



Mitwirkend: Oberrichter Peter Helm, Präsident, und Ersatzoberrichterin Franziska Egloff, die Handelsrichter Werner Heim, Robert Schaub und Hans Dietschweiler sowie der Gerichtsschreiber Dr. Thomas Steininger

Urteil und Beschluss vom 23. Januar 2015

in Sachen

A._____ B._____ Architekten ETH SIA,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

C._____ D._____ Architekten AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Inhalt

Rechtsbegehren	3
A. Sachverhaltsübersicht	4
a. Parteien und ihre Stellung	4
b. Prozessgegenstand	4
B. Prozessverlauf	4
Erwägungen	5
1. Formelles	5
1.1. Zuständigkeit.....	5
1.2. Prozessualer Antrag der Beklagten	6
1.3. Teilweiser Klagerückzug	8
2. Unbestrittener Sachverhalt	9
3. Streitpunkte	12
4. Vertragsqualifikation	15
5. Mangelnde Fälligkeit des Anspruchs	16
6. Berechtigung zur Ersatzvornahme (Art. 366 Abs. 2 OR).....	18
6.1. Standpunkte der Parteien	18
6.2. Voraussetzungen der Ersatzvornahme	19
6.3. Werk in Ausführung	20
6.4. Bestimmt vorhersehbare, mangelhafte oder sonst vertragswidrige Werkerstellung (antizipierter Werkmangel).....	21
6.5. Verschulden des Unternehmers	49
6.6. Fristansetzung unter Androhung der Ersatzvornahme	49
6.7. Fazit Ersatzvornahme	53
7. Vorzeitige Vertragsauflösung	54
7.1. Ausgangslage und Parteistandpunkte	54
7.2. Rücktrittsrechte des Bestellers	55
7.3. Rechtsgrundlage der Vertragsauflösung	57
7.4. Rücktritt aus wichtigem Grund?.....	58

7.5.	Folgen der vertragswidrigen vorzeitigen Auflösung des Vertrags.....	59
7.6.	Fazit.....	67
8.	Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen.....	67
9.	Kosten- und Entschädigungsfolgen	69
9.1.	Gerichtskosten.....	69
9.2.	Parteientschädigungen	69
9.3.	Hinweis Mehrwertsteuer	70
	Beschluss	70
	Urteil	70

Ursprüngliches Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 254'200.-- zuzüglich Zins zu 5% seit 26. Dezember 2011 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MwSt. zu lasten der Beklagten."

Replicando modifiziertes Rechtsbegehren:

(act. 18 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 232'600.-- zuzüglich Zins zu 5% seit 26. Dezember 2011 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MwSt. zu lasten der Beklagten."

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Beide Parteien sind Architekturbüros mit Sitz in Zürich. Die Klägerin ist eine Kollektivgesellschaft; die Beklagte hat ihre Rechtsform im Mai 2012 von einer Kollektiv- in eine Aktiengesellschaft umgewandelt (act. 1 Rz. 3; act. 10 Rz. 4).

b. Prozessgegenstand

In Streit liegt die Forderung der Klägerin auf Zahlung des Resthonorars samt Bonusanteil gemäss Zusammenarbeitsvertrag der Parteien vom 2. November 2011 betreffend das Wohnbauprojekt "E._____" in F.____ (fortan "Zusammenarbeitsvertrag"). Die Beklagte verweigert eine Bezahlung im Hauptstandpunkt mit der mangelnden *Fälligkeit* der Forderung. Eventualiter erklärt sie Verrechnung eines allfälligen Resthonorars mit den ihr entstandenen Kosten aus *Ersatzvornahme* für vertraglich geschuldete Leistungen, deren Erbringung die Klägerin verweigert habe. Subeventualiter macht die Beklagte geltend, den Zusammenarbeitsvertrag *aus wichtigem Grund gekündigt* zu haben, weshalb über das bereits geleistete Teilhonorar hinaus kein Anspruch bestehe. Für den Fall, dass im Verhalten der Klägerin kein wichtiger Grund zu erblicken wäre, stellt sie sich schliesslich (sub-subeventualiter) auf den Standpunkt, dass die *vertragliche Regelung* des Honoraranspruchs bei vorzeitiger Beendigung des Vertrags dem eingeklagten Anspruch entgegenstehe (act. 22 Rz. 82 ff.), was wiederum zur Klageabweisung führe.

B. Prozessverlauf

Am 19. April 2012 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die Klageschrift ein (act. 1). Nach Eingang des Kostenvorschusses (Prot. S. 4) erstattete die Beklagte am 27. August 2012 die Klageantwort (act. 10). Anlässlich der Einigungsverhandlung vom 27. November 2012 wurde ein Vergleich mit Widerrufsvorbehalt geschlossen (act. 14; Prot. S. 8), den die Klägerin mit Eingabe vom 3. Dezember 2012 fristgerecht widerrief (act. 15). Mit Verfügung vom 5. Dezember 2012 wurde

das Verfahren schriftlich fortgesetzt (Prot. S. 9). Die Replik datiert vom 25. Februar 2013 (act. 18), die Duplik vom 17. Mai 2013 (act. 22).

Mit Eingabe vom 31. Mai 2013 ersuchte die Klägerin um Ansetzung einer 20-tägigen Frist, um sich zu neuen Vorbringen und Beilagen der Duplik zu äussern (act. 26). Mit Verfügung vom 3. Juni 2013 wurde dem Ersuchen stattgegeben (Prot. S. 14). Die 87-seitige Stellungnahme datiert vom 25. Juni 2013 (act. 29). Mit Eingabe vom 1. Juli 2013 (act. 36) ersuchte die Beklagte ihrerseits um Ansetzung einer 20-tägigen Frist, um sich zur klägerischen Stellungnahme zu Dupliknoten vom 25. Juni 2013 (act. 29) zu äussern, welchem Ersuchen mit Verfügung vom 3. Juli 2013 wiederum stattgegeben wurde (Prot. S. 18).

Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 26. August 2013 (act. 39) stellte die Beklagte den prozessualen Antrag, es seien sämtliche neuen Vorbringen und neuen Beweismittel in der Stellungnahme der Klägerin zur Duplik (act. 29) aus dem Recht zu weisen. Auf entsprechendes Gesuch der Klägerin vom 18. September 2013 (act. 42) wurde ihr mit Verfügung vom 25. September 2013 Frist angesetzt, um sich ausschliesslich zum vorerwähnten prozessualen Antrag zu äussern (Prot. S. 22). Mit Eingabe vom 2. Oktober 2013 (act. 45) schloss die Klägerin auf Abweisung des Antrags. Die Eingabe der Klägerin wurde der Beklagten am 3. Oktober 2013 zugestellt (Prot. S. 23). Der Prozess erweist sich als spruchreif.

Beide Parteien verzichteten auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (act. 50, act. 51). Das Verfahren ist spruchreif.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 17 ZPO i.V.m. act. 19/2 Ziff. 11 resp. Art. 18 ZPO, die sachliche aus Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG. Die Zuständigkeit blieb denn auch zu Recht unbestritten (act. 1 Rz. 2 f.; act. 10 Rz. 3).

1.2. Prozessualer Antrag der Beklagten

1.2.1. Mit Eingabe vom 26. August 2013 (act. 39 S. 2) stellt die Beklagte den prozessualen Antrag, "es seien sämtliche neuen Vorbringen der Klägerin in deren Stellungnahme zu den Dupliknoten vom 25. Juni 2013, d.h. alle neuen Tatsachen und alle neuen Beweismittel, nicht zuzulassen, für unbeachtlich zu erklären und aus dem Recht zu weisen". Die Klägerin habe es versäumt, für jede neue Tatsache resp. jedes neue Beweismittel in ihrer Eingabe darzutun, weshalb diese Noven im Lichte von Art. 229 Abs. 1 ZPO zulässig seien.

1.2.2. Mit Stellungnahme vom 2. Oktober 2013 (act. 45) schliesst die Klägerin auf Abweisung des Antrags. Die neuen Vorbringen in der Eingabe vom 25. Juni 2013 seien durch neue Behauptungen in der Duplik veranlasst worden und hätten daher nicht früher vorgebracht werden können. Es handle sich somit um echte Noven, welche unbeschränkt und ohne besondere Begründungspflicht für das späte Vorbringen zulässig seien (act. 45 S. 2).

1.2.3. Beide Parteien stellen sich sodann auf den Standpunkt, dass über die Zulässigkeit von neuen Vorbringen resp. neuen Beweismittel in der vorerwähnten Stellungnahme der Klägerin zu Dupliknoten vom 25. Juli 2013 vor Durchführung der Hauptverhandlung mittels prozessleitender Verfügung zu entscheiden sei (act. 39 Rz. 6; act. 24 S. 2).

1.2.4. Nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels ist grundsätzlich Aktenabschluss. Neue Tatsachen und Beweismittel können danach nur noch beschränkt im Rahmen von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgebracht werden. Ein dritter Schriftenwechsel ist dagegen ausgeschlossen (FREI/WILLISEGGER, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar ZPO, N 5 zu Art. 225 ZPO; PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Die Schweizerische Zivilprozessordnung, 2011, N 5 zu Art. 225 ZPO). Unbeschränkt vortragbar sind Tatsachen und Beweismittel, die erst nach Aktenschluss *entstanden* sind (echte Noven; Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO). Unechte Noven – Tatsachen und Beweismittel, die bereits vor Aktenabschluss bestanden – können nachträglich in den Prozess eingeführt werden, sofern ein vorheriges Einbringen trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich war

(Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO). Letzteres setzt voraus, dass der betreffenden Partei keine Nachlässigkeit bei der Behauptungs- oder Beweisführungslast vorgeworfen werden kann (LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N 8 zu Art. 229 ZPO). *Noven* sind unverzüglich nach ihrer Entdeckung in den Prozess einzuführen (Art. 229 Abs. 1 ZPO). Hierzu ist eine entsprechende Noveneingabe notwendig, in welcher auch zu begründen ist, weshalb das *Novum* erst zu diesem Zeitpunkt vorgetragen wird bzw. trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgetragen werden konnte (LEUENBERGER, a.a.O., N 10 zu Art. 229 ZPO, LAURENT KILLIAS, Berner Kommentar ZPO, Bd. I, N 198 zu Art. 229 ZPO).

1.2.5. Es gibt nach Aktenschluss kein jederzeitiges Antwortrecht auf die jeweils letzte Eingabe der Gegenseite, solange die Hauptverhandlung mit möglichen Parteivorträgen noch aussteht. Einem Stillschweigen bzw. nicht umgehenden Reagieren auf die Duplik kann daher nicht die Bedeutung eines Verzichts auf Stellungnahme zu den letzten Vorbringen der Gegenseite zukommen. Vorliegend setzte jedoch das Gericht auf entsprechende Ersuchen zunächst der Klägerin Frist zur Stellungnahme zu den mit Duplik neu vorgetragenen Tatsachen und neu eingereichten Beweismitteln und sodann zur Antwort der Beklagten darauf an (Prot. S. 15 f.).

1.2.6. Der Klägerin ist es im Lichte der Rechtsprechung zum Recht der Parteien auf Stellungnahme zu Eingaben der Gegenseite – unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthalten (BGE 138 I 154 E. 2.2.3. f. unter Hinweis auf 137 I 195 E. 2.3.1) – grundsätzlich unbenommen, sich umfassend zur Duplik zu äussern, wie vorliegend geschehen. Soweit sie im Rahmen ihrer Eingabe neue Behauptungen aufstellt resp. neue Beweismittel beibringt, unterstehen diese nach Aktenschluss dem vorerwähnten strengen *Novenrecht* (Art. 229 ZPO; BGE 140 III 312 E. 6.3.2.). Die Klägerin wurde mit Verfügung vom 3. Juni 2013 (Prot. S. 14) ausdrücklich auf ihre Begründungspflicht hingewiesen und es wurde ihr Gelegenheit zur Stellungnahme, beschränkt auf neue Vorbringen der Duplik, gegeben. Weiter wurde die Klägerin darauf hingewiesen, dass sie, soweit sie *ei-*

gene Noven vorbringt, zu jedem neuen Vorbringen Art. 229 Abs. 1 ZPO zu beachten hat.

1.2.7. Die Klägerin trägt in ihrer umfassenden Stellungnahme zur Duplik vom 25. Juni 2013 (act. 29), soweit ersichtlich, keine echten Noven – nach Aktenschluss *entstandene* und ohne besondere Begründung für die späte Geltendmachung vortragbare Tatsachen und Beweismittel – vor. Soweit sie unechte Noven behauptet, ohne darzulegen resp. zu belegen, weshalb eine Geltendmachung im Rahmen des ordentlichen Schriftenwechsels trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich war, kommt sie ihrer Begründungspflicht nicht nach und sind ihre Vorbringen unbeachtlich. Nicht hierunter fallen demgegenüber Vorbringen, die sachbezogene Präzisierungen eines bereits im früheren Verfahrensstadium vertretenen Standpunkts darstellen; sie gelten nicht als neue Vorbringen (DANIEL WILLISEGGER, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N 16 zu Art. 229 ZPO). Äusserungen der Klägerin, insbesondere ein Bestreiten, welche sich auf im Rahmen der Duplik neu vorgetragene Behauptungen oder neu eingereichte Beweismittel beziehen, sind zu hören. Auf diese Vorbringen wird nachfolgend, soweit prozessrelevant, eingegangen.

1.2.8. Zu nachträglichen Vorbringen ist der Gegenpartei Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen, was vorliegend erfolgte (vgl. act. 39). Über die Zulassung resp. Berücksichtigung von (unechten) Noven nach Aktenschluss befindet das Gericht unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände anhand eines objektiven Massstabs im Endentscheid; eines Zwischenentscheides bedarf es nicht. Als unzulässig befundene nachträgliche Vorbringen sind nicht zu berücksichtigen, gleichwohl aber zu den Akten zu nehmen (WILLISEGGER, a.a.O., N 55 zu Art. 229 ZPO; PAHUD, a.a.O., N 22 zu Art. 229 ZPO).

1.3. Teilweiser Klagerückzug

Mit Replik reduziert die Klägerin die Klagesumme von CHF 254'200.-- auf CHF 232'600.--. Eine Beschränkung der Klage, sei es durch Verzicht auf einzelne Rechtsbegehren oder, wie vorliegend, durch Reduktion eines Leistungsanspruchs, ist jederzeit zulässig (Art. 227 Abs. 3 ZPO). Auf die Zustimmung der Ge-

genpartei kommt es nicht an (vgl. act. 22 Rz. 102). Damit ist das Verfahren im Umfang von CHF 21'600.-- als zufolge Teilerückzugs der Klage erledigt abzuschreiben, unter entsprechender Kosten- und Entschädigungsfolge (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO).

2. Unbestrittener Sachverhalt

2.1. Die Projektentwicklerin G._____ AG (fortan G._____) lud im Juni/Juli 2011 vier Architekturbüros, darunter die Beklagte, zum Studienauftrag "... " ein. Das von den Parteien gemeinsam eingereichte Projekt ging als Sieger aus dem Studienauftrag hervor. In der Folge schloss die G._____ mit der Beklagten am 6./9. September 2011 einen Vertrag über Architekturleistungen betreffend die Wohnüberbauung "E._____" in F._____/ZH zur Umsetzung und Realisierung des Studienauftrags ab (fortan Architektenvertrag). Die Parteien ihrerseits schlossen am 2. November 2011 einen Zusammenarbeitsvertrag betreffend die besagte Wohnüberbauung ab (fortan Zusammenarbeitsvertrag), zu dessen Bestandteil der vorerwähnte Architektenvertrag erklärt wurde (act. 1 Rz. 6 f.; act. 10 Rz. 8 f. und 14).

2.2. Ziff. 2 des Architektenvertrags hält die Vertragsgrundlagen im Einzelnen fest und erklärt unter anderem die SIA-Norm 118, die SIA-LHO 102/2003 sowie die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses und der Planung geltenden Reglemente, Vorschriften, technischen Bedingungen und Normen, sofern ortsüblich und als Regeln der Baukunst anerkannt, in dieser Reihenfolge zu Vertragsbestandteilen (act. 3/5).

2.3. Gemäss Ziff. 2 des Zusammenarbeitsvertrags umfassten die von der Klägerin zu erbringenden Leistungen zum einen die Erstellung eines kompletten Baugesuchs und zum anderen alle Arbeiten, die zum Erwirken der Rechtskraft der Baubewilligung resp. einer Baufreigabe gemäss SIA 102/2003 notwendig sind (act. 1 Rz. 6, 20; act. 10 Rz. 15; act. 19/2 Ziff. 2). Die Parteien beschränkten ihre Zusammenarbeit damit auf die Stufen 1 (Vorprojekt, Teilphase 4.31 SIA 102/2003) und 2 (Bauprojekt und Bewilligungsverfahren, Teilphasen 4.32 und 4.33 SIA 102/2003) der Gegenstand des Architektenvertrags bildenden vier Stufen. Eine

Zusammenarbeit bei den Stufen 3 (Ausschreibungsplanung, Teilphase 4.41 SIA 102/2003) und 4 (Realisierung, Teilphasen 4.51 bis 4.53 SIA 102/2003) machten die Parteien vom Abschluss einer schriftlichen Vereinbarung vor Inangriffnahme der betreffenden Arbeiten abhängig (act. 1 Rz. 10; act. 10 Rz. 15 f.; act. 19/2 Ziff. 2 und 9; act. 3/5 Ziff. 3.1).

2.4. Bei der Beklagten verblieb die Gesamtverantwortung für das Projekt; ihre Aufgaben im Rahmen der Stufen 1 und 2 umfassten die Federführung, die Haftpflichtversicherung gegenüber der Bauherrin, die Kontoführung, die Mithilfe und Unterstützung bei Abklärungen sowie Inputs, Überwachung und Freigabe (act. 1 Rz. 6; act. 10 Rz. 15). Als Baueingabetermin wurde der 15. Dezember 2011 vereinbart (act. 1 Rz. 12; act. 10 Rz. 17).

2.5. Die Parteien arbeiteten ab Ende August 2011 am Projekt (Stufen 1 und 2) zusammen weiter (act. 10 Rz. 11; act. 18 Rz. 6). Es fanden wöchentliche interne Sitzungen statt, um den Projektstand und das weitere Vorgehen zu besprechen; ab dem 1. September 2011 nahmen die Parteien an den jeweils zweiwöchentlich durchgeführten Planungssitzungen mit der Bauherrschaft G._____ (sog. „Jour fix“) teil (act. 10 Rz. 11; act. 18 Rz. 5 f.). Darüber hinaus fanden täglich Kontakte zwischen den Parteien statt. Die Klägerin verfügte in den Räumlichkeiten der Beklagten während zweieinhalb Monaten über zwei von Letzterer gemietete Arbeitsplätze (act. 1 Rz. 29; act. 10 Rz. 21 f.).

2.6. Die Parteien vereinbarten im Zusammenarbeitsvertrag, dass das Pauschalhonorar gemäss den Ziffern 5.1 und 6.1 des Architektenvertrags für Wettbewerb, Stufe 1 und Stufe 2 sowie ein allfälliger Bonus zu 60 % der Beklagten und zu 40 % der Klägerin zusteht. Die Honorar- und Bonusanteile der Klägerin gemäss Zusammenarbeitsvertrag setzen sich wie folgt zusammen (act. 1 Rz. 20, 29; act. 10 Rz. 19; act. 18 Rz. 67; act. 19/2 Ziff. 3):

Wettbewerb:	CHF	4'000.--
Stufe 1:	CHF	96'000.--
Stufe 2:	CHF	296'000.--
Bonusanteil	CHF	48'000.--

Total Honorar inkl. Bonusanteil CHF 444'000.-- exkl. MwSt.

2.7. Bezahlt hiervon wurden CHF 4'000.-- (Wettbewerb, Valuta 30. November 2011), CHF 120'000.-- (1. Akontozahlung, Valuta 15. Dezember 2011) und CHF 80'000.-- (2. Akontozahlung, Valuta 28. Dezember 2011). In Abzug zu bringen vom Total ist sodann der Mietzins von CHF 5'000.-- für die vorerwähnten zwei Arbeitsplätze der Klägerin in den Räumlichkeiten der Beklagten (act. 1 Rz. 29; act. 10 Rz. 22, 58; 19/2 Ziff. 5).

2.8. Gemäss Ziff. 4 des Zusammenarbeitsvertrags war die Klägerin berechtigt, Akontogesuche gemäss Projektierungsfortschritt bis maximal CHF 240'000.-- exkl. MwSt. zu stellen. Das darüber hinausgehende Resthonorar der Stufen 1 und 2 sowie der Bonusanteil waren erst bei Vorliegen einer rechtskräftigen Baubewilligung geschuldet (act. 10 Rz. 20; act. 18 Rz. 11; act. 19/2 Ziff. 4). Für den Fall, dass bei Eintritt der Rechtskraft der Baubewilligung noch Arbeiten betreffend die Baufreigabe ausstehend sein würden, wurde sodann ein Rückbehalt von CHF 20'000.-- vereinbart (act. 10 Rz. 20; act. 18 Rz. 11; 19/2 Ziff. 4). Im Umfang dieses Rückhalts (zuzüglich MwSt. von CHF 1'600.--) zog die Klägerin ihre Forderung replicando zurück. Der eingeklagte Betrag setzt sich somit wie folgt zusammen:

Resthonorar Stufen 1 und 2	CHF 192'000.--	
Bonusanteil	CHF 48'000.--	
je zzgl. MwSt	CHF 19'200.--	
Abzüglich Rückbehalt	CHF 21'600.--	(inkl. MwSt.)
Abzüglich Miete Arbeitsplatz	CHF 5'000.--	
Klagesumme	CHF 232'600.--	(inkl. MwSt.)

2.9. Die Klägerin stellte am 21. November 2011 ein erstes Akontogesuch über CHF 120'000.--, welches im Zeitpunkt der zweiten Akontorechnung vom 15. Dezember 2011 über CHF 240'000.-- noch nicht beglichen und daher in Letzterer enthalten war (act. 1 Rz. 13; act. 10 Rz. 39).

