



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Präsident, und Ersatzoberrichterin Franziska Egloff, die Handelsrichter Felix B. Haessig, Werner Furrer und Jakob Frei sowie der Gerichtsschreiber Christian Stalder

Urteil vom 9. März 2017

in Sachen

A. _____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

" Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 50'323.00 zuzüglich 5% Zins seit dem 30. Juni 2010 zu zahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in ... (AG). Sie bezweckt u.a. die Herstellung, Vermietung und Montage, Demontage und Transport von Gerüsten aller Art (vgl. www.zefix.ch).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in ... (AG). Sie bezweckt u.a. die Führung und den Betrieb eines Architektur-, Ingenieur-, Planungs- und Beratungsbüros mit Projekt- und Baumanagement, die Tätigkeit als General- bzw. Totalunternehmerin in diesen Bereichen sowie den Handel mit Baugütern aller Art (vgl. www.zefix.ch).

b. Prozessgegenstand

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, ob die Beklagte der Klägerin aus dem Werkvertrag vom 14. Juli 2009 bzw. 24. Juli 2009 betreffend Montage, Miete und Demontage von Baugerüsten bzw. gestützt auf verschiedene zusätzliche, von den Parteien angeblich geschlossene Vereinbarungen sowie aufgrund angeblich geleisteter Regiearbeiten eine restliche Vergütung von CHF 50'223.– zzgl. die Kosten des Zahlungsbefehls vom 30. Juni 2010 in der Höhe von CHF 100.– schulde.

B. Prozessverlauf

a. Klageeinleitung

Am 9. April 2014 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin ihre Klageschrift beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein (act. 1).

b. Wesentliche Verfahrensschritte

Den ihr mit Verfügung vom 11. April 2014 (act. 4) auferlegten Vorschuss für die Gerichtskosten leistete die Klägerin fristgemäss (act. 6), worauf der Beklagten mit Verfügung vom 6. Mai 2014 Frist zur Einreichung ihrer Klageantwort angesetzt wurde (act. 7). Nachdem die Beklagte innert angesetzter Frist keine Klageantwort eingereicht hatte, wurde ihr am 8. Juli 2014 eine Nachfrist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 14). Die Klageantwort datiert vom 1. September 2014 (act. 16). Nach Durchführung der Vergleichsverhandlung am 10. Dezember 2014, anlässlich welcher keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. S. 7 f.), wurde am 23. Dezember 2014 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist angesetzt, um eine zweite Rechtsschrift (Replik) einzureichen (act. 22). Die Replik datiert vom 10. Februar 2015 (act. 24). Mit Verfügung vom 12. Februar 2015 wurde der Beklagten Frist zur Einreichung der Duplik angesetzt (act. 26). Die Beklagte erstattete ihre Duplik mit Eingabe vom 29. April 2015 (act. 28). Mit Verfügung vom 6. Mai 2015 wurde das Doppel der Duplik einschliesslich Beilagen der Klägerin zugestellt (act. 30). In der Folge sind keine weiteren Stellungnahmen mehr eingegangen. Beide Parteien verzichteten sodann auf die Durchführung einer Hauptverhandlung; die Klägerin ausdrücklich mit Eingabe vom 12. November 2015 (act. 34) und die Beklagte stillschweigend (vgl. Verfügung vom 10. November 2015, act. 32). Am 26. Januar 2016 fand eine interne Beratung statt, anlässlich welcher es zu keinem Urteil gekommen ist (Prot. S. 14).

Da sich die Angelegenheit - wie zu zeigen sein wird - als spruchreif erweist, ist nun ein Endentscheid zu fällen (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Auf die einzelnen Parteivorbringen ist nachfolgend nur einzugehen, soweit sich deren Berücksichtigung für die Entscheidungsfindung als notwendig erweisen.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

Die Parteien unterzeichneten am 14. Juli 2009 bzw. 24. Juli 2009 einen Werkvertrag betreffend Montage, Miete und Demontage von Baugerüsten für sieben Einfamilienhäuser. In dessen Ziff. 8 und 9 vereinbarten sie gemäss unbestritten gebliebener Darstellung der Klägerin die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts in 8005 Zürich (vgl. act. 1 S. 2; act. 16 S. 2 Ziff. 3). Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Art. 406 ZPO sieht vor, dass sich die Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nach dem Recht bestimmt, das zur Zeit ihres Abschlusses gegolten hat. Der Begriff der Gültigkeit umfasst das Zustandekommen, die Formgültigkeit und die Zulässigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung (WILLISEGGER, in: Basler Kommentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2013, N. 6 zu Art. 406 ZPO). Der Werkvertrag wurde im Jahr 2009 unterzeichnet, weshalb sich die Gültigkeit der darin enthaltenen Gerichtsstandsklausel nach dem damaligen Recht und somit nach dem Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 24. März 2000 (GestG) bestimmt. Die im Werkvertrag vereinbarte Gerichtsstandsklausel ist - mit Blick auf die Vereinbarung der örtlichen Zuständigkeit - im Lichte der Voraussetzungen von Art. 9 GestG nicht zu beanstanden. Zwingende und teilzwingende Gerichtsstände sind nicht tangiert (vgl. Art. 2 GestG und Art. 21 GestG). Art. 406 ZPO bezieht sich indes nur auf Vereinbarungen über die örtliche, nicht jedoch auf solche über die sachliche Zuständigkeit (BGE 138 III 471). Bei der sachlichen Zuständigkeit gibt es auch keine Einlassung. Im Einklang mit den Ausführungen der Klägerin (vgl. act. 1 S. 3) ist die Gerichtsstandsklausel aber dahingehend zu interpretieren, als das für sämtliche Zürcher Bezirke und damit auch für den Bezirk Zürich (8005 Zürich) zuständige Handelsgericht des Kantons Zürich zur Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit berufen ist, was sich aus Art. 6 Abs. 2 ZPO ergibt (vgl. auch § 44 lit. b GOG).

1.2. Behauptungs- und Substanziierungslast

1.2.1. Die Behauptungslast folgt der Beweislast, d.h. sie darf nur derjenigen Partei überbunden werden, welche für die entsprechende Tatsache beweisbelastet ist (BGer 4A_709/2011 E. 3.1; 4C.166/2006 E. 3). Die Behauptungslast verlangt, dass eine Partei diejenigen Tatsachen angibt, auf die sie ihre Begehren stützt (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Aus den entsprechenden Behauptungen sollen sich mithin die Tatbestandsmerkmale ergeben, aus welchen sich unter Berücksichtigung der privatrechtlichen Tatbestände eine Rechtsfolge ableiten lässt (vgl. OBERHAMMER, in: Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014, N. 2 zu Art. 55 ZPO; BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 1989, S. 3 f.). Die Tatsachenbehauptungen müssen in der Rechtsschrift selbst dargelegt 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, a.a.O., N. 27 und 31 zu Art. 221 ZPO; NAEGELI/RICHERS, in: Kurzkomentar ZPO, a.a.O., N. 27 zu Art. 221 ZPO). Selbst mit einem allgemeinen Hinweis in der Rechtsschrift auf eine Beilage oder mit der allgemeinen Erklärung, dass die eingereichten Akten als integrierender Bestandteil der Rechtsschrift gelten, wird der Behauptungslast nicht Genüge getan (BGer vom 17. Oktober 2014, 4A_317/2014, E. 2.2.; BGer vom 20. Mai 2015, 5A_61/2015, E. 4.2.1.3.; WILLISEGGER, a.a.O., N. 27 zu Art. 221 ZPO). Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO hat die Klage sodann die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu enthalten (Prinzip der Beweisverbindung). Dabei ist ein Beweismittel nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen. Mangels solcher Beweisofferten der beweisbelasteten Partei unterbleibt eine Beweisabnahme (vgl. BGer vom 4. Juni 2013, 4A_56/2013, E. 4.4 m.w.N.).

1.2.2. Eine gerichtliche Fragepflicht besteht nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung primär bei nicht anwaltlich vertretenen Personen. Im Allgemeinen sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der gerichtlichen Fragepflicht im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime enge Grenzen gesetzt. Gerade bei anwaltlich vertretenen Parteien ist, wie das Bundesgericht neuerdings mehrfach betont hat, Zurückhaltung geboten. Etwas anderes würde auch gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien sowie die Überlegung, dass im Geltungsbereich der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime den Parteien selbst die Verantwortung für korrektes, sorgfältiges und substanziiertes Vorbringen nicht abgenommen werden kann, verstossen. Das Bundesgericht hat mehrfach festgehalten, dass es jedenfalls nicht Sache des Gerichts ist, gerade auch bei anwaltlich vertretenen Parteien nicht, prozessuale Fehler bzw. Nachlässigkeiten auszugleichen (BGer vom 19. Juni 2014, 4A_73/2014, E. 6.3.1.2; BGer vom 8. Mai 2014, 4A_57/2014, E. 1.3.2; BGer vom 2. Dezember 2013, 4D_57/2013, E. 3.2; BGer vom 20. April 2012, 5A_115/2012, E. 4.5.2; BGer vom 19. Juli 2011, 4A_169/2011, E. 5.4 und 5.5; BGer vom 9. August 2010, 4A_330/2010, E. 2.2). Es ist denn auch vorliegend nicht Aufgabe des Gerichts, zwecks Aufstellung hinlänglicher Behauptungen bzw. Substanziierung der einzelnen Forderungspositionen von der gerichtlichen Fragepflicht Gebrauch zu machen oder die eingereichten Unterlagen zu durchsuchen, um so allfällige prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen. Sollten sich die Vorbringen der Parteien als nicht genügend substanziiert erweisen, ist somit alleine auf das mangelhafte Parteivorbringen abzustellen. Auf weitere Fragen betreffend die Behauptungs- und Substanziierungslast ist im Sachzusammenhang einzugehen.

2. Mehrvergütung

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Es ist unbestritten, dass die Parteien am 14. Juli 2009 bzw. 24. Juli 2009 einen Vertrag betreffend Montage, Miete und Demontage von Baugerüsten für sieben Einfamilienhäuser unterzeichneten (nachfolgend: Werkvertrag vom 24. Juli 2009). Darin verpflichtete sich die Klägerin, die Leistungen für einen Pauschalpreis von CHF 33'500.– (inkl. MwSt.) zu erbringen (act. 1 S. 3; act. 16 S. 7 Ziff. 9). Sodann

ist unbestritten, dass die Beklagte der Klägerin Zahlungen in der Höhe von CHF 48'420.– geleistet hat (act. 1 S. 7; act. 28 S. 11 lit. m).

2.2. Streitpunkte

2.2.1. Die Klägerin macht geltend, dass sie gegen die Beklagte eine Forderung in der Höhe von CHF 50'323.– habe. Diese Forderung beruhe auf vier unbezahlten Rechnungen sowie den Kosten des Zahlungsbefehls vom 30. Juni 2010 (act. 1 S. 8).

2.2.2. Die Beklagte hält dafür, dass die geltend gemachte Forderung nicht fällig sei, da die Klägerin die vertraglich geschuldete Schlussrechnung nicht erstellt habe (act. 28 S. 17 f.). Im Weiteren stellt sie sich grundsätzlich sowie im Zusammenhang mit verschiedenen klägerischen Behauptungen auf den Standpunkt, die Klägerin habe ihre Ausführungen nicht ausreichend substantiiert und bestreitet sodann das Zustandekommen weiterer Verträge (act. 28 S. 7 ff.; act. 28 S. 11 lit. i, act. 28 S. 14 lit. c und d, act. 28 S. 15 lit. b und d, act. 28 S. 16 lit. e; act. 28 S. 18 ff.). Die Beklagte verlangt dementsprechend, die Klage sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin vollumfänglich abzuweisen (act. 16 S. 2).

2.3. Forderung aus dem Werkvertrag vom 24. Juli 2009

2.3.1. Die Klägerin bezieht sich in ihrer Klageschrift zunächst auf den Werkvertrag vom 24. Juli 2009. Sie führt aus, die Parteien hätten am 14. bzw. 24. Juli 2009 einen Werkvertrag betreffend Montage, Miete und Demontage von Baugerüsten für sieben Einfamilienhäuser unterzeichnet. Die Klägerin habe sich dabei verpflichtet, die erwähnten Leistungen für einen Pauschalpreis von CHF 31'133.85 exkl. MwSt. bzw. CHF 33'500.00 inkl. MwSt. zu erbringen (act. 1 S. 3). Sie, die Klägerin, habe die Gerüste mit den Einkleidungen und die Dächer gemäss den abgeschlossenen Verträgen erstellt (act. 1 S. 5).

2.3.2. Die Beklagte macht geltend, es sei zutreffend, dass die Parteien den als act. 3/1 eingereichten Werkvertrag abgeschlossen hätten (act. 16 S. 7 Ziff. 9). Bestritten sei, dass die Klägerin die Gerüste gemäss den abgeschlossenen Verträ-

gen erstellt habe (act. 16 S. 7 Ziff. 10). Folglich könne und müsse die Beklagte zurzeit auch nur pauschal bestreiten, dass der Vertrag erfüllt worden sei (act. 28 S. 11 lit. j). Die Montagetermine werden von der Beklagten mit Nichtwissen bestritten, während die Demontagetermine von ihr als korrekt bezeichnet werden (act. 16 S. 7 Ziff. 10).

