

HOR.2018.25 / fn / MD

Urteil vom 5. Juli 2022

Besetzung Obergerichter Dubs, Präsident
Handelsrichterin Baumann
Ersatzrichter Scheurer
Ersatzrichter Wieland
Ersatzrichter Meichssner
Gerichtsschreiberin-Stv. Füglistner

Kläger und Widerbeklagter **A.** _____
vertreten durch lic. iur. Thomas Kern, Rechtsanwalt, Rosenberg-
strasse 42b, 9000 St. Gallen

Beklagte und Widerklägerin **B.** _____
vertreten durch lic. iur. Christoph Suter, Rechtsanwalt, Bahnhofstrasse 6,
5610 Wohlen

Gegenstand Ordentliches Verfahren betreffend Forderung

Das Handelsgericht entnimmt den Akten:

1.

Der Kläger und Widerbeklagte (nachfolgend: Kläger) ist eine natürliche Person mit Wohnsitz in Q.. Er ist Inhaber des Einzelunternehmens C., A.. Die Einzelunternehmung bezweckt die Ausführung von Schreinerarbeiten, den Innenausbau sowie den Handel mit Waren aller Art (Klagebeilage [KB] 2).

2.

Die Beklagte und Widerklägerin (nachfolgend: Beklagte) ist eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in R.. Sie bezweckt den Betrieb einer Bauschreinerei, die Planung und Ausführung von Innenausbauten sowie den Handel mit Produkten und Erzeugnissen der Schreinereibranche (KB 3).

3.

Mit Klage vom 23. August 2018 (Postaufgabe: gleichentags) stellte der Kläger folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 377'348.45 zuzüglich 5 % Zins seit 17. Mai 2015 zu bezahlen.

2.

Der erhobene Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. aaa des Betreibungsamts R. vom 24. August 2017 sei für den Betrag von CHF 368'397.60 nebst Zins zu 5 % seit 22. August 2017 sowie für den Verzugszinsbetrag für den Zeitraum vom 17. Mai 2015 bis 21. August 2017 in Höhe von CHF 41'734.90 und für die Betreibungskosten von bislang CHF 203.30 aufzuheben.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Zur Begründung wurde ausgeführt, die vom Kläger ausgestellten Rechnungen für die von seinem Einzelunternehmen erbrachten Leistungen seien von der Beklagten teils nach einem unrechtmässigen Abzug eines Skontos von 2 % und teils gar nicht bezahlt worden.

4.

4.1.

In teilweiser Gutheissung des Sicherstellungsbegehrens der Beklagten vom 15. Oktober 2018 wurde der Kläger mit Verfügung vom 27. November 2018 verpflichtet, die mutmassliche Parteientschädigung der Beklagten in Höhe von Fr. 38'577.10 bis am 17. Dezember 2018 sicherzustellen.

4.2.

Mit Eingabe vom 17. Dezember 2018 reichte der Kläger die verlangte Zahlungsgarantie der D. vom 14. Dezember 2018 ein.

4.3.

Nachdem die Beklagte die Garantie als unzulänglich beanstandet hatte, reichte der Kläger mit Eingabe vom 18. Januar 2019 eine angepasste Zahlungsgarantie der D. vom 16. Januar 2019 nach.

4.4.

Mit Verfügung vom 5. Februar 2019 wurde festgehalten, die Zahlungsgarantie vom 16. Januar 2019 sei ausreichend und werde bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens durch das Gericht aufbewahrt.

5.

Mit Eingabe vom 28. Februar 2019 (nachfolgend: Klageantwort) stellte die Beklagte folgende Klageantwortanträge:

- " 1.
Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
- 2.
Die beim Handelsgericht des Kantons Aargau verwahrte Zahlungsgarantie der D. vom 16. Januar 2019 sei nach Rechtskraft des zu ergehenden Urteils der Beklagten auszuhändigen.
- 3.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers."

Zudem erhob die Beklagte Widerklage mit folgenden Anträgen:

- " 1.
Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten CHF 395'308.25 nebst 5 % Zins seit 12. September 2018 auf CHF 303'628.75 und 5 % Zins seit 1. März 2019 auf CHF 91'679.50 zu bezahlen.
- 2.
Der Beklagten sei in der Betreuung Nr. bbb des Betreibungsamts S. für den Betrag von CHF 303'628.75 nebst 5 % Zins ab 12. September 2018 definitive Rechtsöffnung zu erteilen.
- 3.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers."

Zur Begründung wurde ausgeführt, der Kläger habe Anspruch auf einen Werkpreis von insgesamt Fr. 550'390.65. Da die Beklagte dem Kläger bereits Fr. 945'698.90 überwiesen habe, fordere die Beklagte den Differenzbetrag von Fr. 395'308.25 vom Kläger widerklageweise zurück.

6.

Mit Klagereplik und Widerklageantwort vom 20. Mai 2019 (nachfolgend: Replik) hielt der Kläger vollumfänglich an den Klagebegehren fest und stellte folgende Anträge zur Widerklage:

- " 1.
Die Widerklage sei vollumfänglich abzuweisen.
2.
Das Betreibungsamt S. sei anzuweisen, den Registereintrag in der Betreuung Nr. bbb vom 14.08.2018 zu löschen bzw. diesen keinem Dritten mitzuteilen.
3.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

7.
Mit Duplik und Widerklagereplik vom 9. Juli 2019 (nachfolgend: Duplik) hielt die Beklagte an ihren Anträgen gemäss Klageantwort sowie Widerklage fest. Sie führte aus, aufgrund einer Fehlberechnung habe sie fälschlicherweise Fr. 23'271.45 zu wenig geltend gemacht. Um das Verfahren nicht weiter auszudehnen, sehe sie davon ab, die gerichtlich eingeklagte Widerklageforderung um den Differenzbetrag zu erhöhen. Dieser werde damit höchstens einredeweise beachtlich.

8.
Mit Eingabe vom 23. August 2019 erstattete der Kläger die Widerklageduplik mit einem leicht ergänzten Rechtsbegehren Ziff. 1:

- " 1.
Die Widerklage sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Das Betreibungsamt S. sei anzuweisen, den Registereintrag in der Betreuung Nr. bbb vom 14.08.2018 zu löschen bzw. diesen keinem Dritten mitzuteilen.
3.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

9.
Mit Eingabe vom 5. September 2019 teilte die Beklagte mit, sie bestreite die Behauptungen des Klägers in der Widerklageduplik sowohl im Einzelnen als auch gesamthaft.

10.

10.1.

Mit Verfügung vom 1. Dezember 2020 wurden die Parteien zur Instruktions- und Vermittlungsverhandlung vom 2. Februar 2021 vorgeladen.

10.2.

Auf Antrag der Beklagten wurde die Verhandlung auf den 20. April 2021 verschoben. Diese verlief ergebnislos.

11.

11.1.

Mit Verfügung vom 21. April 2021 wurden die Beklagte und die *E.* zur Edition sämtlicher Protokolle der Bauablaufsitzungen T., Baufeld G, U., Investment A - C für den Zeitraum von Kalenderwoche 27/2014 bis und mit Kalenderwoche 14/2015 verpflichtet.

11.2.

Mit Eingabe vom 27. April 2021 reichte die *E.* die verlangten Protokolle ein.

11.3.

Mit Eingabe vom 27. Mai 2021 reichte die Beklagte die verlangten Dokumente ein. Zugleich nahm sie Stellung zu den Protokollen.

11.4.

Mit Eingabe vom 9. Juni 2021 nahm der Kläger Stellung zur Eingabe der Beklagten vom 27. Mai 2021 und bestritt im Wesentlichen die darin enthaltenen Behauptungen.

12.

Am 7. Oktober 2021 wurde eine weitere Instruktionsverhandlung durchgeführt, anlässlich welcher *F.* und *G.* als Zeugen sowie *A.* und *H.* als bzw. für die Parteien befragt wurden.

13.

Eingaben vom 10. Dezember 2021 (Kläger) und vom 24. Januar 2022 (Beklagte) erklärten die Parteien den Verzicht auf eine mündliche Hauptverhandlung und beantragten die Einreichung schriftlicher Schlussvorträge.

14.

Mit Eingaben je vom 24. März 2022 reichten die Parteien ihre schriftlichen Schlussvorträge ein.

15.

Mit Verfügung vom 25. März 2022 erliess der Präsident die Beweisverfügung.

16.

Mit Eingabe vom 7. April 2022 reichte der Kläger eine Stellungnahme zum Schlussvortrag der Beklagten ein, welche letzterer mit Verfügung vom 8. April 2022 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde.

17.

Am 5. Juli 2022 fällte das Handelsgericht den nachfolgenden Entscheid.

Das Handelsgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Das angerufene Gericht prüft die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 60 ZPO).

1.1. Hauptklage

1.1.1. Zuständigkeit

Die Beklagte lässt sich auf den vorliegenden Prozess i.S.v. Art. 18 ZPO ein, weshalb die aargauischen Gerichte örtlich zuständig sind (Klageantwort S. 4).

Die Streitigkeit betrifft die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien, beide Parteien sind im Handelsregister eingetragen (KB 2 und 3) und der Streitwert beträgt Fr. 377'348.45. Das Handelsgericht ist demnach sachlich zuständig (Art. 6 Abs. 2 ZPO).

1.1.2. Teilklage

Der Kläger bringt einen Nachklagevorbehalt zum behaupteten Entschädigungsanspruch für die Projektleitungs- bzw. Projektbetreuungsaufträge in Kalenderwoche 15/2015 – 18/2015 an (Klage S. 61 f. Rz. 33).

Ist ein Anspruch teilbar, kann auch nur ein Teil eingeklagt werden (Art. 86 ZPO). Das Urteil über die Teilklage beschränkt sich auf den eingeklagten Teilanspruch. Aufgrund seiner monetären Natur ist der vom Kläger geltend gemachte Anspruch teilbar und eine Teilklage mit Nachklagevorbehalt möglich.

1.1.3. Übrige Prozessvoraussetzungen

Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Hauptklage ist einzutreten.

1.2. Widerklage

Der Kläger lässt sich auf den Prozess i.S.v. Art. 18 ZPO ein (Replik S. 3 Rz. 3). Die aargauischen Gerichte sind folglich örtlich für die Beurteilung der Widerklage zuständig.

Für Rechtsbegehren Ziff. 1 der Widerklage ist das Handelsgericht sachlich zuständig, da die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO erfüllt sind.

Mit Rechtsbegehren Ziff. 2 der Widerklage verlangt die Beklagte die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung. Eine solche kann nur bei Vorliegen eines definitiven Rechtsöffnungstitels im Sinne von Art. 80 SchKG erteilt werden. Für das Rechtsöffnungsverfahren ist nicht das Handelsgericht, son-

dem der Rechtsöffnungsrichter, d.h. das jeweilige Bezirksgerichtspräsidium, sachlich zuständig (Art. 84 Abs. 1 SchKG sowie Art. 251 lit. a ZPO i.V.m. § 6 Abs. 1 lit. b EG ZPO). Rechtsbegehren Ziff. 2 kann – nach Treu und Glauben ausgelegt (vgl. Art. 52 ZPO) – indessen nur so verstanden werden, dass die Beklagte die Beseitigung des Rechtsvorschlages des Klägers im Sinne von Art. 79 SchKG in der erwähnten Betreuung verlangt. Dafür ist das Handelsgericht sachlich zuständig.

Zusammengefasst sind die Voraussetzungen von Art. 224 ZPO erfüllt und die Widerklage ist zuzulassen.

1.3. Widerklageantwort vom 20. Mai 2019

Mit Rechtsbegehren Ziff. 2 der Widerklageantwort beantragt der Kläger, das Betreibungsamt S. sei anzuweisen, den Registereintrag in der Betreuung Nr. bbb vom 14. August 2018 zu löschen bzw. diesen keinem Dritten mitzuteilen. Der Kläger verweist auf S. 134 der Replik diesbezüglich auf Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG.

Einträge, über die nach Art. 8a SchKG Dritten keine Auskunft gegeben werden darf, werden nicht aus dem Register gelöscht, sondern lediglich mit einem entsprechenden Vermerk gekennzeichnet. Sie werden damit nach aussen unzugänglich gemacht. Eine Löschung ist somit nicht von Art. 8a SchKG erfasst.¹ Weiter bietet Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG den Gerichten keine gesetzliche Grundlage, auf die sich Weisungen an die Betreibungsämter stützen liessen. Die Anwendung von Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG steht in der ausschliesslichen Kompetenz der Betreibungsbehörde, die das Register führt.² Auf Ziff. 2 des Rechtsbegehrens der Widerklageantwort ist daher nicht einzutreten.