2.10. Am 9./10. Dezember 2011 wurden die Parteien darüber informiert, dass die G._____ das Bauprojekt an einen Investor, die H._____ AG (fortan H._____), verkauft hat und die Baueingabe daher nicht wie geplant am 15. Dezember 2011 erfolgt. Das Projekt sollte vielmehr zuerst nach den Wünschen des neuen Investors angepasst und erst danach bei der Baubehörde eingereicht werden (act. 1 Rz. 12, act. 10 Rz. 36). Am 13. Dezember 2011 übergab die Klägerin der Beklagten den Vorabzug ihrer Planungsunterlagen (act. 1 Rz. 13; act. 10 Rz. 37).

2.11. Im Anschluss an eine erste Besprechung (sog. Kick-off-Meeting) mit dem Investor am 21. Dezember 2011 teilte die Beklagte, vertreten durch D._____, der Klägerin, vertreten durch B._____, gleichentags telefonisch mit, dass die Beklagte sich entschlossen habe, sämtliche weiteren Planungsleistungen selber auszuführen. Diesen Entscheid bestätigte die Beklagte mit E-Mail vom 26. Dezember 2011 und teilte der Klägerin zudem mit, dass sie nicht gewillt sei, Leistungen, die nicht erbracht worden seien oder ausstünden, zu entschädigen (act. 1 Rz. 15 f.; act. 10 Rz. 48 ff.; act. 3/19).

2.12. Unbestritten ist weiter, dass Ziff. 8 des Zusammenarbeitsvertrags eine Auflösung frühestens nach Einreichung des Baugesuchs vorsah (act. 1 Rz. 6; unbestritten in act. 10 und act. 22; act. 19/2 Ziff. 8).

3. Streitpunkte

3.1. Standpunkt der Klägerin

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, sie habe der Beklagten am 13. Dezember 2011 den Vorabzug der Baugesuchspläne termingerecht übergeben und eine Akontorechnung über CHF 240'000.-- gestellt. Soweit die Beklagte davon ausgegangen sei, dass der Vorabzug der Pläne unvollständig oder mangelhaft sei, habe sie der Klägerin weder eine Nachfrist zur Verbesserung angesetzt, noch eine Ersatzvornahme angedroht, obwohl der Baueingabetermin auf Mitte Februar 2012 verschoben worden sei, und trotz der expliziten Aufforderung an die Klägerin noch am 16. Dezember 2011 nach Prüfung des Vorabzugs, für den „Endspurt“ bis Mitte Februar 2012 genügend Ressourcen bereitzuhalten

(act. 1 Rz. 26; act. 18 Rz. 71). Stattdessen habe sie mit mündlicher Mitteilung vom 21. Dezember 2011 und schriftlicher Bestätigung vom 26. Dezember 2011 erklärt, sämtliche weiteren Planerarbeiten selber ausführen zu wollen. Da der Zusammenarbeitsvertrag frühestens nach Eingabe des Baugesuchs vorzeitig hätte aufgelöst werden können, stehe der Klägerin zufolge vertragswidriger vorzeitiger Kündigung des Zusammenarbeitsvertrags und in analoger Anwendung von Art. 377 OR die Vergütung der bisher geleisteten resp. vertragswidrig entzogenen Arbeit zu. Dies entspreche dem Resthonorar samt Bonusanteil abzüglich des Rückbehalts von CHF 20'000.-- für die nach der Baueingabe zu erledigenden Arbeiten bis zur Baufreigabe (act. 18 Rz. 68). Noch am 9. Dezember 2011 hätten sämtliche Fachplaner, die Bauherrin G._____ sowie die Beklagte selbst den damaligen Planungsstand unterzeichnet und ihn damit für die Baueingabe freigegeben. Die Fachplaner und der Bauherr hätten dabei die gute Qualität der Pläne und die Zusammenarbeit gelobt (act. 1 Rz. 11).

3.2. Standpunkt der Beklagten

3.2.1 Die Beklagte hält dem entgegen, das von der Klägerin geforderte Honorar sei noch nicht fällig, da die Baugenehmigung vom 3. Juli 2012 aufgrund einer Einsprache (I._____ AG) noch gar nicht in Rechtskraft erwachsen sei (act. 10 Rz. 61 f.; act. 22 Rz. 82).

3.2.2. *Eventualiter* macht sie geltend, dass sie den Zusammenarbeitsvertrag mit der Klägerin nicht gekündigt, sondern am 21. Dezember 2011 eine Ersatzvornahme angekündigt habe, da sich die Klägerin wiederholt geweigert habe, ohne Vereinbarung einer zusätzlichen, vertraglich nicht geschuldeten Entschädigung die von der Beklagten monierten Mängel und Unvollständigkeiten im Vorabzug der Baugesuchpläne vom 13. Dezember 2012 zu beheben und allfällige Änderungswünsche des Investors einzuarbeiten (act. 10 Rz. 44 ff.). Da die Änderungswünsche des Investors lediglich geringfügige Projektänderungen im Sinne von Ziff. 8.4 Architektenvertrag dargestellt hätten, sei die Klägerin nicht zu einer zusätzlichen Honorarforderung berechtigt gewesen (act. 10 Rz. 12 f.; act. 22 Rz. 12 ff.). Die Klägerin habe damit in unberechtigter Weise die Behebung der Planmängel sowie die Umsetzung der Änderungswünsche des Investors verwei-

gert. Sie schulde der Beklagten daher die Kosten für die Ersatzvornahme, die sich auf CHF 177'957.-- belaufen und für welche die Beklagte eventualiter – für den Fall der (teilweisen) Gutheissung der Klage – Verrechnung erkläre. Der Bonusanteil der Klägerin sei zudem ohnehin nicht geschuldet, da die Klägerin ihre Leistungen nicht vollumfänglich und mängelfrei erbracht habe, weshalb die Beklagte der Klägerin im Ergebnis über das bereits bezahlte Honorar hinaus nichts mehr schulde (act. 22 Rz. 80 f., 85, 87 ff.).

3.2.3. *Subeventualiter* macht die Beklagte geltend, aus wichtigem Grund vom Zusammenarbeitsvertrag zurückgetreten zu sein, weshalb die Pflicht zur vollen Schadloshaltung der Klägerin entfalle. Die Fortsetzung der Zusammenarbeit mit der Klägerin sei der Beklagten nicht zumutbar gewesen, da die am 13. Dezember 2011 abgegebenen Pläne mangelhaft und unvollständig gewesen seien und die Klägerin, wie erwähnt, eine zusätzliche Entschädigung als *conditio sine qua non* für die Überarbeitung und Anpassung der Pläne und die Einarbeitung der Investorenwünsche gefordert habe. Die Klägerin, welche um die knappen Ressourcen der Beklagten sowie die zeitliche Dringlichkeit des Projekts gewusst habe, habe diesen Umstand bewusst zur Erlangung zusätzlicher finanzieller Vorteile auszunützen versucht (act. 10 Rz. 99 ff.). Die Beklagte habe daher Leistungen, zu deren Erbringung die Klägerin vertraglich verpflichtet gewesen sei, im Umfang von CHF 177'957.-- selbst vornehmen müssen. Sollte von einer vorzeitigen Vertragsauflösung nach Art. 377 OR ausgegangen werden, so seien die Leistungen der Beklagten im Umfang von CHF 177'957.-- zufolge Verrechnung von einem allfälligen Resthonorar in Abzug zu bringen, ebenso wie der nicht verdiente Bonus sowie der entgangene Gewinn, welcher mit 30% zu veranschlagen sei (act. 22 Rz. 95 ff.).

3.2.4. *Subsubeventualiter* hält die Beklagte schliesslich dafür, dass selbst im Falle einer vorzeitigen Vertragsauflösung ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes aufgrund der Regelung von Ziff. 5.6 des Architektenvertrags lediglich ein Honorar für das effektiv von der Klägerin Geleistete geschuldet sei (act. 22 Rz. 100).

3.3. Stellungnahme der Klägerin

Die Klägerin bestreitet, dass der am 13. Dezember 2011 der Beklagten übergebene Vorabzug der Pläne mangelhaft oder unvollständig gewesen sei (act. 18 Rz. 23, 27 f.). Die Baugesuchunterlagen hätten den Anforderungen an eine Baueingabe entsprochen, womit die Klägerin ihre vertraglich geschuldete Leistung mängelfrei erbracht habe (act. 18 Rz. 31). Die Klägerin habe die Korrekturen gemäss Besprechung vom 9. Dezember 2011 mit den Fachplanern in die Pläne gemäss Vorabzug vom 13. Dezember 2011 eingearbeitet. Zur Einarbeitung der Änderungswünsche des Investors habe sie zufolge Kündigung des Zusammenarbeitsvertrags keine Gelegenheit mehr gehabt. Art und Ausmass der Änderungswünsche seien ihr im Zeitpunkt der Vertragsauflösung am 21. Dezember 2011 nicht bekannt gewesen. Die erst mit E-Mail der Beklagten vom 26. Dezember 2011 mitgeteilten Änderungswünsche des Investors wären zudem nicht als geringfügig zu bezeichnen gewesen, sondern hätten gemäss Ziff. 8 des Architektenvertrags zu einer zusätzlichen Honorarforderung berechtigt (act. 18 Rz. 7 ff., 33). Die Klägerin habe sich nie geweigert, allfällige Änderungswünsche des Investors oder der Beklagten in die Pläne zu integrieren (act. 18 Rz. 29).

4. Vertragsqualifikation

4.1. Der Zusammenarbeitsvertrag verpflichtet die Klägerin, wie hiervor dargelegt (vgl. Erw. 2.3.), dazu, ein komplettes Baugesuch zu erstellen und alle Leistungen, die zum Erwirken der Rechtskraft der Baubewilligung resp. der Baufreigabe gemäss SIA 102/2003 notwendig sind, zu erbringen (act. 1 Rz. 6, 20; act. 10 Rz. 15; act. 19/2 Ziff. 2). Der Architektenvertrag fasst beide Leistungen als "Stufe 2" zusammen und setzt sie mit den Teilphasen 4.32 und 4.33 von SIA 102/2003 gleich (Ziff. 3.1).

4.2. Beide Verträge enthalten damit sowohl werkvertragliche als auch auftragsrechtliche Komponenten und sind somit als gemischte Verträge zu qualifizieren (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 9. Aufl. 2008, Rz. 252). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung unterstehen Planerstellungsarbeiten, die im Rahmen von Architekten-

verträgen zu erbringen sind, dem Werkvertragsrecht (BGE 127 III 543 S. 544 f. E. 2a). Da vorliegend Honoraransprüche für Planerstellungsarbeiten der Klägerin Streitgegenstand bilden, findet grundsätzlich Werkvertragsrecht Anwendung.

5. Mangelnde Fälligkeit des Anspruchs

5.1. Die Beklagte beruft sich, wie dargelegt, im Hauptstandpunkt auf die mangelnde Fälligkeit der eingeklagten Forderung. Ein über die bereits geleistete Zahlung hinausgehender Honorar- oder Bonusanspruch der Klägerin sei gemäss Zusammenarbeitsvertrag frühestens bei Vorliegen der rechtskräftigen Baubewilligung und der Baufreigabe zur Zahlung fällig (act. 10 Rz. 61). Die am 3. Juli 2012 erteilte Baubewilligung sei aufgrund des von der I. _____ AG am 9. August 2012 eingereichten Rekurses nicht rechtskräftig und es liege somit auch keine Baufreigabe vor (act. 10 Rz. 62; act. 22 Rz. 82 f.). Der Bonus sei zudem nur dann geschuldet gewesen, wenn die Klägerin ihre Leistungen vollumfänglich und mängelfrei erbracht und das Projekt zu einem erfolgreichen Abschluss gebracht hätte, was nicht der Fall gewesen sei (act. 10 Rz. 64; act. 22 Rz. 85). Eine vorzeitige Vertragsauflösung habe zudem nicht stattgefunden (act. 10 Rz. 81).

5.2. Nach Ansicht der Klägerin wurde ihr Anspruch auf Vergütung der bisher geleisteten resp. vertragswidrig vorzeitig entzogenen Arbeiten (Resthonorar und Bonusanteil) im Zeitpunkt der vertragswidrigen vorzeitigen Vertragsauflösung am 26. Dezember 2011 fällig (act. 1 Rz. 30; act. 18 Rz. 36). Dies gelte gemäss Rechtsprechung (BGE 129 III 738 S. 748 f. E. 7.3) auch dann, wenn die Baubewilligung im Urteilszeitpunkt noch nicht rechtskräftig sein sollte. Ab dem 26. Dezember 2011 sei hierauf ein Verzugszins geschuldet (act. 18 Rz. 70).

5.3. Wie hiervor dargelegt (vgl. Erw. 2.8.), war die Klägerin gemäss Ziff. 4 des Zusammenarbeitsvertrags berechtigt, Akontogesuche gemäss Projektierungsfortschritt bis maximal CHF 240'000.-- exkl. MwSt. zu stellen (act. 19/2). Die Zahlungsfrist zur Begleichung der Rechnungen betrug gemäss Ziff. 6.4 des Architektenvertrags 30 Tage (act. 3/5). Das darüber hinausgehende Resthonorar der Stufen 1 und 2 sowie der Bonusanteil waren erst bei Vorliegen einer rechtskräftigen Baubewilligung geschuldet. Für den Fall, dass bei Eintritt der Rechtskraft der

Baubewilligung noch Arbeiten betreffend die Baufreigabe ausstünden, wurde ein Rückbehalt von CHF 20'000.-- vereinbart (act. 19/2 Ziff. 4). Dies ist denn auch unbestritten (act. 10 Rz. 20; act. 18 Rz. 11). Die Klägerin hat weder im Rahmen des ordentlichen Schriftenwechsels noch mit Noveneingabe vorgebracht, dass die Baubewilligung zwischenzeitlich rechtskräftig geworden wäre. Soweit die Beklagte mit ihrer Erklärung vom 21. (mündlich) bzw. 26. Dezember 2011 (Bestätigung per E-Mail), sämtliche weiteren Planungsarbeiten selber ausführen zu wollen, von dem ihr zustehenden Recht auf Ersatzvornahme Gebrauch machte, ist die Fälligkeit der Honorarforderung, soweit sie den maximalen Akontobetrag von CHF 240'000.-- übersteigt, zu verneinen. Wurde der Vertrag mittels der erwähnten Erklärung der Beklagten, wie von der Klägerin geltend gemacht, ohne wichtigen Grund und damit vertragswidrig vorzeitig aufgelöst, so tritt die Fälligkeit des Ersatzanspruchs im Zeitpunkt der Vertragsauflösung ein (Praxisänderung mit BGE 129 III 749; vgl. GAUCH, a.a.O., N 540, 557). Hieran ändert nichts, dass die Zahlungsmodalitäten der Parteien eine Staffelung des Honorars vorsahen und die Fälligkeit eines Teils des Honorars nicht an die Werkabgabe (vgl. Art. 372 OR), sondern an den Eintritt der Rechtskraft der Baubewilligung anknüpfte.

5.4. Die rechtliche Bedeutung der Willenserklärung der Beklagten vom 21. (mündlich) bzw. 26. Dezember 2011 (schriftlich) ist zwischen den Parteien umstritten. Sie gehen allerdings übereinstimmend davon aus, dass die Beklagte damit klar zum Ausdruck brachte, sämtliche weiteren Planungsarbeiten selber ausführen zu wollen und auf die Erbringung jeglicher weiterer Leistungen der Klägerin unter dem Zusammenarbeitsvertrag zu verzichten. Während die Klägerin darin, wie dargelegt, eine vertragswidrige vorzeitige Auflösung des Zusammenarbeitsvertrags erblickt, lag nach Auffassung der Beklagten die Ankündigung einer Ersatzvornahme vor.

5.5. Die Beklagte behauptet nicht, dass die Klägerin ihre Willenserklärung in dem von ihr gemeinten Sinne (Ankündigung einer Ersatzvornahme) verstanden habe. Ob die Klägerin die Erklärung der Beklagten im damaligen Zeitpunkt und unter Würdigung aller ihr erkennbaren Umstände in guten Treuen als Ankündigung einer Ersatzvornahme hätte verstehen müssen, kann offenbleiben: Eine vorzeitige

Vertragsauflösung kann in beliebiger Form (wirksam) erklärt werden, sogar durch schlüssiges Verhalten, indem der Besteller die noch ausstehenden Arbeiten für den Unternehmer erkennbar an einen Dritten überträgt oder aber selber ausführt, *ohne dass ihm das Recht auf Ersatzvornahme zusteht* (GAUCH, a.a.O., Rz. 526). Die unbestrittene Erklärung der Beklagten vom 21. Dezember 2011, sämtliche weiteren Planungsarbeiten selber vornehmen zu wollen und auf die weitere Leistungserbringung durch die Klägerin zu verzichten, kommt zwangsläufig der Beendigung der Zusammenarbeit der Parteien gleich. Es ist daher zu prüfen, ob der Beklagten im damaligen Zeitpunkt eine Ersatzvornahme offenstand. Der Verzicht des Bestellers auf die weitere Leistungserbringung durch den Unternehmer, der sich zu Unrecht auf eine andere Norm stützt, ist als vorzeitige Vertragsauflösung im Sinne von Art. 377 OR zu qualifizieren (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 2 zu Art. 377 OR). Mithin wäre selbst dann, wenn sich die Beklagte am 21. Dezember 2011 *ausdrücklich* auf eine Ersatzvornahme berufen hätte, ihre Erklärung bei nicht gegebenen Voraussetzungen einer Ersatzvornahme als vorzeitige Vertragsauflösung im Sinne von Art. 377 OR zu qualifizieren.

6. Berechtigung zur Ersatzvornahme (Art. 366 Abs. 2 OR)

6.1. Standpunkte der Parteien

6.1.1 Die Beklagte erklärt eventualiter, für den Fall der ganzen oder teilweisen Gutheissung der Klage, Verrechnung eines allfälligen Resthonoraranspruchs mit den ihr entstandenen Kosten von CHF 177'957.-- aus Ersatzvornahme (act. 10 Rz. 69; act. 22 Rz. 88 ff.). Die Beklagte habe sich aufgrund der Weigerung der Klägerin, ohne Vereinbarung einer zusätzlichen, vertraglich nicht geschuldeten Entschädigung keinerlei weitere Leistungen zu erbringen, zu diesem Schritt veranlasst gesehen. Angesichts der kategorischen Weigerungshaltung der Klägerin habe eine Nachfristansetzung und Androhung der Ersatzvornahme, da unnütz resp. unzumutbar, unterbleiben können (act. 10 Rz. 88 ff.; act. 22 Rz. 192).

6.1.2. Nach dem Dafürhalten der Klägerin waren die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme im Zeitpunkt der Mitteilung der Beklagten vom 21. Dezember 2011 nicht gegeben. Gemäss Zusammenarbeitsvertrag habe sie ein den Anforde-

rungen an ein Baugesuch genügendes Werk geschuldet, welches sie der Beklagten am 13. Dezember 2011 abgeliefert habe. Dieses sei weder mangelhaft noch unvollständig gewesen. Zur Einarbeitung von Investorenwünschen habe sie keine Gelegenheit mehr gehabt, da der Zusammenarbeitsvertrag vorher aufgelöst worden sei und ihr die Änderungswünsche bis zu jenem Zeitpunkt noch gar nicht mitgeteilt worden seien. Es sei unzutreffend, dass die Klägerin sich geweigert habe, weitere Arbeitsleistungen zu erbringen, indem sie solche von einer vertraglich nicht geschuldeten Entschädigung abhängig gemacht habe. Vielmehr habe die Beklagte die Auszahlung des geforderten Akontos von CHF 240'000.-- mit E-Mail vom 16. Dezember 2011 verweigert (act. 1 Rz. 25 f.). Mit Bezug auf allfällige Planänderungen gemäss Investorenwünschen wäre im Übrigen aufgrund der Regelung in Ziff. 8 des Architektenvertrags, wonach lediglich geringfügige Planänderungen im Pauschalhonorar inbegriffen seien, selbst eine (bestrittene) Weigerung, die Planänderungen ohne vorgängige Vereinbarung einer zusätzlichen Entschädigung vorzunehmen, angesichts des am 26. Dezember 2011 mitgeteilten Umfangs der Änderungen gerechtfertigt gewesen. Dass es sich bei den Änderungswünschen des Investors nicht um Geringfügigkeiten gehandelt habe, gehe aus den eigenen Vorbringen der Beklagten hervor, die den diesbezüglichen Aufwand auf über CHF 50'000.-- geschätzt habe. Die Beklagte habe der Klägerin weder eine Nachfrist angesetzt, noch habe sie eine Ersatzvornahme angedroht, obwohl ihr dies zumutbar gewesen sei (act. 1 Rz. 25 f.; act. 18 Rz. 48 ff.). Noch mit E-Mail vom 16. Dezember 2011 habe die Beklagte die Klägerin nach Prüfung des Vorabzugs der Baugesuchsunterlagen, Stand 13. Dezember 2011, dringend aufgefordert, für den „Endspurt“ bis ca. Mitte Februar 2012 ausreichende Kapazitäten bereitzustellen, und ihr zugesichert, die Verbindlichkeiten gemäss Zusammenarbeitsvertrag einzuhalten (act. 1 Rz. 14). Die Erklärung der Beklagten vom 21. bzw. 26. Dezember 2011 stelle daher eine unrechtmässige vorzeitige Vertragsauflösung dar (act. 1 Rz. 27).

6.2. Voraussetzungen der Ersatzvornahme

Lässt sich während der Ausführung des Werkes eine mangelhafte oder sonst 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 Unterlassungsfall die Verbesserung oder die Fortführung des Werkes auf Kosten und Gefahr des Unternehmers einem Dritten übertragen werde (Art. 366 Abs. 2 OR). Über den Wortlaut von Art. 366 Abs. 2 OR hinaus kann die Ersatzvornahme auch durch den Besteller selbst vorgenommen werden (Eigenverbesserung; GAUCH, a.a.O., Rz. 891). Die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen obliegt dem Besteller (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 43 zu Art. 366 OR), vorliegend der Beklagten.

6.3. Werk in Ausführung

6.3.1. Die Ersatzvornahme hat während der Ausführung des Werks zu erfolgen; das Werk darf grundsätzlich noch nicht vollendet sein (GAUCH, a.a.O., Rz. 874).

