



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, Oberrichter Dr. Daniel Schwander, Handelsrichter Ruedi Kessler, Michael Küttel und Christoph Pfenninger sowie Gerichtsschreiber Jan Busslinger

## Urteil vom 12. Oktober 2020

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X2.\_\_\_\_\_

gegen

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

Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y2.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren Klage:**

(act. 1 S. 2)

" Die Beklagte sei zur Zahlung von CHF 998'580.99 zzgl. Zins von 5% seit 18. Januar 2016 zu verpflichten.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

**Rechtsbegehren Widerklage:**

(act. 12 S. 2)

- " 1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Die Klägerin und Widerbeklagte sei widerklageweise zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin CHF 30'812.35 inkl. MWSt. zuzüglich 5 % Zins seit 7. August 2015, eventualiter CHF 140'812.35 inkl. MWSt. zuzüglich 5 % Zins auf CHF 22'012.35 seit 2. Juli 2015 und zuzüglich 5 % Zins auf CHF 118'800.00 seit 7. August 2015, [zu] bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWSt.) zu Lasten der Klägerin und Widerbeklagten."

**Rechtsbegehren Widerklagereplik:**

(act. 29 S. 2)

- " 1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Die Klägerin und Widerbeklagte sei widerklageweise zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin CHF 48'667.75 inkl. MWSt. zuzüglich 5 % Zins seit 7. August 2015, eventualiter CHF 158'667.70 inkl. MWSt. zuzüglich 5 % Zins auf CHF 22'012.35 seit 2. Juli 2015 und zuzüglich 5 % Zins auf CHF 136'655.35 seit 7. August 2015, [zu] bezahlen.
3. Die Klägerin und Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin die folgenden, mit der Überbauung «C. \_\_\_\_\_» in D. \_\_\_\_\_ im Zusammenhang stehenden Unterlagen herauszugeben:
  - Regierapporte betreffend Gipserarbeiten der E. \_\_\_\_\_ GmbH bei der Überbauung «C. \_\_\_\_\_» in D. \_\_\_\_\_
  - Tagesrapporte betreffend Gipserarbeiten der E. \_\_\_\_\_ GmbH bei der Überbauung «C. \_\_\_\_\_» in D. \_\_\_\_\_
  - Interne und externe Korrespondenz betreffend die durch die E. \_\_\_\_\_ GmbH bei der Überbauung «C. \_\_\_\_\_» in D. \_\_\_\_\_ ausgeführten Gipserarbeiten

- Abrechnungen betreffend Gipsarbeiten der E.\_\_\_\_\_ GmbH bei der Überbauung «C.\_\_\_\_\_» in D.\_\_\_\_\_
  - Protokolle betreffend Gipsarbeiten der E.\_\_\_\_\_ GmbH bei der Überbauung «C.\_\_\_\_\_» in D.\_\_\_\_\_
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWSt.) zu Lasten der Klägerin und Widerbeklagten."

### Übersicht

Sachverhalt und Verfahren .....	4
A. Sachverhalt .....	4
a. Parteien und ihre Stellung.....	4
b. Prozessgegenstand .....	4
B. Prozessverlauf.....	5
Erwägungen .....	7
1. Formelles.....	7
2. Materielles .....	7
2.1. Pauschalpreis.....	7
2.2. Mehrmengen .....	39
2.3. Nachträge.....	46
2.4. Regiearbeiten.....	70
2.5. Vormauerungen Gewerbe .....	82
2.6. Erfüllungsgarantie .....	82
2.7. Skonto .....	83
2.8. Vorfall vom 6. Februar 2015.....	83
2.9. Mangelbehebungskosten .....	85
2.10. Minderung.....	95
2.11. Verzugsschaden .....	100
2.12. Herausgabeanspruch .....	104
2.13. Ergebnis .....	105
3. Kosten- und Entschädigungsfolgen.....	107
3.1. Gebührenstreitwert.....	107
3.2. Gerichtskosten .....	108
3.3. Parteientschädigungen.....	110
4. Rechtsmittel.....	111

## **Sachverhalt und Verfahren**

### A. Sachverhalt

#### a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin und Widerbeklagte (nachfolgend: Klägerin) ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in F.\_\_\_\_\_ SZ; sie bezweckt gemäss Handelsregister den Betrieb eines Gipser- und Malergeschäftes, das Ausführen von Aussenisolationen und Umbauten, sowie den Handel mit Waren aller Art.

Die Beklagte und Widerklägerin (nachfolgend: Beklagte) ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in G.\_\_\_\_\_ ZH; ihr Zweck gemäss Handelsregister ist der Betrieb eines Bauunternehmens. Ihr Geschäftsbereich umfasst im In- und Ausland (i) die Planung, Leitung und Ausführung von Bauleistungen im Hoch- und Tiefbau für fremde und eigene Rechnung, (ii) die Entwicklung und Herstellung von Anlagen und Systemen, (iii) der Betrieb von Einrichtungen und Anlagen, welche mit dem übrigen Gesellschaftszweck im Zusammenhang stehen, (iv) die Erbringung von weiteren Dienstleistungen im Baubereich, (v) der Verleih von Baupersonal und die Vermietung von Baumaschinen und -geräten sowie (vi) die Erbringung von Dienstleistungen betreffend Verwaltung und Unterhalt von Immobilien.

#### b. Prozessgegenstand

Die Klägerin verlangt von der Beklagten gemäss Klagerechtsbegehren CHF 998'580.99 zuzüglich Zins aus offenen gebliebenem Pauschalpreis, aus zusätzlicher Vergütung für Mehrmengen, Nachträge und Regiearbeiten sowie aus weiteren Positionen betreffend das Werkobjekt Wohn- und Gewerbeüberbauung "C.\_\_\_\_\_" in D.\_\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 6, 11, 14, 15, 202; act. 24 Rz. 164; act. 3/2). Die Beklagte verlangt demgegenüber von der Klägerin nach zuletzt aufrechterhaltenem Widerklagerechtsbegehren CHF 48'667.75, eventualiter CHF 158'667.70 zuzüglich Zins aus zu hohen Akontozahlungen (act. 12 Rz. 18-20, 153, 154; act. 29

Rz. 354, 469). Dazu verlangt die Beklagte von der Klägerin widerklageweise die Herausgabe von Unterlagen (act. 29 Rz. 114).

Am 3. Dezember 2014 schlossen die Klägerin und die Beklagte den Werkvertrag Nr. 41026449 über Gipsarbeiten (BKP 271.0 Nassputz) für die Überbauung "C.\_\_\_\_\_" in D.\_\_\_\_\_ (Bauprojekt Nr. 1), welche mehr als 220 Wohnungen und diverse Ladenlokale umfasst (act. 1 Rz. 14, 15; act. 12 Rz. 28, 29; act. 3/2). Die Überbauung erstreckt sich auf die Grundstücke GBBI. 2, Kat. Nr. 3, und GBBI. 4, Kat. Nr. 5 mit je unterschiedlichen Eigentümern, wobei der Werkvertrag nicht zwischen den beiden Grundstücken unterscheidet (act. 1 Rz. 15; act. 12 Rz. 29). In Art. 5.5 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 vereinbarten die Parteien einen Bruttowerkpreis von CHF 1'272'964.96 abzüglich Rabatt von 10.00 % und Skonto von 2.00 % sowie zuzüglich MWSt. (act. 1 Rz. 16; act. 12 Rz. 30; act. 3/2).

Mit Schreiben vom 18. Januar 2016 teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie verzichte "per sofort auf die weitere Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistungen" und behielt sich die Geltendmachung des "aus der nicht rechtzeitigen bzw. nicht vertragsgemässen Erfüllung entstehenden bzw. bereits entstandenen Schadens [...] ausdrücklich vor[...]" (act. 1 Rz. 17; act. 12 Rz. 31; act. 3/6). Die rechtliche Qualifikation dieses Schreibens ist zwischen den Parteien streitig (act. 1 Rz. 17; act. 12 Rz. 31). Ferner ist in tatsächlicher Hinsicht streitig, wie weit die Arbeiten der Klägerin zu diesem Zeitpunkt beendet waren (act. 1 Rz. 18-35; act. 12 Rz. 37-48).

Die Darstellung des weiteren Sach- und Streitstands erfolgt unter den einzelnen von den Parteien geltend gemachten Positionen. Ergänzend wird auf die Rechtschriften der Parteien Bezug genommen (act. 1; act. 12; act. 24; act. 29; act. 33).

Auf die Ausführungen der Parteien ist einzugehen, soweit dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

## B. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 13. April 2018 machte die Klägerin ihre Klage beim erkennenden Gericht anhängig (act. 1; act. 2; act. 3/2-56; act. 4/1-13). Die Akten des Verfah-

rens Geschäfts-Nr. HG160231-O betreffend Bauhandwerkerpfandrecht wurden beigezogen (act. 5). Mit Verfügung vom 18. April 2018 wurde die Klageschrift der Beklagten zugestellt und der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 6). Die Klägerin bezahlte den Kostenvorschuss von CHF 31'000.00 am 25. April 2018 innert Frist (act. 8). Mit Verfügung vom 26. April 2018 wurde der Beklagten Frist zur Einreichung einer Klageantwort angesetzt (act. 9). Die Beklagte reichte ihre Klageantwort mit Eingabe vom 28. Juni 2018 innert Frist ein und erhob Widerklage (act. 11; act. 12; act. 13/2-62). Mit Verfügung vom 28. Juni 2018 wurde das Doppel der Klageantwort und Widerklage der Klägerin zugestellt und die Prozessleitung an Oberrichter Dr. Daniel Schwander delegiert (act. 14). Mit Verfügung vom 4. Juli 2018 wurde der Beklagten Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für die Widerklage angesetzt (act. 16). Die Beklagte bezahlte den Kostenvorschuss von CHF 10'500.00 am 5. September 2018 innert Frist (act. 19).

Am 16. November 2018 fand eine Vergleichsverhandlung statt, welche zu keiner Einigung führte (act. 18; Prot. S. 7 f.).

Mit Verfügung vom 19. November 2018 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, der Klägerin Frist zur Leistung eines zusätzlichen Vorschusses für die Gerichtskosten und zur Einreichung einer Replik und einer Widerklageantwort angesetzt (act. 21). Die Klägerin bezahlte den Gerichtskostenvorschuss von CHF 15'500.00 am 21. Dezember 2018 innert Frist (act. 23). Ihre Replik und Widerklageantwort reichte sie mit Eingabe vom 6. Februar 2019 innert Frist ein (act. 24; act. 25/1-3; act. 26/6.1-6.4). Mit Verfügung vom 11. Februar 2019 wurde der Beklagten die Eingabe der Klägerin vom 6. Februar 2019 zugestellt und Frist zur Einreichung einer Duplik/Widerklagereplik angesetzt (act. 27). Die Beklagte reichte ihre Duplik/Widerklagereplik mit Eingabe vom 26. April 2019 innert Frist ein (act. 29; act. 30/63-79). Mit Verfügung vom 3. Mai 2019 wurde der Klägerin die Eingabe der Beklagten vom 26. April 2019 zugestellt und Frist zur Einreichung einer Widerklageduplik angesetzt (act. 31). Die Beklagte reichte ihre Widerklageduplik mit Eingabe vom 8. Juli 2019 innert Frist ein (act. 33).

Mit Verfügung vom 29. Juni 2020 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie auf Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung (Parteivorträge, Schlussvorträge) – unter Vorbehalt der allfälligen Durchführung eines Beweisverfahrens – verzichteten (act. 35). Die Beklagte verzichtete mit Eingabe vom 8. Juli 2020 auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung (act. 37). Die Klägerin hielt mit Eingabe vom 10. Juli 2020 an der Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung fest (act. 38).

Am 12. Oktober 2020 fand die Hauptverhandlung statt (Prot. S. 15 ff.).

Nach durchgeführter Hauptverhandlung erweist sich das Verfahren als spruchreif.

## Erwägungen

### 1. Formelles

Die örtliche Zuständigkeit beruht auf Art. 31 ZPO, da die Beklagte ihren Sitz im Kanton Zürich hat. Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG. Die weiteren Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

### 2. Materielles

#### 2.1. Pauschalpreis

2.1.1. Gemäss Art. 363 OR i.V.m. Art. 38 Abs. 1, Art. 40 Abs. 1, Art. 41 Abs. 1 S. 2 SIA-Norm 118 hat der Unternehmer Anspruch auf Vergütung des vereinbarten Pauschalpreises unabhängig von der Menge.

Art. 5.5 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 enthält die folgende Vereinbarung über den Werkpreis (act. 3/2.1):

#### Pauschaler Gesamtleistungspreis

Die Vergütungen der Leistungen des Subunternehmers verstehen sich als pauschaler Gesamtleistungspreis, d.h. darin inbegriffen sind nebst allfälligen Mehrmengen/Mehraufwand für die in den Vertragsunterlagen umschriebenen Leistungspositionen auch jegliche zusätzliche Arbeiten,

Lieferungen und Nebenleistungen, die nach den anerkannten Regeln der Baukunde zur vertragsgemässen, funktions- und gebrauchstauglichen Ausführung notwendig sind. Dieser Werkpreis berechnet sich wie folgt:

Bruttowerkspreis	1'272'964.96
Rabatt 10.00 % von Brutto	-127'296.50
Skonto 2.00 %	-22'913.37
Total Werkpreis netto * (exkl. MWSt.)	1'122'755.09

zuzüglich MWSt. zu dem bei Leistungserbringung geltenden Steuersatz

\* Bei der Schlussabrechnung des Subunternehmers werden von der gesamten Netto-Abrechnungssumme (inkl. allfällig berechnete Regie- und Teuerungsrechnungen) folgende Bauabzüge vorgenommen.

Allgemeine Abzüge %	-2.00
Bautafel abs	-299.99

Die Parteien sind sich einig, dass es sich beim in Art. 5.5 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 vereinbarten Bruttowerkspreis von CHF 1'272'755.96 um einen Pauschalpreis handelt (act. 1 Rz. 16; act. 12 Rz. 30). Da auch die Anwendung der SIA-Norm 118 vereinbart ist (Ausgabe 2013; Art. 2.11 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014; vgl. insbesondere act. 12 Rz. 72), liegt ein Pauschalpreis i.S.v. Art. 41 Abs. 1 SIA-Norm 118 vor. Gemäss Art. 41 Abs. 1 i.V.m. Art. 40 Abs. 1 S. 2 SIA-Norm 118 wird bei der Vereinbarung eines Pauschalpreises für die geschuldete Vergütung nicht auf die Menge abgestellt.

Die Klägerin zieht für unerledigt gebliebene Arbeiten CHF 6'273.85 vom Bruttowerkspreis bzw. CHF 5'976.25 vom Nettowerkspreis inkl. MWST ab (act. 1 Rz. 24). Sie behauptet, es seien lediglich Arbeiten in diesem Betrag in den Häusern 55, 57 und 83 offen geblieben (act. 1 Rz. 19, 20, 24). Für die einzelnen Positionen wird auf die Darstellung in der Klage (act. 1 Rz. 21-23) Bezug genommen. Diese betreffen ausschliesslich Materialmengen zu Einheitspreisen. Der Klägerin kann nicht mehr als der von ihr geltend gemachte reduzierte Werkpreis zugesprochen werden (Art. 58 Abs. 1 ZPO).

Der Bruttowerkspreis reduziert sich von CHF 1'272'964.96 auf CHF 1'266'691.14.

2.1.2. Gemäss Art. 183 SIA-Norm 118 i.V.m. Art. 366 Abs. 1 und Art. 107 Abs. 2 Alternative 2 OR kann der Besteller nach Ablauf einer angemessenen Nachfrist mittels unverzüglicher Erklärung auf die nachträgliche Leistung des Unternehmers verzichten und Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen, wenn der Unternehmer das Werk nicht rechtzeitig beginnt, die Ausführung in vertragswidriger Weise verzögert oder damit ohne Schuld des Bestellers so sehr im Rückstande ist, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist.

Die Beklagte zieht vom Nettowerkspreis CHF 157'700.00 ab (exkl. MWST; act. 12 Rz. 42). Sie behauptet weitere offene Arbeiten in den Häusern 51, 53, 55, 57, 59, 61 und 83 (act. 12 Rz. 37, 39). Für die einzelnen Positionen wird auf die Darstellung in der Klageantwort zu den offenen Arbeiten (act. 12 Rz. 39.1-39.7) Bezug genommen. Diese ursprünglich durch den Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 erfassten Arbeiten seien gestützt auf den Werkvertrag vom 11. Januar 2016 (nachfolgend: vom 11. Januar 2016) mit der E.\_\_\_\_\_ GmbH (ehemalige Subsubunternehmerin und auf die Klägerin folgende Subunternehmerin) ausgeführt worden (act. 12 Rz. 40, 41). Für die einzelnen Positionen wird wiederum auf die Darstellung in der Klageantwort zu den gestützt auf den Werkvertrag vom 11. Januar 2016 ausgeführten Arbeiten (act. 12 Rz. 41.1-41.5) Bezug genommen.

Hinsichtlich der rechtlichen Qualifikation des Schreibens der Beklagten vom 18. Januar 2016 sind die Parteien unterschiedlicher Ansicht. Nach Ansicht der Klägerin handelt es sich dabei um eine "Kündigung" des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 durch die Beklagte (act. 1 Rz. 17, 19, 24, 25, 35, 176; act. 24 Rz. 355, 357); an anderer Stelle beruft sich die Klägerin auf einen Rücktritt gegen Schadloshaltung i.S.v. Art. 377 OR (act. 24 Rz. 72, 75). Demgegenüber hat die Beklagte nach ihrer eigenen Ansicht "gestützt auf Art. 183 SIA-Norm 118 i.V.m. Art. 366 Abs. 1 i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR auf die nachträgliche Leistung der Klägerin verzichtet und Ersatz des ihr aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangt bzw. einen entsprechenden Vorbehalt gemacht" (act. 12 Rz. 31).

Der Tatbestand des Herstellungsverzugs i.S.v. Art. 366 Abs. 1 OR und jener der Vertragswidrigkeit i.S.v. Art. 366 Abs. 2 OR sind voneinander zu unterscheiden

(BGer 4A\_96/2014 v. 02.09.2014 E. 3.1; GAUDENZ G. ZINDEL/BERTRAND G. SCHOTT, in: Obligationenrecht I, Basler Kommentar, hrsg. von Corinne Widmer Lüchinger/David Oser, 7. Aufl. 2020, N. 4 zu Art. 366 OR). Die Beklagte macht geltend, die Klägerin habe die im Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 festgelegten und an der Besprechung vom 11. September 2015 neu vereinbarten Fertigstellungstermine für September/Oktober 2015 nicht eingehalten (act. 12 Rz. 32, 33), weshalb sie die Klägerin mit E-Mail vom 23. Oktober 2015, Schreiben vom 27. Oktober 2015 und vom 17. Dezember 2015 durch Mahnung in Verzug gesetzt (act. 12 Rz. 33; act. 13/6-8) und dieser schliesslich mit Schreiben vom 4. Januar 2016 eine Nachfrist bis zum 15. Januar 2016 für den Abschluss sämtlicher Arbeiten gesetzt habe (act. 12 Rz. 34; act. 3/54). In rechtlicher Hinsicht stützt sich die Beklagte zudem ausdrücklich auf das ihr gemäss Art. 107 Abs. 2 OR zustehende Wahlrecht (act. 12 Rz. 35). Hingegen legt die Beklagte keine Umstände dar, welche darauf schliessen liessen, dass sich eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung durch Verschulden des Unternehmers i.S.v. Art. 366 Abs. 2 OR bestimmen hätte voraussehen lassen. Zu prüfen sind deshalb die Voraussetzungen des Tatbestands des Herstellungsverzugs i.S.v. Art. 366 Abs. 1 OR.

2.1.2.1. Herstellungsverzug: Art. 366 Abs. 1 OR nennt als Tatbestände des Herstellungsverzugs den nicht rechtzeitigen Beginn, die vertragswidrige Verzögerung und die nicht mehr voraussehbare rechtzeitige Vollendung des Werks. Bei allen Tatbeständen darf der Verzug nicht dem Risikobereich des Gläubigers zuzurechnen sein (ZINDEL/SCHOTT, in: Basler Kommentar, N. 12 zu Art. 366 OR). Gemäss Art. 91 OR kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen verweigert. Erlaubt der Baufortschritt die Vornahme der Vollendungsarbeiten nicht, so fehlt es der Nichtleistung an der Pflichtwidrigkeit (STEFAN LEIMGRUBER, in: Basler Kommentar, N. 10 zu Art. 91 OR).

Die behauptungs- und beweisbelastete Beklagte leitet ihre Ansprüche einerseits aus der in Bezug genommenen Darstellung der per 6. Januar 2016 offenen Arbeiten (act. 12 Rz. 39.1-39.7), andererseits aus der in Bezug genommenen Darstellung der gestützt auf den Werkvertrag vom 11. Januar 2016 ausgeführten Arbeiten (act. 12 Rz. 41.1-41.5; act. 29 Rz. 112, 113, 115-119) her.

Die Darstellung der per 6. Januar 2016 offenen Arbeiten stellt eine weitgehend wortgetreue Übernahme der vom damaligen Bauleiter der Beklagten erstellten Dokumentation "Arbeitsstand Gipserarbeiten Stand 16.01.16" (act. 13/10) dar (act. 12 Rz. 39). Die Klägerin wendet dagegen im Wesentlichen ein, die Arbeiten hätten erst nachträglich ausgeführt werden können bzw. seien erst nachträglich entstanden, und die ausgeführten Arbeiten hätten die vertraglich vereinbarte Oberflächenqualität eingehalten (act. 24 Rz. 84 [S. 23-29]).

Die Darstellung der gestützt auf den Werkvertrag vom 11. Januar 2016 ausgeführten Arbeiten beruht dagegen auf dem Angebot der auf die Klägerin folgenden Subunternehmerin vom 7. Dezember 2015 und umfasst jeweils in den Häusern 51, 53, 55, 57, 59 und 83 die Gipserarbeiten bei den Fensteranschlüssen, Restarbeiten, Gipserarbeiten in den Treppenhäusern sowie in den Veloräumen (act. 12 Rz. 41.1-41.5; act. 13/9). Hinsichtlich der Fertigstellung der Gipserarbeiten bei den Fensteranschlüssen in den Häusern 51, 53, 55, 57, 59 und 83 stützt sich die Beklagte zusätzlich auf die Rapporte Nr. 04, 06, 9, 18, 23, 26, 33 (act. 12 Rz. 41.1; act. 13/11). Die Klägerin wendet dagegen wiederum u.a. ein, die Fensteranschlüsse hätten erst nachträglich gemacht werden können, da die Fenster zu spät eingesetzt worden seien, die Arbeiten seien nicht Teil des Leistungsverzeichnisses gewesen und die vertraglich vereinbarte Oberflächenqualität sei eingehalten worden (act. 24 Rz. 86-90).

Die Darstellung der per 6. Januar 2016 offenen Arbeiten und die Darstellung der gestützt auf den Werkvertrag vom 11. Januar 2016 ausgeführten Arbeiten stehen lose nebeneinander. Die behauptungs- und beweisbelastete Beklagte lässt eine konzise, nachvollziehbare Darstellung der gemäss Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 offen gebliebenen und hernach der auf die Klägerin folgenden Unternehmung übertragenen Arbeiten vermessen. Soweit möglich, werden die Behauptungen der Beklagten und die Erwidern der Klägerin nachfolgend in eine gemeinsame Struktur gebracht und gewürdigt.

2.1.2.1.1. Die Fensteranschlüsse in den Häusern 57 und 83 fallen unter den Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 und sind von der Klägerin nicht vollendet worden: Die Beklagte behauptet, die Gipserarbeiten bei den Fensteranschlüssen

in den Häusern 51, 53, 55, 57, 59 und 83 seien unter dem Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 geschuldet und offen geblieben (act. 12 Rz. 39.2 lit. a, Rz. 39.3 lit. a, Rz. 39.4 lit. a, Rz. 39.5 lit. a, Rz. 39.6 lit. a, Rz. 39.7 lit. a, Rz. 41.1; act. 13/11). Für die Häuser 51, 53, 55 und 59 liegen gleichzeitig von der Beklagten unterzeichnete Regie-Bestellungen vor (act. 24 Rz. 84 "Zu Rz. 39.2 Haus 59" lit. a, "Zu 39.3 Haus 51" lit. a, "Zu 39.4 Haus 53" lit. a, "Zu 39.5 Haus 55" lit. a, Rz. 86; act. 29 Rz. 84, 90, 94, 98; act. 3/16 Regie-Bestellungen zu den Rapporten 54, 55, 56, 57). Den entsprechenden Arbeitsaufwand anerkennt die Beklagte zusätzlich zum Pauschalpreis (Ziffer 2.4.2 unten). Dieselben Arbeiten können nicht gleichzeitig unter den Pauschalpreis und unter die Regiearbeiten fallen. Selbst wenn diese unter den Pauschalpreis fallen würden, würde die Behauptung der Beklagten, die Gipserarbeiten seien von der Klägerin nicht erledigt worden, durch ihre eigene Anerkennung unter den Regiearbeiten widerlegt. Im Übrigen stimmen die Beträge in den Rapporten Nr. 04, 06, 9, 18, 33, welche die Häuser 51, 53, 55 und 59 betreffen, betragsmässig nicht mit den Rapporten zu den Regie-Bestellungen überein, was u.a. damit zusammenhängt, dass sie unter einem anderen Werkvertrag erbracht worden sind. Hinsichtlich der Häuser 51, 53, 55 und 59 leidet der Parteivortrag der Beklagten an einem unauflösbaren Widerspruch. Führt die Auslegung des Tatsachenvortrags einer Partei zu keinem eindeutigen Ergebnis, da diese in sich widersprüchliche Behauptungen aufstellt, heben sich diese auf, was zur Unvollständigkeit des Tatsachenvortrags führt (BGer 4A\_210/2009 v. 07.04.2010 E. 3.5; CHRISTOPH HURNI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, hrsg. von Andreas Güngerich, 2012, N. 15 zu Art. 56 ZPO; WERNER FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 314; sog. Perplexität; vgl. Bundesarbeitsgericht, Urt. v. 17.03.2015 – 9 AZR 702/13, Rz. 24, abrufbar unter <<https://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bag&Art=en>>; CHRISTIAN ARMBRÜSTER, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, hrsg. von Harm Peter Westermann/Barbara Grunewald/Georg Maier-Reimer, 15. Aufl. 2017, N. 4 zu § 155 BGB). Für die Häuser 57 und 83 liegen hingegen keine Regiebestellungen vor (act. 24 Rz. 86; act. 29 Rz. 102, 107). In diesem Umfang lässt sich der Parteivortrag der Beklagten deshalb aufrecht erhalten, obwohl schwer nachvollziehbar

erscheint, weshalb bei den Häusern 57 und 83 für die Fertigstellung der Fensteranschlüsse keine Regieaufträge erteilt wurden, während dies bei den anderen Häusern der Fall war. Die schlichte Verweisung der Klägerin auf den Regie-Rapport Nr. 54 stellt keine hinreichende Bestreitung dar, da dieser Rapport ausschliesslich das Haus 59 betrifft (act. 24 Rz. 84 S. 29 "Zu 39.6 Haus 57" lit. a, "Zu 39.7 Haus 83" lit. a). Mangels substantiierter Bestreitung gilt deshalb als anerkannt, dass die Fensteranschlüsse in den Häusern 57 und 83 unter den Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 fallen und von der Klägerin nicht vollendet worden sind.

Der fehlende Abschluss der Fensteranschlüsse durch die Klägerin ist jedoch nicht pflichtwidrig: Die Klägerin behauptet, die Fenster in den Häusern 51, 53, 55, 57, 59 und 83 seien erst nachträglich eingebaut worden, weshalb mit dem Verputz ein Abstand habe gelassen werden müssen und die Streifen nachträglich von Hand zu ergänzen gewesen seien (act. 24 Rz. 84 "Zu Rz. 39.2 Haus 59" lit. a, "Zu Rz. 39.3 Haus 51" lit. a, "Zu Rz. 39.4 Haus 53" lit. a, "Zu Rz. 39.5 Haus 55" lit. a, "Zu Rz. 39.6 Haus 57" lit. a, "Zu Rz. 39.7 Haus 83" lit. a, Rz. 86). Die Beklagte anerkennt den fehlenden Baufortschritt, soweit Regieaufträge vorliegen, d.h. für die Häuser 51, 53, 55 und 59 (act. 29 Rz. 84, 90, 94, 98). Wo keine Regieaufträge vorliegen, d.h. für die Häuser 57 und 83, bestreitet die Beklagte die Behauptungen der Klägerin pauschal mit dem zusätzlichen Hinweis "Es liegt keine Regiebestellung vor." (act. 29 Rz. 102, 107). Mit dem Einwand des fehlenden Baufortschritts setzt sich die Beklagte nicht auseinander (act. 12 Rz. 41.1; act. 29 Rz. 115). Die pauschale Bestreitung der Beklagten könnte zwar dahingehend verstanden werden, dass in den Häusern 57 und 83 keine Regiebestellungen notwendig waren, weil der Baufortschritt die Fertigstellung der Fensteranschlüsse in einem Zug erlaubt hätte. Dem steht jedoch entgegen, dass die Beklagte sich bei den noch offenen Arbeiten durchwegs auf die Fensteranschlüsse bezieht (act. 12 Rz. 39.2 lit. a, Rz. 39.3 lit. a, Rz. 39.4 lit. a, Rz. 39.5 lit. a, Rz. 39.6 lit. a, Rz. 39.7 lit. a, Rz. 41.1). Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Klägerin die Fensteranschlüsse in den Häusern 57 und 83 nicht in einem Zug hätte erledigen sollen, wenn dies der Baufortschritt erlaubt hätte. Die Beklagte hätte die Behauptung der Klägerin deshalb substantiiert bestreiten müssen. Mangels substantiierter Bestrei-

tung gilt die Behauptung der Klägerin, sie habe die Fensteranschlüsse nachträglich erstellen müssen, da die Fenster erst nachträglich eingebaut worden seien, als anerkannt. Die Nichtleistung der Klägerin war deshalb nicht pflichtwidrig.

2.1.2.1.2. Die Weissputzarbeiten in den Treppenhäusern der Häuser 51, 55, 57, 59 und 83 fallen unter den Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 und sind von der Klägerin nicht fertiggestellt worden: Die Beklagte behauptet, die Weissputzarbeiten in den Treppenhäusern der Häuser 51, 53, 55, 57, 59 und 83 seien nicht fertiggestellt gewesen (act. 12 Rz. 39.2 lit. d, Rz. 39.3 lit. c, Rz. 39.4 lit. c, Rz. 39.5 lit. c, Rz. 39.6 lit. d, Rz. 39.7 lit. c, Rz. 41.3). Bezüglich der Häuser 51, 57, 59 und 83 widersetzt sich die Klägerin dieser Darstellung mit einer pauschalen Verweisung auf das von ihr eingeholte Privatgutachten vom 22. Januar 2016 (act. 24 Rz. 84 "Zu Rz. 39.2 Haus 59" lit. d, "Zu Rz. 39.3 Haus 51" lit. c, "Zu Rz. 39.6 Haus 57" lit. d, "Zu Rz. 39.7 Haus 83" lit. c; act. 3/6.3 = act. 26/6.3), worauf die Beklagte an ihrer Darstellung festhält (act. 29 Rz. 88, 92, 105, 109). Die blosser Verweisung auf Beilagen ist für eine substantiierte Bestreitung nicht hinreichend (BGer 4A\_284/2017 v. 22.01.2018 E. 4.2). Hinsichtlich der Häuser 57 und 59 widerspricht die Bestreitung der Klägerin zudem ihrer eigenen Darstellung, gemäss welcher in den Treppenhäusern der Häuser 57 und 83 Arbeiten unerledigt geblieben seien (act. 1 Rz. 20, 22, 23), weshalb sich die Klägerin im Umfang des ersparten Materialaufwands einen Abzug anrechnen lässt (act. 1 Rz. 24). Bezüglich der Häuser 53 und 55 behauptet die Klägerin, die Arbeiten seien abgeschlossen und abgenommen gewesen (act. 24 Rz. 84 "Zu Rz. 39.4 Haus 53" lit. c, "Zu Rz. 39.5 Haus 55" lit. c). An anderer Stelle anerkennt sie dagegen, die Gipserarbeiten in den Treppenhäusern der Häuser 55, 57 und 83 bis 22. Januar 2016 nicht ausgeführt zu haben (act. 24 Rz. 63, 67). Zudem lässt sich die Klägerin auch im Haus 55 einen Abzug für ersparten Materialaufwand aufgrund unerledigter Arbeiten anrechnen (act. 1 Rz. 20, 21, 24). Hinsichtlich Haus 55 ist der Parteivortrag der Klägerin damit widersprüchlich. Es liegt keine wirksame Bestreitung vor. Dagegen ist die Behauptung, in Haus 53 seien die Arbeiten abgeschlossen gewesen, wirksam. Dieser entgegnet die Beklagte ihrerseits lediglich noch, es habe keine Abnahme stattgefunden (act. 29 Rz. 97). Da die Beklagte die Ausführung der Arbeiten im Treppenhaus von Haus 53 nicht in Frage stellt, gilt die Darstellung

der Klägerin als anerkannt. Daraus ergibt sich als anerkannter Sachverhalt, dass die Weissputzarbeiten in den Treppenhäusern der Häuser 51, 55, 57 59 und 83 unter den Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 fallen und nicht fertiggestellt gewesen sind. Hingegen waren die Weissputzarbeiten im Treppenhaus des Hauses 53 fertiggestellt.

