



---

Geschäfts-Nr. HG070308/U/dz

Mitwirkend: der Oberrichter Thomas Seeger, Präsident, die Oberrichterin Dr. Franziska Grob, die Handelsrichter Werner Furrer, Jakob Frei und Christoph Pfenninger sowie der Gerichtsschreiber Daniel Bausch

## Urteil vom 8. Juli 2011

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ AG & Co.,**

Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

sowie

**B. \_\_\_\_\_ AG,**

Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

**C. \_\_\_\_\_ AG,**

Streitberufene

gegen

**D.\_\_\_\_\_ AG,**

Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Klagebegehren:**

(act. 1 S. 2 f.)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin zumindest Fr. 394'788.–, im Umfang von Fr. 19'220.35 zahlbar in WIR-Checks, zuzüglich Zins zu 5% aus Fr. 67'523.60 vom 15. September 2005 bis 31. Oktober 2006 sowie Zins zu 5% aus Fr. 394'788.– ab 1. November 2006 sowie Zins zu 5% aus Fr. 16.– seit Einreichung der Klageschrift zu bezahlen.

Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass sich die Klägerin eine betragsmässige Modifikation auf den Zeitpunkt nach Durchführung eines Beweisverfahrens bzw. Erstellung des Ausmasses und Wertbestimmung der auf dem Grundstück GB E.\_\_\_\_\_ Nr. ...., ... E.\_\_\_\_\_, seitens der Klägerin einschliesslich der Firmen B.\_\_\_\_\_ AG, F.\_\_\_\_\_ AG und C.\_\_\_\_\_ AG, erbrachten Arbeiten vorbehält.

2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 1'590.– gemäss Ziff. 4 der Verfügung des Kantonsgerichts Schaffhausen vom 4. November 2005 im Verfahren Nr. 53/2005/854 zu bezahlen zuzüglich Zins zu 5% seit 28. Juni 2007.
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für das Verfahren vor Kantonsgericht Schaffhausen Nr. 53/2005/854 eine Entschädigung in Höhe von Fr. 3'000.– zuzüglich 7,6% MWSt. zu bezahlen (Ziff. 5).
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Widerklagebegehren:**

(act. 16 S. 2 f.)

- "1. Die Klägerin und Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin CHF 3'768.00 zu zahlen, zuzüglich Verzugszins zu 5% ab 1. Mai 2008.
2. Die Klägerin und Widerbeklagte sei weiter zu verpflichten, der G.\_\_\_\_\_ [Bank], ... H.\_\_\_\_\_ unverzüglich die Erklärung abzugeben, dass die Bürgschaftsverpflichtung (Solidarbürgschaft) über den Betrag von CHF 394'772.00 für die Verpflichtungen der D.\_\_\_\_\_ AG aus dem Werkvertrag "Überbauung ..., E.\_\_\_\_\_" datiert vom tt.mm.2005, einschliesslich Zusatzarbeiten, nicht beansprucht werde, unter gleichzeitiger Retournierung des Originals der Bürgschaftsurkunde vom 27. November 2006 an die G.\_\_\_\_\_.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin und Widerbeklagten."

### **Das Gericht zieht in Erwägung:**

#### **I.**

(Einleitung und Sachverhalt)

Sämtliche am Verfahren beteiligten Personen sind Aktiengesellschaften. Die Klägerin [A.\_\_\_\_\_] mit Sitz in U.\_\_\_\_\_ betreibt ein Kies- und Betonwerk sowie ein Bagger-, Trax- und Transportunternehmen. Die ebendort ansässige Streitberufene bezweckt die Herstellung und den Vertrieb von Betonwaren und Betonelementen sowie die Ausführung von Kunst- und Natursteinarbeiten. Die in H.\_\_\_\_\_ ansässige Nebenintervenientin erbringt Dienstleistungen im Baugewerbe, insbesondere die Bauausführung, -beratung und -planung. Die Beklagte hat ihren Sitz in V.\_\_\_\_\_; sie ist in der Ausführung von Bauten aller Art tätig, insbesondere als General- oder Totalunternehmerin.

Im Zeitraum 2005/2006 realisierte die Beklagte auf dem ehemaligen Industrieareal "... " in E.\_\_\_\_\_ unter Einbezug der Altbausubstanz Lofts und Wohnateliers. Der bestehende Hauptbau blieb in Form und Struktur weitgehend erhalten. Auf den Ebenen E0/E1 wurden fünf Loftmaisonette-Wohnungen mit Galerie realisiert, auf den Ebenen E2/DG sieben Loftmaisonette-Wohnungen mit Terrassen. Zur Erschliessung der Letzteren wurde nordseitig ein Laubengang angebaut. Südlich des Hauptbaues – dem sog. "Anbau Süd" – wurde ein Neubau erstellt mit je einer 3.5-Zimmerwohnung auf den Ebenen E0, E1 und E2. Südwestlich anschliessend an den Hauptbau wurde eine Unterflurgarage mit 33 Einstellplätzen realisiert, darüber ein Neubau mit sechs Ateliers und mit je einem Dienstleistungs-/Verkaufslokal an den beiden Eckseiten.

Die Beklagte schrieb die Arbeiten ursprünglich nach Arbeitsgattungen getrennt aus. Im Januar 2005 offerierte die Klägerin die Arbeitsgattungen Abbrucharbeiten, Baugrubenaushub, Baustelleneinrichtung sowie Abbruch und Demontage. Unab-

hängig davon offerierte die Streitberufene die Elemente in Beton; die F.\_\_\_\_\_ AG tat dies für die Arbeitsgattung Abbruch und Betontrennarbeiten. Im Zuge der Verhandlungen zwischen den Parteien offerierte die Klägerin auch die Baumeisterarbeiten. Im März 2005 hielten die Parteien dafür, für die Realisierung der ausgeschriebenen Arbeiten sei es vorteilhafter, wenn die Beklagte einen einzigen Vertragspartner habe. Ausfluss der Besprechung bildete ein klägerisches Angebot als Totalunternehmerin mit Subunternehmern. Bei den weiteren Verhandlungen stand die Höhe des Preises im Vordergrund. Am tt.mm.2005 unterzeichneten die Klägerin und die Beklagte einen Werkvertrag über die Ausführung von Baumeisterarbeiten (BKP 211), inklusive diverser Zusatzarbeiten (BKP 112, 113, 201, 212), zu einem Pauschalwerklohn. Im Zuge der Ausführung der Bauarbeiten traten immer wieder Meinungsverschiedenheiten über den Leistungsumfang der Klägerin auf. Die Klägerin hält dafür, mehr als ursprünglich vereinbart geleistet zu haben. Die Beklagte ist der Meinung, sie habe auf diverse geschuldete Leistungen verzichtet, teils habe die Klägerin vertragswidrig Arbeiten nicht ausgeführt. Im vorliegenden Prozess klagt die Klägerin den Restlohn ein. Widerklageweise macht die Beklagte Mindervergütungsansprüche geltend.

## II.

### (Prozessverlauf)

Am 10. Dezember 2007 gingen die Weisung des Friedensrichteramtes V.\_\_\_\_\_ vom 12. September 2007 (act. 3) und die Klageschrift (act. 1) ein. Mit Verfügung vom 10. Dezember 2007 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um für Gerichtskosten und Prozessentschädigung eine Prozesskaution zu leisten (Prot. S. 2). Dagegen erhob die Klägerin mit Eingabe vom 17. Dezember 2007 Einsprache (act. 7), worauf ihr am 21. Dezember 2007 die Frist zur Leistung der Kautionsleistung abgenommen wurde (Prot. S. 3). Mit Beschluss vom 31. Januar 2008 wurde die Einsprache gutgeheissen und dementsprechend von einer Kautionsleistung abgesehen. Zudem wurde davon Vormerk genommen, dass die Klägerin der B.\_\_\_\_\_ AG und der C.\_\_\_\_\_ AG in der Klageschrift den Streit verkündet hatte (act. 12). Am 29. April

2008 ging die Klageantwortschrift ein; darin erhob die Beklagte Widerklage (act. 16).

Am 8. Juli 2008 fand eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, wobei an die Parteien diverse Substantiierungshinweise ergingen. Zudem erklärte die B.\_\_\_\_\_ AG den Prozessbeitritt als Nebenintervenientin auf Seiten der Klägerin (Prot. S. 7 ff.). Da die Parteien sich nicht einigen konnten, wurde das Verfahren schriftlich fortgesetzt (Prot. S. 10). Die weiteren (schriftlichen) Parteibehauptungen finden sich in der Klagereplik und Widerklageantwort vom 6. November 2008 (act. 24), der Klageduplik und Widerklageduplik vom 16. März 2009 (act. 28) sowie in der Widerklageduplik respektive in der Stellungnahme zu den neuen Behauptungen der Klageduplik vom 2. Juni 2009 (act. 32). Diese letzte Rechtschrift der Klägerin wurde der Beklagten und der Nebenintervenientin am 4. Juni 2009 zugestellt (Prot. S. 13).

Am 18. Januar 2010 erging der Beweisaufgabebeschluss (act. 36). Die Beweisantwortungsschrift der Klägerin datiert vom 16. Februar 2010 (act. 40), diejenige der Beklagten vom 8. März 2010 (act. 41). Die im Beweisabnahmebeschluss vom 7. April 2010 festgesetzten Barvorschüsse für die Kosten des Beweisverfahrens (act. 42) leisteten die Parteien rechtzeitig (act. 45 und 46). Am 17. November 2010 fand die Beweisverhandlung statt. Im Anschluss an die Zeugeneinvernahmen nahmen die Parteien zum Beweisergebnis Stellung (Prot. S. 21-53).

Mit Verfügung vom 27. Mai 2011 wurde den Parteien und der Nebenintervenientin Kenntnis einer schriftlichen Erklärung von Handelsrichter I.\_\_\_\_\_ vom 26. Mai 2011 gegeben, worin dieser anzeigte, dass der beklagtische Rechtsanwalt mittlerweile in den Vorstand einer Genossenschaft gewählt worden sei, deren Geschäftsleiter er bis vor kurzem gewesen und wo er weiterhin als Leiter Bauprojekte tätig sei. Es bestehe für ihn indessen kein Grund, in den Ausstand zu treten (act. 49; Prot. S. 54). In ihren schriftlichen Stellungnahmen erklärten beide Parteien, dass auch aus ihrer Sicht kein Grund für den Ausstand von Handelsrichter I.\_\_\_\_\_ bestände (act. 51 und 52). Die Nebenintervenientin verzichtete auf eine Stellungnahme. Die Doppel der Eingaben der Parteien wurden je der Gegenseite und der Nebenintervenientin zugestellt (Prot. S. 55).

Das Verfahren ist spruchreif (§ 188 Abs. 1 ZPO/ZH).

### III.

(Prozessuales)

Da beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind und der Streitwert der Klage sowie der Streitgegenstand den Anforderungen von § 62 GVG entsprechen, ist die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts zu bejahen. Die Parteien unterzeichneten am tt.mm.2005 einen Werkvertrag, worin sie in Art. 7 der AGB Winterthur als Gerichtsstand bezeichneten (act. 17/1a). Damit ist auch die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichtes gegeben (Art. 9 GestG). Folglich ist auf Klage und Widerklage (§ 60 ZPO/ZH) einzutreten.

Die bestehenden Zuständigkeiten bleiben erhalten (Art. 404 Abs. 2 ZPO; § 206 GOG). Auch im Übrigen gilt das bisherige Verfahrensrecht (Art. 404 Abs. 1 ZPO).

### IV.

(Materielles)

#### 1. Übersicht

Die Klägerin trägt vor, unter dem Werkvertrag vom tt.mm.2005 sei sie zur Ausführung diverser Arbeiten zu einem Pauschalloon von CHF 1'775'000.– verpflichtet gewesen. Die Beklagte habe mehrere Akontozahlungen geleistet. Mit vorliegender Klage fordere sie den Restbetrag. Darüber hinaus habe die Beklagte zahlreiche Bestellungenänderungen erteilt; die Mehrarbeiten hätten zu Mehrkosten von CHF 229'977.90 geführt, die ebenfalls von der Beklagten zu vergüten seien.

Gemäss Darstellung der Beklagten ist während der Ausführung des Werkes immer wieder Streit darüber entbrannt, was Werkvertragsinhalt sei. Anlässlich einer Sitzung im Juli 2006 sei man deshalb übereingekommen, nach Ausmass abzurechnen. Da ein solches per dato nicht vorliege, sei die Klage (vorerst) abzuweisen. Die unter dem Titel Mehrleistungen geforderte Vergütung sei schon deshalb nicht geschuldet, weil die Ausführung dieser Arbeiten Vertragsinhalt gewesen und

folglich vom Pauschalloon umfasst gewesen sei. Ohnehin sei für die gültige Vereinbarung von Mehrleistungen die Schriftform vorbehalten gewesen. Diese sei mit Ausnahme von drei Vertragsnachträgen nicht eingehalten worden, was ebenfalls Mehrvergütungsansprüche der Klägerin ausschliesse. Im Gegenteil, es sei die Beklagte gewesen, die auf diverse Leistungen verzichtet habe. Entsprechend sei der Pauschalloon zu kürzen. Hinzu komme, dass die Klägerin diverse Vertragspflichten nicht erfüllt habe, weshalb die Beklagte gezwungen gewesen sei, diese Arbeiten durch Drittunternehmer ausführen zu lassen. Die anfallenden Kosten stelle sie der Klägerin in Rechnung; deren Höhe sei durch die Klägerin im Zuge der Erstellung der Schlussrechnung anerkannt worden.

## 2. Vertragsinhalt

### 2.1. Vertragsgrundlagen

Am tt.mm.2005 unterzeichneten die Klägerin und die Beklagte einen Werkvertrag über die Ausführung von Baumeisterarbeiten (BKP 211), inklusive Abbrucharbeiten (BKP 112), Beton-Trennarbeiten (BKP 113), Baugrubenaushub und -sicherung (BKP 201) sowie Elemente in Beton (BKP 212). Neben der eigentlichen Vertragsurkunde (vgl. act. 17/1a S. 1) umfasst der Werkvertrag insbesondere die allgemeinen D.\_\_\_\_-Bedingungen (act. 17/1a S. 2; fortan *AGB*), ergänzt durch die SIA-Norm 118. Unter dem Werkvertrag verpflichtete sich die Beklagte, der Klägerin für die Ausführung der Arbeiten eine Pauschalvergütung von CHF 1'775'000.– inkl. MwSt. zu bezahlen.

### 2.2. Abänderung der AGB

Die Klägerin hält dafür, in Bezug auf die Offerte zum Baugrubenaushub seien die AGB am 24. März 2005 teilweise einvernehmlich abgeändert worden. Bei Vertragsschluss am tt.mm.2005 seien die Änderungen jedoch vergessen gegangen (act. 1 S. 6, 8). Die Beklagte bestreitet die Darstellung (act. 16 S. 30 f.). Auch nach der Klägerin haben sich die Parteien anlässlich des Vertragsschlusses am tt.mm.2005 auf keine anderen AGB geeinigt, als sie als act. 17/1a S. 2 im Recht liegen. Schon deshalb hilft es ihr nicht, wenn sie behauptet, man habe vergessen,

daran Änderungen vorzunehmen. Sodann tut die Klägerin auch nicht dar, auf welche Änderungen man sich verständigt habe. Dies in Erfahrung zu bringen erübrigt sich schon deshalb, weil die Klägerin nicht dartut, welche Auswirkungen die geänderten AGB auf die im Prozess aufgeworfenen Streitfragen gehabt hätten. Folglich sind der Streitsache die unveränderten AGB zugrunde zu legen.

### 3. Vertragsnachträge

Während der Arbeitsausführung verständigten sich die Parteien auf drei Vertragsnachträge, allesamt in Schriftform. Der erste Nachtrag vom 28. Oktober resp. 9. November 2005 umfasste den Deckenabbruch in Loft I zum Preis von CHF 9'640.– inkl. MwSt. (act. 17/2). Den zweiten Nachtrag unterzeichneten die Parteien am 16./17. November 2005 über das Liefern und Versetzen von Sacac-Stützen für CHF 16'500.– inkl. MwSt. (act. 17/3). Der letzte Vertragsnachtrag betreffend Abbruch und Betontrennarbeiten datiert vom 11./12. Januar 2006 und mündete in einer weiteren Erhöhung der Vergütung um CHF 6'910.– inkl. MwSt. (act. 17/4). Die aus den drei Vertragsnachträgen resultierenden Forderungen der Klägerin im Umfang von CHF 33'050.– sind unbestritten (act. 16 S. 6 und 27; act. 17/8g).

### 4. Abrechnung nach Ausmass

#### 4.1. Behauptungen der Beklagten

Nach Darstellung der Beklagten sind die Bauarbeiten aufgrund des Verhaltens der Klägerin immer wieder ins Stocken geraten. Am 19. Juli 2006 habe eine Aussprache stattgefunden. Die Klägerin habe argumentiert, sie hätte bereits zu viel leisten müssen und komme mit der Pauschale nicht mehr auf ihre Rechnung. Zwar sei die Beklagte anderer Meinung gewesen, doch habe J. \_\_\_\_\_ von der Beklagten vorgeschlagen, über die gesamten von der Klägerin erbrachten Leistungen ein Ausmass ausstellen zu lassen und statt pauschal nach diesem Ausmass abzurechnen. Diesem Vorschlag hätten K. \_\_\_\_\_ und L. \_\_\_\_\_ als Vertreter der Klägerin wie auch M. \_\_\_\_\_ als Vertreter der Nebenintervenientin zugestimmt. Im Schreiben vom 20. Juli an die Klägerin habe die Nebenintervenientin die getroffene-

ne Abmachung bestätigt. Darin nehme M.\_\_\_\_\_ Bezug auf die Besprechung vom Vortag und halte fest, man würde auf das Begehren von J.\_\_\_\_\_ betreffend Abrechnung eingehen. So werde man – wie von J.\_\_\_\_\_ vorgeschlagen – ein Ausmass erstellen und der Klägerin das Resultat bis am 11. August präsentieren. Die Klägerin habe das Schreiben mit Fax vom 25. Juli an die Beklagte weitergeleitet. Demzufolge habe auch sie die am 19. Juli getroffenen Abreden (implizit) bestätigt.

Bis dato habe die Klägerin der Beklagten kein Ausmass ausgehändigt. Als die Nebenintervenientin im Verlaufe des Augustes bezüglich einzelner Vertragspositionen Leistungszusammenstellungen abgegeben habe, habe die Beklagte diese mit dem Hinweis zurückgewiesen, sie erwarte ein komplettes Ausmass über die gesamten vertraglichen Arbeiten. In Ermangelung eines endgültigen Ausmasses sei die Klage (mindestens zur Zeit) abzuweisen (act. 28 S. 4 ff.).

#### 4.2. Parteibehauptungen der Klägerin

Die Klägerin bestreitet die Einigung vom 19. Juli. Die Beklagte habe lediglich die Erstellung eines Ausmasses hinsichtlich der Arbeiten der Nebenintervenientin gewünscht, was diese zu tun bereit gewesen sei, nicht jedoch die Klägerin. Selbst wenn sich die Nebenintervenientin und die Beklagte auf eine Abrechnung nach Ausmass geeinigt hätten, so binde eine solche Vereinbarung die Klägerin nicht, zumal diese hiervon erstmals im Rahmen der zu beantwortenden Rechtsschrift Kenntnis erlangt hätte (act. 32 S. 6).

#### 4.3. Würdigung

4.3.1. Der Einheitspreis bestimmt die Vergütung für eine einzelne Leistung, die im Leistungsverzeichnis als besondere Position vorgesehen ist. Er wird pro Mengeneinheit festgesetzt (z.B. je Laufmeter, Quadratmeter, Kilogramm, Stück). Die für die fragliche Leistung geschuldete Vergütung ergibt sich aus der Menge der vom Unternehmer geleisteten Einheiten, multipliziert mit dem zugehörigen Einheitspreis. Die massgebliche Menge wird, je nach Inhalt des Vertrages, entweder nach dem tatsächlichen Ausmass ermittelt oder nach dem plangemässen theoretischen

Ausmass (PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl. 1996, N 915 ff.; Art. 39 Abs. 1 und Art. 141 Abs. 1 SIA-Norm 118).

