



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Ersatzoberrichterin Franziska Egloff, die Handelsrichter Ruedi Kessler, Michael Küttel und die Handelsrichterin Astrid Fontana sowie der Gerichtsschreiber Dr. Benjamin Büchler

Urteil vom 5. April 2017

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Beklagte

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 129'546.10 zuzüglich Zins zu 5% p.a. seit 9. Januar 2015 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Anträge der Beklagten gemäss Klageantwort:

(act. 10 S. 2)

- "1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter sei die Klage im Betrag von CHF 32'191.10 (inkl. MwSt.) gutzuheissen, im Mehrbetrag von CHF 97'355.00 (inkl. MwSt.) abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin."

Anträge der Beklagten gemäss Duplik:

(act. 22 S. 2)

- "1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter sei die Klage im Betrag von CHF 27'260.65 (inkl. MwSt.) gutzuheissen, im Mehrbetrag von CHF 102'285.45 (inkl. MwSt.) abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C._____, die die Ausführung von Wand- und Bodenbelägen aller Art bezweckt (act. 3/3). Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft, die unter anderem als Total- und Generalunternehmung tätig ist (act. 3/4).

b. Prozessgegenstand

Gestützt auf einen Werkvertrag war die Klägerin als Unternehmerin für Wand- und Bodenbeläge am Projekt D._____ in C._____ tätig. Die Beklagte zeichnete für dieses Projekt als Bauherrin verantwortlich und war Vertragspartnerin der Klägerin.

Die Klägerin macht geltend, aus dem Werkvertrag inklusive Nachträgen resultiere eine Restforderung von CHF 129'546.10. Neben dem als Einheitspreisvertrag ausgestalteten Werkvertrag habe sie von der Beklagten verschiedentlich Bestellungenänderungen erhalten, welche in Regie abzurechnen seien. Die Beklagte bestreitet einen über die geleisteten Akontozahlungen hinausgehenden Anspruch der Klägerin, zumal letztere ihre Forderung nicht substantiiert darlege.

B. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 23. Oktober 2015 (Datum Poststempel) machte die Klägerin die vorliegende Klage mit obgenanntem Rechtsbegehren beim hiesigen Handelsgericht anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 27. Oktober 2015 wurde ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von CHF 10'000.- angesetzt (act. 5), welchen sie fristgerecht leistete (act. 7). In der Folge wurde der Beklagten mit Verfügung vom 19. November 2015 Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 8). Nachdem die Beklagte die Klageantwort fristgerecht eingereicht hatte (act. 10), fand am 4. April 2016 eine Vergleichsverhandlung statt, an welcher beide Parteien vertreten waren (Prot. S. 6 ff.). Die Vergleichsverhandlung endete ohne Einigung, weshalb mit Verfügung vom 5. April 2016 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist zur Erstattung der Replik angesetzt wurde (act. 15). Nachdem diese am 7. Juni 2016 ergangen war (act. 17), erstattete die Beklagte innert angesetzter Frist (act. 20) mit Eingabe vom 7. September 2016 ihre Duplik (act. 22). Diese wurde der Klägerin mit Verfügung vom 9. September 2016 zugestellt.

Mit Verfügung vom 17. Februar 2017 wurde den Parteien Frist angesetzt um zu erklären, ob sie - unter Vorbehalt der Durchführung eines Beweisverfahrens -

auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verzichten (act. 26). Mit Eingabe je vom 21. Februar 2017 (Klägerin act. 28; Beklagte act. 29) verzichteten die Parteien auf eine mündliche Hauptverhandlung.

Der Prozess erweist sich als spruchreif, weshalb ein Urteil zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Auf die einzelnen Parteivorbringen sowie auf die Akten ist in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen, soweit sich dies zur Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit und Prozessvoraussetzungen

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich wurde ausdrücklich anerkannt (act. 15 Rz. 3) und ist gegeben (Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG). Die weiteren Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls gegeben, weshalb auf die Klage einzutreten ist.

1.2. Allgemeines zur Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast

1.2.1. Behauptungs- und Substantiierungslast

Der Verhandlungsgrundsatz – welcher im vorliegenden Fall anwendbar ist – besagt, dass der Rechtssuchende die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen hat, aus deren Vorliegen er seinen Anspruch herleitet (Urteil des Bundesgerichts 4A_169/2011 vom 19. Juli 2011, E. 5.5). Das Gericht darf das Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen abstützen. Somit obliegt den Parteien die Behauptungslast. Es handelt sich dabei nicht um eine Rechtspflicht, sondern um eine prozessuale Obliegenheit, deren Unterlassung zu einem prozessualen Nachteil führt, indem die betreffende Tatsache im Prozess unberücksichtigt bleibt.

Die Sachvorbringen müssen umfassend, detailliert, in Einzeltatsachen gegliedert und klar dargelegt werden, damit die Gegenpartei Stellung nehmen und

darüber Beweis abgenommen werden kann. Pauschale Behauptungen genügen nicht (DANIEL WILLISEGGER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [HRSG.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, N 27 zu Art. 221 ZPO; CHRISTOPH LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [HRSG.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl.; Zürich/Basel/Genf 2016, N 43 zu Art. 221 ZPO; HANS PETER WALTER, in: HAUSHEER/WALTER [HRSG.], Berner Kommentar, Einleitung und Personenrecht, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012, N 182 ff. zu Art. 8 ZGB). Die Tatsachen müssen in der Rechtschrift selbst dargelegt bzw. behauptet werden (Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO). Tatsachen, die sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtschrift ergeben, sind vom Gericht – soweit wie hier die Verhandlungsmaxime das Verfahren beherrscht – nicht zu beachten (WILLISEGGER, a.a.O., Art. 221 N. 31; GEORG NAEGELI/ROMAN RICHERS, in: OBERHAMMER/DOMEJ/HAAS [HRSG.], Kurzkomentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 221 N. 27; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A.169/2011 vom 19. Juli 2011, E. 6.3). Eine nicht oder nicht genügend substantiierte Behauptung darf nachträglich mittels eines Beweisverfahrens nicht mehr korrigiert werden, führte dies ansonsten doch zu einer Aushöhlung der Substantiierungslast und damit zu einer Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes (vgl. auch BGE 108 II 337 E. 3).

Die inhaltliche Tragweite der Substantiierungslast hängt auch vom prozessualen Verhalten der Gegenpartei ab. Bestreitet der Prozessgegner das an sich schlüssige undifferenzierte Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei seinerseits schlüssig und widerspruchsfrei, kann diese gezwungen sein, die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern umfassend darzulegen. Tatsachenbehauptungen sind dabei immer so konkret zu formulieren, dass sie einerseits ohne Weiteres als Beweissatz formuliert und in eine allfällige Beweisverfügung aufgenommen werden können, und andererseits substantiiertes Bestreiten möglich ist bzw. der Gegenbeweis angetreten werden kann. Wird dem Gebot der Substantiierung ungenügend nachgelebt, ergeht ein Sachentscheid ohne Beweisabnahme, weil die behauptete Tatsache von Anfang an so behandelt wird, wie wenn sie beweislos wäre. Das Gericht kann einen Sachverhalt nur erfragen, wenn dieser zumindest andeutungsweise behauptet worden ist. Zudem

entfällt die richterliche Fragepflicht zum Vornherein, wenn die Gegenpartei auf eine ungenügende Substantiierung hinweist (Urteil des Bundesgerichts vom 19. Juli 2011, 4A_169/2011, E. 6.2 m.w.H.; BGE 127 III 365 E. 2b f.; BGE 108 II 337 E. 3; WILLISEGGER, a.a.O., N 29 f. zu Art. 221 ZPO; FLAVIO LARDELLI, in: HONSELL/VOGT/GEISER [HRSG.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Basel 2014, N 33 ff. zu Art. 8 ZGB).

