

# ZH\_HANDELSGERICHT HG230183 vom 19. Dezember 2025

Zh Handelsgericht, 2025-12-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG230183](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG230183)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG230183 du 19 décembre 2025

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG230183 del 19 dicembre 2025

## Erwägungen

### E. 1

Formelles

#### E. 1.1

Prozessvoraussetzungen Das streitgegenständliche Grundstück liegt in E.\_\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 3). Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO. Die sachliche Zuständigkeit folgt aus Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO sowie § 45 lit. b GOG (BGE 137 III 563 E. 3.4 S. 568-569). Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind gegeben.

#### E. 1.2

Anwendbares Verfahrensrecht Am 1. Januar 2025 trat die Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 17. März 2023 in Kraft (AS 2023 491). Die in Art. 407f ZPO genannten Bestimmungen finden auch auf bei Inkrafttreten bereits hängige Verfahren wie das vorliegende Anwendung. Im Übrigen gilt das bisherige Verfahrensrecht (nachfolgend als aZPO bezeichnet; Art. 404 Abs. 1 ZPO).

- 10 -

### E. 2

Materielles Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes "für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, an diesem Grundstück, sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person zum Schuldner haben".

#### E. 2.1

Aktivlegitimation Zur Geltendmachung des Anspruchs aktivlegitimiert ist der Handwerker oder Unternehmer (RAINER SCHUMACHER/PASCAL REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht,

#### E. 2.2

Passivlegitimation Der (realobligatorische) Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes richtet sich gegen die jeweilige Eigentümerschaft des Grundstücks (BGE 134 III 147 E. 4.3 S. 150; BGE 92 II 227 E. 1 S. 229-230). Die Beklagte ist Alleineigentümerin des zu belastenden Grundstücks. Folglich ist die Beklagte passivlegitimiert.

#### E. 2.3

Pfandforderung Pfandberechtigt sind "Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben" (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Die Klägerin stützt sich auf die Rechnung Nr. 10 vom 24. Februar 2023 für einen Nettowerklohn von insgesamt CHF 331'113.22; dazu berücksichtigt sie einen Rabatt von 3 %, einen Skonto von 2 %, Abzüge für Baustrom und Bauwasser von 1 % sowie Akontozahlungen von insgesamt CHF 220'000.00 (exkl. MWST; act. 1

- 11 - Rz. 12; act. 32 Rz. 98; act. 3/11; act. 33/36). Ausserdem akzeptiert die Klägerin einen zusätzlichen Abzug von 0.5 % zu Baustrom und Bauwasser für eine Spende an eine Stiftung (act. 1 Rz. 13, 14; act. 32 Rz. 48, 70; act. 3/12). Gemäss Art. 363 i.V.m. Art. 373 Abs. 1 und 3 OR ist der Besteller verpflichtet, eine zum voraus genau bestimmte Vergütung zu bezahlen, auch wenn die Fertigstellung des Werkes weniger Arbeit verursacht, als vorgesehen war. Wurde der Preis hingegen zum voraus entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt, so wird er nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt (Art. 374 OR).

### **E. 2.3.1**

Die Klägerin macht geltend, der Architekt habe den offenen Gesamtbetrag der Rechnung Nr. 10 vom 24. Februar 2023 im Umfang von CHF 96'967.50 unterschrieben anerkannt (act. 1 Rz. 14; act. 32 Rz. 70, 136; act. 3/12). Die Beklagte erachtet die Unterschrift auf der Rechnung Nr. 10 vom 24. Februar 2023 als gefälscht (act. 15 Rz. 1 S. 4, Rz. 6; act. 36 Rz. III.4.1). Der Architekt sei zum Zeitpunkt der Rechnungsstellung bereits ins Ausland verzogen und habe nach dem 15. Februar 2023 keine Rechnungen oder Sonstiges mehr genehmigen können (act. 36 Rz. III.85.4; dort irrtümlich mit dem Jahr 2024 datiert). Die Klägerin bestreitet dies, habe doch am 17. Februar 2023 eine gemeinsame Begehung der Baustelle stattgefunden (act. 45 Rz. 198). Gemäss Art. 178 ZPO besteht für die Bestreitung der Echtheit einer Urkunde eine qualifizierte Bestreitungslast. Die bestreitende Partei hat "konkrete Umstände darzutun, die beim Gericht ernsthafte Zweifel an der Echtheit des Urkundeninhalts oder der Unterschrift wecken" (BGer 4A\_197/2016 v. 04.08.2016 E. 4.2). Die Bestreitung der Beklagten genügt diesen Anforderungen nicht, stellt sie doch unkritisch auf das Datum der Nachkontrolle vom 15. Februar 2023 ab, obwohl sie die gemeinsame Begehung vom 17. Februar 2023 eingesteht (act. 59 Rz. 167). Es liegen auch keine konkreten Umstände vor, weshalb der Architekt nicht noch Ende Februar 2023 die Rechnung hätte visieren können. So erscheint jedenfalls unwahrscheinlich, dass dieser unmittelbar nach Niederlegung des Mandats die Schweiz dauerhaft verlassen und seinen Wohnsitz nach Italien verlegt hätte. Die Beklagte behauptet weder ein konkretes Datum des Wegzugs, noch ergibt sich dies aus den von ihr referenzierten Urkunden, obwohl

- 12 - sie vorbringt, einen Privatdetektiv beauftragt zu haben (act. 36 Rz. III.60.1; act. 37/39-41). Die Beklagte vermag somit keine ernsthaften Zweifel an der Echtheit der Unterschrift zu wecken. Von der Abnahme der beantragten Personalbeurteilungen und Editionen ist abzusehen. Das Beweisverfahren dient nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen (Ziffer 2.3.2.2.3 unten). Zudem wirkt sich die Frage der Echtheit nicht auf die Entscheidung aus, da der Architekt, wie zu zeigen ist, nicht zur Genehmigung von Rechnungen befugt war. Eine Schuldanerkennung ist eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Anerkennenden gegenüber dem Anerkennungsempfänger, diesem gegenüber eine Schuld zu haben (BGer 4A\_490/2024 v.

13.01.2025 E. 3.3; 4A\_459/2013 v. 22.01.2014 E. 3.3). Sie bewirkt eine Umkehr der Beweislast für die anerkannte Forderung (BGE 131 III 268 E. 3.2 S. 273 = Pra 95 [2006] Nr. 19; BGer 4A\_447/2018 v. 20.03.2019 E. 5.2.5; 4A\_459/2013 vom 22.01.2014 E. 3.3). Grundsätzlich ist bei der Abgabe einer Schuldanerkennung eine Stellvertretung möglich (INGEBORG SCHWEN- ZER/CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2020, Rz. 41.01). Die namens des Vertretenen abgegebene Willens- erklärung bindet den Vertreter, wenn (1) dieser über eine interne Bevollmächtigung i.S.v. Art. 32 Abs. 1 OR verfügte, (2) der Dritte aufgrund des Verhaltens des Ver- tretenen auf eine externe Vollmacht i.S.v. Art. 33 Abs. 3 OR schliessen konnte oder (3) der Vertretene das Rechtsgeschäft i.S.v. Art. 38 Abs. 1 OR genehmigte (BGE 146 III 37 E. 7.1 S. 45 = Pra 109 [2020] Nr. 36).

#### **E. 2.3.1.1**

Die interne Vollmacht des Architekten richtet sich nach Ziffer 4.3 des Ver- trages über Architekturleistungen mit der Beklagten vom 25. November 2021, wel- che im Wesentlichen Art. 1.3.3 der SIA-Ordnung 102 (2003) entspricht (act. 36 Rz. III.4.2; act. 37/4). Gemäss Ziffer 4.3 Satz 4 des Vertrags bzw. Art. 1.3.33 Satz 1 SIA-Ordnung 102 (2003) "vertritt der Architekt den Auftraggeber rechtsverbindlich, soweit es sich um Tätigkeiten handelt, die mit der Auftrags erledigung üblicherweise direkt zusammenhängen". Der Bauherr zieht den Architekten als "Fachmann für die Planung und Projektierung sowie für die Leitung und Überwachung der Bauausfüh- rung durch die Unternehmer" zu, behält sich im Normalfall jedoch Entscheidungen über finanzielle Verpflichtungen selbst vor (BGE 118 II 313 E. 2a S. 315-316; BGE

- 13 - 109 II 452 E. 5c S. 459-460). Eine weitergehende Bevollmächtigung ergibt sich auch nicht aus Art. 396 Abs. 2 OR. Im Übrigen ist unklar, inwieweit Art. 1.3.33 Satz 1 SIA-Ordnung 102 von Art. 396 OR abweicht (RUDOLF SCHWAGER/VALENTIN MONN, Die Vollmacht des Planers, in: Planerverträge, hrsg. von Hubert Stöckli/Tho- mas Siegenthaler, 2. Aufl. 2019, N 6.41 m.Hw.). Aus dem Verhältnis zwischen dem Bauherrn und der Bauleitung lässt sich keine Vollmacht zur Anerkennung der Schlussrechnung herleiten (BGE 118 II 313 E. 2a S. 315-316). Ein Fall von Dring- lichkeit nach Ziffer 4.3 Satz 2 des Vertrags liegt hinsichtlich der Anerkennung der Schlussrechnung nicht vor.

