

# ZH\_HANDELSGERICHT HG190086 vom 20. Oktober 2021

Zh Handelsgericht, 2021-10-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG190086](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG190086)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG190086 du 20 octobre 2021

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG190086 del 20 ottobre 2021

## Erwägungen

### E. 1

ZPO). Dasselbe gilt für die beiden Klageänderungen (act. 24 S. 2; act. 31 S. 2 f.). Für sie kommt jeweils dieselbe Verfahrensart zur Anwendung und es besteht ein sachlicher Zusammenhang zur Klage resp. Widerklage. Zudem erfolgten die beiden Änderungen rechtzeitig mit der Replik bzw. Duplik, sodass sie zulässig sind (Art. 227 ZPO).

- 9 -

### E. 1.1

Vertragsschluss Unbestrittenermassen haben die Parteien am 24./25. Mai 2018 einen gültigen Planer-/Bauleitungsvertrag abgeschlossen. Die Klägerin wurde mit der Projektierung und Bauleitung des Umbauprojekts an der C. \_\_\_\_\_ ..., ... D. \_\_\_\_\_, beauftragt. Als Entgelt vereinbarten die Parteien ein Festhonorar von CHF 80'000.- (act. 1 Rz. 10 ff.; act. 3/4; act. 11 Rz. 29 ff., Rz. 127 ff.).

### E. 1.2

Inhalt des Vertrags

#### E. 1.2.1

Vertragsqualifikation Im vorliegenden Planer-/Bauleitungsvertrag wurde die Klägerin als Innenarchitektin mit sämtlichen Architektenleistungen für den Umbau des neuen Lokals der Beklagten an der C. \_\_\_\_\_ ... in D. \_\_\_\_\_ beauftragt (act. 3/4). Dabei handelt es sich um einen vollkommen zweiseitigen Vertrag, bei dem die Leistungen der Parteien in einem Austauschverhältnis stehen und die Klägerin grundsätzlich vorleistungspflichtig ist (vgl. Art. 82 OR, EGLI/STÖCKLI, Planerverträge, Verträge mit Architekten und Ingenieuren, 2. Aufl. 2019, § 8 Das Planerhonorar IV.-VII., Rz. 8.181). Es liegt ein sog. Gesamt-Architekturvertrag vor, d.h. ein Architekturvertrag, der sämtliche Architektenleistungen für die Durchführung eines Bauvorhabens erfasst. Dabei handelte es sich um einen gemischten Vertrag mit auftragsrechtlichen und werkvertraglichen Elementen (act. 1 Rz. 111 f.; act. 11 Rz. 196; BGE 134 III 361 E. 5.1; 127 III 543 E. 2a; 114 II 53 E. 2b; 110 II 380 E. 2; 109 II 462 E. 3d; Urteile BGer 4A\_146/2015 vom 19. August 2015 E. 4.1; 4A\_90/2013 vom 10. Juni 2013 E. 3; 4A\_55/2012 vom 31. Juli 2012 E. 4.4; ZINDEL/SCHOTT, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar (nachfolgend: BSK) OR I,

#### E. 1.2.2

Vertragsbestandteile

##### E. 1.2.2.1

Die Vertragsbestandteile und deren Rangfolge haben die Parteien unter Ziff. 2 des Planer-/Bauleitungsvertrags festgelegt. Danach gilt in erster Linie die Vertragsurkunde, sodann die Beilagen 1-3 gemäss Ziff. 13 [recte: 14] und schliesslich die AVB (act. 3/4). Umstritten ist, ob und in welchem Umfang die SIA- Ordnung/Normen 102, 112 und 400 anzuwenden sind.

#### **E. 1.2.2.2**

Die Klägerin will die SIA-Ordnung 102 für Leistungen und Honorare der Architektinnen und Architekten einzig zur Erstellung der Honorarabrechnung zur

- 13 - Anwendung bringen, wobei sie Art. 3.1.5 der SIA-Ordnung 102 anwenden will und angibt, ihre Leistungen in die drei Phasen (3 Projektierung, 4 Ausschreibung und 5 Realisierung) eingeteilt zu haben. Sie äussert sich jedoch nicht dazu, ob sie die Ausgabe 2003 oder 2014 meint. Zudem führt sie aus, die SIA-Norm 112 für die Vertragsverhandlung und zur Gewichtung der Leistungsanteile in Prozenten "q" verwendet zu haben (act. 1 Rz. 14; act. 24 Rz. 10, Rz. 28 ff.; act. 24 Rz. 31). Die Beklagte ist der Meinung, die SIA-Ordnung 102 sei in der Ausgabe 2014 gesamt- haft übernommen worden. Die Anwendung der SIA-Norm 112 bestreitet sie pau- schal. Allerdings geht sie davon aus, die SIA-Norm 400, die Planungskonventio- nen abbilde, sei mit der SIA-Ordnung 102 übernommen worden (act. 31 Rz. 45, Rz. 70, Rz. 110 f., Rz. 121 f., Rz. 133 f., Rz. 143 f.). Die Klägerin bestreitet dies und weist darauf hin, dass die SIA-Norm 400 für den Hochbau gelte und vorlie- gend nicht Vertragsbestandteil geworden sei (act. 35 Rz. 10 ff.).

#### **E. 1.2.2.3**

Die Regelwerke des Verbandes SIA (schweizerischer Ingenieur- und Ar- chitektenverein) haben keine allgemeine Verbindlichkeit im Sinne eines Gesetzes oder einer Verordnung und sie sind auch keine Rechtsquellen eigener Art (GEH- RER/GEHRER CORDEY, a.a.O., 73 Architekturvertrag, Rz. 1.3; GAUCH, Der Werkver- trag, 6. Aufl. 2019, Rz. 282 ff. m.w.H.). Sie sind nur in dem Umfang verbindlich, als sie von den Parteien durch Abrede konkret übernommen wurden und damit als Vertragsbestandteil Geltung erlangt haben. Die Übernahme kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (GEHRER/GEHRER CORDEY, a.a.O., 73 Architekturver- trag, Rz. 1.3; GAUCH, a.a.O., Rz. 283 f.; BGE 118 II 295 E. 2b; Urteile BGer 4A\_393/2007 vom 3. Dezember 2017 E. 2.1; 4C.261/2005 vom 9. Dezember 2005 E. 2.3). Es gibt drei Möglichkeiten der Übernahme: Die integrale Übernahme des gesamten Regelwerks – eventuell mit der Vereinbarung von Ausnahmen –, die Übernahme einzelner Bestimmungen oder Leistungspositionen und der indivi- duelle Leistungsbeschrieb (GEHRER/GEHRER CORDEY, a.a.O., 73 Architekturvertrag, Rz.17.3 ff.). Dabei können die Parteien auch frei darüber entscheiden, welche Ausgabe zur Anwendung gelangen soll (GAUCH, a.a.O., Rz. 284).

- 14 -

#### **E. 1.2.2.4**

Fehlt es an einer ausreichenden Angabe der Parteien oder sind sie sich uneinig, ist der Vertragsinhalt durch Vertragsauslegung zu ermitteln. Zunächst ist der tatsächliche übereinstimmende Wille der Parteien zu ermitteln (subjektive Auslegung), wobei nicht auf irrtümlich oder absichtlich falsch verwendete Aus- drucksweisen abzustellen ist (Art. 18 OR). Lässt sich der tatsächliche Parteiwille nicht feststellen, ist in objektiver Auslegung nach dem Vertrauensprinzip der mut- massliche Wille der Parteien zu ermitteln (objektive

Auslegung). Dabei sind die Erklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 138 III 659 E. 4.2.1). Es ist danach zu fragen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien nach Treu und Glaube unter Beachtung der konkreten Umstände gewollt und ausgedrückt hätten, respektive wie eine Partei eine Willensäusserung oder Verhaltensweise unter Beachtung sämtlicher Umstände nach Treu und Glaube verstehen durfte und musste (BGE 144 III 93 E. 5.2.3; 143 III 157 E. 1.2.2 m.w.H.; 142 III 239 E. 5.2.1 m.w.H. = Pra 107 [2018] Nr. 7; 138 III 659 E. 4.2.1 m.w.H.; 131 III 606 E. 4.1 = Pra 95 [2006] Nr. 80; 127 III 444 E. 1b = Pra 91 [2002] Nr. 22).

#### **E. 1.2.2.5**

Betreffend die SIA-Ordnung 102 besteht der übereinstimmende tatsächliche Wille der Parteien, dass sie zur Berechnung des Honorars der Klägerin und damit auch hinsichtlich des zu erbringenden Leistungsanteils zum Vertragsbestandteil wurde (act. 1 Rz. 14, Rz. 23 f.; act. 11 Rz. 18, Rz. 29 ff., Rz. 72, Rz. 74, Rz. 132; act. 24 Rz. 10, Rz. 20, Rz. 28 ff., Rz. 39 f., Rz. 76, Rz. 78 f., Rz. 124, Rz. 171, Rz. 187, Rz. 201, Rz. 273, Rz. 281; act. 31 Rz. 22). Nicht geklärt ist die Frage, welche Ausgabe (2003 oder 2014) zur Anwendung gelangen soll (act. 3/4 S. 1, Beilage 2; act. 11 Rz. 3, Rz. 30 ff.; act. 24 Rz. 28 ff.; act. 31 Rz. 2). Zudem ist die Frage der Übernahme der SIA-Normen 112 und 400 strittig (act. 24 Rz. 31; act. 31 Rz. 45, Rz. 70, Rz. 110 f., Rz. 121 f., Rz. 133 f., Rz. 143 f.; act. 35 Rz. 11). Da diesbezüglich kein übereinstimmender tatsächlicher Parteiwille ermittelt werden kann, kommen die Regeln der Vertragsauslegung zur Anwendung und es ist der hypothetische Parteiwille nach dem Vertrauensprinzip festzustellen.

- 15 - Dem Planer-/Bauleitungsvertrag ist im Titel zu entnehmen, dass dieser für Architektenleistungen nach der SIA-Ordnung 102 (2014) erstellt wurde. Beilage 2, die gemäss Ziff. 1.2 des Planer-/Bauleitungsvertrags den Leistungsumfang der Klägerin definiert, und welche sich spezifisch mit der Vergütung beschäftigt, nimmt Bezug auf die SIA-Ordnung 102, indem sie im tabellarischen Teil "29 Honorare Architekt" auf "Honorarrechnung nach Ordnung SIA 102 2003" verweist. Ziff. 3.1 des Planer-/Bauleitungsvertrags ist anhand der angeführten Ziff. 4.31/4.43/4.33/4.41/ 4.51/4.52/4.53 i.V.m. Beilage 2 zu entnehmen, dass die "Honorarabrechnung gemäss SIA 102 sia-norm-sia" zu erstellen ist. Schliesslich sieht Ziff. 4.1 des Planer-/Bauleitungsvertrags vor, dass die Klägerin bei ihren Kosteninformationen "Genauigkeitsgrade gemäss Art. 4 der SIA-Ordnung für Leistungen und Honorare" einzuhalten hat (act. 3/4). Die Vertragsauslegung nach dem Wortlaut kommt zu keinem eindeutigen Ergebnis. Hinsichtlich der SIA-Ordnung 102 besteht betreffend die anwendbare Ausgabe (2003 oder 2014) ein Widerspruch. Zudem wird mit Wörtern wie "nach" oder "gemäss" nicht eindeutig eine Übernahme zum Ausdruck gebracht, sondern eher eine Orientierung an den entsprechenden Regelwerken. Dieses Verständnis wird dadurch gestützt, dass die SIA-Ordnung 102 in Ziff. 2.1 des Planer-/Bauleitungsvertrags nicht als Vertragsbestandteil aufgelistet wird, demgegenüber jedoch Art. 4 SIA-Ordnung 102 in Ziff. 4.1 des Planer-/Bauleitungsvertrags ausdrücklich angeführt wird. Hinzu kommt, dass im Vertrag bewusst von einzelnen Bestimmungen abgewichen wird. Beispielsweise wird die von der Klägerin zu erbringende Gesamtleistung von  $q = 100\%$  auf  $q = 90\%$  reduziert (act. 1 Rz. 25 f., Rz. 103; act. 11 Rz. 78; act. 24 Rz. 311; act. 31 Rz. 38). Dies führt zum Ergebnis, dass sich der Vertrag an die SIA-Ordnung 102 anlehnt und punktuell einzelne Bestimmungen – Art. 3.1.5 und Art. 4 SIA-Ordnung 102 im Zusammenhang mit dem Leistungsbeschrieb und Art. 5 ff.

SIA-Ordnung 102 betreffend die Honorarabrechnung – übernimmt. Es kann kein hypothetischer Parteiwille für eine Vollübernahme der SIA-Ordnung 102 festgestellt werden. Da die Ausgabe 2014 die bei Vertragsschluss geltende war, die tabellarische Ansicht in Beilage 2 hineinkopiert erscheint und dem Titel im Vertrag widerspricht (act. 3/4 S. 1, Beilage 2), die Be-

- 16 - klagte explizit von der Ausgabe 2014 spricht (act. 11 Rz. 3, Rz. 30 ff.; act. 31 Rz. 2) und sich die Klägerin nicht zur Ausgabe äussert (vgl. act. 1 Rz. 14; act. 24 Rz. 10, Rz. 28 ff., Rz. 31), ist davon auszugehen, dass die Parteien die Ausgabe 2014 vereinbaren wollten. Im Detail wird soweit nötig darauf zurückzukommen sein. Bei der SIA-Norm 112, Modell Bauplanung, handelt es sich um die der SIA-Norm 102 zugrunde liegende Verständigungsnorm, die den Ablauf der Planung und Realisierung phasenbezogen mit verteilten Rollen und frei wählbaren Modulen abbildet (GEHRER/GEHRER CORDEY, a.a.O., 73 Architekturvertrag, Rz.1.1). Sie wurde von der Klägerin erstmals in ihrer Replik angeführt (act. 24 Rz. 31). Die Beklagte äussert sich nicht konkret dazu (act. 31 Rz. 70). Da weder dem Planer-/Bauleitungsvertrag noch den Beilagen oder den AVB ein Verweis auf diese Norm zu entnehmen ist, kann nicht von einer Übernahme ausgegangen werden. Die SIA-Norm 400, Planbearbeitung im Hochbau, enthält Konventionen und Arbeitshilfsmittel für die Herstellung und Verwendung der Pläne im Hochbau. Sie wurde von der Beklagten erstmals in ihrer Duplik und Widerklagereplik angeführt (act. 31 Rz. 45, Rz. 110 f., Rz. 121 f., Rz. 133 f., Rz. 143 f.). Die Klägerin bestreitet deren Anwendbarkeit (act. 35 Rz. 11). Weder im Planer-/Bauleitungsvertrag noch in den Beilagen oder den AVB findet sich ein Hinweis auf diese Norm, weshalb nicht von einer Übernahme ausgegangen werden kann.

#### **E. 1.2.2.6**

Fazit Neben der Vertragsurkunde sind in chronologisch absteigender Reihenfolge die Beilagen 1 bis 3 (1. Raumprogramm, 2. Leistungen des Beauftragten und deren Vergütung, 3. Termine und Fristen, Projektorganisation) sowie die AVB Vertragsbestandteil. Darüber hinaus sind Art. 3.1.5 und Art. 4 der SIA-Ordnung 102 (2014) für die Berechnung des Honorars der Klägerin hinsichtlich des Leistungsbeschriebs sowie im Bedarfsfall Art. 5 ff. SIA-Ordnung 102 (2014) beizuziehen. Die SIA-Normen 112 und 400 sind vorliegend mangels Übernahme nicht anzuwenden.

- 17 -

#### **E. 1.2.3**

Vertragsparteien

##### **E. 1.2.3.1**

Unbestrittenermassen wurde der Planer-/Bauleitungsvertrag vom 24./25. Mai 2018 zwischen der Klägerin und der Beklagten abgeschlossen. Umstritten ist, ob die Eigentümerschaft der Liegenschaft C.\_\_\_\_\_ ... in D.\_\_\_\_\_ bzw. deren Verwaltung, die E.\_\_\_\_\_, hinsichtlich der Leistungen für den Eingangs- und Toilettenbereich zur Vertragspartei wurde.