Die fehlende Fertigstellung der Weissputzarbeiten in den Treppenhäusern der Häuser 55, 57 und 83 durch die Klägerin ist jedoch nicht pflichtwidrig, da der fehlende Baufortschritt dieser entgegengestanden hat: Die Klägerin macht geltend, der Baufortschritt habe einen Abschluss der Gipserarbeiten in den Treppenhäusern der Häuser 55, 57 und 83 bis zum 22. Januar 2016 nicht erlaubt (act. 1 Rz. 30), da die Kunststeinarbeiten im Treppenhaus am 22. Januar 2016 noch nicht ausgeführt gewesen seien (act. 24 Rz. 63, 67). Gestützt auf das von ihr eingeholte Privatgutachten [vom 22. Januar 2016; act. 3/6.3 = act. 26/6.3] behauptet die Klägerin, in Haus 55 seien die Kunststeinarbeiten zum grössten Teil ausgeführt gewesen (act. 24 Rz. 66), im Haus 57 sei erst ein Geschoss verlegt gewesen (act. 24 Rz. 65), und im Haus 83 seien sie noch nicht ausgeführt gewesen (act. 24 Rz. 64). Mit E-Mail vom 11. November 2015 gab die Beklagte der Klägerin als Abschlusstermin der Kunststeinarbeiten für Haus 55 den 20. Januar 2016, für Haus 57 den 29. Januar 2016 und für Haus 83 den 10. Februar 2016 bekannt (act. 24 Rz. 70, 71 lit. a [bei der Frist betreffend Haus 53 dürfte es sich um einen Verschrieb handeln]; act. 29 Rz. 67; act. 25/1). Die Beklagte bestreitet die Behauptungen der Klägerin pauschal unter Hinweis auf den behaupteten Verzug der Klägerin mit der Ausführung ihrer Arbeiten (act. 12 Rz. 46) und behauptet, die Kunststeinarbeiten im Treppenhaus der Häuser 55, 57 und 83 seien am 22. Januar 2016 ausgeführt gewesen (act. 29 Rz. 62, 67). Die Bestreitung der Beklagten vermag in ihrer Pauschalität nicht zu überzeugen und wird an anderer Stelle auch nicht oder jedenfalls nur beschränkt aufrecht erhalten (act. 29 Rz. 67). Bei Heranziehung der von der Beklagten in Bezug genommenen Darstellung des behaupteten Verzugs der Klägerin ergibt sich keine andere Beurteilung. Die Beklagte verweist im Wesentlichen auf das Besprechungsprotokoll vom 11. September 2015 (act. 12 Rz. 32, 33; act. 13/5) sowie die E-Mail vom 23. Oktober 2015, das Schreiben vom 27. Oktober 2015 und das Schreiben vom

17. Dezember 2015 (act. 12 Rz. 33; act. 3/6-8). Davon bezieht sich lediglich die E-Mail vom 23. Oktober 2015 auf die Treppenhäuser der Häuser 55, 57 und 83, für welche die Beklagte eine Fertigstellungsfrist bis 24. November 2015, 1. Dezember 2015 bzw. 8. Dezember 2015 ansetzt (act. 13/6). Daraus lässt sich jedoch weder eine Aussage über den Baufortschritt noch eine Aussage über die Situation am 22. Januar 2016, d.h. rund drei Monate nach dem Versand der E-Mail vom 23. Oktober 2015, gewinnen. Die Behauptungen der Klägerin beziehen sich nicht pauschal auf sämtliche Treppenhäuser, sondern konkret auf die Situation in den Häusern 55, 57 und 83. Die Beklagte lässt eine Auseinandersetzung mit diesen Behauptungen vermissen. Der Arbeitsfortschritt am 22. Januar 2016 fügt sich dagegen zwanglos in die Terminplanung gemäss E-Mail vom 11. November 2015 ein. Nicht überzeugend erscheint das Hilfsargument der Beklagten, die Fertigstellung der Kunststeinarbeiten sei nicht Voraussetzung für die von der Klägerin zu erbringenden Gipsarbeiten gewesen, und diese hätten parallel zu den Gipsarbeiten erbracht werden können (act. 29 Rz. 63). Eine parallele Erbringung der Arbeiten erscheint bereits aus Platzgründen nicht als praktikabel. Die Verlegung des Kunststeins setzt eine freie Bodenfläche voraus. Die Anschlüsse können selbstredend erst nach dessen Verlegung angebracht werden. Der Baufortschritt erlaubte den Abschluss der Gipsarbeiten in den Treppenhäusern vor dem 22. Januar 2016 nicht. Hinsichtlich der Häuser 55, 57 und 83 ist die fehlende Fertigstellung der Weissputzarbeiten in den Treppenhäusern am 22. Januar 2016 deshalb nicht pflichtwidrig. Für die Weissputzarbeiten in den Treppenhäusern der Häuser 51 und 59 ist ein Annahmeverzug hingegen nicht dargetan. Insoweit liegt eine pflichtwidrige Nichtleistung vor.

Die Behauptung der Beklagten "Treppenwangen und Weissputz im Treppenhaus fertigstellen" unter Haus 59 (act. 12 Rz. 39.2 lit. f; act. 29 Rz. 89) kann in dieser allgemeinen Form nicht von den Weissputzarbeiten in den Treppenhäusern (Ziffer 2.1.2.1.2 oben) abgegrenzt werden. Eine darüber hinausgehende Behauptung lässt sich der Darstellung der behauptungs- und beweisbelasteten Beklagten nicht entnehmen. Da es dieser bereits an der Schlüssigkeit mangelt, kommt es auf die ebenso unsubstantiierte pauschale Verweisung der Klägerin auf das von ihr ein-

geholte Privatgutachten vom 22. Januar 2016 (act. 24 Rz. 84 "Zu Rz. 39.2 Haus 59" lit. f; act. 3/6.3 = act. 26/6.3) nicht mehr an.

2.1.2.1.3. Die Gipserarbeiten in den Veloräumen der Häuser 51, 53, 55, 57, 59 und 83 fallen unter den Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 und sind von der Klägerin nicht fertiggestellt worden: Unbestritten geblieben ist, dass die Gipserarbeiten in den Veloräumen der Häuser 51, 53, 55, 57, 59 und 83 nicht fertiggestellt gewesen sind (act. 12 Rz. 39.2 lit. c, Rz. 39.3 lit. b, Rz. 39.4 lit. b, Rz. 39.5 lit. b, Rz. 39.6 lit. c, Rz. 39.7 lit. b, Rz. 41.4; vgl. auch act. 29 Rz. 64, 67). Die Klägerin bestreitet jedoch, diese Arbeiten geschuldet zu haben (act. 24 Rz. 84 "Zu Rz. 39.2 Haus 59" lit. c, "Zu Rz. 39.3 Haus 51" lit. b, "Zu Rz. 39.4 Haus 53" lit. b, "Zu Rz. 39.5 Haus 55" lit. b, "Zu Rz. 39.6 Haus 57" lit. c, "Zu Rz. 39.7 Haus 83" lit. b, Rz. 89). Die Beklagte kann sich diesbezüglich auf die rot schraffierten Bereiche in den Ausführungsplänen Nr. 1441 vom 5. März 2014 (act. 29 Rz. 86; act. 30/64), Nr. 1451 vom 14. März 2014 (act. 29 Rz. 91, 95; act. 30/65), Nr. 1461 vom 24. März 2015 (act. 29 Rz. 99, 104; act. 30/66) und Nr. 1471 vom 14. April 2014 (act. 29 Rz. 108; act. 30/67) stützen. Die Klägerin setzt dem keine Einwendungen entgegen. Mangels substantiierter Bestreitung gilt deshalb als anerkannt, dass die Gipserarbeiten in den Veloräumen der Häuser 51, 53, 55, 57, 59 und 83 unter den Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 fallen und von der Klägerin nicht fertiggestellt worden sind.

Die unter Hinweis auf eine exemplarische Foto erfolgte Behauptung der Beklagten "Fertigstellung der Grundputz- und Weissputzarbeiten" zu Haus 61 (act. 12 Rz. 39.1 lit. c) lässt sich in ihrer Pauschalität nur einordnen, weil die Klägerin die Foto einem Bastel- oder Veloraum zuschreiben kann (act. 24 Rz. 88 "Zu Rz. 39.1 Haus 61" lit. c). Für das Haus 61 macht die Beklagte jedoch gar keine Gipserarbeiten in den Veloräumen geltend (act. 12 Rz. 41.4), und auch Arbeiten an allfälligen Bastelräumen finden sich nicht. Die Klägerin bestreitet, diese Arbeiten geschuldet zu haben (act. 24 Rz. 84 "Zu Rz. 39.1 Haus 61" lit. c). Die Beklagte will sich diesbezüglich ebenfalls auf den vorstehend zum Beweis angebotenen Ausführungsplan Nr. 1441 vom 5. März 2014 stützen (act. 29 Rz. 83; act. 30/64). Ihr wäre jedoch zuzumuten gewesen, in der Rechtsschrift aussagekräftige Behaup-

tungen aufzustellen oder eindeutige Verweisungen anzubringen. Es ist nicht Aufgabe des erkennenden Gerichts, anhand der Ausführungspläne nach allfälligen noch offen gebliebenen Arbeiten zu suchen und sich damit gleichsam zum Anwalt einer Prozesspartei zu machen. Mangels substantiierter Darlegung vermag das erkennende Gericht der Behauptung "Fertigstellung der Grundputz- und Weissputzarbeiten" zu Haus 61 keine zusätzliche Aussagekraft zuzumessen.

Die Nichtausführung der Gipsarbeiten in den Veloräumen der Häuser 51, 53, 55, 57, 59 und 83 ist pflichtwidrig: Die Klägerin bringt keine Gründe vor, welche gegen die Pflichtwidrigkeit sprechen.

2.1.2.1.4. Die Grundputzarbeiten in den Wohnungen der Häuser 55 und 57 und die Weissputzarbeiten in den Wohnungen des Hauses 83 fallen unter den Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 und sind von der Klägerin nicht fertiggestellt worden. Die Behauptungen der Beklagten "Fertigstellen der Grundputzarbeiten im Veloraum und in den Wohnungen" unter Haus 55 (act. 12 Rz. 39.5 lit. b), "Fertigstellen der Grundputzarbeiten im Veloraum und Wohnung EG" unter Haus 57 (act. 12 Rz. 39.6 lit. c) sowie "Fertigstellen der Weissputzarbeiten im Treppenhaus und Wohnungen" unter Haus 83 (act. 12 Rz. 39.7 lit. c) sind zunächst unter die Gipsarbeiten in den Treppenhäusern (Ziffer 2.1.2.1.2 oben) bzw. in den Veloräumen (Ziffer 2.1.2.1.3 oben) einzuordnen. Darüber hinaus will die Beklagte jedoch geltend machen, dass die Klägerin die Grund- bzw. Weissputzarbeiten in den Wohnungen der Häuser 55, 57 und 83 nicht nur, wie in den Häusern 51, 53, 59 und 61, in qualitativer Hinsicht ungenügend ausgeführt haben soll, sondern diese gar nicht abgeschlossen habe. Bezüglich der Häuser 55 und 57 bezieht sich die Bestreitung der Klägerin lediglich auf die Veloräume (act. 24 Rz. 88 "Zu Rz. 39.5 Haus 55" lit. b, "Zu Rz. 39.6 Haus 57" lit. c). Bezüglich des Hauses 83 widersetzt sich die Klägerin der Darstellung der Beklagten mit einer pauschalen Verweisung auf das von ihr eingeholte Privatgutachten vom 22. Januar 2016 (act. 24 Rz. 84 "Zu Rz. 39.7 Haus 83" lit. c; act. 3/6.3 = act. 26/26.3), worauf die Beklagte an ihrer Darstellung festhält (act. 29 Rz. 109). Die bloße Verweisung auf Beilagen ist für eine substantiierte Bestreitung nicht hinreichend (BGer 4A\_284/2017 v. 22.01.2018 E. 4.2). Die fehlende Fertigstellung der Grundputzar-

beiten in den Wohnungen gilt damit als anerkannt. Die Klägerin wendet auch nicht ein, sie habe die Grundputzarbeiten in den Wohnungen der Häuser 55 und 57 oder die Weissputzarbeiten in den Wohnungen des Hauses 83 unter dem Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 nicht geschuldet. Zuzufolge fehlender bzw. unsubstantiiertes Bestreitung ist anerkannt, dass die Grundputzarbeiten in den Wohnungen der Häuser 55 und 57 und die Weissputzarbeiten in den Wohnungen des Hauses 83 unter den Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 fallen und von der Klägerin nicht fertiggestellt worden sind.

Die Nichtfertigstellung der Grundputzarbeiten in den Wohnungen der Häuser 55 und 57 und der Weissputzarbeiten in den Wohnungen des Hauses 83 ist pflichtwidrig: Die Klägerin bringt keine Gründe vor, welche gegen die Pflichtwidrigkeit sprechen würden.

2.1.2.1.5. Neben den sich über mehrere Häuser erstreckenden Arbeiten bei den Fensteranschlüssen, in den Treppenhäusern und in den Veloräumen sind in den einzelnen Häusern weitere unter den Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 fallende Arbeiten offen geblieben:

Die Anschlüsse der Führungsschiene für die Glasschiebetüre in Haus 57 und 59 fallen unter den Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 und sind von der Klägerin pflichtwidrig nicht ausgeführt worden: Die Behauptung der Beklagten, wonach die Erstellung der Anschlüsse der Führungsschienen für die Glasschiebetüren zur fachgerechten Erbringung der Verputzarbeiten gehören, von der Klägerin jedoch nicht ausgeführt worden sind, bestreitet die Klägerin nicht (act. 12 Rz. 39.2 lit. b, Rz. 39.6 lit. b; act. 24 Rz. 84 "Zu Rz. 39.2 Haus 59" lit. b, "Zu Rz. 39.6 Haus 57" lit. b; act. 29 Rz. 85, 103).

Das Verputzen der Backsteinstützen bei den Fensterfronten in Haus 61 fällt unter den Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 und ist von der Klägerin pflichtwidrig nicht ausgeführt worden: Unbestritten geblieben ist, dass die Klägerin die Backsteinstützen bei den Fensterfronten in Haus 61 nicht verputzt hat (act. 12 Rz. 39.1 lit. a; act. 24 Rz. 84 "Zu Rz. 39.1 Haus 61" lit. a). Die Klägerin bestreitet jedoch, diese Arbeiten geschuldet zu haben (act. 24 Rz. 84 "Zu Rz. 39.1 Haus 61" lit. a).

Die Beklagte kann sich diesbezüglich auf den Ausführungsplan Nr. 1445 vom 6. Juni 2014 stützen (act. 29 Rz. 81; act. 30/63). Die Klägerin setzt dem keine Einwendungen entgegen. Mangels substantierter Bestreitung gilt deshalb als anerkannt, dass das Verputzen der Backsteinstützen bei den Fensterfronten in Haus 61 unter den Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 fällt und von der Klägerin nicht ausgeführt worden ist.

2.1.2.1.6. Den von der Beklagten in der Darstellung der gestützt auf den Werkvertrag vom 11. Januar 2016 ausgeführten Arbeiten aufgeführten "[d]iverse[n] zurückgelassene[n] Restarbeiten in den Wohnungen der Häuser 51, 53, 55, 57, 59 und 83" kommt keine eigenständige Bedeutung zu (act. 12 Rz. 41.2). Es versteht sich von selbst, dass die Durchführung von Vollendungsarbeiten den Auf- und Abbau der zu ihrer Durchführung erforderlichen Einrichtungen bedingt. Die Position "Baustelleneinrichtung erstellen und vorhalten für die Dauer der Leistungen des Unternehmers → NPK-Pos. 111.102 im Werkvertrag mit der Klägerin vom 3. Dezember 2014 (vgl. Leistungsverzeichnis vom 8. April 2014; Klagebeilage 2.8)" und die Position "Arbeitsgerüste für Verputzarbeiten montieren und demontieren inkl. Vorhalten während der Dauer der gesamten Gipserarbeiten (inkl. Gerüstzugänge etc.) für eine Arbeitshöhe bis 4 m → NPK-Pos. 120.130 im Werkvertrag mit der Klägerin vom 3. Dezember 2014 (vgl. Leistungsverzeichnis vom 8. April 2014; Klagebeilage 2.8)" nennt die Klägerin bereits im Zusammenhang mit der "Fertigstellung der Gipserarbeiten in den Treppenhäusern der Häuser 51, 53, 55, 57, 59 und 83" (act. 12 Rz. 41.3), der "Fertigstellung der Gipserarbeiten in den Veloräumen der Häuser 51,53, 55, 57, 59 und 83" (act. 12 Rz. 41.4) sowie dem "Korrigieren sämtlicher bereits verputzten Wände mit Weissputz von Qualität Q2 auf Qualität Q3 (erhöhte Anforderungen bezüglich Ebenheit der Putzoberflächen) in den Häusern 51, 53, 55, 57, 59, 61 und 83" (act. 12 Rz. 41.5). Diese und die übrigen unter den "[d]iverse[n] zurückgelassene[n] Restarbeiten in den Wohnungen der Häuser 51, 53, 55, 57, 59 und 83" enthaltenen Positionen bestehen aus einer unreflektierten Übernahme von bereits im Zusammenhang mit den anderen Arbeiten gemäss der Darstellung der gestützt auf den Werkvertrag vom 11. Januar 2016 ausgeführten Arbeiten mehrfach wiederholten Phrasen. Aus ei-

ner derart redundanten Darstellung vermag die Beklagte keine zusätzlichen Rechte herzuleiten.

2.1.2.1.7. Im vorliegenden Zusammenhang nicht relevant sind die von der Beklagten geltend gemachten Qualitätsmängel. Diesbezüglich behauptet die Beklagte, die Klägerin habe die Weissputzarbeiten an den Wänden in den Häusern 51, 53, 55, 57, 59, 61 und 83 nicht in der geforderten Oberflächenqualität Q3 ausgeführt (act. 12 Rz. 39.1 lit. b, Rz. 39.2 lit. e, Rz. 39.3 lit. d, Rz. 39.4 lit. d, Rz. 39.5 lit. d, Rz. 39.6 lit. e, Rz. 39.7 lit. d, Rz. 41.5). Dieser Sachverhalt fällt nicht unter den Tatbestand des Herstellungsverzugs i.S.v. Art. 366 Abs. 1 OR, sondern allenfalls unter den Tatbestand der Vertragswidrigkeit i.S.v. Art. 366 Abs. 2 OR. Die Beklagte stützt ihren Leistungsverzicht jedoch auf den Herstellungsverzug i.S.v. Art. 366 Abs. 1 OR (Ziffer 2.1.2 oben). Zudem stützt die Beklagte ihren Anspruch auf Ersatz der Mangelbehebungskosten auf die behaupteten Qualitätsmängel (Ziffer 2.9.3 unten), weshalb sie diese nicht nochmals als Schadenersatz unter Art. 107 Abs. 2 Alternative 2 OR verlangen kann. Unter den Herstellungsverzug i.S.v. Art. 366 Abs. 1 OR fallen hingegen die nicht abgeschlossenen Grundputzarbeiten in den Wohnungen der Häuser 55 und 57 und Weissputzarbeiten in den Wohnungen des Hauses 83 (Ziffer 2.1.2.1.4 oben).

2.1.2.1.8. Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass die Klägerin die folgenden unter den vom 3. Dezember 2014 fallenden Arbeiten vertragswidrig nicht erbracht hat: Weissputzarbeiten in den Treppenhäusern der Häuser 51 und 59, Gipsarbeiten in den Veloräumen der Häuser 51, 53, 55, 57, 59 und 83, Grundputzarbeiten in den Wohnungen der Häuser 55 und 57, Weissputzarbeiten in den Wohnungen des Hauses 83, Anschlüsse der Führungsschiene für die Glasschiebetüre in Haus 57 und 59 sowie Verputzen der Backsteinstützen bei den Fensterfronten in Haus 61. Die pflichtwidrige Nichterfüllung weiterer unter den Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 fallender Arbeiten vermag die Beklagte nicht darzutun.

2.1.2.2. Nachfrist: Art. 366 Abs. 1 OR ist durch die allgemeinen Bestimmungen über den Verzug des Schuldners in Art. 102-109 OR zu ergänzen (ZINDEL/SCHOTT, in: Basler Kommentar, N. 13 zu Art. 366 OR m.Nw.). Gemäss

Art. 107 Abs. 1 OR hat der Gläubiger dem Schuldner "eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen zu lassen", bevor er von den Rechten in Art. 107 Abs. 2 OR Gebrauch machen kann (BGE 115 II 50 E. 2a S. 55; 98 II 113 S. E. 2 S. 115; BGer 4A\_551/2015 v. 14.04.2016 E. 5.2). Verzug setzt neben der Fälligkeit der Leistung grundsätzlich eine Mahnung voraus (Art. 102 Abs. 1 OR). Der Gläubiger kann jedoch die Fristansetzung mit der Mahnung verbinden (BGE 103 II 102 E. 1a S. 104-105; BGer 4C.216/2000 v. 11.12.2000 E. 2a). Eine fehlende vorgängige Mahnung tangiert die Ausübung der Rechte aus Art. 107 Abs. 2 OR deshalb grundsätzlich nicht (EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1988, S. 367; vgl. auch BGer 4C.216/2000 v. 11.12.2000 E. 2a). Dies gilt mindestens dann, wenn der Gläubiger keinen Verspätungsschaden geltend macht. Zum Nichterfüllungsschaden nach Art. 107 Abs. 2 OR gehört allerdings auch ein allfälliger Verspätungsschaden (PETER GAUCH/WALTHER S. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl. 2014, N 2772; INGBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2016, N 66.27; ANDREAS THIER, in: Obligationenrecht, Kurzkommentar, hrsg. von Heinrich Honsell, 2014, N. 11 zu Art. 107 OR). Für die Schadensberechnung ist frühestens auf den Eintritt des verschuldeten Verzugseintritts abzustellen (THIER, in: Kurzkommentar, N. 11 zu Art. 107 OR; ROLF H. WEBER, in: Berner Kommentar, hrsg. von Heinz Hausheer, 2000, N. 224 zu Art. 99 OR, N. 187, 207 zu Art. 107 OR; WIEGAND, in: Basler Kommentar, N. 19 zu Art. 107 OR). Ein Verspätungsschaden wäre gestützt auf Art. 103 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 OR zu ersetzen, wenn die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs vorlagen (vgl. DIETER MEDICUS/STEPHAN LORENZ, Schuldrecht I, 21. Aufl. 2015, N 345, 511). Da die Beklagte vorliegend im Rahmen von Art. 107 Abs. 2 OR nicht auch einen Verspätungsschaden geltend macht, bedürfen die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs keiner Prüfung. Das allfällige Fehlen einer vorgängigen Mahnung bleibt folgenlos.

Die Nachfristansetzung ist die "*ultimativ an den Schuldner gerichtete Aufforderung*, seiner Verbindlichkeit innerhalb der gesetzten Frist vollumfänglich [...] nachzukommen" (WOLFGANG WIEGAND, in: Basler Kommentar, N. 7 zu Art. 107

OR). Inhalt und Zweck der Nachfristansetzung müssen hinreichend klar zum Ausdruck kommen (BGer 4C.216/2000 v. 11.12.2000 E. 3; WIEGAND, in: Basler Kommentar, N. 7 zu Art. 107 OR). Dazu ist es in der Regel nicht erforderlich, den Schuldner auf die Konsequenzen bei unbenutztem Ablauf der Frist hinzuweisen (BGE 116 II 436 E. 3 S. 441; THEO GUHL/ALFRED KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. 2000, § 32 N 16; WIEGAND, in: Basler Kommentar, N. 7 zu Art. 107 OR). Die angemessene Dauer der Frist lässt sich nicht generell bestimmen, sondern hängt von den konkreten Umständen ab (BGE 105 II 28 E. 3a S. 33; BGE 103 II 102 E. 1b S. 106-107; BGer 4A\_306/2018 v. 29.01.2019 E. 5.4.3.2; 4A\_603/2009 v. 09.06.2010 E. 2.3). Gegen eine unangemessen kurze Frist muss sich der Schuldner beim Vertragsgegner verwahren und ihn um eine längere Frist anzugehen, ansonsten anzunehmen ist, er sei mit der angesetzten Frist einverstanden (BGE 116 II 436 E. 2a S. 440; 105 II 28 E. 3b S. 33-34 m.Nw.; BGer 4A\_232/2014, 4A\_610/2014 v. 30.03.2015 E. 12.2.2; 4A\_603/2009 v. 09.06.2010 E. 2.3; 4C.216/2000 v. 11.12.2000 E. 4a; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N 666; SCHWENZER, a.a.O., N 66.17).

2.1.2.2.1. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Klägerin den Termin für die Vollendung ihrer Arbeiten von August 2015 gemäss Art. 8.1 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 nicht einhielt (act. 12 Rz. 32; act. 24 Rz. 68).

2.1.2.2.2. Anlässlich einer Besprechung am 11. September 2015 vereinbarten die Parteien neue verbindliche Fertigstellungstermine für September/Oktober 2015 (act. 12 Rz. 32; act. 24 Rz. 68; act. 29 Rz. 56, 66). Darüber verfassten die Parteien ein handschriftliches Terminprotokoll (act. 13/5). Dieses betrifft die Fertigstellung der Arbeiten in den Treppenhäusern 63, 65, 73, 75, 77 sowie 79 und zusätzlich in den Wohnungen von Haus 63 (act. 13/5). Die Beklagte behauptet, die Termine gemäss Besprechungsprotokoll vom 11. September 2015 seien nicht eingehalten worden (act. 12 Rz. 33). Die Klägerin bestreitet dies (act. 24 Rz. 68, 71) und behauptet, die Fertigstellungstermine gemäss dem Besprechungsprotokoll vom 11. September 2015 seien am 22. Januar 2016 erledigt gewesen (act. 24 Rz. 69). Diese Behauptung bestreitet wiederum pauschal die Beklagte (act. 29 Rz. 66). An anderer Stelle behauptet die Beklagte unter Verweis auf das Doku-

ment "Arbeitsstand Gipserarbeiten Stand 06.01.16" (act. 13/10), zahlreiche Arbeiten seien am 6. Januar 2016 nicht fertiggestellt gewesen (act. 29 Rz. 64, 67). Aus der Darstellung der Beklagten erschliesst sich nicht, ob sie sich bei den am 6. Januar 2016 offenen Arbeiten auch auf jene aus dem Besprechungsprotokoll vom 11. September 2015 bezieht. Zudem stellt die Beklagte mit dem 6. Januar 2016 auf einen früheren Stichtag als den von der Klägerin genannten 22. Januar 2016 ab (vgl. auch den Einwand der Klägerin, act. 24 Rz. 96). Eine eingehende Auseinandersetzung mit den Behauptungen der Beklagten zur Besprechung vom 11. September 2015 kann jedoch unterbleiben. Die Beklagte stützt sich für die Berechtigung zum Rücktritt auf unerledigte Arbeiten in den Häusern 51, 53, 55, 57, 59 und 83 (Ziffer 2.1.2.1 oben). Das Besprechungsprotokoll vom 11. September 2015 betrifft keines dieser Häuser. Dem Besprechungsprotokoll vom 11. September 2015 kommt im vorliegenden Zusammenhang deshalb keine Bedeutung zu. Dies gilt auch für sämtliche Verweisungen auf das Besprechungsprotokoll vom 11. September 2015 in der späteren Korrespondenz (Ziffer 2.1.2.2.3 unten).

2.1.2.2.3. Mit der E-Mail vom 23. Oktober 2015 setzte die Beklagte der Klägerin für die "Fertigstellung der Wohnungen, Treppenhaus Wände und Decken, inkl. Mängelerledigungen" in den Häusern 51, 53, 55, 57, 59, 61 und 83 Fristen zwischen dem 27. Oktober 2015 (Haus 61) und dem 8. Dezember 2015 an (act. 29 Rz. 57, 68; act. 13/6), wobei sie von der Klägerin erwartete, ab Montag [26. Oktober 2015] mit mindestens 10 Mann vor Ort zu sein (act. 13/6). Mit Schreiben vom 27. Oktober 2015 bezog sich die Beklagte auf die E-Mail vom 23. Oktober 2015 und das Besprechungsprotokoll vom 11. September 2015 (act. 29 Rz. 58; act. 13/7). Die Beklagte würdigt die E-Mail vom 23. Oktober 2015 als erste Nachfristansetzung i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR (act. 29 Rz. 57, 59), das Schreiben vom 27. Oktober 2015 dagegen als Mahnung, obwohl sie darin die Ausübung der Wahlrechte gemäss Art. 107 Abs. 2 OR androhte (act. 29 Rz. 28; act. 13/7).

Die E-Mail vom 23. Oktober 2015 genügt grundsätzlich den Anforderungen an eine Nachfristansetzung. Die erforderliche Deutlichkeit ergibt sich durch den Hin-

weis auf "weitere rechtliche Schritte" (act. 13/6; vgl. GUHL/KOLLER, a.a.O., § 32 N 16) sowie die Aufforderung, mit einer Mindestzahl von Beschäftigten auf der Baustelle anwesend zu sein. Eine Androhung, nach Ablauf der angesetzten Fristen zur Fertigstellung von den Wahlrechten gemäss Art. 107 Abs. 2 OR Gebrauch zu machen, ist für eine Nachfristansetzung nicht erforderlich. Bei einigen Terminen ist allerdings fraglich, ob die Dauer der angesetzten Frist angemessen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR ist. So setzte die Beklagte die Frist für Haus 65 auf den Tag des Versands der fristsetzenden E-Mail an (act. 29 Rz. 57; act. 13/6). Aus dem Originaltext der E-Mail ergibt sich, dass zum Versandzeitpunkt am 23. Oktober 2015 um 17:55 Uhr die auf 17:00 Uhr angesetzte Frist bereits seit 55 Minuten abgelaufen war (act. 13/6). Für die Häuser 61, 73, 75 und 77 setzte die Beklagte unangemessen kurze Fristen auf den 27., 28. und 30. Oktober 2015 an (act. 29 Rz. 57; act. 13/6). Die unangemessene Kürze dieser Fristen bleibt jedoch bereits deshalb folgenlos, weil sich der Rücktritt der Beklagten nicht auf Arbeiten in diesen Häusern stützt. Keine Erwähnung in der E-Mail vom 23. Oktober 2015 finden die Gipsarbeiten in den Veloräumen der Häuser 51, 53, 55, 57, 59 und 83, die Anschlüsse der Führungsschiene für die Glasschiebetüre in Haus 57 und 59 sowie das Verputzen der Backsteinstützen bei den Fensterfronten in Haus 61. Diesbezüglich fehlt es deshalb an einer Nachfristansetzung.

Die im Schreiben vom 27. Oktober 2015 enthaltene Androhung eines Leistungsverzichts (act. 29 Rz. 58; act. 13/7) lässt dieses im Vergleich zur E-Mail vom 23. Oktober 2015 umso deutlicher als Nachfrist erscheinen. Das Schreiben vom 27. Oktober 2015 enthält jedoch lediglich eine Frist bis 30. Oktober 2015 als besprochener Termin für Haus 79. Ansonsten bezieht sich das Schreiben vom 27. Oktober 2015 auf das angefügte Besprechungsprotokoll vom 11. September 2015 und auf die E-Mail vom 23. Oktober 2015. Der Frist für Haus 79 und der Bezugnahme auf das Besprechungsprotokoll vom 11. September 2015 kommt im Zusammenhang mit dem Rücktritt der Beklagten keine selbstständige Bedeutung zu, da die Beklagte für das Haus 79 und die im Besprechungsprotokoll vom 11. September 2015 genannten Häuser keine noch offen gebliebenen Arbeiten mehr darlegt. Es verbleiben die in der E-Mail vom 23. Oktober 2015 gesetzten Fristen zur "Fertigstellung der Wohnungen, Treppenhaus Wände und Decken,

inkl. Mängelerledigungen" in den Häusern 51, 53, 55, 57, 59, 61 und 83. Aus dem Schreiben vom 27. Oktober 2015 ergeben sich in Verbindung mit der E-Mail vom 23. Oktober 2015 die in der letzteren angesetzten Fristen als Nachfristen. Davon nicht erfasst bleiben demzufolge wiederum die Gipsarbeiten in den Veloräumen der Häuser 51, 53, 55, 57, 59 und 83, die Anschlüsse der Führungsschiene für die Glasschiebetüre in Haus 57 und 59 sowie das Verputzen der Backsteinstützen bei den Fensterfronten in Haus 61.

Die Beklagte kündigte mit Schreiben vom 27. Oktober 2015 der Klägerin lediglich an, sie müsse damit rechnen, dass sie von ihren Rechten Gebrauch machen werde (act. 13/7), gab jedoch keine Erklärung ab, gemäss Art. 107 Abs. 2 OR auf die Leistung zu verzichten. Der blosser Ablauf der Nachfrist führt noch nicht zum Untergang des Erfüllungsanspruchs (BGE 103 II 102 E. 1b S. 106; GUHL/KOLLER, a.a.O., § 32 N 16). Ein Verzicht auf die Leistung muss zudem unverzüglich i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR erfolgen (Ziffer 2.1.2.3 unten). Indem die Beklagte keine unverzügliche Verzichtserklärung abgab, hielt sie am Erfüllungsanspruch fest und hatte ihr Rücktrittsrecht (vorerst) verwirkt.

Unwidersprochen geblieben ist die Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe die ihr in der E-Mail vom 23. Oktober 2015 angesetzten Fristen nicht eingehalten (act. 29 Rz. 57, 59). Mit Schreiben vom 17. Dezember 2015 setzte die Beklagte die Klägerin in Verzug und drohte ihr die Ersatzvornahme an (act. 12 Rz. 33; act. 29 Rz. 59; act. 13/8). Für eine erneute Nachfristansetzung fehlt es dem Schreiben vom 17. Dezember 2015 indessen an einer hinreichend bestimmten Fristansetzung, weshalb diese lediglich als Mahnung zu qualifizieren ist (so auch die Beklagte selber, act. 12 Rz. 33; act. 29 Rz. 59).

Die Beklagte kann sich zur Begründung ihres Rücktrittsrechts weder auf die E-Mail vom 23. Oktober 2015 noch auf das Schreiben vom 27. Oktober 2015 oder vom 17. Dezember 2015 stützen.

2.1.2.2.4. Mit Schreiben vom 4. Januar 2016 setzte die Beklagte Frist zum Abschluss der Arbeiten (act. 12 Rz. 34; act. 24 Rz. 73; act. 29 Rz. 59): "Wir halten fest, dass sämtliche Arbeiten bis Haus 53 bis am **15.01.2016** abgeschlossen, d. h.

in der geforderten Qualität und zur Weiterbearbeitung von Nachfolgeunternehmen fertiggestellt werden müssen. Wird dieser Termin (siehe auch Terminprogramm vom 15.12.2015) nicht eingehalten, behält sich B.\_\_\_\_\_ Schweiz AG – wie bereits mit Schreiben vom 15.12.2015 angedroht – vor, die Fortführung der Arbeiten auf Kosten und Gefahr der A.\_\_\_\_\_ AG einem Drittunternehmen zu übertragen." (act. 3/54; Hervorhebungen im Original).

Die Klägerin ist der Ansicht, die mit Schreiben vom 4. Januar 2016 angesetzte Nachfrist sei nicht angemessen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR gewesen (act. 24 Rz. 61, 73). Dabei stützt sie sich auf den Verzug der Beklagten mit dem Abschluss der Kunststeinarbeiten in den Häusern 55, 57 und 83 (act. 24 Rz. 62, 63, 70; Ziffer 2.1.2.1.2 oben). Einen darüber hinausgehenden, die übrigen noch offenen Arbeiten betreffenden Grund, weshalb die Leistungsverzögerung der Klägerin nicht pflichtwidrig sein soll, vermag diese nicht darzutun. Die Klägerin beruft sich insbesondere auch nicht auf das Vorliegen eines Leistungsverweigerungsrechts. Die Angemessenheit der Nachfrist betrifft die Frage, ob die Dauer der Frist zum Abschluss der Arbeiten angemessen war, sofern die Voraussetzungen der Leistungsverzögerung vorlagen. Aus den Ausführungen der Klägerin ergibt sich ein entsprechender Standpunkt nicht mit hinreichender Deutlichkeit, jedoch dürfte davon auszugehen sein, dass die Klägerin generell die Angemessenheit in Frage stellt.

Die Angemessenheit der Nachfrist ist allein aufgrund des Schreibens vom 4. Januar 2016 zu beurteilen. Nach Ablauf der mit Schreiben vom 27. Oktober 2015 in Verbindung mit der E-Mail vom 23. Oktober 2015 angesetzten Nachfristen erklärte die Beklagte keinen Verzicht auf die Erfüllung. Mit der mit Schreiben vom 17. Dezember 2015 erfolgten Mahnung gab sie vielmehr zu verstehen, an der Erfüllung festzuhalten. Die Klägerin begnügt sich mit dem Hinweis auf den Annahmeverzug der Beklagten (act. 24 Rz. 62, 63, 73). Der Darstellung der Klägerin kann das erkennende Gericht keine Sachverhaltselemente entnehmen, welche eine Beurteilung der Angemessenheit der Nachfrist aufgrund der konkreten Umstände erlauben würden. Eine eingehende Prüfung kann vorliegend indessen auch unterbleiben. Die Dauer der Nachfrist erscheint jedenfalls nicht offensichtlich

unangemessen. Nach der eingangs dargestellten Rechtsprechung und herrschenden Ansicht hätte sich die Klägerin unverzüglich nach Erhalt der Nachfrist gegen deren ihrer Ansicht nach unangemessen kurze Dauer verwahren müssen. Entsprechendes legt die Klägerin nicht dar. Die Klägerin kann sich nicht nachträglich auf eine zu kurze Dauer der Nachfrist berufen.