Die Beklagte führt weiter aus, gemäss AGB der Beklagten, welche vorliegend zur Anwendung kämen, habe ein Unternehmer nach Arbeitsvollendung und nach der Abnahme seine Schlussrechnung zu erstellen. Eine Schlussrechnung müsse enthalten, welche konkreten Leistungen erbracht worden seien (Ausmass) (act. 16 S. 3 Ziff. 1). Dies könne nur bedeuten, dass auf Basis des Leistungsverzeichnisses dargelegt werde, welche Positionen wie erfüllt wurden, im vorliegenden Fall wie viele m² von welcher Art Gerüst geliefert, montiert, vorgehalten und demon- tiert wurden (act. 28 S. 17 Ziff. 4.1). Weiter bestreite sie den Erhalt der Rechnun- gen gemäss act. 3/12-15 mit Nichtwissen (act. 16 S. 8 Ziff. 11). Mangels prüffähiger Schlussrechnung der Klägerin könne eine Schlusszahlung noch nicht fällig geworden sein, da der Zeitpunkt der Schlusszahlung gemäss AGB vom Zeitpunkt der Prüfung der Schlussrechnung, vom Zeitpunkt der Erstellung und beidseitigen Zeichnung der Schlussabrechnung und vom Zeitpunkt der Übermittlung einer Ga- rantie abhängig bzw. diesen Ereignissen nachgelagert sei (act. 28 S. 17 Ziff. 4.1).

Sodann würden die AGB der Beklagten festhalten, dass eine Leistungsgarantie (Garantie der einwandfreien Vertragserfüllung) einzureichen sei. Diese Garantie sei nach Unterzeichnung der Schlussabrechnung an die Beklagte zu übergeben und gelte für 60 Monate ab Abnahme des Werks. Dies widerspreche dem eben- falls in den AGB enthaltenen Mustertext, der besage, dass die Garantie bis zur Abnahme gelte. In Nachachtung des Ablaufschemas und der Laufzeit, die auf die 5-jährige Garantiefrist gemäss SIA-Norm 118 ausgerichtet sei, werde jedoch ohne weiteres klar, dass der Mustertext diesbezüglich (d.h. hinsichtlich Referenz auf Abnahme) unbeachtlich sei. Darüber hinaus solle die Klägerin mit der Garantie Sicherheit für die ebenfalls im Vertrag versprochene Mängelfreiheit des Werks im Sinne von Art. 181 SIA-Norm 118 leisten. Bis heute sei die Klägerin ihrer vertrag- lichen Pflicht, einen Garantievertrag zu Gunsten der Beklagten abzuschliessen

und dieser zu übergeben, nicht nachgekommen (act. 16 S. 4 Ziff. 2). Die Schlusszahlung erfolge gemäss AGB innert 60 Tagen nach Vorliegen der gegenseitig geprüften und rechtsgültig unterzeichneten Schlussabrechnung, in jedem Fall aber nicht früher als 90 Tage nach Beendigung der letzten Leistung des Unternehmers und zudem erst nach der Übergabe einer Bankgarantie "auf erstes Verlangen" im Sinne von Art. 111 OR (keine Solidarbürgschaft) in der Form gemäss Mustertext einer schweizerischen Grossbank oder einer Kantonalbank, gültig für 60 Monate ab Abnahme des Werks, im Umfang von 10 % der Werkvertragssumme (act. 28 S. 3 f.). Die Parteien hätten eine Erfüllungsgarantie vereinbart. Die Klägerin müsse gegenüber der Beklagten mit einer abstrakten Garantie (Art. 111 OR) absichern, dass sie den Vertrag erfüllen werde. Damit sei nicht nur abgedeckt, dass die Klägerin die Gerüste vertragsgemäss montiere, vorhalte und demontiere. Zusätzlich sei dadurch auch die Mängelhaftung abgedeckt wie auch andere Ansprüche der Beklagten, bspw. wegen Begleitschäden oder Mangelfolgeschäden. Eine solche Garantie mache offensichtlich auch bei einem Gerüstbauer Sinn. Und auch die Laufzeit von 60 Monaten mache Sinn, da Mängel bzw. Schäden evtl. erst nach der Demontage der Gerüste entdeckt würden, evtl. erst Monate oder Jahre später. Die 60-monatige Laufzeit ermögliche der Beklagten sodann, in aller Ruhe Ansprüche zu substantizieren und vorzubringen (act. 28 S. 17 f. Ziff. 4.2). Die Klägerin, so die Beklagte weiter, hätte eine Garantie liefern müssen, sie habe dies unbestritten aber nicht getan und habe ihren Vertrag bis heute diesbezüglich nicht erfüllt, weshalb sich die Beklagte zu Recht auf Art. 82 OR berufe, gemäss dem bei einem zweiseitigen Vertrag nur derjenige den anderen zur Erfüllung anhalten könne, der selber erfüllt habe, was vorliegend eben nicht geschehen sei (act. 28 S. 18 Ziff. 4.2).

Aus dem Gesagten folge der rechtliche Schluss, dass eine Schlusszahlung nicht fällig sein könne bis die Schlussabrechnung unterzeichnet und die Garantie übergeben sei (act. 16 S. 6 Ziff. 6).

2.3.3. Die Klägerin hält den Ausführungen der Beklagten hinsichtlich Schlussrechnung und Erfüllungsgarantie entgegen, dass die Beklagte eine "Schlussrechnung" im Sinne der abgeschlossenen Verträge erhalten habe. Aus dieser gehe

hervor, welchen Gesamtbetrag die Beklagte aufgrund der abgeschlossenen Pauschalpreisverträge schulde (act. 24 S. 4 Ziff. 5). Vorliegend müsse die Klägerin keine Schlussrechnung erstellen, welche die konkret erbrachten Leistungen aufgrund Ausmass wiedergebe; seien Pauschalpreise verabredet, so werde für die geschuldete Vergütung nicht auf die Menge abgestellt, weshalb der Unternehmer nicht abrechnen müsse. Die Klägerin bestreitet sodann, dass sie "detailliert den Nachweis erbringen muss", wie sie "den Werkerfolg herbeigeführt hat". Minderleistungen/Mehrleistungen sowie Schadenfälle müssten vorliegend weder thematisiert noch bereinigt werden (act. 24 S. 5 Ziff. 1). Weiter macht die Klägerin geltend, die Beklagte habe eine "Schlussrechnung" im Sinne der abgeschlossenen Verträge erhalten (act. 3/14 und act. 3/15). Daraus gehe hervor, welchen Gesamtbetrag die Beklagte aufgrund der abgeschlossenen Pauschalpreisverträge schulde (act. 24 S. 4 Ziff. 5). Diese Schlussrechnung habe die Beklagte erhalten; mit Schreiben vom 28. Juni 2010 habe die die Beklagte der Klägerin denn auch mitgeteilt, sie nehme Bezug auf ihre Schlussrechnung vom 25. Mai 2010 (act. 24 S. 7 Ziff. 11).

Die Parteien hätten sodann keine Vereinbarung geschlossen, wonach die Klägerin eine Erfüllungsgarantie beibringen müsse (act. 24 S. 5 Ziff. 1). Der Standpunkt der Beklagten, die Klägerin habe jetzt noch, längst nach der einwandfreien Vertragserfüllung eine Erfüllungsgarantie beizubringen, sei absurd und werde zurückgewiesen. Denn die Beklagte habe nie Mängel gerügt. Selbst berechnete Mängelrügen, wofür nicht einmal geringste Anhaltspunkte bestehen würden, wären infolge Verwirkung und Verjährung nicht mehr möglich. Damit wäre ihr Recht auf Sicherheitsleistung durch die Klägerin nach der Abnahme im Sinne von Art. 181 bzw. Art. 182 SIA-Norm 118 - hätten die Parteien eine entsprechende Vereinbarung getroffen - ohnehin weggefallen (vgl. Art. 181 Abs. 3 SIA-Norm 118) (act. 24 S. 5 Ziff. 1).

2.3.4. Das Zustandekommen des Vertrags vom 24. Juli 2009 sowie der verabredete Pauschalpreis von CHF 33'500.- (inkl. MwSt.) sind nach dem Gesagten unbestritten. Ebenfalls unbestritten ist die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 (act. 24 S. 2, 5; act. 28 S. 2) sowie der AGB der Beklagten (vgl. act. 16 S. 3 Ziff. 1, act. 28

S. 2; act. 24 S. 2). Mit den Parteien ist der geschlossene Gerüstvertrag als Werkvertrag zu qualifizieren (vgl. BGE 113 II 264; kritisch dazu GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf, 2011, Rz. 356 ff.; offen gelassen in BGE 131 III 300).

2.3.5. Der Unternehmer, der den Werklohn fordert, muss die rechtsbegründende Tatsache der Ablieferung beweisen (ZINDEL/PULVER/SCHOTT, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, N. 21 zu Art. 372 OR). Sofern die Beklagte mit ihren Ausführungen zur Erfüllung die *Ablieferung* bestreiten will, ist ihr nicht zu folgen. Die Beklagte führt selbst aus, dass die Demontagetermine korrekt seien. Inwiefern bei einem solchen Zugeständnis die Ablieferung streitig sein soll, ist nicht ersichtlich; eine entsprechende Bestreitung der Ablieferung wäre nach Treu und Glauben nicht beachtlich. Zu berücksichtigen ist sodann, dass gemäss unbestritten gebliebenen Ausführungen der Klägerin im Gerüstvertrag die Montage, Miete *und Demontage* vereinbart wurde. Daraus lässt sich schliessen, dass die Vollendung des Werks mit der Demontage eingetreten ist, welche von der Beklagten - wie dargelegt - nicht bestritten wird. Daraus wiederum lässt sich ableiten, dass sämtliche vereinbarten Arbeiten ausgeführt wurden; allfällige Mängel oder - vorliegend nicht ins Treffen geführte Ansprüche aus Leistungsverzug - vermögen daran nichts zu ändern (BGE 113 II 264 E. 2/b). Somit ist davon auszugehen, dass die im Gerüstvertrag vereinbarten Arbeiten ausgeführt wurden.

2.3.6. Umstritten ist sodann die Fälligkeit der Vergütung. Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe eine Schlussrechnung erhalten, was von der Beklagten mit Nichtwissen bestritten wird. Aus dem an die Klägerin gerichteten Schreiben der Beklagten vom 28. Juni 2010 (act. 25/20) geht aber unzweifelhaft hervor, dass die Beklagte die besagte Rechnung vom 25. Mai 2010 (act. 3/14) erhalten hat, nimmt doch der für die Beklagte einzelzeichnungsberechtigte C._____ darin ausdrücklich auf die "Schlussrechnung vom 25. Mai 2010" Bezug.

Strittig ist weiter, ob die Klägerin eine detaillierte Abrechnung (aufgeschlüsselt nach Positionen des Leistungsverzeichnisses) zu erstellen hatte. Dem Vertrag ist keine solche Pflicht zu entnehmen, was von der Beklagten auch nicht ausdrücklich behauptet wird. Nach Treu und Glauben kann von einer Unternehmerin, wel-

che einen Werkvertrag mit einer Pauschalpreisabrede abschliesst, sodann nicht erwartet werden, dass sie eine Abrechnung nach Ausmass erstellt. Widersprüchlich erscheint in diesem Zusammenhang auch die Argumentation der Beklagten, wonach im Rahmen der Prüfung der Schlussrechnung auch Minderleistungen/Mehrleistungen geprüft würden, zumal bei vereinbarten Pauschalpreisen für die geschuldete Vergütung eben gerade nicht auf die Menge abgestellt wird. Als unverständlich erweist sich die Argumentation überdies, wenn man die von der Beklagten eingereichte Schlussrechnung vom 29. März 2010 eines dritten Unternehmens, welches mit der Beklagten angeblich in Geschäftsbeziehung steht, betrachtet. In der entsprechenden *Schlussrechnung* der dritten Partei heisst es nämlich "Ausführen der Flachdacharbeiten gemäss Werkvertrag vom 08.07.2009 Pauschal" (act. 17/3 S. 3). Die "Schlussabrechnungsdokumentation" mit dieser dritten Partei reicht die Beklagte als "Beispiel" für das vermeintlich richtige Vorgehen ein. Vergleicht man die Rechnung der Klägerin vom 25. Mai 2010 mit jener der dritten Partei, erweist sich die Rechnung der Klägerin gar als detaillierter. Wenn die Beklagte vorbringt, die Rechnung der Beklagten sei nicht prüffähig, und dementsprechend eine Prüfung verweigert (vgl. act. 16 S. 4; act. 28 S. 17), hat sie selbst zu vertreten, dass die Abrechnung nicht wie vereinbart abgelaufen ist. Infolge Weigerung der Prüfung der Schlussrechnung ist demzufolge die Fälligkeit der Werklohnforderung eingetreten (vgl. dazu auch BGer vom 16. Februar 2015, 4A_439/2014, E. 8.2).

