



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, und Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, die Handelsrichter Walter Schläpfer, Daniel Schindler und Michael Küttel sowie der Gerichtsschreiber Leonard Suter

Urteil vom 2. Dezember 2020

in Sachen

A._____,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung / Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- " 1. Es sei die Forderung der Klägerin in der Höhe von CHF 336'548.05 nebst Zins zu 5% ab dem 30. September 2018 als Pfandsumme festzustellen, und es sei das auf dem Grundstück der Beklagten GB Liegenschaft C._____ [Ortschaft] Nr. 1, Plan 2 im Sinne einer vorläufigen Eintragung vorgemerkte Bauhandwerkerpfandrecht zu Gunsten der Klägerin in diesem Umfang definitiv im Grundbuch einzutragen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von CHF 371'335.70 nebst 5% Zins auf CHF 336'548.05 ab 30. September 2018 und auf weiteren CHF 34'787.65 seit 28. Februar 2019 zu bezahlen.
3. a) Die Kosten des summarischen Verfahrens betreffend vorläufiger Vormerkung des Bauhandwerkerpfandrechts (Geschäfts-Nr. HSU.2018.103/as/as) bestehend aus der pauschalen Entscheidgebühr von CHF 4'000.– seien der Beklagten aufzuerlegen, und der Klägerin sei für die von ihr in gleicher Höhe bezogenen Kosten ein Rückgriffsrecht gegen die Beklagte einzuräumen.
b) Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 5'150.– inklusive 7.7% Mehrwertsteuer zu bezahlen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten."

Inhaltsverzeichnis

Sachverhalt und Verfahren	5
A. Parteien und ihre Stellung	5
B. Unbestrittener Sachverhalt und Prozessgegenstand	5
C. Wesentliche Parteistandpunkte	7
a. Klägerin.....	7
b. Beklagte	7
D. Prozessverlauf.....	8
Erwägungen	9
I. Formelles	9
1. Zuständigkeit.....	9
2. Massnahmeverfahren und Prosequierungsfrist	9
3. Objektive Klagehäufung	10
II. Forderung der Klägerin	10
1. Zivilprozessuale Grundsätze	10
2. Vertragliche Grundlagen	11
3. Vorgehen bei der Prüfung der klägerischen Ansprüche	12
4. Vertragsauflösung durch die Klägerin	12
4.1. Rechtliches.....	12
4.1.1. Zahlungsverzug des Bestellers	12
4.1.2. Rücktritt des Unternehmers aus wichtigen Gründen	13
4.2. Parteivorbringen	14
4.2.1. Klägerin.....	14
4.2.2. Beklagte	14
4.2.3. Würdigung.....	14
4.2.3.1. Akontorechnungen	15
4.2.3.2. Regierechnungen.....	15
4.2.4. Fazit	17
5. Vergütung der bereits erbrachten Leistungen	17
5.1. Übersicht.....	17
5.2. Rechtliches.....	17
5.3. Parteivorbringen	18
5.3.1. Klägerin.....	18
5.3.2. Beklagte	18
5.4. Würdigung.....	19
5.5. Fazit	22
6. Unberechtigter Skonto.....	22
6.1. Rechtliches.....	22
6.2. Parteivorbringen	22
6.3. Würdigung	24
7. Entgangener Gewinn.....	25
7.1. Rechtliches.....	25
7.2. Parteivorbringen	25
7.3. Würdigung	25
8. Verzugszins.....	26

9.	Ergebnis	26
	III. Verrechnungsforderung der Beklagten	27
1.	Überblick über die Verrechnungsforderung	27
2.	Verrechnungsforderung aus Mängelbehebung	28
2.1.	Parteivorbringen	28
2.1.1.	Beklagte	28
2.1.2.	Klägerin	29
2.2.	Rechtliches	30
2.2.1.	Werkmangelhaftung	30
2.2.2.	Mängelrüge	30
2.2.3.	Nachbesserung und Ersatzvornahme	31
2.2.3.1.	Mängelrechte	31
2.2.3.2.	Kosten der Ersatzvornahme	32
2.2.3.3.	Behauptungs- und Beweislast	33
3.	Würdigung	33
3.1.	Mängelrüge	33
3.2.	Frist zur Nachbesserung	34
3.2.1.	Ersatzvornahmekosten	35
3.3.	Fazit	36
4.	Schäden	36
4.1.	Rechtliches	36
4.2.	Parteivorbringen	36
4.3.	Würdigung	37
5.	Ergebnis	37
	IV. Prüfung der definitiven Eintragung	37
1.	Eintragungsvoraussetzungen im Überblick	37
2.	Passivlegitimation und Pfandobjekt	38
3.	Keine Leistung einer hinreichenden Sicherheit	38
4.	Pfandberechtigte Leistungen	38
5.	Eintragungsfrist	39
5.1.	Rechtliches	39
5.2.	Parteivorbringen	40
5.3.	Würdigung	40
6.	Quantitativ: Höhe der Pfandsumme	40
7.	Fazit	41
	V. Prozesskosten des Summarverfahrens	41
	VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen	42
1.	Gerichtsgebühr	42
2.	Kostenverteilung	43
3.	Parteientschädigung	43

Sachverhalt und Verfahren

A. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in ..., welche die Durchführung von baugewerblichen Leistungen, insbesondere durch den Betrieb eines Gipsergeschäfts, bezweckt (act. 3/2).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zweck der Gesellschaft ist die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich Immobilien (act. 3/3). Die Beklagte ist zudem Alleineigentümerin des streitgegenständlichen Grundstücks an der D.____-strasse in C.____, Grundstück-Nr. 1, E-GRID CHF 3 (act. 3/4).

B. Unbestrittener Sachverhalt und Prozessgegenstand

Auf dem streitgegenständlichen Grundstück liess die Beklagte das Hotel E.____ C.____ bauen, wobei zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen den Parteien der Rohbau der Liegenschaft mehrheitlich fertig gestellt war, sodass ein Gipser benötigt wurde (act. 1 Rz 10; act. 11 S. 6 lit. a).

Am 3. Oktober 2017 schlossen die Parteien zwei Werkverträge über Gipserleistungen betreffend die genannte Überbauung ab: Der Werkvertrag Nr. 2710 umfasste "Gipserarbeiten Innen" (nachfolgend Nassbau) zu einem Pauschalpreis von CHF 500'000.– inkl. MWSt. (act. 3/6), der Werkvertrag Nr. 27110 betraf "Gipserarbeiten Trockenbau" (nachfolgend Trockenbau) zu einem Pauschalpreis von CHF 1'000'000.– inkl. MWSt. (act. 3/7).

In der Folge stellte die Klägerin diverse Regie- und Akontoforderungen in Rechnung. Die Beklagte bezahlte acht Akontorechnungen für den Trockenbau im Umfang von CHF 770'593.50 und sieben für den Nassbau im Umfang von CHF 392'556.50 (act. 3/13 und 3/14). Dazu beglich die Beklagte eine Regierechnung in der Höhe von CHF 9'282.90 (act. 3/15). Gesamthaft betragen die von der Klägerin geleisteten Zahlungen inklusive Mehrwertsteuer CHF 1'172'442.90 (act. 1 Rz 17; act. 11 S. 15 lit. d). Folgende Rechnungen in der Gesamthöhe von CHF 269'239.30 blieben unbezahlt (act. 1 Rz 25; act. 3/23):

- Akontorechnung Nr. 2018/115 vom 30. März 2018	CHF	88'852.50
- Akontorechnung Nr. 2018/116 vom 30. März 2018	CHF	37'156.50
- Akontorechnung Nr. 2018/1166 vom 30. April 2018	CHF	40'926.00
- Akontorechnung Nr. 2018/1167 vom 30. April 2018	CHF	25'578.75
- Akontorechnung Nr. 2018/1199 vom 30. Mai 2018	CHF	28'483.00
- Regierechnung Nr. 2018/1098 vom 20. März 2018	CHF	46'074.35
- Regierechnung Nr. 2018/1099 vom 20. März 2018	CHF	2'168.20

Nachdem die Rechnungen nicht bezahlt wurden, setzte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 3. Juli 2018 eine Zahlungsfrist bis zum 10. Juli 2018 und drohte bei Säumnis mit Vertragsrücktritt. Dabei nannte die Klägerin einen offenen Rechnungsbetrag von bloss CHF 261'219.30 (act. 3/23). Da eine Zahlung innert angesetzter Frist ausgeblieben war, trat die Klägerin per 11. Juli 2018 von den Werkverträgen zurück (act. 3/24). Mit vorliegender Klage beantragt sie zum einen, es sei das vorläufig auf dem beklagteschen Grundstück eingetragene Grundpfand definitiv einzutragen. Zudem stellt sie eine Forderung von CHF 371'335.70, welche sich aus folgenden Beträgen zusammensetzt (act. 1 Rz 57):

- nicht beglichene Akonto- und Regierechnungen	CHF	261'219.30
- Schlussrechnung 2018/1464	CHF	58'914.65
- Schlussrechnung 2018/1465	CHF	16'414.10
- unberechtigter Skonto	CHF	20'235.25
- entgangener Gewinn	CHF	14'552.40

Mit Schreiben vom 10. und 20. Juli 2018 (act. 12/3 und 7) erklärte die Beklagte, die Klägerin habe bereits mehr Akontozahlungen erhalten, als ihr aufgrund des erreichten Leistungsstands Werklohn zustehe. Zudem seien die von der Klägerin ausgeführten Arbeiten mangelhaft. So würden die Wände in der ganzen Überbauung Risse aufweisen und bei den heruntergehängten Gipsdecken entsprächen die Plattenfugen der Gipsbeplankung nicht der regulären Baukunst (act. 11 S. 10; act. 12/3). Für die Behebung der Mängel seien Ersatzvornahmekosten in

der Höhe von CHF 811'241.85 angefallen. Diesen Betrag stellt die Beklagte zur Verrechnung mit der klägerischen Forderung (act. 11 S. 40 f.).

C. Wesentliche Parteistandpunkte

a. Klägerin

Die Klägerin behauptet, die Beklagte sei mit der Bezahlung von Akonto- bzw. Regierechnungen im Umfang von CHF 261'219.30 in Verzug geraten, weshalb sie, die Klägerin, zu Recht die Arbeiten eingestellt habe und danach von den Werkverträgen zurückgetreten sei (act. 1 Rz 26; act. 28 Rz 44).

Zum Zeitpunkt der Vertragsauflösung habe die Klägerin den Nassbau vollumfänglich erfüllt gehabt, jedenfalls mindestens zu 99 %, während der Leistungsstand beim Trockenbau 91 % betragen habe (act. 1 Rz 31).

Die von der Beklagten genannten Mängel und Schäden seien nicht von der Klägerin zu verantworten und auch nicht korrekt gerügt worden. Deshalb stehe der Klägerin keine Verrechnungsforderung zu (act. 1 Rz 30 ff.). Die Klägerin behauptet zudem, der Beklagten stünden keine Mängelrechte zu, da sie der Klägerin die Möglichkeit der Nachbesserung nicht eingeräumt habe (act. 28 Rz 142).

b. Beklagte

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, sie sei nicht in Zahlungsverzug geraten, da die Klägerin allein an Akontozahlungen mehr erhalten habe, als ihr für die tatsächlich geleisteten Arbeiten Werklohn zugestanden hätte. Beim Nassbau sei bloss ein Leistungsstand von 95 % erreicht worden, beim Trockenbau einer von 80 %. Zudem seien die berechtigten Abzüge für Mängelbehebung und Gewährleistungsgarantie zu berücksichtigen (act. 11 S. 14 f. und 20; act. 12/3; act. 12/7).