Fraglich erscheint, ob die Nachfristansetzung in inhaltlicher Hinsicht hinreichend bestimmt ist. Bei der Nachfristansetzung handelt es sich um eine rechtsgeschäftsähnliche Willenserklärung (BUCHER, a.a.O., S. 367; WIEGAND, in: Basler Kommentar, N. 7 zu Art. 107 OR), auf welche die für Rechtsgeschäfte geltenden Regeln sinngemäss zur Anwendung gelangen. Der Inhalt des Schreibens vom 4. Januar 2016 ist deshalb durch Auslegung festzustellen. Der Wortlaut des Schreibens ist allgemein gehalten und benennt die noch offenen Arbeiten nicht. Aus diesem erschliesst sich nicht einmal, auf welche Häuser sich das Schreiben bezieht, da dieses lediglich das Haus 53 konkret benennt. Da sich aus dem Schreiben nicht erkennen lässt, für welche Arbeiten die Ansetzung einer Nachfrist erfolgt, fehlt es diesem an der erforderlichen Bestimmtheit.

Das Schreiben vom 4. Januar 2016 bezieht sich – wie bereits das Schreiben vom 17. Dezember 2015 – auf das vorangegangene Schreiben vom 15. Dezember 2015. Die Beklagte legt im Zusammenhang mit den Schreiben vom 17. Dezember 2015 und vom 4. Januar 2016 weder den Inhalt des Schreibens vom 15. Dezember 2015 dar, noch verweist sie auf dieses (vgl. act. 12 Rz. 33, 34; act. 29 Rz. 59). Mutmasslich handelt es sich um das an anderer Stelle referenzierte Schreiben vom 15. Dezember 2015 (act. 12 Rz. 67, 69, 73; act. 29 Rz. 32, 131, 164; act. 13/31). Mit diesem Schreiben setzte die Beklagte der Klägerin eine Frist bis am 18. Dezember 2015 um "Verbessern der Wanduntergründe im Haus 61 in Q3, zur Aufnahme eines Anstriches bzw. einer Glasfasertapete" (act. 13/31). Dabei handelt es sich nicht um die den Herstellungsverzug begründenden offenen Arbeiten, sondern um behauptete Qualitätsmängel (Ziffer 2.1.2.1.7 oben, 2.9.4 unten). Für die Auslegung des Schreibens vom 4. Januar 2016 lassen sich aus dem Schreiben vom 17. Dezember 2015 keine verwertbaren Informationen gewinnen.

Hat die Gegenpartei den tatsächlichen Inhalt der Willenserklärung verstanden, kommt es auf den Wortlaut nicht mehr an (Art. 18 OR). Die Klägerin beruft sich lediglich auf die Unangemessenheit der Frist und den Annahmeverzug der Beklagten. Deshalb ist davon auszugehen, dass für die Klägerin Inhalt und Zweck des Schreibens vom 4. Januar 2016 erkennbar waren, soweit sie an ihrer Leistungspflicht nicht zweifelte. Solche Zweifel bestanden jedenfalls für jene Arbeiten nicht, welche bereits Gegenstand der E-Mail vom 23. Oktober 2015 und des Schreibens vom 27. Oktober 2015 bildeten, d.h. für die Weissputzarbeiten in den Treppenhäusern der Häuser 51 und 59, die Grundputzarbeiten in den Wohnungen der Häuser 55 und 57 und die Weissputzarbeiten in den Wohnungen des Hauses 83. Insoweit liegt mit dem Schreiben vom 4. Januar 2016 eine hinreichend konkrete Nachfristansetzung vor. Hingegen erwähnt insbesondere die E-Mail vom 23. Oktober 2015 die Gipserarbeiten in den Veloräumen der Häuser 51, 53, 55, 57, 59 und 83 nicht. Diese ergeben sich einzig aus den schraffierten Flächen auf den Ausführungsplänen. Weiter benennt die E-Mail vom 23. Oktober 2015 die Anschlüsse der Führungsschiene für die Glasschiebetüre in Haus 57 und 59 sowie Verputzen der Backsteinstützen bei den Fensterfronten in Haus 61 nicht. Für diese Arbeiten lässt sich deshalb nicht der Schluss ziehen, die Klägerin habe die Tragweite des Schreibens auch soweit erkannt.

2.1.2.2.5. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 4. Januar 2016 eine Nachfrist bis 15. Januar 2016 zur Fertigstellung der Weissputzarbeiten in den Treppenhäusern der Häuser 51 und 59, der Grundputzarbeiten in den Wohnungen der Häuser 55 und 57 und der Weissputzarbeiten in den Wohnungen des Hauses 83 ansetzte.

2.1.2.3. Leistungsverzicht (sog. erstes Wahlrecht): Im Rahmen von Art. 366 Abs. 1 OR stehen dem Besteller sämtliche Alternativen aus Art. 107 Abs. 2 OR zu (ZINDEL/SCHOTT, in: Basler Kommentar, N. 24 zu Art. 366 OR). Der Besteller kann bei Nichterfüllung nach Ablauf der Nachfrist deshalb "immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen, statt dessen aber auch, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom

Vertrage zurücktreten" (Art. 107 Abs. 2 OR). Der Leistungsverzicht erfolgt durch einseitige Willenserklärung und führt unwiderruflich zum Erlöschen des Erfüllungsanspruchs (BGE 123 III 16 E. 4b S. 22; SCHWENZER, a.a.O., N 66.25; ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl. 1974, S. 152; WIEGAND, in: Basler Kommentar, N. 14 zu Art. 107 OR; sog. erstes Wahlrecht, PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl. 2014, N 2758). Das Erfordernis einer unverzüglichen Erklärung soll den Schuldner vor spekulativen Verzögerungen durch den Gläubiger schützen (BGE 143 III 495 E. 4.3.2 S. 505-506; BGE 96 II 47 E. 2 S. 50; BGer 4A\_306/2018 v. 29.01.2019 E. 5.4.3.2; 4A\_232/2011 v. 20.09.2011 E. 5.4; 4C.58/2004 v. 23.06.2004 E. 3.3; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., N 2760; OSER/SCHÖNENBERGER, in: Zürcher Kommentar, N. 34 zu Art. 107 OR; VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 153-154; WIEGAND, in: Basler Kommentar, N. 14 zu Art. 107 OR). Läge es in der Hand des Gläubigers, mit der Erklärung des Leistungsverzichts zuzuwarten, so wären der Ausübung des *ius variandi* einzig durch den Grundsatz von Treu und Glauben Grenzen gesetzt (so unter § 281 Abs. 1 S. 1 und § 323 Abs. 1 BGB; vgl. BGH, Urt. v. 20.01.2006 – V ZR 124/05, NJW 2006, 1198 [1199 Rn 22, 23]; MEDICUS/LORENZ, a.a.O., N 502, 503). Für den Schuldner als unbefriedigend würde sich in diesem Zusammenhang vor allem erweisen, dass er seine Leistungsbereitschaft aufrecht erhalten müsste und den Schwebezustand nur durch gehöriges Anbieten seiner Leistung beenden könnte (MEDICUS/LORENZ, a.a.O., N 503). Die Anforderungen an die Unverzüglichkeit der Leistungsverzichtserklärung nach Ablauf der Nachfrist bestimmen sich nach den konkreten Umständen (BGE 96 II 47 E. 2 S. 50; BGer 4A\_306/2018 v. 29.01.2019 E. 5.4.3.2; 4A\_603/2009 v. 09.06.2010 E. 2.4).

Mit Schreiben vom 18. Januar 2016 teilte die Beklagten der Klägerin ihren Verzicht auf die Leistung mit. Das Schreiben erfolgte drei Tage nach Ablauf der Nachfrist. In formeller Hinsicht liegt damit eine unverzügliche Erklärung vor. Die Klägerin stellt nicht in Frage, das Schreiben als Leistungsverzicht verstanden zu haben (act. 1 Rz. 17; act. 24 Rz. 62). Sie bezweifelt lediglich dessen Begründetheit (act. 24 Rz. 61). Da hinsichtlich der Frage der Erklärung eines Leistungsver-

zichts ein übereinstimmendes Verständnis der Parteien vorliegt, kommt es auf die Auslegung des Schreibens nach dem Vertrauensgrundsatz nicht mehr an (Art. 18 Abs. 1 OR; BGE 123 III 16 E. 4b S. 22). Mit Schreiben vom 18. Januar 2016 hat die Beklagte auf die nachträgliche Leistung i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR verzichtet.

2.1.2.4. Wahlerklärung (sog. zweites Wahlrecht): Verzichtet der Gläubiger auf die nachträgliche Leistung, kann er gemäss Art. 107 Abs. 2 OR zwischen dem Ersatz des positiven Interesses und dem Rücktritt vom Vertrag wählen (BGE 123 III 16 E. 4b S. 22; sog. zweites Wahlrecht, GAUCH/ SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., N 2758). Die Wahlerklärung erfolgt in Ausübung eines Gestaltungsrechts (BGE 123 III 16 E. 4b S. 22; SCHWENZER, a.a.O., N 66.25, 66.31; VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 158 Fn. 84; WIEGAND, in: Basler Kommentar, N. 15 zu Art. 107 OR). Sie ist nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, sofern ein übereinstimmendes Verständnis der Parteien nicht nachgewiesen ist (BGE 123 III 16 E. 4b S. 22).

Soweit ersichtlich, ist bislang von der Rechtsprechung nicht abschliessend geklärt, ob sich das Erfordernis einer unverzüglichen Erklärung auch auf dieses zweite Wahlrecht bezieht (vgl. BGE 123 III 16 E. 4b S. 22; BGE 116 II 436 E. 3 S. 441). Im Schrifttum dominieren augenscheinlich jene Autoren, welche auch für die Wahl zwischen Erfüllungsinteresse und Rücktritt an einer unverzüglichen Wahlerklärung festhalten (HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, in: Zürcher Kommentar, hrsg. von A. Egger/Arnold Escher/Robert Haab/H. Oster, 2. Aufl. 1929, N. 34 zu Art. 107 OR; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., N 2765; VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 153-154; WIEGAND, in: Basler Kommentar, N. 15 zu Art. 107 OR; grundsätzlich auch WEBER, in: Berner Kommentar, N 151, 152 zu Art. 107 OR; a.A. H. BECKER, in: Berner Kommentar, 2. Aufl. 1941, N. 36 zu Art. 107 OR; BUCHER, a.a.O., S. 374 FN 176; GUHL/KOLLER, a.a.O., § 32 N 17).

Der Wortlaut spricht dagegen (GUHL/KOLLER, a.a.O., § 32 N 17; a.A. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., N 2764). Zur konsequenten Verhinderung einer Spekulation des Gläubigers zu Lasten des Schuldners ist hingegen daran festzuhalten (VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 153-154). Daneben ist jedoch auch das Interesse des Gläubigers zu schützen (ALFRED KOLLER, in: Berner Kommentar, hrsg. von Heinz Hausheer, 1998, N. 420 zu Art. 366 OR). Stellt man darauf

ab, dass dem Schuldner nicht zumutbar ist, die Leistung bereit zu behalten, und lässt das Spekulationsrisiko in den Hintergrund treten, ist der Schuldner hinreichend geschützt, wenn der Gläubiger seine Leistung nicht mehr bereit halten muss.

Das Schreiben vom 18. Januar 2016 enthält u.a. den folgenden Wortlaut: "Aufgrund der mehrfachen nicht rechtzeitigen und nicht vertragsgemässen Erfüllung der vertraglichen Leistungen, durch A.\_\_\_\_\_ verzichtet B.\_\_\_\_\_ per sofort auf die weitere Erfüllung der vertraglichen Leistungen. Die Geltendmachung des B.\_\_\_\_\_ aus der nicht rechtzeitigen bzw. nicht vertragsgemässen Erfüllung entstehenden bzw. bereits entstandenen Schadens wird ausdrücklich vorbehalten. Wir fordern Ihre Klientschaft hiermit auf, die Baustelle umgehend zu räumen." Die Forderung von Schadenersatz bleibt lediglich vorbehalten. Auch aus der früheren Korrespondenz der Beklagten ergibt sich keine eindeutige Entscheidung für das Erfüllungsinteresse oder den Rücktritt. Im Schreiben vom 27. Oktober 2015 behielt sich die Beklagte ausdrücklich sämtliche Rechtsbehelfe vor (act. 13/7). Die Androhung der Ersatzvornahme hinsichtlich der mangelhaft ausgeführten Arbeiten im Schreiben vom 17. Dezember 2015 könnte als Wahl des positiven Interesses verstanden werden (BGE 126 III 230 E. 7a/bb S. 235-236; BGer 4A\_232/2014, 4A\_610/2014 v. 30.03.2015 E. 14.3.2.2). Beim Schreiben vom 27. Oktober 2015 handelt es sich indessen lediglich um eine Androhung, nicht um die Ausübung eines Wahlrechts. Somit fehlt es an einer zeitnahen Erklärung der Beklagten über die Art des Schadenersatzes.

Die Streitfrage, ob auch für die Wahl zwischen dem Ersatz des positiven Interesses und dem Rücktritt vom Vertrag eine unverzügliche Erklärung des Gläubigers erforderlich ist, ist somit entscheidungserheblich. Vorliegend hätte eine unverzügliche Wahlerklärung der Beklagten keine zusätzliche Sicherheit für die Klägerin geschaffen. Nach der Rechtsprechung besteht das Rücktrittsrecht des Bestellers nur für diejenigen Teilleistungen, mit deren Erbringung der Unternehmer in Verzug ist, ausser die zukünftige Vertragserfüllung erscheine dadurch gefährdet (BGE 141 III 106 E. 16.2 S. 108-109). Nach dem Schreiben vom 18. Januar 2016 war für die Klägerin erkennbar, dass sie ihre künftige Leistung nicht mehr vorzu-

halten hatte und die Beklagte auf die noch nicht erbrachten Leistungen verzichtete. Folglich durfte die Beklagte mit der Ausübung des Wahlrechts bis zur Klageantwort/Widerklage vom 28. Juni 2018 zuwarten.

2.1.2.5. Das Vorbringen der Beklagten erscheint insoweit widersprüchlich, als sie zunächst Schadenersatz, dann eine Vergütungsreduktion und schliesslich Schadenersatz im die Vergütungsreduktion übersteigenden Betrag geltend macht (act. 12 Rz. 36, 42, 43, 82, 154; act. 29 Rz. 122, 224, 354). Entscheidet sich der Gläubiger für das positive Interesse, bleibt er grundsätzlich zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet (BGE 123 III 16 E. 4b S. 22; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., N 2774). Die Geltendmachung einer Vergütungsreduktion spricht deshalb für die Wahl des negativen Interesses als Anspruchsziel. Tritt der Gläubiger vom Vertrag zurück, verbleibt für eine Haftung des Schuldners auf das positive Interesse kein Raum (BGer 4C.286/2005 v. 18.01.2006 E. 2.4; WIEGAND, in: Basler Kommentar, N. 8 zu Art. 109 OR). Die Geltendmachung eines die Vergütungsreduktion übersteigenden Betrags durch die Beklagte kombiniert das negative und das positive Interesse. Der Anspruch auf das negative und jener auf das positive Interesse verfolgen miteinander unvereinbare Anspruchsziele. Eine solche Anspruchskombination ist unzulässig. Auch bei der (nach herrschender Ansicht unzulässigen) Kombination von Vertragsrücktritt und positivem Interesse wäre dies bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen und die ausstehende Vergütung im Sinne der Differenztheorie beim positiven Interesse in Abschlag zu bringen (vgl. ALFRED KOLLER, Vertragsrücktritt mit positivem Vertragsinteresse?, AJP 2017, 1170, S.1172-1173).

Im Gegensatz zum Tatbestand der Vertragswidrigkeit i.S.v. Art. 366 Abs. 2 OR sieht der Tatbestand des Herstellungsverzugs i.S.v. Art. 366 Abs. 1 OR keine Ersatzvornahme vor. Soweit ein Recht zur Ersatzvornahme gestützt auf Art. 366 Abs. 1 i.V.m. Art. 98 Abs. 1 OR zu bejahen ist, bedarf es zu dessen Inanspruchnahme einer richterlichen Ermächtigung (BGE 142 III 321 [zu Art. 366 Abs. 2 OR]; KOLLER, in: Berner Kommentar, N. 87, 88, 521 zu Art. 366 OR). Die Kosten der Ersatzvornahme kann der Gläubiger jedoch im Rahmen des positiven Interesses nach Art. 107 Abs. 2 OR geltend machen (BGE 126 III 230 E. 7a/bb S. 235-236;

BGer 4A\_232/2014, 4A\_610/2014 v. 30.03.2015 E. 14.3.2.2; SJZ 1988, 420; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., N 2518 m.Nw.; BUCHER, a.a.O., S. 332; SCHWENZER, a.a.O., N 61.02; WIEGAND, in: Basler Kommentar, N. 8 zu Art. 98 OR).

Die Beklagte scheint von der Prämisse auszugehen, dass die Kosten der Ersatzvornahme nach einer natürlichen Vermutung dem Marktwert entspricht, welcher wiederum dem Werkvertrag zugrunde liegt. Der Betrag der Kosten der Ersatzvornahme entspräche somit dem Wert der nicht erbrachten Leistungen nach dem Werkvertrag. Der Vorteil der Vergütungsreduktion liegt darin, dass die Klägerin den Exkulpationsbeweis nicht führen kann. Da die Klägerin diesen vorliegend nicht antritt, bleibt es bei der Verschuldensvermutung von Art. 97 Abs. 1 OR. Bei einem Pauschalpreisvertrag erscheint es als problematisch, von der Vermutung des gleichen Werts der Leistungen auszugehen. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Beklagte am Werkvertrag festhält, jedoch anstelle der Leistung das positive Interesse als Schadenersatz verlangt.

Die Beklagte kann sich lediglich auf einen Schadenersatzanspruch im Rahmen von Art. 107 Abs. 2 OR berufen. Mangels gerichtlicher Ermächtigung sind die Voraussetzungen für den Ersatz der Verwendungen i.S.v. Art. 98 Abs. 3 OR nicht gegeben. Nach der Differenztheorie kann der Gläubiger wohl den Differenzbetrag zwischen dem positiven Interesse und der Gegenleistung verlangen, ohne die eigene Gegenleistung erbringen zu müssen (ZINDEL/SCHOTT, in: Basler Kommentar, N. 20 zu Art. 366 OR). Da sich zwei Geldleistungen gegenüber stehen, ergibt sich auch nach der Austauschtheorie [Surrogationstheorie] kein anderes Ergebnis (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., N 2780; MEDICUS/LORENZ, a.a.O., N 448).

2.1.2.6. Gemäss Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 42 Abs. 1 OR hat der Gläubiger den Schaden grundsätzlich ziffernmässig nachzuweisen. Es ist Teil seiner Behauptungs- und Beweislast, anzugeben, aus welcher Pflichtverletzung welcher Schaden folgt (BGE 128 III 271 E. 2a/aa S. 273-274; BGer 4A\_202/2019 v. 11.12.2019 E. 5.3; 4A\_174/2017 v. 01.09.2017 E. 4.1; 4A\_336/2014 v. 18.12.2014 E. 7.3). Die Kosten der Ersatzvornahme bilden ein Indiz für den entstandenen Schaden

(KOLLER, in: Berner Kommentar, N. 453 zu Art. 366 OR; WEBER, in: Berner Kommentar, N. 82 zu Art. 98 OR; BECKER, in: Berner Kommentar, N. 4 zu Art. 98 OR).

Da die Klägerin insbesondere bestreitet, dass die nach der Art einer Ersatzvornahme ausgeführten Arbeiten auf einer Pflichtwidrigkeit ihrerseits beruht, obliegt es der Beklagten, die Pflichtverletzungen der Klägerin und den dadurch jeweils verursachten Schaden, d.h. die notwendig gewordenen Arbeiten und ihre Kosten, einzeln darzulegen.

Die Beklagte stützt sich auf das Total des Werkvertrags vom 11. Januar 2016 von CHF 170'316.00 inkl. MWST (act. 12 Rz. 36, 42; act. 29 Rz. 120, 122; act. 13/9), ohne die einzelnen Positionen betragsmässig aufzuschlüsseln.

Für die noch nicht vollendeten Arbeiten an den Fensteranschlüssen in den Häusern 51, 53, 55 und 59 liegen von der Beklagten unterzeichnete Regie-Bestellungen vor, weshalb diese nicht unter den Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 fallen (Ziffer 2.1.2.1.1 oben, 2.4.2 unten). Im Übrigen fehlt es bezüglich der Nichtvollendung an der Pflichtwidrigkeit (Ziffer 2.1.2.1.1 oben). Die fehlende Fertigstellung der Weissputzarbeiten in den Treppenhäusern der Häuser 55, 57 und 83 ist nicht pflichtwidrig (Ziffer 2.1.2.1.2 oben). Diese Positionen dürfen bei der Berechnung des Schadenersatzanspruchs nicht berücksichtigt werden.

Die Beklagte legt den Zusammenhang zwischen den von der Klägerin nicht vollendeten Arbeiten und den Arbeiten der Ersatzvornahme nicht dar (Ziffer 2.1.2.1 oben). Aus der vom erkennenden Gericht vorgenommenen Zuordnung lässt sich ein Schadensbetrag nicht bestimmen, da die Beklagte die Beträge nicht je Position gesondert ausweist. Der Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden ist somit nicht dargetan.

Da die Beklagte den Schaden nur pauschal und nicht nach einzelnen Positionen darlegt, kommt sie ihrer Substantiierungsobliegenheit nicht nach.

2.1.2.7. Der von der Beklagten gestützt auf Art. 183 SIA-Norm 118 i.V.m. Art. 366 Abs. 1 und Art. 107 Abs. 2 Alternative 2 OR geltend gemachte Schadenersatzanspruch besteht im Grundsatz teilweise. Die Beklagte legt den Schaden jedoch

nicht hinreichend detailliert dar, so dass eine diesbezügliche Beurteilung nicht möglich ist. Der Beklagten steht deshalb kein Schadenersatzanspruch zu, welchen sie dem Vergütungsanspruch der Klägerin entgegenhalten könnte.

2.1.3. Gestützt auf die Akontorechnungen RE-2015-0002 vom 20. Januar 2015, RE-2015-0003 vom 4. Februar 2015, RE-2015-0007 vom 4. März 2015, RE-2015-0010 vom 27. März 2015, RE-2015-0011 vom 1. April 2015, RE-2015-0012 vom 4. Mai 2015, RE-2015-0014 vom 19. Mai 2015 und RE-2015-0015 vom 15. Juni 2015 über jeweils CHF 118'800.00 (Arbeiten Netto inkl. MWST) hat die Beklagte Akontozahlungen in der Höhe von CHF 950'400.00 geleistet (act. 1 Rz. 202; act. 12 Rz. 153; act. 3/7.1-7.8; act. 13/60). In diesem Umfang ist der Anspruch aus dem Pauschalpreis getilgt.

2.1.4. Die Parteien rechnen CHF 185'000.00 als Zahlung der Beklagten an (act. 1 Rz. 202; act. 24 Rz. 164, 336). Gemäss Art. 424 i.V.m. Art. 402 Abs. 1 OR hat die Beklagte gegen die Klägerin einen Anspruch auf Auslagenersatz aus Zahlungen an die Subsubunternehmerin.

2.1.4.1. Die Parteien haben vereinbart, dass die Beklagte berechtigt ist, den Subsubunternehmer direkt zu bezahlen, wenn die Klägerin ihren Anträgen auf Abschlagszahlung nicht auf erstmaliges Verlangen Erklärungen ihrer Subsubunternehmer beifügt, die bestätigen, dass sie alle bezahlt worden sind (Art. 2.5 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 der Allgemeinen Bedingungen für den Subunternehmer des Generalunternehmers vom 15. Juli 2013; act. 12 Rz. 140, 150; act. 29 Rz. 336; act. 3/2.1; act. 3/2.4). Die Klägerin konnte ihre Subsubunternehmerin nicht bezahlen und den von der Beklagten mit E-Mail vom 10. Dezember 2015 geforderten Zahlungsnachweis nicht erbringen (act. 1 Rz. 199; act. 12 Rz. 140, 150; act. 29 Rz. 336; act. 13/61). Der dagegen erhobene Einwand der Klägerin (act. 24 Rz. 331) widerspricht teilweise ihrer eigenen Darstellung (act. 1 Rz. 199) und ist darüber hinaus urkundlich widerlegt (act. 13/61). Der Grund für die Nichtbezahlung ist unerheblich. Jede Partei hat grundsätzlich für ihre finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen.

2.1.4.2. Über den Ersatz für die Auslagen bzw. deren Anrechnung auf den Honoraranspruch haben die Parteien keine Vereinbarung getroffen. Die Beklagte hat durch Zahlung an die Subunternehmerin eine Schuld der Klägerin im Valutaverhältnis zwischen der Klägerin und der Subunternehmerin beglichen. Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz muss sich aus dem Deckungsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten ergeben (vgl. BGer 5C.151/2001, 5C.153/2001 v. 21.08.2001 E. 3b). Durch Bezahlung einer Schuld der Klägerin hat die Beklagte deren Geschäft geführt. Da die Geschäftsführung auf einer vertraglichen Vereinbarung beruht, gelangen die Regeln des Auftragsrechts (Art. 394 ff. OR) direkt zur Anwendung. Selbst wenn trotz der entsprechenden vertraglichen Klausel nicht von einer Einwilligung ausgegangen oder die Voraussetzungen zur direkten Bezahlung der Subsubunternehmerin nicht vorliegen würden, würde über Art. 422 OR wiederum Auftragsrecht zur Anwendung gelangen. Indem die Klägerin die Zahlung an die Subsubunternehmerin anrechnet (act. 1 Rz. 199, 202; act. 24 Rz. 338), hat sie diese nachträglich genehmigt.

2.1.4.3. Nachdem die Subunternehmerin der Klägerin (Subsubunternehmerin) ihre Forderung von CHF 185'000.00 (inkl. MWST) mit Rechnung Nr. 2016\_0601 vom 6. Januar 2016 bei der Beklagten geltend machte (act. 1 Rz. 199; act. 12 Rz. 140, 151; act. 13/58), bezahlte die Beklagte diesen Betrag am 2. Februar 2016 direkt an die Subunternehmerin der Klägerin (Subsubunternehmerin; act. 1 Rz. 199; act. 12 Rz. 140, 150; act. 13/59).

2.1.4.4. Mit Rechnung vom 14. Januar 2016 machte die Beklagte ihren Anspruch auf Auslagenersatz von CHF 185'000.00 bei der Klägerin geltend (act. 1 Rz. 199; act. 3/22). Die Beklagte nahm daraufhin die Erfüllungsgarantie in der Höhe von CHF 110'000.00 in Anspruch (act. 1 Rz. 164). Die Bank hat durch ihre Leistung auf die Bankgarantie eine Schuld im Valutaverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten (Aufwendungsersatz; Ziffer 2.1.4.2 oben) getilgt (zu den einzelnen Rechtsverhältnissen im Zusammenhang mit einer Bankgarantie vgl. BGer 4A\_111/2014 v. 31.10.2014 E. 3.3 m.Nw.). Entsprechend reduziert sich der Anspruch der Beklagten auf Aufwendungsersatz von CHF 185'000.00 auf CHF 75'000.00.

2.1.4.5. Der Anspruch aus dem Pauschalpreis ist um weitere CHF 75'000.00 getilgt.

2.1.5. Nach Ablauf der Zahlungsfrist verliert der Bauherr einen allfällig vereinbarten Anspruch auf Skontoabzug (Art. 190 Abs. 1 Satz 2 SIA-Norm 118). Der Skontoabzug kommt nur für tatsächlich geleistete Zahlungen in Frage (BGE 118 II 63 E. 4b S. 65).

Mit Schreiben vom 26. April 2016 stellte die Klägerin der Beklagten die Schlussrechnung über den Pauschalpreis RE-2016-0016 vom 12. April 2016 über CHF 464'215.15 zu (act. 1 Rz. 32, 33; act. 3/8; act. 4/6). Die Klägerin gewährte dabei unbestritten einen Skonto von 2 % (act. 1 Rz. 167; act. 3/8). Für den noch offenen Betrag ist die Beklagte zu keinem Skontoabzug berechtigt.

Der noch offene Betrag von CHF 157'067.32 für Arbeiten Netto inkl. MWST entspricht einem Zwischentotal Brutto nach Abzug von 10.00 % von CHF 151'429.31 (CHF 157'067.32 / 1.08 [Rückrechnung MWST] / 0.98 [Rückrechnung Allg. Bauabzüge] / 0.98 [Rückrechnung Skonto]). Dieser bildet die Basis für die Berechnung des Skonto von 2.00 %. Damit entfällt auf den noch offenen Betrag ein Skonto von CHF 3'028.59. Dieser ist zu Gunsten der Klägerin zu berücksichtigen.

2.1.6. Zwischenergebnis: Der Anspruch der Klägerin aus dem Pauschalpreis berechnet sich folgendermassen:

Bruttowerkspreis	1'272'964.96
./ Offene Positionen	- 6'273.83
<b>Pauschalpreis Brutto</b>	<b>1'266'691.14</b>
Rabatt 10.00 %	126'669.11
Zwischentotal	1'140'022.02
Skonto 2.00%	22'800.44
Zwischentotal	1'117'221.58
Allg. Bauabzüge 2.00%	22'344.43

Arbeiten Netto	1'094'877.15
MWST 8.00%	87'590.17
<b>Arbeiten Netto inkl. MWST</b>	<b>1'182'467.32</b>
Akontozahlungen	- 950'400.00
Anspruch auf Auslagenersatz aus Zahlung Subsubunt.	- 75'000.00
Aufrechnung Skonto	3'028.59
<b>Offener Betrag aus Pauschalpreis</b>	<b>160'095.91</b>

## 2.2. Mehrmengen

Gemäss Art. 86 Abs. 2 SIA-Norm 118 vereinbaren die Parteien auf Verlangen einer Vertragspartei einen neuen Einheitspreis auf der Basis der ursprünglichen Kostengrundlage (Art. 62 Abs. 2 SIA-Norm 118), wenn die endgültige Gesamtmenge 120 % der vorgesehenen Menge überschreitet, für den übersteigenden Teil, und fügen ihn als Nachtragspreis dem Leistungsverzeichnis an.

Die Klägerin macht in tatsächlicher Hinsicht die folgenden Mehrmengen geltend (act. 1 Rz. 53, 57, 61, 65, 69, 73, 74):

<b>Position</b>	<b>Mehrmenge</b>	<b>Einheitspreis</b>	<b>Kosten</b>	<b>Abweichung</b>
175.113/122	7'385.98 m <sup>2</sup>	2.50	18'464.95	40.12 % recte: 40.16 %
212.111	2'041 m recte: 2'041.90 m	5.50	11'230.25 recte: 11'230.45	101[.54] % 101.59 %
212.121	906.4 m	6.3	5'710.32	72.5[1] %
231.111	2'410.48 m <sup>2</sup>	12	28'925.- recte: 28'925.76	36.6[3] %
231.721	3'190.48 LE	2	6'380.96	55[.01] %
711.101	7'022.5[5] m	5	35'112.5[5]	156[.23] %

Die Beklagte bestreitet die Mehrmengen in tatsächlicher Hinsicht (act. 12 Rz. 89, 90, 91, 92, 93, 94; act. 29 Rz. 225, 230).

2.2.1. Im Grundsatz sind sich die Parteien einig, dass der vereinbarte Werkpreis gemäss Art. 5.5 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 einen Pauschalpreis darstellt (Ziffer 2.1.1 oben). Gemäss Art. 2.4 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 bilden die Objektspezifischen Bedingungen vom 1. Juni 2013 dessen integralen Bestandteil (act. 3/2.1). Ziffer 3.3.1 der Objektspezifischen Bedingungen vom 1. Juni 2013 hat den folgenden Wortlaut (act. 3/2.3):

### **3.3 Bestellungenänderungen und Erweiterungen**

#### **3.3.1 Grundlagen für die Berechnung der Bau- und Lieferkosten:**

Der Subunternehmer hat bezüglich der hinzukommenden oder wegfallenden Bau- und Lieferkosten die nachstehenden Preisgrundlagen in der Reihenfolge ihrer Aufzählung zu verwenden und dem Generalunternehmer auf Verlangen offenzulegen:

- vertragliche Kalkulations- und Alternativpreise
- vertragliche Regietarife
- vorhandene Subsubunternehmer-/Lieferverträge
- die Art. 86 und 87 der SIA-Norm 118, wobei die massgebende Toleranzgrenze in Art. 86, Abs. 3, auf 40% festgelegt wird
- Kalkulationsgrundlage einzelner Einheitspreise aus dem Werkvertrag.

Gemäss Art. 2.5 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 bilden auch die Allgemeinen Bedingungen für den Subunternehmer des Generalunternehmers vom 15. Juli 2013 dessen integralen Bestandteil (act. 3/2.1). Art. 9 Abs. 4 der Allgemeinen Bedingungen vom 15. Juli 2013 hat den folgenden Wortlaut (act. 3/2.4):

Unabhängig von der anwendbaren Vergütungsgrundlage sind die Mengenangaben des Baubeschriebs oder der Preisliste ungefähre Angaben und dienen zur Information; der Generalunternehmer wird dadurch in keiner Weise gebunden.

Die Klägerin ist der Ansicht, die Parteien hätten im Werkvertrag explizit Mengen und Einheitspreise festgelegt (act. 24 Rz. 168). Vom Pauschalpreis seien nur die detailliert beschriebenen Mengen bzw. Leistungen gemäss Leistungsbeschrieb abgedeckt (act. 24 Rz. 168). Die Parteien hätten selbst eine Toleranzgrenze von 40 % Abweichung als noch tolerierbar vereinbart (act. 24 Rz. 166). Gestützt auf

die wiedergegebene Ziffer 3.3.1 der Objektspezifischen Bedingungen i.V.m. Art. 86 SIA-Norm 118 seien Mehrmengen von über 20 % zu entschädigen, auch wenn ein Pauschalpreis abgemacht sei (act. 1 Rz. 41; act. 24 Rz. 168, 172).

Demgegenüber hält die Beklagte auch im Zusammenhang mit den Mehrmengen an der Qualifikation als Pauschalpreis fest (act. 12 Rz. 83, 85; act. 29 Rz. 225, 226). Weiter verweist sie auf Art. 5.5 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 (act. 12 Rz. 83; act. 29 Rz. 227) und auf Art. 9 Abs. 4 der Allgemeinen Bedingungen vom 15. Juli 2013 (act. 12 Rz. 87). Art. 86 SIA-Norm 118 beziehe sich nur auf die Anpassung von Einheitspreisen bei Mengenänderungen infolge von Bestellungenänderungen bei Leistungen zu Einheitspreisen (act. 12 Rz. 84; act. 29 Rz. 228, 229).

