



Mitwirkend: Obergerichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Obergerichterin  
Dr. Helen Kneubühler Dienst, die Handelsrichter Felix B. Haessig,  
Ruedi Kessler und Thomas Andermatt sowie der Gerichtsschreiber  
Christian Markutt

**Urteil vom 26. Juni 2018**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt X1. \_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwältin X2. \_\_\_\_\_

gegen

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

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Y1. \_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

## Inhaltsverzeichnis

<b>A. SACHVERHALTSÜBERSICHT .....</b>	<b>6</b>
A.    PARTEIEN UND IHRE STELLUNG .....	6
B.    PROZESSGEGENSTAND / PROJEKT "..."	7
C.    WESENTLICHE PARTEIESTANDPUNKTE IM ÜBERBLICK .....	7
<b>B. PROZESSVERLAUF.....</b>	<b>8</b>
<b>C. BEWEISVORBRINGEN DER PARTEIEN .....</b>	<b>9</b>
<b>I. FORMELLES .....</b>	<b>10</b>
1.    ÖRTLICHE ZUSTÄNDIGKEIT .....	10
2.    SACHLICHE ZUSTÄNDIGKEIT .....	10
3.    PROZESSVORAUSSETZUNGEN (ART. 59 ZPO) .....	10
<b>II. MATERIELLES .....</b>	<b>11</b>
1. <b>VERTRAGLICHE GRUNDLAGEN .....</b>	<b>11</b>
1.1.    UNBESTRITTENER SACHVERHALT .....	11
1.2.    WESENTLICHE PARTEIESTANDPUNKTE.....	13
1.2.1.    PARTEIESTANDPUNKTE DER BEKLAGTEN .....	13
1.2.2.    PARTEIESTANDPUNKTE DER KLÄGERIN .....	14
1.3.    RECHTLICHES .....	15
1.3.1.    ALLGEMEINE VERTRAGSAUSLEGUNG .....	15
1.3.2.    VERGÜTUNG DER LEISTUNGEN DES UNTERNEHMERS UND AUSMASS.....	16
1.3.3.    VOLLSTÄNDIGKEITSKLAUSEL.....	16
1.3.4.    BESTELLUNGSÄNDERUNGEN / FORMVORBEHALT .....	17
1.3.5.    MEHRVERGÜTUNG.....	19
1.4.    WÜRDIGUNG.....	20
2. <b>MEHRVERGÜTUNGEN – NACHTRÄGE UND ÄNDERUNGSWÜNSCHE .....</b>	<b>21</b>
2.1.    NACHTRAG NR. 1 VOM 13. BZW. 28. FEBRUAR 2014 (ACT. 3/9) .....	21
2.1.1.    WESENTLICHE PARTEIESTANDPUNKTE.....	21
2.1.2.    RECHTLICHES .....	23
2.1.3.    WÜRDIGUNG.....	23
2.2.    NACHTRAG NR. 2 UND 3 (ACT. 3/10 UND ACT. 3/11).....	25
2.2.1.    WESENTLICHE PARTEIESTANDPUNKTE.....	25
2.2.2.    RECHTLICHES .....	26
2.2.3.    WÜRDIGUNG.....	26
2.3.    FAZIT ZU DEN NACHTRÄGEN 1-3.....	27
3. <b>KÜNDIGUNG WERKVERTRÄGE / VERZUG / SCHADLOSHALTUNG .....</b>	<b>27</b>
3.1.    VORBEMERKUNGEN.....	27
3.2.    UNBESTRITTENER SACHVERHALT / CHRONOLOGISCHE ÜBERSICHT.....	27
3.3.    WESENTLICHE PARTEIESTANDPUNKTE.....	28
3.3.1.    MAHNUNG VOM 8. APRIL 2014 (ACT. 3/16) / GLÄUBIGERVERZUG .....	28
3.3.2.    TERMINPLAN (E-MAIL VOM 08. MAI 2014; ACT. 13/5).....	29
3.3.3.    FERTIGSTELLUNGSTERMIN 30. MAI 2014 .....	30
3.3.4.    DECKENBEKLEIDUNG.....	31
3.3.5.    NACHFRIST BIS 6. BZW. 21. JUNI 2014 .....	32

3.4.	RECHTLICHES .....	33
3.4.1.	FÄLLIGKEIT / VERZUG .....	33
3.4.2.	RÜCKTRITT VOM VERTRAG / ERSATZVORNAHME (ART. 366 ABS. 1 UND 2 OR) .....	33
3.4.3.	RÜCKTRITT VOM VERTRAG (ART. 377 OR BZW. ART. 184 ABS. 1 SIA-NORM 118 [1977/91]) . .....	34
3.5.	WÜRDIGUNG .....	35
3.5.1.	VERZUG / NACHFRISTEN / KÜNDIGUNG .....	35
3.5.2.	DECKENBEKLEIDUNG .....	37
3.6.	FAZIT .....	37
<b>4.</b>	<b>GESCHULDETER WERKLOHN (AUSMASS) .....</b>	<b>37</b>
4.1.	AUSMASSERMITTLUNG .....	37
4.1.1.	WESENTLICHE PARTEISTANDPUNKTE .....	37
4.1.2.	RECHTLICHES ZUM AUSMASS (ART. 141 FF. SIA-NORM 118 [1977/91]) .....	40
4.1.3.	WÜRDIGUNG .....	43
4.1.4.	FAZIT .....	45
4.2.	SYSTEMWECHSEL .....	46
4.2.1.	UNBESTRITTENER SACHVERHALT .....	46
4.2.2.	WESENTLICHE PARTEISTANDPUNKTE .....	46
4.2.3.	RECHTLICHES .....	48
4.2.4.	WÜRDIGUNG .....	49
4.2.5.	FAZIT .....	51
4.3.	GIPSERARBEITEN IM UNTERGESCHOSS .....	51
4.3.1.	BAUSTELLENEINRICHTIGUNG R 111.001 .....	51
4.3.2.	KRAN EINBAU ÜBER FENSTER R 116.101 .....	51
4.3.2.1.	WESENTLICHE PARTEISTANDPUNKTE .....	51
4.3.2.2.	WÜRDIGUNG .....	52
4.3.3.	UNBESTRITTENE VERGÜTUNGSFORDERUNGEN DER KLÄGERIN [GRUNDPOSITIONEN] .....	52
4.3.4.	POSITION R 212.920 "WÄNDE" [GIPSERARBEITEN UG] .....	53
4.3.4.1.	WESENTLICHE PARTEISTANDPUNKTE .....	53
4.3.4.2.	WÜRDIGUNG .....	53
4.3.5.	POSITION R 213.213 "WÄNDE" [GIPSERARBEITEN UG] .....	54
4.3.5.1.	WESENTLICHE PARTEISTANDPUNKTE .....	54
4.3.5.2.	WÜRDIGUNG .....	55
4.3.6.	POSITION R 213.313 "WÄNDE" [GIPSERARBEITEN UG] .....	55
4.3.6.1.	WESENTLICHE PARTEISTANDPUNKTE .....	55
4.3.6.2.	WÜRDIGUNG .....	56
4.3.7.	POSITION R 212.924 "GEBOGENE WÄNDE" [GIPSERARBEITEN UG] .....	56
4.3.7.1.	WESENTLICHE PARTEISTANDPUNKTE .....	56
4.3.7.2.	WÜRDIGUNG .....	57
4.3.8.	POSITION R 221.413 "VORSATZSCHALEN" [GIPSERARBEITEN UG] .....	57
4.3.8.1.	WESENTLICHE PARTEISTANDPUNKTE .....	57
4.3.8.2.	WÜRDIGUNG .....	57
4.3.9.	POSITIONEN R 611 UND R 612 [GIPSERARBEITEN UG] .....	58
4.3.10.	POSITION R 613.101 "LEIBUNGEN" [GIPSERARBEITEN UG] .....	58
4.3.10.1.	WESENTLICHE PARTEISTANDPUNKTE .....	58
4.3.10.2.	RECHTLICHES (LEISTUNGSVERZEICHNIS ART. 8 SIA-NORM 118 [1977/91]) .....	58
4.3.10.3.	WÜRDIGUNG .....	59
4.3.11.	POSITION R 623.112 "LEIBUNGEN" [GIPSERARBEITEN UG] .....	60
4.3.11.1.	WESENTLICHE PARTEISTANDPUNKTE .....	60
4.3.11.2.	WÜRDIGUNG .....	60
4.3.12.	POSITION R 623.122 "LEIBUNGEN" [GIPSERARBEITEN UG] .....	61
4.3.12.1.	WESENTLICHE PARTEISTANDPUNKTE .....	61
4.3.12.2.	WÜRDIGUNG .....	61
4.3.12.3.	POSITIONEN R 615.121 UND R 615.311 [GIPSERARBEITEN UG] .....	61

4.3.13. DIVERSE POSITIONEN [GIPSERARBEITEN UG].....	61
4.3.13.1.WESENTLICHE PARTEISTANDPUNKTE .....	61
4.3.13.2.WÜRDIGUNG .....	63
4.3.13.3.FAZIT [GIPSERARBEITEN UG].....	64
4.4. GIPSERARBEITEN IM ERDGESCHOSS .....	64
4.4.1. UNBESTRITTENER SACHVERHALT .....	64
4.4.2. WESENTLICHE PARTEISTANDPUNKTE.....	65
4.4.3. WÜRDIGUNG UND FAZIT .....	65
4.5. ABZÜGE (SKONTO/RABATT/BAUABZÜGE) .....	65
4.5.1. WESENTLICHE PARTEISTANDPUNKTE.....	65
4.5.2. WÜRDIGUNG UND FAZIT .....	66
4.6. TOTAL GIPSERARBEITEN UG UND EG.....	66
4.7. VERPUTZARBEITEN.....	67
4.7.1. ANERKANNTEN VERGÜTUNGSFORDERUNG .....	67
4.7.2. WESENTLICHE PARTEISTANDPUNKTE.....	67
4.7.3. RECHTLICHES .....	68
4.7.4. WÜRDIGUNG .....	69
4.7.5. FAZIT.....	70
<b>5. REGIEARBEITEN .....</b>	<b>71</b>
5.1. ANERKANNTEN VERGÜTUNGSFORDERUNG .....	71
5.2. WESENTLICHE PARTEISTANDPUNKTE.....	71
5.3. WÜRDIGUNG .....	73
5.4. FAZIT.....	74
<b>6. DIVERSE ZUSÄTZLICHE AUFWENDUNGEN .....</b>	<b>75</b>
6.1. RECHNUNG VOM 9. JULI 2014 (ACT. 3/27) UND "ZUSATZLEISTUNGEN".....	75
6.1.1. WESENTLICHE PARTEISTANDPUNKTE.....	75
6.1.2. RECHTLICHES .....	77
6.1.3. WÜRDIGUNG .....	77
6.1.4. FAZIT.....	80
6.2. RECHTLICHE BERATUNG KLÄGERIN.....	80
6.2.1. WESENTLICHE PARTEISTANDPUNKTE.....	80
6.2.2. RECHTLICHES .....	82
6.2.3. WÜRDIGUNG .....	83
6.2.4. FAZIT.....	85
<b>7. AKONTOZAHLUNGEN.....</b>	<b>85</b>
7.1. WESENTLICHE PARTEISTANDPUNKTE.....	85
7.2. WÜRDIGUNG UND FAZIT .....	86
<b>8. FORDERUNGEN DER BEKLAGTEN .....</b>	<b>86</b>
8.1. BAUSTELLENCONTAINER .....	86
8.1.1. WESENTLICHE PARTEISTANDPUNKTE.....	86
8.1.2. WÜRDIGUNG UND FAZIT .....	87
8.2. G. _____ UND R. _____ .....	87
8.2.1. WESENTLICHE PARTEISTANDPUNKTE.....	87
8.2.2. RECHTLICHES .....	88
8.2.3. WÜRDIGUNG UND FAZIT .....	90
8.3. BAUREKLAME.....	92
8.3.1. PARTEISTANDPUNKTE .....	92
8.3.2. WÜRDIGUNG UND FAZIT .....	92
8.4. ZUSAMMENFASSUNG FORDERUNGEN DER BEKLAGTEN.....	92
<b>9. ÜBERSICHT DER FORDERUNGEN DER PARTEIEN.....</b>	<b>92</b>

9.1.	ERSTELLTE KLÄGERISCHE FORDERUNGEN.....	92
9.2.	VERRECHNUNGSFORDERUNG UND AKONTOZAHLUNG DER BEKLAGTEN .....	93
9.3.	FAZIT.....	93
<b>10.</b>	<b>VERZUGSZINSEN .....</b>	<b>93</b>
10.1.	WESENTLICHE PARTEISTANDPUNKTE.....	93
10.2.	RECHTLICHES.....	95
10.3.	WÜRDIGUNG UND FAZIT .....	96
<b>11.</b>	<b>ZUSAMMENFASSUNG DER TAT- UND RECHTSFRAGEN .....</b>	<b>97</b>
<b>III.</b>	<b>KOSTEN- UND ENTSCHÄDIGUNGSFOLGEN .....</b>	<b>98</b>
<b>1.</b>	<b>GERICHTSKOSTEN .....</b>	<b>98</b>
<b>2.</b>	<b>PARTEIENTSCHÄDIGUNGEN.....</b>	<b>99</b>

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 320'468.24 zu bezahlen, zzgl. Zins zu 5 % seit dem
  - 9. Juli 2014 auf dem Betrag von CHF 46'808.80;
  - 9. August 2014 auf dem Betrag von CHF 25'204.74;
  - 8. September 2014 auf dem Betrag von CHF 203'770.65;
  - 9. Oktober 2014 auf dem Betrag von CHF 9'512.45;
  - 7. August 2015 auf dem Betrag von CHF 24'611.85 und
  - 6. November 2015 auf dem Betrag von CHF 10'559.75.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. 8 % MWST auf der Prozessentschädigung, zu Lasten der Beklagten."

**Sachverhalt und Verfahren**

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin handelt es sich um eine GmbH (ehemals Einzelunternehmen A.\_\_\_\_\_ [act. 3/2]) mit Sitz in C.\_\_\_\_\_ ZH, welche die Planung und Ausführung von Gips-, Trockenbau- und Fassadenarbeiten bezweckt (act. 3/2A). Die Beklagte ist eine in Zürich domizilierte Aktiengesellschaft, welche im Wesentlichen die Entwicklung, Realisierung und Nutzung von Immobilien und Bauprojekten aller Art, die Bewirtschaftung, Vermietung und Vermittlung von Liegenschaften, die Planung und Ausführung von Neu- und Umbauten, insbesondere als Total- oder Generalunternehmung auf Rechnung Dritter, das Projektmanagement, sowie die Beratung und Betreuung in Erschliessungs-, Umwelt- und Finanzierungsangelegenheiten bezweckt (act. 3/3).

b. Prozessgegenstand / Projekt "..."

Bei der vorliegenden Streitigkeit steht das auf dem Areal D.\_\_\_\_\_ in der Gemeinde E.\_\_\_\_\_ geplante und realisierte Projekt "... " im Zentrum. Für das aus fünf Gebäuden mit Wohn- und Gewerbeflächen bestehende Projekt zeichnete die Beklagte als Totalunternehmerin (Bauherrin) für die Alleineigentümerin F.\_\_\_\_\_ AG verantwortlich. Für besagtes Projekt hatte die Klägerin (Unternehmerin) für die Beklagte (Bauherrin) gestützt auf zwei Werkverträge innere Verputz- sowie spez. Gipsarbeiten zu erbringen. In diesem Zusammenhang macht die Klägerin – insbesondere gestützt auf angeblich noch ausstehende Vergütungen – eine Forderung von insgesamt CHF 320'468.24 geltend.

c. Wesentliche Parteistandpunkte im Überblick

Die Klage auf Bezahlung von insgesamt CHF 320'468.24 begründet die Klägerin im Wesentlichen mit Vergütungsforderungen gestützt auf: (i) Mehrleistungen aufgrund von Nachträgen und Änderungswünschen der Beklagten, (ii) geschuldeten Werklohn gemäss Ausmass, (iii) vorgenommene Regiearbeiten sowie mit Entschädigungsforderungen für zusätzliche Aufwendungen, u.a. die rechtliche Beratung der Klägerin und schliesslich (iv) einen Verzugszins. Im Einzelnen teilt die Klägerin die geltend gemachte Forderung folgendermassen auf (act. 19 Rz. 179): (1.) spez. Gipsarbeiten: CHF 203'012.65; (2.) Verputzarbeiten: CHF 28'337.93; sodann (3.) Regiearbeiten: CHF 33'466.50; (4.) Diverse zusätzliche Aufwendungen: CHF 18'394.21; (5.) Zusatzleistungen: CHF 12'645.10; (6.) Aufwendungen für die rechtliche Beratung: CHF 24'611.85. Die von der Beklagten anerkanntermassen bereits geleisteten Akontozahlungen in Höhe von insgesamt CHF 137'062.80 (exkl. MwSt.) seien dabei bereits berücksichtigt (act. 19 Rz. 146 u. 180).

Im Hauptstandpunkt anerkennt die Beklagte im Grundsatz, dass der Klägerin gestützt auf den Werkvertrag vom 17. Oktober 2013 eine Vergütung von CHF 121'081.66, auf den Werkvertrag vom 16. Oktober 2013 von CHF 12'675.92 und Regien von CHF 11'442.59, d.h. gesamthaft (abzüglich CHF 300.– "Kosten Baureklame") CHF 144'900.17, zustünde (act. 12 Rz. 179 f.). Im Mehrbetrag be-

stehe kein Vergütungsanspruch. Da von ihrer Seite bereits Akontozahlungen in Höhe von insgesamt CHF 148'027.85 geleistet worden seien, sei die klägerische Forderung vollständig getilgt und demzufolge die Klage abzuweisen (act. 12 Rz. 179 ff.). Eventualiter bringt die Beklagte vor, selbst wenn aus der Schlussabrechnung ein Saldo zugunsten der Klägerin resultieren würde (bestritten), so wäre die Forderung mangels vertragskonformer Schlussrechnung bzw. vollständiger Schlussdokumentation nicht fällig und die Klage entsprechend abzuweisen (act. 12 Rz. 183). Sodann stellt sich die Beklagte subeventualiter auf den Standpunkt, dass ihr infolge Mängelbeseitigung durch die G. \_\_\_\_\_ GmbH ein Anspruch von CHF 82'080.– zustehe, ausserdem infolge Kündigung eine Forderung auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses in Höhe von CHF 18'228.13 und ein Anspruch auf CHF 9'720.– für die Miete eines Baustellencontainers (act. 12 Rz. 184 ff.). Sollte eine klägerische Forderung gutgeheissen werden, so erkläre sie Verrechnung mit der ihr zustehenden Forderung von CHF 136'073.95 (act. 12 Rz. 187).

#### B. Prozessverlauf

Am 6. November 2015 (hierorts überbracht) reichte die Klägerin die Klage ein (act. 1). Gleichentags reichte die Klägerin zusätzlich ein Schreiben bezüglich "Korrektur Klage im ordentlichen Verfahren" samt aktualisiertem Inhaltsverzeichnis ein (act. 5 und 6). Mit Verfügung vom 6. November 2015 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von CHF 17'200.– angesetzt (act. 7). Nach rechtzeitiger Leistung des geforderten Gerichtskostenvorschusses (act. 9) wurde der Beklagten Frist angesetzt, um die Klageantwort einzureichen (act. 10). Die Klageantwort vom 12. Februar 2016 (Datum Poststempel) wurde innert angesetzter Frist eingereicht (act. 12). Am 22. August 2016 fand eine Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher keine Einigung zustande kam (Prot. S. 6 f.). Mit Verfügung vom 29. August 2016 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 17). Die Klägerin erstattete ihre Replik rechtzeitig am 31. Oktober 2016 (Datum Poststempel). Mit Verfügung vom 7. November 2016 wurde der Beklagten eine Frist angesetzt, um ihre Duplik einzureichen (act. 21), welche diese am 25. Januar 2017 innert Frist erstattete (act. 23). Mit Verfügung vom

2. Februar 2017 wurde das Doppel der Duplik der Klägerin zugestellt sowie Aktenschluss festgestellt (act. 26).

Mit Verfügung vom 14. Mai 2018 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie auf Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung verzichteten (act. 28). Mit Eingabe vom 24. Mai 2018 (Datum Poststempel) erklärte die Beklagte, dass sie – vorbehaltlich eines Beweisverfahrens – auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichte (act. 30). Die Klägerin liess sich nicht vernehmen, womit androhungsgemäss ein Verzicht auf Hauptverhandlung angenommen wird.

### C. Beweisvorbringen der Parteien

Die Parteien offerierten ihre Beweismittel form- und fristgerecht, jeweils versehen mit Beweismittelverzeichnissen. Die Klägerin offeriert zum Beweis ihrer Behauptungen (A.) diverse Urkunden [act. 3/2-45 und act. 20/46-67], (B.) die Edition durch die Beklagte von "SMS von H.\_\_\_\_\_ an die Klägerin vom 18. Juni 2014 betreffend Abnahmetermin", (C.) die Parteibefragung/Beweisaussage von I.\_\_\_\_\_, (D. und E.) diverse (sachverständige) Zeugen, (F.) ein Augenschein sowie (G.) eine Expertise (act. 1 S. 71 ff.; act. 19 S. 89 ff.). Die Beklagte offeriert zum Beweis ihrer Darstellungen (A.) diverse, u.a. von der Klägerin bereits offerierte, Urkunden [act. 13/1-48; act. 25/1-17], (B.) diverse Zeugen, (C.) einen Augenschein sowie (D.) eine Expertise und (E.) die Edition durch die Klägerin von "Offerten und Lieferantenrechnungen für das von der Klägerin eingebaute S.\_\_\_\_\_-Gipsplattensystem" und "Offerten für das von der Klägerin verworfene T.\_\_\_\_\_-Zementplattensystem" (act. 12: Anhang S. 1-3; act. 23: Anhang S. 1-4).

Wie zu zeigen sein wird, ist ein Beweisverfahren nicht notwendig. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## Erwägungen

### I. Formelles

#### 1. Örtliche Zuständigkeit

Der geltend gemachte Anspruch basiert auf den zwischen den Parteien am 16. bzw. 17. Oktober 2013 abgeschlossenen Werkverträgen, welche jeweils in Ziffer 10.3 den ausschliesslichen Gerichtsstand Zürich vorsehen (act. 1 Rz. 6 f.; act. 3/4-5). Die Gerichtsstandsvereinbarungen entsprechen den Voraussetzungen von Art. 17 ZPO, wodurch die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich gegeben ist, was im Übrigen unbestritten blieb (act. 12 Rz. 70).

#### 2. Sachliche Zuständigkeit

Das hiesige Gericht ist sodann für die Klage gestützt auf Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO sowie § 44 lit. b GOG sachlich zuständig, da die Parteien im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind, aufgrund des Streitwertes von CHF 320'468.24 gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht und die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien (Bauwesen) betroffen ist, was wiederum unbestritten blieb.

#### 3. Prozessvoraussetzungen (Art. 59 ZPO)

Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist für die vorliegende Streitigkeit örtlich und sachlich zuständig. Das Verfahren wurde mittels Klage gehörig eingeleitet (Art. 220 ZPO), ein Schlichtungsverfahren entfiel (Art. 198 lit. f ZPO). Vollmachten wurden beigebracht (act. 2; act. 24). Die Klägerin hat ebenfalls den von ihr geforderten Kostenvorschuss fristgerecht geleistet (act. 9). Die übrigen Prozessvoraussetzungen gemäss Art. 59 Abs. 2 ZPO geben zu keinen Bemerkungen Anlass, womit auf die Klage einzutreten ist.

## **II. Materielles**

### 1. Vertragliche Grundlagen

#### 1.1. Unbestrittener Sachverhalt

Am 16. bzw. 17. Oktober 2013 schlossen die Parteien (respektive das Einzelunternehmen A.\_\_\_\_\_) anerkanntermassen zwei Werkverträge mit u.a. folgendem Vertragsinhalt ab (act. 1 Rz. 17; act. 12 Rz. 70):

#### **(1.) Werkvertrag Nr. 282 vom 16. Oktober 2013 (act. 3/4)**

- Ziff. 1 Vertragsgegenstand: "271.0 Innere Verputzarbeiten"
- Ziff. 2 Vertragsbestandteile:
  - (1.) Werkvertragsurkunde
  - (2.) Vergabeverhandlungsprotokoll vom 12.04.2013
  - (3.) Leistungsverzeichnis vom 25.02.2013 mit den Einheitspreisen vom 25.02.2013
  - (4.) Projektspezifische Bedingungen vom März 2012
  - (5.) Pläne vom 25.02.2013
  - (6.) [Terminplan]
  - (7.) Zusatzvereinbarung betreffend Compliance mitsamt Beilagen vom März 2012
  - (8.) Generelle Bedingungen der B.\_\_\_\_ AG, Ausgabe März 2012
  - (9.) SIA-Norm 118, Ausgabe 1977/1991
  - (10.) Die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts, insbesondere die Bestimmungen über den Werkvertrag (Art. 363 ff. OR)
  - (11.) Zusätzliche Beilagen
- Ziff. 3 Werkpreis [exkl. Nachtrags- und Regiearbeiten]: CHF 67'182.50 netto inkl. MwSt.

#### **(2.) Werkvertrag Nr. 281 vom 17. Oktober 2013 (act. 3/5)**

- Ziff. 1 Vertragsgegenstand: "271.1 Spezielle Gipserarbeiten"
- Ziff. 2 Vertragsbestandteile:
  - (1.) Werkvertragsurkunde
  - (2.) Vergabeverhandlungsprotokoll vom 12.04.2013
  - (3.) Leistungsverzeichnis vom 13.07.2012 mit den Einheitspreisen vom 13.07.12/07.08.12
  - (4.) Projektspezifische Bedingungen vom März 2012
  - (5.) Pläne vom 13.07.2012
  - (6.) [Terminplan]
  - (7.) Zusatzvereinbarung betreffend Compliance mitsamt Beilagen vom März 2012
  - (8.) Generelle Bedingungen der B.\_\_\_\_\_ AG, Ausgabe März 2012 [nachfolgend: "Generelle Bedingungen"]
  - (9.) SIA-Norm 118, Ausgabe 1977/1991
  - (10.) Die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts, insbesondere die Bestimmungen über den Werkvertrag (Art. 363 ff. OR)
  - (11.) Zusätzliche Beilagen
- Ziff. 3 Werkpreis [exkl. Nachtrags- und Regiearbeiten]: CHF 288'531.50 netto inkl. MwSt.

Nach unangefochtener Darstellung der Klägerin handelt es sich bei den Werklööhnen von CHF 67'182.50 und CHF 288'531.50 um voraussichtliche Beträge netto inkl. MwSt. und exkl. Nachtrags- und Regiearbeiten (act. 1 Rz. 17; act. 12 Rz. 70). Weiter ist nicht bestritten, dass es sich hinsichtlich der Vergütung nicht um Pauschalverträge, sondern um *Einheitspreisverträge* nach Ziffer 2.3 bzw. 2.9 der beiden Werkverträge in Verbindung mit Art. 39 bzw. 42 Abs. 2 SIA-Norm 118 [1977/91] (act. 1 Rz. 18 f.; act. 12 Rz. 70) handelt. Die Klägerin weist weiter auf die vorhandenen Leistungsverzeichnisse im Sinne von Art. 8 SIA-Norm 118 [1977/91] und auf Art. 141 SIA-Norm 118 [1977/91] hin, wonach sich der effektive Werklohn nach der festgestellten Menge bzw. nach dem Ausmass bestimmt (act. 1 Rz. 20; act. 12 Rz. 70). Schliesslich weist sie auf die werkvertraglichen

Bestimmungen zu Nachtrags- und Regiearbeiten, jeweils Seite 5 der Werkverträge, hin (act. 1 Rz. 21; act. 12 Rz. 70).

## 1.2. Wesentliche Parteistandpunkte

### 1.2.1. Parteistandpunkte der Beklagten

Da sich die Beklagte angesichts der klägerischen Vergütungsforderungen grundlegend darauf stützt, dass bereits diverse Vertragsbestimmungen, so namentlich unter dem Titel "Vollständigkeitsklausel", "Komplettheitsklausel", "Schriftformvorbehalt", (Mehr-)Vergütungen respektive Schadenersatz oder die Schadloshaltung ausschliessen würden (act. 12 Rz. 55 ff.; act. 23 Rz. 43 f.), ist zunächst auf die entsprechenden Einwände und die Gültigkeit dieser Bestimmungen im Allgemeinen näher einzugehen. Von den "Generellen Bedingungen" sind dabei namentlich die folgenden Ziffern umstritten: 2.1.4 / 5.4.1 / 5.4.2 / 6.3 / 11.1.1 / 11.1.2.; bzgl. Werkvertrag u.a.: Ziffer 3.3 und 10.1.

Bezüglich Ziffer 2.1.4 "Generellen Bedingungen" spricht die Beklagte von einer *Vollständigkeits- bzw. Komplettheitsklausel* und bringt dazu vor, soweit die Klägerin weder behauptete noch nachweise, dass die Leistungen, für welche sie eine zusätzliche Vergütung beanspruche, nicht bereits mit dieser Klausel gedeckt seien, entfalle eine Mehrvergütung von vornherein (act. 12 Rz. 55 f.; act. 3/4-5). Weiter weist sie in Bezug auf die *Modalitäten für Abänderungen und Ergänzungen*, insbesondere auch *Bestellungsänderungen*, auf Ziffer 10.1 der Werkverträge vom 16. bzw. 17. Oktober 2013 sowie Ziffer 6.3 der "Generellen Bedingungen" hin und bringt vor, soweit die Klägerin weder behauptete noch nachweise, dass sie den geltend gemachten Mehraufwand vorgängig schriftlich angemeldet und gestützt auf vorgängige schriftliche Bewilligungen ausgeführt habe, stehe ihr ebensowenig ein Vergütungsanspruch zu (act. 12 Rz. 57 f.; act. 3/4-5).

In Bezug auf *Regiearbeiten* verweist die Beklagte sodann auf Ziffer 3.3 der Werkverträge sowie Ziffer 5.4.1 und 5.4.2 der "Generellen Bedingungen" und stellt sich auf den Standpunkt, dass kein Vergütungsanspruch bestehe, soweit die Klägerin weder behauptete noch nachweise, dass die in Rechnung gestellten Regiearbeiten

vorgängig und nach Festsetzung eines Kostendaches schriftlich bewilligt und die Regierapporte innert Tagesfrist zur Unterzeichnung durch die Beklagte vorgelegt worden seien (act. 12 Rz. 59 f.; act. 3/4-5).

Schliesslich bezieht sich die Beklagte auf Ziffer 11.1.1 und 11.1.2 der "Generellen Bedingungen", welche bestimmten, dass sie einzelne oder sämtliche Leistungen der Klägerin aus dem Leistungsumfang entfernen und durch Dritte ausführen lassen könne, ohne dass die Klägerin Schadenersatz- oder Schadloshaltungsfordernungen stellen könne; Artikel 11 und 84 SIA-Norm 118 [1977/91] seien wegbedungen worden (act. 23 Rz. 5 und 43).

#### 1.2.2. Parteistandpunkte der Klägerin

Den beklagischen Ausführungen zu den "Generellen Bestimmungen" (Vollständigkeitsklausel, Schriftformvorbehalt, Modalitäten Regiearbeiten) entgegnet die Klägerin replicando, dass die Geltung von allgemeinen Geschäftsbedingungen [AGB] durch die Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt sei, wobei sie auf das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG120015 vom 18. Juni 2013 verweist (act. 19 Rz. 72). Bei den "Generellen Bedingungen" handle es sich um vorformulierte Vertragsbedingungen, zu welchen sie sich weder habe äussern noch Vorbehalte anbringen können. Es sei im Übrigen nicht davon auszugehen, dass die Beklagte als Totalunternehmerin bereit gewesen wäre, dessen Inhalt mit ihr zu verhandeln; sinngemäss seien ihr diese Bestimmungen aufgedrängt worden (act. 19 Rz. 73 ff.).