6.3.2. Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass die Werkherstellung noch nicht abgeschlossen war. Die Klägerin begründet die Abgabe des Vorabzugs der Baugesuchspläne, Stand 13. Dezember 2011 – trotz der Verschiebung des Baueingabetermins auf Februar 2012 – damit, dass die G. _____ um Zusendung des aktuellen Plansatzes im Hinblick auf die bevorstehende Besprechung mit dem Investor ersucht habe (act. 18 Rz. 22). Nach Darstellung der Beklagten waren die Baugesuchspläne unvollständig und mangelhaft und es stand überdies die Einarbeitung allfälliger Änderungswünsche des Investors aus (act. 10 Rz. 37). Wie dargelegt, umfasste das geschuldete Werk nebst der Erstellung eines kompletten Baugesuchs alle Leistungen, die zum Erwirken der Rechtskraft der Baubewilligung respektive der Baufreigabe gemäss SIA 102 notwendig sind (act. 19/2 Ziff. 2). Diese Arbeiten waren unbestrittenermassen zum fraglichen Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen.

6.4. Bestimmt vorhersehbare, mangelhafte oder sonst vertragswidrige Werkerstellung (antizipierter Werkmangel)

6.4.1. Rechtliches

6.4.1.1. Eine *mangelhafte Erstellung* ist vorhersehbar, wenn das Werk bei seiner *Beendigung* mit Bestimmtheit einen Werkmangel aufweisen wird (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 32 zu Art. 366). Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn bereits während der Erstellung ein Werkmangel des Gesamtwerks sichtbar oder aus den Umständen klar ersichtlich ist, dass ein solcher aufgrund des Vorgehens des Unternehmers zwangsläufig entstehen muss. Nicht jede Unzulänglichkeit ist dabei als Werkmangel im Rechtssinn zu verstehen. Ein Werk ist mangelhaft, wenn ihm vertraglich zugesicherte oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte Eigenschaften fehlen. Der Werkmangel besteht folglich in einer Abweichung zur vertraglich geforderten Beschaffenheit des Werkes (Differenz zwischen Soll- und tatsächlicher Beschaffenheit des Werkes; ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 9 zu Art. 368 OR).

6.4.1.2. Auch ein *unvollständiges Werk* ist als vertragswidrig zu qualifizieren, es sei denn, der Unternehmer hätte einen *Leistungsverweigerungsgrund*. Verweigerungsgründe können sich aus dem Werkvertrag ergeben, so beispielsweise, wenn die Anhandnahme weiterer Werkleistungen von einer Bedingung wie etwa der vorgängigen Einigung der Parteien über die Vergütung der zusätzlichen Werkleistungen abhängig gemacht wird, oder wenn der Vertrag zur Einforderung von Teilzahlungen berechtigt, der Besteller dieser Zahlungsverpflichtung jedoch innert Frist nicht nachkommt. In einem solchen Fall wäre trotz objektiver Unvollständigkeit nicht von einem Mangel bzw. einer Vertragswidrigkeit im Sinne von Art. 366 Abs. 2 OR auszugehen, da dem Unternehmer aufgrund der synallagmatischen Vertragsbeziehung die Einrede von Art. 82 OR offen stünde. Für das Vorliegen eines Verweigerungsrechts ist nach der allgemeinen Beweislastregel (Art. 8 ZGB) der Unternehmer behauptungs- und beweisbelastet.

6.4.1.3. Art. 366 Abs. 2 OR umfasst nebst der "mangelhaften" Erstellung des Werks auch die "*sonst vertragswidrige*" Erstellung des Werks, worunter jegliche

Vertragsverletzung bei der Ausführung des Werkes fällt, die einen Bezug zur Werkerstellung hat (GAUCH, a.a.O., Rz. 877).

6.4.1.4. Sowohl die mangelhafte als auch die sonst vertragswidrige Erstellung des Werkes müssen *bestimmt voraussehbar* sein. Bloss subjektive Befürchtungen des Bestellers reichen nicht aus, um ein Vorgehen nach Art. 366 Abs. 2 OR zu rechtfertigen. Vielmehr müssen die konkreten Verhältnisse so sein, dass auch bei objektiv-vernünftiger Betrachtung mit einer *vertragswidrigen Erstellung des vollendeten Werkes* zu rechnen ist (GAUCH, a.a.O., Rz. 878). Bei der Annahme, das Werk werde zwangsläufig einen Werkmangel aufweisen, ist eine gewisse Zurückhaltung zu üben, da der Unternehmer *vor* Ablieferung des Werks grundsätzlich frei ist, wann er einen auftretenden Mangel beheben will (GAUCH, a.a.O., Rz. 884).

6.4.2. Parteidarstellungen

6.4.2.1. Beklagte

Nach Darstellung der Beklagten sei den Parteien zum einen klar gewesen, dass die Klägerin zur *Behebung allfälliger Mängel der Planungsunterlagen* verpflichtet gewesen sei. Zum anderen sei den Parteien schon vor Abschluss des Zusammenarbeitsvertrages bekannt gewesen, dass das Projekt voraussichtlich vor Einreichung des Baugesuchs an einen Investor verkauft würde und *Anpassungsarbeiten* gemäss den Wünschen eines solchen Investors, soweit diese am Konzept in grundsätzlicher Hinsicht nichts mehr änderten und sich die Anpassungen auf das Innere des Gebäudes beschränkten, im vereinbarten Pauschalhonorar enthalten seien (act. 10 Rz. 12 f., 18, 85; act. 22 Rz. 12 ff., 108). Dies habe auch der Regelung in Ziff. 8 des Architektenvertrags entsprochen, wobei unter geringfügigen Änderungen im Sinne von dessen Ziff. 8.4 (resp. Ziff. 8.1, vgl. act. 22 Rz. 109) alle Änderungen im vorerwähnten Sinne (keine grundsätzliche Änderung am Konzept, Beschränkung auf das Gebäudeinnere) verstanden worden seien (act. 22 Rz. 14 f.).

Die von der Klägerin am 13. Dezember 2011 der Beklagten abgegebenen Pläne seien unvollständig und mangelhaft und es sei die Einarbeitung allfälliger Ände-

rungen gemäss Investorenwünschen ausstehend gewesen (act. 10 Rz. 42, 86). Die Klägerin habe dessen ungeachtet am 15. Dezember 2011 eine "neue Akontorechnung" gestellt über CHF 240'000.–, woraufhin die Beklagte ihr nach erfolgter Überprüfung der Pläne mit E-Mail vom 16. Dezember 2011 mitgeteilt habe, dass noch kein eingabereifes Baugesuch vorliege, die Unterlagen der Überarbeitung bedürften und somit noch nicht der gesamte Akontobetrag von CHF 240'000.– geschuldet sei. Eine Schlusszahlung Akonto werde erst vorgenommen, wenn das Baugesuch abschliessend überarbeitet, eingereicht und von der Baubehörde definitiv zur Beurteilung zugelassen werde (act. 10 Rz. 40 ff.).

Anlässlich einer Besprechung zwischen den klägerischen Architekten B._____ und A._____ und dem Projektleiter der Beklagten, D._____, am 19. Dezember 2011 im Café Sprüngli betreffend das weitere Vorgehen habe D._____ namens der Beklagten erneut auf die Mangelhaftigkeit und Unvollständigkeit des Vorabzugs der Pläne aufmerksam gemacht, worauf B._____ namens der Klägerin mitgeteilt habe, dass *"die Klägerin nicht bereit sei, das Baugesuch nachzubessern, zu überarbeiten und fertig zu stellen, ohne dafür eine zusätzliche Entschädigung zu erhalten"* (act. 10 Rz. 44; act. 22 Rz. 17 f.). Angesichts dieser Haltung der Klägerin habe D._____ B._____ am 21. Dezember 2011 telefonisch darauf aufmerksam gemacht, dass die Beklagte das Projekt selber weiterzuführen gezwungen sei, sollte die Klägerin an ihrer Weigerungshaltung festhalten. B._____ habe sich während dieses Telefonats erneut auf den Standpunkt gestellt, *"dass die Klägerin auf keinen Fall Nachbesserungs- und Fertigstellungsarbeiten, geschweige denn Änderungsarbeiten gestützt auf allfällige Änderungswünsche des Investors vornehmen werde, solange nicht eine zusätzliche Entschädigung vereinbart worden sei"* (act. 10 Rz. 47; act. 22 Rz. 17 f.) Noch anlässlich des erwähnten Telefonats habe D._____ B._____ mitgeteilt, dass *"die Beklagte angesichts der kompletten Verweigerungshaltung der Klägerin das Projekt selber weiterführen müsse"* (act. 10 Rz. 48; act. 22 Rz. 20).

Mit ihrer E-Mail vom 26. Dezember 2011 habe die Beklagte (D._____) in der Folge die Weigerung der Klägerin festgehalten und bestätigt (act. 10 Rz. 49 f und act. 22 Rz. 19, je mit Zitat einschliesslich Hervorhebungen):

"Die von Euch am 13.12.2011 abgegebenen Unterlagen entsprechen unseren Anforderungen an ein Baugesuch definitiv nicht. [...]

Schon am 10.12.2011 habe ich ... [B._____] informiert, dass die Bauherrschaft sich entschlossen hat, die Anpassungswünsche des Investors in das Baugesuch einzuarbeiten und dieses erst Anfang 2012 einzugeben. Wir sind ganz klar der Ansicht, dass auch diese Änderungswünsche Teil Eures Auftrages sind. Somit wäre Euer Auftrag definitiv erst mit dem Einreichen eines vollständigen Baugesuches abgeschlossen. Unter diesen Voraussetzungen sind Eure Forderungen, dass das gesamte Honorar für das Baugesuch per sofort fällig ist und Ihr die Änderungswünsche des Investors separat als Honorarnachtrag entschädigt haben wollt, nicht gerechtfertigt. [...]

Die Korrekturen und die Änderungswünsche des Investors für das Baugesuch sind sehr anspruchsvoll und müssen in sehr kurzer Zeit umgesetzt werden. Wie ich ... [B._____] bereits am 21.12.2011 informiert habe, haben wir uns in der Folge entschlossen sämtliche noch ausstehenden Planungsarbeiten selber auszuführen."

Die Klägerin habe bereits vor dem Bekanntwerden des Umfangs der Änderungswünsche des neuen Investors mitgeteilt, dass sie nur gegen eine zusätzliche Entschädigung irgendwelche Änderungen vornehmen werde, und habe keinen Zweifel daran gelassen, dass sie sowohl geringfügige als auch grössere Änderungen verweigere (act. 22 Rz. 161). Damit habe eine *Erfüllungsverweigerung* seitens der Klägerin vorgelegen, da die Klägerin weitere Leistungen von einer unzulässigen Bedingung in Form einer vertraglich nicht geschuldeten, zusätzlichen Entschädigung abhängig gemacht habe. Diese Erfüllungsverweigerung habe die Beklagte zur Ersatzvornahmeerklärung anlässlich des vorerwähnten Telefongesprächs vom 21. Dezember 2011 veranlasst (act. 10 Rz. 43 ff., 82, 87; act. 22 Rz. 20).

6.4.2.2. Klägerin

Die Klägerin hält dem entgegen, dass die Pläne gemäss *Vorabzug vom 13. Dezember 2011* den Anforderungen an eine Baueingabe entsprochen und weder mangelhaft noch unvollständig gewesen seien. Die Pläne hätten in Detaillierungsgrad und Planstand den Anforderungen an eine Baueingabe genügt und die Abarbeitung der Auflagen bis zur Baufreigabe hätte es erlaubt, allfällige Beanstandungen der Baubehörde zu bereinigen (act. 18 Rz. 26). Die Klägerin habe die an der Sitzung vom 9. Dezember 2011 angebrachten Verbesserungswünsche al-

ler beteiligten Planer in die Planunterlagen einfliessen lassen, und der Vorabzug vom 13. Dezember habe dem Planungsstand entsprochen, den die Klägerin am 15. Dezember 2011 als Baueingabe eingereicht hätte, wenn nicht am 10. Dezember 2011 die Mitteilung betreffend den Verkauf des Projekts erfolgt wäre (act. 18 Rz. 25).

Zur Umsetzung von *Änderungswünschen des neuen Investors* habe die Klägerin keine Gelegenheit mehr gehabt, da der Zusammenarbeitsvertrag seitens der Beklagten am 21. Dezember 2011 aufgelöst und ihr die Änderungswünsche erst und einzig mit E-Mail der Beklagten vom 26. Dezember 2011 mitgeteilt worden seien (act. 18 Rz. 30, 50). Die Übergabe der Planungsunterlagen sei am 13. Dezember 2011 erfolgt, um den im Zusammenarbeitsvertrag festgelegten ursprünglichen Baueingabetermin (15. Dezember 2011) zu wahren und weil die G._____ im Hinblick auf die Investorensitzung vom 21. Dezember 2011 um Zusendung der Pläne ersucht habe, was am 12. Dezember 2011 erfolgt sei mit Kopie an die Beklagte am Folgetag des 13. Dezember 2011 (act. 18 Rz. 22 f.). Entgegen der Darstellung der Beklagten sei die Klägerin gemäss Zusammenarbeitsvertrag zur Stellung einer Akontorechnung über CHF 240'000.– berechtigt gewesen, weshalb die Verweigerung der "Schlusszahlung" Akonto durch die Beklagte am 16. Dezember 2011 vertragswidrig gewesen sei (act. 18 Rz. 24, 28).

Es treffe nicht zu, dass die Klägerin weitere Arbeitsleistungen (Fertigstellungs-, Mängelbehebungsarbeiten, Änderungswünsche des Investors) ohne Vereinbarung eines zusätzlichen, vertraglich nicht geschuldeten Honorars verweigert habe (act. 18 Rz. 29 ff., 51 f.). Da ihr, wie dargelegt, die Änderungswünsche des Investors bis zum 26. Dezember 2011 gar nicht bekannt gewesen seien und sie daher auch nicht habe wissen können, ob diese überhaupt baueingaberelevant sein würden, habe auch keine Veranlassung zu einer Weigerung bestanden (act. 18 Rz. 29). Es sei sodann unzutreffend, dass Anpassungswünsche des Investors per se in dem an die Klägerin erteilten Auftrag *inbegriffen* gewesen wären: Zusatzarbeiten, bei welchen es sich nicht um Geringfügigkeiten handelt, seien gemäss Ziff. 8.1 des Architektenvertrags zusätzlich zu entschädigen gewesen (act. 18 Rz. 29). Da der Klägerin die Konsequenzen der Änderungen bis zu jenem Zeit-

punkt gar nicht mitgeteilt worden seien, wäre sie im Übrigen ohnehin berechtigt gewesen, Zusatzleistungen zu verweigern (act. 18 Rz. 29). Angesichts des mit E-Mail vom 26. Dezember 2011 schliesslich mitgeteilten Umfangs der Anpassungsarbeiten zur Umsetzung der Investorenwünsche wäre eine Weigerung gar gerechtfertigt gewesen, da es sich bei den Änderungswünschen des Investors nicht um Geringfügigkeiten gehandelt habe, wie aus der eigenen Schilderung der Beklagten hervorgehe (act. 18 Rz. 29, 33 f.).

An der Besprechung vom 19. Dezember 2011 im Café Sprüngli seien entgegen der Darstellung der Beklagten nicht angebliche Mängel der Pläne, sondern ausschliesslich die Beendigung der Zusammenarbeit nach der Stufe 2 und die daraus resultierende Enttäuschung für die dort anwesenden Vertreter der Klägerin (B._____ und A._____) thematisiert worden. B._____ habe die Zusicherung erlangen wollen, dass die Beklagte ihren Verpflichtungen gemäss Zusammenarbeitsvertrag nachkommen werde. Da, wie dargelegt, im Zeitpunkt der Besprechung weder Art noch Umfang allfälliger Änderungswünsche des Investors bekannt gewesen seien, sei es für B._____ damals gar nicht möglich gewesen, ein zusätzliches Honorar gemäss Ziff. 8 des Architektenvertrags zu verlangen, wie von der Beklagten behauptet. Der Klägerin sei es um die Klärung der Frage gegangen, ob die *Akontozahlung von CHF 240'000.--* erfolge oder nicht (act. 18 Rz. 29 f.). Unzutreffend seien weiter die Ausführungen der Beklagten zum Inhalt des Telefongesprächs vom 21. Dezember 2011: B._____ habe sich namens der Klägerin auch bei dieser Gelegenheit nicht geweigert, allfällige Änderungswünsche der Beklagten oder aber des neuen Investors in die Pläne einzuarbeiten; ebenso wenig sei die Rede davon gewesen, dass die Beklagte "gezwungen sei, das Projekt weiterzuführen, falls die Klägerin die Fertigstellung und Mängelbehebung weiterhin verweigern würde". Die Beklagte habe der Klägerin telefonisch lediglich ihren längst gefällten Entscheid mitgeteilt, das Projekt alleine weiterzuführen, wie sich auch deren eigener Darstellung zur E-Mail vom 26. Dezember 2011 entnehmen lasse (act. 18 Rz. 29 f.).

6.4.3. Ausgangslage

6.4.3.1. Es ist vorliegend unbestritten, dass die Parteien im Zusammenarbeitsvertrag den 15. Dezember 2011 als *Baueingabetermin* vereinbarten und dieser zufolge des kurz vor diesem Datum erfolgten Verkaufs des Projekts an einen Investor gemäss mündlicher (telefonischer) Mitteilung der Beklagten an die Klägerin vom 10. Dezember 2011 *auf anfangs 2012 verschoben* wurde, damit vorgängig allfällige, zum Zeitpunkt der Verschiebung noch nicht bekannte Änderungswünsche des neuen Investors in die Pläne eingearbeitet werden konnten (act. 22 Rz. 120, 139).

6.4.3.2. Unbestritten ist weiter, dass die Projektentwicklerin G._____ am 9. Dezember 2011 (Freitag) um *Zustellung eines aktuellen Plansatzes* bis zum darauffolgenden Montag (12. Dezember 2011) ersuchte im Hinblick auf die Investorensitzung vom 21. Dezember 2011 und die Klägerin diesen am 12. Dezember 2011 an die G._____ übermittelte mit Kopie am Folgetag an die Beklagte (act. 10 Rz. 34; act. 18 Rz. 22; act. 22 Rz. 137).

6.4.3.3. Eigener Darstellung der Beklagten zufolge forderte diese die Klägerin telefonisch am 10. Dezember 2011 auf, *lediglich noch die ausstehenden Korrekturen* gemäss den Besprechungen vom 8. (zwischen Klägerin und Beklagte) resp. 9. Dezember 2011 (Koordinationssitzung Fachplaner) in die Pläne zu integrieren und im Übrigen mit jeglicher weiteren Bearbeitung resp. der Fertigstellung des Baugesuchs und der umfangreichen Beilagen *zuzuwarten bis nach der Investorensitzung* vom 21. Dezember 2011 (act. 10 Rz. 36; act. 22 Rz. 120, 130, 139). Es sei allen, auch der Klägerin, klar gewesen, dass auch eine minimale Änderung des Projekts zu Anpassungen in sämtlichen Unterlagen (Baugesuch, Pläne, Formulare, Berechnungen) führen würde, weshalb eine Fertigstellung sämtlicher einzureichender Unterlagen zu diesem Zeitpunkt unsinnig gewesen wäre (act. 22 Rz. 139). Die von der Klägerin zwischen dem 9. Dezember 2011 (Freitag) und der Übergabe des Vorabzugs der Pläne (Montag) vorgenommene Bearbeitung habe sich auf einige geringfügige Retuschen resp. einige wenige Anpassungen beschränkt (act. 10 Rz. 37; act. 22 Rz. 115).

6.4.3.4. Hinsichtlich der von ihr festgestellten Mängel in den Planungsunterlagen zum Stand der vorerwähnten Koordinationssitzung mit den Fachplanern vom 9. Dezember 2011 blieb das Vorbringen der Beklagten unbestritten, dass diese Mängel *für die Zwecke jener Sitzung irrelevant* gewesen seien (act. 10 Rz. 30).

6.4.3.5. Unbestritten ist weiter, dass die Klägerin nach Abgabe des Vorabzugs der Baugesuchspläne, Stand 13. Dezember 2011, ein *Akontogesuch über CHF 240'000.--* stellte, worin ein erstes Akontogesuch über CHF 120'000.-- enthalten war, dessen Überweisung mit Valuta 15. Dezember 2011 sich der der Stellung des zweiten Akontogesuchs kreuzte (act. 1 Rz. 13; act. 10 Rz. 39, 42, 58; act. 29 Rz. 258, 275).

6.4.3.6. Die Parteien sind sich weiter einig, dass die Klägerin gemäss Vertrag Akontogesuche bis maximal CHF 240'000.-- zu stellen berechtigt war, die sich nach dem *Projektierungsfortschritt* richteten, und dass das Resthonorar der Stufen 1 und 2 nach Vorliegen einer rechtskräftigen Baubewilligung geschuldet war (act. 1 Rz. 13; act. 10 Rz. 20; act. 3/2 Ziff. 4).

6.4.3.7. Übereinstimmender und durch die Akten belegter Darstellung der Parteien zufolge teilte die Beklagte mit E-Mail vom 16. Dezember 2011 und nach Prüfung des Vorabzugs des Baugesuchs mit, dass *noch nicht der gesamte Akontobetrag* von CHF 240'000.-- geschuldet sei. Eine Schlusszahlung (Akonto) werde erst vorgenommen, wenn das Baugesuch abschliessend überarbeitet (einschliesslich Investorenwünschen), eingereicht und von der Baubehörde definitiv zur Beurteilung zugelassen werde (act. 1 Rz. 14, 25; act. 10 Rz. 42). Überwiesen wurden, wie eingangs dargelegt, mit Valuta 15. Dezember CHF 120'000.-- (erste Akontorechnung) und hernach mit Valuta 28. Dezember 2011 weitere CHF 80'000.-- (act. 1 Rz. 29; act. 10 Rz. 58), letzteres mit dem Hinweis, dass der Rest erst nach Überarbeitung des Baugesuchs, Einreichung und definitiver Zulassung zur Beurteilung durch die Baubehörde geschuldet sei (act. 1 Rz. 14; act. 3/17).