1.2.2. Bestreitungslast

Als Gegenstück zur Behauptungslast trifft die beweisfreie Partei die Bestreitungslast. Sie hat im Einzelnen darzutun, welche Tatsachen anerkannt und welche bestritten werden. Pauschale Bestreitungen genügen dafür nicht; auch diesbezüglich sind substantiierte Ausführungen zu verlangen. Die Anforderungen dürfen jedoch nicht so hoch angesetzt werden, dass daraus eine Umkehr der Beweislast resultieren würde; die behauptungspflichtige Partei kann sich folglich nicht mit Verweis auf unsubstantiierte Bestreitungen von ihren Substantiierungslasten befreien. Es ist lediglich zu verlangen, dass die Bestreitungen einer bestimmten Tatsachenbehauptung zugeordnet werden könne (WALTER, a.a.O., N 191 ff. zu Art. 8 ZGB).

1.2.3. Beweislast und Beweisführung

Um zum Beweis zugelassen zu werden, hat der Kläger die genannten von ihm zu beweisenden Tatsachen zunächst rechtsgenügend zu behaupten, wobei die Anforderungen daran – wie dargelegt – insbesondere vom Verhalten der Beklagten (Bestreitungen) abhängen. Dabei hat der Kläger seiner Behauptungs- und Substantiierungslast grundsätzlich in den Rechtsschriften selber nachzukommen. Der blosser Verweis auf Beilagen erfüllt die Behauptungslast in aller Regel nicht. Denn es ist nicht Sache des Gerichts oder der Gegenpartei, sich die Grundlagen des Anspruchs aus den Beilagen zusammensuchen (Urteile des Bundesgerichts vom 10. August 2015, 4A_264/2015 E. 4.2 und vom 17. Oktober 2014, 4A_317/2014 E. 2.2; LAURENT KILLIAS, in: HAUSHEER/WALTER [HRSG.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N 23 zu Art. 221 ZPO; WILLISEGGER, a.a.O., N 27 zu Art. 221 ZPO).

Nach Art. 150 Abs. 1 ZPO ist der Beweis über rechtserhebliche, streitige Tatsachen zu führen. Rechtserheblich sind dabei Tatsachen, deren Vorliegen oder Fehlen den Ausgang des konkreten Verfahrens beeinflussen können (PETER GUYAN in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [HRSG.], BSK ZPO, a.a.O., N 3 zu Art. 150 ZPO; JÜRGEN BRÖNNIMANN, in: HAUSHEER/WALTER [HRSG.], BK ZPO II, a.a.O., N 27 zu Art. 152 ZPO). Das Recht, Beweis zu führen (Art. 152 Abs. 1 ZPO), befreit die Parteien nicht davon, ihre Sachdarstellungen substantiiert vorzubringen. Das Beweisverfahren dient nicht dazu, ungenügende Parteivorbringen zu vervollständigen. Die rechtserheblichen Tatsachen sind umfassend und klar darzulegen, sodass darüber Beweis abgenommen werden kann (ANETTE DOLGE, Anforderungen an die Substanziierung, in: DOLGE [HRSG.], Substantiiieren und Beweisen, Praktische Probleme, Zürich 2013, S. 17 ff., S. 22 f.). Über einen nicht substantiiert behaupteten Sachverhalt ist kein Beweis abzunehmen. Insbesondere sind vage, generelle und pauschale Behauptungen, die auf einen Ausforschungsbeweis abzielen, nicht beachtlich (BRÖNNIMANN, a.a.O., N 33 f. zu Art. 152 ZPO).

In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen, die damit bewiesen werden sollen, aufzuführen (Urteil des Bundesgerichts vom 4. Juni 2013, 4A_56/2013, E.4.4). Insbesondere ist zu bezeichnen, welche Behauptung mit welchem Beweismittel bewiesen werden soll (BRÖNNIMANN, a.a.O., N 22 zu Art. 152 ZPO). Beweisangebote nach seitenlangen Ausführungen sind ungenügend, da diese nicht den einzelnen Behauptungen zugeordnet werden können (BRÖNNIMANN, a.a.O., N 23. zu Art. 152 ZPO).

1.3. Eventualstandpunkt

Die Beklagte bestreitet in ihrem Eventualstandpunkt nur einen Teil der Forderung und stellt den Eventualantrag auf eine teilweise Gutheissung. Die ZPO kennt keine festgeschriebene Stufenfolge verschiedener Anträge (BALTHASAR BESSENICH/LUKAS BOPP, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [HRSG.], a.a.O., N 7 zu Art. 90 ZPO), weshalb zu prüfen ist, ob dadurch der bereits bezahlte Betrag als anerkannt oder zumindest unbestritten angesehen werden muss. Dies ist nicht der Fall: Vorliegend ergibt sich die Stufenfolge der beklagischen Anträge klar aus deren Begehren. In erster Linie beantragt sie die Abweisung der

Klage. Einzig für den Fall ihres Unterliegens mit ihrem Hauptantrag begründet sie einzelne Positionen zusätzlich. Eine generelle Anerkennung der nicht explizit bestrittenen Forderungen kann darin jedoch nicht gesehen werden. Vielmehr ist die Beklagte ausdrücklich der Meinung, bei diesen Positionen genüge ein pauschales Bestreiten.

2. Materielles

2.1. Unbestrittene Sachdarstellung

Am 14. April 2014 schlossen die Parteien einen Werkvertrag betreffend "Bodenbeläge Plattenarbeiten" im Rahmen des Projekts D._____ in C._____. Darin wurden unbestrittenermassen Einheitspreise vereinbart (act. 1 Rz. 5; act. 10 Rz. 45; act. 3/2), wobei eine provisorische Vertragssumme von CHF 265'397.– errechnet wurde (act. 3/2 S. 3). Zudem haben die Parteien am 30. Juni 2014 einen Pauschal-Nachtrag über zusätzliche Plattenarbeiten zu einem Werkpreis von CHF 5'316.15 (netto inkl. MWSt.) und am 7. August 2014 einen Nachtrag nach Aufwand über die Verlegung von Wedi-Bauplatten mit einer voraussichtlichen Vertragssumme von CHF 9'219.95 abgeschlossen (act. 1 Rz. 6; act. 3/10; act. 3/11). Die gemäss Werkvertrag geschuldeten Arbeiten hat die Klägerin ausgeführt. Mit Datum vom 16. Oktober 2014 stellte die Klägerin der Beklagten die Schlussrechnung zu, worauf am 21. Januar 2015 eine erste Besprechung stattgefunden hat und am 2. April 2015 eine geänderte Schlussrechnung über einen Restbetrag von CHF 129'546.10 zugestellt wurde (act. 1 Rz. 7; act. 10 Rz. 47; act. 3/13 S. 35). Schliesslich ist unbestritten, dass die Beklagte Akonto-Zahlungen von insgesamt CHF 345'316.10 inkl. MWSt. geleistet hat (act. 1 Rz. 8).