Zwischen den Parteien besteht ein Streit über die Auslegung der Werkpreisvereinbarung. Nach ständiger Rechtsprechung "gilt bei Fragen des Konsenses oder der Auslegung der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Im Konsens- wie im Auslegungsstreit hat das Sachgericht daher vorab zu prüfen, ob die Parteien sich tatsächlich übereinstimmend geäußert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben. Ist dies für den Vertragsschluss als solchen zu bejahen, liegt ein tatsächlicher Konsens vor. Haben die Parteien sich in den Vertragsverhandlungen zwar übereinstimmend verstanden, aber nicht geeinigt, besteht ein offener Dissens und damit kein Vertragsschluss. Haben sie sich übereinstimmend geäußert, aber abweichend verstanden, liegt ein versteckter Dissens vor, welcher zum Vertragsschluss führt, wenn eine der Parteien nach dem Vertrauensgrundsatz in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäußerung zu schützen und damit die andere auf ihrer Äusserung in deren objektivem Sinn zu behaften ist. Diesfalls liegt ein normativer Konsens vor." (BGE 123 III 35 E. 2b S. 39-40; praktisch wortgleich BGer 4D\_71/2017 v. 31.01.2018 E. 5.1). Nach dem Vertrauensprinzip ist zu ermitteln, wie die Erklärung "nach den gesamten Umständen in guten Treuen verstanden werden durfte und musste" (BGE 144 III 19 E. 4.1 S. 23 m.Nw.). Der Wortlaut hat dabei "Vorrang vor weiteren Auslegungsmitteln, es sei denn, er erweise sich auf Grund anderer Vertragsbedingungen, dem

von den Parteien verfolgten Zweck oder weiteren Umständen als nur scheinbar klar. Den wahren Sinn einer Vertragsklausel erschliesst zudem erst der Gesamtzusammenhang, in dem sie steht. Die Begleitumstände des Vertragsabschlusses oder die Interessenlage der Parteien in jenem Zeitpunkt dürfen ergänzend berücksichtigt werden." (BGE 133 III 406 E. 2.2 S. 409). Gehören die Parteien demselben Fachkreis an, ist von der Bedeutung auszugehen, welcher der entsprechende Fachkreis dem Wortlaut zumisst (BGE 122 III 426 E. 5 S. 429; BGer 4A\_436/2016, 4A\_466/2016 v. 07.02.2017 E. 3.3.2.2). In prozessualer Hinsicht tritt die Beweislast für einen vom Wortlaut abweichenden subjektiven Vertragswillen diejenige Partei, welche sich zu ihren Gunsten auf einen vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillen beruft (BGE 121 III 118 E. 4b/aa S. 123-124; BGer 5A\_672/2012 v. 03.04.2013 E. 10.2). Nach ständiger Rechtsprechung gelangen bei der Auslegung vertraglich übernommener AGB-Klauseln und von Individualvereinbarungen dieselben Grundsätze zur Anwendung (BGE 142 III 671 E. 3.3 S. 675; BGE 135 III 1 E. 2 S. 6-7; BGE 133 III 675 E. 3.3 S. 681 m.Nw.).

Gemäss Art. 373 und 374 OR können die Parteien die Vergütung des Unternehmers als festen Preis oder nach dem Wert der Arbeit festsetzen (BGer 4A\_156/2018 v. 24.04.2019 E. 4.1). In der Systematik der SIA-Norm 118 sind Einheits-, Global- und Pauschalpreise feste Preise (Art. 38 Abs. 1 SIA-Norm 118; BGer 4A\_156/2018 v. 24.04.2019 E. 4.1; 4C.90/2005 v. 22.06.2005 E. 3.2). Der Einheitspreisvertrag i.S.v. Art. 39 Abs. 1, Art. 42 Abs. 1 S. 1 SIA-Norm 118 bestimmt die Vergütung je Mengeneinheit der einzelnen Leistung (BGer 4A\_156/2018 v. 24.04.2019 E. 4.1) und beruht auf einem Leistungsverzeichnis i.S.v. Art. 8 SIA-Norm 118 (Art. 39 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 SIA-Norm 118; CARLO PEER, Das Leistungsverzeichnis bei Bauwerkverträgen, Zürich/Basel/Genf 2018, N 98, 113). Der Gesamtpreisvertrag i.S.v. Art. 42 Abs. 1 S. 2 SIA-Norm 118 bestimmt die Vergütung ohne Rücksicht auf die Menge als festen Geldbetrag (Art. 40 Abs. 1 S. 2 SIA-Norm 118) und beruht auf einer Baubeschreibung i.S.v. Art. 12 SIA-Norm 118 (Art. 40 Abs. 2, Art. 41 Abs. 2 i.V.m. Art. 12 SIA-Norm 118).

Der Wortlaut von Art. 5.5 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 spricht dafür, dass die Parteien einen Gesamtpreisvertrag zu einem Pauschalpreis i.S.v. Art. 42 Abs. 2 S. 2, Art. 41 Abs. 1 SIA-Norm 118 geschlossen haben. Die Parteien haben in Art. 2.11 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 die SIA-Norm 118 zum Vertragsbestandteil erklärt (Ziffer 2.1.1 oben). Da beide Parteien in der Baubranche tätig sind, gilt weiter die Vermutung, dass der Wortlaut in dem Sinne zu verstehen ist, wie ihn der entsprechende Fachkreis gemäss SIA-Norm 118 zu verstehen pflegt. Art. 5.5 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 enthält zudem eine Komplettheitsklausel (s. Ziffer 2.1.1 oben). Für einen Einheitspreisvertrag könnte einzig das Leistungsverzeichnis in act. 3/2.6 und 2.8 sprechen. Den Parteien ist es jedoch unbenommen, auch einem Gesamtpreisvertrag ein Leistungsverzeichnis zugrunde zu legen (ANTON EGLI, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, hrsg. von Peter Gauch/Hubert Stöckli, 2. Auflage 2017, N. 2 zu Art. 8 SIA-Norm 118). Aus dem Einbezug eines Leistungsverzeichnisses in den Werkvertrag lässt sich deshalb nicht schliessen, dass es sich um einen Einheitspreisvertrag handelt. Der Standpunkt der Klägerin erweist sich zudem als widersprüchlich, wenn sie ihre Vergütung einerseits auf die Vereinbarung eines Pauschalpreises stützt, sich andererseits bei den Mehrmengen auf einen Einheitspreisvertrag beruft. Aus Art. 373 Abs. 1 und 3 OR i.V.m. Art. 40 Abs. 1 S. 2 SIA-Norm 118 ergibt sich, dass bei der Vereinbarung eines festen Preises der Unternehmer das Risiko einer Mengenabweichung trägt.

Ziffer 3.3.1 der Objektspezifischen Bedingungen vom 1. Juni 2013 und Art. 86 SIA-Norm 118 betreffen die Auswirkungen von Bestellungsänderungen. Art. 86 SIA-Norm 118 betrifft zudem veränderte Mengen bei Leistungen zu Einheitspreisen. Die genannten Bestimmungen sind deshalb bei blossen Mengenabweichungen bzw. bei einem Gesamtpreisvertrag nicht anwendbar. Die Klägerin macht nicht geltend, dass die von ihr geltend gemachten Mehrmengen auf Bestellungsänderungen der Beklagten beruhen. Die von der Klägerin behaupteten Mehrmengen stellen deshalb lediglich Abweichungen vom Baubeschrieb dar, welche als solche unter einem Gesamtpreisvertrag nicht zu einem Recht auf eine Mehrvergütung führen.

2.2.2. Gemäss Art. 59 Abs. 1 SIA-Norm 118 hat der Unternehmer "Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung, falls ausserordentliche Umstände, welche nicht vorausgesehen werden konnten oder welche nach den von beiden Vertragsparteien angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren, die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren". Die Bestimmung ist Art. 373 Abs. 2 OR nachgebildet (PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, N. 1.1, 5.1 zu Art. 59 SIA-Norm 118), welche einen Anwendungsfall der *clausula rebus sic stantibus* darstellt (BGE 104 II 314 E. a S. 315; WIEGAND, in: Basler Kommentar, N. 96 zu Art. 18 OR; ZINDEL/SCHOTT, in: Basler Kommentar, N. 2, 16, 114 zu Art. 373 OR). Der Rückgriff auf eine gerichtliche Vertragsanpassung ist nur zulässig, soweit sich die Regeln von Art. 59 SIA-Norm und Art. 373 Abs. 2 OR als lückenhaft erweisen (BGE 127 III 300 E. 6a S. 307; WIEGAND, in: Basler Kommentar, N. 118 zu Art. 18 OR).

2.2.2.1. Gemäss Art. 59 Abs. 3 i.V.m. Art. 25 Abs. 1 SIA-Norm 118 hat der Unternehmer der Bauleitung bzw. dem Unternehmer das Vorliegen ausserordentlicher Umstände i.S.v. Art. 59 SIA-Norm 118 ohne Verzug anzuzeigen (GAUCH/STÖCKLI, N. 10.2 zu Art. 59 SIA-Norm 118; zu Art. 373 Abs. 2 OR vgl. BGE 116 II 315 E. 3 S. 315-316 = Pra 80 [1991] Nr. 120; ZINDEL/SCHOTT, in: Basler Kommentar, N. 26 zu Art. 373 OR m.w.Nw.). Die Klägerin beschränkt sich auf die Behauptung, dass mehr Material verbaut worden sei, als gemäss den Ausmassen des Werkvertrags vorgesehen gewesen sei (act. 1 Rz. 47). Einem Gesamtpreisvertrag entspricht es jedoch, dass blosse Verbrauchsschwankungen eine Preisanpassung nicht rechtfertigen. Darin besteht gerade der Unterschied zum Einheitspreisvertrag. Die blosse Mengenüberschreitung stellt deshalb noch keine ausserordentlichen Umstände i.S.v. Art. 59 SIA-Norm 118 dar. Zudem legt die Klägerin nicht dar, die Beklagte ohne Verzug auf ausserordentliche Umstände aufmerksam gemacht zu haben. Die Klägerin hat deshalb die ihr obliegende Anzeige gemäss Art. 59 Abs. 3 i.V.m. Art. 25 Abs. 1 SIA-Norm 118 verletzt.

2.2.2.2. Die Unvorhersehbarkeit ist "vom Standpunkt des sachkundigen und sorgfältigen Unternehmers aus und nach eher strengen Massstäben zu beurteilen, da jede Werkausführung zu festen Pauschal- oder Einheitspreisen ein spekulatives

Element enthält, das auch als Risiko zu berücksichtigen ist" (BGE 104 II E. b S. 316-317). Die Klägerin macht geltend, bei einem solch grossen Bau wie der streitgegenständlichen Überbauung hätten die Ausmasse vorher nicht überprüft werden können (act. 1 Rz. 48). Allein der Umfang des Bauprojekts führt deshalb gerade nicht zur Annahme einer Unvorhersehbarkeit. Wenn sich die Klägerin zur Begründung der angeblich fehlerhaften Ausmasse wiederum auf die Mengenabweichungen beruft, so legt sie damit die Unvorhersehbarkeit nicht dar.

2.2.2.3. Die ausserordentlichen Umstände müssen zu einem krassen, offenbaren Missverhältnis zwischen der Werkleistung und der Vergütung führen, so dass die Einhaltung der offerierten Preise nach Treu und Glauben nicht mehr verlangt werden kann (BGE 113 II 513 E. 3b S. 516 = Pra 78 [1989] Nr. 17; BGE 104 II 314 E. b S. 317 m.w.Nw.; GAUCH/STÖCKLI, N. 5.4 zu Art. 59 SIA-Norm 118). Beim Vergleich zwischen der vereinbarten Vergütung sind die effektiven Herstellungskosten ohne Unternehmensgewinn massgebend (BGE 104 II 314 E. b S. 317; ZINDEL/SCHOTT, in: Basler Kommentar, N. 24 zu Art. 373 OR). Das Missverhältnis bezieht sich nicht auf einzelne Positionen, sondern auf die Gesamtleistung und die Gesamtvergütung (GAUCH/STÖCKLI, N. 5.5 zu Art. 59 SIA-Norm 118; ZINDEL/SCHOTT, in: Basler Kommentar, N.23 zu Art. 373 OR). Die Klägerin macht bezüglich 6 Positionen Mehrmengen geltend. Davon überschreiten lediglich Pos. 212.111 und Pos. 711.101 die Schwelle von 100 % (vgl. SCHWENZER, a.a.O., N 35.09). Daraus ergibt sich nicht, dass die Gesamtleistung in einem Missverhältnis zur Gesamtvergütung steht.

Die Klägerin beantragt die Erstellung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens betreffend "wesentlich mehr Material verbaut als gemäss Ausmassen Werkvertrag vorgesehen" (act. 1 Rz. 46). Ein Beweisverfahren setzt substantiierte Tatsachenbehauptungen voraus (BGE 144 III 67 E. 2.1 S. 68-69). Es dient nicht der Vervollständigung einer lückenhaften Sachverhaltsdarstellung (BGer 4A\_462/2017 v. 12.03.2018 E. 6.2.3; 4A\_113/2017 v. 06.09.2017 E. 6.1.1; 4A\_504/2015 v. 28.01.2016 E. 2.4; CLAUDE SCHRANK, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], hrsg. von Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, 3. Aufl. 2016, N. 12 zu Art. 55 ZPO m.Nw.).

Fehlende tatsächliche Behauptungen "lassen sich nicht im Rahmen des Beweisverfahrens ersetzen" (BGer 5A\_837/2019 v. 08.05.2020 E. 4.1). Da die Klägerin ihre quantitativen Behauptungen nur unvollständig aufstellt, ist von einem Beweisverfahren abzusehen.

2.2.3. Soweit ein darüber hinausgehender Anwendungsbereich für die *clausula rebus sic stantibus* verbleiben sollte, gelten die obigen Kriterien entsprechend (Ziffer 2.2.2 oben; zu den Voraussetzungen der *clausula rebus sic stantibus* s. WIEGAND, in: Basler Kommentar, N. 99-106 zu Art. 18 OR). Jedenfalls müsste die Äquivalenzstörung auch dann gravierender Natur sein (BGE 127 III 300 E. 5b S. 304-305; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl. 2014, N 1300; SCHWENZER, a.a.O., N 35.09; WIEGAND, in: Basler Kommentar, N. 104 zu Art. 18 OR; N. 104 zu Art. 18 OR). Dies ist vorliegend nicht der Fall (2.2.2.3 oben).

2.2.4. Da der Klägerin keine Mehrvergütung zusteht, ist von einer Beweisabnahme über den (bestrittenen) tatsächlichen Umfang der Mehrmengen abzusehen.

2.2.5. Zwischenergebnis: Aus Mehrmengen hat die Klägerin keine Ansprüche.

### 2.3. Nachträge

Gemäss Art. 84 Abs. 1 SIA-Norm 118 kann der Bauherr "durch Weisungen oder Änderungen von Plänen verlangen, dass der Unternehmer Leistungen, zu denen dieser durch den Werkvertrag verpflichtet ist, auf andere Art als vereinbart, in grösseren oder kleineren Mengen oder überhaupt nicht ausführt; dies jedoch nur dann, wenn dadurch der Gesamtcharakter des zur Ausführung übernommenen Werkes unberührt bleibt. Unter der gleichen Voraussetzung kann der Bauherr auch im Vertrag nicht vorgesehene Leistungen ausführen lassen. Verzichtet der Bauherr auf die Ausführung einer einzelnen Arbeit, so darf er sie nicht durch Dritte ausführen lassen." Die Parteien vereinbarten einen Mehr- oder Minderpreis als Nachtragspreis, wenn eine Beststellungsänderung zur Änderung einer global oder pauschal zu vergütenden Leistung oder zur Änderung ihrer Ausführungsvoraussetzungen führt (Art. 84 Abs. 2 i.V.m. Art. 89 Abs. 1 SIA-Norm 118). Die Anwen-

dung von Art. 89 SIA-Norm 118 setzt stets das Vorliegen einer Beststellungsänderung i.S.v. Art. 84 SIA-Norm 118 voraus (ANTON EGLI, in: SIA-Norm 118, N. 2.2-2.3 zu Art. 89 SIA-Norm 118). Nachfolgend ist deshalb jeweils vorab zu prüfen, ob eine Beststellungsänderung vorliegt und ob diese zu einer Änderung der nach dem Pauschalvertrag zu vergütenden Leistungen führt.

Kommt bei zusätzlichen Arbeiten keine Einigung über den Nachtragspreis zustande, so kann die Bauleitung die Arbeit in Regie ausführen lassen oder unter voller Schadloshaltung des Unternehmers an einen Dritten vergeben (Art. 89 Abs. 3 i.V.m. Art. 87 Abs. 4 SIA-Norm 118). Liegt weder eine Einigung der Parteien noch eine Anordnung von Regiearbeiten vor, so ist für den Nachtragspreis nachträglich in analoger Anwendung von Art. 89 Abs. 2 i.V.m. Art. 62 SIA-Norm 118 auf die allgemeinen Marktpreise zum Zeitpunkt der Beststellungsänderung abzustellen (BGE 143 III 545 E. 4.4.4.2 S. 551, 552-553), soweit die Parteien keine präzisere vertragliche Regelung getroffen haben (BGE 143 III 545 E. 4.4.4.3 S. 553).

Art. 5.6 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 enthält die folgende Vereinbarung über Nachträge/Beststellungsänderungen (act. 1 Rz. 76; act. 12 Rz. 97, 111; act. 29 Rz. 15; act. 3/2.1):

#### Nachträge/Beststellungsänderungen

Der Werkpreis verändert sich um die Mehr- und Minderkosten, welche durch Nachträge oder Beststellungsänderungen ausgelöst werden.

Die Vergütung von Nachträgen/Beststellungsänderungen auf dem Werkpreis erfolgt aufgrund der Einheitspreise im Angebot multipliziert mit dem Reduktionsfaktor von 3.58 %.

Die Zulässigkeit von Nachträgen/Beststellungsänderungen sowie deren Umsetzung und Auswirkungen richten sich nach den AVB.

Die nachträgliche gerichtliche Bestimmung des Nachtragspreises erfolgt durch einen Ermessensentscheid aufgrund der Preiselemente in den Parteibehauptungen (BGE 143 III 545 E. 4.4.4.3 S. 553). Bezüglich Werkverträgen zu Pauschalpreisen ist nicht von einer Preisfortschreibung auszugehen (BGE 143 III 545 E. 4.4.4.2 S. 551). Ein ausgefülltes Leistungsverzeichnis oder Preisanalysen können jedoch

als Indizien für die allgemeinen Marktpreise verstanden werden (BGE 143 III 545 E. 4.4.4.2 S. 552).

2.3.1. Nachtrag Nr. 1: Der Nachtrag Nr. 1 betrifft die Ausbildung der Deckenanschlüsse an den Fensterrahmen bei der Loggia in den Häusern 61, 63, 65, 73, 75 und 77 (act. 1 Rz. 89, 233, 246, 258, 270, 282, 294). Die Klägerin stützt sich auf die Rechnungen RE-2015-0018 vom 7. Juli 2015 über CHF 12'322.30 und RE-2015-0022 vom 28. Juli 2015 über CHF 1'120.25 (act. 1 Rz. 90; act. 3/10; act. 3/11). Diese Rechnungen hat die Beklagte bereits bezahlt (act. 1 Rz. 90; act. 12 Rz. 108). Aus dem Nachtrag Nr. 1 verfügt die Klägerin deshalb über keinen Anspruch mehr.

2.3.2. Nachtrag Nr. 2: Der Nachtrag Nr. 2 betrifft die nachträgliche Anbringung von Weissputz in 342 Nasszellen in den Häusern 51, 53, 55, 57, 59, 61, 63, 65, 73, 75, 77, 79, 83, 85 a-h (act. 1 Rz. 92, 94, 98, 99, 210, 222, 235, 247, 259, 271, 283, 295, 307, 319, 335, 347, 359, 370). Die Klägerin stützt sich auf die Rechnung RE-2016-00118 vom 12. April 2016 über CHF 102'316.05 (act. 1 Rz. 100; act. 3/12).

Die Beklagte bestreitet den Nachtragscharakter der Arbeiten nicht (vgl. act. 12 Rz. 109). Zudem anerkennt die Beklagte das von der Klägerin geltend gemachte Ausmass von **3'985.59 m<sup>2</sup>** (act. 1 Rz. 95, 100, 211, 223, 236, 248, 260, 272, 284, 296, 308, 320, 336, 348, 360, 371; act. 12 Rz. 109, 110, 162, 162; act. 3/39). Die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Beststellungsänderung i.S.v. Art. 84 SIA-Norm 118 und das Ausmass sind deshalb nicht mehr zu prüfen.

Zwischen den Parteien umstritten ist der dem Nachtrag zugrunde zu legende Einheitspreis (act. 1 Rz. 93; act. 12 Rz. 109, 111).

Die Klägerin behauptet einen marktüblichen Einheitspreis von CHF 27.50 / m<sup>2</sup> (act. 1 Rz. 100, 106; act. 24 Rz. 14). Zur Substantiierung stützt sie sich auf die von ihr behauptete dritte Nachtragsofferte zu einem Einheitspreis von CHF 27.50 / m<sup>2</sup> (act. 24 Rz. 14), was sich mit der Rechnung vom 2. November 2015 deckt (act. 1 Rz. 100; act. 3/46). Die erste Nachtragsofferte vom 8. Juni 2015 belief sich

auf CHF 575.00 pro Nasszelle (act. 1 Rz. 101; act. 3/44). Die zweite Nachtragsofferte vom 17. Juni 2015 belief sich auf CHF 35.00 / m<sup>2</sup> für Flächen bzw. CHF 18.00 / m<sup>2</sup> für Leibungen (act. 1 Rz. 101; act. 3/45). Die Klägerin beantragt eventuell eine gerichtliche Preisanalyse (act. 24 Rz. 17). Subeventuell seien die angefallenen Arbeitsstunden der Klägerin zu vergüten (act. 24 Rz. 18). Subsubeventuell sei der in der paritätischen Lebensdauertabelle zwischen dem HEV Schweiz und dem MieterInnenverband genannte Richtpreis von CHF 18.00 mit einem Zuschlag für Kleinflächen von 20 % anzuwenden (act. 24 Rz. 19).

Die Beklagte behauptet einen marktüblichen Einheitspreis von CHF 11.50 / m<sup>2</sup> (act. 12 Rz. 111; act. 29 Rz. 17, 18). Zur Substantiierung stützt sie sich unter Verweis auf das von ihr eingeholte Parteigutachten vom 1. Oktober 2015 auf Pos. 314.114 (Weissputz auf Decken mit Gips- oder Gipskalk-Einschichtputz Qualitätsstufe Q 3) im Leistungsverzeichnis, welche sie in Relation zu Pos. 314.114 und Pos. 511.112 (Weissputz als Deckputz auf Grund) der SMGV-Kalkulationsgrundlagen gemäss NPK 671 setzt (act. 12 Rz. 111; act. 29 Rz. 17; act. 13/13 S. 27):

<b>Putzarten</b>	<b>SMGV-Kalkulationsgrundlagen</b>	<b>Werkvertrag</b>
Einschicht-Weissputz Decken Pos. 314.114 (SMGV 314.112)	26.15 / m <sup>2</sup>	15.00 / m <sup>2</sup>
Weissputz als Deckputz auf Grund Pos. 511.112 (NPK + SMGV)	16.85 / m <sup>2</sup>	errechnet 9.65 / m <sup>2</sup>

Es liegen weder eine Einigung über den Nachtragspreis noch eine Anordnung von Regiearbeiten vor. Das Leistungsverzeichnis enthält keinen Einheitspreis für die Arbeiten im Rahmen von Nachtrag Nr. 2 (act. 24 Rz. 14). Ein Vorgehen nach Art. 5.6 Abs. 2 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 ist deshalb nicht möglich. Aufgrund der Parteibehauptungen ist ermessensweise ein Einheitspreis festzulegen.

Nach der Intention der vertraglichen Regelung in Art. 5.6 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 sind die werkvertraglichen Einheitspreise bzw. die dem werkvertraglichen Pauschalpreis zugrunde liegenden Kalkulationsgrundlagen massgebend. Diesen kommt gemäss Rechtsprechung eine Indizwirkung zu. Die Parteien legen die Kalkulationsgrundlagen des Pauschalpreises nicht im Detail dar. Die Beklagte stützt sich jedoch auf eine vergleichbare Position im dem Pauschalpreis zugrunde liegenden Leistungsverzeichnis. Der anhand der SMGV-Kalkulationsgrundlagen dreisatzmässig berechnete Preis wahrt die Relationen der dem Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 zugrunde liegenden Preise weitgehend.

Für einen den von der Beklagten anerkannten Einheitspreis von CHF 11.50 / m<sup>2</sup> übersteigenden Einheitspreis ist die Klägerin behauptungs- und beweisbelastet. Die Klägerin argumentiert, solch eine nachträglich ausgeführte Arbeit könne infolge der zur Zeit der Ausführung fehlenden Infrastruktur (Kranaufzugsmöglichkeit) und zum Teil bereits montierten keramischen Wandplatten unmöglich auf Grundbasis von Einheitspreisen des Werkvertrags aufgerechnet werden (act. 1 Rz. 105, 106). Die Bestimmung eines Einheitspreises auf der Grundlage der im Angebot zum Werkvertrag enthaltenen Einheitspreise entspricht jedoch der Intention der vertraglichen Regelung in Art. 5.6 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 und der Rechtsprechung. Die Klägerin hätte konkrete Behauptungen zu den Kalkulationsgrundlagen aufzustellen. Aufgrund des vorhandenen Behauptungssubstrats ist es nicht möglich, einen angemesseneren Einheitspreis zu bestimmen.

Im Hauptstandpunkt stützt sich die Klägerin auf ihre letzte Nachtragsofferte. Vorliegend ist es jedoch gerade zu keiner Annahme der Nachtragsofferte der Klägerin gekommen. Die Nachtragsofferte kann deshalb nicht die Basis zur nachträglichen Festsetzung des Einheitspreises bilden. Wäre die Nachtragsofferte massgebend, könnte der Unternehmer letztlich seine Konditionen trotz deren Ablehnung durch den Besteller einseitig durchsetzen.

Im Eventualstandpunkt stützt sich die Klägerin auf eine "gerichtliche Preisanalyse" (act. 24 Rz. 17). Ein Beweisverfahren dient jedoch nicht der Vervollständigung des unvollständigen Tatsachenvortrags einer Partei (Ziffer 2.2.2.3 oben). Eine gerichtsgutachterliche Abklärung ist bereits deshalb abzulehnen, weil die Klägerin

ihren Eventualstandpunkt weder beziffert, noch angibt, ob die gerichtliche Preisanalyse sich auf ihre Kalkulationsgrundlagen oder auf einen Marktpreis stützen soll. Sinn und Zweck eines gerichtlichen Gutachtens kann jedenfalls nicht darin bestehen, die Kalkulationsgrundlagen der Klägerin zu untersuchen. Es ist Aufgabe der Klägerin, ihre eigenen Kalkulationsgrundlagen darzulegen, wenn sie sich auf diese beruft. Gutachterlich klären liesse sich einzig die Höhe einer marktüblichen Vergütung. Dazu dürfte jedoch mindestens eine Bezifferung durch die Klägerin erwartet werden. Anhand des vorhandenen Behauptungssubstrats lässt sich ein Gutachtensauftrag nicht formulieren.

Im Subeventualstandpunkt stützt sich die Klägerin auf die Vergütung der Arbeitsstunden (act. 24 Rz. 18). Eine Vergütung der Arbeitsstunden erfolgt nach den für Regiearbeiten geltenden Grundsätzen gemäss Art. 89 Abs. 3 i.V.m. Art. 87 Abs. 4 SIA-Norm 118. Voraussetzung dazu ist, dass es sich um zusätzliche Arbeiten i.S.v. Art. 9 Abs. 3 SIA-Norm 118 handelt und eine Anordnung durch den Bauherrn erfolgt ist (BGE 143 III 545 E. 4.4.4.2 S. 552-553). Eine Vergütung nach Aufwand scheidet vorliegend allerdings bereits daran, dass die Klägerin ihren Aufwand im Zusammenhang mit Nachtrag Nr. 2 in den Rechtsschriften nicht substantiiert bzw. nicht einmal die Anzahl der Arbeitsstunden beziffert, sondern lediglich pauschal auf "Stundenrapporte zu Nachtrag 2" (act. 24 Rz. 18) verweist. Es ist nicht Aufgabe des erkennenden Gerichts, die Beilagen nach Stundenrapporten zu durchforsten und davon diejenigen auszusortieren, welche zu Nachtrag Nr. 2 gehören (BGer 4A\_284/2017 v. 22.01.2018 E. 4.2). Die Klägerin hätte die wesentlichen Angaben in den Rechtsschriften zu machen bzw. konkrete Aktenhinweise anzubringen. Selbst wenn sich das erkennende Gericht diese Mühe machen wollte, kämen dazu lediglich die Rapporte Nr. 1-92 in act. 3/16 in Frage. Die Klägerin macht diese jedoch bereits separat unter den Regiearbeiten geltend. Dieselben Arbeiten können nicht einmal als Nachtrags- und ein anderes Mal als Regiearbeiten, somit doppelt, vergütet werden.

Im Subsubeventualstandpunkt stützt sich die Klägerin auf die paritätische Lebensdauertabelle zwischen dem HEV Schweiz und dem MieterInnenverband zusätzlich eines Zuschlags für Kleinflächen von 20 % (act. 24 Rz. 19). Die Zugrunde-

legung eines paritätisch bestimmten Richtpreises widerspricht der Regelung in Art. 5.6 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014, welche von der Relevanz der werkvertraglichen Einheitspreise bzw. der dem werkvertraglichen Pauschalpreis zugrunde liegenden Preiskalkulation ausgeht. Zudem ist nicht ersichtlich, ob die angegebenen Richtpreise die Mehrwertsteuer bereits berücksichtigen, weshalb es insofern an einer Vergleichbarkeit mit den SMGV-Kalkulationsgrundlagen fehlt.

Da die Klägerin einen diesen übersteigenden Einheitspreis nicht darzulegen vermag, ist vom von der Beklagten anerkannten Einheitspreis von **CHF 11.50 / m<sup>2</sup>** auszugehen.

Die Beklagte errechnet aus dem Ausmass von 3'985.59 m<sup>2</sup> und dem Einheitspreis von CHF 11.50 einen Bruttobetrag von CHF 45'843.30 und nach Abzug von Rabatt von 10 %, Skonto von 2 % und Allgemeinen Bauabzügen von 2 % einen Nettobetrag von CHF 39'527.45 (act. 12 Rz. 111, 154). Dabei legt sie – entgegen der von den Parteien gepflegten und von ihr bei Nachtrag Nr. 1 akzeptierten Praxis (act. 12 Rz. 108) – der Berechnung des Skonto nicht das Zwischenergebnis nach Rabatt, sondern den Bruttobetrag als Basis zugrunde (nicht hingegen bei der Berechnung der Allgemeinen Bauabzüge). Dies ist zu berichtigen. Zudem ist die – entgegen der Behauptung der Beklagten nicht berücksichtigte (act. 12 Rz. 111) – Mehrwertsteuer dazu zu zählen.

Der offene Betrag aus Nachtrag Nr. 2 berechnet sich folgendermassen:

	<b>Menge</b>	<b>Einheitspreis</b>	<b>Betrag</b>
Weissputz	3'985.59 m <sup>2</sup>	11.50 / m <sup>2</sup>	45'834.29
<b>Arbeiten Brutto</b>			<b>45'834.29</b>
Rabatt 10.00 %			4'583.43
Zwischentotal			41'250.86
Skonto 2.00%			825.02
Zwischentotal			40'425.84
Allg. Bauabzüge 2.00%			808.52

Arbeiten Netto	39'617.32
MWST 8.00%	3'169.39
<b>Arbeiten Netto inkl. MWST</b>	<b>42'786.71</b>

Aus dem Nachtrag Nr. 2 hat die Klägerin eine Forderung von **CHF 42'786.71** gegen die Beklagte.

2.3.3. Nachtrag Nr. 3: Der Nachtrag Nr. 3 betrifft die Arbeiten an den Treppentritten in den Häusern 51, 53, 55, 57, 59, 61, 63, 65, 73, 75, 77, 79, 83 (act. 1 Rz. 108, 212, 224, 237, 249, 261, 273, 285, 297, 309, 337, 349, 361, 372). Die Klägerin stützt sich auf die Rechnung RE-2016-0019 vom 12.04.2016 über CHF 59'046.30 (act. 1 Rz. 110-113; act. 3/13.1). Diese enthält drei Positionen (act. 1 Rz. 109; act. 3/13.1).

Die Beklagte anerkennt das von der Klägerin geltend gemachte Ausmass von **1'206.9 m** für Pos. 1 und 2 (act. 1 Rz. 110, 111, 212, 224, 237, 249, 261, 273, 285, 297, 309, 337, 349, 361, 372; act. 12 Rz. 118, 163; act. 24 Rz. 27, 28; act. 29 Rz. 28, 29). Mangels Bestreitung gilt auch das Ausmass von **94 Stunden** für Pos. 3 als anerkannt (act. 1 Rz. 112, 261, 273, 285, 297, 309; act. 12 Rz. 120, 163; act. 24 Rz. 32; act. 29 Rz. 30). Das Ausmass ist deshalb nicht mehr zu prüfen.

Bei den verschiedenen Positionen zwischen den Parteien umstritten ist der dem Nachtrag zugrunde zu legende Einheitspreis sowie teilweise der Nachtragscharakter der Arbeiten.

2.3.3.1. Pos. 1 betrifft die Neusetzung des Kantenschutzes an den Treppentritten in den Treppenhäusern (act. 1 Rz. 108, 109, 110; act. 12 Rz. 118). Die Beklagte anerkennt, dass es sich dabei um Nachtragsarbeiten handelt (act. 12 Rz. 118; act. 24 Rz. 27; act. 29 Rz. 28). Die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Beststellungsänderung i.S.v. Art. 84 SIA-Norm 118 sind deshalb nicht mehr zu prüfen.

Die Klägerin macht einen Einheitspreis von CHF 32.00 / m geltend (act. 1 Rz. 110, 114; act. 24 Rz. 20), der sich folgendermassen zusammensetzt: "Kantenschutz normal Fr. 6.-, Entfernen Fr. 6.-, Neusetzen nochmals Fr. 6.-, dann Zuschlag von Nachtrag nochmals Fr. 6.- plus Ergänzungen oben und unten Leibungen (Fr. 18.-)" (act. 24 Rz. 21). Eventuell sei ein gerichtliches Gutachten über die Angemessenheit des Einheitspreises von CHF 32.00 einzuholen (act. 24 Rz. 22). Die Beklagte anerkennt gestützt auf Pos. 711.105 des Leistungsverzeichnisses einen Einheitspreis von CHF 5.00 / m (act. 12 Rz. 118; act. 29 Rz. 20).

Bei der von der Klägerin angeführten Kalkulation ist nicht nachvollziehbar, inwiefern sie dem Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 entspricht. Als Grundlage für die von ihr angeführten Ansätze führt sie lediglich die Aussage von vier ihr nahestehenden Personen zum Beweis an. Ein Beweisverfahren dient jedoch nicht der Vervollständigung des unvollständigen Tatsachenvortrags einer Partei (Ziffer 2.2.2.3 oben). Aus demselben Grund vermag die Klägerin den von ihr geltend gemachten Einheitspreis auch nicht mit einem gerichtlichen Gutachten zu substantiieren.

Es liegen weder eine Einigung über den Nachtragspreis noch eine Anordnung von Regiearbeiten vor. Gestützt auf Art. 5.6 Abs. 2 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 ist für die Vergütung der Einheitspreis zu Pos. 711.105 von CHF 5.00 / m im Leistungsverzeichnis massgeblich (act. 12 Rz. 118; act. 29 Rz. 20; act. 3/2.8). Der Einheitspreis für Pos. 1 von Nachtrag Nr. 3 beträgt somit **CHF 5.00 / m**.

