



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, und Oberrichter Roland Schmid, die Handelsrichter Andreas Bertet, Ruedi Kessler und Walter Schläpfer sowie der Gerichtsschreiber Alain Rutschmann

**Urteil vom 10. Mai 2024**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**  
Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**  
Beklagte und Widerklägerin

betreffend **Forderung / Bauhandwerkerpfandrecht**

### **Rechtsbegehren der Klage:**

(act. 1 S. 2)

- " 1. Die Beklagte sei mit dem ausdrücklichen Nachforderungsvorbehalt zu verpflichten, der Klägerin betreffend dem "Projekt C.\_\_\_\_\_" einen Betrag von CHF 195'738.92, zuzüglich Zins zu 5% seit 5. Mai 2021, zu bezahlen.
2. Das gestützt auf die Ziffer 1 des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 22. Juli 2021 im Verfahren Nr. HE210077-0 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsumme von CHF 195'738.92, nebst Zins zu 5% seit 5. Mai 2021, auf der Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBL.2, Plan 3, EGRID CH4, D.\_\_\_\_\_-strasse 5, C.\_\_\_\_\_, sei definitiv zu bestätigen, und das Grundbuchamt E.\_\_\_\_\_ sei richterlich anzuweisen, dieses Bauhandwerkerpfandrecht definitiv im Grundbuch einzutragen.
3. Die Beklagte sei im vorangegangenen Summarverfahren vor Handelsgerichts des Kantons Zürich Nr. HE210077-0 zur Bezahlung sämtlicher Gerichts- und Grundbuchkosten in der Höhe von CHF 6'407.85 zu verpflichten, wie auch zur Entrichtung einer Parteientschädigung an die Klägerin in der Höhe von CHF 7'900.00.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

### **Sachverhalt und Verfahren**

#### A. Sachverhaltsübersicht

##### a. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in F.\_\_\_\_\_, welche unter anderem die Planung und Realisierung von Bauten bezweckt. G.\_\_\_\_\_ ist Gesellschafter und Geschäftsführer der Klägerin (mit Einzelunterschrift). Bis Ende September 2021 hatte diese Funktion bzw. Zeichnungsberechtigung auch H.\_\_\_\_\_ (act. 3/2).

Die Beklagte (vormals B'.\_\_\_\_\_ AG) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in I.\_\_\_\_\_ (im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit: Zürich). Sie bezweckt die Erbringung und Vermittlung von Dienst- und Beratungsdienstleistungen in diversen Gebieten. Die Beklagte ist (Allein-)Eigentümerin der im Rechtsbegehren genannten Liegenschaft in C.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Liegenschaft C.\_\_\_\_\_). Mitglied des Verwaltungsrats der Beklagten (mit Einzelunterschrift) ist J.\_\_\_\_\_ (act. 3/3-4; act. 26 N. 7).

b. Vorgeschichte und Prozessgegenstand

Die Beklagte beabsichtigte, die Liegenschaft C. \_\_\_\_\_ mit einem Gebäude zu überbauen bzw. darauf das Bauprojekt "*Neubau Villa J. \_\_\_\_\_*" (nachfolgend: Projekt C. \_\_\_\_\_) zu realisieren. Zur Realisierung des Projekts schlossen die Parteien am 30. Januar 2020 einen Werkvertrag (bezeichnet als "*Auftragsbestätigung*"; act. 3/7) ab. In der Folge kam es zwischen den Parteien zu Meinungsverschiedenheiten und der Werkvertrag wurde nach Beginn, aber vor Vollendung der (Bau-)Arbeiten im Januar 2021 einvernehmlich aufgehoben. Ferner wurde das Grundbuchamt E. \_\_\_\_\_ mit Verfügung des Einzelgerichts des hiesigen Handelsgerichts vom 6. Mai 2021 (Geschäfts-Nr. HE210077-O) im Sinne von Art. 961 ZGB einstweilen angewiesen, zugunsten der Klägerin als Unternehmerin ein (Bauhandwerker-)Pfandrecht auf der Liegenschaft C. \_\_\_\_\_ über den vorliegend eingeklagten Betrag einzutragen. Mit Urteil vom 22. Juli 2021 wurde die einstweilige Anweisung bestätigt und der Klägerin Frist bis 21. September 2021 angesetzt, um eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Beklagte anzuheben (act. 3/5).

Die Klägerin stützt sich auf den das Projekt C. \_\_\_\_\_ betreffenden Werkvertrag vom 30. Januar 2020 sowie auf daraus resultierende Zusatzaufträge und verlangt von der Beklagten für geleistete Arbeiten die Bezahlung von CHF 195'738.92 nebst Zins zu 5 % seit 5. Mai 2021 (Rechtsbegehren Ziffer 1). Zudem verlangt sie die definitive Eintragung eines (Bauhandwerker-)Pfandrechts über denselben Betrag auf der Liegenschaft C. \_\_\_\_\_ (Rechtsbegehren Ziffer 2). Schliesslich beantragt sie Ersatz der ihr im Zusammenhang mit der vorläufigen Eintragung des Pfandrechts entstandenen Kosten; konkret handelt es sich um Gerichts- und Grundbuchkosten von CHF 6'407.85 sowie Anwaltskosten von CHF 7'900.– (Rechtsbegehren Ziffer 3). Die Beklagte bestreitet die Darstellung der Klägerin mehrheitlich und verlangt die Abweisung der Klage.

B. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 20. September 2021 (Datum Poststempel) machte die Klägerin die vorliegende Klage beim Handelsgericht des Kantons Zürich anhängig (act. 1). Nachdem sie den mit Verfügung vom 22. September 2021 einverlangten Kosten-

vorschuss geleistet hatte (act. 5; act. 7), wurde der Beklagten mit Verfügung vom 22. Oktober 2021 Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 8). Diese ging innert mehrfach erstreckter Frist am 1. April 2022 ein (act. 10-11; act. 13; act. 18; act. 20; act. 23; act. 26). Darin erhob die Beklagte Widerklage. Nachdem die Beklagte und Widerklägerin (nachfolgend: Beklagte) den mit Verfügung vom 5. April 2022 einverlangten Kostenvorschuss innert mehrfach erstreckter Frist geleistet hatte (act. 28; act. 30-31; act. 33; act. 35; act. 37), wurde der Klägerin und Widerbeklagten (nachfolgend: Klägerin) mit Verfügung vom 28. Juni 2022 Frist zur Erstattung der Widerklageantwort angesetzt (act. 38). Diese ging am 22. August 2022 fristgerecht ein (act. 41).

Mit Verfügung vom 27. September 2022 wurde das Verfahren auf Antrag der Parteien – zwecks Führung von aussergerichtlichen Vergleichsgesprächen – bis zum 16. Dezember 2022 sistiert (act. 45-46; Prot. S. 17). Nachdem der Antrag der Beklagten auf Verlängerung der Sistierung mit Verfügung vom 19. Dezember 2022 abgewiesen und die Sistierung aufgehoben worden war (act. 48-49), wurde das Verfahren auf neuerlichen Antrag der Beklagten mit Verfügung vom 9. Januar 2023 bis zum 28. April 2023 sistiert (act. 53; act. 55). Mit Verfügung vom 5. Mai 2023 wurde die Sistierung aufgehoben, ein zweiter Schriftenwechsel hinsichtlich der Klage angeordnet und der Klägerin Frist zur Leistung eines zusätzlichen Kostenvorschusses sowie zur Erstattung der Replik angesetzt (act. 57). Mit Schreiben vom 9. Mai 2023 teilte die (bisherige) Rechtsvertretung der Beklagten mit, dass sie diese nicht mehr weiter vertrete (act. 59). Nachdem der zusätzliche Kostenvorschuss von der Klägerin fristgerecht geleistet worden war (act. 61), erklärte sie mit Eingabe vom 9. Juni 2023 den Verzicht auf eine Replik (act. 62). Mit Verfügung vom 12. Juni 2023 wurde hinsichtlich der Widerklage ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Beklagten Frist angesetzt, um einen zusätzlichen Kostenvorschuss zu leisten (act. 63). Da innert Frist kein zusätzlicher Kostenvorschuss einging, wurde der Beklagten hierfür mit Verfügung vom 7. Juli 2023 – unter Hinweis auf die Säumnisfolgen – eine Nachfrist angesetzt (act. 65). Auch innert Nachfrist wurde der zusätzliche Kostenvorschuss nicht geleistet. Mit Beschluss vom 12. September 2023 wurde mangels Leistung des zusätzlichen Kostenvorschusses auf die Widerklage nicht eingetreten (act. 67). Da in diesem Beschluss die Rechtsmittelbe-

lehrung versehentlich unterblieb, wurde dieser mit Verfügung vom 15. September 2023 entsprechend berichtigt bzw. ergänzt (act. 69). Dieser Beschluss ist in Rechtskraft erwachsen, weshalb über die Widerklage nicht mehr zu befinden ist.