Zu einzelnen Bestimmungen im Besonderen: Ziffer 2.1.4 der "Generellen Bedingungen" (*Vollständigkeitsklausel*) könne nicht so gemeint sein, dass entstandene Mehraufwendungen generell nicht zu vergüten seien; mit einer solchen Bestimmung müsse ein Unternehmer nicht rechnen, verstosse dies doch komplett gegen die üblicherweise auf einer Baustelle geltenden Regeln. Gemeint sein könne nur, dass die Klägerin sämtliche im Zeitpunkt der Abgabe des Angebots als für notwendig erachtete Leistungen in ihr Angebot einrechnen müsse. Offensichtlich nicht zur Anwendung kommen könne die Vollständigkeitsklausel jedoch, soweit es danach noch Änderungen gebe oder Leistungen hinzukämen, welche sie zu die-

sem Zeitpunkt nicht gekannt habe oder mit der sie nicht hätte rechnen müssen; eine solche Leistung sei vielmehr zusätzlich zu vergüten, umso mehr, wenn Einheitspreise vereinbart seien und die definitive Vergütung aufgrund des Ausmasses ermittelt werde (act. 19 Rz. 75).

Des Weiteren konkretisiere die Beklagte nicht, welche klägerische Forderung, aufgrund welcher Bestimmung, nicht gelten solle. Betreffend die Nachtragsarbeiten seien diese alle von der Beklagten genehmigt worden (act. 19 Rz. 76). In Bezug auf die Regiearbeiten verweist die Klägerin auf act. 1 Rz. 94 und legt zusammengefasst dar, die Verweigerung der Unterschrift verstosse gegen Treu und Glauben im Geschäftsverkehr. Die Regiearbeiten seien zu vergüten, ob unterzeichnet oder nicht (act. 19 Rz. 77).

### 1.3. Rechtliches

#### 1.3.1. Allgemeine Vertragsauslegung

Bezüglich der Vertragsauslegung hat das Bundesgericht zuletzt in Urteil 4A\_502/2016 vom 6. Februar 2017 E. 4.1. zusammengefasst: Der Inhalt eines Vertrags ist durch Auslegung der Willensäusserungen der Parteien zu bestimmen. Ziel der Vertragsauslegung ist es, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen festzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR). Bleibt eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 138 III 659 E. 4.2.1; BGE 137 III 145 E. 3.2.1). Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, die jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind (BGE 138 III 659 E. 4.2.1; BGE 132 III 626 E. 3.1; BGE 123 III 165 E. 3a). Massgebend ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, weshalb bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nachträgliches Partieverhalten nicht von Bedeutung ist (BGE 132 III 626 E. 3.1; BGE 129 III 675 E. 2.3).

### 1.3.2. Vergütung der Leistungen des Unternehmers und Ausmass

Hinsichtlich der Vergütung der Leistungen des Unternehmers unterscheidet die SIA-Norm 118 [1977/91] in Art. 38 ff. grundsätzlich zwischen Einheits-, Global- und Pauschalpreisen. Beim Einheitspreisvertrag nach Art. 42 Abs. 2 SIA-Norm 118 [1977/91] werden für die Leistungen des Unternehmers Einheitspreise vereinbart. Das Merkmal des Einheitspreises besteht darin, dass er je Einheit dieser Leistung festgesetzt wird (z.B. je Quadratmeter). Die Vergütung ergibt sich dabei aus der Menge der vom Unternehmer geleisteten Einheiten multipliziert mit dem zugehörigen Einheitspreis. Die massgebliche Menge wird, je nach dem Inhalt des Vertrages, entweder nach dem tatsächlichen Ausmass ermittelt oder nach dem plangemässen theoretischen Ausmass; die Beweislast nach Art. 8 ZGB liegt dabei beim Unternehmer (PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl. 2011, N. 917). Nichts daran ändert, wenn der Vertrag nicht ausschliesslich Einheitspreise enthält (GAUCH/STÖCKLI, in: Gauch/Stöckli [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2017, Art. 42 N. 3; Urteil des Bundesgerichts 4A\_418/2012 vom 3. Dezember 2012 E. 6.2). Die *erwartete* Menge wird bei Vertragsabschluss gemäss Art. 39 Abs. 1 Satz 3 SIA-Norm 118 [1977/91], die *tatsächliche* Menge nach Art. 141 ff. SIA-Norm 118 [1977/91] festgestellt (SCHUMACHER/KÖNIG, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, 2. Aufl. 2017, N. 366 ff.). Spezifisch zum Ausmass vgl. unten Ziff. 4.1.2.

### 1.3.3. Vollständigkeitsklausel

Die Vollständigkeitsklausel (Komplettheitsklausel) ist eine Vertragsklausel, die sich auf den Abgeltungsumfang des Pauschalpreises bezieht. In ihr verabreden die Parteien, dass der vereinbarte Pauschalpreis auch solche Leistungselemente der geschuldeten Gesamtleistung abgelte, die in der detaillierten Leistungsbeschreibung nicht speziell aufgeführt, zur vertragsgemässen Ausführung des vereinbarten Werkes aber notwendig sind (PETER GAUCH, a.a.O., N. 909a). Vollständigkeitsklauseln, die den Abgeltungsumfang des vereinbarten Pauschalpreises über die detaillierte Leistungsbeschreibung hinaus erstrecken, schliessen zwar weder eine Beststellungsänderung noch einen darauf gestützten Anspruch des Unternehmers auf Mehrvergütung aus, sind häufig aber so formuliert, dass sie den

Umfang der ursprünglich bestellten Gesamtleistung mitbestimmen (PETER GAUCH, a.a.O., N. 909b). Solche Vollständigkeitsklauseln finden sich u.a. *auch in Einheitspreisverträgen*, wo sie durchaus gültig vereinbart werden können (SCHUMACHER/KÖNIG, a.a.O., N. 60a; kritisch im Rahmen von generellen Bedingungen EGLI, in: Gauch/Stöckli [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2017, Art. 8 N. 8.11). Im Übrigen ist durch Auslegung zu ermitteln, ob es sich bei einer bestimmten Abrede überhaupt um eine sog. Vollständigkeitsklausel handelt; des Weiteren sind die zu den allgemeinen Vertragsbedingungen entwickelten Geltungs- und Auslegungsregeln zu berücksichtigen (PETER GAUCH, a.a.O., N. 909c). Insbesondere ist dabei zu beachten, dass eine allfällige Individualabrede einer vorformulierten Klausel vorgeht und dass eine unklar oder zweideutig formulierte Klausel zu Ungunsten des Verfassers ("*in dubio contra stipulatorem*") auszulegen ist (SCHUMACHER/KÖNIG, a.a.O., N. 60b unter Hinweis auf BGE 123 III 44 und BGE 133 III 610; vgl. zum Ganzen KRAMER/PROBST/PERRIG, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, N. 245 ff. und 253 ff.).

#### 1.3.4. Bestellungsänderungen / Formvorbehalt

*Bestellungsänderungen* stellen eine rechtsgeschäftliche Änderung des Vertragsinhaltes dar, wenn z.B. der Unternehmer das Werk anders als vereinbart auszuführen hat (PETER GAUCH, a.a.O., N. 768). Diese können ihren Ursprung in einer Vereinbarung der Parteien haben oder unter Umständen auch einseitig veranlasst werden. Letzteres können die Parteien im Werkvertrag durch eine sog. Vereinbarungsklausel ausschliessen, indem sie vorsehen, dass ohne Vereinbarung überhaupt keine Bestellungsänderung zustande kommt. Die Bestellungsänderung durch Vereinbarung beruht auf einem Änderungsvertrag, die *einseitige* Bestellungsänderung auf einer Willens- bzw. Gestaltungserklärung (PETER GAUCH, a.a.O., N. 772). Zur *zweiseitigen* Bestellungsänderung: vgl. unten Ziff. 4.2.3. Unter Vorbehalt einer sich aus der Formabrede ergebenden gegenteiligen Vermutung kann die Bestellungsänderung grundsätzlich auch stillschweigend vereinbart werden, indem der Besteller z.B. in Kenntnis der Situation eine zusätzliche oder veränderte Leistung des Unternehmers anstandslos geschehen lässt. Davon ist jedoch nur mit Zurückhaltung auszugehen (Urteil des Handelsgerichts des Kantons

Zürich HG090303 vom 4. September 2012 E. 4.5.5; PETER GAUCH, a.a.O., N. 768 ff. und N. 789c unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4C.385/2005 vom 31. Januar 2006 E. 9).

Ein vereinbarter *Formvorbehalt* begründet die widerlegbare Vermutung, dass die Parteien vor Erfüllung dieser Form nicht gebunden sein wollen (Art. 16 Abs. 1 OR). Bei einem in AGB vorformulierten Vorbehalt ist die Vermutung des Art. 16 Abs. 1 OR zurückhaltender anzunehmen (PETER GAUCH, a.a.O., N. 413 f.). Der Formvorbehalt kann entweder eine Abschlussform ("Gültigkeitsform") oder eine blosser Beweisform sein. Als Beweisform kommt ihr lediglich ein "deklaratorischer" Charakter zu, d.h. es soll der vollzogene Vertragsabschluss sowie der Inhalt festgehalten werden, ohne dass die Parteien das Zustandekommen des Vertrages von der Erfüllung der Form abhängig machen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allg. Teil, Bd. I, 10. Aufl. 2014, N. 586 ff.). Die Vermutung von Art. 16 Abs. 1 OR, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen, ist in zweifacher Hinsicht widerlegbar, erstens durch den Nachweis, dass es sich um eine blosser Beweisform handelt, zweitens dadurch, dass der Vertrag zustande gekommen ist, indem die Parteien sich den übereinstimmenden Abschlusswillen zwar nicht in der vereinbarten Form, in Wirklichkeit aber doch erklärt haben oder gar die Formabrede durch nachträgliche Vereinbarung aufgehoben wurde (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., N. 592 f.; siehe Urteil des Bundesgerichts 4A\_443/2010 vom 26. November 2010 E. 10.1.3). Hierfür trägt diejenige Partei die Beweislast, welche den Abschluss eines Vertrages behauptet, was sich schon aus Art. 8 ZGB ergibt (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., N. 599 und 604).

An das Gelingen des Nachweises sind hohe Anforderungen zu stellen, doch bildet die Vornahme von Erfüllungshandlungen ein starkes Indiz für den vollzogenen Vertragsabschluss (Urteil des Bundesgerichts 4C.79/2005 vom 19. August 2005 E. 2 [nicht publ. in BGE 131 III 640]; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG140037 vom 6. Oktober 2017 E. 5.6.). Die Berufung auf die Formungültigkeit eines Vertrages ist unstatthaft, wenn sie – etwa wegen widersprüchlichen Verhaltens – gegen Treu und Glauben verstösst und damit einen offen-

baren Rechtsmissbrauch gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellt (BGE 138 III 123 E. 2.4.2).

### 1.3.5. Mehrvergütung

Soweit die Parteien feste Preise (z.B. Einheitspreise) vereinbart haben, ist der Unternehmer prinzipiell verpflichtet, das übernommene Werk gegen Bezahlung der vereinbarten Vergütung herzustellen. Dies schliesst allerdings, je nach Anspruchsgrundlage, nicht aus, dass eine Mehrvergütung oder Nachforderung – allenfalls neben Schadenersatz – gefordert werden kann (SCHUMACHER/KÖNIG, a.a.O., N. 321a ff.). Ein Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers kann namentlich begründet sein in einer Bestellsänderung, infolge mangelhafter Mitwirkungshandlungen oder Angaben des Bauherrn (vgl. zum Ganzen SCHUMACHER/KÖNIG, a.a.O., N. 337 ff.). Für seinen Mehrvergütungsanspruch, und damit auch für den Mehraufwand, ist der Unternehmer beweispflichtig im Sinne von Art. 8 ZGB, was bedeutet, dass er (i) die *Existenz* und den *Umfang* des Mehraufwandes zu beweisen hat, (ii) dass die *Ursache* in den Risikobereich des Bauherrn fällt und dass der geltend gemachte Mehraufwand nicht zum ursprünglich vereinbarten Leistungsinhalt gehört sowie (iii) den *natürlichen Kausalzusammenhang* zwischen Ursache und Folgen (SCHUMACHER/KÖNIG, a.a.O., N. 624 ff.).

Zu berücksichtigen ist ein sog. Genehmigungsvorbehalt. Dieser befasst sich mit dem Anspruch auf Mehrvergütung, der dem Unternehmer aus einer bereits erfolgten (vorliegend vereinbarten) Bestellsänderung zustehen kann. Ein Genehmigungsvorbehalt bezweckt, einen späteren Streit über *Bestand und Umfang* von Mehrforderungen zu vermeiden. Danach besteht der Anspruch des Unternehmers auf eine Mehrvergütung nur unter dem Vorbehalt, dass der Unternehmer die Mehrforderung, die er für eine erfolgte Bestellsänderung geltend machen will, vor der Ausführung der Bestellsänderung durch den Besteller genehmigen lässt. Solange die Genehmigung durch den Besteller ausbleibt, ist der Unternehmer nicht verpflichtet, mit der Ausführung der erfolgten Bestellsänderung zu beginnen, es sei denn, er beharre auf einer Mehrvergütung, auf die er mangels Mehrkosten überhaupt keinen Anspruch oder die er in treuwidriger Weise zu hoch angesetzt hat. Genehmigt der Besteller die in Aussicht gestellte Mehrforderung,

die der Unternehmer betrags- oder berechnungsmässig benannt hat, so bedeutet dies zugleich, dass über die Höhe der für die Beststellungsänderung zu bezahlenden Mehrvergütung eine konsensuale Einigung zustande kommt, welche für die Parteien verbindlich ist. Führt der Unternehmer die Beststellungsänderung ohne Genehmigung der zu bezahlenden Mehrvergütung aus, so scheidet sein Anspruch auf deren Leistung an der hierfür vorausgesetzten Genehmigung. Genehmigt der Besteller eine vom Unternehmer in Aussicht gestellte Mehrforderung zwar erst nach begonnener Ausführung der Beststellungsänderung, dann aber doch, so ist es gleich zu halten, wie wenn die Genehmigung dem vereinbarten Vorbehalt entsprechend schon vor der Ausführung erfolgt wäre. Bringt der Besteller gegenüber dem Unternehmer ausdrücklich oder stillschweigend zum Ausdruck, dass er bezüglich einer bestimmten Beststellungsänderung auf die Geltendmachung des Genehmigungsvorbehaltes verzichtet, so entfällt sein Recht, sich auf den Vorbehalt zu berufen (PETER GAUCH, a.a.O., N. 789 f.).

#### 1.4. Würdigung

Weder umstritten noch fraglich ist, dass hier Werkverträge im Sinne von Art. 363 ff. OR im Zentrum stehen. Ebenso wenig steht zur Diskussion, dass zwischen den Parteien die Anwendung der SIA-Norm 118 [1977/91] vereinbart wurde. Aufgrund der vertraglichen Vereinbarung der Parteien, insbesondere der Leistungsverzeichnisse im Sinne von Art. 8 SIA-Norm 118 [1977/91], und in Übereinstimmung mit den unbestrittenen klägerischen Darstellungen, handelt es sich in diesem Zusammenhang um sog. Einheitspreisverträge nach Art. 42 Abs. 2 SIA-Norm 118 [1977/91].

Dass zwischen den Parteien u.a. die "Generellen Bedingungen" gültig vereinbart wurden, wird von der Klägerin im Wesentlichen nicht bestritten. Zum Teil stützt sie sich selber darauf, zum Teil führt sie aus, es sei ihr nichts anderes übrig geblieben, als diese für den Auftrag "... zu akzeptieren (act. 1 Rz. 116; act. 19 Rz. 50 u. 73). Die grundlegenden Einwände, die Vertragsbestimmungen seien ihr sinngemäss aufgezwungen worden, sind lediglich allgemeiner Natur, ohne dass sie daraus rechtlich relevante und substantiierte Behauptungen formulieren würde. Gleichermassen überzeugt der – wiederum pauschale – Hinweis auf die

Ungewöhnlichkeitsregel nicht. Die Klägerin erwähnt im Zusammenhang mit diesem Einwand denn auch bloss Ziff. 7.3.5 der "Generellen Bedingungen" sowie Ziff. 4.10.2 der "projektspezifischen Bedingungen" (act. 19 Rz. 172 u. 50) explizit. Dass andere Bestimmungen aus diesem Grund nicht zum Tragen kommen sollen, ist weder ausgeführt noch ersichtlich. Insbesondere liegt nichts vor, dass gegen die Verbindlichkeit der für Bestellungenänderungen und Regiearbeiten statuierten Modalitäten spricht (vgl. unten Ziff. 5.3.). Bei der in Ziff. 10.1 der Werkverträge bzw. Ziffer 6.2 und 6.3 "Generellen Bedingungen" vorgesehenen Schriftlichkeit handelt es sich um eine Gültigkeitsvorschrift; nichts deutet darauf hin, dass die Parteien diese lediglich als blosser "Beweisform" vorgesehen hätten. D.h. es besteht eine widerlegbare Vermutung, dass die Parteien nur bei Schriftlichkeit gebunden sein wollen.

Nachdem sich die *allgemeinen* Einwände der Klägerin gegen die Vertragsbestimmungen als nicht überzeugend erwiesen haben, hätte sie entsprechend überall dort, wo sie von einzelnen Bestimmungen abzuweichen gedenkt, genau darzulegen, weshalb diese nicht zum Tragen kommen sollen (vgl. v.a. Ziff. 4.7.4., Ziff. 5.3. und 6.1.3.).

## 2. Mehrvergütungen – Nachträge und Änderungswünsche

### 2.1. Nachtrag Nr. 1 vom 13. bzw. 28. Februar 2014 (act. 3/9)

#### 2.1.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Klägerin stellt sich betreffend Nachtrag Nr. 1 auf den Standpunkt, die Freigabe zur Ausführung der *Positionen 1-4* seien von der Beklagten am 28. Februar 2014 erteilt worden, die Freigabe für die *Position 6* sei mündlich zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt (act. 1 Rz. 22; act. 19 Rz. 85). Die Position 5 sei von ihr gar nicht geltend gemacht worden (act. 19 Rz. 84).

Hinsichtlich der *Positionen 1-4* weist die Klägerin replicando auf den Umstand hin, dass die Parteien offensichtlich sogar einen Vertrag geschlossen hätten (act. 19 Rz. 83; act. 13/44). Diese Positionen seien sodann nicht bereits im Leistungsverzeichnis vorhanden gewesen, habe es sich doch um *zusätzliche* Arbeiten

gehandelt, was ohnehin irrelevant sei, da sich die Parteien diesbezüglich mittels Vereinbarung geeinigt hätten (act. 19 Rz. 86). In der Vereinbarung vom 3. März 2014 sei in Ziffer 2 ein *fixer Werkpreis* von CHF 8'948.80 vorgesehen gewesen, womit ein Ausmass nicht notwendig sei (act. 19 Rz. 87; act. 3/9; act. 13/44).

Den klägerischen Ausführungen entgegnet die Beklagte, es sei zu beachten, dass sie formell lediglich die *Positionen 1-4* freigegeben habe. Eine Freigabe der *Positionen 5 und 6* sei nicht erfolgt, weder schriftlich noch mündlich, schon gar nicht in der im Sinne eines Gültigkeitserfordernisses vereinbarten Schriftform gemäss Ziffer 10.1 des Werkvertrages vom 17. Oktober 2013 sowie den Ziffern 6.2 und 6.3 der "Generellen Bedingungen". Somit entfalle eine Vergütungs- oder Entschädigungspflicht bereits aus diesem Grund (act. 12 Rz. 71). Die Klägerin sei einzig aufgefordert worden, die Arbeiten von *Position 6* auszuführen, wie vom Systemhersteller gefordert, wobei es sich nicht um Zusatzarbeiten handle (act. 23 Rz. 90). Die *Positionen 1-4* seien bereits im werkvertraglichen Leistungsverzeichnis R620 und R621 enthalten, was sie im Zeitpunkt der Freigabe verkannt habe (act. 12 Rz. 71). Zudem sei der Nachtrag 1 nach dem Willen der Parteien ebenfalls gemäss Art. 39 SIA-Norm 118 [1977/91] abzurechnen, was sich aus dem von beiden Parteien am 3. März 2014 unterzeichneten "Nachtrag Nr. 1" ergebe. Ein Ausmass über diese Leistungen habe die Klägerin nie erstellt. Überhaupt sei bestritten, dass die fraglichen Leistungen von der Klägerin erbracht worden seien (act. 12 Rz. 72; act. 23 Rz. 91). In ihrer Duplik führt die Beklagte sodann aus, es sei schleierhaft, weshalb die Klägerin eine Pauschalpreisabrede annehmen wolle, in deren Offerte vom 13. Februar 2014 seien Einheitspreise mit Mengenangaben aufgeführt worden, womit die Leistungen nach Ausmass abgerechnet werden müssten (act. 23 Rz. 92). Hierzu verweist sie auf Vergabeverhandlungsprotokoll Ziffer 7.1 und 7.3, wo vereinbart worden sei, dass die Leistungen unter den Werkverträgen nach Mengen und Einheitspreisen abzurechnen seien und auch für Nachtragsbestellungen und Regiearbeiten die gleichen Kalkulationsgrundlagen, Konditionen und Bedingungen wie für die Hauptaufträge gelten würden (act. 23 Rz. 92; act. 3/4-5).

### 2.1.2. Rechtliches

Zu den Willensmängeln nach Art. 23 ff. OR: Wenn der Irrrende dem Vertragspartner nicht innert Jahresfrist seit Entdeckung des Willensmangels erklärt, dass er den Vertrag anfecht, gilt dieser als genehmigt; für die rechtzeitige Anfechtung trägt der Anfechtende die Beweislast (Urteil des Bundesgerichts 4A\_340/2011 vom 13. September 2011 E. 3.1 f.). Zum Formvorbehalt: vgl. oben Ziff. 1.3.4.

### 2.1.3. Würdigung

Ausführungen zu *Position 5* des Nachtrages 1 erübrigen sich, da die Klägerin diese gar nicht geltend macht. Zu prüfen bleiben die Positionen 1-4 und 6. Hinsichtlich der *Positionen 1-4* ist an sich unbestritten, dass diese vereinbart und freigegeben wurden, was sich ebenso aus den Akten ergibt (act. 3/9 und act. 13/44). Die beklagischen Einwände betreffen einerseits sinngemäss einen Willensmangel respektive einen Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR, da die Leistungen bereits im Leistungsverzeichnis R620 und 621 enthalten gewesen seien, andererseits die Interpretation als Einheitspreis samt dem angeblichen Fehlen des erforderlichen Ausmasses. Nachdem es die Beklagte bereits unterlassen hat zu behaupten, inwiefern sie die Vereinbarung binnen Jahresfrist seit Entdeckung des Willensmangels angefochten haben will, ist ohne Weiteres von einer Genehmigung nach Art. 31 Abs. 1 OR auszugehen. Bleibt noch die Frage nach der vereinbarten Vergütungsart: Die Interpretation als Einheitspreisvertrag nach Art. 39 SIA-Norm 118 [1977/91] stützt die Beklagte auf den Umstand, die Offerte vom 13. Februar 2014 enthalte Einheitspreise mit Mengenannahmen und sodann die vereinbarten Grundlagen von Ziffer 2 Abs. 2 des Nachtrages vom 3. März 2014 sowie Ziffer 7.1 und 7.3 des Vergabeverhandlungsprotokolls (vgl. act. 3/9; act. 13/44; act. 3/5). Die Klägerin verweist lediglich auf den Nachtrag Nr. 1 vom 13. bzw. 28. Februar 2014 und die Vereinbarung vom 3. März 2014 und behauptet, es liege ein fixer Werkpreis von CHF 8'948.80 (brutto) vor.

Ziffer 3.2 des Werkvertrages lässt sich bezüglich Nachtragsarbeiten ein Verweis auf dieselben Kalkulationsgrundlagen wie für den ursprünglichen Werkpreis

entnehmen. Beim ursprünglichen Werkvertrag handelt es sich unbestrittenermassen um einen Einheitspreisvertrag. Ebenso lässt sich dem angeführten Vergabeverhandlungsprotokoll in Ziffer 7.3 in Verbindung mit Ziffer 7.1 ein Verweis auf Art. 39 SIA-Norm 118 [1977/91], d.h. auf einen Einheitspreis, entnehmen. Der vereinbarte Nachtrag Nr. 1 sieht u.a. wörtlich vor: "*Die Abrechnung der Werkleistungen erfolgt nach Menge und Einheitspreisen gemäss Art. 39 SIA-Norm 118. Der UNTERNEHMER garantiert dem BAUHERRN die vereinbarten Einheitspreise.*" Anhand dieser Verweise kann zweifellos angenommen werden, dass es sich gleichermassen beim Nachtrag Nr. 1, spezifisch beim geforderten Betrag von CHF 8'948.80, um einen Einheitspreis im Sinne von Art. 39 SIA-Norm 118 [1977/91] handelt. Inwiefern es sich demgegenüber um einen fixen Werkpreis (Pauschalpreis) handeln soll, wird von der Klägerin nicht näher dargelegt. Entgegen der klägerischen Argumentation ist nach dem Gesagten für einen Vergütungsanspruch ein Ausmass nach Art. 141 ff. SIA-Norm 118 [1977/91] erforderlich. Dass ein Ausmass vorgenommen worden wäre, behauptet die Klägerin nicht, die geltend gemachte Vergütungsforderung von CHF 8'948.80 für die Positionen 1-4 ist abzuweisen.

In Bezug auf Position 6 ist von der Klägerin nicht bestritten, dass keine schriftliche Freigabe vorliegt. Sie stützt sich vielmehr auf eine behauptete mündliche Freigabe durch die Beklagte. Die Beklagte hingegen beharrt auf dem in Ziffer 10.1 des Werkvertrages sowie in Ziffer 6.2 und 6.3 der "Generellen Bedingungen" statuierten Schriftformvorbehalt. Wie gesehen (vgl. oben Ziff. 1.4.) handelt es sich bei der in Ziffer 10.1 der Werkverträge bzw. Ziffer 6.2 und 6.3 "Generellen Bedingungen" vorgesehenen Schriftlichkeit um eine Gültigkeitsvorschrift.

Zu der angeblichen mündlichen Freigabe durch die Beklagte (bestritten) führt die Klägerin im Wesentlichen aus, die Freigabe sei "*mündlich zu einem späteren Zeitpunkt*" (act. 1 Rz. 22) und "*namentlich [durch] J.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_*" erfolgt (act. 19 Rz. 85). Genaueres, insbesondere bezüglich Zeitpunkt der behaupteten Freigabe, wird nicht ausgeführt. Andere Indizien für das Zustandekommen einer Vereinbarung bzw. ein bewusstes Abweichen des klaren Schriftformvorbehaltes sind keine erkennbar. Zusammengefasst legt die Klägerin nicht ausreichend sub-

stantiiert dar, weshalb die vertraglich vorbehaltene Form der Schriftlichkeit gerade für die Position 6, und in Abweichung zu den übrigen Positionen, nicht gelten sollte. Demzufolge entfällt die Anspruchsgrundlage für die geltend gemachte Position 6 und die Vergütungsforderung in Höhe von CHF 6'942.– ist abzuweisen.

2.2. Nachtrag Nr. 2 und 3 (act. 3/10 und act. 3/11)

2.2.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Als Grundlage für die Vergütungsforderung aus *Nachtrag Nr. 2* vom 13. Februar bzw. 6. März 2014 [von der Beklagten als Nachtrag Nr. 3 bezeichnet] sowie *Nachtrag Nr. 3* führt die Klägerin die Schreiben vom 13. und 19. Februar 2014 sowie die Vereinbarungen vom 13. März 2014 an (act. 1 Rz. 22; act. 19 Rz. 88; act. 3/10-11; act. 13/45-46). Als Nachtrag Nr. 2 sei von der Beklagten in Auftrag gegeben und von ihr ausgeführt worden: BKP 271.1 "*Mehraufwand beschädigte Profile (durch Installateure): Profile demontieren, neue Profile montieren*". Als Nachtrag Nr. 3 führt die Klägerin diverse Leistungen auf: "*Unterkonstruktionen Privat SPA / Pick Up / SPA Küche*". Entsprechend seien die Nachträge Nr. 2 und 3 zusätzlich mit CHF 1'778.10 bzw. CHF 38'634.82 zu entschädigen (act. 1 Rz. 23). Bei den jeweils in Ziffer 2 vereinbarten Beträgen von CHF 43'456.– und CHF 2'000.– handle es sich um fixe Werkpreise (act. 19 Rz. 88). Es treffe nicht zu, dass die Leistungen von Nachtrag Nr. 2 und 3 bereits im Leistungsverzeichnis enthalten sein sollen. Bei Nachtrag Nr. 2 handle es sich um Mehraufwand, welchen die Klägerin gehabt habe, da Profile durch Installateure beschädigt worden seien, welche sie daher habe demontieren und durch Montage von neuen Profilen ersetzen müssen (act. 19 Rz. 89). Bei Nachtrag Nr. 3 gehe es um *zusätzliche* Unterkonstruktionen im Private Spa, Pick Up und der Spa Küche (act. 19 Rz. 89).

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass die im Nachtrag Nr. 2 (act. 3/11) geltend gemachten Leistungen bereits im Leistungsverzeichnis R.623.100-R.623.122 enthalten seien, was sie verkannt habe (act. 12 Rz. 72; act. 23 Rz. 95). Des Weiteren hätten die Nachträge Nr. 2 und 3 (act. 3/10-11), nach dem Willen der Parteien gemäss Art. 39 SIA-Norm 118 [1977/91], "nach Menge und Einheits-

preisen" abgerechnet werden müssen, was nicht geschehen sei. Dies ergebe sich aus den von den Parteien am 13. März 2014 unterzeichneten Nachträgen Nr. 2 und 3 (act. 12 Rz. 72 f.; act. 13/45-46). Dies ergebe sich für den Nachtrag Nr. 3 zudem aus der klägerischen Offerte selbst, worin der als Mehrvergütung geltend gemachte Betrag von CHF 2'000.– als "Annahme" bezeichnet werde (act. 12 Rz. 73; act. 3/10). Es handle sich nicht um Pauschalpreisverträge, sondern Vereinbarungen über nach Ausmass abzurechnende Leistungen (act. 23 Rz. 93). Bestritten sei sowohl die Erbringung der fraglichen Leistungen als auch die Erstellung des notwendigen Ausmasses (act. 12 Rz. 72 f.). Sodann bestehe betreffend Nachtrag Nr. 2 genauso unter einem anderen Gesichtspunkt keine Grundlage für die klägerische Forderung: Unter Verweis auf Art. 376 Abs. 1 OR bringt sie vor, das Risiko für Anpassungen von Leistungen aufgrund von Dritt- einwirkungen liege bis zur Abnahme beim Unternehmer und berechtere nicht zu einer Mehrentschädigung (act. 23 Rz. 94).

#### 2.2.2. Rechtliches

Es kann vollumfänglich auf die bereits dargestellten rechtlichen Grundlagen (vgl. Ziff. 1.3.4. bzw. 2.1.2. oben) verwiesen werden.

#### 2.2.3. Würdigung

In Bezug auf die Vereinbarungen vom 13. März 2014 zu Nachtrag Nr. 2 und 3 (act. 13/45 [bezeichnet als "Nachtrag Nr. 2"] und act. 13/46 [bezeichnet als "Nachtrag Nr. 3"]) kann auf die Erwägungen zur Vereinbarung vom 3. März 2014 bezüglich Nachtrag Nr. 1 (vgl. oben Ziffer 2.1.3.) verwiesen werden, da sich jeweils in Ziffer 2 wortwörtlich dieselbe Bestimmung findet. Wie die Beklagte hinsichtlich Nachtrag Nr. 2 zu Recht festhält, lässt sich überdies der Aufstellung vom 13. Februar 2014 im Zusammenhang mit dem Betrag von CHF 2'000.– ausdrücklich die Beschreibung "Annahme" entnehmen (act. 3/10). Wiederum wird von der Klägerin nicht näher erläutert, weshalb es sich – entgegen allen Hinweisen – um fixe Werkpreise (Pauschalpreise) handeln solle. Für das Bestehen der Vergütungsansprüche wäre ein Ausmass nach Art. 141 ff. SIA-Norm 118 [1977/91] erforderlich. Mangels behaupteten Ausmasses sind die Vergütungsforderungen

von CHF 1'778.10 für den Nachtrag Nr. 2 bzw. CHF 38'634.82 für den Nachtrag Nr. 3 abzuweisen.