Die Beklagte errechnet aus dem Ausmass von 1'206.90 m und dem Einheitspreis von CHF 5.00 einen Bruttobetrag von CHF 6'034.50 und nach Abzug von Rabatt von 10 %, Skonto von 2 % und Allgemeinen Bauabzügen von 2 % sowie unter Berücksichtigung der Mehrwertsteuer einen Nettobetrag von CHF 5'310.35 (act. 12 Rz. 118, 154). Dabei legt sie – entgegen der von den Parteien gepflegten und von ihr bei Nachtrag Nr. 1 akzeptierten Praxis (act. 12 Rz. 108) – der Berechnung des Skonto nicht das Zwischenergebnis nach Rabatt, sondern den Bruttobetrag als Basis zugrunde. Entgegen ihrer eigenen Darstellung (act. 12 Rz. 118) be-

rücksichtigt die Beklagte weder die Allgemeinen Bauabzüge noch die Mehrwertsteuer. Dies ist zu berichtigen.

2.3.3.2. Pos. 2 betrifft den Mehrauftrag bis 30 mm an Treppenwangen und -stirnen in den Treppenhäusern (act. 1 Rz. 109; act. 12 Rz. 119). Die Klägerin macht geltend, der Mehrauftrag habe durchschnittlich 2 cm betragen, und der Kunststein sei 1 cm weiter hinaus gegangen als geplant (act. 24 Rz. 29). Die Beklagte bestreitet unter Verweisung auf Pos. 211.751, 231.751, 314.752 und 314.753 im Leistungsverzeichnis den Nachtragscharakter dieser Arbeiten (act. 12 Rz. 119; act. 29 Rz. 24, 29).

Die Klägerin trägt die Beweislast für das Vorliegen einer Beststellungsänderung, auf welche sie ihre Nachtragsforderung stützt. Dazu behauptet sie pauschal: "Nachtrag Nr. 3 wurde von der Beklagten bestellt." (act. 1 Rz. 115). Aus der Behauptung der Klägerin erschliesst sich nicht, welche Person zu welchem Zeitpunkt welche Beststellungsänderung vorgenommen und welche Nachtragsleistungen angefordert haben soll. Die Klägerin legt die tatsächlichen Grundlagen nicht dar, welche eine Beststellungsänderung i.S.v. Art. 84 Abs. 1 SIA-Norm 118 begründen. Damit fehlt es an den Anwendungsvoraussetzungen für die Festsetzung eines Nachtragspreises nach Art. 89 SIA-Norm 118 und Art. 5.6 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014.

Im Ergebnis steht der Klägerin aus Nachtrag Nr. 3 Pos. 2 keine Nachtragsforderung zu.

2.3.3.3. Pos. 3 betrifft die Rundungen der Treppenwangen in den Treppenhäusern (act. 1 Rz. 109; act. 12 Rz. 120). Die Klägerin macht sinngemäss zusammengefasst geltend, es seien keine Rundungen eingeplant gewesen und erst nachträglich gewünscht worden (act. 24 Rz. 30). Die Beklagte bestreitet unter Verweisung auf Pos. 314.133 und 314.134 sowie den Ausführungsplan Nr. 1331 v. 19.12.2013 den Nachtragscharakter dieser Arbeiten (act. 12 Rz. 120; act. 29 Rz. 27, 30; act. 13/55).

Wie bereits bei Nachtrag Nr. 3 Pos. 2 legt die behauptungs- und beweisbelastete Klägerin die tatsächlichen Grundlagen zur Begründung einer Beststellungsänderung i.S.v. Art. 84 Abs. 1 SIA-Norm 118 nicht dar (Ziffer 2.3.3.2 oben). Dem Nachtragscharakter der Arbeiten steht zudem der Ausführungsplan entgegen. Im Ausführungsplan Nr. 1331 vom 19. Dezember 2013 sind die Übergänge zwischen den Treppenwangen gerundet eingezeichnet. In chronologischer Hinsicht bestand der Ausführungsplan bereits, als der Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 unterzeichnet wurde. Die Beklagte kann sich deshalb erfolgreich darauf berufen, dass die unter Nachtrag Nr. 3 Pos. 3 geltend gemachten Arbeiten bereits im Leistungsverzeichnis enthalten gewesen seien. Damit fehlt es an den Anwendungsvoraussetzungen für die Festsetzung eines Nachtragspreises nach Art. 89 SIA-Norm 118 und Art. 5.6 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014.

Die Klägerin macht einen Einheitspreis von CHF 185.00 geltend (act. 1 Rz. 112; act. 24 Rz. 26; act. 3/13.1), wobei ein Stück einem Aufwand von 2 Stunden entspricht (act. 24 Rz. 26). Die Beklagte wendet ein, der von der Klägerin behauptete Einheitspreis entspreche nicht Art. 5.6 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 (act. 29 Rz. 26). Da das Leistungsverzeichnis unstrittig keinen spezifischen Einheitspreis für die streitgegenständlichen Arbeiten unter Pos. 3 des Nachtrags Nr. 3 enthält (act. 24 Rz. 26), ist eine Preisbestimmung direkt gestützt auf Art. 5.6 Abs. 2 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 nicht möglich. Aufgrund der Parteibehauptungen ist ermessensweise ein Einheitspreis festzulegen. Dabei kommt den Kalkulationsgrundlagen indessen eine Indizwirkung zu. Die Klägerin begründet nicht, wie sie zu einem Einheitspreis von CHF 185.00 gelangt. Die Darstellung der behauptungs- und beweisbelasteten Klägerin ermöglicht keine Preisbestimmung.

Selbst wenn auf den von der Klägerin behaupteten Einheitspreis von CHF 185.00 abgestellt werden könnte, erschliesst sich aus den Behauptungen der Klägerin nicht, auf welche Einheit sich dieser bezieht. Auf der zugrunde liegenden Rechnung RE-2016-0019 v. 12. April 2016 ist die Einheit als 94.00 "St" zu CHF 185.00 (entsprechend CHF 17'390.00) aufgeführt (act. 3/13.1), was die Klägerin in der Klage mit "94 Stück" bezeichnet (act. 1 Rz. 112). In der Replik beziffert die Kläge-

rin den Aufwand mit "94 Stunden" (act. 24 Rz. 32). Gleichzeitig behauptet die Klägerin, der Stückpreis werde nach Aufwand bestimmt, welcher mindestens 2 Stunden pro Stück betrage (act. 24 Rz. 26). Die Beklagte scheint von Stück als Einheit auszugehen ("Stk."; act. 24 Rz. 26). Nach der Lesart der Klägerin entsprächen 94 Stück 188 Stunden oder 94 Stunden 47 Stück. Damit widerspricht die Klägerin ihren eigenen Behauptungen. Der Parteivortrag der Klägerin ist im Quantitativ nicht schlüssig. Auf der Grundlage der Behauptungen der Klägerin lässt sich ein Nachtragspreis nicht berechnen.

Im Ergebnis steht der Klägerin aus Nachtrag Nr. 3 Pos. 3 keine Nachtragsforderung zu.

2.3.3.4. Der Anspruch der Klägerin aus Nachtrag Nr. 3 berechnet sich folgendermassen (s. Ziffer 2.3.3.1 oben):

	<b>Menge</b>	<b>Einheitspreis</b>	<b>Betrag</b>
Kantenschutz	1'206.90	5.00	6'034.50
Mehrauftrag	0.00	6.00	0.00
Rundungen	0.00	94.00	0.00
<b>Arbeiten Brutto</b>			<b>6'034.50</b>
Rabatt 10.00 %			603.45
Zwischentotal			5'431.05
Skonto 2.00%			108.62
Zwischentotal			5'322.43
Allg. Bauabzüge 2.00%			106.45
Arbeiten Netto			5'215.98
MWST 8.00%			417.28
<b>Arbeiten Netto inkl. MWST</b>			<b>5'633.26</b>

Aus dem Nachtrag Nr. 3 hat die Klägerin eine Forderung von **CHF 5'633.26**.

2.3.4. Nachtrag Nr. 4: Der Nachtrag Nr. 4 betrifft die Anbringung von Weissputz auf Wandflächen, Leibungen und Stürzen in den Häusern 51, 53, 55, 57, 59, 61, 63, 65, 73, 75, 77, 79, 83, 85a-h (act. 1 Rz. 118, 213, 225, 238, 250, 262, 274, 286, 298, 310, 322, 338, 350, 362, 373; act. 24 Rz. 33-35). Die Klägerin stützt sich auf die Rechnung RE-2016-0020 vom 12. April 2016 über CHF 232'192.80 (act. 1 Rz. 118-123; act. 3/14). Diese enthält vier Positionen (act. 1 Rz. 118; act. 3/14). Die Beklagte bestreitet den Nachtragscharakter der Arbeiten ebenso wie die Ausmasse und Einheitspreise (act. 12 Rz. 122, 123; act. 29 Rz. 31-38).

Die Klägerin macht geltend, lediglich für die Wände sei ein Weissputz Q3 vereinbart gewesen (act. 24 Rz. 34). Für die Wände sei lediglich ein Grundputz mit Spachtelung der Qualitätsstufe Q3 vereinbart gewesen (act. 24 Rz. 34, 35). Die Dicke einer Spachtelung Q3 betrage lediglich 0-2 mm, während jene von Weissputz 2-5 mm betrage; mit Weissputz könnten auch grössere Ungleichheiten ausgeglichen werden (act. 24 Rz. 36 lit. d). Die Beklagte bestreitet unter Verweisung auf Pos. 211.114/124/722, 231.721, 232.100, 314.113/114 und 314.133/134 im Leistungsverzeichnis den Nachtragscharakter dieser Arbeiten (act. 12 Rz. 122; act. 29 Rz. 31). Die Parteien hätten sowohl für die Wände und Decken als auch für die Leibungen, Mauerkronen/-stirnen und Stürze die Qualitätsstufe Q3 vereinbart (act. 29 Rz. 31). Bei den von der Klägerin unter dem Nachtrag Nr. 4 geltend gemachten Arbeiten handle es sich um Nachbesserungsarbeiten, da die Verputzarbeiten der Klägerin die vertraglich vereinbarte Qualitätsstufe Q3 nicht erreicht hätten (act. 29 Rz. 32).

Die Klägerin behauptet pauschal: "Nachtrag Nr. 4 wurde von der Beklagten bestellt." (act. 1 Rz. 125). Damit legt die behauptungs- und beweisbelastete Klägerin die tatsächlichen Grundlagen zur Begründung einer Bestellungsänderung i.S.v. Art. 84 Abs. 1 SIA-Norm 118 nicht dar (Ziffer 2.3.3.2 oben). Es fehlt an den Anwendungsvoraussetzungen für die Festsetzung eines Nachtragspreises nach Art. 89 SIA-Norm 118 und Art. 5.6 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014.

Für die Häuser 65, 73, 75, 77, 79 macht die Klägerin keine nachträglichen Weissputzarbeiten an den Wandflächen geltend, da die Flächen so akzeptiert worden und bereits fertig gewesen seien (act. 24 Rz. 36 lit. c). Auch in den Treppenhäu-

sern soll der Aufwand nur bei denjenigen Häusern angefallen sein, in denen die Arbeiten noch nicht abgeschlossen gewesen waren (act. 24 Rz. 38 lit. b). Gemäss Pos. 211.722 des Leistungsverzeichnisses war die vereinbarte Spachtelung der Qualitätsstufe Q 3 für die Aufnahme von bauseitigem Glasfaservlies vom Maler vorgesehen. Demnach hätte sich der Bauherr in den Häusern 65, 73, 75, 77, 79 bzw. in den noch nicht fertiggestellten Treppenhäusern mit einer Ausführung mit Glasfaservlies zufrieden gegeben, während er in den anderen Treppenhäusern eine anspruchsvollere Ausführung für die Aufnahme von Farbanstrich und/oder feinerer Strukturen verlangt hätte. Eine natürliche Vermutung spricht jedoch dafür, dass die Ausführung in den einzelnen Häusern einer Überbauung nach einheitlichen Grundsätzen erfolgt. Vor diesem Hintergrund erscheint die pauschale Behauptung der Klägerin als nicht nachvollziehbar.

Die Klägerin stützt sich im Zusammenhang mit dem Mehraufwand für nachträglichen Weissputz Q3 auf Wandflächen zur Aufnahme von Farbanstrich auf Leibungen, Stürze und Brüstungen (Nachtrag Nr. 4 Pos. 4; act. 1 Rz. 118; act. 3/14) darauf, bei Q2 und Q3 handle es sich um unterschiedliche Genauigkeits- und Qualitätsstufen des Verputzes und eine andere Qualität entspreche einem anderem Preis (act. 24 Rz. 39 lit. b). Diese (stichwortartige) Darstellung der Klägerin stellt einen Gemeinplatz ohne konkreten Sachbezug dar. Bei Nachtrag Nr. 4 Pos. 4 geht es insbesondere gerade nicht um die beispielhaft erwähnten Fliesen in Nasszellen (act. 24 Rz. 39 lit. b), sondern – gemäss den eigenen Behauptungen der Klägerin – um Weissputz zur Aufnahme von Farbanstrich (act. 1 Rz. 118; act. 3/14).

Die Behauptungen der Klägerin zu den tatsächlichen Grundlagen einer Bestelungsänderung i.S.v. Art. 84 Abs. 1 SIA-Norm 118, soweit sich solche überhaupt der Rechtschrift entnehmen lassen, hält einer Schlüssigkeitsprüfung nicht stand. Unbehelflich ist die zum Beweis angebotene Aussage von drei der Klägerin nahestehenden Personen (act. 24 Rz. 33-39). Ein Beweisverfahren dient nicht der Vervollständigung des unvollständigen Tatsachenvortrags einer Partei (Ziffer 2.2.2.3 oben).

Zudem vermag die Klägerin den Einheitspreis nur teilweise schlüssig darzulegen.

Die Beklagte wendet jeweils ein, der von der Klägerin geltend gemachte Einheitspreis richte sich nicht nach der Regelung von Art. 5.6 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 (act. 29 Rz. 35-38).

2.3.4.1. Pos. 1 umfasst "Mehraufwand für nachträglichen Weissputz Q3 auf Wandflächen zur Aufnahme von fein strukturierter Wandbekleidung in den Wohnungen und Atelier" (act. 1 Rz. 118; act. 3/14). Die Klägerin behauptet ein Ausmass von 19'188.43 m<sup>2</sup> zu einem Einheitspreis von CHF 9.00 / m<sup>2</sup> (act. 1 Rz. 119; act. 3/14). Den Einheitspreis substantiiert die Klägerin folgendermassen: "Grundsatz: Spachtelung kostet Fr. 6.- (211.722); Weissputz CHF 15.-" und "Spachtelung Q3 war im Devis für Fr. 6.- vereinbart, deshalb Zuschlag von Fr. 9.- für den Weissputz Q3, weil dieser normalerweise Fr. 15.- kostet, wenn direkt vereinbart wie bei Decke." (act. 1 Rz. 36 lit. a und b). Die Klägerin kann sich auf die auch von der Beklagten angeführten Pos. 211.722 und Pos. 314.113/114 des Leistungsverzeichnisses stützen. Der Nachtragspreis ist auf CHF 9.00 / m<sup>2</sup> festzusetzen.

2.3.4.2. Pos. 2 umfasst Mehraufwand für nachträglichen Weissputz Q3 auf Wandflächen zur Aufnahme von fein strukturierter Wandbekleidung "auf Leibungen und Stürze bis 25 cm breit" (act. 1 Rz. 118; act. 3/14). Die Klägerin behauptet ein Ausmass von 1'620.11 m zu einem Einheitspreis von CHF 6.00 / m (act. 1 Rz. 120; act. 3/14). Den Einheitspreis substantiiert die Klägerin folgendermassen: "Ebenfalls Zuschlag, Leibung und Stürze vorher Fr. 5.50, Weissputz normal 15.-, für Leibungen nur die Hälfte, also Fr. 7.50. Hier wurde sogar weniger verrechnet." (act. 24 Rz. 37 lit. a). Die Klägerin kann sich auf die auch von der Beklagten angeführten Pos. 211.114/116 und Pos. 314.113/114 des Leistungsverzeichnisses stützen. Aufgrund des Leistungsverzeichnisses nicht nachvollziehbar ist indessen, dass der Einheitspreis für Weissputz auf Leibungen und Stürze die Hälfte von Pos. 314.113/114 betragen soll. Da sich die Reduktion zu Lasten der Klägerin auswirkt und die Beklagte dieser keine substantiierten Einwendungen entgegengesetzt, ist vom von der Klägerin geltend gemachten reduzierten Ansatz auszugehen. Die Differenz zwischen CHF 7.50 und CHF 5.50 beträgt CHF 2.00. Wie die

Klägerin zu einem Einheitspreis von CHF 6.00 gelangt, ist rein arithmetisch nicht nachvollziehbar. Der Nachtragspreis ist auf CHF 2.00 / m festzusetzen.

2.3.4.3. Pos. 3 umfasst "Mehraufwand für nachträglichen Weissputz Q3 auf Wandflächen zur Aufnahme von Farbanstrich in den Treppenhäuser" (act. 1 Rz. 118; act. 3/14). Die Klägerin behauptet ein Ausmass von 4'088.63 m<sup>2</sup> zu einem Einheitspreis von CHF 12.00 / m<sup>2</sup> (act. 1 Rz. 121; act. 3/14). Den Einheitspreis substantiiert die Klägerin folgendermassen: "Der Weissputz im Treppenhaus ist teurer als normal. Es handelt sich hier um den Zuschlag zwischen Spachtelung Q3 (Fr. 6.-) und Weissputz Q3 (Fr. 18.- (wie auch die Wände sonst verrechnet werden für Weissputz vgl. 314.130, 314.133; ein Zuschlag sonst wird nicht verrechnet)." (act. 24 Rz. 38 lit. a). Die Klägerin kann sich auf die auch von der Beklagten angeführte Pos. 211.722 und Pos. 314.133 sowie auf die Pos. 314.133 des Leistungsverzeichnisses stützen. Der Nachtragspreis ist auf CHF 12.00 / m<sup>2</sup> festzusetzen.

2.3.4.4. Pos. 4 umfasst Mehraufwand für nachträglichen Weissputz Q3 auf Wandflächen zur Aufnahme von Farbanstrich "auf Leibungen / Stürze und Brüstungen bis 25 cm breit" (act. 1 Rz. 118; act. 3/14). Die Klägerin behauptet ein Ausmass von 2'165.40 m zu einem Einheitspreis von CHF 8.00 / m (act. 1 Rz. 122; act. 3/14). Den Einheitspreis substantiiert die Klägerin folgendermassen: "Wiederrum Mehraufwand, Leibungen sind normalerweise Fr. 5.50 bei Spachtelung (110, 111). Zuschlag von Fr. 8.- am angemessenen Preis gemäss SMGV von Fr. 13.50 angelehnt (Preis dazu gibt es nicht im Devis, weil nicht vereinbart)." (act. 24 Rz. 39 lit. a). Die Klägerin kann sich zwar auf Pos. 212.111 des Leistungsverzeichnisses stützen. Dieser Preis ist jedoch in Relation zur entsprechenden Position in den SMGV-Kalkulationsgrundlagen zu setzen. Die Klägerin legt diesen Preis nicht dar. Für die Bestimmung des Nachtragspreises sind die Kalkulationsgrundlagen des konkreten Werkvertrags massgebend. Der Nachtragspreis ist durch Multiplikation des SMGV-Kalkulationspreises mit dem entsprechenden Relationsfaktor zu berechnen (s. Ziffer 2.3.2 oben). Da die Klägerin den SMGV-Kalkulationspreis nicht darlegt, lässt sich dieser Faktor vorliegend nicht bestim-

men. Das Behauptungssubstrat der Klägerin erlaubt keine Festsetzung eines Nachtragspreises.

2.3.4.5. Die Klägerin macht Ausmasse von 19'188.43 m<sup>2</sup> für Pos. 1, 1'620.11 m für Pos. 2, 4'08.63 m<sup>2</sup> für Pos. 3 und 2'156.40 m für Pos. 4 geltend (act. 1 Rz. 119-122, 213, 225, 238, 250, 262, 274, 286, 298, 310, 322, 338, 350, 362, 373). Für die Häuser 65, 73, 75, 77, 79 macht die Klägerin bei Pos. 1 kein Ausmass geltend (act.1 Rz. 36 lit. c). Mangels hinreichend substantiierter Darlegung der Einheitspreise erübrigt sich die beantragte gutachterliche Feststellung der Ausmasse (act. 1 Rz. 119-122).

2.3.4.6. Aus dem Nachtrag Nr. 4 hat die Klägerin keine Forderung.

2.3.5. Nachtrag Nr. 5: Der Nachtrag Nr. 5 betrifft die Arbeiten an den Oblichtern der Treppenhäuser in den Häusern 65, 73, 75, 77, 79 (act. 1 Rz. 128, 263, 275, 287, 299, 311; act. 12 Rz. 124, 201). Die Klägerin stützt sich auf die Rechnung RE-2016-0021 vom 12. April 2016 über CHF 17'697.10 (act. 1 Rz. 128-134; act. 3/15). Die Beklagte bestreitet den Nachtragscharakter der Arbeiten ebenso wie die Ausmasse und Einheitspreise (act. 12 Rz. 124, 125; act. 29 Rz. 39-44).

Die Klägerin macht sinngemäss geltend, anstelle der vorgesehenen Betondecke sei diese mit Gips ausgeführt worden, welcher Materialwechsel bewirkt habe, dass zusätzlich mehrere Dilatationsfugen hätten gemacht werden müssen (4-Kanten-Profil bei der Gipsdecke anstatt 1-Kanten-Profil bei Beton; act. 24 Rz. 41, 43, 44). Da infolgedessen der "Gipser oder Zimmermann" beigezogen worden sei, habe der Materialwechsel dazu geführt, dass die Oberlichter nicht im einem Zug hätten erstellt werden können (act. 24 Rz. 42). Die Beklagte bestreitet unter Verweisung auf Pos. 314.129 im Leistungsverzeichnis den Nachtragscharakter dieser Arbeiten (act. 12 Rz. 124, 201; act. 29 Rz. 39). Insbesondere bestreitet die Beklagte, dass der Klägerin "aufgrund eines Materialwechsels ein Mehraufwand entstanden sein soll" (act. 29 Rz. 39). Den in Pos. 314.129 aufgeführten Pauschalpreis von CHF 14'737.50 exkl. MwSt. (655 m<sup>2</sup> à CHF 22.50) anerkennt die Beklagte indessen (act. 12 Rz. 124, 201; act. 29 Rz. 39).

Die Klägerin behauptet pauschal: "Nachtrag Nr. 5 wurde von der Beklagten bestellt." (act. 1 Rz. 136). Damit legt die behauptungs- und beweisbelastete Klägerin die tatsächlichen Grundlagen zur Begründung einer Beststellungsänderung i.S.v. Art. 84 Abs. 1 SIA-Norm 118 nicht dar (Ziffer 2.3.3.2 oben). Dem Nachtragscharakter der Arbeiten steht zudem das Leistungsverzeichnis entgegen.

Die Umschreibung der entsprechenden Position im Leistungsverzeichnis lautet im Überschriftenkontext folgendermassen:

300 Einschichtputze und Spachtelungen

310 Gips-, Gipskalk-, Gipszement- und Kalkgips-Einschicht

314 Weissputz auf Decken mit Gips- oder Gipskalk-Einschichtputz

...

.120 Ebene Deckenflächen, über % 25 geneigt, Geschosspodeste bis m2 5, Treppen- oder Zwischenpodest-Untersichten oder Treppenhausdecken.

...

.129 Qualitätsstufe Q 3.

Zur Aufnahme von Anstrich.

Für "Shed"- Träger aus Ortbeton im 5.OG im Treppenhauskopf Nr. 1 bis 5.

Schräge und vertikale Flächen inkl. Ecken und Kanten, etc.

Aufgrund der Bestreitung der Beklagten ist die Klägerin zu einem detaillierten Parteivortrag angehalten, soweit keine Anerkennung der Beklagten vorliegt. Die Darstellung der für die Vereinbarung von Nachtragsarbeiten behauptungs- und beweisbelasteten Klägerin erschöpft sich in der impliziten Behauptung, die Parteien hätten eine Ausführung der Arbeiten an den Oblichtern auf Betongrund vereinbart. Aus dem Text des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014, namentlich aus dem Leistungsverzeichnis als dessen integralen Bestandteil, ergibt sich dies indessen nicht. Vielmehr legt Überschrift 314 nahe, dass die Parteien bereits bei Vertragschluss von einer Ausführung auf einem Gipsuntergrund ausgingen. Nähere Behauptungen darüber, was die Parteien wollten oder besprachen, liegen nicht vor. Nicht nachvollziehbar ist auch der Hinweis der Klägerin auf den Beizug von "Gipser oder Zimmermann" (act. 24 Rz. 42), war doch zu jener Zeit sie selbst mit der Ausführung der Gipserarbeiten betraut. Den dadurch geschaffenen Klärungsbe-

darf in tatsächlicher Hinsicht vermag die Klägerin mit ihrem, teilweise lediglich stichwortartigen (vgl. act. 24 Rz. 41, 43), Parteivortrag nicht zu beseitigen. Die Klägerin bietet als Beweismittel die Aussage von drei ihr nahestehenden Personen an (act. 24 Rz. 41-43). Ein allfälliges Beweisverfahren dient nicht der Vervollständigung des unvollständigen Tatsachenvortrags einer Partei (Ziffer 2.2.2.3 oben).

Es fehlt an den Anwendungsvoraussetzungen für die Festsetzung eines Nachtragspreises nach Art. 89 SIA-Norm 118 und Art. 5.6 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014.

Die Beklagte anerkennt jedoch einen Pauschalbetrag von CHF 14'737.50 exkl. MwSt. (655 m<sup>2</sup> à CHF 22.50) gestützt auf Pos. 314.129 im Leistungsverzeichnis. Die Anerkennung durch die Beklagte ergibt sich daraus, dass sie abweichend von ihrem Vorgehen bei der Bestreitung der Ausmasse und Einheitspreise nicht unter den Vorbehalt stellt, dass das Gericht entgegen ihrer Auffassung von Nachtragsarbeiten ausgehe (act. 12 Rz. 125). Zudem bezeichnet die Beklagte die entsprechende Position im Leistungsverzeichnis als "Eventualposition" (act. 12 Rz. 124; act. 29 Rz. 39). Die Argumentation der Beklagten lässt sich nicht anders verstehen, als dass diese davon ausgeht, der entsprechende Betrag sei nicht im Pauschalpreis enthalten. In Nachachtung der Dispositions- und Verhandlungsmaxime ist das erkennende Gericht an diese Anerkennung gebunden. Sollte die Beklagte den Betrag dennoch bestreiten wollen, so wären ihr diesbezüglichen Parteivortrag widersprüchlich und deshalb unbeachtlich.

Die Beklagte errechnet aus dem Ausmass von 655 m<sup>2</sup> gemäss Leistungsverzeichnis und dem dortigen Einheitspreis von CHF 22.50 einen Bruttobetrag von CHF 14'737.50. Freilich unterlässt sie danach entgegen der vertraglich vereinbarten und von ihr bei Nachtrag Nr. 1 akzeptierten Praxis (act. 12 Rz. 108) und letztlich zu ihren Lasten den Abzug des Rabatts von 10 %, des Skonto von 2 % und der Allgemeinen Bauabzügen von 2 % und berücksichtigt auch die Mehrwertsteuer nicht (act. 12 Rz. 124, 154). Da es sich indessen um Versehen handeln muss, ist dies zu berücksichtigen.

Der Klägerin ist das von der Beklagten anerkannte Entgelt zusätzlich zum Pauschalpreis zuzusprechen. Im darüber hinausgehenden Betrag liegen keine schlüssigen Behauptungen der Klägerin vor, welche zur Gutheissung ihrer Forderung führen könnten.

Lediglich als Eventualbegründung ist noch auf die von der Klägerin im Einzelnen geltend gemachten Positionen, Mengen und Einheitspreise einzugehen. Dabei bestreitet die Beklagte nicht die Ausführung der Arbeiten in tatsächlicher Hinsicht, jedoch die von der Klägerin geltend gemachten Ausmasse und Einheitspreise (act. 12 Rz. 125; act. 29 Rz. 40-44). Zum Nachweis des Einheitspreises bietet die Klägerin jeweils die Parteibefragung ihres Organs an (act. 24 Rz. 44-48). Ein allfälliges Beweisverfahren dient jedoch nicht der Vervollständigung des unvollständigen Tatsachenvortrags einer Partei (Ziffer 2.2.2.3 oben), weshalb dies die Klägerin nicht von ihrer Substantiierungslast entbindet.

2.3.5.1. Pos. 1 umfasst "Fugenarmierung und Weissputz auf Flächen zur Aufnahme von Farbanstrich. Untergrund: Gipskartonplatten bauseits" (act. 1 Rz. 128; act. 3/15). Die Klägerin behauptet ein Ausmass von 297.23 m<sup>2</sup> zu einem Einheitspreis von CHF 25.00 / m<sup>2</sup> (act. 1 Rz. 129). Den Einheitspreis substantiiert die Klägerin folgendermassen: "Aufwand und Material zusammengezählt und dann den Durchschnitt pro m<sup>2</sup> berechnet. Material: Kantenschutz und Leisten weil Dilatationsfugen, Fugenspachtel, Mehraufwand: Dilatationsfugen (weil Gips anstatt Beton), Fugenspachtel plus Zuschlag nachträglicher Zusatzaufwand." (act. 24 Rz. 44). Dagegen wendet die Beklagte ein, der von der Klägerin geltend gemachte Einheitspreis richte sich nicht nach der Regelung von Art. 5.6 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 (act. 29 Rz. 40).

Gemäss Art. 5.6 Abs. 2 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 hat die Vergütung vorrangig aufgrund der Einheitspreise im Angebot zu erfolgen. Diesem Grundsatz widerspricht das Vorgehen der Klägerin. Diese stützt sich lediglich scheinbar auf einen Einheitspreis. In der Sache will die Klägerin vielmehr auf den konkreten Aufwand abstellen. Dabei begründet sie einerseits nicht, weshalb sie in grundsätzlicher Weise (etwa in Ermangelung einer entsprechenden Position im Leistungsverzeichnis) von der vertraglichen Vergütungsregelung abweicht. Ande-

rerseits erspart sich die Klägerin die erforderliche Substantiierung des Gesamtaufwands, legt sie doch nicht dar, welche Mengen der von ihr aufgeführten Materialien sie konkret zu welchem Preis hat aufwenden müssen. Die Bildung eines Durchschnittswerts durch Division, nur um diesen sogleich wieder mit dem Divisor zu multiplizieren, entbindet die Klägerin nicht von ihrer Substantiierungsobliegenheit.

Da die Klägerin ihrer Substantiierungsobliegenheit nicht nachkommt, hat sie den von ihr behaupteten Einheitspreis von CHF 28.00 / m<sup>2</sup> nicht hinreichend dargelegt.

2.3.5.2. Pos. 2 umfasst "Stirnen horizontal an Dilatation und Shed, Ausführung di-to Pos. 1" (act. 1 Rz. 128; act. 3/15). Die Klägerin behauptet ein Ausmass von 174.34 m zu einem Einheitspreis von CHF 18.00 / m (act. 1 Rz. 130). Die Klägerin stützt sich auf Pos. 314.134 im Leistungsverzeichnis (act. 24 Rz. 45). Die Beklagte bestreitet die Anwendbarkeit von Pos. 314.134 (act. 29 Rz. 41).

Die Umschreibung der entsprechenden Position im Leistungsverzeichnis lautet im Überschriftenkontext folgendermassen:

300 Einschichtputze und Spachtelungen

310 Gips-, Gipskalk-, Gipszement- und Kalkgips-Einschicht

314 Weissputz auf Decken mit Gips- oder Gipskalk-Einschichtputz

...

.130 Deckenstreifen, b bis m 1,00, z.B. zwischen Unterzügen oder Balken. Ausmass: Länge.

...

.134 Qualitätsstufe Q 3.

Zur Aufnahme von Anstrich.

Untergrund laut POS. 175.115

Für schräge Treppenwangen aus Fertigbeton in Treppenhäusern

UG bis 5. OG (=Attika)

H m bis 0,40

inkl. anputzen und Trennschnitt an die vorstehenden, baus-eits erstellten Stufen aus Kunststein

Aufgrund der Bestreitung der Beklagten ist die Klägerin zu einem detaillierten Parteivortrag angehalten. Die von der Klägerin referenzierte Position ist nicht selbstklärend. Die Klägerin legt nicht dar, inwiefern der Einheitspreis für Treppenwangen auch bei Oberlichtern zur Anwendung gelangen sollen. Auf dieser Basis vermag das erkennende Gericht keine Einordnung des behaupteten Einheitspreises vorzunehmen.

Da die Klägerin ihrer Substantiierungsobliegenheit nicht nachkommt, hat sie den von ihr behaupteten Einheitspreis von CHF 18.00 / m nicht hinreichend dargelegt.

2.3.5.3. Pos. 3 umfasst "Stirnen horizontal an Fensterrahmen, Shed Ausführung dito Pos. [1]" (act. 1 Rz. 128; act. 3/15). Die Klägerin behauptet ein Ausmass von 208.48 m zu einem Einheitspreis von CHF 18.00 / m (act. 1 Rz. 131). Die Klägerin stützt sich auf Pos. 314.134 im Leistungsverzeichnis (act. 24 Rz. 46). Die Beklagte bestreitet die Anwendbarkeit von Pos. 314.134 (act. 29 Rz. 42).

Die Erwägungen unter Ziffer 2.3.5.2 oben gelten entsprechend.

Da die Klägerin ihrer Substantiierungsobliegenheit nicht nachkommt, hat sie den von ihr behaupteten Einheitspreis von CHF 18.00 / m nicht hinreichend dargelegt.

2.3.5.4. Pos. 4 umfasst "Kantenschutz zu Pos. 1-3" (act. 1 Rz. 128; act. 3/15). Die Klägerin behauptet ein Ausmass von 439.84 m zu einem Einheitspreis von CHF 5.00 / m (act. 1 Rz. 132). Die Klägerin stützt sich auf Pos. 711.101 im Leistungsverzeichnis (act. 24 Rz. 47). Die Beklagte bestreitet die Anwendbarkeit von Pos. 711.101 (act. 29 Rz. 43).

Die Umschreibung der entsprechenden Position im Leistungsverzeichnis lautet im Überschriftenkontext folgendermassen:

700 Nebenarbeiten

710 Kanten- und Anschlussausbildung

711 Kantenausbildung mit Profilen

.100 Kantenschutzprofile vor dem Verputzen versetzen. Für Putzdicke bis mm 20,0.

.101 Profile aus Stahlblech feuerverzinkt. Kantenradius mm 3.

Für Wohnungen und Wohnatéliers EG bis 5.OG.

Bei Leibungen und vorstehenden Ecken.

Zu POS. 211.114, 212.111 und 212.112

Aufgrund der Bestreitung der Beklagten ist die Klägerin zu einem detaillierten Parteivortrag angehalten. Die von der Klägerin vorgenommene Referenzierung steht in Widerspruch zu ihrer eigenen Darstellung bezüglich Pos. 2 und Pos. 3, wo sie sich auf Pos. 314.134 stützt. Konsequenterweise hätte sie bei den Kantenschutzprofilen auf Pos. 711.105 abstellen müssen. Der dortige Einheitspreis würde ebenfalls CHF 5.00 / m betragen. Letztlich bleibt jedoch die Darstellung der Klägerin insgesamt unnachvollziehbar. Das erkennende Gericht vermag aus diesem keine Einordnung des behaupteten Einheitspreises vorzunehmen.

Da die Klägerin ihrer Substantiierungsobliegenheit nicht nachkommt, hat sie den von ihr behaupteten Einheitspreis von CHF 5.00 / m nicht hinreichend dargelegt.