Mit Verfügung vom 3. April 2024 wurde den Parteien Frist angesetzt, zu erklären, ob sie auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung – unter Vorbehalt der Durchführung eines Beweisverfahrens – verzichten, mit dem Hinweis, dass bei Stillschweigen Verzicht angenommen wird (act. 71). Während die Klägerin mit Eingabe vom 8. April 2024 ihren Verzicht auf eine Hauptverhandlung erklärte (act. 73), liess sich die Beklagte nicht vernehmen. Folglich ist auch seitens der Beklagten von einem Verzicht auszugehen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

## **Erwägungen**

### 1. Formelles

#### 1.1. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 29 Abs. 1 lit. c. ZPO, Art. 31 ZPO; Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ZH).

#### 1.2. Vorbringen in der Widerklageantwort

1.2.1. Die Parteien haben im ordentlichen Verfahren zweimal unbeschränkt die Möglichkeit, sich zur Sache zu äussern und neue Tatsachen sowie Beweismittel in den Prozess einzubringen: Ein erstes Mal im Rahmen des ersten Schriftenwechsels (in der Klage bzw. Klageantwort); ein zweites Mal entweder im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels (in der Replik bzw. Duplik) oder – wenn kein solcher durchgeführt wird – an einer Instruktionsverhandlung bzw. zu Beginn der Hauptverhandlung (BGE 144 III 67 E. 2).

1.2.2. In casu wurde der Klägerin mit Verfügung vom 28. Juni 2022 Frist zur Erstattung der Widerklageantwort angesetzt und ihr somit die Gelegenheit gegeben, erst-

mals zu den von der Beklagten widerklageweise geltend gemachten Ansprüchen Stellung zu nehmen (act. 38). Dieser prozessualen Obliegenheit kam die Klägerin nach, wobei sie in der Widerklageantwort ausdrücklich festhielt, dass ihre (summarischen) Ausführungen zu Gegenständen, welche eigentlich die Klage betreffen, keinesfalls als Replik (zur Klage) zu qualifizieren seien (act. 41 N. 5). Mit Eingabe vom 9. Juni 2023 verzichtete die Klägerin bekanntlich auf das Verfassen einer Replik und somit auf die Möglichkeit, sich ein zweites Mal unbeschränkt zu den Klagebegehren zu äussern (act. 62). Da in der Folge (am 12. September 2023) auf die Widerklage nicht eingetreten wurde, sind die Ausführungen der Klägerin in der Widerklageantwort grundsätzlich obsolet geworden, mithin bildet einzig ihr Tatsachenvortrag in der Klageschrift das Klagefundament (act. 1). Ansonsten liefe es darauf hinaus, dass sich die Klägerin – entgegen der gesetzlichen Konzeption des ordentlichen Verfahrens – dreimal unbeschränkt zur Sache hätte äussern können. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die klage- und widerklageweise geltend gemachten Forderungen allesamt im Zusammenhang mit dem Projekt C.\_\_\_\_\_ stehen. Während die Klägerin ausstehenden Werklohn und die definitive Eintragung eines Pfandrechts fordert, beantragte die Beklagte widerklageweise die Rückerstattung für zu viel bezahlten Werklohn und machte darüber hinaus Schadenersatzansprüche für Wassereintritte auf der Baustelle, eine planwidrig errichtete Garagenmauer sowie ersatzweise vorgenommene (Abschluss-)Arbeiten geltend (vgl. act. 26 N. 13 ff., 23 ff.; 66 ff., 107 ff.). Zwischen dem Begehren der Beklagten auf Abweisung der Klage einerseits und auf Gutheissung der Widerklage andererseits bestand daher zumindest eine gewisse thematische Vermischung.

1.2.3. Ob und inwiefern es sich vor diesem Hintergrund rechtfertigt, die Widerklageantwort bei der materiellen Beurteilung der Klage zu berücksichtigen, kann vorliegend offengelassen werden, denn die Klage müsste auch bei Berücksichtigung der klägerischen Ausführungen in der Widerklageantwort abgewiesen werden (vgl. dazu nachfolgend).

## 2. Werklohn gestützt auf den Werkvertrag vom 30. Januar 2020

### 2.1. Unbestrittener Sachverhalt

2.1.1. Für die Planung des Projekts C.\_\_\_\_\_ samt Eingabe des Baugesuchs beauftragte die Beklagte den Architekten K.\_\_\_\_\_. Dieser fertigte ab Sommer 2018 die entsprechenden Baupläne aus, war aber ab Juni 2019 nicht mehr ins Bauprojekt involviert. Mit Werkvertrag vom 30. Januar 2020 (act. 3/7) verpflichtete sich die Klägerin zur Erbringung von diversen Baumeisterarbeiten und anderen Leistungen auf der Liegenschaft C.\_\_\_\_\_. Im Gegenzug verpflichtete sich die Beklagte zur Bezahlung eines Pauschalpreises von CHF 420'030.–, wobei sich dieser Betrag wie folgt zusammensetzt: CHF 382'500.– für "*Baustelleneinrichtung, Kanalisation innerhalb und ausserhalb Gebäude, Rohbau I*", CHF 7'500.– für "*Gerüst für die Dauer der Leistung*" sowie CHF 30'030.– Mehrwertsteuer von 7.7 %. Ab dem 25. Februar 2020 zog die Beklagte auf Empfehlung und Vermittlung von L.\_\_\_\_\_ (von der Klägerin) den Architekten M.\_\_\_\_\_ für das Projekt C.\_\_\_\_\_ zu, der in erster Linie für die Belange mit den Baubehörden und nicht mit der Ausführung eigentlicher Architektur- und Bauführungsarbeiten mandatiert worden war. Nebst dem streitgegenständlichen Projekt C.\_\_\_\_\_ war die Klägerin beim Projekt N.\_\_\_\_\_ für die Beklagte tätig (act. 1 N. 4 ff., 10, 15; act. 26 N. 7 ff., 16 ff., 89 ff., 115 f.).

2.1.2. Ab dem 18. August 2020 bis zur Winterpause im Laufe des Dezembers 2020 führte die Klägerin diverse Arbeiten auf der Liegenschaft C.\_\_\_\_\_ aus und liess der Beklagten mehrere Rechnungen zukommen. Die Beklagte beglich diese Rechnungen teilweise in vollem Umfang, manchmal nur in reduzierter Weise oder gar nicht. Nachdem die Beklagte beabsichtigt hatte, das Bauprojekt fortan mit Holz (statt Beton) weiterzuführen, wurde seitens der Parteien anlässlich einer Sitzung vom 12. Januar 2021 vereinbart, den Werkvertrag betreffend das Projekt C.\_\_\_\_\_ aufzulösen und ihre Zusammenarbeit – auch hinsichtlich des Projekts N.\_\_\_\_\_ – zu beenden. Zudem verpflichtete sich die Klägerin, für das Projekt C.\_\_\_\_\_ bis spätestens am 20. Januar 2021 die Schlussrechnung zu erstellen und die Arbeiten "*Kanalisationsanschluss, Seitenwand Garage, Treppe im UG und Gitterroste*" (nachfolgend: Abschlussarbeiten) fertigzustellen. An der besagten Sitzung nahmen H.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ von der Klägerin sowie J.\_\_\_\_\_ von der Beklagten

teil. Zudem war M.\_\_\_\_\_ anwesend, der die Besprechung protokollierte (act. 3/12). Die Abschlussarbeiten wurden von der Klägerin in der Folge nicht erbracht (act. 1 N. 7, 10 f., 15; act. 26 N. 16 ff., 93 ff., 112 ff., 117 ff.).