##### **E. 1.2.3.2**

Die Klägerin verneint, dass die Eigentümerschaft zur Vertragspartei geworden sei. Sie führt aus, dass die E.\_\_\_\_\_ miteinbezogen worden sei und eine Kostenübernahme in Aussicht gestellt habe, jedoch selbst nie habe zur Vertragspartei werden wollen. Auch die

Rechnungsstellung hätte über die Beklagte erfolgen sollen (act. 1 Rz. 15, Rz. 26 f., Rz. 40; act. 24 Rz. 25, Rz. 188 ff., Rz. 213, Rz. 228 ff., Rz. 303, Rz. 314 ff., Rz. 318 ff.). Die Beklagte bestreitet dies. Sie macht geltend, der Klägerin sei von Anfang an bekannt gewesen, dass die Vermieterin/Eigentümerschaft ebenfalls in das Bau- projekt involviert gewesen sei. Die Vermieterin/Eigentümerschaft sei ebenfalls Vertragspartei und es sei klar gewesen, dass der Leistungsumfang  $q = 90\%$  für CHF 92'500.– festgelegt und aufgrund der von der Vermieterin/Eigentümerschaft übernommenen Kosten für den Eingangsbereich und die Toiletten auf CHF 80'000.– bei  $q = 90\%$  reduziert worden sei. Diese Kosten seien nicht von der Beklagten zu übernehmen gewesen (act. 11 Rz. 24 ff., Rz. 142 f., Rz. 153, Rz. 158; act. 31 Rz. 221, Rz. 242, Rz. 306, Rz. 312, Rz. 314).

### **E. 1.2.3.3**

Vertragspartei eines zwei- oder mehrseitigen Rechtsgeschäftes ist, wer mit einer oder mehreren Parteien die – ausdrückliche oder stillschweigende – übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung zum Abschluss eines Vertrags abgibt (Art. 1 OR). Da ein Vertrag nur Pflichten zwischen Vertragspartnern zu begründen vermag, kann ein Dritter nicht durch einen fremden Vertrag verpflichtet werden (sog. inter partes-Wirkung; HUGUENIN, Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl. 2019, §11 Rz. 1168). Das Obligationenrecht sieht jedoch diverse Möglichkeiten vor, in denen sich Drittpersonen durch eigenes Tätigwerden in ein Vertragsverhältnis involvieren können (Stellvertretung Art. 32 ff.

- 18 - OR, Eintritt eines Dritten Art. 110 OR, Garantievertrag Art. 111 OR, Vertrag zugunsten eines Dritten Art. 112 f. OR, Abtretung einer Forderung Art. 164 ff. OR, Schuldübernahme Art. 175 ff. OR, Anweisung Art. 466 ff. OR, Bürgschaft Art. 492 ff. OR etc.).

### **E. 1.2.3.4**

Grundsätzlich ist unbestritten und somit erstellt, dass die Parteien des vorliegenden Verfahrens auch Parteien des Planer-/Bauleitungsvertrags sind. Dies wird durch den eingereichten Vertrag auch belegt (act. 3/4). Fraglich ist einzig, ob sich der Vertrag zwischen den Parteien auch auf den Eingangs- und Toilettenbereich erstreckt. Diesbezüglich ist der Vertrag mangels übereinstimmenden tatsächlichen Willens nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (vgl. Erwägung II.1.2.2.4). Auf Seite 1 des Planer-/Bauleitungsvertrags ist ersichtlich, dass die Beklagte (Auftraggeberin) und die Klägerin (Beauftragte) als Vertragsparteien bezeichnet werden, und dass diese Parteien den Vertrag auf Seite 6 unterzeichnet haben. Dieselben Vertragsparteien werden in der Projektumschreibung in Beilage 1 genannt. Auch Beilage 2 ist nichts Neues zu entnehmen. Demgegenüber wird in Beilage 3 von der Beklagten als Auftraggeberin 1/Bauherrschaft 1 gesprochen und von der E.\_\_\_\_\_ als Auftraggeberin 2/Bauherrschaft 2. Als Rechnungsadresse wird die Beklagte unter Angabe ihrer Adresse aufgeführt. Dem Organigramm (Beilage 3) sind die Beklagte und die E.\_\_\_\_\_ als Auftraggeberinnen zu entnehmen (act. 3/4). Bei Betrachtung des definierten Leistungsumfangs des Planer-/Bauleitungsvertrags fällt auf, dass gemäss Projektumschreibung vom 14. April 2018 in Beilage 1 sowohl der Eingangsbereich innen und aussen sowie zwei Toiletten, eine im Untergeschoss und eine im Obergeschoss, als Teil der zu erbringenden Leistung der Klägerin aufgelistet werden. Der Beilage 2 des Planer-/Bauleitungsvertrags ist zu entnehmen, dass die Gesamtsumme des Honorars von CHF 80'000.– exkl.

Fassadengestaltung und Nasszellen sowie Reproduktionskosten, erforderliche Fremdaufträge an Spezialisten und Spesen zu verstehen ist (act. 3/4).

- 19 - Aus dem Wortlaut ergibt sich somit, dass der Eingangsbereich und Toilettenbereich Teil der zu erbringenden Leistung der Klägerin war. Die Parteien sind sich auch einig, dass sie den gesamten Eingangsbereich und Toilettenbereich vom Festhonorar ausgenommen haben (act. 1 Rz. 26; act. 11 Rz. 141, Rz. 143, Rz. 153; act. 24 Rz. 311; act. 31 Rz. 312). Zu ihrer Behauptung, dass die Vergütung der Arbeiten betreffend den Eingangsbereich und Toilettenbereich vom Vertrag ausgenommen worden sei, macht die Beklagte einzig geltend, die Eigentümerschaft hätte die Kosten für den Eingangsbereich und Toilettenbereich übernommen (act. 11 Rz. 141 ff., Rz. 153; act. 31 Rz. 312). Sie legt jedoch nicht dar, dass bzw. wie die Eigentümerschaft in den Vertrag eingetreten sei und ob sie solidarisch oder alleine haften soll. Zum Beweis der Kostenübernahme der Eigentümerschaft verweist die Beklagte auf die E-Mail der Klägerin vom 30. April 2018, welcher zu entnehmen ist, dass die Klägerin mitteilte, eine Kostengutsprache von der E. \_\_\_\_\_ erhalten zu haben. Das Honorar für den Eingangsbereich betrage CHF 4'480.– und das für die Toiletten CHF 6'720.–, total also CHF 11'200.–. Diese Summe werde der E. \_\_\_\_\_ verrechnet (act. 3/9). Daneben verweist sie auf die Schlussrechnung vom 19. Oktober 2018, der zu entnehmen ist, dass die Fassadengestaltung ohne Eingangsbereich sowie das Kanalisationsbegehren neben weiteren "Nachträgen" separat in Rechnung gestellt wurden (act. 3/23). Ferner führt sie eine E-Mail der Klägerin vom 8. August 2018 an, in welcher die Klägerin auf Verzögerungen infolge der Kostenübernahme und auf die Themen Kanalsanierung und Baugesuch für die Fassade eingeht. Die Klägerin bringe zum Ausdruck, dass diese Kosten nicht Teil ihres Auftrags seien und separat mit einem Aufwand von CHF 140.– pro Stunde verrechnet würden (act. 3/27). Der E-Mail von F. \_\_\_\_\_ der E. \_\_\_\_\_ vom 25. Mai 2018 ist schliesslich zu entnehmen, dass sich die Eigentümerschaft für eine Kostenbeteiligung entschieden hat, wobei auf eine noch stattzufindende ausserordentliche Versammlung hingewiesen wird. Zudem erfolgt der Hinweis, dass die Eigentümerschaft sich vorgestellt hat, dass die Rechnungsstellung über die Beklagte erfolgen soll (act. 25/156). Mit diesen Beweismitteln ist es der Beklagten nicht gelungen, zu belegen, dass die Eigentümerschaft in den Vertrag eingetreten ist und die Beklagte von der Bezahlung des Honorars für den Eingangsbereich und Toilettenbereich entbunden hat. Mangels genügender Hinweise auf eine definitive Kostenübernahme durch die Eigentümerschaft unter vollständiger Befreiung der Beklagten können die von der Beklagten offerierten Partei- und Zeugenbefragungen unberücksichtigt bleiben.

#### **E. 1.2.3.5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass einzig die Beklagte zur Vertragspartei der Klägerin wurde. Sie beauftragte die Klägerin auch zur Erstellung des Eingangsbereichs und Toilettenbereichs, wobei die Entschädigung der Klägerin durch die Parteien nicht geregelt wurde.

#### **E. 1.2.4**

Honorarvereinbarung

##### **E. 1.2.4.1**

Unbestrittenermassen haben die Parteien ein Festhonorar von CHF 80'000.– vereinbart. Dabei sind sie von einem Stundenaufwand von ca. 848,4 Stunden à CHF 113'000.– für die Gesamtleistung  $q = 100\%$  ausgegangen, wobei der Leistungsanteil bereits im Vorfeld auf  $q$

= 90 % gekürzt wurde (act. 1 Rz. 11, Rz. 26 f., Rz. 103; act. 3/4; act. 11 Rz. 41, Rz. 128, Rz. 141; act. 24 Rz. 171, Rz. 187, Rz. 201, Rz. 273, Rz. 311; act. 31 Rz. 39, Rz. 312).

#### **E. 1.2.4.2**

Die Klägerin vertritt den Standpunkt, das Festhonorar sei für einen Zeitaufwand von 848.8 Stunden vereinbart worden (zzgl. Auslagen, Aufwendungen und erforderliche Fremdaufträge an Spezialisten), welche Stundenanzahl schnell aufgebraucht gewesen sei (act. 1 Rz. 11, Rz. 35, Rz. 95; act. 24 Rz. 171, Rz. 201, Rz. 273). Die Beklagte entgegnet, beim Festhonorar habe es sich um eine Pauschale gehandelt, als Entgelt für das Umbauprojekt (act. 11 Rz. 41, Rz. 72, Rz. 128, Rz. 149, Rz. 179).

#### **E. 1.2.4.3**

Grundsätzlich sind drei Arten von Honorarabreden für Planer zu unterscheiden. Entweder wird die Höhe des Honorars mit einem festen Geldbetrag beziffert (sog. Festpreis [Pauschal- oder Globalhonorar]) oder es werden Faktoren festgelegt, nach denen die Vergütung zu einem späteren Zeitpunkt bestimmt werden soll; nach effektivem Zeitaufwand oder nach Prozenten des Interessenwertes (sog. Prozenthonorar), bei dem sich in erster Linie die Anknüpfung an die Baukosten anbietet (sog. Kostenhonorar; EGLI/STÖCKLI, a.a.O., § 8 Das Planerhonorar I.-II., Rz. 8.18 ff.). Das Pauschalhonorar grenzt sich vom Globalhonorar dahingehend ab, dass die Teuerung nicht berücksichtigt wird (vgl. Art. 5.3.1 SIA-Ordnung 102 [2014]). Dem Inhalt nach fällt eine Festpreisvereinbarung unter die werkvertragliche Regelung von Art. 373 OR, die analog auch dann anzuwenden ist, wenn der Planervertrag als einfacher Auftrag oder gemischter Vertrag qualifiziert wird (EGLI/STÖCKLI, a.a.O., § 8 Das Planerhonorar I.-II., Rz. 8.19).

#### **E. 1.2.4.4**

Die Parteien stimmen überein, ein "Festhonorar" vereinbart zu haben, sind sich jedoch nicht einig, ob das Festhonorar an die Stundenanzahl von 848.4 Stunden und somit an den effektiven Aufwand gekoppelt wurde. Mangels Hauptungen hinsichtlich eines übereinstimmenden tatsächlichen Willens, ist die Vertragsklausel nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (vgl. Erwägung II.1.2.2.4). Ziff. 3.1 des Planer-/Bauleitungsvertrags ist zu entnehmen, dass von einem pauschalen Betrag und von einem Festhonorar gesprochen wird. Bei der Angabe von CHF 113'000.– für 848.4 Stunden ist von einer "Honorarschätzung nach Zeitaufwand" und "Berechnung nach Ziff [4.31/4.32/4.33/4.41/4.51/4.52/4.53]" die Rede. Vergütet werden Grundleistungen (act. 3/4 Ziff. 3.1). Nicht im Honorar enthalten sind Auslagen und Aufwendungen sowie die Fassadengestaltung und Nasszellen (act. 3/4 Ziff. 3.2, Beilage 2). Vorliegend führt bereits der Wortlaut zu einem eindeutigen Auslegungsergebnis. Unter einem "Festhonorar" und einem "pauschalen Betrag" wird ein fixer Betrag verstanden, der als Entgelt geschuldet wird. Dieser ist gerade nicht abhängig vom tatsächlich geleisteten Aufwand. Um ein Festhonorar definieren zu können, wird der zu betreibende Aufwand vom Planer abgeschätzt, wobei aber grundsätzlich keine nachträgliche Korrektur erfolgt, wenn er sich dabei verschätzt. In der Terminologie der SIA-Ordnung 102 (2014) handelt es sich vorliegend um ein Pauschalhonorar. Da die von den Parteien verwendete Terminologie des "Festhonorars" nicht falsch oder irreführend ist, wird sie zwecks Einheitlichkeit auch im weiteren Urteil verwendet.

#### **E. 1.2.4.5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien als Entgelt für die Planer- und Bauleistungsleistungen der Klägerin ein Festhonorar in der Höhe von CHF 80'000.– vereinbart haben.

- 22 - 2. Honoraranspruch (Klage) / Honorarrückforderungsanspruch (Widerklage) Die Klägerin macht aus dem Planer-/Bauleitungsvertrag einen Honorarrestanspruch von CHF 23'555.58 geltend (act. 1 Rz. 104; act. 24 Rz. 79 ff., Rz. 145). Die Beklagte bestreitet diesen Anspruch und beantragt die Rückerstattung der zu viel bezahlten Akontozahlungen im Umfang von CHF 37'333.30 (act. 31 Rz. 12, Rz. 37 ff., Rz. 107 ff.).

#### **E. 1.5**

% auf die Phase 4.31 (vgl. act. 31 S.2, Rechtsbegehren Ziffer 2, Rz. 12, Rz. 37 f., Rz. 39, Rz. 107, Rz. 113, Rz. 118). Da die Klägerin ihren erbrachten Leistungsanteil in der Phase 4.31 nicht ausreichend substantiiert und belegt hat, und die Beklagte ihre Akontozahlungen in dieser Phase bis zum Leistungsanteil von  $q = 1.5\%$  zurückfordert, ist im vorliegenden Verfahren aufgrund der Dispositivmaxime von einem erbrachten Leistungsanteil von  $q = 1.5\%$  auszugehen.

#### **E. 2**

Aufhebung und Nichtbekanntgabe der Betreuung Die Beklagte beantragt in Ziffer 3 und 4 ihrer Rechtsbegehren die Aufhebung und Nichtbekanntgabe der gegen sie eingeleiteten Betreuung an Dritte (oben S. 6 f.).

#### **E. 2.1**

Unbestrittener und bestrittener Sachverhalt

##### **E. 2.1.1**

Die Parteien stimmen darin überein, dass sie ein Festhonorar von CHF 80'000.– für einen Gesamtleistungsanteil von  $q = 90\%$  vereinbart haben (act. 1 Rz. 103; act. 11 Rz. 72, Rz. 141, Rz. 143; act. 24 Rz. 311; act. 31 Rz. 312). Die von der Klägerin zu erbringenden Leistungen wurden gemäss Ziff. 1.2 des Planer-/Bauleitungsvertrags in Beilage 2 in folgende Teilphasen gegliedert (act. 3/4 S. 2, Beilage 2): - Phase 4.31 Vorprojekt,  $q = 9\%$  - Phase 4.32 Bauprojekt,  $q = 21\%$  - Phase 4.33 Baubewilligungsverfahren,  $q = 2.5\%$  - Phase 4.41 Ausschreibungsplanung,  $q = 9\%$  - Phase 4.51 Ausführungsplanung,  $q = 16\%$  - Phase 4.52 Ausführung,  $q = 29\%$  - Phase 4.53 Inbetriebnahme, Abschluss,  $q = 3.5\%$  Um zu einem Gesamtleistungsanteil von  $q = 90\%$  zu gelangen, fanden Kürzungen in folgenden Phasen statt (act. 11 Rz. 32, Rz. 36 ff.; act. 24 Rz. 36): - Phase 4.41 (Ausschreibungsplanung),  $q = 9\%$  anstatt  $q = 18\%$  davon Ausschreibungspläne,  $q = 5\%$  anstatt  $q = 10\%$  Ausschreibung und Vergabe,  $q = 4\%$  anstatt  $q = 8\%$  - Phase 4.53 (Inbetriebnahme und Abschluss),  $q = 3.5\%$  anstatt  $q = 4.5\%$  Dokumentation über das Bauwerk,  $q = 0\%$  anstatt  $q = 1\%$

- 23 - Weiter ist unbestritten, dass die Beklagte der Klägerin am 6. Juni 2018 eine erste Akontozahlung von CHF 26'666.65 und am 2. August 2018 eine zweite Akontozahlung im Betrag von CHF 28'729.15 inkl. CHF 2'062.48 Spesen bezahlt hat (act. 1 Rz. 96 f.; act. 3/48-49; act. 11 Rz. 138, Rz. 181 ff.; act. 24 Rz. 23, Rz. 276; act. 31 Rz. 65). Schliesslich sind sich die Parteien einig, dass der Vertrag durch die Klägerin vorzeitig am 18. September 2018 mit sofortiger Wirkung gekündigt wurde (act. 1 Rz. 93; act. 3/47; act. 11 Rz. 13, Rz. 51, Rz. 65; act. 24 Rz. 118, Rz. 162).

