



Mitwirkend: Oberrichter Peter Helm, Präsident, und Oberrichterin Dr. Franziska Grob, die Handelsrichter Paul Flückiger, Werner Furrer und Werner Heim sowie der Gerichtsschreiber Enrico Moretti

Urteil vom 20. Februar 2013

in Sachen

A. _____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von CHF 109'948.70 nebst Zins zu 5% seit dem 26. Januar 2008 bis zum 10. Februar 2008 auf den Betrag von CHF 133'265.35 und Zins zu 5% seit dem 11. Februar 2008 bis zum 30. Juni 2008 auf den Betrag von CHF 159'948.70 und Zins zu 5% seit dem 1. Juli 2008 auf den Betrag von CHF 109'948.70 zu bezahlen.
2. Es seien die Kosten des Verfahrens um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts des Audienzrichteramts des Bezirksgerichts Zürich (Geschäft Nr. ES080040) im Umfang von CHF 2'800.00 auf die Beklagte zu verlegen und diese sei zu verpflichten, der Klägerin den genannten Betrag zu bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. Gebühren des Friedensrichteramts C._____, im Umfang von CHF 1'000.00) zu Lasten der Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Parteien und Gegenstand des Verfahrens

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich und führt ein Gipsergeschäft. Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D._____. Sie ist in der Immobilienbranche tätig und bezweckt den Erwerb, die Veräusserung und die Verwaltung von Immobilien und damit zusammenhängende Tätigkeiten.

Die Parteien schlossen im Mai 2007 einen Werkvertrag. Die Klägerin übernahm demnach als Unternehmerin diverse Gipser- und Verputzarbeiten anlässlich einer Dachaufstockung mit Wohnungsumbau an einer Liegenschaft der Beklagten als Bauherrin zu einem Preis von CHF 110'242.60. Die Beklagte wurde dabei durch die E._____ AG als Bauleiterin vertreten.

Die Klägerin macht mit vorliegender Klage geltend, es habe nach Abschluss des Werkvertrages Änderungen im Bauprojekt gegeben und man sei vom vereinbarten Leistungsverzeichnis abgewichen. Die Klägerin habe auf Geheiss der Bauleiterin und auf der Grundlage neuer Pläne eine Nachtragsofferte im Betrag von CHF 246'116.25 eingereicht. Die Beklagte habe diese Nachtragsofferte (konklu-

dent) genehmigt. Die entsprechenden Arbeiten seien ausgeführt worden. Darüber hinaus seien im Rahmen der Bauausführung Zusatzwünsche angebracht worden. Diese habe die Klägerin in Regie ausgeführt. Die Klägerin habe damit Leistungen im Totalbetrag von CHF 318'126.24 erbracht. Dies ergebe sich auch aus den zum integrierenden Bestandteil der Rechtsschrift erklärten und von der Bauleitung unterzeichneten Beweisurkunden wie Ausmass und Regierapporten. Die Beklagte sei einen Teil des Werklohnes schuldig geblieben. Der offene Betrag belaufe sich auf CHF 109'948.70 zzgl. Zins.

Die Beklagte verwarft sich gegen den Anspruch und macht geltend, sie wisse nichts von einer Planänderung, einer Nachtragsofferte oder den scheinbar nötigen Zusatzleistungen in Regie. Der Vertragsabschluss zur Vergabe von Bauleistungen gehöre nicht zum Aufgabenbereich der Bauleitung. Die klägerischen Behauptungen seien unsubstantiiert. Die Beklagte habe bereits CHF 234'198.60 und damit mehr als ursprünglich vereinbart bzw. von der Klägerin offeriert bezahlt.

2. Prozessverlauf

Am 14. Oktober 2008 reichte die Klägerin Weisung (act. 3) und Klageschrift (act. 1) ein. Nach Eingang der Klageantwort vom 26. Januar 2009 (act. 15) fand am 8. Mai 2009 eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt (Prot. S. 6). Das Verfahren wurde in der Folge zwecks aussergerichtlicher Vergleichsgespräche informell sistiert (Prot. S. 7-10). Mit Eingabe vom 22. Januar 2010 (Datum Poststempel) stellten die Parteien gemeinsam einen Antrag auf formelle Sistierung des Prozesses zwecks Weiterführung der Vergleichsgespräche (act. 26), dem mit Verfügung vom 25. Januar 2010 einstweilen bis 30. Juni 2010 entsprochen wurde (Prot. S. 11-13). Die Sistierung wurde mehrmals verlängert; der Prozess blieb bis 31. August 2011 sistiert (Prot. S. 15-21; act. 29, 32, 34, 36).

Mit Eingabe vom 31. August 2011 teilte die Klägerin mit, dass die Vergleichsbemühungen zwischen den Parteien gescheitert seien (act. 38). Mit Verfügung vom 2. September 2011 wurde das Verfahren wieder aufgenommen und schriftlich fortgesetzt. Der Klägerin wurde Frist zur Einreichung der Replik angesetzt. Dabei ergingen ausführliche Substantiierungshinweise an die Klägerin (Prot. S. 22 f.).

Nach Eingang der Replik vom 28. November 2011 (act. 11) und der Duplik vom 12. März 2012 (Prot. S. 24; act. 46) wurde die Duplik der Klägerin zugestellt und das Hauptverfahren mit Verfügung vom 19. März 2012 als geschlossen erklärt (Prot. S. 25).

Der Prozess erweist sich nunmehr als spruchreif, ohne dass ein Beweisverfahren durchgeführt werden müsste (Art. 188 ZPO/ZH).

3. Prozessuales

Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Für das vorliegende Verfahren ist demnach das frühere kantonale Prozessrecht (ZPO/ZH, GVG) massgebend. Das Rechtsmittel richtet sich hingegen nach dem Recht, das bei Eröffnung des Entscheides in Kraft ist, mithin nach dem neuen Prozessrecht (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem neuen Recht, wobei eine bestehende Zuständigkeit nach dem alten Recht erhalten bleibt (Art. 404 Abs. 2 ZPO). Für die sachliche Zuständigkeit ist obigen Ausführungen folgend das GVG massgebend. Die Parteien sind im Handelsregister eingetragen (act. 4/1-2). Der Streit bezieht sich auf das von der Klägerin betriebene Gewerbe. Der Streitwert beträgt CHF 109'948.70 (§ 18 Abs. 1 ZPO/ZH). Nach Art. 9 GestG (vgl. Ziff. 9 des Werkvertrages, act. 4/3) und § 62 Abs. 1 GVG ist das Handelsgericht des Kantons Zürich zur Beurteilung vorliegender Klage örtlich und sachlich zuständig. Die Zuständigkeit ist unbestritten.

Die Klage wurde gehörig eingeleitet (§ 102 ZPO/ZH). Auch die übrigen Prozessvoraussetzungen sind erfüllt (§ 108 ZPO/ZH). Dem Eintreten auf die Klage steht nichts entgegen.

4. Vertragliche Grundlage und Anwendbarkeit der SIA-Norm 118

Abschluss und Inhalt des Werkvertrages vom 6./30. Mai 2007 (act. 4/3) sowie die Rangordnung der einzelnen Vertragsbestandteile sind nicht strittig. Die Parteien haben die SIA-Norm 118 vertraglich übernommen. Ebenso wurden "Allgemeine Bedingungen E. _____ AG" (AGB; act. 4/3 S. 9-19) sowie "Informationen und objektspezifische Bedingungen" (spezAGB; act. 4/3 S. 20-22) anwendbar erklärt (act. 4/3 S. 2, 5 und 20). Die Rangordnung der einzelnen Vertragsbestandteile bestimmt sich im Falle von Widersprüchen unstreitig nach Art. 21 SIA-Norm 118; Ziff. 103.200 AGB bleibt dagegen unbeachtlich (act. 1 Rz 7-8; act. 15 ad 7-8).

5. Stellung und Vollmacht der Bauleitung

5.1. Der Bauherr kann eine oder mehrere Personen als Bauleitung bezeichnen (Art. 33 Abs. 1 SIA-Norm 118). Soweit der Werkvertrag in der Vertragsurkunde nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt, vertritt die Bauleitung den Bauherrn gegenüber dem Unternehmer; alle Willensäußerungen der Bauleitung, die das Werk betreffen, sind für den Bauherrn rechtsverbindlich, insbesondere Weisungen, Bestellungen, Bestätigungen und Planlieferungen; auch nimmt die Bauleitung Mitteilungen und Willensäußerungen des Unternehmers, die das Werk betreffen, für den Bauherrn rechtsverbindlich entgegen (Art. 33 Abs. 2 SIA-Norm 118). Diese Bestimmung wirkt als Kundgabe einer Vollmacht i.S.v. Art. 33 Abs. 3 OR (SCHWAGER, Die Vollmacht des Architekten, in: GAUCH/TERCIER [Hrsg.], Das Architektenrecht, 3. Aufl. 1995, N 828; GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl. 2011, N 278). Es wird eine Stellung des Architekten bzw. der Bauleitung kundgegeben, welche ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit dem einzelnen Unternehmer beinahe einer Generalvollmacht für jegliche Rechtshandlungen im Zusammenhang mit dem bestimmten Bauvorhaben gleichkommt (SCHWAGER, a.a.O., N 828). Die Rechtswirksamkeit der Kundgabeklausel in der SIA-Norm 118 untersteht den Beschränkungen, welche sich aus dem Stellvertretungsrecht und dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergeben. So entfaltet die Kundgabe der Vertretungsmacht nur gegenüber dem gutgläubigen Dritten Rechtswirkungen. Zudem gelangt die sog. Ungewöhnlichkeitsregel zur Anwendung (SCHWAGER, a.a.O., N 833-835).

Die Übernahme der SIA-Norm 118 in die Verträge mit den einzelnen Unternehmern erfolgt meistens auf Veranlassung der Bauleitung bzw. des Architekten, der den Werkvertrag redigiert und in seinen Allgemeinen Werkvertragsbestimmungen deren Anwendbarkeit stipuliert. Wird die Werkvertragsurkunde sodann sowohl von Bauherrschaft und Unternehmer als auch von der Bauleitung unterzeichnet, stellt dies auch eine Willenserklärung des Vertretenen an den Vertreter dar, welche eine Vollmachterteilung im Sinne von Art. 33 Abs. 2 OR begründet. Damit entfällt das Erfordernis der Gutgläubigkeit des Dritten (vgl. dazu oben) hinsichtlich der in der SIA-Norm 118 niedergelegten Vertretungsmacht des Architekten. Doch untersteht auch diese Vollmacht den Beschränkungen, welche sich aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergeben (SCHWAGER, a.a.O., N 836; vgl. auch HÜRLIMANN, in: GAUCH/STÖCKLI [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 1-37, 2009, S. 280 ff., sowie GAUCH, a.a.O., N 278 und N 297 ff.; zur Stellvertretung i.S.v. Art. 32 ff. OR GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2008, N 1304 ff.).