## 2.2. Parteistandpunkte

2.2.1. Die Klägerin macht betreffend das Projekt C.\_\_\_\_\_ eine Werklohnforderung über total CHF 398'572.42 geltend. Ihre Tätigkeiten gestützt auf den Werkvertrag vom 30. Januar 2020 seien mit CHF 367'321.65 zu entschädigen. Da die Klägerin bis am 16. Dezember 2020 den allergrössten Teil der zu erbringenden Baumeisterarbeiten bereits ausgeführt habe, stehe dieser Betrag in einer angemessenen Relation zum vollen Pauschalpreis von CHF 420'030.–. Zusätzlich habe die Klägerin – nicht vom Werkvertrag vom 30. Januar 2020 umfasste – Arbeiten (nachfolgend: Zusatzarbeiten) erbracht, die ihr mit CHF 31'250.77 zu vergüten seien (vgl. dazu hinten E. 3.1.1.). Nach Abzug der bisherigen Zahlungen der Beklagten über insgesamt CHF 202'853.50 – CHF 195'653.50 aufgrund des Werkvertrags vom 30. Januar 2020 und CHF 7'200.– für Zusatzarbeiten – resultiere eine offene Werklohnforderung von CHF 195'718.92 (act. 1 N. 13 ff.).

2.2.2. Die Klägerin bringt vor, dass die zuvor erwähnten Baupläne von K.\_\_\_\_\_ als Grundlage für die erste Baueingabe des Projekts C.\_\_\_\_\_ verwendet worden seien. Dann habe die Beklagte eine Projektänderung vollzogen und K.\_\_\_\_\_ neue bzw. überarbeitete Pläne ausgefertigt, welche er im Juni 2019 J.\_\_\_\_\_ ausgehändigt habe. Die Belange betreffend die Baumeisterarbeiten habe J.\_\_\_\_\_ mit G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ aber ausschliesslich anhand der ursprünglichen Pläne von K.\_\_\_\_\_, d.h. jenen der ersten Baueingabe, besprochen. Auf dieser Basis hätten sich die Parteien auf den Pauschalbetrag geeinigt. Von den Plankorrekturen habe die Klägerin erst erfahren, als der von der Bauverwaltung C.\_\_\_\_\_ beauftragte Geometer im Rahmen einer Baukontrolle festgestellt habe, dass mit den Vermessungen etwas nicht stimmen könne. Die Klägerin habe ihre Arbeiten stets gestützt auf die ihr vorgelegenen und im Werkvertrag (act. 3/7) ausdrücklich genannten Pläne (act. 3/6.1-5) ausgeführt, was ihr nicht zum Vorwurf gemacht werden könne (act. 1 N. 4, 6, 8).

2.2.3. Weil die Baufreigabe länger gedauert habe als geplant, habe die Klägerin vom 9. bis 27. März 2020 nur mit den Baustelleninstallationsarbeiten beginnen können. Ab dem 18. August 2020 habe sie ihre Tätigkeit auf der Liegenschaft C. \_\_\_\_\_ fortsetzen können, und zwar zunächst – bis am 11. September 2020 – mit der Erledigung von Zusatzarbeiten (vgl. dazu hinten E. 3.1.1.). Anschliessend habe sie bis am 16. Dezember 2020 unter anderem die nachfolgenden Arbeiten weisungs- und vertragskonform ausgeführt (act. 1 N. 7, 13, 15):

- " - *Support und Koordination des Abbrucharbeiten des vorbestandene[n] Hauses*
- *Support beim Fällen und Entfernen von Bäumen und Büschen wie auch einer Holzhütte*
- *Support bei den Aushubarbeiten*
- *Koordination der Abbrucharbeiten inkl. Organisieren von Mulden samt Reinigungsarbeiten, Triage des Abbruchmaterials in die verschiedenen Abfallkategorien, etc.*
- *Aushub der Graben bei den vorbestandene[n] Kanalisationsleitungen und Ausbauen sowie Entsorgen derselben*
- *Einbau neuer Kanalisationsstränge ab dem Hausanschluss bis ins öffentliche Gemeindewassernetz samt Aufschüttung der Graben und Verdichten derselben*
- *Lieferung und Installation sämtlicher Baustelleneinrichtungen*
- *Ausführen aller eigentlicher Baumeisterarbeiten in zwei Etappen*
- *Einbau Bodenplatte samt allen erforderlichen Aussparungen und Miete der erforderlichen Vibroplatte*
- *Einschalen sämtlicher Wände, Treppen und Decken UG samt Einbau sämtlicher Armieisen und Vornahme der erforderlichen Aussparungen für alle Werkleitungen, Anschlüsse, etc.*
- *Lieferung und Einlassen des Betons an allen vorgesehenen Stellen, Betonplatte Garage UG, Betonwände UG, Betondecke UG sowie Betonieren der Garagen-Zufahrtsrampe*

- *Einbau sämtlicher Lichtschächte*"

2.2.4. Die Klägerin habe beabsichtigt, ihre Tätigkeit ab dem 13. Januar 2021 fortzusetzen, um zuvor die Ergebnisse der Sitzung vom 12. Januar 2021 abzuwarten. Anlässlich dieser Sitzung habe die Beklagte die Arbeiten der Klägerin betreffend das Projekt C.\_\_\_\_\_ ausdrücklich gelobt, aber eine gewisse Unzufriedenheit beim Projekt N.\_\_\_\_\_ zum Ausdruck gebracht. Aufgrund dessen habe die Beklagte die Zusammenarbeit mit der Klägerin per sofort beenden wollen. Die Klägerin sei am 12. Januar 2021 davon ausgegangen, dass sich das Projekt C.\_\_\_\_\_ in demselben Zustand befinden würde wie am 16. Dezember 2020. Am darauffolgenden Tag, d.h. am 13. Januar 2021, habe sie aber festgestellt, dass der Wunsch der Beklagten nach einer Vertragsauflösung nichts mit dem Projekt N.\_\_\_\_\_ zu tun gehabt habe, sondern dass diese über Weihnachten/Neujahr 2020/21 klammheimlich Veränderungen am Projekt C.\_\_\_\_\_ vorgenommen ("*von Beton zu Holz*") und zusammen mit einem neuen – namentlich nicht bekannten – Architekten bereits mit der Ausführung begonnen habe. Da das geänderte Projekt ausschliesslich mit Holz realisiert worden sei, hätten gar keine weiteren Baumeisterarbeiten mehr ausgeführt werden müssen. Die Klägerin und M.\_\_\_\_\_ seien von der Beklagten daher brand-schwarz angelogen worden. Infolge dieses krassen Vertragsbruchs und treuwidrigen Verhaltens habe sich die Klägerin dann dazu entschieden, keine Arbeiten mehr auszuführen und der Beklagten umgehend die letzte Rechnung auszustellen (act. 1 N. 10 f.). In der Widerklageantwort bringt die Klägerin vor, dass sie bei Kenntnis dieses vertragswidrigen Verhaltens der Beklagten einer vorzeitigen Auflösung des Werkvertrags nicht zugestimmt und auf dessen Erfüllung beharrt hätte. Gestützt auf Art. 23 ff. OR sei die Klägerin nicht an die Vereinbarung vom 12. Januar 2021 gebunden (act. 41 N. 18, 26 ff.).

2.2.5. Die Beklagte wendet im Wesentlichen ein, dass die Klägerin ihre geschuldeten Leistungen gemäss Werkvertrag vom 30. Januar 2020 weder gehörig noch vollständig erfüllt habe. So habe die Klägerin maximal 38 % des zu errichtenden "*Rohbaus I*" erstellt, denn zur vollständigen Fertigstellung hätten noch zwei Stockwerke sowie das Attikageschoss gefehlt. Zudem habe die Klägerin die Kanalisation nicht angeschlossen, die Treppe im Untergeschoss und die Seitenwand der Tiefgarage-

neinfahrt nicht erstellt, die Gitterroste für die Lichtschächte nicht geliefert und weder das Gerüst noch die Baustelleneinrichtung bis zur Fertigstellung des Baus zur Verfügung gestellt. Der vereinbarte Pauschalpreis müsse daher proportional herabgesetzt werden, sodass die Klägerin maximal Anspruch auf ein Honorar in der Höhe von CHF 159'611.40 (38 % von CHF 420'030.–) habe. Ein Anspruch der Klägerin auf eine weitere Vergütung bestehe nicht, zumal die Beklagte für das Projekt C.\_\_\_\_\_ bereits Akontozahlungen über insgesamt CHF 321'293.11 geleistet habe (act. 26 N. 29, 47 ff., 68 ff., 134 ff.).