### 2.3. Fazit zu den Nachträgen 1-3

Ein Vergütungsanspruch der Klägerin für die Nachträge 1-3 in Gesamthöhe von CHF 56'303.72 besteht nicht.

## 3. Kündigung Werkverträge / Verzug / Schadloshaltung

### 3.1. Vorbemerkungen

Zum Projektverlauf von "... " bringen beide Parteien übereinstimmend vor, es sei beim Bau zu (erheblichen) *Verzögerungen* gekommen. Praktisch sämtliche damit zusammenhängende Sachverhaltselemente sind freilich fundamental umstritten, so namentlich zu den Ursachen und der Verantwortung für die Verzögerungen, zur Thematik des Vertragsschlusses und der Vertragsbeendigung durch die Beklagte, bezüglich behaupteter Mängel und verbindlicher (Zwischen-) Termine, etc. Insbesondere nehmen beide Parteien jeweils für sich in Anspruch, die andere Partei zu Recht gemahnt und in Verzug gesetzt zu haben. Schliesslich machen beide Parteien im Zusammenhang mit den Verzögerungen diverse Entschädigungsforderungen geltend.

### 3.2. Unbestrittener Sachverhalt / chronologische Übersicht

Abzugrenzen ist der Projektverlauf nach *Vertragsschluss, Arbeitsbeginn, Arbeitsverlauf* und *Kündigung*. Zwar tönt die Klägerin replicando an, es sei bereits im Juli 2013 und somit noch vor Unterzeichnung der Werkverträge am 16./17. Oktober 2013 zu einem (mündlichen) Vertragsschluss gekommen. Die Klägerin wörtlich zum Zeitpunkt Juli 2013: "[es ist] *grundsätzlich bereits ein (mündlicher) Vertrag zustande gekommen [...]*" (act. 19 Rz. 90). Nachdem sich diese Ausführungen zur angeblich mündlich geschlossenen Vereinbarung nicht nur ohne Weiteres als unzureichend substantiiert erweisen, sondern die Klägerin selber an anderen Stellen implizit und explizit vom Vertragsschluss am 16./17. Oktober 2013 ausgeht (act. 1 Rz. 17; act. 12 Rz. 43; act. 19 Rz. 57 et passim), gilt der Sachverhalt zum Ver-

tragsschluss zweifellos als unbestritten und es ist im Folgenden zugrundezulegen, dass die Parteien die Werkverträge (erst) am 16. bzw. 17. Oktober 2013 geschlossen haben. Nach übereinstimmender Meinung sahen die Werkverträge vom 16./17. Oktober 2013 nach Wortlaut ursprünglich einen Arbeitsbeginn auf den 14./15. Juni 2013 und die Fertigstellung des Werkes auf den 15. bzw. 31. Dezember 2013 vor (act. 1 Rz. 25; act. 12 Rz. 74). Der effektive Arbeitsbeginn erfolgte Mitte Dezember 2013 – also offensichtlich in Abweichung zum Wortlaut der Werkverträge und beinahe zum Zeitpunkt der ursprünglich vorgesehenen Fertigstellungstermine (act. 1 Rz. 27; act. 12 Rz. 74; act. 19 Rz. 90).

Nicht bestritten ist, dass zwischen den Parteien Ende April 2014 eine Sitzung stattfand, deren Gegenstand die verbindliche Festsetzung und Anpassung von Zwischen- und Fertigstellungsterminen war (act. 12 Rz. 14; act. 19 Rz. 27).

Nicht strittig ist, dass der Auftrag der Klägerin zur "Deckenbekleidung" im Juni 2014 aufgrund einer Kündigung oder einvernehmlich beendet worden ist (act. 1 Rz. 32; act. 12 Rz. 20 u. 79; act. 19 Rz. 97). Nicht strittig ist offensichtlich, dass das Werk am 21. Juni 2014 nicht (mängelfrei) fertiggestellt war (act. 12 Rz. 26; act. 19 Rz. 38). Weiter hat die Beklagte unbestrittenermassen mit Schreiben vom 23. Juni 2014 die Werkverträge Nr. 281 und Nr. 282 sowie die Nachträge Nr. 1-3 gekündigt (act. 12 Rz. 27 f.; act. 19 Rz. 39 f.; act. 13/17-18; act. 23 Rz. 52).

### 3.3. Wesentliche Parteistandpunkte

#### 3.3.1. Mahnung vom 8. April 2014 (act. 3/16) / Gläubigerverzug

Nach Darstellung der Klägerin befand sich die gesamte Baustelle schon vor dem Abschluss der Werkverträge stark in Verzug, wodurch sie ihre Arbeiten aufgrund der massiven Verspätung seitens der Beklagten erst Mitte Dezember 2013 habe in Angriff nehmen können (act. 1 Rz. 25 ff.). Anlässlich ihrer Arbeiten habe sie sodann feststellen müssen, dass die von der Beklagten beauftragten Subunternehmer mit den von ihnen vorzunehmenden, für die Ausführungen der Arbeiten der Klägerin erforderlichen Vorleistungen, in Verzug gewesen seien, weshalb sie ihre Arbeiten notgedrungen nicht gemäss Zeitplan habe ausführen können, was sie

der Beklagten mit Schreiben vom 8. April 2014 förmlich angezeigt und gemahnt habe (act. 1 Rz. 28; act. 19 Rz. 27, 29, 55 und 57 f.; act. 3/16). Sie habe dieser dargelegt, dass insbesondere Haustechnikinstallationen sowie weitere technische Abklärungen gemacht sein müssten, bevor sie ihre Arbeiten erledigen könne (act. 19 Rz. 107). Weiter weist die Klägerin darauf hin, dass der mit diesem Schreiben bewirkte Gläubigerverzug einen Schuldnerverzug infolge späterer Abmahnungen der Beklagten ausschliesse (act. 19 Rz. 59). Eine Terminfestlegung im Zeitpunkt des Schreibens vom 8. April 2014 wäre nur dann möglich gewesen, wenn bereits alle notwendigen Vorleistungen seitens der Beklagten erbracht worden wären, was nicht der Fall gewesen sei. Aufgrund der Verzögerungen habe sie deshalb deutlich gemacht, dass sie keine Fertigstellungstermine garantieren könne (act. 19 Rz. 92 und 96). Durch das fragliche Schreiben sei der Beklagten im Zeitpunkt Ende April 2014 längst bekannt gewesen, dass die Einhaltung von einseitig bekannt gegebenen Terminen nicht garantiert werden könne (act. 19 Rz. 107).

Die Beklagte bestreitet, dass die Baustelle bereits "von Anfang an" in Verzug gewesen sein soll. Der Stand der Arbeiten vor dem Vertragsschluss sei sinngemäss irrelevant, jedenfalls sei der Klägerin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bewusst gewesen, dass die ursprünglich vorgesehenen Termine nicht einzuhalten gewesen seien (act. 12 Rz. 43). Überhaupt seien verbindliche Termine Ende April 2014 neu und abweichend festgesetzt worden, womit das Schreiben vom 8. April 2014 hinsichtlich späterer Terminabsprachen ohne Bedeutung bleibe (act. 12 Rz. 44 und 74; act. 23 Rz. 3 et passim). Ebenfalls seien die klägerischen Ausführungen zu verzögerten Vorleistungen und mündlichen Hinweisen sowie dem Verzug ihrerseits bestritten. Das von der Klägerin angeführte Schreiben vom 8. April 2014 enthalte weder eine konkrete Abmahnung behindernder Umstände noch konkrete Hinweise auf Kosten- oder Terminfolgen (act. 12 Rz. 75; act. 23 Rz. 111).

### 3.3.2. Terminplan (E-Mail vom 08. Mai 2014; act. 13/5)

Die Beklagte bringt vor, dass H.\_\_\_\_\_ mit E-Mail vom 8. Mai 2014 die verbindlich vereinbarten Termine für die Fertigstellung der Gipserarbeiten präzisiert habe, wobei die Klägerin gegen diesen Terminplan nicht opponiert habe. Demgemäss

seien so folgende *Fertigstellungstermine* vereinbart worden (act. 12 Rz. 15 u. 42; act. 13/5; act. 23 Rz. 37):

... [Spa]:

- Grundputzarbeiten: 16. Mai 2014
- Feinputzarbeiten: 28. Mai 2014
- Trockenbau Wände: 23. Mai 2014
- Decken: 23. Dezember 2014

Erdgeschoss:

- Grundputzarbeiten: 23. Mai 2014
- Trockenbau Wände: 16. Mai 2014
- Feinputzarbeiten: 30. Mai 2014

Die Klägerin wiederum bestreitet die verbindliche Terminfestlegung der diversen Arbeiten. Sie habe mit E-Mail vom 12. Mai 2014 auf das beklagte E-Mail reagiert und u.a. richtig gestellt, dass die Termine für die Nassputzarbeiten sowie die U.\_\_\_\_-glas-Beschichtung auf den 19. Mai 2014 verschoben worden seien (act. 19 Rz. 28; act. 3/13). Es verstehe sich von selbst, dass sie die von der Beklagten gewünschten Termine nicht habe einhalten können, sollte diese die notwendigen Aufträge nicht erteilen. Mit E-Mail vom 22. Mai 2014 habe sie sich nochmals bei der Beklagten gemeldet und zahlreiche Missstände bzw. Verspätungen auf der Baustelle angezeigt. In diesem E-Mail habe sie weiter darauf hingewiesen, dass sie unter den gegebenen Umständen keine Terminzusagen mehr machen könne (act. 19 Rz. 28; act. 20/58).

### 3.3.3. Fertigstellungstermin 30. Mai 2014

Die Beklagte bringt vor, nachdem sie mit E-Mail vom 14. Mai 2014 bereits einen unzureichenden Leistungsstand abgemahnt habe, und die Klägerin mit E-Mail vom 16. Mai 2014 die Fertigstellung der Leichtbauwände im ... [Spa] auf den 30. Mai 2014 in Aussicht gestellt habe, habe sie mit E-Mail vom 26. Mai 2014 erneut einen unzureichenden Leistungsstand abgemahnt und die Klägerin aufgefor-

dert, bis zum 30. Mai 2014 "*alle Leichtbauwände im AG und EG*" fertigzustellen, wobei eine Reaktion der Klägerin darauf ausgeblieben sei (act. 12 Rz. 16 ff.; act. 23 Rz. 41 act. 13/5-7; act. 3/19). Die erforderlichen Vorarbeiten seien erledigt gewesen (act. 23 Rz. 39 f.). Mit Schreiben vom 27. Mai 2014 sei der Klägerin schliesslich eine Nachfrist bis zum 6. Juni 2014 mit der Androhung der ersatzweisen Fertigstellung durch einen Dritten angesetzt worden, welche nicht eingehalten worden sei (act. 12 Rz. 19; act. 3/18). Seit dem 31. Mai 2014 sei die Klägerin mit ihren Leistungen in Verzug gewesen (act. 23 Rz. 46).

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, sie habe die vorgesehenen Arbeiten gar nicht wie geplant erbringen können, wofür die Beklagte die Verantwortung trage (act. 19 Rz. 29). Der Termin vom 30. Mai 2014 sei sodann nicht zugesichert worden, es habe sich lediglich um ein unverbindliches "Ziel" gehandelt (act. 19 Rz. 30 f.). Der Termin hätte im Übrigen nicht eingehalten werden können und hätte auch nicht eingehalten werden müssen, da die Beklagte ihrerseits in Verzug gewesen sei (act. 19 Rz. 31).

#### 3.3.4. Deckenbekleidung

Die Beklagte bringt vor, anlässlich der Besprechung am 4. Juni 2014 hätten sich die Parteien darauf geeinigt, dass sich die Klägerin im Rahmen des Werkvertrages Nr. 281 auf die Fertigstellung der Wände (NPK 943/2011) beschränken solle und die Ausführung der unter der NPK-Nr. 951/2011 aufgeführten und zu einem Werkpreis von CHF 69'006.– offerierten Deckenbekleidung durch einen Drittunternehmer erfolgen solle (act. 12 Rz. 20 u. 156; act. 3/21-22). Gestützt auf Ziff. 11.1.2 der "Generellen Bedingungen" sei das Einverständnis der Klägerin gar nicht notwendig gewesen (act. 23 Rz. 44). Ausserdem seien die Voraussetzungen von Art. 366 OR erfüllt gewesen und es werde bestritten, dass der geltend gemachte Betrag dem potentiellen Gewinn der Klägerin entspreche (act. 12 Rz. 156 ff. sowie Rz. 167 f.).

Die Klägerin hingegen bestreitet eine einvernehmliche Einigung im Rahmen "Deckenbekleidung"; die Beklagte habe diese mit E-Mail vom 6. Juni 2014 sowie mit Schreiben vom 10. Juni 2014 gekündigt. Zudem sei Art. 184 SIA-Norm 118

[1977/91] anwendbar (act. 1 Rz. 32; act. 19 Rz. 32, Rz. 161 u. 170). Für die Position "*Ertragsausfall Decken von brutto CHF 69'006.-*" macht sie vielmehr gestützt auf Art. 184 SIA-Norm 118 [1977/91] einen Betrag von CHF 9'795.80 als entgangenen Gewinn in Höhe von 14 % geltend, da die Beklagte die Leistung "Deckenbekleidung" ohne Ankündigung gekündigt habe (act. 1 Rz. 99 u. 117; act. 19 Rz. 162).

### 3.3.5. Nachfrist bis 6. bzw. 21. Juni 2014

Die Beklagte stützt sich auf ihr Schreiben vom 27. Mai 2014 (act. 3/18), welche sie als "Abmahnung Nr. 1" bezeichnet und bringt vor, es sei ein unzureichender Leistungsstand festgestellt worden und der Klägerin eine Nachfrist bis 6. Juni 2014 mit Androhung der Ersatzvornahme angesetzt worden (act. 12 Rz. 19 u. 42; act. 23 Rz. 2.11).

Da die Klägerin, so die Beklagte weiter, mit E-Mail vom 6. Juni 2014 auf den Termin vom 10. Juni 2014 hingewiesen worden sei, habe man der Klägerin mit Schreiben vom 11. Juni 2014 eine *letzte Nachfrist* ("Abmahnung Nr. 2 und 3") zur mängelfreien Fertigstellung bis zum 21. Juni 2014 angesetzt, andernfalls die ersatzweise Fertigstellung durch einen Drittunternehmer auf Kosten und Gefahr der Klägerschaft erfolge (act. 12 Rz. 21 f., Rz. 25 u. 42; act. 23 Rz. 2.16 f.; act. 13/3 und act. 13/8-9).

Nach klägerischer Darstellung sei die von der Beklagten mit Schreiben vom 19. Juni 2014 angesetzte Frist bis zum 21. Juni 2015 ohnehin zu kurz bemessen gewesen, aber ihr könne sowieso kein Vorwurf in Bezug auf angeblich nicht eingehaltene Termine gemacht werden, da die Beklagte ihren Vorleistungspflichten nicht nachgekommen sei (act. 1 Rz. 33 f.). Auf das Schreiben der Beklagten vom 11. Juni 2014 habe sie ihrerseits mit einem Schreiben vom 17. Juni 2014 reagiert und dargelegt, dass der Termin vom 21. Juni 2014 infolge verspäteter Vorarbeiten nicht eingehalten werden könne (act. 19 Rz. 34; act. 3/24).

### 3.4. Rechtliches

#### 3.4.1. Fälligkeit / Verzug

Der Ablieferungstermin, nach Art. 366 Abs. 1 OR der "Lieferungstermin", ist der Zeitpunkt, in dem die Ablieferung des vollendeten (ganzen) Werkes fällig wird (Art. 75 OR). In der Regel wird der Ablieferungstermin vertraglich bestimmt. Ein Werkvertrag ohne vereinbarten Ablieferungstermin ist lückenhaft und bedarf diesbezüglich der Ergänzung nach Art. 75 OR. Abzustellen ist dabei auf das normative Kriterium des "hypothetischen Parteiwillens", wonach dem Unternehmer im Normalfall so viel Zeit bis zur Ablieferung zusteht, als ein versierter Fachmann nach rechtzeitigem Beginn benötigt, um das konkrete Werk in zügiger Arbeit und mit dem üblichen Einsatz von Arbeitsmitteln und -kräften auszuführen und abzuliefern (PETER GAUCH, a.a.O., N. 646 ff.). Der Ablieferungstermin kann auch nach Vertragsabschluss vereinbart oder geändert werden, wobei jedoch mangels anderer Abrede weder der Besteller noch der Unternehmer berechtigt sind, den Ablieferungstermin einseitig zu bestimmen oder zu verändern (PETER GAUCH, a.a.O., N. 650). Soweit werkvertraglich keine Fristenregelung getroffen wird, so gelten die dispositiven gesetzlichen Regeln über die Fristen, insbesondere Art. 75 ff. OR (PETER REETZ, in: Gauch/Stöckli [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2017, Art. 92 N. 1.4). Frist- und Terminbestimmungen in jeglichen Dokumenten vertraglicher Natur sind grundsätzlich verbindlich (PETER REETZ, a.a.O., Art. 92 N. 3.6).

#### 3.4.2. Rücktritt vom Vertrag / Ersatzvornahme (Art. 366 Abs. 1 und 2 OR)

Betreffend den Verzug vor Eintritt des Ablieferungstermins ist Art. 366 Abs. 1 OR massgeblich, welcher dem Besteller das Recht einräumt, ohne den Lieferungs-termin abzuwarten, vom Vertrage zurückzutreten. Die Regelung von Art. 366 Abs. 1 OR bedarf nach h.L. der Ergänzung durch die Verzugsregeln von Art. 102-109 OR (PETER GAUCH, a.a.O., N. 675; Urteil des Bundesgerichts 4A\_232/2014 vom 30. März 2015 E. 12 [nicht publ. in BGE 141 III 106] m.w.H.). Nach Rechtsprechung und Lehre hat sich der Schuldner, dem eine zu kurze Frist angesetzt wird, hiergegen beim Vertragspartner umgehend zu verwahren und ihn um eine Ver-

längerung der Frist anzugehen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_232/2014 vom 30. März 2015 E. 12.2.2. [nicht publ. in BGE 141 III 106]). Sofern der Besteller nach Art. 366 Abs. 1 OR zurücktritt, ohne dass die entsprechenden Voraussetzungen, namentlich eine Nachfristansetzung nach Art. 107 Abs. 1 OR, gegeben sind, ist eine Rücktrittserklärung im Sinne von Art. 377 OR anzunehmen, falls eine Auslegung ergibt, dass er den Vertrag in jedem Falle beenden wollte (BGE 98 II 113 E. 2; BGE 141 III 106 E. 16.2.4; PETER GAUCH, a.a.O., N. 675; JÜRGEN NIKLAUS, Das Recht auf Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR, N. 2.74; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 2 zu Art. 377 OR). Die Verzögerung gemäss Art. 366 Abs. 1 OR muss objektiv pflichtwidrig sein (PETER GAUCH, a.a.O., N. 676 ff.). Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei teilbaren Leistungen ein Rücktritt primär nur für jenen Leistungsteil möglich, mit dem der Unternehmer in Verzug ist (BGE 141 III 106 E. 16; teilw. abweichend SIEGENTHALER/STÖCKLI, Grenzen des Rücktrittsrechts beim Herstellungsverzug, in: BR 2015, S. 328 ff.). In Abs. 2 von Art. 366 OR wird dagegen ein anderer Sachverhalt geregelt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_96/2014 vom 2. September 2014 E. 3.1; ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR, Bern 1998, N. 8 zu Art. 366 OR). Das Recht auf Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR steht dem Besteller unter drei Voraussetzungen zu: (i) Erforderlich ist, dass sich eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung des Werkes während der Ausführung bestimmt voraussehen lässt, wobei (ii) ein Verschulden des Unternehmers vorausgesetzt wird und (iii) es muss dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Abhilfe, verbunden mit der Androhung der Ersatzvornahme, angesetzt worden sein.

#### 3.4.3. Rücktritt vom Vertrag (Art. 377 OR bzw. Art. 184 Abs. 1 SIA-Norm 118 [1977/91])

Art. 184 Abs. 1 SIA-Norm 118 [1977/91] ist dem dispositiven Art. 377 OR nachgebildet, sodass sich bei der Auslegung auf diese gesetzliche Norm zurückgreifen lässt. Der Unterschied besteht im Wesentlichen in der Berechnung der Schadloshaltung (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 184 N. 1.2; Urteil des Bundesgerichts 4A\_551/2015 vom 14. April 2016 E. 6; SPIESS/HUSER, Norm SIA 118, Handkom-

mentar, 2014, Art. 184 N. 3 f.). Immerhin unterscheiden sich die beiden Bestimmungen hinsichtlich Berechnung der Schadloshaltung (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 184 N. 10.1). Im Gegensatz zu anderen Auflösungsrechten kann der Besteller nach Art. 377 OR den Werkvertrag ganz nach seinem Belieben auflösen (PETER GAUCH, a.a.O., N. 523; Urteile des Bundesgerichts 4A\_182/2014 vom 16. Juli 2014 E. 2.2 sowie 4A\_551/2015 vom 14. April 2016 E. 6). Gemäss Art. 377 OR ist – neben der Vergütung der bereits geleisteten Arbeit – das Erfüllungsinteresse zu ersetzen, d.h. der Unternehmer soll wirtschaftlich so gestellt werden, wie er stände, wenn er gegen Vollendung des geschuldeten Werkes auch den Rest der Vergütung erhalten hätte (PETER GAUCH, a.a.O., N. 546 f.; GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 184 N. 4.1). Dieser Anspruch wird im Zeitpunkt der Vertragsauflösung fällig (BGE 129 III 749 E. 7.3 = PRA 93 [2004] Nr. 147). Soweit die einseitige Vertragsauflösung feststeht, hat der Besteller zu beweisen, dass er nicht nach Art. 377 OR zurückgetreten ist, sondern den Vertrag gestützt auf eine andere Gesetzesbestimmung (bspw. Art. 366 Abs. 1 OR) aufgelöst hat (PETER GAUCH, a.a.O., N. 581; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 22 zu Art. 378 OR; GEORG GAUTSCHI, Berner Kommentar, Der Werkvertrag, Art. 366-379 OR, 2. Aufl. 1967, N. 9b zu Art. 377 OR).

### 3.5. Würdigung

#### 3.5.1. Verzug / Nachfristen / Kündigung

Beide Parteien gehen in ihren Darstellungen davon aus, dass die ursprünglich den Werkverträgen jeweils in Ziffer 5.1 zugrundeliegenden Termine bei Unterzeichnung – also im Zeitpunkt Vertragsschluss – nicht mehr hätten gelten sollen und somit unbeachtlich sind. Dass die ursprünglichen Termine zu Arbeitsbeginn und Fertigstellung zu diesem Zeitpunkt bereits obsolet waren, liegt im Übrigen offensichtlich auf der Hand, nichts anderes wird von den Parteien behauptet. Obwohl die Parteien anlässlich des Vertragsschlusses augenscheinlich keine (schriftliche) Korrektur der Termine vorgenommen haben, haben sie diese durch konkludente Vereinbarung als *nicht verbindlich* ausgeschlossen. Abwegig und nicht nachvollziehbar ist demzufolge die klägerische Betrachtung, dass sich die Beklagte schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses respektive ab Arbeitsbeginn

dauerhaft in (Gläubiger-)Verzug befunden haben soll. Dass man sich noch im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. des effektiven Arbeitsbeginns auf neue (Zwischen-)Termine geeinigt hätte, haben die Parteien nicht behauptet. Nach klägerischer Auffassung wurden indessen auch in der Folge keinerlei verbindliche Termine vereinbart. Die Beklagte demgegenüber führt zunächst nachvollziehbar an, es seien Termine gemäss E-Mail vom 8. Mai 2014 vereinbart worden. Gegen die gültige Vereinbarung dieser Termine bringt die Klägerin nichts Überzeugendes vor, insbesondere bezieht sich das von ihr ins Feld geführte E-Mail vom 12. Mai 2014 (act. 3/13) lediglich auf die Termine betreffend "*Nassputzarbeiten Grundputz und U.\_\_\_\_-glas Beschichtung*" und erwähnt das Datum des 19. Mai 2014. Allerdings wurde in der Folge der massgebliche Fertigstellungstermin nach Darstellung der Beklagten sogar auf den 30. Mai 2014 verschoben. Dieser Fertigstellungstermin wurde von der Beklagten im Sinne einer Nachfrist zuerst auf den 6. Juni 2014 und dann den 21. Juni 2014 verschoben.

Folgende unbestrittene Tatsachen sind vor Augen zu halten: Einerseits hat die Klägerin nicht behauptet, dass sie die Termine vom 30. Mai 2014, 6. Juni 2014 oder 21. Juni 2014 eingehalten hätte, andererseits ist die Beklagte unverzüglich nach dem Termin vom 21. Juni 2014 am 23. Juni 2014 von den Werkverträgen zurückgetreten (act. 13/17). Die klägerischen Argumente bestehen im Wesentlichen daraus, die Beklagte selber trage die Verantwortung für die Verzögerungen, d.h. sinngemäss liege ein Gläubigerverzug vor, wozu sie u.a. auf ihre eigenen "Abmahnungen" verweist (vgl. act. 3/20, act. 3/24). Wie bereits festgestellt wurde, erwiesen sich die ursprünglich im Werkvertrag vorgesehenen Termine als obsolet, die "Abmahnung" der Klägerin vom 8. April 2014 (vgl. act. 3/16) ist unbehelflich, da die Termine danach nochmals neu festgelegt wurden. Bezüglich der angeblich unzureichenden sog. Vorarbeiten bleibt die Klägerin bei pauschalen Behauptungen. Entsprechend substantiierte Darstellungen dazu, welche Arbeiten sie konkret daran hätten hindern sollen Termine einzuhalten, sind nicht ersichtlich. Nicht nachvollziehbar und somit stichhaltig sind die Argumente der Klägerin, der Termin vom 30. Mai 2014 sei unverbindlich gewesen und die von der Beklagten angesetzten Nachfristen zu kurz bemessen gewesen. Die Beklagte hat der Klägerin

vom 30. Mai 2014 bis zum 21. Juni 2014 beinahe einen Monat zusätzliche Zeit eingeräumt.

Zusammengefasst konnte die Beklagte dartun, dass zumindest die Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR gegeben waren, als sie vor Ablieferung des Werks von den Verträgen zurückgetreten ist, womit bereits aus diesem Grund diesbezügliche klägerische Ansprüche gestützt auf Art. 377 OR bzw. Art. 184 Abs. 1 SIA-Norm 118 [1977/91] ausser Betracht fallen. Ob zusätzlich die Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 2 OR vorgelegen haben, kann damit offen bleiben.

### 3.5.2. Deckenbekleidung

Zusätzlich zum bereits Gesagten lässt sich festhalten, dass die Klägerin *nicht widersprochen* hat, als die Beklagte die Teilleistung Deckenbekleidung am 6. bzw. 10. Juni 2014 unter Bezugnahme auf eine "*Einverständniserklärung*" gekündigt hatte (act. 3/21-22). Somit bleibt gleicherweise in diesem Fall die Anwendung von Art. 377 OR versagt. Unabhängig davon hat die Klägerin ihre Forderung in Höhe von CHF 9'795.80 respektive den behaupteten entgangenen Gewinn von 14 % gar nicht weiter substantiiert. Die klägerische Forderung in Höhe von CHF 9'795.80 betreffend Deckenbekleidung ist damit abzuweisen.

### 3.6. Fazit

Es bestehen keine klägerischen Ansprüche gestützt auf Art. 377 OR bzw. Art. 184 Abs. 1 SIA-Norm 118 [1977/91]. Darüber hinaus ist auch die klägerische Forderung "Deckenbekleidung" von CHF 9'795.80 abzuweisen.

## 4. Geschuldeter Werklohn (Ausmass)

### 4.1. Ausmassermittlung

#### 4.1.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Nach klägerischer Darstellung habe das Ausmass der geleisteten Arbeiten infolge eines durch die Beklagte ausgesprochenen Betretungsverbot der Baustelle anhand von Plänen im Sinne von Art. 141 SIA-Norm 118 [1977/91] vorgenommen

werden müssen. Bei der Verunmöglichung der Ausmessung vor Ort durch die Beklagte liege eine sog. "Beweisvereitelung" vor, was zu berücksichtigen sei (act. 1 Rz. 37). Die Verweigerung des Zugangs zur Baustelle sei überdies vertragswidrig (act. 1 Rz. 43 f.). Nach Ermittlung des plangemässen Ausmasses habe sie der Beklagten die Schlussrechnungen vom 7. Juli 2014 sowie 9. Juli 2014 zugestellt, welche diese pauschal zurückgewiesen habe. Es sei davon auszugehen, dass die vorgelegten Schlussrechnungen vertragskonform seien, zumal das entsprechende Verhalten der Beklagten gegen Treu und Glauben sowie Art. 154 Abs. 2 SIA-Norm 118 [1977/91] verstosse (act. 1 Rz. 38; act. 3/26-28). Nachdem die Beklagte das von ihr ermittelte Ausmass nicht habe akzeptieren wollen, hätten die Parteien anlässlich eines Vergleichsgesprächs vom 10. Dezember 2014 vereinbart, das Ausmass gemeinsam anhand von Plänen zu erstellen, was an verschiedenen Terminen im Januar 2015 erfolgt sei (act. 1 Rz. 45). Obwohl die tatsächlich von ihr erbrachten Leistungen gemeinsam anhand von Plänen ausgemessen worden seien, stelle sich die Beklagte nun auf den Standpunkt, dass das Ausmass nicht dem *tatsächlichen Leistungsstand* entspreche und daher weniger geschuldet sei (act. 1 Rz. 46). Weil die Beklagte keine gemeinsame Prüfung des Werkes habe vornehmen wollen, obwohl sie hierzu verpflichtet gewesen wäre, ihr ein Baustellenverbot erteilte habe und andere Unternehmer auf der Baustelle habe weiterarbeiten lassen, gelte das Werk als abgenommen nach Art. 164 Abs. 1 und 158 Abs. 1 SIA-Norm 118 [1977/91] (act. 1 Rz. 42; act. 19 Rz. 110).

Replicando führt die Klägerin aus, dass die Beklagte am 30. Juni 2014 das Ausmass habe aufnehmen wollen, d.h. erst nachdem Dritte die von ihr geleistete Vorarbeit als Grundlage benutzt hätten und an der Erstellung des Gesamtwerkes weitergearbeitet worden sei (act. 19 Rz. 40). Deshalb sei sie bereits am 26. Juni 2014 auf der Baustelle erschienen, um Material abzuholen und das Ausmass aufzunehmen. Allerdings sei ihr das Betreten des Grundstücks verboten worden, es habe also keine Möglichkeit bestanden, das Ausmass vor Ort aufzunehmen (act. 19 Rz. 40, 45, 56, 102 und 110). Davon dass ein gemeinsamer Termin nicht wahrgenommen worden wäre, könne keine Rede sein (act. 19 Rz. 45). In Bezug auf den Termin vom 30. Juni 2014 hätte man einerseits sowieso nicht so lange

zuwarten können, andererseits sei der Termin nicht sinnvoll gewesen und es habe ein Baustellenverbot für sie bestanden (act. 19 Rz. 110). Die Termine vom 18. Juni 2014 (Vorabnahme) und 21. Juni 2014 (Abnahme) seien nicht rechtzeitig angekündigt gewesen (act. 19 Rz. 103 und 110). Sie habe nach der Kündigung durch die Beklagte ein Ausmass aufgenommen und ihr die Schlussrechnungen inkl. Ausmass zugestellt (act. 19 Rz. 105). Aufgrund der Vereinbarung von Einheitspreisen sei der effektive Werklohn aufgrund des ermittelten Ausmasses, d.h. der tatsächlich erbrachten Leistungen zu vergüten. Es sei, so die Klägerin weiter, kein zusätzlicher Abzug aufgrund eines "Leistungsstandes" vorzunehmen (act. 19 Rz. 46 und 56). Zusammengefasst habe die Beklagte die zeitgerechte Aufnahme eines Ausmasses absichtlich verhindert, indem sie die Erstellung eines Ausmasses vor Arbeitsbeginn der G.\_\_\_\_\_ GmbH verunmöglicht habe, womit der angebliche, bestrittene Leistungsstand nicht mehr überprüft habe werden können (act. 19 Rz. 112).