4.3.2. Ein rechtswirksamer Vertragsschluss setzt voraus, dass sich die Parteien über die objektiv wesentlichen Punkte einigen (Art. 2 Abs. 1 OR), was auch für Vertragsänderungen gilt. Ein objektiv wesentlicher Punkt des Werkvertrages ist die Entgeltlichkeit der Werkausführung, nicht aber die Höhe der Vergütung (BGE 92 II 332 f.). Eine Einigung, anstelle einer Pauschalvergütung nach Ausmass abzurechnen, ohne die entsprechenden Einheitspreise zu definieren, ist demnach wirksam. Wie die Höhe der einzelnen Einheitspreise festzusetzen wäre, kann offen bleiben. Zumindest ist erwähnenswert, dass den ursprünglichen Offerten der Klägerin und der Subunternehmer Preise pro Leistungseinheiten zu entnehmen sind (vgl. act. 17/1e ff.). Anhaltspunkte darüber, von welchem Wertverhältnis der Arbeiten (zumindest seitens der Unternehmer) ausgegangen wurde, lägen demnach vor.

4.3.3. Art. 8 ZGB bestimmt als Grundsatz der Beweislastverteilung, dass eine behauptete (und bestrittene) rechtserhebliche Tatsache von derjenigen Partei zu beweisen ist, die aus deren Vorhandensein Rechte ableitet. Jede Partei hat demnach die tatbeständlichen Voraussetzungen desjenigen Rechtssatzes zu beweisen, der zu ihren Gunsten wirkt; auf die Parteirollen im Prozess kommt es nicht an. Entsprechend trägt die Beklagte die Beweislast dafür, dass sich die besagten Personen am 19. Juli 2006 darauf verständigten, statt pauschal nunmehr nach Ausmass abzurechnen.

4.3.4. Durch die Beweiswürdigung wird die Beweiskraft eines Beweismittels aufgrund des Ergebnisses des Beweisverfahrens bemessen (PETER GUYAN, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 157 ZPO N 1). Das Gericht würdigt die Beweise nach freier Überzeugung (§ 148 ZPO/ZH). Freie Beweiswürdigung ist nicht Willkür, sondern pflichtgemässes Ermessen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, § 148 ZPO N 3). Der Beweis ist erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten vom Vorliegen einer Tatsache überzeugt ist und ihm allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen (BGE 133 III 153 E. 3.3).

4.3.5. Zur fraglichen Sitzung wurden sieben Personen als Zeugen einvernommen. Jede von ihnen war im relevanten Zeitpunkt Organ oder Angestellte einer Prozesspartei oder der Nebenintervenientin. Im Rahmen der Beweiswürdigung ist der Interessenlage der Einvernommenen Rechnung zu tragen. Bezüglich der Würdigung von Aussagen von Angestellten hat das Bundesgericht unlängst entschieden, es sei nicht willkürlich, auf die Aussagen einer Zeugin nicht abzustellen, die als Angestellte einer Prozesspartei über ihre eigene Arbeitstätigkeit befragt worden sei (Urteil 4P.143/2005 vom 18. August 2005 E. 2.2). Dieser generelle Vorbehalt gilt auch für Aussagen von Organen (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 157 N 7). Beweismittel aus der Interessensphäre des Haupt- bzw. Gegenbeweisbelasteten sind zu seinen Gunsten damit regelmässig wenig beweiskräftig.

4.3.5.1. Die Zeugen haben – zusammengefasst – folgendes ausgesagt:

a) M.\_\_\_\_\_ ist Verwaltungsratspräsident und Mehrheitsaktionär der Nebenintervenientin. Diese führte im Unterakkord für die Klägerin den Baumeisterauftrag aus. M.\_\_\_\_\_ sagte aus, die Nebenintervenientin habe bald bemerkt, dass gemessen am Leistungsverzeichnis des Pauschalvertrages ein Mehrfaches an Leistungen zu erbringen gewesen sei. Das sei der Anlass der Sitzung gewesen. Die Klägerin, die Nebenintervenientin und die Streitberufene hätten erreichen wollen, dass über sämtliche Arbeiten nach Ausmass abgerechnet werde. Damit sei J.\_\_\_\_\_ von der Beklagten nicht einverstanden gewesen; es sei beim Pauschal-lohn geblieben. Man habe sich indessen darauf geeinigt, dass die Mehr- und Minderleistungen separat ausgewiesen und bezahlt würden. Auf diese Sitzung habe er – M.\_\_\_\_\_ – mit act. 29/2 (ein Schreiben vom 20. Juli 2006 an die Klägerin) reagiert. Die Formulierung "werden wir auf das Begehren von Herrn J.\_\_\_\_\_ betreffend Abrechnung eingehen" sei missverständlich formuliert. Damit sei das Ausmass über die Mehr- und Minderleistungen gemeint gewesen. Im letzten Satz habe er seiner Enttäuschung Ausdruck verliehen, dass man sich nicht auf ein Ausmass über sämtliche Leistungen habe einigen können (Prot. S. 35-40).

b) N.\_\_\_\_\_, Verwaltungsrat der Nebenintervenientin, konnte sich an die Teilnahme an der Sitzung erinnern. Auch er führte als Hintergrund der Sitzung die Mehrarbeiten der Nebenintervenientin an. J.\_\_\_\_\_ habe dann mit gutem Recht

gesagt, es habe auch Minderleistungen gegeben. Folglich habe man sich darauf verständigt, hinsichtlich der Mehr- und Minderleistungen ein Ausmass zu erstellen und gestützt darauf abzurechnen. Daran, dass ein Gesprächsteilnehmer ein Ausmass über sämtliche Arbeiten vorgeschlagen hat, konnte sich N.\_\_\_\_\_ nicht mehr mit Bestimmtheit erinnern, insbesondere J.\_\_\_\_\_ habe einen solchen Vorschlag aber nicht gemacht (Prot. S. 45-49).

c) L.\_\_\_\_\_ war in der fraglichen Zeit bei der Klägerin Betriebsleiter. Auch er führte aus, dass der Anlass der Sitzung der Streit über die Mehrkosten bei den Baumeisterarbeiten gewesen sei. Die Nebenintervenientin habe die Fertigstellung der Arbeiten davon abhängig gemacht, dass die Sache geklärt werde. Man sei überein gekommen, über die Mehr- und Minderleistungen bis am 11. August ein Ausmass zu erstellen, als ein Vergleich zwischen diesen beiden Leistungen. Ein Vorschlag, über sämtliche Arbeiten nach Ausmass abzurechnen, sei nicht gemacht worden; er habe auch keine solche Zustimmung erteilt. Er habe eine Woche später diese Aufstellung (act. 29/2) von der Nebenintervenientin erhalten und diese mit act. 29/3 der Beklagten zur Information weitergeleitet (Prot. S. 40-45).

d) K.\_\_\_\_\_ ist Verwaltungsratspräsident der Klägerin. Er führte aus, er habe mit dem Projekt wenig zu tun gehabt, er habe dieses L.\_\_\_\_\_ delegiert gehabt. Er sei nur bei einer Sitzung bei RA X.\_\_\_\_\_ dabei gewesen, an eine Teilnahme an der streitgegenständlichen Sitzung könne er sich nicht erinnern (Prot. S. 33-35).

e) O.\_\_\_\_\_ war für die Beklagte als Bau- resp. Projektleiter tätig. An Besprechungen, an denen die Abänderung des Abrechnungsmodus besprochen wurde, konnte er sich nicht erinnern (Prot. S. 26-28).

f) P.\_\_\_\_\_ machte für die Klägerin die Bauingenieurarbeiten. Er konnte sich an eine Sitzung erinnern, in der darüber gesprochen worden sei, nach Ausmass statt pauschal abzurechnen. J.\_\_\_\_\_ habe vorgeschlagen, über sämtliche Arbeiten nach Ausmass abzurechnen und nicht nur in Bezug auf Arbeiten der Nebenintervenientin. Was M.\_\_\_\_\_ von der Nebenintervenientin dazu gesagt habe, wisse er nicht mehr. Er könne sich aber nicht vorstellen, dass dieser dazu bereit gewesen sei. An weitere Gesprächsteilnehmer, abgesehen von M.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_,

könne er sich nicht mehr erinnern. Auch wisse er nicht, ob M.\_\_\_\_\_ die Klägerin an dieser Sitzung vertreten habe (Prot. S. 28-33).

g) J.\_\_\_\_\_, Verwaltungsratspräsident der Beklagten, führte aus, er habe anlässlich der Sitzung vorgeschlagen, über sämtliche von der Klägerin geschuldeten Arbeiten ein Ausmass erstellen zu lassen. L.\_\_\_\_\_ (als Vertreter der Klägerin) und M.\_\_\_\_\_ (als Vertreter der Nebenintervenientin) hätten an der Sitzung ihre Zustimmung in Aussicht gestellt; sie hätten indes gesagt, sie müssten sich das noch überlegen und würden hierzu schriftlich Stellung nehmen. Eine solche Stellungnahme sei ihm dann in Form von act. 29/2 und act. 29/3 zugekommen. Daraus leite er ab, dass die Gegenseite (L.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_) ihre Zustimmung zum vorgeschlagenen Ausmass erteilt hätten (Prot. S. 21-25).

4.3.6. Mit Ausnahme des Zeugen J.\_\_\_\_\_ sagten sämtliche Zeugen, die sich an die Teilnahme an der Sitzung erinnern konnten, aus, es sei zwischen der Klägerin und der Beklagten – wenn überhaupt – eine Einigung über ein Ausmass hinsichtlich der Mehr- und Minderleistungen erzielt worden. Einige Zeugen erinnerten sich sogar dahingehend, J.\_\_\_\_\_ habe ein Ausmass über sämtliche Arbeiten explizit abgelehnt. Ob diese Aussagen (in Verbindung mit den von der Klägerin angerufenen Urkunden act. 29/2 und 29/3) ausreichen, eine Einigung über die Abrechnungsmodalitäten bezüglich der Mehr- und Minderleistungen als erstellt zu erachten, kann offen bleiben. Wie sich aus den nachfolgenden Ziff. IV.6 bis IV.8 ergibt, vermag keine Partei begründete Ansprüche aus solchen Leistungen substantiiert darzulegen, weshalb eine solche Einigung im Prozess folgenlos bliebe. Im Lichte der diesbezüglich klaren Zeugenaussagen überzeugt auch das beklagte Argument nicht, bei dieser Begrifflichkeit habe man sich im Grunde genommen auf ein Gesamtausmass verständigt (Prot. S. 52).

4.3.7. Doch selbst nach Aussage von J.\_\_\_\_\_ ist am 19. Juli noch kein Konsens hinsichtlich eines vollumfänglichen Ausmasses erzielt worden, da sich die Vertreter der Klägerin und der Nebenintervenientin eine nachträgliche Zustimmung vorbehalten hätten. Damit widerspricht J.\_\_\_\_\_ der Darstellung der Beklagten in ihren Rechtsschriften, die Einigung sei anlässlich der Sitzung zustande gekommen. Aus den Urkunden act. 29/2 und 29/3 lässt sich eine (nachträgliche) Zustimmung

nicht herleiten. Act. 29/3 in ein Faxmitteilungsblatt, versandt am 25. Juli 2006 von L.\_\_\_\_\_ an die Beklagte, resp. an J.\_\_\_\_\_, mit der Mitteilung, dass anbei das Einschreiben der Nebenintervenientin vom 20. Juli 2006 (act. 29/2) zur Kenntnisnahme weitergeleitet werde. In act. 29/2 wandte sich die Nebenintervenientin an die Klägerin und schrieb, dass sie auf das Begehren von J.\_\_\_\_\_ betreffend Abrechnung eingehen werde, wie dies an der Sitzung vom Vortag besprochen worden sei. J.\_\_\_\_\_ habe vorgeschlagen, ein Ausmass zu erstellen. Das nähme sie in den nächsten Tagen in Angriff und würde das Resultat bis am 11. August 2006 präsentieren. Da die beiden Urkunden überdies nicht im Widerspruch zu einer Einigung über ein Ausmass nur über die Mehr- und Minderleistungen stehen, ist ihre Beweiseignung für eine Einigung, wie sie die Beklagte behauptet, noch geringer.

4.3.8. In Würdigung der Zeugenaussagen und der von der Beklagten angerufenen Urkunden gelingt der (beweisbelasteten) Beklagten der Beweis nicht, man habe die Abrede der Pauschalvergütung nachträglich abgeändert. Auf eine Würdigung der (weiteren) Gegenbeweismittel kann daher verzichtet werden.

## 5. Schlussabrechnung | Kein Forderungsverzicht der Klägerin

### 5.1. Sachverhalt

Anlässlich der Besprechung vom 19. Juli 2006 übergab die Beklagte der Klägerin eine Liste mit dem Titel "Leistungsänderungen auf Wunsch D.\_\_\_\_\_ | BKP 211 Baumeisterarbeiten | für Pos. im Werkvertrag, die entfallen oder nicht ausgeführt werden". Darin errechnete die Beklagte mit Bezug auf die Bauausführung resultierende Minderkosten von CHF 219'297.– (act. 4/54). Die Klägerin leitete das Dokument an die mit den Baumeisterarbeiten betraute Subunternehmerin – die Nebenintervenientin – weiter. Diese verfasste ihrerseits eine Aufstellung (datiert am 18. August 2006), in welcher sie den von der Beklagten behaupteten Minderkosten Mehrkosten im Umfang von CHF 229'977.90 gegenüberstellte, und errechnete so einen Saldo von CHF 10'680.90 Mehrkosten (act. 4/53 und 17/7d).

Die Aufstellung der Nebenintervenientin schickte die Klägerin am 18. September der Beklagten, zusätzlich zu folgenden zwei Schlussrechnungen:

<u>Schlussrechnung Nr. 3186</u> (vgl. act. 17/7b)	<u>CHF</u>
Pauschalwerkpreis	1'775.000.00
./ Akontozahlungen	1'397'518.90
<b>Restwerklohn (inkl. MwSt.)</b>	<b>377'481.10</b>

<u>Schlussrechnung Nr. 3187</u> (vgl. act. 17/7c)	
Zusatzarbeiten gemäss Nachträgen Nr. 1 bis 3	33'050.00
./ Akontozahlungen	26'440.00
<b>Restwerklohn (inkl. MwSt.)</b>	<b>6'610.00</b>

Im Begleitschreiben zu den drei Dokumenten schrieb die Klägerin, die Zusammenstellung der Nebenintervenientin ergebe Mehrkosten von CHF 10'680.90, die auf ihre Berechtigung hin überprüft werden müssten (act. 17/7a; vgl. act. 1 S. 19 f. und S. 27 f.; act. 16 S. 12 ff. und S. 36; act. 24 S. 6 f.; act. 28 S. 9 f., S. 14; act. 32 S. 7).

## 5.2. Parteibehauptungen

a) Die Beklagte erblickt im klägerischen Schreiben vom 18. September 2006 einen vollumfänglichen Akzept der geltend gemachten Minderkosten. Der Hinweis auf den Saldo aus Mehr- und Minderleistungen stelle einen Vorbehalt im Sinne von Art. 156 Abs. 1 SIA-Norm 118 dar. Die Klägerin habe in ihrer Schlussabrechnung einen solchen Vorbehalt nur für eine Mehrkostenforderung im Betrage von CHF 10'680.90 vorgebracht; damit habe sie die von der Beklagten aufgelisteten Minderkosten implizit anerkannt. Die Klägerin verhalte sich widersprüchlich, wenn sie die Minderkosten im Prozess nunmehr integral bestreite. Dieses widersprüchliche Vorgehen verdiene keinen Rechtsschutz (act. 16 S. 36; act. 28 S. 9 f.).

b) Gemäss der Klägerin handelt es sich beim Dokument vom 18. August 2006 bloss um eine Gegenüberstellung zu den von der Beklagten geltend gemachten Minderleistungen. Damit habe nur aufgezeigt werden wollen, dass selbst dann ein Mehrvergütungsanspruch bestehe, wenn von der beklagtischen Darstellung mit

Bezug auf ihre Minderkosten ausgegangen würde. Zu keinem Zeitpunkt sei darin ein Akzept des von der Beklagten geltend gemachten Betrages von CHF 219'297.– für Minderleistungen zu erblicken gewesen (act. 24 S. 6 f.; act. 32 S. 7).

### 5.3. Würdigung

a) Der Unternehmer ist verpflichtet, dem Bauherrn, resp. dessen Bauleitung, eine Schlussabrechnung einzureichen. Diese stellt jenen Teil der Vergütung fest, der sich nach den vereinbarten Preisen bestimmt, hingegen umfasst sie nicht die Regie- und Teuerungsrechnungen (Art. 153 Abs. 1 und 2 SIA-Norm 118). In einem zweiten Schritt ist von der Schlussabrechnungssumme der Betrag aller Abschlagszahlungen abzuziehen, die früher fällig geworden sind, gleichgültig, ob sie bereits früher bezahlt worden sind oder nicht, da diese einer eigenen Fälligkeitsregel unterliegen. Die Subtraktion ergibt einen Differenzbetrag, den die Norm als Saldo bezeichnet, der in aller Regel die Abrechnungsforderung des Unternehmers darstellt (RAINER SCHUMACHER, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38–156, 1992 [hernach zitiert mit *SIA-Bearbeiter*], Art. 153 N 8 f.).

b) Der Schlussabrechnung ist eine Zusammenstellung anzufügen, die einen Überblick gibt über sämtliche vom Unternehmer gestellten Rechnungen sowie über die bis zum Tag der Schlussabrechnung erhaltenen und die noch ausstehenden Zahlungen des Bauherrn (Art. 153 Abs. 3 SIA-Norm 118). In der Zusammenstellung hat der Unternehmer sämtliche gestellten Rechnungen aufzuführen, auch solche, die er gleichzeitig mit der Schlussabrechnung einreicht, und sogar die Schlussabrechnung selbst. Aufzuführen sind auch Regie-, Teuerungs- und Abschlagsrechnungen, ferner fällige Rechnungen des Unternehmers. Sodann hat der Unternehmer in der Zusammenstellung alle bis zum Tag der Schlussabrechnung erhaltenen Zahlungen des Bauherrn aufzuführen (SIA-SCHUMACHER, Art. 153 N 14 ff.). Bringt der Unternehmer in der Zusammenstellung keinen schriftlichen Vorbehalt an, so erklärt er mit deren Einreichung, dass er keine weiteren Rechnungen stellen wird und dass er auf jeden weiteren Vergütungsanspruch verzichtet, den er bis anhin nicht in Rechnung gestellt hat (Art. 156 SIA-Norm 118).

c) Nach der Norm ist somit zwischen einer Schlussabrechnung und der dieser beizufügenden Zusammenstellung zu unterscheiden. Die Anwendung der Verzichtsfiktion setzt eine Zusammenstellung voraus, die den Anforderungen von Art. 153 Abs. 3 SIA-Norm 118 genügt. Mangelt es daran, ist der Verzichtsfiktion die Grundlage entzogen (SIA-SCHUMACHER, Art. 156 N 10 lit. d). Das beklagtsche Behauptungsfundament lässt eine Berufung auf die Verzichtsfiktion nicht zu. So legt die Beklagte nicht dar, die Klägerin habe den Schlussrechnungen eine Auflistung sämtlicher Rechnungen und Zahlungen beigefügt. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus den eingereichten Urkunden. Der Unternehmer kann die Zusammenstellung der Schlussabrechnung auch in der Weise beifügen, dass er sie in das gleiche Dokument integriert, das auch die Schlussabrechnung enthält (SIA-SCHUMACHER, Art. 153 N 14). Die Schlussrechnung Nr. 3186 erschöpft sich lediglich in einer Subtraktion der geleisteten Akontozahlungen im Total vom Pauschalohn gemäss Werkvertrag vom tt.mm.2005. Die Schlussrechnung Nr. 3187 ist analog aufgebaut. Die Klägerin hat der Beklagten im Zeitraum vom 19. Mai bis 16. November 2005 sieben Akontorechnungen gestellt, die durch die Beklagte zu verschiedenen Zeitpunkt beglichen wurden, mindestens eine davon nicht in vollem Umfang (vgl. act. 1 S. 26 f.). Eine Art. 153 Abs. 3 SIA-Norm 118 genügende Zusammenstellung hätte unter diesen Umständen zumindest einer detaillierten Aufstellung sämtlicher Akontorechnungen und Zahlungseingänge bedurft. In Ermangelung dessen qualifizieren die klägerischen Schlussrechnungen nicht als Zusammenstellung im Sinne der Norm.

d) Daran ändern der Wortlaut des Begleitschreibens (act. 17/7a) sowie das beigelegte Dokument der Nebenintervenientin nichts (act. 4/53); vielmehr erlauben sie den gegenteiligen Schluss. Die Verzichtsfiktion kommt dann nicht zur Anwendung, wenn der Bauherr erkannte oder erkennen musste, dass der Unternehmer eine Verzichtserklärung gar nicht abgeben wollte (SIA-SCHUMACHER, Art. 156 N 10 lit. b). Durch Aushändigung der Zusammenstellung (behaupteter) eingesparter Kosten (act. 54/4) machte die Beklagte der Klägerin vor Ausfertigung der Schlussabrechnung deutlich, nicht den vollen Pauschalohn bezahlen zu wollen. In der den Schlussabrechnungen beigefügten Auflistung stellte die Klägerin diesen Minderkosten ihre (behaupteten) Mehrkosten gegenüber und hielt im Be-

gleitschreiben fest, dass man sich über den daraus resultierenden Saldo noch einigen müsse. Nach Treu und Glauben durfte die Beklagte darin keine Anerkennung der Minderkosten erblicken, zumal diese unter dem Vorbehalt gestanden hätte, dass die Beklagte ihrerseits die klägerischen Mehrkosten anerkennen würde. Deshalb musste die Beklagte davon ausgehen, dass ihr die Klägerin offerierte, die je geltend gemachten Mehr- resp. Minderkosten bis auf den Saldobetrag wettzuschlagen. Diese Offerte hat die Beklagte mit ihrem Prüfungsbescheid vom 21. Dezember 2006 ausgeschlagen, indem sie darin an ihren Minderkosten festhielt, die von der Klägerin geforderten Mehrkosten andererseits nicht berücksichtigte (act. 1 S. 13; act. 17/8a ff.). Nach Ablehnung des Angebots ist es der Klägerin folglich unbenommen, die beklagtischen Minderkosten im Prozess zu bestreiten.

