



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, und Oberrichter Dr. Daniel Schwander, die Handelsrichter Jean-Marc Bovet, Andreas Bertet und Werner Heim sowie Gerichtsschreiberin Zoë Biedermann

Beschluss und Urteil vom 16. Januar 2023

in Sachen

A. _____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____,

gegen

B. _____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____,

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin folgende Beträge zu bezahlen:
- 1.1 CHF 15'616.50 zuzüglich Zins zu 5% seit 07.02.2020;
 - 1.2 CHF 15'616.50 zuzüglich Zins zu 5% seit 07.03.2020;
 - 1.3 CHF 15'616.50 zuzüglich Zins zu 5% seit 05.04.2020;
 - 1.4 CHF 15'616.50 zuzüglich Zins zu 5% seit 03.05.2020;
 - 1.5 CHF 8'903.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 06.08.2020.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreuungsamtes Niederhasli-Niederglatt sei aufzuheben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. Mwst zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Dienstleisterin im Bautreuhand-Bereich mit Sitz in C. _____ (act. 3/3). Im vorliegend streitigen Projekt war sie als Bauleiterin tätig. Die Beklagte ist eine Bauunternehmung mit Sitz in D. _____ (act. 3/2).

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin fordert von der Beklagten das Resthonorar aus einem Bauleitungsvertrag; die Beklagte verweigert die Bezahlung unter Hinweis auf verrechnungsweise geltend gemachten Schadenersatz sowie Honorarminderung aufgrund von nicht gehöriger Vertragserfüllung.

B. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 7. Mai 2021 machte die Klägerin ihre Klage am Handelsgericht des Kantons Zürich rechtshängig (act. 1). Mit Verfügung vom 11. Mai 2021 wurde die Klageschrift der Beklagten zugestellt und der Klägerin Frist zur Leistung eines

Kostenvorschusses angesetzt (act. 4). Die Klägerin bezahlte den Kostenvorschuss von CHF 7'300.– innert Frist (act. 6). Mit Verfügung vom 17. Juni 2021 wurde der Beklagten Frist zur Einreichung einer Klageantwort angesetzt (act. 7). Die Beklagte reichte ihre Klageantwort mit Eingabe vom 20. September 2021 innert Frist ein (act. 9). Mit Verfügung vom 4. Oktober 2021 wurde das Doppel der Klageantwort der Klägerin zugestellt und die Prozessleitung an Oberrichter Dr. Daniel Schwander delegiert (act. 12).

Am 6. Dezember 2021 fand eine Vergleichsverhandlung statt, welche zu keiner Einigung führte (Prot. S. 6 f.).

Mit Verfügung vom 7. Dezember 2021 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist zur Einreichung der Replik angesetzt (act. 15). Mit Eingabe vom 26. Januar 2022 reichte die Klägerin diese innert Frist ein (act. 17). Mit Verfügung vom 28. Januar 2022 wurde der Beklagten die Replik zugestellt und Frist zur Erstattung der Duplik angesetzt (act. 19). Mit Eingabe vom 21. März 2022 reichte die Beklagte diese innert erstreckter Frist ein (act. 21 und 23). Am 24. März 2022 wurde der Klägerin die Duplik zugestellt und der Aktenschluss festgestellt (act. 25). Mit Eingabe vom 7. April 2022 reichte die Klägerin eine Stellungnahme zur Duplik ein (act. 27). Am 13. April 2022 wurde diese der Beklagten zugestellt (Prot. S. 11). Mit Eingabe vom 21. April 2022 ersuchte die Beklagte um Fristansetzung zur Stellungnahme zur vorerwähnten Eingabe (act. 30). Diesem Ersuchen wurde entsprochen (act. 30). Nach einer Erstreckung der angesetzten Frist (act. 32) reichte die Beklagte ihre Stellungnahme mit Eingabe vom 16. Mai 2022 ein (act. 34). Am 18. Mai 2022 wurde diese der Klägerin zugestellt (Prot. S. 12).

