

ZH_HANDELSGERICHT HG210222 vom 4. Dezember 2023

Zh Handelsgericht, 2023-12-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG210222

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG210222 du 4 décembre 2023

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG210222 del 4 dicembre 2023

Erwägungen

E. 1

Formelles

E. 1.1

Zuständigkeit Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist aufgrund einer Gerichtsstandsvereinbarung gegeben, was unbestritten ist (Art. 17 ZPO; act. 1 Rz. 2; act. 3/2 Ziffer 20.1; act. 13 Rz. I.3.). Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG.

E. 1.2

Übrige Prozessvoraussetzungen Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Klage ist demzufolge einzutreten.

E. 1.3

Teilweiser Klagerückzug Mit der Replik hat die Klägerin den eingeklagten Betrag von CHF 68'240.30 auf CHF 68'068.95 reduziert. Sodann verlangt sie neu einen Verzugszins von 5 % erst seit dem 14. Juni 2022 statt seit 4. April 2020 bzw. 15. Juni 2020 (act. 1 S. 2; act. 21 S. 2). Das Verfahren ist somit im Betrag von CHF 171.35 und betreffend Verzugszinsen vor dem 14. Juni 2022 als durch Klagerückzug erledigt abzuschreiben.

E. 1.4

Vorbemerkung: Behauptungs-, Substantiierungs- und Bestreitungslast In Verfahren, in denen – wie vorliegend – der Verhandlungsgrundsatz gilt, obliegt es den Parteien und nicht dem Gericht, die für die Beurteilung notwendigen Tatsachen zusammen zu tragen (Art. 55 Abs. 1 ZPO; BGE 144 III 519 E. 5.1 = Pra 108 Nr. 87). Entsprechend trifft die Parteien die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast sowie die Bestreitungslast. Die Behauptungslast folgt der Beweislast (BGE 132 III 186 E. 4). Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantie-

- ren sind, ergibt sich gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung (statt vieler Urteil des Bundesgerichts 4A_350/2020 vom 12. März 2021, E. 6.2) einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 144 III 519 E. 5; BGE 127 III 365 E. 2b). Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten. Es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden (BGE 136 III 322 E. 3.4.2). Ein solchermaßen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Voraussetzung, dass ein Tatsachenvortrag schlüssig ist, sind dessen Widerspruchsfreiheit und Vollständigkeit. Nur soweit der

Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 144 III 519 E. 5; BGE 127 III 365 E. 2b). 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 (BGE 129 III 18 E. 2.6 = Pra 92 Nr. 30).

E. 1.5

Eingabe nach Aktenschluss Im ordentlichen Verfahren haben die Parteien zweimal unbeschränkt die Möglichkeit, sich zur Sache zu äussern und neue Tatsachen sowie Beweismittel in den Prozess einzubringen (BGE 144 III 67 E. 2). Vorliegend ist der Aktenschluss nach Durchführung des zweiten Schriftenwechsels eingetreten (vgl. act. 27).

- 6 - Nach Aktenschluss vorgebrachte Tatsachen und Beweisofferten in Stellungnahmen sind nur insoweit zu beachten, als sie die Voraussetzungen nach Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllen. Dies gilt insbesondere auch für die Entgegnung auf Dupliknoten. Ist die klagende Partei zur Entgegnung der in der Duplik vorgetragenen und sich auf neue Tatsachen und Beweismittel stützenden Behauptungen auf echte Noven (erst nach Abschluss des Schriftwechsels entstandene Tatsachen oder Beweismittel) angewiesen, dürfen diese gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Weiteres vorgebracht werden. Bei unechten Noven ist gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO erforderlich, dass diese trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten. Damit der klagenden Partei dieser Sorgfaltsnachweis gelingt, ist unabdingbar, dass die Dupliknoten für diese Noveneingabe kausal sind. Erforderlich ist einerseits, dass (erst) die Dupliknoten das Vorbringen der unechten Noven veranlassen haben, andererseits, dass die unechten Noven in technischer bzw. thematischer Hinsicht als Reaktion auf die Dupliknoten aufzufassen sind (BGE 146 III 55 E. 2.5). Die gleichen Voraussetzungen gelten für Noven in jeder weiteren Eingabe und mündlichen Stellungnahme nach Aktenschluss. Die Partei, die der Meinung ist, sie könne sich auf neue Tatsachen und/oder Beweismittel (echte oder unechte Noven) stützen, hat diese zu bezeichnen und für jede einzelne neue Tatsache und jedes einzelne neue Beweismittel substantiiert darzutun, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind (anstatt vieler zur ständigen Praxis des Handelsgerichts des Kantons Zürich: ZR 113/2014 Nr. 54 S. 176 f. E. 3; vgl. auch KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 229 N 11d). Mit Eingabe vom 3. Januar 2023 reichte die Klägerin nach Aktenschluss eine als "Noveneingabe" bezeichnete Eingabe ein (act. 29). Auf die darin enthaltenen Ausführungen und die Zulässigkeit der Vorbringen wird – soweit für die Entscheidung erforderlich – im Zusammenhang mit den nachfolgenden Erwägungen einzugehen sein.

- 7 -

E. 2

Vertragliche Beziehungen der Parteien und Überblick über die Parteistandpunkte

E. 2.1

Vertragliche Beziehungen der Parteien

E. 2.1.1

Vertragliche Grundlagen Die Parteien haben zwei schriftliche Werkverträge betreffend das Mehrfamilienhaus an der D.____-strasse 1 in Zürich abgeschlossen. Ein Werkvertrag wurde am 21. Mai 2019 unterzeichnet und betrifft Sanitärarbeiten gemäss BKP 25 (act. 3/3). Der andere Werkvertrag wurde am 22. Mai 2019 unterzeichnet und betrifft die Installation der Heizungs- und Lüftungsanlage gemäss BKP 24 (act. 3/4) (act. 1 Rz. 9; act. 13 Rz. 1). Unbestrittenermassen sind die Allgemeinen Bedingungen der Beklagten (nachfolgend "AGB"; act. 3/2) Bestandteil beider Werkverträge (act. 1 Rz. 11; act. 13 Rz. 1). Gemäss Ziffer 1 der AGB gilt für das vorliegende Vertragsverhältnis sodann die SIA-Norm 118 in der Ausgabe 1977, was ebenfalls unbestritten ist (act. 3/2; act. 1 Rz. 19; act. 13 Rz. 1).

E. 2.1.2

Wesentlicher Vertragsinhalt Das Mehrfamilienhaus an der D.____-strasse 1 in Zürich, bei welchem die Klägerin mit der Installation der Sanitär- und Heizungs-/Lüftungsanlagen betraut wurde, verfügt über insgesamt vier Wohnungen (Erdgeschoss, 1. OG, 2. OG und Dachgeschoss). Für die Arbeiten betreffend die Heizungs- und Lüftungsanlage haben die Parteien eine pauschale Vergütung von CHF 70'582.95 (exkl. MwSt.) vereinbart (act. 1 Rz. 18; act. 13 Rz. 7). Grundlage der Vertragsarbeiten bildete das Projekt der Haustechnikplanerin E.____ AG (act. 1 Rz. 18; act. 13 Rz. 8). Für die Sanitärarbeiten haben die Parteien betreffend die Lieferung der Apparate eine Vergütung im Ausmass bzw. nach effektiver Leistung mit einem Rabatt von 40% vereinbart (act. 1 Rz. 39; act. 13 Rz. 42). Für die übrigen Sanitärarbeiten wurde eine Pauschalvergütung von CHF 103'570.– (exkl. MwSt.) festgelegt (act. 1

- 8 - Rz. 40). Die effektiv nach Ausmass abzurechnenden Sanitärapparate wurden grundsätzlich von den einzelnen Käufern der Wohnungen ausgesucht und von der Beklagten bei der Klägerin bestellt (act. 1 Rz. 45).

E. 2.2

Überblick über die Parteistandpunkte

E. 2.2.1

Klägerin Die Klägerin ist der Auffassung, sie habe sämtliche für die Pauschalvergütung des Werkvertrages Heizung und Lüftung erforderlichen Leistungen sowie Mehrleistungen im Wert von CHF 5'600.– erbracht. Unter Berücksichtigung der vertraglich geregelten Abzüge und der geleisteten Akontozahlungen von CHF 53'311.50 stehe ihr daher eine Restforderung von CHF 26'006.85 inkl. MwSt. zu (act. 1 Rz. 18 ff.; act. 21 Rz. 10 ff.). Beim Werkvertrag Sanitär stehe ihr eine Vergütung nach Ausmass von CHF 28'791.40, die Pauschale von CHF 103'570.– sowie CHF 13'550.– für Mehrleistungen zu. Davon seien die vertraglich festgelegten Abzüge, eine Minderleistung von CHF 164.– sowie die von der Beklagten geleisteten Akontozahlungen in der Höhe von CHF 109'929.50 abzuziehen. Sie habe daher Anspruch auf eine Restvergütung von CHF 42'062.10 (act. 1 Rz. 36 ff.; act. 21 Rz. 72 ff.).

E. 2.2.2

Beklagte Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, die eingeklagte Forderung sei nicht fällig (act. 13 Rz. 9 ff.; act. 25 Rz. 11 ff.). Ohnehin seien die Arbeiten von der Klägerin mangelhaft ausgeführt worden, weshalb ihr gestützt auf Art. 82 OR ein

Leistungsverweigerungsrecht zustehe (act. 13 Rz. 88 ff.; act. 25 Rz. 115 ff.). Weiter habe die Klägerin auch diverse der für die Pauschalvergütung geschuldeten Leistungen nicht erbracht, womit sich ihre Forderung für den Werkvertrag Heizung und Lüftung um CHF 10'926.– zzgl. MwSt. und beim Werkvertrag Sanitär um CHF 7'155.30 zzgl. MwSt. reduziere (act. 13 Rz. 16 ff. und 45 ff.; act. 25 Rz. 34 ff. und 61 ff.). Die von der Klägerin vorgebrachten Mehrleistungen seien mit Ausnahme von CHF 861.30 abzüglich 10 % Rabatt für einen zusätzlichen Heizkörper im Dachgeschoss, CHF 950.– für einen Kombiheizkörper im 2. Ober-

- 9 - geschoss, CHF 1'300.– für zusätzliche Leistungen in der Wohnung im 2. Obergeschoss und CHF 1'831.45 für die Spülung der Grundleitungen nicht geschuldet (act. 13 Rz. 28 ff. und 64 ff.; act. 25 Rz. 47 ff. und 81 ff.). Bei der im Werkvertrag Sanitär vorgesehenen Vergütung nach Ausmass sei lediglich ein Betrag von CHF 27'187.10 geschuldet (act. 13 Rz. 59 ff.; act. 25 Rz. 79 f.). Schliesslich sei bei der Berechnung einer allfälligen Restvergütung ein Abzug von 0.5 % zur Deckung der Bauwesen- und Bauhaftpflichtversicherung, ein Skonto von 2 % sowie ein Muldenanteil von CHF 950.– beim Werkvertrag Sanitär und von CHF 350.– beim Werkvertrag Heizung/Lüftung zu berücksichtigen (act. 13 Rz. 36 ff. und 77 ff.; act. 25 Rz. 55 ff. und 102 ff.).

E. 3

Vertragsqualifikation und Anwendbarkeit der SIA-Ordnung 118 Die von den Parteien abgeschlossenen Verträge betreffend Heizungs- und Lüftungsanlage sowie Sanitärarbeiten sind – wovon auch die Parteien ausgehen – als Werkverträge im Sinne von Art. 363 ff. OR zu qualifizieren. Die Parteien haben sodann unstrittig die Anwendbarkeit der beklaglichen AGB und der SIA-Norm 118 in der Ausgabe 1977 vereinbart. Entsprechend gelangen die erwähnten Bestimmungen zur Anwendung.

E. 4

Fälligkeit der Werklohnforderungen

E. 4.1

Rechtliches Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werks und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (Art. 363 OR). Vorbehältlich anderer Abreden hat der Besteller die Vergütung bei der Ablieferung des Werks zu bezahlen (Art. 372 OR). Die vorliegend anwendbare SIA-Norm 118 enthält spezifische Regeln zur Fälligkeit des Werklohns. Gemäss Art. 158 SIA-Norm 118 leitet der Unternehmer nach der Vollendung des Werks mit der Vollendungsanzeige gegenüber dem Besteller zunächst das Abnahmeverfahren ein. Nach Erhalt der Vollendungsanzeige hat der Besteller innert eines Monats das Werk zu prüfen, wobei der Unternehmer an der Prüfung teilzunehmen und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen hat (Art.

- 10 - 158 Abs. 2 SIA-Norm 118). Grundsätzlich gilt, wenn der Besteller die Prüfung des Werks nicht innert Monatsfrist durchführt, das Werk auch ohne Prüfung als abgenommen (Art. 164 SIA-Norm 118). Vorliegend haben die Parteien jedoch mit Ziffer 8.2 der AGB die stillschweigende Abnahme des Werkes nach Art. 164 SIA-Norm 118 ausgeschlossen (act. 3/2; act. 25 Rz. 7). Ziffer 14 der AGB legt zusätzliche Voraussetzungen für die Fälligkeit der Abrechnungsforderung fest und lautet wie folgt (act. 3/2): "Die durch die Schlussabrechnung ermittelte Forderung des Unternehmers wird erst fällig, wenn der Unternehmer sämtliche Abrechnungsunterlagen, Revisionspläne sowie die Versiche-

rungsgarantie (Solidarbürgschaft) der Bauleitung vorlegt und ihm die Bauleitung über die Prüfung der Schlussabrechnung (Art. 154 Abs. 2 der Norm 118 SIA) Bescheid gibt." Zusammengefasst ergeben sich daraus die folgenden Voraussetzungen für die Fälligkeit der eingeklagten Forderung: - Vollendung der werkvertraglichen Arbeiten - gemeinsame Durchführung der Abnahme nach Anzeige der Vollendung - Übergabe der Abrechnungsunterlagen, Revisionspläne und Versicherungs- garantie - Prüfung der Schlussabrechnung durch die Bauleitung Umstritten sind sowohl beim Werklohn für die Heizungs- und Lüftungsinstallatio- nen als auch beim Werklohn für die Sanitärarbeiten die Vollendung der Arbeiten und die Abnahme des Werks sowie die Übergabe der Revisionspläne (vgl. act. 13 Rz. 87). Nicht mehr umstritten ist nach der Übergabe des Garantiescheins BG... der F._____ AG anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 14. Juni 2022 die ent- sprechende Fälligkeitsvoraussetzung. Es ist nachfolgend im Einzelnen auf die strittigen Fälligkeitsvoraussetzungen einzugehen und deren Vorliegen zu prüfen.

E. 4.2

Vollendung, Vollendungsanzeige und Abnahme

E. 4.2.1

Parteistandpunkte Die Klägerin macht geltend, sie habe die Abnahme der Beklagten mündlich ange- zeigt und darüber hinaus am 4. März 2020 und 15. Mai 2020 ihre Schlussabrech-

- 11 - nung eingereicht. Warum sie nie zu einer gemeinsamen Abnahme von der Be- klagten aufgeboten worden sei, entziehe sich ihrer Kenntnis. Unabhängig davon seien im Frühjahr 2020 sämtliche Käufer der Stockwerkeigentumswohnungen der Neubauliegenschaft eingezogen und spätestens damit sei das Werk faktisch in Gebrauch genommen worden. Die Inbetriebnahme der Lüftungsanlage im Keller habe die Subunternehmerin der Klägerin, die G._____ AG, vorgenommen. Eben- falls habe diese im Frühjahr 2020 mit den Eigentümern eine Instruktion und abermalige Kontrolle durchgeführt (act. 21 Rz. 13 f.). Die Beklagte bringt vor, eine "formlose" Abnahme sei im vorliegenden Vertrags- verhältnis nicht möglich. Eine stillschweigende Abnahme sei ausdrücklich ausge- schlossen worden. Das vollendete Werk müsse gemeinsam durch Unternehmer und Bauleitung geprüft werden und der Unternehmer sei verpflichtet, sich die Ab- nahme vom Bauführer schriftlich bestätigen zu lassen. Eine Vollendungsanzeige sei nie erfolgt, auch nicht mündlich. Sodann bestreite sie eine Inbetriebnahme der Lüftungsanlage durch die Subunternehmerin der Klägerin (act. 25 Rz. 7 ff.). Wei- ter rügt sie diverse fehlende Leistungen der Klägerin, welche der Fälligkeit eben- falls entgegen stünden (act. 13 Rz. 2 und Rz. 15 ff. sowie Rz. 46 ff.)

E. 4.2.2

Rechtliches Ein Werk ist vollendet, sobald feststeht, dass der Unternehmer für das herzustel- lende Werk keine oder bloss noch untergeordnete Arbeiten zu leisten hat. Von der Vollendung ist die Mangelfreiheit des Werks zu unterscheiden. Die Mangelhaf- tigkeit des Werks steht der für die Fälligkeit des Werklohns vorausgesetzten Voll- endung grundsätzlich nicht entgegen. Sie gibt dem Besteller aber unter Umstän- den das Recht, die Vergütungsleistung gestützt auf Art. 82 OR (in gewissem Um- fang) zurückzubehalten (BGE 129 III 738 E. 7.2; GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Auf- lage, N 1155 [nachfolgend: GAUCH, Werkvertrag, N X). Unvollendete Werke können grundsätzlich nicht abgeliefert und abgenommen werden (sog. Vollendungsprinzip). Dieses Vollendungsprinzip findet

aber seine Schranke im Prinzip von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), das für alle schuldrechtlichen Beziehungen gilt. Demnach bleibt es den Vertragsparteien verwehrt, die

- 12 - Ablieferung/Abnahme mit dem Einwand der Nichtvollendung zu bestreiten, soweit es dem Grundsatz von Treu und Glauben widerspricht. So hat einerseits der Unternehmer, der sein Werk in Erfüllungsabsicht abgeliefert, sich darauf behaften zu lassen, und kann dem Besteller, der seine Mängelrechte ausübt, nicht entgegenhalten, die Wirkungen der Ablieferung seien mangels Vollendung nicht eingetreten. Andererseits ist dem Besteller der Einwand der Nichtvollendung verwehrt, wenn er durch ausdrückliche Erklärung oder sein Verhalten (z.B. durch Bezahlung der geschuldeten Vergütung oder Ausübung der Mängelrechte) den Eindruck erweckt hat, er lasse das Werk als abgeliefert gelten. Ob dies der Fall ist, lässt sich nur für den Einzelfall entscheiden, wobei der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes mit fortschreitendem Zeitablauf an Bedeutung gewinnt, und zwar auch dann, wenn der Besteller die Nichtvollendung des Werks zunächst gar nicht erkennen konnte (GAUCH, Werkvertrag, N 103 f.). Sind die ausstehenden Arbeiten im Vergleich zu den Gesamtkosten ausserordentlich gering, d.h. nebensächlich, so kann es schon aus diesem Grund Treu und Glauben widersprechen, die Ablieferung des Werks mit dessen Nichtvollendung zu bestreiten (Urteil des Bundesgerichts 4A_319/2017 vom 23. November 2017, E. 2.3.1; GAUCH, Werkvertrag, N 104). Nach der Lehre ist bei einer Ablieferung im vorstehend beschriebenen Sinn die Unfertigkeit des Werks wie ein Werkmangel zu behandeln, so dass die diesbezüglichen Regeln der Mängelhaftung zur Anwendung kommen (GAUCH, Werkvertrag, N 105 m.w.H.). Nach den Regeln der SIA-Norm 118 hat der Unternehmer dem Besteller anzuzeigen, dass das Werk vollendet ist. Die Vollendungsanzeige kann mündlich oder schriftlich erfolgen (Art. 158 Abs. 1 Satz 2 SIA-Norm 118). Auch die Übermittlung einer Schlussrechnung an den Besteller wird von der Rechtsprechung in der Regel als (implizite) Vollendungserklärung qualifiziert (Urteil des Bundesgerichts 4A_51/2007 vom 11. September 2007, E. 4.5). Das Erfordernis der Vollendungsanzeige entfällt sodann, wenn der Besteller das vollendete Werk von sich aus in Gebrauch nimmt. Diesfalls löst der Zeitpunkt der Ingebrauchnahme die Rechtsfolgen einer Vollendungsanzeige aus (Art. 158 Abs. 1 Satz 3 SIA-Norm 118; SHK SIA-Norm 118-SPIESS/HUSER, Art. 158 N 2).

- 13 - Nach Erhalt der Vollendungsanzeige hat der Besteller innert eines Monats das Werk zu prüfen, wobei der Unternehmer an der Prüfung teilzunehmen und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen hat (Art. 158 Abs. 2 SIA-Norm 118). Die Durchführung der Abnahmeprüfung ist eine Obliegenheit des Bestellers. Sie trifft den Besteller unabhängig davon, ob er vom Unternehmer zur Prüfung aufgefordert wird oder nicht (GAUCH/STÖCKLI, in: Gauch/Stöckli [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Auflage, Art. 158 N 14 [nachfolgend: AUTOR, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. X N Y). Die AGB der Beklagten enthalten zur Abnahme in Ziff. 8 zudem folgende Regelung (act. 3/2): "8. Abnahme 8.1. Gegenstand der Abnahme ist das durch den Unternehmer vollendete Werk. In sich geschlossene Werkteile können nur separat abgenommen werden, falls dies im Werkvertrag vereinbart worden ist oder B._____ hierzu ihre schriftliche Zustimmung gibt. 8.2. Eine stillschweigende Abnahme des Werkes gemäss Art. 164 Norm SIA 118 ist ausgeschlossen. 8.3. Die Bauleitung wird das Werk mit dem Unternehmer gemeinsam prüfen und das Abnahmeprotokoll aufsetzen. Das Ergebnis der Prüfung ist in jedem Falle zu protokollieren. Der Unternehmer ist verpflichtet, sich die Abnahme vom Bauführer schriftlich bestätigen zu lassen. Eine letzte Kontrolle bleibt aber

der Bauherrschaft vorbehalten. Das Abnahmeprotokoll erhält die rechtliche Gültigkeit mit der Unterschrift des Grundeigentümers bzw. Bauherrn."

E. 4.2.3

Würdigung Die Beklagte bringt vor, die Vertragsarbeiten seien von der Klägerin weder fertig- gestellt noch mängelfrei abgeliefert worden und rügt verschiedene Arbeiten als "nicht ausgeführt", wobei sie gleichzeitig den Wert dieser Arbeiten vom Werklohn in Abzug bringt (act. 13 Rz. 2 und Rz. 15 ff. sowie Rz. 46 ff.). Aufgrund der vor- stehenden rechtlichen Ausführungen ist es letztlich nicht entscheidend, ob das Werk im Zeitpunkt der Ablieferung nicht vollendet war, wenn nach den gesamten Umständen nach Treu und Glauben von einer Ablieferung auszugehen ist. Dies- falls sind die nicht fertiggestellten Arbeiten wie Werkmängel zu behandeln.