## 6. Minderleistungen zufolge Beststellungsänderungen

### 6.1. Übersicht

Die Beklagte will berechtigt gewesen sein, die Klägerin anzuweisen, gewisse vertraglich geschuldete Leistungen nicht auszuführen und diese von Dritten ausführen zu lassen. Im Zuge der Bauausführung habe sie von diesem Recht mit Bezug auf 18 Positionen Gebrauch gemacht; teilweise seien die Leistungen durch Dritunternehmer ausgeführt worden. Bei der Erstellung der Schlussabrechnung habe die Klägerin anerkannt, dass den Minderleistungen ein Wert von CHF 219'297.– zukomme; folgerichtig sei der Pauschalloon entsprechend zu reduzieren. Auch eine fehlende Vereinbarung über Minderpreise führe nicht zur Nichtberücksichtigung von Minderleistungen. Vielmehr seien die Minderpreise auf der Basis jener Kostengrundlage zu vereinbaren, die im Zeitpunkt der Beststellungsänderung gültig gewesen sei (act. 28 S. 13 f.). Die Klägerin bestreitet die einzelnen Beststellungsänderungen sowie eine Einigung über die Nachtragspreise. Indem sie die werkvertraglich vorgesehenen Leistungen vollumfänglich erbracht habe, sei es der Beklagten verwehrt, den Pauschalloon zu kürzen (act. 24 S. 9; act. 32 S. 8).

### 6.2. Rechtliches | Verteilung der Beweislast

a) Nach Art. 84 Abs. 1 der auf das Vertragsverhältnis anwendbaren SIA-Norm 118 konnte die Beklagte verlangen, dass die Klägerin Leistungen, zu denen diese durch den Werkvertrag verpflichtet gewesen war, auf andere Art als vereinbart, in grösseren oder kleineren Mengen oder überhaupt nicht ausführt. Dieses Recht besteht innerhalb der Grenze, als dadurch der Gesamtcharakter des zur Ausführung übernommenen Werkes unberührt bleibt. Die Einhaltung dieser Voraussetzung ist nicht Streitthema. Gemäss Art. 84 Abs. 1 Satz 3 SIA-Norm 118 ist es dem Bauherrn untersagt, eine einzelne Arbeit durch Dritte ausführen zu lassen, wenn er gegenüber dem Unternehmer darauf verzichtet. In Abänderung der Norm vereinbarten die Parteien jedoch in Art. 8 Satz 1 der AGB die Berechtigung der Beklagten, einzelne Arbeiten anderweitig zu vergeben. Dass die Beklagte hierzu nicht berechtigt gewesen sein soll, trägt die Klägerin denn auch nicht vor (vgl. act. 24 S. 9). Führt eine Beststellungsänderung zur Änderung einer pauschal zu vergütenden Leistung, so sind die Parteien angehalten, für diese Leistung einen Minderpreis als Nachtragspreis zu vereinbaren (Art. 89 Abs. 1 SIA-Norm 118). Wie in Ziffer 5.3.c) ausgeführt, hat die Klägerin die Nachtragspreise für Minderleistungen im Zuge der Schlussabrechnung nicht anerkennt, folglich ist darin auch keine Vereinbarung über die Höhe der Minderpreise zu erblicken. Mangels Einigung sind die Nachtragspreise durch das Gericht festzusetzen (SIA-Egli, Art. 89 N 7).

b) Die Beklagte macht geltend, vom Recht auf Beststellungsänderung Gebrauch gemacht zu haben, und sie verlangt gestützt darauf eine Reduktion des Pauschallohnes. Deshalb trägt die Beklagte die Beweislast für die rechtsaufhebenden Tatsachen, welche zur Reduktion des Pauschallohnes führen, ebenso für die Höhe einer allfälligen Reduktion aufgrund von Beststellungsänderungen (vgl. ZR 103 Nr. 34). Unerheblich ist, ob die Klägerin die fraglichen Arbeiten selbst ausgeführt hat. Hätte die Klägerin die fraglichen Arbeiten entgegen der Anweisung der Beklagten trotzdem ausgeführt, so könnte sie hierfür keine Entschädigung verlangen. Dieser Umstand jedoch könnte ein Indiz gegen eine Beststellungsänderung darstellen, weshalb die Klägerin zum entsprechenden Gegenbeweis zuzulassen wäre.

c) Die Parteien haben ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen (§ 113 ZPO/ZH), d.h. die wesentlichen Tatsachen so umfassend und klar zu benennen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann. Über einen nicht substantiiert vorgetragenen Sachverhalt findet kein Beweisverfahren statt, setzt doch dessen Durchführung entsprechende Behauptungen der beweisbelasteten Partei voraus. Wo die Verhandlungsmaxime gilt, ist der nicht substantiiert vorgebrachte dem nicht bewiesenen Sachverhalt gleichzusetzen (BGer 4C.220/2002; ZR 97 Nr. 87, 102 Nr. 15). Da die Klägerin jedwelche Bestellungenänderungen bestritt, obliegt es der Beklagten, diese hinreichend zu substantiiieren. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, genügen ihre Behauptungen diesem Erfordernis nicht.

### 6.3. Bestellungenänderungen

#### 6.3.1. Demontage Doppelboden

Die Klägerin war verpflichtet, den Doppelboden auf Ebene D zu demontieren (act. 17/1e S. 6 Pos. R 599.206). Die Beklagte will auf die Demontage verzichten und diese durch den Architekten Q. \_\_\_\_\_ ausgeführt haben (act. 16 S. 15; act. 28 S. 16). Die Klägerin hält dafür, die Demontage selber ausgeführt zu haben. Einzig das Material, welches zu entsorgen gewesen wäre, sei an das von der Beklagten beigezogene Architekturbüro auf dessen Wunsch hin übergeben worden (act. 1 S. 20; act. 24 S. 9). Die beklagte Behauptung, sie habe auf eine Ausführung dieser Arbeiten verzichtet, ist nicht hinreichend substantiiert. Die Beklagte hätte vielmehr behaupten müssen, wann, wie, wo und zwischen wem die Parteien die Bestellungenänderung vereinbart hätten (bei vertraglicher Bestellungenänderung) bzw. wer von der Beklagten wann, wie, in welcher Form und gegenüber wem von der Klägerin den Verzicht auf die Demontage des Doppelbodens angeordnet hätte (bei Ausübung eines entsprechenden Gestaltungsrechts). Ein Beweisverfahren erweist sich damit als nicht möglich. Mangels bewiesener Bestellungenänderung ist die Beklagte nicht berechtigt, den Pauschalloon der Klägerin um den entsprechenden Betrag zu kürzen.

#### 6.3.2. Gerüst für Abbruch

Die Klägerin hatte ein Gerüst beim Hauptgebäude zu stellen für Demontagen, Abbruch und Anbringen der Wärmedämmung (act. 17/1h S. 7 Pos. S 211.291). Auch diesbezüglich trägt die Beklagte einzig vor, sie habe auf die Ausführung dieser Arbeiten verzichtet (act. 28 S. 17). Mangels Substantiierung der Beststellungsänderung ist sie nicht berechtigt, den Pauschalloon zu kürzen (vgl. Ziff. 6.3.1).

#### 6.3.3. Gerüstmontage Hauptbau

Ursprünglich war die Gerüstmontage beim Hauptbau in drei Etappen vorgesehen (act 17/1h S. 8 Pos. S 213.321). Gemäss der Beklagten habe sie die Klägerin das Gerüst in lediglich zwei Etappen montieren lassen (act. 28 S. 18). Mangels genügender Substantiierung der Beststellungsänderung ist die Beklagte nicht berechtigt, den Pauschalloon diesbezüglich zu kürzen (vgl. Ziff. 6.3.1).

#### 6.3.4. Gerüstmontage Anbau Süd

Ursprünglich war die Gerüstdemontage beim Anbau Süd in zwei Etappen vorgesehen (act 17/1h S. 8 Pos. 213.329). Gemäss der Beklagten habe sie die Klägerin das Gerüst in nur einer Etappe demontieren lassen (act. 28 S. 18). Mangels genügender Substantiierung der Beststellungsänderung ist die Beklagte nicht berechtigt, den Pauschalloon zu kürzen (vgl. Ziff. 6.3.1).

#### 6.3.5. Gerüstbekleidungen

Die Klägerin war verpflichtet, beim Hauptbau Gerüstschutznetze zu montieren und vorzuhalten (act. 17/1h S. 10 Pos. 620.111 und 621.511). Auch diesbezüglich trägt die Beklagte einzig vor, sie habe auf die Ausführung dieser Arbeiten verzichtet (act. 28 S. 17). Mangels genügender Substantiierung der Beststellungsänderung ist der Pauschalloon nicht zu kürzen (vgl. Ziff. 6.3.1).

#### 6.3.6. Provisorium Dachwasser

Die Klägerin hatte eine provisorische Fallleitung zur Ableitung des Dachwassers zu installieren (act. 17/1h S. 17 Pos. 491.200). Die Beklagte trägt einzig vor, sie habe auf die Ausführung dieser Arbeiten verzichtet (act. 28 S. 20). Mangels ge-

nügender Substantiierung der Beststellungsänderung ist der Pauschalloon nicht zu kürzen (vgl. Ziff. 6.3.1).

#### 6.3.7. Beton für Treppenabau Süd

Die Klägerin war verpflichtet, die Treppe beim Abau Süd in Beton auszuführen (act 17/1h S. 27 Pos. 211.102). Die Beklagte hat gemäss ihrer Darstellung auf die Ausführung dieser Arbeiten durch die Klägerin verzichtet und die Arbeiten in Elementen ausführen lassen (act. 28 S. 20). Damit hat die Beklagte die Beststellungsänderung nicht genügend substantiiert. Der Pauschalloon ist nicht zu kürzen (vgl. Ziff. 6.3.1).

#### 6.3.8. Rampe mit Rillenstruktur

Die Klägerin hatte die Rampe zur Tiefgarage mit einer Rillenstruktur zu versehen (act. 17/1h S. 30 Pos. 356.002). Auch diesbezüglich trägt die Beklagte einzig vor, sie habe auf die Ausführung dieser Arbeiten verzichtet (act. 28 S. 21). Mangels genügender Substantiierung der Beststellungsänderung ist der Pauschalloon nicht zu kürzen (vgl. Ziff. 6.3.1).

#### 6.3.9. Abdecken Beton mit Plastikfolie

Es war vorgesehen, die Betonoberfläche zur Verhinderung eines vorzeitigen Austrocknens abzudecken. Unbestritten führte dies die Klägerin bei der Tiefgarage aus. Auf das vertraglich geschuldete Abdecken, inklusive Vorhalten und Unterhalt, will die Beklagte für den Abau, den Hauptbau und den Neubau (act. 17/1h S. 30 f. Pos. 373.111 und Pos. 373.121) verzichten haben. Mangels genügender Substantiierung der Beststellungsänderung ist der Pauschalloon nicht zu kürzen (vgl. Ziff. 6.3.1).

#### 6.3.10. Spezialform Wandschalung

Die Klägerin hatte die Betonoberfläche bei der Tiefgarage mit einer speziellen Tafelstruktur zu versehen (act. 17/1h S. 33 Pos. 454.101). Auch diesbezüglich trägt die Beklagte einzig vor, sie habe auf die Ausführung der speziellen Struktur verzichtet und statt dessen die Betonoberfläche in der Normalausführung ausführen

lassen (act. 28 S. 23). Mangels genügender Substantiierung der Beststellungsänderung ist der Pauschalloon nicht zu kürzen (vgl. Ziff. 6.3.1).

#### 6.3.11. Stützenschalung Nebenbau

Die Klägerin hatte die Stützen beim Nebenbau zu schalen (act. 17/1h S. 34 Pos. 483.112) Die Beklagte trägt einzig vor, sie habe auf die Ausführung dieser Arbeiten verzichtet (act. 28 S. 24). Mangels genügender Substantiierung der Beststellungsänderung ist der Pauschalloon nicht zu kürzen (vgl. Ziff. 6.3.1).

#### 6.3.12. Schalung Treppenlauf Anbau Süd

Die Klägerin hatte in Bezug auf die Treppen beim Anbau Süd folgende Arbeiten auszuführen: Schalung Treppenlauf (act. 17/1h S. 35 Pos. 511.210), Wangenschalung (act. 17/1h S. 35 Pos. 513.102) und Stirnschalung Stufen (act. 17/1h S. 35 Pos. 515.101). Die Beklagte behauptet, die Schalungsarbeiten seien entfallen und die Treppen seien in Elementen ausgeführt worden (act. 28 S. 25). Mangels Substantiierung der Beststellungsänderung ist die Beklagte nicht berechtigt, den Pauschalloon zu kürzen (vgl. Ziff. 6.3.1).

#### 6.3.13. Zuschläge Schalungsarbeiten Tiefgarage

Die Klägerin hatte bei der Tiefgarage folgende Schalungsarbeiten auszuführen: Stirnschalung für Deckenplatte mit gekrümmtem Rand (act. 17/1h S. 37 Pos. 543.103) und Schalungsverschnitt bei rundem Deckenanschluss (act. 17/1h S. 38 Pos. R 559.001). Auch diesbezüglich trägt die Beklagte einzig vor, sie habe auf die Ausführung dieser Arbeiten verzichtet (act. 28 S. 28). Mangels genügender Substantiierung der Beststellungsänderung ist der Pauschalloon nicht zu kürzen (vgl. Ziff. 6.3.1).

#### 6.3.14. Wärmedämmeinlagen in Deckenschalung

Die Klägerin war verpflichtet, in der Deckenschalung Wärmedämmeinlagen einzubringen (act. 17/1h S. 41 Pos. 666.404). Die Beklagte behauptet einzig, Ingenieur P. \_\_\_\_\_ habe die Wärmedämmeinlagen als unnötig beurteilt, und er habe die ausführenden Arbeiter der Nebenintervenientin angewiesen, auf die Wärme-

dämmeinlagen zu verzichten (act. 16 S. 17). Mangels genügender Substantiierung der Bestellsänderung ist der Pauschalohn nicht zu kürzen (vgl. Ziff. 6.3.1).

#### 6.3.15. Profilstahlträger

Die Klägerin hatte im Haupt-, im Nebenbau sowie im Anbau Süd diverse Profilstahlträger zu montieren (act. 17/1h S. 48 f. Pos. 812.001, 813.002, 813.001 und 813.002). Unstrittig wurden im Nebenbau fünf Profilstahlträger montiert. Während der Bauausführung wurde zudem entschieden, vorgefertigte Sacac-Stützen montieren zu lassen. Diese Arbeit wurde mit Nachtrag Nr. 2 vom 16./17. November 2005 geregelt, wobei zwischen den Parteien ein Preis von CHF 16'500.– vereinbart worden war (act. 17/3; act. 16 S. 17; act. 28 S. 28). Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, im Zuge dieser Projektänderung habe im Hauptbau und im Anbau Süd überhaupt auf Profilstahlträger verzichtet werden können; im Nebenbau seien an Stelle von sieben nur fünf montiert worden (act. 28 S. 28). Mangels Substantiierung der Bestellsänderung ist die Beklagte nicht berechtigt, den Pauschalohn zu kürzen (vgl. Ziff. 6.3.1).

#### 6.3.16. Versetzen der Türzargen

Die Klägerin war zum Versetzen und Ausgiessen bauseits gelieferter Türzargen verpflichtet (act. 17/1h S. 58 Pos. S 832.009). Auch diesbezüglich trägt die Beklagte einzig vor, sie habe auf die Ausführung dieser Arbeiten verzichtet (act. 28 S. 29). Mangels genügender Substantiierung der Bestellsänderung ist der Pauschalohn nicht zu kürzen (vgl. Ziff. 6.3.1).

#### 6.3.17. Raumabschlüsse

Die Klägerin hatte diverse Bretterabschlüsse zu erstellen und umzustellen (act. 17/1h S. 60 Pos. 911.101). Auch diesbezüglich trägt die Beklagte einzig vor, sie habe auf die Ausführung dieser Arbeiten verzichtet (act. 28 S. 30). Mangels genügender Substantiierung der Bestellsänderung ist der Pauschalohn nicht zu kürzen (vgl. Ziff. 6.3.1).

### 6.3.18. Armierungsnetze

Nach der Beklagten ist in den Ausschreibungsunterlagen und den zugehörigen Vertragsplänen eine Stab- und Netzarmierung vorgesehen gewesen. Ingenieur P.\_\_\_\_\_ habe eine solche Doppelarmierung jedoch als unnötig erachtet und in Absprache mit der Klägerin den Verzicht auf die Netzarmierung angeordnet (act. 16 S. 16; act. 28 S. 31). Mangels Substantiierung der Beststellungsänderung ist die Beklagte nicht berechtigt, den Pauschalloon zu kürzen (vgl. Ziff. 6.3.1).

### 6.4. Zusammenfassung

Die Beklagte stellt unter dem Titel 'Bestellungsänderungen' keine hinreichenden Behauptungen auf, die es ihr erlauben, den Pauschalloon der Klägerin zu kürzen.

## 7. Nicht ausgeführte Arbeiten

### 7.1. Vorbemerkungen

a) Unter diesem Titel will die Beklagte hinsichtlich von 15 Positionen Rechnungen von Drittunternehmern von der Klägerin ersetzt erhalten. Gemäss Darstellung der Beklagten hat die Klägerin diverse Arbeiten nicht ausgeführt und eingewendet, diese seien unter dem Werkvertrag nicht geschuldet. Davon könne jedoch keine Rede sein, weil die Parteien eine sogenannte Vollständigkeitsklausel vereinbart hätten. Danach sei die Klägerin verpflichtet gewesen, für den vereinbarten Pauschalpreis alle Leistungen zu erbringen, die für eine einwandfreie und fachgerechte Ausführung der übernommenen Arbeitsgattungen nötig gewesen sei. Ob eine Leistung in den ebenfalls Vertragsbestandteil bildenden Offerten speziell umschrieben gewesen sei oder nicht, sei ohne Belang. Demgemäss hielt sich die Beklagte für berechtigt, die von der Klägerin nicht ausgeführten Arbeiten durch Drittunternehmer ausführen zu lassen.

b) Die Klägerin wendet ein, dass die Berufung auf die Vollständigkeitsklausel ins Leere ziele. Die Formulierung des Werkvertrages beziehe sich ausdrücklich und einzig auf das zu entrichtende Entgelt in Gestalt einer Pauschalentschädigung, sage aber nichts über den Leistungsinhalt der Klägerin aus. Die Klägerin

meint, dass die unter diesem Titel geltend gemachten Arbeiten vertraglich gar nicht geschuldet waren.

c) Ob die unter diesem Titel streitigen Arbeiten tatsächlich als Gegenleistung im Pauschalwerklohn enthalten waren oder nicht, kann offen bleiben, da – wie zu zeigen sein wird – die Beklagte auch diesfalls gegen die Klägerin keine Ansprüche hätte.

