



**Fall-Nr.:** HG.2009.190  
**Stelle:** Kantonsgericht  
**Rubrik:** Handelsgericht  
**Publikationsdatum:** 29.01.2020  
**Entscheiddatum:** 25.05.2011

### **Entscheid Handelsgericht, 25.05.2011**

**Art. 8 ZGB (SR 210); Art. 373 OR (SR 220); Art. 41, 62, 64, 86 und 157 SIA-Norm 118; Abrechnung von Minder- und Mehrleistungen sowie Ersatzvornahmekosten im Rahmen eines Pauschalwerkvertrages; Anforderungen an die Substantiierung der Parteivorbringen im Zivilprozess im Zusammenhang mit der Einreichung eines Parteigutachtens (Handelsgericht, 25. Mai 2011, HG.2009.190-HGK).**

**Art. 8 ZGB (SR 210); Art. 373 OR (SR 220); Art. 41, 62, 64, 86 und 157 SIA-Norm 118; Abrechnung von Minder- und Mehrleistungen sowie Ersatzvornahmekosten im Rahmen eines Pauschalwerkvertrages; Anforderungen an die Substantiierung der Parteivorbringen im Zivilprozess im Zusammenhang mit der Einreichung eines Parteigutachtens (Handelsgericht, 25. Mai 2011, HG.2009.190-HGK).**

Erwägungen

I.

1. Die I. AG ist Eigentümerin der Parzelle XXXX, Grundbuchamt St. Gallen (St. Fiden). Die I. AG schloss im Dezember 2007 mit der Beklagten einen Generalunternehmer-Werkvertrag, mit welchem sich die Beklagte [B. AG] als Generalunternehmerin (nachfolgend GU) verpflichtete, auf der Parzelle Nr. XXXX, X., St. Gallen, X.....strasse 7a, 7b, 7c, 9, 11 13, 17, 17a, 17b und 17c, die Häuser A und B sowie die Punkthäuser 1-4 und die Tiefgarage zu erstellen. Die Beklagte schloss daraufhin am 8. Mai 2008 mit der Klägerin [K. AG], die vor ihrer Umfirmierung unter dem Namen Z. AG auftrat, einen Werkvertrag und übertrug damit der Klägerin zum Pauschalpreis von Fr. 6,65 Mio. inkl. MWST im Wesentlichen die Baumeisterarbeiten für die Überbauung X., die Häuser A und B sowie 1-4 und die Tiefgarage (kläg.act. 1). Gemäss Partevereinbarungen sollte auf diesen Werkvertrag die SIA-Norm 118 "Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten" (Ausgabe 1977/1991) anwendbar sein (kläg.act. 1, S. 2, Ziff. 1.5). Die Klägerin führte die werkvertraglichen Arbeiten aus und die Beklagte bezahlte zwischen dem 27. Juni 2008 und dem 22. Mai 2009 zehn Akonto-Rechnungen im Gesamtbetrag von Fr. 6'049'990.-- inkl. MWST (Klageschrift, S. 11 [Fr. 5'932'022.40 + Fr. 117'967.60 = Fr. 6'049'990.--]).

2. a) Am 12. Juni 2009 reichte die Beklagte als Nebenintervenientin der I. AG gegen die Klägerin beim Handelsgericht eine Schutzschrift mit dem Antrag ein, in einem allfälligen Verfahren der Klägerin gegen die I. AG betreffend Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf Parzelle Nr. XXXX sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Beklagte sich als Nebenintervenientin am Streit beteilige und sie vor Erlass einer Verfügung anzuhören sei (HG.2009.109-HGP). Gleichentags reichte die Klägerin ein Gesuch um superprovisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf der Parzelle XXXX des Grundbuchamtes St. Gallen (St. Fiden) im Betrag von Fr. 2'724'058.55 ein (HG.2009.110-HGP). Der Handelsgerichtspräsident nahm die Schutzschrift mit Entscheid vom 15. Juni 2009 entgegen und wies mit Entscheid vom 17. Juni 2009 das Gesuch um superprovisorische Verfügung mangels qualifizierter zeitlicher Dringlichkeit ab, da gemäss Ausführungen der Gesuchstellerin (hier: Klägerin) mit einem Abschluss der Hauptbauarbeiten erst bis Mitte Juli 2009 und den letzten Fertigstellungsarbeiten erst bis Ende August 2009 zu rechnen war.

b) Am 19. Juni 2009 überwies die Beklagte der Gerichtskasse mit dem Hinweis "Sicherstellung Bauhandwerkerpfandrecht" einen Betrag von Fr. 2'724'058.55.

c) Unter Absprache mit der I. AG (Gesuchsgegnerin) beteiligte sich in der Folge die Beklagte i. S. v. Art. 50 ZPO als Nebenpartei am Massnahmeverfahren. Die I. AG, als unterstützte Partei, überliess der Nebenintervenientin die Weiterführung des Massnahmeverfahrens im Sinne von Art. 52 ZPO.

d) Nach Abschluss des Schriftenwechsels im Massnahmeverfahren entschied der Handelsgerichtspräsident, die Gesuchstellerin habe grundsätzlich für den Betrag von Fr. 1'570'356.40 (Fr. 1'016'760.40 + Fr. 49'920.75 + Fr. 503'675.35) einen Anspruch auf die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts, da sowohl der Bestand der Forderung für den Restwerklohn, wie auch für die Mehrkosten für Armierungen und der Betrag für die Teuerung hinreichend glaubhaft gemacht seien und die Nebenintervenientin nicht hinreichend glaubhaft gemacht habe, dass in Bezug auf die Winterbaumassnahmen 2009 eine Einigung zwischen den Parteien erzielt worden sei, weshalb die Nebenintervenientin hierfür den Betrag von Fr. 49'920.75 (inkl. MWST) sicherzustellen habe. Im Restbetrag sei das Gesuch abzuweisen, da die Nebenintervenientin hinreichend glaubhaft dargetan habe, dass die Winterbaumassnahmen 2008 sowie die Spitz- und Zuputzarbeiten per 10. Februar 2009 pauschal abgegolten worden seien. Nicht pfandberechtigt sei zudem der geltend gemachte Schadenersatzanspruch in der

Höhe von Fr. 1'048'669.00 (exkl. MWSt), da ausschliesslich Forderungen der Unternehmer für Lieferungen von Material und Arbeit oder Arbeit allein pfandberechtigt seien, also für diejenigen Leistungen, die geeignet seien, dem Baugrundstück einen Mehrwert zu verschaffen. Da auch die Gesuchstellerin selbst davon ausging, dass die Nebenintervenientin mit der Hinterlegung des Betrages von Fr. 2'724'058.55 in bar bei der Gerichtskasse eine hinreichende Sicherstellung nach Art. 839 Abs. 2 ZGB geleistet hatte, entschied der Handelsgerichtspräsident am 8. September 2009, das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts abzuweisen und verfügte, dass Fr. 1'570'356.40 bei der Gerichtskasse hinterlegt bleiben und der Restbetrag von Fr. 1'153'702.15 nach Rechtskraft des Massnahmeentscheids der Nebenintervenientin zurückerstattet werde.

3. a) Am 9. Oktober 2009 reichte die Klägerin beim Handelsgericht Klage gegen die GU als Beklagte 1 / Nebenintervenientin und gegen die I. AG als Beklagte 2 mit eingangs zitiertem Rechtsbegehren ein (proz.act. 1/1a). In der Folge einigten sich die Parteien auf einen Parteiwechsel i.S.v. Art. 53 ZPO (proz.act. 34 und 37), wonach die I. AG aus dem Prozess ausscheiden und die GU als beklagte Partei diesen Prozess übernehmen sollte. Mit prozessleitender Verfügung vom 18. Januar 2010 entschied der Handelsgerichtspräsident, dass die Beklagte 2 im Sinne von Art. 53 Abs. 1 ZPO aus dem Prozess ausscheide und die Beklagte 1 / Nebenintervenientin an deren Stelle in den Prozess eintrete. (Nachfolgend wird die Beklagte 1 nur noch Beklagte genannt). Der Beklagten 2 wurden in diesem Verfahren keine Kosten auferlegt (proz.act. 42).

b) Mit Schreiben ihres Rechtsvertreters vom 11. Dezember 2009 (proz.act. 26) erklärte die Beklagte, sie anerkenne die Klageforderung im Teilbetrag von Fr. 716'869.15 und sei somit einverstanden, Fr. 716'869.15 ab der sichergestellten Summe von Fr. 1'570'356.40 freizugeben. In der Folge wurde genannter Betrag von der Gerichtskasse ab der Sicherheitsleistung am 28. Dezember 2009 ausbezahlt; der aktuelle Saldo der Sicherheitsleistung beträgt demnach noch Fr. 853'487.25. Die Klägerin reduzierte ihre Forderung entsprechend auf Fr. 1'641'928.72 (vgl. Rechtsbegehren gemäss Replik, Ziff. 2).

c) Die Beklagte bestreitet die Forderung der Klägerin. Gemäss eigener Abrechnung schuldet sie der Klägerin nichts mehr.

d) Nach Eingang der Klageantwort vom 1. Februar 2010 (proz.act. 43/43a) beantragte die Beklagte, den Schriftenwechsel abzuschliessen und erst dann eine Vorbereitungsverhandlung durchzuführen (proz.act. 45), weshalb der Handelsgerichtspräsident das Verfahren fortsetzte und der Klägerin Frist zur Replik ansetzte. Nach Eingang der Replik vom 31. Mai 2010 (proz.act. 63/63a) und der Duplik vom 20. August 2010 (proz.act. 72) reichte die Beklagte am 13. September 2010 eine nachträgliche Eingabe (proz.act. 75/75a) und die Klägerin hierzu am 22. September 2010 eine Vernehmlassung ein (proz.act. 78).

e) Am 16. Dezember 2010 ging beim Handelsgericht eine zweite nachträgliche Eingabe (proz.act. 85) der Beklagten ein, mit welcher sie verrechnungsweise noch zu beziffernde Ersatzvornahmekosten für die Behebung von Wassereindringungen in den erdberührten Räumen in der Tiefgarage und anderen erdberührenden Räumen anmeldete. Die Klägerin beantragte mit Stellungnahme vom 5. Januar 2011 (proz.act. 88), diese Eingabe, da verspätet, nicht zuzulassen.

f) Am 12. Januar 2011 fand beim Handelsgericht unter Leitung des Handelsgerichtspräsidenten, im Beisein von Handelsrichter Dipl. Arch. HTL/STV Urs Niedermann und der Gerichtsschreiberin eine Vorbereitungsverhandlung statt. Die Parteien setzten ihre Vergleichsbemühungen nach der Vorbereitungsverhandlung fort, teilten dem Handelsgericht aber mit Schreiben vom 14. Februar 2011 mit, dass es zwischen den Parteien zu keinem Vergleich gekommen sei.

g) Mit dritter nachträglicher Eingabe vom 19. April 2011 (proz.act. 114/114a) substantiierte die Beklagte die ausgeführten Nachbesserungen zur Behebung von Wassereindringungen in den erdberührten Räumen in der Tiefgarage und bezifferte die hierfür entstandenen Ersatzvornahmekosten. In ihrer Stellungnahme vom 4. Mai 2011 (proz.act. 117/117a) beantragte die

Klägerin, auf diese nachträgliche Eingabe nicht einzutreten oder sie vollumfänglich abzuweisen.

h) Unter Absprache mit den Parteien entschied der Handelsgerichtspräsident vor bzw. zu Beginn der Hauptverhandlung am 13. Mai 2011, die Parteien und zwei Zeugen zu folgenden Beweisthemen einzuvernehmen: (1) vereinbarter Leistungsumfang im Werkvertrag hinsichtlich NPK 211 und (2) Vereinbarungen der Parteien hinsichtlich der Schrammborde entlang der Einfahrt zur Tiefgarage. Die Partei-Einvernahme von R. F. für die Klägerin fand am 4. Mai 2011 statt (proz.act. 116/116a).

i) An der Hauptverhandlung vom 13. Mai 2011 wurde zuerst T. G. als Partei (proz.act. 121) einvernommen. Anschliessend wurden M. C. (proz.act. 122) und M. N. (proz.act. 123) als Zeugen befragt.

Die Parteien hielten in ihren Vorträgen im Wesentlichen an ihren Anträgen fest. Auf die Ausführungen der Rechtsvertreter wird – soweit entscheiderelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## II.

4. Das Handelsgericht war nach altem Recht örtlich wie sachlich zur Beurteilung dieser Streitsache zuständig (Art. 9 GestG [SR 272]; Art. 14 Abs. 1 ZPO [sGS 961.2]), da eine gültige Gerichtsstandvereinbarung zwischen den Parteien besteht (kläg.act. 1 Ziff. 9), wonach St. Gallen Gerichtsstand für Streitigkeiten aus dem Werkvertrag zwischen den Parteien sein soll, beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind, die Streitsache zwischen den Parteien im Zusammenhang mit ihrer gegenseitigen Geschäftstätigkeit steht und die Streitwertgrenze nach Art. 14 Abs. 1 ZPO überschritten ist. Eine bestehende Zuständigkeit nach altem Recht bleibt unter der Schweizerischen Zivilprozessordnung erhalten (Art. 404 ZPO, SR 272, i.K. seit 1.1.2011).

