



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, und Oberrichterin Flurina Schorta, Handelsrichter Ruedi Kessler, Bernhard Lauper und Jakob Haag sowie Gerichtsschreiber Dr. Andreas Baeckert

Urteil vom 22. August 2023

in Sachen

A._____ Bau AG ... [Ortschaft],
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 Rz. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten der Klägerin CHF 147'549.00 nebst Verzugszins zu 5 % p.a. seit 15. November 2019 zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten der Klägerin CHF 43'080.00 nebst Verzugszins zu 5 % seit dem 09. Januar 2020 der Klägerin zu bezahlen.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten der Klägerin CHF 226'170.00 nebst Verzugszins zu 5 % seit dem 03. Juni 2020 der Klägerin zu bezahlen
4. Die Beklagte sei zu verpflichten der Klägerin CHF 158'375.69 nebst Verzugszins zu 5 % p.a. seit 7. November 2020 zu bezahlen.
5. Die Beklagte sei zu verpflichten der Klägerin CHF 538'000.00 nebst Verzugszins zu 5 % p.a. seit 18. Januar 2021 zu bezahlen.
6. Die Beklagte sei zu verpflichten der Klägerin CHF 6'103.40 nebst Verzugszins zu 5 % p.a. seit 5. August 2021 zu bezahlen.
7. Die Beklagte sei zu verpflichten der Klägerin CHF 26'925.00 nebst Verzugszins zu 5 % p.a. seit 5. August 2021 zu bezahlen.
8. Die Beklagte sei zu verpflichten der Klägerin CHF 3'264.25 nebst Verzugszins zu 5 % p.a. seit 5. August 2021 zu bezahlen.
9. Die Beklagte sei zu verpflichten der Klägerin CHF 410'400.00 nebst Verzugszins zu 5 % p.a. seit 5. August 2021 zu bezahlen.
10. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten."

Inhaltsverzeichnis

Sachverhalt und Verfahren	7
A. Sachverhaltsübersicht	7
a. Parteien und ihre Stellung	7
b. Prozessgegenstand	7
B. Prozessverlauf	8
Erwägungen	9
I. Formelles	9
1. Örtliche und sachliche Zuständigkeit	9
2. Objektive Klagenhäufung	9
3. Weitere Eingaben der Parteien	9
4. Zivilprozessuale Grundsätze	11
4.1. Behauptungs- und Substantiierungslast	11
4.2. Behauptung und Substantiierung durch Verweisung auf Beilagen	12
4.3. Allgemeine Beweisofferten und allgemeine Bestreitungen	13
II. Materielles	13
1. Offene Teilzahlungen Pauschalpreis (Rechtsbegehren 1-5)	13
1.1. Ausgangslage	13
1.2. Anhang A zur Vergleichsvereinbarung vom 22. Mai 2019	16
1.2.1. Standpunkte der Parteien	16
1.2.2. Rechtliches	17
1.2.3. Würdigung	18
1.3. Vollendung, Ablieferung bzw. Abnahme des Werks	19
1.3.1. Unbestrittener Sachverhalt	19
1.3.2. Standpunkte der Parteien	19
1.3.3. Rechtliches	20
1.3.4. Würdigung	21
1.4. Zahlung von CHF 147'549.– für "Oberflächenbeton" und "Einfahrt" (Rechtsbegehren 1)	23
1.4.1. Unbestrittener Sachverhalt	23
1.4.2. Standpunkte der Parteien	23
1.4.3. Würdigung	24
1.4.4. Fazit	25
1.5. Zahlung von CHF 43'080.– für "Fertigstellungs- und Mängelbehebungsarbeiten" (Rechtsbegehren 2)	25
1.5.1. Unbestrittener Sachverhalt	25
1.5.2. Standpunkte der Parteien	25
1.5.3. Würdigung	26
1.5.4. Fazit	26
1.6. Zahlung von CHF 226'170.– für "Sturz Garageneinfahrt" (Rechtsbegehren 3)	26
1.6.1. Unbestrittener Sachverhalt	26
1.6.2. Standpunkte der Parteien	27
1.6.3. Würdigung	28

1.6.4. Fazit	29
1.7. Zahlung von CHF 158'375.69 für "Doku" (Rechtsbegehren 4)	30
1.7.1. Unbestrittener Sachverhalt	30
1.7.2. Standpunkte der Parteien	30
1.7.3. Würdigung	30
1.7.4. Fazit	31
1.8. Zahlung von CHF 538'000.– für "Schlusszahlung" (Rechtsbegehren 5)	31
1.8.1. Unbestrittener Sachverhalt	31
1.8.2. Standpunkte der Parteien	32
1.8.3. Rechtliches	33
1.8.4. Würdigung	34
1.8.5. Fazit	38
1.9. Zusammenfassung	39
2. Nachtragsarbeiten (Rechtsbegehren 6-9)	39
2.1. Rechtliches	40
2.1.1. Pauschalpreisverträge	40
2.1.2. Anspruch auf Mehrvergütung bei Bestellungsänderungen (Art. 84 ff. SIA-Norm 118)	40
2.1.2.1. Durch Bestellungsänderung (aufgrund einer zusätzlichen Vereinbarung oder kraft einseitigen Bestellungsänderungsrechts des Bauherrn) ändert sich der Inhalt der vom Unternehmer ursprünglich geschuldeten Leistung (SCHUMACHER/KÖNIG, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Rz. 338). Grundsätzlich hat der Unternehmer gestützt auf Art. 84 ff. SIA-Norm 118 Anspruch auf Ersatz der damit verbundenen Mehrkosten (GAUCH, Der Werkvertrag, N 768).	40
2.1.3. Schriftlichkeitsvorbehalt	41
2.2. Zahlung von CHF 6'103.40 für "Nachtrag Nr. 49" (Rechtsbegehren 6)	42
2.2.1. Standpunkte der Parteien	42
2.2.2. Würdigung	42
2.2.3. Fazit	43
2.3. Zahlung von CHF 26'925.– für "Vorhalten Absturzsicherung" (Rechtsbegehren 7)	43
2.3.1. Unbestrittener Sachverhalt	43
2.3.2. Standpunkte der Parteien	43
2.3.3. Würdigung	44
2.3.4. Fazit	45
2.4. Zahlung von CHF 3'264.25 für "Kranarbeiten" (Rechtsbegehren 8)	45
2.4.1. Unbestrittener Sachverhalt	45
2.4.2. Standpunkte der Parteien	45
2.4.3. Würdigung	46
2.4.4. Fazit	47
2.5. Zahlung von CHF 410'400.– für "Abdichtungsarbeiten" (Rechtsbegehren 9)	48
2.5.1. Unbestrittener Sachverhalt	48
2.5.2. Standpunkte der Parteien	48
2.5.3. Würdigung	49

2.5.4. Fazit	50
3. Gegenforderungen der Beklagten	50
3.1. Verrechnung und Verrechnungserklärung	50
3.1.1. Rechtliches	50
3.1.2. Würdigung	51
3.2. Bestand der Verrechnungsforderungen	53
3.2.1. Rechtliches	53
3.2.1.1. Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR bzw. Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118	53
3.2.1.2. Angemessenheit der Verbesserungsfrist	54
3.3. Mehrkosten aus Ersatzvornahme "Betonkosmetik"	55
3.3.2. Würdigung	56
3.3.3. Fazit	61
3.4. Kosten aus Fertigstellungsarbeiten "Fugen in Decken von 19 Geschossen"	62
3.4.1. Standpunkte der Parteien	62
3.4.2. Würdigung	63
3.4.3. Fazit	64
3.5. Mehrkosten aus "Sanierung Garageneinfahrt"	64
3.5.1. Standpunkte der Parteien	64
3.5.2. Würdigung	65
3.5.3. Fazit	67
3.6. Kosten aus Ersatzvornahme "Wassereintritte im Traforaum"	67
3.6.1. Standpunkte der Parteien	67
3.6.2. Würdigung	68
3.6.3. Fazit	69
3.7. Mehrkosten aus absehbarer Ersatzvornahme "Wassereintritt am Brandschutztor"	70
3.7.1. Standpunkte der Parteien	70
3.7.2. Würdigung	70
3.7.3. Fazit	72
3.8. Mehrkosten aus Ersatzvornahmen "weitere Wassereintritte"	73
3.8.1. Standpunkte der Parteien	73
3.8.2. Würdigung	73
3.8.3. Fazit	74
3.9. Diverse Mehrkosten aus der Nicht- bzw. Schlechterfüllung der Klägerin	74
3.9.1. Standpunkte der Parteien	74
3.9.2. Würdigung	74
3.9.3. Fazit	75
3.10. Mehrkosten für Bauleitung infolge Ersatzvornahmen	76
3.10.1. Standpunkte der Parteien	76
3.10.2. Würdigung	76
3.10.3. Fazit	76
3.11. Schadenersatzanspruch aus Betriebsstörung der Q. _____ AG	76
3.11.1. Standpunkte der Parteien	76
3.11.2. Würdigung	77
3.11.3. Fazit	79
4. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen	79

5.	Kosten- und Entschädigungsfolgen	80
5.1.	Gerichtskosten.....	80
5.2.	Parteientschädigung	81

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C._____. Sie bezweckt den Betrieb einer Bauunternehmung (act. 3/2).

Bei der Beklagten handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D._____, die laut Handelsregister das [...] bezweckt. Bei Klageeinleitung firmierte sie noch unter B'._____ AG (act. 3/3; act. 48/53).

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin führte für die Beklagte Baumeisterarbeiten am Projekt B'._____ Tower, E._____ -strasse 1-5 in F._____, aus. Mit der vorliegenden Klage macht sie gestützt auf den Werkvertrag vom 4./6. Oktober 2017 sowie die Vergleichsvereinbarung vom 22. Mai 2019 offene Werklohnforderungen in der Höhe von insgesamt CHF 1'559'867.34 geltend. Nach Darstellung der Klägerin seien alle vertraglich vereinbarten Arbeiten erbracht und abgeschlossen. Die Beklagte schulde einerseits noch einen Teil des vereinbarten Pauschalpreises für die im Zahlungsplan in Anhang A zur Vergleichsvereinbarung vom 22. Mai 2019 aufgelisteten und erbrachten Leistungen (Rechtsbegehren 1-5; s. Erw. II.1) und andererseits weitere zusätzliche Vergütungen für Nachtragsarbeiten, die separat in Auftrag gegeben worden und zu entschädigen seien (Rechtsbegehren 6-9; s. Erw. II.2).

Die Beklagte räumt ein, dass die Forderungen gemäss Anhang A zur Vergleichsvereinbarung vom 22. Mai 2019 (Rechtsbegehren 1-5) noch nicht beglichen seien, jedoch wendet sie ein, die Klägerin habe ihrerseits die entsprechenden Leistungen noch nicht (vollständig) erbracht. Sie bestreitet ihre Zahlungsverpflichtung teilweise mangels Erfüllung sowie teilweise mangels Fälligkeit (s. Erw. II.1). Zudem stellt sie sich auf den Standpunkt, hinsichtlich der geltend gemachten Nachtragsarbeiten (Rechtsbegehren 6-9; s. Erw. II.2) handle es sich um Leistungen, die entweder ebenfalls vom Pauschalpreis umfasst oder die von der Beklagten, infolge des vereinbarten Schriftlichkeitsvorbehalts, nicht rechtsgenüchlich bestellt worden seien.

Insgesamt seien sämtliche Forderungen unbegründet bzw. durch Aufrechnung von Aufwendersatzansprüchen infolge berechtigter Ersatzvornahme bzw. Verrechnung untergegangen. Die Beklagte schliesst damit auf Abweisung der Klage, eventualiter erklärt sie die Verrechnung mit ihr zustehenden Gegenforderungen (s. Erw. II. 3).

B. Prozessverlauf

Am 4. August 2021 (Datum Klageschrift und Poststempel) reichte die Klägerin die Klageschrift samt Beilagen ein (act. 1; act. 3/2-25). Nach Eingang des von der Klägerin verlangten Kostenvorschusses in der Höhe von CHF 36'500.– und Einreichung einer aktuellen Vollmacht wurde der Beklagten mit Verfügung vom 3. September 2021 Frist zur Klageantwort angesetzt (act. 9), die sie am 8. November 2021 erstattete (act. 11; act. 13/1-37). Mit Verfügung vom 10. November 2021 wurde die Leitung des vorliegenden Prozesses an Oberrichterin lic. iur. Flurina Schorta als Instruktionsrichterin delegiert (act. 14).

Nach Durchführung der Vergleichsverhandlung am 3. März 2022, anlässlich derer keine Einigung erzielt wurde (Prot. S. 8), wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 23). Die Replik datiert vom 23. Mai 2022 (act. 25; act. 26/13, 26-45). Die Beklagte erstattete ihre Duplik am 31. August 2022 (act. 29; act. 30/1-11). Die Klägerin reichte am 6. Oktober 2022 eine unaufgeforderte Eingabe (genannt "Triplik") ein (act. 33; act. 34/46-52). Die Beklagte nahm zur Eingabe der Klägerin am 2. November 2022 Stellung (act. 36; act. 37/1-9). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

Mit Verfügung vom 22. Mai 2023 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. 39). Die Beklagte erklärte ausdrücklich, eine Hauptverhandlung durchführen zu wollen (act. 41). Die Klägerin liess sich nicht vernehmen. Am 12. Juni 2023 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung vorgeladen (act. 43). Die Beklagte reichte am 10. Juli 2023 (Datum Poststempel) eine unaufgeforderte Stellungnahme samt Beilagen ein (act. 44; act. 45/1-4), welche der Klägerin mit dem Hinweis, dass an der Hauptverhandlung dazu Stellung genommen werden könne, weitergeleitet wurde (act. 46).

Die Hauptverhandlung fand am 22. August 2023 statt, wobei beide Parteien je zwei Parteivorträge hielten (Prot. S. 18 f.; act. 47; act. 48/53-55). Ebenfalls wurde auf die Umfirmierung der Beklagten hingewiesen, was im Rubrum anzupassen ist (vgl. Prot. S. 18; act. 48/53).

Das Verfahren ist spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Auf die Parteivorbringen wird in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen, soweit sich dies als zur Entscheidungsfindung notwendig erweist.

Erwägungen

I. Formelles

1. Örtliche und sachliche Zuständigkeit

Sowohl die örtliche (Art. 17 f. ZPO) als auch die sachliche Zuständigkeit (Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG) des Handelsgerichts des Kantons Zürich sind vorliegend gegeben und von den Parteien unbestritten (vgl. act. 1 Rz. 2; act. 11 Rz. 6).

2. Objektive Klagenhäufung

Die Klägerin klagt neun Forderungen in der Höhe von insgesamt CHF 1'559'867.34 ein. Die objektive Klagenhäufung ist vorliegend zulässig (Art. 90 ZPO).

3. Weitere Eingaben der Parteien

3.1. Beide Parteien haben nach Abschluss des ordentlichen, zweifachen Schriftenwechsels und damit nach Eintritt des Aktenschlusses (vgl. Art. 229 ZPO) weitere (unaufgeforderte) Eingaben eingereicht (act. 33, act. 34/46-52; act. 36, act. 37/1-9) und damit von ihrem unbedingten Replikrecht Gebrauch gemacht, sich zur Eingabe der Gegenseite nochmals zu äussern. Allerdings führt das unbedingte Replikrecht nicht dazu, dass Noven – wozu gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch neue Bestreitungen zählen (BGE 147 III 475 E. 2.3.3.6) – nochmals unbeschränkt vorgebracht werden können; diesbezüglich gelten die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO. Danach sind echte und unechte Noven ohne Verzug vorzu-

bringen. Bei unechten Noven ist gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO zusätzlich erforderlich, dass diese trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten. Das gilt insbesondere auch für die Entgegnung auf sog. Dupliknoven, d.h. neue Tatsachen oder Beweismittel, die von der beklagten Partei (neu) in der Duplik vorgetragen werden. Damit der klagenden Partei der vorgenannte Sorgfaltsnachweis gelingt, ist immerhin unabdingbar, dass die Dupliknoven für diese Noveneingabe *kausal* sind. Erforderlich ist einerseits, dass (erst) die Dupliknoven das Vorbringen der unechten Noven veranlasst haben, andererseits dass die unechten Noven in technischer bzw. thematischer Hinsicht als Reaktion auf die Dupliknoven aufzufassen sind (BGer 4A_70/2019 vom 6. August 2019 E. 2.5.2). Es obliegt derjenigen Partei, welche das Novenrecht beansprucht, substantiiert darzutun, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht erfüllt sind. Sie hat daher insbesondere auszuführen, inwiefern die Verspätung entschuldbar ist, und insbesondere, warum ein früheres Vorbringen nicht möglich war, und worin die von ihr unternommenen Anstrengungen bestanden haben sollen (SCHMID, Das Verfahren vor Handelsgericht: aktuelle prozessuale Probleme, in: ZZZ 42/2017, S. 129, 156 f.; HGer ZH HG190089 vom 3. Mai 2021 E. 2.2; DIKE Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N 15).

3.2. Hinsichtlich der von der Klägerin in ihrer Eingabe vom 6. Oktober 2022 (act. 33; act. 34/46-52) und in ihrem Plädoyer anlässlich der Hauptverhandlung (act. 47; act. 48/53-55) sowie von der Beklagten in ihren Eingaben vom 2. November 2022 (act. 36; act. 37/1-9) und 10. Juli 2023 (act. 44; act. 45/1-4) neu vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel kann grundsätzlich offenbleiben, ob es sich unter Berücksichtigung von Art. 229 Abs. 1 ZPO um zulässige Noven handelt (vgl. auch Erw. 3.7.2.3), zumal sie sich als nicht entscheidrelevant erweisen, weshalb sie ohnehin unberücksichtigt bleiben.

4. Zivilprozessuale Grundsätze

4.1. Behauptungs- und Substantiierungslast

4.1.1. Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung (statt vieler BGer

4A_350/2020 vom 12. März 2021 E. 6.2) einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 144 III 519 E. 5; BGE 127 III 365 E. 2b). Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten. Es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden (BGE 136 III 322 E. 3.4.2). Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Voraussetzung, dass ein Tatsachenvortrag schlüssig ist, sind zunächst dessen Widerspruchsfreiheit und Vollständigkeit.

4.1.2. Nur soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 144 III 519 E. 5; BGE 127 III 365 E. 2b). Eine Partei kann sich nicht mit allgemeinen Behauptungen begnügen, in der Meinung die Begründung ihres Prozesstandpunktes werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben. Die Durchführung eines solchen setzt vielmehr entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus (BGer 5P.210/2005 vom 21. Oktober 2005 E. 4.1; BGer 4P.241/2004 vom 22. März 2005 E. 4).

4.1.3. Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen des Klägers damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss (vgl. Art. 222 Abs. 2 ZPO). Der Grad der Substantiierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substantiierung einer Bestreitung; je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet. Je detaillierter mithin ein Parteivortrag ist, desto höher sind die Anforderungen an eine sub-

stantiierte Bestreitung. Diese sind zwar tiefer als die Anforderungen an die Substantiierung einer Behauptung; pauschale Bestreitungen reichen indessen nicht aus. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird (BGE 141 III 433 E. 2.6). Eine hinreichende Bestreitung lässt die behauptungsbelastete Partei erkennen, welche ihrer Behauptungen sie weiter zu substantiieren und welche Behauptungen sie schliesslich zu beweisen hat. Dagegen ist die beweisbefreite Partei grundsätzlich nicht gehalten, darzutun, weshalb eine bestrittene Behauptung unrichtig sei (BGE 117 II 113 E. 2; BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 191; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 222 N 22).

4.2. Behauptung und Substantiierung durch Verweisung auf Beilagen

Die Tatsachenbehauptungen müssen in der Rechtsschrift selbst dargelegt werden. Tatsachen, die sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtsschrift ergeben, sind vom Gericht im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime nicht zu beachten. Selbst mit einem allgemeinen Verweis in der Rechtsschrift auf eine Beilage oder mit der allgemeinen Erklärung, dass die eingereichten Akten als integrierender Bestandteil der Rechtsschrift gelten, wird der Behauptungslast grundsätzlich nicht genüge getan (BGer 4C.351/2000 vom 20. Juli 2001 E. 5a; BGer 4C.304/2000 vom 9. Mai 2001 E. 2; BSK OR-WILLISEGGER, Art. 221 N 27). Ein Aktenstück kann aber ausnahmsweise dann Teil einer Parteibehauptung sein, wenn in der Rechtsschrift klar referenziert ist, welches Aktenstück bzw. welcher Teil eines Aktenstücks Teil der Behauptung sein soll. Dies ist dann der Fall, wenn der Verweis klar, eindeutig und vollständig ist und die blosser Übernahme der entsprechenden Stelle in der Beilage in die Rechtsschrift einen blossen Leerlauf darstellen würde (SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 55 N 31; vgl. zum Ganzen auch BGer 4A_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1; BGer 4A_443/2017 vom 30. August 2018 E. 2.2.1 f.). Eine solche Verweisung ist aber unzureichend, wenn die im betreffenden Aktenstück enthaltenen Informationen für die Gegenpartei und das Gericht nicht klar oder unvollständig sind oder sie dort noch zusammengesucht werden müssen. Es reicht denn auch nicht aus, dass die Informationen in irgendeiner Form im bezeichneten Dokument vorhanden sind.

Um der Behauptungs- bzw. Substantiierungslast durch Verweisung zu genügen, muss die notwendige Information also klar aus dem betreffenden Dokument hervorgehen und es darf kein Raum für Interpretationen geben. Das betreffende Dokument bzw. der klar referenzierte Teil des Aktenstücks muss alsdann selbsterklärend sein oder die entsprechenden Erklärungen sind ergänzend in den Rechtschriften anzubringen, sodass die darin enthaltenen Informationen – für die Gegenseite und das Gericht – ohne Schwierigkeiten verständlich werden (BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2).

4.3. Allgemeine Beweisofferten und allgemeine Bestreitungen

4.3.1.1. Schliesslich ist in formeller Hinsicht darauf hinzuweisen, dass die von beiden Parteien vorgenommenen allgemeinen Bestreitungshinweise bzw. die allgemeinen Beweisofferten (vgl. act. 1 Rz. 5; act. 11 Rz. 3 f.; act. 25 Rz. 4 f.; act. 29 Rz. 4 ff.) nicht genügen, da sowohl Bestreitungen als auch Beweisofferten von den Parteien einer konkreten Tatsachenbehauptung zugeordnet werden müssen (vgl. BGer 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4; DIKE Komm ZPO-PAHUD, Art. 221 N 17). Die beliebte Floskel, dass alles bestritten sei, was nicht ausdrücklich zugestanden werde, genügt demnach nicht (SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 55 N 27; KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI, Art. 221 N 30).

II. Materielles

1. Offene Teilzahlungen Pauschalpreis (Rechtsbegehren 1-5)

1.1. Ausgangslage

1.1.1. Die Parteien schlossen einen Werkvertrag für die Erstellung von verschiedenen Gebäuden an der E.____-strasse 1 bis 5 in F.____ (sog. B'.____ Tower). Konkret wurde die Klägerin von der Beklagten mit Werkvertrag Nr. 21101 vom 13. September 2017, welcher am 4./6. Oktober 2017 unterzeichnet wurde, mit Baumeisterarbeiten gemäss Offerte 00129_11052017_3 bzw. BKP Nr. 211 (nachfolgend: "Werkvertrag") beauftragt (act. 1 Rz. 6; act. 11 Rz. 13). Gemäss vorgenann-

tem Werkvertrag kommen auf das vorliegende Vertragsverhältnis die Bestimmungen der SIA-Norm 118 zur Anwendung (act. 1 Rz. 6; act. 11 Rz. 13).