## 7.2. Gesetzlich normierte Anspruchsgrundlagen

a) Art. 366 Abs. 1 OR regelt den Verzug in der Ausführung des Werkes wie folgt: "Beginnt der Unternehmer das Werk nicht rechtzeitig oder verzögert er die Ausführung in vertragswidriger Weise oder ist er damit ohne Schuld des Bestellers so sehr im Rückstande, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist, so kann der Besteller, ohne den Lieferungstermin abzuwarten, vom Verträge zurücktreten." Die Regelung des Art. 366 Abs. 1 OR ist lückenhaft. Sie bedarf einer Ergänzung durch das allgemeine Verzugsrecht (Art. 102–109 OR). Vorausgesetzt ist damit zum einen eine Mahnung (Art. 102 Abs. 1 OR), sofern das Erfordernis nicht deswegen entfällt, weil die Mahnung nutzlos wäre. Unter Vorbehalt des Art. 108 OR besteht das Rücktrittsrecht zudem nur nach dem fruchtlosen Ablauf einer angemessenen Nachfrist; und zwar auch nur dann, wenn der Besteller den Rücktritt "unverzüglich" nach Ablauf der Frist erklärt (Art. 107 Abs. 2 OR), sofern er ihn nicht schon mit der Fristansetzung angedroht hat. Statt vom Vertrag zurückzutreten, kann der Besteller, der auf weitere Leistung verzichtet, Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen (Art. 107 Abs. 2 OR), falls den Unternehmer ein Verschulden trifft. In einem solchen Fall kann der Besteller z.B. die notwendigen Aufwendungen, die ihm von einem Dritunternehmer in Rechnung gestellt werden, auf den Unternehmer abwälzen (PETER GAUCH, *Werkvertrag*, N 669–675 mit zahlreichen Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, N 1829 ff.). Erbringt der Unternehmer bei einer teilbaren Leistung nur eine Teilleistung, gerät er mit der Restleistung in Verzug. In solchen Fällen kann der Besteller seine Rechte aus Art. 107 Abs. 2 OR (Verzicht auf Leistung) hinsichtlich der verzögerten Teilleistung geltend machen (ROLF H. WEBER, *Berner Kommentar*, Bern 2000, Art. 107 OR N 209, 210).

b) Art. 366 Abs. 2 OR regelt die Berechtigung zur (eigentlichen) Ersatzvornahme: "Lässt sich während der Ausführung des Werkes eine mangelhafte oder sonstwie vertragswidrige Erstellung durch Verschulden des Unternehmers bestimmt voraussehen, so kann ihm der Besteller eine angemessene Frist zur Abhilfe ansetzen oder ansetzen lassen mit der Androhung, dass im Unterlassungsfalle die Verbesserung oder die Fortführung des Werkes auf Gefahr und Kosten des Unternehmers einem Dritten übertragen werde". Nach dem Zweck dieser Vorschrift soll der Besteller in der Lage sein, eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung des Werkes, die sich bestimmt voraussehen lässt, durch Selbsthilfe zu verhindern (PETER GAUCH, *WERKVERTRAG*, N 868).

c) Die beiden Absätze von Art. 366 OR regeln damit je verschiedene Tatbestände, die voneinander zu unterscheiden sind. Die nicht rechtzeitige Ausführung des Werkes ist damit kein Tatbestand, der auch unter Art. 366 Abs. 2 OR fällt (PETER GAUCH, *Werkvertrag*, N 867). Diese Unterscheidung wird im Folgenden bedeutsam sein.

d) Die Parteien haben die Geltung der SIA-Norm 118 vereinbart, die den (nicht zwingenden) werkvertraglichen Regelungen in Art. 363–379 OR vorgehen (Art. 2 Abs. 2 SIA-Norm 118). Die unter diesem Titel interessierenden Fragen regelt die SIA-Norm 118 nicht eigenständig; sie verweist vielmehr auf die gesetzliche Regelung: Verzögert sich die Ausführung des Werkes, hat der Unternehmer (allenfalls) Anspruch auf eine Erstreckung der vertraglichen Fristen (vgl. Art. 96 Abs. 1–3 SIA-Norm 118). Hat der Unternehmer kein solches Recht, bleibt dem Besteller das Rücktrittsrecht nach Art. 366 Abs. 1 OR vorbehalten. Für die Ansetzung der Nachfrist und den Anspruch auf Schadenersatz gelten die Art. 107–109 OR (Art. 96 Abs. 4 SIA-Norm 118), wobei ebenfalls vorab, unter Vorbehalt von Art. 102 Abs. 2 OR, eine Mahnung verlangt wird (SIA-SCHUMACHER, Art. 96 N 30b). Auch hinsichtlich der Berechtigung zur Ersatzvornahme während der Ausführung des Werkes verweist die SIA-Norm 118 auf die gesetzlichen Bestimmungen, namentlich auf Art. 366 OR (Art. 183 SIA-Norm 118; BGer 4C.433/2005 E.2; ROLAND HÜRLIMANN, in: *Kommentar zur SIA-Norm 118*, Art. 1–37, 2009 [hernach zitiert mit *SIA-Bearbeiter*], Art. 23 N 6).

### 7.3. Substantiierungshinweise

Davon ausgehend, dass die Beklagte in der Klageantwortschrift einen Schadenersatzanspruch gemäss Art. 109 Abs. 2 OR geltend machen wolle, wurde ihr anlässlich der Referentenaudienz aufgetragen, in der Duplik alle hierfür notwendigen Sachverhaltsbehauptungen konkret vorzubringen, insbesondere eine Mahnung (oder die Gründe für deren Entbehrlichkeit), eine Nachfristansetzung und eine Rücktrittserklärung (Prot. S. 9). In der Duplik macht die Beklagte die bereits in der Klageantwort geforderten Ansprüche unter dem Titel 'Ersatzvornahme' geltend. Aufgrund der ergangenen Substantiierungshinweise musste ihr klar sein, dass sie auch diesbezüglich die Ansetzung einer angemessenen Frist zur Abhilfe und die entsprechende Verbindung mit der Androhung der Ersatzvornahme konkret zu behaupten hatte (vgl. Art. 366 Abs. 2 OR). Gleiches gilt für Ansprüche gemäss Art. 107 Abs. 2 OR infolge Verzichts auf nachträgliche Leistung und Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens (vgl. Art. 366 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 102–109 OR).

Die Beklagte gliedert ihre Behauptungen in der Duplik in allgemeine Ausführungen zur Berechtigung der Kostenüberwälzung (act. 28 S. 33-35), hernach erläutert sie die 15 geltend gemachten Positionen noch gesondert (act. 28 S. 36-69). Entsprechend ist vorab auf die allgemeinen Ausführungen einzugehen.

### 7.4. Allgemeine Behauptungen der Parteien

#### 7.4.1. Generelle Ausführungen der Beklagten

Die Beklagte trägt vor, sie habe die Klägerin und die Nebenintervenientin wiederholt zur Weiterführung und Fertigstellung der Arbeiten aufgefordert. So habe beispielsweise O.\_\_\_\_\_ am 13. Januar 2006 die offenen Arbeiten (Stand 12. Januar) in einem Protokoll aufgelistet (act. 29/5) und dieses der Klägerin und der Nebenintervenientin übermittelt, mit der Aufforderung, die Arbeiten innert im Einzelnen angegebener Fristen auszuführen. Auch die Herren R.\_\_\_\_\_ und S.\_\_\_\_\_ von der Beklagten hätten die Klägerin und die Nebenintervenientin immer wieder aufgefordert, die anstehenden Baumeisterarbeiten auszuführen. Diese Aufforderun-

gen seien entsprechend mit klaren Fristangaben und dem Hinweis verbunden gewesen, falls die Klägerin resp. die Nebenintervenientin ihren Verpflichtungen nicht nachkomme, müsse die Beklagte die Arbeiten auf Kosten der Klägerin durch Drittunternehmer ausführen lassen. Die Kosten für die Ersatzvornahme seien ihr gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR zu erstatten. Für den Eventualfall beruft sich die Beklagte auf Art. 8 Abs. 1 AGB. Danach sei sie berechtigt gewesen, einzelne vertragliche Arbeiten anderweitig zu vergeben. Dafür besitze sie jedenfalls Anspruch auf Minderung des pauschalen Werkpreises. Ausgegangen werden könne davon, dass die Klägerin Aufwendungen in der Höhe der Unternehmerrechnungen der ausführenden Drittunternehmer gespart hätte. Es lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Klägerin ihre Offerten auf einer anderen Kostengrundlage erstattet hätte, als dies die ausführenden Drittunternehmer getan hätten (act. 28 S. 33 ff.).

#### 7.4.2. Entsprechende Entgegnungen der Klägerin

Die Klägerin bestreitet, Kenntnis von der Liste von O.\_\_\_\_\_, datiert am 13. Januar 2006, gehabt zu haben. Sie sei auch nicht "immer wieder" aufgefordert worden, die anstehenden Baumeisterarbeiten auszuführen, geschweige denn sei eine Ausführung durch Drittunternehmer angedroht worden. Folglich mangle es an der Berechtigung zur Ersatzvornahme, unerheblich unter welchem Titel diese geltend gemacht werde. Ebenso falsch sei, dass die Klägerin im Umfang der Rechnungen der Drittunternehmer kalkuliert bzw. entsprechende Kosten eingespart hätte (act. 24 S. 11; act. 32 S. 8).

#### 7.4.3. Würdigung

a) Die Beklagte wirft der Klägerin Verzögerungen in der Ausführung vor, nicht hingegen die bestimmt voraussehbare mangelhafte Werkerstellung. Die nicht rechtzeitige Ausführung wird entgegen der Auffassung der Beklagten nicht in Art. 366 Abs. 2 OR, sondern in dessen Abs. 1 geregelt.

b) Die Behauptung, die R.\_\_\_\_ und S.\_\_\_\_ hätten die Klägerin immer wieder aufgefordert, die anstehenden Arbeiten auszuführen, ist insbesondere mangels Angaben zu Zeit, Inhalt sowie Adressat der einzelnen Äusserungen nicht genü-

gend substantiiert. Nichts anderes gilt für die Behauptung, diese Aufforderungen seien mit klaren Fristangaben und dem Hinweis auf eine Ersatzvornahme verbunden gewesen.

c) Die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung kann unterbleiben, wenn sie sich von vornherein als nutzlos erweist (Art. 108 Ziff. 1 OR), etwa weil der Unternehmer dem Besteller in ernsthafter und endgültiger Weise zu verstehen gegeben hat, dass er an seinem Verhalten nichts ändern wird, oder weil der Unternehmer nicht in der Lage erscheint, die erforderlichen Handlungen vorzunehmen (BGer 4C.433/2005 E. 2.2.2 und 4C.77/2005 E. 4). Für die Annahme einer solchen Weigerung genügt es allerdings nicht, dass der Unternehmer im Streit über die Auslegung des Vertrages einen anderen Standpunkt als der Besteller vertritt (PETER GAUCH, *Werkvertrag*, N 672). Damit vermag die Beklagte nichts zu ihren Gunsten abzuleiten, wenn sie behauptet, die Klägerin habe ab Dezember 2005 stets am Standpunkt der Nebenintervenientin festgehalten, wonach keine Baumeisterarbeiten mehr zu erbringen seien (act. 28 S. 35). Ein konkretes Verhalten der Klägerin, das die Beklagte zum Verzicht auf Fristansetzung berechtigen würde, tut die Beklagte auch in den übrigen (allgemeinen) Ausführungen nicht dar. Indem die Beklagte vielmehr behauptet, sie habe der Klägerin etliche Male Fristen zur Abhilfe angesetzt, teils verbunden mit der Androhung der Ersatzvornahme, gibt sie vielmehr zu verstehen, dass sie das Verhalten der Klägerin so gedeutet hat, dass eine Abhilfe durch die Klägerin noch im Bereich des Möglichen war.

d) Es bleibt daher einzig die (bestrittene) Behauptung, O.\_\_\_\_\_ habe am 13. Januar 2006 die offenen Arbeiten aufgelistet und die Liste der Klägerin sowie der Nebenintervenientin übermittelt mit der Aufforderung, die Arbeiten innert im Einzelnen angegebener Fristen auszuführen. Es ist zweifelhaft, ob die Übermittlung dieser Liste als Mahnung und erst recht als Nachfristansetzung qualifiziert werden kann. Doch selbst wenn dies bejaht würde, scheitert das beklagte Schadenersatzbegehren gestützt auf Art. 366 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR daran, dass die Beklagte nicht behauptet, nach Ablauf dieser Fristen gegenüber der Klägerin unverzüglich auf die nachträgliche Leistung verzichtet zu haben.

Nichts anderes ergibt sich aus der von der Beklagten angesprochenen und ins Recht gelegten Liste (act. 29/5). Auf zwei Seiten sind diverse Arbeiten aufgeführt, verbunden mit dem Hinweis des dafür verantwortlich zeichnenden Subunternehmers. Bei etlichen Arbeiten ist ein entsprechender (Ausführungs-) Termin vermerkt. Weder kann dem Dokument die Androhung einer Ersatzvornahme noch ein (angedrohter) Verzicht auf die nachträgliche Leistung entnommen werden. Auch der angeheftete Fax-Sendebericht spricht keine gegenteilige Sprache, deutet doch die Anzahl der gesendeten Seiten (nämlich 2) vielmehr darauf hin, dass die Liste ohne Beiblatt oder Begleitschreiben übermittelt worden ist.

d) Damit bleibt noch zu prüfen, ob die Beklagte die Rechnungen gestützt auf vertragliche Abreden auf die Klägerin überwälzen kann. Art. 8 Abs. 1 AGB lautet folgendermassen:

*"Der Bauherr bzw. die Bauleitung behält sich vor, einzelne Arbeiten anderweitig zu vergeben."*

Über Voraussetzung, Umfang und Folgen dieser Berechtigung schweigen sich die Parteien aus; auch aus den Vertragsdokumenten ist dazu nichts ersichtlich. Die auf das Vertragsverhältnis (subsidiär) anwendbare SIA-Norm 118 sieht für Bestellungenänderungen in Art. 84 Abs. 1 die Grenze darin, dass der Gesamtcharakter des Werkes unberührt bleibt. Die dispositive Gesetzesordnung ist für die Vergabe von Arbeiten an Dritte – wie anhand von Art. 366 Abs. 2 OR gezeigt – strenger. Es ist damit fraglich, ob die Parteien in den AGB unter dem Punkt 'Verschiedenes' den Besteller berechtigen wollten, ohne weitere Voraussetzungen auf einzelne Arbeiten verzichten zu können. Die Frage kann jedoch offen bleiben.

Indem die Beklagte auf bestimmte Arbeiten verzichtet haben will, hat sie den Werkvertrag mittels Ausübung von Gestaltungsrechten einseitig abgeändert, mithin Bestellungenänderungen vorgenommen. Deren Rechtsfolgen bestimmen sich mangels Parteiabrede nach Art. 84 ff. SIA-Norm 118. Wie in Ziff. 6.3.a) erläutert, enthält die Norm keine Bestimmung darüber, wie zu verfahren ist, wenn die Parteien bei Bestellungenänderungen über einen Minderpreis zum Pauschalpreis keine Vereinbarung treffen bzw. sich nicht einigen können. Der Nachtragspreis ist damit nach dem Grundgedanken, von dem sich die Norm leiten lässt, so zu bil-

den, dass der Preisaufbau und damit das vereinbarte Leistungs-/Vergütungsverhältnis beibehalten wird und der neu vereinbarte Preis auf diese Weise zur 'Natur des Vertrages' passt, in den er eingefügt wird. Für die Bestimmung der Minderpreise ist damit nur das Verhältnis *zwischen den Parteien* massgebend. Zu welchen Konditionen Drittunternehmer die Leistungen erbracht hätten oder tatsächlich haben, ist irrelevant. Damit zielt die Argumentation der Beklagten ins Leere, die Klägerin habe Aufwendungen in Höhe der Rechnungen der Drittunternehmer gespart. Die Behauptung sodann, es lägen keinerlei Anhaltspunkte vor, dass die Klägerin ihre Offerten auf einer anderen Kostengrundlage erstattet habe, als dies die ausführenden Drittunternehmer hätten, ist unsubstantiiert und damit unbeachtlich. Zusammenfassend kann die Beklagte gestützt auf die AGB keinen Auslagenersatz von der Klägerin fordern.

#### 7.5. Konkrete Rechnungen der Drittunternehmer

##### 7.5.1. Versetzen der Betonelemente

a) Gemäss Darstellung der Beklagten hat die Klägerin diverse Betonelemente vertragsgemäss durch die Streitberufene herstellen und auf die Baustelle liefern lassen. Ein Teil dieser Betonelemente sei von der Streitberufenen auch versetzt worden; bezüglich des Restes sei der Beklagten erklärt worden, diese seien von der Nebenintervenientin zu versetzen. Letztere habe sich auf den Standpunkt gestellt, die Versetzarbeiten seien nicht geschuldet und würden nur ausgeführt, wenn ein entsprechender Zusatzauftrag erteilt werde. Die Klägerin habe sich gegenüber der Beklagten dieser Argumentation angeschlossen. Ebenfalls im Dezember 2005 habe die Nebenintervenientin angekündigt, nächstens die für das Versetzen benötigte Krananlage zu demontieren. Die Beklagte habe sich in dieser Situation gezwungen gefühlt, der Nebenintervenientin den geforderten Zusatzauftrag zu erteilen. Die Klägerin sei darauf hingewiesen worden, dass ihr die anfallenden Kosten vom Werklohn abgezogen würden. Sie – die Beklagte – habe der Nebenintervenientin für diese Versetzarbeiten CHF 40'937.50 (inkl. MwSt.) zahlen müssen. Dieser Betrag sei ihr gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR zu ersetzen (act. 16 S. 18 f.; act. 28 S. 36 ff.).

b) Nach Darstellung der Klägerin sind die Versetzarbeiten unter dem Werkvertrag nicht geschuldet gewesen. Dementsprechend sei weder die Klägerin noch die Nebenintervenientin jemals aufgefordert worden, solche zu vollenden; auch sei nie eine Abmahnung im Sinne einer Fristansetzung erfolgt. Damit fehle die Rechtsgrundlage für eine Reduktion des Pauschalpreises (act. 1 S. 22; act. 24 S. 11 f.; act. 32 S. 9).

c) Im Raum steht nicht der Vorwurf einer mangelbehafteten Ausführung eines Werkteils, sondern dessen verzögerte Ausführung. Damit richtet sich ein allfälliger Schadenersatzanspruch nach Art. 366 Abs. 1 OR. Die Beklagte substantiiert indessen weder eine Mahnung der Klägerin, noch eine nachträgliche Fristansetzung, noch die unverzügliche Verzichtserklärung. Der Umstand, dass sich die Parteien über den Vertragsinhalt uneins waren und die Nebenintervenientin kundtat, sie werde den benötigten Kran abbauen, genügt auch nicht zur Annahme, dass sich eine nachträgliche Fristansetzung im Sinne von Art. 108 Ziff. 1 OR als unnütz erwiesen hätte. Damit kann die Beklagte von der Klägerin die Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Zusatzauftrag nicht erhältlich machen.