2. Verhandlungsmaxime

Vorliegend gilt die Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Auf die sich daraus ergebenden Obliegenheiten der Parteien ist vorab einzugehen:

2.1. Behauptungslast

Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Den Prozessparteien obliegt die Behauptungslast.³ Die Aufteilung der Behauptungslast zwischen den Parteien folgt der Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB.⁴ Somit trägt die Behauptungslast für rechtserzeugende Tatsachen, wer ein Recht oder Rechtsverhältnis behauptet; für

¹ BGer 4A_440/2014 vom 27. November 2014 E. 2.

² BGer 4A_440/2014 vom 27. November 2014 E. 4.

³ Vgl. BGer 5A_83/2019 vom 23. Juli 2019 E. 4, 4A_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2; SCHNEUWLY, Lange Rechtsschriften – Wieso? Und was tun?, Anwaltsrevue 2019, S. 444.

⁴ BGE 132 III 186 E. 4; BGer 5A_808/2018 vom 15. Juli 2019 E. 4.2.

rechtsaufhebende Tatsachen, wer die Aufhebung oder den Untergang eines Rechts behauptet (z.B. Verwirkung, Erlass etc.) und für rechtshindernde Tatsachen, wer sich darauf beruft (z.B. Verjährung, Stundung etc.).⁵ Dementsprechend hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu behaupten, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt.⁶

Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten; es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden rechtlichen Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden.⁷ Was offensichtlich in anderen, ausdrücklich vorgebrachten Parteibehauptungen enthalten ist, muss nicht explizit behauptet werden (sog. implizite bzw. mitbehauptete Tatsachen).⁸ Blosser Mutmassungen stellen jedoch keine rechtsgenügenden Tatsachenbehauptungen dar.⁹ Ist ein Tatsachenvortrag im erwähnten Sinne vollständig, so wird er als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt.¹⁰

Tatsachenbehauptungen sind grundsätzlich in den Rechtsschriften aufzustellen (Art. 221 Abs. 1 lit. d und Art. 222 Abs. 2 Satz 1 ZPO).¹¹ Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht.¹² Durch einen Verweis auf Urkunden können Sachverhaltselemente jedoch ausnahmsweise als behauptet gelten, wenn es überspitzt formalistisch wäre, eine Übernahme des Urkundeninhalts in die Rechtsschrift zu verlangen. Die Zulässigkeit des Verweises bedingt, dass die Partei die Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen in der Rechtsschrift behauptet.¹³ Aus dem in der Rechtsschrift aufzuführenden Verweis muss zudem für das Gericht und die Gegenpartei klar ersichtlich sein, dass Informationen aus einem Aktenstück zum Tatsachenfundament erhoben werden sollen. Weiter hat die Rechtsschrift ein spezifisches Aktenstück zu nennen und es muss ersichtlich sein,

⁵ SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 55 N. 18.

⁶ BGE 128 III 271 E. 2.a.aa; weitergehend ZK ZGB-JUNGO, 3. Aufl. 2018, N. 387.

⁷ BGE 136 III 322 E. 3.4.2; BGer 4A_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1.

⁸ BGE 144 III 519 E. 5.3; BGer 4A_243/2018 vom 17. Dezember 2018 E. 4.2.1 m.w.N.; JOSI, Behaupten, Bestreiten und Beweisen – praktische Fragen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Markus/Eichel/Rodriguez (Hrsg.), Der handelsgerichtliche Prozess, Chancen und Gefahren – national und international, 2019, S. 80.

⁹ BGer 4A_667/2014 vom 12. März 2015 E. 3.2.2.

¹⁰ BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.1 m.w.N., 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; SCHNEUWLY (Fn. 3), S. 445.

¹¹ BGE 144 III 519 E. 5.2.1, 144 II 67 E. 2.1; BRUGGER, Der Verweis auf Beilagen in Rechtsschriften, SJZ 2019, S. 534; JOSI (Fn. 8), S. 60.

¹² BGer 4A_496/2019 vom 1. Februar 2021 E. 4.3.1, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.1 m.w.N.; JOSI (Fn. 8), S. 61.

¹³ Vgl. BGer 4A_398/2018 vom 25. Februar 2019 E. 10.4.1, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; BRUGGER (Fn. 11), S. 535 f.

welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen.¹⁴ Weil ein Verweis auf Akten nicht dazu führen darf, dass die Gegenpartei und das Gericht die relevanten Tatsachen aus der Beilage selbst zusammensuchen müssen, muss auf die fragliche Information bzw. Tatsache problemlos zugegriffen werden können und es darf kein Interpretationsspielraum bestehen.¹⁵ Ein problemloser Zugriff ist gewährleistet, wenn eine Beilage selbst-erklärend ist und genau die verlangten (bzw. in der Rechtsschrift bezeichneten) Informationen enthält. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, kann ein Verweis nur genügen, wenn die Beilage in der Rechtsschrift derart konkretisiert und erläutert wird, dass die Informationen ohne weiteres zugänglich werden und nicht interpretiert und zusammengesucht werden müssen.¹⁶ Die in der Praxis beliebten Pauschalverweise auf eingereichte Akten bzw. die allgemeine Erklärung, diese würden "integrierenden Bestandteil" der Rechtsschrift bilden, stellen deshalb keine hinreichenden Behauptungen dar bzw. können fehlende Behauptungen nicht ersetzen.¹⁷

2.2. Bestreitungslast

Die Kehrseite der Behauptungslast ist die sog. Bestreitungslast: Bestreitet eine Partei eine Tatsachenbehauptung ihres Gegners nicht, gilt diese als unbestritten und die betreffende Tatsache kann dem Entscheid ohne weiteres zugrunde gelegt werden, da über nicht bestrittene Tatsachen kein Beweis geführt zu werden braucht (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).¹⁸ Art. 222 Abs. 2 ZPO verlangt von der beklagten Partei, darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden. Es ist deshalb empfehlenswert, die Tatsachenbehauptungen des Klägers detailliert, d.h. Punkt für Punkt zu bestreiten.¹⁹ Bestreitungen sind dabei so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so bestimmt sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss. Pauschale Bestreitungen reichen indessen selbst dann nicht aus, wenn sie explizit erfolgen. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer

¹⁴ BGE 144 III 519 E. 5.2.1.2; BGer 4A_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.2.1, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; eingehend BRUGGER (Fn. 11), S. 536 ff.

¹⁵ BGer 4A_496/2019 vom 1. Februar 2021 E. 4.3.1, 4A_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.4.2, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2, 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.2 f.

¹⁶ BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2, 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.3; eingehend BRUGGER (Fn. 11), S. 538 ff.

¹⁷ BK ZPO I-HURNI, 2012, Art. 55 N. 21 m.w.N.; BRUGGER (Fn. 11), S. 540 Fn. 50 m.w.N.

¹⁸ BK ZPO I-HURNI (Fn. 17), Art. 55 N. 37 mit Verweis auf Art. 150 Abs. 1 ZPO; Josi (Fn. 8), S. 57.

¹⁹ Ähnlich DROESE, Bestreitungsbedürftige Beilagen – ein Hinweis zur bundesgerichtlichen Speisekarte, Note zu Urteil 4A_11/2018, SZPP 2019, S. 19.

bestimmten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird.²⁰ Auch ein implizites Bestreiten genügt unter diesen Voraussetzungen den Anforderungen der rechtsgenügenden Bestreitung.²¹

2.3. Substantiierungslast

Bestreitet aber der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei in rechtsgenügender Weise, so greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann.²² Das Beweisverfahren darf nicht dazu dienen, ein ungenügendes Parteivorbringen zu vervollständigen.²³ Der nicht oder nicht substantiiert vorgebrachte Sachverhalt ist im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime dem nicht bewiesenen Sachverhalt gleichzusetzen.²⁴

2.4. Bezeichnung der Beweismittel

Die Parteien haben im Rahmen der Verhandlungsmaxime die einzelnen Beweismittel zu bezeichnen (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO, wonach die Klage die Tatsachenbehauptungen sowie die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu enthalten hat). Dazu gehört auch, dass aus dem Zusammenhang klar wird, inwiefern die angerufenen Beweismittel den angestrebten Beweis erbringen sollen. Es genügt nicht, in der Klage Behauptungen aufzustellen und pauschal auf die Klagebeilagen zu verweisen.²⁵ Ein Beweismittel ist nur dann formgerecht angeboten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt.²⁶ Deshalb sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die entsprechenden Tatsachenbehauptungen aufzuführen, welche durch sie bewiesen werden sollen ("Prinzip der sog. Beweismittelverbindung").²⁷ Es ist hingegen unzureichend, einen ganzen Sachverhaltskomplex zu behaupten und lediglich

²⁰ BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.3; SCHNEUWLY (Fn. 3), S. 445 f.

²¹ SCHMID/HOFER, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, ZZZ 2016, S. 285 m.w.N.

²² BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; BGer 4A_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1.

²³ DOLGE, Anforderungen an die Substanziierung, in: Dolge (Hrsg.), Substantiieren und Beweisen, 2013, S. 21; JOSI (Fn. 8), S. 86; vgl. auch BGE 108 II 337 E. 3.

²⁴ BGer 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, 3. Aufl. 2021, Art. 55 N. 12; ähnlich JOSI (Fn. 8), S. 62.

²⁵ BGer 4A_195/2014 und 4A_197/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.3 m.w.N. (nicht publ. in BGE 140 III 602).

²⁶ BGer 4A_291/2018 vom 10. Januar 2019 E. 4.4.2, 4A_370/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 3.3 m.w.N.

²⁷ BK ZPO II-KILLIAS, 2012, Art. 221 N. 29; PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 221 N. 16 ff.; BRUGGER (Fn. 11), S. 537.

pauschal auf eine Vielzahl von Urkunden oder eine Anzahl Zeugen zu verweisen.²⁸ Bei umfangreichen Urkunden ist zudem die für die Beweisführung erhebliche Stelle zu bezeichnen (Art. 180 Abs. 2 ZPO).²⁹

3. Hauptklage

Im Rahmen der Prüfung des Bestands der klägerischen Forderung ist zuerst zu untersuchen, ob es zu den vom Kläger behaupteten Vertragsabschlüssen gekommen ist. Anschliessend ist die Frage zu klären, ob dem Kläger für sein Tätigwerden eine Entschädigung zusteht und wie hoch diese gegebenenfalls ausfällt.

3.1. Zustandekommen der Verträge

3.1.1. Rechtliches

Zum Abschluss eines Vertrags sind übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen der Parteien hinsichtlich der objektiv wesentlichen Vertragspunkte erforderlich (Art. 1 Abs. 1 OR). Die Willenserklärungen können ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (Art. 1 Abs. 2 OR). Zu den stillschweigenden Willenserklärungen zählt die konkludente Willensäusserung. Sie resultiert in einem schlüssigen, tatsächlichen Verhalten. Schlüssig ist ein Verhalten, wenn genügend sichere Anhaltspunkte für einen hinter dem Verhalten stehenden Willen vorliegen, die nach Treu und Glauben keinen anderen Schluss zulassen.³⁰ Dazu zählen etwa Handlungen, welche den intendierten Vertrag bereits in Vollzug setzen.³¹

Ob sich die Parteien hinsichtlich der wesentlichen Vertragspunkte geeinigt haben und mithin ein Vertrag zustande gekommen ist, ist eine Rechtsfrage. Gelangt das Gericht zum Schluss, die Parteien hätten sich über die objektiv wesentlichen Vertragspunkte nicht geeinigt, kann es das Zustandekommen des Vertrages selbst dann verneinen, wenn beide Parteien von einem Vertragsverhältnis ausgehen.³² Die Feststellung des objektiv wesentlichen Vertragsinhalts erfolgt von Amtes wegen, weshalb das Gericht nicht an die Parteivorbringen gebunden ist.³³

3.1.2. Montagearbeiten in der Musterwohnung

3.1.2.1. Parteibehauptungen

Die Parteien gehen davon aus, dass zwischen ihnen ein Werkvertrag zustande gekommen ist, der den Kläger verpflichtete, für die Beklagte als Subunternehmer auf der Baustelle T. in U., Baufeld G, Montagearbeiten

²⁸ BK ZPO II-KILLIAS (Fn. 27), Art. 221 N. 29; JOSI (Fn. 8), S. 86; ähnlich BGer 4A_360/2017 vom 30. November 2017 E. 4.

²⁹ BK ZPO II-RÜETSCHI, 2012, Art. 180 N. 17 ff.; WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 5), Art. 180 N. 10 ff., je m.w.N.

³⁰ KUKO OR-WIEGAND/HURNI, 2014, Art. 1 N. 5; SCHWEIZER/FOUNTOULAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2020, N. 27.10.

³¹ BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, 7. Aufl. 2020, Art. 1 N. 18.

³² Vgl. BGE 119 II 347 E. 5a; BK OR-MÜLLER, 2018, Art. 18 N. 41.