#### **E. 2.3.1.2**

Gemäss Art. 154 Abs. 3 SIA-Norm 118 gilt die Schlussrechnung mit dem Prüfungsbescheid der Bauleitung als beidseitig anerkannt. Die Bestimmung stellt eine externe Kundgabe der Vollmacht i.S.v. Art. 33 Abs. 3 OR dar (RAINER SCHU- MACHER/VALENTIN MONN, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, hrsg. von Peter Gauch/Hubert Stöckli, 2. Aufl. 2017, Anm. 24.1 zu Art. 154 SIA-Norm 118). Die SIA-Norm 118 gilt jedoch nicht als regelbildende Übung; die Parteien müssen ihre Anwendbarkeit vertraglich vereinbaren (BGE 118 II 295 E. 2a S. 296; BGer 4A\_455/2021 v. 26.01.2022 E. 5.2). Hinsichtlich der Vereinbarung der SIA-Norm 118 stützt sich die Klägerin auf den von der Bauleitung unterzeichneten Werkvertrag vom 22. Dezember 2022 (act. 1 Rz. 11; act. 32 Rz. 8, 30; act. 3/10). Die Beklagte macht geltend, der Werkvertrag vom 22. Dezember 2022 sei nicht rechtsgültig abgeschlossen worden (act. 36 Rz. III.4.1, 30.1). Die Beklagte erachtet die Unterschrift auf dem Werkvertrag vom 22. Dezember 2022 als gefälscht (act. 15 Rz. 1 S. 4, Rz. 6; act. 36 Rz. III.4.1). Mit dieser pauscha- len Bestreitung kommt die Beklagte ihrer Substanziierungslast nach Art. 178 ZPO nicht nach (Ziffer 2.3.1 oben). 2.3.1.2.1. Die

SIA-Ordnung 102 ermächtigt den Architekten weder zur Vergabe von Bauleistungen an Unternehmer noch zu Vertragsänderungen zu Lasten des Bauherrn (PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 6. Aufl. 2019, N 401; SCHWAGER/MONN, a.a.O., N 6.61, 6.82, 6.91 je m.Hw.; HANS RUDOLF SPIESS/MARIE-THERES HUSER,

- 14 - SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2023, N. 20 zu Art. 33 SIA-Norm 118; BRUNO STIERLI, *Die Architektenvollmacht*, 1988, N 550, 568). Dasselbe gilt nach der im Wesentlichen gleichen Regelung von Ziffer 4.3 des Vertrages über Architekturleistungen vom 25. November 2021 (Ziffer 2.3.1.1 oben). Ein Fall von Dringlichkeit nach Ziffer 4.3 Satz 2 des Vertrags liegt hinsichtlich des Abschlusses des Werkvertrags vom 22. Dezember 2022 nicht vor. Eine weitergehende Bevollmächtigung ergibt sich auch nicht aus Art. 396 Abs. 2 OR. Die Vergabe von Bauleistungen, die Änderung der im Werkvertrag festgelegten Preise zu Lasten des Bauherrn oder des Abrechnungsmodus gehören nicht zum Aufgabenbereich der Bauleitung (SCHWAGER/MONN, a.a.O., N 6.80, 6.91; STIERLI, a.a.O., N 218, 235, 243; je m.Hw.). Die Übertragung der Bauleitung beinhaltet deshalb keine entsprechende Bevollmächtigung i.S.v. Art. 32 Abs. 1 OR. 2.3.1.2.2. Der Umfang einer externen Vollmacht beurteilt sich nach Massgabe der erfolgten Kundgebung (Art. 33 Abs. 3 OR). Gemäss Art. 33 Abs. 2 SIA-Norm 118 vertritt die Bauleitung den Bauherrn gegenüber dem Unternehmer. Diese Vollmachtskundgabe bezieht sich jedoch auf die Zeit nach Abschluss des Bauwerkvertrags (GAUCH, a.a.O., N 279, 402; ROLAND HÜRLIMANN, in: *Kommentar zur SIA-Norm 118*, hrsg. von Peter Gauch/Hubert Stöckli, 2. Aufl. 2017, Anm. 11.1 zu Art. 33 SIA-Norm 118; SCHWAGER/MONN, a.a.O., N 6.66, 6.87; STIERLI, a.a.O., N 753). Für den Abschluss des Werkvertrags vom 22. Dezember 2022 kann sich die Klägerin deshalb nicht auf Art. 33 Abs. 2 SIA-Norm 118 stützen. Im Übrigen liesse sich aus der Bestimmung keine Vollmacht zur Anerkennung einer Forderung durch die Bauleitung ableiten (BGE 109 II 452 E. 5e S. 462; HÜRLIMANN, in: *Kommentar zur SIA-Norm 118*, a.a.O., Anm. 14.2 zu Art. 33 SIA-Norm 118). Im Übrigen setzt die externe Vollmacht die Kundgabe durch den Vertretenen gegenüber dem Dritten und die Gutgläubigkeit des letzteren voraus (BGE 131 III 511 E. 3.2 S. 518 = Pra 95 [2006] Nr. 66; BGE 120 II 197 E. 2b/cc S. 202). Die Kundgabe kann auch durch den Vertreter erfolgen (BGE 131 III 511 E. 3.2.1 S. 518 = Pra 95 [2006] Nr. 66). Im eigenen Interesse des Dritten ist jedoch nicht leichthin auf die Mitteilung durch den Vertreter abzustellen (BGE 99 II 39 E. 1 S. 42). Der Umfang der Mitteilung beurteilt sich nach dem Vertrauensprinzip (BGE 131 III 511

- 15 - E. 3.2.1 S. 518 = Pra 95 [2006] Nr. 66). Das tatsächliche Verhalten des Vertretenen muss nach Treu und Glauben auf einen Mitteilungswillen schliessen lassen (BGE 120 II 197 E. 2b/bb S. 200-201). Gemäss Darstellung der Klägerin habe der Verwaltungsrat der Beklagten jede Woche die Baustelle besucht und einen Rundgang gemacht (act. 32 Rz. 14); die Beklagte habe demnach während mehrerer Monate gewusst, dass auf der Baustelle Gipsarbeiten im Innen- und Aussenbereich sowie Malerarbeiten von der Klägerin ausgeführt würden (act. 32 Rz. 15); die Beklagte habe Kenntnis vom Auftreten des Architektenbüros gehabt (act. 32 Rz. 21). Die Beklagte bestreitet die Vertretungsbefugnis der Bauleitung (act. 36 Rz. III.4.2). Ausserdem treffe es nicht zu, dass der Verwaltungsrat der Beklagten jede Woche die Baustelle besucht und Rundgänge gemacht habe; zwischen Oktober 2020 und Juni 2023 habe dieser unter gesundheitlichen Problemen gelitten und sich sechs Operationen unterziehen müssen; zudem sei er zwischen dem 28. April 2022 und dem 6. Juli 2022 sowie zwischen dem 3. September 2022 und dem 19. Oktober 2022 auslandsabwesend gewesen (act. 36 Rz. III.9.1; act. 37/6-20). Die Beklagte stellt nicht in

Abrede, die Klägerin mit Gipsarbeiten auf ihrer Liegen- schaft betraut zu haben (Ziffer 2.3.2.1.1 unten). Der Verwaltungsrat der Beklagten hatte keinen Anlass zum Einschreiten gegen die Tätigkeit der Klägerin auf der Bau- stelle. Es ist somit nicht entscheidend, inwiefern er die Tätigkeit der Klägerin selber beobachtet oder beaufsichtigt hat, handelte es sich bei dieser doch um einen ge- wöhnlichen Vorgang zur Vertragserfüllung. Die von der Klägerin dargelegten Um- stände lassen deshalb nicht auf einen Mitteilungswillen der Beklagten hinsichtlich einer Bevollmächtigung der Bauleitung zur Vertragsänderung schliessen. Fraglich ist auch die Gutgläubigkeit der Klägerin. Gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB kann sich eine Person nicht auf den Schutz des guten Glaubens berufen, wenn sie bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen verlangt werden durfte, nicht gutgläubig sein konnte. Da eine Vertragsänderung nicht zum Aufgabenbereich der Bauleitung gehört (Ziffer 2.3.1.2.1 oben), müssen für die Annahme einer entspre- chenden Bevollmächtigung besondere Umstände vorliegen. Die blosser Einsetzung

- 16 - einer Bauleitung genügt nicht. Nachdem zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Werkvertrags vom 22. Dezember 2022, jedenfalls beim Abstellen auf die Aufstel- lung der Klägerin über die bereits geleisteten Arbeiten vom 1. November 2022 (Zif- fer 2.3.3.3 unten), die meisten Arbeiten bereits erledigt waren, ist kein Interesse der Beklagten an einer Vertragsänderung zu ihren Lasten ersichtlich. Aufgrund der zeit- lichen Verhältnisse konnte die Klägerin nicht darauf schliessen, dass die Beklagte mit einer entsprechenden Vertragsänderung einverstanden gewesen wäre. Viel- mehr erklärt sie zum (von der Beklagten allerdings im Inhalt bestrittenen; act. 36 Rz. III.22.2) Hintergrund des Werkvertrags vom 22. Dezember 2022, die Bauleitung habe gemeint, die Beklagte bzw. der einzelzeichnungsberechtigte Präsident des Verwaltungsrats der Beklagten würden grössere Summen nicht gerne sehen, und es werde deshalb wahrscheinlich Schwierigkeiten bei der Bezahlung geben (act. 32 Rz. 30). Demnach kann die Klägerin nicht als gutgläubig gelten. 2.3.1.2.3. Eine nachträgliche Genehmigung des Werkvertrags vom 22. Dezember 2022 durch die Beklagte i.S.v. Art. 38 Abs. 1 OR hat nicht stattgefunden. 2.3.1.2.4. Die Bauleitung konnte den Werkvertrag vom 22. Dezember 2022 nicht wirksam für die Beklagte unterzeichnen. Art. 154 Abs. 3 SIA-Norm 118 findet des- halb keine Anwendung. Ausserdem handelt es sich beim Prüfungsbescheid i.S.v. Art. 154 Abs. 2 SIA-Norm 118 nach allgemeiner Ansicht lediglich um eine deklara- torische Schuldanererkennung (GAUCH, a.a.O., N 1265, 1268a; SCHUMACHER/MONN, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, a.a.O., Anm. 25.2 zu Art. 154 SIA-Norm 118; SPIESS/HUSER, a.a.O., N. 23 zu Art. 154 SIA-Norm 118). Eine externe Vollmacht müsste sich deshalb alleine auf Art. 33 Abs. 3 OR stützen. Für die Auferlegung erheblicher finanzieller Verpflichtungen bedarf die Bauleitung einer ausdrücklichen Ermächtigung (BGE 118 II 313 E. 2a S. 315; BGE 109 II 452 E. 5c S. 459-460). Nur unter besonderen Umständen wäre die Klägerin zur An- nahme berechtigt, die Bauleitung sei trotz fehlender Sondervollmacht bzw. unter- bliebener Vollmacht kundgabe durch den Bauherrn zur Anerkenntnis von Rech- nungen ermächtigt (BGE 118 II 313 E. 2a S. 316). Solche Umstände liegen nicht vor.