#### 7.5.2. Fertigstellung der Baumeisterarbeiten | Diverse Regiearbeiten

a) Nach Darstellung der Beklagten hat die Klägerin diverse Baumeisterarbeiten nicht zu Ende geführt: Das Erstellen der Betonplatten auf den hofseitigen Sitzplätzen, die Stahlbetonarbeiten, die Kanalisation auf der Hofseite West und diverse Ausbesserungsarbeiten. S. \_\_\_\_\_ von der Beklagten habe der Nebenintervenientin am 11. Juli 2006 eine Aufstellung über die ab dem 14. Juli zu erledigenden Arbeiten (u.a. Fertigstellung der Kanalisation; Erstellung Betonplatten Innenhof) gefaxt. Die Nebenintervenientin habe sich in der Folge geweigert, diese Arbeiten auszuführen; die Klägerin habe sich dem Standpunkt ihrer Subunternehmerin angeschlossen. Darauf habe die Beklagte erklärt, die betreffenden Arbeiten auf Kosten der Klägerin durch ein Drittunternehmen ausführen zu lassen. In Bezug auf diverse geschuldete Regiearbeiten habe die Nebenintervenientin im Juli 2006 abschliessend erklärt, die laufend anfallenden Arbeiten nicht mehr auszuführen. Die Klägerin habe wiederum den Standpunkt ihrer Subunternehmerin übernommen.

Die Beklagte habe daher erklärt, die Arbeiten durch Drittunternehmer ausführen zu lassen.

Die dadurch angefallenen Kosten von total CHF 42'445.75 habe die Klägerin der Beklagten gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR zu ersetzen (act. 16 S. 19 f.; act. 28 S. 40 ff.).

b) Die Klägerin bestreitet den Erhalt des Fax vom 11. Juli 2006 und die Weigerung, Arbeiten auszuführen. Ebenso sei sie von der Beklagten nie zur Fertigstellung der Arbeiten aufgefordert worden (act. 1 S. 23; act. 24 S. 12; act. 32 S. 9).

c) Da auch diesbezüglich nicht ausgeführte Fertigstellungsarbeiten gerügt werden, misst sich ein beklagtischer Schadenersatzanspruch an den Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR.

Hinsichtlich der Rechnung vom 22. August 2006 (act. 17/8e/2.2; Fertigstellung Kanalisation; Erstellen Bodenplatten Innenhof) wäre die Klägerin mit der (bestrittenen) Mahnung vom 11. Juli 2006 angemahnt worden, die Arbeiten ab dem 14. Juli 2006 zu erbringen. Dass damit zugleich eine Nachfristansetzung gemäss Art. 107 Abs. 2 OR verbunden gewesen wäre, behauptet die Beklagte nicht. Auch der ins Recht gelegten Handnotiz von S.\_\_\_\_\_, datiert am 11. Juli 2006 (act. 29/6), ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen, zumal einzig der Ausführungsbeginn per 14. Juli 2006 erwähnt ist, jedoch verbindliche Fertigstellungstermine fehlen. Ebenso unterlässt die Beklagte substantiierte Behauptungen dazu, dass sie i) entweder nach Ablauf der Nachfrist unverzüglich ihr Wahlrecht ausgeübt hätte, oder dass ii) mit der Nachfristansetzung zugleich das auszuübende Wahlrecht angezeigt worden wäre.

In Bezug auf die Weigerung der Ausführung der Regiearbeiten tut die Beklagte nicht konkret dar, aus welchen Handlungen der Subunternehmerin und der Klägerin, wann und wie sich ergeben hätte, dass diese die Arbeiten endgültig nicht hätten ausführen wollen, was die Beklagte berechtigt hätte, auch ohne Nachfristansetzung die Wahlrechte gemäss Art. 107 Abs. 2 OR auszuüben. Ebenso fehlen substantiierte Behauptungen zur Ausübung dieser Erklärung.

### 7.5.3. Betonelemente Aussentreppe Ost

a) Die Klägerin sei, so trägt die Beklagte vor, verpflichtet gewesen, die Betonelemente für die Aussentreppe Ost zu liefern und zu versetzen. S.\_\_\_\_\_ von der Beklagten habe die Nebenintervenientin mit Fax vom 11. Juli 2006 unter anderem zur Erstellung der Aussentreppe aufgefordert. Dies habe die Nebenintervenientin und – dieser folgend – die Klägerin verweigert. Darauf habe die Beklagte erklärt, die Arbeiten auf Kosten der Klägerin durch einen Drittunternehmer ausführen zu lassen (act. 16 S. 20 f.; act. 28 S. 49 f.).

b) Die Klägerin hält dagegen, dass eine Aufforderung zur Fertigstellung unterblieben sei; die erwähnte Aufstellung von S.\_\_\_\_\_ sei ihr unbekannt (act. 1 S. 23; act. 24 S. 12 f.; act. 32 S. 10).

c) Auch unter diesem Titel hält die Beklagte der Klägerin das Unterlassen von Fertigstellungsarbeiten vor. Im (bestrittenen) Fax vom 11. Juli 2006 wäre eine Mahnung zu erblicken, was die In-Verzug-Setzung der Klägerin zur Folge gehabt hätte. Indessen fehlen Behauptungen sowohl hinsichtlich einer Nachfristsetzung im Sinne von Art. 107 Abs. 2 OR als auch zur unverzüglichen Wahlerklärung der Beklagten. Damit kann die Beklagte die Rechnung nicht auf die Klägerin überwälzen.

### 7.5.4. Kanalisation

a) Die Beklagte hält der Klägerin vor, bei der Wohnung A/B einen Kanalschluss vergessen zu haben. Die Beklagte habe die Klägerin zwar im Februar 2006 auf den Fehler hingewiesen. Da die Verbesserung für die Klägerin einen immensen, kosten- und zeitmässig nicht zu vertretenden Aufwand bedeutet hätte, seien die Arbeiten vom Nachfolgeunternehmer ausgeführt worden. Die bei ihm entstandenen Mehraufwendungen im Betrag von CHF 902.50 seien der Beklagten gestützt auf Art. 97/101 OR in Verbindung mit Art. 364 Abs. 1 OR zu vergüten (act. 16 S. 21; act. 28 S. 51 f.).

b) Die Klägerin bestreitet den geltend gemachten Mangel, auch sei nie eine Mängelrüge erfolgt (act. 1 S. 23; act. 24 S. 13; act. 32 S. 10).

c) Nach Abnahme des Werkes normiert die SIA-Norm 118 das Primat des Anspruchs auf Nachbesserung seitens des Unternehmers (Art. 169 SIA-Norm 118). Dies muss auch in Bezug auf vertragswidrige und damit mängelbehaftete Arbeiten vor der Abnahme gelten. Solange der Unternehmer den vertragswidrigen Zustand beheben kann, ist ihm dazu Gelegenheit zu geben. Die beklagtische Behauptung, die Einlegung des Kanalanschlusses durch die Klägerin wäre kosten- und zeitmässig nicht zu vertreten gewesen, ist unsubstantiiert und angesichts der Höhe der Mehraufwendungen des Drittunternehmers nicht nachvollziehbar, zumal es der Klägerin offen gestanden hätte, die Nachbesserungsarbeiten durch einen geeigneteren Subunternehmer ausführen zu lassen. Indem die Beklagte der Klägerin keine Gelegenheit zur Verbesserung gegeben hat, kann sie keinen Kostenersatz verlangen.

#### 7.5.5. Monobeton Oberfläche Ebene 1

a) Infolge unsorgfältiger Ausführung der Monobetonoberflächen durch die Klägerin ist gemäss Darstellung der Beklagten dem Nachfolgeunternehmer ein Mehraufwand entstanden. Die Klägerin sei auf die ungenügende Oberfläche hingewiesen worden, worauf diese erklärt habe, am Monobeton lasse sich nichts mehr ändern, es sei Sache des Bodenlegers, die Unebenheiten auszugleichen. Entsprechend habe die Beklagte die Nachfolgeunternehmerin (vor Abnahme des Werkes) angewiesen. Die Nachfolgeunternehmerin habe einen Mehraufwand von CHF 13'294.15 in Rechnung gestellt. Diesen Betrag sei der Beklagten gestützt auf Art. 97/101 OR in Verbindung mit Art. 364 Abs. 1 OR zu vergüten (act. 16 S. 21; act. 28 S. 52 f.).

b) Die Klägerin bestreitet die Unebenheit des Bodens. Eine Beanstandung durch die Beklagte sei nie erfolgt, auch habe sie – die Klägerin – nicht erklärt, diese sei durch den Bodenleger auszugleichen (act. 1 S. 23 f.; act. 24 S. 13; act. 32 S. 10).

c) Der vertragliche Schadenersatzanspruch setzt voraus, dass der Gläubiger eine Vertragsverletzung konkret behauptet. Dem kommt die Beklagte nicht nach, wenn sie lediglich behauptet, die Oberfläche sei aufgrund von weit über der Tole-

ranz liegenden Unebenheiten ungenügend gewesen. Damit erklärt sie nicht, über welche Kriterien sich man in Bezug auf Art und Qualität der Oberfläche geeinigt hat und inwiefern die Klägerin davon abgewichen ist. Der Schadenersatzanspruch ist abzuweisen.

#### 7.5.6. Gerüstungen

a) Nach Darstellung der Beklagten ist die Klägerin verpflichtet gewesen, an den hofseitigen Balkonstirnen ein Rollgerüst zu stellen und im April 2006 einen Gerüstschutzplastik anzubringen. Trotz Aufforderung habe die Klägerin die Arbeiten nicht ausgeführt, worauf sie – die Beklagte – erklärt habe, die Arbeiten auf Rechnung der Klägerin durch einen Drittunternehmer ausführen zu lassen. Die daraus resultierenden CHF 8'709.– seien ihr gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR zu vergüten (act. 16 S. 21 f.; act. 28 S. 53 ff.).

b) Die Klägerin hält dafür, sie sei nie aufgefordert worden, das entsprechende Gerüst zu stellen und den Schutzplastik anzubringen (act. 1 S. 24; act. 24 S. 13).

c) Da die Beklagte der Klägerin die nicht rechtzeitige Erfüllung von Vertragspflichten vorwirft, misst sich ein Schadenersatzanspruch an den Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR. In Ermangelung genügend substantiiertes Behauptungen zu Mahnung, Nachfristansetzung und unverzüglicher Wahlerklärung ist das Schadenersatzbegehren abzuweisen.

#### 7.5.7. Bauingenieur

a) Die Beklagte hält der Klägerin vor, für die Ostfassade falsch erstellte Betonelemente geliefert zu haben. Dadurch hätten die obersten Elemente durchgehend fixiert werden müssen, um ein Abkippen zu verhindern. Andere Elemente hätten auf Stahlwinkeln aufgelagert werden müssen, bzw. die Elementauflager bei den Stützköpfen hätten angepasst werden müssen. Dies habe zu Mehraufwand bei Ingenieur P.\_\_\_\_\_ geführt, so diverse Telefonate und Besprechungen auf der Baustelle mit der Bauleitung und mit Handwerkern. Der von ihm in Rechnung gestellte Aufwand im Betrag von CHF 1'017.95 habe die Klägerin der Beklagten ge-

stützt auf Art. 97/101 OR in Verbindung mit Art. 364 Abs. 1 OR zu vergüten (act. 16 S. 22; act. 28 S. 55 f.).

b) Die Klägerin bestreitet die Mängel; eine substantiierte Mängelrüge sei nicht erfolgt. Sodann wird die Rechnung von Ingenieur P.\_\_\_\_\_ in Bezug auf Inhalt und Angemessenheit bestritten (act. 1 S. 24; act. 24 S. 13).

c) Der Schadenersatzanspruch scheidet bereits daran, dass der Schaden nicht substantiiert dargetan ist. Die Beklagte behauptet einen Gesamtbetrag, jedoch nicht, wie sich dieser im Einzelnen und konkret zusammensetzt. Es fehlen Behauptungen in Bezug auf konkrete Tätigkeiten, deren Dauer und Kosten. Auch die von der Beklagten ins Recht gelegte Rechnung (act. 17/8e, Pos. 2.7) ist nicht aussagekräftig.

#### 7.5.8. Spitz - und Bohrarbeiten

a) Die Klägerin sei verpflichtet gewesen, Betonbohr- und Fräsarbeiten sowie Trenn- und Spitzarbeiten auszuführen. Die Beklagte hält dafür, dass im März 2006 diverse Betonbohr- und Fräsarbeiten angestanden hätten. Die Beklagte habe die Klägerin dahingehend aufgefordert. Weil sich die Klägerin geweigert habe, habe ihr die Beklagte mitgeteilt, sie lasse die Arbeiten auf ihre Kosten durch einen Drittunternehmer ausführen. Für die Fräsarbeiten hätte die Klägerin eine Asphalt-Betonfräse stellen müssen. Auch hierzu habe sie sich geweigert; folglich habe ihr die Beklagte erklärt, die Maschine werde auf ihre Kosten von einer Drittfirma gemietet. Im Juni/Juli 2006 habe die Beklagte in diversen Wohnungen Trenn- und Spitzarbeiten ausführen lassen. Die vorgängige Aufforderung durch die Beklagte zur Ausführung der Arbeiten habe bei der Klägerin nicht gefruchtet. Darauf habe die Beklagte erklärt, die Arbeiten auf Kosten der Klägerin einer Drittunternehmung zu übertragen (act. 16 S. 22 f.; act. 28 S. 56 ff.).

b) Die Klägerin hält der Beklagten entgegen, nie zur Ausführung dieser Arbeiten aufgefordert worden zu sein; ebenso sei keine Androhung der Ersatzvornahme erfolgt (act. 1 S. 24; act. 24 S. 14; act. 32 S. 11).

c) Da die Beklagte der Klägerin die nicht rechtzeitige Erfüllung von Vertragspflichten vorwirft, misst sich ein Schadenersatzanspruch an den Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR. In Ermangelung genügend substantiierter Behauptungen zu Mahnung, Nachfristansetzung und unverzüglicher Wahlerklärung ist das Schadenersatzbegehren abzuweisen.

#### 7.5.9. Klebarmierung an Decken

a) Nach Darstellung der Beklagten ist die Klägerin mit dem Vorschlag an Ingenieur P.\_\_\_\_\_ herantreten, die vorgesehenen Eisenträger durch eine Klebarmierung zu ersetzen. Dem Vorschlag sei zugestimmt worden. In der Folge habe sich die Klägerin zur Ausführung der Klebarmierung geweigert, worauf sich die Beklagte gezwungen gesehen habe, die Arbeiten an einen Drittunternehmer zu vergeben (act. 16 S. 23; act. 28 S. 60 f.).

b) Die Klägerin bestreitet insbesondere eine Mahnung resp. Nachfristansetzung vor Arbeitsvergabe an den Dritten (act. 1 S. 25; act. 24 S. 14).

c) Da die Beklagte der Klägerin die nicht rechtzeitige Erfüllung von Vertragspflichten vorwirft, misst sich ein Schadenersatzanspruch an den Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR. In Ermangelung genügend substantiierter Behauptungen zu Mahnung, Nachfristansetzung und unverzüglicher Wahlerklärung ist das Schadenersatzbegehren abzuweisen.

#### 7.5.10. Fensterbänke

a) Die Klägerin habe sich im März 2006 geweigert, die Tür- und Fensteröffnungen auszugliessen. Darauf habe sie – die Beklagte – erklärt, die Arbeiten auf Kosten der Klägerin durch eine Drittunternehmung ausführen zu lassen (act. 16 S. 23 f.; act. 28 S. 61 ff.).

b) Gemäss eigener Darstellung habe sich die Klägerin im März 2006 nicht geweigert, diese Arbeiten auszuführen, da sie darauf gar nie angesprochen worden sei (act. 1 S. 25; act. 32 S. 11).

c) Da die Beklagte der Klägerin die nicht rechtzeitige Erfüllung von Vertragspflichten vorwirft, misst sich ein Schadenersatzanspruch an den Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR. In Ermangelung genügend substantiierter Behauptungen zu Mahnung, Nachfristansetzung und unverzüglicher Wahlerklärung ist das Schadenersatzbegehren abzuweisen.

#### 7.5.11. Bauschutt/Wasserhaltung

a) Die Klägerin sei ihrer Verpflichtung, sämtliche Abfälle und Verunreinigungen, die durch klägerische Arbeiten verursacht wurden, laufend zu entsorgen, trotz wiederholter Aufforderungen ab März 2006 nicht mehr nachgekommen. Sie – die Beklagte – habe deshalb erklärt, das Wegräumen des Bauschutts und das Absaugen des Wassers in der Autoeinstellhalle auf Kosten der Klägerin durch Drittunternehmen ausführen zu lassen (act. 16 S. 24; act. 28 S. 63 ff.).

b) Die Klägerin hält der Beklagten eine fehlende Weigerung ihrerseits sowie nie erfolgte Mängelrügen entgegen. Auch sei eine Androhung einer Ersatzvornahme nie erfolgt (act. 1 S. 25 f.; act. 24 S. 15; act. 32 S. 11).

c) Da die Beklagte der Klägerin die nicht rechtzeitige Erfüllung von Vertragspflichten vorwirft, misst sich ein Schadenersatzanspruch an den Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR. In Ermangelung genügend substantiierter Behauptungen zu Mahnung, Nachfristansetzung und unverzüglicher Wahlerklärung ist das Schadenersatzbegehren abzuweisen.

#### 7.5.12. Entsorgung Schuttmulden

a) Nach Darstellung der Beklagten hätte die Klägerin den Bauschutt entsorgen sollen. Den entsprechenden Aufforderungen habe die Klägerin ab März 2006 nicht mehr Folge geleistet. Darauf habe die Beklagte erklärt, die Arbeiten auf ihre Kosten durch Drittunternehmer ausführen zu lassen (act. 16 S. 24 f.; act. 28 S. 66 f.).

b) Die Klägerin hält der Beklagten eine fehlende Weigerung ihrerseits sowie nie erfolgte Mängelrügen entgegen (act. 24 S. 15).

c) Da die Beklagte der Klägerin die nicht rechtzeitige Erfüllung von Vertragspflichten vorwirft, misst sich ein Schadenersatzanspruch an den Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR. In Ermangelung genügend substantiierter Behauptungen zu Mahnung, Nachfristansetzung und unverzüglicher Wahlerklärung ist das Schadenersatzbegehren abzuweisen.

#### 7.5.13. Mangelhafte Oberfläche Betonelemente

a) Die Beklagte wirft der Klägerin vor, Betonelemente mit braunen Verfärbungen geliefert zu haben. Dies sei unmittelbar nach der Lieferung und auch in der Folge mehrfach beanstandet worden. Die Klägerin habe sich auf den Standpunkt gestellt, eine Korrektur ihrerseits sei nicht möglich. Um das Erscheinungsbild zu verbessern, müssten diese gestrichen werden. Die Kosten für das Streichen schätzt die Beklagte auf CHF 2'152.–. Die Beklagte macht in Bezug auf die mangelhafte Oberfläche der Betonelemente Minderung geltend. Bei der Höhe des Minderungsbetrages könne auf die Malerkosten abgestellt werden, welche aufgewendet werden müssten, um ein befriedigendes Erscheinungsbild zu gewährleisten (act. 16 S. 25; act. 28 S. 67 f.).

b) Die Klägerin bestreitet den Bestand der Verfärbungen. Auch sei dafür nie eine Beanstandung erfolgt, weder unmittelbar nach der Lieferung noch danach (act. 24 S. 15; act. 32 S. 12).

c) Bei jedem Mangel hat der Bauherr zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer dessen Beseitigung zu verlangen. Erst soweit der Unternehmer Mängel innerhalb der angesetzten Frist nicht behebt, ist der Bauherr berechtigt, von der Vergütung einen dem Minderwert entsprechenden Abzug zu machen (Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118). Die Beklagte tut nicht dar– zumindest nicht in substantiierter Weise –, der Klägerin eine Verbesserungsfrist angesetzt zu haben. Gleiches gilt für klägerisches Verhalten, das einen Verzicht auf Ansetzung der Frist nahelegte (vgl. Art. 169 Abs. 2 SIA-Norm 118). Infolge Missachtung des Vorrangs des Nachbesserungsrechts hat die Beklagte keinen Minderungsanspruch (PETER GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157–190, 1991, Art. 169 N 7).