Die Beklagte hat die E. _____ AG unbestrittenermassen als Bauleitung eingesetzt und liess sich durch diese vertreten. Als Bauleiter handelten E1. _____, F. _____ und G. _____. Der Werkvertrag wurde sowohl von den Parteien als auch von der Bauleitung unterzeichnet (act. 4/3 S. 5).

Angesichts der anwendbar erklärten SIA-Norm 118 käme der Vertretungsmacht kraft Kundgabe i.S.v. Art. 33 Abs. 3 OR grundsätzlich grosse Bedeutung zu. Da die Werkvertragsurkunde, die auf die SIA-Norm 118 verweist, aber nicht nur von den Parteien, sondern auch von der (unmittelbar am Werkvertrag nicht beteiligten) Bauleitung unterzeichnet wurde, begründet dies im Ergebnis eine Vollmachterteilung gemäss Art. 33 Abs. 2 OR. Das Erfordernis der Gutgläubigkeit der Klägerin i.S.v. Art. 33 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 3 Abs. 2 ZGB hinsichtlich der in der SIA-Norm 118 niedergelegten Vertretungsmacht der Bauleitung entfällt wie ausgeführt und ist nicht zu prüfen. Die Beklagte brachte sodann nicht vor, die Bestimmung sei ungewöhnlich. Hierbei wäre denn auch zu beachten, dass die Werkvertragsurkunde durch die Bauleitung ausgefertigt worden ist (vgl. act. 4/3 S. 5). Auf die Ungewöhnlichkeitsregel könnte sich die Beklagte daher ohnehin

nicht berufen, muss sie sich doch das Verhalten ihrer Bauleitung wie eigenes Handeln anrechnen lassen (SCHUMACHER, Ausmasse und Regierapporte: ein effizientes Beweissicherungssystem, in: BR 2009 S. 35).

In Bezug auf die Stellung der Bauleitung sind daher im Wesentlichen Art. 33 Abs. 2 SIA-Norm 118 sowie damit zusammenhängende Bestimmungen der SIA-Norm 118 massgebend. Auf diese Bestimmungen ist nachfolgend näher einzugehen.

5.2. Die Kundgabebestimmung des Art. 33 Abs. 2 SIA-Norm 118 bezieht sich erst auf die Zeit nach Abschluss des Bauwerkvertrages, weshalb sie für den Vertragsabschluss selber keine Vollmacht kundgabe enthält (GAUCH, a.a.O., N 402; SCHWAGER, a.a.O., N 841 und N 844; HÜRLIMANN, a.a.O., N 11 zu Art. 33). Die Bauleitung ist aber zu Beststellungsänderungen i.S.v. Art. 84 SIA-Norm 118 befugt. Für solche Bestellungen wird mit Art. 33 Abs. 2 SIA-Norm 118 eine uneingeschränkte Vollmacht der Bauleitung kundgegeben. Den Beststellungsänderungen durch Weisungen und Planänderungen gleichgestellt wird in Art. 84 Abs. 1 SIA-Norm 118 auch die Auftragserteilung für im Werkvertrag nicht vorgesehene Leistungen (Zusatzarbeiten, Regiearbeiten) (SCHWAGER, a.a.O., N 845 ff.; SCHUMACHER, a.a.O., S. 35 f.). Mit Art. 154 Abs. 2 und 3 SIA-Norm 118 vereinbaren die Parteien, dass die Bauleitung zur Anerkennung der Schlussabrechnung mit der darin ermittelten Abrechnungsforderung ermächtigt sei (ZR 87 [1988] Nr. 135; vgl. auch GAUCH, a.a.O., N 1268a; SCHWAGER, a.a.O., N 861 ff.).

Im Weiteren besteht nach Art. 33 Abs. 2 SIA-Norm 118 (auch) eine generelle passive Vertretungsmacht der Bauleitung zur Entgegennahme von Willenserklärungen der Unternehmer. So gehört die Aufnahme des Ausmasses mit den Unternehmern für die nach Einheitspreisen zu verrechnenden Arbeiten zu den Aufgaben der Bauleitung. Das von ihr anerkannte Ausmass hat die gleichen Wirkungen wie bei Unterzeichnung durch den Bauherrn selbst. Auch die Überprüfung des Umfanges der geleisteten Regiearbeiten ist Aufgabe der Bauleitung. Dies geschieht i.d.R. durch die laufende Unterzeichnung von Regierapporten (SCHWAGER, a.a.O., N 805, 857).

Die AGB halten unter dem Titel "108 Vergütung der Leistungen des Unternehmers" fest, dass Austausch- und Nachtragspositionen erst ausgeführt werden dürfen, wenn die entsprechende Nachtragsofferte eingereicht und von der Bauherrschaft genehmigt worden ist (Ziff. 108.100 AGB). Nur von der Bauleitung angeordnete Regiearbeiten werden anerkannt (Ziff. 108.200 AGB). Für allfällige Zusatzarbeiten ist vor deren Ausführung ein schriftlicher Nachtrag durch die Bauherrschaft genehmigen zu lassen (Ziff. 108.300 AGB). Ziff. 108.400 AGB (unter dem Titel "108 Werkpreiszahlungen und Schlussabrechnung") enthält Fristregelungen zur Schlussabrechnung. Gemäss Ziff. 102.800 AGB "Kommunikation" schliesslich erfolgte der Kontakt zwischen Unternehmer und Bauherr grundsätzlich ausschliesslich über die Bauleitung.

Obigen Ausführungen folgend und unter Einbezug der genannten Bestimmungen der AGB gehörte - wie die Beklagte richtig ausführt - der Vertragsschluss zur Vergabe von Bauleistungen an Unternehmer weder zum Aufgabenbereich der Bauleitung, noch wurde sie hiezu in concreto bevollmächtigt. Die Bauleitung war dagegen befugt, Beststellungsänderungen i.S.v. Art. 84 Abs. 1 SIA-Norm 118 vorzunehmen. Die Aufnahme des Ausmasses, die Prüfung von Regierapporten und die Bestätigung sowie Anerkennung der Schlussabrechnung gehörte zu den weiteren Aufgaben und Kompetenzen der Bauleitung. Von der Bauleitung angeordnete Regiearbeiten werden anerkannt. Eine Sonderstellung nehmen die in den AGB genannten Austausch- und Nachtragspositionen bzw. Zusatzarbeiten ein. Diese Leistungen dürfen erst ausgeführt werden, wenn eine entsprechende Nachtragsofferte eingereicht und von der Bauherrschaft genehmigt worden ist; es wird die Genehmigung eines schriftlichen Nachtrages durch die Bauherrschaft verlangt. Weitere Abweichungen von dieser den genannten Bestimmungen der SIA-Norm 118 immanenten Vollmacht durch Regelungen i.S.v. Art. 33 Abs. 2 1. Teilsatz SIA-Norm 118 wurden nicht geltend gemacht und ergeben sich nicht aus den AGB.

6. Exkurs: Abgrenzung zwischen Bauleitung und Architekt

Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte erwähnen nebst der Bauleitung - die ebenfalls als Architekturbüro auftritt (vgl. act. 4/3 S. 7) - weitere Architekten. So

sollen H._____ bzw. später I._____ unstreitig als Architekten in die Bauausführung involviert gewesen sein. Jedenfalls tauchen sie in den Rechtsschriften mehrmals auf, teilweise auch unspezifisch als "der Architekt" bezeichnet, wobei wohl - zumindest teilweise - die Bauleitung gemeint ist (act. 1 Rz 10, 66; act. 15 ad 9, 10, 14, 66; act. 41 Rz 2.1.1, 2.2.1, 2.2.3; act. 46 Rz 11, 20). Weder die Klägerin noch die Beklagte bemühen sich, Stellung, Aufgaben und Kompetenzen der beiden Architekten darzulegen und von der Bauleitung abzugrenzen. Auch der Werkvertrag schweigt sich darüber aus. Damit fehlt es an schlüssigen Behauptungen in Bezug auf die beiden Architekten. Ihre Stellung lässt sich nicht prüfen und bleibt unklar. Angesichts der bereits erörterten Stellung der Bauleitung und den nachfolgenden Ausführungen ist dies nicht von Relevanz.

7. Zur Bedeutung von Ausmass und Regierapporten

7.1. Den nach Massgabe des Art. 47 und der Art. 141 ff. SIA-Norm 118 erstellten Regierapporten und Ausmassurkunden kommt die stärkste mögliche Beweiskraft für die Richtigkeit der in ihnen verkündeten Bauleistungen des Unternehmers zu. Eine tatsächliche (natürliche) Vermutung spricht dafür, dass die im unterzeichneten Rapport enthaltenen Angaben über den Aufwand des Unternehmers richtig sind und der ausgewiesene Aufwand nötig war. Dies gilt auch für das in einer gemeinsamen Urkunde oder sonst wie anerkannte Ausmass. Zwar besteht und erschöpft sich die Beweisbedeutung des unterzeichneten Rapportes bzw. Ausmasses in dieser Beweiserleichterung und kehrt namentlich die Beweislast nicht um. Sie hat aber eine ähnliche Wirkung. So hat jene Partei, die das verkündete Ausmass oder die unterzeichneten Regierapporte nicht anerkennen will, durch substantiierte Bestreitungen und Gegenbeweise begründete Zweifel an der Richtigkeit zu wecken, damit die Vermutung entfällt. Erst nach Entkräftung der Vermutung trägt jene Partei die Beweislast für die Richtigkeit des gemeinsam verkündeten Ausmasses, die sich darauf beruft (SCHUMACHER, a.a.O., S. 30, 32; DERSELBE, in: GAUCH [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118 Art. 38-156, 1992, N 9 lit. c zu Art. 142; BÜHLER, Von der Beweislast im Bauprozess, in: KOLLER, Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts, 1994, S. 309 f., 312, vgl.

auch S. 298; GAUCH, a.a.O., Rz 920 f., 1020, 1028; Urteil BGer 4C.227/2002 vom 24. Januar 2003 E. 4; ZR 89 [1990] Nr. 37).