Mit Blick auf die Leistung einer Garantie hat das Bundesgericht zu einer gleichlautenden Abrede (vgl. BGer vom 16. Februar 2015, 4A_439/2014, E. 2) festgehalten, dass die fällige Zahlung *einredeweise* verweigert werden dürfe, bis die ausbedungene Gewährleistungsgarantie beigebracht werde (BGer vom 16. Februar 2015, 4A_439/2014, E. 8.2). Entsprechend lautete das Dispositiv des bundesgerichtlichen Entscheids: "Die Beklagte wird in teilweiser Gutheissung der Klage verurteilt, der Klägerin Fr. 128'900.95 zu bezahlen unter der Voraussetzung, dass die Klägerin entweder die Bedingung im zweitletzten Absatz der Gewährleistungsgarantie Nr. yyy der Bank C. _____ AG vom 13. Mai 2014 auf den Betrag von Fr. 128'900.95 anpassen lässt, oder eine auf den Betrag von Fr. 128'900.95 lautende Garantie einer schweizerischen Grossbank oder einer Kantonalbank mit

gleichem Wortlaut zugunsten der Beklagten beibringt." (BGer vom 16. Februar 2015, 4A_439/2014). Die Argumentation der Beklagten lautet hauptsächlich dahingehend, dass die Zahlung *nicht fällig* geworden sei, weil nicht - wie vertraglich verabredet - eine Garantie beigebracht worden sei; sie beruft sich jedoch (ergänzend) auch auf Art. 82 OR. Es fehlen indes Ausführungen dazu, wie eine Garantie im Einzelnen zu lauten hätte. Im Gegensatz zum bundesgerichtlichen Entscheid liegt sodann keine (ungenügende) Garantie im Recht, welche in einzelnen Punkten beanstandet wird und damit bloss in einzelnen Teilen anzupassen wäre; es wäre demnach der Beklagten oblegen, die Einzelheiten der verlangten Garantie darzulegen. Es fehlen aber namentlich Ausführungen zur effektiven Garantiesumme sowie zur Gültigkeitsdauer der verlangten Garantie. Insofern sind die Ausführungen der Beklagten unsubstanziert, weshalb die (ergänzend) erhobene Einrede nicht zum Dispositiv erhoben werden kann. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob zum heutigen Zeitpunkt überhaupt noch eine Pflicht zur Beibringung einer Garantie besteht, was von der Klägerin bestritten wird.

2.3.7. Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass die Beklagte der Klägerin aus dem Werkvertrag vom 24. Juli 2009 den Betrag von CHF 33'500.– (inkl. MwSt.) schuldet.

2.4. Längere Inanspruchnahme der Gerüste

2.4.1. Die Klägerin hält weiter fest, sie habe die Gerüste und die Dächer gemäss den abgeschlossenen Verträgen erstellt, wobei die vereinbarten Termine aber nicht eingehalten worden seien. Gemäss Terminplan zum Werkvertrag hätte die Klägerin ihre Gerüste der Beklagten wie folgt zur Verfügung stellen müssen (act. 1 S. 3):

Haus	Montage	Demontage
A	20.08.2009	06.11. 2009
B	07.09.2009	24.11.2009
C	20.08.2009	06.11.2009
D	11.09.2009	30.11.2009
E	12.10.2009	29.12.2009

F	21.10.2009	07.01.2010
G	20.16 [sic!].2009	08.02.2010

Die Beklagte habe keine "Rügen" wegen verspäteter oder mangelhafter Vertragserfüllung erhoben. Die Gerüste seien von der Beklagten wie folgt in Anspruch genommen worden (act. 1 S. 5):

Haus	Montage	Demontage	Dauer Mehrmiete	Anzahl Wochen
A	28.08.2009	24.03.2010	28.12.2009-24.03.2010	12
B	07.09.2009	30.03.2010	07.01.2010-30.03.2010	11.5
C	27.08.2009	25.03.2010	27.12.2009-25.03.2010	12.5
D	08.09.2009	06.04.2010	08.01.2010-06.04.2010	12.5
E	24.09.2009	19.03.2010	24.01.2010-19.03.2010	7.5
F	28.09.2009	01.04.2010	28.01.2010-01.04.2010	9
G	30.10.2009	06.05.2010	02.03.2010-06.05.2010	9

Für die längere Miete der Gerüste habe die Klägerin der Beklagten pro Haus und Woche CHF 75.– exkl. MwSt. (act. 3/14 S. 1) fakturiert, wozu sie aufgrund des abgeschlossenen Werkvertrags berechtigt gewesen sei. Denn der vereinbarte Pauschalpreis habe für die vertraglich vorgesehene Mietdauer gegolten, jedoch nicht für einen allenfalls längeren Gebrauch der Gerüste. Der Betrag von CHF 75.– pro Haus und Woche werde aufgrund des abgeschlossenen Werkvertrags (act. 3/1 bzw. act. 3/16 mit Markierungen und Erklärungen) betreffend Gerüste gemäss folgenden Positionen berechnet:

- Seite 16, 501 Zu Pos. 211.	CHF 5'272.00
- Seite 17, 500, 448 LE 3.00	CHF 1'344.00
- Seite 17f., 501 Zu Pos. 231.101	CHF 1'226.40
- Seite 18, 503 Zu Pos. 235.301 40 x 5	CHF 200.00
- Seite 19, 501. Zu Pos. 661.101	<u>CHF 492.80</u>

Total Miete für 7 Häuser während 4 Monaten CHF 8'535.20

Miete für ein Haus während vier Monaten: CHF 8'535.20 : 7 = 1'219.30

Miete für ein Haus während einem Monat: CHF 1'219.30 : 4 = CHF 304.80

Miete für ein Haus während einer Woche: CHF 304.80 : 4 = CHF 76.20

Die Klägerin habe für die "Mehrmiete" der Gerüste gerundet CHF 75.00 exkl. MwSt. pro Haus und Woche fakturiert. Die Fakturierung der Forderungen entspreche den abgeschlossenen Verträgen (act. 1 S. 7 f.).

2.4.2. Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerin die Gerüste gemäss den abgeschlossenen Verträgen erstellt habe. Um dies zu prüfen, müsse diese zuerst Rechenschaft ablegen zum Umfang ihrer Leistungen. Die Montagetermine würden mit Nichtwissen bestritten. Die Demontetermine seien korrekt. Die Ausführung der Klägerin, dass eine längere als im Terminplan vorgesehene Inanspruchnahme der Gerüste habe verrechnet werden dürfen, werde bestritten (act. 16 S. 7 Ziff. 10).

Weiter stellt die Beklagte fest, dass Abmachungen dazu fehlen würden, ob und wenn ja, wie Mehrmieten zu entschädigen seien. Folglich bestreite sie die Berechnung der Klägerin (act. 16 S. 8 Ziff. 11). In der Duplik führt die Beklagte weiter aus, dass im Werkvertrag unter der Thematik "Frist" (S. 4, Ziff. 4) festgehalten sei, dass für die Erfüllung der vertraglichen Arbeiten und Lieferungen folgende Fristen bzw. Termine gelten würden: Baubeginn ab 15. August 2009, erstes Haus; Bauende 28. Februar 2010, siebtes Haus. Daraus folge, dass die Leistungen der Klägerin während 6.5 Monaten vorzuhalten gewesen seien. Die behauptete tatsächliche Nutzung, die von der Beklagten mangels nachvollziehbarer Beweismittel (act. 3/5-7 würden keine nachvollziehbaren Aussagen enthalten) nur pauschal bestritten werden könne, habe jeweils ca. 6.5 Monate gedauert. Folglich sei allein deshalb nichts für sog. "Mehrmiete" geschuldet. Hinzu trete, dass, sofern man von einer Mehrmiete ausgehen wollte, dies eine Beststellungsänderung gemäss AGB/SIA-Norm 118 bedingt hätte. Folglich wäre auf Basis der AGB und der Art. 84 ff. SIA-Norm 118 zu prüfen, wie ein Mehrpreis festzustellen wäre. Mangels substantiierter klägerischer Vorbringen zu diesem Thema könne die Beklagte keine detaillierten Bestreitungen vorbringen. Gemäss AGB gelte, dass Nachtragsarbeiten und Lieferungen, welche im Werkvertrag nicht aufgeführt seien und sich als notwendig erweisen, zuerst schriftlich zu offerieren seien. Es sei aber nicht Aufgabe der Beklagten, das Klagefundament entsprechend zu ergänzen. Ebenfalls fraglich sei, ob gemäss Art. 89 Abs. 1 SIA-Norm 118 ein Mehrpreis ver-

handelt worden sei. Auch hier sei es aber nicht Aufgabe der Beklagten, Substanziierungsversäumnisse der Klägerin nachzuholen. Gemäss dem mitgeteilten Klagefundament sei davon auszugehen, sofern man überhaupt das Thema Mehrpreis seitens des Gerichts anerkennen wollte, dass die Parteien sich einvernehmlich auf eine kostenlose Mehrnutzung geeinigt hätten. Wenn dem nicht so wäre, wäre es nämlich zur Anwendung von Art. 87 Abs. 4 SIA-Norm 118 gekommen, wovon die Klägerin nichts behauptete. Zum Schluss sei festzuhalten, dass die Berechnung der Klägerin gemäss act. 3/14 nicht nachvollziehbar sei. Wenn man die vom Volumen umfangreichste Position bzgl. Vorhalten, nämlich "Ziffer 501 zu Position 211" prüfe, dann gelange man zu folgender Rechnung: Eine LE berechne sich durch Multiplikation von m^2 und Monaten. In Ziff. 501 würden für das Vorhalten 10'544 Leistungseinheiten bestimmt. Aus Position 211 wisse man, dass 1'725 m^2 Gerüst verbaut werden sollten. Hieraus folge, dass man mit 6.11 Monaten gerechnet habe ($10'544 : 1'725 = 6.11$). Genau während dieser Zeit hätten die Gerüste auch gemäss Werkvertrag vorgehalten werden sollen. Und für diesen Zeitraum behauptete die Klägerin, dass die Gerüste vorgehalten worden seien. Da bleibe also kein Raum für eine Mehrmiete (act. 28 S. 13 f. Ziff. 3.3).

2.4.3. Aus der Berechnung der Klägerin (vgl. dazu Erw. 2.4.4 nachstehend) geht hervor, dass diese offenbar annimmt, eine zusätzliche Vergütung wäre geschuldet, sofern die Gerüste während mehr als vier Monaten vorgehalten wurden. Woraus sich ergibt, dass sich die Parteien auf eine Dauer von vier Monaten geeinigt haben, ist nicht ersichtlich. Dies wird von der Beklagten denn auch geltend gemacht (act. 28 S. 15 lit. g). Wie es sich damit verhält, kann aber offen bleiben, weil sich die effektive Dauer, während der die Gerüste vorgehalten wurden, durch die von der Klägerin bezeichneten Beweismittel nicht beweisen lässt. Die Demontagermine werden von der Beklagten anerkannt. Die Montagetermine sind demgegenüber bestritten. Die Klägerin beruft sich zum Beweis ihrer Behauptungen zu den Montageterminen auf eine Auftragsbestätigung mit Montageterminen (act. 1 S. 5; act. 3/5 [mit gelben Markierungen]). Darin sind folgende Angaben zu lesen (Beispiel für Haus B [gemäss von der Klägerin vorgenommenen Hervorhebungen]):

Datum	Gruppe	Pos. Nr.	Arbeit	Std.	Km	Regie
07.09.09	D._____, E._____ Haus B		Mo	9		
...
18.09.09	D._____, E._____ B fertig		Mo	8		

Im Rapport lässt sich zwar das Datum (7. September 2009) der angeblichen Montage ("Mo") der Gerüste beim Haus "B" finden. Aber auch unter dem Datum des 18. September 2009 sind Montagearbeiten ("Mo") am Haus "B" vermerkt und von der Klägerin ebenfalls gelb markiert. Die Urkunde ist folglich bereits mit Blick auf den Montagetermin unklar. Sodann ist der Rapport weder datiert noch unterzeichnet noch ist ersichtlich, wer den Rapport erstellt hat. Kommt hinzu, dass die dem Rapport vorangehende Auftragsbestätigung (act. 3/5 S. 1) an die B1.____ AG und damit nicht an die Beklagte adressiert ist. Die vorstehenden Ausführungen gelten entsprechend für die Montage der Gerüste an den übrigen Häusern. Ergänzend ist anzumerken, dass sich für die Häuser E, F und G unter den Daten der behaupteten Montage zwar Einträge von Namen und Stunden finden, nicht aber Angaben zur Art der vorgenommenen Arbeiten an jenen Tagen. Für die Häuser A, C und D finden sich - wie bei Haus B - ebenfalls verschiedene Einträge an unterschiedlichen Tagen. Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass der bezeichneten Urkunde - soweit dieser in Bezug auf die klägerischen Behauptungen überhaupt etwas zu entnehmen ist - eine äusserst geringe Überzeugungskraft zukommt und damit der Beweis für die behaupteten Montagetermine nicht erbracht werden kann. Weitere Beweismittel werden von der Klägerin in diesem Zusammenhang nicht bezeichnet. Dass die Gerüste während mehr als vier Monaten vorgehalten wurden, kann folglich nicht bewiesen werden. Bereits aus diesem Grund steht der Klägerin unter diesem Titel keine Vergütung zu.