Die Beklagte demgegenüber stellt sich auf den Standpunkt, sie habe per 25. Juni 2014 eine Leistungsabgrenzung vorgenommen, was sie der Klägerin mit Einschreiben vom 26. Juni 2014 angezeigt habe. Bei dieser Gelegenheit habe man die Klägerin auf die Gelegenheit zur gemeinsamen Erstellung des Ausmasses vor Ort am 30. Juni 2014 hingewiesen, was diese indes ohne Begründung nicht wahrgenommen habe (act. 12 Rz. 29, 33 und 98; act. 13/19-22). Damit könne keine Rede von einer Beweisvereitelung oder unterlassenen Mitwirkung sein, die Klägerin sei sowohl dem am 21. Juni 2014 anberaumten Abnahmetermin als auch dem Termin zur gemeinsamen Ausmassermittlung am 30. Juni 2014 ferngeblieben (act. 12 Rz. 87, 95 und 97; act. 23 Rz. 58). Die klägerische Argumentation zum angeblichen Zutrittsverbot ab dem 26. Juni 2014 sei unzutreffend und insofern widersprüchlich, als dass sie einen Taglohnrapport vom 1. Juli 2014 eingereicht habe (act. 12 Rz. 88 und 96). Die Ermittlung des Ausmasses habe ausschliesslich im Rahmen der effektiv von der Klägerin ausgeführten Arbeiten, d.h. auf dem tatsächlichen Leistungsstand zu erfolgen, für die zur Ersatzvornahme beigezogenen Unternehmer bestehe sowieso kein Ersatzanspruch (act. 12 Rz. 98).

In ihrer Duplik bringt die Beklagte vor, die Klägerin habe zu Unrecht durchwegs die Ausmasse zu 100 % verrechnet, was jeweils nicht den tatsächlichen Leistungsständen entspreche (act. 23 S. 2). Die mit Schreiben vom 26. Juni 2014 zugestellte Fotodokumentation gebe den Stand der Arbeiten korrekt wieder, was die Klägerin zu Recht nicht bestreite (act. 23 Rz. 52; act. 13/16-17). Am 30. Juni 2014 wäre sie selbstverständlich berechtigt und aufgefordert gewesen, auf der Baustelle zu erscheinen (act. 23 Rz. 53).

Im Gegensatz zur Klägerin stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass der Leistungsstand ebenso bei nach Ausmass zu ermittelnden Leistungen von Bedeutung sei, wo die Leistung unvollendet geblieben sei. Massgebend sei der tatsächliche Stand der geleisteten Arbeiten. Soweit nicht einzelne Positionen gezählt und mit den Ausmassen multipliziert werden könnten, sei der Leistungsstand zu schätzen (act. 23 Rz. 59). Die Klägerin habe für den Nachweis eines Vergütungsanspruchs bei den lediglich begonnenen, aber nicht fertiggestellten Einheiten, den effektiven Leistungsstand im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung zu berücksichtigen, wie er in der Klageantwortbeilage 47 festgehalten sei (act. 23 Rz. 59; act. 13/20-22 und act. 13/47). Weiter hätten die von G.\_\_\_\_\_ begonnenen Arbeiten an der Decke keinerlei Einfluss auf die Arbeiten und das Ausmass der Leistungen der Klägerin gehabt. Bestritten sei, dass damit das Werk automatisch abgenommen worden sei, die Klägerin selber habe entschieden, am 30. Juni 2014 nicht zur Aufnahme des Ausmasses zu erscheinen (act. 23 Rz. 114 und 116).

#### 4.1.2. Rechtliches zum Ausmass (Art. 141 ff. SIA-Norm 118 [1977/91])

Unbestrittenermassen haben die Parteien vorliegend die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 [1977/91] vereinbart. Für die Bestimmung der Vergütung sind nach Art. 39 SIA-Norm 118 [1977/91] die vom Unternehmer geleisteten sog. (Mengen-) Einheiten multipliziert mit dem zugehörigen Einheitspreis ausschlaggebend (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 39 N. 6.1). Die Beweislast (Art. 8 ZGB) für die Menge der zu einem Einheitspreis geleisteten Einheiten liegt beim Unternehmer (PETER GAUCH, a.a.O., N. 917; GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 39 N. 6.3; SCHUMACHER/MONN, in: Gauch/Stöckli [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2017, Art. 141 N. 2.2; SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 141 N. 18). Die ausgeführte

Menge, auf die es bei der Bestimmung der geschuldeten Vergütung ankommt (Art. 141 Abs. 2 SIA-Norm 118 [1977/91]), wird entweder nach dem *tatsächlichen Ausmass* ermittelt (durch Messen, Wägen oder Zählen "am Objekt") oder nach dem *plangemässen theoretischen Ausmass*, d.h. anhand von Plänen ("Pauschal-ausmass": Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LB130065 vom 4. Juli 2014 E. 1.2.) in Entsprechung zu Art. 141 Abs. 1 SIA-Norm 118 [1977/91]. Auf welches Ausmass es ankommt, beurteilt sich nach den "Bedingungen des Werkvertrages", so kann beispielsweise das Leistungsverzeichnis für einzelne Positionen angeben, dass die entsprechenden Leistungen nach dem plangemäss theoretischen Ausmass zu ermitteln sind oder es finden sich entsprechende Angaben in AGB (SCHUMACHER/MONN, a.a.O., Art. 141 N. 9.2; SPIESS/HUSER, a.a.O., N. 7; PETER GAUCH, a.a.O., N. 927). Immerhin soll eine natürliche Vermutung dafür sprechen, dass die Parteien das tatsächliche Ausmass vereinbart haben (SCHUMACHER/MONN, a.a.O., Art. 141 N. 9.3). Auf das plangemässe (statt tatsächliche) Ausmass kommt es dann an, wenn die Parteien dies ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart haben; die Beweislast für eine diesbezügliche Vereinbarung trägt im Sinne von Art. 8 ZGB derjenige, der sich darauf beruft (PETER GAUCH, a.a.O., N. 927; SCHUMACHER/MONN, a.a.O., Art. 143 N. 1.1; SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 143 N. 4 u. 12).

Für die Bestimmung des tatsächlichen Ausmasses ermitteln Unternehmer und Besteller in der Regel nach Art. 142 Abs. 1 SIA-Norm 118 [1977/91] gemeinsam das betreffende Ausmass und anerkennen es gegenseitig in einer Urkunde (PETER GAUCH, a.a.O., N. 920; vgl. SCHUMACHER/MONN, a.a.O., Art. 142 N. 4.1 u. 10; zur Ausmassurkunde im Einzelnen: RAINER SCHUMACHER, Ausmasse und Regierapporte: ein effizientes Beweissicherungssystem, in: BR 2009, S. 30). Indessen ist die gegenseitige Anerkennung des Ausmasses beweismässig relevant als Tatsachengrundlage für die Berechnung der geschuldeten Vergütung, indem diese eine tatsächliche (natürliche) Vermutung für die Richtigkeit des Ausmasses darstellen kann, obschon die Beweislast nicht umgekehrt wird und beim Unternehmer verbleibt (PETER GAUCH, a.a.O., N. 921). Nur die gegenseitige Anerkennung begründet eine tatsächliche Vermutung für die Richtigkeit des Ausmasses, wobei sich allerdings die Bestellerin der Aufforderung der Unternehmerin zur gemein-

samen Ermittlung des Ausmasses nicht entziehen darf, da ansonsten eine tatsächliche Vermutung für die Richtigkeit des von der Unternehmerin ermittelten Ausmasses bestehen kann (THOMAS SIEGENTHALER, Ein bestrittenes Ausmass und eine Bauablaufstörung, Besprechung des Urteils des Kantonsgerichts Wallis vom 6. September 2013 [C1 12 258], in: BR 2014 S. 130). Sofern sich die Parteien nicht ausdrücklich auf einen gemeinsamen Ausmasstermin einigen können, soll, so die Auffassung von Schumacher/Monn, der Termin, zu dem eine Partei einlädt und welchem die andere nicht sofort und aus einem triftigen Grund widerspricht, als vereinbarter Termin gelten (SCHUMACHER/MONN, a.a.O., Art. 142 N. 7.3. u. 16; bzgl. dringlicher Aufnahme von Ausmassen abweichend: SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 142 N. 7). Ein Betretungsverbot der Baustelle, um das Ausmassen zu verhindern, kann gebührend bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden, wobei es sich gleichermassen um einen Fall der Beweisvereitelung und letztlich einen Rechtsmissbrauch nach Art. 2 Abs. 2 ZGB handeln dürfte (SCHUMACHER/MONN, a.a.O., Art. 142 N. 1.4; RAINER SCHUMACHER, a.a.O., S. 33).

Dass Ausmasse nach Art. 142 Abs. 2 SIA-Norm 118 [1977/91] nicht mehr aufgenommen werden können, ist regelmässig dadurch bedingt, dass die auszumessenden Bauarbeiten durch die nachfolgenden Arbeitsvorgänge des Unternehmers oder durch Bauarbeiten von Nebenunternehmern verdeckt – überbaut – werden und danach nicht mehr sicht- und messbar sind (SCHUMACHER/MONN, a.a.O., Art. 142 N. 12; SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 142 N. 5). Insbesondere resultiert daraus mitunter, dass ein Ausmass nicht mehr oder nur mit unverhältnismässig hohem Aufwand durch andere Beweismittel eruiert werden kann, wohingegen der Unternehmer u.U. auf das plangemässe theoretische Ausmass zurückgreifen kann (RAINER SCHUMACHER, a.a.O., S. 29; SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 142 N. 16). Nach Massgabe von Art. 142 Abs. 3 SIA-Norm 118 [1977/91] ist u.U. davon auszugehen, dass die säumige Partei das Aufnahmeergebnis der anderen Partei anerkennt, dies unter den zwei alternativen Voraussetzungen, dass entweder die Massaufnahme – primär infolge des Baufortschritts – nicht nachgeholt werden kann oder ein zweiter Termin scheiterte (SCHUMACHER/MONN, a.a.O., Art. 142 N. 22 ff.). Prozessual sind die wesentlichen Angaben zum Ausmass in der Rechtsschrift selber anzuführen (siehe zur Behauptungs- und Sub-

stantiierungslast: Urteil des Bundesgerichts 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5; zur Bestreitungslast: Urteil des Bundesgerichts 4A\_439/2014 vom 16. Februar 2015 E. 4.2; ferner BGE 117 II 113 E. 2).

#### 4.1.3. Würdigung

Vorweg zum tatsächlichen oder plangemässen theoretischen Ausmass nach Art. 141 Abs. 1 SIA-Norm 118 [1977/91]: Keine der Parteien hat *explizit* ausgeführt, dass hierzu eine Regelung in den vertraglichen Grundlagen bestehen würde. Zudem hat keine der Parteien behauptet, dass ein gemeinsames *tatsächliches* Ausmass effektiv stattgefunden hätte, die Klägerin geht gar davon aus, ein solches hätte infolge Weiterbaus der G.\_\_\_\_\_ GmbH bereits nach dem 26. Juni 2014 nicht mehr vorgenommen werden können (act. 19 Rz. 40, Rz. 112 u. 165). Die Ausführungen der Beklagten lassen ohne Weiteres darauf schliessen, dass sie davon ausgeht, es sei das *tatsächliche* Ausmass im Sinne von Art. 141 Abs. 1 SIA-Norm 118 [1977/91] für die Bestimmung der Vergütung massgebend, so stützt sie sich für ihre Argumentation im Wesentlichen darauf, dass der *effektive* Leistungsstand nicht 100 % betrage und macht dazu Ausmasstabellen (vgl. act. 13/20 und act. 13/47) geltend, welche den tatsächlichen Leistungsstand bezeugen sollen (act. 12 Rz. 29 u. 98; act. 23 S. 2 und Rz. 59 passim).

Selbst die Klägerin ist – zumindest ursprünglich – offensichtlich davon ausgegangen, dass das tatsächliche Ausmass relevant sein soll, führt sie doch u.a. an, dass sie erst ein *planmässiges* Ausmass erstellt habe, nachdem ein gemeinsames Ausmass vor Ort verunmöglicht worden sein soll (act. 1 Rz. 37 u. 43 ff.; act. 19 Rz. 112). Dann hingegen erweisen sich die klägerischen Ausführungen als widersprüchlich und nicht nachvollziehbar. Einerseits stützt sie sich auf ein zusammen mit der Schlussrechnung zugestelltes *planmässiges* Ausmass (act. 1 Rz 38 u. 45; act. 3/26), schränkt dessen Massgeblichkeit aber sogleich wieder implizit ein, wenn sie ausführt, dass sich die Parteien darauf geeinigt hätten, das Ausmass gemeinsam an einem vereinbarten Termin zu erstellen, was tatsächlich im Januar 2015, wiederum anhand von Plänen, gemacht worden sein soll. Zu diesem angeblichen gemeinsamen Ausmass macht die Klägerin dann jedoch gar keine weiteren Ausführungen, v.a. hinsichtlich der Umstände des behaupteten

gemeinsamen Ausmasses und Ausmassurkunden, etc. Die Beklagte äusserst sich ebensowenig eindeutig betreffend eines gemeinsamen Ausmasses. In der Replik wiederum ist gar keine Rede mehr von einem *gemeinsam vorgenommenen* (planmässigen) Ausmass (act. 19 Rz. 165), vielmehr bestreitet die Klägerin die von der Beklagten angeführte einseitige Leistungsabgrenzung sowie deren Ausmass und allgemein, dass der Leistungsstand der Arbeiten überhaupt relevant sei. Bei ihren Ausführungen zu den jeweiligen Vergütungsforderungen stellt die Klägerin jedenfalls ohne nähere Begründung auf das "*Ausmass der Klägerin*" [act. 3/33] ab (siehe bspw. die Beweisofferte in act. 1 Rz. 55 et passim). Ob es sich hierbei um dasselbe mit der Schlussrechnung vom 7. Juli 2014 zugestellte Ausmass der Beklagten oder ein anderes (von der Klägerin erstelltes) Ausmass handeln soll, ist nicht nachvollziehbar. Ein Teil der klägerischen Ausführungen scheint dies nahezu legen (act. 19 Rz. 65), andere Ausführungen sprechen eher dagegen (act. 19 Rz. 130). Obwohl die Klägerin augenscheinlich auf das plangemässe theoretische Ausmass abstellen will (z.B. act. 19 Rz. 142), hat sie nirgends behauptet, dies sei zwischen den Parteien so vereinbart worden. Vielmehr argumentiert sie, ein tatsächliches Ausmass sei durch die Beklagte, u.a. mittels Betretungsverbot der Baustelle und die Weiterarbeit eines Dritten, verunmöglicht worden.

Die klägerischen Vorbringen, die Beklagte habe (sinngemäss) ein gemeinsames Ausmass bzw. die Beweisaufnahme sabotiert und mit einem Betretungsverbot verunmöglicht, erweisen sich aber bereits als nicht stichhaltig, da sich den Akten mindestens drei von der Beklagten angebotene – prinzipiell für ein gemeinsames Ausmass geeignete – Termine (18./21./30. Juni 2014; vgl. act. 13/9, 13/13, 13/19) entnehmen lassen, an welchen die Klägerin offensichtlich auch teilweise anwesend war (act. 19 Rz. 38). Wie die Beklagte sodann grundsätzlich zu Recht vorbringt, widerspricht das Vorhandensein eines Taglohn-Rapports vom 1. Juli 2014 (vgl. act. 3/26) gegen die klägerische Argumentation eines Betretungsverbotes ab dem 26. Juni 2014, was aber letztlich offen gelassen werden kann. Für die fraglichen drei Termine führt die Klägerin im Wesentlichen Terminkollisionen an, behauptet dann aber nicht, dass sie danach bezüglich eines Ausmass-Termins insistiert hätte. Im Gegensatz dazu ist weder behauptet noch ersichtlich, dass die

Beklagte über den Termin vom 26. Juni 2014, an welchem die Klägerin nach ihren Angaben das Ausmass hätte aufnehmen wollen, überhaupt informiert gewesen wäre. In jedem Fall ist nicht von einer Umkehr der Beweislast auszugehen.

Zusammenfassend hat die Klägerin weder dargetan, dass ein plangemässes theoretisches Ausmass vereinbart wurde noch, inwiefern ein solches aus anderen Gründen zum Tragen kommen sollte. Nachdem ebenso unverzichtbare Behauptungen zu "ihrem" Ausmass (act. 3/33) fehlen, ist darauf nicht abzustellen. Für die Bestimmung der klägerischen Vergütungsforderungen ist demzufolge jeweils allein auf das von der Beklagten anerkannte Ausmass abzustellen. Damit erübrigt sich insbesondere die Frage, inwiefern ein tatsächliches Ausmass infolge Weiterführung von Arbeiten auf der Baustelle überhaupt noch, und zu welchen Zeitpunkten, aufgenommen hätte werden können. Ausserdem muss nicht entschieden werden, inwiefern das von der Beklagten angeführte Ausmass bzw. die Leistungsstände zutreffend sind.

#### 4.1.4. Fazit

Wo die Klägerin eine Vergütung gemäss Einheitspreis nach Art. 39 Abs. 1 i.V.m. Art. 141 Abs. 1 SIA-Norm 118 [1977/91] geltend macht und sich dabei auf das Ausmass in act. 3/33 stützt, ist den entsprechenden Behauptungen, aus den erwähnten Gründen und soweit nicht von der Beklagten anerkannt, die Grundlage entzogen, was sich auch durch ein Beweisverfahren nicht nachholen lässt (siehe Urteil des Bundesgerichts 4A\_113/2017 vom 6. September 2017 E. 6.1.1). Demzufolge kann dort auf die Abnahme von Beweisen, namentlich die mehrfach offerierte Parteibefragung und Beweisaussage von I.\_\_\_\_\_ (siehe hierzu BGE 143 III 297 E. 9.3.2), verzichtet werden.

## 4.2. Systemwechsel

### 4.2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Gemäss übereinstimmender Ausführungen hatten die Parteien für die speziellen Gipsarbeiten im Bereich ... [Spa] (ursprünglich) geplant, das System der L.\_\_\_\_\_ AG, insbesondere was die zementgebundenen Platten "T.\_\_\_\_\_" angeht, zu verwenden (act. 1 Rz. 47; act. 12 Rz. 5; act. 19 Rz. 10). Sodann ist unbestritten, dass später ein sog. Systemwechsel auf das System der K.\_\_\_\_\_ GmbH und die Gipsplatten "S.\_\_\_\_\_" von V.\_\_\_\_\_ (V1.\_\_\_\_\_) erfolgte, was von der Beklagten zumindest *geduldet* wurde (act. 1 Rz. 47; act. 12 Rz. 102; act. 19 Rz. 10; act. 23 Rz. 8). Anerkanntermassen wurden dabei keine Änderungen im schriftlichen Werkvertrag vorgenommen (act. 23 Rz. 7). Die Vergütungspflicht als solches ist akzeptiert.

### 4.2.2. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass nach genauerer Überprüfung habe festgestellt werden müssen, dass die Gipsplatten bzw. zementgebundenen T.\_\_\_\_\_platten der L.\_\_\_\_\_ AG teilweise ungeeignet gewesen seien, da kaum biegsam und nicht an allen Stellen gut zu verarbeiten. Deshalb habe sie einen Systemwechsel und die Verwendung von Platten der K.\_\_\_\_\_ GmbH vorgeschlagen (act. 1 Rz. 47; act. 19 Rz. 10). Herr M.\_\_\_\_\_, damaliger Projektleiter der Beklagten, habe diesem Systemwechsel in der Folge zugestimmt, wofür die Klägerin ein E-Mail vom 5. August 2013 anführt (act. 1 Rz. 47; act. 19 Rz. 10; act. 3/29). Der Systemwechsel sei also nicht nur teilweise geduldet, sondern vollumfänglich genehmigt worden (act. 19 Rz. 52). Bei diesem Systemwechsel handle es sich *nicht* um eine (einseitige) Bestellsänderung gemäss Art. 84 Abs. 2 SIA-Norm 118 [1977/91], sondern um eine (zweiseitige) Vertragsänderung, wobei nur die Leistung bzw. das System und nicht die vereinbarte Vergütung verändert worden sei, sodass diese Leistungsänderung einer Bestellsänderung gleichgesetzt werden könne (act. 19 Rz. 53). Demzufolge würden, da keine einseitige Bestellsänderung vorliege, die Art. 84-91 SIA-Norm 118 [1977/91] nicht zum Tragen kommen (act. 19 Rz. 54). Vielmehr würde sich der Preis – soweit nicht

bereits ein Preisanpassungsrecht verwirkt sei – nach Art. 374 OR bestimmen (act. 19 Rz. 54).

Zum Nachweis, dass das von ihr gewählte System geeignet sei, habe die Klägerin in der Folge der Beklagten mit E-Mail vom 12. August 2013 die Systemempfehlung der K.\_\_\_\_\_ GmbH sowie eine gutachterliche Stellungnahme, ein Produktdatenblatt zu den V.\_\_\_\_\_ Gipsplatten "S.\_\_\_\_\_" 12,5 und schliesslich im August 2013 eigens einen Ordner zugestellt (act. 1 Rz. 48 ff.; act. 3/30). Im Rahmen des Systemwechsels seien die Parteien übereingekommen, dass die Leistungsverzeichnisse der Werkverträge nicht angepasst werden sollten, mithin die Preise nicht zu ändern seien, dies obwohl die Produkte der K.\_\_\_\_\_ GmbH qualitativ besser und teurer seien (act. 1 Rz. 52; act. 19 Rz. 10 und 12 ff.; act. 20/46-51).

Die Beklagte weist darauf hin, die Parteien hätten sich in den Werkverträgen auf das System L.\_\_\_\_\_ AG geeinigt. In Abweichung zur klägerischen Darstellung bringt sie sodann vor, es handle sich bei den verwendeten Gipsplatten "S.\_\_\_\_\_" um ein kostengünstigeres Produkt als das vertraglich vereinbarte System der L.\_\_\_\_\_ AG. Die Klägerin habe es hingegen unterlassen, neue und tiefere Einheitspreise zu offerieren (act. 12 Rz. 7). Dass die vereinbarten Platten der L.\_\_\_\_\_ AG für die vorgesehenen Arbeiten teilweise ungeeignet sein sollen, werde bestritten (act. 12 Rz. 100; act. 23 Rz. 20). Sie habe die Verwendung der Gipsplatten "S.\_\_\_\_\_" im Vertrauen auf die klägerischen Zusicherungen, wonach das System mit jenem der L.\_\_\_\_\_ AG hinsichtlich Korrosions- und Feuchtebeständigkeit sowie Schalldämmwerte ebenbürtig sei, geduldet bzw. nicht explizit abgelehnt (act. 12 Rz. 8 und 102; act. 23 Rz. 8). Allerdings entspreche das System "S.\_\_\_\_\_" nicht den vereinbarten und vorausgesetzten Anforderungen (act. 23 Rz. 8). Wie sich dem Protokoll von N.\_\_\_\_\_ der K.\_\_\_\_\_ GmbH sowie dem E-Mail vom 10. Juni 2014 von H.\_\_\_\_\_ entnehmen lasse, seien verschiedene Mängel in der Verarbeitung und der Montage des Systems festgehalten worden (act. 12 Rz. 9 f.; act. 3/32; act. 13/2). Mit Schreiben vom 11. Juni 2014 sowie mit E-Mail vom 12. Juni 2014 habe sie vorsorglich und gestützt auf die Befunde des Systemlieferanten die nicht-systemkonforme, mithin mangelhafte, Werkausführung gerügt (act. 12 Rz. 11 f.; act. 13/2-3; act. 3/32; act. 3/5). Überhaupt seien

die eingebauten Gipsplatten "S.\_\_\_\_\_" zwar feuchtigkeitsresistent, aber nicht wasserbeständig, womit aus technischer Sicht nicht nachvollziehbar sei, warum die Klägerin auf diese gewechselt habe (act. 23 Rz. 10 und 21; act. 3/5; act. 25/2-5).

Weiter bestreitet die Beklagte, dass man (mündlich) vereinbart habe, die für die Zementplatten vereinbarten Einheitspreise nicht anzupassen und unverändert auf die Gipsplatten – ein *aliud* im Vergleich zu Zement – anzuwenden (act. 23 Rz. 12 f. und 24). Unter Verweis auf Art. 87 SIA-Norm 118 [1977/91] bringt die Beklagte vor, es wäre eine nachträgliche Vereinbarung über Einheitspreise erforderlich gewesen, was nicht erfolgt sei, deshalb komme Abs. 2 derselben Bestimmung zum Tragen. Analog gelte die Bestimmung von Art. 87 Abs. 2 SIA-Norm 118 [1977/91] gleichermassen für zweiseitige Bestellungsänderungen (act. 23 Rz. 13). Aufgrund der Unterschiedlichkeit der Systeme (Gips- anstatt Zementplatten) bestehe keine ähnliche Leistung, was bereits klägerische Ansprüche ausschliesse; letztlich könne aber auch nicht auf die von der Klägerin behaupteten Einheitspreise und Kalkulationen abgestellt werden (act. 23 Rz. 13 ff.; act. 12 Rz. 38 ff.). Ein System mit ähnlichen Leistungen im Sinne von Art. 87 SIA-Norm 118 [1977/91] wären die Zementplatten "S.\_\_\_\_\_-panel" von V.\_\_\_\_ (heute: V1.\_\_\_\_) gewesen (act. 23 Rz. 23). Selbst wenn die Nachtragsforderung nicht von vorn-herein in Anwendung von Art. 87 SIA-Norm 118 [1977/91] abzuweisen wäre, stünden der Klägerin keine zusätzlichen Vergütungsforderungen, die über die ihr von der Beklagten zugestandenene Einheitspreise hinausgingen, zu (act. 23 Rz. 16 u. 30).

#### 4.2.3. Rechtliches

In Ergänzung zum oben Ausgeführten (vgl. Ziff. 1.3.4. f.) spezifisch zu der *zweiseitigen* respektive *vereinbarten* Bestellungsänderung: In Art. 86-91 SIA-Norm 118 [1977/91] wird grundsätzlich nur die einseitige Bestellungsänderung (des Bauherrn) geregelt (EGLI, in: Gauch/Stöckli [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2017, Vorbem. Art. 84-91 N. 19 sowie SCHUMACHER/KÖNIG, a.a.O., N. 570a). Nach teilweise vertretener Meinung sollen die Art. 84 ff. SIA-Norm 118, soweit vereinbart und mangels anderer Abrede, allgemein auf vereinbarte Bestel-

lungsänderungen sinngemäss anwendbar sein (Urteil des Bundesgerichts 4A\_234/2014 vom 8. September 2014 E. 5.1. sowie SCHUMACHER/KÖNIG, a.a.O., N. 570a; ebenfalls bei vereinbarter Beststellungsänderung und fehlender Preisanpassung sowie im Zuge gerichtlicher Lückenfüllung nach dem hypothetischen Parteiwillen: PETER GAUCH, a.a.O., Rz. 807a; EGLI, in: Gauch/Stöckli [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2017, Art. 84 N. 14; SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 84 N. 41 f.; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG120098 vom 4. August 2015 E. 3.1.3.2.). Nach anderer Ansicht soll unter diesen Umständen die Regelung von Art. 374 OR zum Tragen kommen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_183/2010 vom 27. Mai 2010 E. 3.2; vgl. zu dieser Kontroverse auch BGE 143 III 545 E. 4).

#### 4.2.4. Würdigung

Dass sich die Parteien auf einen Systemwechsel geeinigt haben, mithin eine Vereinbarung zustande gekommen ist zugunsten des Systems "S.\_\_\_\_\_" der K.\_\_\_\_ GmbH (anstelle System "L.\_\_\_\_\_"), bestreitet auch die Beklagte nicht ernsthaft. Dies trotz der teilweise vagen Terminologie, so u.a. sie habe den Systemwechsel "*geduldet*" oder "*nicht explizit abgelehnt*"; letztlich ist ein entsprechender Konsens gegeben. Dass die Parteien sodann in den schriftlichen Werkverträgen die Bezeichnungen für das neue System nicht angepasst haben, bleibt gestützt auf Art. 18 Abs. 1 OR unerheblich, da der übereinstimmende *wirkliche* Wille massgebend ist. Weiter hat die Beklagte moniert, für den Wechsel auf das neue System sei vorausgesetzt gewesen, dass dieses (qualitativ) gleichwertig sei, was dann hingegen nicht der Fall gewesen sei. Zum anderen bemängelte sie verschiedene Einzelheiten am neuen System sowie der Ausführung der Klägerin. Inwiefern die beiden Systeme als gleichwertig anzusehen sind, kann offen bleiben, da die Beklagte trotz der sinngemäss angeführten "Bedingung" oder "Auflage" gar nicht explizit geltend macht, die Gültigkeit der Vereinbarung sei damit betroffen. Sodann ist nicht erkennbar, dass die beklagten Einwände bezüglich angeblicher Mängel überhaupt weiter geprüft werden müssten, leitet die Beklagte doch daraus im wesentlichen Punkt nichts zu ihren Gunsten ab; weder beziffert sie eine eigene Forderung noch legt sie substantiiert dar, inwiefern die klägerische Vergü-

tungsforderung infolge Mangelhaftigkeit, und in welchem Umfang, abzulehnen wäre. Es bleibt noch der zentrale Streitpunkt betreffend Vereinbarung der Höhe der Vergütung im Zusammenhang mit dem Systemwechsel. Die Vergütungspflicht an sich ist nicht strittig.

Nach der von der Beklagten nicht (substantiiert) bestrittenen klägerischen Ansicht ist die Einigung zum Systemwechsel bereits im August 2013 und damit vor dem definitiven Vertragsschluss der Werkverträge im Oktober 2013 zustande gekommen. Demzufolge lässt sich denn auch nicht von einer sog. *Bestellungsänderung* sprechen. Dies führt nun mitunter dazu, dass allfällige Modalitäten und Bestimmungen wie z.B. Formvorschriften des später geschlossenen Werkvertrages gar nicht auf den Systemwechsel anwendbar sind. Weiter kommen die werkvertraglichen Bestimmungen, spezifisch Art. 374 OR sowie Art. 84 ff. SIA-Norm 118 [1977/91], allein dann zum Tragen, wenn eine Einigung zur Vergütung fehlt. Vorliegend haben sich die Parteien hingegen sehr wohl über die Vergütung geeinigt: So haben sie unbestrittenermassen am 16. bzw. 17. Oktober 2013 schriftliche Werkverträge samt detaillierten Leistungsverzeichnissen und Einheitspreisen abgeschlossen. Dies alles im Wissen und Bewusstsein, dass nicht das System "L.\_\_\_\_", sondern "S.\_\_\_\_" zur Anwendung kommen soll. Nach überzeugender Ansicht der Klägerin haben die Parteien dabei offensichtlich darauf verzichtet, wegen dem Systemwechsel eine Änderung oder Anpassung – insbesondere der Einheitspreise – vorzunehmen. Auch eine versehentliche Nichtänderung wäre im Übrigen unter dem Aspekt von Art. 18 Abs. 1 OR irrelevant, da zwischen den Parteien seit der Einigung vom August 2013 ja ein (anhaltender) übereinstimmender wirklicher Wille zum Systemwechsel bestand. Entsprechende Willensmängel werden von der Beklagten keine geltend gemacht. Damit liegt eine Vereinbarung über die Vergütung der fraglichen Leistungen nach dem System "S.\_\_\_\_" vor. Indizien, welche einen anderen Schluss zuliessen, d.h. den gegebenen Konsens in diesem Punkt zu Falle bringen könnten, sind weder behauptet noch ersichtlich. Unerheblich ist überdies, ob ein Preis ursprünglich für das System "L.\_\_\_\_" vorgesehen gewesen wäre, nachdem es zweifellos den Parteien obliegt, diesen Preis auch für ein anderes System zu vereinbaren. Da es sich bei den vereinbarten Preisen um sog. Einheitspreise handelt, kann die

Beklagte insbesondere nichts für sich ableiten, wenn sie für das neue System im Nachhinein verschiedene Mängel, geringere Kosten, etc. anführt; dies alles braucht nicht geprüft zu werden (vgl. u.a. Art. 38 Abs. 2 SIA-Norm 118 [1977/91]).