### **E. 2.1.2**

Die Klägerin führt aus, sämtliche Leistungen mit Ausnahme der Phase 4.53, d.h. einen Gesamtleistungsanteil von  $q = 86.5\%$ , erbracht zu haben, womit ihr ein Honorarrestanspruch von CHF 23'555.58 zustehe (act. 1 Rz. 104; act. 24 Rz. 79 ff., Rz. 145).

### **E. 2.1.3**

Die Beklagte bestreitet die Ausführungen der Klägerin. Es sei ihr nicht gelungen, die angeblich erbrachten Leistungen zu substantiieren und zu belegen. Im Maximum werde ihr ein Leistungsanteil von total  $q = 18\%$  zugestanden, was einem Honorar von CHF 16'000.– entspreche (act. 31 Rz. 12, Rz. 37 ff., Rz. 107). Angesichts der geleisteten Akontozahlungen von CHF 53'333.30.– beziffere sich ihr Honorarrückforderungsanspruch auf CHF 37'333.30.– (act. 31 Rz. 12, Rz. 40, Rz. 48 f.).

## **E. 2.2**

Rechtliches

### **E. 2.2.1**

Verhandlungsgrundsatz und Beweislast In Verfahren, in denen – wie vorliegend – der Verhandlungsgrundsatz gilt, obliegt es den Parteien und nicht dem Richter, die Tatsachen des Verfahrens zusammen zu tragen (Art. 55 Abs. 1 ZPO; BGE 123 III 60 E. 3a = Pra 86 [1997] Nr. 107). Entsprechend trifft sie die Behauptungs- Substantiierungs- und Beweislast sowie die Bestreitungslast. Gemäss Art. 8 ZGB hat diejenige Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Die andere Partei trifft die Gegenbeweislast (Urteil BGer 4A\_82/2019 vom 3. Juli 2019 E. 2.1). Wer Ansprüche aus einem zweiseitigen Vertrag geltend macht, muss beweisen,

- 24 - sen, dass er selbst bereits erfüllt bzw. die Erfüllung angeboten hat oder dass die Gegenpartei vorleistungspflichtig ist (Art. 82 OR).

### **E. 2.2.2**

Behauptungs- und Substantiierungslast Die Behauptungslast folgt der Beweislast (BGE 132 III 186 E. 4; Urteile BGer 4A\_709/2011 vom 31. Mai 2012 E. 3.1; 4C.166/2006 vom 25. August 2006 E. 3 m.H.). Sie verlangt, dass eine Partei diejenigen Tatsachen angibt, auf die sie ihre Begehren stützt (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Die Behauptungslast beinhaltet insbesondere auch die Obliegenheit eines schlüssigen – d.h. widerspruchsfreien und vollständigen – Tatsachenvortrages, wobei ein blosser Verweis auf Akten in der Regel nicht genügt (SUTTER-SOMM/SCHRANK in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 55 N 21; Urteile BGer 4A\_284/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.2 m.w.H.; 4A\_221/2015 vom 23. November 2015 E. 3.1; 4A\_317/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 2.2 m.H.). Bestreitet die Gegenpartei die Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei substantiiert (vgl. zum substantiierten Bestreiten: WALTER, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar [nachfolgend: BK], Band I/1, Einleitung und Personenrecht, Art. 1-9 ZGB, 2012, Art. 8 N 191 ff.), trifft die behauptungsbelastete Partei eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die erforderlichen Tatsachenbehauptungen müssen so konkret und bestimmt vorgebracht werden, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (WILLISEGGER, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], BSK ZPO, 3. Aufl. 2017, Art. 221 N 29, m.w.H.). Das genügende Behaupten und Bestreiten der rechtserheblichen Tatsachen

ist eine prozessuale Last, deren Nichterfüllung prozessuale Nachteile für die betreffende Partei zur Folge haben kann. Bezüglich unsubstantiiert vorgetragener Sachverhalte besteht kein Anspruch auf Beweisführung. Der nicht substantiiert vorgetragene Sachverhalt ist somit dem nicht bewiesenen gleichgestellt (Urteile BGer 4C.211/2006 vom 26. Juni 2007 E. 3.1; 5P.210/2005 vom 21. Oktober 2005 E. 4.1; WILLISEGGER, a.a.O., Art. 222 N 24).

- 25 -

### **E. 2.2.3**

Anpassung der Honorarforderung nach dem Äquivalenzprinzip Ein Pauschal- bzw. Festhonorar fällt dem Inhalt nach unter Art. 373 OR, der an sich zum Werkvertragsrecht gehört, jedoch auch dann anzuwenden ist, wenn der Planervertrag als gemischter Vertrag zu qualifizieren ist (EGLI/STÖCKLI, a.a.O., § 8 Das Planerhonorar I.-II., Rz. 8.19). Wird der Vertrag vorzeitig aufgelöst, nachträglich angepasst oder schlechterfüllt, ist das Honorar nach dem Äquivalenzprinzip anzupassen, d.h. der Gegenwert der vertragskonform erfüllten Arbeiten ist zu entschädigen (EGLI/STÖCKLI, a.a.O., § 8 Das Planerhonorar IV.-VII., Rz. 8.176 f.; SCHALLER, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkommentar OR, 2014, Art. 394 OR N 15).

## **E. 2.3**

Würdigung

### **E. 2.3.1**

Honoraranspruch Die Klägerin macht einen Honorarrestanspruch aus dem Planer-/Bauleitungsvertrag geltend. Zur Durchsetzung des Anspruchs hat sie ihre erbrachten Leistungen bis zur vorzeitigen Kündigung des Vertrags zu beweisen (vgl. Erwägung II.2.2.1). Misslingt ihr der Beweis oder gelingt der Beklagten der Gegenbeweis, dass ein bestimmter Teil der Leistung nicht erfüllt wurde, wird die Klägerin in diesem Umfang nicht entschädigt und das Festhonorar anteilmässig angepasst (vgl. Erwägungen II.2.2.2 und II.2.2.3). Hinsichtlich des Leistungsumfangs lässt sich die Klägerin erstmals vertieft im Rahmen ihrer Replik vernehmen. Für die Gliederung folgt sie dem Leistungsbeschrieb in Beilage 2 des Planer-/Bauleitungsvertrags (act. 3/4). Für die einzelnen Teilphasen fügt sie jeweils eine Tabelle ein, welche die Teilphasen in Unterkategorien teilt und den Leistungsanteil "q" angibt, wobei der vereinbarte Gesamtleistungsanteil  $q = 90\%$  beträgt (erste und zweite Spalte der Tabelle). Die Klägerin gibt zwar keine Erklärung zur Herkunft bzw. Entstehung der Tabellen und zum Inhalt der einzelnen Spalten ab, jedoch ist aufgrund der Umstände davon auszugehen, dass der dritten Spalte die von der Klägerin behaupteten, zu erbringenden Detailleistungen und der vierten Spalte (sofern vorhanden) die erbrachten Leistungen zu entnehmen sind. Im Anschluss an die Tabellen finden sich

Ausführungen zu einzelnen Leistungen und eingereichten Unterlagen (vgl. act. 24 Rz. 80 ff.). Da die Vorbringen der Klägerin von der Beklagten substantiiert bestritten werden, trägt die Klägerin die Substantiierungs- und Beweislast bezüglich des erbrachten Leistungsanteils. Für sämtliche Phasen ist vorab festzuhalten, dass dem Planer-/Bauleitungsvertrag entnommen werden kann, in welche Unterphasen die Phasen 4.31 bis 4.53 aufgeteilt wurden und welchen Umfang die einzelnen Teile in Prozentangaben des Leistungsanteils "q" am Gesamtprojekt hatten (act. 3/4 Beilage 2). Der Projektumschreibung in Beilage 1 ist ein Leistungskatalog zu entnehmen, der angibt,

welche Leistungen wo im Gebäude zu erbringen gewesen sind (act. 3/4 Beilage 1). Aus dem Vertrag und dessen Beilagen erschliesst sich allerdings nicht, welche Leistungen in welcher Teilphase (4.31 bis 4.53) hätten erbracht werden müssen. Dies ist von der Klägerin darzulegen. Abzulehnen ist demgegen- über der Einwand der Beklagten, es hätten sämtliche in der SIA-Ordnung 102 (2014) aufgeführten Detailleistungen erfüllt werden müssen, da die Parteien be- wusst von der SIA-Ordnung 102 (2014) abgewichen sind (vgl. Erwägung II.1.2.2). Daher ist nachfolgend für jede Teilphase einzeln zu prüfen, ob die Klägerin die von ihr zu erbringenden und erbrachten Leistungen substantiiert dargelegt und bewiesen hat.

#### **E. 2.3.1.1**

Phase 4.31 (Vorprojekt), q = 9 % 2.3.1.1.1. Die Klägerin behauptet, in der Phase 4.31 habe sie die in ihrer Tabelle aufgeführten Leistungen erbracht, die einen Umfang von insgesamt q = 9 % aus- machen würden (act. 24 Rz. 80 f., Rz. 86). Die Beklagte bestreitet dies und ge- steht ihr einen maximal erfüllten Leistungsumfang von q = 1.5 % zu (act. 31 Rz. 38, Rz. 113, Rz. 118). 2.3.1.1.2. Die Klägerin führt hinsichtlich des ersten Teils "Studium von Lösungs- möglichkeiten, Grobschätzung der Baukosten, q = 3 %" aus, es seien diverse Meetings mit der Bauherrschaft sowie diverse Kontaktaufnahmen mit den Bauin- genieuren G.\_\_\_\_\_/H.\_\_\_\_\_, mit der Verwaltung E.\_\_\_\_\_, mit der Bauversiche- rung etc. notwendig gewesen, um Kenntnis über die Aufgabenstellung zu erlan-

- 27 - gen und die sonstigen Grundlagen zu beschaffen. Als Beweismittel verweist sie auf das Protokoll der Sitzung vom 5. April 2018 (act. 3/7). Mit dieser Aufzählung kommt die Klägerin ihrer Behauptungs- und Substantiie- rungspflicht offensichtlich nicht nach. Es lässt sich nicht nachvollziehen, wann die Klägerin mit wem Kontakt hatte und welche Leistungen sie wann erbracht hat. Dem Protokoll der Sitzung vom 5. April 2018 lässt sich entnehmen, dass die Sit- zung mit Mitarbeitern der Beklagten (I.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_, K.\_\_\_\_\_) sowie mit L.\_\_\_\_\_ (ehem. Projektleiter der Klägerin) stattgefunden haben soll; der Beweiswert des Dokuments ist jedoch eingeschränkt, da die Beklagte den Inhalt des Pro- tokolls bestreitet und es sich um ein von der Klägerin erstelltes Dokument handelt, das im Entwurfsstadium stehen geblieben ist. Dies ergibt sich daraus, dass weder ein Datum für die Rückmeldung bzw. stillschweigende Genehmigung des Proto- kolls noch der Verteiler angegeben wurde (act. 3/7; act. 31 Rz. 114). Zu sämtli- chen übrigen behaupteten Kontakten unterlässt es die Klägerin gänzlich, Beweise zu offerieren. Zudem ist den Ausführungen der Klägerin nicht zu entnehmen, wie die einzelnen Leistungen in Prozenten zu gewichten sind, sodass es nicht möglich ist, den von der Klägerin erbrachten Leistungsstand zu ermitteln. Dasselbe gilt für die übrigen von der Klägerin behaupteten Leistungen unter die- ser Teilphase. Es gelingt ihr zwar, gewisse Tatsachenbehauptungen zu substanti- ieren und zu belegen, beispielsweise, dass M.\_\_\_\_\_ (von der Klägerin beigezo- gener Bauleiter für dieses Projekt und Inhaber des Einzelunternehmens Raum und Möbel) Informationen zu den Themen Statik, Pläne Architektur, Abwasser, Lüftung Klima und Bewilligung von 1979 beschafft (act. 25/81-82), dass die Kläge- rin bei der Beklagten Informationen für die Baueingabe zusammengetragen (act. 3/24) und dass sie Pläne mit handschriftlichen Anmerkungen zum Brand- schutz gezeichnet hat (act. 3/28). Allerdings erschliesst sich daraus der prozentu- al erfüllte Leistungsstand nicht. Schliesslich ist anzumerken, dass der Verweis der Klägerin auf einen Dropbox- Link "... [Link]", auf den die Beklagte Zugriff gehabt haben soll, ungeeignet ist, Leistungen der Klägerin zu beweisen. Zwar reichte die Klägerin neben diverser E- Mails an die Beklagte, in denen der

Dropbox-Link mitgeteilt wurde, eine "Dropbox-

- 28 - Übersicht" ins Recht. Allerdings ist die "Dropbox-Übersicht" nicht chronologisch aufgebaut, und anhand der Dokumenttitel kann nicht beurteilt werden, was konkret Inhalt der Dropbox war (act. 24 Rz. 80; act. 25/72-78). Insgesamt gelingt es der Klägerin nicht, den von ihr in dieser Teilphase erbrachten Leistungsanteil substantiiert darzulegen. Mangels genügender Substantiierung ist auf die Abnahme von Beweisen zu verzichten. Festgestellt werden kann einzig, dass der Leistungsanteil von  $q = 3 \%$  nicht vollständig erfüllt wurde. 2.3.1.1.3. Hinsichtlich des zweiten Teils "Vorprojekt und Kostenschätzung,  $q = 6 \%$ " gibt die Klägerin an, Konzepte zu Konstruktionen und Materialien entworfen, Grundrisslayouts erstellt, Kosten und Termine geschätzt, zahlreiche Moodboards und Designstories (Visualisierung des Gestaltungskonzepts) erstellt und Kontakt mit verschiedensten Unternehmen gehabt zu haben (act. 24 Rz. 85 f.). Als Beweismittel offeriert sie einen Kostenvoranschlag, als Vorprojekt benannte Designstories, ein/e Materialcollage/Moodboard, eine Designstory UG/Toiletten, einen als "Grundrisslayouts" bezeichneten Plan mit Flächenangaben sowie eine Liste der Unternehmen (act. 25/83-89). Diese Unterlagen belegen, dass die Klägerin gewisse Leistungen erbracht hat. Allerdings fehlen beispielsweise Unterlagen hinsichtlich der behaupteten Terminplanung, und der als "Grundrisslayouts" bezeichnete Plan betrifft nur das Untergeschoss. Die Klägerin substantiiert nicht, welche Detailleistungen insgesamt konkret unter diese Unterphase gefallen sind und inwiefern sie diese erbracht hat. Die Leistungserbringung ist zudem nur teilweise belegt. Mangels Angaben und anderer Anhaltspunkte ist es dem Gericht auch nicht möglich, die einzelnen Teilleistungen in Prozentangaben zu gewichten. Da die Klägerin ihrer Substantiierungsobliegenheit nicht ausreichend nachgekommen ist, hat keine Beweisabnahme zu erfolgen. Festzuhalten ist einzig, dass der Leistungsanteil von  $q = 6 \%$  nicht vollständig erfüllt wurde. 2.3.1.1.4. Im vorliegenden Verfahren gilt die Dispositionsmaxime, d.h. das Gericht darf einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Die Beklagte beantragt mit ihrer Widerklage die Rückzahlung der Akontozahlungen, die den Leistungsanteil von  $q = 18 \%$  übersteigen. Von den  $q = 18 \%$  entfallen  $q =$

- 29 -

#### **E. 2.3.1.2**

Phase 4.32 (Bauprojekt),  $q = 21 \%$  2.3.1.2.1. Die Klägerin macht geltend, sämtliche Leistungen im Umfang von  $q = 21 \%$  erbracht zu haben (act. 24 Rz. 87 ff., Rz. 94). Die Beklagte wendet ein, die Klägerin habe in der Phase 4.32 einen maximalen Leistungsanteil von  $q = 3.5 \%$  erreicht (act. 31 Rz. 38, Rz. 121 ff., Rz. 130). 2.3.1.2.2. Die Klägerin führt hinsichtlich des ersten Teils "Bauprojekt,  $q = 13 \%$ " aus, es hätten "mehrere" Besprechungen zwischen den Parteien stattgefunden, sie habe Projektpläne zusammen mit dem Konstruktions- und Materialkonzept präsentiert und das Terminprogramm in Absprache mit den Handwerkern vorbereitet (act. 24 Rz. 89 f.). Als Beweismittel offeriert sie das Projektdossier vom 13. Juni 2018, eine noch nicht finalisierte Excel Tabelle hinsichtlich der zu verwendenden Materialien, das Terminprogramm, Stand 4. Juli 2018, sowie die Liste der Unternehmen dieser Phase (act. 25/90-93). Damit ist die Klägerin ihrer Substantiierungs- und Beweislast erneut nur ungenügend nachgekommen. Insbesondere fehlen Angaben dazu, wann mit wem welche Besprechung stattgefunden hat. Es ist nicht ersichtlich, welche Pläne in welchem Massstab erstellt und wann wem präsentiert wurden,

und ein ausgearbeitetes Konstruktions- und Materialkonzept liegt nicht vor. Auch finden sich keine Angaben zur Gewichtung einzelner Leistungen. Entsprechend ist davon auszugehen, dass der Leistungsanteil von  $q = 13\%$  nicht substantiiert wurde. 2.3.1.2.3. Betreffend den zweiten Teil "Detailstudien,  $q = 4\%$ " macht die Klägerin geltend, sie habe die im ersten Teil "Bauprojekt" genannten Pläne und Konzepte mit den Bauherren und Spezialisten spezifiziert und angepasst (act. 24 Rz. 91). Dazu verweist sie auf Layouts, die – teilweise auch in einem Dokument – unter-

- 30 - schiedliche Daten im Zeitraum Juni bis August 2018 aufweisen (act. 25/94-97).