³³ Vgl. ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, 4. Aufl. 2015, Art. 18 N. 340.

vorzunehmen (Klage S. 4 f. Rz. 1 ff.; Klageantwort S. 6 f.). Der Beklagten zufolge soll dieser Vertrag am 3. Juli 2014 in schriftlicher Form geschlossen worden sein (Klageantwort S. 8 f.; AB 5). Demgegenüber behauptet der Kläger in den Rechtsschriften, die Parteien hätten den Vertrag Ende Juni 2014 mündlich geschlossen (Klage S. 4 f. Rz. 3 f.). Im Rahmen der Parteibefragung vom Oktober 2021 vertrat indessen auch er die Auffassung, es sei ein schriftlicher Vertrag geschlossen worden. Dieser entspreche jedoch nicht dem von der Beklagten behaupteten Vertrag gemäss Antwortbeilage 5 (Protokoll der Verhandlung vom 7. Oktober 2021, S. 42).

Uneinigkeit besteht hinsichtlich des Inhalts und des Umfangs des infrage stehenden Vertrages. Nach Ansicht des Klägers beschränkt sich der Vertrag auf Montagearbeiten in der Musterwohnung im 5. Stock sowie auf die Montage von Fenstersimsen und Sturzbrettern in allen Stockwerken des Investments C (Klage S. 4 f. Rz. 3). Für die Beklagte findet der Vertrag auf sämtliche von ihr hergestellten und vom Kläger zu verbauenden Schreinerzeugnisse Anwendung (Klageantwort S. 7 f.). Sodann gehen beide Parteien zwar von der Vereinbarung eines Festpreises aus, jedoch von einer unterschiedlichen Art. Der Kläger behauptet, es sei ein Pauschalpreis vereinbart worden (Klage S. 4 f. Rz. 3). Der Beklagten zufolge hätten die Parteien vereinbart, dass der Kläger für seine Leistungen in vordefinierten prozentualen Anteilen des Werkpreises entschädigt werde, den die Beklagte der E. (nachfolgend: Totalunternehmerin) mit Abschluss aller Arbeiten dereinst ihrerseits in Rechnung stellen werde (Klageantwort S. 8 f.; Duplik S. 6 f.).

3.1.2.2. Würdigung

Die Beklagte bestreitet nicht, dass ein Werkvertrag über Montagearbeiten in der Musterwohnung im 5. Stock sowie über die Montage von Fenstersimsen und Sturzbrettern auf allen Stockwerken des Investments C, Bau-feld G, auf der Baustelle T. in U. zustande gekommen ist, der sie zur Bezahlung einer Vergütung verpflichtet hat. Somit liegt ein Konsens über die objektiv wesentlichen Punkte eines Werkvertrages vor: die Verpflichtung des Unternehmers zur Herstellung eines Werks und die Vergütungspflicht des Bestellers. Eine inhaltliche Einigung, die über diese beidseitigen Verpflichtungen hinausgeht, ist nicht erforderlich.³⁴ Für das Zustandekommen des Vertrags ist insbesondere kein Konsens über die Höhe der Vergütung notwendig.³⁵ Dass die Vergütungshöhe einen subjektiv wesentlichen Vertragspunkt dargestellt haben soll, wird von keiner Partei behauptet.³⁶

Somit kann festgehalten werden, dass die Parteien einen Werkvertrag geschlossen haben, der die Beklagte zur Leistung einer Vergütung und den

³⁴ GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N. 380.

³⁵ GAUCH (Fn. 34), N. 383.

³⁶ Vgl. zur Thematik der objektiv unwesentlichen Punkten eines Vertrags und deren Kenntlichmachung BGE 118 II 34 E. 3d.

Kläger zu Montagearbeiten in der Musterwohnung im 5. Stock sowie zur Montage von Fenstersimsen und Sturzbrettern auf allen Stockwerken des Investments C, Baufeld G, auf der Baustelle T. in U. verpflichtete.

3.1.3. Weitere Montagearbeiten

3.1.3.1. Parteibehauptungen

Der Kläger behauptet, die Beklagte habe ihm während der Kalenderwoche 26/2014 und nach Abnahme der in der Musterwohnung ausgeführten Arbeiten ab Kalenderwoche 34/2014 grösstenteils mündlich immer wieder neue kleinere und grössere Montageaufträge erteilt. Diese Aufträge seien nicht von der für die Montagearbeiten in der Musterwohnung geschuldeten Entschädigung erfasst gewesen. Vielmehr sei hierfür die Entschädigung und Abrechnung nach Stundenaufwand sowie Tagespauschalen vereinbart worden (Klage S. 9 ff. Rz. 5 ff.; Replik S. 4 Rz. 6). Die Aufträge hätten Folgendes umfasst: Montagearbeiten in der Musterwohnung und Vormontage von Schiebetüren (Klage S. 9 ff. Rz. 5 ff.), Abdeckung von Boden und Wänden bei allen Schleusentüren, Heraustrennung von Rahmenverbreiterungen, Einbau von Gipsplatten (Klage S. 25 Rz. 14), Ausstattung der Glastüren mit Bürstendichtungen (Klage S. 26 Rz. 15), Arbeiten an der Unterkonstruktion, an der Wandverkleidung, an Schränken, an Türen, am Belüftungskasten, an Fenstersimsen, am Notfallschalter, an Dichtungsbürsten, an Aluschienen, an Rahmentüren und an Abdeckungen sowie weitere Montage- und Reinigungsarbeiten (Klage S. 27 Rz. 16 bis S. 71 f. Rz. 40; Replik S. 65 Rz. 74 bis S. 129 ff. Rz. 97). Überdies habe der Kläger Mängel behoben, bei denen es sich um Anpassungen an geänderte Vorgaben, um Ausbesserungen von Drittarbeiten oder um Behebungen von durch Drittpersonen verursachten Schäden gehandelt habe (u.a. Klage S. 22 f. Rz. 13, S. 36 f. Rz. 19, S. 47 f. Rz. 24, S. 51 Rz. 26 und S. 62 Rz. 34).

Die Beklagte bestreitet weder explizit noch implizit, dass sie dem Kläger die behaupteten Aufträge erteilt hat und hierfür eine Entschädigung schuldet. Einzig die Entschädigung des Klägers nach Stundenaufwand, die Zustellung der Tages- oder Wochenrapporte durch den Kläger sowie die Anzahl behaupteter Arbeitsstunden bestreitet die Beklagte pauschal (Klageantwort S. 14 und S. 16). Im Übrigen führt die Beklagte selbst aus, der Kläger habe auch Leistungen zu erbringen gehabt, die nicht in direktem Zusammenhang mit der Montage von Schränken, Türen, Wandverkleidungen etc. und der Behebung von Montagemängeln gestanden hätten. Für diese Zusatzleistungen sei der Kläger zusätzlich entschädigt worden (Klageantwort S. 19; Duplik S. 10 ff.).

3.1.3.2. Würdigung

Die Parteien sind sich einig, dass der Kläger von der Beklagten mit den behaupteten Aufträgen betraut worden ist. Ferner ist unbestritten, dass die Parteien hierfür eine Entschädigung vereinbart haben. Strittig ist wiederum einzig die Höhe der geschuldeten Entschädigung. Wie bereits zuvor in

E. 3.1.2.2 ausgeführt, ist für das Zustandekommen eines Vertrages kein Konsens über die Höhe der Vergütung notwendig. Folglich ist zwischen den Parteien ein Vertrag über die vom Kläger behaupteten Montagearbeiten in Kalenderwoche 26/2014 sowie ab Kalenderwoche 34/2014 zustande gekommen.

3.1.4. Projektleitungs- bzw. Projektbetreuungsaufträge

3.1.4.1. Parteibehauptungen

Schliesslich behauptet der Kläger, neben den Montageaufträgen und sonstigen Arbeiten seien ab Kalenderwoche 27/2014 auch Projektleitungs- bzw. Projektbetreuungsaufwendungen angefallen, die gemäss Vereinbarung separat zu vergüten gewesen seien. So habe er für die Beklagte an den wöchentlichen Bauablaufsitzungen teilnehmen und sie dort vertreten müssen. Die Sitzungen hätten in der Regel eine Stunde gedauert. Anschliessend hätten Baustellenkontrollen von jeweils einer Stunde stattgefunden. Die in diesem Zusammenhang notwendigen Anfahrts- und Rückfahrtswege hätten gesamthaft drei Stunden gedauert (Klage S. 58 f. Rz. 31; Replik S. 25 f. Rz. 18). Damit hätten die Bauablaufsitzungen und Baustellenkontrollen inkl. Fahrtwege einen Aufwand von mindestens fünf Stunden pro Woche verursacht (Klage S. 58 f. Rz. 31; KB 120 und KB 151 f.). Ausserdem habe der Kläger die Beklagte anlässlich sämtlicher Sichtabnahmen durch die Totalunternehmerin vor Ort vertreten müssen (Replik S. 25 f. Rz. 18; KB 179 - 182 und Replikbeilage [RB] 202). Neben der Teilnahme an den Bauablaufsitzungen und Baustellenkontrollen habe die Beklagte den Kläger ab Kalenderwoche 27/2014 damit beauftragt, Masse vor Ort aufzunehmen und ihr diese zukommen zu lassen, damit sie die Baupläne mit den Massen habe versehen können. Der Kläger sei auch mit administrativen Aufgaben betraut worden. So hätten die Protokollierung und die Rapportierung von Aufträgen, die er für die Beklagte erbracht habe und die gegenüber der Totalunternehmerin in Regie zu verrechnen gewesen seien, viel Zeit gekostet. Schliesslich habe der Kläger seine Monteure koordinieren, das benötigte Material organisieren und der Beklagten immer wieder über die Ausführungen Bericht erstatten müssen. Zudem habe er unter anderem die Organisation der Logistik auf der Baustelle, die Absprachen mit anderen Unternehmern auf der Baustelle und die Koordination der Montageabläufe übernehmen müssen. Diese Zusatzaufwendungen des Klägers für Massabnahmen, administrative Arbeiten und weitere Projektleitungsaufgaben zugunsten der Beklagten hätten durchschnittlich mindestens fünf weitere Stunden pro Woche betragen (Klage S. 59 f. Rz. 32; KB 120 und 153 - 157; Replik S. 25 ff. Rz. 18). Insgesamt seien dem Kläger zehn Stunden pro Woche für Zusatzaufwendungen im Zusammenhang mit den Projektleistungs- und Projektbetreuungsarbeiten angefallen. Diese Aufwendungen seien in seinen Tagesrapporten nicht enthalten, sondern seien der Beklagten separat in Rechnung gestellt worden (KB 159). Für die insgesamt angefallenen 370 Stunden sei ein branchenüblicher Stundenansatz von Fr. 110.00 verrechnet worden (Klage S. 61 f. Rz. 33). Die Beklagte

habe der Totalunternehmerin den angefallenen Aufwand weiterverrechnet. In der eingereichten Schlussabrechnung vom 5. April 2018 (AB 11) finde sich nämlich die Position "990.700 Mehraufwand nach Angabe Sinova – Zusammenstellung A. vom 18.03.2015". Damit habe die Beklagte die vom Kläger ausgeführten Projektbetreuungsaufgaben explizit akzeptiert und anerkannt (Replik S. 56 Rz. 55).

Die Beklagte bestreitet, dass der Kläger wöchentlich fünf Stunden für Bauablaufsitzungen und Baustellenkontrollen und zusätzlich noch Zeit für Projektleitungsaufgaben habe aufwenden müssen und insgesamt 370 Stunden à Fr. 110.00 erbracht habe. Dies sei unwahr, nicht erbracht und im Besonderen nicht vertraglich vereinbart gewesen (Klageantwort S. 15). Es sei richtig, dass es auf der Baustelle zu unerwarteten Vorkommnissen und Zusatzwünschen der Totalunternehmerin gekommen sei, die zusätzlichen Aufwand verursacht hätten. Für diese zusätzlichen Aufwendungen habe der Kläger nicht etwa für die Beklagte, sondern für die Totalunternehmerin die jeweiligen Tagesrapporte erstellt und diese von der Totalunternehmerin unterzeichnen lassen. Dies habe der Beklagten ermöglicht, diese zusätzlich vom Kläger erbrachten Leistungen der Totalunternehmerin in Rechnung zu stellen, wie dies mit den Schlussrechnungen vom 25. September 2015 geschehen sei (AB 1 - 4). Diese zusätzlichen Entschädigungen des Klägers seien in der Schlussabrechnung vom 5. April 2018 in den Positionen 990.600 und 990.700 mit insgesamt Fr. 189'093.00 enthalten (AB 11). Der Kläger sei somit für die effektiv erbrachten Regieleistungen höher entschädigt worden, als die Beklagte der Totalunternehmerin weiter fakturiert habe. Dies sei darauf zurückzuführen, dass die Parteien sich auf diese höhere Entschädigung geeinigt hätten (Klageantwort S. 19; Duplik S. 10 ff.).