2.4.4. Selbst wenn die von der Klägerin behaupteten Montagetermine zutreffend wären, wäre die Forderung der Klägerin unter diesem Titel unbegründet. Die von der Klägerin vorgenommene Berechnung der Mehrvergütung ist nicht nachvollziehbar, worauf die Beklagte zutreffend hinweist. Es kann wohl davon ausgegangen werden, dass die geltend gemachte längere Bereitstellung der Gerüste im Rahmen des ursprünglichen Werkvertrags - mutmasslich aufgrund einer Bestel-

lungsänderung - geleistet wurde (in diesem Sinn auch die Beklagte, vgl. act. 28 S. 14 lit. c); die Klägerin stellt dies jedenfalls nicht in Abrede. Ob die Klägerin eine Bestellsänderung rechtsgenügend dargetan hat, kann angesichts der nachfolgenden Erwägungen offen bleiben. Im (ursprünglichen) Werkvertrag wurde unbestrittenermassen die Geltung der Bestimmungen der SIA-Norm 118 vereinbart, welche somit nachfolgend zu berücksichtigen sind. Führt eine Bestellsänderung zur Änderung einer pauschal zu vergütenden Leistung oder zur Änderung ihrer Ausführungsvoraussetzungen, so wird für diese Leistung ein Mehr- oder Minderpreis als Nachtragspreis vereinbart. Nach Art. 89 Abs. 2 SIA-Norm 118 wird der Nachtragspreis bei Leistungen zu Pauschalpreisen auf der Basis jener Kostengrundlage vereinbart, die im Zeitpunkt der Bestellsänderung gültig ist. Kommt keine Einigung zustande, ist der Minderpreis nach Art. 89 SIA-Norm 118 durch das Gericht zu bestimmen (BGer vom 8. September 2014, 4A_234/2014, E. 5.2; vgl. aber auch BGer vom 27. Mai 2010, 4A_183/2010, E. 3.2, worin von der Anwendbarkeit von Art. 374 OR ausgegangen wird; hierzu SIEGENTHALER, Bestellsänderung bei Pauschalpreisen - die Tücke der Lücke, in: BR 2015, S. 148 f.). Art. 89 SIA-Norm 118 sieht demnach eine Kaskadenordnung vor, wonach der Nachtragspreis in erster Linie durch eine Vereinbarung der Parteien festgelegt wird. Die Klägerin behauptet nicht, dass zwischen den Parteien eine entsprechende Vereinbarung zustande gekommen wäre. Von der Beklagten wird dies denn auch ausdrücklich in Abrede gestellt (act. 16 S. 8 Ziff. 11). Besteht keine Vereinbarung, so wird der Nachtragspreis aus dem zugehörigen Pauschalpreis hergeleitet, unter Berücksichtigung der massgeblichen Unterschiede, die sich aus der Bestellsänderung ergeben. Ein Leistungsverzeichnis kann dabei als Hilfsmittel dienen (BGer vom 8. September 2014, 4A_234/2014, E. 5.2). Die Berechnung der Klägerin bezieht sich zwar auf einzelne Positionen aus dem Leistungsverzeichnis. Sie führt aber nicht aus, wofür diese Positionen stehen (Beschreibung, Einheit, Menge, Dauer des Vorhaltens). Sie äussert sich auch nicht dazu, weshalb diese Positionen - im Gegensatz zu anderen Positionen - beim Nachtragspreis zu berücksichtigen sind. Die Berechnung ist damit nicht nachvollziehbar und kommt der blossen Behauptung eines bestimmten Betrags gleich, ohne Erörterung der dahinter stehenden (Vertrags-)Grundlagen. Die Verweisung

auf Beilagen kann den fehlenden Tatsachenvortrag nicht ersetzen, denn die Tatsachenbehauptungen müssen in substantzierter Form in der Rechtschrift selbst erfolgen (vgl. nur BGer vom 17. Oktober 2014, 4A_317/2014, E. 2.2; hierzu Erw. 1.2). Folglich vermag die Verweisung auf act. 3/16 an den unvollständigen bzw. unverständlichen Tatsachenbehauptungen der Klägerin nichts zu ändern. Nur der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass es sich bei dieser Urkunde (act. 3/16) bloss um den Werkvertrag vom 24. Juli 2009 handelt, in welchem einzelne Positionen und Geldbeträge markiert sind. Zum Teil sind Angaben des Werkvertrags durchgestrichen und von Hand (wohl nachträglich durch die Klägerin vorgenommene Änderungen) Leistungseinheiten angepasst oder korrigiert worden, welche offenbar für die angebliche Mehrmiete massgebend sein sollen. Auch damit liesse sich ein schlüssiger Parteivortrag nicht ersetzen bzw. herleiten. Wofür der Betrag von CHF 75.– verlangt wird, ist nach dem Gesagten nicht behauptet und die Berechnung der Klägerin ist nicht nachvollziehbar. Zum gleichen Ergebnis gelangt man im Übrigen, wenn man von der Anwendbarkeit von Art. 374 OR ausgehen würde (hierzu SIEGENTHALER, a.a.O., S. 148 mit Verweisung auf BGer vom 27. Mai 2010, 4A_183/2010), denn vorliegend fehlen Angaben zum Aufwand der Klägerin (Sachaufwand sowie allfälliger übriger Aufwand).

2.4.5. Der Klägerin steht unter diesem Titel keine Vergütung zu.

2.5. Regenschutzdach und Abschluss auf das Flachdach

2.5.1. Die Klägerin führt in der Klageschrift aus, dass die Beklagte sie anfangs Dezember 2009 ersucht habe, die eingerüsteten sieben Häuser mit einem "Regenschutzdach und Abschluss auf das Flachdach" zu versehen. Die Parteien hätten pro Haus einen Pauschalpreis von CHF 3'500.– exkl. MwSt. bzw. CHF 3'766.– inkl. MwSt. vereinbart, wobei damit eine Mietdauer der Dächer von zwei Monaten abgegolten gewesen sei. Bei längerer Miete der Dächer hätte die Beklagte pro Haus und Woche CHF 85.– geschuldet (act. 1 S. 3 f. mit Verweisung auf act. 3/2). Die Regenschutzdächer seien von der Beklagten wie folgt in Anspruch genommen worden (act. 1 S. 5):

Haus	Montage	Demontage	Dauer Mehrmiete	Anzahl Wochen
A	07.12.2009	24.03.2010	07.02.2010-24.03.2010	6
B	14.12.2009	30.03.2010	14.12.2010-30.03.2010	7
C	07.12.2009	25.03.2010	07.02.2010-25.03.2010	6
D	14.12.2009	06.04.2010	14.02.2010-06.04.2010	8
E	08.12.2009	19.03.2010	08.02.2010-19.03.2010	5
F	14.12.2009	01.04.2010	14.02.2010-01.04.2010	7
G	05.11.2009	06.05.2010	05.01.2010-06.05.2010	9

2.5.2. Die Beklagte macht in der Klageantwort geltend, es sei zutreffend, dass die Klägerin im Grundsatz weitere Leistungen erbracht habe, nämlich Regendächer/Gerüstbekleidung geliefert und den Rampenbereich eingehaust habe. Bestritten sei der konkrete Umfang der "weiteren" Leistungen der Klägerin, da diese hierfür bis heute keine Rechenschaft abgelegt habe (act. 16 S. 7 Ziff. 9). Die behaupteten Montagetermine würden mit Nichtwissen bestritten. Die Demontagetermine seien korrekt (act. 16 S. 7 Ziff. 10).

Weiter führt die Beklagte aus, die von der Klägerin eingereichten Nachträge (act. 3/2, act. 3/4) zum Werkvertrag (act. 3/1) betreffend (i) Regendächer und (ii) Gerüstbekleidungen seien nicht gültig zustande gekommen, da keine zeichnungsberechtigten Mitarbeiter der Beklagten die Auftragsbestätigungen unterzeichnet hätten (act. 16 S. 6 Ziff. 7.2). Weiter macht die Beklagte geltend, für die Leistungen "Regenschutz" und "Einkleidung" seien im Werkvertrag per-Beträge vorgesehen gewesen. Da die von der Klägerin offerierten Leistungen als per-Beträge im Werkvertrag enthalten seien, habe diese auf Basis von CHF 18.– pro m² eine vernünftige Abrechnung zu erstellen. Die von der Klägerin eingereichte Auftragsbestätigung (vgl. act. 3/2) sei für die Beklagte unbeachtlich und werde bestritten. Act. 3/2 sei von nicht zeichnungsberechtigten Personen unterzeichnet worden (act. 16 S. 7 Ziff. 9).

2.5.3. Die Klägerin hält in der Replik fest, die schriftliche Auftragsbestätigung der Beklagten vom 3. Dezember 2009 (act. 3/2), unterzeichnet durch die Herren F._____ und G._____, seien gültig und verpflichteten die Beklagte. Die Herren F._____ und G._____ seien für die Beklagte tätig gewesen und hätten deren

Briefpapier benutzen und für die Beklagte Verträge abschliessen dürfen. Sollten die Herren F._____ und G._____ durch die Beklagte nicht ausdrücklich ermächtigt worden sein, die fraglichen Auftragsbestätigungen zu unterzeichnen, so liege eine Anscheinsvollmacht vor. Die Beklagte hätte sicherstellen müssen, dass ihre Mitarbeiter F._____ und G._____ keinen Zugang zu ihrem Briefpapier gehabt hätten und als Gesprächspartner der Beklagten dieses nicht für die erfolgten Auftragsbestätigungen hätten verwenden können. Da die Aufträge auf dem Briefpapier der Beklagten bestätigt worden seien, habe die Klägerin nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, dass die Herren F._____ und G._____ ermächtigt waren, die Aufträge zu bestätigen. Die abgeschlossenen Zusatzverträge hätten dem üblichen Geschäftsbetrieb der Beklagten entsprochen. Mit den zusätzlichen Leistungen seien bestehende Bedürfnisse der Beklagten zur einwandfreien Erstellung der Bauten erfüllt worden. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte die Ausführung der Arbeiten gemäss Auftragsbestätigung vom 3. Dezember 2009 (act. 3/2) akzeptiert und bei der Erstellung der Einfamilienhäuser von den Regenschutzdächern und Einkleidungen profitiert habe. Die Beklagte habe der Klägerin auch nie mitgeteilt, sie hätte die betreffenden Arbeiten nicht bestellt und die Regenschutzdächer bzw. die Einkleidungen mit Gerüstplanen seien sofort zu entfernen (act. 24 S. 3 lit. f).

2.5.4. In der Duplik stellt die Beklagte fest, dass C._____ für die Beklagte einzelzeichnungsberechtigt gewesen wäre. Die Herren G._____ und F._____ hätten keine Vollmacht zur Unterzeichnung der Auftragsbestätigung vom 3. Dezember 2009 gehabt (act. 28 S. 18 f. Ziff. 5). Voraussetzung für eine Duldungsvollmacht sei sodann, dass der Vertreter nicht wisse, dass es seitens des Vertretenen keinen Bevollmächtigungswillen gebe. Dies sei im vorliegenden Fall nicht gegeben, da die Herren G._____ und F._____ gewusst hätten, dass sie die Volumen gemäss Auftragsbestätigung nicht hätten zeichnen dürfen. Eine Anscheinsvollmacht falle sodann ebenfalls ausser Betracht: Die Beklagte habe nichts vom vollmachtlosen Handeln, das gegen die internen Richtlinien verstossen habe, gewusst. Mit Schaffung und Kommunikation der internen Richtlinien sei die Beklagte ihren Pflichten nachgekommen, vollmachtloses Handeln zu verhindern. Sie habe nicht

vom Vorgehen der Herren G._____ und F._____ wissen und deshalb auch nicht eingreifen können. Als ihr Handeln erkennbar geworden sei, dies mit Kommunikation der Schlussrechnung, habe man sich dagegen zur Wehr gesetzt (act. 17/2) und das Handeln der Herren G._____ und F._____ nicht genehmigt. Vielmehr habe die Beklagte in Nachachtung der AGB (AGB, S. 1, Zeile 23) die Detailkalkulationen eingefordert, um herauszufinden, ob die Klägerin überhaupt etwas geleistet habe, oder ob die Mitarbeiter zum Schaden der Beklagten agierten (act. 28 S. 20 Ziff. 5.6).

2.5.5. Die Klägerin behauptet - wenn die entsprechenden Ausführungen überhaupt als Behauptung zu betrachten sind - sehr pauschal, die Herren G._____ und F._____ seien von der Beklagten zum Abschluss der streitigen Verträge ausdrücklich ermächtigt gewesen. So führt die Klägerin aus, es sei der Sachverhalt der Anscheinsvollmacht gegeben, sofern die *Herren F._____ und G._____ wider Erwarten nicht ausdrücklich ermächtigt worden sein sollten, die fraglichen Auftragsbestätigungen zu unterzeichnen* (act. 24 S. 3 lit. f). Die Klägerin führt aber nicht aus, von wem die angebliche Ermächtigung ausgegangen und für welche Rechtsgeschäfte diese erteilt worden sein soll. Die (sinngemässe) Behauptung erweist sich damit als unsubstanziert. Kommt hinzu, dass das Vorliegen einer ausdrücklichen Ermächtigung von der Beklagten bestritten wird (act. 28 S. 18 f.) und die Klägerin zum Beweis ihrer (sinngemässen) Behauptung keine Beweismittel bezeichnet (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO); die klägerischen Ausführungen sind in einem von drei längeren Abschnitten enthalten, welchen weder in Bezug auf einzelne darin enthaltene Behauptungen noch insgesamt Beweismittel zugeordnet sind. Der Beweis dieser streitigen Tatsache könnte demnach nicht erbracht werden.