7.2. Die Klägerin hat mit der Replik sowohl ein von der Bauleitung unterzeichnetes Ausmass (act. 42A) als auch diverse von der Bauleitung unterzeichnete Regierechnungen (act. 42D), die im Einzelnen die Regierapporte und deren Inhalte auflisten, eingereicht und zum integralen Bestandteil der Rechtsschrift erklärt (act. 41 Rz 2.3.2 und Rz 3.13).

Die Beklagte bringt dagegen vor, der Umfang der geltend gemachten Regiearbeiten sei ebenso exorbitant wie unglaublich (act. 15 ad 16 und ad 72-73). Die diversen von der Klägerin angeführten Fehler zugunsten und zulasten der Beklagten in der Rechnungsstellung belege die Unzuverlässigkeit der Bauleitung, weshalb auf deren angebliche Anerkenntnisse nicht abgestellt werden könne (act. 15 ad 52-54 und ad 57-60). Angesichts der Fehler könne von einer genauen Prüfung keine Rede sein. Vielmehr verdichte sich der Eindruck, dass die Bauleitung so ziemlich jedes Papier unterschrieben habe, das ihr vorgesetzt worden sei (act. 15 ad 63). Das Ausmass sei nicht ordnungsgemäss ermittelt worden (act. 46 Rz 21). Es habe keine rechtsgenügende Kontrolle der Regierapporte stattgefunden. So habe die Bauleitung nicht weniger als 18 Regierapporte allesamt am selben Tag, dem 23. Oktober 2007, unterzeichnet. Einzelne Rapporte seien über einen Monat vorher erstellt worden. Am 9. November 2007 seien mindestens 13 Rapporte durch die Bauleitung unterzeichnet worden. Daher verwundere es nicht, dass die Klägerin angesichts einer derartigen "Kontrolle" praktisch täglich Regiearbeiten notiert habe. Die 88 Regierapporte der Klägerin seien durch die Bauleitung an gerade einmal vier oder fünf verschiedenen Tagen unterzeichnet worden (act. 46 Rz 29). Angesichts der offenkundig nicht vorhandenen Kontrolle durch die Bauleitung könne die Klägerin nicht mit Aussicht auf Erfolg geltend machen, durch die Unterzeichnung sei die Notwendigkeit der Regiearbeiten anerkannt worden. Dies gelte nur für korrekt kontrollierte Arbeiten. Dies verlange, dass die Bauleitung jeden Rapport unverzüglich prüfe und ihn dem Unternehmer innert 7 Tagen zurückgebe (act. 46 Rz 30). Ebenso gehe die Berufung auf die angeblich von der Bauleitung überprüften Ausmasse fehl. Diese seien nicht fortlaufend und zeitgerecht

und möglichst innert Monatsfrist ermittelt worden. Die Ausmasse seien am 19. Dezember 2007 ermittelt worden. Eine seriöse Feststellung sei zu diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich gewesen. Der Experte J. _____ habe erklärt, die nachträgliche Feststellung des Ausmasses sei unmöglich. Deshalb sei die Ausmassurkunde nicht beweistauglich. Zudem seien in der Ausmassurkunde noch Regierechnungen enthalten. Trotzdem habe sie die Bauleitung akzeptiert (act. 46 Rz 31). Die Klägerin mache es sich sehr einfach, wenn sie versuche, die Verantwortung einfach auf die Bauleitung abzuschieben. Der Unternehmer habe die rechtzeitige Ausmassermittlung anzufordern (act. 46 Rz 32). Die in Verletzung der Bestimmungen der SIA-Norm 118 erfolgte Unterzeichnung der Regierapporte sei weder Beweis für die Anordnung noch für die Notwendigkeit der Arbeiten. Die Bauleitung sei so spärlich auf der Baustelle anzutreffen gewesen, dass ihr schliesslich das Honorar habe gekürzt werden müssen. Die Bauleitung habe daher gar nicht 88 Regieaufträge erteilen können (act. 46 Rz 33). Die Regierapporte hätten unverzüglich geprüft und innert sieben Tagen zurückgeschickt werden müssen. Der Klägerin habe klar sein müssen, dass seitens der Bauleitung keine seriöse Prüfung der Rapporte erfolgt sei (act. 46 Rz 34, 45).

7.3. Vorab ist festzuhalten, dass die Bauleitung obigen Ausführungen folgend (Ziff. 5.2.2) gemäss Werkvertrag zur Aufnahme des Ausmasses sowie zur Prüfung und Anerkennung der Regierapporte ermächtigt war.

Soweit sich die Ausführungen der Beklagten um eine allfällige Unzuverlässigkeit der Bauleitung drehen, verfängt ihre Argumentation nicht. Die Beklagte muss sich das Verhalten ihrer Bauleitung, insbesondere auch eine allfällige Unzuverlässigkeit oder fehlende Sorgfalt, wie eigenes Handeln anrechnen lassen. Das Verhalten der Bauleitung fällt nicht in den Verantwortungsbereich der Klägerin.

Ähnlich ergeht es den Argumenten in Bezug auf die nicht rechtmässige Kontrolle der Regierapporte. Wenn die Bauleitung mehrere Rapporte am selben Tag unterzeichnete und diese nicht innert sieben Tagen der Unternehmerin zurückgeschickt, sondern teilweise sogar über einen Monat später unterzeichnet wurden, ist dieses Verhalten ebenfalls der Bauleitung und damit der Beklagten anzulasten. Die klägerische Behauptung, die Regierapporte seien am Ende des jeweiligen Ar-

beitstages erstellt und am folgenden Morgen der Bauleitung übergeben worden (act. 41 Rz 3.12), blieb jedenfalls unbestritten. Damit kam die Klägerin ihrer Rapportpflicht i.S.v. Art. 47 Abs. 1 SIA-Norm 118 bzw. Ziff. 108.200 AGB nach. Diese Bestimmungen verlangen nämlich lediglich, die Rapporte seien der Bauleitung spätestens innert drei Tagen zur Kontrolle vorzulegen. Die verspätete Rückgabe der Rapporte seitens der Bauleitung hat für die Klägerin keine Konsequenzen. Im Übrigen greift die Vermutung der Richtigkeit des verurkundeten Aufwandes und dessen Notwendigkeit auch dann Platz, wenn die Fristen von Art. 47 Abs. 1 und 2 SIA-Norm 118 für die Erstellung, Abgabe und Rückgabe der Regierapporte unbeanstandet nicht eingehalten wurden (BÜHLER, a.a.O., S. 309 f.). Eine Beanstandung anlässlich der Unterzeichnung durch die Bauleitung wurde aber gerade nicht geltend gemacht. Die in der Duplik erhobene Rüge ist verspätet.

Warum bezüglich des Ausmasses eine seriöse Feststellung am 19. Dezember 2007 nicht mehr möglich gewesen sein soll, erläutert die Beklagte nicht. Auch das Argument des Experten J._____ bleibt unklar. So erhellt nicht, wann diese Aussage gemacht wurde und welchen Zeitpunkt die Äusserung betrifft. Im Übrigen bestätigt die Beklagte selbst, dass die Bauleitung das Ausmass - trotz allem - akzeptiert habe (act. 46 Rz 31). Dies spricht Bände. Die Bauleitung war im Zeitpunkt der Aufnahme des Ausmasses der Meinung, dies sei ihr möglich. So finden sich auch hinter jedem Betrag in der Ausmassurkunde Kontrollzeichen und abschliessend die Signatur der Bauleitung. Zudem ist auf obige Ausführungen zu verweisen und die Beklagte daran zu erinnern, dass sie die Bauleitung beigezogen hat und sich deren Handeln wie eigenes zurechnen lassen muss.

7.4. Im Ergebnis gelingt es der Beklagten nicht, Zweifel an der Richtigkeit der im gemeinsam aufgenommenen Ausmass und in den Regierapporten verurkundeten Tatsachen zu wecken. Diese Urkunden schaffen die tatsächliche (natürliche) Vermutung sowohl für die Richtigkeit des darin verurkundeten Aufwandes als auch für dessen Notwendigkeit.

8. Zur Bedeutung der Schlussrechnung

8.1. Die Kompetenz der Bauleitung zur Anerkennung der Schlussrechnung mit der darin ermittelten Abrechnungsforderung wurde bereits erörtert: Die Parteien vereinbarten mit Art. 154 Abs. 2 und 3 SIA-Norm 118, dass die Bauleitung zur Anerkennung der Schlussabrechnung mit der darin ermittelten Abrechnungsforderung ermächtigt sei (oben Ziff. 5.2.2; ZR 87 [1988] Nr. 135; vgl. auch GAUCH, a.a.O., N 1268a). Die Schlussrechnung gilt daher mit dem Prüfungsentscheid der Bauleitung als beidseitig anerkannt, falls sich bei der Prüfung keine Differenzen ergeben (Art. 154 Abs. 3 SIA-Norm 118; SCHWAGER, a.a.O., N 863; ZR 84 [1985] Nr. 103).

In den Allgemeinen Bedingungen der E._____ AG findet sich sodann in Ziff. 108.400 eine Regelung zur Schlussabrechnung. Demnach hat der Unternehmer die Schlussabrechnung der Bauleitung zuzustellen. Diese prüft die Schlussabrechnung innert Monatsfrist und gibt dem Unternehmer unverzüglich über das Ergebnis Bescheid. Bei grösseren Beträgen beträgt die verlängerte Prüffrist drei Monate.

8.2. Im Recht liegt eine von der Klägerin eingereichte und sowohl von ihr als auch von der Bauleitung unterzeichnete Schlussrechnung vom 26. März/15. April 2008 (act. 4/53). Sie enthält unbestrittenermassen einen von der Bauleitung angebrachten Vermerk "ohne Präjudiz".