3.1.4.2. Würdigung

Der Kläger behauptet ein Sammelsurium von erteilten Zusatzaufträgen. Die Annahme eines einzigen, allenfalls gemischten Vertragsverhältnisses für diese Zusatzaufwendungen rechtfertigt sich nicht, da die Erteilung der Aufträge gemäss Ausführungen des Klägers mehrheitlich separat und laufend erfolgt ist (vgl. hierzu Klage S. 58 ff. Rz. 31 f.; KB 151 ff.). Vielmehr ist das Zustandekommen dieser Vertragsverhältnisse im Folgenden separat zu prüfen.

3.1.4.2.1. Bauablaufsitzungen

(i) Sitzungen vom 30. September 2014 und 7. Oktober 2014

In der Eingabe vom 27. Mai 2021 wandte die Beklagte ein, die Behauptung des Klägers, er habe sie an den Bauablaufsitzungen vertreten, entspreche zumindest teilweise nicht den Tatsachen, könne den nunmehr editierten Protokollen der Bauablaufsitzungen doch entnommen werden, dass sie, die Beklagte, an den Sitzungen vom 30. September und 7. Oktober 2014 teilgenommen habe (Eingabe vom 27. Mai 2021, S. 2). Hierzu nahm der Kläger mit Eingabe vom 9. Juni 2021 Stellung und führte aus, / von der

Beklagten habe zwar stellvertretend für den damals ferienabwesenden *F.* an den infrage stehenden Sitzungen teilgenommen. Allerdings sei *I.* mit dem Bauprojekt und dem Montagestand auf der Baustelle nicht vertraut gewesen, weshalb die Beklagte auch an diesen Sitzungen die Anwesenheit des Klägers gefordert habe (Eingabe vom 9. Juni 2021, S. 2). Dies wurde von der Beklagten nicht bestritten.

Mit der Eingabe vom 9. Juni 2021 machte der Kläger nach Aktenschluss neue Tatsachen geltend, welche bereits vor Aktenschluss vorhanden waren (sog. unechte Noven). Diese können nur dann berücksichtigt werden, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vor Aktenschluss vorgebracht werden konnten (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO). Dazu gehören unter anderem Tatsachen, deren Behauptung erst durch die Ausführungen der Gegenpartei veranlasst wurden und die der Entkräftung eben dieser Ausführungen dienen.³⁷ Noven können ferner nur dann Berücksichtigung finden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 299 Abs. 1 ZPO). Hierfür müssen sie regelmässig innert einer Frist von 10 Tagen in das Verfahren eingebracht werden.³⁸

Die infrage stehenden Noven wurden durch die Ausführungen der Eingabe der Beklagten vom 27. Mai 2021 veranlasst. Die Eingabe der Beklagten wurde dem Kläger am 31. Mai 2021 zugestellt. Die klägerische Eingabe vom 9. Juni 2021 erreichte das Gericht am 10. Juni 2021, womit die Noven als unverzüglich vorgebracht gelten und im vorliegenden Verfahren berücksichtigt werden können.

Mangels Bestreitung dieser klägerischen Behauptungen durch die Beklagte gilt als erwiesen, dass die Beklagte die Anwesenheit des Klägers an den Bauablaufsitzungen vom 30. September 2014 und 7. Oktober 2014 forderte. Im Übrigen vermochte *F.* im Rahmen seiner Zeugenbefragung vom 7. Oktober 2021 die Teilnahme *I.* als seine Ferienvertretung an Bauablaufsitzungen zu bestätigen (Protokoll der Verhandlung vom 7. Oktober 2021, S. 11).

Die Teilnahme des Klägers an den fraglichen Bauablaufsitzungen auf Anforderung der Beklagten hin ist als Auftragsleistung zu qualifizieren. Für das Zustandekommen eines Auftrages ist die Vereinbarung einer Vergütung nicht erforderlich (vgl. Art. 394 Abs. 3 OR). Folglich ist zwischen den Parteien ein Auftrag über die Anwesenheit des Klägers an den Bauablaufsitzungen vom 30. September 2014 und 7. Oktober 2014 zustande gekommen.

³⁷ BGE 146 III 55 E. 2.5.2 f.; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, 3. Aufl. 2021, Art. 229 N. 9a f.

³⁸ KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, (Fn. 37), Art. 229 N. 10.

(ii) Übrige Bauablaufsitzungen

Der Kläger behauptet, er habe die Beklagte auch an den weiteren, wöchentlich stattfindenden Bauablaufsitzungen vertreten (Klage S. 58 Rz. 31; Replik S. 25 f. Rz. 18). Die behauptete Vertretung ist als auftragsrechtliche Geschäftsbesorgung zu qualifizieren.³⁹

Den editierten Protokollen der Bauablaufsitzungen vom 28. Oktober 2014, 11. und 18. November 2014, 2. Dezember 2014 sowie 3. Februar 2015 kann ohne weiteres entnommen werden, dass sich die Beklagte an diesen Sitzungen durch den Kläger hat vertreten lassen, womit zumindest eine konkludente Willensäußerung vorliegt. Für das Zustandekommen eines Auftragsverhältnisses ist nicht erforderlich, dass sich die Parteien ausdrücklich über den Auftragsumfang geeinigt haben. Bei Fehlen einer ausdrücklichen Absprache greift Art. 396 Abs. 1 OR, wonach sich der Umfang des Auftrags in diesem Fall nach der Natur des zu besorgenden Geschäfts bestimmt. Wie soeben ausgeführt, ist die Vereinbarung einer Vergütung für das Zustandekommen eines Auftragsverhältnisses nicht erforderlich.

Damit lässt sich festhalten, dass zwischen den Parteien ein Auftrag über die Vertretung der Beklagten an den Bauablaufsitzungen vom 28. Oktober 2014, 11. und 18. November 2014, 2. Dezember 2014 sowie 3. Februar 2015 zustande gekommen ist. Dass sich die Beklagte auch an weiteren Bauablaufsitzungen hat vertreten lassen, ist entgegen den Behauptungen des Klägers nicht erstellt. Auf eine Befragung von *P.* als Zeuge kann verzichtet werden, denn dieser dürfte kaum in der Lage sein, sachdienliche Aussagen zum Vertretungsverhältnis der Parteien zu machen.

3.1.4.2.2. Sichtabnahmen

Ob ein Vertrag über die Vertretung der Beklagten an den Sichtabnahmen der Totalunternehmerin zustande gekommen ist, kann vorliegend offenbleiben. Selbst wenn ein entsprechender Vertrag zustande gekommen wäre, wäre es dem Kläger vorliegend nicht gelungen, den Beweis für die geschuldete Entschädigung zu erbringen, zumal es der Kläger unterlassen hat, den angefallenen Aufwand auf Bestreitung der Beklagten hin zu substantiieren. Auch die Zeugen *F.*, ehemaliger Mitarbeiter der Beklagten, und *G.*, damaliger Chefmonteur des Klägers, konnten anlässlich ihrer Befragung keine genauen Angaben zur Dauer der fraglichen Sichtabnahmen machen (Protokoll der Verhandlung vom 7. Oktober 2021, S. 12 f. und S. 34 f.). Die vom Kläger ins Recht gelegten Sichtabnahmeprotokolle erweisen sich im Übrigen als wenig aufschlussreich, zumal diesen die Dauer der Sichtabnahmen nicht entnommen werden kann (vgl. KB 179 - 182; RB 202). Somit könnte dem Kläger für die Vertretung der Beklagten an den Sichtabnahmen selbst dann keine Entschädigung zugesprochen werden, wenn ein Vertrag hierüber zustande gekommen wäre.

³⁹ BSK OR I-OSER/WEBER, 7. Aufl. 2020, Art. 394 N. 31 m.w.N.

3.1.4.2.3. Baustellenkontrollen

Ob ein Vertrag über die Vertretung der Beklagten an den Baustellenkontrollen zustande gekommen ist, kann ebenfalls offenbleiben. Auch diesbezüglich ist es dem Kläger nicht gelungen, den bei den Baustellenkontrollen angefallenen Aufwand zu substantiieren und zu beweisen. Zwar behauptet der Kläger, die Baustellenkontrollen hätten wöchentlich jeweils eine Stunde in Anspruch genommen (Replik S. 26 Rz. 18). Dies wird von der Beklagten jedoch bestritten (Klageantwort S. 15). Der Kläger unterliess es in der Folge, seine Behauptung zu substantiieren. Weder der Kläger noch H. von der Beklagten konnten anlässlich ihrer Parteibefragung genaue Angaben zur Dauer der Baustellenkontrollen machen (Protokoll der Verhandlung vom 7. Oktober 2021, S. 45). Entsprechend ist es dem Kläger nicht gelungen, den bei den Baustellenkontrollen angefallenen Aufwand zu beweisen, sodass ihm selbst im Falle eines Zustandekommens des Vertrages keine Entschädigung zugesprochen werden könnte.

3.1.4.2.4. Weitere administrative Aufgaben

Der Kläger zählte im Zusammenhang mit den administrativen Aufgaben eine Reihe von Aufgaben auf, die ihm – gemeinsam mit der Aufnahme von Massen – fünf Stunden pro Woche an Aufwand verursacht haben sollen (Klage S. 59 f. Rz. 31; Replik S. 25 ff. Rz. 18). Die Beklagte bestritt dies (Klageantwort S. 15 und S. 19; Duplik S. 10 ff.). Der Kläger legte zum Beweis seiner Behauptungen keine Beilagen ins Recht und unterliess weitergehenden Substantiierungen, die Aufschluss über die einzelnen Aufwendungen geben könnten. Insbesondere lässt sich anhand der Behauptungen des Klägers, der ins Recht gelegten Urkunden und der Aussagen der Zeugen F. und G. nicht beurteilen, für welche konkreten Tätigkeiten welche Person zu welchem Zeitpunkt wie viel Zeit aufwandte (Protokoll der Verhandlung vom 7. Oktober 2021, S. 14 und S. 33 f.).

Nicht zu folgen ist der Argumentation des Klägers, die Beklagte habe die aufgeführten Projektbetreuungsaufgaben explizit akzeptiert und anerkannt, indem sie die Positionen "990.700 Mehraufwand" und "990.701 Mehraufwand nach Angabe Sinova - Zusammenstellung A. vom 18. März 2015" in die Schlussabrechnung vom 5. April 2018 (AB 11) aufgenommen habe. Zwar wird die Beklagte wohl tatsächlich auf die E-Mail des Klägers vom 18. März 2015 (KB 120) Bezug genommen haben. Aus diesem Vermerk ergibt sich aber nicht, auf welchen der aufgelisteten Mehraufwände sich die Beklagte bezieht und dass sie die geltend gemachten Stunden für administrative und andere Projektleitungsaufwände im behaupteten Mass anerkennt.

Demnach kann dem Kläger für die Erledigung der von ihm behaupteten administrativen Aufgaben mangels substantiierter Behauptung des hierbei angefallenen Aufwandes ebenfalls keine Entschädigung zugesprochen

werden. Damit kann offenbleiben, ob ein Vertrag über die behauptungsweise erbrachten administrativen Aufgaben zustande gekommen ist.

3.1.4.2.5. Aufnahme von Massen

Weiter kann offenbleiben, ob zwischen den Parteien ein Vertrag über die Aufnahme von Massen zustande gekommen ist. Dem Kläger ist es auch hier nicht gelungen, den bei der Massabnahme angefallenen Aufwand zu substantiieren und zu beweisen. Der Kläger macht lediglich geltend, für die Massabnahmen, die administrativen Belange in Bezug auf die Rapportierung an die Totalunternehmerin und weitere Projektleitungsaufgaben seien wöchentlich mindestens fünf Stunden aufgewendet worden (Klage S. 59 ff. Rz. 32 f.). Dies wird von der Beklagten indessen bestritten (Klageantwort S. 15) und vom Kläger nicht weiter substantiiert. Im Übrigen konnten weder F. noch G. anlässlich ihrer Zeugenbefragung genaue Angaben zur Dauer der Massabnahmen machen (Protokoll der Verhandlung vom 7. Oktober 2021, S. 13 f. und S. 35 f.). Von einer Anerkennung des behaupteten Aufwands durch die Beklagte gestützt auf den Vermerk "990.701 Mehraufwand nach Angabe Sinova - Zusammenstellung A. vom 18. März 2015" in der Schlussabrechnung vom 5. April 2018 (AB 11) ist – wie bereits zuvor in E. 3.1.4.2.4 ausgeführt – nicht auszugehen. Folglich könnte dem Kläger selbst im Falle, dass ein Vertrag über die Massabnahme zustande gekommen wäre, hierfür mangels substantiierter Behauptung des bei der Massabnahme angefallenen Aufwandes keine Entschädigung zugesprochen werden.