2.5.6. Eine Genehmigung des Vertrags durch eine (einzel-)zeichnungsberechtigte Person wird ebenfalls höchstens sinngemäss und - namentlich in Bezug auf die genehmigende Person - unsubstanziert behauptet. Die Klägerin führt einzig aus, dass die Beklagte die Ausführung der Arbeiten gemäss Klagebeilage 2 (act. 3/2) akzeptiert und bei der Erstellung der Einfamilienhäuser von den Regenschutzdächern profitiert habe (act. 24 S. 3 lit. f). Die Beklagte bestreitet im Grundsatz nicht,

dass weitere Leistungen erbracht worden seien, macht aber geltend, dass im ursprünglichen Werkvertrag per-Beträge für die jeweiligen Arbeiten vorgesehen gewesen seien (act. 28 S. 24 Ziff. 8.1). Damit kann namentlich keine Genehmigung der Vergütungsmodalitäten angenommen werden, was von der Klägerin auch nicht behauptet wird. Im Übrigen werden auch in diesem Zusammenhang keine Beweismittel genannt, um die allenfalls sinngemäss aufgestellte Behauptung einer Genehmigung zu beweisen; diese Ausführungen sind ebenfalls in einem von drei längeren Abschnitten enthalten, welchen weder in Bezug auf einzelne darin enthaltene Behauptungen noch insgesamt Beweismittel zugeordnet sind (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO). Der Beweis dieser streitigen Tatsache könnte demnach ebenfalls nicht erbracht werden.

2.5.7. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob vorliegend eine Anscheinsvollmacht vorliegt, wie dies von der Klägerin geltend gemacht wird (vgl. act. 24 S. 3 lit. f).

Der Tatbestand einer externen Duldungs- oder Anscheinsvollmacht wird vom Regelungsgedanken des Art. 33 Abs. 3 OR erfasst. Die Bindung des ungewollt Vertretenen beruht auf dem Vertrauensprinzip. Der Erklärende ist im rechtsgeschäftlichen Bereich demzufolge nicht gebunden, weil er einen bestimmt gearteten inneren Willen hatte, sondern weil er ein Verhalten an den Tag gelegt hat, aus dem die Gegenseite in guten Treuen auf einen bestimmten Willen schliessen durfte. Das bedeutet im Vertretungsrecht, dass der Vertretene auf einer Äusserung zu behaften ist, wenn der gutgläubige Dritte, dem gegenüber der Vertreter ohne Vollmacht handelt, sie in guten Treuen als Vollmachtenkundgabe verstehen durfte und darauf vertraute. Wer auf einen Rechtsschein vertraut, darf nach Treu und Glauben verlangen, dass dieses Vertrauen demjenigen gegenüber geschützt wird, der den Rechtsschein hervorgerufen oder mitveranlasst und damit zu vertreten hat. Der Vertrauensschutz setzt zunächst voraus, dass der Vertreter dem Dritten gegenüber in fremdem Namen gehandelt hat. Dies allein vermag allerdings eine Vertrauenshaftung des Vertretenen nie zu begründen, denn aus erwecktem Rechtsschein ist nur gebunden, wer diesen Rechtsschein zu vertreten hat. Die objektive Mitteilung der Vollmacht muss daher vom Vertretenen ausgehen. Ent-

scheidend ist allein, ob das tatsächliche Verhalten des Vertretenen nach Treu und Glauben auf einen Mitteilungswillen schliessen lässt. Dieses Verhalten kann in einem positiven Tun bestehen, indessen auch in einem passiven Verhalten, einem bewussten oder normativ zurechenbaren Unterlassen oder Dulden. Hat der Vertretene dabei Kenntnis vom Auftreten des Vertreters, schreitet aber dagegen nicht ein, wird ihm eine externe Duldungsvollmacht unterstellt. Kennt er das Verhalten des Vertreters nicht, könnte er es aber bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit kennen und verhindern, liegt eine externe Anscheinsvollmacht vor. Schliesslich tritt die Vertretungswirkung trotz fehlender Vollmacht nur bei berechtigter Gutgläubigkeit des Dritten ein (BGer vom 17. November 2006, 4C.293/2006, E. 2.1 mit zahlreichen Nachweisen).

2.5.8. Durch Verwendung des Briefpapiers der Beklagten erweckten F._____ und G._____ den Eindruck, sie handelten in fremdem Namen. Weder F._____ noch G._____ waren gemäss Handelsregister für die Beklagte zeichnungsberechtigt. Infolge Verwendung des Briefpapiers der Beklagten ist aber vorliegend von einer Anscheinsvollmacht auszugehen. Die Beklagte hätte verhindern können und müssen, dass die als Gesprächspartner der Beklagten in Erscheinung tretenden F._____ und G._____ Zugang zum Briefpapier der Beklagten haben bzw. dieses für den Abschluss von Rechtsgeschäften verwenden. Folglich ist davon auszugehen, dass mit dem als "Auftragsbestätigung" bezeichneten Schreiben vom 3. Dezember 2009 das Angebot der Klägerin angenommen wurde und ein Vertrag mit dem im Schreiben vom 3. Dezember 2009 aufgeführten Inhalt zustande gekommen ist.

2.5.9. Weiter führt die Beklagte selbst aus, dass die Klägerin im Grundsatz weitere Leistungen erbracht, u.a. Regendächer geliefert habe. Sodann führt die Beklagte auch in Bezug auf die Regenschutzdächer aus, dass die von der Klägerin geltend gemachten Demontagermine korrekt seien. Somit ist davon auszugehen, dass die vereinbarten Arbeiten ausgeführt wurden (hierzu auch Erw. 2.3.5). Was die Beklagte mit dem "konkreten Umfang" der "weiteren Leistungen", welche sie bestreitet (vgl. act. 16 S. 7 Ziff. 9), meint, legt sie nicht näher dar. Soweit sich die Beklagte damit auf angeblich im ursprünglichen Werkvertrag vereinbarte per-

Beträge für Regenschutz berufen sollte und eine entsprechende Vereinbarung tatsächlich bestanden hätte, wäre sie durch die nachträgliche Vereinbarung abgeändert worden.

2.5.10. Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass die Beklagte der Klägerin unter diesem Titel den Betrag von CHF 26'362.– (7 Häuser à CHF 3'766.–) schuldet.

2.6. Längere Inanspruchnahme von Regenschutzdächern

2.6.1. Die Klägerin führt in der Klageschrift aus, dass die Beklagte sie anfangs Dezember 2009 ersucht habe, die eingerüsteten sieben Häuser mit einem "Regenschutzdach und Abschluss auf das Flachdach" zu versehen. Die Parteien hätten pro Haus einen Pauschalpreis von CHF 3'500.– exkl. MwSt. bzw. CHF 3'766.– inkl. MwSt. vereinbart, wobei damit eine Mietdauer der Dächer von zwei Monaten abgegolten gewesen sei. Bei längerer Miete der Dächer hätte die Beklagte pro Haus und Woche CHF 85.– geschuldet (act. 1 S. 3 f. mit Verweisung auf act. 3/2). Die Regenschutzdächer seien von der Beklagten wie folgt in Anspruch genommen worden (act. 1 S. 5):

Haus	Montage	Demontage	Dauer Mehrmiete	Anzahl Wochen
A	07.12.2009	24.03.2010	07.02.2010-24.03.2010	6
B	14.12.2009	30.03.2010	14.12.2010-30.03.2010	7
C	07.12.2009	25.03.2010	07.02.2010-25.03.2010	6
D	14.12.2009	06.04.2010	14.02.2010-06.04.2010	8
E	08.12.2009	19.03.2010	08.02.2010-19.03.2010	5
F	14.12.2009	01.04.2010	14.02.2010-01.04.2010	7
G	05.11.2009	06.05.2010	05.01.2010-06.05.2010	9

2.6.2. Wie bereits bei der behaupteten längeren Inanspruchnahme der Gerüste (vgl. Erw. 2.4.3) lässt sich auch im Zusammenhang mit den Regenschutzdächern die effektive Dauer, während der die Regenschutzdächer vorgehalten wurden, durch die von der Klägerin bezeichneten Beweismittel nicht beweisen. Die behaupteten Demontagetermine werden von der Beklagten anerkannt (act. 16 S. 7 Ziff. 10). Die Montagetermine sind demgegenüber bestritten (act. 16 S. 7 Ziff. 10).

Die Klägerin beruft sich zum Beweis ihrer Behauptungen zu den Montageterminen auf eine Auftragsbestätigung mit Montageterminen (act. 1 S. 5; act. 3/5 [mit gelben Markierungen]). Darin sind folgende Angaben zu lesen (Beispiel für das Haus E [gemäss von der Klägerin vorgenommenen Hervorhebungen]):

Datum	Gruppe	Pos. Nr.	Arbeit	Std.	Km	Regie
8.12.09	D._____, ...[unleserlich]	Regendach Haus E		6		
09.12.09	D._____, ...[unleserlich]	Regendach [unleserlich] Haus E		6		

Im Rapport findet sich zwar unter dem Datum (8. Dezember 2009) der behaupteten Montage der Vermerk "Regendach Haus E". Es findet sich aber kein Hinweis auf die Art der an diesem Tag ausgeführten Arbeiten. Sodann findet sich auch unter dem Datum des 9. Dezember 2009 die Anmerkung "Regendach Haus E" (mit einer unleserlichen weiteren Anmerkung; vgl. oben). Die Urkunde ist folglich bereits mit Blick auf den angeblichen Montagetermin unklar. Zudem lässt sich der Urkunde selbst nicht entnehmen, welche Art von Arbeiten an jenen Tagen vorgenommen wurden. Sodann ist der Rapport weder datiert noch unterzeichnet noch ist ersichtlich, wer den Rapport erstellt hat. Kommt hinzu, dass die dem Rapport vorangehende Auftragsbestätigung (act. 3/5 S. 1) an die B1.____ AG und damit nicht an die Beklagte adressiert ist. Die vorstehenden Ausführungen gelten entsprechend für die Montage der Regenschutzdächer an den übrigen Häusern. Ergänzend ist anzumerken, dass sich in Bezug auf die Häuser B und G keinerlei Einträge im Rapport finden. Für die Häuser A, C, D und F finden sich zwar unter den Daten der behaupteten Montage die Beschreibungen "Regendach Haus A/C" bzw. "Regendach Haus D+F". Auch hier fehlen aber Angaben dazu, welche Art von Arbeiten an jenen Tagen ausgeführt wurden. Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass der bezeichneten Urkunde - soweit dieser in Bezug auf die klägerischen Behauptungen überhaupt etwas zu entnehmen ist - eine äusserst geringe Überzeugungskraft zukommt und damit der Beweis für die behaupteten Montagetermine nicht erbracht werden kann. Weitere Beweismittel werden von der Klägerin in diesem Zusammenhang nicht bezeichnet. Dass die Regenschutzdächer während mehr als zwei Monaten vorgehalten wurden, kann folglich nicht bewiesen werden.

2.6.3. Der Klägerin steht unter diesem Titel keine Vergütung zu.

2.7. Einhausung des Rampenbereichs

2.7.1. Die Klägerin macht sodann geltend, dass G._____ von der Beklagten die Klägerin am 26. Januar 2010 beauftragt habe, den Rampenbereich einzuhausen. Dazu habe ein Fassadengerüst als Unterkonstruktion mit einem darauf ruhenden Notdach erstellt und das Gerüst mit armierten PE-Folien eingekleidet werden müssen. Die Klägerin habe den mündlich erteilten Auftrag am 8. Februar 2010 mit der Auftragsbestätigung Nr. 14570 bestätigt (act. 1 S. 4).

2.7.2. Die Beklagte führt aus, die behauptete Forderung der Klägerin beruhe nicht einmal auf einer Auftragsbestätigung, sondern nur auf einer Offerte. Die Klägerin behaupte sodann nicht, wer wann mit ihr hierzu einen Vertrag abgeschlossen haben will. Schlussendlich sei aber auch diese Leistung von der Klägerin nicht konkret belegt worden (act. 28 S. 16 Ziff. 3.7).

2.7.3. Unter dem vorliegenden Titel fehlen Angaben dazu, was hinsichtlich Vergütung (angeblich) vertraglich vereinbart wurde. Es fehlt weiter an Ausführungen dazu, welche Vergütungsforderung die Klägerin aus den behaupteten Vorbringen ableitet. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime die rechtserheblichen Tatsachen aus den Beilagen zusammensuchen. Tatsachenbehauptungen müssen substantiiert in der Rechtschrift selber erfolgen (Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO); die blosser Verweisung auf Aktenstücke ist ungenügend (hierzu Erw. 1.2 sowie BGer vom 17. Oktober 2014, 4A_317/2014, E. 2.2; BGer vom 23. November 2015, 4A_221/2015, E. 3.1; Handelsgericht Zürich vom 26. November 2014, HG120158, E. 11.2.3.2, abrufbar unter: www.gerichte-zh.ch; WILLISEGGER, in: Basler Kommentar ZPO, a.a.O., N. 27 zu Art. 221 ZPO; NAEGELI/RICHERS, in: Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014, N. 27 zu Art. 221 ZPO). Insofern genügt die pauschale Verweisung auf eine Auftragsbestätigung nicht (vgl. act. 1 S. 4). Nur der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass die von der Klägerin bezeichnete Auftragsbestätigung an die B1._____ AG und damit nicht an die Beklagte adressiert ist (vgl. act. 3/3 S. 1).

2.7.4. Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass der Klägerin unter diesem Titel nichts zuzusprechen ist.

2.8. Einkleidung der eingerüsteten Häuser mit Gerüstplanen

2.8.1. Weiter führt die Klägerin aus, dass die Beklagte die Klägerin im Februar 2010 auch noch um "Einkleidung der eingerüsteten Häuser mit Gerüstplanen" er sucht habe. Die Parteien hätten sich über die "Einkleidung der Häuser mit Ge rüstplanen" für einen Pauschalpreis von CHF 2'500.– exkl. MwSt. bzw. CHF 2'690.– inkl. MwSt. pro Haus geeinigt, wobei damit auch eine Mietdauer der Einkleidungen von zwei Monaten abgegolten gewesen sei. Bei längerer Miete der "Einkleidungen" hätte die Beklagte pro Haus und Zusatzwoche CHF 85.– (exkl. MwSt.) geschuldet. In der Auftragsbestätigung sei die Reihenfolge der einzuklei denden Häuser nicht vollständig angegeben worden. Es hätten die Häuser B, F und G gefehlt, die ebenfalls hätten eingekleidet werden müssen (act. 1 S. 4). Die Klägerin habe die Gerüste mit den Einkleidungen gemäss den abgeschlossenen Verträgen erstellt (act. 1 S. 5).