2.2.6. Sodann bestreitet die Beklagte, dass der Klägerin falsche Pläne vorgelegt bzw. die im Werkvertrag erwähnten Pläne nachträglich aktualisiert worden seien. Zu einer Projektänderung sei es erst im Jahr 2021 gekommen. Vom 9. bis 27. März 2020 sowie vom 5. bis 16. Dezember 2020 habe die Klägerin ferner keine Leistungen für die Beklagte erbracht. Von einer "*klammheimlichen Projektänderung*" sowie einem "*Architektenwechsel über Weihnachten/Neujahr 2020/21*" könne ebenfalls keine Rede sein. Zum einen habe die Klägerin die Kommunikation mit der Beklagten – insbesondere in diesem Zeitraum – systematisch verweigert, und sei der Klägerin im Rahmen der Sitzung vom 12. Januar 2021 offengelegt worden, dass die Beklagte die Absicht habe, das Bauprojekt in Holz weiterzuführen. Zum anderen habe die Beklagte zwar einen weiteren Architekten engagiert, dieser sei aber – im Gegensatz zu M.\_\_\_\_\_ – für die eigentlichen Architektur- und Bauführungsarbeiten beauftragt worden. Die Vereinbarung vom 12. Januar 2021 sei daher verbindlich (act. 26 N. 18 ff., 89 ff., 107, 112 ff., 122 f.).

## 2.3. Rechtliches

### 2.3.1. Behauptungs-, Substantiierungs- und Bestreitungslast

2.3.1.1. In Verfahren, in denen – wie vorliegend – der Verhandlungsgrundsatz gilt, obliegt es den Parteien und nicht dem Gericht, die für die Beurteilung notwendigen Tatsachen zusammen zu tragen (Art. 55 Abs. 1 ZPO; BGE 144 III 519 E. 5.1 = Pra 108 Nr. 87). Entsprechend trifft die Parteien die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast sowie die Bestreitungslast. Die Behauptungslast folgt der Beweislast (BGE 132 III 186 E. 4). Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiie-

ren sind, ergibt sich gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung 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; Urteil des Bundesgerichts 4A\_350/2020 vom 12. März 2021, E. 6.2). 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 angeführte Rechtsfolge zulässt. Voraussetzung, dass ein Tatsachenvortrag schlüssig ist, sind dessen Widerspruchsfreiheit und Vollständigkeit. 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). Das genügende Behaupten und Bestreiten der rechtserheblichen Tatsachen ist eine prozessuale Last, deren Nichterfüllung prozessuale Nachteile für die betreffende Partei zur Folge haben kann. Bezüglich unsubstantiiert vorgetragener Sachverhalte besteht kein Anspruch auf Beweisführung. Der nicht substantiiert vorgetragene Sachverhalt ist somit dem nicht bewiesenen gleichgestellt (BGE 129 III 18 E. 2.6 = Pra 92 Nr. 30).

2.3.1.2. Die Tatsachenbehauptungen müssen in der Rechtsschrift selbst dargelegt werden. Ein globaler Verweis auf eingereichte Unterlagen genügt den Anforderungen an Behauptung und Substantiierung nicht. Es geht darum, dass nicht das Gericht und die Gegenpartei aus den Beilagen die Sachdarstellung zusammensuchen müssen. Ausnahmsweise kann es jedoch zulässig sein, der Substantiierungspflicht durch Verweis auf eine Beilage nachzukommen. Erforderlich ist, dass Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen in einer Rechtsschrift behauptet werden und für Einzelheiten auf eine Beilage verwiesen wird. Dabei müssen die Gegenpartei und das Gericht die notwendigen Informationen in einer Art erhalten,

die eine Übernahme in die Rechtsschrift als blossen Leerlauf erscheinen lässt. Ein Verweis ist ungenügend, wenn die nötigen Informationen in den Beilagen nicht eindeutig und vollständig enthalten sind oder aber daraus zusammengesucht werden müssten. Es genügt auch nicht, dass in den Beilagen die verlangten Informationen in irgendeiner Form vorhanden sind. Es muss auch ein problemloser Zugriff darauf gewährleistet sein, und es darf kein Interpretationsspielraum entstehen. Der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift muss spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennen und aus dem Verweis muss selbst klar werden, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen. Ein problemloser Zugriff ist gewährleistet, wenn eine Beilage selbsterklärend ist und genau die verlangten (bzw. in der Rechtsschrift bezeichneten) Informationen enthält (Urteil des Bundesgerichts 4A\_443/2017 vom 30. April 2018, E. 2.2 m.w.H.).

### 2.3.2. Werkvertrag mit einer Pauschalpreisabrede

Eine Pauschalpreisabrede im Sinne von Art. 41 SIA-Norm 118 liegt vor, wenn sich die Parteien darauf geeinigt haben, dass die Unternehmerin das von ihr geschuldete Werk als Ganzes zu einer vertraglich fixierten Geldsumme herzustellen hat. Bei der Verabredung eines Pauschalhonorars ist die getroffene Preisabrede grundsätzlich verbindlich und auch dann unabänderlich, wenn die Erstellungskosten (Arbeits-, Material- und andere Kosten) höher oder geringer sind, als bei Vertragsabschluss vorgesehen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_605/2020 vom 24. März 2021, E. 4.2.1; GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich 2019, N. 900 f.). Die Bindung an den vereinbarten Pauschalpreis ist nicht absolut. Je nach der Ursache und der einschlägigen gesetzlichen Bestimmung oder vertraglichen Abrede hat die Unternehmerin einen Anspruch auf Mehrvergütung für allfälligen Mehraufwand oder es resultiert eine Minderung des Werkpreises (GAUCH, a.a.O., N. 905 ff.).

### 2.3.3. Rücktritt vom Werkvertrag

2.3.3.1. Nach Art. 184 Abs. 1 SIA-Norm 118 kann die Bestellerin jederzeit gegen volle Schadloshaltung der Unternehmerin vom Vertrag zurücktreten, solange das Werk unvollendet ist. Die Schadloshaltung entspricht der Vergütung, welche die Unternehmerin bei Ausführung der vereinbarten Arbeiten hätte beanspruchen kön-

nen, abzüglich der Aufwendungen, die sie wegen des Rücktritts ersparen konnte (Art. 184 Abs. 2 SIA-Norm 118; sogenannten Abzugsmethode). Somit ist mit der Schadloshaltung auch die Vergütung für die bereits geleistete Arbeit der Unternehmerin abgegolten (GAUCH/STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., 2017, Anm. 10.1 zu Art. 184). Der Art. 184 SIA-Norm 118 ist der gesetzlichen Regelung in Art. 377 OR nachgebildet, weshalb dessen Sinngehalt bei der Auslegung der Norm zu berücksichtigen ist (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Anm. 1.2 zu Art. 184). Die beiden Bestimmungen weichen aber in der Berechnung der Schadloshaltung voneinander ab (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Anm. 4.1 ff. und 10.1 ff. zu Art. 184).

2.3.3.2. Die Höhe der Vergütung, welche die Bestellerin für das Geleistete schuldet, bemisst sich auf Grund der vertraglichen Preisabrede. Hat die Unternehmerin bei der vorzeitigen Auflösung des Werkvertrages eine Leistung zu einem Pauschalpreis vollständig erbracht, schuldet die Bestellerin hierfür die volle Pauschale. Hat dagegen die Unternehmerin eine Leistung, für die ein Pauschalpreis vereinbart wurde, nur zum Teil ausgeführt, schuldet die Bestellerin vom vereinbarten Pauschalpreis einen Teilbetrag, der zum Pauschalpreis im gleichen Verhältnis steht wie der Wert der erbrachten Teilleistung zum Wert der ganzen Leistung (Urteil des Bundesgerichts 4A\_152/2009 vom 29. Juni 2009, E. 2.5; Urteil des Handelsgerichts Zürich HG140107 vom 12. April 2017, E. 5.3.1; GAUCH, a.a.O., N. 537 f.). Diese Berechnungsart, die sich für die Bestimmung des geschuldeten Teilbetrages am Verhältnis zwischen dem Wert der erbrachten und dem Wert der ganzen Leistung orientiert, nimmt Rücksicht auf den möglichen Umstand, dass bestimmte Teile einer pauschal zu vergütenden Leistung teurer herzustellen sind als andere. Das verbietet namentlich, für die Berechnung des geschuldeten Teilbetrages einfach und nur auf den erreichten Leistungsstand abzustellen (GAUCH, a.a.O., N. 537 f., Fn. 343 zu N. 538). Im Sinne einer natürlichen Vermutung darf davon ausgegangen werden, dass ein vereinbarter Pauschalpreis dem Wert des vollständig erstellten Werks entspricht (KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich/St. Gallen 2015, N. 1051; vgl. HARTMANN, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Luzern 2005, N. 322).