Mit Verfügung vom 20. Oktober 2022 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung (Partei-vorträge, Schlussvorträge) – unter Vorbehalt der allfälligen Durchführung eines Beweisverfahrens – verzichteten (act. 36). Die Beklagte hielt mit Eingabe vom 27. Oktober 2022 an der Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung fest (act. 38), währenddem die Klägerin mit Eingabe vom 31. Oktober 2022 ihren Verzicht erklärte (act. 39).

Am 16. Januar 2023 fand die Hauptverhandlung statt (Prot. S. 15 ff.).

Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

Erwägungen

1. Formelles

In Ziff. 12 Abs. 4 des vorliegend massgebenden Planer-/Bauleitungsvertrages vom 4. Juli 2019 vereinbarten die Parteien als Gerichtsstand den Sitz der Auftraggeberin, vorliegend also der Beklagten (act. 3/4). Die Beklagte hat ihren Sitz im Kanton Zürich, womit das angerufene Handelsgericht örtlich zuständig ist (Art. 17 ZPO).

Beide Parteien sind im Handelsregister eingetragen, es ist die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen und der erforderliche Streitwert ist erreicht, womit das Handelsgericht auch sachlich zuständig ist (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG). Die weiteren Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

2. Materielles

2.1. Honoraranspruch der Klägerin

2.1.1. Ausgangslage

Die Parteien schlossen am 4. Juli 2019 einen «Planer-/Bauleitungsvertrag» für das Projekt «E. _____» (Neubau von fünf Mehrfamilienhäusern an der F. _____-Strasse in G. _____) (act. 3/4). Darin wurde die Klägerin mit der «örtlichen Bauleitung» betraut. Vereinbart wurde unbestrittenermassen ein Pauschalhonorar von CHF 290'000.– inkl. MWST (act. 1 N 6; act. 3/4 Ziff. 4; act. 9 N 10; act. 17 N 30). Die Beklagte hat bis und mit Dezember 2019 Honorarleistungen von insgesamt CHF 218'631.– (d.h. CHF 290'000.– - CHF 71'369.–) an die Klägerin bezahlt (act. 1 N 12; act. 9 N 32). Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin den ausstehenden Betrag von CHF 71'369.– geltend.

2.1.2. Behauptungs-, Bestreitungs- und Beweislast

Inwieweit unter Geltung der Verhandlungsmaxime Tatsachen zu behaupten zu substantzieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 127 III 365 E. 2B S. 368; Urteil 4A_57/2014 vom 8. Mai 2014 E. 1.3.3). Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten; es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden (BGE 136 III 322 E. 3.4.2 S. 328; Urteil 4A_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 2.1). Ein solchermaßen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt (Urteil 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2; vgl. auch BGE 127 III 365 E. 2b S. 368).

Ergibt die vom Gericht vorzunehmende Prüfung des Tatsachenvortrags, dass es den Parteivorbringen insgesamt an Schlüssigkeit gebricht, dann sind auch die vorhandenen Tatsachenbehauptungen nicht erheblich, womit die Beweisabnahme unterbleiben kann (Urteil 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 4.1).

Die Behauptungs- und Substanziierungslast zwingt die damit belastete Partei nicht, sämtliche möglichen Einwände der Gegenpartei vorweg zu entkräften (zit. Urteil 4A_591/2012 E. 3.2 mit Hinweisen). Nur soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast. 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 (BGE 127 III 365 E. 2b S. 368 mit Hinweisen).

Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen des Klägers damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche

einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss. Der Grad der Substanziierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substanziierung einer Bestreitung; je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet. Je detaillierter mithin ein Parteivortrag ist, desto höher sind die Anforderungen an eine substanziierte Bestreitung. Diese sind zwar tiefer als die Anforderungen an die Substanziierung einer Behauptung; pauschale Bestreitungen reichen indessen nicht aus. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird (BGE 141 III 433 E. 2.6 mit Hinweisen). Eine hinreichende Bestreitung lässt die behauptungsbelastete Partei erkennen, welche ihrer Behauptungen sie weiter zu substanzieren und welche Behauptungen sie schliesslich zu beweisen hat (vgl. Urteil 4A_225/2011 E. 2.3 mit Hinweis).