2.8.2. Die Beklagte macht in der Klageantwort geltend, es sei zutreffend, dass die Klägerin im Grundsatz weitere Leistungen erbracht habe, nämlich Regendä cher/Gerüstbekleidung geliefert und den Rampenbereich eingehaust habe. Be stritten sei der konkrete Umfang der "weiteren" Leistungen der Klägerin, da diese hierfür bis heute keine Rechenschaft abgelegt habe (act. 16 S. 7 Ziff. 9).

Weiter führt die Beklagte aus, die von der Klägerin eingereichten Nachträge (act. 3/2, act. 3/4) zum Werkvertrag (act. 3/1) betreffend (i) Regendächer und (ii) Gerüstbekleidungen seien nicht gültig zustande gekommen, da keine zeich nungsberechtigten Mitarbeiter der Beklagten die Auftragsbestätigungen unter zeichnet hätten (act. 16 S. 6 Ziff. 7.2). Weiter macht die Beklagte geltend, für die Leistungen "Regenschutz" und "Einkleidung" seien im Werkvertrag per-Beträge vorgesehen gewesen. Da die von der Klägerin offerierten Leistungen als per-Beträge im Werkvertrag enthalten seien, habe diese auf Basis von CHF 5.– pro m² eine vernünftige Abrechnung zu erstellen. Die von der Klägerin eingereichte Auftragsbestätigung (vgl. act. 3/4) sei für die Beklagte unbeachtlich und werde

bestritten. Act. 3/4 sei von nicht zeichnungsberechtigten Personen unterzeichnet worden (act. 16 S. 7 Ziff. 9).

2.8.3. Die Klägerin hält in der Replik fest, die schriftliche Auftragsbestätigung der Beklagten vom 16. Februar 2010 (act. 3/4), unterzeichnet durch die Herren F._____ und G._____, sei gültig und verpflichte die Beklagte. Die Herren F._____ und G._____ seien für die Beklagte tätig gewesen und hätten deren Briefpapier benutzen und für die Beklagte Verträge abschliessen dürfen. Sollten die Herren F._____ und G._____ durch die Beklagte nicht ausdrücklich ermächtigt worden sein, die fraglichen Auftragsbestätigungen zu unterzeichnen, so liege eine Anscheinsvollmacht vor. Die Beklagte hätte sicherstellen müssen, dass ihre Mitarbeiter F._____ und G._____ keinen Zugang zu ihrem Briefpapier gehabt hätten und als Gesprächspartner der Beklagten dieses nicht für die erfolgten Auftragsbestätigungen hätten verwenden können. Da die Aufträge auf dem Briefpapier der Beklagten bestätigt worden seien, habe die Klägerin nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, dass die Herren F._____ und G._____ ermächtigt waren, die Aufträge zu bestätigen. Die abgeschlossenen Zusatzverträge hätten dem üblichen Geschäftsbetrieb der Beklagten entsprochen. Mit den zusätzlichen Leistungen seien bestehende Bedürfnisse der Beklagten zur einwandfreien Erstellung der Bauten erfüllt worden (act. 24 S. 3 lit. f).

2.8.4. In der Duplik stellt die Beklagte fest, dass C._____ für die Beklagte einzelzeichnungsberechtigt gewesen wäre. Die Herren G._____ und F._____ hätten keine Vollmacht zur Unterzeichnung der Auftragsbestätigung vom 16. Februar 2010 gehabt (act. 28 S. 18 f. Ziff. 5). Voraussetzung für eine Duldungsvollmacht sei sodann, dass der Vertreter nicht wisse, dass es seitens des Vertretenen keinen Bevollmächtigungswillen gebe. Dies sei im vorliegenden Fall nicht gegeben, da die Herren G._____ und F._____ gewusst hätten, dass sie die Volumen gemäss Auftragsbestätigung nicht hätten zeichnen dürfen. Eine Anscheinsvollmacht falle sodann ebenfalls ausser Betracht: Die Beklagte habe nichts vom vollmachtlosen Handeln, das gegen die internen Richtlinien verstossen habe, gewusst. Mit Schaffung und Kommunikation der internen Richtlinien sei die Beklagte ihren Pflichten nachgekommen, vollmachtloses Handeln zu verhindern. Sie habe nicht

vom Vorgehen der Herren G._____ und F._____ wissen und deshalb auch nicht eingreifen können. Als ihr Handeln erkennbar geworden sei, dies mit Kommunikation der Schlussrechnung, habe man sich dagegen zur Wehr gesetzt (act. 17/2) und das Handeln der Herren G._____ und F._____ nicht genehmigt. Vielmehr habe die Beklagte in Nachachtung der AGB (AGB, S. 1, Zeile 23) die Detailkalkulationen eingefordert, um herauszufinden, ob die Klägerin überhaupt etwas geleistet habe, oder ob die Mitarbeiter zum Schaden der Beklagten agiert hätten (act. 28 S. 20 Ziff. 5.6).

2.8.5. Was das Zustandekommen der Vereinbarung über die Einkleidung der eingerüsteten Häuser mit Gerüstplanen betrifft, kann auf die Ausführungen unter Erw. 2.5.8 verwiesen werden. Auch hier liegt eine Anscheinsvollmacht vor. Folglich ist davon auszugehen, dass mit dem als "Auftragsbestätigung" bezeichneten Schreiben vom 16. Februar 2010 das Angebot der Klägerin angenommen wurde und ein Vertrag mit dem im Schreiben vom 16. Februar 2010 aufgeführten Inhalt zustande gekommen ist. Wie die Klägerin aber ausführt, bezieht sich dieses Schreiben nur auf die Häuser A, C, D und E. Sie macht diesbezüglich geltend, es würden die Häuser B, F und G fehlen, welche ebenfalls hätten eingekleidet werden müssen. Sie behauptet aber nicht, dass in Bezug auf diese Häuser ebenfalls eine Vereinbarung geschlossen worden wäre, zwischen wem und in welcher Form ein entsprechender Vertrag vereinbart worden wäre und welche Konditionen, namentlich welche Vergütung, in einem allenfalls geschlossenen Vertrag vorgesehen gewesen wären. Der Vortrag der Klägerin ist damit - was die Häuser B, F und G betrifft - unsubstanziert. Diesbezüglich ist eine Forderung der Klägerin nicht begründet.

2.8.6. Die Beklagte führt sodann selbst aus, dass die Klägerin weitere Leistungen erbracht habe, u.a. Gerüstbekleidung geliefert worden sei. Somit ist davon auszugehen, dass die vereinbarten Arbeiten ausgeführt wurden (hierzu auch Erw. 2.5.9). Was die Beklagte mit dem "konkreten Umfang" der "weiteren Leistungen", welche sie bestreitet (vgl. act. 16 S. 7 Ziff. 9), meint, legt sie nicht näher dar. Soweit sich die Beklagte damit auf angeblich im ursprünglichen Werkvertrag vereinbarte per-Beträge für Gerüstbekleidung berufen sollte und eine entsprechende

Vereinbarung tatsächlich bestanden hätte, wäre sie durch die nachträgliche Vereinbarung abgeändert worden. Dementsprechend ist die Forderung der Klägerin für die Einkleidung der eingerüsteten Häuser A, C, D und E von jeweils CHF 2'690.– (inkl. MwSt.) begründet.

2.8.7. Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass die Beklagte der Klägerin unter diesem Titel den Betrag von CHF 10'760.– (4 Häuser à CHF 2'690.–) schuldet.

2.9. Längere Inanspruchnahme der Einkleidung

Die Klägerin führt zwar aus, dass nach einer Dauer von zwei Monaten pro Haus und Zusatzwoche CHF 85.– (exkl. MwSt.) für die Einkleidungen geschuldet gewesen wären. Es wird aber nicht geltend gemacht, dass die Einkleidungen länger als zwei Monate vorgehalten wurden. Folglich leitet die Klägerin - soweit ersichtlich - nichts aus dieser angeblichen Abrede ab.

2.10. Regiearbeit: Kontrolle der Gerüste im November 2009

2.10.1. Unter diesem Titel trägt die Klägerin vor, dass Herr G._____ von der Beklagten die Klägerin am 17. November 2009 beauftragt habe, die errichteten Gerüste zu kontrollieren und instand zu stellen. Diese hätten insbesondere im Hinterfüllungsbereich gerichtet und ergänzt werden müssen, weil das Erdmaterial durch den zuständigen Bauunternehmer schlecht verdichtet worden sei, was bei den Gerüsten Senkungen hervorgerufen habe (act. 1 S. 6; act. 24 S. 7 Ziff. 10 unter Verweisung auf ein Bild in act. 25/19).

2.10.2. Die Beklagte bestreitet die von der Klägerin behaupteten Regiearbeiten i.S. Hinterfüllungen (Beauftragung vom 17. November 2009). Eine mangelnde Tragfähigkeit der Abstellbasis sei sodann nicht rechtsgenügend dargetan (act. 16 S. 8 Ziff. 10). Da der Werkvertrag keine Ansätze enthalte, hätte die Klägerin sodann die von ihr gewählten Tarife als im Zeitpunkt und am Ort der Arbeitsausführung massgebend behaupten müssen (Art. 49 Abs. 2 SIA-Norm 118). Sie habe dies unterlassen (act. 28 S. 16 lit. c). Die eingereichte Fotografie, auf der keine problematische Hinterfüllung zu erkennen sei, ändere nichts daran, dass kein Re-

gierapport unterzeichnet worden sei und die behaupteten Arbeiten nicht anerkannt würden. Wobei sich die Klägerin auch hier widersprüchlich verhalte zu ihren Ausführungen betreffend Pauschalvertrag: Denn sie mache ja hier nichts anderes geltend als einen Mehraufwand, der allenfalls unter den Werkvertrag falle und diesfalls nicht vergütet werden könnte. Wollte sie sodann geltend machen, dass diese Leistung nicht unter den Werkvertrag falle, dann müsste sie, wie von der Klägerin [recte: Beklagten] gefordert, mindestens erläutern, was sie unter dem Regime des Werkvertrags geleistet habe, damit sie, die Beklagte, nachvollziehen könnte, worunter die behauptete Leistung zu subsumieren sei. Aber der Anspruch scheitere schon am fehlenden Regierapport (act. 28 S. 25 f. Ziff. 8.11).

2.10.3. Unter dem vorliegenden Titel fehlen Angaben dazu, was hinsichtlich Vergütung (angeblich) vertraglich vereinbart wurde. Es fehlt weiter an Ausführungen dazu, welche Vergütungsforderung die Klägerin aus den behaupteten Vorbringen ableitet. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime die rechtserheblichen Tatsachen aus den Beilagen zusammensuchen. Tatsachenbehauptungen müssen substantiiert in der Rechtsschrift selber erfolgen (Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO); die blosse Verweisung auf Aktenstücke ist ungenügend (hierzu Erw. 2.7.3). Insofern genügt die pauschale Verweisung auf eine Beilage mit der Bezeichnung "Zusätzliche Aufwendungen" nicht (vgl. act. 1 S. 6). Sollte hinsichtlich Vergütung nichts verabredet worden sein, würden sich die klägerischen Vorbringen ebenfalls als unvollständig erweisen, und zwar unabhängig davon, ob eine allfällige Vergütung - wie von der Beklagten geltend gemacht - nach Regieansätzen (Art. 49 Abs. 2 SIA-Norm 118) oder nach dem Wert der Arbeit (Art. 374 OR) zu bestimmen bzw. aus dem ursprünglich vereinbarten Pauschalpreis herzuleiten wäre. Die Klägerin legt nicht dar, welche massgebenden Regietarife oder welche ortsüblichen Ansätze infolge des Fehlens einer vertraglichen Abrede zur Anwendung gelangen würden. Die Klägerin macht aber auch keine Angaben zu ihrem Aufwand (Sach- und Personalaufwand sowie allfälliger übriger Aufwand; vgl. hierzu auch Erw. 2.4.4) oder zu allfälligen Berechnungsrundlagen im ursprünglichen Werkvertrag mit Pauschalpreisabrede. Damit fehlen Angaben zu rechtserheblichen Tatsachen im Zusammenhang mit der Vergütung, insbesondere zu den entsprechenden Berechnungsfaktoren und dem Aufwand,

wofür die Klägerin die Behauptungs- und Beweislast trägt (vgl. SPIESS/HUSER, Norm SIA 118, Stämpfli Handkommentar, Bern 2014, N. 7 ff. zu Art. 48 SIA-Norm 118; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, a.a.O., N. 17 ff. zu Art. 374 OR).