- 14 - a) Vollendungsanzeige Zunächst ist zu prüfen, ob die Klägerin der Beklagten die Vollendung des Werks angezeigt hat. In der vorstehenden zitierten Ziffer 8 der AGB haben die Parteien keine besonde- re Art oder Form der Vollendungsanzeige vereinbart. Es bleibt somit bei der Re- gelung von Art. 158 SIA-Norm 118, sodass die Vollendungsanzeige mündlich o- der schriftlich erfolgen konnte. Die Klägerin hat der Beklagten unbestrittenermassen betreffend die beiden Werk- verträge am 4. März 2020 bzw. 15. Mai 2020 ihre jeweilige Schlussabrechnung übermittelt, was nach der Rechtsprechung als Vollendungserklärung zu qualifizie- ren ist. Darüber hinaus wurde das Werk unbestrittenermassen im Frühjahr 2020 auch in Gebrauch genommen, was eine Vollendungsanzeige ohnehin ersetzt und deren Rechtsfolgen auslöst. Damit ist ohne Belang, ob die Klägerin der Beklagten auch mündlich die Vollendung des Werks mitteilte.

b) Abnahme Mit der Mitteilung der Vollendung bzw. der Ingebrauchnahme des Werks wurde die Abnahme im Sinne von Art. 158 SIA-Norm 118 rechtsgenügend eingeleitet. Wie erwähnt, ist die Durchführung der Abnahme, d.h. die Prüfung und allfällige Rüge des Werks, eine Obliegenheit des Bestellers, also der Beklagten. Diesbe- züglich haben die Parteien in Ziffer 8 der AGB eine Art. 158 Abs. 2 und 3 SIA- Norm 118 nachempfundene Regelung getroffen: "Die Bauleitung wird das Werk mit dem Unternehmer gemeinsam prüfen und das Abnahmeprotokoll aufsetzen". Eine Ergänzung liegt lediglich dahingehend vor, als dass der Unternehmer ver- pflichtet wird, sich die Abnahme vom "Bauführer" schriftlich bestätigen zu lassen. Dieser Zusatz ändert aber nichts daran, dass die Durchführung der gemeinsamen Prüfung des Werks der Beklagten oblag. Da in Ziffer 8 der AGB die stillschwei- gende Abnahme gemäss Art. 164 SIA-Norm 118 ausgeschlossen wurde, hat zwar bis heute keine vertragskonforme Abnahme stattgefunden. Aufgrund dessen,

- 15 - dass die Beklagte die Klägerin aber nie zu einer gemeinsamen Abnahme des Werks aufgefordert hat – wobei zwischen Vollendungserklärung und Verfah- renseinleitung bereits rund anderthalb Jahre vergangen sind –, ist sie ihrer Prü- fungsobliegenheit nicht nachgekommen. Damit hat sie auf die gemeinsame Prü- fung des Werks verzichtet. Der von ihr erhobene Einwand der unterbliebenen Ab- nahme erweist sich entsprechend als treuwidrig. Trotz unterbliebener Abnahme- prüfung gilt das Werk demzufolge als durch die Klägerin abgeliefert und von der Beklagten abgenommen. Die unterbliebene gemeinsame Prüfung des Werks hin- dert somit die Fälligkeit der eingeklagten Werklohnforderungen nicht.

E. 4.3

Übergabe der Revisionspläne

E. 4.3.1

Parteistandpunkte Die Beklagte machte mit der Klageantwort geltend, gemäss ausdrücklicher Par- teivereinbarung werde die durch die Schlussabrechnung ermittelte Forderung der Klägerin erst fällig, wenn der Unternehmer sämtliche Abrechnungsunterlagen, Revisionspläne, sowie die Versicherungsgarantie (Solidarbürgschaft) der Baulei- tung vorlege und die Bauleitung über die Prüfung der Schlussabrechnung Be- scheid gebe. Diese Fälligkeitsvoraussetzungen würden nicht vorliegen. Es fehle insbesondere an den vertraglich vereinbarten Revisionsplänen (act. 13 Rz. 87). Die Klägerin führt in der Replik aus, sie habe der Beklagten die Revisionspläne bereits im März 2020 vollständig zugestellt. Da die Beklagte seit Sommer 2020 nicht mehr erreichbar gewesen sei, hätten die Revisionsunterlagen nicht physisch übergeben werden können. Sie habe der Beklagten anlässlich der Referentenau- dienz vom 14. Juni 2022 die Revisionspläne noch einmal persönlich und ausge- druckt übergeben (act. 21 Rz. 16 ff.). Die von ihr gelieferten Revisionspläne seien hinsichtlich des Leistungsbereichs der Klägerin vollständig und korrekt gezeich- net. Gewerke resp. Leistungsbestandteile von Drittunternehmen müsse sie in ih- ren Revisionsplänen nicht berücksichtigen oder gar selber einzeichnen. Die ge- schuldeten Revisionspläne könnten sich nur auf den vertraglich geschuldeten Leistungsbereich der Klägerin beziehen. So würden der Pumpenschacht wie auch die Dachabläufe im Dachgeschoss nicht in ihrem Leistungsbereich liegen. Selbst - 16 - wenn es aber so sein würde, dass die Revisionspläne mangelhaft an die Beklagte übergeben worden seien, würde dies nichts daran ändern, dass die Revisionsplä- ne grundsätzlich übergeben worden seien. Ziffer 14.1 der AGB sehe nämlich nicht vor, dass die Revisionspläne mängelfrei übergeben werden müssten (act. 21 Rz. 17 ff.). Die Beklagte bringt duplicando vor, dass in den schriftlichen Werkverträgen bei al- len drei durch die Klägerin geplanten und ausgeführten Gewerken "Heizung", "Lüftung" und "Sanitär" die Pflicht der Klägerin zur Vorlage von Revisionsplänen in den Leistungsverzeichnissen festgehalten worden sei. Bis heute seien der Be- klagten indes keine korrekten und vollständigen Revisionspläne übergeben wor- den. In formeller Hinsicht sei festzuhalten, dass es sich bei den übergebenen Plä- nen ausschliesslich um Grundrisspläne handle. Gemäss vertraglicher Vereinba- rung seien die Revisionspläne aber auch in Form von Schnittplänen vorzulegen. Solche Schnittpläne würden vollständig fehlen. Im Weiteren sei festzuhalten, dass aus den Plänen durchwegs nicht ersichtlich sei, was wie wo geändert worden sei. Revisionspläne müssten zwingend aufzeigen, wo die ursprüngliche Planung im Verlauf der Ausführung geändert worden sei. Aus diesem Grund verlange die Vereinbarung auch eine "farbige" Ausbildung, in der Meinung, dass die geänderte tatsächliche Ausführung farbig kenntlich zu machen sei. Dies entspreche auch den anerkannten Regeln der Baukunde. Im Weiteren seien die Pläne nicht spezi- fisch auf die Gewerke Lüftung, Heizung und Sanitär ausgerichtet, sondern würden alle Installationen in den gleichen Plan fassen. Geänderte Installationen liessen sich so von vornherein nicht erfassen und nachvollziehen, was bei Revisionsplä- nen aber zwingend sein müsse. Dies umso weniger, als alle Gewerke ihrerseits in einer anderen Farbe gezeichnet seien, was die vertragliche Vorgabe "farbig" zur Makulatur werden lasse. Bei einer solchen Darstellung sei es von vornherein nicht möglich, für jedes Gewerk nachvollziehbar darzustellen, welche Installationen und Leitungsführungen geändert hätten, wie die ursprüngliche Ausgangslage ausge- sehen habe und wie der tatsächlich gebaute Zustand nun beschaffen sei. Um ei-

gentliche Revisionspläne handle es sich bei diesen Plänen somit offensichtlich nicht. Auch inhaltlich kritisiere sie die Pläne, da sie nicht den tatsächlich ausgeführten Zustand wiedergäben (act. 25 Rz. 16 ff.).

- 17 -

E. 4.3.2

Würdigung

E. 4.3.2.1

Auslegung von Ziffer 14.1 der AGB und Prüfungsumfang Die Beklagte bemängelt eine Vielzahl von Details an den von der Klägerin übergebenen Revisionsplänen. Unbestritten ist, dass die Klägerin der Beklagten folgende fünf Pläne als Revisionspläne übergeben hat (act. 25 Rz. 18; act. 26/3.1– 3.5): - Installationsplan H/L/S Untergeschoss - Installationsplan H/S Erdgeschoss - Installationsplan H/S 1. Obergeschoss - Installationsplan H/S 2. Obergeschoss - Installationsplan H/S Dachgeschoss. Es stellt sich vorab die Frage, ob und gegebenenfalls wie weit die von der Beklagten vorgebrachten Rügen bei der Beurteilung der Fälligkeit zu prüfen sind. Die Klägerin stellt sich in dieser Hinsicht auf den Standpunkt, die von der Beklagten gerügten Mängel hätten ohnehin keinen Einfluss auf die Fälligkeit, während die Beklagte der Auffassung ist, es gehe nicht nur um die Mangelfreiheit sondern auch um die Vollständigkeit und es sei zu prüfen, ob es sich bei den übergebenen Plänen um eigentliche Revisionspläne handelt. Nach dem Gesagten ist zu beurteilen, ob Ziffer 14.1 der AGB für den Eintritt der Fälligkeit nebst der vollständigen Übergabe der Pläne auch die Mangelfreiheit der Pläne voraussetzt. Bei der Auslegung von Vertragsbestimmungen ist in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Parteiwillen bei Vertragsschluss festzustellen. Wenn ein solcher nicht festgestellt werden kann, sind in zweiter Linie zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Auch wenn der Wortlaut auf den ersten Blick klar erscheint, darf es also nicht bei einer reinen Wortauslegung sein Bewenden haben. Vielmehr sind die Erklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Das Gericht hat auch den vom Erklärenden verfolgten Regelungszweck zu beachten, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen

- 18 - verstehen durfte und musste (zum Ganzen BGE 148 III 57 E. 2.2.1 m.w.H.; BGE 145 III 365 E. 3.2.1; BGE 142 III 671 E. 3.3; BGE 140 III 391 E. 2.3; BGE 138 III 659 E. 4.2.1; BGE 135 III 295 E. 5.2; BGE 130 III 417 E. 3.2). Da von keiner Partei Behauptungen zum wirklichen Willen bei Vertragsabschluss aufgestellt werden, ist Ziffer 14.1 der AGB nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Nach dem Wortlaut verlangt die erwähnte Regelung, dass der Unternehmer "sämtliche [...] Revisionspläne [...] vorlegt". Entsprechend ergibt eine grammatische Auslegung einzig, dass die übergebenen Pläne vollständig sein müssen. Zur Mangelfreiheit der Pläne lässt sich demgegenüber dem Wortlaut nichts entnehmen. Bei der unbestrittenermassen vereinbarten Pflicht zur Erstellung von Revisionsplänen handelt es sich um eine vertragliche (Neben-)Leistungspflicht der Klägerin. Betrachtet man die von der Klägerin zu erbringenden Planungsleistungen für sich selbst, verpflichtet sich die Klägerin damit zur Erstellung eines (weiteren) Werkes (vgl. BGE 134 III 361 E. 5.1 = Pra 98 Nr. 8). Die Mangelfreiheit des abzuliefernden Werks hat

aber sowohl nach den gesetzlichen Bestimmungen des Werkvertrages als auch nach der vorliegend anwendbaren SIA-Norm 118 keinen Einfluss auf die Fälligkeit der Vergütungsforderung (vgl. vorstehend E. 4.2.2.). Es lassen sich keinerlei Anhaltspunkte ausmachen, dass die Regelung in Ziffer 14.1 der AGB davon abweichen will. Vielmehr statuiert die Klausel – in Einklang mit den geltenden gesetzlichen Regelungen und jenen der SIA-Norm 118 (vgl. vorstehend E. 4.2.2.) – dass einzig die Vollständigkeit der übergebenen Pläne für die Fälligkeit massgebend ist. Dies entspricht auch dem Regelungszweck der Norm, denn andernfalls stünde es dem Besteller offen, die Fälligkeit durch die Geltendmachung von Mängeln nach Belieben hinauszuzögern. Ziffer 14.1 der ABG setzt zusammenfassend für den Eintritt der Fälligkeit einzig die vollständige Übergabe der Revisionspläne voraus. Entsprechend sind nachfolgend nur Rügen zur Vollständigkeit zu behandeln. Soweit die Beklagte Mängel an den Revisionsplänen geltend macht, können diese keinen Einfluss auf die Fälligkeit der Vergütungsforderung der Klägerin haben und sind daher nicht zu prüfen.

- 19 -

E. 4.3.2.2

Fehlende Schnittpläne Die Beklagte rügt zunächst, dass die Klägerin zur Erstellung von Revisionsplänen in Form von Grundriss- und Schnittplänen verpflichtet war, aber lediglich Grundrisspläne übergeben habe (act. 25 Rz. 19). Es blieb seitens der Beklagten indes unbestritten, dass die Klägerin ihr die Revisionspläne bereits im März 2020 zukommen liess (act. 21 Rz. 17 und 19; act. 25 Rz. 11 ff.). Gleich wie bei der bereits abgehandelten Frage der Abnahme muss auch der Einwand der nicht vollständigen Übergabe der Revisionspläne seine Grenze bei der Treuwidrigkeit finden (vgl. vorstehend E. 4.2.2.). Die Prüfung der unbestrittenermassen zugestellten Pläne stellt eine Obliegenheit der Beklagten dar. Obwohl die Beklagte bereits seit März 2020 über die Revisionspläne verfügte, zwischenzeitlich die Schlussrechnungen gestellt und sämtliche Wohnungen bezogen wurden, rügt sie erst mehr als zwei Jahre später mit ihrer Duplik vom 22. November 2022 erstmals, dass keine Schnittpläne übergeben worden sind. In Anbetracht dieser Umstände und der seit dem Erhalt der Pläne verstrichenen Zeit erweist es sich von vornherein als treuwidrig, wenn die Beklagte die Fälligkeit der Vergütungsforderungen mit fehlenden Schnittplänen in Abrede stellt. Im Übrigen gelingt es der Beklagten ohnehin nicht, eine vertragliche Pflicht der Klägerin zur Erstellung von Schnittplänen aufzuzeigen. Wie die Klägerin in ihrer Stellungnahme zur Duplik zutreffend und zulässigerweise (vgl. E. 1.5.) vorbringt, können sich Revisionseintragungen nur auf die von der Beklagten zur Verfügung gestellten Pläne beziehen (act. 29 Rz. 7 ff.). Die von der Beklagten angeführten Bestimmungen im Leistungsverzeichnis des Werkvertrags Heizung sprechen nämlich durchwegs von Revisionseintragungen (Beispielsweise "Erstellung der Revisionspläne [Planeintragungen]" und "Revisionseintragungen in Grundrisspläne und Schnitte"; act. 3/4 Leistungsverzeichnis S. 26 ; S. 32, S. 33 und S. 41). Entsprechend hatte die Klägerin die Revisionspläne in Form von Planeintragungen zu erstellen. Eine Pflicht zur Erstellung von neuen Plänen lässt sich daraus nicht ableiten, vielmehr muss es sich um Eintragungen in bestehende Pläne handeln. Die Beklagte legt aber nicht dar, dass sie der Klägerin je Pläne im Schnitt zukommen liess. Demzufolge waren auch keine Revisionseintragungen in

- 20 - Schnittpläne vorzunehmen. Die vorstehenden Ausführungen gelten grundsätzlich auch für die Revisionspläne des Werkvertrags Sanitär. Soweit die Beklagte geltend macht, dass sich eine Pflicht der Klägerin zur Erstellung von Schnittplänen aus der SIA-Norm 108

ergebe (act. 25 Rz. 16.3), welche vertraglich vereinbart worden sei, ist ihr entgegen zu halten, dass eine Pflicht zur Erstellung von Revisionsplänen im Schnitt darin nicht ersichtlich ist. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die gerügten fehlenden Revisionspläne im Schnitt dem Fälligkeitseintritt nicht entgegen stehen.

E. 4.3.2.3

Von der Beklagten gerügte Mängel an den Plänen Die Beklagte moniert, dass durchwegs nicht ersichtlich sei, was wie wo geändert worden sei und die farbige Ausgestaltung der Änderungen fehle (act. 25 Rz. 20). Weiter seien die Pläne nicht spezifisch auf die Gewerke Lüftung, Heizung und Sanitär ausgerichtet (act. 25 Rz. 21). Zudem würden die vorgelegten Pläne auch nicht den tatsächlich ausgeführten Zustand wiedergeben. So seien sämtliche Lüftungskanäle nicht vermasset und es sei nicht ersichtlich, auf welcher Höhe der Lüftungskanal seine Ansaugstelle habe und wo sich die Ausblasstelle befinde. In den belüfteten Kellerräumen fehlten weiter die Ausblasöffnungen wie auch der Hinweis auf den Elektrokasten zur Bedienung der Lüftungsanlage. Im Untergeschoss seien die tatsächlich ausgeführten Lüftungsanlagen nicht nachvollziehbar. Auch im Dachgeschoss fehlten jegliche Vermassungen (act. 25 Rz. 22.1). Bei der Heizung sei weiter nicht nachvollziehbar, was geändert worden sei (act. 25 Rz. 22.2). Bezüglich der Sanitärarbeiten seien keine Grundleitungen in den Revisionsplänen eingezeichnet. Weiter seien keinerlei Hinweise auf die Pumpenanlage enthalten und das Waschbecken in der Einstellgarage des Stockwerkeigentümers H. _____ sei nicht ausgewiesen. Sodann dokumentierten die Pläne die weggefallene Kanalisationsleitung nicht. Schliesslich seien in den Plänen auch zwei tatsächlich gebaute Abläufe nicht eingezeichnet (act. 25 Rz. 22.3). Die Beklagte macht mit sämtlichen vorstehend wiedergegebenen Rügen Mängel an den Revisionsplänen geltend. Wie gesehen hat eine allfällige Mangelhaftigkeit der abgelieferten Pläne aber keinen Einfluss auf den Eintritt der Fälligkeit. Ent-

- 21 - sprechend erübrigt es sich, auf die von der Beklagten diesbezüglich ins Feld geführten Rügen einzugehen.

E. 4.4

Fazit Fälligkeit Gesamthaft erweist sich die von der Klägerin geltend gemachte Forderung als fällig.

E. 5

Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten

E. 5.1

Parteistandpunkte Die Beklagte macht geltend, dass sie, selbst wenn die Klägerin noch einen offenen Werklohnanspruch besässe, die Zahlung gestützt auf Art. 82 OR verweigern könne. Sie macht verschiedene Werkmängel geltend, welche sie mit Schreiben vom 10. Dezember 2022 [recte: 2021] gerügt habe. Diese Mängelrüge sei rechtzeitig innerhalb der zweijährigen Rügefrist gemäss Art. 172 SIA-Norm 118 erfolgt. Die Beklagte besitze daher insbesondere ein Nachbesserungsrecht. Eine konkrete Nachbesserungsfrist habe sie der Klägerin bis heute noch nicht angesetzt, da sie erst noch das Ergebnis der laufenden Verhandlungen zwischen den involvierten Versicherungen über eine einvernehmliche Schadensliquidation abwarten wolle. Sollten diese Verhandlungen scheitern, würde die Beklagte der Klägerin jedoch eine Frist zur Behebung der verursachten Werkmängel ansetzen. Bestehende Werkmängel würden dem Besteller gegenüber dem Unternehmer

ein Rückbehaltungsrecht zur Durchsetzung seines Nachbesserungsanspruchs verschaffen. Sie schätze, dass die mutmasslichen Kosten einer Nachbesserung der durch die Klägerin verursachten Mängel rund CHF 150'000.– betragen. Das Rückbehaltungsrecht beschränke sich nicht auf den Umfang der Verbesserungskosten. Nach der herrschenden Lehre dürfe das Dreifache der zu erwartenden Verbesserungskosten zurückbehalten werden (act. 13 Rz. 88 ff.). Die Klägerin bestreitet zunächst jegliche Verantwortung für die gerügten Mängel. Zudem sei der eingetretene Schaden längst behoben worden. Die durch den Wasserschaden beschädigte Heizanlage sei ersetzt und der Schaden von verschiedenen Versicherungen, nicht aber ihrer, bezahlt worden. Sie bestreite auch

- 22 - die von der Beklagten geltend gemachten Nachbesserungskosten von CHF 150'000.– (act. 21 Rz. 137 ff.). In ihrer Duplik hält die Beklagte dem entgegen, der Schaden sei keineswegs behoben. Es bestehe weiterhin Nachbesserungsbedarf. Sie halte daher an ihrer Sachdarstellung vollumfänglich fest (act. 25 Rz. 115 ff.).

E. 5.2

Rechtliches Wer bei einem zweiseitigen Vertrag den anderen zur Erfüllung anhalten will, muss entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, er habe nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen. Art. 82 OR gewährt dem Schuldner eine Einrede mit der Wirkung, dass er die geforderte Leistung bis zur Erbringung oder Anbietung der Gegenleistung zurückbehalten darf. Die seitens des Bestellers zu leistende Vergütung bildet die Gegenleistung für die Herstellung und Ablieferung des geschuldeten Werks. Damit stellt sich die Frage, ob dem Besteller, dem ein mangelhaftes Werk abgeliefert wird, nicht nur die Mängelrechte von Art. 368 OR (bzw. der SIA-Norm 118) zustehen, sondern überdies die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach Art. 82 OR. Das Bundesgericht hat dies in zwei Leitentscheiden – BGE 89 II 232 und BGE 94 II 161 – grundsätzlich bejaht. Ob dem Besteller ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, hängt von nachfolgenden Umständen ab. Vor der Ausübung der Mängelrechte steht dem Besteller kein Leistungsverweigerungsrecht zu, denn mit der Ablieferung treten an die Stelle von dessen Forderung auf Erstellung eines mangelfreien Werkes die Mängelrechte. Ein Leistungsverweigerungsrecht kann erst bestehen, wenn der Besteller seine Mängelrechte ausübt und den Unternehmer zur Nachbesserung anhält. Mit Ausübung dieses Rechts lebt die ursprüngliche Forderung auf Leistung eines mangelfreien Werkes wieder auf und steht in einem Austauschverhältnis zur geschuldeten Vergütung. Übt der Besteller demgegenüber sein Minderungsrecht aus oder verlangt den Ersatz des Mangelfolgeschadens, steht ihm kein Leistungsverweigerungsrecht zu (GAUCH, Werkvertrag, N 2366 ff.).

- 23 -

E. 5.3

Würdigung Der Beklagten kann ein Leistungsverweigerungsrecht nur dann zustehen, wenn sie ihr Nachbesserungsrecht bereits ausgeübt hat. Bei den Mängelrechten von Art. 169 SIA-Ordnung 118 handelt es sich um Gestaltungsrechte. Die Pflicht des Unternehmers besteht daher erst, wenn der Unternehmer sein Gestaltungsrecht ausübt und die Nachbesserung verlangt (GAUCH/STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 169 N 1). Die Beklagte hat nach eigener Sachdarstellung bislang keine Nachbesserung verlangt, sondern einzig die Mängel gerügt. Damit hat sie ihr Nachbesserungsrecht nicht ausgeübt und ihr steht auch kein Leistungsverweigerungsrecht zu. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass die Beklagte sich grundsätzlich auf das Leistungsverweigerungsrecht von Art. 82

OR berufen könnte, verfängt ihr diesbezüglicher Einwand im Übrigen nicht. Die Beklagte unterlässt es nämlich, die von ihr vorgebrachten Nachbesserungskosten zu substantiieren und begnügt sich – obwohl die Klägerin diese bestreitet – mit der pauschalen Behauptung, sie schätze die Kosten auf CHF 150'000.–.

E. 5.4

Fazit Der Beklagten steht kein Leistungsverweigerungsrecht zu.

E. 6

Rechtliche Grundlagen zu den Werklohnforderungen

E. 6.1

Pauschalhonorar Eine Pauschalpreisabrede im Sinne von Art. 41 SIA-Norm 118 liegt dann vor, wenn sich die Parteien darauf geeinigt haben, dass der Unternehmer das von ihm geschuldete Werk als Ganzes zu einer vertraglich fixierten Geldsumme herzustellen hat. Bei der Verabredung eines Pauschalhonorars ist die getroffene Preisabrede grundsätzlich verbindlich und auch dann unabänderlich, wenn die Erstellungskosten (Arbeits-, Material- und andere Kosten) höher oder geringer sind, als bei Vertragsabschluss vorgesehen war (Urteil des Bundesgerichts 4A_605/2020 vom 24. März 2021, E. 4.2.1; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. 373 N 6 mit weiteren

- 24 - Hinweisen). Durch die Abrede eines Pauschalpreises wird zwar die Vergütung pauschalisiert; was aber der Unternehmer zum vereinbarten Preis im Einzelnen leisten muss, ergibt sich aus dem konkreten Werkvertrag und ist durch Auslegung des gesamten Vertrages zu ermitteln (GAUCH, Werkvertrag, N 905a). Die Bindung an das vereinbarte Pauschalhonorar ist nicht absolut. Je nach der Ursache und der einschlägigen rechtlichen Regelung (gesetzliche Bestimmung oder vertragliche Abrede) hat der Unternehmer einen Anspruch auf Mehrvergütung für allfälligen Mehraufwand. Ein Anspruch auf Mehrvergütung besteht namentlich für Bestellungsänderungen (GAUCH, Werkvertrag, N 905 ff.; vgl. dazu unten E. 6.3 und 6.4). Die geschuldete Vergütung kann sich auch verringern. Eine Minderung des Werkpreises kann dabei namentlich gestützt auf eine einseitige Bestellungsänderung nach Art. 84 Abs. 1 SIA-Norm resultieren. Anders als aus Art. 377 OR abgeleitet, existiert im Rahmen der SIA-Norm 118 kein analoges eigenständiges Recht auf Teilrücktritt. Der Bauherr kann aber bei gegebenen Voraussetzungen durch eine einseitige Bestellungsänderung gestützt auf Art. 84 SIA-Norm 118 auf Leistungen des Unternehmers verzichten und so im Ergebnis teilweise vom Werkvertrag zurücktreten (GAUCH/STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 184 N 6.1 ff.). Sodann stehen dem Besteller, der die Abnahme eines Werkes mit fehlenden Leistungen bestreitet und darin nach Treu und Glauben nicht zu schützen ist, in Bezug auf die gerügte Unvollständigkeit die Mängelrechte zu (Urteil des Bundesgerichts 4C.469/2004 vom 17. März 2005, E. 2.6; GAUCH, Werkvertrag, N 105). Damit kann er bei gegebenen Voraussetzungen auch auf dieser Grundlage eine Minderung der Vergütung verlangen. Die Beweislast obliegt sowohl für eine Bestellungsänderung als auch für eine Minderung grundsätzlich dem Unternehmer (SPIESS/HUSER, SHK Norm SIA-118, Art. 84 N 49; GAUCH/STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 169 N 2).

