Klägerin auch in der zweiten Bauetappe nicht. Die Beklagte hat die Leistungen in der zweiten Bauetappe, welche Gegenstand der offenen und mit vorliegender Klage angeführten Rechnungen bilden, entgegen- und das Werk abgenommen. Die Werkabnahme ergab nach unbestrittener klägerischer Darstellung zwei unwesentliche

- 21 - Mängel, welche von der Klägerin nachgebessert wurden (act. 1 N 59; act. 21 N 29). Die Klägerin hat demnach die Leistungen, welche sie der Beklagten in Rechnung stellte, vertragsgemäss erbracht. Entsprechend hat die Klägerin grundsätzlich auch Anspruch auf Bezahlung des für diese Leistungen vereinbarten Werklohns. In der Sache scheint dies auch die Beklagte nicht zu bestreiten. Sie macht vielmehr geltend, der Klägerin den für die genannten Leistungen vereinbarten Werklohn über den anerkannten Betrag von CHF 56'465.20 hinaus nicht mehr zu schulden. Den zur Begründung dieses Standpunkts angeführten verschiedenen Argumentationslinien ist gemeinsam, dass sie nicht auf die konkreten klägerischen Forderungspositionen eingehen, sondern – wie teilweise auch die Klägerin – auf die von der Beklagten unter allen Verträgen gesamthaft geschuldete Vergütung abzielen.

E. 4.4.1.3

So erwähnt die Beklagte ein vertraglich vereinbartes Recht, einen Rückbehalt vorzunehmen (vgl. Erw. 4.4.2). Abgesehen davon bestreitet die Beklagte den klägerischen Vergütungsanspruch mit zwei Hauptargumenten. Erstens bestreitet sie hinsichtlich der ersten Bauetappe die (von ihr bereits beglichenen) klägerischen Ansprüche aus "Mehrleistungen bzw. Mehrkosten", welche nach Ansicht der Klägerin mit der Auftragsbestätigung vereinbart worden waren (Erw. 4.4.3). Zweitens macht die Beklagte geltend, das Vertragstotal sei mit den Nachträgen Nr. 1-3 (nachträglich) neu festgesetzt bzw. gesenkt worden (Erw. 4.4.4 ff.). Auf diese drei Argumentationslinien ist im Folgenden einzugehen.

E. 4.4.2

Rückbehalt Die Beklagte lässt ausführen, die Parteien hätten in Ziffer 6.4 AVB vorgesehen, dass Akontozahlungen nach Rechnungsstellung und Abgabe eines nachvollziehbaren Leistungsnachweises, maximal aber im Umfang von 90% des Leistungsstandes, erfolgen würden. Die Parteien hätten damit einen Rückbehalt von mindestens 10% des Leistungswertes festgelegt, wobei für den Rückbehalt kein Maximalbetrag bestehe; entsprechend sei die klägerische Forderung selbst unter Würdigung des von der Klägerin geltend gemachten Sachverhalts auf CHF 130'343.68 – was 10% der von der Klägerin behaupteten totalen Vertragssumme von CHF 1'303'436.80 entspricht – beschränkt (act. 14 N 20). Dies vermag nicht

- 22 - zu überzeugen. Einerseits ist angesichts der Formulierung "mindestens 10%" unklar, ob die Beklagte nicht gerade auch einen höheren Rückbehalt hätte vornehmen können. Andererseits gründet diese Argumentation auf einem falschen Umkehrschluss. Die von der Beklagten geschuldete Vergütung berechnet sich nicht anhand eines von ihr getätigten Rückhalts, sondern anhand der tatsächlichen vertraglichen Grundlagen bzw. erbrachten Leistungen. Im Übrigen bringt die Beklagte gar nicht vor, dass der von der Klägerin geforderte, restliche Werklohn von ihr in Ausübung der genannten Vertragsklausel zurückbehalten worden sei und nun eine Voraussetzung zur Leistung der ausstehenden Schlusszahlung nicht vorliege. So bestritt die Beklagte auch nicht, dass sämtliche Rechnungen der Klägerin hinsichtlich der ersten Bauetappe ohne Vor- oder Rückbehalt bezahlt worden seien, worauf die Klägerin zu Recht hinweist (act. 21 N 29) und im Folgenden noch näher einzugehen sein wird. Weiter blieb auch unbestritten, dass die beiden anlässlich der Werkabnahme festgestellten Mängel von der Klägerin umgehend beseitigt worden waren und die Beklagte auch die detaillierte Gesamtabrechnung erhalten hatte (act. 21 N 29). Weitere Ausführungen der Beklagten fehlen. Es erübrigt sich deshalb, auf dieses Thema näher einzugehen.

E. 4.4.3

Vertragsänderung durch die Auftragsbestätigung

E. 4.4.3.1

Vorbemerkung 4.4.3.1.1. Wie bereits einleitend festgehalten (vgl. Erw. 4.4.1.1), bildet hinsichtlich der vorliegend im Streit stehenden, konkreten Forderung der Nachtrag Nr. 3 die vertragliche Grundlage für die Lieferung und Montage der Wandpuffer. Auch wenn die Klägerin verschiedentlich und ausführlich von der Beklagten anerkannte Gesamtvertragssummen schildert, ist sodann festzuhalten, dass die Auftragsbestätigung die werkvertragliche Regelung hinsichtlich Lieferung und Montage der Wohnungs- und Lifttüren der zweiten Bauetappe – mit Ausnahme der Kosten für zusätzliche Türfachplanung, auf welche die Klägerin allerdings verzichtet hat (act. 21 N 25) – unbestrittenermassen unverändert liess (vgl. Erw. 4.4.1.1). Entsprechend wäre die von der Klägerin in Rechnung gestellte Vergütung für die Wohnungs- und Lifttüren der zweiten Bauetappe grundsätzlich selbst dann korrekt, wenn die Auftragsbestätigung, wie von der Beklagten behauptet, unverbindlich

- 23 - und allein der Werkvertrag massgebend wäre. Die von der Beklagten bestrittenen Mehrleistungen und zusätzlichen Vergütungsansprüche der Klägerin, welche sich nach deren Darstellung auf die Auftragsbestätigung stützen, betreffen mithin allein die erste Bauetappe. 4.4.3.1.2. Soweit die Beklagte demnach nun die Verbindlichkeit der Auftragsbestätigung bestreitet (vgl. Erw. 4.4.3.1.4 ff.), ist dies vor allem deshalb von Belang, weil sie damit heute im Ergebnis der Ansicht zu sein scheint, in der ersten Bauetappe Rechnungen bezahlt zu haben, mit welchen die Klägerin nicht vergütungsberechtigte Leistungen und damit zu viel gefordert habe. Mangels Ausführungen der Beklagten bleibt diesbezüglich aber unklar, weshalb sie die fraglichen Rechnungen (act. 3/75, act. 3/78 und act. 3/82) bezahlt hat, wenn sie ihrer Ansicht nach nicht vergütungsberechtigte Leistungen enthielten. Die Beklagte behauptet insbesondere keine irrtümliche Bezahlung. Mangels Ausführungen der Parteien bleibt – abgesehen vom vertraglichen Rückbehaltsrecht der Beklagten – zwar unklar, welche vertraglichen Abreden sie hinsichtlich Rechnungsstellung und -zahlung, insbesondere auch

Abschlagszahlungen, getroffen haben (vgl. dazu auch Art. 147 SIA-Norm 118). Allerdings bestritt die Beklagte das klägerische Vorbringen nicht, wonach es sich bei diesen Rechnungen – im Unterschied zu den explizit als solchen bezeichneten, früheren Akontorechnungen (act. 3/83-86 und act. 3/90), welche offensichtlich im Hinblick auf die Tilgung des Pauschalpreises gestellt und bezahlt wurden – um die Schlussrechnungen für die jeweiligen, fertig gestellten Werkteile gehandelt habe (act. 1 N 63 ff.). Dies stimmt im Übrigen auch mit dem Wortlaut dieser Rechnungen überein, welche im Detail die konkreten, erbrachten Leistungen in Übereinstimmung mit der genannten Auftragsbestätigung aufzuführen, die geleisteten Akontozahlungen in Abzug bringen und den Differenzbetrag in Rechnung stellen. Vor diesem Hintergrund steht jedenfalls fest, dass diese Rechnungen den klägerischen Vergütungsanspruch für den jeweiligen Werkteil abschliessend und verbindlich feststellten. Durch die vor- und rückbehaltslose Bezahlung hat die Beklagte diese Rechnungen als richtig anerkannt (vgl. dazu GAUCH, a.a.O., N 1264 ff.). Darauf kann unter Vorbehalt einer abweichenden Parteivereinbarung nicht mehr zurückgekommen werden. Eine solche Parteivereinbarung behauptet die Beklagte – abgesehen von einer allfälligen Neu-