2.2. Wesentliche Parteistandpunkte

2.2.1. Klägerin

Die Klägerin führt aus, die Beklagte habe ihr nach dem Abschluss des Werkvertrages diverse Zusatzarbeiten in Auftrag gegeben und zusätzliche Platten bestellt. Entsprechend habe die Klägerin der Beklagten am 15. August 2014 eine Nachtragsofferte mit Einheitspreisen zugestellt. Dagegen habe die Beklagte nicht

opponiert und die Arbeiten seien wie offeriert ausgeführt worden. Die eingeklagte Forderung ergebe sich aus der geänderten Schlussrechnung. Diese belaufe sich auf CHF 477'888.–. Die Einheitspreise seien im Leistungsverzeichnis vom 3. April 2014, im Nachtrag 2 vom 7. August 2014 und in der Offerte vom 15. August 2014 enthalten; die Ausmasse habe sie am Werkobjekt ermittelt. Die geschuldete Vergütung sei in der Schlussrechnung klar aufgeführt und ergebe sich aus der Menge der geleisteten Einheiten multipliziert mit den zugehörigen Einheitspreisen, dem vereinbarten Pauschalbetrag gemäss Nachtrag 1 vom 30. Juni 2014 sowie den Regiearbeiten, die gemäss den Konditionen in Werkvertrag und Nachtrag 2 und den schriftlichen Regierapporten verrechnet worden seien. Nach Abzug der geleisteten Akonto-Zahlungen verbleibe ein Werklohn von CHF 129'546.10 netto inkl. MWSt. (act. 1 Rz. 6 ff.).

In ihrer Replik hält die Klägerin daran fest, den Forderungsbetrag schlüssig dargelegt zu haben. Der Beklagten sei klar gewesen, mit welchen Behauptungen sie sich auseinandersetzen habe. Sie habe denn auch zu einzelnen Positionen detailliert Stellung genommen. Mit einer pauschalen Bestreitung der gesamten Vergütung der Klägerin komme sie ihrer Bestreitungslast nicht nach. Die Klägerin bringt weiter vor, sie nehme auch zu den pauschal bestrittenen Positionen Stellung, weshalb sie die Schlussrechnung mit detaillierten Angaben zu den einzelnen Positionen sowie die Ausmasse mit entsprechender Nummerierung erneut einreiche. Aus dieser Schlussrechnung sei bei jeder Position die Menge der von der Klägerin geleisteten Einheiten unter Verweis auf das entsprechende Ausmass sowie der zugehörige Einheitspreis unter Verweis auf die BKP-Nummer gemäss Werkvertrag ersichtlich. Zudem habe sie kurz begründet, weshalb die in Regie erbrachten Arbeiten nicht nach Einheitspreisen abgerechnet worden seien. Die beiden Beilagen erkläre sie zum Bestandteil der Rechtsschrift. Würde die Integration dieser Dokumente in die Rechtsschrift verlangt, würde die Replik unnötig aufgeblasen und wäre dies überspitzt formalistisch (act. 17 Rz. 5 f. und 23).

Die Klägerin bringt weiter vor, das Leistungsverzeichnis vom 3. April 2014 nicht unvollständig eingereicht zu haben. Die ersten 13 Seiten desselben seien bereits bei der ersten Sitzung nicht mehr übergeben worden und entsprechend

auch nicht mehr Bestandteil der Offerte der Klägerin gewesen (act. 17 Rz. 7). Die vereinbarte Komplettheitsklausel habe nicht die Folge, dass sämtliche Änderungswünsche nach den Einheitspreisen zu erbringen seien. Bei den in Regie erbrachten Arbeiten handle es sich um Bestellungenänderungen, die dazu geführt hätten, dass sich der Leistungsinhalt geändert habe. Diese seien daher nicht Gegenstand des Werkvertrages. Da die Mehrarbeiten komplex und aufwändig gewesen seien, sei es nicht möglich gewesen, diese nach Einheitspreisen abzurechnen (act. 17 Rz. 9 ff., Rz. 16 und Rz. 21). Ein Vorbehalt der Schriftform sei zwar vereinbart gewesen, die Parteien hätten sich jedoch nicht daran gehalten. Zahlreiche von der Beklagten nicht substantiiert bestrittene Regiearbeiten seien auf deren Wunsch ausgeführt worden, ohne schriftlichen Auftrag oder vereinbartes Kostendach. Die Beklagte habe die Regie-Rapporte unterzeichnet und die Arbeiten anstandslos geschehen lassen; sie habe dabei nie auf die Formalien des Werkvertrages hingewiesen. Damit habe die Beklagte die Leistung der Regiearbeiten stillschweigend akzeptiert. Ohnehin hätten die Regie-Rapporte lediglich beweisrechtliche Bedeutung und lasse die fehlende Unterschrift eine Vergütungspflicht nicht entfallen (act. 17 Rz. 12 ff.). Die Offerte vom 15. August 2014 sei der Beklagten per E-Mail zugestellt worden. Die Beklagte habe konkludent auf die formellen Anspruchsvoraussetzungen verzichtet und könne sich nun im Nachhinein nicht mehr auf diese berufen (act. 17 Rz. 18 ff.)

Die Klägerin macht sodann weitergehende Ausführungen zu einzelnen Positionen (act. 17 Rz. 27 ff., dazu hinten E. 2.4.3).

2.2.2. Beklagte

Die Beklagte stellt sich in erster Linie auf den Standpunkt, die klägerische Forderung sei nicht genügend substantiiert. Im Rahmen eines Einheitspreisvertrages habe die Klägerin für jede Position die verbaute Menge und die vereinbarten Einheitspreise darzulegen, was sie nicht mache (act. 10 Rz. 6). Weiter sei eine Vollständigkeitsklausel vereinbart gewesen. Die Klägerin mache zahlreiche Leistungen geltend, welche sie in Regie erbracht haben wolle, unterlasse es aber, darzulegen, inwieweit diese "Zusatzleistungen" nicht bereits im vertraglich geschuldeten Leistungsumfang enthalten und damit nicht von der Komplettheits-

klauseel gedeckt sein sollen. Zudem sei werkvertraglich vereinbart gewesen, dass Regieleistungen und Änderungen oder Ergänzungen des Werkvertrages nur nach schriftlichem Auftrag des Bauherrn ausgeführt werden dürfen, wobei der Entschädigungsanspruch verwirkt werde, wenn die Voraussetzungen nicht eingehalten werden. Die Klägerin behaupte nicht, dass die in Rechnung gestellten Regiearbeiten vorgängig schriftlich bewilligt und die Rapporte der Beklagten zur Unterzeichnung vorgelegt worden seien. Damit sei die Klage auch in diesem Punkt unbegründet. Die Klägerin mache weiter einen Mehrvergütungsanspruch gestützt auf die Nachtragsofferte vom 15. August 2014 geltend, wobei sie nicht nachweise, dass die offerierten Leistungen nicht im Leistungsumfang des Werkvertrages enthalten seien. Ausserdem fehle es ebenfalls an den formellen Anspruchsvoraussetzungen (act. 10 Rz. 7 ff.). Ohnehin bestreite die Beklagte, die Offerte jemals erhalten zu haben (act. 10 Rz. 46).

