



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, und Oberrichterin Dr. Franziska Grob, die Handelsrichter Werner Furrer, Werner Heim und Felix B. Haessig sowie der Gerichtsschreiber Roman Kariya

Urteil vom 12. August 2015

in Sachen

A._____ GmbH,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

" Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 49'766.45 zuzüglich Zins zu 5% seit 25.05.2012 und Fr. 153.00 Betreuungskosten zu bezahlen, und es sei in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg der Rechtsvorschlag in diesem Umfang aufzuheben;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in C.____/ZH und bezweckt gemäss Handelsregisterauszug im Wesentlichen Bauberatungen, Malerarbeiten, Gipserarbeiten, Trockenbau sowie Verkauf und Vermittlung von Immobilien.

Bei der Beklagten handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D.____/ZH, welche gemäss Handelsregisterauszug im Wesentlichen die Erbringung von Leistungen als Baumanagement, Bauleitung, Bauberatung, Bautreuhand und als Generalplaner sowie die Realisierung von Bauten als Generalunternehmerin für den Immobilien- und Bausektor bezweckt.

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin als Unternehmerin und die Beklagte als Generalunternehmerin schlossen am 4. bzw. 7. Oktober 2011 einen schriftlichen Werkvertrag über Gipser- und Malerarbeiten im Innen- und Aussenbereich für den An- und Umbau des Einfamilienhauses E.____ am F.____-Strasse ... in G.____ zu einem Pauschalpreis von CHF 100'000.– (netto, inkl. 8 % MWST) ab. Mit der vorliegenden Klage fordert die Klägerin den Restbetrag des Pauschalpreises von CHF 8'000.– sowie die Vergütung der ihrer Meinung nach von der Beklagten erteilten Zusatzaufträge von CHF 41'766.45. Die Beklagte anerkennt die eingeklagte Forderung

teilweise. Allerdings macht sie diverse Werkmängel geltend und stellt bezüglich der anerkannten Forderung verrechnungsweise einerseits die Aufwendungen für Fertigstellungs- und Nachbesserungsarbeiten und andererseits die Bevorschussungskosten für Ersatzvornahmen gegenüber.

B. Prozessverlauf

Die Klägerin reichte am 13. März 2013 (Datum Poststempel) die vorliegende Klage ein (act. 1). Den von ihr mit Verfügung vom 15. März 2013 geforderten Vorschuss für die Gerichtskosten leistete sie fristgemäss (act. 4; act. 6). Die Klageantwort vom 10. Juli 2013 wurde innert angesetzter Frist eingereicht (act. 7; act. 9). Am 17. Januar 2014 fand eine Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher die Parteien einen Vergleich mit einer Widerrufs Klausel schlossen (Prot. S. 6 f.; act. 14). Mit ihrer Eingabe vom 27. Januar 2014 widerrief die Klägerin den geschlossenen Vergleich (act. 15), worauf das Verfahren fortgesetzt wurde. Innert der ihnen jeweils angesetzten Fristen erstatteten die Parteien fristgerecht die Replik vom 31. März 2014 sowie die Duplik vom 23. Juni 2014 (act. 18; act. 24). Nach Zustellung der Duplik wurde der Klägerin antragsgemäss Frist angesetzt, um zu den neuen Behauptungen in der Duplik schrift und zu deren Beilagen Stellung zu nehmen (act. 26, act. 28; act. 29). Die Stellungnahme vom 4. September 2014 erfolgte fristgerecht (act. 31). Nach Zustellung der Stellungnahme zur Duplik wurde in der Folge antragsgemäss der Beklagten Frist angesetzt, um sich zur Stellungnahme der Klägerin äussern zu können (act. 32; act. 34; act. 35). Die Stellungnahme vom 9. Oktober 2014 erfolgte fristgerecht (act. 37) und wurde sodann der Klägerin zugestellt (act. 38). Mit Verfügung vom 20. Mai 2015 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde, unter Androhung, dass bei Stillschweigen Verzicht auf die Hauptverhandlung angenommen würde (act. 41). Die Verfügung konnte beiden Parteien am 22. Mai 2015 zugestellt werden (act. 42/1-2). Mit ihrer Eingabe vom 26. Mai 2015 verzichtete die Beklagte ausdrücklich auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (act. 43). Da vonseiten der Klägerin innert Frist keine Erklärung einging, ist androhungsgemäss Verzicht auf die Hauptverhandlung anzunehmen.

C. Beweisvorbringen der Parteien

Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte offerierten ihre Beweismittel form- und fristgerecht, versehen mit je einem Beweismittelverzeichnis (act. 3/1-35; act. 11/1-15; act. 20/1-6; act. 25/1-13).

Der Prozess erweist sich als spruchreif.

Erwägungen

**I.
Formelles**

Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist für die vorliegende Klage sowohl örtlich als auch sachlich zuständig (Art. 10 Abs. 1 lit. b und Art. 6 Abs. 2 ZPO sowie § 44 lit. b GOG), was unbestritten ist (act. 1 S. 2 f. Rz. 1.b und c; act. 9 S. 2 Rz. 1 f.). Das Verfahren wurde mittels Klage gehörig eingeleitet (Art. 220 ZPO); ein Schlichtungsverfahren entfiel (Art. 198 lit. f ZPO). Vollmachten wurden beigebracht (act. 2; act. 10). Auch hat die Klägerin den von ihr geforderten Gerichtskostenvorschuss fristgerecht geleistet (act. 6). Auf die Klage ist daher einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

**II.
Materielles**

1. Werklohnforderung

1.1. Vertragsqualifikation und -gegenstand

Es ist unbestritten, dass die Parteien einen Vertrag über Gipserarbeiten sowie Trockenbau für den An- und Umbau des Einfamilienhauses E._____ am F._____ - Strasse ... in G._____ zu einem Pauschalpreis von CHF 100'000.- (netto, inkl.

8 % MWST) vereinbarten. Unbestritten ist auch, dass der Vertragsinhalt durch eine Vielzahl von Dokumenten gebildet wird. Dazu gehören die durch das Bauprojekt bedingten besonderen Bestimmungen, nämlich die allgemeinen Werkvertragsgrundlagen der Beklagten, die besonderen Bestimmungen zum Bauprojekt in Ergänzung zum Werkvertrag der Beklagten, das Leistungsverzeichnis vom 30. April 2011, die Ausführungspläne 1:50 des Architekturbüros H._____ (Stand Index E 14, Juli 2011) sowie neben der eigentlichen Vertragsurkunde auch das Angebot des Unternehmers vom 27. September 2011 mit den dazugehörigen Beilagen. Ebenfalls unbestritten ist, dass auf den vorliegenden Werkvertrag die SIA-Norm 118 anwendbar ist (act. 9 S. 3 Rz. 5; act. 18 S. 4 Ad 5).

Die im Werkvertrag enthaltene Klausel, wonach alle zum Zeitpunkt der Arbeitsausführung gültigen Normen und Bestimmungen des SIA (Schweizerischer Ingenieur- und Architekten-Verein) und anderer Fachverbände, die im Einverständnis mit dem SIA Normen aufgestellt haben, Vertragsbestandteil bilden sollen (entnommen aus Art. 7 Ziff. 5 SIA-Norm 118), erachtet die Klägerin dagegen für rechtlich nicht gültig und ohne rechtliche Wirkung. Da die Anwendbarkeit dieser Klausel – wie sogleich zu zeigen sein wird – für die nachfolgende Beurteilung nicht von Relevanz ist, erübrigen sich diesbezüglich weitere Ausführungen.

1.2. Unbestrittener Sachverhalt

Die Parteien sind sich einig, dass die Beklagte Zahlungen in der Höhe von insgesamt CHF 92'000.– geleistet hat. Entsprechend anerkennt die Beklagte, der Klägerin aus dem Werkvertrag noch den restlichen Betrag in der Höhe von CHF 8'000.– zu schulden (act. 24 S. 16 Rz. 34). Weiter anerkennt die Beklagte, gewisse Zusatzaufträge erteilt zu haben, und anerkennt entsprechend die sich aus den nachfolgenden Rechnungen ergebenden Forderungen in der Höhe von insgesamt CHF 15'127.70 vollumfänglich (act. 9 S. 8 ff, Rz. 23, Rz. 41 und Rz. 49; act. 24 S. 9 ff. Rz. 18, Rz. 31 und Rz. 33):

- Rechnung vom 10. April 2012 über CHF 2'008.90 (recte: CHF 2'008.80; act. 3/8)
- Rechnung vom 18. April 2012 über CHF 6'544.80 (act. 3/14)
- Rechnung vom 18. April 2012 über CHF 2'235.60 (act. 3/15)
- Rechnung vom 18. April 2012 über CHF 1'620.00 (act. 3/16)
- Rechnung vom 18. April 2012 über CHF 2'718.50 (act. 3/18).

1.3. (Teilweise) Bestrittener Sachverhalt

Hingegen bestreitet die Beklagte (teilweise) die geltend gemachte Forderung von insgesamt CHF 26'638.75, welche sich auf die folgenden sechs Rechnungen stützt:

- Rechnung vom 10. April 2012 über CHF 3'591.– (act. 3/9)
- Rechnung vom 10. April 2012 über CHF 2'192.40 (act. 3/10)
- Rechnung vom 10. April 2012 über CHF 1'868.40 (act. 3/11)
- Rechnung vom 11. April 2012 über CHF 5'967.– (act. 3/12)
- Rechnung vom 11. April 2012 über CHF 7'132.85 (act. 3/13)
(teilweise bestritten)
- Rechnung vom 18. April 2012 über CHF 5'887.10 (act. 3/17)
(teilweise bestritten).

1.3.1. Standpunkt der Parteien

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass es sich bei den in Rechnung gestellten Leistungen um Zusatzaufträge gehandelt habe. Dabei habe es sich auch um Leistungen gehandelt, die von anderen Unternehmern, etwa dem Cheminéebauer oder dem Maurer, nicht erbracht worden seien, oder sich im Zusammenhang mit den Bauarbeiten für andere Gewerke ergeben hätten. Ein Teil der Zu-

satzleistungen hätten sodann Arbeiten in vorgängig nicht zum Umbau vorgesehenen Räumen des bestehenden Einfamilienhauses, wie zum Beispiel in dessen Untergeschoss, betroffen. Die Beklagte bzw. ihr Vertreter I._____, der sich auf der Baustelle kaum je vor 17 Uhr gezeigt habe, habe die Klägerin mit den Zusatzarbeiten in der Regel mündlich beauftragt. Die Beklagte habe von der Klägerin allerhöchste Qualität verlangt und sie bedrängt, die zusätzlichen Arbeiten, teils ultimativ sowie ohne vorgängige schriftliche Vereinbarung, zu übernehmen. Die Beklagte habe sich aber durchgehend geweigert, Regierapporte über ausgeführte Arbeiten zu unterzeichnen (act. 1 S. 4 Rz. 1.b; act. 18 S. 4 ff. Ad 7 und Ad 18-20 ff.).

Die Beklagte bestreitet die Ausführung der Arbeiten nicht. Allerdings bestreitet sie bei den meisten Arbeiten, dass hierfür Zusatzaufträge erteilt worden seien. Diese müssten nämlich ausdrücklich von der Beklagten genehmigt und anerkannt worden sein. Die meisten von der Klägerin als Zusatzaufträge bezeichneten Arbeiten seien bereits vom Werkvertrag erfasst und damit vom vertraglich vereinbarten Pauschalbetrag gedeckt. Die Beklagte schulde daher nur diejenigen Leistungen, die als Gegenstand des Werkvertrags vereinbart sowie explizit als Zusatzaufträge anerkannt worden seien (act. 9 S. 7 Rz. 20; act. 24 S. 7 Rz. 13).

1.3.2. Parteivorbringen zu den einzelnen (teilweise) bestrittenen Rechnungen

1.3.2.1. Rechnung vom 10. April 2012 über CHF 3'591.– (act. 3/9)

Die Klägerin bringt diesbezüglich im Wesentlichen vor, dass sie für den Cheminéebau vier Nischen nach Mass gemauert, die Kanten ausgebildet, die Netze eingebettet sowie den Weissputz aufgezogen und nachgeschliffen habe. Für den Cheminéebau sei nicht die Klägerin, sondern der Cheminéebauer beauftragt gewesen. Nach Ausführung der Rohbauarbeiten für das Cheminée durch den Cheminéebauer habe jedoch die Beklagte gewollt, dass die Klägerin die Nischen mauere und die weiteren in Rechnung gestellten Arbeiten ausführe. Das Angebot zur Ausführung der Arbeiten stamme mithin von der Beklagten. Eine Offerte der Klägerin sei für das Zustandekommen des entsprechenden Werkvertrages nicht

vorausgesetzt. Geschweige denn brauche es eine nachträgliche Genehmigung der Arbeiten, die die Beklagte bestellt habe. Der Werkpreis von CHF 3591.– (inkl. MWST) für diese zusätzlich vereinbarten Arbeiten umfassten auch Materiallieferungen, die Werkzeuge und die Hilfsmittel sowie den Transport. Die Klägerin habe den Auftrag akzeptiert und die Arbeiten ausgeführt. Soweit kein Preis vereinbart worden sei, bestimme sich der Werklohn nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers gemäss Art. 374 OR. Dass mangels einer Preisabrede oder mangels Festsetzung eines "Einheitspreises", wofür jedoch keine gesetzliche oder vertragliche Grundlage bestehe, kein Werklohn geschuldet wäre, wie die Beklagte meine, sei offensichtlich rechtsirrtümlich. Das Ausmass der Nischen sei bekannt und könne jederzeit vor Ort ausgemessen werden. Die Forderung von CHF 3'591.– sei begründet und werde zu Unrecht bestritten. In den Leistungsverzeichnissen zum Werkvertrag vom 4. Oktober 2011 bzw. 7. Oktober 2011 seien keinerlei Arbeiten für den Cheminéebau vorgesehen gewesen. Das Cheminée habe ja auch vielmehr gesamthaft durch den Cheminéebauer erstellt werden sollen. Es ergäben sich auch aus den Plänen keine Leistungen der Klägerin (act. 1 S. 7 Rz. 3.b; act. 18 S. 18 ff. Ad 24).

Die Beklagte hält dagegen, dass es sich bei den Arbeiten im Bereich des Cheminées weder um einen Zusatzauftrag noch um einen nachträglichen Kundenwunsch handle. Für diese Arbeiten bestehe weder eine Offerte, noch seien die Arbeiten nachträglich genehmigt worden. Es seien auch keine Arbeiten verlangt worden, die von der Klägerin anstelle des Cheminéebauers hätten übernommen werden müssen. Ein Zusatzaufwand habe durch die Klägerin nicht geleistet werden müssen. Da diese Arbeit durch den Pauschalbetrag im Werkvertrag gedeckt werde, bestehe keine Forderung von CHF 3'591.–, die sodann mangels einer ausreichenden Substantiierung durch die Klägerin insgesamt in ihrer Höhe bestritten werde (act. 9 S. 8 f. Rz. 24 f.; act. 24 S. 9 f. Rz. 19).

1.3.2.2. Rechnung vom 10. April 2012 über CHF 2'192.40 (act. 3/10)

Die Klägerin führt diesbezüglich im Wesentlichen aus, dass zusätzliche Malerarbeiten für das Obergeschoss vereinbart worden seien. Es seien vier Türen inklusive Rahmen beidseitig zweimal mit SIKKENS Seidenmatt RAL 9010 weiss zu

streichen gewesen. Zusätzlich sei die Spezial-Haustüre mit Metalleinlage zu demontieren, das Metall einzufetten (recte: wohl zu entfetten) und zweimal zu grundieren gewesen. Die Metalleinlage habe einseitig grau zweimal gespritzt und auf der Innenseite zweimal weiss gestrichen werden müssen. Sodann sei die ganze Haustüre zweimal aussen und zweimal innen zu streichen gewesen. Im Weiteren hätten zusätzliche Metalleinsätze an der Keller-Abgangstüre und an der Bürotüre (Keller) entfettet und grundiert werden müssen. Die Klägerin habe die Malerarbeiten abredegemäss ausgeführt. Sämtliche von der Klägerin erbrachten Leistungen stellten einen Zusatzauftrag dar und gingen nicht aus dem Werkvertrag vom 4. Oktober 2011 bzw. 7. Oktober 2011 hervor. Der Wert der insgesamt geleisteten Arbeiten einschliesslich Material, Werkzeug und Hilfsmittel sowie Materialanlieferung und Transporte betrage insgesamt CHF 2'192.40 und sei, sofern bestritten, gemäss Art. 374 OR durch eine Gutachten zu ermitteln (act. 1 S. 8 Rz. 3.c; act. 18 S. 22 ff. Ad 26 ff.).