E. 6.2

Honorar nach Ausmass Bei Vereinbarung einer Abrechnung nach dem tatsächlichen Ausmass im Sinne der SIA-Norm 118 werden die geleisteten Mengeneinheiten am Objekt

gemessen,

- 25 - in natura gewogen oder gezählt (SCHUMACHER/MONN, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 142 N 3). Nach Art. 142 Abs. 1 SIA-Norm 118 ermitteln Bauleitung und Unternehmer die Ausmasse gemeinsam und anerkennen sie gegenseitig in den Ausmassurkunden. Die Anerkennung im Sinne von Art. 142 Abs. 1 SIA-Norm 118 stellt eine gemeinsame Vorstellungsäusserung über den gemeinsam ermittelten Umfang der tatsächlich ausgeführten Bauleistungen dar (GAUCH, Werkvertrag, N 921; SCHUMACHER/MONN, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 142 N 9.3). Grundsätzlich hat die Ermittlung unter Geltung der SIA-Norm 118 fortlaufend und zeitgerecht zu erfolgen (Art. 142 Abs. 1 SIA Norm 118). Ausmasse, die nach dem Fortschreiten des Baus nicht mehr festgestellt werden können, sind gemäss Art. 142 Abs. 2 SIA-Norm 118 sofort aufzunehmen, wobei der Unternehmer die Bauleitung rechtzeitig zu benachrichtigen hat. Wird der für die gemeinsame Aufnahme des Ausmasses vereinbarte Termin von einer Seite nicht eingehalten, hat der Säumige das Aufnahmeergebnis des anderen als endgültig anzuerkennen, sofern die Aufnahme nicht nachgeholt werden kann oder er ein zweites Mal säumig wird (Art. 142 Abs. 3 SIA Norm 118). Sowohl die tatsächliche Anerkennung nach gemeinsamer Ausmassaufnahme als auch die (fingierte) Anerkennung infolge Säumnis begründen eine natürliche (tatsächliche) Vermutung dafür, dass die in der Ausmassurkunde enthaltenen Tatsachen der Wahrheit entsprechen. Die Vermutung der Richtigkeit bezieht sich mithin nur auf den rapportierten Aufwand und damit auf die Tatsachengrundlage für die Berechnung der geschuldeten Vergütung, nicht aber auf die Vergütungsschuld selber. Die tatsächliche bzw. natürliche Vermutung dient der Beweiserleichterung und gehört zum Komplex der Beweiswürdigung. Sie kann durch blossen Gegenbeweis entkräftet werden, ändert aber an der Behauptungs- und Beweislast des Unternehmers nichts (vgl. bereits das Urteil des hiesigen Gerichts vom 6. Oktober 1972 in ZR 71/1972 Nr. 93; GAUCH, Werkvertrag, N 921; vgl. auch SCHUMACHER/MONN, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 142 N 9.3 f.).

- 26 -

E. 6.3

Bestellungsänderungen

E. 6.3.1

Grundlagen Eine Bestellsänderung liegt vor, wenn der vertragliche festgelegte Leistungsinhalt durch ein Rechtsgeschäft abgeändert wird. Die Vertragsänderung kann dabei sowohl auf einer (Abänderungs-)Vereinbarung der Parteien als auch einer einseitigen Vertragsänderung durch den Bauherren gründen. Für Mehrleistungen steht dem Unternehmer nach einer erfolgten Bestellsänderung ein Anspruch auf Mehrvergütung zu (GAUCH, Werkvertrag, N 768 ff. und 785). Eine einseitige Bestellsänderung setzt ein entsprechendes Gestaltungsrecht einer Partei voraus (GAUCH, Werkvertrag, N 772). Art. 84 SIA-Norm 118 sieht ein solches Gestaltungsrecht für den Bauherrn vor und gestattet ihm, durch Weisungen oder Änderung von Plänen vom Unternehmer die Erbringung von Mehr- oder Minderleistungen zu verlangen. Bei einer Bestellsänderung im Rahmen eines Pauschalpreisvertrages ist die zusätzliche Vergütung entweder nach Art. 374 OR (einvernehmliche Bestellsänderung) oder nach Art. 89 SIA-Norm 118 (einseitige Bestellsänderung) vom Gericht zu bestimmen, sofern sich die Parteien nicht auf einen Preis geeinigt haben. Haben die Parteien hingegen eine

zusätzliche Vergütung für die Bestel- lungsänderung vereinbart, sind sie in der Preisbestimmung aufgrund ihrer Privat- autonomie grundsätzlich frei (BGE 143 III 545 E. 4.4.). Ist der Anspruch auf die Mehrvergütung streitig, liegt die Beweislast beim Unter- nehmer, der die Forderung geltend macht. Insbesondere hat der Unternehmer die erfolgte Vertragsänderung und den daraus entstandenen Mehraufwand nachzu- weisen. Beruft sich demgegenüber der Besteller auf einen Minderaufwand, trägt er die Beweislast (SPIESS/HUSER, SHK Norm SIA-118, Art. 84 N 49). In der Vertragspraxis werden oftmals ergänzende, spezifischere Regelungen festgelegt. Ein Genehmigungsvorbehalt liegt vor, wenn vertraglich vereinbart wird, dass der Anspruch auf Mehrvergütung nur unter dem Vorbehalt besteht, dass der Unternehmer die Mehrforderung, welche er für die Beststellungsänderung geltend

- 27 - machen will, vor der Ausführung der Mehrleistung vom Besteller genehmigen lässt. Eine solche Vereinbarung bezieht sich auf den Vergütungsanspruch aus ei- ner bereits erfolgten Beststellungsänderung. Davon zu unterscheiden sind Ver- tragsklauseln, welche alle oder bestimmte Beststellungsänderungen dem Erforder- nis einer Parteiabrede unterstellen, sodass ohne eine solche Vereinbarung eine Beststellungsänderung überhaupt nicht zustande kommt. Entsprechend wird damit insbesondere die Möglichkeit einer einseitigen Beststellungsänderung wegbedun- gen. Derartige Vereinbarungsklauseln sehen regelmässig auch eine besondere Form für die Parteiabrede vor (GAUCH, Werkvertrag, N 789 ff.). Ein vereinbarter Formvorbehalt begründet die widerlegbare Vermutung, dass die Parteien vor Er- füllung dieser Form nicht gebunden sein wollen (Art. 16 Abs. 1 OR). Auch ein Vorbehalt im vorstehend beschriebenen Sinne gilt nicht absolut. Ge- nehmigt der Besteller eine vom Unternehmer in Aussicht gestellte Mehrforderung zwar erst nach begonnener Ausführung der Beststellungsänderung, dann aber doch, so ist es gleich zu halten, wie wenn die Genehmigung dem vereinbarten Vorbehalt entsprechend schon vor der Ausführung erfolgt wäre. Eine Ausnahme betreffend den Genehmigungsvorbehalt gilt sodann, wenn der Besteller gegen- über dem Unternehmer ausdrücklich oder konkludent auf den Genehmigungsvor- behalt verzichtet hat. Ein Verzicht auf die Genehmigungsklausel kommt insbe- sondere dann in Betracht, wenn der Besteller eine Beststellungsänderung anordnet oder von der Ausführung der Beststellungsänderung Kenntnis hat, jedoch davon absieht, die fehlende Genehmigung der Mehrvergütung zu reklamieren (GAUCH, Werkvertrag, N 789 f.).

E. 6.3.2

Vertragliche Regelungen der Parteien Die anwendbaren AGB der Beklagten enthalten folgende Klausel (act. 3/2): "9. Zusätzliche Arbeiten 9.1. Arbeiten und Ausmasse, die im Leistungsbeschreibung nicht aufgeführt sind, sowie die von Unternehmerofferten abweichenden Mehrmengen, die sich im Laufe der Ausführung als notwendig erweisen, sind vor Inangriffnahme der B._____ schriftlich zu offerieren und dürfen erst nach ausdrücklicher schriftlicher Anordnung der Bauleitung und des Bau- herrn ausgeführt werden. Erfolgt das nicht, wird eine Bezahlung grundsätzlich abge- lehnt. Nachtragsofferten unterliegen den Vertragskonditionen. Bestehen diesbezüglich

- 28 - Zweifel, so darf B._____ die Offertlegung der dem Vertrag und der Nachtragsofferte zu- grunde liegenden Kalkulationen einsehen. [...]" Da von den Parteien keine Behauptungen zum wirklichen übereinstimmenden Willen beim Vertragsabschluss aufgestellt werden, ist nachfolgend eine Ausle- gung nach dem Vertrauensprinzip vorzunehmen. Nach dem Titel von Ziffer 9 der AGB bezieht sich die Regelung einzig auf

zusätzliche Arbeiten und damit auf Mehrleistungen des Unternehmers. Ein Anspruch auf Mehrvergütung setzt nach dieser Bestimmung voraus, dass (1) der Unternehmer die Mehrleistungen schriftlich offeriert und (2) der Bauherr und die Bauleitung die Ausführung schriftlich anordnen. Für diese Auslegung spricht auch der Zweck der wiedergegebenen Regelung, will diese doch Rechtssicherheit schaffen und einen Streit über Bestand und Umfang von Mehrforderungen verhindern. Zu prüfen ist weiter, ob sich das Erfordernis der schriftlichen Offerte und anschließenden schriftlichen Anordnung nur auf die Mehrleistungen an sich oder auch auf die Vergütung der Mehrleistung bezieht. Der Wortlaut spricht von einer Offerte. In einer Offerte werden üblicherweise die zu erbringenden Leistungen mit einem entsprechenden Preis angeboten. Auch das vorgesehene Recht der Beklagten, die Kalkulationen einzusehen, ergibt einzig dann einen Sinn, wenn sich die Genehmigung auch auf die geschuldete Vergütung bezieht. Damit wird denn auch dem Zweck der Schaffung von Rechtssicherheit und Verhinderung von Streitigkeiten über Mehrforderungen am besten Rechnung getragen. Ziffer 9 der AGB der Beklagten ist nach dem Gesagten so zu verstehen, dass ein Anspruch des Unternehmers auf eine Mehrvergütung für Mehrleistungen nur dann besteht, wenn die Mehrleistungen zunächst schriftlich mitsamt Preis offeriert werden und diese Offerte inklusive der Mehrvergütung anschliessend schriftlich genehmigt wird. Hinsichtlich des Schriftlichkeitsvorbehalts ist aufgrund der Gepflogenheiten des modernen Geschäftsverkehrs davon auszugehen, dass die Parteien mit der vereinbarten Schriftform jede Form meinen, die den Beweis mithilfe eines schriftlichen Textes ermöglicht, womit namentlich auch E-Mails erfasst sind (vgl. GAUCH, Werkvertrag, N 415). Der Vollständigkeit halber ist weiter festzuhalten, dass die Regelung sich nicht zu Minderleistungen äussert und in dieser Hinsicht Art. 84 SIA-Norm 118 (ausgenommen dessen Abs. 5; vgl. act. 3/2 Ziff. 19.2) zur Anwendung gelangt.

E. 6.4

Vergütung nicht bestellter Zusatzleistungen Fehlt es an einer Beststellungsänderung nach Massgabe der vorstehenden Erwägungen, stellt sich die Frage, ob der Unternehmer aus anderen Rechtsgrundlagen einen Vergütungsanspruch hat. In Frage kommt dabei ein gesetzlicher Ausgleichsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR), Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) oder ein sachenrechtlicher Ausgleichsanspruch nach Art. 672 ZGB (GAUCH, Werkvertrag, N 1310 ff.). Diesen gesetzlichen Anspruchsgrundlagen gehen allerdings vertragliche Vorschriften zur Vergütung unbestellter Leistungen vor. Die vorliegend anwendbare SIA-Norm 118 enthält mit Art. 45 SIA-Norm 118 eine solche Regelung. Nach dieser Bestimmung besteht ein Vergütungsanspruch, wenn es sich um dringliche Arbeiten, die zur Abwendung von Gefahr oder Schaden unerlässlich sind, handelt, der Unternehmer diese Arbeiten sofort der Bauleitung meldet und von der Bauleitung keine Einstellung der Arbeiten angeordnet wird. Diese Regelung ist abschliessend. Entsprechend schliesst sie in allen Fällen unbestellter Arbeiten – und damit auch für Fälle, in denen nach Art. 45 SIA-Norm 118 kein Anspruch besteht – einen gesetzlichen Vergütungsanspruch aus (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG180206 vom 26. Mai 2023, E. III. 2.3.4.; vgl. auch GAUCH, Werkvertrag, N 1313).

E. 7

Werklohnforderung Heizungs- und Lüftungsanlagen

E. 7.1

Überblick Die Klägerin macht als Schlussforderung für die Heizungs- und Lüftungsanlagen folgende Abrechnung geltend (act. 1 Rz. 35):

- 30 - Die vereinbarte Pauschale für die Heizungs- und Lüftungsanlagen ist unbestritten (act. 1 Rz. 18; act. 13 Rz. 7). Umstritten ist, ob die Klägerin sämtliche Leistungen gemäss Werkvertrag erbracht hat, um einen Anspruch auf die volle Pauschale zu haben. Die Beklagte moniert diverse Arbeiten als nicht bzw. nur teilweise ausgeführt, wie die Verteilkästen für die Fussbodenheizung, Zusatzarbeiten bei der Fussbodenheizung, Zusatzheizkörper in DU/WC sowie diverse Leistungen bei der Lüftungsanlage. Hierfür macht sie eine Kürzung der vertraglichen Pauschale um insgesamt CHF 10'926.– (exkl. MwSt.) geltend (act. 13 Rz. 16 ff. und Rz. 39). Im restlichen Umfang sind die Pauschale bzw. die dafür geleisteten Arbeiten unbestritten. Des Weiteren sind die von der Klägerin geltend gemachten Zusatzleistungen in der Höhe von insgesamt CHF 5'600.– strittig (act. 13 Rz. 28 ff.). Umstritten sind schliesslich diverse vertragliche Abzüge von der Werklohnforderung (act. 13 Rz. 38, 40 f.). Die strittigen Aspekte sind nachfolgend zu prüfen.

- 31 -

E. 7.2

Bestrittene Arbeiten unter dem Pauschalhonorar

E. 7.2.1

Verteilkästen für die Fussbodenheizung

E. 7.2.1.1

Parteistandpunkte Die Beklagte bringt vor, die Verteilkästen für die Fussbodenheizung seien von der Klägerin nicht ausgeführt worden. Die Klägerin selbst habe die Beklagte darauf aufmerksam gemacht, dass sie die vertraglich vorgesehenen Verteilkästen aus Platzgründen – die Klägerin habe die Leitungsführung falsch geplant – im 1. und 2. Obergeschoss sowie im Dachgeschoss nicht montieren könne, und sie habe vorgeschlagen, die Verteilkästen in diesen Wohnungen durch den Gipser erstellen zu lassen. Für die Nichtmontage der drei Verteilkästen in den oberen Geschossen seien vom Werklohn CHF 243.– pro Stück, mithin CHF 729.– (exkl. MwSt.), abzuziehen. Im 1. und im 2. Obergeschoss hätten die Verteilkästen aus Gips erstellt werden müssen. Diese Gipserarbeiten seien durch die Firma I._____ AG ausgeführt worden und hätten CHF 2'000.– exkl. MwSt. gekostet. Dazu seien noch die Kosten der Bauleitung der Beklagten für die Organisation und Überwachung von total 2 Stunden à CHF 125.– (exkl. MwSt.) gekommen. Im Dachgeschoss habe glücklicherweise eine Lösung gefunden werden können, bei der die Heizleitungen hinter einer Vormauerung abgedeckt hätten werden können und die Erstellung eines Verteilkastens aus Gips habe sich erübrigt. Die Erstellung der Verteilkästen durch den Gipser sei somit auf rund CHF 2'250.– (zzgl. 7.7% MwSt.) zu stehen gekommen. Verglichen mit den eingesparten Kosten der drei Verteilkästen von CHF 729.– hätten somit Mehrkosten von CHF 1'591.– [recte: 1'521.–] resultiert. Um diesen Betrag sei die vertraglich vereinbarte Pauschalvergütung der Klägerin zu reduzieren (act. 13 Rz. 16 ff.). Die Klägerin bestreitet, dass sie irgendein Verschulden an den nicht montierten Verteilkästen treffe. Sie habe die Verteilkästen (mit Ausnahme des Dachgeschosses) jeweils immer bei den Zimmern 3 geplant. Entsprechend habe die Klägerin am 27. Mai

2019 die Pläne für die Aussparungen an dieser Stelle (in der Wand beim Zimmer 3) der Beklagten zur Weiterleitung an den Baumeister geschickt. Doch offenbar habe die Beklagte umgeplant. Namentlich habe sie in der Woh-

- 32 - nung im 2. Obergeschoss eine Grundrissveränderung vorgenommen und die Wand zwischen dem Zimmer 3 und dem Korridor entfernt. Entsprechend habe der Heizverteiler inkl. Verteilkasten nicht mehr bei dieser Wand integriert werden können. Dies habe die Beklagte gleich zum Anlass genommen, auch bei den anderen Wohnungen den Heizverteiler in die WC/Dusche zu integrieren. So habe die Beklagte sie nach Erhalt der ursprünglich vorgesehenen Aussparungspläne angewiesen, diese Umplanung vorzunehmen. In der Folge seien die Heizverteiler auf Anordnung der Beklagten in die WC/Dusche und im Dachgeschoss ins Reduit verlegt worden. Damit hätten neue Aussparungen geplant und ausgeführt werden müssen. Die Kosten für die neuen Aussparungen seien Folgekosten aus der von der Beklagten vorgenommenen Plan- resp. Beststellungsänderung und würden mitunter Ohnehinkosten der Beklagten darstellen (act. 21 Rz. 40 ff.). Duplicando bestreitet die Beklagte, dass eine Umplanung ihrerseits der Grund für die Nichtausführung der vertraglich bei allen Wohnungen vorgesehenen Verteil- kisten gewesen sei. Eine Anpassung habe es nur im 2. Obergeschoss gegeben, worauf die Klägerin in diesem Geschoss einen "Korrex" vorgelegt habe (act. 25 Rz. 34 f.).

E. 7.2.1.2

Würdigung Eine Reduktion des vertraglich vereinbarten Pauschalhonorars kann sich entweder aufgrund einer (einseitigen) Beststellungsänderung der Beklagten oder aufgrund einer aus den Mängelrechten abgeleiteten Minderung ergeben (E. 6.1.). Eine Beststellungsänderung in Anwendung von Art. 84 SIA-Norm 118 mit Verzicht auf Leistungen ist nur bis zur Vollendung der Arbeiten möglich (GAUCH/STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 184 N 6.2). Dies muss auch bei einer – wie vorliegend – nach Treu und Glauben anzunehmenden Abnahme gelten. Der Bauherr kann ab diesem Zeitpunkt für gerügte fehlende Leistungen einzig noch die Mängelrechte geltend machen, aber nicht mehr gestützt auf Art. 84 SIA-Norm 118 im Sinne eines Teilrücktritts auf Leistungen verzichten (vgl. GAUCH, Werkvertrag, N 105; Urteil des Bundesgerichts 4C.469/2004 vom 17. März 2005, E. 2.6). Entsprechend hat die Beklagte entweder darzulegen, dass sie rechtzeitig eine Beststellungsänderung vorgenommen und auf die entsprechenden Leistungen verzichtet

- 33 - hat, oder sich auf Mängelrechte zu berufen und in dieser Hinsicht vorzutragen, dass sie zu einer Minderung berechtigt ist. Unbestritten ist, dass die Verteilkästen (mit Ausnahme des Dachgeschosses) jeweils bei den Zimmern 3 geplant waren. In der Folge nahm die Beklagte mit Bezug auf die Wohnung im 2. Obergeschoss eine Umplanung vor. In Folge dessen musste der Heizverteiler ohne Verteilkasten an die Wand im WC montiert werden, wofür die Klägerin der Beklagten mit E-Mail vom 15. April 2019 einen "Korrexplan" für das 2. Obergeschoss übermittelte, was die Beklagte daraufhin genehmigte (vgl. act. 3/18, 3/24; act. 21 Rz. 40 f.; act. 25 Rz. 34 f.; act. 26/8). Mit E-Mail vom 27. Mai 2019 übermittelte die Klägerin der Beklagten sodann die Pläne mit den Aussparungen für die Fussbodenheizungsverteiler im Erdgeschoss und im 1. Obergeschoss, woraufhin die Beklagte bei der Klägerin nachfragte, weshalb man nicht immer im WC bleibe (vgl. act. 21 Rz. 42; act. 22/46-47). In der Folge fand am 3. Juni 2019 eine gemeinsame Sitzung statt, deren Inhalt von der Klägerin mit E-Mail vom 4. Juli 2019 wie folgt zusammengefasst wurde (act. 21 Rz. 43; act. 22/48): Dem im E-Mail zusammengefassten Inhalt der Sitzung

hat die Beklagte weder damals noch im Rahmen des vorliegenden Verfahrens widersprochen (vgl. act. 21 Rz. 43; act. 25 Rz. 34 ff.). Folglich ist erstellt, dass die Parteien in der gemeinsamen Sitzung vereinbart haben, dass sich die Fussbodenheizverteiler ("FBH") in den Wohnungen vom EG bis zum 2. Obergeschoss neu in der Nasszelle, d.h. in WC/Dusche, befinden sollten. Unbestritten blieb seitens der Klägerin schliesslich, dass die von der Beklagten gerügten drei Verteilkästen in der Folge nicht eingebaut wurden (act. 21 Rz. 40 ff.),

- 34 - Aufgrund des soeben Ausgeführten steht fest, dass zufolge einer Beststellungsänderung auf den Einbau der vier Verteilkästen verzichtet wurde. Nicht bestritten hat die Klägerin, dass sie durch die Nicht-Montage von drei Verteilkästen CHF 729.- (3 x CHF 243.-; exkl. MwSt.) eingespart hat. Entsprechend ist das Pauschalhonorar in dieser Höhe zu mindern. Mehrkosten, welche aufgrund der Beststellungsänderung der Beklagten anfielen, hat diese selbst zu tragen. Soweit die Beklagte einen Werkmangelanspruch geltend machen will, legt sie im Übrigen nicht konkret dar, inwiefern ein Planungsfehler der Klägerin die Umplanung verursachte. Entsprechend kann ihr auch unter diesem Titel kein Anspruch auf Ersatz bzw. Abzug der Kosten der Gipsarbeiten zustehen. Der (Pauschal-)Werklohn der Klägerin ist folglich um CHF 729.- zu mindern.