#### 4.2.5. Fazit

Die Parteien haben sich auf einen sog. Systemwechsel geeinigt (Gipsplatten "S.\_\_\_\_\_" anstelle "T.\_\_\_\_\_"). Abgesehen davon lässt sich feststellen, dass die im Werkvertrag vorgesehenen Bestimmungen, insbesondere hinsichtlich der im Leistungsverzeichnis festgehaltenen relevanten Leistungsbezeichnungen und Preise zum Tragen kommen, worauf im Folgenden abzustellen ist.

### 4.3. Gipserarbeiten im Untergeschoss

#### 4.3.1. Baustelleneinrichtung R 111.001

Unter Verweis auf den Werkvertrag vom 17. Oktober 2013 und die Position R 111.001 des Leistungsverzeichnisses macht die Klägerin eine Pauschale von CHF 600.– für "Baustelleneinrichtung" geltend, was von der Beklagten nicht bestritten wurde (act. 1 Rz. 54 f.; act. 12 Rz. 104; act. 3/5). Der Klägerin ist somit bezüglich Baustelleneinrichtung Position R 111.001 ein Betrag von CHF 600.– zuzusprechen.

#### 4.3.2. Kran Einbau über Fenster R 116.101

##### 4.3.2.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Parteien stimmen darin überein, dass der in Leistungsverzeichnis Position R 116.101 vorgesehene, spezielle Kran bei den Bauarbeiten nicht zum Einsatz gekommen ist (act. 1 Rz. 56; act. 12 Rz. 105). Zur Begründung stellt sich die Klägerin zusammengefasst auf den Standpunkt, der Kran sei ungeeignet gewesen, es seien in der Folge Gabelstapler an dessen Stelle verwendet worden. Die damit zusammenhängenden Gesamtkosten beziffert sie auf CHF 2'700.–, "*um das Material an die jeweiligen Bestimmungsorte der Baustelle transportieren zu können*" (act. 1 Rz. 56 ff.). Geltend macht sie die Pauschale von CHF 1'500.– (act. 1 Rz. 60). Einschlägig sei dabei R 116: da der Gabelstapler lediglich für den Trans-

port des Materials gebraucht worden sei, handle es sich nicht um eine Leistung, welche mit R 111 hätte abgedeckt werden sollen (act. 19 Rz. 116 f.).

Die Beklagte hingegen bringt zusammengefasst vor, ein (zusätzlicher) Vergütungsanspruch entfalle, da gar kein spezieller Kran, wie in R 116.101 vorgesehen, gebraucht worden sei (act. 12 Rz. 105 ff.). Unter Verweis auf R 111 bringt sie weiter vor, solche Vorleistungen seien gemäss Vertrag bereits in den Leistungspositionen eingerechnet, die Verwendung eines Gabelstaplers sei nicht vereinbart worden (act. 12 Rz. 106; act. 23 Rz. 119).

#### 4.3.2.2. Würdigung

Das zugrundeliegende Leistungsverzeichnis sieht in R116 respektive R 116.100 und R 116.101 (vgl. act. 3/5) wörtlich vor: "*Mittels **Spez. Kran mit Drehkopfgabel durch Fenster***" und "*Einsatzpauschale für **Spez. Kran.***" [Hervorhebungen hinzugefügt]. Anerkanntermassen ist in der Folge kein "spezieller Kran" zum Einsatz gekommen. Dass der Pauschalbetrag von CHF 1'500.– in jedem Fall und ohne tatsächliche Verwendung geschuldet wäre, wurde nicht behauptet. Ebenso wenig wurde von der Klägerin dargelegt, inwiefern sich die Parteien – in Abweichung zur klaren vertraglichen Regelung – auf den Einsatz eines Gabelstaplers geeinigt hätten; die Forderung von CHF 1'500.– für Position R 116.101 ist abzuweisen.

#### 4.3.3. Unbestrittene Vergütungsforderungen der Klägerin [Grundpositionen]

Bezüglich der Position R 212.920 des Leistungsverzeichnisses anerkennt die Beklagte einen Vergütungsanspruch in Höhe von CHF 7'949.43 (act. 12 Rz. 111). Für die Position R 213.313 (recte: R 213.213) einen solchen von CHF 43'132.52 (act. 12 Rz. 115). Für Position R 213.313 in Höhe von CHF 18'538.37 und Position R 212.924 in Höhe von CHF 3'603.47 bzw. CHF 3'225.07, für Position R 221.413 von CHF 14'565.12 (act. 12 Rz. 118 f. und Rz. 122). Weiter für die Positionen R 611 CHF 2'228.90, R 612 CHF 1'077.– (act. 1 Rz. 76 ff.; act. 12 Rz. 123 ff.). Unter der Position R 613 "Leibungen" wird eine Vergütungsforderung von CHF 6'113.52 und CHF 2'823.52 anerkannt, für R 623.112 von CHF 5'760.– und für R 623.122 von CHF 2'121.60 (act. 1 Rz. 79; act. 12 Rz. 126 ff.). Für die

Positionen R 615.121 und 615.311 CHF 1'536.– sowie CHF 3'433.50 (act. 1 Rz. 80; act. 12 Rz. 129). Betreffend "diverse Positionen" besteht eine Anerkennung in Gesamthöhe von CHF 17'497.72 (act. 1 Rz. 81; act. 12 Rz. 130 ff.). Zusammengefasst anerkennt die Beklagte für Arbeiten im Untergeschoss im Grundsatz eine Vergütungsforderung in Höhe von CHF 130'584.91 (exkl. MwSt.), mithin CHF 202'154.45 weniger als die Klägerin hierfür geltend macht (CHF 332'739.36) (act. 1 Rz. 84; act. 12 Rz. 137). Im Folgenden sind noch die strittig gebliebenen Teile der klägerischen Vergütungsforderungen zu prüfen:

#### 4.3.4. Position R 212.920 "Wände" [Gipserarbeiten UG]

##### 4.3.4.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Zunächst bestreitet die Beklagte den von der Klägerin veranschlagten Einheitspreis von CHF 134.00/m<sup>2</sup>, wobei sie sich auf den Systemwechsel zu gipsgebundene Platten von "S1.\_\_\_\_\_" stützt; anerkannt sei höchstens ein Einheitspreis von CHF 90.00/m<sup>2</sup>. Ausserdem will sie einen Abzug gemäss effektiv ausgeführtem Leistungsstand vornehmen (act. 12 Rz. 108 und 111; act. 23 Rz. 7 ff., Rz. 121 u. 123; act. 13/19-22). Hierzu führt sie u.a. aus, auch bei nach Ausmass zu ermittelnden Leistungen sei der Leistungsstand dort von Bedeutung, wo die Leistung unvollendet geblieben sei (act. 23 Rz. 59 und 122; act. 13/47). Die Klägerin bringt vor, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Beklagte einen Einheitspreis von CHF 90.00/m<sup>2</sup> geltend mache, zumal die Einheitspreise aufgrund des Systemwechsels im Gegenteil höher zu veranschlagen gewesen wären (act. 19 Rz. 118 f.). Zum zweiten beklaglichen Einwand bringt die Klägerin vor, im Ausmass sei bereits der tatsächlich erbrachte Leistungsstand berücksichtigt (act. 19 Rz. 120).

##### 4.3.4.2. Würdigung

Strittig ist noch ein Betrag von CHF 11'438.79 (=CHF 19'388.22 ./ CHF 7'949.43). Punkto Ausmass ist allein auf das von der Beklagten Anerkannte abzustellen (vgl. oben Ziff. 4.1.4.). Wie unter dem Titel Systemwechsel dargelegt (vgl. oben Ziff. 4.2.5.), ist dagegen von dem im Leistungsverzeichnis vereinbarten Einheitspreis von CHF 134.00/m<sup>2</sup> auszugehen. Legt man demzufolge die in der Klageant-

wort angeführte Tabelle samt anerkannter Ausmasse, einem Einheitspreis von CHF 134.00/m<sup>2</sup> und den entsprechenden Leistungsständen (act. 12 Rz. 111) zugrunde, ergibt sich die folgende Berechnung:

44.20	x	134.00	=	5'922.80; 65 %	=	CHF 3'849.80
5.00	x	134.00	=	670.-; 65 %	=	CHF 435.50
0.61	x	134.00	=	81.75; 60 %	=	CHF 49.05
29.25	x	134.00	=	3'919.50; 70 %	=	CHF 2'743.65
17.39	x	134.00	=	2'330.26; 50 %	=	CHF 1'165.13
8.61	x	134.00	=	1'153.74; 65 %	=	CHF 749.90
22.05	x	134.00	=	2'954.70; 65 %	=	CHF 1'920.55
7.48	x	134.00	=	1'002.30; 65 %	=	CHF 651.50
<u>22.61</u>	x	<u>134.00</u>	=	<u>3'029.75; 65 %</u>	=	<u>CHF 1'969.30</u>
					=	<u>CHF 13'534.35</u>

Für die Position R 212.920 schuldet die Beklagte eine Vergütung in Höhe von CHF 13'534.35.

#### 4.3.5. Position R 213.213 "Wände" [Gipserarbeiten UG]

##### 4.3.5.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Wiederum bestreitet die Beklagte aufgrund des Systemwechsels auf Gipsplatten einen Einheitspreis von CHF 207.00/m<sup>2</sup> und veranschlagt einen solchen von CHF 90.00/m<sup>2</sup> für Wände mit einer Höhe von maximal 4.00 m bzw. von CHF 108.00/m<sup>2</sup> für solche mit einer Höhe von maximal 4.35 m. Zudem behauptet sie ein Ausmass von 675.88 m<sup>2</sup> anstatt 701.56 m<sup>2</sup> und schliesslich – erneut – dass ein Abzug gemäss effektiv ausgeführtem Leistungsstand vorzunehmen sei (act. 12 Rz. 112 ff.; act. 23 Rz. 124 ff.; act. 13/19-22). Die Klägerin dagegen beharrt auf einem Einheitspreis von CHF 207.00/m<sup>2</sup> (act. 1 Rz. 67; act. 19 Rz. 12 ff. und Rz. 122). Dass Abzüge für Aussparungen unterlassen worden sein sollen, bestreitet sie sodann unter Verweis auf eine unzureichende Substantiierung der Beklagten und darauf, dass diverse Abzüge gemacht worden seien (act. 19

Rz. 123; act. 3/33). Es sei wiederum kein (zusätzlicher) Abzug für den Leistungsstand geschuldet (act. 19 Rz. 124).

#### 4.3.5.2. Würdigung

Abzüglich der von der Beklagten anerkannten Vergütungsforderung in Höhe von CHF 43'132.52 verbleibt noch eine strittige Forderung in Höhe von CHF 102'090.48 (=CHF 145'223.44 ./ CHF 43'132.52). Auf das Ausmass der Klägerin ist nicht abzustellen (vgl. oben Ziff. 4.1.5.), stattdessen ist vom anerkannten Ausmass auszugehen. Wiederum ist auf den im Leistungsverzeichnis vereinbarten Einheitspreis, hier CHF 207.-/m<sup>2</sup>, (vgl. oben 4.2.5.) abzustellen:

159.12	x	207.00	=	32'937.84;	65 %	=	CHF 21'409.60
9.18	x	207.00	=	1'900.26;	65 %	=	CHF 1'235.15
9.01	x	207.00	=	1'865.07;	65 %	=	CHF 1'212.30
5.37	x	207.00	=	1'111.59;	65 %	=	CHF 722.55
427.85	x	207.00	=	88'564.95;	65 %	=	CHF 57'567.20
34.40	x	207.00	=	7'120.80;	70 %	=	CHF 4'984.55
33.20	x	207.00	=	6'872.40;	70 %	=	CHF 4'810.70
49.73	x	207.00	=	10'294.10;	70 %	=	CHF 7'205.90
4.15	x	207.00	=	859.05;	70 %	=	CHF 601.35
1.76	x	207.00	=	364.32;	100 %	=	CHF 364.32
6.02	x	207.00	=	1'246.14;	70 %	=	CHF 872.30
							<u>= CHF 100'985.90</u>

Für die Position R 213.213 schuldet die Beklagte eine Vergütung in Höhe von CHF 100'985.90.

#### 4.3.6. Position R 213.313 "Wände" [Gipserarbeiten UG]

##### 4.3.6.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Ein weiteres Mal stellt sich die Beklagte einerseits auf den Standpunkt, dass keinesfalls ein Einheitspreis von CHF 220.00/m<sup>2</sup> zum Tragen kommen könne wegen des Systemwechsels, vielmehr höchstens ein Einheitspreis in Höhe von

CHF 165.00/m<sup>2</sup>, andererseits sei für den effektiv ausgeführten Leistungsstand ein Abzug vorzunehmen (act. 12 Rz. 116 ff.). Die Klägerin bestreitet die beklagtischen Darstellungen vollumfänglich und bringt vor, dass jeweils das Ausmass der Parteien übereinstimme (act. 19 Rz. 125 f.).

#### 4.3.6.2. Würdigung

Strittig und noch zu prüfen ist eine Vergütungsforderung in Höhe von CHF 20'989.58 (=CHF 39'527.95 ./ CHF 18'538.37). Bezüglich Ausmass ist allein auf das von der Beklagten Anerkannte abzustellen (vgl. oben Ziff. 4.1.4.). Zudem ist erneut (vgl. oben Ziff. 4.2.5.) der im Leistungsverzeichnis vereinbarte Preis von CHF 220.00/m<sup>2</sup> zugrunde zu legen:

34.29	x	220.00	=	7'543.80;	65 %	=	CHF 4'903.50
8.33	x	220.00	=	1'832.60;	70 %	=	CHF 1'282.80
38.25	x	220.00	=	8'415.00;	65 %	=	CHF 5'469.75
87.08	x	220.00	=	19'157.60;	65 %	=	CHF 12'452.45
7.48	x	220.00	=	1'645.60;	65 %	=	CHF 1'069.65
6.34	x	220.00	=	1'394.80;	100 %	=	CHF 1'394.80
							<u>= CHF 26'572.95</u>

Für die Position R 213.313 schuldet die Beklagte eine Vergütung in Höhe von CHF 26'572.95.

#### 4.3.7. Position R 212.924 "Gebogene Wände" [Gipserarbeiten UG]

##### 4.3.7.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Beklagte wendet ein, genauso, wie die Wände nicht zu 100 % ausgeführt worden seien, falle kein Mehraufwand infolge Biegungen an. Es sei ein Abzug von 50 % vorzunehmen (act. 23 Rz. 129). Die Höhe des Zuschlags von CHF 21.00/m<sup>2</sup> wurde von der Beklagten nicht bemängelt (act. 12 Rz. 119). Die Klägerin setzt den beklagtischen Einwänden entgegen, dass sie gebogene Wände erstellt habe, sodass auch der vereinbarte Zuschlag von CHF 21.00/m<sup>2</sup> geschuldet sei (act. 19

Rz. 127). Das Ausmass der Parteien stimme wiederum überein und ein Abzug unter dem Titel Leistungsstand bestehe nicht (act. 19 Rz. 128).

#### 4.3.7.2. Würdigung

Die Beklagte anerkennt eine Vergütungsforderung in Höhe von CHF 3'603.47 bzw. CHF 3'225.07. Nachdem einzig auf das anerkannte Ausmass (Abzug von 50 %) abzustellen ist (vgl. oben Ziff. 4.1.4.), ist die Vergütung im (Mehr-)Umfang von CHF 3'245.28 bzw. CHF 3'623.68 abzuweisen. Für die Position R 212.924 schuldet die Beklagte eine Vergütung in Höhe von CHF 3'225.07.

#### 4.3.8. Position R 221.413 "Vorsatzschalen" [Gipserarbeiten UG]

##### 4.3.8.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Nach Darstellung der Beklagten ist infolge Systemwechsel auf "S1.\_\_\_\_\_" nicht von einem Einheitspreis von CHF 121.00/m<sup>2</sup>, sondern von CHF 90.00/m<sup>2</sup> auszugehen (act. 12 Rz. 120; act. 23 Rz. 131). Ausserdem, so die Beklagte weiter, seien die beiden mit 16.32 m<sup>2</sup> und 7.80 m<sup>2</sup> in Rechnung gestellten Positionen bereits in "Grundposition 9" enthalten, womit ein entsprechender Vergütungsanspruch entfalle; die Ausmasse beliefen sich noch auf 149 m<sup>2</sup> bzw. 14.62 m<sup>2</sup> (act. 12 Rz. 121; act. 23 Rz. 132). Die Klägerin hält daran fest, dass ein Einheitspreis von CHF 121.00/m<sup>2</sup> geschuldet sei (act. 19 Rz. 129). Daneben führt sie aus, die Anmerkung "*schon in Grundposition 9*" stamme von J.\_\_\_\_\_, mithin der Beklagten, welche zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass Position R 221.413 bereits in einer anderen Position enthalten sei. Im vorliegend eingereichten Ausmass sei die Anmerkung versehentlich nicht gelöscht worden (act. 19 Rz. 130).

##### 4.3.8.2. Würdigung

Strittig ist noch der Differenzbetrag von CHF 7'537.56 (=CHF 22'102.68 ./ CHF 14'565.12). Die an sich nachvollziehbaren klägerischen Darstellungen zur Anmerkung "*schon in Grundposition 9 enthalten*" (act. 19 Rz. 130) werden von der Beklagten nicht substantiiert bestritten, es handelt sich demzufolge offensichtlich um ein Versehen, dass diese Anmerkung nicht gelöscht wurde. Davon dass

die Klägerin in diesem Umfang auf eine Vergütung verzichten würde, kann jedenfalls keine Rede sein. Weil die Beklagte die von der Klägerin geltend gemachten Arbeiten gemäss Ausmass nicht bestreitet und unklar bleibt, was die Beklagte damit meint, wenn sie behauptet, die Vergütung für die fraglichen 16.32 m<sup>2</sup> und 7.80 m<sup>2</sup> seien bereits "*in der Hauptposition*" enthalten (act. 23 Rz. 132), ist das klägerische Ausmass von insgesamt 182.67 m<sup>2</sup> zugrunde zu legen. Weiter kommt ein Einheitspreis von CHF 121.00/m<sup>2</sup> zum Tragen (vgl. oben Ziff. 4.2.5.): Die klägerische Vergütungsforderung in Höhe von CHF 22'102.68 bezüglich Position R 221.413 ist gutzuheissen.

#### 4.3.9. Positionen R 611 und R 612 [Gipserarbeiten UG]

Die Vergütungsforderungen in Höhe von CHF 2'228.90 sowie CHF 1'077.– bzgl. R 611 und R 612 werden von der Beklagten anerkannt (act. 1 Rz. 76 ff.; act. 12 Rz. 123 f.).

#### 4.3.10. Position R 613.101 "Leibungen" [Gipserarbeiten UG]

##### 4.3.10.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Beklagte moniert, dass bei der klägerischen Berechnung zu R 613.101 Türleibungen eingerechnet seien, welche in den Einheitspreisen zu den Türöffnungen (Position R 621 ff.) inkludiert seien. Deshalb entbehre die Forderung im Umfang von insgesamt 111.32 m einer Grundlage (act. 12 Rz. 126). Die Klägerin macht eine Forderung in Höhe von CHF 12'054.– geltend und bringt vor, die Position R 613.101 beinhalte Leibungen allgemein, es werde beispielsweise nicht hinsichtlich Türöffnungen unterschieden (act. 1 Rz. 79; act. 19 Rz. 132).

##### 4.3.10.2. Rechtliches (Leistungsverzeichnis Art. 8 SIA-Norm 118 [1977/91])

Das Leistungsverzeichnis definiert im Zusammenspiel mit den anderen Ausschreibungsunterlagen die vertraglich geschuldeten Leistungen des Unternehmers (vgl. THOMAS SIEGENTHALER, Mangelhafte Leistungsverzeichnisse – und wer dafür haftet, in: BR 2010, S. 165). Für "R"-Positionen hat der Bauherr Unklarheiten, Widersprüche oder Lücken zu vertreten; dem Unternehmer obliegt die Last,

diese zu substantiieren und zu beweisen (SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 8 N. 37). Vom Unternehmer ist zu erwarten, dass er unter Berücksichtigung aller ihm erkennbaren (bedeutsamen) Umstände prüft, was der Ersteller des Leistungsverzeichnisses gemeint hat (THOMAS SIEGENTHALER, a.a.O., S. 167). Sind sich der Unternehmer und Bauherr uneinig, welche Position des Leistungsverzeichnisses für eine bestimmte Leistung auszumessen ist, hat der Unternehmer zu beweisen, welche Beschreibung im Leistungsverzeichnis auf die ausgeführte Leistung zutrifft. Der Unternehmer muss dabei seine Tatsachenbehauptungen so konkret formulieren, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 8 N. 39). Nach Art. 18 Abs. 1 OR bestimmt sich der Vertragsinhalt nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien. Wenn der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 138 III 659 E. 4.2.1; BGE 141 V 127 E. 3.1).

#### 4.3.10.3. Würdigung

Zwischen den Parteien strittig ist noch eine Differenz von CHF 3'116.96 (=CHF 12'054.– ./ CHF 8'937.04 [CHF 6'113.52 + CHF 2'823.52]). Umstritten ist, ob die Position R 613.101 jegliche "Leibungen" beinhaltet oder – wie die Beklagte vorbringt – Türleibungen vielmehr bei den Türöffnungen Position R 621 ff. inkludiert sind. Letztlich handelt es sich hier um einen Auslegungsstreit zur vertraglichen Regelung im Leistungsverzeichnis (vgl. act. 3/5). Unerlässliche Parteiausführungen samt adäquaten Beweisofferten zum übereinstimmenden *wirklichen* Willen der Parteien fehlen, wodurch die normative Vertragsauslegung zum Zug kommt. Position R 613 lässt sich wörtlich entnehmen: "*Stirnen Leibungen und Sturzuntersichten erstellen*" (act. 3/5 S. 14). Position R 620 wiederum verweist für "*Bekleidungen von Leibungen und Sturzuntersichten*" auf R 613. In Position R 621 findet sich schliesslich u.a. die Bezeichnung "*Türöffnungen ausbilden* [...]". Die Beschränkung auf Leibungen und Sturzuntersichten, unter Ausnahme von **Türlei-**

bungen, findet im Leistungsverzeichnis in Position R. 613.101 keine Stütze. Weshalb die Beklagte diese Leistungen trotzdem bereits in Position R 621 ff. inkludiert wissen will, wird weder in der Klageantwort noch der Duplik näher ausgeführt. Nachdem grundsätzlich die Beklagte die Verantwortung für die Bezeichnungen im Leistungsverzeichnis trägt, wäre es freilich an ihr gewesen, solche Behauptungen (substantiiert) aufzustellen. Weitere Einwände wurden nicht vorgebracht, die klägerische Forderung der Position R 613.101 in Höhe von insgesamt CHF 12'054.– ist ausgewiesen.

#### 4.3.11. Position R 623.112 "Leibungen" [Gipserarbeiten UG]

##### 4.3.11.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Nach Angaben der Beklagten sei nicht vom klägerischen Ausmass von 502.90 m, sondern von 240 m auszugehen, womit der Vergütungsanspruch im entsprechenden Umfang in Frage gestellt sei (act. 12 Rz. 127; act. 23 Rz. 134). Für die Begründung ihrer Forderung von CHF 12'069.60 und insbesondere zum Beweis des behaupteten Ausmasses verweist die Klägerin u.a. auf Fotos betreffend zusätzliche Profile (act. 19 Rz. 133; act. 20/61). Weiter beharrt sie darauf, es seien insgesamt 502.90 m Wand mit zusätzlichen Profilen stabilisiert worden, im Gegensatz dazu handle es sich bei der Angabe 240 m im Leistungsverzeichnis, sofern sich die Beklagte hierauf stützen möchte, lediglich um indikative Angaben (act. 19 Rz. 133 f.).

##### 4.3.11.2. Würdigung

Umstritten ist hier ein Betrag von noch CHF 6'309.60 (=CHF 12'069.60 ./ CHF 5'760.–). Es ist vom anerkannten beklagtischen Ausmass von 240 m auszugehen (vgl. oben Ziff. 4.1.4.); damit ist für Position R 623.112 eine Vergütungsforderung von CHF 5'760.– ausgewiesen.

#### 4.3.12. Position R 623.122 "Leibungen" [Gipserarbeiten UG]

##### 4.3.12.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Beklagte anerkennt zwar eine Vergütung für C5-Profile, allerdings nur im Ausmass von 27 m (act. 23 Rz. 135). Position 623.122 mit dem Einheitspreis CHF 78.–/m gelte lediglich für zusätzliche C5-Profile zwecks Verstärkung starkbelasteter Öffnungen, beispielsweise von Glastüren, nicht aber solche zwecks Verstärkung normal belasteter Öffnungen, deren Verstärkung sei bereits abgegolten (act. 12 Rz. 128). Die Klägerin macht hier eine Forderung von CHF 23'673.– geltend. Nach ihrer Ansicht mache sie jedoch auch nur einen Zuschlag für stärker beanspruchte Öffnungen geltend; die Parteien seien sich hier wohl einig. Die Abweichung der ursprünglichen Schätzung im Leistungsverzeichnis vom effektiven Ausmass basiere auf nachträglich nötig gewordenen Anpassungen, welche damals noch nicht hätten einkalkuliert werden können (act. 1 Rz. 79).

##### 4.3.12.2. Würdigung

Strittig ist der Betrag von CHF 21'551.40 (=CHF 23'673.– ./ CHF 2'121.60). Abzustellen ist ein weiteres Mal allein auf das von der Beklagten anerkannte Ausmass (vgl. oben Ziff. 4.1.4.), d.h. 27 m. Unter der Position R 623.122 besteht eine Vergütungsforderung in Höhe von CHF 2'121.60.

#### 4.3.12.3. Positionen R 615.121 und R 615.311 [Gipserarbeiten UG]

Die Vergütungsforderungen in Höhe von CHF 1'536.– sowie CHF 3'433.50 für Anschlüsse an Bauwerksteilen mit besonderer Form werden von der Beklagten anerkannt (act. 1 Rz. 80; act. 12 Rz. 129).

#### 4.3.13. Diverse Positionen [Gipserarbeiten UG]

##### 4.3.13.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Zu den strittigen Positionen im Einzelnen: In Bezug auf die Positionen R 624.311 und R 624.312 bestreitet die Beklagte das von der Klägerin behauptete Ausmass von 241 Stück und anerkennt vielmehr ein solches von 75 (act. 12 Rz. 130 u. 136;

act. 23 Rz. 136). Die Klägerin hält daran fest, dass insgesamt 241 Stück zu vergüten seien, wozu sie u.a. auf Fotos und den Zeugen O.\_\_\_\_\_ abstellen möchte (act. 19 Rz. 136; act. 20/61A). Aufgrund der teilweise geänderten Massangaben der Beklagten seien schlussendlich viel mehr Verstärkungen benötigt worden als ursprünglich angenommen (act. 1 Rz. 82).

Ebenso bestreitet die Beklagte die Ausmasse folgender Positionen: R 631.211, R 631.212, R 631.213, R 631.112, R 631.221, R 631.222, R 632.112, R 632.122. Diesen Ausmassen setzt sie eine eigene Liste mit Berechnungen entgegen, welche zu einer Gesamtvergütung von CHF 1'080.– führe (act. 12 Rz. 132). Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass das Ausmass der Parteien eigentlich übereinstimme, die Abzüge gemäss zusätzlicher Spalte hingegen nicht nachvollziehbar seien (act. 19 Rz. 137). Dass die fraglichen Positionen tatsächlich ausgeführt worden seien, werde u.a. durch Fotos bewiesen (act. 19 Rz. 137; act. 20/62).

Hinsichtlich der Positionen R 931.212 und 931.214.01 behauptet die Beklagte einen Fertigstellungsstand von lediglich 20 % und dementsprechend bestreitet sie die klägerische Forderung im (Mehr-)Umfang von CHF 9'230.59 (act. 12 Rz. 134; act. 23 Rz. 138). Die Klägerin bestreitet, dass vom einschlägigen Ausmass ein Abzug infolge Leistungsstand auf noch 20 % gemacht werden könne (act. 19 Rz. 138).

Schliesslich bleibt noch Position R 721.116 "Deckenanschlüsse ...", zu welcher die Beklagte ausführt, es fehle hier eine Position im Leistungsverzeichnis (act. 12 Rz. 135). Die von der Klägerin behaupteten Leistungen seien nicht unter der Position R 721.116 abzurechnen, welche für Anschlüsse an eine Gipsdecke vorgesehen seien, was die Klägerin nicht habe ausführen müssen. Vielmehr handle es sich bei den Arbeiten um das blosses Stellen und Anschliessen von Platten an die Betondecke, die in den zugehörigen Leistungen (Gipswände stellen) bereits berücksichtigt und eingeschlossen sei (act. 23 Rz. 139). Die Klägerin bestreitet die beklagtischen Ausführungen und wendet v.a. dagegen ein, die Position R 721.116 befinde sich auf S. 29 des Leistungsverzeichnisses (act. 19 Rz. 139).

#### 4.3.13.2. Würdigung

Von den von der Klägerin geltend gemachten CHF 36'271.32 anerkennt die Beklagte insgesamt lediglich einen Betrag von CHF 17'497.75. Gänzlich akzeptiert sind namentlich folgende Positionen: R 621.116, R 621.121, R 621.811, R 621.814, R 811.101 (=gesamthaft rund CHF 12'910.10). Abzustellen ist auf die von der Beklagten anerkannten Ausmasse (vgl. oben Ziff. 4.1.4.). D.h. für die Positionen R 624.311 und R 624.312 ist eine Vergütungsforderung von CHF 1'200.– ausgewiesen. Für die weiteren Positionen: R 631.211, R 631.212, R 631.213, R 631.112, R 631.221, R 631.222, R 632.112, R 632.122 bedeutet dies, dass nur der anerkannte Vergütungsanspruch in Höhe von CHF 1'080.– besteht. Bezüglich R 931.212 und 931.214.01 besteht eine Vergütungsforderung von gesamthaft CHF 2'307.65.

Zur klägerischen Forderung gestützt auf Position R 721.116 lässt sich feststellen, dass sich die geltend gemachte Position durchaus – entgegen der Argumentation der Beklagten – dem Leistungsverzeichnis (S. 29) entnehmen lässt. In ihrer Duplik behauptet die Beklagte denn nunmehr ausschliesslich, die geltend gemachten Arbeiten der Klägerin seien nicht unter Position R 721.116 abzurechnen, sondern bereits andernorts berücksichtigt und eingeschlossen. Dass die geltend gemachten "Deckenanschlüsse ..." geleistet worden sind, wird von der Beklagten nicht bestritten. Die (pauschale) Bestreitung des Ausmasses wurde von der Beklagten duplicando nicht näher ausgeführt und gilt somit hier als anerkannt. Zudem lässt sich den beklagtischen Ausführungen keine Begründung entnehmen, weshalb die Position R 721.116 allein für Anschlüsse an eine Gipsdecke vorgesehen sein soll. Ebenso wenig erklärt die Beklagte, inwiefern die Arbeiten der Klägerin bereits in einer anderen Position, und welcher, enthalten sein sollen. Die fehlenden Behauptungen könnten im Übrigen auch durch ein Beweisverfahren nicht nachgeholt werden. Zu weiteren Detaillierungen ihrer Behauptungen war die Klägerin angesichts der beklagtischen Darstellungen nicht veranlasst. Die geltend gemachte Vergütungsforderung der Klägerin in Höhe von CHF 6'867.– ist damit als nicht (genügend) bestritten anzusehen und damit ausgewiesen.