- 17 -

### **E. 2.3.1.3**

Eine nachträgliche Genehmigung der Rechnung Nr. 10 vom 24. Februar 2023 durch die Beklagte i.S.v. Art. 38 Abs. 1 OR liegt nicht vor.

### **E. 2.3.1.4**

Die Klägerin kann ihre Forderung nicht auf die unterzeichnete Rechnung Nr. 10 vom 24. Februar 2023 im Umfang von CHF 96'967.50 stützen.

### **E. 2.3.2**

Die Rechnung Nr. 10 vom 24. Februar 2023 weist für Gipserarbeiten innen und aussen einen Nettowerklohn (exkl. Abzüge für Rabatt, Skonto, Baustrom sowie Zuschlag für MWST) von CHF 256'817.00 aus (act. 1 Rz. 12; act. 3/11).

#### **E. 2.3.2.1**

Zwischen den Parteien ist streitig, auf welcher Grundlage ein Werkvertrag zustande gekommen ist. 2.3.2.1.1. Die Parteien streiten sich zunächst darüber, ob das Angebot Nr. 5 vom 24. September 2021 über CHF 190'630.80 oder das Angebot Nr. 6 vom 16. Oktober 2022 über CHF 190'630.80 von der Beklagten angenommen worden sei. Beide Angebote gehen von einem identischen Werklohn von CHF 190'630.80 aus (act. 36 Rz. III.15.1, 15.3, 16.1; act. 3/5; act. 3/6). Die Klägerin machte somit rund ein Jahr später keine zwischenzeitliche Teuerung geltend (act. 36 Rz. III.15.3). Gemäss Darstellung der Klägerin beruhen beide Angebote auf Plänen und Angaben der Ausmasse des Architekten (act. 1 Rz. 8; act. 32 Rz. 18, 22, 23). Bei einem Vergleich der beiden Urkunden ergeben sich abgesehen von Datum und Angebots-Nr. keine textlichen Unterschiede (act. 3/5; act. 3/6). Obwohl sich die Parteien auf unterschiedliche Urkunden stützen, resultieren keine inhaltlichen Differenzen. Damit besteht eine grundsätzliche Übereinstimmung der Parteien über die Annahme eines entsprechenden Angebots. Das Zustandekommen des Vertrages ist somit vorzusetzen und der Streitgegenstand auf die Auslegung und gegebenenfalls Ergänzung des Vertrags zu beschränken (sog. reiner Auslegungsstreit; BGer 4C.240/2003 v. 03.12.2003 E. 3.1). 2.3.2.1.2. Demgegenüber beruht das Angebot Nr. 7 vom 16. Oktober 2022 über CHF 276'591.90 gemäss Darstellung der Klägerin auf dem nachträglich vor Ort aufgenommenen Ausmass (act. 1 Rz. 8; act. 32 Rz. 24; act. 3/7). Bei einem Vergleich der Urkunde mit den vorhergehenden Angeboten zeigen sich teilweise andere Aus-

- 18 -  
masse und eine weitere Position 14 "Vorsatzschalen mit Metallkonstruktion Zusatzarbeit" (act. 3/5; act. 3/6; act. 3/7). Damit besteht zwischen den Parteien eine grundsätzliche Differenz über das Zustandekommen dieses Vertrags. Die Klägerin hat den Vertragsschluss deshalb in Einzeltatsachen zergliedert darzulegen (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1 S. 523 = Pra 108 [2019] Nr. 87; BGE 127 III 365 E. 2b S. 368; BGer 4A\_522/2024 v. 07.05.2025 E. 3). Nach Darstellung der Klägerin habe der Architekt das Angebot namens und im Auftrag der Beklagten telefonisch genehmigt (act. 32 Rz. 24). Die Bauleitung selbst ist nicht zum Vertragsschluss befugt (Ziffer 2.3.1.2.1 oben). Art. 33 SIA-Norm 118 ist nicht anwendbar (Ziffer 2.3.1.2.2 oben). Aus dieser Bestimmung liesse sich ohne hin keine Vollmacht der Bauleitung zum Vertragsabschluss ableiten (GAUCH, a.a.O., N 402; HÜRLIMANN, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, a.a.O., Anm. 11.1 zu Art. 33 SIA-Norm 118; SCHWAGER/MONN, a.a.O., N 6.87). Die Bauleitung ist auch nicht berechtigt, den Abrechnungsmodus zu verändern (HÜRLIMANN, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, a.a.O., Anm. 7.5 zu Art. 33 SIA-Norm 118; STIERLI, a.a.O., N 243). Die Beklagte hat das Angebot Nr. 7 vom 16. Oktober 2022 über CHF 276'591.90 nicht rechtswirksam angenommen. 2.3.2.1.3. Dem Inhalt des Werkvertrags vom 22. Dezember 2022 kommt bereits nach eigener Darstellung der Klägerin für den Inhalt der Arbeiten keine Bedeutung zu. Im Übrigen ist er nicht wirksam abgeschlossen worden (Ziffer 2.3.1.2 oben).

#### **E. 2.3.2.2**

Das Angebot Nr. 5 vom 24. September 2021 bzw. Nr. 6 vom 16. Oktober 2022 gelangt gestützt auf das plangemässe Ausmass zu einem zu zahlenden Werklohn von CHF 190'630.80 (inkl. MWST). Die Vergütung zu Einheitspreisen stellt eine feste Übernahme i.S.v. Art. 373 OR dar (BGE 113 II 513 E. 3b S. 516; BGer 4A\_156/2018 v. 24.04.2019 E. 4.1; 4C.88/2005 v. 08.07.2005 E. 2; GAUCH, a.a.O., N 929). 2.3.2.2.1. Die Nennung einer fixen Geldsumme als Ergebnis von Einheitspreis und Mengenannahme lässt nicht auf einen Pauschalpreis schliessen (BGer 4A\_109/2019 v. 06.09.2019 E. 3.3; 4A\_156/2018 v. 24.04.2019 E. 4.1).

- 19 - Die Klägerin stützt sich auf Mengen in der Rechnung vom 24. Februar 2023 (act. 1 Rz. 12; act. 32 Rz. 49; act. 3/11). Damit rechnet sie sinngemäss nach dem effektiven Ausmass ab. Die Beklagte ist dagegen der Ansicht, es sei sinngemäss ein plangemässes Ausmass vereinbart worden; da es sich um den Umbau einer bestehenden Liegenschaft handle, wobei die Gebäudehülle und das Treppenhaus unangetastet geblieben seien, seien die Gestaltungsmöglichkeiten eingeschränkt gewesen (act. 36 Rz. III.32.3). Es beurteilt sich nach dem Inhalt des konkreten Vertrages, ob jeweils das planmässige oder das tatsächliche Ausmass massgebend ist (BGer 4A\_418/2012 v. 03.12.2012 E. 7.3; 4C.385/2005 v. 31.01.2006 E. 6; 4C.88/2005 v. 08.07.2005 E. 2; SCHUMACHER/MONN, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, a.a.O., Anm. 9.2 zu Art. 141 SIA-Norm 118; GAUCH, a.a.O., N 917, 927). Eine natürliche Vermutung spricht für die Massgeblichkeit des tatsächlichen Ausmasses (GAUCH, a.a.O., N 927; SCHUMACHER/MONN, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, a.a.O., Anm. 9.3 zu Art. 141 SIA-Norm 118). Die Beweislast für die Vereinbarung des plangemässen Ausmasses trägt im Sinne von Art. 8 ZGB diejenige Partei, welche sich darauf beruft (GAUCH, a.a.O., N. 927; SCHUMACHER/MONN, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, a.a.O., Anm. 9.3 zu Art. 141 SIA-Norm 118; SPIESS/HUSER, a.a.O., N. 10 zu Art. 143 SIA-Norm 118). Die Beklagte vermag die Vermutung zu Gunsten des tatsächlichen Ausmasses nicht zu widerlegen. Entscheidend sind weniger die abstrakten Möglichkeiten von Planabweichungen, als vielmehr die Qualität der konkret gelieferten Pläne. Es ist weder dargelegt noch ersichtlich, von welcher Qualität die von der Beklagten zur Verfügung gestellten Ausschreibungsunterlagen waren. Die Beklagte vermag keine Umstände nachzuweisen, welche die Vermutung zu Gunsten des tatsächlichen Ausmasses zu widerlegen vermögen. Folglich ist von einem Einheitspreis nach tatsächlichem Ausmass auszugehen. 2.3.2.2.2. Die Beweislast für die Menge der zu einem Einheitspreis geleisteten Einheiten liegt beim Unternehmer (BGer v. 27.07.1994, SJ 1995, 82, E. 3b/aa;