E. 7.2.2

Zuputzarbeiten bei der Fussbodenheizung

E. 7.2.2.1

Parteistandpunkte Die Beklagte führt aus, die fehlerhaft geplanten Heizleitungen hätten nicht nur zur Folge gehabt, dass die erwähnten Verteilkästen teilweise aus Platzgründen nicht hätten montiert werden können, sie hätten auch dazu geführt, dass vorgesehene Aussparungen nicht genutzt und zusätzliche Bodenöffnungen hätten erstellt werden müssen, was entsprechende Anpassungs- und Zuputzarbeiten (für das Schliessen der entstandenen Löcher) in den oberen Geschossen notwendig gemacht habe. Die Klägerin sei nicht in der Lage gewesen, diese Arbeiten selbst ausführen, sodass sie wiederum durch den Gipser hätten vorgenommen werden müssen. Allein die Zuputzarbeiten der I._____ AG in der Wohnung im 2. Obergeschoss hätten sich auf total 8 Stunden (à CHF 115.-) belaufen. Einschliesslich des benötigten Materials (von total CHF 195.-) habe dadurch ein Kostenaufwand von CHF 1'105.- (zzgl. 7.7 MwSt.) resultiert (act. 13 Rz. 21 f.). Die Klägerin entgegnet mit Verweis auf ihre Ausführungen zu den Verteilkästen, dass sie für die Änderung der Positionierung der Heizverteiler kein Verschulden treffe, womit ihr keinerlei Mehrkosten angelastet werden könnten. Weiter bestrei-

- 35 - tet sie, dass die behaupteten Mehrkosten für angebliche Zuputzarbeiten etwas mit der geänderten Lage der Heizverteiler zu tun hätten und dass diese Mehrkosten der Beklagten überhaupt entstanden seien (act. 21 Rz. 48 ff.). Die Beklagte führt in ihrer Duplik dagegen ins Feld, Planung und Erstellung der Aussparungs- und Einlagepläne gehörten zu den Aufgaben der Klägerin. Diese Aufgabe habe sie offensichtlich nicht sorgfältig ausgeführt, was dazu geführt habe, dass Heizungsleitungen am falschen Ort geplant worden seien. Diese hätten in der Folge geschlossen werden müssen (act. 25 Rz. 40 f.)

E. 7.2.2.2

Würdigung Aus den Ausführungen der Beklagte geht nicht eindeutig hervor, ob sie mit ihrer Argumentation einen Minderungs- und bzw. oder einen Schadenersatzanspruch aus

einem Werkmangel geltend machen will. Jedenfalls erfolgte, wie vorstehend dargelegt, durch die Beklagte eine Umplanung der Heizverteiler. Soweit die Beklagte die Mehrkosten für Zuputzarbeiten mit der veränderten Position der Heizverteiler begründet, kann sie daraus keinen Anspruch ableiten. Mehrkosten, welche aufgrund ihrer eigenen Beststellungsänderung anfielen, hat sie selbst zu tragen. Die Beklagte unterlässt es sodann auch hier, die von ihr als Ursache der Umplanung vorgebrachte fehlerhafte Planung der Heizleitungen konkret darzulegen und begnügt sich mit pauschalen Behauptungen. Im Übrigen sind die Ausführungen der Beklagten derart unsubstantiiert, dass nicht einmal nachvollzogen werden kann, welche Aussparungen nicht genutzt werden konnten und welche zusätzlichen Bodenöffnungen erstellt werden mussten. Der Beklagten gelingt es daher nicht, eine mangelhafte Ausführung der Arbeiten durch die Klägerin darzulegen. Eine Minderung des Werklohns ist nicht angezeigt.

E. 7.2.3

Zusatzheizkörper DU/WC

E. 7.2.3.1

Parteistandpunkte Die Beklagte bringt vor, die Klägerin habe auch die im Heizungsdevis vorgesehene Zusatzheizkörper DU/WC der Firma K._____ nicht geliefert und montiert. Es sei unklar, wie viel Geld die Klägerin durch die Nichtmontage dieser in der Ver-

- 36 - tragspauschale enthaltenen Zusatzheizkörper DU/WC eingespart habe, da der Einheitspreis dafür im Devis nicht detailliert sei. Gemäss ihren eigenen Abklärungen würden solche K._____ -Heizkörper im Durchschnitt mindestens CHF 1'000.- (exkl. MwSt.) pro Stück kosten. Durch die unterlassene Lieferung und Montage dieser Zusatzheizkörper habe die Klägerin somit mindestens einen Betrag von CHF 4'000.- (zzgl. MwSt.) eingespart. Um diesen Betrag sei die Pauschalvergütung zu kürzen (act. 13 Rz. 23 f.). Die Klägerin bestreitet, dass sie die vier vorgesehenen Zusatzheizkörper "... " nicht geliefert und montiert habe. Diese seien wie ausgeschrieben bei der K._____ AG bestellt und bezahlt sowie geliefert worden. Auch habe sie die für die Montage vorgesehenen Installationen ausgeführt und den Zusatzheizkörper montiert. Entsprechend habe sie ihre Vertragspflichten erfüllt und der Werklohn dafür sei geschuldet. Der behauptete Minderungsanspruch werde bestritten, zumal dieser keinesfalls mit den tatsächlichen Kosten von insgesamt CHF 1'391.40 übereinstimme (act. 21 Rz. 51 f.). Duplicando ergänzt die Beklagte, dass der für die Montage benötigte Elektroanschluss zumindest in den Wohnungen im EG sowie im 1. Obergeschoss nicht vorhanden sei und auch die "Revisionspläne" für das Badezimmer keinen Badheizkörper aufweisen würden (act. 25 Rz. 42 ff.).

E. 7.2.3.2

Würdigung Obwohl die Klägerin mit der Replik eine Rechnung der K._____ AG eingereicht hat, worauf der Preis für vier Heizkörper "... " mit CHF 1'391.40 angegeben ist (act. 22/49), nimmt die Beklagte duplicando keine Kostenkalkulation vor. Sie verlangt weiterhin einen Kostenabzug von CHF 1'000.- pro Heizkörper, was gemäss ihren Ausführungen "mindestens" dem Durchschnittspreis eines Heizkörpers entspricht (vgl. act. 13 Rz. 24). Da diese Ausführungen offensichtlich falsch sind und ansonsten keine Kalkulation eines Minderwerkpreises seitens der Beklagten vorgenommen wird, fällt eine Minderung des Werklohns mangels genügender Substantiierung ausser Betracht.

E. 7.2.4

Diverse Leistungen bei der Lüftungsanlage

E. 7.2.4.1

Parteistandpunkte Die Beklagte macht geltend, dass die Klägerin bei der Lüftungsanlage die folgenden Leistungen gemäss Devis nicht erbracht habe: - Pos. 244.2, Apparate und Gitter: CHF 150.-; - Pos. 244.3, Regel- und Sicherheitsorgane: CHF 463.-; - Pos. 244.5, Transport, Montage (mit Abnahme, Übergabe, Anlagendokumentation): CHF 3'143.-; - Pos. 244.6, Dämmung: CHF 579.-. Durch die Nichterbringung dieser Leistungen bei der Lüftungsanlage habe die Klägerin somit den Betrag von total CHF 4'335.- (zzgl. MwSt.) eingespart, um welchen die Pauschalvergütung zu kürzen sei (act. 13 Rz. 26 f.). Die Klägerin entgegnet, sie habe alle Leistungen vollständig erbracht. Die Behauptungen der Beklagten seien unsubstantiiert und durch nichts belegt (act. 21 Rz. 53). Duplicando hält die Beklagte an ihrer Sachdarstellung, dass die Klägerin die gerügten Leistungen nicht erbracht habe, fest (act. 25 Rz. 45 f.).

E. 7.2.4.2

Würdigung Die Beklagte macht wiederum einen Minderungsanspruch geltend. Die Beweislast für diesen Anspruch obliegt der Beklagten (vgl. E. 6.1.). Ihr gelingt es aber – obwohl die Klägerin dies bestreitet – nicht, die gerügten nicht erbrachten Leistungen substantiiert vorzutragen. Aus ihren Ausführungen geht nicht im Ansatz hervor, welche konkreten Leistungen die Klägerin ihrer Ansicht nach zu erbringen verpflichtet gewesen wäre, aber nicht erbracht hat. Damit kann ihr kein Minderungsanspruch zustehen.

E. 7.2.5

Fazit zu den Minderleistungen Der Werklohn der Klägerin ist um CHF 729.- zu kürzen.

E. 7.3

Zusatzleistungen

E. 7.3.1

Zusätzlicher Heizkörper im Dachgeschoss

E. 7.3.1.1

Parteistandpunkte Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass es im Dachgeschoss, im Bereich des in die Dachwohnung einbezogenen Treppenhauses keine Fussbodenheizung gibt und deshalb für die Beheizung dieses Bereichs ein zusätzlicher Heizkörper von der Beklagten bei der Klägerin bestellt wurde (act. 1 Rz. 26; act. 13 Rz. 28). Die Beklagte möchte der Klägerin aber nur die Materialkosten von CHF 861.30 abzüglich einem Rabatt von 10 % vergüten, da der Heizkörper nicht montiert worden sei und bestreitet die weiteren geltend gemachten Kosten (act. 13 Rz. 29 f.). Die Klägerin führt dazu aus, die Nachtragsleistung bestehe nicht nur aus den reinen Materialkosten. Es sei dazu auch eine Planung, die Anschlüsse sowie die eigentliche Montage erforderlich gewesen. Sie habe die Zusatzleistung mit E-Mail vom 19. August 2019 schriftlich mit CHF 3'000.- offeriert und die Beklagte habe die Offerte mündlich genehmigt. Die Anweisung der Beklagten, dass der Heizkörper nicht montiert werden solle, sei erst sechs Wochen später, am späten Nach-

mittag des 30. Septembers 2019, erfolgt. Zu diesem Zeitpunkt sei der Heizkörper längst montiert gewesen, da er am 10. September 2019 auf die Baustelle an der D.____-strasse 1 geliefert und gleichentags montiert worden sei (act. 1 Rz. 26 ff.; act. 21 Rz. 54 ff.; vgl. auch act. 29 Rz. 25). Die Beklagte entgegnet, sie habe die Offerte weder mündlich genehmigt noch den Betrag von CHF 3'000.– freigegeben. Die Klägerin habe nie einen prüfbaren Nachtrag auf der Preisbasis des Werkvertrags vorgelegt, wozu sie aber aufgrund von Ziffer 9.1 AGB unaufgefordert verpflichtet gewesen sei. Der geltend gemachte Betrag sei völlig übersetzt, ferner berücksichtige er auch die eingesparten Min- derkosten bei der Bodenheizung nicht, da in diesem Bereich die Bodenheizung

- 39 - nicht habe eingebaut werden müssen. Bestritten werde, dass der Heizkörper montiert worden sei. Zum behaupteten Zeitpunkt (10. September 2019) seien die Wände durch den Gipsler noch gar nicht fertiggestellt gewesen. Vielmehr sei der Heizkörper direkt im Keller eingelagert worden, wo er heute noch stehe. Sie be- streite daher auch den geltend gemachten Installations- sowie Planungsaufwand (act. 25 Rz. 47 ff.).

E. 7.3.1.2

Würdigung Gemäss den vorliegend anwendbaren AGB der Beklagten setzt ein Anspruch auf Mehrvergütungen für Zusatzleistungen voraus, dass dieser schriftlich offeriert und anschliessend von der Beklagten mitsamt Preis schriftlich genehmigt wird (E. 6.3.2.). Die Behauptungs- und Beweislast für die geltend gemachte Mehrver- gütung obliegt der Klägerin (E. 6.3.1.). Durch das eingereichte E-Mail vom 19. August 2019 ist belegt, dass die Klägerin der Beklagten einen revidierten Fussbodenheizungsplan für das Dachgeschoss zustellte und für den zusätzlichen Heizkörper im Dachgeschoss einen "Mehrpreis" von CHF 3'000.– "inkl. WV Rabatt exkl. MwSt." offerierte sowie um die Freigabe des Mehrpreises und des neuen Planes bat (act. 3/15). Die Klägerin behauptet nicht, dass die Beklagte diese Offerte schriftlich genehmigt hat. Vielmehr stellt sie sich auf den Standpunkt, die Freigabe sei mündlich erfolgt. Ein vertraglicher Formvorbehalt kann jederzeit formfrei aufgehoben werden. Die Aufhebung ist auch stillschweigend oder durch konkludentes Handeln möglich, wie insbesondere dann, wenn die Parteien sich über die vereinbarte Form hin- wegsetzen oder den Vertrag vorbehaltlos erfüllen (BGE 125 III 263 E. 4c; vgl. auch E. 6.1.). Die Beklagte bestreitet zwar, dass sie eine mündliche Freigabe er- teilt hat, stellt sich aber auch auf den Standpunkt, den zusätzlichen Heizkörper bestellt zu haben. Damit ist erstellt, dass ein zusätzlicher Heizkörper bestellt wurde und die Beklagte in dieser Hinsicht auf den Formvorbehalt verzichtet hat. Über die Frage der Vergütung ist damit indes noch nichts gesagt, zumal nicht klar ist, wann und in welcher Form die Beklagte den zusätzlichen Heizkörper bestellt hat. Die Klägerin legt nämlich nicht dar, wer von der Beklagten wann die im E-Mail vom

- 40 - 19. August 2019 enthaltene Offerte freigegeben hat. Eine mündliche Freigabe lässt sich daher nicht erstellen. Die Klägerin behauptet im Übrigen auch nicht, dass später eine Vereinbarung über den Preis getroffen wurde. Es ist daher keine Einigung über den Mehrpreis entstanden. Fehlt es bei einer einvernehmlichen Bestellungsänderung an einer Einigung über die Mehrvergütung, so ist diese nach Art. 374 OR zu berechnen. Für die Berechnung dieser Vergütung hat die Klägerin namentlich ihren Personal- und Sachaufwand zu behaupten und zu beweisen (BSK OR II-ZINDEL/SCHOTT, Art. 374 N 18). Die Klägerin macht in dieser Hinsicht u.a. CHF 1'500.– für "knapp zehn Stunden" Planung geltend (act. 1 Rz. 30), legt aber trotz beklagtischer Bestreitung nicht konkret dar, in welchem Umfang welche Planungsarbeiten vorgenommen werden mussten. Auch zu den

weiter von der Beklagten bestrittenen Aufwendungen für die Installation begnügt sich die Klägerin damit, vorzubringen, sie habe circa drei Stunden Aufwand gehabt (act. 1 Rz. 30), ohne konkret darzulegen, wann genau welcher Aufwand angefallen ist. Die klägerische Mehrpreisberechnung äussert sich schliesslich überhaupt nicht zu Einsparungen wegen Minderleistungen zufolge fehlender Fussbodenheizung. Es lässt sich daher aufgrund der Ausführungen der Klägerin kein Mehrpreis berechnen. Ihr kann damit einzig die von der Beklagten anerkannte Mehrvergütung von CHF 775.17 (CHF 861.30 abzüglich 10 % Rabatt) zugesprochen werden. Mangels substantiiert behaupteter Behauptungen der Klägerin zur von ihr behaupteten mündlichen Freigabe sowie zum geltend gemachten Aufwand sind die von ihr hierzu offerierten Beweismittel (Zeugenbefragungen, Gutachten und Augenschein) nicht abzunehmen (act. 1 Rz. Rz. 27, 28, 29 und 30; act. 21 Rz. 56 und 57).

E. 7.3.2

Zwei Kombiheizkörper im 2. Obergeschoss und Dachgeschoss

E. 7.3.2.1

Parteistandpunkte Die Klägerin macht geltend, es seien von der Beklagten zusätzlich für zwei Wohnungen, namentlich im 2. Obergeschoss und im Dachgeschoss, sog. Kombiheizkörper für das Badezimmer bestellt worden. Mit E-Mail vom 15. April 2019 habe die Klägerin die Mehrkosten von CHF 950.– pro Kombigerät, d.h. gesamthaft

- 41 - CHF 1'900.–, offeriert. Mit E-Mail vom 16. April 2019 habe die Beklagte die Mehrkosten genehmigt. Lieferung und Einbau der beiden Kombiheizkörper seien im August 2019 durch den Monteur der Klägerin vertragsgemäss ausgeführt worden (act. 1 Rz. 31 ff.). Die Beklagte anerkennt die Zusatzvergütung für den Kombiheizkörper für das Badezimmer der Wohnung im 2. Obergeschoss von CHF 950.–. Indes bestreitet sie, dass ein solcher Kombiheizkörper auch für das Badezimmer in der Dachgeschosswohnung offeriert oder bestellt worden sei. Das E-Mail vom 15. April 2019 spreche ausdrücklich nur vom 2. OG und nenne als Preis den Betrag von CHF 950.– (act. 13 Rz. 31 f.). Die Klägerin bringt replicando vor, im E-Mail vom 15. April 2019 seien nur gleichzeitig auch Pläne für die Wohnung im 2. Obergeschoss verschickt worden. Der offerierte Mehrpreis habe sich aber nicht ausschliesslich auf die Wohnung im 2. Obergeschoss bezogen. Vielmehr habe dies auch die Dachgeschosswohnung betroffen, weil die Beklagte für diese beiden Wohnungen einen Kombiheizkörper bestellt habe. Dass die Beklagte auch für die Dachgeschosswohnung einen Kombiheizkörper bestellt habe, ergebe sich sodann aus dem E-Mail der Beklagten vom 20. August 2019, worin diese die Klägerin explizit angewiesen und bestätigt habe, dass für die Badezimmer der Wohnung im 2. Obergeschoss und im Dachgeschoss für den Radiator ein Elektroanschluss vorgesehen sei. Mitunter sei dieser Elektroanschluss dann vorgesehen, wenn ein sog. Kombiheizkörper (d.h. Mischheizung bestehend aus Warmwasserheizung mit zusätzlich elektrischer Heizmöglichkeit) installiert werde. Mit diesem E-Mail habe die Beklagte bestätigt, dass sie einen Kombiheizkörper auch für die Dachgeschosswohnung bestellt habe, sonst hätte es dort keines Elektroanschlusses bedurft (act. 21 Rz. 61 f.). Die Beklagte führt duplicando aus, gemäss der Darstellung der Klägerin müsste in der Dachgeschosswohnung sowohl ein K.____-Heizungsradiator als auch ein Kombiheizkörper installiert sein. Höchstens das eine könne der Fall sein, nicht jedoch beides. Sollte ein Elektroanschluss vorhanden sein, deute dies darauf hin, dass ein K.____-Radiator montiert worden sei, welcher ebenfalls einen Elektroanschluss benötige (act. 25 Rz. 52 f.).

E. 7.3.2.2

Würdigung Unbestritten ist der klägerische Anspruch auf eine Zusatzvergütung für die Installation des Kombiheizkörpers im Badezimmer des 2. Obergeschoss in der Höhe von CHF 950.– (exkl. MwSt.). Dafür, dass die Beklagte auch für das Dachgeschoss einen Kombiheizkörper im Badezimmer bestellt hatte, trägt die Klägerin die Behauptungs- und Beweislast. Sie hat daher zu behaupten und zu beweisen, dass die Beklagte den strittigen Heizkörper im Dachgeschoss schriftlich bestellt hat (E. 6.3.2.). Der Beklagten ist zuzustimmen, dass sich eine solche schriftliche Bestellung weder aus dem E-Mail vom 15. April 2019 (act. 3/18) noch aus dem E-Mail vom 20. August 2019 (act. 22/50) ergibt. Das E-Mail vom 15. April 2019 betrifft die Heizungsplanung im 2. Obergeschoss. Die Klägerin übermittelte der Beklagten damit den "Korrexplan Heizung vom 2. OG". Die Wohnung des Dachgeschosses wird dabei nicht erwähnt. Die Klägerin bittet bloss um Bestätigung des Mehrpreises von CHF 950.– für "den" Kombiheizkörper im Badezimmer und nicht etwa die Kombiheizkörper, was zu erwarten gewesen wäre, wenn um Genehmigung für zwei Heizkörper ersucht worden wäre. Aus dem E-Mail vom 15. April 2019 ist somit nicht ersichtlich, dass die Beklagte sowohl für das 2. OG als auch für das DG einen zusätzlichen Kombiheizkörper bestellt hatte. Mit E-Mail vom 20. August 2019 hat die Beklagte der Klägerin zwar unbestrittenermassen bestätigt, dass für die Badezimmer im 2. Obergeschoss und im Dachgeschoss für den Radiator ein Elektroanschluss vorgesehen ist. Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass die Beklagte für das DG einen zusätzlichen Kombiheizkörper bestellt hätte, da unbestrittenermassen auch der K.____-Heizungsradiator einen Elektroanschluss benötigte (vgl. act. 25 Rz. 53 mit Verweis auf Rz. 43). Zudem äussert sich das E-Mail vom 20. August 2019 überhaupt nicht zum Preis eines allfälligen Heizkörpers. Die Klägerin stützt sich für die durch die Beklagte erfolgte Bestellung einzig auf die beiden erwähnten E-Mail-Nachrichten. Sie legt nicht dar, wie und wann die Beklagte unabhängig davon die Bestellung getätigt bzw. genehmigt hat. Mangels

- 43 - substantiierter Behauptungen hierzu hat die Befragung der angebotenen Zeugen zu unterbleiben (vgl. act. 1 Rz. 31, 33; act. 21 Rz. 62). Der Vollständigkeit halber bleibt anzufügen, dass die Klägerin die Voraussetzungen für eine Mehrvergütung gestützt auf Art. 45 SIA-Norm 118 nicht behauptet, womit ihr auch auf dieser Grundlage kein Anspruch zusteht. Die Beklagte hat der Klägerin für diese Position CHF 950.– zu bezahlen.

E. 7.3.3

Übergabestation

E. 7.3.3.1

Parteistandpunkte Die Klägerin macht geltend, die Übergabestation habe nicht auf den vereinbarten Termin eingebracht werden können, da vor der Tiefgarage durch die Beklagte Grabarbeiten ausgeführt worden seien und ein Container vor der Tiefgarageneinfahrt gestanden sei. Sie habe die Übergabestation im August 2019 wieder ins Magazin fahren und dann am 20. November 2019 erneut auf die Baustelle liefern müssen. Es seien dabei Zusatzkosten von CHF 700.– entstanden (act. 1 Rz. 34). Die Beklagte entgegnet, für die Mehrkostenforderung fehle jede Grundlage. Weder sei für die Anlieferung der Übergabestation ein bestimmter Termin vereinbart worden noch sei die Klägerin aufgefordert worden, die Übergabestation an einem bestimmten Termin zu liefern (act. 13

Rz. 34).

E. 7.3.3.2

Würdigung Bauerschwernisse, insbesondere sogenannte "Bauablaufstörungen", berechtigen den Unternehmer nicht per se zu einem Anspruch auf Mehrvergütung. Erforderlich ist eine konkrete Anspruchsgrundlage. Diese kann sich grundsätzlich aus einer gesetzlichen Bestimmung (z.B. Gläubiger- bzw. Annahmeverzug des Bauherrn) oder aus einer vertraglichen Abrede (z.B. Beststellungsänderung) ergeben. Massgebend ist die Ursache, die zu den Bauerschwernissen führte (GAUCH, Werkvertrag, N 1316a). Der Bauherr kann dem Unternehmer insbesondere Mehraufwand und/ oder Schaden verursachen, wenn er Mitwirkungshandlungen ungerechtfertigt un-

- 44 - terlässt oder verzögert, wodurch er in Annahme- bzw. Gläubigerverzug (Art. 91 ff. OR) gerät. Die Verletzung einer Mitwirkungshandlung des Bestellers bzw. Säumnis des Bauherrn löst die in Art. 94 Abs. 2 SIA-Norm 118 umschriebenen Rechtsfolgen aus. Ausdrücklich erwähnt sind lediglich der Anspruch des Unternehmers auf Fristerstreckung sowie ein allfälliges Rücktrittsrecht des Unternehmers. Daneben kommt aber beim Festpreisunternehmer auch ein Anspruch auf Mehrvergütung in Betracht, wenn diesem aus dem Annahmeverzug des Bestellers ein Mehraufwand entsteht (vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG120098 vom 4. August 2015, E. 3.1.3.2; GAUCH, Werkvertrag N 1335 ff.). Ein Verschulden des Bauherrn ist weder für den Annahmeverzug noch für den sich daraus ergebenden Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers vorausgesetzt (GAUCH, Werkvertrag, N 1338). Obwohl die Beklagte bestreitet, dass ein Termin für die Anlieferung der Übergabestation vereinbart wurde, unterlässt es die behauptungs- und beweisbelastete Klägerin, substantiiert darzulegen, wann welcher konkrete Übergabetermin vereinbart bzw. angeordnet wurde. Sie begnügt sich vielmehr damit, vorzubringen, die Übergabestation habe im August 2019 wieder ins Magazin gebracht werden müssen. Damit kann nicht beurteilt werden, ob die Parteien einen konkreten Termin für die Anlieferung der Übergabestation vereinbart haben und sich die Beklagte in Folge dessen im Annahmeverzug befand oder eine erforderliche Mitwirkungshandlung unterlassen hat. Es fehlt demnach an einer rechtlichen Grundlage für die geltend gemachte Mehrvergütung. Auf die Abnahme der in dieser Hinsicht angebotenen Beweismittel ist mangels rechtsgenügender Substantiierung zu verzichten (act. 1 Rz. 34).