- 24 - festlegung bzw. Senkung der Gesamtvertragssumme durch den Nachtrag Nr. 3 (vgl. Erw. 4.4.6) – nicht. Folglich ist die Anrechnung irgendwelcher Zahlungen in der ersten Bauetappe auf die im Streit liegenden, offenen Leistungen der zweiten Bauetappe bereits aus diesem Grund ausgeschlossen. Darüber hinaus sind die beklagtischen Vorbringen hinsichtlich einer Unverbindlichkeit der Auftragsbestätigung aber auch in der Sache unzutreffend, wie im Folgenden auch im Hinblick auf die Prüfung der von der Beklagten behaupteten (Neu-) Festlegung der Gesamtvertragssumme im Nachtrag Nr. 1 (vgl. Erw. 4.4.4) aufzuzeigen ist. 4.4.3.1.3. Die Klägerin macht im Zusammenhang mit der Auftragsbestätigung geltend, dass die Beklagte mit deren Unterzeichnung teurere Wohnungs- und Lifttüren als ursprünglich vorgesehen und zusätzliche Türfachplanung bestellt habe, wofür ein Werklohn von CHF 713'473.75 vereinbart worden sei. Diesen Vorgang bezeichnet sie – in Übereinstimmung mit ihrer Argumentation, wonach der Werkvertrag erst in jenem Moment im Juli 2016 und mit einem anderen (Wohnungs- und Lifttüren gemäss Auftragsbestätigung sowie das "Guthaben") als dem darin wiedergegebenen Inhalt zustande gekommen ist – schlicht als "Bestellung" (act. 1 N 25). 4.4.3.1.4. Nachdem der Werkvertrag lange vor der Unterzeichnung der Auftragsbestätigung und mit dem tatsächlich darin stehenden Inhalt zustande gekommen ist (vgl. Erw. 3.4), erweisen sich die klägerischen Ausführungen folgerichtig auch hinsichtlich der Auftragsbestätigung zumindest in terminologischer Hinsicht als ungenau. Fraglich ist, ob mit der Auftragsbestätigung über CHF 713'473.75 der der Klägerin zustehende Werklohn erhöht bzw. eine Beststellungsänderung vereinbart wurde. Die Beklagte bestreitet den klägerischen Vergütungsanspruch diesbezüglich in erster Linie mit formellen Einwänden. So könne die Klägerin aus der Auftragsbestätigung deshalb nichts zu ihren Gunsten ableiten, weil der vertraglich vereinbarte Schriftlichkeitsvorbehalt nicht erfüllt und kein Nachtrag abgeschlossen worden sei (act. 27 N 35 ff.). Nebst diesen formellen Punkten bringt die Beklagte schliesslich vor, sämtliche in der Auftragsbestätigung aufgeführten bzw. von der Klägerin erbrachten Leistungen seien vom Pauschalpreis gemäss Werkvertrag umfasst (act. 27 N 7). Diese Vorbringen sind im Folgenden zu prüfen.

- 25 -

E. 4.4.3.2

Schriftlichkeitsvorbehalt 4.4.3.2.1. Mit einer Auftragsbestätigung wird gemeinhin schriftlich ein mündliches Vertragsangebot angenommen. Nachdem die Parteien für Bestellungen Änderungen unbestrittenemassen einen Schriftlichkeitsvorbehalt vereinbart haben (explizit act. 21 N 2 und act. 27 N 35 ff.), macht die Klägerin grundsätzlich zu Recht nicht geltend, die Bestellung (-änderung) sei bereits mit Unterzeichnung der Auftragsbestätigung durch sie selbst zustande gekommen, sondern verortet das Zustandekommen im Zeitpunkt der Unterzeichnung durch die Beklagte. 4.4.3.2.2. Bei der vorliegenden Auftragsbestätigung handelt es sich offensichtlich um ein Schriftstück. Die Auftragsbestätigung ist sodann auf dem Deckblatt von der Klägerin und auf der letzten Seite – nach detaillierter Auflistung aller Leistungen – von der Beklagten unter der Überschrift "Auftrag erteilt:" mit dem Stempel der Beklagten versehen, datiert und unterzeichnet. Als unsubstantiiert erweist sich diesbezüglich der pauschale Einwand der Beklagten, die Auftragsbestätigung sei nur von ihrem Projektleiter J. _____ und damit nicht rechtsgültig unterzeichnet worden (act. 27 N 36). Es erschliesst sich daraus nicht, wer bei der Beklagten für welche Geschäfte über welche Zeichnungsberechtigungen verfügte und inwiefern diesbezüglich bei der genannten Auftragsbestätigung ein Mangel vorliegen sollte. Die Auftragsbestätigung ist somit gültig unterzeichnet und das Schriftlichkeitserfordernis insofern erfüllt, weshalb von vornherein kein Fall vorliegt, in welchem ein Unternehmer aufgrund von mündlichen Absprachen oder gar eigenmächtig nicht bestellte Leistungen erbracht hat, wie die Beklagte moniert (act. 27 N 37). Es liegt mithin gerade eine schriftliche Bestellung bzw. Genehmigung – wenn sie inhaltlich als solche zu qualifizieren ist (vgl. dazu Erw. 4.4.3.3) – der Beklagten vor. Nicht nachvollziehbar ist folglich das Vorbringen der Beklagten, Sinn und Zweck des von ihren AVB vorgesehenen Schriftlichkeitserfordernisses sei zu vermeiden, dass eine Unternehmerin eine mündliche oder "einseitig bestätigte" Auftragsofferte zum Vertragsbestandteil erkläre und gestützt darauf irgendwelche Ansprüche geltend mache (act. 27 N 37). Bestätigt die Beklagte die Offerte der Klägerin, liegt gerade keine einseitige Vertragsänderung vor, ist doch eine schriftliche und unterzeichnete Offerte der Unternehmerin von der Beklagten unterzeichnet und da-

- 26 - mit angenommen worden. Im Übrigen entspricht dies dem Ablauf, auf welchen sich die Beklagte beim Zustandekommen des Werkvertrags selbst beruft (vgl. Erw. 3.2.2).

4.4.3.2.3. Die Beklagte bestreitet die Verbindlichkeit der Auftragsbestätigung diesbezüglich weiter mit der Begründung, dass über den genannten Betrag von CHF 713'473.75 kein Nachtrag wie bei den Nachträgen Nr. 1-3 abgeschlossen worden sei. In diesem Sinne – so die Beklagte weiter – sähen die AVB vor, dass Bestellungen Änderungen oder sonstige zusätzliche Arbeiten, die nicht im Leistungsverzeichnis aufgeführt seien, vor der Arbeitsausführung unaufgefordert schriftlich als vollständiger Nachtrag zu den Bedingungen und Konditionen des Werkvertrages zu offerieren resp. genehmigen zu lassen seien (Ziffer 4.3.1. AVB). Für Leistungen, für die kein durch den Besteller unterzeichneter Nachtrag vorliege, entfalle gemäss Ziffer 4.3.2. AVB jeglicher Vergütungsanspruch (act. 27 N 35 ff.). Zwar bestreitet auch die Klägerin nicht, dass von den Parteien keine einschlägige Vereinbarung unterzeichnet wurde, welche mit "Nachtrag" betitelt ist. Für das Vorliegen einer verbindlichen Bestellungen Änderung ist allerdings im Grundsatz unerheblich, ob diese als "Nachtrag" bezeichnet wird oder nicht. Eine Bestellungen Änderung liegt vielmehr unabhängig von ihrer Bezeichnung (vgl. Art. 18 OR) vor, wenn die Parteien rechtsgeschäftlich den Inhalt des Werkvertrags abändern, die vereinbarte Herstellungspflicht also beispielsweise in der Weise abändern, dass der Unternehmer

zusätzliche oder zum Teil andere Arbeiten zu leisten, bestimmte Arbeiten wegzulassen oder das Werk anders als vereinbart auszuführen hat (Urteil HG120098 des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom

E. 4.4.3.3

Tatsächlicher Konsens 4.4.3.3.1. Darüber hinaus ist zu konstatieren, dass die Beklagte die formellen Mängel ausdrücklich zur Darlegung einer Unverbindlichkeit der Auftragsbestätigung vorgetragen hat. Bereits daraus folgt, dass die Beklagte einen tatsächlichen Konsens zwischen den Parteien – die Beklagte handelnd durch ihren damaligen Projektleiter – gerade nicht bestreitet, sondern in der Duplik nur neu die Ungültigkeit der Auftragsbestätigung herzuweisen versuchte. Einen Willensmangel bei Vertragsunterzeichnung behauptet sie nicht. In der Klageantwort hatte sie denn auch noch explizit anerkannt, dass die für die Wohnungseingangs- und Lifttüren geschuldete Vergütung auf CHF 713'473.75 festgelegt worden sei, und machte in erster Linie eine spätere Senkung dieser Vergütung durch den Nachtrag Nr. 1 geltend (vgl. Erw. 4.2.2). In der Duplik nahm die Beklagte lediglich eine Präzisierung ihrer hinsichtlich Chronologie der Vertragsverhandlungen und -abschlüsse falschen Ausführungen in act. 14 N 3 f. vor (act. 27 N 36). Davon abgesehen stellte sie sich sowohl in der Klageantwort als auch in der Duplik auf den Standpunkt, dass sämtliche Leistungen und damit auch die in der Auftragsbestätigung aufgeführten Mehrleistungen bereits im Pauschalpreis gemäss Werkvertrag enthalten waren (act. 14 N 27; act. 27 N 7, N 62 [S. 28 f.]). Im direkten Widerspruch dazu führte die Beklagte schliesslich in act. 27 N 58 aus, dass die Mehrleistungen nicht vom pauschalen Werkvertragspreis erfasst gewesen seien. Angesichts dieser Widersprüche liegt seitens der Beklagten offensichtlich kein schlüssiger Sachverhalt bzw. keine ausreichende Bestreitung der klägerischen Behauptungen hinsichtlich der Frage vor, ob die im Zeitpunkt der Unterzeichnung subjektiv von beiden Parteien gewollte Vereinbarung einer Mehrvergütung für zusätzliche Leistungen insofern falsch gewesen sei, als die fraglichen Mehrleistungen bereits durch die Werkvertragspauschale abgedeckt gewesen wären. Unabhängig davon ist aber der tatsächliche Konsens im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Auftragsbestätigung, welcher allein massgebend ist, seitens der Beklagten wie ausgeführt nicht bestritten.

4.4.3.3.2. Der tatsächliche Konsens im Zeitpunkt der Unterzeichnung, wonach mit der Auftragsbestätigung gerade eine zusätzliche Entschädigung von Mehrleistungen vereinbart wurde, ergibt sich aber klarerweise auch aus dem Wortlaut der Auftragsbestätigung und der im Rahmen der Vertragsverhandlungen geführten Parteikorrespondenz: Die Auftragsbestätigung führt über sechs Seiten geordnet nach Eigentümer und Bauetappen konkrete Leistungen der Klägerin mit der Angabe von Stückzahl, Stückpreis und jeweiligem Total auf. Bei den Tür-Positionen (z.B. die Ziffern 1.1 und 1.2) handelt es sich um die im Leistungsverzeichnis des Werkvertrags aufgeführten Leistungen bzw. Türen mit den Stückzahlen und -preisen gemäss jenem Leistungsverzeichnis, welche die Grundlage der Berechnung des Pauschalwerkpreises bildeten (vgl. dazu act. 14 N 13 und act. 28 N 5 ff.). Zusätzlich zum genannten Leistungsverzeichnis aufgelistet werden in der Auftragsbestätigung Kosten für eine Oberflächenbehandlung von CHF 385.– pro Türe mit einer genaueren Beschreibung (insbesondere "Spezialfarbton und zweifarbige Werklackierung inkl. verdeckte Montage") sowie Kosten für ein Türfachplangungsmandat. Entsprechend führt die Auftragsbestätigung als Vergütung für die von der Klägerin zu liefernden und einzubauenden Wohnungs- und Lifttüren mit den genannten (Zusatz-) Leistungen und unter Berücksichtigung der Rabatte

und Abzüge gemäss Werkvertrag ein "Gesamttotal" von CHF 713'473.75 inkl. MWST aus (Deckblatt sowie S. 7). Dieser Betrag übersteigt den – gemäss Leistungsverzeichnis und Darstellung auch der Beklagten (act. 27 N 8, N 26 ff., N 37) – im Werkvertrag für dieselbe Anzahl Wohnungs- und Lifttüren vorgesehenen Betrag von CHF 636'518.55 um rund CHF 77'000.–. Selbst wenn die aufgeführten (Mehr-)Leistungen von der Klägerin bereits unter Geltung des Werkvertrags hätten erbracht werden müssen, wie dies die Beklagte behauptet, würde die der Klägerin zustehende Vergütung durch die Auftragsbestätigung klarerweise erhöht. Mit anderen Worten sollten die in der Auftragsbestätigung aufgeführten Leistungen gerade nicht vollständig von der gemäss Leistungsverzeichnis auf die fraglichen Türen entfallenden Werkvertragspauschale von CHF 636'518.55 erfasst sein, sondern sollte eine höhere Vergütung vereinbart werden. Dies ergibt sich darüber hinaus auch aus der gleichentags zwischen den Parteien geführten E-Mail-Korrespondenz (act. 3/37), in welcher die Beklagte der Klägerin dieses (Vertrags-)Verständnis bestätigte. Ohnehin sollte mit der Auftragsbestätigung aber nicht bloss die Vergütung, sondern der Leistungsumfang abgeändert werden. Die Klägerin legte bereits in der Klage ausführlich dar, dass ihr die Beklagte hinsichtlich der Wohnungs- und Lifttüren mit E-Mail vom 9. Juni 2016 (act. 3/24) ein neues Farbkonzept bekannt gegeben habe, welches neu eine zweifarbige Lackierung der Türblätter, eine Lackierung anstatt Grundierung der Blockrahmen/Zargen der

- 30 - Wohnungseingangstüren verlangt sowie eine unsichtbare und deshalb aufwändigere Montage bedingt habe. Dies habe zur genannten Preiserhöhung von CHF 385.– pro Wohnungs- bzw. Lifttür und zum neuen Gesamtpreis von CHF 713'473.75 (netto nach Abzügen und inkl. MWST) geführt (act. 1 N 18 f.). Nicht bzw. nicht substantiiert (vgl. die pauschalen Ausführungen in act. 14 N 27 f.) bestritten hat die Beklagte damit, dass die Beklagte das Farbkonzept im Sinne der klägerischen Ausführungen geändert hat. Ohnehin wäre dies durch die entsprechende Parteikorrespondenz (act. 3/24) belegt und ergibt sich teilweise auch aus den Ausführungen der Beklagten selbst, wonach die von der Beklagten mit dem Werkvertrag angenommene klägerische Offerte nur eine einfarbige Ausführung ohne Preisaufschlag vorgesehen habe (act. 27 N 13). Daraus folgt, dass vom Pauschalpreis gemäss Werkvertrag eine zweifarbige Ausführung nicht umfasst war. Die Parteien vereinbarten entsprechend mit der Auftragsbestätigung gegenüber dem Werkvertrag die Lieferung und Montage anders beschaffener, nämlich eine abweichende Oberflächenbehandlung (zweifarbige Lackierung) aufweisender, Türen, welche zudem verdeckt und damit aufwändiger zu montieren waren. Dabei handelt es sich um ein anderes Werk als ursprünglich im Werkvertrag vereinbart, weshalb eine Beststellungsänderung vorliegt. Vor diesem Hintergrund kann offen bleiben, ob bereits die Freigabe der Türmatrix betreffend der Wohnungs- und Lifttüren beider Bauetappen eine verbindliche Bestellung bzw. Beststellungsänderung darstellt, wie dies die Klägerin an einer Stelle zu behaupten scheint (act. 1 N 25). 4.4.3.3. Nur der guten Ordnung halber ist somit darauf hinzuweisen, dass gestützt auf die vorstehenden Erwägungen auch ein entsprechender normativer Konsens als klarerweise erstellt und die Berufung auf den Pauschalpreis gemäss Werkvertrag entsprechend als unbehelflich anzusehen wäre. Die Auftragsbestätigung könnte angesichts des klaren Wortlauts nach Treu und Glauben nicht anders verstanden werden, als dass die Beklagte bei der Klägerin im Sinne einer Beststellungsänderung die aufgeführten (Mehr-)Leistungen zum genannten Preis von CHF 713'473.75 verbindlich bestellt.