- 20 - GAUCH, a.a.O., N 917; PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, hrsg. von Peter Gauch/Hubert Stöckli, 2. Aufl. 2017, Anm. 6.3 zu Art. 39 SIA-Norm 118; SCHUMACHER/MONN, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, a.a.O., Anm. 2.2 zu Art. 141 SIA-Norm 118; SPIESS/HUSER, a.a.O., N. 18 zu Art. 141 SIA-Norm 118). Die Beklagte anerkennt ein tatsächliches Ausmass im Umfang des Angebots Nr. 5 vom 24. September 2021 (act. 36 Rz. III.36.1); im Übrigen bestreitet sie das Ausmass (act. 36 Rz. III.19.1). Im darüber hinausgehenden Umfang ist die Klägerin beweiselastet. Die Klägerin stützt sich auf die der Bauleitung mit E-Mail vom 1. November 2022 zugestellte Auflistung sämtlicher bereits geleisteter Arbeiten, welche der Architekt telefonisch genehmigt habe (act. 32 Rz. 46; act. 33/22). Sie habe die Ausmessungen jeweils vor Ort vorgenommen und in ihren Angeboten, Nachträgen und in der Schlussrechnung angegeben (act. 32 Rz. 45, 84). Über andere als die in den Angeboten und Nachträgen aufgeführten

Ausmasse verfüge die Klägerin nicht (act. 32 Rz. 84). Die Beklagte bestreitet eine Genehmigung des Ausmasses (act. 36 Rz. III.33). Sie macht geltend, es fehle an der gemeinsamen Feststellung des Ausmasses; eine einseitige Aufnahme des Ausmasses sei für die Beklagte nicht verbindlich (act. 36 Rz. III.32.4). Die Beklagte habe der Klägerin mit E-Mail vom 5. September 2023 angeboten, das Ausmass gemeinsam aufzunehmen (act. 36 Rz. III.32.5; act. 37/25). Die Klägerin verweigere jedoch die gemeinsame Aufnahme des Ausmasses (act. 15 Rz. 1 S. 3; act. 36 Rz. III.32.4, 32.5, 39.1, 100). Bei der gegenseitigen Anerkennung des Ausmasses durch die Bauleitung handelt es sich um eine gemeinsame Vorstellungsäusserung (GAUCH, a.a.O., N 921; SCHUMACHER/MONN, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, a.a.O., Anm. 9.3 zu Art. 142 SIA-Norm 118). Sie bewirkt eine tatsächliche Vermutung, welche durch den blossen Gegenbeweis entkräftet werden kann (BGer v. 27.07.1994, SJ 1995, 82, E. 3b/aa; GAUCH, a.a.O., N 921; SCHUMACHER/MONN, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, a.a.O., Anm. 9.4, 9.5 zu Art. 142 SIA-Norm 118 m.Hw. auf die obergerichtliche Rechtsprechung; SCHWAGER/MONN, a.a.O., N 6.102 m.Hw. auf die obergerichtliche

- 21 - Rechtsprechung). Die Aufnahme des Ausmasses gehört zu den Aufgaben des Planners (SCHWAGER/MONN, a.a.O., N 6.102; SCHUMACHER/MONN, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, a.a.O., Anm. 9.2 zu Art. 142 SIA-Norm 118). Eine gemeinsame Aufnahme des Ausmasses setzt jedoch in der Regel die gleichzeitige Anwesenheit von Bauleitung und Unternehmer voraus (SCHUMACHER/MONN, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, a.a.O., Anm. 4.1 zu Art. 142 SIA-Norm 118). Die Bauleitung könnte die Beklagte bei der Massaufnahme zwar wirksam vertreten. Es liegt jedoch weder eine beiderseitig schriftliche Massurkunde vor, noch hat eine gemeinsame Aufnahme des Masses stattgefunden. Soweit die Klägerin behauptet, sie habe den Präsidenten des Verwaltungsrats der Beklagten jeweils über alle erbrachten Arbeiten informiert (act. 32 Rz. 52, 79), stützt sie diese Behauptung – soweit ersichtlich – auf E-Mail-Korrespondenz ab dem 7. Mai 2023. Mit E-Mail vom 7. Mai 2023 leitete die Klägerin der Beklagten Angebote, Rechnungen und Werkvertrag weiter (act. 32 Rz. 79; act. 36 Rz. III.39.1; act. 33/32). Diese E-Mail konnte die Beklagte jedoch nicht erreichen, da die Klägerin sich in der Domain der E-Mail-Adresse vertippte (vgl. act. 33/31 S. 2; act. 33/32 S. 1; act. 37/27). Daraufhin sandte die Klägerin die E-Mail am 14. Mai 2023 erneut der Beklagten (act. 36 Rz. III.39.1; act. 37/27). Die Parteien führten sodann im Oktober 2023, d.h. nachdem das vorliegende Verfahren bereits rechtshängig war, aussergerichtliche Vergleichsgespräche (act. 32 Rz. 79; act. 36 Rz. III.39.2). Die Klägerin behauptet, sie habe der Beklagten am 23. Oktober 2023 auf der Baustelle angezeigt, welche Arbeiten sie ausgeführt habe (act. 32 Rz. 79, 84). Der Präsident des Verwaltungsrats der Beklagten habe gemeint, die Vorgehensweise bei der Messung der Ausmasse für die Angebote und Nachträge sei sehr genau, und er vertraue auf die Richtigkeit der Ausmasse (act. 32 Rz. 52, 84). Dabei verweist die Klägerin auf die Ausmasse in den Angeboten und Nachträgen; die Klägerin habe jeweils ihre Ausmessungen vor Ort notiert und aufgenommen; über andere Ausmasse verfüge die Klägerin nicht (act. 32 Rz. 84). Die Beklagte bestreitet, je gesagt zu haben, dass sie die Art und Weise, wie die Klägerin das Ausmass berechnet habe, sehr genau gefunden und auf die in den Angeboten und Nachträgen angegebenen Ausmasse vertraue (act. 36 Rz. III.39.1).

- 22 - Auch nach Darstellung der Klägerin fand nach Abschluss der Arbeiten keine Massaufnahme mehr statt. Unter diesen Umständen gibt es kein Ausmass, welches die Beklagte

hätte anerkennen können. Eine im Rahmen des Versuchs einer gütlichen Einigung allenfalls geäusserte Ansicht der Beklagten stellt keine Anerkennung dar. Die Klägerin kann sich deshalb nicht auf eine gegenseitige Anerkennung des Ausmasses stützen. Die Klägerin stützt sich im Zusammenhang mit dem Ausmass nicht auf die unterzeichnete Kopie der Rechnung Nr. 10 vom 24. Februar 2023 (act. 3/12). Diese enthält nur die Seiten 3 und 4. Sie vermag deshalb von vornherein keine gegenseitige Anerkennung des Ausmasses nachzuweisen. 2.3.2.2.3. Da das Ausmass streitig ist, trägt die Klägerin die Behauptungs- und Beweislast für dessen Aufnahme. Insbesondere bedarf es einer Darlegung der von der Klägerin ausgeführten Arbeiten. Im Anwendungsbereich des Verhandlungsgrundsatzes haben die Parteien "dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben" (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Ein Beweisverfahren setzt entsprechende Tatsachenbehauptungen voraus (BGE 148 III 84 E. 3.3.1 S. 92; BGE 144 III 64 E. 2.1 S. 68-69; je m.Hw.). Das Beweisverfahren dient insbesondere "nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, sondern setzt solche vielmehr voraus" (BGE 144 III 64 E. 2.1 S. 68-69; BGer 5A\_126/2024 v. 17.12.2024 E. 3.4.6.2 m.Hw.). Die Klägerin hat die Rechnung Nr. 10 vom 24. Februar 2023 in die Rechtsschrift kopiert (act. 32 Rz. 49); zudem verweist sie auf Bildaufnahmen in den Beilagen (act. 32 Rz. 50; act. 33/23-24). Die Beklagte macht geltend, die Klägerin könne sich nicht einfach mit dem Hineinkopieren von Fotos in die Rechtsschrift begnügen (act. 36 Rz. III.36.1). Die Tatsachenbehauptungen müssen "so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann" (BGE 136 III 322 E. 3.4.2 S. 327-328). Tabellenförmige Zusammenstellungen mit

- 23 - stichwortartigen oder vagen Beschreibungen genügen diesen Anforderungen nicht (BGer 4A\_226/2023 v. 10.10.2023 E. 3.1.1 m.Hw.). Sodann ist der Behauptungs- und Substanziierungslast grundsätzlich in den Rechtsschriften nachzukommen (BGer 4A\_455/2023 v. 23.02.2024 E. 4.3.2; 4A\_415/2021 v. 18.03.2022 E. 5.4.1). Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt in der Regel nicht (BGE 147 III 440 E. 5.3 S. 448-449 m.Hw.; BGer 4A\_415/2021 v. 18.03.2022 E. 5.4.1). Es liegt "weder am Gericht noch an der Gegenpartei, die Sachdarstellung aus den Beilagen zusammenzusuchen und danach zu forschen, ob sich aus den Beilagen etwas zu Gunsten der behauptungsbelasteten Partei ableiten lässt" (BGer 4A\_415/2021 v. 18.03.2022 E. 5.4.1 m.Hw.). Letzteres gilt auch für hineinkopierte Beilagen wie die Rechnung Nr. 10 vom 24. Februar 2023. Mit der blossen wortwörtlichen bzw. bildlichen Wiedergabe der Rechnung Nr. 10 vom 24. Februar 2023 und der Verweisung auf Beilagen genügt die Klägerin ihrer Behauptungs- und Substanziierungslast nicht. Ist die Aufnahme des tatsächlichen Ausmasses nicht mehr möglich, gilt das planmässige theoretische Ausmass als tatsächliche Vermutung (SPIESS/HUSER, a.a.O., N. 17 zu Art. 142 SIA-Norm 118, N. 4 zu Art. 143 SIA-Norm 118). Es bleibt damit beim von der Beklagten anerkannten planmässigen Ausmass.