E. 7.3.4

Fazit zu den Mehrleistungen Die Klägerin hat Anspruch auf eine Mehrvergütung von CHF 1'725.17 (CHF 950.- + CHF 775.17).

- 45 -

E. 7.4

Zwischenfazit erbrachte Leistungen Heizungs- und Lüftungsanlagen Der Klägerin steht die Pauschalvergütung von CHF 69'853.95 (CHF 70'582.95 abzüglich CHF 729.-) sowie eine Mehrvergütung von CHF 1'725.17 zu. Die gesamtthafte Vergütung für die Heizungs- und Lüftungsanlage beträgt damit CHF 71'579.12. Nachfolgend verbleibt zu prüfen, welche Abzüge vom Werklohn zu machen sind.

E. 7.5

Abzüge

E. 7.5.1

Unbestrittene Abzüge Unbestritten sind die Abzüge für allgemeine Schäden/Reinigung (1 %), Energie/Wasser (1.5 %) und Bruchgläser (0.5 %; act. 1 Rz. 35; act. 13 Rz. 37).

E. 7.5.2

Umstrittene Abzüge

E. 7.5.2.1

Bauwesen- und Bauhaftpflichtversicherung Die Beklagte macht – mit Verweis auf Ziffer 10.4 der AGB – geltend, es sei ein zusätzlicher Abzug von 0.5 % zur Deckung der Bauwesen- und Bauhaftpflichtversicherung geschuldet (act. 13 Rz. 38). Die Klägerin führt aus, der Abzug sei grundsätzlich korrekt, sofern die Beklagte diese Versicherungen auch tatsächlich abgeschlossen habe, was bis zum entsprechenden Nachweis bestritten werde (act. 21 Rz. 65). Mit der Duplik hat die Beklagte den entsprechenden Nachweis, dass sie die Bauversicherung abgeschlossen hat, eingereicht (vgl. act. 25 Rz. 56; act. 26/10). Damit ist belegt, dass die Beklagte eine Bauwesen- und Bauhaftpflichtversicherung abgeschlossen hat. In Anwendung von Ziffer 10.4 der AGB ist ein Abzug von 0.5 % vorzunehmen.

- 46 -

E. 7.5.2.2

Muldenanteil 7.5.2.2.1. Parteibehauptungen Die Klägerin hat in ihrer Schlussabrechnung einen Muldenanteil von CHF 250.– berücksichtigt und in Abzug gebracht (act. 1 Rz. 35). Die Beklagte macht geltend, der von der Klägerin akzeptierte Muldenanteil von CHF 250.– sei zu tief. Mit Blick auf den umfangreichen Abfall, den die Klägerin produziert habe, betrage er mindestens CHF 350.– (inkl. MwSt.), entsprechend den Kosten einer durchschnittlich grossen halben Mulde (act. 13 Rz. 40). Die Klägerin entgegnet, gemäss Ziffer 33.3 der AGB sei lediglich geregelt, dass "die Mulden direkt bei der Schlussabrechnung abgezogen" würden. Eine klare Regelung fehle indes. Verrechnet werden könnten der Klägerin höchstens diejenigen Muldenkosten, welche sie auch selber verursacht habe. Diese würden indes weder durch das Foto in Klageantwortbeilage 9a noch durch die Rechnung der L._____ AG belegt (act. 21 Rz. 67 f.). Duplicando bringt die Beklagte vor, die Klägerin habe deutlich mehr Verpackungsmaterial zurückgelassen, als es dem von ihr anerkannten Anteil von CHF 250.– entspreche (act. 25 Rz. 58). 7.5.2.2.2. Würdigung Zunächst ist festzuhalten, dass die Berechnung der von der Klägerin zu übernehmenden Muldenkosten vertraglich nicht festgelegt wurde. Art. 33.3 der AGB hält einzig fest, dass die für die Entsorgung des Bauschuttes notwendigen Mulden den Handwerkern bei der Schlussrechnung abgezogen werden, äussert sich zur Höhe des Abzugs bzw. dessen Berechnung aber nicht. Die Klägerin hat einen Abzug von CHF 250.– für ihren Anteil an der Mulde anerkannt. Die Beweislast für einen höheren Abzug trägt die Beklagte, da dies den geschuldeten Werklohn reduzieren würde (Art. 8 ZGB). Die Beklagte legt indessen trotz Bestreitung durch die Klägerin nicht substantiiert dar, wie viel Abfall durch die Klägerin verursacht wurde, und führt einzig aus, die

- 47 - Klägerin habe umfangreichen Abfall hinterlassen. Damit bleibt es bei dem von der Klägerin anerkannten Abzug von CHF 250.–. Da es an substantiierten Ausführungen seitens der Beklagten hierzu fehlt, entfällt auch die Parteibefragung von J._____ (act. 13 Rz. 40).

E. 7.5.2.3

Skonto Die Beklagte bringt vor, es sei weiter ein Skonto von 2 % in Abzug zu bringen. Sie habe ihre Zahlungen fristgerecht geleistet; die beiden Akontozahlungen seien innerhalb von 30 Tagen bezahlt und von der Klägerin auch kommentarlos entgegengenommen worden, was einen Skontoabzug rechtfertige. Auch für den Restbetrag sei ein Skontoabzug vorzunehmen, da die Fälligkeit der Abrechnungsforderung noch nicht eingetreten sei und die Zahlungsfrist noch gar nicht zu laufen begonnen habe (act. 13 Rz. 41). Die Klägerin bestreitet, dass ein Skontoabzug vereinbart worden sei. Zudem habe die Beklagte ihre Rechnung auch nicht fristgerecht bezahlt. Die Forderung sei spätestens am 14. Juni 2022 fällig geworden (act. 21 Rz. 69). Duplicando hält die Beklagte an ihrer Sachdarstellung fest und verweist zur Vereinbarung des Skontoabzuges auf Ziffer 11 der AGB. Die Klägerin habe nicht bestritten, dass die Akontozahlungen innert 30 Tagen bezahlt worden seien, weshalb zumindest auf diesen ein Skontoabzug zu gewähren sei (act. 25 Rz. 59). Ein Skontoabzug setzt eine entsprechende vertragliche Vereinbarung voraus (GAUCH, Werkvertrag, N 1233). Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass die Parteien – wie von der Beklagten vorgebracht – einen Skonto von 2 % vereinbart hätten, ist festzuhalten, dass die Klägerin anders als dies von der Beklagten dargestellt wird die fristgerechte Leistung sämtlicher Zahlungen bestreitet. Die Beweislast für die fristgerechte Zahlung obliegt der Beklagten (GAUCH, Werkvertrag, N 1239). Die Beklagte legt indes nicht konkret dar, wann sie welche Akontozahlungen geleistet hat. Damit kann ihr kein Skontoabzug für die Akontozahlungen zustehen. Schliesslich entfällt ein Skontoanspruch auch dann, wenn die Zahlung der Forderung unterlassen wird, weil der Bestand der Forderung bestritten wird

- 48 - (GAUCH, Werkvertrag N 1237). In diesem Sinne kann auch für die Restforderung kein Skontoabzug gewährt werden, zumal diese bis heute nicht beglichen wurde.

E. 7.6

Akontozahlungen Die beiden von der Beklagten getätigten Akontozahlungen in der Höhe von insgesamt CHF 53'311.50 sind unbestritten und – wie bereits in der klägerischen Schlussabrechnung – in Abzug zu bringen (act. 1 Rz. 35; act. 13 Rz. 37).

E. 7.7

Fazit Werklohn Heizungs- und Lüftungsanlagen Gesamthaft ergibt sich folgende Restforderung der Klägerin: Pauschale 70'582.95 Mehrleistungen 1'725.17 Minderleistungen -729.00 Zwischentotal ohne MwSt. 71'579.12 Abzüge von 3.5 % -2'505.27 Muldenanteil -250.00 Total ohne MwSt. 68'823.85 Total mit MwSt. 71'423.29 Bereits geleistete Akontozahlungen -53'311.50 Restforderung gerundet CHF 20'811.80

E. 8

Werklohnforderung Sanitär

E. 8.1

Überblick Als Schlussforderung für die Sanitäranlagen macht die Klägerin die nachfolgende Abrechnung geltend. Bei dieser Abrechnung, die sich in der Replik findet, bringt die Klägerin im Gegensatz zur Abrechnung in der Klage die beiden nicht gelieferten Gartenventile im Betrag von CHF 164.– in Abzug (vgl. act. 1 Rz. 97; act. 21 Rz. 135):

- 49 - Unbestrittenermassen haben die Parteien für die Lieferung der Apparate eine Vergütung nach Ausmass, d.h. nach effektiver Leistung, und für die übrigen Sanitärinstallationen eine Pauschalvergütung vereinbart (act. 1 Rz. 39 f.; act. 13 Rz. 42).

Betreffend die Pauschalvergütung ist umstritten, ob die Klägerin sämtliche Leistungen gemäss Werkvertrag erbracht hat, damit sie Anspruch auf die volle Pauschale hat. Die Beklagte moniert diverse Arbeiten als nicht bzw. nur teilweise ausgeführt, wie die erforderlichen Bohrungen, die Waschküchenapparate für das Trocknen, die Gartenventile, die Meteorwasserleitung und die Kanalisationsleitung ab Kontrollschacht. Hierfür macht sie eine Kürzung der vertraglichen Pauschale um insgesamt CHF 7'155.30 (exkl. MwSt.) geltend. Im Übrigen ist die Pauschalvergütung unbestritten (act. 13 Rz. 46 ff. und Rz. 58). Sodann bestreitet sie

- 50 - hinsichtlich der Vergütung nach Ausmass jeglichen Anspruch für die Kosten der Sanitärapparate in der Wohnung im Dachgeschoss und macht einen Abzug vom Werklohn von insgesamt CHF 8'375.20 geltend (act. 13 Rz. 60 und 63). Betreffend die Zusatzleistungen in der Höhe von insgesamt CHF 13'550.- anerkennt die Beklagte die geltend gemachten Kosten teilweise, im Übrigen bestreitet sie diese (act. 13 Rz. 64 ff.). Umstritten sind sodann diverse vertragliche Abzüge von der Werklohnforderung (act. 13 Rz. 79, 81 f.). Schliesslich macht die Beklagte noch einen Abzug für von der Klägerin fehlerhaft geplante Aussparungen für die Sanitärleitungen in der Höhe von CHF 1'061.85 (inkl. MwSt.) sowie einen weiteren Abzug für die Kosten der Zuputzarbeiten in der Höhe von CHF 1'000.- (exkl. MwSt.), welche als Folge der fehlerhaften Arbeitsausführung der Klägerin angefallen seien, geltend (act. 13 Rz. 83 f.). Die zwischen den Parteien umstrittenen Positionen sind nachfolgend zu prüfen.

E. 8.2

Leistungen nach Ausmass

E. 8.2.1

Sanitärapparate Erdgeschoss, 1. und 2. Obergeschoss Die von der Klägerin geltend gemachten Kosten für die Sanitärapparate der Wohnungen des Erdgeschosses sowie 1. und 2. Obergeschosses hat die Beklagte anerkannt (act. 13 Rz. 59; act. 21 Rz. 88). Für die Wohnung im Erdgeschoss wurden effektiv Sanitärapparate im Umfang von CHF 15'069.60 (exkl. MwSt.) geliefert und eingebaut (act. 1 Rz. 47 ff.). Für die Wohnung im 1. Obergeschoss wurden effektiv Sanitärapparate im Umfang von CHF 14'339.40 (exkl. MwSt.) geliefert und eingebaut (act. 1 Rz. 51 ff.). Für die Wohnung im 2. Obergeschoss wurden effektiv Sanitärapparate im Umfang von CHF 15'902.80 (exkl. MwSt.) geliefert und eingebaut (act. 1 Rz. 56 ff.). Dies ergibt einen Gesamtbetrag von CHF 45'311.80 (exkl. MwSt.). Abzüglich des vereinbarten Rabatts von 40% resultiert eine geschuldete Vergütung von CHF 27'187.10 (exkl. MwSt.).

- 51 -

E. 8.2.2

Sanitärapparate Dachgeschoss

E. 8.2.2.1

Parteistandpunkte Die Klägerin macht bezüglich der Wohnung des Dachgeschosses eine Vergütung von CHF 2'673.90 (exkl. MwSt.) geltend. Der Käufer der Wohnung im Dachgeschoss habe einige Sanitärapparate, u.a. eine Badewanne, selber einkaufen wollen. Entsprechend hätten im Vergleich zu den Ausschreibungsunterlagen tiefere Kosten resultiert. Mit Schreiben vom 26. August 2019 habe sie der Beklagten diese Kosten angezeigt. Die Beklagte habe dagegen keine Einwände erhoben. In der Folge sei die

Lieferung und der Einbau vertragsgemäss erfolgt (act. 1 Rz. 60 ff.). Die Beklagte bestreitet jeglichen Vergütungsanspruch der Klägerin für die Kosten der Sanitärapparate in der Wohnung im Dachgeschoss. Sie macht geltend, der Werkvertrag habe insofern eine Änderung erfahren, als die Bestellung, Lieferung und Bezahlung der Sanitärapparate auf Wunsch des Wohnungseigentümers, H._____, nicht mehr über die Beklagte habe erfolgen sollen, sondern direkt zwischen ihm und der Klägerin. Mit E-Mail vom 9. August 2019 habe H._____ der Beklagten mitgeteilt, dass er direkt mit der Klägerin in Kontakt treten würde und die Apparate und Installationsmaterialien direkt bei dieser bestelle und auch bezahle. So sei in der Folge auch verfahren worden. Die Beklagte habe die Klägerin informiert und sie darauf hingewiesen, dass sie die Apparatelieferungen direkt mit H._____ vereinbaren und abrechnen solle und sie habe ihr zu diesem Zweck auch den Kontakt von H._____ gegeben. M._____ von der Klägerin habe sich daraufhin direkt bei H._____ gemeldet. In der Folge seien die gesamten Verhandlungen über die Apparatelieferungen und die damit verbundenen Sanitärinstallations- und -leitungen betreffend die Dachwohnung direkt zwischen der Klägerin und H._____ geführt worden, unter Ausschluss der Beklagten. Es treffe auch nicht zu, dass der Beklagten die Kostenfolgen angezeigt worden wären, wie dies bei den drei anderen Wohnungen geschehen sei. Das Schreiben vom 26. August 2019 sei ihr nie zugestellt worden. Die geltend gemachten effektiven Kosten von CHF 2'673.90 würden daher bestritten. Die Beklagte besitze keine Kenntnis, was für Sanitärapparate in der Dachwohnung tatsächlich eingebaut worden seien und sie bestreite den behaupteten Betrag daher nicht nur im Grundsatz, sondern ge-

- 52 - samthaft auch im Quantitativ. Entsprechend seien die gesamten im Werkvertrag enthaltenen entsprechenden Kosten für die Dachwohnung in Höhe von CHF 8'375.20 (und nicht nur die Differenz zu den behaupteten effektiven Kosten) in Abzug zu bringen bzw. ausser Acht zu lassen (act. 13 Rz. 60 ff.). Die Klägerin bestreitet, dass es eine solche Änderung des Werkvertrages gegeben habe. Die Klägerin habe einer solchen Vertragsänderung nie zugestimmt und die Beklagte könne dies nicht ansatzweise belegen. Die E-Mail Korrespondenz sei zwischen der Beklagten und H._____ geführt worden, worin die Klägerin noch nicht einkopiert worden sei und von welcher sie bis zum Erhalt in diesem Prozess auch keine Kenntnis gehabt habe. Vereinbart worden sei einzig, dass H._____ die von der Klägerin offerierten Sanitärapparate selber mit der Beklagten aussuche und er nicht in der Offerte enthaltene, weitere resp. andere Sanitärapparate direkt selber bestelle und bezahle. Die Klägerin habe dies so mit der Beklagten am 26. Juni 2019 an einer Sitzung besprochen und es sei vereinbart worden, dass sich die Beklagte mit H._____ zwecks Rückmeldung zur definitiven Apparatelisten absprechen werde. Die Beklagte habe diesen ihr am 27. Juni 2019 übermittelten Gesprächsnotizen nie widersprochen. In der Folge habe die Beklagte der Klägerin den Kontakt von H._____ bekannt gegeben, damit dieser seine Auswahl der Apparate direkt an die Klägerin habe mitteilen können. Entsprechend habe sich die Klägerin in ihrem E-Mail an H._____ vom 30. Juli 2019 auch nur hinsichtlich der Auswahl der Apparate erkundigt. Von einer Vereinbarung über eine direkte Abrechnung zwischen der Klägerin und H._____ sei auch in diesem E-Mail nie die Rede gewesen. Auch habe die Klägerin gegenüber der Beklagten mit E-Mail vom 23. Juli 2020 noch einmal ausdrücklich festgehalten, dass sie ihre Vertragsleistungen betreffend die Dachgeschosswohnung nicht an H._____ verrechne, sondern an die Beklagte als Vertragspartnerin. Schliesslich sei die Beklagte selber davon ausgegangen, dass die Sanitärapparate an sie verrechnet würden und dass es die Beklagte sei, welche diese dann an den Käufer weiterverrechnen müsse. So habe die Beklagte mit

Abrechnung vom 12. Dezember 2019 nämlich alle von der Klägerin gelieferten Sanitärapparate an H._____ weiterver- rechnet (act. 21 Rz. 89 ff.).

- 53 - Duplicando führt die Beklagte aus, H._____ habe die Apparate und Installationsmaterialien direkt bei der Klägerin bestellen und bezahlen wollen. Die Preisoffer- ten seien von der Klägerin direkt an Herr H._____ gesandt und von diesem ak- zeptiert worden. Die Bestellung sei somit ausschliesslich zwischen der Klägerin und H._____ erfolgt. Offenbar habe sich H._____ geweigert, die Rechnung der Klägerin zu bezahlen. Auch sie habe offene Guthaben bei ihm. Er mache sich of- fensichtlich die vorliegende Auseinandersetzung zunutze und sie stehe zwischen den Fronten. Es liege in der Natur der Sache, dass H._____ in beiden Auseinan- dersetzungen unterschiedliche Standpunkte einnehme. Daraus könne die Kläge- rin nichts ableiten (act. 25 Rz. 79 f.).

E. 8.2.2.2

Würdigung Die Beklagte bestreitet nicht nur, dass sie die Schuldnerin mit Bezug auf die Sani- tärapparate der Dachgeschosswohnung ist, sondern sie bestreitet auch die gel- tend gemachten Kosten, da sie nicht wisse, was für Sanitärapparate in der Dach- wohnung tatsächlich eingebaut worden seien. Entgegen der Auffassung der Klägerin (vgl. act. 21 Rz. 98) trägt sie die Beweis- last für die geltend gemachten Leistungen. Die Vergütung der Sanitärapparate bestimmte sich nach Ausmass, d.h. nach effektiver Leistung. Vorab ist festzuhl- ten, dass die Klägerin weder vorbringt, es sei eine Massurkunde im Sinne von Art. 142 SIA-Norm 118 aufgenommen worden, noch dass die Beklagte bei einer Mas- saufnahme säumig war. Sofern die Klägerin im Schreiben vom 26. August 2019 eine Massurkunde erblicken will, legt sie trotz Bestreitung durch die Beklagte nicht dar, wann dieser das erwähnte Schreiben zugestellt wurde. Entsprechend lässt sich keine Zustellung des Schreibens vom 26. August 2019 erstellen, womit auch keine Massurkunde aufgenommen worden sein kann. Die Klägerin hätte somit darzulegen gehabt, welche Sanitärapparate sie in der Dachgeschosswohnung eingebaut hat. In der Klageschrift hat sie dazu einzig ausgeführt, dass sie Sanitärapparate "im Umfang von effektiv [...] CHF 2'582.85 (exkl. MwSt.) bestellt" habe und dass die bestellten Sanitärapparate leicht ergänzt hätten werden müssen, weil "gewisse Ventile und andere Bauteile" gefehlt hätten,

- 54 - womit die effektiven Kosten CHF 2'673.90 betragen hätten (act. 1 Rz. 61 f.). Ob- wohl die Beklagte in der Klageantwort mit Nichtwissen bestritten hatte, dass Sani- tärapparate im geltend gemachten Wert eingebaut worden sind, hat die Klägerin replicando weder im Einzelnen dargelegt, welche Sanitärapparate sie für die Dachgeschosswohnung bestellt hat, noch hat sie substantiierte Ausführungen zum Einbau dieser Apparate gemacht. Die von der Klägerin offerierten Beweismit- tel würden substantiierte Tatsachenbehauptungen voraussetzen, und es ist nicht die Aufgabe des Gerichts, selber herauszufinden, welche Apparate von der Klä- gerin wo eingebaut worden sind. Die Klage ist mit Bezug auf die geforderte Vergütung für die effektiven Kosten der Sanitärapparate für die Dachgeschosswohnung im Betrag von CHF 2'673.90 (exkl. MwSt.) abzuweisen. Weshalb ein Abzug vom Werklohn in Höhe von CHF 8'375.20 – wie von der Beklagten beantragt – erfolgen sollte, erschliesst sich nicht. Die Klägerin hat mit der vorliegenden Klage für die Sanitärapparate des Dachgeschosses bloss den Betrag von CHF 2'673.90 (exkl. MwSt.) geltend ge- macht.

E. 8.3

Leistungen betreffend die Pauschalvergütung Die Beklagte rügt diverse nicht erbrachte Leistungen der Klägerin und will das klägerische Pauschalhonorar gestützt darauf um CHF 7'155.30 kürzen. Die von der Beklagten gerügten fehlenden Leistungen sind nachfolgenden einzeln zu be- handeln.

E. 8.3.1

Bohrungen

E. 8.3.1.1

Parteistandpunkte Die Beklagte rügt in ihrer Klageantwort, die Klägerin habe die im Leistungsver- zeichnis auf Seite 7 unter der Position R 981 vorgesehenen Bohrungen nicht er- bracht. Sämtliche ordentlichen Bohrungen hätten daher durch Dritthandwerker ausgeführt werden müssen. Der in der Pauschale eingerechnete Betrag von CHF 3'472.– sei entsprechend abzuziehen (act. 13 Rz. 46 f.).

- 55 - Die Klägerin hält dem in ihrer Replik entgegen, sie habe die erforderlichen Boh- rungen erbracht. Dem klaren Wortlaut des Leistungsverzeichnisses nach handle es sich dabei um sogenannte Diamantbohrungen. Damit seien nicht die soge- nannten Rohbauboehrungen, welche nie vom Sanitär ausgeführt würden, gemeint. Sie habe sämtliche Diamantbohrungen selbst erstellt (act. 21 Rz. 73 ff.). Duplicando hält die Beklagte an ihrem Standpunkt fest und bringt vor, die im Werkvertrag vereinbarten Bohrungen hätten von der Klägerin nicht vorgenommen werden können und müssen, da sogenannte Vorwandssysteme zur Ausführung gelangt seien, welche keinen Einsatz von Diamantbohrern erforderten (act. 25 Rz. 62 f.).