Was die Mängel anbelange, so habe die Beklagte diese rechtzeitig gerügt (act. 11 S. 21). Die Rissbildung sei darauf zurückzuführen, dass die Klägerin den gemäss Werkvertrag vorgesehenen Einbau eines "Panzergittergewebes" unterlassen habe (act. 11 S. 22). Auch die Ursache der weiteren Mängel liege vollständig im Verantwortungsbereich der Klägerin (act. 11 S. 26).

Weiter führt die Beklagte aus, sie habe der Klägerin freigestellt, die Nachbesserungen selbst auszuführen, diese habe aber innert der angesetzten Frist nicht erklärt, dies tun zu wollen (act. 36 S. 30).

D. Prozessverlauf

Die Klägerin reichte am 28. Februar 2019 (persönlich überbracht) die vorliegende Klage hierorts ein (act. 1). Den von ihr geforderten Vorschuss für die Gerichtskosten leistete sie fristgerecht (act. 4; act. 6). In der Folge reichte die Beklagte die Klageantwort vom 19. August 2019 innert Nachfrist ein (act. 9; act. 11). Nach Durchführung einer Vergleichsverhandlung, anlässlich welcher keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. S. 8 f.), wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und von der Klägerin ein zusätzlicher Vorschuss verlangt (act. 22). Dieser ging innert Frist ein (act. 24). Sowohl die Replik vom 6. Januar 2020 als auch die Duplik vom 16. März 2020 ergingen rechtzeitig (act. 28; act. 36). Mit Eingabe vom 12. Oktober 2020 setzte Rechtsanwalt F. _____ das hiesige Gericht in Kenntnis, die Beklagte per sofort nicht mehr zu vertreten (act. 40). Sodann teilte Rechtsanwalt Y. _____ mit Eingabe vom 22. Oktober 2020 mit, die Beklagte fortan in vorliegendem Verfahren zu vertreten (act. 41).

Mit Verfügung vom 10. November 2020 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde, unter Androhung, dass bei Stillschweigen Verzicht auf die Hauptverhandlung angenommen würde (act. 44). Die Parteien verzichteten innert Frist ausdrücklich auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (act. 46 und act. 47). Der Prozess erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen

I. Formelles

1. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 17 ZPO, act. 3/6 Ziffer 28.1 der AGB und act. 3/7 Ziffer 28.1 der AGB; Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ZH; vgl. HGer Beschluss HG170237 vom 24. Juli 2018 E. 2.3.2 m.H.) und im Übrigen unbestritten geblieben (act. 11 S. 5).

2. Massnahmeverfahren und Prosequierungsfrist

Mit Eingabe vom 17. Oktober 2018 beantragte die Klägerin beim Handelsgericht des Kantons Aargau die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück der Beklagten. Diesem Gesuch wurde – mit Ausnahme eines Teils des Zinsbegehrens – mit Verfügung vom 19. Oktober 2018 des Handelsgerichts des Kantons Aargau im Sinne einer superprovisorischen Massnahme stattgegeben. Das Grundbuchamt G._____ wurde angewiesen, zugunsten der Klägerin ein Pfandrecht mit einer Pfandsumme von CHF 336'548.05 nebst Zins zu 5 % seit 30. September 2018 im Grundbuch vorläufig einzutragen (act. 3/5 S. 2; act. 16). Nach Durchführung des Massnahmeverfahrens wurde die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt G._____ mit Entscheid vom 29. November 2018 als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB bestätigt. Gleichzeitig wurde der Klägerin eine Frist bis zum 28. Februar 2019 angesetzt, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts gegen die Beklagte anzuheben (act. 3/5 S. 9 f.; act. 16). Diese Prosequierungsfrist wurde mit Einreichung vorliegender Klage gewahrt (act. 1).

3. Objektive Klagehäufung

Die Klägerin verlangt sowohl die Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung einer noch ausstehenden Werklohnforderung als auch die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem streitgegenständlichen Grundstück.

Gemäss Art. 90 ZPO kann die Klägerin gegen dieselbe Partei einer Klage mehrere Ansprüche vereinen, sofern das gleiche Gericht dafür sachlich zuständig (lit. a) und die gleiche Verfahrensart anwendbar ist (lit. b). Das hiesige Handelsgericht ist sowohl für die Beurteilung der Werklohnforderung als auch für die Beurteilung der definitiven Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sachlich zuständig. Deren gleichzeitige Geltendmachung im vorliegenden Verfahren ist damit zulässig.

II. Forderung der Klägerin

1. Zivilprozessuale Grundsätze

Der Verhandlungsgrundsatz besagt, dass der Rechtssuchende die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen hat, aus deren Vorliegen er seinen Anspruch herleitet (Art. 55 ZPO; BGer 4A_169/2011 vom 19. Juli 2011, E. 5.5). Das Gericht darf das Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen abstützen. Somit obliegt den Parteien die Behauptungslast. Die Sachvorbringen müssen zudem umfassend und detailliert dargelegt werden, damit die Gegenpartei Stellung nehmen und darüber Beweis abgenommen werden kann. Somit obliegt den Parteien auch eine Substantiierungslast (BGer 4A_169/2011 vom 19. Juli 2011 E. 6.2).

Tatsachen müssen in der Rechtsschrift selbst dargelegt werden (Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO). Der blosse Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht, da es nicht am Gericht und der Gegenpartei ist, die Sachdarstellung in den Beilagen zusammensuchen zu müssen. Bei umfangreichen Urkunden ist daher die für die Beweisführung erhebliche Stelle zu bezeichnen, namentlich bei Sammelbeilagen. Nur ausnahmsweise ist es zulässig, seinen Substantiierungsobliegenheiten durch Verweis auf eine Beilage nachzukommen. Dazu muss der Verweis in der Rechtsschrift ein bestimmtes Aktenstück nennen und aus dem Verweis muss klar wer-

den, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen (BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018, E. 2.2.1 und 2.2.2).

Gemäss dem Prinzip der Beweisverbindung ist ein Beweismittel nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt (LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 221 N 51).

2. Vertragliche Grundlagen

Die beiden streitgegenständlichen Werkverträge weisen diverse Bestandteile auf, deren Rangordnung sich aus Art. 1 wie folgt ergibt:

Werkvertrag Nr. 2710 (Nassbau, act. 3/6 S. 2):

Objektspezifische Bedingungen Nr. 2711 (OSB)

Art. 1, Allgemeine Grundlagen und deren Rangordnung

1. OSB Nr.2711
2. AVB der B.____ AG, Ausgabe Februar 2016
3. Pläne / Beilage, Grundlagen für den Pauschalvertrag sind die Architektenpläne.
4. Devisierung der Marmoran
5. Angebot vom Unternehmer
6. SIA Normen 118, Ausgabe 2013

Werkvertrag Nr. 27110 (Trockenbau, act. 3/7 S. 2):

Objektspezifische Bedingungen Nr. 2711 (OSB)

Art. 1, Allgemeine Grundlagen und deren Rangordnung

1. OSB Nr.2711
2. AVB der B._____ AG, Ausgabe Februar 2016
3. Pläne / Beilage, Grundlagen für den Pauschalvertrag sind die Architektenpläne.
4. Angebot vom Unternehmer
5. SIA Normen 118, Ausgabe 2013

3. Vorgehen bei der Prüfung der klägerischen Ansprüche

Bei der Prüfung der klägerischen Ansprüche ist wie folgt vorzugehen:

(i) Zunächst ist zu prüfen, inwiefern die Klägerin zum Rücktritt von den beiden Werkverträgen bzw. zu deren Auflösung berechtigt war. Dabei ist insbesondere von Bedeutung, ob die Beklagte sich tatsächlich im Zahlungsverzug befand.

(ii) Als Nächstes muss festgestellt werden, in welchem Umfang die Klägerin zum Zeitpunkt ihres Rücktritts die vertraglich geschuldeten Leistungen erbracht hat. Daraus ergibt sich der noch offene Werklohn, der ihr zusteht.

(iii) Schliesslich bleiben die klägerischen Forderungen aus entgangenem Gewinn und unberechtigtem Skonto zu prüfen.

4. Vertragsauflösung durch die Klägerin

4.1. Rechtliches

4.1.1. Zahlungsverzug des Bestellers

In Art. 190 der vorliegend anwendbaren SIA-Norm 118 (nachfolgend SIA 118) wird unter anderem der Schuldnerverzug des Bauherrn und dessen Folgen geregelt. Gemäss Abs. 2 kann der Unternehmer dem Bauherrn, der mit einer Zahlung im Verzug ist, analog zu Art. 107 Abs. 1 OR eine angemessene Nachfrist ansetzen. Läuft diese ab, ohne dass der Bauherr Zahlung geleistet hat, so kann der Unternehmer den Vertrag auflösen. Diese Erklärung kann mit Blick darauf, dass

die Frist womöglich fruchtlos abläuft, schon mit der Nachfristansetzung verbunden werden. Diese Vertragsauflösung entspricht dem Rücktritt nach Art. 107 Abs. 2 OR und Art. 109 OR, wirkt aber ex nunc, wenn der Unternehmer mit der Ausführung des Werks schon begonnen hat. Der Vertrag wird also durch Kündigung beendet (GAUCH/STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 190 N 20; BGE 103 II 102 E. 1b).

Nicht geregelt wird in Art. 190 Abs. 1 SIA 118 der Zeitpunkt der Fälligkeit. Für Abschlags- bzw. Akontozahlungen sind Art. 147 und 148 SIA 118 einschlägig. Demgemäss sind bei Gesamtpreisverträgen die Abschlagszahlungen durch einen Zahlungsplan im Werkvertrag zu regeln (Art. 147 SIA 118). Die Norm selbst räumt dem Unternehmer jedoch keinen Anspruch auf Abschlagszahlungen ein, sofern keine Vereinbarung besteht (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 147 Rz 4.2). Gemäss Art. 148 SIA 118 werden Abschlagszahlungen fällig, sobald das ordnungsgemäss abgefasste Zahlungsbegehren bei der Bauleitung eingeht. Ordnungsgemäss abgefasst ist ein Zahlungsbegehren, wenn es den anwendbaren Bestimmungen des Werkvertrags entspricht (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 148 Rz 3.1).

Forderungen aus Regiearbeiten macht der Unternehmer mittels einer Regierechnung geltend. Die Rechnungsstellung erfolgt separat, also weder zusammen mit einem Begehren auf Leistung von Abschlagszahlungen noch im Rahmen der Schlussabrechnung. Die Fälligkeit tritt im Zeitpunkt ein, da die jeweilige Rechnung der Bauleitung zugeht (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 55 Rz 5).