2.1.3. Subsumtion

Der Klägerin obliegt die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast für das Bestehen der Resthonorarforderung von CHF 71'369.–. Sie stützt sich auf den Bauleitungsvertrag vom 4. Juli 2019, in welchem sie mit der Bauleitung gegen Bezahlung eines Pauschalhonorars von CHF 290'000.– beauftragt worden sei. Sie bringt vor, sie habe das Projekt abgeschlossen, doch seien Zahlungen im Umfang von CHF 71'369.– noch ausstehend (act. 1 N 6, N 11 f.; act. 17 N 29 ff.). Diese Tatsachenbehauptungen belegt sie durch die Einreichung des Bauleitungsvertrages sowie der Übergabeprotokolle der Wohnungen vom 14. Mai 2020, 18. Mai 2020 und 6. Juni 2020 (act. 3/4; act. 3/13). Damit kommt sie ihrer Behauptungslast nach.

Die Beklagte trägt die Bestreitungslast. Sie bestreitet weder den Bestand des Bauleitungsvertrages noch die Vereinbarung eines Pauschalhonorars in der Höhe von CHF 290'000.–. Unbestritten geblieben ist auch, dass die Beklagte bereits einen Betrag von CHF 218'631.– bezahlt hat. Indessen stellt die Beklagte der Resthonorarforderung der Klägerin verrechnungsweise Schadenersatz- und Honorarminderungsansprüche entgegen (act. 9 N 35; act. 23 N 11 ff., N 25 ff.). Die Aus-

fürungen der Beklagten zum Abschluss des Projekts sind widersprüchlich, denn einerseits bestreitet sie den Projektabschluss durch die Klägerin, andererseits verlangt sie aber eine Honorarminderung infolge Schlechterfüllung, womit sie das Projekt selbst als abgeschlossen betrachtet – wenn auch nicht sorgfaltsgemäss (act. 9 N 10, N 34; act. 23 N 25 ff., N 54). Mangels genügender Bestreitung ist vom Abschluss des Projekts auszugehen, weshalb der ausstehende Betrag – vorbehältlich der verrechnungsweise erhobenen Gegenforderungen (Schadenersatz und Honorarminderung) – grundsätzlich geschuldet ist.

2.1.4. Fazit

Die Klägerin hat den Vertragsabschluss, das geschuldete Pauschalhonorar von CHF 290'000.–, den Projektabschluss und die noch ausstehende Honorarforderung rechtsgenügend behauptet. Da die Ausführungen der Beklagten zum Projektabschluss widersprüchlich sind, kommt sie ihrer Bestreitungslast insofern nicht nach, so dass vom Abschluss des Projektes auszugehen ist. Der Resthonoraranpruch der Klägerin ist somit grundsätzlich geschuldet.

2.2. Gegenforderungen der Beklagten

2.2.1. Ausgangslage

Die Beklagte macht, wie erwähnt, im Wesentlichen geltend, die Klägerin habe ihre vertraglichen Pflichten nicht gehörig erfüllt, woraus ihr ein Schaden entstanden sei, welcher die eingeklagte Forderung übersteige (act. 9 N 36). Ausserdem verlangt sie Honorarminderung infolge Schlechterfüllung des Auftrags (act. 23 N 25). Die Klägerin bestreitet beide Ansprüche (act. 17 N 9 ff.).

2.2.2. Rechtliches

Gemäss Art. 8 ZGB hat diejenige Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet.

Eine Schadenersatzforderung zufolge Verletzung des Bauleitungsvertrages setzt folgende Elemente voraus: Pflichtverletzung, Schaden, Kausalzusammenhang und Verschulden (welches vermutet wird) (Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 398 Abs. 2

OR). Soll aus Pflichtverletzungen eine Honorarminderung abgeleitet werden, sind die entsprechenden Voraussetzungen ebenfalls vom Anspruchsteller zu behaupten und zu beweisen.