In ihrer Duplik bleibt die Beklagte dabei, dass die Klage nicht genügend substantiiert sei. Die Beklagte setze sich mit den zum Bestandteil der Replik erklärten Dokumenten lediglich auseinander, soweit diese in der Rechtsschrift konkretisiert würden (act. 22 Rz. 6 und Rz. 24). Die Klägerin vermöge nicht darzulegen, dass die vertraglich vereinbarten Gültigkeitsvoraussetzungen eingehalten worden seien. Der Werkvertrag sei am 14. April 2014 unterzeichnet worden, während die Schlussrechnung vom 16. Oktober 2014 datiere. Bei dieser kurzen Bauzeit könne nicht leichthin von einer Aufgabe der vertraglichen Schriftlichkeit ausgegangen werden, umso mehr, als am 30. Juli 2014 und am 7. August 2014 zwei schriftliche Nachträge vereinbart worden seien. Die Unterzeichnung einzelner Regie-Rapporte stelle ebenfalls keine konkludente Genehmigung der Zusatzaufträge dar, dies umso mehr, als dass die Leistungen durch Subakkordanten erbracht worden seien, welche unabhängig von der Parteivereinbarung gegenüber der Klägerin mittels Rapporten abgerechnet hätten. Das Schriftlichkeitserfordernis ergebe sich sodann auch aus der SIA-Norm 118 (act. 22 Rz. 7 ff.). Das Leistungsverzeichnis vom 3. April 2014 sei ohne Einschränkungen Vertragsbestandteil geworden. Soweit die ersten 13 Seiten an der Vergabeverhandlung vom 16. April 2014 nicht mehr übergeben worden seien, deute dies lediglich darauf hin, dass darüber kein Verhandlungsbedarf mehr bestanden habe. Die vereinbarten Voll-

ständigkeitsklauseln seien umfassend und würden den Unternehmer insbesondere dazu verpflichten, sämtlichen Aufwand in die offerierten Einheitspreise einzureichen, was im Leistungsverzeichnis präzisiert werde. Es wäre an der Klägerin, darzulegen und zu beweisen, dass der geltend gemachte Aufwand nach der Vollständigkeitsklausel nicht bereits von den vereinbarten Leistungspositionen umfasst sei. Dies könne ihr nicht gelingen (act. 22 Rz. 24 ff.). Die Unterzeichnung einzelner Regie-Rapporte stelle lediglich eine Vermutung für den darin ausgewiesenen Aufwand dar, jedoch keine Anerkennung der Vergütungspflicht. Die Klägerin könne folglich nichts zu ihren Gunsten daraus ableiten. Die Beklagte bestreite weiter, die Offerte vom 15. August 2014 erhalten zu haben oder diverse Zusatzarbeiten in Auftrag gegeben zu haben. Sie habe nicht auf den Schriftlichkeits- und Genehmigungsvorbehalt verzichtet und die Klägerin nicht zur Ausführung von Bestellungsänderungen angehalten, ohne gleichzeitig die fehlende Genehmigung zu reklamieren. Wenn, dann habe es sich um Aufforderungen zur vertragsgemässen Leistungserbringung gehandelt. Schliesslich werde bestritten, dass die angeblichen Mehrarbeiten nicht zu Einheitspreisen hätten verrechnet werden können (act. 22 Rz. 29 ff.).

2.3. Rechtliches

Die von der Klägerin eingeklagte Forderung besteht aus verschiedenen Teilbeträgen, welche unterschiedliche Grundlagen haben. Neben dem Werkvertrag vom 14. April 2014 liegen zwei schriftlich vereinbarte Nachträge vom 20. Juli 2014 und vom 7. August 2014 vor. Zudem macht die Klägerin geltend, gewisse Arbeiten seien nach Regie abzurechnen.

2.3.1. Einheitspreisvertrag

Die Parteien haben unbestrittenermassen einen Einheitspreisvertrag vereinbart. Dabei übernimmt der Unternehmer die Werkausführung zu Einheitspreisen, die im Voraus genau bestimmt werden. In der Regel werden verschiedene Einheitspreise für verschiedene Einzelleistungen vereinbart. Ein Einheitspreisvertrag enthält in aller Regel ein integriertes Leistungsverzeichnis, in dem die Einheitspreise der einzelnen Leistungspositionen multipliziert und die betreffenden Beträ-

ge zu einer Gesamtsumme aufaddiert sind. Die Vergütung ist dennoch auf der Grundlage der vom Unternehmer geleisteten Menge, nicht nach dem zugehörigen Positionsbetrag oder nach der Hauptsumme des Verzeichnisses zu bestimmen. Die jeweilige Hauptsumme stellt lediglich ein Indiz für die mögliche Höhe der zu leistenden Gesamtvergütung dar, die im Einzelfall aber erheblich davon abweichen kann. Obwohl die Hauptsumme des Leistungsverzeichnisses auch als Vertragssumme bezeichnet wird, ist sie selber kein Vertragspreis, sondern bleibt für die Parteien unverbindlich (PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 5. Aufl., Zürich 2011, N 915 ff.; PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, in: GAUCH/STÖCKLI [HRSG.], *Kommentar zur SIA-Norm 118*, 2. Aufl., Zürich 2017, Anm. 6 zu Art. 39 SIA-Norm 118).

2.3.2. Nachträge

Auf eine Mehrvergütung hat der Unternehmer dann einen Anspruch, wenn es sich um eine vereinbarte oder einseitige Bestellsänderung handelt. Dies setzt grundsätzlich keine besondere Vereinbarung oder Anerkennung voraus. Unter Vorbehalt einer anderen Abrede bestimmt sich die Vergütung nach Art. 374 OR und damit dem Aufwand des Unternehmers. Eine Entschädigung entfällt, soweit der Unternehmer darauf verzichtet hat oder die Bestellsänderung auf ein vertragswidriges Verhalten seinerseits zurückzuführen ist (GAUCH, a.a.O., N 785 ff.). Bei der Beurteilung der Mehrvergütung ist die konkrete vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien zu berücksichtigen. Insbesondere wird in der Praxis regelmässig ein Genehmigungsvorbehalt vereinbart. Auch gibt es Vereinbarungsklauseln, welche bewirken, dass ohne Vereinbarung zwischen den Parteien eine Bestellsänderung gar nicht erst zu Stande kommt. Diese Klauseln sind zudem häufig mit Formvorschriften verbunden, wobei diese eng auszulegen sind (GAUCH, a.a.O., N 789a ff.).

2.3.3. Arbeiten nach Regieansätzen

Die Schlussrechnung der Klägerin beinhaltet neben den nach Einheiten abgerechneten Positionen auch solche, die sie in Regie erbracht haben will. Regiearbeiten werden nach Aufwand vergütet (Art. 48 SIA-Norm 118). Dieser besteht im entsprechenden Personal-, Sach- und übrigen Aufwand, der dem Unternehmer

entstanden ist. Dabei bestimmt sich die Vergütung nicht nach dem tatsächlichen Aufwand des Unternehmers, sondern nach dem Aufwand, der bei sorgfältigem Vorgehen genügt hätte (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Anm. 2 zu Art. 48 SIA-Norm 118). Legt der Werkvertrag die Ansätze für die Regiearbeiten fest, so wird nach diesen abgerechnet. Ansonsten gelten die im Zeitpunkt und am Ort der Arbeitsausführung massgebenden Regietarife der Berufsverbände oder mangels solcher die üblichen Ansätze (Art. 49 SIA-Norm 118).