Die Beklagte bestreitet, dass es sich bei den betreffenden Arbeiten um einen nachträglichen Kundenwusch handle. Für diese Arbeiten bestehe weder eine Offerte, noch seien diese Arbeiten nachträglich genehmigt worden. Sämtliche Arbeiten seien vom Werkvertrag und Pauschalbetrag erfasst und somit vereinbart und geschuldet. Die Leistungen der Klägerin stellten nichts anderes als die üblichen Arbeiten im Zusammenhang mit der Behandlung einer Türe dar. Die Klägerin habe daher keine Zusatzarbeiten geleistet. Auch seien die angeblichen Arbeiten, die im Zusammenhang mit den "zusätzlichen Metalleinsätzen" an der Keller-Abgangstüre und an der Bürotüre (Keller) geleistet worden seien, unklar und in keiner Art und Weise substantiiert. Überdies werde auch die Höhe des Wertes der angeblich geleisteten Arbeiten vollumfänglich bestritten. Ohnehin sei die Höhe des Wertes nicht in rechtsgenügender Weise substantiiert worden (act. 9 S. 9 f. Rz. 26 ff.; act. 24 S. 10 Rz. 20).

1.3.2.3. Rechnung vom 10. April 2012 über CHF 1'868.40 (act. 3/11)

Die Klägerin macht diesbezüglich im Wesentlichen geltend, dass sie während der Bauausführung zusätzlich beauftragt worden sei, in der separaten Toilette im Erdgeschoss die Wände zu verputzen und nachzuschleifen (oberhalb 1 m über

dem Boden) sowie den Weissputz bis auf die Höhe des Bodens abzuglätten (ohne Sockel). Diese Arbeiten seien im Werkvertrag vom 4. Oktober 2011 bzw. 7. Oktober 2011 nicht enthalten. Die Klägerin habe die zusätzlichen Arbeiten ausgeführt. Der Wert der ausgeführten Arbeiten einschliesslich Material, Werkzeug und Hilfsmittel sowie Materialanlieferung und Transporte betrage insgesamt CHF 1'868.40 und sei, sofern bestritten, gemäss Art. 374 OR durch ein Gutachten zu ermitteln (act. 1 S. 8 Rz. 3.d; act. 18 S. 26 f. Ad 30 und Ad 31).

Die Beklagte führt dagegen aus, dass es sich bei den Arbeiten im Zusammenhang mit der Toilette im Erdgeschoss nicht um einen nachträglichen Kundenwunsch handle. Für diese Arbeiten bestehe weder eine Offerte, noch seien die Arbeiten nachträglich genehmigt worden. Das sei auch gar nicht notwendig gewesen, da es sich dabei um Arbeiten handle, die Bestandteil des pauschalierten Werkvertrages seien. Das gehe aus dem Plan Erdgeschoss hervor. Überdies seien diese Arbeiten auch im Werkvertrag enthalten. Die Klägerin lege im Übrigen nicht substantiiert dar, worin die zusätzliche Rechnung begründet sei. Weder lege sie den Zeitaufwand noch die getätigten Arbeiten oder das verwendete Material dar. Die Rechnung werde daher auch in ihrer Höhe bestritten (act. 9 S. 10 Rz. 30 f.; act. 24 S. 11 f. Rz. 22 f.).

1.3.2.4. Rechnung vom 11. April 2012 über CHF 5'967.– (act. 3/12)

Die Klägerin bringt diesbezüglich im Wesentlichen vor, dass verschiedene weitere Malerarbeiten im Innern und Aussen gemäss den Baubesprechungen der Parteien, insbesondere an der Besprechung vom 13. März 2012, verabredet worden seien. Die Treppentritte (EG und OG) seien links und rechts mit Hybrid (recte: wohl Hybrid-Kitt) auszufugen gewesen. Auf der Innenseite des Saunabogens hätten Risse ausgefugt und weiss gestrichen werden müssen. Um den Kamin seien die Arbeiten des Bodenlegers nachzubessern gewesen. Auch habe das Külschrank-Gitter grundiert und gespritzt werden müssen. Zudem seien die Wände im Keller weiss zu streichen gewesen; im Fitnessraum seien die Wände neu gestrichen worden. Hinter den Röhren und der Waschmaschine habe ein weisser Anstrich vorgenommen werden müssen. Sodann seien die Fenstersimse aussen auszuspritzen, zu reparieren und zu grundieren gewesen. Weiter hätten Boxenlö-

cher ausgeschliffen und ausgestrichen werden müssen. Die Lautsprecher im EG und Keller seien zusätzlich zu versetzen gewesen; samt Reparaturen und Anstrichen. Sodann sei die Lüftung im WC (EG) versetzt worden. Die Wand habe repariert und wieder gestrichen werden müssen. Die Schrauben an der Eingangstüre (Sihlseite) seien zu spachteln und auszuschleifen (samt Grundierung) gewesen. Sodann hätten Ausbesserungen im ganzen Gebäude vorgenommen werden müssen. Die Klägerin habe die Arbeiten abredegemäss ausgeführt. Der Wert der ausgeführten Arbeiten einschliesslich Material, Werkzeug und Hilfsmittel sowie Materialanlieferung und Transporte betrage insgesamt CHF 5'967.– und sei, sofern bestritten, gemäss Art. 374 OR durch ein Gutachten zu ermitteln (act. 1 S. 9 Rz. 3.e; act. 18 S. 28 ff. Ad 32 ff.).

Die Beklagte hält dagegen, dass auch für diese verschiedenen Arbeiten weder eine Offerte existiere, noch eine Genehmigung vorliege. Zudem sei die Rechnung unsubstantiiert. Weder bestehe nämlich eine Angabe über die Höhe des Preises, noch lägen Angaben über das Ausmass oder den Aufwand vor. Dies mache es der Beklagten unmöglich, näher auf die einzelnen Positionen einzugehen. Die Höhe der Rechnung werde deshalb umfassend bestritten. Allerdings räumt die Beklagte ein, dass sie gewisse Arbeiten in Auftrag gegeben habe. Es handle sich dabei um die Positionen 1 bis 4 der betreffenden Rechnung. Es treffe daher zu, dass die Klägerin die Tritte der Treppe vom Erdgeschoss ins Obergeschoss auf beiden Seiten auszufugen hatte. Sodann sei der Klägerin der Auftrag erteilt worden, auf der Innenseite des Saunabogens Risse auszufugen und mit Acryl (recte: wohl Acryl-Kitt) sowie Acryl-Dispersion neu zu streichen. Ebenfalls seien im Bereich des Cheminée's Mängel nachzubessern gewesen, welche durch den Kaminbauer entstanden seien. Schliesslich sei die Klägerin beauftragt worden, das Kühlschrankschrankgitter zu grundieren und mit Kunstharz zu spritzen. Da es jedoch gänzlich unklar sei, welchen Betrag für diese Positionen in der Rechnung eingesetzt worden seien, werde deren Höhe grundsätzlich bestritten. Sämtliche weiteren Arbeiten bzw. Positionen seien hingegen Vertragsbestandteil und im Plan enthalten. Es handle sich somit nicht um Zusatzaufträge (act. 9 S. 11 ff. Rz. 32 ff. und Rz. 50 f.; act. 24 S. 12 ff. Rz. 24 ff.).

1.3.2.5. Zur Rechnung vom 11. April 2012 über CHF 7'132.85 (act. 3/13)

Die Klägerin führt diesbezüglich im Wesentlichen aus, dass sie von der Beklagten mit zusätzlichen Gipserarbeiten beauftragt worden sei. Im Living-Room seien die Deckenkanten zu versetzen gewesen. Im Vorraum EG hätten nachträglich Elektro-Schlitze mit Mörtel zugeputzt werden müssen. Im 1. Obergeschoss seien der Kamin der Kinder und der Kamin der Eltern zu vergipsen gewesen. Weiter habe der Deckenanschluss im Kinderzimmer (OG) versetzt werden müssen. Des Weiteren seien drei Elektrodosen zusätzlich mit Gips zuzuputzen und zu vergipsen gewesen. Sodann habe im Schlafzimmer im 1. OG die Betonwand zur Steinwand aufgedoppelt und verputzt werden müssen. Auch sei die Trockenbaukonstruktion im OG wegen des Umbaus neu zu versetzen gewesen. Im Weiteren hätten die Fensterbänke nachträglich doppelt beplankt, geschnitten, eingespart (recte: wohl eingepasst) und verklebt werden müssen. Im grossen Kinderzimmer im 1. OG sei nachträglich eine Ecke mit Mörtel und Kanten auszubilden gewesen. Zudem seien zwei Fensterbänke anzupassen und der Perimeter der Werkvertragsarbeiten abzändern gewesen. Weiter hätten Abänderungen der Baumeisterarbeiten und Perimeteranpassungen fertiggestellt werden müssen. Auf der ganzen Fassadenhöhe seien sodann die Elektro-Ausschnitte links beim Balkon (Schiebetüre) auszubilden gewesen. Auch hätten Abänderungen für die Lampen und zusätzliche Ausschäumarbeiten vorgenommen werden müssen. Diese Arbeiten seien abredegemäss ausgeführt worden. Der Werkpreis betrage einschliesslich Materialanteil, Werkzeuge und Hilfsmaterialien sowie Anlieferung und Transport CHF 7'132.85. Die Klägerin habe die Arbeiten abredegemäss ausgeführt. Diese Leistungen hätten nicht Gegenstand des Werkvertrags vom 4. Oktober 2011 bzw. 7. Oktober 2011 gebildet. Soweit der Wert der insgesamt ausgeführten Arbeiten bestritten sei, sei dieser gemäss Art. 374 OR durch ein Gutachten zu ermitteln (act. 1 S. 9 f. Rz. 3.f; act. 18 S. 32 f. Ad 39 und Ad 40).

Die Beklagte räumt ein, dass sie gewisse Arbeiten in Auftrag gegeben habe. Dies gelte für die Arbeiten im Zusammenhang mit dem Versetzen der Deckenkante im Living-Room, das nachträgliche Aufdoppeln und Verputzen der Betonwand zur Steinwand im Schlafzimmer des 1. Obergeschosses, den Umbau und die Neu-

versetzung der Trockenbaukonstruktion (OG), das Einpassen der Fensterbänke und das Abändern des Perimeters, das Fertigstellen der Abänderungen, die Demontage und das teilweise Aufsägen der Isolation sowie die Arbeiten im Zusammenhang mit den Elektro-Ausschnitten links beim Balkon auf der ganzen Fassadenhöhe sowie die Lampenabänderungen und den Zusatz. Diesbezüglich werde die Rechnung im Umfang von CHF 2'987.50 anerkannt (vgl. act. 9 S. 16 Rz. 51). Dagegen würden die übrigen unsubstantiierten Arbeiten sowie die nicht weiter belegten und ebenso unsubstantiierten Kosten für den Materialanteil, die Werkzeuge und Hilfsmaterialien bestritten. Zudem würden sie, soweit sie Gegenstand der werkvertraglich geschuldeten Leistung bildeten, vom vereinbarten Pauschalbetrag für den Werkvertrag erfasst. Im Weiteren bestreitet die Beklagte die Kosten für den Aufwand, den Materialanteil, die Werkzeuge und die Hilfsmaterialien, da diese nicht substantiiert vorgebracht worden seien. Ohnehin seien diese Arbeiten Gegenstand der werkvertraglich geschuldeten Leistung, weshalb sie auch vom vereinbarten Pauschalbetrag erfasst seien (act. 9 S. 12 ff. Rz. 39 f. und Rz. 50; act. 24 S. 14 Rz. 29 f.).

1.3.2.6. Rechnung vom 11. April 2012 über CHF 5'887.10 (act. 3/17)

Die Klägerin macht diesbezüglich im Wesentlichen geltend, dass ihr die Beklagte zusätzliche Malerarbeiten im Innern übertragen habe. Alle Schwedenschnitte an den Fenstern, Decken und Wänden seien mit Hybrid (recte: wohl Hybrid-Kitt) auszufugen gewesen; alles habe nachgestrichen werden müssen inkl. Abklebearbeiten. Das Signalhorn zur Alarmanlage aussen sei zweimal zu spritzen gewesen (inkl. grundieren). Mustertüren seien zu streichen gewesen. Alle Türrahmen hätten mit Hybrid (recte: wohl Hybrid-Kitt) abgekittet und nachgestrichen werden müssen. Weiter sei auch die Metallstütze im Raucherzimmer zu streichen gewesen. Auch habe der Schaumstoff an den Heizrohren im Büro (Keller) mit dem Messer abgeschnitten und die Rohre nachgeschliffen werden müssen. Nachträglich seien im Parterre und im OG die Räume auszuspachteln und nachzugipsen gewesen. Des Weiteren hätten teilweise die Beschläge an den Türen entfettet und zweimal gestrichen werden müssen. Alle diese Arbeiten seien der Klägerin während der Bauausführung nachträglich in Auftrag gegeben und von der Kläge-

rin ausgeführt worden. Keine der geltend gemachten Leistungen sei vom Werkvertrag vom 4. Oktober 2011 bzw. 7. Oktober 2011 erfasst. Der Wert der insgesamt ausgeführten Arbeiten einschliesslich Material, Werkzeug und Hilfsmittel sowie Materialanlieferung und Transporte betrage insgesamt CHF 5'887.10 und sei, sofern bestritten, gemäss Art. 374 OR durch ein Gutachten zu ermitteln. Der Zeitaufwand bezüglich des Schaumstoffes an den Heizrohren im Büro im Keller habe eineinhalb Stunden betragen. Hinsichtlich des Ausspachtelns und Ausgippsens der Wände in allen Räumen bis zum Boden habe der zeitliche Aufwand im Erdgeschoss zwölf und im Obergeschoss sechs Stunden betragen (act. 1 S. 12 Rz. 3.k; act. 18 S. 34 ff. Ad 42 und Ad 43 ff.).

Die Beklagte räumt ein, dass sie gewisse Arbeiten in Auftrag gegeben habe. Akzeptiert würden die Positionen "Schwedenschnitte", "Signalhorn" und "Mustertüren". Unklar sei, was mit der Position "alle Türrahmen abkitten mit Hybrid (recte: wohl Hybrid-Kitt) inkl. Abklebarbeiten OG und EG und nachstreichen" genau gemeint sei. Die Beklagte akzeptiere diese Position jedoch ex aequo et bono (vgl. act. 9 S. 16 Rz. 51; anerkannter Rechnungsbetrag: CHF 2'110.-). Alle übrigen Positionen würden jedoch bestritten. Es handle sich dabei nicht um Zusatzaufträge. Auch der geltend gemachte Zeitaufwand werde bestritten. Ohnehin seien diese Arbeiten Gegenstand des pauschalisierten Werkvertrags und somit im Pauschalbetrag inbegriffen. Schliesslich würden auch die Kosten für den Materialanteil, die Werkzeuge und Hilfsmaterialien bestritten, da diese weder ausgewiesen noch substantiiert dargelegt worden seien. Ohnehin seien sie, soweit sie Gegenstand der werkvertraglich geschuldeten Leistung seien, vom vereinbarten Pauschalbetrag erfasst (act. 9 S. 13 f Rz. 42 ff. und Rz. 50; act. 24 S. 15 Rz. 32).

1.3.2.7. Zwischenfazit

Die Beklagte anerkennt somit hinsichtlich der Rechnung vom 11. April 2012 über CHF 7'132.85 (act. 3/13) den Rechnungsbetrag von CHF 2'987.50 und hinsichtlich der Rechnung vom 18. April 2012 über CHF 5'887.10 (act. 3/17) den Rechnungsbetrag von CHF 2'110.-. Damit anerkennt die Beklagte den Betrag von CHF 5'097.50 (betreffend die Verzugszinsen siehe Erw. 3.3.6.).