1.1.2. Vor Abschluss der Arbeiten kam es zwischen den Parteien zu Differenzen. Zu deren Bereinigung schlossen die Parteien am 22. Mai 2019 eine Vergleichsvereinbarung, im Rahmen welcher die Fortsetzung der Zusammenarbeit geregelt und insbesondere die Erhöhung des im Werkvertrag vom 4./6. Oktober 2017 vereinbarten Werkpreises (Pauschalpreis) von ursprünglich CHF 9'850'000.– auf pauschal CHF 11'600'000.– zzgl. MwSt. vereinbart wurde (act. 1 Rz. 7; act. 11 Rz. 19). Die Vereinbarung enthält zudem den folgenden Anhang A (act. 3/4, S. 4):

ZAHLUNGSPLAN

Paket	Valuta / Meilenstein	Zahlungsplan [CHF], exkl. MwSt.
Sofortzahlung (Erfüllung)	Valuta 24.05.2019	1'077'000.00 ✓
r2		
Decke über 18.OG	Abschalung demontiert	350'000.00 ✓
Decke über 19.OG	Abschalung demontiert	310'000.00 2.2.19 ✓
Kern 19.OG	ausgeschalt	235'000.00 ✓
Überfahrten / 20.OG	ausgeschalt, Treppen gesetzt	125'000.00 15.7.19 ✓
Windschild	demontiert und abtransportiert	30'000.00 ✓
Mauerwerk		30'000.00
Oberflächen Beton	Betonkosmetik abgenommen	130'000.00 15.7.19
r4		
Sturz Garageneinfahrt	Behebung vom Bauing. abgenommen	210'000.00
Einfahrt	Monobeton	7'000.00
Fertigstellungs- und Mängelbehebungsarbeiten	alle Löcher geschlossen	40'000.00
rtg		
Reklame	Fundamente erstellt	7'000.00 ✓
Doku		147'052.64
Abrechnung		
Schlusszahlung	Garantie, Kranloch, Abnahmeprotokolle vorliegend	500'000.00

1.1.3. Die Klägerin bringt im Hauptstandpunkt zusammengefasst vor, es seien noch diverse Teilbeträge des Pauschalpreises gemäss obigem Zahlungsplan offen. Sie

habe alle ihre vertraglich geschuldeten Leistungen gemäss Werkvertrag vom 4./6. Oktober 2017 tadellos erbracht, weshalb die Beklagte ihr nun die noch ausstehende Vergütung schulde. Aufgrund des Eintrittes der Abnahmefiktion seien auch sämtliche Fälligkeiten gemäss "Valuta/Meilenstein" eingetreten (act. 1 Rz. 7, act. 25 Rz. 11). Die Beklagte verweigert die Bezahlung des noch (unbestritten) ausstehenden (Pauschal-)Werkpreises (Rechtsbegehren 1-5) mit der Begründung, die Leistungspakete (Leistungen und Lieferungen der Klägerin) gemäss Anhang A seien mangelhaft (so Rechtsbegehren 1, 2 und 3) bzw. gar nicht (so Rechtsbegehren 4 und 5) erbracht worden, und bestreitet – ebenfalls unter Berufung auf den vorstehenden Anhang A –, dass die Fälligkeit gemäss "Valuta/Meilenstein", welche teilweise besondere Zusatzbedingungen für die Fälligkeit beinhalten würden, eingetreten sei (act. 11 Rz. 8 f.). In einem ersten Schritt ist somit zu prüfen, was die Parteien mit diesem Anhang A vereinbart haben.

1.2. Anhang A zur Vergleichsvereinbarung vom 22. Mai 2019

1.2.1. Standpunkte der Parteien

1.2.1.1. Die Beklagte trägt vor, es habe eine tatsächliche Verständigung dahingehend bestanden, dass im Zahlungsplan die im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung noch nicht erbrachten und gemäss Werkvertrag geschuldeten Leistungen der Klägerin festgehalten worden seien. Es sei vereinbart worden, die jeweilige Bezahlung werde fällig, sobald die unter "Valuta/Meilenstein" aufgeführten Leistungen erbracht worden seien (act. 11 Rz. 8).

1.2.1.2. Der klägerische Standpunkt betreffend den Inhalt von Anhang A zur Vergleichsvereinbarung vom 22. Mai 2019 verbleibt unscharf. So ist nicht restlos klar, ob die Klägerin das geltend gemachte Verständnis der Beklagten betreffend die mit dem Zahlungsplan beabsichtigte Regelung des Anhangs A überhaupt bestreitet. In der Replik macht sie geltend, die Vergleichsvereinbarung sei wegen des Zahlungsverzugs der Beklagten abgeschlossen worden. Mit der Vergleichsvereinbarung sei eine Lösung getroffen worden, die u.a. eine Situation habe schaffen sollen, die einen weiteren Zahlungsverzug der Beklagten habe ausschliessen sollen. *"Mit der Vereinbarung von Zahlungsterminen, welche in der Vergleichsvereinbarung vom*

22. Mai 2019 unter dem Titel «Valuta/Meilenstein» aufgezeichnet wurden, wollten die Parteien eine einfache Lösung." Weiter führt sie aus, "[a]ufgrund des gegebenen Sachverhaltes ergebe sich die Fälligkeit der Restzahlung über CHF 3'198'052.64 plus Mehrwertsteuer. Damit entfalle die Diskussion, ob der Leistungsstand den prozentualen Akontorechnungen entspreche. Damit wurde ein bisheriger Streitpunkt eliminiert. Zudem rechnete die Klägerin mit den Zahlungsterminen aufgrund der angegebenen Sachverhalte mit fristgerechter Bezahlung ihrer ausgeführten Arbeiten." (act. 25 Rz. 11).

1.2.2. Rechtliches

1.2.2.1. Zum Abschluss eines Vertrags ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich (Art. 1 Abs. 1 OR). Streiten sich die Parteien darüber, ob zwischen ihnen in diesem Sinne ein Konsens besteht bzw. bestand, sind die entsprechenden Willenserklärungen auszulegen, wobei die aus Art. 18 OR hergeleiteten Auslegungsmethoden analog anzuwenden sind (BGE 127 III 444 E. 1b; BGE 121 III 6 E. 3c; BGE 115 II 323 E. 2b; BGer 4A_627/2012 und 4A_629/2012 vom 9. April 2013 E. 8.5). Das Gericht hat nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung zunächst den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (subjektive oder empirische Auslegung). Lässt sich ein solcher nicht feststellen bzw. beweisen, so sind die Willenserklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (objektivierende oder normative Auslegung). Das Gericht hat als Vertragswillen anzusehen, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen, auch persönlichen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden (BGE 143 III 157 E. 1.2.2; BGE 142 III 239 E. 5.2.1; BGE 140 III 86 E. 4.1; BGE 138 III 659 E. 4.2.1). Das Gericht hat nach einem sachgerechten Resultat zu suchen, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 142 V 466 E. 6.1; BGE 142 V 129 E. 5.2.2; BGE 140 V 50 E. 2.2).

1.2.2.2. Ausgangspunkt der subjektiven Auslegung bildet der Wortlaut. Bei der Auslegung nach dem Wortlaut kommt dem Sinngehalt des Wortes, den ihm der allgemeine Sprachgebrauch zulegt, entscheidende Bedeutung zu. Dabei ist das systematische Element zu berücksichtigen: Ein einzelner Ausdruck ist im Zusammenhang, in dem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen (BGer 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.3). Unter den Auslegungsmitteln hat der klare Wortlaut den Vorrang, es sei denn, er erweise sich aufgrund anderer Vertragsbedingungen, dem von den Parteien verfolgten Zweck oder weiteren Umständen als nur scheinbar klar (BGer 5A_924/2016 vom 28. Juli 2017 E. 4.3). Im Rahmen der subjektiven Auslegung ist schliesslich das nachvertragliche Partieverhalten zu berücksichtigen, sofern es Rückschlüsse auf den tatsächlichen Parteiwillen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zulässt (BGE 143 III 157 E. 1.2.2).

1.2.3. Würdigung

1.2.3.1. Die in Frage stehende Tabelle in Anhang A trägt die Überschrift "Zahlungsplan". In der Vereinbarung selber wird der Anhang A als "Leistungskatalog und Zahlungsplan" bezeichnet. Ferner wird in Ziffer 2 der Vereinbarung festgehalten, *"der noch geschuldete (d.h. bis dato noch nicht erbrachte) Liefer- und Leistungsumfang ergibt sich im Wesentlichen aus dem Leistungskatalog in Anhang A"*. Auch in den Vorbemerkungen (C) wurde festgehalten: *"[...], wobei bis dato ein gewisser Teil der unter dem Werkvertrag vereinbarten Leistungen noch nicht erbracht ist."* Infolge des klaren Wortlauts der vorstehenden Ziffern in Verbindung mit der Bezeichnung als "Anhang A: Leistungskatalog und Zahlungsplan" steht fest, dass die Parteien die Vergleichsvereinbarung nicht geschlossen hatten, um blosse Zahlungstermine zu vereinbaren, sondern dass im Zeitpunkt der Vergleichsvereinbarung noch diverse klägerische Leistungen gemäss Werkvertrag ausstehend waren. Der Wortlaut der Vereinbarung lässt diesbezüglich keine Zweifel offen. Die Darstellung der Klägerin verfängt somit nicht.

1.2.3.2. Gestützt auf den klaren Wortlaut der Vereinbarung und des Anhangs A ist ein tatsächlicher Konsens dahingehend zu bejahen, dass mit dem Zahlungsplan in Anhang A nicht primär ein Zahlungsverzug der Beklagten verhindert werden sollte. Vielmehr hielten die Parteien im Zahlungsplan fest, welche Arbeiten noch durch die

Klägerin zu erledigen waren und welche Beträge zu diesem Zeitpunkt noch nicht bezahlt waren. Damit steht fest, dass die Parteien die Fälligkeit der entsprechenden (Akonto-)Beträge gemäss Zahlungsplan einerseits an den Baufortschritt bzw. die Erfüllung der noch offenen Arbeiten (z.B. Betonkosmetik, Fertigstellungs- und Mängelbehebungsarbeiten) und andererseits an bestimmte Leistungen (z.B. Übergaben Doku und Garantie) der Klägerin sowie teilweise an besondere bzw. zusätzliche Bedingungen (z.B. Abnahme durch Bauingenieur) knüpfen wollten. Nichts anderes ergäbe im Übrigen die objektive Auslegung nach Vertrauensprinzip.

1.2.4. Weiter streiten sich die Parteien insbesondere darüber, ob die entsprechenden Leistungspflichten der Klägerin erfüllt und die entsprechenden Fälligkeiten eingetreten sind. Da sich die Klägerin auf den Standpunkt stellt, mit Eintritt der Abnahmefiktion würden sämtliche Leistungspflichten der Klägerin als erfüllt gelten und seien auch sämtliche Fälligkeiten für sämtliche Zahlungen eingetreten, ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob dies zutrifft. Die Beklagte bestreitet indes die Erfüllung der im Zahlungsplan festgehaltenen Leistungspflichten der Klägerin sowie die Fälligkeit der entsprechenden Zahlungen.

1.3. Vollendung, Ablieferung bzw. Abnahme des Werks

1.3.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Rohbauarbeiten an den Liegenschaften E.____-strasse 1-5 wurden am 30. Januar 2020 beendet. Die folgenden Ausbauarbeiten und die Arbeiten am Treppenhaus dauerten bis am 17. Dezember 2020. Mit Schreiben vom 30. Januar 2020 sowie vom 17. Dezember 2020 zeigte die Klägerin der Beklagten die Vollendung des Werks an. Eine gemeinsame Prüfung des Werks hat nicht stattgefunden (act. 1 Rz. 9; act. 11 Rz. 24 ff.).

1.3.2. Standpunkte der Parteien

1.3.2.1. Die Klägerin macht geltend, sie habe sämtliche vertraglich vereinbarten Leistungen gemäss Leistungsverzeichnis des Werkvertrags erbracht. Die Beklagte habe es unterlassen, auf ihre Vollendungsanzeige vom 17. Dezember 2020 innert Monatsfrist an einer gemeinsamen Abnahme mitzuwirken (act. 1 Rz. 9). Es sei da-

mit eine Abnahme ohne Prüfung nach Art. 164 SIA-Norm 118 erfolgt. Da keine Prüfung erfolgt sei, seien daraufhin auch keine Mängel gerügt worden, wodurch es sich um eine mängelfreie Abnahme gehandelt habe (act. 25 Rz. 11, 12).

1.3.2.2. Die Beklagte bestreitet ausdrücklich, dass das Werk zu irgendeinem Zeitpunkt mängelfrei abgenommen worden sei. Selbst wenn die Abnahme ohne Prüfung erfolgt sein sollte, so greife in casu keinesfalls die Fiktion der Mängelfreiheit. Ferner betrage die Rügefrist für Mängel aller Art zwei Jahre und könne jederzeit gerügt werden (act. 11 Rz. 24; act. 25 Rz. 27). Innert dieser Frist habe die Beklagte diverse Mängel der Klägerin ordnungsgemäss angezeigt und formell gerügt (act. 11 Rz. 27; act. 25 Rz. 27 ff.).

1.3.3. Rechtliches

1.3.3.1. Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werks und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (Art. 363 OR). Vorbehältlich abweichender Abreden, so z.B. gemäss SIA-Norm 118 (vgl. Art. 148, Art. 152 und Art. 154 SIA-Norm 118) oder gemäss sonstiger individueller Fälligkeitsabreden (GAUCH, Der Werkvertrag, N 1162 ff.), hat der Besteller die Vergütung bei der Ablieferung des Werks zu bezahlen (Art. 372 Abs. 1 OR). Die Ablieferung setzt voraus, dass das Werk vollendet ist. Von der Vollendung ist die Mangelfreiheit des Werks zu unterscheiden. Die Mangelhaftigkeit des Werks verhindert die Fälligkeit des Werklohns nicht (BGE 129 III 738 E. 7.2; GAUCH, Der Werkvertrag, N 1155). Ein Werk ist grundsätzlich vollendet, sobald feststeht, dass der Unternehmer für das herzustellende Werk keine Arbeit mehr zu leisten hat (GAUCH, Der Werkvertrag, N 101). Die Vollendung hängt nicht davon ab, ob Werkmängel vorliegen oder nicht. Ausstehende Nachbesserungsarbeiten ändern nichts an der Vollendung eines Werks (Art. 366 Abs. 2 OR; BGer 4A_319/2017 vom 23. November 2017 E. 2.3.1; GAUCH, Der Werkvertrag, N 101 f.; BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Rz. 93). Ablieferung und Abnahme sind korrelative Begriffe (BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Rz. 157).

1.3.3.2. Mit der Abnahme ist das Werk (oder der Werkteil) abgeliefert. Es geht in die Obhut des Bauherrn über; dieser trägt fortan die Gefahr. Sowohl die Garantie-

als auch die Verjährungsfrist für Mängelrechte des Bauherrn beginnen zu laufen (Art. 157 Abs. 2 SIA-Norm 118 beschrieben). Der Unternehmer leitet die Abnahme dadurch ein, dass er der Bauleitung die Vollendung des Werkes anzeigt (vgl. Art. 158 Abs. 1 SIA-Norm 118). Nach Erhalt der Vollendungsanzeige hat die Bestellerin innert eines Monats das Werk zu prüfen, wobei die Unternehmerin an der Prüfung teilzunehmen und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen hat (Art. 158 Abs. 2 SIA-Norm 118). Führt der Besteller die Prüfung des Werks nicht innert Monatsfrist durch, gilt das Werk auch ohne Prüfung als abgenommen (Art. 164 SIA-Norm 118). Dies gilt selbst dann, wenn das Werk (oder der Werkteil) wesentliche Mängel im Sinne der Norm (Art. 161 SIA-Norm 118) aufweist (BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Rz. 182).

1.3.3.3. Mit der Ablieferung bzw. Abnahme des Werks geht der ursprüngliche Erfüllungsanspruch unter. An dessen Stelle treten unter gewissen Voraussetzungen die Mängelrechte (BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Rz. 79). Dem Besteller ist der Einwand der Nichtvollendung verwehrt, wenn und nachdem er durch ausdrückliche Erklärung, durch Schweigen oder durch sonstiges Verhalten (z.B. Bezahlung der geschuldeten Vergütung oder durch Ausübung des Nachbesserungs- oder Minderungsrechts für einen Werkmangel) das berechtigte Vertrauen des Unternehmers erweckt hat, er lasse das Werk als abgeliefert gelten (GAUCH, Der Werkvertrag, N 104).

1.3.4. Würdigung

1.3.4.1. Zu den Umständen der geltend gemachten Vollendung vom 30. Januar 2020 wird wenig ausgeführt, weshalb deren Wirkung nicht geprüft werden kann. Spätestens aber mit der Anzeige der Vollendung vom 17. Dezember 2020 leitete die Klägerin die Abnahme im Sinne von Art. 158 SIA-Norm 118 ein. Die Beklagte bestreitet den Empfang der Vollendungsanzeige vom 17. Dezember 2020 nicht (act. 11 Rz. 24 ff.; act. 29 Rz. 53). Sie trägt einzig vor, sie habe sich nicht *ohne Begründung* nicht vernehmen lassen. Gestützt auf welche Begründung sie der Unterbreitung von Terminvorschlägen nicht nachgekommen ist, legt sie jedoch nicht dar (act. 11 Rz. 53). Dieser unsubstantiierte Einwand ist damit nicht weiter beachtlich. Somit ist erstellt, dass die Vollendungsanzeige vom 17. Dezember 2020 der

Beklagten zugestellt wurde und dass die Beklagte entgegen der Aufforderung der Klägerin, Terminvorschläge für die Abnahmeprüfung zu unterbreiten, nicht fristgerecht reagierte, sodass keine gemeinsame Prüfung des Werks erfolgen konnte.

1.3.4.2. Die Beklagte akzeptierte die mit Vollendungsanzeige nach Art. 164 SIA-Norm 118 angezeigte Vollendung des Werks. Vor diesem Hintergrund vermag das Vorbringen der Beklagten, wonach die einzelnen Arbeiten gemäss Anhang A noch nicht erbracht worden seien, nicht zu überzeugen. Wäre sie der Ansicht gewesen, das Werk sei zufolge der Abmachungen in Anhang A noch nicht fertiggestellt, hätte sie zumindest auf die Vollendungsanzeige reagieren müssen. Dies wäre ihr auch ohne Weiteres zuzumuten gewesen, etwas anderes wird nicht substantiiert dargelegt. Auch der Umstand, dass die Beklagte Mängelrechte geltend machte, spricht dafür, dass sie selber von der Fertigstellung des Werks ausging. Infolge der unterlassenen Mitwirkung hat das Werk gemäss Art. 164 Abs. 1 SIA-Norm 118 innert Monatsfrist, d.h. ab dem 17. Januar 2021 (act. 25 Rz. 14), von der Beklagten als abgenommen zu gelten.

1.3.4.3. Hinzu kommt, dass der Beklagten der Einwand der Nichtvollendung des Werks zusätzlich verwehrt bleibt, da sie durch Ausübung ihrer Mängelrechte das berechtigte Vertrauen der Klägerin erweckte, sie lasse das Werk als abgeliefert gelten, indem sie (unbestrittenermassen) mit Schreiben vom 25. Januar 2021 formell Mängelrüge erhob und die bereits beauftragte Ersatzvornahme in Aussicht stellte (s. vorne Erw. II.1.3.2.2). Dadurch durfte die Klägerin davon ausgehen, dass die Beklagte die Vollendung und Ablieferung (ohne Prüfung) akzeptierte und die Beklagte nun nach erfolgter Abnahme ihre Mängelrechte wahrnahm. Wie gezeigt, hindern allfällige Mängel eine Ablieferung nicht. Das Werk gilt somit als vollendet und im Sinne von Art. 164 SIA-Norm 118 als von der Beklagten als abgenommen.

1.3.4.4. Entgegen der Ansicht der Klägerin gilt das Werk jedoch nicht als *mängelfrei* abgenommen. Abnahme ist mit der Genehmigung nicht gleichzusetzen; die Mängelrechte der Bestellerin bleiben von der Abnahme unberührt und die Abnahme ohne Prüfung entfaltet keine Genehmigungswirkung (GAUCH, Der Werkvertrag, N 2640). Der Beklagten blieb es daher unbenommen, innert der Rügefrist sämtliche

Mängel zu rügen. Die allfällige Mangelhaftigkeit des Werks hindert den Eintritt der Abnahmefiktion am 17. Januar 2021 indessen nicht.

1.3.4.5. Entsprechend ist die Frage der Vertragserfüllung, zumindest hinsichtlich der in Anhang A aufgeführten d.h. im Zeitpunkt der Vergleichsvereinbarung noch zu erbringende Arbeiten, geklärt, womit die Klägerin von der Obliegenheit, die Erfüllung ihrer Arbeiten gemäss Anhang A zu substantiieren und zu beweisen, befreit ist.

1.3.4.6. Sodann können mit der Abnahme die ausstehenden Zahlungen gemäss Zahlungsplan in Anhang A nicht mehr vom Baufortschritt abhängig gemacht werden und wird der Restbetrag des Pauschalpreises grundsätzlich fällig. Dies setzt jedoch voraus, dass – wie von der Beklagten geltend gemacht – in Anhang A nicht über die Erfüllung hinausgehende besondere Leistungspflichten oder zusätzliche Fälligkeitsbedingungen vereinbart wurden, was nachfolgend im Einzelnen zu prüfen sein wird.

1.4. Zahlung von CHF 147'549.– für "Oberflächenbeton" und "Einfahrt" (Rechtsbegehren 1)

1.4.1. Unbestrittener Sachverhalt

Mit (Akonto-)Rechnung Nr. 18 vom 14. November 2019 wurde der Betrag von CHF 147'549.– (CHF 130'000.– + CHF 7'000.– plus Mehrwertsteuer CHF 10'549.–) betreffend "Oberflächen Beton" und "Einfahrt" in Rechnung gestellt. Der Betrag wurde bis dato nicht bezahlt (act. 1 Rz. 10; act. 11 Rz. 30; act. 25 Rz. 14; act. 29 Rz. 32).

1.4.2. Standpunkte der Parteien

1.4.2.1. Die Klägerin trägt vor, am 17. Dezember 2020 seien sämtliche Arbeiten fertiggestellt worden und gleichentags sei die Vollendung des Werks angezeigt worden (act. 1 Rz. 9). Der Betrag sei gemäss den auf der Rechnung aufgeführten Zahlungskonditionen bei Erhalt fällig. Ab Fälligkeit (vorliegend ab 15. November 2019) schulde die Beklagte den Verzugszins zu 5 % p.a. (act. 1 Rz. 10). Die Klägerin präzisiert in der Replik, dass alle Leistungen gemäss Werkvertrag inklusive

Betonkosmetik abgeschlossen worden seien, was der Beklagten bereits mit Schreiben vom 26. November 2020 mitgeteilt worden sei. Sodann sei die Vollendung ein weiteres Mal mit Schreiben vom 17. Dezember 2020 angezeigt worden, worauf mangels Reaktion seitens der Beklagten die Abnahme nach Art. 164 SIA-Norm 118 am 17. Januar 2021 erfolgt sei (act. 25 Rz. 14).

1.4.2.2. Die Beklagte wendet dagegen ein, der genannte Betrag werde erst zahlbar und fällig, wenn die "Betonkosmetik" abgenommen sei, was nicht geschehen sei (act. 11 Rz. 30 ff.). Eventualiter erklärt sie die Verrechnung mit den ihr zustehenden Gegenforderungen (act. 11 Rz. 38). Die Beklagte bestreitet in der Duplik, dass die werkvertraglich geschuldeten Leistungen betreffend die Positionen "Oberflächen Beton" sowie "Einfahrt" vollumfänglich erbracht worden seien, sodass auch noch keine Abnahme der Betonkosmetik erfolgt sei. Auf diesen Umstand sei die Klägerin mit Schreiben vom 23. November 2020 ausdrücklich hingewiesen worden (act. 29 Rz. 33). Die Beklagte bestreitet zudem, dass mit der Fertigstellung der Werkvertragsarbeiten gemäss Vergleichsvereinbarung die Fälligkeit aller Forderungen eingetreten sei (act. 29 Rz. 26).

1.4.3. Würdigung

1.4.3.1. Wie gezeigt (s. vorne Erw. II.1.3.4), behauptet die Klägerin, es seien sämtliche von ihr geschuldeten Leistungen gemäss Werkvertrag bzw. Anhang A tadellos erbracht worden, was mit Vollendungsanzeige vom 17. Dezember 2020 angezeigt worden sei. Infolge des Eintritts der Abnahmefiktion gilt das Werk als fertiggestellt und kann sich die Beklagte nicht mehr auf nicht erreichte Baufortschritte bzw. nicht erledigte Arbeiten berufen. Damit gelten auch die durch die Klägerin gemäss Anhang A der Vergleichsvereinbarung geschuldeten Arbeiten, namentlich die Pakete "Oberflächen Beton" und "Einfahrt", als erbracht.