Welche Tatsachenbehauptungen damit konkret bewiesen werden sollen, ist nicht ersichtlich. Es fehlen wiederum jegliche Angaben dazu, mit wem wann was besprochen wurde. Sodann ist unklar, welche Detailleistungen in dieser Unterphase gesamthaft hätten erbracht werden müssen. Die Klägerin ist ihrer Substantiierungsobliegenheit nicht nachgekommen und der Leistungsanteil von  $q = 4\%$  ist als nicht erfüllt zu betrachten.

2.3.1.2.4. Hinsichtlich des dritten Teils "Kostenvoranschlag,  $q = 4\%$ " erklärt die Klägerin, sie habe den Projektumfang basierend auf sämtlichen bisherigen Erkenntnissen berechnet. Sie verweist auf das Dokument "Projekt Zwischenstand 13.06.2018" (act. 25/90), das sich ebenfalls auf der Dropbox befunden habe (act. 25/72-78). Zudem habe sie mit mehreren Unternehmen, insbesondere N.\_\_\_\_\_, O.\_\_\_\_\_, P.\_\_\_\_\_, Q.\_\_\_\_\_, R.\_\_\_\_\_ etc., bezüglich der Vitrinen, der Schaufensterfiguren und der Präsentationsmittel zusammen gearbeitet. Diesbezüglich reicht sie E-Mail-Korrespondenz mit Personen der vorstehenden Unternehmen ein (act. 25/98-103). Schliesslich verweist sie erneut auf die Liste mit Unternehmen der Phase 4.32 (act. 25/93). Mit diesen Angaben belegt die Klägerin weder, dass sie einen Kostenvoranschlag erstellt hat noch lässt sich ein solcher in den von der Klägerin bezeichneten Unterlagen auffinden. Sie ist ihrer Substantiierungsobliegenheit nicht nachgekommen. Ihr Leistungsanteil von  $4\%$  ist nicht belegt. 2.3.1.2.5. Da die Klägerin ihrer Substantiierungsobliegenheit nicht ausreichend nachgekommen ist, kann einzig festgestellt werden, dass der Leistungsanteil von  $q = 21\%$  in der Phase 4.32 nicht vollständig erfüllt wurde. Weil im vorliegenden Verfahren – wie vorstehend unter Erwägung II.2.3.1.1.4 ausgeführt – die Dispositionsmaxime zur Anwendung gelangt, ist in der Phase 4.32 von einem Leistungsanteil von  $q = 3.5\%$  auszugehen.

### **E. 2.3.1.3**

Phase 4.33 (Baubewilligungsverfahren),  $q = 2.5\%$  2.3.1.3.1. Die Parteien thematisieren unter diesem Punkt vor allem das Projekt Barbetrieb. Sie stimmen darin überein, dass dieses Projekt nicht weiter verfolgt

- 31 - wurde (act. 1 Rz. 30 ff.; act. 11 Rz. 145 ff.; act. 24 Rz. 116 f., Rz. 193 ff.; act. 31 Rz. 164, Rz. 174 ff., Rz. 225). Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, Leistungen für das Barprojekt erbracht zu haben, bevor die Beklagte davon Abstand genommen habe, sodass ihr der gesamte Leistungsanteil von  $q = 2.5\%$  zu entschädigen sei, was von der Beklagten auch anerkannt worden sei (act. 1 Rz. 30 ff.; act. 24 Rz. 117, Rz. 126, Rz. 193 ff.). Die Beklagte entgegnet, es habe sich vorliegend um eine Beststellungsänderung gehandelt, weshalb das Festhonorar um die Minderleistung zu kürzen sei. Die Klägerin habe maximal einen Leistungsanteil von  $q = 1\%$  erbracht (act. 11 Rz. 76.8, Rz. 147; act. 31 Rz. 27 f., Rz. 38; Rz. 83, Rz. 174 ff., Rz. 225, Rz. 228). 2.3.1.3.2. Bezüglich des Baubewilligungsverfahrens belegt die Klägerin, die Bewilligung für die Allmendnutzung für Bauinstallationen eingeholt zu haben, welche am 7. Juni 2018 unter Auflagen erteilt wurde (act. 24 Rz. 193; act. 25/158). Sie macht jedoch keine Angaben dazu, welchen

prozentualen Anteil sie vom Leistungsanteil  $q = 2.5\%$  erbracht hat. Ferner führt sie aus, das Barprojekt projektiert und geplant sowie mit Möbelherstellern in Italien und mit diversen Gastroplanern in der Schweiz kommuniziert zu haben. Sie habe das Bewilligungsgesuch für den Barbetrieb vorbereitet, das Gastrokonzept inkl. hindernisfreies Bauen entworfen und mit der Beklagten kommuniziert (act. 24 Rz. 117, Rz. 126, Rz. 193 ff.). Die Klägerin offeriert Korrespondenz mit der Beklagten inkl. Sitzungsprotokoll vom 16. August 2018 (act. 3/10-13; act. 25/160; act. 25/163; act. 25/165) sowie Korrespondenz mit L. \_\_\_\_\_ (act. 25/159) als Beweise für die Leistungen im Zusammenhang mit der Bar. Zudem reicht sie Korrespondenz mit einem Möbelhersteller in Italien ein (act. 25/161). Schliesslich liegt das vorbereitete Gesuch um Erteilung einer Betriebsbewilligung vor (act. 25/162).

2.3.1.3.3. Damit gelingt es der Klägerin zwar zu belegen, dass sie unter diesem Titel gewisse Leistungen erbracht hat. Nicht nachvollziehbar ist aber der genaue vereinbarte Leistungsumfang. Da auch Arbeiten an der Fassade geplant waren (vgl. act. 3/4 Beilage 1) ist davon auszugehen, dass noch weitere Bewilligungen einzuholen gewesen wären. In der Phase 4.33 ist aufgrund der Dispositionsmassnahme (vgl. Erwägung II.2.3.1.1.4) von einem Leistungsanteil von  $q = 1\%$  auszu-

- 32 - gehen. Somit erübrigen sich Ausführungen zur Anpassung des Vertrages infolge wesentlicher Vertragsänderung.

#### **E. 2.3.1.4**

Phase 4.41 (Ausschreibungsplanung),  $q = 9\%$  anstatt  $18\%$

2.3.1.4.1. Die Parteien sind sich einig, dass der zu erbringende Leistungsanteil in der Phase 4.41 bei Vertragsschluss von  $q = 18\%$  auf  $q = 9\%$  reduziert wurde, und dass keine Ausschreibung im eigentlichen Sinn stattgefunden hat. Allerdings legen sie nicht dar, welche Leistungen – neben der Durchführung des Ausschreibungsverfahrens – konkret entfallen sind. Der Gesamtleistungsaufwand dieser Phase wurde einfach um die Hälfte reduziert (act. 1 Rz. 25; act. 11 Rz. 32, Rz. 78; act. 24 Rz. 36, Rz. 99; act. 31 Rz. 21, Rz. 38, Rz. 140). Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, sämtliche Leistungen im Umfang von  $q = 9\%$  erfüllt zu haben (act. 24 Rz. 96, Rz. 99). Die Beklagte gesteht der Klägerin eine maximale Leistungserbringung von  $q = 2\%$  zu (act. 31 Rz. 38, Rz. 136).

2.3.1.4.2. Die Klägerin gibt an, "unterschiedlichste" Unterlagen erstellt, "diverse" Angebote bei Lieferanten, Handwerkern, Baudienstleitern etc. basierend auf den Plänen eingeholt, wenn möglich Bestellungen getätigt und die Kostenzusammenstellungen vorbereitet zu haben. Da wegen zeitlicher Knappheit keine Ausschreibung stattgefunden habe, habe sie auf Unternehmen zurückgegriffen, die ihr als zuverlässig bekannt gewesen seien, und wenn möglich habe sie diese auch gleich beauftragt (act. 24 Rz. 97 ff.). Sie reicht diverse Unterlagen, namentlich Korrespondenz betreffend die Offerteinholung für Keramikfliesen, Vitrinen, die Möbelplanung, noch nicht bzw. nur teilweise ausgefüllte Angebotsvorlagen, eine Kostenzusammenstellung, die Anfrage an den Sanitär, eine Offerte für Plattenarbeiten, die Bestellung und Rechnung der Lampen, das Angebot zur Sanierung der WC-Anlagen sowie Offerten betreffend Stechschild und Leuchtschrift, Gerüstbau, äussere Malerarbeiten, Elektroplanung sowie Lüftung und Klimaanlage als Beweismittel ins Recht und verweist auf die Dropbox (act. 25/72-78; act. 25/104-121).

2.3.1.4.3. Die ausserordentlich pauschale Tatsachendarstellung der Klägerin ist wiederum nicht genügend, um ihrer Substantiierungsobligiegenheit nachzukom-

- 33 - men. Es fehlen jegliche Ausführungen dazu, wann die Klägerin bei welchen Unternehmen wozu genau Offerten eingeholt hat und inwiefern sie damit ihren vereinbarten

Aufgaben in der Phase 4.41 nachgekommen ist. Den vorgelegten Dokumenten ist zwar zu entnehmen, dass Leistungen erbracht und Offerten eingeholt wurden, allerdings lässt sich der konkret erbrachte Leistungsanteil in dieser Phase nicht beziffern, ohne Mutmassungen anzustellen. Aufgrund der Dispositivmaxime (vgl. Erwägung II.2.3.1.1.4) ist daher von einem Leistungsanteil von  $q = 2\%$  auszugehen.

### **E. 2.3.1.5**

Phase 4.51 (Ausführungsplanung),  $q = 16\%$  2.3.1.5.1. Die Klägerin führt aus, sämtliche Leistungen im Umfang von  $q = 16\%$  erbracht zu haben (act. 24 Rz. 101). Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, die Klägerin habe maximal Leistungen im Umfang von  $q = 1\%$  erbracht (act. 31 Rz. 38, Rz. 146). 2.3.1.5.2. Hinsichtlich des ersten Teils "Ausführungspläne,  $q = 15\%$ " macht die Klägerin geltend, konkrete Ausführungspläne basierend auf den weiterentwickelten Projektplänen und Layouts, wie massstabsgetreue Ansichten und Visualisierungen sowie Pläne für die Elektroanschlüsse, jeweils inkl. der entsprechenden Masse, erstellt zu haben (act. 24 Rz. 102). Dazu offeriert sie neben dem Hinweis auf die Dropbox diverse Pläne, die grossmehrheitlich mit August 2018 datiert sind und sowohl Masse als auch Hinweise auf Materialien etc. enthalten. Damit belegt sie, dass sie ihre Leistungspflicht mindestens teilweise erfüllt hat. Allerdings weist die Beklagte zu Recht darauf hin, dass die Klägerin mit der beispielhaften Aufzählung der konkret erstellten Pläne und der Einreichung diverser Unterlagen der Substantiierungsobliegenheit nicht genügend nachgekommen ist (act. 31 Rz. 147), denn es lässt sich nicht nachvollziehen, was für Pläne insgesamt zu erarbeiten waren, welche Pläne vollständig erstellt wurden und inwiefern damit wieviel Prozent des Leistungsanteils " $q$ " erfüllt sind. Ferner gibt die Klägerin an, mehrfach Designvorschläge zu den Wechselstationen erarbeitet und diese der Beklagten gezeigt zu haben, letztmals am 2. September 2018 (act. 24 Rz. 103). Dazu verweist sie auf das Protokoll der Sitzung vom - 34 - 16. August 2018, dessen Inhalt die Beklagte bestreitet (act. 31 Rz. 149), sowie auf die E-Mail an die Beklagte bzw. S.\_\_\_\_ (act. 3/12; act. 25/135). Anhand dieser Ausführungen kann wiederum nicht nachvollzogen werden, welche Leistung die Klägerin in welchem Umfang beweisen will. Eine Leistungserbringung von  $q = 15\%$  hat sie nicht substantiiert. 2.3.1.5.3. Den zweiten Teil "Werkverträge,  $q = 1\%$ " erachtet die Klägerin als durch die Beklagte anerkannt, weshalb sie auf weitere Ausführungen verzichtet (act. 24 Rz. 105). Die Beklagte bestreitet dies und weist darauf hin, dass sie angegeben habe, dass es sich um eine blosser Schätzung handle, und dass sie einleitend alles bestritten habe, was nicht ausdrücklich anerkannt worden sei. Zudem stehe ihr die Möglichkeit offen, Bestreitungen erst in der Duplik vorzutragen (act. 31 Rz. 150, Rz. 172). Mit der Klägerin ist davon auszugehen, dass die Bestreitung der Beklagten in der Klageantwort nicht genügend substantiiert war. Allerdings steht es den Parteien nach gefestigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung im ordentlichen Verfahren – mit unbeschränkter doppelter Äusserungsmöglichkeit – offen, in ihrem zweiten unbeschränkten Sachvortrag vorbehaltlos neue Tatsachen und Beweismittel in das Verfahren einzubringen, weshalb auch das Vorbringen neuer Bestreitungen in der Duplik zulässig ist (vgl. Urteil BGer 4A\_498/2019 vom 3. Februar 2020 E. 1.5 m.w.H.). Somit gilt die Leistungserbringung der Klägerin als durch die Beklagte bestritten (act. 31 Rz. 150, Rz. 172). Die Klägerin hat es versäumt, ihre Leistungen unter dem Titel "Werkverträge" darzulegen. Daher hat sie auch diese Leistungen im Umfang von  $q = 1\%$  nicht substantiiert, weshalb kein Beweisverfahren durchzuführen ist. 2.3.1.5.4. Einmal mehr ist es der Klägerin nicht gelungen, den tatsächlich

erbrachten Leistungsstand ausreichend zu substantiieren und zu belegen. Dieser lässt sich nicht feststellen, ohne Mutmassungen anzustellen. Es ist davon auszugehen, dass der Leistungsanteil von  $q = 16\%$  nicht vollständig erfüllt wurde. Demgemäss ist in der Phase 4.51 aufgrund der Dispositionsmaxime (vgl. Erwägung II.2.3.1.1.4) von einem Leistungsanteil von  $q = 1\%$  auszugehen.