### **E. 2.3.2.3**

Im Ergebnis ist kein über das Angebot Nr. 5 vom 24. September 2021 bzw. Nr. 6 vom 16. Oktober 2022 hinausgehendes Ausmass erstellt. Die Klägerin hat Anspruch auf einen Nettowerklohn für Gipsarbeiten innen und aussen von CHF 182'841.00 (act. 3/5; act. 3/6).

### **E. 2.3.3**

Die Rechnung Nr. 10 vom 24. Februar 2023 weist für Zusatzarbeiten gemäss Nachtrag 1 Nr. 8 vom 23. September 2022 einen Nettowerklohn (exkl. Abzüge für Rabatt, Skonto,

Baustrom sowie Zuschlag für MWST) von CHF 63'255.00 aus (act. 1 Rz. 12; act. 3/8; act. 3/11). Mangels wirksamer Vereinbarung der SIA-Norm 118 besteht grundsätzlich kein einseitiges Änderungsrecht des Bauherrn i.S.v. Art. 84 Abs. 1 SIA-Norm 118. In Frage kommt deshalb nur eine einvernehmliche Beststellungsänderung. Dementsprechend bestimmt sich eine Mehrvergütung nach Art. 373 und 374 OR (BGE 143

- 24 - III 545 E. 4.4.2 S. 547-548; BGer 4A\_465/2017 v. 02.05.2018 E. 2; 4A\_183/2010 v. 27.05.2010 E. 3.2).

#### **E. 2.3.3.1**

Die Behauptungs- und Beweislast für eine Beststellungsänderung trägt der Unternehmer, welcher daraus eine entsprechende Mehrforderung ableitet (Art. 8 ZGB; BGer 4A\_465/2017 v. 02.05.2018 E. 2; 4C.23/2004 v. 14.12.2004 E. 4.1). Der Unternehmer hat nachzuweisen, "wer welche Beststellungsänderung vorgenommen und welche Nachtragsleistungen angefordert haben soll" (BGer 4A\_605/2020 v. 24.03.2021 E. 5.4.2.2). Gemäss Darstellung der Klägerin habe der Architekt der Klägerin laufend neue Aufgaben erteilt (act. 32 Rz. 25). Die im Nachtrag 1 Nr. 8 vom 23. September 2022 aufgeführten Positionen würden sich zum Teil auf bereits geleistete und zum Teil auf noch auszuführende Arbeiten beziehen; Position 8 von Nachtrag 1 beruhe auf dem Wunsch der Beklagten, die Deckenträger zu verkleiden, und sei vom Architekten entsprechend in Auftrag gegeben worden (act. 32 Rz. 26). Zum Beweis offeriert die Klägerin Korrespondenz über eine Messaging-App zwischen der Klägerin und der Bauleitung von 22. April 2022 bis 30. Dezember 2022 (act. 32 Rz. 25; act. 33/16). Der Behauptungs- und Substanziierungslast ist grundsätzlich in den Rechtsschriften nachzukommen (Ziffer 2.3.2.2.3 oben). Ist die Verweisung auf eine als Beilage eingereichte Urkunde zur Erfüllung der Behauptungs- und Substanziierungslast ausnahmsweise zulässig, genügt es nicht, diese als Beweisofferte anzuführen, sondern es muss aus der Rechtsschrift eindeutig hervorgehen, welche Informationen aus der Beilage die Partei zu ihren Tatsachenbehauptungen erhebt (BGer 4A\_455/2023 v. 23.02.2024 E. 4.3.2). Die Klägerin kommt ihrer Behauptungslast durch die Verweisung auf die als Beilage eingereichte Textkorrespondenz nicht nach. Aus der Beweisofferte der Klägerin ergibt sich weder, dass die Klägerin den Inhalt der Beilage zu ihren Tatsachenbehauptungen erheben will, noch welche Informationen davon umfasst sein sollen. Die Verwertung der Beilage würde auf ein verpöntes Durchforsten nach Informationen, welche für den pauschal vorgetragenen Standpunkt der Klägerin sprechen,

- 25 - hinauslaufen. Demnach fehlt es an hinreichenden Tatsachenbehauptungen, um die angebotenen Beweismittel abzunehmen. Hinreichende Tatsachenbehauptungen liegen einzig hinsichtlich der von der Beklagten gewünschten Verkleidung der Deckenträger gemäss Position 8 von Nachtrag 1 Nr. 8 vom 23. September 2022 vor (act. 32 Rz. 26). Die Beklagte hat dieser Darstellung nicht widersprochen (act. 36 Rz. III.18.1); vielmehr anerkennt sie, die Ausführung von Position 8 von Nachtrag 1 Nr. 8 vom 23. September 2022 bestellt zu haben (act. 36 Rz. III.68; act. 3/8). Demnach ist zugestanden, dass sich die Parteien zusätzlich über die Einkleidung der 8 Deckenträger zu einem Einheitspreis von je CHF 2'140.00 einigten. Im Übrigen hat die Klägerin das Zustandekommen der im Nachtrag 1 Nr. 8 vom 23. September 2022 enthaltenen Beststellungsänderung nicht dargelegt.

#### **E. 2.3.3.2**

Gemäss Art. 6 OR gilt ein Vertrag als abgeschlossen, wenn der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird, sofern wegen der besonderen Natur des Geschäftes

oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist (Art. 6 OR). Auf das kaufmännische Bestätigungsschreiben findet die Bestimmung analoge Anwendung (BGE 114 II 250 E. 2a S. 251; BGE 100 II 18 E. 3a S. 22). Eine konstitutive Wirkung entfällt jedoch insoweit, als der Inhalt des Schreibens "vom Verhandlungsergebnis derart abweicht, dass nach Treu und Glauben nicht mehr mit dem Einverständnis des Empfängers gerechnet werden darf" (BGE 114 II 250 E. 2a S. 251-252). Die Klägerin adressierte das Angebot betreffend Nachtrag 1 Nr. 8 vom 23. September 2022 über CHF 64'759.58 an den einzelzeichnungsberechtigten Präsidenten des Verwaltungsrats der Beklagten (act. 32 Rz. 49 S. 25-26; act. 3/4; act. 3/8). Die Beklagte bestreitet, je über Nachträge informiert worden zu sein (act. 15 Rz. 5). Die Beklagte hat das Angebot unstreitig nicht unterzeichnet (act. 15 Rz. 5; act. 3/8). Nach dem Vertrauensprinzip ist der als "Angebot" bezeichnete Nachtrag als Offerte zur Vereinbarung einer Beststellungsänderung zu verstehen. Eine ausdrückliche Annahme der Offerte hat nicht stattgefunden. Damit lässt sich eine solche einzig über

- 26 - Art. 6 OR fingieren. Angesichts der Bestreitung durch die Beklagte wäre die Klägerin gehalten gewesen, die Zustellung des Angebots hinreichend substantiiert zu behaupten und entsprechende Beweise anzubieten (Ziffer 2.3.2.1.2 oben). Ihrer Substanziierungslast ist die Klägerin nicht nachgekommen. Vielmehr behauptet sie in teilweisem Widerspruch zu ihrer eigenen Adressierung des Angebots an den Präsidenten des Verwaltungsrats der Beklagten, für die Beklagte sei stets das Architekturbüro aufgetreten (vgl. act. 32 Rz. 20, 28). Die Anwendung von Art. 6 OR scheitert deshalb bereits an einer hinreichend behaupteten und bewiesenen Zustellung des Angebots an den angegebenen Adressaten. Bei einer Beststellungsänderung ist es schliesslich auch unüblich, von einer stillschweigenden Annahme auszugehen. Es sind keine Umstände ersichtlich, welche eine solche nahelegen würden. Dagegen spricht auch der Umstand, dass das Angebot sowohl bereits geleistete als auch noch auszuführende Arbeiten umfassen soll. Soweit das Angebot betreffend Nachtrag 1 Nr. 8 vom 23. September 2022 über CHF 64'759.58 hingegen als blosses Bestätigungsschreiben zu verstehen ist, bleibt fraglich, ob es sich noch im Rahmen der vorgängigen Verhandlungen bewegt. Abgesehen von Position 8 von Nachtrag 1 Nr. 8 vom 23. September 2022 liegen keine hinreichenden Behauptungen über den Inhalt der Verhandlungen vor, welche eine Beurteilung erlauben würden. Die Beklagte hat das Angebot betreffend Nachtrag 1 Nr. 8 vom 23. September 2022 über CHF 64'759.58 demnach nicht stillschweigend angenommen.