Zusammenfassend ergibt sich unter dem Titel "diverse Positionen" Folgendes: Neben den bereits anerkannten Vergütungsforderungen in Höhe von gesamthaft CHF 17'497.75 ist für Position R 721.116 ein weiterer Betrag von CHF 6'867.– ausgewiesen, was zu einer bestehenden klägerischen Gesamtforderung von CHF 24'364.75 führt.

#### 4.3.13.3. Fazit [Gipserarbeiten UG]

Unter dem Titel "Gipserarbeiten im Untergeschoss" sind folgende klägerische Vergütungsforderungen für die jeweiligen Positionen ausgewiesen:

Position R 111.001:	CHF 600.–
Position R 116.101:	CHF 1'500.–
Position R 212.920:	CHF 13'534.35
Position R 213.213:	CHF 100'985.90
Position R 213.313:	CHF 26'572.95
Position R 212.924:	CHF 3'225.07
Position R 221.413:	CHF 22'102.68
Position R 611 / 612:	CHF 3'305.90
Position R 613.101:	CHF 12'054.–
Position R 623.112:	CHF 5'760.–
Position R 623.122:	CHF 2'121.60
<u>Div. Positionen:</u>	<u>CHF 24'364.75</u>
<u>Total:</u>	<u>CHF 216'127.20</u>

#### 4.4. Gipserarbeiten im Erdgeschoss

##### 4.4.1. Unbestrittener Sachverhalt

Für Gipserarbeiten im Erdgeschoss anerkennt die Beklagte gesamthaft CHF 11'577.16; hinsichtlich Position R 213.112 für das unbestrittene Ausmass von 155.47 m<sup>2</sup> eine klägerische Vergütungsforderung in Höhe von CHF 8'395.38 (act. 12 Rz. 138 u. 141). Für Position R 213.112-1 ist das Ausmass und der veranschlagte Preis unbestritten; anerkannt wird eine Forderung von CHF 1'791.98 (act. 12 Rz. 139). Anerkannt ist weiter eine Gesamtvergütung von CHF 1'389.80

für folgende Positionen: R 611.111, R 612.111, R 613.101, R 621.111, R 621.814 (act. 1 Rz. 87; act. 12 Rz. 140).

#### 4.4.2. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Beklagte führt an, der Leistungsstand für Position R 213.112 betrage im Gegensatz zur klägerischen Behauptung von 75 % maximal 60 %. Demzufolge bestreitet sie die dazugehörige Forderung im Umfang von noch CHF 2'098.85 [CHF 10'494.23 ./. CHF 8'395.38] (act. 12 Rz. 138; act. 23 Rz. 141). Die Klägerin hingegen macht einen Leistungsstand von 75 % geltend, wobei sie darauf hinweist, dass dies die einzige Position darstelle, bei welcher sich ein solcher Abzug für den tatsächlichen Leistungsstand rechtfertige (act. 19 Rz. 142). Zur Begründung der 75 % bringt sie sodann vor: "[...] dass das Ständerwerk zwar erstellt, jedoch erst einseitig beplankt wurde. D.h. von den drei Hauptkomponenten (Beplankung, Ständer, Isolation) fehlte lediglich die Hälfte der Beplankung, was maximal 25 % ausmacht." (act. 19 Rz. 142). Betreffend Position R 213.112-1 behauptet die Beklagte, der Leistungsstand betrage lediglich 60 %, es sei somit ein entsprechender Abzug vorzunehmen auf noch CHF 1'791.98 (act. 12 Rz. 139). Die Klägerin demgegenüber stellt sich auf den Standpunkt, es handle sich bereits um den tatsächlichen Leistungsstand, eine Kürzung von 40 % sei nicht vorzunehmen (act. 19 Rz. 143).

#### 4.4.3. Würdigung und Fazit

Es ist erneut auf die anerkannten beklagischen Ausmasse abzustellen (vgl. oben Ziff. 4.1.4.), womit für Gipserarbeiten im Erdgeschoss eine Vergütungsforderung von rund CHF 11'577.20 (=CHF 8'395.38 + CHF 1'791.98 + CHF 1'389.80) ausgewiesen ist.

#### 4.5. Abzüge (Skonto/Rabatt/Bauabzüge)

##### 4.5.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, da die Beklagte den in Rechnung gestellten Betrag nicht im Einklang mit Ziff. 3.2 des Werkvertrages vom 17. Oktober

2013 freiwillig innert Frist bezahlt habe, stehe ihr insbesondere kein Anspruch auf einen Skontoabzug von 2 % zu (act. 1 Rz. 102; act. 19 Rz. 145 u. 164). Weiter bringt sie vor, die Abzüge (Rabatt, Bauabzüge) erschienen unter den gegebenen Umständen nicht mehr gerechtfertigt, habe doch die Beklagte ihren Teil des Vertrages nicht eingehalten und sollte dafür eigentlich nicht noch "belohnt" werden (act. 19 Rz. 145). Die Beklagte hingegen wendet ein, nachdem ihr keinerlei Versäumnisse bei der Bezahlung fälliger Rechnungen unterstellt werden könnten, stehe ihr der Anspruch auf einen Skontoabzug von 2 % ungeschmälert zu (act. 12 Rz. 161; act. 23 Rz. 144).

#### 4.5.2. Würdigung und Fazit

Bei den klägerischen Ausführungen zu den Abzügen (Rabatt, Bauabzüge) stellt sich schon die Frage, ob es sich um eine genügend klar formulierte Behauptung handelt, wenn die Klägerin lediglich zum Ausdruck bringt, die Abzüge erschienen [ihr] als "*nicht mehr gerechtfertigt*" und die Beklagte solle nicht noch "*belohnt*" werden. Diese Frage erübrigt sich, da die Klägerin selber diese Abzüge in Anschlag bringt und bei ihrer Forderung berücksichtigt (act. 1 Rz. 89; act. 19 Rz. 179). Somit sind folgende Abzüge zu berücksichtigen: 16 % für Rabatt und 4.2 % für Bauabzüge. Im Gegensatz dazu ist an dieser Stelle kein Abzug bzgl. Skonto von 2 % vorzunehmen. Dies nachdem die Klägerin hier den Zuschlag ausdrücklich bestritten hat (an anderer Stelle unbestritten: vgl. unten Ziff. 4.7.4. und Ziff. 5.4.) und die Beklagte – trotz ihr obliegender Beweislast (PETER GAUCH, a.a.O., N. 1232 ff.) – nicht substantiiert dartut, inwiefern sie die für einen Skontoabzug vereinbarten Voraussetzungen eingehalten haben soll. Dass noch zusätzlich ein Zuschlag für die MwSt. in Höhe von 8 % zu berechnen ist, ist offensichtlich nicht strittig.

#### 4.6. Total Gipserarbeiten UG und EG

Für Gipserarbeiten im *Untergeschoss* besteht eine klägerische Vergütungsforderung in Höhe von CHF 216'127.20 (vgl. oben Ziff. 4.3.13.3.), für Gipserarbeiten im *Erdgeschoss* besteht eine solche in Höhe von CHF 11'577.20, d.h. gesamthaft CHF 227'704.40. In Übereinstimmung mit der Berechnungsweise des Werkprei-

ses, wie im Werkvertrag vom 17. Oktober 2013 in Ziff. 3.1 (vgl. act. 3/5; ebenso act. 3/4) festgehalten, ist davon ein Rabatt von 16 % (CHF 36'432.70) und Bauabzüge von 4.2 % (CHF 8'033.40) abzuziehen sowie ein MwSt.-Zuschlag von 8 % (CHF 14'659.–) hinzuzurechnen. Dies ergibt ein Total für Gipserarbeiten (UG und EG) von rund CHF 197'897.– inkl. MwSt.

#### 4.7. Verputzarbeiten

##### 4.7.1. Anerkannte Vergütungsforderung

Hinsichtlich Verputzarbeiten *anerkennt* die Beklagte in ihrer Klageantwort an sich eine Vergütungsforderung von insgesamt CHF 14'882.81 bzw. CHF 12'675.92 (nach Rabatt von 16 %, Skonto von 2 %, allgemeinen Bauabzügen von 4.2 % sowie inkl. MwSt.), verweist dabei aber auf die Ausführungen in Rz. 179 ff. der Klageantwort, d.h. sie beruft sich darauf, dass die Forderung bereits getilgt sei (act. 12 Rz. 145). Gemäss Duplik will sie hingegen noch für "Weissputz U.\_\_\_\_-glas" (Pos. R 521.111) einen Betrag in Höhe von CHF 3'280.16 abziehen (act. 23 Rz. 147), sodass noch ein Betrag von CHF 12'914.71 bzw. nach Abzügen und inkl. MwSt. von CHF 10'999.66 resultiere (act. 23 Rz. 148 u. 174).

##### 4.7.2. Wesentliche Parteistandpunkte

Für Verputzarbeiten fordert die Klägerin von der Beklagten einen Betrag von insgesamt CHF 28'337.93, d.h. CHF 25'487.09 nach Massgabe der Schlussrechnung vom 7. Juli 2014 (act. 3/26) und CHF 3'280.16 betreffend "Weissputz U.\_\_\_\_-glas" (act. 1 Rz. 90 ff.). Dass Weissputz verarbeitet werden müsse, hätte sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses weder wissen können noch müssen, vielmehr sei sie von einem Abrieb ausgegangen (act. 19 Rz. 147). Die Änderung sei auf eine Absprache zwischen der Beklagten und P.\_\_\_\_ vom U.\_\_\_\_-glas-Lieferanten zurückzuführen (act. 19 Rz. 147; act. 20/63-64). Weiter hätte sie weder wissen müssen noch können, dass die Beklagte beschliessen würde, den Sperrgrund sowie die Kalkoplan-Beschichtung anhand der Vorgaben der Systemblätter des U.\_\_\_\_-glas-Lieferanten auszuführen. Damit die Arbeit korrekt und den Wünschen der Beklagten entspreche, hätte sie diesen Vorgaben des

Systemlieferanten Folge leisten müssen (act. 19 Rz. 148). Diese Leistungen gehörten zur Position 221.113 des Leistungsverzeichnisses zum Werkvertrag vom 16. Oktober 2013 (act. 19 Rz. 149).

Die Beklagte wendet hier ein Dreifaches ein: Erstens bestehe, u.a. gestützt auf die Vollständigkeits- bzw. Komplettheitsklausel kein klägerischer Anspruch auf *Mehrvergütung* in Höhe von CHF 4'524.– sowie CHF 8'892.–; es sei weder eine Mehrleistung angekündigt noch eine Nachtragsvereinbarung getroffen worden (act. 12 Rz. 144 und 55 ff.; act. 23 Rz. 146). Zweitens sei die klägerische Forderung für "*Weissputz U. \_\_\_\_\_-glas*" Pos. R 521.111 in Höhe von CHF 3'280.16, welche überdies sowieso lediglich zu 60 % erstellt worden sei, verwirkt im Sinne von Art. 156 SIA-Norm 118 [1977/91], weil die Klägerin die Schlussrechnung ohne schriftlichen Vorbehalt eingereicht habe (act. 23 Rz. 147). Drittens will die Beklagte für die Position "*Grundputz U. \_\_\_\_\_-Dämmplatten*" einen Abzug wegen des Fertigstellungsstandes auf 60 %, d.h. CHF 4'492.80, vornehmen (act. 23 Rz. 148). Bezüglich "Sperrgrund" und "Kalkoplan" behauptete selbst die Klägerin, dass diese Leistungen zur Position R 221.113 gehörten, womit diese Arbeiten und Kosten als darin eingeschlossen zu betrachten seien, die in Rechnung gestellten Einheitspreise seien ohnehin nie mit ihr vereinbart worden (act. 12 Rz. 144; act. 23 Rz. 149).

#### 4.7.3. Rechtliches

Zum Rechtlichen punkto Bestellungsänderungen und Mehrvergütungen: vgl. oben Ziff. 1.3.4. und 1.3.5. Soweit der Unternehmer der Schlussrechnung keinen entsprechenden schriftlichen Vorbehalt beifügt, kann gemäss Art. 156 SIA-Norm 118 [1977/91] u.U. von einem Verzicht weiterer Ansprüche ausgegangen werden. Diese Bestimmung soll immerhin insofern eingeschränkt sein, als dass der Bauherr tatsächlich erkannte oder nach Treu und Glauben erkennen musste, dass der Unternehmer gar keine Verzichtserklärung abgeben wollte (PETER GAUCH, a.a.O., N. 1263; ebenso SCHUMACHER/MONN, a.a.O., Art. 156 N. 10.3 sowie SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 156 N. 10).

#### 4.7.4. Würdigung

Nachdem die Beklagte einen Grossteil der Verputzarbeiten im Grundsatz anerkannt hat, abgesehen von der Frage der Tilgung, können zumindest diese erwiesenen Positionen im Gesamtbetrag von rund CHF 8'422.– an dieser Stelle aus dem Bilde bleiben. Bleiben noch die drei strittigen Positionen: (i) CHF 4'524.– ["Sperrgrund"]; (ii) CHF 8'892.– ["Kalkoplan"]; (iii) CHF 7'488.– bzw. CHF 4'492.80 ["Abzug Grundputz"] und (iv) CHF 3'280.16 bzw. CHF 1'968.07 ["Weissputz"]) (act. 1 Rz. 91 und act. 12 Rz. 145). Unbestrittenermassen wurden im ursprünglichen Werkvertrag die Positionen "Sperrgrund" in Höhe von CHF 4'524.– sowie "Kalkoplan" in Höhe von CHF 8'892.– *nicht* vereinbart. Die Klägerin stützt sich darauf, sie habe bei Vertragsschluss nicht wissen müssen und können, dass Weissputz verarbeitet werden müsse. Die Änderung der Arbeitsausführung habe sie, wie von der Beklagten gewünscht, auszuführen gehabt. Gleichzeitig bringt die Beklagte vor, die Arbeiten gehörten zur Position 221.113. Da die Klägerin nicht behauptet, es sei diesbezüglich zwischen den Parteien eine Vereinbarung zustande gekommen, geht sie offensichtlich (implizit) von einer *einseitigen Bestel- lungsänderung* seitens der Beklagten aus. Allerdings erweisen sich die klägerischen Darstellungen als unzureichend. Obwohl die Beweislast für die (zusätzliche) Vergütungsforderung bzw. für Mehraufwand bei der Klägerin liegt (SCHUMACHER/KÖNIG, a.a.O., N. 624 ff.), wird von ihr nicht behauptet, worin überhaupt eine entsprechende Willenserklärung der Beklagten – welche im Übrigen auch stillschweigend sein kann (siehe EGLI, in: Gauch/Stöckli [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2017, Vorbem. Art. 84-91 N. 4 f.; SCHUMACHER/KÖNIG, a.a.O., N. 551) – gesehen werden könnte. So führt sie ohne weitere Erklärung lediglich E-Mails eines Dritten (P.\_\_\_\_\_) an (vgl. act. 3/40; act. 20/63-64), woraus sich ebensowenig ergibt, wie sich die von ihr behaupteten Preise ergeben sollen. Zudem wird mit keinem Wort erwähnt, weshalb die entgegenstehenden vertraglichen Bedingungen zu Mehraufwand bzw. Bestelungsänderung (namentlich Ziff. 10.1 Werkverträge; Ziff. 2.1.4 u. 6.2 "Generellen Bedingungen") *nicht* zum Tragen kommen sollen (bzgl. Beweislast des Unternehmers: SCHUMACHER/KÖNIG, a.a.O., N. 552a). Die ungenügenden klägerischen Behauptungen könnten wiederum nicht durch ein Beweisverfahren ersetzt oder ergänzt werden (Urteil des Bundes-

gerichts 4A\_113/2017 vom 6. September 2017 E. 6.1.1 sowie BGE 4A\_338/2017 vom 24. November 2017 E. 2.1.). Die Vergütungsforderung von gesamthaft CHF 13'416.– (CHF 4'524.– ["Sperrgrund"] und CHF 8'892.– ["Kalkoplan"]) ist damit abzuweisen.

Zum beklaglichen Einwand bezüglich Art. 156 SIA-Norm 118 [1977/91]: Zu beachten ist, dass die Position "Weissputz U.\_\_\_\_-glas" R 521.111 zwar tatsächlich auf der Schlussrechnung (act. 3/26) fehlt, der Beklagten jedoch gleichzeitig die klägerische Zusammenstellung auf der Ausmasstabelle samt Erwähnung der Position zugegangen ist, dessen Erhalt die Beklagte nicht bestritten hat (act. 1 Rz. 45 und act. 12 Rz. 97 f.). Nachdem auch nach Ansicht der Beklagten die Position "Weissputz U.\_\_\_\_-glas" mindestens im Umfang von 60 % geleistet wurde und damit geschuldet ist (act. 12 Rz. 145 und act. 23 Rz. 148), kann nach Treu und Glauben *nicht* von einem Verzicht der Klägerin nach Art. 156 SIA-Norm 118 [1977/91] ausgegangen werden. Gemäss dem massgeblichen anerkannten Ausmass (oben Ziff. 4.1.4.) beträgt die Vergütungs-forderung rund CHF 1'968.– (=60 %). Schliesslich ist die Position "Grundputz auf U.\_\_\_\_-Dämmplatten" 221.113, so die massgebliche Angabe der Beklagten, lediglich zu 60 % fertig-gestellt worden, was noch einen Betrag von CHF 4'492.80 ausmacht. Die von der Beklagten angeführten Abzüge für Rabatt und allgemeine Bauabzüge wurden von der Klägerin selber berücksichtigt. Der von der Beklagten veranschlagte Skonto-Abzug von 2 % wurde von der Klägerin *nicht* bestritten und ist somit zu berücksichtigen (act. 12 Rz. 145; act. 19 Rz. 147).

#### 4.7.5. Fazit

Zusammenfassend ist eine Vergütung in Höhe von CHF 14'882.80 (=CHF 8'422.– + CHF 1'968.– + CHF 4'492.80) ausgewiesen. Davon abzuziehen sind 16 % Rabatt (CHF 2'381.25), 2 % Skonto (CHF 250.–), 4.2 % Bauabzüge (CHF 514.60) sowie 8 % MwSt. hinzuzurechnen (CHF 939.–), sodass letztendlich eine Vergütungs-forderung für Verputzarbeiten in Höhe von rund CHF 12'676.– inkl. MwSt. resultiert.

## 5. Regiearbeiten

### 5.1. Anerkannte Vergütungsforderung

Im Grundsatz – unter Vorbehalt der Tilgung – *anerkennt* die Beklagte (ausschliesslich) eine Vergütungsforderung für die in den Regie-Rapporten Nr. 175 und 176 aufgeführten Leistungen in Höhe von CHF 13'434.75 bzw. nach Abzügen von CHF 11'442.59 (act. 12 Rz. 146 und 179 ff.; act. 23 Rz. 85 u. 174).

### 5.2. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Klägerin macht unter dem Stichwort "Regiearbeiten" einen Gesamtbetrag von CHF 33'466.50 geltend, welchen sie gemäss Ziffer 3.3 der Werkverträge verrechnet habe (act. 1 Rz. 94; act. 3/4-5). Der Taglohn-Rapport vom 1. Juli 2014 für den Betrag von CHF 7'730.– betreffe den *Abtransport von Material*, was von der Beklagten verlangt worden sei; diese trage die fraglichen Kosten, so hätte doch dieses Material nicht transportiert werden müssen, wenn es auf der Baustelle verbaut worden wäre (act. 1 Rz. 94; act. 19 Rz. 69; act. 3/26). Die Klägerin stützt sich auf Art. 184 Abs. 1 SIA-Norm [1977/91] bzw. Art. 377 OR (act. 19 Rz. 68). Aufgrund der Unvorhersehbarkeit könne die Vollständigkeitsklausel offensichtlich nicht zum Tragen kommen (act. 19 Rz. 150; act. 3/14 und 3/26). Ebensovienig könne Ziffer 4.26 der "Projektspezifischen Bedingungen der Beklagten" zum Tragen kommen (act. 19 Rz. 155). Für "*entwendetes*" bzw. "*verbautes*" Material will die Klägerin der Beklagten nach Massgabe der Taglohn-Rapporte vom 1. Juli 2014 CHF 1'564.80 (Nr. 348) und CHF 1'414.– (Nr. 347) in Rechnung stellen (act. 1 Rz. 36 und 94; act. 3/26). Das Material sei nur insofern in den jeweiligen Einheitspreis einberechnet, als dieses auch verbaut werde und entsprechend von der Klägerin in Rechnung gestellt werden könne, was vorliegend nicht der Fall sei. Die Beklagte habe dieses Material zusätzlich zu den Leistungen gemäss Ausmass zu vergüten (act. 19 Rz. 151).

Weiter führt die Klägerin zwei Taglohn-Rapporte vom 17. Juni 2014 in Höhe von CHF 8'574.90 sowie CHF 5'788.75 für Regiearbeiten an, welche sie zwar im Einvernehmen mit der Beklagten ausgeführt habe, aber bei welchen sich die Beklagte infolge angeblichen Zeitmangels geweigert habe, diese zu unterzeichnen

(act. 1 Rz. 94; act. 3/26). Für die diversen von der Beklagten angeordneten Arbeiten gemäss Taglohn-Rapport Nr. 178 vom 17. Juni 2014 seien insgesamt 54 Stunden à CHF 87.– sowie Materialkosten von CHF 3'876.90 (=CHF 8'574.90) angefallen (act. 19 Rz. 152). Für weitere von der Beklagten angeordnete Arbeiten seien gemäss Taglohn-Rapport Nr. 177 insgesamt 39 Stunden à CHF 87.– Regiearbeiten geleistet worden und Material in Höhe von CHF 2'395.70 (=CHF 5'788.70) benötigt worden (act. 19 Rz. 153). Die beiden Taglohn-Rapporte vom 17. Juni 2014 seien, obwohl der Bauleitung zwei Mal vorgelegt, nicht unterzeichnet worden (act. 19 Rz. 154). Dieses Vorgehen verstosse gegen Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, weshalb die von ihr erbrachten Leistungen trotzdem zu vergüten seien (act. 19 Rz. 77).

Die Beklagte bestreitet eine klägerische Vergütungsforderung, welche sich auf die Regie-Rapporte Nr. 177 und 178 sowie 347 bis 349 stützen könnte (act. 12 Rz. 147; act. 23 Rz. 152 f.). Den klägerischen Forderungen setzt die Beklagte entgegen, es sei weder nachgewiesen, dass diese Leistungen nicht im vertraglich geschuldeten Leistungsumfang enthalten seien noch von der Komplettheitsklausel gedeckt oder vorgängig, und nach Festsetzung eines Kostendaches, schriftlich bewilligt worden seien (act. 12 Rz. 59 f. und 147). Es habe keinen schriftlichen Auftrag in Übereinstimmung mit Ziff. 3.3 der Werkverträge gegeben (act. 23 Rz. 154). Ausserdem seien die zur Diskussion stehenden Regie-Rapporte, ausgenommen die Rapporte Nr. 175 und 176, nie von ihr unterzeichnet worden (act. 12 Rz. 147; act. 23 Rz. 85). Spezifisch zu den Kosten im Zusammenhang mit dem am 1. Juli 2014 erfolgten Materialtransport bringt die Beklagte unter Verweis auf Art. 366 OR sowie Ziffer 4.26 der "Projektspezifischen Bedingungen der Beklagten" vor, die Klägerin habe keinen Anspruch auf Schadloshaltung (act. 12 Rz. 148 und 167; act. 23 Rz. 150 und 155). Da es sich in diesem Fall nicht um einen Rücktritt im Sinne von Art. 377 OR handle, entbehre die Forderung für den Abtransport von Material einer Grundlage (act. 12 Rz. 52). Ebenso sei bestritten, dass sieben Kessel der Spachtelmasse S.\_\_\_\_\_ à CHF 202.– sowie 16 Stück CD 4m C5-Profile à CHF 97.80 gefehlt hätten bzw. durch den Nachunternehmer verbaut worden sein sollen (act. 12 Rz. 86 und 149; act. 23 Rz. 151). Die Klägerin selber gestehe ein, dass sie den Grund für das behauptete Fehlen von Material

nicht kenne. Dass die G.\_\_\_\_\_ GmbH auf Material der Klägerin zurückgegriffen habe, treffe nicht zu. Ohnehin würde der Klägerin kein Ersatzanspruch gegen die Beklagte zustehen, da sie nicht für das Handeln von Drittunternehmen hafte (act. 23 Rz. 156). Im Speziellen zu den geltend gemachten Taglohn-Rapporten vom 17. Juni 2014 (Nr. 177-178) macht die Beklagte weiter geltend, diese seien nie zur Unterschrift vorgelegt worden, weder habe sie die geltend gemachten Regieleistungen, welche überdies nicht substantiiert seien, angeordnet noch verlangt (act. 23 Rz. 85).

### 5.3. Würdigung

Die klägerische Forderung betreffend "*Abtransport von Material*" laut Regie-Rapport Nr. 349 vom 1. Juli 2014 in Höhe von CHF 7'730.– entfällt bereits, da die von der Klägerin geltend gemachte Anspruchsgrundlage einer Schadloshaltung nach Art. 184 Abs. 1 SIA-Norm [1977/91] bzw. Art. 377 OR nicht gegeben ist (vgl. oben Ziff. 3.6.). Die weiteren beklagischen Einwände brauchen nicht geprüft zu werden.

Hinsichtlich der Positionen "*entwendetes*" bzw. "*verbautes*" Material in Höhe von CHF 1'564.80 (Nr. 348) und CHF 1'414.– (Nr. 347) kommt als Anspruchsgrundlage an sich allein eine Schadloshaltung nach Art. 184 Abs. 1 SIA-Norm [1977/91] bzw. Art. 377 OR in Betracht, indem die Klägerin geltend macht, dass das fragliche Material infolge des seitens der Beklagten – nach ihrer Ansicht zu Unrecht – aufgelösten Werkvertrages nicht habe planmässig verbaut werden können (act. 19 Rz. 150 f.). Im Gegensatz dazu fehlen in den klägerischen Vorträgen sachgemässe Behauptungen für die Annahme einer anderen Anspruchsgrundlage (bspw. aus Art. 41 oder 97 OR). Bezüglich den CD 4 m C 5 Profilen (Regie-Rapport Nr. 348; CHF 1'564.80) würde es sodann offensichtlich gleichzeitig an der Passivlegitimation der Beklagten fehlen, führt die Klägerin doch selber aus, der Nachfolgeunternehmer habe dieses Material verbaut, weshalb dies der Beklagten zuzurechnen sein soll, wird nicht ausgeführt (act. 1 Rz. 36; act. 19 Rz. 156). Zusammengefasst sind die geltend gemachten Forderungen in Höhe von CHF 1'564.80 bzw. CHF 1'414.– indes hauptsächlich abzuweisen, da keine

Schadloshaltung (Art. 184 Abs. 1 SIA-Norm [1977/91]; Art. 377 OR) zum Tragen kommt (vgl. oben Ziff. 3.6.).

Zu den geltend gemachten diversen Arbeiten gemäss Regie-Rapporten Nr. 177 und 178 von CHF 8'574.90 sowie CHF 5'788.75: Dass die von der Beklagten angeführten vertraglichen Voraussetzungen, namentlich hinsichtlich Komplettheitsklausel und Kostendach (vgl. act. 12 Rz. 59), eingehalten worden wären, wird von der Klägerin nicht behauptet. Sie äussert sich vielmehr allein zum Merkmal der schriftlichen Unterzeichnung der Rapporte, wo sie argumentiert, die Rapporte seien entgegen Treu und Glauben nicht unterzeichnet worden. Abgesehen von den pauschalen Einwänden oder Vorbehalten gegen die Vertragsklauseln, hat die Klägerin auch nicht vorgebracht, inwiefern die einzelnen Bestimmungen nicht gültig sein sollen. Ganz abgesehen von der Frage der Unterzeichnung von Rapporten hat die Klägerin die vertragliche Grundlage ihres Anspruchs allerdings nicht dargetan, indem sie pauschal behauptet, die entsprechenden Arbeiten seien "*im Einvernehmen*" (act. 1 Rz. 94) bzw. "*von der Beklagten, namentlich Herrn H. \_\_\_\_\_, angeordnet*" [worden] (act. 19 Rz. 152). Die mit den Regie-Rapporten Nr. 177 und 178 geltend gemachten Forderungen von CHF 8'574.90 sowie CHF 5'788.75 sind damit nicht erstellt. Die von der Beklagten bei der anerkannten Vergütung berücksichtigten Abzüge (Rabatt 16 %, Skonto 2 %, allgemeine Bauabzüge 4.2 %) wurden von der Klägerin *nicht* bestritten und sind somit zu berücksichtigen. In Bezug auf die von der Klägerin geltend gemachten Regiearbeiten sind lediglich die zwei von der Beklagten anerkannten Forderungen in Höhe von CHF 5'008.20 und CHF 8'426.55 gemäss den unterzeichneten Taglohn-Rapporten Nr. 175 und Nr. 176 ausgewiesen; die übrigen Forderungen aus den Rapporten Nr. 349 in Höhe von CHF 7'730.–, Nr. 348 und 347 in Höhe von CHF 1'564.80 bzw. CHF 1'414.–, Nr. 177 und 178 in Höhe von CHF 8'574.90 und CHF 5'788.75 sind abzuweisen.

#### 5.4. Fazit

Von der Gesamtforderung von CHF 13'434.75 (= CHF 5'008.20 + CHF 8'426.55) sind 16 % Rabatt (CHF 2'150.–), 2 % Skonto (CHF 226.–) und 4.2 % Bauabzüge (CHF 464.–) abzuziehen sowie 8 % MwSt. hinzuzurechnen (CHF 848.–), sodass

schliesslich unter dem Titel "Regiearbeiten" eine Gesamtforderung von insgesamt rund CHF 11'443.– inkl. MwSt. gutzuheissen ist.

## 6. Diverse zusätzliche Aufwendungen

### 6.1. Rechnung vom 9. Juli 2014 (act. 3/27) und "Zusatzleistungen"

#### 6.1.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Unter Verweis auf ihre Rechnung vom 9. Juli 2014 macht die Klägerin eine Forderung für diverse Aufwendungen in Höhe von insgesamt CHF 18'394.21 geltend. Zur Begründung stützt sie sich darauf, dass (i) *Samstagsarbeit* hätte geleistet werden müssen, was mit rund CHF 1'881.– zu vergüten sei, da unvermeidbar und von der Beklagten veranlasst; (ii) angefangenes, offenes *Verbrauchsmaterial* mit CHF 2'020.– zu vergüten sei, da bereits geöffnet und nicht weiter verwendbar; (iii) ein von der Beklagten verursachter *Mehraufwand für das Einmessen* von CHF 4'698.– angefallen sei und (iv) ein *entgangener Gewinn* von CHF 9'795.80, d.h. 14 % Gewinnmarge des kalkulierten Preises von CHF 69'006.–, für die Teilleistung "Deckenbekleidung" resultieren würde, da u.a. die Voraussetzungen von Art. 366 OR ohnehin nicht gegeben gewesen seien (act. 1 Rz. 95 ff.; act. 19 Rz. 157 ff.; act. 3/21-22; act. 3/27; act. 3/33; act. 3/40A; act. 3/40B; act. 3/41; act. 3/60; act. 3/65-67).

Unter dem Titel "*Zusatzleistungen der Klägerin*" beziffert sie weitere zu vergütende Leistungen auf insgesamt CHF 12'645.10, welche sie zwar erbracht, aber zur Ermöglichung eines Vergleichs (noch) unberücksichtigt habe. Hierbei soll es sich um folgende Teilbeträge handeln: CHF 3'276.– [Verputzarbeiten], CHF 919.10 [Beplanken], CHF 1'650.– [Vorsatzschalen] sowie CHF 4'000.– [Profil verstärken und Unterzug anbringen], CHF 2'000.– [Wandkonstruktion], CHF 800.– [Durchgang Damendusche] (act. 1 Rz. 100 f.; act. 19 Rz. 163; act. 3/41).