E. 8.3.1.2

Würdigung Die Vorbringen der Beklagten sind widersprüchlich. In ihrer Klageantwort macht sie zunächst geltend, die Klägerin hätte die im Werkvertrag vorgesehenen Boh- rungen nicht ausgeführt. In der Duplik hält sie sodann ohne weitere Begründung fest, die Klägerin hätte die entsprechenden Bohrungen weder durchführen können noch müssen. Soweit die Beklagte in ihrem Leistungsbeschrieb Leistungen auf- führt, welche gemäss ihren eigenen Aussagen gar nicht von der Klägerin erbracht werden können und müssen, hat dies keinen Einfluss auf die geschuldete Pau- schalvergütung, denn diese ist grundsätzlich unabänderlich und gilt auch dann, wenn die Erstellungskosten tiefer sind als beim Vertragsabschluss vorhergesehen (vgl. GAUCH, Werkvertrag, N 902). Eine Preisminderung kann wie gesehen einzig auf einer Beststellungsänderung durch die Beklagte oder einem aus den Mängel- rechten abgeleiteten Minderungsanspruch resultieren (vgl. E. 6.1. und 7.2.1.2.). Die Beklagte behauptet nicht, dass sie die Bohrungen mittels einer Bestellungs- änderung abbestellt hat. Soweit sie einen Minderungsanspruch aus anderen Grundlagen ableiten will, ist festzuhalten, dass sie weder behauptet, die Beklagte habe eine Frist verpasst, noch, dass sie ihr je eine Frist zur Erstellung der Boh- rungen angesetzt hat. Damit kann ihr weder ein Anspruch zufolge einer Fristüber- schreitung nach Art. 97 SIA-Norm 118 noch aus den Mängelrechten nach Art. 169 SIA-Norm 118 zustehen, zumal letztere primär einen Nachbesserungsanspruch vorsehen und erst nach unbenutztem Ablauf eine Minderung zulassen. Es ist da-

- 56 - her keine Minderung des Pauschalpreises angezeigt. Eine Abnahme des von der Beklagten offerierten Gutachtens kann mangels Rechtserheblichkeit unterbleiben (act. 25 Rz. 62).

E. 8.3.2

Trocknen

E. 8.3.2.1

Parteistandpunkte Die Beklagte moniert, die Klägerin habe die Leistungen betreffend Waschküchen- apparate gemäss Nummer R 442 im Leistungsverzeichnis nicht erbracht. Der Werklohn sei daher um CHF 246.– zu kürzen (act. 13 Rz. 48). Die Klägerin widerspricht dem in ihrer Replik und stellt sich auf den Standpunkt, die Beklagte verkenne die Baukostenpositionen im Leistungsverzeichnis. Unter dieser Position seien nachweislich Montagearbeiten gemeint. Entsprechend habe sie vier Ablaufanschlüsse, welche für die Montage und den Anschluss des Luft- kondensators erforderlich gewesen seien, ausgeführt. Der Luftkondensator selbst sei von der Beklagten geliefert worden (act. 21 Rz. 76). Die Beklagte entgegnet in ihrer Duplik, die Liegenschaft besitze gar keinen Tro- ckenraum, wo ein Luftkondensator platziert und angeschlossen werden könne. Es gäbe daher weder Anschlüsse für einen Luftkondensator noch einen solchen Ap- parat (act. 25 Rz. 64).

E. 8.3.2.2

Würdigung Gemäss den Ausführungen der Beklagten fehlt es an einem Trockenraum in der Liegenschaft an der D.____-strasse 1 in Zürich. Die Klägerin hätte demnach nach der Sachdarstellung der Beklagten die im Leistungsverzeichnis vorgesehe- nen Leistungen für diesen Raum gar nie erbringen können. Es kann der Klägerin nicht zum Nachteil gereichen, wenn die Beklagte in ihrem eigenen Leistungsver- zeichnis Arbeiten aufführt, die gar nie ausgeführt werden können. Der Pauschal- preis ist vielmehr grundsätzlich unveränderbar (vgl. E. 8.3.1.2). Eine Reduktion der Pauschalvergütung könnte einzig auf einer Beststellungsänderung durch die Beklagte gründen. Dass eine solche erfolgt ist, wird von der Beklagten aber nicht

- 57 - vorgebracht. Ihr steht daher kein Anspruch auf Minderung des Werklohns zu. Im Übrigen kann nach dem Gesagten mangels Rechtserheblichkeit auch auf die Ein- holung des von der Beklagten offerierten Gutachtens verzichtet werden (act. 25 Rz. 64).

E. 8.3.3

Gartenventile

E. 8.3.3.1

Parteistandpunkte Die Beklagte bringt in der Klageantwort vor, die Klägerin sei zur Erstellung von drei Gartenventilen verpflichtet gewesen, wofür pro Stück ein Betrag von CHF 82.– vorgesehen gewesen sei. Die Klägerin habe vergessen, die drei Gartenventi- le zu erstellen. Nachträglich habe sie ein einziges Ventil noch erstellt. Hierfür hät- ten durch einen Dritthandwerker diverse Bohrleistungen im Betrag von CHF 373.30 geleistet werden müssen. Diese Kosten seien der Klägerin zu belasten. Hinzu komme der Minderwert, welcher die Sanitäranlage durch die Nichterstel- lung der zwei Gartenventile erlitten habe. Die Klägerin habe einen entsprechen- den Minderwert eingeräumt und zugesichert, dass sie einen entsprechenden Ab- zug bei der Rechnung der Firma N.____ machen werde. Der Abzug für den Min- derwert sei auf CHF 500.– zu beziffern (act. 13 Rz. 49 ff.). Die Klägerin anerkennt in ihrer Replik einen Abzug von CHF 164.– für zwei nicht montierte Gartenventile. Sie habe zwei Gartenventile weniger geliefert, da die Be- klagte ihre Pläne geändert habe. Ursprünglich seien die Aussenwände aus Back- stein geplant gewesen, weshalb der Anschluss der Ventile ohne grosse Aufwen- dungen möglich gewesen wäre.

Die Beklagte habe während der Ausführung die Pläne so geändert, dass die Fassade nunmehr aus Beton sei. Sie habe die Beklagte darauf aufmerksam gemacht, dass für die Ventile aufwändige Kernbohrungen durch den Baumeister oder Gipser notwendig seien. Weil die Beklagte dies nicht habe auf sich nehmen wollen, habe sie sich entschieden, zwei Gartenventile wegzulassen. Von einem Vergessen der Ventile könne daher keine Rede sein. Sie habe den Minderpreis von CHF 164.– ursprünglich bei einer Mehrforderung abziehen wollen, dies aber dann vergessen. Sie bestreite, dass sie für die Kernbohrungen des Dritthandwerkers O._____ AG aufkommen müsse. Dies sei nie

- 58 - Gegenstand ihres Leistungsumfangs gewesen. Die Drittkosten seien einzig und alleine von der Beklagten verursacht worden. Im Übrigen sei der Rechnung der O._____ AG in keiner Art und Weise zu entnehmen, inwiefern der geltend gemachte Betrag auf Kernbohrungen zurückzuführen sei. Die handschriftliche Zeichnung "Wasserhahn" auf der Rechnung sei mutmasslich von der Beklagten selbst angebracht worden. Nachdem der Entfall der Gartenventile auf ein Verschulden der Beklagten zurückzuführen sei, bestreite sie auch den geltend gemachten Minderwert. Dieser sei nicht ansatzweise substantiiert. Sie habe auch keinen Abzug in Aussicht gestellt. Sie hätte die zwei restlichen Ventile im Übrigen selbstverständlich geliefert, die Beklagte habe die zusätzlichen Kosten aber offenbar nicht tragen wollen (act. 21 Rz. 77 ff.). Duplicando entgegnet die Beklagte, die Materialisierung der Aussenfassade habe auf das Montieren der Aussenventile keinen Einfluss. So oder anders hätten Bohrungen vorgenommen werden müssen, welche zur entsprechenden Vertragsleistung der Klägerin gehörten, von dieser aber nicht ausgeführt worden seien. Die Beklagte habe vergessen, die restlichen Ventile zu erstellen. Den Beizug des Dritthandwerkers habe nicht sie, sondern die Klägerin verursacht, da diese nicht in der Lage gewesen sei, die Bohrungen selbst auszuführen. Die vom Dritthandwerker verrechneten Kosten seien nur in Bezug auf das von der Klägerin tatsächlich verbaute Gartenventil angefallen und von der Vergütung in Abzug zu bringen. Das Verschulden der Klägerin werde vermutet. Der Anspruch auf Preisminderung sei ohnehin unabhängig vom Verschulden. Vermutungsweise entspreche der Minderwert den mutmasslichen Nachbesserungskosten. Diese seien mit Sicherheit höher als CHF 500.–, alleine die Kosten für die Bohrungen seien bereits höher. Der Betrag von CHF 500.– sei daher ohne Weiteres angemessen (act. 25 Rz. 65 ff.).

E. 8.3.3.2

Würdigung Die Klägerin anerkennt eine Minderung von CHF 164.– und hat diesen Betrag in ihrer Replik bereits von der geltend gemachten Gesamtforderung in Abzug gebracht.

- 59 - Zu den darüber hinaus von der Beklagten vorgebrachten Abzügen blieb unbestritten, dass die Beklagte eine Umplanung vorgenommen hat und die Fassade in Beton geplant hat, nachdem zunächst eine Fassade mit Backsteinen vorgesehen war. Damit ist erstellt, dass die Beklagte eine Umplanung vorgenommen hat. Die Materialisierung der Fassade hat selbstredend einen Einfluss auf die zu erstellenden Bohrungen, zumal – wovon im Übrigen auch die Beklagte selbst mit ihrer Argumentation beim Minderwert ausgeht – einfache Bohrungen notorisch in der Ausführung und preislich nicht mit Kernbohrungen vergleichbar sind. Die Beklagte bestritt ebenfalls nicht, dass sie von der Klägerin auf die Notwendigkeit von Kernbohrungen hingewiesen wurde und in der Folge aufgrund der Kosten zwei Gartenventile abbestellt hat. Damit ist erwiesen, dass die Beklagte eine Bestellungsänderung vorgenommen hat. Mehrkosten, die aus dieser Bestellungsänderung resultieren, hat die Beklagte selbst zu tragen. Eine Minderung zufolge nicht erstellter

Gartenventile fällt ebenfalls ausser Betracht, denn die Pflicht der Klägerin zur Erstellung der Gartenventile entfiel mit der Beststellungsänderung durch die Beklagte. Es bleibt daher beim von der Klägerin anerkannten Abzug von CHF 164.–.

E. 8.3.4

Meteorwasserleitung

E. 8.3.4.1

Parteistandpunkte Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, Bestandteil der Werkvertragspauschale sei die Erstellung von zwei parallel geführten Kanalisationsleitungen für Meteorwasser entlang der Aussenfassade des Neubaus gewesen. Eine dieser Leitungen sei von der Klägerin nicht erstellt worden, da diese im Zuge einer Projektänderung entfallen sei. Die Klägerin sei über die korrigierte Leitungsführung mit E-Mail vom 13. Dezember 2019 informiert worden. Dadurch habe sich die Klägerin einen Betrag von CHF 1'200.– erspart. Dieser Betrag entspreche der Summe, welche die Klägerin für die zusätzliche bei ihr bestellte Kanalisationsleitung geltend mache (act. 13 Rz. 53 ff.). Die Klägerin bestreitet in ihrer Replik, dass die von der Beklagten vorgebrachte Meteorwasserleitung in ihrem Leistungsbereich war. Diese Leitung sei nicht Be-

- 60 - standteil der Ausschreibung gewesen. Der Grundleitungsausbau ausserhalb des Gebäudes und in der Umgebung sei nicht Bestandteil des Werkvertrages gewesen. Aus dem von der Beklagten eingereichten Kanalisationsplan sei nicht ersichtlich, inwiefern dieser zwei Meteorwasserleitungen, welche sie angeblich hätte erstellen müssen, beinhalte. Sie sei mit dem aktualisierten Plan lediglich über die angepassten Grundleitungen informiert worden, über ihre Leistungspflicht sage auch dieser Plan nichts aus. Sie bestreite auch den von der Beklagten behaupteten Abzug in seiner Höhe. Der Betrag von CHF 1'200.– werde von der Beklagten überhaupt nicht substantiiert und belegt. Sie bestreite auch, dass von der zusätzlich vereinbarten Entwässerungsleitung auf die Kosten einer Meteorwasserleitung geschlossen werden könne. Diese Leitungen seien nicht vergleichbar, zudem handele es sich bei der Entwässerungsleitung um einen Nachtrag mit frei verhandelbaren Konditionen (act. 21 Rz. 82 ff.). Duplicando hält die Beklagte an ihrer Sachdarstellung fest, dass die Ausführung der Meteorwasserleitung Vertragsinhalt bildete, und verweist auf Seite 17 des Leistungsverzeichnisses zur Position BKP 254.2. Die Behauptung, dass die Kanalisationsleitungen ausserhalb des Gebäudes nicht Bestandteil des Werkvertrages seien, sei unzutreffend. Die Klägerin habe sich durch die Nichtausführung dieser Meteorwasserleitung einen Betrag eingespart, welcher in der Pauschale einkalkuliert gewesen sei. Da das Leistungsverzeichnis den Wert dieser Leistung nicht beziffere, lasse sich die Höhe der Ersparnis nur schätzen. Es sei daher naheliegend, dass sie sich an den Mehrkosten, welche die Klägerin selbst geltend mache, orientiere. Die Arbeiten liessen sich sehr wohl vergleichen. Im Übrigen treffe es nicht zu, dass die Konditionen von Mehrleistungen frei verhandelt werden könnten. Der angemessenen Abzug könne in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt werden. Dieser Schätzung könne auch der mutmassliche Regieraufwand zugrunde gelegt werden, welcher 16 Stunden à CHF 75.–, zuzüglich Material von CHF 200.– betrage. Unter Berücksichtigung eines Rabattes von 10 % resultiere ein Betrag von CHF 1'260.–, was angemessen sei. Sie halte daher am von ihr geltend gemachten Abzug in der Höhe von CHF 1'200.– fest (act. 25 Rz. 71 ff.).

E. 8.3.4.2

Würdigung Die Parteien sind sich nicht einig, ob die von der Beklagten monierte nicht erstellte Meteorwasserleitung Teil der von der Klägerin geschuldeten Leistungen war oder nicht. Ein Abzug vom Pauschalhonorar für eine nicht erstellte Leitung kommt selbstredend nur dann in Betracht, wenn die Klägerin überhaupt zur Erstellung dieser Leistung verpflichtet war. Nachfolgend ist daher zunächst der vertraglich vereinbarte Leistungsumfang zu prüfen. Für die von der Klägerin nach dem Werkvertrag zu erbringenden Leistungen ist primär auf den wirklichen übereinstimmenden Willen der Parteien abzustellen. Da von keiner der Parteien indessen Behauptungen hierzu aufgestellt werden, ist eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vorzunehmen. Die Beklagte beruft sich auf Seite 17 des Leistungsverzeichnisses zur Position BKP 254.2. Aus dieser Position ergibt sich jedoch einzig, dass die Erstellung der sich im Haus befindenden Steig- und Sammelleitungen der Klägerin oblag (act. 3/3 Leistungsverzeichnis S. 17). Dass die Erstellung von weiteren Entwässerungsleitungen nicht zu den Pflichten der Klägerin gehörte, zeigt sich weiter daran, dass das Leistungsverzeichnis explizit nur die Erstellung des Grundleitungsanschlusses, nicht aber die Erstellung von Grundleitungen ausserhalb des Hauses selbst enthält (act. 3/3 Leistungsverzeichnis S. 15 ff.). Die Erstellung der Meteorwasserleitung gehörte damit nicht zu den von der Klägerin zu erbringenden Pflichten. Entsprechend ist kein Abzug von der Pauschalvergütung vorzunehmen. Der Vollständigkeit halber bleibt anzumerken, dass es sich bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip um eine Rechtsfrage handelt (BGE 138 III 659 E. 4.2.1). Als solche ist sie dem Beweis nicht zugänglich (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO; KUKO ZPO-BAUMGARTNER, Art. 150 N 1). Die Abnahme des von der Beklagten offerierten Gutachtens hat daher zu unterbleiben (act. 25 Rz. 75).

- 62 -

E. 8.3.5

Kanalisationsleitung ab Kontrollschacht

E. 8.3.5.1

Parteistandpunkte Die Beklagte rügt in ihrer Klageantwort, auch die Erstellung einer neuen Kanalisationsleitung (Schmutzwasser) ab dem Kontrollschacht zur bestehenden Leitung, welche in der angrenzenden ...-strasse verlaufe, sei Bestandteil der Werkvertragspauschale gewesen. Die Klägerin sei zeitlich nicht in der Lage gewesen, die Leitung zu erstellen, weshalb sie darum ersucht habe, die Leitung durch einen Nebenunternehmer erstellen zu lassen. Sie habe daher den Baumeister, die P._____ AG, mit dieser Arbeit beauftragen müssen. Sie beziffere den eingesparten Betrag mit CHF 1'200.- entsprechend der von der Klägerin geltend gemachten zusätzlichen Erstellung einer Kanalisationsleitung (act. 13 Rz. 56 f.). Die Klägerin entgegnet replicando, auch hier seien die Erstellung der äusseren Kanalisationsleitungen nicht Gegenstand des Werkvertrages. Sie bestreite daher einen Abzug bereits im Grundsatz. Den geltend gemachten Abzug bestreite sie aber auch in seiner Höhe. Die von der Beklagten geltend gemachten Kosten seien vollkommen unsubstantiiert und in keiner Weise belegt (act. 21 Rz. 85 f.). In ihrer Duplik hält die Beklagte daran fest, dass die Erstellung der Kanalisationsleitung zu den vertraglichen Pflichten der Klägerin gehörte und verweist auf Seite 17 des Leistungsverzeichnisses zur Position BKP 254.2. Die Klägerin habe sich durch die Nichterstellung der Kanalisationsleitung einen Betrag eingespart, der in der Pauschale

einkalkuliert gewesen sei. Da das Leistungsverzeichnis den Wert dieser Leistung nicht beziffere, könne die Ersparnis nur geschätzt werden. Sie gehe davon aus, dass es sich um einen marktkonformen Betrag handle, welcher auch von einem Dritthandwerker für diese Leistung verlangt werde. Die mit der Ausführung beauftragte P. _____ AG habe dafür 8 Arbeitsstunden benötigt. Bei einem Stundenansatz von CHF 75.– ergebe sich ein total von CHF 600.–. Hinzu komme ein Aufwand von CHF 130.– für eine Stunde Pritschenwagen sowie die Mehrwertsteuer, weshalb sich ein Betrag von CHF 786.– ergebe. Diesen Betrag habe sie der P. _____ AG bezahlt, womit ein entsprechender Abzug beim Werklohn der Klägerin vorzunehmen sei (act. 25 Rz. 75 ff.).

- 63 -

E. 8.3.5.2

Würdigung Strittig ist auch bei dieser Minderleistung zunächst, ob sie überhaupt zum von der der Klägerin geschuldeten Leistungsumfang gehört. Die Parteien äussern sich wiederum nicht zum wirklichen übereinstimmenden Parteiwillen beim Vertragsabschluss, womit auch hier eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vorzunehmen ist. Es kann in dieser Hinsicht auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden. Der Werkvertrag sieht einzig die Pflicht zur Erstellung von Steig- und Sammelleitungen im Gebäude vor (E. 8.3.4.2.; vgl. act. 3/3 Leistungsverzeichnis S. 17). Entsprechend war die Klägerin nicht zur Erstellung der Kanalisationsleistung verpflichtet und es besteht kein Raum für einen Abzug von der Pauschalvergütung.

E. 8.3.6

Fazit zu den Leistungen betreffend die Pauschale Die vertraglich festgelegte Pauschalvergütung von CHF 103'570.– ist um CHF 164.– zu kürzen.

E. 8.4

Zusätzliche Leistungen Die Beklagte anerkennt die von der Klägerin geltend gemachte Mehrvergütung für zusätzliche Leistungen im 2. Obergeschoss in der Höhe von CHF 1'300.– (act. 1 Rz. 67 ff.; act. 13 Rz. 64). Im Übrigen bestreitet sie die geltend gemachten Mehrleistungen. Diese sind nachfolgend abzuhandeln.

E. 8.4.1

Zusätzlicher Warmwasseranschluss im Untergeschoss

E. 8.4.1.1

Parteistandpunkte Die Klägerin bringt vor, die Beklagte habe auf Wunsch des Käufers der Wohnung im Dachgeschoss einen Warmwasseranschluss im Abstellraum des Untergeschosses bestellt. Solche Wasseranschlüsse seien nicht vorgesehen gewesen. Hierzu habe es nebst der Erstellung der Wasseranschlussleitung einen entsprechenden Kalt- und Warmwasserzähler benötigt. Die Kosten dieses zusätzlichen Wasseranschlusses betrügen CHF 3'400.–, was sich aus CHF 900.– für zwei Wasserzähler und CHF 2'500.– für die Erstellung des Wasseranschlusses zu-

- 64 - sammensetze. Sie habe der Beklagten mit Schreiben vom 26. August 2019 Mehrkosten in der Höhe von CHF 2'500.– angezeigt. Die Beklagte habe dagegen keine Einwände erhoben und die Leistungen ausführen lassen. Die Leistungen seien sodann vertragsgemäss ausgeführt worden (act. 1 Rz. 72 ff.). Die Beklagte hält dem entgegen, sie habe nie einen Warmwasserabschluss im Abstellraum des Untergeschosses bestellt. Es liege weder eine

entsprechende Nachtragsofferte noch ein Regierapport vor. Sie sei auch nie mündlich darauf aufmerksam gemacht worden, dass solche Kosten anfallen würde. Sie bestreite die Forderung auch im Quantitativ. Der Betrag von CHF 3'400.– wie auch die ihm zugrunde liegenden Berechnungen entbehre jeder Grundlage (act. 13 Rz. 66). Replicando führt die Klägerin aus, die Beklagte behaupte aktenwidrig, sie hätte von der Bestellung des Warmwasseranschlusses keine Kenntnis gehabt. Nachdem sie der Beklagten mit Schreiben vom 26. August 2019 Mehrkosten im Umfang von CHF 2'500.– angezeigt habe, habe die Beklagte diese Kosten mit Abrechnung vom 12. Dezember 2019 an den Käufer H._____ weiterverrechnet. Da die genau- en Kosten für die Wasserzähler noch nicht bekannt gewesen seien, seien diese in ihrem Schreiben aber noch nicht aufgeführt worden. Die Beklagte habe aber um diese Kosten gewusst und dem Käufer H._____ einen Betrag von CHF 750.– in Rechnung gestellt. Damit sei belegt, dass die Beklagte von der Zusatzleistung gewusst habe. Sie habe diese spätestens mit der Weiterverrechnung an H._____ genehmigt. Sie habe die Kosten auch deshalb genehmigt, weil sie das Mehrkosten schreiben vom 26. August 2019 nie bestritten habe. Im Übrigen substantiiere die Beklagte nicht ansatzweise, inwiefern die geltend gemachten Kosten völlig übersetzt sein sollen. Die Beklagte wolle sich bereichern, indem sie die Kosten beim Käufer H._____ einziehe und ihr gleichzeitig diese nicht erstatte (act. 21 Rz. 100 ff.). In ihrer Duplik hält die Beklagte daran fest, dass sie den zusätzlichen Warmwasseranschluss nie bestellt hat. Wenn die Klägerin einen solchen ausgeführt habe, habe sie dies offenbar auf Wunsch von H._____ getan. Es liege weder ein Nachtragsofferte noch ein Regierapport vor. Der Umstand, dass sie H._____ Mehrkosten in Rechnung gestellt habe, stelle rechtlich schon deshalb keine Genehmigung

- 65 - dar, weil sie diese Erklärung an H._____ und nicht an die Klägerin gerichtet habe. Zudem gründeten die an H._____ verrechneten Mehrkosten auf Leistungen anderer Unternehmer. Sie bestreite die geltend gemachte Forderung auch weiterhin im Quantitativ. Die Klägerin lege die für eine Berechnung nach Art. 374 OR massgebenden Grundlagen nicht dar. Sie bestreite insbesondere den Arbeitsaufwand von "ca. 15 Stunden" sowie den Stundenansatz von CHF 125.– (act. 25 Rz. 83 ff.).