### **E. 2.3.3.3**

Die Klägerin macht geltend, der Architekt habe den gemäss Abrechnung vom 1. November 2022 offenen Betrag von CHF 174'244.85 genehmigt und mit Werkvertrag vom 22. Dezember 2022 die offene Summe von CHF 187'365.60 bestätigt (act. 32 Rz. 30; act. 3/10). Die der Bauleitung mit E-Mail vom 1. November 2022 zugestellte Auflistung sämtlicher bereits geleisteter Arbeiten führt einen Nettowerklohn von CHF 320'677.00 (exkl. Abzüge für Rabatt, Skonto, Baustrom sowie Zuschlag für MWST) auf; davon entfällt ein Nettowerklohn von CHF 54'085.00 auf Nachtragsarbeiten "Mai bis 10. Oktober", ein Nettowerklohn von 80 Stunden zu je CHF 85.00 auf Nachtragsa-

- 27 - rbeiten "11. Oktober bis November" und ein Nettowerklohn von 160 m<sup>2</sup> zu je CHF 35.00 auf "2.DG. Holzunterkonstruktion montage inkl. Material" (act. 32 Rz. 27; act. 33/22). Die Beträge decken sich nicht mit dem Angebot betreffend Nachtrag 1 Nr. 8 vom 23. September 2022 über einen Nettowerklohn von CHF 63'255.00 (act. 32 Rz. 49 S. 25-26; act. 3/8). Es ist nicht nachvollziehbar, ob und wie sich der Nachtrag 1 in der Auflistung vom

1. November 2022 widerspiegelt. Der von der Bauleitung unterzeichnete Werkvertrag vom 22. Dezember 2022 führt in seinem Anhang als Offertsumme einen Nettowerklohn von CHF 182'841.00 (exkl. Abzüge für Rabatt, Skonto sowie Zuschlag für MWST) auf (act. 32 Rz. 30). Die Differenz zum Nettowerklohn gemäss Aufstellung vom 1. November 2022 beträgt CHF 137'836.00. Die in der Aufstellung vom 1. November 2022 berücksichtigten Akontozahlungen belaufen sich jedoch bereits auf insgesamt CHF 140'000.00. Die Summe des Nettowerklohns hätte sich damit zwischen dem 1. November 2022 und dem 22. Dezember 2022 (leicht) reduziert. Im Übrigen würde ein Rabatt von 3 % auf CHF 182'841.00 einer Reduktion um CHF 5'485.23 entsprechen, während die Aufstellung diesen mit CHF 5'320.60 beziffert. Es ist nicht nachvollziehbar, ob und wie sich der Nachtrag 1 im Werkvertrag vom 22. Dezember 2022 widerspiegelt. Die der Bauleitung mit E-Mail vom 1. November 2022 zugestellte Auflistung und der von der Bauleitung unterzeichnete Werkvertrag vom 22. Dezember 2022 können bereits mangels Nachvollziehbarkeit der Zusammensetzung der aufgeführten Beträge nicht der Anerkennung des Nettowerklohns für Zusatzarbeiten gemäss Nachtrag 1 Nr. 8 vom 23. September 2022 dienen. Zudem ist die Bauleitung nicht zur Anerkennung einer Forderung für den Bauherrn befugt (Ziffer 2.3.1.1 oben).

#### **E. 2.3.3.4**

Der Unternehmer trägt die Beweislast dafür, welche Leistungen vergütungspflichtigen Mehraufwand darstellen (BGer 4A\_35/2021 v. 15.11.2022 E. 3.1.1 m.Hw.; GAUCH, a.a.O., N 786, 906). Tatsachenbehauptungen liegen nur hinsichtlich Position 8 von Nachtrag 1 Nr. 8 vom 23. September 2022 vor (act. 32 Rz. 26). Im Übrigen hat die Klägerin lediglich den Nachtrag 1 Nr. 8 vom 23. September 2022 in die Rechtschrift kopiert (act. 32 Rz. 49; act. 3/8). Mit der blossen wortwörtlichen bzw. bildlichen Wiedergabe von Nachtrag 1 Nr. 8 vom 23. September 2022 genügt

- 28 - die Klägerin ihrer Behauptungs- und Substanziierungslast nicht (Ziffer 2.3.2.2.3 oben).

#### **E. 2.3.3.5**

Im Ergebnis ist erstellt, dass sich die Parteien zusätzlich über die Einkleidung der 8 Deckenträger zu einem Einheitspreis von je CHF 2'140.00 einigten. Im Übrigen sind weitere vergütungspflichtige Mehrleistungen gemäss Nachtrag 1 Nr. 8 vom 23. September 2022 nicht erstellt. Die Klägerin hat Anspruch auf einen Nettowerklohn von CHF 17'120.00 aus dem Nachtrag 1 Nr. 8 vom 23. September 2022.

#### **E. 2.3.4**

Die Rechnung Nr. 10 vom 24. Februar 2023 weist für Zusatzarbeiten gemäss Nachtrag 2 Nr. 9 vom 22. Dezember 2022 einen Nettowerklohn (exkl. Abzüge für Rabatt, Skonto, Baustrom sowie Zuschlag für MWST) von CHF 11'041.22 aus (act. 1 Rz. 12; act. 3/9; act. 3/11). Mangels wirksamer Vereinbarung der SIA-Norm 118 besteht grundsätzlich kein einseitiges Änderungsrecht des Bauherrn i.S.v. Art. 84 Abs. 1 SIA-Norm 118. In Frage kommt deshalb nur eine einvernehmliche Bestellungsänderung. Dementsprechend bestimmt sich eine Mehrvergütung nach Art. 373 und 374 OR (Ziffer 2.3.3 oben).

#### **E. 2.3.4.1**

Der Unternehmer trägt die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass der Besteller Bestellungsänderungen vorgenommen oder Nachtragsleistungen angefordert hat (Ziffer

2.3.3.1 oben). Gemäss Darstellung der Klägerin habe der Architekt der Klägerin laufend neue Auf- gaben erteilt (act. 32 Rz. 25). Die im Nachtrag 2 Nr. 9 vom 22. Dezember 2022 auf- geführten Positionen würden sich auf noch auszuführende Arbeiten beziehen (act. 32 Rz. 26). Zum Beweis offeriert die Klägerin Korrespondenz über eine Mes- saging-App zwischen der Klägerin und der Bauleitung von 22. April 2022 bis 30. Dezember 2022 und von Januar 2023 (act. 32 Rz. 25; act. 33/15; act. 3/16). Die Klägerin kommt ihrer Behauptungslast durch die Verweisung auf die als Beilage eingereichte Textkorrespondenz nicht nach (Ziffer 2.3.3.1 oben). Hinsichtlich des Nachtrags 2 liegen zu keiner Position hinreichende Tatsachenbehauptungen vor.

- 29 - Die Klägerin hat das Zustandekommen der im Nachtrag 2 Nr. 9 vom 22. Dezember 2022 enthaltenen Beststellungsänderung nicht dargelegt.

#### **E. 2.3.4.2**

Zum Schweigen auf einen Antrag und zum kaufmännischen Bestätigungs- schreiben wird in rechtlicher Hinsicht auf die vorstehenden Erwägungen im Zusam- menhang mit Nachtrag 1 verwiesen (Ziffer 2.3.3.2 oben). Die Klägerin adressierte das Angebot betreffend Nachtrag 2 Nr. 9 vom 22. Dezem- ber 2022 über CHF 11'891.40 an den einzelzeichnungsberechtigten Präsidenten des Verwaltungsrats der Beklagten (act. 32 Rz. 49 S. 27; act. 3/4; act. 3/9). Die Be- klagte bestreitet, je über Nachträge informiert worden zu sein (act. 15 Rz. 5). Je- denfalls hat die Beklagte das Angebot unstrittig nicht unterzeichnet (act. 15 Rz. 5; act. 3/9). Nach dem Vertrauensprinzip ist der als "Angebot" bezeichnete Nachtrag als Offerte zur Vereinbarung einer Beststellungsänderung zu verstehen. Eine ausdrückliche An- nahme der Offerte hat weder stattgefunden, noch lässt sich eine solche über Art. 6 OR fingieren. Die Anwendung von Art. 6 OR scheitert bereits an einer hinreichend behaupteten und bewiesenen Zustellung des Angebots an den angegebenen Adressaten. Insoweit wird auf die vorstehenden Erwägungen im Zusammenhang mit Nachtrag 1 verwiesen (Ziffer 2.3.3.2 oben). Bei einer Beststellungsänderung ist es schliesslich auch unüblich, von einer still- schweigenden Annahme auszugehen. Es sind keine Umstände ersichtlich, welche eine solche nahelegen würden. Soweit das Angebot betreffend Nachtrag 2 Nr. 9 vom 22. Dezember 2022 über CHF 11'891.40 als blosses Bestätigungsschreiben zu verstehen ist, bleibt fraglich, ob es sich noch im Rahmen der vorgängigen Ver- handlungen bewegt. Es liegen jedoch keine hinreichenden Behauptungen über den Inhalt der Verhandlungen vor, welche eine Beurteilung erlauben würden. Die Beklagte hat das Angebot betreffend Nachtrag 2 Nr. 9 vom 22. Dezember 2022 über CHF 11'891.40 nicht stillschweigend angenommen.