- 31 - 4.4.3.3.4. Nach dem Gesagten stand der Klägerin für die Lieferung und Montage der Wohnungs- und Lifttüren und die genannten Zusatzleistungen gemäss Auftragsbestätigung eine Vergütung von CHF 713'473.75 zu. Zu prüfen ist deshalb im Folgenden die von der Beklagten behauptete Senkung dieser Vergütung durch den Nachtrag Nr. 1.

- 32 -

E. 4.4.4

Senkung des Werklohns (Wohnungs- / Lifttüren) durch den Nachtrag Nr. 1

E. 4.4.4.1

Schriftlichkeitsvorbehalt Soweit die Klägerin vorbringt, eine Neufestlegung bzw. Senkung der Werkvertragssumme auf den im Nachtrag Nr. 1 (act. 3/40) festgehaltenen Betrag liege bereits deshalb nicht vor, weil keine entsprechende schriftliche Vereinbarung vorliege (act. 21 N 2), ist sie nicht zu hören. Die Klägerin legt nicht dar und es ist auch nicht ersichtlich, weshalb der Nachtrag Nr. 1 bzw. die nachfolgenden Nachträge Nr. 2 und 3 nicht als schriftliche Vereinbarungen angesehen werden sollten. Es handelt sich um von beiden Parteien unterzeichnete Dokumente, weshalb auch der vertragliche Schriftlichkeitsvorbehalt offensichtlich erfüllt ist.

E. 4.4.4.2

Kein tatsächlicher Konsens 4.4.4.2.1. Die Beklagte behauptet einen tatsächlichen Konsens der Parteien hinsichtlich des auf den Nachträgen Nr. 1-3 vermerkten "Totals Verträge" bzw. hinsichtlich der damit einhergehenden Festsetzung bzw. Belassung des auf die Wohnungs- und Lifttüren entfallenden Teils der Werkvertragspauschale (CHF 636'518.55; vgl. Erw. 4.4.4.3.1). Sie leitet diesen tatsächlichen Konsens bzw. den mit ihrem überstimmenden, subjektiven Vertragswillen der Klägerin aus der Unterzeichnung der Nachträge Nr. 1-3 mit dem genannten Total ab (act. 27 N 53). Darüber hinaus weist sie auf das Schreiben der Klägerin vom 12. Dezember 2016 (act. 3/57) hin, in welchem diese die Gesamtsumme des Werkvertrags und der Nachträge Nr. 1 und 2 selber mit CHF 1'223'981.30 angebe, was mit dem im Nachtrag Nr. 2 (act. 3/55) vermerkten Total übereinstimme (act. 14 N 45). Die Klägerin bestreitet das Vorliegen eines tatsächlichen Konsenses hinsichtlich des auf S. 1 des Nachtrags Nr. 1 und folglich auch den Nachträgen Nr. 2 und 3 vermerkten "Total Verträge" (act. 21 N 3, N 15, N 17) bzw. hinsichtlich des von ihr darin erblickten Abzugs von CHF 129'381.45 (act. 21 N 12, N 13, N 15, N 17, N 37). Sie macht geltend, den aus ihrer Sicht fehlerhaften Betrag weder in den Nachträgen noch in der Korrespondenz mit der Beklagten, sondern erst bei der Zusammenstellung der Gesamtabrechnung im Januar 2018 bemerkt zu haben (act. 1 N 70, N 72).

- 33 - 4.4.4.2.2. Damit bringt sie im Ergebnis vor, hinsichtlich des genannten Totals bei Unterzeichnung des ersten Nachtrags keinen Gestaltungswillen gehabt zu haben. Allein aus der Unterzeichnung der Nachträge und dem von der Beklagten angeführten Schreiben lässt sich vor diesem Hintergrund entgegen der Ansicht der Beklagten kein tatsächlicher Vertragswille der Klägerin erstellen, das Total auf den genannten Betrag festzulegen und entgegen der Auftragsbestätigung auf eine Vergütung für die zusätzlichen Leistungen zu verzichten. Die Klägerin bringt gerade vor, bei der Unterzeichnung und der Korrespondenz mit der Beklagten nicht bemerkt zu haben, dass die von der Beklagten in den Nachträgen eingesetzten Beträge ihrer Ansicht nach falsch seien. Mit diesem Vorbringen übereinstim-

mend erstellte die Klägerin zwischen der Unterzeichnung der Nachträge Nr. 2 und 3 auch die "(Schluss-)Rechnungen", welche mit dem jeweiligen Total in den Nachträgen Nr. 1-3 gerade nicht übereinstimmen. Die Beklagte bringt keine Umstände vor, welche diese klägerische Behauptung zu widerlegen bzw. die eigene Darstellung zu belegen vermögen, wonach die Klägerin im Zeitpunkt der Unterzeichnung die ihr zustehende Vergütung tatsächlich auf CHF 636'518.55 festlegen und so auf die nur Tage davor vereinbarte höhere Vergütung verzichten wollte. Wenn der Klägerin, wie dies die Beklagte vorbringt (act. 14 N 10, N 43, N 51; act. 27 N 55), vorzuwerfen wäre, bei Unterzeichnung der Nachträge sowie beim Verfassen des genannten Schreibens die jeweiligen Beträge aus Nachlässigkeit nicht überprüft zu haben, könnte dies höchstens zu einer Zurechnung nach dem Vertrauensprinzip, nicht aber zur Feststellung eines tatsächlichen Vertragswillens führen. Der Beklagten misslingt folglich der Nachweis eines tatsächlichen Konsenses mit dem von ihr behaupteten Inhalt. 4.4.4.2.3. Nach dem Gesagten ist der Nachtrag Nr. 1 nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.

E. 4.4.4.3

Auslegung nach dem Vertrauensprinzip 4.4.4.3.1. Der Nachtrag Nr. 1, welcher sämtliche UG-Türen zum Gegenstand hat, geht von einer Vergütung für die Wohnungs- und Lifttüren von CHF 636'518.55 aus ("Total Verträge" von CHF 1'180'873.75 abzgl. CHF 544'355.20 für die UG-Türen), wie folgt:

- 34 - 4.4.4.3.2. Die Klägerin liess in der Replik ihr früheres Vorbringen (act. 1 N 37 f., N 70, N 72 ff.) fallen, wonach es sich dabei um einen schlichten Rechnungsfehler der Beklagten handeln müsse (act. 21 N 11 f.). Der Differenzbetrag von CHF 636'518.55 entspricht der gemäss Leistungsverzeichnis des Werkvertrags auf die Wohnungs- und Lifttüren entfallenden Vergütung (act. 14 N 13 und act. 28 N 5 ff.), mithin dem ursprünglichen Leistungsumfang ohne die in der Auftragsbestätigung zusätzlich aufgeführten Oberflächenbehandlung/verdeckte Montage und Türfachplanung. Offensichtlich ist damit, dass Auftragsbestätigung und Nachtrag Nr. 1 – und folglich auch die Nachträge Nr. 2 und 3 – nicht übereinstimmen. 4.4.4.3.3. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, sie habe darauf vertrauen dürfen, dass die Klägerin mit dem Nachtrag Nr. 1 vollumfänglich einverstanden sei und das Total anerkenne, nachdem sie den Nachtrag vorbehaltlos und ohne irgendwelche Beanstandungen unterzeichnet habe. Nur schon aufgrund der Höhe des Betrags habe die Beklagte davon ausgehen dürfen, dass die Klägerin den Nachtrag vor der Unterzeichnung genau prüfe. Aus objektiver Empfängersicht hätte jede vernünftige Person den Nachtrag auch so verstanden, dass die Werkvertragssumme neu CHF 1'180'873.75 betrage. Das aufgedruckte Total sei ein wesentlicher Bestandteil und nicht bloss deklaratorischer Art (act. 27 N 55). 4.4.4.3.4. Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Der Nachtrag Nr. 1 bestätigt gemäss Wortlaut die Annahme der Offerte der Klägerin hinsichtlich der