- 35 -

### **E. 2.3.1.6**

Phase 4.52 (Ausführung),  $q = 29\%$  2.3.1.6.1. Hinsichtlich der Phase 4.52 macht die Klägerin geltend, sämtliche Leistungen im Umfang von  $q = 29\%$  erbracht zu haben (act. 24 Rz. 109). Die Beklagte bestreitet dies und gesteht der Klägerin eine maximale Leistungserbringung von  $q = 9\%$  zu (act. 31 Rz. 38, Rz. 156). 2.3.1.6.2. Für den ersten Teil "Gestalterische Leitung,  $6\%$ " erläutert die Klägerin, die gestalterische Leitung, die Kontrolle über Bestellungen und zu verarbeitende Produkte sowie generell die Kontrolle der Qualität der Arbeiten auf der Baustelle ausgeübt und die Beklagte regelmässig informiert zu haben (act. 24 Rz. 110). Dazu offeriert sie abermals das Protokoll der Sitzung vom 16. August 2018 inkl. E-Mail, den Dropbox-Link, ihre Parteibefragung und die Zeugenbefragung von M.\_\_\_\_\_ (act. 3/12-13; act. 25/72-78). Die Ausführungen der Klägerin sind erneut sehr pauschal gehalten. Es fehlen Angaben, zu welchen Personen sie wann Kontakt hatte, wann sie welche Kontrollen über Bestellungen oder auf der Baustelle ausgeübt und wann sie die Beklagte informiert hat. Entsprechend kann nicht nachvollzogen werden, ob die Klägerin die gesamte Leistung im Umfang von  $q=6\%$  erbracht hat. Die Klägerin ist ihrer Substantiierungsobliegenheit erneut nur ungenügend nachgekommen, weshalb kein Beweisverfahren durchzuführen ist. Die Leistungen im Umfang von  $q = 6\%$  sind nicht substantiiert und belegt. 2.3.1.6.3. Hinsichtlich des zweiten Teils "Bauleitung und Kostenkontrolle,  $23\%$ " gibt die Klägerin an, die Bauleitung und die Kostenkontrolle ausgeübt zu haben, insbesondere habe sie transparent über die Kostenentwicklung informiert und zwischen der Beklagten und den beauftragten Unternehmen – aufgrund der unzuverlässigen Bezahlung der Beklagten – geschlichtet (act. 24 Rz. 111). Sie verweist auf die Leistungszusammenstellung betreffend den Stand der Arbeiten am 17. September 2018, die belegen soll, dass die Klägerin alle Arbeiten bis und mit Phase 4.52 erfüllt habe (act. 25/142). Neben dieser Leistungszusammenstellung offeriert die Klägerin als Beweismittel Korrespondenz mit der Beklagten hinsichtlich Zahlungen (act. 25/137-138), eine Aufstellung der Ausstattungskosten (act. 25/139), eine Kostenschätzung datierend vom 16. August 2018 (act. 25/140) sowie Korrespondenz der Klägerin mit der Beklagten hinsichtlich Nachtragsbestel-

- 36 - lungen (act. 25/141). Zudem verweist sie abermals auf das umstrittene Protokoll der Sitzung vom 16. August 2018 (act. 3/12). Mit diesen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln vermag die Klägerin die Erfüllung ihrer Leistungspflicht jedoch nicht ausreichend zu substantiieren und zu belegen, da insbesondere Angaben hinsichtlich des Leistungsumfangs einzelner Handlungen und der Daten, an welchen konkrete Bauleitungs- und Kontrollaufgaben vorgenommen wurden, fehlen. Auch ist das Dokument mit dem Stand der Arbeiten per 17. September 2018 nicht geeignet, die umfassende Erfüllung sämtlicher Leistungspflichten der Klägerin in dieser Phase zu beweisen. Einerseits handelt es sich dabei um die Aufstellung einer Partei und somit um eine blosser Parteibehauptung. Andererseits gesteht die Klägerin selbst zu, dass das Vertragsverhältnis "im Zuge der Vollendung dieser Phase" aufgelöst worden sei, ohne aber zu behaupten oder

gar zu belegen, dass die Umbauarbeiten vollständig abgeschlossen waren. Mangels genügender Substantiierung hat unter diesen Umständen eine Abnahme der vielen, von der Klägerin offerierten, Partei- und Zeugenbefragungen zu unterbleiben. Die Klägerin hat die Leistungserbringung im Umfang von  $q = 23\%$  nicht substantiiert. 2.3.1.6.4.

Zusammengefasst ist davon auszugehen, dass die Klägerin den tatsächlich erbrachten Leistungsstand nicht ausreichend substantiiert und belegt hat. Dieser lässt sich nicht feststellen, ohne Mutmassungen anzustellen. Der Leistungsanteil von  $q = 29\%$  wurde somit nicht vollständig erfüllt. Aufgrund der Dispositionsmaxime (vgl. Erwägung II.2.3.1.1.4) ist in der Phase 4.52 von einem Leistungsanteil von  $q = 9\%$  auszugehen.

#### **E. 2.3.1.7**

Phase 4.53 (Inbetriebnahme, Abschluss),  $q = 3.5\%$  anstatt  $4.5\%$  Die Parteien sind sich einig, dass die Phase 4.53 nicht erfüllt wurde (act. 1 Rz. 29, Rz. 104; act. 11 Rz. 76.12, Rz. 78; act. 24 Rz. 122; act. 31 Rz. 38, Rz. 169). Entsprechend ist der Leistungsanteil in dieser Phase auf  $q = 0\%$  festzusetzen.

#### **E. 2.3.1.8**

Fazit Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Klägerin weder den genauen Inhalt ihrer Leistungspflicht gemäss dem Planer-/Bauleitungsvertrag noch die Erfüllung der-

- 37 - selben ausreichend substantiiert hat. Im vorliegenden Verfahren ist von einem erbrachten Leistungsanteil von  $q = 18\%$  auszugehen. Entsprechend ist die Klage im Umfang der Honorarrückforderung von CHF 23'555.58 abzuweisen.

#### **E. 2.3.2**

Honorarrückforderungsanspruch

##### **E. 2.3.2.1**

Die Beklagte macht in ihrer Widerklage eine Honorarrückforderung von gesamthaft CHF 37'333.30 geltend. Dabei handelt es sich um die Akontozahlungen, die den Leistungsanteil von  $q = 18\%$ , d.h. CHF 16'000.– (ausgehend von einem Gesamtleistungsanteil von  $q = 90\%$  d.h. CHF 80'000.–) übersteigen.

##### **E. 2.3.2.2**

Akontozahlungen stellen vorläufige Zahlungen dar, die mit der Absprache verbunden werden, dass der definitive Umfang der Leistung noch zu ermitteln, und dass ein allfälliger Überschuss herauszugeben sein wird. Bei der Rückerstattung des Überschusses handelt es sich um einen vertraglichen Anspruch auf Rückzahlung und nicht etwa um einen bereicherungsrechtlichen Anspruch (BGE 126 III 119 E. 3). Dabei wird zwischen sog. Vorauszahlungen und sog. Abschlagszahlungen unterschieden. Akontozahlungen in Form einer Vorausleistung erlauben keinen Rückschluss auf den Wert der Leistung. Demgegenüber fallen Abschlagszahlungen nach Massgabe bereits erbrachter Leistungen an, was unter Umständen einen Rückschluss von den Zahlungen auf den Wert der Leistungen erlaubt (GAUCH, a.a.O., Rz. 1163 m.w.H.). Die Leistung von Akontozahlungen bringt – unter dem Vorbehalt anderslautender Abreden zwischen den Parteien – keine Änderung der Behauptungs- und Beweislast mit sich, d.h. der Planer hat Bestand und Höhe seiner Forderung vollumfänglich nachzuweisen, auch wenn er einen Teil davon als Akontozahlung bereits erhalten hat, und er trägt namentlich die Beweislast dafür, dass sich aus den erhaltenen Akontozahlungen kein Überschuss ergibt (GAUCH, a.a.O.,

Rz. 1270).

### **E. 2.3.2.3**

Vorliegend wurde die Fälligkeit der Akontozahlungen der Beklagten un- bestrittenermassen nicht mit dem Abschluss von bestimmten Leistungen ver- knüpft, sodass es sich um sog. Vorauszahlungen handelt (act. 3/4 Ziff. 4.3). Die Akontozahlungen lassen keine Rückschlüsse auf den von der Klägerin erzielten Leistungsstand zu. Für die Rückforderung der Akontozahlungen hat die Beklagte

- 38 - die Leistung solcher Zahlungen zu beweisen, die Klägerin trägt demgegenüber die Beweislast für den Bestand und die Höhe ihrer Honorarforderung, die sie mit den Akontozahlungen verrechnet.

### **E. 2.3.2.4**

Die Beklagte hat unbestrittenermassen Akontozahlungen im Umfang von CHF 53'333.30 geleistet. Der Klägerin ist es demgegenüber nicht gelungen, einen erbrachten Leistungsanteil von über  $q = 18\%$  zu beweisen. Entsprechend ist die Honorarrückforderung der Beklagten im Umfang von CHF 37'333.30 gutzuheis- sen.

### **E. 2.4**

Fazit Die Klage der Klägerin betreffend die Honorarrestforderung von CHF 23'555.58 ist abzuweisen. Mangels Beweises eines Leistungsanteils von über  $q = 18\%$  ist die Honorarrückforderung der Beklagten im Umfang von CHF 37'333.30 gutzu- heissen. Zu prüfen bleibt, ob Zusatzleistungen, Spesen und/oder Auslagen bestehen, die mit den Akontozahlungen zu verrechnen sind (vgl. nachfolgend Erwägungen II.3 und II.3.4). 3. Zusatzleistungen ("Nachtragsarbeiten") Die Klägerin macht mit der Klageschrift neben ihrem Honoraranspruch in der Kla- ge entschädigungspflichtige Zusatzleistungen im Umfang von CHF 58'555.– so- wie im Rahmen der Replik von zusätzlichen CHF 11'200.– geltend (act. 1 Rz. 71, Rz. 105, Rz. 140; act. 24 Rz. 2, Rz. 318, Rz. 320). Sie verwendet dabei die Ter- minologie der "Nachtragsarbeiten", welche aus der (vorliegend nicht anwendba- ren) SIA-Norm 118 stammt. Die Beklagte bestreitet diese Ansprüche vollumfäng- lich (act. 11 Rz. 148 ff., Rz. 163 f., Rz. 187, Rz. 206 f.; act. 31 Rz. 15 f., Rz. 42, Rz. 51, Rz. 315). 3.1. Unbestrittener und bestrittener Sachverhalt Die Parteien stimmen darin überein, dass der Ausschluss vom Festhonorar "excl. Fassadengestaltung & Nasszellen" missverständlich formuliert wurde (vgl. act. 3/4

- 39 - Beilage 2). Es ist unbestritten, dass mit dem Ausschluss vom Festhonorar der Eingangsbereich (ohne Fassade) und der Toilettenbereich gemeint waren (act. 1 Rz. 26; act. 11 Rz. 141, Rz. 143, Rz. 153; act. 24 Rz. 311; act. 31 Rz. 312). Strit- tig ist, ob die von der Klägerin angeführten Zusatzleistungen als solche zu qualifi- zieren sind, oder ob sie unter die mit dem Festhonorar entschädigten Grundleis- tungen fallen (act. 1 Rz. 35 ff.; act. 11 Rz. 148 ff.; act. 24 Rz. 210 ff.; act. 31 Rz. 42, Rz. 239 ff.). Sodann ist umstritten, ob die Beklagte die Klägerin für ihren Auf- wand im Zusammenhang mit dem Eingangs- und Toilettenbereich zu entschädi- gen hat (act. 24 Rz. 311 ff.; act. 31 Rz. 312 ff.). 3.2. Rechtliches Die SIA-Ordnung 102 (2014) unterscheidet in Art. 4.3 bis Art. 4.5 zwischen Grund- und besonders zu vereinbarenden Leistungen. Grundleistungen sind vom vereinbarten Honorar gedeckt. Demgegenüber müssen Zusatzleistungen vorgän- gig besonders vereinbart werden und sie sind separat zu vergüten. Wird nicht vereinbart, wie die Vergütung vorzunehmen ist, sieht Art. 5.8 SIA-Ordnung 102 (2014) vor, dass

Leistungen mangels anderer Vereinbarung nach dem effektiven Zeitaufwand zu vergüten sind. Dabei wird jedoch nicht definiert, nach welcher der drei möglichen Berechnungsmethoden zu verfahren ist (Berechnung nach Qualifikationskategorien, Berechnung nach mittleren Stundenansätzen oder Berechnung nach Gehältern; vgl. Art. 6.1.1 SIA 102 [2014]). Die Klägerin trägt die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast für den Bestand bzw. die Vereinbarung der Zusatzleistungen, deren Umfang sowie die Vergütungsart und -höhe (vgl. Erwägungen II.2.2.1 und II.2.2.2). 3.3. Würdigung 3.3.1. Zusatzleistungen ohne Eingangs- und Toilettenbereich (Klage) 3.3.1.1. Der Planer-/Bauleitungsvertrag enthält keine Bestimmung über Zusatzleistungen (act. 3/4). Die Klägerin listet Zusatzleistungen im Umfang von CHF 6'860.– für die Fassadengestaltung ohne Eingangsbereich, von CHF 4'095.– für die Schadstoffanalyse, Altlastensanierung inkl. diesbezüglicher Bauleitung,

- 40 - von CHF 24'780.– für die Nutzungsänderung (CHF 17'360.– für das Brandschutzkonzept inkl. diesbezüglicher Bauleitung und CHF 7'420.– für das Kanalisationsbegehren), von CHF 5'460.– für Statik, von CHF 3'220.– für Bank und Versicherung, von CHF 1'190.– für Retouren und Reorganisation sowie von CHF 3'080.– für Korrespondenz mit Lieferanten und Behörden auf (vgl. act. 1 Rz. 45, Rz. 52, Rz. 62, Rz. 65, Rz. 68, Rz. 71; act. 24 Rz. 221, Rz. 232, Rz. 236, Rz. 242, Rz. 248 f.). Es ist festzuhalten, dass die Summe dieser Beträge CHF 48'685.–, und nicht wie von der Klägerin angeführt, CHF 58'555.– ergibt (act. 1 Rz. 71; act. 11 Rz. 164; act. 24 Rz. 249, Rz. 286, Rz. 306). 3.3.1.2. Die Klägerin geht für die Vergütung der geltend gemachten Zusatzleistungen von einem Stundenhonorar von CHF 140.– aus, ohne jedoch in irgend einer Weise näher darzulegen oder eine Erklärung dafür zu liefern, wie sie auf die Annahme eines solchen Stundenhonorars kommt (act. 1 Rz. 38 ff.; act. 24 Rz. 210 ff.). 3.3.1.3. Der blosser Hinweis auf die Schlussrechnung, die Angabe von Arbeitsstunden und die Auflistung der Nachträge sind nicht geeignet, eine entsprechende Parteivereinbarung zu substantiieren und zu belegen (vgl. act. 1 Rz. 42, Rz. 45, Rz. 52, Rz. 58, Rz. 62, Rz. 65, Rz. 68, Rz. 71; act. 3/23; act. 3/39; act. 3/52; act. 24 Rz. 214, Rz. 221, Rz. 231 f., Rz. 236, Rz. 242, Rz. 248 f.; act. 25/171; act. 25/177; act. 25/180; act. 25/185; act. 25/192-193). Dasselbe gilt für die zitierte Korrespondenz, welcher – wenn überhaupt – uneinheitliche Vergütungsansätze zu entnehmen sind (vgl. insb. act. 3/18, aber auch act. 3/15-17; act. 3/21-22; act. 3/24; act. 3/27; act. 3/33; act. 3/35; act. 25/62; act. 25/167; act. 25/169-170; act. 172-175; act. 25/178-179; act. 25/181-184; act. 25/186-191; act. 25/195; act. 25/206). Schliesslich liefern die Excel Tabellen, welche die behaupteten Stunden auflisten, auch keine Erklärung hinsichtlich der Vereinbarung eines Stundenhonorars (vgl. act. 25/168; act. 25/171; act. 25/176-177; act. 25/180; act. 25/185; act. 25/192-193). Da die Klägerin ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast nicht einmal hinsichtlich des vereinbarten Stundenhonorars nachgekommen ist, ist ihr Begehren um Vergütung der Zusatzleistungen abzuweisen und kann eine Prüfung der Frage unterbleiben, ob es sich um über den vereinbarten