5. Nach Art. 164 Abs. 1 ZPO ist eine nachträgliche Eingabe zulässig, wenn mit ihr erhebliche Tatsachenbehauptungen vorgetragen werden, die trotz zumutbarer Sorgfalt nicht früher vorgebracht werden konnten. Das Gesuch um Zulassung der nachträglichen Eingabe ist innert zehn Tagen, nachdem der Gesuchsteller vom Grund Kenntnis erhalten hat, einzureichen (Art. 164 Abs. 2 ZPO).

a) Die erste nachträgliche Eingabe der Beklagten datiert vom 13. September 2010, die E-Mail der Klägerin, in welcher sie die nachträgliche Erstellung der Schrammborde (erstmalig) ablehnt, datiert vom 2. September 2010; die Frist von Art. 164 Abs. 2 ZPO ist gewahrt.

b) Die Beklagte machte mit dieser nachträglichen Eingabe vom 13. September 2010 geltend, die Klägerin habe sich mit E-Mail vom 2. September 2010 (bekl.act. 14) (erstmalig) geweigert, die Schrammborde zu erstellen, obwohl diese vereinbarter Bestandteil der werkvertraglichen Leistungen der Klägerin seien. Diese Leistungen seien im Einvernehmen der Parteien noch nicht ausgeführt worden, da in diesem Bereich Wassereindringungen gegeben gewesen seien, die zuerst von der Klägerin mittels Injektionen hätten abgedichtet werden müssen. Nachdem die Beklagte mit der Bezahlung des Pauschalwerkpreises diese Leistung bezahlt habe, die Beklagte sich nunmehr mit Hinweis auf das Abnahmeprotokoll aber weigere, diese aufgeschobene Vollendungsarbeit zu erbringen, stelle die Beklagte den Aufwand für die Ersatzvornahme zur Verrechnung für den Fall, dass das Gericht die Forderung der Klägerin in diesem Umfang gutheissen sollte bzw. behalte sich entsprechende Rückforderungen vor.

Die Klägerin beantragt, die nachträgliche Eingabe der Beklagten vom 13. September 2010 (proz. act 75/75a) aus dem Recht zu weisen, da der "Verzicht auf die Schrammborde" der Beklagten schon seit März 2009 bekannt sei und diese nachträgliche Eingabe der Beklagten damit nicht den Anforderungen von Art. 164 ZPO genüge (proz.act. 78).

Dass die Erstellung der Schrammborde vereinbarter Inhalt des Werkvertrages war, geht aus den Leistungspositionen des Angebots der Klägern NPK 351 und 751 hervor (kläg.act. 1, S. 11 u. 20 LV). Die Behauptung der Klägerin, auf die Erstellung dieser Schrammborde sei nachträglich im März 2009 mündlich seitens der Beklagten verzichtet worden, ist bestritten. Aus den Vorbringen der Parteien geht im Übrigen nicht hervor, dass sich die Klägerin bereits zu einem früheren Zeitpunkt geweigert hätte, diese Schrammborde zu erstellen. Damit ist die E-Mail vom 2. September 2010 der Klägerin als echtes Novum zu qualifizieren, welche im vorliegenden Abrechnungsprozess zwischen den Parteien eine hinreichend erhebliche Tatsache darstellt, die nicht früher hätte vorgebracht werden können. Die nachträgliche Eingabe vom 2. September 2010 ist deshalb zuzulassen.

c) Die zweite nachträgliche Eingabe der Beklagten datiert vom 15. Dezember 2010. Die Beklagte meldet damit verrechnungsweise noch zu beziffernde Ersatzvornahmekosten für die Behebung von Wassereindringungen "in der Tiefgarage und sonstigen unterirdischen Räumen" an.

Die Mängel betreffend Wassereindringungen an sich sind – wie die Beklagte selbst dartut und auch die Abnahmeprotokolle belegen – seit der Werkabnahme im Jahr 2009 bekannt, und waren im Zeitpunkt der Einreichung der zweiten nachträglichen Eingabe (19. November 2010) nicht neu. Die Baumeisterarbeiten der Klägerin für die Häuser A und B sowie 1 - 4 wurden bereits 2009 abgenommen. In den Abnahmeprotokollen wurden nur unwesentliche Mängel, insbesondere im Zusammenhang mit Wassereindringungen festgehalten (Abnahmeprotokoll Haus B vom 28.09.2009 [kläg.act. 13]; Abnahmeprotokoll Tiefgarage vom 28.09.2009 [kläg.act. 14]; Abnahmeprotokoll Haus 1 - 4 vom 15.04.2009 [kläg.act. 15]; Abnahmeprotokoll Haus A vom 6.5.2009 [kläg.act. 16]).

Die Klägerin belegt ihrerseits, dass sie verschiedene Mängel im Zusammenhang mit den Wassereindringungen im Nachgang zur Werkabnahme nachgebessert hat (bekl.act. 17 [Abdichtungsprotokoll vom 8. November 2009]). Die Beklagte behauptet nun, diese Nachbesserungen seien nicht alle erfolgreich gewesen. Obwohl am 25. August 2010 zwischen den Parteien eine Besprechung vor Ort stattgefunden habe, an der über die immer noch bestehenden Wassereindringungen und über die Massnahmen zur Abhilfe gesprochen worden sei (E-Mail von M. C. vom 25.08.2010 [= Beilage zu bekl.act. 18]), habe die Klägerin fortan nichts mehr unternommen, weshalb ihr die Beklagte eine Erklärungs- und eine Nachbesserungsfrist angesetzt habe (bekl.act. 17). Mit Schreiben des Rechtsvertreters der Klägerin vom 7. Dezember 2010 sei die Verantwortung für die Wassereindringungen seitens der Klägerin (erstmalig) abgelehnt worden (bekl.act. 18). Damit sei die Frist von Art. 164 Abs. 2 ZPO für die rechtzeitige Einreichung der zweiten nachträglichen Eingabe vom 15. Dezember 2010 gewahrt.

Wie die Klägerin belegt, hat sie im November 2009 nachgebessert. Bereits im August 2010 wurde nach Angaben der Beklagten festgestellt, dass immer noch Wasser in die Tiefgarage und in Gebäudeteile eindringt. Im Zeitpunkt der Einreichung der zweiten nachträglichen Eingabe neu ist damit nur die Tatsache, dass die Klägerin die Ursachen für die immer noch vorhandenen Wassereindringungen bei mangelhaften Leistungen anderer Unternehmer sieht und demzufolge die Verantwortung für deren Sanierung mit Schreiben vom 7. Dezember 2010 von sich weist. Für diese neue Tatsache wurde die Frist von Art. 164 Abs. 2 ZPO für die 2. nachträgliche Eingabe gewahrt.

d) In ihrer dritten nachträglichen Eingabe vom 19. April 2011 behauptet die Beklagte, die Frist von 10 Tagen zur rechtzeitigen Einreichung der nachträglichen Eingabe sei mit Kenntnis von bekl.act. 20 ab 19. April 2011 gewahrt (Art. 164 Abs. 2 ZPO). Bekl.act. 20 ist eine Rechnung der Beklagten an die Klägerin vom 19. April 2011 für die Kosten der in Eigenregie ausgeführten Ersatzvornahme "Sanierung Rinnstellen Tiefgaragen" über total Fr. 40'510.80 inkl. 8% MWST. Die Beklagte führt hierzu aus, sie habe die Abdichtungsarbeiten ab Dezember 2010 aufgenommen und je nach Temperaturverhältnissen jeweils unterbrochen und habe diese im Nachhinein kontrollieren müssen. Im jetzigen Zeitpunkt sei die Beklagte zuversichtlich, dass alle vorhandenen Leckstellen zuverlässig abgedichtet seien.

Die Klägerin beantragt, diese dritte nachträgliche Eingabe aus dem Recht zu weisen.

Wie die Klägerin in ihrer Vernehmlassung zur zweiten nachträglichen Eingabe zurecht ausführte, hatte es die Beklagte unterlassen, in ihrer zweiten nachträglichen Eingabe vom 15. Dezember 2010 die behaupteten Mängel, für welche sie die Mängelbehebung durch die Klägerin verlangt hatte bzw. für welche sie von der Klägerin verrechnungsweisen Ersatz der Kosten der Ersatzvornahme verlangt hatte, hinreichend genau, unter Angabe von genauem Ort und mit genauer Beschreibung des jeweiligen Mangels zu bezeichnen. Dies holt sie erst mit der dritten nachträglichen Eingabe vom 19. April 2011 nach (bekl.act. 21 und 22). Nachdem die Beklagte die Mängel seit August 2010 kennt, ist diese Tatsachenbehauptung indessen zu spät genügend substantiiert in den Prozess eingebracht worden. Auch hat die Klägerin damit nicht nachgewiesen, dass sie die mit dritter nachträglicher Eingabe geltend gemachten Kosten für die Ersatzvornahme nicht geraume Zeit vor dem 19. April 2011 (Rechnungsdatum bekl.act. 20 und Datum der dritten nachträglichen Eingabe) hätte beziffern können. Fehlt es am hinreichenden Nachweis, dass die Beklagte trotz zumutbarer Sorgfalt die mit dritter nachträglicher Eingabe vorgebrachten Tatsachenbehauptungen nicht früher (d.h. spätestens mit zweiter nachträglicher Eingabe) hätte vorbringen können (Art. 164 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 164 Abs. 2 ZPO), kann weder auf die zweite noch auf die dritte nachträgliche Eingabe eingetreten werden.

6. Sodann streiten sich die Parteien über den auf die Minder- bzw. Mehrleistungen anzuwendenden Rabatt-Prozentsatz. Während die Klägerin von 6% ausgeht (Replik, S. 5), behauptete die Beklagte im Schriftenwechsel, es sei ein Prozentsatz von 13.74% anzuwenden. Diesen Prozentsatz errechnete die Beklagte aus der Differenz zwischen dem ersten Angebot (Fr. 7'164'413.70 vor MWST) und dem letzten Abgebot (Fr. 6'180'297.00 vor MWST) (KA, S. 8, Rz. 27). An der Hauptverhandlung vom 13. Mai 2011 reduzierte die Beklagte den behaupteten Rabattsatz auf 12.18% und begründete dies damit, dass mit der Aufforderung zur Einreichung einer Pauschalofferte am 30. April 2008 drei Positionen aus dem ursprünglichen Leistungsbeschrieb gestrichen worden seien (kläg.act. 25) und damit die Preisreduktion zwischen dem ersten Angebot und dem am 8. Mai 2008 vereinbarten Pauschalpreis teilweise auf den Wegfall von Leistungen zurückzuführen sei (proz.act. 25; Plädoyernotizen [= proz.act. 126, S. 6 f.]).

Es ist belegt, dass dem ersten Abgebot der Klägerin vom 16. April 2008 ein Rabatt-Prozentsatz von 6% zugrunde lag (kläg.act. 23). Dem von der Klägerin am 7. Mai 2008 errechnete Pauschalangebot (kläg.act. 26, S. 2) lag ebenfalls ein Rabatt-Prozentsatz von 6% zugrunde. Das Pauschalangebot vom 8. Mai 2008 (kläg.act. 28) enthält gegenüber dem errechneten Pauschalangebot vom 7. Mai 2008 (kläg.act. 26) eine weitere Reduktion des Werkpreises, der nach Aussage von R. F. ebenfalls auf Leistungsreduktionen zurückzuführen ist. Entscheidend für den auf Mehr- und Minderleistungen anzuwendenden Rabattsatz ist aber die explizite Vereinbarung der Parteien auf Seite 2, Ziff. 1.2. des Werkvertrages (kläg.act. 1). Es wurde vereinbart: "Die gewährten Konditionen (6% Rabatt) gelten auch für die Regiearbeiten sowie für allfällige Mehrleistungen". Diese Klausel ist eindeutig und klar. Sie ist Vertragsbestandteil zwischen den Parteien geworden. Die heutigen Rabattsatz-Berechnungen der Beklagten widersprechen dieser klaren, im Werkvertrag getroffenen Vereinbarung. Es ist deshalb von einem Rabatt-Prozentsatz von 6% für Minder- bzw. Mehrleistungen auszugehen.

7. Die Beklagte behauptet sodann verschiedene, zur Reduktion des Pauschalwerkpreises berechtigende Minderleistungen.

7.1. Unbestritten ist, dass ein separat ausgewiesener Teil der Tiefgarage C (vgl. bekl.act. 7) nicht von der Klägerin, sondern vom Baumeister der Pensionskasse T., welcher die Häuser C und D erstellte, ausgeführt worden ist. Auf der strittigen Seite 14 des Werkvertrages (bekl.act. 3) heisst es unter der Rubrik 'Es gilt' im Übrigen auch: "Allfällige Minderleistungen beim Teilobjekt Tiefgarage bei Haus C werden nach Ausmass an den Bauherrn rückvergütet". Ebenfalls unbestritten ist zweitens, dass die Beklagte den daraus resultierenden Minderpreis rückzuvergüten hat und drittens dass dieser Minderpreis brutto Fr. 41'264.-- beträgt (bekl.act. 8). Die unterschiedlichen Saldi in den Abrechnungen der Prozessparteien resultieren einzig aus der Anwendung eines unterschiedlichen Rabattsatzes. Nachdem hier von einem Rabattsatz von 6% auszugehen ist (vgl. Erw. 6. hiervor), berechnet sich diese Abrechnungsposition wie folgt:

a) Minderleistung im Zusammenhang mit Tiefgarage C (brutto)	Fr.	- 41'264.00
6% Rabatt	Fr.	+ 2'475.85
	Fr.	- 38'788.15
7.6% MWST	Fr.	- 2'947.90
Minderpreis Tiefgarage C netto	Fr.	<u>- 41'736.05</u>

Die Verrechnungsforderung der Beklagten ist in diesen Betrag zuzulassen.

7.2. a) Die Klägerin musste die Leistungen im Kapitel NPK 211 des Leistungsverzeichnisses am Bau nicht ausführen. Diese wurden vom Tiefbauer B., St. Gallen erbracht. Die Parteien streiten sich in diesem Zusammenhang darüber, ob die Beklagte einen Anspruch auf einen Minderpreis für den Wegfall der Leistungen der Klägerin im Umfang von NPK 211 des Leistungsverzeichnisses (Baugruben und Erdbau) gemäss Werkvertrag vom 8. Mai 2008 hat. Folgende Leistungen sind im Leistungsverzeichnis NPK 211 enthalten (kläg.act. 1, LV, S. 4 f.):

NPK 211.300	Aushubarbeiten (Vertiefungen für Fundamente; Aufzugsunterfahrten und dgl.	Fr.	7'132.95
NPK 211.600	Dammbau und Stützkonstruktion (Beton für Auf-Füllungen, Fundamentriegel und Tatzen liefern und einbringen	Fr.	67'330.20
NPK 211.600	Transporte und Lagerung	Fr.	<u>15'280.65</u>
NPK 211	BAUGRUBEN UND ERDBAU	Fr.	89'743.80
Ausmasskorrektur gemäss kläg.act. 27 vom 06.05.08		Fr.	<u>- 905.60</u>
		Fr.	88'838.20

b) Die Klägerin behauptet, auf Seite 7 des Werkvertrages unter "Inbegriffene Leistungen" sei ausdrücklich festgehalten, "Übernahme der Baustelle von Tiefbauer: OK Magerbeton". Dies bedeute, dass der Aushub bei Bauantritt der Klägerin vollendet sein müsse; bzw. dass alle Leistungen, die unter dieser Oberkante Magerbeton zu erbringen seien, nicht mehr Gegenstand des Werkvertrags zwischen der Klägerin und der Beklagten seien. Es handle sich hiermit also nicht um eine Minderleistung, sondern um einen Verzicht der Bauherrschaft im Rahmen der Abgebotsrunden, zufolge welcher der Werkpreis seitens der Klägerin u. a. habe reduziert werden können (kläg.act. 1, S. 8).