E. 8.4.1.2

Würdigung Für einen Anspruch auf Mehrvergütung hat die behauptungs- und beweisbelastete Klägerin insbesondere darzulegen, dass die Beklagte die Mehrvergütung schriftlich inklusive Preis genehmigt hat (E. 6.3.2.). Die Klägerin behauptet in dieser Hinsicht explizit nicht, dass die Beklagte der geltend gemachten Mehrvergütung schriftlich zugestimmt hat. Aufgrund der vertraglich vorgesehenen schriftlichen Genehmigung genügt es entgegen der Auffassung der Klägerin nicht, wenn die Beklagte gegen eine schriftliche Offerte der Klägerin nichts einwendet. Es verbleibt daher einzig zu beurteilen, ob die Beklagte auf den Schriftlichkeitsvorbehalt verzichtet hat. Dies ist zu verneinen. Strittig ist zwischen den Parteien im Kern, wer – H._____ oder die Beklagte – die Klägerin mit der Erstellung des Warmwasseranschlusses beauftragt hat. Alleine aus dem Umstand, dass in der Abrechnung der Beklagten an H._____ unter dem Titel "Bastelraum [...] Wasser" ein Betrag von CHF 2'500.– erwähnt wird, kann nicht geschlossen werden, dass damit die von der Klägerin behaupteten Mehrleistungen gemeint sind und die Beklagte diese gekannt und toleriert bzw. angeordnet hat. Die Klägerin entgegnet denn auch nichts auf die beklagten Behauptungen, wonach es sich dabei um andere Leistungen als die strittigen Mehrleistungen handelt. Damit ist nicht dargetan, dass es sich bei den von der Beklagten H._____ in Rechnung gestellten Leistungen um die von

der Klägerin geltend gemachten Arbeiten handelt. Soweit die Klägerin weiter CHF 900.– für zwei Wasserzähler zugesprochen haben will, ist darauf hinzuweisen, dass diese Kosten – entgegen ihrer Sachdarstellung – bereits in ihrem Schreiben vom 26. August 2019 aufgeführt sind (act. 3/34). In- wiefern nunmehr aus den von der Beklagten gegenüber H._____ verrechneten

- 66 - CHF 750.– für "Sanitäre Einrichtungen" abgeleitet werden soll, dass die Beklagte die Kosten von CHF 900.– genehmigte, wird von der Klägerin nicht erläutert und erschliesst sich auch nicht. Sie bestreitet sodann auch hier die Behauptungen der Beklagten nicht, wonach es sich bei den von ihr an H._____ verrechneten Leistungen um solche anderer Unternehmer handelt. Weitere Umstände, welche eine Beauftragung durch die Beklagte begründen, werden von der Klägerin nicht vorgetragen. Entsprechend gelingt es der Klägerin nicht rechtsgenügend, eine Genehmigung durch die Beklagte aufzuzeigen. Auf die Befragung von H._____ kann nach dem Gesagten verzichtet werden (act. 21 Rz. 100 f.). Der Vollständigkeit halber bleibt anzufügen, dass die Klägerin die Voraussetzungen für einen Vergütungsanspruch aus Art. 45 SIA-Norm 118 nicht behauptet, weshalb ihr auch auf dieser Grundlage keine Vergütung zugesprochen werden kann.

E. 8.4.2

Küchenabluft Wohnung Dachgeschoss

E. 8.4.2.1

Parteistandpunkte Die Klägerin führt ins Feld, die Beklagte habe zusätzlich zum Werkvertrag eine Küchenabluft für die Wohnung im Dachgeschoss bestellt. Die Beklagte habe sie angewiesen, die entsprechenden Kosten in die Schlussrechnung aufzunehmen, weshalb sie vorgängig nicht zu offerieren gewesen seien. Ihr seien dabei Aufwände von CHF 1'368.85 für die Planung und Ausführung, von CHF 381.15 für die Organisation und Planung, beides zuzüglich eines Risiko- und Gewinnzuschlags, mithin gesamthaft von CHF 1'750.– entstanden. Die Arbeiten seien in der Folge vertragsgemäss ausgeführt worden (act. 1 Rz. 77 ff.). Die Beklagte stellt sich in ihrer Klageantwort auf den Standpunkt, sie habe diese Leistung nie bestellt. Sie habe die Beklagte nie angewiesen, die anfallenden Kosten ohne Nachtragsofferte in die Schlussrechnung aufzunehmen. Eine solche Nachtragsofferte liege nicht vor, ebenso wie ein Regierapport fehle. Sie sei auch nie mündlich auf diese Kosten aufmerksam gemacht worden. Schliesslich bestreite sie die Kosten auch im Quantitativ, der Betrag von CHF 1'750.– entbehre jeder Grundlage (act. 13 Rz. 67).

- 67 - In ihrer Replik hält die Klägerin dem entgegen, es könne keine Rede davon sein, dass die Beklagte keine Kenntnis von dieser Zusatzleistung gehabt habe. Davon zeuge auch die Korrespondenz zwischen der Beklagten und der Klägerin, wonach der Gebäudetechniker Q._____ AG über diese zusätzliche Küchenabluft informiert worden sei und dieser mit der Beklagten Kontakt aufnehmen werde zwecks Planung und Installation des Küchenablaufrohrs. Die Küchenabluft sei auch in den mit E-Mail vom 27. Juni 2019 zugesandten revidierten Installationsplänen angezeigt worden. Zudem habe sie der Beklagten die Kosten von CHF 1'750.– mit Schreiben vom 26. August 2019 angezeigt. Von diesem Schreiben habe die Beklagte nachweislich Kenntnis gehabt, habe sie doch dem Käufer H._____ für "Belüftung Küche" CHF 2'950.– in Rechnung gestellt. Weshalb zusätzlich CHF 1'200.– in Rechnung gestellt worden seien, entziehe sich ihrer Kenntnis. Es stehe fest, dass die Beklagte diese Zusatzleistung offensichtlich bestellt und H._____ weiterverrechnet habe. Zu den geltend gemachten Kosten seien die Arbeiten der

Subunternehmerin Q._____ AG sowie die weiteren Kosten belegt. Ihre eigene Arbeit habe die Planung, das Erstellen des revidierten Heizplans, die Ko- ordination mit der Subunternehmerin sowie die Bauleitung und Inbetriebnahme er- fasst (act. 21 Rz. 104 ff.). Duplicando entgegnet die Beklagte, die neu vorgetragene Behauptungen änder- ten nichts. Weder das E-Mail der Klägerin vom 6. September 2019 noch jenes vom 27. Juni 2019 stellten eine schriftliche Nachtragsofferte oder Nachtragsbe- stellung dar. Es gehe daraus auch nicht hervor, dass sie von dieser Mehrleistung Kenntnis gehabt und sich damit einverstanden erklärt habe. Wenn die Klägerin diese Küchenabluft installiert habe, dann offenbar auf Wunsch von H._____. Sie bestreite, dass sie die Mehrkosten jemals genehmigt habe. Die an H._____ ver- rechneten Mehrkosten gründeten auf Leistungen anderer Unternehmer. Eine Wei- terverrechnung an H._____ könne ohnehin keine Genehmigung darstellen, da diese Erklärung nicht an die Klägerin gerichtet sei. Sie bestreite die Kosten auch weiterhin im Quantitativ, die Klägerin lege die Berechnungsgrundlagen für eine Entschädigung nach Art. 374 OR nicht genügend dar (act. 25 Rz. 86 ff.).

- 68 -

E. 8.4.2.2

Würdigung Auch zu dieser geltend gemachten Mehrleistung behauptet die Klägerin nicht, dass diese von der Beklagten schriftlich genehmigt wurde. Es ist daher auch hier nur zu prüfen, ob die Beklagte auf den Formvorbehalt verzichtet und die Bestel- lung anderweitig genehmigt hat. Die Klägerin führt dazu vorab aus, die Beklagte habe die entsprechende Leistung bestellt und sie angewiesen, die Kosten in die Schlussrechnung aufzunehmen, substantiiert diese Behauptung aber nach der Bestreitung durch die Beklagte nicht weiter, weshalb sie unbewiesen ist. Auch die weiteren von der Klägerin angeführten Umstände begründen keinen Verzicht auf den Schriftlichkeitsvorbehalt durch die Beklagte. Im E-Mail vom 6. September 2019 wird lediglich festhalten, dass sich R._____ bei der Beklagten betreffend die Küchenabluft im Dachgeschoss melden wird (act. 22/55). Dass dies je erfolgt ist, wird von der Klägerin nicht behauptet. Die von der Klägerin wei- ter angerufenen Installationspläne können eine Genehmigung durch die Beklagte nicht beweisen, denn ein Planeintrag sagt noch nichts darüber aus, ob diese Leis- tung von der Beklagten oder – wie von dieser geltend gemacht – durch H._____ bestellt wurde. Zur zuletzt behaupteten Weiterverrechnung der Leistungen durch die Beklagte an H._____ bleibt festzuhalten, dass die Klägerin einerseits der Sachdarstellung, wonach diese Rechnungsposition auf Leistungen anderer Un- ternehmer beruht, nicht widersprochen hat, und andererseits auch der Betrag nicht mit der von der Klägerin geforderten Mehrvergütung übereinstimmt. Der Klägerin gelingt es daher auch mit diesen Behauptungen nicht, einen Verzicht auf das Schriftlichkeitserfordernis und eine Genehmigung aufzuzeigen. Auf die ange- botenen Zeugenbefragungen kann mangels genügender Substantiierung bzw. Tauglichkeit verzichtet werden (act. 1 Rz. 77 ff.; act. 21 Rz. 104 und 106). Im Üb- rigen äusserst sich die Klägerin nicht zu den Voraussetzungen eines Anspruchs aus Art. 45 SIA-Norm 118. Der Klägerin steht folglich keine Mehrvergütung für die Küchenabluft zu.

- 69 -

E. 8.4.3

Badewanne inkl. Anschlussleitungen Wohnung Dachgeschoss

E. 8.4.3.1

Parteistandpunkte Die Klägerin führt aus, die Beklagte habe den Einbau der vom Käufer selbst zur Verfügung gestellten Badewanne in der Wohnung im Dachgeschoss sowie die Erstellung der Anschlussleitungen bestellt. Die Beklagte habe sie angewiesen, die entsprechenden Kosten in die Schlussrechnung aufzunehmen, sie habe diese daher vorgängig nicht offerieren müssen. Für den Einbau der Badewanne sei ein Aufwand von CHF 2'500.– und für die Erstellung der Anschlussleitungen ein solcher von CHF 1'000.– angefallen. Die Arbeiten seien vertragsgemäss ausgeführt worden (act. 1 Rz. 81 ff.). Die Beklagte entgegnet in der Klageantwort, sie habe diese Leistungen nie bestellt und die Klägerin nie angewiesen, diese Kosten in die Schlussrechnung aufzunehmen. Es fehle auch hier an einer Nachtragsofferte und einem Regierapport. Sie sei auch nie mündlich auf diese Kosten aufmerksam gemacht worden. Zudem bestreite sie die Kosten auch im Quantitativ. Die Kosten von CHF 3'500.– entbehrten jeglicher Grundlage (act. 13 Rz. 68). Replicando macht die Klägerin geltend, die Badewanne sei zwar von H._____ bei einem Drittunternehmer bestellt und bezahlt worden, sie sei indes mit der Installation und Montage beauftragt worden. Davon zeuge die Korrespondenz zwischen ihr und der Beklagten, worin dieser die Installation auf einem Plan gezeigt werde. Sie sei beauftragt worden, die Badewanneninstallation im Schlafzimmer der Dachwohnung zu planen und auszuführen. Hierfür seien u.a. Unterputzinstallationen erforderlich gewesen, welche sie auch geplant und ausgeführt habe. Mit E-Mail vom 16. Juli 2019 habe sie der Beklagten den Plan für die Aussparungen der Bodeninstallationen sowie für die Anschlüsse der Badewanne zukommen lassen. Die Details der Montage seien anschliessend an einer gemeinsamen Besprechung am 19. August 2019 vor Ort zwischen Herrn J._____ von der Beklagten und Herrn M._____, einem Mitarbeiter von ihr, und dem Architekten besprochen worden. H._____ sei anschliessend per E-Mail über das Besprochene orientiert worden. Es stehe daher fest, dass die Beklagte die Planung und Installation mit der Klä-

- 70 - rin besprochen und auch in Auftrag gegeben habe. Die Kosten seien der Beklagten mit Schreiben vom 26. August 2019 angezeigt worden. Die Beklagte habe dagegen nie opponiert und sie mit E-Mail vom 20. August 2019 angewiesen, die Anschlüsse für die Badewanne zu erstellen. Die Beklagte habe die Kosten auch H._____ weiterverrechnet, so sei in der Abrechnung CHF 600.– für das Herauftragen der Badewanne enthalten. Die restlichen Kosten seien in der Position "Sanitarische Einrichtungen" enthalten. Im Übrigen bestreite die Beklagte die geltend gemachten Kosten nur pauschal (act. 21 Rz. 108 ff.). Die Beklagte hält in ihrer Duplik an ihrer Sachdarstellung fest. Es möge sein, dass die Klägerin die Montage und Installation ausgeführt habe, dies sei aber im Auftrag von H._____ und nicht von ihr erfolgt. Sie habe ihr nie einen solchen Auftrag erteilt. Dass sowohl der Architekt als auch sie über den Sonderwunsch von H._____ informiert worden sei, sage nichts über die Auftragserteilung aus. Die Anschlussarbeiten hätten selbstverständlich mit Architekt und Bauleitung koordiniert werden müssen. Sie habe die Klägerin auch nicht explizit angewiesen, die Anschlüsse für die Badewanne zu erstellen, sondern die Klägerin im referenzierten E-Mail nur daran erinnert, welche Arbeiten in der KW 43 anstünden, was eine klassische Bauleitungsaufgabe sei. Zu diesem Zeitpunkt habe H._____ der Klägerin längst den Auftrag erteilt gehabt. Sie bestreite die Kosten auch weiterhin im Quantitativ. Die an H._____ verrechneten Kosten gründeten auf Leistungen anderer Unternehmer, eine Weiterverrechnung an ihn stelle ohnehin keine Genehmigung dar, zumal die Erklärung nicht an die Klägerin gerichtet sei. Sie bestreite den von der Klägerin geltend gemachten Aufwand von 28 Stunden sowie den Stundenansatz von CHF 125.–, beides sei völlig übersetzt. Die Klägerin lege die Berechnungsgrundlagen für eine Vergütung nach Art. 374

OR nicht genügend dar (act. 25 Rz. 90 ff.).

E. 8.4.3.2

Würdigung Die Beklagte behauptet auch zu dieser Leistung nicht, dass sie – wie vertraglich vereinbart – von der Beklagten schriftlich genehmigt wurde. Dass die Beklagte nie gegen eine schriftliche Offerte der Klägerin opponiert hat, kann auch hier im Lichte des vertraglichen Formerfordernisses nicht genügen. Es ist daher wiederum zu

- 71 - prüfen, ob die Beklagte auf den Formvorbehalt verzichtet und die Ausführung trotzdem angeordnet hat. Strittig ist im Kern, ob die Klägerin von der Beklagten oder von H._____ mit dem Einbau der Badewanne sowie den weiteren notwendigen Arbeiten beauftragt wurde. Die Klägerin behauptet zunächst, die Beklagte habe die entsprechende Leistung bestellt und sie angewiesen, die Kosten ohne vorgängige Offerte direkt in der Schlussrechnung zu erfassen. Obwohl die Beklagte dies bestreitet, substantiiert die Klägerin diese Behauptung nicht, weshalb sie als unbewiesen zu betrachten ist. Die von der Klägerin weiter vorgetragene Umstände lassen sodann ebenfalls nicht auf eine Beauftragung durch die Beklagte schliessen. Zunächst ist klar, dass die Beklagte, welche unstreitig die Bauleitung inne hatte, auch über Änderungen, die von Käufern der Wohnungen direkt bei der Klägerin in Auftrag gegebenen wurden, in Kenntnis zu setzen und mit entsprechenden Planänderungen zu dokumentieren war. Entsprechend kann auch aus der Zustellung von Plänen sowie einer offenbar erfolgten gemeinsamen Besprechung nicht auf eine Beauftragung durch die Beklagte geschlossen werden. Dasselbe gilt für das von der Klägerin ins Feld geführte E-Mail vom 20. Oktober 2019. Darin wird lediglich das Bauprogramm für die KW 43 bekannt gegeben. Dies ist eine typische Aufgabe eines Bauleiters und lässt keinen Rückschluss darauf zu, wer die entsprechende Leistung bestellt hat. Zur von der Klägerin weiter geltend gemachten Weiterverrechnung an H._____ blieb schliesslich unbestritten, dass diese Leistungen anderer Unternehmer betraf. Im Übrigen kann auch hier der von der Klägerin geltend gemachte Betrag von CHF 3'500.– der Rechnung der Beklagten nicht entnommen werden. Der Klägerin gelingt es damit nicht, eine Bestellung durch die Beklagte und damit einen Verzicht auf das vertragliche Schriftlichkeitserfordernis aufzuzeigen. Nach dem Gesagten erübrigt sich mangels genügender Substantiierung bzw. Tauglichkeit auch eine Befragung der von der Klägerin zum Beweis offerierten Zeugen (act. 1 Rz. 81 ff.; act. 21 Rz. 108, 109 und 111). Schliesslich äussert sich die Klägerin auch zu den Voraussetzungen von Art. 45 SIA-Norm 118 nicht, weshalb auch auf dieser Grundlage keine Entschädigung zugesprochen werden kann.

- 72 -

E. 8.4.4

Zusätzliche Entwässerungsleitungen beim Vorplatz

E. 8.4.4.1

Parteistandpunkte Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe sie beauftragt, eine zusätzliche Entwässerungsleitung beim Vorplatz des Hauseingangs zu montieren. Ihr sei dafür ein Aufwand für die Planung von circa 8 Stunden bzw. von total CHF 1'000.– entstanden, welcher sich nach einem Stundenansatz von CHF 150.– für den Sanitärplaner bzw. CHF 125.– für den Sanitärinstallateur berechne, sowie Materialkosten von circa CHF 200.– beinhalte (act. 1 Rz. 87 f.). Die Beklagte stellt sich in der Klageantwort auf den

Standpunkt, sie akzeptiere diese Leistung im Grundsatz. Es existiere für die Kosten aber keine Preisvereinbarung, was grundsätzlich nicht dem Vertrag entspreche. Der in Rechnung gestellte Aufwand dürfe daher übersetzt sein, das gelte auf für den Stundenansatz von CHF 150.–. Sie schätze, dass höchstens ein hälftiger Betrag angemessen sei (act. 13 Rz. 69 f.). Replicando hält die Klägerin an ihrer Sachdarstellung fest. Sie habe ihre Aufwände substantiiert dargelegt, was von der Beklagten nicht substantiiert bestritten worden sei. Was die Beklagte aus Ziffer 9.1 der AGB genau ableiten wolle, lege sie nicht dar. Im Werkvertrag seien keine fixen Stundenansätze vereinbart worden, sie dürfe daher für Nachträge einen angemessenen Stundenansatz in Rechnung stellen. Ein Stundenansatz für einen Sanitärplaner von CHF 150.– sei angemessen. Den Stundenansatz für einen Sanitärinstallateur von CHF 125.– bestreite die Beklagte nicht (act. 21 Rz. 113 ff.). In ihrer Duplik hält die Beklagte dem entgegen, die Klägerin bestreite nicht, dass eine Mehrpreisvereinbarung fehle. Die Vergütung sei daher nach Art. 374 OR zu berechnen. Sie bestreite den von der Klägerin geltend gemachten Aufwand von 8 Arbeitsstunden sowie die verrechneten Stundenansätze von CHF 125.– bzw. CHF 150.–. Die verrechneten Stunden würden auch nicht durch Arbeitsrapporte dokumentiert, aus welchen hervorginge, wie lange konkret an welchen Tagen

- 73 - durch wen gearbeitet worden sei. Die Klage sei daher in diesem Punkt nicht substantiiert und abzuweisen (act. 25 Rz. 94 f.).

E. 8.4.4.2

Würdigung Unbestritten ist, dass die Klägerin im Grundsatz einen Anspruch auf Mehrvergütung hat. Nicht einig sind sich die Parteien einzig über die Höhe der Mehrvergütung. Da unbestrittenermassen keine Preisvereinbarung getroffen wurde, richtet sich die Berechnung der Mehrvergütung für die einvernehmliche Bestellsänderung nach Art. 374 OR. Die Klägerin hat entsprechend ihren Sach- und Materialaufwand sowie die weiteren Bemessungsgrundlagen zu beweisen (BSK OR I- ZINDEL/SCHOTT, Art. 374 N 18). Unbestritten blieb vorab, dass der Klägerin ein Materialaufwand von CHF 200.– entstanden ist. Sodann anerkannte die Beklagte in ihrer Klageantwort eine Entschädigung in Höhe der Hälfte der von der Klägerin geltend gemachten Forderung. Im Umfang von CHF 600.– ist die klägerische Forderung damit ausgewiesen. Soweit die Klägerin darüber hinaus eine Forderung geltend machen will, unterlässt sie es, ihren Aufwand trotz Bestreitung durch die Beklagte zu substantiieren. Sie begnügt sich damit, vorzutragen, sie habe für die Planung und Ausführung einen Aufwand von circa 8 Stunden gehabt. Sodann nennt sie zwei unterschiedliche Stundenansätze (CHF 150.– und CHF 125.–), wendet im Ergebnis aber offenbar bloss jenen von CHF 125.– an und kommt auf eine Forderung von total CHF 1'000.–. Aus diesen Ausführungen lässt sich nicht entnehmen, wann die Klägerin welche konkreten Leistungen für die Planung und Ausführung erbracht haben will. Entsprechend bleibt es bei der von der Beklagten anerkannten Mehrvergütung von CHF 600.–. Mangels substantiiert behaupteter Leistungen kann im Übrigen die von der Klägerin offerierte Zeugenbefragung unterbleiben (act. 1 Rz. 88).

E. 8.4.5

Spülung der Grundleitungen

E. 8.4.5.1

Parteistandpunkte Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die Beklagte habe sie mit der Spülung der Grundleitungen beauftragt. Über die Mehrkosten hätten sich die Parteien vor-

- 74 - gängig nicht verständigt. Die Beklagte habe sie angewiesen, die Kosten in der Schlussrechnung zu berücksichtigen. Sie habe für das Spülen der Grundleitungen die N._____ AG beauftragt, welche für ihre Leistungen CHF 1'831.45 in Rechnung gestellt habe. Hinzu komme eine angemessene Entschädigung für die erforderliche Organisation, Kontrolle und Abrechnung. Sie habe dafür CHF 168.55 verrechnet. Der Zeitaufwand habe eineinhalb Stunden betragen und es sei ein üblicher Stundenansatz von CHF 125.– verrechnet worden (act. 1 Rz. 89 ff.). Die Beklagte anerkennt in ihrer Klageantwort die geltend gemachte Vergütung von CHF 1'831.45 für die Leistungen der N._____ AG. Die weiteren Mehrkosten bestreitet sie, es liege weder eine Nachtragsofferte noch ein Regierapport vor. Der Aufwand sei massiv übersetzt (act. 13 Rz. 71 f.). Die Klägerin hält dem in der Replik entgegen, die N._____ AG habe das Objekt gar nicht gekannt. Da sie die Leitungen erstellt habe, habe sie vor Ort die Instruktionen erteilen müssen. Sie habe dies der Beklagten mit E-Mail vom 14. Januar 2020 explizit mitgeteilt, was die Beklagte akzeptiert habe. Die verrechneten Leistungen deckten dabei bei weitem nicht den gesamten Mehraufwand, die Anleitung und Kontrolle habe über 5 Stunden gedauert (act. 21 Rz. 116 ff.). Duplicando bestreitet die Beklagte, dass der Beklagten ein Aufwand von über fünf Stunden entstanden sei. Noch in der Klageantwort habe sie einen Aufwand von lediglich eineinhalb Stunden behauptet, allerdings auch dies, ohne den Aufwand mit Arbeitsrapporten zu dokumentieren. Sie bestreite auch den angewendeten Stundenansatz von CHF 125.–. Die Beklagte substantiiere ihren Aufwand nicht genügend (act. 25 Rz. 96 f.).