- 41 - Inhalt des Vertrags hinausgehende Leistungen handelt und inwiefern sie von der Beklagten in Auftrag gegeben worden und von der Klägerin ausgeführt worden sind. 3.3.2. Zusatzleistung für Eingangs- und Toilettenbereich (Klageänderung) Die Zusatzleistungen für den Eingangs- und Toilettenbereich macht die Klägerin erstmals in der Replik geltend. Sie finden sich weder in der ersten Schlussrechnung (act. 3/32) noch in der angepassten Schlussrechnung (act. 3/52). Der eingereichten Korrespondenz ist zu entnehmen, dass die Parteien planten, diese Kosten der Eigentümerschaft bzw. E.\_\_\_\_\_ zu überbinden, es

jedoch nie zu einer abschliessenden Kostenübernahme durch die E. \_\_\_\_\_ gekommen ist (act. 25/58; act. 25/64 [recte: 25/62]; act. 25/156; act. 25/215-216). Daher verlangt die Klägerin nun von der Beklagten die Vergütung mit einem Honorar von CHF 11'200.–, wovon CHF 4'480.– für den Eingangsbereich und CHF 6'720.– für den Toilettenbereich geschuldet seien (act. 24 Rz. 311 ff.). Die Klägerin hat es jedoch auch diesbezüglich unterlassen, in der Replik zu erklären und zu beweisen, wie sich das Honorar konkret zusammensetzt, inwiefern es mit der Beklagten vereinbart wurde und gestützt auf welche Leistungen sie es von der Beklagten zu verlangen berechtigt ist. Ihr Begehren ist mangels genügender Substantiierung abzuweisen. 3.4. Fazit Der Klägerin ist es nicht gelungen, entschädigungspflichtige Zusatzleistungen zu beweisen. Ihre Klage ist daher auch im Umfang von CHF 69'755.– abzuweisen. 4. Spesen und Auslagen 4.1. Unbestrittener und bestrittener Sachverhalt 4.1.1. Die Parteien sind sich einig, dass die Spesen und Auslagen separat zum Festhonorar in Rechnung zu stellen waren und dass die erste Spesenabrechnung vom 15. Juli 2018 im Umfang von CHF 2'062.48 seitens der Beklagten vergütet wurde (act. 1 Rz. 95, Rz. 97; act. 3/4; act. 11 Rz.42 f.; act. 24 Rz. 171, Rz. 201, Rz. 276; act. 25/212). Allerdings ist die Höhe der ab dem 15. Juli 2018 zu ent-

- 42 - schädigenden Spesen und Auslagen strittig (act. 1 Rz. 105; act. 11 Rz. 188; act. 24 Rz. 283 ff., Rz. 277; act. 31 Rz. 287, Rz. 292). 4.1.2. Die Klägerin macht für die Periode ab 15. Juli 2018 ausstehende Spesen im Umfang von CHF 1'566.50 und Auslagen in der Höhe von CHF 4'001.40 geltend. Die bereits bezahlten CHF 2'062.48 würden demgegenüber den Aufwand bis 15. Juli 2018 berücksichtigen (act. 1 Rz. 105; act. 24 Rz. 283 ff.). Dabei verweist sie auf die Schlussrechnung, auf die Dropbox, wo sämtliche Unterlagen gespeichert gewesen seien, auf die Übersicht der Auslagen inkl. Belege sowie auf die Übersicht der Spesen inkl. Belege (act. 3/52; act. 25/72-78; act. 25/212-214). Zudem offeriert sie die Parteibefragung von A. \_\_\_\_\_ und die Zeugenbefragung von M. \_\_\_\_\_ (act. 24 Rz. 283). 4.1.3. Die Beklagte bestreitet Bestand und Umfang der Spesen und Auslagen, zumal unklar sei, wann die Forderungen entstanden seien. Es sei nicht dargetan, dass die geltend gemachten Beträge im Zusammenhang mit der Grundleistung gestanden hätten, und dass sie notwendig und angemessen gewesen seien. Der pauschale Verweis auf die eingereichten Übersichten genüge nicht. Schliesslich bestreitet die Beklagte, dass es zutrefte, dass sämtliche Belege und Unterlagen auf der Dropbox gespeichert worden seien und der Beklagten zur Verfügung gestanden hätten (act. 11 Rz. 188; act. 31 Rz. 287, Rz. 292). 4.2. Rechtliches Der Klägerin obliegt die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast hinsichtlich der Spesen und Auslagen ab 15. Juli 2018 (vgl. Erwägungen II.2.2.1 und II.2.2.2). Es stellt sich die Frage, ob sie die Anforderungen mit dem Verweis auf die Beilagen erfüllt hat. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt ein globaler Verweis auf eingereichte Unterlagen den Anforderungen an Behauptung und Substantiierung nicht. Es geht darum, dass nicht das Gericht und die Gegenpartei aus den Beilagen die Sachdarstellung zusammensuchen müssen. Ausnahmsweise kann es jedoch zulässig sein, der Substanziierungsobligenheit durch Verweis auf eine Bei-

- 43 - lage nachzukommen. Erforderlich ist, dass Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen in einer Rechtsschrift behauptet werden und für Einzelheiten auf eine Beilage verwiesen wird. Dabei müssen die Gegenpartei und das Gericht die notwendigen Informationen in einer Art erhalten, die eine Übernahme in die Rechtsschrift als blossen Leerlauf erscheinen lässt. Ein Verweis ist ungenügend, wenn die nötigen Informationen in den Beilagen nicht eindeutig und vollständig enthalten sind oder aber daraus

zusammengesucht werden müssten. Es genügt nicht, dass in den Beilagen die verlangten Informationen in irgendeiner Form vorhanden sind. Es muss auch ein problemloser Zugriff darauf gewährleistet sein, und es darf kein Interpretationsspielraum entstehen. Der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift muss spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennen und aus dem Verweis muss selbst klar werden, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen. Ein problemloser Zugriff ist gewährleistet, wenn eine Beilage selbsterklärend ist und genau die verlangten (bzw. in der Rechtsschrift bezeichneten) Informationen enthält (Urteil BGer 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2 m.w.H.).

4.3. Würdigung

4.3.1. Die Klägerin macht die Gesamtsumme von CHF 1'566.50 für Spesen geltend und führt in den Beweisofferten insbesondere die Übersicht der Spesen inkl. Belege an (act. 1 Rz. 105; act. 24 Rz. 283; act. 25/214). Damit kann die Beilage der entsprechenden Tatsachenbehauptung zugewiesen werden. Die Übersicht der Spesen enthält eine Auflistung sämtlicher Spesen, die der Klägerin sowie L.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_ angefallen sind, wobei der Zeitraum von Januar 2018 bis Dezember 2018 aufgeführt ist. In einer separaten Spalte werden die Leistungen ab 15. Juli 2018 bis 10. Oktober 2019 aufgelistet, welche eine Summe von CHF 1'535.70 ergeben. Die Aufstellung für Juli 2018 beträgt total CHF 1'056.43, wovon CHF 369.70 ab dem 15. Juli 2018 angefallen sind. Allerdings deckt sich das Total der noch geschuldeten Spesen von CHF 1'535.70 nicht mit den von der Klägerin in der Klage angeführten Spesen im Umfang von CHF 1'566.50. Insofern gewährleistet bereits die Spesenübersicht keinen problemlosen und selbsterklärenden Zugriff auf die Spesenbelege. Erschwerend kommt hinzu, dass die Belege

- 44 - den einzelnen Personen und Positionen in der Übersicht nicht eindeutig zugeordnet wurden. Entsprechend ist die Klägerin ihrer Substantiierungsobliegenheit abermals nur ungenügend nachgekommen. Es ist kein Beweisverfahren durchzuführen und ihre Klage hinsichtlich der Spesenforderung von CHF 1'566.50 abzuweisen.

4.3.2. Betreffend die Auslagen macht die Klägerin eine Forderung von CHF 4'001.40 geltend, wobei sie auf die Übersicht der Auslagen inkl. Belege verweist (act. 1 Rz. 105; act. 24 Rz. 283; act. 25/213). Der Übersicht sind diverse Positionen mit einem Total von CHF 4'095.96 zu entnehmen. Dieser Betrag deckt sich wiederum nicht mit der eingeklagten Forderung, weshalb der Verweis interpretationsbedürftig ist. Entsprechend ist die Klage auch hinsichtlich der Auslagen von CHF 4'001.40 abzuweisen.

4.4. Fazit

Der Klägerin ist es nicht gelungen, zu vergütende Spesen und Auslagen zu beweisen, weshalb ihre Klage schliesslich auch hinsichtlich der Spesen und Auslagen im Umfang von CHF 5'567.90 abzuweisen ist.

5. Honorarminderung (Widerklage)

5.1. Parteibehauptungen

5.1.1. Die Beklagte verlangt widerklageweise eine Honorarminderung um 50 %, wobei sie unter diesem Titel zunächst einen Betrag von CHF 13'333.35 fordert, den sie in der Widerklagereplik auf CHF 8'000.- reduziert, je zuzüglich 5 % Zins ab 8. Dezember 2018 (act. 11 Rz. 71, Rz. 91, Rz. 94 ff.; act. 31 Rz. 12, Rz. 46 ff.). Zur Begründung führt die Beklagte Schlechterfüllung an. Namentlich habe die Klägerin mangelhafte und unsorgfältige Planerleistungen erbracht, indem sie keine oder falsche Pläne erstellt oder vorhandene Pläne falsch vermass habe. Daher habe sie falsche und nicht fristgerechte Bestellungen ausgelöst (act. 11 Rz. 15, Rz. 76.4 ff., Rz. 84 ff., Rz. 137, Rz. 191; act. 31 Rz. 43 ff.). Ferner habe die Klägerin die Bauleitung nicht ausreichend wahrgenommen. Sie sei viel zu selten auf der Baustelle präsent gewesen, weshalb die Unternehmer nur ungenügend

- 45 - koordiniert und geführt worden seien, was insbesondere zu zahlreichen Verzögerungen geführt habe (act. 11 Rz. 15, 76.7, Rz. 88 ff., Rz. 148, Rz. 167, Rz. 193; act. 31 Rz.

46, Rz. 77, Rz. 82 ff., Rz. 159, Rz. 182, Rz. 274). 5.1.2. Die Klägerin bestreitet den Anspruch der Beklagten auf Honorarminderung (act. 24 Rz. 129, Rz. 144 ff.). Sie führt aus, die Vorbringen der Beklagten seien viel zu unsubstantiiert. Sie habe das Projekt im Griff gehabt und die Pläne erstellt. Die Verzögerungen seien aufgrund unvorhersehbarer Probleme und wegen der schlechten Zahlungsmoral der Beklagten entstanden. Zudem habe es die Beklagte versäumt, rechtzeitig eine Mängelrüge zu erheben (act. 24 Rz. 16, Rz. 48 ff., Rz. 131 ff., Rz. 138 ff., Rz. 290 ff.; act. 35 Rz. 8 ff.). Ferner bestreitet die Klägerin, die Bauleitung ungenügend ausgeübt zu haben. Die Beklagte könne dies gar nicht beurteilen, da ihre Mitarbeiter nie auf der Baustelle, dafür aber oft in den Ferien und schlecht erreichbar gewesen seien (act. 24 Rz. 88, Rz. 108 ff., Rz. 135 f., Rz. 290 ff.). 5.2. Rechtliches 5.2.1. Da es sich beim Planer-/Bauleitungsvertrag um einen gemischten Vertrag handelt (vgl. Erwägung II.1.2.1), findet bezüglich der Haftung bei Schlechterfüllung eine Spaltung der anwendbaren Rechtsgrundlagen statt. Für die Haftung des Architekten betreffend die Planung (Vorstudien, Vorprojekte, Planerstellung und Arbeiten für die Submission) kommt Werkvertragsrecht zur Anwendung, betreffend die Bauleitung (Auftragsvergabe, Leitung, Überwachung und Koordinierung der Arbeiten) Auftragsrecht (BGE 134 III 361 E. 5.1 = Pra 98 [2009] Nr. 9; 127 III 543 E. 2a = Pra 90 [2001] Nr. 194; Urteil BGer 4A\_514/2016 vom 6. April 2017 E. 3.1.1 m.w.H.). Die Beklagte verlangt vorliegend für die Haftungsfolgen der mangelhaften Planerleistungen und Bauleitung – neben Schadenersatzansprüchen – gesamthaft eine Honorarminderung. Ob sich diese sowohl auf werkvertragliche als auch auf auftragsrechtliche Bestimmungen stützt, oder ob einzig das hinsichtlich der Honorarforderung vorherrschende Auftragsrecht zur Anwendung gelangt, wurde seitens des Bundesgerichts – soweit ersichtlich – noch in keinem vergleichbaren Fall entschieden. EGLI/STÖCKLI führen zu dieser Frage aus: "Zu einer Spaltung der Rechtsfolgen, die das Bundesgericht für den Gesamtvertrag

- 46 - propagiert [...], kann es hinsichtlich der Honorarminderung im Grundsatz nicht kommen, da sie sowohl bei den auftrags- als auch den werkvertragsrechtlichen Leistungsteilen greifen kann. Was aber deren Voraussetzungen angeht, wird man beim heutigen Stand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung davon ausgehen müssen, dass eine Minderung bei werkvertraglichen Leistungen zwar möglich, indes davon abhängig ist, dass der Bauherr den Mangel, auf den er sich für die Minderung beruft, wirksam gerügt hat." (EGLI/STÖCKLI, a.a.O., § 8 Das Planerhonorar IV.-VII., Rz. 8.177). Diesem Ansatz ist zuzustimmen und im Folgenden die Honorarminderung nach Auftragsrecht zu prüfen, wobei bei den werkvertraglichen Aspekten die wirksame Mängelrüge eine zusätzliche Voraussetzung bildet (Urteil HG/ZH HG150232-O vom 8. Januar 2019 E. 5.2.1). 5.2.2. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das Honorar nur bei korrekter und sorgfaltsgemässer Auftragsausführung geschuldet. Liegt eine Leistungsstörung (Nicht- oder Schlechterfüllung) vor, entfällt die Honorarforderung bzw. sie ist zu reduzieren, wobei als Kriterium die Brauchbarkeit der Arbeit bzw. der Äquivalenzgedanke mit Blick auf die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung für die anteilmässige Herabsetzung des Honorars herangezogen wird. Daneben kann der Beauftragte gemäss Art. 97 ff. OR schadenersatzpflichtig werden. Für diejenigen Tätigkeiten des Auftrags, die vertragskonform ausgeführt wurden, besteht ein Honoraranspruch. Wird der Auftraggeber durch eine Schadenersatzleistung nicht nur wertmässig, sondern auch tatsächlich so gestellt, wie wenn der Auftrag richtig erfüllt worden wäre, ist eine Gegenleistung entsprechend dem Wert der Arbeit des Beauftragten geschuldet (BGE 124 III 423 E. 3b; 108 II 197 E. 2a; Urteile BGer 4A\_89/2017 vom 2. Oktober 2017 E. 5.2.2; 4A\_34/2011

vom 10. Mai 2011 E. 3; OSER/WEBER, in: BSK OR I, a.a.O., Art. 394 N 43 m.w.H.). Zur Festlegung der Reduktion des Honorars ist zunächst das bei richtiger Erfüllung geschuldete Honorar zu bestimmen. Danach ist zu prüfen, ob Pflichtverletzungen vorliegen. Im Fall der Bejahung sind die Abzüge festzulegen, die zur Wahrung des Äquivalenzprinzips vorgenommen werden müssen. Das Äquivalenzprinzip besagt, dass bei einem synallagmatischen Vertrag die Leistung und die Gegenleistung annähernd gleichwertig sein sollten, weshalb bei einer Leis-

- 47 - tungsstörung das Entgelt an die erbrachte Leistung angeglichen werden soll (GMÜR, Die Vergütung des Beauftragten, Ein Beitrag zum Recht des einfachen Auftrags, Freiburg 1994, Rz. 457, Rz. 503, Rz. 559 ff.). 5.2.3. Die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast für den Umfang der erbrachten Leistungen und das bei richtiger Erfüllung geschuldete Honorar obliegt der Klägerin. Demgegenüber steht die Beklagte für die Pflichtverletzung sowie deren Kausalität für den Misserfolg in der Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweisobliegenheit (vgl. Erwägungen II.2.2.1 und II.2.2.2). Sie hat, soweit möglich und zumutbar, alle Umstände nachzuweisen, die für eine Honorarminderung sprechen und dem Gericht die Schätzung des Herabsetzungsbetrags erlauben oder erleichtern. Falls dieser Beweis gelingt, kann die Klägerin – um eine Honorarminderung zu verhindern – nachweisen, dass sie kein Verschulden trifft (FELLMANN, in: Hausheer [Hrsg.], BK, Band VI/2/4, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der einfache Auftrag, Art. 394 - 406 OR, 1992, Art. 394 N 541 ff. m.H.). 5.3. Würdigung Da vorliegend ein Pauschalhonorar vereinbart und die zu erbringenden Leistungsanteile der Klägerin in Phasen unterteilt und in Prozenten angegeben wurden, ist dieser Aufbau beizubehalten (vgl. Erwägungen II.1.2.4 und II.2.3.1). 5.3.1. Erbrachter Leistungsstand und Honoraranspruch Ausgehend vom vereinbarten Festhonorar von CHF 80'000.– und einem Gesamtleistungsanteil  $q = 90\%$  ergeben sich folgende Leistungsanteile und folgendes Honorar für die einzelnen Phasen (Erwägungen II.1.2.4 und II.2.3.1): – Phase 4.31,  $q = 9\%$ , CHF 8'000.– – Phase 4.32,  $q = 21\%$ , CHF 18'667.– – Phase 4.33,  $q = 2.5\%$ , CHF 2'222.– – Phase 4.41,  $q = 9\%$ , CHF 8'000.– – Phase 4.51,  $q = 16\%$ , CHF 14'222.– – Phase 4.52,  $q = 29\%$ , CHF 25'778.–