Zur geltend gemachten Vergütungsforderung betreffend *Samstagsarbeit* führt die Beklagte aus, die Leistung von Samstagsarbeit werde bestritten, insbesondere vermöge act. 3/40a keinerlei Beweis hierfür zu erbringen (act. 12 Rz. 150). Weder habe sie die Klägerin zu Samstagsarbeit angewiesen noch wäre sie darüber

überhaupt informiert gewesen, dass solche nötig werden würde (act. 12 Rz. 151). Die Forderung entbehre einer Grundlage: einerseits seien unter Berücksichtigung von Ziffer 4.15.2 "Projektspezifische Bedingungen" allfällige Mehrkosten ohnehin selbst zu tragen, andererseits seien nach Ziffer 3.3 der Werkverträge keine Zuschläge geschuldet, diese wären in die Regieansätze einzurechnen (act. 12 Rz. 152; act. 23 Rz. 158). In Bezug auf *Verbrauchsmaterial* wird von der Beklagten sowohl bestritten, dass solches bestelltes und angefangenes Baumaterial nicht mehr hätte verwendet werden können als auch die Rechtsgrundlage einer Schadloshaltung gestützt auf Art. 156 SIA-Norm 118 [1977/91] und Art. 366 OR (act. 12 Rz. 153; act. 23 Rz. 159). Weiter bestreitet die Beklagte, dass der Klägerin ein Mehraufwand für *Einmessungen* entstanden sein soll. Ein Mehrvergütungsanspruch sei nicht geschuldet, eine Grundlage für die Forderung von CHF 4'698.– fehle (act. 12 Rz. 154 f.; act. 23 Rz. 160). Zum behaupteten *entgangenen Gewinn* äussert sich die Beklagte dahingehend, selbst wenn die Vertragsbeendigung nicht im gegenseitigen Einvernehmen erfolgt wäre, so wären bereits die Voraussetzungen für einen Rücktritt nach Art. 366 OR gegeben. Eine Vergütung in Höhe von CHF 9'895.80 wird von der Beklagten vollumfänglich bestritten, u.a. mit Verweis auf Ziffer 11.1.1 und 11.1.2 der "Generellen Bedingungen" (act. 12 Rz. 156; act. 23 Rz. 161). Schliesslich wird von der Beklagten die weitere Forderung von CHF 12'645.10 für *Zusatzleistungen* gesamthaft bestritten. Die von der Klägerin eingereichte Tabelle (act. 3/41) vermöge hierfür keinen Beweis zu erbringen, insbesondere für die Positionen, welche ausdrücklich auf "Annahmen" beruhten (act. 12 Rz. 159). Ebenso wenig mache die Klägerin die Voraussetzungen für die Vergütung von Mehraufwand geltend (act. 12 Rz. 160; act. 23 Rz. 162).

Duplicando stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, die klägerischen Forderungen seien bereits gestützt auf Art. 156 SIA-Norm 118 [1977/91] abzuweisen, nachdem die Forderungen nicht mit der Schlussabrechnung vom 7. Juli 2014 (act. 3/26-27) geltend gemacht worden sei und kein schriftlicher Vorbehalt vorliege (act. 23 Rz. 157 f.).

### 6.1.2. Rechtliches

In Ergänzung zu den bereits gemachten Ausführungen zu Art. 156 SIA-Norm 118 [1977/91] (vgl. oben Ziff. 4.6.3.) Folgendes: Nach Art. 153 Abs. 3 hat der Unternehmer der Schlussrechnung eine *Zusammenstellung* beizufügen, die einen Überblick gibt über sämtliche vom Unternehmer gestellte Rechnungen sowie über die bis zum Tag der Schlussabrechnung erhaltenen und die noch ausstehenden Zahlungen des Bauherrn. Mit dem erwähnten Vorbehalt bezüglich Zusammenstellung laut Art. 153 Abs. 3 SIA-Norm 118 [1977/91] soll der Bauherr darüber orientiert werden, dass er mindestens mit der Möglichkeit weiterer Forderungen des Unternehmers zu rechnen hat (SCHUMACHER/MONN, a.a.O., Art. 156 N. 4). Die Regel von Art. 156 SIA-Norm 118 [1977/91] umfasst dabei *Ansprüche irgendwelcher Art* (SCHUMACHER/MONN, a.a.O., Art. 156 N. 8; SPIESS/HUSER, a.a.O., Art. 156 N. 11). Abgestellt wird auf den Zeitpunkt der Einreichung der Zusammenstellung gemäss Art. 153 Abs. 3 SIA-Norm 118 [1977/91] (SCHUMACHER/MONN, a.a.O., Art. 156 N. 9).

### 6.1.3. Würdigung

Zu prüfen ist zunächst, ob die klägerische Vergütungsforderung gemäss Rechnung vom 9. Juli 2014 bereits gestützt auf Art. 156 SIA-Norm 118 [1977/91], so die Argumentation der Beklagten, abzuweisen ist. Der vertragliche Einbezug der SIA-Normen ist unzweifelhaft, ebenso der Umstand, dass es sich bei den Rechnungen Nr. 14-192 und Nr. 14-193 vom 7. Juli 2014 (act. 3/26) um Schlussrechnungen im Sinne von Art. 153 SIA-Norm 118 [1977/91] handelt. Sodann wird von der Klägerin weder geltend gemacht, dass die zur Debatte stehenden Positionen der Rechnung Nr. 14-195 vom 9. Juli 2014 bereits in einer früheren (Schluss-) Rechnung erwähnt worden sind noch wäre solches ersichtlich. Entgegen den Feststellungen an anderer Stelle (vgl. oben Ziff. 4.6.4.) ist hier nicht ersichtlich, inwiefern für die Beklagte bereits aus den Unterlagen gemäss act. 3/26 ein Vorbehalt für die offenbar später von der Klägerin geltend gemachten Positionen auf der Hand hätte liegen sollen. Inwiefern die unter dem Titel "Schlussrechnung" eingereichten Unterlagen (vgl. act. 3/26) eine Aufstellung im Sinne von Art. 153 SIA-Norm 118 [1977/91] enthalten und damit verbunden die Frage der Anwend-

barkeit von Art. 156 SIA-Norm 118 [1977/91], kann offen bleiben, da jedenfalls nicht von einem gültigen Verzicht der Klägerin auf diese Forderungen auszugehen ist. Die in Frage stehenden (Schluss-)Rechnungen gemäss act. 3/28 sowie Rechnung Nr. 14-195 sind offensichtlich unmittelbar aufeinanderfolgend (7. bzw. 9. Juli 2014) der Beklagten zugestellt worden (act. 19 Rz. 48 und 80; act. 23 Rz. 61 und 87). Wenn nicht bereits aus der unmittelbar darauffolgenden Zusendung der Rechnung Nr. 14-195 und der einheitlichen Prüfung durch die Beklagte (vgl. act. 3/28) von einer einheitlichen Schlussrechnung auszugehen ist, so kann sie sich nach Treu und Glauben insofern nicht auf einen umfassenden Verzicht der Klägerin berufen, als dass sie alle (Schluss-)Rechnungen vom 7. bzw. 9. Juli 2014 selber gesamthaft zurückgewiesen hat.

Gegen die von der Beklagten angeführten vertraglichen Grundlagen zur *Samstagsarbeit* bringt die Klägerin nichts Stichhaltiges vor. Ziffer 4.15.2 "Projektspezifische Bedingungen" (vgl. act. 3/4-5) überbindet die Verantwortung für Mehrkosten infolge Arbeiten ausserhalb der regulären Arbeitszeiten ausdrücklich dem Unternehmer. Ziffer 3.3. der Werkverträge (vgl. act. 3/4-5) sieht ausserdem explizit vor: "*Zuschläge zu Regiearbeiten sowie Kosten für Überzeit, **Samstags-** und **Sonntagsarbeit** werden keine anerkannt. Diese sind in die Regieansätze einzurechnen*" [Hervorhebung beigefügt]. Die Vergütungsforderung in Höhe von CHF 1'881.– ist damit abzuweisen.

Sowohl für die geltend gemachte Forderung unter dem Titel "*Verbrauchsmaterial*" in Höhe von CHF 2'020.– als auch "*entgangenem Gewinn*" von CHF 9'795.80 stützt sich die Klägerin ausschliesslich auf die Anspruchsgrundlage von Art. 377 OR respektive Art. 184 SIA-Norm 118 [1977/91]. Nachdem bereits festgestellt worden ist, dass Art. 377 OR respektive Art. 184 SIA-Norm 118 [1977/91] nicht zum Tragen kommt (vgl. oben Ziff. 3.6.), entfällt gleichzeitig die angeführte Anspruchsgrundlage ohne Weiteres. Weder hat das Gericht von sich aus danach zu forschen, ob die vorausgesetzten Elemente für eine alternative Anspruchsgrundlage vorhanden wären – ebensowenig gestützt auf den Grundsatz "*iura novit curia*" – noch wäre eine solche ersichtlich. Abgesehen davon, scheint überdies fraglich, ob die klägerischen Behauptungen zu diesen Forderungen überhaupt als

genügend substantiiert anzusehen wären, so werden beispielsweise weder genauere Umstände noch Berechnungsgrundlagen für die geltend gemachte Gewinnmarge von 14 % genannt. Die Forderung für Verbrauchsmaterial von CHF 2'020.– und die Forderung wegen entgangenem Gewinn von CHF 9'795.80 sind damit abzuweisen.

Anhand der klägerischen Ausführungen lässt sich weder beurteilen, inwiefern es die Beklagte pflichtwidrig unterlassen hätte, erforderliche Pläne, und in welchem Zeitrahmen, zu liefern, noch lässt sich den aufgelisteten Ausmessungen eine Unterscheidung betreffend der Arbeiten entnehmen, welche zu entschädigenden Mehraufwand darstellen sollen. Dies alles kann aber letztlich offen bleiben, da die Klägerin einerseits nicht darlegt, weshalb die Einmessungen nicht bereits durch die vereinbarte Vollständigkeitsklausel gemäss Ziffer 2.1.4 der "Generellen Bedingungen", welche explizit "Planungsleistungen" erwähnt, gedeckt sein sollen, andererseits keine andere (ausser-)vertragliche Anspruchsgrundlage geltend gemacht wird oder erkennbar wäre. Die klägerischen Darstellungen erweisen sich hier als zu unbestimmt, so führt sie in ihrer Replik (act 19 Rz. 160) u.a. lediglich aus: "[...] war es am zielführendsten, dass die Klägerin die notwendigen Einmessungen gleich selber vornahm." und weiter: "[...] (mit Wissen der Beklagten) entstandene Aufwand der Klägerin im Betrag von CHF 4'698.00, welcher selbstredend nicht zu den vertraglich geschuldeten Leistungen gehörte [...]". Aus diesen Gründen ist die Vergütungsforderung von CHF 4'698.– für den Mehraufwand der Ausmessung abzuweisen.

Für die unter dem Titel "*Zusatzleistungen der Klägerin*" geltend gemachte Forderung in Höhe von CHF 12'645.10 stellt sich wiederum die Frage, ob Art. 156 SIA-Norm 118 [1977/91] hier einschlägig ist. Wenn im vorherigen Fall (vgl. oben Ziff. 6.1.3.) noch davon ausgegangen werden konnte, dass es sich um eine einheitliche Stellung der Schlussrechnung handelt, so liegt hier eine diametral andere Sachlage vor, nachdem die Beklagte zu Recht darauf hinweist, dass sie mit der fraglichen Forderung erstmals rund ein Jahr nach Stellung der Schlussrechnungen bzw. deren Prüfung im August 2014 (vgl. act. 3/28) konfrontiert wurde (act. 1 S. 60: "*06.05.2015 LaD: Studium Ausmass und Zusatzleistungen [...]*"). Dass sie

für die erwähnten Positionen vorher in irgendeiner Weise einen Vorbehalt angebracht oder die Beklagte wenigstens dahingehend informiert hätte, behauptet die Klägerin nicht, sodass hier von einem Verzicht im Sinne von Art. 156 SIA-Norm 118 [1977/91] ausgegangen werden kann; die Vergütungsforderung in Höhe von CHF 12'645.10 für "Zusatzleistungen der Klägerin" ist abzuweisen. Die Prüfung der weiteren beklaglichen Einwände erübrigt sich dementsprechend.

#### 6.1.4. Fazit

Die unter dem Titel *Samstagsarbeit* geltend gemachte Forderung in Höhe von CHF 1'881.– ist abzuweisen, ebenso wie die Forderung bezüglich *Verbrauchsmaterial* von CHF 2'020.–, *Mehraufwand der Ausmessung* in Höhe von CHF 4'698.– und CHF 9'795.80 für *entgangenen Gewinn*. Gleichermassen ist die Forderung in Höhe von CHF 12'645.10 betreffend *Zusatzleistungen der Klägerin* infolge Verwirkung nach Art. 156 SIA-Norm 118 [1977/91] abzuweisen. Zusammengefasst sind die von der Klägerin unter dem Titel "Diverse zusätzliche Aufwendungen" geltend gemachten Forderungen gemäss Rechnung Nr. 14-195 vom 9. Juli 2014 (vgl. act. 3/27) abzuweisen.

## 6.2. Rechtliche Beratung Klägerin

### 6.2.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Klägerin bringt zusammengefasst vor, sie habe sich aufgrund der pauschalen Rückweisung der Schlussrechnung durch die Beklagte, zur Wahrung ihrer Interessen gezwungen gesehen, einen Rechtsbeistand beizuziehen (act. 1 Rz. 103). Für die Betreuung des Mandats seien im Wesentlichen Rechtsanwalt X1.\_\_\_\_\_ und Rechtsanwältin X2.\_\_\_\_\_ zuständig gewesen (act. 1 Rz. 104). In ihrer Klagebegründung führt die Klägerin sodann im Einzelnen an, welche Tätigkeiten im Rahmen dieses Mandats geleistet worden seien (act. 1 Rz. 105). Von den gesamthaft in Rechnung gestellten CHF 72'100.– handle es sich jedoch lediglich im Umfang von CHF 24'611.85 für den Zeitraum vom 8. Dezember 2014 bis 20. Mai 2015 um vorprozessuale Aufwendungen (act. 1 Rz. 106). Alle angeführten Leistungen seien notwendig und erforderlich, zumindest aber nützlich gewesen (act. 1

Rz. 108, Rz. 111 u. 132). Diese Kosten in Höhe von CHF 24'611.85 zzgl. Verzugszins zu 5 % seit 7. August 2015 seien als Verzugsschaden im Sinne von Art. 103 Abs. 1 OR kausal auf die ungerechtfertigte Verweigerung der Zahlung des Werklohnes durch die Beklagte zurückzuführen (act. 1 Rz. 111 u. 127). Als vorprozessuale Parteikosten, welche als Bestandteil des Schadens anzusehen seien, sei jener Aufwand zu betrachten, welcher bis und mit der Besprechung mit I.\_\_\_\_\_ sowie seinem Bruder Q.\_\_\_\_\_ vom 20. Mai 2015 angefallen sei (act. 1 Rz. 129 ff.).

In ihrer Replik stellt sich die Klägerin sodann auf den Standpunkt, es sei nicht nachvollziehbar, inwiefern die Schlussrechnung nicht vertragskonform sein solle; die Beklagte befinde sich im Verzug (act. 19 Rz. 166). Zur Fälligkeit bringe sie des Weiteren vor, durch die Entscheidung der Beklagten, die Werkverträge vorzeitig aufzulösen, habe sie die Fälligkeit der Schlusszahlung automatisch herbeigeführt. Die Schlussrechnungen vom 7. und 9. Juli 2014 seien von der Beklagten lediglich pauschal und zudem zu spät zurückgewiesen worden, womit manifestiert worden sei, dass sie nicht gewillt sei, irgendetwas zu bezahlen (act. 12 Rz. 79 f.). Sämtliche von ihr geltend gemachten Anwaltsleistungen seien notwendig gewesen, um die Klägerin bei der Einforderung des ausstehenden Werklohnes vertreten zu können (act. 19 Rz. 167). Es handle sich hinsichtlich dieser Kosten um eine ungewollte Verminderung des Reinvermögens (act. 19 Rz. 173). Sofern die Anwaltskosten nicht durch die Parteientschädigung gedeckt seien, was vorliegend gegeben sei, so sei der diesbezügliche Aufwand dem bundesrechtlichen Schadenersatzanspruch zuzuordnen und der Klägerin folglich von der Beklagten zu ersetzen. Die geltend gemachten Anwaltskosten betrafen lediglich denjenigen Aufwand, welcher unabhängig von einem möglichen Prozess erbracht worden sei (act. 19 Rz. 175 ff.).

Die Beklagte bestreitet jegliche (Schadenersatz-)Ansprüche des Klägers unter dem Titel Anwaltskosten. Mangels vertragskonformer Rechnungsstellung wäre eine allfällige klägerische Vergütungsforderung noch gar nicht fällig gewesen, weshalb von vornherein kein Verzugsschaden gegeben sein könne und sie berechtigt gewesen sei, die Schlussrechnungen vom 7. Juli 2014 zurückzuweisen

(act. 12 Rz. 63 ff., Rz. 163 u. 171). Auch im Falle eines Vertragsrücktritts des Bestellers würde die Vereinbarung über die Fälligkeit der Schlussrechnung gelten (act. 23 Rz. 87). Die Klägerin lasse offen, inwieweit die Leistungen ihrer Rechtsanwälte "notwendig und erforderlich" bzw. "zumindest nützlich" gewesen seien (act. 12 Rz. 164). Die Beanspruchung von rechtlicher Beratung sei freiwillig erfolgt, d.h. es liege keine ungewollte Verminderung des Reinvermögens vor (act. 12 Rz. 171). Ausserdem gelte es zu beachten, dass die Klägerin aufgrund ihrer Rechtsschutzversicherung keinerlei Schaden erlitten habe (act. 12 Rz. 172). Der von der Klägerin angeführte Aufwand falle unter die Kategorie der vorprozessualen Rechtsverfolgungskosten, da die fraglichen Leistungen Prozesscharakter hätten, sodass dieser nicht ausserhalb der Prozessentschädigung geltend gemacht werden könne; vielmehr wären entsprechende Kosten gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO abzugelten (act. 12 Rz. 175 f.).

Duplicando wendet die Beklagte wiederum ein, es handle sich bei den Anwaltskosten nicht um einen erstattungsfähigen Schaden, vielmehr gestehe die Klägerin selber ein, dass die Leistungen für den Prozess erfolgten bzw. im Prozess verwendet werden konnten; kurzum es seien diese Kosten von der Parteientschädigung gedeckt (act. 23 Rz. 88, Rz. 165 u. 170). Ohnehin könnten nach der Stellung der Schlussrechnung keine weiteren, mit dem Werkvertrag zusammenhängende Forderungen erhoben werden (act. 23 Rz. 165).

### 6.2.2. Rechtliches

Die Rechtsprechung und Lehre differenziert zwischen prozessualen Parteikosten und vorprozessual oder aussergerichtlich bzw. ausserprozessual entstandenen Vertretungskosten (Urteil des Bundesgerichts 4A\_692/2015 vom 1. März 2017 E. 6.1.2. [nicht publ. in BGE 143 III 206]; Urteil des Bundesgerichts 4A\_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.1.; VIKTOR RÜEGG/MICHAEL RÜEGG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 20 zu Art. 95 ZPO; SUTTER/VON HOLZEN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 38 zu Art. 95 ZPO; WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. 1, Bern 2012, § 6 N. 1534; ferner INGEBORG SCHWENZER, Rechtsverfolgungskosten

als Schaden?, in: Gauch/Werro/Pichonnaz [Hrsg.], *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, 2008, S. 417 ff.). Kosten, welche infolge vorprozessualer anwaltlicher Beratung entstanden sind, bilden Bestandteil des Schadens, sofern sie nicht durch die zuzusprechende Parteientschädigung (im Sinne von Art. 95 Abs. 3 ZPO) – für welche ein späterer oder separater Schadenersatzprozess ausgeschlossen ist – gedeckt sind (BGE 139 III 190 E. 4.2 und 4.4 = PRA 102 [2013] Nr. 107; HANS SCHMID, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], *Kurzkommentar ZPO*, 4. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 95 ZPO). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts können vorprozessuale Anwaltskosten haftpflichtrechtlich Bestandteil des Schadens bilden, wenn sie gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren, der Durchsetzung der Schadenersatzforderung dienen und nur soweit als sie nicht durch die Parteientschädigung gedeckt sind (Urteil des Bundesgerichts 4A\_264/2015 vom 10. August 2015 E. 3 m.w.H.; VIKTOR RÜEGG/MICHAEL RÜEGG, a.a.O., N. 20 zu Art. 95 ZPO). Dieser Anspruch ist vom Kläger hinlänglich zu substantiieren, namentlich sind die tatsächlichen Aufwendungen des Rechtsvertreters darzulegen und zu konkretisieren, damit deren Notwendigkeit und Angemessenheit geprüft werden kann (Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2011 vom 12. Juli 2011 E. 12.4; Urteil des Bundesgerichts 4A\_692/2015 vom 1. März 2017 E. 6.1.1. ff. [nicht publ. in BGE 143 III 206]. Der Behauptungs- und Substantiierungslast hat die klagende Partei grundsätzlich in der Klageschrift nachzukommen, wobei der blosser Verweis auf Beilagen zur Klage die Behauptungslast in aller Regel nicht erfüllt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2.). Zu den Kosten, welche von der Parteientschädigung nach Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO umfasst werden, zählen überdies vorprozessuale Vergleichsgespräche, die in kausalem Zusammenhang mit dem Prozess stehen (Urteile des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150152 vom 15. März 2017 E. 1.2.3. und HG150112 vom 8. Februar 2016 E. 5.13.2. m.w.H.; SUTER/VON HOLZEN, a.a.O., N. 38 zu Art. 95 ZPO; a.M. VIKTOR RÜEGG/MICHAEL RÜEGG, a.a.O., N. 20 zu Art. 95 ZPO).

### 6.2.3. Würdigung

Dass die von der Klägerin angeführten anwaltlichen Tätigkeiten (act. 1 Rz. 105) tatsächlich ausgeführt wurden, ist von der Beklagten nicht im Einzelnen und sub-

stantiiert bestritten worden (act. 12 Rz. 162). Ob sich die klägerische Forderung sodann überhaupt zu Recht auf einen Verzugsschaden im Sinne von Art. 103 OR stützen könnte, ist zweifelhaft, kann aber, wie zu zeigen sein wird, offen bleiben. Selbst wenn diese Anwaltskosten gerechtfertigt, notwendig und angemessen wären, ist erforderlich, dass sie *nicht* von einer allfälligen Parteientschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO umfasst werden, worauf zunächst einzugehen ist. In der Klagebegründung führt die Klägerin zu dieser Abgrenzung lediglich aus, es sei der Aufwand bis zum 20. Mai 2015, dem Zeitpunkt der Besprechung mit I. \_\_\_\_\_ und Q. \_\_\_\_\_, zu entschädigen, da bis zu diesem Zeitpunkt von ihrer Seite eine einvernehmliche Lösung mit der Beklagten angestrebt worden sei. Man habe entsprechende Verhandlungen geführt und nicht an einer Klage gearbeitet (act. 1 Rz. 131). In der Replik führt die Klägerin an, es sei bei der Abgrenzung auf das "Wesen der Kosten" abzustellen. Fehle es an der thematischen Nähe zum Prozess, so sei von ausserprozessualen und damit zu entschädigenden Kosten auszugehen. Der geltend gemachte Aufwand sei mit dem Ziel erbracht worden, den Anspruch der Klägern ausserprozessual durchzusetzen, was sich auch dadurch zeige, dass die Leistungen zeitlich deutlich vor der Klageeinreichung erbracht worden seien (act. 19 Rz. 175). Es handle sich beim geltend gemachten Aufwand nur um Kosten, welche nicht im Hinblick auf die Einleitung des Prozesses entstanden seien (act. 19 Rz. 176).

Nachdem im Prinzip ebenso (kausale) Kosten im Rahmen der Prozessvorbereitung, d.h. vor Einleitung der Klage, namentlich für das Aktenstudium oder Vergleichsbemühungen, durch die Parteientschädigung abgedeckt werden, ist eine Abgrenzung schwierig. Auf die Schwierigkeit einer solchen Abgrenzung von kontinuierlich vorgenommenen anwaltlichen Leistungen hat das Bundesgericht auch in anderem Zusammenhang hingewiesen, wo die Differenzierung des Arbeitsaufwandes eines Anwalts im Hinblick auf die Vorbereitung eines Schlichtungsverfahrens und der Führung des nachfolgenden Prozesses im Zentrum stand (BGE 141 III 20 E. 5.3 = PRA 104 [2015] Nr. 85). Klar ist, dass diejenige Partei, welche einen über die Parteientschädigung hinausgehenden Schaden geltend macht, genau darzutun und überzeugende Argumente dafür zu liefern hat, weshalb die entsprechenden Kosten nicht von Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO erfasst sein sollen.

Die Klägerin bleibt in ihren Ausführungen zu vage. Zum einen fehlen nähere Angaben und Beweisofferten zu diesem behaupteten Gespräch mit I.\_\_\_\_\_ und Q.\_\_\_\_\_ vom 25. Mai 2015, sodass unklar bleibt, weshalb die Kosten genau bis zu diesem Zeitpunkt (noch) nicht von der Parteientschädigung umfasst sein sollen. Andererseits sind auch die übrigen Vorbringen wenig konkret, wobei sich immerhin noch die Argumentation entnehmen lässt, dass die Leistungen zeitlich deutlich vor Klageanhebung erbracht worden seien. Die Klage wurde am 6. November 2015, d.h. rund ein halbes Jahr nach dem ins Feld geführten Gespräch, eingereicht. Die zeitliche Komponente kann wohl generell eine Rolle spielen, hier allerdings überzeugt dieses Argument nicht, da nicht dargetan und ersichtlich ist, weshalb allein aus diesem Umstand separat zu entschädigende Anwaltskosten gegeben sein sollen.

#### 6.2.4. Fazit

Die klägerische Forderung von CHF 24'611.85 unter dem Titel "rechtliche Beratung" ist abzuweisen.

### 7. Akontozahlungen

#### 7.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Nach Ansicht der Klägerin hat die Beklagte bereits eine Akontozahlung in Höhe von insgesamt CHF 137'062.80 geleistet. Dabei handle es sich um die effektive Zahlung, es sei dabei kein Zuschlag für Mehrwertsteuern zu berücksichtigen, die Beklagte habe insbesondere nicht CHF 148'027.85 inkl. 8 % MwSt. bezahlt (act. 1 Rz. 89; act. 19 Rz. 146 u. 180).

Die Beklagte dagegen bringt vor, es seien Akontozahlungen in Höhe von insgesamt CHF 148'027.85 inkl. 8 % MwSt. (=CHF 56'010.55 [Valuta: 10. Februar 2014] + CHF 36'006.75 [7. März 2014] + CHF 56'010.55 [8. Mai 2014]) gezahlt worden, wozu sie auf einen als act. 13/48 ins Recht gelegten Beleg verweist (act. 12 Rz. 143; act. 23 Rz. 145).

## 7.2. Würdigung und Fazit

Zwar behauptet die Klägerin, sie habe als Akontozahlung effektiv einen Gesamtbetrag von CHF 137'062.80 erhalten, wie die Beklagte hingegen zu Recht ausführt, lässt sich dem Beleg act. 13/48 – wozu sich die Klägerin nicht äusserte und damit eine genügende Bestreitung fehlt – effektiv eine Gesamtzahlung von CHF 148'027.85 entnehmen. Die Parteien stimmen darin überein, dass der Betrag von CHF 148'027.85 einen Mehrwertsteuerzuschlag von 8 % enthält. Weshalb, so die Klägerin, für Akontozahlungen kein Zuschlag für Mehrwertsteuern berücksichtigt werden kann bzw. inwiefern dies hier überhaupt erheblich sein soll, ist nicht nachvollziehbar, kann dies doch später ohne Weiteres mit der Schlussrechnung respektive im Rahmen der Berechnung der Mehrwertsteuerbeträge berücksichtigt werden. Selbst die klägerischen Akontorechnungen sehen im Übrigen in Übereinstimmung mit Ziff. 4 der Werkverträge einen Endbetrag *inkl. MwSt.* von 8 % vor (vgl. act. 3/44-45). Massgeblich ist der bis im Mai 2014 effektiv bezahlte Gesamtbetrag von CHF 148'027.85 betreffend Akontozahlungen, welcher zu berücksichtigen ist.

## 8. Forderungen der Beklagten

### 8.1. Baustellencontainer

#### 8.1.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Nach Ansicht der Beklagten sei zwischen den Parteien die Nutzung eines Baustellencontainers gegen eine monatliche Vergütung von CHF 1'200.– vereinbart worden, wofür sie als vertragliche Grundlage Ziffer 4.10.2 der "Projektspezifischen Bedingungen" anführt. Weiter führt sie u.a. das Übergabeprotokoll vom 18. November 2013, Ziffer 14 des Vergabeverhandlungsprotokolls sowie diverse Rechnungen an und macht schliesslich einen Totalbetrag von CHF 9'720.– geltend (act. 12 Rz. 36 f. und 186; act. 23 Rz. 63; act. 3/4-5; act. 13/31-40).

Gemäss Klägerin könne keine Rede davon sein, dass die Parteien übereingekommen sein sollen, dass die Nutzung eines Doppelcontainers mit monatlich CHF 1'200.– zu vergüten sei. Die projektspezifischen Bedingungen stellten einsei-

tige Bedingungen der Beklagten dar, bezüglich welcher die Klägerin keinerlei Mitspracherecht gehabt hätte und nichts hätte abändern können (act. 19 Rz. 50). Daneben, dass sie den Doppelcontainer nicht hätte mieten wollen, hätte die Beklagte zum Zeitpunkt der fraglichen Rechnungsstellung die klägerischen Akontorechnungen noch nicht beglichen, weshalb ihr ohnehin die Einrede der Verrechnung offen gestanden wäre (act. 19 Rz. 51).

#### 8.1.2. Würdigung und Fazit

Anhand der von der Beklagten ins Recht gelegten Unterlagen lässt sich ohne Weiteres die Vereinbarung der Nutzung eines Baustellencontainers für monatlich CHF 1'200.– erschliessen (vgl. act. 3/4 und 3/5 [Vergabeverhandlungsprotokoll: Ziffer 14 und Projektspezifische Bedingungen: Ziffer 4.10.2]; act. 13/31-40). Die Klägerin bringt weder zur vertraglichen Grundlage noch zur Nutzung des Baustellencontainers von November 2013 bis Juni 2014 etwas Stichhaltiges vor. Somit ist eine Forderung der Beklagten in Gesamthöhe von CHF 9'720.– betreffend Baustellencontainer ausgewiesen und verrechnungsweise zu berücksichtigen.

#### 8.2. G.\_\_\_\_\_ und R.\_\_\_\_\_

##### 8.2.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Beklagte führt aus, in unmittelbarer Folge zum Vertragsrücktritt habe sie zur Fertigstellung der Arbeiten und zur Mängelbeseitigung die G.\_\_\_\_\_ GmbH beigezogen, welche zwischen dem 25. Juni 2014 und dem 5. Juli 2014 tätig gewesen sei und ihr einen Betrag von insgesamt CHF 82'080.– in Rechnung gestellt habe (act. 12 Rz. 30 u. 54; act. 13/23-25). Weiter habe es die Klägerin unterlassen, so die Beklagte, die Baustelle auf die Vertragsbeendigung hin (täglich) zu reinigen und zu räumen. Sie habe deshalb selber die R.\_\_\_\_\_ mit den entsprechenden Arbeiten beauftragt, welche am 30. Juni 2014 erfolgt seien und mit CHF 800.– in Rechnung gestellt worden seien (act. 12 Rz. 31; act. 23 Rz. 56).