#### 2.3.4. Aufhebungsvereinbarung

Obwohl nicht explizit in Art. 363 ff. OR und Art. 1 ff. SIA-Norm 118 vorgesehen, steht es den Parteien eines Werkvertrags jederzeit frei, diesen – in analoger Anwendung von Art. 115 OR – durch gegenseitig übereinstimmende Willenserklärungen ganz oder teilweise aufzulösen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_49/2008 vom 9. April 2008, E. 2.1). Die Folgen einer solchen (einvernehmlichen) Vertragsauflösung ergeben sich in erster Linie nach der getroffenen – gegebenenfalls auslegungsbedürftigen – Aufhebungsvereinbarung (GAUCH, a.a.O., N. 564). Wird keine Entschädigungsregelung getroffen, ist mangels anderer Anhaltspunkte anzunehmen, dass die Bestellerin eine Vergütung für die geleistete Arbeit und die eingegangenen Verpflichtungen der Unternehmerin schuldet, letztere aber kein Anspruch auf volle Schadloshaltung auf dem nicht ausgeführten Vertragsteil hat (GAUCH, a.a.O., N. 564; SPIESS/HUSER, SHK SIA Norm 118, 2. Aufl., Bern 2023, N. 8 zu Art. 184).

#### 2.3.5. Bestellungenänderung

Gemäss Art. 84 SIA-Norm 118 steht der Bestellerin das Recht zu, den vertraglichen Leistungsumfang durch einseitige Erklärung abzuändern. Die (Vergütungs-)Folgen richten sich dabei mangels anderer Abrede nach den Regeln zur Nachtragspreisbildung in Art. 85 ff. SIA-Norm 118. Betrifft die Bestellungenänderung eine pauschal zu vergütende Leistung, haben die Parteien für diese ein Mehr- oder Minderpreis nach den Vorgaben in Art. 89 Abs. 1 und 2 SIA-Norm 118 zu vereinbaren. Kommt keine Einigung zu Stande, hat das Gericht den Preis in sinngemässer Anwendung dieser Norm zu bestimmen, wobei es aufgrund der vagen Vorgaben in Art. 89 SIA-Norm 118 über einen erheblichen Ermessensspielraum verfügt (BGE 143 III 545 E. 4.4.4). Der Nachtragspreis ist aus dem zugehörigen Pauschalpreis herzuleiten, unter Berücksichtigung der massgeblichen Unterschiede, welche sich aus der Bestellungenänderung ergeben (Urteil des Bundesgerichts 4A\_234/2014 vom 8. September 2014, E. 5.2). Nicht geregelt wird in der SIA-Norm 118 die einvernehmliche Bestellungenänderung. Diesfalls ist der Nachtragspreis in sinngemässer Anwendung von Art. 85 ff. SIA-Norm 118 oder auf der Grundlage von Art. 374 OR zu berechnen

(Urteil des Bundesgerichts 4A\_234/2014 vom 8. September 2014, E. 5.1; Urteil des Bundesgerichts 4A\_183/2010 vom 27. Mai 2010, E. 3.2).

## 2.4. Würdigung

### 2.4.1. Vorbemerkungen

2.4.1.1. Vorwegzuschicken ist, dass der als "*Auftragsbestätigung*" bezeichnete und auf den 30. Januar 2020 datierte (schriftliche) Vertrag von rund eineinhalb Seiten (act. 3/7) in Übereinstimmung mit den Parteien als Werkvertrag gemäss Art. 363 OR zu qualifizieren ist. Unbestritten blieb sodann die Behauptung der Beklagten, dass die Parteien die SIA-Norm 118 (Ausgabe 2013; act. 27/8) zum integrierenden Bestandteil des Werkvertrags erklärt haben (act. 26 N. 41). Die Bestimmungen der SIA-Norm 118 sind daher bei der Rechtsanwendung (von Amtes wegen) zu beachten, auch wenn sich keine Partei explizit darauf beruft (Urteil des Bundesgerichts 4A\_455/2021 vom 26. Januar 2022, E. 5.3.2.). Weiter wird von den Parteien nicht vorgebracht, dass sich das Projekt C.\_\_\_\_\_ aus mehreren Teilwerken zusammensetzt. Somit ist von einem Gesamtwerk auszugehen.

2.4.1.2. Vorab ist zudem anzumerken, dass die Klägerin selbst wenn ihre – von der Beklagten bestrittenen – Behauptungen, wonach sie erst nach Beginn der Bauarbeiten von den neuen, durch K.\_\_\_\_\_ veränderten Bauplänen erfahren habe (vgl. dazu vorne E. 2.2.2.), zutreffen würden, aus diesem Umstand nichts für sich ableiten könnte. Die Klägerin bringt nämlich weder vor, dass sie den Werkvertrag vom 30. Januar 2020 bei Kenntnis der neuen Pläne nicht oder nicht zu denselben Konditionen abgeschlossen hätte, noch macht sie in diesem Zusammenhang eine Vertragsverletzung durch die Beklagte geltend. Sodann äussert sie sich auch nicht dazu, zu welchem Zeitpunkt genau sie von den neuen Plänen erfahren haben soll (vgl. "*erst viel später*", "*erst, als [...] anlässlich einer Baukontrolle feststellte, dass etwas mit den Vermassungen nicht stimmen konnte*"; act. 1 N. 4, 8), in welchen Belangen die Pläne voneinander abweichen würden und inwiefern ihr dadurch ein Mehr-/Minderaufwand entstanden sein soll. Weitere Ausführungen hierzu erübrigen sich, zumal auf die widerklageweise – nicht aber verrechnungsweise – geltend ge-

machte Schadenersatzforderung der Beklagten wegen einer angeblich planwidrig errichteten Garagenmauer nicht eingetreten wurde.

#### 2.4.2. Vereinbarung vom 12. Januar 2021

2.4.2.1. Die Parteien hatten am 12. Januar 2021 (formlos) vereinbart, ihre Zusammenarbeit umfassend, d.h. auch hinsichtlich des Projekts N.\_\_\_\_\_, zu beenden und den Werkvertrag vom 30. Januar 2020 mit Wirkung für die Zukunft (*ex nunc*) aufzulösen, bevor das streitgegenständliche Werk in C.\_\_\_\_\_ von der Klägerin vollendet wurde. Da unbestritten blieb, dass zur Fertigstellung der Werkleistung "*Rohbau I*" noch drei (von vier) Etagen (Erd-, Ober- und Attikageschoss) gefehlt haben, stand das (Gesamt-)Werk damals auch nicht kurz vor der Vollendung (vgl. act. 26 N. 47, 49, 93 ff., 135). Wie die Vereinbarung vom 12. Januar 2021 rechtlich zu würdigen ist (Aufhebungsvereinbarung, einvernehmliche Bestellsänderung, neuer Werkvertrag in Bezug auf die Abschlussarbeiten) kann offen bleiben. Klar ist jedenfalls, dass die Beklagte berechtigt werden sollte, das bereits hergestellte (Teil-)Werk zu beanspruchen, und die Klägerin nicht mehr verpflichtet sein, das (Gesamt-)Werk vollständig herzustellen. Von den Parteien wird aber nicht vorgebracht, dass sie sich über die Vergütung für das bereits erstellte (Teil-)Werk geeinigt hätten. Am 12. Januar 2021 wurde über diese Thematik nicht diskutiert. Entsprechend enthalten diesbezüglich auch die Besprechungsnotizen von M.\_\_\_\_\_ bzw. dessen E-Mail vom 13. Januar 2021 (act. 3/12) keine Angaben dazu (vgl. act. 1 N. 10, 14; act. 26 N. 18 ff., 128).