2.3.5.5. Pos. 5 umfasst "Dilatationsfuge ausbilden mit 2 Profile Übergang Beton zu Gipskarton, Podestdecke" (act. 1 Rz. 128; act. 3/15). Die Klägerin behauptet ein Ausmass von 118.86 m zu einem Einheitspreis von CHF 13.00 / m (act. 1 Rz. 133). Die Klägerin macht zwei Dilatationsfugen zu je CHF 5.00 plus Mehraufwand geltend (act. 24 Rz. 48). Die Beklagte bestreitet den Einheitspreis (act. 28 Rz. 44). Dagegen wendet die Beklagte ein, der von der Klägerin geltend gemachte Einheitspreis richte sich nicht nach der Regelung von Art. 5.6 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 (act. 29 Rz. 44).

Die Klägerin begründet die Abweichung ihrer Berechnungsart von Art. 5.6 Abs. 2 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 nicht und weist ihren Aufwand auch nicht konkret nach. Die Erwägungen unter Ziffer 2.3.5.1 oben gelten sinngemäss. Da die Klägerin ihrer Substantiierungsobliegenheit nicht nachkommt, hat sie den von ihr behaupteten Einheitspreis von CHF 13.00 / m nicht hinreichend dargelegt.

2.3.5.6. Die Klägerin macht Ausmasse von 297.23 m<sup>2</sup> für Pos. 1, 174.34 m für Pos. 2, 208.48 m für Pos. 3, 439.84 m für Pos. 4 und 118.86 m für Pos. 5 geltend (act. 1 Rz. 129-133, 263, 275, 287, 299, 311). Mangels hinreichend substantiierter

Darlegung der Einheitspreise erübrigt sich die beantragte gutachterliche Feststellung der Ausmasse (act. 1 Rz. 129-133).

2.3.5.7. Der Anspruch der Klägerin aus Nachtrag Nr. 5 berechnet sich folgendermassen:

	<b>Menge</b>	<b>Einheitspreis</b>	<b>Betrag</b>
Weissputz	655 m2	22.50 / m2	14'737.50
<b>Arbeiten Brutto</b>			<b>14'737.50</b>
Rabatt 10.00 %			1'473.75
Zwischentotal			13'263.75
Skonto 2.00%			265.28
Zwischentotal			12'998.48
Allg. Bauabzüge 2.00%			259.97
Arbeiten Netto			12'738.51
MWST 8.00%			1'019.08
<b>Arbeiten Netto inkl. MWST</b>			<b>13'757.59</b>

Aus dem Nachtrag Nr. 5 hat die Klägerin eine Forderung von **CHF 13'757.59** gegen die Beklagte.

2.3.6. Zwischenergebnis: Die Klägerin hat folgende Forderungen aus den Nachträgen Nr. 1-5 (Beträge Netto inkl. MWST:

Nachtrag Nr. 1	0.00
Nachtrag Nr. 2	42'786.71
Nachtrag Nr. 3	5'633.26
Nachtrag Nr. 4	0.00
Nachtrag Nr. 5	13'757.59
<b>Total Nachträge Nr. 1-5</b>	<b>62'177.53</b>

## 2.4. Regiearbeiten

Gemäss Art. 374 OR und Art. 48 SIA-Norm 118 richtet sich bei Regiearbeiten die Vergütung nach dem Aufwand des Unternehmers. Voraussetzung ist eine entsprechende Vereinbarung im Werkvertrag (Art. 44 Abs. 1 SIA-Norm 118) oder unter gewissen Voraussetzungen eine Anordnung der Bauleitung (Art. 44 Abs. 2 SIA-Norm 118). Von der vorgängigen Anordnung ausgenommen sind dringliche Arbeiten, die zur Abwendung von Gefahr oder Schaden unerlässlich sind (Art. 44 Abs. 2, Art. 45 Abs. 2 SIA-Norm 118).

Die Parteien sind sich einig, dass sie an der Startsitzenz vom 1. Dezember 2014 in Abweichung von Art. 5.7.1 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 gemäss Ziffer 6.1 des Protokolls über die entsprechende Sitzunz die folgende Vereinbarung über Regiearbeiten getroffen haben (act. 12 Rz. 126; act. 24 Rz. 242; act. 29 Rz. 259, 260; act. 13/52):

Regieaufträge dürfen nur mit vorgängiger schriftlicher Bewilligung der Bauleitung ausgeführt werden, auch wenn sie vertraglich vereinbart sind.

Die Rapporte sind der Bauleitung täglich zur Prüfung (Fax oder E-Mail) vorzulegen.

Bei Verletzung dieser Vorschrift verliert der Unternehmer den Entschädigungsanspruch.

Notfälle oder Sofortmassnahmen sind nicht betroffen.

Absatz 1 enthält einen generellen Schriftformvorbehalt für Regiearbeiten. Demnach greift die gesetzliche Vermutung von Art. 16 Abs. 1 OR, gemäss welcher eine gewillkürte Schriftform vermutungsweise ein Gültigkeitserfordernis darstellt (BGer 4C.385/2005 v. 31.01.2006 E. 9). Die Parteien legen keine Umstände dar, welche diese Vermutung umzukehren vermöchten. Ausgenommen sind jedoch gemäss Absatz 4 Notfälle oder Sofortmassnahmen. Diese Regelung orientiert sich an jener der dringlichen Arbeiten gemäss Art. 44 Abs. 2 und Art. 45 Abs. 2 SIA-Norm 118.

Auf die fehlende schriftliche Bestellung kommt es nicht (mehr) an, wenn unterzeichnete Regierapporte vorliegen, da die Bestellerin in diesen Fällen die Regie-

arbeiten anerkennt (act. 12 Rz. 126, 127, 135, 136). Der Umstand, dass die Beklagte auch Regierapporte anerkennt bzw. unterzeichnet hat, zu denen keine schriftliche Bestellung vorliegt (act. 24 Rz. 245, 248, 251), genügt für sich alleine noch nicht für die konkludente Aufhebung des Formvorbehalts für die Bestellung von Regierarbeiten (vgl. HGer ZH HG140147-O v. 15.11.2019 E. 5.6). Dazu bedürfte es weiterer Indizien, welche die Klägerin nicht darlegt.

Absatz 2 statuiert die bereits in Art. 47 SIA-Norm 118 vorgesehene Rapportpflicht. In Ergänzung zu Art. 47 Abs. 1 SIA-Norm 118 verknüpfen die Parteien die Verletzung der Rapportpflicht durch den Unternehmer in Absatz 3 mit einer Verwirklichungsfolge. Im Rahmen der Vertragsfreiheit ist eine solche vertragliche Regelung grundsätzlich zulässig. Es liegt in der Macht des Unternehmers, seiner Rapportpflicht nachzukommen. Das Bestehen einer Vergütungspflicht wird damit nicht in das Belieben des Bestellers gestellt (anders als in BGer 4C.227/2002 v. 24.01.2003 E. 4). Aufgrund seiner systematischen Stellung bezieht sich die Ausnahme für Notfälle oder Sofortmassnahmen gemäss Absatz 4 auch auf die Rapportpflicht. Dabei verbleiben allerdings gewisse Zweifel, ob dies der tatsächlichen Intention der Parteien entspricht. Die zeitliche Dringlichkeit vermag die rechtzeitige schriftliche Bewilligung verunmöglichen. Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, weshalb über diese Arbeiten keine täglichen Regierapporte erstellt werden können. Letztlich kann die Frage jedoch offen bleiben, da jeweils Rapporte vorliegen und die Klägerin nicht darzulegen vermag, weshalb sie darin allenfalls fehlenden Materialaufwand nicht hätte in die Rapporte aufnehmen können. Im Übrigen gilt die rechtzeitige Vorlage der Rapporte an die Vertreter der Beklagten als durch die Klägerin mitbehauptete Tatsache (vgl. BGE 144 III 519 E. 5.3.2 S. 525-526; BGer 4A\_567/2019 v. 10.02.2020 E. 4.4.1; 4A\_243/2018 v. 17.12.2018 E. 4.2.1; je m.Nw.).

Gemäss Art. 47 Abs. 2 SIA-Norm 118 hat die Bauleitung die Rapporte unverzüglich zu prüfen und innerhalb von 7 Tagen unterzeichnet zurückzugeben. Nach der Rechtsprechung führt die fehlende Unterzeichnung von Regierapporten lediglich dazu, dass sich der Unternehmer nicht auf die natürliche Vermutung von deren Richtigkeit berufen kann (BGer 4D\_44/2017 v. 30.10.2017 E. 3.4; 4C.385/2005 v.

31.01.2006 E. 9; 4C.227/2002 v. 24.01.2003 E. 4; GAUCH, a.a.O., N 1020, 1028; ZINDEL/SCHOTT, in: Basler Kommentar, N. 18 zu Art. 374 OR). Die Beklagte anerkennt denn auch den Inhalt der Rapporte Nr. 16, 17 und 54-57, obwohl die Bauleitung diese nicht unterzeichnet hat (act. 12 Rz. 135, 136, 166, 175, 202, 211, 220, 229, 238, 258, 267; act. 3/16). Eine Klausel, wonach die Vergütungspflicht für geleistete Arbeiten entfiere, wenn der Besteller bzw. seine Vertretung die Rapporte nicht unterzeichnen, ist als unzulässig zu betrachten, da sie die Vergütungspflicht in das Belieben des letzteren stellen würde (BGer 4C.227/2002 v. 24.01.2003 E. 4).

2.4.1. Rapporte Nr. 1-17: Die Klägerin stützt sich auf die offen gebliebene Rechnung RE-2016-0022 vom 13. April 2016 (act. 1 Rz. 139, 160, 161; act. 3/20) sowie auf die bereits bezahlten Rechnungen RE-2015-0013 vom 4. Mai 2015, RE-2015-0017 vom 21. August 2015 und RE-2015-0021 vom 21. August 2015 zu den Rapporten Nr. 1-17 (act. 1 Rz. 151, 152, 154; act. 3/17-19). Bei den Rapporten Nr. 1, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 17 macht sie zusätzlich Materialaufwand geltend (act. 1 Rz. 229, 266, 278, 290, 302, 314), welche sich erst in der Rechnung RE-2016-0022 vom 13. April 2016 über alle von ihr geltend gemachten Regiearbeiten finden (act. 1 Rz. 140; act. 3/20). Daraus ergibt sich ein Bruttobetrag von CHF 36'897.85.

Die Beklagte anerkennt die Regiearbeiten in den Rapporten Nr. 1-17, da sie diese mittels Unterschrift genehmigt habe (act. 12 Rz. 135, 175, 202, 211, 220, 229, 238). In quantitativer Hinsicht führt sie in der Übersichtstabelle bei den Rapporten Nr. 1-16 die in den Rechnungsdokumenten RE-2015-0013 vom 4. Mai 2015, RE-2015-0017 vom 21. August 2015 und RE-2015-0021 vom 21. August 2015 aufgeführten Arbeitskosten auf (act. 1 Rz. 138). Beim Rapport Nr. 17 bezieht sie sich jedoch auf den im Rapportdokument aufgeführten Betrag von CHF 2'250.00 anstelle des von der Klägerin in der Rechnung RE-2015-0021 vom 21. August 2015 genannten Bruttobetrags von CHF 1'350.00 (act. 12 Rz. 138; act. 3/16; act. 3/19). Gestützt darauf geht die Beklagte von einem anerkannten Bruttobetrag von insgesamt CHF 35'727.85 aus (act. 12 Rz. 135). Aus den Rechnungsdokumenten RE-2015-0013 vom 4. Mai 2015, RE-2015-0017 vom 21. August 2015 und RE-

2015-0021 vom 21. August 2015 ergibt sich rechnerisch jedoch lediglich ein Bruttobetrag von insgesamt CHF 34'827.85 (act. 3/17-19). Im Einzelnen anerkennt die Beklagte jeweils die "Arbeiten" (act. 12 Rz. 175, 202, 211, 220, 229, 238). Dies führt zu folgender Anerkennung:

	<b>Betrag</b>
Rapporte Nr. 1-17	34'827.85
<b>Arbeiten Brutto</b>	<b>34'827.85</b>
Rabatt 10.00 %	3'482.79
Zwischentotal	31'345.07
Skonto 2.00%	626.90
Zwischentotal	30'718.16
Allg. Bauabzüge 2.00%	614.36
Arbeiten Netto	30'103.80
MWST 8.00%	2'408.30
<b>Arbeiten Netto inkl. MWST</b>	<b>32'512.10</b>

Im Grundsatz ist der Regiecharakter der Arbeiten zwischen den Parteien nicht streitig. In quantitativer Hinsicht stimmen die Parteien bezüglich der Rapporte Nr. 2-7, 14, 16 vollständig überein (act.1 Rz. 151, 152, 154; act. 12 Rz. 137, 138; im Einzelnen act. 1 Rz. 266, 290, 302, 314; act. 12 Rz. 202, 220, 229, 238; act. 3/17-20). Im Übrigen stellt die Klägerin für den Arbeitsaufwand auf die Rechnungsdokumente, die Beklagte auf die Rapportdokumente ab. Bei Rapport Nr. 17 erfolgen die Behauptungen deshalb jeweils zum Nachteil der Partei, welche sie aufstellt. Im Ergebnis liegen die Parteien beim Bruttobetrag der Rapporte N. 1-17 lediglich um CHF 1'170.00 (CHF 36'897.85 - CHF 35'727.85) auseinander.

Auszugehen ist von den in der Rechtsschrift aufgeführten Beträgen der behauptungs- und beweisbelasteten Klägerin. Die Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei hat die beklagte Partei im Einzelnen zu bestreiten (Art. 222 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Insbesondere hat sie in einer Abrechnung die von ihr bestrittenen

Positionen genau zu bezeichnen (BGE 144 III 519 E. 5.2.2.3 S. 524-525). Die Beklagte bestreitet nicht ausdrücklich, dass Materialaufwand angefallen ist. Bei anderen Positionen bringt sie dies unter Angabe der Beträge vor (act. 12 Rz. 175, 220, 229, 238). Da es vorliegend an einer eindeutigen Bestreitung fehlt, ist davon auszugehen, dass die Beklagte den Materialaufwand nicht bestreitet. Jedenfalls kommt sie ihrer Obliegenheit zur Einzelbestreitung nicht nach. Der Materialaufwand ist damit vom Anerkenntnis der Beklagten mitumfasst.

Mangels eindeutiger Bestreitung durch die Beklagte ist auf die von der Klägerin geltend gemachten Beträge abzustellen. Davon sind die folgenden Beträge noch offen:

	<b>Menge</b>	<b>Einheitspreis</b>	<b>Betrag</b>
<b>Rapport Nr. 1</b>			
Material	1.00	144.00	144.00
<b>Rapport Nr. 8</b>			
Material	1.00	54.00	54.00
<b>Rapport Nr. 9</b>			
Material	1.00	450.00	450.00
<b>Rapport Nr. 10</b>			
Material	1.00	468.00	468.00
<b>Rapport. Nr. 11</b>			
Material	1.00	468.00	468.00
<b>Rapport Nr. 12</b>			
Material	1.00	27.00	27.00
<b>Rapport Nr. 13</b>			
Material	1.00	162.00	162.00
<b>Rapport Nr. 15</b>			

Material	1.00	162.00	162.00
<b>Rapport Nr. 17</b>			
Material	1.00	135.00	135.00
<b>Arbeiten Brutto</b>			<b>2'070.00</b>
Rabatt 10.00 %			207.00
Zwischentotal			1'863.00
Skonto 2.00%			37.26
Zwischentotal			1'825.74
Allg. Bauabzüge 2.00%			36.51
Arbeiten Netto			1'789.23
MWST 8.00%			143.13
<b>Arbeiten Netto inkl. MWST</b>			<b>1'932.36</b>

Aus den Regiearbeiten gemäss den Rapporten Nr. 1-17 hat die Klägerin eine Forderung von **CHF 1'932.36** gegen die Beklagte.

2.4.2. Rapporte Nr. 18-27 und 51-57: Die Klägerin stützt sich auf die offen gebliebene Rechnung RE-2016-0022 vom 13. April 2016 (act. 1 Rz. 139, 157, 160, 161; act. 3/20). Sie macht Gipserarbeiten und Materialaufwand aus den Rapporten Nr. 18-27 und 51-57 geltend (act. 1 Rz. 217, 229, 290, 302, 314, 326, 342, 354, 375, 377). Daraus ergibt sich rechnerisch ein Bruttobetrag von CHF 45'437.00.

Die Beklagte anerkennt die Regiearbeiten in den Rapporten Nr. 18-27 und 51-57, da sie diese vorgängig schriftlich bestellt und/oder mittels Unterzeichnung der Regierapporte schriftlich genehmigt habe (act. 12 Rz. 136, 166, 175, 220, 229, 238, 247, 258, 267, 285). Im Quantitativ anerkennt sie jeweils die auf den Rapportdokumenten aufgeführten Leistungen in einem Bruttobetrag von insgesamt CHF 41'360.00 (act. 12 Rz. 136, 138). Im Einzelnen anerkennt sie beim Rapport Nr. 27 sowohl die Gipserarbeiten als auch den im Rapportdokument aufgeführten Materialaufwand (act. 1 Rz. 375; act. 12 Rz. 285). Bei den Rapporten Nr. 18-26

und 51-57 anerkennt sie die in den Rapportdokumenten aufgeführten Gipserarbeiten, bestreitet jedoch die dort nicht aufgeführten Materialaufwand (act. 12 Rz. 166, 175, 220, 229, 238, 247, 258, 267, 285).

Im Grundsatz ist der Regiecharakter der Arbeiten zwischen den Parteien nicht streitig. In quantitativer Hinsicht stimmen die Parteien bezüglich des Rapportes Nr. 27 vollständig (act. 1 Rz. 375; act. 12 Rz. 138, 285), bezüglich der Rapporte Nr. 18-26 und 51-57 im Umfang der geltend gemachten Gipserarbeiten überein. Insgesamt ist ein Bruttobetrag von CHF 41'360.00 unstrittig (act. 24 Rz. 260; act. 29 Rz. 267). Die Klägerin hält an ihrer Mehrforderung fest (act. 24 Rz. 260). Damit bleibt streitig, ob die Klägerin einen Vergütungsanspruch für den in den Rapporten nicht aufgeführten weiteren Materialaufwand – im Umfang von CHF 4'077.00 (CHF 45'437.00 - CHF 41'360.00) – hat.

Die von den Parteien an der Startsituation vom 1. Dezember 2014 getroffene Vereinbarung misst der Rapportpflicht der Klägerin oberste Priorität zu, indem sie die tägliche Vorlage der Regierapporte an die Bauleitung vorsieht und deren Missachtung durch eine Verwirkungsklausel sanktioniert. Es erscheint durchaus lebensnah, dass neben den Arbeiten der Klägerin auch Materialaufwand entstanden ist. Der grundsätzliche Anfall von Aufwand ist jedoch nicht ausreichend, um der Klägerin einen Vergütungsanspruch zuzusprechen. Dazu muss der Anspruch auch der Höhe nach ausgewiesen sein. Die von den Parteien mit Verwirkungsfolge vorgesehene Rapportpflicht dient der Vermeidung von Unklarheiten über die Vergütungshöhe. Die Klägerin setzt sich darüber hinweg, wenn sie mit der Rechnung RE-2016-0022 vom 13. April 2016 nachträglich in den Rapporten nicht aufgeführte Materialaufwand geltend macht. Die Klägerin legt weder dar, diesen zeitnah in irgend einer Form geltend gemacht zu haben, noch nennt sie Gründe, weshalb ihr der Materialaufwand erst bei Rechnungsstellung am 13. April 2016 bekannt gewesen sein soll. Entsprechende Zusatzrapporte liegen nicht vor. Die Klägerin hat ihren Vergütungsanspruch für den in den Regierapporten nicht aufgeführten Materialaufwand entsprechend der von den Parteien getroffenen Vereinbarung deshalb verwirkt.

Darüber hinaus kommt die Klägerin ihrer Substantiierungsobliegenheit nicht nach. Sie behauptet pauschal, das in der Rechnung RE-2016-0022 vom 13. April 2016 aufgeführte Material sei verbraucht worden, und bietet die Aussage von drei ihr nahestehenden Personen zum Beweis an (act. 1 Rz. 156, 157). Aus der in Bezug genommenen Rechnung ist lediglich ersichtlich, dass jeweils "Material" verrechnet wird. Auf der Grundlage der Behauptungen der Klägerin ist dem erkennenden Gericht keine Beurteilung möglich. Ein Beweisverfahren dient nicht der Vervollständigung des unvollständigen Tatsachenvortrags einer Partei (Ziffer 2.2.2.3 oben). Abgesehen davon erscheint es unrealistisch, dass die aufgeführten Personen vier Jahre später noch mehr auszusagen vermöchten, als auf die im Recht liegenden Urkunden zu verweisen. Sollten noch weitere Aufzeichnungen vorhanden sein, hätte die Klägerin diese zum Beweis anbieten müssen. Nach Aktenschluss ist sie mit weiteren Beweismitteln präkludiert.

Da ein darüber hinausgehender Vergütungsanspruch verwirkt ist und die Klägerin einen solchen auch nicht darzulegen vermag, ist auf die in den Rapporten enthaltenen und von der Beklagten anerkannten Beträge abzustellen:

	<b>Menge</b>	<b>Einheitspreis</b>	<b>Betrag</b>
<b>Rapport Nr. 18</b>			
Gipser	8.00	90.00	720.00
<b>Rapport Nr. 19</b>			
Gipser	8.00	90.00	720.00
<b>Rapport Nr. 20</b>			
Gipser	8.50	90.00	765.00
<b>Rapport Nr. 21</b>			
Gipser	18.00	90.00	1'620.00
<b>Rapport Nr. 22</b>			
Gipser	18.00	90.00	1'620.00
<b>Rapport Nr. 23</b>			

Gipser	24.00	90.00	2'160.00
<b>Rapport Nr. 24</b>			
Gipser	18.00	90.00	1'620.00
<b>Rapport Nr. 25</b>			
Gipser	24.00	90.00	2'160.00
<b>Rapport Nr. 26</b>			
Gipser	10.00	90.00	900.00
<b>Rapport Nr. 27</b>			
Gipser	6.00	90.00	240.00
Material	1.00	50.00	50.00
<b>Rapport Nr. 51</b>			
Gipser	16.00	90.00	1'440.00
<b>Rapport Nr. 52</b>			
Gipser	27.00	90.00	2'430.00
<b>Rapport Nr. 53</b>			
Gipser	1.50	90.00	135.00
<b>Rapport Nr. 54</b>			
Gipser	80.00	90.00	7'200.00
<b>Rapport Nr. 55</b>			
Gipser	64.00	90.00	5'760.00
<b>Rapport Nr. 56</b>			
Gipser	64.00	90.00	5'760.00
<b>Rapport Nr. 57</b>			
Gipser	64.00	90.00	5'760.00
<b>Arbeiten Brutto</b>			<b>41'360.00</b>

Rabatt 10.00 %	4'136.00
Zwischentotal	37'224.00
Skonto 2.00%	744.48
Zwischentotal	36'479.52
Allg. Bauabzüge 2.00%	729.59
Arbeiten Netto	35'749.93
MWST 8.00%	2'860.00
<b>Arbeiten Netto inkl. MWST</b>	<b>38'609.93</b>

Aus den Regiearbeiten gemäss den Rapporten Nr. 18-27 und 51-57 hat die Klägerin eine Forderung von **CHF 38'609.93** gegen die Beklagte.

2.4.3. Rapporte Nr. 28-50 und Nr. 58-92: Die Klägerin stützt sich auf die offen gebliebene Rechnung RE-2016-0022 vom 13. April 2016 (act. 1 Rz. 139, 157, 160, 161; act. 3/20). Abweichend davon beruft sie sich bei Rapport Nr. 58 (Umstellen einer Mulde) auf den im Rapportdokument bzw. ihrer eigenen Zusammenstellung aufgeführten abweichenden Bruttobetrag von CHF 85.50 bzw. einen Nettobetrag von CHF 92.35 (act. 1 Rz. 365; act. 3/16; act. 3/42.6). Im Übrigen macht die Klägerin Gipserarbeiten und Materialaufwand aus den Rapporten Nr. 28-50 und Nr. 59-92 geltend (act. 1 Rz. 217, 227, 229, 254, 266, 278, 288, 290, 302, 314, 326, 342, 354, 377). Daraus ergibt sich rechnerisch ein Bruttobetrag von CHF 142'642.50. Zur Substantiierung der ausgeführten Arbeiten übernimmt die Klägerin die Arbeitsbeschreibungen der Rapporte Nr. 28-92 in die Rechtsschrift (act. 24 Rz. 265-322; act. 3/16). Die Arbeiten seien von der Klägerin ausgeführt worden (act. 24 Rz. 324). Es habe sich nicht um Mangelbehebungsarbeiten gehandelt (act. 24 Rz. 262, 325). Die Beklagte habe diese Arbeiten mündlich angeordnet, da sie sehr dringend gewesen seien (act. 24 Rz. 248, 253, 255, 323, 326, 327). Konkret behauptet die Klägerin, die Regie-Bestellungen seien mündlich durch H.\_\_\_\_\_, Vertreter der Bauleitung der Beklagten, und teilweise durch I.\_\_\_\_\_, Projektleiter der Beklagten, gegenüber J.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ vorgenommen worden (act. 1 Rz. 142; act. 24 Rz. 255). H.\_\_\_\_\_ habe der Klägerin bzw.

J.\_\_\_\_\_ und/oder L.\_\_\_\_\_ jeweils mitgeteilt, dass die Arbeitsrapporte erst nach der Ausführung unterzeichnet würden (act. 1 Rz. 6, 144). Dieser habe die Klägerin die Aufträge ausführen lassen und sie jeweils hinsichtlich der Unterzeichnung der Rapporte vertröstet (act. 1 Rz. 6, 144). Dieser habe die Klägerin massiv unter Druck gesetzt, damit gedroht, die Klägern müsse die Baustelle verlassen, wenn sie die Aufträge nicht wie verlangt ausführe (act. 1 Rz. 65, 144). Zudem habe er von J.\_\_\_\_\_ verlangt, er solle ihm Geld bezahlen, andernfalls werde er die Rapporte nicht unterzeichnen (act. 1 Rz. 6, 146). J.\_\_\_\_\_ habe von I.\_\_\_\_\_ verlangt, er solle etwas gegen diese Gebaren unternehmen, dieser habe dies jedoch unterlassen und die Unterschrift ebenfalls verweigert (act. 1 Rz. 148).

Die Beklagte bezieht sich von vornherein lediglich auf die in den Rapportdokumenten aufgeführten Gipserarbeiten und nicht auf den dort nicht aufgeführten Materialaufwand (act. 12 Rz. 137, 138; act. 3/16). Bei Rapport Nr. 58 unterliegt sie einem offensichtlichen Verschieb, indem sie den dort (ausnahmsweise inkl. MWST aufgeführten) Betrag von CHF 92.35 als einen Bruttobetrag von CHF 9'235.00 übernimmt (act. 12 Rz. 138; act. 3/16). Dadurch gelangt sie zu einem streitigen Bruttobetrag gemäss Rapportdokumenten von CHF 138'835.00 (act. 12 Rz. 138). Dieser ist als CHF 129'685.50 zu lesen (Bruttobetrag von CHF 85.50 bei Rapport Nr. 58). Die Erbringung der in den Regierapporten aufgeführten Leistungen bestreitet die Beklagte vollumfänglich, zumal diesbezüglich weder unterzeichnete Regierapporte noch schriftliche Regie-Bestellungen der Beklagten vorlägen (act. 12 Rz. 137; im Einzelnen act. 12 Rz. 166, 175, 184, 193, 202, 211, 220, 229, 238, 247, 258, 267, 285; act. 29 Rz. 270-329). Es habe sich um nicht entschädigungsberechtigte Mangelbehebungsarbeiten oder vertraglich geschuldete Leistungen gehandelt (act. 12 Rz. 137; act. 29 Rz. 330). Die Arbeiten seien weder dringlich noch mündlich angeordnet gewesen (act. 29 Rz. 259, 263, 265, 331). Die Anschuldigungen der Klägerin gegenüber H.\_\_\_\_\_ hätten sich in einer internen Compliance-Untersuchung nicht erhärtet (act. 12 Rz. 22, 132).

Regiearbeiten setzen eine Vereinbarung im Werkvertrag oder wenigstens eine Anordnung der Bauleitung voraus. Im Grundsatz ist nicht streitig, dass die Parteien an der Startsituation vom 1. Dezember 2014 gemäss Ziffer 6.1 des entspre-

chenden Protokolls eine Vereinbarung über Regiearbeiten getroffen haben, welche von Art. 5.7.1 des Werkvertrags vom 3. Dezember 2014 abweicht (vgl. die entsprechenden Einwendungen der Klägerin, act. 24 Rz. 243, 244, 246, 247). Die Vereinbarung enthält jedoch mit Ausnahme von Notfällen oder Sofortmassnahmen einen Schriftlichkeitsvorbehalt (vgl. die entsprechende Einwendung der Klägerin, act. 24 Rz. 243).

Bestreitet die Gegenpartei den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast (BGer 5A\_837/2019 v. 08.05.2020 E. 4.3; 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.2; 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; 4A\_113/2017 vom 6. September 2017 E. 6.1.1; 4A\_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2). Die Behauptungen der Klägerin zur Bestellung der Regiearbeiten sind wenig detailliert, enthalten keine konkreten Daten und geben lediglich eine Auswahl von Leuten (H.\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_ einerseits, J.\_\_\_\_, L.\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_ andererseits) an, welche daran beteiligt gewesen sein sollen. Sie erschöpfen sich in der Geltendmachung einer Hinhaltenaktik bei der Unterzeichnung der Regierapporte seitens der Bauleitung. Insbesondere unterscheidet die Klägerin nicht zwischen dringlichen Arbeiten und solchen, bei welchen sie von der Bauleitung bzw. der Beklagten künstlich unter Druck gesetzt worden sein soll. Diese unbestimmten Behauptungen erlauben keine Beweisabnahme darüber, durch wen wann welche Regiearbeiten angeordnet sein sollen. Selbst zur behaupteten Intervention von J.\_\_\_\_ bei I.\_\_\_\_ äussert sich die Klägerin nur vage. So ergibt sich aus ihren Behauptungen weder der Zeitpunkt noch die Form der Intervention. I.\_\_\_\_ ruft die Klägerin gar nicht erst als Zeugen an (act. 1 Rz. 148). Damit kommt sie ihrer Substantiierungsobliegenheit nicht nach. Ein Beweisverfahren dient nicht der Vervollständigung des unvollständigen Tatsachenvortrags einer Partei (Ziffer 2.2.2.3 oben), zumal seit der streitigen Anordnung von Regiearbeiten bereits vier Jahre vergangen sind. Sollten darüber noch weitere Aufzeichnungen bei der Klägerin vorhanden sein, hätte sie diese bis zum Aktenschluss zum Beweis anbieten müssen. Da keine unterzeichneten Rapporte vorliegen, kann sich die Klägerin nicht auf eine entsprechende Indizwirkung berufen. Sie hat deshalb einen vollständigen

Beweis über sämtliche streitigen und entscheidungserheblichen Tatsachen zu führen.

Ihren allfälligen Vergütungsanspruch für den in den Regierapporten nicht aufgeführten Materialaufwand hat die Klägerin ausserdem entsprechend der von den Parteien getroffenen Vereinbarung verwirkt. Aus der Rechnung RE-2016-0022 vom 13. April 2016 ist lediglich ersichtlich, dass jeweils "Material" verrechnet wird. Die Klägerin bezieht sich bei ihrer Substantiierung nur auf die in den Regierapporten aufgeführten Arbeiten (act. 24 Rz. 263-322). Auf eine Substantiierung des Materialaufwands verzichtet sie vollständig. Auf die Erwägungen im Zusammenhang mit dem Materialaufwand für die Arbeiten gemäss den Rapporten Nr. 18-27 und 51-57 wird verwiesen (Ziffer 2.4.2 oben).

Aus den Regiearbeiten gemäss den Rapporten Nr. 28-50 und Nr. 58-92 hat die Beklagte keine Forderung gegen die Beklagte.

2.4.4. Zwischenergebnis: Die Klägerin hat folgende Forderungen aus den Regiearbeiten gemäss den Rapporten Nr. 1-92 (Beträge Netto inkl. MWST):

Rapporte Nr. 1-17	1'932.36
Rapporte Nr. 18-27 und 51-57	38'609.93
Rapporte Nr. 28-50 und 58-92	0.00
<b>Total Rapporte Nr. 1-92</b>	<b>40'542.29</b>

## 2.5. Vormauerungen Gewerbe

Die Beklagte hat die Rechnung RE-2015-0028 vom 17. November 2015 über CHF 13'863.10 bezahlt (act. 1 Rz. 201; act. 12 Rz. 152; act. 3/25). Folglich steht der Klägerin aus dieser kein Vergütungsanspruch mehr zu.

## 2.6. Erfüllungsgarantie

Gemäss Art. 63 Abs. 1 OR hat die Klägerin Anspruch auf Bereicherungsausgleich aus einer unberechtigt bezogenen Garantie (BGE 133 III 356 E. 3.2.1 S. 358-359).

Der Bereicherungsausgleich hat vorliegend im Valutaverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten stattzufinden (BGE 117 II 404 E. 3a und 3b S. 407-409; BGE 116 II 689 E. 3b/aa S. 691; SCHWENZER, a.a.O., N 56.20, 56.22; zu den einzelnen Rechtsverhältnissen im Zusammenhang mit einer Bankgarantie vgl. BGer 4A\_111/2014 vom 31. Oktober 2014 E. 3.3 m.Nw.). Der Bezug der Erfüllungsgarantie ist als Leistung der Klägerin an den Aufwendungsersatzanspruch der Beklagten anzurechnen (Ziffer 2.1.4.4 oben). Die Leistung erfolgte somit nicht rechtsgrundlos. Es besteht deshalb kein Anspruch aus Leistungskondiktion. Die übrigen Einwendungen der Klägerin sind nicht entscheidungserheblich (act. 29 Rz. 328-342). Einwendungen aus dem Deckungsverhältnis kann die Klägerin der Beklagten im Valutaverhältnis nicht entgegen halten (BGE 117 II 404 E. 4a S. 407; BGE 116 II 689 E. 3b/aa S. 691).

Am Ergebnis würde sich nichts ändern, wenn nicht von der Tilgungswirkung des Garantiebezugs durch die Beklagte auszugehen wäre. Die Klägerin erklärt – entgegen ihrer eigenen Beteuerung (act. 24 Rz. 583) – sinngemäss die Verrechnung ihres Anspruchs aus Leistungskondiktion mit dem Anspruch der Beklagten aus Aufwendungsersatz von CHF 185'000.00 (Ziffer 2.1.4.4 oben; act. 1 Rz. 202; act. 24 Rz. 164). Dagegen erhebt die Beklagte die Verjährungseinrede (act. 12 Rz. 140; act. 29 Rz. 341). Eine verjährte Forderung kann indessen zur Verrechnung gebracht werden, wenn die Verrechnungslage bereits bestand, als diese noch nicht verjährt war (Art. 120 Abs. 3 OR).

## 2.7. Skonto

Zur Aufrechnung des Skonto auf den offen gebliebenen Teil des Pauschalpreises wird auf die gemachten Ausführungen verwiesen (Ziffer 2.1.5 oben). Bei den Beträgen ausserhalb des Pauschalpreises macht die Klägerin keine Aufrechnung des Skonto-Abzugs geltend.