- 35 - neu zu regelnden UG-Türen und gibt die entsprechende Berechnung der von der Beklagten diesbezüglich geschuldeten Vergütung wieder. Dass dem im Anschluss daran aufgeführten "Total Verträge" eine eigene Gestaltungswirkung insofern zukommen soll, als es die mit der Auftragsbestätigung vereinbarte Vergütung für die Wohnungs- und Lifttüren wieder verringern würde, ist daraus nicht direkt ersichtlich und ergibt sich erst durch eine entsprechende Kontrollrechnung. Werden in einem Nachtrag zu einem Werkvertrag zusätzliche Leistungen und zu deren Vergütung ein Mehrpreis vereinbart, ist einem im Anschluss daran aufgeführten neuen "Vertragstotal" regelmässig eine rein

deklaratorische Natur zu eigen. Der Mehrpreis, welcher den eigentlichen Vereinbarungsinhalt darstellt, wird der früher vereinbarten Vergütung hinzugerechnet. Entsprechend ist grundsätzlich nicht zu erwarten, dass durch das neue Vertragstotal gleichzeitig ein Minderpreis für nicht Gegenstand des Nachtrags bildende Leistungen vereinbart wird. Vorliegend haben die Parteien zwar die UG-Türen aus dem Werkvertrag entfernt und im Nachtrag Nr. 1 vollständig neu geregelt, anstatt bloss einen Nachtrag für zusätzliche UG-Türen oder eine andere Ausführung der UG-Türen mit einem entsprechenden Mehrpreis zu vereinbaren. Dies ändert aber nichts daran, dass von dem "Total Verträge" entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 27 N 55) auch in diesem Fall bloss eine deklaratorische Wiedergabe der neuen Vertragssumme zu erwarten ist. Gäbe es die Auftragsbestätigung nicht, hätte die vollständige Entfernung der UG-Türen aus dem Werkvertrag und deren Neuregelung im Nachtrag Nr. 1 – wie die Beklagte selbst vorbringt (act. 27 N 8, N 22 ff., N 37, N 55 und N 59) – direkt zur Folge, dass sich die ursprünglich vereinbarte Vergütung um den auf diese UG-Türen entfallenden Teil reduziert. Andernfalls würde die Lieferung und Montage der UG-Türen zweimal vergütet, was unbestrittenermassen auch nicht dem Willen der Klägerin entsprach. Einer nochmaligen Vereinbarung über das "Total Verträge" hätte es zur Verhinderung einer doppelten Entschädigung für die UG-Türen nicht zwingend bedurft, das "Total Verträge" würde auch in diesem Fall bloss deklaratorisch das vorstehend Vereinbarte nachvollziehen. In diesem Sinne steht vorliegend die Frage nach einer rechtsgestaltenden Wirkung des "Total Verträge" allein deshalb im Raum, weil es die mit der Auftragsbestätigung getroffene Vereinbarung wieder aufhebt. Eine solche Aufhebung wurde unbestrittenermas-

- 36 - sen nicht bereits vorgängig in einem anderen Vertragsdokument vereinbart. Zwar führt die Beklagte im Grundsatz zutreffend aus, dass von einer umsichtigen Partei bei Unterzeichnung von Verträgen solcher Tragweite zu erwarten ist, eine Kontrollrechnung vorzunehmen. Tut sie dies nicht, riskiert sie, trotz ihrem fehlenden inneren Bindungs- bzw. Vertragswillen eine vertragliche Bindung einzugehen (vgl. BGE 120 II 197 ff. E. 2 und BGE 122 IV 332 ff. E. 2c). Das Vertrauensprinzip kann mithin unter Umständen auch dann zur Anwendung gelangen, wenn der Erklärende sich gar nicht bewusst ist, dass sein Verhalten von einer anderen Person als Willensäusserung aufgefasst werden könnte (MÜLLER, a.a.O., Art. 1 N 160). Voraussetzung für eine solche objektiv-konkrete Zurechnung bleibt allerdings, dass der Erklärungsempfänger die unbeabsichtigte Willenserklärung nach Treu und Glauben tatsächlich so verstehen durfte, wie er sie verstanden hat. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Einerseits ist angesichts der Tatsache, dass die Beklagte bzw. ihr Projektleiter die Auftragsbestätigung am gleichen Tag, nämlich dem 9. Juli 2016, unterzeichnete (vgl. act. 3/39 und act. 3/40, jeweils letzte Seite) und diesbezüglich ein tatsächlicher Konsens vorliegt (vgl. Erw. 4.4.3.3), ausgeschlossen, dass die Beklagte das klägerische Verhalten tatsächlich in ihrem Sinne verstanden und auf dessen Geltung vertraut hätte. Andererseits würde dieses Vertrauen selbst im gegenteiligen Fall keinen Schutz verdienen. Aus der Auftragsbestätigung ging für die Beklagte erkennbar und klar hervor, dass die Klägerin die fraglichen Leistungen zum Preis von CHF 713'473.75, mithin die zusätzlichen Leistungen nicht unentgeltlich zu erbringen bereit ist (vgl. Erw. 4.4.3.3.2 f.). Darüber hinaus bestätigte die Beklagte der Klägerin gleichentags auch per E-Mail (act. 3/37) deren Vertragsverständnis. Vor diesem Hintergrund durfte die Beklagte nicht in guten Treuen davon ausgehen, dass die Klägerin durch Unterzeichnung des Nachtrags Nr. 1 nur drei Tage später plötzlich auf die gleichzeitig bzw. kurz davor vereinbarte (Zusatz-) Vergütung verzichtet, zumal unbestritten

ist, dass die Beklagte die Klägerin nicht auf die abweichende Regelung im Nachtrag Nr. 1 aufmerksam gemacht hat. Im Gegenteil durfte die Klägerin davon ausgehen, dass sich die von der Beklagten am gleichen Tag unterzeichneten Vertragsunterlagen ohne anderslautende Hinweise nicht widersprechen bzw. dem auf dem Nachtrag Nr. 1 aufgeführten Total keine von der ausgehandelten Vereinbarung abweichen-

- 37 - de, rechtsgestaltende Wirkung zukommt. Es ist im Übrigen auch nicht ersichtlich, inwiefern es sich bei einem "Abzug" von CHF 129'381.45 noch um eine im Bau- gewerbe übliche Preisreduktion handeln könnte (act. 14 N 10), wenn die Parteien bereits einen Rabatt von 7% vereinbart haben (act. 21 N 12 f.). 4.4.4.3.5. Somit ergibt die Auslegung, dass bei Unterzeichnung des Nachtrags Nr. 1 kein normativer Konsens dahingehend bestanden hat, den Werklohn für die von der Klägerin zu erbringenden Leistungen, wie sie auch in der Auftragsbestäti- gung wiedergegeben werden, auf CHF 636'518.55 festzusetzen.

E. 4.4.5

Senkung des Werklohns (Wohnungs- / Lifttüren) durch den Nachtrag Nr. 2

E. 4.4.5.1

Der Nachtrag Nr. 2 genügt dem vertraglichen Schriftlichkeitsvorbehalt (vgl. Erw. 4.4.4.1). Ein tatsächlicher Konsens lässt sich nicht erstellen (vgl. Erw. 4.4.4.2). Entsprechend ist auch der Nachtrag Nr. 2 nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.

E. 4.4.5.2

Der Nachtrag Nr. 2 (act. 3/55) wurde von der Beklagten am 22. August 2016 und von der Klägerin am 26. August 2016 unterzeichnet. Er weist denselben Aufbau wie der Nachtrag Nr. 1 auf und führt insbesondere dessen "Total Verträ- ge" unter Hinzurechnung des im Nachtrag Nr. 2 vereinbarten Mehrpreises von CHF 43'107.55 weiter. Aufgrund der blossen Weiterführung der bereits im Nach- trag Nr. 1 enthaltenen Entschädigung für die Wohnungs- und Lifttüren (so auch die Beklagte in act. 14 N 3, N 9 f., N 14, N 35, N 39 und act. 27 N 27, N 55) ist be- reits zweifelhaft, ob dem "Total Verträge" gemäss Nachtrag Nr. 2 überhaupt noch eine eigene, rechtsgestaltende Wirkung zukommt. Ohnehin können aber die zum Nachtrag Nr. 1 gemachten Ausführungen auch bezüglich des Nachtrags Nr. 2 Geltung beanspruchen. Die Beklagte durfte mithin nicht davon ausgehen, dass die Klägerin durch Unterzeichnung des Nachtrags Nr. 2 auf die kurz davor verein- barte (Zusatz-) Vergütung plötzlich verzichtet, zumal unbestritten ist, dass die Be- klagte die Klägerin nicht auf die abweichende Regelung im Nachtrag Nr. 1 auf- merksam gemacht hat. Somit ist festzuhalten, dass bei Unterzeichnung des Nach- trags Nr. 2 kein normativer Konsens dahingehend bestanden hat, den Werklohn

- 38 - für die von der Klägerin zu erbringenden Leistungen, wie sie auch in der Auf- tragsbestätigung wiedergegeben werden, auf CHF 636'518.55 festzusetzen.