1.4.3.2. Da für die Fälligkeit – abgesehen von der Abnahme der Betonkosmetik ("Betonkosmetik abgenommen" unter Valuta/Meilenstein), die ohne Weiteres von der Abnahmefiktion umfasst ist und als erfolgt gilt (s. vorne Erw. II.1.4.3.1) – keine zusätzliche Fälligkeitsbedingung vereinbart wurde, deren Eintritt zusätzlich gege-

ben sein müsste und die nicht von der Fertigstellung des Werks umfasst wäre, ist auch die Fälligkeit des Betrags von CHF 147'549.– gegeben.

1.4.3.3. Da sich die Beklagte weder zur Mehrwertsteuer noch zum Verzugszins äussert (act. 11 Rz. 30 ff.; act. 29 Rz. 18 ff.), gelten die klägerischen Vorbringen als unbestritten, weshalb darauf abzustellen ist. Die Mehrwertsteuer von 7.7 % sowie der Verzugszins von 5 % ab 15. November 2019 sind folglich geschuldet.

1.4.4. Fazit

Die Klägerin hat Anspruch auf den Betrag von CHF 147'549.– zuzüglich Zins von 5 % seit 15. November 2019.

1.5. Zahlung von CHF 43'080.– für "Fertigstellungs- und Mängelbehebungsarbeiten" (Rechtsbegehren 2)

1.5.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die (Akonto-)Rechnung von CHF 43'080.– vom 8. Januar 2020 (CHF 40'000.– + 7.7% MwSt. CHF 3'080.–) betreffend die Position "Fertigstellungs- und Mängelbehebungsarbeiten" wurde von der Beklagten bis dato nicht getilgt (act. 1 Rz. 10; act. 11 Rz. 30; act. 25 Rz. 14; act. 29 Rz. 32).

1.5.2. Standpunkte der Parteien

1.5.2.1. Laut Klägerin sei der in Rechnung gestellte Betrag fällig. Ab Fälligkeit schulde die Beklagte den Verzugszins von 5 % p.a. (vorliegend ab 9. Januar 2020) (act. 1 Rz. 11). In der Replik bringt die Klägerin vor, es seien alle gemäss Werkvertrag in Auftrag gegebenen Arbeiten inklusive Meilenstein "*alle Löcher geschlossen*" am 17. Dezember 2020 tadellos erfüllt gewesen. Das sei entsprechend angezeigt worden und die Abnahmefiktion sei eingetreten (act. 25 Rz. 15).

1.5.2.2. Die Beklagte bestreitet ausdrücklich, dass die Klägerin die von ihr geschuldeten Leistungen vollständig erbracht habe. Im Zahlungsplan sei festgehalten, dass die Zahlung fällig werde, "*wenn alle Löcher geschlossen*" seien. Dass diese Bedingung eingetreten wäre, habe die Klägerin weder behauptet noch belegt

(act. 11 Rz. 40). Eventualiter erklärt sie die Verrechnung mit den ihr zustehenden Gegenforderungen (act. 11 Rz. 42). Es seien noch diverse Mängelbehebungen ausstehend, wobei sie auf vorherige Ausführungen zum mangelhaften Monobeton im Baulos r4 verweist (act. 29 Rz. 51).

1.5.3. Würdigung

1.5.3.1. Wie gezeigt (s. vorne Erw. II.1.3.4), behauptet die Klägerin, es seien sämtliche von ihr geschuldeten Leistungen gemäss Werkvertrag bzw. Anhang A tadellos erbracht, was mit Vollendungsanzeige vom 17. Dezember 2020 angezeigt worden sei. Infolge des Eintritts der Abnahmefiktion gilt das Werk als fertiggestellt und die Beklagte kann sich nicht mehr auf nicht erreichte Baufortschritte bzw. nicht erledigte Arbeiten berufen. Damit gelten auch die durch die Klägerin gemäss Anhang A der Vergleichsvereinbarung geschuldeten *"Fertigstellungs- und Mängelbehebungsarbeiten"* als erbracht.

1.5.3.2. Da für die Fälligkeit – abgesehen von der Vereinbarung unter Valuta/Meilenstein, wonach *"alle Löcher geschlossen"* sein müssen, was als Baufortschritt bzw. im Zeitpunkt der Vergleichsvereinbarung noch zu erledigende Arbeiten von der Abnahmefiktion umfasst ist (s. vorne Erw. II.1.4.3.1) – keine zusätzliche Fälligkeitsbedingung vereinbart wurde, ist auch die Fälligkeit des Betrags von CHF 43'080.– gegeben.

1.5.3.3. Da sich die Beklagte weder zur Mehrwertsteuer noch zum Verzugszins äussert (act. 11 Rz. 40 ff.; act. 29 Rz. 51 ff.), gelten die klägerischen Vorbringen als unbestritten, weshalb darauf abzustellen ist. Die Mehrwertsteuer von 7.7 % sowie der Verzugszins von 5 % ab 9. Januar 2020 sind folglich geschuldet.

1.5.4. Fazit

Die Klägerin hat Anspruch auf den Betrag von CHF 43'080.– zuzüglich Zins von 5 % seit 9. Januar 2020.

1.6. Zahlung von CHF 226'170.– für "Sturz Garageneinfahrt" (Rechtsbegehren 3)

1.6.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die (Akonto-)Rechnung Nr. 21 von CH 226'170.– vom 2. Juni 2020 (CH 210'000.– + 7.7% MwSt. CHF 16'170.–) betreffend die Position "Sturz Garageneinfahrt" wurde von der Beklagten bis dato nicht bezahlt (act. 1 Rz. 12; act. 11 Rz. 43).

1.6.2. Standpunkte der Parteien

1.6.2.1. Die Klägerin trägt sinngemäss vor, mit der (Akonto-)Rechnung Nr. 21 vom 2. Juni 2020 seien nach Abschluss der Arbeiten betreffend den Sturz der Garageneinfahrt CHF 226'170.– (inkl. MwSt.) in Rechnung gestellt worden. Der Betrag sei bei Erhalt der Rechnung fällig. Ab Fälligkeit schulde die Beklagte Verzugszins zu 5 % p.a., vorliegend ab 3. Juni 2020 (act. 1 Rz. 12). Die Klägerin trägt in der Replik vor, gemäss Zahlungsplan sei der Betrag fällig, sobald die Behebung vom Bauingenieur abgenommen worden sei. Dies sei bereits im Juli 2020 der Fall gewesen. Mit E-Mail vom 9. Juli 2020 der Klägerin sei der Beklagten mitgeteilt worden, dass die Abnahme durch den Bauingenieur betreffend Sturz Garageneinfahrt stattgefunden habe (act. 25 Rz. 9). Der Bericht des Bauingenieurs liege vor. Dieser weigere sich aber, diesen Bericht der Klägerin zuzustellen, weil der Auftraggeber die Beklagte sei. Jedenfalls sei der Meilenstein Sturz Garageneinfahrt erreicht und die Zahlung fällig (act. 25 Rz. 19). Im Schreiben vom 10. August 2020 anerkenne die Beklagte selber, dass die Zahlung über CHF 210'000.– fällig sei. Der Grund für die Nichtbezahlung habe mit dem Werkvertrag nichts zu tun, denn die Klägerin habe mit der Nichtbezahlung genötigt werden sollen, die gegen G._____ eingereichte Strafanzeige zurückzuziehen (act. 25 Rz. 19).

1.6.2.2. Die Beklagte macht geltend, der Zahlungsplan zur Vereinbarung vom 22. Mai 2019 sehe vor, dass die von der Klägerin verlangten CHF 210'000.– zur Zahlung fällig würden, wenn der Sturz der Garageneinfahrt behoben und vom Bauingenieur abgenommen worden sei. Es werde ausdrücklich bestritten, dass die Abnahme durch den Bauingenieur durchgeführt worden und die Fälligkeit dieser Position eingetreten sei (act. 11 Rz. 43). Das von der Klägerin gelieferte Teilwerk

sei zudem mangelhaft, wenn nicht geradezu unbrauchbar gewesen. Sofern die Fälligkeit der Forderung der Klägerin eingetreten wäre, was bestritten werde, so sei ihr Anspruch im Umfang der von ihr verursachten Kosten, mithin um CHF 16'378.70 zu reduzieren (Art. 366 Abs. 2 OR bzw. Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118; act. 11 Rz. 45). Eventualiter erklärt sie die Verrechnung mit den ihr zustehenden Gegenforderungen (act. 11 Rz. 46). Die Beklagte führt in der Duplik aus, der Betrag von CHF 210'000.– sei nicht geschuldet, da die Klägerin die Mängel am Sturz nicht behoben habe. Etwas anderes ergebe sich aus dem Schreiben vom 10. August 2020 nicht. Eine Abnahme durch den Bauingenieur habe nicht stattgefunden, was letzterer ohne Weiteres bezeugen könne (act. 29 Rz. 54). In Anhang A hätten die Parteien festgehalten, dass die Klägerin die Mängel am Sturz der Garageneinfahrt beheben müsse. Für diese Ertüchtigung wäre sie von der Beklagten bezahlt worden, sobald die Behebung vom Bauingenieur abgenommen worden wäre (act. 29 Rz. 55 f.).

1.6.3. Würdigung

1.6.3.1. Wie gezeigt (s. vorne Erw. II.1.3.4), behauptet die Klägerin, es seien sämtliche von ihr geschuldeten Leistungen gemäss Werkvertrag bzw. Anhang A tadellos erbracht, was mit Vollendungsanzeige vom 17. Dezember 2020 angezeigt worden sei. Infolge des Eintritts der Abnahmefiktion gilt das Werk als fertiggestellt und die Beklagte kann sich nicht mehr auf nicht erreichte Baufortschritte bzw. nicht erledigte Arbeiten berufen. Damit gelten auch die durch die Klägerin gemäss Anhang A der Vergleichsvereinbarung geschuldeten Arbeiten betreffend die Position "Sturz Garageneinfahrt" grundsätzlich als erbracht. Ferner ist nicht klar, ob die Beklagte die Behebung (Erfüllung Leistungspflicht nach Anhang A) an sich, oder nur die unbestrittenermassen an die Abnahme durch den Bauingenieur geknüpfte Fälligkeit bestreitet.

1.6.3.2. Da jedoch in "Valuta/Meilenstein" für die Fälligkeit als besondere bzw. zusätzliche Fälligkeitsbedingung die Abnahme durch den Bauingenieur vereinbart wurde, ist im Folgenden zu prüfen, ob diese Zusatzbedingung eingetreten ist: Die Klägerin behauptet, die Abnahme durch den Bauingenieur sei erfolgt und das Abnahmeprotokoll werde ihr nicht ausgehändigt, da dieses nur der Beklagten als Auf-

traggeberin ausgehändigt würde. Die Beklagte bestreitet die Abnahme durch den Bauingenieur. Als Beweismittel liegt die E-Mail vom 9. Juli 2020 von der Klägerin an die Beklagte betreffend "B'._____": Abschlusschreiben Ertüchtigung Brüstung r4" vor (act. 26/27). Darin wird folgendes festgehalten: *"Ich hatte Kontakt mit dem Bauingenieur und dieser hat mir ganz klar und deutlich gesagt, er dürfe das Dokument nicht an mich senden und müsse dies schliesslich Ihnen [z]ustellen. Wenn das Abnahme-Protokoll am Montag 13.07.2020 bei mir ist geht das in Ordnung für mich."* Diese E-Mail spricht dafür, dass die Abnahme durch den Bauingenieur – wie von der Klägerin behauptet – im Juli 2020 erfolgt ist und der Bauingenieur den entsprechenden Bericht nur der Beklagten aushändigte.

1.6.3.3. Als weiteres Beweismittel kommt das Schreiben der Beklagten vom 10. August 2020 (act. 3/19) hinzu. Auch dieses stützt den Standpunkt der Klägerin: Im Schreiben anerkennt die Beklagte ihre Zahlungspflicht hinsichtlich der Rechnung vom 2. Juni 2020 betreffend "Sturz Garageneinfahrt" grundsätzlich und macht die Bezahlung weder von der Erfüllung des entsprechenden Leistungspakets (Behebung Sturz Garageneinfahrt) noch von der Abnahme durch den Bauingenieur gemäss Anhang A, sondern von nicht mit diesem im Zusammenhang stehenden Bedingungen (*Rückzug Anzeige betreffend Stromkabel, Abholung des Stromkabels, Abtransport Container vom Bauplatz*) bzw. der Erledigung von Pendenzen (*Abgabe Revisionsunterlagen betreffend Sanierung, Bereinigung Drittkosten wegen Sanierung*) abhängig. Unter Würdigung dieser Beweismittel ist der Standpunkt der Klägerin erstellt.

1.6.3.4. Aufgrund der vorhandenen, eindeutigen Urkunden steht fest, dass die Beklagte ihre Zahlungspflicht unabhängig von der heute bestrittenen Abnahme durch den Bauingenieur anerkannt hat. Die von der Beklagten offerierte Zeugeneinvernahme des Bauingenieurs, H._____, (act. 29 Rz. 54) erscheint nicht geeignet, dieses Beweisergebnis zu erschüttern. Von einer Zeugeneinvernahme ist abzusehen. Die Fälligkeit der in Rechnung gestellten Forderung ist demnach eingetreten.

1.6.3.5. Da sich die Beklagte weder zur Mehrwertsteuer noch zum Verzugszins äussert (act. 11 Rz. 42; act. 29 Rz. 14 ff.), gelten die klägerischen Vorbringen als

unbestritten, weshalb darauf abzustellen ist. Die Mehrwertsteuer von 7.7 % sowie der Verzugszins von 5 % ab 3. Juni 2020 sind folglich geschuldet.

1.6.4. Fazit

Die Klägerin hat Anspruch auf den Betrag von CHF 226'170.– zuzüglich Zins von 5 % seit 3. Juni 2020.

1.7. Zahlung von CHF 158'375.69 für "Doku" (Rechtsbegehren 4)

1.7.1. Unbestrittener Sachverhalt

Der mit (Akonto-)Rechnung Nr. 22 vom 6. November 2020 in Rechnung gestellte Betrag in der Höhe von CHF 158'375.70 (CHF 147'052.64 + 7.7% MwSt. CHF 11'323.05) für die Position "Doku" wurde bis dato von der Beklagten nicht beglichen. Die Parteien sind sich einig, dass die Zahlung mit der Übergabe der Schlussdokumentation fällig würde (act. 11 Rz. 50; act. 25 Rz. 21; act. 29 Rz. 59).

1.7.2. Standpunkte der Parteien

1.7.2.1. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, infolge des Erreichens des Meilensteins "Doku" sei der entsprechende Betrag in Rechnung gestellt worden. Die "Doku" sei am 1. Dezember 2020 der Beklagten zugestellt worden (act. 25 Rz. 21). Der Betrag sei fällig und seit 7. November 2020 sei ein Verzugszins von 5 % geschuldet (act. 1 Rz. 13).

1.7.2.2. Die Beklagte bringt zusammengefasst vor, die Klägerin habe sich bislang geweigert, diese Dokumentation auszuhändigen (act. 11 Rz. 47 ff.; act. 29 Rz. 57). Aufgrund der ausstehenden Übergabe der Dokumentation könne die Beklagte den Betrag verweigern (Art. 82 OR) (act. 29 Rz. 59).

1.7.3. Würdigung

1.7.3.1. Die Parteien sind sich grundsätzlich einig, dass mit Übergabe der in Anhang A erwähnten "Doku" der Betrag von CHF 147'052.64 fällig wird. Wie gezeigt (s. vorne Erw. II.1.3.4), gilt das Werk infolge des Eintritts der Abnahmefiktion als fertiggestellt, und die Beklagte kann sich nicht mehr auf im Zahlungsplan erwähnte

und nicht erreichte Baufortschritte berufen. Dies kann jedoch nicht für die Position "Doku" gelten, da diese nicht in direktem Zusammenhang mit der Fertigstellung des Werks und dessen Abnahme steht, sondern eine besondere Bedingung für die Fälligkeit des Betrags CHF 147'052.64 darstellt, die nicht aufgrund der Abnahmefiktion als erfüllt betrachtet werden kann. Die Abnahme bewirkt somit weder die Erfüllung noch die Fälligkeit der Position "Doku". Der Eintritt der Bedingung stellt eine rechtsbegründende Tatsache für das Bestehen der Zahlungsverpflichtung und deren Fälligkeit dar. Die Klägerin ist somit gemäss Art. 8 ZGB für die Übergabe der gemäss Anhang A vereinbarten Dokumentation "Doku" beweisbelastet.

1.7.3.2. Die Klägerin behauptet, sie habe der Beklagten die fragliche "Doku" am 1. Dezember 2020 per E-Mail zukommen lassen (act. 25 Rz. 21). Die Beklagte bestreitet, dass es sich bei dem am 1. Dezember 2020 per vorgenannter E-Mail zugestellten Dokument um die Schlussdokumentation handle, deren Übergabe in Anhang A unter der Position "Doku" vereinbart worden sei. Entsprechend den Beweislastregeln hätte die Klägerin infolge der Bestreitung die Übergabe der relevanten, d.h. zahlungsauslösenden Dokumentation substantiieren und beweisen müssen. Insbesondere hätte sie dartun müssen, weshalb die von ihr in der E-Mail vom 1. Dezember 2020 angehängte Dokumentation derjenigen gemäss Anhang A entsprach. Die Klägerin legte dazu nichts Näheres dar und beschränkte sich auf die Behauptung, die (relevante) Dokumentation sei am 1. Dezember 2020 übergeben worden. Damit genügen ihre Ausführungen den Anforderungen an substantiierte Behauptungen nicht. Zudem hat sie den Inhalt des Anhangs nicht dargetan.

1.7.4. Fazit

Der beweisbelasteten Klägerin gelingt es nicht, die zahlungs- und fälligkeitsauslösende Übergabe der "Doku" gemäss Anhang A substantiiert darzutun. Die Klage ist demnach in diesem Punkt zur Zeit abzuweisen. Auf die zusätzliche Einrede des nicht erfüllten Vertrags (Art. 82 OR) ist bei diesem Ergebnis mangels Fälligkeit der klägerischen Forderung nicht weiter einzugehen (vgl. BGE 127 III 199 E. 3.b).

1.8. Zahlung von CHF 538'000.– für "Schlusszahlung" (Rechtsbegehren 5)

1.8.1. Unbestrittener Sachverhalt

Es ist unbestritten, dass die Klägerin weder eine Gewährleistungsgarantie noch eine (verlängerte) Erfüllungsgarantie beibrachte (act. 25 Rz. 23; act. 29 Rz. 61 ff.). Weiter ist unbestritten, dass die Klägerin mit Rechnung vom 6. November 2020 die Schlusszahlung von CHF 538'500.– exkl. MwSt. in Rechnung stellte (act. 1 Rz. 14; act. 11 Rz. 53 ff.).

1.8.2. Standpunkte der Parteien

1.8.2.1. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, das Werk gelte nach Art. 164 SIA-Norm 118 als abgenommen, weshalb auch die Bedingung für die Schlusszahlung gemäss Vergleichsvereinbarung erfüllt sei. Die Schlusszahlung sei fällig, geschuldet und bis heute ausgeblieben. Spätestens seit der von der Beklagten nicht durchgeführten Schlussabnahme sei die Rechnung fällig (vorliegend am 18. Januar 2021) und der Verzugszins von 5 % geschuldet (act. 1 Rz. 14).

1.8.2.2. Die Beklagte macht geltend, die Klägerin verkenne, dass die im Zahlungsplan festgehaltenen Bedingungen der Beibringung einer Gewährleistungsgarantie als Voraussetzung für den Eintritt der Fälligkeit nicht erfüllt sei (act. 11 Rz. 53). Die Beklagte verweist auf Ziffer 8.2 des Werkvertrages, in welcher die Klägerin sich verpflichtet habe, spätestens auf den Beginn der Gewährleistungsfrist bis zum Ablauf der 5-jährigen Gewährleistungsfrist eine Garantieverpflichtung in Form einer Solidarbürgschaft einer erstklassigen Schweizer Bank oder Versicherungsgesellschaft beizubringen. In dieser Garantieverpflichtung seien dabei sämtliche Ansprüche der Bestellerin gegenüber der Unternehmerin in Bezug auf dessen Haftung für offene und verdeckte Mängel sicherzustellen gewesen (act. 11 Rz. 54). Diese Vereinbarung korreliere mit Art. 152 Abs. 1 SIA-Norm 118, der besage, dass der rückbehaltene Betrag gemäss Art. 149 f. SIA-Norm 118 dann zur Zahlung fällig werde, wenn drei Voraussetzungen erfüllt seien: (1.) Abnahme des Werkes, (2.) Übergabe der Schlussabrechnung und Ablauf der Prüfungsfrist nach Art. 154 Abs. 2 bzw. Art. 155 Abs. 2 der SIA-Norm 118 und (3.) Leistung der Sicherheit nach Art. 181 SIA-Norm 118. Diesen Verpflichtungen sei die Klägerin bis heute nicht nachgekom-

men (act. 11 Rz. 55 f.). Solange die Klägerin diese Gewährleistungsgarantie nicht vereinbarungsgemäss vorlege, sei die Beklagte berechtigt, die Schlusszahlung zu verweigern (act. 11 Rz. 57). Eventualiter werde Verrechnung erklärt (act. 11 Rz. 58).

1.8.2.3. Die Klägerin beruft sich in der Replik auf Ziffer 6 der Vergleichsvereinbarung, gemäss welcher vereinbart worden sei, dass keine Garantie mehr gestellt werden müsse. Mit der Vergleichsvereinbarung sei das im Februar 2019 zu Diskussionen führende Thema Garantien erledigt worden. Es habe nur noch eine Rückstellung von CHF 500'000.– bestanden, die nach Erreichen des letzten Meilensteins von der Beklagten zu bezahlen gewesen wäre. Ausserdem stellt sich die Klägerin unter Berufung auf die Saldoklausel in Ziffer 9 der Vergleichsvereinbarung auf den Standpunkt, es bedürfe keiner Gewährleistungsgarantie, da die Parteien per Saldo aller Ansprüche endgültig und abschliessend auseinandergesetzt seien, womit ausdrücklich festgehalten worden sei, dass es keiner Gewährleistungsgarantie mehr bedürfe (act. 25 Rz. 23).

1.8.2.4. Die Beklagte hält in der Duplik an ihren Ausführungen in der Klageantwort fest, insbesondere daran, dass die Klägerin zur Beibringung einer Garantie bzw. deren Verlängerung verpflichtet gewesen sei. Ergänzend bringt sie vor, dass Ziffer 6 der Vergleichsvereinbarung die Erfüllungsgarantie betreffe, wohingegen sich Ziffer 8.2 des Werkvertrags auf die Gewährleistungsgarantie beziehe. Dass es in Ziffer 6 um die Erfüllungsgarantie gehe, ergebe sich auch aus der Bezugnahme auf Ziffer 5, welche ebenfalls die Erfüllungsgarantie thematisiere. Die Beibringung der Erfüllungsgarantie sei erforderlich, damit die Bedingung gemäss Zahlungsplan eintreten könne (act. 29 Rz. 60 ff.). Auch die Saldoklausel gemäss Ziffer 9 der Vergleichsvereinbarung greife nicht, da sie erst zum Tragen komme, wenn alle Pflichten der Vergleichsvereinbarung erfüllt seien, was vorliegend nicht der Fall sei, da weiterhin diverse Leistungen (z.B. Betonkosmetik und Doku) ausstehend seien (act. 29 Rz. 64 ff.).

1.8.2.5. Die Parteien streiten somit darüber, ob die Fälligkeit der Schlusszahlung die Beibringung einer Gewährleistungsgarantie bedingt. Die Beklagte behauptet (singemäss) einen tatsächlichen Konsens bezüglich der Beibringung einer Ge-

währleistungsgarantie als Bedingung für die Fälligkeit der Schlusszahlung. Was vereinbart wurde, ist folglich durch Auslegung zu ermitteln.