#### 7.5.14. Ballfang Spielwiese Ost

a) Gemäss Darstellung der Beklagten ist die Klägerin verpflichtet gewesen, den bestehenden Ballfang-Hag an einen provisorischen Standort gemäss Bauinstallationsplan (d.h. auf eine Nachbarparzelle) zu versetzen und nach Beendigung der Bauarbeiten wieder zurückzusetzen. Alle Nebenarbeiten wie notwendige Fundationen und die Wiederherstellung der Rasenfläche etc. seien im Offertpreis einzurechnen gewesen. Entgegen der vertraglichen Vereinbarung habe die Klägerin den Hag entsorgt. Nach Beendigung der Bauarbeiten habe die Beklagte die Klägerin mehrfach aufgefordert, einen neuen Ballfang zu versetzen. Mit Schreiben vom 26. April 2007 habe die Beklagte der Klägerin mitgeteilt, ohne gegenteiligen Bescheid bis am 30. April 2007 sehe sie sich gezwungen, den Ballfang auf ihre Kosten durch Drittunternehmer erstellen zu lassen. Eine Reaktion der Klägerin sei ausgeblieben. In der Folge habe die Beklagte die T. \_\_\_\_\_ GmbH mit der Erstellung des Ballfangs und den erforderlichen Gartenarbeiten beauftragt. Diese habe der Beklagten am 30. Mai 2007 eine Rechnung über CHF 10'000.– gestellt. Die Rechnung sei ausgewiesen gewesen und habe von der Beklagten beglichen werden müssen. Gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR bzw. (falls von einer vorgängigen Abnahme ausgegangen werde) gestützt auf Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 habe die Klägerin der Beklagten den Betrag von CHF 10'000.– zu entschädigen (act. 16 S. 25 f.; act. 28 S. 68 f.).

b) Unbestritten war die Klägerin zur Versetzung des vorbestehenden Hages verpflichtet; die Arbeit wurde von der Streitberufenen ausgeführt. Die Klägerin bestreitet jedoch die Wiederversetzungspflicht. Ebenso bestreitet sie die Entsorgung des Hages. Im Leistungsverzeichnis finde sich lediglich der Hinweis, dass das spätere Zurücksetzen nach Beendigung der Bauarbeiten einzurechnen sei. Daraus ergebe sich nicht, dass die Klägerin eine solche Arbeit auch auszuführen gehabt hätte. Sie sei von der Beklagten auch nie aufgefordert worden, den Hag wieder zu montieren. Vielmehr habe diese beschlossen, einen neuen Hag montieren zu lassen. Das von der Beklagten eingereichte Schreiben vom 26. April 2007 (act. 29/9) sei ihr nicht bekannt. Ohnehin wäre die angesetzte Nachfrist unangemessen kurz gewesen. Hätte die Beklagte dennoch Anspruch auf Reduktion des

Werklohns, beziffere sich der Minderungsanspruch auf maximal CHF 500.– (act. 24 S. 15 f.; act. 32 S. 4 f.).

c) Ob die Klägerin verpflichtet gewesen war, den Hag nach Beendigung der Bauarbeiten wieder zurückzusetzen, kann offen bleiben, denn auch diesfalls träfe sie keine Schadenersatzpflicht. Im Folgenden wird gleichwohl davon ausgegangen, dass die Klägerin eine Rückversetzungspflicht getroffen hätte.

Mit Abschluss des Werkvertrages sind beide Parteien verpflichtet, den Vertrag gewissenhaft zu erfüllen (Art. 23 Abs. 1 SIA-Norm 118). Diese allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht führt zu verschiedenen Einzelpflichten: Als Schutzpflicht haben beide Parteien dafür Sorge zu tragen, dass die Rechtsgüter des Vertragspartners (hier interessierend das Eigentum) bei der Abwicklung des Werkvertrages nicht beeinträchtigt werden. Die Verletzung dieser Nebenpflicht löst einen Schadenersatzanspruch des Vertragspartners aus (Art. 23 Abs. 2 SIA-Norm 118 i.V.m. Art. 364 Abs. 1 OR und Art. 97 ff. OR; SIA-HÜRLIMANN, Art. 23 N 4, 6).

Die Beklagte wirft der Klägerin vor, ihr Eigentum – den Ballfanghag – zerstört zu haben. Diesfalls würde die Klägerin schadenersatzpflichtig im Umfang der Wiederherstellungskosten. Um einen solchen Schadenersatzanspruch prozessual erfolgreich durchzusetzen, hätte die Beklagte in einem ersten Schritt darzutun, wann, wie und durch wen die Klägerin den Hag entsorgt hat. Dies unterlässt sie, obwohl ihr – als auf der Baustelle vertretene Generalunternehmerin – diese Behauptungen hätten möglich sein müssen. In Ermangelung dieser Behauptungen ist das Schadenersatzbegehren abzuweisen.

Damit bleibt noch der Vorwurf im Raum, die Klägerin habe den Ballfang entgegen ihrer vertraglichen Verpflichtung nicht zurückversetzt, weshalb sich die Beklagte berechtigt sah, die Versetzarbeiten durch einen Drittunternehmer durchzuführen. Da auch hier nicht die mangelhafte Erfüllung von Vertragspflichten im Streit steht, ist die Schadenersatzpflicht nach Art. 366 Abs. 1 OR zu prüfen. Die Behauptung der Beklagten, sie habe die Klägerin nach Beendigung der Arbeiten mehrfach aufgefordert, den (resp. den neuen) Ballfanghag zu versetzen, ist unsubstantiiert

und deshalb unbeachtlich. Damit bleibt das Schreiben der Beklagten vom 26. April 2007 (act. 29/9), deren Erhalt die Klägerin indes bestreitet.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass der ursprüngliche Ballfanghag entsorgt wurde und ein neuer am 26. April 2007 noch nicht wieder hergestellt war. Da wie gezeigt davon auszugehen ist, dass es nicht die Klägerin war, die den Hag entsorgt hat, war im Verhältnis zwischen den Prozessparteien die Beklagte verpflichtet, einen neuen Hag erstellen zu lassen. Nur unter dieser Voraussetzung war es der Klägerin möglich, ihrer (bestrittenen) Vertragspflicht – dem Zurücksetzen des Hages – nachzukommen. Diesbezüglich war damit die Beklagte vorleistungspflichtig. Dieser Pflicht war sie am 26. April 2007 noch nicht nachgekommen, mit der Konsequenz, dass sie die Klägerin mit ihrem Schreiben dieses Tages nicht in Verzug setzen konnte (PETER GAUCH, *Werkvertrag*, N 678). Da die Beklagte der Klägerin überdies nach Erstellung des neuen Hages keine Möglichkeit gab, ihrer Rückversetzungspflicht nachzukommen und entsprechend auch die gemäss Art. 366 Abs. 1 OR erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllte, kann sie die Kosten der Rückversetzung nicht auf die Klägerin abwälzen.

#### 7.5.15. Kanalisationsreinigung

a) Nach Darstellung der Beklagten hat die Klägerin die Verpflichtung übernommen, die Kanalisationsleitungen bis zur Inbetriebnahme zu unterhalten und zu reinigen. Zuzufolge Weigerung der Klägerin habe die Beklagte diese Arbeiten durch ein Drittunternehmen ausführen müssen. Die hierfür angefallenen Kosten seien durch die Klägerin zu vergüten (act. 16 S. 26).

b) Die Klägerin hält der Beklagten das Fehlen einer Mängelrüge bzw. einer entsprechenden Aufforderung zur Arbeitsausführung entgegen (act. 24 S. 8).

c) Da die Beklagte der Klägerin die nicht rechtzeitige Erfüllung von Vertragspflichten vorwirft, misst sich ein Schadenersatzanspruch an den Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR. In Ermangelung genügend substantiiertter Behauptungen zu Mahnung, Weigerungshandlung der Klägerin resp. Nachfristansetzung und unverzüglicher Wahlerklärung ist das Schadenersatzbegehren abzuweisen.

## 7.6. Auswirkungen auf den klägerischen Vergütungsanspruch

Lässt der Besteller, ohne dazu berechtigt zu sein, Teile des Werkes durch Dritte ausführen, verunmöglicht er die Vertragserfüllung des Unternehmers. Die Verpflichtung zur Ausführung des (Teil-)Werkes geht unter, und zwar ohne dass an ihre Stelle eine Schadenersatzpflicht des Unternehmers treten würde. Auch kann in solchen Fällen der Besteller die Verbesserungskosten vom Unternehmer nicht gestützt auf Bereicherungsrecht (Art. 62 ff. OR) oder auf Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) verlangen. Ebenso wenig ist der Unternehmer verpflichtet, dem Besteller herauszugeben oder sich auf den Werklohn anrechnen zu lassen, was er sich durch die eigenmächtige Ersatzvornahme an Kosten erspart hat.

Da sämtliche unter diesem Titel geltend gemachten Schadenersatzbegehren der Beklagten abzuweisen sind, ist diese nicht berechtigt, der Klägerin den Lohn zu kürzen. Es erübrigt sich somit darauf einzugehen, ob die strittigen Arbeiten überhaupt unter dem Werkvertrag vom tt.mm.2005 geschuldet waren.

## 8. Mehrvergütung zufolge Bestellungenänderungen

### 8.1. Übersicht

Die Klägerin will von der Beklagten angewiesen worden sein, diverse Zusatzarbeiten auszuführen. Den hierfür den Pauschallohn übersteigenden Vergütungsanspruch beziffert sie auf gesamthaft CHF 229'977.90. Die Beklagte wendet in der Hauptsache ein, die klägerischen Leistungen seien aufgrund der Vollständigkeitsklausel unter dem Pauschalpreis geschuldet gewesen, sofern die Arbeiten denn überhaupt ausgeführt worden seien. Somit könnten keine weiteren Vergütungsansprüche gestellt werden. Ohnehin habe man für Zusatzaufträge die Schriftform vorbehalten. Mit Ausnahme von drei Vertragsnachträgen lägen keine schriftlichen Übereinkünfte vor – auch aus diesem Grund könne die Klägerin nichts mehr fordern.

### 8.2. Schriftlichkeitsvorbehalt

#### 8.2.1. Parteibehauptungen der Beklagten

Nach Darstellung der Beklagten sind behauptete Mehrleistungen von der Klägerin weder vor der Ausführung offeriert worden, noch liegen rechtsgültig unterzeichnete Nachträge vor. Hierzu wäre die Klägerin aufgrund von Art. 3 AGB verpflichtet gewesen. Art. 3 AGB lasse zwar durchaus Raum für mündliche Absprachen. Klar und unmissverständlich festgelegt sei darin jedoch, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Mehrvergütung habe, soweit nicht entsprechende schriftlich ausgefertigte und beidseits unterzeichnete Aufträge und Nachträge vorlägen. Die Projektleiter der Beklagten und Ingenieur P.\_\_\_\_\_ seien ermächtigt gewesen, auf der Baustelle Ausführungsanweisungen zu erteilen. Soweit solche Anweisungen kostenneutral gewesen seien oder zu Einsparungen geführt hätten, greife Art. 3 AGB nicht. Es widerspreche nicht Treu und Glauben, wenn die Beklagte gestützt darauf am Schriftformerfordernis für Abmachungen festhalte, welche Mehrkosten auslösten. Die Beklagte habe ein berechtigtes Interesse daran, nicht im Nachhinein mit Mehrforderungen für irgendwelche Zusatzleistungen konfrontiert zu werden. Auch die Klägerin behaupte nicht, die Beklagte habe im Zuge der Ausführungen erklärt oder sonst in irgendeiner Weise den Eindruck erweckt, sie werde auch Mehrleistungen ohne schriftlichen Nachtrag anerkennen und zahlen. Der Klägerin sei stets bewusst gewesen, dass sie Mehrforderungen nur gestützt auf schriftliche Nachträge würde geltend machen können. Das sei denn auch der Grund gewesen, dass die Klägerin im Dezember 2005 das Versetzen der Betonelemente und ab Januar 2006 die Ausführung diverser weiterer Leistungen verweigert habe (act. 16 S. 26 ff.; act. 28 S. 70 f.).

#### 8.2.2. Parteibehauptungen der Klägerin

Auf Geheiss von Ingenieur P.\_\_\_\_\_ habe die Klägerin diverse Zusatzarbeiten ausgeführt, jeweils ohne konkreten schriftlichen Auftrag. Die Beklagte, welche über den Verlauf der Baustelle orientiert gewesen sei oder zumindest hätte orientiert sein können, habe die entsprechenden Anordnungen geduldet. Die Klägerin wie auch die Subunternehmer hätten mehrfach solche Nachträge verlangt, gegenüber der Beklagten sogar schriftlich offeriert; teilweise sei dies wegen der zeitlichen Dringlichkeit bzw. der ansonsten erforderlichen Einstellung der Bauarbeiten nicht möglich gewesen. Die Beklagte habe alsdann die entsprechenden Nachträ-

ge teilweise nicht unterzeichnet, die offerierten bzw. von ihr angeordneten Arbeiten aber entgegengenommen und anerkannt. Selbst wenn es sich bei Art. 3 AGB um eine Gültigkeitsvorschrift handle, erfolge die Berufung darauf wider Treu und Glauben bzw. rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 ZGB, zumal die Beklagte im Gegenzug bei Minderleistungen von der Massgeblichkeit der Schriftform nichts wissen wolle.

Mit Schreiben vom 26. Mai 2005 habe sich die Nebenintervenientin erkundigt, ob die Beklagte für die Verstärkung der bestehenden Fassadenpfeiler eine Nachtragsofferte benötige. Da die Beklagte geschwiegen habe, habe ihr die Nebenintervenientin die Nachtragsofferten 1 und 2 zugestellt. Eine Reaktion der Beklagten sei ausgeblieben. Mit Schreiben vom 13. Juni habe die Klägerin von der Beklagten u.a. Auskunft über die Erfassung und Verrechnung der von Ingenieur P.\_\_\_\_\_ angeordneten und bereits ausgeführten Zusatzarbeiten sowie die Bewilligung der Nachtragsofferte "Pfeilverstärkung" gefordert. Darauf habe O.\_\_\_\_\_ von der Beklagten telefonisch erklärt, er habe die Nachtragsofferten nie erhalten; die übrigen Zusatzarbeiten, welche vom Ingenieur angeordnet worden seien, seien von der Klägerin bzw. deren Subunternehmern in Rechnung zu stellen – sie würden selbstverständlich bezahlt. Das hätte im Übrigen der von der Beklagten beigezogene Ingenieur bereits so erklärt gehabt, weshalb sich die Klägerin in ihrem Schreiben vom 13. Juni auch einzig für die Erfassung und Art der Verrechnung interessiert habe. Umgehend habe die Klägerin die Nachtragsofferte ein weiteres Mal übermittelt. Da trotz aller gegenteiligen Zusagen bzw. Zusicherungen die schriftliche Bestätigung der Zusatzaufträge ausgeblieben sei, habe die Klägerin die von O.\_\_\_\_\_ bzw. P.\_\_\_\_\_ in Auftrag gegebenen Zusatzarbeiten der Beklagten am 2. August in Rechnung gestellt. Die Beklagte habe diese Rechnungen mit Schreiben vom 10. August retourniert. Von einer Bezahlung der Zusatzaufträge sei plötzlich keine Rede mehr gewesen (act. 1 S. 9 ff.; act. 24 S. 17 f., 33 f.).

### 8.2.3. Würdigung

a) Vertragliche Verpflichtungen können grundsätzlich auf zwei Arten abgeändert werden: durch übereinstimmende Willensäusserung oder einseitig. Die *vertragliche* Beststellungsänderung beruht auf einem Abänderungsvertrag. Darin

kommen die Parteien des Werkvertrages überein, die Herstellungspflicht des Unternehmers und damit den Werkvertrag in dieser oder jener Hinsicht abzuändern. Die *einseitige* Bestellsänderung beruht auf einer einseitigen Willenserklärung (einer Gestaltungserklärung) des Bestellers, die mit ihrem Zugang beim Unternehmer wirksam wird. Rechtlich setzt sie voraus, dass der Besteller ein Gestaltungsrecht und damit die Macht hat, die vertragliche Leistungspflicht des Unternehmers im gewünschten Sinne abzuändern. Soweit es dem Besteller am Gestaltungsrecht fehlt, kann er die Bestellung nur mit Zustimmung des Unternehmers, also nur durch Vertrag abändern. Insoweit hat die bloss einseitig verlangte Bestellsänderung keine Auswirkung auf die Leistungspflicht des Unternehmers; doch wirkt die betreffende Erklärung immerhin als Antrag zur Abänderung des Vertrages, die der Unternehmer annehmen kann und konkludent annimmt, wenn er sich der verlangten Änderung widerspruchslos unterzieht. Für den Mehraufwand, der durch eine vertragliche oder einseitige Bestellsänderung erforderlich wird, hat der Unternehmer Anspruch auf eine Mehrvergütung. Der Anspruch auf Mehrvergütung entfällt, soweit der Unternehmer darauf verzichtet hat (zum Ganzen PETER GAUCH, *Werkvertrag*, N 768 ff.).

b) Durch Übernahme des SIA-Norm 118-Regelwerkes war die Beklagte berechtigt, einseitige Vertragsänderungen herbeizuführen, wenn dadurch der Gesamtcharakter des zur Ausführung übernommenen Werkes unberührt blieb (Art. 84 Abs. 1 SIA-Norm 118), wovon die Beklagte mit Bezug auf Minderleistungen auch Gebrauch gemacht haben will. Die von der Klägerin angeführten Umstände, die zu behaupteten Mehrleistungen geführt hätten, führt diese auf einseitige Anordnungen von Vertretern der Beklagten zurück. Keine der Parteien behauptet denn auch, man habe in Bezug auf Mehrleistungen einvernehmliche Regelungen getroffen. Unbestritten ist damit nur, dass die Beklagte tatsächlich solche Anordnungen getroffen hat. Damit qualifiziert die Grundlage für die Vertragsänderung als (einseitige) Bestellsänderung im Sinne von Art. 84 ff. SIA-Norm 118, zumal auch nicht offensichtlich ist, dass dadurch der Gesamtcharakter des Werkes verändert worden wäre. Zu klären ist damit in formaler Hinsicht einzig noch die Frage, ob für die Ausübung des Gestaltungsrechtes eine bestimmte Form vereinbart worden war.

c) Mangels in diesem Zusammenhang behaupteten, vom normativen Konsens abweichenden inneren Willens sind die schriftlichen Vertragsdokumente nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Art. 27 Abs. 2 SIA-Norm 118 empfiehlt den Vertragsparteien zu bestimmen, dass Ergänzungen und Abänderungen nur gültig sind, wenn sie schriftlich festgelegt sind. Demgemäss vereinbarten die Parteien Art. 3 AGB wie folgt:

*"Aufträge, Vertragsänderungen, Zusatzaufträge und Regiearbeiten sind vor Inangriffnahme der entsprechenden Arbeiten in Form eines gegenseitig unterzeichneten Nachtrages zum Hauptvertrag zu vereinbaren. [...] Der Auftragnehmer verzichtet ausdrücklich auf Forderungen für alle Leistungen, die er ohne oder vor diesen schriftlichen Aufträgen oder Nachträgen erbracht hat."*

Die Parteien haben somit für Zusatzaufträge die Schriftform vorbehalten. Gemäss Art. 16 Abs. 1 OR ist zu vermuten, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht gebunden sein wollten. Es läge an der Klägerin, diese Vermutung zu widerlegen – diesbezügliche Behauptungen trägt sie jedoch nicht vor. Dagegen spricht zudem auch und insbesondere die rigide 'Verzichtserklärung'. Folglich kann die Klägerin keine Vergütung für Zusatzaufträge fordern, solange sie über keine gegenseitig unterzeichneten Nachträge verfügt. Mit Ausnahme dreier Nachträge (vgl. act. 17/2, 17/3 und 17/4) liegen keine solchen Dokumente vor.

d) Die AGB behandeln das Problem von Bestellungsänderungen nicht besonders. Wenn in Art. 1 Abs. 3 AGB gesagt wird, der Auftragnehmer könne bei Pauschalpreisverträgen keine Mehrleistungen und Regiearbeiten verrechnen, ausgenommen vom Bauherrn verlangte Vertragsänderungen gemäss Art. 3, so könnte daraus geschlossen werden, auch Bestellungsänderungen bedürften der Schriftlichkeit. Eine solche Auslegung ist nicht naheliegend und daher höchst fraglich. So bezieht sich auch die Schriftformempfehlung des Art. 27 Abs. 2 der Norm nur auf vereinbarte, d.h. einvernehmlich beschlossene Abänderungen. Nicht erfasst vom Ratschlag werden jene Konkretisierungen und Änderungen, die der Bauherr (aufgrund seiner Gestaltungsrechte) einseitig vornehmen kann (SIA-HÜRLIMANN, Art. 27 N 6). Hätten die Parteien den Schriftformvorbehalt auf die Ausübung von Gestaltungsrechten ausdehnen wollen, hätten sie dies mit genügender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen müssen. Indem dies die Beklagte als Verfasserin der

AGB unterlassen hat, durfte die Klägerin davon ausgehen, dass Beststellungsänderungen vom Schriftformvorbehalt nicht beschlagen werden.

e) Doch selbst wenn dem so wäre, könnte sich die Beklagte darauf nicht berufen. Formvorbehalte können jederzeit von den Parteien wieder aufgehoben resp. abgeändert werden. Dies ist auch stillschweigend möglich oder durch konkludentes Verhalten, insbesondere dann, wenn sich die Parteien über die vereinbarte Form hinwegsetzen oder den Vertrag vorbehaltlos erfüllen (BGE 125 III 268). Indem die Beklagte die Beststellungsänderungen nur mündlich vorgenommen hat, hätte sie sich selber und bewusst nicht an ihre eigenen AGB gehalten. Daraus hätte die Klägerin schliessen dürfen, dass die Beklagte auf die Schriftform verzichte. Es wäre rechtsmissbräuchlich, sich unter diesen Umständen auf die vertragliche Schriftform zu berufen. Dies vor allen Dingen dann, wenn die Beklagte selber für Minderaufwand zufolge Beststellungsänderungen – welche ebenfalls mündlich erfolgten – einen Minderpreis geltend machen will. Dem Unternehmer bei Beststellungsänderungen nur den Minderpreis zu belasten, ihm aber den Vergütungsanspruch unter Berufung auf den Formvorbehalt zu verweigern, wäre ein rechtsmissbräuchliches und damit nicht zu schützendes Verhalten. Zwar hat das Argument der Beklagten einiges dafür, es liege durchaus im Interesse des Bauherrn, zu seinem Schutz in Bezug auf Mehrleistungen und den damit einhergehenden Folgekosten schriftliche Klarheit zu haben. Diese Klarheit muss jedoch in gleichem Ausmasse auch dem Unternehmer zugestanden werden. Aus all diesen Gründen kann sich die Beklagte nicht auf den Schriftformvorbehalt berufen.