6.4.3.8. Unbestritten ist zudem, dass *am 19. Dezember 2011* eine Besprechung zwischen den klägerischen Architekten B._____ und A._____ und dem Projektverantwortlichen der Beklagten (D._____) im Café Sprüngli stattfand, sowie wei-

ter, dass die Beklagte (D._____) der Klägerin (B._____) anlässlich des *Telefongesprächs vom 21. Dezember 2011* ihren Entscheid mitteilte, sämtliche Planungsarbeiten fortan selbst auszuführen (act. 1 Rz. 15; act. 10 Rz. 47).

6.4.3.9. Schliesslich ist nicht streitig, dass der Klägerin die *Änderungswünsche* des neuen Investors im Zeitpunkt der Gespräche vom 19. resp. 21. Dezember 2011 und damit im Zeitpunkt der Erklärung der Beklagten, sämtliche weiteren Arbeiten selbst auszuführen, noch nicht bekannt waren (act. 1 Rz. 16; act. 22 Rz. 152, 154, 161).

6.4.4. Bestimmt vorhersehbare vertragswidrige Werkerstellung infolge Erfüllungsverweigerung

6.4.4.1. Was die geltend gemachten mündlichen *Weigerungserklärungen der Klägerin* an den erwähnten Gesprächen vom 19. (Café Sprüngli) und 21. Dezember 2011 (Telefongespräch) anbetrifft, so bringt die Beklagte zum einen vor, dass die Klägerin (B._____) *jegliche weiteren Arbeiten* von der vorgängigen Vereinbarung eines "*zusätzlichen, vertraglich nicht geschuldeten Honorars*" abhängig gemacht habe. Zum Nachweis der *mündlichen Weigerungserklärungen* der klägerischen Architektin B._____ offeriert die Beklagte die Parteibefragung von D._____ als des einzigen an den betreffenden Gesprächen Beteiligten nebst den klägerischen Architekten B._____ und A._____ am 19. Dezember 2011 im Café Sprüngli resp. der Architektin B._____ beim Telefonat vom 21. Dezember 2011. Hierauf ist zurückzukommen (vgl. nachfolgend Erw. 6.4.4.5.).

6.4.4.2. Zum anderen zitiert die Beklagte aus ihrer aktenkundigen E-Mail vom 26. Dezember 2011 (act. 11/3), in welcher sie die Weigerungshaltung der Klägerin an den vorgenannten Gesprächen festgehalten und bestätigt habe, und offeriert diese zum Beweis (vgl. act. 10 Rz. 50 ff.; act. 22 Rz. 19).

Der Inhalt dieser E-Mail wurde hiervor in Auszügen wiedergegeben (vgl. Erw. 6.4.2.1). Ihr ist zu entnehmen, (1) dass nach Ansicht der Beklagten die Anpassung der Pläne gemäss Investorenwünschen Teil des Auftrages der Klägerin und ein separater Honorarnachtrag nicht gerechtfertigt sei, und (2) dass nach An-

sicht der Beklagten die Forderung nach Zahlung des ganzen Honorarakontos von CHF 240'000 beim gegebenen Planungsstand nicht gerechtfertigt sei. Damit bestand die "Weigerungserklärung" der Klägerin resp. das "zusätzliche, vertraglich nicht geschuldete Honorar" gemäss *eigener Darstellung der Beklagten* (1) im Festhalten der Klägerin am Anspruch auf Bezahlung des Akontos von CHF 240'000.– ungeachtet eines allfälligen Überarbeitungs- (Korrekturen) resp. Anpassungsbedarfs der Pläne gemäss Investorenwünschen, und (2) an einem Honorarnachtrag für allfällige Projektänderungsarbeiten gemäss den noch nicht bekannten Investorenwünschen. Eine kategorische Weigerung, keinerlei weiteren Leistungen (Überarbeitung Pläne, Einarbeitung Investorenwünsche) ohne Vereinbarung eines zusätzlichen, vertraglich nicht geschuldeten Honorars zu erbringen, ergibt sich daraus nicht (vgl. act. 22 Rz. 19). Nicht unberücksichtigt bleiben darf unter dem Gesichtspunkt des Beweiswerts der E-Mail vom 26. Dezember 2011 (act. 11/3), dass diese, wie erwähnt, von der Beklagten selbst *im Nachgang* zur fünf Tage zuvor erfolgten Erklärung, sie wolle das Projekt alleine weiterführen, verfasst wurde.

6.4.4.3. Nichts anderes ergibt sich aus den Vorbringen der Beklagten zu ihrer aktenkundigen E-Mail vom 16. Dezember 2011 (act. 10 Rz. 42 f.; act. 3/17): Nebst dem Hinweis, dass die Pläne gemäss Vorabzug unvollständig seien und den Ansprüchen eines Baugesuchs nicht genügten, hält die Beklagte ihren Standpunkt fest, dass *noch nicht das gesamte Akonto von CHF 240'000.–* geschuldet sei, dass allfällige (noch nicht bekannte) *Änderungswünsche der Bauherrschaft im Auftrag inbegriffen* seien und die *Schlusszahlung Akonto* erst erfolgen werde, wenn das Baugesuch abschliessend überarbeitet, eingereicht und von der Baubehörde definitiv zur Beurteilung zugelassen werde. Eine Weigerung der Klägerin, weitere Arbeiten vorzunehmen, oder eine Forderung nach einer zusätzlichen, vertraglich nicht geschuldeten Entschädigung für jegliche weiteren Leistungen ergibt sich auch aus der von der Beklagten zitierten, eigenen Korrespondenz vom 16. Dezember 2011 nicht.

6.4.4.4. Die Klägerin bestreitet, wie dargelegt, jegliche Weigerungserklärung. Dem nachvollziehbaren Vorbringen der Klägerin, dass zu den Zeitpunkten der behaupteten

teten Weigerungserklärungen weder Anlass für eine Weigerungshaltung der Klägerin noch für eine Forderung nach zusätzlicher Entschädigung im Sinne von Ziff. 8.1 des Architektenvertrags bestanden habe, zumal die Änderungswünsche des neuen Investors noch gar nicht (19. Dezember 2011) resp. der Klägerin noch nicht (21. Dezember 2011) bekannt gewesen seien (act. 18 Rz. 29), hält die Beklagte wiederum (einzig) eine kategorische Weigerungshaltung der Klägerin hinsichtlich jeglicher weiteren Arbeiten entgegen, die so, wie aufgezeigt, in den von der Beklagten angerufenen eigenen E-Mail-Schreiben vom 16. und vom 26. Dezember 2011 keine Stütze findet.

6.4.4.5. Die Beklagte offeriert zum Nachweis der mündlichen Weigerungserklärungen der Klägerin (B._____) schliesslich eine Parteibefragung ihres Geschäftsführers D._____. D._____ ist Mitinhaber und Organ der beklagten Architekturfirma. Nach eigener Darstellung der Beklagten hat D._____ die Auszahlung des Akontos von CHF 240'000.-- wegen der vorerwähnten ausstehenden Arbeiten als noch nicht vollumfänglich geschuldet abgelehnt, der Klägerin am 21. Dezember 2011 mitgeteilt, dass auf ihre weitere Mitarbeit verzichtet werde, und ist D._____ der Autor der vorzitierten und zum Beweis offerierten Korrespondenz der Beklagten. Diesen Umständen ist im Rahmen der freien Beweiswürdigung bei der Prüfung der allgemeinen Glaubwürdigkeit der Aussageperson, wozu insbesondere auch deren Interessens- und Motivlage gehört, Rechnung zu tragen. Aufgrund seiner Stellung bei der Beklagten hat D._____ ein unmittelbares eigenes Interesse am Prozessausgang. Aufgrund dieser Interessenslage wäre seine Aussage in Bestätigung der Darstellung der beweisführenden Beklagten (wovon auszugehen ist) nicht neutral und könnte darauf nicht entscheidend abgestellt werden. Zu verweisen ist auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur antizipierten Beweiswürdigung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4P.143/2005 vom 18. August 2005, E. 2), wonach das Gericht das Beweisverfahren unter anderem dann schliessen kann, wenn es auf Grund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde. Dies ist vorliegend aufgrund des Gesagten der Fall. Die Parteiaussage D._____s vermöchte – auch vor dem Hintergrund der widersprüchlichen Vorbringen der Beklagten zum Anlass für die

(behauptete) Ersatzvornahme (vgl. sogleich 6.4.4.7) – am Ergebnis der Beweiswürdigung nichts mehr zu ändern.

6.4.4.6. Somit ist aufgrund des Beweisergebnisses als Zwischenfazit festzuhalten, dass die Klägerin sich am 19. resp. 21. Dezember 2011 auf den Standpunkt stellte, dass sie aufgrund der geleisteten Planungsarbeiten Anspruch auf ein Honorarakonto in Höhe von CHF 240'000.– hatte. Dies steht denn auch in Einklang mit ihrem eigenen Vorbringen, wonach es ihr beim Gespräch vom 19. Dezember 2011 um die Klärung der Frage gegangen sei, ob die Honorarakonti in Höhe von insgesamt CHF 240'000.– überwiesen würden. Nicht erstellt ist aufgrund der Korrespondenz der Beklagten, dass die Klägerin für die Überarbeitung der Pläne eine zusätzliche Entschädigung forderte oder weitere Leistungen ohne zusätzliche, vertraglich nicht geschuldete Entschädigung verweigerte. Mit diesem Beweisergebnis in Einklang steht sodann das unbestritten gebliebene und belegte Vorbringen der Klägerin dazu, dass sie der Beklagten mit Schreiben vom 15. Dezember 2011 mitgeteilt habe, für eine Besprechung betreffend Weiterführung der Arbeiten inklusive Überarbeitung des Bauprojekts gemäss den Wünschen des neuen Investors gerne bereit zu sein (act. 1 Rz. 13, 25; act. 10 Rz. 39; act. 3/16).

6.4.4.7. Zu ergänzen bleibt, dass sich die Beklagte mit dem Vorbringen, dass sie aufgrund der "kompletten Verweigerungshaltung" der Klägerin zur einer Ersatzvornahme gezwungen gewesen sei (vgl. act. 10 Rz. 48; act. 22 Rz. 20), in Widerspruch zu ihrem Vorbringen an anderer Stelle setzt, wonach sie sich angesichts des Umstands, dass *die Korrekturen und die Änderungswünsche des Investors sehr anspruchsvoll seien und in sehr kurzer Zeit umgesetzt werden müssten*, entschlossen habe, sämtliche noch ausstehenden Planungsarbeiten selber auszuführen, und dass sie *eben dies* der Klägerin (B._____) nach der Investorensitzung am 21. Dezember 2011 telefonisch mitgeteilt habe (act. 10 Rz. 50 unter Verweis auf act. 11/3). Letzteres Vorbringen lässt nur den Schluss zu, dass es die anspruchsvolle Natur der Änderungswünsche des Investors und die kurze, für die Anpassungsarbeiten zur Verfügung stehende Zeit war, die die Beklagte bewogen haben, die Arbeiten selbst auszuführen, da sie bezüglich der Fähigkeit der Klägerin zur Umsetzung der Projektänderungen Vorbehalte hatte. Solches – eine Unfä-

higkeit der Klägerin zur korrekten Leistungserbringung – wird denn an anderer Stelle bzw. unter anderem Titel auch vorgetragen; darauf ist zurückzukommen (vgl. nachfolgend Erw. 6.4.5.). Nicht ausschlaggebend für den Entscheid der Beklagten konnten demgegenüber allfällige ausstehende Plankorrekturen sein, forderte die Beklagte die Klägerin doch *nach* Überprüfung der Pläne noch am 16. Dezember 2011 auf, genügend Kapazitäten für den Schlussspurt bereitzustellen (vgl. act. 1 Rz. 14; act. 10 Rz. 41; act. 3/17).

6.4.4.8. Wenn man annehmen wollte, dass die Klägerin jegliche weiteren Arbeiten von der Zahlung oder der Zusage der Zahlung des geforderten Honorarakontos abhängig gemacht hätte, so ergibt sich zur Frage, ob die Klägerin zum damaligen Zeitpunkt *Anspruch auf das Honorarakonto von CHF 240'000.--* hatte, das Folgende:

Wie hiervor dargelegt, vereinbarten die Parteien für die Stufen 1 und 2 ein Pauschalhonorar von insgesamt CHF 392'000.-- und war die Klägerin gemäss Ziff. 4 des Zusammenarbeitsvertrags (act. 3/2) berechtigt, Akontogesuche gemäss Projektierungsfortschritt bis zum Maximalbetrag von CHF 240'000.-- zu stellen (act. 10 Rz. 19 f.; act. 18 Rz. 10). Weiter wurde vereinbart, dass die Vergütung des Resthonorars der Stufen 1 und 2 sowie des Bonus nach Vorliegen der rechtskräftigen Baubewilligung erfolgt. Der Anspruch auf Akontozahlungen richtete sich demnach im Umfang von CHF 240'000.-- des Honorars von gesamthaft CHF 392'000.-- für die Stufen 1 und 2 ausschliesslich nach dem *Projektierungsfortschritt*.

Eine *Definition des Projektierungsfortschritts* findet sich weder im Vertrag der Parteien noch im Architektenvertrag als dessen Bestandteil. Zwar findet sich in Ziff. 6.2 des Architektenvertrags ein Hinweis auf einen nicht im Recht liegenden Zahlungsplan (act. 3/5). Es fehlt indes an jeglichen Vorbringen dazu, ob und inwiefern ein solcher Zahlungsplan Näheres zum Kriterium des Projektierungsfortschritts regelt.

Gemäss Ziff. 3 des Zusammenarbeitsvertrags war für die Stufe 1, entsprechend der Phase Vorprojekt gemäss Architektenvertrag (4.31 SIA 102/2003), ein Pau-

schalhonorar von CHF 96'000.– geschuldet. Damit entfällt vom maximalen Akonto von CHF 240'000.– ein Anteil von CHF 96'000.– auf die unbestrittenermassen abgeschlossene Stufe 1 ("Vorprojekt") und verbleiben vom Honorarakonto dementsprechend maximal CHF 144'000.–, welche auf Arbeiten der Stufe 2 ("Bauprojekt" und "Bewilligungsverfahren") mit einem Pauschalhonorar von CHF 296'000.– entfallen.

Gemäss unbestrittenem Sachverhalt zum Projektierungsstand entsprachen die von der Klägerin bis zur Stellung des Akontogesuchs erbrachten Planungsarbeiten dem Planungsstand der Koordinationssitzung mit Fachplanern und Bauherrschaft vom 9. Dezember 2011, mithin dem Stand sechs Tage vor dem vertraglich festgelegten Baueingabetermin vom 15. Dezember 2011, der in der Folge mündlich kurzfristig, am 10. Dezember 2015, auf anfangs 2012 verschoben wurde. Unbestritten blieben die Vorbringen der Klägerin, wonach die Koordinationssitzung vom 9. Dezember 2011 von der Projektentwicklerin G._____ am 2. Dezember 2011 einberufen wurde, weil das Projekt kurz vor der Baueingabe stehe und die G._____ alle Projektbeteiligten ersuche, die Koordination durch Unterschrift eines gemeinsamen Planstandes zu bestätigen, "bevor wir die Baueingabe am 15. Dezember 2011 unterschreiben werden" (act. 18 Rz. 19 unter Zitierung von act. 19/9). Weiter blieb unbestritten, dass die Beklagte (D._____) mit E-Mail vom 6. Dezember 2011 an Fachplaner und Bauherrschaft mitteilte, dass die Koordinationssitzung einberufen werde, "um die Planung mit dem gesamten Planungsteam zu verabschieden und die Pläne zu visieren [...]. Ich werde dafür besorgt sein, dass alle – für das Baugesuch notwendigen – Pendenzen bereinigt werden können." (act. 18 Rz. 19 unter Zitierung von act. 19/10). Am hieraus hervorgehenden Projektierungsstand kurz vor Baueingabe ändert das Vorbringen der Beklagten, wonach die *Unterzeichnung der Pläne* lediglich zwecks Bestätigung der Koordination der Fachbereiche erfolgt sei und weder eine Kontrolle der Pläne noch deren Qualität belege, nichts (act. 22 Rz. 132 f.). Immerhin räumt auch die Beklagte ein, dass die von ihr monierten Mängel der Pläne für die Zwecke der Koordinationssitzung irrelevant gewesen seien (vgl. act. 10 Rz. 30).

Damit ist erstellt, dass die Klägerin im Zeitpunkt der Akontoforderung vom 15. Dezember 2011 resp. bis zur Übergabe des Vorabzugs der Pläne, Stand 13. Dezember 2011, die Planungsarbeiten der Teilphase "Bauprojekt" der Stufe 2 weitgehend erbracht hat.

Der Architektenvertrag fasst die Teilleistungen "Bauprojekt" (Teilphase 4.32 SIA 102/2003) und "Bewilligungsverfahren" (Teilphase 4.3.3 SIA 102/2003) als "Stufe 2" zusammen (vgl. act. 3/5 Ziff. 3 f.). Im Anhang "Schnittstellen Teilleistung" zum Architektenvertrag, der Bestandteil des Vertrags der Parteien ist, findet sich eine Gewichtung der einzelnen Teilleistungen. Dieser zufolge wird die Stufe 2 mit Total 18.5 % veranschlagt, wovon 17.0 % auf die Teilphase "Bauprojekt" und 1.5 % auf die Teilphase "Bewilligungsverfahren" entfallen. Dementsprechend entfallen vom Pauschalhonorar der Klägerin für Stufe 2 CHF 272'000.-- auf die Erstellung des Bauprojekts und CHF 24'000.-- auf das "Bewilligungsverfahren" (vgl. act. 18 Rz. 44).

Damit decken die Akontogesuche der Klägerin von CHF 240'000.--, wie dargelegt, das Pauschalhonorar von CHF 96'000.-- der abgeschlossenen Stufe 1 (Vorprojekt) sowie CHF 144'000.-- von insgesamt CHF 272'000.-- des auf die Teilphase "Bauprojekt" entfallenden Pauschalhonoraranteils ab. Selbst wenn das Bauprojekt zum damaligen Zeitpunkt noch die von der Beklagten monierten Mängel aufgewiesen hätte, entsprach das Honorarakonto von CHF 240'000.--, welches, wie aufgezeigt, nur gerade gut die Hälfte des auf die Teilphase "Bauprojekt" entfallenden Honoraranteils umfasste, ohne weiteres dem Projektfortschritt zum Zeitpunkt kurz vor Baueingabetermin. Die Klägerin war folglich berechtigt, ein Honorarakonto von CHF 240'000.-- gestützt auf Ziff. 4 des Zusammenarbeitsvertrags einzufordern. Entgegen der Darstellung der Beklagten war gemäss Zusammenarbeitsvertrag weder die Mängelfreiheit der Pläne Voraussetzung für die Einforderung des Akontos, noch die definitive Zulassung zur Beurteilung durch die Baubehörde, noch stand der Beklagten im Rahmen des Honorarakontos ein Rückbehaltsrecht für allfällige Mängelbehebungs- oder Projektänderungsarbeiten zu. Vielmehr richtete sich der Anspruch auf Zahlung von Honorarakonti gemäss klarem Wortlaut des Vertrags einzig nach dem Projektierungsfortschritt. Vorbringen dazu, dass die

Parteien entgegen der vertraglichen Regelung von einer anderen Gewichtung der Teilphasen ausgegangen wären, liegen nicht vor.

6.4.4.9. Zu prüfen ist, ob die *ausstehenden Arbeiten* gemäss den Projektänderungswünschen des neuen Investors dem Anspruch der Klägerin auf Zahlung des Honorarakontos entgegen standen.

Die Beklagte macht geltend, die Klägerin sei zur *entschädigungslosen Anpassung* des Projekts an Wünsche eines allfälligen Investors verpflichtet gewesen, solange sich diese Änderungswünsche *grundsätzlich an das Konzept* des Projekts hielten und auf das *Innere des Gebäudes* beschränkten. Dies sei der Klägerin ab der zweiten Planungssitzung vom 15. September 2011 (Jour fix) bewusst gewesen und entspreche auch der Regelung, welche die Beklagte mit der G._____ im Architektenvertrag vereinbart habe: Unter geringfügigen Projektänderungen i.S.v. *Ziff. 8.4 des Architektenvertrages* hätten die Vertragsparteien alle Änderungen im vorerwähnten Umfang verstanden (act. 10 Rz. 12 f., 18; act. 22 Rz. 12 ff., 16). Im Übrigen hätten selbst Änderungen, die darüber hinausgehen, nicht automatisch zu einem zusätzlichen Honorar berechtigt, sondern gemäss *Ziff. 8.1 des Architektenvertrags* nur dann, wenn dies *gemeldet* und darüber eine entsprechende Einigung erzielt worden sei. Dieses Verständnis von Ziff. 8 des Architektenvertrags habe nicht nur bei G._____ und der Beklagten, sondern zufolge expliziter Übernahme der Bestimmungen des Architektenvertrages im Zusammenarbeitsvertrag sowie aufgrund der erwähnten Planungssitzung von 15. September 2011 auch bei der Klägerin, welche ihr Einverständnis damit kundgegeben habe (act. 10 Rz. 12 f.; act. 22 Rz. 12 ff.). Nach dem Dafürhalten der Beklagten war das Honorarakonto, wie erwähnt, erst nach der Einarbeitung allfälliger Projektänderungswünsche des Investors und definitiver Zulassung des Projekts zur Beurteilung durch die Baubehörde vollumfänglich geschuldet.

Nach Darstellung der Klägerin trifft nicht zu, dass die Parteien sich einig gewesen seien, dass Änderungswünsche eines Investors per se zum vertraglichen Leistungsumfang gehörten. Dagegen spreche auch der klare Wortlaut von Ziff. 8 des Architektenvertrags betreffend Zusatzleistungen, wonach "Zusatzleistungen und Projektänderungen, welche honorar-, kosten- und terminrelevant sind", vom Archi-

tekten zu *melden* seien und wonach „die Honorare [...] vor Arbeitsbeginn vereinbart und auf die Eigenheit der Projektänderung angepasst [werden].“ “[...] Geringfügige Projektänderungen, die im Zusammenhang mit der TU-Unterzeichnung stehen, berechtigen nicht zu zusätzlichen Honorarforderungen. Bestellungenänderungen sind nicht im vereinbarten Honorar enthalten.“ In diesem Sinne habe sich auch die Bauherrschaft stets geäußert: Wann immer die Rede von Änderungen gewesen sei, habe J._____ von G._____ die Klägerin aufgefordert, sich diese anzusehen und sich zu melden. Mehraufwand werde selbstverständlich entschädigt. Dem Protokolleintrag betreffend die Besprechung (Jour fix) vom 26. September 2011 zum „Stand Verhandlungen Investoren“ sei dementsprechend zu entnehmen, “[...] Die Architekten erhalten den Auftrag als Zusatzleistung [...]” (act. 18 Rz. 7 f.; act. 19/3).