4.1.2. Rücktritt des Unternehmers aus wichtigen Gründen

Art. 377 OR sieht die Möglichkeit vor, dass der Bauherr gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit jederzeit vom Werkvertrag zurücktreten kann. Eine analoge Regelung für den Unternehmer besteht nicht. Dieser bleibt daher mangels anderer Abrede auf die besonders umschriebenen Auflösungsgründe des Gesetzes angewiesen, insbesondere den oben erläuterten Zahlungsverzug des Bestellers. Nach Ansicht der herrschenden Lehre muss der Unternehmer jedoch zumindest berechtigt sein, den Werkvertrag aus wichtigen Gründen aufzulösen. Dabei treffen den für den Auflösungsgrund verantwortlichen Besteller die gleichen Vergütungs-

und Schadenersatzpflichten, wie wenn der Vertrag durch ihn gemäss Art. 377 OR aufgelöst worden wäre (GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. Zürich 2019, Rz 598).

4.2. Parteivorbringen

4.2.1. Klägerin

Die Klägerin behauptet, fünf Akonto- und zwei Regierechnungen in der Gesamthöhe von CHF 261'219.30 seien von der Beklagten nicht bezahlt worden (act. 1 Rz 14 ff.). Nachdem diverse Mahnschreiben keine Wirkung gezeigt hätten, habe die Klägerin mit Schreiben vom 3. Juli 2018 noch eine letzte Zahlungsfrist angesetzt mit der Androhung, dass bei deren Verstreichen das Vertragsverhältnis per 11. Juli 2018 gekündigt werde (act. 1 Rz 26). Aufgrund des Ausbleibens der Zahlung sei die Klägerin rechtsgültig vom Werkvertrag zurückgetreten (act. 1 Rz 33).

Zum Zeitpunkt des Schreibens vom 3. Juli 2018 sei die Beklagte mit zwei Regierechnungen im Gesamtbetrag von CHF 48'242.55 in Verzug gewesen. Fristansetzung und Vertragsauflösung seien bereits aus diesem Grund zu Recht erfolgt, unabhängig von den ausstehenden Akontozahlungen (act. 1 Rz 32).

4.2.2. Beklagte

Die Beklagte bestreitet, sich im Zahlungsverzug befunden zu haben, da die Klägerin durch die Akontozahlungen schon mehr erhalten habe, als ihr tatsächlich zugestanden habe. Aus diesem Grund habe die Klägerin die Beklagte gar nicht zur Leistungserfüllung anhalten können (act. 36 S. 23). Gleichzeitig führt die Beklagte aus, die Klägerin sei auf ihrem Vertragsrücktritt per 11. Juli 2018 zu behaften (act. 11 S. 20 lit. a).

Weiter sei die Klägerin gemäss den Werkverträgen verpflichtet, jeder Rechnungsstellung ein überprüfbares Leistungsverzeichnis beizugeben, damit die Beklagte verifizieren könne, ob mit der neuen Akontozahlung tatsächlich die Vergütung der bis zu diesem Zeitpunkt erbrachten Leistungen gerechtfertigt sei. Dieser Pflicht sei die Klägerin nicht nachgekommen (act. 36 S. 37).

4.2.3. Würdigung

Die Beklagte führt selbst aus, die Klägerin sei auf ihrem Vertragsrücktritt per 11. Juli 2018 zu behaften. Damit anerkennt sie die Gültigkeit der Vertragsauflösung. Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, war die Klägerin aber ohnehin zur Vertragsauflösung berechtigt.

4.2.3.1. Akontorechnungen

In Art. 7 der Werkverträge heisst es jeweils: "Es wird ein Zahlungsplan erarbeitet." (act. 3/6; act. 3/7). Ein Zahlungsplan ist wie oben ausgeführt eine Voraussetzung, dass der Unternehmer Anspruch auf Abschlagszahlungen hat. Indes liegt der genannte Zahlungsplan nicht bei den Akten. Zudem hat die Klägerin nicht behauptet, dass ein Zahlungsplan je erstellt worden ist. Somit bestand für die Klägerin eigentlich keine Grundlage, Abschlagszahlungen von der Beklagten zu verlangen.

Unbestrittenermassen hat die Beklagte gesamthaft 15 klägerische Akontorechnungen beglichen. Zudem behauptet die Beklagte nicht, die Klägerin sei nicht berechtigt gewesen, Akontorechnungen zu stellen. Ob die Parteien dadurch konkludent ein Recht der Klägerin, Akontorechnungen zu stellen, vereinbart haben, kann indes offen bleiben. Denn die Beklagte bringt vor, dass es die Klägerin jeweils unterlassen habe, ihrer Rechnungsstellung einen Leistungsnachweis beizulegen (act. 37 S. 37). Tatsächlich ist den im Recht liegenden, noch offenen Akontorechnungen kein solcher Leistungsnachweis beigelegt (act. 16). Auch bestreitet die Klägerin das Vorbringen der Beklagten nicht, weshalb als erstellt gilt, dass die Klägerin den in den Werkverträgen verlangten Leistungsnachweis ihren Akontorechnungen nicht beigelegt hat.

Somit sind die Akontorechnungen nicht gemäss Art. 148 SIA 118 ordnungsgemäss abgefasst bei der Beklagten eingegangen, womit sie auch nicht fällig wurden. Die Beklagte befand sich daher beim Rücktritt der Klägerin betreffend die Akontozahlungen nicht im Zahlungsverzug. Daher waren die Voraussetzungen eines Rücktritts gemäss Art. 190 SIA 118 bzw. 107 ff. OR nicht gegeben. Ein wichtiger Grund für den Rücktritt wurde von der Klägerin nicht geltend gemacht.

4.2.3.2. Regierechnungen

Am 20. März 2018 stellte die Klägerin der Beklagten zwei Rechnungen in der Höhe von CHF 46'074.35 und CHF 2'168.20 für Regiearbeiten zu (act. 3/27; act. 3/29). Der Regierapport für die erste Rechnung, welcher 382.5 Arbeitsstunden von zehn Gipsern nennt, wurde von der Beklagten am 19. März 2018 unterzeichnet (act. 1 Rz 32; act. 3/28). Eine vorgängige Vereinbarung betreffend die Regiearbeiten liegt nicht im Recht. Durch die Unterzeichnung des Regierapports wurde dieser von der Beklagten jedoch anerkannt. Dies wird von der Beklagten denn auch nicht bestritten, ebenso wenig die Höhe der Forderung für die Arbeiten (vgl. act. 36 S. 37). Betreffend die zweite unbezahlt gebliebene Regierechnung in der Höhe von CHF 2'168.– liegt kein unterzeichneter Rapport vor (act. 3/29). Jedoch bestreitet die Beklagte den Bestand des in Rechnung gestellten Betrages nicht, weshalb er geschuldet ist.

Der mit den Regierechnungen verlangte Betrag von insgesamt CHF 48'242.55 wurde nach Ablauf der 30-tägigen Zahlungsfrist am 20. April 2018 fällig. Aufgrund dieser Zahlungsfrist geriet die Beklagte nach Ablauf von 30 Tagen gemäss Art. 102 Abs. 1 OR in Verzug, ohne dass es noch einer weiteren Mahnung bedurft hätte (BSK OR I-LÜCHIGER/WIEGAND, 7. Auflage, Basel 2020, Art. 102 N 9b). Zudem liegen diverse E-Mail-Nachrichten im Recht, mit welchen die Klägerin die Beklagte unmissverständlich zur Zahlung der offenen Rechnungen aufforderte (act. 3/22).

Weiter hat die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 3. Juli 2017 (act. 3/23) die in Art. 190 Abs. 2 SIA 118 verlangte angemessene Nachfrist zur Zahlung angesetzt und für den Fall einer ausbleibenden Zahlung den Vertragsrücktritt erklärt. Dabei ist davon auszugehen, dass die Klägerin den Rücktritt auch angedroht hätte, wenn die Beklagte nur betreffend die Regierechnungen im Verzug gewesen wäre. Das entsprechende Vorbringen der Klägerin wurde von der Beklagten nicht bestritten (act. 1 Rz 32). Nachdem die Beklagte die Zahlung auch innert dieser Frist unbestrittenermassen nicht vorgenommen hatte, wurde die schon mit der Nachfristansetzung verbundene Rücktrittserklärung gültig und die Verträge daher aufgelöst (vgl. dazu GAUCH/STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, a.a.O., Art. 190 Rz 19).

4.2.4. Fazit

Die Beklagte anerkennt die Vertragsauflösung der Klägerin per 11. Juli 2018. Da die Beklagte die fälligen Regierechnungen vom 20. März 2018 auch innert Nachfrist nicht bezahlte, war die Klägerin aber ohnehin berechtigt, von den Werkverträgen zurückzutreten bzw. diese künden. Dies hat sie denn auch getan, indem sie per 11. Juli 2018 von den Werkverträgen zurück getreten und in Aussicht gestellt hat, die Vergütung der bereits erbrachten Leistung samt Verzugszinsen sowie Schadenersatz wegen der vorzeitigen Beendigung geltend zu machen.

5. Vergütung der bereits erbrachten Leistungen

5.1. Übersicht

Für die angeblich bereits erbrachten Leistungen macht die Klägerin einen noch ausstehenden Werklohn von insgesamt CHF 336'548.05 geltend, welcher sich aus folgenden Posten zusammensetzt (act. 28 Rz 44 ff.; act. 3/16; act. 3/17):

CHF	261'219.30	nicht beglichene Akonto- und Regierechnungen
CHF	58'914.65	Schlussrechnung 2018/1464
CHF	16'414.10	Schlussrechnung 2018/1465

5.2. Rechtliches

Die Vertragsauflösung i.S.d. Art. 190 SIA 118 entspricht dem Rücktritt nach Art. 107 Abs. 2 und Art. 109 OR, wirkt aber ex nunc und nicht ex tunc, wenn der Unternehmer mit der Ausführung des Werks schon begonnen hat. Alsdann kann der Unternehmer die vertragsgemässe Vergütung der erbrachten Leistung gegen Überlassung der bereits hergestellten Werkteile verlangen (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 190 Rz 20). Gemäss der Beweislastregel nach Art. 8 ZGB ist es dabei am Unternehmer darzulegen, welche vertragsgemässen Leistungen er zum Zeitpunkt der Vertragsauflösung erbracht hat.

Grundsätzlich hat der Besteller die Vergütung bei der Ablieferung des Werks zu bezahlen. Diese Regelung ist jedoch zugeschnitten auf den Normalfall, bei dem es zu einer Ablieferung des vollendeten Werks kommt. Wird der Werkvertrag je-

doch ex nunc aufgelöst, wird der Vergütungsanspruch mit der Auflösung des Werkvertrags fällig (GAUCH, a.a.O., Rz 1156).

5.3. Parteivorbringen

5.3.1. Klägerin

Die Klägerin führt aus, betreffend den Nassbau habe sie den Werkvertrag vollumfänglich, zumindest aber zu 99 % erfüllt, beim Trockenbau zu 91 % (act. 1 Rz 31; act. 28 Rz 48). Die gestellten Akonto- und Regierechnungen hätten den dafür geschuldeten Werklohn jedoch nicht gedeckt. Neben Akonto- und Regierechnungen im Umfang von CHF 261'219.30 seien daher noch die Schlussrechnung Nassbau über CHF 58'914.65 und die Schlussrechnung Trockenbau über CHF 16'414.10 offen (act. 28 Rz 44 ff.).