1.8.3. Rechtliches

Hinsichtlich der rechtlichen Ausführungen zur Vertragsauslegung wird auf die entsprechenden Erwägungen in II.1.2.2 verwiesen.

1.8.4. Würdigung

1.8.4.1. Wie gezeigt, erachtet die Klägerin die Bedingung für die Fälligkeit gemäss Anhang A als mit der Abnahme vom 17. Januar 2021 eingetreten. Die Beibringung einer Gewährleistungsgarantie sei nicht vereinbart gewesen bzw. mit Vergleichsvereinbarung aufgehoben worden. Die Beklagte verweigert dagegen unter Berufung auf die definierte Bedingung in "Valuta/Meilenstein" in Anhang A, Ziffer 8.2. des Werkvertrags, wonach spätestens auf den Beginn der Gewährleistungsfrist bis zum Ablauf der 5-jährigen Gewährleistungsfrist eine Garantieverpflichtung beizubringen sei, sowie auf Art. 152 SIA-Norm 118 (Abnahme, Schlussrechnung und Garantie) die Auszahlung, bis eine Gewährleistungsgarantie vorliege.

1.8.4.2. Die in Frage stehende Position des Zahlungsplans in Anhang A der Vergleichsvereinbarung vom 22. Mai 2019 lautet wie folgt:

ZAHLUNGSPLAN

Paket	Valuta / Meilenstein	Zahlungsplan [CHF], exkl. MWSt.
--------------	-----------------------------	---

[...]

Abrechnung		
Schlusszahlung	Garantie, Kranloch, Abnahmeprotokolle vorliegend	500'000.00

1.8.4.3. Als erste von drei Bedingungen für die Zahlungspflicht bzw. Fälligkeit wird die "Garantie" in Einzahl erwähnt. Ausgehend von diesem Begriff ist zwar unklar, welche Art von Garantie die Parteien meinten. Klar ist jedoch, dass sie eine Garan-

tie vereinbaren wollten. Welche Garantie gemeint war, ergibt sich, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, aus den übrigen von den Parteien angerufenen Bestimmungen.

1.8.4.4. Die Parteien berufen sich einerseits auf Ziffer 8.1 und 8.2 des Werkvertrags, die wie folgt lauten:

8. Sicherheitsleistungen des Unternehmers

8.1 Erfüllungsgarantie

Der Unternehmer übergibt dem Besteller vor Leistung der ersten Akontozahlung durch den Besteller für die richtige Erfüllung aller dem Unternehmer aus diesem Vertrag obliegenden Leistungen eine Erfüllungsgarantie in Form einer abstrakten, unwiderruflichen Bankgarantie im Sinne von Art. 111 OR in der Höhe von CHF 1.0 Mio. (exkl. MWST.) mit der Gültigkeit bis zur gut befundenen Schlusszahlung. Die hiervoor genannte Sicherheit ist von einer erstklassigen Schweizer Bank oder einer erstklassigen in der Schweiz lizenzierten Versicherungsgesellschaft zu leisten und können vom Besteller auf erstes Verlangen ohne weitere Begründung und unter vollkommenem Einrede- und Einwendungsausschluss geltend gemacht werden. Die Kosten dieser Sicherheit sind im pauschalen Werkpreis inbegriffen.

8.2 Gewährleistungsgarantie / Werkgarantie

Der Unternehmer verpflichtet sich, spätestens auf den Beginn der Gewährleistungsfrist (nach finaler Fertigstellung des Gesamtprojekts) bis zum Ablauf der 5-jährigen Gewährleistungsfrist eine Garantieverpflichtung in Form einer Solidarbürgschaft einer erstklassigen Schweizer Bank oder Versicherungsgesellschaft beizubringen.

1.8.4.5. Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ziffern 8.1 und Ziffer 8.2 des Werkvertrags ergibt sich, dass es sich bei der erwähnten "Garantie" in Anhang A entweder um die Erfüllungs- oder die Gewährleistungsgarantie handeln dürfte, zumal – mangels anderweitiger Vorbringen – keine anderen Garantien vereinbart wurden.

1.8.4.6. Ferner wurde in den Ziffern 5 und 6 der Vergleichsvereinbarung das Folgende festgehalten:

5. Vom Werkpreis sind zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser Vereinbarung bereits CHF 8'401'947.35 exkl. MWST. bezahlt sowie CHF 1'077'000.00 zurückbehalten (Rückbehalt für fehlende Erfüllungsgarantie). Somit beträgt der noch offene Werkpreis CHF 3'198'052.65 exkl. MWST.. Der noch offene Betrag des Werkpreises ist gemäss dem Zahlungsplan im Anhang A zu dieser Vereinbarung zu bezahlen.
6. Die Parteien vereinbaren hiermit als Erfüllungssicherheit gemäss Ziffer 8.1 des Werkvertrages (anstelle einer Bankgarantie) ein Rückbehalt von CHF 500'000.00 womit vom Rückbehalt von CHF 1'077'000.00 (siehe Ziffer 5) CHF 577'000.00 nun Zug um Zug gegen Rückgabe des Original unwiderruflichen Zahlungsverprechens der Raiffeisen vom 8. April 2019 zu bezahlen sind.

1.8.4.7. Der leicht verständliche und eindeutige Vertragstext der nachträglich zum Werkvertrag geschlossenen Vergleichsvereinbarung lässt keine Zweifel aufkommen, dass die Parteien den Rückbehalt von CHF 500'000.– an die Stelle der ursprünglich in Ziffer 8.1 des Werkvertrages vereinbarten Erfüllungsgarantie treten lassen wollten. Eindeutig erwähnt wird, dass als Erfüllungssicherheit ein Rückbehalt von CHF 500'000.– vereinbart wird. Aus der Betrachtung der übrigen Bestimmungen geht somit nicht hervor, dass "keinerlei" Garantien mehr vereinbart werden sollten, sondern vielmehr, dass es sich bei der in Anhang A erwähnten "Garantie" nur noch um die Gewährleistungsgarantie handeln konnte.

1.8.4.8. Auch die Vorbringen der Parteien zur Entstehungsgeschichte, dem Vertragszweck sowie den Begleitumständen bekräftigen dieses Ergebnis: Die Klägerin führt zur Entstehungsgeschichte und zu den Begleitumständen aus, die Parteien hätten über die im Werkvertrag stipulierte Erfüllungsgarantie bzw. deren Verlängerung gestritten. Die Beklagte habe auch versucht, diese Erfüllungsgarantie zu ziehen, allerdings sei dies an formalen Fehlern gescheitert. Aufgrund dieser Vorgeschichte und zur Vermeidung weiterer Diskussionen zum Thema Garantie hätten die Parteien mit der Vergleichsvereinbarung eine "einfache Lösung" bezweckt, nämlich keinerlei Garantien mehr zu vereinbaren. Anstatt weiterer Garantien sei der Rückbehalt von CHF 500'000.– vereinbart worden. Um die Sache mit den Garantien zu erledigen, habe die Beklagte unmittelbar nach Abschluss der Vergleichsvereinbarung CHF 1'077'000.– bezahlt. Damit sei das Thema Garantien im Februar 2019 erledigt gewesen. Diese simple, praktikable Lösung komme auch durch Ziffer 9 der Vergleichsvereinbarung zum Ausdruck: darin sei ausdrücklich festgehalten worden, dass die Parteien mit der Erfüllung der Vergleichsvereinbarung "*per Saldo aller Ansprüche ENDGÜLTIG UND ABSCHLIESSEND*" auseinandergesetzt seien.

Die Klägerin habe nach Beendigung der Arbeiten keine Diskussionen über noch offene Zahlungspositionen (inklusive allfälliger Garantieleistungen) führen wollen, was mit der Vergleichsvereinbarung erreicht worden sei. Wäre beabsichtigt gewesen von der «per Saldo Klausel» die Garantieleistungen auszunehmen, so wäre diese Ausnahme in der «per Saldo Klausel» ausdrücklich erwähnt worden, was vorliegend nicht der Fall sei (act. 25 Rz. 23).

1.8.4.9. Vor dem Hintergrund, dass in Anhang A unter der Position "Schlusszahlung" als "Valuta/Meilenstein" "Garantie, Kranloch, Abnahmeprotokolle vorliegend" festgehalten wurde, vermag die Darstellung der Klägerin zu den Hintergründen der Vergleichsvereinbarung nicht zu überzeugen. Hätten die Parteien wegen Komplikationen bei der Ziehung der Erfüllungsgarantie tatsächlich nicht nur die Erfüllungsgarantie obsolet machen und keinerlei Garantien mehr vereinbaren wollen, so hätten sie sicherlich die "Garantie" in Anhang A nicht ausdrücklich und an erster Stelle von drei Bedingungen erwähnt. Vielmehr ist aufgrund des klaren Wortlauts in Ziffer 6 der Vergleichsvereinbarung davon auszugehen, dass die Darstellung der Beklagten zutrifft, wonach die Parteien eine tatsächliche Verständigung dahingehend hatten, dass der Rückbehalt von CHF 500'000.– zwar die Erfüllungsgarantie ablösen sollte, allerdings eine Gewährleistungsgarantie nach Fertigstellung des Werks für Mängel weiterhin geschuldet und deren Beibringung für die Schlusszahlung vorausgesetzt sein sollte.

1.8.4.10. Sodann ist aufgrund der expliziten Nennung der "Garantie" in "Valuta/Meilenstein" unter der Position "Schlusszahlung" in Anhang A der Vergleichsvereinbarung sowie in Anbetracht des Kontextes der klaren Wortlaute der Bestimmungen in Ziffer 8.2 des Werkvertrags sowie Ziffer 6 der Vergleichsvereinbarung erstellt, dass zwischen den Parteien im Zeitpunkt des Abschlusses der Vergleichsvereinbarung eine tatsächliche Willensübereinstimmung dahingehend bestand, dass mit Abschluss der Vergleichsvereinbarung die Beibringung einer verlängerten Erfüllungsgarantie durch den Rückbehalt von CHF 500'000.– im gegenseitigen Einverständnis abgelöst wurde, nicht jedoch die Beibringung einer Gewährleistungsgarantie.

1.8.4.11. An diesem Ergebnis vermag auch die Berufung auf die Saldoklausel, wonach nach Darstellung der Klägerin beabsichtigt gewesen sei, sämtliche Garantie-

leistungen und damit sämtliche Garantien auszuschliessen, nichts zu ändern. Hätten die Parteien den Ausschluss sämtlicher Garantien beabsichtigt, so hätte auch keine "Garantie" als Bedingung in Anhang A definiert werden dürfen. Die Nennung der "Garantie" ist – unter Verweis auf die vorstehenden Ausführungen – nicht anders zu erklären, als dass es sich dabei um die vereinbarte Gewährleistungsgarantie als Bedingung für die Schlusszahlung handelt. Auch die Klägerin vermag keine anderweitige überzeugende Erklärung für die Nennung der "Garantie" im Anhang A vorzubringen.

1.8.4.12. Dieses Ergebnis entspricht auch dem Kriterium eines sachgerechten Resultats: So ist nämlich nicht einzusehen, weshalb die Beklagte im Rahmen der Vergleichsvereinbarung eingewilligt haben sollte, einerseits einen höheren Pauschalpreis zu bezahlen, andererseits aber auf sämtliche Gewährleistungsrechte/Garantieleistungen und die entsprechende Garantie zu verzichten, wie dies die Klägerin unter Bezugnahme auf die Saldoklausel zu behaupten versucht. Ausserdem ist die Vereinbarung einer Gewährleistungsgarantie nach der Fertigstellung bzw. Abnahme des Werks bis zum Ablauf der Gewährleistungsfrist bzw. deren Vereinbarung als Bedingung für die Fälligkeit des Rückbehalts (Schlusszahlung) durchaus üblich und entspricht zudem der Regelung in Art. 152 i.V.m. Art. 181 SIA-Norm 118.

1.8.4.13. Infolge des klaren Wortlauts "Garantie" in Anhang A und der übrigen vertraglichen Bestimmungen ist das Auslegungsergebnis eindeutig. Daher kann von der durch die Klägerin offerierte Parteibefragung von I. _____ (act. 25 Rz. 23) zu dieser Thematik abgesehen werden. Ohnehin wäre fraglich, ob diese Beweisofferte, welche am Schluss von acht Absätzen, die sich über zwei Seiten ziehen, erfolgt, überhaupt als zulässiger Beweisantrag gilt, da unklar ist, welche Tatsache damit bewiesen werden soll (s. vorne Erw. II.4.3).

1.8.5. Fazit

1.8.5.1. Zwischen den Parteien bestand im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein tatsächlich übereinstimmender Wille, dass die Schlusszahlung von CHF 500'000.– u.a. von der Beibringung einer Gewährleistungsgarantie abhängig gemacht werden soll. Zum gleichen Ergebnis würde im Übrigen eine objektive Auslegung nach dem

Vertrauensprinzip führen: So musste die Klägerin gemäss den vorstehenden Ausführungen in guten Treuen davon ausgehen, dass die Schlusszahlung von der Beibringung der Gewährleistungsgarantie abhängig ist.

1.8.5.2. Es ist unbestritten, dass die Klägerin die Gewährleistungsgarantie nicht beibrachte, womit die Bedingung für die Zahlungsverpflichtung bzw. Fälligkeit für die Schlusszahlung nicht eingetreten ist. Die Klage ist demnach in diesem Umfang zur Zeit abzuweisen.

1.9. Zusammenfassung

Rechtsbegehren Ziffer 1 und 2: Die Erfüllung der Leistungspakete bzw. Fertigstellung der Arbeiten ist durch die Abnahmefiktion erstellt. Zusätzliche Bedingungen für die Fälligkeit wurden keine vereinbart, sodass der Betrag geschuldet und fällig ist.

Rechtsbegehren Ziffer 3: Die Erfüllung des Leistungspakets bzw. Fertigstellung der Arbeiten ist zwar durch die Abnahmefiktion erstellt. Als besondere Zusatzbedingung für die Fälligkeit wurde die Abnahme durch einen Bauingenieur vereinbart. Diese Abnahme durch den Bauingenieur ist unter Würdigung der eingereichten Beweismittel erstellt, sodass der Betrag geschuldet und fällig ist.

Rechtsbegehren Ziffer 4 und 5: Diese Leistungspflichten – Übergaben der relevanten "Doku" sowie der "Garantie" – sind nicht gegeben, sodass die entsprechenden Beträge zur Zeit nicht geschuldet sind.

Ob die Voraussetzungen für eine Verrechnung mit Gegenforderungen der Beklagten gegeben sind, wird unter Erw. II.3 zu prüfen sein.

2. Nachtragsarbeiten (Rechtsbegehren 6-9)

Die Klägerin macht geltend, es sei aufgrund der "ständigen Änderungs- und Ergänzungswünsche" durch die Beklagte zu diversen Nachtragsarbeiten gekommen, die zusätzlich zu vergüten seien (act. 25 Rz. 10). Die Beklagte bestreitet demgegenüber die Nachtragsforderungen, indem sie geltend macht, die Nachträge seien entweder vom Pauschalpreis umfasst oder – unter Berufung auf Ziffer 4.3 des Werk-

vertrags, wonach für "Bestellungsänderungen (Nachträge)" ein Schriftlichkeitsvorbehalt vereinbart worden sei – nicht vereinbarungsgemäss bestellt (act. 11 Rz. 10, 20).

2.1. Rechtliches

2.1.1. Pauschalpreisverträge

2.1.1.1. Der Unternehmer kann die Ausführung des ganzen Werks, das dem Bauherrn bzw. Besteller abzuliefern ist, zu einem bestimmten Pauschalpreis übernehmen. Die zwischen den Parteien getroffene pauschale Preisabrede ist diesfalls verbindlich und unabhängig von den ausgeführten Leistungsmengen und vom Aufwand der Unternehmerin. Der Preis ist damit unabänderlich; also auch dann, wenn die Erstellungskosten (Arbeits-, Material- und andere Kosten) höher oder geringer sind, als bei Vertragsabschluss vorgesehen war (vgl. BGer 4C.203/2005 vom 9. Januar 2006 E. 4.1, BGer 4P.99/2005 vom 18. August 2005 E. 3.2 und BGer 4C.23/2004 vom 14. Dezember 2004 E. 3.1). Die Bindung an einen vereinbarten Pauschalpreis gilt jedoch nicht absolut. Aufgrund von gesetzlichen Bestimmungen oder vertraglichen Abreden kann die Bindung daran durchbrochen werden. Je nach der Ursache des Mehraufwandes und der einschlägigen rechtlichen Regelung (gesetzliche Bestimmung oder vertragliche Abrede) besitzt der Unternehmer Anspruch auf (vollumfängliche oder teilweise) Mehrvergütung für allfälligen Mehraufwand (SCHUMACHER/KÖNIG, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, N 321a ff.).

2.1.1.2. Da die Klägerin "*ständige Änderungs- und Ergänzungswünsche (z.B. ca. 50 Nachträge)*" geltend macht (act. 25 Rz. 10), ist im Folgenden ein Anspruch auf Mehrvergütung bei Bestellungsänderungen gemäss Art. 84 ff. SIA-Norm 118 zu prüfen:

2.1.2. Anspruch auf Mehrvergütung bei Bestellungsänderungen (Art. 84 ff. SIA-Norm 118)

2.1.2.1. Durch Bestellungsänderung (aufgrund einer zusätzlichen Vereinbarung oder kraft einseitigen Bestellungsänderungsrechts des Bauherrn) ändert sich der Inhalt der vom Unternehmer ursprünglich geschuldeten Leistung (SCHUMACHER/KÖ-

NIG, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Rz. 338). Grundsätzlich hat der Unternehmer gestützt auf Art. 84 ff. SIA-Norm 118 Anspruch auf Ersatz der damit verbundenen Mehrkosten (GAUCH, Der Werkvertrag, N 768).

2.1.2.2. Ausserdem obliegt dem Unternehmer der Beweis für das Vorliegen einer "Bestellungsänderung" sowie dafür, dass der geltend gemachte Aufwand nicht zum ursprünglich vereinbarten Leistungsinhalt gehört. Wird eine Bestellsungsänderung geltend gemacht, so muss überdies auch dargetan und hernach bewiesen werden, was vereinbart wurde zu welchem Preis und wer diese Bestellsungsänderung wann gegenüber wem angeordnet hat (HGer ZH HG140250 vom 31. Januar 2017, Erw. 2.2.3.2.3). Schliesslich hat die Unternehmerin auch den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen der Ursache und den Folgen zu beweisen, die den Mehraufwand bewirkten (SCHUHMACHER/KÖNIG, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Rz. 624 ff.).

2.1.2.3. Der Unternehmer hat die Existenz und den Umfang des Mehraufwandes sowie die den Bemessungsfaktoren zugrundeliegenden Tatsachen zu beweisen (BGer 4A_219/2009 vom 25. September 2009 E. 4; GAUCH, Der Werkvertrag, Rz. 1019). Ebenfalls hat er die Notwendigkeit des Mehraufwandes und die Angemessenheit der geforderten Vergütung zu beweisen (s. BGE 112 II 503 = Pra 1987, 916; GAUCH, Der Werkvertrag, Rz.1023 ff.). In diesem Zusammenhang hat der Unternehmer nicht nur aufzuzeigen, an welchem Datum welche Mitarbeiter wie viele Stunden aufwendeten, sondern es obliegt ihm auch, die ausgeführten Arbeiten zu umschreiben bzw. zu substantiieren (BGer 4A_291/2007 vom 29. Oktober 2007 E. 3.4; BSK OR-ZINDEL/SCHOTT, Art. 374 N 18).

2.1.3. Schriftlichkeitsvorbehalt

Ein vereinbarter Schriftlichkeitsvorbehalt begründet die widerlegbare Vermutung, dass die Parteien ohne Erfüllung der Schriftform nicht gebunden sein wollen (Art. 16 Abs. 1 OR). Diese Vermutung ist in zweifacher Hinsicht widerlegbar. Erstens kann nachgewiesen werden, dass der Schriftlichkeitsvorbehalt lediglich zu Beweis Zwecken vereinbart wurde und kein Wirksamkeitserfordernis darstellt (vgl. BGE 138 III 123 E. 2.4.1; BK OR-MÜLLER, Art. 16 N 85). Zweitens kann nachgewie-

sen werden, dass die Parteien nachträglich auf den Schriftlichkeitsvorbehalt generell oder punktuell verzichtet haben, wobei ein solcher Verzicht grundsätzlich formfrei erfolgen kann (vgl. BGer 4A_409/2017 vom 17. Januar 2018 E. 5.3; BSK OR-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 16 N 10). Die Beweislast für eine Widerlegung der Vermutung von Art. 16 Abs. 1 OR liegt bei jener Partei, die sich auf die Gültigkeit des formlos Vereinbarten beruft (vgl. BGer 4A_234/2017 vom 19. September 2017 E. 5.1 f.; HGer ZH HG110181 vom 12. März 2015 E. III.4; BSK OR-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 16 N 12; BGer 4A_271/2007 vom 8. Januar 2008 E. 3).

2.2. Zahlung von CHF 6'103.40 für "Nachtrag Nr. 49" (Rechtsbegehren 6)

2.2.1. Standpunkte der Parteien

2.2.1.1. Mit Bezug auf Rechtsbegehren Ziffer 6 trägt die Klägerin vor, mit Nachtragsauftrag vom 25. Juni 2020 habe die Beklagte die mit Nachtragsofferte Nr. 49 vom 27. Mai 2020 offerierten Arbeiten in Auftrag gegeben. Diese Arbeiten seien nicht Bestandteil des ursprünglichen Werkvertrags und gemäss Vergleichsvereinbarung vom 22. Mai 2019 separat zu vergüten. Der mit Rechnung Nr. 20895 vom 29. Juni 2020 in Rechnung gestellte Betrag von CHF 6'103.40 sei bis anhin nicht bezahlt worden (act. 1 Rz. 15).

2.2.1.2. Die Beklagte führte dazu aus, es treffe zu, dass mit Nachtrag Nr. 49, unterzeichnet am 25. Juni 2021, Leistungen der Klägerin erbracht worden seien und das entsprechende Honorar noch ausstehend sei. Nachdem die Klägerin mit ihrer Leistungserbringung aber in diversen Punkten säumig gewesen sei, habe die Beklagte die Bezahlung dieser Nachtragsarbeiten verweigert. Die Beklagte verrechne diese klägerische Forderung von CHF 6'103.40 mit ihren Gegenforderungen (act. 11 Rz. 59 f.).

2.2.2. Würdigung

2.2.2.1. Die Beklagte anerkennt den in Rechnung gestellten Vergütungsanspruch (Existenz und Umfang des separat zu vergütenden Mehraufwandes sowie Mehrwertsteuer) gemäss Nachtrag Nr. 49 der Klägerin im Umfang von CHF 6'103.40. Der Anspruch ist somit ausgewiesen.

2.2.2.2. Da sich die Beklagte zum Verzugszins nicht äussert (act. 11 Rz. 59 f.), gilt das klägerische Vorbringen als unbestritten, weshalb darauf abzustellen ist. Der Verzugszins von 5 % ab 5. August 2021 ist folglich geschuldet.

2.2.2.3. Ob die Voraussetzungen für eine Verrechnung mit Gegenforderungen der Beklagten gegeben sind, wird unter Erw. II.3 zu prüfen sein.

2.2.3. Fazit

Die Klägerin hat Anspruch auf den Betrag von CHF 6'103.40 zuzüglich Zins von 5% seit 5. August 2021.

2.3. Zahlung von CHF 26'925.– für "Vorhalten Absturzsicherung" (Rechtsbegehren 7)

2.3.1. Unbestrittener Sachverhalt

Es ist unstrittig, dass der Nachtrag "Vorhalten Absturzsicherung" nicht schriftlich in Auftrag gegeben wurde (act. 1 Rz. 16; act. 11 Rz. 63; act. 25 Rz. 25).