#### **E. 2.3.4.3**

Die Klägerin macht geltend, der Architekt habe mit Werkvertrag vom 22. Dezember 2022 die offene Summe von CHF 187'365.60 bestätigt (act. 32

- 30 - Rz. 30). Das Datum des Werkvertrags deckt sich mit jenem des Angebots betref- fend Nachtrag 2 Nr. 9 vom 22. Dezember 2022. Die der Bauleitung mit E-Mail vom 1. November 2022 zugestellte Auflistung sämt- licher bereits geleisteter Arbeiten kann keine im Nachtrag 2 vom 22. Dezember 2022 aufgeführten Positionen enthalten, da sich letztere gemäss Darstellung der Klägerin ausschliesslich auf noch auszuführende Arbeiten beziehen (act. 32 Rz. 26). Die im Anhang des von der Bauleitung unterzeichneten Werkvertrags vom 22. Dezember 2022 aufgeführte Offertsumme bleibt hinter der Summe in der Auf- stellung der ausgeführten Arbeiten vom 1. November 2022 zurück (Ziffer 2.3.3.3 oben). Unter

diesen Umständen ist nicht nachvollziehbar, inwiefern in der Offertsumme weitere Positionen enthalten sein können. Der von der Bauleitung unterzeichnete Werkvertrag vom 22. Dezember 2022 kann bereits mangels Nachvollziehbarkeit der Zusammensetzung der aufgeführten Beiträge nicht der Anerkennung des Nettowerklohns für Zusatzarbeiten gemäss Nachtrag 2 vom 22. Dezember 2022 dienen. Zudem ist die Bauleitung nicht zur Anerkennung einer Forderung für den Bauherrn befugt (Ziffer 2.3.1.1 oben).

#### **E. 2.3.4.4**

Der Unternehmer trägt die Beweislast dafür, welche Leistungen vergütungspflichtigen Mehraufwand darstellen (BGer 4A\_35/2021 v. 15.11.2022 E. 3.1.1 m.Hw.; GAUCH, a.a.O., N 786, 906). Die Klägerin hat den Nachtrag 2 Nr. 9 vom 22. Dezember 2022 in die Rechtsschrift kopiert (act. 32 Rz. 49; act. 3/9). Mit der blossen wortwörtlichen bzw. bildlichen Wiedergabe von Nachtrag 2 Nr. 9 vom 22. Dezember 2022 genügt die Klägerin ihrer Behauptungs- und Substanziierungslast nicht (Ziffer 2.3.2.2.3 oben).

#### **E. 2.3.4.5**

Im Ergebnis sind vergütungspflichtige Mehrleistungen gemäss Nachtrag 2 Nr. 9 vom 22. Dezember 2022 nicht erstellt.

#### **E. 2.3.5**

Die Klägerin hat Anspruch auf einen Nettowerklohn von CHF 199'961.00 (CHF 182'841.00 gemäss Angebot Nr. 5 vom 24. September 2021 bzw. Nr. 6 vom 16. Oktober 2022 [Ziffer 2.3.2.3 oben] und CHF 17'120.00 aus dem Nachtrag 1 Nr. 8 vom 23. September 2022 [Ziffer 2.3.3.5 oben]). Die Berechnung des Bruttow-

- 31 - erklohnes erfolgt in der von der Klägerin dargelegten Weise in der Rechnung Nr. 10 vom 24. Februar 2023 (act. 1 Rz. 12; act. 32 Rz. 112; act. 3/11). Nach Abzug von 3 % Rabatt (CHF 5'998.83) ergibt sich ein Zwischentotal von CHF 193'962.17. Darauf gewährt die Klägerin 2 % Skonto (CHF 3'879.24), was zu einem Zwischentotal von CHF 190'082.93 führt. Die Abzüge für Baustrom und Bauwasser von 1 % belaufen sich auf CHF 1'900.83. Das Zwischentotal vor MWST beträgt CHF 188'182.10. Dem stehen Akontozahlungen von CHF 220'000.00 vor MWST gegenüber. Es verbleibt deshalb keine offene Forderung mehr. Eine Pfandforderung ist nicht erstellt. Auf allfällige Gegenforderungen der Beklagten ist daher nicht näher einzugehen.

#### **E. 2.4**

Eintragungsfrist Gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB hat die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen. Es handelt sich um eine Verwirkungsfrist (BGE 126 III 462 E. 2c/aa S. 464; BGE 119 II 429 E. 3a S. 431; BGE 89 II 304 E. 3 S. 306-307). Innerhalb der Eintragungsfrist muss die Eintragung tatsächlich erfolgt sein (BGE 126 III 462 E. 2c/aa S. 464; BGE 119 II 429 E. 3a S. 431).

#### **E. 2.4.1**

Die Vollendung ist von der Abnahme zu unterscheiden (BGer 5A\_208/2010 v. 17.06.2010 E. 5). Die für den Beginn des Fristenlaufs entscheidende Vollendung der Arbeiten tritt ein, "wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen dabei geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen wie der Ersatz gelieferter, aber fehlerhafter Teile

oder die Behebung anderer Mängel" (BGE 125 III 113 E. 2b S. 115-116 m.Hw.; BGer 5A\_109/2022 v. 15.09.2022 E. 2.2). Die Klägerin behauptet, sie habe nach der Vorabnahme vom 20. Januar 2023 kleine Putzschäden sowie beispielsweise nicht sauber geschliffene Kanten beseitigt (act. 32 Rz. 47, 69). Am 1. Februar 2023 habe sie eine Wand im Erdgeschoss rechts mit den richtigen Türmassen aus Trockenbau erstellt (act. 32 Rz. 41). Am

#### **E. 2.4.1.1**

Mangels hinreichend konkreter Bestreitung durch die Beklagte gilt als zugestanden, dass die Klägerin nach der Vorabnahme vom 20. Januar 2023 kleine Putzschäden sowie beispielsweise nicht sauber geschliffene Kanten beseitigt, am 1. Februar 2023 eine Wand im Erdgeschoss rechts mit den richtigen Türmassen aus Trockenbau und am 6. Februar 2023 im zweiten Dachgeschoss links eine Vorsatzschale aus Trockenbau erstellte und verputzte.

#### **E. 2.4.1.2**

Die Klägerin legt nicht dar, wann die an der Vorabnahme vom 20. Januar 2023 festgestellten Imperfektionen beseitigt worden sind (vgl. act. 32 Rz. 47, 69). Auf diese Arbeiten ist bereits mangels hinreichender Tatsachenbehauptungen nicht abzustellen. Zudem genügen sie in qualitativer Hinsicht nicht den Anforderungen an Vollendungsarbeiten.

- 33 - Bei den Arbeiten vom 1. und 6. Februar 2023 ist die vertragliche Grundlage fraglich. 2.4.1.2.1. In der Klage stützt sich die Klägerin auf den Werkvertrag sowie die Nachträge 1 und 2 (act. 1 Rz. 17). Die Beklagte macht geltend, es habe sich dabei lediglich um Arbeiten zur Mangelbehebung gehandelt (act. 15 Rz. 12; act. 36 Rz. III.29.1). Wären bei der Vorabnahme vom 20. Januar 2023 vertraglich vereinbarte Arbeiten noch ausstehend gewesen, hätten die Parteien dies feststellen müssen. Gemäss Darstellung der Klägerin hätten die Parteien bei der Vorabnahme vom 20. Januar 2023 (lediglich) festgestellt, dass "kleine Putzschäden sowie beispielsweise nicht sauber geschliffenen Kanten von der Klägerin noch auszubessern" seien (act. 32 Rz. 47, 69). Die Auflagen in der Bauabnahmeverfügung (Bezugsbewilligung) vom 30. Januar 2023 betreffen ausschliesslich Absturzsicherungen an Geländern und Fenstern (act. 37/24). Ein Zusammenhang zur von der Klägerin behaupteten Erstellung einer Wand und einer Vorsatzschale am 1. und 6. Februar 2023 ist nicht erkennbar. Diese können ihre Grundlage deshalb nicht in einer am 20. Januar 2023 bestehenden vertraglichen Vereinbarung haben. Hinsichtlich der Arbeiten gemäss dem ursprünglichen Werkvertrag übersteigt der Nettowerklohn in der Rechnung Nr. 10 vom 24. Februar 2024 (act. 3/11) jenen in der mit E-Mail vom 1. November 2022 zugestellten Auflistung sämtlicher bereits geleisteter Arbeiten (act. 33/22) lediglich um CHF 2'625.00. Die Differenz geht auf ein Mehrausmass von Position 5 "Liftschacht Albaphon verkleiden" zurück (85 m<sup>2</sup> in der Auflistung vom 1. November 2022 gegenüber 110 m<sup>2</sup> in der Rechnung Nr. 10 vom 24. Februar 2023; act. 3/11; act. 33/22). Hinzu kommt die Einkleidung der

#### **E. 2.4.1.3**

Die Arbeiten vom 1. und 6. Februar 2023 qualifizieren nicht als Vollendungsarbeiten i.S.v. Art. 839 Abs. 2 ZGB. Damit gilt der Tag der Vorabnahme vom 20. Januar 2023 als letztes mögliches Datum für Vollendungsarbeiten. Die Eintragsfrist lief demzufolge am 20. Mai 2023 ab (Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR).

### E. 2.4.2

Die Wirkung der Eintragung wird auf den Zeitpunkt der Einschreibung der Vormerkung ins Tagebuch zurückbezogen (Art. 839 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 961 Abs. 2 ZGB und Art. 972 Abs. 2 ZGB; BGE 126 III 462 E. 2c/aa S. 464). Das Grundbuchamt nahm die Anmeldung zur vorläufigen Eintragung am 25. Mai 2023 entgegen (act. 1 Rz. 18, 38; act. 36 Rz. III.29.2; act. 3/2 = act. 4/9; act. 4/4; act. 4/7). Da die Eintragsfrist am 20. Mai 2023 abgelaufen ist, erweist sich die Aufnahme der Vormerkung ins Tagebuch am 25. Mai 2023 als verspätet. Ein allfälliger Pfandanspruch der Klägerin ist verwirkt.