Dass die Klägerin beim Nassbau 99% und beim Trockenbau 91% der geschuldeten Arbeiten ausgeführt habe, lasse sich den Listen "Arbeitsstand pro Zimmer" und den dazu erstellten Fotoaufnahmen entnehmen (act. 28 Rz 48). Anhand dieser Listen sei ohne Weiteres nachvollziehbar, welche Arbeiten die Klägerin bis zur Vertragsauflösung ausgeführt habe. Zusätzlich sei auch noch eine Liste mit den nicht ausgeführten Arbeiten ins Recht gelegt worden (act. 28 Rz 49).

5.3.2. Beklagte

Die Beklagte führt aus, die Klägerin habe keine weiteren Zahlungen erhalten, weil sie Mängel und Schäden produziert, die Arbeiten eingestellt und schon mehr an Akonti bezogen habe, als Arbeit geleistet worden sei (act. 36 S. 36 f.). Was den tatsächlichen Stand der Arbeiten betreffe, so sei auf die an die Klägerin gesandte E-Mail-Nachricht vom 10. Juli 2018 zu verweisen (act. 11 S. 20 f.).

Die Beklagte behauptet weiter, die Klägerin beweise nicht, dass sie beim Nassbau 99% und beim Trockenbau 91% der vereinbarten Leistungen erbracht habe. Weder die Listen zum Arbeitsstand noch die Fotografien seien von der Beklagten bzw. der Bauleitung visitiert worden, weshalb ihnen keine Beweisrelevanz zukomme. Dasselbe gelte für die Liste der nicht erbrachten Leistungen (act. 36 S. 38).

5.4. Würdigung

5.4.1. Die Klägerin macht keine substantiierten Ausführungen dazu, welche konkreten vertraglichen Leistungen sie wann und in welchen Bereichen der streitgegenständlichen Liegenschaft erbracht haben will. Sie verweist zwar pauschal auf Listen zum Arbeitsstand pro Zimmer und Fotografien, welche die Arbeiten dokumentieren sollen, jedoch offeriert sie diese nicht als Beweis für konkrete Behauptungen (act. 29/8-12). Bei den genannten Beweismitteln handelt es sich zudem um sehr umfangreiche Sammelbeilagen, wobei die einzelnen Seiten weder nummeriert noch anderweitig gegliedert wurden. Selbst wenn die Klägerin konkrete Behauptungen aufgestellt hätte, wäre es dem Gericht daher nicht möglich, die diesbezüglich relevanten Stellen in den Sammelbeilagen zu finden. Da die Klägerin ihrer Substantiierungslast nicht nachgekommen ist und die genannten Beweismittel nicht formgerecht angeboten hat, kann aufgrund des Prinzips der Beweisverbindung für die Urteilsbegründung nicht auf diese Beweismittel abgestützt werden.

Selbst wenn auf die Listen zum Arbeitsstand und die Fotografien abgestellt würde, liesse sich daraus nichts zugunsten der Klägerin ableiten. Bei den Listen zum Arbeitsstand handelt es sich grösstenteils um vorgefertigte Dokumente, welche die verschiedenen Bereiche eines Zimmers auflisten (etwa "Leichtbauwände", "Wände Zimmer" oder "Pfeiler Mitte") (act. 29/8-10). Die Dokumente wurden handschriftlich mit Häkchen versehen, was mutmasslich die bearbeiteten Bereiche aufzeigen soll. Doch welche konkreten Arbeiten geleistet worden sein sollen, lässt sich diesen Listen nicht entnehmen. Als Beispiel sei hierbei auf ein zufällig ausgesuchtes Dokument aus der Sammelbeilage "Liste Arbeitsstand pro Zimmer, 4./5. OG" verwiesen (act. 29/8):

Betreff: E.____ / Stand der Arbeiten 10.7.18 / Zimmer
Ort: C.____
Beginn: Di 10.07.2018 00:00
Ende: Mi 11.07.2018 00:00
Zeitspanne zeigen als: Frei
Serientyp: (Keine Angabe)
Organisation: H.____
Kategorien: H.____

Geschoss: 5
Zimmer Nummer: 503/1

Leichtbauwände: ✓
Leichtbaudecken: ✓
Wände Zimmer: ✓
Wände Nasszelle: ✓
Wände Eingang: ✓
Decken Zimmer: ✓
Decken Nasszelle: ✓
Decken Eingang: ✓
Risse: ✓
Pfeiler bei Fenster: ✓
Pfeiler Mitte: ✓
Lüftung: ✓
Grundputz: ✓
Weissputz: ✓

Diverses: *

C.____:
Unterschrift: _____
Unterschrift: _____
Unterschrift: _____

Auch die eingereichten Fotografien (act. 29/11 und 12) vermögen keine konkreten Leistungen zu belegen. Die Klägerin hat dabei sechs Bundesordner mit Fotografien eingereicht, welche weder mit Beschreibungen oder einem Inhaltsverzeichnis versehen sind. Den Bildern lässt sich weder entnehmen, welche Zimmer sie zeigen, noch welche Arbeiten sie dokumentieren sollen.

Die Liste mit den nicht erbrachten Leistungen (act. 3/39) nennt zwar konkrete Werkvertrags-Positionen, ist jedoch von vornherein nicht dazu geeignet, den Beweis für die tatsächlich erbrachten Leistungen zu führen. Zum einen ist die Liste

von keiner der Parteien unterzeichnet und stellt daher eine blosser Parteibehauptung dar. Zum anderen vermag der Nachweis, dass bestimmte Leistungen nicht erbracht wurden, nicht zu beweisen, dass die übrigen vertraglich geschuldeten Leistungen tatsächlich erbracht wurden.

Der Klägerin gelingt es demnach nicht nachzuweisen, welchen Leistungsstand sie zum Zeitpunkt der Vertragsauflösung erreicht hat.

5.4.2. Betreffend den erreichten Leistungsstand verweist die Beklagte auf eine E-Mail-Nachricht, welche sie der Klägerin am 10. Juli 2018 geschickt hat (act. 11 S. 20 f.). Darin wird festgehalten, dass die Bauleitung der Beklagten beim Nassbau einen Leistungsstand von 95% – entsprechend CHF 475'000.– – und beim Trockenbau einen Leistungsstand von CHF 80% – entsprechend CHF 800'000.– – festgestellt habe (act. 12/7). Damit anerkennt die Beklagte, dass die Klägerin die streitgegenständlichen Werkverträge im genannten Umfang erfüllt hat und vorbehaltlich von Mängeln der entsprechende Werklohn geschuldet ist. Ob die Beklagte bei der Bezahlung der Akontorechnungen zu Recht jeweils 10% des Werklohns als Garantierückbehalt einbehalten hat, ist in diesem Zusammenhang nicht relevant.

Nach dem Gesagten ist anerkannt, dass die Klägerin grundsätzlich Anrecht auf einen Werklohn in der Höhe von CHF 1'275'000.– (CHF 475'000.– + CHF 800'000.–) hat. Dazu kommen die anerkannten Regiearbeiten, für welche die Klägerin am 20. März 2018 zwei Rechnungen über gesamthaft CHF 48'242.55 stellte (siehe dazu oben unter Ziffer II. 4.2.3.2; act. 3/27; act. 3/29). Dies ergibt einen Gesamtbetrag von CHF 1'323'242.55. Davon abzuziehen sind die unbestrittenenmassen bereits durch die Beklagte geleisteten Zahlungen. Konkret handelt es sich dabei um Akontozahlungen für den Trockenbau über CHF 770'593.50 (act. 3/13), Akontozahlungen für den Nassbau über CHF 392'566.50 und eine bezahlte Regierechnung über CHF 9'282.90 (act. 3/15). Damit sind gesamthaft Zahlungen in der Höhe von CHF 1'172'442.90 abzuziehen (act. 1 Rz 17; act. 11 S. 15 lit. d). Somit resultiert ein Betrag von CHF 150'799.65, welcher der Klägerin für bereits geleistete Arbeiten noch zusteht.

5.5. Fazit

Der Klägerin gelingt es nicht nachzuweisen, welchen Leistungsstand sie zum Zeitpunkt der Auflösung der Werkverträge erreicht hat. Für die noch geschuldete Vergütung ist daher auf die von der Beklagten anerkannten Leistungsstände und Regiearbeiten abzustellen. Daraus ergibt sich ein Betrag in der Höhe von CHF 150'799.65, welcher die Beklagte der Klägerin für bereits erbrachte Leistungen noch schuldet. Darüber hinaus steht der Klägerin diesbezüglich keine Vergütung mehr zu.

6. Unberechtigter Skonto

6.1. Rechtliches

Der Skonto besteht in einem zumeist prozentualen Abzug vom Vergütungsbetrag, den der Besteller als Entgelt für eine kurzfristige Bezahlung innerhalb einer vereinbarten Frist vornehmen darf. Das Recht zum Skontoabzug beruht auf Vereinbarung, nicht auf Gesetz (GAUCH, a.a.O., Rz 1233).

Gemäss Art. 190 SIA 118 muss der Bauherr fällige Zahlungen vorbehältlich einer anderen Vereinbarung innerhalb von 30 Tagen leisten, ansonsten er für die betreffende Zahlung einen allfällig vereinbarten Anspruch auf Skontoabzug verliert.

6.2. Parteivorbringen

Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe, wenn überhaupt, regelmässig nicht innert der vereinbarten Frist von 30 Tagen bezahlt. Daher habe sie in diesen Fällen keinen Anspruch auf den Skontoabzug. Gesamthaft hätten die nicht und erst verspätet bezahlten Rechnungen einen Betrag von CHF 1'011'764.05 ausgemacht. Daher seien ungerechtfertigte Skontoabzüge in der Höhe von CHF 20'235.25 inkl. MWST erfolgt, welche aufzurechnen seien (act. 1 Rz 54).

Die Beklagte entgegnet, aufgrund der fehlenden Berechtigung zur Stellung einer Schlussabrechnung und der pflichtwidrigen Arbeitsniederlegung durch die Klägerin sei ein restanzlicher Werklohn nie zur Zahlung fällig gewesen. Daher habe sich

die Frage der Berechtigung oder Nichtberechtigung eines Skontoabzugs noch gar nicht gestellt (act. 11 S. 36).

6.3. Würdigung

Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass für Fall einer Zahlung innert Rechnungsfrist ein Skontoabzug in der Höhe von 2 % vereinbart wurde. Im Pauschalangebot für den Nassbau (act. 3/6) und in den Regierechnungen Nr. 2018/1098 und Nr. 2018/1099 (act. 3/27 und act. 3/29) wird ersichtlich, dass der Skontoabzug jeweils bereits vorab bei der Berechnung des total geschuldeten Betrages berücksichtigt wurde. Dies bedeutet, dass bei noch offenen Rechnungen, bei denen die Skontofrist bereits abgelaufen ist, die Beklagte den Skontobetrag zusätzlich zu bezahlen hat.