2.10.4. Der Klägerin steht unter diesem Titel keine Vergütung zu.

2.11. Regiearbeit: Wartezeiten

2.11.1. Die Klägerin macht weiter geltend, dass am 1. Februar 2010 bei der Notdachmontage im Bereich der Garageneinfahrt fakturierbare Wartezeiten angefallen seien, als ein LKW für Muldenabtransport in die Garageneinfahrt abgerutscht sei und habe weggeschleppt werden müssen. Dies habe eine Unterbrechung der Dachmontage zur Folge gehabt (act. 1 S. 6). Wegen Wartezeit bei der Notdachmontage würden CHF 535.– in Rechnung gestellt (vgl. act. 3/8). Der Ausschluss der Entschädigung von Arbeitsunterbrüchen und Etappen würde - wenn überhaupt - nur für die Erstellung der Gerüste gelten (vgl. act. 3/1 S. 16 und 18). Für deren Erstellung sei aber ein Pauschalpreis vereinbart worden. Das ursprüngliche Leistungsverzeichnis mit seinen Vorbehalten sei damit irrelevant geworden. Dasselbe sei in der Vereinbarung betreffend Montage des Notdaches geschehen. In der fraglichen Offerte der Klägerin (act. 3/3), welche durch die Beklagte akzeptiert worden sei, fehle ein entsprechender Hinweis. Auch für das Notdach sei ein Pauschalpreis vereinbart worden (act. 24 S. 6 Ziff. 7.3). Nur Mehraufwendungen wegen ungünstigen Witterungsverhältnissen würden nicht anerkannt und könnten nicht nachträglich verrechnet werden. Die Klägerin habe diese Mehraufwendungen in ihren Pauschalpreisen berücksichtigen müssen (vgl. act. 3/1 S. 8, Abschnitt "Ausschreibung", letzter Absatz). Mehraufwand aufgrund von Wartezeiten müsse die Beklagte der Klägerin jedoch ersetzen, sonst hätte sie dies in ihren AGB ebenfalls ausdrücklich ausschliessen müssen, was die Klägerin nicht akzeptiert hätte (act. 24 S. 2 f. lit. e).

2.11.2. Die Beklagte hält fest, dass die zur Verrechnung gestellten Wartezeiten dem Werkvertrag widersprechen würden (act. 16 S. 8 Ziff. 10). Im Werkvertrag sei vereinbart worden, dass Arbeitsunterbrüche nicht vergütet würden (act. 16 S. 6 Ziff. 7.3). Da der Werkvertrag keine Ansätze enthalte, hätte die Klägerin sodann

die von ihr gewählten Tarife als im Zeitpunkt und am Ort der Arbeitsausführung massgebend behaupten müssen (Art. 49 Abs. 2 SIA-Norm 118). Sie habe dies unterlassen (act. 28 S. 16 lit. c). Weiter stellt die Beklagte fest, dass die Klägerin jegliche Aussage dazu unterlasse, weshalb die Kosten von CHF 535.– fakturierbar sein sollen. In den Vertragsgrundlagen sei hierzu nur zu finden, dass Arbeitsunterbrüche, wozu offensichtlich Wartezeiten gehören, nicht vergütet würden (act. 29/2 S. 3, Zeile 44). Gemäss Art. 39 Abs. 2 SIA-Norm 118 seien sodann Nebenleistungen wie der Transport in die Einheitspreise einzurechnen. Dies habe die Klägerin gemacht. Sie habe dies so zu tun, dass gewisse Wartezeiten bei der Baustellenzufahrt eingerechnet würden. Folglich seien auf diesem Weg in den Preisen der Klägerin auch Wartezeiten enthalten. Sie versuche folglich, sich eine doppelte Vergütung zu erstreiten (act. 28 S. 16 lit. d). Wenn die Klägerin in Abweichung vom voran Gesagten behaupten wolle, was sie nicht tue, geschweige denn substantiiere, dass ihr dennoch eine Forderung zustehe, dann müsse sie eine Vertrags-/Pflichtverletzung der Beklagten dartun. Eine andere Anspruchsgrundlage sei nicht ersichtlich. Mangels Behauptungen und Substanziierung einer Pflichtverletzung der Beklagten sei der Anspruch aber ohne weiteres abzuweisen (act. 28 S. 16 lit. e).

2.11.3. Zunächst ist festzuhalten, dass nur schwer verständlich ist, was die Klägerin meint, wenn sie ausführt, dass diese *Regiearbeit* zusätzlich in Rechnung gestellt werden dürfen (vgl. act. 1 S. 6). Vertragsarbeiten des Unternehmers, die nach Aufwand entgolten werden, sind nach der Terminologie, welche die SIA-Norm 118 verwendet, Regiearbeiten (GAUCH, a.a.O., Rz. 969; vgl. Art. 44 ff. SIA-Norm 118; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, a.a.O., N. 16 zu Art. 374 OR). Die äusserst knappen Ausführungen der Klägerin legen aber eher den Schluss nahe, dass sie mit ihren Vorbringen (sinngemäss) das Vorliegen eines Verzugstatbestands geltend macht. Der Bauherr kann dem Unternehmer insbesondere Mehraufwand und/oder Schaden verursachen, wenn er, der Bauherr, Mitwirkungshandlungen ungerechtfertigt unterlässt oder verzögert. Die Nicht- oder nicht richtige Mitwirkung des Bauherrn führt dann zu einer Verzögerung, wenn sie die Unternehmerleistung vorübergehend verunmöglicht oder wenn sie, ohne die Arbeiten zu verunmöglichen, deren termingerechten Fortgang hemmt. Dadurch gerät der Bauherr

in Annahmeverzug. Dies kann einen Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers begründen (vgl. SCHUMACHER/KÖNIG, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017, Rz. 348; HENNINGER, Bauverzögerung und ihre Folgen, in: Schweizerische Baurechtstagung 2005, 237 ff., 253). Die Klägerin legt indes nicht dar, worin die mangelhafte Mitwirkung der Beklagten bestanden haben soll. Sie beschreibt einzig einen Vorfall, ohne in diesem Zusammenhang zur Aufgabe der Beklagten - im Rahmen des vertraglich Vereinbarten - Bezug zu nehmen. Eine mangelhafte Mitwirkungshandlung der Beklagten ist damit nicht dargetan. Die Klägerin führt sodann nicht aus, wie sich ein allfälliger Mehraufwand und/oder Schaden zusammensetzt. Sie hält - unter Verweisung auf eine Beilage mit der Bezeichnung "Zusätzliche Aufwendungen" - einzig fest, dass CHF 535.- in Rechnung gestellt würden. Eine solche pauschale Verweisung auf die Akten ist - wie bereits dargelegt (vgl. Erw. 1.2 und 2.7.3) - ungenügend. Damit fehlen Angaben zum Wert und zur Art des Mehraufwandes (hierzu SCHUMACHER/KÖNIG, a.a.O., Rz. 349 f., wonach Art. 374 OR für die Bemessung der Vergütung des Mehraufwandes massgebend sei). Auch wenn man die behaupteten Wartezeiten - mit der Klägerin - als Regiearbeit qualifizieren würde und eine Entschädigung nach den diesbezüglichen Grundsätzen zu bestimmen wäre, würden sich die klägerischen Vorbringen als unvollständig erweisen, und zwar unabhängig davon, ob eine allfällige Vergütung - wie von der Beklagten geltend gemacht - nach Regieansätzen (Art. 49 Abs. 2 SIA-Norm 118) oder nach dem Wert der Arbeit (Art. 374 OR) zu bestimmen wäre bzw. aus dem ursprünglich vereinbarten Pauschalpreis herzuleiten wäre. Die Klägerin legt nicht dar, welche massgebenden Regietarife oder welche ortsüblichen Ansätze infolge des Fehlens einer vertraglichen Abrede zur Anwendung gelangen würden. Die Klägerin macht aber auch keine Angaben zu ihrem Aufwand (Sach- und Personalaufwand sowie allfälliger übriger Aufwand; vgl. hierzu auch Erw. 2.10.3) oder zu allfälligen Berechnungsrundlagen im ursprünglichen Werkvertrag mit Pauschalpreisabrede. Damit fehlen Angaben zu rechtserheblichen Tatsachen im Zusammenhang mit der Vergütung, insbesondere zu den entsprechenden Berechnungsfaktoren und dem Aufwand, wofür die Klägerin die Behauptungs- und Beweislast trägt.

2.11.4. Der Klägerin steht unter diesem Titel keine Vergütung zu.

2.12. Regiearbeit: Erstellung von Zugangspodesten und Kontrolle der Gerüste im März 2010

2.12.1. Die Klägerin führt sodann aus, dass sie am 1., 3. und 5. März 2010 bei den Häusern A und C Zugangspodeste für die Küchenbauer gemäss den Weisungen von Herrn G._____ habe erstellen müssen. Weiter hätten die Gerüste der Häuser A, B, C und E infolge Absenkung der Hinterfüllungen abermals gerichtet werden müssen (act. 1 S. 6).

2.12.2. Die Beklagte bestreitet die weiteren Leistungen in Sachen "Zugangspodeste/Hinterfüllungen" (act. 16 S. 8 Ziff. 10). Da der Werkvertrag keine Ansätze enthalte, hätte die Klägerin sodann die von ihr gewählten Tarife als im Zeitpunkt und am Ort der Arbeitsausführung massgebend behaupten müssen (Art. 49 Abs. 2 SIA-Norm 118). Sie habe dies unterlassen (act. 28 S. 16 lit. c).

2.12.3. Unter dem vorliegenden Titel fehlen Angaben dazu, was hinsichtlich Vergütung (angeblich) vertraglich vereinbart wurde. Es fehlt weiter an Ausführungen dazu, welche Vergütungsforderung die Klägerin aus den behaupteten Vorbringen ableitet. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime die rechtserheblichen Tatsachen aus den Beilagen zusammensuchen. Tatsachenbehauptungen müssen substantiiert in der Rechtsschrift selber erfolgen (Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO); die blosser Verweisung auf Aktenstücke ist ungenügend (hierzu Erw. 1.2 und 2.7.3). Insofern genügt die pauschale Verweisung auf eine Beilage mit der Bezeichnung "Zusätzliche Aufwendungen" nicht (vgl. act. 1 S. 6). Sollte hinsichtlich Vergütung nichts verabredet worden sein, würden sich die klägerischen Vorbringen ebenfalls als unvollständig erweisen, und zwar unabhängig davon, ob eine allfällige Vergütung - wie von der Beklagten geltend gemacht - nach Regieansätzen (Art. 49 Abs. 2 SIA-Norm 118) oder nach dem Wert der Arbeit (Art. 374 OR) zu bestimmen wäre bzw. aus dem ursprünglich vereinbarten Pauschalpreis herzuleiten wäre. Die Klägerin legt nicht dar, welche massgebenden Regietarife oder welche ortsüblichen Ansätze infolge des Fehlens einer vertraglichen Abrede zur Anwendung gelangen würden. Die Klägerin macht aber auch keine Angaben zu ihrem Aufwand (Sach- und Personalaufwand sowie allfälliger übriger Aufwand; vgl. hierzu auch Erw. 2.10.3) oder zu allfälligen Be-

rechnungsrundlagen im ursprünglichen Werkvertrag mit Pauschalpreisabrede. Damit fehlen Angaben zu rechtserheblichen Tatsachen im Zusammenhang mit der Vergütung, insbesondere zu den entsprechenden Berechnungsfaktoren und dem Aufwand, wofür die Klägerin die Behauptungs- und Beweislast trägt (vgl. Erw. 2.10.3 m.w.N.).

2.12.4. Der Klägerin steht unter diesem Titel keine Vergütung zu.

2.13. Zahlungsbefehlskosten

2.13.1. Die Klägerin macht schliesslich die Kosten des Zahlungsbefehls vom 30. Juni 2010 in der Höhe von CHF 100.– geltend (act. 1 S. 8).

2.13.2. Nach Art. 68 Abs. 1 SchKG trägt der Schuldner die Betreuungskosten. Dieselben sind vom Gläubiger vorzuschüssen. Wenn der Gläubiger eine Betreuung nicht bis zur Verwertung und Verteilung durchführt, sondern sie zurückzieht oder erlöschen lässt, so tritt die Überwälzung der Kosten vorgenommener Betreuungshandlungen auf den Schuldner nicht ein. Die vom Gläubiger geleisteten Vorschüsse sind dann endgültig von ihm zu tragen (FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreiber und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, Rz. 11 zu § 15; EMMEL, in: Basler Kommentar SchKG, Bd. I, 2. Aufl., Basel 2010, N. 18 zu Art. 68 SchKG). Der Zahlungsbefehl datiert vom 10. Juni 2010. Damit ist die einjährige Gültigkeitsdauer des Zahlungsbefehls (vgl. Art. 88 Abs. 2 SchKG) bei Anhängigmachung der Klage am 9. April 2014 längst verstrichen. Die Kosten des Zahlungsbefehls sind damit von der Klägerin selbst zu tragen. Ob für die Forderung der Klägerin überhaupt eine gesetzliche Grundlage besteht oder ob aufgrund von Art. 68 Abs. 2 SchKG eine entsprechende gerichtliche Anordnung entbehrlich ist, kann bei diesem Ergebnis offen bleiben (vgl. dazu auch RÜEGG, in: Basler Kommentar ZPO, a.a.O., N. 17 zu Art. 95 ZPO).

2.14. Zusammenfassung

Der Klägerin stehen damit gemäss vorstehenden Ausführungen Forderungen in der Höhe von CHF 70'622.– (Ziffern 2.3.7, 2.5.10, 2.8.7) zu. Davon sind die von der Beklagten unstreitig geleisteten Zahlungen von CHF 48'420.– in Abzug zu

bringen (vgl. act. 1 S. 7; act. 28 S. 11 lit. m). Die Forderung der Klägerin ist damit grundsätzlich im Umfang von CHF 22'202.- begründet.