2.3.2. Standpunkte der Parteien

2.3.2.1. Die Klägerin macht geltend, mit Rechnung Nr. 21057 vom 21. August 2020 sei der Beklagten das Vorhalten der Absturzsicherung im Gebäude r2 in Rechnung gestellt worden. Diese Leistung sei im Werkvertrag nicht enthalten, weshalb sie separat zu vergüten sei. Die Rechnung in der Höhe von CHF 26'925.– sei bis anhin nicht bezahlt worden (act. 1 Rz. 16). In der Replik ergänzt sie, dass es aufgrund der grossen zeitlichen Verzögerung notwendig gewesen sei, dass die Absturzsicherung länger als ursprünglich vorgesehen im Einsatz gestanden sei (act. 25 Rz. 25).

2.3.2.2. Die Beklagte bestreitet eine separat zu vergütende Leistung betreffend Absturzsicherung im Gebäude r2. Sie beruft sich auf Ziffer 4.3 des Werkvertrags, wonach sämtliche zusätzliche Leistungen schriftlich vereinbart werden müssten. Bestellungsänderungen (Nachträge) müssten schriftlich erfolgen und innert 5 Arbeitstagen geprüft werden. Die entsprechende Ausführung habe erst nach schriftlicher

Beauftragung des Bestellers zu erfolgen. Ferner seien etwaige Leistungen der Klägerin im Zusammenhang mit der Absturzsicherung vom Leistungsumfang des ursprünglichen Werkvertrags umfasst und nicht zusätzlich zu entschädigen. Auch bestreitet sie, dass die Rechnung der Beklagten zugestellt worden sei. Eventualiter erklärt sie Verrechnung mit ihren Gegenforderungen (act. 11 Rz. 61 ff.).

2.3.3. Würdigung

2.3.3.1. Es ist unstrittig, dass die Parteien einen Pauschalpreis vereinbart haben. Das schliesst – wie gezeigt – grundsätzlich nicht aus, dass die Unternehmerin Anspruch auf zusätzliche Vergütung für Leistungen hat, die sie ausserhalb des Vertrags erbrachte. Es ist aber Sache der Unternehmerin, u.a. die Existenz, den Umfang der Mehrvergütung, die Ursache für die Mehrvergütung (so z.B. das Vorliegen einer Beststellungsänderung etc.; vgl. vorne Erw. II.2.1.2) zu behaupten und im Bestreitungsfall zu substantiieren und zu beweisen. Vorliegend bestreitet die Beklagte diese Sachverhaltselemente, weshalb die Substantiierungspflicht greift.

2.3.3.2. Die Klägerin beschränkt sich in der Replik auf die Ergänzung, dass es aufgrund der grossen zeitlichen Verzögerung notwendig gewesen sei, die Absturzsicherung länger als ursprünglich vorgesehen aufgestellt zu lassen (act. 25 Rz. 25). Dies genügt den Anforderungen an eine substantiierte Parteibehauptung nicht. So geht aus dieser Behauptung nicht hervor, in wessen Risikobereich die *"grosse zeitliche Verzögerung"* fällt. Aufgrund der Bestreitungen der Beklagten, insbesondere betreffend Vorliegen eines Zusatzauftrages, hätte die Klägerin näher dartun müssen, weshalb diese zusätzlich zu vergütende Leistung nicht vom ursprünglichen Werkvertrag umfasst ist, von wann bis wann die Absturzsicherung aufgestellt war und zu welchem Preis pro Zeiteinheit das Vorhalten der Absturzsicherung abgerechnet wurde (sog. Bemessungsfaktoren). Nicht hinreichend ist der blosser Verweis auf die Rechnung und die Erwähnung der *"grosse[n] zeitliche[n] Verzögerung"*. Zudem genügt auch der Beschrieb *"Vorhalten der Absturzsicherung"* den Anforderungen an eine substantiierte Umschreibung der getätigten Arbeiten nicht. Da es insgesamt an substantiierten Parteibehauptungen fehlt, wird auch die offerierte Parteibefragung von I. _____ obsolet, denn bezüglich eines nicht substantiiert

vorgetragenen Sachverhalts sind keine Beweise abzunehmen (s. vorne Erw. II.4.1.2).

2.3.3.3. Bei diesem Ergebnis kann grundsätzlich offenbleiben, ob der vorliegende Nachtrag – wie von der Beklagten vorgetragen – hätte schriftlich vereinbart werden müssen. Nichtsdestotrotz ist zum Schriftlichkeitsvorbehalt das Folgende zu bemerken: Die Klägerin bestreitet nicht (act. 25 Rz. 25), dass der Schriftlichkeitsvorbehalt gemäss Ziffer 4.3 der Vergleichsvereinbarung für die in Frage stehende Forderungsposition – wie von der Beklagten behauptet – zur Anwendung gelangt. Unbestrittenermassen wurde der Nachtrag nicht schriftlich abgeschlossen. Somit scheidet die Geltendmachung der vorliegenden Forderung auch am Schriftlichkeitsvorbehalt.

2.3.4. Fazit

Der von der Klägerin geltend gemachte Nachtrag in der Höhe von insgesamt CHF 26'925.– erweist sich als nicht hinreichend dargetan und damit als unbegründet. Die Klage ist in diesem Umfang abzuweisen.

2.4. Zahlung von CHF 3'264.25 für "Kranarbeiten" (Rechtsbegehren 8)

2.4.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Beklagte bestreitet grundsätzlich nicht, dass nach August 2019 durch die Klägerin erbrachte Kranarbeiten angefallen sind (act. 1 Rz. 17; act. 11 Rz. 66 ff.; act. 25 Rz. 27; act. 29 Rz. 72).

2.4.2. Standpunkte der Parteien

2.4.2.1. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass in der Vergleichsvereinbarung vom 22. Mai 2019 vereinbart worden sei, dass die nach August 2019 angefallenen Kranarbeiten separat zu vergüten zu seien. Mit Rechnung Nr. 20050 vom 16. Juni 2020 sei der Beklagten der entsprechende Betrag von CHF 3'264.25 in Rechnung gestellt worden. Diese Rechnung sei bis anhin nicht getilgt worden (act. 1 Rz. 17). Die in Rechnung gestellten Arbeiten seien mit entsprechenden Rapporten belegt, worauf verwiesen werde. Diese Rapporte seien unterzeichnet wor-

den, weshalb die Ausführungen der Beklagten, es sei keine Schriftlichkeit dieser Aufträge gegeben, obsolet und falsch seien (act. 25 Rz. 27).

2.4.2.2. Die Beklagte bestreitet ihre separate Vergütungspflicht betreffend Kranarbeiten nach August 2019. Gemäss Ziffer 7 der Vergleichsvereinbarung sei vereinbart worden, dass die Entschädigungspflicht nur dann gegeben wäre, wenn seitens der Beklagten Bedarf für den Kran bestanden hätte, was bestritten wird. Ferner lege die Klägerin auch die Kostenzusammensetzung nicht näher dar, und der geltend gemachte Umfang werde ebenfalls bestritten. Ausserdem sei ihr die geltend gemachte Rechnung gar nie zugestellt worden. Schliesslich scheitere die Forderung auch am Schriftlichkeitsvorbehalt für zusätzlich zu entschädigende Leistungen. Eventualiter erklärt sie die Verrechnung mit ihren Gegenforderungen (act. 11 Rz. 66 ff.; act. 29 Rz. 72).

2.4.3. Würdigung

2.4.3.1. Die Beklagte bestreitet die Anwendbarkeit von Ziffer 7 der Vergleichsvereinbarung grundsätzlich nicht. Sie bestreitet jedoch, dass seitens der Beklagten Bedarf bestanden habe für zusätzliche Kranleistungen, was als Bedingung für die Vergütungspflicht vereinbart worden sei. Weiter bestreitet sie die Kostenzusammensetzung und den Umfang der "Kranarbeiten" (act. 11 Rz. 66 ff.).

2.4.3.2. Wie bereits ausgeführt (s. vorne Erw. I.4.2), ist entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Behauptungs- und Substantiierungslast grundsätzlich in den Rechtsschriften nachzukommen. Ausnahmsweise genügt ein Verweis auf eine Beilage. Dies ist dann der Fall, wenn der Verweis klar, eindeutig und vollständig ist, und die blosser Übernahme der entsprechenden Stelle in der Beilage in die Rechtsschrift einen blossen Leerlauf darstellen würde (s. vorne Erw. II.4.2). Die offerierte Rechnung samt Rapporten (act. 3/13) weist die Bereitstellung eines "Turmdrehkrans 65m" für insgesamt 8 Stunden aus (Rapport Nr. 2027: 6 Stunden; Rapport Nr. 2041: 2 Stunden). Auch geht aus den Rapporten hervor, an welchem Datum der Kran zur Verfügung gestellt wurde. Zudem wurden die Rapporte – unbestrittenermassen – von der Beklagten unterzeichnet. Gestützt auf die unterzeichneten Rapporte ist zugunsten der Klägerin davon auszugehen, dass der darin aus-

gewiesene Aufwand (8 Stunden "Kranarbeiten") erbracht wurde und auch erforderlich war.

2.4.3.3. Mit diesen Angaben aus der Rechnung (Stundenansatz CHF 364.55) und den Rapporten (8 Stunden) lassen sich der effektiv in Rechnung gestellte – und bestrittene – Betrag sowie die entsprechende – und bestrittene – Kostenzusammensetzung, worunter auch der Stundenansatz von CHF 364.55 fällt, jedoch noch nicht überprüfen. Dies gelingt auch nicht, wenn Ziffer 7 der Vergleichsvereinbarung vom 22. Mai 2019 beigezogen wird: Darin wird zwar ein vereinbarter Preis von CHF 40'000.– pro Monat für Kranmiete (und nicht "Kranarbeiten") ausgewiesen; allerdings kann gestützt auf diese Angaben nicht überprüft werden, ob die Berechnung des konkret in Rechnung gestellten Betrags korrekt erfolgte. Jedenfalls ist nicht nachvollziehbar, wie auf Basis der monatlichen Kranmiete in der Höhe von CHF 40'000.– die geltend gemachten 8 Stunden zu je CHF 364.55 berechnet wurden. Dieser Rechnungsschritt wäre von der Klägerin darzulegen gewesen, ansonsten es am Konnex zwischen der Rechnung und Ziffer 7 der Vergleichsvereinbarung fehlt.

2.4.3.4. Insofern sind die in Ziffer 7 sowie der Rechnung, inkl. Rapporte enthaltenen Informationen unvollständig, indem sie zwar die monatlichen Kosten für die Kranmiete ausweisen, jedoch weitere Details, die für die Berechnung des konkreten Betrags erforderlich wären, nicht enthalten bzw. sind diese zumindest nicht selbsterklärend. Da der Rechnungsbetrag ohne weitere Erläuterungen in der Rechtschrift nicht nachvollziehbar ist, liegt ein unzulässiger Verweis vor, da damit die zu substantiierende und beweisende Parteibehauptung nicht klar und unmissverständlich aus diesen Beilagen hervorgeht.

2.4.3.5. Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, ob der Schriftlichkeitsvorbehalt gemäss Ziffer 4.3 des Werkvertrags für die vorliegende Forderungsposition zur Anwendung gelangen würde und ob diesem – entsprechend dem Standpunkt der Klägerin – Genüge getan wäre.

2.4.4. Fazit

Der von der Klägerin geltend gemachte Nachtrag in der Höhe von CHF 3'264.25 erweist sich als nicht hinreichend dargetan und damit als unbegründet. Die Klage ist in diesem Umfang abzuweisen.

2.5. Zahlung von CHF 410'400.– für "Abdichtungsarbeiten" (Rechtsbegehren 9)

2.5.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Beklagte bestreitet grundsätzlich nicht bzw. nicht konkret genug (s. vorne Erw. II.4.1.3), dass die behaupteten Abdichtungsarbeiten, welche die Klägerin mit Rechnung vom 17. Oktober 2017 im Umfang von CHF 410'400.– in Rechnung stellte, tatsächlich in diesem Umfang angefallen sind (act. 1 Rz. 18; act. 11 Rz. 69 ff.).

2.5.2. Standpunkte der Parteien

2.5.2.1. Die Klägerin hält dafür, im Werkvertrag seien die Systemabdichtungen der Betonkonstruktion dem Systemanbieter übertragen worden. Das heisse, dass die Klägerin davon ausgehen können, dass diese "bauseits" erfolgen würden (S. 54 des Leistungsverzeichnisses). Erst später habe die Klägerin bemerkt, dass dies nicht der Fall gewesen sei. Da der Baufortschritt nicht stark habe eingedämmt werden können, habe die Beklagte die Klägerin beauftragt, die Versäumnisse bei den Abdichtungsarbeiten zu beheben. Diese Leistung sei nicht vom ursprünglichen Werkvertrag erfasst und deshalb separat zu vergüten. Der entsprechende Betrag von CHF 410'400.– sei in Rechnung gestellt worden. Die Rechnung sei bis dato nicht bezahlt worden. Die Zustimmung zu diesen Nachtragsleistungen ergebe sich aus den E-Mails vom 10. August 2017 und 18. September 2017 (act. 1 Rz. 18). In der Replik trägt die Klägerin vor, in Ziffer 8.2 Abs. 3 des Werkvertrags sei ausdrücklich stipuliert, dass sich die Beklagte in Sachen Abdichtungsarbeiten nur an die Subunternehmerin (J._____ GmbH) halten könne (act. 25 Rz. 28).

2.5.2.2. Die Beklagte hält dagegen, die behaupteten Leistungen (Rechnung vom 10. Oktober 2017) seien zeitlich vor Abschluss des Werkvertrags vom 4./6. Oktober 2017 und auch vor Abschluss der Vergleichsvereinbarung vom 22. Mai 2019 ange-

fallen. Damit seien diese Kosten vom Pauschalpreis des Werkvertrags und jedenfalls vom in der Vergleichsvereinbarung vom 22. Mai 2019 angepassten Pauschalpreis erfasst (act. 11 Rz. 69 ff.). Im Eventualstandpunkt macht sie geltend, der vereinbarte Schriftlichkeitsvorbehalt, welcher die Unterzeichnung durch die Parteien verlange, sei mit der E-Mailkorrespondenz nicht eingehalten worden (act. 11 Rz. 72 ff.). Schliesslich erklärt sie eventualiter Verrechnung mit ihren Gegenforderungen (act. 11 Rz. 75).

2.5.3. Würdigung

2.5.3.1. Die Klägerin macht geltend, Abdichtungsarbeiten seien nicht im Leistungsverzeichnis des Werkvertrags erfasst. Dennoch habe sie aufgrund der Versäumnisse der mit den Abdichtungsarbeiten beauftragten Unternehmerin die Abdichtungsarbeiten vorgenommen, da Gefahr in Verzug gewesen sei. Diesen Zusatzauftrag habe sie mit Rechnung vom 10. Oktober 2017 in Rechnung gestellt. Die Beklagte bestreitet die durch die Klägerin behaupteten Abdichtungsarbeiten – wie gezeigt –, mithin den behaupteten Mehraufwand, grundsätzlich nicht bzw. mit Bezug auf die behaupteten Abdichtungsarbeiten (Ursache, Erbringung, Umfang, Preis, Erforderlichkeit, Angemessenheit) zumindest nicht in substantiierte Weise. Allerdings bestreitet sie, dass diese zusätzlich zu vergüten seien, da sie vom Pauschalpreis des Werkvertrags bzw. vom angepassten Pauschalpreis der Vergleichsvereinbarung erfasst seien. So sei in Ziffer 4 der Vereinbarung vereinbart worden, dass *"der Werkpreis gemäss Ziff. 1 des Werkvertrages einschliesslich sämtlicher genehmigter Nachträge und Regiearbeiten neu pauschal CHF 11'600'000.- zzgl. MWST betrage und damit sämtliche Leistungen der Parteien (bzw. von den Parteien zur Erbringung der Leistungen beigezogener Dritter) im Zusammenhang mit dem Werkvertrag, insbesondere Mehrkosten infolge von Zusatzleistungen von A. _____ abgegolten sein sollen"* (act. 11 Rz. 70). Ist streitig, welche Leistungen durch den Pauschalpreis gedeckt sind, obliegt es der Unternehmerin, den vom Pauschalpreis erfassten Leistungsumfang bzw. den behaupteten Mehraufwand zu beweisen (s. vorne Erw. II.2.1.2). Die Klägerin, die das Vorliegen des Zusatzauftrages zu beweisen hat und der infolge der Bestreitung der Abdichtungsarbeiten als Zusatzauftrag diesbezüglich in einem ersten Schritt eine über die Behauptungslast hinausge-

hende Substantiierungslast obliegt (s. vorne Erw. II.4.1), entgegnet den Vorbringen der Beklagten in ihrer Replik einzig, die Beklagte müsse sich an die für die Abdichtungsarbeiten verantwortliche Subunternehmerin (J._____ GmbH) halten. Damit fehlt es vorliegend an einer hinreichend substantiierten Parteibehauptung betreffend das Vorliegen eines Zusatzauftrages bzw. Nachtrags, der nicht vom Pauschalpreis abgedeckt ist.

2.5.3.2. Im Übrigen geht aus dem E-Mailverkehr zwischen den Parteien vom August und September 2017 (act. 3/24-25) eine zusätzliche Beauftragung durch die Beklagte nicht hervor, womit selbst bei hinreichender Substantiierung der Beweis nicht erbracht werden könnte.

2.5.3.3. Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, ob der Schriftlichkeitsvorbehalt gemäss Ziffer 4.3 des Werkvertrags für die vorliegende Forderungsposition zur Anwendung gelangen würde und erfüllt wäre.

2.5.4. Fazit

Der von der Klägerin geltend gemachte Nachtrag in der Höhe von CHF 410'400.– erweist sich als nicht hinreichend dargetan und damit als unbegründet. Die Klage ist in diesem Umfang abzuweisen.

3. Gegenforderungen der Beklagten

Die Beklagte macht für den Fall, dass das Gericht einzelne Positionen bzw. Forderungen der Klägerin als ausgewiesen erachten sollte, gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR bzw. Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 diverse Gegenforderungen aus Nicht- bzw. Schlechterfüllung geltend, für welche sie die Eventualverrechnung erklärt (act. 11 Rz. 103).

3.1. Verrechnung und Verrechnungserklärung

3.1.1. Rechtliches

3.1.1.1. Die Verrechnung setzt voraus, dass gegenseitige Forderungen bestehen, die fällig und gleichartig sind (BSK OR-PETER, Art. 120 N 10 ff.). Damit die Verrech-

nung Wirkung entfalten kann, muss der Schuldner eine ausdrückliche Erklärung abgeben (BSK OR-PETER, Art. 124 N 1 ff.). Die Verrechnungserklärung kann jederzeit erfolgen. Insbesondere kann sie auch in einem hängigen Prozess abgegeben werden. Zulässig ist sodann auch eine sog. Eventualverrechnung im Prozess, mit welcher der Beklagte die Verrechnung von gegen ihn gerichteten Forderungen mit einer Gegenforderung gegen den Kläger für den Fall erklärt, dass die von ihm bestrittene, gegen ihn gerichtete Forderung geschützt wird (BGer 4A_290/2007 vom 10. Dezember 2007 E. 8.3.1; BSK OR-PETER, Art. 124 N 2 f.).

3.1.1.2. Aus der Verrechnungserklärung oder aus den Umständen muss klar hervorgehen, welches die zu tilgende Hauptforderung und welches die Verrechnungsforderung ist, welche die Hauptforderung tilgen soll. Besteht diesbezüglich Unklarheit, ist die Verrechnungserklärung unvollständig und daher wirkungslos (vgl. BGer 4A_601/2013 vom 31. März 2014 E. 3.3; BGer 4A_549/2010 vom 17. Februar 2011 E. 3.3; BGer 4A_82/2009 vom 7. April 2009 E. 2; BGer 4C.25/2005 vom 15. August 2005 E. 4.1; HG ZH HG080288 vom 19. Juli 2011 E. 5.3.1; HG ZH HG200098 vom 24. August 2022 E. 5.1; HG ZH HG200098 vom 24. August 2022 E. 5.1.2).

3.1.2. Würdigung

3.1.2.1. Die Verrechnung setzt in erster Linie den Bestand der Hauptforderung voraus. Wie gezeigt, sind einzig die Forderungen gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1-3 und 6 gutzuheissen und ist die Klage im übrigen Umfang abzuweisen. Wie bereits ausgeführt, müssen Verrechnungserklärungen die Präzisierung enthalten, welche Verrechnungsforderung mit welcher Hauptforderung verrechnet werden soll. Sofern sich die Verrechnungsforderungen nicht ausdrücklich auf die gutzuheissenden Hauptforderungen gemäss Rechtsbegehren 1-3 und 6 der Klägerin beziehen, muss der Bestand der Verrechnungsforderung in materieller Hinsicht gar nicht geprüft werden, zumal deren Verrechnung bereits am Bestehen einer Hauptforderung scheitert.

3.1.2.2. Mit Ausnahme der "Mehrkosten aus der Ersatzvornahme Betonkosmetik" in der Höhe von CHF 182'909.45 (act. 11 Rz. 78) sowie Mehrkosten aus "Sanierung Garageneinfahrt" in der Höhe von CHF 16'378.70 (act. 11 Rz. 83 f.), für wel-

che die Beklagte Verrechnung mit der klägerischen Forderung nach Rechtsbegehren Ziffer 1 bzw. Rechtsbegehren Ziffer 3 erklärt (act. 11 Rz. 78 f.; act. 11 Rz. 85), präzisiert die Beklagte mit Bezug auf die übrigen Gegenforderungen in ihrer Verrechnungserklärung nicht weiter, welche ihrer Verrechnungsforderungen sie welcher der Hauptforderungen der Klägerin gegenüberstellen will. Sie beschränkt sich bei den jeweiligen Gegenforderungen auf die Bemerkung, dass ihr *"in diesem Umfang [...] gegenüber der Klägerin eine gegenseitige und gleichartige Forderung zu[stehe], welche sie eventualiter zur Verrechnung stellt"* (act. 11 Rz. 82, 89, 93, 96, 99, 102, 103 ff.). Die Beklagte nummeriert zwar die geltend gemachten Gegenforderungen in der Zusammenfassung Ziffer 3.10 der Klageantwort. Ob damit eine Reihenfolge der Verrechnung dargetan werden soll, ist daraus jedoch nicht herauszulesen (vgl. act. 11 Rz. 103).

3.1.2.3. Einzig die Verrechnungserklärungen betreffend die Gegenforderungen (1.) und (3.) beziehen sich konkret auf eine klägerische Forderung gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1 und 3. Demgegenüber erweisen sich die Verrechnungserklärungen betreffend die Gegenforderungen (2.), (4.), (5.), (6.), (7.) und (8.) (vgl. act. 11 Rz. 103) der Beklagten mangels konkreter Zuweisung zu einer klägerischen Forderung als ungenügend und damit unwirksam. Selbst wenn der Bestand dieser beklagischen Gegenforderungen ausgewiesen wäre, blieben die vorerwähnten Verrechnungserklärungen der Beklagten betreffend die Gegenforderungen (2.), (4.), (5.), (6.), (7.) und (8.) wirkungslos und die Einrede der Verrechnung verfängt bereits aus diesem Grund nicht.

3.1.2.4. Die Verrechnungserklärungen betreffend die "Mehrkosten aus der Ersatzvornahme Betonkosmetik" (1.) sowie betreffend die "Mehrkosten aus Sanierung Garageneinfahrt" (3.) sind grundsätzlich wirksam und deren Bestand wird im Folgenden zu prüfen sein. Im Sinne einer Eventualbegründung wird nachfolgend zudem aufgezeigt, dass die Einrede der Verrechnung betreffend die Gegenforderungen (2.), (4.), (5.), (6.), (7.) und (8.) selbst dann nicht verfangen würde, wenn eine gültige Verrechnungserklärung vorliegen würde, da die geltend gemachten Verrechnungsforderungen nicht ausgewiesen sind.