Die Beklagte führt zu Unrecht aus, dass nicht über die Berechtigung eines Skontoabzuges zu befinden sei, da der restanzliche Werklohn noch gar nie zur Zahlung fällig gewesen sei. Wie oben ausgeführt, wird der Anspruch auf Vergütung der bereits ausgeführten Arbeiten mit Auflösung des Werkvertrags fällig. Nach der Auflösung der streitgegenständlichen Werkverträge wurde die Forderung der Klägerin betreffend die bereits verrichteten und noch nicht vergüteten Arbeiten fällig; die Regierechnungen in der Höhe von CHF 48'242.55 wurden bereits zuvor mit Rechnungsstellung fällig.

In der Klageschrift verweist die Klägerin auf eine Auflistung der angeblich ungerechtfertigten Skontoabzüge (act. 1 Rz 52 ff.; act. 3/38). Dieser ist jedoch nicht zu folgen, denn wie bereits oben (siehe oben unter Ziff. II. 4.2.3.1) ausgeführt, wurden die Akontorechnungen der Klägerin nicht fällig, weshalb durch deren Nichtbezahlung die Skontofrist nicht verfallen konnte. Soweit die Beklagte die Akontorechnungen bezahlt hat, wenn auch nicht innert 30 Tagen, war der Skontoabzug nicht ungerechtfertigt.

Mit der Auflösung der Werkverträge wurde die Vergütung für die bis zu diesem Zeitpunkt geleisteten Arbeiten fällig, wobei die Klägerin der Beklagten mit den Schlussrechnungen Nr. 2018/1233 und Nr. 2018/1234 eine 60-tägige Zahlungsfrist gewährte. Die Rechnungen wurden indes bis heute nicht beglichen; daher ist ein Skontoabzug auf dem noch geschuldeten Betrag von CHF 150'799.65 nicht

gerechtfertigt. Entsprechend der klägerischen und von der Beklagten nicht bestrittenen Berechnungsweise (vgl. act. 3/38) hat die Beklagte der Klägerin unberechtigte Skontoabzüge in der Höhe von rund CHF 3'016.– (2 % von CHF 150'799.65) zu bezahlen.

7. Entgangener Gewinn

7.1. Rechtliches

Trifft den Bauherrn am Zahlungsverzug ein Verschulden, hat der Unternehmer Anspruch auf Ersatz des wegen der vorzeitigen Beendigung entgangenen Gewinns. Dieser Anspruch besteht allerdings nur dann, wenn der Vertrag durch Kündigung aufgelöst wird. Das Verschulden des Bauherrn wird analog zu Art. 106 OR vermutet, wobei ihm der Entlastungsbeweis zusteht. Konkret wird der Schadenersatz nach der Abzugsmethode gemäss Art. 184 SIA 118 berechnet, indem vom vertraglichen Vergütungsanspruch diejenigen Aufwendungen des Unternehmers abgezogen werden, die er sich wegen der vorzeitigen Auflösung des Vertrags erspart hat (SPIESS/HUSER, Norm SIA 118, Zürich 2013, Art.190 N 23 ff.).

7.2. Parteivorbringen

Die Klägerin behauptet, sie habe Anspruch auf den Gewinn aus den nicht ausgeführten Arbeiten. Beim Trockenbau, wo ein Leistungsstand von 91% erreicht worden sei, seien noch Arbeiten im Umfang von CHF 90'079.– inkl. MWSt. zu erledigen. Darauf sei eine Gewinnmarge von 15 % zu unterstellen, womit sich der entgangene Gewinn auf CHF 14'552.40 inkl. MWSt belaufe (act. 1 Rz 55).

Die Beklagte bestreitet diese Ausführungen und erwidert, von einem entgangenen Gewinn könne keine Rede sein. Wer mangelhafte Arbeit produziere, Schäden verursache und pflichtwidrig seine Arbeit niederlege, habe keine weiteren Ansprüche (act. 11 S. 36).

7.3. Würdigung

Die Klägerin behauptet nicht in substantiiertem Weise, wie sich ihr entgangener Gewinn berechnen soll; sie unterstellt ohne weitere Ausführungen eine Gewinn-

marge von 15 %. Damit kommt die Klägerin ihrer Substantiierungslast nicht nach und ermöglicht der Beklagten nicht, die Behauptung ihrerseits substantiiert zu bestreiten. Die klägerische Forderung betreffend entgangenen Gewinn ist daher ohne Weiteres abzuweisen.

8. Verzugszins

Die Klägerin macht auf ihrem Forderungsbetrag 5 % Zins geltend, seit dem 30. September 2018 auf dem Betrag von CHF 336'548.05 (Werklohn) und seit 28. Februar 2019 auf dem Betrag von CHF 34'787.65 (ungerechtfertigter Skonto und entgangener Gewinn) (act. 1 Rz 56). Die Beklagte führt diesbezüglich bloss aus, dass sie keinen Verzugszins schulde, da die klägerische Forderung nie fällig geworden sei (act. 11 S. 36). Die Zinsforderung wurde damit nicht substantiiert bestritten, weshalb sie als ausgewiesen zu erachten ist, soweit sie sich auf die gutzuheissende Hauptforderung bezieht. Das bedeutet, dass auf den Betrag von CHF 150'799.65 (Werklohn) Zins zu 5 % seit dem 30. September 2018 und auf den Betrag von CHF 3'016.– (ungerechtfertigter Skonto) Zins zu 5 % seit dem 28. Februar 2019 geschuldet ist.

9. Ergebnis

Da die Beklagte zwei anerkannte Regierechnungen nicht bezahlt hatte, trat die Klägerin nach entsprechender Ankündigung rechtsgültig von den Werkverträgen zurück bzw. löste diese auf. In der Folge forderte sie die Vergütung für die bereits erbrachten Leistungen, konnte jedoch nicht belegen, welcher Leistungsstand jeweils zum Zeitpunkt der Vertragsauflösung erreicht worden war. Daher ist der Klägerin nur die Vergütung für die Leistungen zuzusprechen, die von der Beklagten anerkannt wurden. Zusammen mit der Forderung für die anerkannten Regiearbeiten entspricht dies einem Betrag von CHF 150'799.65. Dazu hat die Klägerin Anspruch auf Erstattung von unberechtigten Skontoabzügen im Umfang von CHF 3'016.–.

Gesamthaft ist die Beklagte – vorbehältlich der nachfolgend zu prüfenden Verrechnungsforderung – zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von

CHF 153'815.65 nebst Zins zu bezahlen. Im Mehrbetrag konnte die Klägerin ihren Anspruch, sofern er überhaupt substantiiert behauptet wurde, nicht beweisen, weshalb er abzuweisen ist.

III. Verrechnungsforderung der Beklagten

1. Überblick über die Verrechnungsforderung

Für den Fall der teilweisen Gutheissung der Klage stellt die Beklagte Gegenforderungen zur Verrechnung. Konkret bringt die Beklagte vor, es seien ihr durch Ersatzvornahmen, welche von der Klägerin verursachte Mängel und Schäden notwendig gemacht hätten, Kosten in der Gesamthöhe von CHF 811'241.85 entstanden (vgl. dazu oben unter "B. Unbestrittener Sachverhalt und Prozessgegenstand"). Konkret handelt es sich um folgende sechs Positionen (act. 11 S. 40 ff.; act. 36 S. 48 f. lit. b; act. 12/14-23).

Mängelbehebung:

- Bereich der Hotelzimmer trocken und nass, Rechnung I. _____ GmbH vom 18.09.2018 per CHF 171'120.50 (act. 12/14)
- Bereich Korridor 2. - 5. OG gemäss Werkvertrag Nr. 27110.2 mit Firma J. _____ AG vom 24.09.2018 per pauschal CHF 180'000.– (act. 12/15)
- Abschlusswand zwischen Hotel und Appartement im 1. und 2. OG gemäss Auftragsbestätigung der Firma J. _____ AG vom 09.10.2018 per pauschal CHF 2'500.– (act. 12/16)
- Bereich Decken durch Firma J. _____ (Auftrag erteilt) gemäss Offerte vom 25.09.2018 per CHF 219'666.60 (act. 12/17)
- Bereich EG durch Firma K. _____ AG gemäss Auftragsbestätigung vom 20.12.2018 / Werkvertrag Nr. 27110 vom 22.12.2018 per CHF 225'000.– (act. 12/18)

Schaden:

Lifte und Liftschächte durch L. _____ AG per CHF 12'954.75 (act. 12/19)

2. Verrechnungsforderung aus Mängelbehebung

2.1. Parteivorbringen

2.1.1. Beklagte

Die Beklagte führt aus, sie habe die Mängel, sowohl die Risse an den Wänden als auch die Mängel an den Gipsdecken, mit Schreiben vom 20. Juli 2018 klar benannt (act. 11 S. 10, act. 36 S. 20 lit. f). Bereits nach Auftreten der Rissbildungen in den ersten Hotelzimmern habe sie die Klägerin mit E-Mail vom 6. Juni 2018 auf die Risse hingewiesen (act. 11 S. 21 lit. e; act. 36 S. 18 f. lit. c). Auch habe die Beklagte die Mängel substantiiert gerügt. Diese zeige sich insbesondere dadurch, dass die Klägerin nach der Rüge der Beklagten zwei Privatgutachten beim Schweizerischen Maler- und Gipserunternehmer-Verband und der M. _____ AG zu den Rissen und den Gipsdecken in Auftrag gegeben habe (act. 36 S. 20 lit. e und f).

Der Grund für die Rissbildung sei gewesen, dass die Klägerin das in der Ausschreibung für den Trockenbau vorgesehene "Panzergittergewebe" vertragswidrig nicht eingebracht habe (act. 11 S. 8 f. lit. d; act. 36 S. 14 lit. c und S. 25 lit. c). Weiter hätten die Parteien vereinbart, dass die Klägerin zusätzlich zum Panzergittergewebe ein Arbeitstrennungsfugenprofil einbauen werde (act. 36 S. 11 f. lit. d). Letztlich habe die Klägerin sowohl das Gittergewebe als auch das Abtrennungsfugenprofil weggelassen und stattdessen als einzige Rissprophylaxe Gipskartonplatten eingesetzt (act. 36 S. 14 lit. c und S. 25 lit. c).

Als Folge der Arbeitsniederlegung der Klägerin habe die Beklagte die verbliebenen Restarbeiten und die Behebung der Mängel durch Drittfirmen erledigen lassen (act. 11 S.13 lit. k). Deren Offerten, Regierapporte und Rechnungen würden die schlechte Arbeit der Klägerin darlegen (act. 36 S.52). Die Klägerin habe sich zwar bereit erklärt, die Mängel zu beheben, sei dazu aber nicht gewillt gewesen

(act. 36 S. 29 lit. a). So habe sie die Fortsetzung ihrer Arbeiten an Geldforderungen geknüpft, welche zum damaligen Zeitpunkt nicht geschuldet gewesen seien (act. 36 S. 30 lit. b). Letztlich habe die Beklagte der Klägerin eine Frist bis 26. Juli 2018 angesetzt, um mitzuteilen, ob sie eine Nachbesserung selbst ausführen wolle. Jedoch sei von der Klägerin keine Bestätigung erfolgt (act. 36 S. 30 lit. b).