2.15. Zins

2.16. Die Klägerin verlangt weiter Verzugszins zu 5% seit 30. Juni 2010 (Datum des Zahlungsbefehls) (act. 1 S. 8).

2.17. Der Zeitpunkt der Fälligkeit einer Forderung wird in erster Linie durch die von den Parteien getroffene Vereinbarung bestimmt. Fehlt eine solche, gilt gemäss Art. 75 OR die Vermutung der sofortigen Fälligkeit. Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Als Mahnung gilt u.a. die Zustellung des Zahlungsbefehls (WIEGAND, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, a.a.O., N.9 zu Art. 102 OR). Ist der Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug, so hat er nach Art. 104 Abs. 1 OR Verzugszinsen von 5% pro Jahr zu bezahlen.

2.18. Die Beklagte erhebt keine Einwände gegen den von der Klägerin geltend gemachten Zinsenlauf. Folglich ist die Forderung der Klägerin ab 30. Juni 2010 zu verzinsen.

2.19. Verrechnungsforderungen

2.19.1. Die Beklagte führt in der Klageantwort aus, die Klägerin habe durch unachtsame bzw. unsorgfältige Arbeitsausführung schuldhaft verschiedene Schadenfälle anlässlich ihrer Vertragserfüllung verursacht (Begleitschaden, Art. 97 OR). Dazu gehörten: (i) Auf der Tiefgaragendecke sei es zu Beschädigungen von Flachdach-Spenglerarbeiten gekommen. Die sieben Häuser der Überbauung "...-Strasse" stünden z.T. auf der Tiefgarage. Die Anschlussstelle zwischen der Tiefgarage und den Häusern sei abgedichtet gewesen (Dachpappe). Diese sei von der Klägerin anlässlich ihrer Montage-/Demontage-Arbeiten verletzt worden, was zu einem Schaden geführt habe. (ii) Die sieben Häuser der Überbauung hätten sodann Vordächer aus Sichtbeton. Beim Montieren/Demontieren der Gerüste seien diverse Betonteile durch die Klägerin beschädigt worden. (iii) Schlussendlich habe die Klägerin Betonteile der Ein-/Ausfahrtsrampe zur Tiefgarage verletzt, dies

beim Montieren/Demontieren des Gerüsts für die Tiefgarage (act. 16 S. 6 Ziff. 7.1).

2.19.2. Die Klägerin bestreitet in der Replik, irgendwelche Schäden verursacht zu haben. Sie habe von der Beklagten nie entsprechende Mitteilungen erhalten und werde in der Klageantwortschrift zum ersten Mal mit derartigen Behauptungen konfrontiert. Diese seien haltlos und würden einzig und allein bezwecken, den Prozess trölerisch zu verzögern. Die Zeugen seien nicht zu befragen (act. 24 S. 6 Ziff. 7.1).

2.19.3. In der Duplik äussert sich die Beklagte im Einzelnen zu den von ihr geltend gemachten Verrechnungsforderungen:

Auf der Tiefgaragendecke sei es zu Beschädigungen von Flachdach-Spenglerarbeiten gekommen. Die sieben Häuser der Überbauung ...-Strasse stünden z.T. auf der Tiefgarage. Die Anschlussstelle zwischen der Tiefgarage und den Häusern sei abgedichtet gewesen (Dachpappe). Diese sei von der Klägerin anlässlich ihrer Montage-/Demontage-Arbeiten verletzt worden, was zu einem Schaden geführt habe. Es sei zu Regieaufwand (Regierapport vom 22. März 2010) gekommen. So hätten Abdichtungen bei der Auto-Einstellhalle, die der Fassadenbauer (recte: A.____/Klägerin) beschädigt habe, repariert werden müssen. Es seien Kosten von CHF 1'192.35 entstanden (act. 28 S. 21 f. mit Verweisung auf act. 29/16-17). Und mit Fax-Schreiben vom 20. April 2010 habe die H.____ AG der Beklagten eine Rechnung vom 11. Februar 2010 (recte: 11. April 2010) bzgl. Arbeiten an der Aussenwärmedämmung über CHF 8'193.80 übermittelt, die ebenfalls auf den von der Klägerin verursachten Schäden basiere. Der Schaden sei kausal verursacht worden durch unsorgfältige Montage/Demontage-Arbeiten der Klägerin (act. 28 S. 22 f. mit Verweisung auf act. 29/18).

An einem der sieben Häuser der Überbauung habe die Fassade neu gestrichen werden müssen, dies weil die Verankerungspunkte schlecht bearbeitet und deshalb die Fassade fleckig gewesen sei. Es seien Kosten von CHF 1'296.—, die mit Rechnung vom 1. September 2011 mit einer Zahlungsfrist von 30 Tagen netto

eingefordert worden seien, entstanden. Der Schaden sei kausal durch unsorgfältige Arbeit der Klägerin verursacht worden.

2.19.4. Bestreitet eine Partei die Tatsachenbehauptung ihres Gegners nicht, gilt diese als unbestritten. Dies hat zur Folge, dass die betreffende Tatsache dem Entscheid ohne weiteres zugrunde gelegt werden kann, da über nicht bestrittene Tatsachen kein Beweis geführt zu werden braucht (HURNI, in: Berner Kommentar ZPO, Bd. 1, Bern 2012, N. 37 zu Art. 55 ZPO). Bestreitungen allgemeiner Art sind unbeachtlich. Jede für relevant gehaltene, konkrete Behauptung, die bestritten werden soll, muss grundsätzlich einzeln bestritten werden (Art. 222 Abs. 2 ZPO). Eine Bestreitung ist (zumindest) so konkret zu halten, dass sich daraus bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen der Gegenpartei damit bestritten werden sollen. Im Übrigen ist für das Ausmass der im Einzelfall erforderlichen Substanziierung des Bestreitens auf die Einlässlichkeit der Sachdarstellung der behauptungsbelasteten Partei abzustellen und überdies zu prüfen, inwieweit der bestreitenden Partei eine substanziierte Bestreitung überhaupt zuzumuten ist. Gegenüber spezifischen und detaillierten Behauptungen genügt eine allgemeine Bestreitung nicht (vgl. BGer vom 31. Mai 2012, 4A_709/2011 E. 3.2; BGer vom 18. Dezember 2006, 4C.231/2006, E. 3.2; HURNI, a.a.O., N. 39 ff. zu Art. 55 ZPO; SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016, N. 27 zu Art. 55 ZPO).

2.19.5. Die Klägerin bestreitet lediglich in allgemeiner Art die Behauptungen der Beklagten zu den Verrechnungsforderungen in der Klageantwort. Zu den Ausführungen in der Duplik, in welcher die Beklagte im Einzelnen auf die verschiedenen Verrechnungsforderungen eingeht und diese beziffert, äussert sich die Klägerin überhaupt nicht. Dies hat zur Folge, dass die entsprechenden Tatsachenbehauptungen der Beklagten als unbestritten zu betrachten sind. Mit den entsprechenden Vorbringen macht die Beklagte eine Verletzung von Sorgfaltspflichten durch die Klägerin geltend. In diesen Fällen haftet der Unternehmer nach Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 364 Abs. 1 OR für den entstandenen Schaden (HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 3143).

Der von der Beklagten geltend gemachte Schaden beläuft sich auf insgesamt CHF 10'682.15. Für diesen Schaden haftet die Klägerin der Beklagten.

2.19.6. Die Beklagte erklärt mit ihren vorstehend wiedergegebenen Ausführungen (eventualiter) die Verrechnung von Schadenersatzansprüchen mit den geltend gemachten Forderungen der Klägerin.

2.19.7. Die Eventualverrechnung ist eine Verrechnung unter Vorbehalt. Sie wird vom Beklagten für den Fall abgegeben, dass seine übrigen, gegen die Hauptforderung gerichteten Einreden und Einwendungen scheitern und die Hauptforderung sich entgegen seiner Erwartung als bestehend erweist. Im Gegensatz zur "gewöhnlichen" Verrechnung, bei welcher der Beklagte die Hauptforderung anerkennt, indem er deren Tilgung mit seiner Verrechnungsforderung geltend macht, bestreitet der Beklagte mit der Eventualverrechnung die Hauptforderung (SCHMID, Die Verrechnung vor staatlichen Gerichten, in: Jusletter vom 15. September 2008, Rz. 27).

2.19.8. Die Verrechnungserklärung der Beklagten führt demgemäss zu einer Reduktion der Forderung der Klägerin im Umfang von CHF 10'682.15.

2.20. Fazit

Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 11'519.85 (CHF 22'202.– abzüglich CHF 10'682.15) zuzüglich Zins zu 5% seit 30. Juni 2010 zu bezahlen.

2.21. Verfahrens-/Editionsantrag

2.21.1. Die Beklagte stellt unter dem Titel Verfahrens-/Editionsantrag einen Antrag, wonach die Klägerin aufzufordern sei, Rechenschaft abzulegen (Information/Auskunft/Rechnungslegung) über die Ausführung des Werkvertrags betreffend das Bauprojekt "...-Strasse", namentlich sei die Klägerin zu verpflichten, eine detaillierte Schlussrechnung (aufgeschlüsselt nach Positionen des Leistungsverzeichnisses sowie eine Dokumentation/Leistungsausweis (Rapporte/Notizen/

Korrespondenz/Protokolle/usw. usf.) zu den ausgeführten Arbeiten je nach NPK-Position zu erstellen und herauszugeben (act. 16 S. 2).

2.21.2. Die Beklagte begründet nicht, worauf sie ihr Begehren stützt, namentlich führt sie nicht aus, ob sie sich auf eine materiell- oder prozessrechtliche Grundlage beruft. Nach Treu und Glauben ist nicht davon auszugehen, dass die Beklagte mit ihrem Begehren widerklageweise einen materiellrechtlichen Auskunftsanspruch geltend machen will. Dagegen sprechen namentlich die Betitelung des Antrags sowie die Nennung der verlangten Unterlagen im Beweismittelverzeichnis (vgl. act. 16 S. 10 f.). Ob es sich dabei letztlich um einen Beweisantrag handelt (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO) und ob ein solcher in dieser allgemein gestellten Form - ohne Zuordnung zu einer damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung - zulässig ist oder ob dieses Begehren allenfalls als Aufforderung zu substantiierten Behauptungen zu verstehen ist, kann an dieser Stelle offen bleiben. Die Sache ist - wie gezeigt - spruchreif, weshalb ohne Weiterungen ein Urteil ergehen kann.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung (vgl. Art. 95 Abs. 1 ZPO), werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Das Gericht kann von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO) sowie wenn andere besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO).

3.2. Die Forderung der Klägerin ist grundsätzlich im Umfang von CHF 22'202.- begründet (vgl. Erw. 2.14). Erst die Berücksichtigung der Verrechnungsforderungen - welche im Übrigen erstmals im Rahmen der Duplik beziffert wurden - führt zu einem überwiegenden Unterliegen der Klägerin. Dies ist bei Verteilung der Prozesskosten zu berücksichtigen, so dass von einer ausgangsgemässen Vertei-

lung abzusehen ist und die Prozesskosten nach Ermessen zu verteilen sind. In Anbetracht des Umstands, dass die eingeklagte Forderung der Klägerin im Umfang von CHF 22'202.– gutzuheissen gewesen wäre, sind die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und es ist keiner Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen.

3.3. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Die Gerichtsgebühr richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt, wobei Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens nicht hinzugerechnet werden (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Kosten des laufenden Verfahrens sind sämtliche im Verfahren um den Streitgegenstand anfallende Kosten, vorab die Gerichtskosten und die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 lit. a und b ZPO), aber auch die Kosten vorausgegangener rechtlicher Verfahren wie des Schlichtungs-, Betreibungs- oder Rechtsöffnungsverfahrens (VAN DE GRAAF, in: Kurzkomentar ZPO, a.a.O., N. 12 zu Art. 91 ZPO). Vorliegend ist zu beachten, dass die Gültigkeitsdauer des Zahlungsbefehls vom 30. Juni 2010 bei Anhängigmachung der Klage am 9. April 2014 längst verstrichen war (vgl. Erw. 2.13.2). Deshalb können die entsprechenden Kosten nicht mehr zu jenen des laufenden Verfahrens gerechnet werden; zur Vollstreckung eines gutheissenden Urteils müsste ein neues Betreibungsverfahren eingeleitet werden. Die Kosten des Zahlungsbefehls sind demnach zum Streitwert hinzuzurechnen. Vorliegend beträgt der Streitwert damit CHF 50'323.–.

3.4. Die in Anwendung von § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte ordentliche Gerichtsgebühr beträgt rund CHF 5'600.–. Angesichts des Verfahrensaufwandes, der durchgeführten Vergleichsverhandlung und der Komplexität des Prozessthemas ist diese Gerichtsgebühr um rund 1/3 zu erhöhen. Diese Gerichtsgebühr ist den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und teilweise aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken (vgl. Art. 111 ZPO).

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 11'519.85 nebst Zins zu 5% seit 30. Juni 2010 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 7'500.-.
3. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und teilweise aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss gedeckt. Für die der Beklagten auferlegte Hälfte der Kosten wird der Klägerin - soweit die der Beklagten auferlegten Kosten aus dem Vorschuss der Klägerin bezogen werden (CHF 1'850.-) - das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt. Der Fehlbetrag wird direkt von der Beklagten nachgefordert.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 50'323.-.

Zürich, 9. März 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Dr. George Daetwyler

Christian Stalder