2.4.2.2. In der Widerklageantwort beruft sich die Klägerin – zumindest im vorliegenden Verfahren erstmals – auf die Unverbindlichkeit der Vereinbarung vom 12. Januar 2021 (vgl. act. 41 N. 26 ff.). Sie begründet dies zusammengefasst damit, dass die Beklagte über Weihnachten/Neujahr 2020/21 eigenmächtig eine Projektänderung ("*von Beton zu Holz*") vollzogen habe, dies der Klägerin (arglistig) verschwiegen worden sei und sie deshalb bei Vertragsschluss einem Willensmangel im Sinne von Art. 23 ff. OR unterlegen sei (vgl. dazu vorne E. 2.2.4.). Die Beklagte geht von der Verbindlichkeit der streitgegenständlichen Vereinbarung aus und bestreitet, vor dem 12. Januar 2021 eine Projektänderung vollzogen zu haben (vgl. act. 26 N. 112 ff.).

2.4.2.3. Notwendige Voraussetzung für die erfolgreiche Anfechtung der Vereinbarung vom 12. Januar 2021 wegen Irrtums (Art. 23 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 OR) oder absichtlicher Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR) ist insbesondere, dass die Klägerin bei Vertragsschluss einem Irrtum unterlag, d.h. falsche Vorstellungen von einem Sachverhalt hatte. Hierfür trägt die Klägerin die Behauptungs- und Beweislast (vgl. BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, 7. Aufl., Basel 2020, N. 2 und 12 zu Art. 23). Diesbezüglich fehlt es – selbst unter Berücksichtigung der Ausführungen in der Widerklageantwort – bereits an substantiierten Behauptungen der Klägerin. Insbesondere führt sie nicht aus, was unter der angeblich durch die Beklagte heimlich vollzogenen Projektänderung ("von Beton zu Holz") verstanden werden kann. Die Klägerin behauptet in diesem Zusammenhang lediglich, dass sie am 12. Januar 2021 (irrtümlich) davon ausgegangen sei, das Projekt C.\_\_\_\_\_ befände sich in demselben Zustand wie am 16. Dezember 2020. Sie erläutert jedoch nicht, was für konkrete Änderungen die Beklagte – ohne ihr Wissen – zwischen dem 16. Dezember 2020 und 12. Januar 2021 am Projekt C.\_\_\_\_\_ vorgenommen bzw. "vollzogen" haben soll. Somit kann nicht beurteilt werden, ob und inwiefern die klägerischen Vorstellungen über den (Bau-)Stand des Projekts C.\_\_\_\_\_ bei Vertragsschluss am 12. Januar 2021 von dessen tatsächlichen Zustand abwichen. Worüber sich die Klägerin geirrt haben soll, bleibt unklar. Mangels substantiierten Behauptungen kann darüber kein Beweis abgenommen werden. Folglich ist sowohl das Vorliegen eines Irrtums als auch eines Willensmangels der Klägerin bei Abschluss der Vereinbarung vom 12. Januar 2021 zu verneinen. Der Werkvertrag vom 30. Januar 2020 wurde von den Parteien einvernehmlich aufgehoben bzw. abgeändert.

#### 2.4.3. Vereinbarte und durch die Klägerin ausgeführte Werkleistungen

2.4.3.1. Unbestrittenermassen beinhaltet der Werkvertrag vom 30. Januar 2020 die folgenden, äusserst grob umschriebenen, Werkleistungen: *Baustelleneinrichtung (1), Kanalisation innerhalb und ausserhalb Gebäude (2), Rohbau I (3), Gerüst für die Dauer der Leistung (4)*. Dabei sollten als Werklohn CHF 382'500.–, d.h. rund 98 % des vereinbarten Pauschalpreises von CHF 390'000.– (exkl. MwSt.), auf die drei erstgenannten Positionen (1-3) entfallen. Bis anhin wurden die Tätigkeiten der Klägerin gestützt auf diesen Werkvertrag mit mindestens CHF 195'653.50 entschä-

digt (vgl. act. 1 N. 15). Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Klägerin Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung hat. Dabei obliegt es der Klägerin, zunächst substantiiert aufzuzeigen, was für Werkleistungen sie für den Pauschalpreis von CHF 390'000.– (exkl. MwSt.) konkret zu erbringen hatte und welche davon bis zur Ablieferung des (Teil-)Werks in welchem Umfang und zu welchem (Pauschalpreis-)Wert erbracht worden sind, zumal die Klägerin nicht geltend macht, von ihrer Vorleistungspflicht nach Art. 372 Abs. 1 OR ganz oder teilweise entbunden gewesen zu sein.

2.4.3.2. Diesbezüglich erweist sich der Tatsachenvortrag der Klägerin in mehrerer Hinsicht als ungenügend. So legt die Klägerin nicht dar, was für ein Werk sie (im Detail) zu erbringen hatte, welche konkreten Werkleistungen dafür nötig waren und wie diese wertmässig zueinander in Verhältnis stehen. Es ist nicht die Aufgabe des Gerichts, anhand der Beilagen – etwa den eingereichten Bauplänen (act. 3/6.1-5) – das von der Klägerin zu errichtende Werk bzw. dessen Dimension (Fläche, Höhe, Anzahl Etagen etc.) zu ermitteln. Somit kann nicht nachvollzogen werden, was – in quantitativer Hinsicht – unter den vereinbarten Werkleistungen bzw. obgenannten Positionen (1-4) verstanden werden kann. Erst recht kann nicht beurteilt werden, was für ein (Pauschalpreis-)Wert den einzelnen Werkleistungen beizumessen ist und wie die ersten drei Positionen (1-3) wertmässig zueinander im Verhältnis stehen. Zudem führt die Klägerin lediglich stichwortartig aus, was für Arbeiten sie – in der Zeit vom 9. bis 27. März 2020 sowie vom 18. August 2020 bis und mit 16. Dezember 2020 – ausgeführt hat (vgl. dazu vorne E. 2.2.3.). Diese rudimentären Angaben genügen angesichts der beklaglichen Bestreitungen nicht (vgl. act. 26 N. 47 ff., 93 ff., 135). Worin etwa ihr "*Support*" und/oder ihre "*Koordination*" bei den Abbruch-, Rodungs- und Aushubarbeiten bestanden haben soll, wird von der Klägerin nicht ausgeführt. Im Übrigen fehlt es gänzlich an Ausführungen der Klägerin zum (Pauschalpreis-)Wert der erbrachten Leistungen. Selbst wenn also ihre Behauptung, sämtliche Baustelleneinrichtungen geliefert und installiert zu haben, zutreffen würde, ist es dem Gericht nicht möglich, dieser Leistung einen Wert beizumessen, zumal sich die Klägerin nicht dazu äussert, um was für Baustelleneinrichtungen es sich dabei genau gehandelt haben soll und wie diese Position (1) zu den weiteren Positionen (2-4) in Relation zu setzen ist. Gleiches gilt in Bezug auf die Kanalisationsarbeiten und die Erstellung des "*Rohbau I*".

2.4.3.3. Die Klägerin legt diverse Rechnungen (act. 3/22-27) sowie – von der Beklagten nicht unterzeichnete – Arbeitsrapporte (act. 3/8.1-14; act. 3/14-15) ins Recht und offeriert diese zum Beweis für die von ihr erbrachten Tätigkeiten. Indessen verweist sie zur Substantiierung ihrer Forderung nicht auf den dortigen Inhalt. Ein entsprechender Verweis und die Erklärung, dass und welcher Inhalt einer Beilage zum integrierenden Bestandteil einer Rechtsschrift gehöre bzw. als (mit-)behauptet zu gelten habe, ist aber minimale Voraussetzung einer Behauptung durch Verweisung (vgl. dazu vorne E. 2.3.1.2.). Die erwähnten Beilagen präsentieren sich auch nicht so, dass die darin enthaltenen, potentiell relevanten Angaben ohne Weiteres aus ihnen hervorgehen würden. Vielmehr setzt deren Nachvollzug eine eingehendere Beschäftigung mit deren Inhalt voraus, wobei die Informationen – soweit überhaupt vorhanden – zusammengesucht werden müssen. Weiterführende Erklärungen dazu fehlen im klägerischen Tatsachenvortrag gänzlich. Dies genügt den Anforderung an eine rechtsgenügende Substantiierung durch Verweisung nicht. Im Übrigen enthalten die genannten Urkunden (wenn überhaupt) lediglich stichwortartige Angaben zu den fakturierten Arbeiten und Leistungen der Klägerin, weshalb sie nichts zur Konkretisierung der klägerischen Ausführungen in den Rechtsschriften beitragen. Ohnehin ist bei der Abrede eines Pauschalpreises unerheblich, wie viele Arbeitsstunden die Klägerin aufgewendet hat und was für Kosten ihr hierfür entstanden sind (vgl. act. 1 N. 14).