Alle übrigen Rechnungsbeträge sind hingegen bestritten und Gegenstand der nachfolgenden Prüfung.

1.3.3. Rechtliches

1.3.3.1. Substantiierungslast

Die Dispositions- und Verhandlungsmaxime – welche im vorliegenden Fall anwendbar sind – besagen, dass der Rechtssuchende die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen hat, aus deren Vorliegen er seinen Anspruch herleitet (Urteil des Bundesgerichts 4A_169/2011 vom 19. Juli 2011, E. 5.5). Das Gericht darf das Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen abstützen. Somit obliegt den Parteien die Behauptungslast. Es handelt sich dabei nicht um eine Rechtspflicht, sondern um eine prozessuale Obliegenheit, deren Unterlassung zu einem prozessualen Nachteil führt, indem die betreffende Tatsache im Prozess unberücksichtigt bleibt. Die inhaltliche Tragweite der Substantiierungslast hängt auch vom prozessualen Verhalten der Gegenpartei ab. Bestreitet der Prozessgegner das an sich schlüssige undifferenzierte Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei seinerseits schlüssig und widerspruchsfrei, ist diese gehalten, die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (Urteil des Bundesgerichts 4A_169/2011 vom 19. Juli 2011, E. 6.2, mit weiteren Hinweisen). Die Sachvorbringen müssen umfassend, detailliert, in Einzeltatsachen gegliedert und klar dargelegt werden, damit die Gegenpartei Stellung nehmen und darüber Beweis abgenommen werden kann. Pauschale Behauptungen genügen nicht (WILLISEGGER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [HRSG.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 221 N. 27; LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [HRSG.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl.; Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 221 N. 43). Die Tatsachen müssen in der Rechtsschrift selbst dargelegt bzw. behauptet werden (Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO). Tatsachen, die sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtsschrift ergeben, sind vom Gericht – soweit wie hier die Verhandlungsmaxime das Verfahren beherrscht – nicht zu beachten (WILLISEGGER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [HRSG.], Basler Kommentar, Schweizerische

Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 221 N. 31; NAEGELI/RICHERS, in: OBERHAMMER/DOMEJ/HAAS [HRSG.], Kurzkomentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 221 N. 27; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A.169/2011 vom 19. Juli 2011, E. 6.3).

1.3.3.2. Pauschalpreis und Beststellungsänderung

Ein Pauschalpreis ist ein fester Preis in dem Sinne, dass er unabänderlich sowie unabhängig von den tatsächlichen Erstellungskosten des Werkes, den ausgeführten Leistungsmengen, Aufwendungen und Arbeiten ist. Bei einer Pauschalpreisvereinbarung muss der Unternehmer nur jene Leistungen erbringen, welche notwendig sind, um das vereinbarte Werk zu vollenden (Urteil des Bundesgerichts 4C.90/2005 vom 22. Juni 2005, E. 3.2). Der Pauschalpreis gilt ausschliesslich für das vereinbarte Werk, ohne irgendwelche quantitativen oder qualitativen Änderungen (BGE 116 II 315, E. 3; Urteil des Bundesgerichts 4C.23/2004 vom 14. Dezember 2004, E. 4.1). Die Abweichung von den bei Vertragsabschluss vorgesehenen Erstellungskosten (Arbeits- und andere Kosten) ist daher grundsätzlich ohne Belang. Dies gilt allerdings nicht absolut. So ist in der SIA-Norm 118 das Änderungsrecht des Bauherrn bzw. des Bestellers (Art. 84 SIA-Norm 118) und dessen Auswirkungen auf den Werkpreis näher geregelt. Der Bauherr bzw. der Besteller kann durch Weisungen oder Änderung von Plänen verlangen, dass der Unternehmer Leistungen, zu denen dieser durch den Werkvertrag verpflichtet ist, auf andere Art als vereinbart, in grösseren oder kleineren Mengen oder überhaupt nicht ausführt; dies jedoch nur dann, wenn dadurch der Gesamtcharakter des zur Ausführung übernommenen Werkes unberührt bleibt. Unter der gleichen Voraussetzung kann der Bauherr bzw. der Besteller auch im Vertrag nicht vorgesehene Leistungen ausführen lassen (Art. 84 Abs. 1 Satz 1 und 2 SIA-Norm 118). Beststellungsänderungen (Weisungen, Planänderungen) können die Reihenfolge der Arbeiten, die Herstellungsweise, die Anforderungen an die zu verwendenden Baustoffe, die Dimensionierung des Werkes (Breite, Höhe, Länge eines Werkes oder Werkteils), die Ausführungsvoraussetzungen oder Erhöhung oder Verminderung des geschuldeten Leistungsumfangs (bestimmte Leistungen in grösseren oder kleineren Mengen auszuführen) betreffen. Ob eine Beststellungsänderung oder nur

eine nachträgliche Konkretisierung der bestellten Leistung (durch Detailangaben zu im Werkvertrag nicht abschliessend umschriebenen Leistungen) vorliegt, ist im Einzelfall oft nur schwierig zu entscheiden. Im Streitfall muss die ursprünglich geschuldete Leistung (Ausmass, Qualität, Ausführungsvoraussetzungen) mit der nachträglich vom Bauherrn bzw. vom Besteller geforderten Ausführung verglichen werden (EGLI ANTON, in: GAUCH/STÖCKLI [HRSG.], Kommentar zur SIA-Norm 118, Zürich 1992, Vorbemerkungen zu Art. 84-91, lit. d und lit. e).

Die Beweislast für das Vorliegen einer Beststellungsänderung liegt dabei beim Unternehmer (Urteil des Bundesgerichts 4C.23/2004 vom 14. Dezember 2004, E. 4.1 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4C.86/2005 vom 2. Juni 2005, E. 3; Urteil des Bundesgerichts 4A_559/2011 vom 11. Januar 2012, E. 2.1.2). Somit trägt der Unternehmer die Beweislast, wenn er geltend macht, ein Aufwand sei nicht vom Pauschalpreis gedeckt (Urteil des Bundesgerichts 4A_291/2007 vom 29. Oktober 2007, E. 4.3). Die blossе Existenz einer Tatsache, welche dem Bauherrn bzw. dem Besteller zurechenbar ist, genügt nicht, um einen Anspruch des Unternehmers auf zusätzliche Entschädigung zu begründen. Vielmehr obliegt es dem Unternehmer zu beweisen (Art. 8 ZGB), dass diese Tatsache die Ursache der zusätzlichen Kosten ist, welche dem Bauherrn bzw. dem Besteller in Rechnung gestellt werden (Kausalzusammenhang; Urteil des Bundesgerichts 4A_183/2010 vom 27. Mai 2010, E. 3.4; GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N. 900 ff.).

1.3.3.3. Werklohn und massgebende Bemessungsfaktoren

Wird ein Zusatzauftrag erteilt, so sind solche Leistungen zusätzlich abzugelten, falls sie auf einer vertraglichen Abmachung beruhen und Entgeltlichkeit abgemacht ist oder der Bauherr bzw. der Besteller nach den Umständen auf deren Entgeltlichkeit schliessen muss. Haben sich die Parteien auf die Entgeltlichkeit der zu erbringenden Werkleistung geeinigt, den Preis aber "gar nicht oder nur ungefähr bestimmt", so wird er mangels anderer Abrede gemäss Art. 374 OR nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt (Urteil des Bundesgerichts 4C.385/2005 vom 31. Januar 2006, E. 5; Urteil des Bundesgerichts 4A_183/2010 vom 27. Mai 2010, E. 3; GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N. 934 ff.). Dabei kommt es bei der Bemessung der Entschädigung in

erster Linie nicht auf den Wert des fertig gestellten Werkes an, sondern auf den nötigen Aufwand des Unternehmers, der um einen Zuschlag für die Generalunkosten und für einen angemessenen Gewinn erhöht wird. Dabei ist aber nur derjenige Aufwand zu entschädigen, der bei sorgfältigem Vorgehen des Unternehmers zur Ausführung des Werkes genügt hätte und der daher angemessen war (vgl. ZINDEL/PULVER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND [HRSG.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 374 N. 12 f.).

Art. 48 der SIA-Norm 118 enthält die vergütungsrechtliche Grundbestimmung. Danach werden «Regiearbeiten ... nach Aufwand vergütet, nach Massgabe der Art. 49-55». Die Normbestimmungen der Art. 49-55, auf die Art. 48 verweist, sehen unter anderem vor, dass sich die Aufwandvergütung nach Regieansätzen bemisst (vgl. Art. 49-52). Damit steht einerseits zwar fest, dass die SIA-Norm 118 von der gesetzlichen Berechnungsmethode («cost plus fee») abweicht. Andererseits aber enthält die SIA-Norm 118 keine eigene Liste mit Regieansätzen. Vielmehr bestimmt sie in Art. 49, dass entweder die im Zeitpunkt und am Ort der Arbeitsausführung massgebenden Regietarife der Berufsverbände oder (subsidiär) die ortsüblichen Ansätze im Zeitpunkt der Arbeitsausführung gelten, sofern der Werkvertrag keine Ansätze enthält (Art. 49 Abs. 2), die er selber («vertragsindividuell») festlegt (Art. 49 Abs. 1; GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N. 970 m.w.H.; GAUCH PETER, in: GAUCH/STÖCKLI [HRSG.], Kommentar zur SIA-Norm 118, a.a.O., Art. 48 N. 3b und N. 3c; vgl. auch SPIESS/HUSER, Norm SIA 118, Handkommentar, Bern 2014, Art. 48 N. 4 und N. 5).

Da der Werklohn ein Unternehmeranspruch ist, trägt – entsprechend der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB – der Unternehmer die Beweislast für den behaupteten Aufwand und die für die Bemessungsfaktoren der Angemessenheit zugrundeliegenden Tatsachen (ZINDEL/PULVER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND [HRSG.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, a.a.O., Art. 374 N. 18; Beschluss und Urteil des Obergerichts Zürich LB120002 vom 27. August 2012, E. 5.5.2.; SJZ 18 [1921/22] 492 N. 291 S. 372).

1.3.3.4. Gesetzlicher Ausgleichsanspruch

Auch wenn dem Unternehmer kein vertraglicher Vergütungsanspruch zusteht, so kann er aber dennoch einen gesetzlichen Ausgleichsanspruch haben, und zwar unter den Voraussetzungen und nach Massgabe der Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR) und der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR). Möglich ist auch ein sachenrechtlicher Ausgleichsanspruch aus Einbau (Art. 672 ZGB) oder Einpflanzung (Art. 678 ZGB), der jedoch durch einen Anspruch aus echter Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 422 OR) verdrängt wird (GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N. 1310, mit weiteren Nachweisen).

Da es sich hierbei um einen Unternehmeranspruch handelt, trägt – entsprechend der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB – der Unternehmer die Beweislast für das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen.

1.3.4. Würdigung

Ob es sich bei den von der Klägerin hinsichtlich der bestrittenen Rechnungen geltend gemachten Aufwendungen um Bestellungenänderungen handelt oder nicht, kann vorliegend offen bleiben. Denn selbst wenn der Klägerin der Beweis hierfür gelingen würde, vermöchte sie dennoch mit ihrer diesbezüglichen Forderung nicht durchzudringen. Da nämlich die Beklagte die Rechnungen und die diesen zugrunde liegenden Aufwendungen bestreitet, ist es an der Klägerin, – entsprechend ihrer (oben dargestellten) Substantiierungslast – sämtliche für die Bemessungsfaktoren gemäss Art. 49 SIA-Norm 118 oder subsidiär sämtliche für die Bemessungsfaktoren der Angemessenheit zugrundeliegenden Tatsachen für die Festsetzung der Vergütung nach dem Wert der Arbeit gemäss Art. 374 OR substantiiert darzulegen. Das bedeutet, dass sie im Anwendungsbereich der Art. 49 SIA-Norm 118 entweder die vertragsindividuellen Ansätze oder die im Zeitpunkt und am Ort der Arbeitsausführung massgebenden Regietarife der Berufsverbände oder (subsidiär) die ortsüblichen Ansätze im Zeitpunkt der Arbeitsausführung für jedes einzelne Werk substantiiert darzulegen hat. Im Anwendungsbereich von Art. 374 OR hat sie namentlich Stundenansatz und Anzahl Stunden, Wert der

verwendeten Materialien etc. für jedes einzelne Werk präzise vorzutragen. Dem kommt die Klägerin nicht nach. Bezüglich der Rechnungen vom 10. April 2012 über CHF 3'591.– (act. 3/9), vom 10. April 2012 über CHF 2'192.40 (act. 3/10), vom 10. April 2012 über CHF 1'868.40 (act. 3/11) und vom 11. April 2012 über CHF 5'967.– (act. 3/12) fehlen Angaben hinsichtlich der Anzahl aufgewendeten Stunden und der Stundenansätze. Und hinsichtlich der Rechnungen vom 11. April 2012 über CHF 7'132.85 (act. 3/13) und vom 18. April 2012 über CHF 5'887.10 (act. 3/17) fehlen präzise Angaben bezüglich der für die einzelnen Arbeiten ("Werke") notwendigen Materialien sowie deren Kosten und des Kostenanteils betreffend die Werkzeuge und Hilfsmaterialien. Ohne entsprechende Angaben lässt sich der Wert der Arbeit nicht festsetzen, und der Beklagten ist eine substantiierte Bestreitung der einzelnen geltend gemachten Aufwendungen und der damit verbundenen Kosten nicht möglich. Dieses Versäumnis lässt sich auch mittels eines Beweisverfahrens – insbesondere mit dem von der Klägerin beantragten Gutachten – nicht korrigieren, liefe dies doch in unzulässiger Weise darauf hinaus, mithilfe des Beweisverfahrens erst die Begründung des klägerischen Prozessstandpunkts zu beschaffen (vgl. dazu insbes. BGE 108 II 337, E. 2).

Mangels genügender Substantiierung der Bemessungsfaktoren für den Werklohn erweist sich die von der Klägerin geltend gemachte Forderung hinsichtlich der bestrittenen Rechnungen als unbegründet.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass nicht geprüft zu werden braucht, ob weitere Ansprüche hinsichtlich allfälliger gesetzlicher Ausgleichsansprüche (insbes. ungerechtfertigte Bereicherung oder sachenrechtliche Ansprüche) bestehen. Die Klägerin macht solche Ansprüche nämlich nicht geltend und unterlässt es auch, diesbezüglich entsprechende tatsächliche Ausführungen vorzutragen. Ohnehin wären damit die für allfällige Ansprüche notwendigen Voraussetzungen nicht substantiiert dargelegt worden.

1.3.5. Fazit

Zusammenfassend ist somit von einer begründeten Forderung der Klägerin gegenüber der Beklagten von insgesamt CHF 28'225.20 auszugehen (betreffend die

Verzugszinsen siehe Erw. 3.3.6.). Im Übrigen ist die von der Klägerin geltend gemachte Forderung nicht ausgewiesen.

2. Zur Verrechnung gestellte Forderung in der Höhe von CHF 1'641.60 (betreffend die Fertigstellungs- und Nachbesserungsarbeiten)

2.1. Parteivorbringen

2.1.1. Die Beklagte bringt diesbezüglich in ihrer Klageantwort im Wesentlichen vor, dass es sich bei der zur Verrechnung gestellten Forderung von CHF 1'641.60 um die Kosten der Aufwendungen für die Fertigstellungs- und Nachbesserungsarbeiten handle. Die Klägerin habe es abgelehnt, diese auszuführen. So sei nämlich A. _____ von der Klägerin mit E-Mail vom 12. Mai 2012 an die Beklagte gelangt und habe sie darum gebeten, die Schlussabrechnung zu kontrollieren und die anerkannten Beträge zu überweisen, worauf I. _____ von der Beklagten diese E-Mail umgehend beantwortet und Verschiedenes moniert habe. Nachdem der Geschäftsführer der Klägerin mit E-Mail vom 13. Mai 2012 erklärt habe, dass die verbleibenden noch offenen CHF 49'766.45 keinen Bedarf für eine Diskussion ergäben, habe die Klägerin somit die Nachbesserung abgelehnt, weshalb die Beklagte mit der Behebung der Mängel auf Kosten der Klägerin einen Dritten habe beauftragen können (act. 9 S. 4 f. Rz. 8 und Rz. 10).