Die Beklagte stellt sich dagegen auf den Standpunkt, das Kapitel NPK 211 sei im Leistungsbeschrieb und den Plänen des Werkvertrages bis zuletzt erhalten geblieben und damit auch der entsprechende Preis von Fr. 88'838.20 hierfür in den Pauschalpreis eingeflossen, was die Notizen in kläg.act. 28 belegten. Dort sei mit Bezug auf NPK 211 nichts weiteres vereinbart worden; insbesondere habe man – wohl auf Drängen des Ingenieurs – NPK 211 nicht gestrichen. Es sei deshalb davon auszugehen, dass im Schlussbetrag gemäss Werkvertrag die Position NPK 211 kalkulatorisch noch drin gewesen sei, weil offenbar schlicht vergessen worden sei, die Totalsumme auch noch um diesen Teilbetrag zu reduzieren. Jedenfalls beziehe sich die Pauschale von Fr. 6,65 Mio. gemäss kläg.act. 28 ausdrücklich auch auf NPK 211. Wenn diese Leistungen aber letztlich nicht erbracht worden seien, was unbestritten sei, so sei der Pauschalpreis um diesen Werkpreis zu vermindern (vgl. KA, S. 8, Rz. 28; Duplik, S. 3, Rz. 13; Plädoyernotizen Christoph L. [=proz.act. 126, S. 8 letzter Absatz]).

c) Zu diesem Streitpunkt wurden R. F. (als Partei; vgl. proz.act. 116) und T. G. (als Partei; vgl. proz.act. 121) sowie M. C. (als Zeuge; vgl. proz.act. 122) einvernommen.

ca) R. F. sagte im Wesentlichen aus, massgeblich für das Pauschalangebot seien die Pläne und nicht mehr das Leistungsverzeichnis der Beklagten gewesen. Denn das Pauschalangebot habe die Klägerin – wie üblich – aufgrund der vom Ingenieur der Beklagten für die Ausarbeitung des Pauschalangebots zugestellten Pläne errechnet (kläg.act. 24 und 25). Deshalb seien die Anwesenden an der Pauschalpreisverhandlung vom 8. Mai 2008 dann auch alle Pläne durchgegangen, und er und T. G. hätten jeden einzelnen Plan visiert (proz.act. 116., S. 8 f.).

Von den Parteien am 8. Mai 2008 nicht visiert worden seien dagegen die Seiten des von der Beklagten erstellten Leistungsverzeichnisses, weil dieses für das Pauschalangebot der Klägerin nicht mehr wichtig gewesen sei (proz.act. 116., S. 9). Es sei zwischen den Parteien am 8. Mai 2008 vereinbart worden, dass die Leistungen der Klägerin ab "OK Magerbeton" beginnen sollen (kläg.act. 1, S. 7; bzw. bekl.act. 3, S. 14). Der Begriff "OK Magerbeton" sei ein im Baugewerbe "allgemeiner Begriff" bzw. ein "bauspezifischer Ausdruck". Mit dieser Vereinbarung seien alle Leistungen der Klägerin unterhalb Oberkante Magerbeton weggefallen (proz.act. 116, S. 8 u. S. 10). Alle unter NPK 211 enthaltenen Leistungen (Frostriegel, Streifenfundamente, Fundamentvertiefungen, Fundamentriegel und Magerbetontatzen) seien im Zeitpunkt der Übergabe "OK Magerbeton" bereits erbracht, man sehe sie ja nicht mehr, wenn die Magerbetonplatte drauf sei (proz.act. 116, S. 10). Aufgrund des Wegfalls dieser Leistungsposition NPK 211 und weiterer Leistungspositionen (vgl. kläg.act. 1, S. 10 : z. B.: "Magerbeton entfällt NPK 241 Pos. 121.112 und 121.301 entfallen; Monobeton entfällt NPK 241 Pos. 817.001 entfällt"; proz.act. 116., S. 8 unten) habe die Klägerin ihren Pauschalpreis gegenüber ihrem ersten Abgebot vom 16. April 2008 (kläg.act. 23), in welchem sie bereits 6% Rabatt gewährt habe, weiter reduzieren können. Die Werkpreisreduktion zwischen genanntem Abgebot vom 16. April 2008 (kläg.act. 23) und dem am 8. Mai 2008 vereinbarten Pauschalpreis sei damit nicht auf eine weitere Rabattgewährung, sondern auf weggefallene Leistungen der Klägerin zurückzuführen (proz.act. 116, S. 8).

cb) T. G. war sich bei seiner Einvernahme sicher, dass man die Positionen in NPK 211 am Vergabegespräch vom 8. Mai 2008 nicht aus dem Devis herausgestrichen habe. Im Übrigen kann er sich aber nicht mehr erinnern, ob überhaupt oder was zu dieser Position besprochen wurde und verwies darauf, dass die Detailpositionen eher das 'Business' des ebenfalls anwesenden Bauingenieurs, M. C., gewesen sei (proz.act. 121, S. 2 u. 3). Auf die Frage, ob die Tatsache, dass die Aushubarbeiten nicht von der Klägerin ausgeführt werden mussten, einen Einfluss auf den Preis am Schluss gehabt habe, antwortete T. G.: "Nein, also über das hat man nach meiner Erinnerung nicht gesprochen" (proz.act. 121, S. 3). Auf die Frage, ob es in der Kompetenz von M. C. (Ingenieur) gewesen sei, den Auftrag für den Teil Aushub herauszustreichen bzw. aus dem Devis herauszustreichen und an eine andere Unternehmung zu vergeben, oder ob das letztlich in der Kompetenz von T. G. gewesen sei, sagte T. G. aus, dieser Auftrag (Leistungen gemäss NPK 211) sei nicht gestrichen worden. Der Aushub sei doch im Devis drin gewesen. Über das hätten Sie eben nicht gesprochen (proz.act. 121, S. 3 f.). Auf Ergänzungsfrage von Rechtsanwalt E., was T. G. unter den im Vertrag stehenden zwei Punkten: "Mengen gemäss Planunterlagen vom 30.04." und "Übernahme der Baustelle vom Tiefbauer OK Magerbeton" verstanden habe, antwortete T. G., er habe es verstanden, "so wie es hier steht" (proz.act. 121, S. 4).

cc) Der Zeuge M. C. sagte im Wesentlichen aus, im Zeitpunkt der Submission wisse man noch gar nicht genau, wer die Leistungen gemäss NPK 211, welche in der Schnittstelle zwischen den Leistungen des Tiefbauers und des Hochbauers lägen, erbringe. Das kristallisiere sich erst im Laufe der Zeit heraus, respektive, wenn man miteinander spreche, wer jetzt genau was mache. Es sei so gewesen, dass hier diese Leistungen gemäss NPK 211 im Leistungsverzeichnis des Hochbauers drin gewesen seien. Nachdem von der Klägerin im Rahmen des Pauschalangebots Leistungsbeginn ab OK Magerbeton offeriert worden sei, habe er an der Vergabeverhandlung vom 8. Mai 2008 darauf hingewiesen, dass man schauen müsse, dass diese Position NPK 211 nicht einfach irgendwo verschwinde. Er habe deshalb vorgeschlagen, dass man diese Leistungen gemäss NPK 211 beim Baumeister drin lasse, weil sie sonst zum Tiefbauer hinübergenommen hätten werden müssen. Ferner könne er sich daran erinnern, dass sie diese Position nicht unter den nicht inbegriffenen Leistungen aufgeführt hätten, eben in dem Sinn, dass diese noch irgendwo drin bleiben müsse (proz.act. 122, S. 3). Aufgrund welcher Faktoren die Werkpreisreduktion zwischen dem Abgebot vom 16. April 2008 und dem vereinbarten Pauschalpreis am 8. Mai 2008 zustande gekommen sei, könne er aber nicht sagen (proz.act. 122, S. 3 unten). Er habe an dieser Verhandlung vom 8. Mai 2008 auch keine Entscheidungsbefugnisse gehabt, sondern einerseits administrative Aufgaben wahrgenommen und andererseits über das Tragwerk Auskunft erteilt. Er habe auch zu keinem Zeitpunkt und in keiner Art und Weise Bauleitungsaufgaben wahrgenommen (proz.act. 122, S. 4).

da) Die Beklagte trägt die Beweislast dafür, dass sie – trotz des Pauschalangebots – Rückvergütungsansprüche aus Werkvertrag zufolge (unbestrittener) Minderleistungen hat, welche aber bereits bei Vertragsabschluss vereinbart worden sind (Art. 8 ZGB). Solche Ansprüche sind nicht bereits dadurch bewiesen, dass diese Leistungen bei Vertragsschluss nicht aus dem Leistungsverzeichnis herausgestrichen worden sind.

db) Seite 6 des Werkvertrags gemäss kläg.act. 1 ist die handschriftlich korrigierte Offerte der Klägerin vom 8. Mai 2011 für das Baukapitel BKP 211 (Baumeisterarbeiten), welche korrigiert als Auftragsbestätigung am 8. Mai 2008 von beiden Parteien unterzeichnet wurde. Der in der vereinbarten Werkpauschale von Fr. 6,65 Mio. enthaltene Leistungsumfang ist auf dieser Auftragsbestätigung grob umschrieben mit:

**"Baumeisterarbeiten**

**Pauschale**

- NPK 113 Baustelleninstallation
- NPK 211 Baugruben und Erdbau
- NPK 241 Ortbetonbau
- NPK 314 Maurerarbeiten
- NPK 315 Montagebau in Beton" (kläg.act. 1, S. 6).

Dass die Position NPK 211 explizit noch in der Auftragsbestätigung vom 8. Mai 2008 enthalten ist, spricht für die Darstellung der Beklagten und steht im Einklang mit der Aussage des Ingenieurs, dass man diese Position NPK 211 beim Hochbauer habe belassen wollen. Umgekehrt ergab die Parteieinvernahme von R. F., dass gemäss den der Klägerin für das Pauschalangebot zur Verfügung gestellten Planunterlagen, diese Leistungen in NPK 211 (auf den Plänen eingezeichnete grüne Bereiche) aufgrund der Abmachung Leistungsbeginn ab OK Magerbeton nicht mehr Bestandteil des zu offerierenden Leistungsumfangs gewesen sei (proz.act. 116, S. 9 unten und S. 10), bzw. die Klägerin aufgrund weggefallener Leistungen ein weiterer Preisnachlass gegenüber ihrem Abgebot vom 16. April 2008 habe gewähren können.

dc) Unbestritten ist, dass mit der Aufforderung zur Einreichung einer Pauschalofferte auf folgende Positionen des Leistungsverzeichnisses seitens der Bauherrschaft verzichtet worden ist (vgl. kläg.act. 25; Email vom 30.04.2008):

- a) Magerbeton gemäss NPK 241 Pos. 121.112 Fr. - 90'978.-- (LV, S. 7)
- b) Magerbeton gemäss NPK 241 Pos. 121.301 Fr. - 7'420.50 (LV, S. 7)
- c) Monobeton NPK 241 Pos. 817.001 Fr. - 28'843.50 (LV, S. 21)
- Wegfall Leistungen brutto vor Rabatt, Skonto u. MWST Fr. - 127'242.--

Eine weitere Preisreduktion im Umfang von brutto Fr. 106'137.20 ergab sich, nachdem die Klägerin das Ausmass ihrer Leistungen aufgrund der seitens der Beklagten zur Verfügung gestellten Pläne überprüft hatte (vgl. kläg.act. 27 Ausmassangebot vom 6. Mai 2008):

- NPK 113 Baustelleneinrichtung Fr. 9'557.55
- NPK 211 Baugruben und Erdbau Fr. 905.60
- NPK 241 Ortbetonbau Fr. 95'674.05
- Brutto-Betrag Fr. - 106'137.20

Vergleicht man die Brutto-Positionen des ersten Abgebots der Klägerin vom 16. April 2008 (kläg.act. 23) mit den Bruttopositionen der Pauschalofferte vom 7. Mai 2008 (kläg.act. 26), ist ersichtlich, dass sich der Leistungsumfang der Klägerin aufgrund der weggefallenen Leistungen und der Ausmasskorrekturen aufgrund der Überprüfung der Pläne erheblich reduzierte und sie damit ein um Fr. 233'379.25 tieferes Pauschalangebot rechnen konnte:

NPK	1. Abgebot vom 16.04.08 (kläg.a ct. 23)	Pauschalangebot vom 07.05.08 (kläg.act. 26)	Differenz
113 Baustelleneinrichtung	751'427.25	741'869.75	9'557.50
211 Baugruben und Erdbau	89'743.80	88'838.20	905.60

241 Ortbetonbau			- 127'242.-- - 95'674.05 - 222'916.15
	5'287'198.65	5'064'282.50	
314 Maurerarbeiten	844'842.35	844'842.35	0.00
315 Vorgefertigte Elemente aus Beton und Künstli- chen Steinen	191'201.65	191'201.65	0.00
	7'164'413.70	6'931'034.45	<b>233'379.25</b>
./. 6% Rabatt	- 429'864.80	- 415'862.05	
Nettobetrag 1	6'734'548.90	6'515'172.40	
./. 2% Skonto	- 134'691.00	- 130'303.45	
Neottbetrag vor MWST	6'599'857.90	6'384'868.95	
7.6% MWST	501'589.20	485'250.05	
<b>Nettobetrag</b>	<b>7'101'447.10</b>	<b>6'870'119.00</b>	