E. 4.4.6

Senkung des Werklohns (Wohnungs- / Lifttüren) durch den Nachtrag Nr. 3

E. 4.4.6.1

Der Nachtrag Nr. 3 (act. 3/69), welcher von der Beklagten am 17. Mai 2017 und von der Klägerin am 31. Mai 2017 unterzeichnet wurde, genügt dem vertraglichen Schriftlichkeitsvorbehalt (vgl. Erw. 4.4.4.1). Ein tatsächlicher Kon- sens lässt sich nicht

erstellen (vgl. Erw. 4.4.4.2). Entsprechend ist auch der Nachtrag Nr. 3 nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.

E. 4.4.6.2

Die Erwägungen zum Nachtrag Nr. 2 können grundsätzlich auch hinsichtlich des Nachtrags Nr. 3 Geltung beanspruchen. Auch der Nachtrag Nr. 3 weist denselben Aufbau wie die Nachträge Nr. 1 und 2 auf und führt insbesondere das "Total Verträge" unter Hinzurechnung des im Nachtrag Nr. 3 vereinbarten Mehrpreises von CHF 2'400.30 weiter. Aufgrund der blossen Weiterführung der bereits im Nachtrag Nr. 1 enthaltenen Entschädigung für die Wohnungs- und Lifttüren (so auch die Beklagte in act. 14 N 3, N 9 f., N 14, N 35, N 39 und act. 27 N 27, N 55) ist bereits zweifelhaft, ob dem Nachtrag Nr. 3 überhaupt eine eigene, rechtsgeltende Wirkung zukommen kann. Ohnehin ist aber darauf hinzuweisen, dass die Klägerin der Beklagten nach Lieferung und Montage der Wohnungs- und Lifttüren im September 2016 – somit nach Unterzeichnung des Nachtrags Nr. 2 und vor Unterzeichnung des Nachtrags Nr. 3 – gestützt auf die Auftragsbestätigung abschliessend Rechnung stellte (vgl. Erw. 4.4.3.1.2). Mit diesen Schlussrechnungen hat die Klägerin gegenüber der Beklagten nochmals ihr Vertragsverständnis offenbart, welches mit den Nachträgen Nr. 1 und 2 nicht übereinstimmt. Durch die vor- und rückbehaltlose Bezahlung durch die Beklagte durfte sich die Klägerin in guten Treuen in ihrem Vertragsverständnis bestätigt sehen und hatte keinen Anlass, auf einen abweichenden Vertragswillen der Beklagten zu schliessen und Kontrollrechnungen anzustellen. Die Beklagte durfte unter diesen Umständen nicht davon ausgehen, dass die Klägerin durch Unterzeichnung des Nachtrags Nr. 3 auf die in der Auftragsbestätigung vereinbarte (Zusatz-) Vergütung nach Bezahlung der gestützt darauf erstellen Rechnungen verzichtet. Zudem ist wiederum unbestritten, dass die Beklagte die Klägerin nicht auf die abweichende Regelung

- 39 - aufmerksam gemacht hat. Somit ist festzuhalten, dass auch bei Unterzeichnung des Nachtrags Nr. 3 kein normativer Konsens dahingehend bestanden hat, den Werklohn für die von der Klägerin in diesem Zeitpunkt bereits erbrachten Leistungen, wie sie auch in der Auftragsbestätigung wiedergegeben werden, nachträglich auf CHF 636'518.55 zu senken.

E. 4.4.7

Zwischenergebnis Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass der Klägerin der Werklohn von CHF 713'473.75 gemäss genannter Auftragsbestätigung grundsätzlich zusteht bzw. zu Recht bereits bezahlt wurde.

E. 4.4.8

Betragsmässig über das "Guthaben" abgerechnete Leistungen

E. 4.4.8.1

Die Klägerin behauptet, betragsmässig über das "Guthaben", bestehend aus der Differenz zwischen der Vergütung gemäss Auftragsbestätigung und der ursprünglichen Werkvertragssumme, folgende Mehrkosten abgerechnet zu haben, welche somit über den Vertragsumfang der Auftragsbestätigung oder der Nachträge hinaus geleistet worden sein sollen (jeweils brutto exkl. MWST) (act. 21 N 28; act. 1 N 42 ff.): - CHF 9'900.– für zusätzliche Elemente Traforaum (Rechnung 1010576, act. 22/108); - CHF 7'826.– Mehrkosten für UG-Türen in den Häusern Nr. ...-... gemäss Türmatrix (act. 22/124b) und Rechnung 1010574 (act. 22/114); - CHF 14'765.– Mehrkosten für UG-Türen in den

Häusern Nr. ...-... gemäss Türmatrix (act. 22/125b) und Rechnung 1010580 (act. 22/118); - CHF 15'318.50 Mehrkosten für UG-Türen in den Häusern Nr. ...-... ge- mäss Türmatrix (act. 22/126b) und Rechnung 1010578 (act. 22/122); - CHF 2'760.- Mehrleistung Türfachplanung, Differenz zwischen den offe- rierten 136 Stunden (act. 3/40) und den verrechneten 159 Stunden (act. 22/114, 118, 122);

- 40 - - CHF 3'220.- Mehrpreis für Türstopper der Wohnungseingangstüren der ersten Bauetappe (act. 3/75, act. 3/78 und act. 3/82).

E. 4.4.8.2

Die Beklagte hat das entsprechende "Guthaben" der Klägerin in der Kla- geantwort ausdrücklich anerkannt (act. 14 N 3, 16 und 18). In der Duplik äusserte sie sich nicht mehr dazu, bestritt aber die von der Klägerin betragsmässig darüber abgerechneten, obgenannten Leistungen in pauschaler Weise (act. 27 N 62 S. 29).

E. 4.4.8.3

Die Klägerin behauptet nicht, dass ihr das "Guthaben" zusteht bzw. zuge- standen hätte, ohne dass sie dafür auch konkrete Leistungen hätte erbringen müssen. Insofern erübrigen sich Ausführungen zum "Guthaben", insbesondere auch zur klägerischen Behauptung, der Projektleiter der Beklagten habe dieses auf der Auftragsbestätigung für die Wohnungs- und Lifttüren (act. 3/39) hand- schriftlich anerkannt (act. 1 N 31, N 35). Auf der anderen Seite ergibt sich aus den Ausführungen der Beklagten nicht, welche tatsächlichen oder rechtlichen Folgen sie mit ihrer Bestreitung der fraglichen Leistungen verbindet, wie im Folgenden aufzuzeigen ist.

E. 4.4.8.4

Soweit die Beklagte mit obgenannter pauschaler Bestreitung auch die tat- sächliche Leistungserbringung durch die Klägerin bestreiten wollte, würde sich dieser Einwand bezüglich aller obgenannten Positionen als unsubstantiiert und folglich unzureichend erweisen, setzt sich die Beklagte doch nicht einmal ansatz- weise mit den konkreten klägerischen Behauptungen auseinander. Es ist dem- nach davon auszugehen, dass die Klägerin die in Rechnung gestellten Leistungen tatsächlich erbracht hat. Die Beklagte hat denn auch alle entsprechenden Rech- nungen vom September bzw. Oktober 2016, welche die Leistungen im Detail auf- führten und zusätzlich in Rechnung stellten, unbestrittenermassen ohne Vor- oder Rückbehalt bezahlt (act. 21 N 27 f.). Soweit die Beklagte demnach nun – wie bei den von der Auftragsbestätigung erfassten Leistungen (vgl. Erw. 4.4.3.1.2) – nachträglich den klägerischen Vergütungsanspruch bestreitet, rechnet sie diese Zahlungen faktisch auf die noch nicht vergüteten klägerischen Leistungen in der zweiten Bauetappe an (so explizit auch ihre Aufstellung in act. 14 N 18). Mangels Ausführungen der Beklagten bleibt unklar, weshalb sie die fraglichen Rechnungen

- 41 - bezahlt hat, wenn die entsprechenden Leistungen ihrer Ansicht nach nie verein- bart oder durch die werkvertragliche Regelung bereits abgegolten gewesen wä- ren. Die Beklagte wendet in diesem Zusammenhang bloss ein, es sei irrelevant, "wann die Beklagte irgendwelche "Akontorechnungen etc." bezahlt habe (act. 27 N 62 S. 29). Unklar und entsprechend unsubstantiiert bleibt, ob die Beklagte da- mit vorbringen will, dass es sich bei der Bezahlung der fraglichen Rechnung aus ihrer Sicht lediglich um Akontozahlungen gehandelt habe. Ohnehin würde dies in den fraglichen Rechnungen keine Stütze finden. Akontorechnungen scheinen von den Parteien jeweils als solche bezeichnet worden zu sein.