- 48 - – Phase 4.53,  $q = 3.5\%$ , CHF 3'111.– Total: CHF 80'000.– Die Beklagte räumt der Klägerin maximal folgende Honorarforderungen ein, wobei sie die darüber hinausgehenden Akontozahlungen in der Höhe von CHF 37'333.30 mit ihrer Widerklage zurückfordert (Erwägung II.2.3.1): – Phase 4.31,  $q = 1.5\%$ , CHF 1'333.– – Phase 4.32,  $q = 3.5\%$ , CHF 3'111.– – Phase 4.33,  $q = 1\%$ , CHF 889.– – Phase 4.41,  $q = 2\%$ , CHF 1'778.– – Phase 4.51,  $q = 1\%$ , CHF 889.– – Phase 4.52,  $q = 9\%$ , CHF 8'000.– – Phase 4.53,  $q = 0\%$ , CHF 0.– – Total: CHF 16'000.– 5.3.2. Pflichtverletzungen 5.3.2.1. Standpunkt der Beklagten Die Beklagte macht Schlechterfüllung bzw. mangelhafte Leistungen geltend, insbesondere in den Phasen 4.31 (Vorprojekt), 4.32 (Bauprojekt), 4.41 (Ausschreibung), 4.51 (Ausführungsplanung) und 4.52 (Ausführung; act. 11 Rz. 85). Sie beanstandet die Ausführungs- und Detailpläne der Klägerin als mangelhaft, indem diese dazu geführt hätten, dass Bestellungen nicht fristgerecht oder falsch ausgelöst worden seien (act. 11 Rz. 86 i.V.m. Rz. 76.4 f.; act. 12/10; act. 31 Rz. 43; Parteibefragungen von I. \_\_\_\_\_ und S. \_\_\_\_\_; Zeugenbefragungen von T. \_\_\_\_\_ [Geschäftsführer des Maler-/Gipserunternehmens U. \_\_\_\_\_ GmbH] und V. \_\_\_\_\_ [des Metallbauunternehmens W. \_\_\_\_\_ AG]). Die Mängel seien mehrfach, zuletzt am 25. September 2018, angezeigt worden (act. 3/53; act. 11 Rz. 86; Parteibefragungen von I. \_\_\_\_\_ und S. \_\_\_\_\_). Die

Beklagte moniert, dass ihr die Substantiierung der Planfehler verunmöglicht werde, da es die Klägerin unterlassen habe, sämtliche Pläne einzureichen. Die von der Klägerin eingereichten Planunterlagen würden die Plananforderungen gemäss SIA 400 nicht erfüllen und seien daher man-

- 49 - gelhaft (act. 31 Rz. 43 ff.; Zeugenbefragung von AA.\_\_\_\_ [Innenarchitekt von AD.\_\_\_\_]; beantragtes Gutachten zur Planqualität). Bezüglich der einzelnen Phasen macht die Beklagte geltend, in den Phasen 4.31, 4.32, 4.41 und 4.51 seien die offerierten Beweisunterlagen nichtssagend bzw. unbrauchbar und würden über einen blossen Stimmungsbildcharakter nicht hinausgehen, sodass sich jeweils – unter Berufung auf konkrete Beweisofferten – eine Minderung auf 0 rechtfertigen würde (act. 3/28; act. 25/84-88; act. 25/90; act. 25/94-97; act. 25/106-107; act. 25/122-135; act. 25/144; act. 31 Rz. 45 i.V.m. Rz. 110 f., Rz. 121 f., Rz. 133 f., Rz. 143 f.; Zeugenbefragung von AA.\_\_\_\_; Parteibefragung von I.\_\_\_\_, beantragte Gutachten zur Planqualität und zum Umfang der Honorarminderung). In Phase 4.52 sei, hinsichtlich einer sachgerechten Koordination, Führung und Überwachung, die Bauleitung nicht ausreichend wahrgenommen worden (act. 11 Rz. 88 i.V.m. Rz. 76.7; act. 12/10-11; act. 31 Rz. 43; Parteibefragungen von I.\_\_\_\_ und S.\_\_\_\_; Zeugenbefragungen von T.\_\_\_\_ und V.\_\_\_\_). Gesamthaft sei der Minderungsanspruch auf 50 % zu beziffern, d.h. auf CHF 8'000.– (act. 31 Rz. 46, Rz. 48). Da es sich beim Umfang der Minderung um eine Rechtsfrage handle, deren Beantwortung mit einer gewissen Unschärfe verbunden sei, sei der Betrag vom Richter gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR nach Ermessen festzulegen, wobei über die Frage des angemessenen Umfangs der Minderung ein Gutachten einzuholen sei (act. 31 Rz. 47).

- 50 - 5.3.2.2. Standpunkt der Klägerin Die Klägerin bestreitet die Schlechterfüllung und den Honorarminderungsanspruch der Beklagten, insbesondere, dass mangelhafte Pläne erstellt und die Bauleitung ungenügend ausgeübt worden seien, wobei sie sich auch zu den offerierten Partei- und Zeugenbefragungen sowie zum Gutachten vernehmen lässt und begründet, weshalb diese nicht zum Beweis taugen würden (act. 24 Rz. 129 ff.). Sodann moniert sie, dass die Beklagte ihrer Substantiierungs- und Beweislast nicht nachgekommen sei und stellt die Anwendbarkeit von Art. 42 Abs. 2 OR in Abrede (act. 24 Rz. 131 f., Rz. 146). 5.3.2.3. Würdigung Die Beklagte macht einen totalen Honorarminderungsanspruch von 50 % geltend, der insbesondere die Phasen 4.31 (Vorprojekt), 4.32 (Bauprojekt), 4.41 (Aus-schreibungsplanung), 4.51 (Ausführungsplanung) und 4.52 (Ausführung) be-schlage. Sie verzichtet jedoch auf nähere Ausführungen dazu, wieviel der Minde-rungsanspruch in welcher Phase betragen haben soll. Bereits daraus erhellt, dass sie ihrer Behauptungslast ungenügend nachgekommen ist. Für die Herabsetzung des Honorars hinsichtlich der von der Klägerin eingereichten Planunterlagen auf 0 verweist die Beklagte pauschal auf diese Beilagen, ohne anzugeben, um welche Pläne es sich handelt, und ohne sich mit diesen Plänen näher auseinanderzusetzen. Dies erfüllt die Anforderungen an die Behauptungs- und Substantiierungslast nicht, zumal die Klägerin sämtliche Ausführungen der Beklagten bestreitet. Ge-stützt auf die vorgetragenen Tatsachenbehauptungen ist es dem Gericht nicht möglich, angebliche Pflichtverletzungen zu prüfen und den Wert der jeweiligen Pflichtverletzungen zu bestimmen. Zudem fehlen Angaben dazu, was wann nicht wie vereinbart ausgeführt worden sein soll. Da der Sachverhalt nicht schlüssig behauptet und substantiiert wurde, ist diesbezüglich kein Beweisverfahren durch-zuführen. Insofern fehlt es an einer rechtsgenügenden Grundlage, um eine Schätzung des Minderwerts vorzunehmen. Entsprechend ist es der Beklagten nicht gelungen, die Pflichtverletzungen

ausreichend zu behaupten, zu substantiieren und zu belegen, weshalb die Prüfung der übrigen Voraussetzungen der Honorarminderung entfällt und der Anspruch der Beklagten abzuweisen ist.

- 51 - 5.4. Fazit Die Widerklage der Beklagten betreffend Honorarminderung im Umfang von CHF 8'000.– ist abzuweisen. 6. Schadenersatz (Widerklage) Die Beklagte beantragt schliesslich Schadenersatz wegen Schlechterfüllung im Umfang von CHF 407.30 sowie infolge Kündigung zur Unzeit im Umfang von CHF 9'840.20, je zuzüglich 5 % Zins mit unterschiedlichen Startdaten des Zinsenslaufs, nämlich (act. 11 Rz. 101, Rz. 104, Rz. 111, Rz. 117, Rz. 122 f.; act. 31 Rz. 49): – CHF 306.60 zuzüglich 5 % Zins ab 2. Juli 2019 – CHF 100.70 zuzüglich 5 % Zins ab 4. Dezember 2018 – CHF 340.– zuzüglich 5 % Zins ab 14. September 2018 – CHF 1'973.60 zuzüglich 5 % Zins ab 26. Oktober 2018 – CHF 2'425.95 zuzüglich 5 % Zins ab 1. November 2018 – CHF 3'523.20 zuzüglich 5 % Zins ab 31. Dezember 2018 – CHF 392.05 zuzüglich 5 % Zins ab 18. Februar 2019 – CHF 810.45 zuzüglich 5 % Zins ab 14. Mai 2019 – CHF 374.95 zuzüglich 5 % Zins ab 10. Juli 2019 Die Klägerin bestreitet jegliche Schadenersatzpflicht (act. 24 Rz. 75, Rz. 154, Rz. 156, Rz. 160, Rz. 164, Rz. 297; act. 35 Rz. 28 ff.). 6.1. Schadenersatz wegen Schlechterfüllung 6.1.1. Parteibehauptungen 6.1.1.1. Die Beklagte führt an, aufgrund falscher Pläne sei bei der Firma AB.\_\_\_\_\_ GmbH falsches Sanitärzubehör bestellt worden, weshalb die gesamte Lieferung habe retourniert werden müssen, was Kosten von CHF 306.60 zuzüglich 5 % Zins ab 2. Juli 2019 verursacht habe (act. 11 Rz. 99 ff., Rz. 123; act. 31 Rz. 49). Zudem habe die Klägerin aufgrund eines Planfehlers doppelt so hohe Bodenplatten für das Erdgeschoss bestellt. Daher hätten der Beton abgespitzt, das Fundament ausgegossen und breitere Fugen gemacht werden müssen. Dies

- 52 - habe zu Kosten von CHF 93.50 zuzüglich 5 % Zins ab 4. Dezember 2018 geführt (act. 11 Rz. 102 ff., Rz. 192; act. 31 Rz. 49, Rz. 195). 6.1.1.2. Die Klägerin bestreitet die Schlechterfüllung und somit auch den Schadenersatzanspruch (act. 24 Rz. 151). Hinsichtlich der falschen Pläne wendet sie ein, Projektpläne zur Verfügung gestellt zu haben, was nicht mit Ausführungsplänen zu verwechseln sei, da die beauftragten Unternehmer alle Masse vor Ort hätten berechnen und der Klägerin allfällige Fehler oder Diskrepanzen hätten bekannt geben müssen. Die Falschbestellung der Sanitärprodukte, bzw. die Falschberechnung der Masse sei von der Firma AC.\_\_\_\_\_ AG vorgenommen worden. Die Klägerin habe nicht damit rechnen müssen. Sie treffe kein Verschulden (act. 24 Rz. 152 ff.). Betreffend die Bodenplatten wendet die Klägerin ein, es sei bewusst vorbesprochen worden, dass der Unterlagsboden/Betonboden im Bereich der zu verlegenden Keramikplatten abgeschliffen würde, sodass der Übergang zum Parkett eben sei (act. 24 Rz. 155 f.). 6.1.2. Rechtliche Voraussetzung des Schadenersatzanspruchs infolge Schlechterfüllung ist das Vorliegen eines Schadens, einer Pflichtverletzung (Schlechterfüllung), des Kausalzusammenhangs zwischen der Pflichtverletzung und dem Schadenseintritt sowie das Verschulden des Beauftragten (Art. 398 Abs. 1 i.V.m. Art. 97 OR; BGE 132 III 359 E. 3.1; Urteil BGer 4A\_210/2015 vom 2. Oktober 2015 E. 4.1; OSER/WEBER, a.a.O., Art. 398 N 30 m.w.H.). Sind die Haftungsvoraussetzungen erfüllt, ist das positive Vertragsinteresse zu ersetzen (BGE 144 III 155 E. 2.2; 119 II 249 E. 3b.bb; OSER/WEBER, a.a.O., Art. 398 N 30 m.w.H.). Der Auftraggeber trägt die Beweislast für den Schaden, die Pflichtverletzung und den Kausalzusammenhang. Demgegenüber wird das Verschulden gemäss Art. 97 OR gesetzlich vermutet. Dem Beauftragten obliegt demgegenüber die Beweislast für das Fehlen des Verschuldens und er kann sich so

exkulpiert (BGE 144 III 155 E. 2.3; OSER/WEBER, a.a.O., Art. 398 N 30a m.w.H.).

- 53 - 6.1.3. Würdigung Die Beklagte legt nicht dar, aufgrund welcher Pläne, die den Anforderungen nicht genügt hätten, falsches Sanitärzubehör bestellt worden sei. Wie bereits im Rahmen der Honorarminderung ist es ihr nicht gelungen, die Pflichtverletzung ausreichend zu behaupten und zu substantiieren (vgl. Erwägung II.5.3.2). Gleiches gilt hinsichtlich der Bodenplatten, wo die Klägerin zudem auf eine Parteivereinbarung verweist. Mangels Nachweises einer Pflichtverletzung entfällt die Prüfung der restlichen Voraussetzungen. Der von der Beklagten geltend gemachte Anspruch auf Schadenersatz infolge Schlechterfüllung im Umfang von CHF 407.30 ist abzuweisen. 6.2. Schadenersatz infolge Kündigung zur Unzeit 6.2.1. Parteistandpunkte 6.2.1.1. Die Beklagte führt an, das Bauvorhaben habe sich zum Zeitpunkt der Kündigung mitten in der Realisierung bzw. kurz vor Abschluss befunden und der Eröffnungstermin sei näher gerückt, weshalb die Kündigung zur Unzeit erfolgt sei. Die Klägerin könne sich auch nicht auf Ziff. 1.4 der AVB (Nichteinhalten von Sicherheitsvorschriften) berufen. Daher werde sie gestützt auf Ziff. 8 Abs. 4 der AVB sowie Art. 404 Abs. 2 OR schadenersatzpflichtig (act. 11 Rz. 13, Rz. 52 ff., Rz. 105 ff., Rz. 122; act. 31 Rz. 102). Der Schaden setze sich aus den Kosten für das Generalabonnement von S.\_\_\_\_\_ im Umfang von CHF 340.– zuzüglich 5 % Zins ab 14. September 2018, dem Beratungshonorar von AA.\_\_\_\_\_ von AD.\_\_\_\_\_ in der Höhe von CHF 1'973.60 zuzüglich 5 % Zins ab 26. Oktober 2018 und den ausserprozessualen Anwaltskosten im Gesamtumfang von CHF 7'526.60 zuzüglich 5 % Zins unterschiedlichen Datums für die fünf Teilforderungen zusammen, was ein Total von CHF 9'840.20 ergebe (act. 11 Rz. 52 ff., Rz. 105 ff.; act. 31 Rz. 102, Rz. 196, Rz. 202 f.). Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die Kündigung sei nicht zur Unzeit erfolgt. Es seien Sicherheitsaspekte betroffen gewesen, da die Beklagte die Baubewilligung nicht vorab habe einreichen wollen (act. 24 Rz. 72 ff.). Da sie nicht zur Besichtigung vom 27. August 2018 eingeladen gewesen sei und die E-Mail von AE.\_\_\_\_\_ vom 28. August 2018 nicht erhalten