E. 8.4.5.2

Würdigung Von der Beklagten ist die Forderung im Umfang von CHF 1'831.45 anerkannt und damit implizit auch die Berechtigung im Grundsatz. Für die noch streitige Restforderung ist wiederum eine Berechnung nach Art. 374 OR vorzunehmen. Allerdings gelingt es der Klägerin nicht, ihren Aufwand rechtsgenügend zu substantiieren. Weder in der Klage, in welcher sie einen Aufwand von eineinhalb Stunden geltend

- 75 - macht, noch in der Replik, in der sie sich auf den Standpunkt stellt, einen Aufwand von fünf Stunden gehabt zu haben, legt sie dar, wann welcher konkrete Aufwand angefallen ist. Auf eine Abnahme der in dieser Hinsicht angebotenen Beweismittel ist mangels substantiiertes Behauptungen zu verzichten (act. 1 Rz. 92; act. 21 Rz. 117). Der Klägerin kann für diese Position lediglich eine Forderung von CHF 1'831.45 zugesprochen werden.

E. 8.4.6

Dichtungsmanschette bei Hauseinführung Wasseranschluss

E. 8.4.6.1

Parteistandpunkte Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe sie mit der Lieferung und Montage einer Dichtungsmanschette bei der Hauseinführung des Wasseranschlusses für die Liegenschaft beauftragt. Diese Dichtungsmanschette sei nicht im Werkvertrag enthalten gewesen. Die Parteien hätten sich dazu vorgängig nicht über Mehrkosten verständigt. Die Beklagte habe sie aber angewiesen, diese Kosten in der Schlussabrechnung zu berücksichtigen. Ihr sei ein Aufwand von CHF 400.–, welcher sich aus CHF 217.70 Materialkosten, CHF 125.– Arbeitsaufwand von circa einer Stunde und CHF 57.30 Anteil für die Organisation sowie Gewinn- und Risikozuschlag zusammensetze, entstanden (act. 1 Rz. 93 ff.). Die Beklagte bestreitet in ihrer Klageantwort, dass sie eine solche Dichtungsmanschette bestellt habe. Sie habe die Klägerin auch nie angewiesen, die

anfallenden Kosten in die Schlussrechnung aufzunehmen. Es liege weder eine Nachtragsofferte noch ein Regierapport vor. Sie sei auch nie mündlich auf diese Kosten aufmerksam gemacht worden. Die behaupteten Kosten seien völlig übersetzt. Im Übrigen seien die entsprechenden Manschetten in der Pauschale unter der Position Brandabschluss enthalten mit einem zugehörigen Einheitspreis von CHF 117.– (act. 13 Rz. 73 ff.). Replicando entgegnet die Klägerin, die Dichtungsmanschetten seien nicht in der Pauschale enthalten gewesen. Die Dichtungsmanschetten seien von der Klägerin nachweislich bestellt worden. Im Übrigen bestreite die Beklagte die geltend ge-

- 76 - machten Kosten nur pauschal, so werde weder auf die Rechnung der S. _____ AG noch auf den Stundenansatz eingegangen (act. 21 Rz. 119 ff.). Die Beklagte hält in ihrer Duplik daran fest, dass die Leistung in der Pauschale enthalten sei. Zudem liege weder eine Nachtragsofferte noch ein Regierapport vor. Selbst wenn man von einem Mehrpreis ausgehen würde, könnte dieser höchstens dem vertraglich vereinbarten Preis von CHF 117.–, eventualiter von CHF 217.70 gemäss der vorgelegten Rechnung, entsprechen. Sie bestreite sowohl den Stundenaufwand und den Stundenansatz als auch den Betrag von CHF 57.30. Die Klägerin unterlasse es, ihren Aufwand zu substantiieren (act. 25 Rz. 98 ff.).

E. 8.4.6.2

Würdigung Ein Anspruch auf eine Mehrvergütung setzt nach den anwendbaren AGB der Beklagten eine schriftliche Genehmigung durch die Beklagte voraus. Dass eine solche erfolgt ist, wird von der Klägerin nicht behauptet. Die Klägerin macht zwar geltend, die Klägerin habe die Dichtungsmanschette bestellt und sie angewiesen, diese in der Schlussrechnung zu erfassen, legt aber trotz Bestreitung durch die Beklagte nicht konkret dar, wer von der Beklagten wann in welcher Form die Dichtungsmanschette bestellt hat. Mangels substantiierter Behauptungen sind auch die von der Klägerin offerierten Beweismittel nicht abzunehmen (act. 1 Rz. 93, 94 und 95; act. 21 Rz. 120). Entsprechend kann eine Bestellung durch die Beklagte nicht erstellt werden. Sodann äussert sich die Klägerin auch nicht zu den Voraussetzungen von Art. 45 SIA-Norm 118. Der Klägerin steht daher keine Entschädigung für die Dichtungsmanschetten zu.

E. 8.4.7

Fazit zu den Mehrleistungen Der Klägerin steht eine Mehrvergütung von CHF 3'731.45 (CHF 1'300.– + CHF 600.– + CHF 1'831.45) zu.

E. 8.5

Abzüge

- 77 - Unbestritten sind die Abzüge für allgemeine Reinigung (1 %), Energie/Wasser (1.5 %) und Bruchgläser (0.5 %) (act. 1 Rz. 97; act. 13 Rz. 78).

E. 8.5.1

Bauwesen- und Bauhaftpflichtversicherung Die Beklagte will – wie bereits beim Werkvertrag Heizung und Lüftung – einen weiteren Abzug von 0.5% für die Bauwesen- und Bauhaftpflichtversicherung machen (act. 13 Rz. 79). Die Klägerin akzeptiert diesen Abzug, sofern die Beklagte diese Versicherung tatsächlich abgeschlossen hat und dies belegt (act. 21 Rz. 124). Mit der Duplik hat die Beklagte den entsprechenden Nachweis, dass sie die Bauversicherung abgeschlossen hat, eingereicht (vgl. act. 25 Rz. 103; act. 26/10). Damit ist ein Abzug von 0.5 % für die Bauwesen- und Bauhaftpflichtversicherung vorzunehmen.

E. 8.5.2

Muldenanteil Die Beklagte rügt den von der Klägerin abgezogenen Muldenanteil von CHF 250.– als zu tief und will einen Abzug von CHF 950.– machen. Sie führt dazu aus, der Muldenanteil entspreche mit Blick auf den umfangreichen Abfall, den die Klägerin produziert habe, mindestens CHF 950.– (act. 13 Rz. 81; act. 25 Rz. 104). Die Klägerin bestreitet dies und stellt sich auf den Standpunkt, die Beklagte habe es unterlassen, die genaue Berechnung des Muldenanteils zu regeln. Es könnten ihr höchstens diejenigen Muldenkosten, welche sie ausschliesslich selbst verursacht habe, verrechnet werden. Sie bestreite, dass sie die Mulde im Umfang von CHF 950.– beansprucht habe (act. 21 Rz. 126). Wie bereits beim Werkvertrag Sanitär erwogen, wurde die Berechnung des von der Klägerin zu übernehmenden Muldenanteils vertraglich nicht konkret geregelt (E. 7.5.2.2.2.). Die Beklagte, welcher in dieser Hinsicht die Behauptungs- und Beweislast obliegt, substantiiert trotz klägerischer Bestreitung nicht, wie viel Abfall die Klägerin konkret hinterlassen hat. Damit kann sie keinen höheren Muldenteil der Klägerin belegen und es bleibt beim von der Klägerin gemachten Abzug von CHF 250.–.

- 78 -

E. 8.5.3

Skonto Die Beklagte will weiter einen Skonto von 2 % in Abzug bringen. Sie führt dazu aus, sie habe ihre Zahlungen fristgerecht geleistet und die beiden Akontozahlungen innert 30 Tagen bezahlt. Ein weiterer Skontoabzug sei auf der bereinigten Schlussrechnung vorzunehmen (act. 13 Rz. 82; act. 25 Rz. 105). Die Klägerin bestreitet, dass ein Skontoabzug vereinbart wurde. Zudem habe die Beklagte ihre Rechnung nicht fristgerecht bezahlt. Spätestens seit dem 14. Juni 2022 seien die Restforderungen gemäss den gestellten Schlussrechnungen fällig (act. 21 Rz. 127). Vorab kann auf die bereits beim Werkvertrag Heizung und Lüftung gemachten Ausführungen verwiesen werden (E. 7.5.2.3.). Die Klägerin bestreitet – anders als dies von der Beklagten dargestellt wird – auch beim Werkvertrag Sanitär die fristgerechte Leistung sämtlicher Zahlungen. Die Beklagte substantiiert nicht näher, wann sie ihre Akontozahlungen geleistet hat. Die Restforderung ist sodann bis heute unbeglichen. Es ist daher kein Skonto abzuziehen.

E. 8.5.4

Fehlerhaft Aussparungen

E. 8.5.4.1

Parteistandpunkte Die Beklagte bringt in ihrer Klageantwort vor, es sei ein weiterer Abzug für die von der Klägerin fehlerhaft geplanten Aussparungen für die Sanitärleitungen zu machen. Es habe sich bei der Ausführung der Sanitärleitungen herausgestellt, dass sich die vom Baumeister nach den von der Klägerin erstellten Plänen ausgeführten Aussparungen nicht dort befunden hätten, wo sie sein sollten, um die Sanitärleitungen zu erstellen. Die Klägerin in der Person von M._____ habe diese Fehler ausdrücklich eingeräumt und sie darum ersucht, nachträglich die nötigen Wand- bzw. Deckendurchbrüche bohren zu lassen. Die entsprechenden Arbeiten seien sodann von der Firma T._____ durchgeführt worden und hätten CHF 1'061.85 gekostet. Dieser Betrag sei vom Werklohn der Klägerin abzuziehen (act. 13 Rz. 83).

- 79 - Die Klägerin entgegnet, sie bestreite, dass sie Aussparungen für die Sanitärleitungen falsch geplant habe. Sie habe auch nie diesbezüglich irgendwelche Fehler eingeräumt oder

Durchbrüche verlangt. Die Behauptungen der Beklagten seien vollkommen unsubstantiiert und an den Haaren herbeigezogen. Weshalb die Firma T._____ irgendwelche Durchbrüche habe ausführen müssen und warum diese nicht vom Baumeister, der U._____ AG ausgeführt worden seien, entziehe sich ihrer Kenntnis. Sie habe alle Aussparungen korrekt geplant. Immerhin sei festzuhalten, dass die U._____ AG verschiedene Aussparungen falsch erstellt habe, da sie die von ihr erstellten Aussparungspläne nicht richtig umgesetzt hat, was sie der Beklagten mit E-Mail vom 6. April 2020 auch angezeigt habe (act. 21 Rz. 128 ff.). Die Beklagte führt in ihrer Duplik aus, die von der Klägerin geplanten Aussparungen seien in allen Sanitärplänen viereckig ausgewiesen gewesen. Da die Klägerin die Aussparungen fehlerhaft geplant habe, hätten die nötigen Aussparungen mit runden Kernbohrungen durch die Firma T._____ erstellt werden müssen. Diese Kernbohrungen seien nicht in den Arbeitsbereich der U._____ AG gefallen, weshalb ein Spezialist beigezogen werden müssen. Sie höre zum ersten Mal, dass der Baumeister fehlerhafte Aussparungen erstellt habe. Die Klägerin sei verpflichtet gewesen, die von ihr geplanten Aussparungen zu kontrollieren und bei Fehlern in der Ausführung abzumahnern. Dies habe sie nicht getan, sondern ihre Fehler eingeräumt. Die Klägerin bestreite die geltend gemachten Kosten im Übrigen im Quantitativ nicht (act. 25 Rz. 106 ff.).

E. 8.5.4.2

Würdigung Die Beklagte stützt den von ihr geforderten Abzug auf eine fehlerhafte Planung der Aussparungen für die Sanitärleitungen und macht einen Schadenersatzanspruch geltend. Ein Schadenersatzanspruch nach Art. 171 SIA-Norm 118 setzt zunächst das Vorliegen eines Mangels im Sinne von Art. 166 SIA-Norm 118 voraus. Die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Mangels obliegt – ausgenommen der vorliegend nicht gegebene Fall von Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 108 – der Beklagten (GAUCH/STÖCKLI, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 169 N 2). Die Beklagte begnügt sich indessen damit, pauschal vorzutragen, die Klä-

- 80 - rin habe die Aussparungen am falschen Ort geplant. Obwohl die Klägerin dies bestreitet, legt die Beklagte nicht konkret dar, welche spezifischen Aussparungen inwiefern falsch geplant wurden. Damit erweisen sich die Vorbringen der Beklagten als nicht rechtsgenügend substantiiert. Es gelingt ihr daher nicht, eine mangelhafte Ausführung der Planung durch die Klägerin aufzuzeigen. Ihr kann daher auch kein Schadenersatzanspruch zustehen. Mangels genügender Substantiierung sind auch die von der Beklagten offerierten Beweismittel nicht abzunehmen (act. 13 Rz. 83 ff.; act. 25 Rz. 106 ff.).

E. 8.5.5

Zuputzarbeiten

E. 8.5.5.1

Partei behauptungen Die Beklagte bringt vor, es sei ein weiterer Abzug für die Kosten der Zuputzarbeiten, welche bei den Sanitärarbeiten als Folge der fehlerhaften Arbeitsausführung der Klägerin angefallen seien, vorzunehmen. Die Klägerin sei nicht in der Lage gewesen, diese Arbeiten selbst auszuführen, weshalb ein Gipser von der I._____ AG beigezogen werden müssen. Die Zuputzarbeiten hätten sich anfänglich auf 5 Stunden belaufen, nachträglich seien noch weitere Stunden dazu gekommen. Sie habe sich mit dem Gipser auf eine pauschale Vergütung von CHF 1'000.– geeinigt (act. 13 Rz. 84). Die Klägerin bestreitet replicando, dass die Arbeiten der I._____ auf eine Ver-

tragsverletzung durch sie zurückzuführen seien. Es ergebe sich aus der von der Beklagten eingereichten Fotobeilage weder die Notwendigkeit von Zuputzarbeiten noch, dass diese auf eine Vertragsverletzung von ihr zurückzuführen seien. Es sei möglich, dass die Zuputzarbeiten auf die vom Baumeister fehlerhaft erstellten Aussparungen zurückzuführen seien. Sie bestreite den Abzug auch im Quantitativ. Die eingereichte Rechnung weise lediglich 5 Arbeitsstunden und damit einen Aufwand von CHF 845.– aus (act. 21 Rz. 132 ff.). In ihrer Duplik führt die Beklagte aus, die Bestreitung der Notwendigkeit der Zuputzarbeiten durch die Klägerin sei zurückzuweisen. Diese seien aufgrund der fehlerhaften Planung der Aussparungen nötig gewesen. Zu den Kosten habe sie

- 81 - sich mit der I._____ AG auf den Betrag von CHF 1'000.– geeinigt, womit eine geringfügige Erhöhung der Vergütung verbunden gewesen sei, nachdem sich gezeigt habe, dass zusätzliche Zuputzarbeiten angefallen seien (act. 25 Rz. 110 ff.).

E. 8.5.5.2

Würdigung Die Beklagte macht wiederum einen Schadenersatzanspruch nach Art. 171 SIA-Norm 118 geltend. Sie unterlässt es aber auch hier, die von ihr gerügte Vertragsverletzung konkret darzulegen und führt lediglich aus, die Arbeiten der I._____ AG seien aufgrund einer fehlerhaften Planung der Aussparungen notwendig gewesen. Es bleibt dabei gänzlich unklar, inwiefern die Klägerin die Aussparungen falsch geplant haben soll. Damit gelingt es der Beklagten nicht rechtsgenügend, eine Vertragsverletzung der Klägerin darzulegen. Es ist daher kein Abzug von der Werklohnforderung vorzunehmen. Mangels genügender Substantiierung kann auch die Abnahme der von der Beklagten offerierten Beweismittel unterbleiben (act. 13 Rz. 84; act. 25 Rz. 110 ff.).

E. 8.5.6

Fazit zu den Abzügen Vom Werklohn der Klägerin sind Abzüge von 3.5 % (allgemeine Reinigung, Energie/Wasser, Bruchgläser und Bauwesen- und Bauhaftpflichtversicherung) sowie von CHF 250.– für den Muldenanteil der Klägerin zu machen.

E. 8.6

Akontozahlungen Die drei von der Beklagten getätigten Akontozahlungen in der Höhe von insgesamt CHF 109'929.50 sind unbestritten und von der Restforderung in Abzug zu bringen (act. 1 Rz. 97; act. 13 Rz. 78).

E. 8.7

Fazit Werklohn Sanitär Gesamthaft ergibt sich beim Werklohn Sanitär folgende Restforderung: Pauschale 103'570.00 Leistungen nach Ausmass 27'187.10

- 82 - Mehrleistungen 3'731.45 Minderleistungen -164.00 Zwischentotal ohne MwSt. 134'324.55 Abzüge 3.5 % -4'701.36 Muldenanteil -250.00 Total ohne MwSt. 129'373.19 Total mit MwSt. 139'334.93 - Bereits geleistete Akontozahlungen 109'929.50 Restforderung gerundet CHF 29'405.45

E. 9

Fazit zur Forderung und Verzugszins Der Klägerin steht eine Restforderung von CHF 20'811.80 für den Werkvertrag Heizung und Lüftung sowie von CHF 29'405.45 für den Werkvertrag Sanitär zu, womit sich eine Gesamtforderung von CHF 50'217.25 ergibt. Die Klägerin beantragt weiter die Zusprechung von Zins zu 5 % seit 14. Juni 2022 (act. 1 Rz. 99 und act. 21 Rz. 136). Soweit kein Verfalltag zwischen den Parteien verabredet ist, wird der

Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 OR). Gemäss den unbestrittenen Ausführungen der Klägerin haben die Parteien vereinbart, dass die Restforderungen gemäss den Schlussrechnungen innert 30 Tagen zahlbar sind. Ebenso bestritt die Beklagte nicht, dass die Zahlungsfristen gemäss den Schlussrechnungen aus dem Jahr 2020 am 4. April 2020 bzw. 15. Juni 2020 abliefen (act. 13 Rz. 85 ff.). Damit befand sich die Beklagte am 14. Juni 2022 (Datum der Vergleichsverhandlung) in Verzug. In Bezug auf den geschuldeten Zinssatz kommt – mangels abweichender Parteivereinbarung – der gesetzliche Zinssatz von 5 % zur Anwendung (Art. 104 Abs. 1 OR). Die Beklagte ist demnach zu verpflichten, der Klägerin CHF 50'217.25 nebst Zins zu 5 % seit 14. Juni 2022 zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen.

- 83 -

E. 10

Begehren um Rechtsöffnung / Beseitigung Rechtsvorschlag Die Klägerin beantragt weiter die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Furttal (Zahlungsbefehl vom 23. Oktober 2020; act. 1 S. 2; act. 21 S. 2). Hat ein Schuldner in einer Betreuung Rechtsvorschlag erhoben, muss die Gläubigerin zur Fortsetzung der Betreuung den Rechtsvorschlag beseitigen lassen, denn der Rechtsvorschlag bewirkt die Einstellung der Betreuung (Art. 78 Abs. 1 SchKG). Der Gläubigerin stehen in einem solchen Fall grundsätzlich zwei Wege offen. Verfügt die Gläubigerin über einen Rechtsöffnungstitel, kann sie im Rechtsöffnungsverfahren die Rechtsöffnung verlangen (Art. 80 ff. SchKG). Hat die Gläubigerin keinen Rechtsöffnungstitel, so muss sie im Zivilprozess oder im Verwaltungsverfahren ihren Anspruch geltend machen, wobei sie in diesen Verfahren zugleich den Rechtsvorschlag beseitigen lassen kann (Art. 79 SchKG). Diesfalls fungiert die in der Sache materiell zuständige Instanz zugleich als Vollstreckungsgericht, ein separates Rechtsöffnungsverfahren wird entbehrlich (BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 79 SchKG N 1). Im Rahmen eines ordentlichen Prozesses hat das Begehren, mit welchem der Rechtsvorschlag aufgehoben und die Fortsetzung der Betreuung ermöglicht werden soll, demzufolge nicht auf Erteilung der Rechtsöffnung, sondern stets auf Beseitigung des Rechtsvorschlages zu lauten (ZR 90/1991 Nr. 80; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG190118 vom 12. November 2019, E. IV.). Für die Beurteilung von Rechtsöffnungsbegehren wäre das Handelsgericht ausserdem sachlich nicht zuständig (BGE 140 III 355 E. 2.3.3; DAETWYLER/STALDER, in: Brunner/Nobel [Hrsg.], Handelsgericht Zürich 1866-2016, Festschrift zum 150. Jubiläum, Zürich 2016, S. 182). Vorliegend verlangt die Klägerin zwar ausdrücklich die "definitive Rechtsöffnung". Indes sind Rechtsbegehren im Lichte ihrer Begründung nach Treu und Glauben auszulegen (BGE 137 III 617 E. 6.2), und es ist klar, was die Klägerin begehrt: In Rechtsbegehren Ziffer 1 hat sie eine Leistungsklage auf Zusprechung einer Geldsumme erhoben. Mit Rechtsbegehren Ziffer 2 möchte sie die für die entsprechende Forderung eingeleitete Betreuung fortsetzen können. Ihr Rechtsbegehren Ziffer 2 ist somit im Sinne von Art. 79 SchKG als Begehren auf Beseitigung des

- 84 - Rechtsvorschlages zu verstehen und im Umfang der Gutheissung von Rechtsbegehren Ziffer 1 ebenfalls gutzuheissen.

E. 11

Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen Die Parteien haben je einen Werkvertrag über die Erstellung der Heizungs- und Lüftungsanlage sowie der Sanitäranlagen abgeschlossen.

Die von der Klägerin geltend gemachte Forderung ist fällig und der Beklagten steht kein Leistungsverweigerungsrecht zu. Unter Berücksichtigung der ausgewiesenen Mehr- und Min-derleistungen resultiert eine Restforderung von CHF 50'217.25 nebst Zins zu 5 % seit 14. Juni 2022, zu deren Zahlung die Beklagte zu verpflichten ist. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen.

E. 12

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 12.1

Streitwert Nach Art. 91 Abs. 1 ZPO bestimmt sich der Streitwert nach dem Rechtsbegehren. Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 68'240.30.

E. 12.2

Gerichtskosten Hat keine Partei vollständig obsiegt, sind die Kosten nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Klägerin obsiegt im Umfang von CHF 50'217.25 und damit zu rund 3/4. Die Kosten sind demnach zu 3/4 der Beklagten und zu 1/4 der Klägerin aufzuerlegen. Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG ZH). Die auf Basis des Streitwerts errechnete Grundgebühr beträgt rund CHF 7'000.– (§ 2 Abs. 1 lit. a und § 4 Abs. 1 GebV OG). Angesichts des Aktenumfangs und des Zeitaufwandes des Gerichts ist diese Grundgebühr vorliegend angemessen auf CHF 10'500.– zu erhöhen und aus den von der Klägerin geleisteten Kostenvorschüssen zu beziehen. Der Klägerin ist im Umfang von CHF 7'875.– das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

- 85 -

E. 12.3

Parteientschädigung Die Höhe der Parteientschädigung wird nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) bestimmt. Sie setzt sich aus der Gebühr und den notwendigen Auslagen zusammen (§ 1 Abs. 2 AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung oder Beantwortung der Klage verdient; für jede weitere Rechtsschrift oder Verhandlung ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Gestützt auf den Streitwert beträgt die Grundgebühr rund CHF 8'650.–. Beide Parteien haben nebst ihren ersten Rechtsschriften eine Replik bzw. eine Duplik eingereicht. Zudem fand eine Vergleichsverhandlung statt. Hierfür sind Zuschläge von rund 40 % zu berechnen. Die volle Parteientschädigung ist auf insgesamt CHF 12'100.– festzusetzen. Ausgangsgemäss haben beide Parteien Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung. Nach Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche resultiert eine der Klägerin zustehende Parteientschädigung von 1/2 (3/4 - 1/4). Entsprechend ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 6'050.– zu bezahlen. Mangels Darlegung der fehlenden Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die Parteientschädigung praxisgemäss ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5).

- 86 - Das Handelsgericht beschliesst:

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