Der Betrag von CHF 1'641.60 setze sich aus 16 Stunden Arbeitsleistung zu CHF 85.– pro Stunde und 16 Materialstunden zu CHF 10.– zusammen. Zu leisten seien verschiedene Abdeckungsarbeiten gewesen. Aussen hätten folgende Arbeiten gemäss Aufnahme Fertigstellungsmängel vom 4. Mai 2012 vorgenommen werden müssen: Beim Garagenvordach sei der Anstrich eines Balkens vergessen worden und ein Pfosten habe unten bei der Vorderseite lackiert werden müssen. Bei der Betonmauer habe die Innenseite, beim sihlseitigen Schopf der Sparrenkopf und beim Betonelement die Stirnseite gestrichen werden müssen. Beim Atelier habe die Farbe auf den Ziegeln entfernt und beim Schopf die Oberkante des Fensters ausgebessert werden müssen. Bei der Fensterschalung hätten oben die Kante und unten die Deckliste gestrichen werden müssen. Die Fassadenseite ...

habe beim nachgebesserten Sockel erneut gestrichen werden müssen, da der Übergang noch immer sichtbar gewesen sei. Sodann habe ein Loch neben dem Eingang des Schopfes rechts gefüllt und verputzt werden müssen. Auch im Innern seien verschiedene Nachbesserungsarbeiten vorzunehmen gewesen. Im UG habe die Decke beim Spot ausgebessert werden müssen. Beim Treppenabgang hätten das Holzgeländer, die Pfosten und die Holzschwellen gestrichen werden müssen. In der Küche habe bei der Chromstahlabdeckung die Wand nochmals gestrichen werden müssen, da sich bereits damals die Farbe von der Wand gelöst habe. Zudem hätte die Fenstertüre oben rechts ausgebessert werden müssen. Bei den Türen hätten die Riegel und Schliesser gereinigt werden müssen. Sodann habe die Untersicht der Bildernische neu gestrichen werden müssen. Für all diese Leistungen habe der mit diesen Arbeiten beauftragte J. _____ CHF 1'641.60 in Rechnung gestellt (act. 9 S. 21 Rz. 67).

2.1.2. Die Klägerin bestreitet die ihr gegenüber verrechnungsweise geltend gemachte Forderung bezüglich der Fertigstellungs- und Nachbesserungsarbeiten im Betrag von CHF 1'641.60 vollumfänglich. Die Klägerin habe auch nicht angebliche Nachbesserungen abgelehnt. Es hätten nämlich gar keine Mängel vorgelegen. Daher habe die Beklagte auch keine Mängelbehebungsarbeiten auf Kosten der Klägerin einem Dritten in Auftrag geben können. Im Weiteren werde vollumfänglich bestritten, dass hierfür angeblich 16 Stunden Arbeitsleistungen erforderlich gewesen seien. Eine Abgeltung von CHF 85.– pro Stunde sei völlig übersetzt und werde ausdrücklich bestritten. Bestritten werde auch, dass 16 Materialstunden zu CHF 10.– erforderlich gewesen seien. Schliesslich sei auch der angebliche Betrag von CHF 1'641.60 erheblich übersetzt und werde daher sowohl im Grundsatz als auch in der Höhe ausdrücklich bestritten (act. 18 S. 8 Ad 10 und S. 48 ff. Ad 67).

2.1.3. Dem entgegnet die Beklagte, dass CHF 85.– pro Stunde und 16 Materialstunden zu CHF 10.– branchenübliche Ansätze seien. Dies gehe auch aus der Offerte der Klägerin selber hervor. Offeriert sei der Vorarbeiter inkl. Material zu CHF 100.– und der Facharbeiter inkl. Material zu CHF 95.–. Es könne nicht ernsthaft bestritten werden, dass zur Ausführung von Malerarbeiten auch Ab-

deckerarbeiten gehörten. Die unsubstantiierten Bestreitungen hinsichtlich der Ausbesserungsarbeiten im Aussenbereich seien haltlos. Es werde vollumfänglich an der Darstellung in der Klageantwort festgehalten. Gleiches gelte auch für die Ausbesserungsarbeiten im Innern (act. 24 S. 23 Rz. 50).

2.3. Rechtliches

Im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 ist der Bauherr bzw. der Besteller zur Behebung eines Werkmangels auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten berechtigt, wenn ein Mangel besteht, der Bauherr bzw. der Besteller den Mangel rechtzeitig rügt und dem Unternehmer eine angemessene Frist zu dessen Behebung ansetzt, der Unternehmer die durch den Bauherrn bzw. den Besteller ange setzte Frist zur Nachbesserung nicht wahrnimmt oder er sich gänzlich weigert, die Nachbesserung vorzunehmen (Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118). Die Ersatzvornahme setzt folglich zunächst das Recht auf Nachbesserung voraus. Das Bestehen eines Nachbesserungsrechts im Sinne von Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 setzt insbesondere voraus, dass das Werk bzw. ein in sich geschlossener Werkteil im Sinne der Art. 157 ff. SIA-Norm 118 abgeliefert bzw. abgenommen wurde, und dass die Verbesserung im Verhältnis zum Interesse an der Mangelbeseitigung nicht übermässige Kosten verursacht (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118; GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N. 2658 ff.). Der Bauherr bzw. der Besteller hat demnach ein Recht zur Ersatzvornahme, ohne dass er hierzu einer richterlichen Ermächtigung bedarf (vgl. demgegenüber Art. 98 Abs. 1 OR) oder gehalten wäre, die Ersatzvornahme zunächst anzudrohen (vgl. demgegenüber Art. 366 Abs. 2 OR). Eine ausdrückliche Weigerung liegt vor, wenn der Unternehmer das Vorliegen eines Mangels oder seine Haftung für den Mangel endgültig bestreitet (GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N. 1800).

Sind die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme erfüllt, kann der Bauherr bzw. der Besteller in Vorlage tretend die Drittverbesserung ausführen lassen und die ihm entstandenen Kosten beim Unternehmer zurückverlangen (Kostenrückerstattungsanspruch). Der Ersatz der Kosten dieser Erfüllung stellt ein Aufwendungersatz dar (KOLLER ALFRED, in: Berner Kommentar, Bd. VI, Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR, Bern 1998, Art. 366 OR N. 503; GAUCH, Der Werkvertrag,

a.a.O., N. 870 f.; NIQUILLE-EBERLE MARTHA, Probleme rund um die Ersatzvornahme, insbesondere die Bevorschussung der Kosten, in: KOLLER ALFRED, Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht, 2004, S. 68). Der Anspruch auf Kostenrückerstattung entsteht mit dem Niederschlag der Kosten im bestellerischen Vermögen und wird mit der Zahlung des Werklohnes durch den Bauherrn bzw. den Besteller an den Zweitunternehmer fällig; und zwar bereits bei Abschlagszahlungen (Akontozahlungen, Art. 75 OR). Der Umfang des Kostenersatzes richtet sich dabei nach dem Werklohn, den der Besteller dem Zweitunternehmer zu bezahlen hat. Für den Umfang der einzelnen Mängelbehebungskosten trägt der Bauherr bzw. der Besteller die Beweislast (vgl. SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 170 N. 14).

2.4. Würdigung

Ob die geltend gemachten Fertigstellungs- und Nachbesserungsmängel tatsächlich vorlagen, kann offenbleiben. Denn selbst wenn der Beklagten der Nachweis hierzu gelingen würde, vermöchte sie mit ihrem Anspruch nicht durchzudringen. Aus ihren Vorbringen zu den aufgewendeten 16 Stunden Arbeitsleistungen der Ausbesserungsarbeiten lassen sich die Ersatzvornahmekosten für die einzelnen Mängel nämlich nicht quantifizieren. Ohne eine Zuordnung der Ersatzvornahmekosten zu den einzelnen Mängeln lassen sich die Forderungen der Beklagten daher nicht näher beurteilen. Es wäre zu erwarten gewesen, dass die Beklagte einerseits konkret aufzeigt, welche Ersatzvornahmekosten aus dem Mängelkonzept und welche aus Vertragserfüllung resultieren, und andererseits vorbringt, welche Ersatzvornahmekosten für welche Mängelbehebung anfielen. Da sie dies unterlässt, sind die von der Beklagten geltend gemachten Ersatzvornahmekosten für die Mängelbehebung nicht ausreichend substantiiert dargelegt worden. Da sich dieses Versäumnis auch mittels eines Beweisverfahrens – insbesondere mit der von der Beklagten beantragten Expertise – nicht korrigieren lässt (vgl. dazu Erw. 1.3.4.), vermag die Beklagte mit der diesbezüglichen Verrechnungsforderung nicht durchzudringen.

2.5. Fazit

Aufgrund vorstehender Erwägungen erweist sich die von der Beklagten geltend gemachte Verrechnungsforderung von CHF 1'641.60 als unbegründet.

3. Zur Verrechnung gestellte Forderung über CHF 111'378.90 (betreffend die Bevorschussung der Mängelbehebungskosten)

3.1. Parteivorbringen

3.1.1. Parteivorbringen bezüglich des Innenbereichs

3.1.1.1. Diesbezüglich macht die Beklagte in ihrer Klageantwort geltend, dass die Farbe an den Wänden im Innern ungenügend haften. Kurz nach Fertigstellung habe sich die Eigentümerin des Umbauobjektes entschieden, im Innern eine Wand schwarz anzustreichen. Der Eckbereich im Übergangsbereich der nicht zu streichenden Wand zur neu zu streichenden sei mit Klebeband, dem sogenannten Malerband, abgedeckt worden. Um Beschädigungen des Untergrunds durch das Klebeband zu verhindern, sei ein schwach klebendes Klebeband verwendet worden. Als nach Abschluss der Malerarbeiten an der neu schwarz gestrichenen Wand die Klebebänder von der nicht gestrichenen Wand wieder entfernt worden seien, habe sich gezeigt, dass die (weisse) von der Klägerin aufgetragene Farbe sehr schlecht auf dem Weissputz haften und sich mit dem Klebeband von der Wand löse. Aufgrund dieser Vorkommnisse habe sich die Beklagte entschieden, umgehend eine unabhängige Expertise durch den Schweizerischen Maler- und Gipserunternehmer-Verband (SMGV) einzuholen (act. 11/9). Auch in der Küche oberhalb der Abstellfläche sei eine schlechte Haftung der Farbe festgestellt worden. In diesem Bereich habe eine vergessen gegangene Kittfuge nachträglich angebracht werden sollen. Die Kittfuge sei abgeklebt und das Klebeband in der Folge wieder entfernt worden. Die Wandfarbe habe sich mit dem Klebeband gelöst. Sodann sei unter der Schalterabdeckung im Korridor des Erdgeschosses eine Fehlstelle entdeckt worden. Diese sei beim Demontieren der Schalterplatte entstanden. Der Weissputz haften nicht und bröckle ab. Auch an dieser Stelle habe sich die Wandfarbe gelöst.

Die weissverputzten Wände seien mit Siliconharzfarbe gestrichen worden. Für den Anstrich der Decken sei Siloxan modifiziert verwendet worden. Die Haftung der Siliconharzfarbe auf dem Weissputz sei ungenügend. Laut den verschiedenen Merkblättern von Herstellern von Innensilikonfarbe sei es zwingend notwendig, bei ungestrichenen und saugenden Untergründen eine Grundierung zu erstellen. Die Klägerin habe in ihrem Kostenvoranschlag keine Grundierung vorgeschlagen. Nach ihrem fachlichen Wissen hätte sie eine Grundierung auf dem von ihr selber erstellen Weissputz vorschlagen und in ihren Kostenvoranschlag einbeziehen müssen. Indem die Klägerin die Beklagte nicht abgemahnt habe, dass auf dem nicht grundierten Weissputz die Siliconfarbe nicht haften würde, habe sie (die Klägerin) gegen die Regeln der Fachkunde verstossen. Es sei anzunehmen, dass auch die Farbe an der Decke nicht haften würde.

Die Beklagte habe den Mangel der ungenügenden Haftung der Siliconfarbe auf dem Weissputz der Wände und Decken ausdrücklich und fristgerecht mit Schreiben vom 27. Juni 2013 an den Rechtsanwalt der Klägerin angezeigt und gerügt (act. 11/11). In diesem Schreiben habe die Beklagte die Klägerin aufgefordert, bis am 10. Juli 2013 mitzuteilen, bis wann sie die Mängel behebe.

Es sei zu erwarten, dass im Rahmen der Sanierung die Wände neu vergipst werden müssten, weil die Farbe gänzlich abgeschliffen werden müsse und so der Weissputz beschädigt werde. Bezüglich der Sanierungskosten verweist die Beklagte dabei auf die Offerte K. _____ vom 17. Juni 2013 (act. 11/12). Im Weiteren bringt die Beklagte vor, dass zusätzlich Kosten im Zusammenhang mit den Malerarbeiten, den Putzarbeiten sowie für das Zügelunternehmen zu erwarten seien. Es sei unter diesen Umständen von Kosten von insgesamt gegen CHF 100'000.– auszugehen (act. 9 S. 17 ff. Rz. 53 ff.).

3.1.1.2. Die Klägerin bestreitet replicando die von der Beklagten beanstandeten Mängel. So führt sie im Wesentlichen aus, dass die aufgetragene Farbe werkvertragskonform auf dem Weissputz haften würde. Hinsichtlich des Wandanstrichs mit schwarzer Farbe sei nämlich kein taugliches Klebeband verwendet worden. Ein normales Malerклеbeband eigne sich zur Anwendung auf Weissputzen nicht. Weissputz sei ein weicher Untergrund, dessen mechanische Widerstandsfähigkeit

gering sei. Mit anstrichtechnischen Massnahmen könne diese Eigenschaft nicht verändert werden. Ein normales Malerband diene zwar dazu, scharfe und gerade Trennlinien zu erhalten. Würden aber auf neu beschichteten Flächen weitere Arbeiten ausgeführt, seien diese Flächen vor Beschädigungen entsprechend zu schützen. Für das Abkleben dürften nur Klebbänder mit entsprechend schwacher Klebkraft verwendet werden. Weiter gelte es zu beachten, dass die maximale Haftfestigkeit der Beschichtung erst nach einigen Wochen erreicht werde. Nach den Angaben der Beklagten seien weitere Arbeiten, d.h. der schwarze Wandanstrich, kurz nach der Fertigstellung der Arbeiten erfolgt. Zudem sei ein Malerband verwendet worden. Ein normales Malerband klebe jedoch zu stark auf einer neu beschichteten Wand. Es hätte ein Präzisionskrepband verwendet und zudem richtig appliziert werden müssen. Dies sei jedoch nicht getan worden. Die Klägerin verweist dabei auf das Merkblatt "Beschichtungen auf Weissputz und Spachtelungen des SMGV" (act. 20/5).

Auch in der Küche oberhalb der Abstellfläche bestehe keine schlechte Haftung der Farbe. Eine bestimmte Haftfähigkeit der Farbe sei auch nicht vereinbart worden. Entgegen der Darstellung der Beklagten sei keineswegs vereinbart worden, dass jedwelches Klebeband an den Wänden angebracht und die Farbe bei einem Abreissen des Klebebandes in jedem Fall vollständig verbleibe. Auch die Haftung der Farbe an der Decke sei vertragskonform und ausreichend. Es bestehe auch keine Fehlstelle unter der Schalterabdeckung im Korridor des Erdgeschosses, die die Klägerin beim Demontieren der Schalterplatte verursacht haben solle. Der Weissputz hafte und bröckle nicht ab. Auch hier sei die Haftfähigkeit der Farbe vertragskonform.

Betreffend die von der Beklagten eingereichte Expertise L._____ vom 4. März 2013 (act. 11/9) führt die Klägerin im Wesentlichen aus, dass es sich dabei um ein Parteigutachten handle, womit ihm lediglich der Stellenwert einer beklaglichen Parteibeauptung zukomme. Die sogenannte Expertise wiederhole sodann ohnehin nur die Behauptungen der Beklagten. Eigene Feststellungen habe der angebliche Fachexperte gerade nicht getroffen. Er spekuliere in Ziff. 8 (der Expertise) lediglich aufgrund von angeblichen Merkblättern von Herstellern von "Innen-

siliconfarbe", dass ein ungestrichener oder saugender Untergrund vorgelegen habe. Die Farbe Hydrosil innen sei nämlich gar nicht verwendet worden, und es habe auch kein ungestrichener oder saugender Untergrund vorgelegen. Die Schlussfolgerung in Ziff. 9 (der Expertise), wonach der Weissputz hätte grundiert werden müssen, treffe daher nicht zu. Es liege vielmehr ein reines Gefälligkeitsgutachten vor. Auch äussere sich das Parteigutachten nicht zur Fehlstelle unter der Schaltabdeckung.