Die Klägerin ist demnach nach Überprüfung der von ihr effektiv zu erbringenden Leistungen aufgrund der vom Ingenieur der Beklagten zur Verfügung gestellten Pläne und der gemäss Email vom 30. April 2008 weggefallenen Leistungen am 7. Mai 2008 auf einem Nettobetrag von Fr. 6'870'199.-- gekommen. In die Verhandlungen am 8. Mai 2008 eingestiegen ist sie indessen mit einem Pauschalbetrag von 6,3 Mio. vor MWST bzw. Fr. 6'778'800.00 inklusive MWST (kläg.act. 28), also mit einem gegenüber dem per 7. Mai 2008 errechneten um weitere Fr. 84'868.95 reduzierten Nettobetrag vor Mehrwertsteuer. Dieser Betrag von knapp Fr. 85'000.-- entspricht in etwa dem für NPK 211 offerierten Brutto-Betrag von Fr. 88'838.20:

Aussmasskorrigiertes Brutto-Angebot per 7. Mai 2008 für NPK 211	Fr.	88'838.20
./. 6% Rabatt:	Fr.	- 5'330.30
	Fr.	83'507.10
./. 2% Skonto	Fr.	- 1'670.15
Nettobetrag vor MWST NPK 211	Fr.	81'836.95

Die plausibelste Erklärung für diese Reduktion von knapp Fr. 85'000.-- zwischen dem errechneten Offertbetrag vom 7. Mai 2008 (kläg.act. 26) und der Offerte als Verhandlungsgrundlage vom 8. Mai 2008 (kläg.act. 28) ist die, dass – wie R. F. aussagte – dieser Betrag für NPK 211 aufgrund der Offerte "OK Magerbeton" für das Verhandlungsangebot vom 8. Mai 2008 (kläg.act. 28) in etwa aus der offerierten Pauschale herausgenommen wurde. Dass – wie die Beklagte behauptet – ihr mit der Reduktion von knapp Fr. 85'000.-- einfach so noch ein weiterer Rabatt ohne Änderung des Leistungsumfangs gewährt worden sei, ist dagegen wenig glaubhaft. Deshalb ist der Tatsache, dass auf dem Verhandlungsangebot vom 8. Mai 2008 die Position NPK 211 noch aufgeführt war, keine entscheidende Bedeutung für die Frage beizumessen, ob die Pauschalofferte der Klägerin vom 8. Mai 2008 diese Position kalkulatorisch noch einrechnet oder nicht. Entscheidend waren vielmehr die der Pauschalofferte zugrundeliegenden Pläne und auf diesen waren die Leistung von NPK 211 bei Vereinbarung Leistungsbeginn ab "OK Magerbeton" nicht mehr als Leistung der Klägerin definiert.

Es ist aufgrund der Partei- und Zeugeneinvernahmen erstellt, dass im Zeitpunkt der Vergabeverhandlung vom 8. Mai 2008 beiden Parteien klar war, dass die Klägerin die Leistungen gemäss NPK 211 aufgrund der der Pauschalofferte zugrundeliegenden und an dieser Vergabeverhandlung durchbesprochenen und von beiden Parteien visierten Pläne nicht werde ausführen müssen. Nicht anders lässt es sich insbesondere erklären, wieso die Beklagte in der Folge die Leistungen von NPK 211 an die Tiefbauerin vergab und nicht von der Klägerin verlangte.

dd) Ebenfalls in die Beurteilung mit einzubeziehen ist schliesslich die Tatsache, dass der Begriff "OK Magerbeton" im Baugewerbe ein Fachterminus ist, mit welchem die Schnittstelle zwischen dem Ende der Leistungen des Tiefbauers und dem Beginn der Leistungen des Hochbauers bzw. Baumeisters definiert werden kann. Die Abmachung "OK Magerbeton" ist – wird nichts anderes vereinbart – so zu verstehen, dass alle Leistung des Baumeisters für Arbeiten, die vor der Fertigstellung dieser Magerbetonsohle zu erbringen sind, nicht zum vereinbarten Leistungsumfang des Baumeisters (Hochbau) gehören. Die Leistungen des Baumeisters beginnen erst, wenn ihm die fertiggestellte Magerbetonsohle vom Tiefbauer für den Weiterbau übergeben wird. R. F. sagte zum konkreten Arbeitsablauf bezüglich NPK 211 aus, dies seien

alles in den Plänen grün eingezeichnete Leistungen unterhalb Oberkante Magerbeton (proz.act. 116, S. 9). Diese Leistungen seien vom Bauablauf her alle vor der Fertigstellung der Oberkante Magerbeton zu erbringen gewesen (proz.act.116, S. 10). Es müssten die Schwachstellen des Bodens erkannt werden können, da die Magerbetonsohle tragfähig sein müsse und die Sohle müsse deshalb stellenweise mit einem Klotz verstärkt werden. Erst dann könne man die Magerbetonsohle erstellen. Wenn der Magerbeton drauf sei, sehe man die Schwachstellen ja nicht mehr (proz.act. 116, S. 10). Nachdem es sich beim Terminus "OK Magerbeton" um einen allgemein gebräuchlichen Fachterminus im Baugewerbe für die Bestimmung der Leistungsabgrenzung der einzelnen Unternehmer handelt, muss sich die Beklagte die Bedeutung dieses Terminus, wie sie jeder Baufachkundige im gegebenen Zusammenhang sowie aufgrund der gesamten Umstände, hier insbesondere der für das Angebot zur Verfügung gestellten Pläne – in guten Treuen verstehen darf und muss, und wie dies die Klägerin nach der Aussage von R. F. auch verstanden hat, entgegenhalten lassen. Dies, zumal im Werkvertrag vom 8. Mai 2001 – im Unterschied zur expliziten Vereinbarung der Parteien, dass "allfällige Minderleistungen ... in Teilobjekt "Tiefgarage bei Haus C" nach Ausmass an den Bauherrn rückvergütet" werden (vgl. bekl.act. 3, S. 14) – kein entsprechender Vorbehalt für allfällige Minderleistungen im Zusammenhang mit der Nichtausführung des Leistungskapitels NPK 211 gemacht wurden. Dass NPK 211 – auf Drängen des Ingenieurs hin – formell im Werkvertrag vom 8. Mai 2008 im Leistungsumfang noch aufgeführt blieb, ändert nichts daran, dass es aufgrund des konkreten Verhandlungsablaufs sehr wahrscheinlich ist, dass beim Angebot der Klägerin vom 8. Mai 2008 – was die Beklagte erkannt hat oder zumindest erkennen musste – die Leistungen von NPK 211 bereits aus der Pauschale herausgerechnet worden waren. Damit gelingt es der Beklagten nicht, ihren Minderpreisanspruch im Umfang von Fr. 81'836.95 hinreichend zu beweisen. Die Verrechnungsforderung der Beklagten ist deshalb vollumfänglich abzuweisen.

7.3. Die Parteien streiten sich ferner darüber, ob die Beklagte Anspruch auf Reduktion des Pauschalpreises habe, weil die Klägerin die Positionen 421.201 (Abschalungseinlagen; LV S. 12), 442.001 (Isolation in Deckenschalung; LV S. 12) und 851.501 (Elektroverteilkästen; LV, S. 24) unbestritten nicht hat ausführen müssen, obwohl diese im Leistungsverzeichnis aufgeführt waren.

a) Die Klägerin bestreitet einen Anspruch der Beklagten auf Rückvergütung im Zusammenhang mit vorgenannten Positionen des Leistungsverzeichnisses. Auszugehen sei von den Plänen, welche Grundlage des Pauschalangebots gewesen seien. Die Positionen 421.201 (Abschalungseinlagen) und 851.501 (Elektroverteilkästen) seien dort nicht eingezeichnet (kläg.act. 39). Betreffend Position 442.001 (Isolation in Deckenschalung) sei an der Vergabesitzung vom 8. Mai 2008 vereinbart worden, dass alle Dämmungen gegen Kellerräume bauseits zu erfolgen hätten (vgl. kläg.act. 1, S. 8 bzw. kläg.act. 38). Diese Position sei somit genehmigt worden. Die Beklagte habe diese Arbeiten dann in der Folge auch in eigener Regie und mit eigenen Angestellten ausgeführt (Replik, S. 19).

b) Die Beklagte ist der Ansicht, es gehe nicht an, nur auf die Pläne abzustellen. Die Preise für die einzelnen Teilleistungen, von deren Erbringung die Klägerin seinerzeit ausgegangen sei, ergäben sich aus dem Leistungsbeschrieb und nicht aus den Plänen. Bei Position 442.001 (Isolation Deckenschalung) gehe es zudem nicht – wie die Klägerin behaupte – um die Dämmung gegen die Kellerräume. Das eine sei eine Isolation einer Decke, das andere die Dämmung einer Wand. Wenn es gegenüber dem Leistungsbeschrieb später Änderungen gegeben habe, so sei der Preis entsprechend anzupassen. Wenn Leistungen im Devis enthalten seien und von der klagenden Partei mit einem Preis versehen worden seien, so sei doch klar, dass es einen Minderpreis geben müsse, wenn diese Leistung letztlich nicht erbracht werden müssen. Nach Art. 21 SIA-Norm 118 und Ziffer 1 des Werkvertrages gehe im Falle von Widersprüchen das Leistungsverzeichnis den Plänen vor. Geschuldet sei somit das, was im Leistungsverzeichnis aufgeführt sei, egal ob diese Leistung in den Plänen auch enthalten sei (proz.act. 126, S. 9 [=Plädoyernotizen RA L.]).

c) Auf Wunsch der Beklagten hatte die Klägerin ihr Pauschalangebot auf der Grundlage der ihr vom Ingenieur zur Verfügung gestellten Pläne zu rechnen. Insofern die Leistungen nicht mehr in diesen Plänen enthalten waren, sind diese Positionen nicht in die Pauschalofferte der Klägerin eingeflossen. Eine Beststellungsänderung nach der Pauschalofferte im Sinne von Art.

89 SIA-Norm 118 liegt bei den hier zu beurteilenden Leistungs-Positionen damit nicht vor. Ist aber ein nachträglicher Leistungsverzicht der Beklagten nach Abschluss des Pauschalwerkvertrages nicht nachgewiesen, so besteht auch kein Anspruch auf Reduktion des Pauschalwerkpreises. Eine Pauschalpreisabrede ist verbindlich. Ob die beim Vertragsabschluss vorgesehenen Erstellungskosten (Arbeit- und andere Kosten) von den tatsächliche Erstellungskosten abweichen, ist daher – ausserordentliche Umstände ausgenommen – nicht von Belang (Art. 38 Abs. 2 SIA-Norm 118; Art. 373 Abs. 3 OR; BGer 4C.90/2005 vom 22.06.2005, E. 3.2: Peter Gauch, Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, N 901 - 904). Damit sind auch diese Verrechnungsforderungen der Beklagten abzuweisen.

8. Die Klägerin behauptet verschiedene, zur Mehrforderung berechtigende Mehrleistungen aus Werkvertrag.

8.1. a) Grundsätzlich unbestritten ist in diesem Verfahren der Anspruch auf Mehrforderung der Klägerin in Bezug auf das Mehrausmass bei den Armierungen sowie hinsichtlich der Überwälzung der Teuerung. Die Beklagte bestreitet die Mehrforderung der Bewehrungsanschlüsse aber als überteuert und kürzt diese Position von den seitens der Klägerin hierfür geltend gemachten Fr. 171'934.44 auf pauschal Fr. 150'000.--. Ferner bestreitet sie den von der Klägerin angewendeten Rabattsatz (KA, S. 20, Rz. 36).

b) Der Unterschied im errechneten Betrag der Parteien bei den Bewehrungsanschlüssen steht mit der Anwendung des – so die Klägerin – sich aus der Vorkalkulation des Schweizerischen Baumeisterverbandes (SBV) ergebenden einheitlichen "Endzuschlags" von 18% zusammen (nachfolgend "EZ" genannt; Replik, S. 22; BO: kläg.act. 8; kläg.act. 40 [Kalkulationsvorschläge des SBV, Bspe. in Ziff. 7.3. und 7.4.]).

Die Beklagte moniert, die Klägerin habe es auch in der Replik unterlassen, die Herleitung ihrer Forderung für die Bewehrungsanschlüsse offen zu legen und damit ihrer Substantiierungssobliegenheit zu genügen. Was der Baumeisterverband vorschlage, sei nicht relevant. Massgebend sei der Werkvertrag zwischen den Parteien, in welchem kein EZ vereinbart worden sei, zumindest tue die Klägerin nicht dar, wo ein solcher EZ im Vertrag vereinbart worden wäre. Da die Klägerin zudem hierzu auch keine Beweisanträge gestellt habe, könne diese Teilposition "Bewehrungsanschlüsse nur im anerkannten Umfang und damit das Mehrausmass nur im anerkannten Umfang von Fr. 293'426.26 vor Rabatt berücksichtigt werden (Duplik, S. 10, Rz. 46 f.).