Ziffer 8 des Architektenvertrags (act. 3/5) befasst sich mit Zusatzleistungen und lautet wie folgt:

- „8.1. Zusatzleistungen und Projektänderungen, welche honorar-, kosten- und terminrelevant sind, hat die AN [der Architekt / Auftragnehmer] vor Inangriffnahme unverzüglich und schriftlich mit Angabe der Konsequenzen zu melden. Die Honorare werden vor Arbeitsbeginn vereinbart und auf die Eigenheit der Projektänderung angepasst. Grundsätzlich erfolgt die Entschädigung auf dem vereinbarten Stundenansatz von CHF 130.-. Wird für eine Projektänderung vorgängig kein Honorar vereinbart, so wird davon ausgegangen, dass diese Änderung in den bereits vereinbarten Honoraren enthalten, honorarberechtigt, resp. in den vereinbarten Honoraren enthalten ist. Geringfügige Projektänderungen im normalen Umfang sind in der Honorarpauschale enthalten.“
- 8.2. [Zuständigkeit für die Erteilung von Zusatzaufträgen]
- 8.3. [Mieterausbauten]
- 8.4. Geringfügige Projektänderungen, die im Zusammenhang mit der TU-Unterzeichnung stehen, berechtigen nicht zu zusätzlichen Honorarforderungen. Bestellungenänderungen sind nicht im vereinbarten Honorar enthalten.“

Vorweg ist festzuhalten, dass die von den Beklagten u.a. angerufene Ziff. 8.4 des Architektenvertrags nicht einschlägig ist für die Frage einer Zusatzentschädigung für Projektanpassungen aufgrund von Investorenwünschen. Es fehlt an Vorbrin-

gen dazu, wonach die Projektanpassung nach den Wünschen des neuen Investors H._____ in Zusammenhang mit einer „TU-Unterzeichnung“ gestanden hätte.

Nach übereinstimmender Darstellung der Parteien widerspiegelt die Regelung in Ziff. 8 des Architektenvertrags (act. 3/5), der unstreitig auch im Verhältnis der Parteien gilt, ihr Verständnis davon, welche Projektänderungen im Rahmen des Pauschalhonorars vorzunehmen waren und welche nicht. Die Beklagte hält zudem dafür, dass man unter "geringfügigen", im Pauschalhonorar enthaltenen Projektänderungen seit dem Jour Fix vom 15. September 2011 seitens aller Beteiligten (Klägerin, Beklagte, G._____) jene Änderungen verstanden habe, die am grundsätzlichen Konzept des Projekts nichts änderten und sich auf das Innere des Gebäudes beschränkten.

Weiter ist erstellt, dass der Klägerin die Änderungswünsche des neuen Investors weder am 19. noch am 21. Dezember 2011, also zu den Zeitpunkten der vermeintlichen Weigerungserklärungen, bekannt waren, sondern erst und einzig mit E-Mail der Beklagten vom 26. Dezember 2011 – und damit fünf Tage *nach* erfolgter Erklärung der Beklagten, die Planungsarbeit alleine weiterführen zu wollen – mitgeteilt wurden.

Ziff. 8.1 des Architektenvertrags (act. 3/5) sieht vor, dass hinsichtlich Projektänderungen, welche honorar-, kosten- und terminrelevant sind, sich der Architekt vor Inangriffnahme unverzüglich und schriftlich mit Angabe der Konsequenzen zu melden habe, sowie weiter: "Wird für eine Projektänderung vorgängig kein Honorar vereinbart, so wird davon ausgegangen, dass diese Änderung in den bereits vereinbarten Honoraren enthalten ist". Wollte man davon ausgehen, dass die Klägerin sich *vor* Bekanntgabe der Projektänderungen am 21. Dezember 2011 durch den Investor (Kickoff-Meeting) und *vor* erstmaliger Mitteilung der Änderungen an die Klägerin am 26. Dezember 2011 an den Besprechungen vom 19./21. Dezember 2011 auf den Standpunkt stellte, dass über die Projektänderungsarbeiten eine zusätzliche Honorarabsprache zu erfolgen habe, so wäre hierin keine ungerechtfertigte Weigerung zur Vornahme der Anpassungsarbeiten aufgrund von Investorenwünschen zu sehen. Solange der Klägerin Art, Umfang und Baueingaberelevanz der Änderungswünsche des Investors überhaupt nicht be-

kannt waren, war sie angesichts der Regelung in Ziff. 8.1 des Architektenvertrags berechtigt und gehalten, die Projektänderungen und deren Konsequenzen zunächst zu prüfen und danach eine Verständigung mit der Beklagten als ihrer Vertragspartnerin anzustreben. Denn gemäss klarem Wortlaut von Ziff. 8.1 des Architektenvertrags waren bei Fehlen einer vorgängigen Absprache jegliche Projektänderungsarbeiten ohne Weiteres als im Pauschalhonorar enthalten anzusehen.

Selbst wenn sich in der Folge herausgestellt hätte, dass die Änderungswünsche der Investorin *als geringfügig* zu qualifizieren sind: Aufgrund der Vorbringen der Beklagten verbleibt unklar, weshalb eine (behauptete) Weigerung der Klägerin, geringfügige Projektänderungsarbeiten im Rahmen des Pauschalhonorars zu erbringen, zu einem Zeitpunkt, in dem diese Änderungen noch gar nicht bekannt resp. mitgeteilt worden waren, zu einer *bestimmt voraussehbaren, vertragswidrigen Erstellung des Gesamtwerts* hätte führen müssen. Dies ist denn auch nicht ersichtlich, war doch zu jenem Zeitpunkt offen, ob sich die Änderungswünsche grundsätzlich an das Konzept des Projekts hielten und auf das Innere beschränkten, mithin auch nach dem Verständnis der Beklagten geringfügig wären, oder aber nicht.

Ohne Belang ist schliesslich, ob die Beklagte in der Folge vor Inangriffnahme der Arbeiten ihrerseits mit der G._____ eine Entschädigung vereinbarte resp. eine solche erhalten hat (act. 22 Rz. 111). Dies ist gemäss Vertrag nicht Voraussetzung für eine Vereinbarung betreffend Zusatzentschädigung zwischen den Parteien dieses Verfahrens, sondern hätte gegebenenfalls zu einer anteilmässigen Umverteilung des Gesamthonorars geführt.

6.4.4.10. An der Berechtigung der Klägerin auf Zahlung des Honorarakontos ändert somit auch der Umstand, dass die Anpassungsarbeiten infolge Investorenwünschen ausstehend waren, nichts: Hätten sich die Anpassungsarbeiten als *geringfügig* erwiesen, hätte der Umstand, dass sie noch auszuführen waren, nichts an der Berechtigung der Klägerin auf die Zahlung des Akontos von CHF 240'000.– geändert, weil sich diese Berechtigung, wie dargelegt, einzig nach dem *Projektierungsfortschritt* richtete und geringfügige Änderungsarbeiten dementsprechend auch nur einen geringfügigen Anteil an der Projektierungsarbeit

darstellten. Waren die Anpassungsarbeiten demgegenüber *mehr als geringfügig* – da sie nicht nur das Innere der Gebäude betrafen (vgl. beispielhaft aus Klageantwort act. 10 Rz. 56: Ersetzen Dachgeschoss durch Regelgeschoss, als Resultat neuer Wohnungsmix und Ausnutzungsüberschuss; Vergrössern Balkone zu Ungunsten der Wohnungen), nach eigener Darstellung der Beklagten sehr anspruchsvoll waren (vgl. act. 10 50, 92; act. 22 Rz. 65 ff.) und rund CHF 50'000.-- an Aufwand verursachten (act. 22 Rz. 80) – so wäre die Klägerin gerade gehalten gewesen, vor Inangriffnahme der Arbeiten die darauf entfallende zusätzliche Entschädigung mit der Beklagten zu vereinbaren. Es ist daran zu erinnern, dass auch nach dem Dafürhalten der Beklagten lediglich *geringfügige* Änderungen im Sinne des Dargelegten im Pauschalhonorar enthalten waren. Zu verweisen ist im Übrigen auf das zu Ziff. 8.1 des Architektenvertrags Erwogene.

6.4.4.11. Als weiteres Zwischenfazit ist festzuhalten, dass aufgrund der E-Mail vom 16. und 26. Dezember 2011 (act. 3/17 und act. 3/19) als selbstverfasste Urkunden der Beklagten nicht erstellt ist, dass die Klägerin sich weigerte, Anpassungsarbeiten gemäss den Wünschen des neuen Investors vorzunehmen. Selbst wenn die Klägerin sich an den Gesprächen mit der Beklagten vorbehalten hätte, nach Mitteilung der Änderungswünsche des Investors über einen Honorarnachtrag mit der Beklagten zu verhandeln, hätte dies dem Vorgehen in Ziff. 8.1 des Architektenvertrags entsprochen und wäre darin keine ungerechtfertigte Weigerung zu sehen, zumal, wie gesehen, im relevanten Zeitpunkt noch gar nicht resp. der Klägerin nicht bekannt war, ob solche Änderungen als geringfügig im Sinne der vorgenannten Ziff. 8.1 resp. des Verständnisses der Parteien zu qualifizieren sein würden. Auf eine bestimmt voraussehbare, vertragswidrige Werkerstellung liess sich aus dem klägerischen Verhalten jedenfalls nicht schliessen. Schliesslich standen die noch ausstehenden Projektänderungsarbeiten gemäss allfälligen Investorenwünschen dem Anspruch der Klägerin auf Leistung des Honorarakontos nicht entgegen.

6.4.4.12. Schliesslich ist als unbestritten erstellt, dass die Beklagte die Auszahlung des Honorarakontos von CHF 240'000.-- in vollem Umfang am 16. Dezember 2011 aus den erwähnten Gründen – ausstehende Mängelbehebungs- und Pro-

jektänderungsarbeiten gemäss Investorenwünschen – und damit ungerechtfertigt *verweigerte*. Damit ist als weiteres Zwischenfazit festzuhalten, dass selbst im Falle, dass die Klägerin ihre weitere Leistungserbringung von der Zahlung resp. der Zusage der Zahlung des Honorarakontos von CHF 240'000.-- abhängig gemacht hätte, darin keine ungerechtfertigte Leistungsverweigerung zu sehen wäre.

6.4.4.13. Mit Duplik stellt sich die Beklagte schliesslich auf den Standpunkt, dass das Honorar von CHF 4'000.-- für den Wettbewerb an die von der Klägerin einforderebaren Honorarakonti von total CHF 240'000.-- anzurechnen sei (act. 22 Rz. 143), was die Klägerin bestreitet, da dieses Honorar schon für die vorangegangene Wettbewerbsphase geschuldet gewesen sei (act. 29 Rz. 275).

Die Parteien gingen, wie eingangs erwähnt, im Juli 2011 als Sieger aus dem Projektwettbewerb hervor; die diesbezüglichen Arbeiten (Wettbewerbsphase) waren mithin seit jenem Zeitpunkt abgeschlossen. Die Zahlung des Honoraranteils der Klägerin von CHF 4'000.-- für den Wettbewerb war nach Wiederaufnahme der Zusammenarbeit Ende August 2011 für die Stufen 1 und 2 des Architektenvertrags und auch noch bei Abschluss des schriftlichen Zusammenarbeitsvertrags vom 2. November 2011 unbestrittenermassen ausstehend und fand entsprechend Eingang in die Honoraraufstellung gemäss Zusammenarbeitsvertrag (vgl. act. 3/2, Ziff. 3). Im Übrigen regelt der Vertrag der Parteien, wie eingangs dargelegt, gemäss übereinstimmender Darstellung der Parteien deren *Zusammenarbeit bezüglich der vorgenannten Stufen 1 und 2 des Architektenvertrags* (Vorprojekt, Bauprojekt und Bewilligungsverfahren gemäss den Teilphasen 4.31 bis 4.33 SIA 102/2003), welcher letzterer zum integrierenden Bestandteil des Zusammenarbeitsvertrags erklärt wurde (act. 3/2 Ziff. 10). Der Zusammenarbeitsvertrag sieht unter Bezugnahme auf den Architektenvertrag und die dort aufgeführten Honorare für die einzelnen Stufen deren Aufteilung im Verhältnis von 60 %, entfallend auf die Beklagte, und 40 %, entfallend auf die Klägerin, vor (act. 3/2 Ziff. 3). Nicht Gegenstand des Vertrags der Parteien, ebenso wenig wie des Architektenvertrags, ist die Monate zuvor abgeschlossene Wettbewerbsphase. Sowohl die Regelung der zu erbringenden Leistungen (Ziff. 2: "Verantwortlichkeiten") als auch jene der Zahlungs- und Rechnungstellungsmodalitäten (Ziff. 4: "Abrechnung, Zahlungsverkehr

und Konto") befassen sich ausschliesslich mit den Stufen 1 und 2 (4.31 - 4.33 SIA 102/2003) gemäss Architektenvertrag. Ziff. 4 des Zusammenarbeitsvertrags betreffend die Honorarzahung enthält folgende Regelung (act. 3/2):

"4. Abrechnung, Zahlungsverkehr und Konto

C._____ D._____ rechnet mit G._____ gemäss Art. 6.1 des Architektenvertrags ab bzw. stellt rechtzeitig Akontogesuche. A._____ B._____ stellt ihrerseits Akontogesuche gemäss Projektierungsfortschritt an C._____ D._____, jedoch maximal in der Höhe von CHF 240'000.-, exkl. MwSt.

Die Vergütung des Resthonorars der Stufen 1 und 2 sowie des Bonus erfolgt nach Vorliegen der rechtskräftigen Baubewilligung. Sind die Arbeiten betreffend Baufreigabe zu diesem Zeitpunkt noch nicht erledigt, wird C._____ D._____ einen Rückbehalt von CHF 20'000.-, exkl. MwSt. vornehmen bis sämtliche Arbeiten abgeschlossen sind resp. die Baufreigabe vorliegt. [Kontoangaben]"

Die Regelung in Ziff. 4 des Zusammenarbeitsvertrags zur maximalen Höhe der Akontogesuche entspricht damit der analogen Regelung in Ziff. 6.1 des Architektenvertrags, welche bezogen auf das Gesamthonorar wie folgt lautet (act. 3/5):

"Die Vergütung der Leistungen aus den Stufen 1 und 2 erfolgen gemäss Projektierungsfortschritt, jedoch maximal in der Höhe von CHF 600'000.00, exkl. MwSt.

Die Vergütung des Resthonorars der Stufen 1 und 2 erfolgt nach Vorliegen der rechtskräftigen Baubewilligung. [...]."

Damit entspricht die Regelung in Ziff. 4 des Zusammenarbeitsvertrags betreffend die maximale Höhe der Akontogesuche, angepasst auf den Honoraranteil der Klägerin von 40%, jener in Ziff. 6.1. des Architektenvertrags, auf welche, wie hier vor zitiert, denn auch explizit Bezug genommen wird. Weder die eine noch die andere Regelung befasst sich mit der Begleichung des Honorars für die Monate zuvor abgeschlossene Wettbewerbsphase. Anzuführen bleibt, dass die mit Duplik behauptete Anrechenbarkeit des Wettbewerbshonorars an das maximal einforderbare Akonto der Stufen 1 und 2 in der Korrespondenz der Beklagten zu den Gründen, weshalb nicht das ganze Akonto von CHF 240'000.-- einforderbar sei, nie thematisiert wurde.

6.4.4.14 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beklagten der Nachweis einer "kompletten Weigerungshaltung" der Klägerin, jegliche weiteren Arbeiten nur gegen Entschädigung eines zusätzlichen, vertraglich nicht geschuldeten Honorars zu erbringen, mit dem vorliegend anwendbaren Regelbeweismass nicht

gelingt. Selbst wenn die Klägerin die weitere Leistungserbringung von der Bezahlung resp. Zusicherung der Bezahlung des Honorarakontos abhängig gemacht hätte, wäre darin aus den dargelegten Gründen keine ungerechtfertigte Weigerung zu erblicken.

6.4.5. Bestimmt vorhersehbare mangelhafte Werkerstellung infolge Unfähigkeit

6.4.5.1. Die Beklagte macht nicht rechtsgenügend geltend, dass sie sich infolge des klägerischen *Unvermögens* dazu veranlasst sah, der Klägerin am 21. Dezember 2011 mitzuteilen, dass sie jegliche weiteren Planungsarbeiten inskünftig selbst ausführen werde. Ein solches Unvermögen der Klägerin wird indes im Eventualstandpunkt (vgl. act. 10 Rz. 88 ff., insb. Rz. 91) zur Begründung der *unterbliebenen, da unzumutbaren Nachfristansetzung* behauptet. Die Beklagte macht unter dem Titel der bestimmt vorhersehbaren vertragswidrigen Werkerstellung (antizipierter Werkmangel) vielmehr, wie dargelegt, eine *kategorische Weigerung der Klägerin* geltend (vgl. act. 22 Rz. 17 ff., 20, 152, 154, 161, 177, 192, 195, 201).

6.4.5.2. Wollte man den Vorbringen der Beklagten zur Begründung der unterbliebenen Nachfristansetzung – dass ihr eine solche aufgrund der mangelhaften Pläne, Stand 13. Dezember 2011, *nicht zumutbar* gewesen sei, da festgestanden habe, dass die Klägerin unfähig sein würde, die Pläne qualitativ korrekt zu erstellen; dass eine neuerliche Leistung der Klägerin angesichts der anspruchsvollen und in kurzer Zeit umzusetzenden Mängelbehebung und Investorenwünsche mit Sicherheit erneut ungenügend gewesen wäre (act. 10 Rz. 90 ff.) – auch bei der Prüfung des bestimmt vorhersehbaren, antizipierten Werkmangels Rechnung tragen, so ergibt sich dazu das Folgende: Die Beklagte behauptet ein angebliches Unvermögen in pauschaler Weise resp. ohne genau darzulegen, weshalb infolgedessen ihrer Meinung nach *im Zeitpunkt der Erklärung vom 21. Dezember 2011* eine mangelhafte Erstellung des vollendeten Werks bestimmt voraussehbar gewesen sei. So trägt sie vor, die Zusammenarbeit mit der Klägerin sei von Beginn weg schwierig gewesen sei, da die Arbeiten der Klägerin "qualitativ nicht den gestellten Anforderungen" entsprochen hätten und die Klägerin "immer wieder Prob-

leme mit den zeitlichen Vorgaben" gehabt habe (act. 10 Rz. 23); dass "die Klägerin [...] ihre Arbeiten nicht nur qualitativ ungenügend [erledigt habe], sondern damit auch permanent zeitlich im Rückstand" befunden habe (act. 22 Rz. 112). Damit verbleibt die Beklagte zu sehr im Allgemeinen. Es wird nicht dargelegt, welche wo festgelegten Termine für welche Arbeiten die Klägerin nicht eingehalten hätte.

6.4.5.3. Was allfällige an gemeinsamen Sitzungen festgestellte Planmängel resp. Unvollständigkeiten *während der Erstellungsphase* anbetrifft (vgl. act. 10 Rz. 25), so ist daran zu erinnern, dass der Unternehmer *vor* Ablieferung des Werks grundsätzlich frei ist, wann er einen auftretenden Mangel beheben will (GAUCH, a.a.O., Rz. 884). Bei der Annahme, das Werk werde *bei objektiv-vernünftiger Betrachtung* (GAUCH, a.a.O., Rz. 878) zwangsläufig einen Werkmangel aufweisen, ist eine gewisse Zurückhaltung zu üben. Die von der Beklagten in der Folge erstellte Liste aller Mängel im Vorabzug der Pläne wurde der Klägerin gemäss eigener Darstellung der Beklagten erst mit E-Mail vom 26. Dezember 2011, mithin *nach* dem am 21. Dezember 2011 mündlich erklärten Verzicht auf die weitere Mitarbeit der Klägerin, übermittelt (act. 10 Rz. 53 ff.). Die während der Erstellungsphase gerügten Mängel hat die Beklagte eigener Darstellung zufolge in ihrer E-Mail vom 16. Dezember 2011 festgehalten (vgl. act. 10 Rz. 42): Dass der Vorabzug der Pläne vom 13. Dezember 2011 nach wie vor unvollständig und mangelhaft sei, den Ansprüchen an ein Baugesuch nicht genüge, nicht alle Korrekturen vom 8./9. Dezember 2011 eingearbeitet worden seien, kein eingabereifes Baugesuch vorliege und ein gravierender Planungsfehler hinsichtlich der Raumhöhe im Technikraum bestehe. Weshalb die Klägerin zur Vornahme dieser Korrekturen trotz Verschiebung des Baueingabetermins um über zwei Monate nicht imstande gewesen sein sollte, wird nicht dargelegt. Dasselbe gilt, wie erwähnt, für die mit gleicher E-Mail vom 26. Dezember 2011 übermittelte Liste der Änderungswünsche des neuen Investors (act. 10 Rz. 56 ff.).