Hinsichtlich der Applizierung der Farbe auf den Innenwänden führt die Klägerin aus, dass sie zunächst einen wasserverdünnten Anstrich der Farbe aufgetragen habe. Dann habe die Klägerin mit Maler M._____ vor der zweimaligen Applizierung der Silikonharzfarbe diesen Untergrund gemäss der Checkliste des SMGV geprüft. Die Qualitätsstufe des Untergrundes sei mit "Q3 + 4" (recte: "Q3 - 4") beurteilt worden. Ausblühungen, Verfärbungen und Verschmutzungen seien nicht festgestellt worden. Auch weisse Flecken oder helle Zonen seien in der Weissputzschicht nicht erkennbar gewesen. Es seien auch keine Abplatzungen oder Hohlstellen vorhanden oder Haarrisse oder Stoss- und Lagerfugen über Rissen erkennbar gewesen. Die Saugfähigkeit des Untergrundes sei als gleichmässig und die Festigkeit des Untergrundes als genügend beurteilt worden. Die Spachtelung habe auf dem Untergrund gehaftet. Der Untergrund sei ausreichend trocken und eine glasige oder nicht saugende Schicht nicht feststellbar gewesen. Auf den vorgenommenen Kratztest/Gittertest sei die Beklagte ausdrücklich aufmerksam gemacht worden. Die Klägerin habe aufgrund der Überprüfung des Weissputzes keine Grundierung vorschlagen und auch nicht in einen angeblichen Kostenvoranschlag einbeziehen müssen. Ein Kostenvoranschlag sei von der Klägerin nicht verlangt worden und auch nicht erforderlich gewesen. Auch sonst habe keine Veranlassung bestanden, der fachkundigen Beklagten eine zusätzliche Behandlung des Weissputzes vor dem zweimaligen Streichen vorzuschlagen. Ein Verstoss gegen die Regeln der Fachkunde liege nicht vor.

Die Mängelrüge vom 27. Juni 2013 stosse ins Leere, da kein Mangel vorliege. Aufgrund dessen müssten auch die Wände nicht neu vergipst werden. Da die Farbe nicht mangelhaft sei und auch vertragskonform hafte, müsse sie auch nicht

abgeschliffen und der Weissputz daher auch nicht beschädigt werden. Der angebliche Sanierungsbetrag von CHF 55'668.45 gemäss der angeblichen Offerte K._____ vom 17. Juni 2013 (act. 11/12) werde sowohl vom Erfordernis der angeblich für eine Mängelbehebung erforderlichen Arbeiten wie auch im Betrag vollumfänglich bestritten. Auch seien keine Malerarbeiten, Putzarbeiten oder Aufwand für einen Umzug für eine angebliche Mängelbehebung erforderlich. Angebliche Mängelbehebungskosten von CHF 100'000.– würden daher vollumfänglich bestritten (act. 18 S. 39 ff. Ad 53 ff.).

3.1.1.3. Duplicando hält die Beklagte vollumfänglich an ihren Ausführungen in ihrer Klageantwort fest und führt aus, dass die Problematik im ganzen Hause bestehe. Insbesondere hafte die Farbe auch in der Küche ungenügend. Dabei reichte die Beklagte diverse Fotos als act. 25/5-9 ins Recht. Im Weiteren führt sie aus, dass hinsichtlich des Farbanstrichs primär von Bedeutung sei, dass es sich beim Weissputz um einen saugenden Untergrund handle. Um eine entsprechende Haftung der Farbe zu garantieren, müsse der Weissputz grundiert werden. Dadurch werde seine Saugfähigkeit gesättigt und die Haftung der Deckfarbe gewährleistet. Bei einer fachgerecht applizierten Deckfarbe nach vorgängiger Grundierung sei eine ausreichende Haftung garantiert, sodass auch die Verwendung eines normalen Malerbands zu keinen Schäden führe. Es werde bestritten, dass die Malerin ein falsches Klebeband verwendet und dieses auch noch falsch appliziert haben soll. Um Beschädigungen des Untergrunds durch das Klebeband zu verhindern, habe die Malerin ein schwach klebendes Klebeband verwendet. Insbesondere seien die Arbeiten auch erst erfolgt, als der Wandanstrich seine maximale Haftfestigkeit erreicht habe.

Der Stellenwert des durch die Beklagte eingeholten unabhängigen Gutachtens eines Fachexperten des SMGV werde durch die Klägerin abwertend als Parteigutachten und Parteibehauptung bezeichnet. Seine Richtigkeit sei jedoch durch die Feststellung des von der Klägerin beigezogenen Malermeisters N._____, Fachexperte des SMGV, bestätigt worden. Dieser sei anlässlich eines am 3. Oktober 2013 gemeinsam durchgeführten Augenscheins der Parteien auf dem Lokal mit Hilfe des sogenannten Klebebandtests zum Schluss gelangt, dass der Farbanstrich

ungenügend haften. Von einem reinen Gefälligkeitsgutachten könne unter diesen Umständen keine Rede sein.

Weiter bestreitet die Beklagte, dass die Klägerin irgendwelche Qualitätssicherungsmaßnahmen getroffen habe. Daran vermöchte auch das stereotype Abschreiben der Vorgaben einer Untergrundprüfung nach dem entsprechenden Merkblatt des SMGV nichts zu ändern. Gemäss Werkvertrag sei ein den Normen entsprechender Anstrich der Wände gefordert gewesen. Ein solcher bedinge zwingend eine Grundierung. Dies sei von der Klägerin unterlassen worden. Im von der Klägerin eingereichten Merkblatt "Beschichtungen auf Weissputz und Spachtelungen" des SMGV werde denn auch darauf hingewiesen, dass der Untergrund mit biozider, hydrophobierender, neutralisierender, egalisierender, aufhellender oder ausgleichender Wirkung vorzubehandeln sei, wodurch die hohe Saugfähigkeit herabgesetzt und das unterschiedliche Saugverhalten ausgeglichen werden soll. Zusätzlich diene die Grundbeschichtung der Erhöhung der Festigkeit des Untergrunds. In der Regel sei eine Grundbeschichtung zu applizieren. Bei extrem saugenden Untergründen müsse unter Umständen zweimal grundiert werden. Als Grundbeschichtung geeignet seien entweder ein wasserverdünnbarer (Hydrosol) oder ein Lösungsmittelverdünnter Tiefgrund. Da die Klägerin keine Grundierung vorgeschlagen und die Beklagte hinsichtlich der ungenügenden Haftung auch nicht abgemahnt habe, habe die Klägerin gegen die Regeln der Fachkunde verstossen. Daran ändere auch das Fachwissen der Beklagten nichts.

Selbst wenn die Klägerin eine solche Prüfung vorgenommen hätte, so könnte sie daraus dennoch nichts zu ihren Gunsten ableiten, da sich der Farbanstrich erwie-senermassen löse, was einen Mangel darstelle. Als einzige Erklärung käme in einem solchen Fall ein Ungenügen des Weissputzes in Frage. Es würde nämlich bedeuten, dass bei einer ausreichenden Haftung des Farbanstrichs der Weissputz selber ungenügend haften und sich zusammen mit der Farbe löse. Dieses Problem hätte ebenfalls die Klägerin zu vertreten. In der Zwischenzeit habe sich der Farbanstrich sogar an verschiedenen Stellen ohne Klebeband gelöst und es seien bei der Treppe und auch im Wohnzimmer Blasen entstanden. Der Farbanstrich löse sich folglich zunehmend und blättere sogar ab.

Hinsichtlich der Haftung der Beschichtung auf Weissputz sei die Einführung von Beanspruchungsklassen ein Thema. Die Beklagte verweist dabei auf den Text "Weissputz kein Problem" von O._____, worin drei Beanspruchungsklassen, nämlich "Basis", "Standard" und "Deluxe" vorgeschlagen werden (act. 25/2). Vorliegend gelte bei den Wänden die Erwartungskategorie "Standard", welche für funktionelle Wohn- und Industrieraumoberflächen mit erhöhter mechanischer Beanspruchung geeignet seien. Dies könne mit einem Scotchband Standard beige 2321 mit einer Klebekraft 2,3 n/cm geprüft werden, was dem üblichen Malerband entspreche. Ein solches müsse auf den Wänden, ohne den Farbanstrich zu beschädigen, angebracht und wieder entfernt werden können. Das von der Klägerin als "richtiges" bezeichnete Klebeband hafte weit weniger stark als das gewöhnliche Malerband.

Die Nachbesserung des mangelhaften Farbanstrichs sei mit umfassenden Renovationsarbeiten verbunden. Der mangelhafte Farbanstrich könne nicht einfach neu überstrichen werden. Kein Unternehmer würde die entsprechende Garantie für das so renovierte Werk übernehmen. Vielmehr müsse jede Wand einzeln begutachtet und nachgebessert werden (act. 24 S. 16 ff. Rz. 35 ff.).

3.1.1.4. In ihrer Stellungnahme zu neuen Behauptungen in der Duplikschrift und zu den Beilagen der Duplikschrift führt die Klägerin aus, dass es sich bei Weissputz nicht um einen saugenden Untergrund handle. Als Weissputz werde eine gipshaltige, geglättete, ebene Putzschicht bezeichnet. Im Weiteren habe eine Grundierung nichts mit der Haftung der Farbe zu tun. Es gehe vielmehr um ein "streifen- und wolkenfreies" Gesamtbild. Eine Grundierung sei ein Egalisierungs- und kein Verklettungsanstrich.

Im Weiteren macht die Klägerin geltend, dass die Begehung vom 3. Oktober 2013 keine Mängel des Farbanstriches ergeben habe. N._____ habe nicht als Experte geamtet und habe auch in keiner Weise die Richtigkeit des von der Beklagten eingereichten Parteigutachtens bestätigt. Auch habe er nicht bestätigt, dass der Untergrund hätte grundiert werden müssen.

Was den Text von O._____ betreffe, so handle es sich ganz offensichtlich um keine technische Norm, die als Darstellung der Regeln der Baukunde gelten könne. O._____ schlage lediglich vor, Beanspruchungsklassen einzuführen. Vorliegend sei jedoch offensichtlich keine dieser Klassen und auch keine der behaupteten Klebekräfte vereinbart worden, bei denen es sich im Übrigen nicht um das übliche Malerband handle.

Auch treffe es nicht zu, dass sich der Farbanstrich an verschiedenen Stellen ohne Klebband löse und bei der Treppe sowie im Wohnzimmer Blasen entstehen würden. Die Ultra-Nahaufnahmen der Duplikbeilagen (act. 25/5-9) könnten Mängel weder zeigen noch beweisen (act. 31 S. 5 ff. Rz. 6 ff.).

3.1.1.5. Dem erwidert die Beklagte in ihrer Stellungnahme, dass nicht ernsthaft bestritten werden könne, dass es sich bei einem Weissputz um einen saugenden Untergrund handle, da dies eine Eigenschaft dieses Materials sei. Dass der Weissputz als "gipshaltige, geglättete, ebene Putzschicht" bezeichnet werde, vermöchte an der Saugeigenschaft nichts zu ändern. Unzutreffend sei weiter, dass eine Grundierung nichts mit der Haftung der Deckfarbe zu tun haben solle. Dies ergebe sich auch aus dem von der Klägerin eingereichten "Merkblatt Beschichtungen auf Weissputz und Spachtelungen des SMGV" (act. 20/5). Entscheidend sei für die Beklagte, dass sich der Farbanstrich löse, was eine Vertragsverletzung darstelle (act. 37 S. 4 f. Rz. 8 ff.).

3.1.2. Parteivorbringen bezüglich des Aussenbereichs

3.1.2.1. Die Beklagte bringt in ihrer Klageantwort diesbezüglich im Wesentlichen vor, dass bei der Fassade Mängel bestünden. Eine Fuge zwischen Betonsockel und Fassade in der Nähe des Eingangsbereichs sei mangelhaft und müsse saniert werden. Sodann sei bei der Treppenstufe die Abdichtung lose. Bei der Küche seien die Aussenwände mangelhaft. Der Verputz sei lose, weshalb die Gefahr einer Wasserinfiltration bestehe. Zwischen den Steinsockelwandplatten und den Steinbodenplatten sei die Fuge von Küche bis Schopf mangelhaft. Die Fuge müsse als Hohlkehle ausgebildet werden und neu mit einem Bitumenzementgemisch gebildet werden. Zudem müsse eine Noppenfolienbahn als Was-

Wasserschutz appliziert werden. Auch in diesem Bereich bestehe die Gefahr eines Wassereinlaufes.

Die Beklagte habe die Mängel im Aussenbereich ausdrücklich und fristgerecht mit Schreiben vom 8. Juli 2013 dem Rechtsanwalt der Klägerin angezeigt und gerügt. In diesem Schreiben habe die Beklagte die Klägerin aufgefordert, bis am 30. Juli 2013 mitzuteilen, bis wann sie die Mängel behebe.

Die Beklagte habe sich die für die Mängelbehebung notwendigen Arbeiten offerieren lassen. Dabei verweist sie auf die Offerte K._____ vom 26. Juni 2013 (act. 11/14), worin von Kosten von CHF 11'378.90 ausgegangen wird (act. 9 S. 19 f. Rz. 63 ff.).

3.1.2.2. Die Klägerin bestreitet replicando sämtliche Ausführungen der Beklagten. So bringt sie im Wesentlichen vor, dass keine Mängel an der Fassade bestünden. Auch sei keine Fuge zwischen Betonsockel und Fassade in der Nähe des Eingangsbereiches mangelhaft, weshalb sie auch nicht saniert werden müsse. Da die Ausbildung zwischen Betonsockel und Fassade weder Gegenstand des Werkvertrages vom 4. Oktober 2011 bzw. 7. Oktober 2011 noch der zusätzlich während der Bauausführung in Auftrag gegebenen Arbeiten bilde, habe die Klägerin für den angeblichen Mangel ohnehin nicht einzustehen. Die Abdichtung bei der Treppe sei nicht lose. Die Klägerin habe ohnehin keine Abdichtungen bei den Treppenstufen vornehmen müssen und damit für einen allfälligen Mangel ohnehin nicht einzustehen. Auch die Aussenwände bei der Küche seien nicht mangelhaft. Der Verputz sei nicht lose, und es bestehe keine Gefahr einer Wasserinfiltration. Zwischen Steinsockelwandplatten und den Steinbodenplatten sei die Küche überhaupt nicht und daher auch nicht von Küche bis Schopf mangelhaft. Die Fuge müsse nicht als Hohlkelle ausgebildet und mit einem Bitumenzementgemisch ausgebildet werden. Die Klägerin habe auch insofern keine mangelhaften Arbeiten ausgeführt. Es müsse auch keine Noppenfolienbahn als Wasserschutz appliziert werden. Es bestehe keine Gefahr eines Wassereinlaufes.

Die angeblich gemäss Offerte K._____ erforderlichen Arbeiten würden ausdrücklich bestritten. Solche Arbeiten seien nicht erforderlich. Zudem würden sie auch

betragsmässig vollumfänglich als krass übersetzt und unnötig bestritten (act. 18 S. 46 ff. Ad 63 und 64 ff.).

3.1.2.3. Duplicando hält die Beklagte vollumfänglich an ihren Ausführungen in ihrer Klageantwort fest und weist darauf hin, dass die Klägerin die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge nicht bestreite. Hinsichtlich der Fuge zwischen Betonsockel und Fassade in der Nähe des Eingangsbereiches, welche mangelhaft sei und saniert werden müsse, bringt sie zudem vor, dass diese vom Werkvertrag erfasst sei und Teil der vertragskonformen Leistung der Klägerin bilde. Gleiches gelte für die Abdichtung bei der Treppe beim Anbau. Die Abdichtung, die bei der Treppenstufe dafür Sorge, dass das Wasser nicht dahinter laufe, sei versehentlich um die Gebäudeecke herumgezogen worden. Die Klägerin hätte den überflüssigen Teil der Abdichtung abschneiden müssen. Dies habe sie allerdings weisungswidrig nicht getan. Stattdessen habe sie den Fassadenputz bis an diese Stelle geführt und ausgespart. Dadurch sei das gerügte Loch im Verputz entstanden (act. 24 S. 21 f. Rz. 46. ff.). Die Beklagte verweist dabei auf die von ihr eingereichten Fotos (act. 25/10-12).