### 8.3. Nachtragspreise | Substantiierungsobliegenheit | Beweislastverteilung

a) Führt eine Beststellungsänderung zur Änderung einer Pauschalvergütung, sind die Werkvertragsparteien angehalten, für die Leistung einen Mehr- oder Minderpreis als Nachtragspreis zu vereinbaren (Art. 89 Abs. 1 SIA-Norm 118). Eine Parteivereinbarung ist nicht zustande gekommen. Da keine Partei behauptet, die Beklagte habe die Arbeiten in Regie ausführen lassen oder einem Dritten vergeben, sind die Mehrpreise durch das Gericht zu bestimmen (SIA-EGLI, Art. 89 N 7). Der Nachtragspreis ist auf der Basis der ursprünglichen Kostengrundlage festzusetzen, die im Zeitpunkt der Beststellungsänderung gültig war. Er ist vom Pau-

schalpreis herzuleiten, und zwar unter Berücksichtigung der massgebenden Unterschiede, die sich aus der Beststellungsänderung ergeben. Von Bedeutung wären insbesondere Preisanalysen im Sinne von Art. 18 Abs. 2 SIA-Norm 118 oder Leistungsverzeichnisse (SIA-EGLI, Art. 89 N 9 f.). In Bezug auf eine richterliche Festsetzung auf Basis der ursprünglichen Kostengrundlage unterlässt die Klägerin jedwelche Ausführungen. Der Mehrpreis ist in diesen Fällen nach Aufwand gemäss Art. 374 OR zu bestimmen (SIA-EGLI, Art. 89 N 9b i.V.m. Art. 87 N 17c).

b) Die Parteien haben ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen (§ 113 ZPO/ZH), d.h. die wesentlichen Tatsachen so umfassend und klar zu benennen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann. Substantiierungen gehören in die Rechtsschriften – Beilagen sind grundsätzlich blosser Beweismittel. Wo aus besonderen Gründen ausnahmsweise für eine Behauptung auf ein Aktenstück verwiesen wird, ist der Verweis auf Sachverhaltselemente nur dann genügend, wenn der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift spezifisch ein Aktenstück nennt und aus dem Verweis der Rechtsschrift selbst klar wird, ob das Dokument in seiner Gesamtheit oder welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten soll; denn für die Partei und das Gericht muss klar sein, mit welchen Behauptungen sie sich auseinanderzusetzen haben. Über einen nicht substantiiert vorgetragenen Sachverhalt findet kein Beweisverfahren statt, setzt doch dessen Durchführung entsprechende Behauptungen der beweisbelasteten Partei voraus. Wo die Verhandlungsmaxime gilt, ist der nicht substantiiert vorgebrachte dem nicht bewiesenen Sachverhalt gleichzusetzen (BGer 4C.220/2002; ZR 97 Nr. 87, 102 Nr. 15).

c) Die Klägerin trägt die Beweislast für die Beststellungsänderung und ihren Mehraufwand. Insbesondere hat sie die Ausübung des Gestaltungsrechts durch die Beklagte zu beweisen, und dass die verlangte Leistung nicht von der Pauschalpreisabrede umfasst war. Sodann hat sie darzutun, dass sie die Zusatzarbeiten ausgeführt hat und welche Mehrpreise sie hierfür weshalb verlangt.

8.4. Durch die Nebenintervenientin ausgeführte Mehrleistungen

a) Nach Art. 374 OR hat der Unternehmer unter anderem Anspruch auf Ersatz des Personal- und Sachaufwandes, einen Zuschlag für Generalunkosten, sowie einen Zuschlag für einen angemessenen Unternehmensgewinn (ZR 1996 Nr. 27; ZINDEL/PULVER, Basler Kommentar, 4. Aufl. 2007, Art. 374 N 12). Die Höhe des Aufwandes ist im Einzelnen zu behaupten. Es genügt mithin nicht, sich pro Zusatzarbeit auf die Nennung eines Gesamtbetrages je für Lohnkosten, Materialkosten, weiteren Kosten, Generalunkosten sowie den Gewinn zu beschränken. Vielmehr hat der Anspruchsberechtigte konkret zu behaupten, aus welchen Einzelpositionen und auf welchen tatsächlichen und rechnerischen Grundlagen sich die Aufwandsentschädigung im Einzelnen zusammensetzt. Dementsprechend ergingen an die Klägerin anlässlich der Referentenaudienz die folgenden Substantiierungshinweise (Prot. S. 8):

- *Es ist genau der Personalaufwand anzugeben (welches Personal hat wie viel Zeit für die Arbeiten aufgewendet und welches waren die darauf entfallenden Personalkosten).*
- *Es ist genau der Sachaufwand anzugeben (welches Material zu welchen Preisen wurde verwendet).*
- *Es sind allfällige übrige Kosten im Einzelnen anzuführen.*
- *Es ist im Einzelnen anzugeben, ob und welche allgemeine Geschäfts- und Verwaltungskosten in welcher Höhe hinzuzurechnen sind.*
- *Es ist im Einzelnen anzugeben, welcher Unternehmergewinn geltend gemacht werden will.*

b) Gemäss der Klägerin habe die Nebenintervenientin auf Anordnung der Beklagten verschiedenste Zusatzarbeiten ausgeführt. Unter 21 Positionen fordert sie hierfür wie folgt Aufwandsersatz (act. 1 S. 18 ff.; act. 24 S. 21 ff.):

<u>POSITION</u>	<u>IN CHF</u>
- Gerüst	12'868.35
- Betonträger und Riegel auf Träger/Brüstung	30'141.75
- Dübelleisten	8'910.00
- Mehrmiete Kran	16'985.00
- Rinnen	552.00
- Oberflächenbehandlung	2'685.25
- Schalldämmung Wandlager	5'200.00
- Anschlussbewehrung	9'152.00
- Abweichung Kalksteinmauerwerk	14'115.85
- Wärmeschallschichten	4'730.05

- Unterfangungen	23'805.30
- Schleuderbetonstützen	17'090.00
- Wandpfeiler-Verstärkung	27'200.00
- Betonpfeiler im Leitungskanal SO-Fassade	3'979.20
- Abdichtung Wände/Bodenplatte Tiefgarage	1'691.20
- Rampe zu Tiefgarage	8'835.10
- Bohrarbeiten	18'873.70
- Gummilager an Decke E2 kleben	4'987.10
- Meterrisse	1'500.00
- Wintermassnahmen	7'000.00
- <u>Diverse Arbeiten</u>	<u>6'676.05</u>
<b>Total</b>	<b>226'977.90</b>

Für jede dieser Positionen kommt die Klägerin ihrer Substantiierungsobliegenheit nicht nach. Sie behauptet – wenn überhaupt – für jede Position lediglich die Totalbeträge je für Löhne, Material, Inventar, übrige Kosten und Gewinn, ohne sich über deren Grundlagen detailliert auszusprechen. Dieses Behauptungsfundament genügt nicht, um darüber Beweis zu führen. Auch die von der Klägerin offerierten und ins Recht gelegten Urkunden vermögen an der mangelnden Substantiierung nichts zu ändern. Zum einen werden diese in den Rechtsschriften nicht als deren integralen Bestandteil genannt, zum anderen sind den Urkunden auch keine genügenden Angaben über die Höhe und die Zusammensetzung des behaupteten Aufwandes zu entnehmen (act. 25/67 bis 25/85).

c) Als letzte Position für Zusatzarbeiten durch die Nebenintervenientin fordert die Klägerin unter dem Titel 'Zusatzaufwand Armierung anpassen / Zulage' eine Aufwandentschädigung von CHF 3'000.–. Gegenüber der vertraglich festgelegten Armierung habe Ingenieur P. \_\_\_\_\_ während der Durchführung der Arbeiten eine Zusatzarmierung angeordnet, deren Kosten vor ihrer Ausführung mündlich vor Ort in Anwesenheit eines Vertreters der Nebenintervenientin mit CHF 3'000.– (exkl. MwSt.) einvernehmlich festgelegt worden sei (act. 24 S. 27). Die Klägerin muss – wie gezeigt – nicht nur die Höhe ihres Entschädigungsanspruchs behaupten, sondern auch deren Voraussetzungen, mithin den ursprünglichen Vertragsinhalt sowie die Art und der Umfang der Beststellungsänderung. Dies unterlässt sie. Die Klägerin substantiiert nicht, welche Armierung unter dem Werkvertrag vom

tt.mm.2005 geschuldet war, ebenso nicht, wann der Ingenieur welche Anordnungen in Bezug auf Mehrarbeiten getroffen hat.

d) Zusammenfassend ist der Klägerin für Mehrarbeiten der Nebenintervenientin zufolge ungenügender Substantiierung der Anspruchsgrundlagen keine Mehrvergütung zuzusprechen.

## 8.5. Übrige Mehrleistungen

### 8.5.1. Baugrubenaushub | Baumeisterarbeiten (ausgeführt durch die Klägerin)

Bei Vertragsschluss vereinbarten die Parteien, dass die Böschungssicherungen mit Sickerbeton (mittlere Dicke 20 cm) und ohne Armierungsnetze ausgeführt werden (act. 17/1g S. 6; act. 17/1h S. 45). Gemäss Darstellung der Klägerin hat Ingenieur P.\_\_\_\_\_ in Abweichung vom Werkvertrag eine Stärke/Dichte der Böschungssicherungen von 25 cm angeordnet. Dies habe zu einem Mehrverbrauch von 59 Kubikmeter Beton geführt. Zudem habe der Ingenieur gefordert, Armierungsnetze einzusetzen. Für den Mehraufwand sei sie im Betrag von CHF 10'600.– zu entschädigen (act. 1 S. 9 f.; act. 24 S. 18, act. 25/63). Die Beklagte bestreitet die Beststellungsänderungen und den Mehrverbrauch von Sickerbeton. Bei den Armierungseisen habe ein Minderverbrauch resultiert (act. 28 S. 71 f.). Die klägerische Behauptung, Ingenieur P.\_\_\_\_\_ habe für die Beklagte Zusatzarbeiten angeordnet, ist nicht hinreichend substantiiert. Die Klägerin hätte vielmehr behaupten müssen, wann, wie und wo Ingenieur P.\_\_\_\_\_ gegenüber wem von der Klägerin die Mehrleistungen angeordnet hat. Ein Beweisverfahren erweist sich damit als nicht möglich. Mangels bewiesener Beststellungsänderung ist die Klägerin nicht berechtigt, von der Beklagten eine Mehrvergütung zu verlangen.

### 8.5.2. Betontrennarbeiten (ausgeführt durch die F.\_\_\_\_\_ AG)

Die Arbeitsgattungen Sondierbohrungen und Fundamentabtrennung sind – nach Darstellung der Klägerin – nicht ursprünglicher Leistungsinhalt gewesen. Ingenieur P.\_\_\_\_\_ habe diese Arbeiten mit dem Ziel angeordnet, die vorstehenden Fundamente und Vorsprünge erschütterungsfrei abzutrennen. Die Zusatzarbeiten

habe die Beklagte im Umfang von CHF 5'076.40 zu vergüten (act. 24 S. 20). Auch diesbezüglich bleibt die Klägerin eine genügende Substantiierung ihres Aufwandes schuldig. Sie verweist auf die Rechnung Nr. 2478, legt diese jedoch nicht ins Recht. Die Rechnung Nr. 2477 (act. 25/70) hingegen gibt in Bezug auf Aufwand im Zusammenhang mit Sondierbohrungen und Fundamentabtrennung keinen Aufschluss. Infolge nicht genügend substantiierter Behauptungen der Klägerin ist demzufolge darauf nicht näher einzugehen.

#### 8.6. Zusammenfassung

Unter dem Titel Mehraufwand zufolge Beststellungsänderungen kann die Klägerin keine Mehrvergütung geltend machen.

### 9. Auferlegung der Kosten aus dem Verfahren betr. Bauhandwerkerpfandrecht

#### 9.1. Sachverhalt

a) Mit superprovisorischer Verfügung vom 16. September 2005 der Einzelrichterin im summarischen Verfahren Nr. 53/2005/854 (fortan Nr. 854) des Kantonsgerichts Schaffhausen wurden zu Gunsten der Klägerin und zu Lasten beklagter Grundstücke Bauhandwerkerpfandrechte im Umfang von CHF 67'523.60 vorläufig vorgemerkt (vgl. act. 4/3). Nachdem die Beklagte eine Solidarbürgschaft der G.\_\_\_\_\_ [Bank] vom 7. Oktober 2005 als Sicherheit im nämlichen Umfang eingereicht hatte, bestätigte die Einzelrichterin am 4. November 2005 die Massnahme vom 16. September 2005, jedoch mit der Änderung, dass anstelle des vorläufig vorgemerkten Pfandrechts die Bürgschaftserklärung der G.\_\_\_\_\_ als Sicherheitsleistung trete (Ziff. 1). Die Sicherheitsleistung gelte bis am 15. Mai 2006 und falle dahin, wenn die Klägerin bis zu diesem Tage nicht die Einwilligung der Beklagten zur definitiven Feststellung des Pfandrechts erwirke oder gegen diese nicht Klage auf definitive Feststellung des Pfandrechts und der Forderung als Pfandsumme erhebe (Ziff. 3 Abs. 2). Die Verfahrenskosten im Betrage von total CHF 1'590.– wurden unter Vorbehalt eines abweichenden Entscheides im ordentlichen Verfahren der Klägerin auferlegt (Ziff. 4). Auch der Entscheid über allfällige Prozessentschädigungen wurde dem ordentlichen Verfahren vorbehalten.

Für den Fall, dass bis am 15. Mai 2006 die Klage nicht eingeleitet werde, weil die Klägerin die Einwilligung der Beklagten zur definitiven Feststellung des Pfandrechts erwirkt hätte, habe die Beklagte der Klägerin die Gerichtskosten zu ersetzen und sie für das summarische Verfahren im Umfang ihrer Anwaltskosten zu entschädigen. Schlössen die Parteien einen Vergleich, werde die Beklagte aus der Entschädigungspflicht entlassen (Ziff. 5).

b) Im November 2005 machte die Klägerin beim Kantonsgericht Schaffhausen ein weiteres Verfahren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gegen die Beklagte anhängig (Nr. 53/2005/1106; fortan Nr. 1106). Am 17./18. Januar 2006 vereinbarten die Parteien die Einholung eines Gutachtens zur Frage des in der Hauptsache strittigen Leistungsumfangs (act. 17/12 Ziff. 1). In Bezug auf das Verfahren Nr. 1106 trafen die Parteien eine abschliessende Regelung (Ziff. 6 Abs. 2): Die Klägerin war gehalten, dieses zurückzuziehen; die Verfahrenskosten wurden zwischen den Parteien hälftig geteilt; auf eine Parteientuschädigung wurde beidseits verzichtet. In Bezug auf das Verfahren Nr. 854 verständigten sich die Parteien wie folgt (Ziff. 6 Abs. 3): Für den Fall, dass die Klägerin zwecks Wahrung der Frist die Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bis am 15. Mai 2006 einleite, erteilte die Beklagte die Zustimmung zur Sistierung der Klage bis zum Vorliegen des Gutachtens. Über die Kosten des Verfahrens Nr. 854, einschliesslich allfälliger Prozessentschädigungen, sei auf Grundlage des Gutachtens zu entscheiden. Könnten sich die Parteien nicht verständigen, entscheide der Gutachter abschliessend (act. 17/12).\*\*\*

c) Mit Verfügung vom 23. Januar 2006 schrieb die Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Kantonsgericht Schaffhausen das Verfahren Nr. 1106 als durch Vergleich erledigt ab, unter vereinbarungsgemässer Regelung der Nebenfolgen gemäss Parteivereinbarung vom 17./18. Januar 2006 (act. 4/4). Mit Eingabe vom 11. Mai 2006 (Eingang am 15. Mai 2006) gelangte die Klägerin mit den auch hier im Prozess gestellten Rechtsbegehren "zwecks Fristwahrung" an das Friedensrichteramt V.\_\_\_\_\_ (act. 3 und 4/6 Ziff. 7). Auf Antrag beider Parteien wurde das Verfahren umgehend formlos sistiert, da sie – wie der Weisung zu entnehmen ist – das Ergebnis des Gutachtens abwarten wollten. Am

17./20. November 2006 schlossen die Parteien eine zweite Vereinbarung. In Ziff. 2 kamen die Parteien hauptsächlich überein, in Bezug auf die strittige Frage des Leistungsumfangs ein Schiedsgutachten einzuholen. Weiter verpflichtete sich die Beklagte, die von der Klägerin erhobene Forderung über CHF 394'772.– mittels einer Solidarbürgschaft der G.\_\_\_\_\_ sicherzustellen. Die Urkunde sei der Klägerin bis am 30. November 2006 auszuhändigen. Die Klägerin verzichtete im Gegenzug, für ihre Forderungen in diesem Umfange ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen zu lassen (Ziff. 6). In Ziff. 7 kam man schlussendlich überein, nach Aushändigung der genannten Bürgschaftsurkunde hätten die Parteien mit dem gemeinsamen Antrag an das Kantonsgericht Schaffhausen zu gelangen, die im Verfahren Nr. 854 von der Beklagten beigebrachte Solidarbürgschaft über CHF 67'523.60 zu retournieren. Die beim Friedensrichteramt V.\_\_\_\_\_ gemäss Verfügung des Kantonsgerichts Schaffhausen vom 4. November 2005 (Verfahren Nr. 854) anhängig gemachte Klage bleibe sistiert.

d) Mit Schreiben vom 6. März 2007 gelangte der Rechtsvertreter der Klägerin an den Rechtsvertreter der Beklagten und hielt mit Bezug auf eine Besprechung vom Vortrag fest, dass die Parteien auf die Einholung eines Gutachtens gemäss Vereinbarung vom 17./20. November 2006 zugunsten der ordentlichen Gerichtsbarkeit verzichtet hätten. Die Beklagte bestätigte die getroffene Vereinbarung am 13. März 2007 (act. 4/7). Mit Schreiben vom 28. Juni 2007 bat die Klägerin um Vorladung zur Sühnverhandlung, diese fand am 7. September 2007 statt. Die Weisung datiert vom 12. September 2007 (act. 3).