6.4.5.4. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die Klägerin nicht alle am 8./9. Dezember 2011 angebrachten Korrekturen der Beklagten im Vorabzug der Baugesuchspläne vom 13. Dezember 2011 eingearbeitet hat, so liesse sich aus diesem Umstand nicht auf einen bestimmt vorhersehbaren Mangel des *vollende-*

ten Werks schliessen (GAUCH, a.a.O., N 875): Der Vorabzug der Pläne, Stand 13. Dezember 2011, stellte den aktuellen Planungsstand zuhanden der Bauherrschaft G._____ (vgl. act. 10 Rz. 34) vor Überarbeitung der Pläne aufgrund der noch nicht bekannten Wünsche des neuen Investors dar. Nach eigener Darstellung der Beklagten hatten selbst geringfügige Änderungswünsche des neuen Investors zwangsläufig Änderungen und Anpassungen in sämtlichen Plänen und Unterlagen zur Folge. Zudem war die Klägerin, wiederum eigener Darstellung der Beklagten zufolge, am 10. Dezember 2011 zusammen mit der Mitteilung der (kurzfristigen) Verschiebung des ursprünglichen Baueingabetermins (15. Dezember 2011) und erneut am 16. Dezember 2011 nach erfolgter Prüfung des Vorabzugs ausdrücklich aufgefordert worden, nur noch die am 8./9. Dezember 2011 gerügten Mängel der Pläne zu korrigieren und im Übrigen mit *jeglicher weiteren Bearbeitung zuzuwarten* bis nach der ersten Sitzung mit dem Investor vom 21. Dezember 2011 (act. 10 Rz. 36, 51). Wie erwogen, ist der Unternehmer während der Werkerstellung grundsätzlich frei, wann er noch vorhandene Mängel und Unvollständigkeiten korrigieren will. Dies muss umso mehr gelten, wenn Projektänderungen als unmittelbar bevorstehend angekündigt werden, deren Art und Ausmass dem Unternehmer nicht bekannt sind, die sich aber unbestrittenermassen auf sämtliche Unterlagen auswirken.

6.4.5.5. Damit ist nicht rechtsgenügend behauptet, weshalb allfällige noch ausstehende Korrekturen vom 8./9. Dezember 2011 – und nur diese waren zwischen dem 10. Dezember 2011 und dem Verzicht der Beklagten auf die weitere Mitarbeit der Klägerin zu beheben – geeignet gewesen wären, eine zwangsläufig mangelhafte Erstellung des Gesamtwerks bestimmt voraussehbar werden zu lassen. Zu erinnern ist daran, dass – wiederum nach eigener Darstellung der Beklagten – noch zwei Tage vor der Koordinationssitzung mit Fachplanern und Bauherrschaft vom 9. Dezember 2011 die Beklagte an der Besprechung vom 7. Dezember 2011 mit der Klägerin einerseits ihren Verzicht auf die weitere Zusammenarbeit bei den künftigen Stufen 3 und 4, andererseits der Klägerin aber auch mitgeteilt hat, dass die Klägerin die vertraglich vereinbarten Arbeiten für die Stufen 1 und 2 *weiterhin zu erbringen habe* (act. 10 Rz. 27). Ebenso, dass nach eigener Darstellung der Beklagten allfällige Mängel in den Bauplänen der Klägerin, Stand Fachplanersit-

zung vom 9. Dezember 2011, für die Belange jener Sitzung *irrelevant* gewesen seien. Und schliesslich ist daran zu erinnern, dass die Beklagte *nach* erfolgter Prüfung des Vorabzugs der Baugesuchspläne, Stand 13. Dezember 2011, die Klägerin ausdrücklich aufforderte, für den "Endspurt" bis Februar 2012 genügend Ressourcen bereitzustellen (act. 1 Rz. 14; act. 10 Rz. 41; act. 3/17). Mithin war weder zwei Tage vor der Koordinationssitzung des 9. Dezember 2011, noch nach der Koordinationssitzung und damit kurz vor dem ursprünglichen Baueingabetermin des 15. Dezember 2011, ja selbst *nach erfolgter Prüfung des Vorabzugs* am 16. Dezember 2011 eine Ersatzvornahme wegen einer bestimmt vorhersehbaren, mangelhaften Erstellung des Gesamtwerks respektive einer angeblichen Unfähigkeit der Klägerin zur korrekten Erstellung des Werks ein Thema.

6.4.5.6. Hinsichtlich der Frage der bestimmt voraussehbaren, mangelhaften Erstellung des Gesamtwerks infolge Unfähigkeit der Klägerin ist schliesslich daran zu erinnern, dass die klägerische Architektin B._____ gemäss unbestrittenem Sachverhalt seit August 2006 als Architektin mit Vollzeitpensum und hernach ab Februar 2008 mit Teilzeitpensum als Assistentin der Geschäftsleitung bei der Beklagten gearbeitet hat (act. 1 Rz. 8, 21), dass die Beklagte die Klägerin in der Folge für den (zusammen gewonnenen) Projektwettbewerb als Partnerin beizog (act. 1 Rz. 6; act. 10 Rz. 8) und – in Kenntnis der Fähigkeiten der klägerischen Architekten und insbesondere der Architektin B._____ – Letztere im Architektenvertrag mit der G._____ als stellvertretende Projektleiterin einsetzte (act. 1 Rz. 7; act. 10 Rz. 11; vgl. act. 3/5 Ziff. 16.2) sowie schliesslich, am 2. November 2011 den der vorliegenden Streitigkeit zugrundeliegenden Zusammenarbeitsvertrag mit der Klägerin abschloss, der eine Auflösung unbestrittenermassen frühestens nach Einreichung des Baugesuchs vorsah (act. 10 Rz. 14). Wenn die von der Investorin am 21. Dezember 2011 kundgegebenen Änderungswünsche bei der Beklagten die Befürchtung auslösten, dass die Klägerin den anspruchsvollen Anpassungsarbeiten nicht gewachsen sein werde (so in act. 10 Rz. 50 in Zitierung der eigenen E-Mail vom 26. Dezember 2011, act. 11/3), so reicht diese Befürchtung für eine *bestimmt voraussehbare mangelhafte Erstellung des Gesamtwerks* nicht aus. Subjektive Befürchtungen des Bestellers rechtfertigen ein Vorgehen nach Art. 366 Abs. 2 OR, wie eingangs dargelegt, nicht.

6.4.5.7. In Anbetracht dieses Kenntnisstands der Beklagten und der mehrmonatigen Zusammenarbeit im Rahmen der Stufen 1 und 2 gemäss Architektenvertrag, während derer der Beklagten die Federführung sowie Überwachungs- und Unterstützungspflichten oblagen (act. 1 Rz. 20; act. 10 Rz. 15; act. 3/2 Ziff. 2), ist der Argumentation der Beklagten, dass ihr im Anschluss an die Investorensitzung vom 21. Dezember 2011 eine Nachfristansetzung mit Androhung der Ersatzvornahme aufgrund der *Unfähigkeit* der Klägerin zur korrekten Leistungserbringung unzumutbar gewesen sei, nicht zu folgen. Dies umso mehr, als die Beklagte sich, wie dargelegt, eigener Darstellung zufolge nach Prüfung des Vorabzugs der Baupläne am 16. Dezember 2011 unbestrittener- und belegtermassen dazu nicht veranlasst sah. Wenn die Beklagte aufgrund der als sehr anspruchsvoll qualifizierten Änderungswünsche des Investors auf die weitere Mitarbeit der Klägerin als Vertragspartnerin verzichtete, ohne ihr überhaupt Gelegenheit zur Umsetzung der Änderungswünsche oder ihr diese auch nur bekannt zu geben, verletzt sie ihrerseits den Vertrag, der eine Auflösung unstreitig frühestens nach Baueingabe vorsah.

6.4.5.8. Soweit die Beklagte schliesslich vorbringt, dass die von der Klägerin bereitgestellten *personellen Ressourcen* ungenügend gewesen seien und lediglich 150 Stellenprozente betragen hätten statt der von der Beklagten "ca. Mitte Oktober 2011 [...] geäusserte[n] Erwartung" von konstant 300 Stellenprozenten (act. 10 Rz. 24), ist dieses Vorbringen unbehelflich: Zum einen war die Klägerin zur Erstellung eines Werks – und nicht der Bereitstellung einer bestimmten Anzahl Mitarbeiter – verpflichtet, und zum anderen wird nicht dargelegt, weshalb dieser Umstand dazu geführt hätte, dass die Klägerin allfällige – ihr noch nicht bekannt gegebene – anspruchsvolle Änderungswünsche des Investors sowie allfällige Mängel in der verbleibenden Zeit mit Bestimmtheit nicht hätte umsetzen können (act. 10 Rz. 92). Damit mangelt es an hinreichend konkreten Vorbringen zu einem im massgeblichen Zeitpunkt des 21. Dezember 2011 bestimmt vorhersehbaren Unvermögen der Klägerin unter dem Titel eines antizipierten Werkmangels.

6.4.5.9. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die dargelegten, unbestrittenen und mit den Akten im Einklang stehenden Umstände sich mit der (ungenügend substantiierten) Behauptung, dass infolge Unvermögens der Klägerin zur qualitativ und terminlich korrekten weiteren Erstellung des Werks am 21. Dezember 2011 dessen vertragswidrige Erstellung bei objektiv-vernünftiger Betrachtung bestimmt vorhersehbar und Anlass zur vorerwähnten Erklärung gewesen sei, nicht in Einklang bringen lassen. Damit mangelt es auch unter diesem Titel an einer bestimmt vorhersehbaren, mangelhaften Werkerstellung.

6.4.6. Fazit

6.4.6.1. Weder die E-Mail der Beklagten vom 16. noch jene vom 26. Dezember 2011 stützt das Vorbringen der Beklagten, dass die Klägerin sich zur Überarbeitung der Pläne geweigert oder dafür eine zusätzliche, vertraglich nicht geschuldete Entschädigung verlangt hätte. Aufgrund der eigenen Vorbringen der Klägerin ist erstellt, dass sie am Anspruch auf Zahlung des Akontos aufgrund des Projektierungsstands – ungeachtet allfälliger ausstehender Planüberarbeitungs- oder Anpassungsarbeiten – festhielt.

6.4.6.2. Es ist unbestritten, dass die Beklagte die Überweisung des gesamthaften Akontos verweigerte. Angesichts des Anspruchs der Klägerin auf die Leistung des Honorarakontos von CHF 240'000.-- aufgrund des allein massgeblichen Projektierungsfortschritts wäre sie infolge der Weigerung der Beklagten, das Honorarakonto zu bezahlen, ihrerseits berechtigt gewesen, weitere Leistungen zu verweigern. Damit wäre eine – aufgrund der Beweislage nicht erstellte – Weigerung der Klägerin zur Vornahme weiterer Planungsleistungen gestützt auf Art. 82 OR gerechtfertigt gewesen.

6.4.6.3. Aufgrund der Vorbringen der Parteien und des Beweisergebnisses ist das Vorliegen einer bestimmt vorhersehbaren, mangelhaften oder sonst vertragswidrigen Werkerstellung im Sinne von Art. 366 Abs. 2 OR infolge einer (ungerechtfertigten) Weigerung der Klägerin oder aber eines offenkundigen Unvermögens der Klägerin, allfällige Mängel bzw. Unvollständigkeiten des Vorabzugs der Pläne zu

beheben und allfällige Änderungswünsche des Investors einzuarbeiten, zu verneinen.

6.5. Verschulden des Unternehmers

6.5.1. Das Verschulden ist in einem weiten Sinne zu verstehen. Es genügt, wenn den Besteller kein Selbstverschulden an der bestimmt vorhersehbaren mangelhaften bzw. sonstwie vertragswidrigen Werkerstellung im Sinne von Art. 369 OR trifft (GAUCH, a.a.O., Rz. 880; ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 35 zu Art. 366 OR).

6.5.2. Da die Klägerin, wie erwogen, gemäss Projektierungsfortschritt Anspruch auf das eingeforderte Honorarakonto hatte, hätte sie sich angesichts der unbestrittenen Weigerung der Beklagten zur Leistung der Akontozahlung von CHF 240'000.-- bis zur Überweisung der gesamten Akontosumme resp. einer entsprechenden Zusage ihrerseits weigern dürfen, weitere vertraglich geschuldete Arbeitsleistungen zu erbringen (Art. 82 OR). Dies kann jedoch mangels Vorliegens einer bestimmt vorhersehbaren vertragswidrigen Werkerstellung offen bleiben.

6.6. Fristansetzung unter Androhung der Ersatzvornahme

6.6.1. Nach Ansicht der Beklagten konnte die Ansetzung einer Nachfrist, da *unnütz*, unterbleiben, da sich die Klägerin definitiv geweigert habe, das Werk fertigzustellen. Indem die Klägerin eine zusätzliche Entschädigung als *conditio sine qua non* verlangt habe, habe sie ihre geschuldete Leistung von einer unzulässigen Bedingung abhängig gemacht, was einer definitiven Leistungsverweigerung gleichkomme (act. 10 Rz. 89). Im Eventualstandpunkt beruft sich die Beklagte auf die *Unzumutbarkeit* einer Nachfristansetzung: Die Beklagte habe die Klägerin während der Erstellungsphase mehrfach dazu aufgefordert, die in den Plänen enthaltenen Mängel zu beheben. Aufgrund des am 13. Dezember 2011 abgelieferten Vorabzugs der Pläne und der darin enthaltenen Mängel habe für die Beklagte definitiv festgestanden, dass die Klägerin nicht fähig sei, die verlangten Pläne den qualitativen Anforderungen entsprechend auszugestalten. Aufgrund

der geringen personellen Ressourcen sei es der Klägerin nach dem Dafürhalten der Beklagten schliesslich nicht möglich gewesen, die anspruchsvollen Änderungsünsche des neuen Investors und die Mängelbehebungsarbeiten in der kurzen, zur Verfügung stehenden Zeit in der geforderten Qualität umzusetzen (act. 10 Rz. 90 ff.).

6.6.2. Die Klägerin bestreitet, wie dargelegt, eine Leistungsverweigerung resp. Forderung nach einer vertraglich nicht geschuldeten Entschädigung. Eine Nachfristansetzung sei weder unnütz noch unzumutbar gewesen (act. 18 Rz. 51 f.). Dass die Klägerin weder über die Kapazität noch über die Fähigkeit verfügt habe, die Änderungswünsche des neuen Investors fristgerecht umzusetzen, sei reine Mutmassung der Beklagten (act. 18 Rz. 53 ff.). Sie verweist darauf, dass an der Koordinationssitzung vom 9. Dezember 2011 Fachplaner, Bauherrschaft sowie die Beklagte selbst den damaligen Planungsstand unterzeichnet und die Qualität der Pläne sowie die gute Zusammenarbeit gelobt hätten (act. 1 Rz. 11). Überdies sei sie noch mit E-Mail der Beklagten vom 16. Dezember 2011 aufgefordert worden, für den "Endspurt" genügend Kapazitäten bereitzuhalten (act. 1 Rz. 14). Die Mitteilung der Beklagten, "sämtliche noch ausstehenden Planungsarbeiten selber auszuführen", weil der Beklagten das Risiko, terminlichen oder qualitativen Vorgaben nicht entsprechen zu können, zu hoch gewesen sei (act. 3/19), stelle daher eine unrechtmässige, da durch den Zusammenarbeitsvertrag gültig ausgeschlossene Vertragsauflösung dar und keine Androhung einer Ersatzvornahme (act. 1 Rz. 27 f.).

6.6.3. Die Ersatzvornahme ist dem Besteller grundsätzlich unter Ansetzung einer angemessenen Frist zur Abhilfe anzudrohen. Der Besteller hat bis zum Ablauf der Frist kein Recht auf Ersatzvornahme, weshalb sein Anspruch auf Kostenersatz nur für solche Arbeiten entsteht, die der Dritte oder er selbst *nach* fruchtlos abgelaufener Frist ausführt. Einzig in den Fällen von Art. 108 OR, wenn das Ansetzen einer Nachfrist sich als unnütz erweisen würde, kann die Nachfristansetzung unterbleiben (GAUCH, a.a.O., Rz. 883 f., 892a; ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 36 zu Art. 366 OR). Nach Meinung von KOLLER darf die Ansetzung einer Nachfrist unter bestimmten Umständen auch aufgrund von Unzumutbarkeit unterbleiben; so

dann, wenn der Unternehmer Mängel, welche absolut geschützte Rechtsgüter des Bestellers beeinträchtigen, nicht beseitigt, obwohl er hierzu vom Besteller mehrfach, wenn auch ohne Fristansetzung, aufgefordert wurde. In einer solchen Situation könne die Mängelbeseitigung derart dringend sein, dass es dem Besteller gestattet sein müsse, sofort einen Drittunternehmer beizuziehen, statt nochmals eine Frist anzusetzen (Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV, Der Werkvertrag, Bern 1998, N 281 zu Art. 366 OR). Soll eine Ersatzvornahme ohne vorgängige Fristansetzung vorgenommen werden, sind die (absehbaren) Mängel bzw. Vertragswidrigkeiten vorgängig gegenüber dem Unternehmer zu monieren. Würde der Besteller den Unternehmer über die von ihm befürchteten Mängel nicht in Kenntnis setzen, könnte von einer Weigerung seitens des Unternehmers nicht ausgegangen werden, muss dieser doch zuerst um die behaupteten Mängel bzw. Vertragswidrigkeiten wissen, bevor er sich weigern kann, entsprechende Abhilfe zu leisten.

6.6.4. Wie hiavor erwogen (vgl. Erw. 6.4.4.11.), ist nicht erstellt, dass die Klägerin für die Behebung der monierten Mängel des Bauprojekt ein zusätzliches, vertraglich nicht geschuldetes Honorar verlangte. Vielmehr hat sie, wie vertraglich im Zusammenarbeitsvertrag festgehalten, Akontogesuche nach Massgabe des Planungsfortschritts gestellt. Da selbst eine klägerische Weigerung, weitere Arbeiten bis zur Auszahlung des geschuldeten Akontos zu erbringen, nicht ungerechtfertigt gewesen wäre, lag keine Erfüllungsverweigerung und damit auch kein Fall von Art. 108 OR vor, der die Ansetzung einer angemessenen Nachfrist entbehrlich, da unnütz, gemacht hätte. Wollte man weiter davon ausgehen, dass die Klägerin sich einen Honorarnachtrag für die Einarbeitung der Änderungswünsche des Investors vorbehielt, wäre darin keine Verzugssituation im Sinne von Art. 108 OR zu sehen. Die Klägerin kannte zum Zeitpunkt des 19./21. Dezembers 2011 die Änderungswünsche unbestrittenermassen nicht. Es kann auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden. Handelte es sich nicht um geringfügige Projektänderungen, so wäre eine allfällige Weigerungshaltung, die Änderungswünsche erst nach der Vereinbarung eines zusätzlichen Honorars umzusetzen, nicht ungerechtfertigt gewesen (act. 3/5, Ziff. 8.1). Handelte es sich demgegenüber lediglich um geringfügige Änderungen, so hätte erst gar kein antizipierter Werkmangel des Gesamt-

werks vorgelegen und wäre nicht ersichtlich, weshalb eine Nachfristansetzung als unnütz hätte unterbleiben dürfen.

6.6.5. Hinsichtlich des von der Beklagten als Begründung der "Unzumutbarkeit" einer Nachfristansetzung vorgebrachten Arguments der Unfähigkeit der Klägerin zur Erstellung eines vertragsgemässen Werks ist zunächst wiederum auf die vorstehenden Erwägungen zu verweisen (vgl. Erw. 6.4.5.). Zu ergänzen bleibt, dass nicht nachvollziehbar dargetan wird, weshalb der Beklagten selbst nach *Prüfung* des Vorabzugs der Pläne vom 13. Dezember 2011 und nach *Verschiebung* des Baueingabetermins um zwei Monate unzumutbar gewesen sein sollte, der Klägerin eine Nachfrist unter Androhung der Ersatzvornahme anzusetzen. Eine solche war, wie hiervor dargelegt, weder in den Wochen vor dem ursprünglichen Baueingabetermin noch nach dessen Verschiebung ein Thema, obwohl die Beklagte die Unzulänglichkeit der klägerischen Leistungen wiederholt gerügt haben will.

6.6.6. Dagegen, dass eine Nachfristansetzung wegen der vorhersehbar mangelhaften Qualität der neuerlichen Arbeit unterblieben sei, spricht bereits der Wortlaut der E-Mail vom 16. Dezember 2011, worin die Beklagte die Klägerin – nach Prüfung des Vorabzugs der Baugesuchspläne – aufforderte, für den "Endspurt bis ca. Mitte Februar 2012 ausreichend Kapazitäten zur Verfügung zu stellen" (act. 3/17). Zu diesem Zeitpunkt - fünf Tage vor der telefonischen Mitteilung der Beklagte, sie werde fortan sämtliche Planungsarbeiten selbst ausführen, erachtete die Beklagte die Klägerin offenkundig immer noch als dazu fähig, die Änderungsarbeiten zeitgerecht umzusetzen. Insbesondere legt sie nicht dar, auf welchen konkreten Tatsachen ihre Gewissheit im Zeitpunkt des 21. Dezembers 2011 beruhte, dass die Klägerin die – ihr bislang nicht bekannt gegebenen – Änderungen und Anpassungen in der gegebenen Zeit nicht mehr hätte bewerkstelligen können. Selbst wenn man mit der Beklagten davon ausgehen wollte, dass die von der Klägerin bereitgestellten personellen Ressourcen stets zu knapp gewesen seien, so fehlt es an einer Begründung einerseits dafür, weshalb dies in bestimmter Weise dazu geführt hätte, dass die Klägerin die Änderungswünsche des Investors sowie die Behebung der bestehenden Mängel nicht fristgerecht hätte umsetzen können, insbesondere aber dazu, welche Fristen die Klägerin infolge zu ge-

ringer Kapazitäten in den vorangegangenen Monaten nicht gewahrt hätte und welche Vorkehren die Beklagte diesbezüglich getroffen hat.

6.6.7. Für eine Situation der *Unzumutbarkeit*, wie sie KOLLER ausführt und worauf sich die Beklagte in ihrer Klageantwort eventualiter stützt (vgl. act. 10 S. 33), fehlt es an jeglichen Vorbringen. Eine Mängelbeseitigung war folglich nie derart dringend, als dass die Beklagte aufgrund von Unzumutbarkeit auf eine Nachfristansetzung hätte verzichten können.

6.6.8. Aufgrund des Gesagten war die Ansetzung einer Nachfrist weder unnütz noch unzumutbar. Damit fehlt es vorliegend gemäss unbestrittenem Sachverhalt an der Ansetzung einer angemessenen Nachfrist und Androhung der Ersatzvornahme

6.7. Fazit Ersatzvornahme

6.7.1. Aufgrund des Gesagten fehlt es an einer bestimmt vorhersehbaren, mangelhaften oder sonst vertragswidrigen Erstellung des vollendeten Werks, sei es aufgrund einer Leistungsverweigerung oder aber einer Unfähigkeit der Klägerin zur Erstellung des Werks. Der damalige Projektierungsstand berechnete die Klägerin dazu, der Beklagten am 15. Dezember 2011 ein Akontogesuch über den vertraglich vereinbarten maximalen Betrag von CHF 240'000.-- zu stellen. Da sich die Beklagte unstreitig weigerte, den ganzen Betrag zu überweisen, wäre selbst eine Weigerung der Klägerin, vor Zahlung oder Zusage der Zahlung des Akontos keine weiteren Leistungen zu erbringen, gerechtfertigt gewesen.