8.2.1. Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, dass ihr die Schlussrechnung von der Bauleitung zur Unterschrift zugestellt worden sei. Sie habe die Aufstellung als korrekt angesehen und am 26. März 2008 unterzeichnet. Mit Schreiben vom 3. April 2008 (at. 4/52) habe die damalige Rechtsvertreterin der Beklagten der Bauleitung angezeigt, dass die Beklagte die Schlussrechnung nicht akzeptiere (act. 1 Rz 63-66). Mit Schreiben vom 15. April 2008 habe die Bauleitung der Klägerin die nun ihrerseits unterzeichnete Schlussabrechnung zugestellt. Der Vermerk "ohne Präjudiz" habe im Zeitpunkt der klägerischen Unterzeichnung noch nicht bestanden (act. 1 Rz 69). Die Beklagte habe die Vollmacht der Bauleitung nicht widerrufen, sondern ihr die Prüfung der Schlussrechnung überlassen

(act. 41 Rz 3.7). Es sei im Übrigen anzunehmen, dass die Bauleitung die Schlussrechnung von der Beklagten habe genehmigen lassen, bevor sie diese an die Klägerin zur Unterschrift weitergeleitet habe (act. 41 Rz 4.2.20.3). Die Aufforderung der Bauleitung an die Klägerin, ihre eigene Schlussrechnung unterzeichnet an die Beklagte zurückzuschicken, könne nichts Anderes als Anerkennung bedeuten. So habe es die Klägerin verstanden. Die Beklagte habe die Schlussrechnung anerkannt (act. 41 Rz 4.2.20.6-7). Das Schreiben vom 3. April 2008 habe sich zudem nicht an sie, sondern nur an die Bauleitung gerichtet. Die Beklagte habe sich darin auch nicht über die Klägerin, sondern über die Mehrkosten beschwert (act. 41 Rz 4.2.20.8).

8.2.2. Die Beklagte bringt gegen die Schlussrechnung (erneut) vor, die Bauleitung sei unzuverlässig gewesen, weshalb auf deren angebliche Anerkenntnisse nicht abgestellt werden könne (act. 15 ad 52-54). Gewisse Positionen in den Rechnungen der Klägerin widersprächen den Allgemeinen Bedingungen der E._____ AG. Die Bauleitung habe die Verstöße gegen ihre eigenen Vorschriften nicht bemerkt. Dies entwerte die Anerkennungen zusätzlich (act. 15 ad 57-60). Für die Schlussrechnung sei auch die Unterzeichnung durch die Bauherrschaft selbst vorgesehen gewesen. Die Klägerin habe zahlreiche Fehler der Bauleitung im Zusammenhang mit der Erstellung der Schlussrechnung erwähnt. Es sei offensichtlich, dass von einer genauen Prüfung keine Rede sein könne. Vielmehr verdichte sich der Eindruck zunehmend, dass die Bauleitung so ziemlich jedes Papier unterschrieben habe, das ihr vorgesetzt worden sei. Um so bedeutsamer sei die Tatsache, dass die Schlussrechnung nicht von der Beklagten unterzeichnet worden sei (act. 15 ad 63). Die Schlussrechnung sei von der Beklagten zu keinem Zeitpunkt akzeptiert worden (act. 15 ad 66). Die Klägerin könne sich nicht auf die fehlende Sorgfalt der Bauleitung berufen (act. 15 ad 68). Es sei zutreffend, dass die Bauleitung die Schlussrechnung unterzeichnet habe. Ebenso finde sich darauf der Vermerk "ohne Präjudiz". Was die Klägerin mit ihren Ausführungen darüber, der Vermerk sei erst nach Unterzeichnung der Klägerin angebracht worden, zum Ausdruck bringen wolle, sei unerfindlich (act. 15 ad 69). Aus der ungenügenden Wahrnehmung der Bauleitungsaufgaben, insbesondere der Überwachungs- und Kontrollpflichten, könne die Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten (act. 15 S. 14). Die

Beklagte hält weiter dafür, die Unterzeichnung der Schlussrechnung durch die Bauleitung stelle keine Anerkennung durch die Beklagte dar (act. 47 Rz 42).

8.3. Entscheidend ist das Schreiben vom 3. April 2008 (act. 4/52). Darin brachte die Beklagte klar zum Ausdruck, dass sie die Schlussabrechnung nicht akzeptierte. Zwar richtete sich das Schreiben an die Bauleitung. Doch ging das Schreiben auch an die damalige Rechtsvertretung der Klägerin, was sich aus dem Verteiler ergibt (act. 4/52 in fine). Vor diesem Hintergrund brauchte die Beklagte der Bauleitung die Vollmacht nicht zu entziehen. Die Klägerin konnte sich nach Treu und Glauben nicht auf spätere allfällige Anerkennungshandlungen der Bauleitung in Bezug auf die Schlussabrechnung verlassen. Im Übrigen ist denn auch der Passus "ohne Präjudiz" in der Schlussrechnung (act. 4/53) im Lichte des Schreibens der Beklagten zu sehen. So hat die Bauleitung im Nachgang des Schreibens der Beklagten vom 3. April 2008 die Schlussrechnung am 15. April 2008 unterzeichnet, ohne ihr die Wirkungen einer Anerkennung der Rechnung zuteil werden zu lassen. Von einer Anerkennung oder Genehmigung der Schlussrechnung seitens der Beklagten kann daher keine Rede sein.

9. Einordnung der Leistungen nach Ausmass und in Regie

9.1. Der Unternehmer schuldet seinem Besteller die Herstellung (und Ablieferung) des Werkes (Art. 363 OR). Seine Herstellungspflicht kann schon vor der Fertigstellung des Werkes erlöschen, weil z.B. der Besteller nach Art. 377 OR vom Vertrag zurücktritt oder weil ein gänzlich neuer Vertrag geschlossen wird und an Stelle des alten Vertrages tritt. Möglich ist aber auch, dass der vertragliche Leistungsinhalt des fortbestehenden Werkvertrages durch Rechtsgeschäft geändert wird. Diese sog. Bestellsänderung verändert die vereinbarte Herstellungspflicht in der Weise, dass der Unternehmer z.B. zusätzliche oder zum Teil andere Arbeiten zu leisten, bestimmte Arbeiten wegzulassen oder das Werk anders als vereinbart auszuführen hat. Den Bestellsänderungen durch Weisungen und Planänderungen gleichgestellt sind Zusatz- und Regiearbeiten. Die vereinbarte Bestellsänderung beruht auf einem Abänderungsvertrag, worin die Parteien des Werkvertrages übereinkommen, die Herstellungspflicht des Unternehmers und damit den Werkvertrag in dieser oder jener Hinsicht abzuändern.

Die einseitige Beststellungsänderung beruht demgegenüber auf einer einseitigen Willenserklärung des Bestellers. Ist die Einhaltung einer bestimmten Form vertraglich vorgesehen, so kommt Art. 16 Abs. 1 OR sinngemäss zur Anwendung, so dass widerlegbar vermutet wird, dass der Besteller bei Nichteinhaltung der Form keine Beststellungsänderung anordnen wollte. Eine für den Abschluss des Werkvertrages vorbehaltene Form bezieht sich aber weder auf die Vereinbarung von Beststellungsänderungen, noch auf die einseitige Beststellungsänderung (GAUCH, a.a.O., Rz 768 ff.; vgl. auch EGLI, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38-156, 1992, Vorbemerkungen zu Art. 84-91; SCHWAGER, a.a.O., N 845 ff.; SCHUMACHER, a.a.O., S. 35 f.).

9.2. Die Klägerin macht Beststellungsänderungen geltend, die einerseits in der Nachtragsofferte Niederschlag gefunden hätten und andererseits zu diversen Zusatzarbeiten in Regie geführt hätten. Die Beklagte moniert im Wesentlichen, die Beststellungsänderungen würden nicht konkretisiert.

9.3. Ein Vergleich zwischen dem Devis vom 19. Januar 2007 im Werkvertrag (act. 4/3 S. 32 ff.), der Nachtragsofferte vom 12. September 2007 (act. 4/7) und den tatsächlich ausgeführten Arbeiten gemäss dem unterzeichneten Ausmass vom 19. Dezember 2007 (act. 42A) sowie den unterzeichneten Regierechnungen bzw. -rapporten (act. 42D) zeigt, dass die Klägerin letzteren Urkunden zufolge diverse zusätzliche und zum Teil andere Arbeiten geleistet hat, als dies ursprünglich vereinbart worden war. Zwischen den Parteien ist aber kein neuer oder zusätzlicher Werkvertrag geschlossen worden. Der Werkvertrag vom 7./30. Mai 2007 bildet nach wie vor die Grundlage der Leistungen. Dies ist denn auch grundsätzlich unbestritten, berufen sich doch beide Parteien immer wieder auf den im Mai 2007 geschlossenen Werkvertrag und insbesondere die übernommenen AGB der E._____ AG. Die von der Klägerin geleisteten Arbeiten gemäss Ausmass und Regierapporten liessen sich daher nur auf Beststellungsänderungen stützen. Zu deren Vornahme wäre die Bauleitung denn auch ermächtigt gewesen (Ziff. 5.2.2).

Einen schriftlichen Hinweis auf Beststellungsänderungen seitens der Bauleitung findet sich in der Mitteilung der Bauleitung vom 6. August 2007 (act. 4/4). Zudem hat die Bauleitung die Klägerin mit E-Mail vom 4. September 2007 um "die redi-

gierte Kostenzusammenstellung" gebeten (act. 4/5). Auch die Klägerin weist im Kurzbrief vom 12. September 2007 auf neue gültige Pläne hin (act. 4/7). Wiederrum die Bauleitung beanstandete schliesslich in der E-Mail vom 5. Oktober 2007 einzelne Positionen der Nachtragsofferte der Klägerin (act. 4/8). Dies alles spricht dafür, dass seitens der Bauleitung Bestellungenänderungen vorgenommen wurden. Allerdings kritisiert die Beklagte zu Recht, dass diese Schreiben den Umfang der Bestellungenänderungen nicht konkretisieren würden. Dies ist aber aufgrund der durch die Bauleitung im Ausmass und in den diversen Regierechnungen und Regierapporte anerkannten Arbeiten und Leistungen nicht nötig. Die Unterzeichnung dieser Beweisurkunden durch die Bauleitung spricht für die Richtigkeit und Notwendigkeit der enthaltenen Positionen. Daraus lässt sich schliessen, dass die Bauleitung entsprechende Bestellungenänderungen auch tatsächlich vorgenommen hat.