Dafür sind grundsätzlich diejenigen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel zu berücksichtigen, die im Rahmen des ordentlichen Schriftenwechsels vorgetragen wurden. Nach Aktenschluss (vgl. act. 25) sind Noven nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO zuzulassen. Die Behauptungen und Beweismittel, welche die Beklagte mit Eingabe vom 16. Mai 2022 (act. 34) sowie anlässlich der Hauptverhandlung (Prot. S. 16 f.; act. 43) vorgebracht hat, stellen keine zulässigen Noven dar, die begründetermassen erst nach Aktenschluss in den Prozess hätten eingeführt werden können. Vielmehr handelt es sich bei den Beilagen (act. 35/31-40) um verspätet eingereichte unechte Noven, worauf unter den einzelnen Vorwürfen – soweit angezeigt – einzugehen ist. Die anlässlich der Hauptverhandlung nachgereichte Beilage (act. 44) stellt ein sog. Potestativ-Novum dar, dessen Entstehung vom Willen der Beklagten abhängig war, weshalb es wie ein unechtes Novum behandelt wird (vgl. BGE 146 III 416 E. 5.3). Die Beklagte begründete nicht, wieso sie diese Beilage erst jetzt erhältlich machen konnte. Verspätet eingereichten Noven sind für das vorliegende Verfahren unbeachtlich.

2.2.3. Vorwurf 1: Unzureichende Baustellenpräsenz

Zunächst führt die Beklagte im Wesentlichen ins Feld, «verschiedene Unternehmer» hätten den einzigen Verwaltungsrat der Beklagten darauf hingewiesen und ihm gegenüber auch bestätigt, dass der klägerische Bauleiter (H. _____) «nur wenige Stunden pro Woche überhaupt auf der Baustelle war». Zwar sehe der Bauleitungsvertrag keine Mindeststundenzahl vor; soweit Fehler oder unterlassene Kontrollen durch eine ausreichende Präsenz hätten vermieden werden können, habe die Klägerin für die entsprechenden Schäden oder Kosten einzustehen (act. 23 N 10, 1. Aufzählungszeichen).

Wie die Beklagte selbst einräumt, sieht der Vertrag keine Mindeststundenzahl vor. Insofern kann allein aus diesem Umstand keine Pflichtverletzung abgeleitet wer-

den. Sodann führt die Klägerin vorliegend nicht aus, welche Schäden durch die behauptete Abwesenheit konkret verursacht worden sein sollen. Ebenso wenig hat sie allfällige Schäden beziffert. Die Ausführungen erweisen sich damit als unklar, unzureichend und nicht schlüssig, weshalb darüber nicht Beweis abzunehmen ist.

2.2.4. Vorwurf 2: Unzureichende Absprachen mit Bauleiter

Die Beklagte führt weiter ins Feld (act. 23 N 10, 2. Aufzählungszeichen), «verschiedene Unternehmer» hätten den einzigen Verwaltungsrat der Beklagten darauf hingewiesen und ihm gegenüber auch bestätigt, dass sie «verschiedene Sachen wie Einlagen, Aussparungen, Montage Elemente und die Montage ganz allgemein gar nicht mit dem von der Klägerin (der örtlichen Bauleitung) ein[ge]setzten Bauleiter (H._____) hätten anschauen bzw. diskutieren können, da ihm die erforderliche Fachkompetenz gefehlt habe.» Weiter führt die Beklagte aus: «Die Folge war, dass verschiedene Einlagen nicht gestimmt haben; sie waren versetzt und man musste spitzen, bohren und schneiden. Diese Anpassungen haben erhebliche Kosten verursacht.» Weiter führt die Beklagte aus (act. 23 N 11), das von der Klägerin vermittelte Bild einer sorgfältigen örtlichen Bauleitung sei unzutreffend, da «verschiedene Fehler und Mängel entstanden sind, die bei einer ausreichenden Kontrolle nicht entstanden wären.»

Die Beklagte hat insbesondere nicht dargelegt, welche Unternehmer betreffend welche «verschiedenen Sachen» nicht mit dem Bauleiter «anschauen bzw. diskutieren» konnten und inwiefern sich daraus welche Kosten ergaben bzw. wie diese zu beziffern sind. Ebenso wenig wird deutlich, was mit «verschiedene Fehler und Mängel» gemeint ist. Diese Ausführungen erweisen sich als nicht schlüssig.