2.4.3.4. Des Weiteren kann die Klägerin aus den Zahlungen der Beklagten inklusive der dazugehörigen Rechnungsbeträge nichts zu ihren Gunsten ableiten. Zum einen blieb das Vorbringen der Beklagten, dass es sich bei ihren Zahlungen um Akontozahlungen gehandelt habe (vgl. act. 26 N. 68 f.), unbestritten. Dass keine Teilzahlungen, mit denen bestimmte (Teil-)Leistungen der Klägerin (definitiv) abgegolten werden sollen, sondern Akontozahlungen vereinbart worden sind, steht im Einklang mit der im (schriftlichen) Werkvertrag vorgesehenen Regelung unter dem Titel "*Rechnungsstellung*" (vgl. GAUCH, a.a.O. N. 1162 f.). Dort wird explizit die Formulierung "*Akontorechnungen*" verwendet (act. 3/7 S. 2). Akontozahlungen haben nur vorläufigen Charakter, indem sie auf Anrechnung an den umfangmässig erst später zu ermittelnden (Gesamt-)Vergütungsanspruch und damit unter Vorbehalt einer definitiven Abrechnung erfolgen (BGE 134 III 519 E. 5.2.3). Eine Rückrechnung von

den Akontozahlungen (allein) auf den Wert des Teilwerks verbietet sich. Zum anderen wäre selbst bei Annahme von Abschlagszahlungen, die – im Gegensatz zu reinen Vorauszahlungen – nach Massgabe der bereits erbrachten Leistungen anfallen, ein (zuverlässiger) Rückschluss von den Zahlungen auf den Wert des erstellten (Teil-)Werks nur möglich, wenn Gewissheit über die Leistungen der Klägerin herrscht, welche durch diese abgegolten werden sollten (vgl. GAUCH, a.a.O., N. 1270). Dies ist vorliegend – wie vorstehend ausgeführt – aber nicht der Fall.

#### 2.4.4. Zwischenfazit

Die Klägerin macht keine schlüssigen Ausführungen dazu, zu welchen konkreten Werkvertragsleistungen sie sich mit Werkvertrag vom 30. Januar 2020 im Einzelnen verpflichtet hat und welche davon sie erbracht hat bzw. in welchem Ausmass das geschuldete (Gesamt-)Werk bis zur Auflösung des Werkvertrags bereits erstellt worden ist. Dies wäre aber zur Ermittlung eines Vergütungsanspruchs zwingend notwendig gewesen. Eine Beweisabnahme entfällt, da die tatsächliche Grundlage dafür fehlt. Demzufolge ist eine offene Werklohnforderung der Klägerin gestützt auf den Werkvertrag vom 30. Januar 2020 zu verneinen und ihr Rechtsbegehren Ziffer 1 im Umfang von CHF 171'668.15 (CHF 367'321.65 abzüglich der Zahlungen der Beklagten von CHF 195'653.50) abzuweisen.

### 3. Werklohn für Zusatzarbeiten

#### 3.1. Parteistandpunkte

3.1.1. Die Klägerin macht sodann ausstehenden Werklohn für Zusatzarbeiten über total CHF 24'050.77 (CHF 31'250.77 abzüglich der Zahlungen der Beklagten von CHF 7'200.–) geltend: Bereits zwischen dem 19. Januar 2020 und 29. März 2020 habe die Klägerin – in der Person von L.\_\_\_\_\_ – im Auftrag der Beklagten unzählige Arbeiten geleistet, um diese im Zusammenhang mit dem Baugesuchs- und Baufreigabeverfahren zu unterstützen. Zudem sei sie von der Beklagten – vertreten durch J.\_\_\_\_\_ – damit beauftragt worden, *"die vorbestandenen Kanalisationsleitungen bis zum Anschluss an das Gemeindestrassennetz in der Mitte der D.\_\_\_\_\_ -strasse auszugraben, zu entfernen und zu entsorgen, neue Rohre einzubauen und*

*den Gräben wieder zu schliessen und zu verdichten*". Diese Arbeiten habe die Klägerin unter Regie von H. \_\_\_\_\_ in der Zeit vom 18. August 2020 bis 11. September 2020 ausgeführt (act. 1 N. 7, 13, 15).

3.1.2. Die Beklagte bringt im Wesentlichen vor, dass sie weder Zusatzarbeiten von der Klägerin verlangt habe noch solche von dieser erbracht worden seien. Ohnehin wären die angeblich erbrachten Zusatzarbeiten vom Leistungsumfang bzw. Pauschalpreis des Werkvertrags vom 30. Januar 2020 umfasst (act. 26 N. 53 ff., 93 ff., 124 ff.).

### 3.2. Rechtliches

#### 3.2.1. Regiearbeiten

Regiearbeiten sind Arbeiten, die nach Aufwand vergütet werden und von einem Pauschalpreis nicht erfasst werden. Diese sind aber Teil des Werkvertrags und damit von der grundsätzlichen Vergütungspflicht erfasst (Urteil des Bundesgerichts 4C.227/2002 vom 24. Januar 2003, E. 4). Regiearbeiten, die weder vereinbart noch von der Bestellerin angeordnet wurden, dürfen nur mit Zustimmung der Bestellerin ausgeführt werden, es sei denn, es handelt sich um dringliche Arbeiten im Sinne von Art. 45 Abs. 2 SIA-Norm 118 (SPIESS/HUSER, a.a.O., N. 2 f. zu Art. 45). Fordert die Unternehmerin die Vergütung von Leistungen nach Regie, trifft sie die Behauptungs- und Beweislast für die Anspruchsgrundlage, d.h. die Vereinbarung oder Anordnung durch die Bauleitung, für ihren betriebenen Aufwand und die vereinbarten oder üblichen Regieansätze, sowie für den Umstand, dass ihr Aufwand erforderlich war (GAUCH, a.a.O., N. 1019; SPIESS/HUSER, a.a.O., N. 28 zu Art. 44, N. 14 ff. zu Art. 48). Dabei muss der geltend gemachte Aufwand so ausführlich dargelegt werden, dass dessen Notwendigkeit und Angemessenheit überprüft werden kann. Dies setzt nachvollziehbare Angaben zu den erbrachten Arbeiten und die hierfür aufgewendeten (Arbeits-)Stunden voraus (Urteil des Bundesgerichts 4A\_271/2013 vom 26. September 2013, E. 6.2).

### 3.2.2. Pauschalpreis / Beststellungsänderung

Durch die Abrede eines Pauschalpreises wird zwar die Vergütung pauschalisiert, was aber die Unternehmerin zum vereinbarten Preis im Einzelnen leisten muss, ergibt sich aus dem konkreten Werkvertrag und ist durch Auslegung des gesamten Vertrages zu ermitteln (GAUCH, a.a.O., N. 905a). Macht die Unternehmerin eine Beststellungsänderung durch die Bestellerin geltend, die bei ihr zu einem Mehraufwand geführt hat, trägt sie hierfür die Beweislast. Zudem hat sie nachzuweisen, dass sie den Nachtrags- bzw. Mehrpreis nach den Regeln der SIA-Norm 118 berechnet hat (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Anm. 13.2 und 13.3 zu Art. 84).

### 3.3. Würdigung

3.3.1. Wie soeben dargelegt, trifft die Klägerin als Unternehmerin die Beweislast für die Anspruchsgrundlage(n) für den von ihr geltend gemachten Werklohn aus Zusatzarbeiten. Um zum Beweis zugelassen zu werden, sind die entsprechenden Tatsachen zunächst rechtsgenügend darzutun. Die Klägerin äussert sich indessen nicht dazu, wer genau wem gegenüber, wann, wie und weshalb die strittigen Zusatzarbeiten bzw. Mehrleistungen von der Beklagten (einseitig) angeordnet hat. In Bezug auf die beiden ebenfalls geltend gemachten Zusatzarbeiten "*Abbruch des vorbestandenen Gebäudes*" und "*Aushub der Baugrube*" wird von der Klägerin nicht einmal behauptet, dass sie auf Anordnung der Beklagten hin tätig geworden sei (vgl. act. 1 N. 7). Dass es sich bei den Zusatzarbeiten um dringliche Arbeiten im Sinne von Art. 45 Abs. 2 SIA-Norm 118 gehandelt haben soll, wird von der Klägerin ebenfalls nicht geltend gemacht. Mit anderen Worten kommt die Klägerin schon allein in Bezug auf die Anspruchsgrundlage(n) der geltend gemachten Zusatzarbeiten ihrer Behauptungs- bzw. Substantiierungslast nicht nach.