Da es sich um Bestellungenänderungen handelt, ist die in den AGB vorbehaltene Form zum Abschluss des Werkvertrages (Ziff. 103.100 AGB) weder auf die Leistungen gemäss Nachtragsofferte noch auf die Zusatzleistungen in Regie anwendbar; die Bestellungenänderungen konnten formlos erfolgen. Allerdings stellt sich im Zusammenhang mit den Leistungen nach Ausmass die Frage, ob diese auf der Grundlage einer genehmigten schriftlichen Nachtragsofferte erbracht wurden (vgl. Ziff. 108.100 und Ziff. 108.300 AGB). Diese Vertragsbestimmungen gehen den SIA-Normen vor (Art. 21 SIA-Norm 118). Die Vergütung von Leistungen in Regie ist dagegen gemäss AGB an keine Genehmigung geknüpft; von der Bauleitung angeordnete Regiearbeiten werden anerkannt (Ziff. 108.200 AGB).

10. Zur Genehmigung der Leistungen nach Ausmass

10.1. Die Parteien können im Werkvertrag einen Genehmigungsvorbehalt für die Mehrvergütung bei Bestellungenänderungen vereinbaren. Danach besteht der Anspruch des Unternehmers auf eine änderungsbedingte Mehrvergütung unter dem Vorbehalt, dass der Unternehmer die Mehrforderung, die er für eine Bestellungenänderung geltend machen will, vor der Ausführung durch den Besteller genehmigen lässt. Führt der Unternehmer die Bestellungenänderung ohne Genehmigung

der zu bezahlenden Mehrvergütung aus, so scheidet sein Anspruch auf deren Leistung an der hierfür vorausgesetzten Genehmigung (GAUCH, a.a.O., N 789a).

Einen Genehmigungsvorbehalt bei Bestellungenänderungen im eben erwähnten Sinn haben die Parteien in den AGB vereinbart: Für Austausch- und Nachtragspositionen bzw. allfällige Zusatzarbeiten wird verlangt, dass vor deren Ausführung ein schriftlicher Nachtrag durch die Bauherrschaft genehmigen zu lassen ist (Ziff. 108.100 und Ziff. 108.300 AGB; act. 4/3 S. 14). Dieser Genehmigungsvorbehalt schränkt die Vollmacht der Bauleitung in Bezug auf Bestellungenänderungen ein (vgl. bereits oben Ziff. 5.2.2). Ohne Genehmigung seitens der Beklagten sollte kein Anspruch der Klägerin in Bezug auf Mehrleistungen entstehen.

Die Klägerin hat der Bauleitung unstreitig die schriftliche Nachtragsofferte vom 12. September 2007 (act. 4/6) zugestellt, mit der Bitte um Weiterleitung an die Beklagte (act. 4/7). Die Parteien sind sich einig, dass diese Nachtragsofferte durch die Beklagte nicht ausdrücklich akzeptiert wurde. Auch auf ein weiteres Schreiben der Klägerin an die Bauleitung zuhanden der Beklagten, unter Ansetzung einer Frist zur Unterzeichnung (act. 4/10), reagierte die Beklagte nicht ausdrücklich.

10.2. Mit der Einschränkung, dass bei einer einschlägigen Formabrede die Vermutung des Art. 16 Abs. 1 OR eingreift, kann die Genehmigung - als Willenserklärung des Bestellers - auch stillschweigend erfolgen (Art. 1 Abs. 2 und Art. 6 OR). Doch ist es mit der Annahme einer stillschweigenden Genehmigung nicht leicht zu nehmen. Eine stillschweigende Willensäußerung kann nur bei Vorliegen eines eindeutigen Verhaltens angenommen werden, dessen Auslegung keine vernünftigen Zweifel hervorruft (BGE 113 II 522 E. 5c = Pra 77 Nr. 231). Abzustellen ist dabei nicht auf die subjektiven Vorstellungen der Parteien, sondern die Umstände sind nach objektivierendem Massstab zu deuten (Urteil BGer 4C.437/2006 vom 13. März 2007 E. 2.3.1). Insbesondere gelten Zusatzleistungen nicht schon deshalb als stillschweigend genehmigt, weil sie für die Ausführung des Werkes erforderlich waren (GAUCH, a.a.O., N 771 und N 789b lit. f).

Angesichts der fehlenden ausdrücklichen Genehmigung seitens der Beklagten stellt sich die Frage, ob im Verhalten der Beklagten - bzw. allenfalls der Bauleitung - ein stillschweigendes Akzept der Nachtragsofferte zu sehen ist. Eine konkludente Genehmigung ist aber obigen Ausführungen folgend nicht schon in den durch die Bauleitung unterzeichneten Urkunden (Ausmass, Regierapporte) zu sehen. Zu prüfen ist, ob die Klägerin in guten Treuen und angesichts sämtlicher Umstände die Gewissheit haben durfte, die Beklagte habe die Nachtragsofferte genehmigt (BUCHER, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht, 5. Aufl. 2011, N 3 zu Art. 6 OR).

10.2.1. Die Klägerin macht geltend, die Bauleitung habe nach Prüfung der Nachtragsofferte mit E-Mail vom 5. Oktober 2007 angezeigt, dass gewisse Positionen nicht vergütet werden könnten. In der E-Mail vom 12. Oktober 2007 habe die Bauleitung angezeigt, wann welche der zusätzlich bestellten Arbeiten im Treppenhaus fertig gestellt sein sollten (act. 1 Rz 12). Die Klägerin habe am 17. Oktober 2007 auf die Einwände der Bauleitung reagiert. Sie habe um Retournierung der unterzeichneten Nachtragsofferte bis 22. Oktober 2007 gebeten (act. 1 Rz 13). Obwohl die Bauarbeiten weitergelaufen seien, sei die Nachtragsofferte nicht unterzeichnet worden. Die Offerte müsse daher als konkludent angenommen gelten. Dies gehe auch aus den Akontorechnungen hervor, welche die Klägerin gestützt auf die neu offerierten Preise ausgestellt habe und von welchen die Beklagte die ersten zwei anstandslos bezahlt habe. Das Akzept gehe aus sämtlichen Zahlungsanweisungen der Bauherrenvertreterin an die Beklagte hervor, wo unter der Nettovertragssumme jeweils die Nachtragsnettosumme aufgeführt werde (act. 1 Rz 14). Die Bauleitung als Vertreterin der Beklagten sei von der Klägerin über die Kostenentwicklung aufgeklärt worden und die Bauleitung ihrerseits habe die Beklagte über zu erwartende Mehrkosten informiert (act. 1 Rz 51). Da es sich bei der Annahme der Nachtragsofferte nicht um einen eigentlichen Bauwerkvertrag handle, müsse sich die Beklagte sämtliche Vertretungshandlungen der Bauleitung anrechnen lassen (act. 1 Rz 77). Die ersten Leistungen gemäss Nachtragsofferte habe die Beklagte ab dem 10. September 2007 erbracht. In der Offerte werde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Werk "bereits in Arbeit sei". Dies sei der Bauleitung und der Beklagten klar gewesen, da die ursprünglichen Werkpläne respektive das

ursprüngliche Devis nie zur Ausführung gelangt seien (act. 41 Rz 2.1.3). Die Bauleitung sei zur Entgegennahme von Willenserklärungen der Klägerin ermächtigt gewesen. Die Kommunikation sei praktisch vollständig über die Bauleitung gelaufen. Insbesondere habe die Bauleitung die Offerte entgegen nehmen dürfen und hätte gegen deren Erfüllung einschreiten müssen, wenn die Beklagte damit nicht einverstanden gewesen wäre (act. 46 Rz 2.2.4). Die Beklagte müsse sich das Wissen, dass die offerierten Arbeiten bereits gelaufen seien, anrechnen lassen. Es sei anzunehmen, dass die Beklagte dies gewusst habe. K._____ sei regelmäßig auf der Baustelle gewesen. Die Planänderung müsse ihm bekannt gewesen sein (act. 46 Rz 2.2.5). Die Beklagte habe die Nachtragsofferte der Klägerin nie abgelehnt. So habe die Beklagte aufgrund der Nachtragsofferte gewusst, dass die offerierten Leistungen bereits in Arbeit gewesen seien. Weiter habe die Beklagte durch K._____ auch aus eigener Wahrnehmung gewusst, dass die Klägerin unmöglich aufgrund des ursprünglichen Werkvertrages habe arbeiten können (act. 41 Rz 2.2.6). Nach Treu und Glauben sei die Beklagte daher verpflichtet gewesen, der Klägerin direkt oder über die Bauleitung mitzuteilen, dass sie die Nachtragsofferte nicht akzeptiere, statt die Klägerin weiterarbeiten zu lassen. Mit ihrem Stillschweigen habe sie gegenüber der Klägerin eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht der Bauleitung kundgetan. Überhaupt habe die Beklagte respektive K._____ den Anschein erweckt, man überliesse sämtliche Entscheidungen der Bauleitung. Jedenfalls habe er gegen keine einzige Weisung und/oder Bestellung der Bauleitung interveniert. Auch habe er sich auf der Baustelle regelmäßig mit G._____ unterhalten (act. 41 Rz 2.2.7). Die Klägerin habe sich über die Nichtunterzeichnung keine weiteren Gedanken machen müssen. Für Zusatzarbeiten werde zwar ein schriftlicher Nachtrag, aber keine schriftliche Genehmigung verlangt. Die Klausel sei ohnehin kein Gültigkeitsvorbehalt. Formvorschriften könnten formlos aufgehoben werden, was die Beklagte durch die stillschweigende Annahme der Nachtragsofferte getan habe. Zudem sei die Berufung auf Schriftform rechtsmissbräuchlich, nachdem die Leistungen entgegengenommen worden seien (act. 41 Rz 2.2.9).