Schliesslich bringt die Beklagte vor, dass anlässlich der Referentenaudienz (Vergleichsverhandlung vom 17. Januar 2014) und damit innerhalb der Zweijahresfrist mündlich ein weiterer Mangel gerügt worden sei. So habe sich im Bereich der Treppe zur Haustür beim Übergang zur Betonmauer eine Ausbuchtung gebildet. Es sei anzunehmen, dass der von der Klägerin angebrachte Fassadenverputz nicht fachgerecht appliziert worden sei und sich nun löse. Dieser weitere Mangel sei ebenfalls zu beheben. Es sei mit Kosten in der Höhe von CHF 5'000.– zu rechnen. Es könne dabei nicht nur die Stelle geflickt werden, sondern es müsse der ganze Fassadenbereich renoviert werden, ansonsten die geflickte Stelle immer noch sichtbar sei (act. 24 S. 23 f. Rz. 52 f.). Dabei verweist die Beklagte auf das von ihr eingereichte Foto (act. 25/13).

3.1.2.4. In ihrer Stellungnahme zu neuen Behauptungen in der Duplikschrift und zu den Beilagen der Duplikschrift führt die Klägerin hinsichtlich der Vorbringen der Beklagten bezüglich der Abdichtung bei der Treppenstufe an, dass es sich dabei um neue Rügen handle. Denn bisher sei bloss behauptet worden, dass

die Abdichtung bei der Treppenstufe und der Verputz lose seien. Diese Mängel seien offensichtlich und damit nicht versteckt. Sie hätten daher bis April 2014 (Arbeitsabschluss im April 2012) vorgebracht werden müssen. Die Klägerin habe zudem ohnehin keine Abdichtungen bei den Treppenstufen vornehmen müssen. Für die behaupteten Mängel habe sie daher von vornherein nicht einzustehen gehabt.

Weiter bringt die Klägerin vor, dass die von der Beklagten ins Recht gereichten Fotos die gerügten Mängel nicht zu beweisen vermöchten. Sodann treffe die unbelegte Behauptung, wonach die Klägerin auf ihr Nachbesserungsrecht verzichtet habe, nicht zu. Die Klägerin habe das Vorliegen von Mängeln bestritten, weshalb kein Anlass bestanden habe und bestehe, auf Nachbesserungsrechte zu verzichten.

Überdies bestreitet die Klägerin die behauptete Ausbuchtung im Bereich der Treppe zur Haustür beim Übergang zur Betonmauer. Die Klägerin habe den Fassadenputz fachgerecht appliziert. Auch werde bestritten, dass die Behebung des angeblichen Mangels CHF 5'000.– koste. Schliesslich bestreitet die Klägerin, dass der ganze Fassadenbereich renoviert werden müsse. Das von der Beklagten eingereichte Foto (act. 25/13) könne einen Mangel weder zeigen noch beweisen (act. 31 S. 9 Rz. 11 ff.).

3.1.2.5 Hinsichtlich des Vorwurfs der verspäteten Rügen erwidert die Beklagte, dass sie die Rügen im Rahmen der Klageantwort vorgebracht habe und der Klägerin auch anlässlich der Begehung vor Ort am 3. Oktober 2013 vor Augen geführt worden seien. Von verspäteten Rügen könne daher keine Rede sein (act. 37 S. 5 Rz. 14).

3.2. Rechtliches

3.2.1. Werkmangel

Gemäss der von den Parteien übernommenen SIA-Norm 118 ist ein Werkmangel im Sinne der Norm eine Abweichung des Werkes vom Vertrag. Der Mangel besteht entweder darin, dass das Werk eine zugesicherte oder sonstwie vereinbarte Eigenschaft nicht aufweist oder darin, dass ihm eine Eigenschaft fehlt, die der

Bauherr bzw. der Besteller auch ohne besondere Vereinbarung in guten Treuen erwarten durfte (Art. 166 Abs. 1 und 2 SIA-Norm 118). In guten Treuen darf der Bauherr bzw. der Besteller erwarten, dass das Werk bei seiner Ablieferung sowohl "normal" beschaffen als auch gebrauchstauglich ist.

Die normale Beschaffenheit des Werkes bestimmt sich nach dem, was für ein Werk der betreffenden Art und Gebrauchsbestimmung gebräuchlich ist. Massgebend sind diesbezüglich die Grundsätze, welche die Verkehrsanschauung als objektiv vernünftig und richtig anzusehen pflegt. Das bedeutet, dass der Unternehmer mindestens in durchschnittlicher (mittlerer) Güte zu liefern hat, namentlich auch, was den verwendeten Stoff betrifft. Dementsprechend schuldet er ein Werk in "kunstgerechter Ausführung", das bei technischen Leistungen auch in technischer Hinsicht einwandfrei erstellt ist, so dass es nach der Beschaffenheit mindestens den für ein solches Werk anerkannten Regeln der Technik oder einem gleichwertigen Standard zur Zeit der Ausführung entspricht. Die erforderliche Gebrauchstauglichkeit bestimmt sich nach dem Gebrauchszweck. Das Werk, das der Unternehmer abgeliefert, muss mangels anderer Vereinbarung so beschaffen sein, dass es für den massgeblichen (gewöhnlichen oder besonderen) Gebrauchszweck in vollem Umfang taugt. Nach dem Gesagten stellt jede negative Abweichung des Werkes von der normalen Beschaffenheit und jede Abweichung von der Beschaffenheit, welche die (volle) Gebrauchstauglichkeit des Werkes einschränkt (vermindert) oder aufhebt, einen Werkmangel dar (Urteil des Bundesgerichts 4A_428/2007 vom 2. Dezember 2008, E. 3.1; GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N. 1406 ff., mit weiteren Hinweisen).

3.2.2. Nichtvollendung und Mangelhaftigkeit des Werkes

Kein Werkmangel liegt dagegen dann vor, wenn es bloss an der Vollendung des Werkes fehlt. Diesfalls kann der Besteller auf Erfüllung klagen und sich nach den Regeln über den Schuldnerverzug behelfen. Der Werkmangel muss somit unterschieden werden von der Nichtvollendung des Werkes. Die Abgrenzung zwischen quantitativ und qualitativ ungehöriger Vertragserfüllung ist deshalb rechtlich bedeutsam, weil daran unterschiedliche Rechtsfolgen und Modalitäten (Prüfungs- und Rügeobliegenheiten, Verjährungsfristen) geknüpft sind. Der Mangel berührt

die Beschaffenheit eines vorhandenen Bestandteils des Grundstücks bzw. des Gebäudes, während bei Unvollständigkeit ein vertragsgemässer Bestandteil überhaupt nicht vorhanden ist (GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N. 1356 ff.).

Ist der Umfang der Leistungen, welche durch eine Pauschale abgegolten werden sollen, bestritten, ist dieser durch Vertragsauslegung zu ermitteln (Urteil des Bundesgerichts 4A_71/2009 vom 25. März 2009, E. 3; Urteil des Bundesgerichts 4A_32/2009 vom 7. Oktober 2009, E. 4). Soweit von Relevanz, wird auf diese Unterscheidung nachfolgend an entsprechender Stelle näher eingegangen.

3.2.3. Mängelrüge

Hat der Bauherr bzw. der Besteller aufgrund der Prüfung des Werkes Mängel erkannt, so ist er zur Anzeige an den Unternehmer verpflichtet. Dabei hat der Bauherr bzw. der Besteller jeden Mangel, den er rügen will, hinreichend genau anzugeben, sodass der Unternehmer der Mitteilung entnehmen kann, in welchem Punkt und in welchem Umfang der Bauherr bzw. der Besteller das Werk als mangelhaft erachtet. Die Anzeigeobligenheit hat dabei rechtzeitig, also innerhalb der Rügefrist zu erfolgen. Andernfalls gilt ein Werk grundsätzlich als genehmigt, was dazu führt, dass die Mängelrechte für die entsprechenden Mängel verirken. Dies gilt insbesondere für die offenen Mängel, also diejenigen, die bei der Abnahme und ordnungsmässigen Prüfung erkennbar sind (GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N. 2126 ff.).

3.2.4. Recht auf Nachbesserung und Ersatzvornahme

Gemäss Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 hat der Bauherr bzw. der Besteller zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen. Soweit der Unternehmer Mängel innerhalb der vom Bauherr bzw. vom Besteller angesetzten Frist nicht behebt, ist der Bauherr bzw. der Besteller berechtigt, nach seiner Wahl unter anderem weiterhin auf der Verbesserung zu beharren. Dies kann er jedoch nur dann, wenn die Verbesserung im Verhältnis zu seinem Interesse an der Mängelbeseitigung nicht übermässige Kosten verursacht. Der Bauherr bzw. der Besteller kann die Verbesse-

nung statt durch den Unternehmer auch durch einen Dritten ausführen lassen oder sie selbst vornehmen (Ersatzvornahme), beides auf Kosten des Unternehmers. Hat sich der Unternehmer ausdrücklich geweigert, eine Verbesserung vorzunehmen, oder ist er hierzu offensichtlich nicht imstande, so stehen dem Bauherrn bzw. dem Besteller die Mängelrechte schon vor Ablauf der Verbesserungsfrist zu. Dabei muss die Weigerung des Unternehmers "entschieden" sein, was etwa dann der Fall ist, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert. Das Motiv der Verweigerung ist dabei irrelevant. Auch genügt es, dass der Unternehmer das Vorliegen des Mangels oder seine Mängelhaftung strikte bestreitet (vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N. 1800).

3.2.5. Recht auf Bevorschussung

Sobald das Recht auf Ersatzvornahme entstanden ist, darf der Bauherr bzw. der Besteller die Verbesserung des Werkes, d.h. die Mängelbeseitigung, auf Gefahr und Kosten des Unternehmers selbst vornehmen oder einem Dritten übertragen (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118). Auf Kosten des Unternehmers bedeutet nicht nur, dass der Bauherr bzw. der Besteller einen Anspruch auf Rückerstattung der Kosten hat, die ihm für die durchgeführte Mängelbeseitigung entstanden sind. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung kann der Bauherr bzw. der Besteller alternativ den Unternehmer auch zu einer Vorauszahlung in Höhe der zu erwartenden Mängelbeseitigung anhalten und mit diesem Geld alsdann die Drittverbesserung finanzieren. Denn der Bauherr bzw. der Besteller des mangelhaft ausgeführten Werkes braucht die Nachbesserungskosten nicht vorzuschüssen, weil ihm die Nachbesserung auf eigene Kosten nicht zugemutet werden kann. Es handelt sich diesfalls um einen "vorweggenommenen Aufwendungsersatz". Vorausgesetzt ist aber immer, dass der Bauherr bzw. der Besteller auch tatsächlich gewillt ist, die Ersatzvornahme durchzuführen (sog. Nachbesserungsabsicht).

Um den Interessen des Unternehmers angemessen Rechnung zu tragen, ist die Vorschusspflicht aber an bestimmte Modalitäten zu binden. Erstens ist festzuhalten, dass der Bauherr bzw. der Besteller in der Verwendung des Kostenvorschusses nicht frei ist. Vielmehr ist der Vorschuss ausschliesslich für die Finanzierung der Ersatzvornahme bestimmt. Zweitens ist der Bauherr bzw. der Besteller ver-

pflichtet, nach Abschluss der "Ersatznachbesserung" über die Kosten genau abzurechnen und dem Unternehmer einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten. Und drittens hat der Bauherr bzw. der Besteller den gesamten Betrag zurückzuerstatten, wenn er die Nachbesserung nicht innert angemessener Frist vornehmen lässt (BRÄNDLI ROGER, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Zürich/St. Gallen 2007, N. 902 ff.; BRÄNDLI ROGER, Die Bevorschussung der Kosten einer Ersatzvornahme – insbesondere zur Frage des einstweiligen Rechtsschutzes, in: Jusletter vom 13. Juni 2005, Rz. 4; GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N. 1816 ff. und N. 2664; BGE 128 III 416, E. 4.2.2 mit weiteren Nachweisen). Welche Frist dabei als angemessen gilt, kann nicht allgemein gesagt werden und ist im Einzelfall zu entscheiden. Einer Fristansetzung durch das Gericht bedarf es nicht (vgl. dazu NIQUILLE-EBERLE MARTHA, Probleme rund um die Ersatzvornahme, insbesondere die Bevorschussung der Kosten, in: KOLLER ALFRED [HRSG.], Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht, St. Gallen 2004, S. 103 f., Rz. 73 f.).

Die Vorschüsse sind Akonto-Zahlungen, die definitionsgemäss unter dem Vorbehalt definitiver Kostenliquidierung geleistet werden. Demzufolge schliesst das Kostenvorschussurteil im Abrechnungsprozess weder die Rückforderung eines zu hohen Kostenvorschusses durch den Unternehmer noch die Nachforderung der noch nicht gedeckten Kosten durch den Bauherrn bzw. den Besteller aus. Da mit dem Kostenvorschussurteil rechtskräftig über den Anspruch auf Vorschuss entschieden wird, ist gestützt auf diesen bereits beurteilten Lebenssachverhalt eine erneute Einforderung eines weiteren Kostenvorschusses ausgeschlossen (Urteil des Bundesgerichts 4A_2/2015 vom 25. Juni 2015, E. 3.3).

Bereits mit Entstehung des Anspruchs wird der Vorschuss fällig (Art. 75 OR). Bei Verträgen, auf welche die SIA-Norm 118 anwendbar ist, besteht der Anspruch ohne Weiteres mit Ablauf der Nachbesserungsfrist gemäss Art. 169 Ziff. 1, handelt es sich beim Recht auf Bevorschussung doch um eine Modifikation des Rechts auf Ersatzvornahme (vorweggenommener Aufwendungsersatz; NIQUILLE-EBERLE MARTHA, a.a.O., S. 78, Rz. 24). Gleich verhält es sich auch dann, wenn der Unternehmer auf eine Nachbesserung ausdrücklich verzichtet hat (vgl. vorne Erw. 3.2.4.).

3.2.6. Verrechnung der Bevorschussungsforderung

Der Bauherr bzw. der Besteller kann seine Bevorschussungsforderung mit noch nicht bezahltem Werklohn zur Verrechnung stellen. Er kann dies selbst dann tun, wenn der Unternehmer den Anspruch auf einen Kostenvorschuss für eine Ersatzvornahme bestreitet, z.B. weil seiner Ansicht nach keine Mängel vorliegen, für die er einzustehen hat, oder weil er die Voraussetzungen einer Ersatzvornahme aus einem anderen Grund als (noch) nicht gegeben erachtet (BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, a.a.O., N. 918; NIQUILLE-EBERLE MARTHA, a.a.O., S. 88 ff., Rz. 44 ff.; betreffend die Voraussetzungen einer Verrechnung siehe Erw. 3.3.6.; a.A. GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N. 1817). Da sich die Klägerin gegen die von der Beklagten erklärte Verrechnung als solche (also grundsätzlich) nicht zur Wehr setzt, sondern nur gegen deren Höhe (vgl. act. 18 S. 39 ff. Ad. 53 ff.), steht der Verrechnung vorliegend insbesondere auch die von gewissen Autoren ins Feld geführte Zweckgebundenheit der beklaglichen Vorschussforderung nicht entgegen (vgl. dazu insbes. GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N. 871a und N. 1817). Eine Verrechnungsmöglichkeit muss vorliegend aber bejaht werden.