2.1.2. Klägerin

Die Klägerin führt aus, sie habe der Beklagten anlässlich des Vergabegesprächs vom 25. September 2017 statt dem Panzergittergewebe das Einbringen von Putzprofilen mit Dilatationsfugen als Rissprophylaxe empfohlen, was diese akzeptiert habe (act. 1 Rz 40; act. 28 Rz 15 f.). In der Folge habe die Beklagte aus ästhetischen Gründen aber auf Fugen verzichten wollen. Daher seien letztlich statt Fugenprofile Gipskartonplatten für die Übergänge Säulen/Backstein verwendet worden (act. 28 Rz 18).

Nachdem sie von der Beklagten auf die Risse aufmerksam gemacht worden sei, habe sie einen Experten und den Vertreter des Herstellers der Gipskartonplatten beigezogen. Diese seien zum Ergebnis gekommen, dass die Rissbildung auf massive Bewegungen im Untergrund zurückzuführen sei (act. 1 Rz 44; act. 28 Rz 30 ff.). Die Bauleitung dagegen sei fälschlicherweise von endgültigen statischen Verhältnissen ausgegangen. Daher habe die Klägerin keine Kosten für die Mängelbehebung zu tragen (act. 28 Rz 37).

Weiter sei die Mängelrüge der Beklagten unsubstantiiert gewesen. Die allgemeine Rüge, es habe Risse an den Wänden, sei unzureichend. Betreffend die heruntergehängten Gipsdecken habe die Beklagte selbst auf Nachfrage hin nicht erklärt, welche Mängel gemeint seien (act. 28 Rz 25 und 109). Die Klägerin habe klargestellt, dass sie nach einer korrekten Mängelrüge tatsächliche Mängel beheben würde. Doch eine solche Rüge sei nie erfolgt (act. 28 Rz 28). Die Beklagte habe ihr nie die Möglichkeit eingeräumt, das Werk nachzubessern, weshalb ihr die Ersatzvornahmekosten nicht überbunden werden könnten (act. 28 Rz 41 und 51).

Ohnehin könnten die Rechnungen und Rapporte aus den angeblichen Ersatzvorhaben nicht zur Plausibilisierung der Schäden und des Schadenersatzes herhalten (act. 28 Rz 51). Die Unterlagen seien ungeeignet zu beweisen, dass die Klägerin schlechte Arbeit geleistet habe. Dies gelte umso mehr, als es sich weitgehend um Offerten handle, über deren Ausführung nichts bekannt sei (act. 28 Rz 91).

2.2. Rechtliches

2.2.1. Werkmangelhaftung

Gemäss der hier anwendbaren SIA-Norm 118 haftet der Unternehmer verschuldensunabhängig dafür, dass sein Werk keine Mängel im Sinne von Art. 166 SIA 118 aufweist (Art. 165 Abs. 1 SIA 118).

Der Besteller, der aus der Mangelhaftigkeit des abgelieferten Werks Mängelrechte gegenüber dem Unternehmer geltend macht, muss den Werkmangel nachweisen, auf den er sich beruft (Art. 8 ZGB). Insbesondere trifft den Besteller auch die Beweislast dafür, dass ein von ihm behaupteter Mangel eine Vertragsabweichung und damit ein Werkmangel im Rechtssinne ist (GAUCH, a.a.O., Rz 1507).

2.2.2. Mängelrüge

Hat der Besteller Mängel am Werk erkannt, so ist er zur Anzeige an den Unternehmer verpflichtet. Gemäss Art. 172 Abs. 1 SIA 118 besteht vorbehältlich anderer Abrede eine Rügefrist von zwei Jahren, welche mit dem Tag der Abnahme des Werks zu laufen beginnt (Art. 172 Abs. 2 SIA 118). Die Anzeige muss rechtzeitig, also innerhalb der Rügefrist erfolgen. Andernfalls gilt ein Werk grundsätzlich als genehmigt (GAUCH, a.a.O., Rz 2126 ff.).

Die Mängelrüge des Bestellers muss sachgerecht substantiiert sein (BGE 107 II 172 E. 1a S. 175). Er muss jeden Mangel, den er rügen will, hinreichend genau angeben. Er muss die Mängel nach ihrer Erscheinungsform und gegebenenfalls nach ihrer Lage so exakt bezeichnen, dass der Unternehmer erkennen kann, was an seinem Werk beanstandet wird (GAUCH, a.a.O., Rz 2130). Ob der Unternehmer

erkennen kann, welcher Mangel ihm angezeigt wird, beurteilt sich unter Einbezug der bei ihm zu erwartenden Fach- und Werkkenntnisse. Hat der Unternehmer tatsächlich erkannt, was an seinem Werk ausgesetzt wird, ist das Erfordernis der genügenden Bezeichnung ohne Weiteres erfüllt (GAUCH, a.a.O., Rz 2131 f.).

2.2.3. Nachbesserung und Ersatzvornahme

2.2.3.1. Mängelrechte

Gemäss Art. 169 Abs. 1 SIA 118 hat der Besteller zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen (Nachbesserung). Es besteht mithin ein Vorrang des Nachbesserungsrechts (GAUCH, a.a.O., Rz 2658). Soweit der Unternehmer Mängel innerhalb der vom Besteller angesetzten Frist nicht behebt, ist letzterer gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA 118 berechtigt, wahlweise weiterhin auf der Verbesserung zu beharren. Der Besteller kann ebenfalls einen dem Minderwert des Werks entsprechenden Abzug von der Vergütung machen oder aber vom Vertrag zurücktreten (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 SIA 118). Die Verbesserung kann der Besteller statt durch den Unternehmer auch auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten ausführen lassen (Ersatzvornahme). Hat sich der Unternehmer ausdrücklich geweigert, eine Verbesserung vorzunehmen, so stehen dem Besteller die Mängelrechte gemäss Ziff. 1–3 schon vor Ablauf der Verbesserungsfrist zu (Art. 169 Abs. 2 SIA 118). Dabei muss die Weigerung des Unternehmers "entschieden" sein, was etwa dann der Fall ist, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert. Auch genügt es, dass der Unternehmer das Vorliegen des Mangels oder seine Mängelhaftung strikte bestreitet (GAUCH, a.a.O., Rz 1800). Solange der Besteller aber keine Frist setzt, liegt in der Untätigkeit des Unternehmers an sich keine Weigerung (BGer 4A_511/2014 vom 4. März 2015 E. 5.4.2).

Ein Besteller, der einen Mangel durch einen Dritten beseitigen lässt, ohne dem Unternehmer zunächst eine angemessene Frist anzusetzen und deren Ablauf abzuwarten, handelt auf eigene Kosten und Gefahr (BGE 116 II 450 E. 2b/bb S. 453 f.; GAUCH, a.a.O., N. 2665).

Wird der Werkvertrag vorzeitig beendet, kann das unvollendete Werk mangelhaft sein, weil ihm eine Eigenschaft fehlt, die es bei diesem Stand der Werkausführung haben sollte. Für diesen Fall regelt weder das Gesetz noch die SIA-Norm 118, nach welchen Regeln der Unternehmer für diese Mängel einstehen muss. Gehört die SIA-Norm 118 zum vereinbarten Vertragsinhalt, so sind die Normbestimmungen der Art. 157-182 entsprechend anzuwenden. Das bedeutet, dass das unvollendete Werk wie ein in sich geschlossener vollendeter Werkteil abgenommen wird (Art. 157 ff.), wobei an die Stelle der Vollendungsanzeige, die den Lauf der Prüfungsfrist auslöst, die vorzeitige Auflösung des Vertrags tritt. Für die Mangelhaftigkeit des unvollendeten Werks haftet der Unternehmer nach Massgabe der analog anwendbaren Art. 165 ff. SIA 118, was den Bauherrn mit dem oben erläuterten Vorrang der Nachbesserung belastet (BGE 116 II 450 E. 2.b/aa und 2.b/bb; GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Vorbemerkung zu Art. 183-190 Rz 2 f.).

2.2.3.2. Kosten der Ersatzvornahme

Liegen die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme vor, kann der Besteller die Drittverbesserung ausführen lassen und die Kosten beim Unternehmer zurückverlangen (Art. 170 Abs. 1 SIA-Norm 118). Der Anspruch auf Aufwendungsersatz richtet sich auf Ersatz der Kosten, die der Besteller nach pflichtgemäßem Ermessen auf sich nimmt, um den vertragskonformen Zustand des Werks durch einen Dritten herbeizuführen (BGer 4A_692/2015 vom 1. März 2017 E. 4.4). Nachbesserungskosten gelten als übermässig, wenn sie in einem Missverhältnis zum Nutzen stehen, den die Nachbesserung für den Besteller hat (BGer 4A_307/2010 vom 14. Oktober 2010, publ. in: Jusletter 6. Februar 2012, S. 18 f.).

Der Anspruch auf Kostenrückerstattung entsteht mit dem Niederschlag der Kosten im Vermögen des Bestellers und wird mit der Zahlung des Werklohns durch den Besteller an den Zweitunternehmer fällig (Art. 75 OR). Der Umfang des Kostenersatzes richtet sich dabei nach dem Werklohn, den der Besteller dem Zweitunternehmer bezahlen muss.

2.2.3.3. Behauptungs- und Beweislast

Die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen, die den Besteller zur Ausübung der Mängelrechte i.S.v. Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA 118 – namentlich zur Ersatzvornahme i.S.v. Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 Satz 2 – ermächtigen, liegt beim Besteller. Auch für den Umfang der einzelnen Mängelbehebungskosten trägt der Besteller die Beweislast (Art. 8 ZGB).

3. Würdigung

3.1. Mängelrüge

Mit E-Mail-Nachricht vom 6. Juni 2018 teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie habe fünf Zimmer kontrolliert und dabei überall Risse entdeckt (act. 12/24). Mit Schreiben vom 20. Juli 2018 hielt die Beklagte "zur Wahrung unserer Rechte" alle bisher entdeckten Mängel fest und behielt sich weitere Mängelrügen vor. Zum einen rügte sie die "in der ganzen Überbauung vorhandenen Risse an den Wänden" und zum anderen die Mängel bei den heruntergehängten Gipsdecken, wo die "Plattenfugen der Gipsbeplankungen nicht der regulären Baukunst entsprechen" würden (act. 12/3).

Betreffend die Risse kann die Mängelrüge als genug substantiiert erachtet werden. Offensichtlich konnte die Klägerin trotz der rudimentären Mängelbeschreibung erkennen, was an ihrem Werk beanstandet wurde. Dies zeigt sich im Schreiben vom 26. Juli 2018, in welchem die Klägerin Bezug auf die gerügten Risse nimmt und auf zwei Gutachten verweist, welche sich mit den Rissen befassen würden (act. 12/9). Die beiden Gutachten liegen auch im Recht und beinhalten als Fragestellung ausdrücklich die "Beurteilung Rissbildung an Wänden" (act. 12/11 S. 2; act. 12/12). Ebenso wurde die Rügefrist ohne Weiteres eingehalten.