Wenn zwischen den Parteien für die Abrechnung des Mehrausmasses nichts anderes vereinbart worden ist, sind die Kosten für das Mehrausmass nach denselben Berechnungskriterien zu berechnen wie bei der Kalkulation für die im Werkvertrag enthaltenen Materialmengen (Art. 62 Abs. 2 und Art. 86 Abs. 4 SIA-Norm 118). Im Devis Kapitel 500.540 (vgl. kläg.act. 1) ist nirgends ein EZ von 15% erwähnt. Mit kläg.act. 41 reicht die Klägerin hierzu zwar auch ihren Ofertstamm für die Kalkulation der Baumeisterarbeiten ein, auf welcher ein Endzuschlag von 15% für Material ausgewiesen ist (vgl. insbes. dritte Seite von kläg.act. 41). Der Endzuschlag ist beim Mehrausmass des Armierungsstahls indessen in der Kostengrundlage von hier Fr. 1'004.-- / Tonne Armierungsstahl eingerechnet. Wird das Mehrausmass auf dieser Basis abgerechnet, ist ein nochmaliger Aufschlag eines EZ von 15% nicht zulässig. Wie sich aus der Armierungsabrechnung vom 6. Oktober 2009 (kläg.act. 8 in Ordner 2) ergibt, hat die Klägerin den EZ von 15% zudem nicht auf das Mehrausmass, sondern auf die Teuerung berechnet, was ohnehin – wie noch zu zeigen ist – nicht zulässig ist.

c) Bezüglich des auf die Abrechnung des Mehrausmasses anzuwendenden Rabattsatzes wird auf Erw. 6. hiervoor verwiesen. Es ist auch hier von einem Rabattsatz von 6% auszugehen.

d) Damit präsentiert sich diese Abrechnungsposition Mehrausmass Armierungen wie folgt:

Stabarmierung	Fr.	1'718'082.64
abzügl. Liste 376 (16'104 kg à Fr. 1'004) anerkannt	Fr.	- 16'168.42
Distanzkörbe (kläg.act. 42)	Fr.	103'970.80
Stützbügel	Fr.	113.50
Bewehrungsanschlüsse	Fr.	150'000.00

Verbindungselemente	Fr. 90'289.54
Baustellentotal korrigiert	Fr. 2'046'288.06
./. Vertragstotal brutto	Fr. - 1'752'861.80
	Fr. 293'426.26
./. 6% Rabatt	Fr. - 17'605.58
	Fr. 275'820.68
./. 2% Skonto	Fr. - 5'516.41
	Fr. 270'304.27
7.6% MWST	Fr. 20'543.13
Mehrforderung Armierungen gem. eff. Ausmass:	Fr. 290'847.40

Damit ist die Mehrforderung der Klägerin für Mehrausmass Armierungsstahl im Betrag von Fr. 290'847.40 gutzuheissen.

8.2. Hinsichtlich der vereinbarten Teuerungsabrechnung ist unbestritten, dass die positive Teuerung an die Beklagte weitergegeben werden kann (vgl. kläg.act. 1, S. 7). Nicht einig sind sich die Parteien, ob auch die Negativteuerung zu berücksichtigen ist.

a) Gemäss Art. 62 Abs. 3 SIA-Norm 118 sind für die Teuerungsabrechnung diejenigen Kostenansätze und Preise der ursprünglichen Kostengrundlage massgebend, die der Unternehmer für den Stichtag belegt. Im hier zu beurteilenden Sachverhalt liegt diese ursprüngliche Kostengrundlage unbestritten beim vereinbarten Preisindex 2008 (Preisstand von Fr. 1'004.-- / Tonne Armierungseisen, vgl. kläg.act. 1, S. 7).

b) Nachdem der Vertrag von den Parteien der SIA-Norm 118 unterstellt worden ist (vgl. kläg.act. 1, S. 2, Ziff. 1.5), ist der im Vertrag von den Parteien verwendete Begriff "Teuerung" gemäss den Bestimmungen dieser SIA-Norm 118 auszulegen. Erhöhen oder vermindern sich die Preise gegenüber der ursprünglichen Kostengrundlage (Art. 62 Abs. 2 SIA-Norm), so verändert sich nach Art. 64 Abs. 1 SIA-Norm 118 auch die vom Bauherrn geschuldete Vergütung um eine Mehr- oder Mindervergütung. Dies gilt indessen u. a. nicht, soweit die Vergütung in einem Pauschalpreis besteht, denn Leistungen zu Pauschalpreisen unterliegen nicht der Teuerungsabrechnung (Art. 41 Abs. 1 SIA-Norm 118). Von dieser Regelung können die Parteien indessen abweichen. Wie bereits dargetan haben die Parteien im Werkvertrag die Teuerung auf dem Mehrausmass für Armierungen explizit vom Pauschalpreis ausgenommen. Mithin ist die Teuerung – was soweit unbestritten ist – abzurechnen. Ziel und Zweck des Teuerungsausgleichs ist nur der Ausgleich der Mehr- oder Minderkosten, das Verfahren soll dem Unternehmer keinen (zusätzlichen) Gewinn bringen. Deshalb fällt auch der Risiko- und Verdienst-Zuschlag bei der Ermittlung der Mehr- oder Minderkosten nach den Regeln von Art. 66 - 82 SIA-Norm 118 ausser Betracht (Duri Prader, in: Gauch / Stöckli (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38 - 156 (Ausgabe 1977/1991), Zürich 1992, S. 140). Die Vereinbarungen der Parteien auf Seite 7 des Werkvertrages sind demnach hinsichtlich der Teuerungsabrechnung im Sinne von Art. 64 Abs. 1 SIA-Norm 118 so auszulegen, dass in die Endabrechnung der Parteien nicht nur die Mehr-, sondern auch die Minderkosten aus der Teuerungsabrechnung einzubeziehen sind und im Rahmen der Teuerungsabrechnung eine Aufrechnung eines Endzuschlags von 15% nicht zulässig ist.

c) Die Beklagte hat aufgrund der in kläg.act. 8 vorhandenen Abrechnung (vgl. kläg.act. 8, Ordner 2) die Teuerungsliste der Klägerin für die Stabarmierungen fortgeschrieben (bekl.act. 9) und gelangt zum Ergebnis, dass nicht die Beklagte der Klägerin etwas schulde, sondern sich die Klägerin vielmehr den Negativsaldo von Fr. -16'670.75 inkl. MWST an ihre Forderung anrechnen lassen müsse.

Forderung von Beklagter teilweise anerkannt aber mit Negativteuerung verrechnet:

Teuerung Stabarmierung (Replik, S. 31; kläg.act. 8; Ordner 2)	Fr. 154'172.23
./. EZ von 15 % (kläg.act. 8, Ordner 2; EZ von Beklagter bestritten)	Fr. -20'109.42
Teuerung Armierung bis 29.10.2008 ohne EZ (von Beklagter anerkannt)	Fr. 134'062.81

Abzug der Liste 376 [Replik, S. 31; unbestritten]	Fr. - 6'151.73
./. Negativteuerung gemäss Liste Ing. (kläg.act. 8, Ordner 2; bekl.act. 9; bestritten aber gutzuheissen)	Fr. - 143'404.34
	Fr. - 15'493.26

7.6% MWST  
Total Armierungsteuerung nach Berechnung der Beklagten

Fr. - 1'177.49  
Fr. -16'670.75

Die Abrechnung für die anderen Positionen (Teuerung Distanzkörbe, Bewehrungsanschlüsse und Verbindungselement; vgl. kläg.act. 8, Ordner 2), werden in genannter Endabrechnung (kläg.act. 8 separate Ordner) nicht detailliert ausgewiesen. Die Beklagte bestreitet die anderen, nachfolgenden Positionen wohl deshalb denn auch als nicht nachvollziehbar (Replik, S. 12, Rz. 41). Die entsprechenden Abrechnungen finden sich aber zwischen den anderen eingereichten klägerischen Aktenstücken, ebenfalls als kläg.act. 8 deklariert (vgl. auch kläg.act. 42 - 45). Da die Beträge dort gleichermaßen detailliert abgerechnet wurden wie für die Stabarmierung, erachtet das Handelsgericht auch diese Positionen als nachvollziehbar dargetan und hinreichend substantiiert, was letztlich aber keine Rolle spielt, da sich aus den genannten Abrechnungen unter kläg.act. 8 ergibt, dass auch bei der Teuerungsabrechnung auf diesen Positionen nur die positive und nicht die negative Teuerung abgerechnet wurde. Es ist aber – wie bereits dargetan – bei der Teuerungsabrechnung auch die negative Teuerung zu berücksichtigen. Nachdem die Einzelpositionen dieser Teuerungsabrechnung für die vorgenannten Abrechnungspositionen ebenfalls über den Zeitraum zwischen Juni 2008 bis Mitte Juli 2009 verteilt sind (kläg.act. 8 nicht in Ordnern), und nachweislich die Teuerung ab dem 3. November 2008 unter den vereinbarten Referenzbetrag von Fr. 1'004.-- pro Tonne gefallen ist, ist davon auszugehen, dass auch diese Abrechnungspositionen der Klägerin – ebenso wie die Position Stabarmierungen – keinen positiven Saldo ergeben.

d) Aufgrund dieser Erwägungen schuldet die Beklagte der Klägerin aus der Abrechnungsposition "Teuerung Armierungsstahl" nichts. Vielmehr kann die Beklagte im hier vorliegenden Abrechnungsprozess den aus der Abrechnung der Position 'Teuerung Stabarmierungen' resultierenden und geltend gemachten Minussaldo von Fr. -16'670.75 verrechnungsweise geltend machen. Die diesbezügliche Abrechnung der Beklagten (bekl.act. 9) ist für das Handelsgericht nachvollziehbar. Es ist deshalb nicht notwendig, die von der Beklagten beantragte Expertise zur Verifizierung ihrer Abrechnung anzuordnen. Da für die übrigen Positionen von der Beklagten keine Verrechnung von Negativsaldi geltend gemacht wurde, sind solche ausser Acht zu lassen.

8.3. Sodann macht die Klägerin eine Mehrforderung für Winterbaumassnahmen 2009 geltend.

a) Unbestritten ist, dass es mit Bezug auf die Winterbaumassnahmen einen Vergleich gegeben hat und für Winterbaumassnahmen von der Beklagten pauschal Fr. 40'000.-- bezahlt wurden. Strittig ist, ob sich dieser Betrag gemäss Abmachung zwischen den Parteien nur auf die Winterbaumassnahmen 2008 oder aber auch auf die Winterbaumassnahmen 2009 bezog. Die Klägerin macht heute weitere Fr. 39'920.75 für Winterbaumassnahmen 2009 geltend (kläg.act. 9, Replik, S. 25). Die Beklagte behauptet, gemäss Vergleich zwischen den Parteien, sei der vereinbarte Pauschalbetrag für Winterbaumassnahmen 2008 und 2009 bezahlt worden (KA, S. 14, Rz 45 - 49).

b) Der Vergleich, alle Winterbaumassnahmen pauschal mit Fr. 40'000.-- abzugelten, stand unter dem Vorbehalt der Klägerin, dass eine gesamtheitliche Lösung über alle Streitpunkte erzielt wird (vgl. auch bekl.act. 11; kläg.act. 46; kläg.act. 54, zu Ziff. 4). Nachdem sich diese Bedingung einer einvernehmlichen Lösung über alle Streitpunkte nicht erfüllt hat, hat dieser Vergleich als nicht zustande gekommen zu gelten. Die Beklagte hat grundsätzlich Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen für Winterbaumassnahmen 2008 und 2009, insofern die weiteren Voraussetzungen für einen Vergütungsanspruch der Klägerin erfüllt sind.

c) Auf S. 13 des Werkvertrages (kläg.act. 1) wurde zwischen den Parteien hinsichtlich der Kosten für Winterbaumassnahmen vereinbart:

**"Stufe 2/Stufe 3:**

Bei tieferen Temperaturen (unter 0° C) und Schnee über 2 cm wird gemeinsam mit der Bauleitung über allfällige Massnahmen entschieden: Die daraus entstehenden Kosten müssen dem Auftragnehmer vergütet werden. Terminverschiebungen gehen nicht zu Lasten des Auftragnehmers." (bekl.act. 3, S. 13).

Diese Formulierung stammt von der Klägerin selbst. Die Klägerin selbst hat die Ausführung und Anwendung von Winterbaumassnahmen damit vertraglich nicht in ihr Belieben gestellt, sondern von einem gemeinsamen Entscheid mit der Bauleitung abhängig gemacht. Nur Kosten aus "daraus" – d.h. 'gemeinsam entschiedenen' Winterbaumassnahmen – sind nach der Formulierung der von der Klägerin selbst stipulierten Vertragsklausel vom Auftragnehmer zu vergüten. Die Beklagte bestreitet nun aber, die Winterbaumassnahmen, für welche die Klägerin in diesem Verfahren Vergütung verlangt, seien je mit ihr abgesprochen worden. Ferner bestreitet die Beklagte diese Winterbaumassnahmen als nicht notwendig und die in Anschlag gebrachten Preise hierfür als nicht angemessen bzw. nicht vertragskonform (KA, S. 15, Rz. 49). Die Klägerin ihrerseits bestreitet die vorgenannten Vorwürfe der Beklagten (Replik, S. 25). Die Beweislast für das Vorliegen eines gemeinsamen Entscheides über die Winterbaumassnahmen liegt auf Seiten der Klägerin. Nachdem seitens der Klägerin für die Tatsache des "gemeinsamen Entscheides" keine weiteren Beweise offeriert worden sind – und weil die Klägerin nicht behauptet, sie hätte eine Besprechung verlangt, die Beklagte eine solche aber verweigert – erübrigt sich die von der Klägerin verlangte Expertise über das Quantitative der Winterbaumassnahmen (KS, S. 14). Der Anspruch der Klägerin für Winterbaumassnahmen 2009 ist mangels Beweis, dass diese verrechneten Winterbaumassnahmen aufgrund eines gemeinsamen Entscheids mit der Bauleitung ausgeführt worden sind, abzuweisen.

8.4. a) Ferner behauptet die Klägerin einen Anspruch auf Mehrforderung für Zusatzleistungen. Sie stellt sich auf den Standpunkt, für die Schlussofferte beim Werkvertrag seien nicht der Leistungsbeschreibung, sondern die Pläne des Architekten massgeblich gewesen. Gegenüber diesen Plänen habe die Klägerin (recte wohl die Beklagte) im Laufe der Bauarbeiten markante Änderungen vorgenommen. Im Wesentlichen habe die Klägerin entgegen der ursprünglichen Ausschreibung insbesondere verschiedene Installationswände, Brüstungen und Oblichter zu erstellen gehabt. Infolge dieser Projektänderungen hätten sich per 22. Mai 2009 Zusatzleistungen von insgesamt Fr. 468'099.75 exkl. MWST bzw. Fr. 503'675.35 inkl. MWST ergeben, deren Vergütung die Klägerin fordere. Dieser Betrag setze sich zusammen aus den Rechnungen vom 28. April 2009 und vom 26. Mai 2009 (kläg.act. 10 und 11) und basiere auf der "Zusatzleistungszusammenstellung Baumeisterarbeiten" der Klägerin vom 22. April 2009 (kläg.act. 12 [Zusammenstellung mit Belegen Haus 1-4, A, B und Tiefgarage]; KS, S. 14 f. und Replik, S. 11 f.). Zu diesen Mehrleistungen hätten beispielsweise gehört:

- Mehrleistungen bei den Nasszellen mit Zusatzkosten von Fr. 98'327.90
- Projektänderungen bei den Oblichtern mit Zusatzkosten von Fr. 55'815.20.