10.2.2. Die Beklagte entgegnet, aus der E-Mail vom 12. Oktober 2007 gehe nicht hervor, dass es sich bei den dort erwähnten Arbeiten um "zusätzlich bestellte"

gehandelt habe (act. 15 ad 12). Es sei richtig, dass die Klägerin die Retournierung der unterzeichneten Nachtragsofferte bis 22. Oktober 2007 verlangt habe. Die AGB hätten für Nachträge ausdrücklich die Genehmigung durch die Beklagte vorgesehen (act. 15 ad 13). Die Klägerin müsse zugeben, dass die Nachtragsofferte nicht unterzeichnet worden sei, obwohl die Klägerin dies ausdrücklich verlangt habe. Dies könne von ihr nur als Nichtgenehmigung verstanden werden. Daran ändere nicht das Geringste, dass die Arbeiten weitergegangen seien, zumal nicht klar sei, von welchen Arbeiten überhaupt die Rede sei. Wenn die Klägerin Arbeiten gemäss Nachtragsofferte ausgeführt habe, bevor deren verlangte schriftliche Genehmigung eingetroffen sei, so stelle dies ein widersprüchliches Verhalten dar, aus welchem sie nichts zu ihren Gunsten ableiten könne. Aus der Bezahlung von Akontobeträgen lasse sich generell keine Anerkennung der beklagtschen Rechtspositionen ableiten. Ebenso wenig lasse sich den Zahlungsanweisungen ein Akzept entnehmen (act. 15 ad 14). Entgegen der Darstellung der Klägerin würden die Zahlungsanweisungen keine Information der Beklagten durch die Bauleitung belegen, fehle doch just die Unterschrift der Beklagten. Auch von einer kontinuierlichen Kosteninformation der Bauleitung könne keine Rede sein (act. 15 ad 51). Die Akontozahlungen stellten keine konkludente Genehmigung dar, handle es sich doch lediglich um eine vorläufige Zahlung, mit welcher keine Anerkennung verbunden sei (act. 15 S. 13). Der Beklagten seien weder die angeblich geänderten Pläne noch die Nachtragsofferte bekannt (act. 46 Rz 5). Was die Klägerin aus dem Umstand ableiten wolle, sie habe in der Nachtragsofferte darauf hingewiesen, dass das Werk "bereits in Arbeit sei", sei unergründlich. Daraus ergebe sich aber, dass die Arbeiten ohne vertragliche Grundlage ausgeführt worden seien (act. 46 Rz 7). K. _____ habe die Nachtragsofferte auch nicht gekannt. Er sei nicht regelmässig auf der Baustelle gewesen. Allerdings habe er A1. _____ regelmässig auf der Baustelle angetroffen (act. 46 Rz 10). Von der Klägerin sei zu Recht die schriftliche Genehmigung des Nachtrages durch die Bauherrschaft vorbehalten worden. Sie versuche die Dinge auf den Kopf zu stellen, wenn sie nun geltend mache, die Nachtragsofferte sei von der Beklagten nicht abgelehnt worden (act. 46 Rz 13). Aus demselben Grund sei auch die Ansicht verfehlt, die Beklagte hätte der Klägerin mitteilen müssen, dass sie die Nachtragsofferte nicht ak-

zeptiere, statt sie weiterarbeiten zu lassen. Erstens sei ihr die Nachtragsofferte nicht bekannt gewesen und zweitens sei für sie in keiner Weise ersichtlich gewesen, dass eine Änderung gegenüber dem ersten Devis erfolgt sei (act. 46 Rz 14). Dass die Beklagte Arbeiten der Klägerin entgegengenommen habe, bedeute nicht, dass diese der (der Beklagten nicht bekannten) Nachtragsofferte entsprochen hätten (act. 46 Rz 17). Warum sich die Klägerin nach erbeteter schriftlicher Bestätigung dann trotz Nichtunterzeichnung der Offerte keine Gedanken machen müssen, sei unerfindlich. Wenn die Klägerin schon von einer konkludenten Genehmigung ausgegangen sein wolle, dann sei nicht einzusehen, weshalb sie sich danach überhaupt noch nach der schriftlichen Genehmigung hätte erkundigen sollen. Auch sei unverständlich, dass sich A1. _____ trotz mehrmaliger Begegnung mit K. _____ bei diesem nie nach dem Grund der Nichtunterzeichnung erkundigt habe (act. 46 Rz 18). Es sei die Schriftform vorbehalten worden. Die Bauleitung sei nicht bevollmächtigt gewesen, Werkverträge abzuschliessen. Deren Genehmigung entfalte keine Rechtswirkungen (act. 46 Rz 19 f.).

10.3. Soweit sich die Argumente der Klägerin um die Bauleitung als Vertreterin der Beklagten drehen, schiessen diese ins Leere. Freilich war die Bauleitung - wie mehrfach erwähnt - in erheblichem Umfang bevollmächtigt; das Verhalten der Bauleitung ist grundsätzlich der Beklagten zurechenbar. Bestellungsänderungen seitens der Bauleitung wurden vorgenommen (vgl. oben Ziff. 9). Ferner ist es so, dass der Kontakt zwischen der Klägerin und der Beklagten über die Bauleitung zu erfolgen hatte (Ziff. 102.800 AGB). Dies alles täuscht aber nicht darüber hinweg, dass eine Nachtragsofferte im Zuge von Bestellungsänderungen durch die Beklagte hätte genehmigt werden müssen. Eine Mehrvergütung bei Bestellungsänderungen war von der Genehmigung der Nachtragsofferte durch die Beklagte abhängig. Die Regelung in den AGB schränkt die Vollmacht der Bauleitung in diesem Punkt ein. So waren auch Vertretungshandlungen der Bauleitung namens der Beklagten im Rahmen der Genehmigung nicht möglich. Die Beklagte muss sich daher in Bezug auf die Genehmigung der Nachtragsofferte weder das Wissen der Bauleitung noch deren Handlungen zurechnen lassen. Die Konstruktion der konkludenten Genehmigung der Nachtragsofferte über die Bauleitung als Vertreterin der Beklagten geht fehl. Im Übrigen würde damit gerade der vertragliche

Genehmigungsvorbehalt und damit das gewollte Selbstwissen der Beklagten ausgehebelt.

In Bezug auf die Information über die Kostenentwicklung ist festzuhalten, dass sich weder aus den Rechnungen noch der Mehrkostenanzeige ergibt, dass Leistungen gemäss einer Nachtragsofferte erbracht wurden. Zudem findet sich auf keiner Zahlungsanweisung der Bauleitung die Signatur der Beklagten (vgl. act. 4/26-40). So kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte anhand der Kostenentwicklung auf eine Nachtragsofferte schliessen musste, geschweige denn mit Sicherheit davon wusste.

Sodann stellen Akontozahlungen keine Forderungsanerkennung dar; sie haben bloss vorläufigen Charakter (GAUCH, a.a.O., Rz 1163). Im Übrigen hat die Beklagte - wie die Klägerin selbst geltend macht - nur die ersten zwei Akontorechnungen vom 28. September 2007 und 4. Oktober 2007 anstandslos bezahlt (act. 1 Rz 14). Diese beiden Zahlungen erfolgten noch vor der Rückfrage der Klägerin bezüglich Unterzeichnung der Nachtragsofferte.

Gerade diese Rückfrage seitens der Klägerin ist das gewichtigste Gegenargument. Die Klägerin wünschte von der Beklagten unter Fristansetzung die Rücksendung der unterzeichneten Offerte (act. 4/10). Sie erwartete also die Unterschrift der Bauherrschaft. Diese unterschriftliche Genehmigung erfolgte unbestrittenermassen nicht. Dass die Klägerin dann in der Folge trotzdem von einer Genehmigung ausgehen sollte, erscheint widersprüchlich. Nachdem sie die Nachtragsofferte eingereicht hatte und sie trotz Rückfrage keine ausdrückliche Genehmigung von Seiten der Beklagten erhielt, hätte die Klägerin insistieren müssen. Sie hätte die Arbeit einstellen und nach den Gründen der Nichtunterzeichnung fragen müssen. Dabei hätte sie die Beklagte ausnahmsweise direkt angehen können, indem sie beispielsweise mit K._____ das Gespräch gesucht hätte. Immerhin ging es hier um eine erhebliche Erhöhung der ursprünglichen Offerte.

Im Übrigen fehlt es an eindeutigen Verhaltensweisen seitens der Beklagten, deren Auslegung keine vernünftigen Zweifel hervorrufen würde, dass die Beklagte die Nachtragsofferte konkludent genehmigte. Bei Deutung der gesamten Umstän-

de nach objektivierendem Massstab durfte die Beklagte das Stillschweigen und die Handlungen der Beklagten nicht als eine (konkludente) Genehmigung der Nachtragsofferte betrachten. An dieser Genehmigung fehlt es. Die Leistungen der Klägerin wurden auf der Grundlage einer nicht genehmigten Nachtragsofferte erbracht. Die Klägerin hat gegenüber der Beklagten keinen vertraglichen Anspruch auf Mehrvergütung in Bezug auf die Leistungen gemäss Nachtragsofferte.

Zu prüfen sind ausserververtragliche Ansprüche. In Frage kommt eine Ersatzpflicht aus Art. 671 ff. ZGB und ergänzend aus Art. 62 ff. OR. Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag stehen der Klägerin gegenüber der Beklagten schon deshalb nicht zu, weil die Klägerin nicht die Absicht hatte, im Sinne von Art. 419 OR ohne Auftrag zu handeln (BGE 75 II 226 E. 3 = Pra 39 Nr. 4; BGE 99 II 131 E. 2).