2.2.5. Vorwurf 3: Falsche Betonierung von Wänden

Die Beklagte führt weiter aus, «[e]ine Wand» im Untergeschoss des Hauses E und die Längswand in der Tiefgarage seien «falsch betoniert» worden (act. 23 N 12). Abschliessend räumt die Beklagte allerdings selber ein, ein finanzieller

Schaden sei hieraus nicht entstanden (act. 23 N 12 letzter Satz), womit sich dieser Vorwurf von vornherein als irrelevant erweist.

2.2.6. Vorwurf 4: Falsch oder nicht eingelegte Einlagen bei den Decken

Die Beklagte führt weiter aus (act. 23 N 13): «Bei den Decken waren die Einlagen falsch oder gar nicht eingelegt. Das hatte zur Konsequenz, dass Fehler bei der Betonierung der Decke geschahen. Diese Fehler wären nicht passiert, wenn der Bauleiter bei den Arbeiten anwesend gewesen wäre oder die Arbeiten laufend kontrolliert hätte, weil er dann bereits bei den Vorbereitungsarbeiten gesehen hätte, dass die Einlagen falsch sind oder fehlen. Diese Korrekturen haben (zusätzliche) Kosten verursacht, wobei sich dies letztlich auf die Kernbohrungen beschränkte, da die Unternehmer die Spitzarbeiten der Beklagten am Schluss nicht weiterverrechneten. Diese Mehrkosten hat die Klägerin zu vertreten, da sich die Unternehmer zu Recht weigerten, diese Kosten zu übernehmen, weil keine Fehlermeldung vom Bauleiter gekommen war.»

Die Beklagte beziffert vorliegend keinen Schaden. Soweit sie diese Bezifferung (CHF 58'000.–) in der nach Aktenschluss erfolgten Stellungnahme vom 16. Mai 2022 nachzuholen versucht (act. 34 N 10), erweist sich diese als verspätet, zumal kein Grund ersichtlich bzw. dargetan ist, warum diese Bezifferung nicht schon früher erfolgen konnte. Die klägerischen Vorbringen erweisen sich damit als ungenügend und nicht schlüssig.

Im Übrigen legt die Beklagte auch nicht dar, um welche Einlagen bei welchen Decken es sich handelt. Weiter wird nicht klar, was insofern genau vertraglich geschuldet gewesen wäre und insbesondere was unter «falscher» Einlage zu verstehen ist, sowie inwiefern Kernbohrungen nötig wurden. Auch insofern erweist sich der Vortrag der Beklagten als nicht schlüssig.

2.2.7. Vorwurf 5: Sickergrube

Die Beklagte führt weiter aus (act. 23 N 14): «Der Baumeister, die I. _____ AG, hatte die Sickergrube falsch angelegt, er hatte diese insbesondere zu viel aufgefüllt. Der Auslauf müsste rund 15cm höher sein als die gefüllte Sickergrube, damit

das Wasser auch ablaufen kann. Das war hier offensichtlich nicht der Fall. Diese Ausführung der Sickergrube entsprach nicht der Baubewilligung.» Hätte der Bauleiter dies richtig kontrolliert, hätte eine Korrektur sogleich erfolgen können. Dadurch seien Kosten entstanden, die der Gärtner auf CHF 70'000.– - CHF 100'000.– geschätzt habe.

Die Beklagte legt nicht dar, inwiefern gerade die Baubewilligung vorliegend die massgebliche Vertragsgrundlage bilden soll, anhand derer der behauptete Fehler zu beurteilen wäre. Auch nachdem die Klägerin die entsprechenden Ausführungen bestritten hat (act. 27 N 8), unterliess es die Beklagte, die Baubewilligung als Beweismittel zu offerieren bzw. einzureichen (act. 34 N 11; act. 23 N 14; Prot. S. 16 ff.). Das zu diesem Vorwurf eingereichte Potestativ-Novum (act. 44) ist nicht zu berücksichtigen. Insofern kann die behauptete Pflichtverletzung ohnehin nicht gerichtlich beurteilt werden.