3.2. Entschädigungsansprüche

Nachdem die einzelnen Vertragsverhältnisse auf ihr Zustandekommen geprüft wurden, gilt es nun, die hierfür geschuldete Entschädigung zu ermitteln. Diese bestimmt sich in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (sog. subjektive Auslegung; Art. 18 Abs. 1 OR). Haben sich die Parteien tatsächlich nach dem erklärten wirklichen Willen verstanden und stimmen die Willenserklärungen der Parteien überein, liegt ein natürlicher Konsens vor. Kann der tatsächliche Wille der erklärenden Partei nicht in einer dem anwendbaren Beweismass genügenden Art festgestellt werden, sind die Willenserklärungen der Parteien zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens anhand des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (sog. objektivierte Auslegung).⁴⁰ Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann höchstens – im Rahmen

⁴⁰ BGE 143 III 157 E. 1.2.2 m.w.N., 121 III 118 E. 4b/aa; BGer 4A_112/2020 vom 1. Juli 2020 E. 3.2.1; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2020, N. 33.01 ff.

der Beweiswürdigung – auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen.⁴¹ Stimmen die nach dem Vertrauensprinzip ermittelten Willenserklärungen überein, so liegt ein normativer Konsens vor.⁴²

3.2.1. Rechtliches

3.2.1.1. Feste Übernahme des Werkes (Art. 373 OR)

Wurde die Vergütung zum Voraus genau bestimmt, so ist der Unternehmer verpflichtet, das Werk um diese Summe fertigzustellen, und darf keine Erhöhung fordern, selbst wenn er mehr Arbeit oder grössere Auslagen gehabt hat, als vorgesehen war (sog. Festübernahme; Art. 373 Abs. 1 OR). Der Besteller hat auch dann den vollen Preis zu bezahlen, wenn die Fertigstellung des Werkes weniger Arbeit verursacht hat, als vorgesehen war (Art. 373 Abs. 3 OR).

Bei der Festübernahme wird gemeinhin zwischen Pauschal-, Global- und Einheitspreis unterschieden.⁴³ Ein Pauschalpreis liegt vor, wenn sich die Parteien darauf geeinigt haben, dass der Unternehmer das von ihm geschuldete Werk als Ganzes zu einer bestimmten, vorgängig im Vertrag fixierten Geldsumme herzustellen und abzuliefern hat.⁴⁴ Der festgelegte Betrag ist Höchst- und Mindestpreis zugleich. Der Unternehmer ist verpflichtet, das vereinbarte Werk für die vereinbarte Summe herzustellen und abzuliefern. Der Pauschalpreis ist unabhängig vom Aufwand des Unternehmers sowie von den ausgeführten Leistungsmengen. Letzteres schliesst jedoch nicht aus, dass die zu einem Pauschalpreis geschuldete Werkleistung im konkreten Fall durch mengenmässige Kriterien mitbestimmt ist, welche die pauschal zu vergütende Leistung detailliert umschreiben.⁴⁵ Eine Sonderform des Pauschalpreises ist der Globalpreis; er ist ein Pauschalpreis mit vertraglichem Teuerungsvorbehalt.⁴⁶

Der Pauschalpreis ist abzugrenzen vom Einheitspreis, welcher eine pauschale Vergütung für eine bestimmte Einheit einer bestimmten Leistung beschreibt.⁴⁷ Der Einheitspreis ist unabhängig von den tatsächlichen Erstellungskosten und grundsätzlich unabänderlich, mögen beim Unternehmer auch grössere Kosten als vorgesehen angefallen sein.⁴⁸ Häufig werden verschiedene Einheitspreise für verschiedene Einzelleistungen der vom Unternehmer geschuldeten Gesamtleistung vereinbart. Möglich ist auch,

⁴¹ BGE 132 III 626 E. 3.1.

⁴² ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (Fn. 33), Art. 18 N. 24; KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2017, N. 6.04.

⁴³ GAUCH (Fn. 34), N. 900, 910 und 915; SCHUMACHER/KÖNIG, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, 2. Aufl. 2017, N. 157 ff.

⁴⁴ GAUCH (Fn. 34), N. 900.

⁴⁵ GAUCH (Fn. 34), N. 901 f.

⁴⁶ GAUCH (Fn. 34), N. 910.

⁴⁷ GAUCH (Fn. 34), N. 929; SCHUMACHER/KÖNIG (Fn. 43), N. 160.

⁴⁸ GAUCH (Fn. 34), N. 929.

dass die Vergütung je Einheit der Leistung (z.B. je Laufmeter, Quadratmeter etc.) festgesetzt wird.⁴⁹ Dabei wird im Einheitspreisvertrag in aller Regel ein Leistungsverzeichnis integriert, in dem die Einheitspreise der einzelnen Leistungspositionen mit der voraussichtlichen Menge der Leistungseinheiten zu Positionsbeträgen multipliziert und diese zu einer Gesamtsumme, der sog. Hauptsumme bzw. Vertragssumme, addiert werden. Diese Vertragssumme und die voraussichtlichen Mengenangaben sind für die Vergütungsbestimmung nicht von Relevanz; sie haben lediglich indikativen Charakter.⁵⁰ Die geschuldete Vergütung ergibt sich in diesem Fall aus der Menge der vom Unternehmer geleisteten Einheiten, multipliziert mit dem zugehörigen Einheitspreis.⁵¹ Von den tatsächlich geleisteten Einheiten, deren Anzahl durch Messen oder Zählen ermittelt wird, ist nur jene Menge vergütungspflichtig, die bei sorgfältigem Vorgehen genügt hätte, um das Werk vertragsgemäss herzustellen.⁵²

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre hat diejenige Partei, welche eine Festübernahme behauptet, im Bestreitungsfall zu beweisen, dass eine Festübernahme vereinbart wurde. Gelingt ihr dieser Nachweis nicht, ist der Werkpreis nach Massgabe von Art. 374 OR, d.h. nach Aufwand, zu bestimmen.⁵³

3.2.1.2. Vergütung nach Aufwand (Art. 374 OR)

Ist der Preis zum Voraus gar nicht oder nur ungefähr bestimmt worden, so wird er nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt (Art. 374 OR). Das Preisrisiko liegt hier – im Gegensatz zu Art. 373 OR – grundsätzlich beim Besteller.⁵⁴ Die Vergütung nach Art. 374 OR ist also aufwand- und nicht ergebnisbezogen. Falls die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben, kommt die sog. cost plus fee Methode zur Anwendung, d.h. Selbstkosten plus Zuschlag für Risiko und Gewinn.⁵⁵ Zu ersetzen sind die Personal- und Sachaufwendungen, die Generalunkosten sowie ein angemessener Risiko- und Gewinnzuschlag. Massgebend ist grundsätzlich der tatsächliche Aufwand des Unternehmers mit der Einschränkung, dass nur jener Aufwand zu vergüten ist, der bei

⁴⁹ GAUCH (Fn. 34), N. 917.

⁵⁰ GAUCH (Fn. 34), N. 931; PEER, Das Leistungsverzeichnis bei Bauwerkverträgen, 2018, N. 98 und 701 ff. m.w.N.

⁵¹ GAUCH (Fn. 34), N. 917; vgl. auch PEER (Fn. 50), N. 97 mit Verweis auf Art. 39 Abs. 1 SIA-Norm 118.

⁵² BGer 4C.88/2005 vom 8. Juli 2005 E. 2; GAUCH (Fn. 34), N. 928; SCHUMACHER/KÖNIG (Fn. 43), N. 209.

⁵³ BGer 4A_704/2016 vom 11. April 2017 E. 3.2, 4A_458/2016 vom 29. März 2017 E. 6.1; BRAZEROL, Der Einheitspreis im Bauwerkvertrag 2019, N. 73; GAUCH (Fn. 34), N. 1014 ff.; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, 7. Aufl. 2020, Art. 373 N. 37.

⁵⁴ BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (Fn. 53), Art. 374 N. 2.

⁵⁵ GAUCH (Fn. 34), N. 949 ff.; PEER, (Fn. 50), N. 103; SCHUMACHER/KÖNIG, (Fn. 43), N. 194 und 645.

sorgfältigem Vorgehen des Unternehmers zur Werkausführung genügt hätte. Objektiv unnötiger Mehraufwand ist somit nicht zu vergüten.⁵⁶

Die Beweislast für die den Bemessungsfaktoren zugrundeliegenden Tatsachen, d.h. insbesondere für den Arbeits- und Materialaufwand, trägt bei Anwendung von Art. 374 OR der Unternehmer.⁵⁷ Der geltend gemachte Aufwand muss so dargelegt werden, dass Notwendigkeit und Angemessenheit überprüft werden können. Dies setzt nachvollziehbare Angaben zu den erbrachten Arbeiten und den dafür aufgewendeten Arbeitsstunden voraus. Der Unternehmer muss entsprechend substantiieren, an welchem Datum welche Mitarbeiter wie viele Arbeitsstunden für welche Tätigkeiten geleistet haben.⁵⁸ Dabei ist zu beachten, dass eine natürliche Vermutung für die Richtigkeit der Erbringung von in einem Rapport enthaltenen Angaben über den Aufwand des Unternehmers nur gilt, wenn dieser durch den Besteller oder dessen Vertreter unterzeichnet wurde.⁵⁹

3.2.2. Montagearbeiten in der Musterwohnung

3.2.2.1. Parteibehauptungen

Der Kläger behauptet, für die Montagearbeiten in der Musterwohnung im 5. Stock sowie für die Montage von Fenstersimsen und Sturzbrettern in allen Stockwerken des Investments C sei ein Pauschalpreis von Fr. 107'129.10 vereinbart worden (Klage S. 5 Rz. 4). Den von der Beklagten mit Klageantwort als Beilage 5 eingereichten "Werkvertrag" habe der Kläger zuvor noch nie gesehen. Abgesehen davon handle es sich höchstens um eine Offerte (Replik S. 5 Rz. 7 f.).

Die Beklagte ist der Ansicht, die Montagearbeiten in der Musterwohnung im 5. Stock sowie die Montage von Fenstersimsen und Sturzbrettern in allen Stockwerken des Investments C seien gemäss Werkvertrag vom 3. Juli 2014 (AB 5) zu entschädigen (Klageantwort S. 8). Demnach stünden dem Kläger vom Werkpreis, den die Beklagte der Totalunternehmerin mit Abschluss aller Arbeiten in Rechnung gestellt hat, für die Montage von Simsen und Sturzbrettern 18 %, für die Montage von Schränken 12 %, für die Montage von Türen 15 % und für die Montage von Wandverkleidungen 22 %, abzüglich Rabatten und zuzüglich Mehrwertsteuer, zu (Klageantwort S. 8; AB 5). Die Parteien hätten sich also nicht darauf verständigt, dass der Kläger mit pauschal Fr. 107'672.15 entschädigt werde. Vielmehr

⁵⁶ BGE 96 II 58 E. 1; BGer 4A_271/2013 vom 26. September 2013 E. 6.2; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (Fn. 53), Art. 374 N. 11 ff.; GAUCH (Fn. 34), N. 785 ff., 948 ff. und 1337 f.; HENNINGER, Bauverzögerung und ihre Folgen, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2005, 2005, S. 265.

⁵⁷ BGer 4A_271/2013 vom 26. September 2013 E. 6.2, 4A_15/2011 vom 3. Mai 2011 E. 3.3; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (Fn. 53), Art. 374 N. 18 m.w.N.; SCHUMACHER/KÖNIG (Fn. 43), N. 647.

⁵⁸ BGer 4A_291/2007 vom 29. Oktober 2007 E. 3.4; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (Fn. 53), Art. 374 N. 18.

⁵⁹ BGer 4A_15/2011 vom 3. Mai 2011 E. 3.3; GAUCH (Fn. 34), N. 1020.

sei eben vereinbart worden, dass der Kläger für sämtliche künftigen Montageleistungen einen in Prozenten vordefinierten Anteil des Werkpreises erhalte, welchen die Beklagte der Totalunternehmerin dereinst in Rechnung stellen werde (Duplik S. 6 f.).

3.2.2.2. Würdigung

Der Kläger legte – da er in den Rechtschriften einen mündlichen Vertragsschluss behauptet – keine Urkunden ins Recht, welche die behauptete Pauschalpreisabrede belegen. Er beantragte aber die Befragung von *F.* sowie *G.* als Zeugen. Weder *F.* noch *G.* konnten anlässlich der Befragung vom 7. Oktober 2021 eine Pauschalpreisabrede bezeugen (Protokoll der Verhandlung vom 7. Oktober 2021, S. 5 und S. 32), sodass dem Kläger der Beweis der behaupteten Pauschalpreisabrede nicht gelingt. Im Übrigen kann auch nicht davon ausgegangen werden, die Beklagte habe den Forderungsbetrag bzw. die Entschädigung eines Pauschalpreises durch Begleichung der klägerischen Rechnungen (KB 5 - 10) anerkannt. Den Rechnungen lässt sich jeweils der Hinweis "Abschlagszahlung" entnehmen, was sowohl für einen Pauschalpreis als auch für eine Entschädigung in Form eines prozentualen Anteils des Werkpreises, welchen die Totalunternehmerin der Beklagten schulden wird, sprechen kann.