Was die Mängel bei den heruntergehängten Gipsdecken anbelangt, ist jedoch der Klägerin zu folgen, wonach diese nicht rechtsgenügend gerügt wurden. Weder im Schreiben vom 20. Juli 2018 (act. 12/3) noch auf ausdrückliche Nachfrage der

Klägerin (12/9 S. 1) führte die Beklagte konkret aus, inwiefern die betreffende Arbeit nicht der regulären Baukunst entsprochen habe. Es fehlt auch eine Bezeichnung der Lage der behaupteten Mängel. Selbst in ihren Rechtsschriften macht die Beklagte keine diesbezüglichen Ausführungen. Es trifft auch nicht zu, dass die zwei von der Klägerin eingereichten Privatgutachten sich mit dieser Frage beschäftigen würden. Somit erfolgte in Bezug auf die heruntergehängten Gipsdecken keine wirksame Rüge. Darauf ist bei der Prüfung der Ersatzvornahmekosten zurückzukommen.

3.2. Frist zur Nachbesserung

Wie oben ausgeführt, muss die Beklagte behaupten und beweisen, der Klägerin für sämtliche der geltend gemachten Mängel Frist zur Nachbesserung angesetzt zu haben. Ferner muss sie behaupten und beweisen, dass die Klägerin ihr Nachbesserungsrecht verwirkt hatte und sie damit berechtigt gewesen war, zur Ersatzvornahme i.S.v. Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 Satz 2 SIA-Norm 118 zu schreiten.

Dies gelingt der Beklagten nicht. Sie weist nicht nach, dass die Klägerin die Mängelbeseitigung endgültig verweigert oder das Vorliegen der Mängel oder ihrer Mängelhaftung strikte bestritten hatte. Der Umstand, dass die Klägerin ihre Arbeit aufgrund ausstehender Zahlungen eingestellt hatte, stellt keine Weigerung dar, allfällige Mängel zu beheben, ebenso wenig die klägerische Aufforderung am 10. Juli 2018 an die Beklagte, ihr einen Betrag von mindestens CHF 175'000.– zu überweisen, damit die Arbeiten wieder aufgenommen würden (act. 36 S. 30 lit. b; act. 3/24). Auch aus der Vertragsauflösung kann die Beklagte keine Verweigerung von Mängelbeseitigungsarbeiten ableiten (act. 36 S. 32 lit. d).

Nachdem die Klägerin die Werkverträge aufgelöst hatte, forderte die Beklagte sie mit Schreiben vom 20. Juli 2018 bloss auf, ihr bis am 26. Juli 2018 mitzuteilen, ob sie "die Arbeiten nachbessern und die Mängel beseitigen" wolle (act. 12/3). Daraufhin hielt die Klägerin mit Schreiben vom 26. Juli 2018 fest, bereit zu sein, Mängel nachzubessern, sofern die behauptete Mangelhaftigkeit des Werks mittels Expertise festgestellt worden sei (act. 3/30 S. 2). Darin wird deutlich, dass die

Klägerin nicht von der Mangelhaftigkeit ihrer Arbeiten ausging, diese aber keineswegs strikte bestritt und auch eine Mängelbeseitigung nicht verweigerte.

Die Beklagte hätte der Klägerin daraufhin eine konkrete Nachbesserungsfrist ansetzen müssen. Darauf verzichtete sie jedoch und schritt unberechtigterweise sogleich zur Ersatzvornahme. Somit handelte die Beklagte auf eigene Kosten und Gefahr, als sie die behaupteten Mängel durch Dritte beseitigen liess. Die von ihr geltend gemachte Verrechnungsforderung besteht somit nicht. Doch selbst wenn die Beklagte der Klägerin eine Nachbesserungsfrist angesetzt hätte, vermöchte die Beklagte keine Verrechnungsforderung darzutun, wie nachfolgend aufzuzeigen ist.

3.2.1. Ersatzvornahmekosten

Selbst wenn die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme erfüllt gewesen wären, könnte die Beklagte die mutmasslichen Kosten für die Drittverbesserung nicht von der Klägerin zurückverlangen. Dafür wäre notwendig, dass die Beklagte die Ersatzvornahmekosten substantiiert und nachvollziehbar darlegen und belegen würde. Dies gelingt ihr indes nicht.

Die Beklagte beschränkt sich darauf, pauschal auf ins Recht gelegte Rechnungen, Rapporte und Offerten von angeblich mit Ersatzvornahmen betrauten Drittunternehmen zu verweisen, um ihre Ersatzvornahmekosten darzutun (act. 36 S. 48 f. lit. b; act. 12/14-19). Dabei unterlässt sie es, den Zusammenhang zwischen den geltend gemachten Mängeln, den diesbezüglich angefallenen Arbeiten und den damit verbundenen Kosten zu behaupten. Die Beklagte legt nicht dar, welche Arbeiten und Kosten für die Sanierung welcher konkreter Mängel angefallen sind. Die Beklagte macht nicht einmal Ausführungen dazu, welche Sanierungsarbeiten die Rissbildungen und welche die heruntergehängten Gipsdecken betreffen sollten.

Aufgrund der mangelhaften Substantiierung und des Prinzips der Beweisverbindung kann für die Urteilsbegründung nicht auf die genannten Beweismittel abgestellt werden (act. 12/14-19). Wegen der mangelhaften Behauptung der Klägerin

kann auch das von der Beklagten offerierte Gutachten nicht eingeholt werden, welches unter anderem die angeblich durch die Klägerin verursachten Mängel und Schäden erfassen, substantiieren, quantifizieren und beziffern soll. Auch die gemäss der Beklagten von diesem Gutachten zu klärende Frage, welche Konsequenzen die unterlassene Einbringung des Panzergewittergewebes auf die Rissbildung hatte, ist nach dem Gesagten nicht von Relevanz. Der beklagtische Beweisanspruch ist somit vollumfänglich abzuweisen (act. 11 S 28 f. lit. b; act. 36 S. 12 f. lit. j und S. 26 lit. i).

3.3. Fazit

Der Beklagten besteht gestützt auf Mängelbehebungskosten keine Verrechnungsforderung gegenüber der Klägerin zu.

4. Schäden

4.1. Rechtliches

Begeht der Unternehmer anlässlich der Herstellung oder Ablieferung seines Werks eine unerlaubte Handlung, so kommt nicht die vertragliche Haftung, sondern die Deliktshaftung nach Art. OR 41 ff. zur Anwendung. Die Haftung nach Art. 41 OR setzt kumulativ einen Schaden, einen natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang zwischen schädigendem Verhalten und Schaden, Widerrechtlichkeit der Schädigung und ein Verschulden des Schädigers voraus. Die Beweislast für diese Voraussetzungen trägt der Geschädigte (BSK OR I-KESSLER, 7. Auflage, Basel 2020, Art. 41 N 54).

4.2. Parteivorbringen

Die Beklagte führt aus, die Klägerin habe extreme Verunreinigungen in den Aufzugsschächten verursacht, weshalb diese speziell hätten gereinigt werden müssen. Zudem hätten einige Lifteile sogar ersetzt werden müssen. Der Gesamtschaden belaufe sich auf CHF 12'954.75 (act. 11 S. 17 lit. f; act. 36 S. 44).

Die Klägerin bestreitet, für die Verunreinigung verantwortlich zu sein. Darüber hinaus reiche die Beklagte auch nur Offerten für die Reinigung und keine Rech-

nungen und Zahlungsbelege ein. Es werde daher bestritten, dass die Beklagte die Arbeiten überhaupt habe ausführen lassen und danach bezahlt habe. Zudem lägen zwei Offerten für dieselben Reinigungsarbeiten im Recht, wobei diese sicher nicht zwei Mal durchgeführt worden seien (act. 28 Rz 74).

4.3. Würdigung

Die Beklagte reicht zwei Nachtragsofferten ein, eine über CHF 9'806.30 und eine über CHF 3'148.45 (act. 12/20 und act. 12/21). Der Klägerin ist indes darin zuzustimmen, dass dadurch nicht belegt ist, dass die offerierten Arbeiten auch tatsächlich zum offerierten Preis durchgeführt wurden. Dafür hätte die Beklagte einen Zahlungsnachweis oder zumindest eine Rechnung des mit der Arbeit beauftragten Unternehmens einreichen müssen. So muss offen bleiben, ob und in welcher Höhe der Beklagten tatsächlich ein Schaden entstanden ist.

Der Klägerin gelingt es daher nicht, eine Verrechnungsforderung aufgrund eines Schadenersatzanspruches darzutun.

5. Ergebnis

Der Beklagten gelingt es nicht darzutun und zu beweisen, dass ihr aus Mängel- und Deliktshaftung eine Verrechnungsforderung gegenüber der Klägerin zusteht.

IV. Prüfung der definitiven Eintragung

1. Eintragungsvoraussetzungen im Überblick

Die Klägerin beantragt die definitive Eintragung des auf dem Grundstück der Beklagten bereits vorgemerkten Bauhandwerkerpfandrechts. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziffer 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines solchen Grundpfandrechts für die Forderungen der Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Der Anspruch richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks. Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen und kann nicht verlangt werden, wenn der

Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet. Für einen Eintrag muss die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt sein (Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB).

Nachfolgend sind die vorgenannten Eintragungsvoraussetzungen sowohl in grundsätzlicher Hinsicht (Passivlegitimation, Pfandobjekt, keine hinreichende Sicherheitsleistung, pfandberechtigte Leistungen, Eintragsfrist) als auch im Quantitativen (Höhe Pfandsumme) zu prüfen. Die Beweislast für das Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen trägt gestützt auf Art. 8 ZGB die Klägerin. Nur wenn die Eintragungsvoraussetzungen kumulativ gegeben sind, ist das zuständige Grundbuchamt zur definitiven Eintragung der Pfandrechte anzuweisen.

2. Passivlegitimation und Pfandobjekt

Die Beklagte ist unstrittig Alleineigentümerin des streitgegenständlichen Grundstücks, welches im Verfahren das Pfandobjekt bildet (act. 3/4). Damit ist die Beklagte passivlegitimiert

3. Keine Leistung einer hinreichenden Sicherheit

Das Pfandrecht darf nur eingetragen werden, wenn für die angemeldete Forderung keine "hinreichende Sicherheit" geleistet worden ist (Art. 893 Abs. 3 ZGB). Keine der Parteien brachte vor, dass eine solche geleistet worden sein könnte. Damit ist unbestritten, dass die Beklagte für die angemeldete Forderung keine hinreichende Sicherheit geleistet hat.

4. Pfandberechtigte Leistungen

Pfandberechtigt sind gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB Arbeitsleistungen zur Herstellung eines Bauwerks. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass die Gipsarbeiten, welche die Klägerin erbracht hat, solche pfandberechtigte Leistungen darstellen (act. 1 Rz 6; act. 11 S. 40).

5. Eintragungsfrist

5.1. Rechtliches

Gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB hat die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen. Dabei handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, die weder unterbrochen noch erstreckt werden kann. Sie wird nur dadurch gewahrt, dass das Pfandrecht innert Frist im Grundbuch eingetragen wird, wobei bereits die Einschreibung der Anmeldung der vorläufigen Grundbucheintragung in das Tagebuch des Grundbuchamtes genügt (Art. 76 Abs. 3 GBV i.V.m. Art. 961 Abs. 1 Ziffer 1 ZGB; Art. 972 Abs. 2 ZGB; SCHUMACHER, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 3. A., 2016, Art. 839 N 2 [CHK-SCHUMACHER]).