3.2.7. Ermittlung der Höhe der Bevorschussungsforderung

Für die Ermittlung der Vorschusshöhe sind die zu erwartenden Kosten der Ersatzvornahme zu schätzen; einer verbindlichen bzw. genauen Festlegung bedarf es nicht. Bei der Schätzung ist grundsätzlich auf eingeholte Unternehmerangebote oder Gutachten abzustellen. Das Gericht kann indessen trotz Uneinigkeit der Parteien über die Höhe des Kostenvorschusses auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens, das die mutmasslichen Ersatzvornahmekosten schätzt, verzichten. Eine Schätzung ist in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR insbesondere dann zulässig, wenn die im Prozess vorgetragenen Behauptungen und offerierten Beweise (namentlich Unternehmerangebote) dazu genügen. Denn durch eine solche Schätzung können weder dem Bauherrn bzw. dem Besteller noch dem Unternehmer ernsthafte und nachhaltige Nachteile entstehen, da der Bauherr bzw. der Besteller, der einen solchen Vorschuss vom Unternehmer hat, verpflichtet ist, den Werkmangel in angemessener Zeit beseitigen zu lassen und im Anschluss daran über die für die Nachbesserung aufgewandten Kosten abzu-

rechnen (BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, a.a.O., N. 916 ff.; NIQUILLE-EBERLE MARTHA, a.a.O., S. 63 ff., Rz. 39 f.). Auch das Bundesgericht fordert nicht zwingend ein Sachverständigengutachten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_2/2015 vom 25. Juni 2015, E 3.3, e contrario).

3.3. Würdigung

3.3.1. Innenbereich

3.3.1.1. Haftungsfähigkeit der Farbe auf Weissputz (Zustand)

Es ist unbestritten, dass sich auf den Innenwänden die Farbe vom Weissputz nach Gebrauch von Malerklebebandern löst. Die Klägerin bestreitet die Klebeband-Versuche der Beklagten und die dadurch erfolgende Ablösung der Farbe vom Weissputz nicht. Vielmehr stellt sie sich auf den Standpunkt, dass die Haftfähigkeit der Farbe vertragskonform sei, womit es sich nicht um einen Werkmangel handle (vgl. etwa act. 18 S. 42 Ad 55). Überdies wurde der beanstandete Zustand, nämlich die Ablösung der Farbe nach Gebrauch eines Malerklebebandes, mit den von der Beklagten eingereichten Fotos (act. 25/5-9) ausreichend dokumentiert und geht im Übrigen auch aus dem von L._____, Fachexperte des SMGV, erstellten Privatgutachten vom 4. März 2013 entsprechend hervor (act. 11/9). Aufgrund dessen ist erstellt, dass sich auf den Innenwänden nach Gebrauch von Malerklebebandern die Farbe vom Weissputz löst, womit auf die Abnahme der weiteren von der Klägerin offerierten Beweismittel (Augenschein, Gutachten) verzichtet werden kann.

Ob sich die Farbe auch ohne die Benützung von Malerklebebandern löst – wie die Beklagte weiter geltend macht – kann vorliegend offen bleiben, da – wie zu zeigen sein wird – der Umstand, dass sich die Farbe bereits mit einem Malerklebeband vom Weissputz löst, schon einen Werkmangel darstellt.

3.3.1.2. Ungenügende Haftung der Farbe auf Weissputz

Wie gesehen, bestimmt sich die normale Beschaffenheit eines Werkes, dessen Eigenschaften nicht näher vereinbart wurden, nach dem, was die Verkehrsan-

schauung als objektiv vernünftig und richtig anzusehen pflegt. Zudem muss das Werk mangels anderer Vereinbarung so beschaffen sein, dass es für den massgeblichen (gewöhnlichen oder besonderen) Gebrauchszweck in vollem Umfang taugt.

Wenn die Klägerin geltend macht, dass eine bestimmte Haftfähigkeit der Farbe nicht vereinbart worden sei und auch keineswegs vereinbart worden sei, dass jedwelches Klebeband an den Wänden angebracht werden könne und die Farbe bei einem Abreissen des Klebebandes in jedem Fall vollständig verbleibe, so vermag sie damit nicht zu überzeugen. Es ist nämlich darauf abzustellen, was die Beklagte in guten Treuen erwarten darf. Da ein Wandanstrich nicht nur eine ästhetische Funktion aufweisen, sondern nach allgemeinem Verständnis auch gewissen physischen Einwirkungen trotzen können muss, darf die Beklagte in guten Treuen von einer ausreichenden Widerstands- und damit auch Haftfähigkeit des Wandanstrichs ausgehen. Eine solche ist dann ausreichend, wenn der Wandanstrich dem üblichen Gebrauch standhält, wozu die "typischen" Prozeduren, wie erneuter Wandanstrich mit den entsprechenden Vorbehandlungen, Montagen, kleinere Säuberungsarbeiten, etc. zählen. Entsprechend hat die Farbe auf der Wand auch bei der Befestigung und der anschliessenden Entfernung eines Malerklebebandes weiter zu haften. Alles andere würde sich als lebensfremd erweisen. Für eine genügende Haftfähigkeit eines Wandanstrichs kann es somit – entgegen der Meinung der Klägerin – nicht darauf ankommen, ob ein Präzisionskrepp- oder ein Malerklebeband verwendet wird. Indem die Farbe an der Wand bereits dem Gebrauch eines Malerklebebandes nicht standhält, erweist sich der von der Klägerin applizierte Wandanstrich als nicht gebrauchstauglich und entspricht auch nicht der normalen Beschaffenheit. Aufgrund dessen ist von einem Werkmangel im Sinne von Art. 166 SIA-Norm 118 auszugehen.

Offen bleiben kann somit der Einwand der Klägerin, dass die Applikation des schwarzen Wandanstrichs zu früh erfolgt sei, weshalb die Beklagte die geltend gemachte Ablösung der Wandfarbe selber zu vertreten habe. Denn die zu geringe Haftfähigkeit der Farbe stellt nicht nur zum Zeitpunkt und im Zusammenhang mit dem schwarzen Wandanstrich, sondern – wie gesehen – auch danach und für alle

Innenwände ein generelles Problem dar. Insofern sind die diesbezüglichen Vorbringen der Klägerin im Zusammenhang mit dem schwarzen Wandanstrich nicht von Relevanz.

3.3.1.3 Fehlende Grundierung

Auch der Umstand, dass vor dem Farbanstrich keine Grundierung aufgetragen wurde, stellt einen Werkmangel im Sinne von Art. 166 SIA-Norm 118 dar. Es trifft zwar zu, dass die Parteien nicht ausdrücklich eine Grundierung vereinbart haben. Allerdings hätte die Beklagte aus den nachfolgenden Gründen dennoch eine Grundierung als werkvertraglicher Bestandteil erwarten dürfen:

Zunächst geht aus dem Merkblatt "Beschichtungen auf Weissputz und Spachtelungen" des SMGV (act. 20/5) hervor, dass eine Grundierung zu applizieren gewesen wäre. So geht aus Seite 8 in Ziff. 6 Folgendes hervor (Unterstreichungen durch das Handelsgericht):

" [...]

6.2 Aufgaben von Grundbeschichtungen

Auf Weissputzen und Spachtelungen haben Grundbeschichtungen folgende Funktionen zu erfüllen: Herabsetzung der hohen Saugfähigkeit und ausgleichen des unterschiedlichen Saugverhaltens sowie Erhöhung der Festigkeit des Untergrundes.

[...]

6.3. Einsatz von Grundbeschichtungen

In der Regel ist eine Grundbeschichtung zu applizieren. Bei extrem saugenden Untergründen muss unter Umständen 2x grundiert werden

[...]

6.4 Grundbeschichtungen zur Aufnahme einer Beschichtung (Anstrich)

Folgende Beschichtungsstoffe sind als Grundbeschichtung auf Weissputze und Spachtelungen geeignet:

Wasserverdünnbarer Tiefgrund (Hydrosol)

[...]

Lösungsmittelverdünnter Tiefgrund

[...]"

Auf dieses von der Klägerin eingereichte Merkblatt ist vorliegend ohne Weiteres abzustellen, dies vorab deshalb, weil sich die Klägerin selber daran orientiert. So stützen sich ihre Ausführungen hinsichtlich der Beschaffenheit des Untergrundes auf dieses Merkblatt, und zudem ging sie bei ihrer Prüfung des Untergrundes nach der Checkliste dieses Merkblattes vor (vgl. act. 20/6). Will die Klägerin daher für die Frage der Applizierung einer Grundierung plötzlich ohne nähere Begründung die Massgeblichkeit dieses Merkblattes bestreiten, obschon sie sich selber zum Beispiel der Bestimmung Ziff. 7.8 im entsprechenden Merkblatt bedient, so käme dies einem widersprüchlichen Verhalten gleich, welches keinen Rechtsschutz verdiente. Die Beklagte durfte daher in guten Treuen einen nach den Empfehlungen des SMGV entsprechenden Wandanstrich erwarten, womit gemäss den Vorgaben im betreffenden Merkblatt eine Grundierung hätte angebracht werden müssen.

Dass objektiv eine Grundierung vernünftig und richtig gewesen wäre, geht zudem aus der von der Beklagten eingereichten Empfehlung der "P._____ AG" bezüglich "Hydrosil innen" (act. 11/10) hervor, worin vor der Farbapplikation auf ungestrichenen Untergründen eine Grundierung empfohlen wird. Unbeachtlich ist dabei der Einwand der Klägerin, wonach Hydrosil gar nicht verwendet worden sei. Da es sich nämlich auch bei Hydrosil um eine Silikonharzfarbe handelt und die Klägerin in keiner Weise ausführt, inwiefern sich Hydrosil von der von ihr applizierten Silikonharzfarbe unterscheiden soll, kann Hydrosil als Referenz für Silikonharzfarben für die vorliegende Beurteilung ohne Weiteres herangezogen werden. Wenn die Klägerin zudem vorbringt, dass es sich beim Weissputz nicht um einen saugenden und ungestrichenen Untergrund handelt und eine Grundierung nichts mit der Haftung der Farbe zu tun habe, so ist dem entgegenzuhalten, dass aus Ziff. 6.2 des Merkblattes genau das Gegenteil hervorgeht, nämlich, dass die Grundbeschichtungen auf Weissputzen und Spachtelungen die Funktion haben, unter anderem die Herabsetzung der hohen Saugfähigkeit und die Erhöhung der Festigkeit des Untergrundes zu erfüllen (act. 20/5 Ziff. 6.2).

Schliesslich geht auch aus dem Privatgutachten von L._____ vom 4. März 2013 hervor, dass eine Grundierung zwingend notwendig gewesen wäre (act. 11/9

S. 6). Auch wenn es sich dabei um ein Parteigutachten handeln mag, womit es nicht im gleichen Rang wie ein vom Gericht eingeholtes Gutachten steht, so kann vorliegend – der freien Beweiswürdigung folgend (BGE 125 V 351, E. 3) – dennoch darauf abgestellt werden. Denn einerseits handelt es sich bei L._____ unbestritten um einen Fachexperten auf diesem Gebiet. Zur Person L._____s bringt die Klägerin denn auch keine Vorbehalte an. Und andererseits ist die im Privatgutachten enthaltene Schlussfolgerung durchaus nachvollziehbar und schlüssig und deckt sich auch mit den Angaben im Merkblatt des SMGV. Von einem Gefälligkeitsgutachten – wie die Klägerin ohne nähere Einwendungen vorbringt – kann daher nicht die Rede sein.

Aufgrund dessen gilt es als erstellt, dass eine Grundierung hätte angebracht werden müssen. Da nicht ersichtlich ist, inwiefern die weiteren diesbezüglich von der Klägerin offerierten Beweismittel (Gutachten, Augenschein, Parteibefragung) am Beweisergebnis etwas zu ändern vermöchten, ist auf deren Abnahme zu verzichten.

3.3.1.4. Abmahnungspflicht

Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass eine Grundierung nicht als werkvertraglicher Bestandteil geschuldet gewesen wäre, würde dieser Umstand dennoch zu keinem anderen Ergebnis führen. Eine Grundierung ist nämlich der vorausgesetzten Normbeschaffenheit wegen (siehe vorstehende Erw. 3.3.1.3.) geschuldet. Entsprechend hätte die Klägerin die Beklagte über diesen Umstand in Kenntnis setzen müssen (sog. Abmahnungspflicht; vgl. Art. 25 SIA-Norm 118), um sich von einer Haftung befreien zu können. Daran vermöchte auch der klägerische Einwand, wonach die Beklagte fachkundig sei, nichts zu ändern. Will die Klägerin damit nämlich geltend machen, dass die Beklagte aufgrund ihrer Fachkunde ein Selbstverschulden treffe, so stünde diesem Einwand Art. 25 Abs. 4 SIA-Norm 118, also die Pflicht der Klägerin zur Abmahnung, entgegen. Demgemäss hat der Unternehmer, wenn er bei der Ausführung seiner Arbeit nach den Umständen feststellen muss, dass sich eine ihm erteilte Weisung des Bauherrn bzw. des Bestellers als fehlerhaft erweist, ihm dies anzuzeigen. Dies ist selbst dann der Fall, wenn die Weisung sachverständig erteilt wurde, sofern dies für den

Unternehmer aufgrund seiner Fachkenntnisse erkennbar war (GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., N. 1953; SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 25 N. 52). Da die Abmahnung durch die Klägerin aufgrund der augenfälligen Fehlerhaftigkeit zwingend notwendig gewesen wäre, hätte die Klägerin somit dennoch wegen Verletzung ihrer Abmahnungspflicht für den Werkmangel einzustehen.

3.3.1.5. Zwischenfazit

Aufgrund des Ausgeführten ist das von der Klägerin gelieferte Werk sowohl wegen fehlender vorausgesetzter Normalbeschaffenheit als auch wegen fehlender Gebrauchstauglichkeit mangelhaft. Entsprechend stehen der Beklagten die sich daraus ergebenden Mängelrechte gemäss Art. 169 SIA-Norm 118 zu (dazu nachfolgend Erw. 3.3.3. ff.).

3.3.2. Aussenbereich

3.3.2.1. Fugen

Zunächst ist die Beklagte hinsichtlich der von ihr beanstandeten Fugen darauf hinzuweisen, dass es nicht ausreicht, ein Werk bloss als mangelhaft zu bezeichnen, ohne näher auszuführen, worin die Mangelhaftigkeit genau besteht. Es wäre zu erwarten gewesen, dass die Beklagte detailliert aufzeigt, welche (fehlende) Eigenschaft bei der Fuge als Mangel erachtet wird. Aufgrund dessen erweisen sich ihre Vorbringen, wonach die Fuge zwischen Betonsockel und Fassade in der Nähe des Eingangsbereiches mangelhaft sei, als nicht gehörig substantiiert.

Was die Fuge zwischen den Steinsockelwandplatten und den Steinbodenplatten von Küche bis Schopf betrifft, so ist die Beklagte darauf hinzuweisen, dass sie präzise vorzutragen hat, ob sie eine Nichtvollendung des Werkes oder einen Werkmangel geltend machen will. Aus den diesbezüglichen Ausführungen der Beklagten, wonach die Fuge als Hohlkehle ausgebildet und neu mit einem Bitumenzementgemisch gebildet sowie eine Noppenfolienbahn als Wasserschutz appliziert werden müsse, geht indessen nicht hervor, was sie aus diesem Umstand ableiten will.

Mangels Substantiierung sind die Vorbringen der Beklagten hinsichtlich der genannten Fugen für die weitere Beurteilung daher nicht zu berücksichtigen.

3.3.2.2. Verputz der Aussenwände bei der Küche und Abdichtung bei der Treppenstufe (Zustand)

Aufgrund der von der Beklagten eingereichten Fotos (act. 25/10-11) lässt sich – entgegen der Ansicht der Klägerin – erkennen, dass der Verputz der Aussenwände bei der Küche und die Abdichtung bei der Treppenstufe lose ist und abbröckelt. Der von der Beklagten vorgetragene Zustand ist dadurch offenkundig und somit erwiesen. Da nicht ersichtlich ist, inwiefern die weiteren diesbezüglich von der Klägerin offerierten Beweismittel (Gutachten, Augenschein, Zeugen) am Beweisergebnis etwas zu ändern vermöchten, ist auf deren Abnahme zu verzichten.

3.3.2.3. Abbröckelnder und loser Verputz

Da die Beklagte in guten Treuen erwarten darf, dass der Verputz an den Aussenwänden der Küche und bei der Treppenstufe den Witterungen standhält und entsprechend kurze Zeit nach der Herstellung des Werkes nicht abbröckelt und nicht lose ist, und ein solcher Verputz weder der normalen Beschaffenheit entspricht noch gebrauchstauglich ist, handelt es sich dabei offensichtlich um eine Abweichung vom vertraglich Vereinbarten und damit um einen Werkmangel im Sinne von Art. 166 SIA-Norm 118, den die Klägerin zu vertreten hat.