3.3.2. Sodann behauptet die Klägerin nicht, sich über den Werklohn bzw. Stundenansatz für die geltend gemachten Zusatzarbeiten verständigt zu haben. Weil diese nur in sehr allgemeiner Form bezeichnet werden, lässt sich auch nicht nachvollziehen, was für konkrete Arbeiten sie entschädigt haben will, zumal – wie bereits dargelegt – die Angaben in den zum Beweis offerierten Rechnungen (act. 3/17-19) mangels hinreichender Verweisung nicht als (mit-)behauptet zu gelten haben. Fer-

ner versäumt es die Klägerin, den Zusatzarbeiten einen Aufwand zuzuordnen, enthalten ihre Ausführungen doch weder Angaben zu möglichen Aufwandkategorien noch zu deren Quantität oder Preis. Folglich kann auch nicht überprüft werden, ob sich der geltend gemachte Betrag als notwendig und angemessen erweist, sodass sich die klägerische Darstellung auch in Bezug auf ein weiteres Tatbestandselement der Aufwandvergütung als unsubstantiiert erweist. Schliesslich legt die Klägerin auch nicht dar, weshalb die geltend gemachten Zusatzarbeiten im Zusammenhang mit der Kanalisation nicht unter den Werkvertrag vom 30. Januar 2020 fallen bzw. von dessen Position "*Kanalisation innerhalb und ausserhalb Gebäude*" umfasst sind.

3.3.3. Aus all diesen Gründen lässt sich die von der Klägerin geltend gemachte Vergütung für Zusatzarbeiten nicht rechtsgenügend nachvollziehen oder herleiten; es fehlt diesbezüglich an einem schlüssigen Tatsachenvortrag. Eine Beweisabnahme ist unter diesen Umständen nicht möglich. Das Begehren um Vergütung der Zusatzarbeiten ist somit ebenfalls abzuweisen.

#### 4. Fazit

Nach dem Erwogenen ist eine offene Werklohnforderung mangels rechtsgenügender Behauptung bzw. Substantiierung der Anspruchsgrundlagen zu verneinen. Demzufolge ist die Klage in Bezug auf das mit Rechtsbegehren Ziffer 1 gestellte Forderungsbegehren vollumfänglich abzuweisen.

#### 5. Bauhandwerkerpfandrecht

Für eine definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts müssen die Eintragungsvoraussetzungen gemäss Art. 837 Ziff. 3 ZGB kumulativ erfüllt sein. Wie aufgezeigt, gelingt es der Klägerin vorliegend nicht, eine offene (Werklohn-)Forderung im Sinne von Art. 837 Ziff. 3 ZGB darzutun. Entsprechend lässt sich keine Pfandsomme gerichtlich feststellen. Damit hat die Klägerin keinen Anspruch auf definitive Eintragung des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts. Demgemäss ist die Klage auch in Bezug auf das Rechtsbegehren Ziffer 2 um definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts vollständig abzuweisen und das Grundbuchamt E. \_\_\_\_\_

daher entsprechend anzuweisen, das aufgrund des Entscheides des hiesigen Handelsgerichts vom 22. Juli 2021 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist zu löschen. Ausgangsgemäss hat die Klägerin die im Zusammenhang mit der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts geltend gemachten Kosten (Gerichts-, Grundbuch- und Anwaltskosten) selber zu tragen.

## 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### 6.1. Vorbemerkung

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen der Widerklage wurde bereits mit (rechtskräftigem) Beschluss vom 12. September 2023 entschieden (act. 67). Nachfolgend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen der (Haupt-)Klage sowie des vorgängigen Verfahrens um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Geschäfts-Nr. HE210077-O; nachfolgend: Massnahmeverfahren) zu entscheiden.

### 6.2. Gerichtskosten

6.2.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Wie im Beschluss vom 12. September 2023 ausführlich dargelegt (vgl. act. 67 E. 3), sind vorliegend die Streitwerte der Klage (CHF 391'477.84) sowie der Widerklage (CHF 485'247.63) in Anwendung von Art. 94 Abs. 2 ZPO zur Bestimmung der Prozesskosten zusammenzurechnen und betragen daher gesamthaft CHF 876'725.47. Bei einem solchen Streitwert beträgt die Grundgebühr rund CHF 28'300.– (§ 4 Abs. 1 GebVOG). Das vorliegende Urteil betrifft die Klage, die mit einem Betrag von CHF 391'477.84 rund 45 % des Streitwerts ausmacht. In An-

wendung von § 4 Abs. 2 GebVOG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 13'000.– festzusetzen.

6.2.2. Die Klägerin unterliegt mit ihrer Klage vollumfänglich. Ausgangsgemäss sind ihr die Gerichtskosten des vorliegenden Verfahrens aufzuerlegen und mit den von ihr geleisteten Kostenvorschüssen zu verrechnen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

6.2.3. Im Massnahmeverfahren wurde die Gerichtsgebühr auf CHF 6'300.– festgesetzt. Die weiteren Kosten betragen CHF 107.85 (Rechnung Nr. 147039.01 des Grundbuchamtes E.\_\_\_\_\_ vom 7. Mai 2021; Dispositivziffer 3 des Urteils vom 22. Juli 2021). Diese Kosten wurden von der Klägerin bezogen, wobei die definitive Verteilung dem vorliegenden Verfahren vorbehalten wurde (Dispositivziffer 4). Ausgangsgemäss sind diese Kosten nun definitiv der Klägerin aufzuerlegen.

### 6.3. Parteientschädigung

6.3.1. Ausserdem hat die Klägerin der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), die nach der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) zu bemessen ist (Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO). Beim vorliegenden Streitwert beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr rund CHF 29'500.–. Diese ist mit der Beantwortung der Klage verdient (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Der vorliegende Entscheid betrifft die Klage, die mit einem Betrag von CHF 391'477.84 rund 45 % des Streitwerts ausmacht. Die Parteientschädigung ist daher auf CHF 13'300.– festzusetzen. Mangels Darlegung der fehlenden Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5).

6.3.2. Die Regelung der Entschädigungsfolgen des Massnahmeverfahrens wurde dem vorliegenden Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Klägerin die vorsorgliche Massnahme nicht prosequiert, wurde die an die Beklagte zu bezahlende Parteientschädigung auf CHF 7'900.– festgesetzt (Dispositivziffer 5 des Urteils vom 22. Juli 2021). Gleiches gilt, wenn die Klägerin zwar innert Frist eine entsprechende Klage anhängig macht, doch mit dieser vollumfänglich unterliegt. Somit ist die Klä-

gerin zu verpflichten, der Beklagten für das Massnahmeverfahren eine Parteientschädigung von CHF 7'900.– zu bezahlen.

**Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt E.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, **nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist** das aufgrund des Entscheids des hiesigen Handelsgerichts vom 22. Juli 2021 im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 6. Mai 2021 zugunsten der Klägerin vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht **vollumfänglich zu löschen**: Auf der Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2, Plan 3, EGRID CH4, D.\_\_\_\_\_ -strasse 5, C.\_\_\_\_\_, für eine Pfandsumme von CHF 195'738.92 nebst Zins zu 5 % seit 5. Mai 2021.
3. Die Gerichtsgebühr für dieses Verfahren wird festgesetzt auf CHF 13'000.–.
4. Die Kosten dieses Verfahrens werden vollumfänglich der Klägerin auferlegt und mit den von ihr geleisteten Vorschüssen verrechnet.
5. Die im Massnahmeverfahren (Geschäfts-Nr. HE210077-O) festgesetzte Gerichtsgebühr von CHF 6'300.– sowie die weiteren Kosten von CHF 107.85 (Rechnung Nr. 147039.01 des Grundbuchamtes E.\_\_\_\_\_ vom 7. Mai 2021) werden der Klägerin auferlegt.
6. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für dieses Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 13'300.– zu bezahlen.
7. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das Massnahmeverfahren (Geschäfts-Nr. HE210077-O) eine Parteientschädigung von CHF 7'900.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie **nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist** im Dispositivauszug gemäss Ziffer 2 an das Grundbuchamt E.\_\_\_\_\_.

9. 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 391'477.84.

Zürich, 10. Mai 2024

Handelsgericht des Kantons Zürich

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Claudia Bühler

Alain Rutschmann