3.2. Bestand der Verrechnungsforderungen

3.2.1. Rechtliches

3.2.1.1. Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR bzw. Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118

3.2.1.1.1. Damit ein Besteller zur Ersatzvornahme schreiten darf, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein (Art. 366 Abs. 2 OR): Eine "mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung" des Werkes muss sich während der Ausführung "bestimmt voraussehen" lassen. Eine "mangelhafte Erstellung" ist voraussehbar, wenn sich bereits im betreffenden Stadium der Werkausführung klar erkennen lässt, dass das Werk bei seiner Beendigung einen Werkmangel aufweisen wird (BSK OR-ZINDEL/SCHOTT, Art. 366 N 32). Gemäss BGE 107 II 55 f. sind die Rechtsbehelfe von Abs. 2 nicht nur während der eigentlichen Werkerstellung, sondern auch noch während der Nachbesserung (d.h. nach Ablieferung des Werkes) analog anwendbar (KUKO OR-LEHMANN, Art. 366 OR N 9-12). Weiter ist ein "Verschulden des Unternehmers" vorausgesetzt. Das vorausgesetzte Verschulden des Unternehmers ist gemäss h.L. weit auszulegen. Dieses Erfordernis ist bereits gegeben, wenn der Besteller kein Selbstverschulden nach Art. 369 OR trifft (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 369 N 35; GAUCH, Der Werkvertrag, N 880 f.). Der Besteller muss dem Unternehmer schliesslich – unter Vorbehalt der Fälle von Art. 108 OR – eine angemessene Nachfrist ansetzen und die Ersatzvornahme androhen (BSK OR-ZINDEL/SCHOTT, Art. 366 N 36). Bei Unfähigkeit oder Unwilligkeit des Unternehmers zur Nachbesserung kann die Nachfristsetzung bzw. die Androhung entfallen (BGer 4A_518/2011 vom 21. Dezember 2011 E. 6; KUKO OR-LEHMANN, Art. 366 N 9-12). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so kann der Besteller die Verbesserung oder Fortführung des Werks – ohne richterliche Ermächtigung nach Art. 98 OR – auf Gefahr und Kosten des Unternehmers einem Dritten übertragen. Der Besteller erhält einen Anspruch auf Aufwendungsersatz, der auch allfällige Mehrkosten seitens des Bestellers infolge des Beizugs des Dritten erfasst (BSK OR-ZINDEL/SCHOTT, Art. 368 N 39). Schreitet der Besteller zur Ersatzvornahme ohne Vorschuss, muss er nach getätigter Mängelbeseitigung im Rückerstattungsprozess gegen den Un-

ternehmer sowohl den grundsätzlichen Anspruch auf Ersatzvornahme wie die Berechtigung des konkret getätigten Aufwands nachweisen (BGE 141 III 257 E. 3.3).

3.2.1.1.2. Auch Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 gewährt dem Besteller ein Recht auf Ersatzvornahme. Die SIA-Norm 118 sieht gewisse Erleichterungen vor: Weder muss eine Nachfrist angesetzt noch die Ersatzvornahme angedroht werden. Es ist einzig erforderlich, dass der Unternehmer die vom Besteller nach Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 angesetzte Frist zur Nachbesserung (Verbesserungsfrist bzw. Abhilfefrist bzw. Mängelbehebungsfrist) ungenutzt verstreichen lässt (BRÄNDLI, Die Nachbesserung, Rz. 896 f.; GAUCH/STÖCKLI, SIA-Norm 118, Art. 169 Rz. 5.1; BGer 4A_151/2016 vom 21. Juni 2016 E. 3.1).

3.2.1.1.3. Der Besteller hat die Erfüllung sämtlicher dem Recht auf Ersatzvornahme zugrunde liegenden Voraussetzungen nachzuweisen (BSK OR-ZINDEL/SCHOTT, Art. 366 N 43).

3.2.1.2. Angemessenheit der Verbesserungsfrist

Angemessen ist die Frist, wenn sie grundsätzlich ausreicht, damit eine ordnungsgemässe Mängelbeseitigung objektiv möglich ist, d.h. ein versierter Unternehmer unter den gegebenen Umständen eine ordnungsgemässe Mängelbeseitigung der betreffenden Art auszuführen vermag, sofern er mit den Arbeiten sofort beginnt und sie zügig zu Ende führt (GAUCH/STÖCKLI, SIA-Norm 118, Art. 169 Rz. 5.1 ff.). Der Unternehmer muss die zu kurze Frist als angemessen gelten lassen, sofern er nicht umgehend gegen die zu kurze Frist protestiert (BGE 116 II 436 E. 2b; GAUCH, Der Werkvertrag, Rz. 885; GAUCH/STÖCKLI, Art. 169 Rz. 5.6). Ist die Frist allerdings so kurz, dass eine fristgerechte Mängelbeseitigung unter keinen Umständen möglich ist, gilt diese Frist auch dann nicht, wenn der Unternehmer es unterlassen hat zu protestieren (GAUCH/STÖCKLI, Art. 169 Rz. 5.6). Die Rechtsfrage der Angemessenheit der Frist beurteilt sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalles, namentlich von der Art der Leistung und dem Interesse des Gläubigers an der baldigen Erfüllung ab. Je grösser dieses Interesse und je leichter die Leistung zu erbringen ist, um so kürzer darf die Frist bemessen sein, und umgekehrt (BGE 103 II 102 E. 1b). So spielen eine Rolle die Art der nachzubessernden Arbei-

ten, die Witterungsverhältnisse, Lieferfristen von Lieferanten und Subunternehmern und die Zeit, die erforderlich ist, um die Ursachen des Mangels abzuklären (GAUCH/STÖCKLI, SIA-Norm 118, Art. 174 N 14).

3.3. Mehrkosten aus Ersatzvornahme "Betonkosmetik"

3.3.1. Standpunkte der Parteien

3.3.1.1. Die Beklagte bringt zusammengefasst vor, die Klägerin sei für die nachfolgenden drei Mängelpositionen der "Betonkosmetik" verantwortlich, deren Nachbesserung mittels Ersatzvornahme durch die K._____ AG habe vorgenommen werden müssen. Die Klägerin müsse der Beklagten die dadurch entstandenen Ersatzvorkosten in der Höhe von insgesamt CHF 182'909.45 ersetzen (act. 11 Rz. 35; act. 29 Rz. 40): Im Detail bringt die Beklagte vor, die Betonkosmetik des Fluchttreppenhauses/Nebenräume EG (Mangelposition A) sei nicht termingerecht fertiggestellt worden. Mit Schreiben vom 23. November 2020 sei dieser "*Mangel*" gerügt worden, unter Ansetzung einer "*letzten Nachfrist zur Nachbesserung bis am 27. November 2020*" und verbunden mit der Androhung, dass im Säumnisfall eine Ersatzvornahme eingeleitet werde (act. 11 Rz. 31 f.; act. 29 Rz. 32 ff.). Weiter macht die Beklagte geltend, es seien bei den Deckenuntersichten der Mietflächen diverse sehr grosse Fugen von 2-4 cm Breite festgestellt und der Klägerin mit Schreiben vom 23. November 2020 formell angezeigt worden. Im gleichen Schreiben seien auch "*an den Deckenuntersichten eine Vielzahl von Kiesnestern*" angezeigt worden (Mangelposition B). Auch zu dieser Nachbesserung habe sie der Klägerin bis am 27. November 2020 eine letzte Nachfrist angesetzt, mit der Androhung, dass im Säumnisfall die Ersatzvornahme eingeleitet werde (act. 11 Rz. 33; act. 29 Rz. 32 ff.). Zudem sei die Oberflächenqualität der Stützen in "r2" (Mangelposition C) mangelhaft gewesen. Dies sei anlässlich einer Besprechung mit der Klägerin am 1. Dezember 2020 besprochen und das weitere Vorgehen (Nachbesserungen Muster mit abgesäuerten Oberflächen bzw. Lasur) sei festgelegt worden. Die Beklagte behauptet, mit Schreiben vom 25. Januar 2021 sei dieser Mangel angezeigt worden. Gleichzeitig behauptet sie, die Klägerin sei "*am 25. Januar 2021 mit ihrer Nachbesserung bereits säumig gewesen, zumal ihr die Beklagte zuvor*

schon eine letzte Nachfrist zur Behebung des Mangels angesetzt [habe] (vgl. Beilage 8)" (act. 11 Rz. 34; act. 29 Rz. 32 ff.).

3.3.1.2. Die Klägerin wendet demgegenüber ein, sie habe sämtliche gemäss Leistungsverzeichnis des Werkvertrags geschuldeten Leistungen tadellos erbracht, was der Beklagten mit Schreiben vom 26. November 2020 mitgeteilt worden sei. Auch sei der Beklagten am 17. Dezember 2020 die Fertigstellung mit Vollendungsanzeige angezeigt worden. Sie bestreitet, dass nach Fertigstellung Kiesnester oder Fugen in einer Breite von 2-4 cm vorhanden gewesen seien. Sinngemäss macht sie zudem geltend, dass – falls es Mängel gegeben habe – die Mängel von einem Dritten verursacht worden seien. Die Klägerin bestreitet zudem, dass die Rechnungen werkvertraglich geschuldete Leistungen der Klägerin betreffen würden. Die Beklagte habe vielmehr an K. _____ AG einen Zusatzauftrag erteilt. Der Zusatzauftrag habe keinen Bezug zum Werkvertrag und die Klägerin hafte nicht für diesen Zusatzauftrag (act. 25 Rz. 14 f.). Ferner seien die Rechnungen der K. _____ AG unglaubwürdig (z.B. seien 604 anstatt den effektiv vorhandenen 572 Stützen erwähnt) und inhaltlich nicht korrekt bzw. unklar, und die behaupteten Arbeiten seien nicht nachvollziehbar (act. 25 Rz. 15). Mit diesen Rechnungen könne nicht belegt werden, dass durch die K. _____ AG Arbeiten ausgeführt worden seien, die im Leistungsverzeichnis des Werkvertrags verzeichnet und damit von der Klägerin geschuldet gewesen seien (act. 25 Rz. 16).

3.3.2. Würdigung

3.3.2.1. Aufgrund der Spezifizierung, dass die geltend gemachten Mehrkosten aus "Betonkosmetik" in der Höhe von CHF 182'909.45 (bzw. CHF 42'899.45) mit der klägerischen Forderung gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1 in Abzug gebracht bzw. verrechnet werden sollen, ist die Verrechnungserklärung grundsätzlich wirksam (s. vorne Erw. II.3.1.2.4). Wie jedoch nachfolgend aufzuzeigen sein wird, ist der Bestand der Gegenforderung nicht erstellbar.

3.3.2.2. Die Klägerin bestreitet die zum Nachweis der entstandenen Ersatzvornahmekosten ins Recht gelegten Rechnungen der K. _____ AG (act. 13/9-13). Diese seien unglaubwürdig und nicht nachvollziehbar, da daraus nicht hervorgehe, wel-

che Arbeiten die K._____ AG effektiv erbracht haben soll. Ausserdem sei damit nicht belegt, dass es sich um Arbeiten handle, die von der Beklagten geschuldet gewesen wären, und nicht um einen Zusatzauftrag (act. 25 Rz. 16). Damit bestreitet die Klägerin insbesondere den Bezug zwischen den geltend gemachten Kosten der K._____ AG zu von der Klägerin geschuldeten Leistungen. Somit greift diesbezüglich eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Nicht substantiierte Vorträge sind nicht zum Beweis zuzulassen. Ob die Beklagte ihrer Substantiierungslast hinreichend nachgekommen ist, kann vorliegend offenbleiben, da zunächst zu prüfen ist, ob die als Beweis offerierten Rechnungen überhaupt zum Beweis der behaupteten Forderung taugen.

3.3.2.3. Die ins Recht gelegten Akontorechnungen betreffen die "Sichtbetonbearbeitung Neubau, Hochhaus, E._____ -strasse 1, F._____". In den eingereichten Akontorechnungen werden die ausgeführten Arbeiten wie folgt umschrieben: *"Für die ausgeführten Retouchierarbeiten an den 140 Säulen. Von den Stockwerken 1-5 inkl. Bemusterung vom 15.2.21"* (Akontorechnung 360777 vom 17. März 2021, act. 13/9), *"Für die ausgeführten Retouchierarbeiten an den 210 Säulen. Von den Stockwerken 6-12"* (Akontorechnung 360843 vom 30. März 2021, act. 13/10), *"Für die ausgeführten Retouchierarbeiten an den 120 Säulen. Stockwerken 13-16"* (Akontorechnung 360899 vom 12. April 2021, act. 13/11). Diese drei Akontorechnungen betreffen offensichtlich die Säulen bzw. Stützen in den Stockwerken 1-16 in "r2" und weisen keinen erkennbaren Bezug zu den geltend gemachten Fugen und Kiesnestern an den Deckenunterseiten der Mietflächen auf. Auch ist hinsichtlich der "Betonkosmetik am Fluchttreppenhaus/Nebenräume EG" kein eindeutiger Bezug erkennbar, da sich die Arbeiten der K._____ AG auf die Säulen der Stockwerke 1-16 und nicht auf das Fluchttreppenhaus und die Nebenräume EG beziehen. Inwiefern sich aus den Rechnungen ein Bezug zu den beiden Mangelpositionen (A und B) ergeben soll, ist nicht ersichtlich. Folglich ist ein entsprechender Konnex zwischen den geltend gemachten Kosten und den geltend gemachten Mängeln (A und B) nicht ausgewiesen.

3.3.2.4. Auch betreffend die Akontorechnung 360962 vom 27. April 2021 (act. 13/12) fehlt jegliche Zuordenbarkeit. So wird darin beschrieben *"Für die bereits*

geleisteten Arbeiten bis 10.08.21". Die Rechnung datiert vom 27. April 2021 und soll bereits geleistete Arbeiten bis am 10. August 2021 ausweisen. Dies ist nicht selbsterklärend. Somit ist diese Rechnung an sich wie auch der Konnex zu den behaupteten Nachbesserungsleistungen (A, B und C) der Klägerin nicht nachvollziehbar und lässt sich die geltend gemachte Forderung damit nicht beweisen.

3.3.2.5. In der Schlussrechnung Nr. 361696 vom 20.09.2021 (act. 13/13) werden die Arbeiten wie folgt zusammengefasst:

Bemusterung vom 15. Feb. 2021

- 1 **Restaurations- und Gestaltungsleistung**
 - Baustelleneinrichtung
 - abdecken von Fenster, Böden und Wänden
 - bemustern der Säulen gemäss absprache mit Herr L. _____
 - die Baustellenanfahrten sind miteingerechnet

- 2 **Restaurationsmaterial**
 - Retouchiersubstanzen für Spezialgestaltung und Restauration
 - Treibstoff und Kilometerentschädigung

Farbliche Retouche

- 3 **Restaurations- und Gestaltungsleistung**
 - Baustelleneinrichtung
 - inkl. allen Baustellenanfahrten
 - abdecken von Fenster, Böden und Wänden
 - z. T Kantenabbrüche mehrfach verspachteln
 - Betonstützen schleifen, entstauben, zweifach pigmentieren und Wasserläufe und evnt. Spachtelstellen aufwändig retouchieren
 - Retouchiersubstanzen für Spezialgestaltung und Restauration
 - Treibstoff und Kilometerentschädigung

3.3.2.6. Auch aus der Schlussrechnung gehen keine weiteren Details hervor, die die (behaupteten) Arbeiten der K. _____ AG den geltend gemachten Mängeln (A und B) an der Betonkosmetik im Fluchttreppenhaus/Nebenräume EG (konkreter

Mangel bzw. Beschaffenheit des Werks unklar) sowie an den Decken der Mietflächen (grosse Fugen und Kiesnester) zuordnen liessen.

3.3.2.7. Die vorstehenden Rechnungen (act. 13/9-13) sind folglich zum Nachweis der Höhe der behaupteten Nachbesserungskosten für die Mängelpositionen A und B untauglich.

3.3.2.8. Ausserdem sind mit Bezug auf die Mängelpositionen A und B die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme nicht gegeben: Die Beklagte behauptet, sie habe mit Schreiben vom 23. November 2020 die Betonkosmetik Fluchttreppenhaus/Nebenräume EG (A) sowie die Kiesnester und Fugen in den Deckenuntersichten (B) gerügt und die Ersatzvornahme unter Ansetzung einer letzten Nachbesserungsfrist bis am 27. November 2020 angedroht (act. 11 Rz. 32; act. 13/2,3). Die Mängelrüge mit Schreiben vom 23. November 2020 ist unbestritten und durch die entsprechenden Beilagen belegt. Die im vorgenannten Schreiben angesetzte Frist von knapp vier Tagen erweist sich jedoch als offensichtlich zu kurz: Wie gezeigt, ist eine Frist angemessen, wenn sie dafür ausreicht, dass eine versierte Unternehmerin unter den gegebenen Umständen eine ordnungsgemässe Mängelbeseitigung der betreffenden Art objektiv zu bewerkstelligen vermag (s. vorne Erw. II.3.2.1.2). Die Umstände, aufgrund derer das Gericht über die Angemessenheit befinden kann, sind von den Parteien darzutun. Zu den Umständen bezüglich Betonkosmetik Fluchttreppenhaus/Nebengebäude EG sowie Fugen und Kiesnestern an Decken ist wenig bekannt: Die Beklagte bezeichnet die durch die K. _____ AG erbrachten Nachbesserungsarbeiten jedoch wiederholt als umfangreich (act. 29 Rz. 34, 41). Zudem behauptet sie, dass die Behebung dieser gerügten Mängel (A, B und C) Kosten in der Höhe von CHF 182'909.45 verursacht hätten (act. 11 Rz. 35; act. 29 Rz. 41). Ferner verlangt sie von der Klägerin nicht bloss den Beginn der Nachbesserungsarbeiten innert Frist, sondern deren Fertigstellung (act. 11 Rz. 33, 35). Es sind keine Anhaltspunkte für ein überwiegendes Dringlichkeitsinteresse der Beklagten ersichtlich, das die Ansetzung einer knapp viertägigen Abhilfefrist rechtfertigen würde. Unter diesen Umständen (Höhe der behaupteten Nachbesserungskosten und Bezeichnung als umfangreich) erweist sich eine viertägige Abhilfefrist für die

Fertigstellung der behaupteten *"umfangreichen"* Nachbesserungsarbeiten als offensichtlich zu kurz.

3.3.2.9. Das somit ein Konnex zwischen den Rechnungen zur behaupteten *"Betonkosmetik im Fluchttreppenhaus/Nebenräume EG"* (A) sowie zu den *"mangelhaften Decken der Mietflächen (grosse Fugen und Kiesnester)"* (B) nicht nachgewiesen ist, könnten sich die Akontorechnungen Nr. 360777 (act. 13/9), Nr. 360843 (act. 13/10), Nr. 360899 (act. 13/11) und die Schlussrechnung Nr. 361696 (act. 13/13) einzig auf die dritte Position *"mangelhafte Oberflächenqualität der Stützen in "r2" (C)"* (act. 11 Rz. 34) beziehen: Als einzigen konkreten Mangel, der auf den ersten Blick einen Konnex zu den in den Rechnungen erwähnten Säulen zulässt, führt die Beklagte in der Duplik aus, die Betonstützen in den Mietflächen (Geschosse EG und 1-10) seien ungenügend, da die vorgefertigten Fertigstützen zu viele Lunkern aufgewiesen hätten. Die Retouchierarbeiten gemäss Rechnungen beziehen sich jedoch nicht einzig auf die Stockwerke EG und 1-10, womit diese der Behebung der Lunkern hätte zugeordnet werden können; die Retouchierarbeiten betreffen die Säulen in den Stockwerken 1-16 (ohne EG). Somit kann nicht ausgesondert werden, wieviel Aufwand für die Ausbesserung der geltend gemachten Lunkern angefallen ist, und bleibt unklar, ob bzw. welche weiteren Arbeiten (zusätzlich zu den geltend gemachten Lunkern in den Geschossen 1-10) an den Säulen im Rahmen der Retouchierarbeiten ausgeführt worden sind. Ausgeschlossen werden können jedenfalls die übrigen geltend gemachten Mängel im Oberflächenbeton "r2" (*"Aufbordung auf Konstruktionsbeton (vgl. Beilage 1, S. 3); Verschraubungen auf Boden vorhanden (vgl. Beilage 1, S. 4); Betonreste auf dem Boden (vgl. Beilage 1, S. 4); hervorstehende Armierungseisen (vgl. Beilage 1, S. 4-5, 7-8); Löcher im Boden (vgl. Beilage 1, S. 4-5); im Boden einbetonierte Drähte, Schrauben und Gegenstände (vgl. Beilage 1, S. 4, 6-8), Unebenheit im Boden (vgl. Beilage 1, S. 6-8); unebene Deckenuntersicht sowie am Bau verbliebenes Material im Nebenraum 2 (vgl. Beilage 1, S. 8); hervorstehende Schrauben (vgl. Beilage 1, S. 9); Loch in der Stütze, Kleber Überreste an der Stütze und freiliegendes Wasser um Stützen (vgl. Beilage 1, S. 9); Ausguss Fugen in Backsteinwand teilweise offen (vgl. Beilage 1, S. 9)"*) (act. 29 Rz. 37), da diese jedenfalls nicht bzw. nicht eindeutig den Säulen, sondern soweit ersichtlich dem Boden oder der Deckenuntersicht und damit nicht

den ins Recht gereichten Rechnungen, die ausschliesslich die Säulen betreffen, zuzuordnen sind.

3.3.2.10. Einzig noch die Position *"Loch in der Stütze, Kleber Überreste an der Stütze und freiliegendes Wasser um Stützen (vgl. Beilage 1 Seite 9)"*, scheint in einem Zusammenhang mit den Säulen zu stehen (act. 29 Rz. 37). Die ungenaue Bezeichnung genügt jedoch den Anforderungen an eine substantiierte Behauptung (zumindest eine Geschossbezeichnung als Lokalisierung wäre ohne Weiteres möglich gewesen) nicht, und ein pauschaler Verweis auf die Beilagen vermag die unsubstantiierte Behauptung nicht zu korrigieren (s. vorne Erw. II.4.1).

3.3.2.11. Mit Bezug auf die Mangelposition *"ungenügende Oberflächenqualität"* (C) würde der Nachweis der Forderung auch mangels Vorliegen der Ersatzvornahmenvoraussetzungen (s. vorne Erw. II.3.2.1.1 f.) scheitern: Die Beklagte trägt vor, sie habe mit Schreiben vom 25. Januar 2021 die ungenügende Oberflächenqualität angezeigt (act. 11 Rz. 34). In diesem Schreiben (act. 13/8) wurde zwar angezeigt, dass die Oberflächen ungenügend seien, allerdings wurde keine Frist zur Abhilfe gesetzt, sondern direkt die Ersatzvornahme mitgeteilt. Dass die Beklagte aufgrund der Umstände gänzlich von einer Fristansetzung befreit gewesen wäre, behauptet sie nicht. Auch wenn davon ausgegangen würde, dass im Rahmen der Besprechung vom 1. Dezember 2020 die Nachbesserungen betreffend die Oberflächen der Säulen durch die Klägerin besprochen wurden, wird die Ansetzung einer Abhilfefrist anlässlich der Besprechung nicht behauptet, weshalb auch deren Angemessenheit nicht überprüft werden kann.

3.3.2.12. Bei diesem Ergebnis kann offengelassen werden, ob ein Mangel vorliegt und ob es sich um notwendige Nachbesserungsarbeiten oder um – wie von der Klägerin geltend gemacht – einen Zusatzauftrag handelt.

3.3.3. Fazit

3.3.3.1. Zwischen den geltend gemachten Mängeln *"Betonkosmetik Fluchttreppenhäuser/Nebenräume EG (A)"* sowie *"grosse Fugen und Kiesnester an Decken bei Mietflächen (B)"* und den eingereichten Akonto- bzw. Schlussrechnungen betreffend die Säulen in den Geschossen 1-16 ist keinerlei Konnex erkennbar. Selbst

wenn die Beklagte den ihr in diesem Zusammenhang obliegenden Behauptungs- und Substantiierungspflichten nachgekommen wäre, würde ihr somit der Beweis für die behaupteten Kosten nicht gelingen. Ausserdem handelt es sich bei der angesetzten Abhilfefrist um eine offensichtlich zu kurze Mängelbehebungsfrist, womit eine Voraussetzung für die Ersatzvornahme fehlt.

3.3.3.2. Sollten sich die Rechnungen einzig auf die Mangelposition "*ungenügende Oberflächenqualität der Stützen in r2 (C)*" beziehen, so scheidet die Geltendmachung einerseits an der Zuordnung der Retouchierarbeiten zum geltend gemachten Mangel (Lunkern) sowie andererseits an der Ansetzung einer angemessenen Abhilfefrist als Ersatzvornahmenvoraussetzung.