2.3.4. Beweislast

Da die Klägerin die Forderung zu beweisen hat, liegt es nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB an ihr, eine offene Werklohnforderung darzutun. Damit hat sie beim Einheitspreisvertrag die Menge der geleisteten Einheiten sowie den jeweils vereinbarten Einheitspreis zu beweisen (vgl. GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Anm. 6.3 f. zu Art. 39 SIA-Norm 118). Insofern die Klägerin eine Vergütung nach Regie verlangt, trägt sie die Beweislast für den gehaltenen Aufwand und die Ansätze für die Regiearbeiten (vgl. GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Anm. 2.5 zu Art. 48 SIA-Norm 118). Zudem ist die Klägerin für den Umstand beweibelastet, dass der nachgewiesene Aufwand bzw. die dargelegten Einheiten zur Ausführung des Werkvertrages erforderlich waren. Schliesslich hat sie zu beweisen, dass die von ihr erbrachten Leistungen vertraglich vereinbart waren, bzw. hat die Tatsachen darzutun, aufgrund welcher eine Vergütungspflicht gemäss SIA-Norm 118 besteht (vgl. dazu auch HANS RUDOLF SPIESS/MARIE-THERES HUSER, Der Bau-Werkvertrag in der Praxis, Zürich 2015, Rz 374 f.). Im Sinne des oben Gesagten obliegt der Klägerin zudem der Beweis für die Vergütungspflicht durch die Beklagte. Sie hat entsprechend auch nachzuweisen, dass für die geltend gemachten Regiearbeiten eine Entschädigung nach Aufwand vereinbart worden ist.

2.4. Würdigung

Vorab ist festzuhalten, dass die Klägerin einerseits die Forderung als Ganzes mit einem Verweis auf die Schlussrechnung begründet (act. 17 Rz. 6 ff.) und sich in der Folge mit einzelnen Positionen vertieft auseinandersetzt (act. 17

Rz. 27 ff.). Die folgenden Ausführungen beziehen sich einzig auf die erstgenannte Begründung, während die Einzelforderungen hinten beurteilt werden (E. 2.4.3).

2.4.1. Beweislast der Klägerin

Wie ausgeführt (vorne E. 2.3.4), obliegt die Beweislast der Klägerin. Sie hat folglich zu beweisen, dass ihr ein Entschädigungsanspruch in der geltend gemachten Höhe zusteht. Dabei ist hervorzuheben, dass seitens der Klägerin Konto-Zahlungen der Beklagten von insgesamt CHF 345'316.10 inkl. MWSt. anerkannt werden (act. 1 Rz. 8). Diese Zahlungen erfolgten vermutlich als Anzahlung an die Gesamtforderung der Klägerin. Eine Differenzierung nach bezahlten und nicht bezahlten Leistungen nimmt die Klägerin nicht vor und ist aufgrund der Parteidarstellungen auch nicht möglich. Entsprechend hat die Klägerin nicht nur eine Forderung in der Höhe des eingeklagten Betrages zu beweisen. Vielmehr obliegt ihr der Beweis dafür, dass über die bereits geleisteten Zahlungen der Beklagten hinaus ein Anspruch in der geltend gemachten Höhe besteht.

2.4.2. Gesamtforderung

2.4.2.1. Verweis auf die Schlussrechnung und die Ausmasse

Die Klägerin verweist für den Beweis des Bestands der Gesamtforderung pauschal auf die Schlussrechnung vom 16. Oktober 2014/2. April 2015 sowie auf die Ausmasse vom 3./4./8./9./10. September 2014 (act. 18/19-20) und erklärt diese zum integrierten Bestandteil der Replik. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts (etwa Urteile vom 10. August 2015, 4A_264/2015 E. 4.2 und vom 17. Oktober 2014, 4A_317/2014 E. 2.2) wie auch des Handelsgerichts des Kantons Zürich (etwa Urteile vom 8. Juni 2015, HG130071 E. 3.1 und vom 1. Juli 2015, HG120137, E. 1.5), wird damit der Behauptungslast nicht genüge getan. Vielmehr sind die wesentlichen Behauptungen in der Rechtsschrift selbst explizit aufzuführen, so dass im Bestreitungsfall ein Beweissatz formuliert werden kann. Diese Problematik war der Klägerin offensichtlich bewusst (act. 17 Rz. 6, wonach "mit den präzisen Angaben in 0 [gemeint wohl: kommentierte Schlussrechnung, act. 18/19] [...] es für die Beklagte und das Gericht möglich [sei], sich einen Über-

blick über die einzelnen Rechnungspositionen zu erlangen."). Trotzdem hat sie es unterlassen, die wesentlichen Behauptungen in die Rechtsschrift zu integrieren. Mit dem Verweis auf die Schlussrechnung und die Ausmasse als Ganzes kommt sie ihren Substantiierungspflichten - unter dem Vorbehalt der im Einzelnen begründeten Teilforderungen - nicht nach, obwohl die Beklagte in ihrer Klageantwort explizit auf die mangelhafte Substantiierung hingewiesen hat (act. 10 Rz. 5 ff.).

2.4.2.2. Substantiierung mittels der Schlussrechnung

a. Hinzu kommt, dass offenbar selbst nach Ansicht der Klägerin die Schlussrechnung an sich nicht für die Substantiierung der Klage genügt. Immerhin hat sie replicando die Schlussrechnung und die Ausmasstabelle mit Bemerkungen und Querverweisen versehen (act. 17 Rz. 6). Dazu gilt es anzumerken, dass es der Klägerin auch unter Berücksichtigung der act. 19/19-20 als Bestandteil der Klageschrift nicht gelingen könnte, ihre Forderung in genügender Weise zu substantiieren.

b. Die Klägerin hat in die Schlussrechnung zusätzlich die NPK-Nummern eingefügt, welche bereits in der ursprünglichen Fassung weitgehend enthalten waren (act. 19/19; act. 3/13). Damit kann aber einzig der im Werkvertrag vereinbarte Einheitspreis einer bestimmten Leistung belegt werden, was für sich keinen Beweis der jeweiligen Teilforderung darstellt. Die Menge der geleisteten Einheiten ergibt sich daraus nicht, zumal es sich bei den im Werkvertrag aufgeführten Einheiten lediglich um Schätzungen handelt. Dies bestätigt sich beim Vergleich einzelner Positionen. So wurden etwa für die Position NPK 131.101 im Leistungsverzeichnis 453 LE vorgesehen (act. 3/2 Anhang 9 S. 14), während die Schlussrechnung für dieselbe Position 684.340 m² ausweist (act. 19/19 S. 1).