Die Vollendung der Arbeit entspricht nicht der endgültigen Erfüllung des Werkvertrags. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten Bauarbeiten bereits dann als vollendet, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrags sind und zusammen ein funktionelles Ganzes bilden, ausgeführt sind. (BGE 125 III 113 E. 2b). Überdies beginnt die Eintragungsfrist in Ausnahmefällen ohne oder schon vor Abschluss der letzten Vollendungsarbeit. Ersteres ist der Fall, wenn aufgrund eines Konkurses oder Vertragsrücktritts der Unternehmer sichere Erkenntnis hat, dass er keine weiteren Bauarbeiten mehr zu leisten hat (CHK-SCHUMACHER, a.a.O., Art. 839 N 11; BGE 102 II 208 = Pra 65 [1976] Nr. 220, E. 1a). Im Falle eines Rücktritts des Unternehmers steht am Tag seiner Rücktrittserklärung fest, dass er keine weiteren Bauarbeiten mehr erbringen wird. In diesem Falls löst daher die Abgabe seiner Rücktrittserklärung den Beginn der Viermonatsfrist aus. Bekundet der Unternehmer seinen Rücktritt durch konkludentes Verhalten, indem er wegen Zahlungsverzug des Bauherrn die Bauarbeiten endgültig einstellt, löst die Arbeitseinstellung den Fristbeginn aus (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. A., 2008, Rz 1125).

5.2. Parteivorbringen

Die Klägerin führt aus, sie habe die letzten Arbeiten am 6. bzw. 11. Juli 2018 geleistet, was sich aus ihren Stundenlisten ergebe. Die Viermonatsfrist sei daher eingehalten worden sei (act. 1 Rz 61).

Die Beklagte behauptet, die Klägerin habe am 3. Juli 2018 verkündet, die Arbeiten einzustellen. Ihre letzten Arbeiten habe sie am 15. Juni 2018 erledigt. Da ihr Gesuch um vorsorgliche Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts vom 17. Oktober 2018 datiere, habe sie die gesetzliche Frist versäumt (act. 11 S. 39).

5.3. Würdigung

Wie oben erläutert, ist im Falle einer Vertragsauflösung nicht von Belang, wann die Unternehmerin ihre letzten Arbeiten geleistet hat, sondern es ist auf die Rücktrittserklärung abzustellen. Den Rücktritt von den Werkverträgen erklärte die Klägerin am 12. Juli 2018 (act. 3/24), womit die Viermonatsfrist ab diesem Datum zu laufen begann. Doch selbst wenn auf den 3. Juli 2018 – Datum der Ankündigung des Rücktritts durch die Klägerin und Erklärung der Arbeitseinstellung (act. 3/23) – abgestellt würde, wäre die Viermonatsfrist gewahrt, da das streitgegenständliche Bauhandwerkerpfandrecht am 19. Oktober 2018 vom Grundbuchamt G._____ zur vorläufigen Eintragung vorgemerkt wurde (act. 3/5).

6. Quantitativ: Höhe der Pfandsumme

Unter Bezugnahme auf die vorstehenden Erwägungen ist die Klage im Umfang von CHF 153'815.65 gutzuheissen. Davon entfällt der Betrag von CHF 3'016.– auf unberechtigten Skonto, welcher im Summarverfahren noch nicht geltend gemacht wurde und daher nicht Bestandteil der Pfandsumme ist. Die definitiv einzutragende Pfandsumme beträgt somit CHF 150'799.65 zuzüglich Zins zu 5 % seit 30. September 2018.

7. Fazit

Das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht ist im Umfang von CHF 150'799.65 zuzüglich Zins zu 5 % seit 30. September 2018 definitiv einzutragen und im Mehrbetrag zu löschen. Das Grundbuchamt G._____ ist entsprechend anzuweisen.

V. Prozesskosten des Summarverfahrens

Die Klägerin verlangt in Ziffer 3 ihres Rechtsbegehrens, es seien die Gerichtskosten des summarischen Verfahrens betreffend vorläufiger Vormerkung des Bauhandwerkerpfandrechts der Beklagten aufzuerlegen, und der Klägerin sei für die von ihr bezogenen Kosten ein Rückgriffsrecht gegen die Beklagte einzuräumen. Zudem sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 5'150.– zu bezahlen.

Diesem Begehren ist nicht stattzugeben, da das Handelsgericht des Kantons Aargau mit dem mittlerweile rechtskräftigen Urteil vom 29. November 2018 bereits im Sinne der Klägerin entschieden hat. So hat es die Gerichtskosten des Verfahrens zur vorläufigen Eintragung des streitgegenständlichen Bauhandwerkerpfandrechts in der Höhe von CHF 4'000.– der Beklagten auferlegt und die Beklagte verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 5'150.– zu bezahlen. Vorbehalten hat das Handelsgericht des Kantons Aargau einen abweichenden Kostenentscheid im ordentlichen Verfahren, falls dieses "vor dem Handelsgericht" stattfindet (act. 3/5 S. 10).

Der Entscheid ist unbestrittenermassen in Rechtskraft erwachsen und kann von der Klägerin jederzeit vollstreckt werden (act. 1 Rz 6; act. 11 S. 5). Die Parteien gehen zu Unrecht davon aus, dass das hiesige Handelsgericht einen abweichenden Kostenentscheid treffen könnte. Dies wäre nur dem Handelsgericht des Kantons Aargau möglich gewesen.

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Gerichtsgebühr

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG).

Gemäss Praxis des Handelsgerichts sind die beiden klägerischen Begehren – Werklohnforderungsklage und Begehren um definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts – zur Streitwertbestimmung infolge des erhöhten wirtschaftlichen Wertes des Streitgegenstandes im Sinne von Art. 93 Abs. 1 ZPO zusammenzurechnen, da sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Verfügung des Handelsgerichts HG160127-O vom 20. Juli 2016; BGer 4D_30/2009 vom 1. Juli 2009 E. 1.1; OGer ZH RB130014 E. 2.4; SCHUMACHER, in: BR 3/2014 S. 163; DIGGELMANN, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 93 N 1).

Forderungen, die zur Verrechnung mit den Ansprüchen der Gegenpartei erhoben werden, sind bei der Streitwertberechnung nicht zu beachten (BGE 102 II 397 E. 1a). Die beklagliche Verrechnungsforderung ist daher nicht streitwertrelevant. Ebenso wenig werden Kosten des laufenden Verfahrens zum Streitwert hinzurechnet. Dazu gehören etwa die Kosten eines Schlichtungsverfahrens und die Kosten vorausgegangener Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen (BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, a.a.O., Art. 91 N 5). Daher sind die Gerichtskosten des Summarverfahrens vor dem Handelsgericht des Kantons Aargau (act. 3/5) nicht zum Streitwert hinzuzurechnen. Der Streitwert ist vorliegend somit auf CHF 707'883.75 zu beziffern.

Aufgrund des Umstands, dass es sich vorliegend um einen komplexen und aufwändigen Fall handelt, ist die Grundgebühr gemäss § 4 Abs. 2 GebV OG um die Hälfte zu erhöhen. Andererseits ist aufgrund des Zusammenhangs der Ziffern 1 und 2 des klägerischen Begehren, welche eine gewisse Vereinfachung des Ver-

fahrens mit sich bringt, die Gerichtsgebühr um einen Viertel zu reduzieren. Insgesamt ist die Grundgebühr daher um einen Viertel zu erhöhen und die Gerichtsgebühr auf rund CHF 30'000.– festzusetzen.

2. Kostenverteilung

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess festzulegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

Ziffer 1 des klägerischen Rechtsbegehrens ist im Umfang von CHF 153'815.65 gutzuheissen, Ziffer 2 im Umfang von CHF 150'799.65. Die Klage ist daher im Umfang von CHF 304'615.30 gutzuheissen, was einem Anteil von 43 % entspricht. In diesem Umfang hat die Beklagte die Prozesskosten zu übernehmen. Im restlichen Umfang ist die Klage abzuweisen, was zu einem Obsiegen der Beklagten im Umfang von 57 % führt. Entsprechend dem Verhältnis des Obsiegens hat die Klägerin einen Betrag von CHF 17'000.– und die Beklagte einen von CHF 13'000.– zu übernehmen.

3. Parteientschädigung

Bei teilweisem Obsiegen erfolgt gleichermassen die Zusprechung einer Parteientschädigung nach den Regeln von Art. 106 Abs. 2 ZPO, d.h. die gegenseitigen Entschädigungspflichten sind einander in Bruchteilen gegenüberzustellen und bis zum kleineren Bruchteil zu verrechnen. Wie eben erwogen, obsiegt die Beklagte zu 57 % und die Klägerin zu 43 %. Verrechnet man die prozentualen Ansprüche der Parteien auf eine Parteientschädigung, so erhält die Beklagten noch rund 14 % der Parteientschädigung.

Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Grundlage für die Festsetzung der Höhe der Parteientschädigung bildet in erster Linie der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV), aufgrund dessen die Grundgebühr berechnet wird

(§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Die so ermittelte Gebühr deckt den Aufwand für die Erarbeitung einer Rechtsschrift und die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Gebühr berechnet (§ 11 Abs. 2 AnwGebV).

Vorliegend hat die Beklagte nach dem ersten Schriftenwechsel an einer Vergleichsverhandlung teilgenommen und mit der Duplik (act. 36) eine weitere Rechtsschrift eingereicht. Unter weiterer Berücksichtigung der Synergie zwischen Rechtsbegehren 1 und 2 ist die Grundgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 11 AnwGebV um einen Drittel auf rund CHF 36'024.– zu erhöhen. Die von der Klägerin zu bezahlende Parteientschädigung ist sodann im Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens der Parteien auf CHF 5'000.– festzulegen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 153'815.65 zuzüglich Zins zu 5 % auf den Betrag von CHF 150'799.65 seit 30. September 2018 und Zins zu 5 % auf den Betrag von CHF 3'016.– seit 28. Februar 2019 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt G._____ wird angewiesen, nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist das aufgrund des Entscheids des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 29. November 2018 zugunsten der Klägerin auf dem Grundstück der Beklagten, Grundstück-Nr. 1, E-GRID CHF 3, D._____ -strasse, C._____, für eine Pfandsumme von CHF 336'548.05 zuzüglich Zins zu 5% seit 30. September 2018 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht auf den Betrag von CHF 150'799.65 zuzüglich Zins zu 5 % seit 30. September 2018 zu reduzieren und in diesem Umfang definitiv einzutragen.

Im weitergehenden Umfang ist das vorläufig eingetragene Pfandrecht zu löschen.

3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 30'000.–.
4. Die Kosten werden der Klägerin in der Höhe von CHF 17'000.– und der Beklagten in der Höhe von CHF 13'000.– auferlegt und vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Klägerin wird im Umfang von CHF 13'000.– das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von CHF 5000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist im Dispositivauszug gemäss Ziffer 2 an das Grundbuchamt G._____.
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 beträgt CHF 707'883.75.

Zürich, 2. Dezember 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Leonard Suter