3.3.3.3. Damit ist die Verrechnungsforderung in der Höhe von CHF 182'909.45 nicht ausgewiesen.

3.4. Kosten aus Fertigstellungsarbeiten "Fugen in Decken von 19 Geschossen"

3.4.1. Standpunkte der Parteien

3.4.1.1. Die Beklagte bringt vor, es hätten diverse Fugen in den Decken der Mietflächen im EG und in 19 Stockwerken ausgebessert werden müssen. Die Fugen seien durch Wanddurchdringungen der Klägerin verursacht, mit Fugenband gefüllt und anschliessend dreifach gestrichen worden. Für diese Ersatzvornahme seien Kosten in der Höhe von CHF 28'572.80 entstanden. Diese Forderung stelle sie eventualiter zur Verrechnung (act. 11 Rz. 80 ff.).

3.4.1.2. Die Klägerin wendet dagegen ein, die Fugen seien vertragsgemäss ausgeführt worden. Die geltend gemachten Malerarbeiten seien nicht durch die Klägerin geschuldet gemäss Werkvertrag. Die Malerarbeiten seien keine Nachbesserungsarbeiten, sondern stellten einen Zusatzauftrag dar (act. 25 Rz. 31).

3.4.1.3. Die Beklagte bestreitet in der Duplik die vertragsgemässe Ausführung der Fugen. Die Fugen seien mangelhaft und deshalb auch in der Mängel- und Pendenzenliste vom 21. Dezember 2021 festgehalten worden. Die entsprechende Mängelrüge sei am 23. November 2020 unter Ansetzung einer letztmaligen Nachbesse-

rungsfrist bis am 27. November 2020 erhoben worden. Dabei handle es sich nicht um einen Zusatzauftrag (act. 29 Rz. 78 ff.).

3.4.2. Würdigung

3.4.2.1. Wie gezeigt, erweist sich die Verrechnungserklärung als unwirksam (s. vorne Erw. II.3.1.2.3). Im Sinne einer Eventualbegründung ist das Folgende festzuhalten:

3.4.2.2. Hinsichtlich der Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme gilt das Folgende: Der Nachweis der faktischen Ist-Beschaffenheit des Werks, der Mängelrüge sowie der Abhilfefristansetzung obliegt der Beklagten. Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Abhilfefrist handelt es sich um eine Rechtsfrage. Bezüglich Mängelrüge und Abhilfefrist bringt die Beklagte vor, sie habe der Klägerin mit Einschreiben vom 23. November 2020 eine Frist zur Nachbesserung bis am 27. November 2020 angesetzt. Die Fristansetzung wird nicht bestritten. Die Umstände, aufgrund derer das Gericht über die Angemessenheit befinden kann, sind von den Parteien darzutun (s. vorne Erw. II.3.2.1.2). Zu den Umständen bezüglich Fugen in den Decken ist einzig bekannt (und unbestritten), dass in 19 Stockwerken "*diverse Fugen*" in den Decken mit Fugenband gefüllt und übermalt wurden. Ferner macht die Beklagte geltend, für die Ausbesserung der Fugen durch die M. _____ GmbH seien 304 Stunden aufgewendet worden (act. 11 Rz. 80 f.). Unter Berücksichtigung der für die Nachbesserung effektiv beanspruchten Zeit von 304 Stunden, d.h. 38 Arbeitstage (304 Std./8 Std.), ergibt sich, – unter der Annahme, dass das Schreiben vom 23. November 2020 der Klägerin frühestens am 24. November 2020 zugegangen sein konnte – dass es sich bei der maximal angesetzten viertägigen Frist um eine offensichtlich zu kurze Abhilfefrist handelt. Somit entfällt die Pflicht der Klägerin, umgehend gegen die zu kurze Frist zu protestieren (s. vorne Erw. II.3.2.1.2). Das Erfordernis der Ansetzung einer angemessenen Abhilfefrist ist damit nicht erfüllt.

3.4.2.3. Bei diesem Ergebnis kann offengelassen werden, ob es sich bei den unbestrittenermassen in den Decken befindlichen Fugen um mangelhafte oder vertragskonforme Fugen handelt und ob es sich bei den Malerarbeiten um notwendige

Nachbesserungsarbeiten oder um – wie von der Klägerin geltend gemacht – einen Zusatzauftrag handelt.

3.4.3. Fazit

Unter den gegebenen Umständen war die Beklagte nicht zu einer Ersatzvornahme berechtigt. Die Beklagte hat deshalb keinen Anspruch auf Ersatz der entsprechenden Ersatzvornahmekosten. Die geltend gemachte Verrechnungsforderung der Beklagten in der Höhe von CHF 28'572.80 ist nicht zu berücksichtigen.

3.5. Mehrkosten aus "Sanierung Garageneinfahrt"

3.5.1. Standpunkte der Parteien

3.5.1.1. Die Beklagte macht geltend, das von der Klägerin gelieferte Teilwerk sei mangelhaft, wenn nicht geradezu unbrauchbar gewesen. Der besagte Sturz an der Garageneinfahrt habe aufwändig ertüchtigt werden müssen, da die Klägerin relevante Armierungseisen nicht verbaut habe. Zur Lösungserarbeitung bzw. -begleitung habe die Klägerin Leistungen beim Bauingenieur N._____ & Partner AG bezogen. Entsprechend habe die Klägerin diese Kosten verursacht und folglich auch zu tragen (act. 11 Rz. 44). Am 1. Dezember 2020 seien die sich aus dieser Ertüchtigung ergebenden Kosten mit der Klägerin besprochen worden, welche mündlich bestätigt habe, die Kosten der Sanierung an der Brüstung der Garageneinfahrt r4 zu übernehmen. Entsprechend habe die Beklagte der Klägerin mit E-Mail vom 2. Dezember 2020 die Rechnungen zur Prüfung und Kostenübernahme zugestellt. Die Kosten für die von der N._____ & Partner AG im Rahmen der Sanierung erbrachten Leistungen belaufen sich auf CHF 16'378.70 (inkl. MwSt). In Anhang A der Vergleichsvereinbarung hätten die Parteien festgehalten, dass die Klägerin die Mängel am Sturz der Garageneinfahrt beheben müsse. Wie die Klägerin selbst festhalte, sei den Parteien bewusst gewesen, *"dass Arbeiten der Klägerin beim Sturz Garageneinfahrt notwendig sind."* Für diese Ertüchtigung wäre sie von der Beklagten bezahlt worden, sobald die Behebung vom Bauingenieur abgenommen worden wäre. Zur Sanierung der Mängel bei der Garageneinfahrt habe der Bauingenieur N._____ & Partner AG beigezogen werden müssen. Die Rechnungen seien von der Beklagten beglichen worden (act. 11 Rz. 46; act. 29 Rz. 55 f.).

3.5.1.2. Die Klägerin trägt in der Replik vor, in der Vergleichsvereinbarung vom 22. Mai 2019 sei vereinbart worden, dass die Beklagte jene Arbeiten, welche die Beklagte als "Ertüchtigung" bezeichnet, zu bezahlen habe. Genau gleich verhalte es sich mit den Kosten, welche die Arbeit des Bauingenieurs erfordert hätten. Die Ausführung der Beklagten, dass am 1. Dezember 2020 abgemacht worden sei, dass die Klägerin diese Kosten übernehme, treffe in keiner Weise zu. Zudem hätte eine solche Abmachung schriftlich verabredet sein müssen, wie sich aus Ziffer 12 der Vergleichsvereinbarung vom 22. Mai 2019 ergebe. Eine Forderung, die der Beklagten zur Verrechnung zustehe, existiere nicht (act. 25 Rz. 20).

3.5.2. Würdigung

3.5.2.1. Die Klägerin erklärt, die geltend gemachten Mehrkosten aus "Sanierung Garageneinfahrt" seien von der klägerischen Forderung gemäss Rechtsbegehren Ziffer 3 in Abzug zu bringen bzw. mit dieser Hauptforderung zu verrechnen. Aufgrund der Spezifizierung ist die Verrechnungserklärung grundsätzlich wirksam (s. vorne Erw. II.3.1.2.4).

3.5.2.2. Die Beklagte behauptet, das abgelieferte Teilwerk der Klägerin sei mangelhaft, wenn nicht gerade unbrauchbar gewesen, da die Klägerin relevante Armierungseisen nicht verbaut habe. Bezahlt worden seien die Rechnungen von der Beklagten. Zur Mangelhaftigkeit macht die Beklagte wenige Ausführungen; die Nichtverbauung relevanter Armierungseisen durch die Klägerin sowie die Begleichung der Bauingenieur-Rechnungen durch die Beklagte blieben jedoch seitens der Klägerin unbestritten (act. 11 Rz. 44; act. 25 Rz. 18-20). Nicht einig sind sich die Parteien betreffend die Kostentragung: So behauptet die Beklagte, die Klägerin habe mündlich anerkannt, dass sie die Kosten tragen werde, was aus der E-Mail vom 2. Dezember 2020 (act. 13/14) hervorgehe. Die Klägerin bestreitet dies und behauptet, in der Vergleichsvereinbarung sei vereinbart worden, dass die Beklagte diese "Ertüchtigungskosten" zu tragen habe (act. 25 Rz. 20).

3.5.2.3. Die Beauftragungsverhältnisse der N._____ & Partner AG sind unklar: Die Beklagte behauptet einerseits, die Klägerin habe die Bauingenieure der N._____ & Partner AG beigezogen (act. 11 Rz. 44, Rz. 83). Gleichzeitig bringt sie vor, sie habe

diese Rechnungen bezahlt, und fordert nun diese Aufwendungen als Kosten für die Ersatzvornahme gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR bzw. Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 zurück (act. 29 Rz. 56). Im Zusammenhang mit der Abnahme der Behebung (gemäss "r4", "Sturz Garageneinfahrt", "Valuta/Meilenstein") soll die N. _____ & Partner AG wiederum von der Beklagten beauftragt worden sein (act. 25 Rz. 19; act. 29 Rz. 54). Unklar bleibt damit, wozu und insbesondere wer die N. _____ & Partner AG tatsächlich beauftragt hat.

3.5.2.4. Die Kostenersatzforderung für Ersatzvornahme gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR bzw. Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 scheidet indessen schon an der Darlegung der in Erw. II.3.2.1.1 genannten Voraussetzungen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern im Zusammenhang mit der Garageneinfahrt mangels Nachbesserung durch die Klägerin eine Drittunternehmerin beauftragt worden wäre; vielmehr wurden die Arbeiten durch die Klägerin selbst verbessert, wofür sie gemäss dem Zahlungsplan in Anhang A (act. 3/4) mit CHF 210'000.– zzgl. MwSt. zu entschädigen war (oben Erw. II.1.6). Selbst wenn sie einen Bauingenieur beigezogen hätte, erschliesst sich nicht, weshalb es sich dabei um eine Ersatzvornahme handeln sollte bzw. die Kosten zu ihren Lasten gehen sollten. Die Beklagte unterlässt es denn auch, die Ansetzung einer angemessenen Verbesserungsfrist zu behaupten. Mangels entsprechender Vorbringen steht ihr deshalb gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR bzw. Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 kein Anspruch auf Ersatzvornahmekosten von CHF 16'378.70 zu. Die Kosten sind von der Beklagten selbst zu tragen und können nicht zur Verrechnung gebracht werden. Daran ändert auch das (bestrittene) Vorbringen der Beklagten nichts, wonach die Klägerin die Kostenübernahme mündlich anerkannt habe. Das von der Beklagten dafür offerierte Beweismittel, nämlich die E-Mail vom 2. Dezember 2020 (act. 30/3), vermag den rechtsgenügenden Beweis dafür nicht zu erbringen, da diese E-Mail einzig das Verständnis des Gesprächs vom Tag zuvor durch die Beklagte wiedergibt und worin sie dessen Bestätigung durch die Klägerin ersucht. Dass eine solche erfolgt ist, ergibt sich daraus nicht.

3.5.3. Fazit

Mangels genügender Behauptungen kann ein allfälliger Anspruch auf Ersatzvornahme – dessen Tatbestandsmerkmale von der Klägerin nachzuweisen wären – nicht beurteilt werden. Die Verrechnungsforderung der Beklagten in der Höhe von CHF 16'378.70 ist nicht zu berücksichtigen.

3.6. Kosten aus Ersatzvornahme "Wassereintritte im Traforaum"

3.6.1. Standpunkte der Parteien

3.6.1.1. Die Beklagte macht geltend, dass nach den starken Regenfällen zu Beginn des Jahres 2021 im Traforaum beim Mantelrohr Seite E. _____-strasse Wasser eingetreten sei. Es bestehe eine Undichtigkeit am Mantelrohr. Die Klägerin schulde die Einhaltung der Anforderungen an die Dichtigkeitsklasse 1. Eine entsprechende Mängelrüge sei am 16. Februar 2021 erfolgt. Ausserdem sei die Klägerin aufgefordert worden, bis am 19. Februar 2021 die Mängelbehebung zuzusagen (act. 11 Rz. 87). Schliesslich sei die O. _____ AG mit der Abdichtung der mangelhaften Stellen beauftragt worden. Es seien Kosten in der Höhe von CHF 52'791.10 entstanden (act. 11 Rz. 88).

3.6.1.2. Die Klägerin bestreitet den Wassereintritt beim Mantelrohr und die entsprechenden Abdichtungsarbeiten (Ersatzvornahme) durch die O. _____ AG nicht. Unter Berufung auf Ziffer 8.2 des Werkvertrages wendet die Klägerin jedoch ein, die Beklagte habe jegliche Mängelrechte bei Abdichtungsarbeiten an den jeweiligen Subunternehmer, vorliegend an die J. _____ GmbH, zu richten. Es sei vereinbart worden, dass die Beklagte nicht berechtigt sei, Forderungen aus den Subunternehmerverträgen an die Klägerin zu richten. Ferner sei der Wassereintritt nicht wegen Fehlern bei den Abdichtungsarbeiten entstanden, sondern wegen Überschwemmung aufgrund heftiger Niederschläge/Hagel im Juli 2021 (Drittverschulden, höhere Gewalt). Sodann werden die Rechnungen der O. _____ AG in Art und Höhe bestritten (act. 25 Rz. 33).

3.6.1.3. Die Beklagte bestreitet die Ausführungen der Klägerin pauschal und stellt sich gleichbleibend auf den Standpunkt, die Abdichtungsarbeiten seien mangelhaft,

da die Klägerin verpflichtet gewesen wäre, die Dichtigkeitsklasse 1 einzuhalten, damit das Mantelrohr inkl. Anschlüsse bei Durchdringungen auch heftiger Niederschläge standhalte. Dies ergebe sich aus der Nutzungsvereinbarung zum Werkvertrag. Dichtigkeitsklasse 1 bedeute vollständige Trockenheit, d.h. dass an den trockenseitigen Bauwerksoberflächen keine Feuchtstellen zugelassen seien (vgl. SIA-Norm 270). Die Leistungen der O._____ AG seien ausgewiesen und die pauschale Bestreitung der Klägerin sei nicht zu hören (act. 29 Rz. 85 ff.).

3.6.2. Würdigung

3.6.2.1. Wie gezeigt, erweist sich die Verrechnungserklärung als unwirksam (s. vorne Erw. II.3.1.2.3). Im Sinne einer Eventualbegründung gilt das Folgende:

3.6.2.2. Der Wassereintritt am Mantelrohr im Traforaum ist unbestritten. Der von der Beklagten zu beweisende Ist-Zustand des Werks ist damit erstellt. Ob es sich beim Wassereintritt am Mantelrohr überhaupt um einen von der Klägerin zu vertretenden Mangel handelt, kann jedoch offenbleiben: Die Klägerin stellt sich nämlich auf den Standpunkt, dass bezüglich der in Frage stehenden Abdichtungsarbeiten ein Ausschluss betreffend Geltendmachung von Forderungen aus den Subunternehmerleistungen gegenüber der Klägerin vereinbart worden sei. Die Beklagte bestreitet in ihrer Duplik die Ausführungen der Klägerin lediglich pauschal (act. 29 Rz. 85 ff.). Aus der pauschalen Bestreitung wird nicht klar, ob auch der behauptete Beizug des Subunternehmers J._____ GmbH für die in Frage stehenden Abdichtungsarbeiten sowie der behauptete Ausschluss gemäss Ziffer 8.2 des Werkvertrags bestritten werden. Sie beschränkt sich auf weitere Ausführungen zur Dichtigkeitsklasse 1 und Geltung der Nutzungsvereinbarung. Mit keinem Wort äussert sie sich zum Vorbringen betreffend Beizug des Subunternehmers J._____ GmbH sowie zum entsprechenden Ausschluss gemäss Ziffer 8.2 des Werkvertrags. Dies genügt den Anforderungen an eine substantiierte Bestreitung nicht. Wie gezeigt (s. vorne Erw. II.4.1), ist für das Ausmass der im Einzelfall erforderlichen Substantiierung des Bestreitens auf die Detaillierung der Sachdarstellung der behauptungsbelasteten Partei abzustellen. Unter der Berücksichtigung der klägerischen Ausführungen wäre der Beklagten ohne Weiteres zuzumuten gewesen, den geltend gemachten Ausschluss ausdrücklich zu bestreiten und sich zur erwähnten Ziffer 8.2

des Werkvertrags zu äussern. Somit gilt die Vereinbarung betreffend Ausschluss der Geltendmachung von Forderungen aus den Subunternehmerleistungen als unbestritten. Demnach könnte die Beklagte die Ersatzvornahmekosten der O._____ AG, welche aufgrund der behaupteten Mangelhaftigkeit der Abdichtungsarbeiten des Subunternehmers J._____ GmbH erforderlich geworden seien, ohnehin nicht bei der Klägerin geltend machen.

3.6.2.3. Zudem ist Folgendes festzuhalten: Da die Klägerin die Art und Höhe der Rechnungen der O._____ AG bestreitet, da nicht ersichtlich sei, welche Arbeiten erbracht worden seien (act. 25 Rz. 33), obliegt der Beklagten eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast (s. vorne Erw. II.4.1). Die Beklagte hat es gänzlich unterlassen, den angefallenen Aufwand und dessen Angemessenheit substantiiert darzutun. Es wäre darzutun gewesen, an welchem Datum welche Mitarbeiter wie viele Stunden welche Arbeiten an welchem Werkteil erbracht haben, da nur so spezifische Bestreitungen durch die Klägerin überhaupt möglich wären (vgl. BGer 4A_291/2007 vom 29. Oktober 2007 E. 3.4). In den Eingaben der Beklagten finden sich keine entsprechenden Behauptungen. Ein pauschaler Verweis auf die Beilagen ist ungenügend. Die Abdichtungsarbeiten beziehen sich offenbar auf das "Angebot AN-2000267", dessen Inhalt – soweit ersichtlich – nicht zum Prozessstoff gehört. Sodann ist es nicht die Aufgabe des Gerichts, die erforderlichen Angaben aus den Beilagen (Akontorechnungen, Schlussrechnung, Arbeitsrapporte, act. 13/24-28, act. 30/4) zusammenzusuchen. Ebenfalls fehlen klägerische Behauptungen zur Erforderlichkeit der behaupteten Aufwände gänzlich (act. 29 Rz. 85 ff.). Die Forderung ist demnach auch unzureichend substantiiert.

3.6.3. Fazit

Infolge des Beizugs des Subunternehmers J._____ GmbH für die in Frage stehenden Abdichtungsarbeiten sowie des vereinbarten Ausschlusses betreffend Forderungen aus Subunternehmerleistungen kann die Beklagte die behaupteten Nachbesserungskosten der O._____ AG gegenüber der Klägerin nicht geltend machen. Die Verrechnungsforderung in der Höhe von CHF 52'791.10 ist demnach nicht ausgewiesen.

3.7. Mehrkosten aus absehbarer Ersatzvornahme "Wassereintritt am Brandschutztor"

3.7.1. Standpunkte der Parteien

3.7.1.1. Die Beklagte macht geltend, sie habe der Klägerin mit Mängelrüge vom 25. Oktober 2021 Wassereintritte beim Brandschutztor r4/rgt angezeigt und diese zur Nachbesserung aufgefordert. Innert der angesetzten Frist bis am 2. November 2021 habe die Klägerin nicht reagiert. Es sei nicht davon auszugehen, dass die Klägerin diesen Mangel beheben werde, weshalb in naher Zukunft die Ersatzvornahme eingeleitet werden müsse. Weiter behielt sich die Beklagte ausdrücklich vor, *"diese Kosten (sobald in der Höhe bekannt) ggf. noch eventualiter zur Verrechnung zu bringen oder in einem separaten Verfahren gegen die Klägerin einzufordern"* (act. 11 Rz. 90 f.). In der Duplik macht sie sodann einen Rückbehalt zur Sicherung der Mängelbeseitigung von mindestens CHF 30'000.– geltend (das Dreifache von CHF 10'000.–; act. 29 Rz. 94). Schliesslich beziffert sie in der Stellungnahme zur Triplik unter Einreichung von neu eingeholten Offerten den Rückbehalt auf CHF 223'349.25 (d.h. 3x CHF 74'449.75; act. 36 Rz. 24).

3.7.1.2. Die Klägerin wendet dagegen ein, die Ursache und Verantwortlichkeit sei (noch) nicht geklärt (act. 25 Rz. 34, vgl. auch act. 33 Rz. 17).

3.7.2. Würdigung

3.7.2.1. In der Klageantwort bringt die Beklagte den Vorbehalt an, zukünftige Ersatzvornahmekosten *"ggf. noch eventualiter zur Verrechnung zu bringen oder in einem separaten Verfahren gegen die Klägerin einzufordern"*. Der Verrechnungsgegner hat ein Interesse daran, mit Bestimmtheit zu wissen, ob und wann die Verrechnungswirkung eintritt, sodass die Verrechnungserklärung, wie jede Ausübung eines Gestaltungsrechts (BGE 107 Ib 98 E. 8d), bedingungsfeindlich ist (vgl. BGE 123 III 246 E. 3); aus demselben Grund liegt keine Verrechnungserklärung im Sinne des Gesetzes vor, wenn die Geltendmachung einer Forderung in einem späteren Zeitpunkt bzw. Prozess vorbehalten wird, bleibt doch dadurch die Rechtsstellung der Gegenpartei ebenfalls in der Schwebe und wird nicht – wie bei einer Gestaltungserklärung – unmittelbar verändert (BGer 4C.90/2005 vom 22. Juni 2005 E. 4).

Der beklagte Vorbehalt stellt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine gültige Verrechnungserklärung dar und ist daher unbeachtlich.

3.7.2.2. In der Duplik macht die Beklagte dann zwar neu zur Sicherung der Mängelbehebung einen Rückbehalt von mindestens CHF 30'000.– (das Dreifache von CHF 10'000.–) geltend, unterlässt es aber ausdrücklich Verrechnung zu erklären, sollte dies denn auch beabsichtigt gewesen sein. Von einer konkludenten Verrechnungserklärung ist nicht auszugehen, zumal die Beklagte in der Klageantwort, sobald die Kosten bekannt seien, eine Verrechnung oder aber ein separates Verfahren gegen die Klägerin allenfalls bloss in Erwägung zieht. Die Beklagte behält sich somit ausdrücklich die Variante "Verrechnung" und auch die Variante "separates Verfahren" vor. Damit kann nicht von einer (konkludenten) Verrechnungserklärung ausgegangen werden, da auch nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Beklagte – wie ebenfalls in Aussicht gestellt – allenfalls auch ein diesbezügliches, separates Verfahren gegen die Klägerin anstrengen möchte.