Sodann hat die Beklagte nicht ausreichend dargetan und es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern es ihr nicht möglich war, die erwähnte Forderung zu beziffern. Eine bloss ungefähre Schätzung der Kosten genügt nicht. Im Übrigen würde es auch an der Angabe der Schätzungsgrundlagen fehlen. Das Vorbringen erweist sich als nicht schlüssig, zumal die Beklagte den Schaden im Sinne der Differenztheorie nicht hinreichend dargetan hat.

2.2.8. Vorwurf 6: Küchenableitungen

Die Beklagte führt weiter aus (act. 23 N 15): «Sämtliche Küchenableitungen waren falsch ausgeführt worden. Der Küchenbauer hatte dies bei der Massaufnahme bemerkt; aber da war der Grundputz bereits eingebracht worden. Er bemängelte, dass die Abläufe an den Decken falsch waren, er die Küchen so nicht erstellen könne. Es waren verschiedene Spitzarbeiten und Kernbohrungen nötig; für die oberen Spitzarbeiten musste für jede Küche noch ein Oberschrank erstellt werden. Das ergab Mehrkosten pro Küche von CHF 2'000. Bei 28 Wohnungen macht dies einen Betrag von CHF 56'000 aus. Bei korrekter Einlage in die Decken hätte man gemerkt bzw. merken müssen, dass die Rohre falsch geführt waren. Mit an-

deren Worten hätte die örtliche Bauleitung dies bei den Kontrollen merken und der Klägerin melden müssen. Das hat sie nicht gemacht.»

Die Beklagte führt nicht aus, wie die Küchenableitungen nach Vertrag hätten erstellt werden müssen und inwiefern dies «falsch» gemacht wurde bzw. inwiefern Rohre «falsch» geführt waren. Das schlüssige Behaupten einer fehlerhaften Ausführung setzt voraus, dass einerseits das vertraglich Geschuldete dargelegt und andererseits dargetan wird, inwiefern das Ausgeführte davon abwich. Ebenso wenig wird klar, welche Arbeiten erforderlich waren, um den geltend gemachten Mangel zu beheben. Das Vorbringen erweist sich als nicht schlüssig, zumal die Beklagte auch nicht dargetan hat, wie sie die Mehrkosten berechnet.

Soweit die Beklagte in ihrer nach Aktenschluss erfolgten Stellungnahme vom 16. Mai 2022 den geltend gemachten Betrag neu auf CHF 26'112.65 veranschlagt (anstatt auf CHF 56'000.–) und entsprechende Rechnungen für Bohrungen einreicht (act. 34 N 13), erweisen sich diese Vorbringen als verspätet und unzulässig, zumal weder ersichtlich noch dargetan ist, warum diese grundlegenden Behauptungen bzw. Belege nicht spätestens mit der Duplik erfolgen konnten.

2.2.9. Vorwurf 7: Weitere Kernbohrungen

Weiter führt die Beklage aus (act. 23 N 16): «Weitere Kernbohrungen wurden vor allem in den Nasszellen und in den Kellern nötig. Bei den Nasszellen war dies darin begründet, dass die Abläufe falsch eingelegt worden waren und die Aussparungen fehlten; im Keller, weil der Baumeister die Aussparungen vergessen hatte. Kernbohrungen sind normalerweise nur dann erforderlich, wenn Fehler zu korrigieren sind. Das war auch vorliegend der Fall. Durch das Unterlassen der Kontrolle hat die örtliche Bauleitung diese Kernbohrungen zu vertreten. Der Bauleiter hat durch seine ungenügende Kontrolle jedenfalls zumindest Kernbohrungen im Betrage von CHF 48'000 zu verantworten und damit verursacht, welche die Klägerin zu vertreten hat.»