## 2.8. Vorfall vom 6. Februar 2015

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Ersatz von Aufwendungen im Umfang von CHF 7'673.00 im Zusammenhang mit einem Vorfall vom 6. Februar 2015

(act. 1 Rz. 170, 171, 173). Gemäss unbestritten gebliebener Darstellung der Klägerin brach am 6. Februar 2015 die Kupplung des von der Beklagten gemieteten Gipssilos ab, weshalb Gips austrat und auf die Strasse gelangte (act. 1 Rz. 170). Die Klägerin stützt sich auf die Rechnung RE-2015-0008 vom 10. März 2015 über CHF 7'673.40 inkl. MWST und den dazugehörigen Taglohn-Rapport vom 10. März 2015 (act. 1 Rz. 171; act. 24 Rz. 345; act. 4/6.3).

Die Beklagte bestreitet die Forderung (act. 12 Rz. 144). Aus dem Umstand, dass die Beklagte der Klägerin Mit E-Mail vom 30. Juli 2015 in Aussicht stellte, den Schaden ihrer Versicherung anzumelden (act. 1 Rz. 172; act. 24 Rz. 346; act. 25/3), ergibt sich weder eine Haftungsanerkennung noch eine Vereinbarung über die Ausführung der Aufräumarbeiten durch die Klägerin auf Rechnung der Beklagten.

Eine vertragliche Haftung setzt eine Pflichtverletzung voraus (Art. 97 Abs. 1 OR). Aus dem Parteivortrag der Klägerin erschliesst sich nicht, aufgrund welcher Tatsachen die Beklagte eine vertragliche Pflicht verletzt und welchen Inhalt diese Pflicht haben soll.

Allgemeine Voraussetzung einer ausservertraglichen Haftung ist sowohl nach Art. 41 Abs. 1 OR als auch nach Art. 55 Abs. 1 OR und Art. 58 Abs. 1 OR die Widerrechtlichkeit (MARTIN A. KESSLER, in: Basler Kommentar, N. 31 zu Art. 41 OR, N. 6 zu Art. 55 OR, N. 6a zu Art. 58 OR). Eine Schadenszufügung ist "widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, d.h. wenn entweder ein absolutes Recht des Geschädigten verletzt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht)" (BGE 141 III 527 E. 3.2 S. 534 m.Nw.). Die Klägerin behauptet nicht, in ihren absolut geschützten Rechtsgütern geschädigt worden zu sein. Folglich liegt ein reiner Vermögensschaden vor. Ein Verstoss der Beklagten gegen eine einschlägige Schutznorm ist nicht ersichtlich.

Den der Klägerin von der M.\_\_\_\_\_ AG mit Rechnung vom 2. März 2015 in Rechnung gestellten Betrag von CHF 4'839.90 inkl. MWST macht die Klägerin nicht geltend (act. 1 Rz. 173, 202; act. 24 Rz. 164).

## 2.9. Mangelbehebungskosten

Gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Mangelbehebungskosten, wenn der Unternehmer die Mängel innerhalb der vom Bauherrn gesetzten Frist nicht behebt. Der Unternehmer haftet für alle Mängel, welche der Bauherr innerhalb der Rügefrist rügt (Art. 174 Abs. 2 i.V.m. 173 Abs. 1 SIA-Norm 118). Die Parteien haben in Abweichung von Art. 172 Abs. 1 SIA-Norm 118 eine Rügefrist von 5 Jahren (resp. von 10 Jahren für Feuchtigkeitsabdichtungen, Wärmedämmungen und Fassade inklusive Isolierverglasungen) vereinbart und den Beginn der Gewährleistungsfrist auf den 1. Juni 2016 festgelegt (Art. 2.4 und 9.2 des Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 i.V.m. Ziffer 4.2.2 der Objektspezifischen Bedingungen vom 1. Juni 2013; act. 3/2.1; act. 3/2.3). Die Behauptungs- und Beweislast für die Voraussetzungen trägt die Beklagte (Art. 8 ZGB).

2.9.1. Mangel i.S.v. Art. 166 Abs. 1 SIA-Norm 118 ist eine Abweichung des Werkes vom Vertrag. Dieser "besteht entweder darin, dass das Werk eine zugesicherte oder sonstwie vereinbarte Eigenschaft nicht aufweist, oder darin, dass ihm eine Eigenschaft fehlt, die der Bauherr auch ohne besondere Vereinbarung in guten Treuen erwarten durfte (z.B. Tauglichkeit des Werkes für den vertraglich vorausgesetzten oder üblichen Gebrauch)" (Art. 166 Abs. 2 SIA-Norm 118).

Die Parteien haben folgende Qualitätsstufen vereinbart:

- Wandgrundputz der Qualitätsstufe "Q2-abgezogen" (act. 12 Rz. 59; act. 24 Rz. 120; act. 29 Rz. 150, 152).
- Zementputz der Qualitätsstufe "Q3-gespachtelt" zur Aufnahme von strukturiertem Glasfaservlies für die inneren Wände (act. 1 Rz. 37, 38; act. 12 Rz. 60; act. 24 Rz. 90, 121, Rz. 123 lit. a, Rz. 125; act. 29 Rz. 151, 152). Die Beklagte beruft sich erfolglos auf die Pos. 211.722, 231.721, 232.100, 314.113/114 und 314.133/134 des Leistungsverzeichnisses zum Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 (act. 12 Rz. 41.5, 50, 60, 61; act. 29 Rz. 154). Pos. 231.721 und Pos. 232.100 betreffen Zementgrundputze. Pos. 211.722 umfasst eine "Spachtelung Qualitätsstufe Q3" als Mehrleistung für erhöhte

- Ausführungsgenauigkeit. Pos. 232.100 betrifft Leibungen, Mauerkronen und -stirnen, Sturzuntersichten und Wandstreifen mit Zementgrundputz. Pos. 314.113, Pos. 314.123/124 und Pos. 314.133/134 betreffen Weissputz auf Decken mit Gips- oder Gipskalk-Einschichtputz. Eine einschlägige Position für Weissputz auf Wänden fehlt.
- Zementputz der Qualitätsstufe "Q3-gespachtelt" zur Aufnahme von Plattenbelägen im Dünnbettverfahren für die Wände in den Nasszellen (act. 24 Rz. 123 lit. b).
  - Weissputz der Qualitätsstufe Q3 für Decken (act. 12 Rz.123 lit. c, Rz. 126, 128, 130).

2.9.2. Die Beklagte behauptet, 145 Mängel zwischen dem 10. November 2015 und dem 16. Februar 2016 festgestellt und gerügt zu haben (act. 12 Rz. 53; act. 29 Rz. 142). Auf die Tabellen in den Rechtsschriften der Beklagten wird Bezug genommen (act. 12 Rz. 53; act. 29 Rz. 142; act. 13/14). Die Klägerin bestreitet den Bestand und die fristgerechte Rüge der Mängel sowie ihre Haftung (act. 24 Rz. 110, 111, 114, 115).

Die Darstellung der Beklagten beruht auf der weitgehend unbearbeiteten Übernahme des Arbeitsblattes aus einer Tabellenkalkulation, auf welcher sich die 145 Positionen aufgeführt und stichwortartig beschrieben finden (act. 13/14). Die Darstellung erstreckt sich in der Klageantwort und in der Duplik jeweils über rund 8 Seiten. Eine Gliederung ist weder in den Rechtsschriften noch auf dem Arbeitsblatt aus der Tabellenkalkulation erkennbar. Eine eindeutige Nummerierung findet sich nicht. Immerhin wurde die Reihenfolge in sämtlichen drei Dokumenten beibehalten. Das erkennende Gericht hat die Mängel nachfolgend in erster Linie nach Rügdatum, in zweiter Linie nach Erfassungsdatum und in dritter Linie nach Nummer manuell sortiert.

2.9.2.1. Mit E-Mail vom 12. November 2015 rügte die Beklagte den angeblich am 10. November 2015 erfassten Mangel Nr. 1101, den angeblich am 12. November 2015 erfassten Mangel Nr. 1101 und den angeblich am 17. Dezember 2015 er-

fassten Mangel Nr. 1101 im Haus 65 (act. 12 Rz. 53; act. 29 Rz. 142; act. 13/16). Der Mangel Nr. 1101 ist in der Tabelle jedes Mal mit "Loch in Decke & Deckel Verteildose fehlt" in Wohnung 65.3.3 bezeichnet. Es ist nicht nachvollziehbar, wie ein Mangel mit gleicher Nummer und Beschreibung in derselben Wohnung dreimal aufgeführt sowie angeblich dreimal – mit wortgleicher Mangelbeschreibung – erfasst worden ist.

2.9.2.2. Mit E-Mail vom 18. November 2015 rügte die Beklagte die angeblich am 17. November 2015 erfassten Mängel Nr. 2031, 2042, die angeblich am 18. November 2015 erfassten Mängel Nr. 2031, 2042, die angeblich am 17. Dezember 2015 erfassten Mängel 2031, 2042 sowie die angeblich am 14. Januar 2016 erfassten Mängel Nr. 2031, 2042, in Haus 73 (act. 12 Rz. 53; act. 29 Rz. 142; act. 13/17). Der Mangel Nr. 2031 ist in der Tabelle jedes Mal mit "Gipsreste aus Deckenanschluss entfernen" in Wohnung 73.1.3, der Mangel Nr. 2042 mit "Fuge bei Wohnungstüre links Gipsreste entfernen" in Wohnung 73.1.2 aufgeführt. Es ist nicht nachvollziehbar, wie ein Mangel mit gleicher Nummer und Beschreibung in derselben Wohnung jeweils viermal aufgeführt sowie angeblich viermal – mit wortgleicher Mangelbeschreibung und an einem einzigen Tag sogar doppelt – erfasst worden ist.

2.9.2.3. Mit E-Mail vom 26. November 2015 rügte die Beklagte die angeblich am 20. November 2015 erfassten Mängel Nr. 2125, 2190, 2203, den angeblich am 23. November 2015 erfassten Mangel Nr. 2643, die angeblich am 26. November 2015 erfassten Mängel Nr. 2125, 2190, 2203, 2643, 3015 (2) die angeblich am 17. Dezember 2015 erfassten Mängel Nr. 2125, 2190, 2203, 2643, 3015, die angeblich am 19. Januar 2016 erfassten Mängel Nr. 2125 (2), 2190, 2203, 2643 sowie die angeblich am 27. Januar 2016 erfassten Mängel Nr. 2125 im Haus 75 (act. 12 Rz. 53; act. 29 Rz. 142; act. 13/18). Es ist nicht nachvollziehbar, wie Mängel mit gleicher Nummer und Beschreibung in derselben Wohnung mehrfach aufgeführt sowie angeblich mehrfach – mit wortgleicher Mangelbeschreibung – erfasst worden sind.

2.9.2.4. Mit E-Mail vom 10. Dezember 2015 rügte die Beklagte den angeblich am 7. Dezember 2015 erfassten Mangel Nr. 3182, den angeblich am 10. Dezember

2015 erfassten Mangel Nr. 3182 und den angeblich am 21. Januar 2016 erfassten Mangel Nr. 3182 in Haus 77 (act. 12 Rz. 53; act. 29 Rz. 142; act. 13/19). Der Mangel Nr. 3182 ist in der Tabelle jedes Mal mit "Loch in der Wand neben der Küchenzeile" in Wohnung 77.5.1 aufgeführt. Es ist nicht nachvollziehbar, wie ein Mangel mit gleicher Nummer und Beschreibung in derselben Wohnung dreimal aufgeführt sowie angeblich dreimal – mit wortgleicher Mangelbeschreibung – erfasst worden ist.

2.9.2.5. Mit E-Mail vom 17. Dezember 2015 rügte die Beklagte die angeblich am 16. Dezember 2015 erfassten Mängel Nr. 4358, 4352, 4324, 4098, 4086, 4021, die angeblich am 17. Dezember 2015 erfassten Mängel Nr. 4385, 4358, 4352, 4324, 4098, 4086, 4021, 4385, die angeblich am 20. Januar 2016 erfassten Mängel Nr. 4086 (3), 4098 (3), 4021 (3), 4324 (3) sowie die angeblich am 21. Januar 2016 erfassten Mängel Nr. 4358 (2), 4352 in Haus 79 (act. 12 Rz. 53; act. 29 Rz. 142; act. 13/20). Es ist nicht nachvollziehbar, wie Mängel mit gleicher Nummer und Beschreibung in derselben Wohnung mehrfach aufgeführt sowie angeblich mehrfach – mit wortgleicher Mangelbeschreibung – erfasst worden sind.

2.9.2.6. Mit E-Mail vom 7. Januar 2016 rügte die Beklagte die angeblich am 5. Januar 2016 erfassten Mängel Nr. 4616, 4578, 4572, die angeblich am 6. Januar 2016 erfassten Mängel Nr. 4783, 4756, 4734 sowie die angeblich am 7. Januar 2016 erfassten Mängel Nr. 4783, 4756, 4734, 4616, 4578, 4572 in Haus 63 (act. 12 Rz. 53; act. 29 Rz. 142; act. 13/21). Es ist nicht nachvollziehbar, wie Mängel mit gleicher Nummer und Beschreibung in derselben Wohnung mehrfach aufgeführt sowie angeblich mehrfach – mit wortgleicher Mangelbeschreibung – erfasst worden sind.

2.9.2.7. Mit E-Mail vom 14. Januar 2016 rügte die Beklagte die angeblich am 13. Januar 2016 erfassten Mängel Nr. 982, 1418, die angeblich am 14. Januar 2016 erfassten Mängel Nr. 982 (2), 1418 (2), den angeblich am 22. Januar 2016 erfassten Mangel Nr. 1418 sowie den angeblich am 15. Januar 2016 erfassten Mangel Nr. 982 in Haus 65 (act. 12 Rz. 53; act. 29 Rz. 142; act. 13/22). Der Mangel Nr. 982 ist in der Tabelle jedes Mal mit "Loch in Wand bei Sockelanschluss rechts von Balkontüre" in Wohnung 65.5.1, der Mangel Nr. 1418 mit "Loch in

Wand oben rechts von Schiebetür schliessen plus streichen" in Wohnung 65.1.1 aufgeführt. Es ist nicht nachvollziehbar, wie Mängel mit gleicher Nummer und Beschreibung in derselben Wohnung jeweils viermal aufgeführt sowie angeblich viermal – mit wortgleicher Mangelbeschreibung und an einem einzigen Tag sogar doppelt – erfasst worden sind.

2.9.2.8. Mit weiterer E-Mail vom 14. Januar 2016 rügte die Beklagte den angeblich am 14. Januar 2016 erfassten Mangel Nr. 1536 (3) in Haus 73 (act. 12 Rz. 53; act. 29 Rz. 142; act. 13/23). Der Mangel Nr. 1536 ist in der Tabelle dreimal hintereinander mit "Loch in der Decke rechts in Dusche schliessen" aufgeführt. Träfe die Darstellung der Beklagten zu, gäbe es in der Wohnung Nr. 73.5.2 entweder drei Duschen, welche allesamt ein Loch an derselben Stelle der Decke aufgewiesen hätten, oder eine Dusche mit drei Löchern in der Decke, welche die Beklagte jedoch nicht auseinanderzuhalten vermag. Die Darstellung der Beklagten ist nicht nachvollziehbar.

2.9.2.9. Mit E-Mail vom 20. Januar 2016 rügte die Beklagte den angeblich am 18. Januar 2016 erfassten Mangel Nr. 5001 sowie die angeblich am 21. Januar 2016 erfassten Mängel Nr. 5001 (2) in Haus 77 (act. 12 Rz. 53; act. 29 Rz. 142; act. 13/24). Der Mangel Nr. 5001 ist in der Tabelle dreimal mit "Loch bei Deckenleuchte schliessen" in Wohnung 77.3.1 aufgeführt. Es ist nicht nachvollziehbar, wie ein Mangel mit gleicher Nummer und Beschreibung in derselben Wohnung dreimal aufgeführt sowie angeblich dreimal – mit wortgleicher Mangelbeschreibung – erfasst worden ist.

2.9.2.10. Mit E-Mail vom 28. Januar 2016 rügte die Beklagte die angeblich am 26. Januar 2016 erfasste Mängel Nr. 5173, 5167, 5152, 5142, 5140, die angeblich am 27. Januar 2016 erfassten Mängel Nr. 5312, 5300, 5243, 5239, 5221, die angeblich am 28. Januar 2016 erfassten Mängel Nr. 5243, 5239, 5221, 5173, 5167, 5152, 5142, 5139, 5312, 5300, 5383 (2) sowie die angeblich am 9. Februar 2016 erfassten Mängel Nr. 5221 (2), 5173 (2), 5152 (2), 5142 (2), 5312 (2), 5300 (2), 5243 (2), 5239 (2), 5167 (2), 5139 (2), 5383 (2) in den Wohnateliere der Häuser 85b-h (act. 12 Rz. 53; act. 29 Rz. 142; act. 13/25). Es ist nicht nachvollziehbar, wie Mängel mit gleicher Nummer und Beschreibung in derselben Wohnung mehr-

fach aufgeführt sowie angeblich mehrfach – mit wortgleicher Mangelbeschreibung – erfasst worden sind.

2.9.2.11. Mit E-Mail vom 16. Februar 2016 rügte die Beklagte die am 16. Februar 2016 erfassten Mängel Nr. 6071 (2) in Haus 61 (act. 12 Rz. 53; act. 29 Rz. 142; act. 13/26). Der Mangel Nr. 6071 ist in der Tabelle zweimal mit "Rechte Seite bei Fenster an der Decke Loch zum schliessen" in Wohnung 61.2.1 aufgeführt. Es bleibt damit unklar, um wie viele Löcher es sich handelt. Der Inhalt der Mängelrüge ist nicht schlüssig dargelegt. Es ist nicht nachvollziehbar, wie Mängel mit gleicher Nummer und Beschreibung in derselben Wohnung zweimal aufgeführt sowie angeblich zweimal – mit wortgleicher Mangelbeschreibung und an einem einzigen Tag – erfasst worden sind.

2.9.2.12. Die angeblich am 19. Januar 2016 erfassten Mängel Nr. 1977, 4919, 4926 in Haus 73, die angeblich am 22. Januar 2016 erfassten Mängel Nr. 1078, 1259 (2) in Haus 65 und die angeblich am 4. Februar 2016 erfassten Mängel Nr. 1977, 4919, 4926 in Haus 73 wurden lediglich auf der Projektmanagement-Plattform erfasst. Es ist nicht nachvollziehbar, wie Mängel mit gleicher Nummer und Beschreibung in derselben Wohnung mehrfach aufgeführt sowie angeblich mehrfach – mit wortgleicher Mangelbeschreibung – erfasst worden sind.

2.9.2.13. Die wiederholte mehrfache Aufführung und Erfassung eines Mangels mit gleicher Beschreibung ist nicht nachvollziehbar. Ein offensichtlicher Verschrieb liegt nicht vor, denn es handelt sich um wiederholte, systematische Redundanzen in der Darstellung der Beklagten. Wenn nicht schlicht eine unzureichende Aufarbeitung des Prozessstoffs vorliegt, muss es sich jeweils um verschiedene Mängel handeln. Da sich diese in der Darstellung der Beklagten nicht auseinander halten lassen, liegt eine mangelhafte Substantiierung vor. Die Aufarbeitung des Prozessstoffs ist weder Aufgabe des erkennenden Gerichts noch eines von diesem beauftragten Sachverständigen. Die Darstellung der Beklagten ist deshalb nicht schlüssig.

Daraus ergibt sich folgendes Zwischenergebnis: Die Darstellung der Mängel durch die behauptungs- und beweisbelastete Beklagten weist mehrfache Redun-

danzen auf. Die Beklagte macht entweder dieselben Mängel mehrfach geltend, oder sie differenziert die Mängel nicht hinreichend, indem sie verschiedene Mängel exakt gleich lokalisiert und beschreibt. Die Verweisung auf die Fotodokumentation vom 18. Juni 2018 (act. 12 Rz. 54; act. 13/15) vermag diese Mängel nicht zu beheben, da die Beklagte die Fotos den einzelnen Mängeln nicht zuordnet. Aus demselben Grund kann sich die Beklagte nicht auf die von ihr benannten, ihr nahestehenden Zeugen (act. 12 Rz. 53, 54, 55, 57) oder ein Sachverständigen-gutachten (act. 12 Rz. 56) verlassen. Ein Beweisverfahren dient nicht der Vervollständigung des unvollständigen Tatsachenvortrags einer Partei (Ziffer 2.2.2.3 oben).

2.9.3. Die Beklagte stützt sich auf zwei Privatgutachten vom 7. März 2015 und vom 1. Oktober 2015.

2.9.3.1. Gemäss dem Privatgutachten vom 7. März 2015 lag für die bestellte Qualitätsstufe "Q2-abgezogen" im Wandgrundputz die Ebenheit innerhalb der gültigen Standard-Ebenheitstoleranzen (act. 24 Rz.120; act. 29 Rz.150; act. 13/12 S. 4-5). Jedoch soll sich weiter ergeben, dass die Anforderungen bezüglich Parallelität zu den eingebauten Bauteilen, Putzdichte und Oberflächenbeschaffenheit nicht erreicht werde (act. 12 Rz. 59; act. 29 Rz. 150, 152). Zur Substantiierung übernimmt die Beklagte wörtlich Auszüge aus dem Privatgutachten vom 7. März 2015 (act. 12 Rz. 59 lit. a-c S. 64-66; act. 29 Rz. 146; act. 13/12 S. 6-10). Diese Auszüge sind jedoch nach eigener Darstellung der Beklagten lediglich "exemplarisch anhand von Haus 65" erfolgt (act. 12 Rz. 59). Der Parteivortrag der Beklagten ist deshalb unvollständig.

2.9.3.2. Gemäss dem Privatgutachten vom 7. März 2015 genügte die Oberflächenbeschaffenheit im Wand-Glattputz, um ein strukturiertes Glasfaservlies aufnehmen zu können (act. 24 Rz. 121; act. 29 Rz. 151; act. 13/12 S. 11). Jedoch soll sich weiter ergeben, dass die bestellte Qualitätsstufe "Q3-geglättet" aufgrund einer zu hohen Anzahl geringfügiger Strukturstörungen und Verarbeitungsspuren in der Oberfläche nicht erreicht werde (act. 12 Rz. 60; act. 29 Rz. 151, 152; act. 13/12 S. 11). Zur Substantiierung übernimmt die Beklagte wörtlich Auszüge aus dem Privatgutachten vom 7. März 2015 (act. 12 Rz. 60 lit. a-b S. 67; act. 29

Rz. 146; act. 13/12 S. 11-13). Die Klägerin wendet ein, es sei kein Weissputz, sondern lediglich eine Spachtelung bestellt gewesen (act. 24 Rz. 124). Allerdings entschied sich die Klägerin zu einer Ausführung mit einem richtigen Weissputz  $\geq 2$  mm (act. 13/12 S. 11). Die Auszüge aus dem Privatgutachten sind nach eigener Darstellung der Beklagten lediglich "exemplarisch anhand von Haus 65" erfolgt (act. 12 Rz. 60). Der Parteivortrag der Beklagten ist deshalb unvollständig.

2.9.3.3. Aus dem Privatgutachten vom 1. Oktober 2015 soll sich ergeben, dass der Weissputz auf den Wänden, Leibungen, Stirnen und Treppenwangen sowie insbesondere auch die damit verbundenen Anschlussdetails nicht den werkvertraglichen Anforderungen entsprächen und die Wand-Oberflächen und deren Anschlüsse eine unbefriedigende Oberflächengüte für "Q3-geglättet"-Anforderungen aufweisen würden (act. 12 Rz. 61). Zur Substantiierung gibt die Beklagte über mehr als 14 Seiten Auszüge aus dem Privatgutachten vom 1. Oktober 2015 wieder (act. 12 Rz. 62 lit. a-p S. 69-83; act. 29 Rz. 146; act. 13/13 S. 4-25). Die Klägerin wendet wiederum ein, es sei kein Weissputz, sondern lediglich eine Spachtelung bestellt gewesen (act. 24 Rz. 128). Allerdings entschied sich die Klägerin zu einer Ausführung mit einem richtigen Weissputz  $\geq 2$  mm (act. 13/12 S. 11). Die Auszüge aus dem Privatgutachten zeigen nach eigener Darstellung lediglich "die Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Qualitätsstufe Q3 sowie weitere Mängel bei den Häusern 51, 53, 57, 65, 73, 75, 77 und 79 exemplarisch auf" (act. 12 Rz. 62). Der Parteivortrag der Beklagten ist deshalb unvollständig.

2.9.3.4. Daraus ergibt sich folgendes Zwischenergebnis: Die Privatgutachten vom 7. März 2015 und vom 1. Oktober 2015 zeigen auf, dass die Anforderungen bezüglich Parallelität zu den eingebauten Bauteilen, Putzdichte und Oberflächenbeschaffenheit für die bestellte Qualitätsstufe "Q2-abgezogen" im Wandgrundputz sowie die Anforderungen bezüglich Oberflächenbeschaffenheit für die bestellte Qualitätsstufe "Q3-geglättet" im Wand-Glattputz nicht erreicht worden seien. Die Klägerin bestreitet diese Behauptungen unzureichend. Die Beklagte verlässt sich jedoch weitgehend auf die Feststellungen des Privatgutachtens, welche bereits nach ihrer eigenen Darstellung keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Auch bleibt damit unklar, wie sich die im Privatgutachten exemplarisch geschilder-

ten Mängel zu den 145 zwischen dem 10. November 2015 und dem 16. Februar 2016 festgestellten und gerügten Mängel verhält.

2.9.4. Die Beklagte behauptet, sie habe die Mängel gegenüber der Klägerin mit E-Mails und Schreiben gerügt und jeweils deren Nachbesserung innert angemessener Frist verlangt; da die Klägerin die gerügten Mängel nicht innerhalb der ihr angesetzten Fristen behoben habe, habe die Beklagte ihr (mehrere) Nachfristen angesetzt und die Ersatzvornahme angedroht; dazu führt die Beklagte insgesamt 25 E-Mails und Schreiben auf (act. 12 Rz. 67).

Hinsichtlich der Mängelrügen betreffend die 145 zwischen dem 10. November 2015 und dem 16. Februar 2016 festgestellten und gerügten Mängel beruft sich die Beklagte auf die E-Mails vom 12. November 2015, vom 17. November 2015, vom 26. November 2015, vom 10. Dezember 2015, vom 17. Dezember 2015, vom 7. Januar 2016, vom 14. Januar 2016, vom 14. Januar 2016, vom 20. Januar 2016, vom 28. Januar 2016 und vom 16. Februar 2016 (act. 12 Rz. 67, 68; act. 13/16-26). Dabei liegen bereits nach eigener Darstellung der Beklagten lediglich Mängelrügen, jedoch keine Nachfristansetzungen vor (act. 12 Rz. 67). In inhaltlicher Hinsicht substantiieren die aufgezählten E-Mails die Mängel nicht hinreichend (Ziffer 2.9.2.13 oben). Eine wirksame Nachfristansetzung liegt nicht vor.

Hinsichtlich der Mängelrügen betreffend die gestützt auf die Privatgutachten vom 7. März 2015 und vom 1. Oktober 2015 geltend gemachten nicht anforderungsgemässen Ausführung der Wandputze beruft sich die Beklagte auf die E-Mail vom 23. Oktober 2015 sowie die Schreiben vom 15. Dezember 2015, 8. Januar 2016 und 18. Januar 2016 (act. 12 Rz. 67, 69; act. 3/6; act. 13/6; act. 13/31; act. 13/32).

Die E-Mail vom 23. Oktober 2015, auf welche sich die Beklagte auch im Zusammenhang mit der Nachfristansetzung zum Leistungsverzicht beruft (Ziffer 2.1.2.2.3 oben), bezieht sich auf die im Privatgutachten vom 1. Oktober 2015 enthaltenen Behauptungen (act. 12 Rz. 67, 69; act. 13/6). Die Beklagte setzt der Klägerin Frist bis 23. Oktober 2015 für Haus 65, bis 27. Oktober 2015 für Haus 73, bis 28. Oktober 2015 für Haus 75, bis 30. Oktober 2015 für Haus 79 und bis 6. November 2015 für Haus 63 (act. 13/6).

Das Schreiben vom 15. Dezember 2015 bezieht sich auf das Verbessern der Wanduntergründe in Haus 61 in der Qualitätsstufe Q3 und setzt der Klägerin eine Nachbesserungsfrist bis 18. Dezember 2015 (act. 13/31).

Das Schreiben vom 8. Januar 2016 bezieht sich auf die Zusendung des "Expertise-Kurzbericht" durch die Klägerin (act.13/32). Mutmasslich handelt es sich dabei, wie sich aus der Bezugnahme im Schreiben vom 18. Januar 2016 ergibt (act. 3/6 S. 1), um das von der Klägerin eingeholte Privatgutachten vom 22. September 2015 (act. 3/6.2 = act. 26/6.2) zusammen mit einem nicht näher spezifizierten Schreiben der Klägerin vom 18. Dezember 2015 (vgl. act. 13/32). Davon abgesehen, dass sich Mutmassungen des Gerichts über den Inhalt von Parteibehauptungen verbieten und die entsprechenden Sachverhaltselemente deshalb nicht als prozesskonform eingeführt gelten, ist im Schreiben vom 8. Januar 2016 weder eine Mängelrüge noch eine Nachfristansetzung erkennbar.

In den erneuten generellen Hinweisen auf eine behauptete mangelhafte Qualität im Schreiben vom 18. Januar 2016 (act. 3/6 S. 1) ist weder eine hinreichende Mängelrüge noch eine Nachfristansetzung zu erkennen.

Die E-Mail vom 9. März 2015 sowie die Schreiben vom 27. Oktober 2015, vom 12. November 2015, vom 25. November 2015, vom 11. Dezember 2015, vom 17. Dezember 2015, vom 22. Januar 2018, vom 12. Februar 2018 und vom 7. März 2018 zählt die Beklagte lediglich auf (act. 12 Rz. 67; act. 3/48; act. 3/52; act. 13/7; act. 13/8; act. 13/29; act. 13/30; act. 13/33-35). Mit der blossen Verweisung, ohne auf die Art der angeblich gerügten Mängel Bezug zu nehmen, kommt die Beklagte ihrer Behauptungs- und Beweislast nicht nach.

Daraus ergibt sich, dass die Beklagte der Klägerin jeweils Nachfristen bis 23. Oktober 2015 für Haus 65, bis 27. Oktober 2015 für Haus 73, bis 28. Oktober 2015 für Haus 75, bis 30. Oktober 2015 für Haus 79, bis 6. November 2015 für Haus 63 und bis 18. Dezember 2015 für Haus 61 gesetzt hat. Hinsichtlich der Häuser 61 und 63 behauptet die Beklagte allerdings allfällige Mängel nicht prozesskonform, da diese in den Privatgutachten keine Erwähnung finden (Ziffer 2.9.3 oben). Hinsichtlich der Häuser 51, 53, 57, 77, bei welchen die Beklagte

ebenfalls Qualitätsmängel geltend macht (Ziffer 2.9.3.3 oben), liegen keine Mängelrügen oder Nachfristansetzungen vor.

2.9.5. Zur Quantifizierung der Mangelbehebungskosten stützt sich die Klägerin auf die Rechnung TR1502689 der N.\_\_\_\_\_ AG vom 28. Dezember 2015 über CHF 32'180.10 inkl. MWST sowie auf Rapporte und die Rechnung Nr. 2016\_0405 der auf die Klägerin folgenden Subunternehmerin vom 4. April 2016 mit einem behaupteten Total von CHF 10'780.55 inkl. MWST (act. 12 Rz. 74, 75; act. 13/37; act. 13/38-47).

Die Voraussetzungen für die Geltendmachung der Kosten der Mangelbehebung – die hinreichend substantiierte Behauptung eines Mangels, einer Mängelrüge sowie einer Nachfristansetzung – liegen lediglich für die Qualitätsmängel in den Häusern 65, 73, 75 und 79 vor. Lediglich soweit die Kosten der Mangelbehebung auf diese Mängel zurückzuführen sind, können sie der Beklagten zugesprochen werden.

Es ist Teil der Behauptungs- und Beweislast des Gläubigers, anzugeben, aus welcher Pflichtverletzung welcher Schaden folgt (Ziffer 2.1.2.6 oben). Die Beklagte ordnet die Mangelbehebungskosten den einzelnen Mängeln nicht zu. Damit kommt sie ihrer Behauptungslast nicht nach. Dem erkennenden Gericht ist es nicht möglich, den auf die Qualitätsmängel in den Häusern 65, 73, 75 und 79 entfallenden Anteil der Mangelbehebungskosten zu bestimmen.

2.9.6. Zwischenergebnis: Die Beklagte hat keinen Anspruch auf den Ersatz von Mangelbehebungskosten.

## 2.10. Minderung

Gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2 SIA-Norm 118 besteht ein Anspruch auf einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug von der Vergütung.

2.10.1. Die Beklagte behauptet, vom 19. bis 28. März 2018 und am 4. April 2018 anlässlich der 2-jährigen Garantieabnahme 98 Mängel festgestellt und auf der Mängelliste vom 18. April 2018 festgehalten zu haben (act. 12 Rz. 64; act. 29

Rz. 187). Auf die Tabellen in den Rechtsschriften der Beklagten wird Bezug genommen (act. 12 Rz. 64; act. 29 Rz. 187). Die Darstellung der Beklagten beruht auf der weitgehend unbearbeiteten Übernahme des Arbeitsblattes aus einer Tabellenkalkulation, auf welcher sich die 98 Positionen aufgeführt und stichwortartig beschrieben finden; nicht übernommen hat die Beklagte jedoch die offenbar über alle Mängel der betroffenen Überbauung fortlaufenden Pos. Nr. (zwischen Pos. Nr. 7 und Pos. Nr. 811; act. 13/27). Die Klägerin bestreitet den Bestand und die fristgerechte Rüge der Mängel sowie ihre Haftung (act. 24 Rz. 139). Die Bestreitung der Klägerin erfolgt jedoch lediglich pauschal. Die Beklagte ist deshalb nicht zu einer detaillierteren Substantiierung gehalten, als sie diese bereits in der Klageantwort vorgenommen hat. Ihre Darstellung der Mängel durch die Beklagte ist deshalb schlüssig.

Die Klägerin macht geltend, die Mängel seien durch Risse im Beton verursacht worden, weshalb diese nicht von der Klägerin verursacht oder zu verantworten seien (act. 24 Rz. 141). Bezüglich fehlende Fugen/Schwedenschnitte sei die Beklagte mit Schreiben vom 20. August 2015 abgemahnt worden (act. 24 Rz. 142; act. 25/2). Damit ist das Vorliegen der gerügten Zustandsbilder im Grundsatz nicht bestritten.

2.10.2. Kein Mangel i.S.v. Art. 166 Abs. 1 SIA-Norm 118 ist "ein vertragswidriger Zustand des Werkes (oder Werkteils), den ausschliesslich der Bauherr oder eine Hilfsperson des Bauherrn (z.B. die Bauleitung) verschuldet hat (Selbstverschulden, Art. 369 OR), insbesondere ein Zustand, der auf einen Fehler in den Ausführungsunterlagen (Art. 99 ff.) zurückzuführen ist" (Art. 166 Abs. 4 Satz 1 SIA-Norm 118). Die Klägerin wendet ein, die Beklagte mit Schreiben vom 20. August 2015 abgemahnt zu haben, bei der von Bauleiter und Projektleiter gewünschten Ausführung mit Panzernetz beim Materialwechsel werde jegliche Haftung abgelehnt (act. 24 Rz. 142; act. 25/2). Die Beklagte bestreitet den Erhalt des Schreibens vom 20. August 2015 (act. 29 Rz. 198). Die von der Klägerin genannten, ihr nahestehenden Zeugen können aus eigener Wahrnehmung keine Aussagen über die Zustellung des Schreibens machen. Zudem lässt die Klägerin weitergehende Ausführungen über die Absprache mit dem Bauleiter und dem Projektleiter ver-

missen. Da sich der Unternehmer bei einer Verletzung der Abmahnobliegenheit nicht entlasten kann (Art. 166 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. Art. 25 SIA-Norm 118), hat die Klägerin ungeachtet einer allfälligen Weisung durch die Bauherrschaft oder die Bauleitung für allfällige Mängel einzustehen.