6.7.2. Eine allfällige Weigerung der Klägerin, ihr noch gar nicht bekanntgegebene Änderungswünsche des Investors ohne die vorgängige Vereinbarung eines zusätzlichen Honorars in die Pläne einzuarbeiten, hätte die Beklagte vor dem Hintergrund der vertraglichen Regelung über Zusatzleistungen nicht zu einer Ersatzvornahme berechtigt. Weiter war die Ansetzung einer Nachfrist mit Androhung der Ersatzvornahme aus den dargelegten Gründen weder unnütz noch unzumutbar; auf sie konnte daher nicht verzichtet werden.

6.7.3. Die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme nach Massgabe vom Art. 366 Abs. 2 OR waren im Zeitpunkt vom 21. bzw. 26. Dezember 2011 folglich nicht gegeben.

7. Vorzeitige Vertragsauflösung

7.1. Ausgangslage und Parteistandpunkte

7.1.1. Wie eingangs erwogen (vgl. Erw. 5.5.), kann eine vorzeitige Vertragsauflösung in beliebiger Form wirksam erklärt werden, sogar durch schlüssiges Verhalten, indem der Besteller die noch ausstehenden Arbeiten für den Unternehmer erkennbar an einen Dritten überträgt oder aber selber ausführt, ohne dass ihm das Recht auf Ersatzvornahme zusteht (GAUCH, a.a.O., Rz. 526). Die Voraussetzungen einer Ersatzvornahme waren, wie dargelegt, im Zeitpunkt der Willenserklärung der Beklagten vom 21. Dezember 2011, sämtliche weiteren Planungsarbeiten selber vornehmen zu wollen und auf die weitere Leistungserbringung durch die Klägerin zu verzichten, nicht gegeben. Der Verzicht der Beklagten auf die weitere Leistungserbringung durch die Klägerin ist daher als vorzeitige Vertragsauflösung zu qualifizieren (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 2 zu Art. 377 OR; GAUCH, a.a.O., Rz. 526).

7.1.2. Das Gesagte steht im Einklang mit den nachfolgenden, unbestritten gebliebenen Umständen, aus denen auf eine vorzeitige Vertragsauflösung seitens und auch aus Sicht der Beklagten und ein Vorgehen der Letzteren nach der Abzugsmethode (vgl. Art. 184 SIA-Norm 118) zu schliessen ist: Mit E-Mail vom 26. Dezember 2011 schlug die Beklagte eine gemeinsame Bewertung der noch ausstehenden Arbeiten vor, die vom Gesamthonorar in Abzug zu bringen seien. Mit weiterer E-Mail vom 15. Januar 2012 unterbreitete sie sodann ein Angebot betreffend Beendigung der Zusammenarbeit mit einer Honorarminderung von CHF 44'000.--. Nach dem Angebot der Klägerin, sich bezüglich Honorarminderung in der Mitte zu treffen, blieb die Beklagte bei ihrem Vorschlag über CHF 30'000 resp. CHF 31'000.– Honorarminderung (act. 1 Rz. 16 f.; act. 10 Rz. 52; act. 11/3; act. 3/19-21).

7.1.3. Die Klägerin führt aus, dass gemäss Ziff. 8 des Zusammenarbeitsvertrags eine vorzeitige Vertragsauflösung bis nach Einreichen des Baugesuchs gültig ausgeschlossen gewesen sei. Die Folgen der unrechtmässigen vorzeitigen Vertragsauflösung seien daher in analoger Anwendung von Art. 377 OR zu beurteilen (act. 1 Rz. 27 f.). Sie macht die Vergütung der bisher geleisteten resp. vertragswidrig entzogenen Arbeiten einschliesslich ihres Bonusanteils in der hiervor aufgeführten Höhe (Resthonorar zuzüglich Bonusanteil, abzüglich Arbeitsplatzmiete und Rückbehalt von CHF 20'000.-- zzgl. MwSt.) geltend (act. 18 Rz. 36).

7.1.4. Die Beklagte bestreitet die Gültigkeit des vertraglichen Ausschlusses einer vorzeitigen Vertragsauflösung bis nach Einreichung des Baugesuchs nicht. Sie beruft sich subeventualiter auf eine vorzeitige Auflösung *aus wichtigem Grund*, weshalb höchstens eine Vergütung für die bereits geleistete Arbeit geschuldet sei (act. 10 Rz. 95 ff.; act. 22 Rz. 92). Weiter hält sie dafür, dass selbst bei Fehlen eines wichtigen Grundes für die vorzeitige Vertragsauflösung lediglich die effektiv durch die Klägerin erbrachte Leistung zu entschädigen sei, da die Parteien in Ziff. 5.6 des Architektenvertrags gegenseitig auf das zustehende Honorar überschreitende Zuschläge infolge Projektabbruchs oder vorzeitiger Beendigung des Vertrags verzichtet hätten (act. 22 Rz. 100).

7.2. Rücktrittsrechte des Bestellers

7.2.1. Das Werkvertragsrecht kennt zwei Rücktrittsrechte des Bestellers: Zum einen eröffnet Art. 366 Abs. 1 OR dem Besteller die Möglichkeit, ohne den Lieferungstermin abzuwarten vom Vertrag zurücktreten, wenn der Unternehmer das Werk (a) nicht rechtzeitig beginnt, (b) die Ausführung in vertragswidriger Weise verzögert oder (c) damit ohne Schuld des Bestellers so sehr im Rückstand ist, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist. Das Gesetz statuiert damit für drei Varianten des Herstellungsverzugs ein Rücktrittsrecht zugunsten des Bestellers. Die herrschende Lehre gewährt dem Besteller dieses Recht demgegenüber nicht nur in den genannten drei, sondern in sämtlichen Fällen des Herstellungsverzugs (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 8 zu Art. 366 OR; KOLLER, a.a.O., N 5 zu Art. 366 OR). Obwohl Abs. 1 und Abs. 2 von Art. 366 OR zwei verschiedene Tatbestände regeln, ist in Einzelfällen die Geltendmachung beider Rechtsbe-

helfe nach Wahl des Bestellers möglich (GAUCH, a.a.O., Rz. 894a). Gemäss BGE 126 III 233 ff. steht es dem Besteller zudem immer frei, nach Abs. 1 von Art. 366 OR vorzugehen, wenn der Tatbestand von Abs. 2 erfüllt ist (kritisch dazu GAUCH, a.a.O., Rz. 894b, mit Hinweis auf die abweichende Rechtsprechung in BGE 130 III 596). Die Geltendmachung des Rücktrittsrechts von Art. 366 Abs. 1 OR setzt kein Verschulden des Unternehmers voraus (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 3 zu Art. 366 OR). Da für einen Rücktritt nach Art. 366 Abs. 1 OR ergänzend die allgemeinen Bestimmungen über den Verzug anwendbar sind, hat der Besteller den Unternehmer, ausser im Falle von Verfalltagsgeschäften, vorgängig zu *mahnen* und ihm vorbehältlich der Fälle von Art. 108 OR eine *Nachfrist* anzusetzen (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 14 ff. zu Art. 366 OR). Die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen der Rücktrittsvoraussetzungen obliegt dem Besteller. Das Rücktrittsrecht gemäss Art. 366 OR bildet Teil des Verzugsrechts und hat daher nicht dispositiven Charakter, da im Verzugsrecht einzig die Frage der Haftung für Zufall (Art. 103) einer abweichenden Parteiabrede offen steht (vgl. WOLFGANG WIEGAND, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 13 zu Art. 103 OR).

7.2.2. Das zweite Rücktrittsrecht statuiert Art. 377 OR. Es kann vom Besteller bis zur Vollendung des Werks jederzeit voraussetzungslos geltend gemacht werden, allerdings gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers. Das Rücktrittsrecht nach Art. 377 OR ist dispositiver Natur, wobei umstritten ist, ob es ganz wegbedungen werden darf (vgl. ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 20 zu Art. 377 OR m.w.H.; offen gelassen in BGE 117 II 276 E. 3b). Vorbehalten bleibt auf jeden Fall die Auflösung aus wichtigem Grund, worauf nicht im Voraus verzichtet werden kann (GAUCH, a.a.O., Rz. 583; ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 20 zu Art. 377 OR).

7.2.3. Art. 183 SIA-Norm 118 erklärt als Grundsatz Art. 97, 107, 119 und 366 OR für anwendbar, es sei denn, die Norm würde davon Abweichendes statuieren. Art. 184 Abs. 1 SIA-Norm 118 verweist vollumfänglich auf Art. 377 OR.

7.2.4. Bringt der Besteller in seiner Erklärung, den Werkvertrag aufzulösen, nicht deutlich etwas anderes zum Ausdruck, so darf der Unternehmer nach Vertrauensprinzip annehmen, dass ein Rücktritt nach Art. 377 OR gemeint ist, und rich-

ten sich die Rechtsfolgen der Vertragsauflösung nach dieser Bestimmung (GAUCH, a.a.O., Rz. 580).

7.3. Rechtsgrundlage der Vertragsauflösung

7.3.1. Weder die Klägerin noch die Beklagte (im Eventualstandpunkt betreffend Vertragsauflösung) machen geltend, dass die Willenserklärungen D._____s vom 21. (mündlich) resp. 26. Dezember 2011 (schriftlich) zum Ausdruck gebracht hätten, dass die Beklagte sich auf ein besonderes Auflösungsrecht beruft. Aufgrund des Gesagten richten sich die Rechtsfolgen der vorzeitigen Vertragsauflösung somit grundsätzlich nach Art. 377 OR.

7.3.2. Gemäss unbestritten gebliebenem Vorbringen der Klägerin haben die Parteien in Ziff. 8 des Zusammenarbeitsvertrags (act. 3/2) eine vorzeitige Vertragsauflösung *bis nach Einreichen des Baugesuchs* und damit ein Teilrücktrittsrecht analog Art. 377 OR wegbedungen (vgl. GAUCH, a.a.O., Rz. 775, 777a). Die vorzeitige Vertragsauflösung vom 21. resp. 26. Dezember 2011 fand unbestrittenermassen vor Einreichen des Baugesuchs am 29. Februar 2012 (act. 10 Rz. 62) und damit zu einem Zeitpunkt statt, in welchem der Beklagten der Rechtsbehelf der jederzeitigen Vertragsauflösung nicht offenstand. Die Beklagte beruft sich denn, wie dargelegt, auch auf eine Vertragsauflösung aus wichtigem Grund (act. 10 Rz. 95 ff.; act. 22 Rz. 92 ff.).

7.3.3. Ein – nicht wegbedingbarer – Rücktritt nach Art. 366 Abs. 1 OR hätte der Beklagten im Übrigen nicht offen gestanden:

a) Soweit man dem Besteller mit BGE 126 III 233 (E. 7) den Rechtsbehelf des Rücktritts nach Abs. 1 von Art. 366 OR auch bei gegebenen Voraussetzungen einer *Ersatzvornahme gemäss Abs. 2 OR* der Bestimmung zugestehen wollte, so wäre dies vorliegend unbehelflich, da es, wie dargelegt, sowohl an einer bestimmt voraussehbaren vertragswidrigen Werkerstellung als auch an der erforderlichen Nachfristansetzung mit Androhung der Ersatzvornahme mangelt.

b) Ebenso wenig sind die Voraussetzungen eines *Herstellungsverzugs im Sinne von Art. 366 Abs. 1 OR* erfüllt: Zu verweisen ist auf die Ausführungen zum Fehlen

einer ungerechtfertigten Weigerung seitens der Klägerin zur Überarbeitung und Anpassung der Pläne. Hinsichtlich des weiteren Vorbringens, wonach die Klägerin offenkundig ausserstande gewesen sei, die behaupteten Planmängel im Vorabzug vom 13. Dezember 2011 und die anspruchsvollen Änderungswünsche der Investorin *in der sehr kurzen zur Verfügung stehenden Zeit umzusetzen* (act. 10 Rz. 92), verbleibt zum einen zu sehr im Allgemeinen. Zum anderen steht es im Widerspruch zur Aufforderung der Beklagten vom 16. Dezember 2011, mithin *nach* Prüfung des Vorabzugs Baugesuchspläne vom 13. Dezember 2011, genügend Ressourcen für die Schlussphase bereitzustellen (act. 11/3), aber auch dazu, dass die Baugesuchspläne der Klägerin, Stand 8./9. Dezember 2011 (Koordinationssitzung mit Fachplanern und Bauherrschaft), nach eigener Darstellung der Beklagten keine Mängel aufwiesen, die für die Zwecke der Koordinationssitzung von Belang gewesen wären. Schliesslich hat die Klägerin gemäss erstelltem Sachverhalt den Vorabzug der Baugesuchspläne, Stand 13. Dezember 2011, rechtzeitig vor dem vertraglich vereinbarten und nur wenige Tage vorher (10. Dezember 2011) *mündlich* verschobenen Baueingabetermin vom 15. Dezember 2011 abgegeben (act. 1 Rz. 13; act. 10 Rz. 37). Im Übrigen mangelt es nach dem Gesagten wiederum an einer Nachfristansetzung, da eine solche – zufolge nicht erstellter ungerechtfertigter Weigerung in der Werkausführung – weder unnütz noch unzumutbar war.

c) Hinsichtlich der weiteren Vorbringen, dass die Klägerin bereits während der Werkausführung "immer auch Probleme [gehabt habe], die zeitlichen Vorgaben einzuhalten" (act. 10 Rz. 92 f.), resp. nach dem Dafürhalten der Beklagten ungenügende personelle Ressourcen eingesetzt habe (act. 10 Rz. 24), ist auf die obigen Erwägungen (vgl. Erw. 6.4.5.2. ff. und Erw. 6.4.5.8.) zu verweisen.

7.3.4. Damit stand der Beklagten ein Vertragsrücktritt nach Art. 366 OR nicht offen und war das jederzeitige, voraussetzungslose Rücktrittsrecht nach Art. 377 OR bis nach Eingabe des Baugesuchs gültig wegbedungen.

7.4. Rücktritt aus wichtigem Grund?

Die Beklagte beruft sich, wie dargelegt, im Eventualstandpunkt auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes für die vorzeitige Vertragsauflösung (act. 22 Rz. 92 ff., 208). Als wichtigen Grund führt sie wiederum die mündlichen Weigerungserklärungen der Klägerin vom 19. resp. 21. Dezember 2011 an, welche ihr auch angesichts der bisherigen Leistungen der Klägerin, die "mangelhaft und verspätet" gewesen seien, die Vertragsfortsetzung unzumutbar gemacht hätten (act. 10 Rz. 99 ff.). Damit beruft sich die Beklagte wiederum auf den zur Begründung der Ersatzvornahme unter dem Titel der vertragswidrigen Werkerstellung angeführten Sachverhalt. Es ist auf die dortigen Erwägungen zu verweisen. Damit mangelt es am Vorliegen des behaupteten wichtigen Grundes, der die Beklagte zum Rücktritt trotz des vertraglichen Ausschlusses des jederzeitigen Rücktrittsrechts von Art. 377 OR bis nach Einreichen des Baugesuchs (vgl. act. 3/2 Ziff. 8) berechtigt hätte, und erfolgte die Vertragsauflösung am 21. (mündlich) resp. 26. Dezember 2011 (schriftlich) in Verletzung von Ziff. 8 des Zusammenarbeitsvertrags. Zu verweisen ist der Vollständigkeit halber auf das zu den widersprüchlichen Vorbringen der Beklagten für ihre "Ersatzvornahmeerklärung" vom 21. (mündlich) resp. 26. Dezember 2011 (schriftlich) Erwogene (vgl. Erw. 6.4.4.7. hiervor).

7.5. Folgen der vertragswidrigen vorzeitigen Auflösung des Vertrags

7.5.1. Die Klägerin macht geltend, dass ihr in analoger Anwendung von Art. 377 OR das Honorar für die geleisteten resp. die vertragswidrig entzogenen Arbeiten sowie die volle Schadloshaltung zustehe. Im Umfang des Anspruchs auf das Vermögensinteresse an der tatsächlichen Ausführung des Werks und damit auf Ersatz des Nichtausführungsschadens erfolge jedoch ein Klagerückzug (act. 18 Rz. 66 und 71). Geschuldet seien gemäss Zusammenarbeitsvertrag für die Stufe 1 (Vorprojekt, 4.31 SIA 102/2003) CHF 96'000.-- und für die Stufe 2, bestehend aus den Teilphasen "Bauprojekt" und "Bewilligungsverfahren" (4.32 und 4.33 SIA 102/2003) CHF 296'000.--, je exkl. MwSt. Im Umfang von CHF 20'000.-- (zuzüglich MwSt.), welche auf die nicht mehr erbrachten Leistungen der Teilphase "Bewilligungsverfahren" entfielen, sei mit Replik ein Klagerückzug erfolgt (act. 18 Rz. 66 ff.).

Die Höhe dieses Rückzugs begründet die Klägerin zum einen damit, dass Ziff. 4 Abs. 2 des Zusammenarbeitsvertrags der Beklagten das Recht zu einem Rückbehalt in dieser Höhe einräume, sollten bei Rechtskraft der Baubewilligung und damit Fälligkeit des Resthonorars samt Bonusanteil die Arbeiten betreffend Baufreigabe noch nicht erledigt sein. Zum anderen sehe der Architektenvertrag, Anhang „Schnittstelle Teilleistungen“, vor, dass vom Anteil von 18.5 % des Pauschalhonorars des Architekten für Stufe 2 deren 17 % auf die Teilleistung "Bauprojekt" und 1.5 % auf die weitere Teilleistung "Bewilligungsverfahren" entfielen. Ausgehend vom vereinbarten Pauschalhonorar der Klägerin von CHF 296'000.-- für die Stufe 2, entsprechend 18.5 % des Honorars, entfalle auf die darin enthaltenen 1.5 % für die Teilleistung "Bewilligungsverfahren" ein Pauschalhonoraranteil von CHF 24'000.-- (act. 18 Rz. 44). Da die Klägerin bereits im Zuge der Ausarbeitung des Baugesuchs Arbeiten der Auflagebereinigung erledigt oder vorabgeklärt habe, rechtfertige es sich, einen Betrag von CHF 20'000.-- für die nicht mehr erbrachten Arbeiten in Zusammenhang mit dem Bewilligungsverfahren auszuscheiden. Geschuldet sei weiter der Anteil der Klägerin am Bonus in der Höhe von CHF 48'000.-- exkl. MwSt. (act. 18 Rz. 67). Gemäss Ziff. 8 des Zusammenarbeitsvertrags habe eine allfällige vorzeitige Vertragsauflösung keine Auswirkung auf die Aufteilung des Bonus (act. 1 Rz. 22).

Vom hieraus resultierenden Gesamtbetrag seien die geleisteten Akontozahlungen (CHF 200'000.--) sowie der Mietzins für die Bürobenuzung (CHF 5'000.--) in Abzug zu bringen, was zur replicando reduzierten Klagesumme von CHF 232'600.-- inkl. MwSt. führe (act. 18 Rz. 69). Die Klägerin habe die dem eingeklagten Honorar (inkl. MwSt.) samt Bonusanteil entsprechenden Arbeiten bereits geleistet resp. wurden ihr allfällige noch ausstehende Arbeiten der Teilphase "Bauprojekt" zufolge unzulässiger vorzeitiger Vertragsauflösung entzogen (act. 18 Rz. 71). Am Honoraranspruch ändere Ziff. 5.6 des Architektenvertrags nichts, da dieser die Folgen einer *zulässigen* vorzeitigen Vertragsauflösung regle und diesfalls einen Verzicht auf entgangenen Gewinn oder Ähnliches vorsehe. Im Falle der vorliegenden *unzulässigen*, da vertraglich ausgeschlossenen Vertragsauflösung sei die Klägerin so zu stellen, wie wenn der Vertrag bis zum Zeitpunkt der Baueingabe als des frühestmöglichen Kündigungszeitpunkts erfüllt worden wäre (act. 18 Rz. 71).

7.5.2. Die Beklagte bestreitet zum einen die Höhe des Abzugs für das Bewilligungsverfahren. Aus dem Zusammenarbeitsvertrag gehe nicht hervor, dass der vertragliche Rückbehalt von CHF 20'000.-- das Honorar für die Auflagebereinigung darstelle; der Betrag sei vielmehr ein Rückbehalt unabhängig vom effektiven Aufwand der Auflagebereinigung. Für das Auflagebereinigungsverfahren sei kein fixer Betrag vereinbart worden (act. 22 Rz. 185 f.; 179 f.), weshalb die effektiven Aufwendungen der Beklagten im Rahmen der Ersatzvornahme von CHF 74'100.-- (entsprechend 570 Stunden à CHF 130.--) in Abzug zu bringen seien (act. 22 Rz. 74, 80 f., 188). Der Bonusanteil sei nur geschuldet gewesen, wenn die Klägerin ihre Leistungen vollumfänglich und mängelfrei erbracht hätte, was nicht der Fall gewesen sei (act. 22 Rz. 85).

Selbst bei Fehlen eines wichtigen Grundes habe die Klägerin im Rahmen des Rücktritts der Beklagten nach Art. 377 OR keinen Anspruch auf ein über die effektiv geleistete Arbeit hinausgehendes Honorar: Gemäss *Ziff. 5.6 des Architektenvertrages* (act. 3/5) verzichte der Auftragnehmer – in casu die Klägerin – auf einen das zustehende Honorar überschreitenden Zuschlag infolge Projektabbruch oder vorzeitiger Beendigung des Vertrages (entgangener Gewinn oder Ähnliches) und erfolge eine Honorierung einzig im Verhältnis zur tatsächlich erbrachten Planerleistung. Der Anspruch der Klägerin sei – analog zum Anspruch im Falle des Rücktritts aus wichtigem Grund – wie folgt zu ermitteln: Vom Restanspruch der Klägerin von CHF 235'000.-- gemäss Vertrag (nach Abzug der bereits geleisteten Zahlungen) seien CHF 20'000.-- (exkl. MwSt.) aufgrund des Klagerückzugs, weiter der nicht geschuldete Bonus sowie schliesslich die von der Beklagten im Rahmen der Ersatzvornahme anstelle der Klägerin erbrachten Leistungen im Betrag von CHF 177'957.-- abzuziehen (act. 22 Rz. 98 ff.). Damit stehe der Klägerin auch im Falle eines Vertragsrücktritts der Beklagten ohne wichtigen Grund keine Forderung gegenüber der Beklagten mehr zu (act. 22 Rz. 100 ff.).