### E. 2.5

Ergebnis Im Ergebnis ist die Klage mangels Pfandforderung und zufolge Verwirkung des Eintragsanspruchs abzuweisen. Das Grundbuchamt ist anzuweisen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 25. Mai 2023 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Abweisung eines gegen den vorliegenden Entscheid erhobenen Rechtsmittels vollumfänglich zu löschen. 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen 3.1. Gerichtskosten 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). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 GebV

- 36 - OG). Beim vorliegenden Kostenstreitwert von CHF 96'967.50 beträgt die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte einfache Grundgebühr CHF 8'628.70. Das Gericht kann die Grundgebühr unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls ermässigen oder erhöhen (§ 2 Abs. 1 lit. c und d, § 4 Abs. 2 GebV OG). Aufgrund der verschiedenen sachverhaltlichen und rechtlichen zu klärenden Fragen erweist sich der Zeitaufwand für die Bearbeitung des Falls beim vorliegenden Streitwert als überdurchschnittlich. Es rechtfertigt sich, die Grundgebühr um rund einen Drittel zu erhöhen (§ 4 Abs. 2 GebV OG). Die Gerichtsgebühr ist auf CHF 11'000.00 festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Kosten der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie sind aus dem Kostenvorschuss der Klägerin zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 aZPO). Die von der Klägerin bezogenen Kosten des Verfahrens HE230056-O sind dieser definitiv aufzuerlegen (Art. 104 Abs. 3 ZPO). 3.2. Parteientschädigungen Bei berufsmässig vertretenen Parteien bestimmt sich die Höhe der Parteientschädigung anhand der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Die Parteientschädigung richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Beim vorliegenden Kostenstreitwert von CHF 96'967.50 beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr CHF 10'718.05. Die ordentliche Gebühr deckt den Aufwand für die Erarbeitung eines Schriftsatzes und die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtschriften wird ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Gebühr berechnet (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Für die Vergleichsverhandlung und den doppelten Schriftwechsel sowie die beiden Noveneingaben mit den damit verbundenen Stellung-

- 37 - nahmen ist ein Zuschlag von insgesamt 50 % zu berechnen. Die Anwaltsgebühr ist auf CHF 16'000.00 festzusetzen. Ausgangsgemäss wird die Klägerin

entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der nicht im MWST-Register eingetragenen Beklagten ist der beantragte Mehrwert- steuerzusatz zuzusprechen (act. 15 S. 2; act. 36 S. 2; Kreisschreiben der Verwal- tungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 Ziffer 2.1.1 S. 3; abrufbar un- ter

<[http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user\\_upload/Dokumente/Mitteilun- gen/Kreisschreiben/2000-2009/17\\_05\\_2006.pdf](http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/Mitteilun- gen/Kreisschreiben/2000-2009/17_05_2006.pdf)>). Bis zur Höhe der ordentlichen Gebühr von rund CHF 10'000.00 ist der MWST-Zusatz nach dem bis 31. Dezember 2023 gültigen gesetzlichen MWST-Satz von 7.7 % zu bemessen (AS 2017 6305). Auf die Zuschläge ist der MWST-Zusatz nach dem aktuellen MWST-Satz von 8.1 % zu bestimmen (Art. 25 Abs. 1 MWSTG). Die Klägerin ist zu verpflichten, der Be- klagten eine Parteientschädigung von CHF 17'256.00 zu bezahlen. Für das Verfah- ren HE230056-O ist der Beklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen, da sie weder einen Antrag gestellt noch sich vernehmen lassen hat (BGE 151 III 227 E. 6.1 S. 237; BGE 139 III 334 E. 4.3 S. 344; Urteil vom 21. Juni 2023 E. 7.3; act. 4/9). Das Handelsgericht erkennt:

#### **E. 4**

Aufl. 2022, N 1405). Die Klägerin ist aktivlegitimiert.

#### **E. 6**

Februar 2023 habe sie im zweiten Dachgeschoss links eine Vorsatzschale aus Trockenbau erstellt, um einen Schacht zu schliessen, und verputzt (act. 1 Rz. 17;

- 32 - act. 32 Rz. 42). Zum Beweis der Arbeiten vom 1. und 6. Februar 2023 stützt sich die Klägerin auf drei Bilder, welche ihr am 1. Februar um 06:15 Uhr und um 14:34 Uhr (betreffend Wand im Erdgeschoss) sowie am 6. Februar um 09:14 Uhr (betreffend Vorsatzschale im Dachgeschoss) über eine Messaging-App übermittelt wurden (act. 1 Rz. 17; act. 32 Rz. 41, 42; act. 3/13; act. 33/23). Die Beklagte bestreitet, dass die entsprechenden Arbeiten am 1. und am 6. Februar 2023 ausgeführt worden seien (act. 15 Rz. 27; act. 36 Rz. III.29.1). Die gemäss An- gebot vom 24. September 2021 vereinbarten Arbeiten der Klägerin seien spätes- tens am 20. Januar 2023 vollendet gewesen (act. 36 Rz. III.29.1). Die Klägerin habe auf ihrer Schlussrechnung ausgeführt, dass diese Arbeiten von Februar 2022 bis Januar 2023 betreffe (act. 36 Rz. III.29.1). Das Werk wäre am 20. Januar 2023 nicht abgenommen worden, wenn es nicht vollendet gewesen wäre (act. 36 Rz. III.34). Bei den Arbeiten nach dem 20. Januar 2023 habe es sich lediglich um Nachbesserungsarbeiten gehandelt (act. 36 Rz. III.29.1, 34). Zum Beweis stützt sich die Beklagte auf das Abnahmeprotokoll vom 18. Januar 2023 (act. 33/17), die E-Mail von M.\_\_\_\_\_ vom 28. Dezember 2022 (act. 37/23), die Bauabnahmeverfü- gung (Bezugsbewilligung) vom 30. Januar 2023 (act. 37/24), die Rechnung Nr. 10 vom 24. Februar 2023 (act. 3/11), die Textnachricht der Bauleitung über eine Mes- saging-App vom 30. Dezember 2022 (act. 33/16) sowie Partei- und Zeugenbefra- gungen (act. 36 Rz. III.29.1).

#### **E. 8**

Deckenträger zu einem Einheitspreis von je CHF 2'140.00 gemäss Nachtrag 1 Nr. 8 vom 23. September 2022 (Ziffer 2.3.3.5 oben). Weitere vergütungspflichtige Mehrleistungen sind nicht erstellt. Die Arbeiten vom 1. und 6. Februar 2023 betref- fen weder den Liftschacht noch die Einkleidung von Deckenträgern. Es lässt sich nicht erstellen, dass am 1. oder am 6. Februar 2023 geleistete Arbei- ten ihre Grundlage im Angebot Nr. 5 vom 24. September 2021 bzw. Nr. 6 vom

- 34 - 16. Oktober 2022, im Nachtrag 1 Nr. 8 vom 23. September 2022 oder im Nachtrag 2 Nr. 9 vom 22. Dezember 2022 haben. 2.4.1.2.2. In der Replik stützt sich die Klägerin darauf, dass der Architekt zwischen der Vorabnahme am 20. Januar 2023 und der Abnahme des Werkes am 15. Februar 2023 der Klägerin noch weitere Aufgaben erteilt habe (act. 32 Rz. 47, 69). Die Arbeiten können sich somit weder auf das Angebot Nr. 5 vom 24. September 2021 bzw. Nr. 6 vom 16. Oktober 2022 noch auf den Nachtrag 1 Nr. 8 vom 23. September 2022 oder auf den Nachtrag 2 Nr. 9 vom 22. Dezember 2022 stützen. Weitere Bestellungenänderungen wären von der Klägerin darzulegen (Ziffer 2.3.3.1 oben). Mit der pauschalen Behauptung weiterer Arbeiten kommt die Klägerin ihrer Behauptungslast nicht nach. Es fehlt an schlüssigen Tatsachenbehauptungen. Eine Bestellungenänderung vermag den Fristenlauf weder zu hemmen noch zu unterbrechen (SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 1161, 1166). Beginn der Fristenlauf für die vertraglichen Arbeiten spätestens am 20. Januar 2023, bleiben allfällige danach vergebene Zusatzarbeiten ohne Einfluss auf diesen. Erbringt der Unternehmer Leistungen, die weder nach dem ursprünglichen Vertrag noch nach Bestellungenänderungen geschuldet sind, erwächst ihm aus diesen kein Pfandeintragungsanspruch; insbesondere vermögen diese den Beginn des Fristenlaufs nicht hinauszuschieben (SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 1162). Die Arbeiten nach dem 20. Januar 2022 finden in der Rechnung Nr. 10 vom 24. Februar 2023 keinen Niederschlag. Es ist deshalb nicht ersichtlich, inwiefern sich aus ihnen ein Vergütungsanspruch ergeben solle. Da sich aus ihnen kein Pfandeintragungsanspruch ergibt, lösen diese auch keinen neuen Fristenlauf aus. 2.4.1.2.3. Bei widersprüchlichen Tatsachenbehauptungen fehlt es an der Schlüssigkeit des Tatsachenvortrags (BGer 4A\_210/2009 v. 07.04.2010 E. 3.5; CHRISTOPH HURNI, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Band I, hrsg. von Heinz Hausheer/Hans Peter Walter, 2012, N. 15 zu Art. 56 ZPO). Die Tatsachenbehauptungen der Klägerin in der Klage und in der Replik widersprechen

- 35 - sich. Den Behauptungen der Klägerin zu den letzten Arbeiten würde es deshalb auch bereits an der erforderlichen Schlüssigkeit fehlen.

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