- 54 - habe, habe sie nicht wissen können, dass das Bauinspektorat die nachträgliche Durchführung des Baubewilligungsverfahrens genehmigt habe. Schliesslich habe sie die Beklagte mit Schreiben vom 6. September 2018 abgemahnt und darauf keine Antwort erhalten, weshalb sie sich gezwungen gesehen habe, die Kündigung einzureichen (act. 3/44; act. 12/4; act. 24 Rz. 73 f.). Sie bestreitet, dass eine Vertragsverletzung begangen worden sei. Auch sei kein Schaden substantiiert worden. Schliesslich treffe die Klägerin kein Verschulden. Hinsichtlich des Generalabonnements zweifelt sie die Echtheit der eingereichten Rechnungen an und weist darauf hin, dass Fahrtspesen unter die ohnehin zu entschädigenden Auslagen und Aufwendungen fallen würden, sodass nicht ersichtlich sei, inwiefern ein Schaden entstanden sei (act. 35 Rz. 28 ff.). Zum Beratungshonorar von AA.\_\_\_\_\_ wendet die Klägerin ein, er sei bereits vor der Kündigung beigezogen worden, sodass die Kündigung für diese Kosten nicht kausal gewesen sei (act. 24 Rz. 162 f.; act. 35 Rz. 32). Bezüglich der ausserprozessualen Anwaltskosten weist sie darauf hin, dass die Aufwände ihres Erachtens vorprozessual seien. Zudem sei die Notwendigkeit und Angemessenheit nicht dargelegt worden (act. 24 Rz. 166 ff.). 6.2.2. Rechtliches 6.2.2.1. Eine Auflösung des Auftrags zur Unzeit gemäss Art. 404 Abs. 2 OR liegt vor, wenn die beendigungswillige Partei der anderen Partei ohne Grund, d.h. ohne sachliche Rechtfertigung, besondere Nachteile verursacht (BGE 110 II 380 E. 3; 106 II 157 E. 2c; Urteile BGer 4A\_36/2013 vom 4. Juni 2013 E. 2.5; 4C.78/2007 vom 9. Januar 2008 E. 5.4; OSER/WEBER, a.a.O., Art. 404 N 16 m.w.H.). Hingegen liegt keine Auflösung zur

Unzeit vor, wenn der Beauftragte dem Auftraggeber begründeten Anlass zur Auftragsauflösung gegeben hat (BGE 109 II 462 E. 4c; 104 II 317 E. 5b; Urteil BGER 4A\_680/2016 vom 12. Juli 2017 E. 3.1; O- SER/WEBER, a.a.O., Art. 404 N 16 m.w.H.). Im Falle einer Auflösung zur Unzeit kann Schadenersatz gemäss Art. 404 Abs. 2 OR geltend gemacht werden, wobei der Rechtsgrund nicht in einer Vertragsverletzung liegt und ein Verschulden nicht erforderlich ist (BGE 110 II 380 E. 4b; 109 II 462 E. 4d; OSER/WEBER, a.a.O., Art. 404 N 17). Vergütet wird das negative Interesse (BGE 110 II 380 E. 4b; 109 II 462 E. 4d; Urteil BGER 4A\_284/2013 vom 13. Februar 2014 E. 3.6.1; OSER/WEBER,

- 55 - a.a.O., Art. 404 N 16 m.w.H.). Die Beklagte trägt die Beweislast, dass die Voraussetzungen für Schadenersatz infolge Beendigung zur Unzeit erfüllt sind (Art. 8 ZGB; FELLMANN, a.a.O., Art. 404 N 65; GRAHAM-SIEGENTHALER, in: Fischer/Luterbacher [Hrsg.], Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, 2015, Art. 404 N 16). Allerdings stellt der Beweis des Fehlens eines wichtigen Grundes eine unbestimmte negative Tatsache dar, weshalb die Klägerin eine Mitwirkungsobliegenheit trifft (BGE 115 II 1 E. 4; BAUM- GARTNER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2021, Art. 150 N 2 m.H.; GUYAN, in: BSK ZPO, a.a.O., Art. 157 N 12). 6.2.2.2. Gemäss Ziff. 1.4 der AVB führt eine Kündigung bei Verletzung einer Sicherheitsregel nie zu einer Schadenersatzpflicht wegen Kündigung zur Unzeit (act. 3/4). Eine Sicherheitsvorschrift ist eine Vorschrift, die um der Sicherheit willen erlassen wird (Duden online, URL: <https://www.duden.de/node/165876/revision/165912>, Stand: 8. September 2021). Eine Baubewilligung ist einzuholen, damit vorgängig überprüft werden kann, ob dem Bauvorhaben planungs-, bau- und umweltrechtliche Hindernisse entgegenstehen (STALDER/TSCHIRKY, in: Griffel/Liniger/Rausch/Thurnherr [Hrsg.], Fachhandbuch Öffentliches Baurecht - Expertenwissen für die Praxis, 2016, Rz. 2.6). 6.2.3. Würdigung Die Einholung einer Baubewilligung kann nicht grundsätzlich, und so pauschal wie seitens der Klägerin behauptet, als Sicherheitsregel im Sinne von Ziff. 1.4 AVB qualifiziert werden, da mit den jeweiligen Vorschriften unterschiedliche Zwecke verfolgt werden. Allerdings sind während der Umbauarbeiten unbestrittenermassen unvorhergesehene Probleme mit der Statik aufgetreten, als die Säulen im Erdgeschoss entkleidet worden waren und sich herausstellte, dass diese und die Decke zum Untergeschoss zu schwach ausgebildet waren (act. 1 Rz. 59 f., Rz. 82 ff.; act. 11 Rz. 54 ff.; act. 12/8; act. 24 Rz. 61 ff.). Die Klägerin – die zu diesem Zeitpunkt die Bauleitung noch innehatte – wollte in diesem Zusammenhang eine Baubewilligung einholen, was seitens der Beklagten (vor Beginn der Arbeiten)

- 56 - nicht unterstützt wurde (act. 11 Rz. 62, Rz. 199). Sie versandte am 6. September 2018 ein Abmahnschreiben (act. 3/44), auf welches die Beklagte nicht innert der in der Abmahnung geforderten Frist schriftlich reagierte (act. 11 Rz. 58 ff.). Angesichts dieser Umstände und der zugrundeliegenden Meinungsdivergenz ist ein sachlicher Grund für die anschliessend erfolgte Kündigung gegeben. Entsprechend erübrigt sich eine weitere Prüfung der Voraussetzungen für das Schadenersatzbegehren der Beklagten. Hinsichtlich der von der Beklagten geforderten ausserprozessualen Anwaltskosten ist daran zu erinnern, dass auch diese als Schadensposition geltend gemacht werden und demnach einer Haftungsgrundlage bedürfen (vgl. dazu und zur Unterscheidung zwischen prozessualen, vorprozessualen und ausserprozessualen Kosten der Rechtsvertretung u.a. Urteile BGER

4A\_692/2015 vom 1. März 2017 E. 6.1.2, nicht publ. in: BGE 143 III 206; 5A\_458/2019 vom 30. Januar 2020 E. 5.3; 4A\_148/2016 vom 30. August 2016 E. 2.4, je mit Hinweisen). Nachdem es der Beklagten weder gelungen ist, der Klägerin eine Schlechterfüllung gemäss Art. 97 OR noch eine Kündigung zur Unzeit nachzuweisen, erübrigt sich eine nähere Prüfung, ob die geltend gemachten Aufwendungen ihrer Rechtsvertretung als vor- oder ausserprozessual zu qualifizieren und überdies gerechtfertigt, notwendig und angemessen sind. Das Schadenersatzbegehren der Beklagten im Umfang von CHF 9'840.20 ist abzuweisen. 6.3. Fazit Die Schadenersatzbegehren der Beklagten wegen Schlechterfüllung im Umfang von CHF 407.30 und wegen Kündigung zur Unzeit im Umfang von CHF 9'840.20 sind abzuweisen.

## **E. 7**

### **Verzugszins**

#### **E. 7.1**

Die Beklagte beantragt die Zusprechung eines Verzugszinses für ihre Honorarrückforderung von 5 % ab 8. Dezember 2018. Sie begründet die Zinspflicht damit, dass sie die Klägerin mit Schreiben vom 28. November 2018 aufgefordert

- 57 - habe, ihr die zustehende Honorarrückforderung bis am 7. Dezember 2018 zu bezahlen. Es handle sich dabei um ein Verfalltagsgeschäft, weshalb ein Verzugszins ab dem Folgetag geschuldet sei (act. 11 S. 2, Rz. 82; act. 12/13; act. 31 S. 2, Rz. 49). Die Beklagte bestreitet neben dem Honorarrückforderungsanspruch auch die Verzugszinsen (act. 24 Rz. 127; act. 35 Rz. 6).

#### **E. 7.2**

Verzugszins ist geschuldet, wenn der Schuldner trotz Leistungsmöglichkeit nicht leistet, die Obligation fällig und eine Mahnung ausgesprochen oder ein bestimmter Verfalltag verabredet worden ist. Zudem müssen verzugsbeseitigende bzw. -ausschliessende Gründe fehlen (Art. 102 OR; WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, in: BSK OR I, a.a.O., Art. 102 N 3 ff.).

#### **E. 7.3**

Bei der Honorarrückforderung handelt es sich um den vertraglichen Anspruch auf Rückerstattung der zu viel bezahlten Akontozahlungen der Beklagten (vgl. BGE 126 III 119 E. 3). Entsprechend ist die Fälligkeit mit der vorzeitigen Vertragsbeendigung sowie der Zustellung der Schlussrechnung vom 19. Oktober 2018 bei der Beklagten eingetreten. Die Beklagte machte mit Schreiben vom 28. November 2018 erstmals einen Teil ihres Honorarrückforderungsanspruchs geltend, unter Angabe einer bestimmten Zahlungsfrist (act. 12/13). Eine solche Rechnungsstellung ist nach herrschender Lehre als befristete Mahnung zu qualifizieren (SCHENKER, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Freiburg 1988, Rz. 168 f.; WEBER, in: Aebi-Müller/Müller [Hrsg.], BK, Das Obligationenrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2. Aufl. 2000, Art. 102 N 68, N 76 ff.; WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, a.a.O., Art. 102 N 9b m.w.H). Ebenso wird die Einreichung einer Leistungsklage bzw. einer selbständigen Widerklage als Mahnung gewertet, wobei bei der Verzugs mit dem Eingang der Klage bei der Gegenpartei eintritt (BGE 111 II 421 E. 12; 116 II 225 E. 5a; 130 III 591 E. 3 f.; Urteile BGer 4A\_87/2010 vom 9. April 2010 E. 6.3; 5A\_473/2014 vom 19. Januar 2015 E. 5.3.3 [nicht publ. in BGE 141 III 49]; WIDMER

LÜCHINGER/WIEGAND, a.a.O., Art. 102 N 9). Mit Schreiben vom 28. November 2018 verlangte die Beklagte von der Klägerin eine Honorarrückforderung im Umfang von CHF 13'332.– bis Freitag, 7. Dezember 2018 (Verfalltag), unter Vorbehalt darüber hinausgehender Honorarrückforderungen, Minderungen

- 58 - und Schadenersatzansprüche (act. 12/13). Mit ihrer Klageantwort vom 19. September 2019 beantragte sie widerklageweise eine Honorarrückforderung von CHF 26'666.65 zuzüglich 5 % Zins seit 8. Dezember 2019 (act. 11 S. 2, Rz. 82). Mit der Duplik und Widerklagereplik machte sie schliesslich eine Honorarrückforderung von CHF 37'333.30 geltend (act. 31 S. 2, Rz. 49). Wird mit der Mahnung ein zu niedriger Betrag beziffert, wird dies als Aufforderung des Gläubigers zur Teilerfüllung behandelt (vgl. Art. 69 Abs. 2 OR; WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, a.a.O., Art. 102 N 6). Entsprechend ist Verzugszins von 5 % wie folgt geschuldet: – für einen Betrag von CHF 13'332.– ab 8. Dezember 2018 (act. 12/13) – für einen Betrag von CHF 13'334.65 (CHF 26'666.65 - CHF 13'332.–) ab 26. September 2019 – für einen Betrag von CHF 10'666.65 (CHF 37'333.30 - CHF 26'666.65) ab 14. Juli 2020 Für die letzten beiden Verzugsdaten ist der Eingang der Klageantwort und Widerklage sowie der Duplik und Widerklagereplik bei der Klägerin massgebend. Dieser erfolgte am 26. September 2019 und 14. Juli 2020 (act. 14/1; act. 34/1).

## **E. 8**

Zusammenfassung und Verfahrensausgang Der Klägerin ist es nicht gelungen, ihre Forderung, bestehend aus Honorar, Zusatzleistungen, Spesen und Auslagen, ausreichend zu substantiieren und zu beweisen. Entsprechend ist die Hauptklage vollumfänglich abzuweisen. Auf die Rechtsbegehren der Beklagten um Aufhebung der Betreuung (Ziffer 3) und um Nichtbekanntgabe der Betreuung (Ziffer 4) ist mangels Zuständigkeit nicht einzutreten. Die Honorarrückforderung der Beklagten im Umfang von CHF 37'333.30 ist erwiesen und entsprechend gutzuheissen, zuzüglich 5 % Zins auf CHF 13'332.– ab 8. Dezember 2018, auf CHF 13'334.65 ab 26. September 2019 und auf CHF 10'666.65 ab 14. Juli 2020. Im Übrigen (Honorarminderung, Schadenersatz infolge Schlechterfüllung und Kündigung zur Unzeit) ist die Beklagte ihrer Substantiierungs- und Beweislast nicht ausreichend nachgekommen, weshalb die Widerklage im Mehrumfang abzuweisen ist.

- 59 - Infolge der Klageabweisung ist der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... (Zahlungsbefehl vom 13. Dezember 2018) des Betreibungsamtes Zürich 1 nicht zu beseitigen.

## **E. 9**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

### **E. 9.1**

Gerichtskosten Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Die Streitwerte von Haupt- und Widerklage sind zur Bestimmung der Gerichtskosten zusammenzurechnen, sofern sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Die Klage weist nach Klageänderung einen Streitwert – bereinigt um die Rundungsdifferenz – von CHF 98'878.50 auf, die Widerklage nach Klageänderung einen solchen von CHF 55'580.80 (vgl. Art. 93 Abs. 1 ZPO; act. 24 S. 2; act. 31 S. 2 f.). Nach der massgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise sind die Streitwerte der Klage und Widerklage zu addieren (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl

2006 7221, S. 7292; DIGGELMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 94 ZPO N 8). Der zur Berechnung der Gerichtsgebühr massgebliche Streitwert beträgt CHF 154'459.30. Die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte Grundgebühr beläuft sich auf CHF 10'930.–. Gemäss § 4 Abs. 2 GebV OG kann die Grundgebühr unter Berücksichtigung des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls ermässigt oder um bis zu einem Drittel, in Ausnahmefällen bis auf das Doppelte, erhöht werden. Das vorliegende Verfahren erweist sich als umfangreich und zeitaufwendig. In Anwendung von § 4 Abs. 2 GebV OG ist eine Erhöhung der Grundgebühr um einen Drittel auf CHF 14'600.– angezeigt. Die Prozesskosten sind nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen (Art. 106 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO). Die Klägerin unterliegt mit ihrer Klage vollumfänglich (CHF 98'878.50) sowie im Umfang der Gutheissung der Widerklage

- 60 - (CHF 37'333.30), was einem Anteil am Streitwert von rund 88 % entspricht (CHF 136'211.80 von CHF 154'459.30). Die Beklagte unterliegt im Umfang der Abweisung der Widerklage (CHF 18'247.50), was einem Anteil am Streitwert von rund 12 % entspricht (CHF 18'247.50 von CHF 154'459.30) sowie im Umfang ihrer Rechtsbegehren gemäss Ziffer 3 und 4, auf welche nicht eingetreten wird. Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr daher zu 85 % der Klägerin und zu 15 % der Beklagten aufzuerlegen. Die Gerichtskosten sind mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien (CHF 11'500.– seitens der Klägerin und CHF 7'600.– seitens der Beklagten) zu verrechnen, wobei sie vorab aus den Vorschüssen der Klägerin und im Mehrbetrag aus den Vorschüssen der Beklagten zu decken sind (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für die der Klägerin auferlegten Kosten, die nicht durch ihre eigenen Kostenvorschüsse gedeckt sind, ist der Beklagten das Rückgriffsrecht auf die Klägerin einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

## **E. 9.2**

**Parteientschädigungen** Die Höhe der Anwaltsgebühr bestimmt sich nach der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 ZPO). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Beim vorliegenden Streitwert beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr CHF 14'200.–. Unter Berücksichtigung des Aufwands für die Vergleichsverhandlung und die zweite Rechtsschrift rechtfertigt es sich, diese um die Hälfte auf CHF 21'300.– zu erhöhen (§ 11 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV). Die Parteientschädigung ist nach dem Umfang des Obsiegens zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO). Die Klägerin obsiegt – wie vorstehend angeführt – im Umfang von 15 %, die Beklagte demgegenüber im Umfang von 85 %. Insgesamt überwiegt das Obsiegen der Beklagten jenes der Klägerin um 70 %. Ausgangsgemäss ist der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von CHF 14'910.– zuzusprechen.

- 61 - Der von der Beklagten beantragte Mehrwertsteuerzusatz ist dieser nicht zuzusprechen, da die fehlende Berechtigung zum Vorsteuerabzug nicht nachgewiesen ist (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 Ziff. 2.1.1 S. 3; Urteil BGer 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5). Das Handelsgericht beschliesst:

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