11. Zur Ersatzpflicht der Beklagten als Grundeigentümerin

11.1. In den Art. 671-673 ZGB sind die Rechtsfolgen des Grundtatbestandes geregelt, dass zwischen den direkt Beteiligten keine bzw. keine vollständige vertragliche Vereinbarung über einen entgeltlichen Materialeinbau besteht und dennoch eine Verarbeitung von Baumaterial auf einem Grundstück vorgenommen wird, wobei Grundstückeigentümer und Materialeigentümer vor erfolgter Verarbeitung nicht identisch sind (REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Aufl. 2007, N 475). Eingebautes Material wird grundsätzlich Bestandteil des Grundstücks, auf dem der Einbauvorgang stattfindet (Art. 671 Abs. 1 ZGB; Akzessionsprinzip). Der Materialeigentümer ist berechtigt, wenn die Verwendung ohne seinen Willen stattgefunden hat, auf Kosten des Grundeigentümers die Trennung des Materials und dessen Herausgabe zu verlangen, insoweit dies ohne unverhältnismässige Schädigung möglich ist (Art. 671 Abs. 2 ZGB). Dagegen sieht Art. 672 ZGB eine Ersatzpflicht des Grundeigentümers ganz allgemein vor, wenn es aus irgendeinem Grunde nicht zur Trennung des Materials vom Boden kommt - z.B. weil der Einbau nicht ohne Willen des Materialeigentümers stattgefunden hat (BGE 95 II 221 E. 2a; REY, a.a.O., N 488). Nach dem Wortlaut des Gesetzes hat der Grundeigentümer für das Material eine angemessene Entschädigung zu leisten (Art. 672 Abs. 2 ZGB). Das Gesetz macht die Höhe der dem Materialeigentümer zukommenden angemessenen Entschädigung vom guten

bzw. bösen Glauben der Beteiligten abhängig. Bei Gutgläubigkeit beider Beteiligten bemisst sich die Ersatzpflicht des Grundeigentümers in Übereinstimmung mit den Regeln des Bereicherungsrechts nach einem objektiven Massstab. Dem gutgläubigen Materialeigentümer ist der Wert des Materials sowie der Wert der mit dem Einbau verbundenen Arbeit zu ersetzen. Dies, sofern sich der objektive Wert des Grundstücks und damit das Vermögen des Grundeigentümers durch die baulichen Aufwendungen um den gleichen Betrag erhöht hat (BGE 99 131 E. 4c und E. 6c; REY, a.a.O., N 490 und N 496). Das Gericht hat den guten Glauben bei Anwendung des Art. 672 ZGB immer dann gelten zu lassen, wenn unredliches, moralisch verwerfliches Handeln ausgeschlossen erscheint (BGE 95 II 221 E. 2c; BGE 99 II 131 E. 6d).

11.2. Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe der Klägerin gemäss Art. 671 f. ZGB für die gemäss Nachtragsofferte neu hinzugekommenen Positionen eine angemessene Entschädigung zu leisten, da sich das von der Klägerin am Gebäude der Beklagten verbaute Material von diesem ohne unverhältnismässige Schädigung nicht mehr trennen lasse (act. 41 Ziff. 2.6).

Die Beklagte bestreitet im Wesentlichen, dass die in der Nachtragsofferte aufgeführten Arbeiten ausgeführt wurden. Mit Bezug auf Art. 672 ZGB entgegnet sie sodann lediglich, es könne nicht von einem gutgläubigen Materialeigentümer ausgegangen werden. Angesichts der Nichtunterzeichnung der Nachtragsofferte habe sich die Klägerin sehr wohl Gedanken machen müssen. Unverständlich sei, dass A1._____ sich trotz mehrmaliger Begegnung mit K._____ bei diesem nie nach dem Grund der Nichtunterzeichnung der Nachtragsofferte erkundigt habe. Falls er dies getan hätte, so hätte die Beklagte Kenntnis von der Existenz der Nachtragsofferte erlangt (act. 46 Rz 18).

11.3. Vorab ist davon auszugehen, dass die Klägerin die in der Nachtragsofferte aufgeführten Arbeiten tatsächlich erbracht hat (vgl. oben Ziff. 7). Der Einbau des Materials i.S.v. Art. 671 ff ZGB fand dabei mit Willen der Klägerin statt. Eine Trennung des Materials auf der Grundlage von Art. 671 Abs. 2 ZGB kommt daher schon aus diesem Grund nicht Betracht. In Frage kommt dagegen der Entschädigungsanspruch nach Art. 672 Abs. 2 ZGB. Die Beklagte brachte hiergegen nur

vor, dass aus verschiedenen Gründen nicht von einer gutgläubigen Klägerin auszugehen sei. Damit verlangt sie sinngemäss die Reduktion des Ersatzanspruches auf das Minimum i.S.v. Art. 672 Abs. 3 ZGB. Im Übrigen bestreitet die Beklagte den Ersatzanspruch der Klägerin nicht substantiell. Insbesondere blieb die dem geltend gemachten Anspruch immanente objektive Wertvermehrung des beklagischen Grundstückes im Umfang der klägerischen Leistungen unbestritten.

Dem Material- oder Grundeigentümer ist der gute Glaube nicht leichthin abzusprechen. Gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB wird der gute Glaube dort, wo das Gesetz eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person geknüpft hat, vermutet. Dabei ist ausserhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehrs von einem weiten Begriff des guten Glaubens auszugehen. Der Richter hat den guten Glauben bei Anwendung der Art. 672 ZGB immer dann gelten zu lassen, wenn unredliches, moralisch verwerfliches Handeln ausgeschlossen erscheint (BGE 95 II 221, 227 E.2c; BGE 99 II 131 E. 6d). Dies steht in Einklang mit der neueren Lehre, wonach der gute Glaube darin besteht, dass trotz eines Rechtsmangels das Unrechtsbewusstsein fehlt. Das Fehlen des Unrechtsbewusstseins setzt nicht notwendigerweise die Unkenntnis des Rechtsmangels voraus. Beim Bauen mit fremdem Material oder auf fremdem Boden ist das Fehlen des Unrechtsbewusstseins - und damit Gutgläubigkeit - auch beim Materialeigentümer anzunehmen, der weiss, dass er auf fremdem Boden baut, indessen, weil er an das Einverständnis des Grundeigentümers glaubt, gleichwohl nicht im Bewusstsein handelt, etwas Unredliches zu tun (BGE 99 II 131, 147 E.6d; ferner BGE 95 II 221, 227 E. 2c; vgl. zum Ganzen HONSELL, in: Basler Kommentar zum OR I, 5. Aufl. 2012, Art. 3 N 9 f. und N 39).

Wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, ist nach Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen. Das Bundesgericht hat sich bei der blossen Unterlassung sorgfältiger Erkundigungen des bauenden Materialeigentümers über den Bestand eines Vertrages mit dem Grundeigentümer eng an die erwähnte Formel der Gutgläubigkeit bei Ausschluss unredlichen, moralisch verwerflichen Handelns angelehnt und die Gutgläubigkeit folgerichtig bejaht (BGE 95 II 221 E. 2c). Eine vergleichbare Konstellation liegt hier vor. Anhaltspunkte für ein unred-

liches, moralisch verwerfliches Handeln der Klägerin fehlen. Die Klägerin als Materialeigentümerin hat es zwar wie gezeigt unterlassen, sich bei der Beklagten als Grundeigentümerin sorgfältig nach dem Bestand der Nachtragsofferte zu erkundigen. Nach den für die Annahme einer Offerte massgebenden objektivierten Umständen durfte die Klägerin daher nicht davon ausgehen, dass die Nachtragsofferte von der Beklagten angenommen worden war. Sie glaubte indessen trotzdem an deren Einverständnis und führte die Nachtragsofferte aus. Mehr ist der Klägerin nicht vorzuwerfen. Das genügt nicht, um ihr im Kontext von Art. 672 ZGB den guten Glauben abzusprechen.

Auch auf Seiten der Beklagten bestehen keine Anhaltspunkte, ihr den guten Glauben abzusprechen. Es kann ihr kein unredliches, moralisch verwerfliches Verhalten vorgeworfen werden.

Beide Parteien waren also gutgläubig. Deshalb hat die Klägerin gegenüber der Beklagten im Rahmen ihrer Vermögenseinbusse Anspruch auf Ersatz des Vermögenszuwachses, welcher der Beklagten infolge der dem Aufwand der Klägerin zu verdankenden Erhöhung des objektiven Wertes des Grundstückes zugefallen ist (BGE 99 II 131 E. 7a).

12. Zwischenergebnis

Die Aufnahme des Ausmasses und die Prüfung von Regierapporten bzw. Regierechnungen gehörte zu den Aufgaben und Kompetenzen der Bauleitung. Die entsprechenden von der Klägerin eingereichten und zum integrierenden Bestandteil der Rechtsschrift erklärten Beweisurkunden schaffen daher die tatsächliche (natürliche) Vermutung sowohl für die Richtigkeit des darin verurkundeten Aufwandes als auch für dessen Notwendigkeit. Die im Ausmass und den Regierechnungen enthaltenen Leistungen basieren auf Beststellungsänderungen i.S.v. Art. 84 Abs. 1 SIA-Norm 118. Zu deren Vornahme war die Bauleitung befugt. Die Vergütung von Leistungen in Regie ist gemäss AGB an keine Genehmigung geknüpft; von der Bauleitung angeordnete Regiearbeiten werden anerkannt. Dagegen ist für die Nachträge nach Ausmass die Genehmigung einer schriftlichen Nachtragsofferte erforderlich. Eine schriftliche Nachtragsofferte wurde erstellt. Die Beklagte hat

diese weder ausdrücklich noch konkludent genehmigt, weshalb der Klägerin in Bezug auf die Ausmassarbeiten keine vertraglichen Ansprüche zustehen. Allerdings ist ihr der Materialwert und die Arbeit nach Art. 672 ZGB zu ersetzen.

Abschliessend ist im Einzelnen auf die geltend gemachten Arbeiten und Leistungen der Klägerin einzugehen und zu prüfen, ob diese genügend substantiiert vorgebracht wurden, was von der Beklagten bestritten wird.

13. Substantiierung der Leistungen gemäss korrigierter Schlussrechnung

13.1. Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast sind strikte zu unterscheiden. Letztere regelt die Folgen der Beweislosigkeit. Die allgemeine Beweislastregel von Art. 8 ZGB ist regelmässig die Grundlage der Beweislast. Die Behauptungslast bestimmt, zuungunsten welcher Partei zu entscheiden ist, wenn rechts-erhebliche Tatsachen nicht behauptet worden sind. Nicht behauptete, rechtserhebliche Tatsachen führen zu denselben prozessualen Folgen wie nicht bewiesene. Die Behauptungslast hängt deshalb eng mit der Beweislast zusammen und beide stimmen in der Regel überein. Unter Substantiierungslast schliesslich versteht man das Erfordernis, Tatsachenbehauptungen so in Einzeltatsachen aufzugliedern, dass darüber Beweis abgenommen werden kann und die Rechtsanwendung möglich wird (BÜHLER, a.a.O., S. 295 und S. 300 f.; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N 1914 f.).