7.5.3. Tritt der Besteller vom Werkvertrag zurück, ohne nach Art. 377 OR oder aus einem anderen Grund zur Vertragsauflösung berechtigt zu sein, so kann der Unternehmer entweder auf der tatsächlichen Abwicklung des Werkvertrags beharren, namentlich auch auf der Bezahlung der fortgesetzten Werkausführung, oder

er behaftet den Besteller bei seiner Erklärung. Wählt der Unternehmer, wie vorliegend (vgl. act. 1 Rz. 28), die letztere Möglichkeit, so darf er jedenfalls nicht schlechter gestellt werden, als wenn der Vertrag durch die Rücktrittserklärung des Bestellers aufgelöst worden wäre. Er kann in analoger Anwendung von Art. 377 OR die „Vergütung der bereits geleisteten Arbeit“ und die „volle Schadloshaltung“ für die vorzeitige Vertragsauflösung verlangen, wobei der Anspruch auf Schadloshaltung sich, anders als nach Art. 377 OR, nicht nur auf Ersatz des Vergütungsinteresses, sondern auch des „reinen Nichtausführungsschadens“ richtet (GAUCH, a.a.O., Rz. 587 ff.).

7.5.4. Im vorliegenden Fall macht die Klägerin das Resthonorar zuzüglich Bonusanteil für die abgeschlossene Stufe 1 ("Vorprojekt") sowie für die Teilphase „Bauprojekt“ der Stufe 2 geltend (act. 18 Rz. 66 ff.). Damit fordert die Klägerin die Vergütung der geleisteten resp. der ihr vertragswidrig entzogenen Arbeit bis und mit der Teilleistung „Bewilligungsverfahren“ einschliesslich ihres Anteils am Bonus und verzichtet auf „volle Schadloshaltung“ für jenen Teil der Leistungen, die ihr ab Einreichung des Baugesuchs und somit ab dem frühest möglichen Zeitpunkt einer *zulässigen* vorzeitigen Auflösung gemäss Ziff. 8 des Zusammenarbeitsvertrags entzogen wurden (act. 18 Rz. 66 ff.). Es wird mithin kein Ersatzanspruch „aus rechtmässiger Vertragsauflösung“ anstelle des erloschenen Vergütungsanspruchs für die noch ausstehende Arbeit ab dem frühestmöglichen Kündigungszeitpunkt (Baugesuchseingabe) geltend gemacht (vgl. GAUCH, a.a.O., Rz. 543, 557). Damit erübrigt es sich auch, auf die verschiedenen Methoden der Schadenersatzberechnung – Additionsmethode resp. Abzugsmethode, vgl. Art. 184 SIA-Norm 118 – und auf allfällige Umstände für die Reduktion der Schadenersatzpflicht einzugehen (GAUCH, a.a.O., Rz. 554 ff.).

7.5.5. Dem Einwand der Beklagten, dass selbst im Falle einer unzulässigen, da vertraglich ausgeschlossenen und sich nicht auf einen wichtigen Grund stützenden Vertragsauflösung vor Einreichung des Baugesuchs lediglich das Honorar für die effektiv erbrachte Leistung geschuldet sei, ist nicht zu folgen: Zwischen der Beklagten und der G._____ als den Parteien des Architektenvertrags wurde eine vorzeitige Vertragsbeendigung *nicht* ausgeschlossen und wurde in Ziff. 5.6 ver-

einbart, dass der Architekt (die Beklagte) im Falle eines Projektabbruchs oder der vorzeitigen Beendigung des Vertrags auf einen das zustehende Honorar überschreitenden Zuschlag verzichtet (entgangener Gewinn oder Ähnliches). Weiter sieht Ziff. 5.6 des Architektenvertrags vor, dass im Fall eines Abbruchs vor der Beendigung der entsprechenden Stufe die Honorierung im Verhältnis zur tatsächlich erbrachten Planerleistung erfolge (act. 3/5). Dieser Regelung geht im Verhältnis der Parteien dieses Verfahrens jener von Ziff. 8 des Zusammenarbeitsvertrags vor (act. 3/2), wonach eine Vertragsauflösung frühestens nach Einreichen des Baugesuchs möglich ist. Die Arbeiten bis und mit Baueingabe hätten der Klägerin somit nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes für eine vorzeitige Vertragsauflösung oder bei gegebenen Voraussetzungen einer Ersatzvornahme entzogen werden dürfen. Damit ist im vorliegenden Fall einer *unzulässigen* vorzeitigen Vertragsauflösung das volle Honorar für sämtliche Arbeiten bis und mit Einreichung des Bauprojekts als des frühest möglichen Auflösungszeitpunkts geschuldet. Darüber hinausgehende Vergütungen wären dagegen vor dem Hintergrund von Ziff. 5.6 des Architektenvertrags nur zu entrichten, wenn entsprechende Arbeiten seitens der Klägerin vorgenommen worden wären. Dies wird indes nicht geltend gemacht. Nach übereinstimmender Darstellung der Parteien führte die Klägerin nach Abgabe des Vorabzugs der Baugesuchspläne am 13. Dezember 2011 bis zur vorzeitigen Vertragsauflösung am 21. Dezember 2011 keine weiteren Planungsarbeiten mehr aus (act. 10 Rz. 38; act. 18 Rz. 23 ff.).

7.5.6. Die Klägerin hat unbestrittenermassen sämtliche Arbeiten der Stufe 1 ("Vorprojekt", 4.31 SIA 102/2003) erbracht, entsprechend einem Pauschalhonorar von CHF 96'000.--. Stufe 2 des Vertrags setzt sich, wie dargelegt, aus den Teilphasen 4.32 (Bauprojekt) und 4.33 (Bewilligungsverfahren) gemäss SIA 102/2003 zusammen. Arbeiten der Teilphase „Bewilligungsverfahren“ wurden seitens der Klägerin unbestrittenermassen keine erbracht. Diese Arbeiten wären von der Klägerin nach Einreichung des Baugesuchs zu erbringen gewesen, weshalb ihr hierfür aufgrund von Ziff. 5.6 des Architektenvertrags kein Ersatzanspruch zusteht. Die Arbeiten gemäss Teilphase „Bauprojekt“ waren dagegen vor der Einreichung des Baugesuchs zu erbringen. Das hierfür vereinbarte Honorar ist aufgrund der vorzeitigen vertragswidrigen Kündigung durch die Beklagte – und damit des un-

rechtmässigen Entzugs der betreffenden Arbeiten – somit vollumfänglich geschuldet, selbst wenn nicht alle Leistungen gemäss Teilphase 4.32 gänzlich erbracht worden sein sollten, was offen bleiben kann.

7.5.7. Ziff. 3 des Zusammenarbeitsvertrags sieht für beide Teilphasen der Stufe 2 (Bauprojekt und Bewilligungsverfahren) ein Pauschalhonorar von CHF 296'000.-- (exkl. MwSt.) vor. Zu prüfen ist, welcher Anteil des Honorars auf die Teilphase „Bewilligungsverfahren“ entfällt und vom Pauschalhonorar für Stufe 2 in Abzug zu bringen ist.

7.5.8 Wie dargelegt, haben die Parteien des Architektenvertrags gemäss dessen Anhang "Schnittstellen Teilleistung", eine Gewichtung von 92 % für das Erstellen des Bauprojekts und 8 % für das Bewilligungsverfahren vorgenommen. Wird dieser Verteilsatz auf das Pauschalhonorar der Klägerin von CHF 296'000.-- für die Stufe 2 angewendet, so entfallen CHF 272'000.-- auf die Teilphase „Bauprojekt“ und CHF 24'000.-- auf die Teilphase „Bewilligungsverfahren“. Eine Reduktion des auf das Bewilligungsverfahren entfallenden Anteils am Pauschalhonorar der Stufe 2, wie von der Klägerin damit begründet, dass sie „Teile der Auflagebereinigung bereits bei der Ausarbeitung des Baugesuchs erledigt oder vorabgeklärt“ habe (vgl. act. 18 Rz. 44, a.E.), rechtfertigt sich nicht. Die Klägerin legt ausser wenigen beispielhaften Hinweisen (vgl. act. 18 Rz. 45: „beispielsweise Bestätigung Behindertenkonferenz, Formular belastetes Bodenmaterial, Entrauchungskonzept, der Anteil Architektenarbeit am Schutzraum“) nicht dar, um welche Arbeiten es sich im Einzelnen gehandelt hat und weshalb diesen beispielhaft aufgezählten Vorabklärungen ein Wert von CHF 4'000.-- am Pauschalhonoraranteil von CHF 24'000.-- für das Bewilligungsverfahren zukommen sollte.

7.5.9. Nicht gefolgt werden kann sodann dem Argument der Beklagten, der Abzug habe in Höhe ihres *effektiven Aufwands* für die Auflagebereinigung von (behaupteten) 570 Stunden zu erfolgen (act. 22 Rz. 179 f. i.V.m. Rz. 74, 80 f.). Die Beklagte macht damit die ihr entstandenen Kosten der (vermeintlichen) *Ersatzvornahme* geltend (vgl. act. 22 Rz. 179 i.V.m. Rz. 74, 80 f.). Da es an den Voraussetzungen einer Ersatzvornahme im Zeitpunkt der Willenserklärung der Beklagten vom 21. Dezember 2011, wie dargelegt, mangelt, verbleibt für eine Verrechnung

mit dem von der Beklagten geltend gemachten Aufwand aus "Ersatzvornahme" kein Raum. Vielmehr ist, wie erwogen, jener Anteil am *Pauschalhonorar* der Klägerin für die Stufe 2, der auf die Teilphase „Bewilligungsverfahren“ entfällt, zu ermitteln und auszuscheiden. Diesbezüglich haben die Parteien, wie dargelegt, im Anhang „Schnittstelle Teilleistungen“ des Architektenvertrags eine Gewichtung der pauschalen Honoraranteile der einzelnen Teilphasen vorgenommen. Dass und inwiefern diese vertragliche Gewichtung der Teilphasen nicht dem Parteiwillen entspreche bzw. dass die Parteien von einer anderen Gewichtung ausgegangen wären, wird nicht behauptet (act. 22 Rz. 179 f.).

7.5.10. Für die von der Klägerin nicht erbrachten Leistungen in Zusammenhang mit der Teilphase „Bewilligungsverfahren“ ist somit ein Anteil von CHF 24'000.-- am Pauschalhonorar für die Stufe 2 von insgesamt CHF 296'000.-- auszuscheiden und in Abzug zu bringen.

7.5.11. Der Anspruch auf Zahlung des Bonusanteils knüpft gemäss Zusammenarbeitsvertrag an dasselbe Kriterium – Rechtskraft der Baubewilligung – an wie jener auf Zahlung des Resthonorars der Stufen 1 und 2 (act. 3/2, Ziff. 4). Der Bonusanteil ist somit als Werklohnbestandteil zu qualifizieren. Dem Argument der Beklagten, es handle sich bei der Bonuszahlung um einen das zustehende Honorar überschreitenden Zuschlag, der nur bei vollständiger und mängelfreier Leistungserbringung geschuldet sei (act. 22 Rz. 85, 100 f.), kann nicht gefolgt werden: Ziff. 8 des Zusammenarbeitsvertrags sieht vielmehr ausdrücklich vor, dass eine *vorzeitige Vertragsauflösung* auf die Aufteilung des Bonus keinen Einfluss hat (act. 3/2, Ziff. 8). Dies muss umso mehr im vorliegenden Fall einer vor dem frühest möglichen Zeitpunkt und ohne wichtigen Grund vorgenommenen, somit vertragswidrigen vorzeitigen Auflösung der Zusammenarbeit gelten. Der Klägerin war es just zufolge dieser vorzeitigen Vertragsauflösung nicht möglich, sämtliche Leistungen zu erbringen, weshalb die „vollständige Leistungserbringung“ von vorneherein kein Kriterium für die Frage darstellen kann, ob die Bonuszahlung geschuldet ist. Der Anspruch der Klägerin auf den ihr zustehenden Bonusanteil knüpft schliesslich auch nicht an eine mängelfreie Leistungserbringung an; die Beklagte beruft sich für ihr diesbezügliches Vorbringen denn auch auf keine Vertragsstelle.

7.5.12. Das der Klägerin zustehende Honorar einschliesslich Bonusanteil berechnet sich somit wie folgt:

	CHF 392'000.--	(Pauschalhonorare Stufen 1 und 2)
-	CHF 200'000.--	(Geleistete Akontozahlungen Stufen 1 und 2)
+	CHF 48'000.--	(Bonusanteil)
-	CHF 24'000.--	(Bevolligungsverfahren)
-	CHF 5'000.--	(Mietzins für 2.5 Monate Büronutzung)

	CHF 211'000.--	(exkl. MwSt.)
	CHF 227'880.--	(inkl. MwSt.)

7.5.13. Aufgrund des Gesagten, insbesondere zum Fehlen eines wichtigen Grundes für die vorzeitige Vertragsauflösung, sind vorliegend keine Umstände ersichtlich, die eine Reduktion erfordern. Gemäss Rechtsprechung genügt insbesondere ein Vertrauensverlust seitens des Bestellers in den Unternehmer nicht, den Besteller von der Vergütungs- oder Schadloshaltungspflicht von Art. 377 OR zu befreien (Entscheid 4D_8/2008 des BGer vom 31. März 2008, E. 3.4.1 sowie Entscheidung 4C.281/2005 vom 15. Dezember 2005, E. 3.6; zustimmend ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 18 zu Art. 377 OR).

7.5.14. Da die Beklagte, wie dargelegt, den Zusammenarbeitsvertrag in vertragswidriger Weise vorzeitig aufgelöst hat, wurde der Vergütungsanspruch für die bereits geleistete resp. vertragswidrig entzogene Arbeit einschliesslich Bonusanteil mit der Vertragsauflösung fällig. Gemäss herrschender Lehre zum rechtmässigen Rücktrittsrecht von Art. 377 OR (GAUCH, a.a.O., Rz. 540) ergibt sich dies zum einen aus dem *Wortlaut* der Bestimmung, wonach der Besteller „*gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit*“ zurücktreten kann, und zum anderen daraus, dass mit der vorzeitigen Vertragsauflösung kein Grund mehr besteht für ein weiteres Hinausschieben der Fälligkeit. Dies hat nicht nur für den Fall zu geltend, dass ein (rechtmässiger) Vertragsrücktritt nach Art. 377 OR vorliegt, sondern *a fortiori* auch dann, wenn ein solcher Rücktritt zwischen den Parteien rechtsgültig ausgeschlos-

sen wurde und der Besteller in vertragswidriger Weise zurücktritt, ohne sich auf einen wichtigen Grund berufen zu können. In einem solchen Fall ist das schutzwürdige Interesse des Unternehmers, vorliegend der Klägerin, umso grösser, da dieser nicht mit einem Rücktritt rechnen musste. Dass die Parteien die Fälligkeit des restlichen Werklohns sowie der Bonuszahlung vertraglich an einen späteren Zeitpunkt als die Werkabgabe, vorliegend die Rechtskraft der Baubewilligung, knüpften, ändert an der sofortigen Fälligkeit nichts. Für die Interessenlage der Unternehmer ist es nicht von Belang, ob ursprünglich der gesetzliche Zeitpunkt nach Massgabe von Art. 372 OR oder ein vertraglich vereinbarter, späterer Zeitpunkt die Fälligkeit bestimmt. Beide bestimmen die Fälligkeit lediglich für den Normalfall der vertragskonformen Erfüllung. Hiervon ist die im vorliegenden Fall gegebene Situation eines unrechtmässigen Vertragsrücktritts zu unterscheiden. Damit wurde der Anspruch der Klägerin auf Zahlung von Resthonorar einschliesslich Bonusanteil mit der unrechtmässigen vorzeitigen Vertragsauflösung fällig (vgl. GAUCH, a.a.O., Rz. 1156).

7.6. Fazit

Die Beklagte ist somit zu verpflichten, der Klägerin CHF 227'880.-- (inkl. MwSt.) zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 26. Dezember 2011 zu bezahlen.

8. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

8.1. Die Voraussetzungen für eine *Ersatzvornahme* nach Art. 366 Abs. 2 OR lagen im Zeitpunkt des 21. Dezembers 2011 nicht vor. Eine Erfüllungsverweigerung der Klägerin mit Bezug auf eine Überarbeitung des Vorabzugs der Pläne und Einarbeitung von allfälligen, ihr nicht bekanntgegebenen Änderungswünschen des Investors ist nicht erstellt. Waren die Änderungswünsche nicht geringfügig, so wäre die Weigerungshaltung aufgrund von Ziff. 8.1 Architektenvertrag berechtigt gewesen. Waren die Änderungswünsche hingegen geringfügig, so bildete deren Umsetzung einen dementsprechend geringen Anteil an den Projektierungsarbeiten, weshalb deren Nichtumsetzung nicht zur Mangelhaftigkeit des Gesamtwerks hätten führen können. Da die Klägerin aufgrund des Projektierungsfortschritts

nach Abgabe des Vorabzugs der Pläne zwei Tage vor dem ursprünglichen Baueingabetermin Anspruch auf die Honorar-Akontozahlung von CHF 240'000.-- hatte, wäre selbst eine Weigerung zur Vornahme weiterer Arbeiten angesichts der unbestrittenermassen verweigerten Zahlung gerechtfertigt gewesen. Weiter misslingt der Beklagten der Nachweis, dass die Klägerin zur Überarbeitung der Baupläne nicht fähig gewesen wäre, soweit die diesbezüglichen Behauptungen als genügend substantiiert anzusehen wären. Damit mangelt es am Vorliegen einer mit Bestimmtheit vorhersehbaren, mangelhaften oder sonst vertragswidrigen Erstellung des vollendeten Werk. Eine Nachfristansetzung zur Überarbeitung der Pläne und Androhung einer Ersatzvornahme war aus den dargelegten Gründen weder unnütz noch unzumutbar und hätte folglich nicht unterbleiben dürfen. Damit waren die Voraussetzungen einer Ersatzvornahme im Zeitpunkt der Willenserklärung der Beklagten vom 21. Dezember 2011, sämtliche weiteren Planungsarbeiten selber auszuführen, nicht erfüllt und ist darin eine vorzeitige Vertragsauflösung zu sehen. Mit diesem Ergebnis in Einklang steht schliesslich das unbestritten gebliebene Vorgehen der Beklagten im Nachgang zur vorerwähnten Willenserklärung mit Unterbreitung eines Vorschlags zur Honorarminderung zwecks Beendigung der Zusammenarbeit.

8.2. Die Parteien haben eine vorzeitige Vertragsauflösung vertraglich ausgeschlossen. Da der Beklagten der Nachweis eines wichtigen Grundes in Form einer Erfüllungsverweigerung der Klägerin misslingt, erfolgte die vorzeitige Vertragsauflösung in Verletzung des Zusammenarbeitsvertrags der Parteien. Die Klägerin ist in analoger Anwendung von Art. 377 OR für die geleisteten sowie die vertragswidrig vorzeitig entzogenen Arbeiten zu entschädigen, wobei sich die Entschädigung nach den vertraglich vereinbarten Pauschalhonoraren resp. -anteilen richtet. Mangels Vorliegens der Voraussetzungen einer Ersatzvornahme bleibt für eine Verrechnung mit dem von der Beklagten getätigten Aufwand aus (vermeintlicher) Ersatzvornahme kein Raum. Das der Klägerin zustehende Honorar wurde mit der vertragswidrigen vorzeitigen Vertragsauflösung fällig.

9. Kosten- und Entschädigungsfolgen

9.1. Gerichtskosten

9.1.1 Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gerichtsgebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG, Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Beim vorliegenden Streitwert von CHF 254'200.-- ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 GebV OG auf CHF 15'000.-- festzusetzen. Obsiegt keine Partei vollständig, so wird die Gerichtsgebühr als Teil der Prozesskosten grundsätzlich nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

9.1.2. Bezüglich des teilweisen Klagerückzugs im Umfang von CHF 21'600.-- gilt die Klägerin als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Vorliegend obsiegt die Klägerin somit zu 90 % und die Beklagte zu 10 %. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Beklagten zu 90 % und der Klägerin zu 10 % aufzuerlegen. Die Gerichtskosten sind aus dem von der Klägerin hierfür geleisteten Vorschuss zu beziehen. Für die der Beklagten auferlegten Kosten ist ihr ein Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

9.2. Parteientschädigungen

Der Klägerin ist eine Parteientschädigung zuzusprechen, deren Höhe sich nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) bemisst (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage bildet der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr ist für die Begründung bzw. die Beantwortung einer Klage sowie die Teilnahme an der Hauptverhandlung geschuldet; für jede weitere Rechtsschrift sowie die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 u. 2 AnwGebV). Die Beklagte ist somit zu verpflichten, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 20'000.-- (exkl. MwSt.) zu bezahlen (§ 4 i.V.m. § 11 Abs. 2 sowie Art. 106 Abs. 2 ZPO).

9.3. Hinweis Mehrwertsteuer

Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Prozessentschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen (ZR 104 [2005] Nr. 76, SJZ 101 [2005] 531 ff.).

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Im Umfang von CHF 21'600.-- wird das Verfahren zufolge Klagerückzugs als erledigt abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 227'880.-- (inkl. MwSt.) zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 26. Dezember 2011 zu bezahlen.
Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 15'000.-- festgesetzt.
3. Die Kosten werden der Beklagten zu 90 % und der Klägerin zu 10 % auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die der Beklagten auferlegten Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 20'000.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.

6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 232'600.--.

Zürich, 23. Januar 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Peter Helm

Dr. Thomas Steininger