Die Beklagte offeriert als Beweis für die von ihr behauptete Entschädigung unter anderem die Befragung von *F.* als Zeugen. Dieser wurde anlässlich der Instruktions- und Vermittlungsverhandlung vom 7. Oktober 2021 zum Sachverhalt befragt. Anlässlich seiner Befragung gab *F.* anfänglich zu Protokoll, sich nicht mehr an die vereinbarte Entschädigung erinnern zu können (Protokoll der Verhandlung vom 7. Oktober 2021, S. 5 und S. 8). An anderer Stelle vertrat er dann aber die Auffassung, zwischen den Parteien sei ein Festpreis nach irgendwelchen Kriterien vereinbart worden (Protokoll der Verhandlung vom 7. Oktober 2021, S. 10). Diese Aussagen erweisen sich als widersprüchlich, womit sie mit Vorsicht zu geniessen sind. Ausserdem lässt sich eine gewisse Unsicherheit im Aussageverhalten des Zeugen feststellen (siehe Protokoll der Verhandlung vom 7. Oktober 2021, S. 5 ff. und S. 12 f. sowie S. 14). Diese dürfte wohl darauf zurückzuführen sein, dass der Zeuge zu Ereignissen befragt wurde, welche zum Zeitpunkt seiner Befragung bereits mehrere Jahre zurücklagen. Im Übrigen basiert eine Vielzahl der Aussagen des Zeugen *F.* auf blossen Annahmen und Vermutungen (siehe Protokoll der Verhandlung vom 7. Oktober 2021, S. 5 ff. und S. 10 sowie S. 15), weshalb darauf nicht abgestellt werden kann.

Sodann legt die Beklagte als Nachweis für die von ihr behauptete Entschädigung eine als Offerte bezeichnete Urkunde ins Recht (AB 5). Hieraus soll sich die Zusammensetzung der vereinbarten Entschädigung ergeben, namentlich die dem Kläger geschuldeten prozentualen Anteile des Werkpreises, den die Beklagte mit Abschluss der ihr übertragenen werkvertraglichen

Leistungen der Totalunternehmerin in Rechnung stellen werde (AB 5; Klageantwort S. 8). Der Kläger entgegnet, er habe dieses Dokument mit der Klageantwortsschrift der Beklagten zum ersten Mal zu Gesicht bekommen. Zuvor sei ihm dieses nie zugestellt oder in anderer Weise vorgelegt worden (Replik S. 5 Rz. 7). Im Übrigen handle es sich dabei höchstens um eine blossе Offerte (Replik S. 5 Rz. 8). Die Beklagte unterliess in der Folge eine Substantiierung ihrer Behauptungen.

Anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 7. Oktober 2021 wurden sowohl der Kläger als auch H. von der Beklagten als Parteien zur besagten Urkunde befragt. H. gab an, er habe dem Kläger die fragliche Urkunde anlässlich einer Sitzung in den Räumlichkeiten der Beklagten physisch übergeben (Protokoll der Verhandlung vom 7. Oktober 2021, S. 47 f.). Dem steht die Aussage des Zeugen F. entgegen, welcher ebenfalls zur besagten Urkunde befragt wurde. Dem Zeugen zufolge wäre die Zustellung der fraglichen Urkunde – sofern diese denn tatsächlich erfolgt sei – mit hundertprozentiger Sicherheit über E-Mail erfolgt (Protokoll der Verhandlung vom 7. Oktober 2021, S. 7). Demgegenüber bekräftigte der Kläger anlässlich seiner Befragung ein weiteres Mal, die erwähnte Urkunde erst im Rahmen dieses Prozesses gesehen zu haben (Protokoll der Verhandlung vom 7. Oktober 2021, S. 43). Somit ist weiterhin unklar, ob und wenn ja, in welcher Form die als Offerte bezeichnete Urkunde dem Kläger zugestellt wurde.

Nach dem bundesrechtlichen Regelbeweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Erforderlich ist somit die volle Überzeugung des Gerichts.⁶⁰ Auch wenn für das Gelingen des Regelbeweises keine absolute Gewissheit verlangt werden kann, gelingt es der Beklagten mit den von ihr offerierten und vom Gericht abgenommenen Beweisen nicht, die Vereinbarung der von ihr behaupteten Entschädigung zur vollen Überzeugung des Gerichts zu beweisen, zumal sie nicht nachzuweisen vermag, dem Kläger die als Offerte bezeichnete Urkunde (AB 5) zugestellt oder übergeben zu haben.

Damit misslingt sowohl dem Kläger als auch der Beklagten der Beweis, dass ihren Behauptungen entsprechende Willenserklärungen abgegeben worden sind. Da sich auch in den Rechtschriften der Parteien keine Behauptungen zur Entstehungsgeschichte und zu den Begleitumständen des Vertragsschlusses finden, welche einen Rückschluss auf die Höhe der geschuldeten Entschädigung zulassen würden, kann vorliegend weder ein natürlicher noch ein normativer Konsens über die Höhe der infrage stehenden Entschädigung festgestellt werden. Da die Parteien sich jedoch einig

⁶⁰ Statt vieler BGE 140 III 610 E. 4.1.

sind, dass eine Entschädigung für die Montagearbeiten in der Musterwohnung im 5. Stock sowie für die Montage von Fenstersimsen und Sturzbrettern in allen Stockwerken des Investments C geschuldet ist, erweist sich der Vertrag als lückenhaft. Die Vertragslücke ist unter Beizug von Art. 374 OR zu schliessen.⁶¹

Im Rahmen der Bestimmung des Werklohns gestützt auf Art. 374 OR ist der Personal-, Sach- und der übrige Aufwand des Unternehmers zu berücksichtigen. Die klägerischen Zusammenstellungen zu diesem Aufwand ab S. 12 der Replik (ab RB 189) sowie die Höhe des Regieansatzes wurden von der Beklagten in der Duplik ab Seite 6 im Wesentlichen lediglich mit der Behauptung bestritten, es sei vereinbart worden, dass sämtliche Montageleistungen auf der Baustelle T. in U. mit einem in Prozenten vordefinierten Anteil des Werkpreises zu entschädigen seien, den die Beklagte der Totalunternehmerin in Rechnung stellen werde. Eine Auseinandersetzung mit den klägerischen Aufstellungen erfolgte nicht. Insbesondere wurde nicht vorgebracht, die behaupteten Arbeiten seien nicht erbracht worden, das Material sei nicht benötigt worden oder der Regieansatz bzw. die Tagespauschale sei nicht angemessen. Daher ist im Grundsatz vom behaupteten Aufwand des Klägers auszugehen, zumindest was die Kalenderwochen 27/2014 sowie 30/2014 bis 33/2014 betrifft. Da für die Arbeiten der Kalenderwochen 28/2014 und 29/2014 keine Wochenrapporte vorgelegt worden sind, ist die Aufrechnung des Klägers auf S. 22 f. Rz. 15 der Replik nicht zu berücksichtigen. Es ergibt sich somit eine Summe von Fr. 84'756.90 (Arbeitsaufwand: Fr. 69'785.00; 98 Tagespauschalen: Fr. 5'880.00; Materialkosten: Fr. 2'813.60; Mehrwertsteuer von 8 %).

Zusammenfassend beträgt die Entschädigung für die Montagearbeiten in der Musterwohnung im 5. Stock sowie für die Montage von Fenstersimsen und Sturzbrettern in allen Stockwerken des Investments C auf der Baustelle T. in U. insgesamt Fr. 84'756.90.

3.2.3. Weitere Montagearbeiten

3.2.3.1. Parteibehauptungen

Dem Kläger zufolge seien die weiteren Montagearbeiten in Kalenderwoche 26/2014 sowie ab Kalenderwoche 34/2014 nicht von der Pauschale für die Musterwohnung und für die Montage von Fenstersimsen und Sturzbrettern erfasst gewesen (Klage S. 9 ff. Rz. 5 ff.). Vielmehr sei eine Entschädigung nach Aufwand vereinbart worden. Überdies seien wöchentliche Abrechnungen und entsprechend wöchentliche Teilzahlungen durch die Beklagte verabredet worden (Klage S. 9 ff. Rz. 5 ff.). Die Beklagte habe die Rechnungen des Klägers bis Kalenderwoche 05/2015 vorbehaltlos bezahlt, wo-

⁶¹ BGE 115 II 484 E. 4b; BGer 4C.41/2007 vom 18. März 2007 E. 4.2, 4C.373/2006 vom 29. Januar 2007 E. 4.4, 4C.189/2004 vom 30. Juli 2004 E. 2.5; GAUCH (Fn. 34), N. 943.

bei sie aber jeweils einen nicht vereinbarten Skontoabzug von 2 % vorgenommen habe (Klage S. 9 ff. Rz. 5 ff. und S. 21 f. Rz. 11; KB 11 und KB 13 sowie KB 28 - 79). Die seit der Kalenderwoche 06/2015 vom Kläger ausgestellten Rechnungen seien mit Ausnahme der Rechnung vom 6. April 2015 (erneut unter Abzug eines unrechtmässigen Skontos von Fr. 429.40) nicht beglichen worden (Klage S. 22 Rz. 12 sowie S. 56 Rz. 29). Dass zwischen den Parteien für diese Arbeiten eine Entschädigung nach Stundenaufwand und nicht eine Pauschale vereinbart gewesen sei, ergebe sich bereits aus den zahlreichen Rechnungen, welche der Kläger der Beklagten zusammen mit den jeweiligen Wochenrapporten zur Bezahlung zugestellt habe und welche durch die Beklagte bis Kalenderwoche 05/2015 auch vorbehaltlos bezahlt worden seien. Mit der Bezahlung habe die Beklagte den Stundenaufwand und die Rechnungen des Klägers jeweils genehmigt und anerkannt (Replik S. 7 f. Rz. 11, S. 48 und S. 51 f. Rz. 49).

Die Beklagte bestreitet, dass hinsichtlich der weiteren Montagearbeiten in Kalenderwoche 26/2014 sowie ab Kalenderwoche 34/2014 eine Entschädigung nach Regie vereinbart worden sei (Klage S. 9 ff. Rz. 5 ff.). Vielmehr seien diese weiteren Montagearbeiten ebenfalls nach dem Werkvertrag vom 3. Juli 2014 (AB 5) zu entschädigen gewesen (Klageantwort S. 8 f.). Der Kläger habe der Beklagten auch nie Stunden- oder Regierapporte zur Unterzeichnung vorgelegt oder zur Kenntnis gebracht, auch nicht als Beilage bei den Rechnungen (Klageantwort S. 8 f. und S. 13; Duplik S. 5 und S. 8). Die vom Kläger behaupteten Arbeitsstunden gälten als bestritten (Klageantwort S. 14; Duplik S. 5). Für Zusatzarbeiten, die vom Werkvertrag nicht erfasst gewesen seien, hätten die Parteien schon vor oder allenfalls auch nach der Arbeitseinstellung des Klägers vereinbart, dass dem Kläger zusätzlich Fr. 67'712.50 unter dem Titel "Regie" abzüglich 20 % und Fr. 134'923.00 für den effektiv zusätzlich erbrachten Mehraufwand zustünden (Klageantwort S. 19).

3.2.3.2. Würdigung

Die Beklagte behauptet, die weiteren Montagearbeiten seien ebenfalls nach dem Werkvertrag vom 3. Juli 2014 zu entschädigen, sodass auch hierfür ein prozentualer Anteil des Werkpreises geschuldet sei, den die Beklagte der Totalunternehmerin in Rechnung gestellt habe (Klageantwort S. 8 f.). Der Kläger erachtet für die Arbeiten – in Übereinstimmung mit Art. 374 OR – eine Entschädigung nach Aufwand als geschuldet (Klage S. 9 ff. Rz. 5 ff.).

Wie bereits zuvor in E. 3.2.2.2 dargelegt, gelingt der Beklagten der Beweis der von ihr behaupteten Entschädigung nicht. Da Art. 374 OR bereits dann

zur Anwendung gelangt, wenn nicht feststeht, dass die Parteien etwas anderes vereinbart haben, ist die Entschädigung für die weiteren Montagearbeiten vorliegend nach Massgabe von Art. 374 OR zu bestimmen.⁶²

Der Kläger legt für die Montagearbeiten in Kalenderwoche 26/2014 sowie ab 34/2014 die der Beklagten zugestellten Rechnungen (ab KB 26) und die entsprechenden Regierapporte (ab KB 94, ab RB 226 und Widerklageduplikbeilage [WKDB] 296 f.) ins Recht. Der Kläger nimmt auf diese Urkunden sowohl in der Klage (S. 9 ff. Rz. 5 ff.) als auch in der Replik (S. 65 ff. Rz. 74 ff.) und der Widerklageduplik (S. 32 ff. Rz. 43) Bezug. Er bringt vor, die Beklagte habe einen Teil dieser Rechnungen mit Ausnahme eines unrechtmässigen Skontoabzugs vorbehaltlos bezahlt und damit den zugrundeliegenden Stundenaufwand des Klägers genehmigt und anerkannt (Replik S. 7 Rz. 11).