Alle vorliegend interressierenden Rechnungen enthalten hingegen keinerlei Hinweise dafür, dass es sich um Akontorechnungen gehandelt hätte. Im Gegenteil werden auch bei den Rechnungen Nr. 1010574 (act. 22/114), 1010580 (act. 22/118) und 1010578 (act. 22/122) wiederum die konkret erbrachten Leistungen aufgeführt, die bis dahin geleisteten Akontozahlungen in Abzug gebracht und der verbleibende Restsaldo in Rechnung gestellt. Selbst wenn es sich mit Bezug auf die Gesamtvergütung um Akontorechnungen gehandelt hätte, wäre angesichts der detaillierteren Aufführung aller nach Ansicht der Klägerin geschuldeten Leistungen von der Beklagten zu erwarten gewesen, bei Bezahlung entsprechende Vorbehalte anzubringen. Mit der Rechnung 1010576 (act. 22/108) wurden sodann ohnehin explizit und separat Zusatzleistungen (Trafotüren) in Rechnung gestellt. Durch die Bezahlung hat die Beklagte diese Rechnungen grundsätzlich als richtig anerkannt (GAUCH, a.a.O., N 1264 ff.). Eine vertragliche Rückzahlungsabrede oder eine irrtümliche Bezahlung behauptet die Beklagte nicht.

E. 4.4.8.5

Auch das weitere Argument der Beklagten, im Nachtrag Nr. 1 sei die "neue Werkvertragssumme nachträglich, netto pauschal rechtsgültig vereinbart" worden (act. 27 N 62 S. 29; Unterstreichung hinzugefügt), verfängt nicht. Soweit sich dieses Vorbringen auf das "Total Verträge" bezieht, kann auf vorstehende Erwägungen verwiesen werden. Es besteht diesbezüglich weder ein tatsächlicher noch ein normativer Konsens (vgl. Erw. 4.4.4.2 ff.). Im Übrigen ginge dieses Argument auch hinsichtlich der Vergütung für die UG-Türen von vornherein an der Sache vorbei, soweit es nicht die Wandpuffer (CHF 3'220.–) betrifft. Die von der Klägerin abgerechneten Mehrkosten betreffen mit Ausnahme der Wandpuffer

- 42 - Leistungen im Zusammenhang mit den UG-Türen. Der diesbezügliche Leistungsumfang wurde unbestrittenermassen mit dem Nachtrag Nr. 1 vollständig neu vereinbart. Angebliche spätere Mehrleistungen zu diesem Nachtrag Nr. 1 können somit nicht von einer durch eben diesen Nachtrag Nr. 1 neu und diesbezüglich nicht nachträglich festgelegten Vertragssumme umfasst sein. Fraglich wäre somit einzig, ob es sich bei der vereinbarten Vergütung für die UG-Türen um einen Pauschalpreis handelt, welcher auch die in Rechnung gestellten Mehrleistungen umfasst. Dafür liesse sich im Nachtrag Nr. 1 zumindest kein offensichtlicher Hinweis finden. Indem die Beklagte nach dem Nachtrag Nr. 1 die klägerischen Rechnungen bezahlte, hat sie diese allerdings ohnehin als richtig anerkannt und damit die Klägerin in deren Vertragsverständnis bestätigt, wonach die fraglichen Leistungen nicht bereits durch einen Pauschalpreis abgegolten sind. Mangels Ausführungen der Beklagten bleibt unklar, weshalb die Beklagte die jeweiligen Rechnungen bezahlt hätte, wenn die verrechneten Leistungen ihrer Ansicht nach durch einen Pauschalpreis bereits abgegolten gewesen wären.

E. 4.4.8.6

Die Beklagte moniert weiter, die Klägerin verkenne, dass es sich "um einen Gesamtbetrag gemäss Nachtrag 3 handelt (Netto und pauschal)" (act. 27 N 62 S. 29). Der Nachtrag Nr. 3 ist zwar nach Bezahlung der fraglichen Rechnungen abgeschlossen worden, weshalb nicht ausgeschlossen wäre, dass die Parteien mit ihm auf die durch die Bezahlung der Rechnungen erfolgte Anerkennung zurück gekommen sind. Allerdings wurde das "Total Verträge" wie bereits ausgeführt nicht rechtsgültig vereinbart (vgl. Erw. 4.4.4.2 ff.). Ohnehin wäre allerdings zu berücksichtigen, dass der Nachtrag Nr. 3 das "Total Verträge"

lediglich weiter- führt. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern dem Nachtrag Nr. 3 nach erfolgter expliziter Anerkennung durch Bezahlung der Rechnungen vor diesem Hintergrund eine eigenständige Gestaltungswirkung zukommen könnte. Der Vollständigkeit halber ist hinsichtlich der mit dem Nachtrag Nr. 3 vereinbarten Zusatzvergütung von CHF 2'400.30 festzuhalten, dass diese die Wandpuffer der zweiten Bauetappe ent- schädigt. Somit besteht kein Zusammenhang zur vorgenannten Position "Wand- puffer" (CHF 3'220.–) in der ersten Bauetappe. Die übrigen behaupteten Mehrleis- tungen haben von vornherein keinen Bezug zu Wandpuffern.

- 43 -

E. 4.4.8.7

Bezüglich der verrechneten Trafotüren (CHF 9'900.–) ist ergänzend zu bemerken, dass die Beklagte eine entsprechende Offerte der Klägerin unter- zeichnet hat (act. 3/47). Die Klägerin schildert darüber hinaus, wie es zur Nach- bestellung dieser zusätzlichen Trafotüren gekommen ist (vgl. act. 1 N 42; act. 21 N 9). Die Beklagte bestreitet diese "Nachbestellung" mit dem Hinweis, in act. 3/47 sei festgehalten, dass "Masse voll zulasten des Unternehmers" gehen würden (act. 14 N 42) und verweist im Übrigen auf act. 14 N 8, welche sich mit Regiear- beiten bzw. dem Erfordernis einer Beauftragung der Klägerin durch die Beklagte vor Leistungserbringung beschäftigt. Es erschliesst sich nicht, was die Beklagte damit behaupten will. Hinsichtlich der Trafotüren liegt somit keine substantiierte Bestreitung durch die Beklagte und damit eine verbindliche Bestellung vor.

E. 4.4.8.8

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass weder dargetan noch er- sichtlich ist, weshalb die Beklagte nach Bezahlung der über das "Guthaben" ab- gerechneten Leistungen berechtigt wäre, die entsprechenden Zahlungen auf die im Streit liegenden, noch nicht bezahlten Leistungen anzurechnen.

E. 4.4.9

Ergebnis Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die Beklagte die Zahlung der im Streit liegenden Rechnungen bzw. Leistungen nicht deshalb verweigern kann, weil sie für andere Leistungen zu viel bezahlt hat, oder die bereits geleistete Vergütung nachträglich gesenkt wurde. Nachdem die Beklagte die Leistungserbringung nicht bestreitet und keine weiteren, ihrer Zahlungspflicht im Weg stehenden Gründe behauptet, besteht der Vergütungsanspruch der Klägerin – nach Abzug des nach ihrer Darstellung zu viel eingeklagten Betrags von CHF 0.65 – in der behaupteten Höhe von CHF 172'919.75.