2.10.3. Zur erfolgten Rüge und Nachfristansetzung beruft sich die Beklagte zunächst auf dieselben insgesamt 25 E-Mails und Schreiben wie im Zusammenhang mit den 145 zwischen dem 10. November 2015 und dem 16. Februar 2016 festgestellten und gerügten Mängel sowie den in den zwei Privatgutachten vom 7. März 2015 und vom 1. Oktober 2015 festgehaltenen Qualitätsmängeln (act. 12 Rz. 67; Ziffer 2.9.4 oben).

Hinsichtlich der Mängelrügen betreffend die 98 vom 19. bis 28. März 2018 und am 4. April 2018 anlässlich der 2-jährigen Garantieabnahme festgestellten Mängel beruft sich die Beklagte auf das Schreiben vom 20. April 2018 und das Schreiben vom 4. Juni 2018 (act. 12 Rz. 67, 70, 77; act. 13/27; act. 13/36). Die Klägerin bestreitet dieses lediglich floskelhaft (act. 24 Rz. 145, 147, 156). Die Ausführungen der Klägerin werden zudem urkundlich widerlegt.

Mit Schreiben vom 20. April 2018 stellte die Beklagte der Klägerin die Mängelliste vom 18. April 2018 zu und teilte ihr den Terminplan für die Mangelbehebung zwischen dem 14. Mai 2018 und dem 29. Mai 2018 mit (act. 13/27). Mit Schreiben vom 4. Juni 2018 hielt die Beklagte an den mit Schreiben vom 20. April 2018 gerügten Mängeln fest und setzte der Klägerin eine letztmalige Nachfrist zur Nachbesserung der Mängel bis am 15. Juli 2018 unter der Voraussetzung, dass die Klägerin bis am 18. Juni 2018 bestätige, die Mängel fristgerecht zu beseitigen, ansonsten die Beklagte die Arbeiten auf Kosten und Gefahr durch einen Dritten ausführen lassen werde (act. 13/36).

Damit liegen wirksame Nachfristansetzungen vor.

2.10.4. Weigert sich der Unternehmer zur Vornahme einer Verbesserung, so stehen die Mängelrechte gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1-3 SIA-Norm 118 dem Unter-

nehmer schon vor Ablauf der Frist zur Nachbesserung zu (Art. 169 Abs. 2 SIA-Norm 118).

Mit Schreiben vom 8. Mai 2018 bestritt die Klägerin die Mängel grösstenteils; lediglich die Pos. 304, 448, 675, 687, 700, 715, 738 anerkannte sie (act. 12 Rz. 77; act. 24 Rz. 148; act. 13/48).

Die Klägerin machte mit Schreiben vom 8. Mai 2018 und vom 18. Juni 2018 ein Leistungsverweigerungsrecht geltend, da die Beklagte ihre Vergütungsforderung nicht vollständig beglichen habe (act. 24 Rz. 148; act. 13/48; act. 13/49). Der Werklohn und die Nachbesserungsforderung stehen in einem Gegenseitigkeitsverhältnis i.S.v. Art. 82 OR (BGE 89 II 232 E. 4a S. 235-236; ROGER BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Zürich/St. Gallen 2007, N 953; GAUCH, a.a.O., N 2374, 2377; ZINDEL/SCHOTT, in: Basler Kommentar, N. 65 zu Art. 368 OR, N. 12 zu Art. 372 OR). Die Einrede aus Art. 82 OR berührt den Bestand und die Fälligkeit der Forderung indessen nicht (ULRICH G. SCHROETER, in: Basler Kommentar, N. 44 zu Art. 82 OR; ZINDEL/SCHOTT, in: Basler Kommentar, N. 13 zu Art. 372 OR). Der Besteller ist zudem seinerseits zu einem Rückbehalt seiner Leistung berechtigt, solange der Unternehmer die vollendete Nachbesserungsarbeit nicht abgeliefert hat (GAUCH, a.a.O., N 2377, 2374). Kein Gegenseitigkeitsverhältnis besteht zwischen dem Nachbesserungsanspruch und einem mit Schreiben der Klägerin vom 18. Juni 2018 geltend gemachten Anspruch der Klägerin auf Zustellung des bei der gemeinsamen Betrachtung der streitgegenständlichen Mängel erstellten Protokolls (act. 24 Rz.148; act. 13/49).

Da die Klägerin die Nachbesserung verweigert hat, ist die Beklagte zur Ersatzvornahme auf Kosten der Beklagten gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 170 Abs. 1 SIA-Norm 118 berechtigt.

2.10.5. In der Praxis anerkannt ist eine tatsächliche Vermutung, dass der vereinbarte Werkpreis dem objektiven Wert und der Minderwert den Verbesserungskosten entsprechen (BGE 116 II 305 E. 4a S. 313-314; BGer 4A\_667/2016 v. 03.04.2017 E. 5.2.1; GAUCH, a.a.O., N 1682, 1684). Entsprechend stützt sich die Beklagte zur Bestimmung des Minderwerts auf die Verbesserungskosten (act. 12

Rz. 79, 80; act. 29 Rz. 219-221). Die Klägerin hat gegen dieses Vorgehen keine stichhaltigen Einwendungen erhoben (act. 24 Rz. 158, 159).

Die Beklagte beziffert den Minderungsbetrag auf CHF 106'888.65 (act. 29 Rz. 220, 224). Zur Bestimmung des Minderungsbetrages von CHF 105'553.00 stützt sich die Beklagte in erster Linie auf die Rechnung Nr. AK19101 der N.\_\_\_\_\_ AG vom 5. März 2019 (act. 29 Rz. 220; act. 30/76). Dabei handelt es sich um das 2. Teilzahlungsbegehren über CHF 51'157.50, welches von einem Bruttobetrag für die bisher ausgeführten Leistungen von Arbeitsbeginn bis Rechnungsmonat von CHF 90'006.50 exkl. MWST ausgeht (act. 30/76). Gemäss einer Schätzung der ausführenden Unternehmung sollen sich die noch ausstehenden Mängelbehebungsarbeiten auf CHF 8'000.00 exkl. MWST belaufen (act. 29 Rz. 220). Die Beklagte gelangt so zu einem Betrag von CHF 105'553.00 inkl. MWST [von 7,7 %] (act. 29 Rz. 220). Dazu kommen die Rechnung Nr. 190206.i2 vom 6. Januar 2019 über CHF 736.82 inkl. MWST (act. 30/77) und Nr. 190206.i vom 6. Januar 2019 über CHF 598.82 (act. 30/78). Der ursprünglich gestützt auf die Offerten Nr. 13701 vom 11. Juni 2018 über CHF 67'302.80 inkl. MWST (act. 13/50) und Nr. 23869 vom 18. Juni 2018 über CHF 21'730.50 inkl. MWST (act. 13/51) geltend gemachte Minderungsbetrag von CHF 89'033.30 ist damit überholt (act. 12 Rz. 80, 81; act. 29 Rz. 219, 222).

Gemäss Art. 42 Abs. 1 OR ist ein geltend gemachter Schaden ziffernmässig zu beweisen. Diese Anforderungen gelten auch für die Darlegung eines Minderungsbetrags. Die Beklagte beruft sich indessen auf eine blosser Schätzung, ohne dass sie sich mit den Voraussetzungen einer Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR auseinandersetzt. Weder aus dem genannten Schätzbetrag für noch verbleibende Arbeiten von CHF 8'000.00 noch aus den Akontorechnungen ergibt sich, welche Arbeiten diese umfassen sollen. Die Offerten Nr. 13701 vom 11. Juni 2018 und Nr. 23869 vom 18. Juni 2018 führen die zu erledigenden Arbeiten noch summarisch auf und beziehen sich dabei auf die fortlaufenden Pos. Nr. des zur Erfassung der Mängel verwendeten Arbeitsblattes einer Tabellenkalkulation. Auf die Offerten kann jedoch nicht abgestellt werden. Erstens hat die Beklagte sich in den Rechtsschriften weder mit dem Inhalt der Offerten auseinandergesetzt noch eine

Zuordnung zur Mängelliste vorgenommen. Es ist nicht Aufgabe des erkennenden Gerichts, sich die Sachverhaltsdarstellung aus Beilagen zusammenzusuchen (BGer 4A\_284/2017 v. 22.01.2018 E. 4.2). Zweitens enthält die Offerte Nr. 23869 vom 18. Juni 2018 eine Pos. 350, welche sich im Arbeitsblatt aus der Tabellenkalkulation nicht findet, und umgekehrt enthält das Arbeitsblatt zahlreiche Pos. Nr., welche sich in den Offerten nicht finden. Drittens sind die Offerten inzwischen nach der eigenen Darstellung der Beklagten überholt.

Die Beklagte vermag den Minderungsbetrag damit nicht schlüssig darzulegen.

2.10.6. Zwischenergebnis: Die Beklagte hat keinen Minderungsanspruch.

## 2.11. Verzugsschaden

2.11.1. Gemäss Art. 102 Abs. 1 OR und Art. 190 Abs. 1 Satz 3 und 4 SIA-Norm 118 setzt der Zahlungsverzug des Bauherrn neben Fälligkeit der Forderung eine Mahnung voraus (BGE 143 II 37 E. 5.2.2 S. 43-44; BGE 130 III 591 E. 3 S. 596-597; BGE 129 III 535 E. 3.2 S. 541). Unter das Tatbestandsmerkmal der Mahnung fällt "eine an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, die zum Ausdruck bringt, dass er die Leistung ohne Säumnis verlangt" (BGE 143 II 37 E. 5.2.2 S. 43-44; BGE 129 III 535 E. 3.2.2 S. 541-542). Die Zustellung einer Leistungsklage gilt als Mahnung i.S.v. Art. 102 Abs. 1 OR (BGE 116 II 225 E. 5a S. 236; BGer 5A\_473/2014 v. 19.01.2015 E. 5.3.3).

Die Klage wurde der Klägerin mit Verfügung vom 18. April 2018 am 23. April 2018 zugestellt (act. 6; act. 7/2). Die Klägerin hat die tatsächlichen Voraussetzungen einer Mahnung nicht behauptet. Die Beklagte kam damit erst mit Zustellung der Klage am 23. April 2018 in Verzug.

2.11.1.1. Der Klägerin ist ab 23. April 2018 der gesetzliche Verzugszins von 5 % zuzusprechen (Art. 104 Abs. 1 OR).

2.11.1.2. Der Gläubiger kann einen die Verzugszinsen übersteigenden Schaden geltend machen, wenn den Schuldner ein Verschulden trifft (Art. 106 Abs. 1 OR). Die Klägerin macht Kosten für die Finanzierung der ausstehenden eingeklagten

Forderung von CHF 998'580.99 geltend (act. 1 Rz. 192). Die Klägerin beanspruchte zwischen dem 23. November 2016 und dem 31. Oktober 2017 einen Betriebskredit in der Höhe zwischen CHF 367'000.00 und CHF 560'981.00 zu einem Zinssatz von 5 % (act. 1 Rz. 193, 194; act. 4/11a-11d). Der Anspruch auf den die Verzugszinsen übersteigenden Schaden setzt ebenfalls voraus, dass ein Verzugstatbestand besteht. Da ein solcher nicht vorliegt, fehlt es an der Anspruchsgrundlage. Zudem kann der Gläubiger unter Art. 106 Abs. 1 OR einen Zahlungsverzugsschaden nur fordern, soweit dieser nicht durch den gesetzlichen Verzugszins von Art. 104 Abs. 1 OR gedeckt ist. Der gesetzliche Verzugszinsanspruch ist auf den Schadenersatzanspruch anzurechnen (BGE 123 III 241 E. 4b S. 245-246). Der Zinssatz des Betriebskredits deckt sich mit dem gesetzlichen Zinssatz von 5 % (Art. 104 Abs. 1 OR). Ein diesen übersteigender Verzugsschaden liegt nicht vor. Der Anspruch wäre deshalb auch abzuweisen, wenn sich die Beklagte in der fraglichen Zeit im Zahlungsverzug befunden hätte.

2.11.1.3. Die Klägerin beruft sich auf Kosten aus einem Privatarlehen ihres Inhabers, welches dieser für den Geschäftsbetrieb der Klägerin verwendet habe (act. 1 Rz. 195, 196). Gemäss Darstellung der Klägerin liefen Privatarlehen von CHF 110'000.00 vom 5. Februar 2015 bis zum 15. Februar 2016, von CHF 200'000.00 vom 18. Dezember 2014 bis zum 31. Dezember 2015 und von CHF 50'000.00 vom 16. Juni 2016 bis zum 31. Dezember 2016 (act. 1 Rz. 195; act. 4/12a-12c). Gemäss Darlehensabrechnungen beliefen sich die Zinskosten auf CHF 15'204.15 zwischen dem 31. Dezember 2016 und dem 31. Dezember 2017 sowie auf CHF 8'953.40 zwischen dem 15. Februar 2017 und dem 15. Februar 2018 (act. 1 Rz. 198; act. 4/13). Die Klägerin macht aus diesen Privatarlehen jedoch gar keinen Anspruch geltend (act. 1 Rz. 194, 202). Wie es sich damit verhält, ist deshalb nicht zu beurteilen.

Davon abgesehen wäre ein Anspruch der Klägerin nicht begründet. Die Klägerin ist zur Geltendmachung eines Schadens ihres Inhabers nicht aktivlegitimiert. Die Kreditzinsen fielen beim Inhaber der Klägerin als Schuldner an. Die Klägerin legt nicht dar, zu welchen Konditionen der Inhaber der Klägerin dieser die Kreditsumme zur Verfügung gestellt hat. Jedenfalls wären unter Art. 106 Abs. 1 OR nur die

den gesetzlichen Zinssatz von 5 % übersteigenden Zinsen erstattungsfähig. Die Klägerin behauptet zudem Zinskosten per 31. Dezember 2017 und per 15. Februar 2018. Da der Zahlungsverzug erst mit Zustellung der Klage am 23. April 2018 eintrat, befand sich die Beklagte zum Zeitpunkt der behaupteten Zinskosten noch gar nicht im Zahlungsverzug. Schliesslich wären nach Darstellung der Klägerin einerseits die drei Kredittranchen am 31. Dezember 2015, 15. Februar 2016 und am 31. Dezember 2016 ausgelaufen und sollen vor der Aufnahme des Betriebskredits (Ziffer 2.11.1.2 oben) bestanden haben (act. 1 Rz.195). Andererseits beziehen sich die Zinsabrechnungen auf die Zeit zwischen dem 31. Dezember 2016 und dem 31. Dezember 2017 sowie zwischen dem 15. Februar 2017 und dem 15. Februar 2018 und sollen die Darlehen im Zeitpunkt der Klageerhebung noch offen gewesen sein (act. 1 Rz.197, 198). Der Parteivortrag der Klägerin leidet deshalb auch an Widersprüchlichkeit und ist deshalb unbeachtlich.

2.11.2. Die Zusprechung weiteren Verzugsschadens setzt ebenfalls die Erfüllung des Verzugstatbestands voraus (Art. 102 Abs. 1 i.V.m. Art. 103 Abs. 1 OR; Ziffer 2.1.2.2 oben). Für die folgenden von der Klägerin geltend gemachten Schadenersatzpositionen besteht folglich keine Anspruchsgrundlage:

2.11.2.1. Expertise-Kosten: Die Klägerin stützt sich auf die Rechnung RE-2016-0023 vom 13. April 2016 über CHF 4'149.50 (act. 1 Rz. 174; act. 4/6.4). Dieser liegen die Rechnungen vom 22. September 2015, 18. Dezember 2015 und 9. Februar 2016 für die Privatgutachten vom 22. September 2015, 27. November 2015, 2. Dezember 2015 und 22. Januar 2016 zugrunde (act. 1 Rz.174-177; act. 4/6.4; act. 3/6.2-6.4 = act. 26/6.2-6.4; act. 3/6.5). Sämtlicher Aufwand fiel vor dem 22. Januar 2016 an. Dieser wäre als Verzugsschaden selbst dann nicht ersetzbar, wenn das in den Akten liegende Schreiben der Klägerin vom 26. April 2016 als Mahnung zu qualifizieren wäre (act. 4/6). Mangels Behauptung in den Rechtsschriften wurde das Schreiben vom 26. April 2016 zudem nicht prozesskonform eingeführt.

2.11.2.2. Arbeitsaufwand für Ausmasse: Die Klägerin stützt sich auf die Rechnung RE-2016-0025 vom 13. April 2016, mit welcher sie der Beklagten 630.00 Stunden

für die Erstellung von Ausmassen in Rechnung stellt (act. 1 Rz. 183; act. 4/6.5). Die Ausmasse für Nachtrag Nr. 2 wurden am 28. Oktober 2015 (act. 3/38) und am 19. November 2015 (act. 3/39), die Ausmasse für Nachtrag Nr. 3 am 11. November 2015 (act. 3/1.2) und die Ausmasse für die offenen Arbeiten am 27. Januar 2016 (act. 3/6.1) erstellt (act. 1 Rz. 95-97, 182). Sämtlicher Aufwand fiel vor dem 27. Januar 2016 an. Dieser wäre als Verzugsschaden selbst dann nicht ersetzbar, wenn das in den Akten liegende Schreiben der Klägerin vom 26. April 2016 als Mahnung zu qualifizieren wäre (act. 4/6). Mangels Behauptung in den Rechtsschriften wurde das Schreiben vom 26. April 2016 zudem nicht prozesskonform eingeführt.

Eine andere Anspruchsgrundlage ist nicht ersichtlich. Gemäss Art. 142 Abs. 4 SIA-Norm 118 "stellt der Unternehmer die für die Ermittlung des Ausmasses erforderlichen Arbeitskräfte und Geräte unentgeltlich zur Verfügung". Eine entgegenstehende Vereinbarung legt die Klägerin nicht dar. Der von der Klägerin angerufene Art. 373 Abs. 2 OR (act. 1 Rz. 185) stellt eine Vergütungs- und keine Schadenersatznorm dar. Für den Aufwand zur Feststellung der offenen Arbeiten am 27. Januar 2016 besteht keine Anspruchsgrundlage, weil die Beklagte berechtigterweise den Rücktritt vom Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 erklärte (Ziffer 2.1.2.3 oben).

Die Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht (unzutreffende Ausschreibungsunterlagen bezüglich Ausmass; act. 1 Rz. 185-188) ist zu verneinen, da diese die Klägerin nicht zu einer Forderung aus Mehrmengen berechtigt (Ziffer 2.2.5 oben). Hinsichtlich der Nachträge Nr. 2 und 3 sowie der offenen Arbeiten fehlt es zudem an einem Kausalzusammenhang. Den durch die behauptete Verletzung der vorvertraglichen Pflicht angefallenen Aufwand legt die Klägerin nicht dar.

2.11.2.3. Aufteilung der Rechnungen: Die Klägerin stützt sich auf die Rechnung RE-2016-0025 vom 13. April 2016, mit welcher sie der Beklagten 90.00 Stunden für die Aufteilung der Rechnungen auf die beiden Grundstücke für die Anmeldung des Bauhandwerkerpfandrechts in Rechnung stellt (act. 1 Rz. 189; act. 4/6.5). Sämtlicher Aufwand fiel vor dem 13. April 2016 an. Dieser wäre als Verzugsschaden selbst dann nicht ersetzbar, wenn das in den Akten liegende Schreiben der

Klägerin vom 26. April 2016 als Mahnung zu qualifizieren wäre (act. 4/6). Mangels Behauptung in den Rechtsschriften wurde das Schreiben vom 26. April 2016 zudem nicht prozesskonform eingeführt.

## 2.12. Herausgabeanspruch

Mit Widerklagerechtsbegehren 3 verlangt die Beklagte die Herausgabe von mit der streitgegenständlichen Überbauung im Zusammenhang stehenden Unterlagen (Regierapporten, Tagesrapporten, interner und externer Korrespondenz, Abrechnungen, Protokolle) der Subsubunternehmerin.

2.12.1. Gemäss Art. 400 Abs. 2 OR ist der Beauftragte dem Auftraggeber zu Rechenschaft und Herausgabe des im Rahmen des Mandats Erlangten verpflichtet.

Gemäss unbestritten gebliebener Darstellung der Beklagten ist der Rechtsvertreter der Klägerin im Besitz der Originale dieser Unterlagen, da er zu einem früheren Zeitpunkt auch die Subsubunternehmerin im Zusammenhang mit der streitgegenständlichen Überbauung vertreten hat (act. 29 Rz. 114).

Die Subsubunternehmerin verfügt über einen materiellrechtlichen Anspruch auf Herausgabe der entsprechenden Unterlagen. Im vorliegenden Verfahren sind weder die Subsubunternehmerin noch der Rechtsvertreter der Klägerin Partei. Es fehlt somit sowohl an der Aktiv- als auch an der Passivlegitimation.

2.12.2. Gemäss Art. 160 Abs. 1 ZPO sind Parteien und Dritte grundsätzlich zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung verpflichtet; insbesondere haben sie Urkunden herauszugeben (Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO).

Die prozessuale Urkundenedition setzt die genaue Bezeichnung der zu edierenden Urkunden in einem entsprechenden Beweisantrag voraus (BGE 143 III 297 E. 8.2.5.5 S. 328-329). Die Urkunden sind zudem bei den behaupteten Tatsachen zu bezeichnen (Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO). Die Anträge der Beklagten genügen diesen Anforderungen nicht.

Tatsachen können nur Gegenstand eines Beweises bilden, wenn sie sowohl streitig als auch rechtserheblich sind (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Die Erbringung der in der

Klageantwort geschilderten Arbeiten durch die Subunternehmerin ist in der Sache nicht bestritten (act. 12 Rz. 41.1-41.5; act. 24 Rz. 86-90). Sie sind auch nicht rechtserheblich, weil die Beklagte nicht konkret darlegt, welche noch offenen, ursprünglich der Klägerin obliegenden Arbeiten die Subunternehmerin ausgeführt haben soll (Ziffer 2.1.2.6 oben). Da es sich weder um streitige noch um rechtserhebliche Tatsachen handelt, liegen die Voraussetzungen für eine Beweisabnahme nicht vor.

Davon abgesehen, dürfte es den Urkunden im Besitz des Rechtsvertreters der Klägerin an jeglicher Beweiseignung fehlen. Die Beklagte schloss am 11. Januar 2016 direkt mit der Subunternehmerin einen Werkvertrag (act. 12 Rz. 4, 41; act. 13/9). Die Beklagte verzichtete mit Schreiben vom 18. Januar 2016 auf die nachträgliche Leistung der Klägerin aus dem Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 (act. 12 Rz. 31; act. 29 Rz. 65; act. 3/6). Rechtserheblich können lediglich Arbeiten sein, welche die Subunternehmerin nach dem 18. Januar 2016 erbrachte. Zu deren Nachweis sind lediglich Urkunden geeignet, welche nach diesem Datum entstanden sind. Nachdem die Subunternehmerin an die Stelle der Klägerin getreten war, musste das Mandatsverhältnis mit der Subunternehmerin beendet werden, da die Interessen der Klägerin und der Subunternehmerin nicht vereinbar waren. Es erscheint deshalb wenig wahrscheinlich, dass die Subunternehmerin im interessierenden Zeitraum noch Unterlagen an der Rechtsvertreterin der Klägerin weitergab.

Das Rechtsbegehren der Beklagten ist nicht hilfsweise als prozessualer Editionsantrag entgegen zu nehmen.

### 2.13. Ergebnis

In der Übersicht ergibt sich folgendes Ergebnis (die marginalen Abweichung der Summen zu den Rechtsbegehren sind auf Rundungsdifferenzen zurückzuführen):

	<b>Klägerin</b>	<b>Beklagte</b>	<b>Urteil</b>
Pauschalpreis	77'175.50	- 93'140.50	160'095.91

(Ziffer 2.1 oben)

Mehrmengen (Ziffer 2.2 oben)	105'824.94	0.00	0.00
Nachträge (Ziffer 2.3 oben)	411'252.42	59'575.32	62'177.53
Regiearbeiten (Ziffer 2.4 oben)	177'521.64	38'609.93	40'542.29
Vormauerungen Gewerbe (Ziffer 2.5 oben)	-13'863.10	-13'863.10	-0.03
Erfüllungsgarantie (Ziffer 2.1.4 oben, 2.6 oben)	110'000.00	0.00	0.00 (*)
Skonto (Ziffer 2.1.5 oben, 2.7 oben)	4'922.24	0.00	0.00 (*)
Vorfall vom 6. Februar 2015 (Ziffer 2.8 oben)	7'673.40	0.00	0.00
Mangelbehebungskosten (Ziffer 2.9 oben)	0.00	- 42'960.65	0.00
Minderung (Ziffer 2.10 oben)	0.00	- 106'888.65	0.00
Verzugsschaden (Ziffer 2.11.1 oben)	20'927.10	0.00	0.00
Expertise-Kosten (Ziffer 2.11.2.1 oben)	4'149.50	0.00	0.00
Ausmasse (Ziffer 2.11.2.2 oben)	93'000.00	0.00	0.00
Aufteilung Rechnungen	0.00	0.00	0.00

(Ziffer 2.11.2.3 oben)

**Total** **998'583.64** - **158'667.65** **262'815.70**

Folglich ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 262'815.70 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 23. April 2018 zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen. Die Widerklage ist vollumfänglich abzuweisen.

### 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

#### 3.1. Gebührenstreitwert

3.1.1. Der Streitwert der Klage beträgt – bereinigt um die Rundungsdifferenzen – CHF 998'583.64 (Ziffer 2.13 oben).

3.1.2. Das bezifferte Rechtsbegehren der Widerklage lautet im Hauptantrag auf CHF 48'667.75 (recte: CHF 48'667.70), im Eventualantrag auf CHF 158'667.70. Die Differenz ergibt sich aus der in Anspruch genommenen Erfüllungsgarantie von CHF 110'000.00 (act. 12 Rz. 300; act. 29 Rz. 470). In der Sache geht es darum, ob aus den streitgegenständlichen Arbeiten der Klägerin unter Berücksichtigung der bereits geleisteten Zahlungen ein Saldo zu Gunsten der Klägerin oder zu Gunsten der Beklagten resultiert. Massgebend ist deshalb das höhere Rechtsbegehren von CHF 158'667.70 entsprechend der Zusammenfassung der Forderung durch die Beklagte (act. 29 Rz. 354; vgl. auch BGer 4A\_46/2016 v. 20.06.2016 E. 1.3; 5A\_727/2009 v. 05.02.2010 E. 4.2).

Das Herausgabebegehren der Widerklage ist unbeziffert. Da sich die Parteien nicht auf einen Streitwert geeinigt haben, ist dieser gerichtlich festzusetzen (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Dazu ist auf das Interesse der (wider)klagenden Partei abzustellen (BGE 118 II 528 E. 2c S. 532; BGE 95 II 14 E. 1 S. 17; BGE 92 II 62 E. 3 S. 65; je noch unter Bezugnahme auf Art. 36 Abs. 1 OG). Mit dem Herausgabebegehren will die Beklagte Ansprüche im Umfang von CHF 170'316.00 belegen (act. 29 Rz. 114 i.V.m. act. 12 Rz. 41.1-41.5 und Rz. 42; act. 13/9). Ihr Interesse beläuft sich deshalb auf CHF 170'316.00.

Die Streitwerte der Widerklagerechtsbegehren sind zusammenzurechnen (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert der Widerklage beträgt somit CHF 328'983.65 (CHF 158'667.70 + CHF 170'316.00).

3.1.3. Zur Bestimmung des Gebührenstreitwerts sind die Streitwerte von Haupt- und Widerklage zusammenzurechnen, sofern sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Die Konstellation von Klage und Widerklage ergibt sich vorliegend daraus, dass die Beklagte bereits Akontozahlungen von CHF 1'195'217.75 geleistet hat (act. 1 Rz. 199-202; act. 12 Rz. 108, 135, 150, 152, 153). Nach der massgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise sind die Streitwerte zu addieren (PETER DIGGELMANN, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, hrsg. von Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander, 2. Aufl. 2016, N. 8 zu Art. 97 ZPO).

Der Gebührenstreitwert beträgt CHF 1'327'567.29.

### 3.2. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Beim vorliegenden Streitwert beträgt die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte Grundgebühr CHF 34'025.65.

Gemäss § 4 Abs. 2 GebV OG kann die Grundgebühr unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls ermässigt oder um bis zu einem Drittel, in Ausnahmefällen bis auf das Doppelte, erhöht werden. Das vorliegende Verfahren erweist sich als ausserordentlich zeitaufwendig. Die Klägerin stützt ihre Forderungen sowohl auf den Werkvertrag vom 3. Dezember 2014 als auch auf Nachträge und Regiearbeiten. Die Beklagte hält der Forderung aus dem Werkvertrag einen Schadenersatzanspruch entgegen und macht darüber hinaus Forderungen aus der Ausübung von Mängelrechten geltend. Beide Parteien kommen ihrer Obliegenheit zur Aufstellung hinreichender Tatsachenbehauptungen (Art. 55 Abs. 1, Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO) nur unvollständig nach. Ihre

Darstellungen beschränken sich in weiten Teilen auf die Übernahme stichwortartiger Arbeitsrapporte (act. 12 Rz. 41.1; act. 24 Rz. 265-322), Angebote (act. 12 Rz.41.2-41.5), Bestandsaufnahmen (act. 12 Rz. 39.1-39.7), Tabellen (act. 12 Rz. 53; act. 29 Rz. 142) und Privatgutachten (act. 12 Rz. 59 lit. a-c S.64-66, Rz. 60 lit. a-b S. 67, Rz. 62 li. a-p S. 69-83) oder tragen stellenweise den Charakter von Entwurfsfassungen (act. 24 Rz. 21, 23, 26, 36-39, 86, 90). Das Gericht musste einen substantiellen Teil des Sachverhalts erst aus diesen Sachverhaltsfragmenten zusammenzutragen, um eine Beurteilung vornehmen zu können. Angesichts des für einen Fall im vorliegenden Umfang nicht übermässig hohen Streitwerts erweist sich der Aufwand als überdurchschnittlich hoch. In Anwendung von § 4 Abs. 2 GebV OG ist deshalb eine Verdoppelung der Grundgebühr angezeigt. Die Gerichtsgebühr ist auf CHF 68'000.00 festzusetzen.

Die Gerichtskosten sind nach dem Umfang des Unterliegens aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Klägerin unterliegt im Umfang der Abweisung der Klage (CHF 735'767.94), was einem Anteil am Streitwert von rund 55 % entspricht (CHF 735'767.94 von CHF 1'327'567.29). Die Beklagte unterliegt im Umfang der Gutheissung der Klage (CHF 262'815.70) und der Abweisung der Widerklage (CHF 328'983.65), was einem Anteil am Streitwert von rund 45 % entspricht (CHF 591'799.35 von CHF 1'327'567.29).

Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr zu 55 % (CHF 37'400.00) der Klägerin und zu 45 % (CHF 30'600.00) der Beklagten aufzuerlegen.

Die Gerichtskosten sind jeweils mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für die der Gegenpartei auferlegten Kosten ist der Partei das Rückgriffsrecht auf die Gegenpartei einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Die Klägerin hat Kostenvorschüsse von insgesamt CHF 46'500.00, die Beklagte solche von CHF 10'500.00 geleistet (Ziffer B oben). Die Kosten sind aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen zu decken, unabhängig davon, wer sie geleistet hat. Der Klägerin ist im Umfang der Differenz zwischen den der Beklagten auferlegten Kosten und der von dieser geleisteten Kostenvorschüsse, konkret CHF 9'100.00, das Rückgriffsrecht auf die Be-

klagte einzuräumen. Der verbleibende Fehlbetrag von CHF 11'000.00 ist von der Beklagten nachzufordern.

### 3.3. Parteientschädigungen

Die Höhe der Anwaltsgebühr bestimmt sich nach der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Beim vorliegenden Streitwert beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr CHF 34'675.65. Unter Berücksichtigung des Aufwandes für die Vergleichsverhandlung und die zweite Rechtsschrift rechtfertigt es sich, diese um rund 40 % auf CHF 48'000.00 zu erhöhen (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Die Parteientschädigung ist nach dem Umfang des Obsiegens zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Klägerin obsiegt im Umfang der Gutheissung der Klage (CHF 262'815.70) und der Abweisung der Widerklage (CHF 328'983.65), was einem Anteil am Streitwert von rund 45 % entspricht (CHF 591'799.35 von CHF 1'327'567.29). Die Beklagte obsiegt im Umfang der Abweisung der Klage (CHF 735'767.94), was einem Anteil am Streitwert von rund 55 % entspricht (CHF 735'767.94 von CHF 1'327'567.29). Insgesamt überwiegt das Obsiegen der Beklagten jenes der Klägerin um rund 10 %. Ausgangsgemäss ist der Beklagten eine Parteientschädigung in diesem Umfang (CHF 4'800.00) zuzusprechen.

Der von den Beklagten beantragte Mehrwertsteuerzusatz ist dieser nicht zuzusprechen, da die fehlende Berechtigung zum Vorsteuerabzug nicht nachgewiesen ist (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 Ziffer 2.1.1 S. 3 unten; abrufbar unter <http://www.gerichte-zh.ch/kreisschreiben/kreisschreiben.html>; BGer 4A\_552/2015 v. 25.05.2016 E. 4.5; KassGer ZH v. 19.07.2005, ZR 104 [2005] Nr. 76, E. III.2.g S. 293-294 = SJZ 101 [2005] 531).

Die Klägerin ist zu verpflichten, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 4'800.00 zu bezahlen.

#### 4. Rechtsmittel

Frist, Zulässigkeit und Form einer bundesrechtlichen Beschwerde gegen diesen Entscheid richten sich nach dem Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG).

Dies ist ein Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG.

Der Rechtsmittelstreitwert bestimmt sich nach den Begehren, die vor der Vorinstanz streitig geblieben sind (Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG), wobei Zinsen, Früchte, Gerichtskosten und Parteientschädigungen, die als Nebenrechte geltend gemacht werden, sowie Vorbehalte und die Kosten der Urteilsveröffentlichung nicht in Betracht fallen (Art. 51 Abs. 3 BGG). Haupt- und Widerklage werden nicht zusammengerechnet (Art. 53 Abs. 1 BGG). Der Rechtsmittelstreitwert der Hauptklage beträgt CHF 998'583.64. Der Rechtsmittelstreitwert der Widerklage beträgt CHF 328'983.65.

#### **Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 262'815.70 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 23. April 2018 zu bezahlen.  
Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Widerklage wird vollumfänglich abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 68'000.00 festgesetzt.
4. Die Kosten werden der Klägerin zu 55 % (CHF 37'400.00) und der Beklagten zu 45 % (CHF 30'600.00) auferlegt; diese werden aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen gedeckt, unabhängig davon, wer sie geleistet hat.  
Der Klägerin wird im Umfang von CHF 9'100.00 das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt. Der Fehlbetrag von CHF 11'000.00 wird von der Beklagten nachgefordert.

5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 4'800.00 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. 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 der Hauptklage beträgt CHF 998'583.64. Der Streitwert der Widerklage beträgt CHF 328'983.65.

Zürich, 12. Oktober 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Jan Busslinger