Zum Beweis der geleisteten Leistungseinheiten führt die Klägerin aus, dass sie bei jeder Position auf das entsprechende Ausmass verweise (act. 17 Rz. 6). Damit sind wohl die unter der jeweiligen Menge aufgeführten Zahlen gemeint (act. 19/19). Diese Angaben können jedoch für eine genügende Substantiierung der klägerischen Forderung nicht ausreichen. Sowohl in der Schlussrechnung als auch in der Ausmasstabelle - welche immerhin 30 Seiten umfasst (act. 19/20) -

wiederholen sich verschiedene Zahlen regelmässig, wobei die daraus resultierenden Ausmasse (teilweise in unterschiedlichen Kombinationen) nicht immer übereinstimmen. Als illustrierendes Beispiel sind die Ausmasse mit der Nummer 28 zu nennen. Diese finden sich auf Seite 2 der Schlussrechnung in vier Positionen mit unterschiedlichen Flächenangaben (act. 19/19 S. 2). Die zugehörigen Ausmasse sind in der Tabelle über zahlreiche Seiten verteilt, ohne dass spezifiziert würde, welche Ausmasse letztlich welcher Position zuzurechnen sind. Es ist aber nicht Aufgabe des Gerichts oder der Gegenpartei, sich aus insgesamt 65 Seiten Schlussrechnung und Ausmasse die jeweils zusammengehörigen Positionen herauszusuchen. Es zählt zur Behauptungslast der Klägerin, dass sie die Tatsachen, auf welche sie ihre Forderung stützt, eindeutig bezeichnet. Nur so ist es der Gegenseite möglich, die einzelnen Tatsachen substantiiert zu bestreiten und nur so kann das Gericht über die einzelnen Behauptungen Beweis abnehmen. Dies hätte auch dann zu gelten, wenn die Klägerin die genannten Dokumente in ihre Rechtschrift kopiert hätte. Der pauschale Hinweis auf die Schlussrechnung und die Ausmasstabelle eignet sich entsprechend nicht, um eine bestrittene Forderung in genügender Weise zu substantiieren.

c. Weiter finden sich in der Schlussrechnung verschiedene Verweise auf den Nachtrag vom 15. August 2014 (etwa act. 19/19 S. 30). Dabei verkennt die Klägerin, dass es sich bei der von ihr eingereichten Beilage dieses Datums lediglich um eine Offerte seitens der Klägerin handelt (act. 3/9). Die Beklagte bestreitet, dass über diese Offerte eine Einigung erfolgt ist (act. 10 Rz. 9; act. 22 Rz. 33 ff.), weshalb es an der Klägerin wäre, die eine über den Werkvertrag hinausgehende Entschädigung geltend macht, die Verbindlichkeit der Offerte zu beweisen. Dies kann mit dem pauschalen Hinweis in der Schlussrechnung nicht gelingen; damit lässt sich der Einheitspreis nicht beweisen. Ob eine konkludente Annahme der Offerte vorliegt, wie dies die Klägerin behauptet (act. 17 N 18), kann offen bleiben, da auch unter Berücksichtigung der in der Offerte enthaltenen Preise die behauptete Entschädigung aufgrund mangelhafter Darlegung der Ausmasse (vgl. vorne E. 2.4.2.2.b) nicht genügend substantiiert dargestellt wird.

d. Andere Positionen sind mit der Anmerkung "Neue Position" versehen (etwa act. 19/19 S. 29). In diesen Fällen ergibt sich der behauptete Einheitspreis einzig aus der Schlussrechnung, zumal die Klägerin keine Hinweise angebracht hat, woraus sich dieser sonst noch ergeben würde. Dies kann aber nicht dafür genügen, eine Vereinbarung zwischen den Parteien substantiiert darzulegen. Insbesondere finden sich diese Positionen gerade nicht mit den behaupteten Einheitspreisen im Leistungsverzeichnis (act. 3/2 Anhang 9). Da auch in diesen Fällen die Ausmasse nicht als substantiiert dargelegt angesehen werden können (vgl. vorne E. 2.4.2.2.b), bleiben die Teilforderungen gänzlich unbegründet.

e. Dasselbe gilt für die Positionen, die als "Sep. Auftrag" bezeichnet worden sind (act. 19/19 S. 34). Es ergibt sich aus der Schlussrechnung nicht, welche Beträge sich worauf beziehen. Entsprechend kann nicht von einer genügenden Substantiierung ausgegangen werden und bleiben die Teilbeträge unbegründet.

f. Schliesslich findet sich in der Schlussrechnung verschiedentlich der pauschale Hinweis "Zusatzarbeiten in Werkvertrag nicht enthalten" (act. 19/19 S. 4 ff.). Dies kann für sich alleine nicht genügen, um den Bestand einer Forderung substantiiert zu behaupten. Auch stellt dies entgegen der Behauptung der Klägerin keine Begründung dafür dar, weshalb nicht nach Einheitspreisen abgerechnet wurde (act. 17 Rz. 6). Immerhin haben die Parteien in ihrem Werkvertrag vereinbart, dass auch Nachträge nach Einheitspreisen zu offerieren seien (act. 3/2 Ziff. 3.2; act. 17 Rz. 21), womit der pauschale Hinweis von vornherein nicht genügen kann, um die Berechtigung zur Abrechnung in Regie zu belegen. Damit legt die Klägerin weder in genügender Weise dar, dass sie berechtigt ist, die Arbeiten in Regie abzurechnen, noch welche Arbeiten zu welchem Ansatz tatsächlich ausgeführt worden sind. Kommt hinzu, dass sie diesen Beweis für jede Leistung einzeln zu erbringen hätte, weshalb auch die pauschalen Ausführungen zur Schriftlichkeit bzw. zur konkludenten Zustimmung der Beklagten (act. 17 Rz. 12 ff.) dafür nicht ausreichen. Ihrer Behauptungslast kommt sie folglich auch in dieser Hinsicht nicht in genügender Weise nach.

2.4.2.3. Bestreitung durch die Beklagte

a. Die Klägerin stellt sich weiter auf den Standpunkt, dass die Beklagte ihre in der Klageschrift schlüssig dargestellte Forderung nicht substantiiert bestreite (act. 17 Rz. 5). Dabei verkennt die Klägerin, dass sich die Bestreitungslast der nicht beweispflichtigen Partei an der Darstellung der beweisbelasteten Partei misst. Ein substantiiertes Bestreiten kann lediglich verlangt werden, wenn es sich um eine substantiierte Darstellung handelt. Die Lasten der beklagten Partei können nicht weiter gehen als diejenigen der klagenden. Soweit sich die klagende Partei mit einer pauschalen Darstellung begnügen will, so genügt auch ein pauschales Bestreiten durch die Gegenseite. Es läge sodann an der klagenden Partei, in ihrer zweiten Rechtsschrift die Darstellung in genügender Weise zu ergänzen. Insbesondere sind seitens des Gerichts keine weitergehenden Substantiierungshinweise erforderlich, wenn sich bereits die Beklagte auf den Standpunkt stellt, eine Tatsache sei ungenügend substantiiert (vgl. vorne E. 2.4.2.1). Vorliegend hat sich die Klägerin in ihrer Klageschrift darauf beschränkt, zur Begründung ihrer Forderung pauschal auf die Schlussrechnung zu verweisen, mit einigen allgemeinen Erklärungen, wie die Berechnungen vorgenommen worden seien (act. 1 Rz. 8). Dieses Vorgehen erscheint berechtigt, zumal die Klägerin nicht davon ausgehen musste, dass ihre Schlussrechnung als Ganze bestritten wird. Allerdings ist in diesem Fall das pauschale Bestreiten durch die Beklagte als genügend anzusehen und es wäre an der Klägerin, die Forderung in ihrer zweiten Rechtsschrift im Detail zu begründen. Dem ist die Klägerin mit ihren Ausführungen nicht nachgekommen.