Die Beklagte bestreitet, dass nur die Architektenpläne Vertragspläne gewesen seien. Vielmehr sei in Ziff. 1.4 des Werkvertrages differenziert worden. In Bezug auf die Materialwahl und Stärke der Tragelemente seien die Projektpläne des Ingenieurs massgebend gewesen, ansonsten die Architektenpläne. Ferner bestreitet sie, dass sie markante Änderungen an den Plänen vorgenommen habe. Die Zusatzleistungszusammenstellung der Klägerin (kläg.act. 12) sei nicht nachvollziehbar und nicht hinreichend substantiiert. Sie werde deshalb bestritten, womit auch der geltend gemachte Zusatzpreis bestritten sei.

b) Die Klägerin belegt die behaupteten Mehrleistungen mit einer von ihr selbst erstellten "Zusatzleistungszusammenstellung Baumeisterarbeiten" (kläg.act. 12). Ferner reicht sie zum Beweis eine Schachtel Pläne ein (kläg.act. 12, KS, S. 14) und verlangt aufgrund dieser Pläne und ihrer Abrechnung (kläg.act. 10 - 13) eine Expertise über die Mehrkosten (KS, S. 15 oben).

Aus kläg.act. 12 ist zwar ersichtlich, aus welchen Einzelbeträgen sich die Forderung der Klägerin zusammensetzt, doch ob die damit geltend gemachten Mehrleistungen im Quantitativen ausgewiesen sind, ist damit nicht zu beweisen. Als weiteres Beweismittel legt die Klägerin eine Schachtel mit Plänen ins Recht (bekl.act. 12), aus welchen mittels Expertise die behaupteten Mehrkosten von einem Experten ermittelt bzw. verifiziert werden sollen. Damit genügt die Klägerin aber ihrer Substantiierungspflicht nicht. Es geht nicht an, einen ganzen Sachverhaltskomplex bloss auszugsweise mit zwei Beispielen in den Rechtsschriften zu umreissen und sich zum Beweis am Schluss dieser Behauptungen auf einen Stoss Akten (hier eine Schachtel Pläne) zu berufen (GVP 1995 Nr. 58). Vielmehr wäre es Sache der Klägerin gewesen, in den

Rechtsschriften Position für Position eine Differenzrechnung hinsichtlich der im Angebot einkalkulierten Leistungen und den schliesslich erbrachten Leistungen zu erstellen. Denn nur die ausgewiesene Differenz könnte unter dem Titel Mehrkosten geltend gemacht werden. Es ist weder Sache des Gerichts, noch eines Experten aufgrund von kläg.act. 12 Projektänderungen aus den Plänen zu rekonstruieren und die daraus resultierenden Mehrkosten unter Abzug der bereits im Angebot einkalkulierten Leistungen zu berechnen, um so die behaupteten Mehrkosten zu überprüfen. Sind aber die Forderungspositionen nicht hinreichend substantiiert behauptet, kann die beantragte Expertise mangels hinreichender Substantiierung nicht angeordnet werden. Die Mehrforderung der Klägerin zufolge behaupteter Zusatzleistungen kann demnach nur im Umfang geschützt werden, als sie mit den im Recht liegenden und zum Beweis verstellten Unterlagen belegt ist.

ca) Die Klägerin begründet ihre Mehrforderung im Zusammenhang mit den Oblichtern damit, dass die ursprüngliche Lösung einerseits keine Brüstungen vorgesehen habe, andererseits die Oblichter ganz anders realisiert worden seien, als ursprünglich geplant, was aus den Plänen klar hervorgehe (kläg.act. 33 -36, BO: Expertise). So seien ursprünglich für die Oblichter keine eigentlichen Aufbauten vorgesehen gewesen. Die Ausführung sei lediglich durch eine Standardausführung mit Schliessklappe vorgesehen gewesen. Als Grundlage habe der Vertragsplan gedient. Wenn man heute die Situation vor Ort betrachte, so befänden sich zwischen den Häusern Aufbauten für die Oblichter. Es sei offensichtlich, dass hier eine Beststellungsänderung erfolgt sei, welche einen Mehraufwand verursacht habe (BO: Augenschein, Anfangspläne und Schlussdokumentation beim Architekten zur Edition).

cb) Die Beklagte behauptet, auch die geltend gemachten Zusatzkosten von Fr. 55'815.20 im Zusammenhang mit den Oblichtern seien keineswegs liquide. Die Klägerin habe es auch hinsichtlich dieser Position unterlassen, im Detail zu beschreiben und darzulegen, wie sie auf den gelten gemachten Zusatzpreis komme, weshalb darüber kein Beweis abgenommen werden könne. Der Hinweis im Vertrag 'Oblichter keine Brüstungen' (kläg.act. 33) beziehe sich auf die Oblichter auf den Hauptdächern, wo die klagende Partei tatsächlich keine Brüstungen habe ausführen müssen (BO: Augenschein, Expertise). Die von der Klägerin genannten Oblichter seien bereits in den Vertragsplänen enthalten gewesen (vgl. kläg.act. 1 [Architektenpläne vom 30.4.2008: Sockelgeschoss Haus A; Untergeschoss Haus 3 + 4] und kläg.act. 34). Auf diesen Plänen seien drei Oblichter ersichtlich, zwei im unteren Drittel mit dem Hinweis '*Belichtung Oblicht mit mechanischer Schliessklappe*' und eines im oberen Drittel leicht rechts mit dem gleichen Text. Die Klägerin unterlasse es auch hier, im Detail zu beschreiben, wie die Ausführungen ursprünglich geplant (und von ihr berechnet) waren und was dann konkret ausgeführt worden sei und wie sich der Mehrpreis – unter Abzug des entfallenen Teils des Werkpreises für die ursprüngliche Ausführungsvariante – herleite. Aus den Plänen und Schnitten jedenfalls lasse sich die angebliche Projektänderung nicht ableiten und schon gar nicht der dafür entfallene Werkpreis, der sich aus den Preisgrundlagen des Werkvertrages herleiten müsste. Die Beklagte bestreite denn auch das Vorliegen einer Projektänderung und das geltend gemachte Quantum des Mehrpreises (Replik, S. 6 f. Rz. 28 - 29).

cc) Diese Forderung für Zusatzkosten infolge Projektänderung bei den Oblichtern ist abzuweisen, selbst wenn davon ausgegangen wird, der Klägerin würde mittels dem beantragten Augenschein und den zum Beweis verstellten Plänen der Beweis gelingen, dass es bei den Oblichtern eine Projektänderung gegeben hat. Denn ihre Forderung ist ungenügend substantiiert. So hat es die Klägerin unterlassen, in ihren Rechtsschriften ihre Mehrforderung aus dem Leistungsverzeichnis und den Plänen herzuleiten und eine Differenzrechnung zu präsentieren über die kalkulierten Kosten für die im Zeitpunkt des Abschlusses des Werkvertrages vorgesehene Variante im Verhältnis zu den Kosten der effektiven Ausführung. Die Abrechnung in kläg.act. 12 genügt diesen Anforderungen nicht.

da) Die Klägerin behauptet, aufgrund von Änderungen des Leistungsumfangs seien Zusatzkosten von Fr. 98'327.90 bei den Nasszellen entstanden, weil die Beklagte mit E-Mail vom 7. Oktober 2008 mitgeteilt habe, sie wolle "alle Vormauerungen in den Nasszellen mit einem 7.6 cm Backstein allseits schallgetrennt erstellt" haben (kläg.act. 29). Nachdem die Projektpläne vom 17. April 2008 (kläg.act. 30) und die Architektenpläne vom 4. Juni 2008 (kläg.act. 31) lediglich die Ausführung im Trockenbausystem vorgesehen hätten, müsse hier

klar von einer zahlungspflichtigen Beststellungsänderung gesprochen werden (vgl. auch Architektenpläne vom 8. Oktober 2008 = kläg.act. 32; BO: Expertise).

db) Die geltend gemachten Zusatzkosten von Fr. 98'327.90 für die Vormauerungen in den Nasszellen bestreitet die Beklagte im Grundsatz wie im Quantum. Mangels hinreichender Substantiierung dieser Position könne darüber auch kein Beweis abgenommen werden. Hinzu komme, dass die Vormauerungen in den Nasszellen im Leistungsbeschrieb unter Position 112 auf Seite 22 aufgeführt seien. Dort sei die Rede von nachträglich zu erstellendem Mauerwerk mit einer Stärke von 70 - 85 mm (die effektiv ausgeführten Mauern mit 75 mm seien also darin enthalten) und davon, dass die Mauern mit punktuellen Halterungen an den seitlichen Wänden zu fixieren seien. Im Leistungsbeschrieb auf Seite 13 unter Pos. 443.003 01 A fänden sich sodann die 7,5 cm breiten 30 mm starken Steinwollstreifen, welche seitlich und oberhalb der Vormauern zu versetzen waren. Diese Leistungen gäbe es sonst am ganzen Bau nirgends. Es sei an der Klägerin darzulegen, dass sich jene Position im Werkvertrag auf andere Bauteile beziehe (subsidiäre Beweisofferte der Beklagten: Expertise zur Frage, ob es die in BKP 112 vorgesehene Leistung sonstwo am Bau gebe). Auch sei der geltend gemachte Betrag von Fr. 98'327.90 nicht kläg.act. 12 zu entnehmen. Selbst wenn man unterstelle, dass in kläg.act. 12 die Pos. '+ Installationen BN 7.5 cm' gemeint sei (was nicht offensichtlich sei, da die Summe dieser Teilbeträge nicht dem geltend gemachten Betrag entspreche), so ergebe die Addition aller dieser Teilpositionen ein Total von rund 774 m<sup>2</sup>, während im Leistungsverzeichnis gemäss Werkvertrag unter der Position 112 990 m<sup>2</sup> vorgesehen seien. Die Klägerin habe also sogar weniger ausführen müssen, als sie seinerzeit gerechnet habe. Zudem sei dem Werkvertrag zu entnehmen, dass sie vor allen Abgeboten einen Einheitspreis von Fr. 73.99 angeboten habe, wogegen sie jetzt einen solchen von Fr. 97.69 fordere. Aus diesen Gründen folge, dass diese Forderung im Grundsatz wie im Quantum unberechtigt und demzufolge abzuweisen sei (Duplik, S. 5 - 8 Rz. 25 - 27).

dc) Aus kläg.act. 29, einem E-Mail von Markus Liechti vom 7. Oktober 2008, geht hervor, dass es bei den Nasszellen eine Projektänderung gegeben hat. Diese Behauptung wird bestätigt durch die zum Beweis verstellten Pläne, kläg.act. 30 und 31 (Architektenpläne vom 17. April 2008 und 4. Juni 2008) im Vergleich mit kläg.act. 32 (Architektenpläne vom 8. Oktober 2008). Diese Pläne, welche seitens des Ingenieurs der Beklagten der Klägerin für die Errechnung der verlangten Pauschalofferte zur Verfügung gestellt worden waren, sahen eine Ausführung dieser "Vormauern" in den Nasszellen im Trockenbausystem (nicht von der Klägerin auszuführende Gipsarbeiten, kläg.act. 30 und 31) vor. Diese Ausführung im Trockenbausystem wurde dann aber durch eine Ausführung mit Vormauern (Baumeisterarbeiten) ersetzt (kläg.act. 32). Dies ist eine Beststellungsänderung, welche der Klägerin grundsätzlich einen Anspruch auf Mehrforderung gibt, insofern diese Mehrforderung hinreichend substantiiert ist. Es ist hier auch keine Differenzrechnung notwendig, weil es sich bei der Ausführung im Trockenbausystem nicht um Baumeisterarbeiten handelt. Demnach erweist sich der erste Einwand der Beklagten gegen diese Mehrforderung, wonach keine Mehrleistung vorliege, sondern diese Vormauern bereits im Angebot in Position 112 im Leistungsverzeichnis auf Seite 22 (kläg.act. 1) enthalten gewesen seien, als unbegründet. Die Position 112 im Leistungsverzeichnis auf Seite 22, auf welche sich die Beklagte bezieht, lautet:

"Plattenmauerwerk aus Backstein ohne besondere Eigenschaften.

Nachträglich erstellen, voll-

fugig vermauern.

d mm 70 bis 85

h m 1,51 bis 3,00

inkl. punktuelle Halterungen

an den seitlichen Wänden

mit Netzchen. Hierzu sind alle

Aufwendungen in den

Einheitspreis einzurechnen

m<sup>2</sup> 990'000

73.99

73'250.10",

Weil im Trockenbausystem kein (Platten-)Mauerwerk aus Backstein errichtet wird, kann es sich bei vorzitiert Position 112 im Leistungsverzeichnis, welches noch auf der Basis der Pläne, in welcher die Installationswände in den Nasszellen im Trockenbausystem ausgeführt werden

sollten, nicht um diese Installationswände in den Nasszellen handeln. Die Abnahme der von der Beklagten beantragten Beweise erübrigt sich demnach.