Für diese Drittkosten der G.\_\_\_\_\_ GmbH und der R.\_\_\_\_\_ will die Beklagte insgesamt einen Betrag von CHF 126'353.95 inkl. 16 % "Eigenaufwand" (=CHF 17'428.13) eventualiter zur Verrechnung bringen (act. 12 Rz. 32, Rz. 51 u.

187; act. 23 Rz. 57). Duplicando brachte die Beklagte vor, sie habe insgesamt bereits CHF 65'607.70 an die G.\_\_\_\_\_ GmbH bezahlt, wobei die verbleibende Differenz von CHF 42'454.13 derzeit noch offen und im Streit sei. Allerdings belaste der Forderungsbetrag die Passiven und sei deshalb ebenfalls als Schaden anzusehen. (act. 23 Rz. 54).

Die Klägerin bestreitet, dass die G.\_\_\_\_\_ GmbH Nachbesserungsarbeiten im Betrag von CHF 25'981.83 erbracht haben soll. Wenn man sich den vorgebrachten Leistungsbeschrieb anschaut, so falle auf, dass insbesondere Wände und Durchbrüche geschlossen worden seien, was jedoch nicht auf einen zu behebenden Mangel zurückzuführen sei, sondern auf die frühzeitige Vertragsauflösung und das Werk folglich noch nicht vollendet war; ein nicht vollendetes Werk dürfe nicht mit einem mangelhaften Werk verwechselt werden. Weiter behaupte die Beklagte nicht einmal, dass sie die Forderung der G.\_\_\_\_\_ GmbH überhaupt bezahle habe (act. 19 Rz. 41). Abgesehen davon, dass das unvollendete Werk vorliegend nicht mangelhaft gewesen sei, sei zu beachten, dass die Beklagte mit respektive nach der Ablieferung des Werkes, welche durch die vorzeitige Auflösung der Werkverträge ersetzt worden sei, die Nachbesserung von der Klägerin hätte verlangen müssen, was sie nicht getan habe (act. 19 Rz. 71). Punkto der geltend gemachten Reinigungskosten wendet die Klägerin ein, es sei ihr gar nicht möglich gewesen, die Baustelle zu reinigen und zu räumen, da die Beklagte ihr befohlen gehabt habe, sämtliche Arbeiten sofort niederzulegen und ihr andererseits daraufhin den Zutritt zur Baustelle verboten habe. Die bestrittenen Reinigungs- und Räumungsarbeiten erschienen zudem sehr unwahrscheinlich, da die Bauarbeiten noch gar nicht abgeschlossen gewesen seien (act. 19 Rz. 43). Abschliessend bestreitet die Klägerin den von der Beklagten geltend gemachten "16 % Eigenaufwand", welcher von ihr gar nicht begründet werde (act. 19 Rz. 44 u. 67).

### 8.2.2. Rechtliches

Zur Abgrenzung der Anspruchsgrundlagen von Art. 366 Abs. 2 OR und Art. 368 Abs. 2 OR ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung darauf abzustellen, ob das *Werk abgeliefert* wurde oder nicht (Urteil des Bundesgerichts 4A\_319/2017 vom 23. November 2017 E. 2.3.1.; vgl. auch ZINDEL/PULVER/SCHOTT, in: Basler

Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 3 zu Art. 367 OR; ferner ROGER BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, 2007, N. 222 unter Hinweis auf BGE 117 II 259 E. 2a). Für die Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR ist eine *mangelhafte* (i.S. Art. 368 OR) oder sonst *vertragswidrige* Erstellung vorausgesetzt; die Beweislast trägt der Besteller (PETER GAUCH, a.a.O., N. 875 ff.; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 32 u. 43 zu Art. 366 OR; JÜRIG NIKLAUS, Das Recht auf Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR, N. 2.5 ff.). Gegenstand der Ersatzvornahme ist die Verbesserung, allenfalls zusätzlich die Vollendung des – angefangenen, in Arbeit befindlichen – Werks (ALFRED KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, 2015, N. 417). Art. 366 Abs. 2 OR gewährt dem berechtigten Besteller einen Anspruch auf *Aufwendungsersatz*, was keinen Schadenersatz darstellt (BGE 141 III 257 E. 3.3; PETER GAUCH, a.a.O., N. 871 unter Verweis auf BGE 126 III 233; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 39 zu Art. 366 OR; JÜRIG NIKLAUS, a.a.O., N. 3.6; THEODOR BÜHLER, Der Werkvertrag Art. 363-379 OR, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1998, N. 73 zu Art. 366 OR). Anspruch hat er auf Ersatz der Verbesserungskosten, die er nach pflichtgemäsem Ermessen aufwendet, um den vertraglichen Zustand des Werkes selber oder durch einen Dritten herbeizuführen. Soweit die anfallenden Kosten feststehen, so stellt sich die Frage, in welchem Umfang der Besteller dieselben auf den Unternehmer überwälzen kann. Die anfallenden Kosten müssen dabei (i) vermögenswirksam sein, wobei weder auf die Fälligkeit noch die tatsächliche Begleichung durch Bezahlung hinsichtlich des Ersatzunternehmers abgestellt wird, (ii) diese müssen unfreiwillig und zweckgebunden sein (PETER GAUCH, a.a.O., N. 871; JÜRIG NIKLAUS, a.a.O., N. 3.12 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4C.299/1996 vom 19. November 1996 E. 2b [erwähnt in: AJP 1997 S. 1027]). Der Anspruch auf Kostenersatz besteht nur für den dem Zweitunternehmer *geschuldeten* Werklohn (ALFRED KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, 2015, N. 437). Nach umstrittener Meinung kann der Besteller daneben für seine eigene Arbeit, wenngleich nach Art. 366 Abs. 1 OR, ein Entgelt verlangen (JÜRIG NIKLAUS, a.a.O., N. 3.28).

### 8.2.3. Würdigung und Fazit

Zur Begründung ihrer (eventualiter) geltend gemachten Forderungen bezüglich der Leistung der Ersatzunternehmerin G.\_\_\_\_\_ GmbH stützt sich die Beklagte auf Art. 366 Abs. 2 OR (vgl. bspw. act. 12 Rz. 46 ff.; act. 23 Rz. 83). Die Klägerin bestreitet u.a., dass von der G.\_\_\_\_\_ GmbH überhaupt potentiell zu entschädigende Arbeiten geleistet worden seien und sinngemäss, dass die Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR ausser Betracht falle, da das Werk schon als abgeliefert gelte. Angesichts der Arbeiten, für welche sie die Kosten auf die Klägerin überwälzen möchte, verweist die Beklagte u.a. auf den von der G.\_\_\_\_\_ GmbH in Rechnung gestellten Materialaufwand sowie fünf Regierapporte (act. 12 Rz. 30). Nach eigener Darstellung der Beklagten (act. 12 Rz. 30) betrafen die Leistungen der Rapporte Nr. 00001-00003: "*UG+OG: Wände schliessen, Verspachteln/Durchbrüche schliessen + Silicon setzen + Verputzarbeiten Wände ergänzen*", die Leistungen von Rapport Nr. 00004: "*Wände ändern + Spachteln + Schliessen*" und die Leistungen von Rapport Nr. 00005: "*Wände schliessen + Verputzen*"; mehr geht im Übrigen nicht aus den ins Recht gelegten Rechnungen und Rapporten hervor (vgl. act. 13/24-25). Betreffend "Materialaufwand" lässt sich der ins Recht gelegten Rechnung wörtlich entnehmen: "*2.Akkonto Materialkosten*" (act. 13/23). Damit fehlen erforderliche Darstellungen zu den geltend gemachten Arbeiten. Die Beklagte verknüpft denn auch v.a. nicht die behauptetermassen von der G.\_\_\_\_\_ GmbH geleisteten Arbeiten konkret mit allfälligen von der Klägerin zu vertretenden mangelhaft oder vertragswidrig erbrachten oder nicht erbrachten Werkleistungen, was zwingend nötig gewesen wäre (vgl. Art. 366 Abs. 2 OR). Aufgrund der unzureichenden und pauschalen Behauptungen der Beklagten, lässt sich gar nicht prüfen, inwiefern es sich bei den von ihr angeführten Arbeiten Dritter um Arbeiten handelt, welche auf die Klägerin überwälzt werden könnten. Vereinfacht gesagt lässt sich das pflichtgemässe Ermessen der Beklagten nicht beurteilen.

Gleichermassen in einem weiteren Punkt fehlen notwendige Ausführungen, wenn die Beklagte einen sog. Eigenaufwand von 16 % geltend macht, sich indessen pauschal darauf stützt, dieser Eigenaufwand sei: "*in Folge der [...] vorzeitigen Vertragsbeendigung (und namentlich durch die dadurch erforderliche Leistungs-*

*abgrenzung, die Suche und die Beauftragung eines Drittunternehmers) entstanden."* und weiter bloss vorbringt: *"Für ihre eigenen Umtriebe steht der Beklagten eine angemessene Entschädigung zu, welche sie mit 16 % der Rechnungsbeträge bezifferte"* (act. 23 Rz. 57). Nachdem die Beklagte schon der Substantiierungspflicht nicht genügt, können damit verschiedene Fragen offen bleiben – u.a. ob hier das Werk effektiv abgeliefert wurde im Sinne von Art. 366 Abs. 2 OR (vgl. zu dieser Frage Urteil des Bundesgerichts 4A\_319/2017 vom 23. November 2017 E. 2.3.1.).

Zumindest im Umfang von CHF 42'454.13 ist die beklagtische Forderung noch aus einem weiteren Grund nicht erstellt. So ist die Forderung nach Ansicht der Beklagten selber gegenüber der G.\_\_\_\_\_ GmbH im Umfang von insgesamt CHF 42'454.13 *"offen"* bzw. *"steht im Streit"*. Genauer hierzu wurde nicht dargelegt. Ob diesbezüglich überhaupt tatsächlich Kosten, und wenn ja, wieviel, anfallen, ist offensichtlich zur Zeit unbekannt, wurde jedenfalls von der Beklagten nicht konkret behauptet (analog zum Vorschuss der mutmasslichen Kosten: BGE 128 III 416 E. 4.2.2; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, 2015, N. 443 ff.). Zusammengefasst ist die von der Beklagten für die Leistungen der G.\_\_\_\_\_ GmbH (eventualiter) geltend gemachte Forderung *nicht* gegeben und *nicht verrechnungsweise zu berücksichtigen*.

Die klägerische Argumentation bezüglich der Reinigungskosten in Höhe von CHF 800.– beschlägt im Wesentlichen zwei Punkte: einerseits, dass es ihr [der Klägerin] gar nicht mehr möglich gewesen sei, die Baustelle zu reinigen und andererseits, dass sie es für unwahrscheinlich halte, dass eine Reinigung und Räumung durch Dritte überhaupt vorgenommen wurde (act. 19 Rz. 43). Insbesondere nicht bestritten ist damit, dass erstens eine Pflicht zur (täglichen) Reinigung und Räumung bestand, welche zweitens von ihr nicht erfüllt wurde. Die von der Klägerin angeführten Argumente, dass die Vornahme der Reinigung und Räumung unwahrscheinlich scheint, ist nicht nachvollziehbar. Auch die weiteren klägerischen Behauptungen, welche bei genauer Betrachtung lediglich Mutmassungen darstellen, vermögen nicht zu überzeugen. Die Beklagte demgegenüber hat einen passenden Arbeitsrapport der R.\_\_\_\_\_ ins Recht gelegt (vgl. act. 13/26). Die beklag-

tische Forderung in Höhe von CHF 500.– betreffend Reinigung und Räumung ist ausgewiesen und verrechnungsweise zu berücksichtigen.

### 8.3. Baureklame

#### 8.3.1. Parteistandpunkte

Die Beklagte veranschlagt am Ende noch, unter Hinweis auf Ziff. 3.1 der Werkverträge vom 16./17. Oktober 2013, einen Betrag von CHF 300.– unter dem Titel "Baureklame" (act. 12 Rz. 180 f.; act. 23 Rz. 173; act. 3/4-5). Die Klägerin bestreitet einen solchen Abzug und bringt vor, dies entbehre einer Grundlage (act. 19 Rz. 180).

#### 8.3.2. Würdigung und Fazit

Der von der Beklagten angeführten Stelle im Vertrag Ziff. 3.1 lässt sich die Position "Baureklame" und ein Betrag von CHF 300.– entnehmen (act. 3/5). Auf diese vertragliche Grundlage geht die Klägerin mit keinem Wort ein, sodass der Anspruch als nicht bestritten gelten muss und folglich zusätzlich CHF 300.– verrechnungsweise zu berücksichtigen sind.

### 8.4. Zusammenfassung Forderungen der Beklagten

Drei von der Beklagten geltend gemachte Forderungen ("Baustellencontainer": CHF 9'720.–; "Reinigung/Räumung": CHF 500.–; "Baureklame: CHF 300.–) haben sich erwiesen, sodass ein Gesamtbetrag von CHF 10'520.– verrechnungsweise zu berücksichtigen ist.

## 9. Übersicht der Forderungen der Parteien

### 9.1. Erstellte klägerische Forderungen

In einem ersten Schritt sind die ausgewiesenen bzw. anerkannten Forderungen der Klägerin gegenüber der Beklagten zusammenzufassen (jeweils inkl. MwSt.):

- Gipserarbeiten (UG und EG): CHF 197'897.–

- Verputzarbeiten: CHF 12'676.–
- Regiearbeiten: CHF 11'443.–

Die erstellten klägerischen Forderungen betragen gesamthaft CHF 222'016.–.

## 9.2. Verrechnungsforderung und Akontozahlung der Beklagten

Von der klägerischen Forderung von CHF 222'016.– sind die Verrechnungsforderung von gesamthaft CHF 10'520.– sowie die bereits geleistete Akontozahlung von CHF 148'027.85 abzuziehen (=CHF 63'468.–).

## 9.3. Fazit

Der Klägerin ist zusammengefasst ein Betrag von CHF 63'468.– (=CHF 222'016.– ./. CHF 10'520.– ./. CHF 148'027.85) zuzusprechen. Im restlichen Umfang ist die Klage abzuweisen.

## 10. Verzugszinsen

### 10.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Klägerin fordert auf sechs Forderungsbeträge einen Verzugszins zu 5 % ab verschiedenen Zeitpunkten (Rechtsbegehren-Ziff. 1 und act. 1 Rz. 118 ff.). Für die speziellen Gipserarbeiten (CHF 46'808.80) habe die Zahlungsfrist gemäss Ziff. 4 Abs. 2 des Werkvertrags vom 17. Oktober 2013 (vgl. act. 3/5) am 10. Mai 2014 zu laufen begonnen und nach 60 Tagen, mithin am 8. Juli 2014, geendet, womit gestützt auf Art. 102 Abs. 2 OR ab dem 9. Juli 2014 ein Verzugszins von 5 % geschuldet sei (act. 1 Rz. 112; act. 3/5 und 3/8; act. 3/44). Für die Akontorechnung vom 5. Juni 2014 betreffend Gipserarbeiten von CHF 25'204.74 sei ab dem 9. August 2014 ein Verzugszins geschuldet. Da unbestritten sei, dass sie zahlreiche Leistungen erbracht habe, bestehe ein Anspruch auf Akontozahlung und es sei ein Verzugszins geschuldet (act. 19 Rz. 78; act. 3/45). Weiter sei für die drei Rechnungen vom 7. Juli 2014 (Schlussrechnung) abzüglich der Akontogesuche von noch CHF 203'770.65 ab dem 8. September 2014 Verzugszins geschuldet (act. 1 Rz. 112, 121 f.; act. 3/26; act. 3/44-45). Für den Betrag von CHF 9'512.45

gemäss Rechnung vom 9. Juli 2014 verlangt die Klägerin einen Verzugszins ab dem 9. Oktober 2014 (act. 1 Rz. 112; act. 3/27). Die Forderung eines Verzugszinses auf dem Betrag von CHF 24'611.85 seit 7. August 2015 beschlägt die geltend gemachten vorprozessualen Anwaltskosten (act. 1 Rz. 111). Schliesslich behauptet die Klägerin für sog. "kleinere Arbeiten" (CHF 10'559.75) einen Zinsenlauf ab Klageeinleitung (act. 1 Rz. 113).

In ihrer Replik weist die Klägerin weiter darauf hin, dass die Beklagte den Umstand ausser Acht lasse, dass die Werkverträge vorzeitig von ihr aufgelöst worden seien, wodurch die Fälligkeit der Schlussrechnungen automatisch herbeigeführt worden sei bzw. bis zur Rechnungsstellung hinausgeschoben wird (act. 19 Rz. 79). Bei den Schlussrechnungen vom 7./9. Juli 2014 handle es sich um überprüfbare Rechnungen. Die Beklagte indessen habe die Schlussrechnungen pauschal, aufgrund angeblich fehlender Unterlagen, zurückgewiesen, wobei sie sich zu lange Zeit gelassen (Art. 154 Abs. 2 SIA-Norm 118 [1977/91]) und damit signalisiert habe, dass sie nicht gewillt sei, etwas zu bezahlen (act. 19 Rz. 80 u. 173). Aus Ziff. 2 S. 4 der Werkverträge ergebe sich, dass die Werkvertragsurkunde den "Generellen Bedingungen" vorgehe. Aus diesem Grund sowie dem Umstand der vorzeitigen Vertragsauflösung und unter Berücksichtigung der Ungewöhnlichkeitsregel komme Ziff. 7.3.5 der "Generellen Bedingungen" nicht zum Tragen (act. 19 Rz. 172).

Die Beklagte ihrerseits beruft sich auf Ziff. 4 der Werkverträge vom 16. bzw. 17. Oktober 2013 und führt u.a. an, es seien nur Leistungen akontozahlungsbe-rechtigt, welche im Zeitpunkt der Rechnungsstellung bereits erbracht worden seien (act. 12 Rz. 61; act. 3/4-5). Aufgrund des ausgewiesenen Leistungsverzugs der Klägerin seien die Akontozahlungsgesuche gar nie zur Zahlung fällig geworden (act. 12 Rz. 62). Weiter stützt sich die Beklagte auf Ziff. 7.3.2 bzw. 7.3.5 der "Generellen Bedingungen" und bringt vor, diese notwendigen Voraussetzungen für die Fälligkeit der Schlussrechnungen vom 7. Juli 2014 (act. 3/26) seien nicht erfüllt, da die Klägerin es unterlassen habe, die eingeforderten Nachweise, Abrechnungsbelege und namentlich Gewährleistungsgarantie beizufügen (act. 12 Rz. 63 f. sowie Rz. 169; act. 23 Rz. 86). Die Vereinbarung über die Fälligkeit der

Schlussrechnung gelte auch im Falle eines Vertragsrücktritts des Bestellers (act. 23 Rz. 87). In ihrer Duplik wendet die Beklagte sodann ein, Ziff. 4 der Werkverträge enthalte keine Regelung zur Fälligkeit der Schlussrechnung, verbindlich sei vielmehr die Regelung in Ziff. 7.3.5 der "Generellen Bedingungen" (act. 23 Rz. 169).

## 10.2. Rechtliches

Voraussetzung für die Zusprechung von Verzugszins ist laut Art. 104 Abs. 1 OR, dass der Schuldner mit der Zahlung des geschuldeten Betrages in Verzug geraten ist (BGE 130 III 591 E. 3). Der Schuldnerverzug setzt voraus, (i) die Fälligkeit der Obligation, (ii) eine Mahnung oder einen bestimmten Verfalltag sowie (iii) das Fehlen verzugsbeseitigender bzw. -ausschliessender Gründe (WOLFGANG WIEGAND, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 3 zu Art. 102 OR; BGE 143 II 37 E. 5.2.2; vgl. SCHUMACHER/KÖNIG, a.a.O., N. 283a ff.). Die Fälligkeit wiederum bestimmt sich grundsätzlich nach Art. 75 OR, im Werkvertragsrecht nach Art. 372 OR bzw. Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118 [1977/91] respektive den abweichenden Abreden (PETER GAUCH, a.a.O., N. 1151 ff.; GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 190 N. 5). Wird der Werkvertrag vorzeitig aufgelöst, so wird der Anspruch u.U. mit der Auflösung fällig (PETER GAUCH, a.a.O., N. 1156). Die Mahnung ist eine an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, die zum Ausdruck bringt, dass er die Leistung ohne Säumnis verlangt; wenn zu viel verlangt wird, ist sie immerhin für den geschuldeten Betrag wirksam (BGE 129 III 535 E. 3.2.2; BGE 143 II 37 E. 5.2.2;). Als Mahnung gilt auch bspw. die Erhebung einer Leistungsklage (WOLFGANG WIEGAND, a.a.O., N. 6 zu Art. 102 OR mit Verweis auf BGE 56 II 220 und BGE 130 III 597). Allenfalls kann auf die Mahnung verzichtet werden, so wenn ein Verfalltag vereinbart ist, infolge einer Kündigung oder wenn der Schuldner unmissverständlich erklärt, dass er nicht leisten werde (WOLFGANG WIEGAND, a.a.O., N. 10 f. zu Art. 102 OR). Die Beweislast für die Verzugsvoraussetzungen trägt der Gläubiger (WOLFGANG WIEGAND, a.a.O., N. 15 zu Art. 102 OR).

### 10.3. Würdigung und Fazit

Vorweg erübrigt sich für zwei der insgesamt sechs geforderten Teilbeträge (CHF 9'512.45 gemäss Rechnung vom 9. Juli 2014 und CHF 24'611.85 für Anwaltskosten) die Prüfung eines Verzugszinses, da bereits die zugrundeliegenden Ansprüche abzuweisen sind (vgl. oben Ziff. 6.1.3. bzw. 6.2.3.). In Bezug auf Verzugszinse für den dritten geltend gemachten Teilbetrag von CHF 10'559.75 bezüglich "*kleinere Arbeiten*" (act. 1 Rz. 113) wird weder ausgeführt noch wäre erkennbar, um welche Arbeiten es sich dabei überhaupt handeln solle; dies vermag der Begründungspflicht nicht zu genügen und ist entsprechend abzuweisen. Somit bleiben von den sechs geforderten Teilbeträgen noch die zwei Akonto- und die Schlussrechnung zu prüfen. Hinsichtlich der Fälligkeit der Akontozahlungen führt die Beklagte im Wesentlichen Ziff. 4 der Werkverträge ins Feld und bestreitet, dass erbrachte (akontoberechtigte) Leistungen vorgelegen hätten. Dass Ziff. 4 diese vertragliche Voraussetzung statuiert, wird von der Klägerin nicht in Frage gestellt. Das Akontogesuch Nr. 4 vom 28. April 2014 (act. 3/44) betrifft die Arbeitsausführung vom November 2013 bis April 2014 und führt für bisher geleistete Arbeiten eine Forderungssumme von CHF 243'500.– auf. Das Akontogesuch Nr. 1 vom 05. Juni 2014 betrifft die Arbeitsausführung April und Mai 2014 und führt eine Forderungssumme von CHF 31'500.– auf (act. 3/45). Näheres zur zeitlichen Übersicht der geleisteten Arbeiten lässt sich nicht entnehmen, gleichwohl hat sich ergeben, dass alle geleisteten Arbeiten spätestens vor dem 21. Juni 2014 erfolgt sind (vgl. oben Ziff. 3.2. und 3.3.5.). Bereits erstellt ist, dass von der Beklagten bis Mai 2014 unter dem Titel Akontozahlungen ein Gesamtbetrag von CHF 148'027.85 geleistet worden ist (vgl. oben Ziff. 7.2.). Weiter ausgewiesen ist, dass im Rahmen von Gipserarbeiten Arbeiten für einen Gesamtbetrag von CHF 197'897.– geleistet worden sind (vgl. oben Ziff. 4.6.). Nach Berücksichtigung der angezeigten Abzüge (16 % Rabatt, 2 % Skonto, 10 % Rückbehalt) – analog zu den im Recht liegenden Akontogesuchen (vgl. act. 3/44-45) – ergibt dies einen Betrag von rund CHF 146'618.–. Weil dieser Forderungsbetrag schon tiefer liegt als die erwiesenermassen damals geleisteten Akontozahlungen (CHF 146'618.– vs. CHF 148'027.85) entfällt bereits die Möglichkeit einen entsprechenden Verzugszins zu berechnen.

Zur Schlussrechnung: Wie die Beklagte zu Recht einwendet, findet Ziff. 4 des Werkvertrages nach ihrem Wortlaut keine Anwendung auf Schlussrechnungen. Einschlägig ist hingegen u.a. Ziff. 7.3.5 der "Generellen Bedingungen". Auch nach der klägerischen Meinung wird die Fälligkeit*wirkung* und damit in erster Linie die Verzugszinspflicht – trotz der allenfalls bereits eingetretenen Fälligkeit der Vergütung infolge (vorzeitiger) Vertragsauflösung (siehe Urteil des Bundesgerichts 4A\_439/2014 vom 16. Februar 2015 E. 8.2.) – bis zur ordnungsgemässen Rechnungsstellung hinausgeschoben (act. 19 Rz. 79 unter Hinweis auf PETER GAUCH, a.a.O., N. 1160). Von der Klägerin wird weder nachvollziehbar dargelegt, dass die vereinbarten Modalitäten (vgl. Ziff. 7.3.5 i.V.m. 7.3.2 und Ziff. 10.2) hier nicht zum Tragen kommen sollen noch behauptet sie ausdrücklich, dass sie diese eingehalten hätte. Der auf den Teilbetrag von CHF 203'770.65 geforderte Verzugszins entfällt.

Nachdem sich zusammengefasst die geltend gemachten diversen Zeitpunkte für einen Verzugszins nicht erstellen liessen, ist mindestens auf den Zeitpunkt der Klageanhebung am 6. November 2015 abzustellen und ein Verzugszins ab 7. November 2015 geschuldet (siehe WOLFGANG WIEGAND, a.a.O., N. 6 zu Art. 102 OR mit Verweis auf BGE 56 II 220 und BGE 130 III 597).

#### 11. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

**(a.)** Zuerst hat sich ergeben, dass die von der Klägerin geltend gemachte Gesamtforderung in Höhe von CHF 56'303.72 für die Nachträge 1-3 nicht besteht (Ziff. 2.3.). **(b.)** Weiter hat sich ergeben, dass zumindest der Tatbestand von Art. 366 Abs. 1 OR gegeben war, als die Beklagte von den Verträgen zurückgetreten ist; klägerische Ansprüche gestützt auf Art. 377 OR fallen damit ausser Betracht, u.a. ist auch die klägerische Forderung betreffend "Deckenbekleidung" von CHF 9'795.80 abzuweisen (Ziff. 3.6.). **(c.)** Auf das von der Klägerin angeführte Ausmass kann nicht abgestellt werden, massgeblich ist vielmehr das von der Beklagten anerkannte Ausmass (Ziff. 4.1.4.). **(d.)** Erstellt ist, dass sich die Parteien auf einen sog. Systemwechsel (Gipsplatten "S.\_\_\_\_\_" anstelle "T.\_\_\_\_\_" ) zu denselben Preisen geeinigt haben (Ziff. 4.2.5.). **(e.)** Für Gipsarbeiten im UG und EG ist eine Vergütungsforderung von CHF 197'897.– gegeben (Ziff. 4.6.). **(f.)** Für

Verputzarbeiten ist eine Vergütung von CHF 12'676.– geschuldet (Ziff. 4.7.5.). **(g.)** Für Regiearbeiten ist eine Vergütung von CHF 11'443.– ausgewiesen (Ziff. 5.4.). **(h.)** Die unter dem Titel "Diverse zusätzliche Aufwendungen" geltend gemachten Forderungen sind abzuweisen (Ziff. 6.1.4.). **(i.)** Die unter dem Titel "rechtliche Beratung" geforderte Vergütung von CHF 24'611.85 ist abzuweisen (Ziff. 6.2.4.). **(j.)** Im Weiteren hat sich ergeben, dass die Beklagte Akontozahlungen in Gesamthöhe von CHF 148'027.85 geleistet hat (Ziff. 7.2.). **(k.)** Von den von der Beklagten geltend gemachten Forderungen, ist ein Betrag von CHF 10'520.– *verrechnungsweise* zu berücksichtigen (Ziff. 8.4.). **(l.)** All dies führt zu einer Vergütungsforderung von CHF 63'468.– zugunsten der Klägerin (Ziff. 9.3.). **(m.)** Zusammengefasst ist der Klägerin ein Betrag von CHF 63'468.– zzgl. Zins zu 5 % seit dem 7. November 2015 zuzusprechen (Ziff. 10.3.).

### **III. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

#### 1. Gerichtskosten

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess festzulegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Klägerin obsiegt im Betrag von CHF 63'468.– und unterliegt im Betrag von CHF 257'000.24 (CHF 320'468.24 ./ CHF 63'468.–). Somit obsiegt die Klägerin zu rund 20 % und unterliegt zu rund 80 %.

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Die Gerichtsgebühr richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der massgebende Streitwert beträgt CHF 320'468.24. Die Gerichtsgebühr ist angesichts des überdurchschnittlichen Aufwandes und der umfangreichen Rechtsschriften auf rund CHF 30'000.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2 GebV OG). Die Kosten des Verfahrens sind demnach zu rund 80 % (CHF 24'000.–) der Klägerin und zu rund 20 % (CHF 6'000.–) der

Beklagten aufzuerlegen. Die Kosten sind vorab teilweise aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss (CHF 17'200.–) zu decken.

## 2. Parteientschädigungen

Bei teilweisem Obsiegen erfolgt gleichermassen die Zusprechung einer Parteientschädigung nach den Regeln von Art. 106 Abs. 2 ZPO, d.h. die gegenseitigen Entschädigungspflichten sind einander in Bruchteilen gegenüberzustellen und bis zum kleineren Bruchteil zu verrechnen. Die Obsiegensquoten sind dabei auch zu verrechnen, wenn nur eine der Parteien anwaltlich vertreten ist (HANS SCHMID, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 4. Aufl. 2014, N. 4 zu Art. 106 ZPO). Dies bedeutet, dass – unabhängig von der effektiv zuzusprechenden Parteientschädigung – vorab die Quoten des Obsiegens zu verrechnen sind und nur dort effektiv die Zusprechung einer Parteientschädigung in Betracht kommt, wo nach Verrechnung ein Überschuss vorhanden ist. Die Klägerin obsiegt zu rund 20 % und die Beklagte zu rund 80 %. Verrechnet man die prozentualen Ansprüche der Parteien auf eine Parteientschädigung, so erhält die Beklagte noch rund 60 % einer allfälligen Parteientschädigung, die Klägerin erhält zufolge Verrechnung der Obsiegensquoten keine Parteientschädigung.

Zu berücksichtigen ist, dass die Beklagte nur teilweise anwaltlich vertreten war. Hinsichtlich der teilweisen Prozessvertretung durch einen hauseigenen Anwalt würde lediglich die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO in Betracht kommen. Diesbezüglich fehlt aber bereits die notwendige Begründung der Beklagten (siehe Urteil des Handelsgerichts HG150238 vom 5. April 2017 E. 4.2.), womit keine Umtriebsentschädigung geschuldet ist. In Bezug auf die teilweise anwaltliche Vertretung ist die Beklagte entsprechend zu entschädigen.

Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Aufgrund des Streitwertes von CHF 320'468.24 sowie in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 11 Abs. 1 und 2 sowie § 12 Abs. 2 AnwGebV und unter Berücksichtigung

der Verrechnung der Obsiegsquoten auf noch 60 % beträgt die Parteientschädigung rund CHF 8'000.–. Die Zusprechung eines Mehrwertsteuerzuschlages wurde von der Beklagten nicht beantragt. Der Beklagten ist eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 8'000.– zu bezahlen.

**Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 63'468.– zuzüglich Verzugszinsen von 5 % seit dem 7. November 2015 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 30'000.–.
3. Die Kosten werden zu 80 % (CHF 24'000.–) der Klägerin und zu 20 % (CHF 6'000.–) der Beklagten auferlegt und teilweise vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss (CHF 17'200.–) gedeckt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 8'000.– 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 320'468.24.

Zürich, 26. Juni 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Christian Markutt