E. 5

Forderung von CHF 6'957.75 für Regiearbeiten

E. 5.1

Unbestrittener Sachverhalt Die Klägerin hat der Beklagten die Akontorechnungen Nr. 1012145 und Nr. 1012146 vom 2. November 2017 (zweite Bauetappe) gestellt, welche Positio- nen für Regiearbeiten enthielten. Diese sind von der Beklagten mit dem Vermerk

- 44 - retourniert worden, dass die Regiearbeiten separat in Rechnung gestellt werden sollten. Die hernach von der Klägerin erstellten Rechnungen Nr. 1012187 über CHF 969.90 (act. 3/93) und Nr. 1012188 über CHF 5'987.85 (act. 3/94), beide vom 15. November 2017, sind von der Beklagten nicht bezahlt worden (act. 1 N 68; act. 21 N 8 ff.).

E. 5.2

Streitpunkte Die Klägerin bringt vor, dass die Beklagte die genannten Rechnungen nicht bezahlt habe, obwohl ihnen die von der Beklagten unterzeichneten Regierapporte angehängt gewesen seien. Diese wiesen die geleisteten Regiestunden nach und seien von der Beklagten jeweils fristgerecht unterschriftlich anerkannt worden (act. 1 N 68; act. 21 N 8 ff.). Die Beklagte habe die ausstehende Forderung für Regiearbeiten anlässlich der Besprechung vom 10. Januar 2018 zudem mündlich anerkannt (act. 1 N 68). Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerin Regiearbeiten geleistet hat, welche nicht bereits separat in Rechnung gestellt und von der Beklagten bezahlt worden seien (act. 14 N 7 f.). Die mit act. 3/93 und act. 3/94 in Rechnung gestellten Regiearbeiten würden in Bestand und Umfang bestritten (act. 27 N 62 S. 27). Sie verweist diesbezüglich auch auf Ziffer 5 AVB, wonach Regiearbeiten nur vergütet würden, wenn sie von der Beklagten schriftlich in Auftrag gegeben und die Regierapporte unter Angabe des Datums, der Leistung, der Arbeitszeit, des Namens und des Berufes der Arbeiter der Bauleitung spätestens innert sieben Tagen nach der Leistungserbringung zur Prüfung vorgelegt worden seien (act. 14 N 8). Die Beklagte bestreitet schliesslich, Regiearbeiten mündlich anerkannt zu haben (act. 14 N 48).

E. 5.3

Rechtliches Regiearbeiten werden unter Geltung der SIA-Norm 118 nach Aufwand vergütet (Art. 48 SIA-Norm 118). Da die Klägerin ihre Forderung zu beweisen hat, liegt es nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB an ihr, eine offene Werklohnforderung darzutun. Insofern die Klägerin eine Vergütung nach Regie verlangt, trägt sie

- 45 - die Beweislast für den angefallenen Aufwand und die Ansätze für die Regiearbeiten.

- 46 -

E. 5.4

Würdigung Die Klägerin hat zum Nachweis der fraglichen Regiearbeiten die jeweiligen Regierapporte (act. 3/93 S. 4 ff. und act. 3/94 S. 4 ff.) ins Recht gelegt. Diese listen die einzelnen Arbeiten mit weiteren Angaben einschliesslich der geleisteten Stunden im Detail auf und sind von der Beklagten unterzeichnet. Inwiefern diesbezüglich die Voraussetzungen gemäss den angeführten allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht erfüllt sein sollten, legt die Beklagte nicht dar. Ebenso unklar bleibt, weshalb Regierapporte unterzeichnet wurden, wenn die darin aufgeführten Leistungen gar nicht erbracht worden sein sollen. Die Bestreitung durch die Beklagte ist demnach unsubstantiiert und entsprechend unzureichend. Ferner trifft auch nicht zu, dass die Beklagte bereits Regiearbeiten im Betrag von CHF 43'916.60 bezahlt hat (act. 14 N 7). Die Zahlung von CHF 9'698.95 betraf nicht Regiearbeiten, sondern die erwähnten Trafotüren (act. 21 N 9; act. 22/108). Darüber hinaus sind die von der Beklagten angeführten Zahlungen im Gegensatz zu den detaillierten klägerischen Ausführungen in der Replik (act. 21 N 6 ff.), welche in der Folge nicht mehr substantiiert bestritten wurden (act. 27 N 62 S. 27), nicht nachvollziehbar. Entsprechend ist festzuhalten, dass die von der Klägerin geltend gemachte Vergütung für Regiearbeiten von der Beklagten noch nicht bezahlt worden ist. Die Klage ist folglich auch im Umfang der geltend gemachten Regiearbeiten von CHF 6'957.75 gutzuheissen.

E. 6

Verzugszins Die Klägerin macht den gesetzlichen Verzugszins von 5% (Art. 104 OR) ab 9. März 2018 geltend. Sie stellt sich auf den Standpunkt, die Beklagte sei zwar bereits mit

Ablauf des auf den jeweiligen Rechnungen aufgedruckten Zahlungsziels von 60 Tagen in Verzug geraten. Mit Schreiben vom 9. März 2018 (act. 3/101) habe sie die Beklagte aber gesamthaft und teilweise bereits zum zweiten Mal gemahnt. Aus prozessökonomischen Gründen wende sie deshalb für alle Teilforderungen einen einheitlichen Zinsenlauf ab dem 9. März 2018 an (act. 1 N 75).

- 47 - Die Beklagte bestritt den geltend gemachten Verzugszins pauschal und behielt sich rechtliche Ausführungen dazu vor (act. 14 N 52). In der Duplik äusserte sie sich zum Verzugszins nicht mehr. Damit ist weder das Vorliegen einer rechtsgenügenden Mahnung noch der Zinsenlauf ausreichend bestritten. Der Klägerin ist folglich antragsgemäss ein Verzugszins von 5% ab 9. März 2018 auf der gesamten Forderung zuzusprechen.

E. 7

Zusammenfassung Die Klage ist unter Berücksichtigung des von der Klägerin auch nach eigener Darstellung zu viel eingeklagten Betrags von CHF 0.65 (vgl. Erw. 2.3) und somit im Umfang von CHF 179'877.50 nebst Zins zu 5% seit 9. März 2018 gutzuheissen. Im Mehrbetrag von CHF 0.65 ist die Klage abzuweisen.

E. 8

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 8.1

Gerichtskosten Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 179'878.15 (vgl. act. 1 N 2). Die Grundgebühr beträgt rund CHF 12'000.– (§ 2 Abs. 1 lit. a und § 4 Abs. 1 GebV OG). Angesichts des Aktenumfangs und des Zeitaufwandes des Gerichts rechtfertigt es sich, die Grundgebühr um die Hälfte zu erhöhen, womit die Gerichtsgebühr damit auf CHF 18'000.– festzusetzen ist. Da die Klägerin nur sehr geringfügig unterliegt, sind der Beklagten die Gerichtskosten in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO vollumfänglich aufzuerlegen. Die Gerichtskosten sind – soweit möglich – aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss in der Höhe von CHF 12'000.– zu beziehen und im Übrigen von der Beklagten nachzufordern; der Klägerin ist im Umfang von CHF 12'000.– das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

- 48 -

E. 8.2

Parteientschädigungen Auch die Parteientschädigung wird grundsätzlich nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Beklagte ist wie vorstehend ausgeführt als vollständig unterliegend zu betrachten und entsprechend zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Gebühr bemisst sich im Zivilprozess nach dem Streitwert bzw. dem tatsächlichen Streitinteresse, der Verantwortung und dem notwendigen Zeitaufwand des Anwalts sowie der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 AnwGebV). Die ordentliche Parteientschädigung beträgt vorliegend rund CHF 15'200.– (§ 4 AnwGebV). Unter Berücksichtigung der durchgeführten Vergleichsverhandlung und des zweiten Schriftenwechsels erweist sich ein Zuschlag von insgesamt rund 40% auf die ordentliche Parteientschädigung, was eine Anwaltsgebühr von insgesamt CHF 21'200.– ergibt, als angemessen (§ 11 AnwGebV). Bezüglich des Antrags der Klägerin auf Zusprechung der Parteientschädigung zuzüglich

Mehrwertsteuer (vgl. act. 21 N 40), gegen welche die Beklagte opponiert (act. 27 S. 29), ist grundsätzlich auf das Kreisschreiben des Obergerichtes vom 17. Mai 2006 hinzuweisen. Demgemäss hat eine mehrwertsteuerpflichtige Partei, welche die Ersetzung der Mehrwertsteuer beantragt, die Umstände, welche einen (vollen) Vorsteuerabzug nicht zulassen, zu behaupten und belegen (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5.). Angesichts der fehlenden Begründung und Belege ist der Klägerin die Parteientschädigung daher ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

- 49 - Das Handelsgericht erkennt:

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