Grundsätzlich ist von einer Anerkennung der Rechnung auszugehen, wenn der Besteller diese ohne entsprechende Gegenerklärung tatsächlich bezahlt. Für Akontozahlungen gilt allerdings, dass sich die damit verbundene Schuldanerkennung nicht auch auf einen Zahlungsüberschuss bezieht, der sich in der Folge aus der definitiven Abrechnung ergibt.⁶³ Vorliegend ging die Beklagte davon aus, es handle sich um Akontozahlungen. Hierbei ist zu beachten, dass sich den Rechnungen des Klägers, welche zu Beginn der Montagearbeiten gestellt wurden, der Vermerk "Abschlagszahlung" entnehmen lässt. Überdies weisen einzelne Rechnungen die Anzahl geleisteter Arbeitsstunden nicht aus (KB 32 und KB 35 sowie KB 37; mit Anzahl Stunden KB 39 und 42), was aber dem Kläger zufolge auf einem Fehler im Abrechnungssystem beruhen soll (Klage S. 11 Rz. 8). Im Ergebnis kann angesichts dieser Umstände nicht davon ausgegangen werden, die Bezahlung der Rechnungen durch die Beklagte käme einer Anerkennung des Forderungsbetrags gleich.

Weiter bringt der Kläger vor, er habe der Beklagten mit den wöchentlichen Rechnungen auch jeweils die entsprechenden Wochenrapporte zugestellt. Diese Wochenrapporte übernahm der Kläger praktisch wörtlich in seine Behauptungen (siehe Klage S. 27 bis 57). So entsprechen die tabellarischen Behauptungen in Klage Rz. 16 dem Wochenrapport KW06/2015 bzw. dessen Reinschrift in KB 94/95, die tabellarischen Behauptungen in Rz. 17 dem Wochenrapport KW07/2015 bzw. dessen Reinschrift in KB 100/101, die tabellarischen Behauptungen in Rz. 18 dem Wochenrapport KW08/2015 bzw. dessen Reinschrift in KB 104/105, die tabellarischen Behauptungen in Rz. 20 dem Wochenrapport KW09/2015 bzw. dessen Reinschrift in KB 109/110, die tabellarischen Behauptungen in Rz. 22 dem Wo-

⁶² GAUCH (Fn. 34), N. 943 und 1014.

⁶³ GAUCH (Fn. 34), N. 1267.

chenrapport KW10/2015 bzw. dessen Reinschrift in KB 121/122, die tabellarischen Behauptungen in Rz. 23 dem Wochenrapport KW11/2015 bzw. dessen Reinschrift in KB 125/126, die tabellarischen Behauptungen in Rz. 25 dem Wochenrapport KW12/2015 bzw. dessen Reinschrift in KB 130/131, die tabellarischen Behauptungen in Rz. 27 dem Wochenrapport KW13/2015 bzw. dessen Reinschrift in KB 141/142 und die tabellarischen Behauptungen in Rz. 30 dem Wochenrapport KW15/2015 bzw. dessen Reinschrift in KB 147/148.

Die Beklagte hat es in ihren Rechtsschriften unterlassen, die genannten Behauptungen des Klägers rechtsgenügend zu bestreiten. Die pauschale Bestreitung, die Ausführungen des Klägers auf den Seiten 23 bis 57 der Klage seien unbewiesen und falsch und würden deshalb bestritten, reicht nicht aus (Klageantwort S. 14; Duplik S. 9 f. und S. 18). Entgegen ihrer Ansicht hätte sich die Beklagte im Rahmen ihrer Bestreitungslast (dazu vorne E. 2.2) im Einzelnen mit den aus den Wochenrapporten abgeleiteten, detailliert als geleistet behaupteten Arbeiten des Klägers auseinandersetzen und aufzeigen müssen, welche der behaupteten Arbeitsstunden konkret bestritten werden. Mangels rechtsgenügender Bestreitung kann zur Bestimmung der Entschädigung für die Montagearbeiten in Kalenderwoche 26/2014 und ab Kalenderwoche 34/2014 ohne weiteres auf die in der Klage auf den Seiten 23 bis 57 behaupteten Tatsachen abgestellt werden.

Ausgehend von den Ausführungen des Klägers ab S. 9 der Klage (namentlich auch den detaillierten Behauptungen zu den geleisteten Arbeiten auf den Seiten 27 bis 57), ab S. 65 der Replik und ab S. 32 der Widerklageduplik sowie gestützt auf die ins Recht gelegten Rechnungen (KB 26 ff., RB 226 ff. und WKDB 296 f.) ergibt sich, dass dem Kläger für die weiteren Montagearbeiten folgende Entschädigungen zustehen:

- Kalenderwoche 26/2014: Fr. 8'736.65 (Klage S. 9 f. Rz. 5)
- Kalenderwoche 34/2014 bis und mit Kalenderwoche 38/2014: Fr. 121'947.15 (Klage S. 11 ff. Rz. 8)
- Kalenderwoche 39/2014 bis und mit Kalenderwoche 05/2015: Fr. 705'715.60 (Klage S. 14 ff. Rz. 10 f.)
- ab Kalenderwoche 06/2015: Fr. 335'562.90 (Klage S. 22 ff. Rz. 12 ff., insbesondere S. 74 f. Rz. 43; die Rechnung vom 17. April 2015 in Höhe von Fr. 43'956.00 für die Projektleitungs- und Projektbetreuungsaufwendungen sind bei den Montagearbeiten nicht zu berücksichtigen).

Zusammenfassend ergibt sich ein Total von Fr. 1'171'962.30.

3.2.4. Bauablaufsitzungen

3.2.4.1. Parteibehauptungen

Der Kläger behauptet, die wöchentlichen Bauablaufsitzungen hätten in der Regel eine Stunde gedauert (Klage S. 58 f. Rz. 31). Für die Vertretung der Beklagten an den Bauablaufsitzungen habe der Kläger einen branchenüblichen Stundenansatz von Fr. 110.00 verrechnet (Klage S. 61 f., Rz. 33). Gemäss den Honoraransätzen auf Seite 6 f. der "Empfehlungen zur Honorierung von Architekten und Ingenieuren" der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren aus dem Jahr 2015 (KB 158) betrügen die Stundenansätze für Bauleitungs- und Administrationsaufgaben zwischen Fr. 97.00 und Fr. 232.00. Vor diesem Hintergrund und der Tatsache, dass der Kläger über eine dreissigjährige Bau Erfahrung verfüge und daher mit Blick auf Seite 7 der erwähnten Empfehlungen der Stufe 3 (Fr. 101.00 bis Fr. 232.00) zuzuordnen sei, sei der vom Kläger in Rechnung gestellte Stundenansatz von Fr. 110.00 am unteren Rand und daher äusserst kulant (Klage S. 61 f. Rz. 33).

Die Beklagte bestreitet die vom Kläger behauptete Anzahl aufgewendeter Stunden sowie die Entschädigung von Fr. 110.00 pro Stunde (Klageantwort S. 15).

3.2.4.2. Rechtliches

Gemäss Art. 394 Abs. 3 OR ist eine Vergütung zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist. Es gilt, den entgeltlichen Auftrag von Gefälligkeitsverhältnissen abzugrenzen. Heutzutage spricht eine faktische Vermutung für die Entgeltlichkeit von Arbeitsleistungen, insbesondere wo Geschäfts- oder Dienstleistungen berufsmässig erbracht werden.⁶⁴

Sofern der Auftrag entgeltlich erbracht wird, eine genaue Vergütung aber nicht vereinbart wurde, ist eine übliche und angemessene Vergütung geschuldet.⁶⁵ Bei der Festlegung einer angemessenen Vergütung sind der Zeitaufwand, die Schwierigkeit der Tätigkeit, die zu tragenden Risiken, die Verantwortung des Beauftragten und Tarife für ähnliche Leistungen zu berücksichtigen.⁶⁶ Die Beweislast für die Angemessenheit der Vergütung trägt der Beauftragte.⁶⁷

3.2.4.3. Würdigung

Wie gezeigt besteht eine faktische Vermutung für die Entgeltlichkeit von Dienstleistungen. Vorliegend sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, die gegen die Entgeltlichkeit des Auftrags sprächen. Insbesondere bestand zwischen den Parteien eine Geschäftsbeziehung. Auch der Inhalt des Auftrags – die geforderte Anwesenheit des Klägers an den Bauablaufsitzungen bzw.

⁶⁴ BSK OR I-OSER/WEBER (Fn. 39), Art. 394 N. 35.

⁶⁵ BSK OR I-OSER/WEBER (Fn. 39), Art. 394 N. 36.

⁶⁶ BSK OR I-OSER/WEBER (Fn. 39), Art. 394 N. 39.

⁶⁷ BSK OR I-OSER/WEBER (Fn. 39), Art. 394 N. 41.

die Vertretung der Beklagten an diesen – spricht gegen die Annahme einer unentgeltlichen Gefälligkeitsleistung. Die Teilnahme des Klägers an den Bauablaufsitzungen erfolgte folglich entgeltlich.

Den editierten Protokollen der Bauablaufsitzungen kann entnommen werden, dass die Bauablaufsitzungen vom 30. September 2014, 7. und 28. Oktober 2014, 11. und 18. November 2014, 2. Dezember 2014 sowie 3. Februar 2015 jeweils eine Stunde dauerten, sodass hierbei insgesamt ein Aufwand von sieben Stunden angefallen ist.

Sodann behauptet der Kläger, seine Teilnahme an den Bauablaufsitzungen habe jeweils eine Anfahrt und Rückfahrt von gesamthaft drei Stunden erfordert (Klage S. 58 f. Rz. 31). Dies wurde von der Beklagten mit Eingabe vom 27. Mai 2021 bestritten (Eingabe vom 27. Mai 2021, S. 2). Der Beklagten zufolge sei der Kläger zum Zeitpunkt der Bauablaufsitzungen jeweils bereits vor Ort gewesen (Eingabe vom 27. Mai 2021, S. 2). Bei diesem Vorbringen handelt es sich um ein unechtes Novum gemäss Art 229 Abs. 1 lit. b ZPO. Wie zuvor in E. 3.1.4.2.1 gesehen, können unechte Noven nur dann Berücksichtigung finden, wenn sie unverzüglich in das Verfahren eingebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vor Aktenschluss vorgebracht werden konnten (Art 229 Abs. 1 lit. b ZPO). Vorliegend wurde das Novum durch die Edition der Bauablaufsitzungsprotokolle veranlasst und zeitgleich vorgebracht. Es wurde somit ohne Verzug ins Verfahren eingebracht und ist zu berücksichtigen.

Mit der Eingabe vom 9. Juni 2021 entgegnete der Kläger, die täglichen Arbeiten auf der Baustelle seien nicht von ihm, sondern von seinen Mitarbeitern ausgeführt worden. Dies würden die ins Recht gelegten Wochenrapporte belegen (Eingabe vom 9. Juni 2021, S. 2 f.). Die klägerische Behauptung ist ebenfalls ein unechtes Novum. Mit der Eingabe am 9. Juni 2021 wurde das Novum ohne Verzug vorgebracht, weshalb es im vorliegenden Verfahren berücksichtigt werden kann.

Der Kläger beruft sich zum Nachweis seiner Behauptung, die täglichen Arbeiten auf der Baustelle seien nicht von ihm ausgeführt worden, pauschal auf die eingereichten Wochenrapporte, von denen er insgesamt vierzig Stück ins Recht legte (Eingabe vom 9. Juni 2021, S. 2 f.). Wie in E. 2.4 gesehen, ist ein Beweismittel nur dann formgerecht angeboten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt (sog. Prinzip der Beweismittelverbindung). Die Zuordnung der Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen ist Aufgabe der Parteien. Der Kläger hat es unterlassen, diejenigen Wochenrapporte zu bezeichnen, welche die Behauptungen der Beklagten widerlegen. Damit wurden die Beweismittel nicht formgerecht angeboten, weshalb sie in diesem Zusammenhang nicht abzunehmen sind (Art. 152 Abs. 1 ZPO e contrario). Damit misslingt dem Kläger der Beweis, dass die Teilnahme an

den Bauablaufsitzungen jeweils eine dreistündige Fahrt erforderte. Dementsprechend ist im Zusammenhang mit den Bauablaufsitzungen lediglich ein Aufwand von sieben Stunden erstellt.