Die Parteien haben ihre Behauptungen im Hauptverfahren bestimmt und vollständig aufzustellen und sich im Einzelnen über das Vorbringen des Gegners auszusprechen (§ 113 ZPO/ZH). Insbesondere sind die Tatsachen, auf welche sich die Begehren stützen, in möglichst vollständiger und bestimmter Weise in der Rechtsschrift selbst vorzutragen. Die Geltendmachung von Tatsachen muss spezifisch erfolgen, damit für das Gericht und die Gegenpartei der Prozessstoff klar erkennbar wird. Umstände, die sich aus den Beilagen ergeben, können nicht durch einen generellen Verweis auf diese als Sachverhalt in den Prozess eingebracht werden. Die allgemeine Erklärung eingereichter Akten zum integrierenden Bestandteil der Rechtsschrift genügt nicht. Durch Verweis auf die eingelegten Akten können Sachverhaltselemente nur dann als prozessgenügend behauptet gel-

ten, wenn der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennt und aus dem Verweis in der Rechtsschrift selbst klar wird, ob das Dokument in seiner Gesamtheit oder welche Teile des Aktenstückes als Parteibehauptung gelten sollen (ZR 97 [1998] Nr. 87; vgl. auch SCHUMACHER, a.a.O., N 1920).

Behauptungen sind so konkret aufzustellen, dass sie ohne weiteres als Beweissatz in den Beweisaufgabebeschluss aufgenommen werden können. Eine Partei kann sich nicht mit allgemeinen Vorbringen begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunktes werde sich dann aus dem Beweisverfahren ergeben; denn die Durchführung eines solchen setzt entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N 5 zu § 113). Die Anforderungen an die Konkretisierung der Behauptungen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (Urteil BGer 4C.220/2002 vom 7. Oktober 2002 E. 2.1). Ebenso ist eine Bestreitung so konkret zu halten, dass sich daraus bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen der klagenden Partei damit bestritten werden sollen (BGE 117 II 113 E. 2). Das genügende Behaupten und Bestreiten der rechtserheblichen Tatsachen ist eine Obliegenheit, eine prozessuale Last, deren Nichterfüllung prozessuale Nachteile für die betreffende Partei zur Folge haben kann, indem das Gericht auf das mangelhafte Parteivorbringen abstellen wird (zum Ganzen FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 4 zu § 55, N 1 ff. zu § 113 und N 3 zu § 130 ZPO/ZH).

13.2. Die Klägerin hat in der Replik sowohl ein von der Bauleitung unterzeichnetes Ausmass (act. 42A) als auch von der Bauleitung unterzeichnete Regierechnungen (act. 42D) zum integralen Bestandteil der Rechtsschrift erklärt (act. 41 Rz 2.3.2 und Rz 3.13). Zudem hat sie Regiearbeiten tabellarisch zusammengestellt (act. 42B und 42C) und in der Replik ausdrücklich darauf verwiesen, wobei sie die Zusammenstellung einzelnen Rechnungsnummern bzw. Teilen der Ausmassurkunde zuweist (act. 41 Rz 3.14). Bereits in der Klageschrift hat die Klägerin zudem folgende (korrigierte) Schlussrechnung geltend gemacht (act. 1 Rz 63):

SCHLUSSABRECHNUNG mit Korrektur Regiearbeiten					
		Akkordarbeiten		Regiearbeiten	Total
		Fr.		Fr.	Fr.
brutto		292'533.05		52'805.90	
Rabatt	6%	17'551.98	6%	3'168.35	
Skonto	2%	<u>5'499.62</u>	2%	<u>992.75</u>	
Total		269'481.45		48'644.80	318'126.24
Total bis heute geleistete Akkord-Zahlungen (ohne MWST)					-155'204.50
Total bis heute geleistete Regie-Zahlungen (ohne MWST)					<u>-15'983.85</u>
Total Schlussabrechnung ohne MWST					146'937.89
Mehrwertsteuer auf Schlussabrechnung			7.6%		<u>11'167.28</u>
Total Schlussabrechnung inkl. MWST					158'105.17
Abzüge					
Allgemeine Abzüge gem. Werkvertrag	1.1%	345'338.95		-3798.73	
Spezial-Abzüge gem. Abmachung				-719.80	
Skonto-Korrektur				<u>6231.85</u>	1'713.32
MWSt auf Abzüge	7.6%				<u>130.21</u>
Guthaben ohne MWSt					148'651.00
MWST	7.6%				11'297.48
Restguthaben (Schlusszahlung)					159'948.48

13.3. Entgegen der Auffassung der Beklagten halten die Substantiierungshinweise vom 2. September 2011 (Prot. S. 22 f.) nur fest, dass "blosse" Verweise auf Beilagen und Rapporte der Substantiierungspflicht nicht genügen würden. Die Verweise der Klägerin in der Replik nennen indes spezifische Aktenstücke und aus den Verweisen wird zudem klar, dass die Dokumente in ihrer Gesamtheit gelten sollen. Dies sind mehr als allgemeine Erklärungen. Die enthaltenen Sachverhaltselemente gelten daher als prozessgenügend behauptet.

Sowohl das Total der Ausmasse in der Ausmassurkunde (act. 42B S. 36), die Summe der Regierechnungen und die einzelnen Beträge in den genannten Regierapporten (act. 42D) als auch das Gesamttotal in der klägerischen Zusammenstellung (act. 42B) entsprechen den mit der korrigierten Schlussabrechnung vom

12. März 2007 (act. 1 Rz 63) geltend gemachten Beträgen nach Ausmass (CHF 292'533.05) bzw. in Regie (CHF 52'805.90). Die (korrigierte) Schlussrechnung lässt sich anhand des Ausmasses und der eingereichten Regierechnungen und -rapporte sowie anhand der Zusammenstellungen der Klägerin nachvollziehen. Inhaltlich erweisen sich die erwähnten Akten denn auch als genügend substantiiert. So sind sowohl im Ausmass als auch in den Regierechnungen Einzelleistungen erkennbar.

Die Parteien sind sich weiter einig, dass die Beklagte bereits CHF 234'198.60 bezahlt hat. Dieser Betrag entspricht den in der Schlussabrechnung ausgewiesenen Zahlungen von CHF 155'204.50 und CHF 15'983.85 (zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.6% = 184'198.60) sowie der Zahlung von CHF 50'000.– am 30. Juni 2008. Das von der Klägerin geltend gemachte Restguthaben gemäss korrigierter Schlussabrechnung von CHF 109'94870 (act. 1 Rz 32-37; act. 15 ad 18-50) stimmt mit den geltend gemachten Berechnungen überein.

Die Ausführungen und Behauptungen, insbesondere aber die Leistungen gemäss Ausmass und Regierechnungen, erweisen sich damit als genügend konkret. Über die Leistungen könnte im Einzelnen Beweis abgenommen werden. Die Klägerin ist damit ihrer Substantiierungspflicht nachgekommen.

13.4. Ist die Klägerin ihrer Substantiierungspflicht in Bezug auf die Leistungen nachgekommen, oblag es in der Folge der Beklagten, aufgrund ihrer Kenntnis des Bauumfanges sowie der einzelnen Leistungspositionen diejenigen Positionen zu bestreiten, welche ihrer Ansicht nach nicht gerechtfertigt sind (BGE 117 II 113 E. 2). Dies wäre anhand des Ausmasses und der Regierechnungen und -rapporte möglich gewesen. Die Beklagte hat aber lediglich einzelne Positionen der Nachtragsofferte substantiiert bestritten (vgl. act. 15 ad 13). Die Inhalte von Ausmass, der Regierechnungen und Regierapporten blieben in den Ausführungen der Beklagten gänzlich unberührt.

Damit fehlt es an einer substantiierten Bestreitung seitens der Beklagten. Dies hat zur Folge, dass auf die Inhalte der genannten Urkunden abzustellen ist. Insbesondere die Schlussabrechnung erweist sich als korrekt. Die Regiearbeiten der

Klägerin sind damit ausgewiesen. Schliesslich entspricht die Vermögenseinbusse der Klägerin im Ergebnis dem noch ausstehenden Teilbetrag ihrer Werklohnforderung. In Ermangelung substantiierter Bestreitung seitens der Beklagten ist davon auszugehen, dass der ausstehende Werklohn auch dem von der Klägerin geschaffenen objektiven Mehrwert des Baugrundstückes entspricht. Damit ist der Ersatzanspruch des Materialeigentümers gegen den Grundeigentümer im Quantitativ ebenfalls ausgewiesen.

14. Ergebnis

Die Klage ist gutzuheissen und die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin CHF 109'948.70 zu bezahlen. Die Zinsrechnung der Klägerin (act. 1 Rz 55) wurde nicht substantiell bestritten (act. 15 ad 55) und erweist sich als korrekt.

Die von der Klägerin geltend gemachten Kosten des Verfahrens betreffend vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sind ihr demgegenüber nicht zu ersetzen. Die Klägerin unterlässt es, darzutun, dass sie die mit Verfügung des Einzelrichters am Audienzrichteramt des Bezirksgerichts Zürich vom 28. Februar 2008 einstweilen angeordnete vorläufige Eintragung nach Beseitigung einer allfälligen Einsprache rechtzeitig und erfolgreich prosequiert hat. Bei dieser Aktenlage steht nicht fest, ob die Klägerin Anspruch auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gehabt hat. Nur in diesem Fall wären ihr die Kosten jenes Verfahrens zu ersetzen. Daher kann offen bleiben, ob der Entscheid über die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht ohnehin abschliessend über die Tragung der Kosten eines solchen Verfahrens entscheidet, sodass dem Richter, welcher über die Werklohnforderung entscheidet, ein erneuter Entscheid über die Zusprechung von Kosten des Sicherungsverfahrens verwehrt wäre.

15. Rechtmittel

Gegen diesen Entscheid steht der Beklagten - unter den gegebenen Voraussetzungen - die Beschwerde an das Bundesgericht offen.

16. Prozesskosten

Angesichts des bloss marginalen Unterliegens der Klägerin (vgl. oben Ziff. 14) wird die Beklagte vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig. Die von der Klägerin geltend gemachten Weisungskosten sind in der Prozessentschädigung enthalten (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO/ZH).

Das Gericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 109'948.70 zuzüglich Zinsen zu 5% seit dem 26. Januar 2008 bis zum 10. Februar 2008 auf dem Betrag von CHF 133'265.35, seit dem 11. Februar 2008 bis zum 30. Juni 2008 auf dem Betrag von CHF 159'948.70 und seit dem 1. Juli 2008 auf dem Betrag von CHF 109'948.70 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 13'000.–.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von CHF 16'500.– zuzüglich CHF 1'000.– Weisungskosten zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 109'948.70.

Zürich, 20. Februar 2013

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Peter Helm

lic. iur. Enrico Moretti