3.3.2.4. Ausbuchtung bei der Treppe zur Haustüre beim Übergang zur Betonmauer

Was der weiter von der Beklagten geltend gemachte Mangel, nämlich die Ausbuchtung im Bereich der Treppe zur Haustür beim Übergang zur Betonmauer betrifft, so braucht dieser nicht weiter geprüft zu werden, da nämlich – wie sogleich zu zeigen sein wird – die zur Verrechnung gestellte Gegenforderung der Beklagten ohnehin weit über der begründeten Forderung der Klägerin ist.

3.3.2.5. Abdichtungen bei den Treppenstufen als Vertragsinhalt

Die Klägerin führt aus, dass die Abdichtungen bei den Treppenstufen weder Ge-

genstand des Werkvertrags gewesen noch während der Bauausführung zusätzlich in Auftrag gegeben worden seien, womit sie ohnehin nicht für den entstandenen Mangel einzustehen hätte (act. 31 S. 9 Rz. 11.a).

Mit diesen Ausführungen stösst die Klägerin indessen ins Leere. Aufgrund der "Ausschreibung und dem Angebot Nr. ...", welches unbestritten Werkvertragsinhalt ist, gehen auf Seite 21 die Angaben "Abdichtungsarbeiten" und "Löcher in Fassade schliessen" hervor. Weshalb nun genau die in Frage stehenden Abdichtungsarbeiten nicht zum Vertragsinhalt gehören sollen, ist nicht ersichtlich und wird auch von der Klägerin nicht näher begründet. Die Beklagte durfte und darf daher in guten Treuen davon ausgehen, dass auch die in Frage stehenden Abdichtungen bei den Treppenstufen vom Werkvertrag erfasst sind. Daran vermöchten auch die weiteren von der Klägerin offerierten Beweismittel (Augenschein, Zeugen, Gutachten) nichts zu ändern, weshalb auf deren Abnahme zu verzichten ist.

3.3.2.6. Nichtvollendung und Mangelhaftigkeit des Werkes

Da die Beklagte geltend macht, dass der Verputz bei der Treppenstufe unvollständig und lose sei, stellt sich diesbezüglich die Frage, ob es sich dabei um eine Nichtvollendung oder eine Mangelhaftigkeit des Werkes handelt. Da vorliegend sowohl die Nichtvollendung als auch die Mangelhaftigkeit des Werkes – wie sogleich zu zeigen sein wird – zum selben Ergebnis, nämlich zur Bevorschussung der Ersatzvornahme, führen, erübrigt sich eine entsprechende Unterscheidung.

3.3.2.7. Zwischenfazit

Somit ist im Aussenbereich, d.h. beim Verputz der Aussenwände bei der Küche und bei der Abdichtung bei der Treppenstufe, von einem Werkmangel auszugehen, für den die Klägerin aufzukommen hat. Entsprechend stehen der Beklagten die sich daraus ergebenden Mängelrechte gemäss Art. 169 SIA-Norm 118 zu.

3.3.3. Rechtzeitigkeit der Mängelrüge

Die Klägerin bestreitet hinsichtlich der geltend gemachten Mängel sowohl im In-

nenbereich als auch im Aussenbereich, abgesehen von der Abdichtung bei der Treppenstufe, die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge nicht.

Lediglich bezüglich der Abdichtung bei der Treppenstufe bringt die Klägerin vor, dass diese Mängelrüge verspätet gewesen sei, dies mit der Begründung, dass die Beklagte bisher nur behauptet habe, dass die Abdichtung bei der Treppenstufe lose und der Verputz lose seien. Weil diese Mängel offensichtlich und damit nicht versteckt seien, hätten sie bis April 2014 vorgebracht werden müssen (act. 31 S. 9 Rz. 11.a). Diesen Ausführungen der Klägerin ist indessen nicht zu folgen. Es handelt sich dabei nämlich nicht um einen neuen Mangel, sondern lediglich um die Darlegung der Ursache des gerügten Mangels. Der Mangel selber, also die lose Abdichtung und der lose Verputz, wurden von Anfang an und damit rechtzeitig gerügt.

3.3.4. Recht auf Ersatzvornahme

Wie oben gesehen hat die Beklagte gemäss Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 das Recht, von der Klägerin die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen. Da sich die Klägerin indessen weigerte, die Mängelbeseitigung vorzunehmen, hat die Beklagte nunmehr das Recht auf Ersatzvornahme durch einen Dritten auf Kosten der Klägerin. Die Klägerin bestreitet zwar, dass sie auf ihr Nachbesserungsrecht verzichtet habe. Dabei übersieht sie aber, dass eine Weigerung und damit ein Verzicht auf Nachbesserung bereits deshalb besteht, weil die Klägerin entschieden das Vorliegen von Mängeln bzw. die Mängelhaftung bestreitet. Auch geht bereits aus dem E-Mail-Verkehr zwischen A._____ und I._____ im Zeitraum vom 13. März 2012 (act. 11/3-6) hervor, dass sich die Klägerin weigerte, die beanstandeten Mängel nachzubessern. So enthalten die von der Beklagten eingereichten E-Mails eine klare Aufforderung zur Behebung der Fertigstellungsmängel bzw. der Nachbesserung, womit die Klägerin allerdings nicht einverstanden ist. Stattdessen macht sie die Behebung der Fertigstellungsmängel bzw. die Nachbesserung von einer weiteren Akontozahlung von CHF 40'000.– abhängig. Auch deshalb liegt eine klare Weigerung der Klägerin auf Behebung bzw. Nachbesserung der beanstandeten Mängel vor, weshalb die Beklagte die entsprechenden Arbeiten durch einen Dritten auf Kosten der Klägerin ausführen

lassen darf.

Zum selben Ergebnis gelangt man auch, wenn man den Verputz bei der Treppenstufe als unvollständig erachtet. Diesfalls wäre nämlich nach den Regeln über den Schuldnerverzug vorzugehen, womit der Beklagten die Wahlrechte gemäss Art. 107 Abs. 2 OR zustünden. Dabei kann die Beklagte in Analogie zu Art. 366 Abs. 1 OR die Mängelbeseitigung auch ohne richterliche Ermächtigung auf Kosten und Gefahr einem Dritten übertragen, sofern der Klägerin die Ersatzvornahme angedroht wurde (vgl. etwa BGE 136 III 273, E. 2.4 f.; BGE 107 II 50, E. 3.; BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, a.a.O., N. 688). Da – wie gesehen – von der Weigerung der Klägerin, den Beanstandungen der Beklagten nachzukommen, auszugehen ist, und der Klägerin spätestens mit der Klageantwort bewusst sein musste, dass die Beklagte die entsprechenden Arbeiten durch einen Dritten ausführen lassen wird, stünde daher der Beklagten auch nach den Regeln über den Schuldnerverzug das Recht auf Ersatzvornahme zu.

3.3.5. Höhe der Bevorschussungskosten

Da es – wie gesehen (Erw. 3.2.7.) – zulässig ist, wenn das Gericht die Vorschusshöhe in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR schätzt, wenn die im Prozess vorgetragenen Behauptungen und offerierten Beweise (namentlich Unternehmerangebote) dazu genügen, was vorliegend der Fall ist, kann auf die Offerten der Firma K._____ vom 26. Juni 2013 (act. 11/12 und act. 11/14) abgestellt werden, worin von Kosten ausgegangen wird, die rund das Doppelte derjenigen der begründeten klägerischen Forderung betragen (siehe sogleich). Die diesbezüglichen Vorbringen der Klägerin, wonach die in den Offerten angegebenen Arbeiten als nicht erforderlich und ohnehin als betragsmässig krass übersetzt und unnötig erachtet würden, vermögen nicht zu überzeugen. So erscheinen die in den Offerten angegebenen Arbeiten mit den dazugehörigen Preisen im Vergleich zum Werkvertrag vom 4. Oktober 2011 bzw. 7. Oktober 2011 und den darin enthaltenen Preisangaben als durchaus angemessen, zumal auch die Klägerin in keiner Weise darlegt, welche Positionen ihrer Meinung nach unnötig oder zu hoch veranschlagt worden seien. Schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass die Beklagte nach Abschluss der "Ersatznachbesserung" ohnehin über die Kosten

genau abzurechnen und der Klägerin einen allfälligen Überschuss zurückzuerstat-
ten haben wird. Aufgrund dessen kann auf die Einholung der von der Klägerin of-
ferierten Beweismittel (Gutachten, Augenschein) verzichtet werden.

Gemäss der Offerte K. _____ betreffend den Innenbereich (act. 11/12) ist die Be-
klagte somit berechtigt, hinsichtlich der von ihr geltend gemachten Bevorschus-
sungskosten von gesamthaft CHF 49'693.- (netto) bzw. CHF 53'668.45 (inkl. 8 %
MwSt.) die folgenden Leistungen in Anspruch zu nehmen:

- Installationspauschale, Installieren von Werkzeug und Material
 - Erforderliche Gerüste für die Gipserarbeiten stellen, inkl. An- und Abtransport sowie Montage und Demontage;
 - Böden mit Floorliner schützen;
 - Zusätzliche Pavatexholzplatten, 5mm auf Böden legen zum Schutz vor mechanischen Beschädigungen;
 - Schützen von angrenzenden Bauteilen wie Fenster, Türen etc. mit Plastikfolie;
 - Etappenzuschläge für Arbeitsunterbrüche;
 - An- und Abtransport von Bauschuttmulden (Mulde 4 m³, inkl. Entsorgung);
- Bestehender Farbanstrich auf den Wänden mit einer Schleifmaschine entfernen, Baureinigung, Demontage und Montage der Elektromontagen
 - Gipser mit Werkzeug;
 - Materialeinsatz;
- Untergrundvorbehandlung (Tiefgrund streichen)
 - Streichen einer Haftbrücke;

- Liefern und Versetzen von Kantenschutzprofilen (an allen Aussenecken);
- Weissputzabglättung auf Wänden. Auf vorbereitetem Untergrund Weissputz zur Aufnahme von Anstrich (Qualitätsstufe Q3) applizieren
 - Betreffend Leibungen ebenfalls Weissputzabglättung und auf vorbereitetem Untergrund Weissputz zur Aufnahme von Anstrich (Qualitätsstufe Q3) applizieren;
 - (Zuschlag für) Ausbildung ohne Randsockelleiste (exaktes Arbeiten im Sockelbereich);
- Diverse Anpassungsarbeiten und Unvorhergesehenes
 - Gipsler mit Werkzeug;
 - Materialeinsatz.

Betreffend den Aussenbereich ist die Beklagte gemäss der Offerte K._____ (act. 11/14) berechtigt, hinsichtlich der von ihr geltend gemachten Bevorschussungskosten von gesamthaft CHF 10'536.- (netto) bzw. CHF 11'378.90 (inkl. 8 % MwSt.) – unter Berücksichtigung, dass die Positionen 1.00, 1.01, 3.00, 3.01 und 4.00 (d.h. CHF 3'705.50, inkl. 8 % MwSt.) in Abzug zu bringen sind (siehe Erw. 3.3.2.1.) – die folgenden Leistungen in Anspruch zu nehmen:

Entfernung des losen Verputzes bei den Aussenwänden bei der Küche und Vorbehandlung des Untergrunds, Fläche komplett mit einer vollflächigen Netzspachtelung überziehen, Unebenheiten in der Fassade ausgleichen, neuer Abrieb auf Wandflächen zur Aufnahme von Anstrich applizieren (Gerüst bis Höhe 3.20 m, ca. 45m²)

- Gipsler mit Werkzeug;
- Materialeinsatz;

- Neu verputzte Wandflächen streichen, Farbton an Bestand anpassen, zzgl. Maler mit Werkzeug und Material.

Unter Vorbehalt der Abrechnung, welche nach Abschluss der aufgeführten Arbeiten zu erfolgen haben wird, wäre somit von bestehenden Bevorschussungskosten von insgesamt CHF 61'341.85 (CHF 53'668.45 + CHF 11'378.90 abzüglich CHF 3'705.50) auszugehen.

3.3.6. Verrechnung und Verzugszinsen

Sowohl bei der begründeten Forderung der Klägerin als auch bei der Forderung der Beklagten auf Bevorschussung handelt es sich um geldwerte Forderungen (gleichartig), die zwischen denselben Parteien bestehen (gegenseitig). Da zudem beide Forderungen fällig sind, sind vorliegend die Voraussetzungen der Verrechnung gemäss Art. 120 OR ohne Weiteres erfüllt.

Gemäss Art. 124 Abs. 2 OR wirkt die Verrechnung auf den Zeitpunkt zurück, in dem sich zum ersten Mal die fällige, durchsetzbare Verrechnungsforderung und die erfüllbare Hauptforderung gegenüber standen. Dies hat zur Folge, dass die seit dem Zeitpunkt des Untergangs der Forderungen allenfalls entstandenen Nebenansprüche des Gläubigers (wie Verzugszinsen) als nicht bestehend zu betrachten sind (Urteil des Bundesgerichts 4A.475/2008 vom 8. Januar 2009, E. 3.3).

Wie erwähnt, wird der Anspruch auf Bevorschussung mit Ablauf der Nachbesserungsfrist bzw. mit Weigerung des Unternehmers auf Nachbesserung fällig (Erw. 3.2.4. und Erw. 3.2.5.). Da sich die Klägerin bereits vor dem von ihr geltend gemachten Eintritt des Verzugs (25. Mai 2012, Zustellung des Zahlungsbefehls) weigerte, die beanstandeten Mängel nachzubessern (Erw. 3.3.4.), war der Anspruch auf Bevorschussung bereits zu diesem Zeitpunkt fällig. Entsprechend wurde die begründete klägerische (Werklohn-)Forderung durch die beklagte Forderung auf Bevorschussung schon vor dem 25. Mai 2012 getilgt, womit der Klägerin hinsichtlich ihrer begründeten Forderung keine Verzugszinsen zustehen.

3.3.7. Weitere zur Verrechnung gestellte Kosten

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die weiteren zur Verrechnung gestellten Kosten betreffend den Innenbereich, nämlich CHF 46'331.55 (CHF 100'000.– abzüglich CHF 53'668.45), nicht substantiiert ausgewiesen sind. Diesbezüglich wären genauere Angaben zu den einzelnen Positionen erforderlich gewesen. Da die Beklagte indessen bereits mit ihrer Verrechnungsforderung in der Höhe von CHF 61'341.85 durchzudringen vermag, sind die übrigen Kosten für die vorliegende Beurteilung ohnehin nicht von entscheidender Relevanz.

3.4. Ergebnis

Wie dargelegt, ist die Forderung der Klägerin in der Höhe von CHF 28'225.20 (vgl. vorne Erw. 1.3.5., auch Erw. 1.2. bzw. Erw. 1.3.2.7.) begründet und ausgewiesen. Der Beklagten steht aber eine Verrechnungsforderung auf Bevorschussung der Ersatzvornahme in der Höhe von CHF 61'341.85 zu, welche den Betrag der begründeten Forderung der Klägerin von CHF 28'225.20 um mehr als das Doppelte übersteigt. Die begründete Forderung der Klägerin ist somit infolge der erklärten Verrechnung im ausgewiesenen Umfang von CHF 28'225.20 erloschen.

Die Klage ist demnach abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Der Streitwert beträgt CHF 49'766.45. Die Gerichtskosten sind – unter Berücksichtigung der Schwierigkeit des vorliegenden Falles – in Anwendung von Art. 96 ZPO i.V.m. § 4 Abs. 1 und Abs. 2 GebV OG auf CHF 7'000.– festzusetzen und der Klägerin als unterliegende Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten sind aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

Ausserdem hat die Klägerin als unterliegende Partei der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 10'500.– zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO i.V.m. §§ 4 Abs. 1 und 11 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV). Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zu-

zusprechen, hat dies aufgrund der Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen (Vgl. Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Juli 2005, ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.).

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 7'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Vorschuss gedeckt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 10'500.– 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 Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 49'766.45.

Zürich, 12. August 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. George Daetwyler

Roman Kariya