Über die Höhe der Entschädigung für die entgeltlichen Sitzungen kam zwischen den Parteien keine Vereinbarung zustande, sodass sich der Kläger bei der Festlegung des Stundenansatzes von Fr. 110.00 an den "Empfehlungen zur Honorierung von Architekten und Ingenieuren" der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren aus dem Jahr 2015 orientierte (KB 158). Die Beklagte belässt es bei einer pauschalen Bestreitung des vom Kläger festgesetzten Stundenansatzes (Klageantwort S. 15). Sie behauptet aber nicht, die vom Kläger beigezogenen Empfehlungen seien vorliegend nicht einschlägig oder der Kläger sei nicht deren Stufe 3 zuzuordnen. Bei der Ermittlung der geschuldeten Entschädigung ist daher auf die besagten Empfehlungen abzustellen und ausgehend hiervon ein Stundenansatz von Fr. 110.00 zu veranschlagen. Daraus folgt eine Entschädigung des Klägers für seine Teilnahme an den Bauablaufsitzungen vom 30. September 2014, 7. und 28. Oktober 2014, 11. und 18. November 2014, 2. Dezember 2014 sowie 3. Februar 2015 von insgesamt Fr. 770.00.

3.3. Ergebnis

Zusammenfassend steht dem Kläger für die Montagearbeiten in der Musterwohnung im 5. Stock sowie für die Montage von Fenstersimsen und Sturzbrettern in allen Stockwerken des Investments C auf der Baustelle T. eine Entschädigung von Fr. 84'756.90 und für die weiteren Montagearbeiten eine Entschädigung von Fr. 1'171'962.30 zu. Für die Teilnahme des Klägers an den Bauablaufsitzungen schuldet ihm die Beklagte eine Vergütung von Fr. 770.00. Insgesamt beträgt die Entschädigung somit Fr. 1'257'489.20. Die Parteien sind sich einig, dass die Beklagte bereits Zahlungen in der Höhe von Fr. 945'698.94 geleistet hat (Klageantwort S. 10 ff; Replik S. 46 Rz. 36). Es verbleibt eine offene Forderung des Klägers gegenüber der Beklagten von Fr. 311'790.26.

4. Widerklage

Die Beklagte erhebt Widerklage mit der Begründung, der Werkpreis des Klägers belaufe sich auf Fr. 550'390.65 und nicht wie vom Kläger behauptet auf Fr. 1'323'047.39. Da die Beklagte dem Kläger bereits Fr. 945'698.90 überwiesen habe, stehe ihr nun der Differenzbetrag von Fr. 395'308.25 zu (Klageantwort S. 20).

Die Klage und die Widerklage schliessen sich gegenseitig insofern aus, als eine teilweise oder vollständige Gutheissung der Klage die vollständige Abweisung der Widerklage zur Folge hat. Wie in E. 3.3 gesehen, steht dem Kläger in teilweiser Gutheissung der Klage eine offene Forderung von

Fr. 311'790.26 gegenüber der Beklagten zu. Die Widerklage ist folglich vollumfänglich abzuweisen.

5. Verzugszinsen

Der Kläger fordert Verzugszins von 5 % auf den Betrag von Fr. 377'348.45 seit 17. Mai 2015, da die letzte Rechnung vom 6. Mai 2015 datiere und sie innerhalb von 10 Tagen zu begleichen gewesen sei (Klage S. 76 Rz. 46). Die Beklagte erwidert, Verzugszins wäre erst ab Zustellung des Zahlungsbefehls am 29. August 2017 zuzusprechen (Klageantwort S. 20).

Die blosser Zustellung einer Rechnung stellt grundsätzlich keine Mahnung dar. Befindet sich auf der Rechnung hingegen ein Vermerk wie "Saldo netto zu bezahlen innert 30 Tagen", handelt es sich gemäss h.L. um eine befristete Mahnung. Sofern sich aus der Erklärung auf der Rechnung nicht klar ergibt, ob als fristauslösender Zeitpunkt der Ausstellungszeitpunkt der Rechnung oder der Zeitpunkt der Zustellung beim Schuldner gilt, ist zugunsten des Schuldners auf den späteren Zeitpunkt abzustellen.⁶⁸

Vorliegend datiert die letzte Rechnung des Klägers vom 6. Mai 2015; sie enthält den Vermerk "zahlbar innerhalb von 10 Tagen ohne Abzug" (KB 178). Es ist davon auszugehen – auch mangels Bestreitung durch die Beklagte –, dass die Rechnung am Folgetag, d.h. am 7. Mai 2015 zugestellt wurde. Die Frist begann am 8. Mai 2015 zu laufen und endete am 17. Mai 2015. Die Beklagte ist somit seit dem 18. Mai 2015 in Verzug, weshalb ab diesem Datum Verzugszins geschuldet ist. Der behauptungsweise geschuldete Zinssatz von 5 % wurde nicht bestritten. Somit schuldet die Beklagte seit dem 18. Mai 2015 Verzugszinsen zu 5 % auf den Betrag von Fr. 311'790.26.

6. Beseitigung des Rechtsvorschlags

Der mit Klagebegehren Ziff. 2 verlangten Aufhebung des Rechtsvorschlags ist im Umfang der Gutheissung der Klage stattzugeben. Zu beachten gilt, dass Verzugszins erst seit dem 18. Mai 2015 geschuldet ist.

7. Prozesskosten

7.1. Streitwert und Verteilung

Die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO), werden gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO im Verhältnis des Obsiegens bzw. Unterliegens auferlegt. Für die Bestimmung dieses Verhältnisses werden die Streitwerte der Klage und Widerklage addiert.⁶⁹ Der Streitwert der Klage beträgt Fr. 377'348.45, derjenige der Widerklage Fr. 395'308.25 und die Summe daraus Fr. 772'656.70. Da die

⁶⁸ BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, 7. Aufl. 2020, Art. 102 N. 9b.

⁶⁹ FREY, Grundsätze der Streitwertbestimmung, 2017, N. 336.

Klage im Umfang von Fr. 311'790.26 gutgeheissen und die Widerklage vollständig, d.h. im Umfang von Fr. 395'308.25, abgewiesen wird, obsiegt der Kläger im Umfang von zusammengerechnet Fr. 707'098.51, d.h. zu rund 92 %. Geringfügiges Überklagen, welches bei Obsiegen in der Höhe von etwa 90 % anzunehmen ist, wird bei der Kostenverteilung als vollständiges Obsiegen behandelt.⁷⁰ Deshalb hat die Beklagte vorliegend sämtliche Prozesskosten zu tragen.

Nach Art. 94 Abs. 2 ZPO werden die Streitwerte zur Bestimmung der Prozesskosten zusammengerechnet, sofern sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen. Schliessen sich Klage und Widerklage gegenseitig aus, so ist für die Ermittlung der Prozesskosten auf das höhere Rechtsbegehren abzustellen. Klage und Widerklage schliessen sich gegenseitig aus, wenn es logisch widersprüchlich wäre, trotz voller Guttheissung der einen Klage auch die andere ganz oder teilweise zu schützen, mithin wenn aus der Guttheissung der einen Klage die Abweisung der anderen folgt.⁷¹ Wie bereits in E. 4 ausgeführt, schliessen sich die Klage und Widerklage vorliegend insofern aus, als eine teilweise oder vollumfängliche Guttheissung der Klage eine vollumfängliche Abweisung der Widerklage zur Folge hat. Eine teilweise oder vollumfängliche Guttheissung der Widerklage führt wiederum zur vollumfänglichen Abweisung der Klage. Bei der Festsetzung der Prozesskosten ist daher keine Zusammenrechnung der Streitwerte vorzunehmen, sondern vom höheren Streitwert von Fr. 395'308.25 auszugehen.

7.2. Gerichtskosten

Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten entsprechen vorliegend der Entscheidunggebühr und den Kosten der Beweisführung (Art. 95 Abs. 2 lit. b und lit. c ZPO). Bei einem Streitwert von Fr. 395'308.25 beträgt der Grundansatz der Gerichtsgebühr Fr. 15'566.75 (vgl. § 7 Abs. 1 VKD). Die Kosten für die Befragung der Zeugen F. und G. betragen Fr. 390.50. Weil das vorliegende Verfahren weder ausserordentliche noch nur geringe Aufwendungen erforderte (vgl. § 7 Abs. 3 VKD), sind die Gerichtskosten auf Fr. 15'957.25 festzusetzen. Die Gerichtskosten werden primär mit den von der Beklagten geleisteten Kostenvorschüssen von Fr. 15'500.00 und Fr. 150.00, d.h. total Fr. 15'650.00 verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Es verbleiben nicht gedeckte Gerichtskosten von Fr. 307.25. Diese werden mit den vom Kläger geleisteten Kostenvorschüssen von Fr. 15'171.00 und Fr. 450.00, d.h. Fr. 15'621.00, verrechnet, sodass die Beklagte dem Kläger den Betrag von Fr. 307.25 direkt zu ersetzen hat. Ein allfälliger Überschuss steht dem Kläger zu.

⁷⁰ JENNY, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 5), Art. 106 N. 10 m.w.N.

⁷¹ BGE 108 II 51 E. 1; STEIN-WIGGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 5), Art. 94 N. 12.

7.3. Parteientschädigung

Die Beklagte hat dem Kläger eine Parteientschädigung zu entrichten (Art. 106. Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung besteht vorliegend aus den Kosten der berufsmässigen Vertretung (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO). Bei ihrer Festsetzung ist von den kantonalen Tarifen auszugehen (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 ZPO). Die Grundentschädigung beträgt gemäss § 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 AnwT rund Fr. 27'345.15. Dadurch sind Instruktion, Aktenstudium, rechtliche Abklärungen, Korrespondenz und Telefongespräche sowie eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (§ 6 Abs. 1 AnwT). Für die beiden zusätzlichen Rechtsschriften (Replik und Widerklageduplik) und für die zweite Instruktions- und Vermittlungsverhandlung ist je ein Zuschlag von praxisgemäss 20 %, d.h. insgesamt 60 % geschuldet (§ 6 Abs. 3 AnwT), womit sich die Parteientschädigung auf Fr. 43'752.25 erhöht. Nach Berücksichtigung der Auslagenersatzpauschale von 3 % (vgl. § 13 Abs. 1 AnwT) ergibt sich eine Parteientschädigung von gerundet Fr. 45'064.80, welche die Beklagte dem Kläger zu entrichten hat.

7.4. Sicherheitsleistung des Klägers

In Nachachtung der Verfügung vom 27. November 2018 reichte der Kläger dem Handelsgericht zur Sicherstellung der beklagischen Parteikosten am 18. Januar 2020 die Zahlungsgarantie Nr. 17.551 der D. vom 16. Januar 2019 über Fr. 38'577.10 ein. Diese Sicherheit bleibt bis zur Rechtskraft des vorliegenden Urteils blockiert⁷² und ist dem Kläger nach deren Eintritt auszuhändigen.

Das Handelsgericht erkennt:

1.

1.1.

In **teilweiser Gutheissung** der **Klage** vom 23. August 2018 wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 311'790.26 nebst Zins zu 5 % seit dem 18. Mai 2015 zu bezahlen.

1.2.

Der **Rechtsvorschlag** in der Betreuung Nr. 217466 des Betreibungsamts R. vom 24. August 2017 wird im Umfang von Fr. 311'790.26 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 18. Mai 2015 **beseitigt**.

2.

Die **Widerklage** vom 28. Februar 2019 wird **abgewiesen**, soweit darauf einzutreten ist.

⁷² SUTER/VON HOLZEN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 5), Art. 101 N. 16.

3.

3.1.

Die Gerichtskosten von Fr. 15'957.25 werden der Beklagten auferlegt. Die Gerichtskosten werden primär mit den von der Beklagten geleisteten Kostenvorschüssen von insgesamt Fr. 15'650.00 verrechnet. Die verbleibenden ungedeckten Gerichtskosten von Fr. 307.25 werden mit den vom Kläger geleisteten Kostenvorschüssen von gesamthaft Fr. 15'621.00 verrechnet, wobei die Beklagte dem Kläger den Betrag von Fr. 307.25 direkt zu ersetzen hat.

3.2.

Die Beklagte hat dem Kläger dessen Parteikosten in richterlich festgesetzter Höhe von Fr. 45'064.80 zu ersetzen.

3.3.

Die beim Handelsgericht hinterlegte Zahlungsgarantie Nr. 17.551 der D. vom 16. Januar 2019 über Fr. 38'577.10 wird dem Kläger **nach Eintritt der Rechtskraft** des vorliegenden Urteils ausgehändigt.

Zustellung an:

- den Kläger und Widerbeklagten (Vertreter; zweifach mit Abrechnung)
- die Beklagte und Widerklägerin (Vertreter; zweifach)

Mitteilung an:

- die Obergerichtskasse

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 7. Juli 2022

Handelsgericht des Kantons Aargau

1. Kammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin-Stv.:

Dubs

Füglister