## 9.2. Klägerische Behauptungen

Im Verfahren um die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes regle das Gericht die Kosten- und Entschädigungsfolgen praxisgemäss nur vorläufig. Der Endentscheid werde dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Dementsprechend habe auch die Einzelrichterin im summarischen Verfahren in ihrer Verfügung vom 4. November 2005 entschieden, dies unter der Voraussetzung, dass die Klägerin das ordentliche Verfahren bis am 15. Mai 2006 einleite. Das habe die Klägerin mit Eingabe vom 11. Mai 2006 an das Friedensrichteramt V.\_\_\_\_\_ fristgerecht getan. Gemäss Ziff. 5 Abs. 3 der Verfügung werde die Be-

klagte aus der Entschädigungspflicht entlassen, sollten die Parteien einen Vergleich abschliessen. Ein solcher existiere nicht. Die Parteivereinbarung vom 17./20. November 2006 gehe einzig dahin, dass infolge Beibringen einer höheren, anderen Bürgschaftsverpflichtung durch die Beklagte die frühere, weniger werthaltigere an die G. \_\_\_\_\_ zurückzugeben sei. Daher werde in Ziff. 7 Abs. 2 explizit die aufgrund der vorgenannten Verfügung angehobene Klage als weiterhin rechtshängig bezeichnet bzw. erwähnt. Was die Höhe der Prozessentschädigung anbelange, entspreche der Betrag von CHF 3'000.– zuzüglich 7,6 MwSt. dem angefallenen Aufwand sowie dem in Frage stehenden Streitwert. Die Klägerin offeriert eine detaillierte Honorarnote auf erstes Ersuchen des Handelsgerichts (act. 1 S. 5 f.; act. 24 S. 31 ff.; act. 32 S. 12).

### 9.3. Beklagtische Behauptungen

Die Einzelrichterin habe im Verfahren Nr. 854 in Bezug auf den Rückgriff auf die Beklagte angeordnet, dass die Beklagte dann aus der Entschädigungspflicht entlassen werde, wenn die Parteien einen Vergleich schlössen. Diese Voraussetzung sei erfüllt. In Ziff. 7 der Vereinbarung vom 17./20. November 2006 hätten sich die Parteien darauf verständigt, dass die Klägerin die im Verfahren Nr. 854 von der Beklagten beigebrachte Bürgschaftserklärung über CHF 67'523.60 zuzüglich Zins frei gebe. Die Klägerin fordere damit zu Unrecht den Ersatz der Verfahrenskosten und der Parteikosten (act. 16 S. 28 ff.; act. 28 S. 81).

### 9.4. Würdigung

a) In ihrer Verfügung vom 4. November 2005 hat die Einzelrichterin die Verfahrenskosten im Umfang von CHF 1'590.– der Klägerin auferlegt, jedoch einen abweichenden Entscheid im ordentlichen Verfahren vorbehalten (act. 4/3 S. 6 Ziff. 4). Zur Einleitung des ordentlichen Verfahrens wurde der Klägerin (implizit) Frist bis am 15. Mai 2006 angesetzt. Für den Ausnahmefall, dass bis am 15. Mai 2006 deshalb keine Klage eingeleitet werde, weil die Klägerin die Einwilligung der Beklagten zur definitiven Feststellung des Pfandrechts erwirke oder die Parteien einen Vergleich schlössen, ordnete die Einzelrichterin eine andere Kostenverteilung an. Eine solcher Ausnahmefall liegt indessen nicht vor. Zwar haben die Par-

teien am 17./18. Januar 2006 und am 17./20. November 2006 Vereinbarungen getroffen. Diese beinhalten jedoch keine Klärung, ob die von der Klägerin im Verfahren Nr. 854 ins Recht gefasste Forderung über CHF 67'523.60 geschuldet ist oder nicht, sondern man verständigte sich bloss über den Vorgang zur Ermittlung von deren Begründetheit.

b) Die angesetzte Frist, die Klage bis am 15. Mai 2006 einzuleiten, hat die Klägerin mit Eingabe vom 11. Mai 2006 (Eingang 15. Mai 2006) beim Friedensrichteramt der Stadt V.\_\_\_\_\_ gewahrt. Das Sühnverfahren wurde mit Ausstellung der Weisung am 12. September 2007 beendet, und die Weisung am 7. Dezember 2007 dem hiesigen Gericht rechtzeitig eingereicht (§ 101 ZPO/ZH). Damit ist die Klägerin ihren von der Einzelrichterin auferlegten prozessualen Pflichten nachgekommen, um im hiesigen Verfahren – bei gegebenen Voraussetzungen – von der Beklagten für das vorläufige Eintragungsverfahren des Bauhandwerkerpfandrechts im Kanton Schaffhausen Kostenersatz zu verlangen. Zu prüfen ist allerdings vorab, ob die Parteien eine abweichende Vereinbarung getroffen haben.

c) Die Vereinbarung vom 17./18. Januar 2006 hält in Ziff. 6 Abs. 3 fest, dass über die Kosten des Verfahrens Nr. 854, einschliesslich allfälliger Prozessentschädigungen, auf der Grundlage des (vereinbarungsgemäss in Auftrag zu gebenden) Gutachtens zu entscheiden sei. Könnten sich die Parteien nicht verständigen, entscheide der Gutachter abschliessend und für die Parteien verbindlich über die Kosten- und Entschädigungsregelung. Indem die Parteien darauf verzichteten, ein solches Gutachten einzuholen, ist der Anwendung von Ziff. 6 Abs. 3 die Grundlage entzogen. Es bleibt dabei, dass das Gericht im ordentlichen Verfahren zu entscheiden hat. Nichts anderes ist der Vereinbarung vom 17./20. November 2006 zu entnehmen; diese schweigt sich hierzu aus.

d) Die Höhe der Verfahrenskosten im Verfahren Nr. 854 sind mit CHF 1'590.– ausgewiesen. Den Erwägungen der Einzelrichterin ist zu entnehmen, dass die Klägerin um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für den Betrag von CHF 67'523.60 ersuchte. Da die Klägerin im vorliegenden Prozess in mindestens diesem Betrag obsiegt, kann sie sämtliche Verfahrenskosten im Verfahren Nr. 854 auf die Beklagte abwälzen, weshalb Letztere zu verpflichten ist, der Klä-

gerin den Betrag von CHF 1'590.– zu bezahlen. Das Gleiche würde grundsätzlich auch mit Bezug auf den Anspruch auf Prozessentschädigung gelten; denn auch diesen Entscheid hat die Einzelrichterin dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Die Höhe einer vollen Prozessentschädigung für das Summarverfahren hat die Einzelrichterin nicht bestimmt, sie erwähnt jedoch in Ziff. 5 Abs. 2, dass diese im Umfang der Anwaltskosten festzusetzen sei. Die Klägerin macht eine Prozessentschädigung von CHF 3'000.– geltend. In der Stellungnahme zu den Dupliknoven begründet die Klägerin die Höhe damit, dass der Stundenaufwand 10,27 Stunden betragen habe, der Ansatz liege bei CHF 230.– pro Stunde. Hinzu kämen nach der an den Gerichten des Kantons Schaffhausen bestehenden Praxis die Sekretariatskosten (35 Seiten zu CHF 10.–), die Barauslagen zu CHF 287.– sowie 7,6% MwSt. (act. 32 S. 12). Die Parteien sind mit Tatsachenbehauptungen ausgeschlossen, die sie mit ihrem letzten Vortrag, d.h. die Klägerin mit der Replik, nicht vorgebracht haben (§ 114 i.V.m § 121 Abs. 1 ZPO/ZH). Dass davon im Sinne von § 115 ZPO/ZH ausnahmsweise abzuweichen wäre, ist nicht ersichtlich; auch hat die Klägerin keine solchen Gründe dargetan. Die Behauptungen der Klägerin in der Stellungnahme zu den Dupliknoven sind damit nicht zu berücksichtigen. Doch selbst wenn, wären sie unsubstantiiert, da im Dunkeln bleibt, welchen Aufwand die Klägerin in den geltend gemachten Stunden betrieben haben will. Der pauschale Verweis in der Replik sodann, sie werde eine detaillierte Honorarnote im Beweisverfahren oder noch später einreichen, genügt nicht. Die Behauptungen sind im Hauptverfahren aufzustellen. Mangels solcher ist der Klägerin keine Prozessentschädigung aus dem Verfahren Nr. 854 vor dem Kantonsgericht Schaffhausen zu ersetzen.

#### 10. Solidarbürgschaft

a) Indem die Klägerin die Klage am 15. Mai 2006 fristgerecht eingeleitet hat, gilt gemäss Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Kantonsgericht Schaffhausen vom 4. November 2005 die von der Beklagten eingereichte Bürgschaftsurkunde (Solidarbürgschaft der G.\_\_\_\_\_) über CHF 67'523.60 zuzüglich 5% Zins seit 15. September 2005 bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die vorliegenden Klage als Sicherheit (act. 4/3 Ziff. 3 Abs. 2). Unter der Ver-

einbarung vom 17./20. November 2006 verpflichtete sich die Beklagte zum Beibringen einer auf CHF 394'772.– (zuzüglich Zinsen) erhöhten Solidarbürgschaft (wiederum der G.\_\_\_\_\_) und zur Aushändigung der entsprechenden Urkunde an die Klägerin. Im Gegenzug verzichtete diese, für ihre Forderungen über diesen Betrag ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen zu lassen (act. 4/6 Ziff. 6). Nach Aushändigung der Urkunde hatten die Parteien im Verfahren Nr. 854 mit dem gemeinsamen Antrag an das Gericht zu gelangen, die Solidarbürgschaft über CHF 67'523.60 im Original zu retournieren (Ziff. 7).

b) Die Beklagte stellt den Antrag, die Klägerin sei zu verpflichten, der G.\_\_\_\_\_ unverzüglich die Erklärung abzugeben, dass die Bürgschaftsverpflichtung (Solidarbürgschaft) über den Betrag von CHF 394'772.00 für die Verpflichtungen der Beklagten aus dem Werkvertrag vom tt.mm.2005, einschliesslich Zusatzarbeiten, nicht beansprucht werde, unter gleichzeitiger Retournierung des Originals der Bürgschaftsurkunde vom 27. November 2006 an die G.\_\_\_\_\_. Zur Begründung bringt die Beklagte nichts vor. Die Klägerin lässt sich ebenfalls nicht vernehmen. Damit ist nicht ersichtlich, auf welche rechtliche Grundlage die Beklagte ihr Rechtsbegehren stützt. Eine entsprechende vertragliche Verpflichtung ergibt sich weder aus Gesetz noch aus der Parteivereinbarung vom 17./20. November 2006. Auch Sinn und Zweck einer Bürgschaftserklärung sprechen gegen die Beklagte. Offensichtlich ging es den Parteien beim Beibringen der Bürgschaften durch die G.\_\_\_\_\_ darum, der Klägerin anstelle von Grundpfandrechten Gewähr zu bieten, dass ihre (behaupteten) Forderungen in nahezu gleich liquider Art gesichert werden. Mit vorliegendem Prozess wird die Forderung der Klägerin unter dem Werkvertrag zwar verbindlich festgestellt. Damit ist die Forderung aber noch nicht getilgt; das mit der Bürgschaft zu sichernde Ausfall- resp. Bonitätsrisiko der Beklagten bleibt bestehen. Es liegt auf der Hand, dass die Klägerin so lange Interesse an der Bürgschaft hat, bis die rechtskräftig festgestellte Werklohnforderung bezahlt ist. Folglich besteht für das Rechtsbegehren 2 der Beklagten keine Grundlage und ist dieses abzuweisen.

## 11. WIR | Akontozahlungen | Fälligkeit der Schlusszahlung

### 11.1. Bezahlung in WIR

a) Der Werkvertrag sieht die Bezahlung der Pauschalvergütung zu 5% in WIR vor. In der Klagebegründung tut die Klägerin dar, gleiches gelte für den Nachtrag Nr. 3 (act. 1 S. 28). Sie widerspricht der Darstellung der Beklagten in der Duplik indes nicht, diese Abmachung gelte auch für die anderen beiden Nachträge (act. 28 S. 12).

b) Die Vertragstexte der Nachträge 2 und 3 (act. 17/3 und 17/4) stellen klar, dass es sich hierbei um einen Nachtrag zum bestehenden Werkvertrag handle und alle übrigen Vertragsbedingungen unverändert gültig blieben. Beim Nachtrag Nr. 1 ist der Satz "Alle übrigen Vertragsbedingungen bleiben unverändert gültig" durchgestrichen (act. 17/2). Dies erklärt sich dadurch, dass die Parteien in den angehefteten AGB, die dem Hauptvertrag zugrunde liegen, zwei Änderungen vorgenommen haben. Da diese nicht die Art und Weise der Lohnzahlung betreffen, ist auch diesbezüglich zu folgern, dass der Lohn zu 5% in WIR zu bezahlen ist.

c) Unbestritten ist, dass die Beklagte bislang einen Betrag von CHF 67'200.– in WIR bezahlt hat (act. 28 S. 11; act. 17/7b und 17/7c).

## 11.2. Akontozahlungen

a) Die Beklagte will (gemäss der Klageantwortschrift) Akontozahlungen im Umfang von CHF 1'423'958.90 geleistet haben (act. 28 S. 11), die Klägerin geht von CHF 1'423'942.90 aus. Die Differenz erklärt die Klägerin damit, dass die Beklagte die Akontorechnung Nr. 2385 vom 19. Mai 2005 über CHF 124'816.– am 14. Juni 2005 lediglich im Umfang von CHF 124'800.– bezahlt habe (act. 1 S. 26 f.; act. 32 S. 7). Die Beklagte hat in der Duplik die Angaben der Klägerin bezüglich geleisteter Zahlungen anerkannt (act. 28 S. 11), so dass darauf abzustellen ist.

b) Die Beklagte ist damit zu folgender Zahlung zu verpflichten:

	in CHF
Werklohn	<b>1'808'050.00</b>
CHF 1'775'000.– Pauschallohn gemäss Vertrag vom tt.mm.05	
CHF 33'050.–, total für die 3 Nachträge	

./ Akontozahlungen total	<b><u>1'423'942.90</u></b>
<b>TOTAL</b>	<b><u>384'107.10</u></b>

Die Beklagte ist berechtigt (und verpflichtet), den Werklohn zu 5% in WIR zu bezahlen, mithin zu CHF 90'402.50. Abzüglich der bereits geleisteten WIR-Zahlungen im Umfang von CHF 67'200.– verbleibt ein Betrag von CHF 23'202.50.

### 11.3. Fälligkeit der Schlusszahlung

Der Schuldner trägt die Beweis- und damit auch die Behauptungslast für die Vermutung, dass die Fälligkeit einer Forderung noch nicht eingetreten ist (vgl. URS LEU, Basler Kommentar, a.a.O., N 6 zu Art. 76 OR). Die Beklagte wendet nicht – zumindest nicht in genügend substantiierter Form – ein, die eingeklagte Forderung sei noch nicht fällig; sie stört sich einzig am geltend gemachten Verzugszins. Zwar erwähnt sie an zwei Stellen, dass in den AGB die Regelung getroffen worden sei, die Schlusszahlung müsse erst nach ihrer Genehmigung der Schlussabrechnung und nach Empfang der Solidarbürgschaft zur Sicherstellung der vereinbarten Garantie erfolgen (Art. 28 S. 11), und ein solcher Garantieschein stehe bis heute aus (act. 16 S. 13). Aus dem Kontext, in welchem die Beklagte diese Einwände vorbringt, ist ersichtlich, dass sie sich gegen die Höhe der Restforderung und nicht gegen deren Fälligkeit zur Wehr setzt. Überdies ist fraglich, ob eine solche Regelung in den AGB überhaupt zulässig ist, und damit zu beachten wäre. Würde die Regelung wortgetreu umgesetzt, könnte die Beklagte nämlich mit einer Nichtgenehmigung der Schlussrechnung die Fälligkeit der Schlusszahlung auf unbestimmte Zeit hinausschieben.

### 12. Verzugszins

a) Die Klägerin verlangt Verzugszins zu 5% auf CHF 67'523.60 vom 15. September 2005 bis 31. Oktober 2006, ab 1. November 2006 auf CHF 394'788.– sowie auf CHF 16.– seit Einreichung der Klageschrift. Nebst den Ausführungen dazu, wann sie welche Rechnungen gestellt und welche Zahlungen erhalten hat, begründet die Klägerin den Zinsenlauf nicht. Auch die Beklagte äussert sich nicht speziell zu diesem Thema. Sie wendet nur in genereller Art ein,

dass die eingeforderten Verzugszinsen nicht ausgewiesen und deshalb im Grundsatz sowie im Quantitativ bestritten würden (act. 28 S. 13).

b) Die definitive Regelung der Verfahrenskosten im Verfahren Nr. 854 wird erst in diesem Prozess getroffen, weshalb auf den entsprechenden CHF 1'590.– kein Verzugszins geschuldet ist.

c) Die Akontorechnung, bei welcher die Beklagte CHF 16.– zu wenig bezahlt hat, datiert vom 19. Mai 2005. Die Zusprechung von Verzugszins seit Einreichung der Klageschrift, d.h. seit dem 7. Dezember 2007, ist nicht zu beanstanden.

d) Mit Schreiben vom 3. Oktober 2006 forderte die Klägerin die Beklagte auf, die Schlusszahlung bis spätestens bis am 31. Oktober 2006 zu leisten (act. 1 S. 29; act. 4/59). Entsprechend ist die Beklagte seit dem 1. November 2006 in Verzug und schuldet der Klägerin ab diesem Datum Verzugszins zu 5% (Art. 102 i.V.m. Art. 104 OR).

## V.

(Ergebnis)

Die Klägerin war verpflichtet, für die Beklagte ein Bauwerk zum Pauschalpreis von CHF 1'775'000.– zu erstellen. Davon und für die drei Nachträge im Wert von CHF 33'050.– ist die Beklagte noch CHF 384'107.10 schuldig. Ausserdem hat sie CHF 1'590.– Verfahrenskosten zu bezahlen. Mehr- oder Minderleistungen, die zu einer Zusatz- oder Mindervergütung hätten führen können, konnten die Parteien nicht substantiiert behaupten. Ebenso ist keine Grundlage für das Widerklagebegehren Ziff. 2 ersichtlich.

## VI.

(Kosten und Entschädigung)

Der Streitwert der Klage beträgt CHF 399'378.–, derjenige der Widerklage CHF 3'768.–, wobei das Widerklagebegehren Ziff. 2 nicht streitwerterhöhend zu berücksichtigen ist (vgl. § 18 Abs. 1 i.V.m. § 19 ZPO/ZH).

Da keine Partei vollständig obsiegt, sind die Kosten verhältnismässig nach dem Obsiegen und Unterliegen zu verteilen (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Damit hat die Klägerin die Kosten zu 1/20 und die Beklagte zu 19/20 zu tragen. Die gemäss § 4 Abs. 1 GebV OG zu bemessende Gerichtsgebühr ist angesichts des grossen Aufwandes für das Beweisverfahren und das Urteil gestützt auf § 4 Abs. 2 GebV OG zu verdoppeln.

Jede Partei hat in der Regel die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Die zuzusprechende Prozessentschädigung bemisst sich bei anwaltlich vertretenen Parteien nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (§ 25 AnwGebV vom 8. September 2010). Die Grundgebühr wurde mit der ersten Rechtsschrift verdient. Angesichts zweier weiterer Rechtsschriften (der Klägerin) und der Teilnahme sowohl an der Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung als auch an der Beweisverhandlung ist die Grundgebühr zu verdoppeln (§ 6 AnwGebV vom 21. Juni 2006). Von diesem Betrag ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung von 18/20 zu bezahlen.

#### **Das Gericht erkennt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Betrag von CHF 385'697.10 zu bezahlen (davon CHF 23'202.50 in WIR-Checks), zuzüglich Verzugszins zu 5% auf CHF 384'091.10 ab dem 1. November 2006 und zu 5% auf CHF 16.– ab dem 7. Dezember 2007.  
Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 37'600.–. Die weiteren Kosten betragen CHF 150.– für Zeugenentschädigungen.
4. Die Kosten werden der Klägerin zu 1/20 und der Beklagten zu 19/20 auferlegt.

5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung von CHF 38'600.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Nebenintervenientin, je gegen Empfangsschein.
7. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden.

---

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Thomas Seeger

lic. iur. Daniel Bausch