Auch hier hat die Beklagte nicht schlüssig behauptet bzw. substantiiert, inwiefern die Abläufe «falsch» eingelegt worden sind. Die pauschale Behauptung einer feh-

lerhaften Ausführung genügt den Anforderungen an ein schlüssiges Behaupten bzw. Substanziieren nicht. Entsprechendes gilt auch für die pauschale Behauptung, dass Aussparungen gefehlt hätten. Nicht dargetan ist weiter, wie sich der geltend gemachte Betrag genau zusammensetzt, handelt es sich doch explizit um die Summe einer Vielzahl einzelner Positionen. Die Ausführungen der Beklagten erweisen sich als unzureichend.

2.2.10. Vorwurf 8: Aufforderung, Fehlleistungen als Regiearbeiten geltend zu machen

Die Beklagte macht im Wesentlichen geltend, drei Unternehmer (J._____, K._____, L._____) hätten ihr mitgeteilt, dass der örtliche Bauleiter der Beklagten diese Unternehmer aufgefordert habe, bei allfälligen Fehlern einfach Regierapporte zu schreiben und die entsprechenden Kosten der Beklagten zu verrechnen. Selbstverständlich hätten diese drei Unternehmer dies allerdings nicht getan (act. 23 N 18). Entsprechend macht die Beklagte diesbezüglich auch keinen Schaden geltend.

Die Beklagte führt in diesem Zusammenhang weiter ins Feld, «die meisten Unternehmer» hätten Regierechnungen gestellt, die der Bauleiter der Klägerin in Auftrag gegeben habe, ohne die Beklagte zu informieren. Die Beklagte sei bei den vom Bauleiter abgeseigneten Regierechnungen davon ausgegangen, dass sie berechtigt und ausgewiesen seien. Es sei ihr nichts anderes übriggeblieben, als diese zu bezahlen. Die Beklagte gehe heute davon aus, dass sie «verschiedene Regierechnungen» bezahlt habe, denen keine eigentlichen Regiearbeiten zu Grunde gelegen hätten. Angesichts der Aussagen der vorerwähnten drei Unternehmer sei die Beklagte so zu stellen, dass nur die berechtigten Regiearbeiten angefallen wären. Die Klägerin habe daher nachzuweisen, dass die Regiearbeiten berechtigt gewesen, tatsächlich geleistet worden bzw. erforderlich gewesen seien (act. 23 N 21 ff.). Insofern der Klägerin dieser Beweis nicht gelinge, mache die Beklagte diese Forderungen verrechnungsweise geltend (act. 23 N 24).

Die von der Beklagten verrechnungsweise erhobene Forderung ist nicht beziffert. Es wird auch nicht dargetan, um welche Regierechnungen es sich handeln soll.

Soweit die Beklagte geltend machen will, sie habe die Rechnungen irrtümlich bezahlt, wäre eine Rückforderung ohnehin von den Zahlungsempfängern zu fordern. Zudem wären sämtliche Voraussetzungen des Rückforderungsanspruchs darzutun. Das Vorbringen erweist sich als ungenügend und nicht schlüssig.

2.2.11. Vorwurf 9: Schlechterfüllung des Bauleitungsvertrages

Aufgrund der vorstehend geltend gemachten Vorwürfe betreffend Schlechterfüllung des Bauleitungsvertrages erklärt die Beklagte eine Reduktion der noch offenen Vergütung um einen Drittel der Auftragssumme (CHF 96'700.–), jedenfalls zumindest aber um einen Viertel (CHF 72'500.–) und erklärt hiermit Verrechnung (act. 23 N 25-29).

Da sich die besagten Vorwürfe bzw. Pflichtverletzungen, wie gezeigt, als nicht hinreichend behauptet bzw. substantiiert erwiesen haben, entbehrt auch diese Forderung jeglicher Grundlage.

2.2.12. Zusammenfassung

Nach dem Gesagten erweisen sich die geltend gemachten Gegenforderungen als nicht hinreichend behauptet bzw. substantiiert. Soweit die Beklagte diesbezüglich weitere Ausführungen in Stellungnahmen macht, die nach Aktenschluss erfolgt sind, sind diese verspätet erfolgt und daher unbeachtlich. Denn die Anspruchsgrundlagen sind im Rahmen des ordentlichen Schriftenwechsels zu behaupten. Folglich ist auch kein Beweisverfahren durchzuführen. Damit erweist sich die eingeklagte Forderung, welche als solche unbestritten ist, als ausgewiesen, weshalb die Klage gutzuheissen ist. Der Zinsenlauf ist unbestritten geblieben und daher wie beantragt zuzusprechen.