3.7.2.3. Abschliessend ist festzuhalten, dass auch die in der Stellungnahme zur Triplik vorgebrachten Noven nicht zulässig wären: Die Beklagte beziffert den geforderten Rückbehalt anhand von neu eingeholten Offerten neu und macht einen Rückbehalt nach neuem Stand von voraussichtlich mindestens CHF 223'349.25 (3x CHF 74'449.75) geltend. Die Beklagte reicht dafür neue Beilagen ins Recht (act. 37/2-9), welche alle zwischen dem 3. Oktober 2022 und dem 1. November 2022 datieren und damit nach Aktenschluss (Duplik datiert vom 31. August 2021) entstanden sind. Bei diesen Beweismitteln handelt es sich um sog. Potestativnoven, da deren Schaffung (Einholung der Angebote) vom Willen der Beklagten abhängig war, die gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wie unechte Noven zu behandeln sind (BGer 4A_583/2019 vom 19. August 2020 E. 5.3). Die Zulässigkeit von Noven, deren Entstehung vom Willen der Parteien abhängt, entscheidet sich somit danach, ob sie trotz zumutbarer Sorgfalt i.S.v. Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO nicht vorher vorgebracht werden konnten. Die Beklagte hätte somit für jede neue Beilage dartun müssen, weshalb die Verspätung (Vorbringen nach Aktenschluss) entschuldbar ist, insbesondere warum ein früheres Vorbringen bzw. die Einholung der Offerten nicht möglich war. Die Beklagte unterlässt es jedoch, mit

Bezug auf diese einzelnen Noven darzutun, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllt sind. Die in der Stellungnahme zur Triplik vorgebrachten neuen Tatsachen und eingereichten Beweismittel bleiben daher unberücksichtigt. Darüber hinaus unterlässt es die Beklagte auch in dieser Eingabe, die Verrechnung ausdrücklich zu erklären und den Rückbehalt abschliessend zu beziffern ("voraussichtlich mindestens"), womit auch nach dieser Eingabe gar nicht klar ist, was die Beklagte genau geltend machen will.

3.7.2.4. Auch die verrechnungsweise Geltendmachung eines Werklohn-Rückbehalts nach Art. 82 OR wäre nicht möglich: Die Beklagte macht einen Rückbehalt zur Sicherung der Mängelbehebung (nach Art. 82 OR) geltend. Solange die Nachbesserungsforderung besteht – wovon bei dieser Ausgangslage auszugehen ist –, fehlt es auch an der Gleichartigkeit der Leistungen, die für eine wirksame Verrechnung erforderlich wären (Art. 120 Abs. 1 OR). Wegen der Ungleichartigkeit der gegenseitigen Ansprüche ist keine Aufrechnungslage gegeben, weshalb die Bestellerin in diesem Fall auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages beschränkt ist (BRÄNDLI, Die Nachbesserung, N 986 f.), womit die verrechnungsweise Geltendmachung des Rückbehalts ohnehin nicht möglich wäre.

3.7.2.5. Selbst wenn von einer gültigen, ausdrücklichen oder konkludenten Verrechnungserklärung ausgegangen würde, wäre die Verrechnungserklärung unwirksam, da es ihr an der Spezifizierung fehlt (s. vorne Erw. II.3.1.2.3).

3.7.2.6. Überdies scheidet der Rückbehaltungsanspruch zur Durchsetzung seines Nachbesserungsanspruchs (vgl. BKS OR-Zindel/Schott, Art. 368 N 65) auch daran, dass die Beklagte gestützt auf den Zahlungsplan (Anhang A) und in Anlehnung an Art. 152 Abs. 1 SIA-Norm 118 bereits die Schlusszahlung von CHF 500'000.– zur Sicherung ihrer Nachbesserungsansprüche zurückbehält (vgl. Rechtsbegehren 5, Erw. II.1.8).

3.7.3. Fazit

Der geltend gemachte Rückbehalt zur Sicherung der Mängelbehebung kann verrechnungsweise nicht berücksichtigt werden.

3.8. Mehrkosten aus Ersatzvornahmen "weitere Wassereintritte"

3.8.1. Standpunkte der Parteien

3.8.1.1. Die Beklagte bringt vor, im Laufe der Realisierungsphase sei es an diversen anderen Orten zu Wassereintritten gekommen. Die Klägerin schulde die Einhaltung der Dichtigkeitsklasse 1. Diese geschuldete Qualität habe sie jedoch nicht gewährleistet. Die Klägerin habe die Mängel auch nicht selber behoben. Die Beklagte bringt vor, die diversen Wassereintritte seien in der Mängel- und Pendenzenliste vom 21. Dezember 2021 der Beklagten aufgeführt. Die Mängel seien durch die J._____ GmbH behoben worden. Dabei seien Kosten in der Höhe von CHF 21'491.45 entstanden. Gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR bzw. Art. 169 Ziff. 1 Abs. 1 SIA-Norm 118 seien diese Kosten von der Klägerin zu ersetzen (act. 11 Rz. 92 f., 97).

3.8.1.2. Die Klägerin bestreitet die diversen Wassereintritte und deren Behebung durch die J._____ GmbH nicht, wendet jedoch dagegen ein, die Dichtigkeitsklasse 1 sei nicht Bestandteil des Werkvertrages. Ferner seien Rechnungen vorgelegt worden, die vor der Vergleichsvereinbarung vom 22. Mai 2019 entstanden seien. Gemäss Ziffer 4 der Vergleichsvereinbarung gelten Leistungen, die vor dem 22. Mai 2019 erfolgten, als abgegolten (act. 25 Rz. 35).

3.8.2. Würdigung

3.8.2.1. Wie gezeigt, erweist sich die Verrechnungserklärung als unwirksam (s. vorne Erw. II.3.1.2.3). Im Sinne einer Eventualbegründung gilt das Folgende:

3.8.2.2. Der Beklagten obliegt es, die Anspruchsvoraussetzungen für die Ersatzvornahme zu behaupten, im Bestreitungsfall zu substantiieren und gegebenenfalls zu beweisen. Beide Parteien behaupten und bestreiten ungenügend. Die Beklagte beschränkt sich auf rudimentäre Ausführungen zum (unbestrittenen) Wassereintritt, unterlässt es jedoch, die Mängelrüge sowie die Fristansetzung zur Nachbesserung zu behaupten, womit es am entsprechenden Tatsachenvortrag fehlt. Selbst wenn das Aufführen der Wassereintritte in der Mängel- und Pendenzenliste vom 21. Dezember 2021 – deren Kenntnisnahme durch die Klägerin von der Klägerin ohnehin

bestritten wird – als Mängelrüge betrachtet würde, wäre dies nicht zielführend, da die geltend gemachten Nachbesserungsarbeiten der J._____ GmbH den Zeitraum vom 9. November 2017 bis 14. Januar 2020 betreffen, womit diese Arbeiten somit vor der Erstellung der Mängel- und Pendenzenliste vom 21. Dezember 2021 und damit vor der Mängelrüge erfolgten. Weiter fehlt es in jedem Fall an einer Behauptung zur angesetzten Abhilfefrist. Somit fehlt es an einem schlüssigen Tatsachenvortrag.

3.8.3. Fazit

Die geltend gemachten Ersatzvornahmekosten in der Höhe von CHF 21'491.45 können verrechnungsweise nicht berücksichtigt werden.

3.9. Diverse Mehrkosten aus der Nicht- bzw. Schlechterfüllung der Klägerin

3.9.1. Standpunkte der Parteien

3.9.1.1. Die Beklagte macht geltend, aufgrund der bereits mehrfach aufgezeigten Nicht- bzw. Schlechtleistungen der Klägerin seien der Beklagten Mehrkosten in der Höhe von gesamthaft CHF 689'478.– entstanden (Auflistung in Tabelle), die ihr gemäss Art. 366 Abs. 2 OR bzw. Art. 169 Ziff. 1 Abs. 1 SIA-Norm 118 zu ersetzen seien (act. 11 Rz. 94). Hinzu kämen noch vier Rechnungen von P._____ AG betreffend die Miete von DOKA-Stützen, die auch von der Klägerin zu ersetzen seien (act. 11 Rz. 95). Diese Mehrkosten seien nach Abschluss der Vergleichsvereinbarung vom 22. Mai 2019 entstanden (act. 29 Rz. 99).

3.9.1.2. Die Klägerin hält dagegen, die Mehrkosten seien nicht substantiiert. Ferner stellt sie sich auf den Standpunkt, dass diese Arbeiten allesamt vor Abschluss der Vergleichsvereinbarung vom 22. Mai 2019 vorgenommen worden seien und damit gemäss Ziffer 4 der Vergleichsvereinbarung als abgegolten galten (act. 25 Rz. 36).

3.9.2. Würdigung

3.9.2.1. Wie gezeigt, erweist sich die Verrechnungserklärung als unwirksam (s. vorne Erw. II.3.1.2.3). Im Sinne einer Eventualbegründung gilt das Folgende:

3.9.2.2. Die Beklagte listet die geltend gemachten Kostenpositionen in einer Tabelle auf (act. 11 Rz. 94). Die Beklagte muss ihren Aufwand und dessen Angemessenheit substantiiert behaupten und gegebenenfalls beweisen. Dafür bedarf es einer zumindest summarischen Beschreibung der ausgeführten Arbeiten bzw. Positionen (BGer 4A_291/2007 vom 29. Oktober 2007 E. 3.4.). Die einzelnen Aufwandpositionen sind vorliegend undatiert und die Umschreibungen nicht selbsterklärend. Der Vortrag der Beklagten stellt keine ausreichend substantiierte Behauptung dar. Vielmehr wäre es notwendig gewesen, aufzuführen, an welchem Datum, welche Mitarbeiter, wie viele Stunden, welche Arbeiten, an welchem Werkteil erbracht haben, da nur so spezifische Bestreitungen durch die Klägerin überhaupt möglich sind (vgl. BGer 4A_291/2007 vom 29. Oktober 2007 E. 3.4.). Ob diese Positionen überhaupt Werkteile der Klägerin betreffen, ist keineswegs klar. Auch die Beschreibung "*Abwesenheit von A._____*" ist nicht selbsterklärend. Klägerische Behauptungen zur Erforderlichkeit der behaupteten Aufwände fehlen gänzlich. Auch hinsichtlich der Miete der DOKA-Stützen fehlen substantiierte Behauptungen. Es ist unklar, welche Werkteile betroffen sind, und ob die Werkleistung der Klägerin diese Mieten erforderlich machten. Die Beklagte vermag auf der Grundlage dieser Behauptungen keine Verrechnungsforderung nachzuweisen.

3.9.2.3. Hinsichtlich der tabellarischen Kostenpositionen ist ausserdem darauf hinzuweisen, dass die einzelnen Positionen nicht ausgewiesen wären, selbst wenn sie substantiiert behauptet worden wären: Der selbst erstellten Tabelle (act. 13/34) und auch der E-Mail der Beklagten an die Klägerin vom 9. November 2020 (act. 13/34), in welchem die Klägerin über die "*Kosten, welche durch A._____ AG zu tragen sind*" informiert wird, kommt keinerlei Beweiskraft zu, zumal diese den effektiven Bestand der geltend gemachten Kosten nicht zu beweisen vermögen.

3.9.3. Fazit

Die Voraussetzungen für die Erstattung der geltend gemachten Mehrkosten in der Höhe von CHF 689'478.– sind nicht dargetan, weshalb die Kosten verrechnungsweise nicht berücksichtigt werden können.

3.10. Mehrkosten für Bauleitung infolge Ersatzvornahmen

3.10.1. Standpunkte der Parteien

3.10.1.1. Die Beklagte behauptet, dass Bauleistungsleistungen notwendig gewesen seien, um die berechtigten Ersatzvornahmearbeiten ausführen zu lassen und zu koordinieren. Entsprechend seien auch diese Mehrkosten für Bauleitungsarbeiten von der Klägerin zu tragen. Die auf die Ersatzvornahmearbeiten entfallenden Kosten für die zusätzliche Bauleitung betrügen 15 % der angefallenen Mehrkosten (markgerechte 10 % für den Bauleitungsaufwand plus 5 % TU-Zuschlag), mithin CHF 149'791.10.

3.10.1.2. Die Klägerin wendet dagegen ein, die geltend gemachten Gegenforderungen seien nicht gegeben, weshalb auch keine Bauleitungsaufwendungen aufzurechnen bzw. zu verrechnen seien (act. 25 Rz. 37).

3.10.2. Würdigung

3.10.2.1. Wie gezeigt, erweist sich die Verrechnungserklärung als unwirksam (s. vorne Erw. II.3.1.2.3). Im Sinne einer Eventualbegründung gilt das Folgende:

3.10.2.2. Da die geltend gemachten Gegenforderungen der Beklagten nicht ausgewiesen sind (s. vorne II.3.3-II.3.9), sind auch keine Mehrkosten für Bauleitungsarbeiten geschuldet.

3.10.3. Fazit

Die geltend gemachten Mehrkosten für die Bauleitung in der Höhe von CHF 149'791.10 sind nicht geschuldet, weshalb die Kosten verrechnungsweise nicht berücksichtigt werden können.

3.11. Schadenersatzanspruch aus Betriebsstörung der Q._____ AG

3.11.1. Standpunkte der Parteien

3.11.1.1. Die Beklagte bringt vor, sie habe mit der Klägerin vereinbart, dass der Lift für die Ausführungsarbeiten in der Kalenderwoche 22 vom 25. bis 29. Mai 2020

ausser Betrieb genommen werden könne. Die Mieterin der Beklagten Q._____ AG habe entsprechend eine Betriebseinstellung terminiert, in der Absicht, den Betrieb ab Kalenderwoche 23 wieder vollständig aufnehmen zu können. Mit E-Mail vom 29. Mai 2020 habe die Beklagte der Klägerin sodann angezeigt, dass bei einer weitergehenden Betriebsstörung der Mieterin Q._____ AG ein Tagessatz von CHF 40'000.– zu entschädigen sei, der wiederum von der Klägerin zu erstatten sei. Insgesamt sei die Q._____ AG – über die vereinbarten fünf Tage hinaus – während weiteren 21 Tagen in ihrem Betrieb massiv gestört worden, so dass ihr schliesslich eine Entschädigung von CHF 840'000.00 (21 Tage à CHF 40'000.–) habe bezahlt werden müssen. Für diese Entschädigung ursächlich sei die Verzögerung der Arbeiten der Klägerin, sodass sie der Beklagten die Entschädigung vollständig zu ersetzen habe (act. 11 Rz. 100 ff.).

3.11.1.2. Die Klägerin bestreitet die Ausführungen und macht geltend, diese seien zu wenig substantiiert. Ferner habe die Beklagte mit Schreiben vom 10. August 2020 ausdrücklich auf die Geltendmachung jeglicher Aufwendungen der Mieterin Q._____ AG gegenüber der Klägerin verzichtet (act. 25 Rz. 38).

3.11.1.3. Die Beklagte bestreitet, dass sie im Schreiben vom 10. August 2020 auf die Geltendmachung von Forderungen aufgrund von Mehraufwendungen der Mieterin Q._____ AG verzichtet habe. Die Beklagte wäre – im Rahmen einer partnerschaftlichen Zusammenarbeit – lediglich dann bereit gewesen, von der Geltendmachung diesbezüglicher Forderungen abzusehen, wenn die Klägerin ihrerseits die im Schreiben genannten Pendenzen erledigt hätte (act. 29 Rz. 101, 17).

3.11.2. Würdigung

3.11.2.1. Wie gezeigt, erweist sich die Verrechnungserklärung als unwirksam (s. vorne Erw. II.3.1.2.3). Im Sinne einer Eventualbegründung gilt das Folgende:

3.11.2.2. Da die Klägerin in Abrede stellt, den Betrag von CHF 840'000.– zu schulden, und die Substantiierung der Aufwendungen bemängelt, hätte die Beklagte ihre vorgebrachten Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 144 III 519 E. 5;

BGE 127 III 365 E. 2b). In der Duplik beschränkt sie ihre Weiterungen allerdings auf ihr Verständnis des Schreibens vom 10. August 2020. Insbesondere fehlt es an substantiierten Behauptungen zur Vereinbarung mit der Klägerin betreffend den Zeitpunkt der Ausserbetriebsetzung des Lifts, betreffend Ausführungen, inwiefern der Betrieb *"massiv gestört"* gewesen sei und was zur Lifteinstellung geführt haben soll, weshalb dies durch die Klägerin zu verantworten sei sowie zu den konkreten Daten der Betriebsstörungen und welche Mietzinsen verrechnet wurden und auf welcher Grundlage. Ohne diese Detaillierungen bleibt es der Klägerin versagt, spezifische Bestreitungen vorzunehmen (vgl. BGer 4A_291/2007 vom 29. Oktober 2007 E. 3.4).

3.11.2.3. Ferner streiten sich die Parteien über die Verständigung im Schreiben vom 10. August 2020 (act. 3/19). Die Beklagte hielt darin abschliessend fest *"Unsererseits verzichten wir ihm Rahmen der partnerschaftlichen Zusammenarbeit auf die Geltendmachung von Mehraufwendungen der Mieterin "Q._____ AG" aufgrund diverser Betriebsstörungen durch A._____ AG"*. Die Klägerin macht geltend, es habe ein tatsächlich übereinstimmender Parteiwille dahingehend bestanden, dass die Beklagte auf die Geltendmachung von Mehraufwendungen der Mieterin "Q._____ AG" verzichtet habe. Nach dem Verständnis der Beklagten hätte dieser Verzicht jedoch vorausgesetzt, dass die Klägerin alle übrigen im Schreiben vom 10. August 2020 festgehaltenen Pendenzen erledigt hätte, was nicht erfolgt sei, weshalb auch der angebotene Verzicht nicht aufgelebt sei. Aufgrund dieser Vorbringen lässt sich der wirkliche Willen der Parteien nicht erstellen. Somit ist die objektive Auslegung der Verzichtserklärung nach dem Vertrauensprinzip massgebend. Bei der Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz ist in erster Linie vom Wortlaut auszugehen. Aus dem Wortlaut der Verzichtserklärung geht nicht eindeutig hervor, ob der angebotene Verzicht – wie von der Klägerin geltend gemacht – voraussetzungslos zur Anwendung gelangt, oder ob er – wie die Beklagte vorbringt – an die Erledigung von Pendenzen geknüpft werden sollte. Der Wortlaut als Ausgangspunkt ist somit nicht hinreichend klar. Die Einleitung der Verzichtserklärung mit "Unsererseits" spricht zwar eher für die Darstellung der Beklagten, da "unsererseits" auf ein gewisses Austauschverhältnis mit – wie von der Beklagten geltend gemacht – der Erledigung der Pendenzen hindeuten könnte. Unter Berücksichti-

gung des Kontextes des vorhergehenden Textes, worin Bedingungen für die Bezahlung einzelner Teilbeträge definiert werden (*Akontozahlung von CHF 100'000.– unter der Bedingung, dass 1) Rückzug Anzeige Stromkabel, 2) Abholen Stromkabel, 3) Abtransport Container von Bauplatz sowie Restzahlung in Aussicht gestellt, unter der Bedingung, dass A) Abgabe Revisionsunterlagen Sanierung, B) Bereinigung der aufgrund der notwendig gewordenen Sanierung entstandenen Drittkosten, vgl. act. 3/19*), ergibt sich jedoch, dass bereits die einzelnen in Aussicht gestellten Zahlungen in einem Austauschverhältnis zu bestimmten Bedingungen/Pendenzten standen. Die Verzichtserklärung ist somit nach Treu und Glauben so zu verstehen, dass diese unabhängig und eben rein *"im Rahmen der partnerschaftlichen Zusammenarbeit"* abgegeben wurde. Somit durfte die Klägerin nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Beklagte auf die Geltendmachung von Mehraufwendungen der Mieterin "Q._____ AG" ihr gegenüber endgültig verzichtete. Dies muss umso mehr gelten, als die geltend gemachten Mehraufwendungen von CHF 840'000.– am 30. Juni 2020 (Rechnungsdatum, vgl. act. 13/37) in Rechnung gestellt wurden und die Verzichtserklärung kurz darauf am 10. August 2020 erfolgte, womit die Beklagte genau wusste, auf welche Forderung und in welcher Höhe sie verzichtete. Anderweitige Umstände, die zu einer anderen Auslegung führen würden, werden nicht dargetan und sind nicht ersichtlich.

3.11.3. Fazit

Die Geltendmachung der Verrechnungsforderung von CHF 840'000.– scheidet vorliegend an der hinreichenden Substantiierung. Würde von einer hinreichenden Substantiierung ausgegangen, würde die bindende Forderungsverzichtserklärung der Beklagten im Schreiben vom 10. August 2020 zur Anwendung gelangen. Die Verrechnungsforderung kann demnach nicht berücksichtigt werden.

4. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

4.1. Der Klägerin gelingt infolge des Eintritts der Abnahmefiktion der Nachweis dafür, dass die von ihr gemäss Anhang A zur Vergleichsvereinbarung geschuldeten Arbeiten erbracht sind. Entsprechend hat sie Anspruch auf den Werklohn gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1, 2 und 3. Demgegenüber sind die Rechtsbegehren Ziffer

4 und 5 mangels Nachweises der Übergabe der "Doku" bzw. einer Gewährleistungsgarantie zur Zeit abzuweisen (s. vorne Erw. II.1.4 - Erw. II.1.8).

4.2. In Zusammenhang mit den geltend gemachten Ansprüchen für Nachtragsarbeiten (Rechtsbegehren 6-9) anerkennt die Beklagte die klägerische Forderung gemäss Rechtsbegehren Ziffer 6, weshalb diese Forderung zuzusprechen ist. Weitere zusätzlich zu vergütende Nachtragsleistungen vermag die Klägerin nicht nachzuweisen. Entsprechend ist die Klage im Übrigen abzuweisen (s. vorne Erw. II.2.2 - II.2.5).

4.3. Demgegenüber scheitern die Gegenforderungen der Beklagten entweder an einer gültigen Verrechnungserklärung, oder misslingt ihr der Nachweis des Bestands der geltend gemachten Gegenforderungen (s. vorne Erw. 3).

4.4. Insgesamt ist die Klage somit im Umfang von CHF 422'902.40 zzgl. Zins gutzuheissen. Im Mehrbetrag ist sie – hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 4 und 5 zur Zeit – abzuweisen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Gerichtskosten

5.1.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse, dem Zeitaufwand des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falles (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert beträgt vorliegend CHF 1'559'867.34. Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 36'500.– festzusetzen.

5.1.2. Die Gerichtskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin obsiegt mit ihrer Klage im Umfang von CHF 422'902.40 (Gutheissung der Rechtsbegehren 1-3 und 6 = CHF 147'549.– + CHF 43'080.– + CHF 226'170.– + CHF 6'103.40) zzgl. Zins, was aufgerundet 30% der geltend gemachten Forderung entspricht. Entsprechend sind ihr die Gerichtskosten im Umfang von 70% bzw. CHF 25'550.– aufzuerlegen. Die übrigen 30% bzw. CHF 10'950.– gehen zulasten der Beklagten. Die Gerichtskosten sind vorab aus

dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Für die der Beklagten auferlegten Kosten ist der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

5.2. Parteientschädigung

5.2.1. Die Beklagte hat sodann im Ausmass ihres Obsiegens Anspruch auf eine Parteientschädigung für ihre berufsmässige Vertretung. Da sie nur teilweise obsiegt, ist die ihr zuzusprechende Parteientschädigung auf die verbleibende Differenz, d.h. 40%, zu reduzieren.

5.2.2. Grundlage für die Höhe der Parteientschädigung ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Beim vorliegenden Streitwert beträgt die Grundgebühr rund CHF 36'700.–. Hinzu kommen Zuschläge gemäss § 11 Abs. 2 AnwGebV für die Vergleichsverhandlung und den zweiten Schriftenwechsel von insgesamt 40 %. Die auf 40% reduzierte Parteientschädigung beträgt somit CHF 20'550.–.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin
 - CHF 147'549.– zzgl. Zins von 5% seit 15. November 2019,
 - CHF 43'080.– zzgl. Zins von 5% seit 9. Januar 2020,
 - CHF 226'170.– zzgl. Zins von 5% seit 3. Juni 2020 sowie
 - CHF 6'103.40 zzgl. Zins von 5% seit 5. August 2021zu bezahlen.
2. Die Klage gemäss Rechtsbegehren Ziffer 4 und 5 wird zur Zeit abgewiesen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 36'500.–.
4. Die Kosten werden der Klägerin im Umfang von CHF 25'550.– (70%) und der Beklagten im Umfang von CHF 10'950.– (30%) auferlegt. Sie werden aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen.

Für die der Beklagten auferlegten Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.

5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von CHF 20'550.– 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 beträgt CHF 1'559'867.34.

Zürich, 22. August 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich

Die Vorsitzende:

Dr. Claudia Bühler

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Andreas Baeckert