b. Daran vermag auch die klägerische Behauptung, der Beklagten sei bekannt gewesen, mit welchen Behauptungen sie sich auseinanderzusetzen habe, immerhin habe sie einzelne Positionen substantiiert bestritten, nichts zu ändern (act. 17 Rz. 5). Zwar erscheint tatsächlich möglich, dass der Beklagten die Grundlagen der klägerischen Forderung bekannt waren. Dies kann die Klägerin aber ebenfalls nicht von ihrer Behauptungslast befreien. Einzig in Bezug auf die substantiiert bestrittenen Positionen lassen sich Schlüsse auf die Kenntnisse der Gegenseite ziehen. Daraus ergibt sich aber gerade nicht, dass ein Bestreiten sämtli-

cher Positionen möglich gewesen wäre. Das Fundament der Klage ist nicht nur der Beklagten aufzuzeigen; auch dem Gericht muss dargelegt werden, worauf diese gestützt wird. Ohne weitergehende Behauptungen ist es dem Gericht nicht einmal möglich, abzuklären, ob die "behaupteten" Tatsachen als bekannt vorausgesetzt werden können.

c. Die Klägerin wirft der Beklagten ausserdem vor, sich rechtsmissbräuchlich zu verhalten, indem sie sämtliche Arbeiten und die Schlussrechnung als Ganzes bestreite (act. 17 Rz. 20). Dabei verkennt die Klägerin, dass die Beklagte lediglich ihre prozessualen Rechte wahrnimmt. Auch wenn naheliegend erscheint, dass die Klägerin die behaupteten Arbeiten gemäss Schlussrechnung zumindest mehrheitlich ausgeführt hat, kann an der Wahrnehmung der Rechte nichts ausgesetzt werden. Selbst wenn sie dabei Tatsachenbehauptungen aufstellen sollte, die schriftlichen Belegen widersprechen (act. 17 Rz. 119), kann daraus nichts zugunsten der Klägerin abgeleitet werden. Es wäre an ihr, die entsprechenden Urkunden als Beweismittel zu offerieren und die Darstellung der Beklagten zu widerlegen. Solange sie selbst keine substantiierten Behauptungen und keine entsprechenden Beweismittel nennt, steht es der Beklagten frei, sämtliche Tatsachen auch pauschal zu bestreiten.

2.4.2.4. Weitere Beweismittel

a. Zuletzt ist anzufügen, dass die Klägerin keine weitergehenden Beweismittel in rechtsgenügender Weise offeriert, welche zum Beweis der Forderung gemäss Schlussrechnung als Ganzes abgenommen werden könnten. In ihrer Klageschrift offeriert die Klägerin - neben den eingereichten Urkunden, die, wie zuvor ausgeführt, nichts zur Substantiierung beitragen können - pauschal einen Augenschein und eine Expertise (act. 1 Rz. 8). In ihrem Beweismittelverzeichnis präzisiert sie zudem, dass eine Expertise über die Ausmasse beantragt werde (act. 1 S. 8). In der Replik beschränkt sie die Beweisofferte auf die zum Inhalt der Rechtsschrift erklärten Urkunden (Schlussrechnung und Ausmasse; act. 17 Rz. 6).

b. Die klägerische Beweisofferte genügt den genannten Voraussetzungen (vorne E. 1.2.3) nicht. Die offerierten Beweismittel beziehen sich pauschal auf die

ebenso pauschal begründete Forderung. Zudem geht erst aus dem Beweismittelverzeichnis hervor, welche Tatsachen mittels einer Expertise bewiesen werden sollen. Die Ausmasse, welche einer Expertise grundsätzlich zugänglich wären, finden sich aber gar nicht erst in der Klageschrift (act. 1 Rz. 8). Erst in der Replik werden sie zum integrierenden Bestandteil der Rechtsschrift erklärt, doch werden hierfür keine weiterführenden Beweismittel genannt (act. 17 Rz. 6). Selbst bei grosszügiger Anwendung der Anforderungen an die Beweisofferten ist vorliegend keine Beweisabnahme möglich. Die pauschale Darstellung der Klägerin ist nicht geeignet, um entsprechende Beweissätze zu formulieren. Insbesondere kann einem Gutachter keine Frage vorgelegt werden, welche sich ohne weitere Einschränkungen auf sämtliche relevanten Ausmasse des Werkes bezieht. Es ist aber, wie erwogen, nicht Aufgabe des Gerichts, aus den eingereichten Unterlagen zu eruieren, welche Sachverhaltselemente im Einzelnen einem Gutachter vorgelegt werden müssen. Dies ist Teil der Behauptungslast. Entsprechend ist zum Beweis der Gesamtforderung gemäss Schlussrechnung keine Expertise durchzuführen.

Ähnliches gilt für den von der Klägerin angebehrten Augenschein. Ein solcher ist nur dann sinnvoll, wenn im Einzelnen dargelegt wird, welche Tatsachen im Rahmen des Augenscheins gemeinsam ermittelt werden sollen. Wiederum kann es aber nicht Sache des Gerichts oder der Gegenpartei sein, dies aufgrund der pauschalen Behauptungen der Klägerin zu eruieren. Der pauschal offerierte Augenschein kann demzufolge ebenfalls nicht abgenommen werden.

c. Aus dem Gesagten erhellt, dass die weiteren von der Klägerin offerierten Beweismittel ebenfalls keinen Beweis für die von der Klägerin behauptete Gesamtforderung darstellen können.

2.4.2.5. Zusammenfassung

Insgesamt ergibt sich aus dem Gesagten, dass es der Klägerin nicht gelingen kann, mittels (pauschalem) Verweis auf die Schlussrechnung und die Ausmasstabelle sowie allgemeinen Ausführungen zum Zustandekommen von Nachträgen ihre Forderung in genügender Weise zu behaupten. Entsprechend sind

auch keine erhöhten Anforderungen an die erforderliche Bestreitung durch die Beklagte zu stellen. Vielmehr genügt unter diesen Umständen ein pauschales Bestreiten der Schlussrechnung. Festzuhalten ist weiter, dass die Klägerin in der Klageantwort durch die Beklagte darauf hingewiesen worden ist, dass ihre Ausführungen nicht genügend substantiiert sind. Trotzdem hat es die Klägerin unterlassen, sich in ihrer zweiten Rechtsschrift eingehend mit der Kritik der Beklagten und den einzelnen Positionen ihrer Schlussrechnung auseinanderzusetzen. Sie hat sich damit begnügt, die Schlussrechnung (sehr knapp) zu kommentieren und diese sowie die Ausmasstabelle zum integrierten Bestandteil der Rechtsschrift zu erklären. Dies obwohl aus ihrer Replik hervorgeht, dass ihr bekannt war, dass dies nach ständiger Rechtsprechung nicht genügt. Es hätte aber auch nicht genügt, die genannten Dokumente in die Rechtsschrift zu kopieren, da dies - wie gezeigt - ebenfalls nicht als genügend substantiierte Behauptung anzusehen wäre. Vielmehr wäre es an der Klägerin gewesen, die einzelnen Positionen in geeigneter Form in ihrer Rechtsschrift zu begründen, so dass ein substantiiertes Bestreiten durch die Gegenseite sowie die Beurteilung durch das Gericht und die Beweisabnahme möglich geworden wäre.