2.3. Aufhebung Rechtsvorschlag

Die Klägerin beantragt in Ziff. 2 ihres Rechtsbegehrens die Aufhebung des Rechtsvorschlages (act. 1 S. 2). Die Beklagte weist zutreffend auf Folgendes hin (act. 23 N 7): Der Zahlungsbefehl in der in Ziff. 2 des Rechtsbegehrens geltend

gemachten Betreuung wurde am 22. April 2020 ausgestellt. Am 27. April 2020 wurde dieser Zahlungsbefehl der Beklagten zugestellt, welche Rechtsvorschlag erhoben hat. Das Recht der Gläubigerin, die Fortsetzung der Betreuung zu verlangen, erlischt ein Jahr nach Zustellung des Zahlungsbefehls, wobei die Frist zwischen Einleitung und Erledigung eines durch Rechtsvorschlag veranlassten Gerichtsverfahrens stillsteht (Art. 88 Abs. 2 SchKG). Die Klägerin hat die vorliegende Klage beim Handelsgericht des Kantons Zürich am 7. Mai 2021 eingereicht. Zu diesem Zeitpunkt war die Jahresfrist von Art. 88 Abs. 2 SchKG bereits abgelaufen. Da die Betreuung nicht mehr fortgesetzt werden kann, entfällt das Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung des Rechtsvorschlags, weshalb auf dieses Begehren nicht einzutreten ist (Art. 59 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. a ZPO).

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO bestimmt das Rechtsbegehren den Streitwert, vorliegend CHF 71'369.–; Zinsen und Kosten sind nicht hinzuzurechnen. Die Gerichtsgebühr ist auf CHF 7'300.– festzusetzen (Art. 96 ZPO i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG). Ausgangsgemäss sind die Kosten der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO) und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen, unter Einräumung des Rückgriffsrechts auf die Beklagte (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das teilweise Unterliegen der Klägerin bezüglich der Aufhebung des Rechtsvorschlags ist im Rahmen einer Gesamtbetrachtung vernachlässigbar.

Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 AnwG). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient; für jede zusätzliche Verhandlung und weitere Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Aufgrund des Streitwertes von CHF 71'369.– sowie in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf CHF 12'500.– festzusetzen.

Der von der Klägerin beantragte Mehrwertsteuerzusatz ist dieser nicht zuzusprechen, da die fehlende Berechtigung zum Vorsteuerabzug nicht nachgewiesen ist (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 Ziffer 2.1.1 S. 3 unten; abrufbar unter <<http://www.gerichte-zh.ch/kreisschreiben/kreisschreiben.html>>; Urteil 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5; KassGer ZH vom 19. Juli 2005, ZR 104 [2005] Nr. 76, E. III.2.g S. 293-294 = SJZ 101 [2005] 531).

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Auf das Rechtsbegehren Ziff. 2 (Aufhebung des Rechtsvorschlags) wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Sodann erkennt das Handelsgericht:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die folgenden Beträge zu bezahlen:
 - a) CHF 15'616.50 zuzüglich Zins zu 5% seit 07.02.2020;
 - b) CHF 15'616.50 zuzüglich Zins zu 5% seit 07.03.2020;
 - c) CHF 15'616.50 zuzüglich Zins zu 5% seit 05.04.2020;
 - d) CHF 15'616.50 zuzüglich Zins zu 5% seit 03.05.2020;
 - e) CHF 8'903.– zuzüglich Zins zu 5% seit 06.08.2020.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 7'300.–.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss gedeckt. Der Klägerin wird diesbezüglich das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 12'500.– zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 71'369.–.

Zürich, 16. Januar 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich

Präsidentin:

Gerichtsschreiberin:

Dr. Claudia Bühler

Zoë Biedermann