Der zweite Einwand der Beklagten, der geltend gemachte Betrag von Fr. 98'327.90 sei nicht nachvollziehbar, trifft auch nicht zu. Wie die Beklagte selbst erkannt hat, sind in kläg.act. 12 die Mehrleistungen im Zusammenhang mit den Vormauern in den Nasszellen mit den Positionen "+ Installation BN 7.5 cm" gemeint (vgl. auch kläg.act. 29). Die Forderung aus Mehrleistung setzt sich damit gemäss kläg.act. 12 wie folgt zusammen:

Haus 1-4 je:			
	SG	Fr.	2'270.30
	EG	Fr.	1'890.29
	OG	Fr.	1'846.33
	<u>DG</u>	Fr.	<u>1'846.33</u>
Haus 1-4 je:	Fr.	7'853.25	
Haus 1 - 4 = 4 x	Fr.	7'853.25	Fr. 31'413.00
Haus A:			
	SG	Fr.	5'836.95
	EG	Fr.	9'486.63
	OG	Fr.	9'265.85
	<u>DG</u>	Fr.	<u>10'846.47</u>
Tot.	Fr.	35'435.90	Fr. 35'435.90
Haus B:			
	SG	Fr.	5'836.95
	EG	Fr.	9'486.63
	OG	Fr.	9'265.85
	<u>DG</u>	Fr.	<u>7'761.43</u>
Tot.	Fr.	32'350.86	Fr. 32'350.86
			Fr. 99'199.76
./. 6% Rabatt	Fr.	-5'951.98	Fr. 93'247.78
./. 2% Skonto	Fr.	-1'864.95	Fr. 91'382.83
zuzügl. 7,6 % MWST	Fr.	6'945.09	Fr. 98'327.93

Dagegen ist der dritte Einwand der Beklagten, der von der Klägerin für die Vormauern verrechneten Einheitspreis von Fr. 97.69 entsprechen nicht dem vor allen Abgeboten hierfür angebotenen Einheitspreis von 73.99 (Werkvertrag, kläg.act. 1 Leistungsverzeichnis S. 22, Position 112), berechtigt. Die Klägerin macht keine Ausführungen dazu, wieso sie in der Abrechnung der Mehrleistungen gemäss kläg.act. 12 einen erheblich höheren Einheitspreis verrechnet. Der geltend gemachte Einheitspreis ist damit nicht bewiesen. Es ist für die geltend gemachten Mehrkosten der tiefere Satz gemäss S. 22 des Leistungsverzeichnisses anzuwenden. Damit ist die Mehrforderung nur im Betrag von Fr. 74'473.15 ausgewiesen:

Total brutto unter Anwendung eines Einheitspreises von Fr. 97.69			Fr. 99'199.76
Total brutto unter Anwendung eines Einheitspreises von Fr. 73.99 (Fr. 99'199.76 : 97.69 x 73.99 =)			Fr. 75'133.48
./. 6% Rabatt	Fr.	-4'508.00	Fr. 70'625.47
./. 2% Skonto	Fr.	-1'412.51	Fr. 69'212.96
zuzügl. 7,6 % MWST	Fr.	5'260.19	Fr. <u>74'473.15</u>

8.5. a) Sodann behauptet die Klägerin eine Mehrforderung aufgrund gestörten Bauablaufs. Unter Ziff. 4 des Werkvertrages sei der Arbeitsbeginn auf Mai/Juni 2008 und die Vollendung der Arbeiten auf Ende 2008 terminiert gewesen. Die Abgabe des Gesamtbauwerks sei auf Frühjahr 2009 geplant gewesen. Diese Fristen seien nicht eingehalten worden. Zwar seien die Häuser 1 bis 4 gemäss Bauprogramm vom 24. Juni 2008 ausgeführt und Ende November 2008 fertig gestellt worden. Mit dem Haus A sei jedoch erst im Juli 2008 begonnen worden und es sei Ende November 2008 fertig gestellt worden. Haus B sei im September 2008 begonnen worden, jedoch lediglich mit der 1. Etappe. Zwischen Dezember 2008 und Februar 2009 sei es indessen nicht möglich gewesen zu bauen. Die Tiefbauerin (B. AG) habe ohne Begründung die

entsprechenden Tiefbauarbeiten nicht vorgenommen. Die zweite Bauetappe sei erst im März 2009 zum Bau freigegeben worden, 148 Tage zu spät (KS, S. 15; kläg.act. 13 und 14a-c [Zusammenstellung Bauablauf Soll/Ist]; kläg.act. 47 - 52). Die im Werkvertrag geplante Rohbauerfertigung habe nicht im Dezember 2008 erfolgen können. Die Klägerin sei für die um sieben Monate verlängerte Bauzeit nicht verantwortlich und die Mehrkosten seien daher durch die Beklagten zu bezahlen. Hätte man die Bauzeit bei Vertragsschluss so festgelegt, wie der Bau heute ausgeführt worden sei, wäre das Angebot für Baumeisterarbeiten um einen Betrag von ca. Fr. 1,0 Mio. höher ausgefallen, da Synergien nicht mehr hätten genutzt werden können und die Bauweise zu markanten Mehrkosten geführt habe. Zudem hätten sich die Einheitspreise und die Baustelleninstallation massiv verteuert. Die Verspätung sei einerseits dadurch entstanden, dass der Aushub viel zu spät erfolgt sei und die verschiedenen Pläne wesentlich zu spät bei der Beklagten eingegangen seien, weshalb es der Klägerin gar nicht möglich gewesen sei, fristgerecht zu bauen. Deshalb habe die Beklagte für die Mehrkosten aus entstandenen Verzögerungen aufzukommen (Replik, S: 29).

Mit Schreiben vom 27. April 2009 habe die Klägerin der Beklagten deshalb eine Rechnung für längeres Vorhalten der Bauinstallationen im Betrag von Fr. 251'313.30 und für Personal(mehr)kosten in der Höhe von Fr. 797'355.70 zugestellt (kläg.act. 15 - 17). Im Hinblick auf diese Klage habe die Klägerin dann ein Privatgutachten erstellen lassen. Der Experte habe fundiert und seriös abgeklärt, welche Forderungen die Klägerin gegenüber der Beklagten 1 in Zusammenhang mit der Bauverzögerung geltend machen könne. Das Gutachten komme zum Schluss, dass der Anspruch der Klägerin für Fr. 544'816.37 exkl. MWST bzw. auf Fr. 586'222.41 inkl. MWST ausgewiesen sei (vgl. kläg.act. 18; separater Ordner sowie kläg.act. 48 mit Erläuterungen der Mehrkostenermittlung aufgrund von Störungen im Bauablauf) (KS, S. 15 ff.; Replik, S. 26 ff.).

b) Die Beklagte bestreitet den Anspruch der Klägerin auf Mehrforderung zufolge gestörtem Bauablauf sowohl im Grundsatz wie im Quantitativen. Die Forderung der Klägerin sei zudem nicht hinreichend substantiiert. Die Berechnung sei nicht nachvollziehbar. Es sei zwar richtig, dass es bei der Erstellung des Aushubes für die erste Etappe zu einer Bauverzögerung gekommen sei, da der Baugrund schlecht gewesen sei. Es sei Sand angetroffen worden und am Wochenende vom 13./14.09.2009 (recte 2008) sei es zu einer Hangrutschung gekommen, die weitergehende Sicherungsmassnahmen nötig gemacht habe (vgl. kläg.act. 18, Register Protokolle, Protokoll der 12. Bausitzung, S. 2 Beschlüsse). Dass es beim Aushub für Haus B zu Verzögerungen kommen werde, habe sich indessen bereits im Mai 2008 abgezeichnet (vgl. kläg.act. 18, Register Protokolle, Protokoll der 3. Bausitzung, S. 3 Beschlüsse, 4. Strichlein), weshalb einvernehmlich beschlossen worden sei, die Baumeisterarbeiten für Haus A zu forcieren. Um dies der Klägerin zu ermöglichen, habe die Beklagte auf eigene Kosten auf Wunsch der Klägerin eine zusätzliche Baupiste erstellen lassen (vgl. kläg.act. 18, Register Protokolle, Protokoll der 4. Bausitzung, letzter Beschluss auf Seite 2; Protokoll der 5. Bausitzung, Rubrik, S. 3, Allgemeines und Beschlüsse). Mit dieser Änderung im Bauprogramm sei die Klägerin vorbehaltlos einverstanden gewesen. Auch sei verschiedentlich beschlossen worden, das Terminprogramm den neuen Gegebenheiten anzupassen (vgl. z.B. kläg.act. 18, Register Protokolle, Protokoll der 11. Bausitzung, S. 3 ganz am Schluss der Beschlüsse). So tue die Klägerin in ihrer Replik (S. 26) denn auch selbst dar, dass "letztlich zwischen den Parteien ein neuer Endtermin vereinbart wurde". Die Magerbetonsole Haus B Axe 8/9 sei dann am 13. Oktober 2008 (KW 33/08) fertig gestellt gewesen, so dass die Klägerin hätte mit den Arbeiten beginnen können (bekl.act. 12). Damit habe es nur eine – vereinbarte – Verzögerung gegenüber dem ursprünglichen Bauprogramm von eineinhalb Monaten gegeben. Die Klägerin habe dann aber die Arbeiten nur sehr zögerlich und mit wenig Personal aufgenommen (vgl. hierzu auch die Ausführungen in KA, S. 18 Rz 59 - 60). Gemäss eigenen Rapporten der Klägerin seien die ersten Arbeiten für Haus B erst am 3. November 2008 dokumentiert (kläg.act. 18, Register 'Tagesrapporte' Tagesrapport vom 3.11.2008). Zwischen dem 7. und 17. November 2010 seien praktisch keine Arbeiten an Haus B rapportiert. Am 17. November 2010 habe die Klägerin mit der Schalung der Wände der Tiefgarage Haus B begonnen (kläg.act. 18, Register 'Tagesrapporte' Tagesrapport vom 17.11.2008). Mit der Deckenschalung sei am 15. Dezember 2010 begonnen worden (kläg.act. 18, Register 'Tagesrapporte' Tagesrapport vom 15.11.2008). Für die Erstellung der Wände des Sockelgeschosses habe sich die klagende Partei in kläg.act. 14a Zeile 137 15 Tage eingeräumt. Tatsächlich habe sie dafür aber 40 Tage gebraucht (Fertigstellung

Bodenplatte 5.11.2008; Beginn Deckenschalung 15.12.2008, dazwischen wurden die Wände betoniert). Erst mit der Vollendung der Wände des Sockelgeschosses habe der Tiefbauer aber mit dem Hinterfüllen beginnen können und dieser Zeitpunkt sei im Winter gelegen, wo witterungsbedingt keine Tiefbauarbeiten durchgeführt hätten werden können. Hätte die Klägerin die Aussenwände der Tiefgarage des Hauses B (1. Etappe) bis Mitte November 2008 fertig gestellt (was gemäss ihrem ursprünglichen Bauprogramm möglich gewesen wäre), so hätte der Tiefbauer noch vor Wintereinbruch den Aushub für die 2. Etappe erstellen können, womit dann die Klägerin weit früher mit der 2. Etappe hätte beginnen können. Schliesslich sei der Winter 2008 / 2009 sehr hart gewesen, so dass die Klägerin wie auch der Tiefbauer – aus Gründen die nicht die Beklagte zu vertreten habe – länger witterungsbedingt eingeschränkt gewesen seien. Dies habe die Bauzeit nochmals verlängert. Insgesamt sei die Bauverzögerung aber nicht so gross ausgefallen, wie von der Klägerin behauptet. Die Bauzeit habe sich tatsächlich um 4 Monate und 10 Tage und nicht um 7 Monate – wie die Klägerin behauptete – verzögert. Diese Verzögerung sei weitgehend darauf zurückzuführen, dass die Klägerin mit zu wenig Personal auf der Baustelle gearbeitet habe und dass auch der harte Winter zur einer Verlängerung geführt habe. Bis zum Frühling 2009 habe sich die Beklagte denn auch nie über den Baufortschritt beklagt. Erst am 27. April 2009 habe sie exorbitante Forderungen gestellt, welche sie in der vorliegenden Klage auf die Hälfte reduziert habe. Es werde seitens der Beklagten indessen bestritten, dass es aus Gründen, die die Beklagte zu vertreten hätte, tatsächlich zu irgendwelchen Inkonvenienzen oder Schädigungen der Klägerin gekommen sein soll. Soweit im Gutachten (kläg.act. 18) Tatsachenbehauptungen aufgestellt würden, seien diese bestritten, ebenso, dass die zur Anwendung gebrachten Ansätze ausgewiesen seien und dass die Verzögerungen durch ein vertragswidriges Verhalten seitens der Beklagten verursacht worden seien. Die Forderung sei vielmehr unberechtigt und die Klage in diesem Punkt abzuweisen (KA S. 15 ff. Rz. 52 - 64).

c) Die Klägerin will ihre Forderung infolge gestörten Bauablaufs mittels Expertise beweisen. Die beantragte Expertise kann aber nicht angeordnet werden, weil die Klägerin die Tatsachenbehauptungen, die durch Anordnung der Expertise überprüft werden müssten, in ihrem Rechtsschriften nicht hinreichend substantiiert hat. In ihrer Klagschrift nennt die Klägerin nur den Saldo der in diesem Verfahren geltend gemachten Betrag der Mehrforderung infolge gestörtem Bauablauf (Fr. 544'816.37 exkl. MWST bzw. Fr. 586'222.41 inkl. MWST; KS, S. 16). Betreffend Begründung wird auf das als kläg.act. 18 ins Recht gelegte Parteigutachten samt Beilagen (Tagesrapporte und Bausitzungsprotokolle) verwiesen. Nachdem die Beklagte einen Anspruch der Klägerin auf Mehrforderung infolge gestörtem Bauablauf im Grundsatz wie im Quantitativen bestritten hatte (KA, S. 17 f.), begnügte sich die Klägerin in ihrer Replik an ihrer Forderung festzuhalten, eine Erläuterung des Parteigutachters zur Mehrkostenermittlung als kläg.act. 48 einzulegen und eine Expertise durch einen durch das Gericht zu bestimmenden Experten zu verlangen (Replik, S. 26). Damit genügt sie indessen ihrer Substantiierungsobligenheit in keiner Weise. Ein pauschaler Hinweis auf Akten genügt nicht. Hierfür hätte sie in ihren Rechtsschriften ihre Mehrforderung zufolge gestörtem Bauablauf in tatsächlicher Hinsicht zumindest in den Grundzügen in nachvollziehbarer Weise darlegen müssen und die einzelnen Tatsachen, welche nach ihrem Dafürhalten zu einer Mehrforderung berechtigen, zum Beweis verstellen müssen, nachdem seitens der Beklagten auch die im Parteigutachten behaupteten Tatsachen und die darin zur Anwendung gebrachten Ansätze bestritten worden sind (KA, S. 19 Rz. 64; Duplik, S. 14 Rz. 66). Es kann nicht Aufgabe des Experten sein, den Umfang der behaupteten Mehraufwendungen selbst zu ermitteln. Aufgabe des Experten kann es nur sein, hinreichend substantiierte Tatsachenbehauptungen, welche zum geltend gemachten Mehraufwand geführt haben, in tatsächlicher Hinsicht zu überprüfen. Die Hinweise des Rechtsvertreters der Klägerin an der Hauptverhandlung auf verschiedene Lehrmeinungen und einen Entscheid des Bundesgerichts vom 18. September 1998 im Zusammenhang mit den Voraussetzungen für die Zulassung von Parteigutachten im Zivilprozess, sind hier unbehelflich. Weder die zitierten Lehrmeinungen, noch das Bundesgericht entbindet die Parteien im Zivilprozess davon, ihre Tatsachenbehauptungen in ihren Rechtsschriften zumindest in den Grundzügen so darzulegen, dass es der Gegenpartei möglich ist, diese substantiiert zu bestreiten. Es kann nicht sein, dass die Gegenpartei im Zivilprozess die entscheiderelevanten Tatsachenbehauptungen im Privatgutachten selbst heraussuchen muss, um detailliert bestreiten zu können.