2.4.3. Einzelne Positionen

Neben dem pauschalen - wie gezeigt ungenügenden (vorne E. 2.4.2 ff.) - Verweis auf ihre Schlussrechnung und die Ausmasstabelle begründet die Klägerin in ihrer Replik einzelne Positionen detaillierter (act. 17 Rz. 27 ff.). Dabei handelt es sich um folgende Positionen, wobei sich die jeweilige Rechnungsposition teilweise nur aus der zugehörigen Darstellung der Beklagten ergibt:

Position:	Behaupteter Betrag:	Ausführungen: (act. 17)
Position 152.251	CHF 4'000.-	Rz. 29 ff.
Zusatzarbeiten Regie-Rapport Nr. 25	CHF 1'135.-	Rz. 32 ff.
Zusatzarbeiten Regie-Rapport Nr. 37	CHF 4'279.80	Rz. 37 ff.
Zusatzarbeiten Regie-Rapport Nr. 43	CHF 2'132.90	Rz. 41 ff.
Zusatzarbeiten Regie-Rapport Nr. 45	CHF 2'325.80	Rz. 46 ff.
Zusatzarbeiten Regie-Rapport Nr. 46	CHF 1'984.40	Rz. 51 ff.
Zusatzarbeiten Regie-Rapport Nr. 47	CHF 1'860.70	Rz. 54 ff.
Zusatzarbeiten Regie-Rapport Nr. 2	CHF 1'808.50 + CHF 529.-	Rz. 58 ff.
Zusatzarbeiten Regie-Rapport Nr. 3	CHF 902.50	Rz. 63 ff.

Zusatzarbeiten Regie-Rapport Nr. 4	CHF 779.50 + CHF 422.20	Rz. 66 ff.
Zusatzarbeiten Regie-Rapport Nr. 6	CHF 1'259.50	Rz. 73 ff.
Zusatzarbeiten Regie-Rapport Nr. 10	CHF 4'229.35	Rz. 76 ff.
Zusatzarbeiten Regie-Rapport Nr. 12	CHF 1'005.70	Rz. 79 ff.
Zusatzarbeiten Regie-Rapport Nr. 13	CHF 891.75	Rz. 84 ff.
Zusatzarbeiten Regie-Rapport Nr. 15	CHF 1'334.50	Rz. 87 ff.
Position 271.025 ("Sonderanfertigungen")	CHF 25'344.–	Rz. 90 ff.
Position 300.014 ("Spezifikationen")	CHF 37'602.40	Rz. 97 ff.
Position 751.001 ("Spezifikation zu Pos. 300 ff/400 ff")	CHF 21'598.60	Rz. 100 ff.
Position 751.004 ("Spezifikation zu Pos. 200 ff Wand/Boden im Wasser")	CHF 5'787.50	Rz. 106 ff.
Position 751.005 ("Spezifikation zu Pos. 200 ff Anschlussfugen Farbe grün")	CHF 3'185.–	Rz. 109 ff.
Position 751.005 ("Spezifikation zu Pos. 400 ff Übergang Treppenstufen/Wand")	CHF 170.55	Rz. 112 ff.
R Pos. 381.007, 381.008, 381.014, 271.901 (Mosaik)	CHF 2'120.– + CHF 520.– + CHF 1'281.– + CHF 760.–	Rz. 115 ff
R Pos. 381.007/008, 381.002, 901.381.014 und Farbiges Ausfugen	CHF 4'190.15 + CHF 305.75 + CHF 4'269.20 + CHF 7'358.40	Rz. 121 ff.
Gesamtsumme der behaupteten Positionen:	CHF 145'373.65	

Aus der obigen Darstellung ergibt sich, dass die Klägerin bei insgesamt 23 Positionen mit einem Gesamtbetrag von CHF 145'373.65 substantiierte Behauptungen aufstellt. Werden zudem die von der Klägerin in der Schlussrechnung aufgeführten Abzüge und Zuschläge berücksichtigt (Rabatt 2%, Skonto 2%, Allgemeine Abzüge 4.2%, Mehrwertsteuer 8%) ergibt dies eine Forderungssumme von CHF 144'453.20. Diesen substantiiert behaupteten Positionen stehen die Akontozahlungen der Beklagten im Umfang von CHF 345'316.10 (act. 1 Rz. 8) gegenüber. Daraus ist zu folgern, dass es der Klägerin selbst bei vollständigem Obsiegen in Bezug auf die substantiiert behaupteten Teilforderungen nicht gelingen kann zu beweisen, dass sie einen über die bereits geleisteten Zahlungen hinausgehenden Anspruch gegenüber der Beklagten hat. Damit ist die Klage ohnehin abzuweisen und es kann offen gelassen werden, ob die substantiiert behaupteten Teilforderungen berechtigt wären; diese sind daher nicht weiter zu beurteilen.

3. Fazit

Insgesamt ergibt sich aus den obigen Ausführungen, dass es der Klägerin nicht gelingen kann, den Bestand einer Forderung im eingeklagten Umfang zu beweisen. Da die pauschalen Hinweise in ihrer - ohnehin nur als Beweismittel anzusehenden - Schlussrechnung für die Begründung der Forderung nicht genügend sind, wären lediglich die in der Rechtsschrift näher begründeten Positionen zu berücksichtigen. Da die Klägerin selbst bei einem in dieser Hinsicht vollumfänglichen Obsiegen lediglich Forderungen von knapp CHF 145'000.- nachweisen könnte und die anerkannten Akonto-Zahlungen deutlich über diesen Betrag hinausgehen, besteht keine substantiierte bzw. bewiesene Mehrforderung der Klägerin und ist die Klage abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. § lit. a GebV OG). Der Streitwert des vorliegenden Verfahrens beläuft sich auf CHF 129'546.10. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf die Grundgebühr von gerundet CHF 10'000.- festzulegen. In Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO sind die Kosten der Klägerin aufzuerlegen.

4.2. Parteientschädigungen

Einen Anspruch auf eine Parteientschädigung nach der AnwGebV haben diejenigen Parteien, die sich berufsmässig vertreten lassen (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO). Fehlt es an einer berufsmässigen Vertretung, besteht immerhin ein Anspruch auf eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO). Eine solche ist nur dann geschuldet, wenn diese begründet wird. Parteien, die sich im Prozess durch hauseigene Anwälte vertreten lassen, gelten dabei ebenfalls als nicht berufsmässig vertreten (MARTIN H. STERCHI, in HAUSHEER/WALTER [HRSG.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Bern

2012, N 18 zu Art. 95 ZPO; BENEDIKT A. SUTER/CRISTINA VON HOLZEN, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [HRSG.], a.a.O., N 42 zu Art. 95 ZPO). Auch in diesen Fällen ist der Anspruch zu begründen. Gerade wenn, wie im vorliegenden Fall, der Vertreter zwar Inhaber des Anwaltspatents, aber nicht im Anwaltsregister eingetragen ist, rechtfertigt es sich nicht, die Umtriebsentschädigung pauschal nach dem anwendbaren Anwaltstarif zu berechnen. Zu entschädigen wären einzig die Umtriebe der Partei, die dadurch entstehen, dass sie den (ohnehin lohnberechtigten) Mitarbeiter für die Führung des Prozesses einsetzen musste (vgl. dazu auch Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 7. September 2015, ZK 15 221, E. III.13). Diese Umtriebe wären jedoch im Einzelnen darzulegen. Ein pauschaler Antrag auf Entschädigung kann nicht genügen. Eine Begründung ihrer Umtriebe liefert die Beklagte jedoch nicht. Es ist ihr folglich keine Entschädigung zuzusprechen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgelegt auf CHF 10'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Es werden keine Partei- bzw. Umtriebsentschädigungen 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 129'546.10.

Zürich, 5. April 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. Roland Schmid

Dr. Benjamin Büchler