Weitere Ausführungen zu dieser Forderungsposition erübrigen sich demnach. Diese Forderung der Klägerin bleibt in diesem Verfahren unbewiesen und ist deshalb abzuweisen.

9. Ferner ist eine Verrechnungsforderung der Beklagten für Ersatzvornahmekosten für die nicht von der Klägerin ausgeführten Schrammborde gemäss Leistungsverzeichnis Pos. 351 (LV, S. 11) und Pos. 751 (LV, S. 20) zu beurteilen (vgl. nachträgliche Eingabe; proz.act. 75 / 75a und proz.act. 78).

a) Die Beklagte behauptet, zu den Leistungen gemäss Werkvertrag, welche die Klägerin innerhalb des Pauschalpreises zu erbringen habe, gehörten auch die sog. Schrammborde. Diese Schrammborde seien zwar im Einvernehmen beider Parteien (noch) nicht ausgeführt worden, weil im Bereich, wo sie hätten erstellt werden sollen, Wassereindringungen aufgetreten seien, die die Klägerin mittels Injektionen zuerst hätte abdichten müssen. Wären die Schrammborde vor der Abdichtung erstellt worden, hätte man sie zum Zwecke der Injektionen wieder entfernen müssen (BO: Parteibefragung von T. G.). Nachdem die Injektionen erfolgreich ausgeführt worden seien, habe die Beklagte die Klägerin eingeladen, die Schrammborde zu erstellen. Daraufhin habe sich die Klägerin mit E-Mail vom 2. September 2010 (bekl.act. 14) überraschend auf den Standpunkt gestellt, diese Leistung sei nicht mehr geschuldet, weil die Abnahme erfolgt sei und die Schrammborde im Abnahmeprotokoll nicht aufgeführt seien. Diese Argumentation sei indessen unzutreffend, denn die fehlenden Schrammborde seien nicht ein Mangel, den man anlässlich der Abnahme hätte rügen müssen, sondern eine bezahlte Vollendungsarbeit, die im Einvernehmen der Parteien aufgeschoben worden sei. Nachdem das Schreiben des Rechtsvertreters der Beklagten vom 3. September 2009 (bekl.act. 15), mit welchem die Beklagte Beschwerde erbeten hatte, ob die Klägerin bereit sei, die Schrammborde auszuführen, unbeantwortet geblieben sei, habe die Beklagte eine Offerte eines anderen Unternehmers eingeholt (bekl.act. 16). Diese belaufe sich auf Fr. 13'600.-- exkl. MWST. An der Hauptverhandlung erklärte der Rechtsvertreter der Beklagten, die Beklagte sei "notfalls" bereit, einen verrechnungsweisen Werklohn-Abzug nicht in der Höhe der Offerte (bekl.act. 16), sondern nur im Umfang der genannten Leistungspositionen Pos. 351 und 751 des Leistungsverzeichnisses zu akzeptieren.

b) Die Klägerin stellt sich dagegen auf den Standpunkt, Ende März 2009 sei es auf der Baustelle X., St. Gallen (in der Rohbauphase) zu einem Personalwechsel gekommen. Wegen dieser Ferienablösung seien verschiedene Punkte, u. a. auch die Schrammborde der Tiefgarage besprochen worden. Dabei habe der Bauleiter, T. G., in einer mündlichen Aussprache klar und unmissverständlich erklärt, dass es keine Schrammborde gebe. Es werde darauf verzichtet (BO: M. N., Polier Hochbau bei der Klägerin, als Zeuge). Damit sei der Verzicht der Beklagten auf die Schrammborde seit Ende März / Anfangs April 2009 allen bekannt gewesen. Die Bauabnahmen seien in diesem Wissen erfolgt.

c) Nach Art. 27 Abs. 1 SIA Norm 118 kann der abgeschlossene Werkvertrag nur in beidseitigem Einvernehmen ergänzt oder abgeändert werden. Vorbehalten ist das Gestaltungsrecht des Bauherrn, die vertragliche Leistungspflicht des Unternehmers durch einseitige Willenserklärung abzuändern (Art. 84 ff. SIA-Norm 118). Die Beweislast für den tatsächlichen Verzicht der Beklagten bzw. der Bestellerin auf diese werkvertragliche Leistung obliegt der Klägerin, weil die Klägerin sich zu ihrer Entlastung auf den Verzicht beruft.

Bei der Erstellung der Schrammborde handelt es sich um eine unbedeutende, im Verhältnis zum ganzen Auftragsvolumen völlig nebensächliche Vollendungsarbeit, welche im Zeitpunkt der Abnahme noch nicht vollbracht worden war, welche aber einer Abnahme des Werkes nach Art. 157 SIA Norm 118 nicht entgegenstand. Deren Nichterbringung war im Rahmen der Bauabnahme nicht zu rügen, weil es sich hierbei nicht um einen Mangel handelte. Denn Gegenstand der Abnahme ist zwar das vollendete Werk oder allenfalls ein in sich geschlossener vollendeter Werkteil (Art. 370 Abs. 1 OR und Art. 157 Abs. 1 SIA-Norm 118). Vollendet ist das Werk dann, wenn sämtliche Arbeiten ausgeführt sind, die der Unternehmer schuldet. Fehlen indessen zur Vollendung nur noch ganz unbedeutende, im Verhältnis zum ganzen Auftragsvolumen völlig nebensächliche Arbeiten, so ist es unter dem Gesichtspunkt der Abnahme so zu halten, wie wenn das Werk oder der Werkteil vollendet wäre (Peter Gauch, Kommentar zur SIA Norm 118 – Art. 157 - 190, Rz. 8 zu Art. 157). Dies bedeutet selbstverständlich nicht, dass die-

se letzten nebensächlichen Vollendungsarbeiten nach erfolgter Abnahme nicht mehr zu erbringen wären.

Das Gericht hat zu dieser Streitfrage antragsgemäss T. G. als Partei (proz.act. 121, S. 5 ff.) und M. N. als Zeugen (proz.act. 123) befragt. Die Aussage des Zeugen M. N. bestätigt die Sachverhaltsdarstellung der Klägerin nicht. Insbesondere konnte er keine Angaben darüber machen, wieso diese Schrammborde von der Klägerin nicht gemacht worden sind (proz.act. 123, S. 3).

Nachdem die Erstellung der Schrammborde bei Vertragsabschluss unbestritten Vertragsbestandteil zwischen den Parteien war, und ein nachträglicher Verzicht der Beklagten auf diese Schrammborde nicht bewiesen ist, hat die Beklagte Anspruch auf Kostenersatz für die Ersatzvornahme zur Erstellung dieser Schrammborde, da sich die Klägerin geweigert hat, diese Schrammborde zu erstellen. Das für den Beweis der Höhe dieser Kosten eingereichte bekl.act. 16 ist indessen nur eine Offerte, keine Rechnung. Es ist deshalb – wie vom Rechtsvertreter der Beklagten an der Hauptverhandlung vorgeschlagen – nur Kostenersatz im Rahmen der im Leistungsverzeichnis offerierten Preise gutzuheissen:

Vertragstotal für Schrammborde gemäss	
Pos. 351 u. Pos. 751 LV	Fr. 5'434.80
./ 6 % Rabatt	Fr. <u>-326.08</u>
	Fr. 5'108.71
2 % Skonto	Fr. <u>- 102.17</u>
	Fr. 5'006.54
7.6 % MWST	Fr. <u>380.50</u>
Brutto Ersatzvornahmekosten Schrammborde:	Fr. 5'387.05

Die Verrechnungsforderung der Beklagten ist damit im Umfang von Fr. 5'387.05 gutzuheissen.

10. Die gegenseitigen Ansprüche der Parteien können demnach wie folgt zusammengefasst werden:

Werklohn gemäss Werkvertrag	Fr. 6'650'000.00
Geleistete Akontozahlungen der Beklagten	Fr. <u>- 6'049'990.00</u>
Restwerklohn	Fr. 600'010.00
Freigabe der Beklagten ab Sicherheitsleistung vom 28.12.2010	Fr. - 716'869.15
Minderleistung betr. Tiefgarage C	Fr. - 41'736.05
Mehrausmass Armierungen (ohne Endzuschlag)	Fr. + 290'847.40
Ausgleich Negativsteuerung für Stabarmierungen	Fr. - 16'670.75
Mehrforderung Winterbaumassnahmen	Fr. 0.00
Mehrforderung für Zusatzleistungen Oblichter,	Fr. 0.00
Mehrforderung für Vormauern in Nasszellen	Fr. + 74'473.15
Mehrforderung wegen gestörtem Bauablauf	Fr. 0.00
Verrechnungsansprüche der Beklagten infolge Ersatzvornahme im Zusammenhang mit der Behebung von Wassereindringungen	Fr. 0.00
Verrechnungsansprüche der Beklagten für Ersatzvornahme bzgl. Schrammborde	Fr. <u>- 5'387.05</u>
Forderungstotal zugunsten der Klägerin	Fr. 184'667.55

11. a) Die Klägerin addiert zu ihrer Forderung weitere Fr. 58'627.67 unter dem Titel '5% Verzugszinsen zwischen 30. September 2009 und 19. Mai 2010' (kläg.act. 19 und Replik S. 32). Die Beklagte bestreitet diesen Zins im Grundsatz wie im Quantitativen (KA, S. 20, Rz. 65; Duplik, S. 18, Rz. 83).

b) Der gesetzliche Verzugszins von 5% (Art. 104 Abs. 1 OR) ist grundsätzlich nur geschuldet, insofern die Beklagte mit ihren Leistungen aus Werkvertrag mit der Beklagten in Verzug war. Die Arbeiten der Klägerin waren im Sommer 2009 abgeschlossen. Sie verlangt Verzugszins ab dem 30. September 2009. Die Schlussrechnung Baumeisterarbeiten der Klägerin da-

tiert indessen erst vom 8. Oktober 2009 und räumt der Beklagten eine Zahlungsfrist von 30 Tagen netto ein (kläg.act. 7). Damit lief die Zahlungsfrist am 7. November 2009 ab. Mit der Bezahlung des Restwerklohns war die Beklagte damit erst ab 8. November 2009 in Verzug. Damit hat die Klägerin Anspruch auf 5% Verzugszins einerseits für die Zeitdauer vom 8. November 2009 bis 31. Dezember 2009 (Datum Zahlungseingang der Abschlagszahlung bei der Klägerin) auf den Betrag der Abschlagszahlung von Fr. 716'869.15 und andererseits ab 8. November 2009 auf den mit dieser Klage geschützten Betrag von Fr. 184'667.55.

12. Die Beklagte ihrerseits macht verrechnungsweise einen Schadenszins von 5% auf den hinterlegten Betrag geltend (KA, S. 20, Rz. 67-70). Die Klägerin bestreitet diese Verrechnungsforderungen im Grundsatz wie im Quantum. Diese seien nicht ausgewiesen und entbehrten jeglicher Grundlage (Replik, S. 29 unten).

Die Klägerin hätte den geltend gemachten Schaden der Beklagten nur dann zu ersetzen, wenn ihr selbst im Zusammenhang mit dem Begehren um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts eine Pflichtwidrigkeit vorzuwerfen wäre. Eine solche Pflichtwidrigkeit ist nicht leichthin anzunehmen und ist nicht schon dann gegeben, wenn sich im Verfahren zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ergibt, dass die Forderung des Unternehmers, für welche die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts bzw. stattdessen die Hinterlegung einer Sicherheitsleistung verlangt worden ist, nicht oder nur teilweise berechtigt oder bewiesen ist. Zudem hätte die Beklagte beweisen müssen, inwiefern ihr aus der Hinterlegung der Sicherheitsleistung tatsächlich ein Schaden entstanden ist (z.B. durch angefallene Kapitalzinsen für den hinterlegten Betrag). Nur ein solcher Schadensbetrag (und nicht ein pauschalisierter Schadenszins auf die hinterlegte Kapitalsumme) hätte sie geltend machen können. Da die Beklagte diesbezüglich keine Ausführungen macht, ist die Forderung der Beklagten auf Erstattung eines "Schadenszinses" mangels hinreichender Substantiierung dieses Schadens abzuweisen.

13. Nach Art. 839 Abs. 3 OR kann die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nur dann verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung nicht anderweitig Sicherheit leistet (z.B. durch gerichtliche hinterlegte Sicherheitsleistung). Nachdem die Beklagte hier eine hinreichende Sicherheitsleistung geleistet hat, kann kein Bauhandwerkerpfandrecht mehr auf dem Grundstück X. eingetragen werden. Dagegen ist die Sicherheitsleistung in dem Umfang zu bestätigen, als die Forderung der Klägerin bewiesen ist, mithin im Betrag von Fr. 184'667.55. Wie in Ziffer 4 des klägerischen Rechtsbegehrens beantragt, ist der Klägerin nach Rechtskraft dieses Entscheides Fr. 184'667.55 ab der beim Gericht hinterlegten Sicherheitsleistung von Fr. 853'487.25 auszuzahlen.

Der Restbetrag der Sicherheitsleistung von Fr. 668'819.70 ist der Beklagten zurückzuerstatten, nachdem dieser Entscheid rechtskräftig geworden ist. Für eine vorzeitige Rückzahlung der verbleibenden Sicherheitsleistung (vor Rechtskraft des Entscheides des Handelsgerichts oder vor Rechtskraft eines allfälligen Rechtsmittelentscheides) – wie dies die Beklagte verlangt hat – besteht indessen kein Rechtsgrund, wurde diese Sicherheitsleistung doch gerade zur Vermeidung der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts geleistet.